حقيقة العرف وحجيته بين الاستقلال والتبعية

علي محمد الجهيمي
كلية تقنية المعلومات - جامعة مصراتة

الملخص

التعريف بالبحث:
تكلم البحث عن نشأة العرف من لدن آدم عليه السلام إلى نبينا محمد صلى الله عليه وسلم في عصر الرسالة ، وما بعد عصر الرسالة ، مروراً بالعرف عند بعض الأئمة .
ثم تكلم عن مجال العمل بالعرف في الشريعة الإسلامية ، وبين حاجة الفقيه قاضياً ومفتياً إلى الإلمام بأعراف الناس ، حتى لا يفتي إنساناً بخلاف عرفه .
كما بين حقيقة العرف اللغوية ، ومعناه عند علماء الشريعة ، من أصوليين وفقهاء ، وذكر العلاقة بين العرف والعادة ، والعلاقة بينه وبين الإجماع ، والعلاقة بينه وبين ما جرى عليه العمل ، ثم ذكر منزلته بين الأدلة .
ثم أتبع ذلك بعرض لمذاهب العلماء في العرف إجمالاً واستدل لكل مذهب وناقش ورجح أن العرف دليل مستقل .

وأما الخاتمة : فقد كانت في معنى فقرة من كلام الإمام الشاطبي ، أجمل فيها ما فصلناه في هذا البحث مما يعتبر تقوية وتأييداً لما رجحناه .

توطئة

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وأصحابه أجمعين ، رواد الدين ، وحماة الشريعة ، والمحافظين على كل علم من علومها ، وعلى التابعين وتابعيهم بإحسان إلى يوم الدين ، وكل من سلك سبيلهم واتبع هديهم .

وبعد :

فهذه دراسة موجزة موضوعها : (العرف حقيقته وحجيته بين الاستقلالية والتبعية) حسب الخطة التالية :

المقدمة : في نشأة العرف والحاجة إليه ، وفيها ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : نشأة العرف وتاريخه .

المطلب الثاني : في مجال العرف في الشريعة الإسلامية .

المطلب الثالث : مدى حاجة الفقيه إلى الإلمام بأعراف الناس .

المبحث الأول : في تعريف العرف والعلاقة بينه ما يشبهه ، وفيه ستة مطالب :

المطلب الأول : في تعريفه في اللغة .

المطلب الثاني : في تعريفه عند علماء الشريعة .

المطلب الثالث : في العلاقة بينه وبين العادة .

المطلب الرابع : في العلاقة بينه وبين المصلحة .

المطلب الخامس : في العلاقة بينه وبين الإجماع .

المطلب السادس : في العلاقة بينه وبين ما جرى عليه العمل .

المطلب السادس : في منزلته بين الأدلة .

استلمت الورقة بتاريخ 15 نوفمبر 2019، وروجعت بتاريخ 05 يناير 2020، وقبلت للنشر بتاريخ 08 يناير 2020
ونشرت ومتاحة على الانترنت بتاريخ 14 يناير 2020
www.lam.edu.ly

المبحث الثاني : في حجية العرف ، وفيه خمسة مطالب :

المطلب الأول : المذاهب في العرف إجمالاً .

المطلب الثاني : مذهب من يرى أنه لا يعتبر دليلاً ، ومناقشته .

المطلب الثالث : مذهب من يرى أنه دليل غير مستقل ، ومناقشته .

المطلب الرابع : مذهب من يرى أنه دليل مستقل ، وأدلته .

المطلب الخامس : في بيان المختار من بين الآراء ، وتأييده بفقرة من كلام الشاطبي .

الخاتمة : تضمنت النتائج والتوصيات .

أسأل الله سبحانه أن يجعله خالصاً لوجهه الكريم ، وأن ينفعني به ، وينفع كل من قرأه ، وأن يتجاوز عن الخطأ والزلل ، فما قصدت إلا الوصول إلى الحق ، ولا حول ولا وقوة لنا إلا بالله العلي العظيم ، وهو حسبي ونعم الوكيل .

منهجية البحث :

1- عزوت الآيات الكريمة الواردة في طيلة البحث إلى اسم السورة ورقم الآية .

2- خرجت الأحاديث والآثار الواردة في البحث ، فإن كان الحديث في الصحيحين أو في أحدهما اكتفيت بذكرهما أو ذكر أحدهما ، فإن لم يكن في واحد منهما قمت بتخريجه من كتب الحديث ما أمكن ذلك ، واهتممت بنقل كلام أهل الحديث من الأئمة المتقدمين حوله ، للحكم عليه من خلال نصوصهم ، ولم ألجأ إلى حكم المعاصرين .

3- إذا قمت بتخريج أحد الأحاديث ، ثم تكرر بعد ذلك في ثنايا البحث فإني لا أحيل عليه بل أقوم بإعادة كتابة تخريجه .

4- لزمت الترحم على الأعلام الواردين في هذا البحث ، مهما كثُرُوا وتكرروا ؛ ذلك أن هؤلاء الأئمة – رحمهم الله تعالى – لم يريدوا بعلمهم إلا الله والدار الآخرة ، والنصح لهذه الأمة ، ويحملني على هذا الالتزام ؛ قولُ الإمام أبي محمد رزق الله بن عبدالوهاب التميمي البغدادي (ت 488هـ) : " يقبُحُ بكم أن تستفيدوا منا ، ثم تذكرونا فلا تترحموا علينا " [1] رحمه الله تعالى .

5- أن جل اهتمامي في هذا البحث متجهاً نحو الناحية الأصولية النظرية ، مع الاستشهاد بالآثار التطبيقية للعرف في بعض المسائل والفروع التي بنيت على العرف ؛ لدعم وتقوية المستدِل بها عليه ، واستخدمت المنهج الوصفي التحليلي ؛ لأنه يتلاءم مع طبيعة البحث .

(1) في ترجمته من سير أعلام النبلاء : 613/8 .

المقدمة

في نشأة العرف ومدى الاعتماد عليه

وفيه ثلاثة مطالب

المطلب الأول : في نشأة العرف وتاريخه :

إنّ الناظر في تاريخ الإنسانية من لدن آدم إلى محمد صلوات الله وسلامه عليهما ، يرى أنه ما من أمة من الأمم إلا كانت لها أعراف خاصة بها ، واصطلاحات أطلقتها ، وما اختلاف اللغات بين الأمم ، واختلاف الاصطلاحات بين أرباب العلوم والصناعات إلا من هذا القبيل ، حتى في خصوصيات الإنسان وأهل بيته ، عندما يتعارفون على تسمية مولودهم الصغير محمداً مثلاً (1).

ولا تخلو مجموعة من البشر أن يكون لهم أعراف ولغات وإشارات يتفاهمون بها ، ويسيرون في حياتهم على مقتضاها .

وهذا مشاهد ومحسوس في مجموعة من الصم البكم مثلاً ، فإن لهم إشارات وطريقتهم في التعامل التي تمكنهم من أن يعيشوا حياتهم في تفاهم .

ولو تصورنا أننا عزلنا مجموعة من الأطفال ، قبل أن يتعلموا الكلام عن مجتمعهم حتى يكبروا ، وصارت لهم مطالب ورغبات ، فلا بد لهم أن يحدثوا لهم لغة خاصة بهم يخاطب بها بعضهم بعضاً ، ويصير هذا عرفاً لهم .

وإذا نظرنا إلى العادات والتقاليد لا نراها أقل شأناً من اللغات ، فإنا نرى أن لكل بلد عاداته وأعرافه ، سواء كان ذلك قبل الإسلام ، أو في عصر الرسالة ، أو بعد عصر الرسالة .

أوّلاً : قبل الإسلام :

نرى الكثير من الأعراف التي بعدت عن الاديان السابقة ، منها عند قدماء المصريين بناء مقابر الملوك ، ووضع الكثير من الأشياء الثمينة مع الميت عند دفنه ، ومنها عند الرومان استرقاق المدين المعسر ، فيتملكه صاحب الدين نظير دينه ، ومنها عند اليهود دفن الزوجة حية إذا مات زوجها فإنها تدفن معه ، ومنها عند عرب الجاهلية وأد البنات (2).

(1) روح المعاني للآلوسي356/1 .

(2) المدخل الفقهي العام للشيخ مصطفى الزرقا836/2، والعرف وأثره في الشريعة والقانون للدكتور أحمد بن علي سير المباركي ص15،والأعراف البشرية في ميزان الشريعة الإسلامية للدكتور عمر الأشقرص21.

ثانياً : في عصر الرسالة :

فهناك الكثير من الآيات والاحاديث التي تأمر بالرجوع إلى العرف في كثير من الأحكام .

فمن الآيات : قوله تعالى : (والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف)(1)

ومن الأحاديث : ما رواه البخاري بسنده إلى عائشة رضي الله عنها ، قالت هند بنت معاوية لرسول الله صلى الله عليه وسلم : إنّ أبا سفيان رجل شحيح فهل علي جناح أن آخذ من ماله سراً ؟ قال: "خذي أنت وبنوك ما يكفيك بالمعروف"(2)

وقد جاء الاسلام فوجد الكثير من الأعراف ، منها الصالح الذي أبقاه وأمر به ، كالاحتكام إلى المحكم ، ومنها الفاسد الذي ألغاه كوأد البنات وغيره من العادات والأعراف الباطلة .

