

العرف

في الفقه الاسلامى

لفضيلة الاستاذ الشيخ عمر عبد الله

استاذ مساعد الشريعة الاسلامية بكلية الحقوق بجامعة الاسكندرية

المعنى اللغوى والمعنى الاصطلاحى للعرف . اقسامه . ما يشترط في
العرف لاعتباره مدركا للفقيه في ابتناء الاحكام الشرعية عليه .

معنى العرف لغة . تطابق كلمة « العرف » في اللغة العربية على جملة
معان . كما يتضح ذلك من الرجوع الى معاجم اللغة . فقد ورد فيها
استعمال العرب هذه المادة لعدة معان .

وفى كتاب « لسان العرب » لابن منظور : وطار القطا عرفا عرفا بعضها
خلف بعض . وعرف الديك والفرس والداية وغيرها منبت الشعر والريش
من العنق . والجمع أعراف وعروف . وعرف الرمل والجبل وكل عال .
ظهره وأعليه . ومنه قول الله تعالى : وعلى الأعراف رجال «١» والأعراف
في اللغة جمع عرف وهو كل عال ومرتمع . قال الزجاج . الأعراف أعالي
السور . وعرف الأرض ما ارتفع منها . وأعراف الرياح والسحاب أوائلها
وأعليها وأحدها عرف . والعرف الاسم من الاعتراف ومنه قولهم : علىَّ
الف عرفا أى اعترافا . والعرف ضد المنكر يقال : أولاه عرفا أى معروفا .
والعرف والعارفة والمعروف واحد ضد النكر . وهو كل ماتعرفه النفس
من الخير وتأنس به وتطمئن اليه «٢» .

وجاء في كتاب « أساس البلاغة » لجار الله الزمخشري مانصه :

(١) سورة الاعراف رقم ٤٦ (٢) لسان العرب ج ١١ ص ١٤٤ - ١٤٧

وطار القطار عرفا عرفا أى متتابعة . ومن المستعار أعراف الريح والسحاب والضباب لاوائلها «١» .

ويقول الامام أبو جعفر الطبرى امام المفسرين فى كتابه « جامع البيان فى تفسير القرآن » من أمهات كتب التفسير وأقدمها عند تفسير الآية : « خذ العفو وامر بالعرف » «٢» ما نصه : والصواب من القول فى ذلك أن يقال : ان الله أمر نبيه صلى الله عليه وسلم أن يأمر الناس بالعرف وهو المعروف فى كلام العرب مصدر فى المعروف . يقال : أوليته عرفا وعارفا وعارفة . كل ذلك بمعنى المعروف «٣» .

ويتبين من هذه المعانى اللغوية التى ذكرتها كتب اللغة لكلمة « العرف » أن هذه المادة « ع ر ف » تنبىء بحسب وضعها اللغوى عن الظهور والوضوح ويغلب استعمالها فيما ارتفع من الأشياء . وأن استعمالها فى هذه المعانى اللغوية بطريق الحقيقة لا المجاز فيما عدا اطلاقها على أوائل الريح والسحاب والضباب فانه معنى مجازى كما صرح بذلك الزمخشري حيث قال : ومن المستعار : أعراف الريح والسحاب والضباب لأوائلها .

وقد تكرر ذكر هذه المادة وما اشتق منها فى الكتاب والسنة فى مواضع كثيرة واستعمالها لمعنى جامع لكل ما هو معروف بين الناس لاينكرونه ولا يستقبحونه ولكل ما هو مستحسن من الافعال والاقوال فى نظر الشريعة الاسلامية كصلة الرحم والكلمة الطيبة وطاعة الله والتقرب اليه وحسن الصحبة والمعاشرة والاحسان فى المعاملة مع الأهل وغيرهم من الناس «٤» .

معنى العرف اصطلاحا . وأما العرف فى الاصطلاح الفقهي . فقد عرفه البيرى فى شرحه للأشباه والنظائر نقلا عن « المستصفى » بقوله : العادة والعرف ما استقر فى النفوس من جهة العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول . وعرفه السيد الجرجاني فى كتابه « التعريفات » بقوله : والعرف

(١) ج ٢ ص ١١٠ (٢) سورة الاعراف رقم ١٩٩ (٣) ج ٩ ص ١٠٦
(٤) يراجع النهاية لابن الاثير ج ٣ ص ٨٥ وما بعدها .

ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول وتلقته الطباع بالقبول وهو حجة . . . وكذا العادة وهي ما استمر الناس عليه على حكم العقول وعادوا اليه مرة بعد أخرى . ويقول الحموي في شرحه للاشباه والنظائر : ان مادة « العادة » تقتضى تكرار الشيء وعوده تكرارا كثيرا يخرج عن كونه واقعا بطريق الاتفاق . وفي رسالة « نشر العرف » لابن عابدين : ان العادة مأخوذة من المعاودة فهي بتكررها ومعاودتها مرة بعد أخرى صارت معروفة مستقرة في النفوس والعقول متلقاة بالقبول من غير علاقة ولا قرينة حتى صارت حقيقة عرفية . فالعادة والعرف بمعنى واحد من حيث الماصدق وان اختلفا من حيث المفهوم .

وقال العلامة « على حيدر » شارح مجلة « الأحكام العدلية » في تعريف العادة عند شرحه المادة ٣٦ : العادة محكمة مانصه : هي الأمر الذي يتقرر بالنفوس ويكون مقبولا عند ذوى الطباع السليمة بتكراره المرة بعد المرة على أن لفظ « العادة » يفهم منها تكرار الشيء ومعاودته بخلاف الأمر الجارى صدفة مرة أو مرتين ولم يعتده الناس فلا يعد عادة ولا يبنى عليه حكم . والعرف بمعنى العادة .

فيؤخذ من هذه التعريفات الاصطلاحية للعرف أن العرف والعادة في الاصطلاح الفقهي معناهما واحد فقد عرفهما صاحب « المستصفي » بتعريف واحد ونص شارح « المجلة العدلية » على أن العرف بمعنى العادة وصرح ابن عابدين بأنهما من حيث الماصدق بمعنى واحد وان اختلفا من حيث المفهوم . فيكون عطف العادة على العرف في قولهم : بدلالة العرف والعادة وأمثاله من باب التأكيد لا التأسيس فلا تفيد كلمة العادة معنى غير معنى العرف .

اقسام العرف

ينقسم العرف الى عرف عملي وعرف قولى وكل من هذين القسمين اما عام واما خاص . وفي « العناية » عند شرح قول « الهداية » : أو هو عرف عملي . ما نصه : أى عرف من حيث العمل والاستعمال لا من حيث

اللفظ وبيانه أن العرف على نوعين لفظي نحو الدابة تقيّد لفظا بالفرس ونحو المال بين العرب بالابل . وعملى أى عرف من حيث عمل الناس كذا كلبسهم الجديد يوم العيد وأمثاله «١» ا ه .

فالعرف العملى هو ما جرى عليه عمل الناس وتعارفوه فى معاملاتهم وتصرفاتهم كتعارفهم لبس الثياب الجديدة فى الأعياد ودخول الحمام العام بدون تعيين زمن للمكث فيه ومن غير تعيين لمقدار الماء الذى يستعمل ويستهلك للاغتسال . وتعارفهم استئصال الأدوات المنزلية واستهجان الاكل فى الطرق وتعارفهم ان وضع اليد على العين مدة طويلة دليل الملكية . وهو اما عام كالأمثلة السابقة أو خاص وهو ماتعامله قوم مخصوصون أو أهل بلد واحد أو أرباب حرفة واحدة كتعارف بعض البلاد فى مصر تعجيل نصف الصداق وتأجيل نصفه الآخر لأقرب الأجلين الطلاق والموت .

وأما العرف القولى فقد عرفه شهاب الدين القرافى فى فروقه حيث قال : العرف القولى أن تكون عادة أهل العرف يستعملون اللفظ فى معنى معين ولم يكن ذلك لغة . ثم بين أن العرف القولى يكون فى المفردات وفى المركبات ومثل لكل منهما بجملة أمثلة «٢» . ويقول القرافى فى كتابه « الاحكام فى تمييز الفتاوى عن الأحكام » ما نصه : أن معنى العادة فى اللفظ أن ينقل اطلاق لفظ واستعماله فى معنى حتى يصير هو المعتاد من ذلك اللفظ عند الاطلاق مع أن اللغة لا تقتضيه . فهذا هو معنى العادة فى اللفظ وهو الحقيقة العرفية وهو المجاز الراجح فى الأغلب وهو معنى قول الفقهاء : ان العرف يقدم على اللغة عند التعارض «٣» ا ه .

فالعرف القولى سواء كان عاما أو خاصا هو اتفاق أهل العرف العام أو الخاص على أن يراد من اللفظ مفردا أو مركبا غير معناه الأصلي لغة

(١) ج ٣ ص ٢٠٣

(٢) يراجع الفروق ح ١ ص ٢٧١ طبع دار احياء الكتب العربية .

(٣) ص ٦٨-٦٩ من الكتاب المذكور .

بحيث اذا أطلق انصرف الى المعنى العرفي بمجرد سماعه بدون حاجة الى قرينة . وبيان ذلك أن اللفظ اذا استعمل في المعنى الذي وضع له لغة يسمى حقيقة واذا استعمل في غيره لقرينة مانعة من ارادة المعنى الحقيقي يسمى مجازا بالنظر الى وضع اللغة . فاذا كثر استعماله في هذا المعنى المجازي بحيث لا يستعمل اللفظ في غيره أو يستعمل استعمالا قليلا في غيره صار استعماله في المعنى المجازي حقيقة عرفية عامة أو حقيقة عرفية خاصة بحسب المستعملين للفظ من كونهم عامة أهل البلاد أو جماعة مخصوصة من الناس لأن المعنى اللغوي الذي وضع له اللفظ أصبح متروكا ومهجورا . ونقل اللفظ من المعنى اللغوي الأول الى المعنى الثاني الذي اصطلح عليه بكثرة استعماله فيه عند أهل العرف حتى لا يحتاج في فهمه من اللفظ الى قرينة ويعتبر هذا الاستعمال الشائع في عرف التخاطب وضعا جديدا للمعنى الثاني الذي تعورف اطلاق اللفظ عليه فيكون اللفظ مستعملا فيما وضع له في عرف التخاطب فيكون حقيقة عرفية .

ولنوضح ماتقدم بالأمثلة فنقول : الحقيقة العرفية العامة مثل كلمة « الدابة » فانها في أصل وضعها اللغوي اسم لما يدب على الأرض ثم خصصها العرف اللغوي العام بذوات الأربع كالفرس والبغل والحمار مما يركب عادة ويحمل عليه . وشاع استعمالها في ذلك بحسب العرف العام حتى صار هذا الاستعمال لكلمة « الدابة » حقيقة عرفية لغوية لا يراد غيرها من هذه الكلمة عند اطلاقها ولا يتبادر الى الذهن عند سماعها الا هذا المعنى فيفهم ذلك منها بدون قرينة لان المعنى الأصلي اللغوي للكلمة أصبح مهجورا غير مقصود منها عند اطلاقها .

والعرفية الخاصة كالألقاظ المصطلح عليها في عرف الشرع أو في عرف طائفة من الناس . فالفقهاء عند ما يستعملون كلمات النكاح . والطلاق . والرضاع . والحضانة . والصلاة والصوم والحج . وغير ذلك من الألقاظ الاصطلاحية الشرعية انما يريدون منها عند الاطلاق المعاني الشرعية لهذه الكلمات ولا يفهم منها سواها لأنها أصبحت حقيقة عرفية لهذه المعاني في

عرف الشرع ولا يقصد من هذه الكلمات وأمثالها في استعمالات الفقهاء المعانى اللغوية لأنها أصبحت مهجورة في اصطلاحهم وفي عرف الشرع حتى لو أريد منها المعانى اللغوية فلا بد من قرينة تفيد هذه الارادة . فاذا أطلق لفظ الصلاة عند الفقهاء يراد بها العبادة المعهودة المعروفة ويتبادر الذهن الى هذا المعنى العرفي ولا يفهم منها معناها اللغوي وهو الدعاء كما لا يقصد منها هذا المعنى عند اطلاقها لهجره وتركه في عرف الشرع .

وكذا الألفاظ التي اصطحح عليها أهل العلوم وأرباب الصناعات والحرف انما يراد ويفهم منها عند اطلاقها المعانى الاصطلاحية دون المعانى اللغوية لتلك الألفاظ . فلا يفهمون منها في مخاطبهم بتلك الألفاظ وعند استعمالهم لها في تحادثهم وكتاباتهم غير هذه المدلولات والمعانى الاصطلاحية لأنها أصبحت حقيقة عرفية في عرفهم واصطلاحهم بحيث لا يخطر في أذهانهم المعانى اللغوية لتلك الكلمات ولا يلتفتون اليها لكونها أصبحت مهجورة غير مقصودة في اصطلاحهم وعرفهم . والسبب في هذا أن اللفظ عند أهل العرف العام أو الخاص حقيقة في معناه العرفي ومجاز في غيره ولو كان هذا الغير معنى لغويا للفظ بحسب وضعه الأصلي فلا بد للدلالة عليه من قرينة تصرف اليه وتمنع من ارادة المعنى العرفي .

وإذا تعارف قوم اطلاق لفظ الدابة على الحمار كما في عرف بعض البلاد في مصر أو اطلاقها على الفرس كما في عرف أهل العراق بحيث لا يتبادر عند سماعها الا ذلك المعنى المتعارف تكون دلالاته حقيقة عرفية خاصة .

وعرف ابن عابدين العرف العام في رسالته « شفاء العليل في حكم الوصية » بأنه ماتعامله المسلمون من عهد الصحابة الى زماننا وأقره المجتهدون وعملوا به بناء على التعارف وان خالف القياس ولم يرد به النص ولا قام عليه دليل فهذا أخذ به الفقهاء وأثبتوا به الأحكام الشرعية وقد قالوا أن العرف بمنزلة الاجماع عند عدم النص « ١ » ا هـ . ويؤيد هذا التعريف

الذي ذكره ابن عابدين للعرف العام مقاله علماء الحنفية في جواز الاستصناع: أن القياس عدم جوازه ولكننا تركنا القياس بالتعامل به من غير تكبير من أحد من الصحابة ولا من التابعين ولا من فقهاء الامصار وعلماء الاقطار وهذا حجة يترك به القياس . ويقول شارح المجلة العدلية : والعرف العام عندنا هو العرف الجاري منذ عهد الصحابة حتى زماننا والذي قبله المجتهدون وعملوا به ولو كان مخالفا للقياس .

ويلاحظ على هذين التعريفين للعرف العام أن العرف العام بهذا المعنى هو الاجماع العملي بأوضح صورته وأجلى مظهره ويشير الى هذا الكمال ابن الهمام حيث يقول : اننا جوزنا الاستصناع استحسانا بالتعامل الراجع الى الاجماع العملي من لدن رسول الله الى يومنا بلا تكبير . والتعامل بهذه الصفة مندرج في قوله صلى الله عليه وسلم : لا تجتمع أمتي على ضلالة اهـ فلا بد أن يكون العرف العام أعم وأشمل مما ذكر فيقال في تعريفه : هو ماتعامله عامة أهل البلاد قديما أو حديثا لأنهم يصرحون بأن العرف العام هو ماقابل العرف الخاص ويقولون ان العرف الخاص أن يتعارف أهل بلدة واحدة أو طائفة مخصوصة على استعمال شيء . فيكون المراد بالعرف العام ماقابل العرف الخاص . وهو ماتعامله أهل البلاد عامة سواء أكان ذلك قديما أم حديثا .

مايشترط في العرف لينبئ عليه الحكم

ليس كل عرف صالحا لبناء الأحكام الفقهية عليه ولاعتبره دليلا يرجع اليه الفقيه اذا أعوزه النص من كتاب أو سنة أو افتقده الاجماع بل العرف الذي اعتبره الفقهاء على اختلاف مذاهبهم أساسا لبعض الأحكام الشرعية هو ماتوافرت فيه الشروط الآتية :

أ - أن يكون العرف مطردا أو غالبا عند أهل العرف . قال ابن نجيم المصري في كتابه « الأشباه والنظائر » : انما تعتبر العادة اذا اطردت أو غلبت . ولذا قالوا في البيع لو باع بدراهم أو دنانير وكانا في بلد اختلف

فيه النقود مع الاختلاف في المالية والرواج انصرف البيع الى الأغلب قال في الهداية : لأنه المتعارف فينصرف المطلق اليه اهـ .

وقال جلال الدين الأسيوطي في كتابه « الأشباه والنظائر » : انما تعتبر العادة اذا اطردت فان اضطربت فلا . اهـ . وأما العرف المشترك فغير معتبر ولا يعمل به فلا يبنى عليه الحكم . فاذا وجد عرف في البلد الذي حصل فيه الزواج بأن جهاز الاب لبنته من ماله يعتبر عارية ووجد عرف آخر بأنه يعتبر هدية وتمليكا وتساوي العرفان فقام الأب بتجهيز بنته من ماله وزفت بهذا الجهاز الى زوجها ثم حصل نزاع بينهما ، اختلفا في أن الجهاز عارية أو هبة فادعى الاب أنه عارية ليتسنى له الرجوع عليها واسترداده منها وطالبها برده اليه . وأنكرت هي ذلك وادعت أنه هبة وتمليك حتى لا يملك حق الرجوع عليها لأن من موانع الرجوع في الهبة القرابة المخرمة . ولم يكن لأحدهما بينة على دعواه . لم يصلح هذا العرف المشترك دليلا لاحد الخصمين لتعارض العرفين اذ لا يوجد مرجح لاحدهما على الآخر لتساويهما . وحينئذ يكون القول للأب بيمينه لانه المعطى فهو أدرى بصفة الاعطاء واذا كان أحد العرفين غالبا عمل به ولم يلتفت الى الآخر ويكون القول لمن يشهد له العرف الغالب بيمينه فيحكم له بدعواه اذ لا تعارض حينئذ بين العرفين لعدم تساويهما . اذ المرجوح لا يعارض الراجح وانما يتحقق التعارض بين المتساوين وكون أحد العرفين أشهر وأغلب يجعل قرينة على ارادته . وفي « نشر العرف » نقلا عن البيري شارع الاشباه ان العرف المشترك لا يصح الرجوع اليه لانه لما كان مشتركا صار متعارضا فالعمل بأحدهما ترجيح بلا مرجح فلا يبنى عليه الحكم . قال العلامة قاسم بن قطلوبغا في أول كتابه « تصحيح القدوري » ! والمرجوح في مقابلة الراجح بمنزلة العدم . والترجيح بغير مرجح في المتقابلات ممنوع .

ب - ألا يخالف العرف النص من كتاب أو سنة . وفي كتاب المبسوط

للسرخس : وكل عرف ورد النص بخلافه فهو غير معتبر «١» اه فان أثبت العرف حكماً مخالفاً لما أثبتته النص يعمل بالنص ويترك العرف المخالف ولا يعتد به . اذ لا اعتبار للعرف في هذه الحالة لأن النص أقوى من العرف والا أقوى لا يترك بالاضعف . وانما كان النص أقوى من العرف لامور :

(١) ان العرف يجوز أن يكون على باطل كتعارف الناس في عصرنا لعب الميسر وتعاطيهم شرب الخمر وتعاملهم بالربا وكتعارفهم الخروج بمصر الى المقابر في الأعياد والمبيت فيها . وأما النص بعد وروده وثبوته فلا يحتل بحال من الأحوال أن يكون على باطل لأنه الحق الذي لا يأتيه الباطل بين يديه ولا من خلفه .

(٢) العرف انما يكون حجة على الذين تعارفوه والتزموه دون غيرهم بخلاف النص الشرعي فانه حجة على السكافة ويلزم بالعمل بمقتضاه جميع الناس . ولا شك أن الحجة الملزمة للجميع أقوى من الحجة القاصرة على بعض الناس .

(٣) كون العرف حجة على من تعارفوه وتعاملوا به ثبت بالنص . وهو قوله صلى الله عليه وسلم : مارآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن . كما صرح بذلك المحقق العلامة الكمال بن الهمام في فتح القدير على الهداية .

(٤) لانزاع في أن النص هو الأصل الأول والمصدر الأساسي الذي يعتمد عليه في معرفة الأحكام الشرعية واستنباطها وأن له المرتبة الأولى ولا يلجأ الى غيره عند وجوده وليس للعرف هذه المنزلة والمرتبة . وكون النص أقوى من العرف أمر متفق عليه ولا ينازع فيه أحد فلا يحتاج الأمر الى الاستدلال على ذلك ولكننا جارينا الكمال بن الهمام وتابعناه فيما قاله لبيان كون النص أقوى من العرف «٢» .

وعدم العمل بالعرف المخالف للنص اذا كان يلزم من العمل به ابطال

(١) ج ١٢ ص ١٩٦ .

(٢) اراجع الفتح على الهداية ج ٦ ص ١٥٧ المطبعة الميمنية .

الحكم الشرعى الذى ثبت بالنص حتى يكون العرف قاضيا على النص . وذلك بأن خالفه من كل وجه بحيث اذا عمل بالعرف لزم منه ترك النص وعدم العمل به . وهذا لاشك فى رده وعدم اعتباره كتعارف الناس كثيرا من المحرمات شرعا كالربا ولعب الميسر وشرب الخمر والتحلّى بالذهب ولبس الحرير وغير ذلك من المحرمات التى نص عليها الشارع . لأن الناس مكلفون بالعمل بمقتضى النصوص الشرعية ولا يملكون حق تغييرها ومخالفة النص وترك العمل بمقتضاه . ولذا رد على أبى بكر محمد بن الفضل قوله : ان ماتحت السرة الى موضع نبات الشعر ليس بعورة بالنسبة للرجل لتعامل العمال فى الابداء عن ذلك الموضع عند الاتزار وفى نزاع الناس عن العادة نوع حرج . حيث قال العلماء فى رد هذا الرأى أن التعامل بخلاف النص لا اعتداد ولا اعتبار به . وانما يعتبر التعامل فيما لانص فيه «١» . والنص الوارد فى هذا الشأن هو ما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال: عورة الرجل ما بين سرتة الى ركبته .

وأما اذا لم يكن العرف مخالفا للنص من كل وجه ولم يكن قاضيا عليه ولا مبطلا للحكم الذى أثبتته كما اذا كان النص الشرعى عاما والعرف خالفه فى بعض أفراده . فانه يعمل بالعرف والنص معا . ويكون العرف مخصصا للنص العام لا مبطلا له . وتخصيص النص بالعرف العام محل اتفاق . مثاله أن النص ورد من الشارع فى نهى الانسان عن أن يبيع ما ليس عنده . وجوز الفقهاء الاستصناع لعرف الناس وتعاملهم به مع أن النص يشملهم ويتناولهم اذ يصدق على الاستصناع أنه يبيع ما ليس عند الانسان فهو منهي عنه بالنص . فقد عمل بمقتضى النص فى غير الاستصناع وعمل بالعرف فى الاستصناع فلم يلزم من العمل بالعرف المخالف للنص ترك النص «٢» .

ما تقدم بيانه اذا خالف العرف النص الشرعى ولم يكن النص وقت وروده مستندا الى العرف ولا مبنيا على تعامل الناس وعاداتهم . وأما اذا

(١) كتاب المبسوط ج ١٠ ص ١٤٦ .

(٢) انظر رسالة رسم المفتى . ورسالة نشر العرف .

كان النص الشرعي مبنيا على عرف الناس وعاداتهم وقت صدوره أى ورد النص مقررا للعرف السائد بين الناس وموافقا لعاداتهم التى يتبعونها ويلتزمون العمل بها ثم تغير العرف وتبدلت العادة بأن حدث عرف جديد طارئء مخالف للعرف الذى قرره الشارع بالنص . مثال ذلك أن الشارع نص على أن البر والشعير والتمر والملح من المكيلات وعلى أن الذهب والفضة من الموزونات . فاذا تغير العرف وأصبح الكيل موزونا وموزون مكبلا . فانه لا اعتبار لهذا العرف الطارئء بل العبرة للنص فالأشياء التى نص الشارع على أنها مكيلة تظل مكيلة والأشياء التى نص على أنها موزونة لا تتأثر بتغير العرف وهذا رأى الامام أبى حنيفة ومحمد . فلو بيع تمر بتمر وزنا كما هو العرف الآن لم يجوز هذا البيع عندهما ويكون ربا . وعند أبى يوسف يجوز البيع ولا يعتبر ذلك ربا لأن العبرة بالعرف الطارئء القائم وقت البيع لأن الشرع حينما نص على أن هذه الأشياء مكيلة أو موزونة انما راعى فى ذلك العرف السائد بين الناس فى عد هذه الاشياء من المكيلات أو من الموزونات فمرجع النص ومردده فى اعتبار الكيل معيارا للبر والشعير والتمر والملح . وفى اعتبار الوزن معيارا للذهب والفضة انما هو العرف الذى كان قائما وقت صدور النص . فلو كان العرف بالعكس لجاء النص على وفقه ولاعتبر الكيل معيارا للذهب والفضة والوزن معيارا للبر وأمثاله مراعاة للعرف . وحيث أن الملاحظ من جهة الشارع فى عد هذه الأشياء من المكيلات أو الموزونات انما هو العرف يكون العرف هو المعول عليه وهو المنظور اليه . فاذا ماتغير العرف وتبدلت العادة يجب أن يتغير الحكم . وحينئذ فاعتبار العرف الطارئء بعد النص لا يكون تركا للنص ولا مخالفا له بل يكون ذلك اتباعا للنص وعملا بموجبه . وما لم ينص الشارع على أن معياره بالوزن أو الكيل فقد اتفق الكل على أن المرجع فى ذلك هو العرف والعادة .

ويكاد أبو حنيفة ومحمد يكونان ظاهرى المذهب فى هذه المسألة حيث أنهما تمسكا بالنص الحرفى ولم ينظرا الى علة النص وسببه بخلاف أبى يوسف فانه علل النص واعتبر العرف مرد النص ومرجعه ولهذا لم يتمسك بالنص

العرفي اذا وجد العرف المغاير الطارئ على النص • ورأى أبى يوسف في هذه المسألة أولى باتباعه لأنه أرفق بالناس لما فيه من التيسير والتسهيل في مبادلاتهم المالية ومعاملاتهم التجارية • كما أنه أوفق لمقاصد الشريعة الاسلامية السمحة التي جاءت للتيسير على الناس لا للتعسير والتشديد والتضييق عليهم • فان العرف جار بين الناس من مدة طويلة على اعتبار التمر والملح والدقيق من الموزونات وعلى اعتبار النقود الذهبية والفضية من المعدودات • وفي رسالة « نشر العرف » لابن عابدين : لو تعارف الناس ببيع الدراهم بالدراهم أو استقراضها بالعدد كما في زماننا لا يكون مخالفا للنص فالله تعالى يجزى أبى يوسف عن أهل الزمان خير الجزاء فلقد سد عنهم بابا عظيما من الربا « ١ » ا ه •

والظاهر من كلام الكمال بن الهمام في فتح القدير على الهداية ترجيح رأى أبى يوسف في هذه المسألة وقد صرح العلامة سعدى چلبى في حاشيته على « العناية شرح الهداية » بأن استقراض الدراهم عددا وبيع الدقيق وزنا على ما هو المتعارف في زماننا ينبغي أن يكون مبنا على ما روى عن أبى يوسف في هذه المسألة « ٢ » •

ج - ألا يكون العرف مخالفا لنص أو شرط لأحد المتعاقدين • فاذا وجد نص أو شرط لأحدها وجب العمل بمقتضى النص أو الشرط مادام الشرط صحيحا • ولا يلتفت الى العرف اذا لا عبرة للعرف اذا وجد نص على خلافه • فلو استأجر شخص آخر بأجر معلوم على الخدمة والعمل في منزله ونص في العقد على أن مدة العمل يوميا من الظهر الى العصر فالواجب على الأجير العمل في المدة المعينة المنصوص عليها وليس للمستأجر أن يلزمه العمل من الصباح الى المساء ان كان عرف البلد جاريا على ذلك • واذا كان العرف والعادة بين الناس على أن تكون مصاريف تسجيل العقد على المشتري واتفق العاقدان على أن يكون ذلك على البائع عمل بهذا الاتفاق ولا عبرة

(١) ص ١١٨ من رسائل ابن عابدين •

(٢) ج ٦ ص ١٥٧ •

للعرف مع النص على مخالفته .

ء - أن يكون العرف سابقا ومقارنا لزمان الشيء الذي يحمل على العرف فلا عبرة بالعرف المتأخر الطارئ على العقد أو التصرف الذي يراد فيه التحكم الى العرف والعادة . قال في « الاشباه » العرف الذي تحمل عليه الألفاظ انما هو المقارن السابق دون المتأخر ولذا قالوا : لا عبرة بالعرف الطارئ « (١) » اهـ .

فعبارات الواقفين وشروطهم في حجة الوقف . ونصوص الوثائق والفاظ الحجج في العقود والتصرفات وما دون فيها من قيود واطلاقات والتزامات واشتراطات . وما جاء فيها من اصطلاحات . يراعى في فهمها وتفسيرها العرف الذي كان قائما وقت صدور العقود وانشاء التصرفات لأن كل عاقد أو متصرف بل كل متكلم انما يتكلم بحسب عرفه وانما يقصد من كلامه ما يتعارفه . فيفهم لفظه ويبين المعنى المقصود منه بحسب عاداته في خطابه وعرف بيئته وعادة عصره واقليمه . ولا يلتفت الى العرف الحادث بعد انشاء العقد أو التصرف .

