

سُلطات العرف

إن للعرف في نظر الشريعة الإسلامية قيمة كبرى في التشريع حيث يعد مستنداً لكثير من الأحكام العملية بين الناس في مجالات كثيرة في الحياة ، كما أن للعرف سلطاناً واسعاً في استنباط الأحكام وتجديدها أو تعديلها وتحديثها وتققيدها وإطلاقها . ولقد كان للعرف اعتبار قبل الإسلام وكان أساساً لكل مظهر من مظاهر الحياة وهذه فرنسا مثلاً أحكامها جارية حسب العوائد بحيث كل جهة من جهاتنا تجري أحكامها على عوائدها ، وتلك العوائد في الأصل ليست مكتتبه ، ثم وقع كتاب كثيراً منها ومن كتب بعض تلك العوائد الملك فيليب الرابع المتولي ملك فرنسا سنة ١٢٨٥ ميلادية ، ثم لما كانت الجهة الجنوبية من فرنسا قريبة من إيطاليا تداخلت فيهم الأحكام الرومانية حتى كانت أحكام فرنسا عند نهاية القرن الثامن عشر على قسمين : فالقسم الشمالي أحكامهم منوطة بالعوائد ، والقسم الجنوبي أحكامهم مشتركة بين العوائد والأحكام الرومانية ، لكن رئيس الطبقة الرابعة من ملوك فرنسا نابليون بونابرت كانت له عناية بضبط الأحكام قبل ولاية الإمبراطورية واختار لذلك خاصة رجال مملكته وترأس عليهم بنفسه في مجلس كتب الأحكام الذي تألف من أربعين شخصاً فضبطوا جميع ما وصلهم علمه من العوائد الجارية بالقسمين مما هو مكتتب أو غير مكتتب ، وأخذوا من أحكام الرومان ماناسب الحال عندهم وما جرى به العمل في جهاتهم وجمعوا من ذلك كله (كودنابليون) ، فأعلنه بفرنسا في مارس سنة ١٨٠٤م أربعة وثلاثمائة وألف عندما كان نابليون هو القنصل الأكبر النافذ الكلمة ، وعلى إثر ذلك ولي الإمبراطورية في باريس في ١٦ ماي ووقعت في قانونه الزيادة مع التعديل سنة عشر ثم تعدل أيضاً سنة ١٨١٢ ، ولم يزل العمل به جارياً في المملكة الفرنسية وكان أمره منوطاً بمجلس الشورى الذي له النظر في معنى فصوله ولمجلس النواب والسنة حق تغيير الأحكام ووضع القوانين على حسب ما يقتضيه الحال وكلما اقتضى الحال تغيير شيء من فصوله غيرهه على ترتيبهم ويعرف الآن باسم (كودسفييل) وهو القانون الجاري به العمل وينعتونه بالقانون المدني الفرنسي ومحتواه ألفان ومئتان وإحدى وثلاثون مادة ترجع إلى ثلاثة أصول ذكرت في ثلاث مقالات .

المقالة الأولى في الكلام على الأشخاص - المقالة الثانية في الأملاك وما يعترها من

أحكام، والمقالة الثالثة في أنواع الطرق التي تفيد الملكية وقد ترجمه إلى العربية رفاة بك ناظر قلم التحرير وعبدالله بك رئيس القلم وأحمد حلمي وعبد السلام أفندي وطبع في مطبعة بولاق سنة ١٩٨٢^(١).

وكذلك كان العرف أساساً لكل مظهر من مظاهر العرب في حياتهم من أمانة وأخلاق وتجارة ومعاملات، وقد دخلت بعض هذه العادات في التشريع الإسلامي من أبواب مختلفة كبناء بعض الأحاديث عليها أو سكوت الرسول ﷺ عن بعضها كما دخلت كذلك في باب إجماع المجتهدين وفي باب الأدلة الشريعة كالاستحسان والمصالح المرسله ونحوها، ذلك أن التقاليد التي تعتادها كل أمة وتتخذها منهجاً تسير عليه ومسلكاً متبعاً تصح من ضروريات الحياة التي لا يمكن أن تستغني عنها وتصبح بمرور الزمن بمثابة الدين حرمة وتقديساً لأن العمل بكثرة تكراره يصير جزءاً من كيان الإنسان لا يمكن أن ينفصل عنه ويتخلص منه وكما قيل: الإنسان ابن ما تعود ولا شك أن في نزع الناس عن عاداتهم حرجاً عظيماً.

ولقد راعت الشريعة الإسلامية عوائد الأمم المختلفة وإن كان خلاف الأصل في التشريع الإلزامي والذي يسع ذلك إنما هو الإباحة حتى يتمتع كل فريق من الناس ببقاء عوائدهم، لكن الإباحة لما كان أصلها الدلالة على أن المباح ليس فيه مصلحة لازمة ولا مفسدة معتبرة لزم أن يراعى ذلك في العوائد فمتى اشتملت على مصلحة ضرورية أو حاجية للأمة كلها أو ظهرت فيها مفسدة معتبرة لأهلها لزم أن يصار بتلك العوائد إلى الإنزواء تحت قواعد الشريعة العامة من وجوب أو تحريم، ولذا نرى التشريع لم يتعرض لتعيين الأزياء والمساکن والمراكب فلم يندب الناس إلى ركوب الإبل في الأسفار ولم يمنع أهل مصر والعراق من ركوب الحمير ولا أهل الهند والترك من حمل على البقر لذلك لم يحتج المسلمون إلى تطلب دليل على إباحة استعمال الجمل والدراجات والعربات والأرتال والطائرات والبواخر.

وكذلك لم يحتاجوا إلى تطلب الدليل على إباحة أصناف الطعام . التي لا تشتمل على أي شيء محرم الأكل بحيث لا يسأل عن ذلك إلا جاهل بالتركيب أو جاهل بكيفية التشريع . إننا نونق أن عادات قوم ليس يحق لها بما هي عادات أن يحمل عليها قوم آخرون في التشريع ولا أن يحمل عليها أصحابها كذلك، نعم يراعى التشريع حمل أصحابها عليها ما داموا لم يغيروها لأن التزامهم إياها واطرادها فيهم يجعلها منزلة منزلة الشروط بينهم يحملون عليها في معاملاتهم إذا سكتوا عما يضادها وهذا ما تقتضيه الشريعة باعتبار عمومها وشمولها لكل البشر في كل العصور، فمعنى صلوحيتها لكل زمان ومكان أنها قابلة بأصولها وكتلياتها للانطباق على مختلف الأحوال

(١) مطلع الدراري بتوجيه النظر الشرعي على القانون العقاري: ص ٩١ - ٩٢، ط. المطبعة الرسمية التونسية سنة ١٣٠٥هـ .

بحيث تساير أحكامها مختلف الأحوال دون حرج ولا مشقة ولا عسر وأما بمعنى أن يكون مختلف الأحوال العصور والأمم قابلاً للتشكيل على نحو أحكام الإسلام دون حرج ولا مشقة ولا عسر، كما أمكن تغيير الإسلام لبعض أحوال العرف والفرس والقطب والبربر والروم والتتار والهناد والصين والترک من غير أن يجحدوا إخراجاً ولا عسراً في الإقلاع عما نزعوه من قديم عاداتهم الباطلة ومن دون أن يلجأوا إلى الانسلاخ عما اعتادوه وتعارفوه من العوائد المقبولة وهذا هو معنى صلوحية الشريعة لكل زمان ومكان، أي باعتبار أن أحكامها كلياً مشتملة على حكم ومصالح صالحة لأن تنفرد عنها أحكام مختلفة الصور متحدة المقاصد. وهذا معنى ساحة الشريعة ونفي الحرج عنها وكونها ليست نكابة للأمم وإنما شريعة عملية تسعى إلى تحصيل مقاصدها في عموم الأمة وفي خويصة الأفراد ولا يتم ذلك إلا بطريق التيسير وعدم التعسير^(١) وفي نزع الناس عن عاداتهم حرج وأي حرج، وذلك لما للعادات من التغلغل في النفوس.

وقد روى البخاري عن عائشة رضي الله عنها إذ جاءها عراقي، فقال أي الكفن خير قالت: ويحك وما يضرك، قال: يا أم المؤمنين أرني مصحفك، فقالت: لم قال لعلِّي أولُفُ القرآن عليه فإنه يقرأ غير مؤلف، قالت: ما يضرك أياه قرأت قبل. إنما نزل أول ما نزل منه 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 ولا تزنوا، لقالوا: لا ندع الزنا أبداً لقد نزل بحكمة على محمد ﷺ وإني لجارية اللعب بل الساعة موعدهم، والساعة أدهى وأمر وما نزلت سورة البقرة والنساء إلا وأنا عنده قال فأخرجت له المصحف فأملت عليه أي السورة^(٢).

يحتمل أن يكون سؤال الرجل من الكفن خبر عن الكم أو الكيف أو النوع وكلمة ويحك للترحم وقولها: وما يضرك أي: أي شيء يضرك بعد موتك وسقوط التكليف عنك في أي كفن كفنت، وقوله: لعلِّي أولُفُ القرآن عليه أي على القراءة التي بعث بها عثمان بعد للعواصم إذ كان القرآن على قراءة ابن مسعود في العراق، وكان تأليف مصحف العراقي مغايراً لتأليف مصحف عثمان فلذلك جاء لعائشة وسأل الإماء من مصحفها وقولها: أياه قرأت أي القرآن قرأت قبل قراءة السورة الأخرى من القرآن وقولها إما نزل أول ما نزل منه من المفصل سمي مفصلاً لكثرة ما يقع فيها من فصول التسمية بين السور، وقد اختلف في أول المفصل: فقيل سورة ق، وقيل سورة محمد، وأول ما نزل إما المدثر وإما اقرأ ففي كل منهما ذكر الجنة والنار، ففي المدثر قوله تعالى: ﴿سَاصِيهِ سَقَرٌ﴾ ﴿وَمَا أَدْرَاكَ مَا سَقَرٌ﴾ [سورة المدثر: الآية ٢٦].

وقوله: ﴿إِلَّا أَصْحَبَ الْأَيْمِينِ﴾ * فِي جَنَّتِ يَسَاءَ لُونٌ ﴿، وأما إقرأ فقولته تعالى:

(١) مقاصد الشريعة الإسلامية للعلامة محمد الطاهر بن عاشور: ص ٨٨ - ١٠٠.

(٢) الحديث أخرجه مسلم في التفسير، وفضائل القرآن، عن يوسف بن سعيد بن مسلم.

﴿ كَذَّبَ وَتَوَلَّى ﴾ ، و﴿ سَدَّ الزَّبَانَةَ ﴾ ، وقوله : ﴿ إِنْ كَانَ عَلَى الْهُدَى ﴾ ، وقولها: حتى إذا نأب، أي رجع نزل الحلال والحرام أشارت به إلى الحكمة الإلهية في ترتيب التنزيل وأنه أول ما نزل من القرآن الدعاء إلى التوحيد والتبشير للمطيعين والإنذار للجاحدين الكافرين فلما اطمأنت النفوس على ذلك أنزلت الأحكام ولهذا قالت: ولو نزل أول شيء ولا تشرىوا الخمر إلى آخره وذلك لانطباع النفوس بالنفرة عن ترك المألوف وتعلقها بما تعودت به وتشبهها بما استأنست به^(١).

وتبدو هذه الظاهرة جلية واضحة لدى المسنين فهم أكثر الناس تشبهاً بالقديم وتمسكاً بالعوائد والتقليد رافضين لكل جديد ولوبدا القديم غير صالح أو باطلاً.

ولا شك أن العرف تولده الحاجات التي تنقلب إلى عادات تكرر وتتجدد حتى تصح نظاماً معتبراً تنبني عليه الأحكام وتجري الفتوى على ما تقتضيه مما يعرض للناس في معاشهم ويكشف عن مقصودهم ونياتهم وعمما اصطلاحوا عليه في كلامهم.

ولهذا كان اعتبار العرف والاعتداد به مما يسهل مهمة القاضي في القيام بواجبه وتنكيه الحق والصواب في إصدار أحكامه وأول ذلك أنه به يفرق بين المدعى والمدعى عليه، كما تقدم بيانه وإذا عرف المدعي من المدعى عليه لا يخطيء في من يطالب بالبينة ومن يطالب باليمين عند عجز المدعي عن إقامة البينة ولذا نجد الفقهاء، وأهل القانون متفقون على أن النصوص وحدها لا تغني عن العرف ذلك أن النصوص لا تستوعب جميع الجزئيات والتفاصيل لذا لم يكتف أهل الأصول بالنصوص بل اعتبروا أدلة أخرى كالقياس والاستحسان والمصالح المرسلة والعادات وغيرها من القواعد والأدلة التي اعتمدها الفقهاء، ثم إن المصالح تختلف باختلاف الزمان والمكان والعوائد قد تتغير من بلد إلى بلد حتى استحسنت بعضهم تعيين القضاة من أصل البلد لأنهم أعرف بعوائدها وتقاليدها وبذلك يتعدون عن الوقوع في الخطأ في أحكامهم وقضائهم، وقلما خلا باب من أبواب الفقه من الاعتماد على العرف والعادات حتى في الجرائم والعقوبات جاء في التشريع الجنائي أن التعدي على الإنسان بالشتم والإهانة يعتبر من الكلام ما كان العرف يقضي بأنه شتم وتعد على كرامة الإنسان وتعتبر أن الإنسان مسؤول عن الترك والامتناع فيها يوجب العرف فيه العمل ويعتبر بهذا الترك جانياً، كذلك تعتبر العادة في التعازير وهي تختلف باختلاف البلدان والعادات فما قد يباح في بلد ما قد يمنع في بلد آخر وما قد يعاقب عليه في جهة لسبب ما قد يعاقب عليه في آخر لوجه آخر، وقد يكون العرف حجة في جريمة من الجرائم، أو عقوبة من العقوبات^(٢).

(١) عمدة القاري، شرح صحيح البخاري، لبدر الدين محمود بن أحمد العيني: ٢١/٢٠ - ٢٢.

(٢) التشريع الجنائي الإسلامي في المذاهب الخمسة مقارناً بالقانون الوضعي للأستاذ عبدالقادر عودة:

ولو نظرنا إلى العقوبة التعزيرية نرى أن الشرع لم يحدد مقدارها ولا نوعها وإنما فوض الأمر فيها للحكام حسب ما تقتضيه المصلحة في كل زمان وحسب ما يحقق الزجر بالنسبة للجنة وهي تقدر شرعاً بحسب العرف الذي يقتضي الكف عن المخالفة وسد الأقدام عليها في نظر العقلاء وعرفهم بحسب درجات الجرم حتى لا يكون أكثر مما يستدعيه الجرم المرتكب فيكون ظلماً ولا أقل فيكون تهاوناً بالحقوق والقاعدة أن كل ما رتب عليه الشرع حكماً ولم يحد فيه حداً يرجع فيه إلى العرف والتعزير لا يتقدر بقدر ويخير في العقوبات على قدر الجريمة وصاحبها وهذا موكول لاجتهاد الإمام^(١).

ولقد نص ابن فرحون في التبصرة نقلاً عن القرافي أن التعزير يختلف باختلاف الأعصار والأمصار فرب تعزير في بلد آخر يكون إكراماً في بلد كقطع الطيلسان (من لباس العجم)، ليس تعزيراً في بلاد الشام بل هو إكرام وككشف الرأس فليس هوأنا عند الأندلسيين وهو هوأنا بمصر والعراق^(٢).

ولا شك أن المجتهدين تأثروا ببيئاتهم وعاداتهم وتقاليدها وهناك من كان متأثراً بالحضارة الفارسية وبعضهم الحضارة الرومانية أو بالحضارة الفرعونية أو البربرية والتي كانت عليها عاداتهم وقوانينهم، وقد كان هذا من أعظم أسباب الاختلاف بين الفقهاء في استنباطهم للأحكام وليس معنى هذا أن العرف والظروف تتحكمان في النصوص الصريحة فيحمل المجتهد على القول بحكم غير الذي تعطيه النصوص وإنما معناه أن النصوص منها ما كان قواعد عامة يمكن تطبيقها حسب الظروف والأحوال ومنها ما هو معلق بمصالح خاصة تدور الأحكام وتتغير حسب هذه المصالح وهكذا يظهر واضحاً اختلاف المذاهب في الأحكام المستنبطة كالخلاف في كثير من الفروع بين المذهب الحنفي الذي نشأ بالعراق وبين المذهب المالكي الذي نشأ بالحجاز وأجلى من ذلك ما كان من الإمام الشافعي الذي أخذ فقهه عن الإمام مالك ثم انتقل إلى العراق وتأثر بالطريقتين، ثم لما قدم مصر واطلع على العادات المخالفة لما عرفه بالحجاز وبالعراق، وكان قد كتب مذهباً بالعراق فلما قدم مصر واطلع على عاداتهم وتقاليدهم ورأى أحوالاً غير أحوالهم دعاه ذلك إلى أن يعدل في كثير من اجتهاداته واستنباطه فكان في كثير من الفروع نرى له قولين قوله القديم وقوله الجديد بعد هجرته إلى مصر.

وقد ذكرنا فيما تقدم أن قوة العرف تظهر في تخصيص العام وتقييد المطلق فيحمل العام على ما يقتضيه العرف وبيننا أن مالكا رحمه الله خصص قوله تعالى: ﴿وَأُولَٰئِكَ يُرْضَعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾ [الآية ٢٣٣ من سورة البقرة]. فاستثنى الشريعة التي جرى العرف

(١) أحكام الأحكام، شرح عمدة الأحكام، لابن دقيق العيد: ١٣٧/٤.

(٢) التبصرة، لابن فرحون: ٢٠٢/٢.

بأن أمثالها لا يرضعن وإن اختلفت المذاهب في تخصيص العام به فبعضهم يعتبر ذلك في العرف القولي دون الفعلي وبعضهم لا يعتبر في تخصيص العام إلا العرف الفعلي وبعضهم لا يعتبر العرف من المخصّصات أصلاً قولاً أو فعلاً كالذهب الجعفري، وإنما يعتمدون على العرف في تقسيم الدليل الشرعي اللازم حمله على المعنى العرفي.

وكان المجتهدون تعرض لهم العادات المختلفة باختلاف الجهات فيطبقون عليها القواعد العامة ومنها (العادة محكمة) كاستئجار الكاتب في كون الخبر والأقلام عليه واستئجار الخياط في كون الخيط والإبرة عليه أو على المستأجر فالحكم تابع لعرف ذلك البلد وعلف الحيوان المستأجر، هل على ربه أو على المستأجر، وكاستئجار الطائر بطعامها وكسوتها، فإنه جائز للعرف وإن كان مجهولاً. فكان لزاماً على المجتهدين أن يراعوا عادات الناس وما جرى عليه عرفهم في مختلف الأقطار وأن يطبقوا القواعد العامة في ذلك وأن يقرّوا الأحكام على حسب العادات الصالحة ويبطلوا منها ما كان مناقضاً لأسس الشريعة ومقاصدها، فقد أخذ عمر رضي الله عنه بتدوين الدواوين وهي عادة فارسية.

وكم من فرع وارد في باب البيوعات والإجازات أخذوا به واعتمده في أحكامهم لما فيه من مصلحة واضحة، وحتى ما كان فيه نوع من العوج هذبوه وأقروه كوضع الخراج على الأرض، فإن ذلك كان معروفاً عند الفرس وقد قبله عمر رضي الله عنه ومعه الصحابة بعد أن عدل نظامه. وقد علق المهدي الوزاني بعد أن نقل قول مالك فيمن دفع إلى شهود كتاباً مطوباً، وقال: اشهدوا عليّ بما فيه، أو كتب الحاكم كتاباً إلى حاكم وختمه وأشهد الشهود به ولم يقرأه عليهم، فقال: الشهادة جائزة نقله عن الباجي، ثم نقل كلام الرهوني على قول المختصر، وأفاد إن أشهدهما أن ما فيه حكمه أو خطه كالإقرار، قال الرهوني: وكذلك شهادتهما به، وإن لم يشهدهما عند ابن القاسم وابن الماجشون، قال الشيخ المهدي: فإن هذا أمر قد تمّالات عليه العدول والقضاة وجرت به عاداتهم في أزمان طويلة ودهور متوالية وقد نصّ الأئمة على أن العادة تقوم مقام الإفصاح باللسان وتغني عمّا أغفل رسمه بالبنان كما في المعيار عن المعقاني، بل قدم ابن رشد ما شهدت به العادة بشرطيته على شهادة الشهود بكتبه على الطوع في كثير من الأحكام^(١).

وقد نبهنا إلى أنه إذا تعارض الأصل والعرف قدم العرف على الأصل لأنه أقوى بحيث لو شهد لأحد المتخاصمين الأصل وشهد للآخر العرف كان المدعى عليه من شهد له العرف، لأن العرف أقوى من الأصل، وقد نقلنا عن الشيخ الوالد رحمه الله أنه لدقة تحقيق المناط وتطبيق القواعد على جزئياتها صعب أمر القضاء، وكان علم القضاء أخص من فقه القضاء^(٢).

(١) حاشية المهدي الوزاني على تحفة الحكام: ١٩٩/١.

(٢) الطريقة المرضية في الإجراءات الشرعية: ص ٤٤.

ولقد استند القضاء في كثير من الأحكام والفتيا وفي كثير من المسائل طبقاً لما يقتضيه العرف كالتقدير في الصغر والكبر والكثرة والقلّة في الأقوال والأفعال في الصلاة وفي ثمن المثل في البيع ومهر المثل والكفء في النكاح، كما أسند على العرف في تعيين العروض في المؤونة والكسوة والمسكن في النفقات، واستند إليه في مقادير الحيض والطهر في الصلاة والعدد وأقصى أمد الحمل في النسبة واستند إليه في فهم الألفاظ في الأيمان وفي الوقف وفي الوصية وفي الطلاق^(١)، والرهن والإجارة والقراض والمساقاة وغيرها^(٢).

وقد أورد ابن فرحون أمثلة عديدة روعي فيها العرف والعادة^(٣)، من ذلك اختلاف الزوجين في متاع البيت، وهما في العصمة أو بعد طلاق أو وفاة وكان التداعي بين الورثة أو مات أحدهما وكان التداعي بينه وبين ورثة الآخر، وأن الحكم في ذلك يقضي للمرأة بما يعرف للنساء، وللرجال بما يعرف للرجال طبقاً للعرف المتبع، وكذلك إذا اختلف المتبايعان في قبض السلعة أو الثمن فالأصل بقاء الثمن بيد المتبايع وبقاء المبيع بيد البائع ولا ينتقل ذلك إلا بيينة أو عرف كالسلع التي جرت العادة أن المشتري يدفع ثمنها قبل أن يبين بها كاللحم والخضر والغلال ونحوها فيحكم ذلك بالعرف والعادة.

ومن ذلك الحكم بمقتضيات الألفاظ، يقول البائع بعتك هذه الأرض بكذا ولم يزد على هذا، فإن هذا اللفظ يتناول ما هو متصل بالأرض كالبناء والشجر، وهذا بحكم العرف ولفظ الشجر والدار يشمل الثوابت والرفوف والسلم المستمر والأشجار التي في الدار لأن العرف قاضي بهذا^(٤).

ومن الفروع التي كان حكمها مبنياً على شهادة العرف تمزيق رسم الدين أو قطع طرفه أو سطر بسملته، فإنه يدل عادة على براءة من الدين فلا يفيد المستظهر به شيئاً، ومن الفروع التي استند القضاء فيها للعادة أحداث الساقية التي تمرّ فيها الفضلات التي تصل إلى الخندق فمن امتنع من الموافقة على إحداثها ممن تمرّ عليه أجبر عليه لأن العادات قضت بذلك، ومن الفروع المبنية على العادة القضاء بشهادة الحيابة على الملك وهذا كله يشهد بأن العرف دعامة من الدعائم التي ارتكزت عليها أحكام القضاة وفتاوي الفقهاء^(٥).

(١) نفس المصدر: ص ٥٢.

(٢) شرح لامية الزقاق، لعمر الفاسي: ص ٣٠٠.

(٣) التبصرة، لابن فرحون: ٦٧/٢.

(٤) تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، للقاضي ابن فرحون: ٦٠/٢.

(٥) الطريقة المرصية في الإجراءات الشرعية: ص ٤٦ - ٥٢.

ولقد سئل مالك عن النكاح يلزمه أهل المرأة هدية العرس وجل الناس تعمل به حتى أنه لتكون الخصومة أترى أن يقضى به؟ قال: إذا كان ذلك قد عرف من شأنهم وهو عملهم لم أر أن يطرح ذلك عنهم إلا أن يتقدم فيه السلطان لأني أراه أمراً قد جروا عليه^(١).

وقد ذكر القرافي أن الأحكام المترتبة على العوائد تدور معها كيفما دارت وتبطل معها إذا بطلت كالتقود في المعاملات والعيوب والأعراض والمبيعات ونحو ذلك، ولو تغيرت العادة في النقدين والسكة إلى سكة أخرى لحمل الثمن في البيع عند الإطلاق على السكة التي تجددت العادة بها دون ما قبلها وكذلك إذا كان الشيء عيباً في الثياب في العادة رددنا به المبيع، فإذا تغيرت تلك العادة وصار ذلك المكروه محبوباً لزيادة الثمن لم يردّ به. وبهذا القانون تعتبر جميع الأحكام المترتبة على العوائد وهو تحقيق مجمع عليه بين العلماء لا اختلاف فيه، بل قد يقع الخلاف في تحقيقه هل وجد أم لا^(٢)، وكذلك نقل الونشريسي الإجماع على أن الفتاوي تختلف باختلاف العوائد^(٣).

قال القرافي وعلى هذا القانون تراعى الفتاوى على طول الأيام فمهما تحدد في العرف اعتبره ومهما سقط أسقطه، ولا تجمد على المسطور في الكتب طول عمرك، بل إذا جاءك رجل من غير أهل إقليمك يستفتيك لا تجره على عرف بلدك واسأله عن عرف بلده وأجره عليه، وأفته به دون عرف بلدك والمقرر في كتبك، فهذا هو الحق الواضح والجمود على المنقولات أبداً ضلال في الدين وجهل بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضيين^(٤).

وفي جواب لابن منظور ورد فيه أن أحكام الأقضية والفتاوى تتبع عوائد الأزمان وعرف أهلها جاء ذلك في تحفة أكياس الناس في شرح عمل فاس^(٥)، ولقد نظم ذلك صاحب العمل الفاسي، فقال: واعتبر الأعراف في الفتوى وفي الحكم لكن بانتفائها نفي. وقد نقل السجلماسي في شرحه أن العقباني أثبت كثيراً من مسائل الفقه أن الحكم فيها جرى على مقصود أهل العرف ولو كانت الألفاظ على خلافها^(٦)، ذلك أن كلام الناس ينصرف إلى ما تعارفوه ولو خالف المعاني الحقيقية التي وضع لها اللفظ في أصل اللغة حيث إن العرف قد

(١) التبصرة: ٦٢/٢.

(٢) الفروق للقرافي، الفرق الثامن والعشرين: ٢٢٣/١ ط بولاق.

(٣) المعيار المغرب والجامع المغرب عن فتاوى إفريقية والأندلس والمغرب، لابن العباس أحمد الونشريسي:

٢٩٠/٨.

(٤) الفروق للقرافي: ٢٢٤/١.

(٥) تحفة أكياس الناس في شرح عمل فاس ط حجرية: ٤٨/١.

(٦) شرح العمل الفاسي لأبي عبد الله السجلماسي ط حجرية: ٦٢/١.

نقل هذه الألفاظ من أصل معانيها اللغوية إلى هذه المعاني العرفية بحيث لا يخطر ببال المتكلم المعنى الحقيقي اللغوي لغلبة اللفظ في الاستعمال إلى الحقيقة العرفية بحيث لو صرف كلام المتكلم إلى حقيقته اللغوية دون العرفية لأدى إلى إلزام المتكلم في عقوده وإقراراته وأيمانه وطلاقه وسائر تصرفاته القولية إلى ما لم يعنه ولم يخطر بباله وإلى ما لا يفهمه الناس من كلامه ولهذا المعنى قرّر الفقهاء قاعدة، فقالوا: الحقيقة تترك بدلالة العادة، وقالوا أيضاً يحمل كلام الخالف والناذر والموصي والواقف وكل عاقد على لغته وعرفه وإن خالف لغة العرب والشارع، وقد نقل ابن عابدين عن القنية قال: ليس للمفتي ولا للقاضي أن يحكما على ظاهر المذهب ويتركا العرف^(١)، وجامع الفصولين مطلق الكلام فيما بين الناس ينصرف إلى المتعارف وفي فتاوي العلامة قاسم التحقيق أن لفظ الواقف والموصي والخالف والناذر وكل عاقد يحمل على عادته في خطابه ولغته التي يتكلم بها وافقت لغة العرب ولغة التاريخ^(٢)، ولقد طبق الفقهاء أحكاماً كثيرة منها مثلاً لو حلف المرء لا يجلس على بساط فجلس على الأرض، أو حلف لا يجلس تحت سقف فجلس تحت السماء، أو لا يستضيء بسراج فاستضاء بالشمس، أو لا يأكل لحماً فأكل سمكاً لم يحنث في كل ذلك. وإن سُمي القرآن الأرض بساطاً إذ قال تعالى: ﴿وَاللَّهُ جَعَلَ لِكُلِّ الْآرَضِ بَسَاطًا﴾^(٣)، وقال: ﴿وَجَعَلَ الشَّمْسَ سِرَاجًا﴾^(٤)، وقال: ﴿وَهُوَ الَّذِي سَخَّرَ الْبَحْرَ لِنَاسٍ لِّعَلَّوْا مِنْهُ لِحِمَاطٍ طَرِيقًا﴾^(٥).

فهذه الأسماء التي وردت في الكتاب وإن كانت هي الحقائق اللغوية، لكن غلب استعمالها في المحرف على المعاني المقصودة للمتكلم التي لا يخطر بباله حين أقسم لا يبيت تحت سقف أن السماء سقف أو أن الشمس سراج ولا الحيطان لحم، ولذا لم يلزم الناس الحنث بها وإن كانت ما أقسم يصدق عليها لغة، كذلك لو حلف الإنسان أن لا يضع قدمه في منزل فلان انصرفت بيمينه إلى معنى مطلق الدخول الدار إذ هو المعنى العرفي الذي ينصرف إليه الذهن ويفهمه السامع فيحنث بدخوله ولو ركباً ولو أدخل رجله من غير أن يدخل بدنه لا يحنث ومن هذا القبيل كذلك إطلاق الولد على الذكر دون الأنثى وإطلاق الناس اللحم على غير لحم السمك فلو أقسم لا يأكل لحماً فأكل سمكاً لم يحنث للعرف كذلك لو أقسم لا يركب دابة وكان عرفهم أنها لا تطلق إلا على الحمار خاصة كمصر فركب فرساً لا يحنث، وهكذا يتعين حمل اللفظ تنزيل الكلام على ما جرى بين الناس وتحديد ما يترتب على تصرفاتهم القولية من حقوق

(١) رسالة نشر العرف مجموعة رسائل ابن عابدين: ١١٥/٢.

(٢) المصدر نفسه: ١٣٣/٥.

(٣) سورة نوح: الآية ١٩.

(٤) سورة نوح: الآية ١٦.

(٥) سورة النحل: الآية ١٤.

وواجبات حسب المعاني العرفية، وإن لغة العامة في كل مكان هي من هذا القبيل فيتعين حمل كلامهم على ما تعارف بينهم وكذلك العرف العملي أو الفعلي، فإن الأفعال العادية والمعاملات المدنية لها السلطان المطلق في فرض الأحكام وتقييد آثار العقود والالتزامات على ما جرى بينهم وتعارفه خاصتهم وعامتهم في كل ما لا يخالف نصاً من نصوص الشريعة^(١)، بل هذا العرف العملي هو نفسه يعتبر دليلاً شرعياً - حيث لا دليل سواه - ومرجعاً للأحكام.

والعرف العملي منه ما هو أفعال عادية شخصية ومنه ما كان معاملات مدنية وهو يثبت على أهله عاماً كان أو خاصاً، فإن من ألف شيئاً وجرى عليه في حياته أصبح لما تعود عليه سلطان وتأثير في توجيه الأحكام التي تتصل بتلك الأفعال فمثلاً من وكل أحداً بشراء ثوب أو طعام فاشترى له ثوباً مما لم يعتد لباسه كأن يكون لا يلبس إلا اللباس التقليدي فاشترى له فستاناً أو اشترى له لحم خنزير أو حمل وهو لم يعتد في حياته إلا أن يأكل لحم الضأن مثلاً، فإن هذا الشراء لا يسري على الموكل ولا يلزمه، بل يلتزمه الوكيل بخلاف ما إذا اشترى له ما كان معتاد لباسه ومعتاد طعامه فإنه يلزمه - ومن هذا القبيل نفقة الزوجة وهي تجب على زوجها وذلك بالقدر المتعارف المعتاد بين أمثالها وحسب حالها.

ولا بد من مراعاة حال الغني والفقير والشرف والضعفة، وليست حالة الوسط الذي يعيش فيه الأغنياء كحالة الوسط الذي يعيش فيه الفقراء، ولا عيشة الأشراف والأمرء كعيشة السوق والضعفاء، ولهذا قال ابن العربي: إن المرأة الشريفة إذا امتنعت من إرضاع ولدها فلا يلزمها ذلك نظراً للعرف، قال ابن العربي^(٢): وهو أمر كان في الجاهلية في ذوي الحساب وجاء الإسلام عليه فلم يغيره وتمادى ذوو الثروة والأحساب على تفرغ الأمهات للمتعة بدفع الرضعا إلى المرضع إلى زمانه، فقال به: وإلى زماننا فحققناه شرعاً. وفي المنتقى لو استأجر دابة ليحمل عليها إلى مكان يتعدى مكان الكراء وتجاوز مسافة الكراء، كان يكتري دابة للركوب من مصر إلى بركة فيركبها إلى إفريقية، فهذا حكمه في طول الإمساك وقربه مثل الزيادة على زمن الكراء إن ردها سالمة، فقد روى ابن حبيب عن مالك: أنه إذا لم يجاوز الأمد إلا باليسير الذي لا خيار لصاحبها فيه إذا سلمت فليس لصاحبها الإكراء ما زاد وإن زاد كثيراً فيه الأيام التي تتغير ومثلها سوقها من ربه إن ردها المعتدي سالمة على ما تقدم وإن عطبت في القليل أو الكثير فهو ضامن لها - إلى أن يقول وأما التعدي في الحمل فعلى وجهين؛ أحدهما: الزيادة فيه من جنسه، والثاني: حمل غير ذلك الجنس، فأما الزيادة فيه من جنسه ففي المدونة فيمن أكثرى بعيراً ليحمل عليه عشرة أقفزة، فحمل عليه أحد عشر قفيزاً فلا ضمان عليه في عطب

(١) المدخل للفقه العام: ٢/٨٣٧.

(٢) أحكام القرآن، لابن العربي: ١/٨٧.

البعير إذا كان الفقير يسيراً لا تعطب منه الدابة، فإن كانت الزيادة يعطب من مثلها فلصاحب الدابة الكراء وكراء الزيادة أو قيمة الدابة يوم التعدي دون الكراء فهو مخير في ذلك وإن كان لا يعطب من مثله تلك الزيادة فليس له إلا الكراء الأول وكراء ما تعدى فيه، وقال سحنون: إن زاد في الحل ولورطلاً واحداً ضمن. قال عبد الملك: والفرق بين هذا وبين الزيادة في المسافة أن مجاوزة المسافة تعدّ كله فلذلك ضمنها في قليله وكثيره وزيادة الحمل إذا اجتمع فيه تعدد، وإن كانت الزيادة يعطب من مثلها ضمن وإلا لم يضمن وأما إن حمل غير الجنس الذي اتفق معه فلا يخلو أن تكون مضرتّه كمضرة ما تكارى عليه أو أشد، فإن كانت مثل مضرتّه فلا ضمان عليه وأصل ذلك أن الحمل لا يتعين عند مالك إلا بجنس المضرة ولو اكرت رجل من حمال على حمل بعينه كان له أن يبده بمثله مما مضرتّه مثل مضرتّه وليس له بدله بما هو أعظم مضرة منه فالمرعى في ذلك ما يضغط بثقله جانبي الدابة ويضربها، فإذا حمل ما هو أضرّ بها فخطبت الدابة فهو ضامن وهذا في الأحمال، أما الراكب فقد يختلف حاله باختلاف أخلاق الناس مع تساوي أجسادهم فمنهم من فيه رفق وفيهم من فيه عنف، وقد قال مالك: لا يعجبني أن يكري الرجل دابة فيحمل عليها غيره، قال ابن القاسم: فإن حمل عليها من هو مثله في الثقل والحال والركوب لم يضمن وإن حمل عليها من هو أثقل منه أو غير مأمون فهو ضامن، قال ابن حبيب: ومعنى ذلك في الدابة معها صاحبها يتولى سوقها والحمل عليها والخطّ عنها؛ فأما أن يسلمها إلى المكتري فله منعه من الكراء من غيره لاختلاف سوق الناس ورفقهم وحياطتهم وتضييعهم لها^(١).

ونستخلص من هذه الفروع الفقهية أنه ليس لأحد الحق في أن يتجاوز حدّ المنفعة المتفق عليها الذي إن تجاوز اعتبر صرفاً مضراً بغيره، ولذا إذا حصل منه ذلك كان عليه الضمان والمدارك في كل هذا مرجعه العرف والعادة وبما ذكرنا ندرك مدى تأثير العرف في الأمور العادية من أكل وشرب ولباس وركوب وانتفاع. وكيف أن العرف هو الذي يقيد بها ويحدّد التزاماتها وتخضع للعادة والعرف تصرفاتها وتجري الأحكام عند التنازع على وفق ما يقتضيه عرف كل بلد وعاداته.

أما عرف الناس في معاملاتهم المدنيّة، فلقد جاء في صحيح البخاري باب من إجراء الأمصار على ما يتعارفون بينهم في البيوع والإجارة والمكيال والوزن وسنتهم على نياتهم ومذاهبهم المشهورة، قال العيني: فيعتبر في عادة أهل كل بلد على ما بينهم من العرف، فإنه في البلاد المصريّة الأرز يكال وفي البلاد الشامية يوزن لأن الرجوع إلى العرف جملة من القواعد الفقهية قال: وقوله: وسنتهم عطف على ما يتعارفون بينهم أي على طريقتهم الثابتة على حسب

(١) المتفق، لأبي الوليد الباجي: ٢٦٤/٥ - ٢٦٧.

مقاصدهم وعاداتهم المشهورة، قال: وحاصل كلام البخاري قصد بهذه الترجمة إثبات الاعتقاد على العرف والعادة، قال البخاري وقال شريح يعني ابن الحارث الكندي القاضي في عهد الخليفة عمر بن الخطاب للغزاليين ستتم بينكم ربحاً يعني عاداتكم وطريقتكم بينكم معتبرة^(١).

وقد حمل الإمام السهيلي شرب النبي ﷺ من إناء قوم دون استئذان في حديث الإسراء على العرف والعادة^(٢)، حيث أن العرب في الجاهلية كان من عاداتهم والمعروف عندهم المطرد بينهم إباحة الرسل (اللبين) لابن السبيل فضلاً عن شرب الماء حتى لو كسر أحد الزبناء إناء الشراب وأتلفه فلا يلزمه ضمان ما أتلف اعتماداً على العرف الجاري بين الناس حيث لم يتعمد تكسيره مع أن القاعدة من أتلف شيئاً ضمنه، ولقد جوز جماعة من الفقهاء أن يأكل الإنسان من ثمر البساتين المتروكة تحت الشجر بلا إذن صاحبها إذا كانت الثمرة مما يسرع إليها الفساد بناء على أن العرف قد جرى بذلك، ولقد قال أبو حنيفة ومحمد: لا قطع فيها يسرع إليه الفساد إذا بلغ الحد الذي يقطع في مثله كالتين والسفرجل والرطب ونحوها من الأطعمة الرطبة، وقالوا سواء أخذت من حرم أم لا لعدم قابلية الادخار لقول رسول الله ﷺ: لا قطع في ثمر ولا كثر، أخرجه مالك في الموطأ، قال الباجي: ولا قطع في الثمر المعلق، رواه القاضي أبو محمد وروى ابن المواز ذلك ما كان في الحوائط والبساتين، فأما من سرق من ثمرة نخلة في دار رجل ومنزله فهذا يقطع إذا بلغت قيمتها على الرجاء والخوف ربع دينار، فجعل للدار تأثيراً في حرز مثل هذا ويكون صاحب الدار ساكناً معها^(٣).

وذلك لأن هذه الأشياء لا تعدّ مالا عادة إذا لم تكن في حرز وخطرها على الناس قليل وهي في ذاتها تافهة ولأنها معرضة للهلاك أيضاً، أما ما كان في حرز أو كان مما يبقى من سنة إلى سنة فيدخر كالجوز واللوز والتمر اليابس ونحوها، فإذا بلغ قيمته الحد الذي يقطع فيه يقع القطع^(٤)، وعند أبي يوسف يجب القطع فيما لا يحتمل الادخار لأنه منتفع بها حقيقة والانتفاع بها مباح شرعاً، فكانت مالا فيقطع فيها كسائر الأموال^(٥)، وما ذهب إليه أبو يوسف هو ما جرى به العرف اليوم لأن هذه الفواكه أصبحت من الأموال المهمة وليست من التفاهة في شيء كما كان عليه عرف الناس في الماضي.

(١) عمدة القاري شرح صحيح البخاري: ١٦/١٨ ط المنيرة.

(٢) الروض الأثف، لأبي القاسم عبد الرحمن الخثعمي السهيلي ط الجاهلية بمصر: ٢٤٦/١.

(٣) المنتقى لأبي الوليد الباجي: ١٨٢/٧.

(٤) المبسوط للسرخسي: ١٥٣/٩.

(٥) البدائع: ٦٩/٧.

وقد ذكرنا أن العوائد كثيراً ما تتغير بتغير الزمان والمكان على أن المذاهب الثلاث المالكية والشافعية والحنابلة ترى القطع في كل متمول يجوز بيعه وأخذ العوض عنه لا فرق بين الطعام واليابس والحيوان والأحجار وغيرها لمعوم قوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوهُمَا أَيديَهُمَا﴾ [سورة المائدة: الآية ٣٨]. نعم ذلك إذا اجتمعت فيه شروط السرقة كأن يكون في حرز مثله^(١).

وهذا لا يمنع اتفاق العلماء على عدم القطع في الأكل من الثمرة المعلقة على الشجر أو الحنطة في سنبها إذا لم يكن في رجزها ما جرى به عرف الناس لأن الشرع دل على اعتبار الحرز وليس له حد معلوم مقرر في الشرع، وإنما مرجعه إلى عرف الناس، وقد ذكر الشافعي أن حديث رافع (لا قطع في ثمر) خرج على ما كان عليه عادة أهل المدينة من عدم إحراز حوائطها، فإذا أحرزت بالجدران أو الأسلاك الشائكة ونحوها كانت كغيرها، إن العرف والعادة ركن من أركان الشريعة عند مالك وأصحابه وبنوا على ذلك النيابة العرفية يلزم النائب والمنوب عنه في شراء شيء أو أداء خدمة وما إلى ذلك، وقد سئل أبو عبد الله النالي الغماري عن قوم عادتهم إذا نزل بهم ضيف استضافوه وقام اثنان أو ثلاثة من أهل القرية فاشترتوا بهيمة وذبحوها وقدموا له الطعام تكريماً له، فأجاب بأن الثمن يكون على جميع أهل القرية الحاضر والغائب؛ القروي والضعيف اعتباراً لعرفهم وعادتهم. ومن هذا القبيل ما في الأرياف عند جز الضأن أن يجتمع أهل الحي لجزها بغير مقابل ويذبح لهم صاحب الماشية ويطعمهم، فهل يستحق أحدهم أجراً؟ أفنى بعض مشائخنا بأنه لا يستحق مقابلاً لعمله ويعتبر منه ذلك تطوعاً عملاً بالعرف والعادة.

وقد نقل المهدي الوزاني عن الفقيه ابن عرضون أن ابن أبي زيد القيرواني سئل عن رجل من قبيلة، اشترى فرساً من ابن عمه هدية إلى رئيس القبيلة لينصرهم على من بغى عليهم وطلب البائع الثمن فأجابه المشتري بأنك تعلم أني ما اشتريته إلا على الجماعة، فقال البائع: ما بعته إلا منك وكان العرف عندهم أن ذلك يكون على جميع القبيلة فأجاب ابن أبي زيد إن كان العرف عندهم أن شراء مثل هذا على الجماعة وأن المتولي للشراء هو وكيل عرفاً فلا يلزمه إلا ما يلزمهم وإن لم يكن كذلك فالثمن على المتولي الشراء. وكما أن الوكيل صراحة له الرجوع عليهم، فكذلك الوكيل عرفاً له الرجوع عليهم. ومن هذا القبيل إذا أجر كبير القرية إماماً للصلاة والعادة أنه يعتبر وكيلاً عن جميع أهل القرية فهو حين يتكلم يتكلم بلسان جميعهم إذ هو وكيلهم، فإنهم يطالبون بأداء حصتهم من أجره الإمام أو المؤذنب أو المعلم، فإن لم يكن لهم عادة بذلك فالأجرة على عاقدها. ولهذا نجد من المقتين من أفنى بعدم لزوم الإجارة لغير من

(١) بداية المجتهد للحفيد ابن رشد: ٤٤١/٢؛ المهذب: ٢٧٧/٢؛ المغني، لابن قدامة: ٢٦٠/٨.

عقدها وأفتى بعضهم بلزومها. والحق أن لا خلاف وإنما الخلاف في حال حيث إن المسألة تابعة للعرف والعادة فمن كانت عاداتهم كذلك، لزمتهم الأجرة ووُزعت عليهم، ومن لم تكن عاداتهم كذلك لزمتم الأجرة العاقد دون سواه. وفي حاشية المهدي الوزاني على شرح التاودي على لامية الزقاق: تنبيه من الوكالة العرفية تصرف الزوج في مال زوجته حتى يثبت التعدي وتصرف الأخ في الريع المشترك بينه وبين إخوانه وقبض خراجه وتصيير ملازم سبيله وعلاجه فيصدق في دفعه لزوجته وأخته ما تصرف لهما فيه كتصديق الوكيل، لكن قال ابن عبد السلام: بناي هنا لا يحمل بيع الزوج أصول زوجته على الوكالة العرفية إلا بعد ثبوت جريان عرف بلدكم، بذلك باعتبار عرف الأقدمين وليس العرف يقاس في هذا الزمان على اعتبار الوكالة العرفية فلا يعمل بها ولا يحكم بمقتضاها^(١).

وفي المذهب الحنفي ثبت الولاية على المال بالنسبة للصغير القاصر للأب ثم لوصيه، ثم للجد، ثم وصي الجد، ثم القاضي، ثم وصي القاضي الذي عينه وهي في المذهب المالكي والحنبلي تكون أولاً للأب ثم لوصي الأب، ثم للحاكم ثم لمن يقيمه ولياً عنه ولا ولاية للجد وغيره من القرابة^(٢)، ومع هذا فقد سئل أبو إسحاق إبراهيم بن هلال السجلماسي عن الجد، فقال: إن الجد وصيه بالعادة في البلاد السوسية والولاية عند الشافعية هي للأب أولاً، ثم للجد أبي الأب ثم لوصييهما، ثم القاضي^(٣).

ومن مفعول العادة عقود التعاطي التي أقرها فيها الفقهاء في انعقاد المعاوضات المالية بالقبض والدفع دون إيجاب وقبول باللفظ، وقامت المعاوضة مقام الصيغة اللفظية بالعرف ويظهر ذلك في المغازات الكبيرة اليوم أين نجد أسعار البضائع مرسومة فوقها، فهي معروفة القيمة محدة الثمن فيدفع الزبائن الثمن وتأخذ البضاعة المشتراة بلا إيجاب ولا قبول.

ومن هذا القبيل أيضاً شراء الجرائد والمجلات الموجودة في دكاكين أصحابها، فإننا ندفع الثمن وتأخذ الجريدة من غير الكلام مع بائعها أكانت داخل الدكاكين أو خارجها وكل ذلك مرجعه إلى العادات وما تعارفه الناس وجرى في حياتهم اليومية أن العهدة في كل ذلك مرجعها إلى العرف العام الذي يعتبر القبض بعد معرفة الثمن في قوة التعبير عن الإرادة بالإيجاب والقبول في عادة الناس ومنها أجرة السمسار وكتابة العقود ودفع معاليم النقل إذا سكت المتعاقدان فيه عن بيان ما يلتزم به كل منهما، فقد اعتبر الفقهاء في ذلك العرف ويلزمها بما تعورف عليه، وهو في هذه الأمور جري العرف أن هذه المصاريف على المشتري. ومن هذا

(١) حاشية المهدي الوزاني على شرح التاودي على لامية الزقاق: ص ١٧٨.

(٢) الشرح الكبير، للدردير: ٢٩٢/٣؛ وغاية المنتهى: ١٤٠/٢.

(٣) نهاية المحتاج: ٣٥٦/٣.

القبيل ما جرى به العرف من أن حبل الدابة داخل ويستحقه المشتري بلا مقابل، وكذلك السلم المثبت في الدار ومفتاحها، وكذلك من اشترى سيارة فيدخل ما هو من مستبعاتها كالرافع للعلجات والأدوات الضرورية التابعة لها وكل هذا ونحوه بحكم العرف فيه ومن هذا القبيل مسألة من أعطى ولده لصانع قصد تعليمه صنعة دون أن يشترط أحدهما أجره على الآخر وبعد تعلم الصبي، أو طالب أحدهما الأجر من الآخر فإنه يرجع إلى ما جرى به العرف والعادة فإن شهد العرف للصانع حكم له بأجرة المثل لذلك التعليم وإن كانت الأجرة عادة للصبي لزم الصانع دفعها له فإن جرى العرف أن لا أجره لأحدهما على الآخر حتى ساعة تحصيل الصنعة وقص الشعر وإصلاحه فلا شيء لأحدهما على الآخر كما هو العمل في تونس.

وما كان مرجعه إلى العرف تشوير الأب الغني ابنته بمثل نقد ابنته ذكر ابن غازي في شفاء الغليل عن فتوى الشيخ أبي محمد عبد الله العبدوسي أن الذي جرى به العمل في أغنياء الحاضرة إجبار الأب أن يجهز ابنته بمثل نقدها، فإذا نقدها الزوج عشرين يجهزها الأب بأربعين؛ عشرين من نقدها وعشرين زيادة من عنده وهذا إنما هو إذا فاتت بالدخول أما إن طلب الزوج هذا قبل الابتداء، فلا يجبر الأب ويقال للزوج إما ترضى بأن يجهزها لك بنقدها خاصة وإلا فطلق ولا شيء عليك وبهذا القضاء وبه العمل^(١)، قال في العمليات العامة:

وعند فاس ذو الغنى يشور بمثل نقد بنته ويجبر
 إن وقع الدخول أما إن طلب الزوج ذا قبل فلا يجبر الأب
 وقيل للزوج تجهز إليك بالنقد أو طلق ولا شيء عليك

وما انبنى على العرف وجرى به العمل وجوزه الفقهاء لذلك خلو الحوانيت وأجرة الدلال والحمال ونحوهما من غير تسمية "أجرة بناء على أن الأجير يستحق من الأجرة ما جرت به العادة ومثلها أيضاً تقسيم الأشياء ومعرفة المكيلات والموزونات والمزروعات، فهي تتوقف على العرف والعادة وتختلف باختلاف الأزمنة والأمكنة فإذا بيعت سلعة على أساس وزنها بالأرطال انصرف ذلك الرطل إلى المتعارف في محل التعاقد أو التسليم وفاقاً لنية المتعاقدين وقد يختلف الرطل من مكان إلى مكان.

ومن مثل ما اتضح فيه العرف ما في المدونة أن ما يباع في الأسواق كاللحم والفواكه والخضر أو على النقد كالصرف وقد انقلب به المتابع فادعى البائع عدم دفع الثمن فالقول قول المشتري أنه قد دفعه مع يمينه لشهادة العادة له بصدقة، ومن شهد له أصل أو عرف، فهو مدعى عليه. قال

(١) فتح الجليل الصمد في شرح التكميل والمعتمد: ص ٣٢.

الإمام المازري: وهذا لم يختلف فيه لاتصاح العادة الدالة عليه وذكر ابن رشد أنه لاختلاف وأن القول هنا قول المبتاع^(١). قال أبو إسحاق التونسي: ما كان من الأشياء عاداتها أن تقبض قبل دفع السلعة أو معها ماعاً فإذا قبض المشتري السلعة كان القول قوله مع يمينه أنه دفع الثمن لدعواه العادة، وقال ابن محرز: إن لم ينقلب به وكان قائماً مع بائعه، فقد اختلف في ذلك، فروى أشهب عن مالك أن القول قول رب الطعام مع يمينه، وقال ابن القاسم: القول قول المبتاع، قال ابن القاسم: وذلك إذا كانت عادة الناس في ذلك الشيء أخذ ثمنه قبل قبضه أو معه قال ابن محرز فقد نبه ابن القاسم على المعنى الذي ينبغي أن يعتمد عليه في هذا الأصل وهو العادة، فمن ادعى المعتاد كان القول قوله مع يمينه في جميع الأشياء المشتراة على اختلافها من دور وبناء وطعام وغير ذلك^(٢).

وفي العمليات العامة: وفي اختلاف بائع ومشتري في الدفع فالثاني بتعجيل جرى.

قال ابن عبد السلام: يؤخذ أخذاً ظاهراً يقرب من النص أن المشتري هو المبتدئ بدفع الثمن من قول المدونة في كتاب العيوب من اشترى عبداً فللبائع منعه من قبضه حتى يدفع إليه الثمن وعلى القول المعمول به جرى صاحب المختصر بل نقل الأجهوري عن ابن رشد أن هذا الحكم متفق عليه في المذهب ولفظه قال ابن رشد: من حق البائع أن لا يدفع ما باع حتى يقبض ثمنه لأن ذلك في يده كالرهن بالثمن فمن حقه أن لا يدفع إليه ما باع منه ولا يزنه له، ولا يكيله له إن كان مكيفاً أو موزوناً حتى يقبض ثمنه وهذا أمر متفق عليه في المذهب مختلف فيه في غيره^(٣).

ومن باع سلعة وأدعى بعد طول أنه لم يقبض ثمنها وأنكر ذلك المبتاع فالقول قوله بيمينه وقد اختلف في حد الطول، قال الإمام المازري: الطول غير محدد ولا مقدر إلا بحسب ما تجري به العوائد في سائر الجهات.

ومن هذا أيضاً اختلاف الكاري والمكتري في دفع الكراء، فالقول للمكتري: إذا أطال الأمد بعد انقضاء أمد الكراء حتى جاوز الحد الذي جرى العرف بتأخير الكراء إليه.

ومنه أيضاً دعوى الزوج دفع الصداق إلى الزوجة فقد قال مالك وابن القاسم إن الزوج يصدق في دفع الصداق إذا اختلفا في ذلك بعد البناء ويحلف وبه الحكم. قال ابن الماجشون: إن كان قريباً وجاءت بلطخ حلف فإن طال فلا يمين عليه، وقال ابن وهب: عند قول ابن المواز إن قامت بحدثان الدخول فالقول قولها وإن طال الأمر فقله وما ذكر من كون القول قول الزوج

(١) انظر تاريخ قضاة الأندلس، للنهباني: ص ١٥٠.

(٢) نفس المصدر: ص ١٥٠.

(٣) فتح الجليل الصمد في شرح التكميل والمعتمد، لعبد الجليل السجستاني: ص ١٥٣.

بعد البناء مقيد بقيود: منها أن يدعي الدفع قبل البناء وأن لا يقيد في رسم الصداق ما ينفي قبول قوله إلا ببينة، قال في المختصر: إن ادعى الدفع بعد البناء حلفت الزوجة أو من يلي أمرها وغرمه الزوج، قلت لأن الأصل بقاء ما كان على ما كان، وقال أيضاً: إن عقد في الصداق بعد ذكر النقد أنه لا يبريه منه البناء بها ولا طول المقام معها فإنه حينئذ لا يقبل قوله في الدفع كسائر الديون^(١)، ويعطف عليه ما قالوه من أن رب الدين إذا حضر قسمة التركة ولم يطالب بدينه وسكت من غير عذر فلا شيء له والأصل في كل ما نقلنا وشبهه شهادة العرف والعادة ونلاحظ من ذلك ما للعرف من قوة واعتبار في إنشاء الأحكام وإبنتائها عليه وبوساطة العرف ندرك ما أولاه الفقهاء من عناية واعتبار للعرف حتى ألفوا كتباً ورسائل فيما جرى به العرف والعمل حسب الأقطار المختلفة فمثلاً اختلف الفقهاء هل يجوز للقاضي الإفتاء في الخصومة فقبل بالجواز وهو قول ابن عبد الحكم وقيل بالمنع، وقد جرى العمل بفاس بجواز الإفتاء للحكام وجرى العمل بعدم جواز الإفتاء للحكام بتونس عملاً بقول التحفة، ومنع الإفتاء للحكام، قال صاحب العمليات إن العمل على قول ابن الحكم في إفتاء القضاة شائع أي في فاس إلا أنهم ربما تجنبوا ما كان يرجع إليهم التحكيم فيه ملاحظة للقول الآخر^(٢).

كذلك اختلف الفقهاء في الترشيح والتسفيه فالذي جرى به العمل عند الموثقين من أهل فاس أنه لا يكفي فيه عدلان اثنان، وعليه درج ابن عاصم وتحفته ونقل عن أصح الاجتزاء برجلين مع الفشو وهو ما عليه العمل بتونس من قبول عدلين في التسفيه والترشيح والزيادة أفضل من هذا القبيل ما اختلف فيه الفقهاء من الشفعة فيما لا ينقسم كالحمام، ففي التوضيح عند قول أبي الحاجب، وفي غير المنقسم كالحمام ونحوه قولان قال ما نصه يعني: وفي الشفعة فيما لا يقبل القسم إلا بضرر قولان وهما مالک وابن عبد السلام، وفي المدونة ما يدل على كل واحد منها وبعدم الشفعة قال ابن القاسم ومطرف وبالشفعة قال أشهب وابن الماجشون وأصبغ، قال صاحب الذخيرة: وعدم الشفعة هو المشهور قال صاحب المعين وبه القضاء وقد جرى عمل قرطبة بثبوت الشفعة وأفتوا به لما جمعهم القاضي المنذر بن سعيد، حين جاءه خط أمير المؤمنين عبد الرحمن أن يحمل على قول مالك ويقضي له به فجمع القاضي منذر بن سعيد الفقهاء وشاورهم فقالوا: مالك يرى في الحمام الشفعة فحکم بذلك وحكم له بها، قال ابن حارث: وأخبرني من أثنى به أنه جرى العمل عند الشيوخ بإيجاب الشفعة في نحو الحمام ومن الأبرحة والآبار والعيون والشجرة الواحدة وشبه ذلك وقد جرى العمل بتونس بعدم الشفعة فيما لم ينقسم. ومثل هذا الخلاف الخلاف في كراء الدار بين رجلين أكرى أحدهما نصيبه منها، فهل

(١) نفس المصدر: ص ٦٠.

(٢) فتح الجليل: ص ٤٠٤.

لشريكه أن يشفع ذلك من يد المكتري لأن الكراء بيع منفعة أو ليس له ذلك فيه قولان جرى القضاء بكل منهما، قال القلشاني في شرح الرسالة: اختلف في الشفعة في كراء الربيع فقال ابن القاسم والمغيرة وعبد الملك بسقوط الشفعة وبه الحكم الآن بأفريقية على ما سمعت، وقال أشهب ومطرف وأصعب: فيه الشفعة، وروي عن ابن القاسم أيضاً، والقولان للمالك وبالثنائي الحكم بالمغرب والأندلس فيما سمعته وفي نوازل ابن هلال ما نصه مسألة جرى العرف بالشفعة في الكراء وبه أففى ابن علال والتازغدري رحمهما الله تعالى، وجعلا المكتري كالشريك في الأصل وخالفهما القاضي عبد الرحيم اليزناسني واقتصر في التحفة على أن الحكم فيه ينفي الشفعة فقال: والخلف في أكرية الرباع والدور، والحكم بالامتناع وعندنا في تونس لا شفعة في الكراء مطلقاً.

وبما وقع فيه الخلاف بين الفقهاء دعاء الأئمة عقب الصلوات المكتوبة، قال ابن ناجي في آخر كتاب الصلاة نص مالك على كراهة الدعاء لأئمة المساجد والجماعة عقب الصلوات المكتوبات جهراً للحاضرين خوفاً من الرياء، والعمل عندنا بأفريقية على جواز ذلك لأنها بدعة مستحسنة لورود الدعاء من حيث الجملة ومع جري العادة ينتفي الرياء، وفي المعيار في فصل المستحسن من البدع وغيرها ما نصه قال ابن عرفة: عمل من يقتدى به في العلم والدين من الأئمة على الدعاء بأثر الذكر الوارد أثر تمام الفريضة وما سمعت من ينكره إلا جاهل غير مقتدى به وفي نوازل الصلاة منه من الأمور التي هي كالمعلوم بالضرورة استمرار عمل الأئمة في جميع الأقطار على الدعاء إديار الصلوات في مساجد الجماعات واستصحاب الحال حجة واجتماع الناس عليه في المشارق والمغرب منذ الأزمنة المتقدمة من غير نكير إلى هذه المدة من الأدلة على جوازه واستحسان الأخذ به وتأكده عند علماء الملة. اهـ. باختصار. قال ابن زرقون: ورد الخبر بمسح وجه باليدين عند انقضاء الدعاء واتصل به عمل الناس والعلماء وقال ابن رشد أنكسر مالك مسح الوجه بالكفين لكونه لم يرد أثر وإنما أخذ من فعله عليه الصلاة والسلام للحديث الذي جاء عن عمر رضي الله عنه، قلت: بجواز مسح الوجه باليدين عند ختم الدعاء قال الأستاذ أبو سعيد بن لب وأبو عبد الله بن علاق وأبو القاسم بن سراج من متأخري أئمة غرناطة وابن عرفة والبرزلي والغبريني من أئمة تونس والسيد أبو يحيى الشريف وأبو الفضل العقباني من أئمة تلمسان وعليه مضى عمل أئمة فاس والمراد بالحديث الذي جاء عمر رضي الله عنه ما أخرجه الترمذي عنه قال رسول الله ﷺ إذا رفع يديه في الدعاء لم يحطهما حتى يمسخ بهما وجهه نقل ذلك المازري وغيره^(١).

وبما ذكرنا ونقلنا ندرك ما للعرف من قوة واعتبار في إنشاء الأحكام وابتنائها وتأثير العرف

(١) فتح الجليلي الصمد وشرح التكميل والمعتمد للسليحسائي: ص ٢٨٩ و ٥٤٧ و ٥٤٨.

على اختيارات الفقهاء واختلاف الأحكام باختلاف العادات حسب الجهات وهذا التأثير سيظل متجدداً ما دام في الناس أعراف وعادات وما يتجدد في الحياة باختلاف الحضارات وتبدل أساليب المعيشة وتطوره العلم وكثرة العمران ولا شك أن لدى العمال في مصانعهم أعرافاً ولدى المزارعين في حقولهم أعرافاً ولدى الحرفيين أعرافاً ولكل قطر أعرافاً ولذا لا يمكن تجاهلها وغض النظر عنها ولذا كان على الفقيه والمجتهد أن يكون متصلاً بالناس عارفاً بأحوالهم وتقاليدهم وعاداتهم حتى يكون حكمه صحيحاً وفتواه مقبولة وحتى يكون أميل إلى الرفق بالنس جازياً على ما تقتضيه قواعد الشرع من رفع الحرج والتيسير وعدم التعسير.

تغير الأحكام بتغير العادات والأحوال :

يقول العلامة ابن خلدون في مقدمة كتاب العبر: يحتاج صاحب هذا الفن (أي التاريخ) إلى العلم بقواعد السياسة وطبائع الموجودات واختلاف الأمم والبقاع والأعصار في السير والأخلاق والعوائد والنحل والمذاهب وسائر الأحوال والإحاطة بالخاص من ذلك ومماثلة ما بينه وبين الغائب من الوفاق أو بون ما بينهما من الخلاف وتعليل المتفق منها والمختلف والقيام على أصول الدول والملل ومبادئ ظهورها وأسباب حدوثها ودواعي كونها وأحوال القائمين بها وأخبارهم حتى يكون مستوعباً لأسباب كل حادث واقفاً على أصول كل خبر وحينئذ يعرض خبر المنقول على ما عنده من القواعد والأصول فإن وافقها وجرى على مقتضاها كان صحيحاً وإلا زيفة واستغنى عنه وما استكبر القدماء علم التاريخ إلا لذلك حتى انتحله الطبري والبخاري وابن إسحاق من قبلهما وأمثالهم من علماء الأمة وقد ذهل الكثير عن هذا السر فيه حتى صار انتحاله مجهولة واستخف العوام ومن لا رسوخ له في المعارف مطالعته وحمله الخوض فيه والتطفل عليه فاختلط المرعي بالمهمل واللباب بالقشر والصادق بالكاذب وإلى الله عاقبة الأمور. ومن الخلط الخفي في التاريخ الذهول من تبدل الأحوال في الأمم والأجيال تبدل الأعصار ومرور الأيام وهو داء دوي شديد الخفاء إذ لا يقع إلا بعد أحقاب متطاولة فلا يكاد يتفطن له إلا الأحاد من أهل الخليفة وذلك أن أحوال العالم والأمم وفوائدهم ونحلهم لا تدوم على وتيرة واحدة ومنهاج مستقر إنما هو اختلاف على الأيام والأزمنة وانتقال من حال إلى حال وكما يكون ذلك في الأشخاص، والأوقات والأمصار فكذلك يقع في الأفاق والأقطار والأزمنة والدول، سنة الله التي قد دخلت في عباده وقد كانت في العالم أمم الفرس الأولى والسريانيون والنبط والتبابعة وبنو إسرائيل والقبط وكانوا على أحوال خاصة بهم في دولهم وممالكهم وسياستهم وصنائعهم ولغاتهم واصطلاحاتهم وسائر مشاركاتهم مع أبناء جنسهم وأحوال اعتبارهم للعالم تشهد بها آثارهم ثم جاء بعدهم الفرس الثانية والروم والعرب فتبدلت تلك الأحوال وانقلبت بها العوائد إلى ما يجانسها أو يشابهها وإلى ما يباينها أو يباعدها، ثم جاء الإسلام بدولة مضر فانقلبت تلك

الأحوال أجمع انقلابة أخرى، وصارت إلى ما أكثره متعارف لهذا العهد يأخذه الخلف عن السلف، ثم درست دولة العرب وأيامهم وذهبت الأسلاف الذين تقيدوا عزهم ومهدوا ملكهم، وصار الأمر في أيدي سواهم من العجم مثل الترك بالمشرق والبربر بالمغرب، والفرنجة بالشمال، فذهبت بذهابهم وصار الأمر في أيدي سواهم من العجم مثل الترك بالمشرق، والبربر بالمغرب، والفرنجة بالشمال، فذهبت بذهابهم أمم وانقلبت أحوال وعوائد نسي شأنها وأغفل أمرها. والسبب الشائع في تبدل الأحوال والعوائد أن عوائد كل تابعة لعوائد سلطانه إذا استولوا على الدولة والأمر فلا بد وأن يفرعوا إلى عوائد من قبلهم ويأخذوا الكثير منها، ولا يغفلوا عوائد جيلهم مع ذلك فيقع في عوائد الدولة بغض المخالفة لعوائد الجيل الأول فإذا جاءت دولة أخرى من بعدهم وخرجت من عوائدهم وعوائدها خالفت أيضاً بعض الشيء، وكانت للأولى أشد مخالفة، ثم لا يزال التدرج في المخالفة حتى ينتهي إلى المباينة بالجملة، فما دامت الأمم والأجيال تتعاقب في الملك والسلطان لا تزال المخالفة في العوائد والأحوال واقعة.

والقياس والمحاكمة للإنسان طبيعة معروفة ومن الغلط غير مأمونة تخرجه مع الدهول والغفلة عن قصده وتعوج به عن مرامه، فربما يسمع السامع كثيراً من أخبار الماضين، ولا يتفطن لما وقع من تغير الأحوال وانقلابها، فيجربها لأول وهلة على ما عرف وقيسها بما شهد، وقد يكون الفرق بينها كثيراً فيقع في مهواة من الغلط، فمن هذا الباب ما نقله المؤرخون من أن التعليم في صدر الإسلام والدولتين لم يكن العلم صناعة وإنما كان نقلاً لما سمع من الشارع وتعلماً لما جهل من الدين على جهة البلاغ فكان أهل الأنساب والعصبة الذين قاموا بالملّة هم الذين يعلمون كتاب الله وسنة نبيه ﷺ على معنى التبليغ الخبري لا على وجه التعليم الصناعي إذ هو كتابهم المنزل على الرسول منهم وبه هدايتهم والإسلام دينهم قاتلوا عليه وقتلوا واختصوا به من بين الأمم وشرفوا فيحرصون على تبليغ ذلك وتفهمه للأمة لا تصدّهم عنه لائمة الكبر ولا يزعهم عامل الأنفة ويشهد لذلك بعث النبي ﷺ كبار أصحابه مع وجود العرب يعلمونهم حدود الإسلام، وما جاء به من شرائع الدين بعث في ذلك أصحابه العشرة فمن بعدهم، فلما استقر الإسلام وشجرت عروق الملة حتى تناوها الأمم البعيدة من أيدي أهلها، واستحالت بمرور الأيام أحوالها وكثر استنباط الأحكام الشرعية من النصوص لتعدد الوقائع وتلاحقها، فاحتاج ذلك لقانون يحفظه من الخطأ وصار العلم ملكة يحتاج إلى التعلم فأصبح من جملة الصنائع والحرف وانقلب حرفة للمعاش^(١).

(١) من مقدمة كتاب العبر وديوان المبتدأ والخبر في أيام العرب والعجم والبربر، للعلامة المؤرخ ابن خلدون: ٢٣/١ - ٢٤.

وقد بين الدكتور صبحي محمصاني قاعدة تغيير الأحكام بتغير العادات، إن هذه الحقيقة التي أدركها علماء الاجتماع والقانون كالعلامة منتسكنو وغيره، قد أدركها علماء الإسلام في القرن السابع الهجري الثالث عشر ميلادي، فلاحظها شهاب الدين القرافي وابن القيم الجوزية وأبو إسحاق الشاطبي، وقد قدما كلام ابن خلدون في ذلك، بل هي عند فقهاء المسلمين من البديهة التي لا جدال فيها ونوه بها في أواخر القرن التاسع عشر مفتي الديار المصرية الإمام عبده في مقاله اختلاف القوانين باختلاف الأمم^(١).

إننا ندرك مما نقلنا أن مصالح الناس تتغير وتبديل حسب تبدل مظاهر المجتمع وتغيره كما أن أحكامها ومعاملاتها تابعة في تشريعها لمصالحها، فكان منطقياً أن تتبدل هذه الأحكام وفق هذه الأحكام وفق تبدل الزمان وتغير الأحوال وهذه تتأثر بمظاهر المحيط والبيئة الاجتماعية. وأن كثيراً من الفروع الفقهية ليختلف الحكم فيها باختلاف جلب المصلحة ودرء المفسدة وما يكون مصلحة في زمان قد يكون مفسدة في زمن آخر، وأن من الفقهاء من لم يقتصر في ترتيب الأحكام على خصوص المنصوص فإن لم يجد اجتهد وتأمل وفكر فيها هو أقرب إلى كتاب الله وسنة رسوله ﷺ سواء أكان يتعرف ذلك الأقرب من نص معين وهو المسمى بالقياس أم الأقرب للمقاصد العامة للشريعة وذلك هو المصلحة وعلى رأس من أخذ بالمصلحة عمر بن الخطاب، فأفتى وأفتى معه كثير من الصحابة بالمصلحة في ذاتها كحكيم بقتل الجماعة بالواحد وكضمين الصناعات، فقد قال علي كرم الله وجهه: لا يصلح الناس إلا ذاك.

وكان عمر رضي الله عنه في إدارة شؤون الدولة يجتهد عن طريق المصلحة فيما لا نص فيه، وقد جاء كتابه إلى أبي موسى الأشعري (الفهم الفهم فيما تلجلج في صدرك مما ليس في كتاب ولا سنة اعرف الأشياء والأمثال وقس الأمور عند ذلك)، وكان له نوعان من الشورى: الشورى الخاصة والشورى العامة، وشوراه الخاصة تكون لذوي الرأي من علية الصحابة من المهاجرين والأنصار السابقين وهؤلاء يستشيرهم في أمور الدولة التي يحتاج إلى أوجه النظر المختلفة، سواء أكانت من صغرى أمور الدولة أم كانت من كبرها. وأما الشورى العامة فإنها تكون لأهل المدينة أجمعين وفي الأمور الخطيرة من أمور الدولة أو التي تقرر قاعدة عامة تسير في مستقبل الأمة على أنها من القرارات الثابتة فإذا جد أمر من هذا النوع يجمع أهل المدينة في المسجد الجامع وإذا ضاق بهم جمعهم خارج المدينة وعرض عليهم الأمر الخطير ويتناقشوا فيه، ومن ذلك استشارتهم في أرض سواد العراق فقد كان من رأي الغزاة قسمتها بينهم، وكان من رأي عمر عدم قسمتها وأن تترك في أيدي أهلها الذين كانت أيديهم عليها، وقد تناقشوا فيها

(١) فلسفة التشريع في الإسلام ص ٢٢١.

يومين أو ثلاثة وانتهى الأمر إلى موافقة عمر عندما ساق لهم قوله تعالى: ﴿ مَا آفَاءَ اللَّهِ عَلَى رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرَى فَلِلَّهِ وَالرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسْكِينِ وَأَبْنِ السَّبِيلِ كُنْ لَا يَكُونَ دُولَةَ بَيْنَ الْأَعْنِيَاءِ مِنْكُمْ ﴾ [سورة الحشر: الآية 7].

وقد أبطل الإسلام حصره في الأغنياء يتداولونه بينهم ولا ينال أهل الحاجة نصيباً منه إذ من مقاصد شريعتنا الغراء أن يكون المال دولة بين الأمة الإسلامية على نظام محكم في انتقاله من كل مال لم يسبق عليه ملك لأحد مثل الموات والفيء واللقطات والركاز أو كان جزءاً معيناً مثل الزكاة والكفارات وتحميس المغنم والخراج والموارث وعقود المعاملات التي بين جانبي مال وعمل، مثل القراض والمغارسة والمساقاة وفي الأموال التي يظفر بها الظافر بدون عمل وسعي مثل الفيء والركاز وما ألقاه البحر^(١).

كان عمر يجمع أهل المدينة ويستشيرهم في الأمور، وكان سكان المدينة في هذا يشبهون سكان أثينا في عهد بركليس إذ كان كل شخص من أهل هذه المدينة له رأي في شؤون الدولة وإن الرأي الذي يكون في اجتماع ويوافق عليه المجتمعون يكون أقوى من الرأي الذي يكون نتيجة دراسة للموضوع من كل نواحيه وجوانبه مع تبادل أوجه النظر المختلفة ولهذا كان الرأي الجماعي هو الذي تسير عليه مقتضيات شؤون الدولة وجاء من بعد الصحابة والتابعين من اعتبر الرأي الجماعي إجماعاً وعده مصدراً رابعاً حتى صارت المصادر عنده الكتاب والسنة والإجماع والرأي، وبما لا شك أن القصد من الأحكام إقامة العدل ودرء المفسدة وجلب المصلحة فيصدر الحكم على وفق ما يحقق تلك المصلحة أو يدرأ تلك المفسدة ويكون علاجاً ناجعاً وتدبيراً حكيمياً لبيئة معينة في زمن معين، ثم بعد جيل، أو أجيال، وتغير الأحوال لا يبقى صالحاً، ولا محققاً للغرض المنشود بل ربما يفضي إلى عكس المطلوب لتغير الأوضاع والوسائل والأخلاق، ولقد انتبه المتأخرون إلى هذه الحقيقة، ولاحظوها في كثير من المسائل وأفتوا في كثير منها بعكس ما أفتى به الأوائل معللين مخالفتهم لأئمتهم والسابقين من فقهاء مذهبهم باختلاف الزمان وفساد الأخلاق، وهم في الواقع غير مخالفين لهم، موضحين بأنه لو استمر بهم الحال ورأوا ما رأى المتأخرون لقالوا بمثل ما قالوا ولعدلوا عن كثير من الأقوال التي كانوا قد أفتوا بها في قديم الزمان^(٢). ويعبرون عن مخالفتهم لمن قبلهم بأنه اختلاف في حال وهؤلاء مجتهدو التخريج المنتسبون وهم الذين اختاروا ما قرره أئمتهم بالنسبة لأصول الاستنباط وخالفوهم في الفروع وإن انتهوا إلى نتائج مشابهة في الجملة إلى ما وصل إليه أئمتهم وهم في الغالب ممن يكون لهم صفة ملازمة ومن هؤلاء في المذهب الحنفي خالد بن يوسف السمطي وهلال والحسن بن زياد

(١) مقاصد الشريعة الإسلامية، للشيخ محمد الطاهر بن عاشور: ص ١٧٠.

(٢) المدخل الفقهي العام: ٩٢٤/٢.

اللؤلؤي، وفي المذهب الشافعي المزني، وفي المذهب المالكي عبد الرحمن بن القاسم وابن وهب وأشهب وابن عبد الحكم وابن حبيب وغيرهم، ولم يخل عصر في القرون الأولى التي تلت عصر الأئمة من هذا الصنف الذي يتقيد بالمنهاج ولا يتقيد بالفروع كالطحاوي والكرخي وأبي بكر الأصبم، فالكرخي مثلاً خالف أبا حنيفة في الأخذ بالكفاءة في الزواج على الصغار والطحاوي كان يتبع المنهج الحنفي وأحياناً يختار من المذهب الشافعي^(١).

وبلى هذه الطبقة طبقة المجتهدين في المذهب واجتهادهم يكون في استنباط أحكام المسائل التي لم يرد فيها عن إمام المذهب رأي فيها واجتهادهم لا يكون في المسائل المنصوص عليها في المذهب إلا في دائرة معينة وهي التي يكون استنباط السابقين فيها مبنياً على العرف، أو على ملاحظة أمور من أمور العصر لا وجه لها إلا عرف المتأخرين بحيث لورأى السابقون ما يرى الحاضر لرجعوا عما قالوا ولقالوا في هذا وأشابهه إنه اختلاف زمان لا اختلاف دليل وبرهان، وخلاصة القول أن اجتهاد هؤلاء ينحصر في أمرين: أولهما: استخلاص القواعد التي كان يالترتها الأئمة السابقون وجمع الضوابط الفقهيّة التي تتكون من علل الأقيسة التي استخرجها الأئمة. ثانيهما: استنباط الأحكام التي حررت الفقه المذهبي ووضعت أسس الترجيح والموازنة بين الآراء لتصحيح بعضها وتضعيف غيرها وهي التي ميّزت الكيان الفقهي لكل مذهب، وبلى هذه الطبقة المجتهدون المرجحون الذين لا يستنبطون أحكام المسائل ولكن يرجحون بين الآراء المروية بوسائل الترجيح التي ضبطها لهم علماء الطبقة السابقة فيرجح هؤلاء بعض الأقوال على بعض بقوة الدليل أو الصلاحية للتطبيق بموافقة أحوال العصر ونحو ذلك مما لا يعد استنباطاً جديداً مستقلاً أو غير مستقل وقد عد بعض الأصوليين هذه الطبقة والتي قبلها طبقة واحدة للفرق الدقيق بينهما، ولا يبعد أن نعدهما طبقة واحدة لأن الترجيح بين الآراء بمقتضى الأصول لا يقل وزناً عن استنباط أحكام الفروع التي لم ترد فيها أحكام من الأئمة والنووي في مقدمة المجموع ذكرها على أنها طبقة واحدة وابن عابدين عدّها طبقتين^(٢)، وجعل جملة الطبقات سبعة ذكرها في أول رسالته التي أسماها عقود رسم المفتي^(٣).

وقد رأى الفقهاء أنه لا يصح وقف ما لا فائدة فيه أو ممّا لا منفعة منه فلا يصح وقف الكلب أو الخنزير والأسباع والبهائم وجوارح الطير التي لا تصلح للصيد وقد اشترط الحنفية أن يكون الموقوف مالا متقوماً ومثله الوصية، فقد اشترطوا أن يكون متقوماً في عرف الشرع وأن يباح الانتفاع به شرعاً فلا تصح الوصية بنحو خر وخنزير وكلب وسباع لا تصلح للصيد عند المالكية،

(١) كتاب صفة الفتوى والمفتي والمستفتي، ط. دمشق ص ١٣٨٠.

(٢) رسالة رسم المفتي، لابن عابدين: ١١/١، وهي مجموعة في ثلاث وأربعين صحيفة من مجموعة رسائل ابن عابدين.

(٣) نفس المصدر: ١١/١ و١٢.

وجازت الوصية عند الحنفية بالكلب المعلم والسياب التي تصلح للصيد لتقومها عندهم ولأنها مضمونة بالإتلاف ويجوز عندهم بيعها وهبتها وكذلك الشافعية والحنابلة تصح الوصية فيما نفعه مباح من غير المال ككلب صيد وكلب ماشية وكلب زرع وحرث ونحوها من السباع للصيد، لأن فيها نفعاً مباحاً وتقر اليد عليها^(١).

والمروى عن مالك رضي الله عنه أنه لا يرى اتخاذ الكلب لحراسة الدور ولما سئل مالك الصغير أعني عبد الله بن أبي زيد القيرواني عن شأن كلاب الحراسة أجاب بقوله لو أدرك مالك هذا الزمان لا اتخذ أسداً ضارياً^(٢) ويؤخذ من ذلك تغير الأحكام التي لا نص فيها بتغير الأحوال والأزمان والناس فتدور الأحكام معها دورانها مع العلة وجوداً وعدمها ولقد قال الإمام الحافظ ابن يوسف التميمي الصقلي لو أدرك الإمام وأصحابه مثل زماننا (وهو من أبناء القرن الخامس إذ توفي سنة ٤٥١ هـ) هذا جعلوا الميراث لذوي الأرحام إذا انفردوا ولقالوا بالرد على ذوي السهام، وذوو الأرحام في اصطلاح الفرضيين هو كل قريب ليس صاحب فرض ولا عصبه كأولاد البنات وأولاد الأخوات وبنات الأخوة، والجد الرحي وهو من يتصل إلى الميت بأب الجدة الرحية، والخال والخالة ونحوهم من كل قريب ليس عصبه ولا صاحب فرض، واختلف الفقهاء في توريثهم على رأيين فأبو حنيفة وأحمد قالوا بتوريثهم، وهو رأي عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم مستدلين بقوله تعالى: ﴿وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ﴾ [سورة الأنفال: الآية ٧٥]، فيشمل كل الأقرباء أكانوا ذوي فروض أم عصبات أم لا ولحديث البخاري ومسلم ابن أخت القوم منهم ولقوله «من ترك مالا فلورثته وأنا وارثه أعقل منه (أي ادفع عنه الدية) وأرثه والخال وارث من لا وارث له يعقل عنه ويرثه»، رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه وأعله البيهقي بالاضطراب^(٣).

وذهب مالك والشافعي إلى عدم توريث ذوي الأرحام فإذا هلك هالك عن غير فرض ولا عصبه وله ذورحم ردت التركة إلى بيت المال وهو رأي زيد بن ثابت وسعيد بن المسيب وسعيد بن المسيب وسعيد بن جبير وأخذ به الأوزاعي وأبو ثور وداود وابن جرير الطبري واستدلوا بأن الله تعالى ذكر في آيات الموارث نصيب أصحاب الفروض والعصبات ولم يذكر لذوي الأرحام شيئاً ولو كان لهم حق لبيته ﴿وَمَا كَانَ رَبُّكَ نَسِيًّا﴾. [سورة مريم: الآية ٦٤].

وقد قال ﷺ: «إن الله أعطى لكل ذي حق حقه» [رواه الترمذي وغيره]. وقد سئل رسول الله ﷺ عن ميراث العممة والخاله فقال: أخبرني جبريل أن لا شيء لها رواه أبو داود في

(١) نيل الأوطار، للشوكاني: ٦٢/٦.

(٢) حاشية المهدي الوزاني، ط حجرية: ٣٥٠/٢٠.

(٣) حاشية.

المراسيل وقيل في التوفيق بين هذا الحديث وما رواه المثبتون لذوي الرحم في الميراث أن نفي الميراث عن العممة والخالة كان قبل نزول آية الأنفال من قوله تعالى: ﴿ وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ ﴾ [سورة الأنفال: الآية ٧٥] أو أن العممة والخالة ليس لهما فرض مقدر أو أنهم لا يرثون مع العصبية ولا مع ذي فرض يرد عليه، فإن الرد على ذوي الفروض مقدم على توريث ذوي الأرحام ولكنهم يرثون مع من لا يرد عليه وهما الزوجان والرد هو دفع ما فضل لأنه زيادة في الأنصبة ونقص في السهام فيرد ما فضل عن فرض ذوي الفروض النسبية عليهم بقدر سهامهم ولا يرد على الزوجين والرد عند الفرضيين هو دفع ما فضل من أصحاب الفروض النسبية إليهم بقدر حقوقهم عند عدم العصبية وللعلماء في الرد رأيان فريق يرى عدم الرد وإنما يكون الباقي من التركة بعد أخذ أصحاب الفروض فروضهم ولا عاصب للمالك يكون الباقي لبيت المال وهو مذهب زيد بن ثابت وبه أخذ مالك والشافعي ودليلهم أن الله قد بين نصيب كل وارث بالنص فلا يجوز الزيادة عليه بغير دليل، وقد قال رسول الله ﷺ: «إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا يستحق وارث أكثر من حقه»، ويرى جمهور من الصحابة والتابعين الرد على غير الزوجين وبه أخذ الحنفية والخنابلة، قال الغزالي: والفتوى اليوم على الرد على غير الزوجين عند عدم المستحق لعدم بيت المال إذ الظلمة لا يصرفونه إلى مصرفه وهذا ما جعل ابن يونس يقول لو أدرك الإمام وأصحابه مثل زماننا هذا لجعلوا الميراث لذوي الأرحام إذا انفردوا ولقالوا بالرد على ذوي السهام^(١).

لقد أجاد وأفاد ابن القيم الجوزية حين لاحظ أن تغير الفتوى واختلافها تتغير بحسب تغير الأزمنة والأمكنة والأحوال والنيات والعوائد وذكر أن بسبب الجهل بهذه الحقيقة وقع غلط عظيم على الشريعة أوجب من الحرج والمشقة وتكليف ما لا سبيل إليه ما يتناقض مع الشريعة التي هي في أعلى رتب المصالح موضعاً لذلك بتنزيل الشرط العرفي منزلة الشرط اللفظي كوجوب نقد البلد عند الإطلاق وكالسلامة من العيوب حتى يسوغ له الرد بوجود العيب تنزيلاً لاشتراط السلامة من العيوب عرفاً منزلة اشتراطها لفظاً وكوجوب الوفاء للمسلم فيه في مكان العقد وإن لم يشترطه لفظاً بناء على الشرط العرفي وكدفع الثوب لمن يغسله أو يخيظه أو العجين لمن يخبزه أو اللحم لمن يطبخه أو الحب لمن يطحنه أو مشاعماً لمن يحمله ونحو ذلك ممن نصب نفسه للأجرة على ذلك فإنه يجب له أجرة المثل وإن لم يشترط معه ذلك لفظاً عند جمهور العلماء، بل حتى عند المنكرين لتنزيل الشرط العرفي منزلة الشرط اللفظي وكل هذا لأن المؤمنين والمؤمنات بعضهم أولياء بعض في الشفقة والنصيحة والحفظ والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ولهذا جاز لأحدهم ضم اللفظة ورد الأبق وحفظ الضالة وله أن يحسب ما أنفق عليها وينزل إنفاقه منزلة

(١) حاشية ابن الحياط على شرح الخرشني لفرائض خليل، ط عاطف بمصر ص ٥١.

إنفاقه لحاجة نفسه لما كان حفظاً لمال أخيه وإحساناً إليه ولو علم المتصرف لحفظ مال أخيه أن نفقته تضيع وأن إحسانه يذهب باطلاً في حكم الشرع لما أقدم على ذلك ولضاعت مصالح الناس ورغبوا عن حفظ أموال بعضهم بعضاً وتعطلت حقوق كثيرة وفسدت أموال عظيمة، ومعلوم أن شريعة من بهرت شريعته العقول وفاقت كل شريعة واشتملت على مصلحة وعطلت كل مفسدة تأبى ذلك كل الإباء^(١) وهذا الذي لاحظته ابن القيم، قد أدركه كثير من الأئمة قبله فهذا مالك بن أنس يقول تحدث للناس فتاوى بقدر ما أحدثوا وكلمة عمر بن عبد العزيز في ذلك مشهورة تحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الفجور ولما كانت الأحكام بالنسبة للمصالح كتعلق المسببات بأسبابها والمعلولات بعلاقتها تعيين أن تتغير الأحكام عند تغيراتها ومعلوم أن الحكم يدور مع علته وجوداً وعدمه فبوجودها يوجد وبانعدامها ينتهي، قال ابن عابدين: إن كثيراً من الأحكام التي نص عليها المجتهد صاحب المذهب بناء على ما كان في عرفه وزمانه قد تغيرت بتغير الأزمان بسبب فساد أهل الزمان أو عموم الضرورة من إفتاء المتأخرين بجواز الاستتجار على تعليم القرآن وعدم الاكتفاء بظاهر العدالة. إن ذلك مخالف لما نص عليه أبو حنيفة ومن ذلك تحقق الإكراه من غير السلطان مع مخالفته لقول الإمام بناء على ما كان في عصره أن غير السلطان لا يمكنه الإكراه، ثم كسر الفساد فصار يتحقق الإكراه من غيره، فقال محمد باعتباره وأفتى به المتأخرون ومن ذلك تضمين الساعي مع مخالفته لقاعدة المذهب من أن الضمان على المباشر دون المتسبب ولكن أفتوا بضمانه زجراً لفساد الزمان ومنه تضمين الأجير المشترك وقولهم إن الوصي ليس له المضاربة بمال اليتيم في زماننا وإفتاؤهم بتضمين الغاصب عقار اليتيم والوقف وعدم إجارتها أكثر من سنة في الدور وأكثر من ثلاث سنين في الأراضي مع مخالفته لأصل المذهب من عدم الضمان وعدم التقدير بمدة ومنعهم القاضي أن يقضي بعلمه وإفتاؤهم بمنع الزوج من السفر بزوجه وإن أفاها المعجل لفساد الزمان وعدم سماع قوله أنه استثنى بعد الحلف بطلاقها إلا ببينة مع أنه خلاف ظاهر الرواية وعلوه بفساد الزمن وعدم تصديقها بعد الدخول مما بانها لم تقبض ما اشترط لها تعجيله من المهر مع أنها منكرة للقبض وقاعدة المذهب أن القول للمنكر لكنها في العادة لا تسلم نفسها قبل قبضه وكذا قالوا في قوله كل حلّ عليّ حرام يقع به الطلاق للعرف عند مشائخ بلخ ولا يقع إلا بالبينة عند محمد وقال: أما عرف بلادنا يريدون به تحريم المرأة فيحمل عليه. نقله العلامة قاسم ونقل عن مختارات النوازل أن عليه الفتوى لغلبة الاستعمال بالعرف إلى أن قال بعد أن عدد فروعاً كثيراً فهذه كلها قد تغيرت أحكامها لتغير الزمان إما للضرورة وإما للعرف وإما لقرائن الأحوال وكل ذلك غير خارج عن المذهب، لأن صاحب المذهب لو كان في هذا الزمان لقال بها ولو حدث

(١) إعلام الموقعين عن رب العالمين، لابن القيم الجوزية: ١/٣.

هذا التغيير في زمانه لم ينص على خلافها، فللمفتي أتباع عرفه الحادث في الألفاظ العرفية وكذا في الأحكام التي بناها المجتهد على ما كان في عرف زمانه وتغير عرفه إلى عرف آخر اقتداء بهم بشرط أن يكون له من الرأي والنظر الصحيح والمعرفة بقواعد الشرع ما يميز بين العرف الذي يجوز بناء الأحكام عليه وبين غيره وقد شرط المتقدمون في المفتي الاجتهاد وهو مفقود فلا أقل من أن يكون عارفاً المسائل بشرروطها وقيودها ومن معرفة عرف زمانه وأحوال أهله والتخرج في ذلك على أستاذ ماهر، وفي الغنيمة ليس للمفتي ولا للقاضي أن يحكما على ظاهر المذهب ويتركا العرف وهو صريح في أن المفتي لا يفتي بخلاف عرف أهل زمانه^(١).

وفي الأشباه في البزازية من أن المفتي يفتي بما يقع عنده من المصلحة علق عليه ابن عابدين في رد المحتار في باب القسامة فيما لو ادعى الولي على رجل من غير أهل المحلة وشهد اثنان منهم عليه لم تقبل عنده وقالوا: تقبل إلى آخر^(٢). ونقل السيد الحموي عن العلامة المقدسي أنه قال: توقفت عن الفتوى بقول الإمام ومنعت من إشاعته لما يترتب عليه من الضرر العام، فإن من عرفه من المتمردين يتجاسر على قتل النفس في المحلات الخالية من غير أهلها معتمداً على عدم قبول شهادتهم عليه، قال ابن عابدين: ينبغي الفتوى على قولهما لا سيما والأحكام تختلف باختلاف الأيام، وفي باب ما يوجب القضاء والكفارة من كتاب الصوم عند قول الهداية: ولو أكل لحماً بين أسنانه لم يفطر وإن كان كثيراً يفطر وقال زفر: يفطر في الوجهين، فإذا كان ما بين الأسنان دون الحمصة فلا يفطر لأنه تابع لريقه وكذلك مضغ مثل سمسمة من خارج فمه حتى تلاشت ولم يجد لها طعماً في حلقه فلا يفطر لعدم ابتلاع شيء، أما المالكية فترى أن وصول أي شيء إلى المعدة سواء أكان مائعاً أم غيره من فم أو أنف أو أذن أو عين أو إذا كان وصوله عمداً أو خطأ أو سهواً أو غلبة فإنه يفطر^(٣).

وعند الشافعية لا يفطر بابتلاع ما بقي من الطعام بين الأسنان من غير قصد إن عجز عن تمييزه ومجه لأنه معذور فيه غير مقصر فإن قدر على تمييزه ومجه وابتلعه ولو قليلاً دون الحمصة، فإنه يفطر^(٤).

قال ابن عابدين والتحقيق أن المفتي في الوقائع لا بد له من ضرب اجتهاد ومعرفة بأحوال الناس وقد عرف أن الكفارة تفتقر إلى كمال جنابة فينظر إلى صاحب الواقعة إن كان ممن يعاف طبعه ذلك أخذاً بقول أبي يوسف وإن كان ممن لا أثر لذلك عنده أخذ بقول زفر ويعمل بمثل

(١) شرح منظومة رسم المفتي للعلامة ابن عابدين. مجموع رسائل ابن عابدين: ٤٤/١ و ٤٥.

(٢) الدر المختار: ٦١٨/٥، ط ١.

(٣) القوانين الفقهية، لابن جزي، ص ١٢٣. الشرح الكبير مع الدسوقي: ٥٢٣/١ - ٥٣٤.

(٤) المهذب: ١٨٣/١ - ١٨٥.

ما عملوا من اعتبار تغير العرف وأحوال الناس وما هو الأرفق بالناس وما ظهر عليه التعامل وما قوي وجهه ولا يخلو الوجود من تمييز هذا حقيقة لا ظناً بنفسه ويرجع من لم يميز إلى من يميز لبراءة ذمته، قال ابن عابدين: فهذا كله صريح فيما قلنا من العمل بالعرف ما لم يخالف الشريعة كالمكسب والربا ونحو ذلك فلا بد للمفتي وللقاضي بل وللمجتهد من معرفة أحوال الناس وقد قالوا: ومن جهل بأهل زمانه فهو جاهل وقد قالوا: يفتى بقول أبي يوسف فيما يتعلق بالفضاء لكون جرب الوقائع وعرف أحوال الناس وفي البحر كان محمد يذهب إلى الصباغين ويسأل عن معاملاتهم وما يدبرونها فيما بينهم^(١).

ومما يوضح جلياً اختلاف الحكم باختلاف الزمان لاختلاف الأحوال ما قرره الفقهاء الأوائل من عدم جواز أخذ الأجرة على الطاعات كقراءة القرآن والأذان والإمامة ونحوها من الطاعات فيؤذن الإنسان محتسباً ولا يأخذ على الأذان والإقامة أجراً باتفاق العلماء ولا يجوز أخذ الأجرة على ذلك عند الحنفية والحنابلة على ظاهر المذهب لأنه استئجار على الطاعة وقربة لفاعله والإنسان في تحصيل الطاعة عامل لنفسه فلا تجوز الإجارة عليه كالإمامة وغيرها ولأن النبي ﷺ قال لعثمان بن أبي العاص (وأتخذ مؤذناً لا يأخذ على آذانه أجراً) رواه أبو داود وابن ماجه والترمذي وقال حديث حسن وأجاز المالكية والشافعية في الأصح الاستئجار على الأذان لأنه عمل معلوم يجوز أخذ الأجر عليه كسائر الأعمال، وأفتى متأخرو الحنفية وغيرهم بجواز أخذ الأجرة على القربات الدينية ضماناً لتحصيلها بسبب انقطاع المكافات المخصصة لأهل العلم من بيت الملل كما أن الحنابلة قالوا إن لم يوجد متطوع بالأذان والإقامة أعطى من يقوم بها من مال الفيء المعد للمصالح العامة وكذلك كرهوا أخذ أجرة على الغسل والتكفين والحمل والدفن وأجاز الحنفية أخذ الأجر على تلك الأمور فالحنبال والحنفصار كالعامل إن وجد غيره وإلا فإن لم يوجد غيره فلا يجوز أخذ الأجرة لتعيينه عليه حيث صار واجباً عينياً ولا يجوز أخذ الأجرة على الطاعة ولكن أجاز المتأخرون الأجرة على الطاعات للضرورة؛ جاء في رسالة نشر العرف: اعلم أن المسائل الفقهية إما أن تكون ثابتة بصريح النص وهي الفصل الأولى وإما أن تكون ثابتة بضرب اجتهاد ورأي، وكثير منها ما يبينه المجتهد على ما كان في عرف زمانه. بحيث لو كان في زمان العرف الحادث لقال بخلاف ما قاله أولاً ولهذا قالوا في شروط الاجتهاد أنه لا بد فيه من معرفة عادات الناس فكثير من الأحكام تختلف باختلاف الزمان لتغير عرف أهله أو لحدوث ضرورة أو فساد أهل الزمان بحيث لو بقي الحكم على ما كان عليه أولاً لزم منه المشقة والضرر بالناس ولخالف قواعد الشريعة المبنية على التخفيف والتيسير ودفع الضرر والفساد لبقاء العالم على أتم نظام وأحسن أحكام ولذا ترى مشائخ المذهب خالفوا ما نص عليه المجتهد في مواضع كثيرة بناها على ما كان في زمنه لعلمهم بأنه

(١) رسم المفتي لابن عابدين من مجموع رسائله، ٤٥/١ و ٤٦.

لو كان في زمنهم لقال بما قالوا به أخذاً من قواعد مذهبه فمن ذلك إفتاؤهم بجواز الاستئجار على تعليم القرآن ونحوه لانقطاع عطايا المعلمين التي كانت في الصدر الأول ولو اشتغل المعلمون بالتعليم بلا أجرة يلزم ضياعهم وضياع عيالهم ولو اشتغلوا بالاكتساب من حرفة وصناعة يلزم ضياع القرآن والدين فافتوا بأخذ الأجرة على التعليم وكذا على الإمامة والأذان كذلك مع أن هذا مخالف لما اتفق عليه أبو حنيفة وأبي يوسف ومحمد من عدم جواز الاستئجار وأخذ الأجرة عليه كبقية الطاعات من الصوم والصلاة والحج وقرآءة القرآن ونحو ذلك، ومن ذلك قول الإمامين بعد الاكتفاء بظاهر العدالة في الشهادة مع مخالفته لما نصّ عليه أبو حنيفة بناء على ما كان في زمانه من غلبة العدالة، لأنه كان في الزمن الذي شهد له رسول الله ﷺ بالخيرية وهما أدركا الزمن الذي فشى فيه الكذب وقد نصّ العلماء على أن هذا الاختلاف اختلافاً عَصْرَ وَأَوَانٍ لا اختلاف حجة وبرهان. ومن ذلك تحقق الإكراه من غير سلطان مع مخالفته لقول الإمام بناءً على ما كان في زمنه من أن غير السلطان لا يمكنه الإكراه ثم كثرة الفساد فصار يتحقق الإكراه من غيره فقال محمد رحمه الله باعتباره، وأفتى به المتأخرون لذلك، ومن ذلك تضمين الساعي مع مخالفته لقاعدة المذهب من أن لا ضمان على المباشر دون المتسبب ولكن أفتوا بضمانه زجراً بسبب كثرة السعاة المفسدين، ومنها تضمين الأجير المشترك وقولهم إن الوصي ليس له المضاربة بمال اليتيم في زماننا وإفتاؤهم بتضمين الغاصب عقار اليتيم والوقف ويعدم إجارتها أكثر من سنة في الدور وأكثر من ثلاث سنين في الأراضي مع مخالفته لأصل المذهب من عدم الضمان وعدم التقدير بمدة^(١).

ومن هذا القبيل أيضاً ما قرره الفقهاء من عدم جواز استناد القاضي لعلمه في أحكامه بحيث يعتبر علمه بالقضية المتنازع فيها مستنداً لقضائه ويغني المدعي من إثبات البينة ويكون علمه مغنياً عنها وكافياً، وهذا التغير في الزمان وفساد الأخلاق وغلبة أخذ الرشاوي والفساد في القضاة فيما بعد ولهذا أجمع المتأخرون بأنه لا يجوز له أن يستند إلى علمه في القضايا بل قضاؤه يجب أن يستند إلى وسائل الإثبات ولو كان مطلعاً على القضية عالماً بجزئياتها، نعم للقاضي أن يستند إلى علمه من حيث عدالة الشهود وجرحهم فيحكم بشهادة من علم عدالته دون من يعلم جرحه وأما فيما عداه فقد شدد مالك استناده لعلمه وحكمه به ووجه استناده إلى علمه في التعديل أو التجريح هو أنه لو لم يجز له ذلك إلاً بيئته لاحتاج إلى تعديل البينة وتعديل معدمهم إلى ما لا نهاية له فاضطر إلى الحكم بعلمه في ذلك. قاله ابن يونس وحكاه عن ابن الماجشون، وقد وجه بعضهم بشهرة حالة العدالة وحالة الجرح عند الناس فقلّ ما ينفرد القاضي بعلمهم ذلك دون غيره فترفع المظنة عنه وتبعد التهمة عنه لاشتراك الناس معه في معرفة

(١) نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف مجموعة رسائل ابن عابدين: ٢/١٢٥ - وما بعدها.

ما حكم به في حق المعدل أو المجرح من كلتا الحالتين، قاله الإمام المازري، وينبغي أن لا يحكم إلا بحضرة الشهود ليحكم بشهادتهم لا بعلمه ولا يجوز للقاضي أن يقضي بما علمه في مجلس القضاء بأن أقرَّ بين يديه طائعاً^(١).

ودليل المالكية على الجواز ما أخرجه الستة وأحمد عن أم سلمة من قوله ﷺ: «إنما أنا بشر وإنكم تختصمون إليّ ولعلَّ بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي بنحو ما أسمع فمن قضيت له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذه فإنما أقطع له قطعة من النار»، فدل الحديث على أنه يقضي بما يسمع لا بما يعلم وقال النبي ﷺ في قضية الحضرميِّ والكندي: «شاهدك أو يمينك ليس لك منه إلا ذلك»، رواه الشيخان وأحمد عن الأشعث بن قيس.

وقضت الحنفية في قضاء القاضي بعلم نفسه بالمعينة أو بسماع الإقرار أو بشهادة الأحوال فإن قضي بعلم حدث له في زمن القضاء وفي مكانه بالحقوق المدنية كالإقرار بمال الرجل، أو بالحقوق الشخصية كطلاق رجل لامرأته أو في بعض الجرائم كقصف وقتل إنسان جاز قضاؤه ولا يجوز قضاؤه بعلم نفسه في الحدود الخالصة لوجه الله عز وجلَّ إلا أن في السرقة يقضي بالمال لا بالقطع لأنه محتاط في الحدود ما لا محتاط في غيرها وليس من الاحتياط الاكتفاء بعلم نفسه.

ثانياً: أن يقضي بعلم نفسه قبل أن يقلد منصب القضاء أو بعد أن قلَّده ولكن قبل أن يصل إلى البلد الذي ولي قضاءه فهذا لا يجوز أن يستند إلى علمه عند أبي حنيفة أصلاً وعند صاحبيه يجوز فيما سوى الحدود الخالصة لله عز وجل قياساً على جواز قضائه فيما علمه زمن القضاء، ورد هذا القياس بالفرق بين الحالتين ذلك أن العلم المستفاد في زمن القضاء علم في وقت يكون القاضي فيه مكلفاً بالقضاء فأشبهه البيهقي القائمة فيه، أما العلم الحاصل في غير زمن القضاء فلا يصلح لأنه ليس في معنى البيهقي فلم يجز القضاء به لأن البيهقي المعتبر أن يسمع القاضي الشهود في ولايته أما ما يعلمه قبل ولايته فهو بمنزلة ما يسمعه من الشهود قبل ولايته؛ وهو لا قيمة له فأبو حنيفة يرى أن ما كان من حقوق الله كالحدود الخالصة له، لا يحكم القاضي فيها بعلمه لأن حقوقه سبحانه مبنية على المسامحة والمساهلة أما حقوق الناس مما علمه القاضي قبل ولايته لا يحكم به وما علمه في ولايته حكم به^(٢).

والمعتمد عند المتأخرين من الحنفية والمفتي به عدم جواز استناد القاضي في قضائه لعلمه مطلقاً في هذا الزمان لفساد قضاة الزمان^(٣).

(١) الإتيان والإحكام في شرح تحفة الحكام لمحمد بن أحمد مباره الفاسي: ٢٩/١ - ٣٠.

(٢) المبسوط للرخي: ٩٣/١٦؛ البدائع: ٧/٧؛ مختصر الطحاوي: ص ٣٣٢.

(٣) الدر المختار ورد المحتار: ٣٦٩/٤.

أما الشافعية، فالأظهر عندهم أن القاضي يقضي بعلمه قبل ولايته أو في أنثائها في محل ولايته أو غيرها سواء أكان في الواقعة بينة أم لا إلا في حدود الله تعالى وعلى هذا فيجوز للقاضي أن يقضي بعلمه في الأموال وفي القصاص وحدّ القذف على الأظهر لأنه إذا حكم بما يفيد الظن وهو الشاهدان فقساؤه بما يفيد القطع وهو عمله أولى، أما الحدود الخاصة لله تعالى كالزنا والسرقه والمحاربة وشرب المسكرات فلا يقضي بعلمه فيها، لأن الحدود تدرأ بالشبهات ولأنه يندب سترها لكن إن اعترف أحد بموجب الحد ومجلس الحكم قضى فيه بعلمه^(١) لقوله ﷺ: «واغد يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها»^(٢) وفي قصة العسيف (أي الأجير) الذي زنى بامرأة. وعند الحنابلة ظاهر المذهب أن الحاكم لا يحكم بعلمه في حد ولا غيره لا فيما علمه قبل الولاية ولا بعدها، قال ابن قدامة: وهذا قول شريح والشعبي ومالك وإسحاق وأبي عبيد ومحمد بن الحسن، وهو أحد قولي الشافعي وعن أحمد رواية أخرى يجوز له ذلك، وهو قول أبي يوسف وأبي ثور والقول الثاني للشافعي واختيار المزني لأن النبي ﷺ لما قالت له هند أن أبا سفيان رجل شحيح لا يعطينا من النفقة ما يكفيني وولدي، فقال لها خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف وهو حكم لها من غير بينة ولا إقرار لعلمه بصدقها ولأن الحاكم يحكم بالشاهدين لأنها يغلبان على الظن فما تحققه وقطع به كان أولى ولاية بحكم تعديل الشهود وجرحهم فكذلك في ثبوت الحق قياساً عليه والظاهر من مذهب الحنابلة أن القاضي لا يستند إلى علمه في حكمه على أحد المتخاصمين لما ورد في الحديث السابق من قوله (ولعل بعضكم أن يكون ألحن من بعض فأقضي له على نحو ما أسمع منه) فدلّ على أنه يقضي بما يسمع لا بما يعلم ولقوله ﷺ في قضية الحضرمي والكندي: «شاهدك أو أومئنه ليس لك منه إلا ذاك» ولما روي عن عمر رضي الله عنه أنه تداعى عنده رجلان، فقال له أحدهما أنت شاهدي فقال إن شئتما شهدت ولم أحكم ولا أشهد ونحن وإن قلنا خلاف المذاهب الأربعة في استناد القاضي لعلمه في أحكامه، فقد نقلنا عن ابن عابدين اتفاق الفقهاء على عدم جواز استناد القاضي لعلمه في أحكامه معللاً ذلك بتغير الزمان وفساد الأخلاق وغلبة أخذ الرشاوى والفساد في القضاة فيما بعد ولهذا أجمع المتأخرون على عدم جواز استناده لعلمه، فإن أراد أن يشهد بما في علمه فعليه أن يتخلى عن القضاء في القضية التي يعلمها^(٣).

وكم من حكم كان مستنده على أحوال الناس وأخلاقهم في عهد الرسول ﷺ وتبدلت الأحوال بعد ذلك وتغيرت وفسدت الأخلاق خلال الحكم النبوي بحكم يتماشى وغرض الشارع في تحقيق جلب المصالح ودرء المفاسد وصيانة الحقوق وهذا مما سلكه الصحابة الكرام

(١) مغني المحتاج: ٣٩٨/٤.

(٢) أخرجه البخاري ومسلم ومالك في الموطأ وأحمد وأبو داود والترمذي والنسائي عن أبي هريرة.

(٣) المغني، لابن قدامة: ١٨/٩ و ١٩.

بعد عهد الرسول عليه الصلاة والسلام فمن ذلك ما رواه البخاري وغيره أن النبي ﷺ سئل عن ضالة الإبل هل يلتقطها من وجدها لتعريفها وردّها على صاحبها حين يظهر، ونهى رسول الله ﷺ عن التقاطها وقال لمن سأل عنها: مالك ولها معها حذاؤها وسقاؤها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يجدها ربها، والحذاء الخف والسقاء الجوف، وسأله عن الشاة فقال خذها فإنما هي لك أو لأخيك أو للذئب وقد رجح الحنابلة أن كل حيوان يقوي على الامتناع من صغار السباع وورود الماء لا يجوز التقاطه ولا التعرض له سواء كان لكبر حجمه كالإبل والخيل والبقر أو لطيرانه كالطيور كلها أو لسرعته كالظباء والصيد أو بغابة كالكلاب والفهود وجاء عن عمر رضي الله عنه من أخذ ضالة فهو ضال أي مخطيء وبهذا قال الشافعي والأوزاعي وأبو عبيد وقال مالك والليث في ضالة الإبل من وجدها في القرى عرفها ومن وجدها في الصحراء لا يقربها ورواه المزني عن الشافعي وكان الزهري يقول مَنْ وجد بدنة فليعرفها، فإن لم يجد صاحبها فلينجزها قبل أن تنقضي الأيام الثلاثة وقال أبو حنيفة ولفظ يباح التقاطها لأنها لقطة أشبهت الغنم والبقر كالشاة عند مالك وهو ملحق بالإبل عند جماعة.

وقد ظل حكم ضالة الإبل وتركها وعدم التقاطها إلى آخر عهد عمر بن الخطاب فلما جاء عهد عثمان بن عفان أمر رضي الله عنه بالتقاطها وبيعها على خلاف ما أفتى به رسول الله ﷺ حين سئل عن ضالة الإبل وقال عثمان: فإذا جاء صاحبها أعطي ثمنها قال الباجي في المنتقى فلما كان في زمن عثمان وعلي رضي الله عنهما ولم يؤمن عليهما لما كثر في المسلمين من لم يصحب النبي ﷺ وكثر تعديهم عليها أباحوا أخذها لمن التقطها ورفعها إليهم ولم يروا ردّها إلى موضعها وقد كان عمر بن الخطاب أمر ثابت بن الضحاك بتعريفها ثم أباح له ردّها إلى موضعها.

قال الباجي: وإنما اختلفت الأحكام في ذلك لاختلاف الأحوال، وقد قال مالك فيمن وجد بعير: فليات به الإمام يبيعه يجعل ثمنه في بيت المال، قال أشهب: إذا كان الإمام عدلاً ومعنى ذلك أنه أمن عليها من التعدي فيها فيتركها في موضعها أفضل لأنه يؤمن عليها ضياعها من غير هذا الوجه ويستغني عن الإنفاق عليها والتمون لها وقصد صاحبها إلى ذلك الموضع وتتبع أثرها منه أسير عليه من طلبها في الآفاق البعيدة، لأنه لا يدري من أواها قريب الدار أو بعيدها، فإن خاف عليها متعدياً يتلف عينها؛ كأن أخذها ورفعها إلى الإمام ينظر فيها لصاحبها أفضل له وأمن عليه والله أعلم وأحكم. وهذا معنى ما روي عن عمر بن عبد العزيز يحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الفجور^(١)، فهذا وإن خالف أمر الرسول في الظاهر فهو موافق لمقصوده إذ لو بقي العمل على ما كان عليه في عهد الرسول لأدى ذلك إلى عكس مقصد الشارع وهو صيانة الأموال وحفظها من الهلاك والذوبان.

(١) المنتقى شرح موطأ الإمام مالك، لأبي الوليد الباجي: ١٣٩/٦، ١٤٠.

من هذا القبيل أيضاً نبيه ﷺ عن كتابة سننه، فقد ثبت عنه «من كتب عني غير القرآن فليمحه»، واستمر الأمر بعدم كتابة الأحاديث بين الصحابة والتابعين يتناقلون السنة النبوية حفظاً وتلقيناً ودام ذلك إلى آخر القرن الأول من الهجرة وفي مطلع القرن الثاني انصرف العلماء إلى تدوين السنة النبوية لأنهم خافوا ضياعها بموت حفاظها وأدركوا أن سبب نبيه عليه السلام عن كتابة الأحاديث إنما هو خشية وقوع اللبس والاختلاط بين القرآن والسنة، فلما زال موجب هذا الاختلاط لم يبق مانع من كتابة الحديث، بل صار من الواجب تدوينه لحفظ السنة النبوية، ولقد نقلنا عن ابن عابدين أنه لا بد للحاكم من فقه في أحكام الحوادث الكلية وفقه في نفس الواقع وأحوال الناس حتى يميز بين الصادق والكاذب وبين المحق والمبطل وحتى يطابق بين هذا وذاك، كما أن المفتي لا بد له من معرفة عرف الناس وعاداتهم ومن معرفة الزمان وأهله ومعرفة ما إذا كان العرف عاماً أو خاصاً حتى إن من جهل ذلك ولم يكن عالماً بأحوال أهلها وعاداتهم وأعرافهم ومقتضيات ألفاظهم فهو جاهل^(١). ولهذا المعنى اشترط فقهاء المالكية أن يكون القاضي بلدياً حيث الذي يعرف أحوال أهلها وعاداتهم وأعرافهم ومعاني من ألفاظهم في اصطلاحهم وعاداتهم. قال الإمام محمد بن أحمد ميارة فيما يشترط في القضاء: تنبيه؛ زاد ابن الحاجب في الشروط المستحبة كونه غنياً لا دين عليه بلدياً معروف النسب غير محدود، حليماً مستشيراً لا يبالي لومة لائم، سليماً من بطانة السوء غير زائد في الدهاء.

قال ابن عبد السلام والظاهر الاكتفاء بالغنى عن عدم الدين واستحب كونه بلدياً ليعرف الناس والشهود، والمقبولين من الشهود وغيرهم^(٢)، فمعرفة عوائد القوم وعاداتهم يعين القاضي على أن يوفق إلى طرق الصواب. وقد أجريت الصدقات والأوقاف من الرسول ﷺ ومن أصحابه، منها صدقة عمر الذي أشار بها عليه رسول الله ﷺ وكذلك صدقة عثمان بثر رومة، حيث قال الأنصاري، فإنها كانت بإشارة رسول الله ﷺ وكذلك صدقة عثمان بثر رومة، حيث قال رسول الله ﷺ من يشتري بئر رومة فيكون دلوه فيها كدلاء المسلمين فاشترها عثمان رضي الله عنه وتصدق بها على المسلمين كذلك تصدق سعد بن عباد بمخراف له عن أمه توفيت، فكانت هذه الصدقات أوقافاً ينتفع المسلمون بشمرتها على تفصيل في شروطها فلا شبهة وإن مقاصد الشريعة إكثار هذه العقود، فلذا تعجب مالك رضي الله عنه من القاضي شريح في منفعة التحسيس وقال لما أخبر بمقالة شريح: (رحم الله شريحاً تكلم ببلاده ولم يرد المدينة فيرى آثار الأكابر من أزواج رسول الله ﷺ وأصحابه والتابعين بعدهم وما حسبوا من أموالهم وهذه صدقات رسول الله ﷺ سبع حوائط وينبغي للمرء أن لا يستكلم إلا بما أحاط به

(١) نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف - مجموعة رسائل ابن عابدين: ١٢٨/٢.

(٢) الإتيان والإحكام في شرح تحفة الأحكام، لميارة: ١٣/١.

خبراً^(١)، وفي شرح الزقافية قيل لابن عبد السلام التونسي: إن هؤلاء القوم امتنعوا من توليتك القضاء لأنك شديد في الحكم، فأجاب: أنا أعرف العوائد وأمشيها^(٢)، ولهذا قال الصنهاجي في مواهب الخلاف: ينبغي للقاضي أن يكون عارفاً بعوائد أهل البلد الذي ولي به ليجزي الناس على عوائدهم وأعرافهم المنزلة منزلة الشرط المدخول عليه صريحاً^(٣)، ولا شك أن الحكمة في معرفة أحوال الناس وأعرافهم وعاداتهم وتقاليدهم تعين كثيراً القاضي إلى بلوغ الهدف والصواب والأحكام بين أهل الخصام خصوصاً فيما لا نص فيه على أن القاضي بمعرفته لعادات وتقاليدهم يتضح له ويميز بين المدعى عليه فينكب عن الخطأ في تكليف أحد المتخاصمين بغير ما عينه الشارع له، فإن المدعى عليه من عضده أصل أو عرف وأنه إن شهد لأحدهما الأصل وللآخر العرف كان من شهد له العرف هو المدعى عليه^(٤)، قال القرافي في الفرق الستين والمائة، وقال مالك في المدونة إذا اختلف الزوجان قضي للمرأة بما هوشأن النساء وللرجال بما هوشأن الرجال وما يصلح لها قضي به للرجل لأن البيت بيته في مجرى العادة وهو تحت يده فيقدم لأجل اليد ووافق مالكا أبو حنيفة والفقهاء السبعة رضي الله عنهم أجمعين، وقال الشافعي: لا يقدم أحدهما على الآخر إلا بحجة ظاهرة كسائر المدعين وقياساً على الصباغ والعطار إذا تداعيا آلة العطر أو الصبغ فإنه لا يقدم أحدهما على الآخر إلا بحجة ظاهرة وإن شهدت العادة بأن الآلة للعطار وآلة الصبغ للصباغ فكذلك ههنا، قال ابن يونس: إذا فرعنا على مذهب مالك يحلف من قضي له، وقال سحنون ما عرف لأحدهما لا يحلف، وقال ابن القاسم: ما كان شأن الرجال وشأن النساء قسم بينهما بعد يمينها لا اشتراكها في اليد وما ولي الرجل شراءه من متاع البيت وشهدت له البينة أخذه بعد يمينه ما اشتراه إلا له وكذلك المرأة، فإن اختلفا في البيت نفسه فهو للرجل لأنه ملكه في غالب العادة ولأن يده عليه، قال ابن يونس: الذي يختص بالرجل نحو العمامة فالقول قوله فيه بغير يمين إلا أن تدعي المرأة إرثه فيحلف، قال ابن حبيب: ولا يكفي أحدهما أن يقول هذا لي لأنه متاع البيت حتى يقول هذا ملكي، قال عبد الحق: وتهذيب الطالب لو تنازعا في رداء، فقال: هو لها إلا الكتاب بأن قال: اشتريته، فقال: اصغ له بقدر كثانة ولها بقدر عملها لأنه لو ادعاه صدق^(٥).

(١) مقاصد الشريعة الإسلامية، للعلامة محمد الطاهر بن عاشور: ص ١٨٩، ١٩٠.

(٢) شرح الزقافية، لعمر القاسمي: ص ٢٤٨.

(٣) مواهب الخلاق على شرح التاودي، للامية الرقاق، للصنهاجي: ٢/٢٤٣.

(٤) الطريقة المرضية في الإجراءات الشرعية، لشيخ الإسلام محمد العزيز جعيط: ص ٥٧.

(٥) الفروق للقرافي، الفرق بين المتداعين شيئاً لا يقدم أحدهما على الآخر إلا بحجة ظاهرة وبين قاعدة المتداعين من الزوجين: ٣/١٨٨، ط بولاق.

والعرف إذا تغير تغير الحكم بتغيره في كل ما كان مرجعه للعرف، فقد قال القرافي: إذا جاءك رجل من غير إقليمك لا تجره على عرف بلدك والمقرر في كتبك فهذا هو الحق الواضح والجمود على المنقولات أياً كانت إضلال في الدين وجهل بمقاصد المسلمين والسلف الماضي^(١)، وقد ذكر في الأحكام أن الصحيح في هذه الأحكام الواقعة في مذهب مالك والشافعي وغيرهما المترتبة على العوائد والعرف للذين كانا صالحين حالة جزم العلماء بهذه الأحكام، إذا تغيرت تلك العوائد وصارت تدل على ضد ما كانت تدل عليه أولاً فهل تبطل هذه الفتاوى المسطورة في الكتب ويفتي بما تقتضيه العوائد المتجددة، أو يقال: نحن مقلدون ومالنا شرع لعدم أهليتنا للاجتهاد فنفتي بما في الكتب المنقولة من المجتهدين، قال القرافي: فالجواب أن جري هذه الأحكام التي مدرکہا العوائد مع تغير العوائد خلاف الإجماع وجهالة في الدين بل كل ما في الشريعة يتبع العوائد يتغير الحكم فيه عند تغير العادة إلى ما تقتضيه العادة المتجددة وليس ذلك تجديداً للاجتهاد من المقلدين حتى يشترط فيه أهلية الاجتهاد، بل هي قاعدة اجتهاد فيها العلماء وأجمعوا عليها فنحن نتبعهم فيها من غير اجتهاد، ألا ترى أنهم أجمعوا على أن المعاملات إذا أطلق فيها الثمن يحمل على غالب النقود، فإذا كانت العادة نقداً معيناً حملنا الإطلاق عليه، فإذا انتقلت العادة إلى غيره عیناً ما انتقلت العادة إليه وألغينا الأول لانتقال العادة عنه، وكذلك الإطلاق في الوصايا والأيمان وجميع أبواب الفقه المحمولة على العوائد وكذلك الدعاوي إذا كان القول قول من ادعى شيئاً لأنه العادة، ثم تغيرت العادة لم يبق القول قول مدعيه، بل انعكس الحال فيه ولا يشترط فيه تغير العادة، بل لو خرجنا نحن من ذلك البلد إلى بلد آخر عوائدهم على خلاف عادة البلد الذي كنا فيه أفتيناهم بعادة بلدهم ولم تعتبر عادة البلد الذي كنا فيه وكذلك إذا قدم أحد من بلد عادته مضادة للبلد الذي نحن فيه لم نفته إلا بعادة بلده.

تعارض العرف مع غيره من الأدلة:

لا يخلو الأمر من أن يعارض العرف نصاً من كتاب أو سنة أو أن يعارض دليلاً آخر من قياس واستحسان ومصلحة مرسله والنص لا يخلو حاله من أن يكون خاصاً أو عاماً، فإذا كان النص خاصاً وكان العرف بخلافه فلا اعتداد لهذا العرف ولا اعتبار به، وقد كانت كثيراً من العادات المتعارفة عند العرب قد أبطلها الشرع بورود النصوص بخلافها لذا كان من المتفق عليه أنه مهما كان العرف مخالفاً للنص الوارد من الشرع عملنا بالنص وتركنا العرف المخالف. ذلك أن النص أقوى من العرف ولا يترك الأقوى بالأضعف، كما قال السرخسي في

(١) الأحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام للقرافي: ص ٦٨؛ والتبصرة، لابن فرحون: ٦٩/٢.

مبسوطه^(١)، وقد بسطنا فيه القول في ما تقدم ونقلنا كلام الإمام الشاطبي في ذلك موضحين أنه لو كنا نعتد بالعرف مع وجود النص من الكتاب والسنة لنقضنا الشريعة ولعطلنا العمل بها ولم يبق لها معنى كما قاله الشاطبي^(٢).

فالعرف إذن لا يعمل به إلا في الحدود التي تركها الشرع للمكلفين في ميادين الأعمال والالتزامات دون الحالة التي تولى الشارع فيها بنفسه تحديد الأحكام فيها على سبيل الإلزام فلا اعتبار للعرف في مخالفته للنص، إلا أن النص الوارد إذا كان صدوره مبنياً على العرف ومعللاً به، فإن هذا النص يكون قد لاحظ عرف الناس فيدور حينئذ حكمه مع العرف ويتبدل بتبدله^(٣)، مثاله الحديث المروي عن عبادة بن الصامت: الذهب بالذهب مثلاً بمثل، والفضة بالفضة مثلاً بمثل، والفضة بالفضة مثلاً بمثل، والتمر بالتمر مثلاً بمثل، والبر بالبر مثلاً بمثل، والملح بالملح مثلاً بمثل، والشعير بالشعير مثلاً بمثل، فمن زاد أو ازداد فقد أربى يبيعوا الذهب بالفضة كيف شئتم يبدأ بيد، رواه مسلم، لقد اتفق العلماء على أن ربا الفضل لا يجري إلا في الجنس الواحد إلا سعيد بن جبير، فإنه قال: كل شيئين يتقارب الانتفاع بهما لا يجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلاً كالخنطة والشعير والتمر والزبيب والذرة بالدخن لأنها يتقارب نفعهما فجزياً مجرى نوعي جنس واحد، واتفق الفقهاء على أن علة الذهب والفضة واحدة وعلة الأعيان الأربعة واحدة، ثم اختلفوا في علة كل واحد منها فقيل: إن العلة في الذهب والفضة كونه موزون جنس وعلة الأعيان الأربعة مكيل جنس وهو قول النخعي والزهري والثوري وإسحاق وأصحاب الرأي فيجري الربا في كل مكيل أو موزون من جنسه مطعوماً كان أو غير مطعوم كالحبوب والنورة والقطن والصوف والكتان والحناء والحديد والنحاس ولا يجري في مطعوم لا يكال ولا يوزن فيجوز بيع الفرس بالأفراس والنجبية بالإبل لأن العلة المساواة والمؤثر في تحقيقها الكيل والوزن والجنس، لأن الكيل والوزن يسوى بينهما صورة والجنس يسوى بينهما معنى، فكانا علة ولأنا وجدنا الزيادة في الكيل محرمة دون الزيادة في الطعم بدليل بيع الثقبلة بالخفيفة، فإنه جائز إذا تساوا في الكيل وقيل: إن العلة في الأثبان الثمنية وفيها عداها الطعمية فيختص بالمطعومات ويخرج منه ما عداها وهو قول الشافعي، فالعلة الطعم والجنس الشرط والعلة في الذهب والفضة جوهرية الثمنية غالباً فيختص بالذهب والفضة، ولما روى معمر بن عبد الله بن النسي رضي الله عنه عن بيع الطعام بالطعام إلا مثلاً بمثل، رواه مسلم، ولأن الطعم وصف شرف إذ به قوام الأبدان والثمنية وصف شرف إذ بها قوام الأموال فيقتضي التعليل بهما ولأنه لو كانت العلة

(١) المبسوط: ١٢/١٩٦.

(٢) الموافقات للشاطبي: ٢/٢٨٣.

(٣) المدخل الفقهي العام: ٢/٨٨٨.

في الأثمان الوزن لم يجز إسلافهما في الموزونات لأن أحد وصفي علة ربا الفضل يكفي في تحريم النساء^(١).

وعند مالك العلة هي مجموع الاقتياد والادخار فهذا هو علة المنع في الربوي وهذا هو القدر المشترك بين الأنواع الأربعة الأخيرة المناسب للتحريم وقد نبه ﷺ بذكرها ليقى للعلماء مجال في الاجتهاد ويكون داعياً لبحثهم الذي هو من أعظم القرب فجاء في الحديث لا تبيعوا الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح إلا مثلاً بمثل سواء بسواء يداً بيد، فإذا اختلفت الأجناس فبيعوا كيف شئتم إن كان يداً بيد ولقد نبه ﷺ بذكرها ونص على البر الذي هو قوت اليسر والشعير الذي هو قوت العسر لينبه بها على الوسط كالأرز والدخن والذرة والسلت وذكر التمر لينبه به على المقتات المدخر الذي فيه ضرب من التفكه، كالزبيب والعسل والسكر وذكر الملح لينبه به على مصلح الأقوات، وإنما كان مجموع الاقتياد والادخار علة منع ربا التفاضل لأن ما اتصف به شرف مناسب أن لا يبدل كثيره بقليله صوناً للشرف عن الغبن وجاز التفاضل في الجنسين لمكان الحاجة في تحصيل المفقود وامتنع النساء في الطعام مطلقاً إظهاراً لشرفه على غيره وللمقتات منه شرف على غيره لعظم مصلحته فيزيد فيه شرط التائل وهذا أيضاً سبب تحريم الربا في التقدين لأنها رؤوس الأموال وقيم المتلفات فشرفاً بذلك عن الغير وهذا اتضح أن مسلك علة الربا المناسبة وهي أن يكون في محل الحكم وصف يناسب ذلك الحكم أي يتوقع من ترتيب الحكم عليه حصول مصلحة أو داء مفسدة فيكون اتحاد الجنس في ربا الفضل شرطاً في اعتبار العلة لا جزءاً لها لعزوه عن المناسبة، ثم إن القدر المعهود في الشرع بكيل أو وزن المعبر في الموزون وفي المكيل هو ما كان عليه عرف المسلمين في صدر الإسلام وذلك لما رواه أبو داود عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: «الوزن وزن أهل مكة والمكيال مكيال أهل المدينة» كما في جامع الأصول^(٢).

وإن كان أبو يوسف رحمه الله تعالى يرى أن المقياس المعبر في الأصناف الربوية هو المقياس العرفي الحاضر وكلامه جلي لأن المكيال والميزان مما يختلف باختلاف العرف وهو يتبدل بتبدل الزمان والمكان كما نص على ذلك الأستاذ الزرقاء^(٣)، وربما الفضل يختص بالمقدرات المثلية من مكيل أو موزون فقط، لا مزروع ولا معدود فليس في ذلك ربا أما الأموال القيمة كأفراد الحيوانات والأراضي والدور والأشجار فلا يجري فيها ربا الفضل لأنها ليست من

(١) المغني، لابن قدامة: ١/٤ وما بعدها.

(٢) جامع الأصول: ٣٧١/١.

(٣) المدخل الفقهي، للأستاذ الزرقاء: ص ٥١٤.

المقدرات التي تجمع بين أفرادها وحدة مقياس ومقدار معين فيجوز إعطاء الكثير منها في مقابلة القليل من جنسه فيجوز بيع غنمة بغنمتين لأن ربا الفضل زيادة أحد المتجانسين على الآخر في المقدار والكمية والقيمة ليست من المقدرات^(١).

وقد روى أبو داود والترمذي أن رسول الله ﷺ ابتاع عبداً بعبدين، قال الترمذي: هو حديث حسن صحيح وبناء على ما نقلنا فما كان كان وزنياً كالذهب والفضة فالمعتبر فيه الوزن وما كان كيلياً كالخنطة والشعير والملح والتمر، فالمعتبر فيه الكيل وهذا الحكم يقم على أساس وجوب التساوي في الكميات المبدلة في الجنس الواحد ولا خلاف بين العلماء في أن التساوي يعتبر شرعاً بالمقياس العرفي في كل صنف، فما كان وزنياً عرفاً كالزبيب والسمن يجب تساوي الكميات فيه بالوزن وما كان كيلياً يجب فيه التساوي بالكيل وإذا تبدل العرف في مقياس شيء وأصبح كيلياً مثلاً بعدما كان وزنياً أو أصبح وزنياً بعدما كان كيلياً ككثير من الأشياء التي نتعامل بها في هذا الزمان فيتبدل المقياس الربوي فيه تبعاً للعرف وقد ورد النص في الأصناف الستة فهل يقتصر على ما ورد به النص وهو ما ذهب إليه أبو يوسف وما ذكر في الحديث إنما ذكر فيه ما كان مقياساً متعارفاً على عهد الرسول بحيث لو كان العرف فيها على مقياس آخر لورد النص معتبراً به.

ومن النصوص التي اعتبرها بعضهم منبئة على العرف ما جاء في قوله ﷺ الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها. أخرجه مسلم وأحمد وأرباب السنن عن ابن عباس وعن أبي هريرة رضي الله عنه، كما في البخاري وغيره قال رسول الله ﷺ: «لا تنكح الأيم حتى تستأمر ولا البكر حتى تستأذن»، قالوا: يارسول الله: كيف إذنها، قال: «أن تسكت». وقد ذهب الحنفية إلى أن الأمر لوجوب فيجب على أبي البكر البالغة استئذنها في التزويج، فإذا زوجها من غير إذنها كان الزواج موقوفاً على إذنها، أما البكر غير البالغة فلا إرادة معتبرة لها، فلا يجب استئذنها إجماعاً وإلى وجوب الاستئذان ذهب الأوزاعي والثوري وحكاه الترمذي عن أكثر أهل العلم ويؤيد ما ذهبوا إليه ما رواه ابن عباس أن جارية بكرة أتت رسول الله ﷺ فذكرت أن أباهما زوجها وهي كارهة فخيرها رسول الله ﷺ، رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه وذهب مالك والشافعي وأحمد وإسحاق إلى أن الأمر هنا أمر نذب وإرشاد وأنه يجوز للأب أن يزوجه بغير استئذان والذي صرف الأمر عندهم عن الوجوب هو أن النبي ﷺ في حديث ابن عباس فرق في الحكم بين الثيب والبكر فجعل الثيب أحق بنفسها ما اقتضى نفي ذلك عن البكر فيكون أحق بها منها، وعلى كل فقد اعتبر سكوت البكر إذناً في

(١) الدر المختار: ١٨٥/٤.

تزوئجها من رجل معين وبمهر معين فكان سكوتها توكيلاً وهو مبني على العرف والمعروف فيها من الخجل عن إظهار رغبتها في الزواج عند استنفار وليها لها في العادة قاضية بأن السكوت علامة الرضا، فإذا ما تغيرت هذه العادة كما في هذا الزمان حيث أصبحت الفتاة لا تخرج من إعلان رغبتها وأصبح لا فرق بين البكر وبين الثيب فهل عندئذ لا يكفي السكوت بل لا بد من صريح اللفظ وإبداء الرأي وقد مال إلى هذا بعض المجددين اعتباراً لما عليه بنات اليوم وبالأخص اللاتي تخلفن بأخلاق الأجنبية من الأوروبيات من أبناء المدن وعندي أن هذا ليس من باب تبدل العادات وإنما هو من فساد الأخلاق وانحلالها بدليل أن الأغلبية الساحقة من فتيات القرى والمدامر لم يتغيرن، وإنما هي فئة قليلة خرجت عن عادات بلادها وتقاليدها وانصهرت وتطبعت بأخلاق الأوروبيات وانحرفاها، وإن أعظم مسؤول في هذا الانحلال هم الأولياء الذين لم يعرفوا بناتهم ولم يوجهوهن إسلامياً يتماشى والفطرة البشرية، فالأسرة تتحمل القسط الأوفر من ذلك، ثم التوجيه المدرسي الذي لم يعرف وزناً للتربية الدينية الإسلامية وإلا فإن البكر في الأسر المحافظة الملتزمة ما زالت محتشمة لا تجرؤ على معاكسة أبيها ومخالفة ما وافق هو عليه، لأنها تعلم علم اليقين أن الأب الصالح لا يختار لابنته إلا ما فيه صلاحها وسعادة مستقبلها. نعم من الآباء من لا خلاق لهم يجرون وراء المادة، فيدفعون بناتهم قرباناً لشهواتهم ونهمهم وحبهم للدرهم والدينار فجعلت غشاوة على قلوبهم حتى لا يدركوا إلا مصالحهم الخاصة وإن ذهب بناتهم فداء، ولذا جعل الشرع الحق لمثل هؤلاء أن يعترضن على آبائهن عن سوء اختيارهم ولو أحسنت الآباء تربية الأبناء وقاموا بواجبهم نحوهم كما أمرت الشريعة لما انقلبت الأوضاع وفسدت الأخلاق وانحلت القيم ولو فتحنا هذا الباب على مصراعيه من غير إمعان وثبتت لما يعتبر من تغير العادات وما لا يعتبر شرعاً لأدنى ذلك إلى هدم الشريعة بالتأويل والتعليل لنصوصها وفي ذلك من الخطر على هذه الشريعة ما فيه وعلينا أن نتثبت فيما تدعو إليه الضرورة وتقتضيه تغير الأحوال بتغير الزمان وتغير المصالح والمفاسد. أما العادات الجارية على حسب الهوى والتابعة للذات والشهوات فلو فتح هذا الباب لاستباح الناس كثيراً من المحرمات واستحسنوا كثيراً من الرذائل الموبقات وذلك بدعوى الحداثة والتجدد، وقد جاء في حديث البخاري الذي أخرجه عن أبي سعيد الخدري عن النبي ﷺ، قال: «لتبعن سنن من كان قبلكم شبراً بشبر وذراعاً بذراع حتى لو دخلوا جحر ضب لاتبعتهم»، قلنا: يا رسول الله اليهود والنصارى قال: «فمن»، فأعلم ﷺ أن أمته ستبغ المحدثات في الأمور والبدع والأهواء كما وقع للأمم قبلهم وهذا واقع ملموس مشاهد كل يوم في غالب البلدان الإسلامية في ملوكها وعلماؤها وقضاها.

معارضة العرف للنص العام:

ذكرنا فيما تقدم معارضة العرف للنص الخاص وهنا سنبحث معارضته للنص العام وهذه

المعارضة إما أن تكون مقارنة لورود النص أو متأخرة عنه ، فإذا ورد النص مقارناً للعرف لو كان العرف سابقاً عن النص ، فإن كان العرف لفظياً فقد اتفق الفقهاء على اعتباره ومعنى ذلك ، أن يحمل اللفظ الوارد على المعنى العرفي أي على المعنى المتبادر لأذهان الناس عملاً بقاعدة يحمل اللفظ على المعنى الحقيقي ما لم تقم قرينة توجب حمله على المعنى المجازي ذلك أن العرف اللفظي يصير المعنى المتعارف حقيقة عرفية ولاشك أن الحقيقة العرفية مقدّمة على الحقيقة اللغوية والنقل العرفي يجعل اللفظ حقيقة عرفية بالوضع وغلبة الاستعمال والحقيقة العرفية هي التي انتقلت عن مسأها اللغوي إلى غيره للاستعمال العام بحيث هجر الأول ، قال فخر الدين الرازي في المحصول : وذلك إما بتخصيص الاسم ببعض مسمياته كالدابة فإنها وضعت لغة لكل ما يدب كالإنسان فخصصها العرف العام بما له حافر وإما باشتهار المجاز بحيث يستنكر معه استعمال الحقيقة كإضافتهنم الحرمة إلى الخمر وهي في الحقيقة مضافة إلى الشرب أو بالاصطلاح الخاص وهي الحقيقة العرفية الخاصة وهي ما لكل طائفة من العلماء من الاصطلاحات التي تخصهم كاصطلاح الفقهاء على القلب والنقض والجمع والفرق^(١) ، وكاصطلاح النحات على الرفع والنصب والجر والحقيقة الشرعية وهي اللفظ المستعمل المستفاد من الشارع وضعها كالصلاة للأفعال المخصوصة والزكاة للقدر المخرج والحراث والماشية والمال^(٢) .

قال القرافي : وفي نفاس الأصول في شرح المحصول الوضع له ثلاثة معان : جعل اللفظ دليلاً على المعنى كتسمية الولد زيداً ومنه تسمية اللغات ووضعها ، ويقال : الوضع على غلبة الاستعمال للفظ في المعنى حتى يصير أشهر من غيره وهذا هو وضع الحقائق الثلاث الشرعية كالصلاة للفعل المخصوص والعرفية العامة كالدابة للحمار والعرفية الخاصة كالجوهر والعرض عند المتكلمين ، ويقال : الوضع على مطلق الاستعمال ولو مرة واحدة وهو قولهم من شرط المجاز الوضع أي سمع منهم مرة واحدة وهو قولهم من شرط المجاز الوضع أي يسمع منهم مرة واحدة التجوز لذلك النوع من المجاز ، ولم يسموا مطلق الاستعمال وضعاً إلا في هذا الموضع^(٣) .

وقد ذكر القرافي في الفرق بين العرف القولي يقضي به على الألفاظ ويخصصها وبين العرف

(١) القلب نقله النظائر من معناه اللغوي إلى ربط خلاف ما قاله المستبدل بعلمته للإحراق بأصله ونقلوا النقص من معناه اللغوي إلى إبداء الوصف المدعى علمته بدون الحكم ، ونقلوا الجمع من معناه اللغوي للجمع بين الفرع والأصل في حكم بعلة مشتركة ونقلوا الفرق من معناه اللغوي لجعل خصوصية الأصل علة الحكم وجعل خصوصية الفرع مانعاً ، انظر حاشية بخت بأسفل شرح المنهاج : ١٥١/٢ .

(٢) الإسني على المنهاج للبيضاوي بحاشية الشيخ بخت : ١٥٠/٢ ؛ شرح القرافي على المحصول خط : ٣٣٧/١ .

(٣) نفاس الأصول في شرح المحصول للقرافي ، خط : ٣٤٠/١ .

الفعل لا يقضي به على الألفاظ ولا يخصصها ويبيّن أن العرف القولي أن تكون عادة أهل العرف يستعملون اللفظ في معنى معين ولم يكن ذلك لغة وهو قسمان؛ الأول: في المفردات نحو الدابة للحوار والغائط للنجور والراوية للمزادة ونحو ذلك، وثانيهما: في المركبات وهو أدقها على الفهم وأبعدها عن التفتن وضابطها أن يكون شأن الوضع العرفي تركيب لفظ مع لفظ يشتهر في العرف تركيبه مع غيره وله مثل أحدها نحو قوله تعالى: ﴿ حَرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتِكُمْ وَبَنَاتِكُمْ ﴾ [سورة النساء: الآية ٢٣].

وكقوله: ﴿ حَرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أَلْمَيْتَةَ وَالَّذِي وَلِحْمُ الْخَنزِيرِ ﴾ [سورة المائدة: الآية ٣].

فإن التحريم والتحليل إنما تحسن إضافتها لغة للأفعال، دون الأعيان فذات الميتة لا يمكن في العرف أن يقال هي حرام، فيها ذات بل فعل يتعلق بها وهو المناسب لها كالأكل للميتة والدم ولحم الخنزير والشرب للخمر والاستمتاع للأمهات والبنات ومن ذكر معهن ومن هذا الوادي قوله ﷺ: «ألا وإن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في بلدكم هذا في شهركم هذا»، والأعراض والأموال لا تحرم، بل أفعال تصاف إليها فيكون التقدير ألا وإن سفك دمايتكم وأكل أموالكم وثلب أعراضكم عليكم حرام وعلى هذا المنوال جميع ما يرد من الأحكام كان أصله أن يضاف إلى الأفعال، فإذا ركب مع الذوات في العرف وما بقي يستعمل في العرف إلا مع الذوات فصار هذا التركيب الخاص وهو تركيب الحكم مع الذوات موضوعاً في العرف للتعبير به عن تحريم الأفعال المضافة لتلك الذوات وليس كل الأفعال، بل فعل خاص مناسب لتلك الذوات ثانيها أفعال ليست بأحكام كقولهم في العرف أكلت رأساً وأكل رأساً فلا يكادون ينطقون بلفظ الأكل كيف كان، بل لا تصرف إلا لرؤوس الأغنام دون جميع الرؤوس بخلاف رأيت رأساً، فإنه يحتل جميع الرؤوس ومن هذا القبيل ما جرى في مصر من مثل قتل زيد عمراً فهو في اللغة موضوع لإذهاب الروح وهو في مصر ينصرف عرفاً للضرب خاصة، فيقولون: قتله الأمير بالمقارع قتلاً جيداً، ولا يريدون إلا ضربه فهو من باب المنقولات العرفية وهي الطارئة على اللغة ومن هذا الباب قولهم فلان يعصر الخمر وهي لا تعصر، بل صار هذا التركيب موضوعاً لعصر العنب.

ومقتضى اللغة أن لا يصح هذا الكلام إلا بمضاف محذوف تقديره فلان يعصر عنب الخمر، لكن أهل العرف لا يقصدون هذا المضاف بل يعبرون بهذا التركيب عن عنصر العنب كما يعبرون بتحريم الميتة عن تحريم أكلها، فهذا ونحوه مجاز في التركيب بالنسبة للغة حقيقة عرفية منقولة للمعنى الخاص بالعرف والعادة، ومن هذا الباب طحن دقيقاً وقتل قتيلاً لأن المقتول لا يقتل والمطحون لا يطحن إذ تحصيل الحاصل من المحال ولكنه كلام صحيح في العرف والعادة وهؤلاء لا يعرجون على هذه المضافات ولا يبالهون بخطر هذه المقدرات بل صار

هذا اللفظ المركب موضوعاً لقتل الحي وطحن القمح ، وهذا هو ما يعبر عنه بالحقق العرفية في المفردات والمركبات وهذا يفرق بين المجاز في المفرد والمركب، وبين الحقيقة العرفية فيها فكل لفظ مفرد انتقل في العرف لغير مسأه وصار يفهم منه غير مسأه بغير قرينة، فهو حقيقة عرفية وكل لفظ أسند لغير من هوله من غير تأويل فهو منقول عرفي من المركبات والنقل العرفي مقدم على موضوع اللغة لأنه ناسخ للغة والناسخ يقدم على المنسوخ وهذا معنى قولنا إن الحقائق العرفية مقدّمة على الحقائق اللغوية.

أما العرف الفعلي فمعناه أن يوضع اللفظ لمعنى يكثر استعمال أهل العرف لبعض أنواع ذلك المسمى دون بقية أنواعه كلفظ الثوب صادق لغة على ثياب الكتان والقطن والحرير والوبر والشعر وأهل العرف إنما يستعملون من الثياب الثلاثة الأول دون الآخرين فهذا عرف فعلي كذلك لفظ الخبز يصدق لغة على خبز الفول والحمص والبر وغير ذلك غير أن أهل العرف إنما يستعملونه في الأخير من أغذيتهم دون الأولين فوقع الفعل في نوع دون نوع لا يحل بوضع اللفظ للجنس كله فإن ترك مسمى لفظ ولم يباشر لا يحل بوضع اللفظ له فلفظ الياقوت وضع ل حجر بخصوصه فإذا لم تباشره فإن ذلك لا يحل بوضع لفظ الياقوت^(١).

وإذا أدركنا الفرق بين العرف اللفظي والعرف العملي، أدركنا تأثير العرف اللفظي على المعاني وكيف أنه مقدم في الاستعمال على الحقائق اللغوية وعليه ألفاظ البيع والشراء والعقود كالإجارة والمساقاة والمغارسة ونحوها والصلاة والصيام وغيرها من العادات وعدة المرأة في الطلاق أو الوفاة ونحوها، فهذه كلها تحمل على المعاني العرفية والشرعية عند ورود النص بها، وإن اختلفت عن معانيها الوضعية في أصل اللغة، أما العرف العملي إذا ورد النص مخالفاً له فقد اختلف فيه هل يخصص به النص العام أم لا؟ وقد قال الشيخ عبد الله الشنقيطي في كتاب نشر العقود على مراقي السعود إن نصوص الشريعة لا يخصصها من العوائد إلا ما كان مقارناً لها في الوجود عند النطق بها، أما الطارئة بعدها فلا تخصصها وإليه الإشارة بقوله:

والعرف حيث قارن الخطاب^(٢)، وهذا لا خلاف فيه بينهم في العرف اللفظي، أما العرف العملي فقد اختلف فيه الجماعة فقال بعضهم: لا يخصص عموم النصوص ولا يقيد مطلقاتها، وذهب جمهور المحققين إلى أن العرف العملي القائم عند ورود النص يخصص النص العام ويقيد المطلق خلافاً لما ذهب إليه القرافي من أن العرف العملي لا يصلح للتخصيص ولا للتقييد وقد تبعه في ذلك الونشريسي حيث ذكر أن العادة الفعلية لا تخصص العام^(٣).

(١) الفروق، للقرافي، الثامن والعشرين: ٢١٧/١.

(٢) نشر البنود على مراتب السعود: ٤٦/٢.

(٣) المنهج الفائق، والمنهل الرائق، والمغني اللائق بأداب الموتق، وأحكام الوثائق، ط. حجرة.

وقد علق ابن الشاط على قول القرافي، وقد حكى جماعة من العلماء الإجماع على أن العرف الفعلي لا يؤثر بخلاف العرف القولي، قال القرافي: ورأيت المازري في شرح البرهان حاول الإجماع في ذلك ونقل عن بعض الناس خلافاً في ذلك ونقل مثلاً عنه، وفي ذلك نظر فالظاهر حصول الإجماع فيه ولم أر أحداً جزم بحصول الخلاف بل رأى كلاماً لبعض الناس أوجب شكاً وتردداً، وهو محتمل للتأويل فلا تتناقض بين نقل الإجماع في المسألة وبين هذه المثل المشار إليها، ولقد وضح القرافي لما ذهب إليه من الفرق بين العرف القولي والعرف الفعلي بمسائل الأولى: إذا فرضنا أحداً أعجمياً يتكلم بالعجمة، وهو يعرف العربية، غير أنه لا يتكلم بها لثقلها عليه فحلف لا يلبس ثوباً ولا يأكل خبزاً وكان حلفه بألفاظ العربية التي لم تجر هودته باستعمالها وكانت عادته في غذائه لا يأكل إلا خبز الشعير، ولا يلبس إلا ثياب القطن، فإننا نحثه بأي ثوب لبسه وبأي خبز أكله، سواء كان من عادته في فعله أم لا، وهذا إذا لم تجر له عادة باستعمال اللغة العربية لأنه لو كانت عادته استعمال اللغة العربية لكان طول أيامه يقول أكلت خبزاً واثوني بخبز وعجلوا بالخبز والخبز على المائدة قليل ونحو ذلك ولا يريد في هذا النطق كله إلا خبز الشعير الذي جرت عادته به فيصير له في لفظ الخبز عرف قولي ناسخ للغة، فلا يحنث بغير خبز الشعير وكذلك القول في ثوب القطن بخلاف إذا كان لا ينطق بلفظ الخبز والثوب إلا على الندرة فإنه لا يكون له في اللفظ اللغوي عرف مخصص يقدم على اللغة فيحنث بعموم المسميات اللغوية من غير تخصيص ولا تقييد قال ابن الشاط: لا نسلم له تخنيثه بل لقائل أن يقول اقتصاره على أكل خبز الشعير ولبس ثياب القطن مقيد لمطلق لفظه ويكون حينئذ من قبيل بساط الحال فإن الأيمان إنما تعتبر بالنية، ثم ببساط الحال فإذا عدما حينئذ يعتبر العرف، ثم اللغة إن عدم العرف وزاد القرافي في إقامة الحجة على أن العرف العملي لا يخصص ولا يقيّد وردها ابن الشاط بأن ذلك غير مسلم لقاعدة أن الاقتصار على بعض مسمى اللفظ في الاستعمال الفعلي من جنس البساط وذكر القرافي في المسألة الرابعة حمل اليمين على العرف ثم على النية، ثم على البساط قال ابن الشاط: وفيه نظر لأنه لا يخلو أن يترتب على يمينه تلك حكم أو لا يترتب فإن لم يترتب عليها حكم، فالمعتبر النية، ثم السبب أو البساط، ثم العرف، ثم اللغة، وإن ترتب عليها حكم المعتبر، فالمعتبر العرف ثم اللغة لا غير.

معارضة العرف الخاص للنص العام:

إذا كان هناك عرف خاص بجماعة دون جماعة أو بمكان دون مكان كعرف الصانع والتجار وبعض البلدان أو في بعض الصناعات، فالمعتمد أن هذا العرف لا يعتد به فلا يخصص النص الوارد ولو كان قائماً عند ورود النص ذلك أنه إذا كان عرف بعض البلاد يقتضي التخصيص لذلك النص فعدمه لدى بقية الأماكن أو التجار والصانع لا يقتضيه ولا شك أن التخصيص

لا يثبت بالشك .

هل يكون العرف العملي أي الفعلي مخصصاً؟ اختلفت المالكية في ذلك فجمهور المحققين منهم ذهبوا إلى أن العرف العملي القائم وقت ورود النص يخصص النص العام ويقيد النص المطلق خلافاً لما ذهب إليه القرافي من أن العرف الفعلي العملي لا يصلح للتخصيص والتقيد وقد نقلنا كلامه آنفاً^(١)، فلقد صرح القاضي أبو عبد الله المقرئ في قواعده بأن العادة كالشرط عند مالك تقيد المطلق وتخصص العام كما ردّ أبو عبد الله محمد بن غازي على القرافي فيما ذهب إليه موضحاً أن مسائل المدونة وغيرها دالة على تخصيص العام بالفعلي كما يخصصه العرف القولي، كما نقل شمس الدين محمد بن عرفة الدسوقي في حاشيته على الشرح الكبير للدردير نقل عن ابن عبد السلام أن ظاهر مسائل الفقهاء اعتبار العرف مطلقاً قولياً كان أو فعلياً، كما نقل الوانوغى عن أبي الوليد الباجي أنه صرح بأن العرف العملي يعتبر مخصصاً أيضاً، قال الدسوقي، وهو رأي القلشاني: هذا كله فيما إذا كان العرف سابقاً أو مقارناً للنص، أما العرف المتأخر الحادث بعد ورود النص فلا يعتد به ولا يعمل عليه ولا يصلح بحال أن يكون مخصصاً للنص الشرعي بالإجماع؛ ولا فرق بين أن يكون عرفاً عاماً أو عرفاً خاصاً قولياً أو فعلياً ذلك أن مفهوم النص قد حدد مراد الشارع وكان نافذ المفعول، فلو قلنا بتخصيص العرف له لكان ناسخاً لحكم النص ولا ينسخ النص بالعرف، إذ من شرط اعتبار العرف الذي تحمل عليه الألفاظ أن يكون موجوداً حال صدورها مخصصاً أو مقيداً لا ناسخاً^(٢).

معارضة العرف للنص الاجتهادي :

إذا كان الحكم مستفاداً بطريق القياس أو الاستحسان أو الاستصحاب، أو المصالح المرسلة من كل الأدلة الفرعية غير الكتاب والسنة والإجماع فإن العرف إذا عارض ذلك الحكم المستنبط من المجتهد يعتبر ويعتد به ومعنى ذلك أننا نأخذ بذلك العرف ونترك الحكم المعارض له الذي كان منشؤه القياس والاستحسان ونحوهما إذ العرف يرجح عليه عند التعرض وهذا هو الرأي الأرجح لدى الفقهاء، فالحكم الذي منشؤه القياس، فالعرف أولى منه، ولو كان عرفاً حادثاً، ولقد اعتبر الفقهاء هذا من قبيل الاستحسان ذلك أن الاستحسان هو العدول عن قياس إلى قياس أقوى أو هو تخصيص قياس بأقوى منه أو هو العدول إلى خلاف النظير للدليل أقوى منه أو هو العدول عن حكم الدليل إلى العادة لمصلحة الناس كدخول الحمام من غير تعيين زمن المكث ومقدار الماء المسكوب والأجرة وهذا كله خلاف الدليل لأن الدليل هو الذي أدى إلى وجوب تعيين المنفعة والأجرة في الإجازات وتعيين المبيع والثلث في المبيعات^(٣)، وبما ذكرنا ندرك

(١) الفرق الثامن والعشرين: ٢١٧/١، وما بعدها.

(٢) التنقيح: ص ١٩٤.

(٣) شرح العضد على مختصر ابن الحاجب، ط: ٢٨٨/٢.

كيف أن العرف يترجح على القياس وهو يستند إلى نص تشريعي في الجملة باعتبار الأصل المقيس عليه فيترجح على الاستحسان والمصلحة المرسله التي لا تستند إلى نص من باب أولى، ويتضح ذلك بضرب الأمثلة؛ القياس يقتضي أن الحاكم يستمع لكل دعوة ترفع إليه، ثم يقضي بين المدعي والمدعى عليه حسب ما يثبت لديه من الأدلة لكن ترك هذا القياس فيما إذا ادعت الزوجة المدخول بها أن زوجها لم يدفع إليها شيئاً من معجل الصداق وطلبت القضاء عليه بمهرها المعجل قالوا: لا تسمع دعواها هذه بل يردها القاضي دون أن يسأل عنها الزوج، وقد عللوا ذلك بالعرف والعادة ذلك أن عادة الناس قد اطردت بأن البنت لا تزف إلى بيت الزوجية ما لم يدفع الزوج المعجل من الصداق أو كل الصداق، فتكون دعواها حينئذ مما يكذبها العادة والعرف وظاهر العرف، وظاهر الحال وهو دعواها هذه الدعوى بعد الدخول والمكوث المدة في بيت الزوجية فلا تسمع دعواها، وقد نقل الشهاب القرافي أن الزوجة إذا ادعت بعد الدخول بها عدم قبض صداقها، فالقول للزوج مع أن الأصل القياسي عدم القبض^(١).

وإذا تعارض العرف والأصل كان من شهد له العرف هو المدعى عليه والأصل هنا والأصل هنا براءة الذمة لكن بعد تحقق عبارتها يكون الأصل استصحاب الحالة التي هي عبارتها حتى يتحقق الرفع لعبارتها وقد سبقنا فيما تقدم جملة من الأمثلة مما تعارض به الأصل كتعارض براءة الذمة وعبارتها بعد شغلها وتعارض الصحة والمرض وتعارض الخطأ والعمد وتعارض الجهل والعلم وتعارض الغنى والفقر وتعارض الصحة والفساد أو تعارض الأصل والعرف^(٢).

فالأصل والقياس يقتضي أن لا يدفع الدين لغير صاحبه ولا ينفذ قبضه على الدائن ما لم يكن للقباض نيابة عن الدائن من ولاية أو وكالة ولكن الفقهاء تركوا القياس في البنت البكر البالغ إذا قبض أبوها مهرها من زوجها حين زفافها واعتبروا هذا القبض نافذاً عليها ومبرئاً لذمة الزوج وذلك للعرف والعادة لأنه إذا تعارض الأصل مع العرف قدم العرف على الأصل والقياس ومن هذا القبيل دعوى المرأة على زوجها بعد الخلوة بها وبعد مفارقتها لها أنه وطئها وأنكر هو الوطاء فالزوجة قد شهد لها العرف والزوج قد شهد له الأصل إذ الأصل براءة الذمة ولكن رجح العرف على الأصل عند التعارض ولذا اعتبرت الزوجة مدعي عليها وهو المدعي وكان عليه البينة لأن من شهد له الأصل كان مدعياً ما لم يعارضه العرف فيكون مدعي عليه^(٣)، ولكنهم استثنوا مسألة واحدة قدموا فيها الأصل على العرف وهي ما إذا ادعى رجل صالح مشهور بالتقى ومحافة الله على رجل فاسق لا يتقي الله ادعى الصالح ديناً على الفاسق

(١) شهاب الدين القرافي، الأحكام في وتميز الفتاوي عن الأحكام: ص ٢٧.

(٢) محمد العزيز جعيط الطريقة المرضية: ص ٤٢، وما بعدها.

(٣) الصنهاجي، مواهب الخلاق على شرح التاودي، للامية الرقاق: ١/١٠٨.

فأنكره، فالأصل يشهد للفاسق إذ الأصل براءة الذمة والعرف أن الرجل الذي يخشى الله ويتقيه لا يكذب ولا يدعي ظلماً وهتافاً على أحد. والشأن أن الرجل الذي اشتهر بالصلاح والتقوى ومحافة الله أن العرف يشهد له، ومع ذلك حكموا بأنه مدعي وعليه البينة وقد نظم هذه الصورة الصنهاجي فقال:

والأصل والغالب إن تعارضاً فقدم الغالب فهو المرتضى
إلا في دعوى صالح على سواه بالدين فالعكس جميعهم يراه

ثم الحكم إذا كان مستنداً إلى العرف فإن الحكم يتغير بتغير العرف لأن العرف ينزل منزلة العلة التي يدور الحكم معها وجوداً وعدمًا، ولقد ذكر القرافي أن الإفتاء بالأحكام التي مستندها العرف والعادة يتغير الحكم بتغير العادة وليس ذلك إنشاء اجتهاد جديد ناقض لاجتهاد المجتهدين بل هو تطبيق لقاعدة أجمع عليها علماء الشريعة وجروا في فتواهم على تحقيقها وتطبيقها^(١).

تعارض العرف مع اللغة:

اختلف الأصوليون في تقديم العرف على اللغة أو اللغة على العرف وقد مال القرافي وجماعة إلى تقديم الحقيقة العرفية على الحقيقة اللغوية واعتبر الحقيقة العرفية ناسخة للحقيقة اللغوية، وقد نقلنا فيما تقدم كلامه في الفرق الثامن والعشرين، وقد صرح في الأحكام أنه ينبغي أن يعلم أن معنى العادة في اللفظ أن ينقل إطلاق لفظ واستعماله في معنى حتى يصير هو المتبادر من ذلك اللفظ عند الإطلاق مع أن اللغة لا تقتضيه وهذا هو معنى العادة في اللفظ وهو الحقيقة العرفية وهو المجاز الراجح في الأغلب وهو معنى قول الفقهاء: إن العرف يقدم على اللغة عند التعارض، ثم أوضح أنه يتعين أن يدور لفظ الفتيا فيها مع اشتهاؤها في العرف وجوداً وعدمًا ففي أي شيء اشتهرت حملت عليه بغير نية وما لم يشتهر لم تحمل عليه إلا بنية^(٢). وقد مثل القرافي في تنقيحه لتقديم الحقيقة العرفية على اللغوية بقوله ﷺ لا يقبل الله صلاة بغير طهور^(٣). قال: إن حملناه على اللغوي وهو الدعاء لزم أن يقبل الله دعاء بغير طهارة ولم يقل به أحد فيحمل على الصلاة في العرف وهي العبادة المخصوصة فيستقيم^(٤).

وقد نقل الوثرسيبي، عن أبي الفضل قاسم العقباتي وقد سئل عن مسألة وهي أن

(١) الأحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام: ص ٦٨.

(٢) الأحكام نفس المصدر: ص ٦٩.

(٣) رواه الجماعة إلا البخاري، عن ابن عمر.

(٤) تنقيح الفصول باختصار المحصول: ص ١١٤.

ابن رشد سئل عن خالجه امرأته على أن تتحمل بنفقة ابنه منها إلى الحلم، ثم راجعها بنكاح جديد هل تبقى عليها نفقة ابنها أم لا؟ وكيف لو طلقها ثانية هل تعود إلى نفقته أم لا؟ فأجاب إذا راجعها سقط عنها ما تحملت به ولا يعود عليها إن طلقها ثانية إلا أن تجدد له التحمل، قال بعض الشيوخ: هذه كمسألة المدونة إذا ملكها فلم تقض حتى طلقها ثلاثاً وواحدة ثم نكحها بعد زوج أو بعد عدتها من طلقة فلا قضاء لها لأن هذا ملك مستأنف، ثم قال هذا الشيخ: قلت والعلة الحقيقية أنها لما رضيت به ثانية فكان الأول لم يكن بوجه فكذا هذه المسألة. قال: أشكل علي يا سيدي جواب ابن رشد سقوط النفقة عنها ومعاوضتها كانت صحيحة وترتبت النفقة في ذمتها ولا يسقط ما في الذمة إلا بالإبراء والإسقاط، وقد قالوا: إذا ماتت المرأة المتحملة بنفقة الولد في الخلع أخذ من تركتها وكذلك أشكل علي التنظير المذكور، فالمراد من سيدي بيان ما يختار في المسألة وبيان وجه فقه ابن رشد ووجه التنظير المذكور بآتم بيان، فأجاب: الحمد لله اعلم - حفظك الله - أن كثيراً من مسائل الفقه يجري الحكم فيها على مقصود أهل العرف وإن كانت الألفاظ تدل على خلاف ذلك ومسألة النفقة التي أشرت إليها وأجاب ابن رشد عنها فيها من هذا المعنى، وذلك أن القوام على المرأة وولدها حال كونها تحت الزوج هو الزوج لكن يسهل ذلك عليه وهم في موضع واحد فإن وقع افتراق عسر على الزوج القيام بمشون متعددة قد علم هذا بشهادة العادة عند الفراق، فلذا ترى الرجل يرغب في صرف نفقة الولد إلى غيره وهذا المعنى يزول عند المراجعة بانضمام الزوجة وولدها إلى الزوج ولا ترى في العادة زوجة تكون مع زوجها وهي تنفق له على ولده فلماذا نعلم أن مراجعته إياها أنه أسقط النفقة عنها ولا شك أنها لا تعود بعد الإسقاط وبمثل هذا العرف قضى الإمام فيمن التزمت في الخلع إجراء النفقة على الولد إلى بلوغ الحلم فمات الولد صغيراً قال: ليس للأب ما بقي من المدة إلى الحلم وعلمه بأنه أدرك الناس أنهم لا يظلمون ذلك فترك صريح الالتزام للعرف، والتنظير من الشيخ راجع للعرف أيضاً فإن التملك إذا كان توكيلاً فالشأن في الوكيل أن لا يعزل حتى يقضي ما وكل عليه أو يصرح بترك ذلك؛ لكن العرف عند بعض أهل العلم يقتضي الجواب في المجلس، ومن لم يجب عدّاً تاركاً ولبعضهم حتى يوقف الحاكم المحكمة على الأخذ أو الرد لما عرض في المسألة أن العصمة لا تنصح - وفيها أخبار - لغير الزوج^(١)، وما ذكره من أن كثيراً من مسائل الفقه يجري الحكم فيها على مقصود أهل العرف وإن كانت الألفاظ تدل على خلاف ذلك هو ما عبر عنه الشاطبي عندما أكد بأنه لا بد في فهم الشريعة من اتباع الأميين وهم العرب الذي نزل القرآن

(١) الونشريسي الميعار المغرب، والجامع المغرب، عن فتاوي علماء أفريقية، والأندلس، والمغرب:

٣٠/٤ - ٣١.

(٢) الموافقات: ٨٠/٢.

بلسانهم فإن كان للعرب في لسانهم عرف مستمر فلا يصح العدول عنه إلى غيره في فهم الشريعة وإن لم يكن هناك عرف فلا يصح أن يجري في فهمها على ما لا تعرفه وهذا جار في المعاني والألفاظ والتراكيب وأساليب الكلام^(١).

وخالف المقرري في قواعده رأي الجمهور وقال بتقديم اللغة على العرف مدعياً أن ذلك مشهور مذهب مالك حيث قال في القاعدة أربع وستين ومئة من قواعده إن العرف لا يقدم على اللغة على مشهور مذهب مالك^(٢)، ولكن تقديم الحقيقة العرفية على الحقيقة اللغوية هو مذهب الجمهور كما ذكرنا، وهو مذهب الحنفية والشافعية أيضاً ففي الأشباه والنظائر لابن نجيم الحنفي أن الأيمان، مبنية على العرف لا على الحقائق اللغوية، قال صرح الزيلعي وغيره بذلك وعليها فروع: منها لو حلف لا يأكل الخبز حنت بما يعتاده أهل بلده ففي القاهرة لا يحنت بخبز البر وفي طبرستان ينصرف إلى خبز الأرز، وفي زبيد إلى خبز الذرة والدخن، ولو أكل الخائف خلاف ما عنده من الخبز لم يحنت، ولا يحنت بأكل القطائف إلا بالنية ومنها الشواء والطبخ على اللحم، فلا يحنت بالبادنجان والجزر المشوي ولا يحنت بالزورة في البطيخ ولا بالأرز المطبوخ بالسمن بخلاف المطبوخ بالدهن ولا بقلية بابسة ومنها الرأسى ما يباع في مصر، فلا يحنت إلا برأس الغنم، ومنها حلف لا يدخل بيتاً فدخل بيعة، أو كنيسة، أو بيت نار، أو الكعبة، لم يحنت^(٣).

قال ابن عابدين: واعلم أن اعتبار العادة والعرف رجع إليه في مسائل كثيرة حتى جعلوا ذلك أصلاً فقالوا في الأصول في باب ما ترك به الحقيقة: ترك الحقيقة بدلالة الاستعمال والعادة هكذا ذكر فخر الإسلام في شرح الأشباه للبري قال في المشرع: الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي، وفي المبسوط: الثابت بالعرف كالثابت بالنص ونقل عن القنية: ليس للمفتي ولا للقاضي أن يحكما على ظاهر المذهب ويتركا العرف^(٤) هذا المذهب الحنفي، أما المذهب الشافعي فقد حكى الحافظ السيوطي اختلاف فقهاء الشافعية في نقل ترجيح القاضي الحسين الحقيقة العرفية، وخالفه أبو الحسن البغوي ومال إلى تقديم الدلالة العرفية على الحقيقة اللغوية، ثم نبه السيوطي إلى أن الخلاف في تقديم العرف أو اللغة إنما هو في العربي أما العجمي فيعتبر عرفه قطعاً إذ لا وضع يحمل عليه^(٥).

(١) الموافقات: ٨٠/٢.

(٢) قواعد المقرري: ص ٦٣.

(٣) الأشباه والنظائر، لابن نجيم: ص ٨٧ - ٨٨.

(٤) ابن عابدين رسالة نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف مجموعة الرسائل: ١١٥/٢.

(٥) الأشباه والنظائر، للسيوطي: ص ٦٦.

بهذا ندرك أن مذهب الشافعية كالمالكية والحنفية في تقديم الحقيقة العرفية على الحقيقة اللغوية ومثل ذلك المذهب الحنبلي فقد ذكر ابن قدامة أن الأسماء تنقسم إلى ستة أقسام؛ ما له مسمى واحد كالرجل والمرأة والإنسان، وهذا تنصرف اليمين إلى مسماه بغير خلاف، الثاني ما له موضوع شرعي وموضوع لغوي كالوضوء والطهارة والصلاة وتنصرف اليمين فيه عند الإطلاق إلى الموضوع الشرعي دون اللغوي، الثالث ما له موضوع لغوي حقيقي ومجازي لم يشتهر كالأسد والبحر فيمين الخالف تنصرف عند الإطلاق إلى الحقيقة دون المجاز، الرابع الأسماء العرفية وهي ما يشتهر مجازه حتى تصير الحقيقة مغمورة في العرف وهذا على ضروب: أحدها: ما يغلب على الحقيقة بحيث لا يعلمها أكثر الناس كالرواية هي في العرف اسم المزاودة وفي الحقيقة اسم لما يستقي عليه من الحيوان، والظعينة في العرف المرأة وفي الحقيقة الناقة التي يظعن عليها، والعذرة والغائط في العرف الفضلة المستقدرة وفي الحقيقة العذرة فناء الدار ولذلك قال عليه السلام لقوم: «ما لكم لا تنظفون عذراتكم»، يريد أفنتيكم والغائط المكان، وأشباهه تنصرف يمين الخالف إلى المجاز دون الحقيقة لأنه الذي يريده بيمينه ويفهم من كلامه فأشبه الحقيقة في غيره.

الضرب الثاني: أن يخص عرف الاستعمال بعض الحقيقة بالاسم وهذا يتنوع أنواعاً فمنه ما يشتهر التخصيص فيه كلفظ الدابة، وهو في الحقيقة اسم لكل ما يدب وفي العرف اسم للبعال والحمير والخيل، ولذلك لو وصى إنسان لرجل بدابة من دوابه كان له أحد هذه الثلاث، فالظاهر أن يمين الخالف تنصرف إلى العرف دون الحقيقة عند الإطلاق كالذي قبله ويحتمل أن يتناول يمينه الحقيقة بناء على قول من قال في الخالف على ترك أكل اللحم أن يمينه تتناول السمك، ومن هذا النوع إذا حلف لا يشم الريحان فإنه في العرف اسم مختص بالريحان الفارسي وهو في الحقيقة اسم لكل نبت أو زهر طيب الريح مثل الورد والبنفسج والنرجس ولا يحث إلا بشم الريحان الفارسي، وهو مذهب الشافعي لأن الخالف لا يريد بيمينه في الظاهر سواه قاله قاضي، وقال أبو الخطاب: يحث بشم ما يسمى حقيقة ريحاناً لأن الاسم يتناوله حقيقة ولا يحث بشم الفاكهة وجهاً واحداً لأنها لا تسمى ريحاناً حقيقة ولا عرفاً. الضرب الثالث: أن يكون الاسم المحلوف عليه عاماً لكن أضاف إليه فعلاً لم تجر العادة به إلا في بعضه أو اشتهر في البعض دون البعض، مثل أن يحلف أن لا يأكل رأساً فإنه يحث فأكل رأس كل حيوان من النعم والصيد والطيور والحيتان والجراد ذكره القاضي، وقال أبو الخطاب: لا يحث إلا بأكل رؤوس بهيمة الأنعام دون غيرها إلا أن يكون في بلد تكثر فيه الصيد وتميز رؤوسها فيحث بأكلها، وقال أبو حنيفة: لا يحث بأكل رؤوس الإبل لأن العادة لم تجر بيعها مفردة، وقال أصحابه: لا يحث إلا بأكل رؤوس الغنم لأنها التي تباع في الأسواق دون غيرها فيمينه تنصرف إليها. ووجه الأول أن هذه رؤوس حقيقة وعرفاً مأكولة فحث بأكلها، كما لو حلف لا يأكل لحماً فأكل من لحم النعام والزرافة وما يندر وجوده وبيعه، من ذلك إذا حلف لا يأكل بيضاً حث

بأكل بيض كل حيوان سواء كثر وجوده كبيض الدجاج أو قل وجوده كبيض النعام، وهذا قول الشافعي؛ وقال أصحاب الرأي: لا يحنت بأكل بيض النعام وقال أبو ثور: لا يحنت إلا بأكل بيض الدجاج وما يباع في السوق، وقال أبو الخطاب: لا يحنت إلا بأكل بيض يزايل بانضه في الحياة وهذا هو قول الشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي وأكثر العلماء، وهو الصحيح لأن هذا لا يفهم من إطلاق اسم البيض ولا يذكر إلا مضافاً إلى بانضه، ولا يحنت بأكل شيء يسمى بيضاً غير الحيوان، ولا بأكل شيء يسمى رأساً غير رؤوس الحيوان لأن ذلك ليس برأس ولا بيض في الحقيقة^(١)، ولا بن قدامة فيما بُني من الأيمان على العرف من حلف أن لا يبيع ثوبه بعشرة مثلاً فباعه بها أو بأقل منها حنت وذلك بدلالة العرف.

وقد يكون العرف في زمان ثم يندم، ويزول فمثلاً ورد في المدونة أن القائل لامراته: أنت حرام، أو خلية، أو برية، أو وهبتك لأهلك، يلزمه الطلاق الثلاث في المدخول بها ولا تنفعه البينة في أنه أراد أقل من الثلاث، باعتبار الاستعمال في ذلك الزمان وأنها كنيات ظاهرة في الثلاث، فلا ينوي صاحبها ويقع الطلاق بناء على ما اشتهر من استعمال هذه الألفاظ في فك العصمة وإزالتها واشتهر كذلك في العدد الذي هو الثلاث، أما ما كان من الكنيات الخفية فإن الزوج ينوي في ذلك فمن قال لامراته: هذه أختي ونوى أخته في الدين لم تحرم عليه بذلك، ولا يعتبر مظاهراً لجريان اللفظ على لسانه اختياراً، أما ما ظهر قصده بخلاف معناه اعتبر قصده، إذ الأمور بمقاصدها.

وهل الأيمان مبنية على العرف أو النية أو الصيغ اللفظية؟

تحرير هذا: أن الأيمان عند الحنفية مبنية على العرف والعادة لا على المقاصد والنيات لأن غرض الخالف هو المعهود المتعارف عنده ويتقيد بغرضه، هذا هو الغالب عندهم. وقد ثبت أن الأيمان عندهم على الألفاظ لا الأغراض وقد ألف ابن عابدين رسالة أسياها رفع الانتقاص ودفع الاعتراض على قولهم الأيمان مبنية على الألفاظ لا على الأغراض، ولقد بين فيها أن هذه القاعدة وقاعدة أن الأيمان مبنية على العرف، بين أن كلاً من هاتين القاعدتين مقيّدة بالأخرى فقولهم: الأيمان مبنية على العرف معناه العرف المستفاد من اللفظ لا الخارج عن اللفظ اللازم له وقولهم: الأيمان مبنية على الألفاظ لا على الأغراض معناه الألفاظ العرفية، فإذا تعارض الوضع الأصلي للكلمة والوضع العرفي ترجّح الوضع العرفي.

وقد أوضح تقييد كل من القاعدتين للأخرى، بأن ذلك ينتج صوراً أربعة لأنه إما أن يوجد حقيقة الفعل ويفوت الغرض، أو توجد صورة الفعل والغرض، أو يوجد الغرض فقط،

(١) المغني، لابن قدامة المقدسي على مختصر الخرقي: ٨/٨١٢ إلى ٨١٦.

ويفوت الفعل، أولاً يوجد شيء منها والحنث إنما يتحقق في الوجه الأول فقط دون الثلاثة الباقية؛ مثال الأول الشراء بأحد عشر والمحلوف عليه بعشرة وغرض المشتري الخالف نقص الثمن عن الشعرة، فإذا اشترى بأحد عشر فقد اشترى بعشرة وزيادة ووجد الفعل المحلوف عليه وفات الغرض، وهذا هو شرط الحنث المطلق المترتب عليه حكمه، فلذا قالوا: إنه يحنث ولا يقال: إن الشراء بعشرة معناه الحقيقي عقد الشراء بعشرة والعقد بأحد عشر غير العقد بعشرة فلم يوجد الفعل المحلوف عليه لأننا نقول: إن الشراء بعشرة له معنى حقيقي وهو ما ذكرته ومعنى مجازي وهو التزام العشرة بإزاء الثوب المبيع والمراد المشتري وهو المعنى المجازي بقريئة حالية وهي أن الحامل له على اليمين من جهة المعنى هو التزام الثمن، وذلك الثمن هو العشرة التي سماها والعشرة تطلق على العشرة المنفردة، وهي هذا الحكم المنفصل الذي هو آخر مراتب الأحاد وأول مراتب العشرات وتطلق على المقرونة أي العشرة التي قرنت غيرها من الأعداء ولما كان الغرض من المشتري نقص الثمن عن العشرة وعدم التزامها بإزاء المبيع علم أن مراده مطلق العشرة أي الشاملة للمفردة والمقرونة، فإذا اشترى بالمفردة فلا كلام في أنه قد وجد الفعل وفات الغرض فيحنث وكذا لو اشترى بالمقرونة لأن غايته أنه وجدت العشرة التي امتنع من التزامها في الثمن ووجد معها زيادة وهي الدرهم الحادي عشر مثلاً وإذا وجد شرط الحنث ووجد معه زيادة فتلك الزيادة لا تمنع الحنث كما لو حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها ودخل داراً أخرى، فإنه يحنث وإن زاد على شرط الحنث. مثال الوجه الثاني البيع بأحد عشر، فقد وجدت صورة الفعل المحلوف عليه وهو البيع بعشرة التي في ضمن الأحد عشر ووجد أيضاً الغرض لأن غرض البائع الخالف الزيادة على العشرة وقد وجدت فلا يحنث لأن شرط الحنث وجود الفعل مع فوت الغرض وهنا لم يفوت الغرض، بل وجد على أن الفعل في الحقيقة لم يوجد أيضاً لأن مراد البائع في قوله لا يبيعه بعشرة العشرة المفردة.

أما المقرونة بالزيادة، فإنه غير ممتنع عنها، بل هو طالب لها وهي غرضه فإذا باع بأحد عشر، فقد وجد غرضه ولم يوجد الفعل المحلوف عليه حقيقة أي الذي أراد منع نفسه عنه، وإنما وجد صورة في ضمن الأحد عشر ولذا قيد الشرط بقوله: أما إذا وجد صورة الفعل وإلاً فحقيقة الفعل لم توجد وكيف توجد حقيقة الفعل الذي هو شرط الحنث مع وجود الغرض الذي يحصل به البر وهما متناقضان ومثال الوجه الثالث الشراء بتسعة في المسألة الثالثة من الأربعة المذكورة لأن المشتري الخالف مستنقص عن العشرة، فإذا اشترى بتسعة فقد وجد غرضه ولم يوجد الفعل المحلوف عليه أصلاً فيكون قد وجد شرط البر الكامل وفات شرط الحنث من كل وجه فلاحنث، مثال الوجه الرابع البيع بتسعة، فإذا حلف لا يبيع بعشر لم يوجد الفعل المحلوف عليه وهو العشرة ولا الغرض وهو الزيادة، بحيث فات الفعل لم يتحقق شرط الحنث الكامل، وإن فات الغرض لأن فوت الغرض لا يوجب الحنث ما لم يوجد الفعل؛ لأن

الحث شرطه وجود الفعل المقوت للغرض كما مر بلا حث^(١). هذا مذهب الحنفية، وقال الشافعية: الأيمان مبنية على الحقيقة اللغوية أي بحسب صيغة اللفظ لأن الحقيقة أحق بالإرادة والقصد إلا أن ينوي شيئاً فيعمل بنية فلو حلف ألا يأكل رؤوساً فأكل رؤوس حيتان، فمن راعى العرف، قال: لا يحث ومن راعى دلالة اللغة، قال: يحث، وكذلك يحث من حلف لا يأكل لحماً فأكل شحمًا مراعاة لدلالة اللفظ وقال آخرون لا يحث، والمذهب الشافعي يتبع مقتضى اللغة عند ظهورها وشمولها ويتبع العرف إذا اشتهر واطرد.

أما مذهب مالك فالمعتبر في الأيمان التي لا يصدر فيها حكم قضائي على حالفها بموجبها النية، وكذلك الدور نية المستحلف في الدعاوي ونية الحالف في غيرها، فإن عدمت النية فقرينة الحال، فإن عدمت فعرف اللفظ وما قصد الناس من عرف أيمانهم، فإن عدم فدلالة اللغة، وقيل: لا يراعى إلا النية أو ظاهر اللفظ اللغوي، وقيل: يراعى النية وبسوط الحال أي السبب الحامل على اليمين أو المقام وقرينة السياق في اصطلاح علماء المعاني. ولا ينفع الاستثناء في النذر وينفع في المشيئة في اليمين، أما الأيمان التي يقضي بها على صاحبها ففي مجال الاستثناء تراعى الضوابط على ما سبق من الترتيب وفي مجال القضاء لا يراعى إلا اللفظ في اليمين إلا ما يؤيد ما ادعاه من النية قرينة الحال أو العرف. قال الشاطبي: من مذهب مالك أن يترك الدليل للعرف ورد الأيمان إلى العرف مع أن اللغة تقتضي في ألفاظها غير ما يقتضيه العرف كقوله: والله لا دخلت مع فلان بيتاً فهو يحث بدخول كل موضع يسمى بيتاً في اللغة والمسجد يسمى بيتاً فيحث على ذلك إلا أن عرف الناس أن لا يطلقوا هذا اللفظ عليه فخرج بالعرف عن مقتضى اللفظ فلا يحث^(٢).

أما الحنابلة فمرجع الأيمان إلى نية الحالف، فإن نوى بيمينه ما احتمله اللفظ انصرفت بيمينه إليه لا فرق بين أن يكون ما نواه لظاهر اللفظ أم مخالفاً له لقول النبي ﷺ: إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى^(٣)، فإن لم ينو شيئاً رجع إلى سبب اليمين وما هيّجها وأثارها لدلالة ذلك على النية؛ فلو حلف لا يأوي مع امرأته في هذه الدار، فإن كان سبب بيمينه غيظاً من جهة الدار لضرر لحقه منها أو منة عليه بها اختصت بيمينه بها، وإن كان لغيظ لحقه من المرأة يقضي جفاءها ولا أثر للدار فيه تعلق بإبوائه معها في كل دار.

