

العزيم والعقائد في ذم الفقهاء

عرض نظرية في التشريع الإسلامي

بمعلم

أحمد فهمي أبو سنة

المدرس بكلية الشريعة

- حصل بهذه الرسالة واضعها على شهادة العالمية
- من درجة أستاذ في الشريعة من الجامع الأزهر

- وهذه أول رسالة نوقشت في قسم الأستاذية
- برياسة المغفور له الأستاذ الأكبر
- الشيخ المراغي في ٢٠ يناير سنة ١٩٤١

مطبعة الأزهر

١٩٤٧

العروة الوثقى في زوايا الفقهاء

عرض نظرية في التشريع الإسلامي

بمعلم

أحمد فهمي أبو سنة

المدرس بكلية الشريعة

- حصل بهذه الرسالة واضعها على شهادة العالمية ،
- من درجة أستاذ في الشريعة من الجامع الأزهر ،

-
- وهذه أول رسالة نوقشت في قسم الأستاذية ،
 - برياسة المغفور له الأستاذ الأكبر ،
 - الشيخ المراغي في ٢٠ يناير سنة ١٩٤١ ،

مطبعة الأزهر

١٩٤٧

«الاهداء»

إلى روح الأستاذ الأكبر المغفور له الشيخ محمد مصطفى المراغي

أحمد الله إليك ، وسلامه عليك ورحمته ومغفرته ، ورضى الله عنك في عليين ، مع النبيين والصديقين ، والشهداء والصالحين .

أما بعد ، فهذه نظرية العرف والعادة في رأى الفقهاء ، التى تتوجت بشرف رياستك للجنة التى ناقشتها ورضيت عنها وشهدت لها ، والتى هى باكورة طيبة من بواكير إصلاحك للأزهر ؛ أقدمها الى روحك الطاهرة ثمرا يانعا من ثمار غرسك المبارك ، وأثرا نافعا من آثار جهادك المجيد ، وتذكارا خالدا لوفاء التلميذ للعلم ، ووفائه كذلك لشيخ العلماء . نعم ، فهى وحى توجيهك يامولاي ، وإنتاج حفرك وإرشادك .

حلقة جديدة ، أضمتها الى السلاسل الذهبية لسلفنا الصالح ، ليس لى فيها إلا صياغتها بعد جمع معادنها من حواضر العلم وبواديه ، واستلها من فقهاء من السنة الكتب ، ومقالات الفقهاء .

أردت أن أعرضها على الناس فى وضوح ، ليطالعوا فيها سمو الفقه وسماحته وعدالته ، ويقفوا منها على مبلغ ما وصل اليه فقهاء المسلمين ، من نبل التفكير ، وحصافة الرأى ، وحسن الاستنباط ، ويؤمنوا بأن شريعة السماء هى وحدها التى يجب أن تصدر للحكم بين الناس ، وهى وحدها التى يجب أن تستمد منها التشريعات المدبرة لأمر الأفراد والجماعات .

وأردت كذلك أن أجعلها مقاما أفتح به لى ولامتالى باب البحث فى الفقه ، على أنه نظريات وقواعد كلية ، بعد أن كان يبحث على أنه فتاوى وحلول جزئية ؛ لانى أرى أن هذا هو الجهاد الأكبر ، فى سبيل الدفاع عنه ، وإعلاء كلمته فى هذا الزمن .

أسأل الله أن يهدينا سبيل الرشاد !

أحمد فهمى أبو سنة

فاتحة الرسالة

بسم الله الرحمن الرحيم

أحمدك يا من أتممت علينا النعمة ، ورضيت لنا الاسلام ديناً ، ونزهته عن
الخرج والإغنيات ، وصفيته من السر والإجهاد . سبحانه فأنت اللطيف بالعباد ،
وأنت الرموف الرحيم . وأصلى وأسلم على سيدنا محمد الذي ابتعثه رحمة للعالمين ،
على حين كانوا في ظلمات الضلالة وشقوة الكفر والجهالة ؛ أخرجتهم به من
الظلمات الى النور ، وحفظت به مصالحهم في العاجلة والآجلة . ورضى الله عن
المهاجرين والأنصار ، والذين اتبعوهم باحسان ؛ فلقد جاهدوا في الاسلام حق
الجهاد ، واجتهدوا في فهم أسرارهِ وحسن تطبيقهِ على اختلاف أزمات الناس
وجنسياتهم ومنازعتهم صدق الاجتهاد .

يقولون: إن الفقه الاسلامي نظام جامد عقيم لا يمكن تطبيقه في هذا العصر ،
ولا يفي بمقتضياته على وجه يحفظ مصالح الناس ، ولا يحل مشاكل هذه المدينيات
الجديدة المعقدة . ويدفعهم هذا الزعم الى استحسان بعض شرائع الغرب على
شرع الله ، وتحكيمه في دماء الناس وأعراضهم وأموالهم . وباطل ما يزعمون . ذلك
بأن الحق الذي لا ريب فيه ، والإيمان الذي لا زيع فيه ، أن الشريعة قائمة على
رعاية مصالح العباد على اختلاف أزماتهم ، وافية بحاجاتهم على اختلاف شعوبهم
وتباعد ما بينهم ، كما يشهد بذلك قول الله تعالى « وما أرسلناك إلا رحمة للعالمين .
وما أرسلناك إلا كافة للناس بشيراً ونذيراً . » . ويدل عليه تعليل الأحكام ، وإبداء
الحكمة من تشريعها ، كما في الطهارة ، والصلاة ، والصوم ، والحج ، والجهاد ،
والنصاوص ؛ قال تعالى : « ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج ولكن يريد ليطهركم
وليتم نعمته عليكم ، » . « إن الصلاة تنهى عن الفحشاء والمنكر ، » . « كتب عليكم الصيام
كما كتب على الذين من قبلكم لعلكم تتقون ، » . « ليشهدوا منافع لهم ويذكروا

اسم الله في أيام معلومات ، ، « وقاتلوا في سبيل الله الذين يقتلونكم ، ، ولکم في القصاص حياة ، وغير ذلك مما يقطع معه بأن رائد الشريعة هو حفظ مصالح الناس ، وأنها عامة لكل زمان ومكان . وهي كذلك مبنية على أساس متين من التوسعة على المكلفين ورفع الحرج عنهم ، وما جعل عليكم في الدين من حرج ، . وإن من أقوى مظاهر تلك الرعاية وهذه التوسعة ، رعاية العرف في الأحكام التي بنيت عليه .

فقه هذا شأنه ، وتلك غايته ، كيف يرمى بهذه الفرية الآثمة ؟ لو أن هؤلاء الزاعمين ثقفت عقولهم بمقصد الشريعة النبيل ، وطبيعتها الهيئنة الرحيمة ، لآلحوها من أنفسهم محل العقيدة ، ولرضوا بها دون غيرها قسطاسا مستقيما لإظهار عدل الله بين الناس .

ونحن إذ نريد أن ندعو إلى سبيل الله بالحكمة ، فعقيدتي القوية أن أهدى طريق هو أن نعرض على الناس نظريات هذا الفقه التي لم يصل إليها أي تشريع مهما ادعى له من الرقي والسداد ، ونطالعهم بمحاسنه التي لا تنفد ، وجديده الذي لا يبلى ، لنثبت أمام العالم أنه دين الله الذي لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه ، تنزيل من حكيم حميد ، ، وأنه ليس لعقول الناس مهما بلغت من السلامة وأوتيت من الرشد أن تُخرج مثله ولو كان بعضهم لبعض ظهيراً .

ولما كانت رعاية العرف الصحيح ، والعادات ، في الاستنباط من الأدلة ، وتطبيق أحكام الله على المدافين ، والتخريج على قواعد الأئمة ، والترجيح بين أقوالهم في كل زمان ، قاعدة محكمة ، ونظرية صحيحة سارية ، فيها تحقيق لمقصد الشرع ، وفيها صيانة للحقوق وحفظ للعدالة - استخرت الله تعالى أن أبحث العرف والعادة ، وأثرهما في الفقه الإسلامي ، والتصرفات الجارية على قواعده ، تخليدا لمظهر سام من مظاهر غنى الشريعة وقيامها بمصالح الناس ، وتفنيدا لهذا الباطل الذي يؤثرون به اقتراحات الناس على شرع السماء ، ونشراً لصفحة من أجد صفحات الفقه والفقهاء .

فتشت في طيات العرف وسبرت غوره، فوجدته صعب المورد، متعدد النواحي، كثير الشعاب؛ لأن اجتلاء أمره محوج إلى البحث عن معناه، ونشأته، وأسبابه، وقوته، وتقسيماته، وهل يصلح دليلا على الأحكام أولا، والأصل الشرعي الذي يرجع إليه، والبحث عن اعتباره الفقهي، ومعناه، ودليله، وشروط هذا الاعتبار، ومبلغ مراعاة الشريعة له، ومنزله منها، وتبدل الأحكام به، وحكم معارضته لأدلة الشرع ونصوص الفقهاء، وموقف المجتهدين منه في استنباط الأحكام، والمفتين والقضاة منه في أخذ الحكم من نصوص المذهب، وتحكيمه في النوازل، وحكم معارضته للغة، وذكر بعض المسائل التي ظهر أثره فيها، توضيحا للبحث، وإتماما له.

بجوت ما أكثرها، وما أشدها تعقيدا، على عزة مصادرها، والصعوبة في استنباطها من مظانها، وانتثارها في بطون الكتب المختلفة وثنايا مسائل التشريع المبعثرة! لأن أحدا من الفقهاء لم يتعرض لتفصيل قوانين العرف وأحكامه وتبيين مشتبهاته في كتاب. اللهم إلا الفقيه الناضح ابن عابدين عليه رحمة الله؛ كتب رسالة ضمنها عجالة عن بعض ما يتعلق به؛ الأمر الذي دعاني إلى شيء من الإفاضة في البحث والاحتجاج لكل ما قلت بأدلة الدين وعبارات الثقات من فقهاء المسلمين، بما يقدم لي العذر عند القارئ الكريم إن أحسن ببعض الإطالة.

ومهما يكن من شيء، فإنني لم أدع العصمة فيما كتبت، ولم أقل في هذا الموضوع كلمته الأخيرة؛ فإن أك قد أصبت في شيء منه فما توفيقي إلا بالله، وإن أك قد أخطأت أو قصرت، فأرجو أن أكون قد وفقت إلى إثارة الناقدين إلى نقده وتصحيح خطئه، وحملت الباحثين على توسيع مباحثه.

اللهم اجعله خالصا لوجهك الكريم، ووفق المصلحين من هذه الأمة إلى نصرة صراطك المستقيم، وثبتنا بالقول الثابت في الحياة الدنيا وفي الآخرة 1

المقال الاول

المقدمات

يحتاج الباحث عن العرف والعادة من الناحية الفقهية ، إلى دراسة ما يتصل
بها من جهة المعنى ، والنشأة ، والأسباب ، والقوة ، والتقسيم ، ليكون على بينة من
أمره ، وتسهل عليه مهمته .

معنى العرف والعادة لغة وفقها

وردت كلمة العرف في اللغة بمعان كثيرة ، منها ما قال ابن منظور في اللسان (١) :-
«عرف الرمل والجبل وكل عال : ظهره وأعاله . قال : وعرف الديك والفرس
والدابة وغيرها : منبت الشعر والريش من العنق . قال : والعرف والعارفة
والمعروف واحد ضد النكر ، وهو كل ما تعرفه النفس من الخير وتبسأ وأي
تأنس به » وتطمئن إليه . وقال : العرف والمعروف : الجود ، وقيل هو اسم ما تبذله
وتسديه . قال : والعرف بالضم والعرف بالكسر : الصبر . قال أبو دهبيل الجمحي :
قل لابن قيس أخى الرقيات ما أحسن العرف في المصيبات
قال : والعرف اسم من الاعتراف ، ومنه قولهم : له على ألف عرفاً أى اعترافاً .
قال : وطار القطا عرفاً عرفاً : بعضها خلف بعض . وعلى الجملة فإن الكلمة يغلب
ورودها فيما ارتفع من المحسات وكرم من المعاني ، والمعنى الأخير منها يشعر
بمتابعة البعض للبعض .

ويظهر أن استعماله في كل هذه المعاني ، بطريق الحقيقة ، كما يفهم من صنيع
صاحب تاج (٢) العروس حيث لم يورد من الاستعمال المجازى إلا أعراف الرياح

(١) ج ١١ ص ١٤٤ .

(٢) ج ٦ ص ١٩٣ .

والسحاب والضباب لاواثلها ، والعرف بمعنى موج البحر . واقتصر في الأساس على الأول . قال في اللسان : وقد حرك الشاعر ثانيه فقال :

إن ابن زيد لا زال مستعملا للخير يفشى في مصره العُرُفا
وقد وردت كلمة العرف في القرآن : قال تعالى : وأمر بالعرف . .
قال الزمخشري : العرف هو المعروف الجميل من الأفعال . وفي لباب التأويل كما في الألوسى : وأمر بكل ما أمر الله تعالى به وعرفته بالوحي . اه وقال تعالى : وعلى الأعراف رجالٌ . . قال الزجاج : أى أعلى السور بين الجنة والنار . وقال تعالى : والمرسلات عرفاً ، يجوز والله أعلم أن يكون المراد : والملائكة المرسلات متتابعة كشمع عتق الفرس . ويجوز أن يكون المراد : والمرسلات بالمعروف والإحسان . كذا يفهم من الألوسى .

والعادة كما في اللسان (١) هي الدين اه . والدين : الدأب والاستمرار على الشيء ، سميت بذلك لأن صاحبها يعاودها أى يرجع اليها مرة بعد أخرى ، جمعها عادات وعوائد .

المعنى الفقهي : جاء لفظ العرف في كلام المتقدمين من الفقهاء من غير أن يتعرضوا لتحديده : وأول تحديد وقفت عليه هو لعبد الله بن أحمد الفسفي المتوفى سنة عشر وسبعمائة للهجرة ، وتبعه من بعده الكثير من كتاب الفقه والأصول ؛ قال في المستصفي : العرف : ما استقر في النفوس من جهة العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول . ولم أظفر بمن تعرض لهذا التعريف ولا التعريفات الآتية للعادة بالبيان . فأقول بتوفيق الله : يعنى هو الأمر الذى اطمانت إليه النفوس وعرفته وتحقق في قراراتها وألفته مستندة في ذلك إلى استحسان العقل ولم ينكره أصحاب الذوق السليم في الجماعة . وإنما يحصل استقرار الشيء في النفوس وقبول الطباع له بالاستعمال الشائع المتكرر الصادر عن الميل والرغبة .

فلفظ « ما » عام يشمل القول والفعل . وقوله : « ما استقر في النفوس » يخرج عنه ما حصل بطريق الندرة ولم يعتده الناس فإنه لا يعد عرفاً . وقوله : « من جهة العقول » يخرج به ما استقر في النفوس من جهة الأهواء والشهوات ، كتعاطى

المسكرات واعتياد كثير من أنواع الفجور ، وما استقر في النفوس بسبب حادث خاص كفساد الألسنة الناشئة من اختلاط الأعاجم بالعرب إبان الفتوحات الإسلامية ، أو بسبب أمر اتفاني كتفاؤل قوم من بعض الأعمال لاقترانها مصادفة بنفع لهم فدعاهم ذلك إلى تعارف فعلها ، أو تشاؤمهم من بعض الأعمال لاقترانها مصادفة بضرر لحقهم فجرهم ذلك إلى تعارف تركها . وقوله :
« تلقته الطباع ، الخ ، يخرج به ما أنكرته الطباع أو بعضها فإنه نكر لا عرف .

فالناس كلهم أو أهل إقليم خاص أو واضعوفن خاص أو أهل صناعة خاصة أو أهل الشرع ، إذا تعارفوا عند إطلاق لفظ أن يريدوا معنى خاصا ويفهموه إذا سمعوه حتى استقر في نفوسهم وقبلته الطباع السليمة فيهم ، يسمى عرفا . والمسلمون إذا تعاملوا استصناع الثياب وأثاث المنزل أو وقف بعض المنقولات أو شرطاً خاصاً في البيع ، سمي عرفا . والمصريون إذا تواضعوا على قبض نصف الصداق قبل العقد ، سمي عرفا . وأهل المغرب إذا اعتادوا كشف الرأس ولم تستقبحه الطباع السليمة فيهم ، سمي عرفا . والعرب في جاهليتهم إذا تعارفوا عقود الربا ، والهندوكيون البراهمة إذا اعتادوا إحراق الموتى ، سمي كل من تينك عرفا .

فقد رأينا أن العرف جرى في الأقوال والأفعال المتعاملة والخلقية ، وعرفنا قبل ذلك أن كيانه يقوم على استقرار الأمر في النفوس وقبول الطباع السليمة له . متى توفر ذلك فقد وجدت حقيقة العرف ، وإن كان اعتباره عند الفقهاء مشروطاً بشروط وراء هذا .

وقد يعترض : كيف يقال إن الطباع السليمة قبل عقود الربا ، وإحراق الموتى ؟

والجواب عن ذلك : أن الطباع السليمة ليست منبعا للخير دائماً ، وليست معصومة عن القبيح ، بل هي العقول تخطيء وتصيب ؛ إنما العصمة للأديان والشرائع المنزلة من السماء . وسيأتي لهذا الكلام وفاء إن شاء الله . وقد سبق نقل كلام عن اللسان بمعنى هذا التعريف ، وعليه فيتساوى المعنى اللغوي والفقهى للعرف .

ويؤنس هذه التسوية أن صاحب أقرب الموارد (١) ذكر من معاني العرف هذا المعنى الذي اصطلح عليه الفقهاء . وعلماء الاجتماع أطلقوا العرف على كل ما يتابع الناس فيه بعضهم بعضا ، سواء أكان مصدره العقل أو الغريزة أو الصدقة والاتفاق ؛ ولهذا الإطلاق أصل لغوي أيضاً كما مر في قولهم : طار القطا عرفا عرفا أى بعضها يتبع بعضا . والسر في اقتصار الفقهاء في معنى العرف على ما كان مصدره العقل ومخالفتهم الاجتماعيين في التعميم ، أن الفقهاء يبحثون عن العرف من حيث إنه قاعدة تنبئ عليها الأحكام العملية ، والاجتماعيين يبحثون عنه من حيث تأثيره في الجماعة .

معنى العادة

قال ابن أمير حاج في شرح التحرير (٢) : العادة : الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية . فالأمر شامل للقول والفعل . وتكرر الشيء : حصوله مرة بعد أخرى . فخرج بالمتكرر ما حصل مرة ، فإنه في الأصل لا تثبت به العادة ؛ وإن ثبتت به في بعض المواضع ، كما في الحائض ، فليقتض خاص وهو عدم التخلف غالبا بعد حصوله مرة . وخرج بقوله : من غير علاقة عقلية ، ما كان عنها كتكرار حدوث الأثر مع المؤثر بعلاقة العقلية . مثالها : اعتياد كيل البر وثمنية النحاس والغش في البياعات .

يتبين من التعريف أن باب العادة واسع ، يشمل كل متكرر من الأقوال والأفعال ، سواء أكان صادرا عن الفرد أو الجماعة ، وسواء أكان مصدره أمراً طبيعياً كحرارة الإقليم وبروداته اللتين نشأ عنهما عادة إسراع البلوغ وإبطاؤه ، وطبيعة الأرض التي تقتضى غلبة نوع من الأموال في الإقليم وصناعة أهله ؛ وسواء أكان مصدره العقل وتلقى الطباع له بالقبول وهو العرف المتقدم ، أو كان مصدره الأهواء والشهوات كالتقاعد عن الخيرات وقصد الضرر وأكل المال بالباطل والغش والظلم ، وهذا يسميه الفقهاء بفساد الزمان ، أو كان مصدره حادثا خاصا

(١) ج ٢ ص ٧٦٩ .

(٢) ١ - ص ٢٨٢ .

كفساد الألسنة الناشئة من اختلاط العرب بالأعاجم . كل هذه الحالات شهدت بها استعمالات الفقهاء ، وبنيت الأحكام عليها ، وراعاها المجتهد في الاستنباط ، والمفتى في الجواب عما يعرض عليه من الأحداث ، والقاضى عند الحكم فيما يرفع اليه من الدعاوى . وقد شرحت العادة بشروح رغبت عنها لتقصيرها عن الجادة ، كما يتضح ذلك مما يأتي :

فإن الهام في التحرير قصرها على العرف العملى ، أى ما جرى عليه العمل عند الناس . وبهذا المعنى يشعر كلام نجر الدين البزدوى في أصوله حيث قال : ترك الحقيقة بدلالة الاستعمال والعادة ؛ فإن شارحه ذكر احتمالات في معنى الاستعمال والعادة أحسنها تفسير الاستعمال بالعرف القولى ، والعادة بالعرف العملى ، حملا للكلام على التأسيس والإفادة .

وقد صرح بهذا شمس الدين الفنارى (١) في فصول البدائع حيث قال : حصر المشايخ قرينة المجاز في خمسة : ما بدلالة العرف قولاً والعادة فعلاً اه .

وهذا القصر لا معنى له ؛ لأن الفقهاء من السلف والخلف أجروا العادة في الأقوال والأفعال معاً . قال في المبسوط من كتاب الإيمان : سئل محمد عن وجه الحلف بأمانة الله ، فقال : لا أدرى . فكأنه وجد العرب يحلفون بأمانة الله عادة فجعله يمينا اه . ومثّل السراج الهندى في شرح المغنى وغيره من الأصوليين للعادة العامة والخاصة بقول الشخص : لا يضع قدمه في دار فلان المستعمل في الدخول ؛ وبالتنقض في اصطلاح الأصوليين المستعمل في تخلف الحكم عن العلة . وقال في الموافقات (٢) في ذكر العادات المتبدلة : ومنها ما يختلف في التعبير عن المقاصد ، فتصرف العبارة الى معنى عبارة أخرى بالنسبة الى اختلاف الأمم كالعرب مع غيرهم ، أو بالنسبة الى الأمة الواحدة ، كاختلاف العبارات بحسب اصطلاح أرباب الصنائع في صنائعهم ، مع اصطلاح الجمهور اه . اللهم إلا أن يكون القصر اصطلاحاً لبعض الناس كما تشعر به عبارة التلويح (٣) . قال : قوله :

(١) ٢٠ ص ١٥٩ .

(٢) ٢٠ ص ٢٨٤ .

(٣) ١٠ ص ١٧٥ .

أو عادة، يشمل العرف العام والخاص. وقد يفرق بينها باستعمال العادة في الأفعال، والعرف في الأقوال، وقد عرفت العادة بما يجعلها مرادفة للعرف، كما تقدم عن المستصفي، العادة والعرف ما استقر في النفوس الخ، حيث جمعهما في تعريف واحد.

قد يلاحظ في بادىء الرأي تباين بين هذا التعريف وما قبله، حيث أخذ في جنس الأول تكرر الأمر، وفي الثاني الاستقرار؛ ولكن لا تباين في الواقع؛ لأن العادة مأخوذة من المعاودة، فهي بمعاودتها مرة بعد أخرى وتكررها صارت معروفة مستقرة في النفوس.

إيضاح ذلك: أن العادة يوجد فيها أمران: تكرر الأمر، واستقراره في النفوس، والثاني لازم للأول؛ فمن عرف بالأمر المتكرر لاحظ الأول، ومن عرف بما استقر في النفوس الخ، لاحظ الثاني. نعم هو غير جامع، لأنه لم يشمل العادة الفردية، ولا ما صدر عن غير العقول، فهو كما قال هبة الله في شرح الأشباه: إن كثيراً من أمثلة العادة لا يصدق عليه هذا التعريف.

قال القرافي في التقيح (١)، وابن فرحون في التبصرة، والطرابلسي في معين الحكام: العادة: غلبة معنى من المعاني على جميع البلاد أو بعضها.

أخذ في جنس هذا التعريف الغلبة، بمعنى أن المعتادين للأمر قولاً أو فعلاً أكثر من غيرهم، في جميع البلاد أو بعضها. وقد يقال عن هذا: إن الغلبة من أركان العادة، وإن إغفالها في التعريفات السابقة نقص. والواقع أن لانقص؛ لأنها ليست ركناً في العادة، بل شرطاً في اعتبارها مبنى للأحكام، بدليل أنهم يطلقون على العادة المشتركة عادة ولا غلبة فيها، وبدليل أنهم يقولون: عادة غالبية وعادة مطردة، والوصف غير الموصوف، وبدليل أنهم يشترطون في اعتبار العادة الغلبة، أو الاطراد؛ قال صاحب الأشباه: إنما تعتبر العادة إذا اطردت، أو غلبت اه. ومعلوم أن الشرط زائد على المشروط، فالتعريفات السابقة لشرح مطلق العادة، سواء أكانت مطردة أو غالبية أو مشتركة، أي سواء كانت معتبرة لبناء الأحكام أولاً. أما القرافي فإنه

(١) ص ٢٠٠ ومعين الحكام ص ١٢٥ والتبصرة ج ٢ ص ٥٤.

يعرف عادة الجماعة التي اعتبرها الفقهاء لبناء الأحكام عليها ، وهي التي توفر فيها شرط الغلبة ، والمراد بها في التعريف ما يشمل الاطراد . لكن يرد على هذا التعريف أنه غير جامع ؛ لأنه لم يشمل عادة الفرد . وإنما اخترت التعريف الأول من بين هذه التعريفات ، لأن ما عداه لم يسلم من الطعن كما رأيت .

النسبة بين العرف والعادة

وبناء على تعريف ابن أمير حاج الذي اخترته ، وتعريف القرافي أيضاً ، تكون النسبة بين العرف والعادة العموم والخصوص المطلق ؛ والعادة هي الأعم . وعلى رأى ابن الهمام ومن وافقه تكون النسبة العموم والخصوص أيضاً ؛ والعرف الأعم . وعلى رأى صاحب المستصفي تكون بينهما المساواة . والتوجيه ظاهر ؛ ومنه يتبين نوع العطف في قولهم : العرف والعادة .

نشأة العرف والعادة

وإذا استبان معناهما ، فلننضم قديماً إلى الحديث عن نشأتها ، فنقول : كل عمل ياتيه الإنسان باختياره لا بد له من باعث يدعو إليه ، وذلك الباعث إما خارجي كأمراً من يشعر باحترامه ويعتقد أن طاعته واجبة ، وكظهور مصلحة من شيء أثبتتها التجربة أو البحث العلمي ، وكالأعمال التي تلغوا إليها البيئة الطبيعية ، أو الاجتماعية .

وإما داخلي ، وهو ما يرجع إلى الفاعل نفسه ، كحب الانتقام ، والحياة الشديد ، الداعيين إلى الأخذ بالتأثر ، والحجاب .

ذلك الباعث يوجد في النفس رغبة في العمل ، وميلاً إليه ؛ فإذا أخذ الإنسان هذه الرغبة ، وأتى بما مال إليه ، وكرره مرة بعد أخرى ، فقد أصبح عادة . فالذي يكون عادة هو تكرار العمل الصادر عن الميل .

ثم إن هذا العمل إذا صادفته نفوس مستعدة ، تأثرت به فحافظته وقلبت فيه ، إذ الجماعة مفعولة على التقليد . فيما تهوى ويجب ، مطبوعة على الاقتداء عن

تستديه في شئونها لاعتقاد الكمال فيه ؛ إلا أن هذه المحاكاة قد تكون سريعة ، وقد تكون بطيئة ، بحسب شدة الحاجة إلى العمل وقوة محبته وضعفها .

فإذا تكررت هذه المحاكاة ، وذلك التقليد ، صار العمل أمراً شائعاً بينهم ومتعارفاً فيهم ، وعندئذ يتم تكوّن العرف والعادة ، أي عادة الجماعة .

فالأطوار التي يمر بها هي : الميل ، فالعمل ، فالتقليد ، فالتكرار . ويلاحظ هنا أنه ليس بضروري ليصير الأمر عرفاً ، أن يطرد العمل به ، أو يكون غالباً ؛ فقد يتعارف الناس أمرين متضادين ؛ كأن يتعارف بعضهم قبض الصداق قبل الدخول ، ويتعارف البعض غير ذلك ، من غير غلبة لأحدهما ؛ ويسمى إذ ذاك عرفاً مشتركاً .

وكما جرى ذلك في الأفعال يجرى في الأقوال ؛ ذلك أن الإنسان مدني بطبعه ، محتاج إلى أن يوجد في مجتمع يعاونهم ويعاونونه ، ويكون في حاجتهم ويكونون في حاجاته ؛ لهذا نراه مضطراً إلى التعبير عن مراده ، وإلى أن يفهم عنهم ويفهمون عنه . ولذلك طريقان : طريق وعرة شائكة ، وأخرى سهلة مهيّدة .

أما الأولى فهي التفهيم بالعقد ، والنصب ، والإشارة ، والمثال ، والكتابة ، وغير ذلك من الأمور المحسة . ووجه صعوبة هذه الطريقة أنها تستنفد الوقت الطويل وتتطلب العمل الكثير ؛ ومع ذلك فهي لا يمكن التعبير بها عن الأمور المعقولة التي هي معظم المرادات النفسية .

أما الطريق الثانية ، فهي التعبير بالألفاظ . ووجه سهولتها أنها خفيفة المؤنة ، فلا تبتغي عملاً ولا زمناً ، شاملة النفع ؛ إذ يمكن التعبير بها عن المحس والمعقول . ومن هنا كان من إحسان الله تعالى الإرشاد إلى اللغات ،

لكن ما دام الناس يتقدمون على مر الزمان في الصناعات والعلوم والمدنية ، وما دامت حاجاتهم تزداد جيلاً بعد جيل ، فالتعبير باللغة الأصلية العامة يحدث اشتباهاً واختلاطاً وعسراً في فهم الغرض . لذلك جرت سنة الناس من أهل الأقاليم أو الحرف أو الدين أو العلوم أن يصطلحوا على ألفاظ خاصة يريدون بها معاني خاصة ، حتى تصبح حقائق مستعملة ، يسهل بها الإفادة والاستفادة فيما بينهم . وليس بضروري في هذا الاصطلاح أن يصرح أهل العرف بالوضع أو بما في معناه ؛ بل قد يكون كذلك ، وقد يكون يتناول فهم المراد من اللفظ .

فمن القسم الأول قوله صلى الله عليه وسلم : « أتدرون ما العقيم ؟ قالوا : الذي لا يولد له .
قال صلى الله عليه وسلم : ليس بذاك ، وإنما العقيم الذي لم يقدم من ولده شيئا .
ومن ذلك أيضا قوله صلى الله عليه وسلم : « الإثم ما حاك في صدرك وكرهت
أن يطلع عليه الناس » .

وكثيرا ما يكون أصل الألفاظ العرفية مجازات لغوية تصرف إلى المراد
بقرينة ، ثم يتكرر استعمالها فتصير مجازات مشهورة ، ثم يزداد الاستعمال ويشيع
حتى يفهم منها المراد من غير قرينة ، وتهجر حقايقها فلا تفيد معناها إلا بقرينة ؛
وعند هذا ينعكس الأمر ؛ فما كان مجازا لغويا أصبح حقيقة عرفية ، وما كان
حقيقة لغوية أصبح مجازا عرفيا .

أسباب العرف

العادات التي تشيع بين أهل البلاد أو بعضها أو بين الطائفة ، ليست كلها
متحدة الغرض ، متفقة الداعية ؛ بل لها أسباب شتى تستوحىها وتدفع إليها ، يقوم
معظمها على الحاجة وعموم البلوى ؛ إذ كثيرا ما يعرض للناس ظرف خاص
فيدعوم إلى عمل خاص ، فيتكرر ذلك منهم ويتعاملون ، فيصير عرفا ، كما هي الحال
في بيع الوفاء ، ووقف بعض المنقولات ، وفي بيع السلع بشرط تسليمها في متجر
المشترى . وهذه الحاجات الداعية تختلف بحسب البيئات الطبيعية ، أى ما يحيط
بالجماعة من مناخ الاقليم ، ومعدن أرضه ، وموقعه ، وما فيه من بحار وأنهار ، وغير
ذلك من المرافق ؛ والبيئات الاجتماعية ، وهى النظم الاجتماعية التي تحيط بالجماعة
من الاخلاق ، والمعتقدات ، والشعائر الدينية ، ونظام الحكم ، ومعاهد العلم ،
والصناعات ، والفنون ، والأفكار .

وقد يكون السبب أمر صاحب السلطان في الجماعة ، أو رغبة في شيء خاص ،
كما هو الحال في أكثر العادات التي خلفها لنا الحكم الشيعة الفاطمية ، كالموالد .
وقد يكون العرف وراثيا بحتا ، ليس للجماعة حاجة إليه ، ولا عمل في خلقه ،
سوى أنهم تلقوه عن الأسلاف ، كما هو الحال في عقائد الجاهلية ، قال أبو لؤي جئتكم
بأخدي مما وجدتم عليه آباءكم ، ، ، ، فقلوا إنما وجدنا آباءنا على أئمة ، ولنا على
آبائهم هتدون .

وقد يكون السبب إقامة بعض الشعائر الدينية القديمة ، ثم يتناسى هذا السبب ويتعاطى الناس العمل على أنه عرف لا أكثر ولا أقل ، كما هو الحال فيما نسميه بعيد « شم النسيم » فان الاصل فيه على ما يقال ، شعيرة من شعائر الدين المصرى القديم . وعلى الجملة فان العرف وإن كان عن الميل من جهة العقل ، إلا أنه يختلف نوازه ، وتتعدد دوافعه ، مما سيبتين أثره ، إن شاء الله .

سلطان العرف

بمجموعة المصطلحات والتقاليد التي تعنادها كل أمة وتتخذها منهاجا للسير عليها ، لها في نفوس الأفراد احترام عظيم ، بل لها عليهم السلطان القوي ، حتى إنهم ليعدونها من ضروريات الحياة التي لا يستغنى عنها ، ومن المفاخر التي يبر بها ؛ وقد ترتفع قداستها عند بعضهم إلى مرتبة الدين ، فيرون أنفسهم ملزمين باعتناقها والجرى على سننها ، ويرون الخروج عنها إثماً عظيماً يستجلب الاستياء ويدعو إلى الثورة ؛ ذلك كما قال علماء النفس : لأن العمل بكثرة تكراره تكيف به الأعصاب والأعضاء ، فيأخذ مكانه من النفوس ، كالسبل بقوة انحداره يحتفر طريقه في الجبل ، فكما أنه يصعب تحويله عن طريقه ، فكذلك العرف يرسخ في النفوس بحيث يعسر زحزحتها عنه ، وبخاصة إذا اقتنضته الحاجة .

ومن هنا قالوا : العادة طبيعة ثانية ؛ يريدون بذلك أن لها ما يقرب من قوة الطبيعة ، أى ما فطر الناس عليه منذ خروجه من بطون أمهاتهم : يد تبطش ، ورجل تمشى ، وعين تبصر ، وأذن تسمع ؛ فلو حاول إنسان أن يسمع بعينه ، أو يمشى بيديه ، ما استطاع إلى ذلك سبيلاً . كذلك العرف له ما يقرب من هذه القوة . فالأعراف التي تصطلح الأمم عليها هي فيما بعد ، أسيرة لها مطبوعة على اتهاجها . وقال الفقهاء : في نزع الناس عن عاداتهم حرج عظيم . يعنون لما لها من القوة والتغلغل في الرعوس .

ولذلك نرى الأنبياء والداعين إلى الشرائع يقاسون كثيراً من المضاعب ، ويتحملون شديداً من المتاعب في نشر دعوتهم ، والإقلاع عن مساوئ العادات ؛ فترام يأخذون الناس بحديد السيف تارة ، وبسياسة التشريع والتدرج في الدعوة طوراً . أخرج البخارى عن عائشة رضى الله عنها ، قالت « لما نزل أوله ما نزل

سورة من المفصل فيها ذكر الجنة والنار حتى إذا ثاب الناس إلى الإسلام نزل الحلال والحرام، ولو نزل أول شيء: لا تشربوا الخمر، لقالوا: لا ندع الخمر أبداً. ولو نزل: لا تزنوا، لقالوا: لا ندع الزنا أبداً.

ولذلك أيضا نرى دعة الإصلاح في كل أمة يلقون صنوفا من المقاومات الشديدة، وضروبا من الحملات العنيفة، ولو كانت أعرافهم خرافات وأباطيل. وأكثر ما تكون هذه المقاومات من المستئين، فإننا نراهم يرفضون كل جديد، ويشورون على كل حديث، ولو أیده الشرع أو شهد بصلاحيته العلم. هذا لأنهم ألفوا نوعاً خاصاً من التقاليد والعادات، فأصبحوا يقومون من المصلحين كل ما عداه.

فإذا كان العرف له هذه القوة، فالواجب علينا أن نعلم النظر إليه في حين نشأته، فإن كان صحيحاً تقره قواعد الشرع نميناه وساعدنا على ذبوعه، وإن كان فاسداً يمتته الدين أمناه وشهرنا كل سلاح لمكافئته. وكما أن الشجرة إن عينا بها فأحسن لها الترية والتغذية في أيامها الأولى عتيت بنا في مستقبلنا فقدمت لنا أحسن الثمار وأظلتنا بأطيب الظلال، فكذلك العرف إن عينا باختياره كما يوافق الشرع والخلق الكريم وأبعدنا عنه شوائب الابتداع والإفساد، عنى بنا في مستقبلنا، وجلبنا للإسلام الراحة والإسعاد، وأسسنا للسليين قومية مجيدة نباهي بها، وأرخنا المقفين والقضاة والمرشدين من كثير مما يعانوز في تطبيق الأحكام ومكافحة المنكرات، وذلك واجب البيت والمعد والحكومة (١).

تقسيم العرف والعادة

ينقسم العرف إلى ثلاثة تقسيمات باعتبارات: الأولى باعتبار سببه. الثاني باعتبار من يصدر عنه. الثالث باعتبار المعنى اللغوي.

(١) مراجع هذا الموضوع والذي قبله: التقرير شرح التحرير - ١٥٠ - ١٥١ - ١٥٢ - ١٥٣ - مقدمة ابن خلدون - ١٢٨٥، كتب علم الاجتماع في بحث العرف، علم النفس في بحث المادة، البسوط في مباحث مختلفة.

التقسيم الاول ينقسم إلى قولى وعملى ، فالقولى هو اللفظ المتفق على أن يراد منه غير تمام مدلوله بحيث إذا أطلق انصرف إليه من غير قرينة . وهذا يشمل الاتفاق على إرادة بعض المدلول وإرادة غير المدلول : فالأول كإرادة بعض أفراد العام منه بعد أن كان دالاً على كل أفرادها ، كالدرهم بعد أن كان يطلق على كل أفراد الدراهم صار مقصوراً على النقد الغالب . والثانى كالاتفاق على إرادة فرد معين من المطلق بعد أن كان دالاً على فرد شائع ، والاتفاق على إرادة معنى آخر للمركب غير معناه الاصلى : فنال المطلق : لفظ امرأة ، فى قول الموكل : وكذلك بتزويجى امرأة ، فإن اللغة تطلقها على الأثى من بنى آدم ، والعرف قيدها بالحرمة ، كما هو رأى أبى يوسف ومحمد : ومثال المركب ، قول الخائف : لا يضع قدمه فى دار فلان ، وقوله : على المشى إلى بيت الله : فإن العرف استعمل الأول فى المع من دخول الدار على أى حال ، واستعمل الثانى فى إيجاب أحد النفسكين : الحج ، أو العمرة . ومن أمثلة المركب الاحكام المضافة إلى الأعيان ، نحو حرمت عليكم أمهاتكم ، ، ، ، وأمهات لكم بهيمة الأنعام ، ، ، ، إلا إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام ، ، فإن المعنى الحقيقى بها لغةً تعلق الحكم بالأعيان الواردة فيها ، وقد استعملها العرف فى الكيف بالأفعال المقصودة منها بشهادة الاستقراء ، حتى كان متبادراً إلى الأفهام عرفاً من هذه الأمثلة تحريم مسيس الأمهات ، وأكل بهيمة الأنعام ، وسفك الدماء ، وثلم الأعراض .

وطريق تكوين العرف انقولى أن يتفقوا على هجران المعنى الاصلى ، ويقولوا اللفظ بواسطة الاستعمال المتكرر الشائع إلى المعنى الثانى ، وهذا الاستعمال يعتبر وضعاً ، والمستعملون واضعون للفظ ، حتى إنهم إذا أطلقوه فى مخاطباتهم كان حقيقة عرفية ، لأنه لفظ مستعمل فيما وضع له فى عرف التخاطب . فرجع العرف انقولى إلى هجران المعنى الاصلى للعام ، والمطلق ، والمركب ، ونقله إلى المعنى الجديد : وسببه الاستعمال . أما إذا لم تهجر الحقيقة ، وتكرر استعمال اللفظ فى غير مدلوله مجازاً ، كالأسد فى الشجاع ، والغيث فى السخى ، فليس بعرف قولى ، بل هو مجاز مشهور فقط

قال في شرح التحرير في تعريف العرف القولي : وهو أن يتعارف عند قوم في إطلاق لفظ إرادة بعض أفراده اه . وقد عدلت عن هذا التعريف ، لأنه كما يرى غير جامع ؛ إذ لا يتناول العرف المقيد للمطلق ، والعرف في المركبات وقد يجاب بأنه يشرح العرف المخصص للعام .

وقال القرافي في الفروق ، وهو يتكلم عن اختصاص بالعرف : وذلك أن العرف القولي أن تكون عادة أهل العرف يستعملون اللفظ في معنى معين ، ولم يكن ذلك لغة اه . وهذا تعريف صحيح لا اعتراض عليه .

العرف العملي : هو ما جرى عليه العمل ، سواء أكان ذلك عاما ، كاستنصاع الأواني والخفاف ودخول الحمام من غير تعيين زمن ولا أجرة ، أو خاصا ببلد ، ككون رأس المال لأهل البوادي ، هو الأذنام : أو ببلدة ، كجعل العيد الأسبوعي للمسلمين يوم الجمعة الخ . وسبب هذا العرف هو التعامل .

التقسيم الثاني

ينقسم العرف باعتبار من يصدر عنه الى : عام ، وخاص ، وشرعي .

فالعرف العام كما قال ابن عابدين : هو ما تعامله عامة أهل البلاد سواء أكان قديما أو حديثا اه . وأل في البلاد للعهد ، والمعهود البلاد الإسلامية ، إذ غيرها لا يبحث الإسلام عن أحكامه ولا يعول على عرفه . والمراد بقوله قديما : أي في عصر الرسالة والاجتهاد ، وقوله حديثا أي في عصر التقليد .

مثاله : تعارف استعمال لفظ الطلاق في إزالة الزوجية ، وتعارف أن دخول المساجد بالأحذية تحقير لها ، وتعارف أن وضع اليد المدة الطويلة دليل الملك ، والعرف في إهداء طعام في إناء أو عنب في سلة أنه يرد الوعاء في الأول دون الثاني . ولا يعين الواضع لهذا العرف في الغالب .

العرف الخاص

هو ما لم يتعامله أهل البلاد جميعا ، كتعامل أهل بلد أو حرفه أو دين ، كتعارف أهل العراق إطلاق لفظ الدابة على الفرس ، وتعارف أهل بلخ

وخوارزم جواز دفع الغزل الى حائك لينسجه بثلته ، وكتارف أهل القاهرة قديما دخول السلم المنفصل في بيع الدور ، لأن ييوتهم طبقات لا ينتفع بها إلا باستعماله ، كما في فتح القدير . ومن هذا الباب الاصطلاحات الفقهية ، كالحكم والصفة والفرض والواجب والشرط والسبب ، وكذا اصطلاحات سائر العلوم والصناعات . وواضع هذا العرف يمكن تعيينه .

العرف الشرعي

هو اللفظ الذي استعمله الشرع مريدا منه معنى خاصا ؛ مثل المنقولات الشرعية ، كالصلاة : نقلت عن الدعاء الى العبادة المخصوصة ، والحج نقل من القصد الى زيارة الكعبة في أشهر معلومة ، وكالوقوف نقل من مطلق الحبس الى حبس العين والتصدق بالمنفعة . والناقل في هذا القسم هو الشارح .

هذا والواقع أن العرف الشرعي من العرف الخاص ، إلا أنهم أفردوه باسم شرفه والتويبه به .

التقسيم الثالث

ينقسم باعتبار المعنى اللغوي الى مقرر له وقاض عليه . وقد استنبطت هذا التقسيم من كلام الفقهاء .

قال في الهداية : ولو حلف لا يشتري بنفسجا ولا نية له ، فهو على دهنه ، اعتبارا للعرف ؛ ولهذا يسمى بائعه البئسج ، والشراء ينبنى عليه . وقيل في عرفنا يقع على الورق . وإن حلف على الورد قائمين على ورقه ، لأنه حقيقة فيه ، والعرف مقرر له ، وفي البئسج قاض عليه . قال في فتح القدير عن البئسج : وأما في عرفنا فيجب أن لا يتعقد إلا على نفس النبات ، اهـ

يرى من هذا النص أن المعنى اللغوي لكل من البئسج والورد هو الورق ذو الرائحة ، والمعنى العرفي للبئسج عند القدماء هو الدهن ، وللورد الورق

ذو الرأحة ، فلما طابق المعنى العرفي المعنى اللغوي في الورد سموه عرفاً مقررأ ،
ولما تغير عنه في البنفسج سموه قاضياً على اللفظ .

من هذا نستطيع أن نقسم العرف إلى مقرر للمعنى اللغوي ، وقاض عليه .
فالمقرر ما طابق معناه المعنى اللغوي ، والقاضى ما غيرته بتخصيص أو تقييد
أو إبطال

تقسيم العادة

وأصل الاصطلاح في هذا التقسيم للشاطبي في الموافقات

تقسم العادة إلى شرعية ، وغير شرعية . فالشرعية هي التي كلف بها الشرع
أمراً أو نهياً ، أو أذن فيها فعلاً وتركاً ، كستر العورة في الصلاة ، وإباحة بيع
العرايا ، والقصاص في القتل العمد العدوان ، وجعل الدية في الخطأ على العاقلة ،
وسلب العبد أهلية الشهادة . وحكمها أنها ثابتة لا تبديل فيها ما دامت السموات ؛
الحسن منها ما حسنه الشرع ، والقبيح ما قبحه ، وإن اختلفت فيها آراء الناس
فاستحسنوا القبيح ، وقبحوا الحسن ؛ فلا يصح أن يقال : إن نظام الطلاق الآن
لا يلائم ما وصل إليه المجتمع من الرقي ، وتأباه محاسن العادات ؛ وإن القصاص
في القتل العدوان وحشية تنافي الآن وطبيعة الإنسان وهما هو عليه من
التدين ، فيجب أن يحرم ما . وهذا لأن العوائد الشرعية بعد النص عليها صارت
من الأمور الداخلة تحت أحكام الشرع ، فتبديلها بالاستحسان والاستقباح
نسخ ، ولا نسخ بعد وفاته صلى الله عليه وسلم . ويأتى الكلام عن تعارض العرف
مع النص (١) .

وغير الشرعية هي التي لم يتناولها الدليل الشرعي بإثبات أو نفي ، وتقسم
إلى ثابتة ، ومتبدلة :

فالثابتة هي التي لا تختلف باختلاف الأزمنة والامكنة والأحوال ،
كالانزجار ، ووجود شهوة الطعام والشراب والميسر .

(١) أنظر الفرع الثاني في العرف الطارئ على النص « المقال الخامس »

والمبتدلة هي التي تختلف بما تقدم ، وأنواعها كثيرة : فمنها ما يكون تبدله بسبب أمر طبيعي ، كاختلاف الأقطار حرارة وبرودة ، حيث تختلف بسببها العادة في إسراع البلوغ وإبطائه : ومدة الحيض وزمان معاودته : ومدة الحضانة : وسن الإياس : والمدة التي يحكم بعدها بموت المفقود ، على الأصح ، في فهم ظاهر الرواية من مذهبا ، وهو موت أقران المفقود في بلده : قالوا : فإن الأعمار قد تختلف طولا وقصراً بحسب الأقطار : ولذا لوحظ أن الصقالية أطول أعماراً من الروم . والتقدير بالسن في هذه الأشياء ^(١) ليس إلا اجتهداً مبنياً على العادة الغالبة عند المجتهد . ومنها ما يكون تبدله في الأقوال ، كاختلاف الالفاظ في التعبير عن المقصود وفهمه منها ، بحسب الأمم ، كالعرب مع غيرهم ، أو بحسب الأقاليم والطوائف ، كأهل العلوم والصناعات ، أو في الأفعال ، كالعادة في البيع بالأجل ، وبيع الوفاء ، وقبض نصف الصداق قبل الدخول : والعادة في الصنائع ، كبناء الدور على أشكال متجانسة أو متفاوتة : أو في الأوصاف حسناً وقبحاً ، ككشف الرأس بالنسبة لذوى المروءات ، فإنه يقبح عند بعضهم ، ويحسن عند البعض .

وحكم العادات غير الشرعية أن الأحكام تبتنى عليها ، وترتب على وفقها نباتاً واختلافاً ، فما كان منها ثابتاً فالحكم المترتب عليه ثابت أبداً ، وما كان منها متبدلاً فالحكم المبتنى عليه يختلف بحسبه ، كتزويل الأحكام على العادات القولية في الأيمان والعقود والفسوخ صراحة وكناية : وككشف الرأس يكون قادحاً في العدالة عند من يستقبحه ، غير قادح عند من يستحسنه .

(١) كالتقدير ببيع سنين و حضنة الكور ، وبيع في الاتان ، وخمس وخمسين في سن الإياس ، وتعيين في المفقود .

المقال الثاني

معنى اعتبار العرف ودليله

اعتبر الفقهاء على اختلاف مذاهبهم ، العرف ، وجعلوه أصلاً يثبت عليه شرط عظيم من أحكام الفقه . وسأورد في هذا المقال إن شاء الله تعالى معنى اعتباره ، ودليله ، فأبدأ باستدلال المتقدمين ، وأتبعه بالظر فيه ، وأتكلم على معنى الإعتبار عند ذكر رأي في الاستدلال .

طريقة المتقدمين في الاستدلال

دليل اعتبار العرف في الشريعة عندهم : الكتاب والسنة . أما الكتاب فقال ابن عابدين في نشر العرف : واعلم أن بعض العلماء استدل على اعتبار العرف بقوله تعالى « خذ العفو وأمر بالعرف » اه . والظاهر والله أعلم أنه يعني بهذا البعض شهاب الدين القرافي المالكي . فإنه قال في الفروق ^(١) ، في جواب قول الشافعي فيما إذا اختلف الزوجان في متاع البيت : إن القول لمن شهدت له البيعة مانصه : « لنا قوله تعالى « خذ العفو وأمر بالعرف » فكل ما شهدت به العادة فمضى به لظاهر هذه الآية إلا أن يكون هناك بيعة » اه . وقد تابعه في هذا علاء الدين الطرابلسي صاحب معين الحكام ، فقال : الباب الثامن والعشرون في القضاء بالعرف والعادة ، قال الله تعالى « خذ العفو وأمر بالعرف - الآية » اه . أقول : وهذا الاستدلال مبني على أن المراد بالعرف في الآية الكريمة عادات الناس وما جرى تعاملهم به : فحيث أمر الله نبيه صلى الله عليه وسلم بالأمر دل ذلك على اعتباره في الشرع ، وإلا لما كان للأمر به فائدة .

وأما السنة فقوله صلى الله عليه وسلم « ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن ، استدل به جلال الدين السيوطي الشافعي في أشباهه ، وزين الدين ابن نجيم الحنفي في أشباهه أيضاً ، وكثير من الفقهاء في بعض الفروع التي استند فيها إلى العرف كوقف المنقول والاستصناع . ومن نسب هذا الحديث إلى النبي صلى الله عليه وسلم العيني في شرح الهداية والفخر الرازي في التفسير الكبير . المعنى : أن كل ما رآه المسلمون بعقولهم من العادات وغيرها مستحسناً فهو حسن عند الله يقبله ويعتد به . ووجه الأخذ لاعتبار العرف من الحديث أنه إذا كان كل ما رآه المسلمون مستحسناً قد حكم بحسنه عند الله فهو حق لا باطل فيه ؛ لأن الله لا يحكم بحسن الباطل ؛ فإذا كان العرف من أفراد ما استحسنته المسلمون كان محكوماً بحقيقته واعتباره .

مناقشة الدليلين : العرف المستدل على اعتباره هو العادات المنسقرة في النفوس المعروفة من جهة العقل سواء عضده الشرع أولاً كما تقدم ، والآية إنما تدل على اعتباره إذا كان العرف الوارد فيها مفسراً بهذا المعنى أو بما يسأل عنه ، فعلياً أن ننظر في المراد بالاصح الكريم : ورد لفظ العرف في القرآن ، وقد طلب الله من نبيه صلى الله عليه وسلم أن يأمر بالمراد منه ، ثم هو مدخول لآل الاستغراقية المفيدة للعموم ؛ لهذا كله كان الظاهر ، والله أعلم ، أن المراد به كل ما هو من الدين سواء عرف حسنه بالعقل ، أو لم يعرف إلا من الشرع ؛ وبهذا المراد صرح صاحب لباب التأويل كما عند الألوسي ؛ قال : إن المراد : وأمر بكل ما أمرك الله تعالى به وعرفته بالوحي أم . وهناك أقوال في المراد بالآية ترجع كلها إلى تخصيص هذا الظاهر ؛ فروى البخاري عن عبد الله بن الزبير في قوله « خذ العفو وأمر بالعرف » قال : ما أنزل الله هذه الآية إلا في أخلاق الناس . وروى ابن جرير الطبري عن سفيان بن عيينة عن الشعبي أنه لما نزلت هذه الآية قال النبي صلى الله عليه وسلم : ما هذا يا جبريل ؟ فقال : والله سبحانه وتعالى يأمرك أن تغفوا عن ظلمك ، وتعطي من حرمك ، وتصل من قطعك . وروى ابن العربي والقرطبي عن عطاء : وأمر بالعرف : يعني بلا إله إلا الله ، وقال الفخر الرازي : والعرف والعارفة والمعروف

هو كل أمر عرف أنه لا بد من الإتيان به ، وأن وجوده خير من عدمه . قال :
وللمفسرين طريق أخرى في تفسير وأمر بالعرف ، أي بإظهار الدين الحق وتقرير
دلالاته اه . وقال الراغب : العرف المعروف من الاحسان اه . وأياها كان فالآية
لا تدل على المدعى : لانا إن حملناها على التخصيص بشيء مما ذكر فالغايرة
ظاهرة ، وكذا إن حملناها على المعنى الظاهر : لأن العادات التي تعامل بها الناس
وعرفوها من جهة العقل ليست عين ما عرف أنه من الدين ، ولا يستلزمها ، فلا
دلالة للآية على المطلوب .

وأما الحديث فقد طعن في رفعه كما طعن في دلالاته على المطلوب . أما الأول
فقال العلاءي : لم أجده مرفوعا في شيء من كتب الحديث أصلا ولا بسند ضعيف
بعد طول البحث وكثرة الكشف والسؤال ، وإنما هو من قول ابن مسعود .
وقال السخاوي في المقاصد الحسنة : حديث ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن ،
رواه أحمد في كتاب السنن من حديث أبي وائل عن ابن مسعود : قال : إن الله تعالى
نظر في قلوب العباد فاختر محمد صلى الله عليه وسلم فبعثه برسالته ونظر في قلوب
العباد فاختر له أصحابا فجعلهم أنصار دينه ووزراء نبيه ، فما رآه المسلمون حسنا
فهو عند الله حسن اه . وقال الزيلعي في نصب الراية : الحديث غريب مرفوعا
ولم أجده إلا موقوفا على ابن مسعود . وأخرجه عن أحمد والبيهقي والحاكم والبخاري
والطبراني . فتم بهذه النقول أن الحديث ليس مرفوعا وإنما هو بعض حديث
موقوف على ابن مسعود . قد يقال : الحديث وإن كان موقوفا لكنه في حكم
المرفوع لأن ما تضمنه وهو حجية رأي المسلمين لا يدرك بالرأى . ولكننا نقول
في الجواب عنه : إنه على فرض أنه في حكم المرفوع فإن دلالاته على المطلوب لم تتم
كما يأتي .

وأما الطعن في الدلالة فبيانه أن المراد بالمسلمين في الحديث المجتهدون
لا المطلق شامل للعوام ، بدليل كلمة ما رآه : وذلك لأن رأى من الرأى ، والرأى
في عرف الصحابة كما قال ابن القيم : ما يراه القلب بعد فكر وتأمل وطلب
لوجه الصواب مما تعارض فيه الأمارات اه . وذلك كالاستنباط
من طريق القياس والمصلحة المرسلة وسد الذرائع ، وهذا لا يكون
إلا لمن سموا إلى مرتبة الاجتهاد . ثم إن كلمة المسلمون ، صيغة عموم

واللام فيها للاستغراق الذي هو المعنى الحقيقي لها عند عدم قرينة العهد . فالمعنى : ما رآه جميع المسلمين . وحينئذ يكون الحديث واردا في إجماع أهل الحل والعقد . ولا مسرية في أن ما رآه أهل الإجماع يكون عند الله حسنا وحقا وحجة : لأن الإجماع لا يكون إلا عن مستند . وبهذا صرح الأصوليون : قال الآمدي في الأحكام (١) : فإن قوله : ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن ، إشارة الى إجماع المسلمين ، والإجماع حجة ولا يكون إلا عن دليل ، وليس فيه دلالة على أن ما رآه آحاد المسلمين حسنا أن يكون حسنا عند الله ، وإلا كان ما رآه آحاد العوام من المسلمين حسنا أن يكون حسنا عند الله وهو تمتع . اهـ وقد ذكر في الاعتصام (٢) نحو هذا الكلام . ويجوز أن تسكون اللام في المسلمين للعهد والمعهود الأصحاب في قول ابن مسعود : فاختار أصحابا : فيكون المراد من المسلمين الصحابة . ولا يجوز أن تكون اللام فيه للجنس لأن إراته لا تصح إلا عند عدم إمكان الاستغراق والعهد ، وقد تبين بما قدمنا صحة إرادتهما ؛ ولأن هذا الاحتمال يؤدي إلى حجية رأى آحاد العوام من المسلمين . فجمال القول أن الحديث إما وارد في الإجماع أو في الصحابة : وعلى كل لا يفتض دليلا على اعتبار العرف . ثم يمكن على جعل ال للاستغراق أن يكون دالا على نوع من أنواع العرف التي سيأتي تفصيلها ، وهو العرف الراجع إلى الإجماع . وبعد هذا لا يكون دليلا على تمام الدعوى ، فلا زالت مفترقة إلى مثبت .

معنى اعتبار العرف وطريقته في الاستدلال

ظهر من مناقشة الاستدلال بالآية والحديث أنهما لم يتما دليلا على اعتبار العرف . وليس معنى هذا أنه غير معتبر ، لأن بطلان الدليل المعين لا يدل على بطلان المدلول : كيف والفقهاء قديما وحديثا ما زالوا يعتبرون العرف وينون عليه الكثير من الأحكام ؟ قال ابن عابدين :

والعرف في الشرع له اعتبار لنا عليه الحكم قد يدار
وقال القرافي في التقيح : أما العرف فمشترك بين المذاهب : ومن استقرأها
وجدتم يصرحون بذلك فيها اهـ . فلا بد إذن من أن يكون صحيحا . ونحن بتوفيق الله

(١) ج ٣ ص ١٣٨

(٢) ج ٢ ص ١٣٠

سنأخذ أنفسنا بتبيين معنى اعتباره، ثم بتبيين دعائه التي يرتكز عليها. وليسهل علينا بحث ذلك يحسن أن نذكر الاستعمالات الفقهية للعرف، ثم نتحدث عن كل استعمال على حدة. وهي بالاستقراء تنحصر في أربعة:

الأول: العرف الذي يكون دليلاً على مشروعية الحكم ظاهراً.

الثاني: العرف الذي يرجع إليه في تطبيق الأحكام المطلقة على الحوادث.

الثالث: العرف الذي ينزل منزلة النطق بالأمر المعارف.

الرابع: العرف القولي.

وستفصل ذلك إن شاء الله في أربعة فصول، وهو من فضل الله وضع

لم أسبق إليه.

الفصل الأول

العرف الذي يكون دليلاً على مشروعية الحكم ظاهراً

أبتدىء هذا الفصل، بتوفيق الله، بحكاية نصوص الأصوليين والفقهاء التي اشتملت على أحكام استند فيها إلى العرف كدليل على مشروعيتها، وصرح في بعضها بأنه دليل:

ذكر أبو العباس القرافي المالكي في «تفحيح الفصول»، ص ١٩٨: أن أدلة مشروعية التصرفات تسعة عشر، وعد منها العوائد.

قال نجر الدين الزيلعي^(١) في دليل شرعية المضاربة: «فإنه صلى الله عليه وسلم بعث والناس يتعاملونها، فتركهم عليها، وتعاملها الصحابة رضي الله عنهم». وقال أيضاً في تعليل قول الصحابين والرواية عن أبي حنيفة بجواز بيع أراضى مكة مانصه، ج ٦ ص ٢٩: «وقد تعارف الناس بيع أراضيا، والدور التي فيها من غير نكير، وهو من أقوى الحجج».

قال في الذخيرة، في تعليل جواز الشرط في البيع إذا كان متعارفاً: «لأن

(١) ج ٥ ص ٥٢.

التعارف والتعامل حجة يترك به القياس ، ويخص به الأثر ، . وقال في المشرع :
الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي .

وقال في المبسوط ، من باب البيوع إذا كان فيها شرط^(١) ما نصه : . وإن كان شرطاً لا يقتضيه العقد ، وفيه عرف ظاهر . فذلك جائز أيضاً ، كما لو اشترى نعلا وشراكا على أن يخذوه البائع ، لأن الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي ، ولأن في النزوع عن العادة الظاهرة حرجا بينا ، . وقال أيضاً في كتاب الوقف^(٢) عن وقف المنقول ما نصه : . ثم في وقف المنقول مقصوداً باختلاف بين أبي يوسف ومحمد ، ذكره في السير الكبير . والجواب الصحيح فيه : أن ما جرى العرف بين الناس بالوقف فيه من المقولات ، يجوز باعتبار العرف ، وذلك كإياب الجنابة . . ثم قال بعد سطرين : . وهذا الأصل معروف ، أن ما تعارفه الناس وليس في عينه نص يبطله فهو جائز ، وبهذا الطريق جوزنا الاستصناع فيما فيه تعامل ، لقوله صلى الله عليه وسلم : مارآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن . . وقال في البحر^(٣) عن الاستصناع : والقياس أن لا يجوز ، وهو قول زفر ، لكونه بيع المعدوم ، وتركناه للتعامل .