ثالثاً : بعد عصر الرسالة :

وفي عصر الصحابة والتابعين والأئمة والمجتهدين ، تغيرت عادات ، ووجدت أعراف لم تكن على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، راعاها السلف الصالح رضي الله عنهم ، ورتبوا عليها أحكاماً تناسبها ، وصارت أعرافا منها : عقد الاستصناع ، وتدوين الدواوين مما لم تنص عليه الشريعة .

وكذا الحال بعد عصر الأئمة رضوان الله عليهم ، ومن ذلك أنّ الإمام أبا حنيفة - رحمه الله تعالى - كان لا يرى أخذ الاجرة على تعليم القرآن ، وعلى الإمامة في الصلاة ، ولكن مع مرور الوقت ، وتغير الأحوال ، وانقطاع العطاء الذي كان يأخذ منه من يتولّى هذه الاعمال ، أفتى المتأخرون من أصحابه بجواز الاستئجار على تعليم القرآن وإمامة الصلاة ،خوفاً من الضياع إذا انصرف الناس لكسب أرزاقهم ، أو خوفاً من ضياع هؤلاء المعلمين والائمة ، بعجزهم عن اكتساب نفقاتهم ونفقات أولادهم إذا تفرغوا لأداء هذه الاعمال (3) .

المطلب الثاني : مجال العمل بالعرف في الشريعة الاسلامية :

إن مجال العرف لا يختص بباب من أبواب الفقه ، وإنما هو منبث من كل باب من الأبواب ، سواء في ذلك العبادات أو المعاملات ، أو الأحوال الشخصية ، أو العقوبات أو غيرها من أبواب الفقه(4) .

---

(1) سورة البقرة : الآية 233 .

(2) صحيح البخاري مع فتح الباري حديث رقم (2211) 258/6، وصحيح مسلم رقم(1714) 148/6 .

(3) الاختيار لتعليل المختار للموصلي 302/2 ، وأصول مذهب الإمام أحمد التركي ص604 .

(4) العرف والعادة بين الشريعة الإسلامية والقانون للدكتور حسنين محمود حسنين ص 28 ،

وقد أشار الامام البخاري - رحمه الله تعالى - في تراجمه في صحيحه إلى كثير من استعمالات العرف ، ونقل ابن حجر- رحمه الله تعالى - عن القاضي حسين أهم مجالات استعمالات العرف ، وذكر منها ثلاثة ، وقدم لها بتفسير ترجمة البخاري- رحمه الله تعالى - في قوله : " باب من أجرى امر الأمصار على ما يتعارفون بينهم في البيوع والإجارة والكيل والوزن ، وسنتهم على نياتهم ومذاهبهم المشهورة " .

قال ابن حجر- رحمه الله تعالى - : " قال ابن المنير وغيره : مقصوده بهذه الترجمة إثبات الاعتماد على العرف ، وأنه يقضي به على ظواهر الالفاظ " [1].

وهذا مجال من المجالات ، واتبعه ابن حجر بالمجالات الأخرى التي ذكرها القاضي حسين : " فمنها الرجوع إلى العرف في معرفة أسباب الأحكام من الصفات الإضافية ، كغالب الكثافة في اللحية ونادرها ، وقرب منزله وبعده ، وكثرة فعل أو كلام وقلته في الصلاة ...، وثمن المثل ومهر المثل ، وكفء نكاح ، ومؤنة ونفقة 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 يترتب عليه الأحكام كإحياء الموات ، والإذن في الضيافة ودخول بيت قريب وتبسط مع صديق ، وما يعد قبضا وإيداعا وهدية وغصبا ، وحفظ وديعة وانتفاعا بعارية . **ومنها** الرجوع إليه في أمر مخصص كألفاظ الأيمان ، وفي الوقف والوصية والتفويض ، ومقادير المكاييل والموازين والنقود وغير ذلك "[2].

وهذه ضوابط لمجالات استعمال العرف في الأفعال والأقوال.

وهذه الأمثلة ذكرها الأصوليون والمؤلفون في القواعد كابن السبكي - رحمه الله تعالى - وزاد عليها ضابطاً مشهوراً وهو ما ذكره في قوله : " واشتهر عند الفقهاء أن ما ليس له ضابط في اللغة ولا في الشرع يرجع فيه إلى العرف ، وهذا صريح في تقديم اللغة على العرف وعند الأصوليين أن العرف مقدم على اللغة " .

ثم علق بقوله: " ولا منافاة بين الأمرين لعدم تواردهما على محل واحد " [3] ، فعد الأصوليين إذا تعارض العرف واللغة قدمنا العرف ، ومراد الفقهاء إذا لم يعرف حده في اللغة فإنا نرجع فيه إلى العرف .

المطلب الثالث : مدى حاجة الفقيه إلى الإلمام بأعراف الناس

الفقيه سواء كان مفتيا يستفتيه المسلمون فيما يجد من الحوادث والوقائع ، أو وكل إليه القضاء بين الناس فيما يقع بينهم من مظالم ، أو كان في أي موقع من المواقع التي ناط الشارع بها المحافظة على مصالح المسلمين ، جماعة كانوا أو أفراداً ، لا بد له من معرفة العادات والتقاليد ، وأن يلم إلماماً كاملاً بأعراف الناس ، وما يعتبرونه حسناً ، وما يعتبرونه قبيحاً؛ لأن الفتوى لا بد فيها من مراعاة أعراف الناس ، وتنزيل كلام الناس وتصرفاتهم على ما ألفوه وتعودوه من المعاني والتصرفات ؛ لأن من الأحكام ما يدور مع العوائد والأعراف ، ويقول القرافي - رحمه الله تعالى - : " لأن الأحكام المترتبة على العوائد تدور معها كيفما دارت وتبطل معها إذا بطلت ، كالعيوب في الأغراض في البياعات ونحو ذلك ... وكذلك إذا كان الشيء عيباً في الثياب عادة ، رددنا به المبيع ، فإذا تغيرت العادة وصار ذلك المكروه مرغوباً محبوباً موجباً لزيادة الثمن لم ترد به ، وبهذا القانون تعتبر جميع الأحكام المترتبة على العوائد ، وهو تحقيق مجمع عليه ، لا خلاف فيه " .

---

(1) فتح الباري على صحيح البخاري 258/6 باب (95) .
(2) المرجع السابق 258/6 باب (95) .
(3) الأشباه والنظائر لابن السبكي 51/1 ، فلأول فيما ليس له معنى في اللغة ولا في الشرع ، والثاني فيما له معنى في اللغة .

إلى أن يقول : " وعلى هذا القانون تراعى الفتاوى على طول الأيام ، فمهما تجدد في العرف اعتَبِره ، ومهما سقط أسقطه " [1].

هذا إذا كان المستفتي من إقليم المفتي ، أما إذا كان من غير إقليمه فالواجب على المفتي في هذه الحالة ، أن يستوضحه عن عرف بلده الذي يتعلق بالمسألة التي يسأل فيها ، فإذا علمه المفتي قضى بموجبه وأفتى ، ولا يفتي بما عرفه من عادات بلده التي يعيش فيها [2] ، ولا بد للمفتي أن يعلم ما يتعلق بالعرف من أحكام وشروط وأنواع ، وأن يعلم أن العوائد والأعراف منها ما نبه الشارع إليه وأمر به أو نهى عنه ، وهو ما يطلق عليه الأصوليون عرف الشارع . ومنها ما سكت الشارع عنه مما جرى بين الناس من أعراف ، ولم يرد في نفيه ولا إثباته دليل شرعي ، وأن القسم الأول لا مجال للاجتهاد فيه وإنما هو ثابت كما أثبته الشارع أمرا به أو نهياً عنه ، وأما القسم الثاني فإنه إذا تغير دار الحكم معه [3] .

وهكذا القاضي الذي يحكم بين الناس ، ويقضي بينهم في منازعاتهم ، لا يمكنه أن يؤدي عمله هذا ، ويطمئن قلبه ، ويغلب على ظنه أنه وصل إلى الحكم المراد له تعالى في هذه المسألة ، إلا إذا عرف أوامر الشرع ونواهيه فيها ، وعلم أعراف الناس وما هم عليه من عادات ، بل إن الأمر لا يقتصر على المفتي والقاضي ، وإنما يتعداهما إلى كل من يتعرض للكلام في الشريعة سواء كان مدرساً للفقه أو الحديث أو التفسير أو التوحيد أو غيرها من العلوم الإسلامية ، أو كان داعياً يدعو الناس إلى دين الله ، وترك ما يخالف من أعراف فاسدة تناقض نصوص الشريعة وتعارض قواعدها .

فهذا وذاك لا يمكنه أن يؤدي عمله حق الأداء إلا إذا كان ملماً بهذه الأعراف والعادات ، ويقيسها بمقياس الشريعة ، فما كان منها غير مناقض لنصوص الشريعة وقواعدها ، اعتبره وبنى الأحكام عليه ، وما كان غير ذلك بيَّن مت فيه من فساد ، حتى لا يغتر الناس بما فيه من مصلحة متوهمة ، هي في حقيقة أمرها شر مستطير .