(١) ابن عابدين رسالة رفع الانتقاص ودفع الاعتراض على قولهم: الأيمان مبنية على الألفاظ لا على الأغراض، الرسائل: ٢٩٢/١.

(٢) الشاطبي، الاعتصام: ١٢١/٢، ط مصطفى محمد - القاهرة.

(٣) رواه البخاري ومسلم عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه، وقد رواه ثلاثون صحابياً؛ الأربعين النووية: ص ١٦؛ وشرح مسلم: ٥٣/١٣.

تعارض العرف مع الشهادة :

اختلف الفقهاء هل ينزل العرف منزلة شاهد واحد أو منزلة شاهدين إذا تعارضاً بأن شهد العرف لشخص واحد وشهد شاهد لشخص آخر فذهب الإمام البرزلي إلى أن العرف يعتبر كشاهد واحد فقط، وعلى هذا فمن شهد له العرف وجبت عليه اليمين لأن اليمين على المدعى عليه وهو من شهد له أصل أو عرف وما ذهب إليه البرزلي هو ما مال إليه جمهور الفقهاء وقيل: هو بمثابة الشاهدين وعندئذ لا تتوجه اليمين على من شهد له العرف^(١).

وقد علق المهدي الوزاني على الخلاف في هذه المسألة، فقال: أما كون المتقرر من العادات بمنزلة شاهد واحد فقط لا شاهدين، فهو المعتمد وقد رجح هذا الرأي الشيخ الزهوني، وفي العمليات نظم أبو زيد الفاسي هذا الخلاف، فقال: والمتقرر من العادات كشاهد أو شاهدين، وذكر الوالد رحمه الله في الطريقة المرضية أنه اختلف في العادة هل هي كشاهدين فلا يمين معها أو كشاهد يحتاج معها إلى اليمين وبين أن المشهور توجيه اليمين إن كان للمدعى فيه نزاع غير من احتج بالعادة فتجب اليمين على المحتج بها، فإن لم يكن منازع فلا يمين نقل ذلك عن صاحب الدكّانة الذي انتزعه من تعليل القرطبي وابن عرفه من عدم توجه اليمين على صاحب اللقطة لعدم منازع له فيها لكن ذكر الوالد أن ما ذكره عظم غير مطرد ينتقض بمسألة ما إذا زوج ابنته البالغ وهو ساكت حتى إذا فرغ أنكر بحدثان ذلك، فإنه يستحلف أنه لم يرض، فإن نكل لزمه النكاح وكان عليه نصف الصداق، قال خليل: وحلف رشيد وأجنبي وامرأة أنكروا الرضا والأمر حضوراً ذكره ابن يونس وحكاه صاحب اللباب عن ابن القاسم. وقال أبو عبد الله: لا يلزمه شيء وعليه فاليمين استظهار فقط لعله يقرّ وصوبه أبو عمران. وقد ذكر الونشريسي أن الخلاف في لزوم نكاح الناكل مبني على الخلاف في العادة. هل هي كالشاهد أو كالشاهدين، فإن قلنا كالشاهدين لزم النكاح بنكوله وعليه نصف الصداق، وإن قلنا كالشاهد لم يلزمه^(٢)، وعلى الرغم من ذلك أن جمهور الفقهاء مالوا إلى اعتبار العرف كشاهد واحد.

منزلة العرف بين الأدلة :

لقد استخرج أصحاب مالك الأصول والقواعد التي بنى عليها مذهبه من فروعه الفقهية التي قررها ودونوا هذه الأصول، فقالوا: كان مالك يأخذ بظاهر القرآن وبظاهر السنة وبمفهوم المخالفة وبفحوى الخطاب وبمراعاة الخلاف وليست هذه أقوالاً له مأثورة عنه وإنما هي

(١) عمر الفاسي منهاج الزقائنية: ص ٢١٠.

(٢) الطريقة المرضية في الإجراءات الشرعية، لمحمد العزيز جعيط: ص ٥١.

مستخرجة من الفروع فهي إذن مجهود العلماء الذين اتبعوا مذهبه فعملهم كعمل علماء الحديث بصحيح البخاري، إذ لم يبين الشروط التي اشترطها وإنما ذلك عمل من أتى بعده من المحدثين، وليس هذا إن هذه القواعد والأصول قد خفيت عنه أو لم يوجد في كلامه ما يفيدها، فقد يصرح بأخذه بعمل أهل المدينة وبين البواعث التي أدت به إلى الأخذ به، كما صرح بذلك في الموطأ وقد صرح أيضاً بما لا مجال للشك فيه بأنه أخذ بالقياس حتى قال ابن العربي في القبس إن مالكا قصد في الموطأ تبين أصول الفقه وفروعه (ص ٧) وبين أيضاً أن مالكا بنى موطأه على تمهيد الأصول للفروع ونبه فيه إلى معظم أصول الفقه التي ترجع إليها مسائله وفروعه فالإمام ولو لم يصرح بهذه القواعد بصريح العبادة، فقد كانت هذه بمثابة الأسس التي قامت عليها أقوال من أتى بعده وعليها استندوا في الترخيب والاستنباط وقد اختلف المالكية في عد هذه الأصول التي بنى عليها الفقه المالكي بعدها الشيخ محمد صالح المنجد صاحب التقييد على الرسالة أنها ستة عشر أصلاً وهي: نص الكتاب، وظاهره وهو العموم ودليله وهو مفهوم المخالفة، ومفهوم الموافقة، وتنبيه، وهو التنبيه على العلة ومن السنة مثل ذلك، فهذه عشرة ثم الإجماع وعمل أهل المدينة وقول الصحابي والاستحسان وسد الذرائع، واختلف قوله في مراعاة الخلاف فمرة اعتبره ومرة ألغاه. قال أبو يحيى الغرناطي شارح التحفة وابن ناظمها في شأن مراعاة الخلاف مانصه: مراعاة الخلاف لا يطردونه في جميع المواضع، ثم مراعاة الخلاف إما أن تكون صحيحة وإما أن تكون غير صحيحة، فإن كانت صحيحة جارية على أصول الشريعة وجب اعتبارها على الإطلاق، وأما اعتبارها في بعض المسائل دون بعض، فذلك يفتقر إلى ضابط يعرف به الموضوع الذي يجب أو يجوز أن يراعى فيه الخلاف من الذي لا يراعى فيه وقد أنهاها القرافي في تنقيح الفصول في الفصل الأول من الباب العشرين إلى تسعة عشر، قال: وذلك بالاستقراء وهي الكتاب والسنة وإجماع الأمة وإجماع أهل المدينة والقياس، وقول الصحابي والمصلحة المرسله والاستصحاب والبراءة الأصلية والعوائد والاستقراء وسد الذرائع والاستدلال والاستحسان والأخذ بالأخف والعصمة وإجماع أهل الكوفة وإجماع العترة وإجماع الخلفاء الأربعة^(١).

واستقراء القرافي ناقص، بدليل أن بعض علماء الأصول زاد على التسعة عشر التي ذكرها إجماع المصرين البصرة والكوفة وإجماع الحرمين والعرف والتعامل والعمل بالظاهر والأظهر والأخذ بالاحتياط والقرعة ومذهب كبار التابعين والعمل بالأصل ومعقول النص وشهادة القلب وتحكيم الحال وعموم البلوى والعمل بالشبهين ورؤيا النبي ﷺ والأخذ بأيسر ما قيل والأخذ بأكثر ما قيل وإجماع الصحابة وحدهم وقول الخلفاء الأربعة إذا اتفقوا وقول الصحابي إذا

(١) تنقيح الفصول بهامش حاشية منهج التحقيق والتوضيح لحل غوامض التنقيح: ٢٠٨/٢.

خالف القياس والرجوع إلى المنفعة والمضرة ذهاباً إلى أن الأصل في المنافع الإذن وفي المضار المنع، والقول بالنصوص والإجماع في العبادات والمقدرات وباعتبار المصالح في المعاملات وباقى الأحكام عند الطوفي وإجماع الأمم السالفة عند الإسفراييني والاقتران أي بين جملتين، فإنه يقتضي التسوية في الحكم بينهما عند المزني وأبي يوسف والاستدلال على انتفاء الشيء بانتفاء دليبه عند الإسفراييني ومفهوم اللقب عند جماعة وحكم العقل عند المعتزلة والهاتف أي الصوت المعلوم صدقه والأوهام أي الإلقاء في القلب وشرع من قبلنا وإن كان مرجع الجميع إلى الأصليين الكتاب والسنة كما نقله الزركشي عن بعضهم .

وقد رد الشاطبي في موافقاته الأدلة الشرعية إلى ضربين ما يرجع إلى النقل المحض وما يرجع إلى الرأي المحض وهذه القسمة هي بالنسبة إلى أصول الأدلة وإلا فكل واحد من الضربين مفتقر إلى الآخر لأن الاستدلال بالمنقولات لا بد فيه من النظر، كما أن الرأي لا يعتبر شرعاً إلا إذا استند إلى النقل، فأما الضرب الأول فالكتاب والسنة، وأما الثاني فالقياس والاستدلال ويلحق بكل منهما وجوه إما باتفاق وإما باختلاف، فيلحق بالضرب الأول الإجماع على أي وجه قيل به، ومذهب الصحابي وشرع من قبلنا لأن ذلك كله وما في معناه راجع إلى التعبد بأمر منقول صرف لا نظر فيه لأحد ويلحق بالضرب الثاني الاستحسان والمصالح المرسلة إن قلنا: إنها راجعة إلى أمر نظري وقد ترجع إلى الضرب الأول إن شهدنا أنها راجعة إلى العمومات المعنوية^(١).

ولقد صرح أبو بكر ابن العربي في العارضة بأن العرف أحد القواعد العشر التي تركبت عليها أحكام المعاملات في المذهب المالكي وما ذهب إليه الشاطبي من التقسيم له وجه صحيح حيث عمل أهل المدينة وقول الصحابي وقد اعتمدها مالك، فذلك باعتبار أنها من شعب السنة كما أن كلمة الرأي تشمل بعمومها المصالح المرسلة وسد الذريعة والعبادات والاستحسان والاستصحاب لأن هذه من مشمولات الرأي، وقد ذكر تاج الدين السبكي أن أصول مذهب مالك تزيد على الخمسمئة وهو في الواقع يشير إلى القواعد التي استخرجت من الفروع الفقهية في المذهب المالكي ولقد أنهاها القرافي في فروقه إلى خمسمئة وثمان وأربعين قاعدة وجمعها المقرئ في ترتيب الفروق في تسع وثلاثين ومئتين قاعدة . وأنها في قواعده إلى مئتين وألف قاعدة ولكن هذه القواعد في الحقيقة تفرعت عن تلك الأصول التي سبق ذكرها، ثم إن الإمام مالك رحمه الله لم ينص على هذه القواعد وإنما استنبطها أصحابه من فروعه الفقهية وقد لاحظ الشيخ أبو زهرة في كتابه مالك أن مذهب الإمام أكثر المذاهب أصولاً حتى إن علماء الأصول من المالكية حاولوا الدفاع عن هذه الكثرة، قال أبو زهرة: وإن نوع الأصول التي يرد بها المذهب

(١) الموافقات للشاطبي: ١٩/٣، ط بولاق المسألة الخامسة من كتاب الأدلة الشرعية.

المالكي على غيره ومسلكه في الأصول التي اتفق فيها مع غيره يجعلانه أكثر مرونة وأقرب حيوية وأدنى إلى مصالح الناس وما يحسون وما يشعرون . وبعبارة جامعة أقرب إلى الفطرة الإنسانية التي يشترك فيها الناس ولا يختلفون إلا قليلاً بحكم الإقليم والمنزح والعادات الموروثة^(١) .

أما توثيق هذه الأدلة في المذهب المالكي من حيث الاعتبار والحجة، فقد أوضحه القاضي أبو الفضل عياض في كتابه المدارك فذكر ترتيبه على ما يوجبه العقل ويشهد له الشرع تقديم كتاب الله تعالى على ترتيب وضوح أدلته من نصوصه، ثم ظواهره ثم مفهوماته ثم كذلك بسنة رسول الله ﷺ على ترتيب متواترها ومشهورها وآحادها ثم ترتيب نصوصها وظواهرها ومفهومها على ما تقدم في الكتاب، ثم الإجماع عند عدم الكتاب ومتواتر السنة وبعد ذلك عند عدم الأصول والقياس عليهما والاستنباط منها إذ كتاب الله مقطوع به وكذلك ما تواتر من سنة نبيه ﷺ وكذلك النص المقطوع به بموجب تقديم ذلك كله، ثم الظواهر، ثم المفهوم منها لدخول الاحتمال في معناها ثم أخبار الأحاد يجب العمل بها والرجوع إليها عند عدم الكتاب والتواتر وهي مقدمة على القياس لإجماع الصحابة على الفصلين وتركهم نظر أنفسهم متى بلغهم خبر ثقة عن النبي ﷺ وامتثالهم مقتضاه دون خلاف منهم في ذلك، ثم القياس أخيراً إذ إنما يلجأ إليه عند عدم هذه الأصول في النازلة فيستنبط من دليلها ويعتبر الأشباه منها على ما مضى عليه عمل الصحابة ومن بعدهم من السلف المرضيين وعلم من مذهبهم أجمعين وأنت إذا نظرت لأول وهلة منازع هؤلاء الأئمة وتقرير مأخذهم في الفقه والاجتهاد في الشرع وجدت مالكا رحمه الله ناهجاً في هذه الأصول مناهجها مرتباً لها مراتبها ومدارجها، مقدماً كتاب الله ومرتباً له على الآثار، ثم مقدماً لما على القياس والاعتبار تاركاً منها لما لم يتحمله عنده الثقات العارفون بما تحملوه أو ما وجد الجمهور والجم الغفير من أهل المدينة قد عملوا بغيره وخالفوه ولا يلتفت إلى من تأول عليه بظنه في هذا الوجه سوء التأويل وقوله ما لا يقوله، بل ربما يصرح أنه من الأباطيل، ثم كان من وضوعه عن المشكلات وتحريمه عن الكلام في المعوضات ما سلك به سبيل السلف الصالحين وكان يرجح الاتباع ويكره الابتداع والخروج عن سنن الماضين .

ثم سلك الشافعي سبيله وبسط مأخذه في الفقه وأصوله لكن خالفه في أشياء أداها إليها اجتهاده وثاقب فطنته ولم يخلصه من دركها عدم استقلاله بعلم الحديث والأثر وتزحزحه عن الانتهاء في معرفته، ثم ما جرى بينه وبين بعض المالكية بمصر وحمله عليه حتى تميز عنهم بعد أن كان معدوداً منهم وواحداً من جملتهم، فبان بأصحابه وتلاميذه وصرح من حيثئذ بالخلاف والرد على أكبر أساتيده .

وأما أبو حنيفة، فإنه قال بتقديم القياس والاعتبار على السنن والآثار بترك نصوص

(١) أبو زهرة، مالك: ص ٣٧، ط ٢.

الأصول وتمسك بالمعقول وآثر الرأي والقياس والاستحسان، ثم قدم الاستحسان على القياس بأبعد ما شاء وحدّ بعضهم استحسانه أنه الميل إلى القول بغير حجة وهذا هو الهوى المذموم والشهوة والحديث والبدعة حتى قال الشافعي: من استحسّن فقد شرع في الدين ولهذا خالفه صاحبه محمد وأبو يوسف في نحو ثلث مذهبه إذ وجدوا السنن تخالفهم فيها تركه لما ذكرناه من قصد لتغليبه القياس وتقديمه أو لم تبلغه ولم يعرفه إذ لم يكن من مثقفي علومه وبه شنع المشنعون عليه وتمهات الجراء على ذم البراء بالظعن إليه ثم ما تمسك به من السنن فغير مجمع عليه وأحاديث ضعيفة متروكة وبسبب هذا تحزبت طائفة أهل الحديث على أهل الرأي وأسأوا فيهم القول والرأي.

وأما أحمد وداود، فإنهما سلكا اتباع الآثار ونكبا عن طريق الاعتبار لكن داود خالف ذلك فترك القياس جملة واحدة هو وأصحابه من القول بالظاهر ما خالف فيه أئمة الأمة فخانه التمسك بربع أدلة الشريعة.

وجعل أحمد الخبر الضعيف خيراً من القياس وبديهة العقل تنكر هذا فلا خير في بناء على غير أساس وهذا اعتبار في التفضيل نبيل يدل المنصف على السالك منهم نهج السبيل هذا مأخذ الجميع في فقههم ونظرهم على ما في فهمهم^(١).

وكان مالك رحمه الله يرجح الأتباع ويكره الابتداع والخروج عن سنن الماضين، هذه نتفة عما يتعلق بالأصول، أما ما يتعلق بالقواعد فقد قسّمها المالكية إلى قسمين ما هي أصول لأمهات مسائل الخلاف وما هي أصول للمسائل، والقسم الأول هو مراد الإمام المقرري في قواعده فقد ذكر أنه قصد إلى تمهيد ألف ومثني قاعدة في الأصول القريبة لأمهات مسائل الخلاف وأضاف أنه يعني القاعدة كل كلي هو أخص من الأصول وسائر المعاني العقلية العامة وأعم من العقود وجملة الضوابط الفقهية الخاصة فهو لا يعني في قواعده القواعد الأصولية العامة ككون الكتاب والسنة والإجماع والقياس حجة أو كحجية المفهوم أو العموم وخبر الواحد أو ككون الأمر عند الإطلاق للوجوب والنهي للتحريم ولا قصد القواعد الفقهية الخاصة ككل ما لا يتغير لونه أو طعمه أو رائحته فهو طهور وكل حيتان البحر مباح في الأكل أو كل عبادة لا تصح إلا بنية وإنما أراد ما توسط بين هذين مما هو أصل لأمهات المسائل فهو أخص من الأصول العامة وأعم من الأحكام الجزئية الخاصة هذا هو غالب ما اشتمل عليه وإن كان قد تعرض لبعض قواعد أصولية وقواعد فقهية تكميلاً للفائدة وما من مذهب من المذاهب إلا وله تأليف وهذه القواعد كالأشباه والنظائر لابن نجيم الحنفي والأشباه والنظائر للسيوطي والقواعد

(١) ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعركة أعلام مذهب مالك، للقاضي عياض: ١/

لابن رجب الحنبلي وكل مذهب من المذاهب له قواعد اختارها واعتمد عليها في استنباط الأحكام وقد حصر أبو عبد الله بن عمر الدبوسي السمرقندي الحنفي مذهب الحنفية في أربعة عشر قاعدة وأنها ابن نجيم إلى تسعة عشر قاعدة في الأشباه وجعل القاضي الحسين مبنى الفقه الشافعي على أربعة قواعد كما في فتح الباري^(١)، وأنها ابن رجب الحنبلي في قواعده إلى مئة وستين قاعدة وأردفها بفصل اشتمل على عشرين قاعدة ألحقها بالقواعد فيها اختلاف في المذهب الحنبلي ينبني على الاختلاف فيها فوائده متعددة^(٢).

وأصحاب هذه المذاهب وإن ألقوا وقعدوا القواعد لكن مذهب الإمام مالك أغزر من بقية المذاهب في تقعيد القواعد والأصول كما أشرنا إليه وإذا كان بعض أهل العلم قد حصر قواعد المذهب في ست عشرة قاعدة أو سبع عشرة، كما نقل ذلك الفقيه ابن راشد عن شيخه أبي محمد صالح أن مالكا بن مذهب على ستة عشر والسابع عشر اختلفوا فيه وهو مراعاة الخلاف^(٣)، لكن المحققين من علماء المالكية قالوا إن ذلك لا يمكن ضبطه وحصره، ولقد ذكر الشيخ أبو زهرة في كتابه مالك، قال: وقد اختره (أي مذهبه) العلماء في عصور مختلفة فأتسع لمشاكلهم واختبره علماء القانون في عصرنا الحاضر فكان مسعفاً لهم في كل ما يحتاجون إليه من علاج لكثرة مجتهديه وكثرة أصوله ونوع الأصول التي أكثر منها وأنه أكثر المذاهب أصولاً^(٤)، هذه هي أصول المالكية والأدلة التي جعلوها مصادر لبناء الأحكام ولسائل أن يسأل عن منزلة العرف من بين الأدلة.

منزلة العرف بين الأدلة:

إن فقهاء الشريعة على اختلاف مذاهبهم متفقون على اعتبار العرف بصفة عامة دليلاً من الأدلة التي انبنت عليه كثير من الأحكام الفقهية إذا أعوزهم النص من الكتاب والسنة.

وبنوا على ذلك مجموعة من القواعد: (١) كقاعدة الثابت بالعرف كالثابت بالنص، (٢) وقاعدة العادة محكمة، (٣) وقاعدة العادة كالشرع، (٤) وقاعدة الممتنع عادة كالممتنع حقيقة، (٥) وقاعدة الحقيقة تترك بدلالة العرف والعادة، (٦) والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، (٧) وقاعدة استعمال الناس حجة يجب العمل بها، (٨) وقاعدة العبرة للغالب الشائع لا للنادر، (٩) وقاعدة العرف بين التجار كالمشروط بينهم، (١٠) وقاعدة إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت، (١١) وقاعدة الثابت بالعرف ثابت بالدليل الشرعي، (١٢) وقاعدة لا ينكر تغير الأحكام بتغير الزمان.

(١) فتح الباري بشرح صحيح البخاري، لابن حجر: ٢٧٦/٥.

(٢) قواعد ابن رجب: ص ٣٦٨.

(٣) منهج التحقيق والتوضيح لحل غوامض التنقيح: ١٧٧/١.

(٤) مالك لأبي زهرة: ص ٣٧٦ ط ٢.

والمقصود بتغير الزمان تغير العادات والأحوال من زمن إلى زمان أو من مكان إلى مكان واستناد التغيير للزمان وللمكان مجاز لأن الزمن لا يتغير وإنما الناس هم الذين يطرأ عليهم التغيير في أفكارهم وصفاتهم وعاداتهم وسلوكهم، مما يؤدي إلى وجود عرف عام أو خاص ويرتب عليه تبدل الأحكام المبنية على الأعراف والعادات من كل الأحكام الاجتهادية المستنبطة بالقياس أو المصلحة أو الاستحسان أو غيرها من الأدلة الفرعية، أما الأحكام الأساسية التي مصدرها النصوص من الأوامر والنواهي فلا تتبدل ولا تتغير فوجوب الصلاة والزكاة والجهاد وأداء الأمانة والصدق والإخلاص والقول والعمل وإباحة البيع والشراء والميراث وأنصباؤه ونحوها كحرمة الزنا وشرب الخمر وأكل الميتة وشهادة الزور والفرار من المعركة فهذه كلها أحكام مستقرة لا يؤثر فيها تغيير الزمان ولا المكان ولا الأشخاص، أما ما كان منشأ بنائه على العادات أو على صحة أو فساد الأخلاق، فهذا هو الذي يختلف فيه أنظار الأئمة والمجتهدين من زمن إلى زمان ومن مكان إلى مكان ومن شخص إلى شخص، وقد قال مالك: تحدث للناس فتاوى بقدر ما أحدثوا ذلك الأمر^(١).

وعن عمر بن عبد العزيز تحدث للناس أقضية على قدر ما أحدثوا من الفجور، فالأحكام المعللة بعلة ظنية والأحكام الاجتهادية المأخوذة من الأدلة الظنية والمبنية على مصالح العباد في المعاش والمعاد والتي بنيت على العرف، فإنها تتغير بتغير العلة والمصلحة والعرف وذلك هو العدل والرحمة والمصلحة وكل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور وعن الرحمة إلى النكاية وعن المصلحة إلى المفسدة وعن الحكمة إلى العبث فليست من الشريعة في شيء، لأن الشريعة كما يقول ابن القيم: عدل الله بين عباده ورحمته بخلقه وظله في أرضه وحكمته الدالة عليه وعلى صدق رسوله ﷺ وهي نوره الذي أبصر به المبصرون^(٢).

وإن كثيراً من أعمال الناس وألفاظهم ومعاملاتهم وشؤون حياتهم تقوم على ما اعتادوه وتعارفوه؛ ذلك أن القواعد الشرعية المعتمدة على النصوص لا تستوعب جميع التفاصيل ولا المسائل المتجددة، وهي وإن كانت تتخذ أساساً في نصها أروحها للاجتهاد وبيان الأحكام، فإن العرف يساعد كثيراً في هذا الاجتهاد ويعين المجتهد على فهم الواقع وتطبيق الحكم الشرعي عليها سواء أكان ذلك في معاني الكلمات وعبارات الناس أو في معاملاتهم وعقودهم حتى أصبح العرف الصحيح ذريعة إلى تبدل الأحكام وتغيرها باختلاف أعراف الناس في بيئتهم المختلفة وأماكنهم المتغيرة وهذا هو سبب تغير اجتهادات الإمام الشافعي في كثير من المسائل بين حكمه عليها حين كان في بلاد العراق وحكمه عليها حين انتقل إلى مصر حيث رأى تغير

(١) شرح الزرقاني على الموطأ: ٢٠٤/٤.

(٢) أعلام الموقعين عن رب العالمين، لابن القيم الجوزية: ٣/٣.

أعراف الناس وعاداتهم يعدل في اجتهاداته حتى صارت تعرف بالمذهب الجديد واجتهاداته بالعراق بالمذهب القديم وجميع الأئمة اعتبروا العرف الصحيح في الأحكام الشرعية، ومالك كما قدمنا وأتباعه أقاموا للعرف وزناً كبيراً وأخذوا به في كل ما لا نص فيه قطعي وتركوا القياس إذا خالف العرف، وقد قال القرطبي في باب الاستحسان: إن من ضروب الاستحسان ترك القياس لأجل العرف وجعلوه يخصص العام ويقيد المطلق، وقد صرح الزيلعي: أن العرف من أقوى الحجج في مشروعية المضاربة^(١).

كما ذكر الشافعية في كثير من الأحكام تعليل مشروعيتها بجريان العادة والعرف بين الناس، مثل اعتبار الحب في غالب قوت البلد ودخول الحمام من غير تعيين مدة المكث ومقدار الأجرة بجريان العرف والتسامح في مثل هذا^(٢).

وقد نقل الشيخ أبو زهرة نصوصاً كثيرة من المذهب المالكي موضعاً أنها كانت شهادة باعتبار العرف أصلاً من أصول الاستنباط وأنه كثيراً ما يتفق مع المصلحة وإن المصلحة أصل بلا نزاع في مذهب مالك على أن العرف يقتضي تأليف النفوس لما يكون من أحكام تكون على مقتضاه ومخالفته تؤدي إلى الحرج والمشقة وهما مرفوعان في الشريعة كقوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾.

والله من رحمته بعباده إنما يشرع ما يستسيغه الناس وبألفونه لا ما يكرهونه ويبغضونه إذ الشريعة ليست بنكاية كما قدمنا. ولأن العرف إذا لم يكن على رذيلة وهو العرف المحترم الصحيح يكون احترامه مقبولاً للوحدة دافعاً لاجتماع كلمة الأمة رابطاً بين الناس وإن مخالفته هدم لهذه المآثر. وبناء على ما نقلنا ندرك أن مرتبة العرف تأتي مباشرة بعد مرتبة الكتاب والسنة حيث إنه يرجع إلى المصلحة وحيث هو راجع إلى المصلحة كان في مرتبتها إذ ليس بعد كتاب الله وسنة رسوله إلا المصلحة، ولا شك أن الإجماع لم يراع فيه المجتهدون إلا المصلحة ومهما تحققت المصلحة سار الناس إليها ومهما استعصى الأمر على المجتهد وعدم النص من الكتاب والسنة ولا ح له عرف صحيح إلا أخذ به واعتمد عليه، لأن العمل به كفيل بتحقيق المصلحة، بوساطته يدرك المنفعة أو المفسدة فيقرر ما تقتضيه من مصلحة ويرفض ما فيه مفسدة، ولقد اعتبره العلامة الشيخ محمد الطاهر بن عاشور مصدراً فظرياً حيث يقول: ونحن إذا وجدنا النظر في المقصد العام من التشريع نجده لا يعدو أن يسائر حفظ الفطرة والحذر من خرفها واختلالها ولعل ما أفضى إلى خرق عظيم فيها يعد في الشرع محظوراً ممنوعاً وما أفضى إلى حفظ كيائها يعد واجباً وما كان دون ذلك في الأمرين فهو منهي أو مطلوب في الجملة

(١) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق: ٢٩/٦، ط الأميرية.

(٢) المحلى: ٧١/٤.

وما لا يمسه مباح، ثم إذا تعارضت مقتضيات الفطرة، ولم يمكن الجمع بينهما في العمل يصار إلى ترجيح أولاهما وأبقاها على استقامة الفطرة، فلذلك كان قتل النفس أعظم بالإنسان بعد الشرك، وكان الترهيب منهاً عنه، وكان خصاء البشر من أعظم الجنايات، ولم يجز الانتفاع بالإنسان انتفاعاً يفيت عينه أو يعطلها كالتمثيل بالعبد بخلاف الانتفاع بالحيوان، وكان إتلاف الحيوان بغير أكله ممنوعاً ومن هنا تعلم أن القضاء بالعوائد يرجع إلى معنى الفطرة لأن شرط العادة التي يقضى بها أن لا تنافي الأحكام الشرعية فهي تدخل تحت حكم الإباحة وقد علمت أنها من الفطرة إما لأنها لا تنافيها وحينئذ فالحصول عليها مرغوب لفطرة الناس وإما لأن الفطرة تناسبها وهو ظاهر^(١).

وقد ظهر بما نقلنا أن العرف أصل ومصدر في الشريعة أصل لأن منه يأخذ الفقيه الحكم ويبينه عليه فيكون أصلاً بهذا الاعتبار وهو مصدر لأنه منه يأخذ الفقيه الحكم ويبينه عليه فيكون أصلاً بهذا الاعتبار وهو مصدر لأنه منه يأخذ وهو بالنسبة للأصولي دليل لأنه يرشده إلى الأحكام نعم هو دليل ظني لا يرقى إلى الأدلة القطعية المأخوذة من الكتاب والسنة إذا كانت قضية الثبوت قطعية الدلالة فهو أقل منها رتبة بهذا الاعتبار هذه منزلة العرف بين الأدلة.

وكما انبنى على العرف مجموعة من القواعد الفقهية، انبنى عليه أيضاً قواعد أصولية كالاستحسان والاستصحاب والمصالح المرسلة، فإن بعض أنواع الاستحسان، كاستحسان الضرورة مبني على العرف، إذ القياس مثلاً يقتضي منع بين المدوم وبينه عليه منع بين السلم والاستصناع ونحوها ولكنها جازت استحساناً عند الحنفية، كذلك تنجيس ما وقعت فيه النجاسة فقد حكم الحنفية بطهارة الحيض والأبار استحساناً وهو مبني على العرف^(٢)، ولذلك قالت الحنفية في تعريف الاستحسان: دليل ينقدح في عقل المجتهد يقتضي ترجيح قياس خفي على قياس جلي أي مقتضى الإباحة في مقابلة ما يقتضيه القياس من المنع والخطر ولذلك اعتبره الحنفية دليلاً شرعياً، وقالوا: نأخذ بالاستحسان ما استقام، يعنون أن الاستحسان قياسي خفيت علته بالنسبة إلى قياس ظاهر متبادر^(٣).

والعلة كثيراً ما تكون تعامل الناس وعرفهم في هذا التعامل وحاجتهم إليه، ومثل الحنفية المالكية في الاستحسان، إذ هو إثارة مقتضى الدليل على طريق الاستثناء والترخيص لمعارضة ما يعارض به في بعض مقتضياته وقد عرفه الشاطبي في موافقاته، فقال: الأخذ بمصلحة جزئية في مقابلة دليل كلي يقتضي النفع، قال ابن العربي في ترك الدليل العام: أسباب ترك الدليل أربعة: يترك الدليل للمصلحة، ويترك للتيسير ورفع الحرج، ويترك للإجماع، ويترك

(١) مقاصد الشريعة الإسلامية، للشيخ محمد الطاهر ابن عاشور: ص ٥٩، ٦٠، ط دار النشر.

(٢) انظر بدائع الصنائع، للكسائي: ١١٣/١.

(٣) أصول الفقه للخضري: ص ٣٦٧.

للعرف^(١)، وهذا الأخير هو الاستحسان المبني على العرف ومن هنا جاء مثلاً تضمين الصناعات في الأعيان بصنعتهم مع أن الأصل أن لا ضمان على مؤتمن ومن هنا أيضاً جاء عدم اعتبار الربا في القليل اليسير التافه كما هو كميبي في كتب الفقه وما يؤثر عن الإمام مالك عن هذا الاستحسان أنه تسعة أعشار العلم^(٢).

وقد قال بمثل هذا الاستحسان كثير من العلماء حتى من ورد عنهم القول بإنكار الاستحسان ولقد ذكر الشوكاني عن بعض الأصوليين أنه العدول عن حكم الدليل إلى العادة لمصلحة الناس، فقالوا: إن كانت العادة هي الثابتة في عصر النبوة، فقد ثبت بالسنة وإن كانت هي الثابتة في عصر الصحابة من غير إنكار، فقد ثبت بالإجماع^(٣)، وعلى هذا فهو حكم، قال على العادة والعرف.

كذلك الاستصحاب يعتمد في بعض أحكامه على العرف ومعناه استدامة ما كان ثابتاً، أو نفي ما كان منقياً، أي: بقاء ما كان نفيًا وإثباتاً حتى يقوم الدليل على تغيير حالته^(٤). وهو اعتقاد كون الشيء في الماضي أو الحاضر يوجب ظن ثبوته في الحال أو الاستقبال كما هو عند القرافي^(٥)، باعتبار ما كان عليه الأمر أو الحكم فيما مضى مستمراً إلى حال المتكلم يستمر العمل ما لم يصادم نصاً أو يقم دليل على عدم اعتباره، والاستصحاب حجة عند المالكية والحنابلة وأكثر الشافعية والظاهرية عند عدم الدليل، وقال به أيضاً الحنفية إذا كان للدفع لا للرفع ويعبرون عنه باستصحاب الحال سواء كان عرفاً أو وصفاً مثبتاً للحكم مثل استصحاب اليقين في الطهارة^(٦).

ومن هنا بنوا قاعدة أن اليقين لا يزول بالشك وما ثبت باليقين لا يزول إلا باليقين والأصل بقاء ما كان على ما كان مما تفرع عن ذلك من الفروع الفقهية في الطهارات والعبادات والطلاق إلى غيرها من المسائل^(٧).

وكذلك المصالح المرسلة وهي التي لم يشهد لها من الشرع بالبطلان ولا بالاعتبار نص معين وترجع إلى حفظ مقصود الشارع مما علم كونه مقصوداً بالكتاب والسنة والإجماع.

- (١) الاعتصام، للشاطبي: ٣٢٠/٢.
- (٢) الموافقات، للشاطبي: ١١٨/٤.
- (٣) إرشاد الفحول، للشوكاني: ص ٢٤١.
- (٤) أعلام الموقعين عن رب العالمين، لابن القيم: ١/٢٦٤.
- (٥) تنقيح الفصول، للقرافي: ص ١٩٩.
- (٦) إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، للشوكاني: ص ١٣٧.
- (٧) انظر الأشباه والنظائر، لابن نجيم: ص ٥٧ - ٦٣.

والمصلحة هي ما به قوام الحياة من المنافع ودفع المضار وهي تؤخذ بالقياس عند الشافعي وبالقياس والاستحسان عند أبي حنيفة، أما مالك رحمه الله فيرى أن المصلحة أصل بذاتها وأن أحكام الشرع ما جاءت إلا لتحقيق مصلحة أو درء مفسدة، ولكنها قد تعرف بالنص الخاص وقد تطلب من النص العام أي أن مرجعها إلى مجموعة من النصوص كما هو في قوله عليه الصلاة والسلام: «لا ضرر ولا ضرار»، وقوله: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾. ومما تفرع عنها ضرب التهم ليقرب بالمسروق وزواج امرأة المفقود بعد أربعين سنة من انقطاع خبره لترجيح مصلحة الزوجة واعتداد المرأة المطلقة التي يمتد طهرها بثلاثة أشهر فوق مدة الحمل لثلاً لتضرر بطول العدة^(١)، ومعلوم أن من أعظم ما يعين جهة النفع والضرر العرف، فإن كانت جهة الضرر غالبية كانت مفسدة بالمعنى العرفي، وإن كانت جهة النفع غالبية كانت مصلحة بالمعنى العرفي^(٢)، والمصلحة المرسله التي تبنى على اختلاف أوضاع الناس وأعرافهم وتقاليدهم وعاداتهم هي المصلحة المرسله المبينة على العرف.

علاقة العرف وارتباطه بالقرائن :

القرائن جمع قرينة والمراد بها عند الفقهاء الإمامة الظاهرة تقارن الشيء الخفي، فتدل عليه، مأخوذة من المقارنة بمعنى الموافقة والمصاحبة وهي تتفاوت قوة وضعفاً فقد ترتقي في القوة إلى درجة اليقين، وقد تضعف حتى تنزل دلالتها إلى درجة مجرد الاحتمال، ولقد عقد ابن فرحون في التبصرة باباً في قضاء ما يظهر من قرائن الأحوال والأمارات، واستدل على اعتبارها من الكتاب والسنة وعمل السلف^(٣)، فمن الكتاب قوله تعالى: ﴿تَعْرِفُهُمْ بِسِيمَاهُمْ﴾ دل على السيماء المراد بها حال يظهر على الشخص كمثل، إذا رأيناه ميتاً في دار الإسلام وعليه زنار وهو غير محتون لا يدفن في مقابر المسلمين، ويقدم ذلك على حكم الدار في قول أكثر العلماء، وكذا قوله تعالى: ﴿وَجَاءَ وَعَلَى قَمِيصِهِ يَدْمٌ كَذِبٌ﴾.

قال عبد المنعم بن الفرس: روي أن أخوة يوسف عليه الصلاة والسلام لما أتوا بقميص يوسف إلى أبيهم يعقوب تأمله فلم يرفه خرقاً ولا أثر ناب، فاستدل بذلك على كذبهم، وقال لهم: متى كان الذئب حليماً يأكل يوسف ولا يخرق قميصه. قال القرطبي في تفسيره: قال علماءنا لما أرادوا أن يجعلوا الدم علامة صدقهم، قرن الله بهذه العلامة علامة تعارضها وهي سلامة القميص من التمزيق إذ لا يمكن افتراس الذئب ليوسف وهو لابس القميص ويسلم

(١) الموافقات، للشاطبي: ١٦/٢ وما بعدها، تفسير المنار: ١٩٤/٧.

(٢) المدخل الفقهي، للأستاذ الزرقاء: ٩٥/١، ط ٩.

(٣) تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، لابن فرحون: ٩٥/٢، ط حلب سنة ١٣٠٢هـ.

القميص وأجمعوا على أن يعقوب عليه الصلاة والسلام استدل على كذبهم بصحة القميص، فاستدل الفقهاء بهذه الآية على أعمال الأمارات في مسائل كثيرة من الفقه، وقال تعالى: ﴿وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِّنْ أَهْلِهَا إِن كَانَ قَمِيصُهُ قُدِّمَ مِنْ قَبْلِ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ الْكَاذِبِينَ * وَإِن كَانَ قَمِيصُهُ قُدِّمَ مِنْ دُبُرٍ فَكَذَبَتْ وَهُوَ مِنَ الصَّادِقِينَ * فَلَمَّارَةً أَقِيمِصُهُ قُدِّمَ مِنْ دُبُرٍ قَالَ إِنَّهُ مِنْ كَيْدِكُنَّ إِنَّ كَيْدَكُنَّ عَظِيمٌ﴾ [سورة يوسف: الآيات ٢٦ - ٢٩].

قال ابن الفرس هذه الآية يحتج بها من العلماء من يرى الحكم بالأمارات والعلامات فيما لا تحصره البيئات^(١).

هذا من القرآن، وأما من السنة النبوية فمنها أنه ﷺ حكم بموجب اللوث في القسامة وجوز للمعدن أن يلحفوا خمسين ميناً ويستحقوا دم القتل في حديث حويصة ومحيسة، واللوث دليل على القتل، فإن قيل: أين اللوث أحجب بأن الحديث فيه ذكر العداوة بينهم، وأنه قتل في بلدهم وليس فيها غير اليهود، قال المازري رحمه الله تعالى: وعندني أن الأظهر في الجواب أن القرائن تقوم مقام الشاهد، فقد يكون قد قام من القرائن ما دل على أن اليهود قتلوه ولكن جهلوا عين القاتل، ومثل هذا لا يبعد إثباته لوئاً، فلذلك جرى حكم القسامة فيه والله أعلم. ومنها ما ورد في الحديث الصحيح في قضية الأسرى من قريظة لما حكم فيهم سعد أن تقتل المقاتلة وتسبى الذرية، فكان بعضهم يدعي عدم البلوغ، فكان الصحابة يكشفون عن مؤثرتهم فيعلمون بذلك البالغ من غيره، وهذا من الحكم بالأمارات، ومنها أنه ﷺ أمر الملتقط أن يدفع اللقطة إلى واصفها، وجعل وصفه لعفاصها ووكائها قائماً مقام البينة ومنها حكم رسول الله ﷺ وخلفائه من بعده بالفاقة وجعلها دليلاً على ثبوت النسب وليس فيها إلا مجرد الأمارات والعلامات، ومنها أن ابني عفرأ تداعيا قتل أبي جهل يوم بدر، فقال لهما رسول الله ﷺ: «هل مسحتما سيفكما»، قالوا: لا، فقال ﷺ: «أريان سيفكما»، فلما نظر فيهم قال لأحدهما: هذا قتله وقضى له بسلبه»، ومنها أنه ﷺ أمر الزبير بعقوبة الذي اتهمه بإخفاء كنز ابن أبي الحقيق، فلما ادعى أن النفقة والحروب أذهبتة قال ﷺ: «العهد قريب والمال كثير». ومنها أنه ﷺ فعل بالعرفين ما فعل بناء على شاهد الحال ولم يطلب بيته بما فعلوا ولا وقف الأمر على إقرارهم^(٢).

وأما من فعل السلف فمنها حكم عمر بن الخطاب رضي الله عنه والصحابة معه متوافرون بجرم المرأة إذا ظهر بها حمل ولا زوج لها، وقال بذلك مالك وأحمد بن حنبل اعتياداً على القرينة الظاهرة، ومنها ما رواه ابن ماجه وغيره عن جابر بن عبد الله، قال: أردت السفر

(١) تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، لابن فرحون: ٩٥/٢، ط البهية مصر ١٣٠٢هـ.

(٢) نفس المصدر: ٩٧/٢.

إلى خير، فقال لي رسول الله ﷺ: «إذا جئت وكيلي فخذ منه خمسة عشر وسقاً، فإذا طلب منك آية فضع يدك على ترقوته (هي العظم الذي بين ثغرة النحر والعاتق من الجانبين)، فأقام العلامة مقام الشهادة. ومنها قوله ﷺ: «الأيمن أحق بنفسها من وليها والبكر تستأمر في نفسها وإذنها صماتها»، فجعل صماتها قرينة على الرضا وتجوز الشهادة عليها بأنها رضيت وهذا من أقوى الأدلة على حكم القرائن، ومنها حكم عمر بن الخطاب وابن مسعود وعثمان رضي الله عنهم ولا يعلم لهم مخالف بوجوب الحدّ على من وجد من فيه رائحة الخمر أو قاءها اعتياداً على القرينة الظاهرة وهو مذهب مالك رضي الله عنه^(١).

والقرائن تنقسم إلى قسمين قرينة عقلية وقرينة عرفية فالقرينة العقلية هي التي تكون النسبة بينها وبين مدلوها ثابتة يستتجها العقل دائماً كوجود المسروق بيد المتهم بالسرقة أو بيئته. والعرفية هي التي تكون النسبة بينها وبين مدلوها قائمة على عرف وعادة تتبعها دلالتها وجوداً وعدمها وتبدل بتبدها كسواء المسلم شاة قبيل عيد الأضحى، فإنها قرينة عرفية على قصد الأضحى وكسواء الصائغ حلياً، فإنه قرينة على أنه اشتراه للتجارة ولولا عادة التضحية عند الأول والتجارة عند الثاني لما كان ذلك قرينة^(٢).

وتنقسم القرائن باعتبار آخر إلى قرائن شرعية أو قانونية وإلى قرائن قضائية، فالقرائن الشرعية هي التي يعتد بها الشارع أسباباً في بعض الأحكام، أما القرائن القضائية فهي التي يتخذها القاضي دليلاً في تخصيص الوقائع وإثباتها ويعود إليه تقدير دلالتها، والنوع الأول أي القرائن الشرعية أو القانونية هي في الأغلب من نوع القرائن العقلية، لأن الشارع يبني عليها حكماً ثابتاً، فيجب أن يقام على نسبة ثابتة بين الدلالة ومدلوها، كما في حكم التقادم وطلاق الفرار، أما القرائن القضائية فقد تكون عقلية وقد تكون عرفية لأن القضاء يستأنس بجميع الأدلة ولو وقتية^(٣).

وفقهاء الإسلام اعتبروا القرائن والعلامات من الأدلة المثبتة التي يعتمد عليها في القضاء ولكنهم اختلفوا هل القرينة وحدها كافية تشهد لمدعيها وتحط عنه اليمين أو لا بدّ له من أداء اليمين وهذا بناء على أن العرف هل يقوم مقام شاهد واحد أو شاهدين، وقد نقلنا الخلاف في ذلك نقلنا عن الطريقة المرضية في الإجراءات الشرعية للشيخ الوالد رحمه الله حين كلامه على بيان المدعي من المدعى عليه، وقد قال المازري في الجواهر: الأظهر أن القرينة تقوم مقام الشاهد والحق أن هذه القرائن إما أن تكون قطعية وإما أن تكون ظنية، فإن كانت قطعية كانت

(١) نفس المصدر: ٩٧/٢.

(٢) انظر المدخل الفقهي العام، للأستاذ الزرقاء: ٩١٩/٢، ط القباء دمشق ١٩٦٧م.

(٣) نفس المصدر: ٩٢٣/٢.

كافية قائمة مقام البينة، كما إذا رأينا رجلاً مذبحاً في منزل والدم يسيل منه وليس في الدار أحد، ورأينا رجلاً قد خرج من الدار مضطرباً في حالة منكرة، علمنا أنه الذي قتله، وكان لوثاً يوجب القسامة، والقود للقرينة الظاهرة، وهي المسألة الأربعين من المسائل التي ذكرها ابن فرحون في بيان عمل فقهاء الطوائف الأربعة بالحكم بالقرائن والأمارات ومثل لذلك بخمسين مسألة^(١).

أما الحالة الثانية، فإن الفقهاء يعتمدونها دليلاً أولاً يترجح بها قول المدعي مع يمينه إلى أن يثبت خلافها، وقد اتفق مالك وأبو حنيفة على اعتبار القرائن وخالف الشافعي في ذلك ظناً منه أن في هذا مناقضة ومخالفة للحديث المشهور البينة على المدعي واليمين على من أنكر^(٢).

ولقد أوضح محمد علي حسين أن لا مخالفة بين العمل بالقرائن وبين ما جاء في حديث البينة على المدعي واليمين على من أنكر ذلك أن القاعدة أن المدعي من خلا قوله عن أصل أو عرف وأن المدعي عليه من عضده أصل أو عرف، فالمدعي الدين على غيره على خلاف الأصل؛ إذ الأصل براءة الذمة فالمطلوب من المنكر هو على وفق الأصل. والمدعي ردّ الودعة وقد قبضها بيّنة هو المدعي، لأن قوله على خلاف الظاهر والعرف بسبب أن الغالب أن من قبض بيّنة أن لا يرد إلا بيّنة، والمدعي عدم القبض هو على وفق الظاهر والعرف يشهد له وهذه القاعدة تقتضي أن المرأة إذا ادعت قناعاً وشبهه مما هو يختص بالنساء كان قولها على وفق الظاهر وقول الزوج على خلافه فكان مدعياً وهي مدعياً عليها، وقد نقلنا عن الطريقة المرضية للشيخ الوالد أن معرفة المدعي من المدعي عليه هو مناط الوتر ومحور النظر ومحل الاهتمام إذ يتميز أحدهما عن الآخر يتنكب عن الخطأ في تكليف أحدهما بغير ما عينه الشرع له، وعليه فمخالفة الشافعي في الاعتماد على القرائن ودعوى أنها تعاكس ما ورد في الحديث من أن البينة على المدعي واليمين على من أنكر لا يقوم حجة، بل وهي المعينة لمعرفة المدعي من المدعي عليه، كما ذكره الوالد رحمه الله في الطريقة المرضية وعلى أساس الاعتماد على القرائن العرفية، قرّر الفقهاء حلولاً كثيرة في شتى الحوادث في اختلاف الزوجين في حال العصمة وبعد الفراق أو الموت وإجراء الحكم حسب القرائن والعادات وما يقتضيه العرف من اختصاص ذلك بالرجال أو النساء، أما ما كان مشتركاً يصلح لهما معاً كالدار يسكنها والماشية يتصرفان فيها، فيترجح قول الزوج لأنه صاحب اليد وهي قرينة على اعتبار الملك، فقال مالك: إذا اختلفا وهما زوجان أو عند الطلاق قضي للمرأة بما هو شأن النساء وللرجل بما هو شأن الرجل وما يصلح لهما قضي به للرجل لأن البيت بيته في العادة، فهو تحت يده فقدم لأجل اليد كما في التبصرة وكذا لو اختلف المتبايعان في قبض السلعة أو الثمن فالأصل بقاء الثمن بيد

(١) تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، لابن فرحون: ٩٣/٢ - ١٠١.

(٢) أخرجه البخاري في الرهن والتمذي وابن ماجه في الأحكام.

المتاع وبقاء المبيع بيد البائع ولا ينتقل ذلك إلا ببيّنة أو عرف كالسلع التي جرت العادة أن المشتري يدفع ثمنها قبل أن يبينها كاللحم والخضر ونحوها فيحكم في ذلك بالعرف والعادة. ولو اختلف عطار ودباغ في العطر والجلد أو اختلف فقيه وحداد في نحو الجبة والكير كانت لها عليه يد حكمية، أو تنازع رجل وامرأة ربحاً يتجاذبانه فالقول في هذا كله قول من شهد له العرف والعادة وقرائن الأحوال فالجبة للفقير والكبير للحداد والرمح للرجل وكل هذا مع اليمين^(١).

وقد عقد ابن فرحون في تبصرته باباً وهو السابع والخمسون في القضاء بالعرف والعادة، ونقل عن ابن يونس قال: إذا فرعنا على مذهب مالك فمن قضي له بشيء حلف عليه، وقال الإمام سحنون: ما عرف بأحدهما لا يلحف عليه، قال ابن القاسم: فما ولي الرجل بشرائه من متاع النساء وشهدت به البيّنة أخذ بعد يمينه أنه ما اشتراه إلا له وكذلك المرأة ومن الشيوخ من نفى الخلاف عن ذلك، وقال: إذا ادّعت المرأة شيئاً من متاع النساء وكذبها الرجل أو ادّعى الرجل شيئاً من متاع الرجال وكذّبته المرأة فلا خلاف في تعلق اليمين في ذلك، وإنما الخلاف في وجوب اليمين إذا تنازع ورثة الزوجين أو تنازع ورثة أحدهما مع الآخر دون تحقيق الدعوى فيجري الخلاف على الخلاف في إيمان التهم وهذه طريقة ابن رشد والطريقة الأولى أسعد بنقل المتقدمين والذي قاله هذا الشيخ هو الذي تشهد له أصول المذهب، وقد ذكر في هذا الباب سبعة عشر فرعاً وتنبهات ثلاث وقاعدة ومسائل تسع وكلها تحوم حول موضوع سلطان العرف والعادة حول القضاء والفتيا كما ذكر^(٢).

وقد ذكر في الباب الخامس والعشرين بالقضاء بقول المدعي لرجحانه بالعوائد وقرائن الأحوال أو لانصافه بالأمانة أو غير ذلك من وجوه الترجيح، وقد ذكر نبذة من مسائل هذا الباب فذكر منها قبول قول المرأة في الإصابة إذا خلاها خلوة اهتداء ويحكم عليه بالصداق وإن كان منكرًا للوطء لأن الخلوة بها أول مرة يشهد العرف والعادة أن الرجل لا يفارق المرأة حتى يصل إليها وهل يلزمها يمين أم لا قولان، وفي خلوة الزيارة قولان، قيل: القول لها وهو الأشبه عند أبي زيد، وقيل: قول الزائر منها وهو المشهور، وقيل: القول قول الثيب وينظر النساء للبكر.

المسألة الثانية: إذا أقر الوصي أنه قبض من الغرماء ما عليهم وضاع صدق وإن لم تقم بيّنة على الدفع لكونه قائماً مقام الأب في الشفعة والأمانة.

المسألة الثالثة: إذا أقر الأب أنه قبض النقد من صدق ابنته من الزوج وادعى تلفه

(١) تبصرة الحكام: ٦٦/٢.

(٢) نفس المصدر: ٦٤/٢ - ٧٤.

فالأب مصدق عند ابن القاسم وإن كان قبضه بغير معاينة البينة ويبرأ الزوج ويدخل بزوجه ويلزم الأب اليمين لحق الزوج في تجهيز زوجته به .

المسألة الرابعة: إذا ادعى المعترض أنه وطئ زوجته، فالقول قوله مع يمينه، وقيل: بغير يمين، قاله مالك في الواضحة، وقيل: بنظر النساء البكر والأول هو المشهور .

المسألة الخامسة: يقبل قول الوصي فيما اتفق على اليتيم إذا أشبهه قوله الصدق وقيل يقبل قوله فيما اتفق في عمارة ريعه وختانه إذا أشبهه الصدق .

المسألة السادسة: يقبل قول الزوج أنه أنفق على زوجته إذا كان مقيماً معها وادعت أنه لم ينفق عليها لشهادة العرف له .

المسألة الثامنة: يقبل قول المرأة أنها انقضت عدتها ولا يمين عليها إذا كان الزمن ممكناً وإن كان على خلاف عاداتها .

المسألة التاسعة: إذا ادعت المرأة أن عدتها انقضت بسقط قبل قولها وإن كان ذلك بعد الطلاق بيوم ولا يمين عليها ولا يلتفت إلى تكذيب الجيران لها .

المسألة العاشرة: يقبل قول الأمة إن هذا الولد الذي معها ولدها فلا تجوز التفرة بينها في البيع ولا يعمل بقولها في الميراث فلو عتقا لم يتوارثا بدعواهما .

المسألة الحادية عشر: إذا خيف عرق المركب وطرح منه ما يرجى به سلامته فالقول قول المطروح متاعه فيما يشبهه وقال ابن القاسم هو مصدق مع يمينه في ثمن متاعه المطروح ما لم يأت بما يستنكر وقال سحنون: لا يمين عليه إلا أن يتهم فيحلف .

المسألة الثانية عشر: إذا ادعى المساقى أنه دفع لرب الحائض الجزء الذي ساقاه عليه وقال رب الحائض بعد فراغ المساقاة ولم يدفع العامل شيئاً فقال مالك: إن كان قد جدا الثمرة فلا شيء له وعلى العامل اليمين كان يقرب الجذاذ أو بعده . وكذا لو وجد بعضها رطباً والباقي تمراً فقال قبل جذاذ الثمرة لم يدفع لي شيئاً من الرطب ولا من ثمنه فالعامل مصدق مع يمينه، قال ابن يونس: لأن حقه في عين الثمرة لا في ذمة العامل لجريان العادة بدفع ذلك بغير إشهاد .

المسألة الثالثة عشر: من حاز شيئاً مدة لكون الحيازة فيها معتبرة والمدعي حاضراً ساكت وليس له عذر في سكوته ثم يقوم على الحائز ويدعي عليه فادعى الحائز الشراء كان القول قوله مع يمينه .

المسألة الرابعة عشر: وإذا ادعى المودع رد الوديعة فالقول قوله مع يمينه وهو مودع، وإنما ترجح قوله لأنه استأمنه والأمين مصدق .

المسألة الخامسة عشر: وكذلك لو ادعى البائع أنه باع بالدرهم وقال المشتري، بل بالسلعة فالقول قول البائع لقوة قرينة صدقه لأن الدرهم هي الأثمان وبها يقع البيع.

المسألة السادسة عشر: إذا باع السمسار سلعة فوجد المشتري بها عيباً فسأل السمسار عن رب السلعة، فقال: لا أعرفه خلف أنه ما يعرفه.

المسألة السابعة عشر: إذا وضعت الجارية المستبرأة عند المشتري واستأمنه عليها البائع فقال بعد شهرين أو ثلاثة: لم تحض أو ماتت، صدق في ذلك وكان القول قوله.

المسألة الثامنة عشر: من دفع إلى رجل يخطه له بلا أجرة والرجل ليس من الصنّاع الذين نصبوا أنفسهم للناس بالأجر فادعى ضياع الثوب من عنده، فلا ضمان عليه وعليه اليمين أنه ضاع من غير تفریط.

المسألة التاسعة عشر: إذا ادعى المضروب ذهاب سمعه أو جميع بصره فالقول قوله بعد الاختبار بما يكن ويصدق مع يمينه، لأنه لا يمكن التوصل إلى صدقة إلا من قوله.

المسألة العشرون: من ادعى أنه أمن رجلاً من أهل الحرب فإنه يقبل قوله وإن لم يكن له بيّنة على تأمينه، هذا قول ابن القاسم، وقال سحنون: لا يقبل إلا بيّنة.

المسألة الواحدة والعشرون: إذا ادعت المرأة الغريبة الطارئة من بلد بعيد أنه لا زوج لها فالقول قولها ويزوجها الحاكم إذا لم يطمع على الوقوف على حقيقة دعواها.

المسألة الثانية والعشرون: إذا ادعى المأمور أنه تصرف كما أمره الموكل فقال الموكل: لم تتصرف بعد، فالقول قول المأمور لأنه أمين.

المسألة الثالثة والعشرون: لو قال المأمور بعث السلعة بعين وقال الأمر أن تباعها بعرض فالمأمور مصدق لأن من باع بعين فالأصل يعضده لأنها القيم التي يتبايع الناس بها غالباً.

المسألة الرابعة والعشرون: وكذلك لو أمره الموكل ببيع سلعة أو شرائها وادعى المأمور أنه دفع ذلك إلى الأمر فالقول قول المأمور وكذلك القول قول الوكيل في ضياع الثمن.

المسألة الخامسة والعشرون: إذا استأجر المستأجر، وادعى رد ما استأجره من العروض فهو مصدق لأن يده أمينة قبض ذلك بيّنة أو بغير بيّنة رواه أصبغ، عن ابن القاسم.

المسألة السادسة والعشرون: إذا ادعى الغاصب أنه غصب الثوب خلقاً وقال ربه: بل غصبه جديداً فالقول قول الغاصب مع يمينه وإذا حلف أدى قيمته خلقاً.

الفصل الثاني: في تصديق المدعى عليه والرجوع إلى قوله، وذكر عدة مسائل، منها: إذا اختلف المبتاع والشفيع في مرور السنة وانقضائها بعد البيع ولا بيّنة فالشفيع مصدق مع يمينه وهو مدعى عليه لأن الشفعة قد وجبت له والمشتري مدع لتاريخ يسقط ما ثبت له منها فلا يقبل قول البائع في ذلك.

المسألة الثانية: وكذا من اشترى أرضاً فقبضها ثم قام عليه رجل يطلبها بالشفعة، فزعم المشتري أنه اشترى شيئاً مقسوماً، وقال الشفيع: إنها لم تقسم فالقول قوله لأنه مدعى عليه.

المسألة الثالثة: إذا وهب هبة مطلقة وادعى أنها للثواب، وقال الموهوب: لغير الثواب، حكم بالعرف مع اليمين فإن أشكل فالقول قول الواهب مع يمينه.

المسألة الرابعة: لو باع الوكيل السلعة وقال: بذلك أمرتني، وقال رهبا: إنما أمرتك برهنا، فالقول قول رب السلعة فانت أو لم تفت.

المسألة الخامسة: لو اشترى المأمور السلعة بعشرين فقال الأمر: ما أمرتك إلا بعشرة فالقول قوله مع يمينه ويغرم الوكيل العشرة لرب السلعة هذا هو المشهور.

المسألة السادسة: إذا اختلف الزوجان في عدد الصداق بعد البناء فالقول قول الزوج مع يمينه، قال ابن القاسم: لأنها مكتته من نفسها فصارت مدعية عليه وهو مقر لها بدين، فالقول قوله مع يمينه، وإن نكل فالقول قولها مع يمينها هذا هو المشهور.

المسألة السابعة: إذا ادعت المرأة أن لزوجها جنوناً، وأنكره فالقول قوله وعليها البيّنة.

المسألة الثامنة: إذا ادعى المشتري الإقالة فأقر له البائع بذلك وزعم أنه أقاله على أن يرد عليه أقل من الثمن الذي دفع إليه فلا يقبل قوله إلا بيّنة، وعلى المشتري اليمين أنه ما قاله إلا بمثل الثمن.

المسألة التاسعة: لو قال من بيده الدار أعرتني هذه الدار، وقال رهبا: بل بعثكما، فالقول قول مدعي العارية مع يمينه.

المسألة العاشرة: إذا تداعى رجلان في عقد البيع هل كان ولم يكن فالقول قول المدعى عليه البيع أو الشراء ولا يمين على المدعى عليه إن كانت السلعة بيد صاحبها.

المسألة الحادية عشر: إذا أشهد البائع بقبض الثمن، ثم قال: إنها فعلت ذلك ثقة للمبتاع لم يقبل منه والمشتري مدعى عليه، فإن طلب يمين المبتاع على دفع الثمن لم يكن له ذلك، وقد ذكر ابن فرحون أنه استقصى مسائل هذا الباب وأفردها في تأليف أسماه ببروق الأنوار الموضحة لأنواع طرق الدعوى^(١).

(١) تبصرة الأحكام في أصول الأفضية ومناهج الإحكان، لابن فرحون: ٢٥٢/١ إلى ٢٥٥.

وبما نقلنا نرى كيف أن الفقهاء اعتبروا سائر القرائن العرفية وجعلوها من المرجحات الأولية التي يعتمد عليها القضاء مع اليمين في بعضها ومع عدمها في بعضها حسب القوة الشبهة وضعفها بين المتخاصمين وبحسب اعتبار العرف هل يقوم مقام الشاهد أو مقام الشاهدين ولقد قال الإمام ابن العربي: على الناظر أن يلحظ الأمارات والعلامات إذا تعارضت فما ترجح منها قضى بجانب الترجيح وهو قوة التهمة ولا خلاف في الحكم بها.

شرط من يتولى القضاء بين الناس :

لقد نص الفقهاء على أن من شرط القاضي بل هو الشرط الأساسي العلم فلا يجوز تولية الجاهل بالأحكام الشرعية لأن القاضي بالشرع للأحكام بمقتضى الشرع موافقته ومن شأن من يكون كذلك أن يكون عالماً لا جاهلاً حتى يدرك أسرار القضاء ولذلك اشترطوا فيه أن يكون جامعاً بين الفقه والحديث بل ذهب ابن الحاجب إلى اشتراط أن يكون مجتهداً بحيث لا تجوز ولا تصح ولاية المقلد ولا تنفيذ أحكامه^(١)، مع وجود المجتهد قال ابن الحاجب: فإن لم يوجد مجتهد فمقلد وإذا كان بعض الفقهاء أجازوا ولاية المقلد فقد اشترطوا أن يختار من أعلم المقلدين، قال ابن عبد السلام: وينبغي أن يختار أعلم المقلدين وقد اعتبر القاضي ابن العربي، والقاضي عياض والإمام المازري العلم من الشروط الواجبة^(٢).

ونقل ابن عبد البر أن الأئمة اشترطوا أن يكون القاضي عالماً بالسنة والأثار وأحكام القرآن ووجوه الفقه واختلاف العلماء^(٣)، وقد رد ابن رحال على ابن رشد فيما ذهب إليه من أن شرط العلم مستحب لا واجب بأن هذا قول شاذ بعيد عن الصواب إذ القاضي هو أحوج الناس إلى العلم^(٤)، ولقد اشترط العلماء للأخذ بالعرف أن يكون عرفاً صحيحاً لا فاسداً فإذا كان القاضي غير عالم بالأحكام الشرعية فكيف يستطيع أن يميز بين الصحيح والفساد، ولذا كان العرف من حيث صلاحه للعمل به أو طرحه وفساده من مهمة الفقيه العالم بالأحكام المتمرس عليها، أما من جهلها فلا اعتداد بأحكامه ولا عبرة بعرفه لأن اتباع العادات والأعراف من غير دليل شرعي هو فساد في الدين وابتعاد عن شريعة رب العالمين إذ كثير من الأعراف ما كان مبنياً على الهوى وإذا لم يكن القاضي من العلماء الأعلام القادرين على تمحيص الأعراف المقبولة من الأعراف المردودة كان غير صالح للقضاء على أن العرف يلجأ إليه عند عدم النص الصريح أو الضمني في القضية.

(١) شرح مياره، للتحفة: ١٠/١.

(٢) نفس المصدر: ١٠/١.

(٣) الكافي، لابن عبد البر.

(٤) حاشية ابن رحال: ٢/١، على هامش شرح مياره، للتحفة.

أما مع وجود النص فلا عبرة بالعرف كما قدمنا وإلا لزم نسخ الشريعة بالعادة، ولا قائل بذلك فالمرجع حينئذ إنما هو لقواعد الشرع وقد أوجب الفقهاء على متولي الإفتاء والقضاء في المسائل الجارية بها العرف أن ينظر فيها، فإن كانت مما تكلم فيها الفقهاء قبله بما يخالف العرف الجاري فيها في زمانه نظر في مستند الفقهاء في كلامهم، فإن كان مستندهم دليلاً من الكتاب أو السنة أو الإجماع أو قياس حكم فيها وأفتى بما قرره الفقهاء قبله وألغى العرف لأنه لا يعتد به عند مصادرة الدليل الشرعي، وإن كان معتمدهم في ذلك ما جرى به العرف عندهم قد تغيرت الأحوال وتبدلت العادات حكم بما عليه عرف ذلك البلد كما قدمنا ولا يعتبر ذلك من تبديل الأحكام ونسخها وإنما هو من ترتيب الحكم على العلة وجوداً وعدمها والأعراف المعتبرة هي التي توزن بميزان الشرع فما وافق فهو معتبر يؤخذ به كلما تحققت به المصلحة، أما ما كان مخالفاً للشرع فلا يعتبر ولا يؤخذ به بحال، هذا هو الرأي الذي تطمئن له النفوس وتقبله الشريعة.

أما ما ذهب إليه بعض علماء المغرب من الأخذ بما جرت عليه أعراف الناس بإطلاق كأعراف القبائل البربرية المغربية في عقود الأنكحة والمغالات في الأيمان وتشريك أقارب المتهم في تادية القسم وأخذ الولي صدق البنت لنفسه ونحو ذلك، وقد اختلفت أنظار علماء المغرب في الأخذ بهذه الأعراف وافترقوا فرقاً ثلاثة، فمنهم: من حمل على هذه الأعراف واعتبرها مروفاً وخروجاً عن الدين يجب محاربتها والقضاء عليها ومنهم: من سايرها ورأى فيها تحقيق مصلحة القوم التي لا تتحقق إلا بالأخذ بها فيجذبها وآثر العمل بها ودافع عنها، والفريق الثالث: وقف موقفاً وسطاً فأخذ بما يوافق الشرع ولا يناقضه، وردّ وأنكر وحارب ما كان مخالفاً للشرع ومبادئه ومقاصده، وقد ذكر الدكتور عمر الجيدي في كتابه العرف والعمل في المذهب المالكي فيبين أن المؤيدين لهذه الأعراف والأحكام والتنظيمات بالنسبة لأعراف سوس منهم الشيخ الحسن بن عثمان الجزولي، وابن غازي، وعمرو بن أحمد بن زكرياء العقيلي، وقد أصدر هذا الأخير منشوراً يعد نموذجاً للأعراف التي في سوس ومثله الشيخ أبو عبد الله، محمد بن إبراهيم بن عمرو بن طلحة التمنارقي، وعبد الله بن مبارك اللقاوي، ونقل عن أبي الحسن علي بن أحمد العمري في كتاب فتاوى الحاكم أن أول من أحدث الخلاف هذان العالمان السابقان وهما اللذان أمرا بكتبتها في ألواح القبائل من هلاله وهشتوكه، وتابعهما أهل عصرهما وتلقوا ذلك بالقبول، وكذلك الفقيه عبد الله بن الحاج شعيب الهلالي له بحث في مسائل هذه الأنواع، ومثله الشيخ محمد البوعقيلي الهلالي، وهو الواضع للوح حصن زاوية سيدي يعقوب، وإن له كتاباً في الأعراف وكذلك أبو عيسى السكتاني الجرجاجي صاحب النوازل، ومحمد بن سليمان الجزولي السملالي، ثم بين أن مما أيدها من المحدثين المختار السنوسي الذي ذكر أن أهل سوسن أسسوا قواعد وحمتموا اعتبارها وقوانين أيدها وأعمالها وإقرارها ورتبوا جنائيات الأموال ومنها مثلاً، من تعرض لأحد ذهب لأسواقهم، أو مواسمهم أو حصونهم، أو تعرض لفقيه أو عالم أو طالب

علم، ولو بسبب، أو شتم، أو تعرض ليهودي في ملاحه أو في طريقه أو سرق، أو جنى جروحاً، أو سفك دماً أو غير ذلك، وشدّدوا في ذلك وعينوا النفائس (أي أعضاء الجمعية في كل قبيلة)، تجتمع في مدرستها عند وقوع تلك النواصب، وعلى هذا النمط بنيت أحوال السوس الأقصى كله من أوله إلى آخره، ثم نقل عن الأستاذ العثماني في كتابه ألواح جزولة قوله نظرة خاطفة على النظام القضائي العربي في بعض القبائل البربرية توحى لنا، وكأننا أمام نظام قار لا يختلف في كثير من الأشياء عما ورد في الشرع يسايرها ولا يناقضها بل يسير في اتجاهها ومقاصدها مع مراعاة ضروريات الحياة وتطورها، والسياسة الشرعية مبنية على المصالح المرسله في المسائل التي تنبع فيها أعراف البلاد وعاداتهم وتقاليدهم.

الفريق الثاني: العلماء المعارضون من نفس القبائل التي كان يطبق فيها هذا العرف وهذا الفريق يندد بأصحابها والقائمين عليها، ومن هؤلاء عبد الله المشتوكي، فهو يصفها بالضلال الميين وعبد الرحمن التمارتي، فقد قال في شأنها إنها من باب التحكم إلى الطاغوت الذي أمرنا الله أن نكفر به، والشيخ محمد بن ناصر الدرعي الذي لما سئل عنها أجاب في حق أصحابها بأنهم عصاة ومنهم الشيخ عبد الرحمن الجزولي فقد علق على قوله عمر بن عبد العزيز تحدث للناس أفضية بقدر ما أحدثوا من الفجور، قال: هذا يستدل به أشياخ السوء من القبائل فيما أحدثوا أن من سل سيفه فضرب به لزمه كذا، ومن وضع يده على سيفه ولم يسله يلزمه كذا ومن لطم يلزمه كذا ومن شتم يلزمه كذا وعدد مجموعة، ثم قال: وكل ذلك بدعة أماتوا بها السنة ثم نقل أن الموقف هو الذي وقفه محمد بن عمر حيث ذهب إلى أن الضوابط التي اتفقت عليها الشيوخ والضمان ضلال مبين معللاً بأن أحكام الشرع هي التي أثبتتها النبي ﷺ وإن ترك الأحكام الشرعية واستنباط ضوابط وقوانين جديدة كفر صراح وهذا هو نفس الرأي الذي ذهب إليه قاضي سوس عيسى بن عبد الرحمن، الذي قال في شأن الألواح: إنها ألواح شيطانية وإنهم بذلك ينبذون الكتاب والسنة ويحكمون بغير ما أنزل الله متحاكمين إلى الطاغوت.

الفريق الثالث: من توسّط من العلماء في هذه الأعراف فقبلوا منها ما كان موافقاً للشرع ومقاصده ورفضوا ما كان مخالفاً معاكساً، ونقل أن ممن أخذ هذا الموقف الشيخ عبد الواحد بن أحمد مفتي مراكش في زمنه ومحمد بن عمر والشيخ أحمد بابا التنكتي الذي أجاب عن سؤال يتعلق بهذه الأعراف خلاصته أن أهل الجبال والبادية يجتمعون عن آخرهم ويكونون منهم أهل الحل والعقد يسموهم (انفلاس) ويتفقون على أن كل من قطع طريقاً ببلدهم يستردون منه ما سلب ويفرمونه إياها ويعاقبونه على فعلته بعقوبة مالية ويهدمون منزله ويذبحون بقره ويأكلونها ردعاً له، فإن لم يكن بيده شيء أخذوا قيمة ذلك من أقاربه وتآديتها ويعتبرون أن ذلك هو الإنصاف، وأنهم لو تركوه لانعدم انتظام أمورهم وانعدم استقرارهم وقد أجاب بما خلاصته أن الموضوع الذي لا سلطان فيه إن اجتمعت جماعة المسلمين فيه على إقامة أحكام الله على وجه

ما شرعه الله فإن حكمهم يقوم مقام حكم القاضي والسلطان حيث لا سلطان ولا قاضي وأما فعلهم الضوابط والأحكام على مقتضى المصالح؛ فإن كانت جارية على وجه الشرع فليس بجعل بل إنفاذ لأحكام الشرع، وإن كانت على خلافه فأمر حرام لا يجوز قطعاً وأما استردادهم من قاطع الطريق ما أخذ من الأموال فإن كانوا ليردوها إلى أصحابها فأمر حسن وإن كان ليأكلها فقيح، وأما عقوبتهم للجاني بهدم داره وإتلاف ماله فالواجب على الجاني إن قطع الطريق أن يجارب فحكمه إنفاذ حكم المحارب فيه ولا تهدم داره ولا تتلف أمواله لأنها عقوبة بالمال وهي غير جائزة في المذهب والله سبحانه وتعالى يقول: ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِّنْ حَلْفٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ﴾ (١).

فقد اتفق العلماء على أن من قتل وأخذ المال وجب إقامة الحد عليه ولا يسقط العقاب بغيره ولي المقتول والمأخوذ منه المال خلافاً للقتل العادي (٢). ثم اختلفوا في عقوبة قطع الطريق هل هذه العقوبات على التخيير أم هي مرتبة على قدر جنائية المحارب فالحنفية والشافعية والحنابلة أن الحد على الترتيب وعلى قدر الجنائية فإن أخاف الطريق دون أخذ للمال ولا قتل، فالحكم النفي والتعزير؛ وإن أخذ المال فقط فقطع اليد والرجل من خلاف؛ وإن قتل ولم يأخذ المال فالقتل؛ وإن قتل وأخذ المال فالقتل والصلب، أما مالك فيرى أن الإمام غير بين هذه العقوبات حسب ما يقتضيه الردع والمصلحة وسبب الخلاف يرجع إلى (أو) هل هي للتخيير أو هي للترتيب، وكل الوجوه فليس هناك من قال بهدم منزله وسلب أمواله وأكل بقره ونحو ذلك مما جرى به العرف في بعض القبائل المغربية، قال مؤلف الكتاب: وما زال سكان المغرب في الجنوب يستعملون النصف يطبقونه على كل من ارتكب مخالفة أو خالف عهداً وخاصة في مناطق بني ملال وغيرها من القبائل المجاورة قال الشيخ أحمد بابا: أما ما يتعلق بالإنصاف فهو ظلم وحرام وليس من أحكام الشرع بل هو ظلم وعدوان وطغيان ونعي على الذين يزعمون أن ذلك لرعي المصلحة مصرحاً بأن ذلك كذب وبهتان وإثم وخسران، وأن من اعتقد حلية ذلك ربما أفضى به إلى المروق من الدين ووصف تحليفهم المتهم خمسين ميمناً بأنه من تغيير الشرع، إذ ليس في الشرع تحليف بغير ميمين واحدة إلا القسامة بخمسين وفي اللعان بأربعة مع التخسيس باللعة والغضب ورفض أن يكون في تركهم ذلك سبب للفوضى وعدم الأمن والاستقرار ووصفه بأنه كلام الجهال والغارقين في اتباع الهوى وأوضح أن انتظام الكلمة واستقامة الأحوال إنما يكون باتباع الشرع في الأقوال والأفعال ثم بين الدكتور عمر بن

(١) سورة المائدة: الآية ٣٣.

(٢) بداية المجتهد: ١٥٥/٢؛ وحاشية الدسوقي: ٣٥٠/٤؛ المهذب: ٢٨٤/٢؛ المغني، لابن قدامة:

عبد الكريم الجيادي أن الحق هذه الأعراف إن كانت من المسائل الضرورية فقد تقرر لدى الفقهاء أن للضرورة أحكاماً فاتفقوا على جماعة تعمل بضوابط تحقق المصلحة للناس تمنعهم من المحاربين والمتلصقين واسترداد ما أخذوه، فهذا لا يخالف الدين في شيء، وأما ما كان غير ذلك كمؤاخذه غير الجاني وتحليفه خمسين يميناً يؤديها هو وأقاربه فهذا من قبيل المروق من الدين^(١)، قلت: وهو حق لأن الله يقول: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾ [سورة فاطر: الآية ١٨]، ولأن كل نفس بما كسبت رهينة ثم ما تقتضيه الضرورة يشهد له في الشرع الرخص الواقعة في الشريعة فإن حقيقتها ترجع إلى اعتبار المال في جلب المصالح ودرء المفاسد على الخصوص وهذا من باب الاستحسان الذي قال فيه الإمام هو تسعة أعشار العلم والذي قد نشأ من أصل عظيم متين العرى وهو النظر في مآلات الأفعال الذي هو مجال للمجتهد صعب المورد وإن كان عذب المذاق محمود الغب يدل عليه أن التكاليف الشرعية شرعت لمصالح العباد وهي إما أخروية فترجع إلى مال المكلف في الآخرة ليكون من أهل النعيم، وإمادنيوية، والأعمال عند التأمل مقدمات لنتائج المصالح لأنها أسباب لمسيبات مقصودة للشارع والمسيبات هي مآلات الأسباب فاعتبارها في جريان الأسباب مطلوب وهو لنظر في مآلات الأفعال الذي افتر عنه قاعدة الاستحسان وسد الذرائع وغيرها ومعلوم أن مقاصد الشريعة في الخلق التي يرجع تكاليفها إلى حفظها التي هي الضرورية والحاجية والتحسينية ومعناها الأخذ بمحاسن العادات وتجنب الأحوال المدنسة التي تأنفها الأحكام الراجحة والتي يجمعها قسم مكارم الأخلاق ولاعتناء الشارع بهذه الثلاث جعل لها متممات ومكملات هي مثار التشديدات والترخيصات وما ذلك إلا لترد الأمة المصالح وتتجافى حمى المفاسد وهذا هو السر الذي يرنو إليه التشريع فإن القصد منه إقامة مصالح الدين والدنيا على وجه لا يختل لها به نظام ولذا كان وضع الشريعة على ذلك الوجه أبدياً وكلياً وعماماً وزادت عناية الله بهذه الشريعة الغراء فعصمها عن التغيير والتبديل كما أنبأ بذلك تصريحاً وتلويحاً فقال تعالى: ﴿إِنَّا نَحْنُ نَزَّلْنَا الذِّكْرَ وَإِنَّا لَهُ لَحَافِظُونَ﴾ [سورة الحجر: الآية ٩]، وقال: ﴿كِتَابٌ أَحْكَمْتُ آيَاتُهُ﴾.

والأعراف بربرية كانت أو غيرها فالميزان في الأخذ بها أو ردها إنما هو ميزان الشرع فما وافق منها اعتبرناه وما خالف رددناه والمصلحة لا تتحقق بالأحكام الجائرة المخالفة لمقاصد الشريعة وأي مصلحة في حرمان المرأة من ميراثها وأي مصلحة في تنزيل العقاب بغير من جنى، وأي مصلحة في إفساد المال؟ ولذا فكل ما يمس كلية من كليات الشريعة التي هي الدين والنفس والعقل والعرض والمال فهو مردود لأنه محض فجور وفسوق ولا ينتج عنه إلا الخراب والدمار.

(١) العرف والعمل في المذهب المالكي، لعمر بن عبد الكريم الجيادي: ص ٢٥٣ - ٢٥٩.

العلاقة بين العرف والعادة :

إذا كان مرجع العرف إلى فعل من الأفعال التي تميل إليه النفس ويتكرر فعله حتى يصبح عادة فإذا انتشرت هذه العادة أو العادات بين الناس وقَلد بعضهم بعضاً أصبح ذلك الفعل عرفاً وبهذا ندرِك أن العادة غير العرف وقد ذهب بعضهم إلى أنها سواء ولقد فرّق بعضهم بينهما . فقال : العادة ما كرر الإنسان فعله ، فيما يختص بنفسه والعرف ما كرر الناس فعله وألفوه على عمر الأجيال ، ولهذا نجد بعض علماء الأصول يعرف العادة بأنها الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية أي من قبيل الطبع والمعاودة في التعاطي حتى قيل العادة طبيعة ثانية بينما المتكرر من علاقة عقلية يصبح من قبيل التلازم كتكرار حدوث الأثر كلما حدث المؤثر هكذا في التقرير والتحجير^(١) .

وفي رسالة نشر العرف لابن عابدين أن العادة مأخوذة من المعاودة فهي بتكرارها ومعاودتها مرة أخرى صارت معروفة مستقرة في النفوس والعقول متلفات بالقبول من غير علاقة ولا قرينة حتى صارت حقيقة عرفية ، فالعادة والعرف بمعنى واحد من حيث الماصدق وإنما اختلفا من حيث المفهوم^(٢) ، وقد ينشأ العرف عن غير العادة وهناك من العلماء من يرى أن العادة أعم من العرف على اعتبار أنها جنس أعم يندرج تحتها أنواع منها العرف وذلك لأن العادة تشمل العادة الناشئة عن عامل طبيعي وعن العادات الفردية وعن العادات التي تعود عليها الجمهور والتي يعبر عنها بالعرف ولذلك قال بين العرف والعادة العموم والخصوص فكل عرف عادة وليست كل عادة عرفاً وإلى هذا المعنى ذهب الشاطبي في موافقاته فقال : العوائد أيضاً ضربان بالنسبة إلى وقوعها في الوجود ، أحدهما : العوائد العامة التي لا تختلف بحسب الأعصار والأمصار والأحوال كالأكل والشرب والرفح والحزم واليقظة والميل إلى الملائم والنفور عن المنافر ، والثاني : العوائد التي تختلف باختلاف الأعصار والأمصار والأحوال كهيآت اللباس والمسكن واللين في الشدة والشدّة فيه والبطء والسرعة في الأمور والأناة والاستعجال وما كان نحو ذلك ، فأما الأول : فيقضي به على أهل الأعصار الحالية والقرون الماضية للقطع بأن مجاري سنة الله في خلقه على هذا السبيل لا تختلف عموماً كما تقدم فيكون ما جرى منها في الزمان الحاضر عموماً به على الزمان الماضي والمستقبل مطلقاً كانت العادة وجودية أو شرعية ، وأما الثاني : فلا يصح أن يقضي به على ما تقدم البتة حتى يقوم دليل على الموافقة من خارج فإذا ذلك يكون قضاء ما مضى بذلك الدليل لا بمجرد العادة وكذلك في المستقبل ويستوي في ذلك أيضاً الوجودية والشرعية ، وإنما قلنا ذلك لأن الضرب الأول راجع إلى عادة كلية أبدية

(١) التقرير والتحجير، لابن أمير الحاج؛ شرح التحرير، لابن المهام : ٧٦٩/٢ .

(٢) رسالة نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف، لابن عابدين : ١١٤/٢ .

وضعت عليها الدنيا وإنما قامت مصالحها في الخلق حسبها بين ذلك الاستقراء وعلى وفاق ذلك جاءت الشريعة أيضاً فذلك الحكم الكلي باق إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها وهي العادة التي تقدم الدليل على أنها معلومة، وأما الضرب الثاني فراجع إلى عادة جزئية داخلية تحت العادة الكلية وهي التي يتعلق بها الظن لا العلم^(١).

وذهب جماعة من العلماء إلى أنها قسم واحد كالعزالي والجرجاني من المتقدمين وعبد الوهاب ومحمد المختار القاضي وعلي حيدر والشيخ محمد الخضر حسين من الإثنونيين المتأخرين إذ يقول عبد الوهاب خلاف: العرف ما تعارفه الناس وساروا عليه من قول أو فعل أو ترك ويسمى العادة^(٢)، ويقول الدكتور القاضي: العرف والعادة مترادفان^(٣).

ويقول علي حيدر شارح مجلة الأحكام: العرف بمعنى العادة^(٤)، ونحن نميل إلى التفرقة بين العادة والعرف من حيث أن العادة تطلق على ما اعتاده الفرد أو بعض العباد في شؤون خاصة فإذا ما اعتاد فرد أن يستيقظ في وقت معين وأن يتناول فطور الصباح ويشرب القهوة أو يتناول فطور منتصف النهار أو يخرج للنادي، مرة فمرة فإن ذلك يصبح له عادة والجماعة التي تحتفل بعيد معين أو تقيم احتفالاً بمناسبة جز الغنم فإنها تعتبر عادة نعم قد تتحول هذه العادة إلى عرف بالتكرار في بلد من البلدان فتصبح عرفاً خاصاً وقد يعم البلاد أو مجموعة أقطار فيصبح عرفاً عاماً ولكن لا تتحول العادة إذا بقيت عند فرد إلى عرف عام ما لم تنتقل إلى الجماعة والعادة ليس لها قوة الإلزام لأنه لا يتوفر لها التقدير المعنوي بخلاف العرف^(٥).

آراء الفقهاء وحكمهم في العرف:

أجمع الفقهاء على الأخذ بالعرف الذي أشار إليه النص أو بنى عليه كالذي ورد في حديث الرسول ﷺ حين سألته امرأة أبي سفيان عن تقدير أبي سفيان فقال لها: «خذي من مال أبي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف»، قال الحافظ ابن حجر: إن الشافعية إنما منعوا العمل بالعرف إذا عارضه نص شرعي أو لم يرشد إليه نص شرعي فكأنهم اشترطوا في الأخذ به أن يرشد إليه نص شرعي أو لا يعارضه، أما الفقه المالكي والحنفي فيأخذ بالعرف بل يعتبر أصلاً

(١) الموافقات، للشاطبي: ٢/٢٢٠، ط. صبيح مصر.

(٢) أصول الفقه، للشيخ عبد الوهاب خلاف: ص ٩ - ١٠.

(٣) الرأي في الفقه الإسلامي: ص ٢٣٥.

(٤) شرح مجلة الأحكام: ١/٤٠، ط. بيروت - كتاب الشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان ومكان،

للشيخ محمد الخضر حسين التونسي نشر علي رضا التونسي، ط. بيروت: ص ٣٣.

(٥) انظر أصول القانون، لحسن كبرية: ص ٣٢٢؛ والوجيز في المدخل للقانون، لشمس الدين الوكيل:

من الأصول الفقهية، كما قدمنا وذلك فيما لا نص قطعي فيه وكذلك الحنابلة تأخذ به إذا لم يتعارض مع نص من نصوص الشريعة فالأئمة الأربعة قائلة بهذا النوع من العرف^(١)، أما الشيعة فترى الأخذ بالعرف لكنهم لا يعتبرونه أصلاً بذاته في مقابل الأصول يقول السيد محمد تقي الدين الحكيم: أما ما يتصل بالمجال الأول (يعني ما يستكشف منه حكم شرعي فيما لا نص فيه كالاستصناع وعقد الفضولي)، فواضح رجوعه إلى السنة بإقرار لأن المدار في حجته هو إقرار الشارع له لبداهة أن العرف لا يكسبها قطعاً يجعل الحكم على وفقه فلا بد من رجوعه إلى حجة قطعية وليست هي إلا إقرار الشارع أو إمضاء له والإمضاء إنما قال على أحكام عرفية خاصة لا على أصل العرف، فالشارع أمضى الاستصناع أو عقد الفضولي مثلاً وهما حكمان عرفيان، ولم يمض جميع ما لدى العرف من أحكام، بل لم يمض أصل العرف كما يتوهم ليكون أصلاً في مقابل السنة لعدم الدليل على هذه التوسعة^(٢).

النوع الثاني: يرى المالكية والحنفية الأخذ بالعرف الذي لم يثبت نهي عنه ولا إرشاد إليه ولا إيماء بالعمل به بنص ويعتبرون العرف أصلاً مستقلاً يخصص العام ويقيّد المطلق ويقدم على القياس^(٣).

النوع الثالث: ردّ العرف الفاسد وهو ما نصّ الشارع على إبطاله وتحريمه^(٤)، وقد نقل الشيخ محمد الخضر حسين أن الشيخ الصالح سيدي إبراهيم الرياحي ذكر في بعض فتاويه أن العرف المعتبر هو ما يخصص العام ويقيّد المطلق وأما عرف يبطل الواجب ويبيح الحرام فلا يقول به أحد من أهل الإسلام^(٥) ولقد اهتم المالكية والأحناف اهتماماً كبيراً بالعرف إذ هو يتفق كثيراً مع المصلحة، والمصلحة أصل من الأصول عند المالكية ولأن العرف يأتلف مع النفوس فإذا كانت الأحكام على مقتضاه تلقاه الناس بالقبول وكانت مخالفة تؤدي إلى الحرج والمشقة والله تعالى يقول: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾^(٦).

والتشريع يوافق الفطرة ولا يخالفها فإذا كان العرف صحيحاً كان متفقاً مع الفطرة والله تعالى يقول: ﴿فَطَرَتِ اللَّهُ الَّتِي فَطَرَ النَّاسَ عَلَيْهَا لَا تَبْدِيلَ لِخَلْقِ اللَّهِ ذَلِكَ الدِّينُ الْقَيِّمُ وَلَنْ يُكْفِ أَكْثَرَ النَّاسِ لَا يَعْلَمُونَ﴾^(٧).

(١) انظر كتاب مالك، لأبي زهرة: ص ٤٤٨.

(٢) الأصول العامة للفقه المقارن للسيد محمد تقي الدين الحكيم: ص ٤٢٣.

(٣) انظر كتاب مالك للشيخ ابن زهرة: ص ٤٤٩.

(٤) نفس المصدر.

(٥) الشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان ومكان، للشيخ محمد الخضر حسين: ص ٣٦.

(٦) سورة الحج: الآية ٧٨.

(٧) سورة الروم: الآية ٣٠.

والفطرة هي النظام الذي أوجده الله في كل مخلوق والتي تخصّ نوع الإنسان هي ما خلقه الله عليه جسداً وعقلاً فمشي الإنسان برجليه فطرة جسدية ومحاولته أن يتناول الأشياء برجليه خلاف الفطرة الجسدية واستنتاج المسببات من أسبابها والنتائج من مقدماتها فطرة عقلية ومحاولة استنتاج أمر من غير سببه خلاف الفطرة العقلية وهو المسمى علم الاستدلال بفساد الوضع وجزمنا بأن ما نبصره من الأشياء هو حقائق ثابتة في الوجود ونفس الأمر فطرة عقلية وإنكار السوفسطائية ثبوت المحسوسات في نفس الأمر خلاف الفطرة العقلية^(١).

وقد بين أبو علي ابن سينا حقيقة الفطرة في كتاب النجاة فقال: ومعنى الفطرة أن يتوهم الإنسان نفسه حصل في الدنيا دفعة وهو عاقل لكنه لم يسمع رأياً ولم يعتقد مذهباً ولم يعاشر أمة ولم يعرف سياسة، ولكنه شاهد المحسوسات وأخذ منها الحالات ثم يعرض على مذهبه شيئاً ويتشكك فيه فإن أمكنه الشك فالفطرة لا تشهد به وإن لم يمكنه الشك فهو ما توجهه الفطرة ووصف الإسلام بأنه فطرة الله معناه أن أصل الاعتقاد فيه جارٍ على مقتضى الفطرة العقلية وأما تشريعاته وتفاريحه فهي إما أمور فطرية أيضاً أي جارية على وفق ما يدركه العقل ويشهد به وإما أن يكون لصالحه مما لا ينافي فطرته وقوانين المعاملات فيه راجعة إلى ما تشهد به الفطرة لأن طلب المصالح من الفطرة والوجدان في الإنسان القلبي لا يدخل تحت الفطرة منه إلا الحقائق والاعتبارات ولا يدخل فيه الأوهام والتخيلات لأنها ليست مما فطر العقل عليها. ولكن مما عرض للفطرة عروضاً كثيراً حتى لازمت أصحاب الفطرة في غالب الأحوال فاشتبهت بالفطريات، وإتاما كان عروضها للفطرة بسوء استعمال العقل وبسوء فهم الأسباب، ولذلك تجدد العقلاء متفقين في الحقائق والاعتبارات ولا نجدهم متفقين في الوهميات والتخيلات، بل تجد سلطان هذين الأخيرين أشدَّ بمقدار شدة ضعف العقول، وتجد أهل العقول الراجحة في سلامة منها، ويتفرع من هذا أن الشريعة الإسلامية داعية أهلها إلى تقويم الفطرة والحفاظ على أعيانها وإحياء ما اندرس منها أو اختلط بها فالزواج والإرضاع من الفطرة وشواهد ظاهرة في الحلقة والتعاوض وآداب المعاشرة من الفطرة لأنها اقتضاهما التعاون على البقاء وحفظ الأنفس والأنساب من الفطرة والحضارة الحققة من الفطرة لأنها من آثار حركة العقل الذي هو من الفطرة وأنواع المعارف الصالحة من الفطرة لأنها نشأت من تلاقي العقول وتفاوضها والمخترعات من الفطرة لأنها متولدة عن التفكير وفي الفطرة حسب ظهور ما تولد من الحلقة وإذا أجلنا النظر والمقصد العام من التشريع نجده لا يعدو أن يسائر حفظ الفطرة والحذر من خرقها واختلالها ولعل ما أفضى إلى فرق عظيم فيما يعد في الشرع محذوراً ومنوعاً وما أفضى إلى حفظ كيانها يعد واجباً وما كان دون ذلك من الأمرين فهو منهي أو مطلوب في الجملة^(٢) وما لا يمسه مباح ثم إذا

(١) التحرير والتنوير: ١ و ٢/٩٠.

(٢) مقاصد الشريعة للشيخ محمد الطاهر بن عاشور: ص ٥٦ - ٦٠.

تعارضت مقتضيات الفطرة ولم يمكن الجمع بينها في العمل يصار إلى ترجيح أولاها وإيفائها على استقامة الفطرة، فلذلك كان قتل النفس أعظم الذنوب بعد الشرك وكان الترهيب منهاً عنه وكان خصاء البشر من أعظم الجنايات ولم يجر الانتفاع بالإنسان انتفاعاً يفيت عنه أو يعطلها كالتمثيل بالعبد بخلاف الانتفاع بالحيوان وكان إتلاف الحيوان بغير أكله ممنوعاً، ومن هنا نعلم أن القضاء بالعوائد يرجع إلى معنى الفطرة لأن شرط العادة التي يقضي بها أن لا تنافي الأحكام الشرعية فهي تدخل تحت حكم الإباحة وقد علمنا أنها من الفطرة إما لأنها لا تنافيها وحينئذٍ فالحصول عليها مرغوب لفطرة الناس وإمّا لأنّ الفطرة تناسبها وهو ظاهر^(١).

العمل والأسباب الداعية للأخذ به :

من المعلوم أن المدينة المنورة قد احتضنت نبي الرحمة وهادي الأمة محمداً ﷺ، فيها ظهرت الشريعة المحمدية وتكونت الدولة الإسلامية، وبها اجتمع الأنصار والمهاجرون الذين تلقوا هذه الشريعة وثبتوها ونقلوها إلى التابعين وهم بدورهم نقلوها إلى تابع التابعين الذين كان من بينهم إمام دار الهجرة مالك بن أنس إمام الفقه والحديث والذي اشتهر بوقوفه موقفاً وسطاً بين النقل والرأي، فكان لا يهمل الرأي ولكنه يأخذ به فيما لم يرد فيه نصّ ثابت من حديث أو أثر وكان يتتبع آثار الرسول وأثار صحابته والتابعين وقد اعتبر عمل أهل المدينة وجعله أصلاً في بناء الفروع عليه وذلك للأسباب الآتية:

- ١ - قرب أهل المدينة من مواقع الوحي ومحافظتهم على ما سمعوه وما علموه وشاهدوه .
- ٢ - اعتقاده أن ما كان عليه أهل المدينة قد أقرهم رسول الله ﷺ عليه .
- ٣ - أن الرسول لبث ثلاث عشرة سنة في المدينة يوحى إليه وبيني قواعد الأمة ويدير شؤونها ديناً ودنيا، عبادة ومعاملة فاعتبر مالك دينه كما اعتبر عمله .
- ٤ - متابعة الصحابة لما جاءهم به رسول الله ﷺ في سكوته وعمله .
- ٥ - اعتباره المدينة مركزاً لاجتماع كبار الصحابة وما اجتمع لهم من علم وعمل وسلوك بنبيهم ﷺ .
- ٦ - الطريقة التي سلكها أبو بكر زمن خلافته من جمعه للصحابة فيما يعرض من المسائل وأخذه بفتاويهم واعتماده عليهم في العلم والعمل .

(١) مقاصد الشريعة، للشيخ محمد الطاهر بن عاشور: ٥٦ - ٦٠ .

٧ - سلوك عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان نفس مسلك أبي بكر واقتداؤهما بالخليفة الأول.

٨ - انتهاج التابعين نفس المنهج والسير على منوال الصحابة ناظرين إلى الدين بمنظار سبقهم.

فالنص محفوظ في صدورهم والعمل شائع بين ظهرانيهم يشترك في ذلك صغيرهم وكبيرهم ويتناقله الأبناء عن الآباء كل هذه الأمور جعلت مالكا يلاحظها ويعتد بها ويتخذها مطية للتشريع إذا لم يجد نصاً يسير عليه أو وحده ولكنه لم يطمئن إليه حيث يرى أن تقديم الجرم الغفير أولى أن يتبع وأن يقدم على خبر الأحاد إذ لا تصل روايته في القوة إلى ما أطبق عليه المجتمع المدني بأسره فكان إذا اختلفت الآراء أو اختلفت الآثار وتعارضت النصوص اعتمد على ما كان عليه أهل المدينة.

وقد استدل مالك على تقديمه عمل أهل المدينة بأثر رسول الله ﷺ وبما سار عليه الصحابة والتابعون من بعده كما فصل ذلك القاضي عياض^(١) وكما استدل أصحابه على عمل أهل المدينة بأدلة من السنة والأثر والعقل فمن السنة شهادة الرسول ﷺ للمدينة وأهلها وما ورد فيها من الفضائل ودعاؤه لها ومن ذلك ما رواه ابن عمر أن النبي ﷺ قال: لا يصبر أحد على لأواء المدينة وشدتها إلا كنت له شفيعاً أو شهيداً يوم القيامة^(٢) وما رواه جابر بن عبد الله وأبو هريرة: إنما المدينة كالكير تنفي خبثها وينصع طيبها وروى بروايات مختلفة اللفظ متفقة المعنى وفي البخاري عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: على أنقاب المدينة ملائكة لا يدخلها الطاعون ولا الدجال.

وقد نقل القاضي عياض في كتابه ترتيب المدارك مجموعة من الأحاديث تثبت فضل المدينة وأهلها عن مجموعة من الصحابة كزيد بن ثابت وسفيان بن زهير وأبي هريرة ومحمد بن مسلمة وأبي سعيد المقبري وعائشة أم المؤمنين عن النبي ﷺ: لينحازن الإسلام إلى المدينة كما يجوز السيل الدمن وعن أبي هريرة عنه ﷺ: لا تقوم الساعة حتى يأزر الإيمان إلى المدينة كما تأزر الحية إلى حجرها، وقد فسر قاضي المدينة أبو مصعب الزهري هذا الحديث فقال: والله ما يأزر إلا إلى أهلها الذين يقومون به ويشرعون شرائعه ويعرفون تأويله ويقومون بأحكامه وما ذلك من رسول الله ﷺ للأرض والدور وما ذلك إلا مدحاً لأهلها وتبنيهاً إلى أن ذلك باقٍ فيهم زائل عن غيرهم حين يرفع العلم فيتخذ الناس رؤساء جهلاً فيسألون فيقولون بغير علم فيضلمون

(١) المدارك، للقاضي عياض: ٤٩/١.

(٢) تنوير الخوالك شرح موطأ مالك، لجلال الدين السيوطي، حلبى: ٨٣/١.

ويُضَلون وفسّر الإمام مالك قوله ﷺ بدأ الإسلام غربياً وسيعود كما بدأ بعودته إلى المدينة كما بدأ منها وقد أطلال القاضي عياض في كتابه المدارك بما لا مزيد عليه .

أما دليل المالكية من الأثر فقد روى مالك عن أنس أن المدينة محفوفة بالشهداء وعلى أنقابها ملائكة يجرسونها لا يدخلها الدجال ولا الطاعون وهي دار الهجرة والسنة وبها خيار الناس بعد رسول الله ﷺ، إن الله اختارها له وجعل بها قبره، وبها روضة من رياض الجنة، قال القاضي عياض: وهذا الكلام لا يقوله مالك من نفسه إذ لا يدرك بالقياس، وقد سأل جعفر بن محمد مالكا عن اختياره السكنى بالمدينة وتركه الريف والخصب فقال: وكيف لا اختاره وما بالمدينة طريق إلا سلك عليه رسول الله ﷺ وجبريل عليه السلام ينزل عليه من رب العالمين في أقل من ساعة وسأل أبو مصعب الزهري مالكا عن لين قلوب أهل المدينة وقساوة قلوب أهل مكة، فقال لأن أهل مكة أخرجوا نبينهم وأهل المدينة آووه، وعن زيد بن ثابت إذا رأيت أهل المدينة على شيء فاعلم أنه السنة، وكان عمر بن عبد العزيز يكتب إلى الأمصار يعلمهم السنن والفقّه ويكتب إلى أهل المدينة يسألهم عما مضى لعله يعلم بما عندهم، وعن أبي بكر بن عمرو بن حزم إذا وجدت أهل هذا البلد (يعني المدينة) أجمعوا على شيء فلا تشكّن أنه الحق وعن الشافعي إذا وجدت معتمداً من أهل المدينة على شيء فليس فيها حيلة من صحتها، ومنها ما في رسالة مالك إلى الليث بن سعد فمما جاء فيها: إليها كانت الهجرة، وبها نزل القرآن، وأحل الحلال وحرّم الحرام إذ رسول الله ﷺ بين أظهرهم يحضرون الوحي والتنزيل ويأمرهم فيطيعونه ويبيّن لهم فيتبعونه حتى توفاه الله واختار له ما عنده صلوات الله عليه ورحمته وبركاته ثم قام من بعده من أتبع الناس له من أمته ممن ولي الأمر من بعده فما نزل بهم مما علموا أنفذه وما لم يكن عندهم علم فيه سألوا عنه ثم أخذوا بأقوى ما وجدوا في ذلك في اجتهادهم وحدائثهم عهدهم، ثم كان التابعون من بعدهم يسلكون ذلك السبيل ويتبعون تلك السنن فإذا كان الأمر بالمدينة ظاهراً معمولاً به لم أر لأحد خلافه الذي في أيديهم من تلك الوراثة التي لا يجوز لأحد انتحالها ولا ادعاؤها^(١).

وأما دليل المالكية من العقل فقد استدلوا، بأن العادة قاضية بعد اجتماع مثل هذه الكثرة من الموجودين في مهبط الوحي الواقفين على وجوه الأدلة والترجيح إلا عن راجح، وأن المدينة دار الهجرة وموضع قبره ومهبط وحيه ومستقر الإسلام ومجتمع الصحابة فلا يجوز أن يخرج الحق عن قول أهلها، وأن أهل المدينة شاهدوا التنزيل وسمعوا التأويل وكانوا أعرف بأحوال النبي من غيرهم فيبعد أن يخرج الحق عنهم، وأن رواية أهل المدينة مقدّمة على رواية غيرهم فكان عملهم حجّة على غيرهم، وقد رأى كثير من أهل العلم أن ما ورد من

(١) المدارك: ٤٢/١؛ أعلام الموقعين: ٧٢/٣.

الأحاديث والآثار الواردة في فضل أهل المدينة لا تقوم دليلاً ولا تنهض حجةً على قيام العمل والاستدلال به في الأحكام كما أنها لا تصح سنداً ودليلاً يرجع إليه واعتبروا عمل أهل المدينة كعمل غيرهم من أهل الأمصار سواء سواء، وقد ردّوا على كل دليل من الأدلة المتقدمة بخصوصه وكل هذا مذكور في كتب الأصول التي ذكرت الأدلة وردودها.

أما بالنسبة للأدلة الماثورة فقد ردّوها بأن اشتغال المدينة على صفات موجب للفضل لا يدل على انتفاء الفضيلة من غيرها ولا على صحّة الاحتجاج بإجماع أهلها، لأنّ الاعتبار في التشريع إنما هو العلم بالأحكام المستفادة من الاجتهاد وليس لفضل البقعة وطهارتها مدخل في ذلك، ونحن إذا نظرنا إلى الردود التي ذكروها نجد أنها تنصبّ على الإجماع وليس عمل أهل المدينة إجماعاً واعتقاد مالك رحمه الله العمل نفسه لا الإجماع الذي هو المصدر الثالث في مصادر التشريع إذ هو بعد الكتاب والسنة، فقد روى عنه ابن أخته إسماعيل بن أويس، قال: ما رأيت الأمر عندنا فهو ما عمل به الناس عندنا وجرت به الأحكام وعرفه الجاهل والعالم وكذلك ما قلت فيه ببلدنا وما قال فيه بعض أهل العلم فهو شيء استحسنته ونظرت على مذهب من لاقيته حتى وقع ذلك موقع الحق أو قريباً منه حتى لا يخرج عن مذهب أهل المدينة وآرائهم وإن لم أسمع ذلك بعينه، فنسبت الرأي إلى بعد الاجتهاد مع السنة، وما مضى عليه أهل العلم المقتدى بهم والأمر المعمول به عندنا من لدن رسول الله ﷺ والأئمة الراشدين مع من لاقيته فبذلك رأيهم ما خرجت إلى غيره^(١).

ويظهر مما نقلنا أن مالكا لم يقصد من عمل أهل المدينة الإجماع، وعمل أهل المدينة يؤيده أتباع السلف لأفعال رسول الله ﷺ وسلوكه فبالمدينة كانت آخر حياته وآخر أعماله ودعوى أن أصحاب رسول الله انتشروا في الأقطار وأن المدينة لم تجمع جميع العلماء لا قبل الهجرة ولا بعدها فهذا مردود بما صرح به الإمام إذ قال مستفسراً انصرف رسول الله ﷺ عن غزوة كذا في نحو كذا وكذا ألفاً من الصحابة مات بالمدينة منهم نحو عشرة آلاف وباقيهم تفرقوا في البلدان فأبهم أخرى أن يتبع ويؤخذ بقوله؟ من مات عندهم النبي ﷺ وأصحابه الذي ذكرت أو من مات عندهم واحد أو اثنان من أصحاب النبي ﷺ^(٢).

على أن عمل أهل المدينة قد قال به من سبق مالكا فهذا عمر بن الخطاب يقول اخرج بالله عز وجل على رجل روى حديثاً العمل على خلافه. وعن مالك: قد كان رجال من أهل العلم من التابعين يحدّثون بالأحاديث وتبلغهم عن غيرهم فيقولون: ما نهجل هذا ولكن مضى العمل على غيره.

(١) المدارك: ٦٤/٢؛ والديباج المذهب: ص ٢٥، ط السعادة؛ والمعيار، للونشريسي: ٣٢/١٠.

(٢) نفس المصدر: ٣٢/١.

وكان أبو بكر بن حزم إذا قضى قضاء قد جاء فيها الحديث مخالفاً للقضاء يعانیه أخوه عبد الله ويقول ألم يأت في هذا الحديث كذا فيقول بلى فيقول له أخوه فمالك لا تقضي به فيقول فأين الناس منه يعني بذلك ما أجمع عليه من العمل بالمدينة يريد أن العمل به أقوى من الحديث .

ولقد قسم المالكية عمل أهل المدينة إلى قسمين ما كان طريقه النقل والحكاية وهو ما نقله الكافة عن الكافة عمل به عملاً لا يخفي متواتراً من زمان رسول الله ﷺ ومتصلاً به وهو إما نقل شرع من جهة النبي ﷺ من قول أو فعل كالصاع والمد وكونه ﷺ كان يأخذ منهم مال الزكاة وكالأذان والإقامة والأوقاف والإحباس ونحوها فهذا النقل لهذه الأشياء مما علم ضرورة من أحواله وسيرته أو كان من إقراره لأصحابه لما يشاهده منهم ولم يثبت إنكاره، أو كتركه أخذ الزكاة من الخضروات مع اطلاعه عليها ووجودها عندهم بكثرة فهذا النوع حجة يلزم المصير إليه ويترك ما خالفه من خبر الواحد والقياس لأن هذا النقل محقق موجب للعلم القطعي فلا يترك بالنصوص الظنية وهذا ما رجع إليه أبو يوسف من أصحاب أبي حنيفة بعد مناظرته لمالك وربما هذا الذي قال فيه ابن العربي مهما اختلف الناس في إجماع أهل المدينة من طريق النظر فليس يقدر أحد على اعتراض ما يجتمعون على نقله من طريق الأثر^(١)، وهذا النوع هو الذي قال فيه القاضي عياض إن هذا النوع لم يخالفه من أهل المدينة إلا من لم يبلغه النقل^(٢)، وحكى عنه القاضي عبد الوهاب البغدادي المالكي أن ليس فيه خلاف بين المالكية والذي وافق عليه كثير من أصحاب الشافعي وقد رد القاضي عياض على المخالفين لهذا النوع بأنه من قبيل الفساد وأنه لا يمكن مقارنته بعمل غيرهم إذ هذا النقل من العمل لا يوجد إلا عند أهل المدينة^(٣).

القسم الثاني: ما كان من طريق الاجتهاد والاستدلال وهذا النوع قد اختلف فيه أهل المذهب، فجمهورهم ذهب إلى أنه ليس بحجة ولا يرجح على غيره، بل فيهم من بنى أن مالكا قال به ولا هو من مذهبه، وذهب بعضهم إلى أنه ليس بحجة ولكن فيه قوة الترجيح يرجح على اجتهاد غيرهم وذهب آخرون إلى أن هذا النوع هو حجة أيضاً وحكوه عن مالك وأخذ به كثير من المغاربة والمشاركة ورأوه مقدماً على خبر الواحد والقياس، والأول أرجح عند محقق المالكية أما القاضي عياض فقد قسم عمل أهل المدينة مع خبر الأحاد فقال: إن كان مطابقاً لها فهذا أكد في صحتها إن كان من طريق النقل أو ترجحها إن كان من طريق الاجتهاد. ولا خلاف في هذا فأمّا إذا كان مطابقاً لخبر ومعارضاً لخبر آخر كان عمل أهل المدينة مرجحاً لخبرهم وهو أقوى

(١) القيس، لابن العربي مخطوط: ص ٢٠٤ .

(٢) المدارك: ٤٩/١ .

(٣) نفس المصدر: ٤٩/١ .

ما يترجّح به الأخبار إذا تعارضت وهذا هو مذهب أبي إسحاق الإسفرائيني ومن تابعه من المحققين من الأصوليين والفقهاء من المالكية وغيرهم صرّح بذلك الغزالي^(١).

وإن كان مخالفاً للأخبار جملة فإن كان إجماعهم عن طريق النقل ترك له الخبر بغير خلاف عند المالكية وعند المحققين من غيرهم، قال عياض: وما كان يتصوّر فيه خلاف، وعلى تقدير وجوده لا يلتفت إليه إذ لا يترك القطع واليقين لغلبة الظنون - أما إن كان إجماعهم عن اجتهاد، قدّم الخبر عليه عند الجمهور، وفيه خلاف بين المالكية - أما إذا لم يكن هناك عمل يخالفه النص أو يوافقه فحينئذٍ يجب الرجوع إلى خبر الواحد وقبوله سواءً أكان هذا الخبر قد نقله المالكية أو غيرهم إذا صحّ ولم يعارض، فإن عارض بخبر آخر نقله غير أهل المدينة كان ما نقله أهل المدينة مرجحاً عند كثير من المحققين للمزية لمشاهدتهم قرائن الأحوال وتصدرهم لنقل آثار رسول الله ﷺ لا سيما وهم الكثرة والجَم الغفير عن الجَم الغفير.

هذا تفصيل ما جاء به القاضي عياض ونفى أن يكون مالك قال غيره ورد على ما وزعمه الغزالي من أن مالكا قال: لا يعتبر إلا إجماع أهل المدينة دون غيرهم، كما ردّ على من زعم أن مالك يرى إجماع الفقهاء السبعة بالمدينة وهم سعيد بن المسيب وعروة بن الزبير والقاسم بن محمد بن أبي بكر الصديق وأبو بكر ابن عبد الرحمن وعبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود وخارجة بن زيد بن ثابت وسليمان بن يسار، كما ردّ على من ذهب إلى أن المالكية لا يقبلون من الأخبار إلا ما صاحبه عمل أهل المدينة ووصف ذلك بالجهل والكذب وأنهم لم يفرقوا بين ردّ الخبر الذي في مقابل عملهم وبين ما لا يقبل منه إلا ما وافقه عملهم والذي ادّعى ذلك هو ابن حزم، حيث قال: ذهب أصحاب مالك إلى أنه لا يجوز العمل بالخبر حتى يصحبه العمل وموضوع عمل أهل المدينة قد استعرضه الدكتور أحمد محمد نور سيف في كتابه عمل أهل المدينة بين مصطلحات مالك وآراء الأصوليين فبيّن أنواع العمل ومراتب هذه الأنواع ومصادر هذا العمل وحجّية كل مصدر منها ونقل مراتب العمل عند أبي الفضل عياض وعند ابن تيمية وحجّية كل مرتبة وعند ابن القيم وحجّية كل مرتبة وأجرى مقارنة بين مناهج هؤلاء في مصدر العمل ومراتبه وحجّيته ثم لخص مراتب العمل إلى أولاً: العمل النقلى وهو الشرع المبتدأ من جهة النبي ﷺ حجة عند مالك وعند الجمهور ويستقلّ بمعارضة السنن، ثانياً: العمل الاستدلالي وهو قسماً؛ العمل القديم بالمدينة وهو نوعان؛ عمل من جهة الاستدلال لم يعتضد بشيء ولكنه لا يعارض السنن وهو حجة عند مالك وعند الجمهور كما حكى ذلك ابن تيمية عن الشافعي وأحمد ورداً فإنّ الترجيح لا يكون إلا في الروايات لا في الاجتهاد بلا ترجيح، الثاني: عمل من جهة الاستدلال لكنه اعتضد بسنن سواء عارض سنناً أخرى أم

(١) المستصفي، للغزالي: ٢١٤/١، تحقيق محمد مصطفى أبو العلا.

لم يعارض وهذا حجة عند مالك وعند الجمهور كما حكى ذلك ابن تيمية .

القسم الثاني: العمل المتأخر بالمدينة وهنا يتجه الخلاف أولاً إلى التسليم به كمصدر من مصادر العمل ولم يذكره عياض في مصادر العمل، بل ظهر كلامه بنفيه أما ابن تيمية وابن القيم فيريان أن هناك عملاً متأخراً وأنه ليس بحجة وخلاصة القول أن عمل أهل المدينة طوال القرن الأول إلى عهد مالك بن أنس كان العمل مستمراً في التابعين الآخذين عن الصحابة، فإن أبا الدرداء يجعل قوة العمل في الثلث الأول من القرن الأول، ثم ينهج نفس المنهج عمر بن عبد العزيز في آخر القرن في إبان ازدهار حلقة مالك وهذا معنى القضاء المستمر والعمل المطبق بقوة الدولة في القرن الأول والثاني ثم نجد مالكا يتابع النظر نفسه طوال القرن الثاني، ثم إنه ليبتدع هذا المنهج ابتداءً، بل سلك في ذلك مسلكاً قد سبقه إليه غيره من الصحابة والتابعين وأهل العلم وإنما اشتهر به مالك، لأنه ابتلي بكثرة الإفتاء وقد وجد في بعض ما أفتى به ما يخالف الخبر الذي رواه هو فنسب ذلك إليه وإن كان متبوعاً ولم يكن مبتدعاً، ولقد أيد الأخذ بالعمل جمهرة من العلماء قديماً وحديثاً ورأوا أن مالكا فتح بهذا المصدر باباً جديداً من أبواب الاستدلال واستنباط الأحكام فقد ذكر ابن تيمية أن سائر الأمصار كانوا مناقدين لعلم أهل المدينة لا يعدون أنفسهم أكفاءهم في العلم كأهل الشام ومصر وأن تعظيمهم لعمل أهل المدينة واتباعهم لمذاهبهم القديمة ظاهر بين ولهذا ظهر مذهب أهل المدينة في هذه الأمصار، فإن أهل مصر صاروا نصرة لقول أهل المدينة يوضح ذلك أن العلم إما رواية وإما رأي وأن أهل المدينة أصح أهل المدن رواية ورأياً وأما حديثهم فأصح الأحاديث وقد اتفق أهل العلم بالحديث على أن أصح الأحاديث أحاديث أهل المدينة إذ كانوا يتوفرون على أسانيد متصلة وضبط الألفاظ وأما الفقه والرأي فقد علم أن أهل المدينة لم يكن فيهم من ابتدع بدعة في أصول الدين مثل ما كان عليه الشأن في غيرها من الأمصار لقد كان المنصور والمهدي والرشيدي من خلفاء دولة العباسيين يرجحون علماء الحجاز على علماء أهل العراق، كذلك بنو أمية يرجحون علماء أهل الحجاز على أهل الشام وما ذلك إلا لأن مالكا كما يقول ابن تيمية: أقوم الناس بمذهب أهل المدينة رواية ورأياً فإنه لم يكن في عصره ولا بعده أقوم بذلك منه وكان له من المكانة عند أهل الإسلام ما لا يخفى على من له بالعلم أدنى إلمام، ولذلك قال الشافعي: ما تحت أديم السماء كتاب أكثر صواباً بعد كتاب الله من موطأ مالك وقال أحمد بن حنبل: إن عمل أهل المدينة الذي يجري مجرى النقل حجة باتفاق المسلمين كما قال مالك لأبي يوسف لما سأله عن الصاع والمد وأمر أهل المدينة بإحضار صيغاتهم وذكروا له أن إسنادهم على أسلافهم أتري هؤلاء يا أبا يوسف يكذبون؟ قال لا والله لا يكذبون، قال مالك فإني حررت هذه الصيغان فوجدتها خمسة أرتال وثلاث أرتالكم يا أهل العراق فقال أبو يوسف رجعت إلى قولك يا أبا عبد الله ولو رأى صاحبي ما رأيت لرجع كما رجعت وهذه هي المرتبة الأولى، والمرتبة الثانية العمل القديم بالمدينة قبل مقتل عثمان، فهذا حجة عند مالك .

والمنصوص عن الشافعي، وعن أحمد ما سنّه الخلفاء الراشدون فهو حجة يجب اتباعها. والمرتبة الثالثة: إذا تعارض في المسألة دليلان كحديثين وقياسين وجعل أيهما أرجح، وأحدهما يعمل به أهل المدينة ففيه نزاع مذهب مالك والشافعي أنه يرجح بعمل أهل المدينة ومذهب أبي حنيفة أنه لا يرجح بعملها ولأصحاب أحمد وجهان، فالقاضي أبو يعلى وابن عقيل لا يرجح، والثاني قول أبي الخطاب وغيره أنه يرجح به وهذا هو المنصوص عليه من كلامه. ومن كلامه إذا رأى أهل المدينة حديثاً وعملوا به فهو الغاية وكان يفتى على مذهب أهل المدينة ويقدمه على مذهب أهل العراق تقريراً كثيراً، وكان يدل المستفتي على مذهب أهل الحديث ومذهب أهل المدينة، قال ابن تيمية: فهذه مذاهب جمهور الأئمة توافق مذهب مالك في الترجيح لأقوال أهل المدينة. أما المرتبة الرابعة: وهو العمل المتأخر بالمدينة، فهذا هل هو حجة شرعية يجب اتباعها أم لا؟ فالذي عليه أئمة الناس أنه ليس بحجة شرعية، هذا مذهب الشافعي أحمد وأبي حنيفة وغيرهم وهو قول المحققين من أصحاب مالك، كما ذكر ذلك الفاضل عبد الوهاب في كتابه أصول الفقه وغيره، قال ابن تيمية: ولم أر في كلام مالك ما يوجب جعل هذا حجة، وهو في الموطأ إنما يذكر الأصل المجمع عليه عندهم فهو يحكي مذهبهم وتارة يقول: الذي لم يزل عليه أهل العلم ببلدنا يشير إلى الإجماع القديم وتارة لا يذكر، قال ابن تيمية: وإذا تبين أن إجماع أهل المدينة تتفاوت فيه مذاهب جمهور الأئمة علم بذلك أن قولهم أصح أقوال أهل الأمصار رواية ورأياً وأنه تارة يكون حجة قاطعة، وتارة يكون حجة قوية، وتارة مرجحاً للدليل، إذ ليست هذه الخاصية لشيء من أمصار المسلمين وقد أطنب ابن تيمية في بيان ذلك أي أطنب^(١).

ولما نقلنا نرى البخاري يستفتح الباب بحديث مالك وهو أظهر عند الخاصة والعامة من رجحان مذهب أهل المدينة على سائر الأمصار، أما ابن القيم فيذهب إلى أن عمل أهل المدينة كعمل غيرهم من أهل الأمصار وإن من كانت السنة معهم فهم أهل العمل المتبع، وإن الحجة في اتباع السنة وإنه لا تترك سنة لعمل على خلافها وإن السنة هي المعيار على العمل ولا عكس وإن العصمة لا تثبت لمصر من الأمصار وأن لا تأثير للجهات والجدران والمسكن وإنما التأثير لأهلها وسكانها وإن الصحابة شاهدوا التنزيل وعرفوا التأويل وظفروا من العلم بما لم يظفر به غيرهم ممن بعدهم فهم المقدمون على من سواهم كما أنهم مقدمون في الفضل والدين وعملهم هو العمل الذي لا يخالف وقد انتقل أكثرهم عن المدينة وتفرقوا في الأمصار، بل أكثر علمائهم صار إلى الكوفة والبصرة والشام مثل علي وابن مسعود وأبي موسى الأشعري وعبادة وأبي الدرداء وعمرو بن العاص ومعاوية ويقول: فكيف يكون قول هؤلاء معتبراً ما داموا في

(١) مجموع فتاوي ابن تيمية: ٣٠٣/١٠ - ٣٤٠.

المدينة، فإذا لم يخرجوا وخالفوا غيرهم لم يكن عمل من خالفوه معتبراً وإذا خرجوا وفارقوا جدران المدينة كان عمل من بقي فيها هو المعتبر، ثم يقسم عمل أهل المدينة إلى أقسام ثلاث: (١) أن لا يعلم أن أهل المدينة خالفهم فيه غيرهم، (٢) خالف فيه أهل المدينة غيرهم وإن لم يعلم اختلافهم فيه، (٣) قسم فيه الخلاف بين أهل المدينة أنفسهم، ثم جعل الأول حجة يجب اتباعه والثاني والثالث لا دليل عليه^(١).

ثم بعد ذلك يقع فيما وقع فيه الغزالي إذ هو لا يلتزم هذا التقسيم في الطرق الحكمية ويرى أن ما عليه أهل المدينة هو أصح وأصوب، وأن قولهم هو الحق الذي يدين الله به ولا يعتقد سواه^(٢)، وأنه من أشد المذاهب وأصحها^(٣).

ولقد تعرضت كتب الأصول إلى مسألة عمل أهل المدينة وحجته ومذاهب العلماء في ذلك، فالشافعي في كتابه الأم انتقده شديد الانتقاد ورأى أن الإجماع المعتبر إنما هو إجماع الأمة لا إجماع أهل بلد هو المدينة أو غيرها ومجمل رأيه ينصب على كون المالكية رووا الحديث ولم يعملوا به ويرى أن ذلك من باب التناقض وإلا فكيف يروون الحديث ولا يعملون به، وقد صحَّ عندهم فيقول: قد خالفتم في القراءة في الصلاة كل ما رويتم عن النبي ﷺ، ثم أبي بكر، ثم عمر، ثم ابن عمر، ثم عثمان ولم ترووا شيئاً يخالف ما خالفتم عن أحد من الناس علمته فأين العمل؟! خالفتم من جهتين: جهة التثقيل وجهة التخفيف، وقد خالفتم بعد النبي ﷺ جميع ما رويتم عن الأئمة بالمدينة بلا رواية ورويتوها عن أحد منهم، هذا مما بين ضعف مذهبكم إذ رويتم هذا ثم خالفتموه، ولم يكن عندكم فيه حجة، فقد خالفتم الأئمة والعمل وإنه لا خلاف أشد خلافاً لأهل المدينة منكم، ثم خلافتكم ما رويتم عن رسول الله ﷺ الذي فرض طاعته وما رويتم من الأئمة الذين لا يجدون مثلهم فلو قال لكم قائل: أنتم أشد معاندة لأهل المدينة، وجد السبيل إلى أن يقول ذلك لكم على لسانكم لا تقدرين على دفعه عنكم ثم الحجة عليكم في خلافتكم أعظم منها على غيركم لأنكم ادعيتم القيام بعملكم واتباعكم دون غيركم، ثم خالفتموهم بأكثر مما خالفه به من لم يدع من اتباعهم ما ادعيتم فلتن كان هذا خفي عليكم في أنفسكم إن فيكم لغفلة ما يجوز لكم معها أن تفتوا خلقاً والله المستعان وأراكم قد تكلفتم الفتيا وتناولتم على غيركم ممن هو أقصد وأحسن مذهباً منكم^(٤).

(١) أعلام الموقعين: ٢/٢٤٠، ٢٤١.

(٢) الطرق الحكمية والسياسة الشرعية، لابن القيم الجوزية طبع في مصر: ص ٢٣.

(٣) نفس المصدر: ص ١٠٤.

(٤) الأم، للإمام الشافعي: ٧/١٨٨ - ١٩٣.

وخلاصة القول أن الشافعي يرد عمل أهل المدينة لأمرين اثنين أولهما أن الأمر المجتمع عليه عنده ليس هو إجماع أهل المدينة، بل هو إجماع علماء الأمة في كل قطر وكل بلد، ثانيهما إن المسائل التي ادّعى فيها الإجماع كان من أهل المدينة من هو مخالف فيها فضلاً عن مخالفة عامة البلدان الأخرى ولم يفرّق الشافعي رحمه الله بين ما أجمع عليه أهل المدينة فيها كان منشؤه النقل والحكاية وما كان منشؤه الاجتهاد والرأي، ولذلك قال بعدم حجّيته مطلقاً وهو بذلك خالف شيخه مالكاً وشدّد التكبير على أصحابه. ثم هو بعد هذا الموقف يقرّر أن علماء المدينة إذا اجتمعوا على أمر كان ذلك الأمر موضع اتفاق العلماء في كل البلدان وهو من جهة أخرى ينظر إلى آراء أهل المدينة نظرة تقدير وإكبار وكان يوصي بالأخذ بأقوالهم، فقد جاء في مناقبه. روى البيهقي بإسناده عن يونس بن عبد الأعلى، قال: ناظرت الشافعي رضي الله عنه في شيء، فقال: والله ما أقول لك إلاّ نصحاً إذا وجدت أهل المدينة على شيء فلا يدخل في قلبك شك أنه الحق وكل ما جاءك ولم تجد له بالمدينة أصلاً وإن ضعف فلا تبعاً به ولا تلتفت إليه، فنحن نرى أن الشافعي يرى أن الأخذ برأي أهل المدينة هو الحق وأن كل قول ولو كان قوياً ولم يكن له أصل بالمدينة لا يعبأ به، بل إنه يرى أنه إذا اجتمع أهل المدينة على أمر فلا بد أن يكون موضع اجتماع العلماء وكل بلد، ومن أقواله: إن عمل أهل المدينة أحب إليّ من القياس نقله عن القاضي عياض^(١)، ولما في كلام الشافعي من التضارب بالقول بعمل أهل المدينة أو برفضه، قال ابن العربي: ودننا أن الشافعي لم يتكلم في هذه المسألة، فكل مسألة له فيها أشكال^(٢)، ومن كبار الحنفية الإمام السرخسي فقد ذكر في أصوله أنه يرفض الأخذ بما جرى به عمل أهل المدينة بعد وفاة الرسول ﷺ وصرح بأن هذا العمل إن كان من أهلها في عهد رسول الله ﷺ فهذا لا ينازع فيه أحد وإن كان المراد أهلها بإطلاق في كل عصر، فهذا باطل لا يقول به أحد، بل إنه ليس في بقعة من البقاع اليوم في دار الإسلام قوم هم أقلّ علماً وأظهر جهلاً وأبعد عن أسباب الخير من الذين هم بالمدينة، فكيف يستجاز القول بأنه لا إجماع في أحكام الدين إلاّ إجماعهم^(٣).

كذلك تعرض الغزالي في المستصفى لمسألة عمل أهل المدينة وانتقده، فقال: مسألة، قال مالك: الحجّة في إجماع أهل المدينة فقط، وقال قوم: المعتبر إجماع أهل الحرمين مكة والمدينة، والمصريين الكوفة والبصرة وما أراد المحصلون بهذا إلاّ أن هذه البقع قد جمعت في زمن الصحابة أهل الحلّ والعقد، ثم انتقد مذهب مالك، فقال: فإن أراد مالك أن المدينة هي الجامعة لهم

(١) المدارك، للقاضي عياض: ٥٨/١.

(٢) أحكام القرآن، لابن العربي: ٢/٨.

(٣) أصول السرخسي: ٣١٤/١.

فمسلم له ذلك لو جمعت وعند ذلك لا يكون للمكان فيه تأثير وليس ذلك بمسلم، بل لم تجمع المدينة جميع العلماء لا قبل الهجرة ولا بعدها، بل ما زالوا متفرقين في الأسفار والغزوات والأمصار فلا وجه لكلام مالك إلا أن يقول عمل أهل المدينة حجة لأنهم الأكثرون والعبرة بقول الأكثرين، وقد أفسدناه أو يقول اتفاقهم في قول أو عمل أنهم استندوا إلى سماع قاطع، فإن الوحي الناسخ نزل فيهم فلا تشدد عنهم مدارك الشريعة وهذا تحكّم إذ لا يستحيل أن يسمع غيرهم حديثاً عن رسول الله ﷺ في سفر أو في المدينة لكن يخرج منها قبل نقله، فالحجة في الإجماع ولا إجماع وقد تكلف للمالك تأويلات ومعاذير واستقصيناها في كتاب تهذيب الأصول^(١)، وربما احتجوا ببناء رسول الله ﷺ على أهلها وذلك يدل على فضيلتهم وكثرة ثوابهم لسكنائهم المدينة ولا يدل على تخصيص الإجماع بهم، ثم إن الغزالي في نفس الكتاب يقول: إن الخبر إذا كان على وفق عمل أهل المدينة فهو أقوى لأن ما رواه مالك حجة وإجماعاً إن لم يصح حجة فيصلح للترجيح لأن المدينة دار الهجرة ومهبط الوحي الناسخ فيبعد أن ينطوي عليهم، ثم إن ما قاله الإمام الغزالي في المستصفى يختلف عما قاله في المنحول، فقد ذكر في المنحول أن الإجماع الذي قصده مالك هو عمل الفقهاء السبعة، قال: صار مالك رضي الله عنه إلى أن الإجماع يحصل بقول الفقهاء السبعة وهم فقهاء المدينة ولا تبالي بخلاف غيرهم وقائم مذهبهم على النص^(٢).

وكلام الغزالي ككلام الإمام الشافعي مضطرب فبعد أن أثبت أن لا وجه لكلام الإمام مالك عاد فأثبت أن الخبر إذا كان على وفق عمل أهل المدينة فهو أقوى. أمّا سيف الدين الأمدى فقد ذكر في الأحكام أن الأكثرين اتفقوا على أن إجماع أهل المدينة وحده لا يكون حجة على من خالفهم في حالة انعقاد إجماعهم خلافاً لمالك، فقال: هو حجة، ومن أصحابه من قال: إنما أراد بذلك ترجيح روايتهم على رواية غيره ومنهم من قال: أراد به أن يكون إجماعهم أولى ولا تمتنع مخالفته، ومنهم من قال: أراد به أصحاب رسول الله ﷺ والمختار مذهب الأكثرين ذلك أن الأدلة على كون الإجماع حجة متناولاً لأهل المدينة والخارج من أهلها وبدونه لا يكونون كل الأمة ولا كل المؤمنين فلا يكون إجماعهم حجة^(٣).

ولقد كان أشد الناس انتقاداً لعمل أهل المدينة ابن حزم، حيث ذكر أن عمل أهل المدينة قبل مولد الإمام مالك بثلاث وعشرين سنة لم يجر إلا بالظلم والجور والفسق ولا وليهم إلا الفساق من عمال بني مروان، ثم عمال بني العباس، وقد ذكر ابن حزم تعدي العمال بالمدينة

(١) المستصفى، للإمام الغزالي: ١/١٨٧، ط ١ المطبعة الأميرية: ١٣٢٢هـ.

(٢) المنحول من تعليقات الأصول، لحجة الإسلام الغزالي تحقيق محمد حسن: ص ٣١٤.

(٣) الأحكام في أصول الأحكام، لسيف الدين الأمدى. ١/٣٤٩.

وفشو الشكوى في أيام الصحابة رضوان الله عليهم وأن لهذه الأسباب وغيرها يبطل قول من يدعي حجة بعمل أهل المدينة^(١)، وهو يرى أن اعتبار أهل المدينة حجة على غاية الفساد وإن من احتج به، وقال به اعتمد على أحاديث منها ما هي مكذوبة ومنها ما هو حسن وإن كل ما احتجوا به فيه نظر ولا حجة فيه وجعل مكة أفضل البلاد ولم يكن ذلك موجباً لاتباع أهلها ولا أن إجماعهم إجماع دون غيرهم ولا أنه حجة على غيرهم^(٢).

لقد تحامل ابن حزم على من يرى أن أهل المدينة كانوا أعلم بأحكام رسول الله ﷺ من سواهم وأتهمهم بالكذب والباطل. وإن الحق أن أصحاب رسول الله ﷺ هم العالمون بأحكامه لا فرق بين من كان في المدينة أو في غيرها، واعتبر أن ادعاء أن أهل المدينة هم الذين شهدوا آخر حكمه عليه السلام وعلموا ما نسخ منها مما لم ينسخ اعتبر ذلك بأنه تمويه فاحش وكذب ظاهر وأن الكل في ذلك سواء لا فرق بين المقيم بها والخارج منها، ثم يتعجب من التمسويه بعمل أهل المدينة، ثم لا يحصلون إلا على رأي مالك وحده ولا يأخذونه بسواه، ثم يدعي أنهم أترك الناس لأقوال أهل المدينة كعمر وابن عمر وعائشة وعثمان وسعيد بن المسيب وغيرهم، وأنهم تركوا عمل أهل المدينة في كثير من المسائل، ثم بعد ذلك تخلص إلى أن هذا لا يجوز تقليداً خطأ مالك في ذلك ويقول: لا سبيل إلى أن يوجد عمل أهل المدينة إذ لم يدع إجماع أهل المدينة إلا في نيف وأربعين مسألة وفيها مع ذلك الخلاف ولقد تتبع الأحاديث التي رواها المالكية ولم يعملوا بها وقدموا العمل عليها مع أنه رواها الإمام مالك في الموطأ فمن ذلك أنهم رروا أن آخر عمله ﷺ كان الإفطار في رمضان في السفر والنهي عن صيامه، فقالوا: الصوم أفضل وكان آخر عمله ﷺ أم بالناس جالساً وهم أصحابه وراه إماماً جلوس عند الظاهرية أو قيام عند غيرهم مع أنهم قالوا يبطلان الصلاة في ذلك، وكذلك ما روى من أنه عليه السلام إذا اغتسل من الجنابة أفاض الماء على جسده، فقالوا يبطل ذلك حتى يتدلك ورووا أنه كان ﷺ يرفع يديه في الصلاة إذا ركع وإذا وقع فقالوا: ليس عليه العمل كما رروا أنه ﷺ كان إذا أم الناس فأتى أم القرآن، قال: آمين، فقالوا: ليس عليه العمل إلى غير ذلك من الروايات التي رروها عن رسول الله ﷺ ولم يعملوا بها وبهذا يبطل على رأيه من اتباع عمل أهل المدينة ويثبت بذلك أنهم أترك الناس لعمل نبي الله ﷺ ثم لآخر عمله ولعمل الأئمة بعده وزاد فعدد على المالكية مخالفتهم لأبي بكر وعمر وعثمان وذكر أنهم رروا في الموطأ عن أبي بكر رضي الله عنه عشر قضايا خالفوه في ثمانية منها^(٣)، رروا عن أبي بكر أن رسول الله ﷺ صلى بالبصرة في ركعتين ووراء الأنصار والمهاجرون من أهل المدينة، فقالوا: ليس عليه العمل فخالفوا بذلك

(١) الأحكام في أصول الأحكام، لابن حزم ط القاهرة: ٨٥٤/٢.

(٢) نفس المصدر: ٥٥٢/١.

(٣) نفس المصدر: ٢٢٢/١.

عمل الخليفة الأول، ورووا عن عمر أنه قرأ في صلاة الصبح بسورة الحج وسورة يوسف ورواه من أهل المدينة المهاجرون والأنصار، فقالوا: ليس عليه العمل، كما رووا عنه أنه سجد في الحج سجدتين وقالوا: ليس عليه العمل ورووا عنه أنه لا حركة في سوقنا، فقالوا: لا بالحركة في السوق، ورووا عن عثمان أنه كان يصلي الجمعة، ثم ينصرف وما للجدران ظل، فقالوا: ليس عليه العمل كما رووا عنه أنه كان يغطي وجهه وهو محرم، فقالوا: ليس عليه العمل ولا يغطي المحرم وجهه وهكذا يروي مخالفتهم لعائشة وابن عمر وسائر الصحابة بالمدينة دون استثناء كما خالفوا سائر فقهاء المدينة كسعيد بن المسيب وسلمان بن يسار ويمثل هذه المخالفات يسقط ابن حزم احتجاج المالكية بعمل أهل المدينة ويقول: فليس هناك عمل إلا النصوص ولا حجة في عمل أحد دون رسول الله ﷺ^(١)، وابن حزم فيما ذهب إليه قد تبني ما قاله الإمام الشافعي في الأم سواء أكان فيما احتج به أو الأسلوب الذي اتخذه في إسقاط حجج من قال بعمل أهل المدينة.

وخلاصة القول أن أسباب رد العمل لأهل المدينة يرجع إلى أمرين اثنين؛ أولاهما: ما حدث في المدينة بعد رسول الله ﷺ وهو كاف في نظرهم في رد عمل أهل المدينة وعدم الأخذ به كدليل من الأدلة الشرعية. الأمر الثاني: لأسباب الرد الأحاديث التي رواها مالك في الموطأ وهو لا يروي إلا الصحيح وهو إمام الحديث، ثم بعد ذلك لا يعمل بها فيالنسبة للأمر الأول يذكرون أن الأقوال تغيرت عما كان عليه زمن الصحابة والخلفاء الراشدين، وقد حدث من الفساد حتى في عصرهم ما أدخل كثيراً من التباهيل والتغيير حتى قال أبو الدرداء رضي الله عنه لو خرج رسول الله ﷺ عليكم ما عرف شيئاً مما كان عليه هو وأصحابه إلا الصلاة، قال الإمام الأوزاعي: فكيف لو كان اليوم^(٢).

وروي عن أم الدرداء، قالت: دخل أبو الدرداء وهو غضبان، فقلت: ما أغضبك، قال: والله ما أعرف فيهم شيئاً من أمر محمد ﷺ إلا أنهم يصلون جميعاً^(٣)، وفي أشرف الطالب في أسنى المطالب لأحمد بن قنفذ قال أنس: يعني الصحابي الجليل خادم رسول الله ﷺ لو أن رجلاً أدرك السلف الأول ثم بعث اليوم ما عرف من الإسلام شيئاً، قال: ووضع يده على هذه، ثم قال: إلا هذه الصلاة، ثم قال: أما والله على ذلك لمن عاش في هذا النكر ولم يدرك ذلك السلف الصالح فرأى مبتدعاً يدعو إلى بدعه ورأى صاحب دنيا يدعو إلى دنياه فعصمه الله من ذلك وجعل قلبه يحن إلى ذلك السلف الصالح يسأل عن سبيلهم ويقتفي آثارهم ويتبين سبيلهم ليعوض أجراً عظيماً.

(١) المحل: ٥٥/١.

(٢) الاعتصام بتحقيق محمد رشيد رضا: ٢٦/١.

(٣) مسند الإمام أحمد: ٤٤٣/٦.

وهذه النقول وإن أثبتت التغير الذي حصل بالمدينة عن زمن رسول الله ﷺ والصحابة بعده وما حدث من فساد وما دخلها من تغيير وتبدل، فإنها ليست فيها حجة على إبطال عمل أهل المدينة بإطلاق لأن الاختلاف فيما يرجع إلى الأحكام الشرعية لم يقع كثيراً إلا في المسائل الاجتهادية كاختلاف اجتهاد بعض الخلفاء، واختلاف الخلفاء الراشدين هو من قبيل السنة لقوله عليه الصلاة والسلام: «عليكم بسنتي وسنة الخلفاء من بعدي عضوا عليها بالنواجذ»، ثم إن مالكا رحمه الله لا يعتمد العمل إذا كان مخالفاً للمعروي الثابت عن رسول الله ﷺ لأنه يقول كل كلام فيه مقبول ومردود إلا كلام صاحب هذا القبر، وهو أيضاً القائل: إنما أنا بشر أخطيء وأصيب فانظروا ما في رأيي فما وافق الكتاب والسنة فخذوا به وما لم يوافق الكتاب والسنة من ذلك فاتركوه^(١)، إلا أن الإمام رضي الله عنه يرى أن عمل أهل المدينة في مسألة اختلف فيها أو تضاربت الأدلة في شأنها يرجح الخلاف ويوجب اختيار القول بعملهم على غيره من المذاهب، على أن الإمام كان إماماً في الحديث يعرف دواعي الترحيح والترجيح وما كان من البدع المستحدثة مما هو من السنة المتبعة وقد شهد في علمه وصلاحه ومعرفته بالسنة الجمة التغير مما لا يبقى معه شك أن يقول بعمل ويحتج به وهو بدعة من البدع معاكس لما جاءت به السنة وهو من أشد الناس عملاً بالسنة ورفضاً للبدعة، أما ما ورد من الأحاديث المروية في الموطأ وغيره، ولم يأخذ بها مالك فلم يكن ذلك عن هوى وإنما كان عن معرفة وعلم ولا يكون إلا عن مستند صحيح ظهر له فهو الخبير بالصحيح من الحديث والسقيم، وهو حجة في هذا الباب وعالم أهل الحجاز ولم يبلغ أحد في زمانه مرتبة في العلم بالحديث والسنة والرجال فكان من أشد الناس انتقاداً لهم فلا يبلغ من الأحاديث إلا ما كان صحيحاً ولا ينقل إلا عن ثقة وفي المدارك للقاضي عياض من الأدلة على ذلك ما يشفي الغليل وكان من قول مالك رحمه الله ما رواه الناس مثل ما روينا فنحن وهم سواء وما خالفناهم فيه فنحن أعلم به منهم^(٢).

قال ابن عبد البر ليس لأحد من علماء الأمة يثبت حديثاً عن النبي ﷺ ثم يرده دون ادعاء نسخ عليه مباشر مثله أو إجماع أو بعمل يجب على أصله الانتقاد إليه أو طعن في سنده ولو فعل ذلك لسقطت عدالته فضلاً عن أن يتخذ إماماً ولزمه إثم الفسق، قال هذا في الرد على الليث بن سعد فيما ادعاه من أن مالكا خالف السنة في سبعين مسألة قال فيها برأيه^(٣)، فنحن نرى الحافظ ابن عبد البر يستبعد صدور المخالفة من مالك للحديث الذي يرويه ثم يعمل بخلافه دون أن يكون له سند يعتمد عليه ويعول عليه من نسخ أو ترجيح.

(١) ترتيب المدارك: ١٨٣/١.

(٢) ترتيب المدارك: ٤٥/١.

(٣) جامع بيان العلم وفضله وما ينبغي في روايته وحمله، للحافظ ابن عبد البر: ١٠٠٢/٢، ط المنيرية

على أن الإمام مالك لم يقل أصلاً بأن عمل أهل المدينة هو إجماع بمعنى الإجماع الذي هو المصدر الثالث من مصادر التشريع إذ تعابيره في الموطأ لا تخرج عن قوله: (هذا الأمر الذي أدركت عليه الناس وأهل العلم ببلدنا، أو الذي لم يزل عليه أهل العلم ببلدنا، أو الأمر الذي لا اختلاف فيه عندنا، أو ما أعرف شيئاً مما أدركت عليه الناس أو السنة عندنا، أو وليس على هذا العمل عندنا، أو الأمر الذي سمعت من أهل العلم، أو السنة التي لا اختلاف فيها عندنا أو السنة التي عندنا والتي لا شك فيها، أو قوله وليس العمل على هذا) هذه هي الصيغ التي استعملها مالك في موطئه قاصداً بها عمل أهل المدينة وكل هذه الصيغ العشر لا تفيد معنى الإجماع الذي هو المصدر الثالث بعد الكتاب والسنة، ولقد تكررت هذه الصيغ في الموطأ مئتين وثلاثة وثلاثين مرة ولا يفهم من جميعها إلا العمل، أي عمل الناس الذي كان أهل المدينة سائرين عليه في عصره وقبل عصره فهو حينئذ بهذه العبارات يصف عمل بلده وما اعتاده قومه وتعارف لديهم وساروا عليه ومالك رحمه الله يعلم علم اليقين إنه ليس كل من كان من أهل المدينة هو من العلماء المجتهدين من أهل الحل والعقد ولو كان المراد الإجماع، لما عد المالكية الإجماع مصدراً ثالثاً، ثم جعلوا عمل أهل المدينة مصدراً قائماً بنفسه إلى جانب الإجماع، والأمر لكان ذلك من ذكر الشيء الواحد مرتين نص على ذلك القرافي في تنقيحه والمقري في قواعده القاعدة ١١٧ والقاعدة ٤٥٩ والقاعدة ٦٣٥، وكذلك الونشريسي في المعيار^(١)، فما ذكره مالك في عمل أهل المدينة هو بمثابة العرف الذي يوجد في أي مكان، ولذلك قال ابن خلدون: ولو ذكرت المسألة (يعني عمل أهل المدينة في باب فعل النبي ﷺ) وتقريره أو مع الأدلة المختلف فيها مثل قول الصحابي وشرع من قبلنا والاستصحاب (لكان أليق^(٢)).

ويرد ابن خلدون على الذين فهموا أن مراده في ذلك الإجماع، فيقول: وظن كثير أن ذلك من مسائل الإجماع فأنكره، لأن دليل الإجماع لا يخص أهل المدينة من سواهم، بل هو شامل للأمة، والفرق بين الإجماع وبين عمل أهل المدينة أن الإجماع هو اتفاق أهل الحل والعقد من أمة محمد على أمر من الأمور بحيث لا يجوز مخالفته بحال من الأحوال بقطع النظر عن أن يكون عن دليل فعلي أو عقلي، أما إجماع أهل المدينة فهو اتفاقهم في فعل أو ترك مستنديين فيه إلى مشاهدة من قبلهم فمالك يقول بهذا الاتفاق وما عليه أهل المدينة في عهده إذا تحقق في مسألة اختلف فيها أو تضاربت الأدلة في شأنها، فهذا العمل الذي عليه أهل المدينة يرفع الخلاف ويرجع ما هم عليه من غيرهم من المذاهب على أن مالكا هو أكثر الناس تخرجاً من البدع والشبهات وتمسكاً بما عليه الصحابة والتابعون، وإنما يرجع عمل أهل المدينة على غيرهم لأن أهلها أقرب

(١) المعيار للونشريسي: ٢٧٢/٢.

(٢) مقدمة ابن خلدون: ص ٤٤٥.

إلى صفاء التشريع ونقاوته وهم أبعد الناس عن أن يكونوا على ضلالة من أمرهم وهم أقرب عهد بالرسول وأصحابه وأتباعهم وهذا شبيه بما كان عليه أبو يوسف صاحب أبي حنيفة حين كان يقدم العرف على الحديث ويقول: إن الحديث ليس إلا تأكيداً أو إقراراً للعرف الذي كان في عهد رسول الله ﷺ وإنه لو وجد عليه الصلاة والسلام هذا العرف قد تغير تغيراً موافقاً لأصل الدين لأقره، ومثل هذا فعل الشافعي، فقد أخذ بكثير من عمل أهل مكة وكذلك ينقل عن أبي حنيفة في حكمه بعمل أهل العراق، نقل ذلك الشيخ الحجوي في كتابه الفكر السامي^(١)، وإذا كان هؤلاء الأئمة اعتبروا عرف هذه البلدان فعمل أهل المدينة أولى بالاعتبار، ثم إن العمل الذي كان بالمدينة شائعاً على عهد مالك رضي الله عنه منه ما كان معمولاً به على الدوام وهو الذي قال فيه ابن رشد في مقدماته وما استمر عليه العمل بالمدينة واتصل به فهو عنده أي مالك مقدم على أخبار الأحاد العدول، لأن المدينة دار النبي ﷺ وبها توفي ﷺ وأصحابه المتوافرون فيستحيل أن يتصل العمل منهم في شيء على خلاف ما روي عن النبي ﷺ إلا وقد علموا النسخ فيه^(٢).

وهذا النوع يجري مجرى العرف العام وفيه أيضاً ما هو معمول به ولكنه قليل وهو يجري مجرى العرف الخاص وما كان عاماً مستمراً فهو الذي يأخذ به مالك ويقدمه على خبر الأحاد وعلى القياس، وهذا الفعل الذي جرى عليه أهل المدينة لا يكون إلا لأمر ثابت عن رسول الله ﷺ وتبعه الصحابة فيه والتابعون من بعدهم أو يكون واقعاً في عهد رسول الله ﷺ وأقرهم عليه واستمر الناس عليه زمن الصحابة والتابعين ومن جاء بعدهم وهذا لا شك في صحة الاستدلال به والأخذ به والاعتماد عليه إذ لا بد أن يكون لمعنى شرعي تحروا العمل به ولا شك أن ما داوم الناس عليه هو أولى من الأخذ بقول واحد وهذا ما فعله مالك حيث قدم العمل على أخبار الأحاد حيث راعى العمل المستمر ورآه أقوى من أخبار الأحاد لأن خبر الأحاد لا يفيد إلا الظن والعمل المستمر الذي جرى من زمن رسول الله ﷺ وزمن الصحابة والتابعين الذين أدركهم مالك وراقب أعمالهم، ففي هذا من القوة ما ليس في قول الصحابي، ولذلك قدمه مالك على الأخبار الأحادية والقياس، يقول الشاطبي: ومن هذا المكان يتطلع إلى قصد مالك رحمه الله في جعله العمل مقدماً على الأحاديث إذ كان، إنما يراعي كل المراعاة العمل المستمر والآخر ويترك ما سوى ذلك وإن جاء فيه أحاديث لأن عمل أهل المدينة أثبت في الاتباع وأولى أن يرجع إليه وقد كان مالك يقول إذا جاءك مثل هذا مما كان في الناس وجرى على

(١) الفكر السامي، للشيخ الحجوي: ١٦٧/٢.

(٢) المقدمات المهدات لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعية، لأبي الوليد ابن رشد

ط بيروت: ٥٦٥/٢.

أيديهم لا يسمع عنهم فيه شيء، فعليك بذلك، فإنه لو كان لذكر، لأنه من أمر الناس الذي قد كان فيهم وكان إذا بلغه حديث لم يكن يرى الناس يعملون به، يقول: أحب الأحاديث إلي ما اجتمع الناس عليه، وهذا مما لم يجتمع الناس عليه، وإنما هو حديث من أحاديث الناس، ولهذا المعنى قال الشاطبي: لما أخذ مالك بما عليه الناس وطرح ما سواه انضبط له الناس من المنسوخ على يسر كما اعتبر الاقتداء بالأفعال أقوى من الاقتداء بالأقوال^(١).

وفي كلام الشاطبي رد على ما ذهب إليه ابن رشد من أن الفعل لا يفيد التواتر إلا إذا اقترن بالقول ورد عليه أيضاً في قوله: إفادة الأفعال للتواتر عسير، بل لعله ممنوع^(٢). قال الشاطبي: وكل ما جاءك مخالفاً لما عليه السلف الصالح فهو الضلال بعينه وهذا يرد ما صرح به الأمدى وغيره من اعتبار عمل أهل المدينة كعمل غيرهم لأن عملهم معزز بالمشاهدة والاتباع ففي المدينة انتهاء الوحي وفيها انتهت الرسالة واستقرت، فكان أهلها أعلم بما كان عليه الرسول وصحبه ومن تبعهم إلى عصر مالك بن أنس ودعوى مخالفة مالك للحديث، فقد أبطلناه بأن مالكا إذا ثبت الحديث عنه وصح لا يتركه بحال، وإن ثبت ولكن بطريق الأحاد قدم عليه عمل أهل المدينة لأنه لا يعقل أن يعمل بقول الفرد الواحد ويترك الجسم الغفير على أن ما اعتاده الناس لا يصرفون عنه إلا بدليل صريح قاطع، فإن لم يوجد، فإن الناس يتركون على ما هم عليه ما دام لم يخالف فعلهم دليلاً شرعياً وهذه قاعدة يقع تطبيقها في كل الجهات، وأولى أن يقع تطبيقها في بلد أهلها هم أعرف الناس بالسنة النبوية ومقاصد الشريعة وأكثر الناس اقتفاءً واقتداءً لخطى رسول الله ﷺ وأشد الناس اتباعاً وأبعدهم من الابتداع.

وإذا أوضحنا مقصد مالك في الأخذ بعمل أهل المدينة وأدركنا الغاية التي أرادها من أن عمل أهل المدينة هو العرف والعادة التي تسلسل العمل بها عبر الأجيال وتابع الناس عليها اتباعاً وتقليداً لا اجتهاداً حتى ينتهي إلى عصر الصحابة وزمنه ﷺ، وليس ذلك إجماعاً لأن الإجماع لا يكون تبعياً كما يقول ابن خلدون وحيث ثبت أن رسول الله ﷺ أقر بعض الأعراف وأبقى عليها ولم يمنع منها إلا ما صادم الشرع أو تعارض مع مبادئه وأصوله وأن كل المذاهب الرئيسية قد حكمت العرف واعتبرته في كثير من القضايا ولم يقف ضد هذا المنزع إلا من لا يعتد برأيه، وقد تقدّم أن بيننا أن مراعاة عادات الناس وأعرافها التي لا فساد فيها هي ضرب من ضروب المصلحة لا يصح أن يتركها عالم من العلماء المحققين، بل يجب الأخذ بها وأنه ليس لأحد أن يمنعها من الأخذ بها إلا بنص يجرمها ويمنعها وحيث لا نص فلا بد من مراعاة

(١) الموافقات، للشاطبي: ١٠/٢، ٧١.

(٢) بداية المجتهد لابن رشد: ١/١٢٦.

أعرافهم وعاداتهم إذ مخالفتهم تؤدّي بهم إلى الحج والمشقة والله تعالى يقول: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ (١).

وإذا قيل يعتبر العمل والعرف مع وجود النص المخالف، قلنا: إن النص إما أن يكون قطعياً أو ظنياً، فإن كان قطعي الثبوت قطعي الدلالة فلا يقول أحد بخلافه لا مالك ولا غيره، وإن كان ظني الدلالة فقد نص العلماء على أن العرف العام يقدم على الدليل الظني كما أنهم نصوا على أن العرف العام يقيّد المطلق ويخصص العام ويبين المجمل وهذا هو دور العمل بإطلاق. وإذا كان هذا هو دور العرف وهذا اعتباره في كل مكان، وفي كل زمان فعمل أهل المدينة أجدر بالاعتبار والاحترام لما قدّمنا، ثم إن الإمام مالك رضي الله عنه كان على غاية من الانسجام مع البيئة التي عاش فيها وتأثر بها إذ لم يكن مقتصراً على الحديث وأغلق باب الرأي والنظر في كل ما احتاج إليه متاشياً مع المنهج الاجتهادي الذي ربطه بمناهج الشريعة ومقاصدها ومن هنا كان رحمه الله حريصاً كل الحرص على أن يربط النصّ الشرعي بالحياة العلمية التي كانت قائمة بالمدينة فيقدر ما كان وقافاً عند النصوص في العبادات بقدر ما كان يراعي المصالح في المعاملات، وبذلك كان منسجماً أخذاً بعين الاعتبار العمل القائم في المدينة معتبراً أنه الصورة العملية التطبيقية للشريعة الإسلامية.

ولكن هنا لقاتل أن يقول إذا اعتبرنا أن عمل أهل المدينة من قبيل العرف، كما قرره ابن خلدون أو هو بمثابته، فلم عد المالكية في الأصول التي انبنى عليها مذهبهم العرف مستقلاً عن عمل أهل المدينة؟ فالجواب: أنا قدّمنا الفرق في الخلاف بين الجماعة هي أن العرف والعمل هما لفظان مترادفان وهو ما ذهب إليه جماعة ومنهم من فرق بينهما بأن العمل إنما هو ممن يقتدى به من العلماء، أمّا العرف فهو فعل العامة مرة بعد مرة ولا يظهر كبير فرق بين ما جرى به العمل وبين العرف لأن ما تعارفه الناس بمعنى تعودوا عليه وعملوا به ولذا نرى الكثير من العلماء من لا يفرق بينها ويجعلها شيئاً واحداً وكثيراً ما يكون العمل تابعاً للعرف، قاله الشيخ الحجوي في الفكر السامي (٢)، ومثل بأدوات المنزل مبيئاً أن منها ما يكون للزوجة حسب العوائد والأعراف ومنها ما يكون للزوج وأن كل بلد يحكم له بعرفه، وفي تحفة أكياس الناس في شرح عمل فاس إن غالب عمل فاس مبني على الأحكام العرفية كما يذكر أن عمل فاس غالباً يتبع القول الموافق لأعراف الناس، والحق أن جريان العمل بالشيء ليس هو جريان العرف به إذ مراد العلماء بقولهم به العمل وعمل به، أن القول حكمت به الأئمة واستمر حكمهم به وجريان العرف بالشيء هو عمل العامة من غير استناد لحكم من قول أو فعل (٣).

(١) سورة الحج: الآية ٧١.

(٢) الفكر السامي، للحجوي الثعالبي: ٢٢٩/٤، ط دائرة المعارف المغرب.

(٣) حاشية المهدي على شرح التاودي: ٤٣٢/١، ط حجرية.

وفرق بين عمل أهل المدينة وما جرى به العمل في الأقطار، فإن ما جرى به عمل أهل المدينة هو مستند لا محالة إلى النص أو فعل أو تقرير فهو اتباع لأثار السلف الصالح من الصحابة والتابعين ولذلك كان غير العرف وغير ما جرى به العمل بالأقطار المختلفة وإذا لم يقبل عمل أهل المدينة عند جميع المذاهب وهو مستند إلى الدليل في الجملة، فهاذا يكون موقف من تشبَّث بالعمل المطلق أو الخاص فيما جرى في بقية الأقطار ولهذا ذهب كثير من العلماء المتأخرين إلى عدم الاعتداد بما جرى به العمل في بلد من البلدان سواء قيل إن أصله راجع إلى الاقتداء فيه بقاض معين قد كانت له قدرة الترجيح والاستنباط أو هو راجع إلى عرف خاص إذ هو في الحالة الأولى يكون الترجيح قائماً على شخص لا على دليل والحجة لا تقوم على الأشخاص وإنما تقوم على الدليل، وأما الحالة الثانية وهو ما كان منشؤه العرف الخاص في بلد من البلدان، فإنه لا يصح أن يعم العرف الخاص ببلد من البلدان كل البلدان اللهم إلا إذا كان عرفاً عاماً استوجبه المصلحة. على أن العرف العام هو نفسه قد لا يلزم إذ هو يتغير بتغير المصلحة ويتجدد بتجدها فلا يمكن أن يستمر العمل المرتبط به بعد انتهاء مصلحته على أن العرف العام من شأنه أن يكون معروفاً لدى الجميع يستوي فيه العوام والعلماء على السواء وليس العمل كذلك إذ العمل من خصائص العلماء العارفين بأسرار الشريعة الكاشفين لأحكامها على أن العمل في الأقطار كثيراً ما يختلف فمثلاً جرى العمل في فاس بعدم الاكتفاء بعدلين في الترشيح والتسفيه نصّ على جريان العمل به غير واحد كابن فتوح والتميطي وابن سلمون وغيرهم في حين أنه جرى العمل في تونس بالاكتفاء بقبول عدلين في حالة التسفيه والترشيح لكن الزيادة أفضل وهو قول أصبغ^(١).

وفي الشفعة في ما لا يقبل القسمة قولان للمالك، وبعدم الشفعة قال الابن القاسم ومطرف وبالشفعة قال أشهب وابن الماجشون، والقول بعدم الشفعة هو المشهور وبه القضاء، وأفتى فقهاء قرطبة به، وقد رفع شفع أمره إلى أمير المؤمنين عبد الرحمن، وقال حكم علي بغير قول مالك فوضع بخط يده إلى القاضي أن يحمله على قول مالك ويقضي له به فجمع القاضي منذر بن سعيد الفقهاء وشاورهم، فقالوا: مالك يرى في الحمام الشفعة فحرم ذلك وحكم له بها، وهكذا جرى العمل في الحمام والعيون والآبار والشجرة الواحدة وشبه ذلك جرى العمل بقرطبة بالشفعة في ذلك والعمل عندنا في تونس على مذهب ابن القاسم لا شفعة فيها لم ينقسم، وكذلك الشفعة في الكراء كدار بين رجلين أكرى أحدهما نصيبه منها هل لشريكه أن يشفع ذلك من يد المكثري لأن الكراء بيع منفعة وليس له ذلك فيه قولان جرى القضاء بكل منهما فبالغرب جرى القضاء بالشفعة وفي تونس جرى العمل بعدمها وكذلك جرى العمل بفاس بجواز الإفتاء للحكام، وهو قول ابن عبد الحكم فيجوز للقاضي الإفتاء في

(١) فتح الجليل في شرح التكميل والمعتمد، لأبي عبد الله محمد السجسماسي: ص ١٩٤.

مسائل الخصام إذ هي المختلف فيها ومقابل الجواز فيها المنع والكرهه، وقد جرى العمل بمنع القاضي من الإفتاء في مسائل الخصام في تونس أما مسائل العبادات فبجواز الإفتاء فيها متفق عليه. ومن هنا ندرك أن العمل نفسه قد يتعدد تبعاً لاختلاف القضاة والمفتين واختلاف الجهات وعندئذ يحتاج إلى المقارنة والترجيح فيها بين هذا العمل وذلك وما هذا الاختلاف والعمل إلا لأن الفقهاء لم يضبطوا اتجاه العمل مبدأ عام ومقياس ملزم للجميع يجب اعتباره، ولو نظرنا إلى ما جرى به العمل نرى منه ما كان وفق القول المشهور في المذهب ومنه ما جرى على القول الضعيف، ومنه ما جرى على خلاف النصوص ومنه ما جرى على ما لا نص فيه، ومنه ما جرى على شبه دليل ومنه ما جرى على وفق دليل المخالف فمثال ما وافق القول المشهور العقوبة بالمال، فقد جرى العمل فيها بعدم الجواز وهو المشهور والقول الشاذ جوازه وبه أفتى جماعة من الفقهاء فالتعزير بأخذ المال لا يجوز في الراجح عند الأئمة لما فيه من تسليط الظلمة على أخذ مال الناس فيأكلونه^(١)، وقد أثبت ابن تيمية وتلميذه ابن القيم أن التعزير بالعقوبات المالية مشروع في مواضع خاصة من مذهب مالك في المشهور عنه ومذهب أحمد وأحد قولي الشافعي كما دلت عليه سنة رسول الله ﷺ مثل أمره بكسر ما لا قطع فيه من الثمر والكثير وأخذ شطر مال مانع الزكاة عزمة من عزمات الرب تبارك وتعالى ومثل تحريق عمر وعلي رضي الله عنهما المكان الذي يباع فيه الخمر ونحوه كثير، ومن قال إن العقوبة المالية منسوخة وأطلق ذلك، فقد غلط في نقل مذاهب الأئمة^(٢).

وقد قسم ابن تيمية العقوبة المالية إلى ثلاثة أقسام؛ إتلاف وتغيير وتمليك فالأول إتلاف المنكرات من الأعيان والصفات تبعاً لها كإتلاف الأصنام بتكسيروها وتحريقها وتحطيم آلات الملاهي عن أكثر الفقهاء وتحريق الحانوت الذي يباع فيه الخمر على المشهور في مذهب أحمد ومالك وغيرهما عملاً بفعل عمر حيث حرق حانوت الخمار ومثل إراقه عمر اللبن المخلوط بالماء للبيع وبه أفتى طائفة من الفقهاء، الثاني التغيير كتغيير الشيء مثل نبيه ﷺ عن كسر العملة الجائزة بين المسلمين وتغيير كل ما كان من العين أو التاليف المحرم كتفكيك آلات الملاهي وتغيير الصور المصورة، وأما التمليك بمثل ما روى أبو داود وغيره عن النبي ﷺ فيمن سرق من التمر المعلق قبل أن يؤويه إلى الحبرين أن عليه جلدات نكال وغرمه مرتين وفيمن سرق من الماشية قبل أن تؤوي إلى المراح أن عليه جلدات نكال وغرمه مرتين وكذلك قضاء عمر بن الخطاب في الضالة المكتومة أن يضعف غرمها على كاتمها، وقد أجاز المالكية العقوبة في المال إذا كانت جنابة الجاني في نفس ذلك المال أو في عوضه فيتصدق بالزعفران الغشوش على المساكين

(١) البدائع: ٦٣/٧؛ فتح القدير: ٢١٢/٤؛ حاشية ابن عابدين: ١٩٥/٣؛ المهذب: ص ٢٨٨؛

المغني: ٢٢٤/٨؛ الاعتصام، للشاطبي تحقيق رشيد رضا: ١٥٥/٢.

(٢) راجع الحسبة في الإسلام لابن تيمية: ص ٤٩ وما بعدها، أعلام الموقعين: ٩٨/٢.

وإذا اشترى مسلم من نصراني خمرًا، فإنه يكسر على المسلم ويتصدق بالثمن تأديباً للنصراني إن كان النصراني لم يقبضه^(١).

ومثال ما خالف المشهور جرياً على القول الضعيف وهذا النوع هو الغالب بيع المضغوط وبيع الثنيا وهو البيع بشرط وعند المالكية الاستثناء في البيع نحو أن يبيع الرجل شيئاً ويستثنى بعضه فإن كان الذي استثناه معلوماً كأن يستثنى شجرة معينة أو منزلاً أو موطئاً أو موضعاً معلوماً من الأرض صحَّ الاتفاق على البيع، وإن كان مجهولاً نحو أن يستثنى شيئاً غير معلوم لم يصح البيع لنبهه ﷺ عن الثنيا في البيع إلا أن تعلم، فإن أسقط هذا الشرط عن المشتري جاز البيع^(٢)، ومما خالف المشهور جرياً على القول الضعيف صرف اليمين إلى الطلاق وتأييد التحريم للهارب وتضمن الرعات وشهادة الابن مع أبيه والعمل بالخلطة والتحبس على البنين دون البنات والخلع بالإفراق على الولد بعد مدة الرضاع.

ومثال ما خالف العمل النصوص الصريحة ترك اللعان وهو مصرح به في القرآن والسنة والاعتداد بالأشهر للحائض بدل الإقراء وترك مراعاة القافة في تحديد النسب.

ومثال ما جرى العمل فيما لم يرد فيه نص كل المسائل المستحدثة كمسألة الخئاس وغيرها من القضايا التي لم يرد فيها نص لا بالخلية ولا بالحرمة فيوجد له حكم بطريق القياس أو لأجل الضرورة أو لتحقيق مصلحة أو درء مفسدة حتى يستطيع التشريع ملاحقة التطور.

ومثال ما جرى به العرف في قضية لم يرد فيها دليل صريح ولكن فيها شبهة؛ دليل مسألة الصفقة وأجرة الدلال، ومثال ما جرى به العمل على وفق دليل خارج المذهب شهادة اللقيف حيث هي توافق مذهب الأحناف الذي يعتبر الناس كلهم عدولاً وكذلك ترك القافة لأن الحنفية لا يقولون بها.

الدواعي والأسباب المؤدية إلى اختلاف الأعراف والعادات:

إن دواعي تغيير الأعراف كثيرة وأهم أسبابها هي: تغير الأوضاع وفساد الأخلاق وحدثت أنظمة وترتيبات جديدة تبعث على تغيير العادات. ولنوضح ذلك بالمثال، فإنه بالمثال يتضح العقال، بمثال وجود الظروف التي تقتضي تغير الحكم الاجتهادي أو تأخير تنفيذه أو إسقاط أثره عن صاحبها، فمن ذلك ما رواه أبو داود أن رسول الله ﷺ نهي أن تقطع الأيدي في الغزو رواه عن بشر بن أرطاة، قال ابن العربي في شرحه لصحيح الترمذي: اختلف الناس في هذا الحديث على قولين؛ أحدهما: في ردّه لضعفه وحكموا بعموم القطع على كل سارق حيث كان

(١) الاعتصام للشاطبي: ١٠٦/٢.

(٢) رواه النسائي والترمذي وصححه عن جابر، نيل الأوطار: ١٥١/٥.

البلاء والعمل على هذا عند بعض أهل العلم منهم الأوزاعي لا يرون أن يقام الحدّ في الغزو وبحضرة العدو مخافة أن يلحق من يقام عليه الحد بالعدو، فإذا خرج الإمام من أرض الحرب ورجع إلى دار الإسلام أقام الحدّ على من أصابه، كذلك قال الأوزاعي: قال ابن العربي: إنه لا يقطع يد من سرق في الغزو لأنه شريك بسهمه فيه وكذلك إن زنى لا يحدّ، وقال عبد الله في الذي سرق من الغنيمة ما يزيد عن ربع دينار على نصيبه قطع قاله الأوزاعي، قال ابن العربي: وهذا ما لا أعلم له أصلاً في الشريعة، والحدود تقام على أهلها كان فيها ما كان ومثال هذه التقيّة لا تراعى في الأحاد، وإنما تراعى في العموم لما تبقى فيها من العصبية وتراعى الحال كما يقال في أحد التأويلات أن علياً إنما أخرج القصاص عن قتلة عثمان طالباً لوقت فيه الحال حتى يتمكن منهم دون عصبية^(١).

وقد اعتبر جماعة الظرف وهو خشية أن يترتب على إقامة الحد ما هو أشد وأبغض إلى الله من تعطيله وتأخيرته وهو لحوق صاحبه بالأعداء حمية وغبضاً، كما قال عمر وأبو الدرداء: ونصّ عليه الإمام أحمد وإسحاق بن راهويه وغيرهما فلا تقام الحدود في أرض العدو وقد أتى بشر بن أرطاة برجل من الغزاة وقد سرق مجنّة، فقال: لولا أني سمعت رسول الله ﷺ يقول: لا تقطع الأيدي في الغزو لقطعت يدك وقد روى سعيد بن منصور أن عمر كتب إلى الناس أن لا يجلدن أمير جيش ولا سرية ولا رجل من المسلمين أحداً وهو غاز يقطع الدرب قافلاً لئلا تلحقه حمية الشيطان فيلحق بالكفار^(٢). وقد ثبت أن حذيفة بن اليمان رضي الله عنه منع أن يقام الحد على الوليد بن عقبة وهو أمير في الغزو، وقال: أتحدون أميركم وقد دنوتم عدوكم فطمعوا فيكم وإن سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه لم يقم الحد على أبي محجن وقد شرب الخمر يوم القادسية، قال ابن القيم: وليس في هذا ما يخالف نصاً ولا قياساً ولا قاعدة من قواعد الشرع ولا إجماعاً ويدخل في هذا الباب ما فعله عمر رضي الله عنه حين لم يعط المؤلفلة قلوبهم من مال الزكاة وحين أسقط الحد عن سرق في عام المجاعة^(٣).

أما فساد الزمان فالمقصود به فساد أهله وانحطاط أخلاقهم وانعدام الورع وضعف التقوى مما يؤدي إلى تغيير الأحكام تبعاً لتغير الناس وفسادهم ومنعاً للفساد وسدّ الذرائع، وقد أصبح في استشارة عرفاً يقتضي تغيير الحكم لأجله وقد حدث في عهد الصحابة وفي عهد من بعدهم. فمن ذلك ما رواه البخاري عن زيد بن خالد الجهني رضي الله عنه، قال: جاء أعرابي إلى النبي ﷺ فسأله عما يلتقطه، فقال: عرفها سنة ثم احفظ عفاصها ووكاءها، فإن جاء أحد يخبرك فيها وإلاً فاستنقها، قال: يا رسول الله: فضالة الغنم؟، قال: لك أو لأخيك

(١) صحيح الترمذي بشرح ابن العربي: ٢٣١/٦، ٢٣٢.

(٢) أعلام الموقعين عن رب العالمين، لابن القيم الجوزية: ٦/٣.

(٣) نفس المصدر: ٧/٣ - ٩.

أول للذئب، قال: ضالة الإبل فتمعر وجه النبي ﷺ، فقال مالك ولها معها حذاؤها وسقاؤها ترد الماء وتأكل الشجر.

وفي رواية أخرى عنه: دعها فإن معها حذاءها وسقاءها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يجدها ربها^(١). وقد روى مالك، عن ابن شهاب أن ضوال الإبل كانت في زمن عمر إبلًا مرسله تنتاج ولا يمسه أحد حتى جاء زمن عثمان بن عفان فأمر بمعرفتها وتعريفها، ثم تباع فإذا جاء صاحبها أعطى ثمنها وهذا على خلاف ما بينه رسول الله ﷺ وما فعل ذلك عثمان إلا لفساد الناس وجراهم على تناول ضوال الإبل والاعتداء عليها وقد فهم عثمان رضي الله عنه الغاية التي من أجلها أمر رسول الله بترك ضوال الإبل وهو حفظها لصاحبها فلما فسد حافظ رضي الله عنه على المقصد والمراد من حديث رسول الله ﷺ وإن كان في الظاهر مخالفاً لكنه في الواقع موافق.

ومما تغير الحكم فيه لتغير الزمان ما قضى به أبو حنيفة من تنفيذ من تصرفات المدين كالمصرف بالهبة والوقف وسائر وجوه التبرع ولو كانت ديونه مستغرقة أمواله كلها باعتبار أن الديون تتعلق بذمة المدين لا بأعيان أمواله التي تبقى حرة فينفذ فيها تصرفه وهذا ما يقتضيه القياس والقواعد ولكن لما فسد الناس وخربت ذممهم وكثر طمعهم وقل وزعهم، وصاروا يعتمدون إلى تهريب أموالهم من وجه الدائنين عن طريق وقفها أو هبتها لمن يثقون به من أقربائهم وأصدقائهم أفتى المتأخرون من فقهاء المذهبين الحنفي والحنبلي بعدم نفاذ هذه التصرفات من المدين إلا فيما يزيد عن مقدار الديون التي عليه وبذلك وافقوا مذهب مالك والشافعي وقد اتفقت المذاهب بأن لا حجر قبل الحكم بتفليسه فإذا حكم بذلك وحجر عليه لم ينفذ تصرفه في شيء من ماله فإن تصرف ببيع أو هبة أو وقف أو أصدق امرأة مالا له أو نحو ذلك لم يصح، وبهذا قال مالك والشافعي في قول، وقال في آخر: يقف تصرفه فإن كان فيما بقي من ماله وفاء الغرماء نفذ وإلا بطل، قال ابن قدامة: ولنا أنه محجور عليه بحكم الحاكم فلم يصح تصرفه كالسفينة ولأن حقوق الغرماء تعلقت بأعيان ماله لا بذمته^(٢).

ومن هذا القبيل أيضاً أن الغاصب يضمن عين المغصوب إذا هلكت أو أصابها عيب ولا يضمن قيمة المنافع عند الخنفة لأن المنافع ليست متقومة في ذاتها وإنما تقوم بمرور العقد عليها كعقد الإجارة وحيث لا عقد في الغصب فلا ضمان لأنها لا مماثلة بينها وبين عين الغصب لبقاء الأعيان وذهاب المنفعة، وذهب الأئمة الثلاث إلى أن الغاصب يضمن أجره المثل عن المال المغصوب وقد أفتى المتأخرون من فقهاء الخنفة بمثل ما أفتى به الأئمة الثلاث وذهبوا في ذلك فريقين: فريق يرى تضمين الغاصب أجره المثل عن منافع المغصوب إذا كان مال وقف أو مال

(١) الحديث رواه البخاري ومسلم وأبو داود والترمذي وابن ماجه والدارمي وأحمد في مسنده، ومالك في الموطأ، والوكاء الخط الذي يشد به الوعاء، والقصاص الوعاء الذي تكون فيه اللقطة من جلد وغيره.

(٢) المغني، لابن قدامة: ٤/٤٣٩.

يقيم أو كان مالاً معدداً للاستغلال أي الاستثمار، وهو وإن كان على خلاف القياس وذلك لفساد الناس وجراحتهم على الغصب^(١)، وفريق يرى أن تضمين منافع المصوب مطلقاً في جميع الأموال لا في خصوص الوقف ومال اليتيم والمال المعد للاستغلال وذلك لازدياد الفساد وفقدان الوازع الديني^(٢)، على أن المنافع عند غير الحنفية أموال متقومة كالأعيان ذلك أن الغرض الأظهر من جميع الأموال هو منفعتها كما قال عز الدين بن عبد السلام^(٣)، والشافعية والحنابلة قالوا: تضمن منافع الأموال التي يستأجر المال من أجلها بالغصب أو التعدي سواء استوفى الغاصب المنافع أو تركها حتى ذهبت أي إنها تضمن بالتفويت أو بالفوات في يد عادية أي ضامنة معتدية^(٤)، أما المالكية فقالوا: تضمن منافع الأموال من دور وأرض بالاستعمال فقط ولا تضمن في حالة الترك أي تضمن بالتفويت دون الفوات وهذا إذا غصب ذات الشيء أما إذا غصب المنفعة فقط كأن يغلق الدار ويجبس الدابة فيضمنها بمجرد فواتها على صاحبها وإن لم يستعملها.

وبما تغير الحكم لفساد الناس طلاق الثلاث في كلمة واحدة، فقد كان طلقة واحدة على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر، وستين من خلافة عمر، فلما رأى عمر فساد الناس وإكثارهم من الحلف بالطلاق وتتابعوا في ذلك واقعة لمن تلفظ به ثلاثاً في مرة واحدة رواه البخاري، وفي سنن أبي داود، عن طاووس أن رجلاً يقال له أبو الصهباء طلق امرأته ثلاثاً قبل أن يدخل بها جعلوها واحدة على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وصدرأ من إمارة عمر فلما رأى الناس قد تابعوا فيها، قال: أجزوهن عليهم، قال ابن القيم: والمقصود أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه لم يخفف عليه أن هو هذا السنة وأنه توسعة من الله لعباده إذ جعل الطلاق مرة بعد مرة، وما كان مرة بعد مرة لم يملك المكلف إيقاعه دفعة واحدة كاللعان فإنه لو قال أشهد بالله أربع شهادات إنني لمن الصادقين اعتبرت مرة واحدة^(٥)، وقد أخذت بعض البلدان الإسلامية اليوم بالرأي الأول في قوانين الأحوال الشخصية فلا توقع محاكمهم الطلاق الثلاث لمن تلفظ به وتوقعه واحدة وما ذلك إلا لكثرة الحلف بالطلاق وانتشار الفساد وتغير العرف.

وبما تغير الحكم فيه قضاء القاضي بعلمه فقد اتفق الحنفية على جواز أن يقضي القاضي بعلمه في واقعة شهدها بنفسه وإن ذلك يغني عن مطالبة الخصوم بالإثبات، قال ابن عابدين:

(١) رد المحتار على الدر المختار: ١٤٢/٥، ط. الأميرية.

(٢) قواعد الأحكام لابن عبد السلام: ١٥٢/١، وما بعدها.

(٣) انظر المدخل الفقهي، للزرقاء: ٩١٤/٢.

(٤) التفويت استيفاء المنفعة، كمطالعة الكتاب وركوب الدابة ولبس الثوب، والفوات هو ترك المنافع تضييع سدى بدون استيفاء كإغلاق الدار دون إسكان أحد فيها، مغني المحتاج: ٢٨٦/٢.

(٥) أعلام الموقعين عن رب العالمين: ٣٣/١.

القاضي يقضي بعلمه في حقوق العباد إذا علمها في بلده المخصص للقضاء فيه على قول الصاحبين والمختار اليوم أنه لا يقضي بعلمه للتهمة، وذلك استناداً إلى ما فعله عمر رضي الله عنه وذلك لفساد القضاة وغلبة الرشاري وعدم اختيار القضاة بحسب الكفاءة والعفة والنزاهة، وإنما صار يوضع في هذا المنصب بحسب الشهرة والمحسوبية واستثنوا قضاءه بعلمه في أمور التعزير والطلاق والغصب فله أن يحول بين الرجل ومطلقاته وأن يضع المال المغصوب عند أمين إلى حين الإثبات^(١).

ومما تأثرت الأحكام فيه لتغير الناس وأحوالهم ما لجأ الناس إليه اليوم نتيجة لتطور أساليب الحياة ووسائلها، من ذلك تسجيل قطع الأراضي لأصحابها بذكر أرقام القطع وأحواضها ورسم الخريطة وتحديد الحدود بالرسم العقاري الهندسي بحيث ينضبط معه الملك ضبطاً لا يخشى معه ضياع أي جزء منه ولا تلاشي حق من حقوقه، إن لتسجيل العقار فوائد كثيرة منها: أنه إذا سجل بدفتر خانة الأملاك العقارية يؤمن عليه من العوارض كالضياع ونحوه، ثانياً: بالتسجيل تتخلص ملكية العقار لمن سجل باسمه وينقطع عنه كل نزاع قديم أو يمكن الوقوع، ثالثاً: تنضبط مساحة العقار ضبطاً يؤمن معه الاستيلاء على أي جزء منه بسبب تحرير تحديده ومساحته وعمل المثال الهندسي الذي يقع التسجيل على طبقه، رابعاً: يؤمن عليه من كل واضع يده بأي وجه ولا يخشى معه دعوى ما دام التسجيل باسم المالك الحقيقي، خامساً: يضبط مساحته يعلم العاجرون مقادير ما لا يباشرونه من أملاكهم التي يستبيحها كل من يعلم حقيقتها. سادساً: حفظ جميع الحقوق المرتبة على العقار المسجل من رهن وإنزال ونحوها لمستحقيها عند عدم علمهم بانتقال الحق لهم. سابعاً: صيانة الملك المسجل للصبي والأرملة إذا مات أو فقد مورثها، ولم يعلمها بملكه، ثامناً: حصول الثقة للمشتري والمرتين وغيرهم بتحقق التملك من غير تدليس. تاسعاً: تحقق أن الملك ليس مثقلاً بغير ما تضمنه الصك وبذلك يأمن أصحاب المثال في البيع والرهن وغيرهما. عاشراً: سهولة التعامل بالملك المسجل للمالك بحيث أن حامل نسخة تسجيل ملكه يتصرف بسهولة على الوجه المأمون. الحادي عشر: توسعة طريق المعاملة بتكرار الرهون مع اختلاف الدائنين ما دامت قيمة الملك قابلة لذلك وربما ارتفع ثمن الملك المسجل عن غيره، إذ التجار والفلاحون وغيرهم يرغبون في الملك المسجل ويؤثرونه على ما ليس بمسجل لما ذكرنا ويكتفي في نقل الملكية بتغيير أسماء المالكين للقطع بالأرقام وتوقيع أصحاب الشأن والشهود خلافاً لما كان عليه الناس من قبل تحديد الحدود شرقاً وغرباً وشمالاً وجنوباً بذكر أسماء المالكين والإشهاد على ذلك وذكر كمال عقل البائع والمشتري إلى آخر السلسلة المعروفة في العقود القديمة وعدالة الشهود وأهلية المتبايعين.