فهذا شهاب الدين القرافي يعتد العوائد من أدلة مشروعية الأحكام . وصاحب الذخيرة يصف العرف بأنه حجة ، وأنه يقضى على القياس ، ويخص الأثر . وهذا شمس الأئمة السرخسي يستدل على جواز الشرط في البيع ووقف المنقول والاستصناع ، وكذا ابن نجيم ، بالعرف ، مع أن هذه الأحكام يمنعها النص أو القياس .

وهذه كلها بلا ريب شواهد على أن العرف يصلح دليلاً على الأحكام ، بل يقضى على بعض الأدلة :

وقال في الموطأ ج ٣ ص ٣٢٠ ، من باب بيع الخيار : عن مالك عن نافع

(١) ج ١٣ ص ١٤

(٢) ج ١٢ ص ٤٥ .

(٣) ج ٦ ص ١٨٥

عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يتفرقا ، إلا بيع الخيار » . قال مالك : وليس لهذا عندنا حد معروف ، ولا أمر معمول به فيه . فإلك رحمه الله لم يقل بخيار المجلس لعرف أهل المدينة على خلاف الحديث . وقد قال المالكية ، كما في المدونة وغيرها بيجر الزوجة على إرضاع ولدها ، أخذاً من قوله تعالى : « والوالدات يرضعن أولادهن ، ، ويستثنى من ذلك ما إذا كانت الزوجة من ذوات الأقدار والشرف . وعلة القرطبي في التفسير بالعرف . ومذهب الشافعية أن الواجب الأصلي في نفقة الزوجات هو الحب من غالب قوت البلد . ولكن قال في المنهاج وشرحه (١) : ولو أكلت معه سقطت نفقتها ، في الأصح ، لا اكتفاء الزوجات به في الأعصار والأمصار ، وجريان الناس عليه فيها . وقد أجاز عامة الفقهاء دخول الحمام من غير تعيين مدة المكث ، وتقدير الأجرة ، لجريان العادة بالتسامح في مثلها .

فأنت ترى أن المالكية لم يقولوا بخيار المجلس ، لأنه ليس معمولاً به عند أهل المدينة ، بل المعمول به غيره ، وترى أنهم لم يقولوا بإجبار ذوات الأقدار على الإرضاع بالعرف ، بل جعلوا عمل المدنيين والعرف مخصصين للحديث والآية ، وأن الشافعية قالوا بإسقاط النفقة لو أكلت الزوجة معه ، مع أن فيه معاوضة الخبز بالبر ، وهو ربا لجريان عمل الناس عليه .

وأنا أريد بهداية الله تعالى أن أبحث في ضوء العلم الصحيح عما إذا كان يصح اعتبار العرف مقياساً للمصلحة ، وبعبارة أخرى هل يصح أن يكون دليلاً على مشروعية الأحكام ؟

هل يمكن أن يكون العرف دليلاً لأحكام تنتظم بها مصالح الفرد والمجموع ؟ العرف : هو ذلك العمل الصادر عن ميل العقل الذي يقاد الناس فيه بعضهم بعضاً حتى يستقر في نفوسهم وتقبله طبائعهم . فصدره هو العقل ، ومظهره هو العمل .

وبعد هذا نسأل : هل يمكن أن يكون العرف حجة لقواعد صالحة تنظم بها روابط الناس ، سواء نظرنا إلى مصدره أو إلى مظهره ؟
نجيب عن هذا بالإجمال ثم بالتفصيل .

أما إجمالاً فلا : لأنه لم تقم من الشرع حجة على اعتباره ، وهو لا يكون دليلاً على الأحكام إلا باعتبار الشارع له .

وأما تفصيلاً ، فنقول : إنما تنظم روابط الناس بالأحكام الجالبة لمصالحهم الدارئة للفساد عنهم .

ومن القضايا التي لا يختلف فيها مسلمان أنه لا حاكم إلا الله رب العالمين ؛ فليس العقل بحاكم ، وليس العرف منشئاً للأحكام . بقي هل يمكن أن يكون العقل أو العرف دليلاً على تعلق الحكم الفقهى ؟

نجيب عن الأول بأن جماهير أهل السنة من الحنفية والأشاعرة مطبقون على أنه لا يمكن أن يكون العقل دليلاً على تعلق حكم الله في الفروع ، ولا يعرف به شيء منها ، وإن توسع الأشاعرة والبخاريون من الحنفية ، فقالوا لا يكون دليلاً في الأصول أيضاً ؛ ولم يدع هذه المقالة في بعض الفروع من المسلمين إلا فرقة المعتزلة ؛ بنوا ذلك على أن العقل مستقل بإدراك الحسن والقبح في الأفعال . ومعنى الحسن استحقاق مدحه تعالى في الدنيا وثوابه في الآخرة على الفعل لما فيه من إصلاح المجتمع والفرد . ومعنى القبح : استحقاق ذمه تعالى في الدنيا وعقابه في الآخرة على الفعل لما فيه من الإضرار بالمجتمع والفرد . فخاصل معنى إدراك الحسن والقبح أن هذا الفعل الحسن أو القبيح يستحق أن يحكم فيه الله بالإيجاب أو التحريم . قالوا : فإذا كان العقل يدرك استحقاق الحكم في الفعل لزم ، إدراك أن يكون الله حاكماً به ضرورة - حكته سبحانه .

ونحن نمنع لهم استقلال العقل بإدراك الحسن والقبح كما تقول الأشاعرة ؛ لأن معنى إدراكهما في الأفعال إدراك أحكام الله فيها كما تقدم ، وهذا لا يتم إلا إذا كان إدراك العقل مطابقاً للواقع دائماً ، خيراً أو شراً ، مصلحة وفسدة ، فلا يخطئ في إدراك ولا يضل في حكم . ولكن دون ذلك خرط القتاد : فالفرد أو الجماعة مهما سميت عقولهم ونضجت ملكة التشريع فيهم ، محدودة أفكارهم ، يتأثرون في إدراكاتهم وأحكامهم بالزمان والمكان والبيئة الاجتماعية ، وتتحكم في عقولهم الأغراض

والأهواء . فكثيرا ما تستهجن الجماعة في غدها ما استحسنته في يومها . ومن هنا نرى القوانين الوضعية كثيرا ما يطرأ عليها التعديل والإلغاء . وهذا ثبت أن العقل لا يدرك الحسن والقبح ، وبالتالي يجهل الأحكام الفرعية ؛ فإذا كان يجهلها لا يكون دليلا عليها ؛ لأن ما لا يعرف الشيء لا يُعرفه .

سلمنا أن العقل يستقل بإدراك الحسن والقبح كما تقول الخفية فيما وضع حسنه كسكارم الأخلاق ، وما تزايد قبحه كالقتل والزنا والسرقه ، لكن لا يكون العقل دليلا على أن الله فيها أحكاما بالفعل ؛ إذ لو تم ذلك لكان الإنسان مثابا إن أطاع ومعذبا إن عصى ، ولو لم يشرع الله ديناً ، ولم يبعث رسولا ، ولما ثبتت للناس الحججة على الله لو لم يرسل الرسل ؛ ولكن التعذيب والثواب منفيان ، والحجة ثابتة بشهادة القرآن : قال تعالى : « وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا ، وقال : لئلا يكون للناس على الله حجة بعد الرسل ، .

هذا شأن العقل الذي من جهته تكون أحكام العرف . أما العرف بالنظر إلى مظهره فلا يمكن كذلك أن يكون دليلا على الخير المحض ، ولا على المصالح التي تبنى عليها الأحكام ، فقد تقدمت لنا أسبابه ، ومنها يتبين أنه يتأثر إلى حد ما بالظروف ، بل نرى بعض الأعراف والعادات ، لا مصلحة فيها أصلا ، وبعضها ضارا ؛ وليس أدل على ما ندعى من الواقع : فكثير من الأعمال التي يتضح لنا الآن خطؤها وضوحاً جلياً ، كان بعض الأمم يبرر عملها ؛ ففكرة وآد البنات لم تكن معيبة عند العرب في الجاهلية ولا خطأ . وإذا بشر أحدهم بالآثي ظل وجهه مسوداً وهو كظيم ، يتوارى من القوم من سوء ما بشر به . أمسكه على هون أم يدسه في التراب ، فلما جاء الإسلام نهام عن هذه العادة وآبان خطأهم . وعند الرومان كان للأب الحق في إماتة أولاده وإحيائهم . وكان العرب لا يرون غضاضة في التزويج ببعض محارمهم ، كامرأة الأب والجمع بين الأختين . وكانوا يعتزون بالعصية الهوجاء ويعدون لها من مفاخرهم . فلما جاء القرآن ونههم على سوء فعلهم وقبيح صنيعهم ، كفوا عن عاداتهم ، وادركوا مبلغ خطئهم . وما ارتضاة بعض العربان عندنا طريقا لإثبات الجنابة أنهم إذا اتهموا رجلا بسرقة ، أتوه بطلاسة محماة إلى درجة عظامه يسمونها البشعة ، فأذنوها من

لسانه ، فإذا احترق ثبت عليه الجناية ، مع أن هذا الطريق لم يرد به شرع ولا تدرك فيه مصلحة .

ومن عرف بعض القبائل التي لا تزال على حالتها الفطرية ، كأهل « برتو » بإفريقية أن أحداً لا يستحق أن يخطب فتاة حتى يأتى عند قدميها هامة إنسان ، فإن عجز عن ذلك عدا في حكم العرف ندلاً مبيهاً عند أبناء عشيرته ، غير كفاء لخطبتها : هذا القيل الذي يعتده أولئك المتوحشون نبالة وإقداماً ، يوجب القصاص عند أهل الشرائع السماوية والوضعية .

وانظر عوائد المصريين القديمة ، من إيداعهم على الميت في جدته ما عز لديهم من فرش وحلى وأوان وأطعمة ، زعماً منهم أنه يحيا في قبره فينفع ويتمتع بالأحياء . وانظر كيف استباح لهم عرفهم أن يقدموا للنيل عند الفيضان كل عام فتاة ذات جمال بارع شكراً له على نعمة الخصب ، وغير ذلك من العادات الغريبة التي جاء الإسلام باستمجانها .

فتم بهذا أن العرف مطلقاً لا يمكن أن يجعل مقياساً للخير ، كما لا يمكن أن يتخذة الفقيه دليلاً على قواعد صالحة لتنظيم روابط الناس ما لم يؤيده أصل من أصول الفقه ، كما سيأتى ذكر ذلك إن شاء الله .

رد العرف إلى الأدلة الشرعية الصحيحة

وبعد هذا البحث يرد أن يقال : إذا كان الأمر كما وصفت ، فكيف ذكر القرافي العوائد من أدلة الشرع ، وكيف استند هؤلاء الفقهاء على إمامتهم وجلالتهم في الفقه إلى العرف في هذه النصوص كدليل على شرع الأحكام التي اشتملت عليها وحكموا له بأنه حجة ومخصص للأدلة ؟

وللجواب عن هذا نقول : إن المراد من جعل العوائد دليلاً في كلام القرافي أنها طريق للقاضي إلى الفصل في الدعوى : ولذلك قال في تفصيل الكلام عليها : « فبذه يقضى بها عندنا ، لما تقدم في الاستصحاب ، اهـ . » وإن العرف في هذه النصوص ليس دليلاً على الحقيقة ، وإنما هو دليل ظاهر فقط ، وبإتعام النظر يرى على الدوام مردوداً إلى دليل آخر من الأدلة الصحيحة : فالتعامل الذي

لهم عليها لا في عملهم . والتعامل الذي جعل دليلا على جواز بيع أراضى مكة ، وجواز الشرط الذي لا يقتضيه العقد في البيع ، وجواز وقف المقول والاستصناع ، وجواز دخول الحمام ، والاكتفاء في النفقة بأكل الزوجات عند الشافعية - مردود كل ذلك إلى الإجماع العملي من المجتهدين . وبهذا الرد صرح ابن الهمام في الاستصناع . قال في الفتح : ولكما جوزناه استحسانا للتعامل الراجع إلى الإجماع العملي من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى اليوم بلا تكبير . وعلماء الأصول الحنفية لما حصروا أدلة الأحكام في الأربعة : الكتاب والسنة والإجماع والقياس ، أورد عليهم التعامل وأدلة أخرى ، وأجابوا جميعا بأنه مردود إلى الإجماع .

والاستدلال من مالك بعمل المدنيين ، راجع إلى الاستدلال بإجماع المدينة . والعرف الذي استدل به على استثناء ذوات الأقدار من حكم الإيجاب على الإرضاع مردود إلى المصلحة المرسلة . وبهذا صرح ابن العربي في أحكام القرآن : قال عند تفسير قوله تعالى « والوالدات يُرضعن أولادهن حولين كاملين » : « ولما لك أيضا في الشريعة رأى خصص به الآية ، فقال : إنها لا ترضع إذا كانت شريفة ، وهذا من المصلحة التي مهدناها في أصول الفقه . ا هـ وهكذا يرد العرف إلى الأصول الشرعية . وقد أشار إلى بعض هذه المسالك في الرد جمع الجوامع والكاتبون عليه ^(١) ؛ فقد عرف ابن السبكي الاستحسان المختلف فيه بأنه : ترك الدليل بالعادة . ثم رد بأن العادة إذا ثبتت في عهده صلى الله عليه وسلم أو بعده بلا تكبير ، فقد ثبتت بالسنة أو بالإجماع ، وإلا فهي مردودة قطعاً . ومنع العطار هذا بقوله : وفيه أن من القواعد : الضرورات تبيح المحظورات . وإذا ضاق الأمر اتسع . ا هـ وهي إشارة منه إلى رد العرف للمصلحة الضرورية أو الحاجة .

مسلك آخر

في رد العرف إلى دلالة الإجماع

ويرد كذلك أن يقال : إن الأعراف التي رددتموها إلى الإجماع العملي في الشرط والاستصناع ووقف المنقول ، وغير ذلك ، إنما يصح ردها إليه إذا وقعت في عهد

(١) ج ٢ ص ٣٦٠ حاشية العطار .

الصحابة أو غيرهم من أهل الاجتهاد : أما التعامل الواقع في عصر التقليد فلا يتأتى رده إلى الاجماع لأنه اتفاق المجتهدين، وليس إذ ذاك اجتهاد ، مع أنكم علقتم جواز هذه التصرفات وكثير غيرها في جميع الأحوال والعصور قديما وحديثا ، بحريان التعامل ، واستدللتم على ذلك به : فقائم في الشرط في البيع مثلا كما في البدائع : . وكذلك إن كان - أى الشرط - مما لا يقتضيه العقد ولا يلائم العقد أيضا لكن للناس فيه تعامل ، فالبيع جائز ا هـ .

وقال أيضا في شروط الاستصناع : . ومنها أن يكون مما يجرى به التعامل بين الناس ، من أواني الحديد والرصاص والنحاس ، ا هـ .

وقالوا في وقف المنقول : أجازته محمد إذا كان للناس فيه تعامل .

وعلى الجملة من نظر إلى فروعهم عرف أن المراد بالعرف ما هو أعم مما في عصر الاجتهاد . فإلى أى دليل يرد أمثال هذا التعامل بعد أن لم يمكن رده إلى السنة لأنه لم يجرى في عصر الرسالة ، ولا إلى الاجماع لأنه لم يجرى في عهد الاجتهاد ؟

والجواب : أنا لا نقطع بخلو العصر عن المجتهدين وعدم وجود الإجماع ، لاسيما على القول الصحيح بتجزىء الاجتهاد وجوازه ولو في مسألة واحدة ، إذ يعد عدم القدرة على الاجتهاد في المسألة التي يجرى بها العرف مع وجود العلماء الأعلام البالغين إلى رتبة الاجتهاد في المذهب ، ومثلهم كما في شرح التحرير^(١) قادر على الاجتهاد المتجزىء . ولو فرضنا انقطاع المجتهدين أمكن رده إلى مدرك من مدارك الشرع ، وهو دلالة الاجماع . بيان ذلك أن ما قالوا فيه : يجوز إن جرى به التعامل كالإجارة والاستصناع ودخول الحمام ، معلل بالحاجة ورفع الحرج عن الناس غالبا . قال الزيلعي في الإجارة : والقياس أن لا تجوز لما فيها من إضافة العقد لما سيوجد إلا أنها أجزت للضرورة لشدة الحاجة إليها . وقال في الأشباه : الحاجة تنزل منزلة الضرورة ، عامة كانت أو خاصة ؛ لهذا جوزت الإجارة على خلاف القياس للحاجة ... إلى أن قال : ومنها جواز الاستصناع للحاجة ، ودخول الحمام مع جهالة مقدار مكثه فيه وما يستعمله من مائه ، وشربة السقاء ا هـ .

(١) ج ٣ ص ٢٤٦ .

ثم إن تعامل الناس أمانة دالة على وجود هذه العلة ، أى الحاجة ؛ لأن تداولهم أمرا بحيث يصل إلى حد الاعتیاد مع قبول الطباع له ، دليل على احتیاجهم إليه وإلا كان عبثا . يؤيد هذا ما قاله علماء الدين الكسانى فى إجارة البدائع (١) : « ومن شروط الإجارة أن تكون المنفعة مقصودة بعتاد استيفائها بعقد الإجارة ويجرى بها التعامل بين الناس ، لأنه عقد شرع بخلاف القياس للحاجة ، ولا حاجة فيما لا تعامل فيه للناس ، اهـ . فإذا تعاملوا استصناع الثياب ، كان ذلك أمانة دالة على حاجتهم الى استصناعها ، على غرار ما قالوا فى العلة الظاهرة بالنسبة الى العلة الحقيقية كالسفر والمشقة .

وبعد هذا التمهيد ، نقول : يمكن إلحاق ما حدث التعامل فيه بما كان موجودا بدلالة الإجماع . بيانه أن المقدمين إذا أجمعوا على استصناع الأوانى مثلا بطريق التعامل ، كان إجماعا على ما كان موجودا فى الصدر الأول بعينه ، وكان معللا بالحاجة ، وكان التعامل أمانة وجودها : فإذا تعاملوا فى الصور المتأخرة استصناع شىء آخر كالثياب ، كان ذلك أمانة على وجود الحاجة إليها أيضا ، أى على وجود علة الإجماع المقدمة ، فيلحق ما وجد بها أجمع عليه فى حكم الجواز بدلالة الإجماع لثبوت التساوى فى العلة وعدم الحاجة فى فهمها إلى الاجتهاد .

واعتبار دلالة الإجماع دليلا على ثبوت الحكم ، وإن لم يصرح به الأصوليون ، ولا ذكروا من الدلالات ما يسمى بذلك فيما رأيت - قد استدل به فقهاؤنا الحنفيون على أحكام كثيرة ؛ منها أنهم أجمعوا على أنه منى من النجاسة عما لم يدركه الطرف كوقوع الذباب . وقد استدل ابن الهمام بدلالة هذا الإجماع على العفو عن قدر الدرهم من النجاسة المغلظة . كذا فى فتح القدير (٢) : لأن علة ما أجمع عليه ليست إلا اليسر ورفع الحرج ، وهى موجودة فيما استدل عليه ، وهى علة مفهومة ، ولو لم تكن أهلية الاجتهاد . وكذا استدلوا على جواز بيع الثمار التى لم يبد صلاحها ، ولا ينفع بها ولو لعلف الدواب ، بدلالة الاتفاق على بيع السُّمْرِ والأطفال ؛ لأن علة الاتفاق أنه مال منتفع به فى المال . كذا

(١) ج ٤ ص ١٩٢ .

(٢) ج ١ ص ١٤٠ .

في حاشية ابن عابدين على البحر^(١) . واستدلوا على اعتبار تصرفات السكران بدلالة الاجماع على اعتبار قذفه^(٢) .

وإنما لم أرجع هذا النوع إلى القياس : لأنه من خصائص المجتهدين ، والمفروض أنه لا اجتهاد . على أن بعض الأحكام كوقف المنقول والإجارة والاستصناع لا يتأتى فيه القياس لوروده على خلافه .

رد العرف

إلى قاعدة ثابتة بالتعليل أو المصلحة المرسله

وبعد ، فقد كثرت في كلام الفقهاء : كشمس الأئمة السرخسي ، وصاحب الهداية ، والحلواني ، وأبي بكر بن الفضل - أن يقولوا عند الاستدلال بالعرف : « وفي نزاع الناس عن عاداتهم حرج عظيم » . فهل لنا أن نستنبط من هذه العبارة مسلكا آخر لرد العرف إلى أصل من الأصول المعتمدة لعلمهم أرادوه وأشاروا إليه بهذه العبارة ؟

ذكر علماء الأصول الحنفيون في باب القياس ، أن أئمتنا لم يعتبروا من الأوصاف المناسبة إلا المؤثر ، وعرفوه بأنه : الوصف المناسب الذي ثبت بالص أو الإجماع اعتبار عينه أو جنسه في عين الحكم أو جنسه . وذكروا من أنواعه اعتبار جنس العلة في جنس الحكم ، كاعتبار الشارع المشقة في التخفيف . أما أن المشقة جنس العلة ، فلأنها شاملة لمشقة السفر ومشقة المرض والإكراه وغيرها : وأما أن التخفيف جنس الحكم ، فلأنه شامل للتخفيف بقصر الصلاة للمسافر ، والصلاة بالحالة المستطاعة للمريض ، والنطق بكلمة الكفر للمكروه . والمشهور عندهم أن التعليل بهذا النوع إذا لم يصاحبه تأثير العلة في عين الحكم ، ليس بطريق القياس ، وإنما هو بطريق التعليل المبتدأ ، فيقولون مثلا : قصرت الصلاة للمشقة ،

(١) ج ٥ ص ٣٢٤ .

(٢) وحكى ابن الهمام في الفتنج استدلال الشافعية بها على سلب ولاية التزويج عن غير الأب والمجد ، وذلك بدلالة الاجماع على سلب ولاية المال عن غيرها .

ويكتفون بذلك ، لا أنهم يقيسون على أصل آخر : وذلك لأن هذا النوع من قسم المرسل على اصطلاح الشافعية ، والتعليل بالمرسل تعاليل بمصالح خاصة اعتبرت للشارع ابتداء في الحكم الذي يراد إثباته .

وقد استنبط الفقهاء تأثير المشقة في التخفيف من الصوص والأحكام الواردة في الكتاب والسنة المفيدة للترخص والتخفيف عند الحرج ؛ قال تعالى : « وما جعل عليكم في الدين من حرج » ، « يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر » ، « يريد الله أن يخفف عنكم » ، « ويضع عنهم إصرهم والأغلال التي كانت عليهم » . وروى أنه صلى الله عليه وسلم « ما أُخْتِيرَ بين شيئين إلا اختار أيسرهما ما لم يكن إثماً » . وقال أيضا : « بعثت بالحنيفية السمحة » أي الخالصة من مشاق التكليف .

وشرع سبحانه عند مشقة السفر الطويل الترخيص بقصر الصلاة ، والفطر في رمضان ، وسقوط الجمع والأعياد والأضاحي ؛ وعند مشقة المرض الزائدة رخصة التيمم ، وسقوط الجمع واجتماع الاستنابة في الحج ، وإباحة النظر إلى العورة للطبيب .

وشرع عند مشقة الجمل والاكراه والنسيان أحكاما كثيرة ، كعذر من أسلم في دار الحرب وترك الشرائع جهلا بها ، والترخص في إجراء كلمة الكفر للسكره ، والحكم ببقاء صوم من أكل ناسيا . وقالوا : شرع السلم والاستصناع والاجارة دفعا للحاجة ؛ وخيار الشرط لرفع ندم أحد الماقدير ، إذ قد لا يوافقه العقد ؛ إلى غير ذلك من الأحكام التي شرعت رعاية للمصالح الحاجية ، وتيسيرا على أرباب المشاق والحرج .

وقد أخذ الحنفية من هذا الدليل الذي خلاصته تأثير علة المشقة في حكم التخفيف ، قولهم : المشقة تجلب التيسير ؛ واستنبطوا أحكاما كثيرة رعاية لرفع الحرج وعموم البلوى ، كقولهم بطهارة طين الشارع وإن غابت عليه النجاسة ، وعدم تنجس الآبار بفضلات العصافير والحمام ؛ وشاع بين الفقهاء قولهم : إذا ضاق الأمر اتسع . قالوا : والمراد بالمشقة التي تجلب التيسير ، هي الزائدة التي تضيق بها الصدور ، وينفك عنها التكليف غالبا ، وتؤثر على المرء في جسمه أو ماله ؛ بخلاف المشقة المعتادة التي لا تنفك عنها التكليف غالبا ، كالسفر في الحج

والجهاد ، والصوم في اليوم الطويل القائظ ، وألم الحد والقصاص ؛ لأنه ليس شيء في الحياة يخلو عن مشقة حتى الطعام والشراب ؛ ومدار التكليف على إلزام ما فيه كلفة . وبخلاف المشقة الحقيقية كوجع هتّين بالاصبع ، وانحراف في المزاج ، فإنه لا يتعلق به ترخيص ولا تيسير . وكذلك محل الترخيص بالمشقة ما لم يترتب على مصلحة التخفيف مفسدة أعظم ، كاعتیاد تعاطي ما يضر بالبدن .

وبعد هذا التمهيد أقول : إن فقهاء الحنفية وضعوا قاعدة رعاية العرف استنادا الى هذا الدليل : فقد بينت في المقال الأول ^(١) قوة العرف وما له من سيطرة عظيمة على النفوس ، ومبلغ العسر الذي يحيط بالناس إذا حيل بينهم وبين ما اعتادوا مما يستدعي التيسير على الناس بمراعاة عرفهم ، ما لم يخالف نصا من نصوص الشريعة ، إلا إذا وصل الى أغلبية عسر الانفكاك عنه بحيث يقرب من الضرورة على حد رشاش بول الانسان الذي يشبه رهوس الإبر ، حيث تركت له نصوص النجاسة ^(٢) ، وما لم يترتب عليه مفسدة أعظم من مصلحة التخفيف . ومن البين في نظر المنتبع لأغراض الحنفية السمحة أن تغيير ما اعتاده عامة أهل العصر في عامة بلاد الاسلام لا حرج فوقه ، ولا شك أنه فوق الحرج الذي عني لأجله عن بعض النجاسات وغير ذلك مما تقدم .

إذ تبين هذا علينا أن قول الفقهاء : يجوز كذا للعرف ، ليس استدلالا به ، وإنما هو استخراج للحكم من قاعدة عامة أثبتها الدليل الشرعي ؛ وأن قول الفقهاء : وفي نزع الناس عن عاداتهم حرج عظيم ، إشارة الى الاستدلال على القاعدة بنوع من أنواع المؤثر الذي تقدم بيانه ، وحاصله يرجع الى التعليل بالمشقة لحكم التيسير . وهو كذلك يصلح إشارة الى التعليل بالمصلحة المرسلة عند المالكية ، لأنه راجع الى تأثير جنس الوصف في جنس الحكم ، ولم يشهد له أصل معين ، بل فيه حفظ مقصود من مقاصد الشارع ، وهو التخفيف ورفع الحرج ، لا سيما وأن مالكا لا يشترط في المصلحة أن تكون ضرورية كالغزالي ، بل يقبلها ولو كانت حاجية أو كالية . وقد رأيناه يعتبر عادة ذوات الاحساب والثروة في عدم الإجبار على الإرضاع ، وتفريغ أنفسهن للمتعة ، وهي مصلحة كالية صرفة .

(١) انظر ص ١٠٠ بحث سلطان العرف . (٢) انظر صفحة

الاستدلال بالعرف

بناء على هذا المسلك لا يتوقف على الاجتهاد

قدمت أن استناد الفقهاء للعرف، تأويله استخراج الحكم من قاعدة عامة ، أثبتتها المجتهدون بالدليل الصحيح . وأقول هنا إن هذا الاستخراج لا يتوقف على الاجتهاد ، بل يأتي من كل قاض ، وكل مفت ، متى توفرت لها أهلية التخرج .

رد العرف الى أصل المنافع والمضار

هذا وقد صحح الأصوليون مدركا عاما يُعمل به في الأفعال حيث لا دليل ، وهو أن الأصل في المنافع الإباحة لقوله تعالى في مقام الامتنان « خلق لكم ما في الأرض جميعا » ، وفي المضار التحريم لقوله صلى الله عليه وسلم فيما رواه ابن ماجه وغيره « لا ضرر ولا ضرار » . فيمكن العمل بهذا المدرك في أكثر الأعراف الجارية في المعاملات ، والعادات الاجتماعية ، والتقاليد السياسية التي تجلبها حضارة جديدة ، أو يتوارثها جيل عن جيل من غير أن يؤيدها أو ينفها دليل خاص ، فما تعارف الناس فله مما فيه صلاح رددنا العرف فيه إلى أصل الإباحة ، وما تعارفوا تركه مما فيه ضرر رددنا عرفه الى أصل الحظر^(١) . وقد تمر بنا أنواع أخرى من الرد في ثنايا الموضوع .

معنى اعتبار هذا النوع من العرف ودأيمه

إذا أنسنا مما مضى ، نعلم أن معنى اعتبار هذا العرف يخلف بحسب الأصل الذي يرجع اليه : فإن رجع الى السنة أو الاجماع أو المصلحة أو أصل الإباحة . كان معنى اعتباره أنه دليل على الحكم ظاهراً ، والدليل في الحقيقة هو ما رجع اليه ؛ وإن رددناه الى الدلالة فعنى اعتباره أنه أمانة على العلة التي تلحق المتعارف بالمجتمع عليه أو المنصوص بالدلالة . وأما على إنيانه بالتعليل فعنى اعتباره أنه قاعدة فقهية ثابتة بالدليل تستخرج منها أحكام الأعراف المختلفة على مر الزمان واختلاف المكان .

(١) انظر التبليغ على التوضيح ج ٢ ص ٥٥٨ وتيسير التحرير ج ٣ ص ٣١٧

وأشبهه ابن نجيم ص ٣٠ والمطار على جمع الجوامع ص ٣٥٩

ثم إن الأئمة متفقون على اعتباره إذا رجع إلى أصل متفق عليه، وإلا فهم مختلفون فيه اختلافهم في أصله، كالعرف الراجع إلى المصلحة المرسله، وإجماع أهل المدينة؛ وبما أنه ليس دليلاً بذاته بل راجع على الدوام إلى أدلة أخرى، فدل على اعتباره هو دليل اعتبار هذه الأدلة، وذلك مسطور في موضعه من كتب أصول الفقه.

بيان بعض الأدلة التي رجع إليها العرف

وبعد بحث ما تقدم يجدر بي أن أورد كلمة عن بعض الأصول التي رجع إليها العرف لتبين حقائقها، وتقدم الكلام عن التعليل بلا قياس وكيف رجع العرف إليه. أما السنة فالمراد بها السنة التقريرية، وهي سكوتة صلى الله عليه وسلم عدله بأمر ليس معتقداً لكافر، حيث يدل على الجواز. والعرف الذي كان غالباً في عهده صلى الله عليه وسلم ولم ينكره، من هذا القبيل، وإن لم يصل إلى علنا أنه رآه أو سمع به؛ لأنه لما كان شائعاً منتشراً فالظاهر اطلاعه عليه؛ ولا فرق في هذا العرف بين أن يكون فعلاً؛ كالمعياري في أموال الربا، ولبس الثياب التي نسجها الكفار، وإنفاق ما ضربوه من الدراهم وإن كان عليها نقوشهم؛ لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم وخلفاءه لم يضربوا درهما ولا ديناراً؛ وكأنواع التجارات والصنائع التي كانت موجودة في عهده صلى الله عليه وسلم ولم ينص عليها إذا خلصت من الغش، وأكل المال بالباطل كالمضاربة؛ وبين أن يكون تركاً مع قيام سبب الفعل، كتقريره لم على ترك غسل الزروع التي تدهس بالبحر وأكلها من غير أمرهم بغسلها، وقد علم صلى الله عليه وسلم أنها لا بد أن تبول وقت الدياس.

وهذا العرف الشسني يروى غالباً بصيغة: كنا نفعل كذا في عهده صلى الله عليه وسلم، ونحوها؛ كقول جابر رضي الله عنه: كنا نوزن القرآن ينزل. وأما الإجماع العملي فإنه داخل في الإجماع الذي هو أحد أدلة الفقه، لأنه اتفاق المجتهدين، واتفاق المجتهدين هو اشتراكهم في القول أو الفعل أو الاعتقاد. كذا قال القرافي في التنقيح.

ثم هذا الإجماع هل هو بمعنى فعل الكل فيكون حجة قطعا باتفاق أهل الحق إلا من لا يمتد بمخالفتهم كشرذمة من الشيعة والخوارج، أو هو إجماع بمعنى فعل البعض وعدم إنكار الباقيين؟ كلٌّ جائز في نظر العقل؛ ولكن يفهم من كلام الجلال المحلى وغيره أنه بمعنى فعل البعض من غير إنكار عليهم. والظاهر أن مستندهم في هذا، الاستقراء: لأن الفقهاء استمروا في الغالب على حكاية هذه الإجماعات بصيغة فعل من غير تكبير.

وعليه فيكون إجماعا سكوتيا. أما أنه إجماع، فلأنه اتفاق المجتهدين الحاصل من البعض بالفعل ومن الباقيين بالتقرير؛ وأما أنه سكوتي، فلأن موافقة من لم يأت بالعمل لمن فعله إنما فهمت بالسكوت وعدم الإنكار.

لكن لكي يكون التقرير وعدم التكبير معتبرا، ينبغي أن يكون الفاعلون لهذا الأمر المعتاد كثيرين، ليحصل بهذه الكثرة العلم للمقرين بالأمر الذي يسكنون عن إنكاره. فلو كان الفاعلون قليلا، لا يعتبر عدم الإنكار، لأنه سكوت مع الجهل غالبا، فلا يكون دالا على الرضاء؛ اللهم إلا إذا وثقا بطريق من الطرق من علم المقرين مع فعل القليل.

ويذبح كذلك أن تتوفر في المقرين صفة الاجتهاد حتى تحصل بتقريرهم الحجة على مشروعية الحكم؛ إذ التقرير من العوام لا وزن له؛ لأن الإجماع اتفاق المجتهدين. وبقيّة شروط اعتبار هذا الإجماع مذكورة في بحث الإجماع السكوتي من علم الأصول.

وحيث قالوا إنه إجماع سكوتي، فقد قال أكثر الحنفية فيه: إنه حجة قطعية. وقال أبو الحسن الكرخي والآمدي: إنه حجة ظنية. وقال الشافعي وعيسى بن أبان الحنفي: ليس بحجة.

وبعد، فإني ألاحظ هنا أن الإجماع الذي رُدد إليه العرف، ليس مما حصل السكوت فيه مرة أو مرتين عند الفتوى أو القضاء أو الفعل في أمر عادي حتى تكون حجته موردا للذوق والإثبات بين الأئمة؛ بل هو مما كثر السكوت فيه وتكرر، لأنه مما تشتد الحاجة إليه، كما يحشس بذلك من تتبع موارد في أدلة الفقه؛ ولذلك سموه تعاملًا وعادة، فهو لا محالة يفيد علما بالرضا عن الأمر المسكوت

عليه : لأن العادة تحيل للسكوت في كل مرة من غير رضا به . وبعد هذا لا يليق أن يجعل متاراً للاختلاف ، بل يجب أن يتفق الكل على أنه دليل بمنزلة القاطع ، إن لم نقل إنه يفيد علماً قطعياً .

ومهما قيل في الإجماع من عسر انعقاده بعد تفرق الصحابة إلى الأمصار في عهد عثمان لاختلاف المجتهدين في المذاهب الدينية والنحل السياسية ، فيجب أن يستثنى الإجماع الذي هو أساس العرف : لأنه وليد الحاجة ونتيجة المصلحة الملحة . فالمجتهدون إن صح أن يختلفوا لسبب ما ، فالغالب أن يكون بينهم وفاق في إقرار ما تستدعيه حاجات الناس ؛ ولذا نرى أن كثيراً من الأعراف التي احتج بها ترجع إلى الإجماع العملي (١) .

أما عرف المدينة فهو راجع إلى الإجماع العملي لدار الهجرة الذي وجدهم عليه الإمام مالك (٢) .

ومستند هذا الإجماع إما السنة القولية والفعلية والتقريرية ، كقصد الصاع والمسد ، وتثنية الأذان وإقرار الإقامة . وعرف المدينة في هذه الحالة يكون عند المالكية بمثابة الرواية المتواترة ؛ لأن مثل هذا الجمع يقع العلم بخبرهم ، ولذا يتركون له أخبار الأحاد .

وأما الاجتهاد كإسقاط خيار المجلس في البيع ومطالبة المرأة بمؤخر الصداق متى شامت ، فقد كانت المدينة حاضرة الخلافة إلى زمن علي كرم الله وجهه في الجنة ، وكانت مجمع الصحابة إلى زمن عثمان رضي الله عنه ، وكان يفتى فيها الفقهاء السبعة ، ونافع مولى ابن عمر ، والزهرى ، وربيعة الرأي ، وكل هؤلاء كانوا يجتهدون فيما لم يصح عندهم فيه نص ، وكانوا يختلفون في الرأي كما قال الليث بن سعد في رسالته إلى مالك : إن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم قد اختلفوا بعد في الفتيا في أشياء كثيرة ، ولولا أني قد عرفت أن قد علمتها كتبت بها إليك :

(١) انظر في هذا الموضوع تيسير التحرير ٣ ص ١٢٨ وإعلام للوقفين ٢ ص ٤٢٩ وما بعدها ، وحاشية المطار على جمع الجوامع ٦٢ ص ٢٣ وفوائح الرحموت ٢ ص ٢١٣ ، ٢٢٢ ، والفكر السامى في بحث الاجماع .

(٢) والنزول بحجته هو مذهبه فقط .

ثم اختلف التابعون في أشياء بعد أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم : سعيد ابن المسيب ونظرائه أشد الاختلاف : ثم اختلف الذين كانوا بعدهم فحضرتهم بالمدينة وغيرها ورأسهم يومئذ ابن شهاب وربيعة بن عبد الرحمن ا ه . وبالرغم من هذا الاختلاف أمكن أن يكون في المدينة عرف في الأمور الاجتهادية ؛ لأن الآراء مهما اختلفت فإن أحدها يترجح ويصبح قانوناً رسمياً في المدينة يطرد العمل به ويصير عرفاً يتوارثه جيل عن جيل . ويظهر أن العمل لم يكن بحسب رأى الأمراء والمحتمسين كما يزعم البعض (١) : بل ما كانوا ينفذون رأياً من الآراء التي غدت عرفاً فيما بعد إلا بعد تصويبه من المجتهدين الذين كانت لهم عليهم السيطرة التشريعية . ذكر مالك في الموطأ عن يحيى بن سعيد قال : سمعت القاسم بن محمد يقول : إن يزيد بن عبد الملك بن مروان أمير المدينة فرق بين رجال وبين نساءهم ، وكن أمهات أولاد رجال هلكوا ، فتزوجوهن بعد حيضة أو حيضين ففرق بينهم حتى يعتدن أربعة أشهر وعشراً : فقال القاسم بن محمد : سبحان الله ! يقول الله في كتابه « والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً ما هن من الأزواج ا ه . وكان من رأى القاسم أن عدتهن حيضة واحدة . قال مالك : وهو الأمر عندنا .

ولما لم يكن العرف الذي مادته الاجتهاد مقطوعاً بصوابه ، لم يتفق المالكية على اعتباره : بل رأى بعضهم كالطيالسي وأبي بكر الأبهري أنه ليس بحجة . ثم إن الأحكام الاجتهادية التي هي بعض ما كون عرف المدينة ليست كلها ثابتة ، بل منها ما كان مبنيًا على عادات أهل المدينة : كالحكم بأن القول للزوج فيما إذا اختلف الزوجان في المهر بعد الدخول . قال القاضي اسماعيل المالكي كما في التبصرة : « هذه كانت عادتهم بالمدينة أن الرجل لا يدخل بامرأته حتى تقبض جميع الصداق واليوم عادة المدينة خلاف ذلك » (٢) .

(١) انظر اعلام الموقعين ، والأحكام لابن حزم

(٢) إعلام الموقعين ٢ - ٢٩٤ وما بعدها ، والأحكام لابن حزم في عمل أهل المدينة ، وموطأ مالك ٢ - ٢٢٥ والتبصرة ٢ - ٥٨ .

الفصل الثاني

العرف الذي يرجع إليه في تطبيق الأحكام المطلقة على الحوادث

شرح ذلك أنه قد توجد أحكام تختلف بحسب عادات الناس وأحوالهم ، وتبدل بتبدل ظروفهم ومصالحهم . فالشارع إن هو حكم فيها بحكم واحد تفصيلى ، يصاب الناس بكثير من العنت والجهد ، ويخرج بهم عن مقصد الإسلام الذى بنى على مصالح العباد ، وما أرسلناك إلا رحمة للعالمين . وإن هو شرع لها أحكاما كثيرة كسثرة هذه المصالح المتبدلة والأحوال المتغيرة ، كثرت التكاليف على الناس وضاقوا ذرعا بضبطها وحذقها ، وكان ذلك انتقاضا على الشريعة التى وضعت على أساس متين هو قلة التكاليف . لهذا كرهه كان من حكمة الحكيم العليم أن يشرع للناس أحكاما مطلقة عن البيان والتفصيل ، يمكن تطبيقها مهما اختلفت الظروف وتبدلت الأحوال ، ويكفل الى الراشدين فى علم الفقه وذوى الملكات الناضجة فى فن القضاء وتنزيل الأحكام على الحوادث تفصيلا هذه الأحكام كما يقضى به العرف وتتبعه المصلحة . وهذا باب عظيم من أبواب العرف يبنى عليه شطر كبير من الأحكام ، ولا يكاد ينكره فقيه ؛ وهو كذلك برهان ثابت وحجة دامغة على عظمة الشريعة وجلالها ، وأنها صالحة لكل زمان ومكان . ونحن نستعرض من فقه المذاهب ، إن شاء الله ، أمثلة توضح هذا النوع وتدل على وجوده .

فمن هذا أنه صلى الله عليه وسلم قال : من رأى منكم منكرا فليغيره بيده ، فإن لم يستطع فبلسانه ، الحديث . استنبط الفقهاء من هذا الحديث وغيره من الدلائل وجوب التعزير بارتكاب جنابة على حق الله أو حق العبد ليس فيها حد مقدر . فالشارع أوجب تغيير المنكر الذى هو عقوبة التعزير ، ولم يبين تفاصيل الأفعال التى تكون بها هذه العقوبة ، بل كل ما فهمه الفقهاء أنها كل ما يحصل به التأديب وزجر المجرم عن جريمته ما لم يبلغ حداً من حدود الله ؛ ولا ريب أن ذلك يختلف بحسب أحوال الناس وعاداتهم ، على اختلاف الأجيال والأصقاع .

نقل فى تبصرة ابن فرحون عن القرافى أن التعزير يختلف باختلاف الأعصار والأمصاوير ؛ فرب تعزير فى بلد يكون إكراماً فى بلد آخر ، كقطع الطيلسان ؛ ليس

تعزيراً في الشام، فإنه إكرام، وكشف الرأس عند الأندلسيين ليس هو اناء، وبمصر والعراق هو اناء. اهـ فإذا كان الحال على ما وصفوا من الاختلاف البين، فالعرف عظيم الأثر في تعيين ما هو عقوبة مما ليس بعقوبة. ومنه يتبين لك أن الشارع قد نص على أصل عقوبة التعزير ولم ينص على مقاديرها أو أشخاصها، بل نظر في ذلك إلى عادات الناس وأحوالهم. ولذلك قال فقهاءنا إن التعزير مفوض إلى ولي الأمر، فما يراه مؤدياً إلى المعنى المقصود منه عزّره به، وما ليس كذلك لا يفعله. نعم هناك أشياء يحصل بها الأديب غالباً مهما اختلفت الأحوال كالضرب والحبس.

وكذلك نص الشارع على أن ارتكاب المنكر موجب لتغييره بالتعزير، ولم يبين أشخاص الجرائم التي تسمى منكراً ولا مقدارها، بل كل ما قاله عنه الفقهاء كما في البدائع: إنه ارتكاب جناية ليس فيها حد مقدر، سواء كانت على حقوق الله كترك الصلاة والصوم، أو حقوق العبد كما يذم المسلم بقول أو فعل يلحق به العار: فترى أنهم أناطوا الجناية على حق العبد بما يؤذيه ويلحق الوحشة به؛ ولا ريب أن ذلك يخالف أيضاً بحسب العصور والأمصار: فقد يكون القول أو الفعل مؤدياً في بلد أو في زمان أو لشخص، وليس مؤدياً في بلد أو زمان أو شخص آخر. قال الزيلعي عند قول الكنز: لا يبا كلب، الخ: أي لا يمزج بهذه الألفاظ كلها، لأن من عاداتهم إطلاق لفظ الحمار ونحوه بمعنى البيلادة أو الحرص أو نحو ذلك ولا يريدون به الشتيمة. ثم قال: وحكى الهندواني أنه يعزر في زمانا في مثل قوله يا كلب يا خنزير، لأنه يراد به الشتم في عرفنا اهـ فيخلص مع هذا أن التعزير يتبع عادة الناس فيما يريدونه ويفهمونه؛ فإن اعتادوا استعماله في الحرص أو معنى آخر غير شأن فلا. وعلى هذا سائر الأقوال والأفعال: ولذا فوضوا تقدير ما يوجب التعزير إلى القاضي أيضاً.

فقد بان أن أصل الحكم في هذه الحادثة منصوب عليه، وتفصيله مرجوع فيه إلى العرف. ثم هناك أشياء توجب التعزير مهما اختلفت الأحوال كالرمي بالكفر والفسق، ورمي غير المحصن إحسان القذف بالزنا. وسيأتي لهذا زيادة عند الكلام على التعزير، إن شاء الله.

ومن ذلك أنه سبحانه قال: «وأشهدوا ذوي عدل منكم». وقال: «فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء». .

استنبط الفقهاء من كل منهما اشتراط العدالة لقبول الشهادة أو لصحتها على اختلاف المذهبين ، وقالوا : العدالة ملزمة تحمل على ملازمة التقوى والمروءة ، وإن فعل ما يخل بالمروءة مسقط للعدالة : وما يخل بالمروءة هو فعل ما يشين ويدن على حقارة النفس عند أهل الفضل من الناس : كالبول في الطريق ، والأكل في السوق ، وككشف الرأس ، ولبس الفقيه قباء أو قلنسوة في بلد لم يتعارفوه . قالوا (١) : وكنعاطي الحرف الدنيئة : كالحياكة ، والصبغة ، والحجامة ، مما لا يليق بأرباب المروءات فعله : لأن من يأتي بالمحصرات لا يتورع عن الكذب .

فتحن نرى أن القرآن شرط العدالة في الشهادة ، واستنبط الفقهاء أن ما يخل بالمروءة يسقطها : ومعلوم أن ما يخل بالمروءة أموراً ثابتة : كالبول في الطريق ، وأموراً متبدلة تتغير بحسب العادات والأحوال ، فإن الدق من الحرف لا يخال دنيئاً في كل زمان ومكان ، بل قد ترفع العادات من الصناعات في القرن العشرين ما هونت من شأنه في العهود الأولى : كالحياكة والصبغة ، وقد تضع ما كان مرفوعاً : وترى كذلك أنهم جعلوا لبس القباء والقلنسوة وكشف الرأس للفقهاء مما يخل بالمروءة في بلد لم يعتادوه ، فإن اعتادوه فلا إخلال ، بل لو اعتادوا أن لبس غيره محل فهو الإخلال . قال أبو إسحاق الشاطبي في الموافقات عند الكلام على العادات المتبدلة : منها ما يكون متبدلاً في العادة من حسن إلى قبح وبالعكس ، مثل كشف الرأس فإنه يختلف بحسب البقاع في الواقع ، فهو لذوى المروءات قبيح في البلاد المشرقية ، وغير قبيح في البلاد المغربية ؛ فالحكم الشرعي يختلف باختلاف ذلك ، فيكون عند أهل المشرق قادحاً في العدالة ، وعند أهل المغرب غير قادح . فقد نص الشارع على اشتراط العدالة ، وأحال في تطبيقها على الناس إلى العرف كما سمعت .

وروى الشيخان عن ابن عمر ، قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم :
البيتعان بالخيار ما لم يتفرقا ، أو يقول أحدهما للأخر : اختر . استنبط الشافعي

(١) وعلوه بأن أصحاب هذه الحرف يكثر منهم الكذب وإخلاف المواعيد عادة .
وصحح الكمال في الفتح أنه لا عبرة لظاهر الصناعة ، وإنما يبنى الأمر على غلبة وجود الناح
في العدالة وهو الكذب وإخلاف المواعيد ، فإن وجدت في طائفة كالدلائل لا تقبل الشهادة
مهم إلا بعد ظهور العدالة ، وهو رأى ما أرشده !

من هذا الحديث خيار المجلس في البيع ، وسقوطه بتفرق العاقدین ، وأحال فيما يحصل به التفرق على العرف . قال في المنهاج وشرحه : ويعتبر في التفرق العرف ، فما يعده الناس تفرقا يلزم به العقد . وكذلك يرى الشافعي أن عدد الرضعات المحرّم خمس ، أخذنا من قول عائشة رضي الله عنها ، كما عند مسلم وأبي داود : « كان فيما أنزل من القرآن عشر رضعات معلومات يحرّم من ، ثم نسخن بخمس معلومات » . قال النووي في المنهاج : وضبطن بالعرف اه . فالتفرق وعدد الرضعات منصوص عليه ، والبيان مرجوع فيه إلى العرف .

وقال صلى الله عليه وسلم : « من أسلف فأيسلف في كيل معلوم ، ووزن معلوم ، إلى أجل معلوم » . نقل (١) أبو الوليد الباجي المالكي . قال ابن القاسم في المدونة عن مالك : لا يجوز إلا إلى الأجل الذي تختلف في مثله الأسواق . ثم قال : فرع إذا ثبت ما قلناه ، فالذي قاله القاضي أبو محمد أن تغير الأسواق في ذلك لا يخص بمدة من الزمان ، وإنما هو على حسب عرف بلده ، اه . فقد نص رسول الله صلى الله عليه وسلم على اشتراط الأجل ، وقدره المالكية في أرجح آرائهم بالمدة التي تتغير فيها الأسواق ، وذلك مردود إلى العرف ، كما صرح به الباجي .

وقال الله تعالى : « ولينفق ذو سعة من سعته ، ومن قدر عليه رزقه - الآية » . فرض الله نفقة الزوجات بقدر الوسع ولم يبين مقدارها ، ولا ما به الكفاية منها ، ولكن فوضه الخابلة كالجمهور إلى العرف . قال ابن قدامة الحنبلي : « والصحيح ما ذكرناه من رد الحقوق المطابقة في الشرع إلى العرف فيما بين الناس في نفقاتهم في حق الموسر والمسر والمتوسط ، كما رددناهم في الكسوة إلى ذلك » اه .

ومن هذا الباب الأحكام والحقوق التي وردت مطلقة في الشرع ، كالمعيار فيما لم ينص على معياره من أهوال الربا ، ومالية الأشياء ، والإيمان ، والعمل الكثير الذي يبطل الصلاة ، والحرز في السرقة ، وفي الإيداع .

(١) انظر المنتقى ج ٤ ، ص ٣٠٠ .

معنى اعتبار هذا النوع ودليله

معنى اعتباره هو الرجوع اليه في الأحكام السكّاية عند تطبيقها على جزئيات الحوادث . فالجهد ، أو المفتى ، أو القاضى ، إذا عرضت له حادثة لم يرد من الشرع إلا حكم كلى يجمعها مع أمثالها . كالتعزير وأسبابه ، والفقمة ، وأجل السكّم ، رجوع فى تطبيقه على هذه الحادثة الجزئية الى تحكيم العرف والعادة ؛ فالحكم الكلى المستفاد من قوله تعالى : وعلى المولود له رزقهن ، الخ وجوب الفقمة على الوالد للوالدة المرضع . فاذا أريد الحكم لزيب بنفقة إرضاع طفلها على ، رجوع فى جنس هذه الفقمة وتقديرها الى العرف والعادة بعد معرفة حال الأب . وينبغى أن يبدل فى سبيل ذلك الوسع ، ويعمل نظره جهد المستطاع ، ليكون قريباً من الحق واثقاً من العدالة ، ثم يبنى حكمه على أغلب ظنه ، وأحسن الرأى عنده .

والأصل فى هذا النوع : أولاً ، قوله تعالى فى كفارة اليمين : أو إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم . بين سبحانه أن الإطعام الواجب فى الكفارة هو الوسط فى الجنس والمقدار بما يطعم منه الأهلون فى العادة . قال الجصاص فى قوله تعالى : « من أوسط ما تطعمون أهليكم الآية ، وهو مرتان فى اليوم : غداء وعشاء ؛ لأن الأكثر فى العادة ثلاث مرات ، والأقل واحدة ، والأوسط مرتان أه . ثم قال : وروى عن ابن عمر قال : أوسطه الحبز والتمر ، والحبز والزيت ، وخير ما نطعم أهلنا الحبز واللحم أه . فقد أحال سبحانه فى بيان إطعام العشرة مساكين على الوسط من الطعام المتعارف ، فكان إحالته للبيان فى هذا الحكم المطلق على العرف . وقد استدل ابن العربى بهذه الآية على صحة بناء الأحكام على العادات . قال عند قوله تعالى : لينفق ذو سعة الآية ، : المسألة الرابعة فى تقدير الإنفاق : قد بدا أنه ليس له تقدير شرعى ، وإنما أحاله الله سبحانه على العادة ، وهى دليل أصولى بنى الله عليه الأحكام وربط به الحلال والحرام ، وقد أحاله الله على العادة فيه فى الكفارة ؛ فقال : إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم ، أه . واستدل بالآية ابن قدامة فى المعنى على الرجوع إلى العرف فى النفقة .

وثانيا : قوله تعالى : « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف » وقوله صلى الله عليه وسلم ، فيما رواه الجماعة إلا الترمذى عن عائشة رضى الله عنها : أنه صلى الله عليه وسلم قال لهند امرأة أبي سفيان : « خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف » . ومن خطبته صلى الله عليه وسلم فى حجة الوداع ، كما عند مسلم وغيره ، ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف . وجه الدلالة أن المراد بالمعروف فى الآية : ما يكتفى الوالدات فى العرف من الثوت والملبس مع رعاية حالة الأزواج ؛ قال الطبرى فى التفسير : ويعنى بقوله بالمعروف بما يجب لئلهما على مثله ، إذ كان الله تعالى ذكره قد علم تفاوت أحوال خلقه بالغنى والفقير . قال أبو بكر : لخصاص فى الكلام على الآية : ويدل أيضا على أنها على مقدار الكفاية مع اعتبار حال الزوج ، وقد بين ذلك عقيب ذلك ، لا تكلف نفس إلا وسعها ، فإذا اشتطت المرأة وطلبت من النفقة أكثر من المعتاد المتعارف لئلهما ، لم تعط ؛ وكذلك إن قصر الزوج عن مقدار نفقة لئلهما فى العرف والعادة ، لم يحل ذلك ، ويجبر على نفقة لئلهما . ١ هـ

ومعنى المعروف فى الحديثين ، كما قال الشوكانى : هو القدر الذى علم بالعادة أنه الكفاية .

فإذا كان المراد بالمعروف فى هذه النصوص ما تقدم ، دلت على أن وجوب النفقة الذى هو حكم مطلق يرجع فى تطبيقه إلى العرف ، وبالتالي دلت على أن الشارع قد اعتبر العرف مرجعا فى تطبيق الأحكام المطلقة (١)

(١) مراجع هذا الموضوع وما قبله : تبين الحقائق ، البدائع ، الفروق ، فتح القدير ، شرح المنهاج ، شرح الباجى على الموطأ ، معنى ابن قدامة ج ١ ص ١٣٣ ، أحكام القرآن لابن العربي ج ٢ ص ٢٧٠ ، الخصاص ج ١ ص ٤٧٨ ، تفسير الطبرى ج ٢ ص ٣٠٥ ، نيل الأوطار ج ٧ ص ١٣١

الفصل الثالث

العرف الذى ينزل منزلة النطق بالأمر المتعارف

الأصل فى التعبير عن المعانى التى تقوم بالانفس ، أن يكون بالألفاظ ، لوفائها بتفهم الغرض من غير مشقة ، ولإمكان التعبير بها عن المحس والمعقول ، وقد يستغنى عن الألفاظ بالعادات الجارية بين الناس .

ذلك أنه قد تجرى بين الناس فى تصرفاتهم عادات دالة على الإذن فى الشيء أو المنع منه أو تفيد إلزامه أو بيان نوعه أو قدره ، أو تكون قرينة تسوغ للشاهد أن يشهد ، وللقاضى أن يقضى ، وللمفتى أن يفتى ؛ فهذه العادات تجرى مجرى النطق بالعبارات الدالة على مضمونها ؛ فإذا التزموا لبعضهم أو لله المعبود أموالاً أو أعمالاً ، أو أرادوا الامتناع عن شأن باليمين أو غيره ، أو أريد الإذن فى شيء ، وكان العرف الجارى يدل على بعض ذلك أو كاه ، وتركوا التلفظ به اتكالا على إفادة العرف له ، وإعفاء لأنفسهم عن عمل تكفلت به طبيعة زمنهم . فيكون للعرف الجارى قوة النطق باللفظ فى اعتبار الشرع ، يرتب عليه ما رتبته على الألفاظ من الأحكام . ويأتى فى بحث الشروط أبين شرط ذلك ، إن شاء الله . وأنا أسوق للقارىء أمثله توضح هذا النوع :

فنه ما يدل على الإذن فى الشيء ، كتقديم الطعام للضيف ، فإنه يكون كالإذن الصريح له بتناوله ؛ واستئجار الدابة للركوب أو الحمل أو الجر ، حيث يكون إذناً فى ضربها بما يساعد على تأدية الغرض المقصود من الإجارة ؛ وكمن رأى حريتما فى دار جاره أو رأى شاة غيره مشرفة على الهلاك ، فإن هذا يكون إذناً له فى دخول الدار واستعمال ما يساعد على الإطفاء وذبح الشاة ، ولهذا لا يضمنها ؛ وكالإيداع فإنه يكون إذناً بدفع الوديعة إلى من جرت العادة بدفعها إليه كالزوجة والأولاد والخدام ، وفتح أبواب المحال العامة كالمساجد والمحاكم والمصالح حيث يكون إذناً فى دخولها .

ومنه ما يكون كالمنع الصريح عن الشيء ، كتسييح الأرض المملوكة ، فإنه يكون منعاً من استعمال الغير لها .

ومنه ما يكون كالتصريح بالنوع بعد النص على الجنس كاستئجار الدور والحوانيت بلا بيان ما يعمل فيها ، فإنه يكون كالتصريح بالسكنى بالنسبة الى الدور ، وبالتجارة ونحوها بالنسبة الى الحوانيت ، لأن هذا هو المتعارف ، وكخلفه لا يأكل رأساً ، فإنه يكون كالتصريح بما اعتيد بيعه في بلد الخائف ، كرموس البقر والغنم ، الى غير ذلك من الألفاظ التي خصصها أو قيدها العرف العملي .

ومنه ما يكون كالتصريح بالقدر ، كاستئجار الظئر بطعامها وكسوتها عند أبي حنيفة ومالك ، حيث يكون كالتصريح بالقدر الذي به الكفاية في عرف المتعاقدين .
ومنه ما يكون كالتصريح بالالتزام^(١) كالبيع بالمعاطاة ، فإنها في العادة تكون دالة على الرضا من الجانبين ، فتكون كالتصريح بالإيجاب والقبول سواء في ذلك الخسيس والنفيس على الأصح عندنا وعند المالكية ، وكذا صححه الزوى الشافعي فيما جرى العرف ببيعه بها بخلاف نحو العقار ؛ وكدفع الوب الى خياط اعتاد العمل بالأجر حيث يكون كالتصريح بالتزام أجر المثل ، ولذلك يتعنى عند الخلاف بأجر المثل عند الصاحبين ؛ وكاستئجار عربة الى بلد كذا حيث يكون كالتصريح باشتراط إبلاغ الراكب الى داره من هذا البلد .

ومن هذا الباب القرائن العرفية التي تكون طريقاً للفتى الى الفتوى ، أو للشخص في خاصة نفسه للعمل بها ، كوجوب السؤال عن حال ما يريد إدخاله في ملكه من الطعام أو غيره إذا غلب على أهل البلاد التعامل المحرم والقرائن التي تجيز للشاهد أن يشهد على ما دلت عليه وإن لم يسمع المشهود عليه بإذنه أو لم يره بصره ، كمن رأى في يد شخص شيئاً يتصرف فيه تصرف المالك سوى رقيق يعبر عن نفسه ، فإنه يسوغ له أن يشهد أنه لمن في يده ، وكن رأى اثنين يتعاشران معاشرة الأزواج جاز له أن يشهد لهما أو عليهما بالزوجية .

ومنه القرائن العرفية المأذمة من سماع الدعوى ، كعروف بالفقر لا تسمع

(١) نتراد بالتزام ما يشمل الإيجاب والقبول أو القبول فقط أو الشرط كما يظهر ذلك من الأمثلة .

دعواه على آخر أنه أقرضه مائة دينار دفعة ، ولا تسمع دعوى دار على آخر بعد رؤية من بيده الدار يتصرف فيها تصرف الملاك المدة الطويلة .

ومن ذلك أيضا القرائن التي يرجح بها القاضى من يكون القول قوله عند التداعى ، كما فى اختلاف الزوجين فى متاع البيت ، وتازع ملاح وتاجر دقيقا دقيقا وسفينه ، وغير ذلك من الأحداث التي عمل فيها بدلالة العادات اكتفاء بالبيان العرفى عن البيان اللفظى . قال فى إعلام الموقعين : وقد أجرى الدرف مجرى النطق فى أكثر من مائة موضع . وقال أيضا : الشرط العرفى كالشرط اللفظى . وشاع فى فقه الحنفية فى المبسوط وغيره : المعروف بالعرف كالمشروط بالنص . وفى القنية : المعروف بين التجار كالمشروط بينهم . وفى فقه المالكية : العادة كالشرط . وذكر فى تبصرة ابن فرحون المالكية عن أحكام ابن سهل : أن امرأة أسلفت زوجها ثلاثين دينارا وأنظرته به خمسة أعوام ، ثم طلقها بعد عام ونصف من تاريخ السلف ، فزعمت أنها إنما أسلفته وأنظرته استدامة لعصمتها معه ، وكان التحاكم فيه عند ابن بتي ؛ فشاور فى ذلك نأفتى ابن عتاب : القول قول المرأة فيما ادعته من ذلك ، وتحلف ثم تأخذ حقها منه حالا ، إذ هو الظاهر من أمر النساء أنهن إنما يفعلن ذلك لذلك ، فهو كالعرف الذى يصدق فيه من ادعاه . اهـ فقد أقيم العرف مقام التصريح باشتراط حسن العشرة فى الأجل . وقال العزبن عبد السلام الشافعى فى القواعد^(١) فصل فى تنزيل دلالة العادات وقرائن الأحوال منزلة صريح الأقوال فى تخصيص العموم وتقييد المطلق وغيرهما ، وله أمثلة ؛ وساق على ذلك ثلاثة وعشرين مثالا . وقال ابن رجب الحنبلى فى قواعده تفریما على قاعدة : يخص العموم بالعادة على المنصوص ؛ ومنها ما لو استأجر أجيرا يعمل له مدة معينة حمل على ما جرت العادة بالعمل فيه من الزمان دون غيره بغير خلاف . اهـ .