وفي كتاب « البحر الرائق شرح كنز الدقائق » لابن نجيم المصرى نقلا عن الكافي : والأحكام تبنى على العرف فيعتبر في كل اقليم وفي كل عصر عرف أهله . وفي رسالة « رسم المفتى » لابن عابدين : تجرى الألفاظ والعقود في كل بلدة على عادة أهلها ويراد منها ذلك المعتاد منها بينهم ويعاملون بما يقتضيه ذلك من صحة وفساد وتحريم وتحليل وغير ذلك . لأن المتكلم انما يتكلم على عرفه وعاداته ويقصد ذلك بكلامه وانما يعامل كل أحد بما أراده « (٢) » اهـ . ببعض تصرف . ويقول ابن القيم في كتابه « أعلام الموقعين » : فايك أن تهمل قصد المتكلم ونيته وعرفه فتجنى عليه وعلى الشريعة وتسبب اليها ما هي بريئة منه وتلزم الحالف والناذر والعاقد

(١) ج ١ ص ١٣٣ طبع دار الطباعة العامرة بالاستانة .

(٢) الرسالة المذكورة ص ٤٨ .

ما لم يلزم الله ورسوله به «١» .

وفي شرح « تنقيح الفصول » لشهاب الدين أبي العباس القرافي المالكي: القاعدة أن من له عرف أو عادة في لفظ انما يحمل لفظه على عرفه أما العادات الطارئة بعد النطق لا يقضى بها على النطق فان النطق سأل من معارضتها فيحمل على اللغة . ونظيره اذا وقع العقد في البيع فان الثمن يحمل على العادة الحاضرة في النقد . وما يطرأ بعد ذلك من العادات في النقود لا عبرة به في هذا البيع المتقدم . وكذلك النذور والاقرار والوصية اذا تأخرت العادة عليها لا تعتبر وانما يعتبر من العادات ما كان مقارنا بها . فكذاك نصوص الشريعة لا يؤثر فيها الا ما قارنها من العادات «٢» .

اعتبار الفقهاء العرف دليلا من أدلة الفقه

فقهاء الشريعة الاسلامية قديما وحديثا على اختلاف مذاهبهم أخذوا بالعرف واعتبروه دليلا يبنى عليه كثير من الأحكام الفقهية . وفي تنقيح الفصول لابي العباس القرافي المالكي : أما العرف فمشارك بين المذاهب ومن استقرأها وجددهم يصرحون بذلك . وفي الاشباه لابن نجيم : ان اعتبار العادة والعرف يرجع اليه في الفقه في مسائل كثيرة حتى جعلوا ذلك أصلا ، ويقول ابن العربي في كتابه « أحكام القرآن » عند تفسير قول الله تعالى « لينفق ذو سعة من سعته » : العادة دليل أصولي بنى الله عليه الأحكام وربط به الحلال والحرام ، ويقول ابن عابدين في منظومته في رسم الفتى :

والعرف في الشرع له اعتبار لذا عليه الحكم قد يدار

ومن تتبع كتب الفقه المؤلفة قديما وحديثا واستقرأ أقوال الفقهاء القدامى والمتأخرين . ونظر الى الفروع الفقهية يجد كثيرا من الشواهد والعبارات الدالة على أن فقهاء الشريعة الاسلامية راعوا في كثير من الأحكام

(١) ج ٣ ص ٤٦ .

(٢) ص ١٩٤ من الكتاب المذكور .

عرف الناس وعاداتهم • وأنهم اعتبروا العرف دليلاً يرجع إليه لمعرفة الأحكام الفقهية إذا أعوزهم النص الشرعي من الكتاب والسنة • فمن أقوال الفقهاء الواردة في كتب الفقه : المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً • المشروط عرفاً كالمشروط شرعاً • المعروف بالعرف كالمشروط باللفظ • العادة محكمة • الثابت بالعرف كالثابت بالنص • التعيين بالعرف كالتعيين بالنص • ترك الحقيقة بدلالة الاستعمال والعادة • والتعويل في هذا الباب على العرف والعادة • ويقولون في بعض الأحكام : ان المدرك فيها العرف وأن مستند الفتوى العرف والعادة • وغير ذلك من العبارات الكثيرة التي وردت في المؤلفات الفقهية • فهذه العبارات والأقوال وأمثالها لاتدع مجالاً للشك في أن العرف يرجع إليه في كثير من الأحكام عند عدم وجود نص من الكتاب والسنة وأنه يلجأ إليه الفقيه والقاضي والمفتي في معرفة الأحكام الشرعية وتطبيقها على الوقائع والجزئيات حيث لا يوجد نص من الشارع •

استدلال الفقهاء على حجية العرف

استدل شمس الأئمة السرخسي في كتابه « المبسوط » على اعتبار العرف حجة لاثبات الاحكام الشرعية بقوله عليه الصلاة والسلام : ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن • حيث يقول ما نصه : وتعامل الناس من غير نكير أصل من الأصول كبير لقوله صلى الله عليه وسلم : ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن «^١» وكذا استدل الكاساني في « بدائعه » على حجية العرف بالحديث المذكور فقد قال ما نصه : وعرف المسلمون وعاداتهم حجة ••• قال النبي صلى الله عليه وسلم ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن «^٢» • واستدل الكمال بن الهمام أيضاً بهذا الحديث على حجية العرف حيث يقول في كتابه « فتح التقدير على الهداية » : ولأن العرف انما صار حجة بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم : ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن «^٣» • ويقول ابن نجيم

في « الأشباه والنظائر » عند شرحه « القاعدة السادسة » : العادة محكمة مانصه : وأصلها قوله عليه الصلاة والسلام : ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن «^١» .

وفي رسالة « نشر العرف » : أن بعض العلماء استدل على اعتبار العرف بقول الله تعالى « خذ العفو » وأمر بالعرف «^٢» اهـ . وقد استدل بهذه الآية على اعتبار العرف دليلا وحجة شهاب الدين القرافي فقد جاء في كتابه « الفروق » : فكل ما شهدت به العادة قضى به لظاهر هذه الآية . واستدل

(١) ومع أن كتب الفقه متضاربة في نقل هذا الحديث عن النبي صلى الله عليه وسلم فقد قال العلاني في شأنه : لم أجده مرفوعا في شيء من كتب الحديث أصلا ولا بسند ضعيف بعد طول البحث وكثرة الكشف والسؤال . وإنما هو من قول عبد الله بن مسعود رضي الله عنه موقوفا عليه أخرجه أحمد في مسنده . وقد تعقبه الحموي في كتابه « غمز عيون البصائر » في أن الحديث المذكور أخرجه أحمد في مسنده حيث جاء فيه : قال السخاوي في المقاصد الحسنة : حديث ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن رواه أحمد في كتاب السنن من حديث أبي وأئل عن ابن مسعود قال : إن الله نظر في قلوب العباد فاختر محمد أصلى الله عليه وسلم فبعثه برسالته . ثم نظر في قلوب العباد فاختر له أصحابا فجعلهم أنصار دينه ووزراء نبيه . فما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وما رآه المؤمنون قبيحا فهو عند الله قبيح . وهو موقوفا حسن . ووهم من عزاد لمسند أحمد . ثم قال الحموي : فكان العلاني تبع من وهم في نسبته الى مسند أحمد . وقال العلامة جمال الدين الزيلعي في كتابه القيم « نصب الرابة لاحاديث الهداية » عن الحديث المذكور ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن - : انه غريب مرفوعا ولم أجده الا موقوفا على ابن مسعود . وله طرق ثم ذكر تلك الطرق . (ج ٤ ص ١٣٣) وفي تعليقات الاستاذ محمد الخضر التونسي على الموافقات للشلطبي : هذا الحديث رواه أحمد والبخاري في مسنديهما موقوفا على ابن مسعود وروى مرفوعا من حديث أنس لكن أسناده ساقط . (ج ٢ ص ٢٣٨) . (والاستاذ محمد الخضر عين شيخا للجامع الأزهر بعد كتابة هذا المقال بمدة) .

وقد يقال أن حديث ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن . وإن كان موقوفا على ابن مسعود فهو في حكم الحديث المرفوع لان ما دل عليه من أن ما رآه المسلمون حسنا يكون حسنا عند الله ويعتبر رأيهم حجة . مما لا مجال فيه للعقل والاجتهاد والرأي . اذ لا يدرك ذلك الا بالنص من الشارع . فلا بد أن يكون ابن مسعود رضي الله عنه قد سمع ذلك من النبي صلى الله عليه وسلم وقد تلقى الفقهاء الحديث بالقبول وعملوا بمقتضاه .

بها أيضا علاء الدين الطرابلسي في كتابه « معين الحكام » حيث قال : الباب الثامن والعشرون في القضاء بالعرف والعادة . قال تعالى « خذ العفو وامر بالعرف » .

وقد يستدل على حجية العرف وعلى اعتباره شرعا كأصل يبني عليه الحكم أو على الأقل قد يستأنس على ذلك بقوله تعالى « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف لا تكلف نفس الا وسعها » (١) وبالحدِيث الذي رواه البخاري وغيره عن عائشة وهو أن هند بنت عتبة قالت : يارسول الله ان أبا سفيان - زوجها - رجل شحيح وليس يعطيني مايكفيني وولدي الا ما أخذت منه وهو لا يعلم . فقال صلى الله عليه وسلم : « خذي مايكفيك وولديك بالمعروف » وبقوله عليه الصلاة والسلام في حجة الوداع بشأن الزوجات : « ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف » قال الامام ابن جرير الطبري في تفسير الآية الكريمة وفي بيان معنى كلمة « المعروف » ويعنى بقوله : بالمعروف . مايجب لمثلها على مثله اذ كان الله تعالى ذكره قد علم تفاوت أحوال خلقه بالفقر والغنى . ويقول أبو بكر الرازي المشهور بالجدد في كتابه « أحكام القرآن » في تفسير الآية المذكورة : ويدل أيضا - يعنى قوله تعالى بالمعروف - على أنها (أى النفقة الزوجية) على مقدار الكفاية مع اعتبار حال الزوج . وقد بين ذلك بقوله عقيب ذلك : لا تكلف نفس الا وسعها . فاذا اشتتت المرأة وطلبت من النفقة أكثر من المعتاد المتعارف لمثلها لم تعط وكذلك اذا قصر الزوج عن مقدار نفقة مثلها في العرف والعادة لم يحل ذلك وأجبر على نفقة مثلها (١) .

وغير لفظ المعروف في الحديثين كما في الآية بالأمر المعتاد المتعارف عند الناس أى القدر الذى علم بالعرف والعادة أنه يكفى الزوجة ويقوم بحاجتها حسب المؤلف المعروف . فقد نص الكتاب والسنة على أن نفقة الزوجة واجبة على زوجها بدون أن يتعرضا لمقدارها ولا لنوعها بل تركا

(١) سورة البقرة الآية رقم ٢٣٣ .

(٢) ج ١ ص ٤٠٤ .

أمر تقديرها الى عرف الناس وعاداتهم . فتقدر النفقة في كل حادثة جزئية بمراعاة العرف وعلى حسب مجرى العادة . وقد دلت هذه النصوص على أن العرف هو المرجع في تطبيق الحكم الكلى وهو وجوب النفقة الزوجية على الزوج على الحوادث الجزئية والوقائع الفردية . وقد قال ابن العربي في كتابه « أحكام القرآن » : قوله تعالى « لينفق ذو سعة من سعته » (١) هذا يفيد أن النفقة ليست مقدرة شرعا وانما تقدر عادة بحسب الحالة من المنفق والحالة من المنفق عليه . فتقدر بالاجتهاد على مجرى العادة ثم يقول : قد بينا أنه - الاتفاق - ليس له تقدير شرعا وانما أحاله الله سبحانه وتعالى على العادة وهى دليل أصولى بنى الله عليه الاحكام وربط به الحلال والحرام وقد أحاله الله على العادة فيه فى الكفارة فقال : فاطعام عشرة مساكين من أوسط ماتطمعون أهليكم أو كسوتهم (٢) ١ هـ .

العرف والتشريع الاسلامى

كانت الامة العربية قبل اشراق نور الاسلام وبعث الرسول خاتم الانبياء والمرسلين . كآية أمة من الامم لها نوع من العبادات والمعتقدات . وضروب من المبادلات والمعاملات فى كل مايتصل بمختلف شئون الحياة من دينية واجتماعية واقتصادية ومالية وتجارية وسياسية . وغير ذلك من أمور الدنيا . ولم تكن للعرب حكومة منظمة يخضعون لسلطانها ويستظلون برايتها . كما لم يكن لهم قانون مدون يتبعون نصوصه ولا أنظمة مكتوبة يسيرون عليها ولا كتاب سماوى يلتزمون العمل به . بل كانت أمة أمية . وفى الكتاب العزيز : « هو الذى بعث فى الاميين رسولا منهم » (٣) وفى الحديث الشريف : « بعثت الى أمة أمية » لهم عادات قومية يتبعونها وتقاليدها موروثة يعملون بموجبها ولا يحدون عنها . وأعراف متبعة

(١) سورة الطلاق الآية رقم ٧ .

(٢) ج ٢ ص ٢٧٠ .

(٣) البقرة ١٢٧ .

يسرون عليها ويتقيدون بها . كونتها تجاربهم في الحياة أحقابا متعاقبة . ومعتقداتهم التي ورثوها عن الآباء والاجداد على مر الايام والسنين . أو اقتبسوها من الاديان والشرائع الماضية كدين ابيهم ابراهيم عليه الصلاة والسلام الذي بنى الكعبة المكرمة « اذ يرفع ابراهيم القواعد من البيت » « ١ » « ان أول بيت وضع للناس للذي ببكة مباركا وهدى للعالمين » « ٢ » . أو نقلوها من اليهودية والنصرانية . وقد انتقل اليهم بحكم الجوار والاختلاط بعض النظم التي كانت لدولة الرومان التي كانت لها السيادة والحكم على البلاد الشامية . ولدولة الفرس التي كانت صاحبة النفوذ والسلطان على البلاد العراقية . وهما في ذلك الحين أقوى دولتين في الارض تتنازعا على السيادة والتسلط على العالم . وتتسابقان في السيطرة عليه والاستئثار بالحكم بكل ما أوتى لهما من قوة وبأس . وكاتتا قد بلغتا شأوا بعيدا في التقدم والحضارة والرقى في المدنية . وأخذتا بنصيب وافر في التشريع والتقنين والتنظيم .

وكان دستور العرب في شؤونهم الاجتماعية وقانونهم في معاملاتهم بأوسع معانيها في كل ما يتصل بالحياة من مبادلات مالية وارتباطات عائلية وعلاقات بين الافراد والجماعات وغير ذلك من الامور التي لاغنى عنها لاية أمة . هذه المجموعة من العادات والاعراف والتقاليد والمعتقدات التي أصبحت أكثرها وثنية مع مرور الزمان ما أنزل الله بها من سلطان .

جاء الاسلام وبعث محمد صلى الله عليه وسلم خاتم الانبياء والمرسلين رحمة للعالمين ليتم مكارم الاخلاق وليكمل الشرائع السماوية . ويهدى الناس أجمعين الى الصراط المستقيم . ويرشدهم الى ما فيه سعادتهم وصلاحهم وخيرهم في هذه الدنيا وفي الآخرة . بالشريعة الاسلامية السمحة التي هي خاتمة الشرائع وأكملها وأعدلها لا يأتيها الباطل من بين يديها

(١) سورة البقرة الاية ١٢٧ .

(٢) الاية رقم ٩٦ من سورة آل عمران .

ولا من خلفها والتي اشتملت على قوانين السياسة الدينية والمدنية وجمعت أصول أسباب الرقى والسعادة للبشر كافة . فلم تدع نقصا ولم تترك ثلما في ناحية من نواحي الحياة . حتى تأتي شريعة أخرى تكمل النقص وتسد الثلثة . فكتب لها الخلود والبقاء والعموم فكانت الشريعة العامة للعالمين « وما أرسلناك الا رحمة للعالمين » « ١ » « وما أرسلناك الا كافة للناس بشيرا ونذيرا » « ٢ » « قل يا أيها الناس انى رسول الله اليكم جميعا » « ٣ »

ولما كان للعادات التى ألفها الناس وساروا عليها أزمانا متطاولة في حياتهم ومعاملاتهم وللأعراف التى تعارفوها وعملوا بها أحقابا متعاقبة في مجتمعاتهم وتصرفاتهم . سلطان عظيم على الناس وأثر عييق في النفوس حتى قيل : العادة توأم الطبيعة . وجاء في الامثال : العادة أم لك من الادب . كان في نزع الناس عن عاداتهم . وفي اقلاعهم عما ألفوه ضيق وحرَج ومشقة لهم . اذ النفوس جبلت على التعلق بما ألفت والتمسك بما اعتادت عليه . فقد عنى المشرع الاسلامى بمرعاة العرف الصالح ومسايرته وعدم مجانبته وتجافيه فيما شرع للناس من الاحكام ، وسن من القوانين في مختلف الشؤون . حتى يسهل على الناس قبولها . ولا يجدوا في تطبيقها والعمل بمقتضاها مشقة وصعوبة . ولا يلقوا ضيقا وحرجا في الخضوع لها . لانها غير مجافية لما تعارفوه وألفوه . وغير مجانبة لما اعتادوه وتعاملوا به . قال تعالى : « ماجعل عليكم في الدين من حرج » « ٤ » وقال جل وعلا : « يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر » « ٥ » وقال : « يريد الله أن يخفف عنكم » « ٦ » وقال « وما أرسلناك الا رحمة للعالمين » وقال عليه

(١) سورة الانبياء رقم ١٠٧ .

(٢) الآية ٢٨ من سورة سبأ .

(٣) الآية رقم ١٥٨ من سورة الاعراف .

(٤) الآية ٧٨ من سورة الحج .

(٥) سورة البقرة رقم ١٨٥ .

(٦) سورة النساء الآية ٢٨ .

الصلاة والسلام بعثت بالحنيفية السمحة ، وروى أن الرسول صلى الله عليه وسلم : « ما خير بين شيئين الا اختار أيسرهما على أمتي » .

وقد تعرض الاسلام في تشريعه وتقنينه في وضع الاحكام الشرعية . لعرف العرب وعاداتهم في الجاهلية التي كانت سائدة وقت نزول الوحي وقائمة عند التشريع . وعنى بها التشريع الاسلامي ونظر اليها وتناولها بما يتفق ومقاصد الشريعة وأهدافها . من جلب المصالح للعباد ودرء المفسد عنهم . وبما يحقق ما يتوخاه الدين الاسلامي في سن القوانين من اليسر على الناس لا العسر . فلم يعمد الى هدم تلك العادات والاعراف كلها ولا الى اقرارها كلها بدون تمييز بين الضار والنافع والفاقد والصالح . والناقص والكامل منها . لان ذلك يجانب الحكمة ويجافي المصلحة ولا يتفق مع الغرض والغاية التي جاء بها الدين الاسلامي . وهي ارشاد الناس وهدايتهم الى ما فيه خيرهم وصلاحهم . واصلاح ما فسد من أمرهم في معتقداتهم ومعاشهم ومعاملاتهم . وتقديم ما اعوج من أخلاقهم وتهذيب نفوسهم . ودفع المضرة والمفسدة عنهم وجلب المصلحة والسعادة لهم . بل تناول الاسلام تلك العادات والاعراف . فأبقى الصالح منها وأقره وعده من شريعته وأبطل الفاسد منها وحرمه ولم يقره . وأكمل الناقص منها . مراعيًا في كل ذلك تحقيق ما يرمى اليه في تشريعه . وتحصيل ما يقصده في أحكامه من جلب المصلحة للناس ودفع المضرة عنهم وعدم الاعنات والارهاق فيما يكلفون به من عبادات ومعاملات وفيما يشرع لهم من أحكام .

ولبيان ما للعرف من أثر في نفوس الناس روعى في التشريع الاسلامي . سنذكر مثالين لذلك :

(١) كان شرب الخمر ولعب الميسر من العادات المتأصلة في نفوس العرب وكانوا يتمدحون بهما ويرون تناول الخمر وشربه يحمل الشارب على الشجاعة والاقدام . وأن الميسر من دواعي الكرم والجود حيث كانوا

يجعلون ما ربحوه طعاما للفقراء والمساكين ويتصدقون به على المحتاجين . وقد صار من أمثالهم قول بعضهم : « اليوم خمر وغدا أمر » وهذا بين لنا شدة تعلقهم بشرب الخمر واستحكامه في نفوسهم . ولما أراد الشارع الحكيم تحريمها لأنها من العادات الضارة غير الصالحة للبقاء . فانه لم يعمد مرة واحدة الى تحريمها حتى لايفاجأ الناس بتحريم ما ألفوه وتعارفوه . فيشق عليهم ذلك ولا يسهل عليهم قبوله . فسلك طريق التدرج في تحريمها ليكون ذلك أدعى الى الامتثال والقبول بدون صعوبة ومشقة . بعد أن تهيأت النفوس لذلك . فلما سئل النبي صلى الله عليه وسلم عن الخمر والميسر نزل قوله تعالى أول ما نزل في شأنها : « يسألونك عن الخمر والميسر قل فيهما اثم كبير ومنافع للناس واثمهما أكبر من نفعهما » (١) فلم تصرح الآية بتحريمها وان كان فقيه النفس العالم بأسرار التشريع الواقف على حكمته يفقه من قوله تعالى : « واثمهما أكبر من نفعهما » التحريم لان المنظور اليه في تحليل الشيء أو تحريمه غلبة الخير أو الشر حيث لا يوجد في الافعال ما هو خير محض ولا شر محض . فالمعتبر انما هو الامر الاكثر الاغلب لان عامة المنافع والمضار أمر اضافي لا حقيقي . ولذا امتنع بعض الناس عن شرب الخمر ولعب الميسر بعد هذه الآية . وقال بعضهم : نصيب من منافعها وندع المآثم . ثم نزل بعد ذلك قول الله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون » (٢) فهي المؤمنين عن أن يقربوا الصلاة وهم سكارى . ثم حرم الله سبحانه وتعالى الخمر والميسر تحريماً باتاً بعد أن مهد لذلك بالآيتين السابقتين . فنزل قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا انما الخمر والميسر والانصاب والازلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفحلون انما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة فهل أنتم منتهون » (٣) وفي

(١) سورة البقرة الآية ٢١٩ .

(٢) سورة النساء الآية ٤٣ .

(٣) سورة المائدة رقم ٩٠ ، ٩١ .

قوله تعالى « فهل أنتم متتهون » أبلغ ما يكون من الاجتناب عنهما • وروى أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه لما نزلت هذه الآية قال : اتھينا •

(٢) روى البخارى ومسلم بسندهما عن عائشة رضى الله عنها قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لولا قومك حديث عهد بشرك لبنيته الكعبة على قواعد ابراهيم • فقد راعى النبي عليه الصلاة والسلام ما اعتاده قريش وألوفه في بناء البيت فأبقاه على ما هو عليه بدون تغيير مراعاة لعادة قومه التي تأصلت في نفوسهم • ويذكر ابن القيم في « أعلام الموقعين » أن مكة لما فتحت وصارت دار اسلام عزم النبي عليه الصلاة والسلام على تغيير البيت وردة على قواعد ابراهيم عليه السلام • ومنعه من ذلك مع قدرته عليه خشية وقوع ما هو أعظم منه من عدم احتمال قريش لذلك لقرب عهدهم بالاسلام وكونهم حديث عهد بالكفر • وما ذلك الا لشدة تعلق النفوس بما اعتادت عليه ولصعوبة تحويلها عما ألفتها واقلعها عما أنتت به من العادات على مر الزمان •

وسنذكر جملة من العادات التي كانت للعرب في الجاهلية وأبطلها الاسلام لكونها ضارة غير صالحة للبقاء • ثم نعقبها بطائفة من العادات التي أقرها الاسلام أو عدلها سواء كانت تلك العادات في المعاملات المدنية أو في نظام الاسرة أو في العقوبات أو العبادات •

فمن العادات التي أبطلها الاسلام :

١ - شرب الخمر ولعب الميسر وعبادة الانصاب أو الذبح عليها للتقرب والزلفى الى الله والاستقسام بالازلام • وقد أبطل الاسلام كل ذلك • قال تعالى : يا ايها الذين آمنوا انما الخمر والميسر والانصاب والازلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون « لانها عادات ضارة فاسدة غير صالحة للبقاء •

ب - وكان من عاداتهم وأد البنات حتى قالوا : وأد البنات من المكرمات قال تعالى : « واذا بشر أحدهم بالاثى ظل وجهه مسودا وهو كظيم •

فيواري من القوم من سوء ما بشر به أيمسكه على هون أم يدسه في التراب» (١) وكانوا يفعلون ذلك مخافة العار وخشية الفقر . ويقول الاستاذ الخضري في كتابه « تاريخ الامم الاسلامية : ان هذه العادة لم تكن في جميع العرب بل كانت في بعض بطون من تميم واسده اه . وقد أبطل الله تعالى هذه العادة الوحشية المستهجنة بقوله « ولا تقتلوا أولادكم خشية اطلاق نحن نرزقهم واياكم ان قتلهم كان خطأ كبيرا » (٢) .

ج - وأبطل الاسلام التبني الذي كان شائعا بين العرب فكان الواحد منهم يتبنى ابن غيره فيلحق به وينسب اليه دون أبيه من النسب . ويكون في الحكم كأحد أبناء من تبناه من النسب يشاركهم في ارثه . وقد جرى العمل بنظام التبني الذي جرى به عرف العرب وعاداتهم فترة من الزمن في صدر الاسلام ثم نسخ الله التبني وأبطله . قال تعالى : « ماجعل أدياءكم أبناءكم . ذلكم قولكم بأفواهكم والله يقول الحق وهو يهدي السبيل . أدعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله » (٣) .

د - وكان التوريث معروفا عند العرب . ونظامهم في الارث أنهم لا يورثون الا من يحمي الذمار ويدافع عن الحريم ويذب عن الحوزة ويحمل السيف ويقا تل الاعداء من الرجال . فقاعدتهم المتبعة عندهم قصر الارث على الرجال فيحرمون من الميراث الضعيفين المرأة والصغير . فهدم الاسلام ذلك وأبطله وقرر للنساء نصيبا من التركة وجعل الاولاد وارثين بدون فرق بين صغير وكبير . قال تعالى : « للرجال نصيب مما ترك الوالدان والاقربون وللنساء نصيب مما ترك الوالدان والاقربون مما قل منه أو كثر نصيبا مفروضا » (٤) وقال تعالى : « يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين » (٥) .

(١) رقم ٥٨ ، ٥٩ من سورة النحل .

(٢) سورة الاسراء رقم ٣١ .

(٣) سورة الاحزاب ٥٤ ، ٤ .

(٤) سورة النساء رقم ٧ .

(٥) سورة النساء رقم ١١ .

هـ - وقد حرم القرآن عاداتهم التزوج بامرأة الاب وكانوا يسمون ذلك زواج المقت وكذا حرم الجمع بين الاختين . قال تعالى : « ولاتنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء الا ما قد سلف انه كان فاحشة ومقتا وساء سبيلا »^(١) وقال تعالى في بيان المحرمات من النساء : « وان تجمعوا بين الاختين الا ما قد سلف »^(٢) .

و - ومن العادات التي كانت شائعة التعامل بالربا فقد اعتاده العرب وتعارفوه وحرم الاسلام الربا ونزل في شأنه جملة آيات منها قوله تعالى : « الذين يأكلون الربا لا يقومون الا كما يقوم الذي يتخبطه الشيطان من المس » ذلك بأنهم قالوا انما البيع مثل الربا . وأحل الله البيع وحرم الربا «^(٣)» ومنها قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا الربا أضعافا مضاعفة واتقوا الله لعلكم تفلحون »^(٤) .

ونكتفي بهذا القدر من عرف العرب وعاداتهم التي كانت سائدة بينهم في زمن البعثة ووقت نزول الوحي وأبطلها الاسلام لفسادها وعدم صلاحيتها للبقاء وللتعامل بها . ونشرع الآن في سرد طائفة من الاعراف والعادات التي أقرها الاسلام أو عدلها . وقبل ذكرها نود أن نقرر أن اقرار الاسلام هذه العادات ليس باعتبارها عادات جرى عليها الناس وتعاملوا بها فحسب . بل على أنها شريعة كفيلة بتحقيق مصالح الناس لاذ الشارع لما أقر العرف واعتبره من شريعته فقد شرعه للناس وجعله قانونا ملزما يجب اتباعه والعمل بمقتضاه .

وها هي بعض تلك الاعراف والعادات التي أقرها الدين الإسلامي على ما كانت عليه أو بعد تعديلها :

(١) من أنواع المعاملات التي كان العرب يزاولونها وجرى عرفهم

(١) سورة النساء الآية ٢٢ .

(٢) سورة النساء ٢٣ .

(٣) سورة البقرة الآية ٢٧٥ .

(٤) سورة آل عمران الآية ١٢٠ .