(١) حاشية ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار: ٣٩١/٤.

ومن هذا القبيل أن الأصل في النكاح أن يعتقد بالإيجاب والقبول ويتم بشهادة الشهود وفشوة من غير حاجة إلى تسجيل لكن لما فسد الناس وضعف الإيمان وخربت الذمم وصار الزوج يترك الزوجة والأولاد، ولا يخشى الله فيهم أوجب المحاكم تسجيل عقد النكاح في سجلات البلدية ويعطي الزوجان في ذلك وثيقة رسمية بحيث بدونها لا يعترف النكاح قانونياً وما هذا التغيير إلا لتغير أساليب الحية وتغير أعراف الناس .

ومن هذا اكتفاء أبي حنيفة في عدالة الشهود بالعدالة الظاهرة فيما عدا الحدود والقصاص ولم ير وجوب تزكيتهم عملاً بقوله ﷺ: المسلمون عدول بعضهم على بعض فلما رغب الفساد على الناس وقل الخير وفشا الكذب والبهتان وتجراً الناس على شهادة الزور قال الإمامان محمد وأبويوسف بضرورة تزكية جميع الشهود ولا يكتفي بالعدالة الظاهرة والحق أن الخلاف بينهما خلاف عصر وأوان وتغير زمان والفتوى اليوم على مذهب الإمامين ويتضح من هذه الأمثلة التي ضربنا أن الأحكام المبنية على الأعراف يمكن أن تتغير بتغير الأعراف، قال القرافي في الفروق: تعتبر جميع الأحكام المرتبة على العوائد وهو تحقيق مجمع عليه بين العلماء لا خلاف فيه^(١)، وقال أيضاً: وعلى هذا القانون تراعى الفتاوى على طول الأيام فمهما تجدد في العرف اعتبره ومهما سقط أسقطه ولا تجمد على السطور في الكتب طول عمرك بل إذا جاءك من غير أهل إقليمك يستفتيك لا تجره على عرف بلدك وأسأله عن عرف بلده وأجره عليه دون عرف بلدك والمقرر في كتبك، فهذا هو الحق الواضح والجمود على المنقولات أبداً ضلال في الدين وجهل بمقاصد علماء المسلمين وسلف الماضين، ثم إن التطور العالمي في الميادين المختلفة كال تقنية العلمية والتنمية الاقتصادية وكذلك العلاقات بين الشعوب والدول ووجود المصانع الكبرى والشركات المتعددة واتساع التجارة وقيام الغرف التجارية والعلاقات المستجدة بين أصحاب العمل والعمال كل ذلك اقتضى وضع قوانين مختلفة وتنظيمات إدارية متعددة أوجدت أوضاعاً وأشكالاً من العلاقات غيرت عادات كثيرة وأوجدت نوعاً من الأعراف العامة التي أثرت في الناس وغيّرت كثيراً من الأحكام فمن ذلك إلزام الناس جميعاً بجواز السفر بحيث لا يستطيع أحد السفر إلى خارج بلاده وحدودها بدونها، ومن هذا إلزام الناس الرجال والنساء في ذلك سواء ببطاقة تعريفه وإلزام أصحاب السيارات بالبطاقة الرمادية التي تحمل رقم السيارة ونوعها ومالكها وإلزام كل سائق سيارة برخصة السياقة ومن هذا أيضاً ما صدر في هذه السنوات الأخيرة من وجوب التأمين ضد الغير أو تأميناً شاملاً، وقد اقتضى هذا من العلماء أن يبحثوا في موضوع التأمين وهل يجوز أو لا يجوز والأصل فيه عدم الجواز لأنه أشبه ما يكون بالمغامرة والرهان، وهو ممنوع وقد جوزه بعض العلماء قياساً على عقد الموالاة أو الحراسة أو بيع الوفاء

(١) الفروق للقرافي: ١/١٧٦ .

عند الحنفية اعتماداً على العرف ونفى هؤلاء أن يكون فيه غرر أو جهالة مفضية إلى نزاع^(١).

والتأمين حديث النشأة ظهر في القرن الرابع عشر الميلادي في إيطاليا في صورة التأمين البحري وهو نوعان تأمين تعاوني وتأمين بقسط ثابت، أما التأمين التعاوني فهو أن يتفق عدة أشخاص على أن يدفع كل منهم اشتراكاً معيناً لتعويض الأضرار التي قد تصيب أحدهم إذا تحقق خطر معين، وهو قليل التطبيق في الحياة العملية وأول من عمل به السودان على ما نعلم وتبعها في ذلك الكويت واستصدرت قانونها المدني وبدأ العمل به في ٢٥ فبراير سنة ١٩٨١م، وجاء الباب الرابع منه في الكفالة والتأمين، والفصل الثاني منه وفيه ثمان وثلاثين مادة تشمل حقيقة التأمين وإبرام عقده والتزامات المؤمن له والتزامات المؤمن في انتقال الحقوق والالتزامات الناشئة عن عقد التأمين وانقضاءها. أما التأمين بقسط ثابت فهو أن يلتزم المؤمن له بدفع قسط محدد إلى المؤمن وهو شركة التأمين المكونة من أفراد مساهمين يتعهد بمقتضاها دفع أداء معين عند تحقق خطر معين وهذا النوع هو السائد في العالم الآن ويدفع العوض، أما إلى مستفيد معين أو إلى شخص المؤمن أو إلى ورثته فهو عقد معاوضة ملزم للطرفين والفرق بين النوعين أن الذي يتولى التأمين التعاوني ليس هيئة مستقلة عن المؤمن لهم ولا يسعى أعضاؤه إلى تحقيق ربح، وإنما يسعون إلى تخفيف الخسائر التي تلحق بعض الأعضاء أما التأمين بالقسط الثابت فيتولاه الشركة المساهمة وتهدف إلى تحقيق الربح على حساب المشتركين المؤمن لهم وكون المؤمن له قد لا يأخذ شيئاً في غالب الأحيان لا يخرج التأمين عن كونه عقد معاوضة لأن من طبيعة العقد الاحتمالي ألا يحصل فيه أحد العاقدين على العوض أحياناً، ولا شك في جواز التأمين التعاوني في الإسلام، لأنه لا يدخل في عقود التبرعات فهو إذن من قبيل التعاون على البر لأن كل مشترك يدفع اشتراكه بطيب نفس لتخفيف آثار المخاطر وترميم الأضرار التي تصيب أحد المشتركين أياً كان نوع الضرر ويدخل في ذلك الحوادث على الأشياء بسبب الحريق أو السرقة أو موت الحيوان أو ضد المسؤولية من حوادث الطرقات أو حوادث العمل ويشمل حتى التأمين على الحياة عند بعضهم ويجوز أيضاً للمؤمن له التأمين الإلزامي كالتأمين المفروض على السيارات ضد الغير كما تجوز التأمينات الاجتماعية ضد العجز والشيخوخة والمرض والتقاعد لأن كلها غايتها إعانة من تحمل به مصيبة من هذه المصائب، ولا يقال كيف يكون إلزامياً لأننا نقول: كل من التزم شيئاً من البر والمعروف لزمه.

(١) انظر كتاب التأمين وموقف الشريعة الإسلامية منه، للأستاذ محمد الدسوقي نشرة المجلس الإسلامي الأعلى للشؤون الإسلامية بمصر سنة ١٩٦٧ في كتاب التأمين في الشريعة الإسلامية والقانون، للدكتور غريب الجمال - والتأمين، للأستاذ مصطفى الزرقاء؛ والتأمين البري، للبشير زهرة، دار بوسلامة للطباعة والنشر تونس.

أما التأمين بقسط ثابت، فقد أفتى ابن عابدين بحق التأمين البحري للضمان ما قد يهلك من البضائع المستوردة بطريق النقل البحري بالمراكب، فلا يجزى للتاجر أخذ بدل الهالك من مال المؤمن للأسباب التالية: (١) أن هذا العقد هو التزام ما لا يلزم حيث انعدم السبب الشرعي للضمان إذ السبب الشرعي واحد من أربعة^(١). العدوان من قتل وهدم وإحراق ونحوها. (٢) تسبب الإلتلاف كحفر بئر بدون ترخيص في الطريق العام. (٣) وضع اليد غير المؤمنة كالغصب والسرقة وبقاء البيع في يد البائع. (٤) والكفالة وليس المؤمن متعدياً ولا متسبباً في الإلتلاف ولا واضع يد على المؤمن عليه وليس في التأمين مكفول معين وليس التأمين من باب تضمين الودائع، إذا كان يأخذ أجراً على الوديعة لأن المال ليس في يد المؤمن بل في يد صاحبه، وليس هو أيضاً من قبيل تضمين التغيرير لأن الغار لا بد أن يكون عالماً بالخطر وأن يكون المغرور جاهلاً به غير عالم، كما لا يصح اعتبار التأمين من شركة المضاربة لسببين أولهما: أن الأقساط التي يدفعها المؤمن له تدخل في ملك شركة التأمين وهي مطلقة اليد تصرف كيف شئت وهي لا يرجع للمؤمن منها شيء إن لم يتعرض لحادث، ثانيهما: أن شرط حجة المضاربة أن يكون الربح بين صاحب المال والقائم بالعمل وأن يكون شائعاً بنسبة كربع أو ثلث ونحو ذلك.

كما أنه لا يصح اعتبار التأمين من قبيل الضمان أو الكفالة لأنه ليس واحداً من أسباب الضمان الأربعة المتقدمة الذكر وعلى تقدير وجود المكفول كما في التأمين من حوادث الطرقات في السيارات فإن المكفول مجهول ولا تصح الكفالة في مجهول والخلاصة أن عقد التأمين المقسط هو من عقود الغرر أي من العقود الاحتمالية المترددة بين وجود العقود عليه وعدمه وفي الحديث نهى رسول الله ﷺ عن بيع الغرر، والغرر عنصر لازم لعقد التأمين وهو غرر كثير وليس باليسير إذ من أركان الخطر وهو حادث محتمل غير متوقف على إرادة العاقدين.

ولا يباح الغرر الكثير إلا عند الجهد والمشقة الفائقة والاضطرار، وهي الحالة التي يصل المرء فيها إلى حالة بحيث لو لم يتناول الممنوع لقرب من الهلاك ولكنه لا يهلك كما ذكر ذلك السيوطي^(٢)، وقد تكون الحاجة عامة، وقد تكون خاصة، فالعامة ما تشتمل جميع الناس والحاجة الخاصة ما تكون خاصة بطائفة من الناس كأهل بلد أو حرفة أو مهنة، ومعنى كون الحاجة متعينة أن تسد جميع الطرق المشروعة للوصول للغرض سوى ذلك العقد الذي فيه الضرر ولو سلمنا بوجود حاجة عامة للتأمين في هذا الزمان فإن الحاجة إليه غير متعينة إذ يمكن تحقيق الهدف منه بطريق التأمين التعاوني القائم على التبرع وإلغاء الوسيط المستغل لحاجة الناس الذي يسعى إلى الربح وهي شركات التأمين فهذا يمنع في الإسلام لوجود طريق يبلغ إليه فإن

(١) رد المحتار على الدر المختار: ٢٧٣/٣.

(٢) الأشباه والنظائر، للسيوطي: ص ٧٧، القاعدة الرابعة.

لم توجد شركات الضمان التعاونية، فقد أفتى بعضهم بجواز التأمين الاضطراري الذي هو ثلث التأمين وهو ما كان لدفع ضرر الغير والذي أوجبه كثير من الحكومات الإسلامية حيث يرخص للسيارة تسير في الطريق من غير تأمين الثلث وبعض العلماء مانع في ذلك لأنه عقد معاوضة على مجهول وكله غرر، والغرر ممنوع.

ومن هذا القبيل أيضاً شركات المساهمة فقد منعها بعضهم، وقال بتحريمها لأنها مناقضة لعقد الوكالة أو لأنها ليست عقداً أصلاً بين شخصين أو أكثر أو لأنها لا يوجد فيها الجهد البدني من المشتركين، ولكن بعض العلماء المحدثين أباحوها نتيجة التطور التجاري ولأنها تقوم في الواقع على التراضي وهو الأصل في العقود ومن جهة أخرى، فقد توفرت شروط الشركات الإسلامية فيها ولقيامها على الربح وعلى الخسارة.

ولقد حدثت أعراف كثيرة نتيجة اختلاف وسائل الحياة ووجود المصانع الكبرى واكتشاف الآلات الحديثة وما وجد من وسائل الإعلام من مجلات وجرائد وإذاعة وتلفزة وربط العالم بما نشأ من أقطار صناعية وتنوع وسائل المعيشة من اختراع آلات كهربائية واتساع المدن واجتماع السكان في عمارات كبيرة وتشابك المصالح كل هذا أنشأ تقاليد جديدة في الحياة وأعرافاً وعادات اقتضتها المصالح المرسله من ذلك مثلاً إنشاء مؤسسات اجتماعية لحضانة أطفال الأمهات اللواتي يعملن في المصانع والإدارات وإنشاء دور الرضيع ودور الأيتام والمعجزة والمتخلفين ذهنياً والمعاقين، وقد أصبحت الحاجة ماسة إلى ذلك لتفريق العائلات واستقلال الزوجين عن السكني مع الحماوين، وقد أصبحت الحاجة ماسة إلى العمل بها بحيث لا يمكن الانفكاك عنها ولو فتح الباب على مصراعيه لغلّب على الناس استباحة ما لم يأذن الله ولعم الفساد كل البلاد.

ومن الأمثلة على استعمال المصالح المرسله المبنية على العرف والتي عمل بها الفقهاء وذلك للحاجة الماسة الاستماع إلى شهادة التسامح في إثبات النسب والوفاة والدخول بالزوجات والوقف والولايات وغيرها، فكل هذا اكتفي فيه بشهادة السماع مع أن الأصل في الشهادة المعاينة بالذات للمشهود له أو عليه لا بالسماع، ومن هذا أيضاً قبول شهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال كالجرائم التي تقع بالحمامات وكشهادة القابلة على الولادة وتعيين الولد على النزاع^(١).

القوانين العرفية ومدى ما يمكن الأخذ بها في أحكام القضاء :

إن العرف يجري في المعاملات والعبادات وفي مسائل ليست متمحضة للعبادات ولا للمعاملات وغالبه في النوع الأول وبما مثل به للعبادات قراءة الأحزاب جماعة والذكر في المساجد والقراءة على القبور والأضرحة وإعادة الصلاة جماعة في مسجد له إمام راتب وتثبيت

(١) رد المحتار على الدر المختار: ٤/٣٧٥.

الأذان لصلاة الجمعة وتعيين ليلة القدر في السابع والعشرين من شهر رمضان ورفع اليدين في الدعاء، والمسح على الوجه بالكفين بعد الدعاء، ومن النوع الثالث مما لم تتمحض مسأله لا للعبادات ولا للمعاملات؛ زخرفة المساجد والأضرحة.

وغالب الأعراف في المعاملات إذ هي أوفق لجريان العمل والقضاء فيها بما يقتضيه العرف ويكون في الأحوال الشخصية والعقود المالية والشؤون العقارية، فمن الأول الاعتداد بالأشهر للمطلقة طلاقاً رجعيّاً، أو طلاقاً بائناً وهي مدخولاً بها فقد جرى العرف بأنها لا تحل للأزواج إلا بعد مضي ثلاثة أشهر من يوم طلاقها إذا ادعت انقضاء أقرانها فيها ولا تصدق في أقل من هذه المدة، ففي العمليات العامة قال سيدي علي الزقاق في عدة النساء التي جرى بها العمل بفاس وهي ذات قرؤ في اعتداد بأشهر، ومراده أنها تنتظر تمام الأشهر الثلاثة إن كملت الأقران قبلها احتياطاً لا لأنها تعتد بالأشهر حقيقة تاركة الأقران وقال سيدي محمد بن سعيد الزمور في شرحه على ابن الحاجب الذي سباه معتمد الناجب بعد نحو ما سبق، وقال القاضي أبو بكر بن العربي: عادة النساء عندنا حيضة واحدة في الشهر وقد قلت الأديان في الذكوان فكيف النسوان فلا أرى أن تمكن المرأة المطلقة من التزويج إلا بعد ثلاثة أشهر من يوم الطلاق ولا تسأل عن الطلاق كان في أول الطهر أو في آخره... اهـ.

وقال ابن ناجي عند قول المدونة: وإذا قال للمعتدة قد راجعتك فأجابته، قد انقضت عدتي فإن مضت مدة في مثلها تنقض صدقت بغيريين، وإلاً لم تصدق إن ادعت انقضاءها في مدة لا تنقضي فيها غالباً ولا نادراً، لم تصدق اتفاقاً وإن ادعت ما تنقضي فيها غالباً صدقت واختلف في النادر وفي مقدار ما تحل به على اثني عشر قولاً، منها: على اثني عشر قولاً، منها:

أولاً: لا يقبل قولها في أقل من تسعين يوماً وليس منصوصاً للمتقدمين ولكن جرى به العمل عند شيوخنا بتونس، ثم ذكر قول ابن العربي^(٢):

والأصل أن ذوات الحيض تعتد بالأقران بصريح القرآن، قال تعالى: ﴿وَأَلْمَطَلَقَتْ يَرْبِصَنَّ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾^(٣).

فإذا رأت المرأة الحيضة الثالثة فقد خرجت من عدتها والمشهور أنها تصدق فيها يشبهه إلا أن العمل جرى بعدم تصديقها في أقل من ثلاثة أشهر^(٤).

(١) انظر حاشية الطالب ابن الحاج على شرح ميارة، للمرشد المعين، ط. بولاق: ١٧٧/١.

(٢) فتح الجليل الصمد في شرح التكميل والمعتمد للسجسائي، ط ١ تونس: ٨٣/١.

(٣) سورة البقرة: الآية ٢٢٨.

(٤) انظر شرح التاودي للامية الزقاق.

ثانياً: جرى العمل بأن الغني يُشَوَّر ابنته بقدر ما أعطاه الزوج من الصداق ويضيف الأب نفس المبلغ الذي دفعه الزوج بحيث لو أعطى خميس شاورها بمئة كان ولي الزوجة أباً أو وصياً، فلربما يمثل المبلغ والأصل عدم إلزام المرأة وأبيها جهازاً لأن الصداق إنما كان عوضاً عن البضع ولو كان عوضاً عن الجهاز وهو مجهول لكان فاسداً فالبضع هو الأصل وما سواه تابع وفي العمليات العامة وعند فاس ذو الغنى يشور بمثل نقد بنته ويحجر، إن وقع الدخول أما إن طلب الزوج ذا قبل فلا يحجر الأب، وقيل للزوج تجهيز ابنته بالتقيد أو طلق، ولا شيء عليك، قال ابن غازي في شفاء الغليل ومن فتوى شيخ شيوخنا أبي محمد عبد الله العبدوسي الذي جرى به العمل في أغنياء الحاضرة إجبار الأب أن يجهز ابنته بمثل نقدها وهذا إنما هو إذا فاتت بالدخول، وإما أن طلب الزوج هذا قبل الابتداء فلا يحجر الأب، ويقال للزوج: إما أن ترضى بأن يجهزها لك بنقدها خاصة وإلا فطلق ولا شيء عليك وبهذا القضاء والعمل. اهـ. قال ابن غازي: وبه مضى الحكم في ابنة أحمد اللمتوني محتسب فاس في عصرنا هذا^(١).

وهذا لا ينفي استحباب تجهيز الأب والوصي بشيء من مال الزوجة زيادة على نقدها، لأن ذلك من صالحها وما يرغب الناس فيه لكن لا على طريق الإلزام.

ثالثاً: الخلع بالإتفاق على الولد بعد أمد الرضاع، قال خليل: وجاز شرط نفقة ولدها مدة رضاعها، ومذهب المدونة سقوط ما زاد على الحولين وهذا هو المشهور ولكن جرى العمل بقول المغيرة المخزومي والإمام أشهب وابن الماجشون وغيرهم، وبه قال سحنون وابن حبيب واللمخي وابن يونس بأن من خالع زوجته على إتفاق ولده بعد الحولين جاء في العمليات العامة وما تحملت به من نفقة أي فوق الرضاع يلزم المطلقة.

وإن بذاك أعسرت فينفق وبالسداد يرجع المطلق، وقد نبه على هذا العمل ابن سهل وابن فترج والمتطي وابن مغيث والفشتالي ومن لا يحصى، فإن أعدمت الأم في خلال المدّة، فإن النفقة تعود على الأب، فإن أسرت الأم فهل يتبعها أم لا؟ المشهور من المذهب أنه يتبعها بما أنفق على السداد لا على ما أنفق من ضيق أو سعة، قاله مالك وابن القاسم وبه القضاء، وحكى أصبغ عن ابن القاسم أنه لا يتبعها بشيء وذكر هذا القاضي الفشتالي وابن سلمون ونقله عنه الخطاب في تحرير الكلام^(٢).

(١) فتح الجليل الصمد في شرح التكميل والمعتمد للسجستاني: ٣١/١، ٣٢.

(٢) شرح العمل القاسي للسجستاني: ٦٩/١.

رابعاً: ومنها النظر للعودة فالأصل فيه المنع إلا لضرورة كعيوب الفرج، والمشهور أن المرأة تصدق في داء فرجها وفي بكارتها فيما لو ادعى الزوج أن بفرجها عيباً وأنه وجدها نيباً وهذا قول جمهور المالكية، وخالف في ذلك سحنون وأفتى بجواز النظر معللاً ذلك بقلة أمانة النساء ويقوله: جرى العمل عند متأخري الفقهاء فللقاضي أن يمكن من يوثق بخبرتهن من القوابل أن تنظر إلى المرأة للضرورة الداعية ولا تصدق الزوجة في نفيها لما يدعيه الزوج لأنها متهمة بالدفع عن نفسها، ومثل ذلك الزوج وللمتأخرين في ذلك فتاوي متعددة متضاربة، وفي العمليات: وجاز للنسوة للفرج النظر من النساء إن دعا له ضرر وهذا كله في الزمن الماضي، أما اليوم فقد ارتفع الإشكال بالطبيب حيث أصبح كل من الزوجين يعرض على الطبيب في كل ما يتعلّق بالعيوب والأمراض.

ومنها صرف اليمين إلى الطلاق في الحلف باللازمة أو الحرام إذ صار هذا اللفظ حقيقة عرفية على الطلاق وأوجب الفقهاء فيه طلبة رجعية ولولا العرف لما لزمه شيء أو للزمه كل شيء. ففي تحفة الحكام: وكل من يمينه باللازمة له الثلاث في الأصح لازمة، وقيل: بل واحدة رجعية مع جهله وعقده للنية. وقيل: بل بائنة وقيل: بل جميع الأيمان وما به عمل. وقد روى ميارة عن ابن زرب أنه أفتى بطلقة بائنة ورده ابن سهل بأن الواحدة البائنة لا تكون إلا في الحكم، وقيل: إن نوى عموماً أو خصوصاً لزمه ما نواه وإن نوى مسمى عرفاً عالماً أن منه الطلاق وهو أكثر الواقع في زماننا فطلقة واحدة وإن نوى مطلق اليمين جاهلاً مسأها عرفاً احتمل السقوط وكفارة يمين، وقال ابن بشير: إن قصد التعميم بثلاث وإلا فواحدة، قال القرافي في هذا اليمين: إن الفقهاء لاحظوا فيها ما غلب الحلف به في العرف وما جعل يميناً في العادة فالزموه إياه لأنه المسمى العرفي فيقدّم على المسمى اللغوي. ونقل ابن عبد السلام عن بعض المفتين أنه إذا جاء من لا يعرف مدلول هذه الكلمة قال: لا شيء عليه، قال بعضهم: وهذه الطريقة أنسب وإن نوى شيئاً لزمه ما نوى وإلا لزمه طلبة والكلام في المسألة طويل وملخصه أن المشهور في المذهب هو ما في المختصر والقول بالواحدة الرجعية قال به كثير^(١)، وفي تبصرة ابن فرحون إن جرى عرف في هذه اليمين يتبادر إلى الذهن من غير قرينة عمل عليها، وإلا فما قوّاه أو دلّ عليه بساط، وإلا فلا شيء عليه، قال الحسن بن رحال: وهو كلام حسن غاية وقد تحير فيها الولوع النهاية.

سادساً: هدايا الخطبة، لقد اختلفت المذاهب في الهدايا التي يقدمها الخطيب لمخطوبته إذا كان ما هداه قائماً في يدها ولم يوجد مانع من استرجاعه كالخاتم والساعة ونحوها، فإنه يرجعها وإذا كانت مما تستهلك فلا ترجع، والجعفرية قالوا باستردادها مطلقاً ولو هلكت

(١) شرح ميارة على التحفة: ٢٤٣/١ وما بعدها.

فيسترد قيمتها، وكذلك الشافعية يرون حق الرجوع في الهدية مطلقاً سواء أكان العادل عن الخطبة الخاطب أو المخطوبة، أما المالكية فلهم في ذلك تفصيل مرجعه إلى العرف وهو منع الخاطب من استرداد ما أهده إلى مخطوبته إن كان العدول منه أما إذا كان العدول عن الخطبة من جانبها فله حق استرداد ما قدمه مما هو قائم بعينه واسترداد قيمته أو مثله إن هلك ما لم يكن مما يستهلك كالحلويات ونحوها، ويرجع ذلك كله إلى العرف وإلى عادات الناس وما لم يكن هناك شرط وذلك لقاعدة أن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً فإذا كان هناك عرف عام أو خاص في هذه الهدايا حكم العرف فيها، ولقد أقامت قوانين الأحوال الشخصية أحكامها في ذلك على ما جرى به للعمل في المذهب المالكي في كثير من الأمصار.

ومنها الكفاءة في الزواج روى الدارقطني أن عمر بن الخطاب قال: لأمنعن تزوج ذوات الأحساب إلا من الأكفاء، ولا شك أن اعتبار الكفاءة مكمل للمقصود من الزواج إذ به تنتظم مصالح الزوجين وتأسيس القربات، وقد ذهب جماعة إلى عدم اشتراط الكفاءة في الزواج إلا في الدين منهم الإمام الكرخي من الخنفية والحسن البصري وابن حزم ومستندهم حديث: الناس سواسية كأسنان المشط لا فضل لعربي على أعجمي إنما الفضل بالتقوى، كما يشهد لذلك أيضاً قوله تعالى: ﴿إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَى﴾ [سورة الحجرات: الآية ١٣].

ورد ذلك بأن التساوي راجعة إلى الحقوق والواجبات، أما في غيرها مما تقام على أعراف الناس وعاداتهم فلا شك أن الناس يتفاوتون فيها ويتفاضلون في الرزق والثروة والوظائف وغيرها، وقد قال تعالى: ﴿وَاللَّهُ فَضَّلَ بَعْضُكُمْ عَلَى بَعْضٍ فِي الرِّزْقِ﴾ [سورة النحل: الآية ٧١].

وكذلك يتفاضلون في العلم، قال تعالى: ﴿يَرْفَعُ اللَّهُ الَّذِينَ ءَامَنُوا مِنْكُمْ وَالَّذِينَ أُوتُوا الْعِلْمَ دَرَجَاتٍ﴾، وما زال الناس يتفاوتون في منازلهم الاجتماعية ومراكزهم الأدبية وهو مقتضى الفطرة الإنسانية وشريعة الله لا تصادم الفطرة والأعراف والعادات التي لا تخالف أصول الدين ومبادئه، ومذهب الجمهور أن الكفاءة شرط في لزوم الزواج لا شرط صحة فيه لمجموعة من الأدلة: منها حديث الترمذي والحاكم ثلاثة لا تؤخر، الصلاة إذا أتت، والجنابة إذا حضرت، والأيم إذا وجدت لها كفوءاً. ثانياً: ما رواه الدارقطني والبيهقي عن جابر بن عبد الله: لا تنكحوا النساء إلا الأكفاء، وحديث الدارقطني عن عائشة وعمر: لأمنعن تزوج ذوات الأحساب إلا من الأكفاء^(١).

قال الشافعي: أصل الكفاءة في النكاح حديث بريرة، فقد خيرها رسول الله ﷺ لما

(١) نقل هذه الأحاديث الشوكاني في كتابه نيل الأوطار: ١٢٧/٦.

لم يكن زوجها كفوًّا لها بعد أن تحررت، وكان زوجها عبداً، قال الكيال بن الهمام: هذه الأحاديث الضعيفة من طرق عديدة يقوي بعضها بعضاً فنصبح حجة بالتظافر والشواهد وترتفع إلى مرتبة الحسن لحصول الظن بصحة المعنى وثبوته عنه ﷺ وفي هذا كفاية^(١)، ومن المعقول وهو أن انتظام المصالح بين الزوجين لا يكون عادة إلا إذا كان هناك تكافؤ بينهما، لأن الشريفة تأبى العيش مع الخسيس فلا بد من اعتبار الكفاءة من جانب الرجل لا من جانب المرأة، لأن الزوج لا يتأثر بعدم كفاءتها عادة وللعادة والعرف سلطان أقوى وتأثير أكبر على الزوجة، فإذا لم يكن الزوج كفوًّا لها قل أن تستمر الرابطة الزوجية وتتفكك عرى المودة بينهما، ثم إن أولياءها يأثرون من مصاهرة من لا يناسبهم في دينهم وجاههم ونسبهم وحسبهم ويعيرون به فتختل روابط المصاهرة وتضعف فلا تتحقق أهداف الزواج الاجتماعية ولا الثمرات والغايات المقصودة منه، وهذا هو مذهب الأئمة الأربعة وهو المعمول به في أغلب البلاد الإسلامية، وقد اتفق فقهاء المذاهب الأربعة والراجح عند الخاتبة والمعتمد عند المالكية والأظهر عند الشافعية على أن الكفاءة شرط لزوم الزواج وليست شرطاً في صحة النكاح. فلأولياء حق الاعتراض وطلب فسخه فلا يسقط بالإسقاط ومرجع الكفاءة إلى ما تعارفه الناس من الصفات معظمة أو محرقة كالحرف الشريفة وغير الشريفة والنسب الشريف من غيره ولا سيما عند من يتباهون بالأنساب كالعرب والفرس فالكفاءة في الدين والمال والنسب والحرفة والسلامة من العيوب وكلها يحتاج في طلب سببه إلى العرف والكفاءة عند الحنفية شرط لزوم في الجملة على ما في الدر المختار، لكن المفتي به عند المتأخرين أنها شرط لصحة الزواج في بعض الحالات وهي شرط لنفاذه في بعض الحالات وشرط لزوم في حالة أخرى وتكون شرط صحة بالنسبة للبالغة العاقلة إذا زوجت نفسها من غير كفاء أو بغبن فاحش وكان لها ولي غاضب لم يرض بهذا الزواج قبل العقد. الحالة الثانية: أن يزوج غير الأصل أو غير الفرع من عديم الأهلية أو ناقصها فالزواج فاسد لأن ولاية غير الأصل والفرع منوط بالمصلحة ولا مصلحة بغير الكفاء. الحالة الثالثة: إذا زوج الأب أو الابن أي الأصل أو الفرع بسوء الاختيار عديم الأهلية أو ناقصها من غير كفاء، أو بغبن فاحش لم يصح النكاح اتفاقاً.

العرف والمال:

المال شرعاً هو كل ما يمكن حيازته والانتفاع به على وجه معتاد أو هو اسم لما يباح الانتفاع به حقيقية وشرعاً^(٢)، والمنافع تدخل في المذهب الشافعي والمالكي في تعريف المال بحيث

(١) فتح القدير: ٤١٧/٢ وما بعدها.
(٢) بدائع الصنائع، للكيساني: ٢٩٤/٦.

ما لا يمكن حيازته لا يعتبر مالاً ولو أمكن الانتفاع به كالهواء وضوء الشمس وحرارتها وأما ما يمكن حيازته فيعد مالاً كالحيونان في الفلاة، والسّمك في الماء، والطير في الهواء.

والعرف هو الذي يحدد ما هو مال شرعاً وما ليس بمال واختلاف الفقهاء في ما هو مال مما ليس بمال مرجعه إلى الاجتهاد الذي تبناه العرف وهو عند الحنفية لا يكون المال إلا إذا كان مادة وقد وقع حوزة بدليل تعريفهم له بما يمكن ادخاره لوقت الحاجة وعليه فمنافع الأعيان كسكنى الدار وركوب الدابة أو السيارة أو الطائرة وليس الثياب لا يعد مالاً لعدم إمكان إحرازها ومثله أيضاً الحقوق كحق الحضانة وحق الولاية وحق التأليف وحق الاختراع وغيرها لا يعد مالاً عند الحنفية وبقية المذاهب الثلاث تعتبر المنافع أموالاً إذ ليس من الواجب في المال إمكان إحرازه بنفسه، بل يكفي بإمكان حيازته بحيازة أصله ولا شك أن المنافع تخالفها ومصادرها إذ من استأجر بيتاً للسكنى وحازه ذاتاً يمنع غيره من الانتفاع به ما دام في حيازته وكراته، كذلك من استأجر سيارة وقد حازها فهي له ما دامت في حيازته وليس لغيره الانتفاع بها.

وخلاصة القول إن المال عند الجمهور غير الحنفية هو كل ما له قيمة يلزم متلفه بضمانه والحنفية تفرق بين المال والملك فالحقوق والمنافع أملاكاً وليست بمال وعند الجمهور هي مال لأنها هي المقصودة من الأعيان ولولاها لما رغب الناس فيها ونتيجة هذا الخلاف أن الإجارة مثلاً تنتهي بموت المستأجر عند الحنفية ولا تنتهي عند غيرهم حتى تنتهي مدتها، وكذلك الحقوق فإنها لا تورث عند الحنفية وتورث عند غيرهم واعتبار المنافع أموالاً أوجه وأظهر مما ذهب إليه الحنفية لأنه هو الذي يجاري عرف الناس ونظرتهم للمال.

ثم المال منه ما هو متقوم وهو ما كان في حيازة، وجاز الانتفاع به في حال الاختيار، ومنه ما هو غير متقوم وهو بخلافه كالمال المباح الذي لا مالك له بخصوصه كالسّمك في البحر، والذهب في المنجم، والطير في الهواء، والنفط تحت الأرض، فهو مال غير متقوم في نظر الشرع لعدم الحيازة، ومثل الخمر والخنزير والميتة، فإنه لا يجوز الانتفاع به في نظر الشرع ولا يلجأ إليه إلا عند الاضطرار والفرق بينهما أن المتقوم يضمن بالتلف عند التعدي عليه، لأن له قيمته ويصلح أن يكون محلّاً للمعاوضة ويصح أن يوهب أو يوصي به أو يوقف ويصلح أن يكون محلّاً للمعاوضة ويصح أن يوهب أو يوصي به أو يوقف ويصح أن يكون ثمناً ومثمناً وكل هذه الأمور كان تحديدها على العرف في غالب الأحكام باستثناء ما جاءت النصوص على أنه مال مباح أو أنه لا يجوز الانتفاع به فالفراشات والحشرات والأفاعي والهوام كانت من المال التافه الغير المتقوم، وقد أصبحت اليوم لها قيمة لما يستخرج منها من الأدوية ونحوها، والعرف يتغير بتغير الزمان، فما كان تافهاً في زمان قد يتغير العرف ويصبح مالاً معتبراً في زمان وكثيراً من الأشياء ما لم يكن مالاً مقوماً في غابر الأزمان، وقد أصبح اليوم مالاً مقوماً ترتكز عليه ثروة البلاد

فالسّمك في المياه الإقليمية، والطيور التي تعيش في أجوائها، والحيوانات في أراضيها وغاباتها والنفط في أعماق أرضها ومناجم الفوسفات والبوتاس والأملاح والذهب والفضة ومنتوجاتها الفلاحية وهذه كلها مما هو ملك خاص أو عام أصبحت هذه ذات قيمة ضخمة، ولهذا تعد مالاً متقوماً بحيث لو اعتدى أحد عليها أو نهب منها أو أتلف شيئاً من ذلك غرمه وعزر علي تعديّه وهذا الحكم يسري على تحديد القيمي والمثلي في الأموال فالقيمي ما تتفاوت أحاده تفاوتاً يعتد به أو لا تتفاوت، ولكن لا نظير له في الأسواق وتشمل الحيوانات والبناءات والأشجار وعروض التجارة المختلفة الجنس والعديدات المتفاوتات وما انقطع من الأسواق فلم يعد له مثيل، أما المثلي فما لا تتفاوت أحاده تفاوتاً يعتد به وله نظير في الأسواق ويشمل المكيلات والموزونات كالحبوب والألبان والمعدودات المتقاربة كالبيض وعروض التجارة المتحدة الجنس كالثلاجات والسيارات من صنف واحد^(١)، وتحديد كل ذلك ومرجعه إلى العرف القائم والواقع الموجود ولو اختلف العرف فيه لاختلف ما يندرج تحته المثلي أو القيمي .

حقوق الارتفاق:

الحق عرفه الأستاذ الزرقاء بأنه اختصاص يقرر به الشرع سلطة أو تكليفاً والحقوق في الإسلام هي منح إلهية تسند إلى المصادر التي تستنبط منها الأحكام الشرعية ومنشأ الحق هو الله لا حاكم غيره ولا مشرع سواه والحق مقيد بما يفيد المجتمع ويمنع الضرر عن الآخرين وهو يستلزم واجبين: واجب عام على الناس جميعاً وهو احترام حق الشخص وعدم التعدي عليه والتعرض له .

وواجب خاص على صاحب الحق بأن يستعمل حقه من غير أن يضر بالآخرين .

وينقسم الحق إلى ثلاثة أقسام: الأول: حق ملك الشيء وحق الانتفاع كالإجارة والوقف والإعارة والوصية وحق الارتفاق وهو ملك ناقص لأن صاحبه لا يملك التصرف المطلق وكثير من حقوق الانتفاع وحق الارتفاق أخذ العرف بعين الاعتبار في استنباط الأحكام الشرعية المتعلقة بها فإباحة الإجارة، وصحة الوقف في المنقولات، وكثير من أحكامها وحق الشرب والمجرى والمسيل والمرور وغيرها بنيت معظم أحكامها على العرف وحق الارتفاق هو حق مقرر على عقار المنفعة عقار آخر مملوك للغير وهو حق دائم يبقى ما بقي العقار دون نظر إلى المالك ويدخل في ذلك حق الشرب وحق المجرى وحق المسيل وحق المرور وحق الجوار وحق العلو فحق الشرب هو النصيب المستحق من الماء لسقي الزرع والشجر أو نوبة الانتفاع بالماء لمدة معينة لسقي الأرض ويلحق به حق الشفعة وهو حق شرب الإنسان والدواب والاستعمال

(١) انظر حاشية ابن عابدين: ١٥٥/٤ .

المنزلي، والماء بالنسبة لهذا الحق أربعة أنواع: (١) ماء الأنهار العامة فلكل واحد الحق في الانتفاع به لنفسه ودوابه وأراضيه بشرط عدم الإضرار بالغير لقوله عليه السلام: «الناس شركاء في ثلاث: الماء والكسأ والنار»، وحديث: «لا ضرر ولا ضرار»، (٢) وماء الجداول والأنهار الخاصة المملوكة لشخص فلكل إنسان حق الشفعة منه لنفسه ودوابه وليس لغير مالكة سقي أرضه إلا بإذن مالكة، (٣) ماء العيون والآبار والحياض المملوكة لشخص وفيها حق الشفعة دون حق الشرب، فإن منعهم صاحبه أجبر على تمكينهم من الشفعة، (٤) الماء المحرز في أوان خاصة كالجرار والصحاريح لا يثبت لأحد حق الانتفاع به بأي وجه من الوجوه إلا برضا صاحبه ولا يستحقه إلا المضطر الذي يخشى على نفسه وعليه دفع قيمته لأن الاضطرار لا يبطل حق الغير^(١).

والعرف في كل هذا هو الذي يوضح هذه الحقوق ويحددها ويرتب عليها ضمان التلف ثالثاً: حق المجرى ويراد به حق إجراء الماء من أرض إلى أرض أخرى لسقيها فليس لصاحب الأرض منع مرور الماء من هذا المجرى أو نقله لمكان آخر إلا برضا صاحب الحق وتعتمد أحكام حق المجرى على العرف في بيان الضرر الذي يصيب صاحب الأرض بسبب نزع جانبي المجرى وبيان مقدار التلف إذا أصيب به الزرع أو الأرض بسبب هذا النزع ويستتبع حق المجرى حق مرور الانتفاع لإصلاحه وكرهه وإزالة ما يعوق سير الماء فيه، فالعرف في كل ذلك هو الذي يحدد مقدار المرور والحدود التي يمر منها. وقد جرى العرف على منع صاحب المجرى من الزراعة على ما فيه لصالحه وحق السيل وهو مجرى على سطح الأرض أو أنابيب تنشأ لتصريف المياه الزائدة على الحاجة حتى تصل إلى مصرف عام أو مستودع مياه كمصاريف الأراضي السقوية أو مياه الأمطار أو المياه المستعملة في المنازل. والفرق بين المسيل والمجرى أن المجرى لقلب المياه الصالحة للأرض والمسيل لصرف المياه غير الصالحة عن الأراضي أو الدور والحكم فيها واحد وليس لأحد منعه وقد كنا ضربنا مثلاً لذلك وقع بتونس. وحق المرور وهو حق صاحب عقار داخلي بالوصول إلى عقاره من طريق يمر فيه أكان عاماً أم كان خاصاً مملوكاً للغير والأول حق لكل الناس والثاني خاص حق لأهل أصحاب المكان من المرور فيه وفتح الأبواب والتوافذ عليه حسب ما يقتضيه العرف والعادة وحق الجوار وهو نوعان علوي وجانبي، وللأول حق التعلي على صاحب الأسفل أي حق القرار على الطبقة السفلى وهو حق ثابت لازم لصاحب العلو ولا يزول بهدم العقار كله أو انهدام الأسفل وله ولورثته إعادة بنائه حين يريد وليس لأحدهما أن يتصرف بما يضر بصاحبه، وإذا انهدم الأسفل وجب على صاحبه إعادة بنائه، فإن امتنع أجبر قضاء، فإن رفض كان لصاحب العلو البناء ويرجع على الآخر

(١) البدائع: ١٨٨/٦ وما بعدها؛ تكملة فتح القدير: ١٤٤/٨؛ القوانين الفقهية، لابن جزي: ص ٣٤٤؛ نهاية المحتاج: ٢٥٥/٤؛ المغني لابن قدامة: ٥٣١/٥.

بالتفقات إذا فعل ذلك بإذن من الحاكم أو إذن صاحب الأسفل، فإن فعل بغير إذن رجع بقيمة البناء وقت تمامه لا بما أنفق وكل ما يتعلق بحل النوافذ والأبواب وأنواع التصرف مرجعه إلى العرف، وما يعده العرف ضرراً، مما لا يعد عرفاً من الضرر، وحق الجار ينشأ من ملاحقة الحدود في الأرض والدار والطريق ونحوها، وقد جاء في القرآن الأمر بالإحسان إلى الجار، قال تعالى: ﴿وَالْجَارِ ذِي الْقُرْبَىٰ وَالْجَارِ الْجُنُبِ وَالصَّاحِبِ بِالْجَنبِ﴾^(١).

وفي الحديث: «ما زال جبريل يوصيني بالجار حتى ظننت أنه سيورثه»، وقال أيضاً: «لا يؤمن أحدكم حتى يأمن جاره بوائقه»، وقال: «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليكرم جاره»، فللجار على جاره حقوق أخلاقية كثيرة كأمانته ونصرته في الحق وإقراضه وعبادته إذا مرض وإعارته الماعون، وله حقوق تتعلق بجوار الحدود فلا يضر به ضرراً فاحشاً كبناء جدار يحجب الضوء عنه، ويمنع عنه الهواء أو يسد عليه النوافذ أو يحدث مصنعاً مزعجاً بالآلة وسط المنازل أو يهدم السور الذي بينها. وقد ذهب أصحاب أبي حنيفة وأصحاب الشافعي وأحمد إلى عدم تقيد المالك في انتفاعه بملكه لأجل مصلحة جاره لأن مقتضى الملك التام أن ينتفع المالك بملكه على الوجه الذي يريد وخالفهم مالك رحمه الله ومعه متأخرو الحنفية، فمنعوا الجار أن يتصرف في ملكه تصرفاً يضر بجاره ضرراً فاحشاً والمعتمد في ذلك حديث: «لا ضرر ولا ضرار»، ولأن ما تعارف عليه الناس هو عدم تجاوز الملك المعتاد في التصرف وتحديد الضرر الفاحش من غير الفاحش مبناه عرف الناس، وإننا لنذكر مما مر أن هذه الحقوق كلها تعتمد في الكثير من أحكامها على العرف أكان خاصاً أو عاماً، قولياً أو فعلياً، كما نذكر أن الشريعة الغراء اعتنت بعتاد الناس فيما لا يخالف مقاصد الشريعة ويحقق المصالح ويدرك المفاسد ويجلب التيسير ويرفع الحرج.

العقود التي بني الجواز عليها فيها على العرف: كثير من العقود شرعت على خلاف القياس وذلك دفعاً للحرج وتسهيلاً على الناس في معاشهم ومعاملاتهم، وقد سبأها بعضهم ببيوع الاستحسان وهي العقود التي أبيحت للضرورة لتعارف الناس بها في معاملاتهم السلم والاستصناع وبيع الوفاء وعقد الإجارة والمزارعة والمساقاة؛ فبيع السلم الذي يتضمن تعجيل أحد الثمنين وتأجيل الآخر وهو عقد على خلاف القياس إذ هو بيع ما ليس عنده، وقد نهى رسول الله ﷺ عن بيع الإنسان ما ليس عنده ورخص في السلم لما وجد الناس يسلفون في التمر السنة والستين والثلاث فقال: «من أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم»، وقد بني الجواز على ما تعارفه الناس وأحكام السلم التي استنبطها المجتهدون بني كثير منها على العرف، وقد اختلفت في ألفاظه وفي شروطه وفي ضوابط ما يجوز السلم فيه وما لا يجوز مما يطول الكلام عليه.

(١) سورة النساء: الآية ٣٦.

وكذلك الاستصناع وهو عقد على المبيع في الذمة المطلوب عمله وهو عقد على معدوم وعلى ما ليس عند الإنسان فالقياس منعه ولكن الحاجة دعت إليه وقد تعارفه الناس وجرى عليه التعامل فنزل ما يستصنع منزلة الموجود لحاجة الناس إليه، وهو في الواقع فيه معنى عقدي السلم والإجارة لأن السلم عقد على مبيع في الذمة وعلى استئجار للصانع وشرطهم العمل وما اشتمل على عقدين جائزين كان جائزاً، نص على ذلك الكاساني في بدائع الصنائع وما جرى به العرف في الاستصناع جاز وما لم يجز العرف فيه لم يجز، ويصح الاستصناع عند المالكية والشافعية والحنابلة على أساس عقد السلم وعرف الناس ويشترط فيه ما يشترط في السلم ومن شروطه تسليم جميع الثمن في مجلس العقد ومن شروطه بيان جنس المصنوع ونوعه وقدره وصفته لأنه مبيع ولا بد من أن يكون معلوماً والعلم يحصل بذلك وأن يكون مما جرى فيه التعامل بين الناس كالأواني والأمتعة والأحذية والفرق بين الاستصناع والسلم أن الاستصناع وإن كان كالسلم في كونه بيع المعدوم للحاجة والتعامل بين الناس فإن هناك فرقاً منها أن المبيع في السلم دين تحمته الذمة من مكيل أو موزون أو معدود متقارب، أما المبيع في الاستصناع فهو عين لا دين كاستصناع حذاء أو خياطة ثوب، ثانياً: عقد السلم لازم وعقد الاستصناع غير لازم، ثالثاً: من شرط السلم الأجل وليس كذلك الاستصناع عند أبي حنيفة، رابعاً: يشترط في السلم قبض رأس مال السلم في مجلس العقد ولا يشترط قبضه في الاستصناع.

وبيع الوفاء ويختص بالعقار دون المنقول وهو من باب بيع وشرط وهو بيع المحتاج إلى النقود على أنه متى وفي بالعين استعاد العقار، ولقد تردد هذا العقد بين البيع والرهن وهو ممنوع عند المالكية لأنه من بيع الشيء المنهي عنه، ورأت الشافعية أنه يصح العقد والشرط إن كان فيه مصلحة لأحد العاقدين كالخيار والأجل والرهن والكفالة ويبطل البيع إن كان الشرط منافياً مقتضى العقد مثل أن لا يبيع المبيع ولا يهبه، وهذا موافق لما ذهب إليه المالكية وذهبت الحنابلة إلى أنه لا يبطل البيع بشرط واحد فيه منفعة لأحد المتعاقدين ويبطل بشرطين لقول النبي ﷺ: «لا يجل سلف ولا يبيع ولا شرطان في بيع ولا يبيع ما ليس عندك» رواه أبو داود والترمذي عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما.

وبناء على هذا أجمع العلماء على أنه لا يجوز اشتراط مع أحد المتعاقدين إذا عزم مشترط عليه فإن أسقط الشرط جاز البيع عند المالكية وامتنع عند الجمهور. وأجاز الحنفية بيع الوفاء قالوا: نلجأ إلى هذا النوع من البيع هروباً من الرباء واضطرارهم إلى الاستدانة وإحجام أصحاب الأموال عن الاقتراض الحسن فتعاملوا بذلك على نفع الدائن عن طريق لا ربا فيه، قال النسفي اتفق مشائخ زماننا (يعني فقهاء سمرقند في القرنين الخامس والسادس)، على

صحته بيعاً على ما كان عليه بعض السلف فجعلوه بيعاً جائزاً مفيداً بعض أحكامه وهو الانتفاع به، دون البعض، وهو البيع لحاجة الناس إليه وتعاملهم به فكل قاعدة قد تترك بالتعامل. وفي شرح الأشباه أن ما ثبت به عرف عام لا خاص فيكون هذا العرف مخصصاً لهيه ﷺ عن بيع وشرط، قال ابن عابدين في الدر المختار: إنه بيع يفيد الانتفاع به وعليه الفتوى، وقال جامع الفصولين: بيع الوفاء رهن في الحقيقة لا يملكه ولا ينتفع به إلا بإذن مالكة وهو ضامن لما أكل من ثمره، وأتلف من شجره، واختار الزيلعي أن بيع الوفاء هو عقد قائم بنفسه له أحكام خاصة به للعرف وحاجة الناس^(١). وقد قال ابن نجيم: إن بيع الوفاء صحيح لحاجة الناس إليه فراراً من الربا فأهل بلخ اعتادوا الدين والإجارة، وهي لا تصح في الكرم، وأهل بخارى اعتادوا الإجارة الطويلة ولا يمكن في الأشجار، فاضطروا إلى بيعها وفاء وما ضاق على الناس أمر إلا واتسع حكمه وخلاصة القول؛ الخفية أباحوا بيع الوفاء استناداً إلى العرف العام الذي يقع به تخصيص النصوص الظنية وبقيد المطلقات.

عقود الانتفاع:

ومنها الإجارة وهي في الأصل لا تصح لأنها تملك منفعة معدومة في العقد على المعدم منهى عنه، ولكن الشارع أجازها استحساناً مبيناً على العرف لحاجة الناس إليها وقد تعارفوا العمل بها وقد أجزت بالكتاب بقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَرَضَّوهُنَّ أَجْرَهُنَّ﴾^(٢).

وبالسنة فقد قال رسول الله ﷺ: «من استأجر أجيراً فليعلمه أجره»، وقال ﷺ: «أعطوا الأجير حقه قبل أن يجف عرقه»، رواهما البخاري، وانعقد الإجماع على جوازها، وقد بعث رسول الله ﷺ، والناس يؤاجرون ويستأجرون وعرفهم قائم على ذلك فأقرهم رسول الله ﷺ وقد اشترطوا فيها شروطاً وهي أن تكون المنفعة معلومة وكذلك الأجرة علماً مزيلاً للجهالة الفاحشة قطعاً للمنازعة وأن تكون المنفعة مما جرى العرف بمثلها فإذا كانت دابة مثلاً لم يجوز له أن يضر بها كأن يسير بها سيراً حثيثاً عنيفاً، وإذا كانت داراً لم يجوز أن يباشر فيها أعمالاً تؤهن بناءها والمرجع في ذلك كله للعرف في الاستعمال لقاعدة المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً.

ومنها المزارعة وهي عقد على الزرع يبيع بعض الخارج بين المالك والمزارع وكذلك المساقاة وهما عقدان لم يجزها أبو حنيفة وأجاز الشافعية المساقاة والمزارعة تبعاً للمساقاة وأجازها مالك بشروط منها: المساواة بين المالك والعامل في الربح وأجازها الحنابلة والصاحبان لابن حنيفة

(١) رد المحتار على الدر المختار: ٢٥٧/٤؛ جامع الفصولين والزيلعي على الكنتز: ١٣٨/٥.

(٢) سورة الطلاق: الآية ٦.

وعلى هذا يفسخ العقد بموت صاحب الأرض أو العامل المزارع أو المساقى سواء قبل العمل والزراعة أو بعدها وسواء أكان الزرع أو الثمر قد آن حصاده وجنيه أم لا، ولكن إذا مات صاحب الأرض قبل نضج الزرع تترك الأرض بيد المزارع إلى الحصاد مراعاة لمصلحة الطرفين وإذا مات العامل فلورثته المضي في العمل إلى الحصاد، وقد عامل رسول الله ﷺ أهل خيبر على نصف ما يخرج من تمر وزرع وأدنى درجات فعله عليه الصلاة والسلام الجواز وهي شريعة متوارثة لتعامل السلف والخلف على ذلك من غير إنكار، أما أبو حنيفة فيرى فسادها ويستدل بما رواه رافع بن خديج، قال: نهانا رسول الله ﷺ عن أمر كان لنا نافعاً نهانا إذا كان لأحدنا أرض أن نعطيها ببعض الخارج ثلثه أو نصفه، وقال عليه السلام: «من كانت له أرض فليزرعها أو يمنحها أحاه»، والفتوى على قول صاحبيه لحاجة الناس ولكن السلف تعاملوا بها ففسارت شريعة متوارثة وقضية متعارفة وفي الهداية بعد أن رد على من يميز المزارعة، قال: والفتوى على قولها لحاجة الناس إليها ولظهور تعامل الأئمة بها والقياس يترك بالتعامل بها في الاستصناع^(١)، وقد بني الحكم الشرعي فيها على فعله ﷺ في خيبر واعتمد على تعامل الناس فيها وتعارفهم على ذلك فكانت إجازتهما بمقتضى النص الملاحظ فيه العرف، ونجد في كثير من الأحكام المتعلقة بها بأركانها وشرائط صحتها أو أنواع الفساد منها مبنية على العرف والتعامل، فمن ذلك ما نص عليه من أن كل ما كان من عمل المساقاة مما يحتاج إليه الشجر من السقي وإصلاح النهر والحفظ والتلقيح للنخل فعلى العامل لأنها من توابع العقود عليه فيتناولها العقد وكل ما كان من النفقة على الشجر والكرم والأرض من السهاد وتقليب الأرض ونصب العرائش ونحو ذلك، فعلى صاحبها لأن العقد لم يتناوله ومبني ما يتناوله العقد لما ذكر وأنه من توابع العقد، كل ذلك مرجعه إلى ما جرى به العرف.

ومما كان مرجعه إلى العرف خيار الرؤية وخيار العيب فإن كثيراً من الخيارات المقررة في الإسلام تعتمد على ما تعارفه الناس لا سيما التجار منهم كخيار الرؤية وخيار الشرط، وخيار العيب وخيار النقد، وخيار التعيين وخيار الكمية، وخيار كشف الحال، وحقيقة خيار الرؤية يثبت لمن اشترى شيئاً ولم يره أن يفسخ العقد إذا رآه أو أن يمضيه وخيار الشرط أن يشترط الخيار لأحد المتعاقدين أو كليهما بفسخ العقد أو إمضائه إلى مدة معلومة وخيار العيب، وهو الخيار للمشتري أن يفسخ العقد أو يمضيه إذا ظهر في المبيع عيب قديم وخيار النقد هو ما إذا اتفقا على أن يؤدي المشتري الثمن في وقت كذا وإن لم يؤده فلا عقد بينها صح البيع وجاز فسخ العقد إذا لم يؤد الثمن، وخيار التعيين وهو حق المشتري في أن يأخذ أياً شاء من القيميات التي بين البائع وأثانها كلاً على حدة وللبائع أن يبيعه ما يشاء أيضاً وخيار الكمية كما لو اشترى شيئاً بما في جيبه

(١) الهداية، للمرغيناني: ٤٠/٨؛ اللباب شرح الكتاب، للقدوري: ص ٢٠٦.

أو محفظته من النقود دون بيان مقدارها، فإن للبائع الخيار عندما يعرف مقدارها وخيار كشف الحال ما في البيع بمكيال أو بوزن حجر لا يعرف مقداره بالوحدات الميزانية المعروفة، فإن للمشتري الخيار متى علم مقدار سعة المكيال أو وزن الحجر ويظهر هذا واضحاً في مشروعية خيار الشرط فقد نهى رسول الله ﷺ عن بيع وشرط وإنما جاز استحساناً ودليل جوازه أن حبان بن منقذ بن عمرو الأنصاري كان يغيب في البيع فقال له رسول الله ﷺ: «إذا بايعت فقل لا خلافة ولي الخيار ثلاثة أيام»، والجواز إنما لاستحسان الضرورة ومبناه على العرف والحاجة، وقد اختلف في مدة خيار الشرط فأبو حنيفة تمسك بما ورد في النص لأن شرط الخيار يخالف مقتضى العقد الذي هو البت واللزوم، وإنما جاز مخالفته للقياس لما جاء في هذا الحديث فيقتصر على المدة المذكورة فيه وتنفي الزيادة عليها، وقال صاحبان بجواز الزيادة إذا سمى أحد المتعاقدين مدة معلومة، ولولشهرين وأكثر لأن الخيار إنما شرع للثروي ليندفع الغبن وقد تمس الحاجة إلى أكثر من ثلاثة أيام كالتأجيل في الثمن فإنه أيضاً جائز على خلاف القياس قصرت المدة أو طالت وبقبولها، قال أحمد بن حنبل واستدل بقوله ﷺ: «المسلمون عند شروطهم»، وقال مالك: إذا كان المبيع لا يبقى أكثر من يوم كبعض الأطعمة لا يزيد الخيار عن يوم وإن كان المبيع ثميناً بحيث يعرف المشتري إن كانت المصلحة في أخذه أو تركه إلا في أكثر من ثلاثة أيام جاز أن يشترط أكثر لأنه شرع للحاجة وليس من يشترط داراً، كمن يشتري الخضروات، وقال الشافعي بما قال به أبو حنيفة وأرجح الآراء عندي هو مذهب مالك لأنه هو الذي يتماشى مع ما تعارفه الناس، وتحمل النصوص المحددة بثلاثة أيام في قضية حبان على أن حاجته كانت ثلاثة أيام وقد ورد عن ابن عمر رضي الله عنه أنه أجاز خيار الشرط إلى شهرين.

وكذلك خيار العيب تحديد ما يعد عيباً، وما لا يعد عيباً يعتمد على ما تعارفه الناس وأهل الاختصاص من التجار وذلك أن مقتضى البيع يقتضي السلامة من العيوب وهو وصف مطلوب مقصود من المشتري ومرغوب عادة ومعلوم أن المطلوب عادة كالمشروط نصاً وفي تفسير العيب الذي يوجب الخيار مما لا يوجبه اعتمد في ذلك على العرف بحيث إذا كان عرفاً يوجب نقصان الثمن في عادة التجار نقصاً فاحشاً يؤثر في الثمن فهو عيب وإن كان يسيراً بحيث لا يؤثر في الثمن لا يعتبر عيباً موجباً، ولقد تقصى الفقهاء الأمثلة الكثيرة على ذلك معتمدين على العرف بين الناس وقد بسط القول فيها السرخسي في مبسوطه والكاساني في البدائع وكذلك كتب بقية المذاهب والقاعدة في ذلك كما قال صاحب الهداية: كل ما أوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب لأن الضرر بنقصان المالية وذلك بانقصاص القيمة والمرجع في معرفته عرف أهله^(١)، ولقد أكد الإمام أحمد بن حنبل على اعتبار العرف في بيان العيب حتى ذهب إلى أن ما يعده

(١) الهداية: ٢٧/٣.

العرف عيباً يعد عنده عيباً يستوجب الخيار وإن لم تنقص به قيمة المبيع^(١)، ويستوي في ذلك العرف العام والخاص في تطبيق أحكام الخيارات في الشرط أو العيب أو غيرها وفي خيار الرؤية يكتفي برؤية ما يفيد العلم بالمقصود عرفاً لتعذر رؤية الكل فإذا تشابهت الدور النموذجية أو عرف الدار يكتفي برؤية أحدها عرفاً أما إذا اختلفت فله أن يقف على كل بيت بخصوصه وكذلك يكتفي برؤية نموذج من معرفة أوصاف المبيع المستورد وكذلك في رؤية بعض ما لا تتفاوت أحاده كالكيالي والوزني والعدد المتقارب ومن هذا أيضاً البيع على البرنامج والحاصل أن ما يفيد العلم بالمقصود مفوض إلى العرف.

وما يرجع للعرف الوصية بالمنافع وهي تمليك المنفعة تملكاً مضافاً إلى ما بعد الموت بطريق التبرع وثبت للموصى له حق الانتفاع بالعين الموصى بمنفعتها بعد وفاة الموصي كأن يوصي بغلّة بستان أو بحق سكني، فهذه هي الوصية بالمنافع وأحكامها إنما تقام على العرف، فالعرف هو الذي يحدد الثمرة بالإطلاق على الموجود وكذلك الغلة يحددها العرف بالإطلاق على ما يتجدد كل سنة ففي الثمرة لا تجدد وفي الوصية بالغلة يتجدد سنوياً وفي الوصية بسكن الدار يحدد العرف جواز سكنها بنفسه أو معه عائلته وجواز إسكانها غيره بغير عوض لأن الإنسان له أن يملك مثل ما ملك لا أكثر أما بعوض فلم يميز الشرع ذلك اعتماداً على العرف وهو الفرق بين ملك المنفعة وملك الانتفاع، والعرف هو الذي يعين ما يجب على المنتفع من العناية بحفظ العين المنتفع بها وصيانتها من التلف والإنفاق عليها ودفع الرسوم عنها والضرائب وإن كانت شجراً، فالعرف هو الذي يعين بما تتحقق العناية بها من سقاية وتقليم وكرب أرض وهكذا بحسب ما جرى به العرف بين الناس وكان عليه التعامل.

وما يرجع إلى العرف في العقوبات التعزير وهو التأديب على الذنوب التي لم تشرع فيها الحدود لقد تركت الشريعة الإسلامية أكثر الجرائم فلم تقدر لها عقوبات محددة بل تركت أمرها إلى أولي الأمر نظراً لاختلاف الجرائم شدة وخفة بحسب اختلاف الأزمنة والأمكنة والبيئات، وقد جاء في تعزير النساء ونشوزهن عن أزواجهن قوله تعالى: ﴿وَالَّذِي تَخَافُونَ دُشُورَهُنَّ فَحِظُوهُنَّ أَهْبَاجُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَأَضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيماً كَبِيراً﴾^(٢).

فقد أمر الله بهجر الزوجة الناشز وضربها إذا لم ينفع معها المهجر ضرباً غير مؤذ وهذا الضرب والمهجر مرجعه إلى العرف، وقد تكون التعازير نتيجة لاجتهادات الفقهاء والقضاة عند التضييق العملي، فقد ورد أن علياً جلاً ونفى من البصرة إلى الكوفة أو منها إلى البصرة، وأن

(١) المغني، لابن قدامة: ١٤٣/٤.

(٢) سورة النساء: الآية ٣٤.

عمر نفى إلى البصرة وأن أبا حنيفة يرى قتل اللوطي، ويرى بعضهم حرقه بالنار ويرى بعضهم أن يلقي من أعلى مكان في المدينة^(١)، وهذه الاجتهادات وتطبيقات القضاة تعتمد على ما تعارفه الناس وعلى أحوالهم وعاداتهم وبيئاتهم ومعلوم أن موجبات التعزير أمران: (١) المعاصي بترك المحرم كالزور والغش وإتيان المرأة في حيضها أو التعامل بالربا أو اللعب بالقمار أو إزعاج الناس وإفلاق راحتهم بإلقاء القاذورات في طريقهم وإحداث أصوات مزعجة وقت راحتهم ودرء المفسدة وجلب المصلحة كتأديب الصبيان للتعدي على حقوق الناس وإجلاء أهل القتال عن موطن إقامتهم عند حدوث جريمة قتل كل هذه الواجبات توضح جلياً وتبين أن التعزير موكول إلى العرف وأحوال الناس واختلافهم بحسب الزمان والمكان والبيئات.

ولقد انبنت عقوبات قررها الولاة والقضاة لذنوب مستحدثة وقد قال عمر ابن عبد العزيز: تحدث للناس أفضية بقدر ما أحدثوا من الفجور وهذه كلها معتمدها العرف ومراعاة أحوال الجاني والمجني عليه ونوع الذنب المرتكب ومن هذا القبيل العزل من الوظيفة ومصادرة الأموال وهدم المواخير وإزالة آثار الجريمة وقتل الجاسوس وأخذ شطر مال مانع الزكاة عند بعضهم وسحب ترخيص جواز السياقة من سائقها لمخالفته لقوانين الطرقات وحجز رخصة الدكان من المحتكر وفرض الإقامة الجبرية والاعتقال في البيوت وأمثال هذه العقوبات ونحوها كلها اقتضتها تغير أحوال الناس واختلاف أعرافهم ولهذا يجب أن تراعى في فرض العقوبات التعزيرية، وكلها مرجعها إلى ما يقتضيه العرف والعادة، وقد قال القرافي في فروقه: قرب تعزير في عصر يكون إكراماً في عصر آخر ورب تعزير في بلد يكون إكراماً في بلد آخر كقطع الطيلسان بمصر تعزير وفي الشام إكرام وكشف الرأس عند الأندلسي ليس هواناً وبالعراق ومصر هوان^(٢).

ومما يرجع فيه إلى العرف الدية وهي ما يعطى عوضاً عن النفس قال تعالى: ﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٌ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ ۗ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا﴾^(٣).

وفي الحديث: وإن في النفس مائة من الإبل، وانعقد الإجماع على وجوبها لصون النفس وخفض دمها من الهدر وهي تكون من الإبل مئة ومن الذهب ألف دينار ومن الفضة اثنا عشر ألف درهم أو عشرة آلاف درهم عند أبي حنيفة، وقد اختلف الفقهاء في جنس الدية هل يجب أن تكون من الإبل وحدها ولا تصح من غيرها أو كما تكون من الإبل تكون من الذهب والفضة بدلاً عن الإبل وتقدر الدية بحسب ثمن الإبل في زمن دفع الدية أو أن الذهب

(١) سبل السلام، للصنعاني: ٥٤/٤.

(٢) الفروق للقرافي، الفرق ٢٤٦، بين قاعدة الحدود وقاعدة التعزير وذكر عن ذلك وجوهاً عشرة.

(٣) سورة النساء: الآية ٩٢.

والفضة كالإبل أصول في جنس الدية وجميعها بدل القصاص وتظهر ثمرة الخلاف عند تسليم الدية فعلى القول الأول يصح تسليم أي شيء من الأجناس الثلاثة وليس لولي الدم أن يمتنع من ذلك ويرى الشافعي أن له ذلك إذا أصرَّ على تسليم الدية من الإبل، ومالك رحمه الله يرى أن الدية تؤدى من الإبل والذهب والفضة ويرى أن كل قوم يؤدون من غالب ما عندهم كما ورد في الموطأ ولا يقبل ممن عندهم الذهب إلا الذهب وكل ذلك منشؤه عرف الناس وعاداتهم وأحوالهم في استعمال المال وعلى ما لأبي الوليد الباجي في المنتقى قال: وعندي أنه يجب أن ينظر إلى غالب استعمال الناس في البلاد فأبي بلد غلب على أموال أهلها الذهب فهم أهل ذهب وأي 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^(١).

وعلى ما نقلناه ندرك أن الدية إنما تكون مما تعارفه الناس وجرت به عاداتهم فالقرى تدفع الدية فيها بالإبل وفي غيرها بالذهب والفضة، ولا شك أن اليوم إنما تدفع بالعملة المستعملة في كل بلد وهو ما يقتضيه العرف والعادة والله أعلم.

ومما انبنى على العرف رد الشهادة للثمة التي اقتضتها العادة ومن هذا الباب رد شهادة أحد الزوجين للآخر ورد شهادة الأجير لمستأجره، وقد اختلف الفقهاء في شهادة أحد الزوجين فقال أبو حنيفة وأبو يوسف، ومحمد، وزفر، ومالك، والأوزاعي، والليث: لا تجوز شهادة واحد منهما للآخر، وقال الثوري: تجوز، وبه قال الشافعي، ونظير شهادة أحد الزوجين شهادة الوالد للولد والولد للوالد، وذلك من وجوه أحدها تبسط كل واحد من الزوجين في مال صاحبه في العادة فما يشته الزوج لزوجه بمثابة ما يشته لنفسه كما لا فرق في مال الابن وكذلك شهادة الأجير غير جائزة استحساناً وإن كان عدلاً.

هذا في الأجير الخاص، أما المشترك فتجوز، وقال مالك: لا تجوز شهادة الأجير لمن استأجره إلا أن يكون مبرزاً في العدالة وإن كان الأجير في عياله، لم تجز شهادته له، وقال الثوري: شهادة الأجير جائزة إذا كان لا يجر إلى نفسه. وكذلك شهادة الخائن والخائنة وشهادة ذي العمر على أخيه، ورد شهادة القانع لأهل البيت وأجازها على غيرهم والقانع هو التابع، وقد قرروا في ذلك قاعدة، فقالوا: كل شهادة ردت للثمة لم تقبل أبداً مثل شهادة الفاسق إذا رُدَّت لنفسه ولا شك أن الثمة تظهرها وتبرزها العادة والعرف، ولذلك قال تعالى: ﴿مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ

الشُّهَدَاءِ﴾^(٢) [سورة البقرة: الآية ٢٨٢].

(١) المنتقى، لأبي الوليد الباجي: ٦٨/٧ - ٦٩.

(٢) شرح الزقافية، لعمر الفاسي: ٢٩٩/٢.

ومنها أيضاً الشهادة العرفية وهي شهادة عدد كثير من الناس لا تتوفر فيهم شروط العدالة المقررة بحيث يحصل العلم بها على وجه التواتر وتسمى شهادة اللفيف وهي على نوعين شهادة جماعة غير عدول على سبيل التواتر المفيد للعلم وهذا خارج عن الشهادة العرفية، وقد وجد لدى الفقهاء المتقدمين، الثانية ما لا يحصل بخبرهم علم وهو الذي جرى به عمل المتأخرين وضلوا عليه لتعذر وجود العدول في كل وقت وفي كل نازلة فتضيع كثير من الحقوق واكتفوا برتبة هي دون الأولى للضرورة الداعية إلى ذلك حتى لا تهمل الحقوق، وجاء في العمليات العامة والعمل اليوم لأهل فاس على شهادة لفيف الناس.

كذلك تابعوا على استئصال البيئات القاضي الفشتالي، قال القاضي المكناسي في الشهادات من كتاب المجالس: إن العمل الآن جرى بالحكم بشهادة غير العدول وقال في أول الكتاب ما نصه: والعمل الآن بإعادة الشهود شهادتهم عند القاضي بحضور عدلين يسمعان منهم، سواء كان المشهود عليه حين الأداء حاضراً أو غائباً وهو المعبر عنه بالاستئصال، وقد أحدث العمل به القاضي الفشتالي المتوفى في عشرة الثمانين بعد التسعمئة، وأما قبل ذلك فلم يجر به العمل، وما جرى به العمل في استفسار الشهود مراعاة لمصلحة تحقق الشهادة لما فشا من قبح حال وحيلة. فإن مر نصف عام من الأداء ترك هذا الاستفهام لأن مضي هذه المدة مظنة نسيان الشهادة^(١)، ومستند العمل في هذه المسألة على الضرورة، ومنها شهادة الصبيان بعضهم على بعض في الجراح والقتل وكشهادة النساء في المآثم والأعراس إذا لم يوجد غيرهم، وقد قال ابن أبي زيد أما إذا لم نجد في جهة إلا غير العدول أقمنا أصلحهم وأقلهم فجوراً للشهادة عليهم ويلزم حلفه في القضاء لثلا تضع المصالح، قال القرافي: ولا أظن أحداً يخالف في هذا ولو أهدرت هذه الشهادة في الموضوع الذي لا عدول فيه لما جاز للناس بيع ولا شراء ولا تم لهم عقد نكاح ولا غيرها من الأشياء التي تتوقف على الشهادة، وقد ذكر الشاطبي أن العدالة المعتمدة في كل زمان بأهله وإن اختلفوا في وجه الانصاف بها، فإنما نقطع بأن عدالة الصحابة لا تساويها عدالة التابعين، وعدالة التابعين لا تساويها عدالة من يليهم وعدول كل زمان بحسبه، ولو لم نعتبر ذلك لم تكن إقامة ولاية تشترط فيها العدالة ولو فرض زمان انعدم منه العدول جملة ولم يكن بد من إقامة الأشبه فهو العدل في ذلك الزمان إذ ليس يجاز على قواعد الشرع تعطيل المراتب الدينية جملة لإفضاء ذلك إلى مفسد عامة يتسع خرقها على الراقع ولا يلم شعئها وهذا الأصل مستمد من قاعدة المصالح المرسل^(٢). وشهادة اللفيف كان لا يعمل بها إلا في الأموال وكان المشهود له يحلف مع اللفيف وبمرور الزمان لم يعد المشهود له مطالباً بأداء هذا اليمين، ثم استقر رأي الفقهاء فيما بعد إلى إسناد الأمر للقاضي يقبل هذه

(١) فتح الجليل الصمد في شرح التكميل والمعتمد المختصر بالعمليات الفاسية: ص ٤٥٣ - ٤٥٦.

(٢) تبصرة ابن فرحون: ٣٣٩/١.

الشهادة بحسب ما يراه من الأحوال والظروف ولم يعد مقتصرأ على الأموال فحسب، بل أعملت شهادة اللفي في النكاح والطلاق والرضاع والتسفيه والترشيد وغير ذلك، قال السجلماسي: وقد كان العمل باللفيف يختلف باختلاف الأماكن، ومأ كان مرجعه للعرف الحكم لولي القتيل دون شاهد مع اليمين وذلك لاستغنائها بقرائن الأحوال، فإذا أثبت القتل بالبينة أو بالإقرار كان قرينة تشهد بصدق دعواه إن كان يملك مثل ما ادّعه عليهم من دراهم وغيرها من الأمتعة وهذا ما استحسسه مطرف وابن كنانة وأشهب وبه قال ابن حبيب وعليه العمل. وفي التبصرة: ويقبل قول المدعي لرجحانه بالعوائد وقرائن الأحوال أو لاتصافه بالأمانة أو غير ذلك من وجوه الترجيح والقرينة هنا كون المدعي عليهم من أهل العداة والظلم وقتلهم صاحب المال، وقد قال الفقهاء: إن من عرف بالظلم والتعدي يتقلب الحكم ضده وهو مذهب يحيى بن يحيى ومستندهم في ذلك قوله تعالى: ﴿ إِنَّمَا السَّبِيلُ عَلَى الَّذِينَ يَظْلِمُونَ النَّاسَ وَيَبْغُونَ فِي الْأَرْضِ بِغَيْرِ الْحَقِّ أُوْلِيكَ لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ ﴾ (١).

ومما جرى على العرف والعادة مسألة الخلطة بالأصل أن البينة على المدعي واليمين على ما أنكر إن ثبت بين المدعي والمدعى عليه خلطة، وقد خالف فقهاء الأندلس والمغاربة مذهب مالك والمشهور من المذهب أن المدعى عليه إذا أنكر لا يمين عليه حتى تثبت الخلطة بينه وبين المدعي صرح بذلك ابن أبي زيد القيرواني، فقال: ولا يمين حتى تثبت الخلطة أو الظنة (٢)، ولكن العمل جرى بقول ابن نافع القائل لا أدري ما الخلطة ولا أراها ولا أقول بها، وأرى الأيمان واجبة للمسلمين عامة بعضهم على بعض لحديث البينة على المدعي واليمين على من أنكر، قال ابن رشد: مذهب مالك وكفاة أصحابه الحكم بالخلطة ويقول ابن نافع قال الأندلسيون واستمر عليه العمل بأفريقية، وبه قال الشافعي وأبو حنيفة وغيرهما.

وذكر ابن عبد البر أن الأندلسيين لم يفصلوا بين الناس في توجيه اليمين، فقال: المعمول عندنا أن من عرف بمعاملة الناس مثل التجار فاليمين عليه لمن ادعى معاملته، ومن كان بخلافه مثل المرأة المستورة المحتجة والرجل المستور المنقبض عن مداخلة المدعي وملاسته فلا يجب عليه اليمين إلا بالخلطة (٣)، وقد صوّب التسولي رأي ابن عبد البر، فقال: إن هذا هو الصواب في هذا الزمان القليل الخير، ولقد شاهدنا غالب سفلة الناس يدعي بدعاوي على العموم بالخير والعدل مع بعده عنه وعدم مخالطة أمثاله وملاستهم وليس غرضه إلا الأزدراء به وحط مرتبته حتى صار الدهلة يلقون السفلة ذلك وربما ادعوا عليه بالتهمة بما فيه معرفة كالسرقة

(١) سورة الشورى: الآية ٤٢.

(٢) شرح الزقافية، لعمر الفاسي: ٢٩٩/٢.

(٣) حاشية الوزاني على شرح الناودي، للامية الزقاق: ص ٢٣٠.

والغضب ونحوهما لسماهم أن يمين التهمة تتوجه مطلقاً على المشهور المعمول به فينبغي لمن راقب الله أن لا يمكنهم من تخليفه بما يدعى عليه من المعاملة في الغرض المذكور^(١).

وقد ذكر الوالد رحمه الله في البحث الرابع من الباب الثاني في مستند الحكم التي هي يمين أو إقرار وإبراء أو إسقاط أو التزام أو شهادة، فذكر في هذا البحث أقسام الأيمان الأربعة: يمين التهمة، ويمين القضاء، ويمين الإنكار، ويمين متممة للنصاب، فذكر أن يمين التهمة تكون في الدعوى التي لا تتحقق على المدعى عليه وتتوجه على المتهم وغيره على ما جرى به العمل بتونس على ما قاله ابن ناجي ونقله عظم في البرنامج ونظمه صاحب العمل المطلق، فقال: ويتوجه يمين التهمة، جرى القضاء من أهل أفريقية، أي مطلقاً وأنها لا تنقلب بقلب أو نكول من بها طلب، ثم نقل عن شارح العمليات قوله: وانظر هل ما ذكر من عمل أفريقية كان عاماً عندهم حتى في التهمة التي في دعواها معرفة أو خاصاً بغيرها، ثم التهمة التي تلحق في دعواها معرفة كالإتهام بالسرقة والغضب لا تلحق من لا تليق به ممن شهد فيه بالخير وإن التهمة في غير ذلك تلحق اليمين فيها جميع الناس برهم وفاجرهم على القول بإيجاب يمين التهمة، وهو المشهور في المذهب وبه القضاء وعليه العمل، ثم نقل عن عظم في برنامجه في مبحث الصداق وتوجهها مشروط بشرطين: الأول ما قاله ابن ناجي إن التهمة إنما تنقرر بلفظ يقتضيها كقوله: أشك فيك أو أتهمك لقوله فيها: أخاف، الثاني ما قاله الشيخ أبو عبد الله المقرئ قاضي الجماعة بفاس صاحب القواعد في المسألة الثانية من القاعدة السابعة من قواعد الدعاوي والشهادات أن العداوة بين المتدعين تمنع توجه يمين أحدهما في دعوى الآخر عليه، لأنه يقصد إضراره بتوجيه اليمين عليه ونصه: إذا دفع الدعوى بعداوة المشهور أنه لا يخلف لأن الدعوة مقتضاها الإضرار بالتخليف، وقيل: يخلف بطاهر الخبز ونحوه في تاسعه أعلام الرفاق للشيخ الجد رحمه الله، ثم ذكر الشيخ الوالد أن المتهم لا يخلف بما ضاع أو سرق حتى يخلف المدعي يمين الضياع أو السرقة، لقد ضاع الشيء الفلاني المدعى ضياعه وحيثئذ يخلف المدعى عليه هذا إذا أنكر المتهم أن يكون قد ضاع له شيء وإنما يريد أن يجرجه باليمين وبهذا كان يحكم أبو بكر بن زرب ويقول: إنها من دقيق المسائل، وقد نقله ابن فرحون في التبصرة في الباب الثامن والعشرين، وإذا نكل المتهم عن اليمين غرم بمجرد نكوله ولا يطلب المدعي بالخلف على ما ادعى هذا قول ابن الحكم وابن حبيب وهو الذي جرى به العمل، ونقل أبو عمر بن المكوي عن مالك: إن يمين التهمة لا ترد، فإن أبى المتهم ونكل عنها حبس أبداً حتى يخلف، ذكره الونشريسي في أول نوازل الدعاوي من المعيار ولكون النكول عن يمين التهمة موجباً للغرم لم تتوجه يمين التهمة على الصغير ولا السفهية، أما الأول: فلرفع القلم عنه، وأما الثاني: فإنه لو أقر لم يلزمه ما أقر به لأنه

(١) حاشية التسولي على شرح الناودي للأمية الزقاق: ٢/٢٤؛ وشرح السجلماسي: ص ٤٩٠.

محجور عليه في المال انظر حاشية مهدي على الزقافية قبيل قولها كمن غاب والأقوال أربعة^(١)،
والعلاقة بين ما جرى به العمل وبين العرف علاقة وثيقة بحيث لا يكاد يظهر فرق ملموس
بينها إذ العمل ما هو إلا عرف في شكله المتطور وإن الفقهاء كثيراً ما يذكرون العرف مصاحباً
للعمل ومرادفاً له.

العرف الدولي :

لم يقتصر العرف في الاعتماد عليه وفي كونه مرجعاً يرجع إليه في الأحكام بين الأفراد
والأشخاص، بل لعب دوراً كثيراً من المجتمعات والدول، فقد كان العرف الدولي مصدراً
أساسياً من مصادر القانون الذي أثار إشكالات عديدة وقضايا كثيرة لم يكن لها أصل مدون في
القانون ولا إجراءات مسطورة متبعة، وإنما كان المرجع في هذه القضايا السلوك المتبع والمتهج
المطرد في مدة مديدة من الزمن أضفت على هذا السلوك اعتقاداً راسخاً جازماً وفكرة قاطعة
جعلت هذا السلوك قاعدة قانونية لعب هذا العرف في ظهور القانون الدولي دوراً كبيراً حتى إن
المؤسسات الدولية المعروفة اليوم كانت في أول عهدها وبداية إنشائها مبادئ عرفية جرى عليها
سلوك المعاملة بين الدول كقانون المعاهدات وقانون التجار والعلاقات الدبلوماسية، ثم لما
تكاثر عدد الدول بعد المنخرطة أثر الحرب العالمية الثانية وتنوع اتجاؤها الحضاري، واختلف
منهجها السياسي أصبحت هذه الأعراف الدولية محل جدل وأخذ ورد ونقد خصوصاً من طرف
الدول الاشتراكية ودول العالم الثالث، فظهرت المعاهدات وأمضيت الاتفاقات وتقلص دور
الأعراف بهذه المعاهدات الممضاة والمحاورات والاتفاقات المدونات، لكن رغم كل هذا فما زال
العرف يشكل أصلاً أساسياً من أصول القانون الدولي المعاصر، ولقد نصّت المادة الثانية
والثلاثين من اللائحة الأساسية لمحكمة العدل الدولي على العرف كأساس من الأسس الأصلية
والاعتماد عليه يشهد لذلك عدم التفاضل بين العرف والمعاهدة من حيث اندراج القواعد
القانونية إذ هما يشكلان مصدرين متساويين لا تفاضل بينهما بحيث يمكن لكل منهما أن ينسخ
صاحبه فيمكن للعرف أن ينسخ أصلاً مدوناً ومعاهدة ممضاة بين دولتين، كما يمكن للمعاهدة أن
تنسخ عرفاً جرى بين الأمم.

وللعرف الدولي نزعتان مختلفتان جعل سلطة العرف إلزامية حسب إرادة الدول فهو إذن
ملزم لأن الدول قررت ذلك بموجب اتفاق ضمني بينها حول إلزاميته، لكن متى شاءت إحدى
الدول أن تتحرر من هذا الالتزام كان لها ذلك حسبما تقتضيه نظرية الإرادة.

النزعة الثانية نزعة موضوعية ترجع إلزامية العرف إلى ذات القاعدة، فالعرف إذن قاعدة

(١) الطريقة المرضية في الإجراءات الشرعية، للشيخ محمد العزيز جعيط: ص ٨٦ - ٨٨.

موضوعية لا تتوقف على إرادة الدول إذ هو ناشئ عن ضرورة الحياة المدنية منبعث من الحياة الاجتماعية وهي ضرورة منطقية.

وتتكون هذه القاعدة العرفية من عنصرين عنصر مادي وآخر معنوي فالعنصر المادي هو سلوك طريق وأتباع منهج على نمط معين وتكرر ذلك بطريقة يجعل أهل الاختصاص في القانون الدولي يعتقدون بهذا السلوك ويعتمدون على هذه الطريقة المتبعة المتكررة الملتزمة المتواصلة فيجعلونها قاعدة ملزمة، ولا ينحصر ذلك السلوك في عدد معين من التكرار أو في مدة مديدة من الزمن، فقد استقرَّ فقه القضاء الدولي وخصوصاً قضاء محكمة العدل الدولي على عدم اشتراط مرور مدة معينة أثر بروز هذا السلوك أو تلك الطريقة ليصبح عرفاً ملزماً، بل إن المحكمة أقرت أن مرور مدة ولو قصيرة على مرور سلوك ما لا يشكل حاجزاً في اعتباره عرفاً ملزماً، نعم شرط اعتباره أن تتبَّع الدول في هذه المدة ولا يجحد عنه خصوصاً الدول المعنية أكثر من غيرها، فلو اتبعت الدول السياحية في ميدان قانون البحار منهجاً من المناهج ولازمته، ولم تتخلَّف عنه وتابعته بصفة منتظمة وطريقة متبَّعة متواترة أصبح عرفاً ملزماً إذ نتج عن هذه المتابعة المنتظمة قاعدة عرفية تعتمد عليها المحكمة وتبني على مقتضاها أحكامها، ولو لم يبلغ ذلك العمل المنظم إلى إجماع الدول عليه، هذا هو العنصر المادي، أما العنصر المعنوي فهو الذي يرتقي بهذا المنهج والطريق المنتظم المتكرر إلى درجة العرف الملزم وهذا الشعور الراسخ والاعتقاد الجازم، بأن هذا المسلك السائر والمنهج المتبع صار قاعدة شرعية ملزمة يبنِّي على مخالفة دولة من الدول له جزاء قانوني. وبهذا الشعور يظهر الفرق بين ما كان عادة دولية وما كان عرفاً دولياً فالعادة تشكل مجرد سلوك اجتماعي والعرف الدولي يشكل قاعدة شرعية إلزامية بين الدول فمراسم استقبال رؤساء الدول أثناء الزيارات الرسمية كعزف النشيد الوطني للدولتين وتحية الشخصيات من طرف الجيش الوطني واستقباله للشخصيات الرسمية له وحضورهم بالمطار لاستقباله والسلام عليه هذا مما جرت به العادة بين الدول، ولكن لا يترتب على مخالفته عقاب ولا عتاب ولو تقدمت إحدى الدول بقضية في ذلك لما قبل دعاها في حين أن مبدأ حرية الملاحة في المنطقة الدولية الذي صار عرفاً دولياً ينشأ عن مخالفته وعدم احترامه جزاء على ذلك ومطالبة بجبر الضرر والقانون الدولي وإن أخذ طريق التطور وقتت قواعده وأصوله، فما زال العرف يحتل الدور الرئيسي ويشكّل المصدر القانوني الدولي الحديث وقد شهد هذا العرف في بعض المجالات تطوراً مشهوداً مثل قانون الفضاء وغيره.

*
**

خاتمة

إن من ألقى نظرة خاطفة على التشريع الإسلامي يلمس صلاحته لكل زمان ومكان بما فيه من مرونة تكسبه تطوراً وغماء مدى الزمان من بداية عصر الرسالة والعصور اللاحقة له من عصر الصحابة والتابعين والأئمة المجتهدين، وإننا لنلاحظ البون الشاسع بين ما كان عليه التشريع في العصر الأول والحالات التي استقرَّ عليها بعد ذلك وما ذلك إلا لاختلاف الحياة التي كان يحياها رسول الله ﷺ والصحابة معه والحياة التي عاشها المسلمون من بعد، وقد امتدت رقعة الإسلام وشملها حكمه وامتدَّ إليها سلطانه، فقد كانت حياته ﷺ في شبه الجزيرة العربية، وكان المسلمون في ذلك الزمان قلة ولم تختلف عاداتهم وأعرافهم وتقاليدهم إلا ما كان من اختلاف يسير بين مكة والمدينة وقد لاحظته التشريع فأعطى رسول الله ﷺ لكل بيئة ما يناسبها من الأحكام، فلم يكن أهل مكة يتعاملون بعقد السلم في حين أن أهل المدينة كما رواه الشيخان يتعاملون به فأقرَّهم رسول الله ﷺ على هذه المعاملة مراعيًا في ذلك عرفهم وعاداتهم وينتشر الإسلام في مشارق الأرض ومغاربها وتفتح بلاد الروم وفارس ومصر وأفريقية وتظهر عادات وتقاليدهم وقوانين متنوعة قد كان لها أثر وأثر في اختلاف الرأي واختلاف التفكير والنظر، وقد تطرأت حوادث ونوازل لم تكن في عهد رسول الله ﷺ وهي تحتاج إلى تشريعات وأحكام وكان الحكام والمفتون مدعويين إلى استنباط أحكامها وإبراز تشريعاتها بما يوافق عادات الناس وأعرافهم التي تختلف باختلاف الأقاليم والجهات بما يوافق مقاصد الشريعة ولا يناقض أصولها وقواعدها، ذلك أن الشريعة الإسلامية كاملة عامة لكل أمور الدين والدنيا من عبادة ومعاملة وقد أصلت كل الأصول وقرَّرت كل المقاصد وأوضحت كل المبادئ وتركت التفاصيل والجزئيات للقائمين على تنفيذ هذه الشريعة ويستلهمون من روحها ويستنبطون من قواعدها وأصولها ما ليس في نصوصها، وقد أشار رسول الله ﷺ لهذا المعنى ولهذا الحقيقة حين قال ﷺ: «أنتم أعلم بأمور دينكم»، وفي قوله هذا إذن في الاجتهاد فيما يتصل بشؤون الحياة والمعاملات التي تتجدد وتتكاثر وتتغير بحسب الزمان والمكان والتقدم والحضارة، لذا نرى الصحابة رضوان الله عليهم ومن بعدهم من التابعين وتابعيهم لم يقفوا من القضايا التي نزلت والأحداث التي حلت موقف العاجز المضطرب، بل اجتهدوا رأيهم وأعملوا فكرهم وأعطوا حكم كل قضية نزلت وحكم كل مسألة حلت من الحوادث

والنوازل التي طرأت انطلافاً من النصوص والقواعد والمقاصد، وهذا هو المنهج الذي اتخذه فقهاء الإسلام من بعد، فهم ينظرون إلى النصوص بعقل مفتوح ويتبعون عمل الصحابة أولاً، وما أصله المجتهدون ثانياً، وبذلك برهنوا على أن هذه الشريعة المحمدية بما تحتوي عليه من مبادئ وأصول وقواعد وحكم قابلة للتطبيق في كل عصر وفي كل مصر مستوعبة لكل ما يجدها ضامة لكل ما يحدث بما اشتملت عليه من مراعاة المصالح ودرء المفاسد فكانت بذلك صالحة لعلاج كل مشاكل الزمان وما يحل من الحوادث في كل آن بحيث لا يحتاج العالم الإسلامي إلى تحكيم القوانين الأجنبية، وما سطرته وقررته القوانين الغربية ولا شك أن من بين القواعد العامة التي انبنت عليها الأحكام في القديم والحديث العرف الذي يتفق مع ملاسبات الناس ومقتضيات الزمان ويمد الفقهاء والعلماء بالأحكام المناسبة لعصرهم والملائمة لمقاصد الناس وتصرفاتهم حسب ما تقتضيه الشريعة، وإن ما ذكرنا عن العرف هو دراسة توضح مدلوله وتبين قواعده وأصوله شاملة إن شاء الله لأنواعه وشروطه ومدى طموحيته في استنباط الأحكام والاعتداد به وحجيته والعلاقة بينه وبين غيره من المصادر ومنزلته بينها بالنظر إلى الاستنباط والتطبيق ومعارضته للنصوص وموافقته لها وفي سبيل هذه الحقيقة بينا حقيقة العرف لغة واصطلاحاً بطريقة توضح العلاقة بينه وبين العادة وبين ما جرى به العمل، وقد أشرنا إلى الأدلة الشرعية التي تثبت حجتيه من الكتاب والسنة وفعل الصحابة والتابعين والأئمة المجتهدين وأخذ كل الأئمة به والاعتقاد عليه وحتى إذا ما كان هناك خلاف بين الأئمة، فليس في أصل اعتباره وإنما هو في مدى اعتباره توسعاً وتضييقاً، وقد بينا سلطان العرف في العهود القديمة وارتكاز القوانين عليه من عهد الرومان، ثم أوضحنا بناء القوانين الفرنسية عليه وما طرأ في ذلك من تغير، وأوضحنا نظر الشرع إليه من لادن عهد رسول الله ﷺ وعصر الصحابة والتابعين والأئمة المجتهدين في كل عصر ومصر وهو ما زال معتبراً إلى الآن إذ هو منار للباحثين واستخراج الأحكام واستنباطها من أصولها وقواعدها، وقد قسمناه إلى عام وخاص باعتبار شموله ونصوصه وإلى ما كان يرجع إلى العرف القولي والعرف الفعلي العملي وإلى ما يوافق النصوص وإلى ما يعارضها وإلى ما يخالفها، وإلى ما يصلح أن يكون مخصصاً للعام، ومقيداً للمطلق وإلى ما يجب إلغاؤه وما يجب اعتباره باعتبار ما يكون مناقضاً لما جاءت به الشريعة الإسلامية من أصول ومبادئ وما لا يكون مناقضاً لذلك وكون الأول فاسداً يجب إلغاؤه، وكون الثاني صحيحاً يجب اعتباره وإلغاؤه، ثم فرقنا بين العرف وبين العادة وأوضحنا ذلك بما يكون للعرف من قوة الإلزام والنفوذ والاعتبار وأنه لا يكون بهذه المثابة إلا إذا توفرت فيه شروط بها يكون اعتباره وهي اطراده وغلبته وعدم مخالفته للنصوص والمقاصد وأثبتنا مظاهر عمومها في الحياة من حيث الدين والأخلاق والتجارة والمعاملات وأن الإسلام أقر ما هو صالح وعدل ما هو قابل للتعديل وأبطل ما كان فاسداً، ثم أوضحنا أن العرف كالعلة في بناء الأحكام عليه وأن الحكم يدور معه وجوداً وعدمياً حيث إن العادات تتغير

وتتبدل وإن الأحكام تتغير بتغيرها وأوضحنا أن مرجع العرف إلى المصلحة وحيث كان راجعاً إليها كان في مرتبتها وليس بعد كتاب الله وسنة رسوله إلا المصلحة ودرء المفسدة ولما تعرضنا لعلاقة العرف بالعمل تعرضنا بإسهاب إلى التعريف بعمل أهل المدينة ودليل حجتيه ونظرة الفقهاء إليه ونبهنا إلى ما قصد إليه مالك من عمل أهل المدينة وقسمنا هذا العمل إلى درجات مختلفة، ونقلنا في ذلك كلام المحققين لعمل المدينة، كما نبهنا إلى أن عمل أهل المدينة قد أخذ به قبل مالك الصحابة والتابعون وتابعوهم وأوضحنا الفرق بين عمل أهل المدينة وبين ما جرى به العمل في الأمصار وأن بينهما عمومًا وخصوصاً، ثم أشرنا إلى أن العلاقة بين العرف والعمل وثيقة جداً بحيث لا يكاد يظهر أي فرق وأن العمل ما هو إلا عرف في شكل متطور وأن العرف هو السبب في قيامه لذا كثيراً ما يذكر الفقهاء العرف مصاحباً للعمل ومرادفاً له، وقد أشرنا للعلاقة بين المصالح المرسله والاستحسان والأعراف وما شرعه أولى الأمر من أحكام من خلال ما جرى به العمل على الرغم من المآخذ التي أخذت على هذا اللون من التشريع وأشرنا إلى أثر تغير الأحكام بتغير الزمان والدوافع والأسباب المؤدية إلى تغير الأعراف، كما أشرنا إلى القواعد الشرعية في العرف، ثم ختمنا الموضوع بأبحاث من الفقه وأصوله بنيت على العرف وترك فيها القياس استحساناً وذلك للتعامل المتعارف بين الناس وحاجتهم إلى هذا التعامل تحقيقاً للمصلحة ودرءاً للمفسدة وأشرنا إلى أن العرف هو الذي يحدد ما يعد مألوماً وما لا يعد وما يكون مقوماً وغير مقوم وأشرنا إلى حقوق الارتفاق وبيننا أن مرجعها إلى العرف وأشرنا إلى بعض الأحكام للأحوال الشخصية وتأثير العرف فيها وإلى كثير من العقود المالية وبنائها على العرف وإن كانت مخالفة للقياس كبيع السلم والاستصناع وبيع الوفاء وغيرها وكالإجارة والمزارعة والمساقاة واعتبار العرف في الخيار والوصية والتقرير واختلاف الدية باختلاف الأعراف، وكذلك اعتباره في الشهادات والقضاء ونحو ذلك، وأوضحنا أن تحكيم العرف في كثير من القضايا أمر ضروري مفتقر إليه لا بين الأفراد والجماعات بل بين الدول والجهات، لذا ختمنا الموضوع بكلمة عن العرف الدولي وما استقر عليه قضاء محكمة العدل الدولي المنتسبة بلاهاي، ولعل في بيان ما وضحت وما مثلت أكون قد شاركت قدر الاستطاعة في تجلية نظرية العرف وتوضيح آثارها في التشريع الإسلامي ومدى تأثير الأعراف في تطور المجتمعات وأحكامها وقوانينها الإدارية وغيرها، وإننا نأمل من الحكومات الإسلامية أن تعود إلى رصدها وسالف عهدها وأن تحكم شرع الله وتحتمك إليه وتستغني عن قوانين الغرب التي لا تراعي ما أحل الله وما حرم، فإن في التشريع الإسلامي ما فيه غنى عن كل القوانين إذ هو قانون الفطرة التي فطر الناس عليها لا تبديل لخلق الله ذلك الدين القيم ولكن أكثر الناس لا يعلمون نسأل الله التوفيق وما توفيقى إلا بالله عليه توكلت وإليه أنيب وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

الشيخ كمال الدين جعيط

المراجع

[أ]

- ١ - أحكام القرآن، لأبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي بتعليق عبد الغني عبد الخالق، طبعة دار نشر الثقافة الإسلامية، الطبعة الأولى ١٩٥٤م.
- ٢ - أحكام القرآن، لأبي بكر بن العربي، تحقيق علي الجاوي، طبعة حلبى.
- ٣ - الإحكام فى أصول الأحكام، للحافظ أبى محمد علي بن حزم، طبعة القاهرة.
- ٤ - أحكام القرآن، لأبى بكر أحمد بن علي الرازى الجصاص الحنفى، طبعة المطبعة البهية مصر ١٣٤٣هـ.
- ٥ - إحكام الأحكام شرح عمدة الحكماء، لابن دقيق العيد، طبعة دار الشعب، الطبعة الأولى.
- ٦ - الإحكام فى أصول الأحكام، لسيف الدين أبى الحسن علي بن أبى علي بن محمد الأمدي، الطبعة الأولى مطبعة محمد علي صبيح بميدان الأزهر بمصر ١٣٤٧هـ.
- ٧ - الإتيقان فى علوم القرآن، لجلال الدين السيوطى، طبعة المكتبة الثقافية بيروت ١٩٧٣م.
- ٨ - الإتيقان فى الأحكام شرح تحفة الحكماء، لمحمد بن أحمد ميانة الفاسى وبهامشه حاشية ابن رحال، طبعة محمد أفندي مصر ١٣١٥هـ.
- ٩ - الأحكام فى تمييز الفتاوى عن الحكماء، لشهاب الدين القرافي - طبعة الأنوار ١٩٣٨م.
- ١٠ - إرشاد السارى إلى شرح صحيح البخارى، لأحمد بن محمد القسطلانى، طبعة دار صادر مصر عن طبعة بولاق.
- ١١ - إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، للعلامة محمد بن علي بن محمد الشوكانى، طبعة الطباعة المنيرية مصر.
- ١٢ - الأشباه والنظائر، للسيوطى، طبعة البابى الحلبي بمصر.
- ١٣ - الأشباه والنظائر، لزين العابدين بن إبراهيم بن نجيم، تحقيق وتعليق عبد العزيز محمد الوكيل مؤسسة حلب مصر ١٩٦٨م.
- ١٤ - الأم، للإمام الشافعى، الطبعة أولى المطبعة الأميرية ١٣٢٦هـ.
- ١٥ - الإمام الأوزاعى ومنهجه كما يبدو فى فقهه، لعبد الرزاق قاسم الصفار، طبعة بغداد (رسالة ماجستير).

- ١٦ - أصول السرخسي، لأبي بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، طبعة دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت ١٩٧٣ .
- ١٧ - أصول الفقه، لمحمد شلبي، الطبعة الأولى دار النهضة العربية ١٩٧٤م .
- ١٨ - الإشراف، للقاضي عبد الوهاب، طبعة تونس .
- ١٩ - علم أصول الفقه، للأستاذ عبد الوهاب خلاف، طبعة القاهرة .
- ٢٠ - أصول الفقه، للخضري، طبعة مصر .
- ٢١ - الأصول العامة للفقه المقارن، لمحمد تقي الدين الحكيم، طبعة أولى دار الأندلس .
- ٢٢ - أصول القانون حسن كبره، طبعة القاهرة .
- ٢٣ - إدراك الشروق على أنواء الفروق، لسراج الدين أبي القاسم بن عبد الله الأنصاري المعروف بابن الشاط بهامش الفروق، طبعة بولاق تونس ١٣٠٤هـ .
- ٢٤ - اختلاف أصول المذاهب، للقاضي النعمان بن محمد تحقيق مصطفى غالب دار الأندلس بيروت ١٣٩٣هـ - ١٩٧٣م .

[ب]

- ٢٥ - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، لأبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، ولما أمته عرضه على صاحب التحفة فاستحسنه وزوجه ابنته، فقيل شرح تحفته وتزوج ابنته .
- ٢٦ - بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لأبي الوليد ابن رشد الحفيد، طبعة الاستقامة بمصر ١٩٣٨م .
- ٢٧ - البهجة في شرح التحفة، لأبي علي التنوخي، طبعة المكتبة التجارية الكبرى .

[ت]

- ٢٨ - ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك، للقاضي عياض اليعقوبي، طبعة وزارة الأوقاف بالمغرب .
- ٢٩ - تاج العروس، للمرئضي الزبيدي، طبعة المطبعة الخيرية بمصر ١٣٠٦هـ .
- ٣٠ - تفسير المنار، للشيخ محمد رشيد رضا، الطبعة الأولى، مطبعة المنار مصر .
- ٣١ - تفسير التحرير والتنوير، للعلامة محمد الطاهر بن عاشور، طبعة دار النشر تونس .
- ٣٢ - تاج الإكليل لشرح مختصر خليل بهامش مواهب الجليل، لمحمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري الشهرير بالمواق، مطبعة السعادة مصر ١٣٢٨هـ .
- ٣٣ - التعريفات، لأبي الحسن علي بن محمد الجرجاني، طبعة الدار التونسية للنشر ١٩٧١م .
- ٣٤ - التشريع الجنائي الإسلامي، لعبد القادر عودة، طبعة النعمان النجف ١٩٧٥م .
- ٣٥ - تبصرة القضاة والإخوان في وضع اليد وما يشهد له من البرهان، لحسن العدوي .
- ٣٦ - تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، للقاضي برهان الدين بن فرحون، طبعة الحلبي على هامش فتاوى عيش ١٣٧٨هـ .

- ٣٧ - التأمين وموقف الشريعة الإسلامية منه، لمحمد الدسوقي .
- ٣٨ - التأمين في الشريعة الإسلامية والقانون، للدكتور غريب الحمال .
- ٣٩ - التأمين، لمصطفى الزرقاء .
- ٤٠ - التأمين البري، للبشير زهرة، طبعة دار بوسلامة تونس .
- ٤١ - تنقيح الفصول، للقرافي .
- ٤٢ - التوضيح والتصحيح لمشكلات كتاب التنقيح، للعلامة محمد الطاهر بن عاشور، طبعة تونس .
- ٤٣ - تحفة الأكياس في شرح عمل فاس، طبعة حجرية ١٣٣٥هـ .
- ٤٤ - التقرير والتحبير، لابن أمير حاج؛ شرح التحرير، لابن المهام .
- ٤٥ - تنوير الحوالك شرح موطأ الإمام مالك، لجلال الدين السيوطي، طبعة حلب .
- ٤٦ - تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، طبعة الأميرية مصر .
- ٤٧ - تمييز الطيب من الخبيث فيما يدور على ألسنة الناس من الحديث، لعبد الرحمن ابن السديب الشيباني، طبعة محمد صبيح ١٣٤٧هـ .
- ٤٨ - تاريخ قضاة الأندلس، لأبي الحسن التبهاني المالقي، طبعة المكتب التجاري بيروت .
- ٤٩ - تكملة فتح القدير .

[ج]

- ٥٠ - الجامع لأحكام القرآن، لأبي عبد الله محمد القرطبي، طبعة دار الكتب المصرية ١٩٦٦م .
- ٥١ - جامع البيان في تأويل أي القرآن، لأبي جعفر بن جرير الطبري، طبعة الميمنية بمصر .
- ٥٢ - جامع بيان العلم وفضله وما ينبغي في روايته، لابن عبد البر، طبعة المنيرية مصر .

[ح]

- ٥٣ - حاشية الحنفي على الجامع الصغير من أحاديث البشير النذير .
- ٥٤ - حاشية ابن الخياط على شرح الخرشي، لفرائض خليل، طبعة عاطف بمصر .
- ٥٥ - حاشية البناني على المحلى على جمع الجوامع، طبعة دار إحياء الكتب العربية، للحلبي .
- ٥٦ - حاشية المهدي الوزاني على شرح التاودي بن سودة على تحفة ابن عاصم، طبعة حجرية ١٣١٠هـ .
- ٥٧ - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، لشمس الدين محمد بن عرفه الدسوقي على شرح الدردير لمختصر خليل، طبعة الحلبي .
- ٥٨ - حاشية التسولي على شرح التاودي للامية الزقاق، طبعة حجرية .
- ٥٩ - حاشية الطالب ابن الحاج على شرح مياره، للمرشد المعين، طبعة بولاق ١٣١٦هـ .
- ٦٠ - حاشية ابن رحال على هامش شرح ميارة للتحفة، طبعة الشرفية مصر ١٣١٦هـ .

[د]

- ٦١ - الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، لبرهان الدين بن فرحون، طبعة السعادة بمصر ١٣٢٩هـ.
- ٦٢ - الدر المختار في شرح تنوير الأبصار في فقه مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، للإمام الحصكفي.
- ٦٣ - درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، لعلي حيدر ترجمة فهمي الحسيني، منشورات مكتبة النهضة بيروت وبغداد.
- ٦٤ - الدكّانة، لمحمد عظوم نسخة قلمية لم يطبع بعد.

[ر]

- ٦٥ - رسالة نجم الدين الطوجي، المصلحة المرسلّة.
- ٦٦ - رسالة رسم المفتي، لابن عابدين مجموعة رسائل ابن عابدين.
- ٦٧ - الروض الأنف، لابن القاسم عبد الرحمن الخشعمي السهيلي، طبعة الجمالية مصر.
- ٦٨ - رفع الانتقاص ودفع الاعتراض على قولهم الأيمان مبنية على الألفاظ لاعلى الأغراض، لابن عابدين مجموعة الرسائل.
- ٦٩ - رد المحتار على الدر المختار، لابن عابدين، طبعة المطبعة الأميرية بالقاهرة بمصر.
- ٧٠ - روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني، لشهاب الدين محمود الألوسي، طبعة الطباعة الميرية بمصر.
- ٧١ - رفع الالتباس عن شركة الخماس، لابن رحال، مخطوط.
- ٧٢ - الرأي في الفقه الإسلامي، للدكتور محمد محمد مختار القاضي، طبعة مطبعة بغداد.

[ز]

- ٧٣ - زبدة التحصيل والتنقيح في مسألة التحسين والتنقيح، للشيخ محمد جعيط مذكورة في حاشيته على التنقيح.
- ٧٤ - زاد المعاد في هدي خير العباد محمد ﷺ، للإمام ابن القيم الجوزية، طبعة المطبعة المصرية.

[س]

- ٧٥ - سنن أبي داود، طبعة المكتبة التجارية مصر.
- ٧٦ - سنن النسائي بشرح جلال الدين السيوطي وحاشية النووي، المطبعة المصرية بالأزهر.
- ٧٧ - سنن الدارمي، مطبعة الاعتدال بدمشق ١٣٤٩هـ.
- ٧٨ - سنن ابن ماجه، دار إحياء الكتب العربية عيسى البابي الحلبي وشركاه ١٣٧٣هـ - ١٩٥٣م.

- ٧٩ - سنن المهتدين، للمواق، طبعة حجرية.
- ٨٠ - سبل السلام، للإمام إسماعيل الأمير اليميني الصنعاني شرح بلوغ المرام من جميع أدلة الأحكام، للحافظ ابن حجر العسقلاني، طبعة مصطفى البابي الحلبي، المكتبة التجارية الكبرى مصر.
- ٨١ - سلم الأصول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، للشوكاني، طبعة مصر.
- ٨٢ - سلم الأصول لعلم الأصول، لعمر عبد الله، طبعة أولى دار المعارف ١٩٥٦م.

[ش]

- ٨٣ - شرح تنقيح الفصول في الأصول، للقرافي بهامش التوضيح والتصحيح لمشكلات كتاب التنقيح، مطبعة النهضة تونس.
- ٨٤ - شرح التنقيح، للقرافي بهامش منهج التحقيق والتوضيح لحل غوامض التنقيح مطبعة النهضة تونس ١٣٤٥هـ - ١٩٢١م.
- ٨٥ - شرح العمل الفاسي، لابن عبد الله السجلماسي، طبعة حجرية.
- ٨٦ - شرح الزقاقية، لعمر الفاسي، طبعة حجرية.
- ٨٧ - شرح ميارة على التحفة، طبعة المطبعة الشرفية ١٣١٦هـ.
- ٨٨ - شرح الزرقاني على الموطأ المكتبة التجارية بمصر ١٣٧٧هـ - ١٩٥٩م.
- ٨٩ - شرح المنجور لقواعد الزقاق، طبعة حجرية ١٣٠٥هـ.
- ٩٠ - شرح الطالب في أسنى المطالب، لأحمد بن قنفذ.
- ٩١ - شرح التاودي بحاشية المهدي، طبعة حجرية.
- ٩٢ - شرح الزرقاني على خليل.
- ٩٣ - الشرح الكبير، للدردير بحاشية الدسوقي.
- ٩٤ - شرح العضد على مختصر ابن الحاجب.
- ٩٥ - شرح الإسنوي على المنهاج، للبيضاوي بحاشية الشيخ بخيت.
- ٩٦ - شرح الزيلعي على الكنز.
- ٩٧ - شرح حدود ابن عرفة، للرصاص، طبعة تونس ١٣٥٠هـ.
- ٩٨ - شرح مجلة الأحكام، لعلي حيدر، طبعة بيروت.
- ٩٩ - الشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان ومكان، لمحمد الخضر حسين، طبعة بيروت.

[ص]

- ١٠٠ - صحيح البخاري بشرح عمدة القاري، لبدر الدين أبي محمود بن أحمد العيني، طبعة الطباعة المنيرية.
- ١٠١ - صحيح مسلم بشرح النووي، طبعة أولى المطبعة المصرية بالأزهر ١٣٤٧هـ - ١٩٢٩م.

- ١٠٢ - صحيح مسلم بشرح إكمال المعلم، لمحمد بن خلفه الفشتالي الآبي وشرح السنوسي الطبعة الأولى مطبعة السعادة مصر ١٣٢٧هـ.
- ١٠٣ - صحيح الترمذي بشرح الإمام ابن العربي المالكي المطبعة المصرية بالأزهر سنة ١٣٥٠هـ - ١٩٣١م.

[ط]

- ١٠٤ - الطريقة المرضية في الإجراءات الشرعية وما جرى به العمل في الأقطار التونسية على مذهب السادة المالكية، لشيخ الإسلام محمد العزيز جعيط، طبعة الإدارة تونس.
- ١٠٥ - الطرق الحكمية والسياسة الشرعية، لابن القيم الجوزية، طبعة مصر المؤسسة العربية للطباعة والنشر القاهرة ١٣٨٠هـ - ١٩٦١م.

[ع]

- ١٠٦ - عمدة القاري شرح صحيح البخاري، لبدر الدين العيني.
- ١٠٧ - علم أصول الفقه، للأستاذ عبد الوهاب خلاف، طبعة مصر القاهرة.
- ١٠٨ - العرف والعادة في رأي الفقهاء، لأحمد فهمي أبوسنة، طبعة مطبعة الأزهر القاهرة ١٩٤٩م.
- ١٠٩ - العمليات العامة، لأبي عبد الله محمد السجلماسي، طبعة أولى مطبعة الدولة التونسية ١٢٩٠هـ.
- ١١٠ - العرف والعمل في المذهب المالكي، للدكتور عمر بن عبد الكريم الحيدري، طبع بمطبعة إحياء التراث الإسلامي ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م.
- ١١١ - عمل أهل المدينة بين مصطلحات مالك وآراء الأصوليين، للدكتور أحمد محمد، طبعة دار الاعتصام، طبعة أولى ١٣٤٧هـ - ١٩٧٧م.

[ف]

- ١١٢ - فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير، لمحمد بن علي الشوكاني اليمازي الصنعاني، طبعة مصطفى البابي الحلبي مصر ١٣٤٩هـ.
- ١١٣ - فتح الباري شرح صحيح البخاري، لابن حجر، طبعة حلب ١٣٧٨هـ - ١٩٥٩م.
- ١١٤ - الفروق، للقرافي، طبعة دار إحياء الكتب العربية القاهرة.
- ١١٥ - فتح الجليل الصمد في شرح التكميل والمعتمد، لعبد الجليل السجلماسي.
- ١١٦ - فلسفة التشريع في الإسلام، لصبحي عمصاني، طبعة دار العلم للملايين بيروت ١٩٧٥م طبعة رابعة.
- ١١٧ - الفكر السامي، للعلامة الحجوي الثعالبي، طبعة إدارة المعارف بالرياض ١٣٤٠هـ كمل بفاس ١٩٤٥م.

١١٨ - فتح القدير، لكمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن المهام مع تكملة نوائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار، لقاضي زاده على الهداية شرح بداية المبتدي، للمرغنياني وبهامشة شرح العناية على الهداية، طبعة المكتبة الحماوية الكبرى بمصر ١٣٥٦هـ.

١١٩ - الفقه الإسلامي وأدلته، للدكتور وهبة الزحيلي، طبعة دار الفكر ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م.

[ق]

١٢٠ - قواعد المقرئ، لأبي عبد الله المقرئ التلمساني مخطوط.

١٢١ - القواعد، لأبي الفرج عبد الرحمان بن رجب الحنبلي، والفقه الإسلامي، طبع مطبعة صدق الخيرة مصر طبعة أولى.

١٢٢ - قواعد الأحكام في مصالح الأنام، لأبي محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام، طبعة المكتبة الحسينية مصر طبعة أولى.

١٢٣ - القيس، لابن العربي مخطوط.

١٢٤ - القوانين الفقهية، لابن جزي، طبعة منشورات الدار العربية للكتاب ليبيا تونس.

[ك]

١٢٥ - الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي، طبعة مكتبة الرياض الحديثة الرياض.

١٢٦ - كتاب مالك، للشيخ محمد أبو زهرة، طبعة مصر.

١٢٧ - كتاب صفة الفتوى والمفتي والمستفتي، طبعة دمشق.

[ل]

١٢٨ - لسان العرب، لأبي الفضل جمال الدين بن محمد بن منظور، طبعة دار الطباعة والنشر بيروت ١٣٤٧هـ - ١٩٥٥م.

١٢٩ - لباب التأويل في معاني التنزيل، لعلاء الدين البغدادي المعروف بالخازن، طبعة المطبعة الخيرية مصر.

١٣٠ - لامية الزقاق منظومة.

١٣١ - لفظ الدرر فيما به العمل من مذهب إمام دار الهجرة مالك بن أنس، لمحمد السنوسي (اشتمل على ٤٢٢٢ بيتاً في النوازل التونسية وضبط ما جرى به العمل في محكماتها الشرعية، طبعة المطبعة الدولية التونسية ١٢٩٧هـ).

[م]

١٣٢ - المبسوط، لشمس الدين السرخسي، مطبعة السعادة بمصر.

- ١٣٣ - الملل والنحل، لأبي الفتح محمد الشهرستاني، تحقيق محمد سيد كيلاني، طبعة الحلبي ١٣٨١هـ - ١٩٦١.
- ١٣٤ - مقاصد الشريعة الإسلامية، لشيخ الإسلام محمد الطاهر بن عاشور، طبعة الشركة التونسية للنشر ١٣٦٦هـ - ١٩٧٨م.
- ١٣٥ - مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها، لعلال الفاسي، طبعة مكتبة الوحدة العربية الدار البيضاء.
- ١٣٦ - مجالس العرفان ومواهب الرحمان، لمحمد العزيز جعيط الدار التونسية للنشر ١٩٧٢م.
- ١٣٧ - المدخل الفقهي العام، لمصطفى أحمد الزرقا، طبعة ألف باء دمشق ١٩٦٧م.
- ١٣٨ - المدخل للعلوم القانونية، لتوفيق فرج، طبعة مصر.
- ١٣٩ - الموافقات، للإمام أبي إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي الغرناطي، طبعة تونس ١٣٠٢هـ.
- ١٤٠ - المعيار المغرب والجامع العرب عن فتاوي أهل أفريقية والمغرب، طبعة ١٣١٥.
- ١٤١ - المنتقى شرح الموطأ، لأبي الوليد الباجي، طبعة مطبعة السعادة مصر ١٣٣١هـ.
- ١٤٢ - الموطأ، للإمام مالك بن أنس، طبعة مطبعة البابي الحلبي ١٣٣٩هـ.
- ١٤٣ - مجموع الفتاوي، لشيخ الإسلام أحمد بن تيمية جمع عبد الرحيم بن محمد بن قاسم، طبعة مكتبة المعارف الرباط.
- ١٤٤ - مسند الإمام أحمد بن حنبل، المطبعة الميمنية.
- ١٤٥ - المقدمات المهدات لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعية، لأبي الوليد ابن رشد، طبعة دار صادر بيروت.
- ١٤٦ - مقدمة ابن خلدون من كتاب العبر وديوان المبتدأ والخبر، طبعة أولى مصر.
- ١٤٧ - المغني، لابن قدامة المقدسي على مختصر الخرقي، طبعة دار المنار ١٣٦٧هـ.
- ١٤٨ - المدونة الكبرى، للإمام مالك برواية سحنون عن ابن القاسم، طبعة دار صادر بيروت.
- ١٤٩ - مفتاح الأصول في علم الأصول، للشريف التلمساني، طبعة تونس.
- ١٥٠ - المنهج الفائق والمنهل الرائق والمغني اللائق بأداب الموثق وأحكام الوثائق، طبعة حجرية ١٢٢٨هـ.
- ١٥١ - المستصفى من علم الأصول، لحجة الإسلام الغزالي وبهامشه فواتح الرحموت، لعبد العلي محمد بن نظام الدين الأنصاري شرح مسلم الثبوت، لابن عبد الشكور، الطبعة الأولى المطبعة الأميرية بمصر ١٣٢٢هـ.
- ١٥٢ - المنحول من تعليقات الأصول، لحجة الإسلام الغزالي، تحقيق محمد حسن هيتو من غير تعيين مكان وبدون تاريخ مصر.
- ١٥٣ - مواهب الجليل على شرح خليل، لمحمد الرعيني المعروف بالخطاب وبهامشه تاج الإكليل، للعبدي الشهير بالمواق، طبعة السعادة مصر.

- ١٥٤ - منهج التحقيق والتوضيح لحل غوامض التنقيح، للشيخ محمد جميعط.
- ١٥٥ - مبادئ الثقافة الإسلامية، لفاروق النهان، طبعة دار البحوث العلمية الكويت ١٣٧٤هـ - ١٩٧٤م.
- ١٥٦ - مطلع الدراري بتوجيه النظر الشرعي على القانون العقاري، لمحمد السنوسي، طبعة المطبعة الرسمية تونس.
- ١٥٧ - المحلى، لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، طبعة دار الطباعة المنيرية مصر.
- ١٥٨ - المهذب، لأبي إسحاق إبراهيم بن محمد الشيرازي، طبعة مصر.

[ن]

- ١٥٩ - نيل الأوطار شرح منتهى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، لمحمد علي الشوكاني، طبعة الطباعة المنيرية مصر ١٣٤٤هـ.
- ١٦٠ - نهاية المحتاج لشرح المنهاج، لشمس الدين محمد بن أبي العباس الرملي، مطبعة حلبى مصر ١٣٨٦هـ - ١٩٦٧م.
- ١٦١ - نفائس الأصول في شرح المحصول، للقرافي مخطوط.
- ١٦٢ - نظرية العرف، لعبد العزيز الخياط، طبع ونشر مكتبة الأقصى عمان ١٣٩٧هـ - ١٩٧٧م.
- ١٦٣ - نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف، لمحمد بن عابدين مجموع رسائل ابن عابدين جزئين في مجلد.
- ١٦٤ - نشر البنود على مراقي السعود، لعبد الله الشنقيطي العلوي، طباعة المغرب.
- ١٦٥ - نوازل الشريف العلوي، طبعة مطبعة حجرية ١٣١٥هـ.

[و]

- ١٦٦ - الوجيز، لحجة الإسلام الغزالي، طبعة مطبعة حوش قدم بالغورية ١٣١٣هـ.
- ١٦٧ - الوجيز في المدخل للقانون، لشمس الدين الوكيل، طبعة القاهرة.
- ١٦٨ - الوسيط، لعبد الرزاق السنهوري، طبعة مصر.

**

نظريّة العرف في الفقه الإسلاميّ

إعداد

الدكتور إبراهيم فاضل الدبر

الأستاذ بكلية الشريعة - جامعة بغداد

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مقدمة:

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على رسوله محمد الأمين وعلى آله وأصحابه الطيبين الطاهرين، وبعد.

الأحكام الشرعية إنما تعرف بالأدلة التي أقامها الشارع لترشد المكلفين إليها وتدلهم عليها، وتسمى هذه الأدلة بأصول الأحكام أو المصادر الشرعية للأحكام.

وهذه الأدلة تقسم إلى تقسيمات باعتبارات مختلفة، أي بالنظر إلى الجهة التي ينظر منها إليها، ونذكر فيما يلي تقسيمين من هذه التقسيمات.

التقسيم الأول: من جهة مدى الاتفاق والاختلاف على هذه الأدلة، وهي بهذا الاعتبار ثلاثة أنواع.

النوع الأول: وهو محل اتفاق بين أئمة المسلمين، ويشمل هذا النوع القرآن والسنة.

النوع الثاني: وهو محل اتفاق جمهور المسلمين، وهو الإجماع والقياس. وقد خالف في الإجماع النُّظام من المعتزلة وبعض الخوارج، وخالف في القياس الإمامية والظاهرية.

النوع الثالث: وهو محل اختلاف بين العلماء، ويشمل هذا النوع العرف^(١) والاستصحاب والاستحسان والمصالح المرسلة وشرع من قبلنا ومذهب الصحابي. فمن العلماء من اعتبر هذا النوع من مصادر التشريع، ومنهم من لم يعتبره.

التقسيم الثاني: الأدلة من حيث رجوعها إلى النقل أو الرأي تنقسم إلى قسمين: نقلية وعقلية.

الأدلة النقلية: وهي الكتاب والسنة، ويلحق بهذا النوع الإجماع ومذهب الصحابي وشرع من قبلنا على رأي من يأخذ بهذه الأدلة ويعتبرها مصادر للتشريع، وإنما اعتبر هذا النوع من الأدلة نقلياً، لأنه راجع إلى التعبد بأمر منقول عن الشارع، لا ينظر ولا رأي لأحد فيه.

(١) العرف معتبر، إلا أن الاختلاف بين العلماء في اعتباره دليلاً مستقلاً أم لا، كما سيتضح لنا ذلك من خلال البحث إن شاء الله.

الأدلة العقلية: وهي التي مرجعها النظر والرأي، وهذا النوع هو القياس، ويلحق به الاستحسان والمصالح المرسله والاستصحاب. وإنما كان هذا النوع عقلياً، لأن مرده إلى النظر والرأي لا إلى أمر منقول عن الشارع^(١).

والقسمة التي ذكرناها، إنما هي بالنسبة إلى أصول الأدلة، أما بالنسبة إلى الاستدلال بها على الحكم الشرعي، فكل نوع من النوعين مفتقر إلى الآخر، لأن الاستدلال بالمنقول عن الشارع لا بدّ فيه من النظر واستعمال العقل الذي هو أداة الفهم، كما أن الرأي لا يكون صحيحاً معتبراً إلا إذا استند إلى النقل، لأن العقل المجرد لا دخل له في تشريع الأحكام^(٢).

الكتاب هو مرجع الأدلة كلها:

قلنا قبل قليل بأن الأدلة على نوعين، عقلية وعقلية، وعند النظر نجد أن الأدلة محصورة في الكتاب والسنة، لأن الأدلة الثابتة لم تثبت بالعقل، وإنما تثبت بالكتاب والسنة، لأن مرجع الأحكام إليهما، وهما المستندان لها وذلك من جهتين:

الأولى: دلالتها على الأحكام الجزئية الفرعية، كأحكام الزكاة والبيوع والعقوبات ونحوها.

والثانية: دلالتها على القواعد والأصول التي تستند إليها الأحكام الجزئية الفرعية كدلالتها على أن الإجماع حجة وأصل للأحكام، وكذا القياس، ونحو ذلك.

ثم إن مرجع السنة إلى الكتاب وذلك من وجهين:

الوجه الأول: أن العمل بالسنة والاعتقاد عليها واستنباط الأحكام منها، قد دلّ عليه القرآن الكريم، حيث قرن الله تعالى طاعته بطاعة رسوله في أكثر من موضع من كتابه الكريم. قال عز شأنه: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولَى الْأَمْرِ مِنْكُمْ﴾^(٣).

وقد تكرر هذا الأمر منه سبحانه وتعالى في نصوص كثيرة من القرآن الكريم. وتكراره يدل على عموم طاعته سواء كان ما أتى به مما في الكتاب أو مما ليس فيه إلى نصوص أخرى تفيد هذا المعنى، مثل قوله تعالى: ﴿وَمَا تَنْهَكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا﴾^(٤). وقوله: ﴿فَلْيَحْذَرِ الَّذِينَ

(١) انظر الوجيز في أصول الفقه، لأستاذنا الدكتور عبد الكريم زيدان، مطبعة الدار العربية ببغداد:

ص ١٤٥.

(٢) المصدر نفسه.

(٣) سورة النساء: الآية ٥٩.

(٤) سورة الحشر: الآية ٧.

مُخَالَفُونَ عَنْ أَمْرِهِ أَنْ تُصِيبَهُمْ فِتْنَةٌ أَوْ يُصِيبَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ ﴿١﴾.

الوجه الثاني: أن السنة إنما جاءت لبيان الكتاب الكريم وشرح معانيه بدليل قوله تعالى: ﴿وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ﴾ (١).

وقال تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الرُّسُولُ يَلْعَ مَا أَنْزَلَ إِلَيْكَ مِنْ رَبِّكَ﴾ (٢).

والتبليغ يشمل تبليغ الكتاب وبيان معانيه، فالسنة مبينة لكتاب الله وشارحة لمعانيه ومفصلة لمجمله.

وعلى هذا فالقرآن هو أصل الأصول ومصدر المصادر ومرجع الأدلة جميعاً.

ترتيب الأدلة:

بما أن القرآن الكريم هو مرجع الأدلة جميعاً ومصدر المصادر كما قلنا، فمن البديهي إذن أن يقدم عليها عند الرجوع إلى معرفة الحكم الشرعي، فإذا لم يوجد الحكم فيه، وجب الرجوع إلى السنة، لأنها على ما ذكرنا مبينة للكتاب وشارحة لمعانيه، فمن البديهي أن تأتي في المرتبة الثانية بعده، فإذا تعذر علينا الحصول على الحكم في السنة، لزم الرجوع إلى الإجماع، لأن مستند الإجماع نص من الكتاب أو السنة، فإن لم يكن إجماع في المسألة، وجب الرجوع إلى القياس.

فترتيب الأدلة في الرجوع إليها واستنباط الأحكام منها يكون على هذا النحو: الكتاب ثم السنة ثم الإجماع ثم القياس، وهذا هو رأي جمهور الفقهاء الذين ذهبوا إلى القول: بحجية الإجماع والقياس واعتبارهما مصدرين للأحكام الشرعية بالإضافة إلى الكتاب والسنة، وقد دلَّ على هذا الترتيب آثار كثيرة، منها:

١ - أن رسول الله ﷺ قال لمعاذ عندما أرسله إلى اليمن: كيف تقضي إذا عرض لك قضاء؟ قال: أقضي بكتاب الله، قال فإن لم تجد؟ قال: أقضي بسنة رسول الله ﷺ، قال فإن لم تجد في سنة رسول الله ولا في كتاب الله؟ قال: أجتهد برأيي ولا ألو. فضرب رسول الله ﷺ على صدره، وقال الحمد لله الذي وفق رسول الله لما يرضي رسول الله (٤).

(١) سورة النور: الآية ٦٣.

(٢) سورة النحل: الآية ٤٤.

(٣) سورة المائدة: الآية ٦٧.

(٤) الأحكام السلطانية، للهاوردي، ص ٥٨ دار الكتب العلمية.

ووجه الدلالة بهذا الحديث أن النبي عليه الصلاة والسلام أقره على الاجتهاد بالرأي إذا لم يجد الحكم في الكتاب والسنة، وما القياس إلا ضرب من ضروب الاجتهاد بالرأي.

٢ - عن ميمون بن مهران قال: كان أبو بكر الصديق إذا ورد عليه الخصوم نظر في كتاب الله تعالى، فإن وجد فيه ما يقضي به قضى به، وإن لم يجد في كتاب الله نظر في سنة رسول الله، فإن وجد فيها ما يقضي به قضى به، فإن أعياه ذلك جمع رؤساء الناس فاستشارهم، فإذا اجتمع رأيهم على شيء قضى به، وكان عمر بن الخطاب يفعل ذلك أيضاً^(١).

٣ - قال عمر بن الخطاب لشريح قاضيه في الكوفة: اقض بكتاب الله، فإن لم تجد فبقضاء رسول الله، أي سنته، فإن لم تجد فاقض بما استبان لك من الأئمة المهتمدين، فإن لم تجد فاجتهد رأيك واستشر أهل العلم والصلاح^(٢). ومثل هذا كان يقول عبد الله بن مسعود^(٣).

العرف:

معنى العُرف: العرف بضم العين، هو في اللغة ضد النكر^(٤). يقال أولاه عُرفاً، أي معروفاً، وورد أيضاً بمعنى المكان المرتفع، يقال عرف الجبل ونحوه^(٥). وقد يطلق على عرف الفرس - وهو الشعر على محذب ربة الفرس - لارتفاعها، ويقال مثل ذلك في عرف الديك أيضاً^(٦).

ويأتي بمعنى الجود والتتابع، ومنه طار القطا عرفاً، أي بعضها خلف بعض، وهو بفتح العين بمعنى الريح طيبة كانت أم منتنة، ولكن أكثر استعماله في الطيبة^(٧).

وهو عرفاً ما اعتاده الناس وألفوه سواء كان قولاً أو فعلاً. وهذا هو عين تعريفه في اصطلاح الفقهاء.

فقد حكى ابن عابدين عن بعض الأئمة تعريف العادة والعرف بأنه «ما استقر في

(١) انظر أعلام الموقعين: ٥١/١.

(٢) أعلام الموقعين أيضاً: ١٧١/١.

(٣) أعلام الموقعين: ٥٢/١؛ وانظر الصنعاني في سبل السلام: ١١٩/٤.

(٤) مختار الصحاح، مادة (عرف).

(٥) القاموس المحيط، كذا المعجم الوسيط، مادة (عرف).

(٦) مختار الصحاح، مادة (عرف) أيضاً.

(٧) المصدر السابق أيضاً.

النفوس من جهة العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول»^(١). وعرفه الاستاذ الزرقا بقوله: «هو عادة جمهور قوم في قول أو فعل»^(٢). وبمثل هذا عرفه الاستاذ زيدان أيضاً^(٣).

العرف والعادة بمعنى واحد: إن العادة عند الفقهاء تعني العرف، فقولهم: هذا ثابت بالعرف والعادة لا يعني أن العادة عندهم غير العرف، وإنما هي نفسه وقد ذكرت للتأكيد لا للتأسيس. قال ابن عابدين: «إن العادة مأخوذة من المعاودة، فهي بتكررها ومعاودتها مرة بعد أخرى صارت معروفة مستقرة في النفوس والعقول متلقاة بالقبول من غير علاقة ولا قرينة حتى صارت حقيقة عرفية، فالعادة والعرف بمعنى واحد»^(٤).

تقسيمات العرف: والعرف كما تبين لنا من تعريفه قد يكون قولياً أو عملياً وقد يكون عاماً أو خاصاً، وهو بجميع هذه الأنواع قد يكون صحيحاً أو فاسداً.

وها أنا أوجز الكلام في كل قسم من التقسيمات المذكورة:

١ - العرف العملي: وهو ما اعتاده الناس من أعمال سواء كان ذلك في معاملاتهم المالية أو عاداتهم الاجتماعية مثال الأولى: بيعهم بالتعاطي ودخول الحمامات العامة بدون تعيين مدة المكث فيها ولا مقدار الماء المستهلك وعقود الاستصناع. ومثال الثانية: تعارف الناس على أكل البر ولحم الضأن، واعتبار تقديم الطعام للضيف إذناً له بالتناول ونحو ذلك.

٢ - العرف القولي: وهو ما تعارف عليه الناس في بعض ألفاظهم بأن يريدوا بها معنى معيناً غير المعنى الموضوع لها^(٥). وذلك مثل لفظ دابة، فإنها وضعت في الأصل لكل ما يدب على الأرض ثم خصصت عرفاً بذات الأربع. ومثل تعارف الناس على أن لفظ اللحم يراد به غير السمك ونحو ذلك.

والعرف بنوعيه العملي والقولي قد يكون عاماً إذا شاع وفشا بين عامة الناس في البلاد الإسلامية. والخاص منه ما كان مخصوصاً ببلد دون آخر أو بأرباب مهنة دون غيرها ولكل قوم أن يصطلحوا على ما شاءوا من غير ما هو محرم.

فمن العرف العملي الخاص في العراق تقسيم المهر إلى معجل ومؤجل. ومن العرف القولي العام إطلاق لفظ الدابة على ذوات الأربع ولا يطلقونها على الإنسان، وتعارفهم على استعمال لفظ الطلاق على إزالة الرابطة الزوجية.

(١) رسالة نشر العرف: ص ٣.

(٢) الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد: ص ٥٥٧.

(٣) الوجيز في أصول الفقه ص ٢٥٣.

(٤) رسالة نشر العرف: ص ٣.

(٥) أستاذنا زيدان في المصدر السابق: ص ٢٥٣.

ومن العرف القولي الخاص، الألفاظ التي اصطلح عليها أهل كل علم من العلوم أو أصحاب الحرف والصناعات التي يقصدون عند إطلاقها لفظاً اصطلاحياً معيناً.

والعرف القولي الخاص، يختص العرف العام باتفاق الحنفية والشافعية، فإذا أطلقت الدراهم أو الدنانير في بلد، فإنه يراد بها النقد الغالب في تلك البلدة.

أما الفعلي الخاص، فإنه مخصص للعام منه عند الحنفية دون الشافعية، فإذا قال رجل لآخر: اشتر لي طعاماً أو لحماً، فإنه ينصرف إلى البر ولحم الضأن عملاً بالعرف العملي^(١).

العرف الصحيح: هو ما تعارف عليه الناس ولم يخالف نصاً من نصوص الشريعة، أو ما يدل دليل على بطلانه أو فساده. وذلك كتعارف الناس على أن ما يقدمه الخاطب إلى مخطوبته من ثياب ونحوها يعتبر هدية ولا يدخل في المهر. وتعارف الناس في العراق على أن المهر المؤجل لا تستحقه الزوجة إلا بفرقة من طلاق أو موت.

العرف الفاسد: بعد أن وضحنا العرف الصحيح، تبين لنا بوضوح العرف الفاسد، فهو كل ما يخالف نصاً من نصوص الشريعة أو قام الدليل على بطلانه، وذلك كتعامل الناس بالربا أو اعتيادهم لعب القمار، وذلك مثل عقود التأمين على الحياة والعقود الواقعة تحت الغرر.

حجية العرف: العرف معتبر في كثير من الأحكام الشرعية العملية بين الناس لما له من تأثير واسع في استنباط الأحكام والاجتهاد فيها، وذلك لأن كثيراً من أعمال الناس وألفاظهم ومعاملاتهم وشؤون حياتهم تقوم على ما اعتادوه وتعارفوه، فلا بد من النظر إلى هذا المألوف المتعارف حين استخراج الحكم الشرعي للمسائل المتجددة أو المشكلات التي تنشأ بين الناس. والقواعد الشرعية المعتمدة على النصوص لا تستوعب جميع التفصيلات والمسائل المتجددة، وإنما تتخذ أساساً في نصها أو روحها للاجتهاد وبيان الأحكام، والعرف يساعد في هذا الاجتهاد ويعين المجتهد على تفهم الواقعة وتطبيق الحكم الشرعي عليها، سواء أكان ذلك في معاني الكلمات وعبارات الناس أو في معاملاتهم وعقودهم، حتى أصبح العرف الصحيح ذريعة إلى تبدل الأحكام وتغيرها باختلاف أعراف الناس في بيئاتهم المختلفة وأماكنهم المتغيرة^(٢). وهذا هو سر تغير اجتهادات الإمام الشافعي في مسائل كثيرة توصل إليها حين كان في بلاد العراق، فلما انتقل إلى مصر ورأى تغير أعراف الناس وعاداتهم، عدل عن كثير من أقواله في العراق، حتى صارت اجتهاداته الجديدة تعرف بالمذهب الجديد والتي عدل عنها بالمذهب القديم. والمالكية يقيمون للعرف وزناً كبيراً ويعتبرونه أصلاً من الأصول الفقهية فيما لا يكون فيه نص قطعي

(١) ابن عابدية في رسالته نشر العرف: ص ٣.

(٢) راجع نظرية العرف للدكتور عبد العزيز الحياط: ص ٣٩.

ويتركون القياس إذا خالف العرف، وقد ورد عن القرطبي في باب الإستحسان أن من ضروبه ترك القياس لأجل العرف وهو يخصص العام ويقيد المطلق عندهم، وقد ذكر أبو العباس القرافي بأن العوائد تعتبر من الأدلة على مشروعية التصرفات^(١).

وذكر ابن نجيم الحنفي «بأن اعتبار العادة والعرف يرجع إليه في الفقه في مسائل كثيرة حتى جعلوا ذلك أصلاً»^(٢). وقد ورد على لسان ابن عابدين أيضاً «بأن الثابت بالعرف كالثابت بالنص»^(٣). ومن أقوالهم الدالة على حجية العرف «العادة محكمة». «والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً». وأراد بعضهم الاستدلال بقوله تعالى: ﴿ خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ ﴾ على حجية العرف وكونه دليلاً معتبراً في الشرع، ولكن هذه الحجة ضعيفة، لأن العرف في الآية هو المعروف وهو ما عرف حسنه ووجب فعله، وهو كل ما أمرت به الشريعة.

واحتج البعض^(٤) بالحديث المروي عن النبي ﷺ «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن». على حجية العرف، وهذا الاستدلال ضعيف، فقد قال غير واحد من العلماء إنه موقوف على ابن مسعود، ودلالته تشير إلى حجية الإجماع لا العرف^(٥)، إلا إذا كان مستند الإجماع عرفاً صحيحاً فتكون دلالته هذا الأثر قاصرة على نوع من أنواع العرف لا على مطلق العرف.

والحق أن العرف معتبر في الشرع ويصح ابتناء الأحكام عليه، وهو في الحقيقة ليس بدليل مستقل ولكنه يرجع إلى أدلة الشريعة المعتبرة، والدليل على ذلك أمور عديدة منها:

أولاً: وجدنا الشارع الحكيم يراعي أعراف العرب الصالحة، من ذلك إقراره لنوع من التعامل المالي عندهم كالمضاربة والبيع والإيجارات الخالية من المفاصد^(٦). كما استثنى السلم من عموم نهي عن بيع الإنسان ما ليس عنده، لجريان عرف أهل المدينة به. ونهى عن بيع التمر بالتمر ورخص في العرايا، وهي بيع الرطب على رؤوس النخل بمثله من التمر خرصاً، أي تخميناً، لتعارف المجتمع هذا النوع من البيع وحاجته إليه. فدللت هذه التصرفات من الشارع الحكيم على رعاية العرف الصالح الذي استقرت عليه معاملات الناس، أما العرف الفاسد، فقد أبطله وألغاه، كما فعل في كثير من عادات الجاهلية مثل التبني وعدم توريث النساء وغير ذلك.

(١) راجع الفروق: ٢٨٨/٣.

(٢) الأشباه والنظائر: ص ٩٣.

(٣) انظر نشر العرف: ص ٤.

(٤) انظر بدائع الصنائع، للكاساني: ٢٢٣/٥؛ وكذا المبسوط، للسرخسي: ١٣٨/١٢.

(٥) انظر الأملدي في الأحكام: ١١٢/٣.

(٦) أستاذنا زيدان في مؤلفه الوجيز في أصول الفقه: ص ٢٢٥.

ثانياً: أن العرف في حقيقته يرجع إلى دليل من أدلة الشرع المعتبرة كالإجماع والمصلحة المرسله وسد الذرائع، فمن العرف الراجع إلى الإجماع، الاستصناع ودخول الجهات، فقد جرى العرف بهما بلا إنكار فيكون من قبيل الإجماع، والإجماع معتبر.

ومن العرف ما يرجع إلى المصلحة المرسله. لأن العرف له سلطان على النفوس، فمرعاته من باب التسهيل عليهم ورفع الحرج عنهم ما دام العرف صالحاً لا فاسداً. كما أن في تحويل الناس عما تعارفوا عليه وألفوه، فيه مشقة وحرج، والحرج مرفوع لأنه مفسدة، وقد أشار إلى هذا المعنى السرخسي في مبسوطه حيث يقول: «لأن الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي، ولأن في النزوع عن العادة الظاهرة حرجاً بيناً»^(١).

ثالثاً: احتجاج الفقهاء بالعرف في مختلف العصور واعتبارهم إياه في اجتهادهم، دليل على صحة اعتباره، لأن عملهم به ينزل منزلة الإجماع السكوتي فضلاً عن تصريح بعضهم به وسكوت الآخرين عنه، فيكون اعتباره ثابتاً بالإجماع^(٢).

وسلطان العرف كبير على الأحكام يدخل فيه جميع أبواب الفقه سواء أكان ذلك في العبادات أو المعاملات أو السير أو الأحوال الشخصية. يقول جلال الدين السيوطي الشافعي: «اعلم أن اعتبار العادة والعرف رجع إليه في الفقه في مسائل لا تعد كثيرة، فمن ذلك سن الحيض والبلوغ والإنزال وأقل الحيض والنفاس والطهر وغالبها وأكثرها. . . والبناء على الصلاة في الجمع والخطبة والجمعة وبين الإيجاب والقبول والسلام ورده، والتأخير المانع من الرد بالعيب، وفي الشرب وسقي الدواب من الجداول والأنهار المملوكة إقامة له مقام الإذن اللفظي وتناول الثمار الساقطة وفي إحراز المال المسروق وفي المعاطاة على ما اختاره النووي وفي عمل الصناعات على ما استحسنته الرافعي وفي وجوب السرج والإكساف في استئجار دابة الركوب، والحبر والخيط والكحل على من جرت العادة بكونها عليه. . . إلخ»^(٣).

شروط اعتبار العرف كأصل من أصول الأحكام:

من أجل اعتبار العرف وبناء الأحكام عليه، يجب أن تتوفر فيه الشروط التالية:

أولاً: أن لا يكون مخالفاً للنص، بأن يكون عرفاً صحيحاً كما في الأمثلة التي ضربناها للعرف الصالح، قال ابن عابدين: «ولا اعتبار للعرف المخالف للنص، لأن العرف قد يكون على باطل بخلاف النص»^(٤). وقد مثل للعرف الفاسد بما اعتاده العمال من الكشف عن العانة

(١) المبسوط: ١٤/١٣.

(٢) أستاذنا زيدان في المصدر السابق.

(٣) انظر الأشباه والنظائر: ص ٩٩.

(٤) انظر رسالته في العرف: ص ٤.

عند الأتزار وفي النزاع . مما حدا ببعض العلماء إلى القول : بأن السرة إلى موضع نبات الشعر ، معتمداً على تعامل بعض العمال بذلك . فرد رحمة الله على هذا الرأي بقوله : «هذا ضعيف وبعيد ، لأن التعامل بخلاف النص لا يعتبر»^(١) . ومن هنا يظهر لنا فساد ما اعتادته كثير من النسوة من كشف شيء من أجسامهن كالساق وشعر الرأس والصدر والرقبة وما سوى ذلك من أجزاء الجسم الأخرى مما لا يجوز كشفه أمام الرجل الأجنبي لمخالفته النصوص الصريحة الناهية عن ذلك ، قال الله تعالى : ﴿ وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَلْيَضْرِبْنَ بِخُمُرِهِنَّ عَلَىٰ جُيُوبِهِنَّ وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ أَوْ آبَائِهِنَّ أَوْ آبَاءِ بُعُولَتِهِنَّ ﴾ . الآية .

ومن الأعراف الفاسدة أيضاً ، تعارف الناس كثيراً من المحرمات كالربا وشرب الخمر وليس الحرير والذهب وغير ذلك مما ورد تحريمه نصاً .

ثانياً : أن يكون العرف مطرداً أو غالباً : ومعنى الاطراد أن تكون العادة كلية أي لا تتخلف ، وقد يعبر عنها بالعموم ، أي يكون العرف مستفيضاً شائعاً بين أهله معمولاً به من قبلهم ، ومعنى الغلبة أن تكون أكثرية المعنى أنها لا تتخلف إلا قليلاً ، والغلبة أو الاطراد إنما يعتبران إذا وجدا عند أهل العرف لا عند الفقهاء لاحتمال تغيرها من عصر إلى عصر^(٢) .

قال ابن نجيم : «إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت»^(٤) . وقال السيوطي : «إنما تعتبر العادة إذا اطردت فإن اضطربت فلا ، وأن تعارضت الظنون في اعتبارها فخلاف»^(٥) . فقد قال الإمام الشافعي في باب الأصول والشارح : كل ما يتضح فيه اطراد العادة فهو المحكم بين الناس ، ومضمرة كالمذكور صريحاً . أما لو تعارضت الظنون بعض التعارض في حكم العادة فيه ، فهو مثار الخلاف^(٦) .

وقد تفرع عن هذا الشرط عدة مسائل منها :

(أ) لو جرى عقد بين متبايعين بدراهم أو دنانير وكانا في بلد فيه عدة عملات مختلفة في المالية والزواج ، انصرف البيع إلى الأغلب ، لأنه هو المتعارف فنصرف المطلق إليه^(٧) .

(١) المصدر نفسه .

(٢) سورة التور : الآية ٣١ .

(٣) أستاذنا زيدان في المصدر السابق : ص ٢٥٧ .

(٤) انظر الأشباه والنظائر القاعدة السادسة : ص ٩٤ .

(٥) الأشباه والنظائر : ص ١٠١ .

(٦) المصدر نفسه .

(٧) ابن نجيم في الأشباه : ص ٩٥ .

ولو اضطربت العادة في البلد وجب بيان النقد عند البيع وإلا بطل العقد^(١).

(ب) ومنها استئجار الكاتب، فالحبر والأقلام عليه، وكذا الخيط والإبرة بالنسبة للخياط، عملاً بالعرف عند الأحناف. وعند الشافعية فيه خلاف، الأصح كما ذكر الرافعي الرجوع فيه إلى العادة، فإن اضطربت وجب البيان وإلا بطلت الإجارة^(٢).

ثالثاً: أن يكون العرف مقارناً ولا يعتبر العرف المتأخر في التصرفات السابقة، فإذا طرأ عرف جديد بعد اعتبار العرف السائد عند صدور الفعل أو القول، فلا اعتبار بالعرف المتأخر وعلى هذا يجب تفسير حجج الأوقاف والوصايا والبيوع ووثائق الزواج وما يراد فيها من شروط واصطلاحات على عرف المتصرفين الذي كان موجوداً في زمانهم لا على عرف حادث بعدهم. يقول ابن نجيم: «العرف الذي تحمل عليه الألفاظ إنما هو المقارن السابق دون المتأخر، لذلك قالوا لا عبرة بالعرف الطارئ»^(٣).

رابعاً: أن لا يوجد قول أو عمل يفيد عكس مضمونه، كما إذا كان العرف في السوق تقسيط الثمن واتفق العاقدان صراحة على الأداء، أو كان العرف يقضي بتحمل المشتري مصاريف تصدير البضاعة المشتراة واتفقا على أن تكون على البائع، أو كان العرف جارياً بتحمل المشتري مصاريف تسجيل العقار في الطابو واتفق الطرفان على جعلها على البائع. ففي هذه الحالة يحل ما اتفق عليه محل العرف. والقاعدة هنا «ما يثبت بالعرف بدون ذكر لا يثبت إذا نص على خلافه»^(٤).

حكم العرف إذا تعارض مع دليل شرعي:

قد يختلف العرف مع الدليل الشرعي، والدليل إما أن يكون نصاً من نصوص الشريعة وهي الكتاب والسنة، أو يكون قياساً أو إجماعاً، وإما أن يخالف بعض الآراء الاجتهادية وهي الأحكام الشرعية الظنية المستنبطة من الأدلة الشرعية.

والحكم في مخالفة العرف الدليل الشرعي يختلف باختلاف الأدلة وباختلاف عموم النص وخصوصه، ويختلف بحسب المخالفة إن كانت من وجهه أو من بعض الوجوه.

(١) السيوطي في الأشباه: ص ١٠١.

(٢) ابن نجيم في المصدر السابق.

(٣) السيوطي في المصدر السابق.

(٤) الأشباه والنظائر: ص ١٠١.

(٥) القواعد للعز بن عبد السلام: ١٧٨/٢.

يقول ابن عابدين: «إذا خالف العرف الدليل الشرعي، فإن خالفه من كل وجه بأن لزم منه ترك النص فلا شك في رده كتعارف الناس كثيراً من المحرمات من الربا وشرب الخمر ولبس الحرير والذهب وغير ذلك مما ورد تحريمه نصاً، وإن لم يخالفه من كل وجه بأن ورد الدليل عاماً والعرف خالفه في بعض أفراده أو كان الدليل قياساً، فإن العرف معتبر إن كان عاماً، فإن العرف العام يصلح مخصصاً كما مر عن التحرير ويترك به القياس كما صرحوا به في مسألة الاستصناع ودخول الحمام والشرب من السقا. وإن كان العرف خاصاً فإنه لا يعتبر هو المذهب كما ذكره في الأشباه حيث قال: فالحاصل أن المذهب عدم اعتبار العرف الخاص، ولكن أفتى كثير من المشايخ باعتباره»^(١).

ومن هنا تبين لنا أن مخالفة العرف للأدلة الشرعية تتنوع أنواعاً مختلفة بحسب الحالات التي تؤدي إلى النتائج المختلفة وذلك في أنواع ثلاثة:

- ١ - النوع الأول: مخالفة العرف النص الشرعي من كل وجه.
 - ٢ - النوع الثاني: مخالفة العرف من بعض الوجوه.
 - ٣ - النوع الثالث: تعارض العرف والاجتهادات الفقهية للناس.
- وها أنا أبين بإيجاز رأي الفقهاء في كل نوع من الأنواع الثلاثة.

أولاً - مخالفة العرف النص الشرعي من كل وجه:

إذا خالف العرف الشرع من كل وجه فلا يعتبر العرف مطلقاً، وذلك فيما إذا اصطدم العرف بنص تشريعي خاص من نصوص الكتاب أو السنة يأمر بخلاف ما جرى عليه العرف، فلا اعتبار للعرف في هذه الحالة، كالأحكام التي كانت متعارفة في الجاهلية وحرمتها الإسلام لمصادمة تلك الأعراف لإدارة الشارع في موضوع أصبح المسلم مكلفاً بتطبيق النص والأخذ به، فلا يجوز إهماله وإعمال العرف^(٢). ومثال ذلك أيضاً: العقود التي نهي الإسلام عن إبرامها كالملامسة والمنازعة، وكذلك ما تعورف عليه في الجاهلية من الغزو واستباحة الحقوق ونكاح الشغار وإثبات ولد الزنا والتبني.

ولو عاود الناس المعاملة بها وأصبح عرفاً، فإنه لا يعتبر شرعاً وهو باطل.

استثناء من الحكم العام: ويستثنى من ذلك ما إذا كان النص حين نزوله أو حين صدوره عن المشرع مبنياً على عرف قائم ومعللاً به، فإن النص عندئذ يكون عرفياً فيدور مع العرف ويتبدل بتبدله، مثال ذلك: حديث الربا الوارد في الأصناف الستة، فإنه نص على أن الربا

(١) رسالته في العرف: ص ٥.

(٢) الأستاذ الحياط في نظرية العرف: ص ٦٠.

يحصل في مبادلة هذه الأصناف إذا لم يحصل التساوي فيما بينها، فإذا حصل، فلا ربا، فما هو مقياس التساوي؟

لقد ترك ذلك للعرف فما كان وزنياً كالذهب والفضة اعتبر فيه الوزن، وما كان كيلياً كالحنطة والشعير والملح والتمر اعتبر فيه الكيل.

والملاحظ أن الحديث نص على التساوي الوزني في الذهب والفضة والتساوي الكيلوي فيما عداها، غير أن العرف تبدل في هذه الأوزان، فأصبحت الحنطة والتمر والشعير والملح توزن وزناً ولا تكال كيلاً، فأبي العرفين يعتبر هنا؟ لقد أجاب ابن عابدين عن ذلك، فبعد أن ذكر رأي بعض فقهاء المذهب في عدم جواز بيع الحنطة بالحنطة إلا كيلاً والذهب بالذهب إلا وزناً لنص رسول الله ﷺ على ذلك، أورد رأي أبي يوسف الذي يقضي بصحة بيع الحنطة بمثلها وزناً والذهب بمثله كيلاً، فقد علل رحمه الله النص بالعادة، بمعنى أن الشارع عندما نص على بيع الحبوب كيلاً وعلى الذهب والفضة وزناً لكونها كانا في ذلك الوقت كذلك، فالنص جاء موافقاً للعادة، حتى لو كانت العادة في ذلك الوقت وزن البر وكيل الذهب لورد النص على وفقها، فلما كانت العادة هي المنظورة إليها في الحكم المذكور، فإذا تغيرت تغير الحكم، فليس في اعتبار العادة المتغيرة الحادثة مخالفة للنص، بل فيه اتباع للنص^(١).

ومن هذا القبيل أيضاً، اعتبار الصمت في استئذان الفتاة البكر في النكاح، فإن أساسه العرف القائم في ذلك الوقت، فالنص من حديث النبي ﷺ «وإذنها صماتها» قام على اعتبار العرف، واليوم تغير العرف في كثير من البلدان وأصبح لا يكفي فيه صمت الفتاة البكر إذ أنها بلغت من الجراءة حداً تعرب فيه عن رأيها لفظاً، فيعتبر إذنها كإذن الثيب ويؤخذ بالعرف، لأن أساس النص قام على اعتبار العرف، وقد تغير فيتغير بتغيره^(٢).

ثانياً — مخالفة العرف النص من بعض الوجوه:

إذا عارض نصاً تشريعياً عاماً، أي لم يخالف النص من كل وجه، فلا يخلو العرف من أن يكون عاماً أو خاصاً، فإن كان عاماً، فالعرف العام يصلح مخصصاً ويترك به القياس كما في مسألة الاستصناع ودخول الحمام والشرب من السقا.

أما لو كان العرف خاصاً للفقهاء اتجاهاً في اعتباره أو عدم اعتباره، قال ابن عابدين: «وإن كان العرف خاصاً فإنه لا يعتبر، وهو المذهب كما ذكره في الأشباه حيث قال: فالخاص أن المذهب عدم اعتبار العرف الخاص ولكن أفتى كثير من المشايخ باعتباره»^(٣).

(١) انظر رسالته في العرف: ص ٨.

(٢) الأستاذ الحياطي في نظرية العرف: ص ٦١.

(٣) انظر رسالته في العرف: ص ٥.

وقد تفرع عن هذا الخلاف عدة مسائل منها:

١ - لو دفع رجل إلى حائك غزلاً على أن ينسجه بالثلث فقد أجاز هذا النوع من الإجارة كثير من مشايخ بلخ لتعامل أهل بلدهم بذلك، والتعامل حجة يترك به القياس ويخص به الأثر، وتجويز هذه الإجارة في الثياب للتعامل، بمعنى تخصيص النص الذي ورد في قفيز الطحان، لأن النص ورد فيه لا في الحائك، إلا أن الحائك نظيره فيكون وارداً فيه دلالة، فمتى تركنا العمل بدلالة هذا النص في الحائك وعملنا بالنص في قفيز الطحان كان تخصيصاً لا تركاً أصلاً، وتخصيص النص بالتعامل جائز.

أما على رأي من لم يعتبر العرف الخاص، لم يجوز هذه الإجارة، «لأن ذلك تعامل أهل بلدة واحدة، وتعامل أهل بلدة واحدة لا يخص الأثر، لأن تعامل أهل بلدة إن اقتضى أن يجوز التخصيص فترك التعامل من أهل بلدة أخرى يمنع التخصيص، فلا يثبت التخصيص بالشك»^(١).

٢ - ومما تفرع عن الخلاف المذكور ما لو استقرض شخص ألف دينار من آخر واستأجر المستقرض المقرض لحفظ شيء مما لا يستحق الاستئجار له كالساعة والمرأة والملعقة مثلاً، ببدل إيجار قدره مئة درهم في الشهر، وقيمة العين المذكورة لا تزيد على الأجر، ففي صحة الإجارة أو عدم صحتها ثلاثة أقوال: أحدها يقضي بصحة الإجارة بلا كراهة اعتباراً لعرف خواص بخارى، والثاني الصحة مع الكراهة للاختلاف، والثالث، الفساد وهو الصواب كما ذكر ابن عابدين معللاً ذلك بقوله: «لأن الإجارة مشروعة على خلاف القياس، لأنها بيع المنافع المدومة وقت العقد وإنما جازت بالتعارف العام لما فيها من احتياج عامة الناس إليها وقد تعارفوا سلفاً وخلفاً فجازت على خلاف القياس»^(٢).

ثالثاً - تعارض العرب والاجتهادات الفقهية:

لا تخلو المسائل الفقهية من أن تكون ثابتة بصريح النص أو أن تكون ثابتة بضرب من الاجتهاد والرأي.

فالأولى كانت مدار بحثنا عند كلامنا عن مخالفة العرف للنص الشرعي من كل وجه أو من بعض الوجوه، والثانية هي مدار كلامنا هنا فأقول: إن كثيراً من المسائل الاجتهادية مبنية على عرف زمان المجتهد بحيث لو كان في زمان العرف الحادث لقال المجتهد بخلاف ما قاله أولاً. ولهذا قال العلماء من شروط الاجتهاد أنه لا بد للمجتهد من معرفة عادات الناس، فكثير

(١) انظر رسالته في العرف: ص ٦.

(٢) المصدر السابق: ص ٧.

من الأحكام مختلف باختلاف الزمان وذلك بسبب تغير عرف أهله أو لحدوث ضرورة أو فساد أهل الزمان ، بحيث لو بقي الحكم على ما كان عليه أولاً ، لأصاب الناس الحرج وخالف قواعد الشريعة المبنية على التخفيف والتيسير ودفع الضرر والفساد لأجل بقاء العالم على أتم نظام وأحسن أحكام^(١) .

ولذلك خالف مشايخ الحنفية ما نص عليه المجتهد في مواضع كثيرة بناها على ما كان في زمنه لعلمهم بأنه لو كان في زمنهم لقال بما قالوا به أخذاً من قواعد مذهبه .

من ذلك :

(أ) إفتاء متأخري الحنفية بجواز الاستيجار على تعليم القرآن ونحوه بسبب انقطاع العطايا عن المعلمين التي كانت تنهال عليهم في الصدر الأول ، ولو لم نحكم بجواز أخذ الأجرة على التعليم لأعرض الناس عن هذه المهنة بسبب انشغالهم في الكسب للحصول على لقمة العيش وبذلك يضيع العلم والتعليم . وكذا جواز أخذ الأجرة على الأذان والإمامة مع أن ذلك مخالف لما اتفق عليه أبو حنيفة والصاحبان من عدم جواز الاستيجار وأخذ الأجرة عليه كبقية الطاعات من الصوم والصلاة وسائر العبادات الأخرى .

(ب) ومن ذلك أيضاً تحقق الإكراه من غير السلطان مع مخالفته لقول أبي حنيفة بناءً على ما كان في زمنه من أن الإكراه لا يقع إلا منه ، وفساد الزمان أصبح الإكراه يتحقق من غيره أيضاً ، فقد قال محمد باعتباره ، وأفتى به المتأخرون لهذا السبب .

(ج) ومن هذا القبيل قول أبي يوسف ومحمد بعدم الاكتفاء بظاهر العدالة في الشهادة مع مخالفة هذا القول لما نص عليه أبو حنيفة بناءً على ما كان في زمنه من غلبة العدالة بسبب عيشه في ذلك العصر الذي شهد له رسول الله ﷺ بالخيرية وهما أدركا الزمن الذي فشى فيه الكذب . وقد نص العلماء على أن هذا الاختلاف اختلافاً عصر وأوان لا اختلاف حجة وبرهان^(٢) .

أثر العرف في العقود :

بعد هذا العرض لموضوع العرف ، أود أن أذكر بعض الفروع الفقهية المبنية على العرف ، والتي أفتى الفقهاء بجواز تلك المسائل لتعامل الناس بها ، فلو تغيرت العادة أو بطلت ، فلا يجوز للفقيه في هذه الحالة الفتوى بها ، ومن هنا يتبين لنا أهمية العرف وأثره على كثير من العقود ، ومن هذه الفروع ما يلي :

(١) ابن عابدين في المصدر السابق : ص ١٨ .

(٢) ابن عابدين في رسالته العرف : ص ١٨ وما بعدها .

١ - لو اشترى رجل سلعة وقال له آخر أشركني معك أو قال له المشتري: أشركتك معي، فإن الشركة صحيحة في هذه الحالة، والسلعة مناصفة بين الاثنين^(١).

٢ - بيع الأرض يدخل فيه كل ما وجد في الأرض على سبيل البقاء والاستقرار، ولا يدخل في البيع الزرع إلا بالتسمية، لأنه وجد فيها على سبيل القطع^(٢).

٣ - لو اشترى رجل ثمرة على رؤوس الشجر، فالرأي عند أبي حنيفة، أن المشتري يلزم بقطعها في الحال تفرغاً للملك البائع، وهذا فيما لو اشتراها مطلقاً أو بشرط القطع، فإن اشترط تركها على أصول الشجر، فسد البيع عنده^(٣). وقال المالكية: لا مانع من التبقية على الأصول للعادة^(٤). وهذا هو رأي الشافعية أيضاً، وبه قالت الإمامية^(٥).

٤ - ومنها دخول العلو في بيع الدور والخوانيت وإن لم يتطرق إليه المتعاقدان في العقد بأن يذكر الحقوق والمرافق التابعة للعقار، وذلك بناء على العرف الحادث^(٦).

٥ - التوكيل في البيع المطلق، فإنه يتقيد بثمن المثل وغالب نقد البلد الذي جرى فيه العقد تنزيلاً للغلبة منزلة صريح اللفظ^(٧).

٦ - حمل إجارة الدواب والعربات على السير المعتاد والمنازل المعتادة، وكذلك دخول حمل الأمتعة والبسط وأواني الطعام والشراب في الإجارة على الدواب إذا استؤجرت للركوب في الأسفار، لا طراد العرف^(٨).

٧ - استصناع الصناع الذين جرت عاداتهم بأنهم لا يعملون إلا بالأجرة كالدلال والحلاق والنجار والحمال، فيستحق هؤلاء الأجرة ما جرت به العادة، وأن لم يسم لهم المستصنع الأجرة، لدلالة العرف على ذلك^(٩).

(١) انظر الفروق، للقرافي: ٢٨٣/٢.

(٢) انظر المصدر السابق أيضاً ١٠٢/٥.

(٣) انظر فتح القدير للكمال بن الهمام.

(٤) انظر الفروق: ٢٨٦/٢.

(٥) انظر قواعد الأحكام، للعز بن عبد السلام: ١٠٥/٢؛ القواعد والفوائد في الفقه والأصول، لابن عبد الله محمد بن مكّي العاملي: ١٤٨/١.

(٦) ابن عابدين في رسالته العرف: ص ٣١.

(٧) العز بن عبد السلام في القواعد: ١٠٧/٢، والعاملي في المصدر السابق أيضاً.

(٨) انظر قواعد الأحكام، للعز بن عبد السلام: ١٠٩/٢.

(٩) انظر المصدر السابق أيضاً.

٨ - قبول الهدايا من يد حاملها سواء كان صبياً مميزاً أو امرأة، للعادة^(١).

٩ - وفي ألفاظ الوقف والوصية، كما لو أوصى رجل لمسجد، فإن اللفظ ينصرف إلى عمارته للعرف، وكذا الوصية للعلماء والقراء، فإنها جائزة وإن لم ينص على أشخاص معينين، للعرف أيضاً^(٢).

١٠ - التقاط كل مال حقير جرت العادة أن مالكة لا يعرج عليه ولا يلتفت إليه، فإنه يجوز تملكه والارتفاق به لاطراد العادات ببذلة، مثال ذلك: ما يتساقط من ثمر النخيل والأشجار في الطرقات التي تكثر فيها البساتين في عصرنا الحاضر^(٣).

١١ - البيع بالتمودج، بأن يعرض البائع سواء كان تاجراً أو مزارعاً نموذجاً من سلعته أو محصوله على التجار فيتعاقد معهم على كمية معينة من السلعة بثمان معين، فالعقد صحيح في مثل هذه الحالة، لتعارف الناس بذلك. ولوتبين للمشتري عند استلام المبيع بأنه على غير الوصف الذي رآه، جاز له فسخ العقد.

١٢ - ومنها بيع الثمار على الأشجار عند ظهور بعضها دون بعض، فقد أجاز البيع بعض فقهاء المسلمين، للعرف، فيجعل الموجود أصلاً في هذا العقد وما يحدث بعد ذلك تبعاً. وقد تعامل الناس ببيع ثمار الكرم بهذه الصفة ولهم في ذلك عادة ظاهرة وفي نزع الناس من عاداتهم حرج^(٤).

١٣ - ومنها اعتماد خط الإنسان واعتباره حجة على نفسه مثل ما يفعله التجار في المخاطبات التجارية فيما بينهم، وفي إلزام أنفسهم بتعهدات خطية، فإنها تصح، ويلزم المتعهد بما تعهد به في تلك المخاطبات.

وما قاله بعض فقهاء الحنفية من عدم الاعتماد على خط الإنسان والعمل به بناء على الأصل المنقول في المذهب، إنما قالوا ذلك قبل حدوث العرف كما ذكر ابن عابدين، ولما حدث العرف في الاعتماد على الخط والعمل به في مثل ما ذكرناه، أفتى به هؤلاء الفقهاء رحمهم الله تعالى^(٥).

١٤ - الشرب وسقي الدواب من الجداول والأنهار المملوكة إذا كان السقي لا يضر

(١) انظر القواعد والفوائد، للعاملي: ١٤٧/١.

(٢) انظر المصدر السابق أيضاً.

(٣) العز بن عبد السلام في القواعد: ١١٣/٢.

(٤) ابن عابدين في رسالته نشر العرف: ص ٣٧.

(٥) انظر المصدر السابق: ص ٤٢.

بمالكها جائز إقامة لإذن العرفي مقام الإذن اللفظي^(١).

١٥ - إزفاف العروس إلى زوجها مع كونه لا يعرفها فإنه يحل له وطؤها، لأن زفافها شاهد على أنها امرأته لبعده التدليس في مثل هذه الأمور عادة^(٢).

١٦ - البيع بالمعاطة، فإنه يقوم مقام الإيجاب والقبول لمن جلس في الأسواق للبيع والشراء، لأنها دالة على الرضا بالمعاوضة دلالة صريح الألفاظ^(٣).
وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

الدكتور إبراهيم فاضل الربيع

(١) العزبن عبد السلام في القواعد: ١١٣/٢.

(٢) المصدر نفسه أيضاً.

(٣) المصدر نفسه أيضاً.

أهم مصادر البحث

بعد القرآن الكريم:

- ١ - قواعد الأحكام في مصالح الأنام، لأبي محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام السلمي، دار الكتب العلمية، بيروت.
- ٢ - الفروق، للإمام أبي العباس الصنهاجي المشهور بالقرافي وبهامشه تهذيب الفروق والقواعد السنّية، دار المعرفة.
- ٣ - نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف، رسالة لابن عابدين مطبوعة مع مجموعة من الرسائل والمعروفة برسائل ابن عابدين.
- ٤ - القواعد والفوائد في الفقه والأصول والعربية، لأبي عبد الله محمد بن مكي العاملي المعروف بالشهيد الأول، القسم الأول تحقيق الدكتور عبد الهادي الحكيم والمطبوع بالنجف.
- ٥ - الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، لابن نجيم، تحقيق عبد العزيز محمد الوكيل، مؤسسة الحلبي للنشر والتوزيع بالقاهرة ١٣٨٧هـ - ١٩٦٨م.
- ٦ - الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، لجلال الدين عبد الرحمن السيوطي، دار إحياء الكتب العربية، عيسى البابي الحلبي وشركاه، القاهرة.
- ٧ - فتح القدير، للكمال بن المهام، المطبعة الميمنية بمصر.
- ٨ - أعلام الموقعين عن رب العالمين، لابن قيم الجوزية، مطبعة السعادة بمصر سنة الطبع ١٩٥٥م.
- ٩ - الإحكام في أصول الأحكام، للآمدي، مؤسسة الحلبي بالقاهرة سنة الطبع ١٩٦٧م.
- ١٠ - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، للكاساني، مطبعة الجمالية بمصر سنة الطبع ١٩١٠م.
- ١١ - الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، للدكتور مصطفى الزرقاء، مطبعة الجامعة، دمشق.
- ١٢ - المبسوط، لشمس الأئمة السرخسي، مطبعة السعادة بمصر سنة الطبع ١٣٢٤هـ.
- ١٣ - نظرية العرف، للدكتور عبد العزيز الخياط، مكتبة الأفقي عمان.
- ١٤ - الوجيز في أصول الفقه، للدكتور عبد الكريم زيدان، الدار العربية ببغداد.
- ١٥ - المختار من صحاح اللغة، عميي الدين عبد الحميد، الاستقامة ١٩٣٤م.
- ١٦ - العرف في الفقه الإسلامي، للدكتور محمد سعود المعيني، بحث منشور في مجلة كلية التربية جامعة البصرة العدد السادس.
- ١٧ - الأحكام السلطانية والولايات الدينية، لأبي الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي المتوفى ٤٥٠هـ، دار الكتب العلمية بيروت.

العُرْفُ

إعداد

الدكتور محمد عطا السيد سيدي أحمد

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

ذهب كثير من العلماء إلى أن العرف هو العادة وأنها لفظان مترادفان معناهما واحد. والعرف والعادة هو ما يغلب على الناس من قول أو فعل أو ترك، والعرف كما يذكر الأصوليون ينقسم إلى أقسام عدة هي:

العرف اللفظي أو القولي :

وهو أن يتعارف قوم إطلاق لفظ على معنى غير المعنى الموضوع له أصلاً بحيث يتبادر إلى الأفهام ذلك المعنى عند النطق به من غير قرينة تبين ذلك^(١). ومثال العرف القولي من باب الوقف قول الفقهاء في حبس يقول صاحبه (وهو حبس على ولدي)، أنه يدخل فيه البنات إذا كان لفظ الولد يطلق على الذكر والأنثى في عرف بلد الواقف أو لم يكن هناك عرف، أما إذا كان عرفهم إطلاقه على الذكر فقط فإنه يختص بالذكر ولا يدخل فيه الإناث وإن كان معنى الولد لغة يعم الصنفين.

ويراعى العرف القولي وإن لم يوافق لغة العرب أو ما جاء في لسان الشارع، ومثال ذلك تعارف الناس في التفرقة بين اللحم والسمك فمن حلف ألا يأكل لحماً، فأكل سمكاً لا يبحث حيث إن السمك لا يسمى في العرف لحماً، وإن سمي به في قوله تعالى: ﴿وَمِنْ كُلِّ تَأْكُلُونَ لَحْمًا طَرِيًّا﴾^(٢).

ويعتد بالعرف القولي متى كان عاماً لبلد أو قوم، وتحمل عليه ألفاظ المتكلمين من أهل تلك البلد بإطلاق سواء في ذلك العقود والالتزامات والأيمان والنذور، أما إذا كان العرف خاصاً بالتكلم دون قومه حمل لفظه عند المالكية على عرفه الخاص في الأيمان والنذور والطلاق، أما العقود والالتزامات العامة فإنما يرجع فيها إلى العرف العام أو الوضع اللغوي إن لم يكن هناك عرف عام.

(١) انظر الموافقات، للشاطبي: ٢٨٤/٢.

(٢) سورة فاطر: الآية ١٢.

العرف العملي :

وهو ما اعتاد الناس فعله في معاملاتهم وتصرفاتهم ومثال ذلك الزوجان يختلفان في المهر بعد البناء فيدعي الزوج أنه دفعه لها وتنكر الزوجة ذلك، فقد قال الإمام مالك رحمه الله: إن القول للزوج لأن العرف بالمدينة كان جارياً بدفع المهر قبل الدخول، وتطرد هذه القاعدة في كل بلد له مثل عرف أهل المدينة. وكذلك عند المالكية من حاز عقاراً عشر سنين، ثم قام شخص يدعي استحقاق ذلك العقار دون تقديم حجة مقنعة على سكوته طيلة تلك المدة كغيابه أو عدم علمه فإنه لا يتنفع بالبينة التي تثبت له أصل الملك وذلك لأن العرف قد جرى بعدم سكوت شخص على ملكية آخر لأرض يملكها هو. وكذلك فيما إذا سكتنا عن تسمية المهر وكانت هناك عادة جارية بقدر الصداق فإنه يحكم بهذا القدر.

العرف الفعلي الخاص بقرد :

حكى فيه شهاب الدين القرافي الإجماع على عدم الاعتداد به وأنكر عليه بعض الفقهاء المالكية حكاية الإجماع هذه، وأوردوا أنه يمكن الاعتداد بالعرف الفعلي الخاص وساقوا لذلك مثلاً فيما إذا وكل أحد الناس آخراً في شراء ثوب له، فاشترى له ما لا يناسب عادته فإن الوكيل ملزم بما اشترى وليس الموكل.

العرف الجاري بالترك :

ومثال هذا هو تسامح الناس في ثمار الغصن الخارج عن حدود البساتين، فمن وجد شيئاً من مثل هذا الثمر جاز له أكله دون توقف على إذن صاحب البستان وذلك لأن أصحاب البساتين يتسامحون في مثله ولا يتعرضون لمن يلتقطه.

حجية العرف :

لم نجد فيما ساقه الفقهاء من أدلة لحجية العرف دليلاً قوياً من كتاب أو سنة كما لم نجد في نفس الوقت أي دليل ضد الأخذ بالعرف الصحيح الذي لا يتناقى مع الشريعة... بل هناك مزايَا عدة في الأخذ بالعرف الصحيح لتسهيل مجرى العدالة والوصول إلى الحكم العادل بين الناس، ولذلك اعتبر الفقهاء على اختلاف مذاهبهم العرف وجعلوه أصلاً يبني عليه شطر عظيم من أحكام الفقه^(١).

ويقول الشيخ أبو زهرة: والفقه المالكي كالفقه الحنفي يأخذ بالعرف ويعتبره أصلاً من

(١) الشيخ أبو سنة، العرف والعادة: ص ٢٣.

الأصول الفقهية فيما لا يكون فيه نص قطعي بل إنه أوغل في احترام العرف أكثر من المذهب الخنفي لأن المصالح المرسله من دعامة الفقه المالكي في الاستدلال، ولا شك أن مراعاة العرف الذي لا فساد فيه ضرب من ضروب المصلحة لا يصح أن يتركه الفقيه بل يجب الأخذ به. ولقد وجدنا المالكية يتركون القياس إذا خالفه العرف، وكذلك ورد عن القرطبي في باب الاستحسان أن من ضروبه ترك القياس لأجل العرف بل إن العرف ينحصر العام ويقيد المطلق، عند المالكية^(١).

وقال العز بن عبد السلام الشافعي: (قاعدة الإيمان البناء على العرف إذا لم يضطرب، فإن اضطرب فالرجوع إلى اللغة)، وقال: قال الفقهاء: كل ما ورد به الشرع مطلقاً ولا ضابط له فيه ولا في اللغة يرجع فيه إلى العرف^(٢).

ولا شك أن السؤال المهم الذي يطرح نفسه الآن لتقدير المجمع، هو كيفية الأخذ بالعرف واعتباره حكماً صالحاً. والعرف ينقسم في هذا الشأن إلى ثلاثة أقسام.

١ - ما يقوم الدليل الخاص على اعتباره كمراعاة الكفاءة في النكاح ووضع الدية على العاقلة في القتل الخطأ، والتحقيق أن الشريعة العادلة لا تجعل نفس العادة قانوناً إلا أن تكون العادة معقولة صالحة.

٢ - ما يقوم الدليل على نفيه كعادة الجاهلية في التبرج وطوافهم بالبيت عراة ومناصرة الأخ لأخيه وإن كان ظالماً.

٣ - ما لم يقم الدليل الخاص على اعتباره أو نفيه، وهذا موضع نظر المجتهدين، فيذهب كثير منهم إلى مراعاته ويجعلونه أصلاً من أصول الشريعة ليبينون عليه فتاوى وأحكاماً، وأكثر ما تجد هذه الفتاوى في كتب المالكية والحنفية والحنابلة. وفي مراعاة مثل هذه الأعراف تسهيل على المسلمين فيما لا يتعارض مع الشريعة وتمكينهم من تكييف معاملاتهم وأوضاعهم بما يتناسب وبيئتهم من غير تعارض مع الشرع.

وهناك مسائل فقهية كثيرة بنيت على الاحتجاج بالعرف ومن ذلك تجوز المذاهب الأربعة لبيع المعاطاة، وقد جوزوه استناداً على العرف لأن الشارع لم يوضح كيفية معينة للإيجاب والقبول بل ترك هذا كله للعرف، وحينئذ فإن المبيع يكون صحيحاً بالمعاطاة. وكذلك تحديد الحرز في السرقة وهو بالجملة كل شيء جرت العادة بحفظ الشيء المسروق فيه. ومن هذه الحالات يتضح مدى أهمية العرف وصلته القوية بالشريعة الغراء.

(١) الشيخ أبو زهرة، الإمام مالك: ص ٢٥٣.

(٢) نشر العرف: ص ٣.

والسؤال الآن: هل يراعى العرف الفاسد كما إذا جرى عرف الناس ببعض العقود الفاسدة مثلاً؟

ذهب كثير من الفقهاء إلى عدم مراعاة العرف الفاسد، وهو ما أرى الأخذ به لأن في مراعاة العرف الفاسد إقراراً للناس على ما هم عليه من جهل بالفقه أو من عدم التقيد بالشرعية في معاملاتهم. وفي عدم الأخذ بالعرف الفاسد تطهير للمعاملات من سيء الأفهام وخروج بالناس إلى سعة الشريعة وتهذيبها ورحمتها وتوطينهم عليها. قال العلامة أبو عبد الله بن شعيب أحد علماء تونس في القرن الثامن: (وغلبة الفساد إنما هي من إهمال حملة الشريعة ولو أنهم نقضوا عقود الفساد لم يستمر الناس على الفساد)، وقال الأستاذ الشيخ إبراهيم الرياض التونسي في إحدى فتاويه: (والعرف المعتبر هو ما يخصص العام ويقيد المطلق، وأما عرف يبطل الواجب ويبيح الحرام فلا يقول به أحد من أهل الإسلام).

ومراعاة العرف تقتضي تغير الأحكام ودورانها مع اعتراف الناس متى ما تكرر العرف وشاع واترود العمل به وكان عاماً، ولم يعطل أو يعارض حكماً ثابتاً بنص أو أصلاً قطعياً من أصول الشريعة. ولقد عقد ابن القيم في كتابه أعلام الموقعين فصلاً بعنوان: تغير الفتوى واختلافها بحسب تغير الأزمنة والأمكنة والأحوال والنيات والعوائد وساق أمثلة كثيرة على ذلك، ثم قال في نهاية الفصل بعد تقريره مذهب المالكية بالقول بالعرف: (وهذا محض الفقه من أفتى بمجرد المنقول في الكتب على اختلاف عرفهم وعوائدهم، وأزمنتهم وأمكنتهم وأحوالهم وقرائن أحوالهم، فقد ضل وأضل وكانت جنايته على الدين أعظم من جناية من طبّب الناس كلهم على اختلاف بلادهم وعوائدهم وأزمنتهم وطبائهم بما في كتاب من كتب الطب على أبدانهم، بل هذا الطبيب الجاهل وهذا المفتي الجاهل أضر ما يكونا على أديان الناس وأبدانهم، والله المستعان).

ولا يعد اختلاف الأحكام باختلاف العادات اختلافاً في أصل خطاب الشارع، بل معنى هذا الاختلاف أن العادات إذا اختلفت اقتضت كل عادة حكماً يلائمها، فالواقعة إذا صاحبها عادة، اقتضت حكماً غير الحكم الذي تقتضيه عندما تقرن بغيرها من العادات. ولهذا السبب ترى فقهاء المذاهب لا يأخذون بفتاوى أئمتهم القائمة على رعاية العرف متى تحققت أن العرف قد تغير وأن الواقعة أصبحت تستحق حكماً آخر غير ما قرره الأئمة من قبل. وقد عدل عدد من فقهاء المالكية في فتاويهم عن المشهور في المذهب وبنوها على العرف. قال شهاب الدين القرافي في قواعده: (إذا جاءك رجل من غير أهل إقليمك يستفتيك فلا تجبره على عرف بلدك والمقرر في كتبك، فهذا هو الحق الواضح، والجمود على المنقولات أياً كانت إضلال في الدين وجهل بمقاصد المسلمين والسلف الماضين).

وكذلك ترى فقهاء الحنفية يخالفون ما نص عليه أبو حنيفة في مسائل بناها على عرف كان جارياً في زمنه، وقالوا في وجه هذه المخالفة: إن أبا حنيفة لو كان في زمنهم لما وسعه إلا أن يفتي بما أفتوا به ولم يعدوا التصرف في الأحكام القائمة على العرف خروجاً عن المذهب، وإنما هو الأخذ بأصل أمامهم الذي يقتضي الرجوع إلى العرف في الأحكام.