معنى اعتبار هذا النوع ودليله

هذا النوع من العرف معتبر ؛ بمعنى أن قيامه بين الناس يكون بمثابة نطق المتصرف ، عاقدا أو حالفا أو غيرهما ، بكلام يفيد مضمونه ؛ فإذا كان العرف

(١) ج ٢ - ١٢١

في الأسواق أنهم يبيعون بثمن مؤجل الى أول الشهر، كان ذلك اشتراطاً للتأجيل بالفعل في العقد؛ فكما أن التصريح باللفظ يرتب عليه الشارع من الأحكام ما يناسبه، فكذلك العرف يكون علة جعلية لهذه الأحكام. ومعنى اعتباره إذا كان قرينة أن يكون كالدليل الصريح المسموع أو المرئي الذي يقوم عند القاضي أو المفتي أو الشاهد أو الشخص في خاصة نفسه، فيعتمد عليه كل فيما يعمل؛ والأدلة عليه كثيرة.

منها ما أخرجه البخاري وأبو داود والترمذي وأحمد عن عروة بن أبي الجعد البارقى: أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطاه ديناراً ليشتري له به شاة، فاشتري له به شاتين، فباع إحداهما بدينار وجاءه بدينار وشاة، فدعا له بالبركة في بيعه، وكان لو اشترى التراب لربح فيه. فأنت تراه اشترى شاتين وباع إحداهما بغير إذن لفظي وأقره صلى الله عليه وسلم عليه، وما ذلك إلا اعتماداً من عروة على الإذن العرفي، فإن مما جرى به العرف أن الوكيل مأذون في مخالفة الموكل الى خير مما أمر به، لأنه من مقصده وإن لم يصرح به. وقد خرج ابن القيم الحديث في إعلام الموقعين على هذا النوع من العرف ثم قال: ولا إشكال بحمد الله في هذا الحديث.

ومن المتفق عليه دخول الحمام مع عدم التصريح بعقد إجارة، ولا بمقدار المكث، ولا ما يستهلك من الماء، والرجوع في ذلك كله الى العرف؛ وما هذا إلا لتزيله منزلة اللفظ الذي يفيد مضمونه؛ فقد قام العرف مقام عقد الإجارة بين الحامى والمستأجر، كما قام مقام تقدير مدة البقاء وما يستهلك من الماء. ومن المتفق عليه أيضاً أن تقديم الطعام الى الضيف إذن عرفي في تناوله؛ وسكوت البكر وضحكها دليل على رضاها؛ وزفاف الزوجة ليلة العرس قرينة تجوز الدخول وإن لم يشهد عنده عدلان على أنها زوجته، فيكون هذا كله اتفاقاً على أصل اعتبار هذا النوع، وإن كان لهم خلاف في التفاصيل فذلك شيء آخر^(١).

(١) انظر نيل الأوطار ج ٦ ص ٥ وأعلام الموقعين ج ٢ ص ٣٢٢، وتراجع في الامثلة، كتب المداهب، كتيب الحقائق في أول البيع، وفي كتاب الشهادة والاجارة، والبحر من آخر باب التحالف، وشرح المنهاج والشرح الكبير.

الفصل الرابع

العرف القولى

تقدم شرحه ونشأته ، وهو معتبر باتفاق الفقهاء جميعا إلا من شذ في بعض الفروع : بمعنى أن كل متكلم يحمل كلامه على عرفه ، سواء أكان ذلك في خطاب الشارع أو تصرفات الناس . فلفظ الصلاة تطلقه اللغة على الدعاء ، ويطلقه الشرع على الأقوال والأفعال المخصوصة . فقول النبي صلى الله عليه وسلم لا يقبل الله صلاة بغير طهور، يحمل على عرف الشرع لا اللغة . وكذا الحال في كلمة الفرض والشرط واليمين وغيرها مما ورد في كلام الشارع ، لا تحمل على عرف الفقهاء بل على عرف الشارع .

ومثل هذا أقوال الناس التي تدور عليها العقود والتصرفات : تحمل على عرفهم في مخاطباتهم : بمعنى أن الأحكام التي تترتب على الالتزامات الفقهية من عقود وفسوخ وشروط وغيرها ، تجرى على حسب ما يفيد اللفظ عرفا ، بحيث تكون الصيغ العرفية في الالتزامات عللا جمالية للأحكام تسبب من الأثر بقدر ما يفهمه أهل العرف ، كما في البيع والإجارة والزواج وشروط الواقفين والطلاق واليمين . فمثلا : الأصل في البيع ألا ينقذ إلا بماضيين ، وإن وجد في صيغته مضارع فلا بد فيه من قرينة الحال أو نيته ، لأن المضارع وإن كان حقيقته للحال ، يغلب استعماله في الاستقبال والوعد . واستثنوا من ذلك ما إذا تعارفه قوم للحال كأهل خوارزم فإنه يصح بلانية ولا قرينة . ولو قال شخص : لزيد عندي عشرون جنيها ، قالوا يحمل هذا الإقرار على الأمانة دون الدين ، فلا يضمن بالهلاك ، لأن كلمة عند في العرف والعادة تستعمل في الأمانة ، ومطلق الكلام يحمل على العرف .

قال ابن قاضي سماوه الحنفي في كتابه جامع الفصولين : مطلق الكلام فيما بين الناس ينصرف الى المتعارف . ١٥

وفي فتاوى الشيخ قاسم الحنفي : التحقيق أن لفظ الواقف والموصى والخالف والناذر وكل عاقد ، يحمل على عادته في خطابه ولغته التي يتكلم بها ، وافقت لغة العرب ولغة الشارع أولاً . اهـ وقال القراني في الأحكام وهو يتكلم على اعتبار العرف : ألا ترى أنهم أجمعوا على أن المعاملات إذا أطاق فيها الثمن يحمل على غالب القهود ، فإذا كانت العادة نقداً معينا حملنا الإطلاق عليه . اهـ .

ودليل اعتباره ما نقل في تحرير الأصول وغيره من الاتفاق على التخصيص والتقييد بالعرف القولي ، ومعلوم أن العرف المخصص والمقيّد معظم الباب .
ولأن مرجع العرف القولي إلى استعمال اللفظ في معنى جديد وهجر الحقيقة .
والإجماع من اللغويين على أن اللفظ إذا صار بهذه المثابة انصرف إلى المعنى الثاني ولا ينصرف إلى الأول إلا بقريّة .

ولأن المتكلم بالالفاظ التي يراد بها معانيها التي وضعت لها عرفاً ، يقصد ذلك بكلامه ، كما أن العربي وهو بين أهل اللغة إنما يتكلم بالحقائق اللغوية ، ويقصدها بكلامه أيضاً ، فوجب صرف ألفاظ المتكلم إلى ما عهد أنه المراد منه .

ولا يشترط فيه أن يكون عاماً ، بل يعتبر في هذا النوع العرف العام والخاص .
غير أن العام يفيد حكماً عاماً يسرى على الناس جميعاً ، والعرف الخاص يفيد حكماً خاصاً بأهله ، كالألفاظ المنعارة في المعاملات في بلد دون آخر ، فتجربى في كل بلدة على عادة أهلها ، ويعاملون دون غيرهم بما يقتضيه ذلك من الأحكام .
وبما تقدم من التفصيل استبان ، والحمد لله ، معنى اعتبار الفقهاء للعرف ، وقامت الأدلة الصحيحة على اعتبار كل نوع منه : فهو قاعدة فقهية محكمة .

المقال الثالث

شروط اعتبار العرف

قلت إن الفقهاء اعتبروا العرف مبني للأحكام وشرحت معنى الاعتبار وأثبت ذلك بالدليل ، وأقول هنا : إن اعتبارهم له ليس مطلقا بلا شرط ولا قيد بل هو مشروط بأمور إن انعدمت فقد صحته وصلاحيته للبناء عليه ، ولم يجمع الفقهاء له شروطا ، ولا نصوا على بعضها ، بل كل ما هنا لك أن لهم كلمات متفرقة ذكرت في الفقه لمناسبات تستفاد هذه الشروط من بعضها تصريحاً ، ومن البعض الآخر استنباطاً ، فأذكر هذه الشروط بعون الله تعالى .



الشرط الأول

أن يكون العرف مطرداً أو غالباً . قال في الأشباه : إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت اه . قال السيوطي في أشباهه : إنما تعتبر العادة إذا اطردت فإن اضطربت فلا . اه ومعنى الاطراد أن تكون العادة كلية ، بمعنى أنها لا تتخلف ؛ وقد يعبر عنه بالعموم ، فيقال : يشترط في العرف أن يكون عاماً أي شائعاً مستفيضاً بين أهله بحيث يعرفه جميعهم في البلاد كلها أو في إقليم خاص : ومعنى الغلبة : أن تكون أكثرية بمعنى أنها لا تتخلف كثيراً .

والغلبة والاطراد إنما يعتبران إذا وجدا عند أهل العرف من البلاد أو الطوائف ، أما الشهرة في كتب الفقه فلا عبرة بها ، حتى لو ورد على المفتي من يستفتيه في واقعة عرفية كان عليه أن ينظر في عوائد بلده فينبئ حكمه عليها لا على ما اشتهر في كتب المذاهب . قال القرافي في الأحكام : ولا يكفي في الاشتهار كون المفتي يعتقد ذلك ، فإن ذلك نشأ من قراءة المذهب ودراسته والمناظرة عنه ، بل الاشتهار أن يكون أهل ذلك المصر لا يفهمون عند الإطلاق إلا ذلك المعنى .

حصر ابن نجيم العرف المعتبر فيما إذا كان غالباً أو مطرداً : وذلك لأن تقرر العرف بين الناس وتمكنه في نفوسهم إنما يتم بالغلبة أو الاطراد ، ولأنهما قرينة إرادة الأمر الذي وجد فيه من تصرف المتكلم قولاً أو فعلاً ، فإذا تباعاً سلعة بدرهم وكانت الدراهم مختلفة في الرواج والمالية أو أحدهما ، حل الثمن على الغالب الشائع ، وكانت الغلبة قرينة إرادته ، وهما كذلك قرينة على الاحتياج إلى الأمر المتعارف ، فيشرع له من الأحكام ما يناسبه .

فخرج بهذا الحصر في الأمرين العرف المشترك ، وهو ما تساوى فيه الجرى على العادة والتخلف عنها ، كالتبايع بالدراهم المتساوية في الرواج والمالية : فإن العرف المشترك فاسد لا يصح الرجوع إليه ، ولا يبنى عليه حكم ، للتردد في مراد المتصرف : أهو هذا العرف أو مقابله ؛ ولذا قالوا في هذه الحالة : لو باع سلعة بدرهم مطلقة ، يفسد البيع لجهالة الثمن ؛ ولم يحكموا العرف المشترك فيما إذا اختلف الأب وابنته فيما بعث إليها من المتاع عند الزفاف أهو تمليك أو عارية .

وكذا هو لا يقضى على الألفاظ والأدلة تقييداً وتخصيصاً وإبطالا لتعارض العرفين : فإذا كان أحدهما يقتضى التخصيص أو غيره فالعرف الآخر يمنع منه ، وليس ما يرجح أحد المتعارضين من الغلبة أو الاطراد . نقل البيهقي عن المستصفي : ولا يصلح ، أى العرف المشترك ، مقيداً ؛ لأنه لما كان مشتركاً صار متعارضاً أه .

ولهذا لم يعتبر أبو حنيفة العرف في النزوج بالحرائر ؛ لأنه مشترك بينه وبين النزوج بالإمام ؛ فقال في الوكيل إذا أمره رجل بتزويجه امرأة فزوجه أمة كان ممثلاً للأمر ، ولم يعتبر هذا العرف مقيداً للإطلاق . وادعى الصاحبان أن النزوج بالحرائر عرف غالب ، فاعتبراه مخالفاً بتزويج الأمة . قالوا : وهو اختلاف عصر وزمان .^(١) وهذا الشرط معتبر في جميع أنواع العرف .

* * *

(١) انظر التبيين وغيره في الوكالة والنكاح

الشرط الثاني

أن يكون العرف عاماً في جميع بلاد الإسلام . قال في الأشباه (ص ٤١) :
تنبيه : هل يعتبر في بناء الأحكام العرف العام أو مطلق العرف ولو كان خاصاً ؟
المذهب : الأول . وقال في الفقيه من باب استئجار المستقرض المقرض : التعارف
الذي ثبت به الأحكام لا يثبت بتعارف أهل بلدة واحدة عند البعض ، وعند البعض
وإن كان يثبت لكن أحدثه بعض أهل بخارى . اه قال هبة الله بعد أن شرح
عبارة الأشباه نقلاً عن البرازية : ومقصوده من هذا النقل عدم اعتبار العرف
الخاص حيث قال : الفتوى على خلافه اه . وقال أيضاً بعد شرح كلامه نقلاً عن
البرازية في بيع الوفاء : ومقصوده من هذا النقل أن عرف بخارى وبلغ لا يعتبر ،
ولذا فروا منه إلى العرف العام وهو بيع الوفاء اه .

يؤخذ من هذه النصوص أن جمهور فقهاءنا يشترطون لاعتبار العرف أن
يكون عاماً في بلاد الإسلام كلها ، وأن العرف الخاص لا يعتبر عندهم ؛ اللهم إلا
إذا قرره السنة فإنه يعتبر حينئذ كما قال السيد الشهيد عن استئجار الحائك ببعض
ما يخرج من عمله فيما نقله البيهقي عنه : لا تأخذ باستحسان مشايخ بلخ وإنما تأخذ
بقول مشايخنا المتقدمين . لأن التعامل في بلد لا يدل على الجواز ما لم يكن على
الاستمرار من الصدر الأول ، فيكون ذلك دليلاً على تقرير النبي صلى الله عليه وسلم
إياهم على ذلك ، فيكون شرعاً منه اه .

وخالف في هذا الشرط مشايخ بلخ وبخارى وخوارزم وأبو الليث وأبو علي
النسفي فقالوا باعتبار العرف الخاص دليلاً ومخصصاً ؛ ولذلك أفتوا بجواز كثير
من المعاملات التي يمنعها الدليل ؛ فأفتى مشايخ بلخ بجواز استئجار الحائك في الغزل
بعض ما يخرج من عمله مع أنه ممنوع بدلالة نهيه صلى الله عليه وسلم عن قفيز
الطحان ؛ وأفتى مشايخ بخارى بجواز استئجار المستقرض المقرض لحفظ مرآة مع أن
الإجارة ثابتة بالتعامل العام ولم يثبت هنا ، لكن العرف الخاص على رأيهم لا يفيد
حكماً عاماً ، وإنما يفيد حكماً خاصاً بأهله (١)

(١) والمالكية على كثرة استعمالهم للعرف لم أفت لهم على اشتراط العموم فيه ، ومعلوم
مما تقدم اعتبارهم لعرف المدينة الخاص .

استدلوا على اعتباره بأن التعامل ورد في الشرع دليلا على أحكام كثيرة،
وخص به الدليل الشرعي ، كما في الاستصناع ، فإنه بيع المعدوم المنهي عنه ، ومع
ذلك أجازوه للتعامل ، وخصوصا به حديث « لا تبع ما ليس عندك » .

قال الجمهور : إن التعامل الذي ثبت به الاستصناع وغيره هو التعامل العام
لا الخاص ، لأنه ما اعتبر إلا لكونه مردودا إلى الإجماع العملي ، والإجماع العملي
لا يثبت إلا بالتعامل العام من غير تكثير ؛ أما الخاص فلا يعتمد به إجماع ، وقد كثر
كلامهم عن رد العرف الخاص في مسألة استئجار الخائف ببعض ما يخرج من عمله .
قال الزيلعي (ح ٥ صفحة ١٣٠) في رده : ومشايخنا رحمهم الله لم يجوزوا هذا
التخصيص ؛ لأن ذلك تعامل أهل بلدة واحدة ، وبه لا يخص الأثر ، بخلاف
الاستصناع فإن التعامل به جرى في كل البلاد ، وبمثلته يترك القياس ويخص الأثر . اه
قد يقال : كلام الجمهور إنما يفيد اشتراط العموم في العرف الذي يمكن رده
إلى الإجماع ، فما الدليل على اشتراط العموم في غيره ؟

الجواب : أنه تقدم (١) رد العرف الذي لم يكن أصله الإجماع إلى دلالة ، لأن
ما أجمع عليه معلل بالحاجة غالبا ؛ أو إلى قاعدة عامة ثابتة بالتأثير على اصطلاح
الحنفية ، أو بالمصلحة المرسلة على اصطلاح المالكية ؛ فإذا جرينا على الرد الأول
فاشترط العموم ، لأن الحاجة التي علل بها العرف هي الحاجة العامة من أهل
الإسلام ، ولا ريب أنها لا تثبت إلا بالتعامل العام منهم ؛ وإن جرينا على الرد
الثاني فوجه اشتراط العموم أن التأثير الذي ثبتت به قاعدة العرف هو تأثير
المشقة في التخفيف ، وقد منا أنه ليس كل مشقة مؤثرة ، بل هي المشقة الزائدة التي
تضيق بها الصدور وتلحق بالناس العنت والجهد ، وليست هنا إلا مشقة الناس
عامة وحرصهم الشامل ؛ ولم أر من علل اشتراط العموم في العرف الذي لم يكن
في عصر الإجماع ؛ وإنما انتزعت ذلك مما وصلت إليه في بحث رد العرف إلى
الأدلة الصحيحة . وبهذا ثبت اشتراط العموم للعرف في حالتيه .

والجواب عن قول الداهيين إلى اعتبار العرف الخاص إن التعامل اعتبر
دليلا ومخصصا كما في الاستصناع : أن الذي اعتبر إنما هو التعامل العام ، فيفرق بين
الاستصناع وما أثبتوا تجويزه بالعرف كاستئجار الخائف ببعض ما يخرج من عمله ،
وغيره بأن الاستصناع ثابت بالتعامل العام وما جوزوه به ثابت بالخاص .

(١) انظر بحث رد العرف إلى دلالة الإجماع .

فالحاصل كما في الأشباه : أن المذهب عدم اعتبار العرف الخاص ، ولكن أفتى
كثير من المشايخ باعتباره اه .

أقول : فما أفتوا فيه باعتباره ما نقل في فتح القدير في بحث وقف المنقول عن
أبي عبد الله الأنصاري من جواز وقف البر لإقراضه لأجل البذر ، قال الأنصاري :
ومثل هذا كثير في ناحية الري وبنباوند . وقال الكمال في البيع بالشرط المتعارف
بعد أن ذكر جواز بيع النعل على أن يشركه : ومثله في ديارنا - أي مصر -
شراء القبقاب على هذا الوجه أي على أن يسمر له سيرا . وقد جرى الفقهاء
قديماً وحديثاً ، وقضاة المحاكم عندنا ، على اعتبار العرف الخاص في وقف المنقول .
بقي أن نتساءل : هل اشتراط العموم في العرف يجرى في أنواع العرف
الأربعة أو في نوع خاص منها ؟ الفقهاء ذكروا أن المعتبر لبناء الأحكام هو
العرف العام ، وأن اعتبار العرف الخاص قول ضعيف في المذهب ، ولم يتكلموا
عن العرف الذي اعتبر فيه العموم ولا قيده بقيد خاص ؛ ولكن قال ابن عابدين
في رد المحتار (١) بعد نقل كلام الأشباه عن البرازية : الحكم العام لا يثبت بالعرف
الخاص الخ . قال : فأفاد أن معنى عدم اعتباره بمعنى أنه إذا وجد النص بخلافه
لا يصلح ناسخاً للنص ، ولا مقيداً له ، وإلا فقد اعتبروه في مواضع كثيرة ، منها
مسائل الإيمان ، وكل عاقد وواقف وحالف يحمل كلامه على عرفه كما ذكره
ابن الهمام اه .

فهذا صريح في أن العرف الذي يشترط فيه العموم هو القاضي على الأدلة ،
وهو ما يكون دليلاً على الحكم ظاهراً بالاصطلاح المتقدم (٢) . ومما يؤيد كلام
ابن عابدين أن من الثابت اختلاف أسباب التعزير وعقوبته وما يخل بالمرءة
وما به الكفاية في النفقة باختلاف الأقاليم والأزمان ، وهذه من العرف
المرجوع إليه في تطبيق الأحكام ، وقالوا في الاختلاف في متاع البيت : ما عرف
أنه للرجال فهو للزوج ، وما عرف أنه للنساء فهو للزوجة . قال في التبصرة بعد
بيان ما للرجال وما للنساء : وهذا عند المحققين تابع لعرف المتنازعين ، فرب متاع
يشهد العرف في بلد أو زمان أنه للرجال ، ويشهد في بلد آخر أو زمان آخر بأنه

(١) ج ٤ ص ٤١ . (٢) انظر بحث معنى اعتبار العرف .

للنساء، ويشهدون في الزمان الواحد والمكان الواحد أنه من متاع النساء بالنسبة إلى قوم، ومن متاع الرجال بالنسبة إلى قوم آخرين كالنحاس المصنوع في تونس من بلاد المغرب فإنه من متاع النساء بالنسبة إلى جهاز الأندلس، ومن متاع الرجال بالنسبة إلى متاع الحضرة. اهـ وهذا من نوع العرف المنزل منزلة النطق. وفي الكافي في مسألة دخول العلو في بيع البيت: وفي عرفنا يدخل العلو في الكل، سواء باع باسم البيت أو المنزل أو الدار، والأحكام تبنى على العرف، فيعتبر في كل إقليم وفي كل عصر عرف أهله اهـ. وهذا من العرف القولي.

إلى غير ذلك مما يفيد أن العرف الخاص المختلف على اعتباره إنما هو من نوع العرف الذي جعل دليلاً على الحكم ظاهراً، والذي قالوا عنه إنه يخص الدليل ويقيد، أما غيره فالعام والخاص فيه سواء.

نعم يشترط فيه أن يكون عاماً إذا كان الحكم المبني عليه عاماً، لأن العرف الخاص لا يفيد الحكم العام، بل العام يفيد حكماً عاماً يسرى على الناس جميعاً والخاص يفيد حكماً خاصاً، بأهله كالإلغاف المتعارفة في المعاملات في بلد دون آخر، فتجربى في كل بلدة على عادة أهلها، ويعاملون دون غيرهم بما يقتضيه ذلك من الأحكام.



الشرط الثالث

أن لا يكون العرف مخالفاً لأدلة الشرع؛ بأن تكون عادات الناس موافقة للأحكام التي أفادتها الأدلة، فلو خالفها بطل اعتباره، كتعارف الناس شرب الخمر ولعب الميسر، ومشى النساء وراء الجنائز، وإضاءة الشموع على المقابر، وكشف بعض العورة، وكثير مما خالف الشرع؛ ولذا رُد على محمد بن الفضل إفتاؤه بجواز كشف ما فوق المنابت من عورة الرجل للعرف؛ فإنه مخالف لما رواه الدارقطني بسنده إلى أبي أيوب، قال: سمعت النبي صلى الله عليه وسلم يقول: ما فوق الركبتين من العورة، وما أسفل من السرة من العورة. قال في الأشباه (ص ٣٧) نقلاً عن

الظهيرية : وكان محمد بن الفضل يتناول : السرة إلى موضع نبات الشعر من العانة ليست بعورة لتعامل العمال في الإبداء عن ذلك الموضع عند الاتزار ، وفي النزح عن العادة الظاهرة نوع حرج . وهو ضعيف وبمزيد : لأن التعامل بخلاف النص لا يعتبر اه .

وعن أبي يوسف أنه خالف هذا الشرط فيما إذا كان النص الشرعي مبنيًا على العرف : فقد روى عنه في أموال الربا أن النص إن كان مبنيًا عليه اعتبر ولو خالف صريح النص . قال في الفتح في الاحتجاج لأبي يوسف على أبي حنيفة ومحمد حيث قالوا إن ما نص رسول الله صلى الله عليه وسلم على أنه مكيل أو موزون فهو كذلك وإن خالف عادة الناس ، مانصه : وهو يقول : « يصار إلى العرف الطارىء بعد بناء على أن تغير العادة يستلزم تغير النص ، اه . مثاله النص على أن المعيار للأشياء الأربعة : البر والشعير والتمر والملح ، هو الكيل ؛ فإنه إنما نص الشارع على ذلك رعاية للعرف الذي كان جاريا في زمانه ، فإذا تغيرت هذه العادة فأصبح البر والتمر موزونين تغير المعيار إلى الوزن ، وصحت المساواة بهذا المعيار . والحجة لأصل هذا الشرط ، أن الدليل متى صحح عن الشارع العالم بمصالح الناس الحكيم في تدبير شؤونهم ، فهو حق وحجة قائمة على الناس بشهادة المعجزة . أما العرف فقد سبق في المقال السابق أنه في مهب الأهواء والشهوات ، وكثيرا ما يقوم على الباطل ، كالتزوج من بعض المحارم ، وإضاءة الشموع على المقابر في ليالي خاصة ، واعتبار ما يسمى بالبعثة عند عربنا شاهد عدل لإثبات الجنابة ، فإذا عرف ذلك تم أن الدليل أقوى من العرف ، بل لا تكاد توجد نسبة بينهما ، فلا اعتبار للعرف مع وجوده .

ووجه الرواية عن أبي يوسف ، أن النص المبني على العرف إنما كان بهذه الصورة التي روى بها ، لأن عادتهم كان يناسبها ذلك ، فهو يفصل عن قولها (١) إن العرف لا يعارض النص لأن النص أقوى منه ، إذ هو قد يكون على باطل - أقول : يفصل عن ذلك بأنه حيث كان النص مبنيًا على العادة القائمة كانت هي المنظور إليها ولم يشتمل على حكمه إلا من أجلها ؛ فإذا تغيرت هذه العادة صار الحكم الأول غير مناسب لها وكانت غير مفضية إلى تشريعه ؛ فوجب أن يتغير إلى حكم آخر يناسبها

ويترتب على مشروعيتها معها الحكمة وكمال المصلحة ، إذ لو كان التشريع مستمرا لنص الشارع على حكم غير المبني عليها ؛ فهو على رأيه من باب الحكم المغييا بانتهاء علته المفردة كدفع الزكاة للمؤلفة قلوبهم : فهم عمر رضى الله عنه أنه معلل بإعزاز الإسلام وأن الإعزاز قد تم وعلت كلمة الإسلام فلما جاءه المؤلفة في عهد أبي بكر يسألونه الزكاة قال : هذا شيء كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يوظيكموه لينا أنفكم على الإسلام وأما الآن فقد أعز الله الإسلام وأغنى عنكم فإن ثبتتم على الإسلام وإلا فبيننا وبينكم السيف ! . ونظيره أيضا الحكم بأن قيام رمضان سنة ؛ ثبت أنه صلى الله عليه وسلم لم يواظب عليه بل فعله مرة ثم تركه لكنه علل الترك وبين العذر فيه بحشية افتراضه على الأمة ، كما روت عائشة رضى الله عنها من حديث التراويح : « قد رأيت الذى صنعتم فلم يمنعني من الخروج إليكم إلا أني خشيت أن تفرض عليكم ، معناه لولا خشية الافتراض لو اظبت على الخروج للصلاة . فلما انتهت هذه العلة بوفائه صلى الله عليه وسلم وأمن الذبح ، حكموا بالسنية من غير مواظبة منه صلى الله عليه وسلم عليه ، فكذا النص المبني على العرف يكون مغييا بانتهائه ، فإذا تغير العرف تغير النص كذلك ، فليس في هذا مخالفة للنص بل هو تأويل له . وهذه الرواية عن أبي يوسف تنصرها شواهد كثيرة من الفقه ، وستأتى كثرة منها في المقال الخامس ، كما تؤيدها روح التشريع الذى نزهه الله تعالى عن الجفاف والجمود ، وأناطه بصالح العباد ؛ وقد رجح ابن الهمام هذا الرأى في مسألة الربا (١) .

أما إذا لم يخالف العرف أدلة الشرع فهو معتبر : سواء أكانت بينهما معارضة أم لا ؛ فالناني كمتعارف الناس كثيرا من العادات التجارية والخطط السياسية والأنظمة القضائية والاجتماعية التى تنطلبها حاجاتهم وتدفع إليها ضرورة التدبير والإصلاح . أما إن كانت بينهما معارضة فلا يعتبر العرف إلا إذا توفر فيه أمران : أن يكون عاما ، أو خاصا قد قررتة السنة ، فلا عبرة بالخاص الذى لم تقرره إلا على قول البلخيين ومن وافقهم كما تقدم ؛ وأن يمكن رده الى دليل من الأدلة .

وإنما يعتبر في هذه الحالة ، لأن حاصل الأمر تعارض دليلين من أدلة الشرع فيتخلص من هذه التعارض بالاختصاص إن كان النص عاما ، والتقييد إن كان مطلقا ،

(١) وانظر استظهار ابن عابدين الآتى في المقال الثامن .

والمصير الى الاستحسان إن كان قياسا . وليس في هذا التلخص إبطال للنص
بالعرف ، ولا قضاء عليه به ، بل هو إعمال للدليلين بقدر الامكان ، لأنه حمل للنص
على حالة خاصة وعمل بالعرف فيما عداها . نعم فيه إبطال للقياس ، ولا مانع منه ،
لأن العرف أقوى حجة ، ورعايته أقرب الى الحكمة ، إذ التعامل كما قلت
أمانة الحاجة .

مثال ما بينهما معارضة قوله صلى الله عليه وسلم : « يا حكيم بن حزام : لا تباع
ما ليس عندك ، فإنه عام ترك في الاستصناع بالتعامل . وكنهيه صلى الله عليه وسلم
عن الفرر فإنه يستفاد منه فساد كل بيع جهل فيه قدر المبيع ، وقد ترك في شربة
السقاء ، فإن البيع صحيح مع جهالة قدرها للعرف ، وهو في الفرعين راجع
إلى الإجماع .

وهذا الشرط عام في جميع أنواع العرف . فمن ذلك القرينة العرفية التي
يستعين بها القاضى في إظهار الحق لا تعتبر مع مخالفة النصوص ، كرجل مشرقى
تزوج بمغربية ، وكل مقيم في قطره ، وبينهما أكثر من ستة أشهر ، فجاءت بولد
لنصف حول وادعاه الزوج ، فلو عمل القاضى بالقرينة لم يثبت النسب منه لأن
تصور الاجتماع بينهما بعيد بل البعد في مجارى العادات . لكن النص منع من
اعتبار هذه القرينة وهو قوله صلى الله عليه وسلم « الولد للفراش ^(١) » .

ومن ذلك لفظ القرابة في قول الشخص : أوصيت لقرابتي ، فإنه يشمل الوارث
وغيره عرفا ، لكن لا يعمل بهذا التعميم في الوصية ، لمخالفته لقوله صلى الله عليه وسلم :
« ألا لا وصية لوارث ، بخلاف الوقف إذ ليس في الشرع ما ينفيه للوارث .

علم مما تقدم أن العرف لا يعتبر إذا خالف أحكام الشرع : أما إذا خالف
استعماله كما إذا وردت ألفاظ في الكتاب أو السنة مستعملة في معاني خاصة ثم
استعملها الناس في معاني أخرى ، فإن عرف الناس مقدم على عرف الشرع حينئذ
كالسقف والبساط والسراج : استعملها القرآن في السماء والأرض والشمس ،
واستعملها الناس في غير هذا ، فالمعتبر استعمال الناس لا استعمال الشرع . وعلى
ذلك تجرى تصرفاتهم في اليمين وغيره .

(١) وهذا رأى أبى حنيفة وعمل الصاحبان والجمهور بالقرينة فلم يثبتوا للنسب وخصصوا
الحديث بالعادة القاطنة بدم الملافة وهو المتجه .

الشرط الرابع

أن يكون العرف الذى يحمل عليه التصرف موجودا وقت إنشائه ، بأن يكون حدوث العرف سابقا على وقت التصرف ، ثم يستمر إلى زمانه فيقارنه ، سواء أكان التصرف قولاً أو فعلاً .

نخرج بهذا أمران : الأول : ما إذا كان العرف طارئاً على التصرف وحادثاً بعده وإن قارن العمل بمقتضاه . الثانى : ما إذا كان سابقاً على التصرف وتغير قبل إنشائه فإنه لا يحمل على كل منهما .

فلو أن شخصاً وقف سنة ألف للهجرة ضيعة على علماء الأزهر ، وكان المتبادر من كلمة العلماء من لهم خبرة كافية بعلوم الدين واللغة العربية وإن لم يحمل شهادة من الجامع الأزهر ، ثم حدث عرف فى هذا الزمان يطلق هذا اللفظ على حملة الشهادة العالمية لاغيرهم ورفعت دعوى من العلماء الذين لم يحصلوا على هذه الشهادة ، فالقاضى يفسر هذا اللفظ بالعرف الذى كان مستمرا وقت إنشاء الوقف ، وهو كل من حاز صفة العلم ، ولا يحمله على العرف الحادث .

قال ابن نجيم فى الأشباه فى المبحث الرابع : العرف الذى تحمل عليه الألفاظ إنما هو المقارن السابق دون المتأخر ، ولذا قالوا لا عبرة بالعرف الطارئ . اهـ يلاحظ على ابن نجيم أنه خص الكلام بالعرف الذى تحمل عليه الألفاظ مع أن هذا الشرط يجرى فى العرف الذى تحمل عليه الألفاظ والأفعال على السواء ، كالبيع بالمعاطاة ، ودخول الحمام من غير تعيين أجر ، ولذا عممت الكلام فى الاشتراط .

ورعاية لهذا الشرط يجب تفسير حجج الأوقاف والوصايا والبيوع والهبات ووثائق الزواج وما يرد فيها من شروط واصطلاحات على عرف المتصرفين الذى كان موجوداً فى زمانهم ، لا على عرف حادث .

الشرط الخامس

أن يكون العرف ملزماً . ذكر الكاتبون في أصول القوانين هذا الشرط من شروط اعتبار العرف . ومعنى كونه ملزماً أن يتحتم العمل بمقتضاه في نظر الناس . ولم أظفر في كتب الفقه بنص يصرح به ، ولكن قواعد المحكمة لا تأتي اشتراطه ، وفيه من النصوص ما يشير إليه ؛ لكن ليس ذلك في كل عرف ، بل يمكن ضبطه على وجه التقريب في العرف الذي يتضمن الحق على وجه الإلزام ؛ أما غيره فلا يشترط فيه ، كالعرف الذي يتضمن الإذن ، والعرف الذي يفيد وجوب السؤال عن حال الشيء عند شرائه كعقبة التعامل بالمحرم .

وأنا أنقل للقارىء فرعين من مذهبي المالكية والحنفية يشيران الى شرط الإلزام : قال في تبصرة ابن فرحون : مسألة : قال اللخمي : الشأن فيما يهديه الصديق أو الجار في العرس والولائم الثواب ، إلا أنهم يختلفون في القيام ، فإن ثبت أن مثله يطلب الثواب فله ذلك ولورثته . وذكر ابن نجيم في البحر فيما لو أنفق على معتدة الغير على طمع أن يتزوجها أقالوا في المذهب ، ثم قال : والحاصل أن المعتد ما ذكره العمادى في فصوله أنها إن تزوجته لا رجوع مطلقاً ، وإن أبت فله الرجوع إن كان دفع لها ، وإن أكلت معه فلا مطلقاً . وعلل ابن عابدين في رد المحتار عدم الرجوع فيما لو أكلت معه بأنه إباحة لا تملك . فاللخمي يروى عن أهل إقليمه أنهم اعتادوا العوض عن الهدايا التي تقدم في الولائم والأفراح ، ولكن لا يكتفى بهذا العرف في القضاء به ، بل لابد مع هذا من أن يكون المهدي ممن يطالب بالعوض . وهل هذا إلا لأن العرف الأول لم تتوفر فيه صفة الإلزام فلم يصلح للقضاء به بل لابد من أمر يجعله ملزماً وهو مطالبة أمثال المهدي بالعوض ؟ ونرى كذلك أن العمادى يفرق بين العرف في الدفع الى المعتدة والأكل معه فيعتبر الأول ملزماً لدفع عوض ما أنفق ، والثاني غير ملزم ، وهذا كما قالوا : لأن دفعه للنفقة وهو طامع أن يتزوج تملك على شرط الزوج ، حيث لم تتم رغبته رجوع في نفقته ؛ وأما الثاني فهو في العرف إباحة لا توجب أداء العوض فلا إلزام فيها .

والفقه في هذا الشرط أن العرف المعمول به في هذه الالتزامات لم يعتبر إلا لأنه كالتصریح بصيغة الإلزام، وهو إذا لم تتوفر فيه صفة التحتم لا يكون كالتصریح بها فلا تثبت به الحقوق .

وخرج بهذا الشرط العرف الذي ليس بملزم، فإنه لا يعتبر في المعاملات، ولا يصلح مستنداً لإثبات الحقوق، كالتهادى في مناسبات معينة، كالأعياد، وما يبذله التجار عادة لعملائهم من التسهيلات والهدايا على سبيل الاستمالة والترغيب، وما تعارفه الجيران فيما بينهم من الحقوق على سبيل التسامح والمجاملة؛ فإنه لو ادعى أحد شيئاً من هذا أمام القضاء لا يحكم به .

الشرط السادس

ونحتم بحمد الله هذا المقال بذكر شرط سادس يختص بالعرف الذي ينزل منزلة النطق بالأمر المتعارف؛ وهو أن لا يوجد قول أو عمل يفيد عكس مضمونه، كما إذا كان العرف في السوق تسيط الثمن، واتفق العاقدان صراحة على الحلول، أو كان العرف أن مصاريف التصدير على المشتري، واتفقا على أن تكون على البائع .

قال على حيدر في شرح المجلة: إن العرف والعادة يكون حجة إذا لم يكن مخالفاً لنص أو شرط لأحد العاقدين، كما لو استأجر شخص آخر على أن يعمل من الظهر إلى العصر فقط بأجرة معينة، فليس للمستأجر أن يلزم الأجير العمل من الصباح إلى المساء، بداعي أن عرف البلدة كذلك، بل يتبع المدة المعينة اه .

وقال ابن عبد السلام في القواعد^(١): كل ما يثبت في العرف إذا صرح المتعاقدان بخلافه، بما يوافق مقصود العقد، صح اه .

(١) ج ٢ - ١٧٨

وكذا في القرينة العرفية ؛ بأن أقامت المرأة عند التنازع في الجهاز بينة على ما هو من خصائص الرجال ، أو أقام الرجل بينة على ما هو من خصائص النساء ، فإنه يُقضى بها ، وتقدم على العرف ؛ ومثل هذا في فقه الشافعية . قال العز ابن عبد السلام في القواعد ، بعد سوق أحداثٍ أُعْمِلَ فيها بالقرائن العرفية :
واعلم أن البيئات أقوى من الظن المستفاد من هذه الجهات ، ومدرك هذه الشرط أن دلالة العرف أضعف من دلالة اللفظ ، فيترجح عند المعارضة .

المقال الرابع

مدى احترام الشريعة للعرف

إلى هنا استباننا حقيقة العرف ، وعرفنا أن الفقه اعتبره بأنواعه الأربعة ، كما عرفنا شرط ذلك ؛ وأريد الآن أن أبحث عن مقدار مراعاة الفقه له ، في طوري الوحي ، والاجتهاد ، وعن منزلته منه ، ليظهر إلى أي حد وصل احترام الشريعة له ، ولتفهم قيمته في نظرها كمال الفهم . ويقع الكلام بعون الله في فصلين :

الفصل الأول

مراعاة الفقه للعرف في طوري الوحي والاجتهاد

العادات في كل أمة إنما ينشأ قسم كبير منها لتنظيم الروابط الاجتماعية التي تكون بين الفرد والفرد ، أو بين الفرد والجماعة ، أو بين الجماعة والجماعة . وهذا بعينه هو مقصد الشريعة الإسلامية ، كما هو مقصد كل القوانين قديماً وحديثاً . والناس ألزم ما يكونون إلى الجرى على ما ألفوا ، والسير كما تعارفوا ، إذ في نزعهم عن عاداتهم حرج عظيم .

لذلك كان للشارع اهتمام عظيم بمراعاة العرف الصالح ، فيما يشرع من الأحكام حتى يسهل عليهم قبولها ، ولا يضيقوا ذرعا بتطبيقها ، وكان للعرف الصحيح أثر بالغ في شرع القانون الإسلامي .

ذلك بأن الإسلام إنما جاء لإصلاح ما فسد من أمر الناس ، وتبديد مآثر من الشرائع السابقة ، فلم يكن من طبعه نسخ عادات صالحة ، ولا هدم

شرائع عادلة ، ولا استنكار مدنيات فاضلة ، بل ما كان منها كفيلا بالمصالح أقره ، واعتبره من شريعته ، ودبر به أمر الناس ، لكن لا على أنه عادة ، بل على أنه دين فيه مصالح العباد ، في المعاش والمعاد ؛ لأن الشارع لما أحترم العرف بتقريره ، فقد شرعه للناس ، وبهذا أخذ صفة الدين المقدس .

فقد كان للأمم العربية عرف راشد في المعاملات المالية ، وآخر في الأحوال الشخصية ، وثالث في العقوبات ، ومثله في الشعائر ، إلى غير ذلك .

بعض هذه العادات أحكمته تجارب العرب الذين كانت فيهم حكمة وكان فيهم قضاء . واستقر في نفوسهم بعضها من الشرائع السابقة ، كالإبراهيمية والإسماعيلية واليهودية والنصرانية . فقد كان مقر الأولين جزيرة العرب ، وتركزت اليهودية بيثرب التي صارت فيما بعد دار الهجرة ، وحاضرة الإسلام ، واشتهرت النصرانية بالحيرة وغان ونجران ووادي القرى ؛ وبعض العادات أخذوه من الأمم المجاورة ؛ فقد كانت فارس تتاخم الجزيرة من الشرق ، والروم تتاخمها من الغرب ، وكانت للعرب معهما تجارة ، وكذا مع الشام ، وهي رحلة الصيف التي أشار إليها القرآن : « لإيلاف قريش ؛ إيلافهم رحلة الشتاء والصيف » ؛ وقد كانت الشام إذ ذاك ولاية رومانية ، ومعلوم أن الفرس والروم دولتان بلغتا إذ ذاك مبلغاً في الحضارة والتشريع .

أما المعاملات فقد كان للعرب بيوع ورهون وشركات ومضاربات وإجارات ، أقرها الإسلام ، وإن كان قد نهى منها عما فيه أكل أموال الناس بالباطل ، وما يفضى إلى المنازعة كربا النسب والفضل ، وبيوع الغرر ؛ والمخاطرة كبيع الحمل والنتاج واللبن في الضرع والبيع بالملامسة والمباذة وإلقاء الحجر .

أخرج أبو داود عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال للسائب بن أبي السائب : « كنت شريكى فعم الشريك ! كنت لا تدارى ولا تمارى » . قال ابن هشام في السيرة وهو يتحدث عن السيدة خديجة زوج النبي صلى الله عليه وسلم : قال ابن إسحاق : وكانت خديجة بنت خويلد امرأة تاجرة ذات شرف ومال تستأجر

الرجال في مالها وتضاربهم إياه بشيء تجعله لهم اه . إلى غير ذلك من النصوص التي تدل على معاملات كثيرة أقرها الإسلام .

وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند الإنسان : ولما كان ذلك شاملا للسلم الذي هو معاملة جارية بالمدينة وإن هو جعل النهي شاملا له ، أخرج الناس حرجا عظيما : أقول لما كان كذلك رخص فيه وأقرهم عليه بعد تعديل نظامه .

أخرج البخارى عن ابن عباس قال : قدم النبي صلى الله عليه وسلم المدينة وهم يسلفون في الثمار السنة والسنتين ، فقال : ه من أسلف فأيسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم . . وقد نهى صلى الله عليه وسلم كذلك عن بيع المزابنة وهو بيع البلح على رموس النخيل بمقداره من التمر المجذوذ ، لكن لا على سبيل التحديد بل على سبيل التخمين ، إذ لا يمكن إلا كذلك . وسبب النهي ما فيه من احتمال ربا الفضل : وشبهة الربا حرام كعين الربا . ولما كانت الحاجة قد تدعو إلى شراء البلح على رموس النخل بالتمر لا كده فاكهة ، وكان ذلك عرفا شائعا بينهم ، وكان في نزعم منه حرج ، استثناء صلى الله عليه وسلم من بيع المزابنة ، ورخص فيه فيما دون خمسة أوسق مع وجود شبهة الربا كما هو ذهب الشافعى والجمهور وهو المعروف ببيع العرايا . أخرج البخارى بسنده قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع المزابنة : بيع التمر بالتمر إلا أصحاب العرايا فإنه قد أذن لهم . .

والحق أن هذين المثالين من أعدل الشواهد على سماحة الشريعة ومراعاتها للعرف وسعيها جهد المستطاع في رفع الحرج عن الناس . يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر . . يريد الله أن يخفف عنكم . . وأخيرا يمكننا أن نقول : إن مدينة الرسول صلى الله عليه وسلم كانت بلد زرع وبساتين ، وقد عرفت نظاما في الزراعة والتجارة رضى الإسلام عن كثير منه .

وأما في نظام البيوت فقد كان لهم زواج كنظام الإسلام ، تخطب فيه المرأة إلى وليها وتعطى صداقها .

أخرج البخارى وأبو داود عن عائشة قالت . كان النكاح فى الجاهلية على أربعة أنحاء . منها نكاح الناس اليوم ؛ يخطب الرجل إلى الرجل وليته أو ابنته فيصدقها ثم ينكحها . الحديث . نعم كانت عندهم أنواع من السفاح يتعاطاها شرار الشبان الذين لا يخلو منهم عصر ولا قطر ، ولم يكن ذلك مستحسناً فى الأمة العربية ولا مرضياً عند جمهورها ، ولم تكن المرأة مجبرة على الزواج بل كان أمرها بيدها . يحدثنا أبو الفرج فى كتاب الاغانى : أن الحارث بن عوف المرمى وفد على أوس ابن حارثة الطائى يخطب إليه إحدى بناته ، وكان له ثلاث بنات ، فعرض الأمر على السكرى والوسطى فأبتا ، ثم خاطب الصغرى فى ذلك فقال لها : هذا الحارث بن عوف سيد من سادات العرب جاء طالباً خاطباً ؛ فقالت : أنت وذلك ، فأخبرها بإياه أختها ؛ فقالت : لكنى والله للجميلة وجهاً ، الصنّاع يدا ، الرفيقة خلقاً ، الجسيبة أبا ، فإن طلقنى فلا أخلف الله عليه بخيراً ، فزوجها الحارث . وقد جاء بهذا الإسلام : أخرج فى منتهى الأخبار عن الجماعة عن أبى هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم . لا تنكح الأيتم حتى تُستأمر ، ولا البكر حتى تُستأذن ، قالوا : يا رسول الله وكيف إذنها ؟ قال : أن تسكت . وهذا هو الرأى الذى تؤيده الأدلة ، ويناسب مبدأ احترام الحقوق الذى جاءت به الشريعة .

وكانت الكفافة بين الزوجين عندهم أمراً لازماً يبتغيه ما طبعوا عليه من التفاخر بالأحساب والاعتزاز بالأنساب .

روى المبرّد فى الكامل : أن أبا طالب خطب فى زواج النبي صلى الله عليه وسلم بالسيدة خديجة ، فقال : الحمد لله الذى جعلنا من ذرية إبراهيم وزرع إسماعيل ، وجعل لنا بلداً حراماً وبيناً محجوجاً ، وجعلنا الحكام على الناس . ثم إن محمد بن عبد الله ابن أخى من لا يوازن به فتى من قريش إلا رجح عليه برأ وفضلاً وكرماً وعقلاً ومجداً ونبلاً ، وإن كان فى المال قُلٌّ فإن المال ظل زائل وعارية مسترجعة .

وكانوا يؤثرون الحرائر على السبايا حرصاً على شرف أولادهم وإبعاداً للعار عنهم ؛ بل كان كبارؤهم يترفعون عن ذلك حتى اعتدوا من مفاخر الرجل أن تكون أمه حرة نسيية ، لا سبية جليية . وكانوا يقولون : العرق دساس . وقد رغب القرآن

في الاقتران من الحرائر إلا عند الحاجة . ومن لم يستطع منكم طولاً أن ينكح المحصنات المؤمنات فما ملكت أيمنكم من فتياتكم المؤمنات . وكان جمهورهم يحرمون الاقتران من الأمهات والبنات والأخوات . والقرآن يقول « حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم » . وذكر الخضرى في تاريخ الأهم الإسلامية : أنهم كانوا يطلقون ، وكان الطلاق بيد الرجل ، إلا أنه كان هناك نساء يمتزبن بشرف قومهن فكانوا يشترطون أن تكون الفرقة بأيديهن . وكان لهم ظهار ورجعة . وكان للزوجات إحداد على من توفى من الأزواج . وكانوا يثبتون الأنساب بطرق وإن أنكر الشرع بعضها .

وقد أوجب الشرع الإنفاق على الزوجات والأولاد ، وأحال في معرفة جنس النفقة وقدرها على العرف : قال تعالى « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف » . وقال صلى الله عليه وسلم في أمر النساء كما في حجة الوداع : « ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف » .

نعم : كانت لهم عادات في هذا الباب لا تخلو عن هبات طهرهم الشارع من رجسها ونبه على فسادها . قال السيوطى في أسباب النزول : أخرج ابن أبى حاتم عن أبى صالح قال : كان الرجل إذا زوج ابنته أخذ صداقها دونها ، فنهاهم الله عن ذلك فأنزل « وآتوا النساء صدقاتهن نحلة » . وأخرج الترمذى والحاكم وغيرهما عن عائشة قالت : كان الرجل فى الجاهلية يطلق امرأته ما شاء أن يطلقها وهى امرأته إذا ارتجعها وهى فى العدة وإن طلقها مائة مرة وأكثر . حتى قال رجل لامرأته : والله لا أطلقك فتبينى منى ولا آويك أبداً ! قالت : وكيف ذلك ؟ قال : أطلقك فكلامت عدتك أن تقضى راجعتك . فذهبت المرأة فأخبرت النبى صلى الله عليه وسلم فسكت حتى نزل القرآن « الطلاق مرتان » . وأخرج فى منتقى الأخبار عن البخارى ومسلم بسندهما إلى حميد بن نافع قال : قالت زينب : وسمعت أمى أم سلمة تقول : جاءت امرأة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت : يا رسول الله إن ابنتى توفى عنها زوجها وقد اشتكت عينها فكحلها ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا . مرتين أو ثلاثاً ، كل ذلك يقول : لا . ثم قال : إنما هى أربعة أشهر وعشر : وقد كانت إحداكن فى الجاهلية ترمى بالبعرة على رأس الحول . قال حميد : فقلت لزينب : وما ترمى بالبعرة

على رأس الحول؟ فقالت زينب: كانت المرأة إذا توفي عنها زوجها دخلت حفشا (أى بيتاً صغيراً) ولبست ثيابها ولم تمس طيباً ولا شيئاً حتى تمر بها سنة ثم توتى بدابة حمار أو شاة أو طير فتفتض به (أى تمسح به موضع الحرث) فقلما تفتض بشيء إلا مات ثم تخرج فتعطى بعرة فترمي بها ثم تراجع بعد ما شأت من طيب أو غيره أ. هـ. وكان لهم نظام فى التبنى: يتبنى الرجل ولد غيره فتجرى عليه أحكام البنوة. وقد تبنى رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل البعثة زيد بن حارثة، وتبنى الخطاب عامر بن ربيعة، وأبو حذيفة مولاه سالماً. وكذلك كان نظامهم فى التوريث أنهم لا يورثون إلا من يحارب ويذب عن الحوزة ويحرمون النساء والأطفال؛ فجاء القرآن يهدم الأول وتعديل الثانى: قال تعالى: «وما جعل أدياءكم أبناءكم». وقال: «للرجال نصيب، الآية» (١)

فالمطلع يرى ما فى هذه العادات من إضاعة لحقوق الضمفاء والتضييق عليهم وإثبات الأنساب لغير مستحقها، والتشبث بأشكال وتقاليد غير معقولة، ولذلك فهى غير صالحة للبقاء، فكان لزاماً على الإسلام الذى طبيعته إصلاح ما فسد من أمر الناس أن يبطل هذه الخرافات، ويحل محلها نظاماً عادلاً، فيه هدى وشفاء. وأما العقوبات فقد كان القصاص عندهم عقوبة القتل العمد. ومن المأثور عنهم: القتل أنى للقتل، والدية عقوبة الخطأ. وقد جاء بذلك القرآن. وكانت الدية عندهم على العاقلة، والعاقلة عصابة القاتل وقبيلته. وقد روى البخارى: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بدية المرأة المقتولة ودية جانيها على عصابة القاتلة. ونظام القسامة الموجودة فى الشريعة هو النظام الذى كان عندهم. روى مسلم عن أبى سلمة ابن عبد الرحمن وسليمان بن يسار عن رجل من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم من الأنصار أن النبي صلى الله عليه وسلم أقر القسامة على ما كانت عليه فى الجاهلية. وذكر البخارى صفتها فى الجاهلية عن ابن عباس فى حديث طويل أغفلناه خشية التطويل.

وأما الشعائر، فإن العرب تلتقت عن الأديان السابقة شيئاً من الشعائر، خلطوا بعضها بالوثنية وضلالة الشرك، وسلم بعضها، فلما جاء الإسلام أقر من ذلك

(١) انظر تفسير الألوسى ٢١٥ ص ١٣٠، ٤٥ ص ٢١٠.

ما رآه صالحا ؛ فقد كان العرب يحجون البيت الكريم ويعتمرون ، فأقر الإسلام هذين النسكين بعد أن طهرهما من أدران الشرك ، كستلطيخ الكعبة بدماء القرابين ، وقولهم في التلبية : لبيك لا شريك لك إلا شريكا تملكه وما ملك . أخرج البخارى عن عاصم بن سليمان قال : سألت إنسانا عن الصفا والمروة ، قال : كنا نرى أنهما من أمر الجاهلية ، فلما جاء الإسلام أمسكنا عنهما ، فأنزل الله : . إن الصفا والمروة من شعائر الله . .

وذكر البخارى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خطب يوم فتح مكة فقال : . إن هذا البلد حرام لا يعضد شوكة ، ولا يختلى خلاله ، ولا ينفر صيده ، ولا تلتقط لقطته إلا لعرف . . قال العباس : إلا الإذخر فإننا نجعله للقبور والبيوت ، فقال الرسول . إلا الإذخر . . وهذا الأثر آية بيّنة على سماحة الشريعة ومراعاتها لعرف الناس وحاجاتهم ؛ فإن المشرع صلوات الله عليه عمم في تحريم قطع الأشجار ، فلما علم حاجاتهم الى الإذخر لأنهم اعتادوا أن يستقفوا به البيوت ويسدوا به الخلل الذى يكون بين لبنات القبور ، خصصه وأخرجه من حكم العام . وقد تقدم مثل هذا التيسير فى بيع العرايا والسلم . وفى حجة الله البالغة : أن الغسل من الجنابة والختان مازالا متعارفين عندهم ، وقد قال تعالى : . وإن كنتم جنبا فاطهروا . . وقال صلى الله عليه وسلم فيما رواه الجماعة عن أبي هريرة : خمس من الفطرة ، وعد منها الختان^(١)

أخرج البخارى ومسلم وأبو داود عن ابن عباس قال : قدم رسول الله صلى الله عليه وسلم المدينة فرأى اليهود تصوم يوم عاشوراء ، فقال : ما هذا ؟ قالوا : هذا يوم صالح نجي الله تعالى فيه موسى عليه السلام وبنى إسرائيل من عدوهم فصامه ، فقال صلى الله عليه وسلم : . أنا أحق بموسى منكم ، فصامه وأمر بصيامه . وكان الاعتكاف من القرىبات المعروفة عندهم ، وقد جاء به الاسلام : أخرج البخارى ومسلم عن ابن عمر . أن عمر سأل النبي صلى الله عليه وسلم قال : كنت نذرت فى الجاهلية أن أعتكف ليلة فى المسجد الحرام ، قال : . فأوف بذكرك . . وأحال سبحانه تقدير كفاية الطعام فى الدين على الوسط من طعام الأهل

(١) ج ١ ص ١٢٧ حجة الله البالغة ، ونيل الاوطار ج ١ ص ١٣٣ .

المتعارف ، قال تعالى : « فإطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم ، .

هذه الإمامة يسيرة تعطينا صورة واضحة عن موقف الاسلام نحو العادات التي سبقتها . وخلاصته أنه أقر الصالح منها ، وهذب ما يشوب صلاحه نقص ، وأبطل ما كاله شر وفساد .

في طور الاجتهاد :

بعد العصر النبوي ، اتسعت بلاد الإسلام ؛ ففي عهد الخليفة عمر رضى الله عنه تم فتح فارس والشام ومصر ؛ وفي عهد معاوية وصل الفتح الى سمرقند ؛ وفتحت الأندلس في عهد الوليد بن عبد الملك ؛ وعلى الجملة فإن الرقعة الإسلامية بلغت أوجها في الاتساع صدر الدولة العباسية ، حتى أصبحت الراية الإسلامية ترفرف على جزيرة العرب والعراق ، وبلاد ما وراء النهر وخراسان وفارس ، وبلاد السند ، والشام ومصر ، والمغرب والأندلس ؛ وهذه كلها تتردد فيها عادات وتقاليد قانونية وأخلاقية لم يسمع بها الإسلام بعد ، وأحوال لم يتحدث عن أحكامها بصراحة ؛ ففي بلاد الفرس كانت توجد عادات فارسية ونبطية تقوم على ما كان لهم من مدنية وقوانين ، وكان الفرس أهل زراعة وصناعة ، وكان عندهم مال وفير ، والمال يستدعى ضروبا من التجارة ، وأنواعا من اللهو ، فكانت عاداتهم تتناول كل هذا ؛ وكانت مصر والشام تحت حكم الرومان إبان الفتح ، والرومان هم أهل القوانين التي بلغت شأوا من الرقي ، فكان في الشام عادات رومانية في المعاملات وطرق التقاضى ، وفي مصر مزيج من العادات الرومانية والإغريقية والمصرية ؛ وكان في جزيرة العرب عادات عربية ، وفي المغرب والأندلس عادات بربرية وقرطبية ؛ ولم يكن الفتح الاسلامي استعمارا واستغلالا ، بل كان الغرض منه نشر النور وإذاعة العدل ؛ « كتاب أنزلناه إليك لتخرج الناس من الظلمات الى النور بإذن ربهم الى صراط العزيز الحميد . .

ولذلك نزل المجتهدون من المسلمين بهذه البلاد قضاة ومفتين فواجهوا هذه

العادات على تباينها وجهلهم بها ، فكان طبيعياً أن يُعملوا ملكاتهم الفقهية لإعطاء هذه العادات أحكامها من الشريعة ، فظهر لذلك أثره في ثلاث نواح :

الناحية الأولى : أن هذه العادات عرضت على المجتهدين في مختلف البلاد ، فطبقوا عليها مبادئ الفقه العامة ، فما كان منها صالحاً أقرّوه ، كتدوين الدواوين ، فإنها عادة فارسية ، وكثير من الفروع الواردة في بابي الإجارة والبيع : وما كان فيه نوع من العوج هذبوه ، كوضع الخراج على الأراضى ، فإن ذلك كان معروفاً^(١) عند الفرس ، لكن مع الإرهاق والزيادة على الطاقة . وقد قبله عمر والصحابه بعد تعديل نظامه بما فيه النصفه والرفق ؛ قال عمر لعثمان بن حنيف وحذيفة بن اليمان ، بعد أن فرغوا من تقدير الخراج على أرض فارس : أخاف أن تكونا حمتلما الأرض مالا تطبيق . قالوا : حمتلناها أمراً هي له مطيقة^(٢) . وما كان كاه شراً وفساداً استنكروه ورفضوه ، كاتخاذ النيروز والمهرجان عيداً عند الفرس . وامتناع الهنود البراهمة من ذبح الحيوان شفقة به ، لما في الأولى من التشبه بالجوس ، وفي الثانية من تحريم الطيبات من الرزق : شأن المجتهدين في هذا الصنيع شأن الوحي الذي نظر إلى عرف العرب ، فكان موقفه منها ما أسلفنا .

الناحية الثانية : أن المجتهدين في استنباطهم للأحكام من القواعد العامة تأثروا إلى حد ما بالوسط الذي كان يعيش فيه هؤلاء الناس ، والعادات التي كانت تكتنفهم ؛ ذلك أن المجتهدين يعتقدون أن الأحكام التي أنزلها الله صالحة لكل زمان ومكان ، وأن من أغراضها رفع الحرج عن الناس ، فلو لم تتأثر الأحكام المبنية على العادات في استنباطها ببيئة الناس ، ولو لم تكن مناسبة لظروفهم ، مس الناس الضيق ، وصارت الشريعة مجافية للغرض الذي بنيت عليه .

(١) تاريخ ابن الاثير ج

(٢) فتح البدير ج ٤ ص ٢٠٣

فالمجتهدون الذين عاشوا في الأقاليم الفارسية مثلاً ، تأثروا بعبادات الفرس التي كونتها حضارتهم وقوانينهم ؛ والذين كانوا بمصر والشام ، تأثروا بعباداتهما التي كونتها مدينة الرومان وقوانينهم ؛ والذين عاشوا في جزيرة العرب ، تأثروا بحالة البداوة البعيدة عن زخرف المدنية ومشاكلها ، وهكذا .

وليس معنى هذا أن العرف والظروف تتحكم في النصوص الصريحة ، فتحمل المجتهدين على القول بحكم غير الذي تعطيه ، بل معناه أن من النصوص ما هو قواعد عامة ، يمكن تطبيقها حسب ظروف الناس وأحوالهم ؛ ومنها ما هو مغلل بمصالح خاصة ، يمكن أن تدور الأحكام التي تشتمل عليها مع هذه المصالح .

ونضرب لهذا الأمثال بما قدمناه في الفصل الثاني ، من المقال الثاني ، كالتعزير وأسبابه ، ومقدار الكفاية من النفقة ، وما يحل بالمرءة . وضح عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قضى بدية المرأة المقتولة ، ودية جنينها على عصابة القاتلة ، فكانت الدية على عصابة القاتل ؛ واستمر ذلك في عهده صلى الله عليه وسلم ، وأبي بكر ؛ فلما كان عهد عمر ، ودونت الدواوين ، جعلها على أهل الديوان ، إن كان القاتل منهم ، كما في البدائع ^(١) عن النخعي ، وذلك لأن العقل بالنصرة ، وقد كانت العادة أن النصر بالعضوية ، وصارت في عهد عمر بالديوان ، فناسب ذلك أن يضع الدية على أهل الديوان .