من هذا كله تبين أن معرفة العادات والإلمام بالأعراف ، شرط من شروط الاجتهاد والقضاء ، بل لابد منه لكل من يتعرض لدراسة أي علم من علوم الشريعة أو الدعوة والحسبة .

يقول ابن عابدين- رحمه الله تعالى -: " قالوا في شروط الاجتهاد غنه 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 بقى الحكم على ما كان أولاً للزم منه المشقة ، والضرر بالناس ، ولخالف قواعد الشريعة المبنية على التخفيف والتيسير ..." [4] .

(1) الفروق للقرافي الفرق الثامن والعشرون 176/1 .
(2) الفروق للقرافي 177/1 ، وإعلام الموقعين 14/3-89 .
(3) الموافقات للشاطبي 283/2 .
(4) نشر العرف ضمن رسائل ابن عابدين 123/2 .

المبحث الأول

في تعريف العرف وبيان العلاقة بينه وبين ما يشبهه

وفيه ستة مطالب

المطلب الأول : في تعريفه في اللغة :

إذا نظرنا في كتب اللغة وجدنا اللغويين يكادون يجمعون على معنيين لكلمة (العرف) وهما :

المعنى الأول : تتابع الشيء متصلا بعضه ببعض .

المعنى الثاني: السكون والطمأنينة .

يقول ابن فارس - رحمه الله تعالى - : "عرف" ، العين والراء والفاء ، أصلان يدل أحدهما على تتابع الشيء متصلا بعضه ببعض ، والآخر على السكون والطمأنينة .

فالأول : العرف عرف الفرس ، وسمي بذلك لتتابع الشعر عليه ، ويقال : جاءت القطا عرفا عرفاً ، أي بعضها خلف بعض .

والأصل الآخر : المعرفة والعرفان ، تقول : عرف فلان فلانا ومعرفة وهذا أمر معروف ، وهذا يدل على ما قلناه من سكون إليه ؛ لأنّ من أنكر شيئاً توحش منه ونبا عنه)) [1] .

وهل استعمال كلمة العرف في كلا المعنيين على سبيل الحقيقة فيكون من باب المشترك اللفظي وهو ظاهر كلام الزبيدي- رحمه الله تعالى - حيث لم يورد من الاستعمال المجازي إلا أعراف الريح والسحاب والضباب لأوائلها ، والعرف بمعنى موج البحر[2] ، أو هو من باب المشترك المعنوي فيطلق العرف على معنى عام شامل للمعنيين المذكورين ، وهو كل ما تعارفه الناس من الخير وأقروه ، وهو ظاهر كلام ابن منظور حيث ذكر له هذا المعنى وعبر عن غيره بصيغة التضعيف ، فقال : العرف والعارفة والمعروف واحد ، وهو كل ما تعرفه الناس من الخير وتبسأ به النفس وتطمئن إليه " [3]. والأمر في ذلك قريب ، وقواعد اللغة ترجح الثاني ، وهو كون هذا الاستعمال من قبيل المشترك المعنوي ؛ لأن الاشتراك اللفظي خلاف الأصل .

وقد استعملت بمعان أخرى ، وأرجح كونها مجازية منها :

1- يطلق على كل عال ومرتفع ، قال ابن منظور- رحمه الله تعالى - : " عرف الرمل والجبل وكل عال ظهره والأعراف في الآية ﴿وعلى الاعراف رجال﴾ " [4]... قال الزجاج : " الأعراف أعالي السور " .

2- ويطلق العرف بالضم أيضا على الاعتراف ومنه قولهم : له على ألف عرفاً .

3- ويطلق على عرف الديك والفرس وغيرها وهو داخل في الأول[5] . وغير هذا من المعاني ، ولا يدخل في بحثنا العرف بالكسر والعرف بالفتح [6].

---

(1) معجم مقاييس اللغة لابن فارس 281/4 .
(2) تاج العروس 193/6 .
(3) لسان العرب 239/9 و 146/11 .وتبسأ بمعنى تأنس .
(4) سورة الأعراف : من الآية 46 .
(5) انظر لسان العرب 144/11-147 ،ومعجم مقاييس اللغة 281/4 ، والقاموس المحيط 178/3 ، وتاج العروس 193/6 .
(6) يستعمل العرف بكسر العين بمعنى الصبر . يقول أبودهبل الحجمي:

قل لابن قيس أخي الرقيات ما أحسن العرف في المصيبات

ويقول النابغة :

على عارفاتٍ للطعان عوابسٍ بهن كلومٌ بين دامٍ وجالبِ

وننتهي من هذا إلى أن المعنى الحقيقي لكلمة العرف بالضم هو : ما تعارفه الناس فيما بينهم من الخير وأقروه واطمأنوا إليه .

المطلب الثاني : العرف عند علماء الشريعة :

وفيه ثلاث مسائل :

المسألة الأولى : العرف عند المفسرين[1] :

وقد جاءت مادّة عرف في القرآن الكريم في سبعين موضعاً ، ونختار منها مما يمس موضوعنا ثلاثة ألفاظ :

الأول : لفظ (العرف) ولم يذكر في القرآن الكريم إلا مرة واحدة ، وهي في قوله تعالى : ﴿خذ العفو وأمر بالعرف وأعرض عن الجاهلين﴾ [2] .

يقول البغوي - رحمه الله تعالى - في تفسير العرف : "أي المعروف وهو كل ما يعرفه الشرع " [3] .

ويقول الآلوسي - رحمه الله تعالى - : " وأمر بالعرف " أي المعروف المستحسن من الأفعال ، فإن ذلك أقرب إلى قبول الناس من غير نكير[4] .

ويقول الدكتور وهبة الزحيلي - رحمه الله تعالى - : " الأمر بالعرف وهو المعروف الجميل من الأفعال ، وهو كل ما أمر به الشرع ، وتعارفه الناس من الخير ، واستحسنه العقلاء ، ... ويراد به ما هو معهود بين الناس في المعاملات والعادات " [5].

الثاني : لفظ (عرفاً) وذلك في قوله تعالى : ﴿ والمرسلات عرفاً﴾ [6].

يقول البغوي : "﴿ والمرسلات عرفاً﴾ يعني الرياح أرسلت متتابعة كعرف الفرس ، وقيل عرفاً أي كثيرا ، وتقول العرب : الناس إلى فلان عرف واحد ، إذا توجهوا إليه فأكثروا ، هذا معنى قول مجاهد وقتادة ، قال مقاتل : يعني الملائكة التي أرسلت بالمعروف من أمر الله ونهيه ، وهي رواية مسروق عن ابن مسعود " .

ويقول الآلوسي - رحمه الله تعالى - : في تفسير هذه الآية : " نصب (عرفاً) على الحال والمراد متتابعة ، وكأن الأصل : والمرسلات متتابعة كالعرف ، وهو عرف الدابة كالفرس والضبع ، أعني الشعر المعروف على قفاها ، فحذف متتابعة لدلالة التشبيه عليه ثم حذف أداة التشبيه مبالغة ، ومن هذا قولهم : جاءوا عرفاً واحداً إذا جاءوا يتبع بعضهم بعضاً ، وهم عليه كعرف الضبع إذا تألبوا عليه ،

ويستعمل العرف بالفتح في الريح الطيبة غالباً ، ومنه قول الشاعر :

ثناء كعرف الطيب يهدي لأهله وليس له إلا بني خالد أهل

المراجع السابقة ، والاجتهاد فيما لا نص فيه للدكتور الطيب خضري 181/2 والعرف للمباركي ص28 والعرف والعمل للجيدي ص29 .

(1) ونعتمد في هذا على ثلاثة من كتب التفسير : قديم زرسط ومعاصر ، أولها قديم وهو معالم التنزيل للإمام أبي محمد الحسين بن مسعود الفراء البغوي الشافعي (516هـ) ،والثاني روح المعاني للعلاّمة محمود الألوسي البغدادي المتوفى(1270هـ) ، والثالث لمعاصر وهو التفسير المنير للأستاذ الدكتور وهبة الزحيلي .

(2) سورة العراف : الآية 199 .

(3) تفسير البغوي 224/2 .

(4) روح المعاني 6/ 213 .

(5) التفسير المنير 217/9 .

(6) سورة المرسلات : الآية 1 .

ويؤخذ من كلام بعضهم : أن العرف في الأصل ما ذكر ، ثم كثر استعماله في معنى التتابع ، فصار فيه حقيقة عرفية ، أو على أنه مفعول له على أنه بمعنى العرف الذي هو نقيض النكر "[1] .

ويقول الدكتور وهبة الزحيلي - رحمه الله تعالى - : في تفسير هذه الآية : " الأظهر أنها الرياح المتتابعة كعرف الفرس ، وهو الشعر الثابت على الرقبة ، وقيل إنها الملائكة المرسلة للمعروف والإحسان ... وقيل : المقصود بالمرسلات الملائكة المرسلة بوحي الله وأمره ونهيه بالإحسان والمعروف ..." [2].

الثالث : لفظ المعروف في قوله تعالى : ﴿وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف﴾ وقوله ﴿ إذا سلمتم ما ءاتيتم بالمعروف﴾[3] .

وفسر البغوي - رحمه الله تعالى - المعروف : " أي على قدر الميسرة ، وفي الثانية : (إذا سلمتم) إلى امهاتهم (ما ءاتيتم) ما سميتم لهن من أجرة الرضاع "[4] .