وتعاملهم بها وأقرها الاسلام الاجارة والرهن والشركة والمزارعة والمساقاة والبيع بعد أن نهى عن أنواع منه وحرمها وأقر السلم الذى كان العمل به جاريا فى المدينة بعد أن عدل نظامه الذى كان متبعا عندهم بما يجعله صالحا للتعامل به بين الناس من غير أن يؤدى الى خلاف ومنازعة بين المتعاملين به . روى الامام البخارى عن ابن عباس قال : قدم النبى صلى الله عليه وسلم المدينة وهم يسلفون فى الثمار السنة والمستين . فقال من أسلف فيسلف فى كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم .

(٢) كان تعدد الزوجات معروفا عند العرب ومألوفا لديهم وجرت عاداتهم بذلك . وكانوا يكثرون من تزوج النساء وكانت عاداتهم فى تعدد الزوجات أنهم لا يقفون فى الجمع بينهن عند حد معين ولا يلتزمون عددا محدودا لا يتجاوزونه . فأقر الاسلام أصل تعدد الزوجات ولكنه عدل نظام التعدد وجعل أقصى عدد من الزوجات يجوز للرجل أن يجمع فى عصمته أربعا فمن كانت له أربع زوجات فليس له أن يتزوج بأخرى . قال تعالى « وان خفتن الا تقسطوا فى اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فان خفتن الا تعدلوا فواحدة » (١) وروى عن ابن عمر رضى الله عنهما : ان غيلان الثقفى أسلم وله عشر نسوة فى الجاهلية فأسلمن معه فأمره النبى صلى الله عليه وسلم أن يختار منهن أربعا ويفارق سائرهن . وعن قيس بن الحارث أنه أسلم وعنده ثمان نسوة فقال له النبى عليه الصلاة والسلام : اختر منهن أربعا . وعن نوفل بن معاوية أنه أسلم وله خمس نسوة فقال صلى الله عليه وسلم : امسك أربعا وفارق الاخرى .

وهكذا نرى الاسلام قد أخذ بالامر الوسط فى مسألة تعدد الزوجات فلم يمنع أصل التعدد ولم يبجحه بدون أن يقف الانسان عند حد محدود من العدد . بل أباح التعدد لمن لا يخاف الجور فى معاملة زوجاته عند وجود الحاجة الى التعدد من دواعى طبيعية أو اجتماعية . وقصر العدد

(١) سورة النساء الآية ٣ .

على الاربع فلا يجوز للرجل أن يجمع في عصمته أكثر من ذلك وهذا محل اتفاق جمهور العلماء والفقهاء من المسلمين في جميع الامصار والاعصار فلا اعتداد برأى من خالفهم .

(٣) وكان الطلاق معروفا عند العرب في الجاهلية . ويقول المرحوم الاستاذ الخضرى في كتابه « تاريخ الامم الاسلامية » : ان الطلاق كان بيد الرجل الا انه كان هناك نساء يمترن بشرف قومهن ومكاتهن فكانوا يشترطون أن تكون الفرقة بأيديهن . اهـ . وقد كان الرجل في الجاهلية يطلق زوجته ثم يراجعها في العدة ويكرر ذلك ولم يكونوا يقفون عند حد . فلما جاء الاسلام أقر أصل الطلاق وتولى تنظيمه بما يمنع الظلم عن الزوجة ويبيدها عن أن تكون ألعوبة في يد الرجل يتخذ الطلاق وسيلة لارهاقها واعانتها وامتهان كرامتها . ووضع للطلاق حدا أقصى حيث جعل عدده ثلاثا بحيث اذا طلق الرجل زوجته المطلقة الثالثة . انقطعت العلاقة الزوجية بينهما انقطاعا باتا . فتصبح محرمة عليه تحريما مؤقتا فلا يجوز له أن يتزوجها الا بعد أن تتزوج زوجا آخر زواجا صحيحا فيدخل بها دخولا حقيقيا ثم يموت عنها الزوج الثانى أو يطلقها لامر من الامور وتنقضى عدتها . فاذا حصل كل ذلك يحل للاول أن يتزوجها مرة أخرى . قال تعالى : « الطلاق مرتان فامسك بمعروف أو تسريح باحسان » (١) وقال تعالى بعد هذه الآية : « فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره » (٢) .

(٤) ومن عادات العرب وتقاليدهم القصاص في القتل العمد ظلما وعدوانا وقد أثر عنهم قولهم : « القتل أنفى للقتل » وللقصاص عندهم نظم جرى بها عرفهم . ومن هذه النظم اعتبار القبيلة كلها مسؤولة عن جناية أى فرد منها الا اذا تبرأت القبيلة من الجانى وأعلنت ذلك في المجتمعات العامة . فنشأ عن ذلك أن ولى القاتل قلميا يكتفى بالقصاص من القاتل

(١) سورة البقرة الآية ٢٢٩ .

(٢) رقم ٢٣٠ من سورة البقرة .

فقط . بل كان يسرف في القتل من أفراد قبيلة القاتل خصوصا اذا كان القاتل شريفاً في قومه أو زعيماً لقبيلته . فتنشب الحرب بين القبيلتين ويستمر القتال بين الفريقين وربما يستمر القتال بين الطرفين أعواماً . والشريعة الاسلامية اعتبرت الجاني وحده هو المسئول وهو الذى يقتص منه ولا يجعل غيره مسئولاً عن جريمته بدون تمييز بين الاشخاص والافراد . فلا تفرقة بين الرفيع والوضيع ولا بين الامير والحقير وفي الحديث الشريف: « المسلمون تتكافأ دماؤهم » والمبدأ الذى قرره الاسلام أن المسؤولية الجنائية قاصرة على الجاني لا يتحملها غيره . فلا يقتص الا منه . قال تعالى « ولا تكسب كل نفس الا عليها ولا تزر وازرة وزر أخرى » (١) وبهذه القاعدة التى قررها الاسلام منع الاسراف فى الاخذ بالتأثر الذى جرت به عادة الجاهلية .

(٥) ومن العادات العربية دفع الدية الى أهل المقتول خطأ . وتلزم بالدية عاقلة القاتل وهى عصبته وقبيلته الذين ينصرونه ويدافعون عنه . وقد أقرت الشريعة الاسلامية نظام الدية الذى كان متبعاً عند العرب فى الجاهلية وجرى به عرفهم . ويشير الى ذلك قوله تعالى : « ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة ودية مسلمة الى أهله » (٢) وروى البخارى فى صحيحه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بدية المرأة المقتولة ودية جنينها على عصبه القاتل . وايجاب الدية فى القتل الخطأ على عاقلة القاتل من باب التخفيف من القاتل والمعاونة لكونه معذوراً حيث لم يتعمد فعل الجريمة فلا يعد ذلك تحميلاً لغير الجاني مسؤولية الجنائية . ثم ان عمر بن الخطاب رضى الله عنه لما دون الدواوين جعل الدية على أهل الديوان ان كان القاتل منهم وسيأتى تفصيل لهذه المسألة فى موضع آخر .

(٦) وقد أقر الاسلام القسامة التى كانت متبعة عند العرب واتبع

(١) الآية رقم ١٦٤ من سورة الانعام .

(٢) الآية رقم ٩٢ من سورة النساء .

نظامها الذي اعتاده العرب وتعارفوه في الجاهلية . فقد روى مسلم في صحيحه عن أبي سلمة ابن عبد الرحمن وسليمان بن يسار عن رجل من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم من الانصار . ان النبي عليه الصلاة والسلام أقر القسامة على ماكانت عليه في الجاهلية . وقد روى البخاري في باب القسامة عن ابن عباس رضى الله عنه في حديث طويل صفة القسامة في الجاهلية . وقد بين في كتب الفقه كيفية القسامة وتفصيلها ومتى يلجأ اليها ويعمل بها .

(٧) ومن العادات التي كان العرب يقومون بها في الجاهلية ويتقربون بها الى الله تعالى تعظيم الكعبة والحج اليها والطواف بها قال تعالى : « ولكل أمة جعلنا منسكاً ليذكروا اسم الله على ما رزقهم من بهيمة الانعام » (١) ويقول تعالى في آية أخرى : « لكل أمة جعلنا منسكاً هم ناسكوه » (٢) . جعل الله سبحانه وتعالى للامم والشعوب مواضع معينة وأماكن معلومة للاجتماع فيها لعبادته والتقرب اليه . فكان منسك العرب ومحل عبادتهم واقامة شعائرهم . هو البيت الحرام بمكة المكرمة وفي هذا يقول عز وجل : « ان أول بيت وضع للناس للذي ببكة مباركا وهدى للعالمين » (٣) ومع تقادم العهد وتطاول الزمن غير العرب الكثير من دين أبيهم ابراهيم عليه السلام وابنه اسماعيل . فعبدوا الاوثان والاصنام يتقربون بها الى الله زلقى . وأشركوا بالله سبحانه وتعالى . فلما بعث الرسول عليه الصلاة والسلام وجاء بالدين الخفيف جعل الله البيت الحرام منسك الامة الاسلامية . من جميع أقطار العالم وأقر الدين الاسلامي أعمال الحج من طواف بالبيت العتيق وسعى بين الصفا والمروة وغير ذلك من مناسك الحج بعد أن طهرها من أدراان الشرك والوثنية وجعلها عبادة خالصة لله سبحانه وتعالى بدون شريك قال تعالى « والله على الناس حج

(١) سورة الحج الآية ٣٤ .

(٢) الآية ٦٧ من سورة الحج .

(٣) الآية ٩٦ من سورة آل عمران .

البيت من استطاع اليه سبيلا» (١) وروى البخارى فى صحيحه عن عاصم بن سليمان قال : سألت انسانا عن الصفا والمروة قال : كنا نرى أنهما من أمر الجاهلية . فلما جاء الاسلام أمسكنا عنهما فأنزل الله تعالى : « ان الصفا والمروة من شعائر الله فمن حج البيت أو اعتمر فلا جناح عليه أن يطوف بهما » (٢) .

(٨) ومن القربات التى كان العرب فى جاهليتهم يتقربون بها الى الله الاعتكاف فى البيت الحرام فترة من الزمن للتعبد فيه . فلما جاء الاسلام أقر ذلك روى البخارى عن ابن عمر : ان عمر سأل النبى صلى الله عليه وسلم قال : كنت نذرت فى الجاهلية أن أعتكف فى المسجد الحرام . قال فاف بئذرك .

هذا ويطول بنا القول لو حاولنا تفصيل حياة العرب فى الجاهلية ونظمهم المؤسسة على العرف والعادات وموقف الشريعة الاسلامية بازائها ومدى اعتبار الاسلام فى تشريعاته المدنية والجنائية والتجارية وغيرها لتلك الاعراف والعادات . وما أدخله عليها من اصلاح وتعديل أو عدم قبوله وعدم اعتباره لها . ونرى فيما قدمناه من الامثلة فى مختلف الشئون المتعلقة بتلك الاعراف والعادات . ما يكفى ليكون الشخص رأيا فى أثر العرف والعادة فى التشريع الاسلامى . وقبل أن تترك هذا الموضوع نقرر مسألة لها أهميتها ومكاتها فى التعويل على العرف واعتباره . اذا لم يوجد نص من الشارع . وهى أن الناس فى عصر النبوية كانوا فى الحوادث والمسائل التى لم يرد فيها حكم منصوص عليه يتبعون فيها عرفهم فى الجاهلية ويلتزمون العمل بمقتضاه الى أن يغيره الاسلام أو يقره . ونجد فقهاء الفقه الاسلامى كثيرا ما يرددون عند بيان مشروعية الشئ قولهم : بعث الرسول والناس يتعاملون به . فيعتبرون تعامل الناس وعرفهم وقت

(١) صحيح البخارى ج ١ ص ١٠٠
(٢) صحيح البخارى ج ١ ص ١٠٠

(١) الآية ٩٧ من سورة آل عمران .

(٢) الآية ١٥٨ من سورة البقرة .

نزول الوحي وفي عصر النبوة مادام الشارع لم ينكره ولم يغيره دليلا شرعيا يعمل بموجبه ويحكم بمقتضاه .

أثر العرف في اختلاف الفقهاء

أخذت المملكة الاسلامية في الامتداد والاتساع وأخذ الدين الاسلامي في الانتشار والذيعوع . بعد عصر النبي عليه الصلاة والسلام . وما زالت الدولة الاسلامية تتسع رقعتها ويمتد سلطانها بسرعة ويشاركها في هذا الاتساع والامتداد الدين الحنيف . حتى استظلت براية الاسلام في وقت وجيز أقطار كثيرة وبلاد متباعدة مترامية الاطراف . وخضعت لسلطان الاسلام ونفوذه أمم مختلفة وشعوب متعددة . ولكل قطر ولكل أمة عادات مألوفة وأعراف مرعية وطرق متبعة في معاملاتهم المتنوعة في شتى الشؤون في الحياة من مدنية وجنائية وتجارية وزراعية واقتصادية واجتماعية وأحوال شخصية وغير ذلك من الامور .

فواجه الفقهاء والائمة المجتهدون من علماء الاسلام الذين وجدوا في تلك البلاد المختلفة وعاشوا في بيئاتها المتفاوتة . أنواعا من العادات والمعاملات يختلف بعضها عن بعض . فكان من الطبيعي أن يجتهدوا ويبدلوا جهدهم في تطبيق أصول الاسلام وقواعد الفقه الاسلامي العامة على هذه العادات والمعاملات المتنوعة لمعرفة أحكامها من الشريعة الاسلامية ومدى مطابقتها لمقاصدها الضرورية والحاجية والكمالية . وليس من شك أن العلماء قد تأثروا في استنباطهم للاحكام الفقهية وفي تطبيقهم الاصول العامة على الحوادث والجزئيات بالبيئات التي كانوا يعيشون في محيطها وبعادات أهل البلاد التي كانوا يقيمون بها . ولاريب أنهم راعوا العادات والاعراف التي كانت سائدة وقائمة في تلك البيئات والبلاد . فيما يضعونه ويستنبطونه من الاحكام . حتى لا تكون أحكامهم فيما يعرض عليهم من وقائع ومسائل نائية عما ألقه الناس ولا مجافية لما اعتادوه وتعاملوا به وساروا عليه أزمانا متطاولة . لان في اقلاع الناس عن عاداتهم

ونزعهم عن مألوفهم حرج ومشقة لهم • والدين الحنيف يسر لا عسر فيه •
 إذ من أهم المقاصد والاعراض للشريعة الاسلامية التيسير على الناس
 ورفع الحرج والمشقة عنهم • وأن تكون أحكامها سهلة ميسرة لا يتضرر
 الناس في قبولها والعمل بمقتضاها • ولا يجدون صعوبة في تطبيقها
 وتنفيذها • فإذا افتقد الفقيه النص فيما يعرض له من الحوادث والوقائع
 الجزئية وأعوزه الدليل فلا بد من أن يرجع الى العرف والعادة لمعرفة
 الحكم وفي تطبيق القواعد العامة للشريعة الاسلامية •

فالفقهاء الذين وجدوا في العراق وعاشوا فيه وشاهدوا عادات أهل
 ووقفوا على طرق معاملاتهم ووسائل معيشتهم كالامام الاعظم أبي حنيفة
 وأصحابه قد تأثروا فيما بينوا من أحكام فقهية بما كان سائدا في البلاد
 العراقية من عادات مرعية في تعاملهم وتصرفاتهم ولذلك نجد أثرا واضحا
 للعرف والعادة فيما استنبطوه من أحكام الجزئيات والمسائل الفرعية •
 حيث لا يوجد نص من الكتاب أو السنة • وفي كتاب مناقب الامام أبي حنيفة
 للموفق المكي : كان ابو حنيفة شديد الاتباع لما كان عليه الناس في بلده «(١)» •
 وفي مناقب الامام محمد للكردرى : كان محمد يذهب الى الصباغين يسأل
 عن معاملاتهم وما يديرونه فيما بينهم • وهكذا كان كل الائمة وجميع
 الفقهاء المجتهدين في الامصار والبلاد المختلفة متأثرين بعادات عرف البلاد
 التي عاشوا فيها • وقد اشترط العلماء في المجتهد أن يكون عارفا بعرف
 الناس عالما بعاداتهم ووسائل معاملاتهم إذ مبنى كثير من الاحكام الفقهية
 على العرف كما أن تلك الاحكام قد تتغير بتغير العرف وفساد الزمان
 وتبدل الاحوال والمعاملات •

ويقول ابن خلدون في مقدمته عند تعليقه انتشار مذهب الامام مالك
 امام دار الهجرة في بلاد المغرب والاندلس ما نصه : وأيضا فان البداوة
 كانت غالبية على أهل المغرب والاندلس ولم يكونوا يعانون الحضارة التي

لاهل العراق . فكانوا الى أهل الحجاز أميل لمناسبة البداوة ولهذا لم يزل المذهب المالكي غضا عندهم ولم يأخذ تقيح الحضارة وتهذيبها كما وقع في غيره من المذاهب «١» . ١ هـ .

ويقول الاستاذ الكبير أحمد أمين تعليقا على كلام ابن خلدون المذكور : فهو يريد أن يقرر أن مدينة البلد الذي نشأ فيه الامام أو بداوته لها أثر خاص في تكوين رأيه . ولو استعرضنا بعض خلافات بين الفقهاء لوجدنا ذلك واضحا «٢» ١ هـ .

وهناك مثال آخر غير مساقه ابن خلدون يوضح لنا تأثير الفقهاء بعرف البيئة وظروفها وبعادات الاقليم الذي يوجدون فيه وبطرق معاملاتهم . وهو مذهب الامام الشافعي فانه كان في أول أمره متأثرا الى حد بعيد بأراء الامام مالك الذي تتلمذ عليه مدة طويلة في أول نشأته وطلبه للعلم . ولما رحل الى العراق مرتين واتصل بعلمائه واطلع على آرائهم ووقف على كتبهم ورأى هناك ما لم يكن رآه في الحجاز من العادات وأنواع المعاملات . غير بعض آرائه الفقهية وكون له مذهباً ضمنه كتابه « الحجّة » وهو المذهب المعروف بالقديم عند الشافعية . ثم لما جاء الى مصر واستوطنها وأقام بها الى حين وفاته . وشاهد في مصر من العادات المتبعة غير ماعهده في بلاد الحجاز والعراق ورأى ضروبا من الانظمة والمعاملات يسير عليها أهل مصر تخالف ماعليه أهل العراق والحجاز ووسائل في الزراعة ليست معروفة في الحجاز والعراق دعاه كل ذلك الى ترك مذهب القديم الذي أنشأه حينما كان في العراق والى تكوين مذهب الجديد .

وقد راعى علماء المذاهب المختلفة في عصر التقليد العرف في تطبيق الاحكام الفقهية التي نص عليها الائمة المجتهدون أصحاب المذاهب وفي تخريج المسائل وترجيح الاقوال والعدول عن ظاهر الرواية في المذاهب الفقهية .

(١) المقدمة ص ٤٢٥ .

(٢) فجر الاصلاح ج ١ ص ٢٠٦ .

ومن أسباب اختلاف الصحابة رضوان الله عليهم في تفسير القرآن وفهم آياته تفاوتهم في معرفة عادات العرب في أقوالهم وأفعالهم وقت نزول القرآن . فمن كان عارفا بعادات العرب في الجاهلية وأساليبهم في الخطاب كان أقدر من غيره في فهم الآيات وتعيين معانيها والعلم بالمقصود منها . ويقول الشاطبي في الموافقات : انه لا بد في فهم الشريعة من اتباع معهود الاميين وهم العرب الذين نزل القرآن بلسانهم فان كان للعرب في لسانهم عرف مستمر فلا يصح العدول عنه في فهم الشريعة « ١ » .

ومن أسباب اختلاف الفقهاء في الفروع وفي تطبيق القواعد العامة على الوقائع والحوادث الجزئية اختلاف العادات والبيئات في الاقطار المختلفة التي وجد فيها هؤلاء الفقهاء لانهم كانوا متأثرين الى حد كبير بالوسط الذي عاشوا فيه وبما أحاط هذا الوسط من ظروف وأحوال وبالعوادات التي كانت مألوفة للناس وساروا عليها حقبة من الزمن في معاملاتهم وتصرفاتهم . وقد أجاز الفقهاء كثيرا من المعاملات لجريان العرف بها . وحملوا الفاظ الوقف والطلاق والايماز والفاظ كل عاقد ومتصرف على عرفه وعرف أهل عصره واقليمه . وبذا نجد في مواضع عدة من كتب الفقه يقول الفقهاء : وعلى هذا عرف الناس وتعاملهم وعلى هذا مجرى العادة والعرف . والاصل في هذا الباب العرف . والمعول عليه في هذه المسألة العرف والعادة .

وقد اشترط العلماء في المجتهد أن يكون عارفا بعادات الناس وعرفهم لان كثيرا من الاحكام مبناها على العرف وتختلف تلك الاحكام باختلاف الزمان والمكان والحال لتغير العرف الذي بنى عليه الحكم . والمسائل التي اختلف فيها أصحاب المذاهب في الفقه الاسلامي بسبب اختلاف العرف في أمصارهم وأزمانهم كثيرة يصعب حصرها واستقصاؤها . بل قد اختلف فقهاء المذهب الواحد في الاحكام باختلاف العرف واختلاف زمانهم ولهذا

نجد العلماء في كثير من المسائل الفقهية يقولون : هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان . (وسنذكر بعد طائفة من المسائل التي اختلف فيها الفقهاء بسبب اختلاف عرفهم وزمانهم) .

« وقد كان لكل أمة عرف وعادات في بيعها وشرائها وفي لغتها ودلالة الفاظها على معانيها . وفي الزواج وما يكون جهازا وما لا يكون . وكل هذه العادات عرضت على الائمة فأدخلوها في الفقه . وكانت من أكبر مصادره لان كثيرا من عادات الامم لم تعرف في عهد النبي فلم يرد فيها كتاب ولا سنة . ورجوع الناس عن عاداتهم التي جروا عليها أجيالا ليس بالامر الهين . لذلك أجاز الفقهاء الكثير منها وأقروها وعدوها اسلامية وكان هذا سببا من أسباب تضخم الفقه »^(١) .

اثر العرف في العقود والتصرفات

من القواعد المقررة في الشريعة الاسلامية أن يكون محل العقد - المعقود عليه - موجودا وقت انشاء العقد اذ لا بد للعقد من محل يعقد فيه . ولان مقتضى العقد أن يكون المعقود عليه مقدور التسليم ولا يتأتى ذلك اذا كان محل العقد غير موجود وقت العقد . ولذا ورد النهي عن بيع الانسان ما ليس عنده وقد استثنى من هذا الاصل العام وهو أن يكون المعقود عليه موجودا وقت العقد بعض العقود حيث أجاز العقد على المعدوم عملا بالعرف الجاري بين الناس . فمن هذه العقود :

(١) الاجارة فان الاصل فيها ومقتضى القياس الا تصح لان المعقود عليه في الاجارة منفعة العين المؤجرة . ومنفعتها معدومة غير متحققة وقت انشاء عقد الاجارة . لانها توجد في المستقبل ساعة فساعة وليس لها دوام ولا بقاء . لانها عرض لا يبقى زمانين فلا يتصور فيها التسليم . والعقد على المعدوم على خلاف الاصل والقياس . ولكن أجازت الاجارة شرعا

(١) كتاب ضحى الاسلام ج ٢ ص ٢٣٩ .

فيما جرى عرف الناس وعادتهم باستجاره كالدور للسكنى والاراضى للزراعة والبناء والسيارات للنقل والظئر لارضاع الطفل للعرف وتعامل الناس بمثل هذه الاجارات . واذا لم يوجد عرف ولم يجر التعامل بين الناس باجارة أشياء لم تصح الاجارة كاستتجار بقرة لارضاع الطفل والاشجار للاستغلال بها أو لتجفيف الثياب بتعليقها عليها عملا بالاصل والقياس . وفي تبين الحقائق للزيلعى فى باب الاجارة : ان العقود عليه وهى المنافع معدومة والقياس أن لاتجوز الاجارة لما فيها من اضافة العقد الى ما سيوجد «١» . وفى رسالة « نشر العرف » : ان الاجارة مشروعة على خلاف القياس لانها بيع المنافع المعدومة وقت العقد وانما جازت بالتعارف العام لما فيها من احتياج عامة الناس اليها وقد تعارفوها سلفا وخلفا فجازت على خلاف القياس . وصرح فى الذخيرة بان الاجارة انما جازت لتعامل الناس «٢» .

وقد نص الفقهاء على صحة استتجار الدار وان لم يبين المستأجر وجه الانتفاع بها من السكنى ووضع الامتعة ونحوهما وينصرف الى السكنى فيها بدلالة العرف حيث انه المتعارف بين الناس فى استتجار الدار والمعروف عرفا كالمشروط نصا . مع أن القياس ألا يجوز الاستتجار الا اذا بين وجه الانتفاع بها لان الدار تستعمل لجملة أشياء متفاوتة فلا بد من بيان الغرض من الاستتجار حتى لايفضى الى النزاع والخلاف بين المتعاقدين . ولكن الفقهاء أجازوه بدون البيان عملا بالعرف الذى يصرفه الى السكنى . وفى الفروق : وتعيين المنفعة من الاعيان المستأجرة اذا سكت عنها تنصرف بالعادة للمنفعة المقصودة منها عادة . ونصوا أيضا على أنه يجوز دخول الحمامات العمومية بدون تعيين الاجرة ولا بيان مدة المكث فى الحمام ومقدار ما يستعمل ويستهلك من الماء عملا بالعرف وتعامل الناس مع أن القياس عدم جواز ذلك لكونه من باب الاجارة فلا بد من

(١) تبين الحقائق ج ٥ ص ١٠٥ .

(٢) ص ١١٧ من رسائل ابن عابدين .

بيان مقدار الماء ومدة المكث . والجهالة في كل واحد منهما موجبة لفساد الاجارة وعدم صحتها ومع ذلك فإن العلماء أجازوا ذلك لتعارف الناس وتعاملهم وجريان عاداتهم .

(٢) عقد الاستصناع : وقد عرفته المادة ١٢٤ من المجلة العدلية .
بانه عقد مقاوله مع أهل الصنعة على أن يعملوا شيئاً فالعامل صانع والمشتري مستصنع والشيء مصنوع . ومن شروطه أن يكون العمل ومادة الشيء الذي سيصنع من الصانع وأن يبين المصنوع بياناً يرتفع معه الجهالة ويحول دون وقوع النزاع والخلاف بين المستصنع والصانع بعد اتمام الصانع صنعه . وان يكون المصنوع فيما يجرى عرف الناس وتعاملهم باستصناعه . وهذا يختلف باختلاف الزمان والمكان . فكل ما جرى به تعامل الناس وعرفهم باستصناعه يصح استصناعه وما لم يتعارفوا لايجوز استصناعه . وفي كتاب « البدائع » للكاساني : ولا يجوز - الاستصناع - في الثياب لان القياس يأبى جوازها وانما جوزناه استحسانا لتعامل الناس ولا تعامل في الثياب «١» ومقاله الكاساني بناء على العرف في عصره واما الآن فقد تعامل الناس باستصناع الثياب وتعارفوه بينهم فيجوز الاستصناع فيها . وقد نصت المادة ٣٨٩ من المجلة العدلية على أن كل شيء تعومل استصناعه يصح فيه الاستصناع على الاطلاق فالمدار في صحة الاستصناع وعدمه انما هو عرف الناس والتعامل به فاذا وجد عرف وتعامل به صح وان لم يوجد لايصح الاستصناع . ويقول السرخس في كتابه « المبسوط » من أمهات كتب الحنفية مانصه : اذا استصنع الرجل عند الرجل خفين أو قلنسوة أو طستا أو كوزا أو آنية من أواني النحاس فالقياس ان لايجوز ذلك لان المستصنع فيه مبيع وهو معدوم ويبيع المعدوم لايجوز لنيه صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند الانسان . ولكننا نقول تركنا القياس لتعامل الناس في ذلك ثم يقول : وتعامل الناس من غير نكير أصل

من الاصول كبير لقوله صلى الله عليه وسلم : مارآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن «١» . وفي تبين الحقائق للزيلعي : ان الاستصناع ترك القياس فيه وخص من القواعد الشرعية للتعامل «٢» . وفي الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم استصنع خاتما واستصنع المنبر «٣» .

وقد أصبح لعقد الاستصناع أهمية عظمى في عصرنا الحاضر الذي انتشرت فيه الصناعات الثقيلة والخفيفة على اختلاف أنواعها وعمت المصانع والمعامل في أقطار العالم بشكل لم يسبق له مثيل لتزويد الحكومات والافراد والجماعات وشركات البواخر والطيران والمؤسسات التجارية وغيرها بحاجاتها . وتتسابق الدول وتتنافس الامم في اغراق الاسواق بمنتجاتها الصناعية المتنوعة وتعمل الدول جاهدة لاعداد جيوشها وتزويدها بأنواع الاسلحة المختلفة . فالعاملات مع أصحاب المصانع والمعامل والصفقات التي تعقد معها على أنواع من مصنوعات ومنتجاتها لشرائها واستيرادها . أساسها الاستصناع وقد لا يكون لدى صاحب المصنع وقت التعاقد مع المواد اللازمة لمصنوعاتها المطلوبة فيكون العقد واردا على شيء غير موجود ومع ذلك فان العقد صحيح عملا بالعرف والعادة في الاستصناع .

(٣) ومن العقود التي بنيت على العرف وتعامل الناس عقد السلم . وهو نوع من أنواع البيع . ومعنى السلم في الاصطلاح الفقهي بيع شيء ليس موجودا عند البائع بثمن حال يدفعه المشتري في مجلس العقد . فهو عقد بيع يكون فيه الثمن معجلا والمبيع مؤجلا . بعكس البيع المؤجل وهو ما يكون فيه المبيع معجلا والثمن مؤجلا . ويقال في الاصطلاح : للبائع مسلم اليه . وللمشتري رب السلم ومسلم بكسر اللام من التشديد .