أخرج أصحاب الكتب الستة عن زيد بن خالد حديث اللقطة ، وفيه أنه سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن التقاط الإبل ، قال قلت : فضالة الإبل ؟ قال : مالك ولها معها سقاؤها وحذاؤها ترد الماء وتأكل الشجر فذرهما حتى يجدها ربها . . وأخرج مالك في الموطأ عن ابن شهاب قال : كانت ضوال الإبل في زمان عمر رضي الله عنه إبلا مؤبلة تتناجح لا يمسكها أحد حتى إذا كان عثمان أمر بمعرفتها ثم تباع فإذا جاء صاحبها أعطى الثمن . فهذا حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم يفيد المنع من التقاط الإبل ، وهذا عثمان رضي الله عنه يجتهد

(١) ج ٧ - ٢٥٦ .

فيفى بالتقاطها وتعريفها ؛ وهذا لأن المصلحة في التقاطها صيانة للأموال من الضياع ، وقد كانوا في الزمن الأول يطلقون الإبل في البرية ترعى الأشجار وترد الماء حتى إذا احتاجوا إليها أخذوها ، فكان الأمن منتشرا ، وكانت النفوس عامرة بالصلاح ، فلم تكن كتم حاجة إلى الالتقاط ، حتى إذا كان عهد عثمان وتبدلت الحال وخيف على الإبل أن تمتد إليها يد السوء ، وجدت مصلحة الالتقاط ، فأفتى به عثمان رضى الله عنه .

قال السرخسى : في المبسوط جوابا عن حديث زيد : وذلك كان لغلبة أهل الصلاح ، والامانة لا تصل إليها يد خائنة ، فإذا تركها وجدها ؛ وأما في زماننا فلا يؤمن وصول يد خائنة إليها ، في أخذها إحيائها وحفظها على صاحبها فهو أولى اه .

وهذا الأثر الذى أسلفناه قد يبدو واضحا في فقه المذاهب سواء كان من جهة الأحكام المستنبطة نفسها ، أو من جهة تفريع الفروع كما في الفقه الحنفي الذى نشأ بالعراق ذات المدنية المعقدة ، والفقه المالكي الذى نشأ بالحجاز ذات البداوة السهلة . قال ابن خلدون^(١) وهو يعلل انتشار مذهب مالك في المغرب والأندلس : ولم يكونوا يعانون الحضارة التى لأهل العراق ، فكانوا إلى الحجاز أميل لمناسبة البداوة . ولهذا لم يزل المذهب المالكي غضا عندهم ولم يأخذوا تقبيح الحضارة وتهذيبها كما وقع في غيره من المذاهب اه .

وهذا يشير إلى أن بداوة الحجاز أثرت في مذهب مالك ، ولذلك كان ملائما لبلاد الأندلس والمغرب . قالوا^(٢) وكتب الشافعى مذهبا في العراق ضمه كتابه الحجية ، فلما قدم إلى مصر عام تسع وتسعين ومائة اطلع فيها على عوائد غير العوائد التى كان يعرفها في الحجاز والعراق ، ورأى أحوالا غير الأحوال ، فكان هذا مما دعاه إلى الإعراض عن مذهبه القديم وكتابة مذهبه الجديد الذى احتواه كتاب الام . ونحن لا نشك في أن الشافعى رضى الله عنه يقول بأنواع العرف الأربعة كما تقدم الاستشهاد لها بمثل من فقهه ، ولكن جعل العرف من

(١) المقدمة ص ٣٩٢ (٢) انظر ضعى الاسلام ج ٢ فصل التشريع

أسباب العدول عن مذهبه القديم محل نظر . فقد تبعت كثيرا من الفروع التي اختلف فيها المذهبان القديم والجديد ، فوجدت مداركها كلها حديثة أو اجتهادية ولا أثر للعرف فيها ، كاختلاف القديم والجديد في الموالاة في الوضوء ، وآخر وقت المغرب ، وفي طلب الشفعة على الفور أو التراخي ، وفي أن وجوب نفقة الزوجة بالتمكين أو بالعقد ، وفيما لو عرضت آفة على الثمر الذي يبيع بعد بدو صلاحه وُسلم ، هل يكون من ضمان البائع أو من ضمان المشتري . وسألت كذلك من أثق به من حضرات علماء الشافعية فأنكروا هذا الكلام . وأيا ما كان فهذه مسألة تاريخية فصل القول فيها يتوقف على استقراء الأحكام التي اختلف فيها المذهبان .

الناحية الثالثة : إن الأمة الإسلامية على اختلاف بقاعها ومنازعا قد تمس حاجتها إلى عادة من العادات فتتفق جميعها على تعاملها من غير نكير أحد من المجتهدين ، فيكون ذلك إجماعا فعليا على جواز هذا الأمر ، وإن خالف الدليل باعتبار أصله ، كاستصناع ما فيه تعامل ، والشرط المتعارف في البيع ، وكثير .

وهذه اللوحة القصيرة ترىنا كيف راعى الفقه العرف في طوري الوحي والاجتهاد . والخلاصة أن المجتهدين ترسموا خطى الوحي في اتباع المصلحة ورفع الحرج . وستأتي في البحوث التالية مراعاة الفقه للعرف في عهد التقليد ، في تطبيق الأحكام وتخريجها والعدول عن ظاهر الرواية من المذاهب ، وترجيح بعض الآراء الفقهية على بعض .

الفصل الثاني

منزلة العرف من الفقه

الفقه : هو العلم بمجموعة الأحكام التي تنظم علاقة الإنسان بالخلق والخالق .
مصدرها الذي تستمد منه : كتاب الله وسنة رسوله . والذين يستمدونها هم المجتهدون
أولو العلم والفهم . والذين يطبقونها بين الخلق للتمييز بين المضار والمنافع وإقامة
قسطاس العدل هم القضاة والمفتون . وقد أسلفت استعمالات العرف الأربعة
في الفقه . والآن أريد أن أبين منزلته منه لسكون على علم بالمهمة التي يقوم بها نحوه
على وجه الإجمال .

للعرف منزلة لا يستهان بها في كل من الاستنباط والتطبيق .

بيانه بالنظر إلى الاستنباط : أن النص قد يتوقف في أخذ الحكم منه على العرف
والعادة ؛ فقد عرنا أن للبيئة والعادات القائمة أثرا كبيرا في تكوين رأي المجتهدين ،
ويأتي في المقال الخامس بنص الفقهاء على أن من شروط الاجتهاد أن يكون
المجتهد عالما بعرف الناس ، وسبق أن العرف قد يفيد مشروعية الحكم ، وقد يعدل
من أجله عن الأدلة وإن كان هذا بحسب الظاهر فقط . وقال الأصوليون
والفقهاء : تترك الحقيقة بدلالة العادة ، وقالوا : العبرة للغالب الشائع لا للقليل النادر .
وهذا وأمثاله يحدد مهمة العرف بالنظر إلى الاستنباط ، وهي أنه أمانة على
الأدلة أو قرينة مساعدة على استنباط الحكم منها ، وأما بالنظر إلى التطبيق فإن
العرف مصدر خصب لإظهار أحكام الله عند القاضي والمفتي ، وقد قال الفقهاء :
العادة محكمة أي تجعل حكما عند النزاع ، وسبق في المقال الثاني أن الشارع قد
ينص على أحكام كلية يتوقف تطبيق الحكم الجزئي من هذه النصوص على العرف
وسقت على ذلك الأمثلة ، كما تقدم اعتبار الشارع للعرف القولي والعرف الذي
يقوم مقام النطق بالأمر المتعارف ، وبينت أن هذا يشمل الالتزامات بأنواعها ،
ونوع الشيء الملزم وقدره ، والقرائن العرفية التي تسوغ للمفتي أن يفتي ، وللشاهد
أن يشهد ، وتمنع القاضي عن سماع الدعوى ، وترجع له من يكون القول قوله عند
التداعي ، وأشيعت القاري الكريم من الأمثلة هناك . لا شك بعد هذا أن هذين
النوعين عماد تصرفات المكلفين القولية والفعلية .

وبعد هذا يمكن تحديد مهمة العرف نحو التطبيق ، وهي أنه مصدر لإظهار الأحكام عند المفتي والقاضي ، سواء نص الفقه على الأمر المتعارف نفسه أو أحال على العرف . فالأول كقول الفقهاء المتقدمين : لا يدخل العلو بشراء بيت وإن قال : بكل حق هو له ما لم ينص عليه ، وبشراء منزل لا يدخل إلى أن يقول : بكل حق هو له أو بمرافقه ، وبشراء الدار يدخل العلو وإن لم يذكر شيئا من ذلك . اهـ قال الكافي : وهذا التفصيل عرف أهل الكوفة .

والثاني كقول الفقهاء : المعروف بين التجار كالمشروط بينهم . الأيمان مبنية على العرف . يجوز وقف المنقول فيما فيه تعامل . العادة محكمة .

بقي أنه هل يمكن أن يكون العرف مصدرا تشريعيا للفقه كالكتاب والسنة ؟ للجواب على ذلك : نقول إن أريد أنه مصدر حقيقي تستمد منه الأحكام فليس بمصدر أصلا ، وإن أريد أنه مصدر ظاهرا نظرا إلى ظاهر الاستدلالات التي أوردها الفقهاء وفي الحقيقة يرجع إلى أصل من أصول الفقه ، فنعم ، وهو البحث الذي كتبه في الفصل الأول من المقال الثاني .

بقي أن يقال : كيف يتم القول بأن العرف ليس مصدرا تشريعيا وقد تقدم لك في الفصل الأول من هذا المقال أن العرب كانت لهم عادات في المعاملات ونظام البيوت وغيرها أقرها الإسلام ، وأن الفرس والروم كانت لهم عادات كذلك ؟ والجواب عن هذا : أن بعض هذه العادات كما قدمنا موروث عن الشرائع السابقة ؛ فقصارى أمره أن الشرع الإسلامي أقر شيئا من شرع من قبله ؛ ولا بدع في هذا ؛ شرع لكم من الدين ما وصى به نوحا والذي أوحينا إليك وما وصينا به إبراهيم وموسى وعيسى ، ومن قواعد الأصول أن شرع من قبلنا شرع لنا إذا قصه الله ورسوله من غير إنكار ولم يرد ناسخ ، فليس في هذا استمداد للشرعة من العرف . وبعض العادات وإن وفق إليه الناس بمحض عتوهم لكن لا مطعن في هذا أيضا ، على ما ادعينا ، وذلك لأن قسما كبيرا من العادات في كل أمة يقوم على تنظيم الروابط الاجتماعية وتدير مصالح الناس ، وهذا راند الشريعة ؛ لذلك قد تشرع بعض الأحكام موافقة لبعض العادات ؛ فكل ما هناك أنه وجد توافق بين ما أنتجه الفكر وما جاء به الشرع ، ولا بدع في هذا أيضا متى اتحدت الغاية ؛ فقد كان عمر بن الخطاب رضي الله عنه يقول في الحادثة تنزل بالمسلمين قولاً فيظهر موافقته للقرآن بعد نزوله . فتم بهذا أن العرف ليس من مصادر الشريعة على أي وجه قلبناه .

المقال الخامس

تبدل الأحكام بالعرف والعادة

ذكرت في فاتحة الرسالة أن المتصد الأعظم للشريعة هو حفظ مصالح الخلق على اختلافها، وقلت إن مما به حفظها مراعاة العرف والعادة.

وأقول هنا: إن هذه المراعاة التي بها حفظ المصالح قد تستدعي لا محالة تغير الأحكام.

شرح ذلك: أن المصلحة هي الحكمة التي ترتب على شرع الحكم مع حال خاصة، سواء أكانت جلب منفعة أو تكميلها، أو دفع مفسدة أو تقليلها.

وقد تحدث أعراف، وتنشأ للناس حاجات، وتجدّ أحوال غير الحال الأولى كالذي يسمونه بعموم البلوى وفساد الزمان تجعل بقاء الحكم معها في الواقعة المعينة مثار شرور ومفاسد تربي على المصلحة الأولى فتتلاشى تلك المصلحة، وتنخرم المناسبة بين الحكم والحال التي كانت مفضية إلى تشريعه، فلم يعد يلائمها هذا الحكم، ولا ترتب المصلحة المقصودة منه مع بقاءه؛ فتقتضى أصول الشريعة تبديله بحكم آخر لتدبر تلك المفاسد وتحتتم المصلحة المقصودة.

ولذلك قال مالك رضي الله عنه: «تحدث للناس فتاوى بقدر ما أحدثوا». قال الزرقاني في شرح الموطأ^(١): «ومرادُه أن يحدثوا أموراً تقتضى أصول الشريعة فيها غير ما اقتضته قبل حدوث ذلك الأمر». وقال عمر بن عبد العزيز: «تحدث للناس أفضية على قدر ما أحدثوا من الفجور». قال القرافي^(٢) في الفروق: «ولم يرد رضي الله عنه نسخ حكم بل المجتهد فيه ينتقل له الاجتهاد لاختلاف الأسباب. اهـ»

(٢) ج ٢ ص ٥٠

(١) ج ٤ ص ٢٠٤

ويجب أن يعلم أنه ليس كل العادات متغيرة حتى تتغير الأحكام المبنية عليها دائماً ، بل كما تقدم في تقسيم العادة ، منها ما هو ثابت في كل زمان ومكان كعادة الظلم في الإنسان والاعتداء على النفس والأعراض والأموال : ولذا نرى أن حكم القصاص وحد الزنا والقذف والسرقة لا يتغير حتى يرث الله الأرض ومن عليها ، وكالرمي بالكفر فإنه شين في عرف الناس جميعاً ولذا لا يسقط حكم التعزير عليه في كل حال .

ثم هذا التغيير في الأحكام تبعاً للعادات ، منه ما هو منصب المجتهدين الراغبين في فهم أسرار الدين ، يترسمون من أجله أصول الفقه الصحيحة ، كالاستحسان والمصلحة المرسله وسد الذرائع ، كقول مالك بتضمين حمل الطعام للعرف الراجع إلى المصلحة وهي دفع الضرر الناجم عن إهمال هذه الفئة ، مع أن الأجير أمين في الأصل ؛ ومنه ما يكفي فيه أن يكون للشخص إلمام بالأحكام ودراية بقواعد المذهب الذي يراه بعد أن يكون خبيراً بكيفية تنزيل الأحكام على الوقائع : كالصریح والكناية في صيغ التصرفات . وهذا الأصل ثابت بالإجماع والسنة وآثار اجتهادية للصحابة .

أما الإجماع : فقد نقله القرافي في الفروق^(١) على أن الأحكام المترتبة على العوائد تدور معها إذا دارت .

وأما السنة : فما أخرج الشيخان بسندهما إلى عائشة رضي الله عنها من حديث طويل ، قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « ولولا أن قومك حديثو عهد بشرك لبنيت الكعبة على قواعد إبراهيم » ، وما أخرج الترمذي عن زيد ابن خالد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « ولولا أن أشق على أمتي لأخرت العشاء إلى ثلث الليل ولأمرتهم بالسواك عند كل صلاة » . وجه الدلالة أن كلمة لولا في الحديثين أفادت أن إقامة الكعبة على قواعد إبراهيم ، والأمر بتأخير العشاء والسواك عند كل صلاة ، أحكام صالحة ، وإنما منع من الأول وبدله ، قرب قریش من عهد الكفر ، وتمكن عادات الجاهلية من نفوسهم بحيث لو تغير بناء الكعبة لحدث من المفاسد ما يزيد على مصلحة التغيير ، وهو الارتداد إلى الشرك ؛ ومنع

من الآخرين طبيعة الناس التي يشق عليهم معها هذا التكليف . فدل هذا على أن الأحكام تبدل بالعادات .

وأما الآثار: فما أخرج مالك والشيخان واللفظ لمالك عن عائشة رضي الله عنها: ولو أدرك النبي صلى الله عليه وسلم ما أحدث النساء لمنعهن المساجد كما منع نساء بني إسرائيل ، فقد كان الصلاح غالباً في عهده صلى الله عليه وسلم حيث كانت النساء يخرجن مستورات بثيابهن متلفعات بمروطهن ، فكانت المصلحة في خروجهن إلى المساجد لينالن ثواب الجماعة ويتفقن في دين الله ، ولذلك قال الرسول صلى الله عليه وسلم: « لا تمنعوا إماء الله مساجد الله ، أما وقد تغير الحال بعده فصار النساء يخرجن متبرجات بالزينة مما لا يؤمن معه أن يتعرض لهن السفهاء الذين خوت صدورهم من سلطان الدين ، رأت عائشة أن المصلحة ليست في خروجهن ، بل فيه البلاء والفتنة ، وإنما المصلحة أن يستنبط لهن حكم آخر تدرأ به هذه المفسدة ويناسب الحال الطارئة وهو المنع من الخروج . قال الزرقاني تعليقاً على هذا الحديث : « ولا غرو في تبعية الأحكام للأحوال ، ا هـ .

وأخرج مسلم عن معمر وابن جريج عن ابن طاوس عن أبيه : « أن أبا الصهباء قال لابن عباس : ألم تعلم أن الثلاث كانت تجعل واحدة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وصدرا من إمارة عمر ؟ قال : نعم ، . اختلاف الناس في تأويل هذا الحديث تبعاً لاختلافهم في حكم إيقاع الطلاق الثلاث بكلمة واحدة ؛ فأوله الموقعون للثلاث بما قال ابن جريج : يمكن أن يكون ذلك إنما جاء في نوع خاص من الطلاق الثلاث وهو أن يفرق بين الألفاظ ، كأن يقول : أنت طالق ويكررها ثلاثاً ، وكان في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وعهد أبي بكر الناس على صدقهم وسلامتهم لم يكن فيهم الخبث والخداع ، فكانوا يصدقون أنهم أرادوا به التأكيد ولا يريدون به الثلاث ، فلما رأى عمر في زمانه أموراً ظهرت وأحوالاً تغيرت ، منع من حمل اللفظ على التكرار وألزمهم الثلاث . ا هـ وأول ابن القيم في زاد المعاد (١) الحديث على رأي الآخرين : بأن الناس قد استعجلوا ما جعلهم الله في فسحة منه ، وشرعه متراخياً بعضه عن بعض ، رحمة بهم

(١) ج ٤ ص ٧٣ .

ورفقاً وأناة لهم لئلا يندم المطلق على ما فرط منه ، وفيها يراجع كل منهما الذي عليه بالمعروف ، فاستعجلوا فيما جعل لهم أناة ومهلة وأوقعوه بنم واحد ، فرأى عمر أن يلزمهم ما التزموه عقوبة لهم ، فإذا علم المطلق أن زوجته وسكنه تحرم عليه من أول مرة بجمعه الثلاث ، رجع عنها الى الطلاق المشروع المأذون فيه ؛ وكان هذا من تأديب عمر لرعيته لما أكثروا من الطلاق الثلاث . وقال أيضاً : ولكن العقوبة تختلف باختلاف الازمة والأشخاص .

ونحن مع تجنبنا لهذا الخلاف نقول : إن كلا من الموقعين للثلاث والواحدة متفقون على أن أثر ابن عباس فيه تغيير للحكم تبعاً لتبدل العادات ، سواء ذهبنا الى أن الحكم بإيقاع الثلاث مطابقة لعادة الناس في قصودهم وطواياهم ، أو من باب السياسة الشرعية عقوبة لهم على تعاطي المحرم .

ومن ذلك أن النداء للجمعة في عهد النبي صلى الله عليه وسلم والخليفتين بعده كان بالأذان بين يدي الخطيب ، فلما كان عهد عثمان ورأى من كثرة الناس بحيث لا يسمعون هذا النداء ، زاد الأذان الأول في السوق ولم ينكر عليه ؛ والذي نقله الى المسجد هو هشام بن عبد الملك . وتقدم اجتهاد عمر رضي الله عنه في المؤلفه قلوبهم كما تقدم في بحث مراعاة الفقه للعرف أن النبي صلى الله عليه وسلم منع من التقاط الإبل ، وأقن عثمان رضي الله عنه بالالتقاط ، وذلك لغلبة الصلاح في العهد الأول بحيث لا يخشى عليها سرقة أو نهب ، فكانت المصلحة في إرسالها ترد الماء وترعى الشجر ، فلما فسد الزمان وخيف عليها يد الخيانة كانت المصلحة في التقاطها وتعريفها كسائر الأموال صيانة لها من الضياع . وتقدم أيضاً أنه صلى الله عليه وسلم قضى بالدية على عصابة القاتل ، فلما كان عهد عمر رضي الله عنه ودونت الدواوين قضى بها على أهل الديوان إن كان القاتل منهم ، وذلك لأن تحمل العاقلة للدية بالتناصر ، وقد كان عرف من قبل سيدنا عمر أنهم يتفاخرون بالقبائل ، فلما دونت الدواوين تغير العرف عند أهلها وأصبحت النصره بالديوان ، وهي حال تستدعي استنباط حكم جديد رعاية للعرف . أما في غير أهل الديوان فلم تطرأ حال جديدة ، ولهذا استمرت الدية على القبائل .

وهكذا نهضت الأدلة المتكاثرة على تغير الأحكام المنوطة بالعرف والعادة باختلافهما ، رعاية للحكمة ، وجلباً للرفق والمصلحة .

إذا تمهد هذا الأصل فقد راعاه فقهاء المذهب الحنفي كغيرهم ، فأفتوا بأحكام كثيرة خالفوا فيها ما نص عليه إمام المذهب ، لأنه بنى اجتهاده فيها على أحوال زمنه . فهم يعلمون أنه لو كان في زمنهم وشاهد أحوالا غير الأحوال التي بنى عليها اجتهاده ، لقال بما قالوه تحقيقا للقصد من الأحكام : فهم بعملهم لم يخرجوا عن قواعد المذهب . قال النسفي في المستصفي ^(١) عند الكلام في الاستئجار لتعليم القرآن : « ولا يبعد أن يخالف الحكم باختلاف الأوقات ، ألا ترى أن النساء كن يخرجن في زمن النبي صلى الله عليه وسلم وأبي بكر ثم منعن عن ذلك ؟ ، ا هـ وفي الزيلى ^(٢) عن فقهاء بلخ : الأحكام قد تختلف باختلاف الأزمان . ا هـ وقال القرافي المالكي في الفروق : إن الأحكام المترتبة على العوائد تدور معها كيفما دارت ، وتبطل معها إذا بطلت ، كالتقود في المعاملات ، والعيوب في الأعراض في البياعات ونحو ذلك ، فلو تغيرت العادة في النقد والسكة الى سكة أخرى لحل الثمن في البيع على السكة التي تحددت العادة بها دون ما قبلها . وكذلك إذا كان الشيء عيبا في الثياب في عادة رددنا به المبيع ، فإذا تغيرت العادة وصار ذلك المكروه مجوبا موجبا لزيادة الثمن لم ترد به . وبهذا القانون تعتبر جميع الأحكام المترتبة على العوائد . وهو تحقيق مجمع عليه بين العلماء . قال : وعلى هذا القانون راعى الفتاوى على طول الأيام : فهمما تجدد في العرف فاعتبره ، ومهما سقط فأسقطه ، ولا تجمد على المسطور في الكتب طول عمره . ا هـ .

فن ذلك أن الإمام وصاحبيه اتفقوا على تحريم أخذ الأجرة على تعليم القرآن لقوله صلى الله عليه وسلم فيما رواه أحمد : « احفظوا القرآن ولا تغلوا فيه ولا تجفوا عنه ولا تأكلوا به ، ولأن قرينة تحفيظ القرآن متى صدرت كان نفعها للعامل ولا يأخذ العامل الأجرة على عمل نفعه له . وكان هذا الاجتهاد ، واقفا لزمان أبي حنيفة وصاحبيه : فقد كان للحفاظ عطايا من بيت المال ، وكان الناس يجذلون لهم الإحسان ؛ ولكن الحال تغيرت وانتطعت المعونة ، وأصبح المعلمون إن هم انقطعوا للقرآن جاعوا ، وإن هم انشغلوا عن القرآن لكسب العيش ضاع القرآن ، وكل من هذين مفسدة مترتبة على حكم التحريم ، فدعت الضرورة الى الإفتاء بالجواز ، فأفتى مشايخ

(١) مخطوط بدار الكتب .

(٢) ج ٥ ص ١٢٥ من التبيين .

بلغ وغيرهم به ، كما أفتوا بجواز أخذ الأجر على الأذان والإمامة المتفق على منعهما لما تقدم .

ومن ذلك أن الأصل عند أبي يوسف ومحمد : أن ما اختلف الفقهاء في نجاسته وكان مجالاً للاجتهاد فنجاسته مخففة يعني منها عما دون ربع الثوب ، ومن ذلك أرواث البقر ، لأن مالكا يقول بطهارتها ، فكان محمد يقول بتخفيف نجاستها . قال في فتح القدير^(١) : رجع محمد آخرها إلى أنه لا يمنع الروث وإن فحش لما دخل الرى مع الخليفة ورأى بلوى الناس من امتلاء الطرق والخانات بها . اهـ .

ومنه أن أبا حنيفة اكتفى في الشهود بالعدالة الظاهرة فيما عدا الحدود والقصاص ولم يرتزكيتهم ، لقوله صلى الله عليه وسلم فيما رواه ابن أبي شيبة ، المسلمون عدول بعضهم على بعض . وكان هذا الاجتهاد مناسباً لزمان أبي حنيفة لغلبة الخير فيه ، فلما كان زمان أبي يوسف ومحمد وفشا فيه الكذب ، كان الأخذ بظاهر العدالة فيه مفسدة ضياع الحقوق ، فدعا فساد الزمان إلى قولها بتزكية جميع الشهود درماً لهذه المفسدة ؛ ولذلك قال الفقهاء عن هذا الخلاف : إنه اختلاف عصر وزمان ، وأفتوا بقول الصاحبين .

ومنه أن أبا حنيفة قال : لا يتحقق الإكراه من غير السلطان ، خلافاً لصاحبيه . قال الفقهاء رأى الإمام محمول على ما شاهد في زمانه من أن القدرة والمنعة لم تكن إلا للسلطان ، وفي زمانهما كان لكل مفسد قدرة على ذلك افساد الزمان ، فأفتيا على ما شهدا .

ومنه قول الزوج لامرأته : كل حل على حرام . قال محمد : لا يقع به الطلاق إلا بالنية . أجاز به على عرف بلاده . قال مشايخ بلخ : أما في عرفنا فيريدون به تحريم المنكوحه فيحمل عليه ، فهو متعارف في الطلاق عندهم . وكانت العادة قديماً في بناء الدور أن تكون جميع حجرتها متساوية وعلى طراز واحد ، وصارت بعد مختلفه الحجر والمرافق ، فتبع هذا اختلاف الحكم فيما اتصل به الرؤية وما يفيد العلم بالمقصود عند الشراء ، فكان المصوص عليه كفاية رؤية بعضها لأن به يحصل العلم

(١) ج ١ ص ١٤٢ .

بكل الدار؛ والمتأخرون قالوا: لا بد من رؤية جميع أجزائها ، لأن البعض لا يكون دليلا على المقصود حينئذ .

الى فروع كثيرة يأتي بعضها . وهذا كله يدل على أن العادات أسباب اعتبرها الشارع وبني عليها الأحكام ، فهي تابعة لها بقاء واختلافا . وتقدمت أنواع الاختلاف في تقسيم العادة .

هذا التبديل ليس نسخا

قد يظن بعض الناس أن تبديل الأحكام لاختلاف العوائد نسخ لها : لأن النسخ رفع لمعلق الخطاب الشرعي ، والواقع هنا كذلك ، لأن العادة عندما تتغير يرفع حكمها ويحيى حكم آخر يناسب العادة الثانية .

ولكن هذا ظن زائف ؛ لأنه ليس لواحد من المجتهدين ولا لسلطة من السلطات نسخ شيء من الشريعة بعد النبي صلى الله عليه وسلم ، والأحكام باقية ما بقيت الدنيا .

الواقع أن الحكم المبني على العادة يستنبط طبقا لحادثة معينة ذات أحوال خاصة ، فإذا طرأ على هذه الحادثة عرف آخر تغيرت طبيعتها وجدت أحوال جديدة لهذه الحادثة نفسها احتاجت إلى استنباط حكم آخر ، وهكذا فالأحكام باقية بالنسبة لحوادثها ، لا رفع فيها ولا تبديل ، إنما الرفع والتبديل إذا تغيرت الأحوال وجاء عرف آخر .

ومعنى الرفع حينئذ : رفع تطبيق الحكم السابق لعدم مناسبه ، لا رفع الحكم المشروع . والحاصل أن للواقعة الواحدة ذات الأحوال المختلفة حكيمين أو أحكاما ثابتة ، لكل حكم تطبيق في ظرفه الذي يختص به ، بخلاف النسخ فإن حكم الحادثة فيه يرفع بحيث لا يبقى له وجود أصلا . قال الشاطبي في الموافقات (١) : وإنما معنى الاختلاف أن العوائد إذا اختلفت رجعت كل عادة إلى أصل شرعي يحكم به عليها . اهـ

فثلا : إذا كان العرف مستمرا في بلد أنهم يدفعون الإبل مهرا فبعث الزوج لزوجته شيئا منها، ثم اختلفا أهوية أو من المهر ، فالقول للزوج : لأن الظاهر شاهد له : فإذا تغير العرف وصاروا لا يبعثون بالإبل إلا هدية ، كان القول لها بشهادة الظاهر أيضا . فالحادثة في هذا المثال نزاع الزوجين في إبل بعثها الزوج ولها - كما يختلف تطبيقها بحسب العرف . ومثل آخر : القاعدة أنه إذا اشترى شخص دارا كان قد رآها يستط خيار الرؤية ، فكانوا يقولون : ثبتت هذه الرؤية برؤية بعض الدار بناء على عرف الكوفة في البناء ، ثم تغير الحكم فقالوا : لا تثبت رؤيته لها إلا برؤية جميع حجرها ومرافقها . فالحكم الأول والثاني لحادثة واحدة اختلف فيها التطبيق لاختلاف العرف ؛ لأن عادة الإنشاء والبناء تغيرت عما كانت عليه .

ولما كان العرف لا يغير كل الأحكام ، بل منها ما هو ثابت أبدا ؛ فستكلم إن شاء الله عن معارضة العرف لها من جهتين : من جهة الأدلة الشرعية التي تثبتها ، ومن جهة نص الفقهاء عليها . وسنفصل ذلك بعون الله تعالى في فصلين :

الفصل الأول

تعارض العرف والأدلة الشرعية

العرف إما أن يوافق الدليل الشرعي أو يخالفه ، فإن وافقه فلا كلام لنا فيه ؛ كالعرف في اتخاذ الولية للزوج ، والامتناع عن الغش في البيع ، الموافق لقوله صلى الله عليه وسلم لعبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه : « أولم ولو بشاة » ، ولقوله صلى الله عليه وسلم : « من غشنا فليس منا . »

وإن خالفها فإما أن يكون الدليل نصا أو قياسا ، فيقع الكلام في مقامين :

المقام الأول

تعارض العرف والنص

العرف إما أن يكون قائما حال وروده ، أو يحدث بعده ؛ فالكلام في فرعين

الفرع الأول

أن يكون العرف قائما حال وروده . فهذا بحث تبارت فيه أقلام الاصوليين وأدلو فيسه بعصارة أفكارهم ، إلا أن منهم من قصر الكلام على ألفاظ النصوص نظرا لأن موضوع علم الأصول هو الأدلة وهذا البحث من مقاصده ، ومنهم من عمم الكلام في ألفاظ اللغة نظرا لأن البحث من مبادئ العلم وتدخل فيه النصوص دخولا أوليا . وأيا ما كان فأحكام هذا البحث وفاقا وخلافا تعم ألفاظ اللغة نصوصا وغيرها . وسأوجز الكلام عليه بما يناسب موضوعنا إن شا الله :

اتفق علماء اللغة والأصول على أن العرف القولي والعملى يقضيان على اللفظ إذا كان مطلقا ؛ فعنى الحج اللغوي هو مطلق القصد إلى الشيء المعظم ؛ والمتعارف في لسان الشرع : هو القصد إلى الكعبة في أشهر الحج ؛ فإذا قال النبي صلى الله عليه وسلم : يا أيها الناس كتب عليكم الحج فحجوا ، كان المأمور به هو المعنى العرفي لا اللغوي . وكذلك إذا قال في صدقة الفطر على منبر المدينة : « أدوا عن كل حر وعبد نصف صاع من بر ، فالواجب هو نصف الصاع الذي كان التعامل به جاريا بالمدينة وقت الخطاب لا نصف أى صاع . وكذلك إذا كان المتعارف في بلد أكل لحم الضأن وقال شخص لوكيله : اشتر لي لحما ، كان الموكل فيه شراء لحم الضأن لا أى لحم ، ويعد مخالفا إذا اشترى غيره .

واتفقوا كذلك على أن العرف القولي يقضى على اللفظ إذا كان عاما في المعنى اللغوي للبيع ، فالمعنى اللغوي للبيع : هو المبادلة في المال وغيره ؛ والمعنى الشرعي : مبادلة المال بالمال . فيفهم من قوله تعالى « وأحل الله البيع ، والمعنى الشرعي لا اللغوي . وقالوا : إن لفظ الدراهم إذا ذكر في العمدة ينصرف إلى النقد الغالب لا إلى كل فرد منها .

واختلفوا بعد ذلك في العام هل يخص العرف العملى أم لا . فذهب الحنفية إلى أنه يخصه ، وذهب الجمهور إلى خلافه . أما المالكية فسيأتي تحقيق مذهبهم عند الكلام على تعارض العرف مع اللغة إن شاء الله . فإذا كان الطعام الغالب في البلد هو البر وقال الشارع : حرمت الربا في الطعام ، اقتضت حرمة على الطعام الغالب أى البر عند الحنفية ، وعمت في كل ما يطعم عند الجمهور .

الحجة للحنفية أن كلا من المتنازعين اتفقوا على أن العرف يقيد المطلق فوجب أن يتفقوا على أنه يخصص العام . بيانه : أنه إذا كانت العادة في بلد أكل لحم الضأن ثم قال أحدهم لو كيله : اشترى لحما ، لا يفهم منه إلا لحم الضأن ، فينصرف إليه ويقتصر التوكيل عليه ، حتى لو اشترى الوكيل غيره كان مخالفا ، مع أن لحما في أصل وضعه مطلق دال على فرد ما من أفراد اللحم ضأنا أو غيره ، فإذا كان هذا حال المطلق وجب أن يكون العام مخصصا بالعرف العملي . كذلك لاتحاد الموجب للتخصيص والتمديد وهو تبادل الحصة التي وقع عليها التعامل من اللفظ عند ذكره . وبصاغ هذا الدليل هكذا : كلما قيد العرف العملي المطلق خصص العام ، لكنه يقيد المطلق فيخصص العام . فدليل الملازمة اتحاد موجب التتميد والتخصيص . ودليل الاستثنائية الاتفاق .

استدل الجمهور بأن صيغة العموم التي جرى العمل ببعض أفرادها عامة بحسب اللغة ، ولم يوجد ما يخصصها ، وكل ما كان كذلك يجب بقاؤه على عمومته .

مناقشة وترجيح :

أورد الجمهور على دليل الحنفية اعتراضين : الأول منع الملازمة بأن محمولها قياس العام على المطلق في أن العرف العملي يقضى على كل منهما وهو قياس في اللغة ، فهو مردود . الاعتراض الثاني : منع الملازمة أيضا ، وحاصله أنه لا يلزم من تمديد العرف العملي للمطلق تخصيصه للعام للفرق بينهما ، لأن دلالة المطلق على المقيد دلالة الجزء على الكل وهي دلالة ضعيفة ، ودلالة العام على الخاص من دلالة الكل على الجزء وهي قوية ؛ ولا يلزم من تأثير العرف العملي فيما دلالاته ضعيفة تأثيره فيما دلالاته قوية . إيضاحه : أن التمديد هو المطلق والمقيد فيكون كلا والمطلق جزء له . ودلالة الجزء على الكل ضعيفة لأن الجزء قد يوجد بدون الكل ، وأن العام يشمل جميع الأفراد فهو كل والخاص بعضه وجزء له ، ودلالة الكل على الجزء قوية لأن الكل لا يتحقق بدون جزئه .

الحنفية دفعوا دليل الجمهور بمنع المقدمة الأولى منه بأن المخصص وهو العادة الغالبة ثابت بما قدما . وأجابوا عن الاعتراض الأول بأن محمول الملازمة ليس قياسا في اللغة بل هو استقراء ، فإن الاستقراء أفادنا قاعدة عامة هي أن ما يوجب تبادل الذهن إلى غير الموضوع له يوجب إرادته . والمطلق المقيد

بالعرف العملي والعام المخصوص به ليسا إلا فردين لهذه القاعدة ، فلا أصل ولا فرع حتى يأتي القياس . ثم الذي يوجب التبادر في كل من العرف القولي والعمل هو التعامل كما في مسلم الثبوت . إذا ثبت هذا فلا ريب في أنه يسبق إلى الفهم ما جرت العادة به من أفراد اللفظ فتجب إرادته .

وأجابوا عن الاعتراض الثاني بأن هذا الفارق ملغى بعد تحقق مناط التخصيص والتقييد وهو تبادر الخاص من اللفظ عند الاستعمال . وقد أبدى المرحوم الشيخ الشربيني في تمليقه على جمع الجوامع فرقا آخر بين التخصيص والتقييد هو أن العادة في العام تخرج منه بعض المدلول ، بخلافها في المطلق فإنها تعين الحصة الشائعة ، فعمل بها في الثاني دون الأول . ثم قال « فليتأمل » ، وعند التأمل نجد أنه لا وزن لهذا الفرق بعد ما تقدم من اتحاد المايط .

وبهذا ترجح الرأي القائل بتخصيص العرف العملي للعام . هذا وقد جاء في مسلم الثبوت أن غلبة العادة تنجر إلى غلبة الاسم ، فإذا صح هذا صار الاسم الذي غلبة العادة ببعضه في آخره الأمر عرفا قوليا ولا نزاع في التخصيص به .

وبعد : فالقول بالتخصيص هو الذي يناسب قصد الشارع من وضع الشريعة للأفهام ؛ فإنها شريعة عربية نزلت على نبي عربي ، ومقصد الشارع فهم الناس لها بطريق سهلة لا تعسف فيها ولا إلغاز ، ولقد يسرنا القرآن للذكر فهل من مدكر . وهذا إنما يكون بإتباع معهود جمهور العرب الذين وصفتهم الرسول صلى الله عليه وسلم بالأمية ، ومراعاة عرفهم في الألفاظ والمعاني والأساليب ، لأن الشريعة كما نزلت بلسان عربي مبين ، فكما أن لسان بعض الأعاجم لا يمكن أن يفهم من جهة لسان العرب ، فكذلك لسان العرب لا يمكن أن يفهم إلا من جهة المؤلف لهم والمتبادر من كلامهم .

ومن هنا ذكر أبو إسحاق الشاطبي (١) أنه لا بد لمن أراد الخوض في علم القرآن والسنة من معرفة عادات العرب في أقوالها وأفعالها ومجاري عاداتها حالة التنزيل من عند الله والبيان من رسوله ، لأن الجهل بها موقع في الإشكالات التي

(١) انظر للواقفات ج ٣ ص ١٥١ .

يتعذر الخروج منها إلا بهذه المعرفة . وأوضح رحمه الله هذا المعنى بعدة أمثلة
نذكر منها ما يأتي :

(أ) قال تعالى « وأتموا الحج والعمرة لله » . يحتمل أنه أمر بالإتمام ، كما
يحتمل أنه أمر بأصل الحج ؛ فإذا علم أن الرب كانوا قبل الإسلام آخذين به لكن
على تغيير بعض الشعائر ونقص جملة منها كالوقوف بعرفة وأشباه ذلك من
وثقياتهم ، علم أن هذا أمر بالإتمام وإزالة النقص الذي أحدثته وثقيتهم وإنما
جاء لإيجاب الحج نضا في قوله تعالى « والله على الناس حج البيت من استطاع
إليه سبيلا » .

(ب) قال تعالى « يخافون ربهم من فوقهم » ، و « أأنتم من في السماء أن يخسف
بكم الأرض » ، فإن كلتي من فوقهم وفي السماء فيهما شبهة إثبات الجهة لله سبحانه ،
لكن إذا علم أن من عاداتهم اتخاذ الآلهة في الأرض ، علم أن الآية نزلت ردا على
معتادهم بتعيين الفرق بين الإله الحق وآلهتهم الباطلة ، وتنبيها على نفي ما ادعوه في
الأرض ، فلا يكون فيه دليل على إثبات جهة البتة .

(ج) أقول : ومن هذا الباب قوله تعالى « يأبى الذين آمنوا أن يأكلوا الربا
أضعافا مضاعفة » . ظاهر الآية يوم تخصيص الربا المحرم بما إذا كان أضعافا
مضاعفة ، لكن إذا علم أن من عاداتهم التعامل بالربا المضاعف ، وأن الرجل منهم
كان يربي إلى أجل ، فإذا حل قال للدين : زدني في المال حتى أزيدك في الأجل ،
فيفعل ، وهكذا عند محل كل أجل حتى يستأصل ماله بالدين الطفيف - أقول إذا
علم هذا علم أن الآية جاءت مراعاة لعاداتهم ، وتنديدا بشنيع معاملاتهم ، فليس
الربا مخصوصا بل هو حرام قليله وكثيره .

الفرع الثاني

أن يكون العرف المعارض للنصوص حادثا بعدها وطازئا عليها . وهذا
إما أن لا يمكن رده إلى أصل من أصول الشرع أو يمكن .

فإن كان الأول فلا يقضى على النصوص سواء أكان قولياً أو عملياً ، لأن من شرط اعتبار العرف الذي تحمل عليه الألفاظ أن يكون موجوداً حال صدورهما ، ولأن العرف العملي قد يكون على باطل . وقد تقدم بسط هذا الوجه ، كما تقدمت الرواية عن أبي يوسف ، بخالفة هذا فيما إذا كان النص مبنيًا على العادة . روى له ذلك في الربا في الأشياء الستة .

ويتفرع على هذا أنه لا يجوز فهم ألفاظ الكتاب والسنة بالاصطلاحات المستحدثة للفقهاء ، كما في الفرض والواجب والمندوب والحرام والمكروه والسبب والشرط ، وكما في الربا ، فإن الفقهاء استعملوه في فضل المال الخالي عن العوض سواء كان ربا النسئة أو الفضل ، ولكن الذي كان معتاداً في الجاهلية هو ربا النسئة فقط . قال الفخر الرازي (١) : اعلم أن الربا قسمان : ربا النسئة فهو الأمر الذي كان مشهوراً متعارفاً في الجاهلية اه .

ولذا كان الربا الوارد تحريمه في القرآن ربا النسئة ، أما ربا الفضل فهو محرم بالسنة كذا قاله الرازي أيضاً .

وكالآيمان الواردة في الكتاب والسنة فإن المراد بها الآيمان بالله ، ليست بالطلاق والعناق ، لأنهم كما في الموافقات عن أبي يوسف ما كانوا يعرفونها في الجاهلية ؛ ولذلك كان اللغو منها غير مؤاخذ به دون الطلاق .

ويتفرع أيضاً على هذا فساد كثير من العادات المنتشرة في المواسم والأفراح والمآتم والمقابر مما محله كتب البدع .

وإن أمكن رد العرف إلى أصل من الأصول الشرعية صح التخصيص والتمييد به إن كان عاماً ، وذلك كالاستصناع وبيع الوفاء ، بخلاف ما إذا كان العرف خاصاً فإنه لا يقضى على النص إلا على قول ضعيف وتقدم . وفي هذه الحالة المخصص والتميد بالحقيقة هو الأصول التي يرجع إليها العرف . فنسبة التخصيص والتمييد إليه تجوز . وهذه الأصول كالإجماع السكوتي ودلالته ، والسنة التقريرية ، والتعليل المبتدأ بنوع من أنواع التأثير ، وذلك بأن يجرى العرف في عصر المجتهدين بفعل شيء أو تركه ويقرونه ، أو يجرى عرف بأمر في عصر النبي صلى الله عليه وسلم فيقره كذلك حيث يكون المقر عليه إجماعاً سكوتياً في الأول

(١) تفسير الكبير ج ٢ - ٣٥٧ .

وسنة تفريرية في الثاني ، أو يكون ما جرى به العرف حكما مستنبطا بطريق التعليل
بنوع من أنواع التأثير كالضرورة في إباحة المحظورات والخرج في التخفيف .
ويكون الحاصل من النص والعرف الطارىء عليه في هذه الحالة تعارض دليلين
شرعيين فيحكم لهما بحكم التعارض العام ، على معنى إن أمكن الترجيح صير اليه ،
وإن لم يمكن صير الى الجمع بينهما بتخصيص النص إن كان عاما وتقييده إن
كان مطلقا .

ويحسن أن أشير الى شيء من التخصيص والتقييد بالاجماع السكوتي والمصلحة
المرسلة الحاجة ، لأنهما معظم ما يرجع اليه العرف . أما الإجماع السكوتي فيخصص
العام ويقيد المطلق والمخصص ، والمقيد في الحقيقة هو المستند الذي تضمنه الإجماع .
وتقدم أن الإجماع السكوتي حجة قطعية عند أكثر الحنفية ، وظنية عند البعض
فيكون ما رد إليه كذلك ، لاسيما وهو مما كثر وقوع حادثه وتكرر فيما تعم به
البلوى ، فطول السكوت من المجتهدين مع كثرة الوقوع دليل الرضا عن الأمر
المتعارف قطعاً ، وعليه فيخصص النصوص على القولين ولو على رأى الحنفية
القائلين بقطعية العام متى كان مستنده مشهوراً أو متواتراً ، وإن كان آحاداً كان
في مرتبة خبر الآحاد .

وأما التعليل الحاجي لا على وجه القياس كما يقول الحنفية ، أو بعض ما يسمى
بالاستصلاح كما يقول الغزالي^(١) أو بالمصاححة المرسلة كما تقول المالكية ، والكلام
في التخصيص به مسلك صعب وطريق شائك إذ لم يُدَلَّ فيه الطوائف من
الفقهاء والأصوليين برأى صريح ، يبيد أنه لا مانع من ذكر ما فهمته من
كلام القوم .

فأقول : العلة التي اعتبر الشارع جنسها أو عينها في جنس الحكم ولم يشهد لعينها
في عينه دليل بالاعتبار أو الإلغاء ، إن كانت مناسبة للمصالح الحاجة التي إذا فقدت
لحق الناس المشقة والخرج ، فالمشهور عن الغزالي أنه لا يعتبر حجة ، لأنه يشترط
في المصاححة أن تكون من الضروريات الخمس التي إذا فقدت فأتت مصالح الدين

(١) بسميه استصلاحاً ولا يراه دليلاً لأنه يشترط في اعتبار المصلحة المرسلة دليلاً أن
تكون ضرورية قطعية كلية .

والدنيا ، وإذا لم يكن حجة لا يكون مخصصاً . وأما المالكية فيؤخذ من كلام ابن العربي في أحكام القرآن أن المصلحة المرسله تخصص النص عنهم ، فقد قدمت أنه تمثل عن مالك في المرأة إذا كانت شريفة القدر لا يلزمها إرضاع ولدها إن قبل ثدى غيرها لمصلحة المحافظة عليها وقال إن هذا مخصص لعموم قوله تعالى « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين » . ومن رأى مالك رضى الله عنه أن المدعى عليه لا يحلف إلا إذا كان بين المتقاضين خلطة دره للفسدة ، إذ لو حلف كل مدعى عليه لتجرأ السفهاء على أهل الفضل فوجهوا عليهم ما شاءوا من دعاوى ووقفهم للحلف لإيلا ما وامتهانا ، وفي ذلك تخصيص بمجرد المصلحة إن قوله صلى الله عليه وسلم : « البيزة على المدعى واليمين على من أنكر » وحمله على ما إذا كان بين المتقاضين خلطة .

ويستفاد من كلام الحنفية في الفقه أنه لا عبرة بها متى قام النص على خلافها . قال في الأشباه : الفائدة الثالثة : المشقة والخرج إنما يعتبر في موضع لا نص فيه وأما مع النص بخلافه فلا . وقال الزيلعي في الرد على أبي يوسف حيث قال بجواز رعى حشيش الحرم للخرج الذي يلحق الحجيج إذا منعوا الدواب منه ، قال : ولئن كان فيه حرج فلا يعتبر ، لأن الخرج إنما يعتبر في موضع لا نص فيه وأما مع النص بخلافه فلا . وقال السرخسي (١) في الرد أيضا : وإنما تعتبر البلوى فيما ليس فيه نص فأما مع وجوده فلا معتبر به . ولما قال أبو يوسف ومحمد بتخفيف نجاسة الأرواث لاختلاف الأئمة في نجاستها ولعموم البلوى ، قال في المبسوط : وأبو حنيفة رضى الله عنه يقول : الروث منصوص على نجاسته كما روينا في حديث ابن مسعود رضى الله عنه فتغلظ نجاسته ولا يعنى عن أكثر من قدر الدرهم كالخمر ، والبلوى لا تعتبر في موضع النص فإن البلوى للآدمى في بوله أكثر . لكن قال في فتح القدير (٢) في هذا الموضع من كتاب الهداية : وما قيل إن البلوى لا تعتبر في موضع النص عنده كبول الإنسان ، ممنوع ، بل تعتبر إذا تحققت بالنص النافي للخرج ، وهو ليس معارضة للنص بالرأى . والبلوى في بول الإنسان في الانتصاح كرهوس الإبر لا فيما سواه لأنها إنما تتحقق بأغلبية عسر الانفكاك ، وذلك إن

(١) المبسوط - ٤ ص ١٠٥ . (٢) ١ ص ١٤٢ .

تحقق في بول الإنسان فسكافنا . وقال سعدى أفندى في حاشيته تعليقا على كلام العناية في رد تجويز أبي يوسف رعى حشيش الحرم : أقول : فأين قولهم مواضع الضرورة مساندة من قواعد الشرع هـ . ويعنى بالضرورة الحرج إذ الحديث فيه لا في الضرورة .

فهذا الكلام من ابن الهمام وسعدى أفندى يفيد أنه متى تحقق الحرج والبلوى وجب اعتباره ولو صادم النص : لكن كما صرح ابن الهمام ليس دليل الاعتبار التعليل أو المصلحة ، بل النصوص النافية للحرج . فليس اعتبار الحرج في موضع النص تخصيصا له بالرأى بل بنص آخر ولا مانع منه .

لكن يبقى النظر في ضبط هذا الحرج وتطبيقه ؛ فبالرغم من أن الفقهاء ضبطوه بأغلبية عسر الانفكاك يبقى أن تطبيقه على الحوادث حرج عظيم جدا لا يتيسر إلا لمن أعطى قوة النظر الفقهي وسبر غور الناس في أحوالهم ومجاري عاداتهم .

وعليه فإذا بلغ الأمر المتعارف مبلغ الحرج الشديد ، وعمت بليته ، وغلب عسر الانفكاك عنه ، وأيقنا بتعطيل الحكمة من النص بالنسبة إليه ، كان النص مقصورا على غيره بالنص النافي للحرج . وهذا ولعمرك الله موضع احتياط بالغ وحذر شديد ، إذ ليس مجرد مشقة نزع الناس من عاداتهم مما تترك به النصوص ولو كان من الأمور السكالية أو الحاجية التي يمكن الخروج عنها بكثير من الطرق المشروعة . فالعرف مهما قوى سلطانه لا يسمو الخروج عنه إلى مرتبة الحرج المنقى بالنص إلا إذا وصل إلى أغلبية عسر الانفكاك عنه بحيث يقرب من الضرورة لفساد كثير من العادات ، وإلا فلم نزلت الشرائع وأرسل الأنبياء . ولو فتحنا هذا الباب لاستباح الناس كثيرا من المحرمات ، واستحسنوا كثيرا من الرذائل ، وإذن طوت حالة المسلمين الاجتماعية إلى الحضيض . قال أبو عبد الله بن شعيب أحد علماء تونس وقضاتها في القرن الثامن : وغلبة الفساد إنما هي من إهمال حملة الشريعة ، ولو أنهم نقضوا عقود الفساد لم يستمر الناس على الفساد .

هذا وقد فصل ابن عابدين في نشر العرف في حكم تعارض العرف والنص ، فقال : إذا خالف العرف الدليل الشرعي ، فإن خالفه من كل وجه بأن لزم منه ترك النص ، فلا شك في رده ، كتعارف الناس كثيرا من المحرمات من الربا وشرب الخمر

ولبس الحرير والذهب وغير ذلك مما ورد تحريمه نصا ، وإن لم يخالفه من كل وجه بأن ورد الدليل عاما والعرف خالفه في بعض أفراده أو كان الدليل قياسا ، فإن العرف معتبر إن كان عاما ، فإن العرف العام يصلح مخصصا كما تقدم عن التحريم اهـ

ويظهر مما تقدم أنه ليس مدار الرد وعدمه على المخالفة من كل وجه ، المصورة بأن يلزم منه ترك النص ، وعلى المخالفة من وجه دون وجه ؛ بل هما مبنيان على كون العرف له أصل يرجع إليه أولا ؛ فإن كان الأول اعتبر العرف ولو خالف النص من كل وجه ولزم منه تركه بأن كان ما يرجع إليه العرف نصا أو إجماعا ، فإن النص ينسخ ما قبله ، وكذا الإجماع ناسخ باعتبار مستنده ، فقد يعمل المجمعون على خلاف النص الخاص ويكون ذلك دليلا على نص ناسخ له ، إذ لا إجماع إلا عن مستند ، وقولهم لا ينسخ بالإجماع أى على الحقيقة ، لأن الناسخ بالحقيقة مستنده لا هو ؛ وإن كان الثاني فهو مردود ، وإن خالفه من وجه دون وجه . ألا ترى أن لبس الذهب المنهى عنه عام أفراده التخم وغيره ، ومع ذلك لو تعارف الرجال التخم لا يجوز تخصيص النص به ، وأن الربا عام أفراده المضاعف وغيره ، ومع ذلك لو تعارف الناس الربا غير المضاعف لا يصح تخصيص النص به ؛ واستدلالة بما في التحرير لا يفيد اعتباره إذا خالف النص من وجه دون وجه ، لأن العرف الذي قال عنه في التحرير إنه يخصص العام هو الموجود وقت ورود اللفظ كما يفهم من سياق كلامه . قال : العادة العرف العملي مخصص عند الحنفية خلافا للشافعية كحرمت الطعام وعادة المخاطبين أكل البر ، انصرف الطعام إليه . اهـ والعرف الذي يتكلم عنه ابن عابدين هو الطارئ على النص والقياس ، كما يفهم من تمثيله أيضا . فلما كان هذا التفصيل منقوضا كما وضع ، رأيت بتوفيق الله أن الخير في العدول عنه .

وقد يعترض بأن التخصيص بالعرف الذي كان موجودا زمان الوحي متصور حتى على مذهب الحنفية الذين يشترطون مقارنة المخصص ، لأن العرف وإن سبقت نشأته على النص فهو يمتد إلى زمان وروده ، لكن لا يكاد يعقل التخصيص على رأى الحنفية بالعرف الطارئ لعدم المقارنة ، لأنه متأخر فهو بالنسخ أحق منه بالتخصيص . والجواب ما تقدم من أن المخصص بالحقيقة هو

الدليل الذي رجع إليه العرف لا نفس العرف . قد يقال سلنا أن المخرج هو الدليل ، لكن لا يزال التخصيص غير متصور على رأى الحنفية في بعض الأدلة كالإجماع والقياس والتعليل لا على وجه القياس . أما الإجماع فإنه لا وجود له إلا بعد زمان الوحي ، لأنه على فرض وجوده في زمنه لا ينعقد إلا بدخوله صلى الله عليه وسلم في هيئته ، وبعد دخوله تكون الحججة في قوله لا في الإجماع ، وأما القياس والتعليل فتمد بتأخر زمانهما عن زمن الوحي . والجواب : أنا نسلم التأخر لكن ليس المخصص في الحقيقة هو هذه الثلاثة بل تتضمنه فقط ، والمخصص بالحقيقة في الإجماع هو مستنده ، وفي القياس هو دليل حكم أصله ، وفي التعليل هي الأدلة التي شهدت باعتباره : ومقارنة هذه الثلاثة ظاهرة ؛ فإسناد التخصيص إلى الإجماع وما معه إنما هو من حيث الظاهر .

وقد يلوح في بادئ الرأي أن هناك تعارضاً بين العرف والنص في بعض المواضع ؛ والواقع عدمه . ذلك أنه قد يكون النص منوطاً بعلّة مفردة ثم يظهر العرف انتهاء هذه العلة في بعض أفراد النص أو كاه ، فإذا نظرنا إليه من حيث لفظه وحرفيته ظهر أنه متعارض مع العرف ، وإذا نظرنا إليه من حيث مقصوده وأنه معلول بعلّة أظهر العرف انتهاءها في بعض أفرادها ، ظهر أنه لا تعارض ، وهذا كما قال صاحبها العناية والمنح وتبعهما ابن عابدين في نهيهم صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط ، فإن علة النهي وقوع النزاع بين البائع والمشتري ، لأن من كان الشرط في مصلحته يريد حصوله والآخر يريد الفرار منه ، فلم يتم مقصود الشارع من نظام المداملات ، وهو رفع المنازعة . لكن إذا تعارف الناس شرطاً من الشروط أصبح مسلماً به من العاقدين فترتفع المنازعة ، وبهذا تنتهي العلة في هذا الشرط المتعارف فينتهي النهي^(١) . وسيأتي رد هذا في الصيغة المقترنة بالشرط إن شاء الله . ويمكن التمثيل له بما تقدم عن أبي يوسف من بناء المأثور في معيار الربا على العرف الموجود في عهده صلى الله عليه وسلم ، فإذا تعارف الناس خلافه فلا تعارض ، بل الحاصل أن عرفهم أظهر تغير العلة فتغير الحكم تبعاً لها^(٢) ؛

(١) انظر العناية بهامش فتح القدير ج ٥ ص ٢١٥ ، ورد المختار عن المنح ج ٤ ص ١٩٠ .

(٢) نيل الأوطار ج ٤ ص ٢٤٩ ، وإعلام الموقعين ج ٣ ص ٩ .

وبما أخرج الجماعة عن ابن عمر قال : فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم زكاة الفطر من رمضان صاعا من تمر أو صاعا من شعير . قال الجمهور (١) : هذا كان مبنيا على عرف المدينة في القوت لأن المقصود من مشروعية صدقة الفطر سد حاجة الفقراء من جنس ما يقتات الناس ليشعروا بالمساواة في يوم العيد ، فإذا كان القوت الغالب هو القمح أو الذرة أو الأرز ، كانت الصدقة من هذه الأصناف بهذا القدر ، وليس هذا من معارضة العرف للنص بل هو مبنى عليه ، فيتغير الحكم بتغيره . وقد دأب الفقهاء على تسمية ما أخرجه العرف عن النص بالاستحسان .

المقام الثاني

العرف والقياس

أما القياس فإنه يترك للعرف إن كان عاما ، سواء أقره النبي صلى الله عليه وسلم ، أو عمل به من غير تكبير من المجتهدين ، أو دعت إليه ضرورة الناس أو حاجاتهم ؛ لأن العرف حينئذ أقوى حجة من القياس ، ورعايته هي المصلحة ، لأنه أمانة الحاجة .

وهو من الاستحسان على اصطلاح الحنفية ؛ فإنهم أطلقوه بمعنيين : أحدهما القياس الخفي في مقابلة الجلي المتبادر وجهه إلى الأفهام ، والثاني أعم من ذلك وهو الإطلاق الشائع في الفروع ، وهو : كل دليل يقابل القواعد العامة ، سواء أكان نصا أو إجماعا أو ضرورة . ومرادهم بالإجماع ما يشمل العمل الذي يرجع إليه بعض أنواع العرف ، بدليل تمثيلهم بالاستصناع ؛ كما أن مرادهم بالضرورة ما يشمل الحاجة ، بدليل تمثيلهم بطهارة الآبار الموجودة في القلوات مع سقوط فضلات الإبل والأغنام فيها . وكذا يسمى بالاستحسان عند المالكية ، فقد قسمه ابن العربي كما في الاعتصام ، وقسم أقساما عد منها ترك الدليل للعرف اه .

فن أمثلة ما ترك فيه القياس بالعرف :

(١) أما الحنفية فذهبهم لإخراج القيمة في غير المنصوص

(أ) القياس في نجو الحمام أنه نجس يفسد به الماء قياساً له على نجو الدجاج لأنه يستحيل إلى تن وفساد، ولكنه ترك لأن الحمام كما قال السرخسي: تركت في المساجد حتى في المسجد الحرام مع علم الناس بما يكون منها. وهذا راجع إلى الإجماع العملي، كما صرح به ابن الهمام في أحكام البئر.

(ب) إن القياس فساد الإجارة إذا كان فيها شرط لا يقتضيه العقد قياساً لها على البيع، وقد ترك هذا القياس بالعرف في الشرط المتعارف.

(ج) قال أبو حنيفة: لا خير في استقراض الخبز وزناً ولا عدداً لتفاوته في المعدن والمقدار والصنعة في عجنه وطحنه وخبزه قياساً على السلم فيه، لأنه ممنوع بدلالة قوله صلى الله عليه وسلم: «من أسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم، وقال أبو يوسف: لا يجوز إلا بالوزن لتفاوت آحاده قياساً على السلم في سائر المتفاوتات التي تضبط بالوزن. وترك محمد هذين القياسين للتعامل بين الجيران بذلك وإهدارهم هذا التفاوت والقياس يترك بالتعامل. قال ابن الهمام في الفتح^(١): وجعل المتأخرون الفتوى على قول أبي يوسف، وأنا أرى أن قول محمد أحسن.

الفصل الثاني

تعارض العرف والعادة مع نصوص المجتهدين

المجتهد : هو ذلك الفقيه الذي يبذل طاقته لاستنباط حكم شرعي من أدلة الشرع .
وقد شرط فيه أن يكون عالماً بآيات الأحكام وأحاديثها والمجموع عليه منها
والاصطلاحات اللغوية واصطلاحات السند والناسخ والمنسوخ وعلل الأحكام .
وشرط كذلك أن يكون عالماً بعرف الناس وعاداتهم والأحوال الاجتماعية
التي تكتنفهم ؛ فإن المجتهد يستنبط أحكام الله من أصولها متوخياً في ذلك مصالح
الناس ، وبداهي أن كثيراً من الأحكام مبنية على العرف وأحوال الزمان ، على معنى
أنه أمانة على الدليل أو قرينة تعين على فهم الحكم منه ، كما ظهر ذلك في الاستئجار على
والنفقة والتعزير وأسبابه والإيمان والاكتفاء بظاهر الدلالة والاستئجار على
تعليم القرآن وكثير : فلو لم يكن المجتهد على علم كامل بعرف الناس لأخطأ الحق
وضل عن أحكام الله التي شرعت رحمة للعالمين . ونضرب لذلك مثلين :

(أ) الأصل في النحل ودود القر أن لا يجوز بيعهما لعدم المالية ، لأنهما من
هوام الأرض كالوزغ والضفادع ، وقد قال به الإمام أبو حنيفة ، ولكن الإمام
محمد نظر في عرف الناس فوجد التعامل بهما جارياً بيعة وشراء ، والانتفاع بهما
شائعاً ، فحكم بماليتهما ، وأجاز بيعهما .