ويقول الآلوسي - رحمه الله تعالى - : " بالمعروف أي بلا إسراف ولا تقتير ، أو حسب ما يراه الحاكم ويفي به وسعه " ويقول في الثانية : " بالمعروف متعلق بسلمتم أي بالوجه المتعارف المستحسن عرفاً "[5] .

ويقول الدكتور وهبة الزحيلي- رحمه الله تعالى - : " والنفقة الواجبة ... هي بالمعروف أي بالمتعارف في عرف الشرع من غير تفريط ولا إفراط " [6].

المسألة ثانية : في معنى العرف عند الأصوليين والفقهاء :

وسأذكر هنا اتجاهات أربعة :

الاتجاه الأول : وهو لمن يرى ترادف العرف والعادة ويقرنهما في تعريف واحد ، ويمثله ما نقله حافظ الدين النسفي - رحمه الله تعالى - وارتضاه جمع وهو : " العادة والعرف ما استقر في النفوس من جهة العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول " ، واعترض على هذا التعريف بأنه يسوي بين العرف والعادة وليس الأمر كذلك ؛ لأن العادة أعم من العرف فالعرف يدل على تتابع الكثيرين عليه ، والعادة تدل على ذلك وعلى العادة الفردية[7] .

الاتجاه الثاني : وهو لمن يرى أن العادة أعم من العرف ، فالعرف ما تتابع عليه الكثيرون ، والعادة تشمل هذا وتشمل العادة الفردية ورجحه الدكتور أحمد بن علي المباركي- رحمه الله تعالى - [8] ، وفهمه الدكتور الطيب الخضري من كلام أورده للقرافي ، يفيد أن العادة قد تكون عامة في البلاد وقد تكون خاصة ببعضها أو ببعض الفرق [9]، ولو رجعنا إلى كلام القرافي نراه في مواطن كثيرة لا بفرق بين العرف والعادة ، ويجعلهما بمعنى واحد وفي منزلة واحدة ،فقد قرن بينهما في قوله :" من له عرف وعادة في لفظ إنما يحمل لفظه على عرفه " ويقول : " العوائد القولية تؤثر في الألفاظ تخصيصاً ومجازاً وغيره بخلاف العوائد الفعلية "[10] ، ويدل قوله هذا على أن ما اختص بواحد يطلق عليه عرف

---

(1) روح المعاني 16 / 290 .
(2) التفسير المنير 316/29 .
(3) سورة البقرة : الآية 233 .
(4) تفسير البغوي 211/11 .
(5) روح المعاني 223/2 .
(6) التفسير المنير 2/ 364 .
(7) العرف وأثره للمباركي ص31 ، وهو اتجاه الجرجاني في التعريفات ص 149 ، فقد سوى بينهما ولعله بقصد التسوية بين العرف والعادة الجماعية حسبما يؤخذ من كلامه .
(8) العرف وأثره ص 31 .
(9) الاجتهاد فيما لا نص فيه 184/2 .
(10) شرح تنقيح الفصول للقرافي ص211-212 .

، والجماعة من باب أولى ، ويدل كذلك على أن ما كان قولياً أو فعلياً مما تتابع واستمر يسمى عرفاً أو عادة فالعادة والعرف عند القرافي بمعنى واحد فهو مع أصحاب الاتجاه الأول .

والتعريف الذي يمثل هذا الاتجاه هو تعريف المباركي - رحمه الله تعالى - حيث يقول : " العرف ما اعتاده أكثر الناس وساروا عليه في جميع البلدان أو في بعضها سواء كان ذلك في جميع العصور أو في عصر معين "[1] .

الاتجاه الثالث : وهو لمن يرى أن العرف أعم من العادة ، وقد نسب هذا إلى الكمال ابن الهمام - رحمه الله تعالى - أخذاً من قول الكمال " العادة هي العرف العملي " وقال شارحه في ذلك : " العادة وهي الأمر المتكرر ولو من غير علاقة عقلية والمراد هنا العرف العملي " [2].

أقــول : وهذا صريح في أن العــادة قسم من العرف ، وهو العرف العملي وهذا يدل على أن العرف أعـم من العادة ، ولكنا نرى بعض الزملاء يعلقون على هذا القول بقولهم : ويكون تخصيص العرف بالقول والعادة بالفعل [3]، وهذا مخالف لما قاله الكمال .

الاتجاه الرابع : وهو لمن يرى أن العادة تخالف العرف ، فالعادة لما استقر من الأفعال ، والعرف لما كان من الأقوال ، وصرح بهذا الفناري - رحمه الله تعالى - حيث يقول : " حصر المشايخ قرينة المجاز في خمسة ، ما بدلالة العرف قولا والعادة فعلاً " [4]. ولم أره منقولا عن غيره .

تعليق : إذا نظرنا إلى هذه الاتجاهات نرى أن كلا منها ينظر إلى العرف والعادة من زاوية خاصة ، وأن النظرة التي يجب أن تراعى ، هي نظرة الشارع إلى العرف والعادة المعتبرين في استنباط الأحكام الشرعية ، وهذه النظرة تحتم تساوي العرف والعادة في المقاييس الشرعية ، فالعادة أو العرف المعتبر شرعاً هو ما يعم كل الناس أو أكثرهم أو طائفة من الناس ، لا ما يخص فرداً بذاته ، سواء كان قولاً أو فعلاً ، وفي هذه النظرة لا بد من القول بترادف العرف والعادة بهذا المعنى ، وهو الذي نرجحه .

التعريف المختار : ويمكننا ترجيح تعريف كل من العرف والعادة المقصودين هنا بقولنا : العرف والعادة الجماعية هما : ما اعتاده أكثر الناس وساروا عليه من كل فعل شاع بينهم ، أو لفظ تعارفوا على إطلاقه على معنى خاص لا تألفه اللغة ، ولا يتبادر غيره عند سماعه ، سواء كان ذلك في جميع البلدان أو في بعضها ، في جميع العصور أو في عصر معين ، أو عند طائفة معينة وتلقوه بالقبول .

واختصار القول : هو ما اعتاده أكثر الناس من الأقوال والأفعال ولو في بعض البلاد أو العصور أو الطوائف وتلقوه بالقبول .

المطلب الثالث : في العلاقة بين العرف والعادة :

مما تقدم من اتجاهات في تعريف العرف ، رأينا أن البعض يرى أن العرف أعم من العادة فالعرف يشمل الأقوال والأفعال والعادة تختص بالأفعال.

والبعض يرى أن العادة أعم من بحسب ما تصدر عنه ، فإذا كان الجميع أو أكثرهم يسمى عرفاً وعادة، وإن كان واحداً فقط يسمى عادة فالعادة أعم .

والبعض يرى أنهما مختلفان ، فالعرف شيء والعادة شيء آخر ، ولعلهم يقصدون ما أشار إليه الشيخ أبوالفيض محمد ياسين بن عيسى الفاداني المكي - رحمه الله تعالى -: أن العرف والعادة إذا اجتمعا يقصد بالعرف : ما تعارف الناس عليه أو بعضهم، أو نقل الشارع كلمة تدل على معنى مقصود

(1) العرف وأثره للمباركي ص35 ، وهذا يدل على أن ما اعتاده البعض يسمى عادة ولا يسمى عرفاً .
(2) تيسير التحرير لمحمد أمين بادشاه شرح التحرير للكمال بن الهمام 317/1 .
(3) الاجتهاد فيما لا نص فيه للدكتور الطيب الخضري 183/2 .
(4) فصول البدائع في أصول الشرائع 100/2 .

شرعاً، ويقصد بالعادة تكرار حصول الشيء [1]. ووجهة نظر من يرى أن العرف والعادة شيء واحد ،فإنما يقصد – كما قلنا – العرف والعادة التي يمكن بناء الأحكام عليهما فيكونان لفظين مترادفين ،وعلى كل فهذا اصطلاح ولا مشاحة في الاصطلاح .

وإذا كان لنا أن نرجح اتجاهاً فإننا نرجح اتجاه الجمهور الذي يجعل العرف والعادة لفظين مترادفين ؛ لأننا نتكلم عن العرف والعادة التي تبنى عليهما أحكام الشرع ، والناظر لهما من هذه الحيثية يجدهما مترادفين ، وممن ذهب إلى هذا القرافي المالكي والفتوحي الحنبلي وابن عابدين الحنفي والجوهري الشافعي- رحمهم الله تعالى - [2]، وهو رأي الجمهور الذين يرون أن العادة والعرف شيء واحد ، وهو: ما اعتاده أكثر الناس من الأقوال والأفعال، ولو في بعض البلاد أو العصور أو الطوائف وتلقوه بالقبول .

المطلب الرابع : في العلاقة بين العرف والإجماع :

سبق لنا بيان معنى العرف وأنه ما اعتاده أكثر الناس ...الخ .

أما الاجماع فهو : اتفاق المجتهدين من أمة محمد في عصر من العصور على حكم شرعي [3] .