وقد يذكر بعض الفقهاء العرف في سياق الاستدلال على جواز أمر ويريدون ما كان جارياً في عهد النبوة أو بين أهل العلم، وليس الدليل في الحقيقة نفس العرف وإنما هو إقرار النبي ﷺ أو الإجماع الذي لا ينعقد إلا عن دليل. ومثال هذا أن الإمام مالكاً خص قوله تعالى:

﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾ [سورة البقرة: الآية 233]، بغير ذوات الأقدار والشرف، وقال: إنه لا يجب على الشريفة إرضاع ولدها لأن العادة جارية بذلك، ولا يريد الإمام أن مجرد جريان العرف يسوغ هذا التخصص، وإنما أراد جريان العرف مع عدم إنكار أهل العلم من السلف فيرجع إلى الاستدلال بالإجماع. وقال بعض أهل العلم: عدم إرضاع الشريفة لولدها عادة عربية واستمر الأمر فيها بعد الإسلام إلى زمن مالك رضي الله عنه، ومن هذا القبيل اكتفاؤهم في صحة البيع بالمعاطة مستندين إلى العادة، وقالوا: إن استمرار هذه العادة يشهد بصحة نقلها خلفاً عن سلف ويغلب على الظن أنها كانت جارية في عهد رسول الله ﷺ^(١). وقد نبه إلى ذلك أيضاً ابن السبكي رحمه الله، فقال في جمع الجوامع: (والأصح أن العادة بترك بعض الأمور تخصص إن أقرها النبي ﷺ أو الإجماع).

والذي نريد تقريره أخيراً هو أن العرف أصل من الأصول التي يستند إليها في الوصول إلى الفتوى بالشروط والمواصفات المذكورة أعلاه ويمثل هذا الأصل يعلم أن الشريعة الإسلامية ملائمة لكل زمان ومكان، وليست كما يزعم الجهلاء أنها ضيقة المجال، فلا تفي بأحكام الحوادث، أو أنها قديمة العهد فلا تحفظ مصالح ما تجدد من الأزمان.

الدكتور محمد عطا السيد سيدي أحمد

(١) انظر البحر المحيط، للزرکشي.

العرف بين الفقه والقانون

إعداد

د. عمر سليمان الأشر

المدرّس بقسم الفقه المقارن والسياسة الشرعية

بكلية الشريعة والدراسات الإسلامية

بجامعة الكويت

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كَلِمَةٌ بَيْنَ يَدَيْ الْبَحْثِ

الحمد لله الذي هدانا بفضلِهِ إلى دينه الخاتم، والصلاة والسلام على عبده ورسوله محمد خاتم أنبيائه ورسله الذي حمل الرسالة، وبلغ الأمانة، وعَرَّفَ بالحق، وأنار الدرب، وعلى آله وصحبه منارات الهدى ومصابيح الدجى، وعلى من اتبع هديه، وسار على دربه، وبعد:

فإن علماء الشريعة مطالبون بإعطاء موضوع هذا البحث حقه من الدراسة في مجالسهم ومجامعهم، وقد أحسن مجمع الفقه الإسلامي عندما اختار هذا الموضوع ليكون واحداً من الموضوعات التي تطرح للبحث في دورة المجلس هذه.

وأرى أنه لا يحسن بعلماء المجمع الكرام أن يخوضوا في جزئيات مسائل العرف مما قتله علماءنا بحثاً في مدوناتهم ومؤلفاتهم، فذاك أمر قد فرغ منه أهل الفقه والعلم والبحث فيه لن يأتي بجديد، ولن يعالج مشكلاً.

والذي أرى أنه يحسن بنا في هذه الدورة بحثه في موضوع العرف أمران:

الأول: تغيير الأحكام التي تقوم على العرف، وإلى أي مدى يراعي الفقهاء فيما يصدرونه من أحكام وفتاوى عرف الناس وعوائدهم.

وقد وجدت جمعاً من الفقهاء الشافعي النظر على مختلف المذاهب والعصور يَصْجُونَ بالشكوى من كثير من معاصريهم من أهل الفقه الذين جمدوا فيما يصدرونه من فتاوى وأحكام على ما أصدره سلفهم، على الرغم من تغير عرف الناس وعوائدهم في المسائل المبنية على العرف.

إن الجمود على أحكام وفتاوى السابقين في المسائل التي مَدْرَكها العرف أوقع الناس في حرج شديد، وضيق أكيد، جعل الفقهاء الأعلام في كل عصر ومصر يشنون حملات شديدة في دروسهم ومؤلفاتهم على أولئك الذين أوقعوا المسلمين في هذا الحرج، ونسبوا للشريعة أحكاماً تتصف بالقسوة والجمود والظلم، وحرَّيُّ بهذا المجمع الكريم أن يلفت أنظار الباحثين والدارسين والمفتين والقضاة في العالم الإسلامي كي يتنبهوا إلى هذا الموضوع ويعطوه حقه من الرعاية والاهتمام، وفق الضوابط والشروط التي وضعها علماءنا وفقهاؤنا في هذا الأمر.

والأمر الثاني: الذي يحسن أن تتجه أنظار فقهاء المجمع إليه هو مكانة العرف من التشريع الإسلامي، ذلك أن المسلمين اليوم ظلموا شريعتهم كثيراً عندما قَدَّموا عليها في أغلب أقطارهم القوانين الوضعية والأعراف والعوائد التي تسود في مجتمعاتهم، وهذا ظلم كبير لهذه الشريعة المباركة التي يجب أن يكون لها الصدارة والهيمنة على كلِّ الشرائع والمبادئ والنظم والقوانين، ولا يجوز بحال من الأحوال أن تقصى الشريعة عن الحكم وتحصر في نطاق ضيق.

لقد جاءت الشريعة الإسلامية لتحكم وتسود، وعندما حَقَّقَتْ هذا غيرت أعراف البشر الظالمة وعوائدهم الخاطئة، والتي كانت بمثابة قيود وأغلال تقعد بهم عن تحقيق الغاية التي خلقوا من أجلها وتوقعهم في عنت وبلاء لا يستطيعون التخلص من إساره، لا لشيء إلا لأنه تراث الآباء والأجداد، لقد قَوِّمت الشريعة الأعراف البشرية، والعوائد الإنسانية ووضعتها في مكانها الذي ينبغي أن توضع فيه ولم تجعل لهذه الأعراف أيَّ دور إذا هي صادمت نصّاً من نصوص الشريعة، وألزمت البشر بتغيير عرفهم وعاداتهم بما يتفق ويوائم هذه الشريعة.

وقد فقه علماءنا وعوامنا هذه الحقيقة، ووعوها جيّداً، وصاغوا حياتهم ومجتمعاتهم وفَقَّها، ونصَّ الأصوليون والفقهاء والمفسِّرون والمحدِّثون على أن العرف لا قيمة له، بل يجب تغييره إذا خالف النصَّ الشرعيَّ، وعندما بحث الأصوليون في مصادر التشريع الإسلامي جعلوا العرف في ذيل البحث، بل إنَّ الأصوليين يرون أن العرف ليس مصدراً مستقلاً من مصادر الفقه الإسلامي.

ولذا فإنَّ جناية المتنفذين في عالمنا الإسلامي كانت كبيرة وعظيمة حينها صاغوا قوانين وضعية ألغوا بها دور الشريعة الإسلامية، وحكَّموا هذه القوانين في رقاب المسلمين، وزادوا الأمر سوءاً عندما جعلوا العرف المصدر الاحتياطي الأول الذي يرجع إليه القاضي في حكمه إذا لم يجد في القانون نصّاً يحكِّمُه في الدعوى التي ترفع إليه، ثم تأتي بعد ذلك الشريعة الإسلامية في المرتبة الثالثة، وبعضهم يجعلها في المرتبة الرابعة، وآخرون لا يذكرونها، ولا يجعلون لها دوراً في قوانينهم ولا في تشريعاتهم.

لقد أثار بعض رجال القانون عواصف شديدة على بعض أهل الغيرة الإسلامية الذين طالبوا بأن تقدِّم الشريعة على العرف في قوانين المسلمين في ديار المسلمين، وكتب هؤلاء في الصحف والمجلات وتكلموا في المجمع والندوات وأرعدوا وأزبدوا، كلُّ ذلك لأنَّ بعض الذين يهجمون أمر هذا الدين نادى وطالب بتقديم الشريعة على العرف، وحاول أن يستصدر قانوناً يحقِّق هذا المطلب.

وعلى الرغم من ذلك فإنِّي لا أرى فائدة من البحث في هذا الموضوع، لأنَّ إيماني بشريعتي وديني يأبى عليَّ كلَّ الإباء أن أرتضي جعل الشريعة الإسلامية في المرتبة التالية للقوانين

الوضعية، ولا يشرف ديني وشريعتي أن تقدّم هذه الشريعة على العرف إذا كانت مسبقة بالقانون الوضعي.

إنّ على أعضاء هذا المجمع الكريم أن يرفعوا عقيرتهم منادين بغير وجل كي يعود الأمر إلى نصابه، ويعطي القوس باربها، فالشريعة الإسلامية تأبى كل الإباء أن يُقدّم عليها عرف البشر فضلاً عن قوانين البشر، ورضا علماء المسلمين وحكامهم ومحكومهم بذلك خيانة لله وللرسول ولهذا الدين.

وهذا البحث الذي أقدّمه في هذه الدورة من دورات مجمع الفقه الإسلامي عني بالتركيز على هاتين القضيتين:

الأولى: مسألة جمود كثير من فقهاء المسلمين على الأحكام والفتاوى التي أصدرها السابقون، وكان مدرکہا العرف، على الرغم من تغير عرف الناس فيها.

والثانية: تقديم عرف الناس وعواندهم على الشريعة الإسلامية. وقد تم هذا البحث في مقدمة وثلاثة فصول:

تناولت في المقدمة: تعريف العرف في اصطلاح الفقهاء والقانونيين كما وضحت الفرق بين العرف والعادة عند الفقهاء والقانونيين، وما يترتب على هذا الفرق عند من يقول به.

الفصل الأول: مخصص للحديث عن العرف والشريعة، بينت فيه مكانة العرف عند الأمم الماضية، وكيف كان العرف صأداً للناس عن اتباع الحق؟ وبينت عيوب العرف وآفاته، وكيف أقصت الشريعة الإسلامية العرف عندما حكمت ديار المسلمين؟ وكيف أعاد المسلمون العرف إلى الصدارة وقَدّموه على الشريعة، وفي هذا ردةً جاهلية وتآخر وجمود.

والفصل الثاني: يبحث في حجبة العرف، وهذا الفصل يتبين به قارنه الموضوع الذي يجب أن يضع فيه العرف، وقد بينت فيه موقف الفقهاء من الاحتجاج بالعرف، والأدلة على اعتبار العرف كما ذكرت رتبة العرف من التشريع وبينت أقسامه وأوردت بعض الأمثلة لأحكام بنيت على العرف.

الفصل الثالث: في تغير الأحكام والفتاوى بتغير العرف وأوردت في هذا الفصل الأسباب التي تدعو إلى تغير العرف والعوائد، وبينت فيه أيضاً وجوب تغير الأحكام والفتاوى إذا تغير العرف الذي بنيت عليه تلك الفتاوى والأحكام، وختمت هذا الفصل بإيراد بعض الأمثلة التي تغيرت أحكامها أو بطلت بسبب تغير عرف الناس فيها.

أمل أن أكون قد وفيت هذا الموضوع حقه، ومن الله أسأل المثوبة وإليه أتوجه بالحمد والثناء ومنه أسأل العصمة من الزلل في القول والعمل إنه نعم المولى والمجيب.

المقَدِّمة تعريفٌ وبيان

المبحث الأول تعريف العُرْف في اللغة

مدار العُرْف في لغة العرب على أمرين كما يقول اللغوي ابن فارس في معجمه: «تتابع الشيء متصلاً بعضه ببعض، والسكون والطمأنينة».

يقول ابن فارس في تعريف العُرْف: «العَيْن والراء والفاء أصلان صحيحان، يدلُّ أحدهما على تتابع الشيء متصلاً بعضه ببعض، والآخر يدلُّ على السكون والطمأنينة».

فالأول: «العُرْف» عُرْف الفرس، وسمي بذلك لتتابع الشعر، ويقال: جاء القطا عُرْفاً عُرْفاً، أي بعضها خلف بعض.

والأصل الآخر: «المعرفة والعُرْفان»، تقول: عَرَفَ فلاناً فلاناً عُرْفَاناً ومعرفة، وهذا أمر معروف، وهذا يدلُّ على ما قلناه من سكونه إليه، لأنَّ من أنكر شيئاً توخى منه ونبأ عنه، والعُرْفُ: المعروف، سُمِّيَ بذلك لأنَّ النفوس تسكن إليه.

أبى الله إلا عدله ووفاءه فلا الشكر مَعْرُوف ولا العُرْف ضائع^(١)

والعُرْف والعَارِفة والمعروف — في لغة العرب — واحد كما يقول أبو منصور الأزهري: «وهو كل ما تعرفه النفس من الخير وتَبَسَّأ به، وتطمئن إليه»^(٢).

وفسَّر الراغب الأصفهاني العُرْف: «بالمعروف من الإحسان»^(٣)، وهذا هو معنى العرف في قوله تعالى: ﴿حَذِرُوا أُمَّرِيَّ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ﴾^(٤).

(١) معجم مقاييس اللغة، لابن فارس: ٢٨١/٤.

(٢) تهذيب اللغة، لأبي منصور أحمد الأزهري: ٣٤٤/٢.

(٣) المفردات، للراغب الأصفهاني: ص ٣٣٣.

(٤) سورة الأعراف: الآية ١٩٩.

ويقول الفيروز آبادي: «الْعُرْفُ اسم لكل فعل يعرف بالشرع والعقل حسنه . والعرف: المعروف من الإحسان»^(١).

وقال ابن الأثير: «المعروف: اسم جامع لكل ما عُرِفَ من طاعة الله والتقرب إليه والإحسان إلى الناس، وكل ما نُدب إليه الشرع ونهى عنه من المحسنات والمقبحات، وهو من الصفات الغالبة، أي أمر معروف بين الناس إذا رأوه لا ينكرونه»^(٢).

المبحث الثاني

تعريف العرف في اصطلاح الفقهاء والقانونيين

نقل ابن عابدين عن النسفي الفقيه الحنفي أنه عرّف العُرْفَ في كتابه «المستصفى» بقوله: «العادة والعُرْفُ ما استقرّ في النفوس من جهة العقول، وتلقته الطباع السليمة بالقبول»^(٣).

وفي هذا التعريف نقص - كما يقول الدكتور عبد العزيز الحياط - لأنّ التعريف ردّ العرف إلى قبول الطباع السليمة، واعتمد على شهادة العقول، وفي إطلاق قبول الطباع لأمر ما ليصبح متعارفاً عليه نظر، إذ ليس كل ما قبلته الطباع يعدّ عرفاً، وفي تحديد «السليمة» نظر أيضاً، إذ أنه يحتاج إلى جهة تميز بين السليم وغير السليم، والحسن والقبیح، ولا جهة تعين ذلك إلا الشرع أو العقل عند من يقول بتحسين ما يحسنه وتقبیح ما يقبحه، والعقل يتفاوت عند الناس، ومدى الإدراك يتأثر بحسب الأزمنة والأمكنة، فتختلف الأعراف عندئذ، فلم يبق إلا تحديد الشرع، وإذا جعلنا الشرع محدداً فيكون مقتصرأ على العرف الصحيح، فلا يشمل الأعراف الفاسدة، لأنّ الشرع قبجها، ولا تقبلها الطباع والعقول السليمة»^(٤).

والتعريف المُرتَضَى للعرف ما عرّفه به الشيخ عبد الوهاب خلاف، فإنه قال في تعريفه: «هو ما تعارفه الناس، وساروا عليه من قول أو فعل أو ترك»^(٥).

وقريب من هذا التعريف تعريف الدكتور عبد العزيز الحياط، فإنه قال في تعريفه: «العرف ما اعتاده الناس، وساروا عليه في شؤون حياتهم»^(٦).

(١) بصائر ذوي التمييز: ٥٧/٤.

(٢) النهاية، لابن الأثير: ٣/٢١٦.

(٣) نشر العرف، لابن عابدين؛ مجموعة رسائل ابن عابدين: ١١٢/٢ - وعزو هذا التعريف إلى مستصفي

النسفي هو الحق، وقد وهم كثير من الباحثين في هذا الموضوع فعزوه إلى مستصفي الغزالي.

(٤) نظرية العرف، للدكتور عبد العزيز الحياط: ص ٢٤.

(٥) علم أصول الفقه، لعبد الوهاب خلاف: ص ٩٩.

(٦) نظرية العرف: ص ٢٤.

وللعرف عند العلماء القانون تعريفات متقاربة، فقد عرّفه الدكتور سعد عصفور بقوله: «هو مجموعة القواعد التي تنشأ من درج الناس عليها، يتوارثونها جيلاً عن جيل، والتي لها جزاء قانوني كالقانون المسنون سواء بسواء»^(١).

وعرّفه الدكتور عبد المنعم فرج الصّدّة بأنّه «اعتیاد الناس على سلوك معين في ناحية من نواحي حياتهم الاجتماعية بحيث تنشأ منه قاعدة يسود الاعتقاد بأنها ملزمة». وقد يطلقون مصطلح «العرف على القواعد القانونية ذاتها التي تنشأ من اعتیاد الناس على مثل هذا السلوك»^(٢).

وعرّفه الدكتور حسن كيره بأنّه «إطراد التقليد على اتباع سنّة معيّنة في العمل مع الاعتقاد في إلزام هذه السنّة لقاعدة قانونية، أو هو تواتر العمل بقاعدة معيّنة تواتراً تمليه العقيدة في ضرورة اتباع هذه القاعدة، وقد يقصد باصطلاح العرف فضلاً عن ذلك الدلالة على القاعدة أو السنّة التي تحمل العقيدة في إلزامها على اطراد اتباعها في العمل»^(٣).

والقانونيون - في تعريفهم للعرف - يحرصون على أن يضمّ التعريف ركني العرف، وهما الركن المادي والركن المعنوي.

ويتمثل الركن المادي في اعتیاد الناس على سلوك معين، ومن هنا اشتراطوا في العادة حتى يصبح عرفاً أن تكون عامّة ومطرده وثابتة وقديمة. وسيأتي بيان هذا في شروط العرف.

ويريدون بالركن المعنوي تولد الاعتقاد لدى الناس بأنّ هذه العادة ملزمة باعتبارها قاعدة قانونية لها جزاء مادي توقعه السلطة العامة جبراً على من يخالفها شأنها في ذلك شأن القاعدة القانونية سواء بسواء^(٤).

والفقهاء يتفقون مع الباحثين على كثير من الشروط التي اشتراطوها في العادة كما سيأتي تفصيل ذلك في شروط العرف.

أما الشرط المعنوي وهو وجود الاعتقاد لدى الناس بأنّ هذه العادة ملزمة باعتبارها قاعدة قانونية لها جزاء مادي توقعه السلطة العامّة - فإنّ هذا الشرط محل نظر لأمر:

(١) القانون الدستوري، للدكتور سعد العصفور: ص ٨٢.

(٢) أصول القانون، للدكتور عبد المنعم الصّدّة: ص ١٢٢

(٣) أصول القانون، للدكتور حسن كيره: ص ٣٣٢.

(٤) راجع في هذا القانون الدستوري، لسعد العصفور: ص ٨٠؛ وأصول القانون، للدكتور عبد المنعم

الصّدّة: ص ١٢٦؛ وأصول القانون، للدكتور حسن كيره: ص ٣٣٣.

الأول: صعوبة التحقيق من وجود هذا الركن في واقع الأمر، فالذي يراه ويشاهده القاضي والحاكم هو اعتياد الناس لأمر ما، أما أنهم اعتقدوا لزوم تلك العادة فهذا أمر التحقق منه في غاية الصعوبة.

الثاني: الملاحظ أن الناس يساقون إلى الالتزام بالعادة من غير تفكير ولا اعتقاد، وإنما بحكم الإلف الذي يصل إلى درجة التقديس، وكثير من الناس لا يفكر بالجزء القانوني الذي يوقع على من خالف العادة، وكلُّ الذي يلاقيه المخالف للعادة هو استغراب المجتمع واستهجانته لمخالفة المخالف، ولذا فإننا نجد الفقهاء ينصُّون على أن من حقَّ المتعاقدين أو أحدهما النصُّ على مخالفة العرف وعدم اعتباره.

الثالث: أن الفقه الإسلاميَّ يخالف القانون في عدم وجود جزاء مادي دنيوي يجب على السلطة العامة إيقاعه في جميع الأحكام التي عن الشرع.

وهذا فرَّقَ جوهرِيٌّ بين الفقه والقانون ذلك أن الفقه أوسع دائرة من القانون، فالفقه إلى جانب احتوائه على كلِّ فروع القانون الوضعي: الدستوري، والإداري، والمالي، والجنائي، والدولي، والخاص بفروعه يضم أبواباً ليس لها مكان في القانون الوضعي.

فباب العبادات وهو باب كبير في الفقه الإسلامي لا وجود له في القانون الوضعي، وهذا الباب يبحث في الوضوء والغسل والتيمم والحيض والنفاس وإزالة النجاسة والصلاة والزكاة، والصيام والحجَّ والعمرة والأيمان والنذور والأطعمة والأشربة والصيد والذبائح.

وكثير من أحكام هذه الأبواب متروك الالتزام بها إلى المسلم لا تستطيع الدولة الإسلامية أن تتدخل في أمره فيها كالأيمان والنذور والأطعمة والصيد والذبائح^(١). والعرف يعمل في الدائرة نفسها التي تعمل فيها الأحكام الشرعية على النحو الذي سيأتي تفصيله.

المبحث الثالث

الفرق بين العرف والعادة

عرَّفَ الراغب في «مفرداته» العادة بأنها «اسم لتكرير الفعل والانفعال، حتى يصير ذلك سهلاً تعاطيه كالطبع، ولذلك قيل: العادة طبيعة ثانية»^(٢).

وعرَّفها ابن منظور «بالدَّيْدَن يعاد إليه، وجمعها عاد وعادات... وتعود الشيء وعاده وعاوده معاودة وعوداً واعتاده واستعاده وأعادته أي صار له عادة»^(٣).

(١) راجع في هذا المبحث كتابنا «تاريخ الفقه الإسلامي»: ص ٢٠، ٣٥.

(٢) المفردات، للراغب الأصفهاني: ص ٣٥٢.

(٣) لسان العرب: ٩٠/٢.

والعادة في الاصطلاح: «الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية»^(١).

وقد شرح ابن عابدين هذا التعريف الذي نقله عن «شرح التحرير» لابن المهام، فقال: «العادة مأخوذة من المعاودة، فهي بتكرارها ومعاودتها مرة بعد أخرى صارت معروفة مستقرّة في النفوس والعقول متلقاة بالقبول من غير علاقة ولا قرينة، حتى صارت حقيقة عرفية»^(٢).

ويرى الأستاذ مصطفى الزرقا «أنّ العادة أعمّ من العرف، لأنّ العادة تشمل العادة الناشئة عن عامل طبيعي، والعادة الفردية، وعادة الجمهور التي هي العرف»^(٣).

فتكون النسبة بين العادة والعرف — كما يقول الأستاذ الزرقا — «العموم والخصوص المطلق، لأنّ العادة أعمّ مطلقاً وأبداً، والعرف أخصّ إذ هو عادة مقيّدة، فكلُّ عرف هو عادة، وليست كلُّ عادة عرفاً، لأنّ العادة قد تكون فردية أو مشتركة»^(٤).

ويرى كثير من الفقهاء أنّ العادة والعرف معناهما واحد، يدلُّ على هذا التعريف الذي تناقله العلماء عن النسفيّ حيث عرفهما تعريفاً واحداً.

وقال ابن عابدين بعد شرحه للعادة الذي نقلناه عنه فيما سبق «العادة والعرف بمعنى واحد من حيث المأصّدق، وإن اختلفا من حيث المفهوم»^(٥).

ومن تأمل في مباحث الفقهاء وجد أنّهم يستعملون العادة والعرف استعمالاً واحداً لا يفرّقون بينهما، وعلى كلّ «فالمسألة اصطلاحية، ولا مشاحة في الاصطلاح».

والذي يميّز العرف عن العادة عند علماء القانون أنّ العرف يجتمع له ركناه: المادي والمعنوي، أما العادة فلا يتوفّر لها سوى الركن المادي، فالعرف تثبت له قوّة الإلزام باعتباره قاعدة قانونية، بينما تفتقر العادة إلى هذه القوّة^(٦).

وبنى الباحثون في القانون على هذه التفرقة بين العادة والعرف عدّة أمور:

- (١) نشر العرف، لابن عابدين، مجموعة رسائل ابن عابدين: ١١٢/٢.
- (٢) نشر العرف، لابن عابدين، مجموعة رسائل ابن عابدين: ١١٢/٢.
- (٣) المدخل إلى الفقه الإسلامي، للأستاذ مصطفى الزرقا: ٤٨١/٢.
- (٤) المدخل إلى الفقه الإسلامي، للأستاذ مصطفى الزرقا: ٤٨١/٢.
- (٥) نشر العرف، مجموعة رسائل ابن عابدين: ١١٢/٢.
- (٦) راجع: أصول القانون، للدكتور عبد المنعم فرج الصلّة: ص ١٢٩؛ وأصول القانون، للدكتور حسن كيره: ص ٣٣٧.

١ - وجوب تطبيق القاضي للعرف من تلقاء نفسه في الدعوى المرفوعة أمامه، لأنَّ العرف عند رجال القانون - كما سبق بيانه - قاعدة قانونية ملزمة.

ولا يتوقف تطبيق العرف على طلب الخصوم، أمَّا العادة الاتفاقية فتعتبر شرطاً من شروط العقد.

٢ - لا يطلب من الخصم إثبات العرف، بل هذا واجب على القاضي حيث يلزمه الإحاطة بالقانون، وهذا يجعل القضاة ملزمين بالتعرُّف على أعراف الناس للحكم بها عند الفصل بين الخصوم. أمَّا العادة الاتفاقية فلا يلزم إحاطة القاضي بها.

٣ - يطبق العرف مع علم الخصوم به أو عدم علمهم به إذ لا يجوز الاعتذار بجهل القانون، أمَّا العادة فلا تطبق إلا إذا انصرفت إرادة المتعاقدين إلى الأخذ بها، وهذا يقضي بعلم المتعاقدين بها، ومع جهلها أو أحدهما بها فلا تطبق عليهما.

٤ - يخضع العرف لرقابة محكمة النقض، لأنَّ وظيفة هذه المحكمة مراقبة القوانين، أمَّا العادة فهي من قبيل الواقع الذي يكون التقدير فيه للقاضي، فلا يخضع القاضي فيه لرقابة محكمة النقض^(١).

وأرى أنَّ هذا التفريق بين العرف والعادة غير سديد لأمر:

الأول: أنَّ اشتراط وجود الركن المعنوي لا نوافق عليه، وهو مناط التفريق بين العادة والعرف عند القانونيين، وقد سبق بحث هذه النقطة.

الثاني: أنَّ التفريق بين العادة والعرف على هذا النحو الذي قال به القانونيون يوقع القضاة والحكام في حرج شديد، فالحكام وإن أمكنه التفريق بين العرف والعادة في بعض الأحيان إلا أنَّ هذا غير ممكن دائماً.

ولك أن تتأمل في الأمثلة التي مثلوا بها للعادة الاتفاقية فمن الأمثلة التي يضرّبونها في هذا المجال ما يجري بين تجار الفاكهة في مصر عند البيع بسعر مئة حبة، من احتساب المئة عشرة أو المئتين وعشرين إلى غير ذلك بحسب نوع المبيع واختلاف المناطق وما تجري به العادة في بعض المحلّات العامة كالفنادق والمطاعم والمقاهي من قيام العملاء بدفع هبة بنسبة معينة من قيمة الحساب إلى القائمين بالخدمة في هذه المحال، وما تجري به العادة من أنَّه إذا اشترك شخصان فقدم أحدهما رأس مال، وتعهّد الثاني بإدارة الأعمال فإن توزيع الأرباح بينهما يكون بنسبة الثلثين للشريك الذي قدّم رأس المال وبنسبة الثلث للشريك الذي قام بإدارة الأعمال^(٢).

(١) أصول القانون، للدكتور عبد المنعم فرج الصّدّة: ص ١٣٢.

(٢) أصول القانون، للدكتور عبد المنعم فرج الصّدّة ص ١٣٠.

ما الفرق بين هذين الأمثلة التي يعدونها من قبيل القاعدة القانونية وبين تلك الأمثلة التي عدوها من قبيل العرف؟

ومن أمثلتهم فيه افتراض التضامن بين المدينين فيكون للدائن في المعاملات التجارية مطالبة أي واحد من المدينين بكل الدين .

ومن أمثلته في القانون المدني المصري أن أثاث المنزل يعتبر ملكاً للزوجة لأن العرف جرى هناك بأن الزوجة هي التي تؤثت منزل الزوجية^(١) .

لو طُلب رجال القانون بتحديد الفرق بين ما جعلوه عرفاً من الأمثلة وبين ما جعلوه عادة اتفاقية لعسر عليهم الأمر، فإن قالوا: إن مسائل العرف ذاعت وشاعت في كل البلاد . فالجواب أن هذا من شروط الركن المادي لا المعنوي . وإن قالوا: إن هذه من القواعد التي جعل لها القانون جزاء وألزم بها فالجواب في هذه الحال: أن الذي رفع الأمر إلى درجة الإلزام ووضع عليه الجزاء هو القانون لا العرف .

إن نظر الفقهاء أدق في هذه المسألة لأنهم لم يشترطوا وراء الركن المادي أي شرط حتى تصبح العادة عرفاً .

*

**

(١) راجع المصدر السابق: ص ١١٤ .

الفصل الأول

مناقضة العرف والعوائد للشريعة الإسلامية

المبحث الأول

سلطان العرف على الأمم والشعوب

للعرف سلطان كبير على الأفراد والمجتمعات الإنسانية عبر العصور، وقد تحدّث الشيخ أحمد فهمي أبو سنة عن سلطان العرف وتأثيره، فقال: «مجموعة المصطلحات والتقاليد التي تعتادها كل أمة وتتخذها منهاجاً للسير عليها لها في نفوس الأفراد احترام عظيم، بل لها عليهم السلطان القوي، حتى إنهم ليعُدونها من ضروريات الحياة التي لا يُستغنى عنها، ومن المفاخر التي يُعزّزُ بها، وقد ترتفع قداستها عند بعضهم إلى مرتبة الدِّين، فيرون أنفسهم ملزمين باعتبارها والجري على سُننها، ويرون الخروج عليها إثماً عظيماً يستجلب الاستياء، ويدعو إلى الثورة»^(١). وقد علّل الشيخ فهمي هذا بما توصل إليه علماء النفس من أنّ العمل بكثرة تكراره تتكيف به الأعصاب والأعضاء، فيأخذ مكانه من النفوس كالسيل بقوة انحداره يجتفر طريقه في الجبل، فكما أنّه يصعب تحويله عن طريقه، فكذلك العرف يرسخ في النفوس بحيث يعسر زحزحتها عنه وبخاصة إذا اقتضته الحاجة^(٢).

ولما كان للعرف هذا السلطان وتلك المكانة، فإنّ أعراف الأمم والشعوب كانت هي الدساتير والقوانين التي تحكم تلك الأمم والشعوب.

يقول الدكتور عبد المنعم فرج الصدّة: «العرف أول مصدر رسمي للقانون ظهر في تاريخ المجتمع البشري... ولذلك كان له الشأن الأول في المجتمعات القديمة»^(٣).

ويقول الدكتور إسماعيل مرزه: لا نزاع في أنّ العرف كان مصدراً رسمياً، بل المصدر

(١) العرف والعادة في رأي الفقهاء، لأحمد فهمي أبي سنة: ص ١٦.

(٢) العرف والعادة في رأي الفقهاء، لأحمد فهمي أبي سنة: ص ١٦.

(٣) أصول القانون لعبد المنعم فرج الصدّة: ص ١٢٣.

الرسمي الوحيد للقانون في المجتمعات السياسية الأولى^(١)، ذلك لأن العرف يعدُّ من الناحية التاريخية أسبق من القانون المعروف، لذلك كانت الدساتير تقوم على العرف بصورة رئيسية، ولم تدوّن إلا بعد الثورتين: الأمريكية والفرنسية في أواخر القرن الثامن عشر.

ففيما يخص الحضارات القديمة جداً كان العرف مصدراً رسمياً لـ «نواظم» المجتمعات السياسية الأولى، وقد حافظ العرف على هذا المصدر الممتاز حتى في أغلب الحضارات الأحدث عهداً من تلك المجتمعات السياسية، ففي الحضارات القديمة استحال العرف الذي كان سائداً بين سكان ما بين الرافدين القدماء إلى شرائع قانونية مدوّنة، ونشير مثلاً إلى قانون «بلاما» وقانون «لبت عشتار» وقانون «حمورابي» المشهور.

هذه القوانين وغيرها أحالت الأعراف التي كانت سائدة خلال هذه الحضارات القديمة إلى قواعد قانونية نافذة.

كذلك الحال بالنسبة إلى القانون الهندي المعروف بقانون «مانو» كما أن أحكام القانون المدني الروماني تجب أساسها في قواعد عرفية مستقرّة دونت على – الألواح الاثني عشر – بناء على نجاح كفاف طبقة «العوام» وانتصارهم ضد احتكار «الأشراف» للأحكام القانونية.

وقد بقيت «الألواح» نافذة المفعول نحو ألف سنة، ولم تلغ صراحة إلا بتشريع مجاميع «جوستينيان»^(٢).

ولا يزال للعرف في بعض الدول المقام الأسمى «فالقانون الإنجليزي كان مجموعة من العادات التي تخضع لها القبائل الأنجلوسكسونية، ثم اقترنت بعادات القبائل النورماندية التي فتحت الجزيرة الإنجليزية في القرن الحادي عشر، ولما تطورت المدنية الإنجليزية صار القضاء مصدراً رسمياً للقانون إلى جانب العرف، ثم قام التشريع مصدراً آخر، فأصبح هو والقضاء المصدرين الرسميين في القانون الإنجليزي في الوقت الحاضر».

والقانون الفرنسي القديم بدأ عرفاً، ثم امتزج به القانون الروماني بعد الفتح الروماني، ثم وُجد قانون الكنيسة، وبعد ذلك انقسمت فرنسا إلى قسمين: القسم الشمالي يطبق العرف، والقسم الجنوبي يطبق القانون الروماني، ولما قويت الملكية في فرنسا جمعت قواعد العرف، وقام إلى جانبها التشريع مصدراً رسمياً للقانون، وصار التشريع يقوى حتى صدرت تقنينات نابليون، فأصبح هو المصدر الرسمي الرئيسي في القانون الفرنسي^(٣).

(١) هذا الذي يردده القانونيون من كون العرف هو أول مصدر رسمي للقانون في تاريخ المجتمع البشري غير صحيح، والحق أن الشرائع التي جاءت من عند الله هي القانون الأول الذي حكم البشر.

(٢) القانون الدستوري للدكتور إسماعيل مرزّه: ص ٧٨.

(٣) أصول القانون لعبد المنعم فرج الصّدة: ص ١٢٣.

المبحث الثاني دور العرف في الصدّ عن شريعة الله

رأينا في المبحث السابق كيف كانت أعراف الأمم مقدّسة عندها تقديساً جعلها بمثابة القوانين والدساتير التي لا يخالفها مخالف ولا يتازعها منازع .

ولذا، فإنّ هذه الأعراف والعوائد أصبحت جداراً صلباً يقف في وجه الشرائع المنزلة من عند الله، وكان الصراع يدور عبر التاريخ بين الشرائع الإلهية وحملتها من الرُّسل والأنبياء وأتباعهم، وبين الأعراف والعادات وسدنتها من الزعماء والرؤساء الذين يزعمون أنّ تراث الآباء والأجداد هو المقدّس والمصان، ويأبون أن يمسه أيُّ تغيير أو تبدل .

لقد كانت الأعراف والعادات التي اختطها البشر، وتلقاها اللاحقون عن السابقين ديناً يتبع، وشرعة لا تخالف، وميراثاً يحرص عليه حرصاً عظيماً يصل إلى درجة أن سفك في سبيل الحفاظ عليه الدماء، وتزهق النفوس وتهدر الأموال، وهذا ديدن البشرية عبر تاريخها الطويل ﴿بَلْ قَالُوا إِنَّا وَجَدْنَا آبَاءَنَا عَلَىٰ أُمَّةٍ وَإِنَّا عَلَىٰ آثَرِهِمْ مُّقْتَدُونَ * وَكَذَٰلِكَ مَا أَرْسَلْنَا مِن قَبْلِكَ فِي قَرْيَةٍ مِّن نَّذِيرٍ إِلَّا قَالَ مُتْرَفُوهَا إِنَّا وَجَدْنَا آبَاءَنَا عَلَىٰ أُمَّةٍ وَإِنَّا عَلَىٰ آثَرِهِمْ مُّقْتَدُونَ * قُلْ أُولَٰئِكَ حَتَّٰثُكُمْ يَأْتُونَ وَمَا وَجَدْتُمْ عَلَيْهِ ءَابَاءَكُمْ قَالُوا إِنَّا بِمَا أُرْسِلْتُمْ بِهِ كَافِرُونَ * فَانقَمْنَا مِنْهُمْ فَاَنْظُرْ كَيْفَ كَانَ عَاقِبَةُ الْمُكذِبِينَ ﴿١﴾ .

والمراد بالأمّة التي وجدوا آباءهم عليها: الطريقة التي سلكوها والعادات والأعراف التي اعتادوها .

هكذا يرفضون الحقّ من غير دليل ولا بيّنة ولا برهان، وكلّ ما في الأمر أنّ الآباء والأجداد كانوا على ذلك المنهج: ﴿وَإِذْ قِيلَ لَهُمُ اتَّبِعُوا مَا أَنْزَلَ اللَّهُ قَالُوا بَلْ نَتَّبِعُ مَا أَلْفَيْنَا عَلَيْهِ ءَابَاءَنَا أُولَٰئِكَ ءَابَاؤُهُمْ لَا يَتَّبِعُونَ شَيْئًا وَلَا يَهْتَدُونَ ﴿٢﴾ .

وهذه الأعراف والعادات يصنعها في كثير من الأحيان الطواغيت والظلمة المتنفذون في أقوامهم، ويجرون التعامل بها بما لديهم من النفوذ والسلطان ﴿وَكَذَٰلِكَ زَيَّنَّا لِكَثِيرٍ مِّنَ الْمُشْرِكِينَ قَتْلَ أَوْلَادِهِمْ شُرَكَّاؤُهُمْ ﴿٣﴾ .

والمراد بالشركاء أولئك الزعماء والقادة ورجال الفكر الذين يقولون القول فيصبح طريقة

(١) سورة الزخرف: الآيات ٢٢ - ٢٥ .

(٢) سورة البقرة: الآية ١٧٠ .

(٣) سورة الأنعام: الآية ١٣٧ .

متبعة، فيكونون بذلك مشرّعين بشرعون من الذين ما لم يأذن به الله ﴿ أَمْ لَهُمْ شُرَكَاءُ شَرَعُوا لَهُمْ مِنَ الدِّينِ مَا لَمْ يَأْذَنْ بِهِ اللَّهُ ﴾ (١).

وكان من هؤلاء عمرو بن عامر الخزاعي، فإنه كان زعيماً مطاعاً في قومه، وهو أول من غير دين العرب، ففي صحيح البخاري عن أبي هريرة عن النبي ﷺ: «أن أول من سبب السيوب وعبد الأصنام أبو خزاعة عمرو بن عامر، وإني رأيته يجرُّ أمعاءه في النار». وفي صحيح البخاري ومسلم عن أبي هريرة أيضاً عن النبي ﷺ قال: «رأيت عمرو بن عامر الخزاعي يجرُّ قصبه في النار، كان أول من سبب السيوب». وقد أنكر القرآن ما شرعه هذا الزعيم وجعله عرفاً يتبع وعادة محكمة فقال: ﴿ مَا جَعَلَ اللَّهُ مِنْ بَحِيرَةٍ وَلَا سَائِبَةٍ وَلَا وَصِيلَةٍ وَلَا حَامٍ وَلَكِنَّ الَّذِينَ كَفَرُوا يَفْتَرُونَ عَلَى اللَّهِ الْكَذِبَ وَأَكْثَرُهُمْ لَا يَعْقِلُونَ ﴾ (٢).

وما أنكر الحق تحريمه في هذه الآية أمور معروفة عند أهل الجاهلية، فالبحيرة الناقة تُبحرُ أذنها أي تشقُّ، ثم ترسل، فلا يركبها أحد، يفعلون بها ذلك إذا ولدت خمس بطون. والسائبة أن تسيب الناقة وتجعل كالبحيرة في عدم الانتفاع بها، يفعل بها صاحبها ذلك في حال وقوع أمر نذره كان يجب وقوعه. والوصيلة كانت العرب إذا ولدت الناقة أنثى لهم، وإذا ولدت ذكراً فلاهتهم، وإذا ولدتها قالوا: وصّلت أختها، فيحرم ذبحها. والحام: الفحل، يحمل من ظهره عشرة أبطن، فيحرم ذبحه وظهره، ولا يمنع من مرعى ولا ماء.

وقد أقام نوح في قومه ألف سنة إلا خمسين عاماً يدعوهم إلى الله، وأخيراً دعا الله أن لا يُبقي منهم صغيراً ولا كبيراً: ﴿ رَبِّ لَا تَذَرْنِي عَلَى الْأَرْضِ مِنَ الْكٰفِرِينَ دَيَّارًا * إِنَّكَ إِن تَذَرَهُمْ يُضِلُّوا عِبَادَكَ وَلَا يَلِدُوا إِلَّا أَفْجَارًا كَفَّارًا ﴾ (٣).

وإبراهيم حاول أن يستثير التفكير في قومه الضالين، ليرتكوا معبوداتهم التي لا تملك شيئاً من خصائص الألوهية ﴿ هَلْ يَسْمَعُونَكُمْ إِذْ تَدْعُونَ * أَوْ يَنْفَعُونَكُمْ أَوْ يُضُرُّونَ * قَالُوا بَلْ وَجَدْنَا ءَابَاءَنَا كَذٰلِكَ يَفْعَلُونَ ﴾ (٤).

وفي خاتمة المطاف جاء الرسول الخاتم صلوات الله وسلامه عليه بالحق الأبلج، والملة السمحاء، والشريعة الغراء، فنبذ العرب العداء، ورموه عن قوس واحدة، وعذبوا صحبه

(١) سورة الشورى: الآية ٢١.

(٢) سورة المائدة: الآية ١٠٣.

(٣) سورة نوح: الآيتان ٢٦، ٢٧.

(٤) سورة الشعراء: الآيات ٧٢ - ٧٤.

وأذوه وحاصروه، وتأمروا عليه لسفك دمه، وأرسلوا الجيوش الجرارة لقتاله، فقتلوا من صحبه وقتل منهم، كل ذلك حفاظاً على ما ألفوه واعتادوه ﴿صَّ وَالْقُرْءَانَ ذِي الذِّكْرِ﴾ * بَلِ الَّذِينَ كَفَرُوا فِي عِزَّةٍ وَشِقَاقِي * كَرَاهِلِكُنَّ مِنْ قَبْلِهِمْ مَنْ قَرْنَ فَنَادُوا وَآلَاتٍ حِينَ مَنَاصٍ * وَعَجِبُوا أَنْ جَاءَهُمْ مُنذِرٌ مِّنْهُمْ وَقَالَ الْكٰفِرُونَ هَذَا سِحْرٌ كَذٰبٌ * أَجْعَلِ لِلْءِلهَةِ ٱلْءِلهَا وَحِءًا إِنَّ هَذَا لَشَيْءٌ عُجَابٌ * وَأَنْطَلَقُ ٱلْمَلَأُ مِّنْهُمْ أَنْ ٱسْمُواْ وَأَصْبِرُواْ عَلَىٰ ءِلهَتِكُمْ إِنَّ هَذَا لَشَيْءٌ يُرَادُ * مَا سَمِعْنَا بِهَذَا فِي ٱلْءِسلَةِ ٱلْءِخْرَةِ إِنْ هَذَا إِلَّا ٱخْتِلَافٌ ﴿١١﴾ .

ولكن العرب بعد جهد شديد أبصروا الحق، وأقلعوا عما اعتادوه. وتعارفوا عليه من عادات وأعراف جاهلية، وعلت كلمة الله، واستنار الناس بنور الحق، وجاهد العرب الأمم الأخرى حتى أخرجوهم عن عاداتهم وأعرافهم وتراثهم الضالة، وهدوهم كما اهتدوا، ولم تنزل الشريعة الإسلامية في ديار الإسلام هي الشريعة التي تبيمن على الحياة، وتصنع الأعراف، ويجري عليها الأمر في المحاكم والقضاء.

المبحث الثالث

عدم صلاحية العرف ليكون قانوناً ودستوراً

عندما يوازن علماء القانون بين العرف والقانون، فإنَّ مقارنتهم تتجه إلى العرف الذي كان يشكّل قانوناً غير مكتوب يحكم الأوضاع في أمة من الأمم، وهم في هذه الموازنة يرجّحون جانب العرف؛ لأنَّ العرف يتكون مما جرى عليه الناس في معاملاتهم الاقتصادية وأحوالهم الاجتماعية، ومن ثمَّ تتميز قواعده بأنها تعبر أصدق تعبير عما يرتضيه أفراد المجتمع في تنظيم علاقاتهم، فتكون بحكم نشأتها على هذا النحو ملائمة للظروف الاجتماعية كما تؤدي هذه الطريقة ذاتها في نشوء القواعد العرفية إلى تطورها بتطور الظروف في المجتمع، فتظلُّ على وجه الدوام ملائمة لهذه الظروف.

أما القوانين المكتوبة، فإنه يؤخذ عليها أنَّ قواعدها تأتي غير ملائمة لظروف المجتمع، وإذا جاءت ملائمة لهذه الظروف حين وضعها، فإنَّ صبيها في نصوص مكتوبة يضيء عليها من الجمود ما يقف عن مسابرة التطور، وقد يقعد عن تعديلها على النحو الذي يستجيب لمقتضيات هذا التطور^(١).

هذه هي المزية التي يذكرونها للعرف في مقابل القوانين المكتوبة، ولكنهم يعدّدون للقوانين كثيراً من المزايا تجعلهم يرجّحون جانب القانون على العرف ومن هذه المزايا:

(١) سورة ص: الآيات ١ - ٧.

(٢) أصول القانون لعبد المنعم فرج الصدّة: ص ١٢٤.

أولاً: أن القوانين يمكن سنّها بسهولة لمواجهة الأوضاع الجديدة في المجتمعات كما يمكن التسارعة إلى تعديلها كي تسير التطور في الحياة الاجتماعية. أما العرف، فإنه أداة بطيئة في تكوين القاعدة القانونية بحيث يقصر عن تزويد الجماعة في العصر الحديث بما تحتاج إليه من قواعد لمواجهة حاجاتها المتجدّدة بالسرعة الواجبة.

ثانياً: تمتاز القوانين المكتوبة بأنها توضع في نصوص مصاغة صياغة محكمة تساعد الأفراد على معرفة حقوقهم وواجباتهم، أما العرف، فإن قواعده تتكون تدريجياً كما ينقصها الوضوح والتحديد، ولذلك قد يصعب الثبوت من وجود القاعدة أو التحقق من مضمونها.

ثالثاً: القانون الواحد في الدولة الواحدة أداة لتوحيد نظام الدولة إذ أن قواعده تنفذ في أقاليم الدولة، فتكون عاملاً على تحقيق الوحدة، بينما العرف أكثره محليٌ ولذلك فهو يؤدي إلى تعدد النظم في الدولة الواحدة الأمر الذي يفكك وحدتها ويعرقل تقدمها.

رابعاً: ويرى رجال القانون أن القانون المدوّن يصلح أداة لتطوير المجتمع حيث يمكن من إدخال النظم والأخذ بالمبادئ التي ينادي بها المصلحون أو يقتبسونها من خارج بيتهم، أما العرف، فإنه يمثل نزعة المحافظة على القديم بما ينطوي عليه من حبّ التقاليد والحرص على المألوف بحيث لا يكون التخلص منه أمراً يسيراً، ولذلك فهو لا يتيح الفرصة للأخذ بالآفكار الجديدة التي يرى فيها المصلحون خيراً للجماعة إلا بعد زمن طويل^(١).

وعلماء الشريعة يابون أن يقارنوا بين القانون الوضعي والعرف البشري، وذلك لأنهم يرفضون رفضاً قاطعاً أن تكون هذه القوانين والأعراف الصادرة على الشريعة الإسلامية.

إننا لا ننظر إلى هذه الموازنة بين العرف والقانون الوضعي نظرة رضى، ونرى أن القانون الوضعي والعرف البشري وجهان لعملة واحدة، فالعرف ثمرة عادات الناس في معاملاتهم وأحوالهم الاجتماعية، والقوانين ثمرة جهود المفكرين الذين خبروا أحوال الناس ومشكلاتهم، فوضعوا لهم من القوانين ما يظنون أن فيه صلاحهم، وبهذا يظهر أن كلا السيلين مصدره البشر، ولا وجه لمقارنة نتاج البشر بالشريعة الإلهية المنزلة من الحكيم الحميد.

إن القوانين البشرية والأعراف البشرية تتصف بالظلم والجهالة والقصور التي يتصف بها البشر، لأنها ناتجة عنهم، والشريعة الإلهية تتصف بالعدل والكمال، لأنها من عند الله العادل الكامل الحكيم.

(١) راجع في هذا الموضوع: أصول القانون لعبد المنعم فرج الصّدة: ص ١٢٥.

قد لاختلف مع علماء القانون الوضعي في أنَّ القانون الوضعي أفضل من العرف البشري، ولكننا نضع القانون الوضعي والعرف البشري في كفة واحدة في مقابل الشريعة.

إنَّ القوانين البشرية في كثير من الأحيان ظالمة قاسية توضع لمصلحة فريق من الناس ضدَّ بقية فئات المجتمعات، والأعراف قد تقوم على جهالات وضلالات موروثه يشقى بها المجتمع، وليس فيها منافع كاسترقاق المدين المعسر عند الرومان وفي جاهلية العرب، وكوآد البنات والسائبة في الجاهلية، وكدفن الزوجة حيَّة مع زوجها إذا مات عند الهنود الوثنيين، وكدفن نفائس الأموال مع أصحابها عند قدماء المصريين^(١).

الأعراف والعوائد البشرية تقف - في كثير من الأحيان - حاجزاً أمام دعاة الإصلاح في مختلف العصور، فترى دعاة الحقِّ مظلومين منبوذين لدعوتهم الناس إلى الرجوع إلى الدِّين الحقِّ الذي أنزله الله تبارك وتعالى، ومطالبتهم الناس بترك ما هم عليه مما يخالف شريعة الإسلام وآداب الإسلام.

ولذلك، فإنَّ الإسلام يأبى كلَّ الإباء أن يكون العرف هو القاضي والحاكم بين الناس، كما يأبى أن يترك هذه المهمة لرجال من البشر يضعون للناس الشرائع والقوانين، ولذا فإنَّ الشريعة الإسلامية عندما حكمت أقصت العرف وحصرته في دائرة ضيقة، وإبقاء الشريعة الإسلامية للعرف في الدائرة التي حدَّتها يمثل واحداً من أسرار خلود الشريعة واستمرار صلاحيتها لكلِّ زمان ومكان، ذلك أنَّ الشريعة لم تقع في الخطأ الذي وقع فيه رجال القانون عندما تبنوا أحكاماً متغيرة، فجعلوها ثابتة دائمة، ومن ذلك المسائل التي تركتها الشريعة للعرف مقرة بتغيرها بتغير الزمان والمكان.

وإذا أمعن الباحث النظر في مزايا العرف التي دونها رجال القانون، فإنَّه يجدها وهماً، فكثير من الأعراف التي تسيطر على المجتمعات إنما سادت فيها بقوة الحاكم وسلطانه، فلما طال الأمد عَضوا عليها بالنواجذ، واتخذوها شريعةً ومنهاجاً، وكثير من الأعراف التي يعدُّها الناس من محاسن العرف هي في الحقيقة أغلال وقيود.

إن العوائد والأعراف تمثل نهجاً يختلط فيه الصواب بالخطأ، والحقُّ بالباطل، وهي تحتاج إلى تقويم وتهذيب، مثلها في ذلك مثل القوانين الوضعية والشريعة الإلهية هي الصالحة لتحقيق الخير الخالص من الشوائب.

(١) المدخل الفقهي العام، للأستاذ مصطفى الزرقا: ص ٨٣٥.

المبحث الرابع

إقصاء الشريعة للعرف وحصره في دائرة ضيقة

عندما انتصر الإسلام، وحكمت شريعته الديار التي رضي أهلها بالله رباً، وبالإسلام ديناً، وبمحمد رسولاً، أقصت الشريعة الإسلامية أعراف تلك الأمم عن الصدارة، وحصرت تلك الأعراف في دائرة ضيقة، وهذا مقتضى كون الشريعة الإسلامية مهيمنة على كل الشرائع والقوانين والأعراف.

وقد أكثر القرآن من التأكيد على وجوب تفرد هذه الشريعة المباركة بالحكم، وعدم جواز تقديم شيء عليها، لا قول حاكم، ولا حكم قاض، ولا اجتهاد مفتٍ أو عالم، ولا عادة قوم ولا عرف أمة أو شعب ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكُمْ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتُمْ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا﴾^(١).

﴿إِنَّمَا كَانَ قَوْلَ الْمُؤْمِنِينَ إِذَا دُعُوا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ أَنْ يَقُولُوا سَمِعْنَا وَأَطَعْنَا﴾^(٢).

وقد وعى علماءنا الذين بحثوا في العرف ما علمهم الله إياه، فإنهم نصوا على أن العرف الذي يصادم النصوص الشرعية عرف فاسد يجب رفضه، ولا يجوز الأخذ به بحال من الأحوال.

وقد تحدّث الشاطبي عن العوائد التي أمر بها الشارع أمر إيجاب أو أمر استحباب أو نهي عنها نهي تحريم أو كراهة، ويبيّن أنه لا تبديل لها وإن اختلفت آراء المكلفين فيها، فلا يصح أن يتقلب الحسن فيها قبيحاً، ولا القبيح حسناً، حتى يقال مثلاً: «إن كشف العورة الآن ليس بعيب ولا قبيح فلنجزه أو غير ذلك. إذ لو صحّ مثل هذا لكان نسخاً للأحكام المستقرّة المستمرة، والنسخ بعد موت النبي ﷺ باطل»^(٣).

ويقول ابن عابدين مبيّناً عدم اعتبار العرف إذا خالف النصّ الشرعيّ من الكتاب والسنة: «ولا اعتبار للعرف المخالف للنصّ، لأنّ العرف قد يكون على باطل بخلاف النصّ كما قاله ابن المهام»^(٤).

(١) سورة النساء: الآية ٦٥.

(٢) سورة النور: الآية ٥١.

(٣) الموافقات: ٢٠٩/٢.

(٤) نشر العرف (مجموعة رسائل ابن عابدين): ١١٣/٢.

ويقول ابن نجيم: «وإنما العرف غير المعبر في المنصوص عليه. قال في «الظهيرية» من الصلاة: وكان محمد بن الفضل يقول: الصرّة إلى موضع نبات الشعر من العانة ليست من العورة لتعامل العمال في الإبداء عن ذلك الموضع عند الاتزار، وفي النزح عن العادة الظاهرة نوع حرج، وهذا ضعيف وبعيد، لأنّ التعامل بخلاف النصّ لا يعتبر»^(١).

المبحث الخامس

تقديم الأعراف البشرية على الشريعة الإسلامية

استمرت الشريعة الإسلاميّة حاكمة للديار الإسلاميّة أكثر من ألف وثلاثمائة عام، ثمّ جاء الذين رضعوا ثقافة الغرب وتغذّوا بلبانته الذين غزا الفكر الغربي عقولهم، وأشربت قلوبهم حبّاً ما جاءهم من عنده ولو كان سمّاً زعافاً، جاء هؤلاء ليُقصوا الشريعة الإسلاميّة المباركة، ويحلّوا القوانين الوضعيّة محلّها، ثم جعلوا العرف المصدر الاحتياطي الأول، وقدموا رتبته على مبادئ الشريعة مما يدلّ على مدى هوان الشريعة الإسلاميّة على هؤلاء الذين هم من جلدتنا ويتكلّمون بألسنتنا، ولكنهم كانوا أشدّ خطراً علينا من أعتى أعدائنا.

عندما أرادت مصر أن تضع قانوناً مدنياً في عام ١٩٣٦م لتطبيقه في عام ١٩٤٩م جعلت المادّة الثانية في الشريعة الإسلاميّة نكرة، وجاء نصّ المادة هكذا: «تسري النصوص التشريعيّة على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها وفحواها.

فإذا لم يوجد نصّ تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

ويستلهم في ذلك الأحكام التي أقرّها القضاء والفقه مصرياً كان أو أجنبياً، وكذلك يستلهم مبادئ الشريعة الإسلاميّة»^(٢).

أين موقع الشريعة؟ وأين مكانها؟ هل أبقى واضح هذه المادة لها شيئاً؟

كأنّي به إنّما وضع اسمها خجلاً وتعذراً، ولولا ذلك لما تفضّل بذكره، وعندما هاج المسلمون في ذلك الوقت وثاروا على هذا الوضع المشين، وكتب من كتب وخطب من خطب عدلت هذه المادة لتحلّ مبادئ الشريعة بعد العرف، وأصبحت المادة هكذا: «تسري النصوص التشريعيّة التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها، فإذا لم يوجد نصّ

(١) الأشباه والنظائر: ص ٩٤.

(٢) القانون المدني الأعمال التحضيرية: ١٨٢/١.

تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون»^(١).

لقد قدّم واضع القانون مبادئ الشريعة على مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، ولكنّه قدّم عليها القانون الوضعي الذي صاغه البشر، كما قدّم عليها أعراف البشر، وجعلها مصدراً احتياطياً تالياً للعرف فإلى الله المشتكى.

وسارت القوانين المدنية في أكثر البلاد الإسلامية على النحو الذي سار عليه القانون المدني المصري.

*

**

(١) القانون المدني الأعمال التحضيرية: ١٩٠/١.

الفصل الثالث

حجية العرف

المبحث الأول

نطاق العرف ومجاله

رأينا فيما سبق كيف كانت عوائد البشر تشكّل إطاراً يحكم المجتمعات الإنسانية، وكيف نُصِّبَت تلك العوائد جداراً صلباً يقف في وجه الشرائع التي ينزلها الله على عباده عبر رسله ومن خلال كتبه، ورأينا كيف قلّصت الشريعة سلطان العرف ودائرته عندما كانت هي الحاكمة في الديار الإسلامية، فأبطلت العوائد المنحرفة الضالّة، وقوّمت الأعراف الخاطئة، وأقرّت من العوائد والأعراف ما كان حقّاً وصواباً.

ويمكننا أن نحدّد الدائرة التي أذنت الشريعة الإسلامية للمسلمين أن يرجعوا فيها إلى العرف في المجالين التاليين:

الأول: تفسير النصوص التي وردت مطلقة ولم يرد في الشرع ولا في اللغة ما يفسرّها، يقول شيخ الإسلام ابن تيمية في هذا: «كل اسم ليس له حدٌّ في اللغة ولا في الشرع فالمرجع فيه إلى العرف»^(١).

ويقول السيوطي: «قال الفقهاء: ما ورد به الشرع مطلقاً، ولا ضابط له فيه، ولا في الذمّة يُرجع فيه إلى العرف»^(٢).

وقال الزركشي: «والعادة تُحكّم فيها لا ضبط له شرعاً»^(٣).

وقال شيخ الإسلام ابن تيمية: «الأسماء التي علّق الله بها الأحكام في الكتاب والسنة منها ما يعرف حدّه ومسمّاه بالشرع فقد بينه الله ورسوله كاسم الصلاة والزكاة والصيام والحجّ والإيمان والإسلام والكفر والنفاق.

(١) مجموع فتاوى شيخ الإسلام: ٤٠/٧.

(٢) الأشباه والنظائر، للسيوطي: ص ٩٨.

(٣) المنشور في القواعد، للزركشي: ص ٣٥٦.

ومنه ما يعرف حدُّه باللغة كالشمس والقمر والسماء والأرض والبحر والبر.

ومنه ما يرجع حدُّه إلى عادة الناس وعرفهم، فيتنوع بحسب عاداتهم كاسم البيع والنكاح والقبض والدرهم والدينار ونحو ذلك من الأسماء التي لم يحدّها الشارع بحدّ، ولا لها حدّ واحد يشترك فيه جميع أهل اللغة، بل يختلف قدره وصفته باختلاف عادات الناس^(١).

الثاني: الأحكام التي لم تأمر بها الشريعة ولم تنه عنها، وهذا النوع ليس للشريعة غرض في فعلها على نحو معين، وإنما المراد فعلها على أي وجه كان هذا الفعل، وهذا يختلف باختلاف عوائد الناس وعرفهم.

أما مجال العرف عند الأمم التي لا تحكّم الشريعة الإسلامية، فقد سبق القول بأنّ العرف كان بمثابة القانون والدستور عند الأمم قبل تدوين قوانينها، فلما دونت القوانين بقي العرف مصدراً رسمياً للقواعد القانونية في مختلف فروع القانون، كما جعل العرف مصدراً احتياطياً في كثير من القوانين يلجأ إليه القاضي في المسائل التي لا يجد فيها نصّاً في القانون.

ومن هنا، فإنّ القانونيين يصرّحون بأنّ العرف لا يستطيع إلغاء أو مخالفة نصوص القانون الأمرة، ولكنهم أعطوه الحقّ في مخالفة النصوص المفسّرة أو المكملّة لإرادة المتعاقدين دون إلغائها.

وقد سبق القول بأنّ الشريعة الإسلامية تأبى كلّ الإبء بأن تُساوى بقوانين البشر وعرفهم فضلاً عن أن تقدم عليها هذه القوانين والأعراف.

المبحث الثاني

موقف العلماء من الاحتجاج بالعرف

لا خلاف بين أهل العلم من الأصوليين والفقهاء والمفسّرين والمحدّثين في اعتبار العرف في المجالين الذين سبق تحديدهما. يقول الشيخ أحمد فهمي أبو سنّة: «اعتبر الفقهاء - على اختلاف مذاهبيهم - العرف، وجعلوه أصلاً يبنى عليه شطرٌ عظيم من أحكام الفقه»^(٢).

وفي اعتبار الشرع للعرف يقول ابن عابدين في أرجوزة له:

والعرف في الشرع له اعتبار لذا عليه الحكم قد يدار^(٣)

(١) مجموع فتاوى شيخ الإسلام: ٢٣٥/١٩.

(٢) العرف والعادة، لأحمد فهمي أبو سنّة: ص ٣٣.

(٣) نشر العرف: راجع مجموعة رسائل ابن عابدين: ١١٢/٢.

ويقول أيضاً: «اعتبار العادة والعرف رُجع إليه في مسائل كثيرة، حتى جعلوا ذلك أصلاً فقالوا في الأصول في باب «ما تترك به الحقيقة»: تترك الحقيقة بدلالة الاستعمال والعادة، هكذا ذكر فخر الإسلام، وفي «شرح في الأشباه» للبرقي، قال: الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي. وفي المتوسط: الثابت بالعرف كالثابت بالنص»^(١).

وقال القرافي: «كل من له عرف سيحمل كلامه على عرفه»^(٢).

وقد بَوَّب البخاريُّ في «جامعه الصحيح» للعرف الصحيح الذي أقرته الشريعة، فقال: «باب من أجرى أمر الأُمصار على ما يتعارفون بينهم في البيوع والإجارة والمكيال والميزان، وستنهم على نياتهم ومذاهبهم المشهورة»^(٣).

وأورد تحت هذا الباب قول شريحٍ للغزاليين: «سُتِّكُم بينكم». ومراده أن الذي يحكمهم هو ما تعارفوا عليه، وأصبح لهم سنةً وطريقة، وأورد تحت هذا الباب أكثر «الحسن البصري من عبد الله بن مرداس حاراً، فقال له الحسن: بكم؟ قال: بدانقين. فركبه، ثم جاء مرة أخرى، فقال: الحمارَ الحمارَ، فركبه ولم يشارطه، فبعث إليه بنصف درهم». فالحسن لم يشارطه في المرة الثانية، بل اكتفى بالاتفاق الأول، وإن كان زاده دانقاً من عنده تفضلاً. وأورد البخاريُّ تحت هذا الباب حديث عروة عن عائشة رضي الله عنها: «قالت هند أم معاوية لرسول الله ﷺ: إن أبا سفيان رجل شحيح، فهل عليَّ أن آخذ من ماله سرّاً؟ قال: خذي أنت وبنوك ما يكفيك بالمعروف»^(٤).

وأورد حديث عائشة أنها فسرت قوله تعالى: ﴿وَمَنْ كَانَ عَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾^(٥). قالت «أنزلت في والي اليتيم الذي يقيم عليه، ويصلح في ماله إن كان فقيراً أكل منه بالمعروف»^(٦).

قال ابن حجر في شرحه لترجمة الباب: «قال ابن المنير: مقصوده بهذه الترجمة إثبات الاعتماد على العرف، وأنه يُقضى به على ظواهر الألفاظ، ولو أن رجلاً وكل رجلاً في بيع سلعة فباعها بغير نقد البلد الذي عرف الناس لم يجز، وكذا لو باع موزوناً أو مكياً بغير الوزن

(١) المصدر السابق: ١١٣/٢. وانظر الأشباه والنظائر، لابن نجيم: ص ٩٣.

(٢) الفروق، للقرافي: ٧٦/١.

(٣) صحيح البخاري: انظر فتح الباري: ٤٠٥/٤.

(٤) صحيح البخاري: انظر فتح الباري: ٤٠٥/٤.

(٥) سورة النساء: الآية ٦.

(٦) صحيح البخاري: فتح الباري: ٤٠٥/٤.

أو الكيل المعتاد». ونقل عن القاضي حسين من الشافعية: «أن الرجوع إلى العرف أحد القواعد الخمس الذي يبنى عليها الفقه. فمنها: الرجوع إلى العرف في معرفة أسباب الأحكام من الصفات الإضافية، كصغر ضبة الفضة وكبرها، وغالب الكثافة في اللحية ونادرها، وقرب منزل وبعده، وكثرة فعل أو قلته في الصلاة. . . . وثمن مثل، ومهر المثل، وكفء نكاح، ومؤنة نفقة وكسوة وسكنى، وما يليق بحال الشخص من ذلك. ومنها: الرجوع إليه في المقادير كالحيض والطهر، وأكثر مدة الحمل وسن اليأس. ومنها: الرجوع إليه في فعل غير منضبط يرتب عليه الأحكام كإحياء الموات، والإذن في الضيافة، ودخول بيت قريب، وتبسط مع صديق، وما يعدُّ قبضاً وإيداعاً وهديةً وغصباً وحفظ ودبعة وانتفاعاً بعارية. ومنها: الرجوع إليه في أمر مخصوص كألفاظ الأيمان، وفي الوقف والوصية والتفويض ومقادير المكاييل والموازين والنقود وغير ذلك»^(١).

المبحث الثالث الأدلة على اعتبار العرف

سبق أن بينا أن أهل العلم على اختلاف مذاهبهم أصدروا كثيراً من الأحكام والفتاوى بناء على ما تعارف أهل عصرهم عليه.

وقد استدلوا على اعتبار القدر الذي حدّدناه في العرف بأدلة منها:

١ - النصوص المطلقة التي وردت في الكتاب والسنة، وترك تفسيرها وتحديدتها إلى عرف أهل كل عصر وبلد، وسيأتي ذكر أمثلة كثيرة لهذا النوع من العرف.

٢ - واستدلوا بقاعدة رفع الحرج، ووجه الاستدلال أن ثبات العوائد على حكم واحد على الرغم من تغييرها وتبدّلها يوقع الناس في حرج شديد، وضيق أكيد، ويخرج الأحكام التي تنسب إلى الشريعة عن جادة العدل والرحمة التي تتصف بها الشريعة إلى الظلم والقسوة اللذين برأ الله شريعته من الاتصاف بهما.

يقول الشاطبي في هذا المعنى: «العوائد الجارية ضرورة الاعتراف شرعاً، كانت شرعية في أصلها أو غير شرعية، أي سواء كانت مقررّة بالدليل شرعاً أو أمراً أو إذناً أم لا؟»^(٢). ويقول مبيّناً وجه ضرورتها: «لولا تعتبر العوائد لأدى إلى تكليف ما لا يطاق، وهو غير جائز أو غير واقع»^(٣).

(١) فتح الباري: ٤/٤٠٦.

(٢) الموافقات: ٢/٢١١.

(٣) الموافقات: ٢/٢١٢.

ويقول ابن عابدين مبيِّناً الآثار السيئة المترتبة على عدم اعتبار العرف وعدم مراعاة تغيُّرها من قبل العلماء والقضاة والمفتين: «كثير من الأحكام تختلف باختلاف عادات الزمان لتغيَّر عرف أهله أو لحدوث ضرورة فساد أهل الزمان بحيث لو بقي الحكم على ما كان عليه أولاً للزم منه المشقة والضرر بالناس ولخالف قواعد الشريعة المبنية على التخفيف والتيسير ودفع الضرر والفساد لبقاء العالم على أتمِّ نظام وأحسن إحكام»^(١).

واستدلَّ كثير من الباحثين في العرف والعوائد على حجيتها بقوله تعالى: ﴿خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ﴾^(٢).

ولا يتم الاستدلال بهذه الآية إلاً ببناء على القول بأن المراد بالعرف فيها المعنى الاصطلاحي، وقد بيَّنتُ فيما سبق أن المراد بالعرف في الآية العرف المعني الذي قال فيه ابن الأثير: «هو اسم جامع لكلِّ ما عرف من طاعة الله والتقرب إليه والإحسان إلى الناس، وكلِّ ما ندب إليه الشرع ونهى عنه من المحسنات والمقبحات، وهو من الصفات الغالبة، أي أمر معروف بين الناس إذا رأوه لا ينكرونه»^(٣).

واستدلَّ آخرون على حجية العرف بحديث رفعوه إلى الرسول ﷺ يقول: «مارآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن».

وهذا الحديث لا يصحُّ رفعه إلى الرسول ﷺ. قال السيوطيُّ بعد أن ساق الحديث في «أشباهه»: «قال العلائيُّ: ولم أجده مرفوعاً في شيء من كتب الحديث أصلاً ولا بسند ضعيف بعد طول البحث وكثرة الكشف والسؤال. وإنما هو من قول عبد الله بن مسعود أخرجه أحمد في مسنده»^(٤).

وقد أكد العجلونيُّ عدم صحة رفع الحديث إلى الرسول ﷺ، ونقل عن الحافظ ابن عبد الهادي أن إسناد المرفوع إسنادٌ ساقط، وثبَّه العجلونيُّ أيضاً إلى أمرين:

الأول: أن الحديث روي بإسناد حسن إلى ابن مسعود موقوفاً عليه.

والثاني: أن الحديث الموقوف رواه أحمد في كتاب «السنة» لا في «المسند» كما عزاه إليه بعض أهل العلم.

(١) نشر العرف: (انظر مجموعة رسائل ابن عابدين): ١٢٣/٢.

(٢) سورة الأعراف: الآية ١٩٩.

(٣) النهاية، لابن الأثير: ٢١٦/٣.

(٤) الأشباه والنظائر: ص ٨٩.

وذكر العجلوني أيضاً أنه أخرج البزار والطيالسي والطبراني وأبو نعيم والبيهقي في «الاعتقاد» عن ابن مسعود^(١).

هذه هي الأدلة التي استدلت بها الفقهاء على حجبة العرف في الدائرة التي يجوز أن يستند فيها إلى العرف والعوائد.

أما العرف عند القانونيين فإنهم اختلفوا في مصدر قوته، ففريق منهم يرى أن أساس قوته الملزمة هو رضا واضع القانون عنه وقيامه على تطبيقه، فيعتبر بذلك إرادة ضمنية له كما يعتبر التشريع إرادة صريحة.

وهذا الاتجاه يعتبر القانون وليد إرادة الدولة بحيث لا يتصور وجود قانون دون الاستناد إلى هذه الإرادة.

ويكفي للرد على هذا الاتجاه أن العرف كان أسبق في الوجود من القانون المدون مما يدل على أنه مصدر مستقل عن القانون لا يحتاج إلى صدور قانون به.

وذهب فريق وهم القائلون بالمذهب التاريخي إلى إسناد قوة إلزام العرف إلى «الضمير الجماعي» وهذا الضمير محل عندهم محل إرادة مصدر القانون.

ويرى فريق ثالث أن أساس قوة العرف هو قضاء المحاكم بتطبيقه لا من باب إلزام العرف من تلقاء نفسه، ويرى «لامبير» القانوني الفرنسي أن العرف لم يخرج من العادات الشعبية، وإنما خرج من أحكام الكهنة والقضاة الذين كانوا يستمدون سلطتهم في القضاء من صفتهم الدينية نظراً لاختلاط القانون بالدين حينئذ، ولم يتغير الحال بعد ذلك، لأن القضاء أصبحوا يستمدون سلطتهم في القضاء من الدولة لا من الدين.

ويرى القانونيون في هذا العصر أن قوة العرف مستمدة من الضرورة الاجتماعية التي تفرضه وتحمم وجوده حين لا يوجد قانون مدون كما في الجماعات البدائية أو حين يكون القانون المدون ناقصاً كما في الجماعات الحديثة^(٢).

ونحن في هذا ليس لنا غرض في مناقشة هذه النظريات والموازنة بينها، بل نرى أن القانونيين أخطأوا ليس في نظرهم إلى مصدر قوة العرف فحسب، بل في نظرهم إلى أساس قوة القانون، ففلاسفة اليونان يجعلون الحاكم أو السلطان هو صاحب الحق في سن القوانين، والعلماء الغربيون جعلوا ذلك حقاً من حقوق المجالس التشريعية المسماة بالبرلمان أو مجلس الأمة.

(١) كشف الحفاء ومزيل الإلباس، للعجلوني: ١٨٥/٢.

(٢) راجع أصول القانون، للدكتور حسن كيره: ص ٣٤٦ - ٣٥٤.

ونحن نرفض ذلك كله ونقول: إنَّ حقَّ التشريع لله وحده، ولا يجوز لغيره إصدار القوانين والتشريعات إلَّا في الدائرة التي تركها الشريعة للفقهاء والعلماء وولاية الأمر، وبذلك يظهر أنَّ بحث القانونيين في أساس قوة العرف كبحثهم في أساس قوة القانون كلاهما على غير أساس^(١).

المبحث الرابع العرف ليس دليلاً مستقلاً من أدلَّة الأحكام

عندما يدقُّ الباحث النظر في مباحث الأصوليين والفقهاء يعلم يقيناً أنَّ العرف ليس دليلاً مستقلاً من أدلَّة الفقه الإسلامي، وقد خلَّص إلى هذه النتيجة عالمان معاصران أطلا البحث في العرف واستقصيا فيه.

يقول الشيخ أحمد أبو سنَّة في رسالة ألَّفها في هذا الموضوع: «فتمَّ بهذا أنَّ العرف مطلقاً لا يمكن أن يجعل مقياساً للخير، كما لا يمكن أن يتخذ الفقيه دليلاً على قواعد صالحة لتنظيم روابط الناس ما لم يؤيده أصل من أصول الفقه»^(٢). ونقل الشيخ أبو سنَّة أقوال بعض الفقهاء التي قد يفهم منها أنَّ العرف دليل بنفسه، ثم قال: «إنَّ العرف في هذه النصوص ليس دليلاً على الحقيقة، وإنَّما هو دليل ظاهر فقط، وبانضمام النظر يرى دائماً مردوداً إلى دليل آخر من الأدلَّة الصحيحة»^(٣).

وتوصَّل إلى هذه النتيجة الدكتور السيد صالح عوض في بحثه القيم المعنون: «بأثر العرف في التشريع الإسلامي»، فقد جاء في خاتمة بحثه قوله: «في الحديث عن مدى اعتبار العرف في التشريع تبين لنا أنَّ العرف ليس مصدراً من مصادر التشريع، ولا دليلاً بالمعنى الذي تطلق عليه كلمة مصدر أو دليل»^(٤).

وقال مثل ذلك الشيخ عبد الوهاب خلاف، فقد جاء في بحثه عن العرف: «والعرف عند التحقيق ليس دليلاً شرعياً مستقلاً»^(٥).

(١) راجع في هذا كتابنا: الشريعة الإلهية: ص ١٦٤.

(٢) العرف والعادة، لأحمد فهمي أبي سنَّة: ص ٣٢.

(٣) المصدر السابق.

(٤) أثر العرف، لسيد صالح عوض: ص ٦١٧.

(٥) علم أصول الفقه، لعبد الوهاب خلاف: ص ٩١.

المبحث الخامس

الشروط التي يجب توفرها في العرف الذي يحتج به

اشترط علماءنا في العرف الذي يعتبر شرعاً عدّة شروط:

الأول: أن لا يخالف العرف الشريعة، فإن خالف العرف نصاً شرعياً أو قاعدة من قواعد الشريعة فإنه عرف باطل.

فالعرف الذي يُجِلُّ الحرام، ويحرّم الحلال، ويناقض الشريعة لا يجوز أن يصير العباد إليه، وهو ليس من المعروف، بل من المنكر الذي تجب محاربته مثل ما اعتاده الناس من أكل الربا والتبرج ومنكرات الأفراح والمآتم وعقود المقامرة وحرمان النساء من الإرث في بعض البلاد وأخذ الرشوة ولبس الرجال الذهب والحريز.

وقد سبق الحديث عن هذا النوع من العرف وهو الذي يسميه الفقهاء بالعرف الفاسد أو العرف الباطل.

الثاني: أن يكون العرف مطّرداً أو غالباً، ومعنى اطراده أن يكون العمل بالعرف مستمراً في جميع الحوادث، لا يتخلف في واحدة منها، أو يكون غالباً في أكثر الحوادث.

يقول السيوطي: «إنما تعتبر العادة إذا اطّردت، فإن اضطربت فلا، وإن تعارضت الظنون في اعتبارها فخلافاً^(١)».

وعزا السيوطي إلى إمام الحرمين قوله في باب الأصول والثمار: «كل ما يتضح فيه اطراد العادة فهو المحكم، ومضمّره كالمذكور صريحاً^(٢)».

وقال ابن نجيم: «إنما تعتبر العادة إذا اطّردت أو غلبت، ولذا قالوا في البيع: لو باع بدراهم أو دنانير وكانا في بلد اختلفت فيه النقود مع الاختلاف في المالية والرواج انصرف البيع إلى الأغلب. قال في الهداية: «لأنه هو المتعارف، فينصرف المطلق إليه».

ومنها لو باع التاجر في السوق شيئاً بثمن ولم يصرّحاً بحلول ولا تأجيل، وكان المتعارف فيما بينهم أن البائع يأخذ كل جمعة قدراً معلوماً انصرف إليه بلا بيان.

قالوا: لأن المعروف كالمشروط^(٣).

(١) الأشباه والنظائر، للسيوطي: ص ٩٢.

(٢) المصدر السابق.

(٣) الأشباه والنظائر، لابن نجيم: ص ٩٢.

الثالث: أن يكون العرف المراد العمل به والسير وفقه موجوداً عند إنشاء التصرف. ومن هنا قال السيوطي: «العرف الذي تحمل عليه الألفاظ إنما هو المقارن السابق دون المتأخر»^(١). وقال ابن نجيم: العرف الذي تحمل عليه الألفاظ إنما هو المقارن السابق دون المتأخر، ولذا قالوا: لا عبرة بالعرف الطارئ^(٢).

الرابع: أن لا يصرح المتعاقدان بخلافه فلو صرّحاً بخلافه فلا حكم للعرف، فإذا كان العرف جارياً على أن يدفع المستأجر الأجرة مقدماً في أول كل شهر فانفقاً على دفع أجرة المنزل في آخر الشهر جاز.

وفي هذا يقول العزّ بن عبد السلام: «كل ما يثبت في العرف إذا صرّح المتعاقدان بخلافه بما يوافق مقصود العقد صحّ».

فلو شرط المستأجر على الأجير أن يستوعب النهار بالعمل من غير أكل وشرب لزمه ذلك، ولو شرط عليه أن لا يصلي الرواتب، وأن يقتصر في الفرائض على الأركان صحّ، ووجب الوفاء بذلك، لأنّ تلك الأوقات إنما خرجت عن الاستحقاق بالعرف القائم مقام الشروط، فإذا صرّح بخلاف ذلك مما يجوّزه الشرع ويمكن الوفاء به جاز^(٣).

والباحثون في القانون الذين يفرّقون بين العادة والعرف يشترطون في الركن المادي وهو العادة عدة شروط^(٤).

وهم يوافقون الفقهاء في اشتراط كون العادة عامّة مطردة وقديمة، ويعنون بالقديمة أن يكون مضي على نشوئها مدة طويلة تدلّ على رسوخ أثرها في النفوس وقيام عرف مستقرّ على أساسها، والفقهاء لم يبحثوا في قِدَم العادة، وكل ما اشترطوه هو وجود العرف عند إنشاء التصرف، والشرطان مؤداهما واحد.

ويشترط الفقهاء عدم تصريح المتعاقدين بخلاف العرف، فلو صرّحاً فلا حكم للعرف، والقانونيون يرون أنّ العرف ملزم لا يجوز للمتعاقدين مخالفته، لأنّه بمثابة القاعدة القانونية، ولا شك أنّ نظر الفقهاء أدقّ وأهدى، فإنّ الإلزام به إنما يكون عندما يحصل الخلاف، ولا اتفاق،

(١) الأشباه والنظائر، للسيوطي: ص ٩٦.

(٢) الأشباه والنظائر، للسيوطي: ص ١٠١.

(٣) قواعد الأحكام للعزّ بن عبد السلام: ١٨٦/٢.

(٤) انظر هذه الشروط في كتاب أصول القانون، للدكتور عبد المنعم فرج الصدّة: ص ١٢٧؛ وأصول

القانون، للدكتور حسن كيرة: ص ٣٣٤.

عندئذ لا يكون أمامنا إلا عرف الناس المائل للقضية المطروحة، فإذا صرّحاً بخلافه فلا شك في عدم المصير إليه.

والفقهَاء يصرّحون ببطلان العرف الذي يخالف نصّاً من نصوص الشريعة، والقانونيون يرون بطلان العرف إذا خالف قاعدة نصّ عليها القانون، وقد بينا الظلم الكبير الذي وقع على الشريعة بسبب إقصائها وتحكيم القوانين الوضعية في رقاب المسلمين.

واشترط القانونيين عدم مخالفة العادة للنظام العام أو لأداب المجتمع، ولا حاجة بالفقهَاء للنصّ على هذا الشرط، لأنه داخل في شرطهم الكبير، وهو عدم مخالفة العرف للشريعة، والشريعة تضم الأحكام الأخلاقية والأداب الاجتماعية التي يجب الالتزام بها، كما تضم الأحكام العملية، والأحكام الاعتقادية.

المبحث السادس

أقسام العرف وأمثله

قسّم الفقهاء العرف إلى عرف قوليّ وعرف عمليّ من جهة، وعرف عامّ وعرف خاصّ من جهة أخرى، وأطالوا في التمثيل للمسائل التي تبني على العرف، وسنورد في هذا البحث ثلاثة مطالب لتجلية هذه المسائل الثلاث.

المطلب الأول

العرف القولي والعرف العملي

العرف القولي أو اللفظي هو الذي يسمّيه الأصوليون بالحقيقة العرفية، ويسمّيه بعض الفقهاء بالعادة في اللفظ، وقد عرفه ابن عابدين، بقوله: «العرف القولي: هو أن يتعارف قوم إطلاق اللفظ لمعنى بحيث لا يتبادر عند سماعه إلا ذلك المعنى»^(١).

وعرفه القرافي بقوله: «العادة في اللفظ: أن يغلب إطلاق لفظ أو استعماله في معنى حتى يصير هو المتبادر من ذلك اللفظ عند الإطلاق مع أنّ اللغة لا تقتضيه، فهذا هو معنى العادة في اللفظ، وهو الحقيقة العرفية، وهو المجاز الراجح في الأغلب، وهو معنى كلام الفقهاء أنّ العرف يُقدّم على اللغة عند التعارض، وكلّ ما يأتي من هذه العبارات»^(٢).

(١) تنبيه الرقود على أحكام النقود، لابن عابدين: ص ٣٦. وهذا التعريف عزاه ابن عابدين، لابن أمير حاج.

(٢) الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، للقرافي: ص ٢٣٤.

وقال فيه شيخ الإسلام: «الحقيقة العرفية: هي ما صار اللفظ دالاً فيها على المعنى بالعرف لا باللغة، وذلك المعنى يكون تارة أعم من اللغوي، وتارة أخص، وتارة مبيناً له.

فالأول: مثل لفظ (الرقبة)، و(الرأس)، كان يستعمل في العضو المخصوص، ثم صار يستعمل في جميع البدن^(١).

والثاني: أن يوضع الاسم لمعنى عام، ثم يُخصَّص عرف الاستعمال من أهل اللغة ذلك الاسم ببعض مسمياته، كاختصاص اسم الدابة بذوات الأربع مع أن الوضع لكل ما يدب، واختصاص اسم المتكلم بالعالم بعلم الكلام مع أن كل قائل ومتلفظ متكلم، كاختصاص اسم الفقيه ببعض العلماء وبعض المتعلمين مع أن الوضع عام. قال الله تعالى: ﴿وَعَلَّمَ آدَمَ الْأَسْمَاءَ كُلَّهَا﴾^(٢). وقال: ﴿خَلَقَ الْإِنْسَانَ * عَلَّمَهُ الْبَيَانَ﴾^(٣). وقال عز وجل: ﴿قَالَ هَؤُلَاءِ آلِقَوْمِ الَّذِينَ كَانُوا يُقْفَهُونَ حَدِيثًا﴾^{(٤)(٥)}.

والثالث: أن يصير الاسم شائعاً في غير ما وضع له أولاً بل فيها هو مجاز فيه، كالعائط المطمئن من الأرض، والعدرة البناء الذي يستتر به، وتقضى الحاجة من ورائه، فصار أصل الوضع منسياً والمجاز معروفاً سابقاً إلى الفهم بعرف الاستعمال^(٦).

ومثل شيخ الإسلام للثالث بلفظ «العائط» و«المزادة» و«الظعينة» و«الراوية». فإنَّ العائط في اللغة هو المكان المطمئن من الأرض، فلما كانوا يتتابونه لقضاء حوائجهم سموا ما يخرج من الإنسان باسم محله. والظعينة اسم الدابة، ثم سموا المرأة التي تركبها باسمها، ونظائر ذلك^(٧).

ومن أمثلة العرف القولي إطلاق النَّاسِ الولد على الذكر دون الأنثى، مع أن الشريعة تطلقه على الذكر والأنثى: ﴿يُؤْصِيكُمْ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلَّذِ كَرَّمِ مِثْلَ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ﴾^(٨).

والعرف العملي ما جرى عليه عمل الناس وتعارفوه في معاملاتهم وتصرفاتهم، فمن ذلك اعتياد الناس أجرة معينة لبعض الأعمال، مثل ما تعارف عليه أصحاب سيارات الأجرة والنقل

(١) مجموع الفتاوى شيخ الإسلام: ٩٦/٧.

(٢) سورة البقرة: الآية ٣١.

(٣) سورة الرحمن: الآيتان ٣، ٤.

(٤) سورة النساء: الآية ٧٨.

(٥) المستصفى، للغزالي: ٣٢٥/١.

(٦) المستصفى، للغزالي: ٣٢٥/١.

(٧) مجموع فتاوى شيخ الإسلام: ٩٧/٧. وانظر: المطلع على أبواب المنع: ص ٣٩١.

(٨) سورة النساء: الآية ١١.

من أجرة معيئة عند نقل الركاب من مكان إلى مكان، ومثل تعارف الناس على البيع بالمعاطاة من غير إيجاب وقبول عند شراء حوائجهم من أسواقهم وحوانيتهم .
وتعارفهم على أن من ينقل الركاب يكتفي بالأجرة ولا يطلب قيمة ما تستهلكه السيارة من وقود وزيت .

وتعارفهم في كثير من الصناعات على عدم دفع شيء غير الأجرة، فلا يدفعون للخياط قيمة ما يستهلكه من خيوط وإبر، ولا يدفعون إلى القصار والبناء قيمة ما يستهلك من أخشاب وأدوات .

ومن ذلك ما تعارف عليه أصحاب الشركات على أن العامل يستحق يوم عطلة من عمله كل أسبوع، كما يستحق إجازة سنوية لها عدد محدد من الأيام .
وجرت العادة في بعض البلاد على إعادة ظرف الهدية إلى المهدى، وجرت العادة في بلاد أخرى على عدم ردّها، وكل قوم يتعاملون وفق عرف أهل بلادهم .

المطلب الثاني

العرف العام والعرف الخاص

ويقسّم العرف إلى عام وخاص :

فالعرف العام هو الذي يكون فاشياً في جميع البلاد بين جميع الناس في أمر من الأمور .
ومن العرف العام ما يكون عالمياً كتعارف الناس على تسمية أيام الأسبوع، وكاتفاقهم على بداية الأشهر والسنوات، واتفاقهم على عدد أيام السنة ونحو ذلك .

ومن العرف العام ما يكون شائعاً عند جميع المسلمين، كلفظ (دابّة)، فإن وضع هذه الكلمة بأصل اللغة لكل ما يدبّ على الأرض من ذي حافر وغيره، ثم هجر الوضع الأول، وصارت في العرف حقيقة للفرس، ولكل ذات حافر .

ومن العرف العام كل ما شاع استعماله في غير موضعه اللغوي كالفائض والعدرة والراوية، فإن حقيقة الفائض المطمئن من الأرض، والعدرة فناء الدار، والراوية الجمل الذي يستقى عليه الماء^(١)، وقد سبق بيان هذا .

والعرف الخاص هو الذي يختص ببلد أو فئة أو طائفة من الناس، مثل عرف النحاة في إطلاق اسم الفاعل على كل اسم مرفوع تقدّمه فعل ودلّ على فعل الفعل، وتعارف بعض البلاد على دفع الأجرة في أول العام، وآخرون في آخر العام، ونحو ذلك .

(١) راجع شرح الكوكب المنير، لابن النجار: ١٥٠/١ .

المطلب الثالث

أمثلة للعرف والعوائد الصحيحة

جاءت كثير من النصوص الشرعية في كثير من الأحكام مطلقة، وتركت الشريعة التفصيل فيها للعرف واجتهاد الفقهاء تبعاً لتغير الظروف والأحوال والأماكن والأزمان.

١ - فمن ذلك تقدير النفقة الواجبة على الزوج نحو مطلقته المنصوص عليها في قوله: ﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قَدِرْ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَاءً ؕ أَن تَهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا﴾ (١).

فهذا التقدير متروك إلى أعراف الناس في مختلف الأزمنة والأمكنة، ولم تحدّ الشريعة فيه حدّاً يُنتهى إليه.

٢ - ومثل ذلك يقال في تقدير النفقة المنصوص عليها في قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ (٢).

قال العزُّبن عبد السلام: «السكنى وماعون الدار يرجع فيها إلى العرف من غير تقدير، والغالب أن ما رُدّ في الشرع إلى المعروف أنه غير مقدّر، وأنه يرجع فيه إلى ما عرف الشرع أو إلى ما يتعارفه الناس» (٣).

٣ - ومثل ذلك يقال في تقدير المسافة في السفر الذي يجوز فيه قصر الصلاة وجمعها، فإنّ مناط الحكم فيها «السفر»، أما تحديد السُّفر فيختلف من زمان إلى زمان.

وفي هذا يقول شيخ الإسلام ابن تيمية: «علّق الله ورسوله القصر والفطر بمسمى السفر، ولم يحدّه بمسافة، ولا فرق بين طويل وقصير، ولو كان للسفر مسافة محدّدة لبيّن الله ورسوله، ولا له في اللغة مسافة محدودة، فكل ما يسميه أهل اللغة سفرًا فإنه يجوز فيه القصر والفطر، كما دلّ عليه الكتاب والسنة».

وقد أطال شيخ الإسلام في بيان اختلاف العلماء في هذه المسألة، وذكر أدلتهم ومناقشتها، وإيراد الأدلة التي ترجّح أن المرجع في تحديد السفر هو العرف (٤).

٤ - وأرجع شيخ الإسلام تفسير الحُفِّ الذي جاءت الأحاديث بإجازة المسح عليه إلى

(١) سورة الطلاق: الآية ٧.

(٢) سورة البقرة: الآية ٢٣٣.

(٣) قواعد الأحكام: ٧١/١.

(٤) مجموع فتاوى شيخ الإسلام: ١٩/٢٤٣، ٤٠/٢٤.

العرف، فالنبي ﷺ أمر أمته بالمسح على الخفين، ولم يقيد ذلك بكون الخف يثبت بنفسه أو لا يثبت بنفسه، وسليماً من الخرق والفتق أو غير سليم، فما كان يسمى خفاً ولبسه الناس ومشوا فيه مسحوا عليه المسح الذي أذن الله فيه ورسوله، وكل ما كان بمعناه مسح عليه، فليس لكونه يسمى خفاً معنى مؤثر، بل الحكم يتعلق بما يُلبس ويُمشى فيه^(١).

٥ - وجعل الحق - تبارك وتعالى - كفارة من حنث بيمينه إطعام عشرة مساكين من أوسط ما يطعم الخائض أهله: ﴿فَكَفَّرْتَهُمْ إِطْعَامَ عَشْرَةِ مَسْكِينٍ مِنْ أَوْسَطِ مَا تَطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ﴾^(٢).

والزم من قتل صيداً وهو محرم بالتكفير عن فعله، وأحد الكفارات المخير بينها إطعام مساكين: ﴿وَمَنْ قَتَلَهُ مِنْكُمْ مُتَعَمِّدًا فَجَزَاءٌ مِثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعْمِ يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ هَدْيًا بَالِغَ الْكَعْبَةِ أَوْ كَفَّرَهُ طَعَامَ مَسْكِينٍ أَوْ عَدَلَ ذَلِكَ صِيَامًا﴾^(٣).

والذي يظهر من أهله ولا يجدر رقبته يعتقها، ولا يستطيع صيام شهرين متتابعين، فيجب عليه ﴿فَأَطْعَامَ سِتِّينَ مَسْكِينًا﴾^(٤).

ومقدار الإطعام الذي يكفي الفقير، ومقدار الوسط من طعام كل شخص يُرجع فيه كله إلى عرف الناس في مختلف البلاد والأزمنة فقوم طعامهم الأرز، وآخرون التمر، وقوم السمك، وقوم ينوعون الطعام، وكل يخرج من أوسط ما جرت عادته بأكله يقول ابن تيمية: «وكل يطعمون من أوسط ما يأكلون، كفاية غيره»^(٥).

٦ - اتفق أهل العلم على أن السارق لا تقطع يده إلا إذا سرق المال من حِرْزٍ مثله، وأرجعوا معرفة الحِرْز الذي تحفظ فيه الأموال إلى عادات الناس وأعرافهم، يقول ابن قدامة: «والحِرْز ما عدَّ حِرْزاً في العرف، فإنه لما ثبت اعتباره في الشرع من غير تنصيص على بيانه علم أنه ردُّ ذلك إلى أهل العرف لأنه لا طريق إلى معرفته من جهته، فيرجع إليه». والحِرْزُ عند الناس يختلف باختلاف الأموال كما هو مشاهد معروف، فحِرْزُ البهائم الحظائر، وحِرْزُ الأقمشة البيوت والمتاجر، وحِرْزُ الذهب والفضة الخزائن المحفوظة في جوف الدار أو بيوت الأموال.

يقول العز بن عبد السلام: «حمل الودائع والأمانات على حِرْزِ المثل، فلا تحفظ الجواهر

(١) مجموع فتاوى شيخ الإسلام: ٢٤٢/١٩.

(٢) سورة المائدة: الآية ٨٩.

(٣) سورة المائدة: الآية ٩٥.

(٤) سورة المجادلة: الآية ٤.

(٥) مجموع فتاوى شيخ الإسلام: ٢٥٢/١٩.

والذهب والفضة بإحراز الثياب والأحطاب تنزيلاً للعرف منزلة تصرّجه بحفظها في حرز مثلها^(١).

ومن الأعراف الصحيحة التي أقرتها الشريعة الإسلامية مراعاة ما عليه أهل كل بلد في ألفاظهم وموازينهم ومكاييلهم، ومن أمثلة ذلك:

١ - إذا حلف شخص فقال: لا ركبت دابةً، وكان في بلد عرفهم في لفظ الدابة الحمار خاصة اختصت يمينه به، ولا يحنث بركوب الفرس ولا الجممل.

وإن كان في عرفهم لفظ الدابة الفرس خاصة حملت يمينه عليها دون الحمار، وكذلك إن كان الحالف ممن عاداته ركوب نوع خاص من الدواب كالأمرء ومن جرى مجراهم حملت يمينه على ما اعتاده من ركوب الدواب، فُيْفَتَى في كل بلد بحسب عرف أهله، وَيُفْتَى كل أحد بحسب عاداته^(٢).

٢ - إذا حلف شخص لا اشترت كذا، ولا بعته، ولا حرثت هذه الأرض ولا زرعتها، ونحو ذلك، وعاداته ألا يباشر ذلك بنفسه كالمملوك حنث قطعاً بالأذن والتوكيل فيه، فإنه نفس ما حلف عليه^(٣).

٣ - إذا حلف حالف: لا أكلت رأساً في بلد عاداتهم أكل رؤوس الضأن خاصة لم يحنث بأكل رؤوس الطير والسماك ونحوها، وإن كان عاداتهم أكل رؤوس السمك حنث بأكل رؤوسها^(٤).

٤ - إذا حلف شخص بالألا يأكل ميتة فأكل سمكاً فإنه لا يحنث كما صححه الرافيُّ وعلمه بالعرف. ولو حلف لا يأكل دماً لا يحنث بأكل الكبد والطحال^(٥).

٥ - وإذا حلف إنسان أن لا يضع قدمه في دار فلان، فدخل الدار راكباً أو محمولاً على الأكتاف حنث، لأن المعنى العرفي لوضع القدم في الدار يعني الدخول فيها على أي صورة كان، وليس المراد منه مجرد وضع القدم.

٦ - إذا وكّل رجل آخر في البيع، ولم يقيده بشيء فإن الموكّل يتقيد بثمان المثل وغالب نقد البلد تنزيلاً للغلبة منزلة صريح اللفظ، كأنه قال للوكيل: يع هذا بثمان مثله من نقد هذا البلد.

(١) قواعد الأحكام: ١٢٧/٢.

(٢) أعلام الموقعين: ٦٤/٣.

(٣) أعلام الموقعين: ٦٥/٣.

(٤) أعلام الموقعين: ٦٥/٣.

(٥) التمهيد: ص ٢٣٤.

إذا باع الوكيل الدار التي تساوي عشرات الألوف من الدنانير بيضعة دنانير فعند أهل العرف أن هذا لا يقبل، لأن قول الموكل لوكيله: بع داري يجب حمله على ثمن مثلها^(١).

٧ - إذا وكل الرجل الشريف الفاضل الغني شخصاً بتزويج ابنته، فزوجه من فاسق مشوه الخلق على نصف درهم، فإن أهل العرف يقطعون بعدم الجواز، لأن الإذن المطلق في مثل هذا يحمل على الكفء ومهر المثل.

٨ - إذا وكل غيره في إجارة داره سنة، وأجرة مثلها ألف، فأجرها بنصف دينار لا يصح، لأن العرف يلزم بتأجيرها بأجرة المثل.

٩ - إذا طلب شخص من صانع أن يصنع له شيئاً، فإنه يجب أن يصنع هذا الشيء على النحو المتعارف عليه، فإن صنع الخياط الثوب على طريقة مخالفة لثياب أهل البلد أو خاط الثوب بخيوط رديئة لم تجر العادة أن يخاط بها فلا يقبل منه.

١٠ - استحقاق الصنّاع الأجرة التي جرت العادة بها إذا لم يتفق معهم من عملوا له على أجرة معينة كالحلّاق والنّجار والحمال والقصار.

١١ - جواز دخول الحمامات والفنادق التي جرت العادة بدخولها من غير إذن، إقامة للعرف المطرد مقام الإذن الصريح ولا يجوز لدخول الحمام أن يقيم فيه أكثر مما جرت به العادة، وكذلك لا يجوز له أن يستعمل من الماء أكثر مما جرت العادة باستعماله.

١٢ - إذا باع داراً فيدخل في المبيع الأبنية والأشجار التابعة لها بناء على أن هذا عرف الناس في بيوتهم.

١٣ - إذا باع سيارة فإنه يدخل في البيع الإطار الاحتياطي، وعدة إصلاحها والرافعة التي ترفع بها عند تبديل الإطار لجريان العرف بذلك.

**

(١) هذا المثال والأمثلة التي بعده مستفادة من أمثلة كثيرة ذكرها العزّبن عبد السلام في قواعد الأحكام: ١٢٦/٢، ولكن بشيء من التصرف والاختصار.

الفصل الثالث

تَغْيِيرُ الْأَحْكَامِ وَالْفَتَاوَى بِتَغْيِيرِ الْعُرْفِ وَالْعَوَائِدِ

المبحث الأول

وجوب تَغْيِيرِ الْأَحْكَامِ وَالْفَتَاوَى بِتَغْيِيرِ الْعُرْفِ وَالْعَوَائِدِ

بنى كثير من أهل العلم الأحكام التي أصدروها في عصرهم على العوائد والأعراف التي كانت سائدة في تلك العصور، فإذا تَغْيِرَتْ تلك العوائد، وصارت العوائد تدلُّ على ضِدِّ ما كانت عليه أولاً، فهل تبطل هذه الفتاوى المسطورة في كتب الفقهاء؟ ويفتى بما تقتضيه العوائد المتجددة؟ أو يقال: نحن مقلِّدون، وما لنا إحداث شرع لعدم أهليتنا للاجتهاد فنفتي بما في الكتب المنقولة عن المجتهدين؟

أورد هذا السؤال القرافي في كتاب «الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام»^(١). ثم أجاب عنه قائلاً: «إنَّ إجراء الأحكام التي مُدْرِكُهَا العوائد، مع تَغْيِيرِ تلك العوائد خلاف الإجماع، وجهالة في الدِّين، بل كلُّ ما هو في الشريعة يتبع العوائد: يتغَيَّرُ فيه عند تَغْيِيرِ العادة إلى ما تقتضيه العادة المتجددة»^(٢).

وذكر القرافي في ردِّه: «أَنَّ الفقهاء أجمعوا على أَنَّ المعاملات إذا أُطْلِقَ فيها الثمن بمحمل على غالب النقود، فإذا كانت العادة نقداً معيَّناً حملنا الإطلاق عليه، فإذا انتقلت العادة إلى غيره عَيَّنَّا ما انتقلت العادة إليه، وألغينا الأول لانتهال العادة عنه.

وكذلك الإطلاق في الوصايا والأيمان وجميع أبواب الفقه المحمولة على العوائد، إذا تَغْيِرَتْ العادة تَغْيِرَتْ الأحكام في تلك الأبواب، وكذلك الدعاوى إذا كان القول قول من ادَّعى شيئاً لأنه عادة، ثم تَغْيِرَتْ العادة لم يبقَ القول قول مُدَّعِيه، بل انعكس الحال فيه»^(٣).

(١) الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام: ص ٢٣١.

(٢) المصدر السابق: ص ٢٣١.

(٣) المصدر السابق: ص ٢٣٢.

ويرى القرافي أنه لا يشترط تغير العادة في البلد الواحد، بل إذا انتقل العالم من بلد إلى أخرى وجب عليه مراعاة البلد الذي انتقل إليه، وفي هذا يقول: «ولا يشترط تغير العادة، بل لو خرجنا نحن من ذلك البلد إلى بلد آخر عوائدهم على خلاف عادة البلد الذي كنا فيه أفقناهم بعادة بلدهم، ولم تعتبر عادة البلد الذي كنا فيه، وكذلك إذا قدم علينا أحد من بلد عادته مضادة للبلد الذي نحن فيه لم نفته إلا بعادة بلده دون عادة بلدنا»^(١).

ومثل هذه الأحكام المتغيرة بما روي عن الإمام مالك - رحمه الله تعالى - أنه إذا تنازع الزوجان في قبض الصداق بعد الدخول أن القول قول الزوج مع أن الأصل عدم القبض.

قال القاضي إسماعيل: «هذه كانت عاداتهم بالمدينة أن الرجل لا يدخل بامرأته حتى تقبض جميع صداقها، واليوم عاداتهم على خلاف ذلك، فالقول قول المرأة مع يمينها لأجل اختلاف العوائد»^(٢).

ومن الذين تعرّضوا لهذه المسألة ابن القيم - رحمه الله تعالى - فإنه عقد في كتابه «أعلام الموقعين» فصلاً كبيراً لتغير الفتوى واختلافها بحسب تغير الأزمنة والأمكنة والأحوال والنيئات والعوائد.

وقرر في هذا الفصل أن الجمود على الأحكام التي أصدرها أهل العلم في الماضي وفقاً للعرف والعادة السائدة في أيامهم أوقع الناس في الحرج والمشقة وتكليف ما لا سبيل إليه، كما نسب إلى الشريعة الإسلامية المباركة السمحة الظلم والقسوة، وكل هذا بسبب الجمود على الأحكام مع تغير العوائد والأعراف التي بنيت عليها تلك الأحكام، وفي هذا يقول: «هذا فصل عظيم النفع جداً، وقع بسبب الجهل به غلط عظيم على الشريعة أوجب من الحرج والمشقة وتكليف ما لا سبيل إليه ما يعلم أن الشريعة الباهرة التي في أعلى رتب المصالح لا تأتي به»^(٣).

ثم استطرد لبيان خصائص الشريعة الإسلامية، وكيف أن الجمود الذي أشار إليه أفقد هذه الشريعة خصائصها، استمع إليه يقول: «إن الشريعة مبناه وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد، وهي عدل كلها، ورحمة كلها، ومصالح كلها، وحكمة كلها. فكل مسألة خرجت من العدل إلى الجور، وعن الرحمة إلى ضدها، وعن المصلحة إلى المفسدة، وعن الحكمة إلى العبث فليست من الشريعة، وإن أدخلت فيها بالتأويل.

فالشريعة عدل الله بين عباده، ورحمته بين خلقه، وظلّه في أرضه، وحكمته الدالة عليه،

(١) المصدر السابق: ص ٢٣٣.

(٢) المصدر السابق.

(٣) أعلام الموقعين: ٥/٣.

وعلى صدق رسوله ﷺ أتمُّ دلالة وأصدقها. وهي نوره الذي به أبصر المبصرون، وهده الذي اهتدى المهتدون به، وشفاؤه التام الذي به دواء كلِّ عليل، وطريقه المستقيم الذي من استقام عليه فقد استقام على سواء السبيل، ففي قرّة العيون، وحياة القلوب، ولذّة الأرواح، فهي بها الحياة والغذاء والدواء والنور والشفاء والعصمة وكلُّ خير في الوجود فإنما هو مستفاد منها وحاصل بها، وكلُّ نقص في الوجود فسببه من إضاعتها، ولولا رسوم قد بقيت لخربت الدنيا، وطوي العالم وهي العصمة للناس وقوام العالم، وبها يمسك الله السموات والأرض أن تزولا، فإذا أراد الله سبحانه وتعالى خراب الدنيا وطَيَّ العالم رَفَعَ اللهُ ما بقي من رسومها، فالشريعة التي بعث الله بها رسوله هي عمود العالم وقطب الفلاح والسعادة في الدنيا والآخرة^(١).

وإنما أطال الشيخ رحمه الله في بيان خصائص الشريعة ليبيِّنَ عظم جناية الذين جمدوا على الأحكام التي أصدرها الفقهاء السابقون مع تغيير العوائد والأعراف التي بنيت عليها تلك الأحكام، وقد أطال الشيخ في شرح ذلك كله وضرب له الأمثلة.

وطالب الشيخ ابن القيم الجوزية - رحمه الله تعالى - المفتي والعالم بمراعاة العرف دائماً اعتباراً وإسقاطاً، وحذّر من الجمود على المنقول في الكتب، ودعا إلى التعرف على عرف السائلين، وعوائد الذين يُقْتَى لهم في الدين، وفي هذا يقول: مهما تجدد في العرف فاعتبره، ومهما سقط فألغِه، ولا تجمد على المنقول في الكتب طول عمرك، بل إذا جاءك رجل من غير إقليمك يستفتيك فلا تجره على عرف بلدك، وسله عن عرف بلده فأجره عليه، وأفته به دون عرف بلدك والمذكور في كتبك^(٢).

وعقّب على هذا قائلاً: «فهذا هو الحقُّ الواضح، والجمود على المنقولات أبداً ضلال في الدين، وجهل بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضين»^(٣).

وهاجم الشيخ بقوة أولئك الذين يفتون الناس بمجرد المنقول في الكتب على اختلاف عرفهم وعوائدهم، وأزمتهم وأمكنتهم وأحوالهم وقرائن أحوالهم^(٤).

ومن فعل ذلك فقد ضلَّ وأضلَّ وكانت جنايته على الدين أعظم من جناية من طبَّب الناس كلَّهم على اختلاف بلادهم وعوائدهم وأزمتهم وطبائعتهم بما في كتب الطبِّ على أبدانهم.

(١) أعلام الموقعين: ٥/٣.

(٢) أعلام الموقعين: ٩٩/٣.

(٣) أعلام الموقعين: ٩٩/٣.

(٤) أعلام الموقعين: ١٠٠/٣.

بل هذا الطبيب الجاهل، وهذا المفتي الجاهل، أضرَّ ما على أديان الناس وأبدانهم^(١).
وألَّف ابن عابدين - رحمه الله تعالى - رسالة في العرف صرح فيها مراراً بوجود مراعاة
عرف الناس وعوائدهم من قبل المفتين والفقهاء والحكام، ولام الذين جمدوا على الأحكام التي
أصدرها سلفهم إذا كانت مبنية على عوائد زالت وعرف تغير.

وأنا أنقل في هذا المبحث بعض نصوص كلامه:

قال رحمه الله تعالى: «قال في القنية»: ليس للمفتي ولا للقاضي أن يحكما على ظاهر
المذهب ويتركوا العرف، ونقل المسألة عنه في «خزانة الروايات» كما ذكره البيهقي في «شرح
الأشباه»^(٢).

وقال: «ليس للمفتي الجمود على المنقول في كتب ظاهر الرواية من غير مراعاة الزمان
وأهله، وألَّا يُضَيِّعَ حقوقاً كثيرة، ويكون ضرره أعظم من نفعه»^(٣).

وقال: «التقول ونحوها دالَّة على اعتبار العرف الخاص، وإن خالف المنصوص عليه في
كتب المذهب ما لم يخالف النصَّ الشرعي»^(٤).

وقال: «العرف يثبتُّ على أهله عاماً أو خاصاً، فالعرف العامُّ في سائر البلاد يثبتُّ حكمه
على أهل سائر البلاد، والخاصُّ في بلدة واحدة يثبتُّ حكمه على تلك البلدة فقط»^(٥).
وقال أيضاً: «المفتي لا بدُّ له من ضرب اجتهاد ومعرفة بأحوال الناس»^(٦).

وقال: «من لم يكن عالماً بأهل زمانه فهو جاهل»^(٧).

وقال: «اعلم أن المتأخرين الذين خالفوا المنصوص في كتب المذهب في المسائل السابقة
لم يخالفوه إلا لتغير الزمان والعرف، وعلمهم أن صاحب المذهب لو كان في زمنهم لقال بما
قاله»^(٨).

ونقل عن بعض علماء الحنفية قوله: «من لم يكن عالماً بأهل زمانه فهو جاهل»^(٩).

(١) أعلام الموقعين: ٣/١٠٠.

(٢) نشر العرف (مجموعة رسائل ابن عابدين): ١١٣/٢.

(٣) المصدر السابق: ١٢٩/٢.

(٤) المصدر السابق: ١٣١/٢.

(٥) المصدر السابق: ١٣٠/٢.

(٨) المصدر السابق: ١٢٦/٢.

(٦) المصدر السابق: ١٢٧/٢.

(٩) المصدر السابق: ١٢٨/٢.

(٧) المصدر السابق: ١٢٨/٢.

وقال: «كثير من المسائل الفقهية الثابتة بضرب اجتهاد ورأي بينه المجتهد على ما كان في عرف زمانه بحيث لو كان في زمان العرف الحادث لقال بخلاف ما قاله أولاً، ولهذا قالوا في شروط الاجتهاد: إنه لا بدّ فيه من معرفة عادات الناس، فكثير من الأحكام تختلف باختلاف الزمان، لتغيّر عرف أهله، أو لحدوث ضرورة أو فساد أهل الزمان بحيث لو بقي الحكم على ما كان عليه أولاً للزم منه المشقّة والضرر بالناس، ولخالف قواعد الشريعة المبنية على التخفيف والتيسير ودفع الضرر والفساد لبقاء العالم على أتمّ نظام وأحسن إحكام، ولهذا ترى مشايخ المذهب خالفوا ما نصّ عليه المجتهد في مواضع كثيرة بناها على ما كان في زمنه، لعلمهم بأنّه لو كان في زمنهم لقال بما قالوا به أخذاً من قواعد مذهبه»^(١).

ويذكر ابن عابدين أنّ الإمام محمداً صاحب أبي حنيفة كان يذهب إلى الصباغين ويسأل عن معاملتهم وما يديرونه فيما بينهم^(٢).

وأحبُّ أن أختتم هذه النقول القيّمة من كلام ابن عابدين بهذا النقل الذي يبين أهمية معرفة الحكام والمفتين بأعراف الناس وعاداتهم، يقول رحمه الله في ذلك: «قال بعض العلماء المحقّقين: لا بدّ للحاكم من فقه في أحكام الحوادث الكلّية، وفقه في نفس الواقع وأحوال الناس، يميز به بين الصادق والكاذب والمحقّ والمبطل، ثمّ يطابق بين هذا وهذا، فيعطي الواقع حكمه من الواجب، ولا يجعل الواجب مخالف الواقع.

والمفتي الذي يفتي بالعرف لا بدّ له من معرفة الزمان وأحوال أهله ومعرفة أنّ هذا العرف خاصٌّ أو عامٌّ، وأنّه مخالف للنصّ أولاً، ولا بدّ له من التخرُّج على أستاذ ماهر، ولا يكفيه مجرد حفظ المسائل والدلائل، فإنّ المجتهد لا بدّ له من معرفة عادات الناس، فكذا المفتي، ولذا قال في آخر «منية المفتي»: لو أنّ رجلاً حفظ جميع كتب أصحابنا لا بدّ أن يتلمذ للفتوى حتى يهتدي إليها، لأنّ كثيراً من المسائل يجاب عنها على عادات أهل الزمان فيما لا يخالف الشريعة»^(٣).

المبحث الثاني

أسباب تغيّر العرف

العادات التي تختلف أحكامها هي العوائد المتغيّرة المتبدّلة التي لم يرد دليل شرعيّ بإثباتها أو نفيها، لأنّ الشارع ليس له غرض في إجرائها على سنن معيّن، فكيفما وقعت فإنّ غرض الشارع يتحقق بهذا الوقوع. وتغيّر العرف والعوائد يعود إلى أمور كثيرة منها:

(١) المصدر السابق: ١٢٣/٢.

(٢) نشر العرف (مجموعة رسائل ابن عابدين): ١٢٨/٢.

(٣) المصدر السابق: ١٢٧/٢.

١ - اختلاف الناس في منازلهم ومشاربهم وأمزجتهم، وهذا الاختلاف سيحدث حتماً اختلاف الناس في الأحكام والتصرفات، ولذا فقد يُقْبَحُ بعضُ الناس فعلاً يراه الآخرون حسناً وجميلاً، وقد يحسُنون فعلاً يراه غيرهم قبيحاً، فمن ذلك غطاء الرأس يراه كثير من المسلمين من لوازم المروءة، وتركه يخلُّ بها، بينما يرى آخرون كشف الرأس حسناً لا بأس فيه^(١)، وجرت العادة في بعض ديار المسلمين أن يَدْخُلُ الزوج على زوجته في بيت والدها، وفي ديار أخرى يرون هذا قبيحاً.

٢ - اختلاف طبيعة الأرض والمناخ، فالبلاد تختلف وعورة وسهولة وبرودة وحرارة، ولهذا الاختلاف أثر كبير في اختلاف عادات الناس في لباسهم وتصرفاتهم ومعاملاتهم.

٣ - اختلاف خارج عن إرادة المكلفين كاختلاف الناس في سنِّ البلوغ واختلاف النساء في: سنِّ الحيض، ومقدار الحيض والنفاس، ومقدار الطهر بين الحيضتين، واختلافهنَّ في السنِّ الذي يكون فيه اليأس من الحيض.

٤ - تأثير الحكام والمفكرين والعلماء في أممهم، فكثير من الأعراف والعوائد تتغير بسبب ما يصدرونه من قوانين وتوجيهات، واعتبر بهذا بحال المسلمين في واقعهم المعاصر، فإن كثيراً من العادات في اللباس والتصرفات تغيرت تغيراً كلياً بسبب ما صدر من قوانين، وبسبب الآراء والنظريات التي ناقشت ما كان عليه الناس في عرفهم وعوائدهم.

٥ - اختلاط الناس بعضهم ببعض، وتسلب بعضهم على بعض، فالناس يتأثر بعضهم ببعض، ويأخذ بعضهم عادات بعض، وخاصة في حال غلبة قوم على قوم، وقبيل على قبيل، فإنَّ المغلوب يتشرب عادات الوافد الغالب، ويترك عادته، ومن نظر في حال المسلمين اليوم علم إلى أي مدى أثر فينا الكفار الذين احتلوا ديارنا وتقلدوا أمورنا.

٦ - اختلاف الناس في التعبير عن مقاصدهم، ومن هنا اختلفت اللغات، فالشيء الواحد له في كلِّ أمة اسم يخصه غير الاسم الذي تطلقه عليه بقية الأمم، وقد تتفق الألفاظ عند الأمم، ولكن تختلف في المعاني المرادة بتلك الألفاظ، وفي الأمة الواحدة ذات اللغة الواحدة تختلف المعاني المرادة من ألفاظ بعينها، فطائفة تطلقه على معنى، وأخرى تطلقه على معنى مغاير، ويكثر هذ عند أرباب الصنائع، والشارع يُمضي ألفاظ الناس على المعاني التي يقصدونها في أيمانهم وبيعهم وشرائهم وزواجهم وطلاقهم وعقودهم.

(١) انظر الموافقات: ٢/٢٠٩.

المبحث الثالث

أمثلة لأحكام نصّ الفقهاء

على تغيير الحكم لتغيير عادة الناس فيها

قال القرافي: «سأرد أحكاماً نصّ الأصحاب على أنّ المذرك فيها العادة، وأنّ مستند الفتيا بها إنّما هو العادة، والواقع اليوم خلافه، فيتعيّن الحكم على ما تقتضيه العادة المتجدّدة. الحكم الأول: بعض ألفاظ المراجعة، وهو قول البائع: بعتك بوضيعة العشر أحد عشر، أو بوضيعة العشرة عشرين.

قال الأصحاب: هذا اللفظ يقتضي عادة أن يأخذ لكلّ عشرة عشرة، ويحطّ نصف الثمن في اللفظ الآخر، ويؤمّنون ذلك المتعاقدين من الجانبين بمجرد هذا اللفظ لأنّه عادة»^(١).

قال القرافي بعد سياقه لهذا المثال: «وهذه عادة قد بطلت، ولم يبق هذا اللفظ يفهم منه اليوم هذا المعنى البتة، بل أكثر الفقهاء لا يفهمه فضلاً عن العامة، لأنّه لا عادة فيه، ولا يفهم منه ثمن معيّن باعتبار اللغة أيضاً.

فينبغي إذا وقع هذا العقد بين العامة في المعاملات أن يكون العقد باطلاً، فإنّه ليس عادتهم استعماله البتة، لأنّ أطوال عمرنا لم نسمعه إلّا في كتب الفقه، أمّا في المعاملات فلا، وإذا لم يكن الثمن معلوماً بالعادة ولا باللغة كان العقد باطلاً»^(٢).

الحكم الثاني: في المراجعة إذا قال: بعتك بما قامت علي. قالوا: يصحّ البيع، ويكون للبائع مع الثمن ما بذله من أجره القصار والكفاة^(٣)، والطرازة والخياطة والصبيغ ونحو ذلك مما له عين قائمة، ويستحقّ له حصته من الربح إن سُمّي لكلّ عشرة ربحاً.

وما ليس له عين قائمة إلّا أنّه يؤثر في السوق زيادة رغبة فيه وتنمية للثمن فإنّه يستحقّه، ولا يستحقّ له حصّة من الربح، نحو كراء الحمولات في النّقل للبلدان ونحوه، وما لا يؤثر في السوق فلا يستحقّه، ولا يكون له ربح، كأجرة الطيّ والشّد، وكراء البيت، ونفقة البائع على نفسه.

قال القرافي معقّباً على هذه المسألة: «وهذا التفصيل لا يفيد قوله: بما قامت علي لغة، بل يصحّ هذا البيع بهذه العبارة إذا كان هذا اللفظ يقتضيه عادة، فيصير الثمن معلوماً، فيصحّ

(١) الإحكام في تمييز الفتوى عن الأحكام، للقرافي: ص ٢٣٤.

(٢) المصدر السابق: ٢/٢٣٥.

(٣) الكفاة: دقّ الثوب.

البيع، أما اليوم فلا يفهم هذا في العادة، ولا يتعامل الناس في أسواقهم بهذه العبارة، فلا عادة حينئذ، فهذا الثمن مجهول، فلا يُفْتَى بما في الكتب من صحته وتفصيله لانتقال العادة»^(١).

الحكم الثالث: «ما وقع في (المدونة) إذا قال لامرأته: أنت عليّ حرام أو خليّة أو بريّة أو وهبتك لأهلك، يلزمه الطلاق الثلاث في المدخول بها، ولا تنفعه النية أنه أراد أقلّ من الثلاث».

قال القرافيّ في هذا المثال: «وهذا بناء على أنّ هذا اللفظ في عرف الاستعمال اشتهر في إزالة العصمة، واشتهر في العدد الذي هو الثلاث، وأنه اشتهر في الإنشاء المعين، وانتقل عما هو عليه من الإخبار عن أنها حرام، لأنه لو بقي على ما يدلّ عليه لغة لكان كذباً بالضرورة، لأنها حلال له إجماعاً، فالإخبار عنها بأنها حرام كذب بالضرورة».

وليس مدلول هذا اللفظ لغة إلا الإخبار عن أنها محرّمة عليه، وأنّ التحريم قد دخل في الوجود قبل نطقه بهذه الصيغة، وهذا كذب قطعاً، فلا بدّ حينئذ أن يقال: إنها انتقلت في العرف لثلاثة أمور: إزالة العصمة، والعدد الثلاث، والإنشاء، فإنّ ألفاظ الطلاق إن لم تكن إنشاء أو يراد بها الإنشاء لا تزيل عصمة البتّة.

وملاحظة هذه القاعدة هي سبب الخلاف بين الخلف والسلف في هذه المسألة».

وبعد سياق القرافيّ لهذا المثال قرّر «أنّ الناس في عصره لا يستعملون الصيغ المتقدمة فيما كانت تستعمل فيه في الماضي، وأنه تمضي الأعمار ولا يُسمع أحدٌ يقول لامرأته إذا أراد طلاقها: أنت خليّة، ولا وهبتك لأهلك، ولا يُسمع أحدٌ يستعمل هذه الألفاظ في إزالة عصمة ولا في عدد طلاقات، فالعرف حينئذ في هذه الألفاظ لهذه المعاني التي قرّرها مالك في (المدونة) بالضرورة. ولا يدّعي أنها مدلول اللفظ لغة إلا من لا يدري اللغة، وإذا لم تند هذه الألفاظ هذه المعاني لغة ولا عرفاً ولا نية ولا بساطاً فهذه الأحكام حينئذ بلا سند، والفتيا بغير مستند باطلة إجماعاً وحرام على قائلها ومعتقدها».

نعم، لفظ الحرام في عرفنا اليوم لإزالة العصمة خاصة دون عدد، وهي مشتهرة في ذلك بخلاف ما ذُكر معها من الألفاظ، ومقتضى هذا أن يُفْتَى بطلقة رجعية ليس إلا»^(٢).

وأفتى متأخرو الحنفية في مسائل كثيرة بخلاف ما أفتى فيه سلفهم بسبب تغير العرف، فمن ذلك إفتاؤهم بجواز الاستتجار على تعليم القرآن ونحوه، لانقطاع عطايا العلّمين التي كانت في الصدر الأول.

(١) المصدر السابق: ٢٣٦/٢.

(٢) المصدر السابق: ص ٢٣٧.

ولو اشتغل المعلمون بالتعليم بالأجرة يلزم ضياعهم وضياع عيالهم، ولو اشتغلوا بالاكْتساب من حرفة وصناعة يلزم ضياع القرآن والدين، فأفتوا بأخذ الأجرة على التعليم، وكذا على الإمامة، والأذان كذلك، مع أن ذلك مخالف لما اتفق عليه أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد من عدم جواز الاستعجار وأخذ الأجرة عليه، كبقية الطاعات من الصوم والصلاة والحجّ وقراءة القرآن ونحو ذلك^(١).

ومن ذلك قول الإمامين بعدم الاكتفاء بظاهر العدالة في الشهادة مع مخالفته لما نصّ عليه أبو حنيفة بناءً على ما كان في زمنه من غلبة العدالة، لأنه كان في الزمن الذي شهد له رسول الله ﷺ بالخيرية، وهما أدركا الزمن الذي فشى فيه الكذب، وقد نصّ العلماء على أن هذا الاختلاف اختلافاً عصر لا اختلافاً حُجّة وبرهان.

ومن ذلك تحقق الإكراه من غير السلطان مع مخالفة قول الإمام بناءً على ما كان في زمنه من أن غير السلطان لا يمكنه الإكراه، ثم كثرة الفساد، فصار يتحقق الإكراه من غيره، فقال محمد باعتباره، وأفتى به المتأخرون.

ومن ذلك تضمين الساعي مع مخالفته لقاعدة المذهب في أن الضمان على المباشر دون المتسبب، ولكن أفتوا بضمانه زجراً بسبب كثرة السعاة المفسدين.

ومن ذلك مسائل كثيرة: كتضمين الأجير المشترك، وقولهم: إن الوصي ليس له المضاربة بمال اليتيم في زماننا، وإفتائهم بتضمين الغاصب عقار اليتيم والوقف، وبعدم إجارتها أكثر من سنة في الدور، وأكثر من ثلاث سنين في الأراضي، مع مخالفته لأصل المذهب من عدم الضمان وعدم التقدير بمدة.

ومن ذلك منع النساء عما كنّ عليه في زمن النبي ﷺ من حضور المساجد لصلاة الجماعة.

وإفتائهم بمنع الزوج من السفر بزوجه وإن أوفاهما المعجل لفساد الزمان^(٢).

د. عمر سليمان الأسقر

(١) نشر العرف لابن عابدين (انظر مجموعة رسائله): ١٢٣/٢. وفي جعل هذه المسألة من اختلاف العرف نظر عندي، لأن التحريم الذي قال به المتقدمون ليس مبنياً على العرف، بل على نصوص كثيرة دلت على هذا من الكتاب والسنة، والذين جؤزوا أخذ الأجرة من الصحابة والتابعين وفقهاء الأمصار إنما جؤزوه لأدلة صحّت عندهم، فلا يجوز أن يقال: إن العرف تغير في هذه المسألة، وليست هذه المسألة من المسائل المبنية على العرف، والأصح أن يقال: إن تغير الحكم فيها تغير اجتهاد.

(٢) المصدر السابق: ١٢٤/٢. وقد ذكر مسائل كثيرة غير المسائل التي نقلناها عنه، وفي أثناء بعض هذه المسائل على العرف نظر.

المراجع مُرتبة على حروف المعجم

- ١ - أثر العرف في التشريع الإسلامي، للدكتور السيد صالح عوض، طبعة دار الاتحاد الجامعي مصر.
- ٢ - الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، للقرافي، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب، سوريا، ١٣٨٧هـ - ١٩٦٧م.
- ٣ - الأشباه والنظائر، لابن نجيم، مؤسسة الحلبي وشركاه، ١٣٨٧هـ - ١٩٦٨م.
- ٤ - الأشباه والنظائر، للسيوطي، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، ١٣٧٨هـ - ١٩٥٩م.
- ٥ - أصول القانون، للدكتور حسن كيره، دار المعارف، مصر، الثانية ١٩٥٩م.
- ٦ - أصول القانون، للدكتور عبد المنعم فرج الصدة، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، ١٩٦٥م.
- ٧ - أعلام الموقعين، لابن القيم، دار الكتب الحديثة، القاهرة، ١٣٨٩هـ - ١٩٦٩م.
- ٨ - بصائر ذوي التمييز، للفيروزآبادي، نشره المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، القاهرة، ١٣٩٣هـ - ١٩٧٣م.
- ٩ - تاريخ الفقه الإسلامي، للمؤلف، مكتبة الفلاح، الكويت، الأولى ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م.
- ١٠ - التمهيد في فروع الفروع على الأصول، للأسنوي، تحقيق وتعليق الدكتور محمد حسن هيتو، طبعة مؤسسة الرسالة، بيروت، الثانية ١٤٠١هـ - ١٩٨١م.
- ١١ - تهذيب اللغة، لأحمد الأزهرى، الدار المصرية للتأليف، القاهرة.
- ١٢ - شرح رسالة تنبيه الرقود على أحكام النقود، لابن عابدين، لمحمد سلامة جبر، مطابع القبس التجارية، الكويت.
- ١٣ - شرح الكوكب المنير، لابن النجار الحنبلي، مركز البحث العلمي بجامعة الملك عبد العزيز، جدة ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م.
- ١٤ - الشريعة الإلهية، للمؤلف، دار الدعوة، الكويت، الثانية ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.
- ١٥ - صحيح البخاري، اعتمدت على متن فتح الباري، طبعة المكتبة السلفية، القاهرة، الأولى ١٣٨٠هـ.

- ١٦ - العرف والعادة في رأي الفقهاء، لأحمد فهمي أبوسنة، مطبعة الأزهر، القاهرة.
- ١٧ - علم أصول الفقه، لعبد الوهاب خلاف، دار القلم، الكويت، التاسعة ١٣٩٠هـ - ١٩٧٠م.
- ١٨ - فتح الباري شرح صحيح البخاري، طبعة المكتبة السلفية، القاهرة، الأولى ١٣٨٠هـ.
- ١٩ - القانون الدستوري، للدكتور سعد العصفور، دار المعارف، مصر، الأولى ١٩٥٤م.
- ٢٠ - القانون المدني: مجموعة الأعمال التحضيرية، دار الكتاب العربي، القاهرة.
- ٢١ - قواعد الأحكام في مصالح الأنام، للعزّ بن عبد السلام، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، ١٣٨٨هـ - ١٩٦٨م.
- ٢٢ - كشف الخفا ومزيل الإلباس عمّا يدور من الأحاديث على ألسنة الناس للعجلوني، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الثالثة ١٣٥٢هـ.
- ٢٣ - لسان العرب، لابن منظور، ترتيب يوسف خياط ونديم مرعشلي، طبعة دار لسان العرب، بيروت.
- ٢٤ - مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، نشر حكومة السعودية، الطبعة الأولى.
- ٢٥ - المدخل الفقهي العام، للأستاذ مصطفى أحمد الزرقا، مطبعة جامعة دمشق، الطبعة السابعة ١٣٨٣هـ - ١٩٦٣م.
- ٢٦ - المستصفي، للغزالي، المطبعة الأميرية ببولاق، مصر ١٣٢٢هـ.
- ٢٧ - معجم مقاييس اللغة، لابن فارس، طبعة الحلبي، القاهرة.
- ٢٨ - المفردات في غريب القرآن للراغب الأصفهاني، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة.
- ٢٩ - المنشور في القواعد، للزرکشي، نشر وزارة الأوقاف، الكويت، الأولى ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م.
- ٣٠ - الموافقات، للشاطبي، تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد، مكتبة محمد علي صبيح، القاهرة.
- ٣١ - نشر العرف، لابن عابدين، منشور في مجموعة رسائل ابن عابدين، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- ٣٢ - نظرية العرف، للدكتور عبد العزيز خياط، مكتبة الأقصى، عمان ١٣٩٧هـ - ١٩٧٧م.
- ٣٣ - النهاية في غريب الحديث، لابن الأثير، المكتبة العلمية، بيروت.

*

**

1. The first part of the text

is about

the

العرف (بمخت فقهيّ مقارن)

إعداد

الدكتور محمد جبر الألفي

كلية الحقوق - جامعة الكويت

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

المقدّمة

١ - شاع في أقوال الفقهاء، من مختلف المذاهب الإسلامية، أن العادة محكمة وأن استعمال الناس حجة يجب العمل بها، وأن الحقيقة تترك بدلالة العادة والعرف، وأن العرف في الشرع له اعتبار، وأن التعيين بالعرف كالتعيين بالنص، وأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، حتى صارت هذه العبارات وما يماثلها أساساً لقواعد فقهية استقرت في الفقه الإسلامي وفي تشريعات العديد من الدول الإسلامية، وتؤكد بمقتضاها ما للعرف من دور متميز في إنشاء الأحكام وتعديلها وتفسيرها.

٢ - فلما نهضت حركة «التقنين» في البلاد العربية والإسلامية لزم بيان المصادر الرسمية التي ينبغي على القاضي أن يلجأ إليها ليستمد أحكامه منها. واحتل العرف مكان الصدارة، بعد النص، في بعض هذه التقنيات، ووضعه بعضها الآخر في المرتبة الثالثة من المصادر الرسمية، بحيث لا يحكم القاضي بمقتضاه إلا عند سكوت النص القانوني عن تقرير حكم يفصل في النزاع، وعدم استطاعة القاضي استنباط هذا الحكم من مبادئ الشريعة الإسلامية. واعتبر هؤلاء وأولئك أنهم بذلك يتبعون النهج الإسلامي القويم.

٣ - من أجل ذلك كانت أهمية هذا البحث لتحديد معنى العرف، وتعيين أركانه، والكشف عن أساس قوته الملزمة، وبيان الوظيفة التي يمكن أن يؤديها في مجال التشريع. وهذا يقتضي أن نتبع في دراسة العرف المنهج التالي:

الفصل الأول: معنى العرف وبيان أركانه.

الفصل الثاني: القوة الملزمة للعرف.

الفصل الثالث: دور العرف في التشريع.

الفصل الرابع: التطور التشريعي للعرف.

**

الفصل الأول

معنى العرف وبيان أركانه

٤ - اختلف العلماء في تحديد معنى العرف، ونتيجة لهذا الاختلاف تقاربت مع العرف بعض المصطلحات أو تباعدت. واشترط البعض لاعتبار العرف أوصافاً تؤكد قيامه وتعين درجة إلزامه. وهذا ما نعالجه في مبحثين:

نخصص أولهما لبيان معنى العرف، والتفرقة بينه وبين ما قد يشبهه به.
ونستعرض في الآخر أركان العرف وشروط كل ركن.

* * *

المبحث الأول

تحديد معنى العرف وتمييزه من الألفاظ ذات الصلة

أولاً - تحديد معنى العرف:

٥ - معنى العرف في اللغة:

أورد علماء اللغة للعرف عدة معانٍ^(١)، منها: كل مرتفع، كعرف الديك والرمل والجبل. ومنها: ما تعارف عليه الناس في عاداتهم ومعاملاتهم. والعرف أيضاً اسم من الاعتراف، يقال: له عليّ ألف عرفاً. ويطلق العرف كذلك على كل معروف، وهو ما تعرفه

(١) الأزهري، الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي، تحقيق محمد الألفي، الكويت ١٩٧٩م، من ١٠٩. ابن منظور، لسان العرب، بيروت ١٩٥٥/١٩٥٦م، ١٤٤/١١ وما بعدها. الجوهري، تاج اللغة وصحاح العربية، الطبعة الأولى: ١٤٠٢/٤ - ١٤٠٣. الزبيدي، تاج العروس، طبعة بيروت ١٩٦٦م: ١٩٣/٦. الفيروزآبادي؛ القاموس المحيط، ١٣٧٣هـ: ١٧٨/٣ - ١٧٩. الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير. المعجم الوسيط، القاهرة، ١٩٥٠م: ٥٣/٢ - ٥٤. مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، القاهرة ١٩٦١م: ٦٠١/٢.

النفس من الخير وتطمئن إليه، كما في قوله تعالى: ﴿حَذِرِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ﴾^(١).

ومن معاني العرف: تتابع الشيء متصلاً ببعضه ببعض، كعرف الفرس، سمي بذلك لتتابع الشعر، ومنه قولهم: طار القطا عرفاً عرفاً، أي متتابعة. ومن هذه المعاني يتضح أن مادة (عُرْف) «يغلب ورودها فيما ارتفع من المُحَسَّات وكرم من المعاني، والمعنى الأخير منها يشعر بمتابعة البعض للبعض»^(٢).

٦ - معنى العرف في الاصطلاح:

ذكر «الجرجاني» في «التعريفات»، أن: «العرف ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول، وتلقته الطبائع بالقبول»^(٣)، وما ذكره الفقهاء والأصوليون من تحديد لمعنى العرف يدور حول هذا التعريف، فقد عرفه «النسفي» في «المستصفي» بقوله: «... العرف ما استقر في النفوس من جهة العقول، وتلقته الطبائع السليمة بالقبول»^(٤)، أي أن العرف «هو الأمر الذي اطمأنت إليه النفوس وعرفته، وتحقق في قرارها وألفته مستندة في ذلك إلى استحسان العقل، ولم ينكره أصحاب الذوق السليم في الجماعة»^(٥). وعرفه «علي حيدر» في «درر الحكام» بقوله: «الأمر الذي يتقرر في النفوس، ويكون مقبولاً عند ذوي الطبائع السليمة بتكراره المرة بعد المرة»^(٦). وقريب من هذا التعريف الذي ذكره «مصطفى أحمد الزرقاء» في «شرح القواعد الفقهية»^(٧). أما عبد الوهاب خلاف فقد عرفه بقوله: «ما تعارفه الناس وساروا عليه من قول

(١) سورة الأعراف: الآية ١٩٩.

(٢) ابن منظور، لسان العرب، نفس الموضع المتقدم.

(٣) الجرجاني، التعريفات، بيروت ١٩٨٣م: ص ١٤٩.

(٤) النسفي، المستصفي، مخطوط، أورده: أحمد فهمي أبو سنة في: العرف والعادة في رأي الفقهاء، للأزهر ١٩٤٧م: ص ٨. وذكره «البيري» في شرحه للأشباه والنظائر، نقلاً عن المستصفي، «عمر عبد الله، العرف في الفقه الإسلامي، مجلة الحقوق، الإسكندرية يناير/ مارس ١٩٥١م: ص ٢٢. وأورده، نقلاً عن المستصفي المخطوط لحافظ الدين النسفي، السيد صالح عوض في: أثر العرف في التشريع الإسلامي، القاهرة ١٩٨١م: ص ٥٠ هكذا: «العادة والعرف: ما استقر في النفوس، وتلقته الطبائع السليمة بالقبول». وقد أورد عدد من الباحثين هذا التعريف، وعزوه إلى الإمام الغزالي في المستصفي: ١٣٨/٢، انظر على سبيل المثال: عبد العزيز الحياط، نظرية العرف، عمان ١٩٧٧م: ص ٢٣. عجيل النشعي، المستشرقون ومصادر التشريع الإسلامي، الكويت ١٩٨٤م: ص ١٩٣. محمد سلام مذكور، مناهج الاجتهاد في الإسلام، الكويت ١٩٧٤م: ص ٢٤٦.

(٥) أحمد فهمي أبو سنة، المرجع السابق: ص ٨.

(٦) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، بيروت / بغداد، د. ت: ٤٠/١.

(٧) مصطفى أحمد الزرقاء، شرح القواعد الفقهية، بيروت ١٩٨٣م: ص ١٦٥.

أو فعل أو تركه^(١). وهكذا يتحقق الارتباط بين المعنى اللغوي للعرف ومعناه في الاصطلاح.

ثانياً – تمييز العرف عما قد يشتبه به :

٧ – العرف والعادة :

أقرب المعاني شبيهاً بالعرف : العادة .

والعادة في اللغة : الاستمرار على الشيء ، سميت بذلك لأن صاحبها يعاودها ، أي : يرجع إليها مرة بعد أخرى^(٢) . ووجه الشبه : أن من معاني العرف : تتابع الشيء متصلاً بعضه ببعض .

أما في الاصطلاح ، فللعلماء في تعريفها مسلكان : يقضي أولهما بعدم التفريق بين العادة والعرف في المعنى . ويقضي الآخر بانفراد كل منهما بمعنى .

(أ) ففي «المستصفي» ، للنسفي : «العادة والعرف : ما استقر في النفوس من جهة العقول ، وتلقته الطباع السليمة بالقبول»^(٣) . وبمثل هذا قال عدد من الباحثين^(٤) .

(ب) والذين سلكوا المسلك الآخر لم يتفقوا على معيار للتفرقة بين العادة والعرف فبينما يرى بعضهم أن العادة هي العرف العملي ، وأن العرف هو القول^(٥) ، يرى آخرون أن العادة – عند إطلاقها – لا تشمل إلا الفعل ، وأن العرف – عند إطلاقه – يشمل الفعل والقول^(٦) ويبدو من كلام «الشاطبي» أنه فرق بين العادة والعرف على أساس أن العادة كلية أبدية «العوائد العامة» ، وأن العرف راجع إلى عادة جزئية داخلية تحت العادة الكلية «وهي التي يتعلق

(١) عبد الوهاب خلاف ، علم أصول الفقه ، الكويت ١٩٧٠م : ص ٨٩ .

(٢) الفيومي ، المصباح المنير : ٨٨/٢ . المعجم الوسيط : ٦٤١/٢ .

(٣) انظر فيما سبق : فقرة ٦ ، هامش ٥ .

(٤) علي حيدر ، درر الحكام : «والعرف بمعنى العادة» . وهو ما يفهم من كلام : أحمد فهمي أبو سنة في : العرف والعادة . وأخذ بهذا الاتجاه : عبد الوهاب خلاف «العرف هو ما تعارفه الناس وساروا عليه من قول أو فعل أو ترك ، ويسمى العادة . وفي لسان الشرعيين : لا فرق بين العرف والعادة . وهو ما اختاره : محمد سلام مذكور في المرجع السابق ذكره . وكذلك : عمر عبد الله في المقال المشار إليه ص ٣ : «فلا تفيد كلمة العادة معنى غير معنى العرف» . وهو أيضاً ما اختاره السيد صالح عوض في المرجع المتقدم : ص ٦١ .

(٥) الكيال بن المهام ، التحرير ، وشرحه : تيسير التحرير ، لأمير بادشاه محمد أمين ، طبعة الحلبي ١٣٥٠هـ : ٣١٧/١ . وكذلك : التقرير والتحرير ، لابن أمير حاج ، القاهرة ١٣١٦هـ : ٢٨٢/١ . أحمد الزرقاء ، شرح القواعد الفقهية : ص ١٦٥ ، «العادة : هي الاستمرار على شيء مقبول للطبع السليم ، والمعاودة إليه مرة بعد أخرى . وهي المرادة بالعرف العملي» .

(٦) السيد صالح عوض ، المرجع السابق : ص ٦١ والمراجع التي أشار إليها .

بها الظن لا العلم»^(١). ويميل بعض الباحثين إلى التفرقة بين العرف والعادة على أساس أن العادة أمر فردي، وأن العرف عادة جماعية^(٢).

٨ - ويبدو أن من جمع في المعنى بين العادة والعرف، لاحظ أن العادة قبل أن تستقر في العمل وتطمئن إليها النفوس، لا يعول عليها أصولي أو فقيه في مجال الأحكام الشرعية، فإذا ما توافر لها من الشروط ما يضعها موضع الاعتبار فإنها تسمى عرفاً، ولا ضير في استصحاب الإطلاق الأصلي «عادة» ما دام المراد منه قد وضح.

وأما من فرق في المعنى بين العادة والعرف، فقد لاحظ استعمال بعض الفقهاء لكل من اللفظين في معنى مستقل به، ولا يبعد أن تكون هذه التفرقة راجعة إلى اختلاف المعنى تبعاً لاختلاف الزمان أو المكان. ويساعد على هذا التوجيه ما قد يستشف من أقوال المحققين.

ففي «التعريفات» يقول الشريف الجرجاني: «العرف: ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول، وتلقته الطباع بالقبول، وهو حجة أيضاً، لكنه أسرع إلى الفهم. وكذا العادة: وهي ما استمر الناس عليه على حكم العقول، وعادوا إليه مرة بعد أخرى»^(٣). والذي يلفت الانتباه في هذا التعريف أن «الجرجاني» لم يعول على العادة المجردة التي وردت في كلام بعض الأصوليين^(٤)، وإنما اعتمد العادة المستمرة التي بنيت على حكم العقول، ثم فرق بينها وبين العرف من حيث إن العرف عادة مستقرة بشهادة العقول التقت عليها الطباع السليمة من غير تكبير.

وفي رسالة «نشر العرف» يقدم ابن عابدين فصل الخطاب في المسألة بهذه العبارة الدقيقة: «العادة مأخوذة من المعاودة، فهي بتكررها ومعاودتها مرة بعد أخرى صارت معروفة مستقرة في النفوس والعقول، متلقاة بالقبول من غير علاقة ولا قرينة، حتى صارت حقيقة عرفية. فالعادة والعرف بمعنى واحد من حيث الماصدق، وإن اختلفا في المفهوم»^(٥). و«الماصدق» عند المناطقة: الأفراد التي يتحقق فيها معنى الكلي، فكأن العرف عادة توافر لها الاستقرار في النفوس والعقول، وتلقتها الجماعة بالقبول، فلا بأس من أن يطلق الفقهاء على هذه العادة اسم العرف أو أن يبقوا على اللفظ الأصلي «العادة»، ما دام مرادهم منها قد بان.

(١) الشاطبي، الموافقات، القاهرة ١٣٤١هـ: ٢/٢٩٨.

(٢) محمد مصطفى شلبي، أصول الفقه الإسلامي، بيروت ١٩٨٦م: ١/٣١٣. منصور محمد الشيخ، أصول الأحكام، طبعة الجامعة الإسلامية/ ليبيا: ص ٢٠٠.

(٣) الجرجاني، التعريفات: ص ١٤٩.

(٤) ابن أميرحاج، التفرير والتجبر: ١/٢٨٢: «العادة: الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية».

(٥) ابن عابدين، مجموعة رسائل، دار سعادت ١٤٢٥هـ: ٢/١٢٥.

٩ - العرف والعمل :

ذكر «السلجاسي»^(١)، في تعليقه على «العمل الفاسي»^(٢) : أن بعض العلماء، وخص منهم ابن فرحون^(٣)، يعتبر العرف والعمل أمراً واحداً. ثم انتقد هذا الرأي مبيناً أن العلماء حين يقولون : هذا هو العمل، أو : على هذا جرى العمل، فإنما يعنون أن هذا الحكم قال به الفقهاء، ثم استقرت عليه أحكام القضاء. وحين يقولون هذا هو المتعارف، أو : بهذا جرت العادة، فإنما يعنون أن هذا هو ما جرى عليه العمل عند عامة الناس، من غير أن يستند إلى رأي فقهي أو أن يطابق أحكام القضاء^(٤).

ويبدو أن الذين لم يفرقوا بين العرف والعمل لاحظوا أن جريان أحكام القضاء، في مسألة معينة، على تحكيم العرف في النزاع، يعتبر بمثابة «العرف العملي» الذي اعتبره الفقهاء، وبنوا عليه كثيراً من الأحكام. فقد نقل عن ابن فرحون قوله : «سئل مالك عن الناكح : هل يلزمه لأهل المرأة هدية العرس، وجل الناس تعمل به عندنا حتى إنه لتكون فيه الخصومة، أترى أن يقضي به؟ قال : إذا كان ذلك قد عرف من شأنهم، وهو عملهم، لم أر أن يطرح عنهم إلا أن يتقدم فيه للسلطان، لأنني أراه أمراً قد جروا عليه»^(٥).

ومع ذلك فالتفرقة واردة، ذلك أن مصطلح «عمل» الذي شاع في الفقه المالكي وخصه فقهاء الأندلس والمغرب بمؤلفات قيمة^(٦)، يرجع في أصله إلى «عمل أهل المدينة» الذي رأى الإمام مالك أنه يحقق الإجماع، فقدمه على أخبار الأحاد وعلى القياس^(٧). فلما استقر المذهب

(١) السلجاسي، حاشية على: العمل الفاسي، طبع حجر، فاس ١٢٩١هـ، ملزمة ١٧ ص ١.

(٢) العمل الفاسي: تأليف عبد الرحمن بن عبد القادر الفاسي، المتوفى سنة ١٠٩٦هـ، ١٦٨٥م. قام بشرحه والتعليق عليه عدد من العلماء، منهم: أبو سعيد عثمان العميري، من علماء القرن الثاني عشر الهجري، وكذلك: أبو عبد الله محمد بن أبي القاسم السلجاسي، المتوفى سنة ١٢١٤هـ. وترجمه إلى الفرنسية: L. Milliot. انظر: الحجوي، الفكر السامي، الرباط/ فاس ١٣٤٠هـ: ٢٢٦/٤ وما بعدها.

(٣) برهان الدين إبراهيم، من أشهر علماء الأصول والفقه في المذهب المالكي، توفي سنة ٧٦٩هـ. ومن كتبه: تبصرة الحكام أصول الأفضية ومناهج الأحكام.

(٤) Louis Milliot; Introduction à l'étude du droit musulman, Paris 1953, p. 174 - 175.

(٥) ابن فرحون، تبصرة الحكام، القاهرة ١٣٠٢هـ: ٦٧/٢.

(٦) أضيف إلى كتب «العمل» التي أشرنا إليها في هـ ٢١: الباجي، فصول الأحكام وبيان ماضي عليه العمل عند الفقهاء والحكام، تحقيق: محمد أبو الأجناب، تونس ١٩٨٥م. عبد الصمد كنون، جنى زهر الأس شرح عمل فاس، مصدر. ت.

(٧) علي حسن عبد القادر، نظرة عامة في تاريخ الفقه الإسلامي، القاهرة ١٩٥٦م: ص ٢٢٥.

المالكي في «القيروان»، كان جل اعتماد العلماء على ما نقل إليهم من فتاوى الفقهاء وأحكام القضاة . وفي «فاس» نظر الفقهاء بعين الاحترام إلى ما كان يصدره قضاة الأندلس من أحكام ، ولما استقل المغرب بعد ذلك صار له قضاؤه المستقل الذي يعتبر مصدر «العمل الفاسي» . لقد واجه هذ القضاء حالات كثيرة، للفقهاء في حكمها أقوال متضاربة، فكان القاضي يختار من بينها ما يتواءم مع العرف، حتى لو خالف القول المشهور في المذهب، وذلك رعاية للمصلحة بجلب منفعة أو دفع مضرة، والتزم القضاة اللاحقون هذا المنهج العملي، طالما بقيت المصلحة قائمة، فإذا انقضت المصلحة لم يعد هناك مبرر للعمل بالقول المرجوح، وبني القاضي حكمه على القول المشهور في المذهب . وقد أيد هذا المسلك القضائي عدد من الفقهاء : كابن عتاب وابن رشد وابن سهل وابن زرب واللخمي^(١) .

والخلاصة أن «العمل» يتطلب وجود رأي فقهي يستند إليه، ولو كان مرجوحاً، وهذا ما يفرق بينه وبين العرف، فهو ما استقر في النفوس من جهة العقول، وتلقته الطباع السليمة بالقبول .

١٠ - العرف والإجماع :

يرى بعض الباحثين أن العرف إجماع، لأنه اتفاق طائفة من الأمة أو جميعها على أمر^(٢) . وحاول بعض آخر رد العرف إلى الإجماع العملي، بناء على القول بتجزئ الاجتهاد وعدم خلو العصر عن المجتهدين، أورده إلى دلالة الإجماع متى تحققت علته فيما جرى به تعامل الناس^(٣) .

ويبدو أن هذه الآراء تجد سنداً فيما نص عليه بعض الفقهاء عند تحرير علة تحريم الربا: «... وما لم ينص عليه رسول الله ﷺ فهو محمول على عادات الناس في الأسواق، لأن العادة دالة على الجواز فيما وقعت عليه لقوله ﷺ: «وما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن» . ومن ذلك دخول الحمام وشرب ماء السقاء، لأن العرف بمنزلة الإجماع عند عدم النص^(٤)، وفيما ذكره بعضهم عند تعريف العرف العام وأنه: «ما تعارفه المسلمون من عهد الصحابة إلى زماننا، وأقره المجتهدون وعملوا به بناء على التعارف العام، وإن خالف القياس ولم يرد به النص ولا قام عليه دليل، فهذا أخذ به الفقهاء وأثبتوا به الأحكام الشرعية، وقد قالوا: إن العرف بمنزلة الإجماع عند عدم النص^(٥)» .

(١) - Milliot; Op. cit. . p. 171 - 172 et les références citées.

(٢) أورده: عبد العزيز الخياط في: نظرية العرف: ص ٣٦ .

(٣) أحمد فهمي أبو سنة، المرجع السابق: ص ٣٢ - ٣٦ .

(٤) ابن المهام، فتح القدير، بولاق مصر ١٣١٥هـ: ٢٨٢/٦ .

(٥) ابن عابدين، مجموعة رسائل: ١٨٦/١ .

ومع ذلك فالفرق لا يزال قائماً بين العرف والإجماع من عدة وجوه، منها^(١):

(أ) أن الإجماع لا يكون إلا من المجتهدين في عصر من العصور، أما العرف فإنه يصدر عن عامة الناس وخاصتهم، ولا يشترط اجتماعهم عليه.

(ب) وأن الإجماع يتحقق بمجرد اتفاق المجتهدين على أمر دون حاجة إلى تكراره، أما العرف فلا ينشأ إلا إذا تكرر فعله حتى يستقر في النفوس وتطمئن إليه القلوب.

(ج) وأن الإجماع لا بد له من مستند، نص أو قياس، وقد يكون كل منهما خفياً^(٢)، أما محل العرف فلا نص فيه ولا قياس.

* * *

المبحث الثاني أركان العرف

١١ - عرضنا فيما تقدم مختلف التعريفات التي وضعها الأصوليون والفقهاء لتحديد معنى العرف المعتبر في الأحكام الشرعية^(٣)، ووجدنا أن الجامع لهذه التعريفات أنه: أمر استقرت عليه النفوس، مستندة في ذلك إلى استحسان العقل، وتلقته الطباع السليمة في الجماعة بالقبول لتكراره المرة بعد المرة. وانطلاقاً من هذا المعنى يمكن أن نستخلص ركنين لا يقوم العرف بدونهما: أحدهما خارجي (مادي)، والآخر داخلي (نفسى).

أولاً - الركن المادي:

١٢ - يتمثل الركن المادي للعرف في مسلك عام تكرر على نمط واحد فترة من الزمن تكفي ليتحقق له معنى الثبات والاطراد^(٤). ومن هنا وجب في السلوك المكون للركن المادي للعرف ثلاث صفات: العموم، والقدم، والثبات.

١٣ - (أ) العموم:

تصرف صفة العموم إلى المسلك الذي تكرر مرة بعد أخرى، بحيث يسود تطبيقه

(١) محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق: ص ٣١٦ - ٣١٧.

(٢) ابن السبكي، جمع الجوامع، وشرحه لجلال الدين المحل، وحاشية البناني، وتقرير الشربيني، القاهرة ١٣٥٦هـ: ١٩٥/٢.

(٣) فيما سبق، فقرة ٦.

(٤) أطرد الشيء أطراداً: تبع بعضه بعضاً وجرى. تقول: أطرد الأمر، أي استقام، والانهار تطرد، أي تجري (مختار الصحاح، للرازي).

الوسط الذي نشأ فيه، مع مراعاة جميع الأفراد الذين يعينهم هذا المسلك، وإلى هذا يشير الشاطبي بقوله: «إن العلم المحكوم به على العادات وإنما هو في كليات الوجود، لا في جزئياته»^(١). ويعبر بعض العلماء عن صفة العموم بـ «الاشتهار»، كما جاء في قول القرافي: «... الاشتهار أن يكون أهل العرف لا يفهمون عند الإطلاق إلا ذلك المعنى، لا من لفظ الفقهاء، بل من استعمالهم لذلك اللفظ في ذلك المعنى، فهذا هو الاشتهار المعبر لنقل اللفظ من اللغة إلى العرف»^(٢).

ويقابل صفة العموم ما يطلق عليه الفقهاء وصف «الاشتراك»، فالمسلك المشترك: هو الذي لا يسود الوسط الذي نشأ به، وإنما تساوى العمل به وتركه، فهذا المسلك المشترك ولا يبنى عليه الحكم للتردد في أن المتكلم قصد هذا المعنى أو المعنى الآخر، فلا يتقيد أحد المعنيين لتعارضهما بتحقيق الاشتراك»^(٣). ونفس الحكم ينطبق على المسلك الذي انفرد به بعض أفراد الجماعة التي يعينها هذا العرف، فقد ذكر ابن عابدين، في معرض تعليقه على الخلاف بين الفقهاء في اعتبار بعض العادات، «... أن هذا العرف لم يشتهر في بلدة، بل تعارفه بعض أهل بخارى دون عامتهم، ولا يثبت التعارف بذلك»^(٤).

١٤ - ولا تعني صفة العموم ضرورة تكرار المسلك أو اعتياد القيام به من كل أفراد الجماعة، فهذا أمر لا يتحقق إلا في الجماعات قليلة العدد، أما الجماعات التي اتسعت وتنوعت عناصرها فيندر أن يتكون فيها عرف عام، ولهذا يكفي أن يقتصر الاعتياد على أبناء بلدة معينة أو أفراد طائفة محدودة، ما دام الاعتياد قد وقع من عدد غير محدود من أشخاص غير معينين بذواتهم، وهذا ما يعرف بالعرف المحلي، أو العرف المهني، أو العرف الإداري، أو العرف الدولي.

١٥ - وبناء على ذلك قسم العلماء العرف إلى عام وخاص.

- فالعرف العام: هو «ما غلب على الناس من قول أو فعل أو ترك»^(٥). ومثلوا لذلك بعقد «الاستصناع»، فإنه عقد على شيء مستقبل، وإنه لا يجوز بناء على القياس، غير أن

(١) الشاطبي، الموافقات: ٢/٢٨٢.

(٢) القرافي، الأحكام في تمييز الفتاوى من الأحكام، الطبعة الأولى: ص ٧١.

(٣) ابن عابدين، المرجع المتقدم: ٢/١٣٢.

(٤) ابن عابدين، نفس المرجع: ٢/١١٦.

(٥) محمد الطاهر بن عاشور، حاشية على شرح تنقيح الفصول: ١/٢٤٨، مشار إليه في: أثر العرف،

للسيد صالح عوض: ص ١٣٩.

التعامل العام به من غير تكبير جعله مقدماً على القياس^(١).

– والعرف الخاص: هو ما غلب على أهل إقليم معين أو طائفة محددة أو على علاقات من نوع خاص^(٢)، كتعارف التجار على ما يعد عيباً وما لا يعد كذلك^(٣).

وقد أشار القرافي إلى هذا التقسيم بقوله: «... وقد تكون هذه الغلبة في سائر الأقاليم، كالحاجة للغذاء والتنفس في الهواء، وقد تكون خاصة ببعض الفرق، كالأذان للإسلام والناقوس للنصارى، فهذه يقضى بها عندنا»^(٤).

١٦ – (ب) القدم:

لكي يتكون الاعتياد، يلزم أن تكون العادة قد نشأت منذ زمن بعيد، يدل على أنها تأصلت في نفوس الأفراد، وليست مجرد تجربة قد تبقى أو تزول. وقدم العرف مسألة تقديرية تختلف باختلاف الأحوال، سواء في ذلك العرف العام أو الخاص، «وهذا هو ما عليه جمهور الفقهاء»^(٥). وخالف بعضهم، فاعتبر أن العرف لا يكون حجة شرعية إلا إذا جرى العمل به من عهد الصحابة حتى زماننا دون أن ينكره المجتهدون^(٦)، وقد تعقب العلماء هذا الرأي بالنقد أو بالتأويل^(٧).

١٧ – (ج) الثبات أو الاطراد:

يجب أن يكون التكرار في المسلك موحداً، بمعنى أن يجري على نمط واحد لا يتخلله، مع بقاء الظروف عينها، اتباع مسلك مختلف^(٨). ولعل هذا هو المراد من قول الفقهاء: قاعدة الأيمان، البناء فيها على العرف إذا لم يضطرب، فإن اضطرب فالرجوع إلى اللغة^(٩). على أن هذا الشرط لا يعني أن يكون اتحاد المسلك مطلقاً، فشذوذ بعض أفراد الجماعة لا ينفي وحدة

(١) ابن عابدين، المرجع السابق: ١١٤/٢.

(٢) محمد مصطفى شلبي، نفس المرجع المتقدم: ص ٣١٥.

(٣) عبد العزيز الخياط، نظرية العرف: ص ٣٣.

(٤) القرافي، شرح التنقيح، طبعة الخيرية: ص ٢٠٠.

(٥) السيد صالح عوض، نفس المرجع: ص ١٣٨. وانظر: رسائل ابن عابدين: ٥١/٢.

(٦) علي حيدر، درر الحكام، تعليقا على المادة ٣٦ من المجلة.

(٧) ابن عابدين، مجموعة رسائل: ١٢٢/٢ – ١٢٣.

(٨) عبد الحمي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية – ١ – القانون، الكويت ١٩٧٢م: ص ٢٨.

(٩) العزبن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، طبعة الاستقامة، مصر: ١٢٦/٢. وانظر:

ابن نجيم، الأشباه والنظائر، القاهرة ١٩٦٨م: ص ٤٨. السيوطي، الأشباه والنظائر، القاهرة

١٩٥٩م: ص ٩٢ – ٩٣.

النمط، ولهذا شاع في أقوال الفقهاء: العبرة للغالب الشائع، لا للقليل النادر^(١).

ثانياً – الركن النفسي:

١٨ – لا يرقى الركن المادي إلى مرتبة العرف إلا إذا صاحبه شعور داخلي يؤدي بأفراد الجماعة إلى الاعتقاد بأن هذا المسلك أصبح واجب الاتباع، سواء أكان مرد هذا الاعتقاد إلى أنهم يعتبرون هذا المسلك يطابق العدل ويلائم حاجات الجماعة^(٢)، أم كان مرده إلى اعتقادهم بأنه يمثل قاعدة ملزمة ينبغي إطاعتها^(٣). وهذا واضح من تعريف العرف الذي تبني عليه الأحكام بأنه: «ما استقر في النفوس من جهة العقول، وتلقته الطباع السليمة بالقبول، وهو حجة»^(٤). فاستقرار العرف في النفوس يدل على أنه أصبح مسلكاً واجب الاتباع، قد قبلت الطباع السليمة لأفراد المجتمع الالتزام به شرعاً.

لم ينص العلماء صراحة على هذا الركن النفسي، ولكننا استنبطناه من تعريفهم للعرف والعادة الملزمة. وقد اشترط بعض الباحثين أن يكون العرف ملزماً، بمعنى أنه يتحتم العمل بمقتضاه في نظر الناس، لأن قواعد الفقه المحكمة لا تأبى 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، لغلبة التعامل بالمحرم»^(٥).

**

(١) ابن نجيم والسيوطي، الموضعين السابقين. الشاطبي، الموافقات ٢/٢٨٢، «وإذا كانت العوائد معتبرة شرعاً، فلا يقدر في اعتبارها انحرافها ما بقيت عادة على الجملة». وانظر: أحمد الزرقاء، المرجع

السابق: ص ١٨١ – ١٨٢.

(٢) عبد الحلي حجازي، المرجع السابق: ص ٤٤٩، والمراجع المشار إليها في هـ ٣.

(٣) عبد الحلي حجازي، نفس المرجع، مع هامش ٤.

(٤) انظر فيما سبق: فقرة ٨.

(٥) أحمد فهمي أبو سنة، المرجع السابق: ص ٦٦ – ٦٧. وقارن: السيد صالح عوض، أثر العرف:

ص ٢٢٨ – ٢٣١.

الفصل الثاني

القوة الملزمة للعرف

١٩ - تقتضي دراسة القوة الملزمة للعرف أن نبحث أولاً حجية العرف ومنزلته بين أدلة التشريع، ثم نستعرض بعد ذلك الآراء المختلفة التي قيل بها لتحديد الأساس الذي قامت عليه هذه القوة الملزمة. وهذا نعالجه في بحثين:

المبحث الأول: حجية العرف ومنزلته بين أدلة التشريع.

المبحث الثاني: أساس القوة الملزمة للعرف.

* * *

المبحث الأول

حجية العرف ومنزلته بين أدلة التشريع

أولاً - حجية العرف:

٢٠ - كلما يجري الحديث عن حجية العرف، يرد إلى الذهن قول العلامة ابن عابدين في منظومة «عقود رسم المفتي»:

والعرف في الشرع له اعتبار لذا عليه الحكم قد يدار^(١)

فعل الرغم من أن ابن عابدين من فقهاء المذهب الحنفي، إلا أنه يعبر بقوله هذا عن حجية العرف واعتباره في كافة المذاهب، وهذا ما أشار إليه القرافي بقوله: أما العرف فمشارك بين المذاهب، ومن استقرأها وجددهم يصرحون بذلك فيها^(٢). وعندما ذكر القرطبي: أن الشافعية أنكروا العمل بالعرف لفظاً وعملاً به معنى، رد عليه ابن حجر بقوله: إن الشافعية إنما أنكروا العمل بالعرف إذا عارضه النص الشرعي أو لم يرشد النص الشرعي إليه^(٣). وهو

(١) ابن عابدين، مجموعة رسائل: ٤٤/١.

(٢) القرافي، شرح تنقيح الفصول: ص ١٩٤.

(٣) ابن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، طبعة الحلبي: ٤٢٠/٩.

ما أكده السيوطي بقوله: اعلم أن اعتبار العادة والعرف في الشرع رجع إليه في الفقه مسائل لا تعد كثرة^(١). وعند الخنابلة: لا يجوز للحاكم ولا لغيره أن يساعد من ادعى حقاً يشهد الحس والعادة والعرف أنه ليس له^(٢). وبناءً على ذلك تقرر في التشريع والفتوى والقضاء أن «العادة محكمة»^(٣)، وأن «استعمال الناس حجة يجب العمل بها»^(٤)، وأن «المتنع عادة الممتنع حقيقة»^(٥)، وأن «الحقيقة تترك بدلالة العادة»^(٦)، وأن «المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً»^(٧)، وأن «المعروف بين التجار كالمشروط بينهم»^(٨)، وأن «التعيين بالعرف كالتعيين بالنص»^(٩).

٢١ - ولئن كان الفقه الإسلامي في جملته، قد اعتبر العرف حجة وبنى عليه كثيراً من الأحكام، إلا أن البعض لا يثبت هذه الحجية لكافة أنواع العرف، بل يقصرها على العرف العام دون العرف الخاص^(١٠). ولقد قدّمنا أن جمهور الشافعية لا يعتبرون العرف إذا عارضه النص الشرعي أو لم يرشد النص الشرعي إليه^(١١)، بينما يرى غيرهم أن العرف أصل قائم بذاته إذا لم يثبت نهي عنه ولا إرشاد إليه^(١٢)، ويكاد الفقهاء يتفقون على اعتبار العرف القولي حجة، إلا من شدّد في بعض الفروع^(١٣)، ويمكن أن يقال مثل ذلك في العرف العملي^(١٤).

ثانياً - منزلة العرف بين أدلة التشريع :

٢٢ - جمهور الأصوليين على أن الدليل :

-
- (١) السيوطي، الأشباه والنظائر: ص ٩٠.
 - (٢) ابن قيم الجوزية، إغاثة اللهفان، القاهرة ١٩٣٩م: ٥٥/٢.
 - (٣) المادة ٣٦ من المجلة، وانظر في شرحها: أحمد الزرقاء، المرجع السابق: ص ١٦٥ - ١٦٨.
 - (٤) المادة ٣٧ من المجلة، وانظر في شرحها: أحمد الزرقاء، المرجع السابق: ص ١٦٩.
 - (٥) م ٣٨ مجلة، وانظر: أحمد الزرقاء، نفس المرجع: ص ١٧١ - ١٧٢.
 - (٦) م ٤٠ مجلة، وانظر: أحمد الزرقاء: ص ١٧٧.
 - (٧) م ٤٣ مجلة، وانظر: أحمد الزرقاء: ص ١٨٣ - ١٨٤.
 - (٨) م ٤٤ مجلة، الزرقاء: ص ١٨٥ - ١٨٦.
 - (٩) م ٤٥ مجلة، الزرقاء: ص ١٧٨.
 - (١٠) انظر في هذا الرأي والرد عليه: ابن عابدين، المرجع السابق: ١١٤/٢ وما بعدها. وكذلك: أحمد فهمي أبو سنة، نفس المرجع، ص ٥٨ - ٦١.
 - (١١) ابن حجر، فتح الباري: ٤٢٠/٩.
 - (١٢) محمد أبو زهرة، مالك، القاهرة ١٩٤٦م: ص ٤٤٩.
 - (١٣) أحمد فهمي أبو سنة، العرف والعادة: ص ٥٤.
 - (١٤) ابن نجيم، الأشباه والنظائر: ص ٥٠. السيوطي، الأشباه والنظائر: ص ٩٠. محمد سلام مدكور، مناهج الاجتهاد في الإسلام: ص ٢٤٨.

ما يستدل بالنظر الصحيح فيه على حكم شرعي عمل على سبيل القطع، أو الظن، وبعضهم قصره على ما يستفاد منه حكم شرعي عملي على سبيل القطع، وأما ما يستفاد منه حكم شرعي على سبيل الظن، فهو أمانة لا دليل. «وأدلة الأحكام، وأصول الأحكام، والمصادر التشريعية للأحكام، ألفاظ مترادفة، معناها واحد»^(١).

ولقد اتفقت كلمة جمهور العلماء، من مختلف المذاهب، على أن أدلة الأحكام أربعة: القرآن الكريم، والسنة النبوية، والإجماع، والقياس على هذا الترتيب. وهناك أدلة أخرى، اختلف في الاستدلال بها على الحكم الشرعي، أشهرها: الاستحسان، والاستصحاب، والاستصلاح، والعرف، ومذهب الصحابي، وشرع من قبلنا^(٢).

ومهما يكن من أمر، فللعلماء في تحديد طبيعة العرف مسلكان: يعتبر أولها العرف دليلاً مستقلاً يمكن أن تستفاد منه أحكام شرعية. أما الآخر فلا يعترف بهذا الاستقلال، وإنما يرد الأحكام التي بنيت على العرف إلى دليل آخر ثبت لديه.

٢٣ - المسلك الأول: العرف دليل مستقل.

يرى أصحاب هذا المسلك أن العرف، إذا استوفى شروطه، دليل قائم بذاته إلى جانب الأدلة الشرعية. فقد قال القرافي: إن أدلة الأحكام تسعة عشر، وعدّها منها العوائد^(٣). وجاء في أحكام القرآن لابن العربي: أن العادة دليل أصولي بنى الله تعالى عليه الأحكام، وربط به الحلال والحرام^(٤). وفي المسبوط: «وهذا الأصل معروف: أما تعارفه الناس، وليس في عينه نص يبطله، فهو جائز»^(٥)، وفي موضع آخر منه: «وتعامل الناس من غير تكبير، أصل من الأصول كبير»^(٦). وأورد ابن عابدين ما جاء في البحر، نقلاً عن الكافي: «والأحكام تبتنى على العرف، فيعتبر في كل إقليم وفي كل عصر عرف أهله»^(٧). ولقد صرح بعض أصحاب هذا المسلك بأن العرف بمنزلة الإجماع عند عدم النص^(٨)، ونتيجة لذلك نصوا على أن: التعامل حجة، يترك به القياس، ويخص به الأثر^(٩).

(١) عبد الوهاب خلاف، أصول الفقه: ص ٢٠. (٢) عبد الوهاب خلاف، نفس المرجع: ص ٢١ - ٢٢.

(٣) القرافي، تنقيح الفصول: ص ١٨٩.

(٤) ابن العربي، أحكام القرآن، طبعة الحلبي: ٢/٢٧٠.

(٥) السرخسي، المسبوط، طبعة السعادة ١٣٢٤هـ: ٤٥/١٢.

(٦) السرخسي، نفس المرجع: ١٣٨/١٢.

(٧) ابن عابدين، مجموعة رسائل: ١٣٠/٢.

(٨) الكيال بن المهام، فتح التقدير: ٢٨٢/٦.

(٩) ابن عابدين، نفس المرجع: ٤٧/١ و ١١٤/٢. ومن اعتبر العرف مصدراً يستقل بالتشريع: محمد

سلام المذكور، مناهج الاجتهاد: ص ٢٤٩ هـ ١. وعبد العزيز الحياط، نظرية العرف: ص ٤٣.

وعمر عبد الله، العرف في الفقه الإسلامي: ص ١٤ - ١٥.

٢٤ - المسلك الثاني: رد العرف إلى دليل شرعي:

سلك هذا المسلك أغلب الأصوليين والفقهاء، فلم يجعلوا العرف - مع اعتباره في التشريع - دليلاً مستقلاً، وإنما رده إلى دليل شرعي آخر، كالإجماع، أو الاستحسان أو الاستصلاح.

٢٥ - رد العرف إلى الإجماع^(١):

ذكر المحقق «ابن المهام»: أن جواز الاستصناع جاء استحساناً بالتعامل الراجع إلى الإجماع العملي من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا بلا تكبير، والتعامل بهذه الصفة مندرج في قوله ﷺ: «لا تجتمع أمي على ضلالة»^(٢). فقد ردّ العرف إلى الإجماع، وبناء على الحديث الذي اعتبره الأصوليون دليلاً على حجّيته^(٣). ومثله ما أورده ابن السبكي من أن العادة إذا ثبتت في عهده ﷺ أو بعده بلا تكبير، فقد ثبتت بالسنة أو بالإجماع، وإلا فهي مردودة قطعاً^(٤). ومعروف أن الإمام مالكاً اتخذ عمل أهل المدينة أصلاً تبنى عليه الأحكام، لأنه كان يعتبره إجماعاً يقدمه على خبر الواحد وعلى القياس^(٥). وقد روي أنه، لما اجتمع بأبي يوسف ومحمد بن الحسن في المدينة، وقد سئل عن مقدار الصاع والمد، طلب إلى الحاضرين مجلسه أن يعرضوا ما عندهم من هذه المكايل التي توارثوا العمل بها من عهد رسول الله ﷺ، ثم قال: أتري هؤلاء يجمعون على باطل؟^(٦).

٢٦ - رد العرف إلى الاستحسان^(٧):

من التعريفات التي وضعها الأحناف للاستحسان أنه: ترك القياس إلى ما هو أولى منه، وهو على وجهين: أحدهما: أن يكون فرع يتجاوزه أصلاً، يأخذ الشبه من كل واحد منهما، فيجب إلحاقه بأحدهما دون الآخر، لدلالة توجبه. والوجه الآخر: تخصيص الحكم مع وجود العلة، وذلك قد يكون بالنص أو الأثر أو الإجماع أو بقياس آخر أو بعمل الناس^(٨). مثال

(١) الغزالي، المستصفي، القاهرة ١٢٩٤هـ، ١٧٣/١ وما بعدها.

(٢) ابن عابدين، مجموعة الرسائل، ١٨٦/١.

(٣) الأمدى، الإحكام في أصول الأحكام، القاهرة ١٣٤٧هـ، ٣٧٦/١.

(٤) ابن السبكي، جمع الجوامع: ٣٦٠/٢.

(٥) علي حسن عبد القادر، المرجع السابق: ص ٢٥٥.

(٦) انظر: السيد صالح عوض، أثر العرف: ص ١٨٨ والمراجع التي أشار إليها.

(٧) الغزالي، المستصفي: ٢٧٤/١.

(٨) محمد مصطفى شلبي، أصول الفقه الإسلامي: ص ٢٦٣ والمراجع التي اعتمد عليه، وانظر: ابن الحاجب، منتهى السؤل والأمل في علمي الأصول والجدل، القاهرة ١٢٩٣هـ: ٢٨٢/٢: «العدول إلى خلاف النظر بدليل أقوى منه، كدخول الحمام من غير تقييد بزمان مكث ولا مقدار ماء، لدليل العرف».

ذلك : جواز وقف المنقول كالكتب وغيرها ، فالقياس أن يقتصر في الوقف على ما يكون مؤبداً ، والاستحسان جواز وقف المنقول ، مع أنه عرضة للهلاك ، للعرف .

ومن تعريفات المالكية للاستحسان أنه : تخصيص الدليل العام بالعرف لمصلحة الناس .
مثال ذلك : استحسان دخول الحمام من غير تقرير زمان المكث وقدر الماء ، مع أن الدليل يمنع ، لأنه يحتمل الغرر المنهي عنه في الحديث^(١) .

٢٧ - رد العرف إلى المصلحة^(٢) :

أكثر العلماء يردون العرف إلى المصالح المرسله ، أي تلك التي لم يقم دليل اعتبارها أو إلغائها ، وإنما بني الحكم فيها على ما في الشريعة من قواعد عامة ، توجب تحقيق المصالح ودرء المفاسد^(٣) . فقد جاء في التنقيح : أن دفع المشقة عن النفوس مصلحة ولو أدت إلى خلاف القواعد^(٤) . ويقول الشاطبي : لما قطعنا بأن الشارع جاء باعتبار المصالح ، لنزح القطع بأنه لا بد من اعتبار العوائد ، لأنه إذا كان التشريع على وزن واحد ، دل على جريان المصالح على ذلك ، لأن أصل التشريع سبب المصالح ، والتشريع دائم ، فالمصالح كذلك ، وهو معنى اعتباره للعادات في التشريع^(٥) . ويشيع في أقوال الأحناف : إن في نزح الناس عن عاداتهم حرجاً^(٦) ، وإن في الخروج عن العادة حرجاً بيناً^(٧) . وكثير من الباحثين المعاصرين يردون الأحكام التي بنيت على العرف إلى دليل الاستصلاح^(٨) .

* * *

(١) الشاطبي ، الاعتصام : ٣٢٤/٢ ، العطار ، حاشية على جمع الجوامع : ٢٩٥/٢ .

(٢) الغزالي ، المستصفى : ٢٨٦/١ - ٢٨٧ - ٣٠٦/٢ .

(٣) محمد معروف الدواليبي ، المدخل إلى علم أصول الفقه ، دمشق ١٩٥٥م : ص ٢٧٤ وما بعدها .

(٤) القرافي ، تنقيح الفصول : ص ١٦٩ وما بعدها .

(٥) الشاطبي ، الموافقات : ٢٨٦/٢ وما بعدها .

(٦) ابن عابدين ، مجموعة الرسائل : ١٣٨/٢ .

(٧) ابن عابدين ، نفس المرجع : ١٣٩/٢ .

(٨) انظر على سبيل المثال : أحمد فهمي أبو سنة ، المرجع السابق : ص ٣٦ - ٣٨ . السيد صالح عوض ،

المرجع المتقدم ، ص ٢٣٩ . عبد الوهاب خلاف ، نفس المرجع : ص ٩١ . عجيل الشعي ، نفس

المرجع : ص ١٩٧ . محمد أبو زهرة ، مالك : ص ٤٥٤ . محمد مصطفى شلبي ، أصول الفقه ،

ص ٣٢٣ . منصور الشيخ ، أصول الأحكام ، ص ٢٠٣ .

المبحث الثاني أساس القوة الملزمة للعرف

٢٨ - جرت عادة الأصوليين والفقهاء، عندما يلاحظون أمراً يمكن اعتباره حكماً أو يستفاد منه الحكم، أن يتلمسوا له الأدلة النقلية والعقلية التي تطمئن قلوبهم إلى الاعتماد عليه في التشريع. وبناءً على ذلك أوردوا لإثبات حجية العرف، أدلة من القرآن الكريم والسنة النبوية والإجماع، غير أن تحليل هذه الأدلة قد يجعلها لا تصلح لإثبات الدعوى. من أجل ذلك ينبغي عرض المسألة بطريقة مختلفة، فنقول: ما الدليل على حجية العرف؟ أو بعبارة أخرى: ما أساس القوة الملزمة للعرف؟ أهو العقل الذي شهد بصلاحية الأحكام التي بنيت عليه، حتى استقرت عليها الجماعة؟ أم أن الشرع وحده هو أساس إلزامية العرف؟

قبل الإجابة عن هذا التساؤل، ينبغي أن نلفت النظر إلى أنه لا خلاف بين علماء المسلمين في أن مصدر الأحكام الشرعية هو الله تعالى، وإنما يدور الخلاف بينهم فيما يعرف به حكم الله، هل يمكن للعقل أن يستقل بهذه المعرفة؟ أو أن طريقها إلينا الوحي وحده؟. للعلماء في ذلك اتجاهات ثلاثة: اتجاه الأشاعرة، واتجاه المعتزلة، واتجاه الماتريدية.

٢٩ - أولاً - اتجاه الأشاعرة:

يرى أبو الحسن الأشعري وأتباعه: أن العقل لا يمكن أن يستقل بمعرفة الأحكام الشرعية، لاختلاف العقول في الحكم على الفعل بالتحسين والتقييح، وإذن يكون معيار حسن الأفعال وقبحها هو الشرع المنقول إلينا بواسطة رسل الله^(١).

وانطلاقاً من هذا المبدأ استند بعض الأصوليين والفقهاء، لبيان أساس القوة الملزمة للعرف، إلى قوله تعالى: ﴿خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ﴾^(٢). يقول القرافي: «... كل ما شهدت به العادة قضي به، لظاهر هذه الآية، إلا أن يكون هناك بيّنة»^(٣). ونقل السيوطي في الإكليل عن ابن الفرس أن معنى قوله تعالى: ﴿وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ﴾: اقض بكل ما عرفته النفوس، ولا يردده الشرع، وهذا أصل القاعدة الشرعية في اعتبار العرف^(٤)، واستدل

(١) عبد العزيز البخاري، كشف الأسمار شرح المنار، للتنسفي، القاهرة ١٣١٦هـ: ١/٦٦ وما بعدها.
الكفال بن أبي شريف، المسامرة في شرح المسامرة، للكفال بن المهام، القاهرة ١٣٤٧هـ: ٢/٤٢ وما بعدها.

(٢) سورة الأعراف: الآية ١٩٩.

(٣) القرافي، الفروق، القاهرة ١٣٤٤هـ: ٣/١٩٤.

(٤) السيد صالح عوض، أثر العرف في التشريع الإسلامي: ص ١٧١.

بعضهم على إلزامية العرف بقوله تعالى: ﴿وَمَنْ يُشَاقِقِ الرَّسُولَ مِنْ بَعْدِ مَا بَيَّنَّ لَهُ الْهُدَىٰ وَيَتَّبِعْ غَيْرَ سَبِيلِ الْمُؤْمِنِينَ نُوَلِّهِ مَا تَوَلَّىٰ وَنُصَلِّهِ ۖ جَهَنَّمَ وَسَاءَتْ مَصِيرًا﴾^(١).

وجه الاستدلال: أن الله تعالى أوعد بالعقاب والعذاب من يتبع غير طريق المؤمنين، وهذا دليل على أن اتباع سبيل المؤمنين واجب، فالعادة التي استحسناها معتبرة شرعاً، ويجب العمل بها^(٢)، وقد شاع في كتب الأصول والفقه، عند ذكر أدلة اعتبار العرف، أن النبي ﷺ قال: «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن»^(٣)، غير أن المحققين اعترضوا على نسبة هذا الحديث إلى النبي ﷺ، وقالوا: إنه من قول عبد الله بن مسعود، موقوفاً عليه، رواه أحمد والبخاري والطبراني والطيالسي وغيرهم^(٤). ونحن نعتقد أن هذا القول من عبد الله بن مسعود مما لا يدرك بالرأي والعقل، ولم يعرف له مخالف من الصحابة، وقد شاع لدى العلماء من مختلف المذاهب، وهو يؤدي معنى الآية السابقة: «ومن يشاقق الرسول...» الخ، ووردت أحاديث أخرى تعضده مثل: «لا تجتمع أمي على الضلالة» و«اتبعوا السواد الأعظم» وغير ذلك^(٥)، فالظاهر من حال ابن مسعود أنه قال ذلك سماعاً من رسول الله ﷺ.