(ب) قاعدة المذهب : أن الغاصب إذا فعل بالمغصوب ما يزيد في قيمته ، خير
المالك بين أخذ المغصوب وضمنان الزيادة ، أو تركه للغاصب وتضمينه إياه ، صيانة
لحق الغاصب والمالك . وإن فعل ما ينقصه نقصاناً غير فاحش ضمنه المالك
النقصان . ثم اختلف اجتهاد الإمام وصاحبيه فيما لو غصب شخص ثوباً فصبغه بلون
أسود ؛ روى عن أبي حنيفة أنه نقصان في قيمته ، وعنهما أنه زيادة ، كما لو صبغه
بلون أحمر أو أصفر . والعرف صاحب الفضل الأكبر في تكوين رأي كل من
الإمام وصاحبيه . قال مشايخنا : إن بني أمية في زمن أبي حنيفة كانوا يمتنعون عن
لبس السواد فكان مدموماً ، وفي زمانهما كان بنو العباس يلبسون السواد ،
فأجاب كل منهم على ما شاهد من عادة أهل عصره .

ولذلك نجد فقهاء الحنفية يعتبرون العلم بالعرف أمراً لا بد منه في المجتهد .
قال السرخسي في المبسوط (١) من كتاب آداب القاضى : « وأقرب ما قيل في حق
المجتهد : أن يكون قد حوى علم الكتاب ووجود معانيه ، وعلم السنة بطرقها ومتونها
ووجود معانيها ، وأن يكون محمياً في القياس ، عالماً بعرف الناس ، اهـ .

وقد ذكر نحو هذا قاضيخان في مقدمة فتاواه ، وصاحبها الهداية والتبيين
في القضاء ، إلا أنهما ساقاهما بلفظ قيل ، قال ابن الهمام (٢) تعليقا على كلام الهداية
فهذا القيل لا بد منه في المجتهد اهـ .

ولما كان العلم بالعرف صفة أساسية للمجتهد ، كان محمد بن الحسن يذهب
إلى الصباغين ويسأل عن معاملتهم وما يتواضعون عليه فيها : ذكر هذا في البحر
عن مناقب الكردي . وكلما كان المجتهد أكثر اتصالاً بالناس وأعرف بأحوالهم
كان رأيه متقدماً في الفتوى والقضاء ، لأنه إذ ذاك يكون أميل إلى الرفق وأقرب
إلى العدل ؛ ولذلك قال مشايخنا : يفتى بقول أبي يوسف فيما يتعلق بالقضاء لكونه
جرب الوقائع وعرف أحوال الناس .

وليس كل الأحكام يفقر إلى العرف في استنباطه ، بل أكثرها لا مدخل
للعرف فيه كالحدود والقصاص .

على هذا كله دون الفقهاء الأحكام التي استنبطوها أو دونت لهم ، فجمعت
اجتهادات أبي حنيفة وصاحبيه أبي يوسف ومحمد في كتب ظاهر الرواية وكتب
التوادر . وكتب مالك رضى الله عنه بنفسه فقهه في كتابه الموطأ ، كما جمع سخون
فقه الإمام وصاحبه عبد الرحمن بن القاسم في كتاب المدونة . وجمع للشافعي مذهبه
الذي استقر عليه رأيه في كتاب الأم . وجمع لابن حنبل مذهبه عدد من العلماء
كالخلال والأثرم والخرقي وهكذا .

ولم يقتصر الفقهاء في اجتهادهم على استنباط الأحكام التي دونوها أو دونت
لهم ، بل رسم كل إمام القواعد التي سار عليها في اجتهاده حتى ينتهجها من يأتي بعده
من يريد السير في طريقه ، ولأن الفقيه مهما أكثر من الاستنباط وفرض
من الفروض فإن يستطيع استيعاب الحوادث المتجددة .

(١) ١٦ ص ٦٢ (٢) ٥٨ - ٥٩ .

جاء بعد ذلك المفتون فأعادوا النظر في آرائهم المبينة على العادات ورجحوا بعضها على بعض ، والعرف والأحوال في ذلك كله لها الأثر الفعّال ؛ فقد سبق أن بعض الأحكام مبني على عادات الزمان وأحواله ، وبما لا ريب فيه أن العادات تتغير ، والضرورات تطرأ ، والبلوى تعم مما يصبح معه بقاء الأحكام الأولى أو ترجيح ما رجحوه منها خاليا عن الحكمة والمصلحة ، ومبعثا للضرر والفساد ، ومنافيا لقواعد الشريعة المبينة على جلب المصالح ورفع الحرج .

لهذا ترك المفتون العمل ببعض النصوص تارة ، ورجحوا بعض المرجوح تارة أخرى ، فكان ذلك إيذانا بأن العرف يقتضي على نصوص المجتهدين إلغاء وترجيحا . وقد حكى القرافي الإجماع على أن الإفتاء بالأحكام التي مستندها العوائد بعد تغييرها خلاف الإجماع . قال في كتاب الأحكام (١) : « ما الصحيح في هذه الأحكام الواقعة في مذهب مالك والشافعي وغيرهما المترتبة على العوائد والعرف اللذين كانا حاصلين حالة جزم العلماء بهذه الأحكام ؟ فهل إذا تغيرت تلك العوائد وصارت تدل على ضد ما كانت تدل عليه أولاً فهل تبطل هذه الفتاوى المسطورة في الكتب ويفتق بها تقتضيه العوائد المتجددة ، أو يقال : نحن مقلدون وما لنا إحداث شرع لعدم أهليتنا الاجتهاد فنفتي بما في الكتب المنقولة عن المجتهدين ؟ . والجواب : أن جرى هذه الأحكام التي مدرکها العوائد مع تغيير تلك العوائد ، خلاف الإجماع وجهالة في الدين ، بل كل ما هو في الشريعة يتبع العوائد ، يتغير الحكم فيه عند تغييرها إلى ما تقتضيه العادة المتجددة اهـ . »

فن تركهم للنصوص في المذهب أن أبا حنيفة وصاحبيه قالوا بفساد الإجارة على تعليم القرآن ، ومع قوة وجه هذا الرأي الأول كان يساءد عليه إغداق البر من أهل الإحسان على المعلمين ، ثم جمدت الأيدي ، وهي ضرورة تدعو إلى الجواز ، وإلا لحيف على الدين أن يذهب . ومنه أن أصل المذهب عدم تحديد مدة الإجارة بزمان خاص ، لكن المتأخرين رأوا أن أحوال الناس قد تغيرت ، وأن إطلاق ذلك يضر بالوقف إذ تفضى إجارته مدة طويلة إلى ادعاء ملكيته ، ولهذا أفتى المتأخرون بتحديد بثلاث سنين في الضياع ، وبسنة في الدور والحوانيت . ومنه أن المنقول في كتب ظاهر الرواية قبول قول الزوج أنه استثنى بعد الطلاق ، ولكن المتأخرين

أفتوا بأنه لا يتقبل قوله إلا بينة لفساد الزمان . ومنه ما في المدونة إذا قال لامرأته : أنت على حرام أو خلية أو برية ، أو وهبتك لأهلك ، يلزمه الطلاق الثلاث إن كانت مدخولا بها . وهذا بناء على أن هذا اللفظ في عرف الاستعمال اشتهر في إزالة العصمة واشتهر في عدد الثلاث . قال القرافي في الأحكام ما خلاصته : إنك الآن لا تجد أحدا يستعمل هذه الألفاظ في هذه المعاني ، وقد تمضى الأعمار ولا يسمع أحد يقول لامرأته إذا أراد طلاقها : أنت خلية ، ولا وهبتك لأهلك ؛ فالعرف فيها حينئذ منفي قطعاً . ومنه ما في الجامع الصغير : لو حاف لا يأكل رأساً فهو على رموس البقر والغنم عند أبي حنيفة ، وقال أبو يوسف وعبد : على الغنم خاصة . قال المرغيناني في الهداية : وهذا اختلاف عصر وزمان : كان العرف في زمنه فيهما ، وفي زمانهما في الغنم خاصة ، وفي زماننا يفتى على حسب العادة اهـ . وأمثال هذا كثير في الطلاق والإيمان وأسباب التعزير وصيغ العقود ، مما يحسن معه أن تكون نصوص الفقه المبينة على العرف قواعد كلية لا فروعا ونصوصا جزئية ، فإن وضعها على نظام القواعد يجعلها صالحة للتطبيق في كل الظروف من غير حاجة إلى التعديل والتغيير ، ومن غير حاجة إلى التنبيه على أن هذا النص عرف خاص ، ويعنى المفتى عن كثير من البحث .

ومن ترجيحهم للمرجوح أن ظاهر الرواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف صحة الزواج بلا ولي ، وهو الرأي الراجح الذي ينصره الدليل ، وعن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه لا يجوز في غير الكف ، لأن كثيرا من الأشياء لا يمكن دفعه بعد الوقوع ، فاختر بعض المتأخرين الفتوى بهذه الرواية لفساد الزمان .

ومنه أن أبا حنيفة وأبا يوسف قالا : إن العقار لا يتحقق غصبه فلا يضمن بالهلاك ، وخالفهما محمد وزفر والأئمة الثلاثة ، وهذا الرأي مرجوح وجهها ، ومع ذلك أفتوا به في عقار الوقف واليتيم ، إذ فيه صيانة مالهما عن العبث والضياع . ومن ذلك أن أبا حنيفة وزفر والحسن يقولون : لا يضمن الأجير المشترك بهلاك المتاع عنده سواء أكان بسبب يمكن الاحتراز عنه كالسرقة أولا كالخريق الغالب . ويقول صاحبان بالضمان إن كان الهلاك بسبب يمكن الاحتراز عنه ؛ ومع ترجيح المتأخرين لقول أبي حنيفة لقوة وجهه أفتوا بقول الصاحبين لتغير أحوال الناس بحيث لا تحصل صيانة أموالهم إلا به . ومن هذا أن المالكية نصوا في باب القضاء على أنه يجوز الإفتاء

بالتقول الضعيف إذا جرى العرف بموجبه ، ومن ذلك الأقوال المتعارفة في فاس ،
الذي نظم فيه عبد الرحمن الغامبي مجموعة صالحة وشرحها سخنون .
ومنه أن أبا حنيفة قال بفساد المزارعة ، وقال الصحبان بصحتها ، ومع
تقويتهم لمذهب أبي حنيفة من حيث الدليل قالوا : الفتوى اليوم على قول الصحابين
لتعامل الناس بها .

وقد يخال أن هذا الصنيع ابتداع في المذهب لتصريح الفقهاء بأن الرأي إذا كان
في كتب ظاهر الرواية لا يعدل عنه إلا إذا صحح المشايخ غيره ، ولكن موضع هذه
المقالة إذا لم يمتص العرف غير ظاهر الرواية ، أما إذا اقتضى غيره وجب العدول
إليه ، لأنه يكون حينئذ هو رأي صاحب المذهب ومقتضى قواعده ، بحيث لو وجد
في زمان العرف الحادث وشاهد أحوالاً غير الأحوال ، لأفتى بغير ما قال أولاً .
وذلك لأن من قواعده مراعاة العرف . ولهذا قال في الفنية : ليس للمفتي ولا للقاضي
أن يحكما على ظاهر المذهب ويتركا العرف . وقال القرافي في الفروق (١) : والوجود على
المتعولات أبدا ضلال في الدين ، وجهل بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضين .

العرف الذي يؤثر على النص الفقهي

العرف المعارض للنص الفقهي إما أن يترتب عليه مع هذا معارضته للدليل
الشرعي أولاً ؛ فإن ترتب عليه معارضته شرط في تأثيره على النص الفقهي أن يكون
عاماً إلا على رأي من يقول بحجية العرف الخاص ، فإنه على هذا الرأي يؤثر فيه
العرف العام والخاص على السواء . فقول الفقهاء في الاستصناع : لا يصح في الثوب
إلا بأجل السلم ، لا يترك إلا بالعرف العام ، فإذا تعامل الناس استصناع الثياب
على وجه العموم صح استصناعها وإن لم يذكر الأجل . وإن لم يترتب عليه
معارضة الدليل كان قاضياً على النص الفقهي سواء أكان خاصاً أم عاماً كصبيغ
الالتزامات وقرائن الأحوال العرفية والمعياري فيها لم ينص عليه من أموال الربا .
فإن هذا أن المنصوص عليه في كتب المذهب حلول الثمن ما لم ينص على تأجيله .
ومع ذلك فقد ذكر في الأشباه أنه لو باع التاجر في السوق شيئاً بثمان ولم يصرحاً
بحلول ولا تأجيل ، وكان المتعارف فيما بينهم أن البائع يأخذ كل جمعة قدراً معلوماً ،
انصرف إليه بلا بيان ، قالوا لأن المعروف كالمشروط هـ . ويمكن من الشواهد
لهذا ما تقدم في اشتراط العموم في العرف .

(١) ص ١٧٧ .

المقال السادس

العرف والعادة في الفتيا والقضاء

الفتيا كالقضاء في أنهما بيان لأحكام الله ، غير أن الفتيا بيان بطريق الإخبار عنه ، والقضاء بيان بطريق الإلزام به . وللعرف والعادة أثر فيهما من وجهتين : أخذ الحكم من نصوص الفقهاء ، والتحكيم في الوقائع . فالكلام في بحثين :

البحث الأول

أخذ الحكم من نصوص الفقهاء

الأحكام التي استنبطها المجتهدون كما قدمت ليست كلها محكمة بحيث لا يطرأ عليها تغيير ، بل منها ما هو مبني على العرف والعادة الغالبة . وذلك لا يبقى إلا ريثما يبقى ما بنى عليه ، فإذا تغيرت العادات تغيرت الأحكام ، فالمجتهد فيها إنما يستنبط لزمانه . وهناك شيء آخر هو أن المجتهد مهما بذل الطاقة لا يمكنه أن يستنبط أحكاماً لجميع مقتضيات الناس على مر الأزمان ، بل كل ما يمكنه هو كفاية مقتضيات زمانه ، ووضع القواعد التي اتبعها في اجتهاده ليسير عليها أتباعه . لذلك كان لابد له من خلفاء يستثمرون اجتهاداته بما يجعلها مسارية لأحوال الناس وهم المفتون والقضاة ؛ فكان عليهم أن يتقنوا الأحكام المبنيّة على العادة بواسطة التغيير والترجيح ليجاروا بها عرف الناس ، وكان عليهم كذلك أن يخرجوا على قواعد المجتهد الأحكام التي تناسب ما يجد من الحوادث والتي فيها رعاية للعرف القائم ، بحيث تحفظ مصالح الناس وتصون حقوقهم ، وهم في جميع ذلك كما قال ابن القيم إنما يخبرون بحكم الله كما فهموه من قواعد إمامهم ، فلزم عليهم أن يكونوا على علم كامل بالحكم والواقعة حتى يكونوا صادقين فيما يخبرون عن المذهب الذي اختاروه .

فلكي يعرفوا الحكم يجب أن يعلّموا مآخذ إمامهم وقواعده المدونة في كتب أصول الفقه ، وقواعده فيعلّموا من بينها قاعدة العرف وشروط اعتباره وأحكامه بحيث يكونون متمكنين من التخريج وترجيح بعض الآراء على بعض ، وهذا قدر متفق عليه بين علماء المذهب ، حكى ابن الهمام وصاحب مسلم الثبوت (١) الإجماع عليه . وقد نقل السراج الهندي عن أبي يوسف وزفر وغيرهما من الأصحاب ، لا يحل لأحد أن يفتي بقولنا ما لم يعلم من أين قلنا ، فإذا لم يكن المفتي على علم بالمآخذ والقواعد بل له إمام بالأحكام فقط لا يحل له أن يفتي بغير المنصوص ولا بغير ما رجحه العلماء منه في الكتب المعتمدة ، بل يحكى ما يحفظ من أقوال الفقهاء بطريق الرواية وبشروطها . قال ابن عابدين في رسالته رسم المفتي (٢) :
فم قد توجد حوادث عرفية غير مخالفة للنصوص الشرعية فيفتي بها . هـ .

أما الواقعة فلكي يكون على فقه كامل بها يجب أن يعرف أحوال الناس وعرفهم القولي والفعلي وأنه عام أو خاص ، ويسأل المستفتى عن عرف بلده والظروف المحيطة بحادثته ، فإن ذلك ملاك جلية الوقائع ، لاسيما القرائن الدرفية فإن لها أثراً كبيراً في فهم حقائق الأشياء والتمييز بين الحق والباطل . ونقل في التبصرة عن الرحلة لابن رشد : ولا يحل للمفتي أن يفتي بما يتوقف على العرف إلا بعد معرفته العرف . قال شهاب الدين القرافي : وينبغي للمفتي إذا ورد عليه مستفت لا يعلم أنه من أهل البلد الذي فيه المفتي ، لا يفتيه بما عاداته يفتي به حتى يسأله عن بلده ، وهل حدث له عرف في ذلك البلد ، موافق لهذا البلد في ذلك اللفظ اللغوي أم لا ، وإن كان اللفظ عرفياً فهل عرف ذلك البلد موافق لهذا البلد أم لا ، وهذا أمر متعين لا يختلف فيه العلماء ، وإن الحادتين متى كاتتا في بلدين ليسا سواء في العرف ، فإن حكمهما ليسا سواء . هـ .

إذا وضح هذا فلا يجوز للمفتي أن يفتي بغير ما يقتضيه عرف من وقعت له الحادثة كالمسطور في كتب المذاهب مما يخالف العرف القائم ، فإن ذلك موجب للعيان وموقع في أشد الآثام ، لأنه يجر إلى الحكم بغير ما أنزل الله ، ولأنه دخول في الفتوى بمن لم يتأهل له .

(١) التقرير ج ٣ ص ٣٤٦ . وشرح المسلم ج ٢ ص ٤٠٤ .

(٢) رسائل ابن عابدين ج ١ ص ٢٤ .

ويجب كذلك أن يكون فقيه النفس له فإساسة صادقة بمقاصد المستفتين لئلا يتخذ ذريعة إلى الضرار وقضاء مأرب خبيثة ، وليفتيهم من أحكام الشرع بما فيه الاستصلاح والعدالة ، فكثيرا ما نرى التهم تلفق والدعاوى الصورية ترفع لا لشيء إلا للإضرار وأكل أموال الناس بالباطل .

قال في فتح القدير^(١) عند قول الهداية : ولو أكل لحما بين أسنانه لم يفطر وإن كان كثيرا يفطر ، وقال زفر : يفطر في الوجهين اهـ ما نصه :

التحقيق أن المفتى في الوقائع لا بد له من ضرب اجتهاد ومعرفة بأحوال الناس ، وقد عرف أن الكفارة تفتقر إلى كمال الجنائية ، فينظر إلى صاحب الواقعة إن كان ممن يعاف طبعه ذلك أخذ بقول أبي يوسف ، وإن كان ممن لا أثر لذلك عنده أخذ بقول زفر اهـ .

ولا بد من أن يتلمذ للفتوى على أستاذ ماهر ليستفيد مرانة على هذا المنصب ، إذ لا يكفي فيه حفظ الأحكام والدلائل . قال في آخر منية المفتى : لو أن الرجل حفظ جميع كتب أصحابنا لا بد أن يتلمذ للفتوى حتى يهتدى إليها ، لأن كثيرا من المسائل يحجب عنه على عادات أهل الزمان فيما لا يخالف الشريعة اهـ والقاضى كالمفتى في جميع ما تقدم .

ثم إن ما خالف فيه المفتون الأئمة الأول وما خرجوه على قواعدهم من الأحكام التي اقتضاها العرف الحادث أو فساد الزمان ، ليس تجديدا للاجتهاد ولا خروجا عن مذاهب الأئمة حتى يقال إنه رأى المفتى وإن نسبتة إلى الامام كذب : لأن ذلك كله مقتضى قواعدهم ومأذون به منهم ، فإن مراعاة العرف وتغير الزمان والضرورات اللاحقة بالناس قاعدة أحكامها الفقهاء وناسبت قواعد الشرع الحكيم . وكذا ترجيح بعض الآراء الفقهية بالعرف وتغير الزمان والمصلحة ولو كانت رأيا خارجا عن المذهب تنطق به أقوال مشايخ المذهب الحنفي وأعمهم .

قال المفتى قاضيخان : وإن كانت المسألة مختلفا فيها بين أصحابنا ، فإن كان مع أبي حنيفة أحد صاحبيه يؤخذ بقولها ، وإن خالفه صاحبا في ذلك فإن كان اختلافهم

(١) ٢٣ ص ٦٦ .

اختلاف عصر وزمان كالتضاء بظاهر العدالة ، يؤخذ بقول صاحبه لتغير أحوال الناس . وقال الشيخ قاسم قطلوبغا تلميذ ابن الهمام^(١) في التصحيح ؟ قلت : يعمل بمثل ما عملوا من اعتبار تغير العرف وأحوال الناس ، وما هو الأرفق بالناس ، وما ظهر عليه التعامل ، وما قوى وجهه . وتمثل ابن عابدين في رسم المفتي عن ابن نجيم في رسالته رفع الغشاء : ولا يرجح قول صاحبه أو أحدهما على قوله إلا لموجب ، وهو إما ضعف دليل الامام ، وإما للضرورة والتعامل كترجيح قولهما في المزارعة والمعاملة ، وإما لأن خلافا له بسبب اختلاف العصر والزمان وأنه لو شاهد ما وقع في عصرهما لوافقهما كعدم القضاء بظاهر العدالة .

ورأينا المتأخرين من الحنفية يرجحون قول الشافعي بالضمان في إتلاف منافع الوقف واليتيم لفساد الزمان وغلبة أكل الأموال بالباطل مع اعترافهم بقوة وجه مذهبنا كما يأتي في فصل التعدي .

ومن ذلك أن مذهبنا في زوجة المفقود أنه يفرق بینه وبينها بعد تسعين سنة أو يموت أقرانه في بلده . ومذهب مالك التفريق بعد أربع سنين . ومع ترجيحهم لمذهبنا كما في فتح القدير لم ينعوا من الفتوى بمذهب مالك عند الداعية . قال القهستاني : لو أفتى في موضع الضرورة لا بأس به على ما أظن اه .

ومن ذلك أن مذهبنا في ممتدة الطهر التي بلغت برؤية الدم ثلاثة أيام ثم امتد طهرها : إنها تبقى في العدة إلى أن تحيض ثلاث حيض ولو استغرق ذلك عمرها . وقال مالك تنقض عدتها بسنة من تاريخ الطلاق . قال في البرازية : الفتوى في زماننا على قول مالك اه . وهذا ترجيح قيم جدا فإن مذهب الحنفيين في زوجة المفقود وممتدة الطهر كان يناسب ذلك الزمان الأول الذي كانت القلوب فيه عامرة بسطان الدين والأيدى فيه كريمة بالخير ، فكانت المرأة تستطيع أن تظل مدة طويلة حافظة لعهد زوجها مأمونة العوز لا تخشى عليها الريبة ، بخلاف هذا الزمان الذي ضعف فيه الإيمان ونذر فيه المحسنون مما لا تستطيع المرأة معه البقاء طيلة هذا الزمان من غير أن تتعرض للحاجة أو تستهدف لما يخدش الكرامة . ومن ذلك أن ظاهر الرواية عن الامام وصاحبه أن هلال رمضان لا يثبت فيما إذا كانت

(١) في تصحيح القدوري : فان قلت قد يكون أقوالا من غير ترجيح وقد يختلفون

السما صافية إلا بإخبار جمع عظيم تقع غلبة ظن الثبوت بخبرهم ، وعدادهم مفوض إلى رأى القاضى ، لأن الكثير من الناس يتوجهون بأبصارهم إلى السماء عادة لالتماس هذا الأمر الدينى العظيم ، والمفروض أن لا مانع من غيم أو غبار ، فتفرد الواحد والاثنين بالرؤية مظنة الغلط . وروى الحسن عن أبى حنيفة أنه يكتفى بشاهدين ، قال فى البحر : وينبغى العمل على هذه الرواية فى زماننا ، لأن الناس تكاسلت عن ترائى الأهله . وحينئذ فليس فى شهادة الاثنين تفرد من بين الجمل الغفير حتى يظهر غلط الشاهد ، فانتفت علة ظاهر الرواية .

وبهذا كله يتبين لنا أن رجحان الرأى كما يكون بالدليل يكون برعاية العرف وأحوال الزمان .

ويجب أن يسلك هذا السبيل فى الموازنة بين المذاهب ، كما يجب أن يبحث الموازن عن عرف صاحب المذهب والظروف القائمة فى زمانه حتى يغدو حكمه على رأيه بالتموة أو الضعف سديدا ، وحتى يكون هذا العلم أداة نافعة للبحث عن الآراء الفقهيّة القوية التى تدبر بها أمور الناس وتصان بها حقوقهم ، وبهذا تدوم على الفقه حياته وجدته .

ثم إن فتوى المفتى التى خالفت نص الإمام للأسباب المقدمة ليست عين مذهب ، بل هى مقتضى مذهب ، لأنها لم ترو عنه بذاتها ، بل استنبطت من قواعده ، فلا يقول المفتى الحقنى مثلا قال أبو حنيفة إلا فيما روى عنه . نعم يصح أن يسمى مذهب ، بمعنى أنه قول أهل مذهب أو مقتضى مذهب .

وبعد ، فإن ما ورد فى هذا المقال والذي قبله لدليل واضح على غنى نصوص الفقه وقضائها لمصالح الناس وقدرتها على حل مشاكلهم على اختلاف أزمانهم وأقطارهم وجنسياتهم . وهذه سنة سلفنا الصالح وعمل فتهاثنا الاعلام الذين فطنوا إلى حكمة الشارع وراعوا مقاصد الدين فى كل زمان ومكان ، فاختروا من الأحكام ما فيه مصالح العباد وسد ذرائع الفساد ، وما فيه صيانة حقوق الخلق والخالق . رسخت عندهم عقيدة ثابتة يخيس بعهد الإسلام من جردها ، وهى أن الشريعة صالحة لكل زمان ومكان ، فأعملوا ملكاتهم فى أحكام المجتهدين ، ورجحوا منها

ما يدبر الأمر ويحفظ العدالة ولا يخرج عن قوله سبحانه ، ومن لم يحكم
بما أنزل الله فأولئك هم الفاسقون ، .

أبعد هذا يليق أن يرعى شرع الله ويستهم فقه المسلمين بالقصور عن مقتضيات
العصر ومجافاة مصالح الناس في هذا الزمان ، ثم يميل أولئك الأفاكون المبطلون
الى اختيار أحكام من الشرائع الغربية فيحكمونها في أموال الناس وأعراضهم
ودمائهم . يؤثرون لتحقيق العدل بين الناس وإخراجهم من العنت والعدوان
أحكاما هي من عمل الإنسان المحدود التفكير الذى يؤثر فيه الزمان والمكان
والشهوات والغايات على أحكام السماء التى شرعها العلام بمصالح العباد ما كان
وما يكون أحكم الحاكمين بما يصون العدل ويحق الحق . لقد علم أولئك الملحدون
مزايا حكم الإسلام وسيئات حكم الشيطان من أكل أموال الناس بالباطل
والتلاعب بالحقوق وانتشار المظالم والفسوق ، وعلوا كذلك ما جره الحكم
بالتقوانين الوضعية في بلاد الاسلام على أبنائه من الولايات والتكيات بعد ما كان
يتمتع بقوة ومنعة ملاكهما الفصل فى المظالم بحكم الشريعة المطهرة .

على أن هذه القوانين التى يدعون لها العصمة والاستقامة ليست إلا مقتطفات
من فقه المسلمين مضافا إليها ما ارتضته أهواء الفجور وأغراض المظالم . أجل :
فلقد امتد ظل الإسلام على بلاد المغرب وأسبانيا وجنوب فرنسا ، وكان المذهب
المالكي هو المعمول به فى هذه البلاد وكتب المالكيين منبئة فيها .

فعلى علماء الفقه أن يوازنوا بين آراء المذهب فيختاروا منها ما تنصره الحجة ،
وما فيه الصون لمصالح الناس والرفق بهم ، تحقيقا لقوله تعالى ، وما أرسلناك
إلا رحمة للعالمين ، ، وما جعل عليكم فى الدين من حرج ، حتى لا تكون كأولئك
المتحصين الذين زعموا أن الحكم والفتوى وقف على أحكام معينة ، تخلفوا المتاعب
لدينهم وبلادهم . وحتى نحمل الناس على الوسط والاعتدال فيما يليق بالجمهور ،
من غير جنوح الى الشدة بتتبع ما فيه حرج ، ولا ميل الى الانحلال الذى قد يجر
إليه تتبع الرخص ، فإن ذلك مقصد الشارع سبحانه كما يشير إليه قوله صلى الله عليه
وسلم ، إن منكم منفرين ، وقوله ، سدوا وقاربوا ، وقوله ، القصد القصد تبلغوا ، .
قال أبو إسحاق الشاطبي : المفتى البالغ ذروة الدرجة هو الذى يحمل الناس على المهور

الوسط فيما يليق بالجمهور . وقال : إذا ثبت أن الحمل على التوسط هو الموافق لقصد الشارع ، وهو الذي كان عليه الساف الصالح ، فليُنظر المقلد أى مذهب كان أجرى على هذا الطريق فهو أخلق بالاتباع ، وأولى بالاعتبار ، وإن كانت المذاهب كلها طرقاً إلى الله ، ولكن الترجيح فيها لا بد منه ، لأنه لا بد من اتباع الهوى كما تقدم ، وأقرب إلى تحرى قصد الشارع فى مسائل الاجتهاد . وبين رحمه الله أن السواند^(١) بما يعرف به التوسط . وفق الله المصلحين إلى ما فيه رحمة للعالمين من أحكام الله .

ثم إن ما بنى من الفتاوى على العرف يتغير حتماً بتغيره ، على وزن ما قلت فى نصوص المجتهدين ؛ لأن صاحب الفتوى ما أفتى بها إلا مناسبة للعرف الذى كان فى زمانه .

(١) انظر للواقفات ج ٤ ص ٢٥٨ - ٢٦٠ ر ج ٢ ص ١٦٨

البحث الثاني

تحكيم العرف في الوقائع

لا نزاع في تحكيم المفتي للعرف في الوقائع ، لإظهار الحق من الباطل ، وتمييز الحلال من الحرام ؛ كالضمان وعدمه بهلاك الودائع وما هو من قبيل الأمانات فإنه يحكم فيه العرف في الحرز والحفاظ ، حتى لو أحرز النقود والمصوغات في حرز الأمتعة أو أحرز الأمتعة في حرز الحطب كان ضامنا ، ولو أحرزت بحرزها العرفي لم يضمن ، ولو أودعها عند زوجته أو أولاده لا يضمن ، ولو أودعها عند أجنبي ضمن عملا بالقرينة العرفية . ومن ذلك جواز التقاط المال على سبيل التملك أو الرد على مالكة حيث ينظر فيه الى العرف ، فإن كان حقيرا جرت العادة أن مالكة لا يأبه ولا يلتفت إليه جاز تملكه والانتفاع به ، وإلا لا يجوز التقاطه إلا لتعريفه ورده . ومن هنا قالوا : تعريف نحو الترة وكسرة الخبز من الورع البارد . ومن ذلك مدة اللقطة التي يحل بعدها الانتفاع بها فإنه ينظر في مقدارها الى العرف فيما يناسب كل لقطة ويعلم أن صاحبها لا يطلبها بعدها .

وكذا القاضى يعمل بالعرف ؛ وذلك في ثلاثة مواضع : الأول في الامتناع من سماع الدعوى . الثاني : الحكم بمقتضى الألفاظ العرفية وحمل صيغة الدعوى على ما يفهم عرفا . الثالث : في ترجيح من له القول عند النزاع وعدم البيّنة .

الموضع الأول : يتمتع القاضى من سماع الدعوى ، بمعنى أنه لا يسأل المدعى عليه ولا يطلب جوابه عنها عند اقترانها بما يكذبها في العادة ، لأن هذه القرينة تدل على أن المدعى ليس له حق فيما يدعيه ظاهرا . قال في البحر^(١) عن خزانة الأكل : إن هشاما قال في نوادره عن محمد : رجل يعرف بالحاجة والفقر ليس بيّنه إلا بورية .

(١) ٧٠ - ٧٤٨ .

(حصير من القصب) ملقاة، صار بيده غلام عرف باليسار، وعلى عنق العبد بكرة
 أى كيس فيها عشرون ألف دينار، فادعاه رجل عرف باليسار، وادعاه صاحب
 الدار، فهو للذى عرف باليسار. ونقل ابن الغرس فى الفواكه البدرية عن المبسوط:
 رجل ترك الدعوى ثلاثة وثلاثين سنة ولم يكن له مانع من الدعوى، ثم ادعى،
 لم تسمع دعواه لأن ترك الدعوى مع التمكن يدل على عدم الحق ظاهراً. اهـ
 وشرط ابن الغرس فى صحة الدعوى أن يكون المدعى محتمل الثبوت عادة. وقال
 ابن نجيم فى البحر: وقد استنبطت من فرع الغلام أن من شرط سماع الدعوى
 أن لا يكذب المدعى ظاهر حاله كما هو مصرح به فى كتب الشافعية. وقال: إنه
 لا يدرى هل ما قاله ابن الغرس منقول عن المتقدمين أو تفقه منه. وعلى كل حال
 فالفقه فى المسألة صحيح يدل عليه كلام أصحاب المذهب كما تقدم عن الإمام محمد،
 وهو مذهب المالكية. وقد عول عليه ابن القيم فى الطرق الحكيمة، ونقله عن
 الاصطخرى الشافعى، ومثّل له بأن يدعى الدقء استئجار الأمير أو ذى الهيئة
 والقدر لعلف دوابه وكفّس بابه.

وعلى هذا يتخرج الامتناع من سماع الدعوى إذا تركها صاحبها المدة الطويلة
 من غير عذر، كالصغر والغيبية وكون العين موقوفة، حيث لا ولى ولا وكيل، مع
 وضع المدعى عليه يده على العين وتصرفه فيها بغير البيع، أما التصرف به فقيه
 تفصيل لا نطيل بذكره. وإنما لم تسمع فى هذه الحالة لأن العرف يكذب به
 ويدل ظاهراً على أنه لا حق له، إذ المعتاد أن الإنسان لا يسكت عن المطالبة
 بملكه مدة طويلة مع التمكن واستيلاء الغير عليه. وليس هذا قضاء بسقوط الحق
 بالتقادم حتى يحكم بإطلاقه كما نص عليه فى الفقه، بل هو منع من سماع الدعوى لما تقدم.
 وقدر فقهاؤنا المدة الطويلة بثلاث وثلاثين سنة فى الأوقاف والموارث،
 وبخمس عشرة سنة فى غيرها؛ وقدرها المالكية فى العقار بعشرين سنة. ويستفاد من البحر
 أن التقدير عندنا لئلهى بعض السلاطين قضائه عن سماع حادثة بعد هذه المدة، ولكن
 نص فى تكملة رد المحتار على أنه اجتهادى. أما المالكية فقدروا لتقديرهم حديثاً
 عنه صلى الله عليه وسلم قال كما فى الشرح الكبير ومن حاز شيئاً عشر سنين فهو له^(١).

(١) انظر فى هذا البحث رد المحتار أول كتاب الدعوى. والبحر ج ٧ ص ٢٤٧. وتكملة

رد المحتار ج ١ ص ٥٤؛ والطرق الحكيمة ص ١١٢، والدسوقي على الشرح الكبير ج ٤ ص ٢٣٨.

الموضع الثاني : الحكم بمقتضيات الألفاظ الواردة في العقود كالبيع ، فلو كان المبيع أرضا وتنازعا فيما يتبعها عرفا حكم للبائع . وكذا حمل صيغة الدعوى على العرف سواء أكان المدعى عقارا أو منقولا أو ديننا عقدا أو فسخا . قال في معين المحكام ص ١٢٥ : قاعدة : كل من له كلام يحمل كلامه على عرفه . ١ هـ لكن ذكر ابن نجيم في الأشباه ص ٤٠ : أن دعوى النقود لا تحمل على العادة القائمة . وفرع على ذلك أن المدعى لو كان نقدا وفي البلد نقود مختلفة المالية وأحدها أروج ، لا يحمل على النقد الغالب كما في البيع ، بل لا بد لصحة الدعوى من بيانه بالجنس والصفة ؛ لأن الدعوى إخبار عن وجوب مال سابق ، فمن الجائز أن يكون العرف الغالب وقت الدعوى متأخرا عن وقت الوجوب ، فيكون تقييدا بالعرف الطارىء ، وتقدم أن من شروط العرف أن يكون موجودا وقت التصرف . وذلك بخلاف البيع وغيره حيث قالوا فيه : يحمل العوض على النقد الغالب لأنه إنشاء في الحال ، فتحققت المقارنة بين العرف وما قيده . قال في تكملة رد المحتار من أول الدعوى عن فصول العمادى : إذا كان في البلد نقود وأحدها أروج لا تصح الدعوى ما لم يبين . ١ هـ .

هذا ولكن ذكر صاحب الذخيرة كما نقله البحر (١) من أول البيوع عنه : أن الدعوى فيما إذا كان في البلد نقد غالب تحمل عليه لأن البيان العرفي كالبيان اللفظي ، إلا إذا طالت المدة بحيث تغير العرف ولا يعلم النقد الذى كان غالبا وقت الوجوب فيثبت لا بد من البيان باللفظ .

وعندى أن هذا التفصيل رأى وجيه ، لأن السبب في عدم الاكتفاء بالبيان العرفي في الدعوى احتمال تأخر العرف عن سبب وجوب المال المدعى ، فإذا قصرت المدة بين سبب الوجوب والخصومة يتلاشى هذا الاحتمال ، لا سيما وأن تركيز العرف بين الناس يفتقر إلى زمان .

الموضع الثالث : يرجع القاضى بالعرف من يكون القول له من المتداعيين لقوة جانب من يشهد له العرف ، لأنه متمسك بالظاهر وما هو الأصل . واليمين لكونها حجة ضعيفة إنما شرعت على أقوى المتداعيين . ويستثنى من الترجيح بالعرف ما إذا كان أحدهما خارجا والآخر زايد ؛ لأن شهادة اليد التى هى سبب

الملك أقوى من شهادة العرف ؛ وما إذا كانت العين في يد ثالث ، لأنه إنما يرجح بالعرف عند الاختلاف في العين بعد ثبوت سبب الملك أو هو اليد لكل منهما ؛ وذلك كما إذا اختلف الزوجان في متاع البيت حيث يرجح القاضى قول كل منهما فيما يصلح له عرفاً ، فيقضى به له يمينه ، لأنه وإن كان لكل واحد من الزوجين يد على ما في البيت ، لكن يدمن شهد له العرف أقوى وأظهر ، لأنها يد اختصاص بالاستعمال والتصرف ، ويد الآخر يد استيلاء فقط ، فيقضى للمرأة بنحو ثيابها والحلى ، وللرجل بنحو ثيابه ، والسلاح والفرس . ومحل هذا إذا لم يكن أحدهما صانعا أو متجرا فيما يصلح للآخر فيكون القول له فيه ، كما في الكفاية والتبيين . وكذا يرجح قولها في مقدار الجهاز مما يصلح لها عند أبي يوسف ؛ لأن العرف أنها تأتي بالجهاز فكانت يدها فيه أظهر . وقال أبو حنيفة : كل ما يصلح لها فالزراع فيه نزاع خارج مع ذى يد وهو الزوج ، فيقضى له ، لأن المرأة وما في يدها في يده .

ومن هذا ما إذا اختلف رجلان في سفينة بها دقيق ، فادعى كل واحد السفينة وما فيها ، وأحدهما يعرف ببیع الدقيق ، والآخر يعرف بأنه ملاح ؛ فالدقيق للذى يعرف ببيعه ، والسفينة لمن يعرف بأنه ملاح . ومنه ما لو تنازع الأب وابنته في متاع ساقه إلى بيت زوجها ، فقال : هو عارية ، وقالت : بل هبة ، فالقول لمن يشهد له عرف البلد ، على ما عليه الفتوى . إلى كثير من أمثال هذا .

ويظهر أن هذا الترجيح أغلبى ؛ فقد قال فقهاؤنا فيما لو اختلف عطار وإسكاف في آلة العطارين والأسا كفة وهي في أيديهما : إنها تكون بينهما نصفين عند علمائنا ، ولم يرجحوا بالعرف . وقد حاول صاحب العناية الفرق بين هذا الفرع والاختلاف في الجهاز بأن الترجيح في الجهاز كان بيد الاستعمال المشاهد ، والموجود هنا الصلاحية فقط . ورد عليه في الحواشى السعدية وتكملة الفتح بأن المنصوص عليه في مسألة الجهاز كفاية الصلاحية . وعندى أنه ينبغى الترجيح بالعرف هنا حيث لم يظهر مانع منه .

والترجيح بالعرف مذهب المالكية أيضاً ؛ فقد قال صاحب التبصرة^(١) بعد ما قرر أن المذهب القضاء بالعرف والعادة : وهذا أصل لا مناقضة فيه على

(١) = ٢ ص ٥٩

المذهب حتى قال أئمتنا رضى الله عنهم : لو اختلف عطار ودباغ في المسك والجلد ، أو اختلف الفقيه والحداد في القلتسوة والسكر ، أو تنازع رجل وامرأة رحا بتجاذبانه ، فالقول في هذا كله قول من شهد له العرف والمادة مع يمينه .

أما الشافعية فلا يرجع بالعرف عدمه ؛ ففي مسألة الزوجين يخلف كل منهما للآخر على ما بيده ، ويقسم المتاع بينهما إن لم تكن هناك بينة .

احتجوا في مسألة الزوجين بقوله صلى الله عليه وسلم كما عند البيهقي : « البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه ، فانه يدل على أن من ادعى شيئاً كان عليه البينة ولا يمين عليه وإن شهد له العرف . وأجاب في تهذيب الفروق بالفرق بين المدعى والمدعى عليه بأن المدعى من كان قوله على خلاف أصل أو عرف ، والمدعى عليه من كان قوله على وفق أحدهما . ويقرب من هذا قول بعض فقهاءنا : المدعى من يتمسك بخلاف الظاهر ، والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر . وعليه فلا مخالفة للحديث ، لأن من ادعى شيئاً وشهد له العرف ، ثبتت له يد اختصاص ، وصار مدعى عليه (١) .

لا يقضى بالعرف بلا يمين

أما القضاء بمجرد العرف بلا يمين فلا يصح ؛ لأنه قضاء بمجرد الظاهر ، والظاهر لضعف دلالة على الحق واحتمال غيره معه احتمالاً قوياً لا يصلح حجة للإثبات . اللهم إلا في أشياء يدل العرف فيها على الحق دلالة واضحة بحيث تقرب من القطع ويضعف معها الاحتمال ، كقول الصاحبين فيما إذا اختلف الصانع ورب الثوب في أصل الأجر بعد الفراغ من العمل ، حيث حكم أبو يوسف عادة الصانع مع صاحب الثوب ، فإن كان من عادته أن يعمل له بالأجر قضى به ؛ وحكم محمد عادة الصانع مع الناس ، فإن كان معروفاً بهذه الصنعة بالأجر أخذ بقوله ، لأنه لما فتح

(١) انظر تكملة الفتح وتكملة رد المحتار والبحر من آخر باب التحالف ، والتبصرة ج ٢ ص ٥٨ وتهذيب الفروق ج ١ ص ١٨٩ والزيلعي أول كتاب الدعوى ومهذب الشيرازي ج ٢ ص ٢٣٥ .

الخانوت لاجله جرى ذلك مجرى انتصيص عليه . قال خواهر زاده : الفتوى على قول محمد . قالوا : ومن هذا القبيل كل صانع نصب نفسه للأجر ، وكل شيء أعيد لتحصيله كالفنادق والحمامات . ومن ذلك الخط في الصكوك والمستندات التي يكتبها الناس فيما بينهم ، فقد أفتوا باعتباره لاسيما من البيع والسمسار والصراف كما في رد المحتار عن المجتبى ج ٤ ص ٥٤٨ لأنه حجة فيما كتبوه على أنفسهم في العرف ، حتى لو أنكره صاحبه عد بينهم مكابرا ؛ ولأن المخطوط قلما تتشابه من كل وجه ، والتزوير فيها وإن كان محتملا لكن ينفى أن لا يكون سبيلا إلى تعطيل مصالح الناس واختلال نظام المعاملات ، وبخاصة بين التجار حيث اطرده العرف بينهم بإثبات الحق بالخط . على أن علم فحص المخطوط وتحليلها قد تقدم فأصبح من السهل على أهل الخبرة معرفة التزوير .

وعند المالكية كما قال القرافي في التقيح : يقضى بالعرف ، وفروعهم الكثيرة تشهد بهذا ، كاختلاف الزوجين في الإنفاق إذا كانت الزوجة في بيت الزوج ، حيث لا يقضى بالنفقة لما مضى ؛ واختلاف المتبايعين في قبض الثمن إذا كانت السلعة المبيعة مما جرى العرف فيه بتسليم الثمن عند البيع . واستدلوا عليه بأن القضاء به قضاء بالطرف الراجح فيصح كالتقضاء بالبينة . والجواب : أن الشارع إنما يبنى القضاء على الأسباب التي تفيد العلم بالحق أو غلبة الظن به ، والبينة من هذا الباب لغلبة صدقها ودلائلها على الحق في الواقع ، بخلاف العرف فإن دلالته على الحق ضعيفة ، وإن قويت في بعض الأشياء فذلك قليل نادر ، ومع هذا فقد راعاه المفتون محافظة على الحقوق كما تقدم .

لا يقضى القاضى بعلمه لفساد الزمان

علم القاضى هو ما يستفيده من مشاهدته بنفسه الحادثة التي يراد الحكم فيها .
 ظاهر الرواية عن أصحاب المذهب أن القاضى يتنصى بعلمه في غير الحدود الخالصة لله تعالى كدعاوى الأموال والزوجية والقصاص وحق القذف والسرقة في حق المال لا في حق القطع .

والحجة لهذا دلالة النص والإجماع على جواز القضاء بالبيئة ، لأن المعنى فيه أن القاضى يحصل له بالبيئة غلبة ظن الصدق ، فيدل بطريق الأولى على جواز القضاء بعلم القاضى المستفاد من الحس ؛ لأن الحاصل له به هو القطع واليقين ، إلا أنه لا يقضى به فى الحدود الخالصة ، لأن الحدود يحتاط فى درئها ، وليس من الاحتياط فيها الاكتفاء بعلم نفسه ، لأنه لما لم يكن لها مطالب من قبل العباد كان متهما بإقامته بغير حق ، وهذه التهمة من الشبهات .

وأفتى المتأخرون بأن علم القاضى لا يكون طريقاً للقضاء فى جميع الحوادث لفساد الزمان ؛ فلقد غلب الظلم وكثرت العداوات والاحتماد بحيث أصبح القاضى مشكوكاً فى صدق دعواه العلم بالحادثة ، متهما فى قضائه بعلمه . فعملوا بالاحتياط فى أمر الدماء والأعراض والأموال عمل المتأخرون بخلاف ظاهر الرواية . وقال فى حاشية الحوى عن ابن سماعه : إن محمداً رجع عن رأيه الأول إلى هذا القول . قال فى الأشباه : إن الفتوى على قول محمد المرجوع إليه أنه لا اعتبار لعلم القاضى . وفى جامع الفصولين : إن الفتوى عليه .

نعم له أن يعمل بعلمه فى أشياء على وجه الحسبة لا القضاء ، كأن يعلم بطلاق امرأة أو غصب مال ، فله أن يحول بين المرأة وزوجها ، ويضع المال المنصوب تحت يد أمين حتى تثبت بوجه شرعى .

المقال السابع

تعارض العرف واللغة

المراد باللغة : الألفاظ المستعملة في معانيها بأصل الوضع ، سواء قلنا إن الواضع هو الله أو البشر . فإذا توافق العرف واللغة بأن دل على عين ما دلت عليه فلا كلام لنا فيه ، وهو المسمى بالعرف المقرر ، كالتقادم البيع والإجارة بلفظيهما فإنه لغة وعرف ؛ وإن تعارضا بأن دل العرف على خلاف ما دلت عليه اللغة ففي القول تفصيل ؛ لأن العرف إما قولى أو عملى . فالكلام فى بحثين :

البحث الأول : العرف القولى

حكى الأصوليون الاتفاق على التخصيص والتقييد بالعرف القولى وترك الحقيقة له ؛ لأن المتكلم أصبح لا يقصد المعنى اللغوى ، فلا يكون مخاطبا به ولا ملتزما له ، لا فرق فى ذلك بين العرف العام والخاص والشرعى ، كالدرهم على النقد الغالب ، وهى حرام بمعنى طالق . هكذا قال الأصوليون . لكن يظهر من تتبع كتب الفقه أن الشافعية لم يتفقوا على هذا الرأى فى كل الفروع . قال جلال الدين السيوطى فى الأشباه ص ٦٦ : فصل فى تعارض العرف مع اللغة : حكى صاحب الكافى وجهين فى المقدم : أحدهما وإليه ذهب القاضى حسين : الحقيقة اللفظية عملا بالوضع اللغوى ، والثانى وعليه البغوى : الدلالة العرفية ، لأن العرف محكم فى التصرفات لا سيما فى الإيمان . قال وقال الرافعى فى الطلاق : وإن تطابق العرف واللغة فذاك وإن اختلفا فكلام الأصحاب يميل إلى الوضع ، والامام والغزالى يريان اعتبار العرف . وقال فى الإيمان ما معناه : إن عمت اللغة قدمت على العرف ، . ١ هـ

وقد يتوهم أن اختلاف مشايخهم فى العرف العملى ، لكن السيوطى ذكر من الفروع ما يفيد أنه فى العرف القولى ، قال : ولو قال « أعطوه بعيرا لا يعطى ناقة على المنصوص . وقال ابن شريح : نعم لا ندراجه فيها لغة . وقال : وصلى للقراء فهل

يدخل من لا يحفظ القرآن ويقرأ في المصحف أولاً؟ وجهان، ينظر في أحدهما إلى الوضع، وفي الثاني إلى العرف، وهو الأظهر، ١٠٥

فهذا التقل يدل على أن حكاية الإجماع من الأصوليين قد لا تسلم لهم، لكن لما كان العمل باللغة وترك العرف عند الشافعية غير مضر بل هو قليل ومعظمه ذو وجهين، أمكن الأصوليين أن يحكوا الاتفاق، فيؤول بالنسبة للشافعية بأنه على القول المشهور لهم.

هذا وأفاد السيوطي أن اختلاف الشافعية فيما إذا تعارض العرف واللغة العربية، أما إن تعارض مع الأجمعية فالإجماع منهم على تقديم العرف إذ لا وضع يحمل عليه. وعندى أن هذا الفرق غير ظاهر إذ لكل لغة وضع أصلي وعرف طارىء. وتفريعا على تقديم العرف القولى قال العلماء: إن الأسماء الشرعية إذا استعملها أهل الشرع من الفقهاء والأصوليين في كتبهم ومخاطباتهم كانت حقائق شرعية تحمل على معانيها الشرعية بلا قرينة تصرف إليها، وإذا استعملوها في المعاني اللغوية كانت مجازات لأنهم وضعوها لهذه المعاني فيكون استعمالهم إياها فيما وضعت له، فتكون حقائق لا تقتصر في الفهم إلى قرينة. غير أن الوضع إن كان لمناسبة بين المعنى الشرعي واللغوي كانت منقولة، وإن كان بغير مناسبة كانت مرتجلة.

البحث الثاني

العرف العملي

قدمت في تعارض العرف مع التصوص أن العرف العملي إذا عارض اللفظ المطلق قيده باتفاق، وإذا عارض العام اختلف في أنه يخصه أولاً، فأثبتته الحنفية، ونفاه الجمهور، وبسطت هناك وجهة كل، ووعدت بتحقيق مذهب المالكية في تعارض العرف مع العام. وهنا أنجز موعدي بتوفيق الله مع إعادة ذكر مذهب الحنفية، لأن فيه شيئاً من المناقشة والتفصيل.

مذهب المالكية :

ذكر القرافي في الفروق ج ١ ص ٧٧ : أن اعتياد بعض أفراد اللفظ لا يقضى عليه ، ومثله بلفظ الثوب فإنه صادق لغة على ثياب الكتان والقطن والحرير والوبر والشعر ، وأهل العرف إنما يستعملون في الثياب الثلاثة الأول دون الآخرين . قال : فهذا عرف فعلي . واعتل لعدم تأثيره في اللفظ بأن ترك مباشرة معنى لفظ لا يخل بوضع اللفظ له ، فإننا لم نبشر الياقوت ، ولم يخل ذلك بوضع لفظ الياقوت له . وعضده بحكاية الإجماع على ذلك ، وبني على رأيه فساد تعليل الفقهاء باعتياد الفعل في مسألتى ما لو حلف لا يأكل رأسا يحنث برءوس الأندام ، ولو حلف بأيمان المسلمين يلزمه الطلاق والعق والصيام والحج ، لغلبة الخلف بهذه الأشياء . وقال : إنما كان ذلك لغلبة الاسم لا لغلبة الفعل . وتابعه على رأيه خليل بن إسحاق المالكي .

ولكن جمهور فقهاء المالكيين على أن العرف العملي يخص ويقيد ؛ قال شمس الدين الدسوقي في حاشيته على الشرح الكبير ج ٢ ص ١٤٣ : وذكر ابن عبد السلام أن ظاهر مسائل الفقهاء اعتبار العرف وإن كان فعليا . ونقل الوانوغى عن الباجي أنه صرح بأن العرف الفعلي يعتبر مخصوصا أيضا . وفي القلشاني : لا فرق بين القولى والفعلى فى ظاهر مسائل الفقهاء . ١٠ هـ .

وإذا أردنا مناقشة القرافي فيما ادعى ، رأينا على رأيه بأن ترك مباشرة معنى اللفظ لا يخل بوضعه له . والقائلون بالتخصيص والتقييد لم يدعوا أنه يخل بالوضع بل قالوا : إنه يبين المراد من اللفظ ويقتصر حكمه على بعض أفرادها ؛ أما وضعه لمعناه وتناوله لأفراده فإنه باق لم يمس . ورأينا بعض رأيه بحكاية الإجماع ، ولا أدرى لإجماع من يريد ؟ أهو إجماع الفقهاء المالكية ؟ فقد قدمت عن الدسوقي أن البارزين منهم لا يقولون بهذا الرأي ، أم هو إجماع الفقهاء جميعا ؟ فكل دن له أدنى دراية بأصول الفقه يعلم خلاف الحنفية . وإنكاره على الفقهاء التعليل باعتبار الفعل وتعليله هو بغلبة الاسم لا أراه إلا فرارا . وقد أنكر عليه ابن الشاط مسألة الثوب وقال : إن الخالف يحنث بما جرت العادة بلبسه فقط ، غير أنه قال : إن ذلك لبساط الحال . والذي دعانى الى بعض الإطالة هنا هو تحقيق مذهب المالكية الذى يجمع كتاب الأصوليين حتى المالكية منهم فيما رأيت على نقل غير الصحيح منه .

مذهب الخفية : إذا تعارض العرف العملي مع اللغة فلذلك حالتان :
 الحالة الأولى: أن يكون المعنى الحقيقي مهجورا والمعنى المتعارف هو المستعمل
 فيه اللفظ ، كقول الخالف : لا يأكل من الدقيق ، فإن المعنى الحقيقي له هو السيف
 وهو مهجور ، والمعنى المتعارف أكل ما يتخذ منه كالحبز ونحوه ، وهو الذي استعمل
 فيه هذا اللفظ : وكقول الخالف : لا آكل الطعام وعادته اكل التمر ، فإن حقيقته
 ما يطعم وهو مهجور ، وعرفه أكل البر . وحكم هذه الحالة تقديم العرف على اللغة
 بلا خلاف .

وقد يعكر على هذا أن عثمان بن علي الزيلعي وهو من فقهاء الخفية ، قال بعدم
 تقييد العرف العملي للفظ . ردد هذا في باب الوكالة في النكاح ، وفي باب النمين
 في الأكل والشرب من كتابه التبيين (١) قال في باب النمين - ٣ ص ١٢٨ ردًا
 على فتوى الزاهد العتابي وصاحب السكافي بعدم الحنث بأكل لحم الآدمي والخنزير
 فيمن حلف لا آكل لحما : ، ولكن هذا عرف عملي فلا يصلح منيذا بخلاف
 العرف اللفظي ، ألا ترى أنه لو حلف لا يركب دابة لا يحنث بالركوب على
 الانسان للعرف اللفظي ؟ فإن اللفظ عرفا لا يتناول إلا السكران وإن كان في اللغة
 يتناوله ؛ ولو حلف لا يركب حيوانا يحنث بالركوب على الانسان لأن اللفظ
 يتناول جميع الحيوان ، والعرف العملي وهو أنه لا يركب عادة لا يصلح مقيدا ، اه
 وينبغي ألا نغتر بكلام الزيلعي ، فقد رده ابن الهمام في فتح القدير بقول
 الخفية في أصولهم : ترك الحقيقة بدلالة العادة . وهل العرف العملي إلا نوع منها ؟
 وفروع المذهب شاهدة بذلك . وإن موقف الزيلعي من مذهب الخفية لشيبه
 بموقف القرافي من مذهب المالكية ، وقد وضع الحق والحد لله . ثم هذه الحالة
 تسمى في أصولنا بالهجر عادة أو شرعا . وضابط الهجر العادي : أن يتعارف الناس
 ترك المعنى الحقيقي مع سهولة الوصول إليه ؛ أما ما هجرت حقيقته شرعا فكمنكاح
 الأجنبية والخصومة ، فإن حقيقتهما الزنا والمنازة وهما مهجوران بين أهل
 الإسلام ، لأن المعمود أن دينهم وعقلهم يمنعهم من اجتراح المنهى عنه ، وقد
 قال تعالى : ولا تقربوا الزنا ، ولا تازوها فتفشلوا ، فإذا حلف المسلم لينكح

(١) ٢٠ ص ١٣٥ .

أجنبية ، أو وكل مسلم آخر بالخصومة ، انصرفت يمينه إلى المعنى المجازى وهو عقد الزواج في الأول ، وفي الثاني هو الجواب عن الدعاوى أمام القاضي ، أعم من أن يكون إقرارا أو إنكارا ، كما يشعر به معنى لفظ الجواب إذ هو كلام يقطع دعوى الخصم ويطابقه ، وسواء في ذلك وكيل المدعى والمدعى عليه .

الحالة الثانية : أن يكون المعنى الحقيقي للفظ فيه استعمال ، والمعنى المتعارف للفظ فيه استعمال أكثر وأشهر ، وهذه هي مسألة تعارض الحقيقة المستعملة مع المجاز المتعارف :

وأورد هنا شيئا عنها :

المجاز المتعارف : هو اللفظ المستعمل في المعنى المجازى أكثر من استعماله في المعنى الحقيقي . ومعنى الحقيقة المستعملة عكسه . ومعنى المتعارف : الأسبق إلى الفهم من التعارف أى التفاهم والتبادر ، وسبب هذه الأسبقية تعامل الناس هذا المعنى فإن العرف ، أى جرى بعمل شيء خاص تبادر فهم ذلك الشيء من اللفظ الصالح له عند إطلاقه ، كما أن سبب قلة استعمال اللفظ في معناه الحقيقي عدم شيوع التعامل بذلك المعنى . فموضوع المسألة أنه إذا كان للفظ معنيان أحدهما مجازى متعامل بين الناس ، واللفظ فيه استعمال أكثر وأشهر والآخر حقيقى ، واللفظ فيه نوع استعمال ، فأيهما يرجح ؟ قال الإمام أبو حنيفة : ترجح الحقيقة . وقال صاحباه : يرجح المجاز سواء أكان متناولا للمعنى الحقيقي أولا ، كما ارتضاه جمهور السكاتبين . ويفهم من كلام نجر الإسلام أنه لا بد من تناوله للحقيقة .

مثال ذلك : الأكل من القمح ، فإن حقيقته المستعملة أكل عينه غير نية ، والمجاز المتعارف ما يعم الحقيقة كأكل ما يتخذ منه كالخبز ، فلو حلف شخص لا يأكل القمح ولا نية له ، انصرف إلى أكل عينه عند أبي حنيفة ، وإلى المعنى المجازى عند صاحبين . ومثال آخر : الأكل من اللحم ، فإن المعنى الحقيقي له أكل أى نوع من أنواعه ولو لحم الطيباء أو الحمر الوحشية ، والمعنى المجازى المتعارف أكل ما اعتيد أكله من اللحوم ، فلو حلف لا يأكل لحما فهو على الخلاف . ومثال ثالث وهو قول الحالف : لا يشرب من النيل لحقيقته المستعملة الكرع بالفم ، كما يرشد إلى ذلك لفظ

من الدال على الابتداء من غير واسطة، ومجازه المتعارف شرب مائه على أى وجه .
فالخث في ذلك يكون على الخلاف .

ولم أجد من حرر رأى بقية الأئمة في هذه المسألة، ولكن قال في فتح القدير
في مسألة لا يشرب من دجلة : إن قول الصاحبين ذو قول الشافعى وأحمد، وعمله
بأنه المتعارف المفهوم، فلعلهما قائلان بتقديم الحجاز المتعارف .

استدل الإمام بأن الحقيقة المستعملة هي الأصل أى الراجح، والمجاز فرعها
ومرجوح لها والراجح هو المقدم في الاستعمال على المرجوح .

قال صاحبان : إن المجاز المتعارف أسبق إلى الفهم بسبب تعامل معناه بين
الناس، وما يسبق إلى الفهم أولى بالتمل مما لا يسبق، ولا ترجح الحقيقة بالأصالة
لأن محل الترجيح بها، وحمل الكلام على الحقيقة، إذا لم يمنع مانع، والتبادر إلى
الفهم هنا مانع قوى، وبهذا يترجح رأى الصاحبين .