وجه الشبه بينهما : أن كلا من الاجماع والعرف لا بد فيه من الاتفاق على رأي من مجموعة من الناس . ويختلفان في أمور أهمها :

1- الاجماع هو اتفاق كل المجتهدين ، أما العرف فهو اتفاق الناس جميعاً أو أكثرهم لا فرق بين مجتهد وغيره ، أو اتفاق أهل البلدة أو صناعة .

2- الحكم الثابت بالإجماع لا يجوز تغييره إلا إذا كان سنده مصلحة أو عرفاً، أما الحكم الثابت بالعرف فيجوز تغييره عند تغير الأعراف والعادات .

3- الحكم الثابت بالإجماع لا يجوز مخالفته، والثابت بالعرف تجوز مخالفته برضا المتعاقدين إلا العرف الشرعي .

4- الإجماع لا يصادم نصاً، فالإجماع في معارضة النص لا ينعقد، أما العرف فقد ينعقد في معارضة النص كإباحة التعامل بالربا ولكنه لا يعتبر ولا يعترف به ، وإنما هو عرف باطل .

5- الإجماع يكون حجة بمجرد انعقاده ، أما العرف فلا بد فيه من الدوام والاستمرار حتى يحكّم .

6- المسائل المجمع عليها أغلق فيها باب الاجتهاد ، أما المتعارف عليها فهي قابلة للاجتهاد .

7- الإجماع حجة للمجمعين ولمن يأتي بعدهم ، أما العرف فلا يكون ملزما إلا لمن تعارفوا عليه إذا كان لا يخالف نصاً .

8- الإجماع لا يتم إلا بعد النظر في المسألة المعروضة ، والبحث في أدلتها ، ثم يكون الإجماع .

أما العرف فهو أمر تلقائي يطبقه الناس في حياتهم [4].

العلاقة بينهما: مما تقدم نستطيع أن نستنتج أن العلاقة بين الإجماع والعرف هي العموم والخصوص الوجهي. فيجتمعان في إجماع سنده العرف، وينفرد الإجماع في الإجماع الذي سنده غير العرف من

(1) الفوائد الجنية حاشية على المواهب السنية شرح الفرائد البهية في نظم القواعد الفقهية للفاداني المكي 291/1 .
(2) شرح تنقيح الفصول ص448 ، وشرح الكوكب المنير 448/4 ، ونشر العرف 123/2 ، والفوائد الجنية 292/1 .
(3) انظر تعريفه في المحصول 4/2 ، وكشف الأسرار للنسفي 180/2 ، والمعتمد للبصري 2/ 457 .
(4) الاجتهاد فيما لا نص فيه للدكتور الطيب الخضري 184/2 ، العرف والعادة للدكتور حسنين محمود ص 22 ، والعرف وأثره للمباركي ص 52 .

النص ونحوه ، وينفرد العرف في الأعراف التي لم يحصل عليها إجماع من المجتهدين كأعراف أهل الصناعات مثلاً أو أهل قطر من الأقطار الإسلامية .

المطلب الخامس : في العلاقة بين العرف وما جرى عليه العمل :

بيّنا العرف فيما مضى، وهو ما اعتاده أكثر الناس ....

وأمّا العمل ، فالمراد به عمل أهل المدينة الذي نقل عن الإمام مالك - رحمه الله تعالى - الاحتجاج به ؛ وذلك لأن لعمل أهل المدينة خصوصيات تخصه ، لشهادة النقل والعقل بذلك ففيها عاش الرسول صلى الله عليه وسلم حياته ، شريعة تعيش بين الناس ، في عباداته ومعاملاته وجهاده وسائر أحواله ، وفيها نمت الشريعة وترعرعت ، وازدهر الاجتهاد على يد الصحابة الأجلاء رضوان الله عليهم ، فلها ميزتها الخاصة بها .

تعريف العمل : أو ما جرى عليه العمل فأولى ما يقال فيه ما نقله ابن أبي أويس ابن أخت مالك (ت:227هـ) عن مالك رضي الله عنه قال : " وما رأيت الأمر عندنا فهو ما عمل به الناس عندنا وجرت به الأحكام ، وعرفه الجاهل والعالم ، وكذلك ما قلت فيه : ببلدنا " [1]، فقد فسره مالك بالعرف الذي تعارفه الناس جميعا يستوي في ذلك الجاهل والعالم وهذا بعينه هو العرف الذي نتكلم فيه . وهذا لا يسمى إجماعاً ، وإنما هو عرف تسلسل العمل به واستمر من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم نبعاً ونقلاً ، لا اجتهاداً ورأياً، أو هو سنة منقولة من العصر النبوي. أما ما اتفقوا عليه بالاجتهاد ولم يخالفهم أحد من الامة فهذا ينطبق عليه حد الإجماع فيكون إجماعاً وقد تقدم الفرق بينهما .

وما اختلفوا فيه فالخلاف فيه موجود بين غيرهم من أفراد المجتهدين في الأمة، ويبقى باب الاجتهاد مفتوحاً فيه حتى يتم عليه إجماع في عصر من العصور .

معنى آخر لما جرى عليه العمل :

وقد يستعمل اصطلاحاً ما جرى عليه العمل فيما اتفق عليه المجتهدون في بلد من البلاد ، أو إعمال مذهب معين في مصر من الأمصار ، أو ما قضت به المحاكم في ولاية من الولايات، وهذا ينزل منزلة العرف في وجوب التحاكم إليه والرجوع له على أن يستوفي الشروط التي نذكرها في للعرف .

والفرق بين هذا وبين العرف : أن العرف يعتبر فيه العامة والخاصة ، أما ما جرى عليه العمل فيعتبر فيه من يقتدي بهم من العلماء والمجتهدين والقضاة، وإن كان مبنياً في الجملة على ما تعارفه الناس في حياتهم .

وقد كان للفقه المالكي القدح المعلى في التحاكم إلى ما جرى به العمل، ونبه العلماء على هذا قديماً وحديثاً .

وضابط القول في هذا، وأهم شروطه، ألا يخالف نصاً ولا إجماعاً .

المطلب السادس : في منزلة العرف بين الأدلة :

اتفق الأصوليون على اختلاف مذاهبهم على أن الأصل الأول من أصول الشريعة هو الكتاب العزيز ، والأصل الثاني هو السنة النبوية .

كما اعتبر الفقهاء العرف الصالح وجعلوه أصلاً من الأصول التي تبنى عليها الأحكام ، ووردت عنهم في العرف كلمات جرت مجرى المبادئ العامة والقواعد الكلية كقولهم : **" العادة محكمة"** وقولهم : **" الثابت بالعرف كالثابت بالنص"** وكثير غير هذا .

---

(1) ترتيب المدارك للقاضي عياض 64/2 ، والمعيار للونشريسي 32/10 .

ولم يخالف في اعتبار العرف دليلاً إلا القليل ممن يرى أن العرف دليل غير مستقل ، وأنه هو دليل تابع لغيره ، إذ يردونه إلى النص أو الإجماع أو المصلحة أو الأصل في الأشياء ، وممن سار على هذا الاتجاه من المعاصرين العلامة الشيخ عبدالوهاب خلاف والدكتور أحمد فهمي أبو سنة والدكتور سيد صالح - رحمهم الله تعالى - [1]، وتبعهم الدكتور الطيب خضري - رحمه الله تعالى - الذي فسر حجية العرف بقوله :" وإنما يقصدون بحجية العرف أن نصوص الشارع وعبارات المتعاملين تفسر وفقاً للعرف الجاري بينهم دون الوقوف على معاني تلك الألفاظ في أصل وضع اللغة " [2].

وأرى أن هذا تفسير قاصر لحجية العرف ، فإن العرف كما يكون حجة في تفسير النصوص يكون حجة أيضاً في استنباط الأحكام لأفعال لم يرد بها أمر ولا نهي في الشريعة ، فيرجع في هذا إلى العرف ، فنعتبر ما اعتبره العرف ، ونسير على نهجه إذا استوفى شروطه .

وإذا سرنا مع الجمهور الذي يعتبر العرف دليلاً تبنى عليه الأحكام الشرعية فهل تكون منزلته بعد الكتاب والسنة أو بعد الكتاب والسنة والإجماع ؟

يرى البعض أن منزلة العرف بعد الكتاب والسنة وقبل الإجماع ، وممن ذهب إلى هذا الأستاذ الجيدي ويبرر رأيه هذا فيقول : " ومن جهة أخرى فإن مألوف الناس لفعل شيء متى استقر عرفاً لهم يجعلنا نوقن بأن الباعث لهم على ذلك أول الأمر هو حاجتهم إليه ، إذ هو الذي يحقق النفع لهم ويدفع عنهم الضرر ، فلو منعوا من ذلك بعد اعتيادهم اياه وقعوا في الحرج ولحقتهم المشقة ، فاعتباره إذن يرجع إلى أصل رفع الحرج ، وهذا أصل أصيل مقرر في الكتاب والسنة ... وإذا كان الأمر هكذا تأتي مرتبته بين الأدلة بعد الكتاب والسنة مباشرة ..." [3] .

ويرى جمهور العلماء قدامى ومحدّثين أن مرتبته تأتي بعد الكتاب والسنة والإجماع ، يقول الحافظ النسفي رحمه الله تعالى -: " الأصول ثلاثة : الكتاب ويتبعه شرع ما قبلنا والسنة ويتبعها الآثار والإجماع ويتبعه التعامل " [4] .