٣٠ - ثانياً - اتجاه المعتزلة:

يرى واصل بن عطاء وأتباعه أن العقل يمكن أن يستقل بمعرفة الأحكام الشرعية، لأن أفعال المكلفين إن كانت تحمل نفعاً حكم العقل بحسنها، وإن كانت تؤدي إلى ضرر حكم العقل بقبحها، والله سبحانه يكلف الناس بفعل ما فيه نفعهم، ويترك ما فيه ضررهم. فالعقل السليم إذا رأى حسن فعل، علم أنه مأمور به، فيكون الطلب الشرعي ثابتاً له ثبوتاً ملازماً لصفة الحسن. وإذا رأى قبح فعل، علم أنه منهي عنه، ويستحق فاعله العقاب ولو لم يرد الشارع به^(٦).

(١) سورة النساء: الآية ١١٥.

(٢) السيد صالح عوض، نفس المرجع: ص ١٧٥ والمرجع التي أشار إليها.

(٣) انظر على سبيل المثال: ابن نجيم، الأشباه والنظائر: ص ٤٦. السرخسي، المبسوط: ٤٥/١٢.

السيوطي، الأشباه والنظائر: ص ٨٨. الكاساني، بدائع الصنائع: ٢٢٣/٥. الكمال بن الهمام، فتح القدير: ٢٨١/٦.

(٤) ابن نجيم، نفس الموضوع السابق. الزيلعي، نصب الراية لأحاديث الهداية، القاهرة ١٣٥٧هـ: ١٣٣/٤. السخاوي، المقاصد الحسنة، القاهرة ١٣٧٥هـ: ص ٣٦٧. السيوطي، الأشباه والنظائر: ص ٨٨.

(٥) انظر في هذه الأحاديث وروايتها ودرجتها: السخاوي، المقاصد الحسنة: ص ٤٦٠.

(٦) البخاري، كشف الأسرار: ٦٦/١ وما بعدها.

وانطلاقاً من هذا المبدأ، جاء في المعتمد: «وأما التوصل إلى الأحكام الشرعية، فهو أن المجتهد، إذا أراد معرفة حكم الحادثة، فيجب أن ينظر ما حكمها في العقل، ثم ينظر: هل يجوز أن يتغير حكم الله فيها؟ وهل في أدلة الشرع ما يقتضي تقدم ذلك الحكم أم لا؟ فإن لم يجد ما ينقله عن العقل، قضى به. والشرط في ذلك: هو علمه بأنه لو كانت المصلحة قد تغيرت مما يقتضيه العقل، لما جاز ألا يدلنا الله تعالى على ذلك. فإن وجد في الشرع ما يدل على نقله، قضى بانتقاله، لأن العقول إنما دلت على تلك الأحكام بشرط ألا ينقلنا عنها دليل شرعي»^(١). ومقتضى هذا النص أن العقل كاف في اعتبار الأعراف والعادات الحسنة، وأنها تنتج أحكاماً شرعية ملزمة. ومثل ذلك ما قاله «المظفر» من أنه: إذا حكم العقل بحسن شيء أو قبحه، بأن تطابقت آراء العقلاء جميعاً على حسن شيء، لما فيه من حفظ النظام وبقاء النوع، أو على قبحه، لما فيه من الإخلال بذلك، فلا بد أن يحكم الشارع بحكمهم^(٢).

٣١ - ثالثاً - اتجاه الماتريدي:

توسط أبو منصور الماتريدي وأتباعه بين اتجاه الأشاعرة واتجاه المعتزلة. فاتفقوا مع الأشاعرة في أن حكم الله لا يعرف إلا بواسطة رسله، وخالفوهم فيما رأوه من أن حسن الأفعال وقبحها شرعيان لا عقليان. واتفقوا مع المعتزلة في أن حسن الأفعال وقبحها مما تدركه العقول بناءً على ما فيها من نفع أو ضرر، وخالفوهم فيما رأوه من أن حكم الله لا بد أن يكون على وفق حكم العقل^(٣). وفي هذا المعنى يقول صاحب التوضيح: «عند المعتزلة: العقل حاكم بالحسن والقبح موجب للعلم بهما. وعندنا: الحاكم بهما هو الله تعالى، والعقل آلة للعلم بهما، فيخلق الله العلم عقيب نظر العقل نظراً صحيحاً»^(٤). وبناءً على هذا المبدأ توسع الأحناف في القول بالاستحسان وتنوعت صورته عندهم، وقد سبق أن ذكرنا أن كثيراً منهم ردوا أحكام العرف والعادة إلى «الاستحسان» فيكون أساس القوة الملزمة للعرف عندهم: العقل والشرع معاً^(٥).

**

-
- (١) أبو الحسين البصري، المعتد في أصول الفقه، دمشق ١٩٦٥ م: ٩٠٨/٢.
 - (٢) محمد رضا المظفر، أصول الفقه، النجف د. ت: ٢٣٧/٢.
 - (٣) الكمال ابن أبي شريف، المسامرة: ٤٢/٢ وما بعدها.
 - (٤) الفتاوي، التلويح على التوضيح، القاهرة ١٣٦٧ هـ: ١٩٠/١.
 - (٥) انظر فيما سبق: فقرة ٢٦. ابن عابدين، مجموعة رسائل: ١٣٨/٢ - ١٣٩.

الفصل الثالث

دور العرف في التشريع

٣٢ - بعد استقراء عدد لا بأس به من الحالات التي بنى الفقهاء أحكامها على العادات والأعراف، تبين لنا أن العرف يؤدي وظائف متنوعة في مجال التشريع، فقد يستقل بإنشاء بعض الأحكام الفقهية، وقد يقوم بدور مساعد للتشريع بأن يخصص العام أو يفصل المجمل أو يبين المراد. وقد يخالف العرف نصاً شرعياً أو حكماً اجتهادياً، فيقبل العلماء ما جاء به بعد تأويل النص الشرعي أو تغيير الحكم الاجتهادي، إذا دعت الضرورة.

وقد استقر في الفقه أنه: «لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان» فلما تتبعنا الكثير من هذه الأحكام التي تغيرت، وجدنا أنها لم تتغير لحجة أو برهان، وإنما لأنها كانت مبنية على أعراف تغيرت بتغير الزمان أو المكان.

وبسط هذه المسائل يقتضي تقسيم الفصل إلى مبحثين:

نخصص أولهما لبيان وظائف العرف.

ونحدد في الآخر معنى تغير الأحكام بتغير الأزمان.

* * *

المبحث الأول

وظائف العرف

٣٣ - يقوم العرف بأداء عدة وظائف تشريعية، فهناك العرف المكمل المساعد للتشريع والعرف المخالف للتشريع.

٣٤ - أولاً - العرف المكمل للتشريع:

هو العرف الذي يلجأ إليه القاضي أو المفتي لتنظيم حالة لم يرد بشأنها حكم شرعي، وهو على هذا النحو يكون أصلاً أو دليلاً مستقلاً، يمكن الاعتماد عليه في إنشاء حكم جديد.

مثال ذلك: وقف المنقول، فإن القياس يقضي بعدم جوازه عند الأحناف لأنهم يشترطون التأييد في صحة الوقف، والعقار وحده هو الذي يقبل التأييد ويدوم الانتفاع به ما دامت

رقيته . وقد تمسك الإمام أبو حنيفة بهذا الأصل ، فلم يجوز وقف المنقول مطلقاً ، سواء أكان وقفه قصداً واستقلالاً ، أم كان وقفه تبعاً للعقار الموقوف^(١) . ولكن أبا يوسف أجاز وقف المنقول ، خلافاً للقياس ، وذلك في حالتين ، أولاهما : وقف المنقول تبعاً لعقار موقوف ، والأخرى : وقف المنقول قصداً إذا ورد نص بوقفه ، كالسلاح والكرع ، أو إذا جرى التعامل بوقفه ، لإمكان الانتفاع به مع بقاء عينه ، كالمصاحف وثياب الجنائز ، وفيما سبق سوى ذلك لا يصح الوقف . وقال محمد بن الحسن : يصح وقف كل منقول ، قصداً أو تبعاً ، يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه أولاً ، إذا جرى التعامل بوقفه^(٢) . وفي هذا يقول السرخسي : الجواب الصحيح : أن ما جرى العرف بين الناس بالوقف فيه من المنقولات يجوز ، باعتبار العرف ، كثياب الجنائز وما يحتاج إليه من القدور والأواني في غسل الميت ، وهذا الأصل معروف : أن ما تعارفه الناس ، وليس في عينه نص يبطله ، فهو جائز ، وبهذا الطريق جوزنا الاستصناع فيما فيه تعامل ، لقوله عليه الصلاة والسلام : « ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن »^(٣) .

٣٥ - ولا يدخل في هذا النوع ما عرف من العادات زمن التشريع ولم يرد عنه نهي ، فإنه قد يكون مصدراً تاريخياً للحكم ، أما أصله الشرعي فهو السنة التقريرية التي تقرر بها جواز الفعل . مثال ذلك : عقد السلم ، وهو : تسليم عوض حاضر في عوض موصوف في الذمة إلى أجل مسمى ، ولهذا يطلقون عليه : بيع العاجل بالأجل^(٤) . روى البخاري ومسلم حديث ابن عباس ، قال : قدم النبي ﷺ المدينة ، وهم يسلفون بالتمر الستين والثلاث ، فقال : « من أسلف في شيء ، ففي كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم »^(٥) . وقد علق السرخسي على هذا الحديث بقوله : « فقد أقرهم النبي ﷺ على أصل العقد وبين شرائطه ، فذلك دليل جواز العقد . وإنما يقبل السلم في العادة بما ليس بوجوده في ملكه ، والقياس يأبي جوازه ، لأنه يبيع المعدم . وبيع ما هو موجود مملوك للعاقده باطل ، فبيع المعدم أولى بالبطان ولكننا تركنا القياس بالكتاب والسنة »^(٦) ، وقد ذكر الفقهاء أن النبي ﷺ أقر القسامة على ما كانت عليه في الجاهلية^(٧) . وفي حديث عائشة : أن النكاح كان في الجاهلية على أربعة

(١) الكمال ابن الهمام ، فتح القدير : ٤٢٩/٥ .

(٢) ابن الهمام ، نفس المرجع : ٤٣٠/٥ .

(٣) السرخسي ، المبسوط : ٤٥/١٢ .

(٤) ابن الهمام ، فتح القدير : ٢٠٧/٦ - ٢٠٨ .

(٥) محمد فؤاد عبد الباقي ، اللؤلؤ والمرجان فيما اتفق عليه الشيخان ، الكويت ٩٧٧ : ص ٣٩٢ .

(٦) السرخسي ، المبسوط : ١٢/١٢٤ .

(٧) ابن حزم ، المحل ، القاهرة ١٣٥٢ هـ : ٩٠/١١ وما بعدها . ابن قدامة . المغني : ٤٨٤/٨ وما بعدها .

أنحاء، فنكاح منها نكاح الناس اليوم... قالت: فلما بعث النبي ﷺ بالحق هدم نكاح الجاهلية إلا نكاح الناس اليوم^(١).

٣٦ - ثانياً - العرف المساعد للتشريع:

وهو ما أحال عليه التشريع إما لبيان مضمون حكم شرعي ثبت أصله بالنص، وإما للاستعانة به في تفسير إرادة المكلف بالحكم.

(أ) فالعرف المبين لمضمون حكم شرعي ثبت أصله بالنص، ورد كثيراً في القرآن الكريم والسنة النبوية، مثال ذلك قوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنَ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنَمِّئَ الرِّضَاعَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾^(٢).

فقد ذكر العلماء أن هذا النص أثبت حكماً شرعياً، هو وجوب النفقة على الزوج، ثم أحال إلى العرف لبيان مضمون هذه النفقة وتحديد مقدارها وأسباب سقوطها^(٣). ومثله ما روي من أن هند بنت عتبة قالت: يا رسول الله! إن سفيان رجل شحيح، وليس يعطيني ما يكفيني وولدي، إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم، فقال: «خذي ما يكفيك وللدك بالمعروف»^(٤)، فقد نص الفقهاء على أن هذا الحديث يدل على «اعتماد العرف في الأمور التي ليس فيها تحديد شرعي»^(٥).

٣٧ - (ب) وأما العرف الذي يستعان به في تفسير إرادة المكلف، فإنه أكثر من أن يحصى، وقد خصه العز بن عبد السلام بفصل كامل في كتابه: قواعد الأحكام في مصالح الأنام، تحت عنوان: «فصل في تنزيل دلالة العادات وقرائن الأحوال منزلة صريح الأقوال في تخصيص العام وتقييد المطلق وغيرها»، وأورد في ذلك ثلاثة وعشرين مسألة^(٦) وجاء في المستصفي: «... وعلى الجملة، فعادة الناس تؤثر في تعريف مرادهم من ألفاظهم»^(٧). ونقل ابن عابدين عن فتاوى العلامة قاسم: «التحقيق أن لفظ الواقف والموصي والحالف والناذر وكل

(١) انظر الحديث في: الشوكاني، نيل الأوطار، القاهرة د. ت: ١٥٦/٦.

(٢) سورة البقرة: الآية ٢٣٣.

(٣) ابن قدامة، المغني: ٢٣٢/٩. ابن المهام، فتح القدير: ١٩٥/٤. ابن العربي، أحكام القرآن: ٢٧٠/٢.

(٤) محمد فؤاد عبد الباقي، اللؤلؤ والمرجان: ص ٤٢٩.

(٥) النووي، شرح صحيح مسلم، القاهرة ١٣٤٧هـ: ٧/٢ - ٨. ابن حجر، فتح الباري: ٣٢١/٤ و ٤٢٠/٩ وما بعدهما.

(٦) عز الدين بن عبد السلام، قواعد الأحكام: ١٢٦/٢.

(٧) الغزالي، المستصفي: ١١١/٢.

عاقده يحمل على عادته في خطابه ولغته التي يتكلم بها، وافقت لغة العرب ولغة الشارع أولاً^(١). وذكر القرافي عند تعليقه على معاني بعض ألفاظ الطلاق: إياك أن تقول: إنا لا نفهم منه إلا الطلاق الثلاث، لأن مالكاً رحمه الله قاله أولاً لأنه مسطور في كتب الفقه، لأن ذلك غلط. بل لا بد أن يكون ذلك الفهم حاصلًا لك من جهة الاستعمال والعادة، كما يحصل لسائر العوام، كما في لفظ الدابة والبحر والراوية، فالفقيه والعام في هذه الألفاظ سواء في الفهم، لا يسبق إلى أفهامهم إلا المعاني المنقولة إليها، فهذا هو الضابط، لا فهم ذلك من كتب الفقه، فإن النقل إنما يحصل باستعمال الناس، لا بتسطير ذلك في الكتب، بل المسطر في الكتب تابع لاستعمال الناس^(٢). وأورد ابن القيم مسائل متعددة يمكن الاستعانة فيها بالأعراف والعادات لتفسير الإدارة، ثم ختمها بقوله: «وأضعاف أضعاف هذه المسائل، مما جرى العمل فيه على العرف والعادة، ونزل ذلك منزلة النطق الصريح، اكتفاء بشاهد الحال عن صريح المقال»^(٣).

٣٨ - ثالثاً - العرف المخالف للتشريع:

قد توجد أعراف وعادات محلية تخالف النصوص الشرعية أو الأحكام الفقهية الاجتهادية، ذلك أن الشرع الإسلامي نظام عالمي خالد، لا يقتصر على بيئة دون أخرى ولا يطبق في زمان دون غيره، ومع مرور الزمن، وما يحيط بكل بيئة من ظروف خاصة، وبعد تطور المعاملات واقتباس بعض أحكامها من قواعد قانونية أجنبية، وبناءً على حملات منظمة تساندها جهات معينة تدعو إلى إحياء العادات المحلية القديمة، ظهرت أعراف مختلفة تتعارض في قليل أو كثير مع النصوص الشرعية أو الأحكام المستقرة. وقد واجه الفقه الإسلامي هذه الأعراف، وأصدر حكمه لها أو عليها، مبيناً «حيثيات» أحكامه بما يدعو إلى الإعجاب برحيب صدره وسعة أفقه ودقته البالغة في تحليل المسائل ومجابهة الحوادث. وجملة القول في ذلك أن الفقهاء يفرقون بين حالتين: حالة مخالفة العرف لنص شرعي، وحالة مخالفته لحكم فقهي اجتهادي.

٣٩ - (أ) مخالفة العرف لنص شرعي:

إذا قام عرف يخالف نصاً من الكتاب أو السنة، فإما أن تكون هذه المخالفة من كل وجه، بحيث لا يمكن التوفيق بينهما، وإما أن تكون المخالفة ناجمة عن تنظيم العرف لمراكز معينة على نحو يختلف عن التنظيم الذي بنى على النص، بحيث يمكن التوفيق بينهما على نحو أو آخر.

(١) ابن عابدين، مجموعة رسائل: ٤٨/١.

(٢) القرافي، الإحكام: ص ٧٠ - ٧١، والفروق: ٤٠/١.

(٣) ابن القيم، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، القاهرة ١٩٥٣م: ص ١٨ - ٢٤.

٤٠ - فإذا كانت مخالفة العرف للنص كاملة، ولا يمكن التوفيق بينهما بأي حال، عمل بالنص ولا اعتبار للعرف. وفي هذا يقول ابن المهام: «.. النص أقوى من العرف، لأن العرف جاز أن يكون على باطل، كتعارف أهل زماننا في إخراج الشموع والسرّج إلى المقابر ليالي العيد، والنص بعد ثبوته لا يحتمل أن يكون على باطل. ولأن حجية العرف على الذين تعارفوه والتزموه فقط، والنص حجة على الكل فهو أقوى. ولأن العرف صار حجة بالنص، وهو قوله ﷺ: «ما رآه المسلمون حسناً فهو حسن»^(١) وقد سبق أن أوردنا قول ابن حجر: «إن الشافعية إنما أنكروا العمل بالعرف إذا عارضه النص الشرعي..»^(٢). وفي رسالة نشر العرف: «إذا خالف العرف الدليل الشرعي، فإن خالفه من كل وجه بأن لزم منه ترك النص، فلا شك في رده، كتعارف الناس كثيراً من المحرمات من الربا وشرب الخمر ولبس الحرير والذهب وغير ذلك مما ورد تحريمه نصاً»^(٣).

٤١ - أما إذا أمكن التوفيق بين النص والعرف، بأن كان النص عاماً والعرف مخصصه، أو كان النص مطلقاً والعرف يقيده، فإن أكثر الفقهاء على اعتبار العرف، لأنه لا يلزم من اعتباره ترك النص، بل يعمل بهما جميعاً مثال ذلك: ما روى عن الإمام مالك من تخصيص عموم قوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ﴾^(٤) بما قضى به العرف والعادة من أن الشريفة لا يجب عليها رضاع^(٥). ومثله ما روي من أن النبي ﷺ نهى عن بيع وشرط، فقد ذكر الفقهاء أن هذا الحديث معلل بوقوع النزاع المخرج للعقد عن المقصود به، وهو قطع المنازعة، والشرط الذي جرى به التعامل يفضّ النزاع، فيكون موافقاً لمعنى الحديث، وفي هذا تقييد للنص المطلق بالعرف، جاء في المبسوط: «.. وإن كان شرطاً لا يقتضيه العقد، وفيه عرف ظاهر، فذلك جائز أيضاً، كما لو اشترى بغلاً وشراكاً بشرط أن يحذوه البائع، لأن الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي، ولأن في النزوع عن العادة الظاهرة حرجاً بيننا»^(٦).

(١) الكمال بن المهام، فتح القدير: ١٥٧/٦.

(٢) ابن حجر، فتح الباري: ٤٢٠/٩.

(٣) ابن عابدين، مجموعة رسائل: ١١٤/٢.

(٤) سورة البقرة: الآية ٢٣٣.

(٥) ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، القاهرة د. ت: ٤٦/٢. الدسوقي، حاشية على الشرح الكبير، القاهرة د. ت، ١٤٣/٢.

(٦) السرخسي، المبسوط: ١٤/١٣. الشيرازي، المهذب: ٣٩٩/١، القاهرة ١٩٥٩ م: ٢٦٨/١. الخطاب، مواهب الجليل، القاهرة ١٣٢٩ هـ: ٢٧٣/٤. ابن قدامة، المغني: ٢٩٠/٤ - ٢٩١.

إذا تكون عرف يخالف بعض الأحكام الفقهية، التي استنبطها المجتهدون من الأدلة الشرعية، فإن الفقهاء يكادون يتفقون على أن يعمل بالعرف، لأنه أقوى من القياس، فالعرف قاض عليه^(١) لأن العرف بمنزلة الإجماع عند عدم النص^(٢)، وسائر الأدلة تأتي بعد القياس في المرتبة، لاختلاف الأصوليين في اعتبارها.

وقد تعرض العلامة ابن عابدين لهذا الموضوع بالتفصيل، فذكر أن مشايخ المذهب خالفوا ما نص عليه المجتهد في مواضع كثيرة بناها على ما كان في زمنه، لعلمهم بأنه لو كان في زمنهم لقال بما قالوا أخذاً من قواعد مذهبه. ثم أورد في ذلك عدة مسائل، منها: «افتاؤهم بجواز الاستئجار على تعليم القرآن ونحوه، لانقطاع عطايا المعلمين التي كانت في الصدر الأول، ولو اشتغل المعلمون بالتعليم بلا أجره يلزم ضياعهم وضياع عيالهم، ولو اشتغلوا بالاكسباب من حرفة وصناعة يلزم ضياع القرآن والدين فأفتوا بأخذ الأجرة على التعليم، وكذا على الإمامة والأذان كذلك، مع أن ذلك مخالف لما اتفق عليه أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد، من عدم جواز الاستئجار وأخذ الأجرة عليه، كبقية الطاعات من الصوم والصلاة والحج وقراءة القرآن ونحو ذلك^(٣). ونجد مثل ذلك كثيراً في كتب المذاهب الفقهية الأخرى^(٤).

* * *

المبحث الثاني

تغير الأحكام بتغير الأزمان

٤٣ - من القواعد الفقهية التي استقرت في التشريع الإسلامي، قاعدة: ولا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان^(٥). ذلك أن الأصول المتفق عليها تقضي بأن التشريع لا يكون عادلاً إلا إذا كانت أحكامه تلائم من شرع لهم بمراعاة أعرافهم وظروف بيئتهم، وأن التشريع الذي

(١) ابن عابدين، مجموعة رسائل: ١١٩/٢.

(٢) ابن الهمام، فتح القدير: ٢٨٢/٦.

(٣) ابن عابدين، نفس المرجع: ١٢٣/٢ - ١٢٦.

(٤) الدردير، الشرح الكبير: ٢١/٤. الشيرازي، المذهب: ٣٩٩/١. ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين: ٤/٣.

(٥) الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، بولاق مصر ١٣١٣هـ: ١٢٥/٥. القرافي، الفروق: ١٧٦/١. ابن حجر، فتح الباري، ٣٢١/٤. ابن القيم، إعلام الموقعين: ١/٣ وما بعدها. وانظر: المادة ٣٩ من مجلة الأحكام العدلية وشرحها.

تلائم أحكامه قوماً قد لا يلائم أحوال قوم آخرين، بل إن أحكام التشريع الواحد قد تلائم الأمة في وقت ولا تلائمها في وقت غيره^(١). وتطبيقاً لهذه الأصول فإنه يجوز أن تتغير الأحكام التي روعي فيها العرف والعادة، ليحل محلها أحكام جديدة يراعى فيها ما يستجد من أعراف وعادات^(٢)، بما يدفع الحرج ويرفع الضرر ويحقق مصالح العباد.

وقد استند بعض من لاحظ لهم من فقه الشريعة الإسلامية على هذه القاعدة للمطالبة بتغيير كثير من الأحكام الشرعية، بدعوى أنها لم تعد تصلح لهذا الزمان^(٣). وهذا يقتضي أن نبين أولاً: مضمون هذه القاعدة ثم نورد بعض تطبيقاتها بما يناسب هذا البحث، حتى نستطيع تحديد طبيعة هذا التغيير.

٤٤ - أولاً: مضمون القاعدة:

لا ينبغي أن يفهم من هذه القاعدة إمكان تبدل الأحكام بصفة مطلقة، ذلك أن الأحكام في الشرع الإسلامي على ضربين:

(أ) حكم قطعي بني على صريح النص من الكتاب أو السنة أو على الإجماع ومثل هذا الحكم لا يجري عليه تغيير، لأن تغييره يعد نسخاً لحكم شرعي ثابت، وإنه لا يجوز بعد انقضاء عصر الوحي، مهما تغيرت الأزمنة والأمكنة وضروب الاجتهاد، «كوجوب الواجبات وتحريم المحرمات والحدود المقدرة بالشرع على الجرائم ونحو ذلك، فهذا لا يتطرق إليه تغيير ولا اجتهاد مخالف لما وضع عليه»^(٤).

(ب) حكم ظني تقرر بناء على الاجتهاد في فهم النص، أو على مراعاة عرف صحيح قائم، وهذا هو الذي يمكن أن يتطرق إليه التبديل، لاختلاف مناهج المجتهدين، أو لتغير الأعراف تبعاً لتغير الأزمان والأماكن وظروف البيئة. وفي هذا يقول ابن عابدين: «اعلم أن المتأخرين الذين خالفوا المنصوص في كتب المذهب في المسائل السابقة، لم يخالفوه إلا لتغير الزمان والعرف، وعلمهم أن صاحب المذهب لو كان في زمنهم لقال بما قالوه، مما يستخرج به الحق من ظالم أو يدفع دعوى متعنت ونحوه بعدم سماع دعواه أو بحبسه أو نحوه»^(٥). ومثله

-
- (١) عبد الوهاب خلاف، الحلقة الأولى من: علم أصول الفقه، القاهرة ١٣٦٤هـ: ص ١٢٣. عماد معروف الدواليبي، المدخل إلى علم أصول الفقه، دمشق ١٩٥٥م: ص ٢٩١.
- (٢) أحمد الزرقاء، شرح القواعد الفقهية: ص ١٧٣ وما بعدها.
- (٣) أشار إلى ذلك: يوسف القرضاوي في: شريعة الإسلام خلودها وصلاحتها للتطبيق في كل زمان ومكان، بيروت ١٣٩٧هـ: ص ١٣٣.
- (٤) ابن القيم، إغاثة اللهفان: ١/٣٤٦ وما بعدها.
- (٥) ابن عابدين، مجموعة الرسائل: ١٢٦/٢.

ما ذكره القرافي من أن الأحكام المترتبة على العوائد تدور معها كيفما دارت، وتبطل معها إذا بطلت، كالنقود في المعاملات والعيوب في الأعراض في البياعات ونحو ذلك. . وبهذا القانون تعتبر جميع الأحكام المترتبة على العوائد، وهو تحقيق مجمع عليه بين العلماء لا خلاف فيه. . وعلى هذا القانون تراعى الفتاوى على طول الأيام، فمهما تجدد من العرف اعتبره، ومهما سقط أسقطه، ولا تجمد على المسطور في الكتب طول عمره. . فهذا هو الحق الواضح، والجمود على المنقولات أبداً ضلال في الدين وجهل بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضين^(١). وقد عقب ابن القيم على كلام القرافي هذا بقوله: وهذا محصن الفقه، فمن أفتى الناس بمجرد المنقول في الكتب، على اختلاف عرفهم وعوائدهم وأزمتهم وأمكتهم وأحوالهم، فقد ضل وأضل، وكانت جنايته على الدين أعظم من جناية من طيب الناس كلهم على اختلاف بلادهم وعوائدهم وأزمتهم وطبائعهم، بما في كتاب من كتب الطب^(٢).

٤٥ - ثانياً: بعض تطبيقات القاعدة:

(أ) يقول الله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾^(٣)، ثم يقول: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾^(٤).

وهذا يدل على أن الطلاق يقع مرة فمرة، وللزوج بعد كل من المرتين أن يراجع زوجته فإن طلقها الثالثة لا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره. فإذا قال الرجل لزوجته: «أنت طالق ثلاثاً» كان مرتكباً لإثم بلغ مده أن أغضب النبي ﷺ حتى قال: «أيلعب بكتاب الله وأنا بين أظهركم؟». ولكن هذه الصيغة لم يكن يقع بها، في عهد الرسول ﷺ وفي خلافة أبي بكر وستين من خلافة عمر، إلا طلقة واحدة رجعية. فلما تابع الناس^(٥) بعد ذلك في الطلاق، قال عمر: إن الناس قد استعجلوا في أمر قد كانت لهم فيه أناة فلو أمضيته عليهم؟! فأمضاه عليهم، وألزمهم الثلاث. وقد تابع عمر في هذا كثير من الصحابة، وجمهور التابعين، وأئمة المذاهب الأربعة^(٦). غير أن بعض الصحابة والتابعين وأصحاب المذاهب الأخرى وعدد من الفقهاء ظلوا على ما كان عليه الأمر من قبل، فلم يوقعوا بلفظ الثلاث إلا طلقة رجعية. وهذا

(١) القرافي، الفروق: ١٧٦/١ - ١٧٧.

(٢) ابن القيم، إعلام الموقعين: ٦٦/٣.

(٣) سورة البقرة: الآية ٢٢٩.

(٤) سورة البقرة: الآية ٢٣٠.

(٥) تابع في الشر: تهاقت وأسرع إليه.

(٦) يراجع الموضوع بتامه في: ابن القيم، إعلام الموقعين: ٤٢/٣ وما بعدها.

هو السائد اليوم في قوانين الأحوال الشخصية^(١). وأياً ما كان الأمر، فلا خلاف في أن هنا تغير «تبعاً لتبدل العادات، سواء ذهبنا إلى أن الحكم بإيقاع الثلاث مطابقة لعادة الناس في قصودهم وطواياهم أو من باب السياسة الشرعية عقوبة لهم على تعاطي المحرم»^(٢).

(ب) روي أن النبي ﷺ قال: «البر بالبر كيلاً بكيل، مثلاً بمثل» وكذلك الشعير والتمر والملح، أما الذهب والفضة فقال فيهما: «وزناً بوزن». وتأسيساً على هذا الحديث قال أبو حنيفة ومحمد بن الحسن: إن كل شيء نص رسول الله ﷺ على تحريم التفاضل فيه كيلاً فهو مكيل أبداً، وإن ترك الناس الكيل فيه، مثل الخنطة والشعير والتمر والملح. وكل ما نص على تحريم التفاضل فيه وزناً فهو موزون أبداً، وإن ترك الناس الوزن فيه، مثل الذهب والفضة. أما أبو يوسف، فقد رأى أن النص على بيع الخنطة كيلاً وبيع الذهب وزناً، ما جاء إلا بناء على العرف، فإذا تغير العرف وبيعت الخنطة وزناً، وجب العمل بالعرف الجديد^(٣). «وعلى هذا، فلو تعارف الناس بيع الدراهم بالدراهم أو استقراضها بالعدد - كما في زماننا - لا يكون مخالفاً للنص. فالله تعالى يجزئ الإمام أبا يوسف عن أهل هذا الزمان خير الجزاء، فلقد سد عنهم باباً عظيماً من الرباه»^(٤).

(ج) كتب الفقه من مختلف المذاهب مليئة بالمسائل التي بنى المجتهدون الأوائل حكمها على الأعراف والعادات التي سادت زمانهم وبيئتهم، فلما تغيرت هذه الأعراف والعادات، أفتى المتأخرون بخلاف المنصوص عليه في المذهب وصرحوا بأن هذا: اختلاف عصر وزمان، لا اختلاف حجة وبرهان. فمن ذلك: إفتاؤهم بجواز الاستئجار على تعليم القرآن ونحوه، وبعدم الاكتفاء بظاهر العدالة في الشهادة، وبتحقق الإكراه من غير السلطان وبتضمين الأجر المشترك، وبتنوع الوصي من المضاربة بمال اليتيم، وبتضمين الغاصب عقار اليتيم والوقف، وبعدم إجارته أكثر من سنة في الدور وأكثر من ثلاث سنين في الأراضي، وبسقوط الشفعة إذا أخرج طلب التملك شهراً، وبعدم سماع الدعوى ممن سكت بعد اطلاعه على بيع جاره أو قريبه داراً مثلاً، وغير ذلك^(٥).

(١) أحمد الغندور، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي، الكويت ١٩٨٢م: ص ٤٤٤ - ٤٤٧.

(٢) أحمد فهمي أبو سنة، العرف والعادة: ص ٨٥ - ٨٦.

(٣) ابن المهام، فتح القدير: ١٥٧/٦ - ١٥٨.

(٤) ابن عابدين، مجموعة الرسائل: ١١٦/٢.

(٥) ابن عابدين، نفس المرجع: ص ١٢٤ - ١٢٥.

سبق أن ذكرنا أن تغيير الأحكام بتغير الأزمان لا يعد نسخاً لحكم ثابت، وإنما هو استصحاب قاعدة «اجتهد فيها العلماء وأجمعوا عليها، فنحن نتبعهم فيها من غير استئناف اجتهاد»^(١)، ومقتضى تلك القاعدة: «أن أمر الأحكام التي مدرکہا العوائد مع تغير تلك العوائد خلاف الإجماع وجهالة في الدين، بل كل ما هو في الشريعة يتبع العوائد، يتغير الحكم فيه عند تغير العادة إلى ما تقتضيه العادة المتجددة»^(٢). والواقع «أن للواقعة الواحدة - ذات الأحوال المختلفة - حكيمين أو أحكاماً ثابتة، لكل حكم تطبيق في ظرفه الذي يختص به»^(٣)، ولعل هذا هو ما أشار إليه الشاطبي بقوله: «... وإنما معنى الاختلاف أن العوائد إذا اختلفت رجعت كل عادة إلى أصل شرعي يحكم به عليها»^(٤). وهو ما دعا ابن القيم لأن يجعل عنوان هذا الموضوع: «فصل في تغير الفتوى واختلافها بحسب تغير الأزمنة والأمكنة والأحوال والنيات والعوائد»^(٥).

من أجل ذلك اشترط بعض المحققين في القاضي أن يكون له فقه في أحكام الحوادث الكلية، وفقه في نفس الواقع وأحوال الناس، يميز به بين الصادق والكاذب والمحق والمبطل، ثم يطابق بين هذا وهذا، فيعطي الواقع حكمه من الواجب، ولا يجعل الواجب مخالفاً للواقع. وكذا المفتي الذي يفني بالعرف لا بد له من معرفة الزمان وأحوال أهله، ومعرفة أن هذا العرف خاص أو عام، وأنه مخالف للنص أولاً، ولا بد له من التخرج على أستاذ ماهر، ولا يكفيه مجرد حفظ المسائل والدلائل^(٦).

*

**

(١) القرافي، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام: ص ٦٧ - ٦٨.

(٢) القرافي، نفس الموضوع المذكور.

(٣) أحمد فهمي أبو سنة، العرف والعادة: ص ٨٩. علي الخفيف، محاضرات في أسباب اختلاف الفقهاء،

القاهرة ١٩٥٦م: ص ٢٥٧.

(٤) الشاطبي، الموافقات: ٢/٢٨٦.

(٥) ابن القيم، إعلام الموقعين: ٣/٢٧.

(٦) ابن عابدين، المرجع السابق: ٢/١٢٧.

الفصل الرابع

التطور التشريعي للعرف

٤٧ - ظل العرف الصحيح الذي استوفى أركانه يؤدي وظائفه في تكميل التشريع ومعاونته على مدى القرون في جميع بلاد الإسلام، فنهض به المجتهدون في فترة الازدهار الفقهي، وتابعهم في ذلك من أت بعدهم من الفقهاء والعلماء، وحكم بمقتضاه القضاة، كما أفتى بتغيره المفتون عندما كانوا يلاحظون تغير الظروف وأفسحت له كتب الفقه من مختلف المذاهب وفي جميع العصور مكاناً رحباً في كل باب من أبوابها، حتى أخذ مكانه الرسمي بين نصوص التشريع في مجلة الأحكام العدلية، التي كانت تطبق في كثير من بلدان العالم الإسلامي.

فلما كان القرن الماضي شهد العرف انحرافاً عن مساره الشرعي، يمكن رده إلى عاملين: يتمثل الأول منها في إحياء العادات والأعراف المحلية بغض النظر عن موافقتها أو مخالفتها للأحكام الشرعية. ويرجع الآخر إلى انتشار حركات التقنين في تشريعات الدول الإسلامية، وتأثرها بالفكر القانوني الغربي. وإذن ينقسم هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: إحياء الأعراف المحلية.

والمبحث الثاني: انتشار حركة التقنين.

* * *

المبحث الأول

إحياء الأعراف المحلية

٤٨ - ساعد على إحياء الأعراف والعادات المحلية في البلاد الإسلامية أمران: خلو بعض الأقاليم النائية من التنظيمات القضائية، والاستعمار الغربي لمعظم بلاد الإسلام.

٤٩ - أولاً: خلو بعض الأقاليم النائية من التنظيم القضائي:

كان ضعف السلطة المركزية في بعض الأقاليم الإسلامية، وبعد هذه الأقاليم عن مراكز الثقافة والعلوم الشرعية، من العوامل التي مهدت لقيام قضاء قبلي، يتوارثه الأبناء عن آبائهم،

يفصلون فيما يعرض عليهم من نزاع وفق الأعراف السائدة في القبيلة والظروف المحيطة بالبيئة. ومع مرور الزمن استقرت هذه الأحكام، وقام بتطبيقها أناس لا حظ لهم من العلم والمعرفة، فكان أكثر الأحكام يتنافى مع مبادئ الشريعة الإسلامية. وقد استمر هذا الوضع إلى عهد قريب، لدى قبائل شمالي إفريقيا، ولدى القبائل المصرية التي تقيم في الصحراء الغربية، ولدى العشائر المختلفة في السودان والصومال وجزر القمر وغيرها، وينطبق نفس الحكم على القبائل التي تسكن الأماكن النائية في شبه الجزيرة العربية والشام والعراق وتركيا وإيران، ولا يختلف الوضع لدى الطوائف الإسلامية في شبه القارة الهندية وجزر الهند الشرقية. ولا يتسع المجال لعرض شيء من هذه العادات وبيان صلتها بالفقه الإسلامي، فقد تناولها بالشرح والتحليل عدد من الباحثين^(١).

٥٠ - ثانياً: الاستعمار الغربي في بلاد الإسلام:

لم يعد خافياً على أحد أن استعمار دول الغرب للبلاد الإسلامية صاحبه منهج علمي شامل هدفه تغيير الحياة السياسية والاجتماعية والاقتصادية. وكان التشريع الإسلامي يشكل العقبة الكؤود في سبيل هذا التغيير، لذا وجه الاستعمار كل أجهزته لإحياء العادات المحلية، حتى تكون عوناً له على إضعاف الشريعة الإسلامية وإقصائها عن الحياة العملية، ومن ثم يجد الطريق ممهداً لتطبيق ما جاء به من قوانين^(٢).

٥١ - (أ) ففي شبه القارة الهندية:

استعان الإنجليز بالعادات القديمة التي كانت مجموعة في قانون مانو، لسن ما احتاجوا إلى سنه من تشريع^(٣) بعد ما ظلت في طي النسيان قرابة سبعة قرون، كان نظام الحياة كله في هذه البلاد يجري خلالها على أحكام الفقه الإسلامي^(٤). كتب «Lokhanwalla» في دائرة

(١) محمد الألفي، توحيد التشريعات المدنية في بلدان مجلس التعاون لدول الخليج العربية، مجلة دراسات الخليج والجزيرة العربية، مجموعة البحوث والدراسات التي قدمت في ندوة: توحيد تشريعات القانون الخاص، الكويت ١٩٨٨م: ص ٤١٩ وما بعدها. عبد الجليل الطاهر، البدو والعشائر في البلاد العربية القاهرة ١٩٥٥م. فريق الزهر آل فرعون، القضاء العشائري، بغداد: ١٩٤١م دائرة المعارف الإسلامية: المجلد ١٥، ص ٤٥٤ - ٤٧٠ والمراجع الواردة به:

— Meek; Land law and custom in the colonies, London 1949.
— Milliot; Introduction à l'étude du droit musulman, Paris 1953. pp. 156 - 178.
— Van Vollenhove; La découverte du droit indonésien, Paris 1933.

(٢) أبو الأعلى المودودي، نظرية الإسلام وهدية في السياسة والقانون والدستور، بيروت ١٩٦٩م.
(٣) عبد السلام الترماني، الوسيط في تاريخ القانون والنظم القانونية، الكويت ١٩٨٢م: ص ٧٥.
(٤) أبو الأعلى المودودي، المرجع السابق: ص ١٣٨ - ١٣٩ و ص ١٩٤ - ١٩٥.

المعارف الإسلامية: «بقيام الحكم البريطاني للهند، حل النظام القانوني الإنجليزي محل إجراءات التقاضي الإسلامية، كما حل محل أصول الشريعة الإسلامية إلى حد كبير، وكذلك ألغت العادات ثوب الصحة القانونية على أساس من الإنصاف والعدل وسلامة الضمير. . وقد سلم في رأي «كرامت علي» المناهض لـ «سادات علي» بأن الشريعة الإسلامية عدلتها العادة المرعية في البلد الذي يأخذ بها. . وقد لوحظ اختلاف الوصية بحسب العرف عن الشريعة الإسلامية أيضاً في بعض أجزاء البنجاب. . ولا تعترف الشريعة الإسلامية بالتبني، على أن الذي حدث في بعض أنحاء البنجاب والسند، التي يقر العرف فيها التبني، أن طغى العرف على هذا التحريم. . ويطبق حكم الشريعة الإسلامية في الشفعة على تفاوت في ضوء ما جرى به العرف وقد رفضت محاكم مدراس الأخذ به لأنه في رأيها مناف للعدل والإنصاف وسلامة الضمير. . وبتقسيم الهند يمكن أن نذهب إلى أن العادات سوف لا يكون لها منذ الآن أية حجة شرعية في باكستان، ومع ذلك فإن هذا القول لا يصدق بيقين على الهند. على أن العادة، سواء اكتسبت حجة شرعية أو لم تكتسب، فإنه سوف يكون من المستحيل أن نقتلع أثرها الراسخ في النفوس لعدة أجيال قادمة»^(١).

٥٢ - (ب) شمالي إفريقية:

يعترف «Bousquet» بأن شمالي إفريقيا، الذي كان أهله يتحدثون بلهجات بربرية قبل قدوم العرب، قد اصطبغ منذ قدومهم بصبغة عربية وإسلامية متأصلة^(٢). فلما أخضع الفرنسيون هذه القبائل، في سنة ١٨٥٧هـ، استماتوا في سبيل الوقوف على أعراف وعادات «القبائل الكبرى» و«الريف» و«الأطلس المغربي»، التي لم تكن مقبولة لدى الحكومات الإسلامية في تلك المناطق. وكانت أول عقبة واجهتهم: أن اللغة البربرية لغة حديث وتخطب، وليست لغة كتابة فاستعاضوا عنها مؤقتاً باللغة العربية. وقد قام علماء فرنسيون بإجراء تحقيقات مع الشيوخ والقرويين، بواسطة بعض الموظفين الرسميين، لمعرفة ما انتقل إليهم من العادات الموروثة، ثم جمعوها في ثلاثة مجلدات، أضفوا عليها صبغة فنية وقانونية، مما جعل المحاكم تلتزم بتطبيقها^(٣). وإلى جانب ذلك قام فريق من العلماء على رأسه «Hanoteau» و«Letourneux» بترجمة عدة وثائق عرفية، محررة باللغة العربية، لتكون أحد عوامل الانفصال لدى القبائل^(٤)، إلى جانب اللغة الفرنسية التي بذلوا جهداً شاقاً في سبيل تعليمهم إياها، وغرسها في نفوس وعقول أبنائهم.

(١) دائرة المعارف الإسلامية: مجلد ١٥، ص ٤٦١ - ٤٦٥.

(٢) نفس المرجع السابق: مجلد ١٥، ص ٤٥٨.

(٣) — La Kabylie et les Coutumes Kabyles, Paris 1872.

(٤) — L. Milliot; Op. cit. , pp. 158 - 167.

تشمل كلمة «أدت»، التي سادت جميع المناطق في جزر الهند الشرقية، كل ما يدخل في باب العرف والشعائر والمعاملات^(١). ولما احتل الهولنديون هذه الجزر، عمدوا إلى إحياء العادات الأندونيسية القديمة وتجميعها في قانون أطلق عليه اسم «Adatrecht»، وأجبروا طلاب كلية الحقوق في «Batavia» على دراسته منذ سنة ١٩١٠م. وإلى جانب ذلك قام «Snouch-Hurgronje» و «Van Vollenhoven» بتجميع محاضر جلسات لجنة التحقيق عن الأعراف والعادات بماليزيا في أربعة وثلاثين مجلداً^(٢). وقد قام جدل لم ينقطع حول قيمة «قانون العادات» وصلته بالشرعية، أدى باتباع الأحزاب القومية المتطرفين إلى رفض الشريعة الإسلامية وقانون العادة جميعاً، والمطالبة بتطبيق القانون الهولندي. فاتخذ المستعمرون من هذا الموقف الجديد ذريعة لصبغ قانون الأحوال الشخصية في أندونيسيا بالصبغة الغربية، ولكن مشروعاته لم توضع موضع التنفيذ ومع ذلك، فإن بعض عناصر القانون الغربي تسللت إلى الحياة الأندونيسية نتيجة للمشروعات الحديثة، تمهداً لوضع لائحة موحدة «تجمع جمعاً طريفاً بين عناصر من القانون الغربي والشريعة الإسلامية وقانون العادة» على حد تعبير «Prins»^(٣).

* * *

المبحث الثاني

التقنينات الحديثة والعرف

٥٤ - التقنين مصطلح يقصد به واحد من أمرين:

- ١ - العمل التشريعي الرسمي المتعلق بجمع القواعد القانونية الخاصة بفرع متجانس من فروع القانون، في مجموعة واحدة، بعد ترتيبها وترقيمها وإزالة ما قد يعترضها من تعارض.
- ٢ - المجموعة الرسمية ذاتها، التي تضم فرعاً متكاملًا من فروع القانون^(٤).

ولما انتشرت حركة التقنين في أوروبا، خلال القرن التاسع عشر وأوائل القرن العشرين، بعد نجاح مجموعات «نابليون»، أصدرت الدولة العثمانية عدة قوانين تجمع بين الشريعة الإسلامية والعرف المحلي والقانون الفرنسي. وكان أهم هذه القوانين: مجلة الأحكام العدلية،

(١) برنز، مقال بدائرة المعارف الإسلامية: مجلد ١٥، ص ٤٦٥.

(٢) — Milliot; Op. cit., p. 157.

(٣) برنز، المقال السابق: ص ٤٦٥ - ٤٧٠ والمرجع التي أشار إليها فيه.

(٤) إبراهيم أبو الليل ومحمد الألفي، المدخل إلى نظرية القانون ونظرية الحق، الكويت ١٩٨٦م:

التي تم إنجازها عام ١٢٩٣ هـ - ١٨٧٦ م على غرار التقنيات الحديثة، مع استمدادها من الفقه الحنفي، والأخذ بعين الاعتبار قبول المسائل المبنية على العرف والعادة^(١).

وبعد ذلك توالى صدور التقنيات في الدول الإسلامية لتنظيم كافة العلاقات القانونية ومرفق القضاء. ونتيجة لهذه التقنيات، جعل المشرع نصوص القانون المصدر الرسمي الأول، لأنها تضمنت ما أمكن الوقوف عليه وتنظيمه من أحكام، سواء أكان مصدرها التاريخي أحكاماً فقهية، أم كان هذا المصدر أعرافاً وعادات، أم كان غير ذلك.

٥٥ - أما العرف، كمصدر رسمي، فقد وضعته بعض التقنيات في المركز الثاني، بحيث يلجأ إليه القاضي عندما لا يجد نصاً تشريعياً يمكن تطبيقه على النزاع المطروح أمامه^(٢). وجعله البعض الآخر في المركز الثالث، بعد نصوص ومبادئ الشريعة الإسلامية أو الفقه الإسلامي^(٣).

٥٦ - وأياً ما كان مركز العرف من مصادر التشريع، فهناك شرط أساسي لا بد من توافره لاعتبار العرف مصدراً، وهو: عدم مخالفته للنظام العام المطبق في البلاد، أو لحسن الآداب السائدة فيها. وقد نصت بعض القوانين صراحة على هذا الشرط^(٤)، ولكن غالبيتها لا يشير إليه، لأنه أصبح أمراً معروفاً لا جدال فيه. فقد جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي بمناسبة تعليقها على المادة الأولى: «وغني عن البيان أن العرف المعترف هنا هو ذلك الذي لا يخالف النظام العام أو حسن الآداب. فالعادات التي تتنافى مع الأسس الاجتماعية والسياسية والاقتصادية والأخلاقية التي تقوم عليها الجماعة لا ترقى أبداً إلى مرتبة العرف، وإن طال عليها الأمد. وفي بلد - كالكويت - يدين بالإسلام بنص الدستور، لا يمكن أن يعتبر عرفاً كل ما يخالف أصلاً من أصول الإسلام أو حكماً من أحكامه الأساسية الثابتة».

**

(١) نفس المرجع السابق: ص ٨٩.

(٢) انظر على سبيل المثال: القانون المدني المصري المادة: ٢/١. والعراقي المادة: ٢/١. والكويتي المادة: ٢/١.

(٣) انظر على سبيل المثال: القانون المدني السوري، المادة: ٢/١. والليبي المادة: ٢/١. والجزائري المادة: ٢/١. والأردني المادة: ٢/٢.

(٤) المادة الأولى من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة.

خاتمة

٥٧ - حاولت في هذا البحث أن ألم بموضوع العرف بطريقة موجزة شاملة وأن أبعث عن التفصيل والجدل والخلاف ما أمكن، حرصاً على موضوعية البحث، وتجنباً لتشعبه والإطالة فيه.

وقد خطر ببالي أن أجعل البحث في قسمين: أحصص أولها لدراسة العرف في الشرع الإسلامي، وأستعرض في الآخر تطور العرف في الفكر القانوني منذ عصر الرومان حتى الوقت الراهن، غير أنني لاحظت أن البحث مقدم إلى مجمع الفقه الإسلامي، وقد يكون فيما أفعل تزيد غير مطلوب.

وقد ثبت بما لا يدع مجالاً للشك أن الشرع الإسلامي يحمل في طياته بذور نمائه، فأحكامه يمكن أن تتسع لمواجهة الأوضاع المستجدة دون أن تفقد خصائصها المميزة، مما يؤكد صحة القضية القائلة: إن التشريع الإسلامي صالح لكل زمان ومكان.

والآن! وقد عرفنا أن أعداء الإسلام يتخذون من الأعراف القومية والعادات المحلية في البلاد الإسلامية منفذاً يلجؤون منه لهدم الإسلام من الداخل، يجدر أن نكون على حذر في التعامل مع العادات والأعراف التي تسود مجتمعنا الإسلامي، وأن نضعها في حجمها الشرعي الصحيح.

أما أولئك الذين جربوا دهاءهم في بلاد الإسلام، ثم رجعوا بخفي حنين، فإليهم أسوق قول رب العزة: ﴿يُرِيدُونَ أَنْ يُطْفِئُوا نُورَ اللَّهِ بِأَفْوَاهِهِمْ وَيَأْبَى اللَّهُ إِلَّا أَنْ يُشْعِرَهُمْ وَلَوْ كَرِهَ الْكَافِرُونَ * هُوَ الَّذِي أَرْسَلَ رَسُولَهُ بِالْهُدَىٰ وَدِينِ الْحَقِّ لِيُظْهِرَهُ عَلَى الدِّينِ كُلِّهِ وَلَوْ كَرِهَ الْمُشْرِكُونَ﴾^(١).

الدكتور محمد جبر الألفيت

(١) سورة التوبة: الآيتان ٣٢ و ٣٣.

العرف في الفقه الإسلامي

إعداد

الدكتور إبراهيم كافي دونمزي

أستاذ الفقه الإسلامي وأصوله

بخطبات الإلهيات بجامعة مرمره

إستانبول - تركيا

لقد نُشر الباب الأول من هذا البحث بعنوان: «نظرة جديدة إلى مكانة مفهوم العرف والعادة في الفقه الإسلامي»، في «مجلة العلوم الإسلامية»، تصدرها جامعة الأمير عبد القادر، للعلوم الإسلامية بقسنطينة (الجزائر)، السنة: الأولى، العدد: الأول، قسنطينة، إبريل ١٩٨٦م.

خطة البحث العرف في الفقه الإسلامي

تمهيد

الباب الأول

مكانة مفهوم العرف والعادة في أدب الفقه الإسلامي

١- بصورة عامة

١-١ مكانة العرف والعادة في التشريع الإسلامي بصفة عامة.

٢-١ نظرة عامة إلى مكانة العرف والعادة في أدب الفقه الإسلامي

٢-٢ دور العرف والعادة في مختلف مجالات الفقه الإسلامي

١-٢ دور العرف والعادة في منهجية القانون

١-٢-١ في الاجتهاد البياني

(أ) في التفسير اللفظي

(أ) دور العرف القولي

(ب) دور العرف العملي

(ب) في التفسير بالمعنى

(أ) في التفسير المقرر

(ب) في التفسير الضيق

(ج) في التفسير الواسع

٢-١-٢ في الاجتهاد القياسي

٣-١-٢ في الاجتهاد الاستصلاحي

٢-٢ دور العرف والعادة في تطبيق القانون

١-٢-٢ في تطبيق الأحكام المستندة إلى العرف

٢-٢-٢ في حالات وجود سلطة التقدير للحاكم

٣-٢-٢ في تفسير التصرفات القانونية

٣-٢ دور العرف والعادة في مجال قانون المرافعات (تقدير أدلة الطرفين)

الباب الثاني

نظرة تحليلية إلى محاولات تطوير نظرية للعرف في الفقه الإسلامي

- ١- بصفة عامة
- ٢- المادة والعرف في اللغة والاصطلاح
 - ١-٢ المادة اصطلاحاً
 - ٢-٢ العرف لغة واصطلاحاً
 - ٣-٢ النسبة بين العادة والعرف
- ٣- أنواع العرف والعادة
 - ١-٣ أنواع العرف من حيث اعتباره الشرعي
 - ١-١-٣ العرف الصحيح
 - ٢-١-٣ العرف الفاسد
 - ٢-٣ أنواع العرف من حيث المحيط الذي فشا فيه
 - ١-٢-٣ العرف العام
 - ٢-٢-٣ العرف الخاص
 - ٣-٣ أنواع العرف من حيث ماهيته
 - ١-٣-٣ العرف اللفظي أو القولي
 - ٢-٣-٣ العرف العملي أو الفعلي
- ٤- الأدلة التي يعتمد عليها لإثبات أن العرف والعادة أصل من أصول التشريع الإسلامي
 - ١-٤ الأدلة الخاصة
 - ١-١-٤ الكتاب
 - ٢-١-٤ السنة النبوية
 - ٢-٤ الأدلة العامة
 - ٥- أركان العرف وشروط اعتباره
 - ١-٥ أركان العرف
 - ١-١-٥ الركن المادي : الاطراد أو الغلبة
 - ٢-١-٥ الركن المعنوي : الاستقرار في النفوس
 - ٢-٥ شروط اعتبار العرف
 - ١-٢-٥ أن لا يكون العرف طارئاً
 - ٢-٢-٥ أن لا يوجد تصريح بخلاف العرف
 - ٣-٢-٥ أن لا يكون العرف مخالفاً للنص ومبادئ الشريعة
- ٦- التقييم العام للعرف
 - ١-٦ مفهوم «المصدر» من ناحية منهجية الحقوق الإسلامية وتقييم العرف

- ١-١-٦ مفهوم «الدليل» في أدب الفقه الإسلامي
٢-١-٦ تحليل لعدم تناول الأصوليين للعرف بين المصادر في مقابل الأهمية
التي حظى بها العرف في فروع الفقه
٢-٦ مفهوم «المصدر» من ناحية فلسفة الحقوق الإسلامية وتقييم العرف
٣-٦ نظام إعمال الأدلة الشرعية في الفقه الإسلامي ومكانة العرف فيه
الخاتمة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

تمهيد :

مما لا ريب فيه أن الحركات الاعتيادية تلعب دوراً هاماً في حياة كل فرد . فالإنسان يسلك بنفس السلوك في نفس الأوضاع . وهذه الحركات التي تظهر كتفاعلات غمطية تكتسب بمرور الزمن طابع «الاعتیاد»، وبذلك يسهل الإنسان عيشه إلى حد ما ويتخلص من صعوبة الاختيار واتخاذ القرار على أن يعين سلوكه لكل وضع في كل مرة . كما يسري نفس الشيء في شأن الحركات الاعتيادية الاجتماعية أيضاً .

فالعادات الاجتماعية عبارة عن قواعد السلوك الاجتماعي التي تتكون عن تلك التصرفات الاعتيادية الاجتماعية والتي تتبدل حسب تبدل الأفراد والأزمان والأمكنة .

ومع ذلك لا شك فيه أن هنالك تشابهاً كبيراً بين القواعد القانونية وقواعد العادات الاجتماعية، وهذه القواعد هي التي تنظم حياة الإنسان تنظيمياً إلزامياً في المجتمع . والحق أن كون العادة قاعدة إلزامية لما يجب أن يكون (doit être)، هو الخاصية التي تميزها عن الحركات الاعتيادية الاجتماعية الأخرى . لأن العادة تقضي وتحتّم تحقيق استمرارية الأمور في المستقبل أيضاً كما جرت في الماضي، بينما الحركات الاعتيادية الاجتماعية لا تتضمن فكرة الإلزام .

وكما أن هنالك تشابهاً كبيراً بين القواعد القانونية وبين قواعد العادات الاجتماعية من حيث كونها ذات الطابع (béteronome)، (يتلقى من الخارج القوانين التي تسيره) أي من حيث اصطباغها بالصبغة الجماعية لا الفردية فقط في تناولها الأمور، فإن هنالك تشابهاً بينهما أيضاً في هذا المضمار من حيث المحتوى . وفي الحقيقة أن محتويات هذه القواعد لا تستقر دائماً من حيث المضمون وإنما يمكن أن يطرأ عليها التغير والتبدل بصفة مستمرة . فإننا نشاهد اليوم كثيراً من قواعد العادات الاجتماعية قد أصبحت قواعد قانونية بحتة كما نشاهد العكس . مثلاً فإن كثيراً من القواعد القانونية التي تصادفنا اليوم على صعيد القانون الدولي كانت عبارة عن قواعد العادات من قبل .

وعلى الرغم من وجود شبه كبير بين القواعد القانونية وقواعد العادات الاجتماعية فإن

هنالك مواطن اختلاف وافتراق هامة بينها. لأننا نرى أن قواعد العادات الاجتماعية التي تستهدف تسهيل الحياة الاجتماعية وتذليل الصعوبات بالنسبة للأفراد والمجتمعات لم تكن تستند تمام الاستناد إلى العقل وإنما يتحكم فيها مصدر الصدفة، بينما القواعد القانونية تأتي للحفاظ على النظام الاجتماعي في المجتمعات ومن هذه الحيثية فهي تحظى أهمية كبيرة. ومن هذه الأهمية تأخذ القواعد القانونية صفتها الاستقلالية في الوجود والاستمرارية دون أن تراعي رضا وموافقة أتباعها بحيث أنها لا يمكن أن تلغي فاعليتها لمجرد وجود مخالفة ضدها. أما قواعد العادات الاجتماعية فهي على العكس من ذلك، لأنها قواعد اتفاقية (conventionnelle)، بمعنى أنها لا يمكن أن تأخذ صفة استقلالية في الوجود إلا مع موافقة أتباعها ومعترفها لتوقف تأثيرها الفعلي على إرادة واستجابة العاملين بها والمتمسكين بأحكامها. والحاصل أن القواعد القانونية ومنها قواعد العرف تمتاز عن قواعد العادات الاجتماعية بتضمنها الصفة الإلزامية «القاطعة» (apodictique)، لما يجب أن يكون (devoir être)، بينما قواعد العادات الاجتماعية لا تتضمن إلا صفة إلزامية «غير قاطعة» (problématique)، لما يجب أن يكون.

ومن البدهة هنا أن تكون علاقة متينة بين قواعد العادات والقواعد القانونية لكون كل واحدة منها تنحو منحى اجتماعياً وتهدف تنظيم الحياة الاجتماعية. وبما أن كل قاعدة اجتماعية يمكن لها أن تكتسي النمط القانوني، فمن الممكن جداً أن تشكل وتتكون قواعد العرف من العادات الاجتماعية. وهكذا فإن مجموع القواعد العرفية التي تعمل عمل القاعدة القانونية وتنجز مهمتها وذلك بصفة منفصلة عن القانون المكتوب (droit écrit)، تشكل القانون العرفي (droit coutumier). وهذه القواعد تتميز عن القواعد القانونية المكتوبة في كونها لم تكن قواعد بيانية مكتوبة معبراً عنها من طرف مرجع من مراجع السلطة التشريعية، وإنما هي حصيلة قناعة تجلت في ضمير الجماهير، ولذا يطلق على العرف اسم «القانون التلقائي» (droit spontané).

إلا أنه يجب أن لا يخلط هنا بين القواعد العرفية التي تلعب دور مصدر القانون بشكل مباشر وبين قواعد العادات الاجتماعية. لأن العرف يتميز أساساً بما يلحقه من صفة ملزمة ناتجة من الاعتقاد في إلزامه نفس إلزام القواعد القانونية «الشعور القانوني» (opinio necessitatis)، أي من الاعتقاد في وجود جزاء أو إيجاب عام أو جماعي ذي طابع قانوني يكفل احترامه. وعلى هذا النحو يتميز «العرف» عن مجرد «العادة». ويتميز عن قواعد العرف حتى العادات الاجتماعية التي لها مكانة هامة في العلاقات القانونية والتي لم تصل في إلزاميتها إلى درجة العرف. ويسمى هذا النوع من العادات الاجتماعية «العادة الاتفاقية» (usage conventionnel)، وتترتب على هذه التفرقة نتائج من عدة وجوه.

وقد يقع خلط أحياناً بين «العرف» و«العادة» سواء في اللغة العربية أو اللغة التركية.

وقد ساعد على هذا الخلط أن الشارع نفسه استعمل أحياناً لفظ العادة بمعنى العرف الملزم، واستعمل أحياناً أخرى لفظ العرف بمعنى العادة التي لم ترق بعد مرتبة العرف. ولكن التعبير الصحيح الذي يجمع عليه الفقه (doctrine) أن لفظ العرف يطلق على القاعدة القانونية الملزمة وأن لفظ العادة يطلق على القاعدة التي لم ترق بعد إلى مرتبة العرف لافتقارها إلى عنصر الإلزام في الدرجة التي يتضمنها العرف. أما في اللغات الغربية، فإن اصطلاحات (usage) في الفرنسية والانجليزية و (bung) في الألمانية التي تستعمل في معنى العادة و (droit coutumier) في الفرنسية، و (costum law) في الانجليزية و (Gewohnheitsrecht) في الألمانية التي تستعمل في معنى مجموع القواعد العرفية تشكل حاجزاً أمام ذلك الخلط.

إن العرف الذي له مكانة خاصة ومتميزة في الفقه الانجليزي – وإن لم يكن يحتفظ بتلك الأهمية السابقة نفسها في الوقت الحاضر – والذي يشكل مصدراً للقانون في الدرجة الثانية بعد التشريع في أغلب القوانين الحديثة بصفة عامة، قد ميز عن العادات كما أشرنا إليه بصورة موجزة في ما سبق. ووضعت نظرية مستقلة خاصة بالعرف. وأثناء تناول نظرية العرف نوقشت بصورة معمقة عدة قضايا منها قضية منشأ القواعد العرفية وقضية أساس القوة الملزمة للعرف. ولكننا هنا لن نتطرق إلى هذه الآراء بل سنكتفي بالإشارة – في الباب الثاني من هذا البحث – إلى أهم نقاط تلك النظرية لما احتاج الأمر إلى ذلك^(١).

**

(١) انظر في هذا الموضوع: حجازي (عبد الحفي)، المدخل لدراسة العلوم القانونية، الكويت ١٩٧٢م، ٤٤٠/١ وما بعدها؛ فرج الصلوة (عبد المنعم)، أصول القانون، بيروت، ١٩٧٩م، ص ١٤٠ وما بعدها؛ كيرة (حسن)، المدخل إلى القانون، اسكندرية، ١٩٧٤م، ص ٢٧٢ وما بعدها.

ARAL (Veodi), Hukuk ve Hukuk Bilimi Uzerine, Istanbul 1975, p 84.

وما بعدها.

LE BRUN, La Coutume, les sources, son Autorité en Droit privé (thèse), Cean 1932; PACHE (André), La coutume et les usages dans le Droit Privé positif. Lausanne 1938.

الباب الأول

مكانة مفهوم "العرف والعادة" في أدب الفقه الإسلامي

١ - بصورة عامة :

١-١ - مكانة العرف والعادة في التشريع الإسلامي بصفة عامة :

إن الإسلام أولى اهتماماً متزايداً لمنهج التدرج في ميدان التشريع كما اهتم أشد الاهتمام في تطبيق هذا المنهج بكل دقة للوصول إلى الهدف المنشود. ويفهم ذلك بكل وضوح من حديث عائشة رضي الله عنها^(١).

وإن منهج التدرج في التشريع يفيد مراعاة موازنة التأثير والتأثر وعدم التشدد عندما يؤق بأحكام تقتضي ترك الأمور المعتادة المألوفة التي تركت آثاراً عميقة في الحياة الفردية والاجتماعية، كما يفيد ذلك أيضاً عندما توضع أحكام تكليفية إيجابية جديدة. ومع ذلك فإن المرحلة النهائية لمنهج التدرج تتجلى في وضع الحكم المطلوب تأسيسه بدون انتقاص أو تنازل عن المبدأ.

وبهذه الصورة والكيفية تكون السلسلة التشريعية في الإسلام حائزة على طابع يراعي هذه الموازنة بدقة وحساسية^(٢). لأن الإسلام استطاع أن يزيل من المحيط الذي واجهه في أول الأمر أموراً اعتيادية كثيرة كانت لها آثار عميقة في الحياة الفردية والاجتماعية، بمنهج التدرج في التشريع مديماً ردود الفعل التي كان يمكن أن تؤثر في السلطة التشريعية كما تمكن في نفس الوقت من وضع القواعد التي يريد وضعها بصفة نهائية. ولا شك أن تلك التأثيرات العميقة التي

(١) البخاري، الجامع الصحيح، فضائل القرآن: ص ٦.

«ولو نزل أول شيء. لا تشربوا الخمر. لقالوا: لاندع الخمر أبداً، ولو نزل. لا تزنوا. لقالوا: ولا ندع الزنا أبداً.»

(٢) انظر لأمثلة متعلقة بتطبيق منهج التدرج في التشريع الإسلامي: بهنسي (أحمد فتحي)، السياسة الجنائية في الشريعة الإسلامية، مطابع دار الشروق (بيروت والقاهرة)، ١٩٨٣م، ص ٢٩ - ٥٠.

أشرنا إليها آنفاً قد نتجت ونشأت بصفة عامة عن الأعراف والعادات المتبعة آنذاك. إذن، يمكن إن نقول إن التشريع الإسلامي لم يكن بعيداً عن الاهتمام إزاء تأثيرات الأعراف والعادات في الحياة الاجتماعية للأفراد والمجتمعات.

كما أشرنا سابقاً فإن الليونة التي نشاهدها أثناء التشريع التدريجي لم تكن تشكل المرحلة النهائية من الأمر. بينما مفهوم «التقير» الذي نتناوله الآن سوف يطالعنا بنتائج أكثر حساساً ووضوحاً في هذا الميدان: إن السنة التي تشكل المصدر الثاني في التشريع الإسلامي بعد القرآن لم تكن عبارة عن أقوال الرسول ﷺ وتصرفاته وأفعاله، وإنما تتضمن تقريراته ﷺ أيضاً. وهذه التقريرات هي الأمور الاجتماعية الواقعية – ومنها الأعراف والعادات – التي كانت موجودة من قبل في المجتمع فأقرها الرسول ﷺ واستصوب ديمومتها واستمراريتها^(١). والحق أنه يمكن أن تأتي بأمثلة كثيرة وقائمة طويلة للأعراف والعادات التي كانت موجودة قبل الإسلام في المجتمع العربي فقبلها الإسلام ورضي باستمراريتها ولم يرفضها في ميدان التشريع^(٢). فمن الممكن أن نذكر كمثال حي عقدي المضاربة والسلم لتلك العادات التي كانت موجودة في البيئة التي عاش فيها النبي ﷺ والتي أقرها الإسلام^(٣). إذن، نستطيع أن نقول إن التشريع الإسلامي لم يكتف فقط بعدم مواجهة الوقائع الاجتماعية التي لم تضاد الإسلام، وإنما عمل أيضاً من أجل إكسابها مشروعية في الحياة العملية^(٤).

وبما أننا سنتناول في الباب الثاني موقف مذاهب الفقه الإسلامي إزاء العرف والعادة وأدلة من يعتبرها مصدراً من مصادر التشريع في الفقه الإسلامي، نكتفي هنا بالقول إن المبادئ العامة للتشريع الإسلامي وكذا الحلول والنتائج الفقهية التي توصل إليها فقهاء الإسلام الذين يعملون في إطار تلك المبادئ، تعكس نظرة إيجابية للأعراف والعادات التي هي عبارة عن قواعد السلوك الاجتماعي، ما دامت لا تتعارض والمبادئ الإسلامية. والحق أنه يمكن لنا أن نلاحظ في المؤلفات الفقهية الإسلامية عبارات تفيد أن في نزاع الناس عن عاداتهم حرجاً

(١) HAMIDULLH (Muhammed), «La philosophie juridique chez les Musulmans», Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul. 1968, 29-32, p 140.

(٢) HAMIDULLAH (Muhammed), Joufersanslar (Orfve Adet).

محاضرات (العرف والعادة) في كلية العلوم الإسلامية بأرزوروم (تركيا) مترجمة إلى اللغة التركية (مترجم: AKSU, Zahir)، ص ٥. انظر أيضاً عنوان: «السنن التي كانت الجاهلية سنتها فأبقى الإسلام بعضها وأسقط بعضها» من «كتاب المحبر» لمحمد حبيب (المتوفى سنة ٢٤٥هـ)، تصحيح: إيلزه ليحتن شتيرت ومحمد حميد الله حيدرآباد الدكن، ١٩٤٢م، ص ٣٠٩ وما بعدها.

(٣) الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق. مصر، ١٣١٥هـ، ٥٢/٥، ٥٣.

(٤) نفس المكان من المحاضرات المذكورة. HAMIDULLAH.

عظيماً^(١)، دون أن تقابل باعتراض. وكذلك، أئمة المذاهب الفقهية، فإنهم – ولو لم يعبروا نظرياً عن قيمة الأعراف والعادات في التشريع الإسلامي – إلا أنه لا يمكن أن نتصور بأنهم استغنوا تمام الاستغناء في حلولهم الفقهية عن أعراف وعادات البيئات التي عاشوا فيها. بل على العكس من ذلك، فإننا عندما نلقي نظرة على التاريخ الفقه الإسلامي نرى أن المسائل المستحدثة في العراق الذي تسود فيه العادات الفارسية والنبطية تعرض على أبي حنيفة وأمثاله، وأن المسائل المستحدثة في الشام الذي تسود فيه العادات البيزنطية تعرض على الأوزاعي وأمثاله، وأن المسائل المستجددة في مصر التي تسود فيها العادات القديمة من قبطية وبيزنطية ونحوها تعرض على الشافعي والليث بن سعد وأمثالهما وأن هؤلاء الأئمة كانوا يبذلون قصارى جهدهم للتوصل إلى الحلول الحقوقية مراعين في تلك العادات والتقاليد^(٢).

٢-١ – نظرة عامة إلى مكانة العرف والعادة في أدب الفقه الإسلامي:

إن الكتب التي تعنى بتاريخ التشريع الإسلامي تتناول بصفة عامة موضوع التشريع حسب الأدوار التاريخية. ونحن، – وإن لم يكن ذكر تلك الأدوار على حدة أمراً ضرورياً – يمكن لنا أن نستدل من هذه المشاهدات العامة بسهولة أن التشريع الإسلامي مر بأدوار لها خصائص مختلفة (وهذا الاستدلال له أهمية من حيث موضوعنا).

إننا نرى أن المسائل الحقوقية على الرغم من إيجاد حلول لها في إطار المبادئ الإسلامية قبل تدوين الفقه أيضاً (أي في عصر الرسول ﷺ والصحابة والتابعين)، لم تظهر آنذاك الحقوق الإسلامية كعلم مستقل وبالتالي لم تتضح قواعد هذا العلم تمام الوضوح. مثلاً، فإننا – بالرغم من مشاهدتنا التأثير القوي للأعراف والعادات في النتائج الحقوقية التي توصل إليها في هذا الدور – نلاحظ أنها لم تظهر في الوجود كمصطلح مستقل كما لم تأخذ مكانها بشكل واضح بين قواعد الاستنباط.

أما في دور التدوين فإن الأسس التي استند إليها الاجتهاد قد أصبحت واضحة وأن الاصطلاحات الحقوقية قد اكتسبت أهمية كبرى في تحليل المسائل بشكل تدريجي. والخلاصة أن الفقه الإسلامي قد نُمى واكتمل بصفة تدريجية وأصبح علماً مستقلاً بحيث ارتكز إلى قواعده

(١) انظر مثلاً ابن عابدين، رسالة نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف (في مجموعة الرسائل)، استانبول، ١٣٢٥هـ، ١١٣/٢ – ١١٨، ولعبارة قريبة منها، انظر: السرخسي، البسوط، مصر ١٣٣١هـ، ١٤/١٣، ١٥.

(٢) أحمد أمين، ضحى الإسلام، القاهرة، ١٩٥٢م، ١٦٤/٢.

الواضحة في بذل جهود ومساعي علمية قيمة^(١) (وبعبارة واضحة يمكن القول إن تدوين علم أصول الفقه كان متأخراً زمنياً عن تدوين الفقه)^(٢). لهذا، يجب أن تتحرى بصفة عامة المعلومات الواضحة المتعلقة بمناهج الحقوق الإسلامية واصطلاحاتها في النتائج والثمرات التي توصل إليها من خلال المساعي القيمة التي بذلت في ذلك الدور. غير أن الوضعية تكون مختلفة من جهة موضوعنا. لأن دور العرف والعادة، - على الرغم من ظهوره في الفقه الإسلامي بشكل أوضح وأدق من ذي قبل - إلا أن ما يلفت النظر هو كونها لم يأخذوا مكانتها بين المصادر الحقوقية بشكل قطعي وواضح، كما لم تتحدد حدود مفهوم العرف والعادة في ميدان التشريع بشكل بين وجلي.

وفي الحقيقة أن أول تعريف للعرف والعادة أمكن التوصل إليه في أدب الفقه الإسلامي هو ما ظهر في الكتاب المسمى «بالمستصفي» المتعلق بفروع الفقه للفقيه الحنفي أبي بكرات حافظ الدين النسفي المتوفى سنة ١٣١٠/٧١٠^(٣). ونحن في صدد البحث والدراسة عن الأمور المتعلقة بالعرف والعادة في الفقه الإسلامي، نرى إلزاماً علينا أن نتطرق إلى نقطة تتعلق بتعريف العرف والعادة ألا وهي إقدام أساتذة كرام اشتهروا بأثارهم القيمة في العالم الإسلامي أمثال الشيخ محمد أبي زهرة رحمه الله^(٤)، والشيخ مصطفى أحمد الزرقاء^(٥)، والدكتور محمد سلام المذكور^(٦)، والدكتور عبد العزيز الحياط^(٧) إلى إسناد تعريف للعرف والعادة إلى الغزالي قائلين أثناء نقلهم له «إن الغزالي عرف العرف والعادة في كتابه المستصفي كما يلي...»، إلا أنه تبين لنا من خلال تحقيقاتنا في هذا الميدان أن سبب هذا الالتباس، قد نتج عن اتباعهم بالفقيه الحنفي ابن عابدين الذي ألف رسالة مستقلة في العرف والعادة عندما كان يعرف العرف

(١) انظر في موضوع ظهور أصول الفقه على الساحة كنظام علمي ومسيرة تطوره في هذا الصدد، مثلاً: ابن خلدون، المقدمة، بيروت، بدون تاريخ. ص ٤٥٣ - ٤٥٥؛ المراغي (عبد الله)، الفتح المبين في طبقات الأصوليين بيروت ١٩٧٤م. ص ١٥ - ٢١ بلتاجي (محمد)، مناهج التشريع الإسلامي في القرن الثاني الهجري، الرياض، ١٩٧٧م. ١١/١ - ١٥؛ شعبان (زكي الدين)، أصول الفقه الإسلامي، قاريونس ١٩٧٩م. ص ١٥ وما بعدها؛ صالح (محمد أديب)، تفسير النصوص في الفقه الإسلامي بدون مكان وتاريخ، ٩٠/١ - ٩٦.

(٢) ابن عاشور (محمد طاهر)، مقاصد الشريعة الإسلامية، تونس، ١٩٧٨م، ص ٦.

(٣) أبو سنة (أحمد فهمي)، العرف والعادة في رأي الفقهاء، مصر، ١٩٤٨م، ص ٨.

(٤) في كتابه «مالك»، مصر، ١٩٥٢م، ص ٤٢٠.

(٥) في كتابه «الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد - المدخل الفقهي العام». دمشق، ١٩٦٤م، ٨٣٨/٢ هامش رقم ٢ و ٨٤٠/٢ هامش رقم ١.

(٦) في كتابه «المدخل للفقه الإسلامي»، القاهرة، ١٩٦٩م، ص ٢٢٨.

(٧) في كتابه «نظرية العرف»، عمان، ١٩٧٧م، ص ٢٣.

والعادة بتعريف الإمام النسفي قائلاً: «وفي شرح الأشباه للبيري عن المستصفي . . . دون أن يصرح اسم المؤلف ويرجع المؤلف إلى صاحبه الحقيقي^(١)، مع أن المراد من كتاب المستصفي هنا لم يكن المستصفي الشهير الذي ألفه الإمام الغزالي وإنما هو الكتاب المسمى بالمستصفي أيضاً والذي ألف من طرف الفقيه الحنفي الإمام النسفي المشار إليه آنفاً.

وتجلى لنا أهمية تطرقنا إلى هذه النقطة من جهتين: الأولى: ثبوت أن أول تعريف للعرف والعادة - يمكن التوصل إليه - لم يكن منشؤه الغزالي (المتوفى سنة ١١١١/٥٠٥)، وإنما كان قد صدر ذلك عن الإمام النسفي الذي عاش متأخراً عن الغزالي بقرنين من الزمن. أما الجهة الثانية: - وهي الأهم بالنسبة لنا - كون هذا التعريف الخاص بالعرف والعادة لم يرد في كتاب من كتب علم الأصول، وإنما ورد في كتاب من الكتب التي تهتم بالفروع الفقهية^(٢). لأن تناول العرف بتعريف مستقل - وإن كان يشكل مقدمة لنظرية خاصة بالعرف - فإن الأمر الأهم من حيث أخذه مكانته الخاصة بين الأدلة الشرعية وحصوله على نظرية مستقلة هو دخوله أو عدم دخوله في أدب علم أصول الفقه.

عندما نلقي نظرة عامة إلى الخطوط العامة لمبادئ المذاهب الاجتهادية يمكن أن نتوقع كنتيجة طبيعية أخذ العرف مكاناً متميزاً وخاصاً في الفقه الحنفي، ومع ذلك فإننا لا نكاد نشاهد حتى في كتب أصول الفقه الحنفية خطوات جريئة لبيان موقف واضح وصريح تجاه العرف والعادة. ويمكن أن نشير كمثال لذلك التردد الذي نجده عند الجصاص (م. سنة ٩٨٠/٣٧٠) إزاء العرف في كتابه الذي يعتبر كأول كتاب وصل إلينا في ميدان علم أصول

(١) ابن عابدين، رسالة العرف المذكورة، ١١٢/٢.

(٢) ولا يجب من إفادتنا هنا عدم استعمال لفظي «العرف» و«العادة» وعدم وجود أي توضيح في هذا الموضوع في المؤلفات السابقة. حتى إننا نعثر على عبارة قريبة جداً من تعريف النسفي للعرف عند الجصاص (المتوفى سنة ٣٧٠هـ/٩٨٠م)، وذلك أثناء تناوله لفظ «المعروف» الذي يستعمل أيضاً في معنى «العرف»، انظر «أحكام القرآن» له. استانبول، ١٣٣٥هـ، ٣/٣٨. ومن المفيد أن نبين هنا أن هذين اللفظين وخاصة لفظ «العادة» قد استعملتا غالباً في كتب الأصول بمعنى القوانين التجريبية أو المسلمات العقلية، انظر على سبيل المثال: الجويني (إمام الحرمين)، البرهان في أصول الفقه، تحقيق: عبد العظيم الديب، دوسة، ١٣٩٩هـ، ٢/٧٦٧؛ الغزالي، المستصفي من علم الأصول، مصر، ١٣٢٤هـ، ١/٤٥، ١٧٦، ١٧٧؛ البخاري (عبد العزيز)، كشف أسرار شرح أصول البزدي، استانبول، ١٣٠٨هـ، ٣/٢٥٩؛ الشيرازي، الوصول إلى مسائل الأصول، تحقيق: عبد المجيد تركي، الجزائر، ١٩٧٩م، ٢/٢٤١، ٢٤٢.

الفقه من بين الكتب الحنفية^(١): نراه عندما يعرف الاستحسان في هذا الكتاب - عارضاً الاستحسان بشكليته - يبين إمكانية تحقق الشكل الثاني (تخصيص الحكم مع وجود العلة) بواحد من أسباب خمسة ومنها «عمل الناس»، ولكنه مع ذلك لا يجعل عمل الناس سبباً مستقلاً للاستحسان أثناء تفريقه أقسام الاستحسان عن بعضها البعض كل على حدة وإن كان لا يهمل دور عمل الناس عند إيراد أمثلة لكل من أقسام الاستحسان^(٢). أما الأصوليون الذين جاؤوا من بعده، فزاهم لا يستسيغون جعل نمط خاص للاستحسان بسبب العرف^(٣)، إزاء هذا التحاشي الملحوظ في كتب أصول الفقه، فإننا نشاهد بكل سهولة توضيحات متعددة في كتب الفروع حول تحقق الاستحسان بسبب العرف^(٤). حتى إن المؤلف نفسه في الوقت الذي يجعل العرف سبباً للاستحسان في كتابه المتعلق بالفروع يجترر عن ذكر ذلك في كتابه الخاص بعلم أصول الفقه^(٥). وإلى جانب ذلك، يجدر بنا أن نلفت النظر إلى أننا لا نكاد نعثر على عناوين مستقلة في كتب علم الأصول لتناول العرف سواء بصفة إيجابية أو سلبية بينما نجد عناوين

(١) فعل الرغم من أن أول كتاب وصل إلينا باسم «الأصول» في الفقه الحنفي هو كتاب الكرخي (المتوفى سنة ٣٤٠هـ/٩٥١م) المسمى «بالأصول التي عليها مدار فروع الحنفية»، لم يكن في الحقيقة كتاباً يتعلق بأصول الفقه - على خلاف ما ظنه بعض الكاتبين - وإنما هو رسالة صغيرة تضم ٣٩ قاعدة عامة سائدة في الفقه الحنفي (مطبوع في مصر مع «تأسيس النظر» للدبوس). أما «أصول الشاشي» (م. ٣٤٤هـ) فلا يتناول إلا الأدلة الأربعة (ببروت ١٩٨٢م). بما أن الطبعة المحققة لكتاب الجصاص لم تكن في متناول يدنا أثناء القيام بإعداد البحث اعتمدنا على النسخة المخطوطة له. يقول محقق الكتاب الدكتور عجيل جاسم النشمي بشأن أصول الجصاص: «بل يكاد يكون أول كتاب في أصول فقه الأحناف يصل إلينا في شكل كتاب متكامل منسق مترابط»: ٤/١. (الكويت، ١٩٨٥م).

(٢) الجصاص، أصول الفقه، مخطوط بدار الكتب المصرية رقم ١٢٩، ق. ٢٩٤/ب - ٢٩٨/ب.

(٣) انظر على سبيل المثال: الدبوسي تقويم الأدلة، مخطوط بمكتبة سليمانية باستانبول (قسم لعله لي) رقم ٦٩٠. ق. ٢٢٥/ب. وما بعدها؛ البزدوي، كنز الوصول إلى معرفة الأصول، استانبول، ١٣٠٨هـ، ٥/٤، ٦؛ السرخسي، أصول السرخسي، تحقيق: أبو الوفاء الأفغاني، بيروت، ١٩٧٣، ٢٠٢/٢، ٢٠٣. هذا لا يعني أن كتب الأصول كلها لا يستعمل فيها أبداً تعبير «الاستحسان لسبب العرف»، انظر مثلاً: الغزالي، المنحول من تعليقات الأصول، تحقيق: محمد حسن هيتو، دمشق، ١٩٨٠م، ص ٣٧٣؛ الأمدي، الإحكام في أصول الأحكام، القاهرة، ١٩٦٧م، ٤/١٣٦؛ الشاطبي، المرافقات في أصول الشريعة، مصر، بدون تاريخ (بتعليقات الشيخ عبد الله دراز)، ٢٠٧/٤، ٢٠٨.

(٤) انظر مثلاً: السرخسي، المبسوط، ٤٦/١٢، ١٥٩؛ الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، بيروت، ١٩٧٤م (بالأوفست)، ٣٩٥/٧.

(٥) انظر السرخسي، المبسوط، ١٥٩/١٢ و «أصول السرخسي»، له، ٢٠٢/٢، ٢٠٣.

سلبية لبعض الأدلة الأخرى التي اختلف في اعتبارها الأصوليون مثل الاستحسان والاستصلاح^(١).

والخلاصة أنه مقابل إعطاء أهمية كبيرة لقاعدة «العرف يترك به القياس»^(٢) في كتب الفروع فإننا يمكن أن نسجل أن العرف لم يتناول أثناء التحقيقات الأصولية، إلا في مؤلفات الأدوار الأخيرة وذلك كدليل تال فقط، فضلاً عن حيازته مكاناً مستقلاً بين المصادر. ولا شك أن هذه الوضعية تمكننا من القول بوجود ثنائية (dualité) في أدب الحقوق الإسلامية من حيث تناول العرف^(٣).

أما العبارات الواردة في كتب الفروع حول العرف والعادة – فبسبب عدم إخضاع مفهوم «العرف والعادة» لخطوط معينة ومحددة – كانت أحياناً سبباً لاتخاذ فكرة غير صحيحة لتبيين وتوضيح مكانة العرف والعادة في الحقوق الإسلامية. وفي الحقيقة إننا نشاهد حتى في البحوث المستقلة التي لجئ إليها من أجل بيان مكانة العرف والعادة في الفقه الإسلامي، بعض الأمور التي كان يجب تناولها في إطار القواعد اللغوية أو في المفاهيم التي تتعلق بتطبيق القانون (مثل «العدالة» (équité) وسلطة التقدير للحاكم)، وكذلك بعض المسائل التي تدخل في إطار قانون المرافعات واردة في إطار مفهوم «العرف والعادة».

والحال أنه إذا ألقينا نظرة في إطار أصول الفقه الإسلامي إلى مكانة العرف بخطوطه العامة نجد أنه قد شكل مادة أساسية للأحكام الاجتهادية، ولكنه مع ذلك لم يتمكن قط من

(١) انظر مثلاً: الغزالي، المستصفي: ٢٤٥/١ – ٣١٥؛ الأمدي، الأحكام: ١٢١/٤ – ١٤٠.

(٢) انظر مثلاً: ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، القاهرة، ١٣٣٤هـ، ١٨٥/٦؛ ابن عابدين، رسالة العرف السابقة: ١١٤/٢؛ علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، استانبول، ١٣٣٠هـ، ٩٣/١، ٩٤؛ أبو سنة، العرف والعادة، ص ١٠١.

(٣) ولسنا نقصد من الثنائية هنا الثنائية التي تطرق إليها المستشرق شاخت الذي يقول: «بهذا المعنى فإن العادة لا يمكن أن تكون معتبرة في نظر الكتب الفقهية إلا في الميادين التي أشارت إليها الشريعة إشارة صريحة. ولكن على الرغم من ذلك، فإن العادة نراها تطغى على القواعد الشرعية في كل مكان، ومن هذه الحثية فإن الأهمية التي أعطيت لها في كتب الفقه لم تكن تتماشى مع المكانة الممتازة التي أحرزتها في تاريخ «الشريعة الإسلامية» (CHACHT (Joseph), Encyclopedie de l'Islam «Sanda»). لأن ثنائيته هذه تقودنا إلى تقسيم «القانون العرفي» و«القانون الشرعي» في تاريخ الدول الإسلامية من حيث التطبيقات القانونية. إذن، فإن هذا الاتجاه لم يكن يتصل ببحثنا هذا وإنما هو قضية راجعة إلى تحقيق التطبيقات القانونية ويمكن أن يكون موضوع بحث خاص لتاريخ التشريع الإسلامي. أما مرادنا نحن من الثنائية هنا، فيتجلى في الثنائية الملحوظة في كتب الأصول وكتب فروع الفقه من حيث تناول العرف كدليل من أدلة الأحكام.

الارتفاع إلى درجة المصدر الشكلي (source formelle). وبعبارة أخرى، على الرغم من رجحان تأثير العرف على المجتهد في استنباط الحكم بعد الكتاب والسنة والإجماع النقل في المسألة التي يوجد فيها العرف إلا أنه لم يأخذ مكائنه بين المصادر الشكلية وكذلك بين سلسلة المراتب للأدلة الشرعية، وإنما لعب دوره في تثبيت الحكم بواسطة مفاهيم أخرى وبخاصة منها الاستحسان والاستصلاح^(١). وستقف عند أسباب هذه الحالة في الباب الثاني من هذا البحث.

وهنا يجدر بنا أن نشير إلى أنه - مع قبولنا لوجود فروق واضحة بين «العرف» وبين «الإجماع»^(٢) المتفق على اعتباره لدى جميع الأصوليين - يمكن أن نشاهد تداخلاً وتعاضداً بين دليل «الإجماع السكوتي» الذي يحظى بأهمية كبيرة خاصة عند الحنفين وبين دليل «العرف العام»^(٣) في بعض الحالات، وخاصة عند التوصل إلى أحكام الإباحة في إطار صيغة «من غير تكبر»^(٤).

والخلاصة أن أموراً كثيرة في أدب الفقه الإسلامي كان يتوقع الباحث المتعود على مفاهيم النظريات الحديثة أن تتعرض لها في إطار خاصيات اللغة قد تصورت ضمن مفهوم العرف والعادة كما تتولت العادات الاتفاقية والقواعد العرفية التي تلعب دور «القاعدة القانونية»^(٥) دون تمييز بينهما. وبعبارة أخرى، فقد تطرقوا إلى العرف والعادة باعتبار تأثيرهما بصفة مباشرة

(١) قارن: أبو سنة، العرف والعادة، ص ٣٢؛ خلاف (عبد الوهاب)، أصول الفقه، نشر دار القلم (كويت، بيروت)، ١٩٧٢، ص ٩١، نفس المؤلف، مصادر التشريع الإسلامي في ما لا نص فيه، مصر، ١٩٥٥م، ص ١٢٣، ١٢٤ دواليبي (محمد معروف)، المدخل إلى علم أصول الفقه، بيروت، ١٩٦٥م، ص ٣٠، ٣١.

(٢) انظر في الفروق بين الإجماع والعرف: خلاف، مصادر، ص ١٢٤؛ مذكور (محمد سلام) المدخل للفقه الإسلامي ص ٢٢٩؛ خياط (عبد العزيز)، نظرية العرف، ص ٣١، ٣٢.

(٣) انظر مثلاً: ابن همام، فتح القدير شرح الهداية، مصر، ١٣٠٦هـ، ١٥٧/٦؛ سيد نسيب، أسس الفقه الحنفي (باللغة العشائية)، استانبول، ١٣٣٧ - ١٣٣٩هـ. ص ٣٥؛ عبد الله (عمر)، العرف، ص ٦ نقلاً عن «شفاء العليل في حكم الوصية، لابن عابدين، ص ١٣٦»، أبو زهرة (محمد)، أصول الفقه، مصر، ١٩٧٣م، ص ٢٧٤.

(٤) انظر: البخاري، كشف الأسرار: ٢٢٨/٣؛ الزيلعي، تبين الحقائق: ٢٩/٦. سنعود إلى هذه النقطة بمناسبة أخرى.

(٥) ولا يجب أن يفهم من عبارتنا هذه وجود حقوق العرف المستقلة بين مصادر الفقه الإسلامي. لأننا كنا قد بينا آنفاً عدم تمكن العرف من الارتفاع إلى درجة «المصدر الشكلي» بين المصادر في الفقه الإسلامي.

أو غير مباشرة على النتيجة القانونية التي ستطبق على الواقعة القانونية دون أي اهتمام بالاتجاه إلى وضع نظرية للعرف أو بيان للدور الذي يلعبه العرف والعادة (ككونها يلعبان دور تكميل الفراغات القانونية أو تفسير النصوص أو إنارة الطريق للقاضي عند استعماله سلطة التقدير أو تفسيره التصرفات القانونية).

فنحن في بحثنا هذا لن نتناول العرف كقاعدة قانونية فحسب، وإنما سنتطرق إلى العرف والعادة (دون تفریق بينهما باعتبار المضمون) من حيث مكانتهما في أدب الفقه الإسلامي. غير أننا سنعمل من أجل توضيح أدوارهما المختلفة الطابع كما سنسعى بعد ذلك (في الباب الثاني من هذا البحث) في ضوء هذه التحاليل لإجراء بحث نقدي للمحاولات المستجدة لتطوير نظرية مستقلة للعرف في الفقه الإسلامي. يجب أن ننبه هنا إلى أن الأمثلة في بحثنا هذا قد ضربت لتكون نماذج لاقتراحاتنا المتعلقة بتناول أدوار العرف والعادة المختلفة الطابع؛ لهذا ينبغي أن يؤخذ بعين الاعتبار دائماً وجود احتمال تقييم تلك الأمثلة بصورة مختلفة عند المذاهب الحنوفية الأخرى سواء من حيث النتائج أو الاستدلال.

٢ - دور العرف والعادة في مختلف مجالات الفقه الإسلامي :

عندما تتمكن من التمييز بين موقف المجتهد الذي يستنبط الأحكام مباشرة من النصوص وبين موقف السلطات التنفيذية التي تضع هذه الأحكام حيز التطبيق، نستطيع آنذاك أن نتوصل إلى إدراك المكانة التي يجرزها العرف في الحقوق الإسلامية بشكل أوضح وأصح.

لهذا، فإننا سنحاول أن نفرق في بحثنا هذا بين دور العرف في منهجية القانون (méthodologie du droit) وبين دوره الذي يتجلى أثناء وضع القانون في حيز التطبيق. ولا نقصد من هذا التقسيم أن السلطة التي تختص بتنفيذ الأحكام تكون بعيدة في جميع الأحوال عن دائرة الاجتهاد من حيث الأهلية والكفاءة، وإنما قد يكون المقام المختص بتطبيق الأحكام جامعاً بين أهلية الاجتهاد وسلطة التنفيذ، وفي هذه الحالة يعتبر مستنبطاً للحكم الذي سيطبق على الحادثة مباشرة من جهة، ومنفذاً له من جهة أخرى.

٢-١- دور العرف والعادة في منهجية القانون :

إن المنهج الذي يجب أن يتبع في حل مسألة حقوقية قد أصبح معلوماً في بيانات معاذ بن جبل الموجزة التي أقرها الرسول ﷺ^(١) وعليه، إذا وجد في الكتاب أو السنة نص خاص

(١) انظر لمن هذا الحديث ولنقده: أبو داود، السنن، افضية: ١١؛ الترمذي، السنن، أحكام: ٣؛ ابن حنبل، مسند: ٢٣٦/٥ - ٢٤٢؛ السرخسي، أصول: ١٠٧/٢؛ ابن حزم، ملخص أبطال القياس والرأي والاستحسان والتقليد والتعليل، دمشق، ١٩٦٠م، ص ١٤، ١٥؛ الشوكاني، إرشاد الفحول، مصر، ١٩٣٧، ص ٢٠٢.

يستطيع أن يتناول في حكمه القضية القانونية التي يتحرى فيها الحكم طبق هذا النص . أما إذا لم يوجد لجيء إلى الاجتهاد فيها . ولكن المقصود من «الاجتهاد» هنا هو الاجتهاد في المفهوم الضيق . لأن وجود نص خاص يستطيع أن يتناول في حكمه القضية الحقوقية لا يعني أنه لم يدع مجالاً لاختلاف الآراء أبداً؛ بل على العكس من ذلك، يمكن أن يجب تناول هذا النص والتفكير فيه لفهم مقصود الشارع منه تارة في إطار ألفاظه وتارة في إطار معاني ألفاظه . فالنشاطات البيانية هذه التي تنصب على الألفاظ والمعاني تسمى «بالاجتهاد البياني» . إذن، فإن «الاجتهاد» في مفهومه الواسع يتضمن نشاطات تفسير النصوص أي الاجتهاد البياني أيضاً^(١) . أما الاجتهاد في مفهومه الضيق (الذي يلجأ إليه في حالة عدم وجود نص يستطيع أن يتناول في حكمه القضية القانونية) له نوعان رئيسيان :

فالنوع الأول عبارة عن تحديد «العلل الموجبة للأحكام» في كل حكم «بصورة خاصة» ، ليتخذ منها مقياس من مقاييس الحكم فيما يراد إضافته على النصوص بطريق القياس، ويطلق عليه اسم «الاجتهاد القياسي» .

والنوع الثاني هو تحديد «روح الشريعة بصورة عامة» ليتخذ منها أصل من أصول التشريع للحكم في كل حادث جديد استناداً إلى المصالح المرسله، ويسمى هذا النوع «بالاجتهاد الاستصلاحي»^(٢) .

ففي حالة وجود نص خاص يمكن تطبيقه بشكل مباشر على المسألة الحقوقية لا يمكن أن يلعب العرف والعادة أي دور من الأدوار . مثلاً لا يمكن أن يتوصل إلى حكم جديد بأي نوع من أنواع العرف في مسألة التبيي المعتبر عادة عند العرب كالبنوة الحقيقية بعد أن ألغي هذا الحكم بنص قرآني صريح .

والآن سنلقي نظرة إلى أدوار العرف والعادة في الحالات الأخرى المتقدمة (في الأنواع الثلاثة للاجتهاد) .

٢-١-١ في الاجتهاد البياني :

(أ) في التفسير اللفظي :

على الرغم من فسح المكان للآراء الخاصة بموضوع «التخصيص بالعرف القولي» و«التخصيص بالعرف العملي» في بحوث أصول الفقه، فإنه في حقيقة الأمر يمكن القول بأن

(١) الغزالي، المستصفي: ٢/٢٢٩؛ البخاري، كشف الأسرار: ٣/٢٦٨ .

(٢) الدواليبي، أصول الفقه، ص ١٣٣ - ١٣٦، ٣٨١ - ٣٨٢، ٤٣٤؛ انظر لتسمية «الاجتهاد القياسي»؛ الغزالي، المستصفي: ٢/٢٣٣ .

الخصائص اللغوية قد تنولت هناك في إطار مفهوم العرف والعادة. وسنشير إلى هذين الدورين للعرف والعادة بإيجاز شديد فيما يلي:

أ - دور العرف القولي:

إن التخصيص بالعرف القولي هو قصر العام على بعض أفراده بموجب «مفهوم القول»، لا بموجب «مفهوم التعامل»، وذلك مثل الدراهم في مكان ما حيث تطلق وتقال ولا يفهم منها في العرف القولي إلا النوع المتعارف عليه في ذلك المكان، والمراد من العرف القولي في تخصيص النص هو العرف البياني الخاص الذي يوجه الاستعمال في عصر نزول القرآن وورود السنة، أي ما كان يفهمه المسلمون، وما يحيط بالاستعمال في شؤون تقييده، لأنها تقييد القول، وتجعله في دائرته. هنالك اتفاق بين علماء الأصول وعلماء اللغة في دور العرف القولي في تقييد المطلق وتخصيص العام^(١).

ب - دور العرف العملي:

أما التخصيص بالعرف العملي هو قصر العام على بعض أفراده بموجب «تعامل الناس» ببعض أفرادها لا بموجب «مفهومه القولي». فلو كان من عادة المخاطبين في المكان الذي جاء فيه النص تناول طعام خاص كالبر مثلاً وورد الخطاب بتحريم الطعام كقوله: «حرمت عليكم الطعام» فقد انصرف التحريم عند من قال بتخصيص العام بالعرف العملي إلى ذلك النوع من الطعام فقط، رغم أن له مفهوماً عاماً لديهم ويدل على البر وغيره. كما يوجد اتفاق بين علماء الأصول في تقييد المطلق بالعرف العملي غير أنهم اختلفوا حول دوره في تخصيص العام. وقد اشتهد الخلاف خاصة بين الحنفية والشافعية، فذهب الحنفيون إلى تخصيص العام بالعرف العملي بينما الشافعية يخالفونهم في ذلك. والرأي الغالب عند المالكية يوافق تمام الموافقة لرأي الأحناف إلا أن القرافي من المالكية والزليعي من الحنفية لا يذهبان إلى رأي مذهبهما في هذه المسألة. والأستاذ أبو سنة، بعد أن تعرض لهذا الخلاف بصورة واسعة يبين ترجيحه الشخصي في اتجاه الرأي الحنفي^(٢).

(ب) في التفسير بالمعنى:

كما هو معلوم فإنه يتم تفسير القانون سواء عن طريق بحثه من ناحية اللفظ أو بحثه من

(١) ابن عبد الشكور، مسلم الثبوت؛ والأنصاري، فواتح الرحموت، مصر ١٣٢٤هـ، ٢/٣٤٥؛ الدواليبي، أصول الفقه، ص ٢٣٥، ٢٣٦؛ أبو سنة، العرف والعادة، ص ٩١.

(٢) الغزالي، المستصفى، ١١١/٢، ١١٢؛ نفس المكان من «مسلم الثبوت» و«فواتح الرحموت»؛ الدواليبي، أصول الفقه، ص ٢٣٤، ٢٣٥؛ أبو سنة، العرف والعادة، ص ٩١ - ٩٤، ١٢٤ - ١٢٥.

ناحية الروح (المعنى)، وفي نهاية هذا التفسير إذا ما تساوت النتيجة التي تم الحصول عليها مع المفهوم الذي تم استخراجها من لفظ القانون، يقال لهذا التفسير «التفسير المقرر» أو «التفسير البياني» (interprétation déclarative)، أما إذا كان يختلف عن المفهوم المستخرج من لفظ القانون كان هذا التفسير تفسيراً يحدث في اللفظ تغييراً، وهذا التفسير يمكن أن يكون في اتجاهين:

إما أن يوسع ما تم فهمه من اللفظ فيطلق عليه «التفسير الواسع» (interprétation extensive).

وإما أن يضيق ما تم فهمه من اللفظ فيطلق عليه «التفسير الضيق» (interprétation restrictive).

أ - في التفسير المقرر:

هنا نجد تطابقاً بين النتيجة المستحصلة من التفسير بالمعنى الذي يأخذ العرف والعادة في الاعتبار وبين النتيجة الحاصلة من تفسير لفظ النص. ويسمى هذا التفسير الذي يأخذ العرف بعين الاعتبار في النظريات الحقوقية المعاصرة «بالتفسير التعاملي» كما يسمى العرف الذي أخذ بعين الاعتبار «العرف المؤيد» (la coutume confirmatoire) يمكن توضيح هذا النوع من التفسير بالمثال التالي:

يرى أبو يوسف ومحمد بن الحسن الشيباني جواز بيع أراضي مكة - وهذا إحدى الروايتين من أبي حنيفة أيضاً - مستنديين إلى ما جاء من النبي ﷺ «هل ترك لنا عقيل من ربيع»، فالنتيجة الحاصلة من التفسير اللفظي لهذا الحديث قد أيدت بالتعامل وقيل: «وقد تعارف الناس بيع أراضيها والدور التي فيها من غير نكير وهو من أقوى الحجج»^(١). ويظهر أن هذا النوع من العرف يرجع في حقيقته إلى مفهوم «السنة التقريرية»^(٢).

ب - في التفسير الضيق:

المقصود هنا، هو تخصيص العام بالمصلحة التي تتجلى في دائرة العرف والعادة. فمثلاً، إن المعنى المفهوم من لفظ الآية الكريمة التي تقول: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضَعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾^(٣)، يتجه نحو تكليف الأمهات بإرضاع أولادهن دون تفريق بينهم غير أن الإمام

(١) الزيلعي، تبين الحقائق، ٢٩/٦. ونلاحظ دوراً للعرف يشبه بذلك الدور في بحث ترجيح الأخبار: فالغزالي يذكر كسب من أسباب الترجيح بين الخبرين أن تعمل الأمة بموجب أحد الخبرين، انظر: المستصفي: ٣٩٦/٢.

(٢) انظر عنوان: «(دور العرف والعادة) في الاجتهاد القياسي» من هذا البحث.

(٣) سورة البقرة: الآية ٢٣٣.

مالك يقول: «إذا كانت المرأة شريفة القدر لا يلزمها إرضاع ولدها إن كان يقبل ثدي غيرها للمصلحة العرفية في ذلك حيث جرى العرف لدى أمهاتهن على أن تستأجر لأولادهن المرضع»^(١).

ويجدد بنا أن نسترعي الانتباه هنا أنه لا يكون دور العرف في تأييد المعنى الناتج عن لفظ النص وكذلك في تخصيص النص العام (سواء في التفسير اللفظي أو في التفسير بالمعنى) بيت القصيد إلا إذا كان ذلك العرف مقارناً لورود النص المبحوث فيه. أما إذا كان العرف حادثاً بعد ذلك النص، فإن هذا العرف لا يعتبر ولا يصلح مخصصاً للنص التشريعي باتفاق الفقهاء ولو كان عرفاً عاماً. لأن التخصيص تفسير لمراد الشارع من نصه منذ صدوره عنه، فلا يمكن أن يعتبر النص العام النافذ على عموم مخصصاً منذ صدوره بعرف سيحدث فيما بعد، وربما لا يحدث، كما أشار إلى ذلك الأستاذ الجليل مصطفى أحمد الزرقاء^(٢). ونحن نشركه الرأي فيما اعترض على كلام ابن عابدين الذي قال: «... لأن العرف العام يصلح مخصصاً للنص» بدون تمييز في هذا الضابط بين العرف القائم عند ورود النص، والحادث بعده^(٣). ومع وجود أحكام فقهية تدفع الباحث في الوهلة الأولى إلى نتيجة أن العرف الحادث أيضاً يلعب دور تخصيص النص العام، فإنه يجب تحقيق القضية في تلك المواطن بدقة. والحقيقة أن النصوص في مثل هذه الحالات مخصصة بعلمها؛ أما دور العرف الطارئ عبارة عن تسجيل انتفاء تلك العلة. إذن، فإنه يتم أولاً في مثل هذه الحالات تفسير غائي (interprétation téléologique) - وذلك بتثبيت علة الحكم المصرحة من طرف النص وإما باستنباطها من طرف المجتهد - ، وبعد ذلك، فلو ثبتت الفقيه من انتفاء العلة بدلالة العرف، حكم بأن الحكم انتفى في دائرة حدود انتفاء العلة وفقاً للقاعدة الأصولية التي تقول: «إن الحكم يدور مع علته وينتفي مع عدمه»^(٤).

مثلاً، في عقود المعاوضات، مع عدم صحة شرط لا يقتضيه العقد عند الأحناف الذين أخذوا في ذلك بظاهر ما روي عن النبي ﷺ أنه «قد نهي عن بيع وشرط»، فإنه يمكن قبول صحة مثل هذا الشرط عندما يصبح عرفاً. لأن علة الحكم القائل بعدم جواز مثل هذا الشرط كانت من أجل إزالة النزاع بين المتعاقدين، فوجود العرف تكون العلة منتفية^(٥). والبيع

(١) الزرقاء، (مصطفى أحمد) المدخل الفقهي العام (نقلًا عن «أحكام القرآن» لابن العربي): ٢/٨٩٤.

(٢) الزرقاء، المدخل الفقهي: ٢/٩٠٢، سنتناول حالة الاصطدام بين العرف والنص في الباب الثاني.

(٣) ابن عابدين، رسالة العرف السابقة: ٢/١١٤، ١٢٢، ١٢٣.

(٤) السرخسي، أصول: ٢/١٨٢.

(٥) البايروني، العناية شرح الهداية، مصر، ١٣٠٦هـ، ٧٦/٦؛ الزرقاء، المدخل الفقهي: ٢/٩٠١.

بالوفاء أيضاً، يستند في الأصل إلى شرط فاسد. ولذا كان هذا النوع من البيوع ممنوعاً قبل أن يصبح عرفاً. إلا أنه لما أصبح عرفاً جوزته الفقهاء نتيجة انتفاء العلة المشار إليها آنفاً^(١).

ج - في التفسير الواسع:

من الطبيعي أن يكون كل مادة من مواد القانون في إطار اللغة التي يوضع فيها الحكم المراد تفسيره وفي المتن الذي يتضمن على خاصيات هذه اللغة. فتارة تكون ألفاظ هذا المتن مبنية على عادات البيئة التي جاء فيها الخطاب. وفي مثل هذه الحالات يجب أن لا يفهم القصد من الحكم من المفهوم الذي استحصل من الألفاظ وإنما عن طريق العادات التي كانت سبباً في احتواء المتن لهذه الألفاظ.

وكمثال لهذا النوع من التفسير في الحقوق الإسلامية نريد أن نشير هنا إلى الحديث الذي أحرز مكاناً هاماً في أدب الفقه الحنفي والذي اشتهر باسم «النص المبتنى على العرف». وهذا الحديث الذي يعرف أيضاً بحديث «الربا» يشير إلى أربع مواد (الحنطة والشعير والتمر، والملح)، مبنياً ضرورة التبادل فيها بالكيل كما يشير إلى مادتين أخريين (الذهب والفضة) مبنياً ضرورة التبادل فيها بالوزن. وفي الحقيقة أن أكثر الفقهاء الأحناف قد فسروا الحديث بهذا المعنى، ذاهبين في ذلك إلى إضافة الحكم بشكل مطلق للفظي «الكيل» و«الوزن» اللذين وردا في الحديث؛ فعلى هذا الرأي لا يجوز التبادل في المواد الأربعة المذكورة إلا بالكيل كما لا يجوز التبادل في المادتين الأخريين إلا بالوزن. غير أن الإمام أبا يوسف في أثناء تناوله لهذا الحديث وتفسيره له لم يكتف بالتفسير اللفظي المجرد وإنما ذهب إلى كون هذه الألفاظ مبنية على عادات ذلك الوقت تماشياً مع قاعدة «النص المبتنى على العرف» متوسعاً بذلك في تفسير الحديث. وفي الحقيقة عندما نظرت إلى الحديث بدقة يمكن التوصل إلى أن الحكم المستهدف فيه لم يكن يتعلق بضرورة التبادل «بالوزن» أو «الكيل» وإنما هو عدم وجود التفاضل في التبادل ومنع الربح غير المشروع^(٢):

أما سبب استعمال لفظي الكيل والوزن فلم يكن إلا تأثراً بالعادة الجارية

(١) الزرقاء، المدخل الفقهي: ٩٠١/٢، ٩٠٢. هذا من ناحية انتفاء النزاع بين الطرفين. أما موافقة البيع بالوفاء لمبادئ وقواعد الفقه الإسلامي من كل الجهات أو عدم موافقة لها فمقضية أخرى يمكن أن يناقش فيها.

(٢) مع أن السرخسي - وهو أحد من أصحاب الرأي المشار إليه آنفاً - يبين أن «المراد في ذلك الحديث المائلة من حيث القدر» (المبسوط: ١١١/١٢)، فإنه يصل أيضاً من خلال ألفاظ الحديث إلى نتيجة تعين النمط في التبادل باستصواب الرسول ﷺ استناداً إلى مفهوم، «التقرير» كما يفهم هذا من عبارته التالية: «والأصل أن ما عرف كونه مكياً على عهد رسول الله ﷺ فهو مكيل أبداً وإن اعتاد الناس بيعه وزناً وما عرف كونه موزوناً في ذلك الوقت فهو موزون أبداً وما لم يعلم كيف كان يعتبر فيه عرف الناس في

آنذاك^(١).

وهكذا فقد استحسن اجتهاد أبي يوسف هذا من طرف كثير من الفقهاء المتأخرين وأصبح موضوع مدح وثناء^(٢). كما يلاحظ تأثير اجتهاد أبي يوسف هذا في مسائل مشابهة لها صلة بالعرف^(٣).

ونلاحظ أيضاً نفس الوضعية إزاء الحديث الذي يقول: «الوزن وزن أهل مكة والكيل كيل أهل المدينة». وقد انتقد الخطابي انتقاداً شديداً الذين اعتبروا وزن أهل مكة وكيل أهل المدينة مقياسين غير متغيرين، وجمدوا روح مضمون الحديث في دائرة الألفاظ^(٤) ولا شك أن المعلومات المتعلقة بالوضع الاقتصادي والمالي لمكة والمدينة والتفسيرات التي تمت مع أخذ الاعتبار لتلك الأوضاع الاقتصادية والمالية تنور لنا الطريق في فهم مثل هذه الأحاديث^(٥).

٢-١-٢ في الاجتهاد القياسي:

إن دور العرف والعادة في هذا النوع من الاجتهاد يكون في أكثر الأحوال في طابع غير إيجابي^(٦). لأنه يكون مانعاً لتعدي حكم الأصل إلى الفرع، ولأنه يتجلى كتسجيل لانتفاء المشابهة والمساواة بين الأصل والفرع من ناحية علة الحكم.

كل موضع إن تعارفوا فيه الكيل والوزن جميعاً فهو مكيل وموزون، وعن أبي يوسف أن المعتبر في جميع الأشياء العرف لأنه إنما كان مكيلاً في ذلك الوقت أو موزوناً في ذلك الوقت باعتبار العرف لا بنص فيه من رسول الله ﷺ ولكننا نقول تقرير رسول الله ﷺ بإهامم على ما تعارفوه في ذلك الشيء بمنزلة النص منه فلا يتغير بالعرف لأن العرف لا يعارض النص، المبسوط: ١٤٢/١٢.

(١) انظر: الجصاص، أصول الفقه، مخطوط، ق. ٢٧٦/ب؛ ابن همام، فتح القدير: ١٥٧/٦؛ يقول إسماعيل حقي إيزميرلي في هذا الصدد: «إن أبا يوسف لا يفضل العرف على النص وإنما يفهم النص بمساعدة العرف» في مقاله: «أسس الإجماع والقياس والاستحسان» (باللغة العثمانية)، جريدة «سبيل الرشاد»، المجلد: ١٢، العدد: ٢٩٥، ص ١٥٤. انظر للروايات الأخرى لهذا الحديث التي تلقي ضوءاً على الحكم المقصود وضعه، ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مصر، ١٩٧٥م، ١٤١/٢ وما بعدها.

(٢) انظر ابن عابدين، رسالة العرف السابقة: ١١٦/٢؛ رشيد باشا، روح المجلة (باللغة العثمانية)، استانبول، ١٣٢٦هـ، ١٢٣/١.

(٣) انظر: الباري، العناية: ١٥٧/٦.

(٤) انظر: الخطابي، معالم السنن (شرح سنن أبي داود)، حلب، ١٩٣٤م، ٦٠/٣ - ٦٤.

(٥) انظر: المعلومات التي تلقي ضوءاً على الموضوع: الكتاني (محمد عبد الحفي)، الترتيب الإدارية، رباط، ١٣٤٦هـ، ١/١١١ - ٤١٥؛ الشريف (أحمد إبراهيم)، مكة والمدينة في الجاهلية وعهد الرسول. القاهرة ١٩٦٥م، ص ٣٧٤، ٣٧٥.

(٦) إلا أنه ينبغي أن يلاحظ أن السلبية هنا لم تكن تتعلق بالحكم الذي توصل إليه وإنما هي متعلقة بطابع دور العرف.

مثلاً كان أبو حنيفة لا يجوز بيع النحل ودود الفز، لأنه كان لا يعتبرهما «مالاً» قياساً على سائر هوام الأرض كالوزغ والضفادع. وكانت العلة في عدم اعتبار مثل هذه الأشياء موضوع عقد هي عدم إمكان الاستفادة منها وبالتالي تضرر أحد المتعاقدين وربح الآخر بطريقة غير مشروعة إلا أن محمد بن الحسن الشيباني لاحظ إمكان الاستفادة منها واعتبرهما «مالاً» نظراً لتعامل الناس وجعلها موضوع عقد للبيع والشراء^(١).

والحري بنا أن نبين هنا أن اعتبار بعض العقود كالاستصناع مثلاً في ميدان الاجتهاد قد نتج عن تطبيق منهج ترك القياس بسبب العرف الذي يسمي ذلك عند الحنفية استحساناً^(٢). وعندما يقومون ببيضاء هذا الموضوع يصيرون إلى وضع قاعدة «أن العرف والتعامل يعتبران كدليل لترك القياس وتخصيص النص»^(٣). والحال أن هذا النوع من التصريحات وإن كان يشعر بتقدم العرف كمصدر على القياس فإن ذلك يكون مخالفاً بالبداية لترتيب الأدلة في كتب أصول الفقه. ولذا بدل أن يصار إلى إمكان تقديم العرف على جميع أنواع القياس تمسكاً بشكل مطلق بمثل هذه التصريحات فإنه يستحسن التوجه إلى تثبيت معاني مفهوم «القياس» وبالأخص عند الأحناف وفي الحقيقة لما نمن النظر في الموضوع بدقة نجد أن رجحانية العرف على القياس المتكلم عنها سابقاً لا تتحقق بصفة عامة في إطار «القياس الأصولي» (القياس القانوني gesetresanalogie) وإنما تتحقق في إطار القياس بمعنى «القاعدة العامة» (القياس الحقوقي rechanalogie) أو في إطار مقتضى الدليل العام^(٤). أما لو نمن النظر في البحث عن العامل الحقيقي الدافع إلى وضع مثل هذه القاعدة (أي «أن العرف يترك به القياس ويخصص به العام إذا كان ظنياً») نلاحظ أنهم يقصدون هنا التعامل الجاري منذ عهد النبي ﷺ من غير تكبير

(١) الموصلي، الاختيار لتعليل المختار: ٢٥/٢؛ أبو سنة، العرف والعادة، ص ١٠٣.

(٢) انظر: النسفي (أبو البركات حافظ الدين)، منار الأنوار، استانبول، ١٣٠٨هـ، ص ٢٨٥؛ ابن نجيم، البحر الرائق: ١٨٥/٦.

(٣) أبو سنة، العرف والعادة، ص ٢٧، ٢٨ - ١٠١.

(٤) شلبي (مصطفى)، تعليل الأحكام، مصر، ١٩٤٧م، ص ٣٣٧ وما بعدها. مع أن كلمة «القياس» قد استعملت في كتب الأصول في معنى «القياس الأصولي» غالباً، فإنه يشاهد في عبارات كثيرة أنها قد استعملت أيضاً في معنى «القاعدة العامة»، انظر على سبيل المثال: الجصاص، أصول الفقه (مخطوط)، ق. ٢٧١/ب، ٢٧٢/أ؛ الدبوس، تقويم الأدلة (مخطوط)، ق. ١١٩/أ، ١١٩/ب، ٢٢٠/أ، ٢٢٦/أ؛ البزدوي، الأصول: ٢٤٩/٣؛ السرخسي، أصول: ٢٥٥/٢.

انظر في:

«rechanalogie»، «gesetranalogie».

GENY (François), Méthode d'interprétation et sources en Droit privé positif, Paris 1954, 1/105 et s. 11/131.

والذي يرجع في حقيقته إلى مفهوم الإجماع^(١). وبديهي أن هذا النوع من الإجماع راجع في حقيقته إلى مفهوم «السنة». إذن، في مثل هذه الحالات (كما كان في تجويز عقد الاستصناع) يكون مصير الاستدلال إلى احتمالين:

الأول: أن يذكر الفقيه سنة قولية أو فعلية متعلقة بالقضية الحقوقية، فدور العرف هنا عبارة عن تأييد المعنى الناتج من اللفظ كما بينا ذلك تحت عنوان «التفسير بالمعنى».

والثاني: أن يستند الفقيه في استدلاله إلى مجرد التعامل المذكور. ففي هذه الحالة لا يكون المقصود إلا سنة تقريرية أي تعاملاً استصوب النبي ﷺ ديمومه.

٢-١-٣ في الاجتهاد الاستصلاحي:

كما سبق أن بينا تحت عنوان «مكانة العرف والعادة في التشريع الإسلامي بصفة عامة»، فإن المبادئ العامة للتشريع الإسلامي تقف إزاء العرف - فيما أصبح مألوفاً بين الناس وفي التصرفات التي تركت أثرها العميق في الحياة الاجتماعية - موقفاً إيجابياً ما لم يكن مخالفاً لها ومغايراً لروحها.

وخاصة عندما نأخذ بعين الاعتبار أن الأصوليين يرون بصورة عامة أن حوادث الحياة لا حدود لها، أما النصوص محدودة وكذلك أنهم يتبنون مبدأ عدم ترك أية حادثة حقوقية قط دون حكم^(٢)، نجد ميدان الاستفادة من العرف بشكل أوسع في مجال الاجتهاد الاستصلاحي. وبعبارة أخرى، فإن العرف الذي لم يدخل في إطار مفهوم «العرف الفاسد» له مكانة هامة في هذا النوع من الاجتهاد الذي يستند إلى المصالح المرسله. لأنه يعتبر من الظواهر الرئيسية التي تعطينا أوثق المعلومات حول مصالح الناس^(٣).

٢-٢ دور العرف والعادة في تطبيق القانون:

إن مفهوم «تطبيق القانون» يعني بشكل موجز ومختصر كيفية إقدام القاضي على تناول القواعد القانونية للتطبيق^(٤).

(١) انظر: السرخسي، أصول: ٢٠٣/٢؛ الغزالي، المنحول: ص ٣٧٦؛ الأمدي، الأحكام: ١٣٨/٤؛ أبو زهرة، أصول الفقه، ص ٢٧٤.

(٢) الجصاص، أصول الفقه (مخطوط)، ق. ١/٢٦١؛ الجويني، البرهان: ٧٤٣/٢؛ البخاري، كشف الأسرار: ٢٧١/٣؛ ابن رشد، بداية المجتهد، القاهرة، ١٩٥٢م، ٣/١.

(٣) انظر: السرخسي، المبسوط: ٤٥/١٢.

(٤) يجب التنبيه إلى أن المقصود من «القانون» هنا هو القانون بالمعنى العام droit (وهو مجموعة القواعد الملزمة التي تحكم سلوك الأفراد وعلاقتهم في المجتمع)، وليس بالمعنى الخاص loi. انظر: فرج الصّدة، أصول القانون: ص ١٢. وبنبغي أيضاً التفريق هنا بين مفهوم، تطبيق القانون، وبين مفهوم، التطبيقات القانونية.

كما سبق أن أشير فإن تاريخ التشريع الإسلامي قد مر على أدوار لها مميزات خاصة. وهكذا، فإن فقهاء الإسلام الذين جاؤوا عقب أدوار الاجتهاد لما لم ينطلقوا في تحليلاتهم الفقهية من منطلق الاجتهاد أي أنهم لم يتوصلوا إلى الحلول الفقهية عن طريق استخراج الأحكام من نصوصها بالاجتهاد، وإنما توصلوا إليها بتطبيق الأحكام الفقهية الموروثة عن المجتهدين السابقين، وبعبارة أخرى لما شكلت المذاهب الحقوقية المتكونة آنذاك: مصدراً شكلياً (source formelle) للحقوق^(١)، فإن العرف أخذ مكانته في الحياة الحقوقية بشكل أشمل وأوضح. لأن الأعراف قد تبدلت بتبدل الأزمان كما أصبحت أحكام كثيرة كانت تستند إلى العرف بعيدة عن الإقناع وأداء المطلوب أثناء تطبيق الحقوق.

إن تطبيق القانون – كما بينا سابقاً – يكون بيت القصيد في الأصل سواء بالنسبة إلى أدوار الاجتهاد أو غيرها. ولكنه، – لما تطرقنا إلى أدوار العرف والعادة أثناء عملية الاجتهاد تحت عنوان «دور العرف والعادة في منهجية القانون» – فإن ما سنتناوله الآن تحت عنوان (دور العرف) في تطبيق الأحكام المستندة إلى العرف يتعلق بشكل أزيد بالأدوار التي تلت أدوار الاجتهاد؛ أما مضمون العنوانين الآخرين فيتعلق سواء بأدوار الاجتهاد أو الأدوار التي تلتها.

٢-٢-١ في تطبيق الأحكام المستندة إلى العرف:

إذا أمكن الإدراك باختلاف فهم النصوص لاختلاف الزمن عند استنادها إلى العرف، أدركنا بسهولة بأن الأحكام المستحصلة عن طريق الاجتهاد يمكن أن يطرأ عليها التغير مع مرور الزمن حالة استنادها إلى العرف، كما يمكن فهم دور العرف في تعيين نتيجة هذا التغير؛ لأن أثر العرف فيما توصل إليه المجتهدون من الأحكام حقيقة لا تنكسر^(٢). وحتى لسبب ترجيح رأي المجتهد الذي يكون مطلعاً على أعراف وتقاليد زمانه بصورة يقينية، نرى فقهاء المذهب الحنفي يرجحون في الأحكام المتعلقة بالقضاء مذهب أبي يوسف لما له من تجربة كبيرة واطلاع واسع في حوادث الحياة وفي ميدان العرف والعادة^(٣). كما روي عن محمد بن الحسن الشيباني أيضاً بأنه كان يلجأ تارة إلى أصحاب الحرف لأخذ المعلومات عنهم فيما يتعلق بتعاملهم ونوعية تعاقدهم بينهم^(٤).

وبناء على ذلك، فإن البقاء متجمداً بصفة مستمرة على ما نقل من المجتهدين السابقين، يكون – بدون شك – عبارة عن الانحراف عن أسس الإسلام وعن عدم المعرفة بمقاصد

(١) ابن عابدين، رسالة العرف السابقة: ١٢٨/٢؛ أبو سنة، العرف والعادة: ص ١٠٤.

(٢) ابن عابدين، رسالة العرف السابقة: ١٢٨/٢؛ أبو سنة، العرف والعادة: ص ٣١.

(٣) نفس المكان من الرسالة المذكورة لابن عابدين.

(٤) نفس المكان من الرسالة المذكورة لابن عابدين؛ أبو سنة، العرف والعادة: ص ١٠٤.

المجتهدين^(١). ولذا، فإن المحققين من الفقهاء المتأخرين الذين أدركوا إمكان حصول نتائج مغايرة لأسس الإسلام وأهدافه السامية من تطبيق الأحكام المستندة إلى العرف بعينها فضلاً عن كونها مقنعة، أولوا أهمية خاصة لهذا الموضوع.

فالقرافي مثلاً، يصرح بأن الإفتاء بالأحكام المستندة إلى العوائد بعد تغير ما يخالف للإجماع ويوصف ذلك بأنه «جهالة في الدين» ممن يقولون: «إننا مقلدون، ليس لنا إلا أن نفتي بما في الكتب من الأحكام المنقولة عن المجتهدين» وبين أن تغيير هذه الأنواع من الأحكام بشكل يوافق للعوائد المستجدة لم يكن إنشاء اجتهاد مناقض لاجتهادات المجتهدين، بل على العكس فهو عمل بقاعدة أجمع على وجودها في الفقه الإسلامي جميع المجتهدين كما أجمعوا على ضرورة السير في ظلها^(٢).

وكذلك، فإن ابن عابدين الذي أشار بشكل مفصل إلى أهمية العرف في بناء الأحكام وضرورة رعاية المجتهد للتغيرات الطارئة على الأحكام بالتغيرات الطارئة على الأعراف مع تبدل الأزمان والأحوال في المحيط والمجتمع. أعطى أمثلة عديدة في هذا الميدان وجعل هذه النقطة سبباً دافعاً إلى تأليف رسالته المتعلقة بالعرف^(٣).

إننا نوافق الأستاذ الزرقاء مبدئياً في ما ذهب إليه - بعد أن تطرق إلى قضية «تبدل الأحكام بتبدل الأزمان» بشكل واسع - من عدم صحة اعتبار هذا الموضوع من صميم نظرية العرف، بل، ضرورة تناولها في إطار نظرية المصالح المرسل^(٤) إلا أننا في هذا الباب لا نتناول العرف كنظرية وإنما من أجل بيان دوره ومكانته في أدب الفقه الإسلامي، ولذا أحسننا بالحاجة إلى الإشارة إلى دور العرف في تبدل وتغير الأحكام الاجتهادية. في الحقيقة إن التغير الملحوظ في الأحكام بتغير الأزمان لا يمكن إرجاعه كلياً إلى تغير العرف، وإن كان تأثير التغيرات في العرف في هذا الميدان لا يمكن إنكاره أيضاً.

سنعطي مثلاً لهذا النوع من أدوار العرف قضية قبض المهر: إن القاعدة الفقهية تقضي بأن الحاكم يجب عليه أن يستمع إلى كل دعوى ترفع إليه يقضي للمدعي أو عليه بحسب ما يثبت لديه. ولكن الفقهاء اعترضوا أن تزف الزوجة قرينة على قبضها - على الأقل جزءاً

(١) القرافي، أنوار البروق في أنوار الفروق، مصر، ١٣٤٧هـ، ١/١٧٥ - ١٧٧.

(٢) القرافي، الأحكام في تميز الفتاوي عن الأحكام، باب، ١٩٦٧م، في جواب السؤال: ٣٩ ص ٢٣١. انظر التعبيرات القرينية منها: الطرابلسي، معين الحكام، مصر، ١٣٥٧هـ، ص ١٥٢ - ١٦٠.

(٣) ابن عابدين، رسالة العرف السابقة، ١٢٣/٢ - ١٢٦.

(٤) الزرقاء، المدخل الفقهي: ٣١٩/٢ - ٣٣٥.

من - معجل مهرها استناداً إلى العادة المطردة في ذلك، وحكموا بعدم استماع القاضي دعواها وبردها دون أن يسأل عنها الزوج إذا ادعت أن زوجها لم يدفع إليها شيئاً من معجل مهرها. لأن دعواها هذه تعتبر مما يكذبه ظاهر الحال بعد الدخول إذا أخذت بعين الاعتبار العادة القائمة في ذلك، فلا تسمع^(١)، إلا أن تلك العادة قد طرأ عليها التغيير بمرور الزمن وأصبحت كثير من النساء قد يزفن دون قبض شيء من الصداق تيسيراً على الزوج وذهب الفقهاء المتأخرون إلى تغيير هذا الحكم المستند إلى العادة، كما أيده الشاطبي بقوله: «وكذلك الحكم بعد الدخول بأن القول قول الزوج في دفع الصداق بناء على العادة، وأن القول قول الزوجة بعد الدخول أيضاً بناء على نسخ تلك العادة، ليس باختلاف في حكم^(٢). وكذلك يقول القرافي بعد الإشارة إلى العادة القائمة في عصر مالك: «واليوم عادتهم على خلاف ذلك، فيصبح القول قول المرأة مع بينها في عدم القبض لاختلاف العوائد»^(٣).

٢-٢-٢ في حالات وجود سلطة التقدير للحاكم:

لم تكن القواعد القانونية دائماً في مستوى واحد من حيث إفادتها القطعية. ففي بعض الحالات من أجل توفير السهولة في التطبيق أو من أجل ملاحظات العدالة (quite) وما شابهها، أعطيت للقاضي سلطة التقدير. ويقال في نظم الحقوق المكتوبة لهذه المواقف «الفراغات الداخلية» (luchan intra legem)، فالحاكم يقوم بملء هذه الفراغات اعتماداً على السلطة التي منحها له القانون وفي إطار حدودها. فقد أعطيت سلطة التقدير للحاكم تارة في الواقعة القانونية وتارة في النتيجة، منحها له القانون وفي إطار حدودها القانونية وتارة أخرى في كليهما^(٤).

ومن الممكن في الفقه الإسلامي أيضاً أن يكون المجتهد قد وجد نفسه في نفس الموقف تجاه النص وكذلك القاضي تجاه تطبيق الحكم المستنبط من النصوص.

أما العرف والعادة فدورهما في الحالات التي تباح فيها فرصة استعماله سلطة التقدير عبارة عن إنارة الطريق له أثناء استعماله لهذه السلطة وبعبارة أخرى، فإنها يلعبان دوراً مساعداً في

(١) الزرقاء، المدخل الفقهي: ٢١٠/٢، نقلاً عن ابن عابدين، رد المحتار: ١٨٣/٣؛ وتنقيح الفتاوى الحامدية له أيضاً: ٢٠/١.

(٢) الشاطبي، المرافقات: ٢٨٦/٢. ويلاحظ هنا أن الشاطبي بنصه يكتبه، ليس باختلاف في الحكم، ومعنى: ليس باختلاف في الخطاب، وذلك في إطار المفاهيم الأصولية، أما الحكم في معنى النتيجة القانونية التي تستطبق على الواقعة القانونية، فالشاطبي أيضاً يشير إلى تغيره بكلمته هذه ولذلك ذكرناه في صدد التأييد.

(٣) القرافي، الأحكام، في جواب السؤال: ٣٩.

DESCHENAUX (Henri), Traité de Droit civil. Suisse, Fribourg, 1962, p. 92 et s.

(٤)

هذا الميدان. ونحن سنكتفي هنا بإعطاء بعض الأمثلة لبيان دور العرف والعادة في المواقف الثلاثة المذكورة:

مثلاً، إن القرآن الكريم اشترط العدالة في الشهود^(١). فهذه هي النتيجة القانونية المبينة بالنص وبناء على هذا، تقبل شهادة من يتصف بالعدالة وترد شهادة من لم يتصف بها. غير أن تقدير أنواع الأفعال التي تطيح من قيمة الفرد في المجتمع والخصوصيات التي تزيل وصف العدالة يكون راجعاً إلى الحاكم، أي أن سلطة تثبيت الواقعة القانونية متروكة له. فأعراف وتقاليده المجتمع وكذلك الملاحظات العامة المنبثقة منه تضيء الطريق للحاكم أثناء استعماله لهذه السلطة^(٢)، كما يبين ذلك جيداً المثال الذي أورده الشاطبي^(٣).

وكذلك، فإن القرآن الكريم لم يبين مقدار النفقة التي تعطى بصفة إجبارية للأزواج من طرف الزوج، بل اكتفى بالحكم على تعيين ذلك المقدار في دائرة «المعارف»^(٤). حيث أرجع أكثر الفقهاء تعيين مقدار النفقة إلى العرف والعادة^(٥).

وكذلك أيضاً قبول حق خيار المجلس لكل من المتبايعين ما لم يتفرقا استناداً إلى الحديث المعروف، كما ذهب إلى ذلك الإمام الشافعي حيث قبل خيار المجلس قبل افتراق المتعاقدين، أما بعد ذلك فلم يقبله. وهذه هي النتيجة القانونية فالحاكم سيستفيد من العرف والعادة لتثبيت الواقعة القانونية (أي لتثبيت حصول الافتراق أو عدم حصوله)^(٦).

(١) سورة الطلاق: الآية ٢.

(٢) أبو سنة، العرف والعادة: ص ٤٦. ويجدر الإشارة إلى أنه لا يعترف بدور العرف والعادة في تثبيت اتصاف أو عدم اتصاف الرواة بوصف العدالة (وله إطار خاص في علم مصطلح الحديث) في رواية إخبار الأحاد، انظر: صديق حسن خان، حصول المأمول من علم الأصول، استانبول، ١٢٩٦هـ، ص ٥٧، ٥٨.

(٣) انظر: الشاطبي، الموافقات: ٢/٢٨٤.

(٤) سورة البقرة: الآية ٢٣٣. فلمثل هذه الحالات يستعمل الجصاص مصطلح «الاستحسان» إلا أن المقصود من هذا الاستحسان عنده هو الاستحسان التَّفَقُّع عليه لدى الجميع لا المختلف فيه، انظر: أصول الفقه له، (مخطوط) ق. ٢٩٤/أ، ٢٩٤/ب؛ انظر أيضاً: السرخسي، أصول: ٢/٢٠٠، ٢٠٧؛ الأمدي، الأحكام: ٤/١٣٦؛ البخاري، كشف الأسرار: ٤/١٣. ويمكن أن نقول في هذا الموضوع: إذا فهمت كلمة «المعروف» هنا وفي الأماكن المماثلة بمعنى «العرف والعادة» يكون النص ذاته قد أحال الحكم على العرف والعادة مباشرة، أما لو فهمت بمعنى «المقاييس المعقولة حسب الحال والشرائط» فعند ذلك تكون سلطة التقدير للحاكم بيت القصيد وفي هذه الحالة يكون العرف قد لعب دوراً في إنارة الطريق للحاكم أثناء استعمال سلطة التقدير.

(٥) أبو سنة، العرف والعادة: ص ٤٧.

(٦) نفس المكان من المرجع السابق.

ويمكننا أن نعطي مثلاً للموقف الثاني أي ترك تعيين النتيجة القانونية لتقدير الحاكم بعد تحديد الواقعة القانونية، ترك بعض العقوبات التعزيرية لتقدير الحاكم بعد أن عينت الجرائم التي تقتضيها.

أما موقف تعيين الواقعة القانونية من جهة وتعيين النتيجة القانونية من جهة أخرى، فإنه من الممكن أن نذكر كمثال له حالات ترك تعيين الجرائم التعزيرية من جهة وتعيين العقوبات التعزيرية من جهة أخرى مفوضة لآراء الحكام. فالحاكم سيستفيد من الأعراف والعادات عند استعمال سلطة التقدير في مثل هذه الحالات. ففي جريمة التعدي على الكرامة بالشتم والإهانة مثلاً، إنما يعتبر من الكلام جرماً يستحق قائله العقوبة التعزيرية ما يكون في عرف الناس شتياً وإهانة. والعقوبة التعزيرية نفسها أيضاً، إنما تكون شرعاً بالقدر الذي يعتبر كافياً للقمع في نظر العقلاء وعرفهم بحسب درجة الجرم^(١).

٢-٣ في تفسير التصرفات القانونية :

من المعروف أن التصرفات القانونية (وبالتالي التعبير عن الإرادة عند القيام بتلك التصرفات) تشكل سبباً هاماً سواء لكسب الحقوق أو انقضاءها^(٢). فنحن هنا سنعمل من أجل الإشارة إلى دور العرف والعادة في تفسير التعبير عن الإرادة بشكل موجز.

إذا كانت الألفاظ قد استعملت في غير معانيها الحقيقية بموجب العرف القائم في ذلك. ينصرف الكلام إلى المعاني المقصودة بالعرف حين التكلم وإن خالفت المعاني الحقيقية التي وضع لها اللفظ في أصل اللغة. فلو صرف كلام المتكلم إلى حقيقته اللغوية دون العرفية التي هي معناه في عرف المتكلم لترتب عليه إلزام المتكلم في تصرفاته القولية بما لا يعنيه هو ولا يفهمه الناس من كلامه^(٣)، وعن هذا أثبت الفقهاء القاعدة القائلة «الحقيقة تترك بدلالة العادة» والتي احتلت مكاناً بين القواعد الكلية في مجلة الأحكام العدلية^(٤). ولهذا النوع من العرف (العرف اللفظي) أهمية كبيرة في المسائل المتعلقة بالتصرفات القولية مثل الإقرار والطلاق والوقف ونحوها^(٥).

(١) الزرقاء، المدخل الفقهي: ٨٤٨/٢؛ أبو سنة، العرف والعادة: ص ٤٥.

(٢) انظر مثلاً: عبد الباقي (عبد الفتاح)، نظرية الحق، القاهرة، ١٩٦٥م، ص ٢٥٥ وما بعدها؛ فرج الصّدة، أصول القانون: ص ٥٤٨ وما بعدها.

(٣) الزرقاء، المدخل الفقهي: ٨٤٩/٢.

(٤) المادة: ٤٠.

(٥) انظر في هذا الموضوع: السرخسي، أصول: ٩٠/١؛ ابن قيم الجوزية، أعلام الموقعين، بيروت، ١٩٧٣، ٤٦/٣؛ ابن نجيم، الأشباه والنظائر، استانبول، ١٢٩٠هـ، ١٣٠/١؛ وشروح المجلة تحت المادة: ٤٠.

هذا في حالة ما إذا كان التعبير عن الإرادة بعبارة مصرحة، أما إذا كان التعبير عن الإرادة بصورة ضمنية. فدور العرف (العرف العملي) يتجلى في تفسيره أكثر وضوحاً. وفي إمكان الباحث أن يجد عبارات كثيرة مثل «الشرط العرفي كالشرط اللفظي» و«المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً» و«التعيين بالعرف كالتعيين بالنص» و«العادة محكمة» مع أمثلة عديدة لهذا النوع من أدوار العرف في المؤلفات الفقهية الإسلامية^(١). وتسمى هذه العادات في النظريات القانونية الحديثة «العادات الاتفاقية» (anges convennais). فمثلاً إن كيفية دفع أجرة المأجور يتبع فيها شرط العاقدين، ولكنها إذا لم يشترط شيئاً كان كيفية الدفع عندئذ تخضع للعرف في التعجيل أو التأجيل أو التقييط^(٢).

ويجد بنا أن ننبه إلى أن معظم العبارات الواردة في المواطن التي يعمل فيها الكاتبون من أجل إبراز أهمية العرف والعادة في الفقه الإسلامي لا تتعلق إلا بدور العادات في إنارة الطريق أمام من يقوم بتفسير التصرفات القانونية، وبالتالي إلى أن سهماً هاماً من المكانة التي يجريها العرف في أدب الفقه الإسلامي راجع إلى هذا النوع من العرف.

٢-٣ دور العرف والعادة في مجال قانون المرافعات (في تقدير أدلة الطرفين):

يلاحظ الباحث أن سهماً هاماً آخر من المكانة التي يجريها العرف في أدب الفقه الإسلامي يتعلق بدور العادات أثناء تقدير وتقويم القاضي أدلة الطرفين المتنازعين. والحقيقة أن كثيراً من المواطن التي يصار فيها إلى استعمال اصطلاح «تحكيم العادة» لا تتعلق إلا بمضامين مفاهيم «تحكيم الحال أو ظاهر الحال» و«القرينة» ونحوهما.

كما يمكن أن نذكر بأن الفقهاء كانوا قد اعتبروا أن زف المرأة قرينة على قبضها - على الأقل - بعض صداقها مستنديين إلى العادة القائمة في ذلك، فإنه يمكن للباحث أن يجد في كثير من مسائل «القول لمن؟» قد استند الفقهاء إلى العرف في الترجيح القضائي بين مزاعم المتداعين. فعلى سبيل المثال فإن الزوجين إذا اختلفا في بعض أمتعة البيت أنها ملك الرجل أو المرأة ولا بينة لأحدهما. يترجح قول الرجل بيمينه فيما يستعمله الرجال عادة ويترجح كذلك قول المرأة فيما يستعمله النساء وذلك بقرينة عادة الاستعمال وعرفه^(٣).

(١) انظر: ابن سلمون، المقعد المنظم للحكام، القاهرة، ١٣٠١هـ، ٣٣/١، ٣٤، والمواد: ٣٦، ٣٧، ٤٣، ٤٤، ٤٥ من مجلة الأحكام العدلية.

(٢) الزرقاء، المدخل الفقهي: ٨٦٤/٢. انظر لأمثلة عديدة في هذا الموضوع: ابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، القاهرة، ١٣٠١هـ، ٦٣/٢؛ ابن نجيم، الأشباه والنظائر: ١٣٩/١؛ كوزل حصارى، منافع الدقائق شرح مجامع الحقائق، استانبول، ١٣٠٨هـ، ص ٣٢٤ وشروح المجلة تحت المواد المذكورة في الهامش السابق.

(٣) انظر: ابن فرحون، تبصرة الحكام: ٦٣/٢ م ٦٤؛ طرابلسي، معين الحكام: ص ١٦١؛ ابن عابدين، رسالة العرف السابقة: ١٣٣/٢؛ الزرقاء، المدخل الفقهي: ٨٦٥/٢، ٩١٦.

الباب الثاني

نظرة تحليلية إلى محاولات تطوير نظرية للعرف في الفقه الإسلامي

بصفة عامة :

حاولنا في الباب الأول من هذا البحث تعيين مكانة مفهوم العرف والعادة في أدب الفقه الإسلامي . وتبين لنا من خلال دراستنا أن الأصوليين لم يتناولوا العرف والعادة كدليل شرعي أثناء دراستهم للأدلة الشرعية^(١)، وبالتالي لم نعثر على محاولة لوضع نظرية للعرف بين الأعمال العلمية للفقهاء المسلمين حتى العصور الأخيرة بغض النظر عما ورد في بعض كتب القواعد من المعلومات حول العرف والعادة .

ومع ذلك فإننا - إذا اعتبرنا مختلف أدوار العرف - نجده يحظى بأهمية كبيرة في كتب فروع الفقه وخاصة نلاحظ أن للعرف تأثيراً هاماً في حلول كثيرة مما توصل إليها الفقهاء ولولم يعبروا نظرياً عن هذه الأهمية . فلذا شعر عدد من العلماء في الأدوار الأخيرة وخاصة في عصرنا الحاضر أمثال العلامة ابن عابدين، والشيخ أبي سنة، والشيخ مصطفى أحمد الزرقاء، والأستاذ عمر عبد الله، والدكتور عبد العزيز الخياط، والدكتور عبد الرحمن الصابوني^(٢)،

(١) ليس من السهل أن لا يستغرب كلام الدكتور الجيادي، إذ يقول: «وإذا كان هناك خلافاً بين الأصوليين فليس في أصل اعتبار العرف وإنما في مدى التوسع في الأخذ به أو التضييق». (العرف والعمل في المذهب المالكي ومفهومها لدى علماء المغرب. الرباط، ١٩٨٤م، ص ٩٠)، وذلك بعد دراسته الواسعة للعرف «كمصدر للتشريع» - مقارنة بين المذاهب - في رسالته الدكتوراه.

(٢) مع أننا اطلعنا على اسم كتاب في هذا الموضوع للدكتور عبد الرحمن الصابوني وهو «العرف والعادة وأثرهما في التشريع الإسلامي» (القاهرة، ١٩٦١م)، فإننا لم نعثر عليه رغم بحثنا الطويل عنه. وكذلك عثرنا على وعد لتناول العرف تحت عنوان «العرف كمصدر للتشريع في التشريع الإسلامي والقانون الوضعي» في كتاب «المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي» (دمشق، ١٩٨٥م، ص ٥٨٤، هامش رقم ١ و ٥٨٧ هامش رقم ١)، للدكتور فتحي الدريني إلا أنه لم يمكن لنا أن نتأكد من ظهور المجلد الثاني لهذا الكتاب. والجدير بالذكر أن المؤلف يتناول موضوع العرف باختصار شديد بمناسبة «أدلة التخصيص ومنها العرف».

والدكتور الجيدي، والدكتور محمد شنار، شعروا بحاجة إلى تطوير نظرية للعرف في الفقه الإسلامي. ويلاحظ أن بعض هؤلاء المؤلفين ينطلقون من منطلق الدراسات الغربية ولو قسماً.

بيد أن العرف، نظراً لاحتلاله مكاناً خاصاً بين المصادر الشكلية للحقوق في الفقه الغربي، لا يشعر المؤلفون بحاجة إلى مناقشات واسعة حول وصف المصدرية للعرف بل يتطرقون إلى مسائل فلسفية مثل منشأ القواعد العرفية وقوتها الإلزامية ويبحثون في أركان العرف وشروط اعتباره انطلاقاً من كون العرف مصدراً من مصادر الحقوق. وبطبيعة الحال، فإن العرف الذي يتسم بسمة القاعدة القانونية يشكل المحور الأساسي في هذه النظرية. وإلى جانب ذلك تم تناول الموضوعات الجانبية لتلك النظرية مما لم يرتق إلى هذه المرتبة من العادات الاتفاقية والعادات التي تلعب الدور المساعد لتفسير القانون أو أحال عليها القانون في بعض المسائل.

أما في الفقه الإسلامي، فيدولنا أن عدم اعتبار العرف فيه مصدراً مستقلاً بصورة صريحة يشكل العامل الأساسي الذي يتعسر معه وضع نظرية خاصة به. فالمؤلفون الذين أشرنا إليهم آنفاً رغم علو قدرهم واستفادتنا منهم كثيراً (ولا سيما الشيخين الجلجلين أبي سنة والزرقاء)، تناولوا العرف في أغلب الأحيان دون أن ينتبهوا إلى هذه النقطة وما للعرف من أدوار مختلفة، فلم يحالفهم الحظ في عرض فكرة واضحة عن مكانة العرف وأدواره المختلفة في الفقه الإسلامي.

وبما أننا بينا مكانة مفهوم العرف والعادة في أدب الفقه الإسلامي ومختلف أدوار العرف في الباب الأول من هذا البحث سنكتفي بتحليل عناصر هذه النظرية وتقييم عام للعرف في هذا الباب.

٢ - العادة والعرف في اللغة والاصطلاح:

١-٢ - العادة لغة واصطلاحاً:

العادة في اللغة اسم من أصل العود. ويفيد تكرير الفعل والانفعال والمعاودة عليه - دون بذل جهد خاص - حتى يصير تعاطيه سهلاً كالطبع، ولذلك قيل: «إن العادة طبيعة ثانية»^(١).

(١) ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام هارون، القاهرة، ١٣٦٦هـ - ١٣٦٩هـ، مادة «العود»: ١٨٢/٤؛ الأصبهاني، المفردات في غريب القرآن، مصر، ١٣٢٤هـ، نفس المادة، ص ٣٥٨؛ ابن منظور، لسان العرب، بيروت، ١٩٥٥م - ١٩٥٦م، ٣/٣١٥ - ٣٢٣.

أما في الاصطلاح فقد عرفها ابن أمير الحاج بأنها «الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية»^(١). فهذا التعريف يعطي مفهوماً شاملاً واسع الحدود للعادة في الاصطلاح، لأن لفظ «الأمر» هنا يشمل كل حادث يتكرر ولبيان هذا الشمول يمكن الإشارة إلى الحالات التالية كما ورد في كتابي كل من الشيخ أبي سنة والشيخ الزرقاء^(٢).

(أ) ما يعتاده الفرد من الناس في شؤونه الخاصة: كعادته في نومه وأكله وحديثه.

(ب) ما يعتاده الجماعات والجمهير، مما ينشأ في الأصل عن اتجاه عقلي وتفكيره حسناً كان أم قبيحاً. ويمكن قبول هذا النوع من العادة مرادفاً للعرف الذي سيأتي بيانه.

(ج) كل حالة متكررة - بصفة عامة - سواء أكانت:

أ - ناشئة عن سبب طبيعي، كإسراع بلوغ الأشخاص ونضج الثمار في الأقاليم الحارة وإبطائه في الباردة، وكثرة الأمطار في بعض الأقاليم صيفاً، وفي بعضها شتاءً بحسب الموقع الجغرافي والعوامل الطبيعية.

ب - أو ناشئة عن الأهواء والشهوات وفساد الأخلاق، كالتقاعس عن فعل الخيرات، وتفشي الكذب والفسق والظلم.

ج - أو ناشئة عن حادث خاص، كالتغير في اللغة الناشئ من اختلاط الأقوم بعضهم مع البعض.

كما يلاحظ فإن تعريف ابن أمير الحاج يهدف إلى أن يتناول في شموله جميع الحالات المتكررة سواء أكانت متعلقة بالإنسان أم لا، وسواء أكانت ناشئة عن اتجاه عقلي وتفكير أم لا. ونشاهد أن الشاطبي أيضاً يسلك نفس الطريقة في فهم اصطلاح العادة وأنه يقسم العادات إلى أقسام عدة باعتبارات مختلفة^(٣). أما السيد الشريف الجرجاني فهو يقصر معنى العادة على الحالات التي يشكل موضوعها سلوك الإنسان والتي تستند أصلاً إلى المحاكمة العقلية فيعرفها بقوله: «وما استمر الناس عليه على حكم المعقول - في مكان آخر العقول - وعادوا إليه مرة بعد أخرى»^(٤) إلا أن المفهوم الأول للعادة يعكس بصورة أنسب استعمالها (وكذلك استعمال العرف في

(١) ابن أمير الحاج، التقرير والتحرير شرح التحرير لابن همام، بولاق، ١٣١٦هـ - ١٣٣٧هـ، ٢٨٢/١.

(٢) أبو سنة، العرف والعادة: ص ١٠ - ١١؛ الزرقاء، المدخل الفقهي، دمشق، ١٩٦٨م، ٨٣٩/٢ - ٨٤٠ (تجيب الإشارة إلى أن إحالاتنا على كتاب الزرقاء في هذا الباب من بحثنا ستكون على أساس الطبعة المذكورة هنا وذلك خلافاً لما جرينا عليه في الباب الأول، انظر: الهامش رقم ١٤ من الباب الأول لهذا البحث).

(٣) الشاطبي، الموافقات: ٢/٢٧٩ وما بعدها.

(٤) الجرجاني (سيد شريف)، التعريفات مع التتمات، استانبول ١٢٧٥هـ، ص ٦٠.

كثير من الأحيان على أن يكون مرادفاً للعادة في كتب أصول الفقه^(١)، وإن كان المفهوم الثاني للعادة يمتاز بخاصية تناوله لها كقاعدة من قواعد السلوك الاجتماعي .

٢-٢ - العرف لغة واصطلاحاً:

يطلق العرف لغة على الشيء المعروف المؤلف المستحسن . وهناك معان كثيرة للعرف منها: ضد النكر (كل ما تعرفه النفس من الخير وتأنس به وتطمئن إليه)، كل عال مرتفع (ومن ثم أطلقوا على أوائل الرياح وأعاليها «أعرافاً»)، الجود، شعر عتق الفرس، عرف الديك، موج البحر، اسم من الاعتراف (يقال: له علي ألف عرفاً أي اعترافاً) . يفيد لفظ العرف المتابع أيضاً، يقال مثلاً: طار القطا عرفاً عرفاً أي طار بعضها خلف بعض^(٢) .

أما في اصطلاح الفقهاء فالأمر الملاحظ في هذا الموضوع هو أنهم استعملوا العرف على مدى عصور طويلة دون تحديد مفهومه بتعريف اصطلاحى وأن أول تعريف للعرف، والعادة أمكن التوصل إليه في أدب الفقه الإسلامي هو ما جاء في كتاب المستصفى المتعلق بفروع الفقه للفقيه الحنفي أبي بركات حافظ الدين النسفي (م. ٧١٠/١٣١٠)، وذلك على خلاف ما ذكره عدد كبير من الباحثين الأجلاء أمثال المرحوم الشيخ أبي زهرة، والأساتذة محمد سلام مذكور - رحمه الله - ومصطفى أحمد الزرقاء، وعبد العزيز الحياط وهبة الزحيلي - حفظهم الله - من أن هذا التعريف مقتبس من كتاب المستصفى، للغزالي كما أشرنا إلى ذلك في الباب الأول^(٣)، فالتعريف الذي أتى به النسفي للعرف ونقله عنه الكثيرون كما يلي: «ما استقر في النفوس من جهة العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول»^(٤) . ويعثر على نفس التعريف تقريباً عند الجرجاني إذ يقول: «العرف ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول وتلقته الطباع بالقبول»^(٥) هناك ملاحظات حول هذا التعريف مثل كونه ناقصاً لأنه يرد العرف إلى قبول الطباع ويعتمد على شهادة العقول بينما لا يمكن أن يعد كل ما قبلته الطباع عرفاً كما

(١) انظر: الهامش رقم ١٨ من الباب الأول.

(٢) ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، مادة «العرف»، ٢٨١/٤؛ ابن منظور، لسان العرب، نفس المادة: ٢٣٧/٩ - ٢٤١؛ الفيروزآبادي، القاموس المحيط، نفس المادة: ١٧٣/٣، ١٧٤.

(٣) انظر الهوامش: رقم ١٣، ١٤، ١٥، ١٦ من الباب الأول، انظر أيضاً: الزحيلي (وهبة)، الوسيط في أصول الفقه الإسلامي، دمشق، ١٩٨١م - ١٩٨٢م الجزء الأول (المصادر الاجتهادية)، ص ٣٧٩.

(٤) اعتمدنا في بحثنا هذا على تثبيت لأبي سنة من أن أول تعريف وصل إلينا للعرف هو للنسفي، وبيننا تقويماتنا للموضوع على هذا الأساس، علماً بأننا أشرنا إلى وجود بعض التوضيحات للعرف وتعريف له

قريب من تعريف النسفي في كتب الأقدمين. انظر: الباب الأول، الهامش رقم ١٨.

(٥) الجرجاني، التعريفات، ص ٦٠.

يحتاج إلى جهة تمييز بين السليم منها وغير السليم^(١). ولهذا يجب أن يزداد في التعريف عنصر جوهرى وهو عدم مخالفته للنص الشرعى^(٢). ولم يجد الأستاذ الزرقاء هذا التعريف وكذلك التعاريف الأخرى الماثورة واضحة ولا وافية^(٣)، وقال إنه يحتاج إلى شرح طويل، ثم وضع تعريفاً جديداً مصرحاً بأنه مستوحى من التعاريف والشرايط التي ذكرها الفقهاء والأصوليون وهو: «عادة جمهور قوم في قول أو فعل». وفي صدد التوضيحات التحليلية لهذا التعريف يبين أن العرف نوع من العادة وأن تحقق العرف يعتمد على نصاب عددي من الناس لا بد منه (محترزاً عن العادة الفردية أو العادة المشتركة – وهي التي تساوى معتادوها وغيرهم عدداً –) وأن العرف ينقسم إلى لفظي وعملي وأن العادة لا تسمى عرفاً إلا في الأمور المنبثقة عن التفكير والاختبار لأن عادة الجماعة من الناس في قول أو فعل لا تكون إلا عن عقل واختيار وإلا كانت حادثاً طبيعياً مثل إسراع بلوغ الأشخاص في الأقاليم الحارة وبطئه في الأقاليم الباردة^(٤).

إلا أننا نلاحظ أن تعريف النسفي أفضل من ناحية تحديد معنى العرف حيث يتضمن كلاً من الركنين المادي والمعنوي – كما سنرى ذلك في أركان العرف – .

٢-٣ – النسبة بين العادة والعرف:

كما أشرنا آنفاً يرى الأستاذ الزرقاء أن العادة أعم من العرف لأنها تشمل العادة الناشئة عن عامل طبيعي، والعادة الفردية، وعادة الجمهور التي هي العرف؛ فتكون النسبة بين العادة والعرف – في نظره – هي العموم والخصوص المطلق^(٥). ويوافق هذا الرأي آراء عدد كبير من الفقهاء أمثال القرافي (١٢٨٤/٦٦٤)^(٦)، وابن فرحون (١٣٩٧/٧٩٩)^(٧)، والطرابلس (١٤٧٣/٨٤١)^(٨)، وابن أمير الحاج (١٤٧٤/٨٧٩)^(٩) في هذه المسألة.

ومن جهة أخرى ذهب بعض العلماء أمثال فخر الإسلام البزدوي (١٠٨٩/٤٨٢)،

(١) انظر مع الرد عليها: أبو سنة، العرف والعادة: ص ٨، ٩.

(٢) الجيديد، العرف والعمل: ص ٣٣، ٣٤.

(٣) الزرقاء، المدخل الفقهي: ١٣١/١ هامش رقم ١.

(٤) المرجع نفسه: ٨٤٠/٢ – ٨٤٣.

(٥) الزرقاء، المرجع نفسه: ٨٤٣/٢، ٨٤٤.

(٦) القرافي، شرح تنقيح الفصول في الأصول، مصر، ١٣٠٦هـ، ص ٢٠٠.

(٧) ابن فرحون، تبصرة الحكام: ٥٧/٢.

(٨) الطرابلسي، معين الحكام: ص ١٢٥.

(٩) ابن أمير الحاج، التقرير والتحجير: ٢٨٢/١.

واين الهام (١٤٥٧/٨٦١)^(١)، وكامل ميراث^(٢) إلى أن النسبة بين العادة والعرف هي العموم والخصوص المطلق ولكن العرف هو الأعم على خلاف الرأي الأول.

هناك رأي آخر يقول: إن العادة تختص بالأفعال والعرف بالأقوال^(٣)، إلا أن كلاً من لفظي العرف والعادة يستعمل أحدهما بدلاً من الآخر في غالب الأحيان أي أنها بمعنى واحد دون تفرقة بينهما^(٤).

مع أنه يمكن الذهاب إلى تفريق بين هذين اللفظين انطلاقاً من معانيهما اللغوية مثل القول بأن العرف يسوده طابع العلم والمعرفة والفهم، وبأن العادة تسودها أوصاف العمل والحركة والحادثة^(٥)، ومثل القول بأن العرف يعكس «الشعور المشترك للمجتمع»، فإن شيوع استعمال أحدهما مكان الآخر يستتبع اعتبارهما مفهومين مترادفين^(٦).

وخلاصة القول، فإن لفظي العرف والعادة ثم استعمالها في أدب الفقه الإسلامي كمفهومين لم تعين بشكل واضح وجلي حدودهما في ميدان التشريع ومترادفين غالباً كما أشرنا إلى ذلك في الباب الأول وسنعود إلى تحليل وتقويم الموضوع فيما بعد.

هذا وقد ورد استعمال لفظي «السنة» و«الشرعة» في معنى العادة في صدر الإسلام^(٧).

أما فقهاء القانون بين «العرف» الذي يلعب دور مصدر من مصادر الحقوق مباشرة أي دور القاعدة القانونية وبين «العادة» التي لم تصل في إلزاميتها إلى درجة العرف (العادة الاتفاقية (usage conventionnel) بفروق، منها:

(١) أبو سنة، العرف والعادة: ص ١١، ١٣.

(٢) ترجمة تجريد الصريح:

MIRAS (Kâmil), Sahih-i Fuhari Muhtasari Tercrid-i Sarih Tercümesi, Ankara, 1969, 5/117 N 1.

مختصر صحيح البخاري.

(٣) الزبيدي (السيد محمد مرتضى)، تاج العروس، مصر، ١٣٠٦هـ، ٤٣٩/٢، نقلًا عن صاحب «التلويح».

(٤) رشيد باشا، روح المجلة: ١/١١٨؛ أبو زهرة، مالك: ص ٤٢٠ وأبو حنيفة ص ٣٥٠ هامش ١.

(٥) فلسفة التشريع الإسلامي / مقدمة على ترجمة أصول الفقه لخلاف:

ATAY (Hüseyin), İslâm Hukukunaa örf, Izmir, 1987, p 106-107.

(محمد شنار، العرف في الفقه الإسلامي).

LEVY (Reuben), The Social Structure of Islam, Cambridge, 1957, p 248, N 1.

(٦)

(٧) العيني (بدر الدين)، عمدة القاري شرح صحيح البخاري، مصر، ١٣٤٨هـ: ١٦/١٢.

SCHACHT (Joseph), "Sharia", Encyclopédie De L'Islam, Leyde (Hollande), 1934, IV/335.

(أ) أن العرف يلزم الطرفين ولو كانا مجهلان به بخلاف العادة فإنها لا تلزمها إلا إذا قصدا الإحالة عليها صراحة أو دلالة .

(ب) من يريد التمسك بالعادة فعليه أن يثبتها، أما العرف فلا محل لإثباته . لأن معرفة العرف كمعرفة القانون المفروض من مهمة الحاكم .

(ج) للحاكم أن يراعي العرف رأساً، بخلاف العادة . فإنه يجب على صاحب القضية أن يتمسك بها .

(د) أن العرف يجب على الحاكم مراعاته حتىماً، وإلا تعرض حكمه لرقابة من طرف سلطة أعلى منه، بخلاف العادة التي لا تخرج عن أن تكون واقعة وكيف الحاكم معها، ولا تثير لديه أكبر اهتمام^(١) .

إلا أننا لا نتناول العرف في بحثنا هذا كقاعدة قانونية فحسب، وإنما نتطرق إلى العرف والعادة من حيث مكانتها في أدب الفقه الإسلامي دون تفريق بينها باعتبار المضمون مبدئياً كما أشرنا إلى ذلك في الباب الأول أيضاً (القسم الأخير من ١-٢) .

٣ - أنواع العرف والعادة :

يمكن تقسيم العرف إلى عدة أقسام باعتبارات مختلفة . هذه هي أهم تلك التقاسيم :

١ - من حيث اعتباره الشرعي وعدم اعتباره :

(أ) العرف الصحيح .

(ب) العرف الفاسد .

٢ - من حيث المحيط الذي فشا فيه :

(أ) العرف العام .

(ب) العرف الخاص .

٣ - من حيث ماهيته :

(أ) العرف اللفظي .

(ب) العرف العملي .

وقبل الشروع في بيان أنواع العرف يجدر بنا أن نشير إلى أن العرف يشمل المواقف السلبية، كما يشمل المواقف الإيجابية . ويمكن أن نعطي مثلاً للمواقف السلبية عرف الناس في

(١) انظر المراجع المذكورة في الهامش رقم ١، من الباب الأول وأيضاً الجيدي، العرف والعمل، ص ٣٨ .

تساعهم فيما يقع خارج البساتين مثلاً من ثمار الأغصان التي تتدلى خارج حدودها، فيجوز التقاطها دون إذن مالكيها ولا يعتبر ذلك افتتاتاً على مبدأ حرمة الأموال^(١).

١-٣ - أنواع العرف من حيث اعتباره الشرعي :

١-١-٣ - العرف الصحيح :

العرف الصحيح هو العرف الذي لا يكون فيه تعطيل لنص ثابت أو لأصل قطعي في الشريعة. فهذا النوع من العرف معتبر في نظر الشرع وله سلطان محترم.

٢-١-٣ - العرف الفاسد :

العرف الفاسد هو العرف الذي يكون فيه تعطيل لنص ثابت أو لأصل قطعي في الشريعة. فإن كان العرف مناقضاً لما جاءت به الشريعة من أصول ومبادئ ولأحكامها الثابتة التي لا تتغير لم يكن عندئذ له اعتبار شرعي. لأن نص الشارع مقدم على العرف^(٢).

إلا أن أحوال تعارض العرف مع الأدلة الأخرى تختلف، ولا يترتب على العرف أحياناً التعطيل المذكور بل يكون العرف مما يمكن تنزيل النص الشرعي عليه أو التوفيق بينهما. فلتمييز بين حالة وحالة يجب النظر التفصيلي الذي تختلف فيه النتائج بحسب موقف العرف من الأدلة الأخرى. وسنعود إلى هذا الموضوع تحت عنوان «شروط اعتبار العرف»، وسنحيل القارئ على ما ورد من بيان وتفصيل لبعض المسائل في الباب الأول.

٢-٣ - أنواع العرف من حيث المحيط الذي فشا فيه :

١-٢-٣ - العرف العام :

هو ما تعارفه عامة أهل البلاد سواء كان قديماً أو حديثاً أي سواء كان في عهد الرسالة وعهود الاجتهاد أو في عهود التقليد^(٣)، وينتظم هذا النوع كثيراً من الظواهر الاجتماعية الفاشية في جميع البلاد بين جميع الناس مما لها مساس بالأحكام الفقهية. فعلى سبيل المثال يمكن ذكر عقد الاستصناع وبيع المعاطاة، وتأجيل جانب من مهور النساء.

والدور المعترف به للعرف العام يتمثل في عبارة الفقهاء التالية: العرف العام يثبت به الحكم العام^(٤).

(١) رشيد باشا، روح المجلد: ١/١٢٦؛ الدررني، المناهج الأصولية: ص ٥٧٩، ٥٨٠ هامش ١.

(٢) السرخسي، المبسوط: ١٢/١٩٦؛ النسفي، المستصفى، مخطوط، ق ٢١٥/ب.

(٣) أبو سنة، العرف والعادة: ص ١٩.

(٤) ابن عابدين، نشر العرف (في مجموعة الرسائل): ٢/١٣٢؛ علي حيدر، درر الحكام: ١/٩٤.

٢-٢-٣ - العرف الخاص:

هو الذي لا يكون فاشياً في جميع البلاد بين جميع الناس بل يكون مخصوصاً بقطر أو مكان دون آخر، أو بفتة من الناس دون أخرى، فأشكال وبيئات هذا النوع كثيرة لا تحصى، لأنه التعامل الجاري بين أرباب حرفة معينة أو صنعة معينة على أن يكون مصطلحات هذه الفتة أو ذلك الفن داخلة فيه يعتبر كلها من قبيل العرف الخاص. مثل عرف التجار فيما يعد عيباً، وما لا يعد كذلك والألفاظ التي اصطلاح عليها المحامون أو أصحاب حرفة الخياطة وتعارف أهل بلد معين بالنسبة لألفاظ الوقف والوصايا والأيمان.

أما دور العرف الخاص فيتجلى في إفادة الحكم بين متعارفيه فقط لا بين عامة أهل البلاد. فعبارة الفقهاء: العرف الخاص يثبت به الحكم الخاص^(١).

وتجدر الإشارة هنا إلى أن الألفاظ التي تم استعمالها من طرف الشارع في معان خاصة نحو الصلاة والزكاة أيضاً من قبيل العرف الخاص مثل مصطلحات أهل حرفة معينة.

وكلتا الفتتين تدخلان في نوع العرف اللفظي باعتبار الماهية كما سنرى قريباً. ولكن الفقهاء لا يزالون يعتادون إطلاق اسم «العرف الشرعي» على تلك الألفاظ بناء على شرفها وأهميتها^(٢). ورغم ما قد يكون هناك من حسن التنويه به إلا أن هذا لا يكون مسوغاً لإضافة هذا القسم نوعاً مستقلاً^(٣).

٣-٣ - أنواع العرف من حيث ماهيته:

١-٣-٣ - العرف اللفظي أو القولي:

هو ما تعارف عليه الناس في بعض ألفاظهم أو تراكيبيهم في معنى معين غير المعنى الموضوع لها لغة بحيث يصبح ذلك المعنى هو المفهوم المتبادر منها إلى أذهانهم عند الإطلاق بلا قرينة ولا علاقة عقلية. كتعارفهم إطلاق لفظ «الولد» على الذكر دون الأنثى وإطلاق لفظ «الدرهم» على النقود الراجعة في البلد مهما كان نوعها وقيمتها حتى الورق النقدي في يومنا مع أن الدراهم في الأصل نقد فضي مسكوك بوزن معين وقيمة محددة، وإطلاق لفظ «البيت» على الغرفة في بعض البلدان وعلى الدار بجملتها في البعض الآخر.

والذي يجب التنبيه إليه هنا هو أنه إذا احتاج فهم المعنى المقصود إلى قرينة أو علاقة عقلية

(١) الحموي، غمز عيون البصائر: ١٣٤/١؛ علي حيدر، درر الحكام: ٩٤/١.

(٢) رشيد باشا، روح المجلة: ١١٩/١؛ الدريني، علي حيدر، المرجع السابق: ٩٤/١.

(٣) الخياط، نظرية العرف، ص ٣٤.

لم يكن ذلك عرفاً بل هو من قبيل المجاز^(١). وكثيراً ما يكون أصل الألفاظ العرفية مجازات لغوية لا يفهم منها المراد إلا بقرينة. ثم يتكرر استعمالها فتصير مجازات مشهورة، ثم يزداد شيوع الاستعمال حتى يفهم منها المراد من غير قرينة، وتهجر معانيها الأصلية حتى لا تفهم منها إلا بالقرينة، عندئذ ينعكس الأمر: فما كان مجازاً لغوياً يصبح حقيقة عرفية وما كان حقيقة لغوية يصبح مجازاً عرفياً^(٢).

ومع أن الأستاذ أبا سنة يرى إمكانية استخراج نوع آخر للعرف من عبارات الفقهاء ويقسم العرف إلى «مقرر للمعنى اللغوي»، و«قاص عليه»، فإنه يبدو لنا أن اعتباره في إطار العرف اللفظي يكون أنسب وأفضل لأن المقرر ما طابق معناه المعنى اللغوي، والقاضي ما غيره بتخصيص أو تقييد أو إبطال^(٣)، وهذا كما هو بين لا يتجاوز نطاق العرف اللفظي.

وهذا النوع من العرف له أدوار مختلفة، منها: دوره في الاجتهاد البياني / التفسير اللفظي (تخصيص العام وتقييد المطلق)، ودوره في تطبيق القانون / في حالات وجود سلطة التقدير للحاكم / وفي تفسير التصرفات القانونية، كما بينها في الباب الأول (٢-١-١؛ ٢-٢-٢؛ ٢-٢-٣)^(٤)، والجدير بالإضافة هنا هو دور هذا النوع من العرف في تعيين الأحكام الشرعية التي تترتب على أقوال المكلفين، وبخاصة في مباحث اليمين، وألفاظ الطلاق، فهذا الدور تتجلى أهميته في أمور الفتوى خاصة.

٢-٣-٣ - العرف العملي أو الفعلي:

هو ما اعتاده الناس من أعمال ما يتعلق بشؤون حياتهم وتبادل مصالحهم وتصرفاتهم. فمن أمثلة العرف في الأفعال العادية مما لا يقوم على تبادل المصالح وإنشاء الحقوق: اعتياد الناس في بعض الأماكن أكل نوع خاص من اللحوم كالضأن والبقر، أو استعمال نوع من الملابس والأدوات ونحو ذلك. ومن أمثله في المعاملات المدنية أي في التصرفات التي يقصد منها إنشاء الحقوق بين الناس أو تصفيتها أو إسقاطها سواء أكانت تلك التصرفات عقوداً أم غيرها: اعتياد الناس في اكتفائهم أو عدم اكتفائهم برؤية البيت من الخارج (في موضوع خيار

(١) القرافي، الفروق، الفرق: ٢٨، ١٧١/١؛ الزرقاء، المدخل الفقهي: ٨٤٥/٢ مع أمثلة «القرينة» و«العلاقة العقلية».

(٢) انظر: القرافي، الفروق، الفرق: ١٣٣، ٨٥/٣؛ الزرقاء، المدخل الفقهي: ٨٣٤/٢، ٨٣٥ مع الأمثلة.

(٣) أبو سنة، العرف والعادة، ص ٢٠، ٢١.

(٤) انظر أيضاً: القرافي، الفروق، الفرق: ٢، ٣٩/١ فما بعدها، والفرق: ٢٨، ١٧١/١ - ١٧٨.

الرؤية^(١)، وتعاملهم في وقف الأشياء المنقولة^(٢)، وتعارفهم على أن وضع اليد الطويلة على عقار دون سند شرعي أو ولاية دليل الملك (مسألة الحيازة)^(٣) واعتيادهم في بيع بعض الأشياء الثقيلة مثل الحطب والفحم أن تكون على البائع حولتها إلى بيت المشتري^(٤).

وكما يتبين من خلال الأمثلة لكل من الصورتين - (أ) الأفعال العادية؛ (ب) المعاملات المدنية - فإن الصورة الأولى لا تدخل في الحقيقة في إطار القواعد العرفية بل يكون لها دور في التفسير وذلك إما في تفسير النصوص وإما في تفسير التعبيرات عن الإرادة (ينظر لأمثلة تصوير هذا الدور، الباب الأول ١-٢-١ (أ). (ب)؛ ٢-٢-٣). أما الصورة الثانية فهي تلك التي تشكل العمود الفقري في نظرية العرف التي تهدف أول ما تهدف إلى تناول العرف كمصدر من مصادر الحقوق. وسنقف عند أهمية هذا النوع (العرف العملي) على أن يكون محددًا بالصورة الثانية أثناء تقويمنا العام للعرف وسنحاول القيام بتحليل عدم احتلاله مكاناً خاصاً بين مصادر التشريع الإسلامي.

٤ - الأدلة التي يعتمد عليها لإثبات أن العرف والعادة أصل من أصول التشريع الإسلامي:

بما أننا سنعرض لموقف مذاهب الفقه الإسلامي إزاء العرف والعادة أثناء تقويمنا العام للعرف، نكتفي هنا بذكر الأدلة الخاصة التي اعتمد عليها بعض العلماء لإثبات حجية العرف، وكذلك الأدلة العامة التي يمكن التعويل عليها في هذا الصدد.

١-٤ - الأدلة الخاصة:

١-١-٤ - الكتاب:

ورد في القرآن الكريم لفظ العرف مرتين: ﴿حُذِرَ الْعَفْوَ وَأُمِرَ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ﴾^(٥)، ﴿وَأَلْمَسْتَ عُرْفًا﴾^(٦).

(١) النسفي، المستصفي، مخطوط، ق/٢٠٨، ب، انظر لأمثلة أخرى: ٢٠٠/ب، ٢٠١/أ، ٢٣٠/ب، ٢٥٩/أ، ويقول النسفي كقاعدة: ويحمل العقد على ما هو المعتاد ٢٣٤/ب.

(٢) السرخسي، المبسوط: ٤٥/١٢.

(٣) الدريني، المناهج الأصولية، ص ٧٥٩ هامش ١.

(٤) الزرقاء، المدخل الفقهي: ٨٤٦/٢، ٨٤٧؛ انظر: لأمثلة عديدة مما يتعلق بدور العرف العملي في تفسير العقود، القراني، الفروق، الفرق: ١٩٩، ٢٨٣/٣ - ٢٨٨.

(٥) سورة الأعراف: الآية ١٩٩.

(٦) سورة المراسلات: الآية ١.

ذكر فريق من الفقهاء الآية الأولى حين استنادهم إلى العرف والعادة في بعض المسائل الفرعية وعلى رأسهم القرافي وابن قيس الجوزية والطرابلسي^(١).

- ومع أن هناك أقوالاً كثيرة حول المراد بالعرف في الآية مثل:
- أن المقصود منه شرائع الأنبياء السابقين ما لم يحدث إليه نسخاً.
 - أن المراد منه العوائد الجارية في الأمصار الجامعة ما لم يخالف قاطعاً حكماً.
 - إن الآية نزلت في أخلاق الناس.
 - أنه يعبر عن الفضائل الإنسانية^(٢).

فإن آراء أغلبية العلماء تنصب على أن الآية لا تدل على حجية العرف بالذات بل المقصود هنا هو المعروف، وأما المعروف فهو اسم جامع لكل ما هو من الدين سواء عرف حسنه بالعقل أو لم يعرف الأمن الشرع^(٣).

ونرى لزاماً علينا أن نشير إلى أن الدكتور الجيدي لم يلتزم المبدأ الذي حث الباحثين على التزامه — وهو مبدأ الاهتمام البالغ في نسبة القول إلى صاحبه ولو أدى ذلك إلى الإفراط في جلب النصوص^(٤) — حيث قال: «وقد بنى (يعني القرافي) استدلاله هذا على أن المراد بالعرف في الآية عادات الناس وما جرى تعاملهم به، فحيث أمر الله نبيه ﷺ بالأمر، دل على اعتباره في الشرع، وإلّا لما كان للأمر به فائدة»^(٥)، بيد أن هذا التعليق على استدلال القرافي يمكن اعتباره من قبيل حمل ما لم يقل به عليه، لأن القرافي لا يقول في هذا المضمار إلّا الكلام التالي (بعد ذكر الآية): «فكل ما شهد به العادة قضى به لظاهر هذه الآية إلّا أن يكون هناك بيّنة»^(٦). والنقطة الهامة هنا هي أن القرافي لا يستند إلى هذه الآية إلّا في مقام الاستفادة من العادة

(١) القرافي، الفروق، الفرق: ١٦٠، ١٤٩/٣؛ ابن قيس الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، تحقيق: محمد حامد الفقي، بيروت، ١٩٥٣م، ص ٩٧؛ طرابلسي، معين الحكام فيها يتردد بين الخصمين من الأحكام، بولاق، ١٣٠٠هـ، ص ١٢٥.

(٢) انظر لأصحاب الآراء ومصادرها: الجيدي، العرف والعمل، ص ٥٤.

(٣) انظر: الجصاص، أحكام القرآن: ٣/٣٧، ٣٨؛ ابن الأثير، النهاية في غريب الحديث والأثر، تحقيق: طاهر أحمد الزاوي — محمود محمد الطناحي، مصر، ١٩٦٣م، ٣/٢١٦؛ ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، مصر، ١٣٠٠هـ، ٤/٢٨٠، ٢٨١؛ صديق حسن خان، فتح البيان في مقاصد القرآن، بولاق، ١٣٠٠هـ — ١٣٠١هـ، ٣/٤٣٣؛ مناقشة الموضوع بصورة واسعة: أبوسنة، العرف والعادة: ص ٢٤، ٢٥.

(٤) الجيدي، العرف والعمل: ص ٥٢١.

(٥) نفس الكتاب ص ٥٣.

(٦) القرافي، الفروق: ١٤٩/٣.

كوسيلة لإثبات واقعة مادية لا في مقام الاعتماد عليه كمصدر للتشريع بينما الدكتور الجيادي يتمسك بهذا الدليل في الباب الذي عنوانه «العرف كمصدر للتشريع». والحقيقة أن التعليق المذكور عبارة عما ورد في كتاب الأستاذ أبي سنة من بيان حول الاستدلال بالآية المذكورة حيث يقول - بعد ذكر عبارات كل من ابن عابدين والقرافي والطرابلسي - : «أقول: وهذا الاستدلال مبني على أن المراد...» دون أن ينسب تفسيره الشخصي إلى أحد^(١).

ونجد في كتاب الأستاذ الزرقاء تقويماً قيماً في مسألة الاستدلال بهذه الآية على العرف حيث يقول: «ولا يخفى أن العرف في هذه الآية واقع على معناه اللغوي وهو الأمر المستحسن المألوف، لا على معناه الاصطلاحي الفقهي ولكن توجيه هذا الاستدلال هو أن العرف في الآية وإن لم يكن مراداً به المعنى الاصطلاحي، قد يستأنس به في تأييد اعتبار العرف بمعناه الاصطلاحي، لأن عرف الناس في أعمالهم ومعاملاتهم هو ما استحسناه وألفته عقولهم. والغالب أن عرف القوم دليل على حاجتهم إلى الأمر المتعارف فاعتباره يكون من الأمور المستحسنة^(٢)».

أما الآية الثانية التي تضم لفظ العرف فلا يعول عليها في صدد الاستدلال بحجية العرف^(٣). وإن كان هناك من يسعى إلى البحث عن علاقة الآية بالعرف انطلاقاً من معنى المعروف^(٤).

وإلى جانب هذا اللفظ ذكر في القرآن الكريم لفظ «المعروف» ثمانٍ وثلاثين مرة^(٥). ومع أن المعروف يفيد معنى «العرف»، فإن استعماله في القرآن الكريم في أغلب الأحيان ورد في المعنى اللغوي وهو - كما سبق - اسم جامع لكل ما عرف من طاعة الله والتقرب إليه والإحسان إلى الناس^(٦)، إلا أنه ينبغي أن يفهم هذا اللفظ في بعض الأماكن (مثلاً: سورة النساء: الآيات ٤ - ٦) في معنى «النصفه»^(٧)، ففي هذه الحالة يكون للعرف دور مساعد

(١) أبو سنة، العرف والعادة، ص ٢٣.

(٢) الزرقاء، المدخل الفقهي: ١٣٣/١.

(٣) الأصبهاني، المفردات: ص ٣٣٥؛ ابن منظور، لسان العرب: ٢٣٩/٩.

(٤) «المرسلات عرفاً»: يعني الملائكة أرسلوا للمعروف والإحسان. والعرف ضد النكر، وقيل: أراد أنها أرسلت متتابعة كعرف الفرس. ابن الأثير، النهاية: ٢١٧/٣؛ الألويسي، روح المعاني، بولاق، ١٣٠١هـ، ٢٥٧/٩.

(٥) عبد الباقي (محمد فؤاد)، المعجم المفهرس لألفاظ القرآن الكريم، مادة «عرف» (سوى «معروفة»).

(٦) ابن الأثير، النهاية: ٢١٦/٣؛ ابن منظور، لسان العرب: ٢٣٩/٩، ٢٤٠.

(٧) نفس المصدرين السابقين.

لتعيين ما هو موافق للنصفة كما بينا ذلك في الباب الأول (٢-٢-٢)، انظر أيضاً: الهامش رقم (٧٦).

٢-١-٤ - السنة النبوية:

استدل عدد من العلماء عن يستند إلى العرف والعادة أثناء استخراج أو بيان بعض الأحكام الفرعية استدلووا بالحديث الآتي على حجية العرف: «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن». فهذا الحديث الذي اعتمد عليه العلماء الأحناف وغيرهم لإثبات حجية العرف^(١)، لم يسلم من المناقشة سواء من ناحية رفعه أو من ناحية دلالاته على المطلوب.