ذكر صاحب مسلم الثبوت أنه ينبغي أن يكون النزاع في الحقيقة المستعملة
والمجاز المتعارف، في غير ما بنى على العرف، لانصراف ما بنى عليه إلى المتعارف،
ولهذا أفتوا في حلفه لا يأكل لحما بأنه لا يحث بأكل لحم الآدمى والخنزير كما عن
العتابى وصاحب الكافى، مع أن حقيقة اللحم شاملة لهما . ولا يصح هذا الكلام،
فإنه إن سلم له هذا الفرع، فهناك فروع أخرى في باب النمين حكوا فيها الخلاف
بينهم، مثل : لا يشرب من دجلة، لا يأكل من الخنطة . على أن مسألة اللحم ليست
من فروع قاعدة الحقيقة المستعملة والمجاز المتعارف، بل من فروع التخصيص
بالعادة بهجر الحقيقة، لأن المعبود من المسلم الاشمئزاز من رؤية لحم الخنزير
والإنسان، فضلا عن تناولها، وإذا لم يصح هذا الكلام فينبغى تقييد قاعدة :
الايان مبنية على العرف، بغير ما كان من قبيل الحقيقة المستعملة، والمجاز
المتعارف، لا العكس .

ثم إن الناظر في موضوع هذه المسألة ومسألة التخصيص بالعرف يخال بينهما
تدافعا؛ فإن موضوع مسألة العرف العملى كما يفهم من لفظه شامل لما إذا كان
المعنى الحقيقى مهجورا، ولما فيه نوع استعمال، وهو موضوع هذه المسألة :
إذ العرف العملى صادق بالمادة المطردة والغالبة، وقد حكوا هناك اتفاق علمائنا

على تقديم العرف العملي . ثم حكوا هنا خلافهم في أيهما يقدم ، فكان هذا في بادئ
الرأى تضرابا في المذهب وتناقضا في النقل . وبعد البحث في كلام الفقهاء وجدت
أن مسألة العرف العملي خاصة بما إذا كان المعنى الحقيقي مهجورا ، وهذه فيما إذا
كان فيه استعمال ، فلا تعارض بين الوفاق والخلاف . إذا عرفنا هذا أمكننا أن نميز
من الفروع بين مواضع اتفاق الامام وصاحبيه وخلافهم .

هذا ولا نزاع في ترك المعنى الحقيقي والمصير الى المجاز الأقرب إذا دلت
العادة على تعذره أو تعسره . ومعنى تعذر المعنى الحقيقي عدم إمكان الوصول إليه
أصلا ، ومعنى تعسره أن يمكن الوصول اليه لكن بعسر . مثال الأول : ما لو حلف
لا يأكل من هذا الرجل ، فإن جسم الرجل لا يمكن أكله ، فيصار الى مجازه الأقرب
وهو ما يحمله من مطبوخ أو غيره . ومثال الثاني : ما لو حلف لا يأكل من هذه
الكرمة ، فإن جسم الكرمة يمكن أكله لكن بعسر ، فيصار الى مجازه الأقرب وهو
ما يخرج منها ، فإن لم يكن للكرمة ثمر بأن كانت من الصغار ، صير الى المجاز الذي
يلي الأول في القرب وهو ثمنها ، فلو اشترى به ما كولا وتناوله حنث .

ووجه ترك الحقيقة والمصير الى المجاز في هاتين الصورتين ، أن الحمل على
الحقيقة فيه إلغاء للكلام العاقل ، لأن الحلف على عدم الأكل من عين الرجل
أو الكرمة مثلا ، عبث صرف إذ هو ممنوع عنه بلا يمين ؛ وصون كلامه عن الإلغاء
واجب بقدر الإمكان ، وذلك بالمصير الى المجاز . ثم إنه لا مانع منه ، لأن ما يتوهم
مانعا وهو أصالة الحقيقة وراجحيتها ، ساقط ، لتعذرها أو تعسرها .

وأختم هذا المقال — بحمد الله — بحكم تعارض العرف العام والخاص :

يفهم من تهذيب الفروق نقلا عن أشباه السيوطي ، أنهما إذا تعارضا قدم
الخاص ؛ اللهم إلا إذا كان محصورا وعادة شخصية ، فيقدم عليه العام ، كأن يتراضع
تاجر في المعاملة على خلاف العرف العام في الأسواق . وقواعدنا لا تأبى هذا
الحكم ، لأن المعبر عن إرادة أهل العرف الخاص في هذه الحالة هو عرفهم ،
فيكون حجة لهم وعليهم ، بخلاف العادة الشخصية ، حيث لا تعبر إلا عن إرادة
صاحبها ، فلا عبرة بها . أما العام فهو لأهل العرف الخاص كالأعجمية للعرب ، فلا
إلزام به .

المقال الثامن

أهم الأحكام المبنية على العرف والعادة

إلى هنا فرغت بحمد الله من جمع ما استطعت الوصول إليه وبحثه من أحكام
سرف . وأريد بتوفيق الله أن أبحث أهم الأحكام التي بناها الفقهاء لأضع
بن يدي القارىء صورة عملية عن آثار العرف المختلفة في التشريع ، حتى يغدو
لوضوع جم النفع مبارك الثمرات . وسأرتب ذلك على مباحث الفقه إن شاء الله ،
يقع الكلام في أربعة فصول .

(تنبيه : موضع هذه القطعة أول صفحة ١٢٩ قبل الفصل الأول المعقود عليه)

الفصل الأول

المعقود عليه والبدل

المعقود عليه : هو محل العقد . ويجب لافتمام العقد وترتب حكمه عليه أن يكون المحل قابلا له ، كأن يكون مالا موجودا . ويجب اصحته خلو المعقود عليه مما يفضى الى المنازعة وأكل أموال الناس بالباطل ، كأن يكون معلوما مساويا للبدل في أموال الربا .

وبعد هذا أقول : الأصل في المعقود عليه في المعاوضات أن يكون موجودا ، فيبطل العقد على المعدوم ، بأدلة كثيرة ؛ منها كما في السنن الأربعة : نهي صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند الإنسان . ولأن العقد على المعدوم الذي على خطر الوجود قمار وهو منهي عنه . وقد خرج عن هذا ثلاثة أمور أجزت للعرف :

الامر الأول :

بيع الثمار على الأشجار ، والرطبة على الأصول عند وجود بعضها دون البعض . وهذا كالثمار من أنواع مختلفة ، وكالباذنجان مما يتلاحق وجوده .

قال مالك وبعض أصحاب أحمد وابن القيم^(١) وشيخه بجواز هذا النوع من البيع . وظاهر مذهب الحنفية^(٢) بطلانه ، وبه قال شمس الأئمة السرخسي ، وأفتى الحلواني وأبو بكر بن الفضل من مشايخ المذهب بالجواز .

استدل مالك وبعض الحنابلة بأن هذا البيع جائز للضرورة ، إذ لا يمكن إلاهلى

(١) انظر إعلام الموقعين ج ١ ص ٣٦٠ .

(٢) انظر التبيين والفتح والبحر ورد المختار في مسألة ومن باع ثمرة بدا صلاحها أولا صح .

رسائل ابن عابدين ج ٢ ص ١٢٩ .

هذا الوجه ، لأن تمييز الموجود بما يتلاحق وجوده في غاية العسر لا يكف الشارع بمثله . والدليل لظاهر الرواية عن الخفية : أن هذه صفة بعضها معدوم فتبطل لبطلان بيع المعدوم بالأدلة التي قدمنا ، إذ لا تجزأ الصفقة المتحددة في البيع صحة وبطلاناً ، ولا ضرورة تدعو إلى الجواز . قد يقال : الضرورة موجودة فيما لو اشترى ثماراً على الشجر ثم أخرجت غير ما اشتراه ، فإنهم قالوا إن كان قبل القبض يفسد البيع لعجز البائع عن التسليم ، وإن كان بعده يشتركان فيه للاختلاط ، ولا شك أن في كل من فساد البيع والشركة لحاق ضرر بالمشتري ، فيتخلص منه بشراء الموجود وما سيوجد . أجاب السرخسي بأنه لا يتعين هذا الطريق ، لأن المشتري يمكنه أن يشتري الأصول مع الثمار الموجودة ، وما يحدث بعد ذلك يكون على ملكه ثم يبيع الأصول بعد قضاء حاجته ، فإن كان البائع لا يعجبه بيع الأصول فالمشتري يشتري الثمار الموجودة ببعض الثمن ويؤخر العقد في الباقي إلى وقت وجوده ، أو يشتري الموجود بجميع الثمن ، ويحمل له البائع الانتفاع بما يحدث ، فيحصل مقصودهما بإحدى هذه الطرق ، فلا ضرورة إلى الجواز .

والحلواني وابن الفضل عدلا عن ظاهر المذهب للعرف . قال ابن الفضل : استحسن فيه لتعامل الناس ، فإنهم تعاملوا ببيع ثمار الكرم بهذه الصفة ، ولهم في ذلك عادة ظاهرة ، وفي نزاع الناس عن عاداتهم حرج ، أه . وكون هذا من بيع المعدوم المنهى عنه وتصريح ظاهر المذهب ببطلانه ، لا يمنع من صحة ما أفتوا ، لأن العرف كما علمنا يخص الأدلة ويعدل به عن ظاهر المذهب . وقول السرخسي لا ضرورة تمنع من العمل بظاهر المذهب ، ممنوع ، بل غلبة عسر انفكاك الناس عن هذه العادة ؛ والحكم عليهم جميعاً بالفسق لتناول المحرم حرج عظيم . على أن المخارج التي ذكرها لا تخلو عن مشقة ؛ فأى بائع يرضى بأن يخرج الأصول التي أعدها للاستغلال من ملكه وهو لا يأمن قبول المشتري ردها إليه ؟ وأي مشتري إذا شاء شراء ثمار بجنيهاً يكلف نفسه شراء أشجار بعشرات الجنيهاً ؟ وكمن العقود يتم إذا أردنا العقد على كل ما يحدث ومن الأصول ما ينتج كل يوم كالخيار ؟ ومن من الناس يفتن إلى حيلة لإحلال الباقي إلا عالم متبحر في التشريع ؟ ومثل هذا يقال في حقه بالمنع لعدم الضرورة . وقد تأيدت هذه الفتوى بما روى

عن محمد بن جواز بيع الورد على الأشجار، وهو لا يخرج جملة، بل يتلاحق
البعض ببعض.

فالراجح ما ذهب إليه مالك وبعض الحنابلة، وأفتى به الحلواني وابن الفضل،
وإن اختلفت الوجهة، فإن كلا من الضرورة والعرف يخصصان الأدلة. ويزيد
في راجحيته ملاءمته لمقصد الشريعة لما فيه من التيسير على الناس.

وقد رد ابن عابدين هذا العرف إلى دلالة النص المبيح للسلم، من أسلم فليسلم
في كيل معلوم الحديث، فإنه رخص فيه مع أنه بيع المعدوم للحاجة، وهذه الحاجة
موجودة في مسألتنا.

هذا وقد روى عن ابن الفضل أنه قال في هذه المسألة: أجعل الموجود أصلا
وما يحدث بعد ذلك تبعاً. فاستنبط منه المشايخ أنه لا بد للجواز من أن يكون
الخارج الموجود أكثر مما سيوجد. وهو استنباط يناسب التعبير بالأصالة والتبعية.
لكن إذا كان المستند هو العرف فأى فرق بين أن يكون الموجود أكثر أو أقل
إلا أن يكون ما جرى به العرف مطابقاً لما استنبطوه^(١).

الامر الثاني عقد الاستصناع:

الاستصناع في اللغة: طلب العمل من الصانع. وشرعاً: أن يطلب من الصانع
عمل شيء مادته من عنده على وجه خاص. صورة ذلك أن يطلب شخص إلى حذاء
أو نجار أن يصنع له حذاء أو قبطراً، والجلد والخشب والمسار من عند الصانع،
ويبين له نوع المصنوع وصفته، ويعين له الثمن ويتقده إياه، أو يتفقا على التأجيل.
فقولي في التعريف: مادته من عنده أى من عند الصانع، وهو احتراز عن الإجارة
فإن المادة فيها من عند المستأجر وعلى الأجير العمل فقط. وقولي: على وجه خاص
أى جامع لشرائط الاستصناع التي هي بيان جنس المعقود عليه ونوعه وصفته
وقدره وكونه مما جرى باستصناعه العرف. وهو احتراز عما لم يستجمع الشرائط
حيث يكون استصناعاً فاسداً.

(١) انظر المهذب ج ٢ ص ٢٩٦، وشرح المحلى للنهجا ج ٢ ص ٢٥١

وقد ذكر الحنفية في مشروعته تفصيلا بين أن يذكر فيه أجل السلم أولا؛ فإن ذكر فيه أجل السلم فهو سلم مشروع بأدلة مشروعية السلم فتراعى فيه شرائطه؛ وإن لم يذكر فيه أجل السلم قال أبو حنيفة وصاحباؤه: يجوز فيما جرى به التعامل ولا يجوز في غيره. وقال زفر: لا يجوز مطلقا. ومذهب الشافعي^(١) كما نقل في كتبنا إطلاق المنع، ولكن المنقول في كتب الشافعية: أن منع هذه الصورة إنما يكون فيما لا ينضبط مقصوده بأن يجمع أجناسا مقصودة لا يعلم مقدار كل واحد منها، كالحناف والثياب المصبوغة والغالية، بخلاف ما انضبط مقصوده بأن كان من جنس واحد كالثوب من غزل، أو من جنسين معلوم مقدار كل منهما كثوب الخبز المركب من الإبريسم والوبر. وهم أولى بنقل مذهبهم.

استدل الحنفية بأن القياس أن لا يجوز الاستصناع كاه، لأنه لا يمكن إدخاله في أي عقد من العقود المشروعة، فإن أقرب العقود إليه البيع والإجارة بناء على أن المقود عليه فيه العين أو المنفعة، ثم هو لا يصح بيعا لأنه معدوم حال العقد، ولا إجارة لأنه استتجار على تحصيل عمل في ملك الأجير، ولكننا تركناه بالتعامل من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم من غير نكير، والتعامل بما يترك به القياس كما ترك في دخول الحمام بالأجر من غير بيان المدة ومقدار الماء الذي يستعمل، وفي شراء الشربة من السقاء من غير بيان قدر الماء المشروب؛ وتركناه كذلك بالسنة لما صح أنه صلى الله عليه وسلم استصنع خاتما. ولما كان جوازه على خلاف القياس اقتصر على ما جرى به التعامل وترك ما عداه على القياس. ثم إن الاستدلال بالتعامل راجع في الحقيقة إلى الاستدلال بالإجماع العملي الذي هو قسم من الإجماع المطلق وثابت بثبوت.

هذا كلام الفقهاء. لكن يرد أن هذين الدليلين لا يثبتان كل المدعى وهو جواز الاستصناع فيما جرى به العرف في كل زمان. أما الحديث فلأنه معدول به عن سنن القياس فيقتصر فيه على ما ورد؛ وأما الإجماع فلأن ما جرى عليه تعامل الناس في عصر التقليد لم يجمع عليه، إذ الإجماع اتفاق المجتهدين. والجواب

(١) انظر المذهب للشيرازي ج ٢ ص ٢٩٦، وشرح المحلى للنهجا ج ٢ ص ٢٥١

أن ما لم يثبت جوازه بالسنة أو الإجماع يجوز بدلالتهما، لأنهما معللان بالحاجة العامة التي يدل عليها التعامل، وتقدم في رد^(١) العرف إلى الأدلة الشرعية.

وتمسك زفر بالقياس الذي تقدم. واستدل الشافعية على ما نصوا على منعه بأن ما لم يضبط مقصوده لا يعرف قدر كل جنس منه، فيؤدى إلى النزاع؛ ولكن ما ذكره زفر والشافعي مردود بما قدمنا من الإجماع والسنة ودلالتهما.

فالفقه أن ما جرى العرف به صح استصناعه كالحفاف والأواني وأثاث المنزل وعدد الحرب والثياب. وأما تصريح فقهائنا بأنه لا يجوز استصناع الثياب فذلك مبني على عرفهم، لأن الناس ما كانوا يتعاملون هذا النوع، أما الآن فقد فشا هذا التعامل بين التجار والصناع في البلدان. ويشترط في العرف المجوز للاستصناع أن يكون عاما، لأنه قاض على الدليل الشرعي، كما تقدم^(٢).

الامر الثالث: إجارة ما جرى العرف باستئجاره:

المعقود عليه في الإجارة هو المذافع، وهي معدومة للحال، وتوجد في المستقبل ساعة فساعة. فالعقد عليها إما على معدوم في الحال، أو مضاف إلى ما سيوجد في المستقبل. وعلى كل فالقياس والقاعدة العامة أن لا تشرع أصلا، لأنها عقد على معدوم كما تقدم، ولكنها شرعت استحسانا بالدليل القاطع؛ قال تعالى: فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن. أقول: شرعت استحسانا للحاجة الشديدة؛ لأن كل أحد لا يملك ما ينتفع به ولا يستطيع تملكه. ويعنون بالحاجة هنا ما يعم الضرورة كالإجارة لإرضاع من لا مرضعة له. وإذا كان المشروع على خلاف القياس لعله مفهومة بفهم اللغة يعم مواضع وجودها بالدلالة وينتفي فيما عداها، فشرع الإجارة يعم مواضع الحاجة وينتفي فيما عداها.

(١) انظر صفحة ٣٢

(٢) انظر صفحة ٥٨

وبعد هذا أقول : إن الدليل على وجود هذه الحاجة هو العرف : لأن تداول الناس أمرا بحيث يصل إلى حد الاعتياد مع قبول الطباع له ، يدل على احتياجهم إليه ، وأن منفعته مقصودة لهم بعقد الإجارة ، وإلا كان عبثا . قال في الفتح (١) : « وأصل الإجارة مقتضى القياس فيها البطلان ، إلا أن الشرع أجازها للحاجة فيما فيه تعامل ، اهـ .

وفي البرازية كما في نشر العرف : صحة الإجارة بالتعارف العام . فتمى وجد العرف بإجارة شيء كالنور للسكنى والأراضي للزراعة ، صحة الإجارة لوجود الحاجة ، ومتى انتفى كإجارة الأشجار للاستغلال وتخفيف الثياب بتعليقها ، بطلت الإجارة لعدم الحاجة ، ولأنه يدل على أن المنافع المفقود عليها غير مقصودة من العين المستأجرة : وبهذا يكون بذل العوض فيها من السفه ، وأخذ العوض عنها من أكل المال بالباطل . فالقمة أن الإجارة تدور على العرف صحة وبطلانا ؛ ولهذا شرط في انعقاد الإجارة أن تكون المنفعة مقصودة لجمهور الناس .

هذا هو مذهب الحنفية ، والصحيح من مذهب الشافعية (٢) . ويفهم من كلام المالكية كما في الشرح الكبير (٣) أنه يكفي أن تؤثر المنفعة في العين وتقص قوتها ؛ قصدت عند جمهور الناس أو لم تقصد ، ولهذا أجازوا إجارة الأشجار لتخفيف الثياب . قالوا : لأنه عند على منفعة متقومة . والدليل لنا ما قدمنا . ونقول لهم : الأصل في المنافع عدم التقوم ، لأن ماليتها مفقودة حيث لم تكن محرزة في الأيدي ، وإنما عرفنا تقومها بالشرع في الإجارة وهي لم تشرع إلا للحاجة العامة والانتفاع المنصود ، فيستقط التقوم في غير هذا ، أثر الانتفاع في العين أو لم يؤثر . وخرج على هذا بطلان إجارة الأشجار للاستغلال وتبقية الثمار ؛ فلو اشترى شخص ثمار بستان وجب عليه قطعها في الحال تفريفاً لملك البائع ، فإن أراد تبقيتها على الأشجار ليتمكن من بيعها للناس بلا تلف وتوصل إلى ذلك باستئجار الأشجار ، كانت الإجارة باطلة . قالوا وله استبقاء الثمار في هذه الحالة ، لأن هذه الإجارة وإن بطلت فقد تضمنت إذن البائع بالاستبقاء حيث قبلها . وخرج أيضا بطلان

(١) انظر فتح القدير ج ٥ ص ١٠٢ .

(٢) المهذب ج ١ ص ٣٩٩ .

(٣) الشرح الكبير للدرديري ج ٤ ص ٢١ .

إجارة الدواب ليقفها أمام بيته ليعلم الناس أنه ذو مال وجاه ، واستئجار الثياب والمصوغات والساعات لتزدان بها حوائيت صناعتها : لأنه لم يجر العرف بذلك ، وليس هذه الأشياء منفعة يقصدها جمهور الناس بعقد الإجارة .

وكذا يخرج بطلان حيلة كان يصنعها بعض الناس للوصول إلى ربح من القرض من غير أن يكون ربا : ذلك أن الشخص قد يحتاج إلى قرض من ذى مال فيضن صاحب المال بالقرض إلا بفائدة ، فيحتالان على الوصول إليها باستئجار المترض لحفظ عين للمستقرض لا تزيد قيمتها على الأجرة كسكين أو مائدة أو امرأة . ثم يحصل المقرض على قرضه وأجرته من غير أن يتترف لثم الربا . قالوا هذه الإجارة باطلة لأنها مشروعة على خلاف القياس للحاجة العامة التي يدل عليها التعامل العام ولم يوجد ، وقيل بصحتها على القول باعتبار العرف الخاص ، فإن هذه المعاملة عرف أهل بخارى ، وقدعت أن اعتبار العرف الخاص قول ضعيف . على أنهم قالوا : إن هذا ليس عرف عامة البخاريين ، بل يعرفه الخواص فقط ، فلم يوجد شيء من العرفين .

ومهما يكن من الآراء في هذا الفرع فإنها حيلة أظهر فيها العاقدان صورة الإجارة الجائزة ، وأخفيا فيها قصداً خبيثاً ، وهو الانتفاع من وراء القرض والربا المحرم ، فقرا بذلك من مبرة القرض الذي شرعه الله فرجاً للمسكرو وبين . فيجب أن يكون حكمه حكم سائر الحيل التي يقصد بها استحلال محارم الله ، كبيع العينة ، والعقد المقصود به إسقاط الشفعة والزكاة . ورأى الامام محمد فيها الكراهة التحريمية . ورأى المحققين من فقهاء الشريعة الذين فطنوا إلى حكمتها وبنائها على مصالح الخلق كابن القيم : بطلان هذا النوع من العقود ، نظراً إلى الأغراض والقصود وسدا للذريعة ^(١) .

وأعود إلى الموضوع فأقرر أن قانون المذهب الحنفي أن ما تعارف الناس استئجاره صحت إجارته ، وما لا تعارف فيه فهو باطل ، والمعتبر هنا هو العرف العام لقضائه على الأدلة .

(١) انظر إعلام الموقعين وبيع العينة في كفاية الفتح وحول إسقاط الشفعة في التبيين .

تثبت المالية بالعرف

الأصل أن المعقود عليه في البيع يجب أن يكون مالا ، فيبطل بيع مالا مالية له ، لأن أخذ المال على سبيل المعاوضة من غير عوض من الآخذ أكل لأموال الناس بالباطل ، وبذله على هذا الوجه سفه ، وكلاهما باطل ، فيبطل ما يستلزمه .

والمال (١) في لسان الشرع كما قال صاحب الدرر: موجود يميل إليه الطبع ، ويجرى فيه البذل والمنع . وقال في الكشف الكبير : المال ما يميل إليه الطبع ويمكن ادخاره لوقت الحاجة . ومعنى التعريفين واحد وهو الشيء الذي ترغب فيه الطباع بحيث تضن النفوس به إلا بمقابل ، ويمكن إحرازه للانتفاع به عند الحاجة . فخرج بقوله : موجود في التعريف الأول ، بقوله : يمكن ادخاره في التعريف الثاني : المنافع ؛ فإنها أعراض متصرمة كما توجد تتلاشى ، فليست بمال ، وإنما هي ملك ، أى مملوك شأنه أن يتصرف فيه على وجه الاختصاص ، والذي يشهد له لإطلاق أدلة الشرع أن المنافع قسم من المال ، وخرج يميل الطبع في التعريفين ما لا يميل إليه الطباع ، وهي الأعيان التي لا يرغب فيها ، ولا تضن بها النفوس ، لتفاهتها وعدم الانتفاع المقصود بها كحبة قمح وكسرة خبز وقليل التراب ، أو الماء في محله والبيض الفاسد والزجاج المكسر بحيث لا يصلح في شيء ، والحشرات التي لا ينتفع بها كالثقائف والضفادع وحيوان الماء المحرم إلا ما ينتفع بشيء منه كالجلد والعظم . وبهذا صحح السرخسي وابن الهمام عدم جواز بيع الكاب العقور ، لأن مفسدته تربو على نفعه بحيث يكون في حكم العدم ؛ وقالوا يبطلان بيع القثاء والجود والبيض إذا كان فاسدا لا ينتفع به . والحاصل : أن كل مالا ينتفع به فليس بمال ، أما ما يجرى فيه البذل والمنع وينتفع به ولو بحسب المال فإنه يصح بيعه متى قومه الشرع وأباح الانتفاع به ؛ ولهذا جوزوا بيع النحل ودود القز والعلق مع أنها من الهوام للانتفاع بها في إنتاج العسل والحزير والتداوى بامتصاص الدم الفاسد ؛ وأجازوا بيع الذبل

(١) انظر البحر ج ٥ ص ٢٧٧ ، وابن عابد بن ج ٤ ص ٣ ، ١٥٥ ، والدرر ج ٢ ص ١٦٨ طبع الأمانة

وخره الحام الكثير مع أنها من المستقدرات للانتفاع بها في إخصاب الأرض .
قال الزيلعي في التبيين إن المسلمين تمولوا السرقين من غير نكير .

ومن هذا يتبين أن مقياس المالية تعارفُ الناس أن هذا الشيء مرغوب فيه ومنتفع به أو عدم تعارفهم . ذلك ولا ريب أن هذا أمر يتجدد على مر العصور واختلاف الأمكنة ، فكثير من الأشياء لم تكن له في القديم فائدة فكان محترماً بين الناس ، ثم أثبتت التجارب أو الكشف العلي أن له منافع في الطعام أو في الطب أو الصناعة أو الزراعة أو الحرب فتموله الناس وقابلوه بالأثمان . وكثيراً ما نرى الشيء في مكان تافها لا يذفع به ولا قيمة له ، وفي مكان آخر من من العزة والنفاسة بمقدار .

ثم إن العرف العام والخاص في تعريف المالية سواء ؛ ولهذا قال صاحب الكشف الكبير والدرر : « وثبتت المالية بتمول الناس كافة أو بتمول البعض ، اهـ . وهذا لأن العرف المثبت للمالية من العرف الذي يرجع إليه في تطبيق الأحكام الكلية .

وكما تكون مالية الأشياء التي بينها العرف العام أو الخاص أساساً لصحة البيع ، تكون كذلك أساساً للتضمنين عند إتلاف الشيء المتمول .

يجوز وقف المنقول مستقلاً عن العقار

إن جرى العرف بوقفه

القياس والأصل العام في الوقف : أن يكون مؤبداً ، لأنه لإخراج الملك لا إلى مالك كالإعتاق^(١) . وينبئ على هذا أنه لا يجوز وقف المنقول مستقلاً عن العقار لأن المنقولات على شرف الهلاك فليست قابلة للتأييد . فالقياس المنع من وقف المنقول استقلالاً .

وقد أخذ به أبو حنيفة ، فمنع من وقف المنقول المستقل عن العقار إطلاقاً . وقال أبو يوسف بجواز وقف ما ورد به الشرع نصاً أو دلالة وهو الكراع

(١) انظر البدائع : ٦٦ - ٢٢٠

والسلاح . والمراد بالكراخ كل ما يركب أو يحمل عليه في الحرب، وبالسلاح كل ما يستعمل في المنازلة . وقال محمد بوقف الكراخ والسلاح وما جرى به العرف مما سواهما ، كالكتب وفرش المساجد وجنازات الموتى والدرهم والدنانير والحبوب ، بأن توقف لتعرض من أهل الحاجة ثم ترد، أو تدفع مضاربة، أو يصرف ربحها الى جهة الوقف . وقالت الأئمة الثلاثة بوقف المتعول الذي لا ينتفع^(١) به باستهلاك عينه ، فلا يصح في نحو الطعام ، إلا أن الشافعي قيده بأن يبقى مدة يصح الاستئجار فيها .

استدل محمد بأن القياس ألا يجوز الوقف في المنقولات كلها كما تقدم ، ولكنه استحسن في الكراخ والسلاح بما جاء في حديث عمر رضي الله عنه كما في الصحيحين أنه صلى الله عليه وسلم قال : « وأما خالد فإنكم تظلمون خالدًا قد احتبس أدراعه وأعتاده في سبيل الله تعالى ، والاعتاد : آلات الحرب من الدواب والسلاح وغيرها . وبما عن أبي هريرة كما عند البخاري وأحمد أنه صلى الله عليه وسلم قال : « من احتبس فرسا في سبيل الله إيمانًا واحتسابًا فإن شيعته وروثه وبوله في ميزانه يوم القيامة حسنة » في القاموس : الحبس من الخيل : الموقوف في سبيل الله . وفسر في نهاية ابن الأثير الحبس في حديث خالد بالوقف ، فيدل الحديثان على صحة وقف ما ورد فيهما بالعبرة ، وغيره مما هو من نوعه يثبت وقفه بطريق الدلالة . واستحسن في غير الكراخ والسلاح مما فيه تعامل بالعرف ، فإنه يترك به القياس كما في الاستصناع .

واستحسن أبو يوسف في الكراخ والسلاح بالحديثين المتقدمين عبارة ودلالة ، وعمل فيما سواهما بالقياس .

واستدل الأئمة الثلاثة بالحديثين المتقدمين . وفي كتب^(٢) الشافعية الاستدلال باتفاق المسلمين على وقف الحصر والقناديل والزلالى — وهي نوع من البسط — في كل عصر ، فيثبت فيما ورد فيه النص والإجماع بهما ، وغيره يثبت بالدلالة أو القياس على ما ثبت بهما .

(١) المعنى : ج ٦ ص ١٨٨

(٢) معنى المحتاج ج ٢ ص ٣٦٢

يقال لأبي حنيفة: إنما يعمل بالقياس حيث لم يوجد ما يصرف عنه كالنص والعرف فيما هنا. ويقال لأبي يوسف: إنك عملت بالقياس في موضع العرف. وللأئمة الثلاثة: إن القياس الذي أجريتموه باطل، لأن من شرط القياس ألا يكون حكم الأصل معد ولا به عن سبب القياس، ووقف المتقول مما عدل به عن سببه، لأن موجب الوقف التأيد وهو لا يتأيد.

وبهذا رجع الحنفية قول محمد، قالوا: عليه أكثر فقهاء الأمصار، وعليه الفتوى. وفي الإجماع أنه الصحيح.

ثم هذا العرف راجع إلى الإجماع فيما أجمع عليه عملاً، وفي غيره يرجع إلى دلالاته كما تقدم في المقال الثاني، ولا يمكن أن يرجع إلى القياس على الوارد لأنه على خلاف القياس.

وتمتضى أحكام العرف المتقدمة أنه يشترط في هذا العرف الذي يصح وقف المتقول أن يكون عاماً لخصائه على القياس، لكن جرى الفقهاء قديماً وحديثاً على اعتبار العرف الخاص، وذكرت ما يؤيد ذلك في بحث الشروط^(١) وبناء عليه، فالمعتبر عرف إقليم الواقف في زمن الوقف.

هذا ويرجع إلى العرف في كثير من مسائل الوقف كعرفة ما يستوى في مصرفه الأثنياء والفقراء، أو يختص بالفقراء، وعرفة شروط الواقفين.

(١) انظر صفحة ٥٦

المعيار في أموال الربا

الأصل أن المعتود عليه يجب مساواته للبدل إن كانا من أموال الربا واتحد جنسهما . والمساواة إنما تكون بالمعيار الشرعي ، وهو الكيل في المكيلات كالقمح والشعير ، والوزن في الموزونات كالذهب والفضة ، فلا يجوز التساوى بالوزن فيما يكال ، ولا بالكيل فيما يوزن لجواز التفاضل بالمعيار الأصلي ، إلا إذا تيقنا من التساوى في الكيل والوزن . لا خلاف بين المسلمين في كل ذلك إلا ما عن ابن القيم ^(١) من أن المباح من مصوغ الذهب والفضة وحليتهما يباع كما تباع السلع غير الربوية تقويماً للصنعة ، وما عن أكثر الفقهاء من جواز العرايا .

وإنما الخلاف في تعيين المعيار في كل مال من أموال الربا . فذهب أبو حنيفة ومالك ومحمد بن الحسن وأبو يوسف ، في رواية عنه ، إلى أن ما نص الشارع على أنه مكيل أو موزون كالأشياء الستة : الذهب والفضة والقمح والشعير والتمر والملح ، فهو كذلك أبداً وإن أحدث الناس عرفاً على خلافه فكألو الموزون ووزنوا المكيل ، ومالم ينص عليه فالمعتبر فيه عرف الناس في الأسواق . وذهب الشافعي ^(٢) في أرجح أقواله وأحمد إلى أن ما غلبت عادة الحجاز بكيله أو وزنه في عهده صلى الله عليه وسلم فهو كذلك أبداً وإن أحدث الناس عرفاً على خلافه ، ومالم يكن كذلك فالمعتبر فيه عرف الناس في الأسواق . وللحنابلة فيه وجه آخر وهو رده إلى أقرب الأشياء بالحجاز شهاً به . وروى عن أبي يوسف أن المعتبر هو عرف الناس في المنصوص عليه وغيره .

احتج أبو حنيفة ومن معه بأن الواجب في المنصوص عليه اتباع النص لا غيره ، إذ لا عبرة بالعرف على خلافه لأن النص حق أبداً ، أما العرف فجاز أن

(١) انظر إلام الموقعين ج ٢ ص ١٠٤

(٢) انظر المحلى على المنهاج ج ٢ ص ١٦٦

يكون على باطل، وتقدم بسط هذا الوجه في بحث الشروط. وإنما اعتبر العرف فيما لم ينص عليه اتباعاً للمعهود من الشريعة أن ما لم يرد فيه حد معين فالمرجع فيه إلى العرف كما في المالية؛ ولأن العرف المثبت للمعيار إذا كان عاماً كان إجماعاً وهو حجة.

واحتج الشافعي وأحمد فيما ليس للحجاز فيه عرف غالب بما قدمنا. وفيما فيه للحجاز عرف:

أولاً: بما روى أبو داود والنسائي عن عبد الله بن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: المكياال مكياال المدينة والميزان ميزان مكة. استدل به ابن قدامة في المغنى^(١) والشيرازي في المهذب. ووجهه أن الرسول صلى الله عليه وسلم إنما بعث ليبيان الأحكام، فهذا الحديث بيان لرد الأموال الربوية كيلاً ووزناً إلى عادة الحجاز التي عاصمتها مكة والمدينة.

ثانياً: بأن الظاهر أنه صلى الله عليه وسلم اطلع على ما كان في زمنه من المعيار وأقره، فعُرف الحجاز ثابت بالسنة القولية والتقريرية، ولا عبرة بعرف الناس على خلاف السنة.

وجه الرواية عن أبي يوسف أن العرف الطارىء إنما يترك لو قام النص على خلافه، وما هنا ليس كذلك، لأن نصه صلى الله عليه وسلم على المعيار مبنى على العرف الذي كان معلول به، حتى لو كان العرف هو الوزن في المكيل والكيل في الموزون لورد النص على وفقه، ولو تغير في حياته صلى الله عليه وسلم لتغير النص، وحيث كان معلولاً بالعرف فهو مدار المعيار أبداً. وقد تقدم شرح هذا الوجه وتأيد هذه الرواية في الشرط الثالث من شروط العرف فلا أطيل الكلام فيه. وأما الحديث الذي استدلوا به فما أبعد عن المطلوب لأن المكياال والميزان آلتا الكيل والوزن، فهو كما قال الشوكاني^(٢) دليل على أنه يرجع عند الاختلاف في الكيل إلى مكياال المدينة، وعند الاختلاف في الوزن إلى ميزان مكة اهـ. وإنما يدل على المدعى أن لو كانت عبارته المكيل مكيل المدينة والموزون موزون

(١) ج ٤ ص ١٠٠، والمهذب ١٠٠

(٢) نيل الأوطار ج ٥ ص ٣٠٧

مكة ، وتقريره صلى الله عليه وسلم للعادة الغالبة في عهده إنما هو معلوم بالعرف كما تقدم .

فالأصح من الآراء هو هذه الرواية عن أبي يوسف .

فخرج عليه أن ما كان مكيلا بتقرير رسول الله صلى الله عليه وسلم وما كان موزونا إذا تغير عرف الناس فيه ، فمكالموا الموزون ووزنوا المكيل ، تغير المعيار . وعليه يتخرج بيع الدقيق بجنسه وزنا مع أنه مكيل بالنص ، أما ما كان العرف فيه مشتركا فالعمل فيه بالنص إذا لا عرف يصرف عنه .

وقد استظهر العلامة ابن عابدين ^(١) أنه يشترط للعمل بالعرف في موضع النص عند أبي يوسف ، أن لا يخرج العرف عن المعيار الشرعي ككيل الموزون ووزن المكيل . أما إذا أخرج عنه كالعدد في الذهب والفضة فإنه يبطل العرف ويجب المصير إلى النص أثلا يلزم عليه إبطال نصوص التساوي بالكيل والوزن المتفق على العمل بها عند الأئمة المجتهدين . وعليه فلا يجوز اعتبار التساوي بالعدد في استقراض الدراهم والدنانير عند الاختلاف في الوزن وشيوع التعامل بالعدد كما كان في بعض المسكوكات القديمة . لكن قال سعدى أفندي في حاشيته على العناية : إنه ينبغي أن يخرج على رواية أبي يوسف استقراض الدراهم عددا كما هو المتعارف في زماننا . ونقل ابن عابدين عن البركوى أنه لا حيلة فيه إلا التمسك بالرواية الضعيفة عن أبي يوسف اه .

وعندي أن هذا الاستظهار موفق جد التوفيق ، لأن اعتبار العدد في الذهب والفضة يؤدي إلى نفي الربا فيما تعورف عنه منهما لعدم المعيار الشرعي ، مع أن النص المفيد لربويتهما لم يفرق بين نوع ونوع . وكذا يقال في كل ما أفضى إلى نفي ربا الفضل في مال حكم الشرع بربويته .

وعليه فينبغي أن يلتزم مخرج آخر غير هذه الرواية كالنصوص النافية للخرج إن بلغ الأمر بالناس إلى غلبة عسر الانفكاك . وعلى كل حال فقد سلطنا

(١) انظر رد المحتار ج ٤ - ٢٨١

الله من هذا الاضطراب في المعاملة، فإن النقود في عصرنا مضبوطة بالوزن ضبطاً كاملاً بحيث صار ذكر العدد كناية عن الوزن .
فذا والعرف العام والخاص في المعيار سواء .

العرف في البدل

الأصل في البدل أن يكون معلوماً نهياً صلى الله عليه وسلم عن الغرر، ولما أخرج أحمد وأبو داود عن أبي سعيد، قال: نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن استئجار الأجير حتى يبين له أجره . ولأن المقصود من العقد التسليم والتسلم من غير إنضاء إلى المنازعة، وجهالة البدل تفضي إليها، والعلم إما بالإشارة أو بذكر القدر والجنس والصفة، وخرج عن هذا أمران :

الأول : أنه يستغنى عن الصفة بالعرف في الثمن والأجرة؛ وذلك إذا كان في البلد نقود مختلفة في الرواج سواء استوت في المالية أو اختلفت كالجنه المصري والانجليزي بمصر، فإنه ينصرف إلى غالب نقد البلد بحكم العرف، سواء نشأ من غلبة اسم النقد في أحد النقود المتداولة حتى كان عرفاً قولياً، أو نشأ من غلبة التعامل بأحدها دون الباقي حتى كان عرفاً عملياً؛ لأن كلا من العرفين يقضى على اللفظ . أما إذا استوت النقود في المالية والرواج، فإنه يستغنى عن الصفة أيضاً؛ لأن الجهالة لا تضر للتساوي، وينصرف النقد إلى أحدها . وإن اختلفت المالية مع الاستواء في الرواج فسد البيع لإنضاء الجهالة إلى النزاع .

الأمر الثاني : الأجر المجهول جهالة لا تفضي إلى المنازعة لجريان العرف بالتساح فيه، وذلك في مسألتين :

المسألة الأولى : استئجار الظئر بطعامها وكسوتها فقط أو مع أجر معلوم .
أجازته أبو حنيفة ومالك وأحمد في رواية، ومنعه الشافعي وأبو يوسف ومحمد وأحمد في رواية أخرى .

قال المانعون : العلم في الأجر شرط بالدليل الذي قدمنا، والطعام والكسوة أجر مجهول لاختلافه اختلافاً كثيراً في القدر والصفة . وكذا إذا انضم إلى الطعام والكسوة أجر معلوم، لأن المؤلف من المعلوم والمجهول مجهول . والحجة للمجوزين

الاستحسان بالكتاب، وهو قوله تعالى « والوالدات يرضعن أولادهن ، إلى أن قال : « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف . »

أوجب سبحانه على الآباء الرزق والكسوة للوالدات المرضعات من غير فصل بين أن يكن زوجات أو مطلقات . ومعلوم أن الوجوب للمطلقات غير المعتدات من رجعى لا يكون إلا بطريق الأجرة . وكذا يدل عليه قوله تعالى : « وعلى الوارث مثل ذلك ، لأن الوجوب على الوارث للوالدات لا يكون إلا بطريق الأجرة أيضا . وليس مطلق الجهالة بمانع ، بل المانع منها ما يفضى إلى المنازعة وهو منى هنا بالمساحة مع الأظآر والنوسعة عليهن في العرف شفقة على الأولاد .

المسألة الثانية : استئجار الأجير غير الظئر بطعامه وكسوته . أجازاه مالك وأحمد في رواية ، ومنعه الحنفية والشافعية وأحمد في رواية أخرى :

دليل المانعين هنا هو دليل المانعين في المسألة الأولى ، ودليل المجوزين العرف الراجع إلى الإجماع العملى ؛ فإن الصحابة كأبي بكر وعمر وأبي موسى تعاملوه من غير تكبير . نقل هذا ابن قدامة في المعنى ^(١) ، وروى أحمد وابن ماجه عن عتبة بن الضر أنه قال ، كنا عند رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقرأ آطس حتى بلغ قصة موسى عليه السلام ، فقال : إن موسى أجز نفسه ثمانى سنين أو عشر سنين على عفة فرجه وطعام بطنه ، وشرع من قبلنا شرع لنا إذا لم يرد ناسخ . لكن هذا الحديث ضعيف ، لأن فى إسناده مسلة بن على الحسنى وهو متروك ، فيكفى فى الاستدلال الإجماع السابق .

ثم إن علة الجواز فى المسألتين أن هذه جهالة لا تفضى إلى المنازعة للجريان العرف بالتساح فى مثلها ، فلو ألحق بهما بطريق الدلالة كل أجز مجهول القدر جرى عرف الناس بالتساح فيه بحيث لا تفضى جهالته إلى منازعة كأجرة الحلاق واستئجار الدابة بعلفها ، أو بأجز معلوم وعلفها ، وأجرة النجار فى بلاد الريف ، لما كان من ذلك مانع فيما أظن . وهو مذهب مالك رضى الله عنه . ثم المرجع فى تقدير هذه الأجرة العرف .

(١) ١٠٠٦

استئجار الأجير ببعض ما يخرج من عمله

الأصل في الأجرة أن لا تكون بمحض عمل الأجير ، فلو كانت كذلك فسدت الإجارة ، كالأستئجار على نسج غزل يبعثه منسوجا ، أو خبز طعام يبعثه مخبوزا ، أو حصاد زرع يبعثه محصودا ، لما أخرج الدارقطني والبيهقي عن أبي سعيد قال : نهى صلى الله عليه وسلم عن عسب الفحل وعن قفيز الطحان ، . ومعنى النهى عن قفيز الطحان النهى عن طحن الطعام بجزء منه مطحونا . وقال ابن المبارك أحد رواة الحديث : إن صورته أن يقال للطحان اطحن بكذا وكذا وزيادة قفيز من نفس الطحين . وعلى كلا التفسيرين فعلة النهى كون الأجرة أو بعضها بمحض ما يخرج من عمل الأجير ، لأن ذلك يؤدي إلى عجز المستأجر عن تسليم الأجرة حالة العقد ، والقدرة على التسليم شرط صحة الإجارة . فيلحق به كل ما وجدت فيه علته كغزل الصوف ونسجه وحمل الطعام يبعثه ، بدلالة النص لظهور العلة وعدم الحاجة في فهمها إلى الاجتهاد .

ولم يخالف في ذلك إلا أحمد والهادوية والمزني . وطعنوا في سند الحديث ودلالته . وليس تحقيق الحق في هذه المسألة من مهمتي ، ولكنني أذكر الأصل لتبين مدى تأثير العرف فيه .

وخرج عن هذا نسج الغزل وحمل الطعام يبعث المنسوج والمحمول ، فإن مشايخ بلخ والنسفي جوزوه ، ومنعه بقية مشايخ المذهب .

قال المسامعون : إن الفساد ثابت بدلالة نهي صلى الله عليه وسلم عن قفيز الطحان . وقال الآخرون : إن هذا العقد صحيح للعرف ، فإن أهل بلخ تعارفوا هذا الأمر ، والعرف يترك به القياس ويخص الأثر كما في الاستصناع . ورد عليهم بأنه ليس كل عرف شأنه هذا ، بل هو شأن العرف العام كما في الاستصناع ، لأنه يؤول إلى الإجماع ، أما العرف المستدل به فهو عرف خاص ببعض البلاد وهو لا يقتضي

على قياس ولا يخص أثرا ، لأن التخصيص والتقييد شأن الادلة ، وهذا ليس .
بدليل وبه تبين فساد التنظير بالاستصناع .

هذا وينبنى على هذا الأصل أن ما يفعله أهل المدن عندنا من خبز اليمش
بأجر معلوم ورغيف منه ، وما يفعله أهل الزرع من حصده ببعضه محصودا ، إنما
يحموز لو جرى عرف عام به ، وإلا فلا يحموز . نعم يمكن الإفتاء بمذهب أحمد
والمهادوية والقائلين بحجية العرف الخاص منا ، حيث وجد مسوغ الإفتاء بالقول
المرجوح وهو عموم البلوى بهذه المعاملة .

وأما ما قاله بعض فقهاءنا من أنه يحتال للجواز في جنس هذه المسألة بجعل
الأجر جزءا مطلقا من غير أن يشترط أنه من المحمول ومن المطحون مثلا ، فيجب
في ذمة المستأجر ثم يعطيه منه ، فهو مخلص جيد فيه الحيلة والخروج من خلاف
العلماء . ولكن أنى استطاع تفهيمه لجاهير الناس الذين غلب فيهم الجهل بأحكام
الشريعة ، وتغلغلت هذه العادات في نفوسهم . والله الرحيم بعباده أعلم بأحكامه .

الفصل الثاني

صيغة التصرف

المراد بالتصرف هو الالتزام الذي يصدر من الشخص فيرتب الشارع عليه أحكامه ، سواء أكان بسيطاً أى من جانب واحد كالنذر واليمين والإسقاطات المحضة كالطلاق والعتق وغيرها فإن هذه تتم بعبارة واحدة ، أو كان مركباً من التزامين متبادلين يتوقف أولهما على ثانيهما كما في عقود المعاوضات والتبرعات حيث تتركب من الإيجاب والقبول . وهذا الالتزام في الأصل إرادة نفسية لا بد لإعلانها والكشف عنها من شيء ظاهر يدل عليها قولاً أو فعلاً : ذلك الشيء هو الصيغة .

فالصيغة : ما دل على التصرف الذي يراد إنشاؤه من قول أو فعل : والمراد بهما ما عهد بين الناس مفيداً للتصرف المراد ، وإن كان لذلك قيود في بعض الالتزامات . فالقول كزوجت وأبيع في عرف خوارزم ، والفعل كالكتابة المستبينة والمعاطاة في البيع وفي الصدقة ، بخلاف الزواج وإن تعورف انعقاده بها لخطر أمر الإبضاع وشدة حرمتها حتى اشترط في صحة العقد عليها الشهود ، فلا يليق أن تبذل بالمعاطاة ابتذال السلع .

ثم تنقسم الصيغة الى تسميتين باعتبارين ، فباعتبار الوضوح والخفاء تنقسم الى صريح وكناية ، وباعتبار الاقتران بالشرط وعدمه الى مقترنة به وبمجردة عنه .

التقسيم الأول الى صريح وكناية

الصريح : ما تبادر خصوص المراد منه لغلبة الاستعمال ، كصيغة : زوجت وبعث وأجرت وطلقت ، في الزواج والإجارة والبيع والطلاق . والكناية ، ما استتر مراده بحيث لا يفهم إلا بقرينة ، كقول الأب في الزواج ، وهبتك بنتي : وكقول البائع : جعلت لك هذه الضيعة وسلمتلك عليها بكذا ، وكقول المطلق لإمرأته : فارقتك أو اذهبي . وحكم الصريح ثبوت الحكم الذي جعلت الصيغة سبباً له بعين الكلام ، من غير توقف على نية أو قرينة . وحكم الكناية ترتب الحكم عند وجود نية أو قرينة معينة للمراد .

يتبين من التعريفين أن لوجود العرف وغلبة الاستعمال وعدمه الأثر في صراحة الصيغ وكنايتها . فتمد يغلب على الألسنة استعمال صيغة ، من الصيغ في مراد خاص ، فيتبادر منها ، فتصير صريحاً لا يفترق إلى نية ولا قرينة ، كما في الحقيقة العرفية منقولة أو مرتجلة ، والحقيقة اللغوية التي أقرها العرف ، والمشارك الذي جرى العرف باستعماله في أحد معانيه ، والمجاز المتعارف . وقد يحتمل اللفظ معاني ولا يغلب استعماله في أحدها فيستتر المراد منه ، فيكون كناية لا يترتب أثره عليه إلا مع نية أو قرينة حالية أو مقالية ، كما في المشترك والمجاز غير المتعارفين إذا خفيت قرينتهما . قال في إعلام الموقعين ج ٣ ص ٦٧ ، وعلى هذه القاعدة - أي اعتبار العوائد - « تخرج أيمان الطلاق والعناق وصيغ الصرائح والكنايات ، فقد يصير الصريح كناية يفترق إلى النية ، وقد يصير الكناية صريحاً تستغنى عن النية ، ا هـ . وقال في فتح القدير من آخر الإيلاء : « والعرف هو الموجب لثبوت الصراحة ا هـ ، ورأبنا محمد بن الحسن يقول في قول الرجل : كل حل على حرام : يقع به الطلاق إن نواه . ثم أفنى مشايخ بلخ بأنه يقع به الطلاق بلا نية لغلبة الاستعمال ، فصارت الكناية صريحاً بالعرف . ويتفرع على هذا مسائل :

المسألة الأولى

انعقاد الزواج بالألفاظ المصحفة كجوزت وتجوزت إن جرى بها العرف،
الصریح من صیغ الزواج هو كلتا النكاح والتزویج . وكنایته : كل لفظ وضع
لتملیک العین فی الحال كالهبة والهدیة والتملیک ، لوجود العلاقة بینها و بین المعنی
الحقیقی مع استتار المراد منها . فلفظ التزویج علی هذا لیس من القسمین ؛ لأن
معناه الحقیقی هو التزویج أو جعل الشئ مارا ، وهذا لیس بحقیقة النكاح
والتزویج ، ولا علاقة بینة و بینهما ، فكان اللزوم أن لا ینعقد به الزواج لأنه
غلط كالإباحة والإجارة . لكن بعد أن تعارفه الناس مریدین منه معنی الزواج
بمیت تبادر هذا المراد منه ، صار من صیغه الصریحة ؛ لأنه غلب استعماله فی الزواج
عن قصد صحیح من غیر علاقة بینة و بین المعنی اللغوی ، فكان حقیقة عرفیة مرتجلة
وكذلك أفتی أبو السعود والخیر الرملى وعلاء الدین الحصکفی بانعقاد الزواج
بهذا اللفظ ، واقتصار المتقدمین فی الصریح علی اللفظین المذكورین أولا ، إنما
كان لأنه لم یوجد عرف فی غیرهما .
وهكذا یقال فی كل لفظ غلب استعماله فی الزواج بمیت تبادر معناه منه
إلى الأنهام .

المسألة الثانية

وقوع الطلاق بألفاظ الحرام المتعارفة وأنت خالصة

صریح الطلاق عندنا ما غلب استعماله عرفا فيه . ولهذا لم یحصره علماءنا
فی ألفاظ مخصوصة ، بل كل ما تعورف فی الطلاق كان من صریحه . وهذا قول
الشافعیة غیر المشهور ، والمشهور عندم أنه لفظ الطلاق والزواج والفراق
والخلع والمفاداة إن أضيفا إلى المال لفظا أونیة . وأما المالکیة فحصرها
الصریح فی ألفاظ أربعة وهی : طلقت ، وأنا أو أنت طالق ، وأنت مطلقة ،
والطلاق لازم لی . وما عداه إن تعورف فی الطلاق سموه كتابه ظاهرة ، وهی

توافق الصريح في الوقوع بلا نية وتخالفه في الواقع به . فكل ما تعرف في الطلاق يقع به بلا نية عند الحنفية والمالكية وأحد الرأيين للشافعية .

وبعد هذا أقول : ومن الصريح ألفاظ الحرام المتعارفة نحو : أنت على حرام ، أو محرمة ، وحرمتك على نفسي ، وأنا عليك حرام ، وأنت معي في الحرام ، فإنه يقع بها طرفة بائنة بلا نية إلا أن ينوي الثلاث . كذا أفتى به المتأخرون كما في البرازية والظهيرية والبحر ورد المختار . أما الوقوع بلا نية فلتعارفها في التطبيق فصارت من صريحه . وأما وقوع البائن بها فلائها لما تعورفت في التحريم بالطلاق فقد اعتبر الشارع رفع القيد بها على وجه البينونة ، لأنها تقتضى حقيقة هذا التحريم ؛ والأصل في الألفاظ أن تعمل بمحتماتها . أما الطلاق الرجعي فمقتضاه الحل مادام في العدة ، فلا يثبت حكماً لألفاظ التحريم . ثم إن البينونة متنوعة إلى صغرى وكبرى . فيثبت باللفظ الأخف ، إلا أن ينوي النوع الآخر .

وكان المتقدمون يقولون إنها كناية ؛ لأن معنى الحرمة المنع ، فهي تحتمل منع الزوجة عن الخيرات أو المعاصي ، وتحتمل منعها عن متع الزواج بطريق الطلاق البائن بينونه صغرى أو كبرى ، أو بطريق الظهار أو الإيلاء ، وتحتمل الكذب في نسبة التحريم إليها ، لأنها في الواقع حلال ، فإن نوى إحدى البينونتين أو الإيلاء أو الظهار ثبت ما نوى ، وإن نوى الكذب بطل الخاف ، وإن لم ينو شيئاً انصرفت إلى الإيلاء . وهذا مذهب أبي بكر وعمر وابن مسعود وعائشة والحسن البصرى وعطاء وطاوس وابن المسيب وسعيد بن جبير وإبراهيم النخعي وأصحابه وغيرهم . ومذهب المالكية أنها كنايات ظاهرة لا تحتاج إلى نية ، واختلفوا في الواقع بها ، فقيل ثلاث تطبيقات في كل حال . والمشهور^(١) أنه إن كان مدخولاً بها فثلاث وإلا فينوي فإن أراد البينونة الصغرى أو الكبرى لزمه والمذهبان منقولان كما في إعلام الموقعين عن علي وزيد بن ثابت .

ومذهب الشافعية أنه طلاق رجعي أو ظهاراً إن نوى واحد منها ، وإن نوى مجرد التحريم أو لم ينو شيئاً فعليه كفارة يمين . وهو مذهب الزهري وطاوس ،

(١) انظر فتاوى الشيخ عايش والفروق ج ١ ص ٤٠ .

وعن الشافعية أنه صريح بناء على تعريفه بأنه . ما اشتهر عرفا في الطلاق . ومذهب أحمد في إحدى الروايات عنه وإسحاق بن راهويه أنه صريح في الظهار .

ومذهب الظاهرية أنه باطل لا يترتب عليه شيء وهو إحدى الروايتين عن ابن عباس ورأى مسروق وعطاء والشعبي . قال في نيل الأوطار : إنه قول للمالكية ، واختاره اصبح ابن الفرج منهم . والمسألة كثر النزاع فيها بين الخلف والسلف حتى أربت مذاهبها على الثمانية عشر .

الأدلة : استدل الحنفية المتقدمون بأن اللفظ محتمل لما ذكروا من الوجوه ، فلا بد لتعين الطلاق من النية أو دلالة الحال كسائر الكنايات ، فإن لم تكن له نية فهو إيلاء ، لأن الحقيقة المستعملة لهذه الألفاظ أنها حلف على ترك قربان زوجته . واستدل المالكية للجمهور عنهم : بأن هذه الألفاظ مستعملة عرفا في التطبيق فتستغنى عن النية ؛ ولما كان مقتضاها التحريم وجب أن يترتب عليها حكمه وهو البيئونة ، والمدخول بها لا تبين بغير عوض إلا بالثلاث ، فينصرف اللفظ إليها وغيرها تبين بالواحدة . غير أن المشهور في البيئونة هو الثلاث ، فينصرف في غير المدخول بها إلى الثلاث ، ويصدق في نية الأقل .

واستدل الشافعية بأن هذه الألفاظ كناية عن الطلاق والظهار ، لأن كلا منهما يقتضى التحريم ؛ فإن نوى الطلاق كان الواقع طلاقا وهو معتق للرجعة بالنص ، وإن نوى الظهار كان ظهرا ، وإن لم ينوهما كان يمينا ، لقوله تعالى « يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك . إلى قوله تحله أيما نكح » حيث أوجب سبحانه الكفارة في تحريم النبي صلى الله عليه وسلم لإحدى حلته ، وهي السيدة مارية . واستدل أحمد بأن التشبيه بالمحرمة صريح في الظهار فوضعها بالتحريم أصرح فيه .

واستدل الظاهرية كما في المحلى بأن هذه الألفاظ لم يرد بها قرآن ولا سنة ولا حجة في سواهما ، وبأن تحريم الحلال منكر من القول ؛ قال تعالى « ولا تتولوا لما تصف ألسنتكم الكذب هذا حلال وهذا حرام ، وقال لئيبه لم تحرم ما أحل الله لك » ، وبأن هذه الألفاظ عمل محدث ليس عليه أمر الإسلام فهو رد كما في الحديث . ونقل آثارا عن مسروق وعطاء وغيرهما تؤيد ما ذهبوا إليه .

مناقشة وترجيح :

وبعد هذا يقال للسالكية : نسلم لكم تعارفها في التظليق والعمل بمقتضى التحريم ، ونمنع أن المدخولة لا تبين إلا بالثلاث ، وأن المشهور في البيونة أن تكون بالثلاث ، بل كل من المدخول بها وغيرها تحرمها البيونة الصغرى حرمة خفيفة ، وتحرمها البيونة الكبرى أى الثلاث حرمة مغلظة من غير شهرة لإحداهما .
ونقول للشافعية : نسلم لكم أن هذه الألفاظ كناية عن الطلاق عند عدم العرف ، لكن لا على معنى أن مدلولها ولازمها الطلاق ، بل على معنى أنها تحتل الطلاق وغيره باعتبار متعلقها ؛ فنقول الرجل : أنت حرام ، أى ممنوعة يحتمل ممنوعة عن المعاصى أو عن حل الزوجية ، فإذا ثبت ذلك وثبت أن الشارع أثبت بها التظليق كان ذلك دليلا على أنه أثبت بها البيونة ، لأنها عاملة بحقيقتها ، وحقيقتها هو التحريم المعجل الذى لا يكون إلا بالبيونة ، بخلاف حقيقة الطلاق فإنها التحريم المؤجل إلى انقضاء العدة .

ونقول لهم فى الآية نسلم لكم أنها دلت على أن التحريم يمين ، لقوله تعالى :
قد فرض الله لكم تحله أيمانكم ، . وإن لم تكن نفا فيه (١) لكن لا نسلم لكم أن تحريم الزوجة موجب للكفارة ، لأنه ليس كل يمين كذلك .

بل هى نوعان : يمين بتحريم الزوجة ، وهى إبلاء لأنها حلف على ترك قربانها ؛
ويمين بتحريم سائر المباحات ، وهى يمين مطلقة ، الحنث فيها سبب للكفارة ليس إلا . ومن هذا النوع تحريمه صلى الله عليه وسلم للسيدة مارية ، لأنها كانت بملوكة ؛
وأتم معنا فى هذا التنويع ، فكيف خالفتمونا فى التفريع ؟ .

ويقال لأحمد ، إن صريح الظهار ما كان فيه تشبيه بالعضو ، المحرم كالظهر
أما الوصف بالتحريم فحتمل له ولغيره .

ونقول للظاهرية : نيس فى الأدلة ما يدل على حصر إيقاع الطلاق فى ألفاظ مخصوصة وعدم جوازه بما - وأما حتى يتوقف التظليق بألفاظ الحرام على وجودها فى الكتاب والسنة . على أنه قد ورد الإذن بما عدا مادة الطلاق من ألفاظ الفرقة ، كقوله صلى الله عليه وسلم لا بنة الجون : . الحق بأهلك ، . قال

(١) انظر الفتح - ٤ ص ٢٥ .

ابن القيم : وقد أوقع الصحابة الطلاق بأنت حرام ، وأمرك بيدك ، واختارى ،
ورهبتك لأهلك ، وأنت خلية . وذكر ألفاظا أخرى .

ونقول لهم : إنما تكون ألفاظ الحرام منكرا من القول وعملا محدثا إذا
قصد بها الإخبار عن تحريم ما أحل الله ، لأنه افتراء الكذب عليه سبحانه ،
فيكون لغوا باطلا وقد قلنا : إذا نوى الكذب صح لأنه نوى حقيقة كلامه
وكان لغوا . أما إذا استعملها في التطبيق فهو معتبر ، لأنه محتمل كلامه أو صريح
فيه ، والشرع لم يحصر التطبيق في ألفاظ كما قدمنا . ونقول لهم في الآثار : إنها آراء
اجتهادية لا حجة فيها إلا على أصحابها .

وبهذا يترجح مذهب الحنفية . ويقال بعد ذلك إذا لم يجر العرف بالتطبيق
بهذه الألفاظ كانت كناية لا يقع الطلاق بها إلا بالنية أو دلالة الحال كما هو
مذهب المتقدمين ؛ وإذا تعورفت فيه وقعت طلقة بائنة بلا نية ، إلا أن ينوى
الثلاث كما هو رأى المتأخرين . فالاحتكام في المسألة أولا وآخرها إلى العرف .

أما صيغة : كل حل على حرام فجواب ، ظاهر الرواية عن أئمة المذهب أنها
صريح فيما يتناول عادة وهو الطعام والشراب ، وكناية في الطلاق ؛ ثم تغير العرف
فقال مشايخ بلخ : يقع الطلاق بها بلا نية لغلبة استعمالها في الطلاق قال صاحب
الهداية : وعليه الفتوى . قال الكمال ابن المهام عن عرف مصر في القرن التاسع :
واعلم أن مثل هذا اللفظ لم يتعارف في ديارنا .