ويأتي به القرافي - رحمه الله تعالى - في الدرجة العاشرة من الأدلة التسعة عشر التي ذكرها فيقول : هي الكتاب والسنة وإجماع الأمة وإجماع أهل المدينة والقياس وقول الصحابي والمصلحة المرسلة والاستصحاب والبراءة الأصلية والعوائد [5] .

ولعل أرجحها هي ترتيب الحافظ النسفي - رحمه الله تعالى - وهو : الكتاب والسنة والإجماع والعرف ، لأن العرف ما هو إلا مصلحة ظهرت ، واعتبرها جميع الناس أو أكثرهم ، ولم يرد في موقعها نص ولا إجماع ، وهذه يجب أن تقدم وتكون مرتبتها بعد الإجماع ، ذلك لأن الشريعة ما جاءت إلا للمحافظة على مصالح الخلق في الدنيا والآخرة ، فلا يقدم عليها شيء إلا نصوص الكتاب والسنة ، لأنها تمثل مصالح راعاها الشرع ، وكذا ما أجمع عليه المسلمون ، فإن الأمة لا تجمع على ضلالة كما وردت بذلك السنة المتواترة المعنى [6]، وبعد ذلك يأتي العرف والعوائد التي لا تخالف شيئاً مما تقدم.

---

(1) أصول الفقه للشيخ خلاف ص91 ، والعرف والعادة للدكتور أبي سنة ص 39 ، وأثر العرف للدكتور السيد صالح ص77 ، وغمز عيون البصائر 1/295-307 .

(2) الاجتهاد فيما لا نص فيه 2/192 .

(3) العرف والعمل في المذهب المالكي ص204 .

(4) انظر أثر العرف للدكتور السيد صالح ص 78 .

(5) شرح تنقيح الفصول ص445 .

(6) المرجع السابق ص324 ، والمستصفى للغزالي 1/175، والبحر المحيط للزركشي 4/441 ، وتشنيف المسامع بجمع الجوامع للزركشي 3/136 ، والأحاديث في هذا كثيرة ، راجع سنن أبي داود : كتاب الفتن 4/452 ، والترمذي 4/485 ، وابن ماجه رقم (3950) .

المبحث الثاني

في حجيــة الــعـــــرف

وفيه خمسة مطالب

المطلب الأول : المذاهب في العرف إجمالاً :

نقلنا فيما مضى اتفاق الفقهاء على أن العرف تبنى عليه الأحكام الشرعية ،ويرجع إليه في تفسير النصوص، وصرح الكثير منهم بذلك، ومن هذا ما قاله القرافي - رحمه الله تعالى - : " ينقل عن مذهبنا أن من خواصه اعتبار العوائد والمصلحة المرسلة وسد الذرائع وليس كذلك، أمــا العرف فمشترك بين المذاهب ، ومن استقراهــا وجدهــم يصرحــون بذلك فيها ..." [1]. ومع ذلك فإننا إذا نظرنا إلى كتب الأصول في المذاهب المختلفة رأينا البعض منهم لا يذكر العرف بين الأدلة ، والبعض يجعله تابعاً لدليل آخر والبعض الثالث يصرح بحجيته .

فالمذاهب في العرف على ثلاثة :

أولها: مذهب من يرى أن العرف لا يعتبر دليلاً .

ثانيها: أن العرف تابع لدليل وليس بدليل مستقل .

ثالثهما : العرف دليل مستقل .

ولنتكلم عن هذه المذاهب في المطالب الآتية :

المطلب الثاني : مذهب من يرى بعدم اعتبار العرف دليلاً :

أشهر من نسب إليهم هذا المذهب وصرحوا به : أبو الحسين البصري والآمدي وابن الحاجب- رحمهم الله تعالى - [2] .

ولا نطيل الكلام بالاستدلال لهذا المذهب ، وإنما نكتفي باستعراض كلام هؤلاء الأعلام ، وعندها سوف نرى أنه لا داعي للاستدلال ، لأننا سنتبين أنهم مع الجمهور القائلين بأن العرف حجة على وجه الإجمال .

أولاً : كلام أبي الحسن البصري في تخصيص العموم بالعادات قال : " اعلم أن العادة التي هي بخلاف العموم ضربان : أحدهما عادة في الفعل ، والآخر عادة في استعمال العموم " .

أما **الأول** : فبأن يعتاد الناس شرب بعض الدماء ثم يحرم الله سبحانه الدماء بكلام يعمها ، فلا يجوز تخصيص هذا العموم ، بل يجب تحريم ما جرت به العادة ؛ لأن العموم دلالة ، فلا يجوز تخصيصه إلا لدلالة ، فلو خصصناه عند هذه العادة لم يخل إما أن يخص بالعادة ، أو لأن الأصل إباحة شرب الدماء ، والعادة ليس بحجة لأن الناس يعتادون الحسن والقبيح ، والعقل في الأصل وإن اقتضى إباحة شرب الدماء ، فإنه يقتضيها مالم ينقلها عنه شرع ، والعموم دليل شرعي فيجب أن ينتقل به .

وأما **الثاني** وهي العادة في استعمال العموم ، فيجوز أن يكون العموم مستغرقاً في اللغة ، ويتعارف الناس استعماله في بعض تلك الأشياء فقط نحو اسم الدابة في اللغة فإنه في اللغة لكل ما يدب على الأرض ، وقد تعورف استعماله في الخيل فقط ، فمتى أمرنا الله سبحانه وتعالى في الدابة بشيء ، حملناه على الخيل دون ما يدب من نحو الإبل والبقر ، لما بيناه من أن الاسم بالعرف أحق ، وليس ذلك

---

(1) شرح تنقيح الفصول ص 448 .

(2) العرف والعادة للدكتور حسنين محمود ص78 ، والمعتمد لأبي الحسين البصري 301/1 ، والإحكام للآمدي 334/2 ، ومنتهى الوصول والأمل في علمي الأصول والجدل ص97 .

بتخصيص على الحقيقة ؛ لأن اسم الدابة لا يصير مستعملاً في العرف إلا في الخيل ، فيصير كأنه ما استعمل إلا فيه " [1].

هذا هو كلام أبي الحسن البصري - رحمه الله تعالى - ، وكأن من نسب إليه إنكار العرف نظر إلى أول كلامه الذي ركز فيه على العادة أو العرف العملي ، ورآها أنها ليست بحجة في مقابلة العموم فالعموم راجح عليها ، فيعمل به وتترك العادة ، ولكنه يقول في آخر كلامه إن العرف في الاستعمال دليل قوي ، حتى وصل في قوته أنه نقل اللفظ كالدابة من معناه الحقيقي إلى معنى آخر وهو الخيل وكأنه لم يُستعمل إلا فيه ، فأبو الحسين البصري لم ينكر العرف حتى خصص به النص ، بل ونقل النص من معناه الحقيقي إلى معنى آخر وهو تمسك بالعرف إلى أبعد مدى .

يدل لهذا فوق ما ذكرناه ، ما ذكر في باب الحقائق العرفية ، فقد أتى فيه بأقوى ما يثبت للعرف السلطان على اللغة [2] ، وكذا ما ذكره في باب فيما يفيد لفظه العموم في اللغة وفي العرف فيقول : " فأما ما يفيد العموم في العرف فكقول الله سبحانه ﴿حرمت عليكم الميتة ﴾[3] وقوله سبحانه ﴿ حرمت عليكم أمهاتكم ﴾[4] ، هما من جهة العرف عامان في تحريم سائر وجوه الاستمتاع بالأمهات ، وسائر وجوه الانتفاع بالميتة ... "[5] وهذه كلها مجازات ، ويترجح منها ما هو أعظم مقصوداً وهو التلذذ والأكل، وعلى هذا نرى أن أبا الحسين البصري مع الجمهور القائلين بحجية العرف.

ثانياً : كلام الآمدي - رحمه الله تعالى - ويسير فيه على ما سار أبو الحسين البصري ، من التفرقة بين العادة التي يعتادها الناس ، ويأتي لفظ العموم بخلافها ، فلا تخصص اللفظ العام ، وبين استعمال اللفظ العام في معنى خاص فإنه يحمل عليه كلفظ الدابة ، ويختتم كلامه ببيان الفرق بين الأمرين ، ويعطي للعرف ما أعطاه أبو الحسين البصري من قوة نقل اللفظ عن معناه الحقيقي في اللغة إلى معنى آخر تعارف عليه الناس ، وهذا إعمال للعرف الخالي عن معارضة النصوص من باب أولى [6]، وإذا تصفحنا كتاب الإحكام لوجدناه يستدل كثيراً بالعرف بل وبالعادة أيضاً ونكتفي بذكر قوله في المباح هل هو داخل في مسمى الواجب أو لا فيقول : فإن قيل العادة مطردة بإطلاق الجائز على الصلاة الواجبة والصوم الواجب في قولهم : صلاة جائزة وصوم جائز ... قلنا : " فلو كان هو المسمى حقيقة في العادة أيضاً مطردة بإطلاق الجائز على ما انتفى الحرج عن تركه " [7] ، فقد استعمل العادة دليلاً في اعتراض خصمه وفي رده عليه .