أما من حيث رفعه فقد «قال العلائي: لم أجده مرفوعاً في شيء من كتب الحديث أصلاً ولا بسند ضعيف بعد طول البحث وكثرة الكشف والسؤال وإنما هو من قول عبد الله بن مسعود رضي الله عنه موقوفاً عليه أخرجه الإمام أحمد في مسنده»^(٢). وإلى نفس النتيجة توصل علماء آخرون أمثال السخاوي والزليعي^(٣)، على أن السرخسي ذكر هذا الحديث أثناء تناوله لأدلة حجية الإجماع من السنة بشكل يعطي انطباعاً أنه يعتبره حديثاً مرفوعاً^(٤)، وحتى أن الشيخ المرحوم أبا زهرة صرح بأنه روي مرفوعاً^(٥).

ويرى الأستاذ الزرقاء أن القاعدة التي تقضي بأن الخبر الموقوف إذا تضمن معنى تشريعياً يعتبر كالخبر المروي عن النبي ﷺ يرى أن هذه القاعدة تزيل نقطة الطعن لهذا الحديث من ناحية الرفع^(٦). إلا أن الشيخ أبا سنة يقول رداً على مثل هذه الفكرة بالنسبة إلى هذا الحديث، «ولكننا نقول في الجواب عنه: إنه على فرض أنه في حكم المرفوع فإن دلالاته على المطلوب لم تتم كما يأتي»^(٧).

ومن جهة أخرى، لا يعد الغزالي هذا الحديث صالحاً لإثبات أصل من الأصول نظراً

(١) السرخسي، المبسوط: ٤٥/١٢؛ النسفي، المستصفي، مخطوط، ق ٢٣٥/ب؛ ابن الهمام، فتح القدير: ١٥٧/٧؛ ابن قيم الجوزية، الطرق الحكيمة: ص ٩٧؛ السيوطي، الأشباه والنظائر، تحقيق: محمد المعتمد بالله البغدادي، بيروت، ١٩٨٧م؛ ابن نجيم، الأشباه والنظائر: ١٢٧/١.

(٢) ابن عابدين، نشر العرف: ١١٥/٢؛ «... فما رأى المسلمون حسناً فهو عند الله حسن وما رأوا سيئاً فهو عند الله سيئ»؛ أحمد بن حنبل، المسند، مصر، ١٣١٣هـ، ٣٧٩/١.

(٣) الزليعي، نصب الراية: ١٣٣/٤، ١٣٤؛ ابن نجيم، الأشباه والنظائر: ١٢٦/١.

(٤) السرخسي، الأصول: ٢٩٩/١.

(٥) أبو زهرة، أبو حنيفة، ص ٣٥١ هامش ١.

(٦) الزرقاء، المدخل الفقهي: ١٣٤/١ هامش ١.

(٧) أبو سنة، العرف والعادة: ص ٢٥.

لكونه من أخبار الأحاد^(١).

وهنا نود الإشارة إلى دليل آخر من السنة يستدل به الدكتور عبد القادر شنار على حجية العرف في الفقه الإسلامي، كما ورد في كلامه: «إن الفقهاء المسلمين لا يزالون يعتبرون العرف سواء كان عرف العرب أو أعراق وعادات البلدان المفتوحة من لدن عهد الصحابة عملاً بالحديث النبوي الذي جاء فيه: يعمل في الإسلام بفضائل الجاهلية». ونعتقد أن المؤلف يناقض نفسه بنفسه لأنه يقول في الهامش: «لم يمكن لنا العثور على هذا الحديث في المصادر التي في متناول يدنا مع أن الدكتور محمد حميد الله يذكره مرات عديدة»^(٢). ولو كان الفقهاء يعتبرون هذا الحديث في مشروعية العرف لذكروه في المصادر وطالما لم يذكر فيها فلا يمكن إيضاح حجية العرف به عند الفقهاء. وبالإضافة إلى ذلك أننا إذا نظرنا إلى مسند أحمد بن حنبل الذي يعتمد عليه الدكتور محمد حميد الله في نقله هذا الحديث نجد فيه - كما أشار إليه الدكتور شنار أيضاً - بعض الروايات المشتملة على عبارات التقدير والإقرار من النبي ﷺ وهو يخاطب سائب بن عبد الله شريكه في عهد الجاهلية وذلك يوم فتح مكة. إذن، فلا ينبغي حمل بعض المزايا والمحاسن الخلقية التي أثنى عليها النبي ﷺ، على العرف والعادة مباشرة. ويؤكد ذلك ما ورد في الحديث: «مرحبا يا أخي وشريكي كان لا يدارى ولا يمارى يا سائب قد كنت تعمل أعمالاً في الجاهلية لا تقبل منك وهي اليوم تقبل منك وكان ذا سلف وصلة»^(٣).

هناك حديث آخر اعتاد المؤلفون الإشارة إليه لإثبات حجية العرف وهو قول الرسول ﷺ لهند زوجة أبي سفيان التي اشتكت إلى النبي ﷺ بخل زوجها وسألته عن حكم أخذها من مال زوجها خفية، حيث قال الرسول ﷺ: «خذي ما يكفيك وولديك بالمعروف»^(٤). إلا أنه بدل أن يفسر لفظ «المعروف» هنا وفي الأماكن مثله بأنه العرف والعادة مباشرة، ينبغي المصير إلى فهمه بأنه بمعنى «في إطار الحدود المعقولة والمناسبة». ومن البديهي أن يكون للعرف والعادة دور مساعد في مثل هذه الحالات^(٥).

(١) الغزالي، المستصفى: ٢٧٨/١. يجب الانتباه هنا إلى أن الغزالي لم يذكر هذا الحديث بصدد «العرف» وإنما عند تناول دليل «الاستحسان».

(٢) (القياس والاستحسان والاستصلاح):

ŞEKER (Abdülkadir), Kıyas-Istihsan ve Istislah, Ankara, 1974, p 44.

(٣) أحمد بن حنبل، المسند: ٤٢٥/٣.

(٤) العيني، عمدة القاري، مصر، ١٣٤٨هـ، ١٦/١٢-١٧، الشوكاني، نيل الأوطار، مصر، ١٣٥٧هـ، ١٣١/٧؛ أبو زهرة، مالك: ص ٤٢١.

(٥) انظر الباب الأول: ٢-٢. وخاصة الهامش رقم ٧٦.

والجددير بالذكر أن البخاري خصص باباً في صحيحه للأمر المتعارفة بين الناس وعنونه «باب من أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون بينهم في البيوع والإجارة والمكيال والوزن وسنتهم على نيتهم ومذاهبهم المشهورة»^(١)، ويقول العيني في تعليقه على هذا الباب: «حاصل الكلام أن البخاري قصد هذه الترجمة إثبات الاعتدال على العرف العادة»^(٢).

٢-٤ - الأدلة العامة:

إذا عحص الباحث النظر في مبادئ التشريع الإسلامي ومسيرة تطوره في وضع أحكامه يستطيع أن يقوم بتثبيت مقطعين رئيسيين في موضوع العرف:

● المقطع الأول: مراعاة التشريع الإسلامي للعرف والعادة. وذلك لأن دراسة استقرائية للمناهج التشريعية التي سلكها الإسلام وموقفه من العرف والعادة في التشريع تمكن الباحث من البت في أن الإسلام راعى أعراف وعادات البيئة التي ظهر فيها. وحتى إنه لم يقف عند عدم مجابهة الوقائع الاجتماعية التي لا تتناقى مع مبادئه فحسب، بل أسبغ عليها أيضاً الصفة الشرعية كما سبق الإشارة إليه في الباب الأول (انظر: ١-١)، إلا أن هناك ظاهرة أخرى يمكن أن تؤدي بالباحث إلى تردد في قبول ذلك. وهي أن التشريع الإسلامي ألغى كثيراً من العادات أو عدلها بشكل يتناسب مع مبادئه. وهذا الموقف السلبي مع أنه لا يظهر إلا في حالات خاصة من معارضة تلك العادات للمبادئ الإسلامية فثمة دليل أقوى للاقتناع بمراعاة الإسلام للعرف والعادة وهو صلاح الإسلام لكل زمان ومكان وهذا ما تدل عليه النصوص القطعية منها: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا كَافَّةً لِّلنَّاسِ﴾^(٣)، ﴿وَلَكِن رَّسُولَ اللَّهِ وَخَاتَمَ النَّبِيِّينَ﴾^(٤). ومن خلال هذه الخاصية للإسلام تتوصل بالبداية إلى نتيجة أن الإسلام دين إنسانية جمعاء مها اختلفت عاداتها عن بعضها البعض. وما من شك في أن البشرية بأسرها لا يمكن توحيدها في نمط واحد من الحياة كما إن الإسلام لا يدعو إلى ذلك ولا يستهدفه فضلاً عن تباينه مع المبادئ الإسلامية السمحة وحيلولته دون التقدم والرفي. وبعبارة أخرى، فإن وجود اختلاف في بعض العادات غير المنافية للأسس الإسلامية في الجغرافية الإسلامية نتيجة طبيعية لا يمكن الاحتراز عنها طالما الإسلام يخاطب الناس جميعاً في كل زمان^(٥).

(١) البخاري، الجامع الصحيح، البيوع، ص ٩٥.

(٢) العيني، عمدة القاري: ١٦/١٢.

(٣) سورة سبأ: الآية ٢٨.

(٤) سورة الأحزاب: الآية ٤٠.

(٥) ابن خلدون، المقدمة، تحقيق: علي عبد الواحد وافي، القاهرة، بدون تاريخ (تاريخ صحيح الجزء الثاني

١٤٠١هـ)، ١/٣٢٠، المحمضاني، فلسفة التشريع: ص ٢٢١.

وهنا نود أن نقتبس باختصار من العلامة الطاهر بن عاشور بعض ما ذكره في هذا الباب بناء على أهميته في تسليط الأضواء على الحقائق الكامنة فيه :

«فعموم الشريعة سائر البشر في سائر العصور مما أجمع عليه المسلمون . وقد أجمعوا على أنها مع عمومها صالحة للناس في كل زمان ومكان ولم يبينوا كيفية هذه الصلاحية وهي عندي تحتمل أن تتصور بكيفيتين .

الكيفية الأولى : إن هذه الشريعة قابلة بأصولها وولاياتها للانطباق على مختلف الأحوال بحيث تسير أحكامها مختلف الأحوال دون حرج ولا مشقة ولا عسر .

الكيفية الثانية : أن يكون مختلف أحوال العصور والأمم قابلاً للتشكيل على نحو أحكام الإسلام دون حرج ولا مشقة ولا عسر كما أمكن تغيير الإسلام لبعض أحوال العرب والفرس والقبط والبربر والروم والتتار والهنود والصين والترك من غير أن يجدوا حرجاً ولا عسراً في الإقلاع عما نزعوه من قديم أحوالهم الباطلة . ومن دون أن يلجؤوا إلى الانسلاخ عما اعتادوه وتعارفوه من العوائد المقبولة .

فلا يجدر بحال أن يكون معنى صلاحية التشريع للبشر أن الناس يحملون على اتباع أحوال أمة خاصة مثل أحوال العرب في زمان والتشريع ولا على اتباع تفريعات الأحكام وجزئيات الأفضية المراعى فيها صلاح خاص لمن كان التشريع بين ظهرانيهم سواء لاءم ذلك أحوال بقية الأمم والعصور أم لم يلائم فتكون صلوحيتها مشوبة بحرج ومخالفة ما لا يستطيع الناس الانقطاع عنه ، ويعلل معنى الصلوحية بأن يعمل الناس بها في كل عصر فلا يهلكوا ولا يعتوا ، إذ لو كان هذا هو معنى صلوحية الشريعة لكل زمان ومكان لما كان هذا من مزايا شريعة الإسلام وخصائصها . إذ لا نجد في شريعة من الشرائع المتبعة أحكاماً لو حمل الناس عليها هلكوا أو صاروا فوضى . إذن يكون في مستطاع أهل كل شريعة أن يتحلوا شريعتهم وصف الدوام .

فتعين أن يكون معنى صلوحية شريعة الإسلام لكل زمان أن تكون أحكامها كليات ومعاني مشتملة على حكم ومصالح صالحة لأن تنفرد منها أحكام مختلفة الصور متحدة المقاصد . ولذلك كانت أصول التشريع الإسلامي تتجنب التفريع والتحديد»^(١) .

«قد يستكن في معتقد كثير من العلماء قبل الفحص والتغوص في تصرفات التشريع أن الشريعة إنما جاءت لتغيير أحوال الناس ، والتحقيق أن للتشريع مقامين :

(١) الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة، ص ٩٢ - ٩٣ .

المقام الأول: تغيير الأحوال الفاسدة وإعلان فسادها.

المقام الثاني: تقرير أحوال صالحة قد اتبعها الناس وهي الأحوال المعبر عنها بالمعروف في قوله تعالى: ﴿يَا مَرْهُمُ بِأَلْمَعْرُوفِ﴾. والتقرير لا يحتاج إلى القول. فقد علمت أن الاحتياج إلى القول فيه لا يكون إلا عن سبب دعا إلى القول من إبطال وهم أو جواب سؤال، أو تحريض على تناول. وفيما عدا تلك الأسباب ونحوه يعتبر سكوت الشارع تقريراً لما عليه الناس، ولذلك كانت الإباحة أكثر أحكام الشريعة لأن أنواع متعلقاتها لا تنحصر. وقد تواتر هذا المعنى تواتراً من أقوال النبي ﷺ وتصرفاته.

ولا يستثنى من دلالة السكوت على التقرير إلا الأحوال التي دل العقل على إلحاقها بأصول لها حكم غير الإباحة وهي دلالة القياس بمراتبها.

وليس مرادنا بالتغيير أحوال العرب خاصة ولا بالتقرير تقرير أحوالهم كذلك بل مرادنا تغيير أحوال البشر وتقرير أحوالهم سواء كانوا العرب أم غيرهم. وذلك أن جماعات البشر كانوا غير خالين من أحوال صالحة هي بقايا الشرائع أو النصائح أو اتفاق العقول السليمة^(١).

● المقطع الثاني: عدم إمكانية القول بأن نصوص القرآن والسنة تعترف صراحة بكون العرف مصدراً من مصادر التشريع الإسلامي مباشرة. والمناقشات التي وردت في هذا المضمار حول الآيات والأحاديث التي يستدل بها على حجية العرف ينبغي مراجعتها للثبوت من ذلك. حتى أن هذه المناقشات لم تحظ باهتمام العلماء إلا في عصور متأخرة وكاد الأصوليون أن لا يولوا أي اهتمام لموضوع العرف بين الأدلة الشرعية. (انظر: الباب الأول، ١-٢).

ورغم أن هذا المقطع يبدو للوهلة الأولى منافياً للأول وليس الأمر كذلك بل هو مكمل له. لأن الغاية المتوخاة من مراعاة العرف في التشريع الإسلامي ليست إضفاء قدسية للعرف واعتباره مصدراً يسيطر على قيمه الذاتية وإنما هي قضاء حاجات الناس وتطبيق مبدأ «اليسر».

فالإسلام الذي تميز بطابعه الانقلابي^(٢) وأنه الدين الأخير للبشرية كان عليه أن يتخذ موقفاً سلبياً من الأعراف والعادات المتنافية مع ما أشرنا إليه سابقاً من روح تشريعية له. ولو اعتبر التشريع الإسلامي العرف مصدراً تشريعياً بصورة مباشرة لأدى ذلك إلى إفساح المجال للطعن فيه بتناقضه الذاتي فمثل هذا الاعتبار في عهد تبليغ النصوص لا يتفق مع الهدف المنشود لها. أما بالنسبة للجهود المتعاقبة فكان من البديهي أن يراعى العرف مثل مراعاته في عهد

(١) نفس المرجع: ص ١٠٢ - ١٠٤.

(٢) انظر مثلاً: سورة البقرة: الآية ١٧٠؛ وسورة المائدة: الآية ١٠٤؛ وسورة هود: الآية ٨٨.

تبليغ النصوص وفق سير الأحداث ومجراها الطبيعي حيث أن المسلمين مطالبون بحل ما سيستجد لهم من وقائع ومسائل وفق النصوص الشرعية وروحها. ومن الملاحظ أن هذه الخاصية للتشريع الإسلامي برزت بشكل واضح في اجتهادات الصحابة رضي الله عنهم ومن سلك طريقهم في فهم النص وتقييمها^(١).

والواقع أن العرف احتل مكاناً مرموقاً بين اجتهادات الصحابة وتطبيقات الخلفاء الراشدين. والأمثلة على ذلك كثيرة، نذكر منها أن الخليفة عمر بن الخطاب أمر الموظفين المحليين في إيران بإبقاء القوانين السابقة فيما يخص الموارد الزراعية سارية المفعول دون تغيير يذكر^(٢). وكذلك إن الخليفة نفسه لجأ إلى مبدأ التعامل بالمثل فيما يتعلق بالكموس الجمركية التي يتم تحصيلها من التجار الأجانب^(٣). وجدير بنا أن نشير إلى أننا نجد تصريحاً خاصاً بوجوب مراعاة العرف في عهد الصحابة رضي الله عنهم، وذلك في القضية التالية المعروضة على القاضي شريح: «إن ناساً من الغزاليين اختصموا إلى شريح في شيء كان بينهم فقالوا: إن ستننا بيننا كذا وكذا، فقال: ستتكم بينكم»^(٤).

ونعتقد أن عبارة الدكتور زيدان التالية تلقي الأضواء على مسألة دليل العرف حيث يقول: «وأساس اعتبار العرف دلالة القرآن والسنة. أما دلالة القرآن فنجدها في قاعدة رفع الحرج عن الناس، قال تعالى: ﴿وَمَا جَعَلْ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [سورة الحج: الآية ٧٨]. ولا شك أن في نزع الناس عما ألفوه بلا مبرر نوعاً من الحرج عليهم، وأما دلالة السنة فتظهر في إقرار الرسول ﷺ لأعراف الجاهلية الصحيحة»^(٥).

أما مسألة تأثير الفقه الإسلامي بأحكام نظم الحقوق الأخرى وكذلك علاقة الأحكام

(١) الدواليبي، المدخل إلى علم أصول الفقه: ص ٨١، ١٢٤، ١٢٥.

(٢) HAMIDULLAH (Muhammed), "Nouvelle étude des sources du droit musulman", dans Proceeding of International Congress of Orientalists, Istanbul, 1954.

(ترجمته إلى اللغة التركية):

Islâm Tetkikleri Enstitüsü Dergisi, I, 1954.

المترجم:

(Bülent DAVRAK), P 64.

TURNAGIL (Ahmed Reşid), Islâmiyet ve killeter Hukuku Istanbul, 1972, p 124, HAMIDULLAH. (٣)

(الإسلام والقانون الدولي) ص ٦٤، المقال المذكور.

(٤) العيني، عمدة القاري: ١٦/١٢.

(٥) زيدان (عبد الكريم)، الشريعة الإسلامية والقانون الدولي العام، بيروت، ١٩٨٨م، ص ٢٥. ويؤيد

ذلك ما ورد في استدلالات الفقهاء على أهمية العرف في الشريعة الإسلامية، انظر مثلاً: السرخسي،

المبسوط: ٤٦/١٢، ١٩٧، ١٤/١٣، ١٥.

التقريرية في الإسلام بشرائع من قبلنا فلا نتطرق إليها نظراً لبقائها خارج نطاق موضوعنا أساساً^(١).

ومعها يكن من أمر، فإننا من خلال دراستنا للأدلة العامة نتوصل إلى نتيجة أن العرف يحتل مكاناً مرموقاً في الفقه الإسلامي وفق إرادة الشارع وإن كان الشارع لم يحل عليه بصراحة^(٢).

٥ - أركان العرف وشروط اعتباره :

ليس من البعيد أن تتكون في مجتمع ما أعراف وعادات لا تتفق والنظام الحقوقي السائد في ذلك المجتمع . فلهذا ينبغي - في نظرنا - التمييز بين شروط الوجود للعرف أو شروط تحققه وبين شروط اعتباره . وإذا اعتبرنا تعريف كل من مفهومي «الركن» و«الشرط» يمكن أن نطلق على الفئة الأولى من الشروط «أركاناً» وعلى الفئة الثانية منها «شروط الصحة» . وبما أن القانون يعتبر العرف بصراحة مصدراً من المصادر الشكلية في الفقه الوضعي في أغلب الأحيان نجد القانونيين ممن يتعرض لموضوع العرف يقفون عند أركان (أو عناصر) العرف بالدرجة الأولى ولا يهتمون بشروط الاعتبار (الصحة) للعرف إلا في الدرجة الثانية أو في إطار دراسة الأركان . بينما يلاحظ أن المؤلفين في مجال الفقه الإسلامي يتناولون الأركان وشروط الصحة كلها تحت عناوين مثل «شروط العمل بالعرف» أو «شروط اعتبار العرف» وغيرها . والمنهج الصحيح - في رأينا - هو التمييز بين هاتين الفئتين من الشروط .

١-٥ - أركان العرف :

رأينا في ما سبق أن الفقهاء المسلمين لم يتناولوا العرف كقاعدة قانونية وكمصدر من المصادر الشكلية للحقوق وأن تصريحاتهم المتعلقة بالعرف والعادة تشملها معاً سواء كانا لفظيين أو عمليين . بينما المؤلفون في مجال القانون يتعرضون للعرف من زاوية أنه مصدر من مصادر الحقوق . ولهذا نجدهم يقيدون أنفسهم بنطاق السلوك فقط، ويدرسون عناصر العرف من هذا المنظار . أما المؤلفون المعاصرون في مجال الفقه الإسلامي - حين تطرقهم إلى شرائط العرف - فيتقيدون بمسائل العرف العملي تارة، ويخوضون في مسائل العرف القولي أيضاً تارة أخرى . ومع ذلك فالملاحظ أن العرف العملي هو السائد في بحوثهم لشرائط العرف .

(١) انظر: أبو سنة، العرف والعادة: ص ٨٢؛ الجدي، العرف والعمل: ص ٦٤ - ٦٧؛

HAMIDULLAH, "La Philosophie juridique chez les musulmans", p 145, 146; HAMIDULLAH, "Influence of Roman Law on Muslim Law", Islâm Tetkikleri Enstitüsü Dergisi, IV, 1-2, Istanbul, 1975.

(٢) إشارة قسمة إلى نفس الفكرة :

SCHACHT (Joseph), "Sharia", Encyclopédie de L'Islam, 4/335.

ونحن لا نرى بأساً في تناول أركان العرف وفقاً للتعريف التالي: «العرف هو اعتياد الناس على سلوك معين في ناحية من نواحي حياتهم الاجتماعية بحيث تنشأ منه قاعدة يسود الاعتقاد بأنها ملزمة»^(١). واضعين نصب أعيننا أن تعريف النسفي للعرف أيضاً يتركز على أساس «السلوك»^(٢).

ويتضح من التعريف السابق أن العرف يقوم على ركنين: ركن مادي، وهو اعتياد الناس على سلوك معين. وركن معنوي، وهو اعتقاد الناس بأن القاعدة التي نشأت من هذا السلوك قاعدة ملزمة.

١-١-٥ - الركن المادي: الاطراد أو الغلبة^(٣):

يجب أن يكون العمل بالعرف مستمراً في جميع الحوادث أو في أكثرها. إذا كانت العادة جارية في مكان ما بصفة مستمرة فهذه تسمى مطردة وإذا كانت لا تختلف إلا في حالات نادرة تسمى غالبية^(٤). لأن ذلك هو أمارة فعلية للعرف المبني على الحاجة الماسة إليه، في حل مشكلات الناس وتحقيق مصالحهم، واستقامة أمرهم، الأمر الذي استدعى المجتهد إلى مراعاته^(٥).

يقول الأستاذ الزرقاء أثناء ذكر شرائط اعتبار العرف: «فاشترط الاطراد أو الغلبة في العرف معناه اشترط الأغلبية العملية فيه لأجل اعتباره حاكماً في الحوادث. أما الأغلبية العددية بمعنى أن يكون العرف جارياً بين جميع القوم أو أكثرهم فهي ليست من قبيل الشرائط، بل هو ركن في تكوين العرف لا يتحقق معناه دونها، وهو النصاب العددي الذي تقدم بيانه لتحقيق معنى العرف لأن العادة الفردية لا تصبح عرفاً إلا إذا اعتمدها أكثر القوم في بيئتها. إذن العرف هو عادة الجمهور»^(٦).

(١) فرج الصّدّة، أصول القانون: ص ١٤٠، ١٤١، ١٤٤.

(٢) مع أن لفظ «ما» يشمل القول والفعل، فإن عناصر التعريف الأخرى تجعله متركزاً على «السلوك»، كما يؤيد هذا المعنى ما ورد في كلام النسفي أثناء ذكره الأصول، إذ يقول: «تعامل الناس»، المستصفي، مخطوط، ق ١/٥.

(٣) مرغناني، الهداية: ٤٦٩/٥؛ ابن نجيم، الأشباه والنظائر: ١/١٢٨؛ مجلة الأحكام العدلية، المادة ٤١.

(٤) عاطف بك، مجلة أحكام عدلية شرحي (شرح المجلة باللغة العثمانية) قسم القواعد الكلية، استانبول ١٣٣٩هـ، ص ٥٠.

(٥) الدريني، المناهج الأصولية، ص ٥٨٧.

(٦) الزرقاء، المدخل الفقهي: ٨٧٤/٢، ٨٧٥.

مع إن هذا التفريق يبدو وجيهاً للوهلة الأولى إلا أننا لا نوافق عليه بالكلية، لأنه إذا تحققت الأغلبية العددية في جميع الحوادث أو أكثرها فتتحقق الأغلبية العملية أيضاً. أما إذا لم تتحقق إلا في حوادث نادرة فلا يمكن اعتبار قيام العرف وتوافر أركانه بمجرد وجود هذه الأغلبية العددية في حادثة أو حوادث معينة. والحقيقة أن لزوم اطراد العرف أو أغلبيته في أكثر الحوادث تكمن في كلمة «الاعتیاد» (أو «العادة» كما قال الأستاذ الزرقاء) الواردة في تعريف العرف والتي ينبنى عليها وجوده. ويؤكد ذلك ما قاله الأستاذ الزرقاء في مكان آخر: «يقول الفقهاء في بعض المواطن: إن العادة تتحقق بتكرر الفعل مرتين أو ثلاثاً، لأنها مأخوذة من العود أو المعاودة. ولا يخفى أن مرادهم بذلك عادة الفرد. أما عادة الجماعة التي هي بمعنى عرف للجمهور، فلا ينطبق عليها هذا الحد، لأن العادة لا تشيع وتنتشر بين الجماهير إلا بعد أن تتكرر بين الناس مرات لا تحصى»^(١). أما إن كان الأستاذ الجليل يقصد بهذا التفريق اعتبار العرف ملزماً بين جميع القوم أو أكثرهم، فلإننا سنتناول هذه الناحية تحت عنوان: «الركن المعنوي للعرف»، وبناء على ذلك ينبغي اعتبار الاطراد أو الغلبة ركناً من أركان العرف لا شرطاً من شرائطه.

وليس بالإمكان تحديد الحيز الزمني لتكون هذا الركن أي التطبيق المطرد أو الغالب للعرف. ومع أن صاوا باشا يشترط استمرار العمل بالعرف طوال ثلاثة أجيال على الأقل^(٢)، فإنه من البديهي أن هذا لا يتعين إلا حسب نوعية العرف وظروف تكوينه، وبخاصة حسب درجة الانتشار لوسائل المواصلات في مكان العرف.

ويطلق على هذا الركن في النظريات القانونية الحديثة العنصر الخارجي أو المادي أو الموضوعي (élément objectif, élément matériel) للعرف. والجدير بالإشارة أن القانون التجاري الكويتي (المادة ١٥٩) أخذ المادتين ٤١ و ٤٢ من مجلة الأحكام العدلية بنفس العبارات، وقال: «إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت. والعبرة للغالب لا للنادر»^(٣).

(١) المرجع نفسه: ٨٣٩/٢، ٨٤٠ هامش ١.

(٢) SAVA PAŞA, İslâm Hukuk Nazariyâti ½pti Hakkinda Bir Etüd.

ترجمة من الفرنسية إلى التركية (دراسة حول نظريات الفقه الإسلامي الإسلامي):

Baha ARIKAN, Ankara, 1955, 2/57.

هناك آراء حول العدد الذي تحصل به العادة لا نرى مبرراً لذكرها، انظر: الجيدي، العرف والعمل: ص ٨٢.

(٣) ينظر للخواص التي يجب توافرها في هذا العنصر: الحجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية: ص ٤٤٧ - ٤٤٩.

٥-١-٢ - الركن المعنوي: الاستقرار في النفوس:

لا نكاد نعثر على دراسة لهذا العنصر الداخلي، أو النفسي أو الشعور القانوني (*opinio necessitatis, élément psychologique*) في الأبحاث العلمية الحديثة التي تهدف إلى تطوير نظرية للعرف في الفقه الإسلامي، بينما النظريات القانونية تولى له أقصى الأهمية. والسر في ذلك - حسب ما يبدو لنا - أن القانونيين - كما سبق أن بينا - ينظرون إلى العرف من ناحية القيمة القانونية له أي من ناحية تكوينه قاعدة قانونية أو عدم تكوينه لها. وبالإضافة إلى ذلك لا يرون بأساً في أخذ القاعدة القانونية صفة الإلزامية من الإرادة البشرية، بل إن القواعد القانونية كلها - سواء كانت مكتوبة أو غير مكتوبة - تستقي في الفقه الوضعي وجودها واستمراريتها من العقل والإرادة البشرية^(٣).

ومع هذا كله لا نرى مانعاً من القول بضرورة تواجده هذا العنصر المعنوي للعرف في الفقه الإسلامي أيضاً، حتى إننا نعتقد أن وجوده واجب للاقتناع والقبول بأن العرف قد تكون. والحقيقة أن الوقوف عند أهمية الركن المعنوي للعرف في الفقه الإسلامي أمر لم نقترحه من عند أنفسنا وإنما هو موجود في عبارات الفقهاء وتفكيرهم. وأدل شيء على ذلك هو تعريف النسفي الذي تلقاه العلماء بالقبول منذ القديم، إذ يقول: «ما استقر في النفوس...» فهذا إن دل على شيء إنما يدل على العنصر المعنوي للعرف^(٤). وحتى يمكن القول بأن صاحب التعريف استغنى عن ذكر العنصر المادي صراحة لأن العنصر المادي مندمج في العنصر المعنوي، إذ لا يمكن تكون العنصر المعنوي إلا بتكون العنصر المادي. ولتبيين هذه الناحية نود اقتباس

(١) الحجازي، المرجع المذكور: ص ٤٤٩ - ٤٥٢؛ فرج الصلّة، المرجع المذكور: ص ١٤٧، ١٤٨؛ كيرة، المدخل إلى القانون: ص ٢٧٦؛

PACHE, La Coutume et Les Usages, p 20, 63-85.

(٢) باستثناء ما ورد في كتاب الجدي من مقارنة العادة بالعرف وذلك انطلاقاً من عبارات القانونيين فقط، وكذلك دون تحليل المسألة من ناحية الفقه الإسلامي، العرف والعمل، ص ٤٠، ٤١.

(٣) SAVORY, R. M., Introduction To Islamic Civilisation, Sydney, 1980, p 54.

(٤) ابن نجيم، الأشباه والنظائر: ١/١٢٧؛ المحمضاني، فلسفة التشريع، ص ٥٧.

(٥) ويؤيد ذلك ما ورد في كلام الشيخ أبي سنة: «فقد رأينا أن العرف جرى في الأقوال والأفعال التعاملية والخلقية، وعرفنا قبل ذلك أن كيانه يقوم على استقرار الأمر في النفوس وقبول الطباع السليمة له. متى توفّر ذلك فقد وجدت حقيقة العرف، وإن كان اعتباره عند الفقهاء مشروطاً بشروط وراء هذا، (العرف والعادة: ص ٩) وإن كان الشيخ أبو سنة لا يتناول هذه الناحية تحت عنوان الركن أو الأركان.

النص التالي: «ويتكون هذا الاعتقاد تدريجياً، حتى يأتي الوقت الذي يصبح فيه أمراً محققاً. ولذلك فإنه في مرحلة هذا التكوين قد يختلف الشراح والمحاكم في أن عادة معينة قد أصبحت عرفاً، كما أن البعض قد يراها مجرد عادة لا ترقى إلى مرتبة العرف، ثم يعود بعد ذلك فيعتبرها عرفاً، فإذا جاء الوقت الذي يسود الاعتقاد فيه بأن هذه العادة أصبحت ملزمة، صارت عرفاً لا سبيل إلى الجدل فيه. فالذي يميز العرف عن العادة بالمعنى الذي قدمناه هو هذا الركن المعنوي. فطالما لم يقم في ذهن الناس اعتقاد بأن عادة معينة أصبحت ملزمة، فإن هذه العادة لا تعتبر عرفاً، أي لا تكون قانوناً ملزماً»^(١).

أما ما يتبادر إلى الأذهان من أن الركن المعنوي يعكس الإرادة البشرية في التشريع فذلك أمر لم يهمله النسفي في تعريفه السابق للعرف. إلا أن الموضوع يحتاج إلى شيء من التفصيل وإلى الاطلاع على ما ورد من مناقشات حول هذه الناحية في النظريات الحديثة. ونذكر خلاصة ذلك فيما يلي: «مقتضى النظرية التقليدية هو أن العنصر المادي لا يكفي وحده لإنشاء القاعدة العرفية. وأنه يجب أن يضاف إلى العنصر المادي عنصر آخر نفسي هو ما يسمى الشعور القانوني (opinio necessitatis)، ويقصد الشراح بهذه العبارة أحد معنيين:

(أ) فإما أن يكون المقصود بها هو أن الأفراد يعتقدون إن المبدأ الذي يسرون على مقتضاه يطابق العدل والملاءمات الاجتماعية، ولذا يجب أن ينزل منزلة القانون.

(ب) وإما أن يكون معناها هو اعتقادهم أن المبدأ الذي يأتمرون به هو قانون بالفعل أي قاعدة ملزمة ولذا وجبت إطاعتها. ومعظم الشراح على هذا المعنى. وعلى أساس هذا العنصر يتميز العرف من سائر أنواع السلوك الأخرى، الفردية والاجتماعية، التي مع استقرارها في الجماعة، لا تعد قواعد قانونية عرفية بسبب أنه ينقصها عنصر الإحساس بالزاميتها من الناحية القانونية. ومن هنا عد العنصر الداخلي هو العنصر المميز والجوهرى في العرف باعتباره مصدراً للقانون، حتى لقد اعتبر العنصر الخارجي - في نظرية قديمة كانت تجعل الشعور القانوني عند الجماعة هو أساس كل قانون - هو الوسيلة التي يظهر بها العنصر الداخلي (الشعور القانوني)، أي إن الشعور القانوني في العرف كإرادة المشرع في التشريع، فكما أن إرادة المشرع لا تسري في حق المخاطبين بها إلا بالنشر، فكذلك الشعور القانوني لا يلزم الأفراد إلا إذا ظهر إلى الحيز الخارجي عن طريق ممارسة فعلية من جانب الأفراد»^(٢).

ونحن نرى - تاركين تفاصيل هذه المناقشات والاعتراضات الموجهة إلى العنصر المعنوي

(١) فرج الصدة، أصول القانون: ص ١٤٧.

(٢) الحجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية: ص ٤٤٩ - ٤٥٠.

إلى جانب - أن العنصر المعنوي إذا تم تفسيره بالمعنى الثاني من المعنيين السابقين لا يتلاءم والتفكير الإسلامي . لأن الشارع في الإسلام هو الله تعالى، وتأخذ الأحكام قوتها الإلزامية من إرادته عز وجل، بينما لا نعتز على إحالة صريحة على حجية العرف في عبارات الشارع التي تعكس إرادته، وإنما نجاهد يميل المسلمين على فكرة العدل والمصالح . إذن لا يصطدم العنصر المعنوي مع أسس التفكير الإسلامي إذا فسر بالمعنى الأول. وكما نرى في تعريف النسفي قيداً لا يترك العنصر المعنوي للعرف على إطلاقه، حيث يقول: «... وتلقته الطباع السليمة بالقبول». وهذا - فيما يبدو لنا - تعبير عن اشتراط الشرط الأساسي للعرف أو لاعتباره وهو أن لا يكون مخالفاً للنص الشرعي ومبادئ التشريع الإسلامي مخالفة صريحة. لأنه لا يمكن التصور أن الطباع السليمة في مجتمع يدين بالإسلام ويتمسك بمبادئه تتلقى العرف المخالف للنصوص صراحة بالقبول وإلاً خرجت عن كونها سليمة^(١). أضف إلى ذلك أن كل عرف تم تكونه ليس معتبر في الفقه الإسلامي، بل هناك شروط لاعتباره.

والحقيقة أن هذا التوضيح الأخير كان من الواجب أن يحتل مكانه تحت عنوان «شروط اعتبار العرف/ عدم مخالفته للنص» حسب التخطيط العلمي، إلا أننا اضطررنا إلى الإتيان به لنبين مكانة العنصر المعنوي في تفكير وعبارات الفقهاء المسلمين وننبه إلى المعنى الذي يستندون إليه في هذا الموضوع.

٢-٥ - شروط اعتبار العرف:

هناك شروط يجب توفرها لاعتبار العرف في الشريعة الإسلامية إلى جانب ركنيه المادي والمعنوي. وهي ما يلي:

١-٢-٥ - أن لا يكون العرف طارئاً:

والمراد من هذا الشرط أن يكون العرف مقارناً لزمان الشيء الذي يحمل على العرف وليس حادثاً بعده. وما من شك في أن لهذا الشرط أهميته ولا سيما في تفسير النصوص وتفسير التصرفات القانونية. (انظر لأمثلة دور العرف في تفسير النصوص الباب الأول ٢-١، ودور العرف في تفسير التصرفات القانونية ٢-٢-٣).

ومقتضى هذا الشرط أن العرف اللفظي أو العملي الذي يعول عليه لفهم النص يجب أن يكون موجوداً في وقت نزوله ووروده دون الحادث بعده، وكذلك العرف الذي يراد تحكيمة في تعيين حكم التصرف القانوني يجب أن يكون موجوداً عند التصرف دون ما يحدث بعده^(٢).

(١) يقول النسفي: «الطبع مؤيد بالشرع»، المستصفي، مخطوط، ق ١١٥/ب، ١٩٤/ب.

(٢) ابن نجيم، الأشباه والنظائر: ١/١٣٣؛ أبو سنة، العرف والعادة: ص ٦٥؛ دواليبي، المدخل إلى

علم أصول الفقه: ص ٢٣٦، ٢٣٧؛ الزرقاء، المدخل الفقهي: ٢/٨٧٦ - ٨٧٩.

على أنه ليس كل عرف طارئ غير معتبر، فالقاعدة ليست على عمومها^(١).

فمثلاً يشير الزركشي إلى قضية البطالة في المدارس الموقوفة ويقول: «فقد اشتهر في هذه الأعصار ترك الدروس في الأشهر الثلاثة. فكل مدرسة وقفت بعد ذلك ولم يتعرض واقفها لذلك ينزل لفظه على العادة. وأما الموقوف قبل هذه العادة أو ما شك فيه هل هو قبلها فلا ينزل على العرف الطارئ». ويلاحظ أنه يربط القضية في آخر المطاف بكون العرف عاماً أو خاصاً^(٢).

٥-٢-٢ - أن لا يوجد تصريح بخلاف العرف:

إذا أخذنا بعين الاعتبار أن تحكيم العرف في تفسير العقود وتنزيل الأمر المعروف منزلة المشروط (المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً)، المجلة، المادة ٤٣، ٤٤)، يعود إلى فكرة سكوت المتعاقدين عن الأمر المتعارف اعتماداً على العرف الجاري، يتبين لنا بجلاء أن العرف في هذه الحالات من قبيل الدلالة. فإذا صرح المتعاقدان بخلاف العرف بطلت هذه الدلالة. لأن القاعدة المقررة تقول: «لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح» (المجلة، المادة ١٣)^(٣).

وهنا نود أن نسترعي الانتباه إلى أن القواعد مثل «التعيين بالعرف كالتعيين بالنص» مما اعتمد عليه بعض الباحثين بصدد إثبات سلطان العرف في الفقه الإسلامي تنص في حقيقة الأمر على أهمية الإرادة المصرح بها إلى جانب التنويه بدور العرف في تفسير العلاقات القانونية إذا لم يوجد تصريح في القضية المعروضة. لأن «النص» هنا يستعمل في المعنى «التصريح» وليس في معنى «النص الشرعي»^(٤). وذلك بخلاف «النص» الوارد في عبارات تتناول مسألة معارضة العرف مع النص^(٥).

٥-٢-٣ - أن لا يكون العرف مخالفاً للنص ومبادئ الشريعة:

إذا وضع الباحث نصب عينيه أن الشريعة الإسلامية تمتاز بخاصية كونها إلهية المنشأ لا يحتاج إلى توسيع النقاش فيما يخص حالة اصطدام العرف مع النصوص وروحها، وليس ذلك نابغاً عن احترام فكرة سلسلة المراتب للأدلة أي كون النص أقوى من العرف فحسب، بل ليتحاشى الفقيه من أن ينقض نفسه بنفسه أيضاً. بينما نرى المؤلفين في الفقه الوضعي

(١) الدرربي، المناهج الأصولية: ص ٥٨٧.

(٢) الزركشي (بدر الدين بن محمود بن بهادر)، المنشور في القواعد، تحقيق: تيسير فائق أحمد محمود، الكويت، ١٩٨٢م، ٢/٣٩٤، ٣٩٥.

(٣) علي حيدر، درر الحكام: ١/٩٣؛ الزرقاء، المدخل الفقهي: ٢/٨٧٩، ٨٨٠.

(٤) انظر مثلاً: السرخسي، المبسوط: ١٢/١٦٠.

(٥) انظر مثلاً: السرخسي، المبسوط: ١٢/١٩٦.

يتوسعون في مناقشة قضية اصطدام العرف مع القانون^(١)، وإن كان القانون أقوى من العرف حسب ترتيب المصادر، وذلك لأن القانون عندهم يستقي قوته الإلزامية أيضاً من الإرادة البشرية.

ويدون إسهاب في القول نود أن ننبه إلى أهمية التفريق بين مخالفة العرف للنص من كل الوجوه وبين حالة اصطدام العرف مع النص في الظاهر، ففي الحالة الثانية يجب التثبت من الأمر في أن الاصطدام هل هو حقيقي أم ظاهري فقط؟

ويلاحظ أن الأستاذ الزرقاء يتناول الموضوع في إطار الخطة الآتية:

١ - حالة اصطدام العرف بنص تشريعي خاص:

حكمها: النص الخاص الأمر هو المعبر المحترم ولو صادمه عرف عام الاستثناء من ذلك حالة واحدة: النص العرفي أي ما إذا كان النص نفسه حين صدوره عن الشارع مبنياً على عرف قائم ومعلل به.

٢ - حالة تعارض العرف مع نص تشريعي عام:

(١) العرف المقارن لورود النص العام المعارض له:

أ - العرف اللفظي: الاتفاق في تخصيص النص بالعرف.

ب - العرف العملي:

أ أ - العرف المقارن العام: في الاجتهاد الحنفي يكون العرف مخصصاً للنص.

ب ب - العرف المقارن الخاص: الراجع من الآراء في الاجتهاد الحنفي لا يعترف للعرف بقوة تخصيص النص. والاجتهاد المالكي في التحقيق يقبل تخصيص النص بالعرف.

(٢) العرف الحادث بعد النص العام المعارض له: لا يجوز تخصيص النص بالعرف

سواء كان لفظياً أو عملياً.

- ملاحظة: العرف الذي تزول به علة النص المعارض يعتبر ولو كان حادثاً.

(١) نشاهد أن الخلاف يتعرض لمسألة اعتبار العرف المخالف لأصل من الأصول، ويشترط لاعتباره أن يكون قد نشأ عن الضرورة ويقول بأنه يجب المصير إلى الاستثناء من الأصل وذلك بجعل الضرورة علة الاستثناء. خلاف (عبد الوهاب)، مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه، مصر، ١٩٥٥م، ص ١٢٥.

٣ - حالة تعارض العرف والاجتهاد:

حكمها: العرف يترك به الاجتهاد القياسي والاستصلاحي^(١).

أما نحن فقد أوردنا أمثلة هذه الأحوال في الباب الأول من هذا البحث (انظر: ١-٢، ١-٢-٢). ولا داعي للتكرار. والجدير بالذكر أن المناهج كلها التي يعول عليها للتمييز بين حالة وحالة أخرى أثناء تناول موضوع مخالفة العرف للنص تدور في الحقيقة حول محور واحد: وهو بذل الجهد بغية البحث عن إرادة الشارع في القضية التي فيها العرف والتحري عن موقف العرف من الغاية المتوخاة للشارع في تلك القضية. وهذا يؤدي بنا إلى القول بأهمية العنصر الغائي بين العناصر التي يعول عليها في عملية التفسير وأهمية التفسير الغائي (interprétation téléologique)^(٢).

ونرى لزاماً علينا أن نشير هنا إلى عدم مشاركتنا بالإطلاق للأستاذ الجليل الزرقاء في رأيه في موضوع حالة تعارض العرف مع الاجتهاد المستند إلى القياس النظري، إذ يقول: «الأحكام الاجتهادية التي يثبتها الفقهاء المجتهدون استنباطاً وتخريجاً عند عدم النص الشرعي عليها: إما أن تكون ثابتة بطريق القياس النظري على حكم أوجبه الشارع بالنص، لاتحاد العلة بين الحكم المقيس عليه والمقيس؛ وإما أن تكون ثابتة بطريق الاستحسان أو الاستصلاح عندما لا يوجد حكم مشابه منصوص يقاس عليه. والاجتهادات الإسلامية تكاد تكون متفقة على أن الحكم القياسي يترك للعرف ولو كان عرفاً حادثاً، لأن المفروض عندئذ أن هذا العرف لا يعارضه نص خاص ولا عام معارضة مباشرة. والعرف غالباً دليل الحاجة، فهو أقوى من القياس، فيترجح عليه عند التعارض (نقلًا عن نشر العرف لابن عابدين)، بل لقد ذكر العلامة المحقق ابن المهام في شرح الهداية أن العرف بمنزلة الإجماع شرعاً عند عدم النص (نقلًا عن فتح القديين). ومن المعلوم أن ترجيح العرف على القياس يعتبر عند الحنفية والمالكية من

(١) الزرقاء، المدخل الفقهي: ٨٨٢/٢ - ٩١٧.

(٢) بحثنا بعنوان «مقارنة بين موقف المجتهد تجاه النصوص في الفقه الإسلامي وبين موقف القاضي تجاه القانون في نظم الحقوق الحديثة» ألقى في الملتقى السابع عشر للفكر الإسلامي، قسنطينة (الجزائر)، ١٩٨٣م. انظر أيضاً: محمد شريف أحمد، نظرية تفسير النصوص المدنية / دراسة مقارنة بين الفقهيين المدني والإسلامي، بغداد، ١٩٧٩م، ص ٨٢ - ٩٨؛ محمد صبري سعدي، تفسير النصوص في القانون والشريعة الإسلامية، وهران (الجزائر)، ١٩٨٤م، ص ٢٠٨ - ٢١٨، ٥٥١ - ٥٦١. ونحذ رأي الدكتور الدريني حيث يقول: «المخصص في الواقع مستند العرف، لا العرف ذاته» (المناهج الأصولية: ص ٥٨٤)، ونجده مؤكداً لما أشرنا إليه وإن كان هذا الرأي قد حدد نفسه بقضية التخصيص.

قبيل الاستحسان الذي ترك فيه الدلائل القياسية لأدلة أخرى منها العرف^(١).

لأننا ذكرنا ضرورة التمييز بين المعاني المختلفة لمفهوم «القياس» وبالأخص عند الأحناف من جهة، وتناول المؤلفين الأحناف في إطار مفهوم «العرف» التعامل الجارح منذ عهد النبي ﷺ من غير تكبير والذي يرجع في حقيقته إلى مفهوم الإجماع أو السنة من جهة أخرى. ولا نستطيع القول بأن العرف يترك به القياس حسب معناه المعروف في علم أصول الفقه إلا إذا أمكن الثبوت من أن العرف يدل على انتفاء علة ذلك القياس، كما أشرنا إلى هذا سابقاً (انظر: ١-٢-٢ الباب الأول).

فجهة مشاركتنا لرأي الأستاذ الزرقاء أن الحكم القياسي يمكن تركه للعرف إذا تبين زوال علة الحكم، ففي هذه الحالة لا يعتبر أن العرف دليل يقدم على القياس^(٢)، أما جهة مخالفتنا له فهي أن العبارات الواردة في كتب الأحناف مثل: «العرف يترك به القياس» أو «إن العرف بمنزلة الإجماع شرعاً عند عدم النص» لا ينبغي تفسيرها بصورة مطلقة بل يجب التنبيه إلى معنى كل من مفهومي «القياس» و «العرف» في تلك الحالات.

ولعل رأي الأستاذ هذا نابع عن عدم احتفاله بالتمييز بين المعاني المختلفة لمفهوم القياس، كما أنه تناول هذا المفهوم مقتصرأ على معناه المعروف في أصول الفقه أثناء توضيحه الاستحسان أيضاً^(٣).

٦ - التقييم العام للعرف:

١-٦ - مفهوم «المصدر» من ناحية منهجية الحقوق الإسلامية وتقييم العرف:

١-٦-١ - مفهوم «الدليل» في أدب الفقه الإسلامي:

إن أكثر الاصطلاحات استعمالاً للتعبير عن مفهوم المصدر في أدب الفقه الإسلامي هو اصطلاح «الدليل». ولذا يتم تناول مصادر التشريع الإسلامي إجمالاً تحت عنوان «الأدلة الشرعية». وقد أورد المؤلفون تعاريف مختلفة لتعيين مضمون هذا الاصطلاح. ولكن الشيء الذي يهنا هنا هو ثبوت أن المعنى المقصود من اصطلاح الدليل في أصول الفقه أعم بكثير من معنى المصدر الحقوقي^(٤). أما الاصطلاحات الرئيسية الأخرى المستعملة للتعبير عن معنى

(١) الزرقاء، المدخل الفقهي: ٩١٣/٢، ٩١٤.

(٢) سنشير إلى أهمية هذا التمييز تحت عنوان ١-٦-٢، من الناحية المنهجية.

(٣) الزرقاء، المدخل الفقهي: ٧٧/١ - ٨٩، ١٣٥.

(٤) انظر على سبيل المثال: الأمدي، الإحكام في أصول الأحكام، القاهرة، ١٩٦٧م، ١١/١ - ١٤؛ البخاري (عبد العزيز)، كشف الأسرار، استانبول، ١٣٠٨هـ، ٢٥٥/١. انظر: لتعريف «الدليل» عند أهل الكلام والمنطق والفقه وأصول الفقه، ولتحليل ومناقشات واسعة حول معناه: البرزنجي (عبد اللطيف)، التعارض والترجيح بين الأدلة الشرعية، بغداد، ١٩٧٧م، ١٧٥/١ - ٢٠٤.

المصدر الحقوقي فهي «الأصل» و«الحجة» و«المدرک» و«جهة العلم»^(١).

وبما أن «الدليل» يستخدم في معنى أعم من معنى «المصدر الحقوقي» نصادف بعض المؤلفين ممن أوصلوا تعداد الأدلة الشرعية إلى أربعة عشر^(٢)، أو ثمانية عشر^(٣)، أو تسعة عشر^(٤)، أو واحد وعشرين^(٥)، وحتى ستة وثلاثين^(٦) دليلاً، في الوقت الذي تذكر فيه كتب الأصول عدداً أقل بكثير من ذلك عند تناول نظرية المصادر. ومع ذلك، لا يمكننا اعتبار كل واحد من الأدلة الشرعية المذكورة فيها «مصدراً».

وفي الحقيقة أن الأدلة التي تشمل على حلول جاهزة للمسائل الفقهية من القرآن والسنة والإجماع والعرف وقول الصحابي وشرع من قبلنا يمكن أن نصفها بأنها «مصادر» باعتبار ماهيتها. ولكن المفاهيم مثل القياس والاستحسان والاستصلاح فهي «مناهج» استنباط الحكم من المصادر. أما مثل سد الذرائع وعموم البلوى وبراءة الذمة فلا يتعدى حدود «المبادئ» الحقوقية.

ونشاهد أن الغزالي يعتبر الأدلة الثلاثة الأولى (الكتاب والسنة والإجماع) التي ذكرناها بين المصادر باعتبار ماهيتها مصادر التشريع الإسلامي من ناحية الحجية أيضاً^(٧). ومع أنه يقول في كثير من الأماكن إن عدد المصادر أربعة – دون تمييز بين تعابير «الأصول» و«المدرک» و«أدلة

(١) انظر مثلاً: الشافعي، الرسالة، تحقيق: أحمد محمد شاكر، مصر، ١٩٤٠م، ص ٤٣، ١٢٠، ١٤٦٨، ١٨١٤؛ الدبوسي، تقويم الأدلة، مخطوط، مكتبة السليمانية (قسم بغدادلي وهبي) رقم ٣٥٠، ق ١/٥، ٥/ب؛ أبو الوليد الباجي، كتاب المنهاج في ترتيب الحجاج، تحقيق: عبد المجيد تركي، باريس، ١٩٧٨م، ص ١٥؛ الجويني، البرهان: ١/١٨٥؛ الغزالي، المستصفى: ١/٢١٦، ٢٧٨، ٣٥٠/٢.

(٢) HAMIDULLAH, "Nouvelle étude des sources musulman",

يفيد المؤلف في بداية ونهاية مقاله أن الباحث يلاحظ عشرة مصادر أخرى سوى الأدلة الأربعة.

(٣) القرافي، الفروق: ١/١٢٨ الفرق: ٢٦ (بعد القرافي هنا ثمانية عشر دليلاً ويقول إنها «نحو عشرين». أما في «التنقيح» فيقول إنها تسعة عشر، ويلاحظ أن بعض الأدلة التي ذكرها في الفروق يختلف عما ذكره في التنقيح. مختصر تنقيح الفصول، في مجموعة المتون الأصولية، دمشق، د. ت، ص ٧٣ – ٧٦).

(٤) الطوفي (نجم الدين)، رسالة في المصالح المرسله، بيروت، ١٣٢٤هـ، ص ٣٩ – ٤٣.

(٥) إيزميري (إساعيل حقي)، علم الخلاف (باللغة العثمانية) – تقسيم الخادمي – استانبول، ١٣٣٠هـ، ص ١٩٠، ١٩١.

(٦) تقسيم إيزميري في المرجع نفسه، ص ١٩١.

(٧) الغزالي، المستصفى: ١/١٠٠.

الأحكام»^(١) - ، إلا أنه يصرح عند تناوله مصادر الحكم في المعنى الحقيقي «المشمر» بأنها عبارة عن الأصول الثلاثة^(٢) وأن تسمية العقل أصلاً من أصول الأدلة تجوز^(٣).

والجدير بالذكر أن الغزالي يلجأ إلى استخدام تعبير «أصول الأدلة»^(٤) بين حين وآخر. فهذا تعبير جيد من ناحية تحديد الشمول لمفهوم الدليل وإخراجه عدداً كبيراً من الأدلة المستخدمة في الفقه سواء كانت مناهج للاستنباط أو مبادئ حقوقية من مضمونه. وكذلك تعبير أصول الأدلة يعبر عن المصادر التي تشكل أصول تلك الأدلة. وقبل تناول أصول الأدلة على حدة يشير الغزالي إلى أن أصل الأحكام واحد وهو قول الله تعالى إذا اعتبرنا السبب الملزم للأحكام، وأما إذا اعتبرنا المظهر لهذه الأحكام فهو قول الرسول ﷺ^(٥).

أما القياس فهو دليل يعترف الغزالي بحجتيه ويدافع عنه دفاعاً حاراً، ولكنه لا يذكره في نظرية المصادر، لأنه يراه منهجاً من مناهج استنباط الأحكام فيحله بين طرق استثمار الأحكام. وما يلفت النظر أن الغزالي قد انتبه إلى الفرق بين تفسير النصوص وبين القياس، وتناول القياس تحت عنوان مستقل غير العنوانين المتعلقين بتفسير النصوص.

فهذا كله يتعلق بمفهوم المصادر الشكلية في الفقه الإسلامي بالنسبة إلى من يتمتع بأهلية الاجتهاد. وبعبارة أخرى فإنه إذا سئل «في أي مصدر يبحث المجتهد عن حل للقضية المعروضة عليه؟» فالجواب هو ما ذكرناه آنفاً من القرآن والسنة والإجماع. أما بالنسبة لمن أتى بعد أدوار الاجتهاد سواء كان قاضياً أو مفتياً فالمصادر الشكلية له هي من حيث المبدأ اجتهادات المذهب (doctrine)^(٦)، والقوانين التي أصدرتها الدولة في بعض المجالات.

٦-١-٢ - تحليل لعدم تناول الأصوليين للعرف بين المصادر في مقابل الأهمية التي حظي بها العرف في فروع الفقه:

ومن المعلوم أنه لم يصل إلينا من أئمة المذاهب - ما عدا الإمام الشافعي رحمه الله^(٧) - بيان بتأليف خاص للأصول والمناهج التي سلكوها في استنباط الأحكام، وأنها دونت بعدهم

(١) نفس المصدر: ١/١٠٠، ٢/٣٩٢؛ (أدلة الأحكام، ١/٣١٥، ٣١٦ (الأصول): ٢/٣٥٠ (المدرک).

(٢) نفس المصدر: ٧/١.

(٣) نفس المصدر: ١/١٠٠.

(٤) نفس المصدر: ١/١٠٠، ٢٤٥.

(٥) نفس المصدر: ١/١٠٠.

(٦) CHEHATA (Chafik), Etudes De Droit Musulman, Paris, 1971, p 34.

(٧) لا يتحدث الشافعي عن العرف في أصوله (الرسالة). أما مسألة إعراضه عن مذهبه القديم لاطلاعه في

مصر على عوائد غير العوائد التي كان يعرفها في الحجاز والعراق (عمر عبد الله، العرف: ص ٣٣؛ =

بطريقة استقراء الأحكام الفرعية في مذاهبهم والاستناد إلى بعض الروايات عنهم حول هذه الأصول والمناهج .

ولم ينقل إلينا من أئمة المذاهب ما يعبر نظرياً عن موقفهم إزاء العرف سوى بعض العبارات المنسوبة إلى الإمام أبي حنيفة - رحمه الله - مما تشير إلى مراعاته بتعامل أهل بلده في استنباط الأحكام وكذلك بعض التعليقات حول عبارات الإمام مالك - رحمه الله - فيما يتعلق «بعمل أهل المدينة»^(١).

ومع هذا يكاد يتفق المؤلفون على أن دراسة الأحكام التي توصل إليها أئمة المذاهب تبرهن على أنهم ليسوا بعيدين عن مراعاة العرف، بل وقفوا موقفاً إيجابياً إزاءه ما لم يصطدم مع النصوص ومبادئ التشريع الإسلامي^(٢).

إلا أن موقفهم هذا لم يتبلور في كتب الأصول، بل برز في كتب الفروع فقط، وذلك حمل الباحث على القول بأن هناك ثنائية في أدب الفقه الإسلامي من جهة تناول الفقهاء للعرف كما بينا في الباب الأول. وقد أشرنا هناك أن قصدنا منها ليس الثنائية الملحوظة من ناحية الفقه النظري والتطبيقات القانونية في تاريخ التشريع للمسلمين^(٣).

خلاف، أصول الفقه: (ص ٢٣٨) ففيها نظر. يقول الشيخ أبو سنة في هذا الموضوع: «ونحن لا نشك في أن الشافعي رضي الله عنه يقول بأنواع العرف الأربعة كما تقدم الاستشهاد لها بمثل من فقهه، ولكن جعل العرف من أسباب العدول عن مذهبه القديم محل نظر. فقد تبيت كثيراً من الفروع التي اختلف فيها المذهبان القديم والجديد، فوجدت مداركها كلها حديثة أو اجتهادية ولا أثر للعرف فيها (...). وسألت كذلك من أثنى به من حضرات علماء الشافعية فأنكروا هذا الكلام، وأياً ما كان فهذه مسألة تاريخية فصل القول فيها يتوقف على استقراء الأحكام التي اختلف فيها المذهبان» (العرف والعادة: ص ٧٩، ٨٠). ويرى المحمضاني أن التعديلات التي أجراها الإمام الشافعي في مذهبه بمصر كانت بسبب ظروف اجتماعية تختلف من بلد إلى آخر، فلسفة التشريع: ص ١٨٢.

(١) انظر لبعض الروايات عن أبي حنيفة: أبو زهرة، أبو حنيفة، مصر، ١٩٥٥م: ص ٣٠٩؛ لعمل أهل المدينة: القاضي عياض، ترتيب المدارك، بيروت، ١٩٦٧م، ١/٦٦ - ٧٤؛ لتقوم العمل بأنه العرف: الجديدي، العرف والعمل: ص ٣٣٥، ٣٩٣ - ٣٩٥ خاصة.

(٢) القرافي، مختصر تنقيح الفصول: ص ٧٦؛ ابن قيم الجوزية، أعلام الموقعين، مصر: ١٩٥٥م، ٢/٣٩٣، ٣/٨٩؛ أبو زهرة، مالك، مصر، ١٩٦٣م، ١٩٦٤م: ص ٤٢١؛ الجديدي، العرف والعمل: ص ٧٧ فما بعدها.

(٣) انظر لملاحظة Joseph SHACT وتعليقنا: الباب الأول، الهامش ٢٦. ويلاحظ أن R. LEVY في مادة «Urf» (العرف) و I. COLDZIHHER في مادة «Ada» (العادة) أيضاً يتناولان الموضوع بشكل أزيد من ناحية التطبيقات القانونية في تاريخ التشريع للمسلمين، انظر:

لا يمكن اعتبار عدم اهتمام الأصوليين بمفهوم العرف بالسلب أو الإيجاب أثناء دراستهم للأدلة الشرعية من قبيل الصدفة^(١)، إذا وضعنا نصب أعيننا أنهم جعلوا بعض المفاهيم الأخرى موضوع تحاليل دقيقة ومناقشات واسعة مثل القياس والاستحسان. ويجب الانتباه أيضاً في هذا المضمار أن الفقهاء - بعض النظر عن كتب القواعد للعلماء المتأخرين - حين استدلالهم على حجية العرف ببعض الأدلة مثل حديث: «ما رآه المسلمون حسناً...»، لا يتناولون العرف كدليل أصولي أي مصدر من مصادر التشريع وإنما يستندون إلى تلك الأدلة بمناسبة توضيح بعض الأحكام الفرعية (والتنبيه إلى هذه الناحية بصفة خاصة لا يخلو من فائدة نظراً لعدم إشارة الباحثين المعاصرين إليها أثناء ذكرهم أدلة حجية العرف).

أما بخصوص الكشف عن سر الثنائية الملحوظة في موضوع العرف في أدب الفقه الإسلامي، فلتحليل مفهوم المصدر أهمية كبيرة في نظرنا. والحقيقة أن الباحث لا يستنكر هذه الثنائية في موضوع العرف في أدب الفقه الإسلامي إذا أخذ بعين الاعتبار ما بيناه في المصادر الشكلية بالنسبة إلى كل من المجتهد وفقه الأديان التي تلت أدوار الاجتهاد، لأن كتب الفروع تنظر إلى العرف من زاوية الإفتاء أو القضاء بغض النظر عن صلاحية الاجتهاد لمن يتولى ذلك، وهذا ما يجعل أصحاب هذه الكتب يهتمون اهتماماً بالغاً بالعرف الذي ينتظم عدداً كبيراً من المسائل الفرعية. وكما هو معلوم فإن علم الفروع له صلة وثيقة بواقع الحياة.

وفي مقابل ذلك تهتم كتب الأصول بالمصادر من زاوية الاجتهاد، فمن الطبيعي أن لا يحتل العرف فيها مكاناً خاصاً. وذلك لأن عدم تناول مفهوم المصدر مرادفاً لمفهوم «الدليل» (بمعناه الواسع) يدلنا - كما أشار إليه الغزالي رحمه الله وغيره من العلماء - على أن المصادر من حيث ماهيتها من جهة والاعتراف بحجيتها من جهة أخرى في الفقه الإسلامي تقتصر على مصدرين وهما الكتاب والسنة^(٢). وليس هناك مصدر آخر له مثل هذه الخاصية سواهما، لأننا إذا أخذنا بعين الاعتبار أن كلاً من قول الصحابي وشرع من قبلنا يؤول إلى الكتاب والسنة، نجد أن الخاصية المشتركة بين ما سوى هذه الأدلة هي كونها متعلقة «بالكيفية» دون «الماهية»

(١) نلاحظ أن السرخسي يجعل العرف سبباً للاستحسان في كتابه المتعلق بالفروع وذلك على خلاف موقفه في كتابه المتعلق بالأصول، المبسوط: ٥٩/١٢؛ الأصول: ٢٠٢/٢، ٢٠٣. وكذلك نجد النسفي يذكر تعامل الناس بين الأدلة الشرعية في كتابه الخاص بالفروع ولا يذكره بينها في كتابه المتعلق بالأصول، المستصفى، مخطوط: ق ١/٥؛ المنار في الأصول، استانبول، ١٣٢٩هـ، ص ٢. انظر حالة استثنائية في هذا الموضوع، الهامش ١٤٤ من هذا الباب.

(٢) بما أن الإجماع الذي يعترف بوقوعه من طرف الجميع ينحصر في الإجماعات التي لها مستند في النصوص، يمكن أن نعتبر هنا أن الإجماع راجع في نهاية أمره إلى القرآن والسنة.

ما عدا العرف، أي أنها لا تحيىب على سؤال «من أين يؤخذ الحل الفقهي؟» بل على سؤال «كيف يتم استنباط الحل من المصادر الأصلية؟». فهذا ما يتبين لنا بجلاء إذا قمنا بدراسة الحجج التي يعول عليها لإثبات حجية تلك الأدلة الشرعية مثل القياس والاستحسان. فالآيات والأحاديث التي يستدل بها على حجيتها لا تحيل المجتهد على مصادر جديدة في الحقيقة، بل تنطوي على فكرة أساسية تدعم الأصولي في اختياره المنهج الواجب اتباعه لاستنباط حلول مناسبة لقضايا جديدة من المصادر الأصلية. فعلى سبيل المثال، أن آية ﴿ فَأَعْتَبَرُوا يَكُونُوا أَذْيَبَصْرًا ﴾ [سورة الحشر: ٢/٥٩]. تنطوي على فكرة «تسوية الحالات المماثلة في النتائج»، والمجتهد الذي يأخذ بالقياس مستدلاً بهذه الآية الكريمة على حجيته يبرهن بذلك على صحة منهجه في الاستنباط دون أن يثبت مصدرًا جديدًا.

أما العرف فهو مصدر باعتبار ماهيته كما أسلفنا. ولكن اعتراف النصوص بحجيته قضية تحتاج إلى شيء من التفصيل: فالباحث يجد في القرآن والسنة أدلة عديدة تدل على مراعاة العرف واستنباط الأحكام دلالة تكون لدى المجتهد أساساً فكرياً وتثير السبيل أمامه. (انظر: ٤، وخاصة ٤-٢ من الباب الثاني). وفي الوقت نفسه لا يمكن القول بأن النصوص تحيل المجتهد على العرف فيما لا نص فيه مباشرة، ومن ثم لا يمكن القول بكونه مصدرًا يعترف بحجيته في الشريعة الإسلامية. وإذا أمعن الباحث النظر في القضية يجد في هذا الموقف أمراً طبيعياً؛ لأن الاعتراف بمصدرية العرف لا يتفق وأسس التفكير الإسلامي وبنية فلسفة الحقوق الإسلامية وتسبب أيضاً بعض المشاكل من ناحية منهجية الحقوق (سنلقي فيما بعد نظرة عابرة على القضية من ناحية فلسفة الحقوق).

أما من ناحية منهجية الحقوق فما يجب الانتباه إليه هو أن العرف إذا تم الاعتراف بمصدريته في الشرع فليس للمجتهد إلا القيام بثبوت وجوده وعدم مخالفته للنصوص صراحة، ثم يكون العرف ملزماً من الجهة الشرعية، ويسد ذلك إلى حد كبير على المجتهد إمكانية الاجتهاد من أجل التوصل إلى الحل الأنسب والأوفق مع روح الشريعة الإسلامية في القضية المعروضة عليه والتفكير في المقاصد العامة والخاصة للنصوص مما يمكن إيجاد رابطة بينه وبين تلك القضية. بينما إذا كان العرف يلعب دوره كحجر أساسي في مناهج الاستنباط مثل الاستحسان والاستصلاح أمكن للمجتهد أن يقدم على العرف ما يجب مراعاته بالدرجة الأولى لتحقيق مقاصد الشريعة من مبادئ وإن كان العرف الوارد في القضية المعنية لا يصطدم صراحة مع النصوص.

وفي الحالة التالية تبرز بوضوح أكثر أهمية عدم الاعتراف بمصدرية العرف من ناحية منهجية القانون: في نظم الحقوق المكتوبة إذا كان العرف معترفاً به كمصدر مستقل بعد القانون، لا يمكن التحدث عن عملية ملاءمة «فراغ قانوني» من طرف القاضي في حالة ما إذا وجد

عرف القضية المعروضة ولم يوجد نص قانوني يتناول في حكمه تلك القضية، ولا يستطيع القاضي في هذه الحالة مراجعة القياس الذي هو منهج من مناهج ملء الفراغ القانوني. أما إذا لم يعتبر العرف مصدراً مستقلاً في الحالة ذاتها يجب أن يتولى القاضي ملء هذا الفراغ ويتمتع بإمكانية مراجعة مناهج ملء الفراغ القانوني ومنها القياس. فيتين من خلال هذه المقارنة أن عدم اعتبار العرف مصدراً مستقلاً في الفقه الإسلامي مكن القياس من الحفاظ على قيمته المنهجية. وقد أشرنا إلى أن القياس الوارد في «العرف يترك به القياس» ليس المقصود منه غالباً معناه الأصولي (القياس القانوني gesetzesanalogie)، وإنما القاعدة العامة (القياس الحقوقي rechtsanalogie) وكذلك المقصود من «العرف» فيه هو الإجماع السكوتي أو السنة التقريرية بالنسبة لبعض المسائل^(١).

٢-٦ - مفهوم «المصدر» من ناحية فلسفة الحقوق الإسلامية وتقييم العرف:

المقصود من مفهوم المصدر من ناحية فلسفة الحقوق هو المصدر بمعنى منشأ الحقوق، وما أجمع عليه الفقهاء المسلمون - وبينهم المعتزلة أيضاً - أن الحقوق الإسلامية بهذا المعنى إنتهية تعتمد على الوحي، وأن سلطة إنشاء الحكم ليست لأحد إلا لله وأن العقل ليس له استقلال في هذا المعنى. هذه الناحية هي المتفق عليها بين علماء المسلمين. إلا أنهم اختلفوا في مسألتين:

الأولى: هل أحكام الله لا تعرف إلا بواسطة رسله، أو يمكن للعقل أن يستقل بإدراكها وعلى أي أساس يكون هذا؟

والثانية: وإذا أمكن للعقل أن يدرك حكم الله دون وساطة الرسول فهل يكون هذا الإدراك مناط التكليف وما يترتب عليه من ثواب وعقاب في الأجل ومدح وذم في العاجل؟
والمناقشات حول هاتين المسألتين أدت إلى قيام نظرية عرفت بين العلماء المسلمين بنظرية «الحسن والقيح»^(٢).

ونحن نكتفي - دون أن نتطرق إلى تفاصيل هذه النظرية - بلغت النظر إلى أن الأحكام التي أمكن التوصل إليها بمجرد العقل لا تعتبر ملزمة عند العلماء المسلمين - إلا لقليل منهم - وإن كان الفقهاء الذين تبنا رأي الماتريدي ومن وافقهم يتوسعون في الاجتهاد بالرأي أكثر

(١) انظر: الباب الأول ٢-١، ٢-١، والهامش ٥٦، ٥٧.

(٢) انظر خلاصة مركزة في الموضوع اعتماداً على كشف الأسرار للنسفي وحاشية قمر الاقهار للكنوي والمسامرة في شرح المسيرة لابن همام: الدواليبي، المدخل إلى علم أصول الفقه، ص ١٧٠، ١٧٣ (في الهامش).

الآخرين^(١). وهذا يعني أن اعتبار العرف مصدراً مستقلاً في الفقه الإسلامي لا يتفق والمبدأ الفلسفي للفقهاء^(٢).

هذا وإن الدكتور محمد حميد الله يركز على ملاحظة هامة فيما يقوله في فلسفة الحقوق الإسلامية: «وما لا شك فيه أن المؤمن يطيع ما أمره الله به ورسوله طوعاً، أما ما يتعلق بأراء الفقهاء الذين لم تثبت لهم العصمة مثل الرسول فهناك اعتباران في نفاذها في المجتمع. فالاعتبار الأول هو أن الفقهاء مكلفون باستنباط الأحكام بطريق القياس على معطيات القرآن والسنة، فهذه الطريقة يمتزج الحكم المستنبط بمصدره الأصلي الذي استنبط منه. والثاني أنه قبل كل شيء يفرض أن لا يكون الفقيه راسخاً في العلم فقط، بل يجب أن يكون مع رسوخه في العلم ورعاً ومتحلياً بأخلاق حسنة»^(٣).

وفي هذا المعنى يقول سافوري: «القانون في نظر المسلم جزء متمم لدينه... وكذلك القانون في نظره أمر الله المعتمد على الوحي مثل القرآن»^(٤).

ويجدر بنا الإشارة إلى ناحية أخرى تتعلق بالمبدأ الفلسفي وتعين الباحث في الكشف عن سر الثنائية الملحوظة في موضوع العرف في أدب الفقه الإسلامي وهي مسألة مضامين الفقه الإسلامي. والواقع أن الفقه الإسلامي لا ينظم علاقات الإنسان بيني الإنسان فحسب كما يفعل الفقه البشري، بل يتعدى ذلك إلى تنظيم علاقاته مع خالقه أيضاً. حتى إن جميع الأحكام في الفقه الإسلامي المتعلقة بتصرفات الإنسان بما فيها علاقاته مع أبناء جنسه تصطبغ بصبغة الهية. الأمر الذي يحمل الفقيه على النظر في القضايا لا من زاوية النتائج الدنيوية لها فقط، بل زاوية نتائجها الأخروية أيضاً. وبالتالي فإن مسألة الجواز وعدم الجواز وما يتعلق بالعبادات وما للأحكام من جهتين ديانية وقضائية تشكل مجالاً فسيحاً في الدراسات الفقهية وتوسع نطاقها. ونتيجة لذلك نجد كتب الفروع في الفقه الإسلامي تعتمد على العرف في مسائل كثيرة من فروع لا يتطرق إليها الفقه الوضعي في قليل أو كثير مثل ألفاظ اليمين والطلاق.

(١) الدواليبي، الكتاب المذكور، ص ١٧٤.

(٢) أبو سنة، العرف والعادة، ص ٣٠، ٣١.

ZIADEH (Farhat j.), "Urf and law in Islam", The World Of Islam Studies in honour of P. K. HITTI, London, 1959, p 62.

HAMIDULLAH, "Philosophie juridique chez les musulmans", p 140, 141.

(٣)

SAVORY, Introduction To Islamic Civilisation, p 54.

(٤)

٣-٦ - نظام إعمال الأدلة الشرعية في الفقه الإسلامي ومكانة العرف فيه، وأخيراً نود أن نشير إلى بعض المقاطع التي لها أهمية من ناحية تقييم مكانة العرف في الفقه الإسلامي:

أولاً: كان العرف مصدر تنظيم لكل المجالات الاجتماعية عند العرب قبل الإسلام، أما بعده فقد فقد أهميته السابقة، لأن الإسلام جاء بالقرآن والسنة كمصادر أصلية للتشريع^(١). وذلك ما يلاحظ في نظم الحقوق الحديثة أيضاً حيث إن العرف أصيب بالوهن بعد قيام حركات التدوين فيها. حتى يمكن القول بأن العرف لم يعد يحتل مكانته السابقة في الفقه الإنكليزي اليوم.

ثانياً: إن العقل بمعنى «النفي الأصلي» أو «العدم الأصلي» الذي يذكره الغزالي بين أدلة الأحكام والذي يقول فيه: «إن تسميته أصلاً من أصول الأدلة تجوز» لا يمكن إنكار أهميته من ناحية نظام إعمال الأدلة، أي أن الاستصحاب في معناه الضيق يعني الفقيه من البحث عن الدليل في الجزئيات كلها. وبعبارة أخرى فإنه لا يمكن التحدث عن وجود حكم يأتي بتكليف (الوجوب، الندب، الحرمة، الكراهة) أو مؤيدة شرعية (مثل الفساد أو البطلان أو العقوبة أو الضمان) في الفقه الإسلامي إلا بالاستناد إلى النصوص الخاصة (أي بالاجتهاد البياني أو القياسي) أو إلى روح النصوص (أي بالاجتهاد الاستصلاحي) كما أسلفنا. إذن فالمجال واسع لمواكبة العرف لمتطلبات الحياة. لأن الأصل هو الإباحة في الأشياء وبسراة الذمة، ما لم يعول في الحكم المخالف لذلك على النصوص إما مباشرة وإما برابطة خاصة - وهي العلة ومنهج ربطها يسمى قياساً - أو عامة - وهي مبادئ الشريعة ومنهج ربطها يسمى استصلاًحاً.

ثالثاً: يتبين ما سبق أن العمل بالعرف في تشريع الإباحة لا يقتضي دليلاً خاصاً، لكونه من مقتضيات مبدأ النفي الأصلي، وإنما تمس الحاجة إلى دليل خاص في التشريع الإلزامي. ولتوضيح ذلك نفتس من العلامة الطاهر ابن عاشور ما يقول فيه:

«ولهذه الحكمة والخصوصية جعل الله هذه الشريعة مبنية على اعتبار الحكم والعلل التي هي من مدركات العقول لا تختلف باختلاف الأمم والعوائد.

إذن فمراعاة عوائد الأمم المختلفة هو خلاف الأصل في التشريع الإلزامي. وإنما يسعه تشريع الإباحة حتى يتمتع كل فريق من الناس ببقاء عوائدهم. لكن الإباحة لما كان أصلها الدلالة على أن المباح ليس فيه مصلحة لازمة ولا مفسدة لزم أن يراعى ذلك في العوائد. فمتى اشتملت على مصلحة ضرورية أو حاجية للأمة كلها أو ظهرت فيها مفسدة معتبرة لأهلها لزم

(١) المحمضاني، فلسفة التشريع: ص ١٨٢.

أن يصار بتلك العوائد إلى الانزواء تحت القواعد التشريعية العامة من وجوب أو تحريم . ولهذا نرى التشريع لم يتعرض لتعيين الأزياء والمساكن والمراكب فلم يندب الناس إلى ركوب الإبل في الأسفار . ولم يمنع أهل مصر والعراق من ركوب الحمير ولا أهل الهند والترک من الحمل على البقر، لذلك لم يحتج المسلمون إلى تطلب دليل على إباحة استعمال العجل والعربات والأرتال . وكذلك أصناف المطاعم التي لا تشتمل على شيء محرم الأكل بحيث لا يسأل عن ذلك إلا من جاهل بالتركيب أو جاهل بكيفية التشريع .

فنحن نوقن أن عادات قوم لا يحمل عليها قوم آخرون في التشريع ولا أن يحمل عليها أصحابها كذلك، نعم يراعي التشريع حمل أصحابها عليها ما داموا لم يغيروها، لأن التزامهم إياها واطرادها فيهم يجعلها منزلة منزلة الشروط بينهم يحملون عليها في معاملتهم إذا سكتوا عما يضادها^(١) .

ففي التشريع الإلزامي لا يعتبر العرف مصدراً بصورة مباشرة وإنما يلعب دوره عن طريق منهج الاستصلاح وفي بعض الأحيان عن طريق منهج القياس كما بينا في الباب الأول . ولعل الأستاذ أباسنة يقصد هذا المعنى، إذ يرى من الضروري ردّ العرف إلى واحد من الأصول الشرعية مثل المصلحة المرسله، وأصل المنافع والمضار ودلالة الإجماع للتعويل عليه^(٢) .

رابعاً: يشاهد أن العرف يلعب دوره أيضاً عن طريق منهج الاستحسان الذي يتسم بطابع سلبي فتزول به شدة وقسوة القياس أي القاعدة العامة التي يرى المجتهد عدم انطباقها على بعض المسائل من خلال اختبار الصحة المنطقية أو الصحة الأخلاقية أو الصحة الاجتماعية والثقافية للحقوق .

**

(١) الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية: ص ٨٩ - ٩١ .

(٢) أبوسنة، العرف والعادة: ص ٣٢ - ٤٣ .

الخاتمة

من خلال دراستنا للعرف في الفقه الإسلامي نخلص إلى ما يلي:

١ - لا يمكن إنكار ما للعرف من تأثير عميق على الفرد والمجتمع كما لا يمكن القول بأن التشريع الإسلامي أهمل هذا التأثير له ولم يحتفل به.

٢ - ويمكن البتّ - بعد تمحيص النظر في النصوص - في أن العرف يجب مراعاته في استنباط الأحكام وتطبيقها. ولكن لا يبدو أن هناك إمكانية القول بأن النصوص اعتبرت العرف مصدراً مستقلاً. لأن إثبات أصل من الأصول (المصادر) يقتضي الدليل القطعي كما نبّه إلى ذلك الغزالي بمناسبة تقويم حجية دليل آخر.

أما الأدلة المذكورة بصدد إثبات حجية العرف فهي ظنية كما بينا ذلك في مكانه. والجدير بالذكر هنا أننا إذا نظرنا إلى ما يستند إليه كثير من الباحثين بقولهم: «يستدل العالم الفلاني بالأية الفلانية أو الحديث الفلاني على حجية العرف» نلاحظ أن هذا العالم لا يتناول موضوع حجية العرف فيه مستقلاً، بل يتحدث عن حجيته بمناسبة حكم فرعي لتدعيم النتيجة التي توصل إليها والتي لها صلة بالعرف.

إلا أنه إذا وضعنا نصب أعيننا أن الدليل الأقوى في نظر العلماء بين الأدلة التي يستدل بها على حجية الإجماع هو ما جاء في عدد كبير من الأحاديث المروية بطريق الأحاد من الدلالة على معنى مشترك مفاده عدم اتفاق الأمة الإسلامية على الضلالة وضرورة ملازمة الجماعة (أي هو المتواتر المعنوي) فالقيام بمثل هذا الاستدلال بشأن العرف لا غبار عليه. ولكن النتيجة النهائية لهذا الاستدلال - بحسب ما يبدو لنا - لا تمكننا من قبول العرف مصدراً مستقلاً^(١) وإنما يمكن

(١) يقول أبو سنة: «فهذا شهاب الدين القرافي يعدد العوائد من أدلة حجية الأحكام» (العرف والعادة: ص ٢٨). وبعد دراسة أدلة حجية العرف يخلص إلى أن الفقيه لا يمكن أن يتخذة دليلاً ما لم يؤيده أصل من الأصول الفقه (ص ٣٢). ثم يقول: «إن المراد من جعل العوائد دليلاً في كلام القرافي أنها طريق للقاضي إلى الفصل في الدعوى» (ص ٣٢).

ونجد ZIADEH أنه يصرح - مستنداً إلى كتاب أبي سنة ص ٣٢ - بأن القرافي عد العوائد بين مصادر الفقه واعتبرها مصدراً محدداً "a definite source" ("Urf and law in Islam", p 64).

القول بأن النقطة المشتركة للأدلة الخاصة والعامة التي تناولناها من قبل هي «ضرورة مراعاة العرف» في الشريعة الإسلامية. أما اعتبار العرف مصدراً مستقلاً فلا يتفق والبينة المنهجية والفلسفية للفقه الإسلامي ولو عنيت مرتبته بين سلسلة المراتب للأدلة وحدد بقيد عدم مخالفته للنص.

٣ - قمنا بتثبيت ظاهرة هامة بالنسبة لمكانة العرف في أدب الفقه الإسلامي، وهي أن كتب الأصول مع أنها تولى كبير أهمية لمناقشة الأدلة الشرعية سواء كانت معترفاً بحجيتها أو غير معترف بها. لا تهتم بالعرف سلباً ولا إيجاباً. وفي مقابل ذلك يلاحظ أن العرف احتل في كتب فروع الفقه مكاناً ليس متوازياً مع وضعه في كتب الأصول. حتى إن بعض المؤلفين يجعل العرف سبباً للاستحسان في كتابه المتعلق بالفروع ويعتز عن ذلك في كتابه الخاص بعلم أصول الفقه. وكذلك البعض منهم يذكر تعامل الناس بين أصول الشرع في كتابه المتعلق بالفروع بيد أنه لا يتحدث عنه في مكانه أي أثناء تناوله لأصول الشرع في كتابه المتعلق بأصول الفقه. (وقد أتاحت لنا فرصة التنبيه إلى خطأ قد يشوش فكر الباحث في تقييم العرف، وهذا الخطأ الذي شاع في كتب عدد من العلماء الأجلاء نسبة تعريف للعرف إلى الغزالي مستنداً إلى كتابه المستصفي من علم الأصول).

والحقيقة أن القرافي يمتاز بتفريقه المعاني المختلفة لمفهوم «الدليل» عن بعضها البعض؛ إذ يقسم الأدلة إلى ثلاثة أقسام: أدلة مشروعية الأحكام، وأدلة وقوع الأحكام، والحجاج. وعند تناوله أدلة مشروعية الأحكام لا يعد إلا ثمانية عشر دليلاً ولا يذكر بينها العرف أو العوائد مع أنه يقول «وهي نحو عشرين». الفروق: ١/٢٨٨ الفرق: ٢٦. أما في كتابه المتعلق بالأصول فيقول في الباب الذي عنوانه «في جميع أدلة المجتهدين»: «وهي تسعة عشر»، ويذكر بينها «العادات» (تنقيح: ص ٧٤؛ «العوائد» في شرحه: ص ٢٠٠). ثم يقول: «ينقل عن مذهبنا أن من خواصه اعتبار العادات والمصلحة المرسله وسد الذرائع وليس كذلك. أما العرف فمشارك بين المذاهب، ومن استقرأها وجددهم يصرحون بذلك فيها». (ص ٧٦، وشرحه: ٢٠٠). بالرغم من أن هذا التصريح يمكن اعتباره استثناء لعدم تناول الأصوليين العرف فإنه ليس تناول العرف ودراسته كدليل مستقل في حقيقة الأمر، وإنما عبارة عن ذكره بين مناهج التشريع ومبادئه، علماً بأن القرافي لا يذكره في الفروق بالرغم من أنه ثمانية عشر دليلاً فيه. أما عبارة «العرف مشترك» الواردة في كتاب القرافي وكذلك النسفي (المستصفي، مخطوط، مكتبة سليمانية (استانبول) قسم فاتح، رقم ١٨٤٦، ق ١٣٢/أ) فيبدو أنها تعود في آخر المطاف إلى التنويه بدور العرف في تفسير النصوص والتصرفات القانونية. وتتوصل من خلال ذلك إلى أن القرافي لا يعتبر العرف دليلاً في معنى «المصدر الحقوقي»، مع اهتمامه الكبير به سواء في استنباط الأحكام أو في أمور الفتوى والقضاء. فمع أننا نشارك رأي الأستاذ أبي سنة في هذه المسألة مبدئياً، إلا أننا لا نحبذ حمل كلام القرافي على أن العوائد طريق للقاضي إلى الفصل في الدعوى فقط، لأنه يذكرها بين «أدلة المجتهدين».

وهنا ينبغي الأخذ بعين الاعتبار وجهة نظر كل من كتب الأصول والفروع – بالإضافة إلى ما لفتنا النظر إليه من البنية المنهجية والفلسفية للفقهاء الإسلاميين – لتثبيت عوامل هذه الظاهرة. ونحن حاولنا جهدنا لتسليط الأضواء على هذه الناحية بلفت النظر إلى ضرورة تناول مفهوم «المصدر الشكلي» بالتفريق بين أدوار الاجتهاد وبين الأدوار التي تلت عهد تكون المذاهب.

وإلى جانب ذلك ذكرنا أن العرف الذي ينوه بمكانته في فروع الفقه ليس في أغلب الأحيان في معنى العرف الذي يلعب دور القاعدة القانونية، بل هو العرف الذي يراعى في تفسير النصوص والعرف المتعلق في نهاية أمره بقواعد اللغة (ولا سيما العرف المفسر لعبارة اليمين) والعرف الذي يساعد الحاكم في تقدير أدلة الطرفين أثناء القضاء.

٤ – وبطريقة الإشارة إلى نظام إعمال الأدلة الشرعية في الفقه الإسلامي أوضحنا أن مبدأ مراعاة العرف يلعب دوره غالباً بشكل طبيعي ودون الحاجة إلى التعبير عنه نظرياً، وأنه يجري مهمته عن طريق مناهج الاستحسان والاستصلاح خاصة في حالات تضمن الحكم تكليفاً شرعياً أو مؤيدة شرعية أو التي تقتضي الاستثناء من القاعدة العامة.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

الدكتور إبراهيم كافي دونه

العرف بين الفقه والنطبيق

إعداد

محمود شمام

الرئيس الشرفي لمحكمة التقييب

الأستاذ المحاضر بالجامعة الزيتونية

عضو المجلس الإسلامي الأعلى

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله

والصلاة

والسنة

والسنة النبوية

والسنة النبوية

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

والصلاة والسلام على أشرف المرسلين وآله وصحبه ومن تبعه بإحسان إلى يوم الدين .

﴿ رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِنْ نَسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا ﴾ .

مُقَدِّمَةٌ

يسعدني ويشرفني أن أشارك في هذه الدورة المباركة، للمجمع الفقهي الإسلامي المنعقدة بهذا البلد الإسلامي العربي الكريم المضيف .

واخترت الحديث عن موضوع اقترحه علي المجمع، له أهمية قصوى في حياة الناس ومعاشهم، وله صلة وثيقة ومتينة بما يسن من تقنين يضبط تلكم الحياة ويحدد معالمها، ويحمي المعاملات بين الأفراد والمجموعات .

فالعرف يفزع إليه القاضي كلما فقد النص أو احتاج إلى شرح غموض بنص بين يديه في موضوع معين إذ العادة محكمة لإثبات حكم شرعي وشرح مقاصد الأطراف وتفسير العقود والاتفاقات وإزاحة الغموض عنها وإنارة السبيل أمام القاضي والمتقاضي .

والعادة تعتبر من الأدلة الشرعية، فقد وضعت قواعد شرعية تشير إلى استعمالها بصفة أدلة لإثبات المسائل الفقهية ضرورة، إن العادة طبيعة ثانية وهي محكمة بين الناس أي أن العادة عامة كانت أو خاصة تجعل حكماً لإثبات حكم شرعي وإقرار على ما يحدث وينزل من قضايا، وهي حكم لإزالة لبس وغموض غشي اتفاق بعض الأفراد .

والعادة لها تأثير على النفس، إذ متى رسخت العادة وتكررت ألفتها النفوس وخضعت لتقاليدها وأحكامها وليس من الميسور نزع الناس عن عاداتهم وما ألفوه في حياتهم .

فالعادة والعرف لها أهمية كبرى في مد نطاق الأحكام الشرعية والتوسع فيها بجعلها تطابق الأزمنة المختلفة على حساب احتياجات العصر ومتطلباته ومخترعاته ومحدثاته، وما يجد كل يوم من جديد .

ومن مبادئ الشريعة الإسلامية السمحة ومن مقاصدها أن الأمر إذا ضاق اتسع لأن المشقة تجلب التيسير .

ولذا فإنه باختلاف الأزمان والمدن والشعوب يمكن أن تتبدل المسائل التي تبنى على العرف، والفقه الإسلامي كان له القدر المثل في هذا الميدان بما خطه من أحكام وقرره من قواعد ظهرت نتائجها عند التطبيق والعمل والتنفيذ.

والعرف في الشرع له اعتبار لذا عليه الحكم قد يدار

العرف لغة :

العرف له عدة مفاهيم لغوية. جاء في المصباح: أمرت بالعرف أي المعروف وهو الخير والرفق والإحسان.

وجاء في لسان العرب، لابن منظور: العرف اسم جامع لكل ما عرف من طاعة الله والتقرب إليه والإحسان إلى الناس.

العرف اصطلاحاً :

هو ما اعتاده الناس وألفوه من قول أو فعل، إذا تكرر مرة بعد أخرى حتى تمكن أثره في نفوسهم واطمأنت إليه قلوبهم وطباعهم وتلقوه بالقبول.

قال في المستصفى^(١): العرف هو ما استقر في النفوس من جهة العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول.

(١) ذكر المرحوم أبو زهرة في كتابه: مالك: ص ٥٥٥ في التعليق أسفل الصفحة: قال الغزالي في المستصفى العرف والعادة ما استقر في النفوس من جهة العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول.

كما ذكر ذلك الأستاذ مصطفى الزرقاء في كتابه المدخل الفقهي العام: ١٤١/٢ طبعة عاشر في الهامش: قال الغزالي في المستصفى الخ . . .

أما ابن عابدين في رسالة نشر العرف المنشورة ضمن رسائله: ١١٤/٢، فإنه ذكر التعريف ناسياً إياه إلى المستصفى دون ذكر الغزالي فظن من نقل عنه ممن ذكرنا وغيرهم أنه كتاب المستصفى للغزالي مع أنه لا وجود لهذا التعريف به.

وابن عابدين يقصد المستصفى شرح الفقه النافع في الفروع، لأبي البركات عبد الله النسفي صاحب العقائد والتفسير المسمين باسمه والمتوفى سنة ١٣١٠/٧١٠، ترجمته في كتاب الفتح المبين في طبقات الأصوليين، للشيخ المراغي: ١٠٨/٢.

وقد لفت الانتباه إلى ذلك د. محمد بن إبراهيم في أطروحته عن الاجتهاد - لا زالت مخطوطة - .

وجاء في رسالة نشر العرف، لابن عابدين الحنفي ضمن رسائله: ١١/٢، وما بعدها:
 والعادة مأخوذة من المعاودة، فهي بمعاودتها صارت معروفة مستقرة في النفوس. فالعادة
 والعرف معنى واحد من حيث المصداق وإن اختلفا من حيث المفهوم. ومن هذا يتبين أن عادة
 الجماعة وعرفها بمعنى واحد في نظر فقهاء الشريعة أو على الأقل مؤداهما واحد وإن اختلفا من
 حيث مفهوم اللفظ.
 وجاء في كتاب التعريفات تعريف، لأبي الحسن علي بن محمد بن علي الجرجاني الحنفي
 المتوفى سنة ٨١٦ هـ، قوله:

«هو ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول وتلقته الطباع بالقبول». يقول
 عز الدين بن عبد السلام الشافعي الفقيه الملقب بسليمان العلماء في كتاب قواعد الأحكام في
 مصالح الأنام:

«أما مصالح الدارين وأسبابها ومفاسدها فلا تعرف إلا بالشرع، فإن خفي منها شيء
 طلب من أدلة الشرع وهي الكتاب والسنة والإجماع والقياس المعبر والاستدلال الصحيح». .
 وأما مصالح الدنيا وأسبابها ومفاسدها، فمعروفة بالضرورات والتجارب والعادات
 والظنون المعتبرات، فإن خفي شيء من ذلك طلب من أدلته ومن أراد أن يعرف المناسبات
 والمصالح والمفاسد راجحها ومرجوحها، فليعرض ذلك على عقله بتقدير أن الشرع لم يرد به ثم
 يبني عليه الأحكام فلا يكاد حكم منها يخرج عن ذلك إلا ما تعبد الله به عباده، ولم يقفهم على
 مصلحته ومفسدته.

حجية العرف:

لا خلاف تقريباً بين الفقهاء في اعتماد العرف لاستمداد بعض الأحكام وترتيب القضاء
 عليه، وإن اختلفوا في التفاصيل والجزئيات والفروع وحتى الأمثلة أحياناً.
 ودليل الأخذ بذلك من القرآن الكريم قوله سبحانه وتعالى: ﴿ خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ
 بِالْعُرْفِ ﴾ [سورة الأعراف: الآية ١٩٩].

والعرف هو المعروف الجميل المستحسن من الأقوال والأفعال. وقوله سبحانه وتعالى:
 ﴿ إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَةً لِّلْمُؤْمِنِينَ ﴾ [سورة الحجر: الآية ٧٥].

وذلك لأن الاعتماد على العرف طريق من طرق التوسم والتثبت والتفكير لاستنباط
 الأحكام لما يحدث من قضايا لا تشملها النصوص.

ويقول الله سبحانه وتعالى: ﴿ وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ [سورة النساء: الآية

[٦]. ففيه إحالة على ما جرى به العرف وسار الناس عليه في شأن أجره الولي في مال اليتيم .
وقد عقد الإمام البخاري باباً في صحيحه تحت عنوان : باب في من أجرى أمر الأمصار
على ما يتعارفون بينهم في البيع والإجارة والكيل والوزن وسنتهم على نياتهم ومذاهبهم
المشهوره .

ونقل عن شريح القاضي أنه كان يقول : سنتكم بينكم . وفي قضاء الرسول لامرأة جاءت
تشتكي شح زوجها في النفقة عليها وعلى أولادها ، وهو ثري لكنه بخيل ، فقال لها عليه الصلاة
والسلام :

«خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف» . أي أنه أحالها على ما جرى به العرف في هذا
الشأن . وقد اعتمد الرسول الكريم عليه أفضل الصلاة والتسليم كثيراً من أعراف الجاهلية
الحسنة واتبعه أصحابه في ذلك والتابعون ، واستمر العمل بذلك عند فقهاء الأمصار .

فالحنفية : يقولون التعيين بالعرف كالتعيين بالشرط والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً
واستعمال الناس حجة يجب العمل بها ولا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان^(١) .

يقول سهل بن مزاج في بيان الأصول التي بنى عليها أبو حنيفة استنباطه : «كلام
أبي حنيفة أخذ بالثقة وفرار من القبح والنظر في معاملات الناس ، وما استقاموا عليه وصلحت
عليه أمورهم يمضي الأمور على القياس فإذا قبح القياس يمضيها على الاستحسان ما دام يمضي له
فإذا لم يمض له رجع إلى ما يتعامل به الناس وهو العرف» .

وأما المالكية : فهم يعتبرون العرف لاستنباط الأحكام عليه . يقول مالك رضي الله عنه :
«ليس لهذا عندنا حد معروف ولا أثر معمول به فيه»^(٢) . قاله في تعليقه على حديث خيار
المجلس وتخريجه له في الموطأ لأن العمل في المدينة جرى على خلافه ، وهو يوضح موقفه أنه
لو وجد حداً متعارفاً بين أهل المدينة في ذلك لقال به .

ويروي عنه أيضاً أنه يخصص العام بالعرف في تفسير قوله سبحانه وتعالى : ﴿ وَالْوَالِدَاتُ
يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ يَلْمُنَّ وَأَنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ ﴾ [سورة البقرة : الآية ٢٣٣] .

فيقول هو خاص بغير ذوات الأقدار والشرف ولا يجب على الشريفة إرضاع ولدها لأن
العادة جرت بذلك . وهو يستند هنا إلى العرف مع عدم وجود الإنكار .

قال ابن السبكي في جمع الجوامع : «والأصح أن العادة بترك بعض الأمور تخصيص إن

(١) انظر الأشباه والنظائر ، لابن نجيم ، ومثلها للسيوطي .

(٢) تنوير الحوالك شرح موطأ مالك ، للسيوطي : ٧٩/٢ ، ط . دار الفكر .

أقرها الرسول ﷺ أو الإجماع ومن هذا القبيل اكتفاؤهم في صحة البيع بالمعاطاة دون صيغة للإيجاب والقبول»^(١).

والحنابلة: لم يأخذوا بالعرف نظرياً لتمسكهم بالنص واعتمد بعضهم العرف في حالات خاصة.

يقول الإمام ابن تيمية في شأن الأسماء:

«ومنها ما يرجع حده إلى الناس وعرفهم، فيتنوع بحسب العادة والعرف كاسم البيع والنكاح والقبض والدرهم والدينار، ونحو ذلك من الأسماء التي لم يجدها الشارع بحد ولا لها حد واحد يشترك فيه جميع أهل اللغة بل يختلف قدره وصفته باختلاف عادات الناس»^(٢).

ويقول ابن القيم في أعلام الموقعين:

«لا يجوز للمفتي أن يفتي في الإقرار والأيمان والنذور والوصايا، وغيرها مما يتعلق باللفظ بما اعتاده هو من فهم تلك الألفاظ دون أن يعرف عرف أهلها والمتكلمين بها فيحملها على ما اعتاده وعرفوه وإن كان مخالفاً لحقائقها الأصلية فلفظ الدينار اسم لثمانية دراهم وعند طائفة أخرى اسم لاثني عشر درهماً وكذلك في ألفاظ الطلاق»^(٣).

الشافعية: يعتمد فقهاء الشافعية العرف ويعملون به رغم عدم أخذ الشافعي به.

والإمام عز الدين بن عبد السلام يقرر في كتاب قواعد الأحكام: ١٨٦/٢:

إن كل ما ثبت في العرف إذا صرح المتعاقدان بخلافه بما يوافق مقصود العقد صح، فلو شرط المستأجر على الأجير أن يستوعب النهار بالعمل من غير أكل ولا شرب لزمه ذلك ولو شرط عليه أن لا يصلي الرواتب أي النوافل وأن يقتصر في الفرائض على الأركان وجب الوفاء بذلك لأن تلك الأوقات إنما خرجت عن الاستحقاق بالعرف القائم مقام الشرط فإذا صرح بخلاف ذلك مما يجوزه الشرع ويمكن الوفاء به جاز.

يقول المرحوم محمد أبو زهرة في كتابه: مالك^(٤):

«ويظهر أن الشافعية أيضاً يحرّمون العرف إذا لم يكن نص فإن العرف يغلب في حكمه لأن الناس خاضعون له فعلاً بحكم الألف والاعتقاد وليس لأحد أن يمنعهم في الأخذ به إلا

(١) كتاب الشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان ومكان، للشيخ الحضر بن الحسين: ص ٣٨؛ وكتاب

أصول النظام الاجتماعي، لشيخنا محمد الطاهر ابن عاشور.

(٢) الفتاوي: ٢٣٦/١٩.

(٣) أعلام الموقعين: ٢٨٩/٤. تحقيق عبد الرحمن الوكيل وشمس الدين محمد.

(٤) ص ٣٥٣. توفي أبو زهرة رحمه الله في ١٩ ربيع الأول سنة ١٣٩٤هـ الموافق ١٢ أبريل ١٩٧٤م.

بنص محرم فحيث لا محرم فلا بد من الأخذ به».

ولقد وجدنا ابن حجر - وهو شافعي - يقرر أن العرف يعمل به إذا لم يكن في العمل به مخالفة لنص.

وذلك لأن القرطبي قال في قوله ﷺ لامرأة أبي سفيان: «خذي ما يكفيك وولديك بالمعروف»: في هذا الحديث اعتبار العرف في الشرعيات خلافاً للشافعية فرد الحافظ ابن حجر هذا الاستدلال بأن الشافعية إنما منعوا العمل بالعرف إذا عارضه النص الشرعي ولم يرشد إليه فكان لهذا يومىء من جهة أن الشافعية يأخذون بالعرف أحياناً.

الشيعية الإمامية: العرف تأكيد لحكم العقل أو أنه من أدلة الإجماع، يقول الشيخ محمد جواد مغنية^(١)، وهو فقيه شافعي:

يصح بيع المعاطاة ويحتج له قائلًا: إن المأخوذ بالمعاطاة يطلق عليه اسم بيع عرفاً ولغة وإذا صدق اسم البيع على المعاطاة شملها جميع ما دل على الصحة من الآيات والروايات مثل قوله سبحانه: ﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ ﴾ و﴿ يَحْكُمَةَ عَنْ تَرَاضٍ ﴾ و﴿ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾. ومثل قوله ﷺ: «المؤمنون عند شروطهم».

والخلاصة: هو اتفاق كلمة الأئمة على اعتبار العرف والنظر إليه عند حدوث القضايا ونزول المشاكل وطرحها من أصحابها للحلول. وعلى هذا كانت الفتوى من الأئمة الفقهاء.

فالقرافي يقرر في كتابه الأحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام ص ٢٣١، تحقيق الشيخ أبي غدة:

«إن استمرار الأحكام التي مدرکہا العوائد مع تغير تلك العوائد خلاف الإجماع وجهالة في الدين بل كل ما هو في الشريعة يتبع العوائد يتغير الحكم فيه عند تغير العادة إلى ما تقتضيه العادة الجديدة وليس هذا تجديدًا للاجتهاد من المقلدين حتى يشترط فيه أهلية الاجتهاد بل هذه قاعدة اجتهاد فيها العلماء وأجمعوا عليها فنحن نتبعهم فيها من غير استئناف اجتهاد.

وابن القيم في أعلام الموقعين^(٢)، يقول في شأن العرف: «هذا فصل عظيم النفع جداً وقع بسبب الجهل به غلط عظيم على الشريعة أوجب من الحرج والمشقة وتكليف ما لا سبيل إليه ما نعلم أن الشريعة التي هي في أعلى رتب المصالح لا تأتي به فإن الشريعة مبنها وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد. وهي عدل كلها فكل مسألة خرجت عن العدل إلى

(١) كتاب فقه الإمام جعفر الصادق: ٢٨/٣. دار العلم للملايين. بيروت.

(٢) ٥/٣. طبع دار الكتب الحديثة مصر ١٣٨٩هـ/١٩٦٩م. تحقيق الركيل.

الجور وعن الرحمة إلى ضدها وعن المصلحة إلى المفسدة وعن الحكمة إلى العيب فليست من الشريعة وإن أدخلت فيها بالتأويل. فالشريعة عدل الله في أرضه وحكمته الدالة عليه وعلى صدق رسول الله ﷺ أتم دلالة وأصدقها.

ويقول شيخنا الأستاذ الإمام محمد الطاهر ابن عاشور برد الله ثراه وجعل الجنة مأواه^(١):

ومن معنى حمل القبيلة على عوائدها في التشريع إذا روعي في تلك العوائد شيء يقتضي الإيجاب والتحریم، يتضح لنا حيرة وإشكال عظيم يعرض للعلماء في فهم كثير من نهي الشريعة عن أشياء لا نجد فيها وجه مفسدة بحال مثل تحريم وصل الشعر للمرأة وتفليج الأسنان والوشم في حديث ابن مسعود: إن رسول الله ﷺ لعن الواصلات والمستوصلات والواشحات والمستوشحات والتمنصات والمتفلجات للحسن المغيرات خلق الله.

فإن الفهم يكاد يضل في هذا إذ يرى ذلك صنفاً من أصناف التزين المأذون في جنسه للمرأة فيتعجب من النهي الغليظ عنه.

ووجه عندي الذي لم أرني اهتدي إليه أن تلك الأحوال كانت في العرب أمارات رقة حصانة المرأة، فالنهي عنها نهي عن الباعث عليها أو عن التعرض لهتك العرض بسببها فهذا شرع روعيت فيه عادة العرب اهـ.

أي أن الشارع نهي عن أشياء واعتبرها مفسدة نظراً لما جرى عليه عرف العرب فيها لا بالنظر لها في ذاتها إذ لا قبح فيها ذاتياً فقبحها حف بها من العرف وهو يتغير ولو تغير لتغير الحكم تبعاً لذلك.

وهذا شيخنا علامة عصره مفتي الديار التونسية المرحوم محمد الهادي بن القاضي يقول في دراسة له^(٢):

«ما من شك أن النصوص التشريعية في جميع الشرائع الدينية والوضعية غير محيطة بمختلف الحوادث والقضايا التي تحدث في المجتمعات البشرية المتجددة والمتحركة دوماً بحسب تجديد الحاجيات نتيجة حتمية لتغير ظروف الحياة العامة بسبب ما يجد من مخترعات حديثة وأساليب متنوعة في مختلف نواحي علاقات التعايش سواء بين الأفراد أو الجماعات أو الأمم.

والنصوص التشريعية مرنة نكتسي صبغة العموم والإجمال في الأغلب الأعم وهي قابلة للتفسير والتأويل بأوجه متعددة حتى كانت مثار اختلاف الفقهاء المجتهدين والشراح والمفسرين

(١) مقاصد الشريعة الإسلامية: ص ٩٥.

(٢) نشرت بمجلة القضاء والتشريع عدد ١ ص ٢٢ جمادى الآخر جانفي ١٣٧٨هـ / ١٩٥٩م.

وكانوا محتاجين دوماً في تفسيرها للرجوع إلى عناصر أخرى يستعينون بها على فهم المراد وتحديد كالرجوع إلى عمل الصحابة وعلى الأخص المضطلعين بالحكم والإفتاء منهم وعلى الخصوص أهل المدينة .

حتى يقول:

وقد ذهب أكثر الأئمة من فقهاء المذاهب الإسلامية إلى اعتبار العرف وبناء الأحكام عليه .

مبدأ اعتبار العرف: فيما يتعلق بالحقوق والمعاملات لا بما يعود للأخلاق والآداب أو السلوك الاجتماعي .

المبدأ العام يقول: «إن للعادة تأثيراً على التشريع» .

ولتكريس هذا المبدأ للتطبيق نصت بعض القوانين فيما سنته أو أرشدت إليه على اعتبار العرف فيما يوضع من أحكام بطريق الاجتهاد والاستنباط والقياس والتفسير لبعض النصوص وإزاحة ما علق بها من غموض .

فالعرف له علاقة وطيدة وممتينة بالاجتهاد وليس معنى ذلك أن الاجتهاد مع وجود النص أو في مواجهته بادعاء تغير العادات والأعراف وحدوث القضايا ونزولها تبعاً لذلك، فهذا لم يقل به أحد ولم يأت به أي مذهب من المذاهب .

وقد اعتبر كل الفقهاء تقريباً العرف بقيوده وشروطه وذلك لأن الشارع الحكيم أقر بعض الأمور التي تعارفها العرب في جاهليتهم بعد أن هذبها ونظمها كالبيع والرهن والإجارة والقسامة وبعض الأمور في الزواج كالكفاءة وكفرض الدية على العاقلة .

ولقد لعبت الأعراف دوراً كبيراً وأقرتها الشعوب واحتكموا إليها قبل تدوين القوانين لأن العرف يعبر تعبيراً صحيحاً عن إرادة الأمة والمجتمع وإذا استقر التعامل به وجبت مراعاته حفظاً لاستقرار المعاملات شريطة عدم مصادمته للنص خاصة وإن القضاء يسهل أمره إذا كانت أحكامه مطابقة لما عرفه وألفه الناس وتعودوا عليه .

وقد قال بعضهم قديماً: إن الشريعة غير المدونة هي التي تستحسنها العادة وتقرها .

وقد روي عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه: «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن»^(١). أي ما رآه واستحسنه المسلمون في العادات والأعراف الحسنة فهو مقبول عند الله يعمل به وتصدر الأحكام طبق ما جرى به .

(١) أخرجه الإمام أحمد في مسند موقوفاً على ابن مسعود، ولم يرو مرفوعاً في كتب الحديث . رسالة نشر

العرف لابن عابدين ضمن رسائله: ١١٥/٢ .

شروط العرف :

متى توفر للعادة عنصرها المادي والمعنوي النفسي الشعوري ومتى اطرد العمل بها واستحسنها الناس وألفوها حتى صارت تنظم شؤون حياتهم ومتى أصبح كل مخالف لها خارجاً عن الجماعة تحولت العادة عندئذ إلى عرف متبع تطبقه الجماعة ويرسخ له القانون ويقراً حسابه ولا يقع التهاون بشأنه لكن كل ذلك تحت قيود وشروط .

١ - أن يكون العرف عاماً في قطر أو بلد أو جهة من الجهات .

وهذا أمر موضوعي يخضع - الآن - لفحص وإثبات محكمة الموضوع ولا يخضع لرقابة محكمة التعقيب أي النقض والإبرام . وعمومه هذا يدل بصفة واضحة على أنه مقبول عند الناس ويستحسنونه لأن العادة إذا عمت كان ذلك دليلاً على تماشيها غالباً مع الذوق الحسن والطبع السليم .

٢ - أن يكون العرف هذا قديماً قد تكرر العمل به وألفه الناس وتعودوا عليه وعلموا به واستساغوه وحملوا بذلك القضاء على اعتباره .

يقول ابن نجيم في الأشباه والنظائر:

«يجب أن تكون العادة من الأمور المتكررة الشائعة» . وتقول المادة ٤١ والمادة ٤٢ من مجلة الأحكام العدلية:

«إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت» .

«العبرة للغالب الشائع لا للنادر» .

٣ - لا عبرة إلاً بالعرف السابق عن تاريخ المعاملة أو المقارن لها دون المتأخر عنها^(١) .

٤ - أن يكون العرف ملزماً وهذا شرط مهم يميز العرف من العادة أي أن يقوم في ذهن الناس وجوب اتباع ذلك وأن مخالفته يترتب عنها الجزاء باعتبار أنه يمكن المطالبة طبقه .

٥ - العرف لا يقف في وجه النص . جاء في كتاب المنافع شرح المجمع ، ص ٣٢٤ :

وذكر الأمدي في الأحكام : ١١٢/١ أنه حديث . وجاء في شرح الحموي على الأشباه : ١٢٧/١ . وفي شرح المجمع : ص ٣٠٨ أنه قول عبد الله بن مسعود حسبما ذكره السخاوي في المقاصد الحسنة والعلائي وغيرهما .
والموقوف معتبر عند الفقهاء لأن الصحابي لا يقول برأيه .

(١) الأشباه والنظائر ، لابن نجيم : ص ٤٠ ؛ والأشباه والنظائر ، للسيوطي : ص ٦٨ .

«إن العرف إنما يكون حجة إذا لم يخالف نص الفقهاء».

ويستثني الإمام أبو يوسف النص المبني على العرف العام. والقانون يشترط أن يكون العرف مخالفاً للقانون أو للآداب أو النظام العام.

فالعرف المعتبر حينئذ هو الموافق لمقاصد الشريعة وللأدلة الأصولية المعتبرة، أما ما جاء على خلاف ذلك وابتعد عن روح الشريعة وحكمتها ونصوصها فهو مردود لا يقبل ولا يطبق ولا يقضى به.

يقول علامة تونس وفقهها ومفتيها الشيخ إبراهيم الرياحي:

والعرف المعتبر هو ما يخصص العام ويقيد المطلق، وأما عرف يبطل الواجب أو يبيح الحرام فلا يقول به أحد من أهل الإسلام^(١).

أنواع العرف:

هناك عرف نهي عنه الشارع وألغاه، وهناك عرف أقره وأذن فيه. وهناك قسم ثالث لم يبلغه الشارع ولم يعتبره بدليل خاص وهذا محط الاجتهاد ومرجع فقه القضاء ومناطق البحث والدرس.

وهو عام وخاص:

فالعام هو ما تعارفه أهل البلاد عامتهم وخاصتهم في زمن من الأزمنة.

والخاص هو ما تعارفه أهل مدينة دون أخرى. ومن المعروف أن الحكم الشامل لا يثبت بالعرف الخاص.

ثم إن العرف لفظي وفعلي؛ فالعادة اللفظية أن ينقل اللفظ ويصبح استعماله في معنى آخر هو الغالب والمتبادر منه عند الإطلاق وهي الحقيقة العرفية المقدمة على الحقيقة اللغوية مراعاة للعرف العام وهذا هو مفهوم قوله الفقهاء: «إن العرف يقدم على اللغة عند التعارض».

وقد عرف ابن عابدين في رسالة نشر العرف هذا النوع بقوله: «تعارف قوم إطلاق لفظ لمعنى بحيث لا يتبادر عند سماعه غيره»^(٢).

وأما العادة الفعلية فهي أن يتعارف الناس التعامل على وجه من الأوجه لغرض معين أو لمصلحة بذاتها وهو مباح إذ لا نهي عنه. ومنه ما ذكروه في جواز انتفاع المستأجر بمصعد

(١) أصول النظام الاجتماعي، للشيخ محمد الطاهر ابن عاشور.

(٢) رسائل ابن عابدين: ١١٤/٢، رسالة نشر العرف في بناء الأحكام على العرف.

وضعه المالك المنزل ذي شقق عديدة ولم يكن منصوباً عليه في عقد الإجارة فجريان العرف به كاف في ثبوت حق المستأجر.

الفرق بين العادة والعرف :

ما نشأ عن تصرف شخصي أو عن عوامل طبيعية أو غير ذلك من العوامل هو عادة .

فإذا استأنس الفرد ثم الجماعة بذلك ومالوا إليه وكرروه وألفوه وارتضوه تكون عندئذ العرف فهو عادة الجماعة وعنوان الرضا عن تصرف معروف . ورجال القانون يفرقون بين العادة والعرف ، بأن الأولى غير ملزمة بذاتها إلا إذا وقع الاتفاق عليها وهي مرجع لتفسير إرادة الطرفين وتعريتها نيتها الغامضة . بخلاف العرف فهو ملزم ذاتياً والمحكمة تقضي به بخلاف مجرد العادة فلا بد من التمسك بهما وإثباتها ثم إن محكمة التعقيب - النقض والإبرام - تراقب قاضي الموضوع في شأن العرف وحسن تطبيقه بخلاف العادة إذا استأنس بها قاضي الموضوع فهي تدخل تحت سبر الوقائع وفحصها ويرجع ذلك لاجتهاد قاضي الموضوع الذي لا يدخل تحت رقابة محكمة النقض .

ولذا فمن واجب القاضي فحص الأمر لتحقيق الفرق الدقيق بين مجرد العادة والعرف ليكون قضاؤه سليماً لا يناله النقد ولا النقض .

أمثلة العرف :

عقد القرافي في كتابه الفروق فصلاً قياً في بيان أثر العرف في العقود التي تتأثر به .

فعقد الشركة إن كان مطلقاً انصرف إلى المناصفة ، والعقد على الأرض يدخل فيه الشجر والبناء ، والعقد على البناء تدخل فيه الأرض ، والعقد على الدار يشمل الأبواب والسلالم والرفوف ، وعقد المرابحة يدخل في أصل الثمن أجرة الخياطة والتطريز وكل تحسين . . والعقد على الشجرة كما يشمل الأرض يشمل الثمرة التي تؤبر^(١) .

والقرافي يذكر في كتابه الأحكام في تمييز الفتوى من الأحكام في الجواب عن السؤال التاسع والثلاثين ما ملخصه :

«إن كل ما هو في الشريعة يتبع العوائد يتغير الحكم فيه عند تغير العادة ، ثم ذكر على سبيل المثال أحكاماً نص على أن المدرك فيها العادة وأنه يتعين تغير الحكم على ما تقتضيه العادة المتجددة ومنها ما سبيله اللفظ ومنها ما سبيله في الفعل .

(١) الفروق ، للقرافي : ٢٨٧/٣ ؛ مالك ، لأبي زهرة : ص ٣٥٥ .

فأما الأول وهي العادة اللفظية فهو أن ينقل اللفظ ويصير استعماله في معنى آخر هو الغالب والمتبادر منه عند الإطلاق وهي الحقيقة العرفية فيقدم على الحقيقة اللغوية مراعاة للعرف العام وهي معنى قول الفقهاء: إن العرف يقدم على اللغة عند التعارض. وأما الثاني وهي العادة الفعلية فهي أن يتعارف الناس التعامل على وجه من الأوجه لغرض ومصلحة فيكون سبيله الإباحة حيث لا نهي».

ثم ذكر أمثلة توضح هذا المبدأ فمن ذلك أن الوكيل يتصرف في الأمر الذي وكل عليه لفائدة موكله، فإذا أوكله على أن يشتري له ثوباً فاشترى له ثوباً لم يعتد لبسه كان تصرفه مردوداً عليه.

ذكر شيخنا العلامة المرحوم محمد الهادي ابن القاضي أن الغيبة وإن كانت من الكبائر فإنها لا تقدر في الشهادة لأنها غلبت على الناس فالشرع يأذن بالغايبات في إسقاط الشهادة خشية ضياع الحقوق.

ويقول رحمه الله في محاضرة له ألقاها على منبر ودادية القضاة:

«وأذكر هنا قصة لطيفة كنت سمعتها من المنعم المبرور العلامة النظار الشيخ محمد الخضر حسين شيخ الأزهر سابقاً أنه لما كان قاضياً بمدينة بنزرت جاءت رسالة من المحكمة الشرعية العليا بتونس بأن يقبل التجريح في شهود وثيقة تجرح بعضهم بأنه يؤخر الصلاة عن وقتها. قال رحمه الله: فالتفت بأستاذنا الشيخ محمد النجار المفتي وعضو المحكمة العليا فقال لي: إن تأخير الصلاة عن وقتها كالغيبة لا يجرح به في الشهود لأنه صار غالباً في الناس». اهـ.

ومن الأمثلة التي اعتبرت مثلاً للعرف المنظور إليه موضوع خلو الحوانيت، فإن المالك لا يملك إخراج المستأجر منها ولا إجارتها لغيره بدون مقابل^(١).

ومن هذه الأمثلة ما تحدثنا عنه في دراستنا حول الأصل التجاري في بعض الأنظمة وقيام هذا الحق على العرف.

والأمثلة كثيرة يصعب حصرها خاصة في نطاق دراسة أريد لها أن تكون مختصرة موجزة.

ففي الأيمان والتذور يقع الرجوع إلى العرف، وكذلك في الوقف الذي يلعب فيه العرف دوراً مهماً.

وفي شؤون الأسرة «الحالة الشخصية» للعرف دور مميز ففي القيروان مثلاً جرى العرف

(١) شرح الحموي على الأشباه والنظائر، لابن نجيم، وفتاوى محمد بن بلال الحنفي والشيخ المفتي أبو السعود وناصر الدين اللقاني. وهذا ما أقره المجمع في دورته السابقة.

أن تشترط الزوجة على زوجها أن لا يتزوج عليها وأن يجعل لها حق طلاقها إن خالف هذا الشرط - انظر رسالة التملك لعظوم بمكتبة الجامعة الزيتونية .

وفي النفقة والمهر والسكنى واللباس للعرف دور كذلك . قال خليل : «يجب للزوجة قوت وأدام وكسوة ومسكن بالعادة بقدر وسعه وحالها والبلد والسعر» .

وقال ابن عاصم :

وكل ما يرجع للافتراض موكول إلى اجتهاد القاضي
بحسب القوت والأعيان والسعر والزمان والمكان

ونجد العرف له دور كذلك في المعاملات المالية من بيع وشراء وكراء وإجارة .

ومن ذلك بيع المعاطة الذي يقول من يميزه أن الله أحل البيع ولم يبين كيفيته فوجب الرجوع فيه إلى العرف، ولم ينقل عن النبي عليه الصلاة والسلام ولا عن أصحابه مع كثرة وقوع البيع بينهم استعمال الإيجاب والقبول، ولو استعملوا ذلك في بيوعاتهم لنقلنا ذلك نقلاً شائعاً لأن البيع مما تعم به البلوى، فلو اشترط له الإيجاب والقبول لبينه ﷺ بياناً عاماً ولم يخف حكمه . والعرف له دخل كبير في الخصومة والقضاء .

قال ابن عاصم :

فالمدعي في قوله مجرد من أصل أو عرف بصدق يشهد
والمدعى عليه من قد عضدا مقالته عرف أو أصل شهدا

العرف في الاصطلاح القانوني وفي التطبيق :

كانت للعادات أهمية كبرى، ثم تناقصت حتى حل محلها التقنين لكن القانون المبني عليها لم يتلاش حتى الآن .

فالقانون المبني على العادات والأعراف يسمى قانون العرف، وأما القانون المبني على التشريع والذي مصدره السلطة البشرية فيسمى القانون المكتوب أو القانون المدون .

والعرف عبارة عن عادة أو سنة معينة، فإن صاحبها الاعتقاد باللزوم فهي عرف تام وهو حينئذ عبارة عن قاعدة قانونية غير مكتوبة ولا مدونة .

ويستمد هذا العرف إلزامه من تلقاء نفسه باعتباره مصدرأ من مصادر القاعدة القانونية ولذا فهو يلزم الأفراد لذاته دون أن يتوقف هذا اللزوم على إرادتهم وقبولهم بشرط أن يكون عاماً .

أما إذا لم يكن مع العادة ركن الاعتقاد باللزوم فهي حينئذ العادة الاتفاقية وقد تكون خاصة بمجموعة ما . وهي قواعد تعارف الناس على اتباعها في معاملاتهم فأصبحت صالحة لتفسير نية المتعاقدين عند الخلاف دون أن تكون بذاتها ملزمة إلا إذا اتفق عليها الطرفان .

والفرق بين العادة الاتفاقية والعرف زيادة عما ذكر هو أن العرف وهو قاعدة قانونية يمكن أن يكون أمراً ومقررأً أي مكتملاً ومفسراً بخلاف العادة الاتفاقية التي يمكن الرجوع إليها عند تفسير الاتفاقات وشرحها من طرف المحاكم وهي واجبة التطبيق إذا نص القانون على ذلك .

ثم إن العرف باعتباره قاعدة قانونية لا يعذر أحدٌ بهجمله والمحاكم يطبقه من تلقاء نفسه ولو لم يتمسك به أحد الطرفين ، بخلاف العادة الاتفاقية فإن إثباتها على من يدعيها وعليه إثبات شمولها وعمومها ودوام استعمالها .

والعرف الذي يكون القاعدة والمعتبر كمصدر من مصادر القانون لا بد أن يكون قديماً مضى على تواتر استعماله أمد طويل حتى استقر العمل به وأن يكون ثابتاً وقع استعماله باطراد وللمحاكم أمر تقدير القدم والثبوت ، والاستمرار في الاستعمال .

ثم إن العرف يشترط فيه أن لا يتعارض مع القانون المكتوب، فإن خالف نصاً صريحاً من القانون فهو ملغى لا يقضى به .

ولا بد أن يكون العرف عاماً ملزماً، أما إذا كان خاصاً بجهة دون أخرى أو كان مبنياً على التسامح والتساهل فهو خارج عن موضوع العرف المكون للقاعدة القانونية .

ونحن نعلم أنه توجد في بعض الجهات دون الأخرى أعراف ملزمة تعتمدها المحاكم كهدايا الختان والأعراس والمآتم .

وهي وإن كانت خاصة بجهة دون أخرى إلا أنها عمت جهتها واستقرت بين الناس وتقدم عهدتها ووصفت باللزوم ، ولذا فقد توفرت فيها الشروط، والمحاكم وحدها مؤهلة لفحص ذلك والتطبيق .

**

مَظَاهِرُ تَطْبِيقِ أَحْكَامِ الْعُرْفِ فِي الْقَانُونِ

جاءت غالب القوانين الوضعية المدنية والتجارية ناصة على اتباع العادات والأعراف .

فالقانون المصري جاءت مادته الأولى قائلة :

«تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تناولها هذه النصوص في ألفاظها
أو في فحواها»

فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى العرف . فإذا لم يوجد
فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد
العدالة .

وجاء في المذكرة التمهيدية للمشروع :

«العرف هو المصدر الشعبي الأصيل الذي يتصل اتصالاً مباشراً بالجماعة، ويعتبر
وسيلتها الفطرية لتنظيم تفاصيل المعاملات ومقومات المعايير التي يعجز التشريع عن تناولها
بسبب تشعبها أو استعصائها على النص . ولذلك ظل المصدر وسيظل إلى جانب التشريع
مصدراً تكميلياً خصباً لا يقف انتاجه عند حدود المعاملات التجارية بل يتناول المعاملات التي
تسري في شأنها قواعد القانون المدني وسائر فروع القانون الخاص والعام على السواء .

والقانون المصري يقول في مادته ١٦٤ :

«العادة محكمة عامة كانت أو خاصة» كما يقول في المادة (١٦٥) :

«إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت والعبرة للغالب الشائع لا للنادر» .

وجاءت عدة مواد في القانون المدني المصري تشير إلى العرف وتنبه القاضي إلى اتباعه .

فالمادة (١٥٠) تقول: إذا كان هناك محل لتفسير العقد وجب البحث عن النية المشتركة
للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل
وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجاري في المعاملات .

والمادة (١٤٨) تقول: لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام.

والمادة (٤٣٣) تقول: إذا عين في العقد مقدار البيع كان البائع مسؤولاً عن نقص هذا المقدار بحسب ما يقضي به العرف.

والمادة (٤٤٨) تقول: لا يضمن البائع عيباً جرى العرف على التسامح فيه.

أما القانون السوري: فقد جاءت مادته الأولى هو الآخر قائلة:
تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها.

فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد فبمقتضى العرف، وإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

وتلاحظون التشابه بين القانون السوري والمصري في هذه المادة غير أن السوري أحسن لما قدم مبادئ الشريعة الإسلامية على العرف.

والقانون السوري يتضمن في مواد الإشارة إلى العرف وإلى الأخذ به لترجيح كفة الخلاف في حالات معينة.

والقانون العراقي: جاءت مادته الأولى قائلة:

«تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها».

فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون دون التقيّد بمذهب معين فإذا لم توجد فبمقتضى قواعد العدالة. وتسترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي أقرها القضاء والفقهاء في العراق، ثم في البلاد الأخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية».

وقد تضمنت بعض مواد الأخرى التركيز على العادة والعرف. فالمادة (١٦٤) تقول:
«العادة محكمة عامة كانت أو خاصة. واستعمال الناس حجة يجب العمل بها».

والمادة (١٦٥) تقول: «إنما تعتبر العادة إذا أطردت أو غلبت والعبرة للغالب الشائع لا للنادر».

والمادة (١٦٣) تقول: «المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، والتعيين بالعرف كالتعيين

بالنص والمعروف بين التجار كالمشروط بينهم».

النظام الانجليزي: بدأت الشريعة الانجليزية كالرومانية عادات متأصلة في القبائل الانجلوسكسونية، وهي القبائل التي كانت تسكن الجزيرة من قديم، ثم اقترنت في القرن الحادي عشر بعادات القبائل النورماندية التي فتحت الجزيرة الانجليزية في ذلك الحين ولما تطورت المدنية الانجليزية وتقدمت، وأصبح المجتمع في حاجة إلى مصدر رسمي للقانون قام قضاء المحاكم وأصبحت الأحكام القضائية تقر قواعد العرف وتطبقها تطبيقاً مستفيضاً وتكرر الأحكام فتتأكد المبادئ القانونية بتكررها إلى أن صار القضاء هو المصدر الرسمي للقانون في الشريعة الانجليزية وقام مقام العرف^(١).

والقانون الفرنسي: شمل التقنين المدني الفرنسي ٣٦ قانوناً كان العمل جارياً بها إذ بدأ هذا القانون عرفاً ينظم الروابط الاجتماعية، وامتزج القانون الروماني بالعادات، ثم وجد القانون الكنسي وكان القسم الشمالي يطبق العرف والقسم الجنوبي يطبق القانون الروماني. وقد جمعت الملكية بفرنسا قواعد العرف واعتبرت مصدراً رسمياً للقانون حتى جاءت مجموعة نابليون وسميت المجموعة المدنية.

وقد نص القانون المدني على العرف في المادة (٥٩٠) وما بعدها.

*
**

(١) المدخل لدراسة القانون، للسهنوري وأبي شنب: ص ٤٤.

مَظَاهِرُ تَطْبِيقِ أَحْكَامِ الْعُرْفِ فِي الْقَانُونِ التُّونِسِيِّ

علمنا بأن أحكام العرف معتمدة في القوانين المدنية المعمول بها وأردنا هنا أن نبرز مظاهر تطبيق ذلك حتى تتجلى الصورة ويتضح الحال.

ونقتصر على إبراز مظاهر تطبيق تلكم الأحكام بصورة جلية في المدونة المدنية التونسية الموضوعة منذ قرن ونيف بإشراف لجنة من الفقهاء العلماء الزيتونيين وكذلك على الإشارة إلى ما جاءت به المجلة التجارية التونسية، وفي ذكر ذلك تقريب لما جاءت به بقية القوانين العربية الأخرى المضارعة والمماثلة والنابعة من معين واحد والصابية في مصب واحد.

١ - تأثير العرف على نتائج العقود وآثارها:

جاءت المادة (٢٤٣) من المدونة المدنية قائلة:

«يجب الوفاء بالالتزامات مع تمام الأمانة ولا يلزم ما صرح به فقط بل يلزم كل ما ترتب على الالتزام من حيث القانون أو العرف أو الإنصاف حسب طبيعته».

والمادة (٢٤٦) تقول: ليس لأحد أن يقوم بحق ناتج من الالتزام ما لم يثبت أنه قد وفي من جهته أو عرض أن يوفي بما أوجبه عليه ذلك الالتزام بمقتضى شروطه أو بمقتضى القانون والعرف.

وجاءت المادة (٢٤٧) ناصة: إذا كان الالتزام من الطرفين فلا أحدهما أن يمتنع من إتمام ما عليه حتى يتم الآخر ما يقابل ذلك من العقد إلا إذا اقتضى العقد أو العرف تعجيل أحد الطرفين بما عليه.

٢ - تأثير العرف على الوفاء بالعقود:

المادة (٢٥٤): لا تبرأ ذمة المدين إلا بتسليمه ما التزم به في العقد قدراً وصفة ولا يسوغ له أن يلزم الدائن بقبول شيء آخر عوضاً عنه ولا بكيفية غير الكيفية المقررة في العقد أو التي جرى بها العرف.

٣ - تفسير العقود بالعرف :

المادة (٥١٦): «المعمول به عادة بمحل الكتب كالمشروط نصاً وكذلك ما هو من طبيعة الأمر المقصود».

المادة (٥٢٦): «ما ذكر على وجه التقريب من عد أو كيل أو وزن أو غيرهما، من المقادير كنحو كذا أو زهاء كذا، عبارة عن القدر المتسامح فيه عرفاً أو عادة بالمكان».

والقانون بعد أن سمح بالمادة (٥١٤) بتأويل العقد المبرم بين الطرفين، جاء مبيناً الأسس التي يعتمدها القاضي عند التأويل والتفسير فقال:

المادة (٥٣٢): «نص القانون لا يحتمل إلا المعنى الذي تقتضيه عبارته بحسب وضع اللغة وعرف الاستعمال ومراد وضع القانون».

٤ - شروط الأخذ بالعرف :

«العادة والعرف لا يخالفان النص الصريح». وهذا تطبيق للقاعدة القانونية العامة في عدم السماح بمعارضة العادة والعرف للنص القانوني المكتوب لكن وفي نفس الوقت إقرار للعمل بالعادة والعرف عند فقد النص مع توفير الشروط طبعاً.

المادة (٥٤٤): «من استند على عرف كان عليه إثباته ولا يحتج به إلا إذا كان عاماً أو غالباً غير مناف للنظام العمومي والأخلاق الحميدة».

وبصرف النظر عن حمل عبء الإثبات على المتمسك بالعرف فإن هذه المادة جاءت جامعة وبينت القاعدة الأساسية في القانون المدني لاعتماد العرف وبيان شروطه.

٥ - تأثير العرف في أحكام البيع :

بين القانون أحكام التسليم في البيع وجعل ذلك يحصل بكيفيات مختلفة في العقار بالتخلي عنه وفي الربع بإخلائه وبين أنه في المنقولات حسب المادة (٥٩٣):

«في المنقولات بالمناولة من يد إلى يد أو بتسليم مفتاح المحل أو الصندوق الموضوع فيه أو بأي وجه جرت به العادة والعرف في التسليم» ثم بين بالمادة (٥٩٧): «أجل التسليم عند عدم الاتفاق عليه وأنه يتبع العرف فقال: «التسليم يكون أثر العقد مع المهلة التي يقتضيها نوع المبيع أو العرف».

وأشار في المادة (٦٠٣) إلى المصاريف فقال: «جميع مصاريف تسليم المبيع كأجرة كياله ووزنه وعده وقبسه على البائع وإذا كان المبيع حقاً مجرداً كان على البائع أيضاً مصاريف الرسوم اللازمة لإثبات ذلك الحق أو إحالته كل ذلك ما لم يكن هناك اتفاق أو عرف يخالفه».

وانتقل بعد ذلك بين على من تحمل أجرة الوسيط السمسار في عقود البيع فقال:

المادة (٦٠٤): إذا تم البيع بواسطة السمسار فإن أجرته تكون على البائع إلا إذا كان في عرف البلاد أو في اتفاق الفريقين ما يخالف ذلك.

وشرح المقتن أن مصاريف العقد من نقل وأجرة عدول وغيرها تعتمد هي الأخرى عرف البلاد فقال:

المادة (٦٠٥): على المشتري مصاريف نقل المبيع من محل تسليمه ومصاريف قبوله وأداء ثمنه مع الصرف وأجر العدول عن كتب رسم الشراء والتأجير والتسجيل ولف البضائع ووسقها ونقلها وتشمل مصاريف القبول معالم القمق والمكس والمراكز المتوسطة أثناء النقل وعند وصولها للمكان المقصود كل ذلك ما لم يكن في العقد أو العرف ما يخالفه.

ثم يتعرض المقتن إلى شرح التوابع للمبيع وتسليمها فيقول:

المادة (٦١٠): «لزوم تسليم المبيع يتضمن تسليم توابعه والتبعية إما بحسب العرف أو بمقتضى اشتراط المتعاقدين. وإذا لم يكن في ذلك شرط أو عرف فالعمل على مقتضى القواعد التالية».

ثم يشرح قضية أخرى هي حصول زيادة أو نقص في المبيع فيقول:

المادة (٦٢٠): إذا كان المبيع جزافاً أو عيناً معينة وبين في العقد قدره كميلاً أو عدداً أو وزناً فليس للبائع أن يطلب الزيادة في الثمن إذا ظهر أن المبيع زائد في قدره عن القدر المسمى في العقد ولا للمشتري أن يطلب التقيص في الثمن إذا ظهر أن المبيع بعكس ذلك إلا إذا كان الفرق زيادة أو نقصاً مما يبلغ نصف العشر، وهذا الشرط يعمل به إن لم يكن منافياً للعرف ولم يحصل تراض بين البائع والمشتري على خلافه.

ثم يفصل النزاع في شأن وزن الظرف الحاوي للبضاعة اعتماداً على العرف فيقول:

المادة (٦٢٨): «وفي جميع الأحوال المقررة سابقاً يلزم اعتبار وزن الظرف فارغاً مع مراعاة ما يغتفر فيه العرف التجاري إلا إذا وجد بين المتعاقدين شرط يقضي بخلاف ذلك».

وفي باب ضمان عيوب المبيع وواجبات البائع تقول:

المادة (٦٤٧): البائع يضمن للمشتري سلامة المبيع من العيوب التي تنقص من قيمته نقصاً محسوساً أو نصيره غير صالح لاستعماله فيما أعد له بحسب نوعه أو بمقتضى العقد. والعيوب التي لا تنقص قيمته أو الانتفاع به إلا ما لا بال له لا ضمان فيها على البائع وكذلك العيوب المغتفرة بحسب العادة والعرف.

ثم يتعرض المقنن إلى العيب الخفي وهل يضمنه البائع حسب العرف فيقول:

المادة (٦٤٨): «لكن إذا كان المبيع مما لا يمكن الاطلاع على حقيقة حاله إلا بتغيير في ذاته كالثبار في قشرها فإن البائع لا يضمن العيب الخفي إلا إذا التزم بذلك في العقد أو كان ضمانه واجباً بمقتضى عرف المحل .

وفي الرد من أجل العيب يلعب العرف دوره ويؤثر فالمادة (٦٥٥) تقول: إذا وجب الرد لثبوت العيب أو لفوات الوصف كان للمشتري أن يطلب فسخ البيع ورد الثمن فإن اختار عدم رد المبيع فلا حق له في تنقيص الثمن وإنما يكون له الحق في طلب تعويض الخسارة في الصور الآتية:

أولها: إذا كان البائع عالماً بعيوب المبيع أو بعدم وجود الوصف الموعود به ولم يشترط البراءة منه والبائع محمول على العلم بذلك إن كان تاجراً أو صانعاً وباع شيئاً من متعلقات تجارته أو صناعته .

ثانيها: إذا صرح بعدم وجود العيب في المبيع إلا إذا كان ذلك العيب لم يظهر إلا بعد البيع أو كان البائع معتقداً سلامته .

ثالثها: إذا كان المبيع خالياً عن الوصف الذي اشترط فيه صراحة أو الذي يوجب عرف التجارة وجوده فيه .

وأوجب القانون اتباع العرف في أداء الثمن فقال:

المادة (٦٧٧): إذا جرى العرف في محل أداء الثمن موجلاً أو منجماً حمل المتعاقدان على اتباع العرف ما لم يصرحا بخلافه في العقد .

وفي شأن تاريخ ومكان تسليم المبيع يتداخل العرف فالمادة (٦٧٩) تقول:

على المشتري أن يتسلم المبيع في التاريخ والمكان المتفق عليهما في العقد فإن كان العقد عارياً عن شرط في ذلك ولم تكن فيه عادة فعلى المشتري أن يتسلم المبيع في الحال مع مراعاة ما يغتفر في ذلك طبيعة . وهو في باب بيع السلم الواقع بإبطاله الآن يقول بالمادة (٧١٤): إذا لم يعين المتعاقدان أجلاً لتسليم المبيع حملاً على أنها اعتمدا عرف البلد .

والعرف يتداخل لفسخ عقدة البيع إذا ماطل المشتري في دفع الثمن وتأخر عن تسليمه وهو هنا يقوم مقام الاتفاق بين الطرفين على ذلك وهذا ما جاء به القانون .

المادة (٦٨٠): إذا اشترط فسخ العقد بمجرد عدم أداء الثمن أو كان العرف كذلك فالعقد مفسوخ بمجرد عدم دفع الثمن في الأجل المعين .

وقد أبرز حكم قضائي صادر عن أعلى المحاكم أهمية دور العرف في هذه الناحية .

فقد جاء القرار التعقيبي عدد (١٢) المؤرخ في (٢٣) جويلية ١٩٢٩ ، المنشور بمجلة القضاء والتشريع عدد (٩ - ١٠) ، لعام ١٩٦٠ ، (ص ٢٧) قائلًا:

اقتضى الفصل (٦٨٠) من المجلة المدنية أن العقد لا يفسخ قانوناً بمجرد عدم دفع الثمن في الأجل المتفق عليه إلا إذا نص على الفسخ المذكور بالعقد أو أن ذلك يتضح جلياً من عادة المكان وأن العرف بتونس يقتضي أن البيوعات المتعلقة بالحبوب لا تفسخ عادة لعدم أداء المشتري الثمن وذلك بقطع النظر عما إذا اشترط أن الثمن المذكور يدفع معجلاً أو مؤجلاً أو أنه وقع دفع عربون أم لا وأن البائع لا يتفصى من التزامه ولا تعتبر العقدة مفسوخة إلا إذا وجه للمشتري مكتوباً مضمون الوصول يقتضي إلزامه بالتنفيذ مع التنصيص بأنه حاضر من طرفه لتنفيذ ما التزم به . انتهى .

فالعرف هنا يعطل محاولة البائع التفصي من التزامه ويمنع إقدامه على المطالبة بالفسخ لمجرد التأخر .

وفي شأن بيع الأشجار فإنه يشمل الأرض الثابتة وما فيها من ثمرة لم تعقد فإن عقدت فهي للبائع إلا أن يشترطها المتبايع؛ المادة (٦١٨) من المدونة المدنية .

فهذه المادة تنص على أن الثمرة الناضجة هي للبائع المالك إلا إذا اشترطها المشتري منه لنفسه أي المالك الجديد .

ولم تنص هذه المادة على أنه (أو كان عرف يقتضي خلاف ذلك) .

وقد حدث خلاف بين شخصين احتج المشتري بأن العرف بجهته يقتضي أن الثمرة الناضجة تكون للمشتري أي أن الثمرة مطلقاً عقدت أم لا هي للمشتري خلاف القانون حسب النص في المادة (٦١٨) السابق ذكرها .

فقالته محكمة التعقيب - النقض والإبرام - في قرارها (١٣٦٥) المؤرخ في ١٧ ديسمبر ١٩٣١م إن العادة والعرف لا يخالفان النص الصريح طبق أحكام الفصل ٥٤٣ ، ولذا لا حق للمشتري في التمسك بالعرف لأنه مخالف لأحكام الفصل (٦١٨) الذي ينص على أن الثمرة الناضجة للبائع إلا إذا اشترطها المشتري وهذا لم يحصل والفصل (٦١٨) لم يستثن العرف حتى يمكن الاحتجاج به^(١) .

ولم تقدر محكمة التعقيب أن العرف يخصص العام وتمسكت بحرفية النص .

(١) نشر هذا القرار بمجلة القضاء والتشريع عدد ٩ - ١٠ لسنة ١٩٦٠م .

وفي شأن بيع الخيار سوغت المادة (٧٠٠) ذلك لأجل يتفق عليه وهي بيع موقوف لكن إذا لم يصرح الطرفان بأجل الخيار فالعرف يعينه حسب التصريح التالي:
المادة ٧٠٢: إذا لم يكن في العقد أجل للخيار حمل ذلك على الأجل المعتبر قانوناً أو عرفاً.

٦ - تأثير العرف في أحكام الكراء - كراء الأشياء - مصاريف التسليم:

المادة ٧٤١: «مصاريف التسليم على المكري ومصاريف رسم الكراء على الفريقتين كل يؤدي أجر نسخته، ونقل المأجور وتسلمه على المكتري كل ذلك ما لم يكن في العقد أو العرف ما ينفيه».

وفي شأن إصلاح المكري تقول المادة (٧٤٢): «... وفي كراء الربع تكون مصاريف الإصلاحات الجزئية على المكتري حسب عرف المكان».

وتقول المادة (٧٤٣) بعدها: «إن الإصلاحات الجزئية تلزم المكتري إذا جرى بها العرف».

وفي شأن جهر الآبار وتنظيفها وكذلك مجاري المياه والموازيب جاءت المادة (٧٤٥) قائلة:
المادة (٧٤٥): تنظيف الآبار والمراحيض والموازيب ومجاري المياه على المكري ما لم يكن ذلك مخالفاً للعرف.

والمادة (٧٨٤): تنص على أن مصاريف إرجاع المأجور تلزم المستأجر ما لم يوجد في العقد أو العرف ما يخالف ذلك.

وفي شأن الضرائب والأداءات جاءت المادة (٧٤٦) بحملها على المؤجر ما لم يكن ذلك مخالفاً للعرف.

وفي ضمان العيوب جاءت المادة ٧٥٨ ناصة بأنه لا ضمان على المكري للعيوب التي يتسامح فيها عرفاً.

وفي تاريخ الأداء إذا لم يعين فاللادة (٧٦٨) تقول:

«على المكتري أداء الكراء في الأجل المعين في العقد وإلا فالمعتبر عرف المكان».

وفي التمكين من المكري تنص المادة (٧٧١) على الظروف التي يقتضيها العرف.

وتنص المادة (٧٧٥) على أن المكتري الثاني مطلوب للمكري بقدر ما عليه للمكري الأول وقت إنذاره بأن لا يدفع للأول ولا يقام له ما دفعه معجلاً إلا إذا كان التعجيل عرف المكان.

وفي شأن تعيين مدة الكراء إذا لم يتفق عليها الطرفان تقول المادة (٧٩٢):

«إذا لم تعين مدة الكراء حملت على أنها هي التي وقع عليها التسعير إلا إذا كان في العرف ما يخالف ذلك».

وهو في المادة (٧٩٣) يجعل العرف هو الذي يعين المدة المناسبة لإخلاء المكري عند فسخ الكراء.

وأخيراً في شأن المكري إذا لم يكن في الكراء كتب ثابت التاريخ جاز للمالك الجديد أن يخرج المكري من المحل بعد أن يضرب له أجلاً حسب العرف. المادة (٧٩٩).

كراء الأراضي الفلاحية:

جاءت المادة (٨١٢) ناصة على أن جميع الأشغال اللازمة للانتفاع بالبناءات بالأراضي الفلاحية لا تكون على المكري إلا بشرط أو عرف، وجاءت المادة (٨٢٣) قائلة:

ليس للمكري - الخارج - أن يتصرف في الأرض بما يكون منقصاً أو مؤخرراً للانتفاع من يستغلها بعده فلا يجوز له حرثها مدة شهرين قبل انقضاء مدته وعليه أن يبيع لمن سيستغلها بعده الشروع في الخدمات الابتدائية في وقتها بعد اجتناء المتحصل كل ذلك إذا كان غير مخالف لعرف المكان. والقانون يحدد علاقة المكري الجديد بالقديم في شأن الأرض الفلاحية وتوابعها طبق عرف المحل فيقول:

المادة (٨٢٤): على المكري الخارج أن يتخلى للذي يخلفه قبل دخوله بمدة مناسبة عن ما يلزمه من مساكن وغيرها مما يساعده على خدمة الفلاحة في العام القابل، وكذلك يجب على المكري الجديد أن يتخلى للمكري الخارج عن قدر ما يحتاجه من مساكن وغيرها لوضع نتائج الفلاحة وفي كلا الحالتين يتبع عرف المحل.

وفي المادة (٨٢٥) يحدد واجب المكري الخارج فيقول:

المادة (٨٢٥): من اكترى أرضاً وكان بها تبن وعلف وسهاد لزمه أن يترك فيها عند انقضاء كرائه مثل القدر الذي تسلمه وليس له أن يعتذر بطرود أمر سماوي كما للمكري أن يجز من الأصناف المذكورة ما يكون كافياً له بسعر الوقت ولو لم يدخل عليها المكري كل ذلك ما لم يخالفه عرف المكان.

ومراجعة بسيطة لكل هذه النصوص في شأن كراء الأراضي الفلاحية وعلاقة الأطراف بها توضح مدى امتداد كل هذه الأحكام ومعانيها في أعماق الفقه الإسلامي.

٧ - العرف والإجارة على الخدمات أو الصنع :

حدد القانون شروط إجارة الأدمي لنفسه بما يحفظ كرامته ويصون إنسانيته وجعل العرف حكماً في ذلك .

المادة (٨٣٢): « ليس لأحد أن يؤجر نفسه من غيره إلا لمدة معلومة وعلى عمل معلوم أو خدمة معينة شرطاً أو عرفاً وإلاً فالعقد باطل» .

وإذا لم يحصل الاتفاق مقدماً على أصل الأجر فالقانون يوجب ذلك إذا كان العمل مما لم تجر العادة بإتمامه مجاناً . المادة (٨٣٧) .

فالعرف هنا هو الفيصل بين الأطراف والقاضي مقيد به في قضائه عند حدوث النزاع ورفع الخصومة إليه وهو يعتمد في تقدير الأجرة حسب العرف الجاري بالبلد ورأي أهل الخبرة .
المادة (٨٣٨) .

ومن يؤدي أجر الأجير يعتمد القاضي في ذلك على الاتفاق إن وجد وإلا التجأ إلى العرف . المادة (٨٣٩) .

وإذا لم تعين مدة الإجارة أو نوعها، فالإجارة تفسخ بطلب من هذا أو ذاك طبق العرف أي الأجل الذي تعارفه الناس وساروا عليه . المادة (٨٦١) .

والقانون يحفظ للطرفين حقهما بوضعه علامة تنير الطريق حسب عرف المكان فيقول :

المادة (٨٦٢): إجراء الخدمة وخدام المساكن وخدام المحلات العمومية والصناع والمباشرون لخدمة التجارة بالحوانيت والمخازن تكون خدمتهم في الخمسة عشر يوماً الأولى على وجه التجربة والاختبار بحيث يجوز لكل من المتعاقدين فسخ الاتفاق في أثنائها بدون غرم وإنما يلزم أجر الأجير عما خدمه، والإعلام قبل الخروج من الخدمة كل ذلك ما لم يخالف اتفاق الطرفين أو عرف المكان .

ولا ينسى القانون الاهتمام بحصول خلل في الوفاء وحدث خسارة فيقول في :

المادة (٨٦٥): . . . وعلى الحاكم أن ينظر في وجود الخسارة وأهمية الضرر بحسب نوع الخدمة وظروف الحال وعرف المكان .

وإذا استأجر أحدهم شخصاً لصنع شيء فهل عليه إحضار الآلات اللازمة لذلك؟
القانون يجعل العادة محكمة فيقول في المادة :

المادة (٨٦٨): على أجير الصنع الآلات والأدوات اللازمة للصنع الذي استؤجر عليه ما لم يكن ذلك مخالفاً للعرف .

٨ - العرف في نقل الأشياء :

جاءت المادة (٩٠١) قائلة: نقل الأشياء في المدة التي عينها المتعاقدان أو عرف التجارة.

٩ - العرف والوديعة :

الوديعة شيء منقول يتسلمه شخص من آخر بمقتضى عقد ليحفظه ويرده بعينه. المادة (٩٩٥).

فهل يستحق المستودع أجراً عن هذا العمل والحفظ.

تقول المادة (١٠٠٢): «في شأن الوديعة أن لا يؤدي عليها أجر إلا إذا اشترطه المستودع أو العرف».

فالعرف محكم هنا والاعتقاد عليه واجب من طرف المحاكم وهذا ما أيده المادة (١٠٢٨) في نفس المدونة. وكذلك المادة (١٠٣٧).

١٠ - العارية والعرف :

استعارة الشيء تارة تكون لاستعماله وتارة تكون لاستهلاكه فالأولى العارية والثانية القرض.

فإذا استعار أحدهم شيئاً على وجه العارية فمتى يرده؟

تجيب عن ذلك المادة (١٠٦٦) قائلة: إذا لم يعين أجل لرد العارية كان للمستعير أن لا يردها إلا بعد انتفاعها بها حسب الاتفاق أو العرف.

فإذا استعار أحدهم مثرداً آنية كبيرة يوضع بها الطعام عند اجتماع بمناسبة موت، فإنه يرده بمجرد انتهاء مراسم الاحتفال بالموت.

وإذا استعار أحد مائدة لضيوف الزفاف فلا يمكن أن يطالب بإرجاعها قبل انتهاء المائدة.

١١ - آثار العرف في أحكام الوكالة :

الوكيل يستحق أجره بالاتفاق فإذا لم يوجد اتفاق فيستحق الأجرة «إذا جرت العادة بالمكان بإعطاء أجره في مثل ما وكل فيه الوكيل». المادة (١١١٤) من المدونة المدنية.

وما هو موضوع التوكيل الخاص وما هي مشمولاته؟ تجيب عن ذلك المادة (١١١٧):

التوكيل الخاص هو الذي يتعلق بنازلة أو نوازل مخصوصة أو الذي يقتصر على أمور معينة مخصوصة، فلا يباشر الوكيل في ذلك إلا النوازل أو الأعمال المعينة له مع ما يتعلق بها تعلقاً ضرورياً بحسب العادة.

ثم ما هو التوكيل العام وما هي حدوده التي يقف عندها وهل للعرف دخل في ذلك؟
تقول المادة (١١١٩): «التوكيل العام هو إطلاق يد الوكيل في جميع أمور موكله أو التفويض له في أمر خاص. وله بمقتضى هذا التوكيل أن يفعل ما كان في مصلحة الموكل بحسب نوع النازلة وعرف التجارة».

والقانون يجعل العرف حكماً في أجل قيام الوكيل بواجب إعلام موكله تقول المادة (١١٣٥):

«إذا أتم الوكيل ما وكل عليه لزمه المبادرة بإعلام موكله بما فعله تفصيلاً حتى يمكن للموكل الاطلاع التام على فعله. وإذا تأخر الموكل عن الجواب بعدم بلوغ الخبر إليه تأخراً زائداً عما يقتضيه حال النازلة أو العرف فهو محمول على الموافقة ولو تجاوز الوكيل حدود وكرالته».

أما فيما يتعلق بواجب الموكل نحو وكيله فالعرف له دخل أيضاً. تقول المادة (١١٤١):
«على الموكل أن يمد موكله بالدراهم وغيرها مما يحتاج إليه لإتمام وكرالته إلا إذا اقتضى الاتفاق أو العادة خلافه».

وفي شأن أجر الوكيل يتداخل العرف أيضاً حسب المادة (١١٤٣) «لا يستحق الوكيل الأجر إذا لم يتحقق ما وكل عليه إلا إذا اقتضى خلاف هذه الصورة عرف التجارة أو عادة المكان».

وإذا لم يقع الاتفاق على أجرة الوكيل عينه العرف.

تقول المادة (١١٤٤):

«إذا لم يعين الأجر كان تعيينه بمقتضى عادة المكان الذي باشر فيه الوكيل وكرالته».

وإذا تجاوز الوكيل حدود وكرالته، فذلك لا يلزم موكله إلا إذا كان مما يتسامح فيه في التجارة أو في عرف المكان مكان العقد. المادة (١١٥٥).

وإذا تنازع الوكيل مع موكله وفسخ أحدهما الوكالة وحصلت خسارة فالقانون يحكم عرف المكان. المادة (١١٧١).

١٢ - وللعرف دخل في أحكام الشركات :

كشركة القراض الفصول: (١٢٠٠) وما بعده والشركة بوجه عام الفصل (١٢٩٣)،
وشركة الخماس المادة (١٣٨١) وهي مواد لها مساس بالقانون التجاري.

١٣ - العرف في أحكام المساقاة :

عرفت المادة (١٣٩٥) المساقاة بقولها :

« المساقاة عقد تكليف شخص لآخر بتعاطي ما يلزم لخدمة شجر قد بلغ الإطعام أو زرع قد ظهر إلى وقت اقتطاف الغلة أو جمع الصابة بجزء معين من ثمره - أي من نتاجه - والمباشر للخدمة يسمى العامل» .

فما هو هذا الجزء الراجع للعامل؟ للعرف دخل في تعيينه وتحديدته حسب المادة (١٤٠٠) ونصها :

«إذا خلا العقد عن بيان حصة العامل حمل المتعاقدان على ما جرى به عرف المكان .

الممارسة والعرف :

جاءت المادة (١٤١٦) بتعريف الممارسة قائلة :

«إذا كان موضوع الشركة أشجاراً مثمرة أو نحوها من ذوات الدخل وتكلف الشريك العامل بغرسها في أرض شريكه على أن يكون له مناب شائع في الأرض والأشجار عند بلوغها إلى حد معلوم أو حد الأثمار سمي العقد عقد مغارسة» .

فإذا أطعم الشجر وجاء إبان القسمة واتضح أن الطرفين غفلا عن تحديد مناب العامل فالعرف هو الحكم وعليه يجري العمل المادة (١٤٢١) .

وهكذا وبعد هذه البسطة حول المواد القانونية المدنية التي أبرزت دور العرف - تطبيقاً - في حياة الناس الاجتماعية والتنظيمية وتعاملهم في حياتهم اليومية أبرزت دور العرف كإداة قانونية أقرها المقتنون وخططوا لها ونظموا سيرها وهذبوا من أمرها .

وهي مواد تعم أوجه الحياة العملية المدنية العامة وتغطي الساحة الاجتماعية للتعامل بين الناس .

بعد ذلك يمكن لنا أن نلاحظ امتداد جذور تلك المواد في حضارتنا الإسلامية وتقاليدنا العربية وأنها مقتبسة في الغالب من الفقه الإسلامي الذي كان المصدر الأول لما سن وقتن في هذا الصدد .

ويمكن أن يلاحظ الدارس المقارن وجه الشبه وعلامات الاقتباس في أجلى صورها .

ولولا خشية الطول والملل لأبرزنا صوراً منها نضربها مثلاً تؤيد ذلك . ولربما فعلنا في وقت آخر إحقاقاً للحق وإظهاراً للصدق .

المجلة التجارية :

نجد أن العادة والعرف لها أهمية كبرى في المسائل التجارية ضرورة أن مرد القانون التجاري إلى العادة والعرف .

وقد أشارت المجلة التجارية التونسية بالرجوع إلى العرف التجاري في كثير من موادها .
منها المادة (٥٩٧) ونصها: «جميع العقود التجارية خاضعة لأحكام هذا القانون وإذا لم يوجد به نص فتكون خاضعة لمجلة الالتزامات والعقود ولألا كانت متماشية مع أصول العرف التجارية» .

والمادة (٦٢٠) تقول: «إذا لم يكن هناك اتفاق أو عرف كانت أجرة السمسار على من كلفه» .

والمادة (٦٢١) جاءت ناصة: «إذا لم يتعين مقدار أجرة السمسار اتفاقاً أو عرفاً عين المجلس حسبها يراه أهل الخبرة . . .» إلخ .

أما في ميدان الأسرة فمجلة الأحوال الشخصية زاخرة بالمواد المشيرة إلى العرف وتطبيقه .
وإنما للفائدة نذكر كلمة حول الفرع الثاني للعرف وهو:

فقه القضاء وأحكام المحاكم

فالقضاء هو مجموع أحكام المحاكم القضائية الصادرة فيما يعرض عليها من خلافات ومنازعات .

والفرق بين أحكام المحاكم وآراء الفقهاء هو أن مهمة الفقهاء وشرح القانون تفسير القانون ذاته والنص الموجود . وإذا طرأت حالة لم يكن لها نص فالفقهاء يجتهدون في استنباط حكمها قياساً على القواعد القانونية الموضوعة لأمثالها .

وأما أحكام المحاكم فهي تفحص الوقائع المعروضة عليها وتسبر النصوص وتبحث خلالها عن المنطبق على ما بين يديها من أفضية ليكون القضاء والحكم يعتمد أساساً صحيحاً من القانون المكتوب .

فإذا لم يكن هناك نص ولم تجد المحكمة قانوناً واضحاً ينطبق على القضية المطروحة عليها فلها حينئذ حرية الاستنباط للقاعدة التي يمكن تطبيقها في نطاق روح القانون العامة واعتماداً على الأسس القانونية والمبادئ والقواعد المعتمدة من المقتن .

فالقضاء قد لا يعتبر مصدرراً رسمياً للقاعدة القانونية إذا ما اقتصر دوره على تفسير القاعدة

القانونية بإزالة الغموض عنها وإزاحة اللبس عن الاتفاق في حدود أحكام الفصل (٥١٣) وما بعده من المدونة المدنية التونسية في تفسير النص .

فإذا لجأ إلى التفسير بمفهومه الواسع ، فإنه يكون الحل وبيئدعه ويكون بذلك قاعدة قانونية قابلة للتطبيق والاتباع .

ومن هنا فإنه يمكن أن يكون لفقهاء القضاء دور هام يجعله في منزلة مصادر القانون لكن في زاوية ضيقة جداً^(١) .

وإذا تواردت الأحكام القضائية وتكررت مع تعدد المحاكم في مادة معينة وموضوع بذاته ، فإنها تسمو إلى مرتبة القواعد القانونية .

ويحدث كثيراً أن يضغظ القضاء باتجاهاته المتعددة المتكررة في فقد مادة ما كانت مضادة لما يحدث بصفة عامة من الناحية الاقتصادية أو الاجتماعية فيضطر المقتن تحت وطأة وفرة هذه الأحكام وتكاثفها وتعدد مصادرها إلى تناول النص بالتغيير والتنقيح والشرح .

ولا يفهم من وضوح قوة الأحكام ونفاذ مفعولها أنها بالغة قوة القانون نفسه .

ومحكمة التعقيب - النقض والإبرام - حول لها القانون قوة إلزامية في فصل قضية معينة لكن لا على معنى إبدال أو تغيير النص القانوني أو الانحراف به عن معناه الواضح الصريح فهي تحاول توحيد الآراء والمفاهيم بين دوائرها طبق أحكام الفصل ١٩٢ منها .

هذا ما أمكن اختصاره في هذا الموضوع ولا أحسب أنني أطلت ومعدرة إن أنا فعلت وصفحاً وعفوياً إن أنا أخطأت أو قصرت ونرجو من الله التوفيق والغفران وحسن العاقبة والسلام .

محمود شمام

عفي عنه

(١) انظر شرح القانون المدني: د. محمد كامل مرسي.

العرفّ ودوره في عملية الاستنباط

إعداد

الشيخ محمد عايم السخيري

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

تعريفه :

ذكروا للعرف تعريفات نذكر منها :

ما ذكره الجرجاني من أنه (ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول وتلقته الطباع بالقبول).

وعرفه الأستاذ علي حيدر في شرح المجلة بأنه (الأمر الذي يتقرر بالنفوس ويكون مقبولاً عند ذوي الطباع السليمة بتكراره المرة بعد المرة).

وحكى ابن عابدين الحنفي عن المستصفي أن العادة والعرف هي (ما استقر في النفوس من جهة العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول).
وغيرها إلا أنها تعاريف مبتلاة ببعض الإشكالات.

ولعل أقرب التعاريف ما ذكره الأستاذ عبد الوهاب خلاف من أنه (ما تعارفه الناس وساروا عليه من قول أو فعل أو ترك) ثم قال: ويسمى العادة.

ولا داعي للدخول في النقض والإبرام لأنها تعاريف لفظية.

ويفترق العرف عن الإجماع بأن الإجماع يعني الاتفاق السائد بينما يكفي في العرف سلوك الأكثرية وسيرة المجتمع.

تقسيماته :

أولاً: قسم تارة إلى العرف العام والعرف الخاص.

أما العرف العام فيراد منه ما يشترك فيه غالبية البشر دون ملاحظة زمان أو مكان أو ثقافة أو مستوى ويقرب بذلك من (بناء العقلاء).

ويمكننا أن نمثل له بالأمثلة التالية:

(أ) بناؤهم على رجوع الجاهل للعالم.

(ب) بناؤهم على عدم نقض اليقين بالشك.

(ج) شيوع بعض الألفاظ بينهم إلى الحد الذي يقدم هذه العادة على المعنى الحقيقي للفظ - كما يقول ابن عابدين^(١) ويؤكد ذلك أيضاً الشيخ الطوسي^(٢).

ويرى مؤلف كتاب (نظرية العرف) أن كثيراً من الظواهر الاجتماعية المنتشرة في العالم تنظم في هذا القسم^(٣).

العرف الخاص:

وهو العرف المخصوص بحدود زمانية أو مكانية أو ثقافية معينة وتدخل هنا بعض المعاملات المتداولة في بعض الأعراف، وكذلك الألفاظ الخاصة بالبلدان، والعادات المحلية.

ثانياً: قسموه إلى العرف القولي والعرف العملي:

أما القولي فيعطي الألفاظ عند العرف معان خاصة كإطلاق لفظ الولد عند بعضهم على خصوص الذكر وأما العملي فهو ما يمارسونه بشكل عرفي وقد مثل له في (الأصول العامة) بشيوع البيوع المعاطاتية في بعض البيئات^(٤).

ثالثاً: قسموا العرف إلى الصحيح والفاقد:

أما الصحيح: فهو ما ينطبق والموازين الشرعية كتعرفهم على تقديم بعض المهر. وأما الفاسد: فهو خلاف ذلك كتعرفهم على لعب القمار وشرب المسكرات وشيوع القوانين الوضعية.

مجالات العرف:

ذكروا للعرف مجالات أربعة هي:

أولاً: ما يستكشف منه حكم شرعي فيما لا نص فيه مثل عقد الاستصناع ويتم الاستكشاف من خلال الامتداد بهذا العرف إلى زمان المعصوم عليه السلام وإثبات إقراره لهذا العرف ويصبح بذلك سنة عبر هذا الإقرار.

ثانياً: ما يرجع فيه لتشخيص بعض المفاهيم التي أوكل الشارع أمر تحديدها للعرف كلفظ (الإناء) و(الصعيد) و(القرء) مما أخذ موضوعاً في لسان الأدلة.

وهذا الباب مهم جداً يكشف عن جانب من مرونة في الإسلام فمثلاً نجد أن مفاهيم (الغنى) و(الإسراف) و(التبذير) ترتبت عليها أحكام ولكنها تختلف باختلاف الأزمنة والأمكنة مما يجعلها ملائمة لتطورات المجتمع وتعقيداته وإمكاناته.

وهكذا بالنسبة لمفاهيم أخرى كمفهوم (في سبيل الله) في مجال مصاريف الزكاة و(القوة) وغير ذلك.

(١) مجموعة رسائل ابن عابدين: ص ١١٣ .

(٢) نظرية العرف: ص ٣٣ .

(٣) عدة الأصول: ج ١ ص ١٧٠ .

(٤) الأصول العامة؛ محمد تقي الحكيم: ص ١٤٢ .

ثالثاً: ما يرجع فيه لاستكشاف مرادات المتكلمين عندما يطلقون الألفاظ ويدخل في هذا القسم ما يرجع للدلالات الالتزامية إذا كان منشأ الدلالة الملازمة العرفية كحكم الشارع مثلاً بطهارة الخمر إذا انقلب إلى خل الملازم عرفاً للحكم بطهارة جميع أطراف إنائه .

رابعاً: ما يستكشف به ما يمكن الاحتجاج به وهو بناء العرف العام على الأخذ بالظواهر أو الأخذ بقول الثقة أي ما يستكشف به الحجة الأصولية .

ويختلف هذا القسم الرابع عن القسم الأول بأن هذا يشير إلى الأصول المستكشفة بينما يركز الأول على الفروع الفقهية ويمكن جمعها تحت عنوان واحد فيقال ما يستكشف به الحجة أو الحكم الفرعي .

هل العرف أصل قائم برأسه؟

إذا استعرضنا مجالات العرف الماضية وجدنا أنه لا يشكل أصلاً قائماً برأسه في قبال الأصول الفقهية الأخرى .

فالمجالان الأول والرابع يرجعان إلى السنة عبر اعتادهما على الإقرار والإمضاء الشرعي والسنة قامت على معقد العرف (أي الحجة أو الحكم) ولم تقم على العرف نفسه حتى نقول بحجية كل ما قام العرف عليه وأما المجالان الآخران فهما يشخصان صغريات السنة .

ولكن يبدو من البعض اعتبار العرف دليلاً مستقلاً برأسه .

قال ابن عابدين : وعلم أن اعتبار العادة والعرف رجوع إليه في مسائل كثيرة حتى جعلوا ذلك أصلاً فقالوا في الأصول في باب ما تترك به الحقيقة، تترك الحقيقة بدلالة الاستعمال والعادة هكذا، ذكر فخر الإسلام انتهى كلام الأشباه وفي شرح الأشباه للبيروني قال في المشرع: الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي، وفي المبسوط: الثابت بالعرف كالثابت بالنص^(١) .

ولا يمكن الشك في عدم صحة كونه أصلاً مستقلاً في الكشف عن واقع التشريع الإسلامي، لأن العرف يخطيء بلا شك ولا يعرف الكثير من المصالح والمفاسد الواقعية فليس له حجية مستقلة وإنما هو كما مر يكشف عن السنة إذا امتد إلى عصر المعصوم ولم يتم ردع عنه – وبعبارة أخرى يبقى العرف دليلاً ظنياً وكاشفاً ناقصاً إلا أن يتم تميم كشفه وسد نقصه بدليل آخر .

والذي أعتقد أنه مصطلح (الأصل) يستعمل استعمالاً متنوعة وربما كان المراد هنا أن العرف قد يكون مرجعاً يحتاج إليه للوصول إلى الحكم لا أن يراد به كونه أصلاً في قبال أصول الفقه الأخرى، والشاهد على ذلك ما عبروا عنه بقولهم: (تترك الحقيقة بدلالة الاستعمال

(١) رسائل ابن عابدين: ١١٣/٢ .

والعبادة) وهم بذلك يشيرون إلى مجال استكشاف مراد المتكلمين .

الأدلة على حجية العرف :

والمقصود بها الأدلة على اعتباره أصلاً بذاته وهي متعددة :

منها : ما استدلل به بعض العلماء - كما ذكر ابن عابدين - من قوله سبحانه وتعالى : ﴿ خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ ﴾ [سورة الأعراف : الآية ١٩٩] ، باعتبار أن المراد بالعرف هو عادات الناس وممارستهم .

إلا أن الآية كما هو ظاهر تشير إلى ما ارتكزت عليه النفوس والعقول من تصورات عن العدالة ، وما عاد معروفاً لدى الجميع بالحسن وهو بعيد عن مسائل الأعراف حتى لو كانت عامة وأكثر التصاقاً بمسألة الفطرة المرتكزة في جميع النفوس ، ولا أقل من الاحتمال فيسطل الاستدلال ، وربما يؤيد هذا الاحتمال برواية صحيح البخاري عن عبد الله بن الزبير في قوله : ﴿ خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ ﴾ قال : (ما أنزل الله هذه الآية إلا في أخلاق الناس) .

ومنها : رواية عبد الله بن مسعود (ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن) وقد استدلل به السرخسي في المبسوط وابن الهمام وقد أشكل على الرواية بأنها مقطوعة يحتمل أن تكون كلاماً ، لابن مسعود لا رواية عن النبي ﷺ ، (وهذا ما أكدّه ابن عابدين) حين نقل قول العلاء إذ قال : لم أجده مرفوعاً في شيء من كتب الحديث أصلاً ولا بسند ضعيف بعد طول البحث وكثرة الكشف والسؤال وإنما هو من قول عبد الله بن مسعود رضي الله عنه موقوفاً عليه أخرجه الإمام أحمد في مسنده^(١) .

على أن الاستدلال هنا أصيب من المدعى فما أكثر الأعراف غير المعللة بالحسن ومع ذلك فالحديث يشير إلى صغريات حكم العقل أو الإجماع .

ومنها : قولهم إن الشارع راعى الكثير من أعراف العرب واعتبر الإمام مالك عمل أهل المدينة إجماعاً كافياً ودليلاً شرعياً عند عدم النص .

والحقيقة أن ذلك لتوافق تلك الأعراف مع تعاليم الشارع وكشفها عنها لا غير لا لأنها مراجع أصلية يرجع إليها كمقررة للحكم الشرعي .

ولم أجد أدلة قوية أخرى يعتمد عليها في اليبين .

وخلاصة البحث :

إن العرف ليس أصلاً من أصول الفقه وإنما يرجع إليه في بعض المجالات للكشف عن السنّة أو تشخيص المرادات .

الشيخ محمد علي السخيري

(١) رسائل ابن عابدين ١١٣/٢ .

العرف
إعداد
الدكتور أبو بكر دو كوري

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مباحث العرف :

تشتمل هذه المباحث على الموضوعات التالية :

- ١ - تعريف العرف - الفرق بين العرف والعادة - الفرق بين العرف والإجماع .
- ٢ - تقسييمات العرف .
- ٣ - حجية العرف ومذاهب العلماء في اعتباره .
- ٤ - شروط اعتبار العرف وتحكيمه .

العرف في الفقه : من عرف الشيء إذا علمه فهو عارف به وعريف وتدور مادة «عرف» على معان كثيرة جداً .

أما العرف بضم العين فراء ساكنة فيطلق في اللغة على عدة معان كذلك منها : الجود واسم ما تبذله وتعطيه . وكذلك يطلق على موج البحر وعلى ما تعرفه النفس وتطمئن إليه ، قال في اللسان : «والعرف والعارفة والمعروف ضد المنكر وهو كل ما تعرفه النفس من الخير وتبسأ به وتطمئن إليه»^(١) ، ولعل هذا المعنى للعرف هو الذي يتناسب مع معناه الاصطلاحي .

أما العرف في اصطلاح الفقهاء فقد عرفوه بتعريفات متقاربة فقال بعضهم : «هو ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول» . وهذا التعريف اختاره الجرجاني^(٢) .

أما أبو زهرة فقد عرف العرف بأنه : ما اعتاده الناس من معاملات واستقامت عليه أمورهم^(٣) . وعرفه الشيخ خلاف ، فقال : هو ما تعارف عليه الناس وصار عندهم شائعاً سواء كان في جميع البلدان أو بعضها قولاً كان أو فعلاً^(٤) .

(١) راجع القاموس المحيط : ١٨٣/٣ ؛ لسان العرب المحيط : ٧٤٧/٢ .

(٢) راجع التعريفات : ص ١٣٠ .

(٣) أصول الفقه ، لأبي زهرة : ص ٢١٦ .

(٤) مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه : ص ١٤٥ .

الفرق بين العرف والعادة :

من العلماء من لم يفرق بين العرف والعادة، بل اعتبرهما مترادفين، قال ابن عابدين: «العادة والعرف بمعنى واحد». وقال خلاف: «والعرف والعادة في لسان الشرعيين لفظان مترادفان معناهما واحد».

كما ورد من عطف أحدهما على الآخر كقول بعض الفقهاء هذا الحكم ثابت بدلالة العرف والعادة، إنما هو من باب تعاطف المترادفات لإفادة التأكيد إذ لا تفيد كلمة العادة معنى غير معنى العرف وبمن ذهب إلى هذا الجرجاني^(١).

ومن العلماء من خصص العرف بالقول، والعادة بالفعل نسبة بعضهم إلى البخاري في كشف الأسرار^(٢).

ومن العلماء من يرى أن الصلة بين العرف والعادة هي العموم والخصوص المطلق بمعنى أن العادة أعم مطلقاً من العرف إذ كل عرف عادة وليس كل عادة عرفاً^(٣).

الفرق بين العرف والإجماع :

هناك شبه بين الإجماع والعرف وخاصة العرف العام، لذلك دأب بعض العلماء على ذكر فوارق بينها من ذلك :

أولاً: إن العرف يكفي في إثباته توافق غالب الناس على قول أو فعل بما فيهم العامة والخاصة. والإجماع لا يكون إلا من مجتهدى الأمة.

ثانياً: إن العرف لا يقدر فيه مخالفة البعض إذا اتفق عليه غالب الناس، أما الإجماع فإنه لا يتحقق إلا باتفاق جميع المجتهدين.

ثالثاً: إن الحكم الثابت بالإجماع كالحكم الثابت بالنص، بل أقوى منه فلا مجال لتغييره أما المستند إلى العرف فيتغير بتغير العرف.

رابعاً: إن العرف قد يكون فاسداً وذلك إذا خالف نصاً شرعياً أو غير ذلك مما يجعله غير معتبر بخلاف الإجماع، فإنه لا يكون فاسداً بأي حال من الأحوال لأن الأمة لا تجتمع على ضلالة^(٤).

(١) انظر: التعريفات: ص ١٣٠؛ ومصادر التشريع: ص ١٤٥؛ وأصول مذهب الإمام أحمد: ص ٥٢٢.

(٢) أصول مذهب الإمام أحمد: ص ٥٢٢ نقلاً عن كشف الأسرار.

(٣) راجع رسالة العرف والعادة للأستاذ أبو سنة: ص ١٣؛ والمدخل الفقهي العام، للأستاذ مصطفى الزرقاء: ٢٤١/٢.

(٤) مصادر التشريع فيما لا نص فيه: ص ١٤٦؛ وأصول مذهب الإمام أحمد: ص ٥٢٤.

تقسيمات العرف:

للعرف أقسام باعتبارات مختلفة:

ينقسم العرف - قسمة أولى - إلى عرف قولي و عرف عملي، فالعرف القولي هو أن يتفق أهل العرف على أن يراد من اللفظ غير معناه الأصلي الذي وضع له اللفظ في اللغة بحيث يتبادر إلى الذهن ذلك المعنى عند سماعه، مثال ذلك: تعارف الناس على إطلاق لفظ الولد على الذكر دون الأنثى مع أنه لغة يشمل الاثنين بشهادة الآية القرآنية: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلَّذِ كَرِ مِثْلَ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ﴾^(١).

وكتعارفهم على إطلاق لفظ اللحم على غير السمك مع أنه موضوع لما يشمل السمك أيضاً، قال تعالى: ﴿وَهُوَ الَّذِي سَخَّرَ الْبَحْرَ لِيَتَأْكُلُوا مِنْهُ لَحْمًا طَرِيًّا﴾^(٢).

والعرف العملي: هو ما جرى عليه الناس وتعارفوه في معاملاتهم وتصرفاتهم كتعارف الناس على البيع بالتعاطي دون صيغة لفظية لعقد البيع وتعارفهم على أن ما يدفعه الرجل لخطيبته يعتبر هدية لا يدخل في نطاق المهر.

وينقسم العرف بنوعيه القولي والفعلي - قسمة ثانية - إلى عرف عام و عرف خاص.

فالعرف العام: هو ما تعارف عليه أهل البلاد جميعاً كتعارفهم على الاستصناع واستعمال لفظ الطلاق في إنهاء رابطة الزوجية. وهذا النوع من العرف يترك به القياس عند الحنفية ويخص به العام.

والعرف الخاص: هو ما تعارف عليه أهل بلد معين أو طائفة معينة من الناس كتعارف التجار على إثبات الديون في دفاتر خاصة من غير إشهاد عليها واعتبار هذا حجة فيما بينهم. وهذا النوع من العرف ليس له قوة النوع الأول.

وينقسم العرف باعتبار أنواعه المتقدمة - قسمة ثالثة - إلى عرف فاسد و عرف صحيح. فالعرف الفاسد ما كان مخالفاً لأدلة الشرع وأحكامه الثابتة التي لا تتغير كتعارف الناس على شرب الخمر والتعامل بالربا ولعب القمار وخروج المرأة إلى الأماكن العامة بدون حجاب وغير ذلك من الأمور التي حرمها الشريعة لما يترتب عليها من المفساد الدينية والاجتماعية. فمثل هذا العرف لا يعتد به ولا تبنى على مثله الأحكام لأن اعتباره إهمال لنصوص قاطعة واتباع للهوى وإبطال للشرائع لأن الشرائع ما جاءت لتقرير المفساد، وإن تكاثر الأخذين بها يدعو إلى مقاوتها لا إلى الإقرار بها.

(١) سورة النساء: الآية ١١.

(٢) سورة النحل: الآية ١٤.

وأما العرف الصحيح فهو ما لم يعارض نصوص الشرع أو ما يشهد له الشرع بالاعتبار في الجملة، فمثل هذا العرف يعتبر ويعتد به في الاستنباط وتشريع الأحكام إذ عدم اعتباره وعدم الاعتداد به يوقع الناس في الضيق والحرج ويجعل الشريعة في روحها مجافية للغرض الذي جاءت به من أجله^(١).

حجية العرف ومذاهب العلماء في اعتباره:

اشتهر المذهبان الحنفي والمالكي في القول باعتباره حجة، وأنه أصل من الأصول التي يستند إليها في الأحكام، قال أبو زهرة: هذا أصل أخذ به الحنفية والمالكية في غير موضع النص^(٢). ولكن عند التحقيق يتبين أن جميع الفقهاء يعملون بالعرف في هذه الحالة وفي ذلك يقول القرافي: «أما العرف فمشارك بين المذاهب ومن استقرأها وجددهم يصرحون بذلك فيها»^(٣).

ومما يؤيد كلام القرافي هذا ما ذكره في شرح مقدمة المجموع: إن سبب تغير مذهب الإمام الشافعي بعد انتقاله إلى مصر يرجع إلى اختلاف الأعراف بين العراق ومصر فخالف بعض آرائه في العراق المبينة على العرف حين وجد عرف أهل مصر يخالف عرف أهل العراق^(٤). فهذا تصريح من علماء الشافعية على أن الإمام قد حكم بالعرف في بعض المسائل الفقهية.

وفيا يتعلق بالمذهب الحنبلي: فننقل ما قاله الدكتور عبد الله التركي في كتابه القيم «أصول مذهب الإمام أحمد»: «الحنابلة كغيرهم من أصحاب المذاهب يلاحظون العرف في كثير من فتاواهم وأحكامهم وخاصة في باب المعاملات لأنهم يتوسعون فيها ويعتبرون المعاني والمقاصد ولا يقطعون عند الألفاظ فقط، وفي صيغ العقود ينظرون كثيراً إلى ما تعارف عليه الناس، وفي الشروط في المعاملات والأنكحة يعتبرون المشروط عرفاً كالمشروط شرعاً لذلك يجرّون العرف مجرى النطق»^(٥).

يقول ابن القيم رحمه الله تعالى في أعلام الموقعين: «وقد أجرى العرف مجرى النطق في أكثر من مئة موضع» وذكر عدة أمثلة على ذلك^(٦).

(١) راجع الأشباه والنظائر، للسيوطي: ص ٩٣؛ الموافقات، للشاطبي: ٢/٢٨٣ وما بعدها.

(٢) راجع أصول الفقه، لأبي زهرة: ص ٢١٦.

(٣) راجع الفروق: ١/٧٦.

(٤) راجع مقدمة شرح المجموع، للنووي: ص ٦٧.

(٥) راجع أصول مذهب الإمام أحمد: ص ٥٣٣.

(٦) راجع أعلام الموقعين: ٢/٣٩٢ - ٣٩٤.

ومما تقدم يتبين أن الفقهاء قديماً وحديثاً باختلاف مذاهبهم قد أخذوا بالعرف واعتبروه دليلاً يبنى عليه كثير من الأحكام ومرجعاً في تفسير النصوص وبيان ما ترمي إليه .

يقول ابن العربي عند تفسير قول الله تعالى : ﴿ لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ ﴾^(١) :
العادة دليل أصولي بنى الله عليه الأحكام وربط به الحلال والحرام^(٢) .