(١) ج ١٢ ص ١٢٨ .

(٢) ج ٥ ص ١٣٠ .

(٣) كتاب البسوط للرخس ج ١٢ ص ١٣٩ .

وللبيع مسلم فيه . وللمن رأس مال السلم . والقياس يأبى جواز عقد السلم لان المسلم فيه وهو المبيع معدوم غير موجود عند البائع وقت انشاء العقد وقد قال عليه الصلاة والسلام لحكيم بن حزام : لاتبع ماليس عندك . فهو ثابت على خلاف القياس ومستثنى من بيع ماليس عند الانسان . وقد كان عقد السلم معروفا في الجاهلية ويتعامل به أهل المدينة فأقره الاسلام وفي « المبسوط » للرخسى : وفي الحديث عن ابن عباس رضى الله تعالى عنه . أن النبي صلى الله عليه وسلم دخل المدينة فوجدهم يسلفون في الثمار السنة والسنتين . فقال صلى الله عليه وسلم : من أسلم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم . فقد أقرهم على أصل العقد وبين شرائطه فذلك دليل جواز العقد (١) اهـ . وقد جاء في الكتاب المذكور أيضا مانصه : وانما يقبل السلم في العادة فيما ليس بموجود في ملكه . ثم قال : والقياس يأبى جوازه لانه بيع المعدوم . وبيع ماهو موجود غير مملوك للعاقد باطل . فبيع المعدوم أولى بالبطلان ولكننا تركنا القياس بالكتاب والسنة (٢) . ولايصح عقد السلم الا في الاشياء التي يمكن ضبطها وتقبل التعيين بالقدر والوصف . لان الجهالة تفضى الى النزاع والخلاف بين العاقدين . وكل جهالة تؤدي الى ذلك مانعة من صحة العقود . وقد عنى الفقهاء أشد العناية في بيان شروط السلم وضبط مايجوز السلم فيه ومعرفة المسلم فيه معرفة تامة بما يقطع النزاع حتى لا يوجد هناك مايشير النزاع في المستقبل بين المسلم اليه ورب السلم (البائع والمشتري) حيث أن العلاقة بينهما لاتنتهى بمجرد العقد بل تستمر الى زمن تسلم المسلم فيه الى المشتري .

وقد روى عن الامام أبى حنيفة أنه منع السلم في بيض النعامة لتفاوت آحاده في المالية وهو مخالف لظاهر الرواية في المذاهب . ويقول الكمال ابن الهمام : والوجه أن ينظر الى الغرض في عرف الناس فان كان الغرض

(١) ج ١٢ ص ١٢٤ .

(٢) ج ١٢ ص ١٢٤ .

في عرف من يبيع بيض النعام الاكل ليس غير كعرف أهل البوادي يجب أن يعمل بظاهر الرواية فيجوز . وان كان الغرض منه في العرف حصول القشر ليتخذ في سلاسل القناديل كما في ديار مصر وغيرها من الامصار يجب أن يعمل بهذه الرواية فلا يجوز السلم فيها بعد ذكر العدد الا مع تعيين المقدار واللون من لقاء البياض أو اهداره (١) اهـ .

لان اختلاف الغرض في عرف الناس وعاداتهم من استعمال بيض النعام يستدعي اهدار التفاوت في آحاده وعدم اهداره فان كان الغرض منه في العرف الاكل فالتفاوت في آحاده لاعبرة به فيكون عدديا متقاربا فيجوز السلم فيه . وان كان الغرض منه في العرف استعمال قشره في الصناعات كسلاسل القناديل وغيرها فالتفاوت في احاده يوجب التفاوت في قيمته فلا يكون عدديا متقاربا فلا يصح السلم فيه لتفاوت آحاده حينئذ في المآلة

(٤) ويراعى عرف التجار وعادة الناس وتعاملهم . في عقود المراجعة والتولية والوضيعة . وليبان المعاني الاصطلاحية بهذه العقود . تقول ان الفقهاء قسموا عقد البيع بالنظر الى ثمن المبيع الى الانواع الآتية :

(١) بيع المساومة . وهو بيع الشيء بالثمن الذي اتفق عليه البائع والمشتري بعد المساومة بدون تعرض للثمن الذي يكون البائع قد اشتراه به وبدون نظر الى ربح أو خسارة بالنسبة للثمن الاول الذي دفعه البائع فيه . وهذا النوع من البيع هو البيع المعتاد الكثير الوقوع بين الناس (٢) بيع المراجعة وهو بيع الشيء بمثل الثمن الذي اشتراه البائع به مع زيادة فيربح البائع فيه (٣) بيع التولية وهو البيع بالثمن الذي اشتراه البائع من غير زيادة ولا نقص فيه فلا ربح ولا خسارة بالنظر الى الثمن الاول الذي دفعه البائع (٤) بيع الوضيعة وهو البيع بأقل من مثل الثمن الذي اشتري به البائع الشيء فتلحقه الخسارة بالنظر الى الثمن الذي دفعه .

ولا بد في عقود المراجعة والتولية والوضيعة . أن يكون الثمن الاول

(١) فتح القدير على الهداية ج ٦ ص ٢٠٨ .

للمبيع مثليا ومعلوما للمشتري لان تقدير الثمن في هذه البيوع على أساس الثمن الاول الذي دفعه البائع حتى يتحقق أن الثمن الذي يدفعه المشتري مساو للثمن الذي دفعه البائع في شراء المبيع أو زائد عليه أو ناقص عنه . وهذا يستدعى بالضرورة أن يكون الثمن الاول مثليا لا قيميا لان النسبة بين الثمنين بالمساواة أو بالزيادة أو بالنقص لا يمكن أن تعقد الا بين متماثلين لاتفاوت بينهما في المالية من حيث أحادهما . وذلك انما يتحقق في المثليات التي لاتفاوت بين أفرادها في المالية تفاوتا يعتد به في اصطلاح الناس وعرفهم لا في القيميات التي تتفاوت أحادها في المالية تفاوتا لا يدخل تحت مقياس وضبط . فلا يتأتى اتخاذ القيمي مقياسا ومعيارا لتقدير مقدار الثمن الثاني لمساواته للثمن الاول أو زيادته عليه أو نقصه عنه .

فاذا ما أراد البائع أن يبيع مرابحة أو تولية أو وضعية الشيء الذي اشتراه فانه يضيف الى الثمن الذي اشترى به المبيع كل ماجرى عرف الناس وتعاملهم بالحاقه الى الثمن و اضافته اليه . ويعتبر ذلك من الثمن . وكل ما لم يجر عرفهم وتعاملهم باضافته اليه فليس له أن يلحقه اليه ولا أن يعده منه . ويقول للمشتري عند البيع : قام على المبيع بكذا ولا يقول اشتريته بكذا ليكون صادقا في قوله غير مرتكب الكذب . فيضيف الى الثمن أجرة الخياط والقصار والصباغ اذا كان المبيع ثوبا . ويعد كل ذلك من ثمنه . ويضيف الى الثمن أجرة سائق الدابة وعلقها ونقلها من بلد الى آخر اذا كان البيع دابة . ويقول الكاساني في « البدائع » بيانا لما يلحق برأس المال وما لا يلحق به عند البيع مرابحة أو تولية أو وضعية مانصه : لا بأس بأن يلحق برأس المال أجرة القصار والصباغ والغسال والقتال والخياط والسمسار وسائق الغنم وعلق الدواب وبيع مرابحة وتولية على الكل اعتبارا للعرف لان العادة فيما بين التجار أنهم يلحقون هذه المؤن برأس المال ويعدونها منه . وعرف المسلمين حجة . قال النبي عليه الصلاة والسلام : مارآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن . الا أنه لا يقول عند البيع : اشتريته بكذا ولكن يقول : قام على بكذا لان الاول كذب

والثاني صدق . وأما اجرة الراعى والبيطار وما اتفق على نفسه فلا يلحق برأس المال . ويباع مرابحة وتولية على الثمن الاول الواجب بالعقد الاول لان العادة ماجرت بين التجار بالحق هذه المؤن برأس المال . وما أنفق على نفسه في سفره لا يلحق به لانه لاعادة فيه . والتعويل في هذا الباب على العادة « ١ » . وفي كتاب « المبسوط » لشمس الائمة السرخسى : ان عرف التجار معتبر في بيع المرابحة . فما جرى العرف بالحاقه برأس المال يكون له - البائع - أن يلحقه به ومالا فلا « ٢ » اهـ .

ومادام التعويل في هذا الباب على العرف والعادة كما صرح بذلك الكاسانى فيما نقلناه من كلامه . فاذا جرى عرف التجار على أن يضم الى الثمن الاول ما أنفقه البائع على نفسه وتكلفه من مصاريف في السفر كأجرة الباخرة ومدافعه أجرة لتخزين البضائع في الجمارك وتخليصها . فانه ينبغي أن يلحق كل ذلك الى رأس المال وأن يعد منه لان المرجع في هذا كله هو العرف والعادة . فكل ماجرى به عرف التجار باضافته الى الثمن الاول واحتسابه منه يلحق به ويعتبر منه . وما ليس كذلك في عرفهم لا يضاف اليه ولا يعد منه .

(٥) ومن العقود التى بنى جوازها على العرف بيع الفواكه على الاشجار التى لا تظهر دفعة واحدة بل توجد شيئا فشيئا بالتتابع ويتلاحق ظهور محصولاتها وتتاقص وقتا بعد وقت . وكذلك بيع الخضروات التى بهذه الصفة . فانه يجوز بيعها كلها صفقة واحدة لتعامل الناس وجريان عرفهم بذلك . عند الامام مالك كما ذكره السرخسى فى المبسوط وكذا عند الامام الليث بن سعد كما ذكره ابن القيم فى كتابه « أعلام الموقعين » « ٣ »

وظاهر المذهب عند الحنفية أن هذا العقد غير جائز للجمع فى العقد

(١) ج ٥ ص ٢٢٣ .

(٢) ج ١٣ ص ٨٠ .

(٣) ج ٤ ص ١٩ .

الواحد بين الموجود والمعدوم . ومن القاعدة المقررة أن المعدوم لا يقبل البيع وحصة الموجود من الثمن مجهولة غير معلومة فلا يمكن تصحيحه بالنسبة للموجود من المبيع فلا يجوز العقد . ويروي السرخسي في «المبسوط» عن محمد بن الحسن أنه أجاز بيع الورد على الأشجار وهو مما يتلاحق وجوده ويتتابع ظهوره شيئا فشيئا ثم ذكر السرخسي أن محمدا جوز البيع في الورد ونحوه . وقد أفتى بعض علماء مذهب الحنفية مثل شمس الأئمة الحلواني ومحمد بن الفضل برأى الامام محمد في هذه المسألة لعرف الناس وتعاملهم في بيع أثمار الكروم بهذه الصفة . وفي نزاع الناس عن عاداتهم المألوفة في مبادلاتهم المالية حرج بين وعسر شديد (١) وغير خاف أن في اجازة بيع الفواكه على الأشجار وكذا الخضروات التي تظهر متلاحقة ومتتابعة بعد أن بدا صلاحها مصلحة للناس وتيسيرا لهم في معاملاتهم ومبادلاتهم التجارية . والتيسير على الناس من أهم مقاصد التشريع الاسلامي . وفي كتاب «قواعد الاحكام» لعز الدين بن عبد السلام: اذا باع ثمرة قد بدا صلاحها فانه يجب ابقاؤها الى أوان جذاذها والتسكن من سقيها بالماء لان هذين مشروطان بالعرف فصارا كما لو شرطاهما باللفظ (٢) .

هذا وللعرف أثر واضح في الشروط التي تقترن بالعقود . والشروط التي يذكرها المتعاقدان أو يشترطها أحدهما في العقد ذات أهمية كبيرة . فقد تقضى تلك الشروط على العقد فتجمله غير صحيح فلا يترتب عليه حكمه شرعا . ولعلماء المذاهب المختلفة في الفقه الاسلامي كلام طويل وتفصيلات كثيرة في الشروط المقترنة بعقود المعاوضات وبعقود غير المعاوضات من حيث صحة هذه الشروط واعتبارها ووجوب الوفاء بها والعمل بمقتضاها . ومن حيث عدم صحتها وعدم وجوب العمل والوفاء بها . ومن حيث تأثيرها في صحة العقود المالية . وابطالها وعدم تأثيرها في

(٢) راجع كتاب المبسوط ج ١٢ ص ٩٦ - ١٩٧ .

(١) ج ٢ ص ١٠٨ .

ذلك . لا تعرض لبيان آراء فقهاء المذاهب المختلفة في هذا الموضوع لأن ذلك يبعدنا عن غرضنا ويخرجنا عن الموضوع الذي نحن بصدده . ولذا نسوق الكلام في بيان مذهب الحنفية في هذه المسألة ونقول كلمة موجزة .

لأن للعرف والعادة اعتباراً عندهم فيما يصح من الشروط وما لا يصح منها في العقود المالية وغيرها . يقسم فقهاء الحنفية الشروط المقترنة بالعقد الى ثلاثة أقسام . صحيح . وفساد . وباطل . ويعرفون الشرط الصحيح بأنه ما يوافق مقتضى العقد كاشتراط ابقاء المبيع في يد البائع اذا كان الثمن مؤجلاً حتى يتسلم الثمن من المشتري أو ما يؤيد مقتضى العقد كاشتراط أخذ رهن من المشتري بالثمن أو تقديم كفيل به لأن استيفاء البائع الثمن من المشتري مقتضى العقد وأخذ رهن به من المشتري أو كفيل مما يؤكد . أو ورد به الشرع كخيار الشرط لأحد المتعاقدين فإنه ورد به النص من الشارع وكذا اشتراط رد المبيع للبائع اذا ظهر به عيب أو جرى به عرف أهل البلد الذي وقع فيه العقد . كما اذا اشترى شخص ساعة واشترط على البائع أن يقوم باصلاحها مدة معلومة . وكما اذا اشترى سيارة واشترط على البائع أن يقوم بتصليحها مدة معينة اذا جرى العرف بذلك . وكاشتراط تعجيل نصف الصداق أو ثلثه في عقد الزواج اذا تعارف الناس ذلك وتعاملوه . فيلزم بائع السيارة باصلاحها في المدة المعينة وكذا بائع الساعة ويلزم الزوج بأن يجعل لها المقدار المتفق على تعجيله حتى لو امتنعت الزوجة عن طاعته حتى تقبض المعجل من مهرها لاتعد ناشراً فتستحق النفقة على زوجها لأن الشرط المقترن بالعقد لما كان صحيحاً التحق بأصل العقد فيأخذ حكمه . فيرى مما سبق أن الحنفية يجعلون الشرط المتعارف بين الناس في العقود مثل الشرط الذي ورد به النص في اعتباره صحيحاً وفي وجوب العمل بموجبه والوفاء به وان لم يكن الشرط المتعارف من مقتضيات العقد ولا من ملائماته ومؤكداته .

ولا يقال ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وشرط وهذا نص صريح من الشارع في أنه لا يجوز البيع بشرط ولو كان متعارفا بين الناس . والنص أقوى من العرف فلا اعتداد بالعرف مع وجود النص . فليس لاحد أن يرد النص بالعرف - لا يقال ذلك - لان علة النهي عن البيع بشرط هي ما يثيره البيع بالشرط من النزاع والخلاف بين المتبايعين لان غرض الشارع هو قطع النزاع وحسم الخلاف بين الناس . والشروط العرفية التي تعارفها الناس وتعاملوا بمقتضاها لاتسبب نزاعا ولا تثير خلافا ولا توجد خصاما بين المتعاقدين فلا تكون مقصودة من النهي الوارد في الحديث .

وفي « العناية على الهداية » للبايرتي : لا يقال نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط . وهو باطلاقه يقتضى عدم جواز البيع اذا اقترن بشرط . لان الشرط الذى يقتضيه العقد ليس بشرط في الحقيقة حيث أفاد ما أفاده العقد المطلق . ثم قال : ولا يقال فساد البيع بالشرط ثابت بالحديث والعرف ليس بقاض عليه . فالشرط المتعارف يكون فاسدا فلا يصح البيع معه . لان الحديث معلول بوقوع النزاع المخرج للعقد عن المقصود به وهو قطع المنازعة . والعرف ينهى النزاع فكان موافقا لمعنى الحديث « ١ » . ١ هـ ببعض تصرف .

والشرط الفاسد وكذا الباطل هو ما لا يقتضيه العقد ولا يلائمه وليس مشروعا بالنص ولا متعارفا بين الناس الا أن في الشرط الفاسد منفعة لاحد المتعاقدين أو لغيرهما من اهل الاتفاعة وفي الشرط الباطل لاتوجد هذه المنفعة . وهذا هو الفارق بين الشرط الفاسد والشرط الباطل عند الحنفية في المسائل التي من قبيل المعاملات لا العبادات وأما في العبادات فلا فرق بينهما عندهم . ثم ان الشرط الفاسد اذا اقترن بعقد معاوضة كالبيع والاجارة كما اذا باع رجل داره واشترط أن يسكنها مدة معلومة

أو يسكن المشتري شخصا معيناً أو باع سيارة واشترط أن ينتفع بها مدة معينة . أفسد العقد . وإن اقترن بعقد من العقود التي ليست من المعاوضات والمبادلات المالية فلا أثر له في العقد صحة وفسادا . ويعتبر الشرط الفاسد لغوا لا اعتداد به . كما إذا اشترطت الزوجة في عقد الزواج الا يتزوج عليها أو الا يخرجها من بلدها . وكما إذا اشترط الزوج الا ينق عليها . وقد علل علماء الحنفية التفرقة بين العقود المالية وغير المالية بالنسبة للشرط الفاسد حيث أن الاولى تفسد اذا اقترن بها شرط فاسد وتكون الثانية صحيحة معه ويكون الشرط المقترون بها لاغيا . بان في اشتراط الشرط الفاسد زيادة لا يقتضيها العقد ولا يلائمها لا في مقابل شيء من العوض وهي المنفعة لاحد المتعاقدين أو لغيرهما من أهل الاستحقاق . فيفضى الى الربا أو على الأقل في ذلك شبهة الربا . والمبادلات المالية يفسدها ما يؤدي الى الربا بخلاف العقود غير المالية . اذ لا يتصور فيها الربا ولا شبهة الربا . وبان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وشرط . فكل بيع اقترن بشرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولا منصوصا عليه ولا متعارفا . فهو منهي عنه فيكون فاسدا . ويلحق بالبيع الذي هو مورد النص المذكور كل عقد هو معاوضة مالية بطريق القياس عليه لكونه في معنى البيع . وأما العقود غير المالية كالنكاح فالنص المذكور لا يشملها ولا يقاس على البيع لعدم وجود أمر مشترك بينهما يقتضى الحاقه به وقياسه عليه « ١ » .

وأما الشرط الباطل فانه يكون لاغيا سواء اقترن بعقد معاوضة أو بعقد غير معاوضة . فلا أثر له في العقد صحة وفسادا . ويكون العقد المقترون به صحيحا مادام مستكملا لاركانه ومستوفيا لشرائطه . لان الشرط الباطل لما كان لا فائده منه ولا منفعة لاحد العاقدين ولا لغيرهما من أهل الانتفاع والاستحقاق كما اذا باع دارا واشترط الا يسكنها المشتري وكذا

(١) تراجع الزيلعي ج ٤ ص ٥٧ - ٥٩ والهداية والفتح ج ٦ ص ٧٦ - ٧٩

اذا باع سيارة واشترط على المشتري الا يستعملها الا في اوقات مخصوصة
او الا يستعملها غير المشتري أو لا يبيعها المشتري . فانه لا يؤدي الى النزاع
والخلاف بين المتعاقدين ولا يضير العقد ولا يعمل بموجبه .

وبعد فان المال الذي هو مورد العقود والتصرفات . وأساس المعاملات
ومحل الصفقات والمبادلات والمعاوضات بين الناس . ومعيار الاشياء
لتقدير قيمتها في نظر الناس سواء كانت أعيانا أو منافع . والمحور الذي
يدور عليه قضاء الحاجات بين الناس بطريق التبادل . وبالجملة فالمال الذي
هو عصب الحياة . مقياسه انما عرف الناس وتعاملهم . فاذا تعارفوا على أن شيئاً
من الاشياء مرغوب فيه يميل اليه الطبع ويعمل الناس ويسعون لاحترازه
واقتنائه . ويجرى فيه البذل والمنع . ويمكن ادخاره وتموله لوقت الحاجة
كما هو تعريف المال عند الفقهاء . ثبتت ماليته . ومن الواضح أن هذا
يختلف باختلاف الأزمنة والامكنة والاشخاص . فقد يكون الشيء في
زمن أو مكان عديم الفائدة لاقيمة له ولا منفعة في نظر الناس فيهملونه
ولا يلتفتون اليه لعدم الجدوى والنفع بحسب علمهم وتقديرهم في حين
أنه في زمان آخر ومكان آخر . قد يكون عزيزاً نقيساً جم الفائدة وجليلة
المنفعة للانسان . فيتزاحم الناس على امتلاكه وادخاره . ويتنافسون على
احترازه واقتنائه . ويعملون جاهدين للحصول عليه بكل الطرق والوسائل .
وكم من أشياء ثمينة ومواد نافعة كانت مهمة مهجورة قبل التقدم الصناعي
والنهضة العلمية لجهل الناس بقيمتها وفائدتها . فأهملوها وتركوها بدون
أن يهتم أحد بها . ثم أظهرت التجارب وأبان الكشف العلمي مالها من
فوائد ومنافع ومزايا في الصناعات والزراعات وغيرها . فأصبحت
متمولة ومتداولة بين الناس ومن أنفس ما يمتلكونه ويعتزون باقتنائه .
فثبتت المالية للاشياء ملاكه ومردده أولاً وآخراً . انما العرف العام أو
العرف الخاص في تموله وتداوله . قال صاحب « البحر الرائق » في أول
كتاب البيوع عند تعريف المال : وفي الكشف الكبير . المال ما يميل اليه
الطبع ويمكن ادخاره لوقت الحاجة . والمالية انما ثبتت بتمول الناس كافة
أو بتمول البعض .

العرف والوقف

من المقرر فقها أن أحكام مسائل الوقف عدا أصل مشروعيته لم تبين على نصوص شرعية من الكتاب أو السنة . ولذلك كانت أحكام الوقف اجتهادية بنيت على قواعد فقهية عامة وعلى عرف الناس وعاداتهم وتعاملهم . والخصاف الفقيه الحنفى قاضى القضاة ببغداد المتوفى سنة ٢٦١ هجرية والذي وصفه « قاضيخان » بأنه كان كبيرا فى العلم يجوز الاقتداء به «^١» . ويقول فى كتابه القيم الذى ألفه فى الوقف والذى يعد حجة فى مسائل الوقف وأعظم مرجع لأحكامه عند الحنفية : وعلى هذا تعارف الناس وعلى هذا أمور الناس وعلى هذا مذهب الناس وما تجرى عليه وقوفهم . وعلى هذا معانى كلام الناس . وانما يجعل هذا على ما يتعارفه الناس ويعقلونه . ويردد هذه الكلمات فى أكثر من موضع فى كتابه «^٢» . وفى فتاوى ابن حجر المكي : لا تبنى عبارات الواقفين على الدقائق الاصولية والفقهية والعربية كما أشار اليه البلقينى فى الفتاوى وانما بنيتها على ما يتبادر ويفهم منها فى العرف وعلى ما هو أقرب الى مقاصد الواقفين وعاداتهم . وفى رسالة « العقود الدرية » لابن عابدين نقلا عن فتاوى العلامة زين الدين قاسم بن قطلوبغا : ان لفظ الواقف . . . يحمل على عادته فى خطابه ولغته التى يتكلم بها وافقت لغة العرب ولغة الشارع أولا . وقد جاء فى المذكرة التفسيرية لمشروع قانون الوقف مانصه : قرر الفقهاء انه يجب حمل عبارات الواقفين على ما يريدونه منها اما بقرينة أو عرف وافق ذلك لغة العرب أو لغة الشارع أولا . وانها لا تبنى على الدقائق الاصولية والفقهية والعربية .

واختلفت آراء علماء الفقه الاسلامى فى اشتراط التأيد لصحة الوقف وعدم اشتراط ذلك . ففقهاء الحنفية يشترطون التأيد فى صحة الوقف

(١) رد المختار ج ٢ ص ٢٩٥ .

(٢) ص ٤١ و ٤٥ وغيرهما .

وانبنى على ذلك أن وقف العقار صحيح لانه قابل للتأييد ويدوم الانتفاع به بدوام رقبته . والعقار كما عرفه الكمال بن الهمام فى كتابه « فتح القدير » هو الارض مبنية أو غير مبنية . والاصل والقياس فى المذهب الحنفى عدم صحة وقف المنقول وهو ما عدا العقار . فكل ما عدا الارض منقول عند الحنفية فيتناول المنقول عندهم البناء والغرس . وانما كان القياس عدم صحة وقف المنقول عندهم لان التأيد هو شرط لصحة الوقف لا يتحقق فى المنقول اذ الاصل فيه الزوال والاستهلاك . وتمسك الامام أبو حنيفة بمقتضى هذا الاصل فلم يجوز وقف المنقول مطلقا سواء كان وقفه قصدا واستقلالاً أو تبعا للعقار كما نص على ذلك صاحب الهداية (١) .

ونقل هنا كلام الكمال بن الهمام فى « الفتح » لانه لخص المذهب الحنفى فى وقف المنقول تلخيصا وافيا حيث قال : والحاصل أن وقف المنقول تبعا للعقار يجوز . واما وقفه مقصودا ان كان كراعا أو سالا جاز وذلك لورود النص بوقفهما على خلاف القياس . وفيما سوى ذلك ان كان مما لم يجر التعامل بوقفه كالثياب والحيوان ونحوه والذهب والفضة لا يجوز عندنا . وان كان متعارفا كالجنازة - بالكسر العش - والفاى والقدم وثياب الجنازة ومما يحتاج اليه من الاوانى والقدر فى غسل الموتى والمصاحف . قال أبو يوسف لا يجوز . وقال محمد يجوز واليه ذهب عامة المشايخ ومنهم الامام السرخسى كذا فى الخلاصة (٢) وفى « الهدية » : وأكثر فقهاء الامصار على قول محمد .

ومادام ملاك الامر ومردده فى وقف المنقول عند الامام محمد هو العرف والتعامل فانه ينبغى أن يصح وقف كل منقول اذا تعورف وقفه وجرى التعامل بوقفه بدون تفرقة بين منقول ومنقول . وبدون تمييز بين ما يمكن

١) ج ٥ ص ٤٢٩ .

٢) ج ٥ ص ٤٣٠ .

الانتفاع به مع بقاء عينه كالمصاحف والكتب والسيارات وأشباهاها .
وما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه كالنقود لان بقاء أمثالها يعد بقاء لها .
ووجه مشايخ المذهب رأى الامام محمد فى جواز وقف المنقول قصدا
واستقلالاً عن العقار اذا جرى بوقفه عرف الناس وتعاملهم بأن القياس
يترك بالتعارف بين الناس كما فى الاستصناع اذا لم يوجد نص فى عينه
يطلبه . وفى هذا يقول السرخسى : ثم فى وقف المنقول مقصودا اختلاف
بين أبى يوسف ومحمد رحمهما الله ذكره فى « السير الكبير » - كتاب
لمحمد - والجواب الصحيح أن ما جرى العرف بين الناس بالوقف فيه من
المنقولات يجوز باعتبار العرف كتياب الجنازة وما يحتاج اليه من القدر
والاوانى فى غسل الميت . وهذا الاصل معروف ان ما تعارفه الناس وليس
فى عينه نص يطلبه فهو جائز . وبهذا الطريق جوزنا الاستصناع فيما فيه
تعامل . لقوله عليه الصلاة والسلام : ما رآه المسلمون حسنا فهو عند
الله حسن «١» .

وفقهاء الشريعة الاسلامية على اختلاف مذاهبهم متفقون على أنه يرجع
فى دلالة عبارات الواقفين على معانيها وفى فهم شروطهم وتعرف أغراضهم
ومقاصدهم الى عرفهم القائم وقت انشاء أوقافهم لان كل واحد يتكلم
ويعبر عن مراده وقصده على حسب عرفه وعادته . ولذا نص فقهاء الحنفية
على أن مفهوم المخالفة معتبر فى نصوص الواقفين وغيرهم مع أن مذهبهم
عدم الاخذ والعمل به فى النصوص الشرعية لأن مفهوم المخالفة تعورف باعتباره
فى متفاهم الناس فيجب اعتباره فى العقود والتصرفات وفى رسالة « رسم
المفتى » لابن عابدين : أن تخصيص الشيء بالذكر لا يدل على نقي عما عداه
فى خطابات الشارع فأما فى متفاهم الناس وعرفهم وفى المعاملات والعقليات
يدل «٢» .

اثر العرف فى الزواج وشروطه

ومع أن عقد الزواج أهم العقود شأننا وأعظمها أثرا على الاطلاق فى

(١) ج ١٢ ص ٤٥ .

(٢) الرسالة المذكورة ص ٤١ .