ثالثاً : كلام ابن الحاجب - رحمه الله تعالى - وهو يسير على ما سار عليه البصري والآمدي- رحمهما الله تعالى - ، ونثبته بتمامه لما فيه من زيادة الاعتراف بالعرف في تقييد المطلق قال : " الجمهور على أن العادة في تناول بعض خاص لا يكون مخصصاً للعموم خلافاً لأبي حنيفة ، كما لو قال : حرمت الربا في الطعام وكان عادتهم تناول البر ، لنا : أن اللفظ عام لغة وعرفاً فوجب التمسك به حتى يثبت تخصيصه ، قالوا : كما تخصص الدابة بالعرف بذوات الأربع ، والنقد بالغالب في البلد وجب تخصيص ذلك ، قلنا : ذاك لتخصيص الاسم بذلك المسمى عرفاً بخلاف هذا ، فإن العادة تناولته لا في غلبة الاسم عليه ، حتى لو غلب الاسم هنا لكان كذلك ، بل لو غلب الاسم على خلافه لخرج المعتاد تناوله ، قالوا : لو قال اشتر لي لحماً والعادة تناوله الضأن لم يفهم سواه ، قلنا : تلك قرينة في المطلق والكلام في العموم "[8] .

---

(1) المعتمد 301/1 .
(2) المرجع السابق 307/1 .
(3) سورة المائدة : الآية 3 .
(4) سورة النساء : الآية 23 .
(5) المعتمد 307/1 .
(6) الإحكام للآمدي 334/2 .
(7) الإحكام 126/1 .
(8) منتهى لوصول والأمل في علمي الأصول والجدل ص97 .

وبذا يكون هؤلاء الأئمة الثلاثة مع الجمهور في الاعتماد على العرف في الأحكام الشرعية استنباطاً واستدلالاً .

المطلب الثالث : مذهب من يرى أن العرف دليل تابع :

وهو مذهب ظهر في أوائل هذا القرن ، وما زال له أتباعـه ومناصروه ، ويرون أن العرف لا يعتبر دليلاً مستقلاً ، ولا أصلاً من الأصول قائماً برأسه ، ولكنه دليل تابع .

ونورد هنا كلام ثلاثة من الأصوليين المعاصرين وهم يقرون هذا المذهب :

الأول : الشيخ عبدالوهاب خلاف حيث يقول : " والعرف عند التحقيق ليس دليلاً مستقلاً ، وهو في الغالب من مراعاة المصلحة المرسلة ، وهو كما يراعي في تشريع الأحكام يراعى في تفسير النصوص ، فيخصص به العام ، ويقيد به المطلق ، وقد يترك القياس بالعرف ، ولهذا صح عقد الاستصناع ، لجريان العرف به ، وإن كان قياساً لا يصح ؛ لأنه عقد على معدوم " [1].

أقول : جميع الأحكام إنما شرعت لمراعاة مصالح المكلفين ، ولكن هذه المصلحة أحياناً يكون مبناها على النص فيكون الدليل في المسألة هو النص ، وأحياناً في مقابلة دليل آخر فيكون هو الاستحسان ، وأحياناً يصل المجتهد إليها باجتهاده ولم يعتبرها الشارع ولم يلغها وهو المصلحة المرسلة ، وأحياناً يكون مبناها على العرف فيكون دليلها العرف ، فالعرف دليل مستقل ، وقد نص الكاتب على أن العرف يراعى في تشريع الأحكام وتخصيص العام وتقييد المطلق فيعمل به عند معارضته لدليل آخر ، ويجمع بينهما على النحو المذكور ، وليس بعد هذا اعتبار للعرف وجعله دليلاً مستقلاً .

الثاني : الشيخ الدكتور أحمد فهمي أبو سنة - رحمه الله تعالى - حيث يقول : " فتم بهذا أن العرف مطلقاً لا يمكن أن يجعل مقياساً للخير ، كما لا يمكن أن يتخذه الفقيه دليلاً على قواعد صالحة لتنظيم روابط الناس ، مالم يؤيده أصل من أصول الفقه " [2] .

أقول : ونحن مع الدكتور أحمد في أنه لا يعمل مطلقاً وإنما لا بد أن يقيد بقيود ، وأن تتحقق فيه الشروط الآتية حتى يكون محكوماً بضوابط الشريعة ، ثم إنه يقول في موطن آخر : " فهذا صريح في أن العرف الذي يشترط فيه العموم هو القاضي على الأدلة " [3] ، فكيف يقضي على الأدلة ولا يعتبر دليلاً ؟

الثالث : الشيخ الدكتور أحمد بن علي سير المباركي - رحمه الله تعالى - أتى بأدلة اعتبار العرف دليلاً مستقلاً ، وناقشها وأبطل الاستدلال بها قال : " وبعد أن أبطل الاستدلال بالآية " ﴿ وأمر بالمعروف ﴾ والحديث : " ما رآه المسلمون حسناً " على أن العرف أصل من أصول الشريعة ، لا بد أن نبين معنى اعتبار العرف .

إن العرف يرجع إليه في كثير من الأحكام الفرعية العملية ، ولكنه والحال هذه لا بد أن يستند على دليل يعضده ، وبالنظر إلى الفروع الفقهية في كتب المذاهب ، نجد أن العرف الصحيح المحكم لا بد أن يستند على واحد من أربعة :

الأول : السنة التقريرية .

الثاني : الإجماع العملي .

الثالث : المصلحة المرسلة .

---

(1) علم أصول الفقه ص 91 .
(2) العرف والعادة ص22 .
(3) المرجع السابق ص60 ، وراجع أيضاً العرف والعادة للدكتور حسنين محمود حسنين ص93، والعرف للدكتور أحمد بن علي سير المباركي ص96 ، والأعراف البشرية للدكتور عمر الأشقر ص 53.

الرابع : الأدلة المطلقة التي أحالت عليه "[1] .

وقريب من هذا ما قاله الأستاذ الدكتور أحمد فهمي أبو سنة ، وأبدل الأخير بأن الاصل من الأشياء النافعة الإباحة ، والضارة التحريم [2].

أقول : والأمر في ذلك قريب ، وبعد أن اتفق علماء الأمة على العمل بالعرف بشروطه ، والاعتماد عليه في كثير من الفروع الفقهية ، وتبقى المسألة اعتبارية . فهم يعتبرون أن العرف لا بد أن يستند إلى واحد من هذه الأمور ، وأنا أرى أن هذه الأمور تدل على أن العرف دليل مستقل تبنى عليه الأحكام الشرعية إذا استوفى شروطه ، شأنه في ذلك شأن القياس والمصلحة المرسلة والاستحسان ، يؤيدنا في هذا :

1- السنة التقريرية اعتمدت الأعراف الموافقة لقواعد الشريعة ، وألغت ما عداها وذلك كالسّلَم ، ولكنا لا نقول : إن الدليل على إباحة السلم العرف أو الاستحسان مثلاً ، وإنما الدليل عليه السنة الصحيحة الثابتة المعتمدة على العرف.

ومن ذلك ما مثلوا به من حديث عروة بن الجعد البارقي ، حيث أعطاه النبي صلى الله عليه وسلم ديناراً ليشتري له به شاة ، فاشترى له به شاتين فباع إحداهما بدينار ، وجاءه بدينار وشاة ، فدعا له بالبركة في بيعه [3]. يقول ابن القيم : " فباع وقبض وأقبض بغير إذن لفظي اعتماداً منه الإذن العرفي " .

2- أما الإجماع العملي فهو مستند على العرف ، وجاء الإجماع العملي معتبراً للعر ف ، يقول الدكتور المباركي - رحمه الله تعالى - : " فالأمر في المبدأ عرف ، ثم يكتسب بعد ذلك صفة الإجماع العملي " ويقول : " ويدخل في ذلك عرف أهل المدينة ، وما جرى عليه العمل عندهم ، وقد أخذ به الإمام مالك وبنى عليه كثيراً من الأحكام ، ذاهباً إلى أنه إجماع "[4] .

وهذا - كما ترى - اعتبار للعرف وجعله دليلاً تبنى عليه الأحكام الشرعية.

3- أما المصلحة المرسلة وهي التي لم يرد من الشارع أمر باعتبارها ولا بإلغائها ، فليست المصلحة منظوراً إليها إلا في نشأة العرف ، ثم يستقر العرف ، ويعتبر دليلاً على وجود هذه المصلحة [5].

وهذا يشير إلى أن العرف هو الدليل وفي مثل هذا جاء قول الدكتور المباركي - رحمه الله تعالى - : " فمما لا شك فيه أن كثيراً من الأعراف والعادات مستندة على المصلحة ، وذلك أن تدعو الضرورة أو الحاجة إلى عمل من الأعمال ، ثم يستمر الأمر على هذه الحال حتى يصبح عرفاً متأصلا في نفوس النـــــــاس بحيث يصعب عليهم تركه والتخلي عنه "[6].

وبهذا نرى أن العرف هو الدليل الذي يعتمد عليه في مثل هذا .

4- وأما الأدلة المطلقة التي أحالت على العرف ، فهذا العنوان يدل على أن العرف هو الدليل الذي اعتمدته تلك الأدلة وأقرته ، فكل منها يعتبر دليلاً على أن العرف دليل من أدلة الشريعة ، وستأتي .