ومن تتبع كتب القواعد الفقهية يجد كثيراً من الشواهد على مراعاة عرف الناس وعاداتهم في الأحكام الشرعية حتى أصبح من القواعد المقررة : «المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً» و«العادة محكمة» و«الثابت بالعرف كالثابت بالنص» .

فهذه العبارات وأمثالها لا تدع مجالاً للشك في أن العرف يرجع إليه حيث لا نص، بل ويرجع إليه في تطبيق النص وفهمه .

ومن تتبع كتب الفروع يجد الكثير من الأحكام والفتاوي مبنياً على العرف والعادة .

أدلة اعتبار العرف :

الفقهاء في اعتبارهم للعرف استدلوا على أمرين :

الأول : التأسى بالشارع الحكيم إذ أقر الكثير من أعراف العرب وعاداتهم قبل الإسلام بعد أن نظمها لهم كما هو الحال بالنسبة إلى بعض العقود كالبيع والإجارة والمضاربة وفرض الدية على العاقلة ولم يبلغ من ذلك إلا الفاسد الضار الذي لا يصلح للبقاء كالربا والميسر والتبني وحرمان النساء من الميراث ووأد البنات .

الثاني : بعض النصوص من الكتاب والسنة رأى فيها بعض العلماء دلالة على حجية العرف، من ذلك ما رواه عبد الله بن مسعود من أنه ﷺ قال : «ما رآه المؤمنون حسناً فهو عند الله حسن»^(٣) ، فقد استدل بهذا الحديث كل من الإمام السرخسي والكاساني وابن همام من الأحناف، وكذلك السيوطي من الشافعية وغيرهم على حجية العرف فإن هذا الأثر يدل بعبارته ومرماه على أن الأمر الذي يجري عرف المسلمين على اعتباره من الأمور الحسنة يكون عند الله أمراً حسناً لأن مخالفة العرف الذي يعده الناس حسناً يكون فيه حرج وضيق ولقد

(١) سورة الطلاق: الآية ٧ .

(٢) راجع أحكام القرآن: ١٨٣/٤ .

(٣) هذا الحديث أخرجه الإمام أحمد في مسنده والراجح وفقه على ابن مسعود، كما صرح بذلك كل من الأئمة السخاوي والعلاني والزبيلي، راجع نصب الراية: ١٣٣/٤ ، ١٣٤ ؛ والأشباه والنظائر، لابن نجيم: ص ٩٩ .

قال الله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾^(١).

وذكر ابن عابدين أن بعض العلماء استدل على اعتبار العرف بقول الله تعالى: ﴿حَذِّ الْعَوَّامِرُ بِالْعُرْفِ﴾^(٢)، فقال: كل ما شهدت به العادة قضي به لظاهر هذه الآية^(٣).

وبعد أن تقرر اعتبار العرف في الشريعة الإسلامية وأنه دليل يرجع إليه الفقيه إذا أعوزه دليل آخر أرجح منه بقي أن نعلم أن لهذا العرف الذي يقول به الفقهاء شروطاً لا بد من توفرها:

أولاً: أن يكون العرف غالباً مطرداً وفي هذا يقول ابن نجيم: «إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت»، ولذا قال الفقهاء في البيع لوباع بدرهم أو دنانير وكانا في بلد اختلفت فيه النقود مع الاختلاف في المالية والرواج انصرف البيع إلى الأغلب لأنه المتعارف فيصرف المطلق إليه.

قال السيوطي: «إنما تعتبر العادة إذا اطردت، فإن اضطربت فلا ومن هنا جاءت القاعدة الفقهية: «العبرة بالغالب الشائع لا بالنادر»^(٤).

ثانياً: ألا يخالف العرف نصاً من نصوص الشرع أو قاعدة من قواعده المقررة وفي هذا يقول الإمام السرخسي: «وكل عرف ورد النص بخلافه فهو غير معتبر»^(٥). والمخالفة القادحة في العرف هي ما إذا كان في العمل به إبطال للنص من كل وجه وبالكلية. أما إذا لم يكن كذلك كما إذا كان النص عاماً وكان هناك عرف يخالفه في بعض أفراده إنه يعمل بها معاً ويكون العرف في هذه الحالة مخصصاً للنص لا مبطلاً له ولذلك جوز الفقهاء الاستصناع لتعارف الناس عليه وتعاملهم به مع أن النص ورد بالنهي عن بيع الإنسان ما ليس عنده وهو صادق على الاستصناع فعمل بمقتضى النص في غير الاستصناع وعمل بالعرف في الاستصناع.

ثالثاً: ألا يكون هناك اتفاق بين المتعاقدين على استبعاد العرف.

إذا صرح المتعاقدان أو اتفقا على استبعاد ما يتعارف عليه الناس في بعض المعاملات نفذ الاتفاق وأهمل العرف. فمثلاً لو كان هناك عرف على أن تكون مصاريف تسجيل العقد

(١) سورة الحج: الآية ٧٨.

(٢) سورة الأعراف: الآية ١٩٩.

(٣) راجع أصول الأحكام: ص ١٤١.

(٤) الأشباه والنظائر، للسيوطي: ص ٩٢.

(٥) راجع المبسوط: ١٩٦/١٢.

أو نفقات شحن البضاعة على المشتري واتفق العاقدان على أن يكون ذلك على البائع عمل بهذا الاتفاق بالإجماع ولا عبء بالعرف .

يقول العز بن عبد السلام : «كل ما ثبت في العرف إذا صرح المتعاقدان بخلافه بما يوافق مقصود العقد صح»^(١) .

رابعاً: أن يكون العرف الذي تحمل عليه الصيغ والنصوص والتصرفات موجوداً وقت ورودها فلا عبء بالعرف المتأخر الطارئ على التصرف أو النص .

يقول السيوطي : «العرف الذي تحمل عليه الألفاظ إنما هو المقارن أو السابق دون المتأخر»^(٢) .

ويقول الشاطبي في الموافقات : «إن العوائد تختلف باختلاف الأعصار والأمصار لا يصح ، أن يقضى بها على قوم حتى يعرف أنها عاداتهم ويثبت ذلك ، فلا يقضى على من مضى بعادة ثبتت متأخرة»^(٣) .

خامساً: أن يكون العرف عاماً لا خاصاً وهذا الشرط محل اختلاف بين الفقهاء .

قال السيوطي : «العادة المطردة في ناحية هل تنزل عاداتهم منزلة الشرط فيه صور منها: لو جرت عادة قوم بقطع الحصرم قبل النضج فهل تنزل عاداتهم منزلة الشرط حتى يصح بيعه من غير شرط القطع؟ وجهان أصحهما: لا ، وقال القفال: نعم»^(٤) .

واشترط العموم في العرف هو مذهب جمهور الحنفية والشافعية به صرح القرافي من المالكية وابن حجر الهيثمي^(٥) .

سادساً: أن يكون العرف ملزماً. أي يتحتم العمل بمقتضاه في نظر الناس وهذا الشرط زاده بعضهم فاعتبر أن العرف المعتبر يختص بالعرف المثبت لحق من الحقوق لقيامه مقام الشرط أو العقد ومثلوا له بالهدايا في الأعياد والأعراس والمناسبات المختلفة إذا كان هناك عرف واعتياد في المكافأة عليها لزم ذلك في الفتيا والقضاء^(٦) .

(١) راجع قواعد الأحكام: ١٥٨/٢ .

(٢) راجع الأشباه والنظائر: ص ١٠٦ .

(٣) راجع الموافقات: ٢٢٠/٢ .

(٤) راجع الأشباه والنظائر: ص ١٠٣ .

(٥) راجع المصدر السابق والفتاوي الكبرى: ٥٧/٤ .

(٦) راجع أصول الأحكام: ص ١٣٩ .

سابعاً: هناك شرط آخر ذكره ابن عابدين في رسالة العرف وهذا الشرط يتعلق بمن يحكم بالعرف أو يفتي به، وفي ذلك يقول: «وكذلك المفتي الذي يفتي بالعرف لا بد له من معرفة الزمان وأحوال أهله ومعرفة أن هذا العرف خاص أو عام وأنه مخالف للنص أولاً ولا بد له من التخرج على أستاذ ماهر ولا يكفيه مجرد حفظ المسائل والدلائل»^(١).

* * *

وبعد أن عرفنا العرف وآراء العلماء في اعتباره بقي أن نعرف أن الحكم المبني على العرف يتغير تبعاً لتغير الأصل الذي بني عليه.

وفي هذا يقول القرافي: «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 إلى سكة أخرى لحمل الثمن في البيع عند الإطلاق على السكة التي تجددت العادة بها دون ما قبلها إلى أن يقول: «وبهذا القانون تعتبر جميع الأحكام المركبة على العوائد وهو تحقيق مجمع عليه بين العلماء لا خلاف فيه»^(٢).

وتبعاً لذلك، فالمجتهد يغير رأيه في المسألة الواحدة لتغير العرف الذي بني عليه الحكم، كما حدث للإمام الشافعي رحمه الله تعالى بعد انتقاله من العراق إلى مصر.

وقد يخالف فقهاء المذهب الواحد صاحب المذهب في أحكام بنيت على العرف بعد أن اختلف وتغير كما حدث بالنسبة للإمام أبي حنيفة وصاحبه محمد بن الحسن وأبي يوسف، فقد خالفاه في كثير من الأحكام نتيجة لهذه القاعدة.

ومن أمثلة ذلك اختلف الإمام وصاحبه فيما لو غضب شخص ثوباً وصبغه بلون أسود، فقد اعتبره أبو حنيفة نقصاناً في قيمته، وقال الصحابان إنه زيادة. ومرجع هذا الاختلاف العرف. حيث كان فتوى الإمام أبو حنيفة في زمن الأمويين وكانوا يكرهون لبس السواد فكان مذموماً وكانت فتوى الصحابين على عهد العباسيين وكان شعارهم السواد فكان ممدوحاً^(٣).

ومن أمثلة مخالفة المتأخرين للمتقدمين في بعض الأحكام الفقهية نتيجة لتغير العرف أخذ الأجرة على تعليم القرآن الكريم، فقد كان القدامى يجرمونونه لأنه طاعة وعبادة، وهذا الحكم كان مناسباً للزمان الذي صدر فيه هذا الحكم إذ كان لمعلمي القرآن الكريم رواتب من بيت

(١) راجع أصول الفقه، لأبي زهرة: ص ٢١٩ نقلاً عن ابن عابدين.

(٢) راجع الفروق: ١٧٦/١.

(٣) راجع أصول الأحكام: ص ١٤٣ نقلاً عن مجمع الضمانات.

مال المسلمين ولكن بعد أن تغير هذا العرف وانقطع ما كان مخصصاً لهم في بيت المال أفتوا بجواز أخذ الأجرة على تعليم القرآن والإمامة والأذان .

وقد عقد ابن القيم – رحمه الله – فصلاً في تغير الفتوى واختلافها بحسب تغير الأزمنة والأمكنة والأحوال والنيات والعوائد وبين في مطلع هذا الفصل أن الشريعة مبنية على مصالح العباد، فما كان من مصلحة فهي محصلة له وما كان من مفسدة فهي نافية له وأنها كلها عدل ورحمة. ثم ضرب أمثلة كثيرة على تغير الفتوى واختلافها بحسب تغير الأزمنة والأمكنة والأحوال والنيات والعوائد وأفاض في ذلك كثيراً.

الدكتور أبو بكر دوكوريج

منزلة العرف في التشريع الإسلامي

إعداد

الشيخ محمد عبده عمر

باحث عام

في المركز اليمني للأبحاث والثقافة

بوزارة الإعلام والثقافة - عدن

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله . والصلاة والسلام على سيدنا محمد وآله وسلم .

وبعد :

فهذا بحث في موضوع : «العرف» مقدم إلى الدورة الخامسة . لمجلس مجمع الفقه الإسلامي الذي سيعقد بدولة الكويت الشقيق . من ١٠ - ١٥ ديسمبر ١٩٨٨ م . بقلم محمد عبده عمر : عضو المجمع .

وقد وضعت خطة البحث كالآتي :

- ١ - الفصل الأول : تعريف : العرف في الاصطلاح اللغوي والفقهية .
 - ٢ - الفصل الثاني : منزلة العرف في التشريع الإسلامي .
 - ٣ - الفصل الثالث : دور العرف في الفقه الإسلامي والشروط التي قيد بها الفقهاء .
 - ٤ - الفصل الرابع : النظرة الفقهية بين الفقهاء للعرف اللفظي والعملية بين المذاهب .
- وقبل الدخول في صلب البحث نقل بعض العبارات الفقهية لكبار العلماء المجتهدين نصاً :

قال الشهاب القرافي في كتاب الفروق ٢٨ - المسألة الثالثة/١٧٧، ما نصه : «الجمود على المنقولات أبداً ضلالاً في الدين وجهلٌ بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضين» ويقول ابن القيم رحمه الله في فصل تغير الفتوى واختلافها بحسب تغير الأزمنة والأمكنة والأحوال والنيات والعوائد : «هذا فصل عظيم النفع جداً وقد وقع بسبب الجهل به غلط عظيم على الشريعة أوجب من الحرج والمشقة وتكليف ما لا سبيل إليه ما يعلم أن الشريعة الباهرة في أعلى رتب المصالح لا تأتي به . فإن الشريعة مبناها وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد وهي عدل كلها ورحمة كلها ومصالح كلها وحكمة كلها . فكل مسألة خرجت من العدل إلى الجور وعن الرحمة إلى ضدها وعن المصلحة إلى المفسد وعن الحكمة إلى العبث فليست من الشريعة وإن أدخلت فيها بالتأويل» . أعلام الموقعين : ١/٩٣٦؛ المدخل ، للزرقاء .

**

الفصل الأول

تعريف: العرف في الاصطلاح اللغوي والفقهي

العرف لغة:

هو التابع الذي ينشأ من العادة التي تستقر في نفس الشخص من تكرار أمر معين من الأمور، فإذا تعارف الناس هذه العادة وقلدوها وتكررت محركاتهم لها في مكان معين أو بين طائفة معينة أو أبناء مهنة معينة صارت هذه العادة عرفاً أي استقر عليها العمل جيلاً بعد جيل، وكما يجري العرف اللغوي في الأفعال يجري بالأقوال أيضاً فالإنسان بطبيعته مضطر إلى التفاهم مع من يعيش بينهم ولا بد من التعبير بها حتى تصبح لغة عامة بينهم، ثم بتوسع الصناعات والعلوم يصبح التعبير باللغة العامية الأصلية في هذه الصناعات والعلوم. ولهذا السبب نجد أهل الحرف أو العلوم يلجؤون إلى استعمال لغة وألفاظ خاصة بهم يصطلحون عليها بطريق الابتداء أو بطريقة التداول المتكرر للدلالة على معان وأشياء تفهم بسهولة من هذه الألفاظ الاصطلاحية التي لا يقوم مقامها في الدلالة إلا شرح طويل، ولا بد من التعبير بالألفاظ التي هي أصوات اعتاد الناس التعبير بها، وغالباً ما يكون أصل الألفاظ العرفية مجازات لغوية لا يفهم المراد منها إلا بقرينة، ثم يتكرر استعمالها فتصير مجازات مشهورة ومنتشرة بين الناس ثم يزداد شيوع الاستعمال حتى يفهم منها المراد بدون قرينة وبنفس الوقت تهجر معانيها الحقيقية. نخلص مما تقدم: بأن العرف في الحقيقة اللغوية عادة الجماعة المتكررة في فعل أو قول من غير علاقة أو رابطة ذهنية مسبقة^(١).

أما في الاصطلاح الفقهي:

فقد عرفه الفقهاء بأنه عادة جمهور قوم في قول أو عمل: ثم توسعوا في تعريفهم للعرف، فقالوا: إن العادات التي تنتشر في البلاد وبين الناس أو بين أصناف مخصوصة من الناس لا تنشأ عن سبب واحد ولكن معظم هذه العادات إنما تنشأ عن الحاجة التي تعرض للناس لظروف

(١) انظر محمد زكريا البرديسي. أصول الفقه: ص ٣٢٩، الزرقا، المدخل: ص ٨٤٩؛ محمد موسى، المدخل: ص ١٩٢ - ١٩٥.

خاصة بهم تدعوهم إلى عمل خاص فيما بينهم فيتكرر العمل حتى يصبح عرفاً، ومعلوم بأن للعادة والأعراف سلطاناً قوياً على النفوس وتحكم العقول فمتى رسخت هذه العادة اعتبرت من ضروريات الحياة، ومن هنا قال بعض علماء النفس إن الأمر بكثرة تكراره تألفه الأعصاب والأعضاء ولا سيما إذا اقتضته الحاجة حتى يكون طبيعة ثانية للإنسان. وهنا نجد التطابق بين نظرة علماء النفس والسادة الفقهاء، الذين يقولون: بأن نزاع الناس عن عاداتهم حرجاً عظيماً. ويعنون بذلك: العادات التي لا تعارض كتاباً ولا سنة ولا مصلحة عامة للمجتمع أما العادات التي تتعارض مع الكتاب والسنة أو مع المبادئ الشرعية العامة أو دليل من أدلتها فإنه لا عبرة لها إلا أن فقهاء الإسلام يرشدون بعدم أخذ الناس بغير الوسائل التربوية التي جاء بها الإسلام، والأخذ بالأسلوب التدريجي لتحويلهم عن مفاسد عاداتهم وأعرافهم. وفي هذا المعنى جاء قول السيدة عائشة رضي الله عنها واصفاً سياسة التشريع الإسلامي: إنما نزل أول ما نزل من القرآن سورة فيها ذكر الجنة والنار ولو نزل لا تشربوا الخمر ولا تنزوا لقالوا: لا ندع الخمر ولا الزنى ولكن نزلت سورة فيها ذكر الجنة والنار حتى إذا تاب الناس إلى رشدهم نزل بعد ذلك الحلال والحرام. ولما كانت العادة وليدة الحاجة، والحاجة تختلف باختلاف في البيئة والمكان والزمان انقسم العرف في اصطلاح الفقهاء إلى عرف عام وإلى عرف خاص تبعاً لمدى انتشاره بين الناس سواء من حيث الوسط الاجتماعي أو من حيث المكان ويقول الفقهاء: إن العرف يجري بين الناس في أعمال معينة ألفاظ وتراكيب لغوية معينة في معنى معين. ومن هنا كان العرف في اصطلاح الفقهاء عرفاً عملياً و عرفاً لفظياً أو قولياً وهو - أي العرف - تابع للعادة وناشئ عنها والعادة قد تكون حسنة وقد تكون قبيحة فيأتي العرف حسناً أو قبيحاً لذلك، ونخلص مما تقدم إلى أن العرف في اصطلاح الفقهاء: هو ما اعتاده الناس وألفوه وساروا عليه في أمورهم فعلاً كان أو قولاً دون أن يعارض كتاباً ولا سنة. وواضح من هذه الخلاصة بأن العرف في اصطلاح الفقهاء يختلف عن الإجماع وعن الاستحسان والاستصحاب للأصل . . .

**

الفصل الثاني

مَنْزِلَةُ الْعُرْفِ فِي التَّشْرِيعِ الْإِسْلَامِيِّ

لما كانت الشريعة الإسلامية لها مقاصد معينة شرعت وأنزلت من أجلها: وهو جلب المنافع للناس ودفع الضرر عنهم كان الشارع الحكيم هو وحده الذي يحدد معيار النفع والضرر أو الصلاح والفساد ومن ثم فإن فقهاء التشريع الإسلامي أجمعوا على أن العرف الصحيح الذي يحتاج به هو العرف الذي يتفق ومقاصد الشريعة ولا يخالف الشريعة ولا يخالف دليلاً أو أصلاً شرعياً. كما وضعوا له شروطاً أخرى سنعرض لها في مواضعها من هذا البحث إن شاء الله. أما مستند العرف فقد استدلل الفقهاء على أنه مصدر من مصادر التشريع الإسلامي بأدلة منها قوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلْ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الآية ٨٧ من سورة الحج].

فالآية الكريمة في رأي الفقهاء تشير إلى أن المشرع إذا لم يراع عند تشريع الأحكام ما تعودوه الناس وعرفته العقول الناضجة والفطر السليمة مما لا يعارض كتاباً ولا سنة ولا إجماعاً، أو وضع الناس في الضيق والمشقة والحرج. ومن هنا فإن اعتبار العرف مصدراً من مصادر التشريع الإسلامي راجع إلى أصل رفع الحرج الثابت بالآية الكريمة. أما السنة فقد ثبت عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال: «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن»^(١)، فالحديث يدل على أن الأمر الذي يجري عليه المسلمون يعتبر من الأمور الحسنة عند الله يرجع إليه ويعمل به. واتفق فقهاء التشريع الإسلامي على أن العرف مستنداً عظيماً لكثير من الأحكام الفقهية العملية بين الناس في شتى شعب الفقه وأبوابه، وأن العرف في نظر الشريعة الإسلامية له سلطان واسع المدى في توليد الأحكام وتغييرها وتعديلها وتحديدها وإطلاقها وتقييدها لأن العرف وليد الحاجة المتجددة والمتطورة حتى يكون العرف بطبيعته نظاماً حاكماً تدور به وعليه عجلة المعاملات بين الناس ويكشف عن معاني كلامهم ومراميه ويرسم حدود الحقوق والالتزامات، ويوضح محجة القضاء، ويثري كثيراً من النصوص التفصيلية في الأحكام التشريعية والالتزامات اعتماداً على ما هو معروف ومألوف في شتى الوقائع والأفضية كما يغني نصوص

(١) انظر الاعتصام، للشاطبي: ٩٩/٢، وما بعدها.

التشريع والتقنين التي لا تستوعب جميع الوقائع التفصيلية الواقعة والمحتملة، خاصة وإن كثيراً من الأحكام الفقهية مبني على العرف ويتبدل فيه الحكم بتبدل العرف بحيث لا يمكن بدون العرف ترتيب حكم ثابت فيه. والمتبع لكتب الفقه الإسلامي قلما يجد باباً من أبواب الفقه لا يكون فيه للعرف مدخلاً أساسياً في أحكامه حتى فقه الجرائم والجنايات، ومعلوم بأن الأحكام الاجتهادية التي يقف عليها الفقهاء المجتهدون استنباطاً وتخريجاً عند عدم النص الشرعي، إما أن تكون ثابتة بطريق القياس النظري على حكم أوجبه الشارع بالنص لا اتحاد العلة بين الحكم المقيس عليه والمقيس، وإما أن تكون ثابتة بطريق الاستحسان أو الاصطلاح عندما لا يوجد حكم مشابه منصوص يقاس عليه كما أن الاجتهادات الإسلامية تكاد تكون متفقة على أن الحكم القياسي يترك للعرف ولو كان عرفاً حادثاً لأن المفروض عندئذ أن هذا العرف لا يعارضه نص خاص ولا عام معارضة مباشرة. والعرف في نظر الفقهاء دليل الحاجة فهو أقوى من القياس فيترجح عليه عند التعارض. ومعلوم بأن ترجيح العرف على القياس يعتبر عند الحنفية والمالكية من قبيل الاستحسان الذي تترك فيه الدلائل القياسية لأدلة أخرى منها العرف، وإذا كان العرف يترجح عند السادة فقهاء الأحناف والمالكية على القياس الذي يستند إلى نص تشريعي غير مباشر فهذا يدل دلالة واضحة على أن العرف يترجح أيضاً على الاستصلاح الذي لا يستند إلى نص بل مجرد المصلحة الزمنية التي هي عرضة للتبدل بحسب اختلاف الأزمنة وما يجد فيها من أوضاع ومقتضيات. ومن هنا نص الفقهاء على أن نصوص التشريع تنبئ بأن العرف في ميدان الأفعال والمعاملات له السلطان المطلق والسيادة التامة في فرض الأحكام وتقييدها وتحديد آثار العقود والالتزامات على وفق المتعارف عليه في كل موطن لا يعارض فيه العرف نصاً تشريعياً. فالعرف عندئذ يعتبر مرجعاً ومنبعاً خصباً للأحكام. ونخلص مما تقدم بأن العرف الصحيح يعتبر مصدراً أساسياً من المصادر التبعية للتشريع الإسلامي وينبوعاً لمعرفة القرائن العرفية ومسائل تغير الزمان الذي تتبدل فيها الأحكام بحسب الأحوال والأخلاق العامة وأن العرف مقدم على القياس المستند إلى الشبه الذاتي في العلل بين الأحكام المنصوص عليها والأحكام المقيسة ويتضح لنا أيضاً بأن الأحكام القياسية تتبدل بتبدل العرف عندما تكون علة القياس نفسها مبنية على العرف فعندئذ يكون هذا التبدل في الحكم تبعاً لتبدل العرف ليس خروجاً على القياس بل تمثيلاً معه . . .

**

الفصل الثالث

دور العرف في الفقه الإسلامي والشروط التي فتّده بها الفقهاء

مما لا شك فيه بين فقهاء التشريع الإسلامي، بأن العرف قد قام بدور هام في تفسير ألفاظ الأحكام وإنشاء أحكام جديدة وتعديل أحكام قائمة. ومن هنا قال علماء الأصول بأن ما اعتاده الناس وتعارفوا عليه ولم يكن معارضاً لكتاب ولا سنة تجب مراعاته عند التشريع وعلى المجتهد أن يجعله نصب عينيه وعلى القاضي أن يفتن إليه ويبيّن قضاءه عليه لأن القرآن والسنة المطهرة قد راعيا الصحيح من عرف الناس، فأقرا الكثير من الأمور التي تعارف عليها الناس قبل الإسلام بعد أن هذبها وأدخل عليها بعض الإصلاحات، ففرض الدينة على العاقلة وبنى الإرث على القرابة حتى صار العرف الصحيح الذي يتفق مع مقاصد الشريعة أصل من الأصول التي اعتمد عليها الفقهاء على اختلاف مذاهبهم في الفتاوي والأحكام، حتى جرى عرفاً على ألسنتهم وفي مؤلفاتهم قولهم: المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً. وقولهم: العرف عادة محكمة ونحن إذا استقصينا مذاهب الأئمة المجتهدين نجد أن فيها الكثير من الأحكام التي روعي فيها العرف الصحيح فهذا المذهب المالكي نجده من خلال فقه المذهب يبيّن الكثير من أحكام على عمل أهل المدينة، وهذا هو رأي الإمام مالك رأي عنه ورأي أتباع المذهب من بعده، وليس لهم مستند غير العرف الذي ساروا عليه وألفوه أهل المدينة بعد عصر النبوة. كما نجد الإمام الشافعي رضي الله عنه يغير بعض الأحكام التي كان قد قال بها وذهب إليها عندما كان في بغداد بعد أن استقر به المقام في مصر وذلك بناء على اختلاف العرف في البلدين، كما نجد الأحناف يراعون العرف في كثير من الأحكام ففي المذهب نجد بأنه إذا اختلف المتداعيان ولا بينة لأحدهما، فالقول عندهم يكون لمن يشهد له العرف وإذا اختلف الزوجان على المقدم والمؤخر من الصداق^(١) فالحكم عندهم للعرف.

وفي المذهب أيضاً أن من حلف ألا يأكل لحماً فأكل سمكاً لا يحنث بناء على العرف بل

(١) انظر الأشباه والأنظار، لابن نجيم آخر كتاب القضاء، المراجع السابقة؛ الزرقاء: ص ٨٥٣ - ٨٦٨.

نجد الحنفية يختلفون على أنفسهم في حكم المسألة الواحدة تبعاً لاختلاف العرف؛ فقد روي عن الإمام أبي حنيفة رضي الله عنه أنه قال: لا يتحقق الإكراه إلا من السلطان بينما يرى الصحابان أبو يوسف ومحمد بن الحسن الشيباني بأن الإكراه كما يتحقق من السلطان يتحقق من غيره.

وهذا الخلاف العرفي عندهم مبني على تباين العرف في العصرين، ففي عصر أبي حنيفة لم تكن القدرة والمنعة إلا السلطان وفي عصر الصحابين صار كل ظالم قادر على إيقاع ما هدد به من الأذى والمكروه. ومن ذلك ما عرف من اتفاق علماء الحنفية القدامى من عدم جواز أخذ الأجرة على الإمام في الصلاة وعلى الأذان، لأن الأذان عبادة وطاعة لا يجوز أخذ الأجرة عليه وهذا الحكم من عدم أخذ الأجرة على الإمامة في الصلاة مبني على العرف؛ إذ كان العرف يقضي بأخذ الأئمة في الصلاة هبات من الملوك والحكام فلما انقطعت تلك الهبات من بيت المال وتغير الحال أباح المتأخرون من الحنفية أخذ الأجرة على الطاعات ومنها الإمامة في الصلاة والأذان وتعليم القرآن فنجد أن تغاير الحكم بين العلماء القدامى والمتأخرين منشؤه اختلاف في العرف في زمانها والمتبع لفتاوى الفقهاء وأحكامهم يجسد البعض منهم من يخصص النص أو القاعدة الفقهية العامة بالعرف، ومن هذا الباب أجازوا الاستصناع لجريان العرف به وإن كان مخالفاً للقواعد العامة التي تقضي بوجود المعقود عليه مخصصين هذه القاعدة العامة بالعرف، وقد أجاز الحنفية بيع مكيف الهواء بشرط تعهد البائع بإصلاحه مدة معينة مع أن هذا مخالف لما روي عن النبي ﷺ من النهي عن البيع بشرط، وذلك منهم تخصيصاً للنص بالعرف. وذلك أن العرف قد جرى على اعتبار ذلك: أي ذلك الشرط في العقود والتصرفات.

وقد جاء كثير من أحكام النصوص الشرعية يدعم العرف في كيفية طرق التعامل الذي تقتضيه طبيعة المجتمع الإنساني متقياً لأكمل ما كان موجوداً منها في تحقيق الغرض المقصود منه. ومن المسلم به بأنه قد كان للأمة العربية التي نزل عليها القرآن وظهر فيها التشريع الإسلامي أعرافاً يحكمون بها ويسرون عليها كما كانت لهم ضوابط يرجعون إليها في خصوماتهم وقضائهم، فجاء الإسلام فهذب فيها وعدل وألغى وبدل. وليس في ذلك ما يضر بالتشريع الإسلامي واستقلاله في التشريع خاصة إذا علمنا بأن الإسلام دين يراد به تدبير مصالح العباد وتحقيق العدالة وحفظ الحقوق ولم يأت ليهدر كل ما كان عليه الناس ليؤسس على أنقاضه بناءً جديداً لا صلة له بقطرة البشر وما تقتضيه سنن الاجتماع وإنما كان ينظر إليها من جهة ما فيها من مصالح ومضار فما كان منها صالحاً أبقاه وأقره، وما كان منها ضاراً مفسداً للمال أو للاجتماع نهى عنه وحرمه، وما احتاج منها إلى التنقيح والتهديب أدخل عليه من التهديب

(١) الزرقاء المدخل: ص ١٤٩، و١٥٣؛ أبو زهرة، مالك: ص ٢٥٠.

ما جعله صالحاً كفيلاً بصلاح الناس، وقد يقر الشيء نظراً للتعامل الشائع ويشرع من جانب آخر ما يوحى بإنهائه أو بعدم الرغبة فيه، وذلك كما صنع في الرق الذي لم يأت به الإسلام بل كان عرفاً متعارفاً عليه قبل مجيء الإسلام وحث على العتق وتحرير العبيد وطلب في مواضع كثيرة تكفير الذنوب والخطايا بالعتق مثل أحكام كفارة اليمين والقتل الخطأ والإفطار في رمضان والظهار ورتب عليه في ذاته درجات عظيمة من المثوبة عند الله وأباح أيضاً قتل الأسرى جريماً على قاعدة المعاملة بالمثل ولكن لم يجعل التشريع الدائم وإنما جعل التشريع الدائم فيها المن والفداء، ومثال ما ألغاه من الأعراف الفاسدة كنظام التبني الذي كان متعارفاً عليه بالجاهلية.

ومن المقرر في فقه الشرعية أن لتغيير الأوضاع والأحوال الزمنية تأثيراً كبيراً في كثير من الأحكام الاجتهادية التي تنظم ما أوجبه الشرع من تحقيق إقامة العدل بين الناس وجلب المصالح لهم ودرء المفاسد عنهم وبالتالي فإن هذه الأحكام الاجتهادية ذات ارتباط وثيق بالأوضاع والوسائل الزمنية وبالأخلاق العامة فكم من حكم اجتهادي كان تدبيراً وعلاجاً ناجعاً لبيئة في زمن معين فأصبح بعد جيل أو أجيال لا يوصل إلى المقصود منه أو أصبح يفضي إلى عكسه بتغير الأوضاع والوسائل والأخلاق، ومن هنا أفنى الفقهاء المتأخرون من شتى المذاهب الفقهية في كثير المسائل بعكس ما أفنى به أئمة مذاهبهم وفقاؤهم، وصرح هؤلاء المتأخرون بأن سبب اختلاف فتواهم عن سبقهم هو اختلاف الزمان وفساد الأخلاق فليسوا في الحقيقة مخالفين للسابقين من فقهاء مذاهبهم بل لو وجد الأئمة الأولون في عصر المتأخرين ورأوا اختلاف الزمان والأخلاق لعدلوا إلى ما قاله المتأخرون.

إن مما تقدم بيانه من الاعتبار الشرعي للعرف وماله من سلطان في ميدان الأحكام العملية بين الناس توليداً وتحديداً مشروطاً بشرائط يجب توافرها في العرف لكي يكون له هذا السلطان، وتلك الشرائط التي يذكرها الفقهاء والأصوليون في مناسباتها المختلفة هي:

(١) أن يكون العرف مطرداً أو غالباً. (٢) أن يكون العرف مقارناً أو سابقاً. (٣) أن لا يخالف دليلاً أو أصلاً من أدلة وأصول الشريعة الإسلامية. ويقصد بالمراد العرف: بأن يكون جريان العمل به حاصلًا في أكثر الحوادث وغالبًا في معاملات الناس ويستوي في ذلك أن يكون العرف خاصاً ببلد معين أو أبناء مهنة معينة أو يكون عاماً منتشرًا بين جميع الناس في سائر البلاد الإسلامية. ويقصد بكون العرف مقارناً أو سابقاً: أن يكون العرف الذي يحكم الواقعة موجوداً وقت وجودها حتى يصبح حملها عليه، وعلى ذلك فلا عبرة بالعرف الطارئ ويستوي في ذلك العرف اللفظي والعرف العملي سواء كان عرفاً خاصاً أم عاماً. . .

**

الفصل الرابع

النظرة الفقهية بين الفقهاء للعرف اللفظي والعرف العملي بين المذاهب

لقد نظر الفقهاء والأصوليون إلى العرف اللفظي نظرة اعتبار فقهية، وأن معنى لفظ المتكلم ينصرف إلى المعاني المقصودة بالعرف حين التكلم وإن خالفت المعنى الحقيقي لها في اللغة والمعنى الاصطلاحي لها في الفقه، فإن الحقيقة ترك للدلالة على العادة وهذا ما قرره ابن عابدين: ١٣٣/٢. من الرسالة حيث قال: يحمل كلام الخالف والناذر والموصي والواقف وكل عاقد على لغته وعرفه وإن خالفت لغة العرب ولغة الشارع وينبغي على ذلك أن ما تعارف عليه العوام من أساليب تفيد معنى العقد أو تعليقه أو تنجيذه أو معنى الإذن أو الإجارة إلخ. يعتبر هو المعنى المقصود ولو خالف المعنى اللغوي في الفصحى وبطبيعة الحال يختلف معنى اللفظ في اللغة العامية من مكان إلى آخر فتكون العبرة في كل مكان بعرفه في التخاطب والعبرة في المعنى العرفي بالمعنى الموجود وقت صدور التصرف القانوني وعلى ذلك فالألفاظ التي تصدر عن التصرف في التصرفات القانونية سواء كانت تتم بإرادة منفردة كالوصية أم بإرادتين كعقود المعاوضة. فإنها تحمل على المعنى العرفي لهذه الألفاظ وتفسر النصوص والتصرفات التي تمت في ظل العرف القديم على المعنى القديم. أما التصرفات التي تتم في ظل المعنى العرفي الجديد فإن ألفاظها تفسر في ضوءه وهذا ما عبر عنه ابن نجيم في الأشباه والنظائر ١٢٢/١. بقوله: العرف الذي تحمل عليه الألفاظ إنما هو المقارن السابق دون المتأخر ولذلك قالوا لا عبرة بالعرف الطارئ. وبالمثل يجب أن نفهم النصوص التشريعية بحسب تداولها اللغوي والعرفي وقت صدور النص ولا عبرة بتبديل مفاهيم الألفاظ نتيجة لعرف متأخر ولذا قال القرافي: إن دلالة العرف مقدمة على دلالة اللغة لأن العرف ناسخ للغة والناسخ مقدم على المنسوخ فكما أن عقد البيع يحمل فيه الثمن على النقود المعتادة ولا عبرة في عقد البيع لتبديل العادات بعده في النقود. وكذلك نصوص الشريعة لا يؤثر فيها إلا ما قارنه من العادات.

والحال كذلك في النظرة الفقهية للأعراف العملية فما يعد عيباً في البيع وما يعتبر من توابعه... إلخ. يرجع فيه إلى العرف الجاري وقت صدور البيع لأن المعروف عرفاً كالمشروط

شروطاً ولا عبءاً بما يحدث من تغيير في العرف في وقت لاحق، وهذه القاعدة عبر عنها الفقهاء في كتبهم بصيغ مختلفة منها قولهم الثابت بالعرف كالثابت بالنص ونحو ذلك. غير أنه يجب التنبيه هنا على القاعدة القائلة والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً^(١). ذلك أن المتبع لكتب الفروع الفقهية يجد أن الفقهاء قد وضعوا قيداً هاماً هو أن لا يصدر عن المتعاقدين تصريح بخلاف العرف، فإن صدر هذا التصريح وجب العمل به وترك العرف. وعللوا ذلك بأن تطبيق ما يجري عليه العرف يرجع إلى أن سكوت المتعاقدين عن ذكره صراحة إنما حدث اعتماداً على مقصودهما وبطلت القرائن الأخرى المخالفة للعرف. ويكون العرف هنا من قبيل الدلالة فإذا أصدر تعبير صحيح عن المتعاقدين أو أحدهما دل ذلك على مقصودهما أيضاً وبطلت دلالة العرف لأن القواعد المقررة عند الفقهاء أنه لا عبء للدلالة في مقابل التصريح، ولذلك قالوا بأن كل ما يثبت بالعرف إذا صرح المتعاقدان بخلافه بما يوافق مقصود العقد ويمكن الوفاء به صح. فلو شرط المستأجر على الأجير أن يستوعب النهار بالعمل من غير أكل وشرب ويقطع المنفعة لزمه ذلك.

وقد نص الشرط الثالث من الشروط المتقدم ذكرها: بأن لا يخالف العرف دليلاً أو أصلاً شرعياً. ومخالفة العرف للدليل أو أصل شرعي تظهر في حالات ثلاث: ١ - مخالفة نص خاص في الكتاب أو السنة. ٢ - مخالفة نص عام. ٣ - مخالفة حكم بني على الاجتهاد: القياس: الاستحسان. المصالح المرسله... إلخ.

١ - مخالفة العرف لنص تشريعي خاص:

حرم الشارع بعض صور المعاملات التي جرى عليها العرف في العصر الجاهلي وخص هذه التصرفات بنصوص وردت بخصوصها. ومن أمثلة ذلك تحريم التبي: بيع المنابذة والملازمة وإلقاء الحجر. وتحريم استرقاق المدين ومنع زواج الشغار... إلخ. والقاعدة الفقهية أنه لا عبء بمثل هذا العرف ولو كان عرفاً عاماً لأنه يخالف مقاصد الشريعة وبالتالي فإن نهي الشارع عن هذه الأعراف يعتبر دليلاً على أنها ضارة للمجتمع ولا تحقق له نفعاً، ولو تخضت في التطبيق العملي عن فائدة محققة لبعض أفراد المجتمع لأن إرادة الشارع وحده هي المعيار الذي يحدد ما يجلب النفع وما يدفع عنهم الضرر وقد أوضح الشارع الحكيم عن إرادته بالنهي عن هذه التصرفات ومنعها، وقد استثنى الفقهاء من هذه القاعدة حالة ما إذا كان النص نفسه حين صدوره عن الشارع قد بني على عرف قائم ومعللاً به فإن النص عندئذ يكون عرفياً أو غير عرفي فيدور حكمه مع العرف ويتبدل بتبدله وهنا تختلف وجهات النظر في كون النص الخاص عرفياً أو غير عرفي ومن ثم يختلف الرأي في أثر العرف الطارئ.

(١) الشرح على ابن نجيم ١/٤٧٤، ٣٥٨/٤، ٤٨٢.

٢ - مخالفة العرف لنص تشريعي عام:

وهي الحالة التي يكون فيها موضوع العرف المخالف عبارة عن بعض عموم النص ولم يرد النص خصيصاً بشأن هذا البعض، وهنا تجب التفرقة بين العرف المقارن والعرف الطارىء، كما أن العرف المقارن عند الإطلاق يتناول العرف القائم عند ورود النص، ومن المتفق عليه بين الفقهاء أن النص التشريعي الذي يطلق عليه علماء الأصول: النص التشريعي العام: هو الذي يفسر في ضوء العرف اللفظي المقارن له ما لم تقم قرينة عكسية فإذا كان اللفظ الذي استعمله الشارع أوسع دلالة في اللغة من المعنى العرفي له حمل اللفظ على المعنى العرفي لأن العرف اللفظي العام هو لغة التخاطب فيعتبر المعنى العرفي هو المعنى الحقيقي للفظ وذلك ما لم تقم قرينته على أن الشارع أراد بلفظه حدوداً أوسع من المعنى العرفي. ومن أمثلة ذلك ألفاظ البيع والإيجار... إلخ فهي في الحقيقة تحمل على معناها العرفي.

أما إن كان العرف المقارن عرفاً عملياً أي عرف الناس في أعمالهم ومعاملاتهم فإن الحكم يختلف باختلاف المذاهب الفقهية، فقد ذهب الحنفية إلى ضرورة التفرقة بين العرف العام والعرف الخاص، وقرروا بأن العرف العام أي المنتشر في سائر البلاد يعتبر مخصصاً للنص؛ أي يطبق على ما سوى الأمر الذي جرى به العرف العام المقارن للنص وهذا التخريج ليس فيه تعطيل للنص أو إهماله بل هو إعمال للنص والعرف معاً وذلك تأسيساً على أن وجود هذا العرف وقت صدور النص يعتبر قرينة على أن الشارع لم يرد شمول ذلك الأمر المتعارف عليه بعموم نصه والمعارض له في الظاهر ومن أمثلة ذلك عقد الاستصناع؛ فالحديث النبوي الشريف نهي عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم، فالمنع يشمل الاستصناع ضمن ما يشمل غير أن العرف جرى بين الناس على الاستصناع لحاجتهم إليه، وقد انعقد إجماع الفقهاء على صحة عقد الاستصناع فارتقى الاجتهاد في هذه المسألة إلى مرد الإجماع. أما العرف الخاص: أي العرف السائد في بلد دون آخر أو طائفة من الناس كالتجار والصناع إلخ... فلا عبرة به إذا ما عارض نصاً تشريعياً عاماً ولو كان مقارناً تأسيساً على انعدام هذا العرف في بقية البلدان إلا أن البعض من الفقهاء لا يقتضي عندهم تخصيص النص لأن التخصيص لا يثبت بالشك.

أما المالكية فقد ذهب المحققون منهم إلى أن العرف العملي يخص النص العام دون تمييز بين عرف عام وعرف خاص. والنتيجة التي نخلص إليها: هو اتفاق الفقهاء على أن لفظ النص العام سواء كان عرفاً أو خاصاً يحمل على المعنى المقارن للعرف. أما بالنسبة للعرف العملي المقارن فإن المالكية يعتبرونه مخصصاً للنص العام سواء كان عرفاً عاماً أو خاصاً. أما الحنفية فإنهم يسلمون للعرف العام بهذا الدور ولكنهم ينكرونه على العرف الخاص، أما العرف الطارىء: أي العرف الحادث بعد صدور النص فقد سبقت الإشارة إليه بهذا الفصل بأن الفقهاء متفقون على أن هذا العرف الطارىء للنص التشريعي يعتبر نسخاً بالعرف وهذا غير

جائز لأن العرف في مرتبة أدنى من التشريع، والنسخ لا يكون إلا بدليل أقوى أو من نفس المرتبة ولا فرق في ذلك بين العرف اللفظي والعرف العملي وقد أشرنا في هذا البحث إلى الاستثناء الذي نص عليه الفقهاء، فلا حاجة لإعادته هنا.

إلا أننا نجد أن من المفيد هنا أن نذكر بعضاً من نماذج أو من تطبيقات هذا الاستثناء للإيضاح: من المعلوم بأن الحديث النبوي الشريف نهي عن بيع وشرط إلا أن الأحناف فسروا هذا الحديث بأنه مخصوص في عقود المعاوضات وأن الشرط المفسد للعقد هو كل شرط فيه منفعة خارجة عن الحكم الأصلي للعقد وعن ما يلائمه غير أنهم استثنوا من ذلك الشرط الذي ورد بجوازه نص شرعي مثل خيار الشرط، والشرط الذي جرى به العرف ولو كان حادثاً. ونخلص من هذا إلى أن الشرط الذي يقتضيه العقد أو يلائمه ويؤكد موجبه معتبر، ويصح اقتران العقد به كما أجازوا الشرط المتعارف عليه والذي جرت به عادة البلد وتقرر في المعاملات بين التجار وأرباب الصنائع وتفريعاً على ذلك أجازوا بيع الوفاء رغم أنهم كانوا قد أفتوا بفساده بعد أن انتشر بين الناس وتفريعاً على ذلك بين العرف العام والعرف الخاص. وقد أسسوا هذا الحكم على أن علة منع الشرط في البيع هي أن الشروط الزائدة على أصل البيع تفضي إلى منازعة فإذا جرى العرف على بعض هذه الشروط انتفى النزاع إلا أن العرف يجعل موضوع الشرط معلوماً ومألوفاً واعتبار العرف في هذه الحالات لا يعطل النص بل يتفق مع غرضه وروحه.

الشيخ محمد عبده عمر

مراجِع البَحْثِ

- ١ - الأشباه والنظائر - لزين العابدين إبراهيم بن نجيم المصري .
- ٢ - شرحه : غمز عيون البصائر : لأحمد محمد الحموي .
- ٣ - أصول الفقه ، للخضري .
- ٤ - الأم في مذهب الإمام الشافعي .
- ٥ - المدخل ، للشيخ مصطفى أحمد الزرقاء .
- ٦ - مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، للأستاذ عبد الرزاق السنهوري .
- ٧ - أصول الفقه ، للشيخ عبد الوهاب خلاف .
- ٨ - البداية والنهاية ، لابن رشد .
- ٩ - أعلام الموقعين ، لابن القيم .
- ١٠ - أحكام القرآن ، لابن العربي .
- ١١ - سبل السلام على بلوغ المرام .

**

مناقشة البحوث

العرف

الرئيس:

بسم الله الرحمن الرحيم . الحمد لله رب العالمين وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين .

العرف هو موضوع هذه الجلسة، وقد قدم فيه إحدى عشر بحثاً، والعارض لها هو الشيخ خليل الميس، والمقرر الشيخ عمر بن سليمان الأشقر.

الشيخ خليل مجيبي الدين الميس:

بسم الله الرحمن الرحيم . الحمد لله والصلاة والسلام على سيدنا محمد رسول الله،

وبعد:

العرف من المباحث التي تجذرت أصولياً، وتوزعت فروعه على غير باب من أبواب الفقه، وشأنه بذلك شأن مصادر التشريع التبعية حيث اختلف في حجيتها، فاختلفت الأقوال بالتالي في أحكام المسائل المتفرعة عليها، وإني أسوق عرضاً موجزاً لأبحاث أصحاب الفضيلة .
أبداها يبحث فضيلة الشيخ محمد علي التسخيري: والذي جاء في أربع صفحات فقط مقتصراً على تعريف العرف وتقسيته إلى عام وخاص، وقولي وفعلي، وصحيح وفساد، ثم ذكر مجالات العرف الأربعة ليصل إلى تساؤل، هل العرف أصل قائم برأسه؟. ثم أجاب بقوله: إنه لا يشكل أصلاً قائماً برأسه في قبال الأصول الفقهية الأخرى. وعرض لمقالة ابن عابدين والتي يفهم منها ميله إلى اعتبار العرف دليلاً مستقلاً. ثم أورد الأدلة على ذلك، وخلاصة قوله، إن العرف ليس أصلاً من أصول الفقه، وإنما يرجع إليه في بعض المجالات للكشف عن السنة وتشخيص المرادات. هذا ما تمكن تلخيصه من بحثه، ثم نصل إلى بحث الدكتور محمد عطا السيد أحمد: ويقع في خمس صفحات، بدأه بالعرف اللفظي أو القولي، وأنه يعتد به متى كان عاماً لبلد أو قوم، وأما إن كان خاصاً بالتكلم حمل لفظه على عرفه الخاص عند المالكية كما قال في الأيمان والنذور والطلاق وغيره. والعرف العملي، ذكر مذهب الإمام مالك رضي الله عنه في المسألة، ثم قسم العرف إلى فعلي أي الخاص بفرد، وذكر عدم الاعتداد به، ثم العرف الجاري

بالترك، كترك الثمر والتسامح بها أي على الشجر، ثم عرض لحجية العرف وذكر كلاً من قولي أبي سنة والمرحوم أبي زهرة، ثم مقالة العزبن عبد السلام، بأن الأيمان مبنية على العرف، فمقالة ابن عابدين بأن كل ما ورد به الشرع مطلقاً، ولا ضابط له ولا في اللغة يرجع فيه إلى العرف، ثم قسم العرف إلى ثلاثة أقسام، أولاً: ما يقوم الدليل الخاص على اعتباره، كالكفاءة. ثانياً: ما يقوم الدليل على نفيه، كعادات الجاهلية. ثالثاً: ما لم يقم الدليل على اعتباره أو نفيه. ثم عرض للعرف الفاسد وأنه لا يراعي، وذكر قاعدة تغير الأحكام ودورانها مع أعراف الناس، مستدلاً بمقالة ابن القيم في المسألة. وانتهى في آخر بحثه إلى القول هو أن العرف أصل من الأصول التي يستند إليها في الوصول إلى الفتوى بشروط ومواصفات تعرف في أماكنها.

بحث الدكتور أبو بكر ذكوري، جاء فيه ثماني صفحات، وقسمه إلى مباحث أربعة:

- تعريف العرف.
- تقسيمات العرف.
- حجية العرف ومذاهب العلماء في اعتباره.
- شروط اعتبار العرف وتحكيمه.

وعرض إلى بيان الفرق بين العرف والعادة، وأنها بمعنى واحد. كما أورد مسألة الفرق بين العرف والإجماع نقلاً عن أصول مذهب الإمام أحمد. ثم بين تقسيمات العرف إلى قولي وفعلي، وإلى خاص وعام، وفاسد وصحيح. وبين مذهبي المالكية والحنفية في الأخير منها، ثم ذكر مقالة الدكتور التركي في أصول الإمام أحمد، وأن الحنابلة كغيرهم يلاحظون العرف في كثير من فتاواهم وأحكامهم، ثم مقالة ابن القيم في هذا الباب، وأدلة اعتبار العرف من الآثار يقول في نهايتها: تقرر اعتبار العرف في الشريعة الإسلامية وأنه دليل يرجع إليه الفقيه إذا أعوزه دليل آخر أرجح منه، ثم ذكر شروط الاحتجاج به، وهي سبعة: الاضطراد، وعدم مخالفة النص، أن لا يتفق العاقدان على استبعاد العرف، وجود العرف عند العقد، وأن يكون العرف عاماً وملزماً، وأن يكون مفتى به، ثم عرض لتغير الفتوى واختلافها بحسب تغير الأزمنة.

الدكتور إبراهيم فاضل: بحثه في اثني عشرة صحيفة، بدأ بتقسيم الأدلة الشرعية النقلية والعقلية، وبيان مراتبها، وحجيتها، ومنزلة الكتاب والسنة منها بالذات، وعلاقة كل منها بالآخر. ثم عرض لترتيب الأدلة أخذاً من حديث معاذ رضي الله تعالى عنه، ثم مسألة عمر لشريح رضي الله تعالى عنها، ثم بدأ بالعرف معروفاً ومقسماً التقسيمات المعهودة إلى عرف عملي وقولي، ثم كل منها إلى خاص وعام، وإلى العرف القولي الخاص أنه يخصص العرف العام، وأن العرف الفعلي الخاص مخصص للعام عند الحنفية دون الشافعية، ثم أقسام العرف الصحيح والفاسد، وحكم الفاسد منها، ووصل في مبحثه في حجية العرف، إلى بيان أن

المالكية يقيمون للعرف وزناً كبيراً، وعرض لمقالة ابن عابدين، وكيف أن الفقهاء يرجعون إلى العرف والعادة في مسائل كثيرة حتى جعلوا ذلك أصلاً، وأن الثابت بالعرف كالثابت بالنص، والقاعدة «العادة المحكمة». وخلص إلى القول بأن العرف معتبر في الشرع ويصح ابتناء الأحكام عليه، وأنه ليس دليلاً مستقلاً، لكنه يرجع إلى أدلة الشريعة المعتمدة، وأورد الأدلة على مقاله هذه، ثم أورد شرط اعتبار العرف كأصل من أصول الأحكام وهي أربعة: (ألا يكون مخالفاً للنص. أن يكون العرف مطرداً أو غالباً. أن يكون العرف مقارناً ولا يعتبر متأخراً في التصرفات. ألا يوجد قول أو عمل يفيد لخلاف مضمونه). ثم عرض لمبحث تعارض العرف مع الدليل الشرعي، وفي هذه الحال ذكر مقالة ابن عابدين في نشر العرف، وأجل القول بأن مخالفة العرف للأدلة الشرعية تنوع إلى ثلاثة أنواع:

النوع الأول: مخالفة العرف النص الشرعي من كل وجه.

النوع الثاني: مخالفة العرف من بعض الوجوه.

النوع الثالث: مخالفة العرف والاجتهادات الفقهية للناس.

ثم عرض لحكم كل منها بالتفصيل ملخصاً مقالة ابن عابدين في نشر العرف، وانتهى إلى فصل أثر العرف في العقود، وأورد منها ست عشرة مسألة منتقاة من نشر العرف، وقواعد العز ابن عبد السلام، لتبين مدى حجية العرف فيها.

ثم الدكتور محمد جبر الألفي: البحث في أربعين صحيفة، عشرة منها بيان الهوامش، والتعليقات، والمصادر.

إن هذا البحث مستفيض، ومستوعب، ومقسم إلى مقدمة وأربعة فصول.

الفصل الأول: معنى العرف وبيان أركانه.

الفصل الثاني: القوة الملزمة للعرف.

الفصل الثالث: العرف في التشريع.

الفصل الرابع: التطور التشريعي للعرف.

وفي فصل التعريف أورد مقالة الجرجاني والنسفي، ثم علي حيدر في المجلة، فالزرقاء في شرح القواعد، فعبد الوهاب خلاف. ليخلص إلى تحقق الارتباط بين المعنى اللغوي للعرف والمعنى الاصطلاحي. ولما كانت المصادر قد جمعت بين العرف والعادة، لذلك عرض لمقالة العلماء في التفريق والجمع بينهما في المفهوم. وخلص من هذا كله إلى القول: إن العمل يتطلب وجود رأي فقهي يستند إليه ولو كان مرجوحاً، وهذا ما يفرق بينه وبين العرف، فهو ما استقر في النفوس من جهة العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول.

العرف والإجماع :

فرق بينهما من عدة وجوه :

أولاً: أن الإجماع لا يكون إلا من مجتهدين .

ثانياً: أن الإجماع يتحقق ولو بمرة واحدة دون حاجة للتكرار .

ثالثاً: أن الإجماع لا بد له من مستند بخلاف العرف .

أركان العرف :

ذكر ركنين : ركناً خارجياً ، وآخر داخلياً نفسياً .

والركن المادي له ثلاث صفات (عموم وقدم وثبات) ، ثم توصل الكلام إلى تقسيم العرف إلى عام وخاص ، ثم القدم مسألة تقديرية تختلف باختلاف الأحوال ، وأما الثبات دفعا للاضطراب حيث يصار عند ذلك إلى اللغة ، وأما الركن النفسي هذا التقسيم جرى عليه أبو سنة في دراسته المشهورة .

حجية العرف :

أورد النصوص من كتب مذاهب الأئمة الأربعة على حجية العرف ، منهم ابن عابدين من الحنفية ، وابن حجر من الشافعية ، والطرطبي من المالكية ، وابن القيم من الحنابلة ، وعقب على ذلك كله بالقول : وبناء على ذلك تقرر في التشريع والفتوى والقضاء أن العادة محكمة ، وأن استعمال الناس حجة يجب العمل بها . قال : وللعلماء في تحديد طبيعة العرف مسلكان ، الأول : يعتبر العرف دليلاً مستقلاً يمكن أن يستفاد منه أحكام شرعية ، والآخر لا يسلم بهذا الاستقلال ، بل يُردُّ العرف إلى دليل آخر ثبت لديه كالاتصناع عند الحنفية ، وعمل أهل المدينة عند مالك رضي الله تعالى عنه .

ردَّ العرف إلى الاستحسان كوقف المنقول ، ورد العرف إلى المصلحة أو إلى دليل الاستصلاح .

القوة الملزمة للعرف :

الدليل على حجية العرف : عرض لمذاهب كل من الأشاعرة والمعتزلة والماتريدية في التحسين والتبجح ، أو هل للعقل استقلال بإدراك حكم الله تعالى أم لا؟ . ثم وصل به الكلام إلى وظائف العرف وعد منها :

أولاً: المكمل للتشريع ، وقف المنقول والاستصناع .

ثانياً: العرف المساعد للتشريع ، كآية النفقة ، أثبتت حكماً شرعياً وأحالت إلى العرف

بيان مقدارها .

ثالثاً: العرف المخالف للتشريع: سواء خالف النص من كل وجه فلا اعتبار له، أما إن أمكن التوفيق بينهما فأكثر الفقهاء على اعتباره كمذهب مالك في آية الرضاع.

مخالفة العرف لحكم اجتهادي كجواز الاستئجار على تعليم القرآن الكريم: قاعدة تغير الأحكام بتغير الأزمان، بين مضمونها وذكر بعض التطبيقات عليها، منها الطلقات الثلاث كانت واحدة وأمضاها أمير المؤمنين عمر - رضي الله تعالى عنه - ثلاثاً، وتابعه الصحابة على ذلك، حديث الأصناف الستة المشهور (الكيلي والوزني منها)، ثم تغير بعضها من الكيلي إلى الوزني، وإن العمل بالتغيير عمل بالاستصحاب كما قال.

رابعاً: التطور التشريعي للعرف، فيه مبحثان:

- إحياء الأعراف المحلية.

- انتشار حركة التقنين.

وعزا إحياء الأعراف المحلية إلى خلوص بعض الأقاليم النائية من التنظيم القضائي، والاستعمار الغربي في بلاد الإسلام، وعرض لأحوال شبه القارة الهندية وشمال أفريقيا وجزر الهند الشرقية، ثم عرض للتقنينات الحديثة والعرف، وكيف أن العرف احتل المركز الثاني يلجأ إليه القاضي عندما لا يجد نصاً تشريعياً. وبعضهم جعله في المرتبة الثالثة، وأنه يشترط لتطبيقه عدم المخالفة للنظام العام. وفي الخاتمة، قال: إن الشرع الإسلامي يحمل في طياته بذور نمائه وأحكاماً يمكن أن تتسع لمواجهة الأوضاع المستجدة دون أن تفقد خصائصها المميزة.

بحث الدكتور محمود شمام: وفيه ثمان وخمسون صفحة، وله ميزة أنه جمع بين الفقه والقانون. بدأ بحثه بعنوان «العرف بين الفقه والتطبيق»، وأن القاضي يفرع إلى العرف كلما نفذ النص، أو احتاج إلى شرح غموض نص، وأشار إلى أهمية العرف والعادة، واستهل بحثه بقول ابن عابدين:

والعرف في الشرع له اعتبار لذا عليه الحكم قد يدار

ثم عرف العرف لغة واصطلاحاً، ووصل به الكلام إلى حجية العرف، واستعرض الآيات التي لها علاقة بالموضوع، ثم الأحاديث والآثار الواردة في الباب. وساق مذاهب الفقهاء الأحناف وقولهم: التعيين بالعرف كالتعيين بشرط. مذهب المالكية وقولهم: عمل أهل المدينة هو أصل مشهور. مذهب الحنابلة، لم يأخذوا بالعرف إلا في حدود ضيقة. مذهب الشافعية، عملوا به في فروعهم، وإن لم يثبت عند إمامهم. مذهب الشيعة الإمامية: العرف تأكيد لحكم العقل، أو أنه من أدلة الإجماع.

الخلاصة:

اتفاق كلمة الأئمة على اعتبار العرف، وساق العديد من المسائل المنتقاة من أحكام العرف عند المذاهب.

مبدأ اعتبار العرف: فيما يتعلق بالحقوق والمعاملات، والمبدأ العام يقول: إن للعادة تأثيراً على التشريع، وللعرف علاقة وطيدة ومتينة بالاجتهاد، وإن الفقهاء جميعهم اعتبروا العرف ولكن بقيود، وأشار إلى منزلة العرف عند علماء القانون، حيث قالوا: إن الشريعة غير المدونة هي التي تستحسنها العادة وتقرها، ثم ذكر شروط اعتبار العرف وحصراً في خمسة معلومة، وخلص إلى القول: العرف المعتبر هو ما يخصص العام، ويقيد المطلق فقط.

أنواع العرف:

عَدَّ منها العام والخاص، واللفظي، والفعلي، وعرض لمقالة ابن عابدين في المسألة.

الفرق بين العرف والعادة:

حيث ميز بينهما رجال القانون بأن العادة غير ملزمة بخلاف العرف، ثم ساق أمثلة على أحكام وقائع ثبتت بالعرف نقلاً عن الإمام القرافي، وأحكام المحاكم المدنية في المغرب، وأن العرف له دور كبير في المعاملات المالية من بيع وشراء، وكراء، وإجارة.

ثم عرض للعرف في الاصطلاح القانوني في التطبيق، وأشار إلى قانون العرف يقابله القانون المكتوب، وأن العرف يستمد إزماءه من تلقاء نفسه، وأنه لا يعذر بجهل العرف كما لم يعذر بجهل الشريعة.

مظاهر تطبيق أحكام العرف في القانون:

قال تحت هذا العنوان: جاءت غالب القوانين الوضعية - المدنية والتجارية خاصة - على اتباع العادات والأعراف، وعد منها القوانين المصري، والسوري، والعراقي، والانجليزي، والفرنسي. وبين مظاهر تطبيق أحكام العرف في القانون التونسي في العقود وتفسير العقود بالعرف، وشروط الأخذ بالعرف. العادة والعرف لا يخالفان النص الصريح، وبين تأثير العرف في أحكام البيع وساق المواد في هذه المسألة، ثم بين تأثير العرف في أحكام الكراء، والأراضي الفلاحية، ثم العرف في نقل الأشياء والوديعه والعارية، والوكالة، والشركات، والمساقاة، والمغارسة، وخلص من ذلك كله إلى نتيجة يمكن أن يلاحظ الدارس المقارن وجه الشبه وعلامات الاقتباس في أجلى صورها - أي عن الشريعة الإسلامية - ، وأنهى بحثه في بيان أهمية العرف في المسائل التجارية.

البحث للبعد الفقير: البحث طبعاً في أربع وخمسين صحيفة - هذا وإن العرف له حظ

وأفر عند ابن فرحون - إن العرف قد عرض له المصنفون في آداب القضاء والمفتين، فله حظ وأفر عند ابن فرحون المالكي في «التبصرة» والطرابلسي في «معين الحكام»، والقرافي في «الفروق والفصول»، وكل من السيوطي وابن نجيم في «الأشياء»، والشاطبي في «الموافقات والاعتصام»، والزرکشي في «الدر المنثور». وأفرده بالبحث ابن عابدين في إحدى رسائله، والكوثري في مقالاته ضمن رسائله، كما أفرده بالبحث أبوسنة في رسالة علمية معروفة، وكذلك أفرده بالحث أبو عجيله الذي خالف أباسنة في كثير مما ذهب إليه، هذا وقد عمل بالعرف الصحابة والتابعون في أزمانهم.

تقسيمات العرف:

هو عام وخاص، وعادي واستعمالي، وإن العرف الاستعمالي له ثلاثة أوجه، لغة وشرعاً وصناعة. كما عرضت لأساء العرف والحقيقة الشرعية، والحقيقة اللغوية، للأساء العرفية والحقيقة الشرعية، والحقيقة اللغوية.

أوجه استعمال العرف، وهي سبعة:

- ١ - استعماله بمنزلة الدليل على تشريع الحكم، كالمضاربة، ووقف المنقول.
 - ٢ - أن يكون استعمال العرف معياراً يرجع إليه القاضي والمفتي في تطبيق الأحكام المطلقة، كعقوبة التعزير.
 - ٣ - أن يقوم العرف مقام التطبيق بالأمر المتعارف في الدلالة على الإذن أو المنع.
 - ٤ - الاستعمال العرفي للألفاظ اللغوية، العرف القولي كلفظ الصلاة في قوله ﷺ: (لا يقبل الله صلاة بغير طهور).
 - ٥ - أن يكون العرف الجاري بين الناس مرجحاً لبعض المذاهب الفقهية على بعض.
 - ٦ - أن يكون العرف مفيداً لتمويل بعض الأشياء، كالنحل.
 - ٧ - تأثير العرف في الحكم الشرعي، كعدالة الشهود.
- ما يحكم به بالعرف: كل ما ورد به الشرع مطلقاً، ولا ضابط له في الشرع ولا في اللغة. تغير العرف مرة بعد مرة: وهي مسألة مشهورة، واتباع المفتي العرف الحادث في الألفاظ العرفية أمر لازم.

أما الاصطلاح: الاصطلاح الخاص والاصطلاح العام، أو تغيير اللغة بالاصطلاح. وفيه قولان للأصوليين، تعارض العرف العام والخاص وجهان في المسألة، وكذلك تعارض اللغة والعرف العام فيه وجهان. وإذا تعارض عرف الاستعمال مع عرف الشرع فهو نوعان أيضاً. النوع الأول: ألا يتعلق بالعرف الشرعي حكم، فيقدم عليه الاستعمال، «وحلف لا يأكل لحماً فلا يحنث بأكل لحم السمك، وإن ساء الله تعالى لحماً طرياً». الثاني: أن يتعلق

يعرف الشرع حكم فيقدم على عرف الاستعمال. مثاله: «حلف لا يصلي، لم يحنث إلا لذات الركوع والسجود».

حجية العرف عند الأصوليين:

أورد بعض الأصوليين دلالة استعمال العرف في مبحث تخصيص العام. قالوا - أي العنوان - : بيان ما ترك به الحقيقة، وهي خمسة أنواع عدّوا منها: دلالة الاستعمال عرفاً، وساقوا له أمثلة منها لفظ الحج. فإن اللفظ للقصد حقيقة، ثم سميت العادة بها لما فيها من العزيمة، والقصد للزيارة فعند الإطلاق يتناول العبادة للاستعمال عرفاً. أما العرف في أقوال الفقهاء: اتباع العرف أمر مجمع عليه. حكاه القرافي وغيره. قال البدر العيني: حمل الناس على أعرافهم ومذاهبهم واجب. وقال ابن العربي: العرف والعادة أصل من أصول الشريعة. لكن الكوثري، قال: وأما تحكيم العرف على النصوص فلم يقع من مسلم ولن يقع، وليس للعرف في الشرع إلا ما بينه علماء المذاهب في كتب القواعد وكتب الأصول والفروع، ويبدو أن هذه المقالات أوردها عند إثارة قضية التجديد في مصر، يعرفها من عايشه.

أما تخصيص العام في العرف العملي، ذهب الحنفية والمالكية إلى أنه لا فرق بين العرف القولي والعرف العملي، فكلاهما يخصص العام، وخالفهم في ذلك الشافعية؛ ذهبوا إلى أن العرف العملي لا يقوى على التخصيص.

حجية العرف:

قال القرافي: العرف مشترك بين المذاهب، ومن استقرأها وجدهم يصرحون بذلك. قال ابن العربي في تفسير قوله تعالى: ﴿لِسُفُوفٍ ذُوسَعَةٍ مِّن سَعَتِيَّهٖ﴾، ليس في الإنفاق تقدير شرعي، وإنما أحاله الله تعالى على العادة، وهي دليل أصولي بنى الله عليه الأحكام، وربط به الحلال والحرام.

استدل القائلون بحجية العرف بالكتاب والسنة، أما الكتاب فقولته تعالى: ﴿حُذِرَ الْعَفْوَ وَأُمِرَ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ﴾. قال السيوطي: أي اقض بكل ما عرفته النفوس مما لا يردده الشرع، وهذا أصل القاعدة الفقهية في اعتبار العرف، وتحتها مسائل لا تحصى، كما قال السيوطي. استدل بهذه الآية أيضاً على حجية العرف غير واحد من فقهاء المذاهب، ومن الآيات التي ساقوها للاستدلال قوله تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ يَأْمَعُرُوفٍ﴾، قال القرطبي: العرف والمعروف والعارفة كل خصلة حسنة ترتضيها العقول وتطمئن إليها النفوس، ومنها قوله تعالى: ﴿مِن أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ﴾، قال ابن تيمية: تنازعوا في النفقة، والراجع أنه يرجع فيه إلى العرف، ومن السنة الحديث: الوزن وزن أهل مكة، والمكيال مكيال أهل

المدينة. قال العلائي: قرر النبي ﷺ الاعتماد بالعرف الجاري بين الناس، ومنها قضاء النبي ﷺ على أهل الأموال حفظها في النهار، وعلى أهل المواشي حفظها في الليل، قال الخطابي: لأن العرف أن أصحاب الحوائط والبساتين يحفظونها في النهار، ومن عادة أصحاب المواشي أن يسرحوها بالنهار ويردوها مع الليل إلى المراح.

تخصيص العام بعادات المخاطبين:

قال به المالكية وخالفهم الحنابلة.

وأما شروط اعتبار العرف والعادة فبالاستقراء هي خمسة ذكرها غير واحد ولا داعي لتعدادها.

أهم القواعد الفقهية في العرف وسلطانه؛ منها:

- ١ - العادة محكمة.
- ٢ - الحقيقة تترك بدلالة العادة.
- ٣ - استعمال الناس حجة يجب العمل بها.
- ٤ - المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً.
- ٥ - لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان.
- ٥ - التعيين بالعرف كالتعيين بالنص.

وخرَّج الفقهاء على هذه القواعد ما لا يحصى من فروع الأحكام في مختلف الأبواب الفقهية وخاصة المعاملات والأيمان والنذور. وعرض لكثير منها العز بن عبد السلام في قواعد، والقرافي في فروقه، والشاطبي في موافقاته، وهذا وهل الخلاف في حجية العرف حقيقي أو ظاهري؟

من المسلم به بين المخالفين والموافقين أن هنالك تصرفات كثيرة للمكلفين للعرف فيها مدخل، ولكن لا بد من التوسط ما بين التفریط والإفراط، خاصة بالنسبة لنفاة حجية العرف، فحيث نفوه دليلاً، ووصفوه كاشفاً للحكم لا مثبتاً له، نقول: وهل القياس وهو المصدر الرابع من مصادر التشريع المجمع عليها إلا دليل كاشف على ما قال أهل العلم؟. باعتبار أن الكتاب والسنة والإجماع هي مثبتة للأحكام فقط، وهي من المصادر الأصلية وما سواها من المصادر أو الأدلة التبعية، والعرف مصدر من المصادر الاجتهادية، نعم لا اجتهاد في مورد النص، ولم يقل مثبتو حجية العرف بأن العرف يعارض النص بوجه من الوجوه، وإن قالوا إنه مخصص، وبذلك يكون تابعاً لا أصلاً، قال صاحب المسودة: وتخصيص العموم بالعادة، بمعنى قصره على العمل المعتاد كثير المنفعة. وكذا قصره على الأعيان التي كان الفعل معتاداً فيها زمن المتكلم.

كلمة ختامية

فهو يعتبر بحق نوافذ الفقه الإسلامي التي يطل منها على حياة الناس الواقعية، فيسلط عليها الأضواء لتنير الطريق للسائرين كي لا تلتوي بهم السبل عن الجادة، ولتمييز الخبيث من الطيب، فإذا ما انكشفت الحقائق أقر منها النافع، وألغى الفاسد الضار.

هذا: وكم من أصولي لم يقل بالعرف في أصوله ولكن على صعيد التطبيق لا يسعه إلا القول به، حتى قال ابن القيم في أمثال هؤلاء (فإنهم ينكرونه بألسنتهم ولا يمكنهم العمل إلا به).

أو كما قال القرطبي: «ينكرونه لفظاً ويعملون به معنى»، والصحيح أن الشريعة الإسلامية راعت العرف وجعلته أصلاً من أصولها - وكان أثر إقرار هذا المبدأ - اعتبار العرف وغيره أن زخر الفقه الإسلامي على مر العصور بشتى الحلول لما استجد ويستجد من القضايا بين الناس.

وما من شك أن العمل بالعرف أحد مظاهر الساحة والتيسير في هذه الشريعة الغراء، والتي قال فيها تعالى: ﴿وَمَا جَعَلْ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ . . . وقال ﷺ: «يسروا ولا تعسروا، بشروا ولا تنفروا».

والله من وراء القصد . . . والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته .

الرئيس:

شكراً. أحب أن أعيد إلى الأذهان أن السبب الرئيسي في عرض موضوع «العرف» على

دورة المجمع - هنا صار اقتراحه في القائمة من هيئة التخطيط للمجمع - هو ما استمر في عدد من القضايا والأحوال من جعل العرف قاضياً على النص أو مخصصاً للنص وما جرى مجرى ذلك مما يؤثر على نصوص الشريعة، وأدلتها القطعية.

الدكتور إبراهيم فاضل الديوب:

بسم الله الرحمن الرحيم.

السيد رئيس الجلسة المحترم،

أساتذتي الحضور،

في البداية أشكر الأستاذ خليل، على عرضه الجيد الرائع لمواضيع العرف في هذا المجلس، وأود أن أقول: الحق أن العرف معتبر في الشرع ويصح ابتناء الأحكام عليه، وهو في الحقيقة ليس دليلاً مستقلاً، ولكنه يرجع إلى أدلة الشريعة المعتبرة. والدليل على اعتبار العرف ما ذكرناه في بحوثنا، ومنها على سبيل المثال لا الحصر، أننا وجدنا الشارع الحكيم يراعي أعراف العربي الصالحة، من ذلك إقراره لنوع من التعامل المالي عندهم كالمضاربة والبيوع، والإيجارات الخالية من المفاصد، كما استئنا السلم من عموم نبيه عن بيع الإنسان ما ليس عنده لجران أهل المدينة به، ونهى عن بيع التمر بالتمر، ورخص في العرايا. إن العرف في حقيقته يرجع إلى دليل من أدلة الشرع المعتبرة، كالإجماع، والمصلحة المرسلّة، وسد الذرائع. احتجاج الفقهاء بالعرف في مختلف العصور واعتبارهم إياه في اجتهادهم دليل على صحته اعتباره، لأن عملهم به ينزل منزلة الإجماع السكوتي، فضلاً عن تصريح بعضهم به وسكوت الآخرين عنه. فيكون اعتباره على هذا الأساس ثابتاً بالإجماع.

شروط اعتبار العرف كأصل من أصول الأحكام، من أجل اعتبار العرف وبناء الأحكام عليه، يجب أن تتوفر فيه الشروط التالية:

أولاً: أن لا يكون مخالفاً للنص، قال ابن عابدين - رحمه الله - : «ولا اعتبار للعرف المخالف للنص لأن العرف قد يكون على باطل بخلاف النص». من ذلك ما تعارفه الناس من تعاطي كثير من المحرمات كالربا وشرب الخمر، وما اعتادته كثير من النسوة من كشف شيء من أجسامهن كالساق وشعر الرأس أمام الرجل الأجنبي، فهذا عرف فاسد.

ثانياً: أن يكون العرف مطرداً أو غالباً، ومعنى الاطراد أن تكون العادة كلية، أي لا تتخلف، وقد يعبر عنها بالعموم، ومعنى الغلبة أن تكون أكثرية، بمعنى أنها لا تتخلف إلا

قليلاً، والغلبة أو الاطراد إنما يعتبران إذا وجدا عند أهل العرف لا عند الفقهاء لاحتمال تغيرها من عصر إلى عصر.

ثالثاً: أن يكون العرف مقارناً ولا يعتبر العرف المتأخر في التصرفات السابقة، فإذا طرأ عرف جديد بعد اعتبار العرف السائد عند صدور الفعل أو القول، فلا اعتبار بالعرف المتأخر.

رابعاً: أن لا يوجد قول أو عمل يفيد عكس مضمونه، كما إذا كان العرف يقضي بتحمل المشتري مصاريف تصدير البضاعة المشتراة واتفقا على أن تكون على البائع، أو اتفق المتعاقدان على أن تكون على البائع.

مخالفة العرف للأدلة الشرعية:

تنوع مخالفة العرف للأدلة الشرعية أنواعاً مختلفة وذلك على النحو التالي:

١ - مخالفة العرف للنص الشرعي من كل وجه:

إذا اصطدم العرف بنص تشريعي خاص من نصوص الكتاب أو السنة فلا اعتبار للعرف في هذه الحالة، كالأحكام التي كانت متعارفة في الجاهلية وحرمة الإسلام، لمصادمة تلك الأعراف لإرادة الشارع في موضوع أصبح المسلم مكلفاً بتطبيق النص والأخذ به، فلا يجوز إهماله وإعمال العرف. مثال ذلك العقود التي نهى الإسلام عن إبرامها كاللامسة والمنابذة، ويستثنى من ذلك ما إذا كان النص حين نزوله أو حين صدوره عن المشرع مبنياً على عرف قائم ومعللاً به، فإن النص عندئذ يكون عرفياً فيدور مع العرف ويتبدل بتبدله. مثال ذلك الحديث الذي نص على التساوي الوزني في الذهب والفضة، والتساوي الكيلي فيما عداها، غير أن العرف تبدل في هذه الأوزان، وهنا يأتي قول أبي يوسف رحمه الله: إن النص على بيع الحبوب كيلاً، وعلى الذهب والفضة وزناً لكونها كانا في ذلك الوقت كذلك، فالنص جاء موافقاً للعادة، فلما كانت العادة المتغيرة الحادثة مخالفة للنص بل فيه اتباع للنص. في اعتبار العادة المتغيرة الحادثة مخالفة للنص بل فيه اتباع للنص.

٢ - مخالفة العرف للنص من بعض الوجوه:

إذا عارض العرف نصاً تشريعياً عاماً، أي لم يخالف النص من كل وجه، فلا يخلو العرف من أن يكون عاماً أو خاصاً، فإن كان عاماً فالعرف العام يصلح مخصصاً ويترك به القياس كما في مسألة الاستصناع ودخول الحمام وغير ذلك. أما لو كان العرف خاصاً للفقهاء رحمهم الله

اتجاهان في اعتباره أو عدم اعتباره، وما عليه المذهب عند الحنفية عدم اعتبار العرف الخاص، ولكن أفتى كثير من مشايخهم باعتباره. مثال ذلك: لو دفع رجل إلى حائك غزلاً على أن ينسجه بالثلث - مثلاً - فقد أجاز هذا النوع من الإجارة كثير من مشايخ بلخ لتعامل أهل بلدهم بذلك، والتعامل حجة يترك به القياس ويخص به الأثر.

٣ - تعارض العرف والاجتهادات الفقهية:

لا تخلو المسائل الفقهية من أن تكون ثابتة بصريح النص، وأن تكون ثابتة بضرب من الاجتهاد والرأي؛ فما كان ثابتاً بصريح النص من كل وجه أو من بعض الوجوه، وقد تكلمنا عنه، أو ما كان ثابتاً بضرب من الاجتهاد والرأي فأقول: إن كثيراً من المسائل الاجتهادية مبنية على عرف زمان المجتهد بحيث لو كان في زمان العرف الحادث لقال المجتهد بخلاف ما قاله أولاً. ولهذا قال العلماء رحمهم الله تعالى من شروط الاجتهاد أنه لا بد للمجتهد من معرفة عادات الناس، فكثير من الأحكام تختلف باختلاف الزمان وذلك بسبب تغير عرف أهله أو لحدوث ضرورة أو فساد أهل الزمان، بحيث لو بقي الحكم على ما كان عليه أولاً، لأصاب الناس الحرج ولخالف قواعد الشريعة المبنية على التخفيف والتيسير ودفع الضرر والفساد لأجل بقاء العالم على أتم نظام وأحسن أحكام، من ذلك تحقق الإكراه من غير السلطان، على قول محمد بن الحسن الشيباني لما رأى فساد الزمان على خلاف ما ذهب إليه أبو حنيفة - رحمهم الله تعالى - ومن هذا القبيل أيضاً قول أبي يوسف ومحمد رحمهم الله تعالى، بعدم الاكتفاء بظاهر العدالة في الشهادة مع مخالفة هذا القول لما نص عليه أبو حنيفة بناءً على ما كان في زمنه من غلبة العدالة.

وقد أثر العرف في كثير من العقود، مما سرده الفقهاء في كتبهم، ومن هنا يمكن لنا أن نخضع ما يستجد من العقود للعرف على أن لا يخالف العرف قاعدة من قواعد الشريعة، وآخر لدعوانا أن الحمد لله رب العالمين، وشكراً لسيادة الرئيس.

الدكتور عمر سليمان الأشقر:

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

مع الشكر الجزيل للأخ العارض للأبحاث، إلا أنني أعتب أنه لم يستعرض جميع الأبحاث التي قدمت في موضوع «العرف»، وكان بحثي واحداً من هذه الأبحاث، وعندما أقدمت على الكتابة في هذا الموضوع كنت أعلم أن هذا الموضوع قد انتهى من بحثه العلماء.

فجزئياته مكررة في كتب الأصول وتكاد تكون متشابهة، والعلماء توصلوا إلى نتائج حاسمة في هذا الموضوع. إنما كتبت فيه لقضيتين أبتتهما من خلال البحث؛ القضية الأولى قضية معاصرة، إن كثيراً من الأمم الإسلامية قدم العرف في قوانينه على الشريعة الإسلامية. لم يكتفوا بأن يقدموا القوانين الوضعية على الشريعة الإسلامية، بل نصوا في كثير من القوانين المدنية في البلاد العربية والبلاد الإسلامية على أن العرف مقدم على مبادئ الشريعة. وفي هذا بينت الدور في معركة الصراع بين العرف والشريعة الإسلامية عبر التاريخ. كانت الأعراف البشرية أكبر ما صد الناس عن دين الله تبارك وتعالى، فعندما كان يأتي الرسول كل جماعة تقول لرسولهم: «إنا وجدنا آباءنا على أمة وإنا على آثارهم مقتدون، أو مهتدون». آيتان. كل جماعة تقول: تراث آبائنا وأجدادنا وأعرافهم، فيجري صراع بين الرسل وما أنزل عليهم، وبين أقوامهم وما كان عليه الآباء والأجداد، ينتهي إما بانتصار الشريعة الإسلامية كما حدث على يد الرسول ﷺ، وإما بتعذيب القوم المكذبين. فعندما تنتصر الشريعة الإسلامية تقصي الأعراف الباطلة وتحصرها في دائرة ضيقة، وعندما ينتصر الجاهلية كما حدث في هذا القرن الأخير، فإن الأعراف تقصي الشريعة الإسلامية، فكثير من القوانين إنما هي أعراف كانت أعرافاً سائدة ثم حولت إلى قوانين، هذه هي القضية الأولى التي أحببت أن ألفت النظر إليها.

القضية الثانية، قضية قديمة يشكو منها العلماء عبر العصور (فقهاؤنا)، وهي أن كثيراً من الفقهاء يجمدون في الأحكام المبنية على العرف على الأحكام التي صدرت قديماً من علمائنا وفقهائنا، فيوقع المسلمين في حرج شديد، وقد باح بهذه الشكوى كثير من العلماء نقلت نصوص كلامهم في بحثي، يشكون شكوى مرة من فقهاء تعرض لهم مسائل مما تغير فيه أعراف الناس فيفتون بما أفتى به الأوائل من غير نظر إلى الأعراف المتغيرة والأعراف المتجددة. وقد نص المحققون من العلماء في مختلف المذاهب أنه لا يجوز للمفتي أن يفتي بأحكام بنيت على العرف تغيرت أعرافها، وينبغي للمفتي أن يكون عالماً بأعراف زمانه، وأن يكون عارفاً بالأحكام التي بنيت على العرف في الماضي. ومن هنا أقترح على المجمع الكريم أن يكلف بعض الباحثين في استقصاء المسائل الفقهية التي بنيت على العرف في الماضي حتى يكون المفتون والعلماء على بصيرة من أمرهم عندما يُفتون في مثل هذه المسائل. وقضية رابعة تلمح من خلال البحث أنني جعلت الشريعة حاکمة على مباحث القانونيين في العرف، فهناك فرق في بحوث القانونيين في موضوع العرف، في تعريفه، وفي شروطه، وفي تطبيقاته، وهذا ما أحظه على بعض البحوث التي قدمت أنهم خلطوا بين مباحث الفقه ومباحث القانون حتى كأنها بحث واحد، وينبغي التدقيق في هذه المسألة، مباحث الفقهاء لها سمتها مرتبطة بأصول الشريعة الإسلامية، أما مباحث القانونيين ففيها خلط كبير. كنت أتمنى على الأمانة العامة في المجمع أن

توضح لنا - حقيقة - في الخطاب الذي أرسل في هذا الموضوع حتى نتجه مباشرة إلى الهدف السدي طلب من العلماء أن يكتبوا في موضوع «العرف»، حيث أكثر البحوث توسعت توسعاً شديداً في تعريفاته، وتقسيماته، وشروطه، وحججته، وهي أمور يكاد يتفق عليها الباحثون، فلو حدد الهدف من الكتابة لكان الباحثون قد تجاوزوا هذه القضايا التفصيلية التي فرغ منها العلماء قديماً، واتجهوا إلى الموضوع المطلوب في موضوع العرف. أكتفي بهذا المقدار وشكراً لكم.

الشيخ محمد علي التسخيري:

بسم الله الرحمن الرحيم.

شكراً سيدي الرئيس. أنا أعتقد أن التعبيرات الواردة عن العرف متفرقة وكثيرة بحيث يضيع معها الإنسان، ولا يستطيع أن يقع منها على موقع صلب، لذلك، حبذا لو حددنا التعبير، وطرحنا المسألة بشكل أصولي، وأعتقد أننا لو حددنا تعبيرنا لتوصلنا إلى أن النزاع أحياناً نزاع لفظي، وأن العلماء يتفقون إجمالاً على شيء مشترك. أهم البحوث في مجال العرف هو مجالات نفوذ الأعراف. العرف: ما هو المجال الذي ينفذ من خلاله إلى الشريعة وتقبله الشريعة؟. مجالات النفوذ العرفي - وهي النقطة التي لم يفضل أخي العزيز الشيخ المس، رغم جمال عرضه للتركيز عليها في بحثي - الذي اعتقده أن هناك مجالين فقط لنفوذ الرأي العرفي فقط، وأستطيع القول بأنني لو أستعرض ما ذكر من استنادات إلى العرف أستطيع أن أصنفها إلى أحد هذين المجالين؛ المجال الأول: هو عملية اكتشاف لرأي السنة أو اكتشاف للسنة، هناك المجالات التي ينفذ فيها العرف ويشكل واسطة لمعرفة للسنة الشريفة. وهذا أيضاً له قسمان، تارة نكتشف من خلال العرف رأي السنة في هذا الحكم الفرعي، وأخرى نكتشف رأي السنة في هذه الحجة الأصولية. فأحياناً يستندون في صحة عقد الاستصناع إلى أنه متعارف، ولكنه متعارف كيف؟ يمتد هذا العرف إلى عصر التشريع، ويقره عليه الصلاة والسلام، وحينئذ من طريق التقرير - وهو جزء السنة - نكتشف صحة عقد الاستصناع. العرف هنا شكل واسطة ومرآة يرينا بها السنة فقط. القسم الثاني من المجال الأول وهو اكتشاف السنة، اكتشاف الحجة الأصولية. نسأل ما الدليل على جواز الأخذ بالظواهر، أو وجوب الأخذ بالظواهر؟ يقولون: العرف عرف العقلاء، عرف الناس هو الأخذ بالظواهر الكلام، وهذا العرف - كما يقول البعض - يستصحب استصحاباً قهرياً، يرجع به إلى عصر التشريع، وهو متداول أمام الرسول العظيم، وحينئذ فقد أقره، ونكتشف منه بعد عدم صدور ردع منه عليه الصلاة والسلام أنه يقره. فهنا نكتشف الحجة الأصولية، ويجمعها

اكتشاف السنة فقط، هذا هو المجال الأول، وأرجع إليه الكثير مما قيل عن الإسناد إلى العرف .

المجال الثاني، ما يشخص به مفردات النصوص الشرعية يعني هناك مفردات ترد في النصوص الشرعية (إناء، صعيد، غنى، إسراف، تذبذب، قوة) هذه تعبيرات ترد في النصوص الشرعية لكي نشخص مراداتها نرجع إلى العرف . فبهذا المعنى تارة نشخص هذه المفاهيم، وأخرى نشخص المرادات لما يمكن أن نسميه بملازمات الحكم . يعني، عندما يحكم الشارع بطهارة الخمر الذي تحول إلى خل، أستطيع أن أكتشف بأن الشارع أيضاً يحكم بطهارة أطراف الإناء الذي يكون فيه الخل، انتقال من طهارة هذا السائل إلى طهارة الإناء انتقال عرفي بملازمة عرفية، بعمق لزومية عرفية نقلتني من هذا المجال إلى المجال الآخر، كأن الشارع قال لي من خلال هذه الوساطة: إن السائل يطهر، ويطهر أطراف إنائه معه من خلال الملازمين، اعتمد الشارع على هذا الفهم العرفي لمراداته . هذا جانب مهم، ويدخل في هذا الارتكازات العرفية للمتكلمين أيضاً، عندما يجتمع متعاقدان في سوق تسودها ارتكازات عرفية معروفة لا يحتاجان للتصريح بكل القيود، وبكل الارتكازات التي يعتمد عليها السوق، يكفي أن يعقدا العقد، وبشكل طبيعي تتضمن تلك الارتكازات ك شروط في هذا العقد، باعتبارها شروطاً ضمنية لو كانت واضحة . أيضاً يدخل في هذا الباب تشخيص ما يسمى بمناسبات الحكم والموضوع لنفترض أننا لا نملك دليلاً، وهذا افتراض قد يخالف الحقيقة، على أن ولاية المرأة باطلة، لكن مناسبات الحكم والموضوع أو ما يمكن أن يسمى بروح الشريعة التي يفهمها العرف تجعل الإنسان يطمئن ما دام الرجل هو القاضي، وما دام الرجل هو الإمام في الجماعة، . . . إلخ . يطمئن، مناسبات الحكم والموضوع هي التي تفرض وجود شرط الرجولة في ولي المجتمع . أريد أن أقول - وأعتذر من هذا التطويل، وأنا لا أريد التطويل لكن هذا مهم جداً - أن العرف يدخل إذن في مجالين فقط، استكشاف السنة، وتشخيص المراد . هناك بعض الردود السريعة جداً - وإذا سمح لي سيدي الرئيس .

الرئيس :

لو تكرمتم، لعل كلمة ثانية إن شاء الله بعد الصلاة .

الشيخ عبد الله بن يبه :

بسم الله الرحمن الرحيم .

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيد المرسلين .

أرجو أن يكون حظنا سعيداً دائماً إلا أن حظنا من نظرات الرئيس لم يكن بذاك . فنحن

قلنا لعل الرئيس رغب بنا عن الكلام أو رغب بالكلام عنا، فلا ندري، أننا نود أن الرئيس وهو قاض – إن شاء الله من قضاة الجنة – إن شاء الله – أن يسوي بين الخصوم في النظر، وفي المجلس.

الرئيس:

لو سمحت يا شيخ، فقط أعطونا الموضوع الذي تريد.

الشيخ عبد الله بن بيه:

أنا أشكو من عدم الكلام، فلا بد أن تسمح لي بالكلام.

الرئيس:

نحن نسمح بالكلام، لكن فضول الكلام لا لزوم لنا به، نريد ذات الموضوع أما الباقي لا لزوم له.

الشيخ عبد الله بن بيه:

ليس فضولاً، باسم المحرومين من الكلام، يا سيادة الرئيس.

الرئيس:

يا شيخ عبد الله بدون مؤاخذة، هذه الأشياء تترك في المجالس الخاصة أما في مثل هذا اتركوها عنا يا شيخ.

الشيخ عبد الله بن بيه:

سيدي الرئيس،

وإذا تكون كريمة أدعى لها وإذا يحساس الحيس يدعى جُنْدَب هي لتلك قضيته، عجبني لتلك القضية، وإقامتي فيكم على تلك القضية أعجب.

الشيخ عبد الله بن بيه:

أعود إلى مسألة العرف، فيه قضية في غاية الأهمية كنا ننتظر من الباحثين أن يتعرضوا لها وهي تطبيقات العرف في الوقت الحاضر، وفي الزمان والمكان، في الزمان الذي نعيش فيه، وفي هذه الكرة الأرضية التي أصبحت كقصعة بين يدي الأكل، تطبيقات العرف في قضايا اليوم لم يتحدث أحد عنها، هذه بحوث أصولية معروفة تقريباً، وفيها رسائل كثيرة أخرى لم تذكر، في بلادي رسالة (حسام العدل والإنصاف في العمل بالأعراف) للشيخ محمد مجيبى – رحمه الله تعالى – (وطرد الضواد والهمل عن الكروء في حياض العمل لسيدى عبد الله بن الحاج إبراهيم) التوفيق بين العرف وبين العمل لن يجري. ولكن التطبيقات العملية في الأوضاع

الحالية، هل القبض مثلاً يكون بمكالمة تلفونية أو غير ذلك؟ كثير من المسائل التي تتعلق بالأوضاع اليوم التي نعيشها، هل النص الشرعي إذا كان مبنياً على عرف، هل إذا انتقل هذا العرف بأن كانت الماشية مثلاً تحفظ نهاراً ولا تحفظ ليلاً. والحرج بالعكس، هل يتغير معها؟ كثير من هذه المسائل لم نسمعها في كلام الباحثين، واحتراماً لوقتكم، شكراً والسلام عليكم.

الشيخ محمد سالم عبد الودود:

موقف المذهب المالكي من العرف.

المذهب المالكي لا يعد العرف دليلاً مستقلاً، ولا يعده أصلاً من أصول الفقه، وإنما هو وسيلة من وسائل الإثبات. فهو شاهد أو شاهدان، وهو إذا أردنا أن نعرف وظيفته بالاصطلاح المنطقي يقوم بدور صغرى الشكل الأول في قياس الاقتران، وإذا أردنا أن نعرف وظيفته تعريفاً أصولياً فهو يحقق مناهج الحكم، وليس هو حكماً ما، وإنما هو يحقق مناهج الحكم، ويعين مجال تطبيق الحكم، وعناية القرآن بالعرف كبيرة جداً، لأنني وأنا الآن أتيتُ للكلام أعددت آيات من سورة البقرة فيها كلمة معروف إحدى عشرة مرة، تبدأ من قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَقَاتُ يَرْبَصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ إلى قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَقَاتُ مَنَعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾، فعددت إحدى عشرة مرة كلها يقول القرآن بالمعروف، ومعنى هذا أننا نهضم حق العرف اليوم ونقول إن العرف التركيز عليه دائماً قد يهدمه، أو يهدم أسس الشريعة، أو يتناقض مع أصولها، هو في الحقيقة في المذهب المالكي الذي يركز الناس على أن المالكية يعتبرون العرف كثيراً ما يعتبرونه وسيلة من وسائل الإثبات، ولكن العرف في حد ذاته هو مركز عليه في القرآن الكريم، في المعاملات، وأريد أن أوضح أن اعتبار المالكية لعمل أهل المدينة — أيضاً — هو أنهم يستدلون بها على السنة التقريرية، إذا كان العمل منقولاً نقلاً متواتراً من طرف أبناء الصحابة — رضي الله عنهم — عن آبائهم، معنى هذا أن هذه الحادثة كانت معروفة في العهد النبوي وأقر الرسول ﷺ عليها الناس، ونقلوها تطبيقاً عملياً من طرف عشرة آلاف من الصحابة توفوا في المدينة، كانوا مقيمون في المدينة وتوفوا بها، ونقلها عنهم أبناءهم، وبعد الجليل الثالث لم يعد هناك مجال للاحتجاج بعمل أهل المدينة. هذا ما أردت أن أنبه إليه وشكراً.

الدكتور محمود شمام:

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على خاتم النبيين وإمام المرسلين.

سيدي الرئيس الكريم،

فقد كفانا فضيلة الشيخ العارض القول في هذا الموضوع، لكن لي ملاحظة بسيطة؛ من حسن الصدف ومن أطيب ما يحدث أن أكتب دراستي عن العرف، شارحاً فيها النظرية بإطنا

في الشريعة الإسلامية، معقّباً على ذلك بما اقتبسته القوانين الوضعية من أحكام التشريع الإسلامي، وفقهه السامي. وكنت أنوي إلى إبراز ما في أحكام شريعتنا السميحة من كنوز أخذ منها الغرب، واقتبس دون نسبة أو تنبيه، وعنه - أي عن الغرب - أخذنا قوانيننا وردت إلينا بضاعتنا، وكان هذا هو أهم ما جاء في مناقشات الأمس حول موضوع المواجهة بين الشريعة والعلمنة، وما قدم فيها من أبحاث قيمة، جيدة، جادة، فقد درست موضوع العرف من هذه الزاوية، راميةً إلى هذه الغاية، وشرحت شرحاً وافياً توعية هذا الاقتباس بذكر الأمثلة من القوانين وأصولها ومصادرها من التشريع والفقهاء الإسلامي الذي بسط القول في هذا الموضوع بإطناب، وهذا يبشر بما اتفقنا عليه أمس من وجوب الرجوع إلى أصل الإسلام، وتطبيق أحكام شريعتنا السميحة، مع السعي إلى توحيد العمل القضائي، وتوحيد الفقه القضائي مهما أمكن، وبحثي بين أيديكم سعى إليكم، فالرجاء حسن الاطلاع عليه، والتنازل بدراسته بهذه النظرة، والتجاوز عمّا به من تقصير. والسلام عليكم ورحمة الله.

الدكتور إبراهيم كافي دوغز:

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيد المرسلين وعلى آله وصحبه أجمعين..

شكراً للسيد الرئيس، وأشكر لأصحاب البحوث القيمة والأستاذ العارض ولم يحالفني الحظ، لأن بحثي لم يصل إلى يد الأستاذ العارض، ولذا أود أن أشير إلى بعض النقاط المهمة الموجودة في بحثي، الحقيقة البحث بين أيديكم ولا أريد الإسهاب في الكلام، ولا أخذ أوقاتكم القيمة. تعريف العرف، أنواع العرف، حجية العرف، إلى آخر هذه الأمور كلها أتركها، وأود أن أشير إلى أمرين هامين:

الأمر الأول: القيام بتثبيت مكانة مفهوم العرف والعادة في أدب الفقه الإسلامي.

الأمر الثاني: القيام بتثبيت مكانة العرف والعادة بين مصادر التشريع الإسلامي.

الأمر الأول: مكانة مفهوم العرف والعادة في أدب الفقه الإسلامي. الباحث يلاحظ أن العرف على الأقل الكلمات المتعلقة بالعرف والعادة تحتل مكاناً هاماً في كتب الفروع، ولكن في الكتب الأصولية لا تكاد نثر على الكلام عن العرف والعادة. معنى ذلك أن الباحث يلاحظ ثنائية في هذا الموضوع في أدب الفقه الإسلامي، مكانته في الكتب الفقهية والأصولية. فعلى سبيل المثال - مثلاً - فإن السرخسي في كتابه المتعلق بالفروع، يذكر بين أنواع الاستحسان، الاستحسان بالعرف. ولكن في كتابه المتعلق بالأصول هو يتحرز عن إعطاء مكانة للعرف، وكذلك النسفي في كتابه المتعلق بالفروع (المستصفي)، يذكر من بين أدلة مشروعية الأحكام تعامل الناس، ولكن في مكانه الأصلي في كتابه المتعلق بالأصول وهو (المنار وشرحه)، لا يذكر

تعامل الناس بين الأدلة الشرعية، فيه ثنائية، وفي كتب الفروع - حقيقة - الباحث يجد مكانة واسعة للعرف، ويجدر بنا أن ننبه إلى أن معظم العبارات الواردة في المواطن التي يعمل فيها الكتاتون من أجل إبراز أهمية العرف والعادة في الفقه الإسلامي، لا تتعلق إلا بدور العادات في إنارة الطريق أما من يقوم بتفسير التصرفات القانونية، وبالتالي إلى أن سهماً مهماً من المكانة التي يحرزها العرف في أدب الفقه الإسلامي راجع إلى هذا النوع من العرف. يلاحظ الباحث أن سهماً مهماً آخر في المكانة التي يحرزها العرف في أدب الفقه الإسلامي يتعلق بدور العادات أثناء تقدير وتحكيم القاضي أدلة الطرفين المتنازعين، والحقيقة أن كثيراً من المواطن التي يصر فيها إلى استعمال اصطلاح تحكيم العادة لا تتعلق إلا بمضامين مفهوم تحكيم الحال أو ظاهر الحال أو القرينة ونحوهما. هذا جانب.

والأمر الثاني: يعني القيام بتثبيت مكانة العرف والعادة بين مصادر التشريع الإسلامي هناك أدلة كثيرة لضرورة مراعاة العرف والعادة في التشريع الإسلامي - لا أريد الإسهاب في الكلام - هذه الأدلة موجودة، ومناقشتها موجودة في البحث. ولكن كما سبق أن أشرت إليه فإن كتب الأصول لا تذكر العرف بين الأدلة الشرعية، باستثناء ما ورد في كتاب القرافي، ويقول: أما العرف فمشترك. ولكن إذا دقق الباحث النظر يجد أن دور العرف هنا الذي يذكره القرافي ليس في معنى مصدر للتشريع، بل يعود في آخر المطاف إلى تفسير النصوص، وإلى تفسير التصرفات القانونية فحسب. إذن لا يمكن اعتبار عدم اهتمام الأصوليين بمفهوم العرف بالسلب أو الإيجاب أثناء دراستهم للأدلة الشرعية من قبيل الصدفة. إذا وضعنا نصب أعيننا أنهم جعلوا بعض المفاهيم الأخرى موضوع تحليل دقيقة، ومناقشات واسعة، مثل القياس والاستحسان. أما بخصوص الكشف عن سر الثنائية الملحوظة في موضوع العرف في أدب الفقه الإسلامي، فلتحليل مفهوم المصدر أهمية كبيرة في نظرنا، لأنه كما هو معلوم فإن اصطلاح الدليل أشمل بكثير من اصطلاح المصدر الحقوقي. ولذا نجد أدلة كثيرة في الكتب الأصولية، وحتى بعض الكتاتين يجعلون عدد الأدلة إلى ثمانية عشر إلى عشرين، ستة وثلاثين، ذكرتها. إذا أعنا النظر في هذه المفاهيم نجد أن بعضها مصدر في المعنى الحقيقي، مثل القرآن والسنة، وبعضها لا يمكن أن نسميها مصدراً، مثلاً القياس، الاستحسان، هذه مناهج، وهناك مفاهيم أخرى سد الذرائع إلى آخرها، هذه مبادئ. والغزالي يمتاز بخاصية التمييز بين هذه المفاهيم والقياس هو لا يذكره بين الأدلة الشرعية مع أنه يدافع عنه دفاعاً حاراً، وهو أيضاً يفرق بين تفسير النصوص وبين عملية القياس، إذن العرف باعتبار ماهيته نعم مصدر، مصدر بما معناه إذا رجعنا إلى العرف نجد حلاً جاهزاً لحل القضية، ولكن هذا باعتبار ماهيته، هل يمكن أن نعتبر العرف مصدراً باعتبار حجتيه وباعتبار احتلاله مكاناً بين مصادر التشريع الإسلامي؟ هذا لا يمكن. لأن هذا يؤدي بنا إلى نتائج محظورة من ناحية منهجية الحقوق إذا قلنا أن العرف هو

مصدر يجب على المجتهد إذا لم يجد حلاً جاهزاً في القرآن والسنة أن يرجع مباشرة إلى العرف دون أن يتطرق إلى طريق القياس، وهذا يخالف منهجية الفقه الإسلامي. أنا حاولت أن أشرح هذه الفكرة، والوقت ضيق، ولذا لا أريد إطالة الكلام من ناحية فلسفة القانون أيضاً، تطالعنا نظرية الحسن والقبح، مصدر الأحكام في الشريعة الإسلامية هو الله وحده كما نعرف، وإذن الإرادة البشرية لا يمكن اعتبارها مصدراً للتشريع حسب البنية الفلسفية للحقوق الإسلامية، هذه النقطة أيضاً حاولت أن أشرحها. وهنا تأتي أماننا مشكلة، وهي مشكلة قاعدة العرف يترك به القياس، عدد من العلماء الأجلاء ومنهم أستاذنا الفاضل الزرقاء مثلاً، يأخذ بهذه القاعدة على إطلاقها، وفي رأبي المتواضع يعطي فكرة ناقصة في هذه النقطة، المقصود في هذه القاعدة التي توجد خاصة في كتب الأحناف، المقصود من العرف يترك به القياس، القياس هنا مصطلح القياس لا في معنى القياس الأصولي أو القياس القانوني، بل القياس الحقوقي، أي القاعدة العامة أو المقتضى العام للدليل. وفي بعض الأحيان كلمة العرف هنا المقصود منها من لدن رسول الله ﷺ من غير نكير، هذه الصيغة تعكس الإجماع السكوتي عند الأحناف في بعض الأحيان، وهذا الإجماع السكوتي إذا أمعنا النظر في القضية نجد أنه راجع في آخر المطاف إلى السنة التقريرية. إذن لا يمكن أن نأخذ هذه القاعدة على إطلاقها، بل يمكن أن نقول: إذا ثبتنا من زوال علة القياس. نعم في هذه النقطة العرف يعكس أن المصلحة تدل على أن العلة انتفت، وبانتهاء العلة ينتفي القياس، في هذه الحالة طبعاً العرف يؤخذ به. والحقيقة أنا جهزت خاتمة قصيرة للبحث من سوء الحظ لم يصل إلى الأستاذ الفاضل. إذا تكرمتم تقرأون، ولا أريد الإسهاب في الكلام. وشكراً جزيلاً.

الدكتور طه جابر العلواني:

بسم الله الرحمن الرحيم.

الذي وددت قوله أن أدلة الشرع المتفق عليها هي كتاب الله وسنة رسوله ﷺ. أما ما عداها فالإجماع إجماع على مستند منها، أو من واحد منها. كل ما عدا ذلك فهي أمارات وعلامات يستعين بها القاضي أو المفتي باعتبارها مناهج بحث لفقه الواقع وفهمه، وحسن تطبيق النص على الواقعة، أو النازلة. فالقول بأن هذه الأمارات أدلة قول فيه كثير من التجوز، هذه نقطة. النقطة الثانية: أن الأعراف تنشئها مفاهيم الناس، وثقافتهم، ومناهج حياتهم، وفي عصرنا هذا أصبحت الأعراف تصنع صناعة، نعم تصنع الأعراف صناعة، فأجهزة الإعلام والتربية والتعليم وقوى أخرى مختلفة تستطيع أن تصنع الأعراف، وأن تغير الأعراف من اتجاه إلى اتجاه آخر، ومن هنا فينبغي أن نكون شديدي التنبه لهذه القضايا، فالعرف الذي تكلم أسلافنا من أصوليين وفقهاء، واحتجوا به، هو شيء، والعرف الذي يتحدث عنه اليوم شيء آخر، الأمر الآخر؛ الزعم - ومعدرة إذا قلت هذا - بأن العرف لا بد أن يكون وراءه

دليل من نص، أو افتراض أن يكون وراءه دليل من نص، كتاب أو سنة مندثرة لم تصل إلينا أو نحو ذلك، السنة طريقها الرواية لا الافتراض. لا نستطيع أن نفترض افتراضاً بأن هناك سنة أو أن هناك نصاً وراء شيء من الأشياء، فالسنة لا يمكن إثباتها إلا من طريق الرواية بشروطها المعروفة عند أهل العلم. الأعراف اليوم - كما قلت - ظواهر اجتماعية، تُنشأ لإنشاء، وتصنع صناعة، إثارة أقوال العلماء دون تحفظات، ودون أخذ هذه الظواهر بنظر الاعتبار، يعتبر تبريراً لواقع صنعته ثقافات أخرى، ومفاهيم أخرى، ومحاولة تسويغ لأشياء ولأمور ولتقنيات وتشريعات لم يأت بها من الله سبحانه وتعالى سلطان. العرف يبقى مجرد أمارة يستعين بها القاضي المجتهد، أو المفتي المجتهد، لفهم النازلة، لفهم الواقعة لحسن تطبيق الحكم الشرعي على النازلة أو الواقعة. أما الواقعة. أما أن يقال إنه دليل، أو أنه شيء يمكن أن يستفاد منه حكم أي حكم، فذلك ما لم يأذن به الله سبحانه وتعالى. وشكراً.

الدكتور محمد عمر الزبير:

بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

الأعراف تتغير بتغير الأزمان والأحوال، والأعراف متغيرة ومتطورة، فهل تبدل الأحكام مع هذه الأعراف؟ في اعتقادي أن العرف مفسر للأحكام الشرعية، وليس حجة مستقلة بذاتها. وعمل أهل المدينة - الذي يتركز عليه المذهب المالكي - يرجع في الأصل إلى السنة التقريرية، فهو منقول بالتواتر بطبقات كبيرة نقلت عن رسول الله ﷺ، ولهذا فحجية العمل أو العرف السائد والمتقول نقلاً بالتواتر ترجع في أصلها إلى التقرير، ثم إن المذهب الحنفي حينما يرجح بين نصين داخلهما دليل قوي، ودليل خفي تظهر فيه المصلحة أو يظهر فيه العرف، فيعدلون في الترجيح معتمدين على العرض، إنما ذلك من باب الترجيح ومن باب التفسير، ثم إن الأحكام الشرعية مرتبطة بنصوصها، فلنأخذ - مثلاً - قضية اختلاف الموازين، واختلاف الكيل، وأثر ذلك على ربا الفضل، فإذا أصبح الذهب مكيلاً في وقت من الأوقات، أو أصبح البر موزوناً، وكان مكيلاً، إذا عدلنا واعتبرنا العرف هو السائد في هذا الحكم، يظهر ربا الفضل الذي هو ممنوع حتى ولو كان حفنة صغيرة من البر، إذا تغيرت الأوزان فالأحكام مرتبطة في الأصل بالعرف السائد في عهد رسول الله ﷺ، بل إن كثيراً من المعاني التي وردت في القرآن تفسير بأعراف ذلك الزمان، لأن العرف اللغوي السائد في ذلك العصر هو الذي يعطي المدلول للأحكام الشرعية، فلذلك يعتبر العرف - في نظري والله أعلم - أنه مفسر وليس حجة مستقلة بذاتها. والله أعلم.

الرئيس:

شكراً. بهذا انتهى ما لدينا من تسجيل كلمات. فنختتم الجلسة.

بسم الله الرحمن الرحيم .

إنه من أثناء هذه المناقشات المباركة، والبحوث الثمينة، تكاد تتفق - والله الحمد - على أن نصوص الشريعة حاکمة على العرف، وأن العرف لا يقضي على النص، وأن الأحكام التي فرعها الفقهاء مبنية على العرف، بما أن العرف متغير ومتجدد فإن الحكم كذلك الذي رتب على العرف هو بذاته قابل للتغير والتجدد سواء باختلاف الأقطار أو باختلاف الأزمان، وقد ترون مناسباً أن يتألف لجنة لهذا، من المشايخ :

الشيخ خليل الميس، الشيخ طه العلواني، الشيخ محمود شام، الشيخ هاشم برهاني، الشيخ عمر الأشقر (مقررًا).

ترونه مناسباً؟

وبهذا ترفع الجلسة، وقبل ذلك أحب أن أذكركم بما يلي :

أولاً: إن الاجتماع سيكون في الصلاة الساعة الثالثة والنصف للتحرك إلى منظمة الطب الإسلامي، وفي الساعة الخامسة والنصف نعود إن شاء الله تعالى إلى الاجتماع في هذه القاعة، يعود الأعضاء العاملون والمعینون إلى هذه القاعة في الساعة الخامسة والنصف مساء هذا اليوم إن شاء الله تعالى، لقراءة القرارات ومناقشتها.

ثانياً: وفي صباح يوم الخميس الساعة التاسعة والنصف صباحاً، تعرض القرارات وتكون الجلسة الختامية، وتكون الدعوة للجميع .

وصلی الله وسلم على نبینا محمد وعلى آله وصحبه أجمعین .

**

القرار

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا ونبينا محمد خاتم النبيين وعلى آله وصحبه .

قرار رقم (٩) بشأن العرف

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الخامس بالكويت من ١ إلى ٦ جمادى الأولى ١٤٠٩هـ / ١٠ إلى ١٥ كانون الأول (ديسمبر) ١٩٨٨م .

بعد اطلاعه على البحوث المقدمة من الأعضاء والخبراء في موضوع (العرف) واستماعه للمناقشات التي دارت حوله .
قرر:

أولاً: يراد بالعرف ما اعتاده الناس وساروا عليه من قول أو فعل أو ترك، وقد يكون معتبراً شرعاً أو غير معتبر .

ثانياً: العرف إن كان خاصاً فهو معتبر عند أهله وإن كان عاماً فهو معتبر في حق الجميع .

ثالثاً: العرف المعتبر شرعاً هو ما استجمع الشروط الآتية:

(أ) أن لا يخالف الشريعة، فإن خالف العرف نصاً شرعياً أو قاعدة من قواعد الشريعة فإنه عرف فاسد .

(ب) أن يكون العرف مطرداً (مستمراً) أو غالباً .

(ج) أن يكون العرف قائماً عند إنشاء التصرف .

(د) أن لا يصرح المتعاقدان بخلافه، فإن صرحا بخلافه فلا يعتد به .

رابعاً: ليس للفقهاء – مفتياً كان أو قاضياً – الجمود على المنقول في كتب الفقهاء من غير
مراعاة تبدل الأعراف.
والله أعلم.

**

تطبیب اُحْكامِ الشَّرِيعَةِ لِلْمَسْكُونِ

البحوث

- بحث الدكتور عبد الوهاب أبو سليمان .
- بحث الدكتور محمد الحبيب ابن الخوجة .
- الوثائق :
- وثيقة مقدمة من الدكتور الشيخ صالح بن حميد .
- مناقشة البحوث .
- القرار .

تطبيق الشريعة الإسلامية
إعداد
أ.د. عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله والصلاة والسلام على سيدنا رسول الله وعلى آله وصحبه أجمعين. وبعد.

فقد تفيأت الأمة الإسلامية - قبل أن تمتى بالاستعمار الأجنبي - ضلال الشريعة فأشاعت الأمن والاطمئنان، وانتشرت الفضيلة، وعم الرخاء، وكانت مصدر عزهم وسر منعتهم.

كانت الشريعة عبر القرون الماضية الحارس الأمين للأمة محافظة على ذاتيتها ومستبقية خصائصها، ومن الطبيعي أن يسهل العبث بكل المقدرات إذا أغفت عين الحارس، فكيف إذا أبعاد عن الساحة، وأقصي عن الميدان؟

كان كل هذا في وعي المتربصين بها، الحاقدين عليها، الذين جندوا طاقاتهم الفكرية، وإمكاناتهم المادية نحو الأسس والجذور في فكر الأمة الإسلامية، ومقومات شخصيتها، وكان الاختيار الأول إلغاء العمل بالشريعة الإسلامية في المجتمع المسلم، فمن ثم أقاموا من أنفسهم، وبأنفسهم برهاناً على صدق التنزيل الحكيم: ﴿وَلَنْ تَرْضَىٰ عَنْكَ الْيَهُودُ وَلَا النَّصَارَىٰ حَتَّىٰ تَبِيعَ وَابْتِيعَهُمْ﴾^(١).

فكانت ضربة محكمة زعزعت كل القيم في المجتمع الإسلامي، فأصابه ما أصابه من تفكك، وانحلال.

أحكم المستعمرون الحاقدون المؤامرة ابتداء بإلغاء العمل بالشريعة، وامتداداً بإيجاد أجيال من المسلمين تتحمس لقوانينهم وتدين بمبادئهم، وما كان من الصعب بعد أن تعصف التيارات، وتهب ريحها على أبناء الأمة الإسلامية فتختلف بهم الأهواء، وتتجاوزهم الانتهاكات المتعددة، وتعددت الولاءات لكل مذهب واتجاه ولم يكن للإسلام من نصيب إلا اللآلئ.

أحكم أولئك المؤامرة ابتداء وامتداداً لا انتهاء بإلقاء الشبه والشكوك في صلاحية الشريعة بل صحة مصادرها.

(١) سورة البقرة: الآية ١٢٠.

تحقق لهم كل ما أرادوه، بل أكثر مما أرادوا بعد إلغاء الشريعة تعاملاً وقضاءً وأحكاماً. تلك هي البداية التي أوصلتهم إلى أبعد من الهدف والغاية.

وما كان من سياسته ومؤامراته المحكمة أن يفرغ الأمة الإسلامية من شريعتها ومبادئها الروحية دون أن يملأ هذا الفراغ فأحل محلها معتقداته، وسلوكياته وقوانينه حتى لا تتنبه للمؤامرة، أو تحس بالشر المحقق بها.

أيها السادة:

إن اجترار الماضي، وتحميله مساوىء الحاضر بعد بُعْد الزمن بالاستعمار من صفات العاجزين، وتكأة يعتمد عليها المتخاذلون، وما أكثر ما يتذرع بها المخادعون المغالطون.

وما سطر القلم ما سطره من استرجاع شريط الماضي إلا لتأخذ منه درساً مفيداً لحاضرنا، فتشخيص الداء هو المرحلة الأولى في طريق الشفاء.

والدرس الذي نعيه من ذلك الفصل التاريخي هو الآتي:

أولاً: إقصاء العمل بالشريعة تعاملاً وقضاءً في المجتمعات الإسلامية هو البداية التي تهاوت بعدها عقده، وتحطمت قيمه.

ثانياً: إيجاد فئة من المثقفين متحمسة لقيم المستعمرين وقوانينهم، تتحدث بمنطقهم، وتجادل بلسانهم.

ثالثاً: بث الشبه والشكوك بين المثقفين المسلمين لزعزعة إيمانهم بصلاحية الشريعة وقدرتها على مواكبة الحضارة الحديثة.

والكثير الكثير من أمثال هذه الشبه والشكوك التي ترتدي مسوح العلم والفكر.

كل هذا أو غيره يدفع الأمة الإسلامية، وقد من الله على معظم بلادها بالتخلص من الاستعمار فسلكت زمام أمرها أن تخطط للعودة إلى رحاب الشريعة تخطيطاً حكماً، وتسلك السبل الفاعلة لعودة كريمة، باحثة عن شخصيتها مسترجعة خصائصها.

وإذا كان معلوماً أن إقصاء الشريعة عن التطبيق في المجتمعات الإسلامية هو بداية البداية في هزيمتها النفسية، وفقد هويتها، فمن الطبيعي بل من الضروري أن تكون عودتها إلى التطبيق هي القضية الأولى التي لا يمكن التنازل عنها، أو التهاون بها، بل إن عودتها إلى التطبيق يعد الرمز الحقيقي لاستقلالها، ونبذ التبعية عنها.

إلا أن العودة إلى تطبيق الشريعة في بلاد حكمتها قوانين أجنبية عقوداً طويلة من السنين نشأ في ظلها أجيال وأجيال لن يكون سهلاً مبعداً، بل ستكون معارضا ومقاومات مخططاً لها

تخطيطاً محكماً كما خطط للبدائيات، فمن ثم يتوجب العمل في سبيل إرجاعها إلى الساحة الاجتماعية تدبيراً محكماً بعيداً عن الغوغائية والعشوائية.

والبداية الصحيحة تقتضي العمل في ثلاثة اتجاهات:

الأول: إصلاح التعليم الديني في معاهده ومؤسساته والخروج به من أسر الطرق التلقينية، وحشد المعلومات التي تعتمد على الكم، والحفظ والترديد دون وعي.

ولا يتحقق الإصلاح في هذا المجال إلا بتحسين الدارسين للمعاني والحكم لتعاليم الشريعة، وتنمية ملكات الطلاب، وإثارة مواهبهم لإدراك مفاهيمها، والوقوف على جوانب العظمة فيها، وتناول الحقائق الشرعية مفصلة مرهنة بعيداً عن التعميمات الخطابية، والعبارات الانفعالية.

إن إيجاد الوعي الصحيح، واستقامة المفاهيم عن الشريعة بين صفوف الأمة الإسلامية، وبخاصة ناشئتها أمر ضروري للعودة المستنيرة، وسلامة التطبيق.

ثانياً: ومع الاعتراف التام، والقناعة الكاملة بأن الفقه الإسلامي نظام قانوني عظيم، يتميز بأصوله الثابتة، ومرورته الكافية، وخصائصه الوافرة، وأخلاقياته الرفيعة، وبأن حظ الأمة الإسلامية في أجيالها المتأخرة من التراث الفقهي الرصين ثروة عظيمة، كما ونوعاً، تتابعت على تطويره، وتنقيحه عقول كبيرة، وجهود مخلصّة غير محدودة، برغم كل هذا فإنه يعترض الاستفادة منه الاستفادة الحقيقية صعوبات عديدة دفعت بالكثير من المتخصصين إلى الإفصاح عنها، وأنها بمقارنتها بالقانون من حيث الصعوبة... أشد وعورة لما يلقاه الباحث، من صعوبات مردها الأول عدم صياغة أحكامها صياغة فنية كذلك التي نجدتها في القانون... إذ هي عبارة عن حلول لمسائل كثيرة معقدة، ومن هذه الحلول تستنبط القاعدة العامة. واستبطان القاعدة العامة أمر من الصعوبة بمكان لكثرة المسائل وتعقدها. وقد يختلف الحل فيها، لا لاختلاف الحكم، ولكن لاختلاف التقدير، وقد يخفى هذا فيضطرب الحكم في ذهن الباحث، فلا بد له ليتفادى ذلك من كثير من البحث والاستقصاء. هذا إلى تعدد الروايات واختلافها، وعدم مراعاة المؤلفين أحياناً ذكرها جميعاً أو نسبتها إلى صاحبها مما يجعل الباحث في حيرة. يضاف إلى ذلك أن كثيراً من عبارات الفقهاء غير محددة المعاني، فيمكن حملها على أكثر من معنى، وأن الحكم قد يرد بغير تعليل، أو بتعليل غير قريب.

أما الصعوبة الثانية، وهي تتصل بالأولى، فهي حال مؤلفات الفقه الإسلامي. فما زالت هذه المؤلفات، على ضخامتها وكثرتها، في حاجة إلى فهارس تهدي الباحث إلى موضع مسألته ولا يخامرهم شك في أنها لم تبحث في مواضيع أخرى، حتى لا يضطر، إذا كان مدققاً، إلى قراءة المؤلف كله، وقد يتكون من عدة مجلدات، بحثاً وراء مسألته. هذا فوق أن ما طبع منها قليل،

وأن الكثرة منها لم تطبع بعد. وما طبع لم يحفظ بالعناية الواجبة في التحقيق وفي الطبع. يضاف إلى ذلك تشتت المؤلفات مطبوعها ومخطوطها، في المكتبات العامة المختلفة وصعوبة الحصول على المطبوع منها، وصعوبة المكث في المكتبات للاطلاع على المخطوطات لظروف الباحث ولظروف المكتبات نفسها^(١)، ويستخلص مما تقدم النتيجة التالية: «لهذا السبب وذاك قل عدد الباحثين في الفقه الإسلامي وضؤل إنتاجهم...»^(٢).

فتذليل هذه الصعوبات خطوة ضرورية، ومرحلة أولية للاستفادة من الفقه الإسلامي، وإن كانت الجهود المبذولة في الوقت الحاضر قد تجاوزت بعضاً منها، وأنى يكون الحماس لتطبيقه دون معرفته في صورة كاملة، بأسلوب مشرق!!!

ثالثاً: وثالثة الأثافي لأحكام خطة تطبيق الشريعة بين الشعوب الإسلامية عن قناعة تامة، وفهم كامل يكون بالقيام بدراسات علمية جادة لإزالة الشبه والشكوك في صحته وفاعليته، ومواكبته للتقدم الحضاري في العصر الحديث.

أيها السادة:

كانت الآمال معلقة في تكوين هيئات علمية متخصصة تمتلك الإمكانيات المادية والطاقات الفكرية لمواجهة تلك المخططات بتأن وعقلانية، وعلى نفس المستوى من الأحكام كالذي فعله المستعمرون، إن لم يكن أحكم وأضبط.

وتشاء إرادة المولى عز وجلّ وعلا الذي تكفل بحفظ هذا الدين، وإظهاره على الدين كله أن أصبحت الآمال أعمالاً بارزة، ومؤسسات شائخة، ومجامع فقهية، وهيئات علمية هنا وهناك بتمويل مادي وتعزید معنوي من الدول الإسلامية، صدقت وعدها ليتحقق التخطيط والتنفيذ، وهكذا تبيأت أسباب العمل الناجح.

والمجمع الفقهي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي أنجز في السنوات القليلة الماضية الأبحاث والدراسات للموضوعات الفقهية الملحة، وخطط لمشروعات علمية فقهية ما يعد إنجازاً كبيراً في فترة قياسية.

ومجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي وقد اضطلع بهذه الأمانة الكبيرة، وأثبت قدرته في هذا الميدان بما تحقّق على أيدي المسؤولين الأكفاء فيه قادر بمشيئة الله ثم بكفاءة نخبة الفقهاء المخلصين أن يسد الفراغ القانوني في العالم الإسلامي بتأليف مدونة فقهية كاملة في

(١) عبد البر، محمد زكي، نظرية تحمل التبعة في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، مصر: مطبعة الفجالة الجديدة، ١٣٦٩هـ/١٩٥٠م، ص ١ - ٢.

(٢) نفس المصدر السابق.

المعاملات والأحوال الشخصية والجنايات والمحاكمات تلبى حاجة العصر، وتواكب التقدم الحضاري في تخطيط سليم، ومسار شرعي مستقيم، يسجل به إنجازاً تاريخياً على مستوى العالم الإسلامي والذي تحقق بظهور مجلة الأحكام العدلية العثمانية، يجد فيه العالم الإسلامي حكومات وشعوباً بغيتهم، تقوم به الحجة على عامتهم وخاصتهم، فتقطع به اتهامات المبغضين، وتدحض به تبريرات المستسلمين المنهزمين.

ومما يعزز هذا المشروع ويعضده أن يخصص جانب من نشاط هذا المجمع المبارك لتجميع كافة دراسات المستشرقين والقانونيين والباحثين في الفقه الإسلامي، ودراساتها وفحصها فحصاً علمياً دقيقاً، للإفادة من نقدها، في سبيل إيجاد مدونة فقهية كاملة، ونقض ما يتخللها من نقائص ونقائص قد أسيء فيها فهم الشريعة قصداً أو بغير قصد، بمنطق واعتدال.

إن تعبئة الطاقات البشرية، والإمكانات المادية لهذين المشروعين المتكاملين في المرحلة الجديدة القادمة تعد خدمة جليلة في سبيل مساعدة الدول الإسلامية للحكم بما أنزل الله، وتطبيق الشريعة بصورة كاملة في جميع الجوانب التشريعية.

إذا تحقق هذا بمشيئة الله بالخطى والخطوات المطلوبة على مستوى العصر فكراً وتنظيماً فسيكون علامة بارزة في تاريخ هذا المجمع، وأجداد هذا الجيل من الفقهاء والمفكرين والدول الإسلامية المعاصرة تحمده لهم الأجيال الحاضرة والقادمة.

وإن أمانة المجمع الفقهي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بما هيأ الله لها من رئاسة وأمانة مخلصية يساندهم، ويقوي من أزرهم الفقهاء والمفكرون ورؤساء الدول الإسلامية جديدة بإنجاز هذه المهمات، وتحقيق الطموحات والتطلعات في سبيل إنجاز هدف سام، وغاية نبيلة ذلك هو بذل كل جهد من شأنه أن يساعد على تطبيق الشريعة لتعود للمجتمعات الإسلامية فضائلها، وتسترد بالإحتكام إليه عزتها وكرامتها، والله الموفق، وهو الهادي إلى الحق، وإلى طريق مستقيم.

أ.د. عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان

أفكار وآراء للعرض :
المواجهة بين الشريعة والعامنة
إعداد
الدكتور محمد الجيبّ ابن الخوصة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين، وصلى الله وسلم على سيدنا ونبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم،

وبعد:

الشريعة:

الإسلام ليس دين عبادة فحسب ولكنه عقيدة وشريعة وسلوك، على أساسها جميعاً بنى القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة الفرد المسلم والجماعة المسلمة. وعلى هذا الاعتبار تميز المؤمنون عن الكافرين والمؤمنون عن الجاحدين فأعلن الأولون عن ولائهم وشعار إيمانهم بما ذكره القرآن عنهم في قوله عز وجل: ﴿ إِنَّمَا كَانَ قَوْلَ الْمُؤْمِنِينَ إِذَا دُعُوا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ أَنْ يَقُولُوا سَمِعْنَا وَأَطَعْنَا وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ ﴾^(١).

وقوله سبحانه: ﴿ فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا ﴾^(٢).

شمولية المنهج الإسلامي لجميع قضايا الحياة الإنسانية:

ولا بدع في أن هذا الموقف يلزمه اتباع شرع الله، فإن الإسلام قد وضع للعالمين منهجاً متميزاً للحياة ونظاماً متكاملًا لها تشمل أصوله ومبادئه وكلياته وقواعده: العقيدة والعبادات والمعاملات والنظم الاجتماعية والاقتصادية والسياسية والشؤون الدولية والقيم والأخلاق: ﴿ وَهَذَا صِرَاطٌ رَبِّكَ مُسْتَقِيمًا قَدْ فَضَّلْنَا الْآيَاتِ لِقَوْمٍ يَذَّكَّرُونَ ﴾^(٣).

وفي تاريخ الأمة شواهد قائمة على ذلك وبراهين لا ينكرها إلا معاندين أو مكابرين. وقد تجمعت المادة الشرعية الفقهية مما نزل من الوحي والأحكام في أمهات القضايا على رسول الله وبما قام به ﷺ من تفصيل وبيان لذلك في أحاديثه وما تبع هذا وذاك من أقوال الصحابة والتابعين وآراء الأئمة المجتهدين الذين شرحوا وعللوا وأبرزوا النظائر والمتشابهات وضبطوا

(١) سورة النور: الآية ٥١.

(٢) سورة النساء: الآية ٦٥.

(٣) سورة الأنعام: الآية ١٢٦.

القواعد والفروق من أوائل القرون الوسطى بما لا يرقى إليه أي تشريع أو قانون. فجاءت الشريعة الإسلامية آية مفردة في التدقيق الفقهي وتفريع المسائل واستخلاص الجزئيات ببيان ومنطق أساسه عمق الفهم والتفقه في دين الله بالكتاب والسنة وجودة الاستنباط. وحكمت الشريعة الإسلامية المجتمعات الإسلامية دولاً وشعوباً، واعتنقها المسلمون مبدأ وطبقوها منهجاً وكانت طوال ثلاثة عشر قرناً القانون الوحيد بينهم يعتمدونه في كل ما يلم بهم من النزاعات أو يحدث لهم من القضايا في الأحوال الشخصية والمعاملات والمضاربات المالية والجنايات والعقوبات وأحوال السلم والحرب وما يتبعها من معاهدات واتفاقات مع سائر الدول شرقاً وغرباً. كل ذلك مع التقديس لها والتسليم بها تقديساً وتسليماً يوجبها الإيمان بالله وبكتابه ورسوله.

بداية التحول :

وعندما بدأت تتداعى أحوال الرجل المريض ودب الوهن في جسم الخلافة العثمانية واستشعر الباب العالي بتأثير سفراء الدول الأوروبية وقناصلها، إما الرغبة في تسهيل التعامل مع أوروبا والقضاء على المشاكل المتنازع فيها بين رعايا دولته والأجانب من الأوروبيين، وإما الحاجة إلى اقتباس قوانين الدول الغربية في المعاملات التجارية والمضاربات المالية التي تقيد حرته فيها الشريعة الإسلامية بسبب الشروط القاسية التي تفرضها لصحة العقود وحصرتها أصدرت الخلافة فيما بين ١٨٢٦م - ١٨٣٩م قوانين عديدة عرفت بالتنظيمات شملت نظام البحرية وقانون العقوبات، وتبنت في ١٨٥٠م القانون الفرنسي أقامت على أساسه محكمة تجارية خاصة للفصل في النزاعات القائمة بين رعاياها والأوروبيين، وأحدثت محاكم مدنية ١٨٧١م غير المحاكم الشرعية ووسعت في نظرها ١٨٨٠م. وكونت لجاناً عدلية :

الأولى: تتمثل في مجلس الدولة الاستشاري الذي يتولى إعداد النظم والقوانين ومراقبة تنفيذها.

والثانية: اللجنة القانونية التي تحدد القضايا التي يفصل فيها القضاء الأوروبي.

والثالثة: اللجنة الموكل إليها وضع مجلة الأحكام العدلية قصد تقنين الشريعة وذلك من أجل تحقيق صورة من التوازن الظاهري.

وقد هزت هذه التنظيمات البلاد الإسلامية وعصفت برمجها في أطراف بلاد الخلافة، وقام الصراع بين الشريعة والقانون وتنازعت المحاكم الشرعية والمحاكم الجديدة وهيئات التشريعية السلطة وعمت البلبلة. وقضي بالإخارة للتنظيمات على الشريعة إلا في الأحوال الشخصية وبعض قضايا الاستحقاق. ولا غرابة في ذلك، فإن القوي مطاع والكلمة الأخيرة لأصحاب النفوذ الدولي والقوى الصناعية ومؤسسات التجارة الدولية بين الأوروبيين. فهم الذين رجحوا الكفة لمصالحهم ففرضوا مبادئهم وشروطهم وطرق تعاملهم على هذه السلطنة المنهارة والدولة

المستلبة النفوذ والهيبة . وما كانوا ليتوصلوا إلى ذلك لوبقي العمل بالشريعة أساساً للتقاضي وإقامة العدل بين الناس .

يقول أ. د. أنكلهارد في كتابه تاريخ إصلاحات الدولة العثمانية: «وفي الحقيقة أن الإسلام الذي قد كان مؤسس الحكومة العثمانية بقي حاكماً مطلقاً فوق الحكومة . فقد كان القانون المدني متحداً مع القرآن، ولكون تشكيلات الأمة اشتبكت بالعقائد الدينية بحيث لا يمكن تفريق بعضها عن بعض كانت هذه التشكيلات لا تقبل التغيير كالعقائد الدينية . فوجب لتحصيل الائتلاف الذي لا تستطيع تركيا الاستمرار على الاستغناء عنه، إما إزالة الحائل في البين بالمرّة، وإما تخفيف وطأته ومعناه إما أن تحول الحكومة من الروحانية إلى الدنيوية بتخليصها من تأثير القوانين الدينية كما وقع في العالم المسيحي، وإما أن تتخلص بالتدرج من الحدود والقيود الدينية عن طريق تفسير العقائد الأساسية تفسيراً موسعاً . وللحفاظ من الحالات الموجبة لاشتمزاز شعب جاهل متعصب لا يلبث أن ينفعل ويتأثر من كل شيء، كانت الحكومة العثمانية اختارت الشق الثاني»^(١).

وإذا صحت هذه الشهادة من ديبلوماسي غربي معاصر لهذه الأحداث والتطورات وكشفت عن السر منها واتباع القصد الأول القصد الثاني بعلمنة الدولة وإعلان أتاترك بعد حين عن أخذه باللائكية والالتزام بها، فإننا ونحن نتحدث الآن عن خصوص التحرير القضائي وتعويض الشريعة بالقوانين الوضعية في البلاد الإسلامية لا بد أن نشير إلى رأي بعض الأساتذة البارزين في هذا التحول القضائي والتطور التشريعي بالبلاد التركية، يقول رئيس معهد القانون الأستاذ أندرسون بالحرف الواحد: «إن اقتباس تركيا للقانون السويسري وتطبيقه في بلادها أشبه ما يكون بارتداء القزم ثوباً فضفاضاً»^(٢)، في حين يلتبس أحد أعضاء المؤسسة العالمية المتابعة للتطورات التشريعية في العالم قسم القانون بجامعة لندن الدكتور هنشف: لقد كان اقتباس الدولة العثمانية للقانون الفرنسي بدافع من الرغبة في رفع معنوياتها وهيبتها في عين الدول الغربية التي نظرت إلى قانون العقوبات والقصاص وقطع اليد والرجم بكثير من الدهشة والاشتمزاز^(٣).

وهذا الخوف من التغيير غير المبرر ومن الطمع غير المشرف للذين يصاحبها الاحتقار والسخرية لم يصرف شيء منها في الأول كثيراً من المثقفين ممن استولى الغزو الفكري على عقولهم

(١) مصطفى صبري: ٣٤٨/٤.

(٢) د. عبد الوهاب أبو سليمان، التشريع الإسلامي في القرن الرابع عشر الهجري. مجلة كلية الشريعة والدراسات الإسلامية. مكة المكرمة: ١/١٣٩٣ - ١٣٩٤. العدد الأول: ٥٥.

(٣) القانون التقليدي الإسلامي والقانون الحديث: ٣١.

وسيطر على ألبابهم عن طلب العدول عن هذا الانحراف الذي ضاعت به مقومات الأمة وفقدت به رابطاً من روابط وحدتها وأساساً ذاتياً لشخصيتها الإسلامية . وحين نتساءل عن سبب ذلك نجدته متمثلاً في الاتهامات والدعاوى والفتنة التي تنتاب مجتمعاتنا في مدارسنا وجامعاتنا وفي الثقافة التي نقبل عليها في حرص غير شاعرين بخطورها ولا متصورين لأبعادها .

دحض الحملات المغرضة والاتهامات الباطلة :

لقد حمل رجال الفكر التحرري على الشريعة والفقه الإسلامي حملة شرسة ورموها ادعاءً وكيداً بشتى التهم معلنين ومرددن :

إن هذه الشريعة غير صالحة لزماننا وإنما جاءت لوقت معين وظرف خاص فمسائلها محدودة وأحكامها معدودة إن في الكتاب وإن في السنة وما وراءهما، وخصوصاً فيما استجد من شؤون الحياة ومشاكل المجتمعات التي لا تكاد تنحصر كثرة جزئيات ولا أثر لذلك في مصنفات الفقه وكتب الأحكام عامة . في حين عرف القانون الأوروبي والأحكام الوضعية تقدماً وتطوراً ومجاعة للمجتمعات الإنسانية حيث وضعت التشريعات والقوانين لكل ما يقع فيها . فالشريعة والفقه وفقاً عند حدود النصوص المثبتة في المدونات والكتب الفقهية التي جمدت كما يشهد لذلك تاريخ الفقه الإسلامي ، أما القوانين الوضعية فهي توضع كل يوم وبحسب الحاجة إليها . وهي بذلك مواكبة للعلم والتقدم ومغطية لكل مشاكل الحياة قديمها وحديثها . ولا يترك المتطور الجديد المناسب لأوضاعنا في هذا العصر من أجل العكوف على القديم الجامد والالتزام به . هذا مع ما في الأحكام الشرعية من شدة وقسوة ووحشية نلمسها في الحدود والقصاص ولا تستطيع معها أن ترقى إلى مرتبة الأحكام الوضعية المتناسقة مع الزمن والمسيرة للرقى والمدنية .

وهذا الاتهام بالضيق والحصص والتخلف والتأخر وإن انطلى على العامة فزعزع عقيدتهم في دين الله وذعر الخاصة فراحوا يطلبون المخرج من ذلك ، يعلم الناقدون للشريعة الإسلامية والمتحاملون عليها أنه مردود بما يصدر عن الفقهاء والمفتين فرادى ومجتمعين في أحكام النوازل من بحوث وفتاوى . « وإن للشرع مبنياً بديعاً وأساساً هو منشأ كل تفصيل وتفرع . وهو معتمد المفتي في الهداية الكلية والدراية وهو المشير إلى استرسال أحكام الله على الوقائع مع نفي النهاية ، وذلك أن أصول الأحكام وقواعد الشريعة العامة متقابلة بين النفي والإثبات والأمر والنهي والإطلاق والحصص والإباحة والخطر . ولا يتقابل قط أصلاً إلا ويتطرق الضبط إلى أحدهما وتنتفي النهاية عن مقابله ومناقضه»^(١) . وإن الأحكام الشرعية دين تقوم على حماية حقوق الناس وضمان المصالح والمنافع لهم في أي عصر من العصور ، وإنما تجمع الرادع إلى الوازع بما تغرسه في النفس من هداية وتغلاً به الروح من استقامة ، وتحميه وتنشره من مبادئ وقيم ثابتة ، كانت منشأ عزة الإسلام وقوته وتقدمه . وإن عوارض التخلف والتأخر في المجتمعات الإسلامية

(١) إمام الحرمين . الغياني : ص ٤٣٣ ، ٦٤٥ .

كانت بالعكس بسبب التفريط في هذه الأحكام ووقوع الناس فريسة للجهل والتواكل والفقر والرضيا بالدون وقعود المهتم وخراب الذمم ﴿ وَالْوَأَلُو أَسْتَقْتَمُوا عَلَى الطَّرِيفَةِ لَأَسْقَيْنَهُمْ مَاءً عَذَقًا ﴾ لِنَفْسِنَهُمْ فِيهِ وَمَنْ يُعْرِضْ عَنْ ذِكْرِ رَبِّهِ يَسْلُكْهُ عَذَابًا صَعَدًا ﴿١﴾.

أما ما حصل للفقه من استقرار وجود حمل الشيخ محمد مصطفى المراغي على الإشارة بأصابع الاتهام فيه إلى الفقهاء في مذكرته الشهيرة حول إصلاح الأزهر ١٩٢٨م حين قال: «إن الأمة المصرية تركت الفقه الإسلامي لأنها وجدته بحالته التي أوصلها إليه الفقهاء غير ملائم... ولو أنها وجدت من الفقهاء من جارى أحوال الزمان وتبدل العرف والعادة وراعى الضرورات والخرج لما تركته إلى غيره». فإن مرده في الواقع ليس ما ذكره في المحل الأول وإنما السبب في ذلك هو الاستعمار وما حمل الناس عليه بالقوة، أو الحكام وما فرضوه على المسؤولين من اتجاه أو طبيعة التطور وما تحكمت به الظواهر الاجتماعية والفكرية في الناس، أو الشريعة والفقه ذاته الذي لم يستفد من الأصول والقواعد العامة التي من أبرزها في هذا المجال التيسير على الناس ورفع المشقة والخرج ومراعاة المصالح والضرورات وتغير الأحكام بحسب العادات والأعراف في كل زمن مما يجتمع على الشريعة الصلاحية الدائمة واستيعاب القضايا والجزئيات ويكسب الفقه المرونة التي تميزها في صدر النهضة الأولى^(١).

ولقد وجهت طائفة من المستشرقين في دراساتهما تهمة جديدة للشريعة الإسلامية حين اعتبروها أمراً مثالياً يعنى أساساً بالقيم الدينية والأخلاقية المؤمل توفرها في حياة الناس وإنها بذلك لا تنطبق بالضرورة على الواقع وجعلوها في مرتبة القانون الوضعي. ومن بين هؤلاء جولدزير وأندرسون وشاخت ولولسون. وازداد هذا الموقف وضوحاً في كتاب نوبل ج كولسون حين قال في «تاريخ الفقه الإسلامي»: «إن انقطاع الوحي بوفاة الرسول ﷺ جعل الشريعة الإسلامية بما تحقق لها من كمال التعبير والبيان ثابتة غير قابلة للتغيير... وأصبح على المجتمع أن يتطلع إلى ما تمثله من معايير مثالية وصحيحة إلى الأبد»^(٢). وأكد ذلك في كتابه الثاني: «التعارض والقضاء في الفقه الإسلامي» بتخصيصه فضلاً يبحث فيه التنازع القائم في الفقه الإسلامي بين النزعتين المثالية والواقعية^(٣). وكان من الطبيعي أن يجد هذا الاتجاه الخطير لفصل الشريعة والفقه عن الحياة إبطالاً ونقضاً فكتبت الدراسات والبحوث لبيان الأمر وتصحيح النظر وكان ممن أسهم في هذا د. محمد مصطفى شلبي بكتابه الفقه الإسلامي بين المثالية والواقعية^(٤).

(١) سورة الجن: الأيتان ١٦، ١٧.

(٢) فهمي هويدي. العربي: ٣٣٨. يناير ١٩٨٧م: ص ٨٢.

(٣) فهمي هويدي.

(٤) فهمي هويدي: ص ٨٣. فهمي هويدي: ص ٨٣.

ومن أبرز الاتهامات التي روجها مؤرخو الغرب عن التشريع الإسلامي، وبحثها الحقوقيون والفقهاء في دراساتهم ومحاضراتهم وكتبهم وناقشوها قديماً وحديثاً دعوى أن الفقه الإسلامي مستعار من التشريع الذي كان العمل به قائماً قبل الهجرة وأنه قد استمد أحكامه وخاصة في المعاملات من القانون الروماني. فقد لبث بنو أمية في الشام مدة طويلة يطبقون الأحكام الموجودة به في عهد الرومان وأن الإسلام كان مضطراً لمواجهة النزاعات والخصومات منذ السنين الأولى من انتشاره شاماً وعراقاً بالاحتكام إلى القانون الروماني تفادياً من وقوف سير العدل ومن حصول الخلل في الأحكام وإن التشريعات التي كان يعمل بها الفقهاء أوائل الدولة العباسية كانت عبارة عن مجموعة أحكام تضاهي ما كان العمل جارياً به في سورية قبل الفتح الإسلامي. وقد نقض هذه الفرية من البداية الأستاذ صاوا باشا الرومي أحد رجال الحقوق في عهد السلطان عبد الحميد الثاني وصاحب كتاب «نظرية الحقوق في الإسلام»، حمله على ذلك عدم الأخذ بالظنة والحيطه في الأمر ورجوعه قبل إبداء الرأي إلى كتب الفقه الإسلامي يدرسها ويحللها مرفقاً بذلك بين منابع التشريع الروماني والإسلامي ومنها إلى أن فقه الإمبراطور تروستينيانوس الذي كان يدرس بأشهر مدرسة للحقوق في ذلك العصر مدرسة بيروت والذي كان من أكبر القائمين عليه فيها بتلك الفترة «دورني مساعد تريبونين» الفقيه المشهور كان العمل فيه مبنياً على العقل البشري السليم وإن اصطبح في تلك الآونة بالصبغة المسيحية. أما الفقه الإسلامي الذي تتبعه صاوا باشا في أقرب المصادر إليه وهي كتب الفقه الحنفي فهو مبني على كتاب الله وسنة رسوله. ولن تجد في الفقه الإسلامي حكماً واحداً غير مدعم على هذا أو هذه. وبذلك يتمايز مصدر الفقهاء. ويمضي صاحب نظرية الحقوق في الإسلام فيورد خلاصة اجتهاد الإمام أبي حنيفة وأصحابه أبي يوسف ومحمد بن الحسن الشيباني وزفر، ثم من بعدهم من الأئمة ملخصاً تاريخ التشريع الإسلامي مبنياً مآخذه كلها مثبتاً فلسفة هذا الفقه المتمثلة في علم الأصول قائلاً: «إنه لا يقدر أحد من الناس أن يعلم مأخذ الشرع الإسلامي إن لم يقرأ أصول الفقه، وأدعو من يهه هذا الموضوع أن لا يحكم فيه قبل أن يطالع هذا التاريخ المتسلسل للفقه الإسلامي مطالعة كافية»^(١).

ومن المفارقات المذكورة بين القانونيين والفقهاء أن القانون الروماني يقوم أساساً على اعتبار سلطة رب الأسرة وليس كذلك الشريعة الإسلامية التي جعلت أساسها حرية الفرد، ومنها اختلاف القانون التجاري الإسلامي عن القانون الروماني - الذي كان من قبل قانوناً عاماً لأوروبا بخلوه من الإجراءات والتعقيدات الشكلية التي تدعو إلى بطء المعاملات وعرقلة التجارة ويؤكد هذا ما ذكره الدكتور زيني المدرس بالجامعة المصرية وعميد كلية التجارة بها

(١) صبري: ٢٩٩/٤؛ محمد حميد الله. هل للقانون الرومي تأثير على الفقه الإسلامي (دراسات لخمسة من العلماء).

سابقاً، في كتابه «أصول القانون التجاري» من أن التهمة باطلة والعكس هو الصحيح وذلك في عرض حديثه عن تأثير الشريعة الإسلامية في تكوين العادات التجارية إذ يقول: «ذكر بعض مشاهير كتاب الغرب أن تجار الجمهوريات الإيطالية في القرون الوسطى استفادوا من عادات العرب والأتراك (المسلمين) واستمدوا منها لتجارتهما ما تخلصوا بواسطته من القيود والتعقيدات التي ألفوها في القانون الروماني»^(١).

وفي المقارنة بين مروحي التهمة والناقضين لها يقول شكيب أرسلان: لقد بنى صاوا باشا حكمه على أدلة وبراهين ووثائق ونصوص وحقائق تاريخية، أما أولئك فقد أقاموا حكمهم على ظنون وتخمينات، وعلى نظر من جهة واحدة، وعلى قولهم لا بد أن يكون كذا، وهناك أسباب تدعو إلى الظن بأنه كذا، ومن يدري فقد يكون كذا، وهذه أشياء لا تصلح أن تكون مداراً للأحكام، ولا يقال هذا تمحيص وإنما هو تخمين وإن الظن لا يغني من الحق شيئاً^(٢).

مدى تطبيق القوانين الإسلامية على غير المسلمين:

كما يناسب في هذا المقام أن نشير إلى أن الإسلام لم يحكم غير المسلمين قسراً فيفرض عليهم في مسائل دينهم قوانين كما فعل الغرب، بل جعل للقاضي الشرعي أن يفصل بينهم إذا تراضوا على حكمه، فإن أboافصل بينهم إجبارياً قاضي دينهم. وبهذا يعتبر التشريع الإسلامي مصدراً فقهياً لإحدى القواعد الأساسية للقانون الدولي الخاص وهي قاعدة شخصية قوانين الأحوال الشخصية التي تقررت في مجمع أكسفورد ١٨٨٣م وفي مؤتمر لاهاي ١٩٠٤م وجاءت بها أخيراً اتفاقية مونترو ١٩٣١م.

استقلالية القوانين الإسلامية:

هذا وقد أبطل الدعوى من أساسها قرار مؤتمر القانون المقارن الذي عقد في مدينة لاهاي ١٩٣٨م والذي قضى صراحة بأن للشريعة الإسلامية نظاماً قانونياً مستقلاً غير مأخوذ من التشريع الروماني. وعلى أساس هذا القرار طالب رئيس وفد مصر حافظ رمضان باشا لدى لجنة المرعيرين في واشنطن المنعقدة بشأن وضع مشروع قانون محكمة العدل الدولية بوجوب تمثيل الشريعة الإسلامية في محكمة العدل الدولية.

تفنيد وإبطال الدعاوى التي قامت ضد الفقه الإسلامي:

وبسبب ما اقتضاه النظر الفقهي الاجتهادي في تحديد الأحكام من الاختلاف واعتماد كل إمام على ما صح عنده من الأدلة وأخذ به من الضوابط والمرجحات وهو ما زكاه النبي ﷺ وأذن به فقال: «إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله

(١) صبري: ٢٩٩/٤.

(٢) صبري: ٢٩٩/٤.

أجره^(١). جاء يزيه أيضاً ما أقره الأشياخ من اعتبار لتلك المذاهب الفقهية بقولهم اتفاهم حجة قاطعة واختلافهم رحمة واسعة، فإن الناكبين عن الشريعة والمشككين في صحة الفقه ووجوب الالتزام به حلوا مرة على هذا الشروة القانونية التي تنطوي على كل ما يحتاج إليه المسلمون فرادى وأمة ودولة والتي هي على مقربة منا تقع تحت أيدينا وفي خزائن دور الكتب التي ورثناها عن أسلافنا، والتي تمثل أثرى كنز للمسلمين وعملت بها الدول الإسلامية المتعاقبة إلى أقرب عهد منا، فقالوا إنها ليست من الدين، ونادوا مرة أخرى بإبطال المذاهب ونبذها، وذهبوا ثالثة إلى الاعتصام بالقوانين الوضعية المضبوطة وترك ما قد تحمل عليه تلك الآراء المختلفة من الفوضى والاضطراب. وقد يكون من المناسب أن نقف قليلاً إزاء كل دعوى كاشفين عن الباطل فيها موجهين إلى وجه الصواب في معالجتها.

أما الدعوى الأولى التي كان يمثل صداها ويردها بعض الشيوخ في قوله: «إن الدين في كتاب الله غير الفقه، وإنما الدين هو الشريعة التي أوحى الله بها إلى الأنبياء جميعاً. فقد جاء يقابلها بعد إعلانه هو نفسه: «إن القوانين المنظمة للتعامل والمحقة للعدل والرافعة للحرص هي آراء الفقهاء مستمدة من أصولها الشرعية تختلف باختلاف العصور والاستعدادات، وتبعاً لاختلاف الأمم ومقتضيات الحياة فيها وتبعاً لاختلاف البيئات والظروف». وإن مردها إلى ما أعلن عنه البخاري وأسنده إلى رسول الله ﷺ: «من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين». ومعناه يبصره بأحكامه ويفهمه مقاصده. وعمل الفقهاء الذي يعترف بأهميته وجدواه الشيخ المراغي مستمد كما ذكر في كلامه من الأصول الشرعية. وإذا كانت الأصول الشرعية التي يفيض بها المصدران الأساسيان الكتاب والسنة من الدين فلا وجه لإنكار أن الفقه من الدين. وهو لا ينحصر في العبادات وتلك مزية التشريع الإسلامي، بل «يعم نظره المعاملات والعقوبات وكل ما يدخل في اختصاص المحاكم والوزارات ومجالس النواب والشيوخ. فهو عبادة وشريعة وتنفيذ ودفاع... وهذه المزية يصعد بها الإسلام إلى ساء الرجحان بالنسبة إلى سائر الأديان»^(٢).

وأما الدعوى الثانية القائمة على التنفير من المذاهب الفقهية والاستهانة بها حرصاً من أصحابها على الاجتهاد وترغيباً فيه وصرفاً عن التقليد وإبعاداً عنه فلا يبررها قول بعض المنتظرين:

الدين قال الله قال رسوله والنص والإجماع فادأب فيه
وحذار من نصب الخلاف سفاهة بين الإله وبين قول فقيه

(١) خُ اعتمام: ٣١؛ م أفضية: ١٥؛ د أفضية: ٢؛ ن أحكام: ٢؛ قضاة: ٣؛ ح أحكام: ٣؛ حَم: ٤، ١٩٨، ٢٠٤، ٢٠٥.

(٢) صبري: ٢٩٥/٤.

وإن فيها عودةً على الثروة الفقهية والأنظار الشرعية بالنقض . وهو ما لا يقول به عاقل متدبر . وإنما يردد ذلك الغوغائيون من الذين لا يدركون والذين هم عن الحق محجوبون . والتقليد وإن ذمه الأوائل ففي العقائد لا في الفروع . وإن الاجتهاد ليس بالأمر السهل الذي يقدر عليه حتى من لا يعرف لغة القرآن ووجوه التعبير وأنواع الدلالات وأسباب النزول وملابساته والناسخ والمنسوخ وما ورد في السنة من بيان وتفصيل لأحكامه . كما أن في ترك المذاهب وجمع الناس على مذهب واحد تضييقاً على الناس وتشديداً عليهم والله سبحانه يقول : ﴿هُوَ اجْتَبَاكُمْ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾^(١) .

والدعوى الثالثة مردودة بإطلاق القوانين الوضعية من صنع الناس للناس والشرعية من صنع الله لعباده ، وما كان من الناس لا يخلو من ضعف أو غفلة أو هوى أو تحيز أو مراعاة مصالح بلد دون بلد أو فئة دون أخرى . وهو نتيجة بيئة يلمها المجتمع وتتطلبه أوضاعه ، والمشرعون منقادون لها متأثرون بها . أما الشريعة فهي عامة شاملة صالحة لكل زمان ومكان خالصة من شوائب النقص مهيمنة على الناس بالحق وهي التي توجه الجماعة . فهي مأمونة ومحرة لإقامة العدل وتحقيق الاستقامة .

وإن الأخذ بهذه الشريعة هو كما قال علي عبد الرزاق : الذي يحفظ على الأمة المسلمة وحدتها الدينية التي كتب الله أن تكون بين المسلمين : ﴿ وَإِنَّ هَذِهِ أُمَّتُكُمْ أُمَّةً وَاحِدَةً وَأَنَا رَبُّكُمْ فَاتَّقُونِ ﴾^(٢) .

ولقد كان الفقه الإسلامي من أكبر العوامل في بناء هذه الوحدة الإسلامية ، وكان من أمتن الأسس فيها . فإذا لم يبق لهذا الفقه حياة ، وإذا ما ضاربه أمره إلى أن يصبح رسوماً وأحاديث فقد أوشك المسلمون يومئذ أن يعمهم الله بالفرقة وأن يقطع أمرهم بينهم وأن يتناكروا فلا يعرف بعضهم بعضاً ولا يرجع آخرهم لآولهم ولا يهتدي لآحقهم بسابقهم . ويومئذ لا تغني عنهم تلك الدعوة الجوفاء التي يتصايح بها من يزعمون أنهم يدعون إلى الوحدة الإسلامية وهم يسكتون عن هذه المعاول الهدامة التي تنقض على أسس هذه الوحدة وتعمل فيها هدماً وتخريباً^(٣) .

وإذا أسلم الأصل الذي به يتمسك المسلمون وينادي بالمحافظة عليه علماءهم ويدعو إلى تيسير أمره قادتهم ومفكرهم فإن أمر الفوضى والاضطراب الذين ضاق بها الناس في القرنين الماضيين خاصة بسبب الغزو الفكري وإفساد العقيدة والاتجاه ليس أمراً صحيحاً على الحقيقة

(١) سورة الحج : الآية ٧٨ .

(٢) سورة المؤمنون : الآية ٥٢ .

(٣) الأهرام : العدد ٢٠٦٨٢ .

لأن لكل منطقة من مناطق البلاد الإسلامية مذهباً سائداً وفقهاء عدولاً يقضون به ويلتزمون به، والآن بحمد الله نرى السعي حثيثاً في وضع القوانين والمجلات المستحدثة التي ظهرت في المملكة العربية السعودية ومصر والكويت والأردن مستمدة من التشريع الإسلامي ودواوين الفقه، وقد تكونت لجان لتقنين الشريعة في عدة دول كما قامت المجالس والمجامع بتهيئة ذلك وتيسيره بفضل الجهود العلمية الخيرة والعمل الفقهي المتواصل.

استهداف الحكم الإسلامي والتكرار للتراث الفقهي:

ومن التهجيات الغربية التي لا تصدر عن واعٍ بحقائق الدين ينتسب للإسلام تلك التي تستهدف الحكم الإسلامي في مجاله القضائي والسياسي. فلقد حرصوا كل الحرص على تركيز دعوى فصل الزماني عن الروحي والدين عن الدولة لدى المسلمين. وهذا يناقض قطعاً القاعدة الأساسية عندنا وهي أن الأحكام الشرعية الإسلامية تقوم على المعنى التعبدي الروحي وعلى المعنى القانوني النافع للإنسانية. وهذا ما يشير إليه الشاطبي بقوله في الموافقات: إن كل حكم شرعي لا يخلو عن حق الله وهو من جهة التعبد . . . كما لا يخلو عن حق العبد لأن الشريعة إنما وضعت لمصالح العباد. فالحقان متلازمان^(١). ولإبطال هذا المعنى وإلغاء هذا التصور يقول أحد المضللين متأثراً بواقع الغرب: «الاتجاه الحديث يتمثل ببعده روحاني ديني يخلص وعي الإنسان وعلاقة هذا الوعي بالله من جهة، ثم بعد الحياة السياسية والاجتماعية الذي يحكم علاقات الناس بعضهم ببعض الآخر في المجتمع من جهة أخرى . . . وهكذا لا يمكن أن نحشر الدين في كل شيء في الأكل والشرب والنوم والقيام والقعود وتنظيم العلاقات الاقتصادية والروابط الاجتماعية والخطة الخمسية والسياسة الخارجية للدول . . . إلخ هذا غير ممكن . . .». ويمضي بعد ذلك قائلاً: «إنه من الضروري إعادة التفكير الجذري في الإسلام لكي يكون هناك قضاء ديني مدني واجتماعي يتساوى فيه البشر طبقاً للقوانين المدنية الحديثة. هذا القضاء الاجتماعي المدني غير موجود الآن، وينبغي أن نناضل من أجله لكي يوجد في المستقبل، وهذا لا يعني القضاء على الدين أو محاربه كما يدعي بعضهم، وإنما على العكس يعني احترام الدين والحفاظ على هيبته الروحية وعدم تلوينه بكل شيء»^(٢).

وهذه المواقف ليس غريباً ولا عجباً حصولها ممن يخلط في تصوره بين أصول الدين الذي هو أصل بناء العقيدة، وأصول الفقه الذي هو من عمل رجال الاستنباط للأحكام الشرعية من مصادرها المتنوعة. فيحمله الغموض والوهم على إنكار أن تكون الشريعة ذات أصل إلهي ويصف رسالة الشافعي التي أقامت أسس وقواعد القانون الإسلامي على أربعة مبادئ:

(١) الشاطبي الموافقات.

(٢) حوار هاشم صالح مع أركون: من أجل مقارنة نقدية للواقع؛ المستقبل العربي: ١٠١ - ١٩٨٧/٧.

القرآن، الحديث، الإجماع، القياس بأنها الحيلة الكبرى التي أتاحت شيوع ذلك الوهم^(١)، ولا يحتاج عاقل ولا عالم إلى دفع هذه التهمة، ولكننا من أجل التعريف برسالة الشافعي هذه نذكر بأن الإمام كان قد عرف أئمة المذاهب عن قرب ووقف على ثروة فقهية من أحكام الفروع يشير إلى ما يسلكه أئمة الفقه في المدن المختلفة عند استنباطهم الأحكام. فنظر في الفروع وتعرف على الموازين، وساعده هذا على وضع قواعد الأصول، وقد اتجه بهذه القواعد اتجاهاً علمياً ونظرياً، وجعل الفقه بهذا مبنياً على أصول مقررّة منضبطة، وليس مجموعة من الحلول الجزئية لمسائل واقعة أو مفترضة^(٢). وقد نوه الرازي بمنزلة الإمام الشافعي ووضعه لعلم أصول الفقه بقوله: «استنبط الشافعي علم أصول الفقه ووضع للخلق قانوناً كلياً يرجع إليه في معرفة مراتب أدلة الشرع. فهذا الاتجاه من الشافعي هو اتجاه العقل العلمي الذي يعنى بالجزئيات والفروع. فكان تفكيره تفكير من لا يهتم بالمسائل الجزئية والتفاريع بل يعنى بضبط الاستدلالات التفصيلية بأصول تجمعها. وذلك هو النظر الفلسفي^(٣)».

ويعني صاحب هذه المقالة بعد ذلك متنكراً للتراث الإسلامي الفقهي أغنى التشريعات وأشملها وأدقها وأضبّطها على الإطلاق، فلا يذكر أصوله ولا قواعده، ولا نظائره، ولا فروقه ولا أحكامه، ولا مسائله، ولا فلسفته، ولا نظرياته، ولا أسرارها، ولا مقاصده. وفي كلمة مرتجلة إن أحسننا به الظن يدعو إلى إلغاء ذلك على نحو ما فعلت المسيحية من جعل اللاهوت مقصوراً على العبادة وعلى ما يتصل بعلاقة المرء بربه. واعتبار الناسوت الشامل لكل أحوال الإنسان في الأرض من معاملات وعلاقات وتصرفات وقضايا وأحكام سياسية مفصلاً عن الأول وغير وارد به الدين. وهو ينسى أو يتناسى في مرة واحدة ما شرع الله في كتابه للناس وما فصله رسوله من أحكام: ﴿كَلَّا بَلْ رَأَىٰ عَلٰى قُلُوبِهِمْ مَّا كَانُوا يَكْسِبُونَ﴾^(٤).

ولا أظن أن حملته على الأحكام الشرعية مدنيها وجزائرها تقف بصاحبها المتظاهر بالإسلام مع المسلمين عند الحد الذي وصفنا فيقال إنها فهم وتأويل ونظرة جديدة يجوز مخالفة السابقين بها وتوجيه المسلمين فيها وجهة أخرى لأن من كان هذا شأنه دل على فساد عقيدته وضلاله وكشف عن حقيقة أمره حين حاول سخاء وتفصلاً أن يبطل الحدود ويلغي الجهاد ويغير

(١) أركون. تاريخية الفكر العربي الإسلامي: ص ٢٩٧.

(٢) محمد سلام مذكور، مناهج الاجتهاد في الإسلام: ص ٦٥٥. أبو زهرة، تاريخ المذاهب الإسلامية:

٢٧٢/٢ - ٢٧٣.

(٣) مصطفى عبدالرازق، تاريخ الفلسفة الإسلامية: ص ٣٣٠.

(٤) سورة المطففين: الآية ١٤.

أحكام الإرث ويرفع عن الناس الصوم وغيره من التكاليف حرصاً منه في زعمه على تحقيق العدل ومسايرة التطور والتقدم كما يوحي بذلك حديثه لنوفال أيسرفاتور^(١).

الخلافة الإسلامية وتطبيق الأحكام الشرعية:

وقد عد الناس من إنكار الشريعة والفصل بين الدين والسياسة ما هو دون ذلك. وهو ليس أقل منه خطراً — ما كان من علي عبد الرازق حين زلت به القدم في كتابه «الإسلام وأصول الحكم» فقال: «رسول الله ﷺ لم تكن له حكومة حتى يكون أبو بكر خليفته فيها، وإنما كانت له نبوة لا تقبل الخلافة. وإنما هي رسالة لا حكم ودين لا دولة»^(٢). ونسي أن معنى الخلافة عن رسول الله ﷺ هو ذلك الالتزام بأحكام الشرع الإسلامي ممن يتولى الحكم على المسلمين. وقد تصدى له الفقهاء والمؤرخون والمفكرون جميعاً فردوا عليه أبلغ رد في مشارق الأرض ومغاربها^(٣)، وقد صرح الماوردي من قبل في الأحكام السلطانية بأن الإمامة موضوعة لخلافة النبوة في حراسة الدين وسياسة الدنيا، وعقدتها لمن يقوم بها واجب بالإجماع وإن شذ عنهم الأصم^(٤). وبهذا قال غير واحد من الأشياخ السابقين مثل أبي يعلى وابن حزم وابن تيمية والكمال بن المهام وابن خلدون وغيرهم^(٥). وقد لاحظنا أن علياً عبد الرازق وإن اجتهد بما يخالف آراء عامة المسلمين في قضية الخلافة قد وقف موقفاً مخالفاً في قضية تحكيم الشريعة؛ فحين همت الحكومة المصرية بإعداد مشروعين لتعديل أحكام الأحوال الشخصية في مادتي الموارث والوصية وهما يتجهان إلى خلاف حكم الشرع الإسلامي المعمول به ظهر مشروع علي عبد الرازق ينقضهما على صفحات جريدة الأهرام^(٦) بقوله: «إن هذا الاتجاه دون غيره هو الذي يتفق مع ما تقضي به أصول التشريع العامة من أن القوانين لا ينبغي أن تكون موضعاً للتغيير والتبديل في عجلة وسفه ولا في طفرة نائرة... وإنه لم يكذب بقى من الفقه الإسلامي في عامة بلاد المسلمين إلا هذا الجزء الذي يمس الأحوال الشخصية، فأما الأجزاء

(١) نوفال أيسرفاتور، الإسلام بفرنسا عدد: ٧-١٨/٢/١٩٨٦.

(٢) صبري: ص ٤٠، ٣٦٠. يقول عبد الرازق أيضاً: زعامة النبي عليه السلام كانت كما قلنا زعامة دينية جاءت عن طريق الرسالة لا غير، وقد انتهت الرسالة بموته، فانتهت الزعامة أيضاً، وما كان لأحد أن يخلفه في زعامته كما أنه لم يكن لأحد أن يخلفه في رسالته. الإسلام وأصول الحكم: ص ١٨١.

(٣) محمد سلام مذكور، الإباحة عند الأصوليين والفقهاء: ص ٣١٨ - ٣١٩؛ مناهج الاجتهاد في الإسلام: ص ٤٦٥.

(٤) الماوردي: ص ٣.

(٥) انظر الأحكام السلطانية، لأبي يعلى، والعقل في الحكم: ص ١٣٥؛ والأهواء والعمل: ص ٤، ٨٧؛ والسياسة الشرعية: ص ٦٠ - ٧٧؛ والمسائر: ص ٢، ١٤١؛ والمقدمة: ص ١٧٩.

(٦) الأهرام: العدد ٢٠٦٨٢.

الأخرى فقد أضعافها أهل الفقه الإسلامي وباعوها طمعاً في جاه أو خوفاً من غير الله وأسلموها لجيش التشريع الحديث والتمدن الحديث فدمرها ذلك الجيش وعفراها في التراب» .

ومثل هذا الصوت الذي دوى معلناً حرصه على التمسك بالفقه بعد التفريط في قسم كبير منه تحت تأثير النظم والظروف والضغوط الفكرية والاجتماعية والاقتصادية في هذا العصر لم يمر بدون رد أو معارضة من العلمانيين بل أثار سخطهم ونقمتهم على الفقهاء وعلى الدولة التي من وراء هذا الاتجاه الديني العلني تحميه وتنصره بتمسكها بالشريعة والتزامها بتطبيقها وراح أحدهم يقول: بالرغم من كل هذه الاعتبارات والمراجعات النقدية فإننا لا نستطيع أن نتجاهل وجود قوة هائلة للظاهرة القرآنية، استمرت هذه القوة في الوجود بفضل بعض الشخصيات الدينية الكبرى والشخصيات المثقفة، وبفضل قوة الدولة أيضاً التي قامت بعملها حسب الظروف والمنعطفات التاريخية. . . نعم هناك قوة ما تعبر التاريخ والقرون، إنها هنا موجودة، موجودة في القرآن كانت قد اتخذت لها شكلاً في القرن السابع الميلادي، وفي اللغة العربية. كيف أمكن لهذه القوة أن تنتج هذه الظاهرة المدهشة التي انفجرت هنا وليس في مكان آخر: هنا في الجزيرة العربية وباللغة العربية^(١).

إن الخطة التي يرسمها هذا الفكر التجديدي والتي تستهدف القرآن والتفسير والحديث والشريعة واللغة والدولة الإسلامية لتضع صورة واضحة لمقاصدها وتعلن في غير وجل أو تردد اتجاهها الهدام مسترة بالمنهجية الجديدة للبحث التي تدعو لها في مجال الإسلاميات التطبيقية.

العلمنة أخطر أساليب الهجوم لمنع تطبيق الشريعة:

إن مجموعة التهجيات والتهم التي قدمنا أمثلة منها، وألوان التحديات التي تظهر في الساحة بقصد الإجهاد على الدين كعقيدة وشريعة ودولة هي الجانب التطبيقي والعملي للتحرك العلماني في عصرنا الحاضر الذي تشهد له مقالات فلول من المتحررين من الدين في المشرق والمغرب في البلاد العربية والإسلامية. وإنهم ليزعمون أن ما يقومون به في هذه السبيل ليس صادراً عنهم إلا بقصد تطهير المجتمع من رواسب الماضي المتخلف بشئى الطرق وإنهم يدعون المسلمين عامة إلى منهج فكري راق يخرج بهم من الظلمات وينير لهم المسالك لتحقيق التقدم بل للمنافسة في مجالاته وكسب السبق في الميادين الحضارية الجديدة التي صرفوا عنها طويلاً بسبب الأوهام والتقاليد. ومن الطبيعي أمام هذه الظاهرة المنفسية في أطراف العالم العربي والإسلامي والتي تنطلق بها الممارسات من جهة (تركيا، لبنان) والكتب والمقالات من جهة أخرى متحدثة عن اللائكية واللايدينية والعقلانية والعلمانية والعلموية، أن نقف متسائلين عنها

(١) تاريخية الفكر العربي الإسلامي: ص ٢٩٩.

متعرفين عليها مقومين أعمالها ونتائج الدعوة إليها، فاللائكية كما صرحوا بذلك مأخوذة من لايكوس اليونانية والتي كان يراد بها الشعب ككل بمنأى ومنجى من رجال الدين، أو من كلمة لايكوس التي كانت في القرن الثالث عشر تطلق على الحياة المدنية أو النظامية أي على الشعب أن يعيش حياته الخاصة بكل معطياتها من غير تدخل رجال الدين في هذه الحياة قصد ضبطها وتوجيهها بطريقة ما. ومن المعلوم أن الشعب الوسط الإغريقي أو اللاتيني في القرون الوسطى كانت تنتشر فيه الأمية وكان يتكون في جلته من الزراع وأوساط الحرفيين والعادين من الناس في المدن، وإن رجال الدين (كلاركس) الذين كانوا أحسن حظاً لمعرفة القراءة والكتابة كانوا يستخدمون الشعب الجاهل الساذج ويخضعونه لسلطتهم السياسية والاقتصادية والدينية. فكان هناك تقابل بين العنصرين الجهل والعلم، والخضوع والحكم، والحرية والدين، ومن ثم عرفت اللائكية باللايدنية وتسمت بالعقلانية «أراسيوناليسم» بمقابلة العقل للإيمان كما جنحوا إلى تسميتها في الغرب بالعلمانية والعلموية «سياتنيسم» بمقابلة العلم بالدين.

فالعلمانية في النهاية منهج في الحياة لا يخضع للدين ولكنه يحتكم حراً للعقل والعلم. وهي في نظرهم بعد فكري وطريقة محددة لتشكيل مفهوم جديد عن السيادة والمشروعية وممارسة جديدة لها^(١) كما أنها لديهم ثورة عظمى في تاريخ الفكر الإنساني، والتفاتة للذهن للوصول إلى المعرفة، وأمر ثمين ودرس قويم بعيد عن الصراع السياسي البذيء بين اللايدنية والأيدولوجيات الدينية^(٢)، وبذلك فهي ترقى بالإنسان إلى قدرة التمييز بين القضاء السياسي والقضاء الديني وهي تستلزم الأخذ بعين الاعتبار فتوحات الفكر العلمي وكذلك تناقل هذا الفكر، فهي ترد الإسلام لا فقط إلى ما قطع عنه من جذوره الفلسفية القديمة بل ترده أيضاً وهو المهم إلى الانتاج العقلي الذي نشأ في الغرب في العصور الحديثة^(٣)، فتربطه بأصوله الحكمية القديمة وتبعته نشيطاً قوياً مواكباً للحياة. وهل يعقل أن يحيا الإنسان في هذا العصر العلمي المتطور متأثراً دائماً بأسطورة الأديان فيكون في نهاية القرن العشرين راضياً بامتداد سلطان الدين الذي يريد أن يشمل كل مجالات الوجود والمجتمع لضبطها والسيطرة عليها، قابلاً غياب المشروع البديل الذي سيحقق بدون شك وكما هو مشاهد إشباع الحاجات الأساسية للجماهير.

وبهذا يكشفون عن منهجهم ويفسرون خطتهم بقولهم:

لقد غير الفلاسفة فرويد ونيتشه وكارل ماركس في هذا القرن مناهج النظر والتفكير

(١) محمد بريش. وقفات مع أركون. الهدى: ١٦، ١٧/١٩٨٧م: ٢٤.

(٢) أركون. محاضرة بالرباط من أجل تحليل للعقل العربي. انظر: محمد بريش. الهدى: ١٥،

١٢/١٩٨٦: ٥١ - ٥٤.

(٣) أركون. نوفال أيسرفاتور: ١٩٨٦/٢/٧؛ محمد بريش. الهدى: ١٥، ١٢/١٩٨٦، ٥٩، ١٥/٦٩.

وتقدموا بالعقل البشري مراحل كثيرة وأعطوا للفكر الإنساني استقلاليته الكاملة بالقياس إلى العقل المطلق المتعالي. ومن أجل ذلك فقد آن للفكر العربي المعاصر والفكر الإسلامي بشكل عام أن يعيدا النظر في مفهوم الوعي الميتي مع مقارنته بالوعي التاريخي الواقعي والمستقل. ومن الملاحظ أن مطلباً كهذا لن يتحقق إلا بالدخول في طفرة إستيمولوجية وحيوية هائلة وعنيفة سوف تؤدي حتماً إلى زلزلة الوعي والقيم السائدة بأكملها^(١)، وربما هون ذلك علينا اعتقادنا أن المحتويات العلمانية التقديرية للفكر الإسلامي ستبقى في غير متناولنا ما دمنا نريد البقاء متشبثين بإسلام لا يعدو أن يكون ديناً يأمر ويسجن كلياً العالم أجمع^(٢). وهكذا يتأكد القيام بثورة شاملة تهز فكر العالم العربي والإسلامي رأساً على عقب مطالبين بعدم ترك الإسلام للكليات التقليدية تدعوه ولا بأيدي الشيوخ وعلماء الدين يلقنونه. إن مثل هذا الأمر سيزيد في القطيعة والتطرف بين الطرفين المتقابلين الإسلاميين الملتزمين والعلمانيين الحريصين على أن تحلوا الساحة العامة من كل ما هو ديني. وهنا يعرض بعض الدعاة حلاً يتمثل في النظر إلى الدين نظرة تاريخية تراثية مصرحاً بأن العلمنة تقتضي في واقع الأمر إيجاد مجابهة خصبة بين الرؤيا العلمانية للعالم والرؤيا الدينية له، ويصرح بقوله: أنا مع العلمانية بقوة ولكني أرفض أن يمنع المتطرفون العلمانيون دراسة الأديان بصفاتها ظواهر ثقافية كبرى عاشتها البشرية خلال قرون...^(٣).

ومن جهة أخرى يرى أصحاب البرامج الفكرية النهضوية أن المنهج لإعادة تشكيل العقل العربي وبالتالي إعادة تاريخ الفكر العربي الإسلامي يمكن أن يتم بأحد طريقتين:

أولهما: تبني الأفكار المادية واقتباس المناهج الاشتراكية الماركسية للخروج بالفكر العربي من أوضاعه المتردية الراهنة ثم إعادة كتابة التاريخ على ضوء مناهج المادية الجدلية.

ثانيهما: تبني الأفكار المادية أو غيرها من أفكار المذاهب السياسية المعاصرة بالمرور من مرحلة تاريخية فكرية تتم فيها علمنة الشعوب العربية الإسلامية وجعل إيمانها بعقيدتها الإسلامية وعملها بشريعتها المحمدية ينقلب إلى تقديس لتلك العقيدة كإرث حضاري وثقافي إنساني وتعظيم من طرفها لتلك الشريعة كعطاءات فكرية بشرية تحمل في كيانها عناصر ثورية إذا ما قورنت بزمانها وفترة تاريخها^(٤).

(١) هاشم صالح. ترجمة مشكلة الأصول، لمحمد أركون. الفكر العربي المعاصر: ١٣/١٩٨٦: ٢٠.

(٢) أركون. الأمة الإسلامية: ص ١٢٠؛ محمد بريش. الهدى: ١٥، ١٢/١٩٨٦: ٤٥.

(٣) من الموقف الميتولوجي إلى الموقف العرفي. حوار أركون مع هاشم صالح. مجلة الوحدة: ٣ ديسمبر ١٩٨٤.

محمد بريش. الهدى: ١٤، ٥، ٧-١٩٨٦: ٢٧؛ أركون: ٢٧/١٤.

(٤) محمد بريش. الهدى: ١٣٠، ١، ٢-١٩٨٦: ٣١.

وفي بحث أعده (أركون) الداعي إلى العلمنة الإسلامية وصانها بعنوان «الإسلام والعلمنة» ونشره في مجلة الفكر العربي المعاصر، نجده يتناول بالعرض والتحليل والنقد وجوه هذه القضية فيتعرض لإحدى مشاكل الإسلاميات التطبيقية التي ما يزال يدعو إليها ويصيّء لها الشباب المقتنع بمنهجيته والسائر على طريقه. ويتحدث عن مثال مزدوج للعلمنة في البلاد الإسلامية العربية هي تركيا ولبنان. ثم يتناول القضايا الساخنة التي عرضنا لبعض أقواله فيها مثل النص القرآني والحديث عن جمعه وقراءته وتفسيره وقوة الظاهرة القرآنية، ومثل قضية السلطة بالحديث عن الخلافة عند السنة والشيعة وعرض الأصل التاريخي وبيان عملية التسوية والتبرير، وبالطبع بدون شك التعرض لانبثاق العلمنة وإلحاحها في هذا العصر مع بيان المنهج والطريق الذي ينبغي لأهل الفكر أن يسيروا فيه من أجل ممارسة علمنة إسلامية. وليكشف طريق ذلك تفضل فأعد مع الاستاذ حسن حنفي مشروعاً متكاملًا بينهما للتخطيط الشامل للفكر الإسلامي المستقبلي قدمه للجنة المكلفة ببحث هذا الموضوع بالكويت بدعوة من المنظمة العربية للتربية الأليكسو. وأهم ما ورد في هذا المشروع إذا تركنا أدبياته ومناقشته وآراءه وتأويلاته يتمثل في ثنائي نقاط هي كالآتي:

١ - العلمنة موجودة في القرآن وفي تجربة النبي ﷺ.

٢ - الدولتان الأموية والعباسية علمانيتان وليستا دينيتين. والتطور الأيديولوجي الذي قام به الفقهاء يعتبر إنتاجاً عرضياً محكوماً بظروف وفتية.

٣ - للقوة العسكرية في نظام الخلافة والسلطنة دور أساسي في تحديده وتحديد كل أشكال الحكم اللاحقة المدعوة إسلامية.

٤ - محاولات عقلنة العلمنة الممارسة في واقع المجتمعات الإسلامية حصلت في تلك الظروف من قبل ظهور الفلاسفة المسلمين.

٥ - اشكال الإسلام الأرتودوكسي كالسني والشيوعي والخارجي عبارة عن انتقاعات اعتباطية واستخدامات أيديولوجية لمجموعة من العقائد والأفكار والممارسات التي يدعي وهماً أنها تقوم على أساس ديني محض.

٦ - إعادة بحث وفحص مكانة العامل الديني والتقديس والوحي على ضوء النظرية الحديثة للمعرفة.

٧ - كل الأنظمة السياسية في المجتمعات العربية والإسلامية بعد تحررها من الاستعمار علمانية واقعية.

٨ - العلمنة إذ تؤخذ كمصدر للحرية وبقضاء تنتشر فيه هذه الحرية من أجل افتتاح

نظرية جديدة في ممارسة السيادة العليا والمشروعية هي عبارة عن أمر ينبغي الشروع به داخل المجتمعات الغربية الأوروبية المعاصرة أيضاً^(١).