حياة الانسان حيث أنه يعقد على سبيل الدوام والبقاء مدى العمر • ولا يتكرر في الاعم الاغلب من الحالات • ويترتب عليه من الآثار ما يبقى بقاء الزمان من ثبوت النسب والتوارث وتأسيس القرايات وانشاء روابط المصاهرة بين الاسر • ويختاط الشارع فيه أكثر مما يختاط في غيره من العقود • فشرع له مقدمات لها أحكام فقهية وخصه من بين العقود باشتراط الاشهاد عليه • فان للعرف اعتبارا وتقديرا وأثرا واضحا في انشاء عقد الزواج وشروطه •

فقد نص الفقهاء على أن عقد الزواج ينعقد بكل لفظ غلب استعماله في معنى الزواج وانشائه بحسب العرف ولو كان من الالفاظ المصحفة غير الفصيحة مثل • جوزت • وزوزت • وتجوزت • اذا تعارف الناس هذه الاتفاظ واستعملوها في الدلالة على ايجاد عقد الزواج وانشائه • لانها في هذه الحالة صارت حقيقة عرفية لايراد منها عند انطلاقها الا تحقيق عقد الزواج وانشاؤه • وفي « رد المحتار » : اذا قال العامى : جوزت بتقديم الجيم أو زوزت بالزاي بدل الجيم قاصدا معنى النكاح يصح • • • ولاشك أن لفظ « جوزت • وزوزت » لا يفهم منه العاقدان والشهود الا أنه عبارة عن التزويج ولا يقصد منه الا ذلك المعنى بحسب العرف « ١ » •

وعقد الزواج من العقود التي لا تؤثر فيها الشروط الفاسدة فاذا اقترن بشرط فاسد يكون الشرط لاغيا ويكون العقد صحيحا • وأما اذا اقترن بشرط صحيح فإنه يصح كل من العقد والشرط ويجب الوفاء بالشرط والعمل به • ومن الشروط الصحيحة الشرط المتعارف بين الناس كاشتراط تعجيل نصف المهر وتأجيل نصفه الآخر لاقرب الاجلين الطلاق والموت • فإنه يصح الشرط ويجب العمل بموجبه اذا جرى بذلك عرف البلد الذي حصل فيه عقد الزواج • فللزوجة أن تمتنع عن طاعة زوجها ما دامت لم تقبض معجل صداقها عرفا • ولا تعد ناشزا فتستحق النفقة على زوجها

مدة امتناعها عن طاعته حتى تقبض المعجل .

وأجمع الجمهور من فقهاء الشريعة الاسلامية على اعتبار الكفاءة بين الزوجين وان اختلف الأئمة في الامور التي تعتبر فيها الكفاءة بينهما في الزواج . ومذهب الحنفية أوسع المذاهب فيما تعتبر فيه الكفاءة بين الزوجين لان فقهاء الحنفية لما أجازوا للمرأة الكاملة الاهلية أن تبأثر عقد زواجها بنفسها كما تبأثر سائر العقود والتصرفات بدون فرق بينها وبين الرجل خلافا لجمهور العلماء حيث لا يجوزون عقد الزواج بعبارة النساء فيشترطون أن يتولى عن المرأة وليها في مباشرة عقد زوجها . فنقد احتاط فقهاء المذهب الحنفى في الامر ووسعوا الدائرة التي تعتبر فيها الكفاءة في الزواج ليجعلوا المجال فسيحا للولياء من عصبات الزوجة في الاعتراض على عقد الزواج الذي تولت بنفسها انشاءه لكي يتمكنوا من أن يتداركوا ما عساه قد لحقهم من الضرر والعار فيما اذا كانت المرأة غير موفقة في اختيار زوجها بأن كان غير كفء لها . أى أدنى منها حالا فيما تعتبر فيه الكفاءة بحيث أن تزوجها به يشينها ويلحق بها أو بأوليائها العار في العرف . لان الكفاءة في الزواج حق للمرأة ولاوليائها من العصبات حسب التفصيل المبين في كتب الفقه . واذا تولت المرأة عقد زواجها بنفسها مع وجود ولي عاصب لها لم يرض قبل الزواج بغير الكفاءه فالكفاءة شرط لصحة هذا العقد على رواية الحسن بن زياد وقد اختير ذلك للفتوى لما بين في موضعه . وشرط لزوم على ظاهر الرواية في المذاهب . ومهما يكن الامر في شأن الكفاءة وعدها شرط صحة أو شرط لزوم . فان مشايخ المذهب الحنفى قد صرحوا بأن الكفاءة معتبرة في ستة أمور وهى : النسب . والاسلام . والحرية . والمال . والديانة - الصلاح والاستقامة - والحرفة . وقالوا ان الكفاءة في النسب معتبرة بالنسبة للعرب لبالنسبة للاعاجم . وعلموا ذلك بأن العرب يتفاخرون بالانساب ويجعلونها موضع تفاضلهم وتعابيرهم ومحل هجوهم ومدحهم . فهم يحافظون على الانساب ويعتزون بها بخلاف الاعاجم . ولكن هذه التفرقة بين العرب وغيرهم التي يقول بها فقهاء

الحنفية في الكفاءة في النسب ليست واضحة ولا هي معقولة كما أن تعليلهم اعتبار الكفاءة في النسب بين العرب وعدم اعتبارها بين الاعاجم بما ذكر . محل نظر ان لم نقل انه بعيد عن الصواب والواقع فهو على الاقل ليس تعليلا مقنعا . لان ملاك الامر في الكفاءة بين الزوجين والاساس الذي بنيت عليه هو العرف ولم يثبت في اعتبار الكفاءة في النسب نص من الشارع لا من الكتاب ولا من السنة الصحيحة كما صرح بذلك الشوكاني في نيل الاوطار . وحينئذ فلو وجد عند غير العرب اعتزاز بالانساب وتفاخر بها مثل العرب ووجدت منهم طبقات من الاشراف والنبلاء ذوى الاسر العريقة المحافظين على التقاليد القديمة الذين يأنفون من أن يصاهرهم من دونهم في الحسب والنسب والمنزلة الاجتماعية - ويوجد كثيرون من هذه الطبقات في أكثر الامم والشعوب - ينبغي أن تعتبر الكفاءة في النسب بين الاعاجم اذا جرى عرفهم وعاداتهم على الاعتزاز بالانساب والتفاخر بها قياسا على اعتبار العرف في ذلك عند العرب . وفي « فتح القدير » : فاذا ثبت اعتبار الكفاءة بما قدمناه فيمكن ثبوت تفصيلها أيضا بالنظر الى عرف الناس فيما يحقرونه ويعيرون به ^(١) وفي المعنى لابن قدامة الحنبلي : فاذا اطلقت الكفاءة وجب حملها على المتعارف ^(٢) وقد اعتبرت الكفاءة في الزواج بين الزوجين لان عدمها يستدعي عارا وتقصا في العرف . والغاية من الكفاءة حفظ أسرة الزوجة من أن ينتسب اليها بالمصاهرة من لا يساويها في المكانة الاجتماعية . فيلحق بها عارا ومنقصة في عرف الاوساط والبيئات والمجتمعات . وقد أحسن الاستاذ الجليل أحمد ابراهيم رحمه الله في قوله : ما دام المقصود من اعتبار الكفاءة صيانة المرأة وأوليائها من عار الزوج . ومنع الفتنة الناشئة عن ذلك . ومناطق ذلك يختلف باختلاف أحوال الناس الاجتماعية . ينبغي ترك الامور التي تعتبر فيها الكفاءة لعرف الناس في كل زمان ومكان ^(٣) .

(١) ج ٣ ص ١٩٨ .

(٢) ج ٧ ص ٣٧٥ .

(٣) أحكام الاحوال الشخصية ص ١٠١ .

وكون العرف هو المدار في الكفاءة يظهر بشكل واضح جلي في اعتبارها في الحرفة والصنعة . ومعنى الكفاءة في ذلك أن الرجل اذا كان صاحب حرفة خسيصة لا يكون كفتا لامرأة أبوها صاحب حرفة شريفة . ومرد كون الحرفة شريفة أو غير شريفة هو العرف وهذا يختلف باختلاف الزمان والبلدان . فرب حرفة شريفة في بلد تعد خسيصة في بلد آخر يعير بها صاحبها . وقد تتغير صفة الحرفة بتغير الزمان . فتصبح الصنعة النفيسة خسيصة . والخسيصة نفيسة . وقد تعد دناءة الحرفة منقصة في عصر فيعير بها صاحبها وقد لاتعد كذلك في عصر آخر فلا يعير بها صاحبها . وقد علل صاحب الهداية اعتبار الكفاءة في الحرفة بان الناس يتفاخرون بشرف الحرف ويتعرون بدناءتها .

ثم ان الكفاءة تعتبر من جانب الزوج فقط فاذا لم يكن دون زوجته في الامور التي تعتبر فيها الكفاءة حصل التكافؤ بينهما . ولا تعتبر من جانب الزوجة . فلو كانت أدنى منه حالا ومنزلة فيما تعتبر فيه الكفاءة لا تعتبر الكفاءة منتفية بينهما . والمناطق في هذا العرف . فقد جرى عرف الناس المستمر على أن الزوج لا يعير اذا كانت زوجته دونه في المكانة الاجتماعية بل يرفع شأنها ويعلى من مقامها ولذا قيل في الامثال العامية : امرأة الامير أميرة ولو كانت حقيرة . بخلاف المرأة فانها تعير هي وأولياؤها بالتزوج ممن دونها . ولا ترفع زوجها الى منزلتها الاجتماعية بحسب جريان العرف والعادة . اختلف علماء الحنفية فيما اذا وكل الرجل غيره في أن يزوجه توكيلا مطلقا غير مقيد بامرأة معينة ولا بمهر معلوم . فزوجه الوكيل بامرأة يحل للموكل أن يتزوجها . هل ينفذ عقد هذا الزواج على الموكل بدون توقف على اجازته لو كانت المرأة غير مكافئة له وغير سليمة من العيوب والعاهات . أو لو كان المهر أكثر من مهر المثل بما لا يتغابن فيه الناس . فذهب الامام أبو حنيفة الى أن الزواج نافذ على الموكل بدون توقف على اجازته حيث ان التوكيل بالزواج مطلق فيتناول أية امرأة وأى مهر كما هو مقتضى الاطلاق . فلم يخرج الموكل عن حدود التوكيل . فيكون تصرفه

نافذا على الموكل لعدم مخالفته فيما وكل فيه . وذهب الصحابان الى اشتراط كفاءة المرأة وسلامتها من العيوب والى اشتراط كون مهرها ألا يزيد عن مهر مثلها بغبن فاحش . لنفلذ عقد الزواج على الموكل بدون توقف على اجازته . لان التوكيل المطلق ينصرف الى المتعارف بين الناس وهو الزواج من امرأة تناسبه وتكافئه وسليمة من العيوب وبمهر المثل . فالتوكيل بالزواج وان كان مطلقا بحسب الصورة واللفظ الا أنه مقيد في المعنى بدلالة العرف حيث ان المتعارف بين الناس أن من يطلب الزواج انما يريد التزوج من امرأة مناسبة له سليمة من العيوب على مهر أمثالها . ولما كان الشخص قد يعجز عن أن يحقق بنفسه مثل هذا الزواج . فقد جرى العرف بأن يوكل غيره ليستعين به في الحصول على مثل هذا الزواج اذ لا يعجز أحد من التزوج بأية امرأة وعلى أى مهر . فيكون التوكيل المطلق مقيدا بما ذكر عملا بالعرف الجارى بين الناس والمختار في المذهب هو رأى صاحبين وعليه العمل والفتوى .

أثر العرف فيما يقع به الطلاق

الالفاظ التى غلب استعمالها لانشاء الطلاق فى متفاهم الناس وعرفهم تكون صريحة فى الطلاق ويقع بها بدلالة العرف بدون حاجة الى نية الطلاق . فمن هذه الالفاظ قول الرجل لزوجته : انت محرمة . أو أنت على حرام . أو حرمتك على نفسى . وقد أفتى المتأخرون من فقهاء المذهب الحنفى بانه يقع بهذه الالفاظ طلقة واحدة بائنة بدون حاجة الى نية الطلاق . وانما لم يحتج فيها الى نية لوقوعه لانها من صريح الطلاق بطريق العرف حيث لا يقصد فى متعارف الناس عند اطلاق هذه الالفاظ الا الطلاق وانما وقع بها الطلاق البائن مع أن الناس فى متعارفهم استعمال هذه الالفاظ فى الطلاق لا يميزون بين الطلاق الرجعى والطلاق البائن . لكون الطلاق البائن مقتضى لفظ الحرام وموجبه . لان الطلاق الرجعى لا يحرم الزوجة مادامت فى العدة والطلاق الذى يفيد تحريمها هو الطلاق البائن اذ هو

الذى يزيل الحل فى الحال عقب الطلاق مباشرة بخلاف الطلاق الرجعى فان الزوجية لاتزال قائمة بعده كما كانت قبل حصول الطلاق وابقاعه مادامت المطلقة طلاقا رجعيا لاتزال فى العدة . واذا لم يتعارف الناس استعمال هذه الالفاظ فى الطلاق لايقع بها الطلاق الا بالنية لانها فى هذه الحالة من كنيات الطلاق لا من صريحه لكونها تحتل الطلاق وغيره . فالعرف هو المرجع والاساس فى وقوع الطلاق بهذه الالفاظ وأمثالها بدون حاجة الى نية الطلاق أو بشرط نيته .

ولو قال الرجل : « كل حل على حرام » فعلى رأى القدامى من فقهاء الحنفية ينصرف هذا الكلام الى الطعام والشراب ويحمل على ذلك لان هذه الجملة تستعمل فيما يتناول عادة وهو المعنى اللغوى لها . وفى « الهداية » : هذا جواب ظاهر الرواية . ومشايخنا قالوا يقع به الطلاق من غير قرينة لغلبة الاستعمال وعليه الفتوى «^١» . وقال مشايخ بلخ : وقول محمد بعدم وقوع الطلاق بهذه الصيغة الا اذا نوى الطلاق على عرف ديارهم أما فى عرف بلادنا فيريدون بها الطلاق فتحمل عليه ولا يحتاج الى نية الطلاق لغلبة الاستعمال ودلالة العرف «^٢» . ويقول الكمال بن الهمام فى الفتح : والحاصل ان المعتبر فى انصراف هذه الالفاظ عربية أو فارسية الى معنى بلا نية التعارف فيه «^٣» وفى « الدر المختار » : ومن الالفاظ المستعملة فى الطلاق : الطلاق يلزمنى . والحرام يلزمنى . وعلى الطلاق . وعلى الحرام . فيقع بلا نية للعرف . وفى « رد المختار » تعليقا وشرحا لكلام صاحب الدر المذكور : وانما كان مذكوره صريحا لانه صار فاشيا فى العرف فى استعمال الطلاق وقد مر أن الصريح ماغلب استعماله فى الطلاق بحيث لا يستعمل عرفا الا فيه من أية لغة كانت وهذا فى عرف زماننا كذلك فوجب اعتباره صريحا كما أفتى المتأخرون فى « أنت على حرام » بأنه طلاق بائن للعرف بلا نية «^٤» ويقول شهاب الدين القرافي المالكي فى

(١) ج ٤ ص ٣٧٣ - ٣٧٤ (٢) رسالة العرف ١٢٦ (٣) ج ٤ ص ٣٧٤

طبع الحلبي (٤) ج ٢ ص ٤٦٩

كتابه « الاحكام » عنديانه الاحكام التي مدرکہا العرف والعادة : الحكم الثالث ما وقع في المدونة اذا قال لامرأته أنت على حرام . أو خلية . أو برية . أو وهبتك لاهلك . يلزم الطلاق الثلاث اذا كانت مدخولا بها وهذا بناء على أن هذا اللفظ في عرف الاستعمال اشتهر في ازالة العصمة واشتهر في العدد الذي هو الثلاث ثم قال : فانت تعلم أنك لاتجد الناس يستعملون هذه الصيغة المتقدمة في ذلك بل تمضى الاعمار ولا يسمع أحد يقول لامرأته اذا أراد أن يطلقها : أنت خلية . ولا وهبتك لاهلك ولا تستعمل هذه الالفاظ في ازالة العصمة ولا في عدد طلاقات . فالعرف حينئذ في هذه الالفاظ منفي قطعاً . واذا اتفق العرف لم يبق الا اللغة ولم توضع هذه الالفاظ لغة لهذه المعانى التي قررها مالك في المدونة واذا لم تقد هذه الالفاظ لغة ولا عرفاً هذه المعانى فهذه الاحكام حينئذ بلا مستند والفتيا بغير مستند باطلة اجماعاً نعم لفظ « الحرام » في عرفنا اليوم لازالة العصمة خاصة دون عددها وهي مشتهرة في ذلك « ١ » (باختصار وحذف) .

وهذه النصوص الفقهية من أقوال فقهاء الشريعة الاسلامية لاترك مجالاً للشك بأن للعرف المكان الاول فيما يقع به الطلاق من الالفاظ وفي عد هذه الالفاظ واعتبارها من صريح الطلاق فيقع بها الطلاق بدون حاجة الى نية وقوعه بدلالة العرف والاستعمال أو من كنياته فلا يقع بها الطلاق الا بالنية لكونها تحتمل الطلاق وغيره والذي يعين ارادة الطلاق منها مع الاحتمال هو النية . كما بان من هذه النقول التي نقلناها أوضح بيان مدى اعتبار علماء الفقه الاسلامي للعرف ومبلغ اعتمادهم عليه فيما يعد من الفاظ الطلاق وما لا يعد منها .

وفي الفروق للقرافي : الاحكام المترتبة على العوائد - العادات - تدور معها كيفما دارت وتبطل معها اذا بطلت . . . وعلى هذه القاعدة تخرج أيان الطلاق وصيغ الصرائح والكنيات فقد يصير الصريح كناية يفترق الى النية وقد تصير الكناية صريحا مستغنية عن النية « ٢ » .

الإيمان مبنية على العرف

الأصل المقرر فقها أن الإيمان مبنية على العرف لا على اللغة والشرع فإذا استعمل الحالف لفظاً له معنى لغوي أو معنى شرعي وكان في العرف له معنى آخر يراد به معناه العرفي «أ» ولا يراد ما يطلق عليه حقيقة بحسب اللغة لأن العبرة في الحلف واليمين بالعرف والعادة لا تبدل لول اللفظ وما يطلق عليه لغة أو شرعاً . لأن العرف اصطلاح طارئ على حقيقة اللغة واستعمال الشارع . وكل حالف إنما يريد عرفه وعادته فيحمل كلامه على ذلك .

والكلام في اليمين من ناحيتين (١) المحلوف به (٢) المحلوف عليه . فاما ما يحلف به فهو لفظ الجلالة أو اسم من اسمائه تعالى أو صفة من صفاته . ومجمل القول في ذلك على ما بينه فقهاء الحنفية : أن الحلف باسم من أسماء الله تعالى سواء ورد النص من الشارع بالحلف به أو لم يرد . وسواء تعارف الناس الحلف به أو لم يتعارفوه . يكون يمينا وقسما بدون فرق بين أن يكون الاسم خاصا بالله سبحانه وتعالى لا يشاركه في التسمية به أحد . كالله والرحمن أو كان غير خاص بذاته تعالى كالعليم والعزير وهذا هو الصحيح والظاهر من المذهب . لأن الغرض من الحلف تقوية عزم الحالف على الفعل أو الترك وهذا حاصل بالحلف باسمائه تعالى الخاصة وغير الخاصة به . وأن الحلف بصفة من صفاته تعالى يكون يمينا ان جرى العرف بين الناس على الحلف بها كعزة الله وجلاله وكبريائه . وان لم يجر العرف على الحلف بها لا يكون يمينا كعلم الله وغضبه وسخطه ورحمته . سواء كانت الصفة صفة ذات أو صفة فعل . فالأولى ما يوصف بها سبحانه وتعالى ولا يجوز أن يوصف بضدها كالقدرة والعزة والجلال والكبرياء . والثانية ما يوصف بها سبحانه وتعالى ويجوز أن يوصف بضدها كالرحمة والغضب فانه يجوز أن يقال : رحم الله المؤمنين ولم يرحم الكافرين وغضب الله على اليهود ورضى عن المسلمين . لأن الإيمان مبنية

(١) رسالة « رفع الانتفاض » من مجموعة رسائل ابن عابدين ص ٣٠٠ .

على العرف . ولا فرق في ذلك بين ما لا يحتمل غير الصفة كالجلال والكبرياء . وبين ما يحتمل الصفة وغيرها . كالقدرة والعلم . اذ يجوز أن يراد بالقدرة المقدور وبالعلم المعلوم . كما يقال في الدعاء : اللهم اغفر علمك فينا أي معلومك . وقيل ان ما لا يحتمل غير الصفة يكون يمينا وان لم يجر العرف بين الناس بالحلف به . وأما ما يحتمل الصفة وغيرها فلا يكون يمينا الا اذا نواها أو وجد عرف بالحلف به .

وفي « المبسوط » للسرخسي : وأما الحلف بالصفات فالعراقيون من مشايخنا يقولون : الحلف بصفات الذات كالقدرة والعزة يمينا . والحلف بصفات الفعل كالرحمة والغضب لا يكون يمينا . ثم قال : والاصح أن تقول : الايمان مبنية على العرف والعادة . فما تعارف الناس الحلف به يكون يمينا وما لم يتعارف الحلف به لا يكون يمينا . والحلف بقدرة الله تعالى وكبريائه وعظمته . متعارف فيما بين الناس وبرحمته وغضبه غير متعارف فلهذا لم يجعل قوله : وعلم الله يمينا « ١ » .

وأما اليمين من حيث المحلوف عليه فانه يراعى في ذلك العرف لان اليمين لا تعدو أن يكون ارادة للحالف في تقوية عزمه على فعل شيء أو تركه يعبر عنها باللفظ المتعارف عنده بحسب لغته وبيئته فيحمل لفظه في اليمين على عرفه وعاداته في خطابه ولغته التي يتكلم بها .

ويتفرع على قاعدة بناء الايمان على العرف مسائل من الايمان لا تعد كثرة ولا يمكن حصرها واستقصاؤها وسنذكر بعضها منها :

(١) اذا حلف الشخص لا يأكل لحما فأكل سمكا طريا أو مالحا لم يحث في يمينه . لان في عرف الناس لا يسمى السمك لحما ولا يستعمل استعمال اللحم مع أنه ورد في القرآن تسميته لحما فقال تعالى : وهو الذي سخر البحر لتأكلوا منه لحما طريا « ٢ » لان الاصل في اليمين هو العرف فلا تبني على الفاظ القرآن .

(١) ج ٨ ص ١٢٣

(٢) سورة النحل رقم ١٤

(٢) لو حلف لا يدخل بيتا فدخل الكعبة المشرفة أو دخل مسجدا من المساجد لم يحث في يمينه لان اسم البيت في متفاهم الناس ومتعارفهم لا يطلق على الكعبة ولا على المسجد لان البيت في عرف الناس اسم للموضع المعد للبيتوتة فيه . مع أن الله تعالى أطلق لفظ البيت على الكعبة وسمى المساجد بيوتا . قال تعالى : ان أول بيت وضع للناس للذي ببكة مباركا وهدى للعالمين «١» وقال تعالى : في بيوت أذن الله أن ترفع ويذكر فيها اسمه «٢» لما تقرر أن العبرة للعرف لا لألفاظ الشرع والقرآن في مسائل اليمين .

(٣) لو حلف لا يأكل بيضا . فأكل بيض السمك لا يحث مع أنه يطلق عليه لغة اسم البيض حملا على ما يطلق عليه اسم البيض في العرف لا في اللغة . الا أن يكون الحالف قد نوى بيض السمك فحينئذ يحث بأكله معاملة له بنيته . واللفظ يتناوله لغة فيصح قصده واراادته منه .

(٤) لو حلف لا يسكن بيتا ولا نية له . فسكن خيمة فإن كان الحالف من أهل المدن والامصار . لم يحث وان كان من أهل البادية يحث . حملا للفظ على مقصود الحالف بيمينه حسب عرفه وعادة أهله وبيئته . حيث أن اليمين تنقيد بالمتعارف من كلام الحالف . فلما كانت عادة أهل المدن والامصار جارية على أنهم يسكنون البيوت المبنية فلا يحث الحضري اذا سكن الخيمة . وعادة أهل البادية جارية على أنهم يسكنون الخيم . فيحث البدوي اذا سكن الخيمة . لان هذا مراده ومقصوده بحسب عرفه فيعامل كل بالمتعارف في متفاهم بيئته وأهله . وروى أن رجلا سأل ابن مسعود رضى الله عنه وقيل ابن عمر رضى الله عنه فقال : ان صاحبنا لنا أوجب بدنة — ناقة أو بقرة تنحر للتعرب الى الله تعالى سميت بذلك لانهم كانوا يسمونها ومنه قولهم : أراك أضعف السدنة وأنت في قد البدنة —

(١) الآية ٩٦ من سورة آل عمران .

(٢) الآية ٣٦ من سورة النور .

أفتجزيه البقرة • فقال ابن مسعود : ممن صاحبكم • فقال من بنى رباح • فقال : ومتى اقتنت بنو رباح البقر انما وهم (قصد ووقع في خلده) صاحبكم الابل •

(٥) يمين الفور كما اذا دعا شخص آخر الى الغداء وقال له : تغد معي • فرد قائلاً : والله لا أتعدى فانه يمين تنقيد بالغداء المدعو اليه • لان هذا هو المراد والمقصود من هذا الكلام في متفاهم الناس ومتعارفهم • فالكلام مؤبد لفظاً ومؤقت معنى من حيث مدلوله العرفي لا الحرفي ويقول السرخسي : ان هذا النوع من اليمين سبق به أبو حنيفة ولم يسبق به «١» • وقد نص فقهاء الحنفية على أن من حلف على ترك الغداء أو العشاء تعتبر عادة أهل كل بلدة في حقهم حتى أن المصري الحضري لو حلف على ترك الغداء فشرب اللبن لم يحث وأن البدوي يحث لانه غداء أهل البادية «٢» •

(٦) لو حلف قائلاً : والله لا أضع قدمي في دار فلان • فالمعنى الاصلى اللغوي لهذه الجملة عدم وضع القدم • وهذا المدلول اللغوي لهذه الجملة لا ينصرف اليه كلام الحالف • لانه أصبح مهجوراً غير مراد بحسب العرف • لان هذه الجملة صار معناها العرفي عدم الدخول • فأصبحت حقيقة عرفية لهذا المعنى • فلو دخل الحالف الدار ماشياً أو راكباً يحث في يمينه • ولو وضع قدمه فيها من غير أن يدخلها بأن اضطجع خارجها ووضع رجله فيها لا يكون حاثاً •

وذكر عن الامام محمد أنه قال سألتني هارون - الرشيد - عن من حلف لا يكتب الى فلان فأمر أن يكتب اليه بايماء أو اشارة هل يحث ؟ • فقلت : نعم • اذا كان مثلك يا أمير المؤمنين • ويقول السرخسي : وهذا صحيح لان السلطان لا يكتب بنفسه عادة انما يأمر به غيره ومن عاداتهم الامر بالايماء والاشارة «٣» •

(١) ج ٨ ص ١٣١

(٢) فتح القدير ج ٤ ص ٤٠٨

(٣) كتاب المبسوط ج ٩ ص ٢٣

وفي « أعلام الموقعين » لابن القيم : مما يتغير به الفتوى لتغير العرف والعادة موجبات الايمان . . . فمن ذلك أن الحالف اذا حلف : لا ركبت دابة وكان في بلد عرفهم في لفظ الدابة : الحمار خاصة اختصت يمينه به ولا يحث بركوب الفرس ولا الجمل . وان كان عرفهم في لفظ الدابة : الفرس خاصة حملت يمينه عليها دون الحمار . وكذلك ان كان الحالف من عادته ركوب نوع خاص من الدواب كالامراء ومن جرى مجراهم . حملت يمينه على ما اعتاده من ركوب الدواب . فيفتى في كل بلد بحسب عرف أهله ويفتى كل أحد بحسب عادته . ثم يقول بعد كلام طويل : فياك أن تهمل قصد المتكلم ونيته وعرفه فتجنى عليه وعلى الشريعة وتسب إليها ما هي بريئة منه . وتلزم الحالف والمقر والناذر والعاقد ما لم يلزمه الله ورسوله به . ففقيه النفس يقول : ما أردت . ونصف الفقيه يقول : ما قلت « ١ » .

ونكتفى بهذا القدر من الامثلة من مسائل الايمان فانها تعطى فكرة واضحة وتدل دلالة صريحة على أن المعول عليه في أحكام مسائل اليمين انما هو عرف الناس وعاداتهم في ايمانهم . وعلى أن العرف هو المدرك للفقيه وهو المرجع للفتى في معرفة أحكام جزئياتها . فيعتبر عرف الحالف اذا كان له عرف خاص به كالمملوك ومن جرى مجراهم وتحمل يمينه على المتعارف عنده . واذا لم يكن له عرف خاص به يراعى في يمينه عرف أهل بلده وبيئته . ومن هذا واقعة الفتوى للعلامة المحقق الكمال بن الهمام . وهى لو أن بدويا اعتاد أكل خبز الشعير فدخل بلدة المعتاد فيها أكل خبز الحنطة واستمر هو لا يأكل الا خبز الشعير . فحلف لا يأكل خبزا فقد أفتى انه ينعقد الحلف على عرف نفسه فيحث بأكل خبز الشعير ولا يحث بأكل خبز الحنطة لانه لم ينعقد على عرف الناس الا اذا كان الحالف يتعاطاه فهو منهم فيه فيصرف كلامه اليه لذلك وهذا منتف فيمن لم يوافقهم بل هو بجانب لهم « ٢ » .