ثم قال بعد كلام : والحاصل أن المعتبر في انصراف هذه الألفاظ عربية
أو فارسية إلى معنى بلا نية التعارف . اه أقول : وهذه الصيغة لم تتعارف عندنا
في التطبيق فتكون كناية فيه .

ويتخرج أيضا على تعريف الصريح أن منه في ديارنا : أنت خالصة ، وروحي
وأنت خالصة ، فإنه يقع به البائن بلا نية ، إلا أن ينوى الثلاث . أما الوقوع بلا نية
فالتعارف في التطبيق ؛ وأما البينونة فلا يناء الخلوص عن انتهاء علائق الزوجية
وعدم بقاء شيء منها ؛ وأما صحة نية الثلاث فلأنها أحد نوعي البينونة . وقد خرج
الشيخ عبد القادر الرافعي وقسوع البائن بها بلا نية من تعليل ابن عابدين لوقوعه
بالفاظ الحرام المستعملة بما قدمنا . قال رحمه الله في تقريره ج ١ ص ٢١٨ :
ومقتضى ما قرره يبنى ابن عابدين وقسوع البائن بقوله أنت خالصة . المتعارف
إيقاع الطلاق به بدون تعارف على كونه بائنا وأنه لا يحتاج إلى نية .

المسألة الثالثة

الإيمان مبذبة على العرف

قال الله تعالى : لا يؤخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤخذكم بما عقدتم الأيمان ، الآية : ذكر سبحانه في هذه الآية أحكام الأيمان ولم يحدد لها ألفاظا خاصة بل فوضها الى عرف المتكلم ؛ ولذلك وضع الفقهاء القاعدة المشهورة : الأيمان بنية على العرف . والكلام فيها على رأى الحنفية يقع في مقامين : الأول : المحلوف به . الثاني : المحلوف عليه .

المقام الأول في المحلوف به ، وهو أسماء الله وصفاته :

لاخلاف بين الحنفية في أن اليمين بلفظ الجلالة ، وهو : الله ، وبأسمائه الخاصة به سبحانه : كالك يوم الدين ، والذي لا إله إلا هو ، ورب السموات والأرض - معتبر يترتب عليه حكمه ، جرى العرف به أو لم يجر . والظاهر من مذهب الأصحاب أن الأسماء المشتركة بين الخالق والخالق كذلك : كالحكيم والعليم والطالب والذائب . وذلك كما لقوله صلى الله عليه وسلم : . ولكن من كان حالفا فليحلف بالله ، ، ولقول ابن عمر كما في الصحيحين ، كان أكثر ما كان النبي صلى الله عليه وسلم يحلف لا ومقلب القلوب ، . وثبت عنه صلى الله عليه وسلم الخاف بقوله ، والذي نفسى بيده ، كما في الصحيحين أيضا . وما لم يرد فيه نص من الأسماء فاليمين مشروع بدلالة النص على ما ورد ، لوجود معنى اليمين به وهو التقوية ، لأن الحالف يعتقد تعظيم أسماء الله تعالى جميعها ، فصالح ذكرها متمويا للخير ، وحاملا على الفعل ، وما ناعا عنه ، وهو المعنى من اليمين . ولا شك أن ما ثبت بالنص أو دلالة لا يعتبر فيه العرف ، وكذا لا يعتبر فيه النية .

ونقل ابن الهمام أن بعض الحنفية يفصل في الأسماء : فما كان خاصا به كان يمينا بكل حال ؛ وما كان مشتركا كالحى والمؤمن والكريم ، فهو يمين إن تعورف أو نواه الحالف ؛ لأنه لما كان الاسم المشترك مستعملا لغيره تعالى لا تعين إرادة اليمين باسمه سبحانه إلا بالعرف أو النية . وعلى هذا التفصيل يتخرج قول صاحب

الذخيرة ومختارات النوازل وغيرهما : إن قول الحالف : والطالب والغالب ،
يمين لأنه عرف العراق ، كما خرج ابن المهام : قال : أو يخرج على اعتبار العرف
فيما لم يسمع من الأسماء .

وأما الحلف بالصفات فقد اختلفت المشايخ فيه : فقال مشايخ ما وراء النهر :
إن جرى العرف بالحلف بها كان يمينا كعزة الله وجلاله وكبريائه ، وإن لم يجر
لا يكون يمينا كالرحمة والرضا والسخط والعلم ، لأن الأيمان مبنية على العرف ،
إذا ما تعورف الحلف به من الصفات كان نصبا في إرادة صفة الله ، وما لم يتعارف
احتمل أن يراد به الصفة أو غيرها كالعلم ، جاز أن يراد به صفة الله أو معلومه ،
والرحمة جاز أن يراد بها الصفة ، أو الجنة والسخط والغضب : جاز أن يراد بهما
الصفة أو العقوبة . وقال بعض المشايخ : إن ما لا يحتمل غير صفته تعالى كالقدرة
والجلال والكبرياء يكون يمينا وإن لم يتعارف ، وما يحتملها وغيرها لا يكون يمينا
إلا إذا تعورف أو نواه الحالف كالقدرة والعلم : يحتملان المقدور والمعلوم ، وقد
أريد المعلوم بالعلم اتساعا في قولنا : اللهم اغفر علك فينا . وهذا الرأي أقرب في
النظر من رأي النهريين ، لأن ما لا يحتمل غير صفة الله كالجلال والكبرياء أي حاجة
إلى توقف انعقاد اليمين به على تعارف الحلف به ؟

وقال مشايخ العراق ، إن كان المحلوف به صفة ذات ، فهو يمين ، إلا في العلم
لاشتركا بين الصفة والمعلوم ، وإن كان صفة فعل لا . وصفات الذات كما في
المبسوط : ما يوصف سبحانه بها لا بضدها كالقدرة والعلم والعزة . وصفة الفعل :
ما يوصف بها وبضدها كالرضا والإعطاء . فإنه تعالى يوصف بالسخط والمنع .
والظاهر أنه لا اعتبار للعرف عند أصله . وعلى هذا فالحلف بالسمع والبصر
يمين عند العراقيين لأنه صفة ذات ، وليس يمين عند النهريين إذ لم يتعارف .

قال العراقيون احتجاجا : ذكر صفات الذات كذكر الذات وذكر صفات
الفعل ليس كالذات . قال شمس الأئمة في المبسوط ج ٨ ص ١٣٣ : يقصدون بهذا
الفرق الإشارة إلى مذهبهم أن صفات الفعل غير الله ، والمذهب عندنا أن صفات
الله لا هو ولا غيره ، فلا يستقيم الفرق بين صفات الذات والفعل في حكم اليمين ،
قال : والأصح أن نقول : الأيمان مبنية على العرف والعادة ، فما تعارف الناس
الحلف به يكون يمينا ، وما لم يتعارف الحلف به لا يكون يمينا .

وقال الزيلعي في الرد: ، والصحيح الأول أي رأى النهريين ، لأن صفات الله تعالى كلها صفات الذات وكلها قديمة ، والأيمان مبنية على العرف : ما تعارف الناس الحلف به يكون يمينا ومالا فلا ، اهـ . قال ابن عابدين ومعنى قوله كلها صفات الذات أن الذات الكريمة موصوفة بها ، فيراد بها الذات سواء كانت بما يسمى صفة ذات أو صفة فعل ، فيكون الحلف بها حلقا بالذات .

هذه أقوال الحنفية ومداركها ، ومنها يتبين أن لهم في الأسماء المشتركة قولاً يبنائها على العرف أو نية الخالف ، والقول الراجح عندهم في الصفات كلها البناء على العرف .

وقال مالك : يصح اليمين بالأسماء كلها ، وكذا بالصفات ، إلا صفات الفعل ، كالخلق والرزق والإحياء ؛ لأنها عبارة عن تعلق القدرة بالمقدور ، فهي أمور اعتبارية متجددة بتجدد آثارها . وقال الشافعي وأحمد : تصح اليمين بالأسماء والصفات كلها للنصوص التي تقدمت ودلالاتها ، إلا أنها لا تنعقد في الأسماء المشتركة كالحكيم والعليم إلا بالنية ، وهو أصح القولين عن الشافعية .

مناقشة وترجيح :

وبعد هذا يقال للشافعي وأحمد في قولها باشتراط النية في الأسماء المشتركة ، ولبعض الحنفية في قولهم باشتراط النية أو العرف فيها ، ولمن يشترطون العرف في الصفات مطلقا ، أو إن كانت مما يحتمل صفة الله وغيرها - يقال لهؤلاء جميعا : إن الدليل الذي أثبت مشروعية اليمين بأسماء الله وصفاته وهو النص أو دلالة ، لم يفصل بين المشترك أو الخاص ، ولا بين ما جرى به العرف أولا ، وأنتم إنما اشترطتم العرف والنية في المشترك من الأسماء والصفات للاحتمال الذي جعلها كناية لا يتبادر منها القسم بالله ، بل تحتمل القسم بالله وبالمخلوق ، والكناية يتعين المراد منها بدلالة الحال وهي موجودة هنا ، لأن الحلف بغير الله غير مشروع ، ودلالة حال المقسم تعين اليمين المشروع ، إذ الظاهر من حال المسلم أنه يأبى ما يمنعه دينه . نعم لو نوى بالمشترك منهما غير الاسم والصفة الكريمين ، صدق ، لأنه نوى ما يحتمله كلامه .

ويقال للمالكية وعراقي الحنفية في قولهم بعدم انعقاد اليمين بصفات الفعل وانقاده بصفات الذات : إنه لا فرق بين النوعين في حق انعقاد اليمين ، لأن صفات الفعل كلها توصف بها ذات الله تعالى كصفات الذات ، وتذكر عند القسم مراداً بها تعظيم الله ، ولا يضر بعد هذا حدوث ولا مغايرة للذات لو تم شيء منها . فالذي يرجح هو انعقاد اليمين بصفات الله جميعها ، غير أنه إن نوى في المحتمل غير اليمين بالاسم والصفة الكريمتين صدق فيما نوى ، لأنه محتمل كلامه .

المقام الثاني في المقسم عليه

اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على أن الإيمان من حيث المقسم عليه مبنية على العرف القولي ؛ إلا أن للشافعية كلاماً في بعض الفروع يدل على أن هذا ليس اتفاقاً منهم ؛ لكنه المشهور الراجح عندهم كما تقدمت الإشارة إليه في المقال السابع . وكذلك هي مبنية على العرف العملي عند الحنفية والصحيح من مذهب المالكية خلافاً للشافعية والحنابلة ، وتقدم الكلام عن هذا أيضاً في المقال المذكور . فإن اضطرب العرف أو عدم ، عمل بحقائق الألفاظ اللغوية .

ثم بناء الإيمان على العرف عند المالكية والحنابلة مشروط بأمرين : أن لا ينوى الخالف ما يحتمله لفظه احتمالاً مساوياً أو قريباً من المساوى ، وأن لا يكون ليمينه بساط . والبساط كما قال الدسوقي المالكي (١) : هو المقام وقرينة السياق . وعبر عنه الحنابلة بالسبب المبيح على اليمين . فالمعتبر عندهم نية الخالف أولاً ، ويصدق فيها ديانة وقضاء ، ثم بساط اليمين ، ثم العرف .

وبناؤها على العرف عند الحنفية مشروط بأمرين أيضاً : الأول : أن لا ينوى الخالف ما يحتمله كلامه ؛ فإن نوى صدق ديانة . الأمر الثاني وهو خاص بأبي حنيفة : أن لا يكون لفظ المخوف عليه من باب الحقيقة المستعملة والجاز المتعارف ، فإن كان كذلك قدمت الحقيقة اللغوية على العرف . أما الصاحبان فيقتدمان العرف على كل حال . وتقدم بسط الكلام عن هذا .

(١) انظر السوق - ٢ ص ١٤٢

ثم إن تقديم بساط اليمين عند المالكية والحنابلة ليس مخالفة لنا ، بل نحن قائلون به في الجملة ومندرج عندنا في بناء اليمين على العرف ، إذ البساط ليس لإقرينة عرفية في الكلام حالية أو مقالية ، كيمين الفور ، وقول الزوج : طلق امرأتى إن كنت رجلاً . قال ابن عابدين في رسالته رفع الانتقاض : « ومن فروعها أى قاعدة الإيمان مبغية على العرف : لو قال الرجل : طلق امرأتى إن كنت رجلاً لا يكون توكيلاً ، بقريئة آخر الكلام المستعمل عرفاً في التوبيخ والتعجيز ومنها مسأله يمين الفور كأن خرجت فأنت طالق وقد تهيأت للخروج : يتقيد بتلك الخرجة التي تهيأت لها حتى لو خرجت بعد ساعة لا يحث ، وكقول من دعى إلى الغداء : والله لا أتعدى ، فإنه يتقيد بالغداء المدعو إليه ، لأنه المراد عرفاً . ونظائر ذلك كثيرة ، اهـ . وجعل هذا في فصول البدائع مما تركت فيه الحقيقة بالقريئة العرفية . نعم بيننا وبينهم خلاف في تفاصيل مسائل البساط .

فالخاص أن مذهب الحنفية بناء الإيمان على العرف قولياً أو عملياً ، ومنه القريئة العرفية المتقدمة ؛ ذلك لأن اليمين إرادة للحالف يعبر عنها بالألفاظ المعروفة له ، كما أن العربي يعبر عن مراده بلغته ، فوجب صرف كلام كل متكلم إلى ما عهد أنه المراد به منه ، ويصدق ديانة إن نوى ما يحتمله كلامه . وتقدمت ، في المقال الخامس حجة الحنفية على مخالفيهم في تقديم العرف العملي على اللغة .

ويعترض على القول ببناء الإيمان على العرف بما قاله صاحب الذخيرة والمرغيناني فيما لو حلف لا يهدم بيتنا فهدم بيت العنكبوت أنه يحث مع أن لفظ البيت في العرف مستعمل فيما ييات فيه عادة ، فلا تسمى العنكبوت ولا المسجد ولا بيت العنكبوت بيتاً عرفاً ، وإن سميت في اللغة به ، قال تعالى : « إن أول بيت وضع للناس للذي ببكة ، . « في بيوت أذن الله أن ترفع ، و « إن أول بيت لبنت العنكبوت ، وأجاب بعض المشايخ بأن هذا الحكم خطأ . وأجاب بعضهم بأن محل بناء الإيمان على العرف إذا لم يمكن العمل بحقيقة الكلام . قال ابن الهيثم في الفتح : وهذا يهدم قاعدة حمل الإيمان على العرف ، فإن الاعتبار حينئذ هي اللغة إلا ما تعذر .

وهنا يحسن أن نتعرف المراد من قول الحنفية : الإيمان مبنية على العرف . المراد من هذه القاعدة أن الاعتبار في البر والحنث هو المراد الذي يفيد اللفظ

العرفي ، لكن ليس مطلقا بل في ذلك تفصيل ، وهو أن لفظ الخالف بحسب اللغة إن كان يدل على الغرض العرفي بحقيقته المجردة عن إرادة معنى زائد عليها معنا أو بمجازه فهو غرض معتبر ، وإرادة المعنى الحقيقي كما لو حلف لا يشم الورد وغرضه الورد ذو الرائحة فإنه معنى الورد الحقيقي ، وكما لو حلف أن فلانا كثير الرمان وغرضه أنه كريم ، فإن كثرة الرمان كناية عنه . وإرادة المعنى المجازي كما لو حلف لا يأكل الرمان وغرضه الرمان التي تباع مفردة في مصره ، وكما لو حلف لا يأكل من هذه النخلة وغرضه لا يأكل من ثمرها أو ثمنها ، وكما لو حلف لا يضع قدمه في دار فلان وغرضه لا يدخلها ، فإن اللفظ قد استعمل في هذه المراد استعمالا مجازيا وهجرت حقائقها . ومن هذا ما في تلخيص الجامع لو ساوم شخصا ثوبا حلف لا يشتريه بعشرة فاشتراه بأحد عشر بحيث ، لأن غرضه لا يلتزم عشرة ثمننا لهذا الثوب مطلقا ، أي سواء كانت مفردة أو ضم إليها عددا آخر ، وهو معنى مجازي عرفي قريبه أن غرض من يريد الشراء نقص الثمن عن العشرة وعدم التزامها بإزاء المبيع ، فيعلم منه أن مراده مطلق العشرة أي الشاملة للمفردة والمقرونة بالزيادة ، ومعناه الحقيقي العقد على الثوب بالعشرة المفردة وهو مهجور .

أما إذا لم يدل لفظ الخالف على الغرض لا حقيقة ولا مجازا ، فلا تبني عليه الأيمان ، ولا يحث الخالف بفواته ؛ كمن حلف لا يخرج من الباب وغرضه القرار في البيت ، أو حلف لا يضرب ابنه سوطا وغرضه منع نفسه عن إيلامه ، أو اغتاط على زوجته حلف لا يشتري لها شيئا بقرش وغرضه إبدائها وعدم الإنعام عليها ، أو حلف ليغدين فلانا بجنه وغرضه ليغدينه بشيء عظيم القيمة ؛ فإن هذه الأغراض ليس في لفظ الخالف ما يدل عليها لا حقيقة ولا مجازا ؛ فلو فانت بأن خرج من السطح ، وضرب ابنه بعصا ، واشترى لزوجته شيئا بجنه ، وغدى فلانا بطعام تافه اشتراه بجنه - لا يحث ، فإن هذه الأفعال وإن فوتت غرض الخالف لكنها لا توجب الحث ، لأن شرطه فعل المحلوف عليه الذي دل عليه اللفظ ؛ أما تفويت الغرض الذي لم يدل عليه اللفظ لا حقيقة ولا مجازا فإنه لا أثر له . قال في الأشباه والنظائر قاعدة : الأيمان مبنية على الألفاظ لا على الأغراض ، اهـ .

ومرادها أنها مبنية على الألفاظ العرفية لا على الأغراض التي لم يدل عليها اللفظ لا حفيظة ولا مجازاً . قال ابن عايد بن محمد بن الإمام الخلاطي في كتابه الذي لخص به كتاب الجامع الكبير للإمام محمد بن الحسن في باب اليمين في المساومة : حلف لا يشتريه بعشرة ، حنت بأحد عشر ؛ ولو حلف البائع يحنت به ، لأن مراد المشتري المطلقة ، ومراد البائع المفردة وهو العرف . ولو اشترى أو باع بتسعة لم يحنت لأن المشتري مستنقص ، والبائع وإن كان مستزيداً لكن لا يحنت بالغرض بلا مسمى ، كمن حلف لا يخرج من الباب أو لا يضرب سوطاً أو لا يشتريه بفلس أو ليغديه اليوم بألف ، نخرج من السطح ، وضرب بعصا ، واشترى بدينار ، وغدى برغيف مشتري بألف ، لم يحنت ، كذا بتسعة ودينار أو ثوب ، وبالعرف يخص ولا يزداد حتى خص الرأس بما يكبس ، ولم يرد الملك في تعليق طلاق الأجنبية بالدخول اه .

بقي الكلام في أمرين : الأول أن فقهاء الحنفية ذكروا في باب اليمين قاعدتين : القاعدة الأولى الإيمان مبنية على العرف . القاعدة الثانية : الإيمان مبنية على الألفاظ لا على الأغراض . يخال بين القاعدتين تناقض من وجهين : الوجه الأول أن قولهم الإيمان مبنية على العرف مشعر باعتبار الغرض العرفي وإن كان خارجاً عن اللفظ المسمى وزائداً على معناه الحقيقي والمجازي ، وهذا يتنافى قولهم في القاعدة الثانية . لا على الأغراض . الوجه الثاني : أن قولهم الإيمان مبنية على الألفاظ عام شامل للألفاظ اللغوية والشرعية والعرفية ، وهو يتنافى وقولهم الإيمان مبنية على العرف . ودفع الشرنبلالي هذا التناقض بحمل القاعدة الأولى على الديانة ، والثانية على التضاء ، وهو دفع غير صحيح ، ولا يتماشى مع أحكام المذهب . والصحيح أن يقال في الدفع : قولهم الإيمان مبنية على العرف ، معناه أن الاعتبار هو المقصود العرفي الذي يدل عليه اللفظ المسمى ولا عبرة بالمقصود العرفي الذي لم يدل عليه اللفظ بدليل قولهم : لا على الأغراض ؛ وقولهم الإيمان مبنية على الألفاظ أي الألفاظ العرفية دون اللغوية والشرعية ، بدليل قاعدة الإيمان مبنية على العرف .

الأمر الثاني : معنى قول صاحب تلخيص الجامع : وبالعرف يخص ولا يزداد : أن الإرادة العرفية تصلح مخصصة للفظ العام ، كما خص لفظ الرموس بما اعتيد

يبعها مفردة ولا يزداد بها على مدلول اللفظ الحقيقي، أو مراده المجازي بأن يراد مدلول اللفظ ويراد معه غيره، كأن يراد في حلف الشخص لا يبيعه بعشرة العشرة وما نقص عنها، أو يراد في قوله لأجنبية إن دخلت الدار فأنت طالق تعليق الطلاق بالدخول في حال كونها ملكة إذ ليس لهذا الاستعمال مسوغ لغوى، لأن قانون اللغة استعمال اللفظ في حقيقته أو في مجازه، أما استعماله في حقيقته وإرادة شيء أجنبي عنها معنا فلا وجه له من اللغة، ولذلك قالوا في هذين المثالين: لو باعه بتسعة أو تزوج المحلوف عليها ودخلت الدار لا يحنث.

أما إذا هجر المعنى الحقيقي بالكلية وأريد من اللفظ غرض آخر فلا مانع منه، كما في: لا أضع قدمي في دار فلان، فإنه صار مجازا عن الدخول مطلقا، ففي هذا لا يعتبر المعنى الحقيقي أصلا حتى لو وضع قدمه ولم يدخل لا يحنث لأن اللفظ هجر وصار المراد به معنى آخر^(١).

(١) انظر رد المحتار ج ٣ ص ١١٠، رفع الانتقاض رسائل ابن عابدين ج ١ ص ٢٩٢.

التقسيم الثاني

للصيغة الى مجردة عن الشرط ومقارنة به

الصيغة المجردة عن الشرط هي التي لم يتصل بها التزام آخر، كأن يقول أجرتك هذا المنزل، ووقفت هذه الضيعة على الفقراء ولا يزيد. والمتمترنة به كما يؤخذ من مجموع كلامهم في كتاب البيوع: هي ما اتصل بها التزام آخر زائد على أصلها بصيغة لفظية أو عرفية، سواء أكان هذا الالتزام الزائد من مقتضيات التصرف أو ملائماته أولا، وسواء أكان فيه نفع لأحد العاقدين أو لغيرهما أولا؛ وذلك كأن يقول البائع: بعتك هذه الدار على أن أسكنها ستة أشهر، أو على أن لي الخيار ثلاثة أيام، ووقفت هذه الضيعة على الفقراء على أن لي الانتفاع بها مدة حياتي. ومثال الشرط العرفي أن يبيع سلعة بثمن ولا يشترط في العقد حلول ولا تأجيل والمتعارف التأجيل الى شهر أو التمسيت على شهر، وكالو وكل وكالة مطلقة ببيع شيء في تبعيضه ضرر عرفا كان ذلك اشتراطا، لعدم تفريق الصفقة على الوكيل.

وبعد هذا أقول: القياس والأصل العام أن ما كان معاوضة مال بمال يفسد بالشروط عسدة عندنا. والشروط الفاسدة هي التي لا يقتضيه العقد ولا يلائمها ولم يرد بها الشرع وفيها نفع لأحد العاقدين أو لغيرهما من أهل الإستحقاق، كأن يشتري دارا ويشترط عليه البائع أن يسكنها مدة، أو يشتري ثوبا ويشترط على البائع أن يخطئه. فخرج من الشروط ما يقتضيه العقد بحيث لو لم يصرح به لكان واجبا بحكم العقد، كاشتراط المشتري الرد بالعيب عند ظهوره، والذي يلائم العقد وهو ما فيه تأكيد وتوثيق لمقتضاه كاشتراط البائع والزوجة رهنا أو كفيلا بالثمن والمهر. والذي ورد الشرع بجوازه كاشتراط الخيار أو تأجيل الثمن فهذه كلها شروط صحيحة يصح معها العقد ويجب الوفاء بها. وخرج ما لا نفع فيه لإنسان كسراء سيارة بشرط أن يسيرها بزيت خاص فإنه شرط باطل لا أثر له. ولما كان للشروط في المعاملات المالية مكانتها وخطورها، فسأورد آراء الفقهاء ومداركهم في هذا الأصل فأقول: ويقول الحنفية قال الشافعي في البيع، إلا أن المشهور من مذهبه

صححة اشترط العتق فيه . وقال ابن أبي ليلى : إذا وجد الشرط في البيع يصح البيع ويطل الشرط . وقال ابن شبرمة : يصحان . وقال مالك : إن كان الشرط منافيا لمقصود العقد كبيع دابة على أن لا يبيعهما أو لا يبيعهما أو محلا بالثمن كالبيع بشرط القرض بطل البيع والشرط . وإلا فهما صحيحان . وقال ابن حنبل : إن شرط البائع لنفسه نفعا معلوما كحملان البعير ، أو شرط المشتري نفعا معلوما من البائع في المبيع كخياطة الثوب وحصاد الزرع ، صح العقد والشرط ، وإن شرط ما ينافي مقتضى العقد صح العقد وبطل الشرط .

ومنشأ النزاع في المسألة أنه ورد فيها أحاديث متعارضة : روى الطبراني في الأوسط بسنده إلى عبد الوارث بن سعيد ، قال : قدمت مكة فوجدت بها أبا حنيفة وابن أبي ليلى وابن شبرمة ، فسألت أبا حنيفة عن رجل باع بيعة وشرط شرطا ، فقال : البيع باطل والشرط باطل . ثم أتيت ابن أبي ليلى فسألته فقال : البيع جائز والشرط باطل . ثم أتيت ابن شبرمة فسألته ، فقال : البيع جائز والشرط جائز ، فقلت يا سبحان الله : ثلاثة من فقهاء العراق اختلفوا في مسألة واحدة ! فأتيت أبا حنيفة ، فأخبرته ، فقال : لا أدري ما قالوا ؛ حدثني عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع وشرط البيع باطل والشرط باطل . ثم أتيت ابن أبي ليلى فأخبرته فقال : ما أدري ما قالوا ؛ حدثني هشام ابن عروة عن أبيه عن عائشة رضى الله عنها قالت : أمرني النبي صلى الله عليه وسلم أن أشترى بريرة فأعتقتها ؛ البيع جائز والشرط باطل . ثم أتيت ابن شبرمة فأخبرته فقال : ما أدري ما قالوا ، حدثني مسعر بن كدام عن محارب بن دثار عن جابر رضى الله عنه قال : بعث من النبي صلى الله عليه وسلم ناقة وشرط لي حملها إلى المدينة ؛ البيع جائز والشرط جائز . والحديث رواه في بلوغ المرام عن الحاكم بلفظ نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط وقال إنه غريب . ولفظ حديث بريرة في الصحيحين والسنن أصرح مما هنا ، وهو أنه صلى الله عليه وسلم : قال لعائشة رضى الله عنها خذيها واشترطي لهم الولاء فإن الولاء لمن أعتق ، ثم خطب الناس فقال : ما بال الناس يشترطون شروطا ليست في كتاب الله ! من اشترط شرطا ، ليس في كتاب الله فهو باطل ، وإن كان مائة شرط . قضاء الله أحق ، وشرط الله أوثق . وأخرج البيهقي ومالك في الموطأ عن عبيد الله بن عتبة أن عبد الله بن مسعود

ابتاع جارية من امرأته زينب الثقفية واشترطت عليه أنك إن بعته فبى لى بالثمن الذى تبيعها به ، فسأل عبد الله بن مسعود عن ذلك عمر بن الخطاب فقال عمر ابن الخطاب : لا تمربها وفيها شرط لاحد . قال النووى فى المجموع : وهو أثر صحيح .

رأينا مما تقدم أن ابن أبى ليلى أخذ بحديث هشام ، وابن شبرمة أخذ بحديث مسعر ، وأبا حنيفة أخذ بحديث عمرو بن شعيب . وبهذا الحديث أخذ الشافعى أيضا إلا أنه استثنى العتق بما فى حديث بريرة . ذلك لأن قوم بريرة شرطوا على السيدة عائشة رضى الله عنها عتقها وأن يكون الولاء لهم ، والنبي صلى الله عليه وسلم إنما رد شرط الولاء وسكت عن العتق^(١) . والحاصل أن الشافعى خص حديث عمرو بحديث بريرة . وأخذ مالك بحديث عبيد الله بن عتبة ، فإن الشرط الذى تضمنه وهو أنه إن باعها عبد الله كانت لامرأته بالثمن الذى باعها به ، مناف لمقتضى العقد ، لأن مقتضاه أن يبيعها لمن شاء . قال الزرقانى^(٢) وعليه حمل نبيه صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط . وأجاب عن حديث جابر بأنه لا مانع من الحملان إلى مسافة قريبة للتساح فيه عادة . وأخذ ابن حنبل فى صحة اشتراط النفع المعلوم للبائع أو المشتري بحديث جابر ، وفى بطلان الشرط المنافى بحديث بريرة ، فعمل فيما دلا عليه بنصهما ، وفى غيره بالقياس عليهما . قال ابن القيم^(٣) فى حديث بريرة : وتضمن حكما من أحكام الشريعة ، وهو أن الشرط الباطل إذا شرط فى العقد لم يحز الوفاء به اه والمراد بالباطل ما نهى عنه الشارع كما يشعر به الحديث ، أما ما لم ينه عنه فهو صحيح عنده يجب الوفاء به .

هذه مدارك الفقهاء . أما الحنفية فإنهم وجدوا أن حديث عمرو بن شعيب نهى محرم ، وحديثا بريرة وجابر مبيحان ، فيقدم المحرم ويحمل الحديثان على ، ورودهما ببل النهى كما هى أصولهم . وقالوا فى خصوص حديث جابر كما قال الشافعى : إنه اشتراط لم يكن فى صلب العقد . ثم يقال للشافعى : إن الخاص لا يقدم على العام بل يعادله لقطعية فى العموم و يطلب الترجيح بينها ، ولو سلم أنه يقدم

(١) انظر معنى المحتاج ج ٢ ص ٣٣ .

(٢) هرح الموطأ ج ٣ ص ٢٥٨ .

(٣) انظر زاد الميعاد ج ٤ ص ٣٦ .

عليه ، فليس في حديث بريرة ما يفيد اشتراط العتق ، والعتق من عائشة بطريق
الابتداء لا تنفيذاً لشرط سابق .

ويقال لمالك رضى الله عنه : لا دليل على تخصيص حديث نهى عن بيع
وشرط بالشرط المتأني . وحديث ابن مسعود من باب أفراد نرد من العام بحكم
فلا يخص النهى عن بيع وشرط . على أن في كلام عمر رضى الله عنه ولا تبرها
وفيها شرط لأحد ، ما يدل لرأى الحنفية . ويقال لبقية المذاهب إنكم علمتم ببعض
الأحاديث وتركتم البعض ، والتفصيل واضح .

وبهذا يترجح مذهب الحنفية أى فساد البيع والشرط بترجح حديث النهى عن
بيع وشرط ، ويدل له أثر عمر رضى الله عنه كما تقدم ، ثم يتعدى هذا الفساد إلى كل
ما هو مبادلة مال بمال كالإجارة والقسمة ، لأن المعنى فيه أن اشتراط النفع الذى
لا يقتضيه البيع ولا يلائمه ربا ، لأنه فضل خال عن العوض في معاوضة مال بمال ،
لأنهما لما قصدا المقابلة بين المبيع والتمن خلا الشرط عن العوض ، وهذا المعنى
موجود في كل معاوضة مالية فتلحق بالبيع في حكمه ، بخلاف ما ليس مبادلة مالية
كالزواج والخلع والقرض والرهن فإنه يصح ويظل الشرط لعدم جريان الربا فيها .
وقد خرج عن هذا الأصل الشروط التى جرى بها العرف ، فإنها تصح وتلزم
من اشترطت عليه ويصح العقد معها استحسانا ، كمن اشترى ساعة على أن يصلحها
البائع له مدة كذا ، وكشراء الثمار الناضجة على الأشجار بشرط تبقيتها حيث
يجوز عند محمد للتعامل .

وأمثال ذلك كثير في المعاملات ولا سيما بين التجار ، فقد أصبح جل الشروط
فيما بينهم متعارفا . وهذا الاستحسان رأى الحنفية ما عدا زفر ، فإنه تمسك
بالأصل العام .

وجه هذا الاستحسان هو العرف ، فإنه يترك به القياس والأصل العام كما ،
ترك به فى الإستصناع والاستتجار على صيغ الثوب ودخول الحمام ، مع أن فى الأول
بيع المعدوم ، وفى الأخيرين إجارة على استهلاك الأعيان .

هذا وقد ورد على اعتبار هذا العرف اعتراض ، وهو أنه مصادم لنهيه صلى الله
عليه وسلم عن بيع وشرط ، والعرف مع قيام النص باطل . وأجاب الأكل فى العناية
بأن النهى معلول بوقوع النزاع المخرج للعقد عن المقصود به وهو قطع المنازعة .

والعرف ينفي النزاع ، فكان موافقا لمعنى الحديث . وتبعه على هذا الجواب صاحب المنع وأقره ابن عابدين . وخلاصة الجواب : أنه لا تعارض بين النص والعرف ، لأن النص بعد تعليقه أصبح المراد منه النهى عن الشرط المفضى إلى النزاع .

أقول : وفي هذا الجواب نظر ؛ لأنه إنما يصح أن لو علل فقهاؤنا النهى بالإفضاء إلى النزاع فقط ، ولكنهم عللوه أيضا بأن اشتراط النفع الذى لا يقتضيه العقد ربا ، لأنه فضل خال عن عوض فى معاوضة مالية ، ولهذا عدوا الحكم إلى كل معاوضة مالية كما تقدم . وغير خاف أن هذا المعنى موجود فى الشرط المتعارف وغيره ، وعليه فالعرف لا يزال قائما فى موضع النهى ، ولم يتم الجواب . والذى يبدو لى من كلامهم فى توجيه الاستحسان ، أن هذا العرف مما ردد الى الإجماع العملى ، كما صرح بهذا صاحب العناية وجمع الأنهر . ويؤيده أن جميع من قرأت لهم من المتقدمين نظروا هذا العرف بالعرف الذى ثبت به الاستصناع ؛ فيكون مخصصا لعموم النهى عن بيع وشرط .

لكن يرد أنه لو كان من قبيل العرف الذى ثبت به الاستصناع لشرط فى اعتباره أن يكون عاما ، لأنه يكون حينئذ مردودا الى الإجماع أو دلالة التى علنها الحاجة العامة . وهذا يتنافى وتصريحهم فى الشرط المتعارف بأنه يختلف باختلاف الأمكنة . وقال فى فتح القدير بعد الكلام عن شرط حذو النعل المتعارف ، ومثله فى ديارنا أى مصر شراء القبقاب على أن يسمر له سيرا ، اهـ . إلا أن يكون هذا مما عمل فيه بالعرف الخاص كوقف الموقوف . وبعد : فالمسألة لا تزال فى مجال النظر والبحث .

وليعلم أن الشروط فى المعاملات أمرها مهم جدا ، وهو المحور الذى يدور عليه التبادل بين الناس ، فإننا لا نكاد نرى عقدا من العقود المالية يخلو منه . وقد عرفنا أن رأى الحنفية فى الشرط المتعارف صحته ولزومه . فإذا حزب الأمر واشتدت الحاجة الى شرط لا عرف فيه ، فلا جناح على المفتى أن يفتى بمذهب ملائم من مذاهب المسلمين التى بسطتها فيما تقدم ولا يكون ذلك خروجا عن مذهب الحنفية بل هو مقتضى قواعده .

ويتفرع على صحة العقد والشرط ولزومه إذا تعورف الشرط ، صحة بيع الوفاء إذا جرى به العرف .

بيع الوفاء

هو عند شرط البائع فيه: أنه متى رد الثمن إلى المشتري رد المشتري إليه المبيع سواء أكان الثمن نقداً أو ديناً كان على البائع. فهو بيع شرط فيه على المشتري نفع لا يقتضيه العقد وهو الفسخ عند سداد الثمن. سمي بيع الوفاء لتعهد المشتري بالوفاء بالشرط، وهذا النوع من البيوع تعاملوا به حينما شحّت النفوس وأصبح المرء لا يستطيع الاستدانة إلا بنفع، فوجدوا أن إعطاء الدائن فائدة ربا، وهو حرام، فرغبوا في بيع الوفاء.

وقد اختلف فقهاؤنا في حكمه اختلافاً كثيراً حتى بلغت آراؤهم التسعة، وسأذكر بهداية الله أهمها:

قال نجم الدين النسفي أستاذ صاحب الهداية: «اتفق مشايخنا في هذا الزمان — وهم فقهاء سمرقند في القرن الخامس والسادس — لجعله بيعاً جائزاً مفيداً بعض أحكامه، وهو الانتفاع به دون البض وبيع الحاجة للناس إليه ولتعاملهم به، واتفقوا على ترك التعامل، وجوز الاستصناع لذلك، اهـ. وفي شرح الأشباه لمبة الله أن ما ثبت به عرف عام لا خاص^(١) فيكون هذا العرف مخصوصاً لنبه صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط.

وقال بعض مشايخ المذهب كأبي شجاع وعلي السفدي وأبو الحسن الماتريدي إنه رهن ثبت له كل أحكامه، فلا يملكه المشتري ولا ينتفع به إلا بإذن البائع. ولو استأجره البائع لا تلزمه أجرته كالراهن إذا استأجر المرهون. ويسقط الدين بهلاكه، ولا يضمن ما زاد، كالأمانة، ويستردده الراهن عند قضاء الدين. وإذا مات يكون المرتهن أحق به من سائر الغرماء. قالوا: لأن العبرة في العقود للمعاني لا للألفاظ، كالهبة بشرط العوض تكون بيعاً، والكفالة بشرط براءة الأصيل تكون حوالة؛ فهذا البيع لما شرط فيه أخذ المبيع عند قضاء الدين كان رهناً،

(١) ج ٢ ص ٢٠٨ أن ما جرى به العرف شامع فهو بيع الغنم أما الذئبول فلم يجر به إلا عرف خاص.

لأنه هو الذى يؤخذ عند قضاء الدين . وهذا القول اختاره صاحب جامع الفصولين وبعض المأخرين .

وقال بعض مشايخ بخارى : إنه كبيع المكروه فاسد يفيد الملك عند اتصال القبض به ويكون قابلا للفسخ وإن باعه المشتري وتداولته الأيدي ، لأن الفساد لغوات الرضا كما فى البيع المكروه عليه . هذه أشهر الأقوال .

مناقشة وترجيح : ثم يقال لبعض مشايخ بخارى : إنما يكون هذا البيع كبيع المكروه إذا حصل للبائع فعل يصير به مدفوعا إليه ويعدم رضاه به ، ولم يوجد هنا إلا حاجة طبيعية دعت إلى هذا النوع من التصرفات كالحاجة الداعية إلى البيع والرهن والقرض ، لأن له أن يقضى حاجته بالبيع البات ، فالحاقه بالإكراه جمع بين المفترقين . ويقال لأبي شجاع ومن معه : إن اعتبار هذا العقد رهنا يستدعى التجوز بلفظ البيع الوارد فيه عن الرهن ، كما تجوز بلفظ الكفالة بشرط براءة الأصل عن الحوالة . والألفاظ الشرعية يجب إعمالها فى حقائقها ، ولا ينتمل عنها إلى المجاز إلا عند القرينة الصارفة . وشرط الفسخ عند أداء الثمن لا يصلح قرينة صارفة عن حقيقة البيع بل هو جزؤها ؛ وذلك لأن العرف العام لما أثبت جواز بيع الوفاء صار الإتيان بالشرط مكملا لحقيقته لا صارفا عنها . وصحيح أن العبرة فى العقود للمعاني لا للألفاظ ، ولكن هذا إذا غاير المعنى والمقصود مدلول اللفظ ، أما إذا طابقت فالعبرة لها معا .

فالذى يترجح أن بيع الوفاء عتمد قائم بنفسه ، له أحكام خاصة به ، للعرف . وأفتوا به كما فى الزيلعى^(١) لحاجة الناس . وقد اختاره صاحب الهداية حيث سماه البيع الجائز المعتاد . قال فى النهاية : وعليه الفتوى .

وسلى القول بالجواز ينتقل الملك الى المشتري ، ينتفع بالمبيع ما دام فى يده . ويمتنع من إخراجه عن ملكه بسبب من أسباب التملك ، ويرده على البائع إذا رد عليه الثمن أو قضاء الدين . وإذا هلك يهلك من ضمانه . وذكر أبو السمود^(٢) عن عماد الدين أنه إذا مات المشتري قام ورثته مقامه فى أحكام الوفاء .

(١) ٥٣ ص ١٨٣ .

(٢) انظر حاشية أبو السمود على منلا مسكين ٣٠ ص ٢٨٩ .

قولهم المعروف كالمشروط

تكررت هذه العبارة كثيرا في كتب فقہائنا بألفاظ مختلفة في معرض الاستدلال. ففي المبسوط من كتاب الإجارة (١) : والمعلوم بالعرف كالمشروط بالنص. وفيه بعد صفحة: والثابت بالعرف كالثابت بالشرط. وفي إجارة الظهيرية: والمعروف عرفا كالمشروط شرطا. وفي الزيلعي: المعتاد كالمشروط الخ. وليس مرادهم بالشرط هنا ما يتم تعريفه، بل المراد به النص الصريح سواء أكان شرطا بالمعنى المتقدم كالشراء عن اعتادوا تسييط الثمن، أو إجبايا وقبولا كالبيع بالمعاطاة، وكتجهيز الأب ابنته في بلد جرى العرف فيه بأن الأب يدفع الجهاز الى ابنته هبة لا عارية على ما هو المقتضى به، أو كان التزاما لأجرة المثل كمن دفع ثوبه الى خياط أو صباغ اعتاد العمل للناس بالأجر كما هو قول محمد. قال شيخ الإسلام خواهر زاده وغيره: وعليه الفتوى. قال في الأشباه: ولا خصوصية للصباغ، بل كل صانع نصب نفسه للعمل بأجرة فإن السكوت كالأشراط. ومن هذا القبيل نزول الحان ودخول الحمام والدلال كافي البزازية. ومن هذا القبيل المعد للأستغلال اه فإن العرف استعمل هذه الأشياء كلها بالأجر. وسواء أكان يئانا لما يدخل في المعقود عليه تبعا من غير تصريح بذكره كدخول علو الوار في بيعها، وكدخول الغرف في الاستئجار على الطبخ للوليمة، أو وصفا بين نوع المنفعة المعقود عليها كاستئجار الدار بلا بيان نوع الانتفاع بها حيث ينصرف الى السكنى :

فإنهم يستدلون على هذا كما بهذه القاعدة المعروفة كالمشروط، فمنها إذا أن الشيء المعتاد في المعاملات يلزم في العقد كما لو نص عليه فيه نصا صريحا .

وهي مقررة في فقه المالكية، فقد شاع عندهم: العادة كالشرط. وأفتى الإمام المازري فيما إذا جرت عادة قوم بقدر الصداق وعرفها المتعاقدان، أن هذه العادة بمنزلة التسمية، ويحكم بذلك القدر المتعارف، ولا يكون النكاح من قبيل نكاح

(١) أنظر المبسوط - ١٥ - ١٧١ .

التفويض ، قال في التبصرة : وفي سماع ابن القاسم : سئل مالك عن الناكح يلزمه أهل المرأة هدية العرس وجل الناس بعمل به عندنا حتى إنه لتكون فيه الخصومة : أترى أن يقتضى به ، فإن كان ذلك قد عرف من شأنهم وهو عملهم لم أر أن يطرح ذلك عنهم ، إلا أن يتمم فيه السلطان ، لأنى أراه أمرا قد جروا عليه اه . فقد نزل عرفهم في الهدية منزلة اشتراطها على الزوج في عقد الزواج . وقدت عن هذا الكتاب فتوى ابن عتاب بحلول الدين في امرأة أقرضت زوجها وأجلته خمس سنين ثم طلقها فطالبته بالتمريض مدعية أنها إنما أجلته أملا في حسن العشرة ، وسنده في هذه هو أن المتعارف من أمر النساء ذلك ، فنزل منزلة اشتراط حسن العشرة في التأجيل .

أما الشافعية فلم يفتوا في التماعدة وجهان ، أحدهما أن العرف لا ينزل منزلة الشرط ؛ فإن السيوطى في كتابه الأشباه ص ٦٦ سأل هل تنزل العادة منزلة الشرط ؟ وأجاب بذكر فروع حكى فيها قولين في المذهب ، أحدهما لا يكون كالشرط ؛ فنهالو عم في الناس اعتبار منافع الرهن للمرتهن فهل ينزل منزلة شرط حتى يفسد الرهن ، قال الجمهور : لا ، وقال القفال : نعم . ومنها جرت عادة المقرض برد أزيد مما اقترض فهل ينزل منزلة الشرط فيحرم إقراضه ؟ وجهان أحدهما لا . ومنها لو دفع ثوبا مثلا إلى خياط ليخيطه ولم يذكر أجره وجرت عادة بالعمل بالأجرة ، فهل ينزل منزلة شرط الأجرة ؟ خلاف ، والأصح في المذهب : لا ، واستحسن الرافعى : نعم اه .

ويظهر أن منشأ عدم الاتفاق على أن المعروف كالمشروط ، هو أن الالتزام لا يثبت إلا بدليل قوى ، ودلالة اللفظ أصرح من دلالة العرف في رأى البعض . ويرى البعض الآخر مساواتهما ، لأن العرف يفهمه ويسلم له الناس جميعا ، لأنه تعبير عن الإرادة العامة غالباً ، ولهذا تنقطع عنده المنازعة . وقد أخذ بهذه القاعدة علماء المجتهدين العديلة ، وجعلوها دعامة ثابتة ترتكز عليها المعاملات كما هو نص المادتين ٣٤٤ ، ٤٤٤ . وأخذ بها القانون المصرى لا سيما في المعاملات التجارية سواء في العقود التى تبرم بين التجار كالبيع والاجارة والكفالة والوكالة ، أو في بيان طريقة التعامل ، كسحن البضائع بطريقة معينة ، والإعطاء بالنقد أو بالأجل ، أو في تقرير الأحكام القانونية كتعيين المسئول عن هلاك السلع . وقد زاد في

احترامها حتى جعله مقدما على نصوصه . فقد شرط القانون المدني في صحة التضامن أن يكون مصرحا به ، والعرف التجارى يقتضى بوجود التضامن فى المعاملات التجارية وإن لم ينص عليه ، وكذلك نص القانون على أن المبيع إذا لم يطابق الصفات الملتقى عليها يفسخ البيع . والعرف يقتضى فى هذه الحالة بتخفيض الثمن ، والقضاء جار على العرف فى المسألتين (١) .

إلى هنا تقرر عند الحنفية أن الثابت بالعرف كالنابذ بالشرط ، وتبين أن عموم هذه القاعدة شامل للشرط الفقهي ، وسبق فى أول التقسيم ذكر الفاسد والصحيح منه ، وأثر كل فى المعاملات . وعن هذا يخرج الجواب عن مسألة كانت واقعة فتوى ابن نجيم ، وهى أنه إذا تعورف ضمان العارية عند الهلاك فهل يكون ذلك شرطا ملزما لعهانها ؟ مقتضى ظاهر المذهب عدم الضمان ، لأن شرط ضمان العارية عند الهلاك شرط فاسد فى غير معاوضة مالية . ونقل الزيلعى (٢) رواية تفيد صحة اشتراط الضمان والإلزام . ووجهها ورود الشرع بهذا الشرط ، لما روى أبو داود وأحمد عن صفوان بن أمية ، أن النبى صلى الله عليه وسلم استعار منه يوم حنين أدرعا ، فقال : أغصبايا محمد ؟ قال بل عارية مضمونة ، . بناء على أن قوله ، مضمونة صفة مخصصة ، ويكون الحديث مخصصا للأحاديث النافية للضمان . وقد رد هذه الرواية صاحب الدر المختار وهبة الله فى شرح الأشباه ، ولسكن من حفظ حجة . على أن صاحب المبسوط (٣) نقلها عن المتقى . ومقتضى هذه الرواية أنه إذا تعورف ضمان العارية عند الهلاك ينبغى أن تضمن كما أفتى ابن نجيم ، لأنه شرط صحيح لورود الشرع به .

ويتخرج أيضا حرمة أخذ الزيادة فى القرض إن جرى العرف بها ، لأنها تكون كالمشروطة صراحة فى صلب العقد .

بقى الكلام فى مسألة ، وهى أن الفقهاء قالوا فيما إذا اشترى ثمارا على الأشجار أو رطبة على الأصول : إن اشتراها بشرط الترك فسد البيع ، لأنه شرط لا يتتضيه

(١) انظر أصول القوانين للدكتور السهورى والقانون التجارى للدكتور محمد صالح ص ٢٥

(٢) د الثمين ج ٥ ص ٨٥

(٣) د المبسوط ج ١١ ص ١٣٣

العقد لشغل ملك البائع، وفيه نفع للمشتري وهو زيادة النمو والنضج والصيانة من التلف، إلا إذا تناهت عند محمد فيصح الاشتراط للعرف. وإن اشترها من غير اشتراط تركها أو قطعها وتركها المشتري الأصح أن الترك إن كان مأذونا فيه طابت له الزيادة، وإلا لا تحل له، وتصديق بما زاد في الثمار والرطوبة زيادة متصلة.

لسكن الناس قد تعارفوا الترك حتى يظهر المعدوم وينمو الصغير وينضج الفج وتصرف السلعة في الأسواق، وتغلغلت هذه العادة في نفوسهم حتى لو علم المشتري أن البائع يأمره بالقطع لا يقبلها بعشر الثمن. ومتمتضى هذا العرف أن يكون الترك مشروطا، لأن المعروف كالمشروط. فهل يفسد البيع بهذا لأنه صار يباع بشرط فاسد؟ ولم يجب عن هذا ابن عابدين في رد المحتار^(١) بل قال: فتأمل. وأجازه في نشر العرف^(٢) للعرف، قال: فإنه حيث جاز للعرف بيع المعدوم مع أن يباعه باطل لا فاسد فيجوز البيع مع هذا الشرط بالأولى. فتأمل ذلك، واعمل بما يظهر لك فإني لا أجزم بما قلته لأنى لم أر من صرح به اهـ.

ويمكن أن يقال: إن العرف الذي جعل ترك الثمار والرطوبة شرطا صريحا في البيع، هو بعينه يجعل هذا الشرط متعارفا، فيكون يباع بشرط متعارف، فيصح استحسانا، وتحل الزيادة، أذن البائع في الترك، أو لم يأذن.

(١) انظر رد المحتار ج ٤ ص ٥٩.

(٢) رسائل ابن عابدين ج ٢ ص ١٤٠.

الفصل الثالث

موجب الخيارات والحقوق

الخيارات : جمع خيار ، وهو اسم مصدر بمعنى الاختيار . والمراد به اختيار إمضاء العقد وفسخه . والأصل في العقود أن تثبت أحكامها على وجه الابتداء والتام واللزوم . وقد يمنع من ذلك وجود خيار في العقد . وموجبات الخيار كثيرة ، أذكر منها : الرؤية ، والعيب ، وعدم الكفاءة .

الرؤية

أخرج البيهقي وابن شيبه عن مكحول عن النبي صلى الله عليه وسلم مرسلًا : « من اشترى شيئًا لم يره فله الخيار إذا رآه ؛ إن شاء أخذه وإن شاء تركه ، . أثبت الحديث خيار الرؤية للمشتري إذا لم يكن رأى المبيع ، فإن كان قد رآه فلا خيار له عملاً بالأصل ، ولأنه لا مصلحة في إثباته . ثم الرؤية التي تكون سببًا في الخيار تارة وفي إسقاطه أخرى تتحقق بالعلم بكل المبيع ، كأن يشتري سيفًا ويراه . وقد يكتفي برؤية ما يفيد العلم بالمقصود عرفًا لتعذر رؤية الكل شرعًا ، أو عادة كرؤية الضرع في شراء ماشية للقنية أو للحطب ، ورؤية بعض مالا تتفاوت أحاده كالسكيلي والوزني والعددي المتقارب . وعلامة غير المتفاوت أنه يكتفي في العرف عند بيعه برؤية نموذج أي مثاله ، وقد يتغير ما يفيد العلم تبعًا للعرف ، فإن العرف يختلف بحسب أجزاء الشيء وبحسب المقصود منه ؛ وذلك كسواء الدار ، قال المتقدمون يسقط الخيار برؤية صحنها قبل الشراء بناء على عادتهم من عدم التفاوت فيها إلا في الصغر والكبر والجدة والقدم ، أما الآن فلا بد من رؤية جميعها لتفاوتها في الحجر والمرافق والمقاصد ؛ وكالثوب المطوي ، قال المتقدمون : يكتفي برؤية ظاهره لأن الظاهر يعرف الباطن . قال في الفتح : قيل هذا في عرفهم ، أما

في عرفنا فالمر باطن الثوب لا يسقط خياره، لأنه استقر خلاف الباطن والظاهر في الثياب .

فالخاصل : أن ما يفيد العلم بالمقصود مفوض إلى العرف ، إلا أنه قد يدوم كما رأينا في شاة الحلب ، وقد يتغير كما رأينا في الدور والياب . والعرف العام والخاص هنا سواء ، لأنه مما رجع إليه في تطبيق الحكم المطلق .

يرجع في معرفة العيوب إلى العرف

البيع المطلق عن شرط البراءة من العيوب يتمتضي وصف السلامة في المبيع ، لما روى عنه صلى الله عليه وسلم أنه كتب للعداء بن خالد ، هذا ما اشترى العداء بن خالد بن هوزة من محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم عبدا أو أمة لاداء ولا غائلة ولا مُخبئة بيع المسلم للمسلم ، والمعتمد قصد شراء ما به تندفع الحاجة على الكمال وهو السلعة السليمة ، فصار وصف السلامة كالمشروط في البيع ، فإذا فات ثبت خيار العيب لثلا يتضرر بالزام ما يكرهه .

ثم الضابط الغالب للعيب أنه ما ينقص قيمة المبيع في عرف أهل الخبرة . والمراد بأهل الخبرة أصحاب الدراية بالسلعة المبيعة كالصانع والتجار ، والزراع . فعيوب الكتب أهل الدراية بها العلماء أو تجار الكتب . وعيوب المجوهرات والحلي أهل الخبرة بها هم الجوهريون والصاغة . وعدد الحرب أهل الخبرة بها صناعها وتجارها ، ورجال الحرب وهكذا . وإنما كان ضابط العيب ما تقدم لأن الرد به شرع دفعا للضرر عن المشتري ، وما ينقص قيمة المبيع في العرف ضرر لاحق به .

وقيدنا الضابط بالغالب لأنه لو جعل كليا لا انتقض جمعا ومنعا . أما الأول فلأنه قد يتحقق العيب من دون أن ينقص القيمة في العرف بأن يفوت به غرض المشتري ، كأن يشتري شجرة ليتخذ منها سفينة أو شاة للتضحية أو حذاء ، فوجد خشب الشجرة غير صالح ، والشاة مقطوع منها ما يمنع التضحية كالأذن ، والحذاء صغيرا . وأما الثاني فلأنه قد يتحقق نقص القيمة عرفا ولا يتحقق العيب بأن يكون المنتقص للقيمة مما لا يغلب عدمه في نوع المبيع كالشبوبة والشيخوخة في الخيل والجودة والرداءة في الجيوب . فلو اشترى حصانا فوجده هرما ، أو قمحا

فوجده رديئا، ليس له الرد بالعيب، لأنه لا يغلب في نوعهما عدم الحرم والرداءة، فلا يقتضى مطلق البيع وصف السلامة منهما.

هذا وإن اختلف العاقدان في غرض المشتري فالأصل أن القول للبائع لأنه المالك، إلا إذا شهد العرف للمشتري كأن اشترى شاة قرب زمن الأضحية وكان من أهلها ثم ادعى أنها للأضحية، أو اشترى لبان بقرة وادعى أنها للبن فوجدت الشاة غير صالحة والبقرة غير حلوب، فالقول للمشتري في القضيتين. ثم العرف في معرفة العيوب مما يرجع إليه في تطبيق الأحكام العامة، فالعرف العام والخاص فيه سواء.

رجع الفقهاء في تفصيل صفات الكفاءة إلى العرف

رووا عن النبي صلى الله عليه وسلم: «ألا لا يزوج النساء إلا الأولياء ولا يزوجن إلا من الأكفاء»، وهذا الحديث وإن كان ضعيفا لأن في سنده مبشر بن عبيد عن الحجاج بن أرطاة، وهما مطعون فيهما، لكنه يرتقى إلى الحسن، والحجبة بوجود شواهد من الحديث تفيد معناه كحديث الدارقطني عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه، أنه قال: «لأمنعن تزوج ذوات الأحساب إلا من الأكفاء»، وما عن عائشة وعمر وأنس مرفوعا: «تخيروا لنطفكم وأنكحوا الأكفاء». على أن البغوي حسنه ورفع ابن أبي حاتم من طريق جابر إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم بسند حسن. ووجود الكفاءة في عقد الزواج تكيل لمقصوده، وهو انتظام مصالح الزوجية وتأسيس القرابات.

لهذا النص والمعقول قالت الحنفية عدا الكرخي باعتبار الكفاءة في لزوم العقد، وهو ظاهر الرواية. وفي رواية الحسن أنها معتبرة في صحته. وهي حق الأولياء العاصبين إذا زوجت المرأة نفسها من غير كفء فلم الخيار في إمضاء العقد وطلب الفسخ دفعا لضرر العار عنهم.

ثم هذه الكفاءة التي ثبت إجمالها بما تقدم حاصلها أن لا يتصف الزوج بما يلحق العار بالزوجة وأولياتها عرفا. وقد فصلها فقهاؤنا في ست صفات: النسب، والحرية، وإسلام الآباء، والاستقامة في الدين، والمال، والحرقة. والمعول

عليه في هذا التفصيل هو عرف الناس في الصفات التي يعظمونها ويفخرون بها ،
أو يحقرونها ويعيرون بها ، لأن المعنى من مشروعية الكفاءة دفع المذلة عن الزوجة
والعار عن الأولياء . وخلاف بعضهم في بعض الصفات ، لأنه لا يراها مما يتعبر به
كما يدل على ذلك كله تعليلهم في هذا الباب . وقال ابن الهمام في الفتح (١) : فإذا ثبت
اعتبار الكفاءة بما قدمناه - أي بالأدلة المذكورة هنا - فيمكن ثبوت تفصيلها
أيضا بعرف الناس فيما يحقرونه ويعيرون به ، فيستأنس بالحديث الضعيف
في ذلك اهـ .

وليس المراد أن العرف استقل بتفصيل كل صفة من الست ، بل ثبت في بعضها
أحاديث كحديث الترمذي . إذا جاءكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه ،
الحديث ، وكحديث بقية بن الوليد ، الناس أكفأ قبيلة لقبيلة وعربي لعربي
ومولى لمولى إلا حانكا أو حجاما ، اهـ .

وعلى الجملة فالحديث الذي ثبت في خصوص صفة من الصفات إن صلح
للحجية استقل بإثباتها ، وإن كان ضعيفا أيد العرف .

هذا وتقدم أن من الصفات الحرفة . والمراد بها ما كان طريقا للاكتساب
كالوظيفة والتجارة والزراعة والصناعة . قال باعتبار الكفاءة فيها أبو يوسف في أظهر
الروايتين عنه ، وأبو حنيفة ومحمد في رواية عنهما ، والرواية الأخرى عن الإمام
عدم الاعتبار ، والأخرى عن الصحابين اعتبارها إذا خشت في الدناءة . وجه
الاعتبار ما تقدم من حديث بقية ، ولأن عرف الناس التفاخر بشرف الحرف
والتعير بدناءتها . وجه الرواية عن أبي حنيفة أن الحرف غير ثابتة بل يمكن التحول
عن الدنيئة إلى الشريفة فلا يلحق العار بها . والجواب أن الحرفة الدنيئة وإن
تبدلت بأشرف منها لكن عارها يبقى كما هو المتعارف . وذكر في البدائع (٢) عن
الكرخي أن أبا حنيفة بنى الأمر فيها على عادة العرب أن مواليهم يعملون هذه
الأعمال لا يقصدون بها الحرف فلا يعيرون بها . وأجاب أبو يوسف على عادة

(١) انظر الفتح - ٢ - ٤١٨ .

(٢) ٢٣٠ ص ٢٢٠

أهل البلاد أنهم يتخذون ذلك حرفة ، فيعيرون بالدنىء من الصنائع ، فلا يكون بينهم خلاف في الحقيقة ا هـ .

ثم المعتبر في شرف الحرف ودنامتها هو العرف في كل زمان ومكان ، كما قال ابن الهمام : إن الموجب هو استنفاص أهل العرف فيه ورفعها هـ . فالحياسة مثلا كانت قديما من الحرف الحسيية . وقال ابن الهمام في القرن التاسع : يفغى أن يكون الخائف كفا للعطار بالأسكندرية لما هناك من حسن اعتبارها ، وعدم عدها نقصا البتة ا هـ . وهي في هذه الأيام كما قال ابن الهمام .

وكيفية الاعتبار أن الحرفتين إن اتحدتا كالمدرسين والقاضيين ، أو تقاربتا كالبقال والنجار ، وجدت الكفاءة ؛ وإن تباعدتا كتاجر الأقمشة والكناس انعدمت . والمعول عليه في التقارب والتباعد هو العرف .

وقصارى القول : أن العرف اعتبر الحرفة في ثلاثة أشياء : في اعتبار الكفاءة فيها ، وفي مرتبتها ، وفي التقارب والتباعد بين أفرادها .

الحقوق

يغلب ورود الحق في باب المعاملات بمعنى ما يثبت للإنسان ، وهي في الشرع كثيرة متنوعة كالمملوكات من الأموال والمنافع ، وحقوق العقد ، وحقوق الارتفاق ، والحقوق المجردة . ويتصل ببحثنا منها حقان .

يرجع في معرفة جنس النفقة وقدرها الى العرف

قال الله تعالى : لينفق ذو سعة من سعته ، ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله ، وفيما رواه الجماعة إلا الترمذى عن عائشة رضى الله عنها أنه صلى الله عليه وسلم قال لهند امرأة أبى سفيان : د خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف . ومن خطبته صلى الله عليه وسلم في حجة الوداع كما عند مسلم وغيره د ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف . أفادت الأدلة وجوب النفقة للزوجة على زوجها بقدر حاله أو بقدر حالها ، على الخلاف .