وقد كتب لي حضور هذه الاجتماعات التي احتد فيها النقاش وقوبلت العروض فيها بالإنكار والنقض. ونحن لم نذكرها هنا إلا كصورة مخططة وبإصرار لتحدي المسلمين ومهاجمتهم في قرآنهم وستهم وعقيدتهم وتشريعهم ونظام الحكم عندهم، ولا أعود إلى ما سبق عرضه ومناقشته في محله من تمهم وتهجمات تتصل بالقرآن أو السنة أو العقيدة أو اللغة ولكني أقف ثانية عند قضية السلطة السياسية العامة «الدولة»، وعند قضية الشريعة وتطبيق أحكامها لنرى مواقف أخرى للعلمانية منها:

أما القضية الأولى فالمسيحية فصل فيها بين الدين والدولة ولا كذلك الإسلام، واعتبر ماكسيم رودنسون أن الإسلام ارتبط بالسلطة الزمنية من الأول وظهور ذلك واضح في عمل النبي الذي كان رسولاً وإماماً. ويجنح أركون بحكم دعوته إلى علمنة الإسلام إلى أنه من الأكيد الفصل بين الدين والدنيا، بين الديني والزمني. ويتساءل هل هذا الفرق الأصلي والأولي حاسم أم هو دون ذلك في تشكيل نوعي السلوك بين المسيحيين والمسلمين؟ ويقرر بعد ذلك معلناً أن النبي لم يكن قائداً عسكرياً أو سياسياً فقط، وأن للخطاب الديني الذي جاء به أهمية بالغة كما أنه يتميز بتجربة دينية غنية جداً وبقصاء رمزي جديد. وبناء على ذلك - وهنا تكمن حقيقة العلمنة التي يدعوا إليها - يمكن التعلق بهذا الدين دون أن نستنتج بالضرورة قواعد سياسية واقتصادية واجتماعية معينة، وأنه لا يلزم بالضرورة أن تكون علاقة الأديان بأصولها مبنية بناء النتائج على أسبابها في كل الظروف وفي كل المنعطقات التاريخية. فهناك إذن دين وأهم ما يتمثل فيه الرسالة وهناك بإزائه مجتمع وتاريخ^(٢). وبعد تقرير وجهة النظر هذه القائمة على مبدأ فصل الدين عن الدولة أو السلطة يذكر أن الخلافة والدولة في الأساس كانت علمانية وأنها كانت تبحث في الطور الأول عن تبرير أو تسويغ ديني. ونسي أو هو لم يقف على كتاب تحريج الدلالات السمعية للخزاعي ولا على كتاب التراتيب الإدارية للكتاني ولكنه اعتمد فقط للاستدلال على رأيه على كتاب ابن المقفع الكاتب والأديب الباطني «رسالة الصحابة» الذي صنعه للدولة العباسية سنة ٧٥٠ ليجعلها حسب زعمه نسخة طبق الأصل من الدولة الساسانية الإيرانية. وإن بنى الدولة العباسية ومؤسساتها وأسلوب الحكم في سوريا العراق وطريق إعادة

(١) محمد أركون. القدسي والثقافي والتغيير. مفهوم السيادة العليا في الفكر الإسلامي. مجلة الفكر العربي

المعاصر. ٣٩ جوان ١٩٨٦، ص ٣٠ - ٣١؛ محمد بريس. الهدى: ١٦ - ١٧/١٩٨٧: ص ٢٤.

(٢) حوار مع الأكون أجراه هاشم صالح. من أجل مقارنة نقدية للواقع. المستقبل العربي: ١٠١٠،

١٩٨٧/٧ - ٨.

الأمن لهما والقرارات التي كانت تصدر عن الجيش والشرطة والقضاة. كانت كلها مستوحاة من النظم الفارسية دون أي استعانة بالفكرة الوهمية «القانون الديني والإسلام». وهكذا يصبح جلياً أنه لا خشية في الفصل بين الدين والدنيا، بين الروحي والزمني. وأنها تجربة واقعة من صدر الإسلام فلا يضير الدين الخفيف أبداً أن يكون متجهاً لإشباع الجانب الأساسي الروحاني في الناس من غير أن يدخل في متاهات الحكم وصراعاته والسلطة وأشكالها وممارستها.

وأما القضية الثانية وهي الشريعة فقد أضاف إلى ما عرضنا له بشأنها قبل جوانب جديدة تتمثل في كونها (أنتيمولوجيا) بمعنى الطريق المستقيم المؤدي إلى الله، وإن ما قامت عليه في تصور الناس في بعض البلاد كالجزيرة العربية لا يعدو أن يكون فهماً تقليدياً ممارساً، وهي وإن كانت في الواقع مجموعة من المبادئ تشمل كل نواحي القانون من مدني ومؤسسي وجنائي تلقاها المسلمون وكأنها ذات أصل إلهي قد ترسخ في الوعي الإيماني فترة من الزمن في الأوساط القروية والمدنية على سواء، إنها ناتجة عن الوسائل الاستنباطية المطبقة بصرامة على النصوص القرآنية والأحاديث النبوية لكنها في الواقع لم تكن مطبقة على كل المجتمعات الإسلامية. فالعالم الرعوي والزراعي نجا منها باستمرار، كما أنها كانت في الغالب مرتبطة بمركزية الدولة أو السلطنة أو الخلافة. فالسلطان أو الخليفة وهو الإمام وقاضي القضاة والقاضي الأكبر كان يعين قضاة الأمصار الذين يتولون تطبيق أحكام الشريعة حيثما امتدت السلطة المركزية جغرافياً. وهذا بالطبع لم تكن تاريخياً كلية ولا شاملة وهكذا فإن قسماً كبيراً من البلاد كما كان الأمر في الجزائر قبل الاستقلال سنة ١٩٦٢ - ١٩٧٤ كان لا يخضع للتشريع الإسلامي ولكن تطبق فيه الأحكام العرفية المتوارثة^(١).

وللتمكن من هذا التصور يقابل هذا المؤرخ الفرنكو مسلم بين تاريخ التشريع في نظر المسلمين والفقهاء خاصة وبين ما كانت عليه قصة التشريع في الواقع من الناحية التاريخية التي قدمها لنا محررة عن طريق سنده ونظراته النقدية لها. وإذا كان جمهور المسلمين سابقاً وحاضراً يعتقد أن الشريعة تشكلت تدريجياً بفضل ممارسة القضاة الذين كان عليهم مواجهة حل مسائل المسلمين المتفرقة والعديدة، وأن تلك الحلول كانت نتيجة دائمة لاستجواب القرآن ثم السنة ولاعتد الفهم فيهما وروح الشريعة منها، وأن هذه الممارسة القضائية والاجتهادات الفقهية كانت أساس مجموعة كبيرة من الأحكام التي اعتمدت خلال القرون الثلاثة الأولى من التاريخ الإسلامي ومن بعدها، وأن مدارس اجتهادية سنوية وشيعية قد ظهرت هنا وهناك في أقطار العالم الإسلامي وكانت وما تزال مهيمنة على الأقل فكرياً إلى الآن، فإن الصورة الثانية لتاريخ التشريع الإسلامي حسب رئيس قسم الدراسات الإسلامية بالسربون هي التي يوحى بها

(١) محمد أركون. تاريخية الفكر العربي الإسلامي: ص ٢٩٦.

جولدزهير وشاخت في كتاباتهما والتي ينزعان عنها الأصل الإلهي بانتهاهم إلى القول بأن الشريعة عبارة عن هذا القانون الذي أنجز داخل المجتمعات الإسلامية وبشكل وضعي كامل .
ولتفصيل القول في هذا يعتمد إلى قضية تأثر الشريعة الإسلامية بالأعراف المحلية التي وجدت قائمة في البلاد المفتوحة ويؤكد أن الرجوع في آخر الأمر لم يكن إلى قواعد ثابتة ولكن إلى الرأي الشخصي للقاضي . ويدل على هذا أن ما حصل من اضطراب وتقطع في تطبيق الشريعة هو الذي حمل الشافعي على وضع رسالته والدعوة إلى الأخذ بالأصول الأربعة : الكتاب والسنة والإجماع والقياس . وقد عرضنا من قبل رأينا في القرآن والحديث ، أما الإجماع فأمره غامض لأنه لم يحدد كما أنه نادراً ما يتحقق وإن اعتمد في بعض المسائل الكبرى ، والقياس كما رأينا حيلة جلب بها القانون الوضعي المخترع بالتعظيم والتقديس^(١) .

ويعني بعد هذه المقارنة يقول : ومن العجب أن تظل ملايين من البشر مقتنعة بأن الشريعة ذات الخطر الكبير على حياة الناس والتي يراد تحكيمها في كل شؤون المسلمين في عامة تصرفاتهم وحتى في تفكيرهم هي من الله . ولا نجد مبرراً لهذا الوهم المستولي على عقولهم إلا من حيث أن موقفهم هذا يمثل نوعاً من التقليد التعبدى السكولاستيكي الذي رسخ في الأذهان عن طريق التعليم والتلقين ، والذي سبب الخلط فيه بين الزمني والروحي يرجع إلى خلطهم بين القانوني والشرعي حيث استعملت الكلمة الثانية بقدر مشترك بين الموضوعين . وإن السبيل الوحيد لتصحيح ذلك وتغيير الوهم السائد يكون باعتماد المنهج التاريخي النقدي المنهج التفكيكي التحليلي العلمي المحرر الذي ما يزال لسوء الحظ يلاقي صعوبات أكثر من هائلة .

وهنا يأتي الإمعان في الدعوة إلى ضرورة علمنة الإسلام والإخافة من مظاهر الصحوة في العالم بقوله : «مقابل المتمسكين بالدين والمنغمسين فيه والعائدين إليه بأعداد كبيرة طائفة من المثقفين كانوا بالأمس يدعون للعلمانية ويحثون على اختيار المادة التاريخية كمنهج فكري ثوري يتيح للشعوب العربية التخلص من ظلمات الجهل التي ساهمت في صنعها العقائد الدينية»^(٢) ، ويقاسمه بعض العلمانيين تخوفه حين يحذر أصحاب المسار اليساري بقوله : «إن الإسلام كان ولا يزال مركز الشريعة الأول والأخير بالنسبة للأغلبية الساحقة من الجماهير العربية التي تتعامل معها ، ويدعو هذا بدون شك إلى مضاعفة الجهود تخطيطاً وتطبيقاً لنشر العلمنة وإقناع الناس بها»^(٣) .

(١) محمد أركون . تاريخية الفكر الإسلامي : ص ٢٩٧ ، ٢٩٨ .

(٢) محمد بريش . وقفات مع أركون . الهدى : ٦٣ - ١ - ١٩٨٦/٢ : ٢٩ .

(٣) نفس المرجع .

الصحة الإسلامية :

مما قدما يتجلى التقابل بين الاتجاه الإلحادي والتجديدي واليساري وبين الاتجاه الإسلامي الشامل بجميع صنوفه وأشكاله ومراتبه في ساحة واسعة غير مقصورة على البلاد العربية، ولكنها تنسع لتمتد لتشمل البلاد الإسلامية ومن ورائها وكور ومراكز الدعوات المناوئة للمسلمين كأمة وللإسلام كدين ولحركات المعارضة لها والقائمة في وجهها في كل مكان من أجل حماية العقيدة ورد العدوان. إنها مسابقة ومناظرة بل نقائص وملاحم وحرب مقنعة وجهاد.

تلك ترفض الإسلام كدين أو تقبله ولكن كفكر حضاري تتمسك به إلى حين ما دام يحقق لها مصلحة، فإذا وجدت المصلحة في غيره نبذته وولت وجهها عنه، وهذه تؤمن به كعقيدة مقدسة جاء بها الرسول الخاتم وبينها لها بالقول والعمل والدعوة إلى الحق والهداية إلى الخير فهي تتمسك به كمنهج وتوثره على كل شيء ولا تبحث عن شيء وراءه.

تلك لا ترتبط بقومية ولا تلتزم بدين ولا عقيدة. وهي حين تصرح بأن ظروفًا قضت عليها بالتحرك في دائرة الانتفاء العربي الإسلامي تعلن عن وجوب تجاوز النرجسية والمركزية العريقة والقومية من جهة، وأنها لا تعتبر العروبة غاية قصوى لمصيرها ولا قيمة في حد ذاتها، ومن جهة أخرى ترفض أن يكون الإسلام الأس الوحيد للأخلاق والمجتمع والمحرك الأساسي الفعلي للعبة الاجتماعية فراضاً قواعد المدنية وما يرتبط بها من فروض في العادات والتقاليد^(١).

وهذه تصر على أن النظام الإسلامي هو النظام الديني الإلهي الذي يجب على كل مسلم أن يمارس الحياة على أساسه وألا يستبدل به غيره مهما تكن الظروف والمناسبات من حيث إنه النظام العام الدائم الصالح لكل زمان ولكل مكان.

وحيث تذكر الأولى بما حققه العلم من إنجازات والتطور الفكري والحضاري القائم على العلمانية من رقي وازدهار وتقدم ومدنية تكشف الثانية عن حقيقة هذه الحضارة العلمية، وهي وإن سلمت بجودها واعترفت بما قدمته للإنسانية من ثروات هائلة وخدمات عظيمة غير أنها تؤمن بأنها بفقدانها للجانب الروحي الضروري والمهم لم تستطع أن تحقق الأمن والطمأنينة للبشر الذي يبرغ في أحوال المادية ويزداد مع الأيام قلقاً وشقاءً وخوفاً وآسأ مع ما هو ملحوظ للعيان ومشاهد في أطراف العالم وبخاصة في البلاد الإسلامية من ضروب الفشل في مختلف المجالات الروحية والأخلاقية والاجتماعية والاقتصادية والعسكرية والسياسية.

(١) هشام جعيط. الشخصية العربية الإسلامية والمصير العربي: ص ١٠٢، ١٠٣؛ محمد بريس. الهدى:

ومن ثم جاءت حركة رد الفعل الطبيعية التي حمل عليها استشراف الفساد والجور واختلال التوازن وفقدان الأمل في الغد المرتقب، وقام الدعاة المسلمون بما فرضه عليهم دينهم وناداهم به قرآنهم في قوله: ﴿وَلَتَكُنَّ مِنْكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ﴾ (١).

وهكذا بدأت الصحوة كما يسميها المسلمون مشرقاً ومغرباً ويسميها خصومها فتنة وثورة وهي في واقع الأمر عنوان على اليقظة بعد السبات وعلى الانتباه بعد الغفلة وعلى الاهتمام إلى الأسس المقومة للأمة والقيم والمبادئ التي يتميز بها الإسلام بعد طول نسيان أو تجاهل بفعل التبعية البيغضة بجميع أشكالها للدول الاستعمارية وسلطان الغزو الفكري المادي على عامة أفراد الأمة.

ولا بدع أن يغيب انبلاج الصحوة الغرب المتحيز للائكية فيرمي دعواتها والمسلمين عامة بالتخلف والرجعية، فإن الغربيين من مسيحيين وغيرهم لم يفهموا لهذه الحركة معنى ولم يدركوا أبعادها بسبب ما يملأ حسهم الباطني الجماعي من أخيلة وتصورات غير صحيحة عن الدين الإسلامي، وبسبب انزعاجهم أكثر بالتحرف الثقافي الذي يواجهونه في أكثر البلاد التي كانت بالأمس محتلة من طرفهم فكانوا لها سادة وكان أهلها لهم تبعاً (٢).

وسار الدعاة المجددون لأمر هذا الدين يخوضون غمار معركة الإصلاح بيث الوعي الديني، وظهرت آثار ذلك في مختلف الطبقات الشعبية، ولما استشعر خصومهم تجدد قوتهم واجتماع الناس من حولهم وعمر الشباب المساجد وحلقوا حول المرشدين والأساتذة يفسرون لهم القرآن ويعلمونهم الحكمة ويزكونهم نعتوهم بكل الصفات وضيقوا عليهم وصدوهم كلما استطاعوا عن مباشرة وظيفتهم الدينية الخيرة ولربما أحقوا بهم أنواعاً من الأذى والعذاب والتنكيل إخفاً لأصواتهم وإرهاباً لهم. وتواصل الحذر وازدادت الخشية من الجماعة الإسلامية وحصل التطرف، فذهب أحد العلمانيين إلى الدعوة إلى إخلاء المساجد لكونها وكر التجمعات الإسلامية ومركز نشر الدعوة، ولكون الدين لا يقتضي بالضرورة التحول إلى المساجد فيقول: إن مسألة الإسلام تستوجب أن يعاد التفكير فيها كلياً خلافاً لما يحاول التاريخ الراهن والمتعصبون الذين تكلمت عنهم إيثانه، الإسلام يفترض وجود علاقة شخصية مع الدين، ليس من الضروري دوماً أن يحتشد الناس جماعات في مسجد لإقامة الصلاة، إن الصلاة مسألة شخصية في الإسلام كما في الديانات التوحيدية الأخرى، وكل الداء يأتي من الخلط الذي وقع لأسباب تاريخية بين الاستعمال السياسي للدين والقضاء الشخصي للمتمدين (٣).

(١) سورة آل عمران: الآية ١٠٤.

(٢) ميشال لالون: ١٧.

(٣) حوار مع أركون لنوفال أسرفاتور ١١٠٩. ١٩٨٦/٢/٧؛ محمد بريش. الهدى: ٥٨/١٥.

وسخرت كل الوسائل لمنع مثل هذه الاجتماعات والدروس، وواصل الطرف الثاني عمله بالإمعان في القيام بتظاهراته والاجتماع بالناس في عدة أماكن أخرى، وحصلت الاصطدامات القمعية والدموية وواجهت الصحة التطورات بما يناسبها وتعددت واختلفت هيئاتها ووسمت كلها، بل الإسلام نفسه بالعنف حتى قال كلود ليفي ستراوس رائد الأنثولوجيا البنوية المضادة للعنصرية والاستعمار في الستينات أنه خائف من الإسلام^(١). وصرح آخر في حوار أجري معه: إن الأحداث الجارية في البلدان الإسلامية والعربية وخصوصاً في منطقة الشرق الأوسط تفرض فكرة أن الإسلام عنيف، ويجاولون تفسير ذلك عن طريق العودة إلى الوراثة نحو أصول الإسلام، ويحتجون بأن النبي محمداً نفسه قاد الحروب، واعتقاداً على ذلك يقولون إن الإسلام دين استخدم العنف منذ البداية، وبالتالي فإن المسلمين يعيدون إنتاج موقف قديم يتخذ شكل المثال والقذوة من موقف النبي نفسه^(٢).

ونحن لا يعني هنا تقديم المواقف أو نقدها ويكفي أن نشير إلى أن الحرب المقتعة ضد الإسلام مستمرة على كل حال وفي أي وقت عند ضعف المسلمين وهوانهم وتبعيتهم للدول المتحكمة في مصائرهم أو بعد تحررهم وحصولهم على استقلالهم ومحاولتهم التجديد لكيانهم وتحقيق المنفعة لجماعاتهم.

الدعوة من أجل تجديد الذات :

إن ما غال المسلمين من فتن وعرض لهم من نكبات، ولحقهم من هوان على الناس وعلى أنفسهم، وما انتشر بينهم من فساد وسوء وشر، كان كله بسبب بعدهم عن دينهم، وإعراضهم عن هديه، واستهتارهم بمقاصده، وتجنّبهم للالتزام بأحكامه ﴿ ذَلِكَ يَأْتِ اللَّهُ لَمَّ يَكُ مَغْرِبًا نِعْمَةٌ أَنْعَمَهَا عَلَى فَوْمٍ حَتَّى يُغْرِبُوا مَا يَأْنِفُسِهِمْ وَأَنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴾^(٣).

وقد دعت الضرورة المسلمين إلى مراجعة النفس ومحاسبتها ونقدها ومراقبتها وبيان طرق الخلاص والعزة لاستعادة الأجداد واسترجاع السيادة والريادة والوفاء بأمانة التبليغ للهدى الإسلامي ونشر دين الله في العالمين، فتم بذلك النعمة على الناس ويتنشر الأمن والسلام بينهم وتتحقق لهم السعادة في هذه الدار وفي الدار الآخرة. وإن في هذا ما يغني عن الأخذ بالمذاهب الفكرية والفلسفية والاقتصادية والسياسية من مثل العالمية والقومية والاشتراكية والرأسمالية

(١) حوار مع أركون من أجل مقارنة نقدية للواقع أجراه هاشم صالح. المستقبل العربي. ١٠١ -

١٩٨٧/٧ : ١٠.

(٢) نفس المرجع: ١٠١ - ١٩٨٧/٧ : ٥.

(٣) سورة الأنفال: الآية ٥٣.

والبشفية . فإن تلك الاتجاهات التي جربها الناس وأقاموا عليها أسس أنظمتهم ومعاملاتهم قد صدق القرآن من قبل بأكمل ما فيها من إيجابيات وصرف عما تضمنته من سلبيات ودعا إلى المنهج الأقوم . ولذلك ترى الثلة المؤمنة الموقنة القائمة بالحق والداعية إليه : «تتخذ القرآن منهجاً لها - كما قال البنا - تتلوه وتتدبره، وتقرؤه وتفتحصه، وتنادي به وتعمل له، وتنزل على حكمه، وتوجه أظفار الغافلين عنه من المسلمين وغير المسلمين». وتردد بين الناس فخورة معترزة معلنة: «نحن مسلمون وكفى ومنهناجنا منهج رسول الله وكفى، وعقيدتنا مستمدة من كتاب الله وسنة رسوله وكفى»، وقد اعتبر القائمون على هذا الأمر في الشرق الأقصى والشرق الأوسط وفي بلاد المغرب أنهم مهما اختلفت هياتهم وأشكال عملهم وطرق المعالجة لقضاياهم سواء كانوا من المعتدلين أو من المتطرفين أنهم يحملون أمانة ويبلغون رسالة:

تتمثل في إخلاص الوجه لله والخضوع لإرادته في كل ما أمر به أو نهى عنه .

وفي الممارسة الشاملة للإسلام عبادة وقيادة، ديناً ودولة، روحانية وعملاً، صلاة وجهاداً، مصحفاً وسيفاً، فلا ينفك واحد من الأمرين عن الآخر.

وفي تنبيه الغافلين من الناس إلى ما في الإسلام من قيم وإلى وجوب عودة الإسلام إلى الحياة بعد غيبته الطويلة عنها .

وفي بناء الفرد المسلم والأسرة المسلمة والشعب المسلم والأمة المسلمة بناء يقوم على الاحتكام إلى شريعة الله لا إلى أي حكم سواها .

وفي تجهيز المؤمنين بقوة في الاعتقاد والتصور، وبقوة الخلق والتكوين النفسي، وبقوة التنظيم والبناء الجماعي، وقوة الصمود والتصدي، وقوة التغلب على جميع المعوقات .

وفي التضحية والبذل والجهاد وفي سبيل الحق فما الوهن الذي أذل المسلمين إلا حب الدنيا وكراهية الموت .

وفي التناصر والتعاون والتكافل والتضامن وتقوية الروابط وتعزيزها بين الأقطار الإسلامية جميعاً وبخاصة العربية منها تمهيداً للتفكير الجدي العملي في توحيدها وجمع كلمتها راية واحدة وجعلها وإن اختلفت بها المناطق والأفاق دولة متكاملة متلاحمة تعود بها الخلافة الضائعة .

ولو أتيح بلوغ هذه الأهداف الغالية بتربية الأمة وتغيير العرف العام وتزكية النفوس وتطهير الأرواح والقضاء على الأفكار والحلول المستوردة التي لا يقرها الإسلام لتغيرت الأرضية التي يمكن للإسلام أن ينطلق منها قوياً مجدداً ليتبوأ مرة أخرى مكانته التي أرادها الله له في هذا العالم . وإن هذا كما قال الدكتور القرضاوي لرهين قيام مجتمع إسلامي توجهه عقائد

الإسلام، وتحكمه شرائع الإسلام، وتقوده مفاهيم الإسلام، وتسوده أخلاق الإسلام، وتسيطر عليه تقاليد الإسلام، وتسري في كل جنباته روح الإسلام، ويصبغ كل شيء فيه بصبغة الإسلام: ﴿صِبْغَةَ اللَّهِ وَمَنْ أَحْسَنُ مِنَ اللَّهِ صِبْغَةً﴾^(١). . مجتمع عقيدة وفكر، مجتمع دعوة ورسالة، لا بد أن تتمثل في جميع نواحي حياته: روحية ومادية، فكرية وسلوكية، تربوية وثقافية، نفسية واجتماعية، اقتصادية وسياسية^(٢).

وهذا الأمر العظيم الجليل الذي هو قوام الأمانة وموضوع الرسالة ليحتاج دون شك إلى تضافر الجهود وإسهام كل الطاقات الفعالة في المجتمع الإسلامي.

فإن على الحكومة أو الحكومات الإسلامية أن تنهض بجزء كبير من أعبائه لأن الله يزع بالسلطان ما لا يزع بقرآن.

وعلى الهيئات النيابية أن تسهم فيه بفعالية لأنها هي التي تتولى إصدار القوانين للناس فتلتزم فيها مراقبة الله ومراعاة مصالح المسلمين.

وعلى الأغنياء والسرارة لما خولهم الله من قدرات على التمويل والإصلاح.

وعلى العلماء والطلبة المسلمين بما يدعون إليه ويلتزمون به فيرفعهم مقاماً علياً: ﴿وَمَنْ أَحْسَنُ قَوْلًا مِمَّنْ دَعَا إِلَى اللَّهِ وَعَمِلَ صَالِحًا وَقَالَ إِنَّنِي مِنَ الْمُسْلِمِينَ﴾^(٣).

السيادة والسلطة:

على أساس شمولية الدين الإسلامي للجانيين الروحي والزمني واقتضاء نظامه الجمع بين الدين والسياسة خلافاً لما لحق المجتمع المسيحي في ظل الثورات والأنظمة اللائكية من تصدع سببه الفلسفات المادية والتوترات الاجتماعية والنزعات الطبقية رفض دعاة الاتجاه الإسلامي واعلام الصحوة في كل بلد عربي مسلم وفي سائر الأقطار الإسلامية الاستجابة للعلمانيين من قادة ومفكرين وساسة في أي شكل ظهروا وعلى أي وجه انقلبوا لانتضاح أمرهم وانكشاف مؤامرتهم ضد الإسلام والمسلمين. وهل العلمنة إلا قضاء على الإسلام كدين ومنهج حياة وتدخل في شؤون المسلمين بما يفسد عليهم عقيدتهم وحياتهم ويجعلهم في ديارهم غرباء لا يقدرون على ممارسة شعائرتهم ولا على القيام بأدنى الواجبات من الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر حفاظاً على كيانهم وصيانة لجماعتهم لأن في ذلك عند خصومهم تضييقاً للحريات وتدخلًا

(١) سورة البقرة: الآية ١٣٨.

(٢) الحل الإسلامي فريضة وضرورة: ص ١٤٨.

(٣) سورة فصلت: الآية ٣٣.

في الحياة الشخصية ومشاغبة وتعطيلاً لكل مظهر أو سبب من أسباب التطور والتقدم في نظرهم .

هذا، ومن المسلم أن لكل جماعة الحق في اختيار من تؤمّر عليها وتوكل إليه تصريف شؤونها وتدبير أحوالها . والأمة الإسلامية أو الشعوب الإسلامية من حقها أن تختار ولا يجوز أبداً أن يفرض عليها من يحكمها لأن حاكم المسلمين - كما كان الخليفة - من أهم واجباته وأقدسه صيانة الدين والعقيدة والاجتهاد في تحقيق المصلحة العامة للأمة أو الجماعة التي يلي أمرها . ولذلك، فإن السلطة عند المسلمين لا تطلب لذاتها وإنما تطلب من أجل أنها الأداة الفعالة في سبيل الدعوة إلى الله ومن أجل الحفاظ على المجتمع الإسلامي سليماً معافى متكافلاً نامياً متطوراً متقدماً . وهل يتحقق ذلك مع القوميات أو الوطنيات؟ وهي مدعاة إلى تقسيم الأمة الواحدة إلى طوائف متباغضة متناحرة تحكمها مناهج وضعية أملتها الأهواء، وتفصل بين وحداتها حدود مصطنعة وأجناس متغايرة مفوتة عليها الأخوة في الله والمواطنة الصادقة النابعة من العقيدة المشتركة .

إن المسلمين لا يفرقون بين ملكية وجمهورية إذا كان الحاكم مسلماً أميناً تتوفر فيه شروط الإمامة التي نص عليها الفقهاء في كتب السياسة الشرعية كالمواردي في الأحكام السلطانية واختارته الأمة عن رضا وأسلمته مقاليد أمورها . ولكنهم يخلعون حكمه ويرفضونه إن كان ديكتاتورياً لأن النظام الإسلامي يقوم على الشورى والبيعة، وتقييد سلطة الحاكم والحق في عزله، والحكومة الإسلامية لا هي تيوقراطية دينية، كما كانت تدعي الكنيسة أنها تستمد سلطتها من الله، لأنها تستمدّها من الجماعة الإسلامية التي بايعتها ولا هي ديموقراطية لأن هذه وإن اتفقت مع الإسلامية في حرصها على تحقيق العدالة والحرية والمساواة، فإنها تختلف عنها من حيث عدم تقييد الحاكمين والمحكومين في تصرفاتهم وأعمالهم وعلاقاتهم بما أنزل الله .

وإنما هي نظام متميز تسوده الشورى لقوله جل وعلا لنبيه: ﴿وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ﴾^(١)، ﴿وَأْمُرْهُمْ شُورَىٰ بَيْنَهُمْ﴾^(٢) .

وقوله سبحانه: ﴿وَإِذَا جَاءَهُمْ أَمْرٌ مِنَ الْأَمْنِ أَوِ الْخَوْفِ أَذَاعُوا بِهِ، وَلَوْ رَدُّوهُ إِلَى الرَّسُولِ وَإِلَىٰ أُولِي الْأَمْرِ مِنْهُمْ لَعَلِمَهُ الَّذِينَ يَسْتَنبِطُونَهُ مِنْهُمْ﴾^(٣) .

ويحفظه تقييد سلطة الحاكم خلافاً لما كان عليه الحكم المطلق الاستبدادي الذي لا حد له

(١) سورة آل عمران: الآية ١٥٩ .

(٢) سورة الشورى: الآية ٣٨ .

(٣) سورة النساء: الآية ٨٣ .

ولا قيد عليه والذي كان مهيمناً في كثير من البلاد قبل الإسلام.

وهكذا بعد أن كانت علاقة الحاكمين والمحكومين تقوم على القوة البحتة أصبح أساسها في ظل الإسلام تحقيق المصلحة العامة لا قوة الحاكمين ولا ضعف المحكومين، وأعطيت الجماعة حق اختيار راعيها ووضعت لسلطة الحاكم حدود لا يتعداها، فإن تجاوزها كان عمله باطلاً وجاز للجماعة عزله. ومبدأ الحكم في الإسلام: الاستخلاف في الأرض لإقامة حكم الله فيها. ومن ثم كان للحكم الإسلامي القائم في أصوله على الاستقامة ومراقبة الذات والمحاسبة وتقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة ما يحقق الأهداف منه وييسر على المجتمع الإسلامي نيل حقوقه وبلوغ عزته في ظل الإسلام وتعاليمه ومنهجه ونظامه.

وللشريعة اعتبار مهم في حياة المسلمين لا يثني عنها انحراف المنحرفين ولا جحود الجاهلين وهي دستورهم الذي يحكم الأمة جميعها فيحمي مصالحها ويضع قواعد المعاملة بين أفرادها وهي النظام الإلهي الذي اختاره الله لها وتمت به النعمة عليها وهي وحي منزل من خالق العباد البصير بعباده لإقامة العدل بينهم لا يرقى إليها ما تواضع الناس عليه من الأحكام لثباتها ودوامها وسموها وكماها ودرئها ما يغلب على أحكام الناس من نزعات وميول وشهوات وأهواء. وهي لكونها من الدين ولبابه قد فرض الشارع الاحتكام إليها. ومن خرج عن هذا الحد يكون ظالماً وفاسقاً وكافراً بتصريح القرآن لكونها إنما جاءت لتخرج المكلفين عن دواعي أهوائهم حتى يكونوا عباداً لله. وهذا المعنى إذا ثبت لا يجتمع مع فرض أن يكون وضع الشريعة على وقف أهواء النفوس وطلب منافعها العاجلة كيف كانت. وقد قال ربنا سبحانه: ﴿وَلَوْ أَتَّبَعَ الْحَقُّ أَهْوَاءَهُمْ لَفَسَدَتِ السَّمَوَاتُ وَالْأَرْضُ وَمَنْ فِيهِنَّ﴾^(١).

وهي بحكم أصولها العامة وقواعدها الكلية قد هيأت للعلماء المحققين والفقهاء المبرزين الاجتهاد فيما لا نص فيه بحمل المسائل المستجدة والقضايا المحدثه على نظائرها على وفق ما يقتضيه روح التشريع وساحة الدين ومقاصد الشريعة وأسرارها، تشهد لذلك هذه الحركة العجيبة، التي نلمسها في كل بلد إسلامي بمجالس الفتوى والمجالس العليا الإسلامية ومعاهد البحوث وجامع الفقه، وإنها لحركة جد مباركة لأنها لا تخدم المسلمين وحدهم، بل تنير الطريق للفقهاء ولرجال القانون في العالم، وقد اعترف بفضلها المنصفون من قضاة الغرب وعلماء القانون مثل كوهلر الذي لم يتردد أن صعد بقوله: إن الشريعة الإسلامية لتحتوي على أحكام لم يصل إليها القانونيون الغربيون إلا بعد عشرة قرون^(٢)، كما صدرت عن الهيئات العلمية

(١) سورة المؤمنون: الآية ٧١.

(٢) مجلة القضاء العراقية مارس ١٩٢٦م؛ مجلة البعث الإسلامي م ١٨ عدد ١٠ يونيو ١٩٧٤م.

واللقاءات الدراسية التي عقدت بلاهاي في السنوات ١٩٣٢م، ١٩٣٧م، ١٩٤٨م، وباريس في أسبوع الفقه ١٩٥١م توصيات من أهمها: إن مبادئ الفقه الإسلامي لها قيمة حقوقية تشريعية لا يمارى فيها، وإن اختلاف المذاهب الفقهية لينطوي على ثروة من المفاهيم والأصول الحقيقية هي مناط الإعجاب. وبها يتمكن الفقه الإسلامي من أن يستجيب لجميع مطالب الحياة والتوفيق بين حاجاتها، وإن التشريع الإسلامي يعد في طليعة المصادر الصالحة لسد حاجات التشريع الحديث^(١).

هذه صورة من الحرب المقتعة ضد الإسلام يتهجم فيها المبطلون والجهلة الضالون في القديم والحديث على عقيدة الإسلام ومصادر شريعته وتاريخه. وهي متناسقة بعضها مع بعض، رغم تطور الأزمان واختلاف الظروف، تستهدف أمراً جليلاً هو تغيير العقيدة والتحلل من كل القيود والقيم والمبادئ وإحداث الفوضى وزلزلة الكيان في المجتمع الإسلامي. ولكن المؤمنين لم يعدموا لا ماضياً ولا حاضراً صوتاً مجلجلاً يقوم الله بالحجة ويدفع عن دين الله الباطل ويكشف عن أعمال المفسدين المحاريين: ﴿ قُلْ هَلْ نُنَبِّئُكُمْ بِالْأَخْسَرِينَ أَعْمَالًا * الَّذِينَ ضَلَّ سَعِيَّهُمْ فِي الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَهُمْ يَحْسَبُونَ أَنَّهُمْ مُحْسِنُونَ صُنْعًا * أُولَئِكَ الَّذِينَ كَفَرُوا يُبَايِعُونَ رِيبَهُمْ وَلِقَائِهِمْ فَمُخِطَاتُ أَعْمَالِهِمْ فَلَا نَقِيمُ لَهُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَرَنَّا * ذَلِكَ جَزَاءُهُمْ جَهَنَّمَ بِمَا كَفَرُوا وَتَلَّخَذُوا بِرَبِّهِمْ وَرُسُلِي هُرُوا ﴾^(٢).

الدكتور محمد الحبيب ابن الخوجبة

(١) أسبوع الفقه بباريس ١٩٥١م؛ الزرقا. المدخل الفقهي: ١، ٩٤، ٢٢٩.

(٢) سورة الكهف: الآيات ١٠٣ - ١٠٦.

الْوَشَائِفُ

تطبیق الشریعة
إعداد
الدكتور صالح بنت حمید

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله المتوحد بالعظمة والجلال المتعالي عن الأشباه والأفعال. أحمده سبحانه وأشكره منّ علينا بواسع الفضل وحزيل النوال، وأشهد ألا إله إلا الله وحده لا شريك له، له الخلق والأمر وله الحكم وهو الكبير المتعال، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله مصطفاً من خلقه، كتب الفلاح لمن اتبعه واحتكم إلى شرعه ففاز في الحال والمآل صلى الله وسلم وبارك عليه وعلى آله وصحبه خير صحب وآل التابعين ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

أما بعد فاتقوا الله أيها المؤمنون فبتقوى الله تزكو الأعمال وتنال الدرجات وارغبوا فيما عنده فيبده الخير وهو على كل شيء قدير. اتبعوا ما أنزل إليكم من ربكم ولا تتبعوا من دونه أولياء.

أيها المؤمنون:

من حق هذه الأمة أمة الإسلام: ﴿ خَيْرَ أُمَّةٍ أُخْرِجَتْ لِلنَّاسِ ﴾ أن تفخر بدينها وتعتر بتشريعها حيث توحدت به الصفوف وأتلفت به القلوب. أنقذها، من مهاوي الرذيلة إلى مشارف الفضيلة ونقلها من الذل والاستعباد والتبعية إلى العزة والكرامة وصحيح الحرية. الأمن والأمان وشريعة العدل والرحمة. دين أكمله الله فلن ينقص أبداً ورضيه فلن يسخط عليه أبداً: ﴿ الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتَمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا ﴾.

عباد الله:

شريعة الله هي المنهج الحق الذي يصون الإنسانية من الزيف ويجنبها مزلق الشر ونوازع الهوى شفاء الصدور وحياة النفوس ومعين العقول: ﴿ يَا أَيُّهَا النَّاسُ قَدْ جَاءَكُمْ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّكُمْ وَشِفَاءٌ لِمَا فِي الصُّدُورِ وَهُدًى وَرَحْمَةٌ لِلْمُؤْمِنِينَ ﴾ قُلْ بِفَضْلِ اللَّهِ وَبِرَحْمَتِهِ فَبِذَلِكَ فَلْيَفْرَحُوا هُوَ خَيْرٌ مِمَّا يَجْمَعُونَ ﴿

منبع الشريعة ومصدرها كتاب الله تبارك وتعالى وسنة نبيه محمد ﷺ.

كتاب الله أساس الدين ومصدر التشريع حجة الله على العالمين حوى أصول الشريعة

وقواعدها في عقائدها وأخلاقها وحلالها وحرامها يضيء للأئمة مسالك الاستنباط في معرفة أحكام الحوادث والمستجدات في كل زمان ومكان .

(فليست تنزل بأحد من أهل دين الله نازلة إلا في كتاب الله الدليل على سبيل الهدى فيها)، كما قال الإمام الشافعي رحمه الله، يقول الشاطبي: (الكتاب كل الشريعة وعمدة الملة وينبوع الحكمة وآية الرسالة ونور البصائر والأبصار، لا طريق إلى سواه ولا نجاة إلا لمن استضاء بهده). اهـ .

يفتح مغاليق القلوب وتستنير به الأفتدة .

كتاب الله الحكيم فيه نبأ من قبلكم وخبر ما بعدكم وحكم ما بينكم، هو الفصل ليس بالهزل، من تركه من جبار قصمه الله ومن ابتغى الهدى في غيره أضله الله، وهو حبل الله المتين ونوره المبين والذكر الحكيم وهو الصراط المستقيم، من قال به صدق، ومن حكم به عدل، ومن عمل به أجر، ومن دعا إليه هدى إلى صراط مستقيم .

أما سنة المصطفى ﷺ في أقواله وأفعاله وتقريراته المعزة للقرآن الدالة عليه والمبينة لمجمله والمفصلة لأحكامه، فرض اتباعها وحرام مخالفتها: ﴿مَنْ يُطِيعِ الرَّسُولَ فَقَدْ أَطَاعَ اللَّهَ﴾، ﴿وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا﴾، ﴿فَلْيَحْذَرِ الَّذِينَ يُخَالِفُونَ عَنْ أَمْرِهِ أَنْ تُصِيبَهُمْ فِتْنَةٌ أَوْ يُصِيبَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾ .

أيها المؤمنون:

الإسلام عقيدة وشريعة. إيمان بالله وتوحيد له في ربوبيته وألوهيته وأسمائه وصفاته، إيمان بالله وملائكته وكتبه ورسله واليوم الآخر وبالقدر خيره شره. عبودية تامة وخضوع مطلق ورضى بدين الله وتصديق برسول الله ﷺ من غير شك ولا ريب ولا حرج. التزام في المنهج والعمل في التعامل والقضاء والحكم والإدارة في الأفراد والجماعات .

إن الإسلام حياة تعبدية تجعل المسلم موصول القلب بربه يبتغي رضوانه في شؤونه كلها .

نظام خلقي يقوم على إشاعة الفضيلة واستئصال الرذيلة. نظام سياسي أساسه إقامة العدل وتثبيت دعائم الحق. نظام اجتماعي نواته الأسرة الصالحة وعماده التكافل بين أبناء المجتمع. دين عمل وإنتاج منهج كامل متكامل لكافة أنماط النشاط البشري على نور من الله ابتغاء مرضاة الله .

من هنا – أمة الإسلام – فإن هذا الدين بأصوله ومبادئه وفي وفي بحاجات البشرية في كل عصر ومصر، انتشر في أنحاء الدنيا ودخل تحت سلطانه أجناس البشر فوسع مبادئه

وقواعده كل ما امتد إليه نفوذه من أصقاع المعمورة، عالج كافة المشكلات على اختلاف البيئات وما عجز في يوم من الأيام عن أن يقدم لكل سؤال جواباً ولكل واقعة فتوى ولكل قضية حكماً. ومدونات الفقه والفتاوى برهاناً للمتشككين.

وكيف يكون ذلك والشريعة - كما قال الحافظ ابن القيم رحمه الله :

(مبناها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد عدل كلها رحمة كلها ومصالح كلها وحكمة كلها وكل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور وعن الرحمة إلى ضدها وعن المصلحة إلى المفسدة وعن الحكمة إلى العبث فليست من الشريعة).

لقد كانت هذه الشريعة أساس الحكم والقضاء والفتيا في العالم الإسلامي كله أكثر من ثلاثة عشر قرناً انضوى تحت لوائها أعراق شتى وامتزجت بها بيئات متعددة فيما ضاقت ذرعاً بجديد ولا قعدت عن الوفاء بمطلوب.

ولماذا نرجع إلى الماضي وبين يدينا والله الحمد والمنة حجة قائمة وبرهان ظاهر فهذه بلاد الحرمين الشريفين المملكة العربية السعودية قائمة على كتاب الله وسنة رسول الله ﷺ محكمة شرع الله قادتها وحكومتها وأهلها ومجتمعها يعيشون في ظلال الشريعة ونور الكتاب والسنة في أمن وطمأنينة وخير ونعمة ملء القلوب الرضى وما يرجى من الله خير وأبقى أدام الله علينا نعمه وزادنا إيماناً وتوفيقاً ورضى وتسليماً.

أبها الأخوة في الله :

إن من مقتضيات الإيمان الإقرار بحق التشريع لله وحده فالحكم لله وحده: ﴿إِنَّ الْحُكْمَ لِلَّهِ أَمْرَ الْأَتْعَبُدُوا وَالْآيَاتُ﴾ ، والتولي والإعراض عن تحكيم شرع الله من مسالك المنافقين والظالمين: ﴿وَإِذَا دُعُوا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ إِذَا فَرِيقٌ مِّنْهُمْ مُّعْرِضُونَ * وَإِنْ يَكُنْ لَهُمُ الْحَقُّ يَأْتُوا إِلَيْهِ مُذْعِنِينَ * أَفِي قُلُوبِهِمْ مَّرَضٌ أَمْ رَبُّهُمُ أَمْ يَخَافُونَ أَنْ يَحِيفَ اللَّهُ عَلَيْهِمْ وَرَسُولَهُ بَلْ أُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾ ، ﴿أَلَمْ تَرَ إِلَى الَّذِينَ يَرْعُمُونَ أَنَّهُمْ ءَامَنُوا بِمَا نُزِّلَ إِلَيْكَ وَمَا نُزِّلَ مِنْ قَبْلِكَ يُرِيدُونَ أَنْ يَتَحَاكَمُوا إِلَى الظَّالِمِينَ وَقَدْ أُمِرُوا أَنْ يَكْفُرُوا بِهِءَ وَيُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُضِلَّهُمْ ضَلَالًا بَعِيدًا﴾ الآية .

أمة الإسلام :

على الرغم من هذا الوضوح والجلء إلا أن أعداء الإسلام أبو الإل وضع العراقيل وتلفيق التهم واختلاق الشبه حول الشريعة وشموها وصلاحتها، بل لقد استطاع الغزو الفكري أن يجعل من بعض المسلمين حتى المثقفين يستحيون أو يشمئزون من ذكر بعض شرائع الإسلام كالحدود والقصاص والحجاب وكأنهم لا يرون مانعاً أن تكون ديار الإسلام ميداناً فسيحاً تنمو

فيه الدنيا وسفاسف الأخلاق وموطناً رجياً يجد فيه المجرمون والمتوحشون فرصاً للاعتداء والاعتيال - بل إنك ترى في بعض من يخوض فيها ويلوك أناساً لا يعرفون الطريق إلى المساجد ولا يتورعون عن الموبقات والمزلق فتراهم يسرون أو يعلنون أن تحريم الخمر والزنا وقطع دابر اللصوصية والمفسدين تشدد وهمجية . أما سمعوا قول الله في المنافقين: ﴿ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ كَرِهُوا مَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأَحْبَطَ أَعْمَلَهُمْ﴾ ، وقوله سبحانه: ﴿ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ اتَّبَعُوا مَا آسَخَطَ اللَّهُ وَكَرِهُوا رِضْوَانَهُ فَأَحْبَطَ أَعْمَلَهُمْ﴾ .

أيها الأخوة في الله:

ليس الإيمان بالتحلي ولا بالتمني وليس الإسلام مجرد الانتساب الاسمى ولكنه ما استيقن القلب وصدقة العمل .

ومن هنا فحين يصدق المسلمون ويخلصون لدينهم فيجعلون كتاب الله وسنة نبيه محمد ﷺ أساس الحكم وتبني عليها مناهج التربية والتوجيه حينئذ يتحقق الوعد ويتأكد التمكين وينزل النصر .

أعوذ بالله من الشيطان الرجيم .

﴿وَأَن أَحْكَمَ بَيْنَهُمْ يَمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَ هُمْ وَأَحْذَرُهُمْ أَن يَفْتَنُوكَ عَنْ بَعْضِ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ فَإِن تَوَلَّوْا فَاعْلَمْنَا أَنهَابُ رَبِّدُ اللَّهِ أَن يُصِيبَهُمْ بِبَعْضِ ذُنُوبِهِمْ وَإِن كَثِيرًا مِّنَ النَّاسِ لَفَاسِقُونَ * أَفَحُكْمَ الْجَاهِلِيَّةِ يَبْغُونَ وَمَنْ أَحْسَنُ مِنَ اللَّهِ حُكْمًا لِّقَوْمٍ يُوفُونَ﴾ .

نفعي الله وإياكم بهدى كتابه وسنة نبيه محمد ﷺ .

الدكتور صالح بن حميد

مناقشة البحوث

تطبيق الشريعة الإسلامية

الدكتور عبد الوهاب أبو سليمان :

بسم الله الرحمن الرحيم . الحمد لله والصلاة والسلام على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين .

سيدي الرئيس ، السادة العلماء ، الإخوة الزملاء .
السلام عليكم ورحمة الله وبركاته .

لا يخفاكم ما تعيشه أمتنا الإسلامية في وقتنا الحاضر ، من صحوة واسعة يشارك فيها سائر طبقات المجتمع الإسلامي جميعهم ، تتوحد اتجاهاتهم ومطالباتهم إلى تطبيق الشريعة الإسلامية المطهرة بينهم في كافة شؤون الحياة دون استثناء ، كانت هذه الطموحات والتطلعات في الماضي تصطدم بقوة المستعمرين الغاشمين ، وتلك مرحلة تاريخية ، مهما اشتدت وطأتها ، فقد عرفت الأمة عدوها ، وما كان متوقعا من مستعمر أجنبي غير هذا ، ويهون ذلك الماضي أمام واقع مؤلم ، تسدد فيه الطعنات نحو الشريعة المطهرة ، ويطلب بإبعادها ومخارجها على كل منبر وميدان فئة من أبنائها اتخذت العلمانية شعاراً ، والجحود لمبادئ الدين دفاعاً .

وظلم ذوي القربى أشدّ غضاضة على المرء من وقع الحسام المهند

إن هذا الموضوع هو موضوع الساعة ، وهاجس الأمة الذي يعيش في نفسها وفي بالها ، ولاهية هذا البحث وضع هذا الموضوع على جدول أعمال مجمعكم الفقهي الموقر . الأعمال المقدمة في هذا الموضوع ثلاثة :

الأول : بحث ضاف بعنوان «مواجهة بين الشريعة والعلمنة» .

الثاني : خطبة رصدها المجمع ألقاها إمام وخطيب المسجد الحرام .

الورقة الثالثة : بعنوان تطبيق الشريعة الإسلامية «لعبد الوهاب أبو سليمان» وهنا استعرض في خطوط عريضة الموضوعات الرئيسية للبحث الأول ، بعنوان «المواجهة بين الشريعة والعلمنة» من إعداد فضيلة العلامة الأستاذ الدكتور محمد الحبيب ابن الخوجة ، الأمين العام لمجمع الفقه الإسلامي : جاء هذا البحث في تسع وعشرين صفحة ، وهو بحث ضاف

تناول جوانب موضوعية عديدة، ذات علاقة وثيقة بالموضوع كله، وبجزئيات كل طرف فيه، ولا أعتقد أن تقديم هذا الموضوع بعرض خطوطه العريضة كاف لتقديم صورة كاملة عنه، أو إعطاء انطباع صادق عما حواه من أفكار ومبادئ وقيم ومناقشات علمية هادفة في تسلسل منطقي وعبارة جزلة، ولكنه الالتزام بامثال الأمر، وكل هذا لا يغني عن قراءته وتأمله.

اشتمل الموضوعُ البحث عن القضايا الرئيسية التالية:

أولاً: بيان طبيعة الإسلام وماهيته، وفي هذا يقول فضيلة الأستاذ الدكتور الباحث: فالإسلام ليس دين عبادة فحسب، ولكنه عقيدة وشريعة وسلوك على أساسها جميعاً بنى القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة الفرد المسلم والجماعة المسلمة.

هذه العبارات هي القضية الحقيقية التي يدور حولها - لإثباتها - البحث بالأدلة والبراهين وبالمقولات، ثم يوضح أن المؤمنين يعلنون ولاءهم بصدق، وأنهم يتميزون عن الجاحدين بالولاء التام والإذعان الصادق لشريعة الله، وأن شعارهم ما وصفه القرآن عن سلفهم الصالح: ﴿ إِنَّمَا كَانَ قَوْلَ الْمُؤْمِنِينَ إِذَا دُعُوا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ أَنْ يَقُولُوا سَمِعْنَا وَأَطَعْنَا وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ ﴾.

ثانياً: اقتباس الدولة العثمانية القوانين الأوروبية وأسباب هذا ونتائجه.

ثالثاً: تقويم الدارسين الأوروبيين لعدول الدولة العثمانية إلى القوانين الغربية.

ولا أرى بأساً من قراءة جزء من هذه الاقتباسات، فقط للتذكير ببعض هذه المقولات، يستشهد فضيلة الأستاذ الدكتور الحبيب بمقولة الأستاذ الدكتور انكلهارد الدبلوماسي الغربي المعاصر في كتابه (تاريخ إصلاحات الدولة العثمانية)، أن الحل الذي اختاره العلماء المتآمرون مع المستعمرين للقضاء على الإسلام في البلاد الإسلامية هو التخلص التدريجي من الحدود والقيود الدينية للاحتراز من الحالات الموجبة لاشتمزاز الشعوب الإسلامية، وبمحكم الغربيون أنفسهم على هذه التجربة التركية، بكل هزة وسخرية، فيقول رئيس معهد القانون في جامعة لندن أندرسون: «إن اقتباس تركيا للقانون السويسري وتطبيقه في بلادها أشبه ما يكون بارتداء القزم ثوباً فضفاضاً»، وتعبر عن انطباعات الغربيين (مس: هنشف كلف) في قولها: «اقتباس الدولة العثمانية للقانون الفرنسي بدافع من الرغبة في رفع معنوياتها وهيبتها في عين الدول الغربية، التي نظرت إلى قانون العقوبات والقصاص، وقطع اليد والرجم، بكثير من الدهشة والاشمزاز». ويعلق الأستاذ الدكتور الحبيب بلخوجة على هذا بقوله: إن هذا لم يصرف كثيراً من المثقفين ممن استولى الغزو الفكري على عقولهم وسيطر على ألبابهم عن طلب العدول عن هذا الانحراف الذي ضاعت به مقومات الأمة، ورابطة من روابط وحدتها وأساس ذاتي لشخصيتها.

رابعاً: في الموضوع الرابع أو العنصر الرابع، يعلق الأستاذ الدكتور الحبيب على هذا، ويقول إن العلمانية لم يأخذوا درساً من هذه الموافقة.

خامساً: رصد فضيلته شُبة العلمانيين القديمة والحديثة، وتتبعها بالتعقيب والرد عليها وإبطالها في تحليل وتفصيل، ووضح الآثار السيئة لكل دعوة ومقابلها من الحقائق في الشريعة الإسلامية وفوائدها على المجتمع الإسلامي.

سادساً: بعد الانتهاء من عرض ودراسة الموضوعات السابقة، بين أن الهدف من هذا، ومن هذه الدراسة والعرض، هو كشف المؤامرة المقتعة المستمرة ضد الإسلام من قبل هؤلاء العلمانيين.

سابعاً: وفي القسم الثاني من البحث يعدد شُبة واتهامات المستشرقين. ويوجب على كل واحدة واحدة بالنقض والإبطال شرحاً واستدلالاً.

ثامناً: وتحت عنوان جانبي «العلمنة» يعرفها، ويكشف نوايا أصحابها، ومنهجهم وفلسفتهم، كما يكشف جوانب اللائكية قرينتها ومماثلتها، ويذكر ما يجب اتخاذه نحو هذه الدعوات المنتشرة، التي أفسح لها المجال كتابة وإذاعة وتلفزة وصحافة، ثم يقوم طالباً بتقويم أعمال هؤلاء، وتوضيح نتائج وأثار دعوتهم السيئة على المجتمع والأجيال.

تاسعاً: ذكر نقاط مشروع ممارسة العلمنة الإسلامية، وقد عرض نقاط هذا المشروع الثماني الرئيسية، وذكر مواجهته التي حدثت بينه وبين بعض أنصارها والداعين لها، وأن هؤلاء لا يكتفون تحوّلهم من الصحوة الإسلامية.

عاشراً: وتحت عنوان جانبي «الصحوة الإسلامية» قام الأستاذ الدكتور محمد الحبيب ابن الخوجة، بمقارنة علمية بينت الاتجاه الإسلامي، والاتجاه الإلحادي، كما وضح أسباب الصحوة الإسلامية، وبين أن خصومها يسمونها تارة فتنة وتارة ثورة.

الحادي عشر: وتحت عنوان «الدعوة إلى تحديد الذات» يدعو المسلمين إلى وجوب مراجعة النفس ومحاسبتها، ونقدها نقداً ذاتياً ومراقبتها، ثم يبين طرق الخلاص والعزة، وأن ما احتواه الإسلام من معان ومبادئ يغني عن الأخذ بالمداهب الفكرية أياً كان نوعها، ثم تناول بالتفصيل نتائج الممارسة الشاملة للإسلام، وأن على كل فرد وهيئة وحكومة، وعالم وطالب علم، ومسؤولية تجاه التبشير بالإسلام، والإعلان عن خصائصه، والمطالبة بتطبيقه، كل في موقعه ومن مكانه.

الثاني عشر: وتحت عنوان «السيادة والسلطة» بين أسباب رفض دعاة الاتجاه الإسلامي وأعلام الصحوة الإسلامية استجابة العلمانيين، كما وضح حق الأمة في اختيار من يحكمها، لأن

من أهم واجباته صيانة الدين والعقيدة، والاجتهاد في تحقيق المصلحة العامة للأمة، ولا يمكن أن يتحقق هذا مع الدعوة للقوميّات والوطنيات، ثم ينتهي فضيلته أخيراً إلى أن الحرب المستعرة تحتاج إلى صمود وإلى وقوف أمام هذه الحرب المقنعة ضد الإسلام، التي يتهم فيها المبتطلون والجهلة الضالون في القديم والحديث، على عقيدة الإسلام ومصادر شريعته وتاريخه، وينتهي إلى القول بأن هذه دعوة متناسقة بعضها مع بعض، في القديم والحديث، رغم تطور الأزمان واختلاف الظروف تستهدف أمراً جليلاً، هو تغيير العقيدة والتحلل من كل القيود والقيم والمبادئ، وإحداث الفوضى وزلزلة الكيان في المجتمع الإسلامي، ولكن المؤمنين لم يعدموا - لا ماضياً ولا حاضراً - صوتاً مجلجلاً يقوم الله بالحجة ويدفع عن دين الله الباطل، ويكشف عن أعمال المفسدين المخربين، هذه خلاصة مقتضبة وعرض سريع لما تضمنه هذا البحث الضافي.

أنتقل بعد هذا لعرض خطبة إمام المسجد الحرام، والتي في مفهومها ومضمونها وفحواها، تستثير مشاعر الأمة الإسلامية لإنقاذ مجتمعا من مهاوي الرذيلة، وتطالب وتحاول ما بوسعها الطلب والمحاولة بالعودة إلى تطبيق الشريعة الإسلامية، فدين الإسلام هو دين الأمن والأمان، وشريعة العدل والرحمة، ثم ذكر خصائص الشريعة الإسلامية، وما حواه كتابها من تفصيل ومن أحكام تضمن لهم العزة والسعادة.

أما الورقة الثالثة: فإن موضوعها تحدث أولاً عن ما فعله المستعمر من إقصاء الشريعة الإسلامية عن مجال التطبيق، وكانت كما يقول: وكان اختياره للتشريع الإسلامي كما نقول في المثل (ضربة معلم)، فقد أحكم المستعمرون الحاقدون المؤامرة ابتداء بإلغاء العمل بالشريعة، وإلغاء الشريعة تعاملاً وقضاء حقق لهم أكثر مما كان يدور بخلد هم، تلك هي البداية التي أوصلتهم إلى أبعد من الهدف والغاية، وحينها أقصى الشريعة عن العمل وعن المجتمع، فإنه لم يترك الأمة فراغاً، بل أحل محلها مبادئه الروحية، وتشريعاته الوضعية، وسلوكياته وقوانينه، حتى لا تنتبه إلى المؤامرة وحتى لا تشعر بالفراغ، وخَلَصَ الحديث إلى أن الدرس الذي نعيه من ذلك الفصل التاريخي هو ثلاث أمور:

أولاً: إقصاء العمل بالشريعة تعاملاً وقضاء في المجتمعات الإسلامية هو البداية التي تهاوت بعدها عقده، وتحتطمت قيمه.

ثانياً: إيجاد فئة من المثقفين متحمسة لقيم المستعمرين وقوانينهم، تتحدث بمنطقهم وتجادل بلسانهم.

ثالثاً: بث الشبه والشكوك بين المثقفين المسلمين، لزعزعة إيمانهم بصلاحية الشريعة وقدرتها على مواكبة الحضارة الحديثة.

وانطلاقاً من هذا الدرس فإن هذه الورقة تقدم مقترحات للبداية الصحيحة، فاقترحت العمل في ثلاثة اتجاهات :

الاتجاه الأول: إصلاح التعليم الديني في معاهده ومؤسساته، والخروج به من أسر الطرق التلقينية، وحشد المعلومات التي تعتمد على الكم والحفظ والترديد دون وعي . ولا يتحقق الإصلاح في هذا المجال إلا بتحسس الدارسين للمعاني والحكم لتعاليم الشريعة، وتنمية ملكات الطلاب، وإثارة مواهبهم .

العمل في الاتجاه الثاني: هو الاعتراف والقناعة الكاملة بأن الفقه الإسلامي نظام قانوني عظيم، وثروة فكرية ثرة، ولكن تحتاج إلى صقل وحسن إخراج وفهرسة، ليسهل تناوله للمثقفين وللمتعلمين .

ثالثاً: وثالثه الأثافي لإحكام خطة تطبيق الشريعة بين الشعوب الإسلامية عن قناعة تامة، وفهم كامل، يكون بالقيام بدراسة علمية جادة لإزالة الشبه والشكوك في صحته وفاعليته، ومواكبته للتقدم الحضاري في العصر الحديث .

أيها السادة: تعليقاً على هذه الأوراق، كانت الآمال معلقة في تكوين هيئات متخصصة، تمتلك الإمكانات المادية والطاقات الفكرية، لمواجهة تلك المخططات بتأن وعقلانية، وعلى نفس المستوى من الإحكام كالذي فعله المستعمرون إن لم يكن أحكم وأضبط .

وتشاء إرادة المولى عزَّ وجلَّ الذي تكفل بحفظ هذا الدين، وإظهاره على الدين كله، أن أصبحت الآمال أعمالاً بارزة، ومؤسسات شاذخة، ومجامع فقهية وهيئات علمية هنا وهناك يتمويل مادي وتعزيد معنوي من الدول الإسلامية، صدقت وعدها ليتحقق التخطيط والتنفيذ، وهكذا تهبأت أسباب العمل الناجح .

والمجمع الفقهي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي أنجز في السنوات القليلة الماضية، الأبحاث والدراسات للموضوعات الفقهية الملحة، وخطط لمشروعات علمية فقهية ما يعد إنجازاً في فترة قياسية .

ومجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، وقد اضطلع بهذه الأمانة الكبيرة وأثبت قدرته في هذا الميدان، بما تحققت على أيدي المسؤولين والأكفاء فيه، قادرة بمشيئة الله ثم بكفاءة نخبة الفقهاء المخلصين، أن يسد الفراغ القانوني في العالم الإسلامي، بتأليف مدونة فقهية كاملة، في المعاملات والأحوال الشخصية والجنايات والمحاكمات، تلبي حاجة العصر، وتواكب التقدم الحضاري في تخطيط سليم، ومسار شرعي مستقيم، يسجل به إنجازاً تاريخياً على مستوى العالم الإسلامي، كالذي تحققت بظهور مجلة الأحكام العدلية العثمانية، يجد فيه

العالم الإسلامي - حكومات وشعوباً - بغيتهم، تقوم به الحجة على عامتهم وخاصتهم، فتقطع به اتهامات المبغضين، وتدحض به تبريرات المستسلمين المنهزمين.

وما يعزز هذا المشروع ويعضده، أن يخصص جانب من نشاط هذا المجمع المبارك، لتجميع كافة دراسات المستشرقين والقانونيين والباحثين في الفقه الإسلامي، لدراساتها وفحصها فحصاً علمياً دقيقاً، للإفادة من نقدها، في سبيل إيجاد مدونة فقهية كاملة، ونقض ما يتخللها من نقائص ونقائص قد أسيء فيها فهم الشريعة قصداً أو بغير قصد، بمنطق واعتدال.

إن تعبئة الطاقات البشرية، والإمكانات المادية لهذين المشروعين المتكاملين، في المرحلة الجديدة القادمة، تعد خدمة جلية في سبيل مساعدة الدول الإسلامية، للحكم بما أنزل الله، وتطبيق الشريعة بصورة كاملة في جميع الجوانب التشريعية.

إذا تحقق هذا - بمشيئة الله - بالخطى والخطوات المطلوبة على مستوى العصر، فكرياً وتنظيماً، فسيكون علامة بارزة في تاريخ هذا المجمع، وأجداد هذا الجيل من الفقهاء والمفكرين، والدول الإسلامية المعاصرة، تحمده لهم الأجيال الحاضرة والقادمة.

وإن أمانة المجمع الفقهي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، بما هيأ الله لها من رئاسة وأمانة مخلصه يساندهم، ويقوي من أزهم الفقهاء والمفكرين ورؤساء الدول الإسلامية، جديرة بإنجاز هذه المهمات، وتحقيق الطموحات والتطلعات في سبيل إنجاز هدف سام، وغاية نبيلة، وذلك هو بذل كل جهد من شأنه أن يساعد على تطبيق الشريعة لتعود للمجتمعات الإسلامية فضائلها وتسترد بالاحتكام إليها عزتها وكرامتها، والله الموفق، وهو الهادي إلى الحق، وإلى الطريق المستقيم، والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته.

الدكتور محمد عطا السيد:

الحمد لله رب العالمين، اللهم صل على محمد عبدك ورسولك.

كم كنت أود يا سيادة الرئيس أن لو أرسل هذا الموضوع مسبقاً عندما أعلنت المواضيع التي ستناقش في هذا المجمع، ولكننا أعدنا له عدة كبيرة، وما كتبت أنا شخصياً وما ركزت إلا على هذا الموضوع، ولكن على كل حال أحمد الله حمداً كثيراً أن أثير هذا الموضوع الآن، وجزى الله خيراً كثيراً من اقتراحه ومن أدرجه للمناقشة، وأحب أن أذكر نفسي يا سيادة الرئيس وكل عضو من أعضاء هذا المجمع أن هذا يكاد يكون أهم موضوع أثير لهذا المجمع للنقاش، منذ أن بدأنا إلى يومنا هذا، ولذلك أذكر نفسي وأذكر كل عضو من أعضاء هذا المجمع، أن يولي هذا الموضوع كل أهمية، لأنه موضوع مصري، هو موضوع أساسي وموضوع

مستقبلي لنا مع الله تعالى، ولذلك أرجو أن يولى هذا الموضوع كل عناية وكل اهتمام من كل أعضاء المجمع وأن يخرجوا فيه بقرار واضح شاف كاف، للشعوب الإسلامية ولحكام المسلمين فيما ينبغي العمل فيه في هذه المسألة، فجميع القرارات التي ناقشها الاقتصادية وتحديد النسل، وموضوع الجنين وما إلى ذلك، كل هذه الموضوعات تأتي تبعاً لهذا الأمر، ولذلك ما أراه إلا كالبند الأساسي في أي دستور، موضوع تطبيق الشريعة الإسلامية هو البند الأساسي، ثم تأتي كل هذه المواضيع التي ناقشناها تبعاً لهذا الموضوع، ولذلك - يعني لا أملك - يعني كل لغة أستطيع أن أقولها في تأكيد أهمية هذا الموضوع وإيلائه كل أهمية وكل اهتمام من جانبنا - ونحن الآن - أنا الآن أمثل دولة تعاني معاناة شديدة، وتجاهد جهاداً مستمراً في هذه المسألة، طائفة من المؤمنين وهبوا أنفسهم لله تعالى، يريدون إقرار شرع الله تعالى في دولتنا، ونجد مقاومة شديدة ومقاومة عنيفة من داخل بلادنا نفسها، ومن الخارج، وحراباً لا هوادة فيها في هذه المسألة، ولذلك أرجو أن نولي هذا الموضوع عناية كبيرة، واهتماماً كبيراً، ونصدر فيه قراراً شافياً كافيّاً في هذه المسألة، هنالك مسائل: ليس الموضوع أن أي عضو من أعضاء هذا المجمع يناقش أننا نطبق الشريعة الإسلامية أو لا نطبق، وهذه المسألة من بلاياتنا الكبيرة في يومنا الحاضر، وأكبر مسألة بلينا بها أننا نعتقد في الله تعالى أنه هو المشرع الحكيم وأنه هو الخالق البارئ، وهو الحكيم العليم، ومع ذلك لا نطبق شريعته في بلادنا، أو على الأقل في كثير من بلاد المسلمين، ولذلك أرى أن هنالك مواضيع كثيرة يجب أن نناقشها، وهي مثلاً موضوع تطبيق الشريعة على غير المسلمين في البلاد الإسلامية، هذا الموضوع الآن يثار في السودان إثارة عنيفة لمواجهة تطبيق الشريعة، جزء من السودان عدد كبير، أو نسبة معينة من المواطنين غير مسلمين، فهل نطبق عليهم الشريعة الإسلامية أم لا؟ وأنا كما أعلم أن المذاهب الأربعة مجمعة على أن تطبيق حدود الشريعة الإسلامية وتفصيلات الشريعة الإسلامية كالقوانين الجنائية وما إلى ذلك، يجب أن تطبق على كل مواطن في البلاد الإسلامية بغير استثناء، هذا ما أعلمه، ولذلك أرجو من المجمع أيضاً أن يبين في هذه التفصيلات بياناً كافيّاً شافياً والله سبحانه وتعالى كما تعلمون، لا شك، يعني الآيات كثيرة وآيات محكمة. ﴿ وَمَنْ لَّمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ ﴾، ﴿ وَمَنْ لَّمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ ﴾، ﴿ وَمَنْ لَّمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ ﴾، ﴿ وَمَنْ أَحْسَنُ مِنَ اللَّهِ حُكْمًا لِقَوْمٍ يُوقِنُونَ ﴾، ولذلك أرى ياسيدي الرئيس - هذه الكلمات التي قلتها على عجالته وعلى غير استعداد - أرى وأذكر نفسي والأعضاء أن يولوا هذا الموضوع غاية الأهمية، وأن يصدروا فيه قراراً واضحاً شافياً يبين لحكام المسلمين الذين لا يطبقون الشريعة الإسلامية، وكذلك هذا قرار ينتظره كثير من شعوبنا الإسلامية، ليسمعوا فيه رأي هذا المجمع. والسلام عليكم.

بسم الله الرحمن الرحيم . الحمد لله رب العالمين وصلى الله وسلم وبارك على نبينا وسيدنا محمد وعلى آله وصحبه والتابعين لهم بإحسان إلى يوم الدين ، وبعد :

أرجو أن يعذرنى أصحاب الفضيلة، الذين قدموا الأبحاث الثلاثة تحت عنوان يغاير المضمون، العنوان هو (تطبيق الشريعة الإسلامية)، تصورت أن المضمون هو أن يطالب المجمع بتطبيق الشريعة الإسلامية، يطالب الحكام وولاة الأمر، ويدلل على ذلك بالقرآن والسنة، فإذا بالموضوعات الثلاثة، تخلو من هذه الدعوة وهذا الطلب وهذا الوجوب، وإذا بها تبحث أو تطلب أن تقنن الشريعة الإسلامية، يعني البحث الثالث الذي قدمه سعادة الدكتور عبد الوهاب أبو سليمان، يطالب فيه تقريباً بتقنين الشريعة، بتوضيحها، بإثبات قواعدها للشعوب الإسلامية، لكن التصور الأول كما قلت: إنه المطلوب هو تطبيق الشريعة الإسلامية في البلاد العربية والإسلامية، لا بد أن يتضمن البحث المقدم للمجمع وجوب التطبيق قرآناً وسنة، والاستدلال بالآيات القرآنية الواردة في ذلك، والأحاديث النبوية الواردة في ذلك، وأن تذكر معارضات الذين عارضوا في تطبيق الشريعة الإسلامية في مصر، في السودان، في باكستان، الآن هناك نزاع وصراع كبير في مصر وفي السودان وفي باكستان، حيث بدأت الدعوة إلى تطبيق الشريعة الإسلامية في مصر، فقابلها العلمانيون بكتب ومؤلفات ومقالات، وانعقدت ندوات في مصر بين العلمانيين وبين الشرعيين، وكما ذكر الأستاذ عطا، في السودان الآن بدأ بتطبيق الشريعة أجزاء منها في عهد النميري، ثم ألغيت بما سمي قوانين سبتمبر، والآن يلقي المسلمون في السودان أو دعاة تطبيق الشريعة الإسلامية في السودان مقاومة عنيفة من الوثنيين أو غير المسلمين، فانا ما أتصور أن الأبحاث التي قدمت تخلو من الدعوة إلى إقامة الشريعة الإسلامية، الدعوة كما أوضحها الأستاذ الدكتور عبد الوهاب أبو سليمان – هي دعوة إلى تقنين الشريعة الإسلامية، إلى تقعيد قواعدها، لكن نحن هنا فهمنا أن المطلوب أو المنتظر بحثه هو دعوة ولاة الأمر في المجتمعات الإسلامية إلى ضرورة تطبيق الشريعة الإسلامية، ويجب ألا ننتظر أن تطبق الشريعة الإسلامية على الشعوب، عن طريق الكتب والمؤلفات والمحاضرات والندوات والمجامع، إذا لم يطبق الرأس الشريعة الإسلامية، لا ننتظر من الأعضاء تطبيق الشريعة الإسلامية، فإذا كان للمجمع عمل منتظر – كما يرجو الأستاذ عطا في كلمته – إذا كان للمجمع عطاء منتظر، فهو الدعوة الصريحة لحكام المسلمين بتطبيق الشريعة الإسلامية، والاستدلال على ذلك بالآيات القرآنية التي جاءت في سورة المائدة: ﴿وَمَنْ لَّمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ﴾، ﴿وَمَنْ لَّمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾، ﴿وَمَنْ لَّمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾ . فالله عز وجل هنا جمع

الكفر والظلم والفسق على من لم يحكم بشريعته . وهناك آيات أخرى تعلمونها أيضاً : ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا﴾ ، إلى آخر آيات كثيرة لانحصيها في هذا التعليق الوجيز وأحاديث أخرى أيضاً وآراء للعلماء السابقين واللاحقين .

الرئيس :

هذه ما فيها آراء يا شيخ .

الدكتور أحمد محمد جمال :

لا ، فيه آراء ، أمر . . .

الرئيس :

أقول يعني معلومة من الضرورة بالإسلام .

الدكتور أحمد محمد جمال :

يا سيدي العزيز لكن هناك معارضات أيضاً وهناك من كبار المفسرين القدامى ، يفسرون هذه الآيات على أهل الكتاب ، فلذلك أقول آراء ، معناه اتباع لما جاء في القرآن رأي ، ومخالفة لما جاء في القرآن رأي ، الإمام الطبري يقول : إن هذه الآيات نزلت في أهل الكتاب أي لا تطبق على المسلمين ، وأنا رددت عليه في كتابي «القرآن أحكمت آياته» . فهو رأيي طبعاً ، أنا أرى أن تطبق الشريعة ، غيري يرى ألا تطبق لأنها لا تصلح لهذا الزمن ، فرأيي لا بد من رأي عالم يؤيد وعالم يعارض ، وهذا الإمام الطبري يقول : إن هذه الآيات التي في سورة المائدة ، إنما هي خطاب لأهل الكتاب ، ماذا تقول في هذا؟ إذن فلا تؤاخذني فيما قلت .

الرئيس :

لا ما في مؤاخذه .

الدكتور أحمد محمد جمال :

فأرجوكم أنا إنما أردت أن أقول : إن الأبحاث التي قدمت مع – الأسف الشديد – لا تدعو إلى تطبيق الشريعة ، إنما تدعو إلى تقنينها وتقييدها . فأضيف صوتي إلى صوت الأستاذ عطا السيد ، بأن هذه القضية قائمة وظاهرة ومحل نزاع وصراع شديدين في المجتمعات الإسلامية ، فلا بد من إعطاء المجمع حكماً فيها ودعوة إلى ولاة الأمر ، وأرجو الله أن يوفق الجميع لما يحبه ويرضاه .

الأمين العام :

بسم الله الرحمن الرحيم ، صلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم .

أشكر لأخي الدكتور عبد الوهاب أبو سليمان عرضه الدقيق الوجيز، وهو دقيق لأنه تناول العناصر وأحاط بها، وهو وجيز لأن الوقت لا يسمح بأكثر من هذا، وأشكر الأستاذ عطا السيد تأكيده على هذا الموضوع، الذي يقتضي منا موقفاً عملياً في هذا المجتمع الذي نعيشه، وفي هذه الفترة من حياتنا كأمة إسلامية، وأشكر للأستاذ أحمد جمال هذه الملاحظات الطيبة، ولكنني أدعوه قبل إصدار حكمه على الدراسات أن يقرأها، وهي كما ترون لم تصلنا إلا الآن، وما كنا نتصور أننا سنتحدث عن هذا الموضوع الليلة، كان البرنامج أنه سيعرض بعد غد أو على الأكثر غداً، فأنا أريد أن أطمئن أستاذنا أحمد جمال، إلى أن القضايا التي أشار إليها جميعها قد بحثناها وتعرضنا لها، وهي موجودة، ذكرنا المراحل التي مرت بها الأمة الإسلامية، واحتكامها إلى كتاب الله وسنة رسوله، والتزامها بشريعتها، حين كانت الأمة الإسلامية غير ممزقة بين عقيدة تؤمن بها وشريعة تتحلل منها، ثم رأينا أن نشير إلى التغير الجزائري الذي وقع تدريجياً في مجتمعاتنا الإسلامية، بسبب التدخل الأجنبي الذي حكم العالم الإسلامي، وركز للقوانين الوضعية وجودها، حتى أصبح كل الناس منصرفين عن الشريعة الإسلامية، ومحتكمين إلى هذه القوانين الوضعية إلا في مسائل معدودة، ثم ذكرنا هذه الحملة الشنيعة التي نجدها في بيوتنا، في دورنا، في أوطاننا، في كل رقعة من أراضي العالم الإسلام، ونجدها في أوروبا وفي أمريكا، وهي متظاهرة مع بعضها، تريد أن تقضي نهائياً على الفكر الإسلامي وعلى التشريع الإسلامي، على التشريع الإسلامي في الدولة، وعلى التشريع الإسلامي في القضايا العامة المدنية والجزائية والأحوال الشخصية وما إليها، هذه الحركة المدبرة كانت تعتمد آراء بعض المستشرقين مرة، وهم يجهلون الفقه الإسلامي، وتعتمد السياسة التوجيهية الاستعمارية في البلاد الإسلامية، والتي تدعو إلى التخلص من هذه الأشياء التي تريد باسم الدين أن تحكم كل شيء، وأقام العلمانيون منهجهم على التذكير بالفصل بين الدين والدولة، ويقولون: إن المسيحية تخلصت من هذه الأشياء، وأصبحت تكل إلى الناس ما يعينهم، وتكل إلى اللاهوت ما يتصل به من عبادة فقط، ولذلك ينبغي أن نكون أحراراً في حياتنا العملية، لا نخضع لما يأتي من فوق، فوقع الرد على كل هذه الاتهامات، وعلى كل هذه الاتجاهات، ووقع بيان خطرهما على الإسلام وعلى المجتمع الإسلامي، والرد على من يتهم الشريعة الإسلامية بالجمود، وعلى من يتهمها بعدم مسايرة العصر ومواكبة المراحل الحضارية التي نعيشها، فالإطار الذي بحث فيه الموضوع - هو كما تفضلتم - دعوة صريحة إلى تطبيق الشريعة، ونريد من هذا أن ننتهي إلى قرار في الالتزام بأحكام الشريعة، كلنا يعلم بأن البلاد الإسلامية المتعددة، بعضها يجعل في دستوره، القول بأن الحكم في هذه البلاد يستمد أصوله من الشريعة الإسلامية، والآخر يقول: نحن نحكم الشريعة الإسلامية، لكن في الواقع العملي لا تحكيم ولا استمداد ولا التفات إلى الشريعة

الإسلامية ولا إلى أصولها، فكيف الطريق إلى معالجة هذا؟ أنا أعتقد أن هناك مراحل ومشاكل عديدة، من أولها حالة الفكر عند المسلمين، حالة الفكر في المجتمعات الإسلامية، الفكر عند الشباب اليوم، الشباب الذي انتزع منا، الذي وقع التغلب عليه بألوان الدعاية، بالجامعات الغربية، بالاتجاهات الفكرية الهدامة، في الحركات الهدامة التي كانت في الماضي هي أقل شراً من الحركات الهدامة الموجودة في عصرنا الحاضر. هذا يدعو إلى معالجة الوضع وإلى التنبيه على الأخطاء، لنرد شبابنا إلينا ومجتمعاتنا إلينا، ثم بعد ذلك نوصيهم بالطريق الذي ينبغي أن نسلكه، لتحقيق تطبيق هذه الشريعة، الذي ندعو إليه ونقرره كمجمع، هذه كلمة مختصرة ولعلكم سيدي تستطيعون بوقوفكم على البحث أن تجدوا بعض ما يتطلبه الوضع من عناية بمشاكل معينة. وشكراً.

الشيخ على التسخيري:

بسم الله الرحمن الرحيم.

شكراً سيدي الرئيس. أعتقد أن المتحدثين قبلي نابوا عن قلوبنا جميعاً، وتحدثوا عن شوقنا جميعاً لغد القرآن الحاكم في كل وجودنا الإسلامي، والموضوع مهم وجبذا لو كنا أخبرنا به من قبل، إذن لصرنا له كل طاقاتنا وهو أهل لذلك، الموضوع مهم في جوانب كثيرة. هناك موضوع على الصعيد النظري نتحدث فيه عن وضع الأمة الإسلامية الطبيعي الذي يريده القرآن وخصائص هذه الأمة.

وهناك موضوع آخر، وهو دراسة الوضع القائم اليوم في عالمنا الإسلامي، ومقارنة هذا الوضع بالصورة الإسلامية الأصيلة، موضوع دراسة الشبهات التي تطرح أمام تطبيق الشريعة الإسلامية، وادعاء أنها غير قابلة للتطبيق، وأنها إذا طبقت لا تفيده وقد صرح بذلك بعض من ينتسبون إلى الإسلام كذباً وزوراً.

ثم بعد ذلك هناك موضوع وضع الخطوات العملية الواقعية الصحيحة للسير إلى هذا الغد الأمثل، من مسألة تقديم الشريعة الإسلامية وعرضها بشكل طبيعي وقانوني قابل للتطبيق، ومنها مسألة التخطيط لتطبيق نظام اقتصادي يتناسب مع الإسلام، ومنها مسألة التخطيط لتطبيق النظام الأخلاقي الإسلامي، هذه أمور تحتاج إلى دراسة يا سيدي الرئيس.

وأصل إلى النقطة المهمة: أنا أقترح على ضوء ما قلته من هذه الأمور، وعلى ضوء ما قاله إخوتي وسادتي أقترح، أن نؤجل هذا الموضوع إلى العام الآتي لنكتب فيه ويطرح بشكل علمي دقيق، أعلم أننا نحتاج إلى تطبيق الشريعة غداً، اليوم، الآن. ولكن أعلم أن الأمر كبير يحتاج منا إلى مزيد من الاهتمام، وتخطيط دقيق وقرار حكيم مفيد وليكن مستمراً معنا في كل مجمع وشكراً.

اسمحوا لي، أريد أن أتدخل، لأبين سبب تحديد أو اقتراح هذا الموضوع الذي وقع إقراره بعد الجلسة الافتتاحية، والذي لم يكن لكم حضرات الإخوان سابق علم به، لماذا؟ كانت الموضوعات كما وصلتكم في المرة الأولى، تشتمل على قضية مهمة جداً هي قضية «الأسواق المالية» وكنا نظن أننا نستطيع أن نعقد الندوة الممهدة لدراسة الأسواق المالية، حتى تكون النتائج واضحة كما فعلنا بالنسبة لندوة «سندات المقارضة» التي أقدنا منها، حين اجتمعنا في الدورة السابقة، فلما تعطل هذا الموضوع، ونحن قد قررنا عشرة موضوعات، كانت هناك القضية التي يتحدث عنها الناس كلهم، وكانت الصحافة كما تفضل الأستاذ أحمد، في كل بلد حتى في السعودية في صحيفة الشرق الأوسط، تطالعنا من يوم إلى آخر، بما يكتبه العلمانيون وبما يرد به له كثير من الإخوان العلماء الملتزمين من المسلمين على هؤلاء العلمانيين، والقضية الأساسية هي قضية الشريعة، فأردنا أن نطرح هذه الفكرة، وأن نتخذ فيها قراراً لا ينبغي أن يكون منفصلاً، وهو يقرر مبدأ، ولكن ليس معنى هذا أن الموضوع مقصور على هذه الدورة، ونحن في الدورات القادمة لا بد أن نعني بهذا الموضوع عناية كاملة، وعندما تتوافر الدراسات لا ينبغي - في اعتقادي - أن تكون الدراسات نقولاً، ولا اعتماداً على كثير مما نؤمن به نحن من مسلمين وملتزمين، والقضية هي إقناع الضالين من إخواننا، وهدايتهم إلى الحق، والقضية هي صرف هؤلاء الإخوان عن تهجمات وهيمنة التفكير العلماني الغربي، الذي يكاد يفصلهم عن مجتمعاتهم، ويجعلهم غرباء في ديارهم، أو يجعلنا نحن غرباء معهم في ديارنا، هذه هي القضية، ولذلك فإننا في كل دورة - بإذن الله - يمكن أن نأخذ جانباً من جوانب هذا الموضوع الهام، الذي يتصل بعقيدتنا وبكياننا وبحياتنا وبمعاملاتنا، وكما تفضل الأستاذ الدكتور عطا: الموضوعات التي نطرحها لماذا؟ لنعرف حكم الله في هذه القضية، وعندئذ فنحن نبحث عن تطبيق الشريعة في القضايا المستجدة، فلأن نكون مؤمنين بهذه القاعدة وهي تطبيق الشريعة الإسلامية - والدعوة لها من باب أولى. وشكراً لكم.

الشيخ وهبة الزحيلي: بسم الله الرحمن الرحيم.

الحقيقة كنت سأبادر إلى التحدث بما تحدث به فضيلة الأمين العام، فلا يصح بحال من الأحوال، أن نجعل هذا الموضوع مجال تأجيل على الأقل من حيث المبدأ، فتطبيق الشريعة أمر معروف وواجب وفرض، وأمر مقرر بدهاءة، ومن الأمور المعلومة من الدين بالضرورة، فحينئذ ينبغي أن يكون لنا الآن صرخة واضحة وعالية ومدوية، لكل هذه الدول التي تنتسب إلى الإسلام ديناً وحكماً وشرعاً، وإن قصرت في تطبيق أحكامه، ثم هناك رسائل التطبيق، فهناك لا بد أن يبحث هذا الموضوع من النواحي المختلفة في الإسلام والجوانب الفكرية والاقتصادية والاجتماعية والجوانب التشريعية، فكلنا عندما نجادل الحكام في هذا الموضوع، يدعون أين

نظامكم الاقتصادي؟ أين نظامكم الاجتماعي؟ أين التقنين؟ التقنين الذي إلى الآن لم تقتنع بعض الدول العربية أو الإسلامية، بضرورة تقديم بضاعة جاهزة، ومشروع كامل للقوانين المدنية والجنائية، في صورة ميسرة ومعقدة الطريق لتأخذ سبيلها إلى التطبيق، هم يتدعون بهذه الذرائع الواهية لا شك، ولكن ينبغي أن نقطع دابر الاحتجاج بمثل هذه الذرائع... هذا شيء. الشيء الآخر طبعاً أرجو ألا يكون هذا الموضوع فيه إثارة حساسية، فهناك دول في هذه المنظمة ودول في هذا المجمع منبثقة من منظمة المؤتمر الإسلامي، لا أجد دولة من هذه الدول تقول بمبدأ الإلحاد، فهناك فرق بين الإلحاد والعلانية، فالعلانية هي مبدأ فصل الدين عن الدولة، أما الإلحاد فلا أجد دولة لا عربية ولا إسلامية تجاهر بمبدأ الإلحاد، والإلحاد شرعاً وجوباً قطعاً على أهل ذلك البلد أن يقتلعوا حاكم تلك الدولة من جذوره، إلا أن يكون كفوفاً بواحاً عندكم من الله فيه نور وحجة وبرهان، فهناك أرجو ألا يثير هذا الموضوع حساسية، فلا نفرن الإلحاد بالعلمنة، فهناك فرق، الشيء الذي أقرحه: أنه منذ عشر سنوات دعينا إلى جامعة الإمام محمد بن سعود، وطرح هذا الموضوع طرحاً، وعرضت فيه دراسات وافية، واليوم منذ شهرين جدد الطلب في العام القادم في ربيع الآخر سيكون الموضوع وقد وزع على مختلف العلماء في البلاد الإسلامية لبحث موضوع «تطبيق الشريعة» من مختلف جوانبه، فأرجو من السادة القائمين على المجمع، أن يكون بينهم وبين جامعة الإمام محمد بن سعود تنسيق في هذا الموضوع، لأن اليد يجب أن تتعاون مع الأيدي الأخرى، فلا نحن نصرخ في واد وغيرنا في واد وكلها جهود جزئية مبعثرة - يجب أن تكون دائماً - أثبتت الأحداث فشل المواجهات أو الجمعيات أو التكتلات الإسلامية، بسبب تفرقها وعدم إعلان كلمة واحدة لها أمام الدول.

وعندما يكون القرار نابغاً من الجامعات الإسلامية، والمجامع الفقهية والمسلمين قاطبة، عندئذ لا بد أن يفكر الحاكم بأن هناك قوة هائلة ينبغي أن يدعن لها يوماً ما، فالمطالبة ينبغي أن تنظم وتنسق، ويكون هناك دور بيننا وبين جامعة الإمام محمد بن سعود، في الواقع دراسات عظيمة ومخطط لها من الآن تخطيط رائع، ينبغي أن تنسق هذه الجهود، ويكون للمجمع دور فيها وتطبع حينئذ هذه البحوث بشكل موحد بين الجامعة وبين المجمع. وشكراً.

الدكتور إبراهيم الغويل:

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله.

هناك ثلاثة جوانب في هذه القضية يجب أن نفرق بينها.

الأول: أن موضوع «تطبيق الشريعة الإسلامية» وهو موضوع كما قال أخي الشيخ عطا الله والشيخ علي التسخيري، لو علمنا به - ولكن السيد معالي الأمين العام أوضح السبب - لكان الجميع قد اهتم به لأننا نعتبر أنه نقطة الأساس في هذا المجمع، والاهتمام به

كان سيمكن من دراسات معمّقة لمشاكل عملية واجهناها، فقد كان - من فضل الله علي - أن قضيت خمس سنوات في اللجنة العليا لتقنين الشريعة الإسلامية في بلدي، وواجهتنا مشكلات التقنين، سواء في المجال الجنائي والحدود وما يتعلق بها، ومراجعة القانون المدني على ضوء الشريعة الإسلامية ومراجعة القانون التجاري على ضوء الشريعة الإسلامية وقانون المصارف الذي أشير إليه، فلم يفت فيه أحد بأن للدولة أن تعمل، وإنما كان الأمر أمر التدرج في التطبيق، فمنع على مجال الأفراد والشركات الخاصة، ولكن بحكم العلاقات المعينة التي كانت تربط الدول الإسلامية، في ظل النظام العالمي الذي يفرض هيمنته عليها أرجىء هذا الأمر، ولكن لم يقل أحد بحليته، وأطمئن أخي الدكتور وهبة الزحيلي على ذلك لأنني عضو هذه اللجنة العليا، وأعرف ما دار فيها جيداً، وفيما يتعلق بالربا، هذا جانب، ولا زلت أكرر أنه فعلاً قد لا نقول بالإلجاء، ولكن يجب أن نقول بالاستمرار، الاستمرار في بحث هذا الموضوع، وأن يكون موضوعاً أساسياً للدعوة، الأمر الآخر يتعلق بما قدم من بحوث، قطعاً سيستغرب معالي الأمين العام أن أقول له أي اطلعت على بحثه، ولدي ملاحظات عديدة، طبعاً هو جهد، ومعالي الأمين العام ليس في مكان أن يثنى عليه، ولكني كنت أتمنى أن يتم التوقف أمام كثير من الأفكار التي وردت في هذا البحث، فالتفرقة بين الشريعة والفقه، لا أعتقد أنه يمكن أن ينظر إليها بالصورة التي رأى بها معالي الأمين العام، وكأنا إحدى المحاولات للهجوم على الشريعة، فشرعية الله وما شرع الله من دين غير ما فهمه واستنبطه الفقهاء: باختلاف الزمان والمكان والظروف، المذهبية أيضاً والنظر إليها، لا يمكن أن ينظر إليه والقول بالموقف من المذهبية، أمر لا يمكن أن ينظر إليه بالصورة التي نظر إليها معالي الأمين العام، والأمر يحتاج إلى تفسير وتوسيع ومناقشات موسعة حول هذه القضايا، أيضاً النظر بالنسبة للعلمانية: للأسف ساد في العالم الإسلامي تفسير العلمانية، وذهب كثير من الناس إلى استعمال كلمة «العلمانية»: وهي في الواقع آتية من الاهتمام بهذا العالم فسميت العلمانية وأراد الذين سموها أن يتلاعبوا بقرهم من كلمة العلمانية: يظن الناس أنها علمانية وأنها متصلة بالعالم، أصل كلمة «العلمانية» في الغرب هي «سيكيوار» (الآن وهذا العالم)، وتهدف بالأصل إلى مواجهة ما كان في الرهينة من الالتفات عن العالم الذي يعيشه الناس، ونفي التقديس عن مظاهر الطبيعة، أي اعتبار مظاهر الطبيعة مسخرة وليست هي عفاريت وجن وما إليها، ونفي القداسة أو العصمة على الأفراد الذين كانوا يدعونها في الحكم، وهي قد وصلت إلى الغرب من عين الحضارة الإسلامية، ولكنهم ولم يؤمنوا بأنه «لا إله إلا الله» أرادوا أن يؤسسوها على (الاهتمام بالعالم والآن) فالعلمانية في أساسها وفي جذورها هي نبع الفكر الإسلامي، ولكنها بحكم عدم اتصالها بكلمة «لا إله إلا الله» جرت وحينها جاءت إلى الوطن العربي أراد من جاؤوا بها عن جهل - كما فعلوا في قضايا كثيرة - أن يربطوها بالعلم ويربطوها بمناقشة الدين،

ولم يعرفوا أن الإسلام في حقيقته يؤكد أن للمسلمين حتى في دعائهم أن يقولوا: «ربنا آتانا في الدنيا حسنة وفي الآخرة حسنة وقنا عذاب النار».

الرئيس:

يمكن يا شيخ إبراهيم تذكرك لنا سلفك في هذا التفسير للعلمانية من أهل العلم.

الدكتور إبراهيم الغويل:

في كتاب هارفي عن العلمانية.

الرئيس:

لا، أنا أقول من أهل العلم في الإسلام، من المسلمين.

الدكتور إبراهيم الغويل:

سيدي، أنا قلت لك أنه حينما نقل الذين بشروا بالعلمانية إلى هذه الكلمة، اختاروا لها هذه التسمية، لكي يحدثوا التباساً، وأرادوا أن يفسروها تفسيرات مخالفة.

الرئيس:

المهم الاصطلاح. المعنى المراد من هذا الاصطلاح على أرض العالم الإسلامي.

الدكتور إبراهيم الغويل:

في العالم الإسلامي في الوطن العربي حقيقة. . .

الرئيس:

هل يراد أنها ترادف كلمة إسلام؟

الدكتور إبراهيم الغويل:

ولكن سبيل تجهيل الناس أن يبين لهم: أنهم حينما نقلوا عن هذا الفكر لم يعرفوا مصدرة.

الرئيس:

لا، لا ما نستطيع يا شيخ إبراهيم. نحن يعني في أقل الأحوال أن العرف يقضي بالاصطلاح، هذا أقل الأحوال وأضعفها، فأصبح لفظ علمانية، تعني فصل العلم عن الدين، هذا أولاد المسلمين في المدارس يعرفون هذا وينابذونه والله الحمد، ولا زال في المسلمين خير إلى يومنا هذا.

الدكتور إبراهيم الغويل:

على العموم - سيدي - إذا أردتم أن تصطلحوا عليها بهذا الاصطلاح. . .

الرئيس :

لا، ما اصطلحنا عليها. أبدأ.

الأمين العام :

يا سيدي، أنا في حديثي قد ذكرت شخصاً ولا أريد . . .

الدكتور إبراهيم الغويل :

هذه النقطة التي كنت أريد . . .

الأمين العام :

لحظة. قد ذكرت شخصاً هو الداعية الأكبر للعلمنة على حد تعبيره، وقد ناقشه المسلمون في كل مكان، وظل شره مستطيراً في كثير من البلاد العربية والجامعات الإسلامية - أي القائمة في بلاد الإسلام - يدعو فيها صراحة إلى نبذ القرآن والتشكيك فيه.

الدكتور إبراهيم الغويل :

معالي الأمين العام، أنا . . .

الأمين العام :

ساحي، أكمل جملتي. فهذا الرجل في كتابته وهو فرنسي عربي.

الدكتور إبراهيم الغويل :

أنا، جايه، جايه. هذا الرجل.

الأمين العام :

هذا الرجل الفرنسي العربي، هو الذي جعلت موضوع النقاش بيني وبينه، تعرض للعلمانية ففسرها بهذه التفاسير، فنحن نأخذ الكفر عن الكافر بمقولته، ونحدده على الصورة التي يريد أن يشيعها في الناس.

نحن لا نريد أن نلتمس له حجة نقول بها إن الإسلام فيه علمنة، هو ذهب يدعو إلى أن القرآن فيه عِلْمَنَةٌ.

الدكتور إبراهيم الغويل :

هذا الرجل أكثر من ذلك، هذا الرجل تبني فكرة اللغة الميتية «الميتزم» الخرافية، واعتبر أنه يفسر بها كلمات القرآن، هذا الرجل بدأت قصته قبل أن يتولى هذا الموضوع الأخير، حينها بدأ أول كتاب حول مفهوم . . . وهو أمر يسود للأسف في الجامعات الإسلامية وردده بعض علماء اللغة، علماء الاجتماع، والتفسيرات الاجتماعية للدين، فتبين مفهوم «الميتزم» أو مفهوم «الخرافة» في تتبع الألفاظ القرآنية.

الأمين العام:

موجود في البحث.

الدكتور إبراهيم الغويل:

وهذا الرجل بهذه القضية وأمثاله خطيرون، ولكن القضية أنا أتصور أن يحدد لها - كما أشار الشيخ علي التسخيري - أن هناك عدة مجالات في قضية تطبيق الشريعة الإسلامية، في مجال الفكر والتمهيد الفكري، وخطورة الذين يتبنون أفكاراً محددة، وأنتم أشرتم إلى الذين يتبنون آراء (فرويد)، و(داروين) والذين يتبنون آراء (ماركس) ورؤى كثيرة في التاريخ، وفي الاجتماع وفي النفس، وأن يحدد لها جانب فيما يتعلق بالتشريعات، وأن يحدد لها جانب فيما يتعلق بجوانب مناهج التعليم والإطار العام للتعليم، فالقضية ضخمة وتحتاج إلى مزيد... أنا هذا الذي أقوله، ولكن فيه بعض النقاط تحتاج إلى وقفات يصحح فيها بعضنا البعض، والله يهديننا إلى سبيل الرشاد. وشكراً.

الدكتور عمر سليمان الأشقر:

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على نبينا محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين.

أقترح على المجمع الكريم أن يجعل هذا الموضوع في دورة كاملة.

هذا الموضوع جدير أن يعطى وقتاً أكثر من الإيجاز المنتهي بالتلميح، ومن تحديد النسل وما أشبهه من موضوعات، وهذه الدعوة نابعة من رؤية فأنا قد قمت بدراسة فترة طويلة من الزمان، لأتبع جذور هذا الموضوع، فتتبع جذور القوانين الوضعية في الديار الإسلامية قديماً، منذ التتار وما قبل التتار، ثم وصلت إلى العصر - القرن الأخير - الذي ألغيت فيه الشريعة الإسلامية والفقهاء الإسلامي، الذي هو بمثابة القانون الذي يحكم الديار الإسلامية، والفقهاء الإسلامي، الذي هو بمثابة القانون الذي يحكم الديار الإسلامية وقد رأيت المؤامرة الكبرى من خلال التتبع لاستئصال المسلمين واستئصال دين المسلمين، نحن في سنة 1988م، في سنة 1888م ألغيت الشريعة الإسلامية في مصر الإلغاء الأول كان في سنة 1882م بعد دخول الإنجليز، ثم بعد أن طبقت جزئياً ألغيت كلياً وثار الشعب المسلم في تلك الديار، ولكن السلطان والقوة أخضعت المسلمين لحكم الطاغوت، في سنة 1923م قبل خمس وستين سنة ألغيت الشريعة الإسلامية في تركيا، وزال سلطان الإسلام، وألغيت الحروف العربية، وألزم المسلمون بأن يضعوا (البرنيطة) فوق رؤوسهم، مآسي في هذه القضية أعلمها، عندما اجتمع وزير الخارجية التركي والوفد التركي بوزير الخارجية البريطاني في المفاوضات، كان أحد الشروط الرئيسية أن تلغوا الشريعة الإسلامية، والقانون الإسلامي، والخلافة الإسلامية، ثم تتابع المسلسل في البلاد العربية التي كانت تخضع للشريعة الإسلامية، لا أريد أن أستطرد في هذا، ثم تبينت المخطط الذي وضعه الكفار لإلغاء الشريعة، وقد تبين لي هذا

المخطط، ودرست أبعاده، وكان يمثل إحدى عشرة خطوة بينها في كتابي «الشريعة الإلهية» وليس هناك مجال لتفصيل هذه القضايا، لكن أرى أن هذا الموضوع، إما أن تخصص له دورة كاملة وإما كما اقترح بعض الإخوة، أن يجعل له مخطط متكامل، وفي كل دورة من الدورات يطرح موضوع أو يطرح موضوعان، فنستكمل على مدى الدورات القادمة، نستكمل خطوط هذا الموضوع. وشكراً.

الشيخ إبراهيم زيد الكيلاني:

بسم الله الرحمن الرحيم.

أحب أن أعلق أولاً على كلمة «العلمانية» أو «العلمانية» كما رآها الأخ الكريم، وأقول: إنها تؤدي إلى الإلحاد وتفضي إليه وتشارك معه في أمور كثيرة، من أخطرها إبعاد الدين كلياً عن الحياة، عن التوجيه وعن التربية والتعليم، العلمانية تعني حياد الدولة، إنها ليست مع الدين وليست ضد الدين، فليس لأحد أن يقول: إنني أريد أن أضع المناهج في التربية والتعليم على أسس إسلامية، وليس لأحد أن يقول: إنني أريد أن أعمق فكرة الإيمان بالله واليوم الآخر في مؤسسات الدولة أو في المؤسسات الإعلامية، لأن حياد الدولة يقتضي ألا تتدخل في أمر الدين، هذا الذي تمشي عليه الدول الغربية، وتمشي عليه الدول العربية، التي اتخذت العلمنة طريقاً لها، وأذكر على سبيل المثال أنه كان بيننا في الأردن، وبين دولة عربية شقيقة، صار خطوة لتوحيد المناهج، في فلسفة التربية والتعليم في الأردن العبارة التالية: «تبتق فلسفة التربية والتعليم من الإيمان بالله والقيم العليا للأمة العربية» فيها هذه العبارة، من وحي هذه العبارة مؤلف كتاب الطبيعيات للصفوف الابتدائية – كتب وأذكر للصف الرابع الابتدائي – خلق الله السمكة، خلق الله الشجرة، فقال له المؤلف العلماني أو العلماني: نحن لا توجد عندنا فكرة «الله» نحن لا نوافق أن نضع «خلق الله» قال له: يا أخي أنا فلسفة التربية عندي تقول: «خلق الله» قال: لا نحن لا نوافق عليها يجب أن نحذفها فصارت مشادة ومصارعة انتهت بأن بني الفعل للمجهول، فقالوا: «خُلِقَت السمكة، وخلقَت الشجرة» فالذين يدافعون عن العلمانية ويقولون: لا، ليست هي إلحاداً، هي تفضي إلى الإلحاد وهي مظلة للإلحاد، وهي مظلة للكفر وهي كفر وضلال انتشرت في بلاد المسلمين تدريجياً لإبعاد الإسلام عن الحياة، أحب أن أشير إلى نقطة ثانية: إلى دور كليات الحقوق في البلاد العربية والإسلامية في العلمنة، وفي إبعاد الشريعة الإسلامية عن الحياة، وما تتلقاه من مساعدات من الدول الغربية، القانون الفرنسي، والقانون السكسوني، كل كلية حقوق: هذا مختص في السكسوني، هذا مختص في الفرنسي، ويجدون دعماً ومساعدات سخية لأجل تقويتها حتى لا تتصل الشريعة الإسلامية وتعود إلى الحياة. النقطة الثالثة: التي أحب أن أشير إليها – وقد أشار إليها الأخ الأستاذ

إبراهيم - أن تطبيق الشريعة أوسع من التطبيق القانوني، هو إعداد للأمة لتستقبل شريعة الله وتطبيقها بتسليم كما قال الله تعالى في كتابه الكريم: ﴿ وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مُمِئِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ ﴾ فطبيق الشريعة الإسلامية في باكستان، تطبيق الشريعة الإسلامية في السودان، كان من الذين عارضوه المستغربون الذين تلقوا الدراسة في جامعات الغرب، وعشقوا مناهجه ومذاهبه، وما زالوا يعارضونه - الشريعة الإسلامية التي كانت مطبقة في كثير من البلاد العربية من الذي حاربها؟ ومن الذي يحاربها؟ أبناء البلد العلمانيون الذين تربوا على أن العلمانية طريق الحياة، ولذلك إذا أردنا أن نعيد الشريعة الإسلامية فلا بد أن نبدأ بالمناهج، بالكتب والتعليم، بالإعلام لإعداد الأمة إعداداً يستقبل شريعة الله ويقنع بها، وعلى سبيل المثال أذكر أنه عندما طبقت الشريعة الإسلامية في السودان، تخصصت إذاعة لندن بحاربته وبرصدها، ويعرف إخواننا السودانيون ضغوط الدول الكبرى لإبعادها، عندما أرادت سوريا أن تجعل قانوناً مدنياً مستمداً من الفقه الإسلامي بديلاً عن المجلة، كان انقلاب حسني الزعيم - الذي كما تعلمون وكما اعترفت أمريكا نفسها بأنه انقلاب أمريكي - الذي كان أول خطواته أو الخطوة الوحيدة التي عملها، أن ألغى خطوة تطبيق قانون مدني إسلامي، أو تشكيل لجنة لوضع قانون مدني مستمد من الفقه الإسلامي، واستمدوا قانون مصر الفرنسي، مع العلم كان في تطبيقه طفرة هائلة لا يقبلها أهل القانون، ولكنهم وضعوه وطبقوه، ثم جاؤوا ليطبقوه في الأردن، وفي يوم وليلة: مجلس النواب الأردني أقر القانون السوري، وعندما أرسلوه إلى مجلس النواب نقلوه نقلاً حرقياً ونسوا أن يحذفوا العبارة الأخيرة «وهو صدر عن قصرنا الجمهوري» فكان للعلماء دور هنا كان للعلماء دور مجيد فعلاً، واستطاعوا أن يبعثوا في الشعب روح الإيمان وروح الإسلام، وطالبوا الحكومة، واستجاب ملك البلاد لهذه الرغبة، وأمر بتشكيل لجنة لوضع قانون مدني مستمد من الفقه الإسلامي، وفعلاً وضع هذا القانون وطبق - والحمد لله - في الأردن، وعندما أرادت جامعة الدول العربية أن تضع قانوناً مدنياً عربياً موحداً للدول العربية، وجدوا في القانون المدني الأردني أساساً وقاعدة ليمشوا عليها، وساروا واستطاعوا أن يؤصلوا هذا القانون ويضعوا النظرية العامة للالتزامات، ثم يؤصلونه، والأستاذ الكريم محمد ميكو الأمين العام لوزراء العدل العرب، من خير الأعضاء الذين يعون هذه المسألة ويواكبونها وهو أعرف بالمشكلات التي يجدها من العلمانيين، الذين يقفون في وجه الاستمرار في هذا العمل. ولذلك أرى أن نعرف الجهود التي قطعناها في هذا السبيل وأن نعرف كيف ندعم بعضها بعضاً. القانون المدني المصري الذي وضعه السنهوري مستمد من القانون الفرنسي وبعض القوانين الأجنبية، شرحه شرحاً وأصبح مسيطراً في أكثر المنطقة العربية، بينما القانون المدني المستمد من الفقه الإسلامي، حتى الآن لم يجد الشروح الواسعة، وكما ذكر الإخوان مصادر الفقه الإسلامي يصعب على كثير من

القانونيين أن يرجعوا إليها، فلا بد من تيسيرها وتذليلها، ولكن ليس هذا الذي يعنى تطبيق الشريعة، الذي يعنى تطبيق الشريعة هي القوى العلمانية والماسونية والغربية، في بلاد المسلمين التي ترصد كل حركة تريد تطبيق الشريعة الإسلامية وتحاول لتجهضها بالسرعة الممكنة وتنفر الناس منها، ومن هنا أرى أن تتكاتف الجهود لبعث الشريعة الإسلامية، وأن يكون كل عالم في بلده داعية إلى الله تبارك وتعالى، يعتبر نفسه جندياً من جنود الإسلام، قبل أن يعتبر نفسه موظفاً يقبض الراتب، ويقف لتطبيق الشريعة الإسلامية في بلده، والله سبحانه وتعالى قد أخذ العهد على العلماء أن يكونوا أنصار دينه وأن يكونوا المدافعين عن تطبيق شريعته، من الأشياء التي تعيق تطبيق الشريعة، وقد وجدت عقبات كثيرة في باكستان - كما أذكر - التعصب المذهبي، ولذلك البعد عن التعصب المذهبي والاتصال بفقهاء الكتاب والسنة والمذاهب الإسلامية باعتبارها فروعاً في مذهب الإسلام الكبير، من الأشياء التي تساعد في تطبيق الشريعة، الثانية: مواكبة تطور الزمن وفهم الأحداث، وأهم الأمور: العزيمة الصادقة عند الشعوب، بإقناعها ودعوتها للقيام بواجبها، والعزيمة الصادقة عند الحكام، وأحب قبل ذلك - يحسن ونحن ندعو إلى تطبيق الشريعة - أن نرصد ونعرف القوى الكبرى التي تخشى من تطبيقها وأن نحاول جهدنا للعمل على مواجهتها، وإقناع الناس بها، وتحقيق أهدافنا بحكمة وقوة وإقناع، والله المستعان، وشكراً للأستاذ الكريم.

الشيخ مصطفى العرجاوي:

بسم الله الرحمن الرحيم. الحمد لله وحده والصلاة والسلام على من لا نبي بعده،

وبعد:

فإن الحكم على الشيء فرع عن تصوره، وجميع العلماء الأفاضل ما عدا الزميل الأستاذ الدكتور عمر الأشقر، وأستاذنا الفاضل الدكتور إبراهيم الكيلاني، تكلم الجميع في الفروع، ما عداهما تكلمتا عن بعض جذور المشكلة، ما أصل المشكلة؟ أصل المشكلة محلها ما نحن فيه الآن، عندما أراد أحد الحكام وضع قانون معين يحكم العلاقات التجارية، وهو بالتحديد محمد علي في مصر، طلب من العلماء أن يضعوا هذا القانون، فاحتكموا إلى المذهبية، هذا يريد مالكيًا وآخر شافعيًا وآخر حنفيًا وآخر حنبليًا، فإذا صنع؟ جاء بالقانون كما هو من الغرب، وقال نضعه بصفة مؤقتة - في عام ١٨٣٠م - إلى أن تتفقوا على رأي، ثم بعد ذلك نطبق الشريعة الإسلامية، وهذه هي البذرة الأولى لتطبيق النظم الغربية كاملة شاملة، الميلاد غير المشروع للقوانين الغربية في البلاد الإسلامية، بداية جذور المشكلة المذهبية، عندما تقول لي هذا حرام ما هو الرد؟ أقول لك: أين الحلال؟ أعطني حلاً، أريد حلاً، معاملات الناس وحياتة الناس لن تنتظر، والأحكام الشرعية مبثوثة وموزعة وتحتاج إلى تجميع، خصوصاً في نطاق المعاملات، والأمور الخلافية، إذا تم وضعها في نظام قانوني معتمد لرأي معين صارت مقررة

ومطابقة، ثم بعد ذلك جذور المشكلة، بدأت بهذا القانون، ثم أخذت القوانين الأخرى تتسلسل شيئاً فشيئاً، لماذا؟ أيضاً بسبب المذهبية، ومن الذي يقول إن الشريعة الإسلامية في حاجة الآن إلى إعادة نظر فيها، لوضع قوانين ولوضع كذا أو كذا؟ القوانين موجودة والذين تحدثوا عن القانون الفرنسي، وقالوا إن القانون المدني الفرنسي هو قانون فرنسي، لو دققوا وراجعوا لوجدوا أن جذور هذا القانون مأخوذة من أين؟ مأخوذة من إسبانيا أي بلاد الأندلس، من بلاد الأندلس وبلاد الأندلس ماذا كان فيها؟ كان فيها الفقه المالكي، ولذلك بعض نصوص القانون المدني بدراسة وتحليل وتدقيق فيها نفس العبارات الموجودة في كتب الفقه المالكي، وكلها لا تتعارض مع الشريعة الإسلامية في المعاملات، إلا في باب الربا، وبعض الأبواب الأخرى المتعلقة بالمقامرة، وبعض الشروط الفاسدة، لورفعنا هذا الفساد من داخل القانون لكان كما هو، كذلك أيضاً في مصر، الشريعة الإسلامية منصوص عليها أنها المصدر الرئيسي للتشريع، واجتمع العلماء وبحثوا ودققوا، بل إن الكليات تطورت، صارت كلية الشريعة والقانون، بهدف ماذا؟ بهدف تطبيق الشريعة الإسلامية، واكتمل القانون بصورة تامة، وذهب إلى مجلس الشعب ثم نام نومة كبرى، لكنه في الواقع موجود، القانون موجود، القانون الإسلامي موجود، وكذلك أيضاً القانون الجنائي الموجود الآن، إذا طبقنا الحدود والقصاص ورفعنا ما يناقضها، باقي العقوبات تعد تعازير، ما هو التعزير؟ التعزير عقوبة غير مقدرة شرعاً، متروكة للإمام أو للمجتهدين، ثم بعد ذلك تصاغ وتوضع، فليست هناك مشكلة، المشكلة هي أن أولياء الأمور يخشون الحاكمية يخشون ماذا؟ إذا نجحت الشريعة الإسلامية في الاقتصاد، ونجحت في المعاملات المالية، ونجحت في الجنايات، إذا لا بد أن تطبق في الحكم، لماذا؟ - لأننا - أفنؤمن ببعض الكتاب ونكفر ببعض؟ ﴿أَفَتُؤْمِنُونَ بِبَعْضِ الْكِتَابِ وَتَكْفُرُونَ بِبَعْضٍ﴾. ولذلك تسعون في المئة من المشاكل التي طرحت علينا والموضوعات التي طرحت علينا، موضوعات غريبة جاءتنا مستوردة، بعض الأفكار المستوردة، ونريد حلاً، كأن الإسلام دين تبرير لا دين تدبير، هل الإسلام دين تبرير؟ يبرر؟ تأتينا المسائل لنبررها؟ نحلها أو نحرّمها؟ نفسك إن لم تشغلها بالحق شغلتك بالباطل، فأساس المشكلة - سيدي الرئيس - الأساس الأساس، هو عدم وجود هيئة علمية تعطي رأياً واضحاً وحكماً واضحاً في قضية معينة، وكثرة الفتاوى الفردية التي في بعض الأحيان تعتمد بعض الآراء الداخلية، لكن الشريعة موجودة، بها القوانين ومنصوص عليها، في الدستور المصري: الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي، قالوا: مصدر رئيسي، فاعترضنا قلنا: إنها كلمة ربما تكون أحد المصادر فوضعت لها الألف واللام «المصدر الرئيسي للتشريع» والأن محظور حظراً تاماً صدور أي قانون يخالف الدستور، لماذا؟ لأن بمعيّارهم الدستور هو سيد القوانين، والدستور لا يلغى إلا بدستور، إذن الشريعة الإسلامية موجودة ولكنها معطلة. قانونها يحتاج فقط إلى العرض على

مجلس الأمة، ليطبق، لكنه موجود، وشارك فيه كثيرٌ من العلماء ومواده القانونية موجودة، ومن الممكن أن نأتي بنسخة نعطها إياكم... موجود القانون... القانون الإسلامي موجود، وكذلك أيضاً في العقوبات، موجود القانون الإسلامي لا يحتاج منا إلى شيء، أما أن نقول نعد الأمة الإسلامية لاستقبال الإسلام، هذا مستحيل، إنها فطرة الله، كيف نعدهم؟ أمشي على هواهم؟ هذه مشكلة كبرى، يجب علينا أن نضع القواعد والقوانين، وجاء الإسلام ليحكم لا ليحكم عليه، وجاء ليسود لا يحكم عليه ولا يتحكم فيه، فهذه هي لب المشكلة، لب المشكلة وجذور المشكلة أن القوانين الغربية جاءت لماذا؟ لأن العلماء تمسكوا بمذاهبهم ولأن بعضهم لم يحاول أن يجتمع مع أخيه ويعطي رأياً مأخوذاً من روح الشريعة الإسلامية، ومرحلة ثانية - يا سيدي - المرحلة الثانية الاستشراق: بدأ المستشرقون يشككون فكشفناهم، فإذا صنعوا؟ أخذوا من بيننا بعض الأفراد أنفقوا عليهم، لمعومهم وأظهروهم وملؤوا رؤوسهم بأفكارهم الخبيثة، فصاروا يطعنون على الشريعة، ويبحثون عن كل أمر فيه شذوذ، ويحاولون خلق الفتنة وعندما يظهر رأي غير شرعي تحتاج إلى الرد عليه، كيف ترد عليه إذا كانت وسائل الإعلام في يد العلمانيين، وإذا كانت الصحف في أيدي من أغلبهم علمانيون؟ فماذا تصنع؟ كيف تُبلِّغ كلمتك للمسلمين؟ كيف تقول كلمة الحق؟ لأن العلماني بيده وسائل وبيده طرق، لذلك الشريعة الإسلامية لا يمكن أن تؤجل، بل ينبغي علينا أن نحث جميع المسلمين وجميع حكام المسلمين أن يخرجوها، فهي موجودة، نصوصها موجودة ويحث، يكفي أن القانون المدني في مصر أخذ سنوات حتى تم استقاؤه من الشريعة الإسلامية، وكان ينبغي أن يصدق عليه، ولكنه لم يصدق عليه حتى الآن، لماذا؟ لا ندرى! وعندما قال رئيس مجلس الشعب واكتفى: «إن القانون غير موجود»، احتجوا عليه. فقال: لم أعلم، فإذا كان رئيس المجلس لا يعلم. ما نقول وقد علم. فإذا تم؟ لا شيء. لأنني كما قلت لكم القضية منذ البداية نية مبيتة بعدم تطبيق الشريعة الإسلامية، وما لا يدرك كله لا يترك جُلَّهُ، فعلى قدر الاستطاعة نطبق ما نستطيع وشكراً جزيلاً.

الدكتور يوسف القرضاوي: بسم الله الرحمن الرحيم.

شكر الله للإخوة الكرام والأخ الأستاذ مصطفى.

أحببت أو أوضح بعض النقاط. من هذه النقاط: ما قيل من أن العلماء طلب إليهم أن يضعوا قانوناً مستمداً من الشريعة الإسلامية، فاختلفوا ولم يضعوا هذا القانون. هذا أمر ذكره المرحوم الشهيد عبد القادر عودة في رسالة له اسمها «الإسلام بين جهل أبنائه وعجز علمائه» ولكن بالتتبع والبحث والاستقراء لم يوجد لهذا أي مصدر. أولاً قيل: إنه في عهد محمد علي، والمعروف أن عهد محمد علي كانت فيه الشريعة الإسلامية تطبق، الشريعة الإسلامية ظلت في مصر تطبق إلى عهد إسماعيل، فالقضية تنسب إلى إسماعيل، هذه القضية، الحقيقة بعد التتبع

لم يوجد لها إلا مصدر واحد، هو أن العلامة الشيخ رشيد رضا - رحمه الله - ذكر أنه كان قد قال له رافع ابن الشيخ رفاعه الطهطاوي، إن الخديوي إسماعيل ذكر له أنه طلب من بعض العلماء أن يجتمعوا ليضعوا قانوناً ولكنهم اختلفوا، هذا هو المصدر الوحيد لهذه القضية، يعني مصدر إذا نظرنا في سنده أو نظرنا في دلالة لا نعرف هل هذا صحيح؟ لأن الكلام كله منسوب إلى إسماعيل بهذا السند، وهل إسماعيل كان جاداً حقيقة؟ وكيف طلب منهم؟ هل طلب واحداً منهم أو اثنين؟ ولذلك لا ينبغي أن ننسب إلى علمائنا هذه القضية الكبيرة، بهذه السهولة دون أن توثق التوثيق الكافي، ولو صح أنهم أرادوا تطبيق الشريعة الإسلامية - والأخ نفس كلامه يرد بعضه على بعض - لو أرادوا أن يطبقوا الشريعة لوجدوا ألف وسيلة ووسيلة لتطبيقها ولتقنينها إن كان لا بد من التقنين، هذه واحدة، الأخرى: هي مسألة اتفاق القوانين الوضعية في معظمها مع الشريعة الإسلامية، هذه قضية تذكر دائماً، ونقول إن الاتفاق لا يكفي لأنه لا بد أولاً من تحديد المنطلقات، منطلقات الشريعة غير منطلقات القانون الوضعي، الفلسفة مختلفة، والدليل مختلف، وقطع النص القانوني عن مصدره الإسلامي يجعله قانوناً وضعياً، لا يكون هناك قيمة ما لم يقل: إن هذا الأمر مستمد من كذا أو كذا، من كتاب الله تعالى وسنة رسوله، وما قاله الفقهاء وبناء على كذا حتى القوانين التي تبنى على المصالح المرسله أو على سد الذرائع، يجب أن توصل تاصيلًا إسلامياً وإلاً رفضت، هذا يعني لا بد من توضيح هذه المسألة، قضية أخرى: وهي قضية التدرج في تطبيق الشريعة، والذين يقولون إن الشريعة تطبق بالتدرج، طيب سلمنا بالتدرج، وبعضهم يقول: أتريدنا أن نطبق الشريعة فيما بين عشية وضحاها؟ طيب طبقوها بالتدرج، ولكن ما معنى التدرج؟ التدرج أن تكون هناك مراحل كل مرحلة تسلم إلى مرحلة، تريد أن نطبق الشريعة في خلال خمس سنوات أو عشر سنوات؟ إذن ضعوا خطة زمنية بحيث إنه بعد سنتين نخلص من القانون المدني، وبعد كذا نخلص من مناهج التربية، هذا معنى التدرج، إنما هؤلاء لا يريدون التدرج، يريدون التمويت، فنحن إذا سلمنا بالتدرج - وقد قال به مثل أمير المؤمنين عمر بن عبد العزيز الذي قال له ابنه الورع التقي عبد الملك: يا أباي مالي أراك تتباطأ في إنفاذ الأمور؟ والله لا بأبالي لو غلت بي وبك القدور في سبيل الله، فقال يا بني: إن الله ذم الخمر في آيتين ثم حرمها في الثالثة، وإني أخشى أن أدفع الناس إلى الحق جملة فيدعوه جملة، ولكن أما ترضى ألا يمر على أبيك يوم إلا وهو يميت فيه بدعة ويحيي سنة؟ - فهذا هو التدرج أن تمت كل يوم بدعة وتحيا سنة، أما أن يقولوا بالتدرج ولا يفعلون شيئاً وتمر السنين وراء السنين، وهم في موقعهم فليس هذا من التدرج في شيء، المهم أيها الإخوة أن تكون هناك نية - فعلاً - صادقة للحياة حياة إسلامية، وهذا هو المراد من كلمة «تطبيق الشريعة»، ليس الجانب القانوني فقط، وليس جانب الحدود والعقوبات فقط، ولكن أن تحيا مجتمعاتنا حياة إسلامية، حياة توجهها العقيدة

الإسلامية، وتضبطها الأخلاق الإسلامية، وتحكمها التشريعات الإسلامية، وهذا ما تريده الأمة، وما يريده الله تعالى منها: ﴿ أَفَحُكْمَ الْجَاهِلِيَّةِ يَبْغُونَ وَمَنْ أَحْسَنُ مِنَ اللَّهِ حُكْمًا لِقَوْمٍ يُوقِنُونَ ﴾ . وصلّى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين .

الشيخ طيب سلامة :

بسم الله الرحمن الرحيم، وصلّى الله وسلم على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم .
لبسان الثناء والشكر، أتوجه إلى هذا المجمع الكريم، لوضع الإصبع على الداء، وهو أكبر داء، وكنت أستمع إلى حضراتكم وأنا أتخيل لو فتح على مجمعنا هذا جهاز التلفاز لالتهمت الأكف في الدنيا وفي العالم الإسلامي بالتصفيق، ولاصفرّت الوجوه القليلة التي عادت هذه الشريعة وتعادها وهي مصرة على معاداتها، اسمحوا لي أن أعود إلى أصل الداء لأنني أعتقد أن الجسم إذا سكنته الجرائم لا يبحث الطبيب عن تقويته قبل أن يبحث عن القضاء على الجرائم الفتاكة التي تنخره من الداخل، وأقول إن عملية تكريه العالم الإسلامي في الإسلام، هي عملية غربية، عملية عداء غربي، عملية عداء للإسلام قديمة ومعروفة، والصهيونية والتي نسميها الصهيونية العالمية الموجودة اليوم هي موجودة من عهد خيبر، وهي مستمرة ثم انصافت إليها المسيحية بتخطيط من الصهيونية حتى تعضد جانبها، وبرزت الأمور في ميدان تطبيقي عملي إثر الحروب الصليبية، وكان ما كان مما انتاب الخلافة العثمانية، وبقي الصليب يحقد على الإسلام ولم يجدوا سبيلاً، فقاموا بحركة التبشير وكنا نرى في القرى والمدن في البلاد الإسلامية الآباء البيض يطوفون متظاهرين بالرحمة والإشفاق على الصغار، كما أنهم أخذوا من أبناء البلاد الإسلامية شباباً يربونهم على الطريقة التي يريدونها. أعطيناهم أبناءنا، ومكناهم منهم، وبذلك كرهوا إليهم دينهم، وحببوا إليهم حياة المدنية، وأقنعوهم بطرقهم بأن الإسلام هو سبب تأخر المسلمين، ولو تخلى المسلمون عن إسلامهم، ولو انحصر - على الأقل - الإسلام في المساجد والجوامع كما فعلت المسيحية مع المسيحيين، لآل الأمر إلى تقدم، وإلى مماشاة المسلمين للعالم العصري المتقدم - وقد اقتنع الكثير - بأنه لا يجوز لنا إذا رما الخير لأطفالنا أن نحفظهم القرآن، كما قال الغربيون، نظرية تربوية عقيمة، نشروها فينا بدعوى أن الحفظ يقوي الحافظة، فتطفى الحافظة على الفكرة، وبذلك يصبح الطفل عندما يشب وعندما يصير كهلاً، لا شخصية له لأنه عبارة عن آلة حاكي لا تحسن شيئاً، والنتيجة رأيناها بالعكس، رأينا بالعكس أن جميع من حفظوا القرآن هم من العلماء العلام الأعلام السلف الصالح من علمائنا ما من واحد منهم في ترجمته إلا وهو يحفظ القرآن زيادة على ما يحفظه من آلاف الأحاديث بأسانيدها، فكانت هذه الحافظة، التي هي منطلق التربية الإسلامية، أصبحت عيباً كما أراد الغرب أن يصورها، هذه مثلاً صورة من الصور، وبذلك تعليمنا اليوم خال أو أشد ما يتبرم منه الطلاب والتلاميذ أن تأمرهم بحفظ شيء،

وزالت الكتابات، وحذفت الكتابات، وهذه الدعوة لأن الأمر تقليدي وأمر لا يمكن أن يبقى عليه في هذا العصر، وهكذا: ما أردت أن أقوله إخواني من غير أن أطيل، هو أن القضية قضية هامة جداً، والقضية تحتاج إلى عناية كبرى، ولكن تحتاج إلى إقناع شبابنا اليوم: الدعوات التي توجه إليهم باسم التكنولوجيا، وباسم جلب العلوم العصرية، باعتبار أن الحياة ما كانت تقوم إلا على ما أوجدته الحياة العصرية من علوم مادية، اقتنعوا بهذا، وانصرفوا إلى هذه العلوم، وتحلوا عن دينهم وعن تعاليم دينهم، فأصبحنا نكون مديري المصارف والمهندسين، ولكن بدون ضائر إسلامية، هذا الذي ينقصنا، وهذا الذي جعلنا في تخلف، ومهما تكن ثرواتنا - نحن ثرواتنا - والحمد لله - أغدق الله علينا من الثروات الشيء الكثير، ولكن ثرواتنا لم تنفعنا، العلم والتكنولوجيا قد أتينا بذلك، ولكن أيضاً لم نستفد من ذلك شيئاً ولا يتم نفع إلا إذا قامت على القيم الإسلامية، وتعاليم الشريعة الإسلامية، هذا ما أردت أن أقوله وشكراً سيادة الرئيس.

الرئيس:

شكراً في الواقع بقي نحو عشرين متحدثاً، فهل ترون أن نستمر في هذه الكلمات ونعطي خمس دقائق فقط؟

مناقش: بسم الله الرحمن الرحيم.

بناء على ما تقدم من كلام الأساتذة الأفاضل ومن الضروري أن نوجد المناخ المناسب لتطبيق الشريعة الإسلامية، في عالمنا العربي والإسلامي، إذ أن من المعلوم أن تطبيق الشريعة الإسلامية أمر معروف من الدين بالضرورة - كما تفضل الأساتذة الأفاضل - فأرى - وكما يقال خير البر عاجله - أن تؤلف لجنة من هذا المؤتمر الكريم، لوضع خطة لبحث المواضيع المناسبة، لإيجاد الوسائل الكفيلة بتطبيق الشريعة الإسلامية، أو نقول الوسائل الكفيلة بإيجاد المناخ المناسب، لتطبيق الشريعة الإسلامية، وشكراً.

الرئيس:

هل ترون أن نكتفي بهذا، أم بقية الكلمات؟

بعض المناقشين:

لا نوافق على هذا، نعترض.

الرئيس:

إذن لو رأيتم أن يتنازل البعض للآخر، لأن عشرين متحدثاً، والوقت عندنا ما بقي الآن إلا عشرون دقيقة، أمر ليس في الإمكان.

مناقش:

كان من الممكن تدبير الوقت منذ البداية وتقسيمه على الراغبين في الحديث.

الرئيس:

الآن حصل شيء من الخطابة وطالت، وطولت، والله نحن سبق أن نبهنا في مرتين وثلاث وأربع، يعني ما فيه داع للإكثار.

مناقش:

دقيقتين لكل متكلم.

الرئيس:

لا: خمس دقائق، ممكن؟ بس خلاص نمضي يا شيخ.

الأستاذ يوسف محمود القاسم:

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله والصلاة والسلام على سيدنا محمد رسول الله.

هذا الموضوع في غاية الأهمية، وفي غاية الخطورة، وشكراً للعلماء الأفاضل الذين كتبوا في هذا الموضوع، وشكراً للأخ الدكتور عبد الوهاب أبو سليمان الذي عرض عرضاً وافياً للأبحاث الثلاثة.

القضية – قضية تطبيق الشريعة – تعتبر هي كل شيء بالنسبة لمجمع الفقه الإسلامي، فلا بد أن تأخذ العناية اللائقة بخطورة هذا الموضوع.

فكرة التدوين أو التفتين، التي أشار إليها الأخ الدكتور عبد الوهاب أبو سليمان فكرة جيدة لكنها في الواقع فكرة جانبية تتخذ أو تتخذت فعلاً سبباً للمرواغة في تطبيق الشريعة الإسلامية، فالتفتين قائم: مشروعات خاصة قدمت لمجلس الشعب المصري، تزيد عن عشرة مشروعات في السبعينات، ثم مشروع محكمة النقض المصرية – قدم سنة ١٩٧٥م – ثم مشروعات لجان مجلس الشعب الكاملة المتكاملة، في كل فرع من فروع القانون (في المدني، في الجنائي، في المرافعات، في التجاري، في البحري) في كل فرع من فروع القانون، وضعت القوانين الإسلامية الكاملة المتكاملة، وليست فقط مجرد النصوص، بل والمذكرات التفسيرية الخاصة بكل مادة، حتى لا يقال إن القاضي الذي يدرس الحقوق، كيف يطبق الشريعة وهو لا يعلم منها شيئاً؟ وضعت له المذكرة التفسيرية، لتبين له مصدر كل مادة من أي مذهب من المذاهب الفقهية على اختلافها، هذا كله فضلاً عن مشروعات الأزهر الشريف، لدرجة أن أعضاء هذا المجلس الموقر يندهبون عندما يعلمون أن مجمع البحوث الإسلامية وضع مشروعات قوانين في كل فرع من فروع القانون مأخوذة من كل مذهب: نقول القانون المدني الإسلامي من المذهب المالكي، نصوص كاملة متكاملة خاصة، القانون المدني الإسلامي من المذهب الحنفي، نصوص كاملة متكاملة خاصة، يقول له: ربما بعض البلاد الإسلامية يريد أن يطبق

المذهب المالكي، فلنضع له قانوناً، ولا تزال هذه القوانين قائمة وموجودة وينسخ كثيرة جداً، أيضاً مجمع البحوث الإسلامية، دخل في مجال تنقية القوانين، فوضع مشروعاً يسمى «تنقية القوانين» حتى لا يدع حجة لأي متحجج مبطل، لأنه حينها قيل: إننا نكتفي بالقوانين القائمة، وننقيها بما يخالف الشريعة، وضعت مشروعات بهذه الموضوعات، أحد الزملاء الأفاضل – العلماء الكبار الذي تكلموا – أشار إلى الآيات الكريمة الواردة في سورة المائدة وأنها نزلت في حق أهل الكتاب، في الواقع هذا حق، ﴿وَمَنْ لَّمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ﴾، ﴿وَمَنْ لَّمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾، ﴿وَمَنْ لَّمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾، هذه نزلت في حق أهل الكتاب لكن الآية التي بعدها والآيات التالية: ﴿وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ مُصَدِّقًا لِمَا بَيْنَ يَدَيْهِ مِنَ الْكِتَابِ وَمُهَيِّمًا عَلَيْهِ فَاحْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ عَمَّا جَاءَكَ مِنَ الْحَقِّ لِكُلِّ جَعَلْنَا مِنْكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجًا﴾، ثم يقول سبحانه في الآية التالية: ﴿وَأَنْ أَحْكَمَ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ وَاحْتَدِرْهُمْ أَنْ يُفْتِنُوكَ عَنْ بَعْضِ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ فَإِنْ تَوَلَّوْا فَاعْلَمُوا أَنَّهُمْ بِرَبِّ اللَّهِ أَنْ يُصِيبَهُمْ بِبَعْضِ ذُنُوبِهِمْ وَإِنَّ كَثِيرًا مِنَ النَّاسِ لَفَاسِقُونَ * أَفَحُكْمَ الْجَاهِلِيَّةِ يَبْغُونَ وَمَنْ أَحْسَنُ مِنَ اللَّهِ حُكْمًا لِقَوْمٍ يُوقِنُونَ﴾، ما أشار إليه الزميل الأخ الدكتور مصطفى، مما قيل من أن محمد علي جمع العلماء، وهم تنازعوا فكرياً مذهبياً، هذا باطل لا أساس له كما أشار الأستاذ الدكتور يوسف القرضاوي، هذا في الواقع لا أساس له، بل يثبت النقيض، لأن علماء مصر بل العلماء في كل الدنيا أحرص الناس على تطبيق شرع الله عز وجل، ولم يثبت هذا على الإطلاق، ولا أساس له مطلقاً، وإنما الاستعمار الغربي، اختار هذا الرجل ليكون الخطوة الأولى في تغيير المنهج، بعد فشل الحملة الفرنسية، أعداء الإسلام فكروا أن الحلول العسكرية والمواجهة العسكرية بينهم وبين الإسلام لن تجدي، ففكروا في الدهاء والخبث، فاختر رجل معين، وكان أول ما عمله، ينزع قاعدة إسلامية ويضع محلها قاعدة من القانون الفرنسي دون أن يعلن بين العلماء هذا، إلى أن جاء عهد إسماعيل كما أشار الأخ الدكتور يوسف القرضاوي، في الواقع إسماعيل غير مُبرأ، شكراً لكم وجزاكم الله خيراً.

الشيخ خليل عيسى الدين الميس:

بسم الله الرحمن الرحيم.

مؤتمركم الكريم له عنوان «منظمة المؤتمر الإسلامي»، نحن مفوضون قانوناً وديناً بهذه المهمة الكبيرة، فإذا مؤتمراً وزراء خارجية الدول الإسلامية، طبعاً عندما أصدرنا هذا القرار لم يكن في ذهنهم أحكام الوضوء وهي هامة، إنما كان في ذهنهم كيف نعيش مسلمين قانوناً وحياة كاملة، فإذا هذا الموضوع هو صلب مهام المؤتمر، نرجو، لا نقول أن نخرج بقرار توصية، ولكن أن تشكل لجنة لوضع خطة مرحلية – أظن لا يكون الجواب في مؤتمر واحد –

على مراحل متعددة، كيف نهد هذه الفكرة بأبحاث موزعة ومدروسة. وشكراً.

الدكتور طه جابر العلواني:

بسم الله الرحمن الرحيم.

هذه الموجة العاطفية العارمة، التي قوبل بها هذان البحثان وخطبة إمام الحرم، موجة تدل على مدى تعلق هذه الأمة بشريعتها والحمد لله، ولكن الذي أود أن أشير إليه وأنبه الأذهان له، أن الصراع بين أعداء الإسلام والمسلمين قد أخذ أطواراً عديدة منذ البداية، وقد كان الصراع الفكري الحلقة الأهم والأخطر، والثغرة الكبرى التي أتى المسلمون منها، ففي القديم استدرج العقل المسلم إلى متاهات التأويل ودهاليز الباطنية، التي شوهدت العقيدة وقضت على محاسنها وإيجابياتها وحولتها من قوة ذاتية دافعة إلى مزيج غريب على العقيدة السليمة النقية، وحولت الفقه الإسلامي من علم يضبط حياة المسلمين بضوابط الشريعة، ويمد ظل حاكمية الله جل شأنه على سائر شجون وشؤون الحياة، إلى علم تستثمر بعض قضاياها في إثارة الخلافات وعقد المناظرات والمنافرات والجدل، حتى لم يجد عقلاء الأمة حلاً لمصائب تلك الاختلافات والحروب الأهلية، التي كانت تقع أحياناً في شوارع بغداد، بين أرباب المذاهب المختلفة بدافع التعصب إلا الدعوة إلى الالتزام بتراث الأئمة الأربعة الفقهي، والتوقف عن الاجتهاد خارج ذلك الإطار، ثم سيادة التقليد المطلق بعد ذلك، لا بالمفهوم الأصولي وحده، ألا وهو قبول قول الغير بلا حجة، بل بمعناه اللغوي والعام، وتحولت الأمة بعد ذلك إلى أمة تحمل عقلية عوام، وطبيعة قطع، ونفسية عبيد، تسير خلف كل ناعق، وتوقف العقل المسلم عن العطاء، واجتاحت الصليبيون أجزاء كثيرة من ديار الإسلام، ثم استمرت الحروب متني عام، ولكن الله جل شأنه قد نصر الأمة بعد ذلك نتيجة اصطلاحات فكرية، وعلمية، وثقافية، وإدارية، وتشريعية، وعسكرية، قام بها المرحوم محمود زنكي ثم صلاح الدين، وتحقق الانتصار العظيم، ثم طال على المسلمين الأمد بعد ذلك وقست منهم القلوب مرة أخرى، وبدأت دورة تراجع ثانية أدت إلى سقوط بغداد بأيدي التتار سنة ٦٥٦هـ. ثم هيا الله لهذه الأمة دورة انتعاش أخرى على أيدي آل عثمان، فاستردت أنفاسها، وبدأت دورة انتصار جديدة، ولكن على الصعيدين العسكري والسياسي، لا على الصعيد الفكري والعقدي والاجتهادي والثقافي، ورغم الانتصارات الهائلة، فإن الدولة العثمانية لم تستطع مواجهة التحديات الحضارية، التي فرضتها النهضة الأوروبية وحاول العثمانيون بقيادة سليم الثاني تطوير الدولة، والاستفادة من التصنيع، الذي نستطيع قوله: إن اليسار الذي أشار معالي الأمين في ورقته إليه، بعد أن نضجت الصحوة الإسلامية، وبدأ المسلمون يفيقون من سباتهم، ويحاولون أن يبحثوا عن أصالتهم في كتاب ربهم وسنة نبيهم ﷺ بدأ اليسار بكل فصائله يقذف هذه المرة لا بفكر مستشرقين، ولكن بفكر تلامذة لهم، ومعظمهم قد تخرج في أديرة النصارى، وتنصر

بالفعل، وهناك وثائق تثبت تنصر هؤلاء الذين ذكرهم فضيلته في مقالته، فهذا التيار الجارف، قذف به ليدرس الفكر الإسلامي والثقافة الإسلامية وعلم الكلام والفقه، يبحث عن كل شبهة، وعن كل ثغرة، ليعرضها بين شباب المسلمين، المقترح الذي أود الوصول إليه: أن يخصص محور دائم في كل دورة من دورات هذا المجمع، للبحث في جميع القضايا التي تشكل تحدياً للفكر الإسلامي والثقافة الإسلامية، والشريعة الإسلامية، ويكشف سائر المحاولات المعادية للإسلام، في الفكر والثقافة والشريعة، سوف يكون ذلك - إن شاء الله - نافعاً في تحذير المسلمين وتوعيتهم، ومن أولى من المجمع الفقهي الدولي الإسلامي بتحذير المسلمين وتوعيتهم؟ وشكراً.

الدكتور عمر جاه:

أعوذ بالله من الشيطان الرجيم، بسم الله الرحمن الرحيم.
شكراً سيدي الرئيس. لقد استمعت إلى البحوث، وإلى التعليقات التي تفضل بها الإخوة، ومما لا شك فيه أن قضية تطبيق الشريعة هي أساسية أو هي القضية الأساسية، ولولاها لما أنشئ هذا المجمع، فالمجمع أنشئ لإيجاد وسائل عملية لتطبيق الشريعة الإسلامية، وأذهب إلى أبعد من هذا وأقول: إن كل عمل، كل بحث، كل موضوع ناقشناه في هذا المنبر إنما يهدف إلى تطبيق الشريعة، وأنا أرى أنه حتى مسائل البنوك، ومسألة الأسهم، ومسألة طفل الأنابيب، هذه كلها موضوعات تتعلق بوضع نظام شرعي يعيش عليه المسلمون، إذن فالمسألة لا ينبغي أن نفهمها كما يريد آباؤنا أن نفهم الشريعة فيها، فالشريعة هي دين الإسلام، الدين هو الشريعة، والشريعة هي الدين، وأتعاطف كثيراً مع فضيلة الشيخ يوسف القرضاوي حينما ذهب إلى القول: إن تطبيق الشريعة لا ينبغي أن أحصرها على مسألة الحدود أو القوانين، إنما الشريعة تعني سلوك الفرد، سلوك الفرد المسلم على المستوى الفردي، على المستوى الأسري، على المستوى الدولي، وعلى جميع المستويات، ويبقى لنا يا فضيلة الرئيس، أن نكون واقعيين مع أنفسنا، المطلوب هنا ليس توجيه دعوة أو استعطاف إلى رؤساء الدول، إلى القائمين بالأمر في دول الإسلام لتطبيق الشريعة، هذا لا يكفي، وأعتقد أننا كلنا نتفق، كلنا يتفق على أن رؤساء الدول يفهمون هذه القضية فهماً دقيقاً، ولا يجهلون أبداً أن الأمة الإسلامية تريد أن تعيش مسلمة، لكن، كيف الطريق إلى ذلك؟ هذا مجمع علمي، فقهي، كون لوضع قواعد، وتسهيل الأمور، لكن يتسنى للحاكمين القائمين بالأمر ليتقيدوا وليسقطوا الشريعة، فأتناول قضية واحدة بسيطة لكنها قضية خطيرة، ولماذا نرى أن أجهزة الإعلام في الغرب - نذكر إذاعة لندن داتشي فيلا وصوت أمريكا - هذه الأجهزة تركز تركيزاً كبيراً على كل شيء يشير إلى تطبيق الشريعة الإسلامية، المشكلة في السودان، تطبيق الشريعة في السودان، أخطر سلاح مسلط على الحكومة السودانية، هي هذه وسائل الإعلام، وما هي

الطريقة التي نريد أن نستعملها نحن في هذا المجال؟ لأننا ينبغي أن نقوم بعملية توعية أساسية، حتى يقتدي الفرد المسلم بأنه من غير تطبيق الشريعة لا يعيش مسلماً، أنا لا أتصور أن يكون هناك مسلمٌ يعتقد أنه مسلم حقيقي إذا لم تعش الشريعة في اسمه، الشريعة في المسجد، الشريعة في وظيفته، الشريعة في كل ظاهرة من ظواهر حياته، ونقول نتوجه إلى الحكام ليطلبوا الشريعة، فما بالناس يمئات الملايين إن لم يكن أكثر من خمسمئة مليون يعيشون خارج نطاق الدول المسلمة في الدول العربية الإسلامية؟ ينبغي أن يُعنى بهم، ينبغي أن يستمر هذا الموضوع في كل جلسة من جلساتها، وفي كل مرة نجتمع فيها نخصص وقتاً كافياً لدراسة الموضوع من جميع نواحيه، ووضع حلول عملية منطقية نستعين بها لأن نطبق الشريعة، أكرر مرة ثانية أن الشريعة ليست حدوداً وليست قوانين إنما الشريعة هي دين، والسلام عليكم ورحمة الله.

الشيخ أحمد بازيع الياسين:

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله والصلاة والسلام على سيدنا رسول الله وعلى آله وصحبه ومن ولاة وبعد:

الدين مثل ما قال الشيخ الأمين الخوجة «النصيحة» ومجمعنا هنا مجمع فقهي، ولا بد أن نؤدي النصيحة، وأن ما تعانیه الأمة الإسلامية من مآسي سببها الرئيسي وسببها الأول هو عدم تطبيق الشريعة الإسلامية، فأعتقد أن هذا الموضوع تأخيره بعد طرحه إثم، نأثم في الحقيقة إذا أخرناه ولو لحظة واحدة، ولذا أرى وأقترح ثلاثة أمور أو أربعة.

الأمر الأول: بأن ننادي وندعو المجتمع الإسلامي شعبياً - قبل الحكومات - شعبياً وحكومات بتطبيق الشريعة الإسلامية.

ثانياً: أقترح بأن يقوم المجمع - حالاً - في وضع الشريعة الإسلامية بشكل مواد ميسرة للتطبيق مع التعاون مع من سبق في الأزهر، في جامعة الإمام محمد بن سعود، في الإمارات.

ثالثاً: الدعوة بالاعتناء بالمعاهد الشرعية لتخريج القضاة والفقهاء ليقوموا بالمهام القضائية.

رابعاً: تكوين لجنة من العلماء الأعلام والفقهاء البارزين، لوضع خطة عامة شاملة متكاملة لقواعد تطبيق الشريعة الإسلامية، في المجتمع الإسلامي، ثم بعد ذلك ندعو أيضاً المجتمع غير الإسلامي لأننا نحن أمة - في الحقيقة - مطالبة بأن ندعو إلى دين الله والله سبحانه وتعالى خلقنا في هذا الكون وفي هذه الأرض لعبادته حيث قال: ﴿وَمَا خَلَقْتُ الْجِنَّ وَالْإِنْسَ إِلَّا لِيَعْبُدُونِ﴾. والعبادة عقيدة وشريعة ومنهج حياة وسلوك. والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته.

الدكتور أحمد محمد جمال:

بسم الله الرحمن الرحيم .

لي تعليقات خفيفة أرجو أن أوفق لها، لا أريد أن نضيع الوقت في الحديث عن الاستعمار وعن كونه سبباً لعدم تطبيق الشريعة الإسلامية في بلادنا، ولا نتحدث عن تاريخ هذا الاستعمار، لأننا نضيع الوقت في هذا الحديث الطويل العريض، ولا نريد أيضاً أن نتجه إلى المجتمعات - أي إلى الشباب والشعوب - كما جاء ذلك في بعض تعقيبات الإخوة الأفاضل، لأن الشريعة الإسلامية إذا لم تطبق من الرؤوس كما قلت في كلمتي السابقة: انحراف الشباب، انحراف النساء، انحراف الإعلام الإسلامي، كل هذه مرجعها إلى انحراف الرؤوس، نطبق الشريعة الإسلامية من فوق: يصلح الإعلام ويصلح التعليم وتصلح التربية ويصلح الشباب إذا بدأ التطبيق من الأعلى، وما لم نطبق الإسلام من الأعلى فلا يزال الشباب منحرفاً، والإعلام منحرفاً والنساء منحرفات، وكل أمورنا تبقى كما هي، لنبدأ من الرؤوس وَلِنَدْعُ الرُّؤُوسَ أَوَّلًا قَبْلَ كُلِّ شَيْءٍ أَنْ تَطْبُقَ شَرِيعَةَ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ، هذا ما أريد أن أقوله، ولي تعليق بسيط على الأخ قاسم، فهم كلمتي خطأ عن الآيات التي وردت في سورة المائدة، أنا قلت: إن الإمام الطبري يرى أنها خطاب لأهل الكتاب فقط، وأنها ليست خطاباً للمسلمين، وهذا خطأ في نظري لم أقل إنها لم تنزل في أهل الكتاب، وهي نزلت في خواتيم آيات تتعلق بأهل الكتاب، لكن الإمام الطبري يرى أنها ليست خطاباً للمسلمين، ﴿وَمَنْ لَّمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ﴾، ﴿وَمَنْ لَّمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾، ﴿وَمَنْ لَّمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾. يقول إن هذه ليست خطاباً للمسلمين، ورأيي أنها خطاب للمسلمين. هذا الذي قلته، لم أقل إنها لم تنزل في أهل الكتاب، أنا الحمد لله حافظ القرآن ومؤلف فيه. وشكراً.

الدكتور حمداتي شبيها ماء العينين:

بسم الله الرحمن الرحيم .

ينبغي أن نلاحظ أولاً، أن المسلمين لم يحسب لهم أي حساب، إلا في الفترة التي حكموا فيها شريعة الله، وجعلوا القرآن دستورهم، والسنة قوانينهم المطبقة التنظيمية، واليوم ومجلسكم الموقر ومعقد آمال كل المسلمين، شعوباً وحكومات ينبغي ألا يؤخر مستقبل المسلمين، وتطلعات أبناء المسلمين، قبل أن يتخذ فيها قراراً حاسماً يضع فيه الحاكمين والمحكومين أمام مسؤولياتهم، إن أولئك الذي يظنون أن الشريعة الإسلامية لم تستجب، وليست قادرة على أن تستجيب لكل التطلعات، هم مغربون أكثر دساً من الصهاينة، وأكثر دساً من الكنيسة للمسلمين، وعلى هذا الأساس فإنما نتغاضى عن الشارع الإسلامي، ولم يصبح شارعاً إسلامياً، فترج النساء أصبح الشباب يجهل أنه محرم، وشرب الخمر أصبح شباب

المسلمين يجهلون أنه حرام، وقد أوشك الربا أن يصبح التعامل به، يجهل المسلمون أنه حرام. ولذا، انطلاقاً من هذه المعطيات التي لا يجادل فيها أحدنا إلا إذا كان يجادع نفسه، فإنني أقترح - نظراً لضيق الوقت، ولكون كلماتي التي كنت أود أن أقول، قالها بعض الإخوان من قبلي بعض السادة العلماء الفضلاء أساتذتي - أقترح:

أولاً: أن تصدر هذه الندوة قراراً كما قال الشيخ الحبيب يناشد الحكومات والشعوب بأن تطبق الشريعة الإسلامية.

ثانياً: أن تخصص ندوة يعلن تاريخها من الآن، على أن يبقى للأمانة العامة والرئاسة التداول مع دول الإسلام في مكانها، تخصص لتطبيق الشريعة الإسلامية، على أن تكون البحوث المنصبة في تلك الندوة هي تعنى بوسائل تطبيق الشريعة الإسلامية.

ثالثاً: قيام المجمع بإعداد مدونة تعنى بالمعاملات المدنية والتجارية، والقوانين الجنائية، لا كالتي سبقت لأن المدونات التي سبقت كان يعدها رجال القانون الذين تعلموا في الجامعات الأوروبية، وأتفق مع بعض الإخوة الذين قالوا: إن المنطلق ليس واحداً والأهداف ليست واحدة والغايات ليست واحدة، فتكون هذه من علماء المسلمين، ومن وضع الصورة الأساسية لقيام مجتمع يرضي الله ورسوله.

رابعاً: هو أن تقوم الأمانة العامة بمراسلات كل الجامعات الإسلامية، لتعقد ندوات إقليمية، تدرس فيها وسائل تطبيق الشريعة الإسلامية ميدانياً، ثم تبث بما لديها إلى الأمانة العامة، قبل انعقاد الدورة القادمة تأسيساً بما تقوم به جامعة الإمام محمد ابن سعود جزاها الله خيراً عن الاهتمام بالإسلام. وشكراً لكم سيدي الرئيس.

الرئيس:

بسم الله الرحمن الرحيم.

اللجنة إذا رأيتم: تتألف من المشايخ الآتية أسماؤهم:

عبد الوهاب أبو سليمان، وهبة الزحيلي، إبراهيم الكيلاني، عمر الأشقر، مصطفى العرجاوي، طه العلواني، مصطفى الغزالي مقررًا.

وبهذا تنتهي هذه الجلسة، ونذكركم بأن هناك لجنة الصياغة مدعوة إلى الاجتماع في هذه الليلة في الساعة الثامنة والنصف في قاعة الروضة من هذا الفندق، وهم المشايخ الآتية أسماؤهم:

حسن الشاذلي، العاني، سامي حمود، محمد الأشقر، الأمين عبد الله محمد، عبد الله
ابن منيع، محمد عطا، عمر الأشقر، مصطفى الغزالي.
وصلّى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

*

**

القرار

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيين وعلى آله وصحبه.

قرار رقم (١٠)

بشأن

تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الخامس بالكويت من ١ إلى ٦ جمادى الأولى ١٤٠٩هـ / ١٠ إلى ١٥ كانون الأول (ديسمبر) ١٩٨٨م .
بعد اطلاعه على البحوث المقدمة من الأعضاء والخبراء في موضوع (تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية) واستماعه للمناقشات التي دارت حوله .

وإمراة أن مجمع الفقه الإسلامي الذي انبثق عن إرادة خيرة من مؤتمر القمة الإسلامية الثالثة بمكة المكرمة، بهدف البحث عن حلول شرعية لمشكلات الأمة الإسلامية وضبط قضايا حياة المسلمين بضوابط الشريعة الإسلامية، وإزالة سائر العوائق التي تحول دون تطبيق شريعة الله وتهيئة جميع السبل اللازمة لتطبيقها، وإقراراً بحاكمية الله تعالى، وتحقيقاً لسيادة شريعته، وإزالة للتناقض القائم بين بعض حكام المسلمين وشعوبهم وإزالة لأسباب التوتر والتناقض والصراع في ديارهم وتوفيراً للأمن في بلاد المسلمين .

قرر:

أن أول واجب على من يلي أمور المسلمين تطبيق شريعة الله فيهم، ويناشد جميع الحكومات في بلاد المسلمين المبادرة إلى تطبيق الشريعة الإسلامية وتحكيمها تحكماً تاماً كاملاً مستقراً في مجالات الحياة، ودعوة المجتمعات الإسلامية أفراداً وشعوباً ودولاً للالتزام بدين الله تعالى وتطبيق شريعته باعتبار هذا الدين عقيدة وشرعية وسلوكاً ونظام حياة .

ويوصي بما يلي :

(أ) مواصلة المجمع الأبحاث والدراسات المتعمقة في الجوانب المختلفة لموضوع تطبيق الشريعة الإسلامية ومتابعة ما يتم تنفيذه بهذا الشأن في البلاد الإسلامية .

(ب) التنسيق بين المجمع وبين المؤسسات العلمية الأخرى التي تهتم بموضوع تطبيق الشريعة الإسلامية وتعد الخطط والوسائل والدراسات الكفيلة بإزالة العقبات والشبهات التي تعيق تطبيق الشريعة في البلاد الإسلامية .

(ج) تجميع مشروعات القوانين الإسلامية التي تم إعدادها في مختلف البلاد الإسلامية ودراستها للاستفادة منها .

(د) الدعوة إلى إصلاح مناهج التربية والتعليم ووسائل الإعلام المختلفة، وتوظيفها للعمل على تطبيق الشريعة الإسلامية، وإعداد جيل مسلم يحتكم إلى شرع الله تعالى .

(هـ) التوسع في تأهيل الدارسين والخريجين من قضاة ووكلاء نيابة ومحامين لإعداد الطاقات اللازمة لتطبيق الشريعة الإسلامية .

والله الموفق .

**

الجلسة الثامنة

(١) كلمة معالي وزير الأوقاف والشؤون الإسلامية بدولة الكويت

الأستاذ خالد أحمد الجسار

(٢) كلمة معالي الأمين العام لمجمع الفقه الإسلامي

الدكتور محمد الحبيب ابن الخوجة

(٣) كلمة معالي رئيس مجلس مجمع الفقه الإسلامي

الدكتور بكر بن عبد الله أبو زيد

1000

(١)

كلمة معاليك وزير الأوقاف والشؤون الإسلامية بدولة الكويت

الأستاذ خالد أحمد الجسار

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله الذي هدانا لهذا وما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله . . وأصلي وأسلم على محمد سيد الأنبياء والرسل والقائل: «من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين» وعلى آل بيته الأطهار، وصحابه الأخيار.

صاحب الفضيلة رئيس هذه الدورة رئيس المجمع الفقهي الإسلامي الدكتور بكر أبو زيد،
صاحب الفضيلة الدكتور محمد الحبيب ابن الخوجة،
صاحب الفضيلة الدكتور عبد الستار أبو غدة،
أصحاب الفضيلة والعلماء المشاركون في هذه الدورة،
تحية لكم من عند الله مباركة طيبة:

نحن في هذه الجلسة الختامية وقد انقضى أسبوع، كان أسبوع العلم والفقه، وكانت موضوعيته وجديته ومقاصده محل إعجاب المجتمع، سواء كان في الكويت وأعتقد أنه كذلك خارج الكويت، لقد أعطيتم الكثير من بحوثكم، وناقشتم ما طرحتموه بموضوعية جادة لا يدخلها شيء يشوبها، وكانت محفوفة بالعلم والفضل، وهذا هو شأن العلماء وشأن الفضلاء وشأن الفقهاء.

وإذا كان المجمع الفقهي هو ثمرة من ثمرات المؤتمر الإسلامي فسيأتي المؤتمر الإسلامي كذلك بثمرات أخرى، ولا أبالغ إذا قلت كاد اليأس يغلب الرجاء في الفقه وضياعه، وكاد يضيع هذا التراث من بين يدي المسلمين فهياً الله له من بيعته من جديد من مرقده، وأصبح له صوته وله حكمه وله قوته في المجتمع الإسلامي، وسيزداد يوماً بعد يوم بإخلاصكم وجديتكم وتفانيكم في هذا المجال فبارك الله فيكم، ولا يسعنا بهذه المناسبة ونحن في الجلسة الختامية إلا

أن نقدم أخلص الشكر لصاحب السمو أمير البلاد - حفظه الله - على استضافته للمجمع، وإحاطته ورعايته والعناية به، وهو دأبه في كل ما يتصل بالإسلام والمسلمين، كما أنني أكرر الشكر لكم مرة أخرى، وقد أكون عاجزاً عن الشكر فيما قدمتموه خلال أسبوع كامل من هذا البحث الموضوعي الهادف، وقد آتى ثماره، وتليت عليكم قراراته وتوصياته. فشكراً لكم وبارك الله فيكم.

وأحب أن أقول لأصحاب الفضيلة والفقهاء والضيوف الكرام، إن اهتمام دولة الكويت وعلى رأسها حضرة صاحب السمو - حفظه الله - ماض بدعم جهود مجمع الفقه الإسلامي لتحقيق أهدافه وغاياته ومقاصده، بالتعاون مع إخوانه ملوك ورؤساء الدول الإسلامية من أعضاء منظمة المؤتمر الإسلامي ونحن سعداء وموفقون كل التوفيق أن يكون هناك تعاون بين المجمع الفقهي الإسلامي وبين وزارة الأوقاف فيما تقوم به من نشاط فقهي، ومن إحياء للتراث الإسلامي، ولا أخص بذلك وزارة الأوقاف في الكويت، فقد يكون هناك وزارات أخرى في العالم الإسلامي تسير نحو المنهج، فالوزارة أصدرت «الموسوعة الفقهية» وقد سلمت إليكم وإلى فضيلتكم ونأمل أن تكون موضع إعجابكم، إن شاء الله.

أصحاب الفضيلة والعلماء:

إن أسبوع الفقه الإسلامي الذي انعقد في الكويت، يعطي صورة صادقة جديده عندما يعمل أصحاب الفضيلة والعلماء في هذا المجال، ولقد كنتم محل إعجاب المجتمع في الكويت، سمعتم من مختلف الطبقات ومن مختلف الثقافات أن المجمع الفقهي الذي انعقد في الكويت ضرب المثل الأعلى في مصداقيته في عمله، وفي جديته، وفي أصوليته للوصول إلى ما يهدف إليه فأهنتكم بهذا، وأنا واثق أنكم ستسمعون ما أقول في بلادكم عندما تذهبون إليها سالمين غانمين إن شاء الله، فشكراً لكم وشكراً لكل من تعاون معنا في هذا المجمع، ولا أحب أن أظيل، إنما أختتم كلمتي بأني أسأل الله تبارك وتعالى أن يوفق هذه الأمة، وأن يجمعها على كلمة الخير، وأن يحقق المقاصد والأهداف، ونسأله تعالى أن يحفظ صاحب السمو أمير البلاد - حفظه الله - الذي كان حريصاً على هذا المجمع، وكان حريصاً على نجاحه في رسالته، وقد حقق المجمع ذلك، كما نشكر سمو ولي العهد، شكراً لكم وبارك الله فيكم، والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته.

*
**

(٢)

كلمة معالي الأمين العام لمجمع الفقهاء الإسلاميين

الدكتور محمد الحبيب ابن الخزرجة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله حمدًا يليق بجزيل آلائه من معترف بنعمائه، مستزيد من كريم عطائه، والصلاة والسلام الأتمان الأكملان على خير أصفائه وخاتم أنبيائه سيدنا ومولانا محمد عبده ورسوله وعلى آله وصحبه.

معالي الوزير،

سيدي الرئيس،

حضرات الإخوة،

لقد كان انعقاد مؤتمر هذه الدورة الخامسة لمجمع الفقهاء الإسلامي في دولة الكويت، بالاستضافة الكريمة من صاحب السمو الشيخ جابر الأحمد الجابر الصباح أمير دولة الكويت رئيس القمة الإسلامية الخامسة، من خلال الدعوة التي نقلها للمجمع معالي الأستاذ خالد أحمد الجسار وزير الأوقاف والشؤون الإسلامية، وقد شرف سمو أمير دولة الكويت عقد هذه الدورة برعايته الشخصية، وإشرافه الكريم المباشر، حيث تولى حفظه الله تنويع الجلسة الافتتاحية بإلقائه الخطاب الجامع الذي اهتز له المؤتمر، وتأثر به، واعتمده وثيقة من وثائق المجمع لعظيم أهميته وما تناوله من حقائق ونبه إليه من مقاصد فقد أشار فيه سموه - حفظه الله - إلى منزلة الفقه وإلى ما يقابله الفكر الإسلامي من تحديات ومشكلات تتطلب حلولاً اجتهادية إيجابية، وتحدث عن الصحة الإسلامية والمستويات المستلزمة للمسؤولية ودور التربية، كما نوه بالإخاء الإسلامي والإنجاز الذي حققته القضية الفلسطينية والاستبشار بالتطور في العلاقات العراقية الإيرانية، وقضية فلسطين فضلاً عن الجوانب الاقتصادية والإنسانية للأمة الإسلامية كما أبدى سموه - حفظه الله - الأمل والتطلع إلى اليوم الذي يلتقي فيه علماء الإسلام على دستور عمل

يجمع المسلمين ويوجههم إلى بناء مستقبل رشيد، ثم تفضل معالي وزير الأوقاف والشؤون الإسلامية بإلقاء كلمته البليغة التي بين فيها دور المجمع ومنزلته في حل المشكلات العصرية، وتوأمته مع مشاريع الوزارة العلمية والمؤسسات الثقافية التي تحفل بها دولة الكويت، ثم تحدث على التوالي كل من معالي الأستاذ سيد شريف الدين بيرزاده أمين عام منظمة المؤتمر الإسلامي، وفضيلة الشيخ الدكتور بكر بن عبد الله أبو زيد، رئيس مجلس المجمع، والشيخ محمد الحبيب بلخوجة الأمين العام للمجمع، وقد شهد حفل افتتاح هذه الدورة صاحب السمو الأمير الشيخ سعد بن عبد الله الصباح، ولي العهد - حفظه الله - وعدد كبير من أعضاء الحكومة، وثلة من رجال السلك الدبلوماسي الإسلامي، وكان من ضيوف المؤتمر ممن شارك في حفل الافتتاح أصحاب المعالي وزراء الأوقاف في دولة الإمارات، والبحرين، والعراق، ومصر. ورئيس البنك الإسلامي للتنمية، وأمين عام جمعية الدعوة الإسلامية العالمية، وشارك في أعمال هذه الدورة خمسة وثلاثون من الأعضاء المنتدبين من دولهم، وأربعة من الأعضاء المعينين، وقرابة عشرة ومئة من الخبراء والباحثين، واستمرت أعمال هذه الدورة لمدة ستة أيام، ابتداء من ١ - ٦ جمادى الأولى ١٤٠٩ هـ الموافق ١٠ - ١٥ ديسمبر ١٩٨٨ م، وتم في جلستها الثانية الإجرائية المغلقة تجديد انتخاب فضيلة رئيس مجلس المجمع الدكتور بكر بن عبد الله أبو زيد، ونوابه الثلاثة، كما وقع التجديد لأعضاء مكتب المجمع وتعيين المقرر العام للدورة الدكتور عبد الستار أبوغدة، وتأليف لجنة الصياغة من مقرري الجلسات للموضوعات العشرة المطروحة على الدورة وبإثر ذلك عرض على المجلس جدول الأعمال فأقره بدون تغيير، ودرس مشروع الميزانية المقدم له من طرف الأمين العام وتم إقراره ليرفع إلى اللجنة المالية الدائمة لمنظمة المؤتمر الإسلامي. . . وكانت الموضوعات المطروحة على الدورة الخامسة والتي استمع فيها المؤتمر للعروض المقدمة لها على نسق، هي: تنظيم النسل، والوفاء بالوعد، والمراوحة للأمر بالشراء، وتغير قيمة العملة، والحقوق المعنوية (بيع الاسم التجاري والترخيص)، والتأجير المنتهي بالتمليك، والتمويل العقاري لبناء المساكن وشراؤها، وتحديد أرباح التجار، والعرف، وتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية.

وقد قدم في هذه الموضوعات العشرة تسعون بحثاً، وناقش المؤتمر أحد عشر عرضاً فيها خلال ثلاث عشرة جلسة، وصدرت بشأن القضايا المعروضة على النظر والدرس القرارات والتوصيات المناسبة التي استمعتم حضراتكم إليها بعد أن صادق عليها أعضاء المجلس، والتي تم توزيعها عليكم.

كما أقرت الدورة مشروعاً علمياً جديداً نيط لإنجازه بالمجمع، وهو دراسة النظام الأساسي للجنة الإسلامية الدولية للقانون، والنهوض بمهامها بعد إحالة ذلك للمجمع بقرار من مؤتمر وزراء الخارجية الإسلامية السابع عشر المنعقد بعمان - الأردن، في السنة الماضية.

ولا يفوتني في هذا المقام أن أجزل عظيم الشكر والتقدير لسمو أمير دولة الكويت - أعزه الله ونصره - ولولي عهده الأمين - رعاه الله وحفظه - ولأعضاء الحكومة وبخاصة وزير الأوقاف والشؤون الإسلامية، جزاهم الله عنا كل خير.

وإني لأنوه باللجان الإعلامية، والإدارية، والفنية، والسكرتارية العامة، وأخص بالشكر السيد وكيل الوزارة الأستاذ محمد ناصر الحمضان، على ما لقيناه من صنوف الإكرام والحنفاوة والتسهيلات والسعي الدؤوب لإنجاح أعمال هذه الدورة على نمط من التنظيم فريد. كما أشكر السادة أعضاء هذا المجمع وخبرائه على ما بذلوه من جهد خلال هذا الأسبوع، ولا سيما المقرر العام للدورة الدكتور عبد الستار أبو غدة، ولجان الصياغة وأجهزة الإعلام العامة، والمؤسسات الثلاث التي أسهمت في أعمال هذه الدورة، وأبت إلا أن تكرم المشاركين فيها، وأعني بها بيت التمويل الكويتي والهيئة الإسلامية الخيرية العالمية، والمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية تلك المنظمة التي كان لها الفضل في المبادرة إلى توقيع ميثاق للتعاون بينها وبين المجمع، ليكون هذا تعزيزاً لما تحرص عليه الجهتان من التنسيق والعمل الجماعي المنظم لتحقيق أهدافهما في المجالات المشتركة، وأشكر لمعالى الرئيس الشيخ بكر بن أبي زيد، حسن إدارته وجميل أدبه وجهوده المتواصلة لتحقيق الخير للمجمع، والنهوض بكل الوسائل المتاحة له ببلوغ وتحقيق أهدافه.

وختاماً أمل أن تكون هذه الدورة إضافة جديدة إلى منجزات مجمعكم الموقر، وأن يتضاعف نشاطه عاماً بعد عام ليواصل مسيرته في سبيل خير الأمة الإسلامية، وإلى لقاء خير جديد حافل بالجهود العلمية والدراسات الشرعية الفقهية، والقرارات المجمعية العملية، تتجلى به الحقائق وتؤصل به الأنظار والقواعد، وتبين به المناهج القويمية والمسالك الرشيدة بتوفيق من الله العزيز الحميد، وتسديد كريم من الله سبحانه إنه ولي الخير والهادي إلى أقوم سبيل. وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم . . .

*
**

(٣)

كلمة معالي رئيس مجلس مجمع الفقه الإسلامي

الدكتور بكر بن عبد الله أبو زيد

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له وأشهد أن محمداً عبد الله ورسوله، اللهم صل وسلم عليه وعلى آله وعلى أصحابه وعلى من تبعهم بإحسان إلى يوم الدين. أما بعد:

فإن أهل العلم والإيمان من سلف هذه الأمة أبانوا غاية البيان وأوضحوا غاية الإيضاح عن منزلة العلم في الإسلام، وقد كان من دقيق تراجمهم باب: «العلم قبل القول والعمل» وإن مجمع الفقه الإسلامي في دورته الخامسة هذه، قد أمد المسلمين والباحثين والدارسين بجملة وافرة من البحوث والدراسات الإسلامية في القضايا والنوازل المعاصرة، بلغت نحواً من تسعين بحثاً إضافة إلى بحوثه السابقة في دوراته المنصرمة والتي تمثل مجموعها نحواً من خمسين ومئتين من البحوث، وأنتج عشرة كاملة من القرارات الفقهية إضافة إلى القرارات الإدارية تنضم جميعها إلى قراراته الجمعية والتي تبلغ نحواً من خمسة وأربعين قراراً، وكل هذه القرارات - والله الحمد والمنّة - تنسم بالوسطية والاعتدال بالرأي لأنها تناشد الدليل من الكتاب والسنة ومصادر الشريعة الأصلية والتبعية كافة، وإن هذا المجمع برجاله أعضائه العاملين والمعنيين والباحثين والخبراء تم بفضل الله على أيديهم، ثم بفضل جهودهم أن يكون الاعتدال والوسطية في الرأي هو النتيجة التي تكون في قرارات هذا المجمع، وعليه فإنني أبشركم وسائر المسلمين ممن يسمع أو تبلغه كلمتي هذه أنه لا مكان للشذوذ في الرأي في هذا المجمع بحمد الله، وأنه لا مكان لتبرير واقع آثم في هذا المجمع بحمد الله، فكل ذلك منبذ بنذ النواة، والحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات.

هذا وإن من رد أعجاز الكلم على صدورنا، وإن من محاسن الشريعة ومكارمها وسمو

آدابها إبداء الاعتراف بالفضل لأهله والبر للبررة، فنشكر صاحب السمو أمير البلاد سمو الشيخ جابر الأحمد الجابر الصباح، على كريم عنايته وضيافته وتوجيهه هذه الدورة بالافتتاح ونشكر سمو ولي العهد الشيخ سعد العبد الله السالم الصباح، على جهوده المباركة ولا نملك لها إلا الدعاء الصالح وأن ينفع بها الإسلام والمسلمين إنه على كل شيء قدير.

هذا:

إذا ما راية نصبت لمجد تلقاها الموفق باليمين

وذلك أن معالي وزير الأوقاف والشؤون الإسلامية الأستاذ خالد الأحمد الجسار، قد بذل عناية فائقة، ودقة في تسيير الأعمال، ومراقبة دقيقة آناء الليل وأطراف النهار، يشاهده كل واحد من أعضاء هذا المجمع، وكل زائر لهذا المبنى، فجزاه الله كل خير، وقد كان هذا من أعظم الأسباب التي وفرت على المجمع نجاحه، ومن توفيق الله له أن كان بجانبه ثلة من العاملين في وزارة الأوقاف وعلى رأسهم سعادة الأستاذ الفاضل محمد بن ناصر الحمضان، وكيل وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، ووكلاؤه المساعدون، ومدراء الإدارات، وأجهزة الإعلام، وغيرهم من رجال هذه الحكومة، فإلى جميع هؤلاء أجزى خالص الشكر والتقدير ودعوة صالحة لهم في الحاضر والعاجل فجزاهم الله خيراً..

هذا، وإن معالي أمين هذا المجمع الشيخ محمد الحبيب بالخوجة، الشاب الفتي في روحه وأخلاقه وتصرفاته، الشيخ في سنه، والذي عركته الحياة، وعرف تجارب الأمم والدول إضافة إلى علمه وفضله، فله مني ومن جميع الأعضاء خالص الشكر والتقدير، لدقة ترتيبه وتنظيمه وعنايته في نجاح هذه الدورة، ولرجال الأمانة العاملين فيها من السكرتارية والراقمين وغيرهم، أبدي خالص الشكر والتقدير.

وفي النهاية أدعو الله فأقول: اللهم اجعل عملنا كله صالحاً، واجعله لوجهك خالصاً، ولا تجعل لواحد فيه شيئاً، اللهم أعز الإسلام والمسلمين وانصر عبادك المؤمنين...

وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين...

والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته.

وبهذا تُرفع الجلسة.. وشكر الله سعيكم.

**

الفهرس العام

محتوى العدد الخامس بأجزائه الأربعة

الصفحة

الموضوع

فهرس الجزء الأول

- كلمة معالي الأمين العام لمنظمة المؤتمر الإسلامي
الدكتور حامد الغابند ١١
- كلمة معالي رئيس مجلس مجمع الفقه الإسلامي
الدكتور بكر بن عبد الله أبو زيد ١٥
- كلمة معالي الأمين العام لمجمع الفقه الإسلامي الدولي
الدكتور محمد الحبيب ابن الخوجة ١٩

القسم الأول:

الجلسة الافتتاحية

- كلمة حضرة صاحب السمو الشيخ جابر الأحمد الجابر الصباح
أمير دولة الكويت ورئيس الدورة الخامسة لمنظمة المؤتمر الإسلامي ٢٩
- كلمة معالي الأستاذ خالد أحمد الجسار
وزير الأوقاف والشؤون الإسلامية بدولة الكويت ٣٧
- كلمة معالي السيد شريف الدين بير زاده
الأمين العام لمنظمة المؤتمر الإسلامي ٤٣
- كلمة معالي الدكتور بكر بن عبد الله أبو زيد
رئيس مجلس المجمع ٥١
- كلمة معالي الأمين العام لمجمع الفقه الإسلامي الدولي
الدكتور محمد الحبيب ابن الخوجة ٥٧

الجلسة التنظيمية

قرار بشأن ميزانية المجمع ٧١

القسم الثاني :

بحوث المؤتمر وفتاواه

تحديد النسل وتنظيمه :

البحوث :

- ٧٩ بحث سعادة الدكتور حسان تحتوت
- ٩١ بحث فضيلة الدكتور محمد علي البار
- ١٠٧ بحث فضيلة الدكتور حسن علي الشاذلي
- ١٤٧ بحث فضيلة الدكتور محمد سيد طنطاوي
- ١٦٥ بحث فضيلة الدكتور محمد سعيد رمضان البوطي
- ١٩٥ بحث فضيلة الدكتور إبراهيم فاضل الدبو
- ٢١٥ بحث فضيلة الشيخ عبد الله البسام
- ٢٤٣ بحث فضيلة الدكتور علي السالوس
- ٢٥١ بحث فضيلة الدكتور الطيب سلامة
- ٣٠٥ بحث فضيلة الشيخ حجة الإسلام محمد علي التسخيري
- ٣١٩ بحث سعادة الدكتور محمد القرني بن عيد
- ٣٤٣ بحث فضيلة الدكتور مصطفى كمال التارزي
- ٣٧٣ بحث فضيلة الشيخ رجب بيوض التميمي
- ٣٨٥ بحث فضيلة الدكتور أحمد محمد جمال
- ٤٠٣ بحث فضيلة الشيخ محمد بن عبد الرحمن
- ٤٢٣ بحث فضيلة الدكتور محمد عطا السيد
- ٤٢٩ بحث فضيلة الشيخ تيجاني صابون محمد
- ٤٤١ بحث فضيلة الحاج عبد الرحمن باه
- ٤٥٣ بحث فضيلة الشيخ مولانا الشريف محمد عبد القادر

٤٦٣ بحث فضيلة مولاي مصطفى العلوي
٤٨١ بحث فضيلة الأستاذ أونغ حاج عبد الحميد بن باكل
٤٩١ بحث فضيلة الشيخ محمد علي عبد الله
٥٠٧ بحث فضيلة الدكتور أبو بكر دوكوري

القسم الثالث :

الوثائق - المناقشات - القرار

	وثيقة الاتحاد العالمي لتنظيم الولاية
٥١٩ إقليم الشرق الأوسط وشمال أفريقيا
٦٤٩ وثيقة من المجلس الإسلامي الأعلى بالجمهورية الجزائرية
٦٥٩ مناقشة البحوث
٧٢٧ مناقشة مشروع القرار
٧٤٨ القرار



فهرست الجزء الثاني

الوفاء بالوعد :

البحوث :

٧٥٣ بحث فضيلة الدكتور محمد رضا عبد الجبار العاني
٧٨٥ بحث فضيلة الدكتور إبراهيم فاضل الدبو
٨٠٥ بحث فضيلة الدكتور عبد الله محمد عبد الله
٨٢٣ بحث سعادة الدكتور نزيه كمال حماد
٨٣٩ بحث فضيلة الدكتور يوسف القرضاوي

٨٦١ بحث فضيلة الشيخ عبد الله بن منيع
٨٨١ بحث فضيلة الشيخ هارون خليف جبلي
٩٠٩ بحث فضيلة الشيخ الحاج عبد الرحمن باه
٩١٧ بحث فضيلة الشيخ شيت محمد الثاني
٩٢٩ مناقشة الأبحاث

المرابحة للأمر بالشراء :

البحوث :

٩٦٥ بحث فضيلة الدكتور بكر بن عبد الله أبو زيد
٩٩١ بحث فضيلة الدكتور الصديق محمد الأمين الضرير
١٠٠٥ بحث فضيلة الدكتور إبراهيم فاضل الدبو
١٠٥٩ بحث فضيلة الدكتور علي أحمد السالوس
١٠٨٩ بحث سعادة الدكتور سامي حسن حمود
١١١٥ بحث فضيلة الدكتور عبد السلام العبادي
١١٢٧ بحث سعادة الدكتور رفيق يونس المصري
١١٨١ بحث فضيلة حجة الإسلام محمد علي التسخيري
١١٩١ بحث فضيلة الشيخ محمد عبده عمر

الوثائق : (وثائق مؤسسة آل البيت بالاشتراك

١٢٠٩ مع البنك الإسلامي للتنمية)
١٥١٧ مناقشة البحوث
١٥٧٥ مناقشة مشروع القرار
١٥٩٩ القرار (قرار الوفاء بالوعد والمرابحة للأمر بالشراء)



فهرست البحث الثالث

تغير قيمة العملة :

البحوث :

١٦٠٩	بحث الدكتور عجيل جاسم النشمي
١٦٧٣	بحث الدكتور محمد سليمان الأشقر
١٦٩٧	بحث الدكتور يوسف محمود قاسم
١٧١٩	بحث الدكتور علي أحمد السالوس
١٧٥٣	بحث الدكتور محمد عبد اللطيف الفرفور
١٧٧٧	بحث الدكتور علي محيي الدين القره داغي
١٨٠٧	بحث حجة الإسلام محمد علي التسخيري
١٨١٧	بحث الشيخ عبد الله سليمان بن منيع
١٨٤٩	بحث القاضي محمد تقي العثماني
١٨٧١	بحث الشيخ محمد الحاج الناصر
٢١٩١	بحث الشيخ محمد علي عبد الله
٢١٩٧	بحث الشيخ محمد عبده عمر
٢٢٠٩	مناقشة البحوث
٢٢٤٧	مناقشة القرار
٢٢٥٩	القرار

الحقوق المعنوية «بيع الاسم التجاري والتراخيص» :

البحوث :

٢٢٦٧	بحث الدكتور عجيل جاسم النشمي
٢٣٥٥	بحث القاضي محمد تقي العثماني
٢٣٨٩	بحث الدكتور وهبة مصطفى الزحيلي

٢٣٩٥ بحث الدكتور محمد سعيد رمضان البوطي
٢٤١٧ بحث الشيخ مصطفى كمال التارزي
٢٤٣٥ بحث الدكتور محمود شهام
٢٤٥٣ بحث الدكتور عبد الحليم محمود الجندي والشيخ عبد العزيز محمد عيسى
٢٤٦٧ بحث الدكتور عبد السلام العبادي
٢٤٨١ بحث حجة الإسلام محمد علي التسخيري
٢٤٩٣ بحث الدكتور حسن عبد الله الأمين
٢٥١١ مناقشة البحوث
٢٥٤٧ مناقشة القرار
٢٥٧٩ القرار



فهرس أبحر الرابع

التأجير المتتهي بالتملك :

البحوث :

٢٥٩٣ بحث الدكتور عبد الله محمد عبد الله
٢٦٠٧ بحث الدكتور حسن علي شاذلي
٢٦٥٩ بحث الدكتور عبد الله الشيخ المحفوظ بن بيه
٢٦٧٥ بحث حجة الإسلام محمد علي التسخيري
٢٦٨٧ بحث الدكتور عبد الله إبراهيم

الوثائق :

٢٦٩٥ وثيقة بيت التمويل الكويتي
------	---------------------------------

المناقشة :

٢٧٠٧ مناقشة البحوث
------	---------------------

مناقشة القرار	٢٧٤٥
القرار	٢٧٦١

التمويل العقاري لبناء المساكن وشرائها:

البحوث:

بحث الشيخ محمد المختار السلامي	٢٧٧٣
بحث الدكتور يوسف القرضاوي	٢٧٩٣
بحث حجة الإسلام محمد علي التسخيري	٢٨١٥
بحث الدكتور محمد عطا السيد أحمد	٢٨٢٥
بحث الدكتور حمداتي شبيها ماء العينين	٢٨٣١

المناقشة:

مناقشة البحوث	٢٨٧٥
مناقشة القرار	٢٩١١
القرار	٢٩١٧

العرف

البحوث:

بحث الشيخ خليل محيي الدين الميس	٢٩٢٥
بحث الشيخ كمال الدين جعيط	٢٩٧٣
بحث الدكتور إبراهيم فاضل الدبو	٣١٨١
بحث الدكتور محمد عطا السيد سيد أحمد	٣٢٠١
بحث الدكتور عمر سليمان الأشقر	٣٢٠٩
بحث الدكتور محمد جبر الألفي	٣٢٥٩
بحث الدكتور إبراهيم كافي دونمز	٣٢٩٧
بحث الدكتور محمود شام	٣٣٧١
بحث حجة الإسلام محمد علي التسخيري	٣٤٠٣
بحث الدكتور أبو بكر دوكونوري	٣٤٠٩

الموضوع	الصفحة
بحث الشيخ محمد عبده عمر	٣٤٢١
المناقشات :	
مناقشة البحوث	٣٤٣٧
القرار	٣٤٦٣
تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية :	
البحوث :	
بحث الدكتور عبد الوهاب أبو سليمان	٣٤٧١
بحث الدكتور محمد عبد الحبيب ابن الخوجة	٣٤٧٩
الوثائق :	
وثيقة مقدمة من الدكتور صالح بن حميد	٣٥١١
المناقشات :	
مناقشة البحوث	٣٥١٧
القرار	٣٥٥٣
الجلسة الختامية :	
كلمة معالي وزير الأوقاف والشؤون الإسلامية بدولة الكويت	
الأستاذ خالد أحمد الجسار	٣٥٥٩
كلمة معالي الأمين العام لمجمع الفقه الإسلامي	
الدكتور محمد الحبيب ابن الخوجة	٣٥٦١
كلمة معالي رئيس مجلس مجمع الفقه الإسلامي	
الدكتور بكر بن عبد الله أبو زيد	٣٥٦٥