(١) أعلام الموقعين ج ٣ ص ٤٣ وما بعدها .

(٢) فتح القدير على الهداية ج ٤ ص ٤٠٣

الاحتكام الى العرف في معرفة الأحكام

المسائل الفقهية التي بنيت أحكامها على العرف المألوف بين الناس وعلى التعامل المتعارف بينهم بلغت من الكثرة ما لا يتيسر حصرها وحدها ولا يتيسر استقصاؤها وعددها . وسنذكر بعضا من تلك المسائل التي كان العرف هو المدرك والمستند للفقهاء فيما وضعوا لها من أحكام شرعية سواء كانت موضوعاتها مما تدخل في باب المعاملات أو العقوبات أو مما تنظم في مباحث الاحوال الشخصية في الفقه الاسلامي :

فمن تلك المسائل . ما يدخل في البيع تبعا وما لا يدخل فيه . فالمعول عليه في ذلك انما هو العرف . والقاعدة في ذلك أن كل ما جرى عليه العرف بأنه من مشتملات المبيع فانه يدخل في البيع تبعا بدون ذكره وبغير نص عليه في العقد . فكل ما يتناول اسم المبيع عرفا يدخل في البيع وان لم يتعرض العاقدان لذكره . وما لم يجر العرف والعادة بذلك لا يدخل في البيع الا اذا كان متصلا بالمبيع اتصال قرار . والمعتبر في كل اقليم عرف أهله وما جرى به تعاملهم . فيدخل في بيع الدار المطبخ والكيلار ولا يدخل في بيعها الاواني والاثاث .

(ومنها) أن ثمن المبيع اذا كان مطلقا بأن عين مقدار النقد دون وصفه . ووجدت أنواع من النقود مختلفة في المالية والرواج أو مختلفة في أحدهما دون الآخر . انصرف الثمن المطلق الى الارواج من النقود عملا بالعرف . وتفصيل هذه المسألة : ان الثمن في البيع اذا كان نوعا معينا من النقود كالجنيه المصرى فالواجب هو المسمى المعين في عقد البيع . وان أطاق الثمن بأن عين قدره دون وصفه كما اذا اشترى شخص دارا بخمسة آلاف جنيه . فان لم يكن في البلد الذى حصل فيه عقد البيع الانوع واحد من الجنيهات تعين ثمننا للمبيع . اذ المطلق ينصرف اليه حيث لا يوجد غيره فلا يؤدي الى المنازعة بين المتعاقدين . وان وجدت منه أنواع كالجنيه المصرى والعثمانى والانجليزى . فاما أن تكون الانواع متساوية في المالية والرواج أو مختلفة فيهما أو متساوية في المالية دون الرواج

أو بالعكس . ويفسد البيع في صورة واحدة من هذه الصور . وهى ما اذا كان الاختلاف في المالية دون الرواج اذ لا يمكن حمل الثمن المطلق في هذه الحالة وصرفه الى نوع بعينه دون غيره لما يلزم عليه من ترجيح أحد الانواع المتساوية على الاخر بدون مرجح . فيكون تعيين أحدهما تحكما محضا . وحيث لا يمكن حمل مطلق الثمن على نوع معين وجدت الجهالة المفضية الى الخلاف والنزاع بين المتعاقدين لان البائع يريد أن يأخذ الاكثر قيمة والمشتري يأبى الا أن يدفع الاقل قيمة . فلا يتحقق المقصود من مشروعية العقد وهو دفع حاجة العاقدين بلا منازعة بينهما . ويكون البيع صحيحا في الصور الباقية . وهى ما اذا كانت أنواع النقود متساوية في المالية والرواج وفي هذه الصورة يدفع المشتري أى نوع منها . واذا تمسك البائع بنوع معين منها لا يلتفت اليه ويكون تشبهه وتمسكه به مجرد تعنت وعناد لا مبرر له اذ لا فضل ولا مزية لنوع منها على آخر حيث أن الانواع متساوية في المالية والرواج والاختلاف في الاسم لا قيمة له ولا اعتبار به . وما اذا كانت النقود مختلفة في المالية والرواج معا . وما اذا كانت مختلفة في أحدها دون الاخر . ففي هاتين الصورتين يتعين النوع الاروج ثمنا للبيع فيحمل الثمن المطلق عليه بدلالة العرف وفي تبيين الحقائق للزليعى : أن مطلق الثمن يقع على غالب تقدر البلد وينصرف الى التعامل به في بلده لان المعلوم بالعرف كالمعلوم بالنص «١» .

(ومنها) معرفة العيوب في المبيع وتقديرها . المقرر أن عقد البيع المطلق بدون قيد البراءة من العيوب في المبيع وبلا ذكر أنه معيب يقتضى سلامته وخلوه من العيوب . لان ذلك هو الاصل المتعارف بين الناس وجرى به تعاملهم في عقود البيع . فكأنه اشترط في العقد كون المبيع سالما من العيوب وبخاليا منها . لان المعروف عرفا كالمشروط لفظا . فاذا اطلع المشتري بعد قبض المبيع وتسلمه على عيب فيه لم يكن قد رآه عند انشاء العقد أو وقت القبض أو رآه ولم يعلم انه عيب في عرف التجار

وأرباب الخبرة • فله الخيار ان شاء أخذه بكل الثمن وان شاء رده الى بائعه واسترد منه الثمن كاملا غير منقوص • اذا توافرت الشروط التي ذكرها الفقهاء لثبوت خيار العيب للمشتري • وانما ثبت له حق الرد على البائع في هذه الحالة لكي لا يلحقه ضرر بالزامه بأخذ شيء لم يرض به • والمحور الذي تدور عليه العقود على اختلاف أنواعها وتفاوت درجاتها • هذا التراضي بين المتعاقدين • وأيضا فان البائع حيث لم يبين للمشتري ما في المبيع من عيب كان ذلك تعريفا للمشتري وكل بيع فيه غرر وتعريض ممنوع وحرام شرعا • وفي الشرح الكبير : يثبت خيار العيب للمشتري بالعيوب الموجبة لنقص المالية في عادات التجار لان المبيع انما صار محلا للعقد باعتبار صفة المالية فما يوجب نقضا فيها يكون عيبا • والمرجع في ذلك الى العادة في عرف التجار «١» •

والمعول عليه والمرجع في معرفة العيب وتقديره العرف والعادة • فكل ما أوجب نقصان القيمة في عرف أهل الخبرة من التجار وأرباب الصناعات اذا كان المبيع من المصنوعات • فهو عيب يرد به المبيع الى بائعه • فعيوب المجوهرات يعرفها الصياغ الخبراء • وعيوب أسلحة الحرب وعددها على اختلاف أجناسها وأنواعها • انما يعرفها ويقدرها أهل الخبرة بها من صناعاتها وتجارها ورجال الحرب الفنيون في الاسلحة والالات الحربية • وخبراء القطن هم الذين يعرفون عيوب القطن ويقدرونها • وهكذا في كل مبيع يرجع في معرفة ما فيه من عيب الى الخبراء فيه • فاذا ما قرروا أن بالمبيع عيبا يستوجب نقص الثمن في عرف الناس وتعاملهم يثبت للمشتري حق رده الى البائع واسترداد ما دفعه اليه من الثمن •

واذا كان المبيع من الحبوب كالقمح والشعير والسمسم ووجد المشتري بعض المبيع فاسدا غير صالح • فان كان الفاسد لا يستكثر في العادة والعرف فالبيع صحيح لازم ولا يكون للمشتري حق رده الى البائع اذ قلما تخلو هذه الاشياء عن كون بعضها غير صالح فلا يمكن الاحتراز عن ذلك فمرد

الامر ومرجه فيما يعد قليلا أو كثيرا من التراب في الحبوب أو الفاسد من البيض والجوز هو العرف .

وإذا لم يبين في عقد البيع أن الثمن مؤجل أو معجل انعقد البيع على أن الثمن معجل فيجب دفع الثمن في الحال . لأن مقتضى العقد المطلق الذى لم يشترط فيه تأجيل الثمن أن يكون الثمن معجلا حيث ان المشتري استوفى حقه في قبض المبيع وتسلمه فيستوفى البائع حقه في أخذ الثمن . هذا اذا لم يوجد عرف للعاقدين يقضى بتأجيل كل الثمن أو بعضه الى أجل معلوم . وأما اذا كان العرف جاريا على تأجيل كل الثمن أو تأجيل بعضه فانه يعمل بموجب العرف والعادة في ذلك « ١ » .

وقد ذكر القرافى في « الفروق » عند بيانه الفرق بين قاعدة ما يتبع العقد عرفا وقاعدة ما لا يتبعه . جملة من العقود التى تتأثر بالعرف ومقدار أثره فى الفاظها . وبين أن عقد الشركة يحمل على المناصفة حيث كان مطلقا . وان فى بيع الارض تدخل الاشجار والبناء . وفى بيع الدار تدخل الابواب والرفوف والسلالم وما هو من مصالحها ومرافقها . وفى بيع المرابحة والوضيعة يحسب من أصل الثمن كل صنعة قائمة كالصنغ والخيطة والتطريز اذا كان مايراد بيعه مرابحة ثوبا . ثم قال بعد ذكره هذه المسائل وغيرها : وهذا الكلام مع بقية تفاريع هذا الباب كلها مبنية على العادات . فجميع هذه المسائل وهذه الابواب التى سردتها مبنية على العادات غير مسألة الثمار المؤيرة بسبب أن مدركها النص والقياس وما عداها مدركة العرف والعادة . فاذا تغيرت أو بطلت بطلت هذه الفتاوى وحرمت الفتوى بها لعدم مدركها فتأمل ذلك . بل تتبع الفتاوى هذه العادات كيف تقلبت كما تتبع النقود فى كل عصر وحين . وتعيين المنفعة من الاعيان المستأجرة اذا سكت عنها تنصرف بالعادة للمنفعة المقصودة منها

عادة «١» .

(ومنها) تقدير النفقة . فقد أوجب الكتاب والسنة نفقة الزوجة على زوجها . وترك أمر تقديرها في الحوادث الجزئية والوقائع الفردية الى المتعارف بين الناس والمألوف لديهم في النفقات . لان النصوص الشرعية التي أثبتت وجوب النفقة الزوجية على الزوج كقوله تعالى : والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف «٢» . وقوله عليه الصلاة والسلام : اتقوا الله في النساء فانكم أخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله ، ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف . رواه الامام مسلم في صحيحه . وردت مطلقة من غير تقييد فلم تتعرض لبيان مقدارها ولا كيفية تقديرها . فيرشد ذلك الى أن تقدير النفقة الزوجية في كل واقعة بما يناسب حال الزوجين يسرا وعسرا وتوسطا بينهما أو بما يناسب حال الزوج فيما ذكر على اختلاف الفقهاء فيمن تراعى حاله عند تقدير النفقة الزوجية . متروك الى العرف بين الناس . فتقدير النفقة يراعى فيه المتعارف بين الناس في الاتفاق على أهليهم . وهذا يختلف باختلاف الاشخاص والازمان والاماكن .

وقد نص فقهاء الحنفية على أن النفقة واجبة بطريق الكفاية . وماوجب كفاية لا يتقدر شرعا في نفسه . لانه يختلف باختلاف الطبائع وأحوال الناس وباختلاف الاوقات والاماكن . فيقدر بالمعروف بين الناس وهو القدر الذي عرف بالعادة انه الكفاية «٣» . وفي كتاب المعنى لابن قدامة الحنبلي: ان الشرع ورد بالاتفاق مطلقا من غير تقييد ولا تقدير . فوجب أن يرد الى العرف «٤» وفي الشرح الكبير على متن المقنع : والصحيح رد النفقة المطلقة في الشرع الى العرف فيما بين الناس في نفقاتهم في حق الموسر والمعسر والمتوسط «٥» ويقول الكمال بن الهمام في باب النفقة من كتابه

(١) ج ٣ ص ٨٧-٨٨ (٢) البقرة الاية رقم ٢٣٣ (٣) المبسوط ج ٥ ص ١٨٢

(٤) ج ٩ ص ٢٣٢ (٥) ج ٩ ص ٢٢٤

« فتح التقدير على الهداية » : والحاصل أن على القاضى اعتبار الكفاية بالمعروف فيما فرض فى كل وقت وباعتبار الحال من اليسار والاعسار «^١» وفى « أحكام القرآن » لابن العربى : قول الله تعالى : لينفق ذو سعة من سعته . يفيد أن النفقة ليست مقدرة شرعا . وانما تقدر عادة بحسب الحالة من المنفق والحالة من المنفق عليه . فتقدر بالاجتهاد على مجرى العادة . ثم يقول : قد بينا أن الاتفاق ليس له تقدير شرعا وانما أحاله سبحانه وتعالى على العادة . وهى دليل أصولى بنى الله عليه الاحكام وربط به الحلال والحرام «^٢» .

ثم ان اليسار والاعسار مما يختلف باختلاف البلاد فقد يعد رجل فى بلد ذا يسار . ولا يعد كذلك فى بلد آخر . ولم يصرح الفقهاء ببيان اليسار والاعسار فى باب النفقة الزوجية . وربما تركوا تقديرهما الى العرف . وفى « رد المختار » : صرحوا ببيان اليسار والاعسار فى نفقة الاقارب ولم أر من عرفهما فى نفقة الزوجة . ولعلمهم وكلوا ذلك الى العرف «^٣» .

(ومنها) الكفاءة فى الزواج فان المناط فيما تعتبر فيه الكفاءة بين الزوجين انما هو العرف وكذا اعتبارها من جهة الزوج دون الزوجة (الا فيما استثنى من الحالات التى تعتبر فيها الكفاءة أيضا من جانب الزوجة) فان مدار ذلك كله العرف كما هو صريح أقوال الفقهاء على الوجه الذى سلف بيانه .

(ومنها) اذا اختلف الزوجان فى أثاث المنزل الذى يسكنان فيه سواء كان المنزل ملكا لهما أو لاحدهما أو ليس ملكا لاحدهما . فادعى الزوج أن متاع البيت ملكه . وادعت الزوجة أنه ملكها . ولا بينة ولا اثبات لاحدهما على ما يدعيه . فانه يرجع الى العرف فمن شهد له العرف يقضى

(١) ج ٤ ص ١٩٥ (٢) ج ٢ ص ٢٧٠ (٣) ج ٢ ص ٧٠١

له مع يمينه لان الظاهر يؤيده بشهادة العرف فما يصلح من الاثاث للرجال عرفا كالثياب الخاصة بالرجال وكأدوات العيادة أو آلات الرسم والزوج طبيب أو مهندس يكون القول قوله مع يمينه لان العرف يشهد له فيحكم له بذلك . وما يصلح للنساء فقط كالحلى وأدوات زينة النساء والثياب الخاصة بهن فيحكم لها بذلك بدلالة العرف والعادة . وأما اذا كانت أعيان أثاث البيت مما يصلح للرجال والنساء كالاوانى والكراسى والسرر والابسطة وغير ذلك من الاشياء الصالحة للرجال والنساء . فقد اختلف فقهاء الحنفية فيمن يكون له القول في ذلك . فرأى الطرفين أن القول للزوج يمينه لان المسكن مسكنه . وكل ما فيه تحت يده المتصرفه وهذا ظاهر يؤيده ويشهد له فيحكم له بالاشياء الصالحة لهما . ورأى أبى يوسف أن القول للمرأة في مقدار ما يجهز به مثلها عادة من هذه الاعيان الصالحة لهما عملا بالعرف والعادة اذ العرف الجارى بين الناس في الاعم الاغلب من الحالات الا تنتقل الزوجة الى مسكن الزوجية بدون جهاز . وأما ما زاد عن مقدار ما تجهز به في العادة فيكون القول فيه للزوج عملا باليد المتصرفه . ورأى أبى يوسف في هذه المسألة جدير بالاعتبار تؤيده العادة المستمرة بين الناس في أن الزوجة لا تزف الى زوجها ولا تدخل بيت الزوج خالية الوفاض عما جرت العادة بتجهيز أمثالها . وأبو يوسف شيخ القضاة في عصره وقد خبر أحوال الناس وعاداتهم ومارس من أعمال القضاء والفصل في المنازعات والخصومات ما يجعل لرأيه في أمثال هذه المسألة المكان الاول من الاعتبار . وفي الفروق للقرافي عند الكلام في الفرق الستين والمائة : قال مالك في المدونة اذا اختلفا وهما زوجان أو عند الطلاق . أو الورثة بعد الموت . قضى للمرأة بما هو شأن النساء وللرجل بما هو شأن الرجال . وما يصلح لهما قضى به للرجل لان البيت بيته في مجرى العادة فهو تحت يده «١» وفي تبصرة الاحكام لابن فرحون المالكي في باب القضاء بالعرف والعادة : ومن

ذلك اختلاف الزوجين في متاع البيت وهما في العصمة أو بعد طلاق أو موت فإن الحكم في ذلك أن يقضى للمرأة بما يعرف للنساء وللرجل بما يعرف للرجال وبعد أن عدد أشياء تصلح للنساء فقط وللرجال فقط . قال : وهذا عند المحققين تابع لعرف المتنازعين فرب متاع يشهد العرف في بلد أو زمان انه للرجال ويشهد في بلد آخر أو زمن آخر للنساء ويشهد في الزمان الواحد والمكان الواحد أنه متاع النساء بالنسبة لقوم . ومن متاع الرجال بالنسبة لقوم آخرين كالنحاس المصنوع في تونس ببلاد المغرب فإنه من متاع النساء بالنسبة الى جهاز الاندلس ومن متاع الرجال بالنسبة الى جهاز الحضرة (١) .

(ومنها) اذا جهز الاب بنته من ماله وزفت الى زوجها بالجهاز الذي قام به الاب . ثم اختلفا في هذا الجهاز فادعى الاب أو ورثته بعد وفاته أن أعيان الجهاز كلها أو بعضها سلمها اليها بطريق العارية لا الهبة والتملك فيحق له أن يستردها منها في أى وقت وطالبها بردها اليه . وادعت أنه دفع الجهاز اليها تمليكاً وهبة فلا يصح له أن يسترده منها لان القرابة المحرمة مانعة من الرجوع في الهبة . فالقول لمن يشهد له العرف في ذلك يمينه عند عدم وجود بينة لاحدهما على ما يدعيه فان جرى العرف والعادة بين الناس بأن الاب يفعل ذلك هبة وملكاً حكم لها بدعواها عملاً بالعرف وان جرى العرف بأن الاب يجهز بنته بطريق الاعارة لا التملك فالقول له يمينه لان العرف يؤيده ويشهد له . وفي رسالة « نشر العرف » : والعرف السائد أن الاب اذا جهز بنته فإنه يدفع لها تملكاً . وكون الدفع عارية نادر في الاوساط .

(ومنها) لو قدم الزوج لزوجته شيئاً بعد الزواج . ثم تنازعا فادعى أن ما قدمه اليها من المهر . وادعت أنه هدية . ولم يكن لاحدهما اثبات

على ما يدعيه . فانه يرجع الى العرف في هذه الحالة ويجعل حكما للفصل بين المتنازعين ويكون القول لمن يشهد له العرف بيمينه . فان كان العرف يعتبر ما أعطاه لها من المهر قضي للزوج . وان كان العرف جاريا على أن ما قدمه اليها يعتبر هدية حكم لها بدعواها . وان لم يوجد عرف أو كان العرف مشتركا لا يشهد لاحدهما . فالتقول للزوج بيمينه لان جهة الاعطاء تعلم منه لكونه هو الذي أعطى الشيء المتنازع فيه فهو أدري بصفة الاعطاء .

(ومنها) اذا اختلف الخاطب مع مخطوبته بعد العدول عن الخطبة سواء كان العدول عنها من جهته أو من جهتها فيما كان قدمه اليها أثناء الخطبة هل ما قدمه اليها هدية أم من المهر . فادعى أنه من المهر ليتسنى له في كل الاحوال أن يسترده منها بعينه ان كان قائما أو يرجع عليها بمثله أو قيمته ان كان هالكا أو مستهلكا . وادعت هي أنه هدية حتى لا يرجع عليها بشيء ان وجد مانع من موانع الرجوع في الهبة حيث ان الهدية كالهبة في الحكم من حيث جواز الرجوع وعدم الرجوع فيها . فالتقول لمن يؤيده العرف بين الناس مع يمينه . وان لم يوجد عرف فالتقول قوله بيمينه الا اذا كان ما قدمه اليها يستنكر في العرف والعادة أن يكون مهرا مثل فاكهة أو طعام مجهز للاكل فيكون القول لها مع يمينها حيث ان الظاهر في هذه الحالة ان ما أعطاه لها يعد هدية لا مهرا .

(ومنها) اذا اختلف الزوجان في المعجل والمؤجل من الصداق ولم يوجد في عقد الزواج نص على ذلك فانه يحكم بمقتضى العرف السائد بين الناس في مقدار المعجل من المهر والمؤجل منه لان المتعارف عرفا كالمشروط نصا . والعرف في بعض البلاد المصرية جار على تعجيل نصف المهر وعلى تأجيل نصفه الاخر لا قرب الاجلين الطلاق والموت وفي بعضها العرف جار على تعجيل الثلثين من المهر وتأجيل الثلث لا قرب الاجلين .

(ومنها) تقدير المنفعة التي توصل بها الزوجة بعد الفرقة كتعويض لها

عما أصابها من الأذى والضرر بسبب الفرقة التي لادخل لها فيها حيث لا يجب لها شيء من المهر . فإن المدار في تقديرها هو العرف لأن النص الذي أوجب المتعة ورد مطلقا بدون تقدير ومن غير تخصيص على مقدارها فوجب المصير الى عرف الناس في ذلك . قال تعالى : لاجنح عليكم ان تطلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة . وتمتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعا بالمعروف «١» ولم يرد في الشرع مقدار معين للمتعة . فالمعتبر فيها عرف كل بلدة ، ولذا صرح الفقهاء بأن المتعة عبارة عن الكسوة الكاملة التي تلبسها المرأة عند الخروج حسب عرف بلدها . ويقول حجة الاسلام أبو بكر الرازي الشهير بالخصاص المتوفى سنة ٣٧٠ هجرية في كتابه القيم « أحكام القرآن » : ولم يقدر أصحابنا لها - المتعة - مقدارا معلوما لا يتجاوز به ولا يقصر عنه وقالوا هي - المتعة - على قدر المتعارف في كل وقت . ويقول عند تفسيره قول الله تعالى « وتمتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعا بالمعروف » : واثبات المقدار على اعتبار حاله - الزوج - في الاعسار واليسار طريقه الاجتهاد وغالب الظن ويختلف ذلك في الازمان أيضا . لأن الله تعالى شرط في مقدارها - المتعة - شيئين أحدهما اعتبارها بيسار الرجل واعساره والثاني أن يكون بالمعروف مع ذلك . فوجب اعتبار المعنيين في ذلك . وإذا كان كذلك وكان المعروف منهما موقوفا على عادات الناس فيهما والعادات قد تختلف وتتغير ويجب بذلك مراعاة العادات في الازمان . وذلك أصل في جواز الاجتهاد في أحكام الحوادث «٢» .

(ومنها) تحديد آلة القتل . فإن الشارع لم يحدد للقتل الموجب للقصاص ولا لغيره من أنواع القتل آلة مخصوصة كما لم يبين الشارع كيفية مخصوصة للقتل الذي يوجب القصاص والذي لا يوجهه .

(١) الآية ٢٣٦ من سورة البقرة (٢) ج ١ ص ٤٣٣ وما بعدها .

بل اكتفى الشارع بوصف القتل الموجب للقصاص بكونه عمدا عدوانا . وترك تقدير آلة القتل وتحديدھا للعرف لان وسائل القتل وطرق ارتكابه تختلف باختلاف الاشخاص والازمنة والامكنة . فلو حدد الشارع آلة القتل لنجا كثير من المجرمين القتلة من العقاب ولفاتت الحكمة من مشروعية القصاص . قال تعالى : ولكم في القصاص حياة يا اولي الالباب «١» لان الانسان يتكرر أساليب جديدة لم تكن معهودة ويتدع طرقا جديدة لم تكن معلومة في ارتكاب جريمة القتل . ولهذا ذهب جمهور الفقهاء الى أن القتل العمد العدوان بكل ما من شأنه ازهاق الروح عادة يوجب القصاص من القاتل سواء كان القتل بطريق المباشرة أو التسبب وبآلة محددة أو غير محددة . وأوجبوا القود في القتل بالسلاح وغيره كالتخنيق والتغريق والحبس عن الطعام والشراب حتى يموت جوعا وعطشا وقالوا بالقصاص ممن شهد زورا أمام القضاء بما يوجب القتل وأدت شهادته الى قتل المشهود عليه .

(ومنها) تقدير الغبن الفاحش والغبن اليسير . اذ لم يرد من الشرع نص في تقديرهما وتحديدهما فيؤخذ من ذلك أنه رد أمر تقديرهما الى عرف الناس . وفي الشرح الكبير على متن المقنع : ولاتحديد للغبن في المنصوص عن احمد . وحدده بعضهم بالثلث وهو قول مالك لقول النبي : والثلث كثير . وقيل السدس . والاولى تحديده بما لا يتغابن الناس به عادة لان ما لم يرد الشرع بتحديدده يرجع فيه الى العرف «٢» . ولفقهاء الحنفية عدة أقوال في تقدير الغبن الفاحش والغبن اليسير وأحسنها أن الغبن اليسير ما يدخل تحت تقويم المقومين من أهل الخبرة والغبن الفاحش ما ليس كذلك وأهل الخبرة عند تقويمهم وتقديرهم قيمة الشيء يراعون العرف وعادة التجار في تمين الشيء وتقدير قيمته .

(ومنها) ما يتحقق به الاكراه . والاكراه بنوعيه الملجئ وغير الملجئ

يعدم الرضا من المكره . والرضا شرط لصحة العقود والتصرفات فتفسد عند فواته لان الملاحظ من جهة الشارع في صحة العقد وانعقاده حصول التراضي من المتعاقدين قال تعالى : يا أيها الذين آمنوا لاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم «١» . قال عليه الصلاة والسلام : رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه . وما يتحقق به الاكراه كالضرب والحبس يختلف باختلاف أحوال الناس . فمنهم من لا يتضرر عادة الا بالضرب الشديد والحبس المديد ومنهم من يتضرر بأدنى شيء لان ذلك يعتبره العرف هوانا بالنسبة له ولا يعتبره كذلك بالنسبة لغيره فالوجيه الذي يضع من جابه ومكاته الاجتماعية حسب ساعة أو ضربة سوط يثبت بذلك في حقه الاكراه والذي لايبالي بذلك لا يثبت في حقه الاكراه «٢» .

(ومنها) الحرز . اخراج السارق المسروق من الحرز شرط لقطع يده عند عامة أهل العلم والحرز في اللغة العربية الموضع الذي يحرز فيه الشيء وكذا هو في الشرع الا أنه بقيد المالية أى المكان الذي يحرز فيه المال كالدار والحانوت والخيمة والشخص نفسه «٣» وحرز كل شيء ما يليق به فحرز الدواب بالاصطبل والدرّة بالحق والصندوق والغنم بالحظيرة . فلو سرق دابة من اصطبل قطعت يد السارق ولو سرق لؤلؤة من الاصطبل لم تقطع . واذا سرق شاة من الحظيرة تقطع ولو كان فيها ثوب فسرقه لم تقطع «٤» . وفي فتح القدير : الحرز ماعد عرفا حرزا للاشياء لان اعتباره ثبت شرعا من غير تنصيص على بيانه فيعلم به أنه رد الى عرف الناس فيه والعرف يتفاوت وقد يتحقق فيه اختلاف لذلك «٥» ويقول الماوردي في

(١) الآية ٢٩ من سورة النساء

(٢) تراجع المبسوط ج ٢٤ ص ٥٢ وتبيين الحقائق ج ٥ ص ١٨٢

(٣) فتح القدير ج ٥ ص ١٤٢

(٤) العناية على الهداية ٥ ص ١٣٧

(٥) ج ٥ ص ١٤٢

كتابه « الاحكام السلطانية » : والأحرار عند الشافعي تختلف باختلاف الاموال اعتبارا بالعرف فيها فيحف الحرز فيما قلت قيمته من الخشب والحطب ويغلظ ويشدد فيما كثرت قيمته من الذهب والفضة فلا يجعل حرز الحطب حرزا للفضة والذهب فيقطع سارق الخشب منه ولا يقطع سارق الذهب والفضة منه « ١ » .

(ومنها) العقوبات غير المقدرة من الشارع وهي المسمى فقها بالتعزير وليبان ذلك نقول ان العقوبات في التشريع الاسلامي نوعان (ا) عقوبات مقدرة من الشارع نص عليها الكتاب أو السنة وهي القصاص سواء كان في النفس أو في أعضاء الجسم والحدود : حد الشرب وحد الزنا وحد القذف . (ب) عقوبات غير مقدرة من الشارع بل فوض الامر في تقديرها لاولى الامر بحسب نوع الجريمة وظروفها المحيطة بها من حيث مكانها وزمانها ومرتكبها والمجنى عليه وضررها على الافراد والجماعات وغير ذلك من الاحوال والملابسات المحيطة بالجناية وقت ارتكابها . وهذا النوع ما اصطلح عليه فقهاء الاسلام على تسميته بالتعزير .