ثم هل هي معينة بالأصناف والمقادير أم هي مفوضة الى العرف؟ الذي اتفق عليه الجمهور أن مقدار النفقة الواجبة هو ما يكفي الزوجة عرفاً من الطعام خبزاً وإدامه، والشراب والكسوة والمسكن والفراش والغطاء وأدوات الطعام والشراب والتنظيف والإضاءة. وذلك يختلف بالبلاد والفصول واليسار والإعسار والتوسط فإن لكل مكان عرفه في نوع الخبز وإدامه، وشراب الماء أو إباحته، ولباس البدن وغطاء الرأس، وحذاء الرجل ومنزل السكنى وآنية الاستعمال، بل في المكان الواحد عادات مختلفة حسب اليسار والإعسار والتوسط، والصيف والشتاء.

فعلى القاضى عند فرض النفقة مراعاة ذلك كله وفرضه أصنافاً أو تقويمه بالنقد. قال في فتح القدير^(١): والحاصل أن على القاضى اعتبار الكفاية بالمعروف فيما فرض في كل وقت؛ وباعتبار الحال من اليسار والإعسار. ونقل في البحر^(٢) عن الذخيرة وغيرها أنه ليس في النفقة عندنا تقدير لازم، لأن المقصود من النفقة الكفاية، وذلك بما يختلف فيه طباع الناس وأحوالهم، ويختلف باختلاف الأوقات. وما يروى من التقدير عن بعض الأئمة كما عن محمد من تقديرها على المعسر بأربعة دراهم فليس بتقدير لازم بل هو مبني على عرفه. واستظهر في رد المحتار تفويض مقدار اليسار والإعسار إلى العرف حيث لم يرد فيه عن المتقدمين تقدير.

وقال الشافعى بتعيين نفقة الطعام نوعاً وقدرًا، فقال يجب على الموسر مُدَّان من غالب قوت البلد، وعلى المعسر مد، وعلى المتوسط مد ونصف. وقال القاضى أبو يعلى: الواجب من الطعام رطلان من الخبز في كل الأحوال.

لنا أن الله سبحانه أوجب النفقة بحسب الوسع مطلقة لم يقيد بها بصنف ولا بقدر، وردتها السنة الى العرف كما في الحديثين السابقين، فإن المعروف كما قال الشوكانى هو القدر الذى عرف بالعادة أنه الكفاية، فكل تقدير على خلاف العرف تقييد للقرآن بلا دليل، ومخالفة صريحة للسنة، وإضرار بأحد الزوجين؛ لأن كفايتها إن كانت بأكثر من التقدير كان إضراراً بها، وإن كانت بالأقل كان إضراراً به، ولا ضرر ولا ضرار في الإسلام.

(٢) ج ٤ ص ١٩٠.

(١) ج ٣ ص ٣٢٤.

ووجه أصحاب الشافعي رأيه بقياس النفقة على الكفارة الواجبة ، بجامع أن كلا منهما مال يجب بالشرع ، ويسد الجوع ، ثم أكثر ما وجب في الكفارة مدان كما في كفارة الأذى ، وأقله مد كما في كفارة اليمين والظهار ، فأعطى هذا الحكم للنفقة على الموسر الأكثر ، وعلى المعسر الأقل ؛ لقوله تعالى : لينفق ذو سعة من سعته . . ولما لم يكن من العدل إلحاق المتوسط بأحد التقديرين ، جعل عليه ما بينهما . وجه ما قاله أبو يعلى القياس على الكفارات ، ولا تأثير لليسار والإعسار في قدر المأكول ، لأن ما تقوم به البنية لا يتغير ، وإنما يظهر تأثيرهما في الجوده وغيرها .

مناقشة وترجيح :

يقال للدخالف : إن هذا قياس فاسد الاعتبار ، لأنه مصادم للنصوص التي اعتبرتها بالمعروف . سلنا لكن نمنع حكم الأصل وهو الكفارة لأنها ليست مقدرة بالامداد والارطال كما تدعون بل الواجب فيها هو الإطعام من أوسط ما يطعم الأهل ؛ فالواجب فيها محال على إطعام الأهل الذي يثبت السنة أنه بالمعروف ؛ فطعام الأهل أصل الحق النمرآن به طعام الكفارات ؛ فقياسكم هذا تأصيل للفرع وتفريع للأصل على عكس القرآن . نعم ورد في السنة وعن الصحابة والتابعين أنواع من الإطعام كالخبز مع اللحم أو السمن أو اللبن أو الزيت ، وكهصف صاع من بر أو صاع من تمر أو مد ، وهذه كلها ليست تحديدا للنص ولا تقييدا له بل هي من أفراد مطلقه ، وكل واحد منها يسمى إطعاما عرفيا . سلنا فهو قياس مع الفارق العظيم ، لأن الكفارة لا تختلف باليسار والإعسار ، ولا هي مقدرة بالكفاية ، وهي حق الله تعالى ، بخلاف النفقة في كل ذلك . على أن قول الشافعي بالتقدير يستلزم باطلا ، لأن الزوجة إما أن تقبل الحب المقدر أو تأكل مع الزوج من خبزه ، فإن كان الأول احتاجت إلى مصاريف الطحن والإدام فلم يتحقق المقصود من النفقة وهو كفايتها ، وإن كان الثاني فإن وقع على سبيل التعويض عن الواجب الأصلي لها كان ربا ، وإن أكلت معه تبرعا بقي الأصل أي الامداد أو الارطال دينا في ذمته لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء ، ولا يقول بهذا الشافعي . وإلى هنا يترجح الرأي القائل بتفويض النفقة إلى العرف . ثم العرف العام والخاص هنا سواء .

يفتى بتحديد مدة طلب التملك

في الشفعة لفساد الزمان

روى ابن ماجه والبخاري وابن حزم في المحلى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : الشفعة كحل العقال . . وفي رواية : الشفعة كنشطة العقال ؛ إن قيدت ثبتت ، وإن تركت فاللوم على من تركها . .

وحق الشفعة ضعيف بحيث يعد التأخير في المطالبة به رضا بسقوطه ، لأنه مستثنى من القواعد العامة ، إذ هو تملك مال معصوم بغير إذن مالكة لخوف ضرر بالشفيع يحتمل الوجود والعدم .

لهذا كان لا بد من المبادرة بطلبه عقب العلم بالبيع وهو طلب المواثبة ، ولا بد كذلك من الإشهاد على طلبه ثانيا عند من سيكون خصما في دعوى الشفعة ، أو عند العين التي تعاقبها الحق إن لم يشهد على الأول وهو طلب التقرير ؛ بهذا يتقوى ويستطيع الشفيع إثبات طلبه أمام القاضي عند الجحود .

وبعد هذا : هل لدعوى التملك أمام القاضي مدة مضروبة بحيث تسقط بالتأخير عنها ، أو للشفيع أن يرفعها في أى وقت ؟

اتفق علماؤنا على أنه ليس لها مدة محددة عند العذر كالمرض والسفر ، واختلفوا في غير حالة العذر ، فقال أبو حنيفة : للشفيع أن يطلب في أى وقت ؛ وهو ظاهر الرواية عن أبي يوسف . وقد روى محمد وزفر مدتها بما دون الشهر . وعن أبي يوسف تقديرها بأول مجلس من مجالس القاضي ، فإن لم يرفعها فيما دون شهر على رأى محمد وزفر ، أو في أول مجلس على رواية أبي يوسف ، سقطت شفيعته .

قال محمد وزفر : إن الحق وإن تقرر بالطلب والإشهاد ، لكن عدم سقوطه بتأخير الدعوى وإن طال ، فيه إضرار بالمشتري ، لأنه يتمتع من التصرف في المبيع بالبناء والغرس والتعمير ، خشية أن يأخذ الشفيع في أى وقت ، فيضيع عليه تصرفاته ، وكل ما أدى إلى الإضرار فهو باطل ، إذ لا ضرر ولا ضرار في الإسلام . وعليه فيجب رعاية لمصلحة المشتري تحديد مدة يسقط بعدها حق الشفيع ، ويكون

المشتري في أمن من تعميده، فقدرت بما دون الشهر لأنها مدة قريبة، وما فوقها بعيد في العرف .

قال أبو حنيفة : إن هذا الحق أصبح بعد الطلب والتقرير كسائر الحقوق في القوة فيأخذ حكمها وهو عدم السقوط بالتأخير ، وما لزم من الضرر يمكن دفعه بأن يرفع المشتري الشفيح إلى القاضى فيأمره بالآخذ أو التسليم . قال أبو يوسف : إن تأخير الدعوى عن أول مجلس دليل الإعراض ، كتأخير طلب المواثبة والتقرير . وكأنه يرى أن حق الشفعة ما يزال ضعيفا بعد الطلبين والإشهاد .

مناقشة وترجيح :

يقال لمحمد : لو كان الإضرار بالمشتري يسقط الشفعة بالتأخير لسقطت شفعة الغائب الذى لم يطلبها أصلا ، إذ لا فرق بين أن يكون الإضرار من حاضر أو من غائب . ويقال لأبي يوسف : إن حق الشفعة بعد ما قوى بالطلبين والإشهاد لا يسقط بما ذكرت .

وعن هذا يترجح القول بعدم السقوط مطلقا وهو ظاهر الرواية ، وبه أفتى صاحب الهداية والكافى . وأفتى قاضى خان بقول محمد لفساد الزمان ، ورجحته مشاهير الكتب ، فاختلف الإفتاء . وقد قررت فى المقال السادس أنه ينبغى العدول عن ظاهر الرواية لفساد الزمان ، وقد ساءت أحوال الناس وكثر الإضرار بالغير ، وصار الأمل فى رفع الضرر عن المشتري ضعيفا ، إذ ليس كل أحد يقدر على مصاريف التقاضى ، ولا كل أحد يحسن المرافعة ، وبخاصة فى هذه الأيام التى كثر فيها الشغب وحيل الخصوم ، والبطء فى الإجراءات والفصل فى الدعاوى ؛ وعدم السقوط لغيب الشفيح كما أورد على محمد إنما كان للضرورة ، وهو لا يستلزم عدم السقوط بتأخير الحاضر ، إذ لا ضرورة فى حقه ؛ فحسب المادة الفساد يجب الإفتاء بقول محمد ، كما أفتى قاضى خان ، وبهذا أخذت المجلة العديلية ، وحددها القانون المصرى بشهر كما هو نص المادة ١٥ من قانون الشفعة .

الفصل الرابع التعدي

المقصود من التعدي إحداث الجريمة في النفس أو العرض أو المال ، فهو يتنوع إلى الغصب والإتلاف والجنابة ، وما يوجب الحد وما يوجب التعزير ؛ ولموضوعنا صلة بما عدا الحدود ، أذكرها إن شاء الله .

يفتى بالتضمين في غصب المنافع لفساد الزمان

لاخلاف بين العلماء في أن التعدي على منافع الأعيان باستيفائها أو تعطيلها موجب لعقاب الآخرة ، واختلفوا بعد ذلك في أنه هل يتحقق غصبها فيوجب ضمانها ، أو لا يتحقق فلا تضمن بالاستيفاء والتعطيل ؟ قالت الأئمة الثلاثة بالأول فتضمن بأجر المثل ، وقالت الحنفية بالثاني .

احتج الحنفية أولاً بأن الغصب إنما يرد على المال ، والمنافع ليست بمال بالشرع ؛ فإن عمر وعاليا رضي الله عنهما حكما بوجوب قيمة ولد المغرور وحرية ورد الجارية مع عتقها على المالك ، ولم يحكما بوجوب أجر منافع الجارية والأولاد مع علمهما أن المستحق يطلب جميع حقه ، وأن المغرور كان يستخدمها مع أولادها ؛ وكان ذلك في زمن الصحابة رضي الله عنهم ، فسكوتهم جميعا يدل على عدم تقوم المنافع ، وإلا لكانوا مرتكبين لمحرم بكتبتهم حكم الله .

وثانيا : لو سلم ورود الغصب عليها لا يمكن ضمانها ، لأنها إما أن تضمن بمثلها صورة ومعنى بأن تضمن بمنافع مساوية لها ، أو بمثلها معنى وهو القيمة بأن تضمن بالأعيان . لا جائز أن يكون الأول لاتفاق العلماء على امتناع الضمان بالمنافع ، ولا جائز أن يكون الثاني ، لأن شرط الضمان المماثلة في المالية بالنص والإجماع ، والمالية مفقودة في المنافع لأن المال ما تميل إليه النفس ويدخر لوقت الحاجة ؛ فركناه الوجود والبقاء ، والمنافع وإن مالت إليها النفس لا بقاء لها ، لأنها أعراض متصرمة كما توجد تتلاشى ، بخلاف الأعيان .

احتج الأئمة الثلاثة بقياس المنافع على الأعيان في ورود الغصب بجامع أن كلا مال متقوم . بيان العلة في الفرع : أن المال ما تميل إليه النفس ومخلوق

لمصالحنا ، والمنافع بهذه المثابة ، حتى جازت ميرا مع أن ابتغاء النكاح لم يشرع إلا بالمال ، وهي مضمونة بعقد الإجارة ، وهذا دليل على تقومها .

لكن يقال لهم : إن البقاء والإحراز أحد ركني المال ، ولذا لم يحكم الشرع بمالية الحشيش والصيد ، ولما كان مفقودا في المنافع وجب أن تنعدم فيها صفة المالية ، وكذا تقوم ، لأن التقوم بالمالية . وصحة جعلها ميرا ليس لكونها مالا بل بنص آخر وهو قصة (١) شعيب وموسى عليهما السلام . وورود عقد الإجارة عليها وضمائنها به لا يدل على تقومها في غيرها ، لأن الإجارة شرعت للحاجة على خلاف القياس ، فيقتصر التقوم على موضع الحاجة ، وبهذا يترجح رأى الخنفية (٢) .

وأفتى المتأخرون برأى الأئمة الثلاثة في منافع الموقوف ومال اليتيم والمعد للاستغلال كما في المجتبى والأشياء والمجمع وغيرها من المعتمرات ، فإذا استوفاهما الغاصب أو عطلها يلزمه أجر المثل لتغير أحوال الناس وغلبة طمعهم في هذه الثلاث ، ولأن التضمين أنظر للموقف واليتيم ، وقد قالوا يفتى بما هو أنفع للموقف بما اختلف العلماء فيه .

والمعد للاستغلال هو العقار أو المنقول الذي اتخذته صاحبه لتحصيل الغلة بإجارته كالضبياع والدور والحوانيت والحمامات والفنادق والدواب والعربات . ويحصل الإعداد بالبناء أو الشراء لذلك ، أو تأجير الدار أكثر من ثلاث سنين ، أو بكون الضيعة في قرية اعتاد أهلها استئجار أراضيهم ، أو كان صاحبها ممن لا يزرع بنفسه . ويحصل أيضا بشهرة الإعداد بين الناس . ويستثنى ما إذا انتفع الغاصب بالمعد للاستغلال بتأويل ملك بأن كان شريكا فيه ، أو بتأويل عقد بأن سكن المرتهن الدار المرهونة ثم اتضح أنها ملك لغير الراهن وقد أعدها مالكها للاستغلال ، فإنه لا أجر على الشريك والمرتهن ، لأنهما لم يلزما الأجر بل استباحا الانتفاع بتأويل الملك وعمد الرهن ، لكن قال البيهقي في مسألة الرهن : إن الأجر على الراهن لأنه غاصب .

(١) انظر التبيين ج ٢ ص ١٤٦ .

(٢) وبعد أن عدت لقراءة الموضوع ترجح رأى الأئمة الثلاثة ، لأنه لا دليل على أن إسكان الإحراز من أركان المال .

هذا وإذا كان المتأخرون من الفقهاء أفتوا بخلاف مذهب الحنفية في هذه المواضع الثلاثة لغاية غصبها والطمع فيها بحيث لا يردع جماعة السوء عن هذا حبس ولا غيره إلا التضمين بالمال ، لأن النفس به أضمن وعليه أحرص ، وهو شقيق الروح ، كما يقولون ، فإذا غلب غصب المنافع عامة ، فأى مانع من فتح الباب على مصراعيه ، والإفناء برأى الأئمة الثلاثة في غصب جميع المنافع ؟ وقد قال ابن الهمام في التحرير من بحث السبب : « ينبغي الفتوى بضمان المانع مطلقا لو غلب غصبها ، اه . وقال ابن أمير حاج في التقرير ^(١) » وإذا كان الموجب لذلك - أى التضمين في المواضع الثلاثة المتقدمة - الزجر للغصبة والحفظ لأموال الضعفة ، فلا بأس بالفتوى بضمانها إذ على الإطلاق ، لاحتياج ماسوى هؤلاء الى هذا الارتفاق ، وحسباً للمادة هذا الفساد بين العباد ، اه . ولا يكون هذا خروجاً على المذهب بل هو مقتضى قواعده ^(٢) .

ينبغي بتضمين الساعى لفساد الزمان

الإتلاف إما أن يتبع بالمباشرة أو التسبب . فالأول هو التعدى على الشيء بفعل من غير واسطة كقلع الزروع وتمزيق الثياب ، وهو موجب للضمان على كل حال . والثانى إحداث أمر مفض الى تلف شيء آخر بواسطة ، كما إذا حفر بئراً في طريق العامة فهلك إنسان بالتردى فيها . ويسمى الأمر المحدث سبباً ، وتسمى الواسطة بالعلة .

والقاعدة العامة في التسبب أنه يوجب الضمان إن كان السبب في معنى العلة لا إن كان حقيقياً . فالأول هو ما تضاف العلة اليه كسوق الدابة المفضى الى إتلاف المال أو النفس بواسطة دوسها بأرجلها ؛ فإن العلة في الإتلاف هي الدوس ، لكنها مضافة الى السوق ، بمعنى أن السوق دافع اليها ، وهى قهريه لا اختيارية ؛ ولذا يقال داسته بالسوق . والثانى مالا تضاف اليه العلة بأن تكون فعلاً اختيارياً ليس

(١) انظر التقرير ج ٣ ص ١٠٤ .

(٢) انظر رد المحتار والزيلعى والعناية وشرح المنهاج للحلى والشرح الكبير للدردير ومعنى ابن قدامة

السبب دافعا اليه ، كدلالة السارق على المال ، فإنها سبب مفض الى السرقة بواسطة فعل السارق الاختياري ؛ لأن الدلالة لم تلجئ اليه . ومنه ما لو سعى بشخص الى سلطان فنال من ماله أو نفسه ؛ لأن العلة هنا وهي فعل السلطان اختيارية لا إضافة لها الى السبب الذي هو السعاية ، فعدم الضمان في هذا النوع هو القياس .

وخالف المتأخرون هذه القاعدة فأفتوا بتضمن من سعى بشخص الى ولي الأمر بغير حق فألحق به ضررا ، كمنغريم المال وإتلاف النفس ، أو قصد الكيد له . وأفتوا كذلك بتعزيره بما يراه القاضي أصلح لحاله . وهذا استحسان لفساد الزمان وغلبة السعاية والمفسدين مما يناسب زجرهم واستصلاحهم . قال في جامع الفصولين^(١) : « السعاية الموجبة للضمان أن يتكلم بكذب يكون سببا لأخذ المال منه ، أو لا يكون قصده إقامة الحسبة ، كما لو قال إنه وجد مالا وقد وجد المال ، فهذا يوجب الضمان ، إذ الظاهر أن السلطان يأخذ منه المال بهذا السبب ، اهـ . وبعضهم قيد الولي بالظالم ، ولكن المفهوم من كلام المنح والعمادية والجامع الإطلاق .

ويرادف السعاية ما يسمى في التشريع المصري بالتبليغ الكاذب . وهي فتوى صالحة في هذا الزمان الذي كثرت فيه تلفيق الجرائم والدعاوى الكاذبة .

عاقلة الجاني من بهم التناصر عرفا

الجنابة التي لم يتعمدها مرتكبها فقدت ركنها عظيم من أركانها وهو القصد وسبق الإصرار ، والتمست فيها المعذرة . لهذا لم تكن سببا في تضييع حياة القاتل . لكن فيها سفك دم معصوم بغير حق بفعل ، ترك صاحبه التثبت فيه ، وأهمل في الاحتياط ، فلزم حفظ هذا الدم على وجه فيه تخفيف على القاتل ؛ وذلك بإيجاب الدية على العاقلة ، لأن في إيجابها كلها عليه استئصالا لماله وإتقالا لكاهله وتضييعا لماء وجهه بمذلة الدين والكدر في قضائه . وأحق الناس بمواساته ومشاركته في احتمال نازلته هم أهل نصرته الذين يجيرهم ويجيرونه ويكونون في نجاتهم ويكونون في نجاته . وشيء آخر وهو أن الجاني ما ملأه الغرور وترك الاحتياط في هذا الفعل الذي أفضى الى حرمان الحياة إلا اتكالا على هذه الجماعة

(١) ٧٩ - ٢٠

التي بها قوى ظهره وعليها عول في ارتكاب وزره ، فكان عليها أن تضرب على يده ، وأن تكفكف من تفريطه وحدته . فلما قصرت عن هذا الواجب كان ذنبا يستوجب العقوبة والتأديب ، وهو يأمرا كما معه في دفع الدية . فوجب جناية العدوان التي لم يعتمد فيها هي الدية على العاقلة .

ولا خلاف بين الفقهاء في أن عصابة القاتل يعقلون عنه ، لما روى في الصحيحين عن أبي هريرة رضي الله عنه أن امرأتين اقتتلتا فوذفت إحداهما الأخرى بحجر فقتلتها وما في بطنها ، ف قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن دية جنيها غرة عبد أو أمة ، وقضى بدية المرأة على عاقلتها دأى العاقلة ، وفي رواية أن العقل على عصبتها . وانفقوا أيضا أن الدية في بيت المال عند عدم العاقلة .

واختلفوا بعد ذلك في أهل الديوان وهم الجند : هل هم من العاقلة أم لا ؟ فقالت الحنفية ومالك والناصر : نعم ، فالعاقلة أهل الديوان ، فإن لم يكونوا فالعصبة وقال الشافعي وأحمد : لا .

استدل الحنفية بإجماع الصحابة . قال السرخسي في المبسوط : قد قضى به عمر رضي الله عنه على أهل الديوان بحضور من الصحابة ولم ينكر عليه منكر ، فكان ذلك إجماعا منهم . استدل الشافعي وأحمد بقضائه صلى الله عليه وسلم بها على العصبة كما تقدم . قالا ولا نسخ بعده ، كما لا حجة في قضاء عمر على خلاف قضائه . على أنه إن صح ما ذكر عنه فيحتمل أنهم كانوا عشيرة القاتل .

ونقول لهما : لسنا نستدل بقضاء عمر حتى يرد ، بل بإجماع الصحابة المنتهق بقضائه وسكوتهم . وهذا الإجماع ليس مخالفا لقضاء الرسول صلى الله عليه وسلم ولا نسخا له ، لأنهم عملوا أن المعنى من قضائه بالدية على العصبة هو النصرة . بيان هذا أن الدية إنما وجبت على العاقلة تخفيفا على الجاني لخطئه ، وأحق الناس بالتخفيف ، وإعائته هم أنصاره ، وتأديبا للعاقلة لتقصيرهم في الضرب على يده ، ولأنه ما فرط في الاحتياط إلا لاعتضاده بقوة أنصاره ، فيدور الحكم في وضع الدية على النصرة . وقد كان العرف ^(١) في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم أن النصرة القوية بالعصبة ، ثم لما دوّن عمر رضي الله عنه الدواوين صارت

(١) انظر كتاب المعامل في المبسوط - ٢٧ - ١٢٤ .

القوة والنصرة بالديوان ، فقد كان المرء يقاتل قبيلته عن ديوانه ، كما كان ذلك في موقعة الجمل وصفين .

ومن هذا يتبين أن أمر العاقلة يدور على العرف في التناصر . قال في المبسوط : ثم لاشك أن المعتبر النصره ، ففي حق كل قاتل يعتبر ما به تنحقق النصره ، وتناصر أهل الديوان يكون بالديوان ، فإن كان القاتل من قوم يتناصرون بالحلف فذلك هو المعتبر ، لأن المعنى متى عقل في الحكم الشرعي تعدى الحكم بذلك المعنى الى الفروع . وقال في التبيين : ولكون العقل على أهل النصره قالوا لو كان اليوم قوم يتناصرون بالحرف فعاقلتهم أهل الحرقة ، وإن كانوا بالحلف فأهله اه .

ومعنى النصره أنه إذا حزبه أمر كانوا في عونه . فالمنذهب أن العاقلة أهل الديوان إن كان القاتل منهم ، ولا عبرة بأى نصره أخرى مع وجودهم ، وعند عدمهم يكون العقل بما يتناصر به كالقراية والحلف والحرقة وقرب السكنى والقرية والمحلة وهكذا ، لا فرق في ذلك بين العرب والعجم على الصحيح ، فإن لم يكن شيء من هذا فالعاقلة بيت المال .

هذا وكما بينى أمر العاقلة على العرف ، بينى أصل الواجب في الدية جنسا على المال الذي يغلب التعامل به في قطر الجاني عند أبي يوسف ومحمد ، وفي رواية عن أبي حنيفة وكذا عند مالك . أما مقاديرها فقد اتفق المسلمون كما قال الجصاص (١) على أنها محدودة من الشارع ، وإن وقع الخلاف في التحديد .

فرأى الصحابان وأبو حنيفة في رواية أن الاجناس التي تؤدي منها الدية ستة ، كما يأتي في حديث السلماني ، يؤدي كل قوم من المال الغالب عندهم كما نص على ذلك الجصاص في أحكام القرآن ، والحصكفي في الدر المنثور .

ووجه ذلك ما أخرجه في نصب الرأية عن جامع الآثار لمحمد ، قال : أخبرنا أبو حنيفة عن الهيثم عن الشعبي عن عبيدة السلماني قال : وضع عمر الديات على أهل الذهب ألف دينار ، وعلى أهل الورق عشرة آلاف درهم . وعلى أهل الإبل مائة من الإبل . وعلى أهل البقر مائتي بقرة مسنة ، وعلى أهل الشاة ألف شاة ، وعلى أهل الحلال مائتي حلة ، وأخرجه البيهقي وابن أبي شيبة أيضا . ويستفاد من

(١) انظر أحكام القرآن ج ٢ ص ٢٨٨ ، ٢٨٩

كلام ابن عابدين (١) أن الأداء من المال الغالب ليس بطريق الإلزام، بل لو أدى غيره بالتراضي أو بقضاء القاضى جاز .

ورأى مالك أن الدية تؤدى من الإبل والذهب والفضة ، ويؤدى كل قوم من المال الغالب عندهم ، لما روى في الموطأ أنه بلغه أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قوم الدية على أهل القرى فجعلها على أهل الذهب ألف دينار ، وعلى أهل الورق اثني عشر ألف درهم . إلا أنه رأى أن ذلك على طريق الإلزام فلا تقبل الإبل من أهل الذهب مثلاً . وعين مال كل قطر فقال : أهل الذهب مصر والشام والمغرب ومكة والمدينة ، وأهل الفضة العراق وفارس ، وأهل الإبل البوادي . ويظهر أن هذا التمييز بناء على عادة عصره . قال أبو الوليد الباجى المالكي في المنتقى (٢) : وعندى أنه يجب أن ينظر إلى غالب أموال الناس في البلاد ، فأى بلد غلب على أموال أهلها الذهب فهم أهل ذهب ، وأى بلد غلب على أموالهم الورق فهم أهل ورق ، وربما انتقلت الأموال ، فيجب أن تنتقل الأحكام . وقد أشار مالك إلى ذلك في قوله : فمكة والمدينة اليوم أهل ذهب اه .

وبناء الدية على ما يغلب التعامل به هو المناسب لمبدأ التخفيف الذى راعاه الشارع فيها .

أثر العرف والعادة فى التعزير وأسبابه

لم ينص المشرع على أشخاص الجرائم كلها ، ولم يبين مقدار ما لكل جريمة من الضرر على وجه التفصيل ، بل فصل بعضها ، وأجمل البعض تحت اسم المنكر والمعصية والفحشاء والإثم والظلم والعدوان . وكذلك لم يحدد عقوبة إلا للجرائم معدودة كالردة ، وما يوجب القصاص من التعدى على النفس أو الأعضاء ، والزنا والسرقة وقطع الطريق والقتل وشرب المسكر . وترك أكثر الجرائم فلم يقدرها عقوبات ولم يبين أيها أشد وأيها أخف ، بل ترك ذلك لأولى الأمر . وهذا كله لاختلافها واختلاف عقوباتها بحسب الأزمنة والأمم والبيئات فى كل أمة ، وتلك العقوبة التى لم يقدرها الشرع هى ما يسمى بالتعزير .

(١) رد المحتار ج ٥ ص ٥٦٨

(٢) ٧ ص ٦٨

فالتعزير تأديب لم يقدره الشارع . والأصل في شرعه قوله تعالى ، واللاق
تخافون نشوزهن فمظوهن وأهجر وهن في المضاجع واضربوهن ، حيث أمر تعالى
بهدر النساء وضربهن للتهذيب والاستصلاح . وقوله صلى الله عليه وسلم في الصبيان
، واضربوهم عليها - أى الصلاة - لعشر ، وقوله صلى الله عليه وسلم ، لا يجلد فوق
عشر إلا في حد من حدود الله ، وإجماع الصحابة عليه .

ثم ما يوجب التعزير نوعان : الأول : المعاصي ، سواء أكانت تركا للواجب
كالامتناع من الصلاة والافطار في رمضان وترك الإنفاق على من تجب النفقة
له ؛ أو فعلا لمحرم كأن ينال من النساء ما دون الزنا من المحرمات ، وكسرقة ما دون
النصاب والنهب والاختلاس وشهادة الزور والغش في التجارة والتعامل بالربا
واللعب بالقمار والخروج على الولاية والتحريض على الإفساد في الأرض والسعاية
إلى الحكام بغير حق وإفشاء أسرار الدولة ومصانعة الأعداء ، وإيذاء المسلم
أو الذمي بلا حق ، بفعل أو إشارة أو بنسبته إلى غير الزنا مما يتعير به أمثال المشتوم
عرفا وتلحقه الوحشة به ، ولو كان الشتم بشيء يظهر كذبه فيه ، نحو يا كلب يا ثور ،
أو بأمر مباح نحو يا زبال . واعتبار التعير العرفي من غير نظر إلى شيء آخر
اختيار الهنداؤني كما يدل عليه كلامه في نحو يا كلب يا خنزير . وهو رأى الأئمة
الثلاثة ورواية عن أبي يوسف ، ويدل عليه كلام السرخسي حيث قال ينبغى التعزير
بمثل هذه الألفاظ فإن العرب لا تعده شتيمة ولهذا يسمون بكاب وذئب
فيدل على أن مدار الأمر على عده شتما في العرف . هذا اختيار الفقهاء . وظاهر
الرواية أن الشتم بما يظهر كذبه فيه لا يوجب التعزير .

النوع الثاني : التوصل إلى دره مفسدة أو جلب مصلحة ، كنفى من خيف منه
الفتنة لوصف خلقه كحسن الصوت وجمال الشكل ، فقد نفي عمر رضى الله عنه
نصر بن حجاج لما افتتن النساء بجماله ، وكحبس المتهم لتبين الجاني عند ظهور
أماراة الجنابة عليه ، وكتأديب الصبيان للتعدي على حقوق الإنسان أو للتعليم
أو ترك الصلاة .

ومن هذا يتبين أن ما يوجب التعزير منه ما هو ثابت على اختلاف الزمان
والمكان ، ومنه ما هو موكول إلى العرف وأحوال الناس كالشتم بما يتعير به ، فإن
الألفاظ قد يختلف المراد بها بحسب الأعصار والأمصار ، وكذلك الأفعال ،

كالتهديد الكتابي بالقتل ، فإن خطورته ليست للتهديد الشفوي في بلادنا لكثرة دوران الثاني على الألسنة من غير أن يقصد به مدلوله غالبا ، وكنتكرر المفسد وندرتهما ، فإن المفسدة اذا كانت كثيرة الوقوع في زمان أو إقليم أشد خطورة على الجماعة منها في زمان أو إقليم تمثل فيهما .

نوع التعزير ومقداره

تقدم أن المقصود من عمومية التعزير الزجر والاستصلاح ؛ لهذا لم يحده الشرع بنوع ولا مقدار ، بل فوض سلطته المطلقة الواسعة إلى ولي الأمر كما في المبسوط وغيره ، يوقع من العقاب ما يرى فيه الردع عن معاود الجريمة وحماية الجماعة من الظلم والافساد ، إلا أنه إذا رأى التعزير بالضرب فليس له الزيادة على مقدار الحد خلافا لما لك ، وفي المسألة أقوال كثيرة وحجج لا حاجة لإيرادها .

ولا ينافي القول بالتفويض ما ذكر في بعض الكتب كالشافى والنهاية والدرر من جعل الناس على أربع مراتب ، ووضع عمومية لكل مرتبة ، فأشرف الأشراف تعزيرهم بالإعلام بالذنب ، وتعزير الأشراف بالجرم إلى باب القاضى والمخاصمة ، وتعزير السوقة بالحبس ، وتعزير الأخصى بالضرب والحبس . أقول : لامنافاة ، لأن هذا ليس على إطلاقه بل محله إذا أنت كل مرتبة بما يناسب هذا العقاب حتى لو صدر من أشرف الأشراف ما يعظم أو من الأخصاء التافه تغير ما قالوه (١) .

فإذا ثبت أنه مفوض إلى ولي الأمر فله التعزير بالحبس ، لما روى النسائى وعبد الرازق أن رسول الله صلى الله عليه وسلم يحن في تهمة دم ؛ وبالنقي كما روى عنه صلى الله عليه وسلم أنه أمر بإخراج المخنثين من المدينة ، ونفى عمر رضى الله عنه نصر بن حجاج لافتتان النساء بجماله ، والربيع بن أمية في الشراب إلى خيبر (٢) وبالضرب لما تقدم من الكتاب والسنة ؛ وبالتوبيخ ، فقد روى أبو داود أنه صلى الله عليه وسلم قال لأصحابه بعد إقامة الحد على شارب الخمر : بكتوه ، فأقبوا

(١) انظر البحر ورد المختار والدرر في أول باب التعزير

(٢) انظر فتح القدير ٤٣ ص ١٣٥

عليه يقولون : ما اتقيت الله ، ما خشيت الله ، ما استحييت من رسول الله صلى الله عليه وسلم ! . وله التعزير بالقتل على ما فيه سعى بالفساد في الأرض ، كالسحر والزبدقة والسماية إلى الحكام بالباطل ، ومن تكبر منه الخنق أو السرقة ، فمما للفتنة ، ودفعاً للشر ؛ ويسميه فقهاؤنا بالنمئل سياسة . وله التعزير بأخذ المال في رواية عن أبي يوسف ، وهو اختيار ابن القيم خلافاً للطرفين والأئمة الثلاثة . ويدل للرأى الأول ما روى عنه صلى الله عليه وسلم أنه أضعف الغرم على سارق ما دون النصاب . وأجاب الطحاوي في شرح الآثار بأن أخذ المال كان في ابتداء الإسلام ثم نسخ . ويدفع بأنه لا دليل على النسخ كما قال ابن القيم في إعلام الموقعين ، قال : وقد فعله الخلفاء الراشدون ، ومن بعدهم من الأئمة .

بيد أن الشرع أوجب على القاضي في تشخيص العقاب مراعاة أمرين : الأول : حال الجناية والجاني والمجنى عليه . فالجناية من حيث خطورتها وضررها بالمجتمع والفرد أو حقارتها . والجاني من حيث مبلغ احتماله لنوع العقوبة ومقدارها وهل هو من الأحرار الذين تردعهم العقوبة والنظرة ، أو من الشرار الذين لا يردعهم إلا وقع الأسواط وظلمات السجون . فقد روى أبو داود عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال : أقبِلوا ذوى الهيئات عثراتهم إلا الحدود . والمجنى عليه من حيث إنه من أهل الفضل والمكانة أو غير ذلك .

الأمر الثاني : مراعاة عادات الناس في كل زمان وفي كل أمة ؛ فقد يكون الشوء عقاباً في زمان أو مكان وليس عقاباً في غيرهما ، وقد يكون مقدار العقاب رادعاً في زمان أو أمة غير رادع في غيرهما . قال شهاب الدين القرافي (١) في الفرق بين الحد والتعزير : فرب تعزير في عصر يكون إكراماً في عصر آخر ، ورب تعزير في بلد يكون إكراماً في بلد آخر ، كقلع الطيلسان بمصر تعزير ، وفي الشام إكرام ، وككشف الرأس عند الأندلس ليس هوأنا ، وبالعراق ومصر هوأنا .

(١) أنظر الفرق ج ٤ ص ١٨٣

هل يمكن تحديد الجرائم والعقوبات في باب التعزير

إذا تغيرت أحوال الناس

تقدم أن الشرع لم يفصل جرائم التعزير كلها ولم يحدد عقوباته بل فوض ذلك إلى رأى ولى الأمر بالأصالة ، وإلى قضاة بالنيابة عنه . فالتماضى عليه أمران : تحديد الذنب وتقدير العقاب . ولاشك أن الجرائم متفاوتة في الضرر وأن التخيير في العقوبة بابه واسع ، يبدأ بالإعلام بالجريمة وينتهي بالقتل . وأمر كهذا يحتاج إلى قضاة لهم فقه نافذ في الحوادث وعلم كامل بأحوال الناس وعاداتهم ومابه استصلاحهم وزجرهم عن الجرائم ، وعدالة راسخة في تقدير العقوبة لا تعرف الشطط ولا المحاباة حتى يستطيعوا تشخيص الجريمة وتحديد العقاب بالدقة والعدالة كالطبيب النطاسى الذى يشخص الداء ويصف من الدواء ما يستأصله .

فاذا ضعف هذا المعنى أو بعضه في قضاة الزمان بأن ضعفت ملكة التقدير فيهم أو غلب الجور وكثرت الأغراض ، فهل للإمام تحديد الجرائم وتقدير العقوبات ولو على وجه التقريب ؟ نعم له ذلك ، بل يجب عليه لأمرين .

الأول : أن ولايته على الأمة نظرية توجب عليه أن يسلك بها ما فيه العدل والمصلحة .

الأمر الثانى : أن سلطة القضاء ملك له وهو الذى يعطيها للقضاة نيابة عنه ، فله الإطلاق للقضاة ، وله تقييدهم بنوع من العقوبات ، كما له التقييد بنوع من الدعاوى أو بالنضاء فى إقليم دون إقليم . على أن هذا التحديد لا يأخذ صفة اللزوم على التأييد ، بل يجوز للإمام نقضه إلى غيره عندما تقتضى المصلحة ذلك . وعلى هذا فأحكام قانون العقوبات المصرى صحيحة . وشروعة ما لم تعارض مع حكم أو عقوبة مقدرة فص عليها الشارع فى الكتاب أو السنة ، فلو خلا من هذه المعارضة أمكن إصداره باسم الشرع الإسلامى . ومثل هذا الكلام يقال فى القانون المدنى وقانون المرافعات لاسيما ومواطن الخلاف فى هذه القوانين للأحكام المجمع عليها عند المسلمين ليست بالكثيرة .

الخاتمة

كلمة عن أثر العرف في التشريع وهل يمكن عده من أسباب الخلاف

ذكرت آثار العرف المختلفة في غضون ما تقدم من الموضوعات . وأختم هذا البحث بإجمال هذه الآثار ، وكلها آيات بينات على سماحة التشريع وتوسعته على الناس وصيانه للحقوق . ويمكن حصرها في اثني عشر .

الأول : إقرار التشريع للعرف القائم في الأمة ، لصالحه واستقامته ، ولما في هذا من التيسير على المكلفين ، كما كان من إقرار الكتاب والسنة لبعض العوائد العربية كالبيع والمضاربة والمكافأة بين الزوجين ، وإقرار المجتهدين لبعض العوائد في البلاد المفتوحة من أمى الفرس والرومان وغيرهما كتدوين الدواوين وبعض الشروط في البيع .

الثاني : جعله دليلا على مشروعية الأحكام ظاهرا ، وهو في الواقع ليس بدليل ، بل الدليل أصل من أصول الفقه ، لكنه اكتسب اسم العرف لأنه هو العامل على وجوده كالإجماع العملي وبعض المصالح المرسلة ، أو لأن التعامل جرى على ما أفاده الدليل .

الثالث : جعله علة ظاهرة للحكم كما في الإجارة ، فإن علة صحتها الظاهرة في غير مورد النص هي العرف ، والعلة الحقيقية هي الحاجة .

الرابع : جعله مقياسا يرجع إليه في تطبيق الأحكام المطلقة كالنفقة والمعيار في الربا وما تحصل به الرؤية الموجبة للخيار في البيع ، وتأثيره في هذه الناحية واسع قوى .

الخامس : تأثيره في تكوين الحكم الذي يستنبطه المجتهد أو يخرج المفق ، كما ظهر هذا في بيع النحل وصبغ الثوب المنصوب باللون الأسود^(١) .

السادس : تأثيره على الأدلة الشرعية كالاستصناع وبيع الثمار عند وجود بعضها دون البعض ، ولكن الأثر في هذه الحالة منسوب إليه في الظاهر ، والواقع أن التأثير لأصل شرعي يكافئ الدليل المعارض له أو يترجح عليه .

(١) انظر ص ١٠٣ وما بعدها

السابع: أن النص قد يكون معللا بالعرف أو بعبارة مرجعها إليه، ثم تتغير العلة بتغير العرف، فيظهر تغير الحكم الذي تضمنه النص. فمثال الأول: ما روى عن أبي يوسف من بناء المأثور في معيار الربا على العرف. ومثال الثاني: قضاؤه صلى الله عليه وسلم بالدية على عصابة القاتلة فإنه معلل بالنصرة التي يرجع في معرفتها إلى العرف، وقد كانت في عهده صلى الله عليه وسلم بالعصبة، ولما كانت في عهد عمر بالديوان لتغير العرف، جعلها عمر على أهله.

الثامن: أن يكون سببا للعدول عن ظاهر الرواية من المذهب، وسببا كذلك للترجيح بين أقوال الأئمة التي استنبطت بوجه شرعي صحيح. وهذا منصب العالمين بمباني الأئمة أصحاب المذاهب والمتأهلين للنظر فيها، أما غيرهم فليس لهم إلا نقل ما رجحه الفقهاء في الكتب المعتمدة بطريق الرواية. وهذه ناحية تحدث بأفصح لسان عن خصوبة الفقه وفتوته وجدارته للحكم بين الخلق متى كانوا وأين كانوا حتى يرث الله الأرض ومن عليها، وتقطع السنة الذين يجاهرون بالباطل في بلاد الإسلام ويرضون بتغير حكم الله.

ولعمري إن الفقه لا يبلغ مثله الأعلى إلا بالقضاء بأحكامه، لأن فيه وفيما يقوم حوله من المرافعات وعرض الخصومات، ووجهة لمشاكل الحياة ومعرفة ما يعالجها من نظريات الفقه وآراء الفقهاء؛ ففي القضاء تكميل للفقه بترجيح الآراء التي تضمن المصلحة، وتخرج الأحكام التي تستدعيها الظروف الحادثة. وقد فصلت فيما تقدم أنواع العرف الأربعة، وشرحت معنى اعتبار الفقهاء لها، وكلها صالحة في هذا العصر الذي اتعش فيه الفقه لجعلها مبنى للأحكام.

التاسع: أنه يرجع إليه في فهم معاني الكتاب والسنة بما هو المعهود عند العرب في مخاطباتهم ومعاملاتهم.

العاشر: أنه يحدد مراد المتصرفين، فيجري الشارع أحكام تصرفاتهم على ما يفيد العرف كما في العقود والطلاق واليمين.

الحادي عشر: أن يكون قرينة تظهر الحق من الباطل والحلال من الحرام، وأكثر ما يكون ذلك في الإفتاء والقضاء، كتحكيمه في اللقطة وعيوب المبيع.

الثاني عشر : اتساع المجاميع الفقهية ، فإنها لم تقتصر على أحكام النوازل التي فصل فيها القرآن والسنة ، بل دونت فيها أحكام العادات التي جرت في الأمم المسلمة على مر العصور ، فإنه لما فتحت الممالك وانتشر الإسلام ، عرضت على المجتهدين عادات مدنية وفارسية ورومانية ومصرية وإغريقية في مختلف مسائل الفقه ، كالمهر وجهاز الزوجين وبيع الثمار ، وما يدخل في المبيع تبعا وما لا يدخل ، والاستصناع والإجارة على نسج الثياب وخطاطتها وصبغها ، والشروط في العقود وبيعها ولعبة الشطرنج^(١) لم تكن هذه العادات معروفة في عهد الرسالة ، وكانت محل اجتهاد المجتهدين وإفتاء المفتين ، ثم جمعت في المؤلفات الفقهية على أنها آثار وقتاوى يجب العمل بها .

الكلمة الأخيرة — هي : هل يكون العرف سببا من أسباب الخلاف

بين الفقهاء ؟ .

لم يعده من أسباب الخلاف البَطَانِيُّوسِي في كتابه الإنصاف . ولا ابن تيمية في رسالته رفع الملام . وذكر الشاطبي في الموافقات^(٢) أنه لا ينبغي أن يعد اختلافا بين الأئمة إلا ما كان خلافا على الحقيقة ، فما كان ظاهره الخلاف والواقع الوفاق فخكاية الخلاف فيه خطأ . ونحن كثيرا ما نرى العرف منشأ للاختلاف بين الأئمة لاختلاف أزمنتهم وأمكنهم ، كاختلاف الإمام وصاحبيه في تزكية الشهود ، وتحقق الإكراه من غير سلطان ، واعتبار الكفاءة في الحرف ؛ ولا يكون هذا خلافا على الحقيقة ، إذ لو شاهد كل إمام ما شاهد الآخر لقال بما قال . فأخذاً بكلام الشاطبي ينبغي أن لا يعد العرف من أسباب الخلاف . والظاهر أن فقهاءنا على هذا الرأي : إذ كثيرا ما يقولون في المسائل التي تختلف الآراء فيها لاختلاف العادات : وهذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان . اللهم إلا في بعض مسائل يكون العرف فيها من أسباب الخلاف على الحقيقة ، كاختلاف الشافعية في أن المعروف كالمشروط ، فإنه ترتب عليه خلاف حقيقي بينهم في بعض الفروع كما تقدم في ص ١٧٠

(١) انظر نيل الأوطار - ٨ ص ٢٥٩ عن ابن كثير أنها عادة هندية ظهرت في عهد الصحابة .

(٢) ج ٤ ص ٢١٤

وبعد : فهذه نظرية العرف والعادة عند الفقهاء ، مؤيدة بأصول الدين ، معضدة
بكلام الثقات من علماء المسلمين ، أعرضها على الناس في وضوح ليطالعوا فيها سمو
الفقه وسماحته وعدالته ، ويقفوا بها على مبلغ ما وصل إليه فقهاء المسلمين من نبيل
التفكير وحصافة الرأي وحسن الاستنباط ، ويؤمنوا بأن شريعة السماء هي وحدها
التي يجب أن تصدر للحكم بين الناس ، وهي وحدها التي يجب أن تستمد منها
التشريعات المدبرة لأمر الأفراد والجماعات .

وهذا آخر ما أمكنني الوصول إليه في بحث هذا الموضوع بعد قراءات واسعة
وبحوث شاقة ، في الحق أني مستقل هذه النتيجة الضئيلة معها . ولكن إن كان الله
قد وفقني إلى الصواب فقليل الصواب كثير . والحمد لله الذي هدانا لهذا ، وما كنا
لننتدى لولا أن هدانا الله . والصلاة والسلام على رسوله العظيم

، تمت ،

المصادر التي رجع إليها المؤلف

رقم	اسم الكتاب	طبع
كتب التفسير		
١	تفسير الطبري	
٢	الكشاف للزمخشري	
٣	الجامع لأحكام القرآن للقرطبي	دار الكتب
٤	روح المعاني للألوسي	المنيرية
٥	التفسير الكبير للفخر الرازي	الخيرية
٦	أحكام القرآن لأبي بكر الجصاص الرازي	البيسة
٧	تفسير أبو السعود	الذي بهامش الفخر
٨	أحكام القرآن لابن العربي	السعادة
٩	مفردات الراغب	الخلي
١٠	أسباب النزول للسيوطي	
كتب الحديث		
١	نيل الأوطار للشوكاني	المسيرية
٢	سبل السلام للصنعاني	
٣	تيسير الوصول للديلمي	الخانجي
٤	مجمع الزوائد للهيتمي	القدسي
٥	نصب الراية لأبي عبد الله الزيلعي	
٦	النهاية لابن الأثير	
	فتح الباري شرح البخاري شرح ابن العربي للترمذي	
كتب الفقه وقواعده		
١	المبسوط للسرخسي	السامي
٢	بدائع الصنائع للكاساني	
٣	الوجيز شرح الجامع الكبير للحصيري	عضوظ بدار الكتب الأزهرية
٤	تبيين الحقائق لابن محجن الزيلعي	بولاق الطبعة الأولى

مصادر العرف والعادة

رقم	اسم الكتاب	طبع
٥	فتح القدير لكamal بن الهمام	بولاق الطبعة الأولى
٦	البحر الرائق لابن نجيم	
٧	أ - رد المختار لابن عابدين ب - تكملة رد المختار	مطبعة بولاق دار الطباعة العامرة الطبعة الأولى الآستانة
٨	رسالتا نشر العرف ورفع الانتقاض . رسائل ابن عابدين	
٩	مجمع الأنهر شرح الملتقى	
١٠	جامع الفصولين لابن قاضي سماونه	طبع بولاق
١١	الأشباه والنظائر لابن نجيم شروحه للحموي والبيروني وهبة الله البعلبي	الحسينية - الأول مطبوع والأخيران مخطوطان
١٢	المستصفي للنسفي مخطوط بدار الكتب المصرية	
١٣	أ - معين الأحكام ب - شرح المجلة العدلية لعلي حيدر تعريب محمد فهمي الحسيني	الأميرية
١٤	موطأ مالك بشرح الزرقاني	مصطفى محمد
١٥	شرح الباجي	مطبعة السعادة
١٦	الدسوقي على الشرح الكبير	د د
١٧	فتاوى الشيخ عليش وتبصرة ابن فرحون	مصطفى الحلبي
١٨	أ - فروق القراني وتهذيبه ب - الفتاوى والأحكام	إحياء الكتب العربية عزت العطار
١٩	مذهب الشيرازي	الحلبي
٢٠	المجموع - معنى المحتاج للخطيب الشريفي	دار الكتب العربية
٢١	شرح المحلى على المنهاج	الحلبي
٢٢	القواعد للعز بن عبد السلام	

مصادر العرف والعادة

رقم	اسم الكتاب	طبع
٢٣	الاشباه والظائر الفقهية للسيوطي	مصطفى محمد المنار
٢٤	المغنى لابن قدامة	
٢٥	كشاف القناع	
٢٦	قواعد ابن رجب	الحاجي المنيرة
٢٧	المحلى لابن حزم	
٢٨	الروضة الندية	
٢٩	إعلام الموقعين	
٣٠	زاد المعاد	صبيح شركة طبع الكتب العربية
٣١	الطرق الحكيمة	
٣٢	الاعتصام	مصطفى محمد المنيرة
٣٣	حجة الله البالغة	
كتب أصول الفقه		
١	الكشف شرح أصول اليزدوي	الآستانة
٢	إحكام الآمدي	صبيح
٣	المستصفي ومسلم الثبوت	الحاجي
٤	١- التلويح على التوضيح ب- تنقيح الفصول للقرافي التيسير والتقرير شرحه التحرير	الآستانة، الخيرية الأولى طبع الحلبي الثاني الاميرية
٦٥٥		
٧	الموافقات	مصطفى محمد
٨	الأزميري على المرأة	الآستانة
٩	الطار على جمع الجوامع	المطبعة العلية : الطبعة الأولى
كتب التاريخ		
١	١- سيرة ابن هشام	

مصادر العرف والعادة

رقم	اسم الكتاب	طبع
١	ب - الكامل لابن الأثير	المنيرية
٢	الأمم والملوك للطبري	
٣	الأمم الإسلامية للخضري	
٤	مقدمة ابن خلدون	المطبعة البهية
٥	الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي للحجوي	
٦	الفوائد البهية للكنوي	السعادة
٧	مجر الإسلام وضحاها	لجنة التأليف الجامعية
كتب اللغة		
١	أساس البلاغة	محمد مصطفى
٢	لسان العرب	بولاق
٤	تاج العروس	
كتب القانون		
١	أصول القوانين للأستاذين محمد كامل مرسي والسيد مصطفى	
٢	الالتزامات لعبد السلام بك ذهني وللسهوري باشا	
٣	القانون التجاري للدكتور محمد بك صالح	

هذه عدا مراجع أخرى أشرت إليها أثناء البحث

فهرس

لموضوعات رسالة العرف والعادة

الصفحة	الموضوع	الصفحة	الموضوع
	التقسيم الثالث الى مقرر للمعنى	٣	الإهداء
٢٠	المعنى وقاض عليه	٤	فاتحة الرسالة
٢١	تقسيم العادة الى شرعية وغير شرعية ، الى ثابتة ومتبدلة ،	٧	المقال الأول - المقدمات
—	أنواع التبدل	—	معنى العرف والعادة لغة وفقها
	المقال الثاني - معنى	٨	معنى العرف الفقهي
٢٣	اعتبار العرف ودليله	١٠	معنى العادة . تعاريف الفقهاء
	طريقة المتقدمين في الاستدلال		ومناقشتها
—	ومناقشتها	١٣	النسبة بين العرف والعادة ...
٢٦	معنى اعتبار العرف وطريقة المؤلف في الاستدلال ...	—	لغاة العرف والعادة ...
	حصر أنواع العرف في أربعة	١٥	أسباب العرف
٢٧	بالاستقراء	١٦	سلطان العرف
—	الفصل الأول - العرف الذي يكون دليلا على الحكم	١٧	تقسيم العرف والعادة
	ظاهرا نصوص الفقهاء التي تفيد أنه دليل	١٨	التقسيم الأول الى قولى وعملى
		١٩	التقسيم الثانى إلى عام وخاص
			وشرعى
		—	العرف الخاص
		٢٥	العرف الشرعى

فهرس رسالة العرف والعادة

المفحة	الموضوع	المفحة	الموضوع
٥٢	معنى اعتبار هذا النوع ودليله	٣٢	رد العرف إلى الأدلة الشرعية الصحيحة
٥٤	الفصل الرابع : العرف القولى معنى اعتباره ودليله	٣٣	مسلك آخر فى رد العرف إلى دلالة الاجماع
٥٦	المقال الثالث - شروط اعتبار العرف	٣٦	رده إلى قاعدة ثابتة بالتأثير أو المصاحبة المرسله
—	الشرط الاول أن يكون العرف مطردا أو غالبا	٣٩	رد العرف إلى أصل المنافع والمضار
٥٨	الشرط الثانى: أن يكون العرف عاما . فى أى عرف يشترط العموم ، رأى الفقهاء فى العرف الخاص	—	معنى اعتبار هذا النوع ودليله بيان بعض الأدلة التى رجع إليها العرف : السنة ، الاجماع ، شرط الاجماع الذى يرجع اليه العرف ، قوة حجتيه ، تيسره ، عرف المدينة
٦١	الشرط الثالث : أن لا يكون مخالفا لأدلة الشرع . لا تضرب المخالفة لاستعمال الشرع	٤٠	الشرط الرابع : أن يكون العرف الذى تحمل عليه التصرفات قائما وقت ورودها
٦٥	الشرط الرابع : أن يكون العرف الذى تحمل عليه التصرفات قائما وقت ورودها	٤٤	الفصل الثانى : العرف الذى يرجع إليه فى تطبيق الأحكام المطابقة . استعراض أمثلة من فقه المذاهب
٦٦	الشرط الخامس : أن يكون العرف ملزما . استنباطه من فروع الفقه	٤٨	معنى اعتبار هذا النوع ودليله
		٥٠	الفصل الثالث : العرف المنزل منزلة النطق بالأصوات المتعارف . استعراض أمثلة

فهرس رسالة العرف والعادة

الصفحة	الموضوع	الصفحة	الموضوع
	تعلييل ذلك من الناحية الاصولية ليس كل الاحكام المبنية على العادة تتبدل . أدلة التبدل . اقتفاء الفقهاء لهذا الاصل	٦٧	الشرط السادس : أن لا يوجد قول أو عمل يفيد عكس مضمونه
٨٩	هذا التبدل ليس نسخا		المقال الرابع - مدى
٩٠	الفصل الاول : تعارض العرف مع الأدلة الشرعية ...	٦٩	احترام الشريعة للعرف
—	المقام الاول : تعارض العرف والنص	٨١	الفصل الاول : صراطة الشريعة للعرف في طوري الوحي والاجتهاد . تمهيد في طور الوحي . في طور الاجتهاد . ظهر أثر الاجتهاد في ثلاث نواح . قولهم إن الشافعي انتقل الى مذهبه الجديد للعرف الفصل الثاني : منزلة العرف من الفقه بالنظر الى الاستنباط بالنظر الى التطبيق . نفي أن تكون المعادات من مصادر الفقه
٩١	الفرع الاول : العرف القائم وقت ورود النص . لا بد في العالم بنصوص الشرع . من معرفة عادات العرب .		المقال الخامس - تبدل الاحكام بالعرف والعادة
٩٤	الفرع الثاني . العرف الطارئ على النص . التخصيص بالاجماع السكوتي والمصلحة المرسلة نقض كلام لابن عابدين . تصور التخصيص بالعرف على رأي الحنفية . لا تعارض عند بناء النص على العادة	٨٣	

فهرس رسالة العرف والعادة

الصفحة	الموضوع	الصفحة	الموضوع
	في الوقائع - الفاضل يعمل	١٠١	المقام الثاني : العرف والنسب
	بالعرف في ثلاث مواضع :	١٠٣	الفصل الثاني . العرف ...
١١٧	الموضع الأول		ونصوص المجتهدين . اشتراط
١١٨	الموضع الثاني ، والثالث		العرف في الاجتهاد . تأثيره
١١٩	لا يقضى بالعرف بلا يمين ...		على النصوص . قولهم
١٢٠	لا يقضى القاضى بعلمه لفساد		لا يعدل عن ظاهر الرواية ...
	الزمان	١٠٧	العرف الذى يؤثر على النص
١٢٢	المقال السابع - تعارض		الفقهى
	العرف واللغة		المقال السادس - العرف
—	البحث الاول : العرف القولى		والعادة فى الفتيا والقضاء
١٢٣	البحث الثانى : العرف المعلى	١٠٨	
	مناقشة القرانى فى أن المالكية	١٠٨	البحث الاول : أخذ الحكم
	لا يخصصون بالعرف . مناقشة		من نصوص الفقه . لا بد من
	الزىلى فى أن الحنفية لا يقيدون		معرفة أحوال الناس وقاعدة
	به . الحقيقة المستعملة والمجاز		العرف . الترجيح بالعرف
	المنعارف . تعارض العرف		وعمل الفقهاء به . الأحكام التى
	العام والخاص		يفيدها العرف الحادث تخريبيا
	ملحق لصفحة ١٢٨		وترجيحا ليست خارجة عن
	المقال الثامن		المذهب . تغيير الفتوى بتغير
١٢٩	أهم الأحكام المبنية على		العرف
	العرف والعادة	١١٥	البحث الثانى : تحكيم العرف

فهرس رسالة العرف والعادة

الصفحة	الموضوع	الصفحة	الموضوع
١٤٩	انقضاء الزواج بالانقضاء المصحفة	١٢٩	المصل الاول : المعقود عليه والبدل
—	إيقاع الطلاق بالفاظ الحرام المتعارفة . أقوال الفقهاء في صرح الطلاق . أقوالهم في	١٢١	عقد الاستصناع
—	ألفاظ الحرام كل حل على حرام وأنت خالصة	١٣٣	إجارة ما جرى العرف باستجاره
١٥٤	الايمان مبنية على العرف المقام	١٣٦	تمت المالية بالعرف ...
—	المقام الاول من حيث المقسم به	١٣٧	يجوز وقف المتقول استقلالاً عن المقار إن جرى العرف
١٥٧	المقام الثاني : من حيث المقسم عليه معنى قول الحنفية الايمان مبنية على العرف . رفع التعارض بين قاعدتين . ومعنى قولهم بالعرف يخص ولا يزداد ...	١٤٠	بوقفه المعيار في أموال الربا استقراض الدرام المختلفة الوزن عدداً ، وشرط العمل رأى أبى يوسف العرف في البدل . اختلاف
١٦٢	انقسام الصيغة الى مقترنة بالشرط وبمجردة عنه	١٤٣	النقود في الزواج والمالية استتجار الظئر بماها وكسوتها
١٦٣	الشرط الفاسد وأقوال العلماء فيه الشرط الفاسد إذا تعورف .	١٤٥	استتجار الاجير ببعض ما يخرج من عمله . الوجه الشرعى لما شاع بين الناس
١٦٥	تعارضه مع حديث النهى عن بيع وشرط	١٤٧	الفصل الثاني : صيغة التصرف تمهيد
١٦٢	بيع الوفاء	١٤٨	الصرح والكناية

فهرس رسالة العرف والعادة

الصفحة	الموضوع	الذفحة	الموضوع
	عرفا . بناء جنس الندية على المال	١٦٩	قولهم المعروف كالمشروع ...
	الغالب في قطر الجاني ...		الفصل الثالث موجب
١٨٨	أثر العرف والعادة في التعزير	١٧٣	الخيارات والحقوق ...
	وأسمائه ...	—	الرؤية ...
١٩٠	نوع التعزير ومقداره ...	١٧٤	يرجع في معرفة العيوب إلى
١٩٢	هل يمكن تجديد الجرائم		العرف ...
	والمعقوبات في باب التعزير إذا	١٧٥	رجع المقهاء في تفصيل
	تغيرت أحوال الناس ...		صفات الكفاءة إلى العرف
	التحديد في قانون المعقوبات	١٧٦	الكفاءة في الحرف ...
	مشروع ما لم يخالف نصا	١٧٧	الحقوق ...
	أو إجماعا ...	—	يرجع في معرفة جنس النفقة
١٩٣	الخاتمة		وقدرها إلى العرف ...
١٩٥	كلمة بجملة عن أثر العرف في	١٨٠	يفتى بتحديد مدة طلب التملك
	التشريع وهل يمكن حده من		في الشفعة لفساد الزمان ...
	أسباب الخلاف بين الأئمة .	١٨٢	الفصل الرابع : التعمدي ...
	حاجة الفقه إلى القضاء . أثر	—	يفتى بالتضمين في غصب المنافع
	العرف في اتساع الجامع		لفساد الزمان . المعدل للاستقلال
	الفقهية . العرف ليس من	١٨٤	يفتى بتضمين الساعي لفساد
	أسباب الخلاف . ختام		الزمان ...
	مراجع الرسالة ...	١٨٥	حافلة الجاني من بهم التناصر