نص الكتاب أو السنة على أنواع معينة من الجرائم وبينت نصوصهما عقوبات تلك الجرائم وهي جرائم الاعتداء على النفس بالقتل أو بما دونه كجرح بعض أعضاء جسم الانسان أو قطعها . وعلى المال بالسرقه وعلى العرض بالزنا أو القذف . وعلى الدين بالردة . وعلى العقل بالسكر . وعلى الامن والنظام العام بالبغى والعدوان والسعى في الارض بالفساد والافساد . وقد عنيت الشريعة الاسلامية أشد العناية بهذه الانواع من الجرائم لخطورتها وعظم أثرها في المجتمع الانساني أفرادا وجماعات . لانها متصلة اتصالا وثيقا بالمقاصد الضرورية التي تهدف الشريعة الاسلامية الى حفظها وصيانتها . وهي حفظ الدين والنفس والنسل والمال والعقل لان تكاليف الشريعة ترجع الى حفظ مقاصدها في الخلق وهذه المقاصد

لاتعد وثلاثة أقسام أحدها أن تكون ضرورية والثاني أن تكون حاجية والثالث أن تكون تحسينية وأن المقاصد الضرورية خمسة أمور وهى حفظ الدين والنفس والنسل والمال والعقل «١» .

ولا يخفى ما يترتب على هذه الجرائم التى بينت نصوص الكتاب والسنة عقوباتها من الشرور والاضرار التى تلحق الافراد والجماعة البشرية وما يتركها من الاثام والاثار السيئة فى حقوق الانسان الشخصية والاجتماعية . بما تحدثه من الاضطراب والاخلال بالامن والنظام واشاعة الفساد والفوضى ونشر القلق والذعر والهلع بين الناس حيث لا يأمنون على ارواحهم وأموالهم وأعراضهم وأنسابهم . فيعيشون فى جو مضطرب لا امن فيه ولا اطمئنان وفى بحر متلاطم الامواج لاقرار فيه من القلق والفوضى . ولما كانت الشريعة الاسلامية معنية أشد العناية باستتباب الامن والنظام والهدوء والاطمئنان . وحريصة أشد الحرص على صيانة الاموال والارواح وحماية الاعراض والانساب والمحافظة على العقول . فانها شرعت عقوبات رادعة لهذه الجرائم . نص عليها الكتاب أو السنة . وهذه الاحكام الجزائية كقيلة بحفظ المجتمع البشرى من التدهور فى مهاوى الهلاك والانحلال وكقيلة بردع النفوس الباغية الطاغية وزجرها واتعاظ الغير فيجتنب فعل تلك الموبقات ويتعد من التفكير فى ارتكاب تلك المحرمات من الجرائم .

وقد فصل الفقهاء هذه الجرائم وبينوا العقوبات المترتبة عليها بما لامزيد عليه كما هو مدون فى كتب المذاهب الفقهية الاسلامية مع ذكر النصوص الشرعية المتعلقة بها وهى مشهورة ومعروفة لا تحتاج الى ذكر وبيان .

وأما الذنوب والجرائم التى لم يتعرض لها التشريع الاسلامى ولم يرد فى بيانها ولا فى أحكامها نص من الكتاب والسنة . فقد فوض الشارع لأولى الامر فى تقدير العقوبات عليها . حيث انها تختلف وتختلف أحكامها

(١) الموافقات للشاطبى ج ٢ ص ٤

بحسب الازمنة والامكنة والمصلحة والبيئات المختلفة في الجماعات البشرية وبحسب عرف الناس وعاداتهم فيما يوجب التعزيز وما لا يوجبه وفي مقدار التعزيز ونوعه . يقول ابن القيم في كتابه « اغاثة اللفهان » : الاحكام نوعان نوع لا يتغير عن حالة واحدة هو عليها لا بحسب الازمنة ولا الامكنة ولا اجتهاد الائمة كوجوب الواجبات وتحريم المحرمات والحدود المقدرة بالشرع على الجرائم ونحو ذلك . فهذا لا يتطرق اليه تغيير ولا اجتهاد مخالف لما وضع عليه . والنوع الثاني ما يتغير بحسب اقتضاء المصلحة له زمانا ومكانا أو حالا كمقادير التعزيرات وأجناسها وصفاتها . فان الشارع ينوع فيها بحسب المصلحة . ثم بعد أن عد ابن القيم في كتابه المذكور طائفة من تعزيرات النبي صلى الله عليه وسلم وتعزيرات الصحابة من بعده . قال : فكان عمر رضى الله عنه يحلق الرأس وينقى ويضرب ويحرق حوانيت الخمارين والقرية التى تباع فيها الخمر . وحرقت قصر سعد (بن أبى وقاص) بالكوفة لما احتجبت عن الرعية (وصار يحكم فى داره) . وقال : كان لعمر رضى الله عنه فى التعزير اجتهاد وافقه عليه الصحابة لكمال نصحه ووفور علمه وحسن اختباره للامة . وحدثت أسباب اقتضت تعزيره لهم بما يردعهم لم يكن مثلها فى زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم . أو كانت ولكن زاد الناس عليها أو بالغوا فيها . فمن ذلك انهم لما زادوا فى شرب الخمر وتتابعوا فيه وكان قليلا فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم جعله عمر ثمانين ونقى فيه . ومن ذلك اتخاذه دارا للسجن . ومن ذلك ضربه للنوائح حتى بدا شعرها . وهذا باب واسع اشتبه فيه على كثير من الناس الاحكام التى لا تتغير بالتعزيرات التابعة للمصالح وجودا وعندما « ١ » ا ه .

وفى كتاب « معين الحكام » عند بيان بعض التعزيرات التى نقلت عن الرسول والصحابة: ومنها مصادرة عمر عماله بأخذ شطر أمواله فقسمها بينهم وبين المسلمين « ٢ » ا ه . فعمربن الخطاب رضى الله عنه الذى ورد بشأنه

(١) كتاب « اغاثة اللفهان من مكاييد الشيطان » ج ١ ص ٣٣٠ وما بعدها .

(٢) الكتاب المذكور ص ١٩٠

الحديث الشريف : جعل الله الحق على لسان عمر وقلبه • يعتبر أول من وضع قانون الكسب غير المشروع — من أين لك هذا؟ — الذي كثر حوله الكلام والنقاش في العهد الاخير • فقد كان يتخير عماله في الاقاليم وحكام ولايات الدولة الاسلامية بعد البحث والتقصي عنهم بما عرف عنه من الدقة وحسن التقدير • ويحاسبهم عن كل صغيرة وكبيرة من أعمالهم ويتتبع أحوالهم في الرعية وتصرفاتهم في شؤون الرعية • فاذا ماتين له أن أحدهم استغل وظيفته لمنفعته الشخصية • أو أساء استعمال سلطته أو اتخذ منصبه لكسب غير مشروع أو لمحاباة أحد في الحق والعدالة • أو ظهرت عليه آثار النعمة وأمارات الاثراء التي لا تتناسب مع حاله قبل توليه امارة الناس ولا تتفق وما يأخذه من الاجر نظير عمله • فانه كان يحاسبه حسابا عسيرا ويحقق معه عن موارد ثروته • فاذا ظهر له أنه استغل منصب الدولة الذي تولاه لكسب غير مشروع فانه كان يصادر أمواله ويقسمها بينه وبين المسلمين •

ويقول القرافي في كتابه « الفروق » عند ذكره الفروق بين الحد والتعزير مانصه : ان التعزير يختلف باختلاف الاعصار والامصار فرب تعزير في بلد يكون اكراما في بلد آخر كقطع الطيلسان بمصر تعزير وفي الشام اكرام • وككشف الرأس عند الاندلس ليس هوانا وبالعراق ومصر هوان «١» والعرف بمصر في عصرنا الحاضر أصبح لا يعد كشف الرأس هوانا وقد كان العرف من عهد غير بعيد يعتبر كشف الرأس هوانا كما قال القرافي •

فالقاضي عندما يقدر عقوبة التعزير يجب عليه أن يراعى عرف الناس وعاداتهم فيما يعد زجرا وردعا وتأديبا وتهديبا للاخلاق • لان هذا يختلف باختلاف الزمان والمكان والاشخاص كما يجب عليه أن يراعى ويقدر مبلغ الجناية من حيث عظمها وصغرها وخطورتها وضررها بالافراد أو بالمجتمع

وأن يلاحظ حال الجاني من حيث ما يكون زجرا وردعا له فان الناس يختلفون في هذا اختلافا كبيرا . فبعضهم يكفى في ردعهم وزجرهم واصلاح حالهم التوبيخ والتبكيث والكلام العنيف . وبعضهم لا يرتدعون الا بالضرب والحبس وفي « فتح القدير على الهداية » : عن السرخسي أنه ليس فيه - في التعزير - شيء مقرر بل مفوض الى رأى القاضى . لان المقصود منه الزجر . وأحوال الناس مختلفة فيه . فمنهم من ينزجر بالصيحة . ومنهم من يحتاج الى اللطمة والى الضرب . ومنهم من يحتاج الى الحبس . وفي الشافى : التعزير على مراتب . تعزير اشرف الاشراف وهم العلماء والعلوية بالاعلام وهو أن يقول له القاضى : بلغنى أنك تفعل كذا وكذا فينزجر به . وتعزير الاشراف وهم الامراء والدهاقين بالاعلام والجر الى باب القاضى والخصومة في ذلك . وتعزير الاوساط وهم السوقة بالجر والحبس . وتعزير الاخسة بهذا كله وبالضرب «(١)» .

وفي منح الشريعة الاسلامية السلطة لأولى الامر في فرض عقوبات ووضع أحكام للجرائم التي لم يعينها الشارع ولم يحددها . وتفويضها الامر للحاكم في تقدير تلك العقوبات بدون تقييد بشيء . عدا رعاية المصلحة ودفع المفسدة . وعدا أن يكون رائد الزجر والردع وغاياته الاصلاح والتأديب . مع مراعاة ذات الجريمة من حيث عظمها وصغرها وما يحيط بالجناية من الظروف ويتصل بها من حال الجاني والمجنى عليه . لا كبر شاهد وأقوى برهان على أن الفقه الاسلامي يساير الزمن وسنة التطور في التشريع ويتمشى مع مقتضيات طبيعة الكون ونظام الحياة من التقدم في الحضارة والمدنية وما يستتبع ذلك من كثرة الحوادث الجزئية المتجددة بتجدد مطالب الانسان وازديادها كلما تقدم البشر . كما سارت الادوار المختلفة التي مرت بالامم والشعوب الاسلامية ودولها وحكوماتها على اختلاف أنظمتها وتفاوت درجاتها في الحضارة والمدنية . ولكون الفقه

الاسلامى يسترسل على الحوادث المتجددة والوقائع غير المنتهية فى كل زمان ومكان بدون تحديد ولا نهاية . كانت الشريعة الاسلامية خالدة أبدية الى يوم القيامة . وعامة لكافة الامم والشعوب على وجه البسيطة وصدق القول بأنها أكمل الاديان وخاتمة الشرائع السماوية .

وهذا المنهج الذى سلكته الشريعة الاسلامية فى تقدير العقوبات بالنسبة لبعض الجرائم المعينة بالنصوص من الكتاب والسنة لان الشرع الاسلامى يهدف الى دوام هذه الاحكام العقوبية ويريدها مستمرة دائمة غير قابلة للتبديل والتغيير مهما اختلفت الازمنة والامكنة والاشخاص لانها بنيت على أسباب لا تتبدل ولا تتغير مهما كانت الظروف ومهما تغيرت الازمان والاماكن . ومهما تنوعت الوان الحياة وصورها . ومنحها السلطة للمحاكم فى فرض العقوبات وتقديرها بالنسبة للجرائم التى لم تتعرض لها الشريعة الاسلامية لانها قابلة للتغيير والاختلاف حسب الاحوال والظروف . هو الطريق المثلى المتفق مع خلود الشريعة الاسلامية وعمومها وصلاحياتها للافراد والجماعات فى كل زمان ومكان وتطبيق قواعدها وأصولها العامة على الحوادث الفردية والوقائع الجزئية .

ونرى أن تتناول هذا الموضوع بشئ من البيان والتوضيح بقدر مايسمح به المقام دون أن نبتعد عما نحن بصدده ولا عن الغاية التى نهدف اليها فى هذا المقال . فنقول ان الاحكام التى جاءت بها الشريعة الاسلامية . منها مايتعلق بالعبادات وهذا النوع من الاحكام لامجال للعقل والرأى فى معرفته وتقديره . فالوسيلة الوحيدة للعلم به هو النص من الشارع اجمالا وتفصيلا . لان المقصود من العبادات الانقياد لاوامر الله تعالى وافراده بالخضوع والتعظيم والتوجه اليه والامتثال له بدون التفات الى المعانى ولا نظر الى المصالح فيها «١» . ثم ان العبادات حق خاص بالشارع سبحانه وتعالى ولا يمكن معرفة حقه كما وكيفاً وزمانا ومكانا . الا من

(١) الموافقات تاج ٢ ص ٢١١ ومابعدها .

جهته فلا مناص حينئذ من التزام الحدود التي بينها الشارع • واتباع
 الاوضاع التي تواضع عليها الشارع في عبادته • فيلزم الوقوف مع
 المنصوص عليه وان لا يتجاوز الحد المرسوم لعباده • ولهذا عذر أهل
 الفترات في عدم اهتدائهم • قال تعالى : « وما كنا معذيين حتى نبعث
 رسولا » (١) وقال تعالى : « رسلا مبشرين ومنذرين لئلا يكون للناس
 على الله حجة بعد الرسل » (٢) (ومنها) ما يتعلق بالمعاملات بين العباد
 بعضهم مع بعض في كافة الشؤون الدنيوية أفرادا وجماعات • والاصل
 الغالب في هذا النوع من الاحكام • الالتفات الى المعاني ومراعاة جلب
 المصالح للمكلفين ودفع المفسد عنهم • فتدور أحكام المعاملات مع ما ذكر
 وجودا وعدما • ولذلك نجد الشارع قد توسع في بيان العلل والحكم فيما
 شرعه من الاحكام في باب المعاملات • فيقول سبحانه وتعالى في كتابه
 العزيز : فلما قضى زيد منها وطرا زوجناكها لكي لا يكون على المؤمنين
 حرج في أزواج ادعيائهم » (٣) ويقول : انما يريد الشيطان أن يوقع بينكم
 العداوة والبغضاء في الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة فهل
 أتمم منتهون » (٤) ويقول : ولكم في القصاص حياة يا أولى الالباب » (٥)
 ويقول : وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة ومن رباط الخيل ترهبون به
 عدو الله وعدوكم » (٦) ويقول : ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى فلله
 وللرسول ولذی القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل كى لا يكون
 دولة بين الاغنياء منكم » (٧) ويقول الرسول عليه الصلاة والسلام في
 الهرة : انها ليست نجسة انها من الطوافين عليكم والطوافات • ويقول
 صلى الله عليه وسلم : لاتنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا على ابنة
 أخيها ولا على ابنة أختها فانكم ان فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم • وغير ذلك
 من النصوص الشرعية التي لاتعد كثرة • ويقول العز بن عبد
 السلام في كتابه « القواعد » (٨) : ان أجمع آية في القرآن للحث على

(١) الاسراء رقم ١٥ (٢) النساء رقم ١٥٦ (٣) الاحزاب الآية ٣٧

(٤) المائدة رقم ٩١ (٦) الانفال رقم ٦٠ (٧) سورة الحشر رقم ٧

(٨) ج ٢ ص ١٦١

المصالح كلها والزجر عن المفسد بأسرها قول الله تعالى : ان الله يأمر بالعدل والاحسان وايتاء ذوى القربى وينهى عن الفحشاء والمنكر والبغى يعظكم لعلكم تذكرون «١» ويقول فى بيان ذلك ان الالف واللام فى العدل والاحسان للعموم والاستغراق فلا يبقى من دق العدل وجله شئ الا اندرج فى قوله تعالى : ان الله يأمر بالعدل . ولا يبقى من دق الاحسان وجله الا اندرج فى أمره بالاحسان . والعدل هو التسوية والانصاف . والاحسان اما جلب مصلحة أو دفع مفسدة . وكذلك الالف واللام فى الفحشاء والمنكر والبغى عامة مستغرقة لانواع الفواحش ولما يذكر من الاقوال والاعمال .

وهذه النصوص من الكتاب والسنة تشير بل تصرح باعتبار المصالح للعباد وان الاذن دائر معها أينما دارت فيما شرع من أحكام المعاملات . فيؤخذ من هذا المنهج فى التشريع أن الشارع قصد فيها اتباع المعانى لا الوقوف مع النصوص بخلاف باب العبادات فان المعلوم فيها خلاف ذلك «٢» . فاذا ما وجد فى أحكام المعاملات التعبد فهو خلاف الاصل فيها . كعدد الاشهر فى عدة الطلاق وعدة الوفاة . ومقادير الحدود كمائة جلدة فى الزنا . ومقادير الانصبه فى الزكاة وما أشبه ذلك . وهذه الاحكام التعبدية فى باب المعاملات مع كونها خلاف الاصل فانها قليلة بالنسبة لغيرها من أحكام المعاملات .

ثم ان منهج الشريعة الاسلامية فى هذا النوع من الاحكام وهى المتعلقة بالمعاملات . الاجمال لا التفصيل . حيث يضع الشارع القواعد والاصول العامة . ويشير الى المقاصد الكلية فى التشريع . ولا يعنى الشرع بالجزئيات والتفصيلات . بل نجده يترك ذلك للاجتهد والاستنباط . فيقول الشارع : أحل الله البيع وحرم الربا ، بدون تعرض لتفاصيل البيع ولا لبيان أنواعه ومن غير تتبع لتفريعات وأحكام جزئية تفصيلية . ومثل هذا يقال فى تحريمه

(١) سورة النحل رقم ٩٠

(٢) يراجع الموافقات ج ٢ ص ٢١٢ وما بعدها .

الربا • ويقول الشارح : البينة على المدعى واليمين على من أنكر بدون تعرض لتفصيلات التقاضى وطرق رفع الدعاوى وكيفية المرافعة والمخاصمة • وأشار القرآن الى الاساس الذى تبنى عليه المبادلات المالية وهو قول الله تعالى : يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم «١» وبين الاصل العام لنظام الحكم وهو الشورى حيث أمر الله نبيه المعصوم الذى لا ينطق عن الهوى بأن يشاور الصحابة أى الامة فى أمرها بقوله تعالى « وشاورهم فى الامر » «٢» وقد وصف الله تعالى المسلمين فى سورة من سور القرآن سميت سورة الشورى بأن أمرهم شورى بينهم حيث قال تعالى فى وصفهم : والذين استجابوا لربهم وأقاموا الصلاة وأمرهم شورى بينهم ومما رزقناهم ينفقون «٣» فكان دستور السياسة العامة وأساس الحكم فى عهد الرسول عليه الصلاة والسلام وفى عهد الخلفاء الراشدين الشورى بين كبار رجال الدولة من المهاجرين والانصار • اذ كان النبى صلى الله عليه وسلم يستشير صحابته فى الشؤون الدنيوية العامة ولم يكن الخليفة يقطع أمرا من أمور المسلمين بدون استشارتهم وأخذ رأيهم فيما يعرض للامة الاسلامية من الشؤون والمسائل العامة • كما كان الخليفة فى كثير من الحوادث الجزئية المتعلقة بأحكام التشريع يستشيرهم ويسألهم عن الحكم اذا لم يجد نصا من الكتاب أو السنة • وضع الاسلام أساس الدستور فى الدولة الاسلامية وقرر الاصل العام لنظام الحكم وهو الشورى وآثر فى ذلك الاجمال ولم يتعرض للتفصيل المنظم لحكم الشورى حتى يتسنى لكل أمة أن تختار نوع الحكم بعد أن تكون الشورى هى الاساس فى سياسة الامة وفى نظام الحكم وتضع النظام التفصيلى لذلك بحسب حالها ومالها من التقدم العلمى والنضوج الفكرى والمدنية والحضارة فيكون نظام كل أمة فى الحكم

(١) الاية رقم ٢٩ من سورة النساء

(٢) آل عمران رقم ١٥٩

(٣) الاية ٣٨ من سورة الشورى •

محققا لرغباتها ومصالحها وملائما لبيئتها وعاداتها ومكاتها الاجتماعية ووافيا بحاجاتها . فقد يكون من مصلحة الامة أن يكون اختيار من يندبون عنها في التشاور بطريق الطوائف المختلفة أو بطريق الانتخاب المباشر أو غير المباشر . وقد يكون من مصلحتها أن يكون مجلس الشورى واحدا أو مجلسين . وهذا يختلف باختلاف الامم وتطورات أحوال الناس كما هو مشاهد الآن .

وقد ترد السنة النبوية متممة لبعض تشريعات القرآن ومفصلة لما أجمله أو مشرعة لما لم يرد به الكتاب . وقد نجد الشارع في بعض تشريعاته المتعلقة بالمعاملات أثر التفصيل على الاجمال كما في التشريع الخاص بالمواريث والعقوبات الخاصة ببعض الجرائم . حيث بين القرآن نصيب كل وارث بيانا تفصيليا شاملا لمختلف حالاته في الارث حتى لا يكون هناك مجال للتأويل والاختلاف والتغيير . كما حدد عقوبة الاعتداء على النفس بالقتل وعلى العرض بالزنا وعلى المال بالسرقة وعلى الامن والنظام العام بالمحاربة والسعي بالفساد والافساد في الارض . لان الشارع الحكيم أراد استمرار هذه الاحكام وبقائها على ماهي عليه وعلى الوجه الذي شرعها ووضعها بدون تغيير وبغير أن تتأثر بتقلبات العصور واختلاف الظروف والاحوال .

والذي يؤيد أن الشريعة الاسلامية سلكت في تشريعها في باب المعاملات مسلك الاجمال لا التفصيل . ان الآيات القرآنية الواردة في بيان أحكام المعاملات قليلة بالنسبة لغيرها وكذلك أحاديث المعاملات قليلة بالنسبة لغيرها . ويقول ابن العربي في تفسير الآية : يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم . ما نصه : هذه الآية من قواعد المعاملات وأساس المعاوضات التي تبنى عليها وهي أربعة : هذه الآية وقوله تعالى : وأحل الله البيع وحرم الربا «٢» . وأحاديث الفرر . واعتبار المقاصد في الشريعة .

ولا مندوحة عن هذا الاجمال في التشريع فيما يتعلق بالمعاملات بمعناها العام الشامل لجميع العلاقات والارتباطات والتصرفات بين الناس في شئونهم الدنيوية بل هو ضروري اقتضته طبيعة الشريعة الاسلامية ومناسبتها لكل زمان ومكان ومالها من الخلود والدوام والعموم لان نصوص الكتاب والسنة كما يقول امام الحرمين أبو اسحق الاسفرايني في كتابه « البرهان » محصورة مقصورة ومواضع الاجماع معدودة مأثورة . فما ينقل منها تواترا قليل معوز . وما ينقله الآحاد من علماء الامصار منزل منزلة اخبار الآحاد . وهي على الجملة متناهية . ونحن نعلم قطعا أن الوقائع التي يتوقع وقوعها لانهاية لها . والرأى المثبت المقطوع به عندنا أنه لا يخلو واقعة عن حكم الله تعالى يتلقى من قاعدة الشرع . فالاصل الذي يسترسل على جميع الوقائع القياس وما يتعلق به من وجوب النظر فهو أحق الاصول بالاعتبار . ويقول الشهر ستاني في كتابه « الملل والنحل » مانصه : نعلم قطعا ويقينا أن الحوادث والوقائع في العبادات والتصرفات مما لا يقبل الحصر والحد . ونعلم قطعا أنه لم يرد في كل حادثة نص ولا يتصور ذلك أيضا . والنصوص اذا كانت متناهية . وما لا يتناهى لا يضبطه ما يتناهى . علم قطعا أن الاجتهاد والقياس واجب الاعتبار حتى يكون بصدد كل حادثة اجتهاد » ويضاف الى ما سبق أن أحكام الحوادث الجزئية الواقعة وكذا الوقائع التي يتوقع حدوثها في المستقبل فضلا عن كثرتها بحيث لا يمكن حصرها وعددها . فان أحكامها قد تختلف باختلاف المواقع والاشخاص والازمان كالتعازير . وهذا يقتضى أن يترك أمر معرفتها واستنباطها لاجتهاد الفقهاء حتى يكون لكل حادثة حكمها المناسب لها بمرعاة المصالح واتباع القواعد العامة ومقاصد الشريعة الاسلامية وملاحظة تعامل الناس واعتبار عرفهم وعاداتهم في تصرفاتهم ومعاملاتهم وارتباطاتهم وعلاقاتهم في شئونهم الدنيوية لان المجتهد لا يسعه أن يتجاهل بيئته وما يحيط به من عرف سائد وعادة متبعة حيث لا يوجد نص من كتاب أو سنة . وقد حثت الشريعة الاسلامية على

الفهم والاجتهاد واستنباط الاحكام الجزئية للمسائل والحوادث الجزئية التي تعرض من المبادئ والقواعد العامة والمقاصد الكلية التي تنشدها الشريعة الاسلامية من شرع الاحكام . وفي هذا يقول عمر بن الخطاب في كتابه الى ابي موسى الاشعري حينما ولاء القضاء : الفهم الفهم فيما تلجلج في صدرك مما ليس في كتاب ولا سنة ثم اعرف الاشياء والامثال فقس الامور عند ذلك واعمد الى اقربها الى الله وأشبهها بالحق » .

تغير الاحكام بتغير العرف

عرف الناس وعاداتهم بحسب الوقوع في الوجود ضربان (الاول) أعراف وعادات ثابتة مستمرة غير متبدلة ولا متغيرة . فلا تختلف باختلاف الازمان والاماكن والاشخاص . لانها مستمدة من الفطرة التي فطر الناس عليها . ومما جرت سنة الله في خلقه ولا تبديل لسنة الله في الكون ولا تغيير في العادات التي أصلها الفطرة ومنشؤها طبيعة الانسان . وذلك مثل الاكل عند الجوع والشرب عند الظم والحزن والفرح عند وجود دواعيهما وميل المرء الى ما يلائمه ونفوره مما لا يلائمه (والثاني) عادات متبدلة غير مستقرة ولا مستمرة ولا ثابتة . فتختلف باختلاف العصور والامصار والبيئات والاحوال . كهيئات الملابس والمسكن وكاختلاف العبارات بحسب اصطلاح أرباب الصنائع في صنائعهم مع اصطلاح الجمهور . وكالاختلاف في الافعال في المعاملات كما اذا كانت العادة في النكاح قبض الصداق كله أو بعضه قبل الزفاف والدخول . لان مبناها على ماجرى به تعامل الناس وما ألفوه واعتادوه من الامور في أفعالهم وأقوالهم . وهذا يختلف باختلاف ما ذكر حسب مقتضيات الاحوال والظروف فلكل اقليم ما يوافقه ويلائمه من العادات دعت اليها أنظمة المعيشة . ولكل عصر ما يناسبه ويصلح لاهله من الاعراف حسب حاجاتهم ومطالبهم في الحياة ووسائلهم في المعاملة . وهذا النوع كما أنه يختلف باختلاف ما ذكر . فانه يتبدل ويتغير بتبدل أسبابه وتغيرها . وبعد هذا التمهيد نقول ان الاحكام

في الشريعة الاسلامية (نوعان) الاول مايكون ثابتا بصريح النص من الكتاب أو السنة أو بالاجماع . وهذا النوع من الاحكام لاتبدل ولا تغيير فيه اذ لو صح ذلك لكان نسخا للاحكام المستقرة المستمرة . ولا نسخ بعد انتقال النبي عليه الصلاة والسلام الى الرفيق الاعلى . (الثاني) مايكون ثابتا بضرب من الاجتهاد والرأى . وهذا النوع من الاحكام أقسام لايعدونها منها الا مابنى على العرف والعادة لان ماعدها من الاقسام خارج عن بحثنا . والاحكام الفقهية التي أساسها العرف والعادة تتبدل وتتغير تبعا لتغير الاصل الذي بنيت عليه . فيتبع العرف المتجدد في بناء الحكم عليه . وقد صرح بذلك فقهاء الشريعة الاسلامية . وسنقل أفعال بعضهم في هذا الموضوع . ثم تتبعها بذكر بعض المسائل الفقهية التي تغيرت أحكامها بتغير مدرکها عند الفقهاء وهو العرف . قال شهاب الدين القرافي المالكي المتوفى سنة ٦٨٤ هجرية في كتابه القيم « الاحكام في تمييز الفتاوى عن الاحكام » مانصه : ما الصحيح في هذه الاحكام الواقعة في مذهب الشافعي ومالك وغيرهما المترتبة على العوائد - العادات - وعرف كان حاصلها حال جزم العلماء بهذه الاحكام . فهل اذا تغيرت تلك العوائد وصارت العوائد لاتدل على ماكانت تدل عليه أولا . فهل تبطل هذه الفتاوى المسطورة في كتب الفقهاء . ويفتى بما تقتضيه العوائد المتجددة . أو يقال نحن مقلدون ومالنا احداث شرع لعدم أهليتنا للاجتهاد فنفتى بما في الكتب المنقولة عن المجتهدين « ١ » وبعد أن أورد القرافي هذا السؤال على الوجه السابق أجاب عنه بما نصه : ان أمر الاحكام التي مدرکها العوائد مع تغير تلك العوائد خلاف الاجماع وجهالة في الدين . بل كل ما هو في الشريعة يتبع العوائد يتغير الحكم فيه عند تغير العادة الى ما تقتضيه العادة المتجددة . وليس تجديدا للاجتهاد من المقلدين حتى يشترط فيه أهلية الاجتهاد . بل هذه قاعدة اجتهاد فيها العلماء وأجمعوا عليها . فنحن نتبعهم فيها من غير استثناء اجتهاد . الا ترى أنهم لما جعلوا

أن المعاملات اذا اطلق فيها الثمن يحمل على غالب النقود . فاذا كانت العادة نقدا معيننا حملنا الاطلاق عليه . فاذا انتقلت العادة الى غيره عيننا ما انتقلت العادة اليه . وألغينا الاول لانتقال العادة عنه . وكذا الاطلاق في الوصايا والايامن . وجميع أبواب الفقه المحمولة على العوائد اذا تغيرت العادة تغيرت الاحكام في تلك الابواب . وكذلك الدعاوى اذا كان القول قول من ادعى شيئا لانه العادة . ثم تغيرت العادة لم يبق القول قول مدعيه بل انعكس الحال فيه . بل لو خرجنا من ذلك البلد الى بلد آخر عوائدهم على خلاف عادة البلد الذى كنا فيه . وكذلك اذا قدم علينا أحد من بلد عادته مضادة للبلد الذى نحن فيه لم نقتنه الا بعادته دون عادة بلدنا . ومن هذا الباب ما روى عن مالك : اذا تنازع الزوجان فى قبض الصداق بعد الدخول ان القول قول الزوج مع أن الاصل عدم القبض . قال القاضى اسماعيل : هذه كانت عادتهم بالمدينة ان الرجل لا يدخل بامرأته حتى تقبض جميع صداقها . واليوم عادتهم على خلاف ذلك . فالقول قول المرأة مع يمينها لاجل اختلاف العوائد . اذا تقرر هذا فانا أذكر من ذلك أحكاما نص الاصحاب على أن المدرك فيها العادة . وان مستند الفتيا بها انما هو العادة . والواقع اليوم خلافه . فيتعين تغيير الحكم على ما تقتضيه العادة المتجددة «١» ثم سرد القرافى الاحكام التى وعد بذكرها وكان المدرك فيها العرف والعادة ثم تغيرت لتغير مدركها ومستندها وهو العرف والعادة . وقد التزمنا نقل كلام القرافى بنصه الحرفى مع طوله واسهابه لانه أحسن وأوضح ما كتب فى الموضوع الذى نحن بصدده ونريد تجليلته حسب ما وصل اليه علمنا واطلاعنا .

وفى الفروق للقرافى : الاحكام المترتبة على العوائد تدور معها كيفما دارت وتبطل معها اذا بطلت وبهذا القانون تعتبر جميع الاحكام المترتبة على العوائد وهو تحقيق مجمع عليه بين العلماء لاختلاف فيه وعلى هذا القانون تراعى الفتاوى على طول الايام فمهما تجدد فى العرف

اعتبره ومهما سقط أسقطه • ولا تجمد على المسطور في الكتب طول
عمرك بل اذا جاءك رجل من غير أهل اقليمك يستفتيك لاتجره على عرف
بلدك واسأله عن عرف بلده واجره عليه وافته به • دون عرف بلدك والمقرر
في كتبك فهذا هو الحق الواضح • والجمود على المنقولات ابداء ضلال في
الدين وجهل بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضيين • وعلى هذه القاعدة
تتخرج ايمان الطلاق وصيغ الصرائح والكنيات • فقد يصير الصريح
كناية يفتقر الى النية وقد تصير الكناية صريحا مستغنية عن النية «١» •

ويقول ابن القيم في كتابه « اعلام الموقعين » بعد أن نقل كلام القرافي
المذكور بنصه الحرفي تقريبا بدون عزو اليه : ومن أفتى الناس بمجرد
المنقول في الكتب على اختلاف عرفهم وعوائدهم وأزمنتهم وأمكنتهم
وأحوالهم وقرائن أحوالهم فقد ضل وأضل وكانت جنايته على الدين أعظم
من جناية من طبب الناس كلهم على اختلاف بلادهم وعوائدهم وأزمنتهم
وطبائعهم بما في كتاب من كتب الطب على أبدانهم • بل هذا الطبيب
الجاهل وهذا المفتي الجاهل أضر ما على أديان الناس وأبدانهم والله
المستعان «٢» •

وفي رسالة « نشر العرف » لابن عابدين : كثير من الاحكام تختلف
باختلاف الزمان لتغير عرف أهله أو لحدوث ضرورة أو فساد أهل الزمان •
بحيث لو بقى الحكم على ما كان عليه أولا • للزم منه المشقة والضرر
بالناس ولخالف قواعد الشريعة المبنية على التخفيف والتيسير ودفع
الضرر والفساد لبقاء العالم على أتم نظام وأحسن احكام • ولذا نرى
مشايخ المذاهب خالفوا مانص عليه المجتهد في مواضع كثيرة بناها على ما كان
في زمنه لعلمهم بأنه لو كان في زمنهم لقال بما قالوا به أخذا من قواعد
مذهبه «٣» •

ولما كان العرف مدركا للفقيه ومستندا للمجتهد في معرفة كثير من

(١) ج ١ ص ١٧٦ وما بعدها •

(٢) ج ٣ ص ٦٦ وما بعدها • (٣) ص ١٢٥ من رسائل ابن عابدين •

الاحكام الفقهية واستنباطها اذا لم يوجد نص من الشارع وأعوزه الدليل وأن هذه الاحكام التى مبنها العرف ليست لها صفة الدوام والبقاء . بل تختلف وتتغير باختلاف الزمان وتغير العرف . فإن العلماء جعلوا من ضمن شروط المجتهد أن يكون عالما بعرف الناس ويطرق تعامل بيئته وتقاهم مجتمعه وبعادات الاقليم الذى يقيم فيه . اذ لايسعه أن يتجاهل فيما يستنبطه من الاحكام مايحيطه به من كل ذلك والا كان أشبه بأهل الكهف لا يصلح للاجتهد وقد قالوا : من جهل أهل زمانه فهو جاهل . وقد نص علماء الحنفية على أنه يفتى بقول أبى يوسف فى المسائل المتعلقة بالقضاء بين الناس والفصل فى منازعاتهم وخصوماتهم لكونه جرب القضاء ومارس مسائله مدة طويلة فعرف أحوال الناس فى الخصومات وطرقهم فى التقاضى والمرافعة والمدافعة أمام القضاء . وفى مناقب الامام محمد للكردرى : كان محمد يذهب الى الصباغين ويسأل عن معاملاتهم ومايديرونه فيما بينهم . وكما أن المجتهد لا بد له من معرفة عادات الناس وعرفهم فكذلك المفتى والقاضى . لان كثيرا من المسائل الفقهية والحوادث العارضة والوقائع الجزئية يجاب عنها بمقتضى العرف وليس له الجبود والوقوف على المدون فى الكتب الفقهية ولا أن يلتزم المنقول من أصحاب المذهب بدون رعاية العرف واعتبار العادة ولو فعل المفتى ذلك لترتب على فتياه ضياع حقوق كثيرة وظلم كثيرين من الناس . وكان ضرره أعظم من نفعه لان المجتهد صاحب المذهب بنى كثيرا من الاحكام على عرف الناس فى زمنه والتعارف بينهم . وربما تغير العرف الذى كان المدرك للمجتهد فى تلك الاحكام المسطورة فى كتب المذهب وتغيره يستوجب تغير الحكم المبنى عليه . فيتعين حينئذ الحكم والافتاء بما يقتضيه العرف الحادث القائم فى زمن من له حق الافتاء . ولايجوز له أن يفتى بالحكم المنصوص عليه فى المذهب والذى كان أساسه ومدركه العرف السائد بين الناس فى عصر صاحب المذهب لان الحكم المبنى على العرف يتغير عند تغيره الى ما يقتضيه العرف الحادث .

وسنرد طائفة من المسائل الفقهية التي بنيت أحكامها على العرف ثم
غيرت حينما تغير العرف وتبدلت العادة واختلف الزمان :

(١) كانت الذية الواجبة في القتل الخطأ تفرض في عهد الرسول عليه
الصلاة والسلام وعهد أبي بكر رضى الله عنه على عاقلة القاتل وهم قومه
وعشيرته وقبيلته حيث انهم يناصرونه ويحمونه ويؤدون عنه . ويجاب
الذية على العشيرة والاسرة كان نظاما معروفا عند العرب لان تناصرهم
كان بالعشيرة والقبيلة وأقر الاسلام هذا النظام لان التناصر الذى هو
الاصل في هذا الباب كان بالعشيرة والقبيلة واستمر كذلك لاستمرار العرف
الى أن انتقل التناصر الى أهل الديوان «١» حينما دون عمر بن الخطاب

(١) ولما كانت كلمة « الديوان » شائعة الاستعمال في مصر وتتردد كثيرا
على اللسان رأيت من المناسب والفائدة أن أخص ما قاله الماوردي في كتابه
« الاحكام السلطانية » وما كتبه ابن خلدون في مقدمته عن أصل هذه الكلمة
ومنشأها : الكتاب الذى يدون فيه الجبايات ويبين فيه موارد الدولة ومصروفاتها
واحصاء العساكر باسمائهم وتقدير أرزاقهم وصرف أعطياتهم في اوانها . . .
يسمى الديوان . وكذلك مكان جلوس الموظفين المباشرين لتلك الاعمال . ويقال
أن أصل هذه التسمية أن كسرى ملك الفرس اطلع ذات يوم على كتاب ديوانه
فرأهم يحسبون مع التسميم كأنهم يخادثون فقال : ديوانه . أى مجانبين بلفظة
الفرس فسمى موضعهم ومكان جلوسهم بهذا الاسم . وحذفت الهاء لكثرة
الاستعمال تخفيفا فقيل : ديوان . ثم نقل هذا الاسم الى كتاب هذه الاعمال
المتضمن للقوانين والحسابات . وقيل ان الديوان اسم للشيطان باللفظة
الفارسية فسمى الكتاب باسميه لسرعة نفوذهم في فهم الامور ووقوفهم على
الجلي والخفى منها وجمعهم لما شذ وتفرق منها . ثم سمي مكان جلوسهم
بذلك فقيل : ديوان . وأول من وضع الديوان في الاسلام عمر بن الخطاب
رضى الله عنه . واختلف في سبب انشائه وفيمن أشار عليه بذلك . فقيل
سببه ان أبا هريرة قدم عليه بمال من البحرين فقال له عمر ماذا جئت به
فقال خمسمائة الف درهم فاستكره عمر وتعجبوا في قسمته . فأشار اليه
خالد ابن الوليد . وفي فتوح البلاد للبلازرى : الوليد بن هشام بن المغيرة -
وقال : قد كنت بالشام فرأيت ملوكها قد دونوا ديوانا وجندوا جنودا فدون
ديوانا وجند جنودا فأخذ بقوله . وقيل ان الذى أشار عليه بذلك الهرمزان
الفارسى لما رآه يبعث البعوث من غير ديوان فقال له : ومن يعلم بغيبة من يغيب
منهم فان من تخلف منهم أخل بمكانه . فأثبت لهم ديوانا فسأله عمر عن
معنى الديوان ففسره له . ثم امر عقيل بن أبى طالب ومخرمه بن نوفل
وجبير بن مطعم من كتاب قريش فكتبوا ديوان العساكر الاسلامية على ترتيب

رضى الله عنه الدواوين وفرض الاعطيات لاهلها وجعل الدية على أهل الديوان اذا كان القاتل منهم . لان التنصر بعد أن كان بالعشيرة أصبح بالديوان . فتغير العرف فيما به التناصر استتبع تغير الحكم . فلو وجد تناصر بغير القبيلة وأهل الديوان كما لو كان قوم تناصرهم بالحرفة فالعاقلة أهل الحرفة وان كان بالحلف فاهله . ويقول السرخسى : ان عمر رضى الله عنه لما دون الدواوين وفرض الاعطيات جعل المعاقل فى أعطياتهم ثم قال : ما كانت الدواوين فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم . وانما كانوا يتناصرون بالقرابة بعد الدين . فلما دون عمر رضى الله عنه جعل التعاقل بالديوان لانه باعتبار التناصر . والتناصر بالديوان دون القبيلة فان أهل الديوان وان كانوا من قبائل شتى يقوم بعضهم بنصرة بعض » .

وايجاب الشارع الدية على عاقلة القاتل اذا كان القتل خطأ ليس مخالفا لنظرية مسؤولية الجنائية لايتحملها غير الجانى . لان وجوب الدية على العاقلة فى القتل الخطأ أو اشتراكها فى تحملها من باب الاعانة ودفع الضرر عن القاتل . لان القتل لما كان خطأ غير مقصود ولا متعمد يعذر فيه القاتل حيث انه لم يتعمد فعل الجريمة ولم يقصد ارتكاب الاثم . فلو وجبت الدية فى ماله خاصة أصابه ضرر بليغ من غير ذنب تعمد . واهدار دم القاتل من غير عوض وبدون بدل فيه اضرار بمن كان يعولهم ويقوم بأودهم من أولاده وورثته . فاقترضت حكمة الشريعة الاسلامية ايجاب دية القتل الخطأ على من عليهم نصرة القاتل وحمائته والدفاع عنه بحسب العرف والعادة بين الناس اعانة له ودفع الضرر عنه لان ذلك من ضمن النصرة له والاخذ بيده .

وقد نص الفقهاء على أن الدية الآن واجبة فى مال الجانى خاصة حيث لا يوجد بيت مال منظم ولا تناصر ويقول صاحب الدر المختار ان التناصر

الانساب ابتداء من قرابة رسول الله صلى الله عليه وسلم فما بعدها الاقرب فالاقرب . هكذا ابتداء ديوان الجيش فى الدولة الاسلامية . وروى الزهرى عن سعيد بن المسيب ان ذلك كان فى المحرم سنة عشرين من الهجرة النبوية .

أصل هذا الباب والتناصر منتف الآن وحيث لا قبيلة ولا تناصر فالدية في مال الجاني . ونقل ابن عابدين عن المجتبي : ان العشائر قد وهت ورحمة التناصر قد رفعت وبيت المال قد انهدم فتعين أن تجب الدية في مال الجاني «١» .

(٢) كان النبي عليه الصلاة والسلام أباح للنساء أن يخرجن الى المساجد للصلاة وحضور الجماعة . فقد روى أبو داود في سننه بسنده الى أبي هريرة رضى الله عنه : ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : لاتمنعوا اماء الله - النساء - مساجد الله . واستمر الامر كذلك في عهده وفي مدة خلافة أبي بكر رضى الله الى أن منعهن عمر رضى الله عنه عن الخروج الى المساجد . ففساد الزمان وتغير الحال وتبدل حالة النساء . حيث حدث في عهده ما لم يكن في عصر النبي وزمن أبي بكر . حتى قالت أم المؤمنين عائشة رضى الله عنها التي أخذ عنها كثير من الاحكام الشرعية : لو أدرك رسول الله صلى الله عليه وسلم ما أحدث النساء لمنعهن المساجد كما منعت نساء بنى اسرائيل . رواه أبو داود . وقد استقر الامر على منع النساء من الخروج الى المساجد للصلاة . اذ لو بقى الحكم باباحة خروجهن كما كان الشأن في عصر النبي عليه الصلاة والسلام مع تبدل الاخلاق وفساد الزمان وتغير النفوس والاحوال لترتب على ذلك مضار ومفاسد لاتؤمن عاقبتها .

(٣) ما يتخذ الحكام وولاة الامور من الوسائل والانظمة والمظاهر في سياسة الملك والامارة وحفظ الامن والنظام . فان ذلك يختلف باختلاف عرف الناس وعاداتهم بحسب الازمنة والامكنة واختلاف البيئات والامم والشعوب . وفي الفروق للقرافي : ولما قدم عمر بن الخطاب الشام ووجد معاوية بن أبي سفيان - عامله على اقليم الشام - قد اتخذ الحجاب وأرخص الحجاب واتخذ المراكب النفيسة والثياب الهائلة العلية وسلك ما يسلكه

(١) رد المحتار ج ٥ ص ٥٦ وما بعدها .

الملوك فسأله عن ذلك . فقال : انا بأرض نحن فيها محتاجون لهذا . فقال له : لا أمرك ولا أنهاك . ومعناه أنت أعلم بحالك . هل أنت محتاج الى هذا فيكون حسنا أو غير محتاج فيكون قبيحا . فدل ذلك من عمر وغيره على أن أحوال الائمة وولاية الامور . تختلف باختلاف الاعصار والامصار والاحوال . فلذلك يحتاجون الى تجديد زخارف وسياسات لهم تكن قديما . وربما وجبت في بعض الاحوال «ا» .

(١) ج ٤ ص ٢٠٣ وفي كتاب « عقد الفريد » لابن عبد ربه القرطبي المتوفى سنة ٢١٨ هجرية : قال يزيد : حدثني ابي أن عمر بن الخطاب لما قدم الشام قدم على حمار ومعه عبد الرحمن بن عوف على حمار . فتلقاء معاوية ابن ابي سفيان - والى الشام وحاكمه من قبل عمر رضى الله عنه - في موكب ثقيل . فجاوز عمر حتى أخبر به فرجع اليه . فلما قرب منه نزل اليه فأعرض عنه عمر فجعل - معاوية - يمشى الى جنبه راجلا فقال له عبد الرحمن بن عوف : أتعبت الرجل فأقبل عليه عمر فقال : يا معاوية أنت صاحب الموكب أنفا على ما بلغنى من وقوف ذوى الحاجات ببابك . فقال : نعم يا أمير المؤمنين . قال ولم ذاك ؟ . قال : لانا في بلد لانمتنع فيها من جواسيس العدو ولا بد لهم مما يرهبهم من هيبة السلطان فان أمرتنى بذلك أقمت عليه وان نهيتنى عنه انتهيت . فقال : ان كان الذى تقول حقا فانه رأى أريب وان كان باطلا فانها خدعة أديب . وما أمرك به ولا أنهاك عنه . فقال عبد الرحمن بن عوف : لحسن ما صدر هذا الفتى عما أورد فيه . فقال : لحسن موارده جشمناه ما جشمناه . اهـ .

يتجلى من هذه الحادثة مقدار اثر العرف في اختلاف مظاهر الملك فهذا خليفة المسلمين وأمير المؤمنين يقدم الشام علنا للوقوف على أحوال رعيته وهو يمتطى حمارا . ولا يشعر به حاكم الشام وواليه الذى خرج لاستقباله والاحتفاء به لما عليه من البساطة البعيدة من مظاهر الملك وأبهة السلطان . في حين ان عامله كان في موكب ثقيل حافل بمظاهر هيبة ترهب العدو . لاختلاف عرف المدينة التى هى مقر الخلافة وعاصمة الدولة الاسلامية عن عرف أهل الشام في عصر واحد . وقد تعرض ابن خلدون في مقدمته . للكثير من الامور التى يقتضيها انتقال الدولة من البداوة الى الحضارة وأطوارها المختلفة . وبين ماتلون به من العادات حسب الحالات المتجددة واختلاف أحوال الدولة وأحوال أهلها . باختلاف اتساع الدولة وعظمتها واختلاف مالها ولاهلها من الحضارة والمدينة والثقافة والتقدم فى العلوم والصنائع وغير ذلك . وذكر ان الدولة الخالفة تقلد الدولة السالفة وتتبع عاداتها وتتخذ من مظاهر الملك والحكم والابهة والبذخ والترف ماتباهى به الدول المسالمة وترهب به الدول المحاربة . وقال في هذا المقام : أحوال النفوس وتلوناتها غريبة . والله الخلاق العليم .

(٤) اختلف الائمة المجتهدون في مسائل فقهية لاختلاف عرف أهل بلد كل منهم عن عرف أهل بلد الآخر حيث لا يوجد اجماع ولا نص من الكتاب أو السنة . فاستنبط كل منهم أحكاما كان مدرکه ومستنده فيها العرف المتبع في محيطه وفي اقليمه الذي يعيش ويقیم فيه . اذ لكل أمة ولكل أهل اقليم عادات في حياتهم الاجتماعية وأعراف في تعاملهم وتفاهمهم وطرق في تصرفاتهم ومعاملاتهم لامندوحة للمجتهد عن أن يراعيها مع مراعاته القواعد العامة والمقاصد الكلية للشريعة الاسلامية وأغراضها وأهدافها في تشريع الاحكام من جلب المصالح ودرء المفاسد والتيسير على الناس ورفع الحرج والمشقة عنهم . بل ان المجتهد قد يغير رأيه في المسألة الواحدة لتغير العرف الذي بنى عليه الحكم . او اذا ما انتقل من قطر الى آخر ووجد عرف القطر الذي انتقل اليه مخالفا لعرف البلد الذي انتقل منه . كما حصل للامام الشافعي فانه لما كان في العراق أنشأ هناك مذهبا عرف بالقديم ولما ارتحل عنه الى مصر وأقام بها الى حين وفاته خالف بعض آرائه في العراق حينما وجد عرف أهل مصر يخالف عرف أهل العراق في بعض المسائل .

وقد يخالف فقهاء المذهب الواحد صاحب المذهب فيقولون باحكام تخالف الاحكام التي نص عليها صاحب المذهب لاختلاف العرف الذي بنيت عليه تلك الاحكام . وفي مذهب الحنفية نجد كثيرا من الاحكام الفقهية خالف فيها الصاحبان الامام أبا حنيفة لتغير الزمان وتبدل أحوال الناس وتغير عرفهم مع أنهما كانا معاصرين له ولكن تأخر زمانهما عن زمانه . كما خالف المتأخرون من فقهاء المذهب القدامى منهم في كثير من المسائل فأفتى المتأخرون فيها بخلاف المنصوص عليه في المذهب والمنقول من المتقدمين لفساد الزمان وتبدل العرف . ومن هذه المسائل :

أ - لو حلف شخص لا يأكل فأكهة فأكل عنبا أو رمانا أو رطبا . قال أبو حنيفة : لا يحث في يمينه وقال الصاحبان : يحث . وصرح علماء الحنفية بأن هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حكم وبرهان . لان الناس في زمن أبي حنيفة لم يكونوا يعدون هذه الاشياء من الفواكه . فأفتى بما

شاهد في زمنه وفي زمن الصحبين كان الناس يعتبرون هذه الاشياء من الفواكه فافتيا بما شاهدها في زمانها • وفي الكفاية شرح الهداية نقلا عن المحيط : ان العبرة للعرف فما يؤكل على سبيل التفكه ويعد فاكهة في العرف يدخل تحت اليمين وما ليس كذلك لا يدخل تحت اليمين » (ج ٤ ص ٤٠٥) •

ب - لا يشترط الامام أبو حنيفة تزكية الشهود لقبول شهادتهم اكنفاء بظاهر العدالة التي كانت غالبية في الناس في زمنه • ولما تغيرت الاحوال وفسد الزمان وفسا في الناس الكذب ولم تعد الاستقامة والعدالة هي الامر الغالب في الناس اشترط الصحبان تزكية الشهود وفي قبول شهادتهم حتى تصان الحقوق من الضياع وتحفظ الاموال من الاكل بالباطل •

ج - ذهب أبو حنيفة الى أن الاكراه لا يتحقق من غير السلطان لانه رأى في زمنه أن السلطان هو المختص بالقوة والغلبة والقدرة على الحاق الاذى والضرر بالغير • ومن شروط تحقق الاكراه أن يكون المكره قادرا على تنفيذ ماهدد به المكره من القتل أو اتلاف عضو من أعضاء الجسم أو الضرب أو نحو ذلك • وذهب الصحبان الى أن الاكراه يتحقق من غير السلطان لانه وجد في زمانها من لهم رهبة وغلبة وقوة وقدرة على التخويف والتهديد والاكراه حيث تغيرت الاحوال وكثر الفساد بين الناس • وأصبح الاكراه يتحقق من غير السلطان أو الحاكم •

د - اتفقت النقول عن الامام أبي حنيفة وصاحبيه على أنه لا يجوز أخذ الاجر على تعليم القرآن ولا على الامامة والاذان • لان هذه الامور من العبادات والطاعات ولا يجوز أخذ الاجر على ذلك • ولما تبدلت الاحوال وتغير الزمان وضعفت الروح الدينية وقطعت عن الذين يتولون تعليم القرآن عطايهم من بيت المال • أفنى من جاء بعدهم من أهل التخريج والترجيح في المذهب بصحة أخذ الاجر على تعليم القرآن وعلى الامامة والاذان لحفظ القرآن وللمحافظة على شعائر الدين • ويقول ابن عابدين

بشأن هذا الموضوع في رسالة « رسم المفتي » : وهذا ما أفتى به المتأخرون عن أبي حنيفة وأصحابه لعلمهم أن أبا حنيفة وأصحابه لو كانوا في عصرهم لقالوا بذلك ورجعوا عن قولهم الاول « ١ » ا هـ .

وكتب الفقه تعبير عن الاختلاف في مثل هذه المسائل بأنه اختلاف عصر وزمان وتبدل عادة لا اختلاف حجة وبرهان . لان صاحب المذهب والقدامى من فقهاء المذهب لو وجدوا في الزمن الذي وجد فيه المتأخرون من العلماء لقالوا بما قاله المتأخرون ولأفتوا بمثل فتواهم . وقد جاء في التقرير الذي رفعته لجنة العلماء التي وضعت مواد المجلة العدلية الى المرحوم عالي باشا الصدر الاعظم في غرة محرم سنة ١٢٨٦ ما نصه : فانه بتبدل الاعصار تتبدل المسائل التي يلزم بناؤها على العادة والعرف مثلا : كان عند المتقدمين من الفقهاء اذا أراد أحد شراء دار اكتفى برؤية بعض بيوتها . وعند المتأخرين لا بد من رؤية كل بيت منها على حدته . وليس هذا الاختلاف مستندا الى دليل بل هو ناشئ عن اختلاف العرف والعادة في أمر الانشاء والبناء . وذلك أن العادة قديما في انشاء الدور وبنائها أن تكون جميع بيوتها متساوية على طراز واحد . فكانت رؤية بعض البيوت على هذا تغنى عن رؤية سائرها . وأما في هذا العصر فلان العادة جرت بأن تكون الدار الواحدة مختلفة في الشكل والقدر . لزم عند البيع رؤية كل منها على الانفراد . وفي الحقيقة فاللزام في هذه المسألة وأمثالها حصول علم كاف بالمبيع عند المشتري . ومن ثم لم يكن الاختلاف الواقع في مثل هذه المسألة المذكورة تغييرا للقاعدة الشرعية . وانما تغير الحكم فيها بتغير أحوال الزمان فقط .

وفي ختام البحث نرى مما تحسن الاشارة اليه أن الاحكام الشرعية المنصوص عليها من الكتاب والسنة قليلة بالنسبة للاحكام الاجتهادية لان الشارع آثر الاجمال على التفصيل فيما شرع من أحكام المعاملات واكتفى

بالقواعد العامة التي وضعها والمقاصد الكلية التي يشدها في تشريعاته - وقد سبق أن بينا سبب هذا الاجمال وعدم التعرض لتفصيل الاحكام الجزئية - ولذا نجد آيات الاحكام الواردة في القرآن الذي هو الاصل والمصدر الاول للاحكام الشرعية قليلة جدا بالنسبة لمجموع الايات القرآنية حيث ان الآيات القانونية في كل الاعمال التي تصدر من الانسان من عبادات ومعاملات على اختلاف أنواعها وتعدد نواحيها لا تكاد تبلغ خمسة في المائة من عدد آيات القرآن المشتمل على ٦٢٣٦ آية على طريقة الكوفيين التي اتبعت في عد آياته . وحث الشارع على الاجتهاد لمعرفة أحكام الحوادث الجزئية واستنباطها من القواعد العامة والمقاصد الكلية . وان علماء الاصول قرروا أن الاحكام المستفادة من النصوص الشرعية يجوز تخصيصها بالعرف العام وهذا محل اتفاق بينهم وذهب بعض علماء الحنفية الى جواز تخصيصها بالعرف الخاص وان الاحكام الاجتهادية قابلة للتغيير بالعرف العام والعرف الخاص . وهذه المرونة في التشريع الاسلامي كانت سببا في أن الفقه الاسلامي يساير في كل العصور تطورات الزمن ويتمشى مع مقتضيات الحياة على اختلاف صورها والوانها ويسترسل على جميع الوقائع والحوادث المتجددة في كل زمان ومكان ولا يقف أمامها جامدا ولا تضيق قواعده وأصوله العامة بحاجات الناس ولا تعجز عن حل مشاكلهم الاجتماعية والفردية في مختلف الشؤون . مهما تغيرت الاحوال وتبدلت الظروف ومهما تطورت وسائل المعاملات بين الناس وتعددت صور الحياة وتنوعت مطالبها . ولهذا كانت الشريعة الاسلامية خاتمة الشرائع وأكملها وكتب لها الخلود والبقاء الى يوم الدين . وقد صدق الله العظيم في قوله : ويرى الذين أتوا العلم الذي أنزل اليك من ربك هو الحق ويهدى الى صراط العزيز الحميد (١) .

عمر عبد الله