5- وأما أن العرف يرجع إلى قاعدة الأصل في الأشياء ، فالعكس هو الصحيح فالعرف يعتمد الأشياء النافعة ، ويلغي الأشياء الضارة ، بحسب ما يستقر عليه من العرف الذي يدور في فلك هذه الشريعة ولا يخرج عن قواعدها ، ويتوفر فيه الشروط التي سنبينها .

---

(1) العرف وأثره في الشريعة والقانون ص 118 وما بعدها .
(2) العرف والعادة ص 32 وما بعدها .
(3) أخرجه البخاري والترمذي وابن ماجه والإمام أحمد ، انظر التلخيص الحبير 5/3، ونيل الأوطار304/5.
(4) العرف وأثره ص125 .
(5) العرف والعادة للدكتور حسنين محمود حسنين ص 97 .
(6) العرف وأثره ص128.

مما تقدم نرى أن كلام كل من قال : إن العرف دليل تابع يدل هو نفسه على أن العرف دليل من ادلة الشريعة متى ما توفرت فيه شروطه ، وهذه حقيقة لا يستطيع أحد إنكارها .

المطلب الرابع : أدلة من يرى أن العرف دليل مستقل :

الدليل الأول : من القرآن الكريم

وهو قوله تعالى : ﴿ خذ العفو وأمر بالعرف وأعرض عن الجاهلين ﴾[1] . يقول ابن عطية : إن معنى العرف : كل ما عرفته النفوس مما لا ترده الشريعة ، ويقول ابن ظفر في الينبوع [2] : العرف ما عرفه العقلاء بأنه حسن وأقرهم الشارع عليه[3] ، وقد استدل بهذا القرافي - رحمه الله تعالى - في مسألة : إذا اختلف الزوجان في متاع البيت ، حيث قال : لنا قوله تعالى : ﴿ خذ العفو وأمر بالعرف ﴾ ، فكل ما شهدت به العادة قضي به لظاهر هذه الآية إلا أن يكون هناك بينة [4].

وتابعه على ذلك علاء الدين الطرابلسي - رحمه الله تعالى - في كتابه معين الحكام في الباب الثامن والعشرين في القضاء بالعرف والعادة ، قال الله تعالى : ﴿ خذ العفو وأمر بالعرف وأعرض عن الجاهلين ﴾ ، والعادة : " غلبة معنى من المعاني على جميع البلاد أو بعضها " [5].

وجه الاستدلال بالآية :

أن الله أمر نبيه صلى الله عليه وسلم بالعرف ، وهو ما تعارفه الناس فيما بينهم قولاً أو عملاً واستطابته نفوسهم ، وتقبلته عقولهم ، فالعمل بالعرف مقتضى الأمر ، وإلا لم يكن للأمر به فائدة[6] .

اعتراض :

يرى بعض الكاتبين[7] أن الآية لا تدل على اعتبار العرف والاعتماد عليه في بناء الأحكام ، وملخص كلامهم أمران:

أحدهما : أن العرف في الآية يحتمل معاني متعددة كما ذكرته كتب التفسير وهي : المعروف ، قاله عروة، وقول لا إله إلا الله ، وما يعرف أنه من الدين ، ولا ينكره الناس من المحاسن التي اتفقت عليها الشرائع .

ثانيهما : أنه لو أريد بالعرف أعراف الناس وعاداتهم لكان ذلك أمراً باعتبار عادات الجاهلية وأعرافها ولا قائل بذلك .

الرد :

وهذا كله مردود [8] .

أما أولاً : فلأن هذه المعاني التي استعمل فيها العرف ليست مجرد احتمالات وإنما هي أفراد لهذا اللفظ العام ، وهو لفظ العرف ، فلفظ العرف بعمومه هذا يصدق على كل ما يسمى عرفاً .

---

(1) سورة الأعراف : الآية 199 .
(2) ابن ظفر هو محمد بن عبدالله بن محمد بن ظفر الصقلي (ت:565هـ) مكي الأصل مغربي المنشأ له ينبوع الحياة في تفسير القرآن الكريم في12 مجلد . انظرالأعلام 230/6.
(3) شرح الكوكب المنير 448/4 ، ونشر العرف من رسائل ابن عابدين 113/2 .
(4) الفروق 149/3 .
(5) العرف وأثره للدكتور المباركي نقلاً عن معين الحكام ص 160 .
(6) المرجع السابق والعادة والعرف للدكتور أبي سنة ص23 .
(7) من هؤلاء أستاذنا الدكتور أحمد فهمي أبوسنة في كتابه العرف والعادة ص24 ، والأستاذ الدكتور الطيب خضري – رحمه الله – في كتابه الإجتهاد فيما لا نص فيه 199/2، والأستاذ الدكتور أحمد بن علي سير المباركي في كتابه العرف وأثره ص110 ، وما بعدها ، وأشار ابن عابدين في رسالته نشر العرف 112/2 إلى ضعف الاستدلال بهذه الآية على المدعى عليهم فقال: اعلم أن بعض العلماء استدل على اعتبار العرف بقوله سبحانه ﴿ خذ العفو وأمر بالعرف ﴾ وكأنه لا يرتضي الاستدلال بهذا .
(8) المراجع السابقة .

وأما ثانياً : فلأننا لو استعملنا هذا اللفظ على عمومه فإنه لا يؤدي إلى الأمر باعتبار عادات الجاهليين الفاسدة فإنها تخالف مفهوم العرف وشروطه في الشريعة الاسلامية ، أما الأعراف التي تتلقاها العقول السليمة بالقبول فالشارع قد راعاها ، وأقر مبدأ العمل بها في كثير من الحالات كما هي ، وعدل عن بعضها بما يناسب الشريعة ويدور في فلكها ، وألغى ما كان فاسداً منها .

وهذا كله يؤدي إلى صحة الاستدلال بهذه الآية الكريمة على الاحتجاج بالعرف .

آيات أخرى :

ولو صرفنا النظر عن الاستدلال على حجية العرف بهذه الآية لرأينا أن القرآن الكريم أحال إلى العرف واعتبره في كثير من الآيات منها :

1- قوله تعالى : ﴿ والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف لا تكلف نفس إلا وسعها ﴾ [1].

وعلق عليها بعض من لا يرى اعتبار العرف دليلاً بما يفيد أنه دليل تابع ، فقال : فالله أوجب على المولود له النفقة والكسوة للمرضعة تبعاً للعرف [2].

قوله تعالى : ﴿ لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما ءاتاه الله لا يكلف الله نفسا إلا ما ءاتاها سيجعل الله بعد عسر يسرا ﴾ ([3])، وينقل الدكتور المباركي - رحمه الله تعالى - تفسير ابن العربي ويرتضيه حيث يقول : " المسألة الرابعة في تقدير الإنفاق : قد بينا أنه ليس له تقدير شرعي وإما أحاله الله سبحانه على العادة وهي دليل أصولي بنى عليه الله الأحكام وربط به الحلال والحرام " . ويعلق على ذلك بقوله : " فهذه الآية والتي قبلها أصل في رد تقدير النفقة إلى العرف ، حيث أحال الله ذلك إلى العرف صريحاً "(4) .

2- قوله تعالى : ﴿ ومن كان غنياً فليستعفف ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف ﴾ [5]. يقول الدكتور المباركي - رحمه الله تعالى - : اختلف المفسرون في تفسير المعروف اختلافاً كبيراً ذكر ذلك الطبري والقرطبي وابن العربي وأبوبكر الجصاص - رحمهم الله تعالى - وغيرهم من المفسرين [6].

وأرجح الأقوال في ذلك : أن ولي اليتيم إن كان غنيا فلا يجوز أن يأخذ من ماله شيئا ، وإن كان فقيراً فله أن يأكل بالمعروف ، وليس عليه قضاء . وآيات أخرى كثيرة تدل على اعتبار العرف حجة ودليلاً من أدلة الشرع .

الدليل الثاني من السنة النبوية :

ما رواه أحمد في كتاب السنة والبزار والطبراني وأبو نعيم والبيهقي في كتاب الاعتقاد وأبو داود الطيالسي والحاكم - رحمهم الله تعالى - عن أبي وائل عن ابن مسعود رضي الله عنه قال : " ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن " [7].

والصحيح وقفه على ابن مسعود ولكنه يأخذ حكم المرفوع ؛ لأن مثله لا يقال إلا عن توقيف .

---

(1) سورة البقرة : الآية 233.
(2) العرف وأثره للدكتور المباركي ص 130 .
(3) سورة الطلاق : الآية 7 .
(4) العرف وأثره للدكتور المباركي ص132.
(5) سورة النساء : الآية 6 .
(6) المرجع السابق والحديث في الطبري 254/4، والقرطبي41/5 ، وابن العربي 324/1 ، وأحكام الجصاص 64/2 .
(7) شرح الكوكب المنير 223/2 و 448/4 ، ومراجعه هناك مسند أبي داود الطيالسي ص23 ، وتخريج أحاديث البزدوي ص246 ، وكشف الخفا 188/2.

اعتراض :

اعترض على الاستدلال بهذا الحديث بعض الكاتبين من ناحية السند ومن ناحية الدلالة ، أما من ناحية السند ، فإن الحديث موقوف على عبدالله بن مسعود ولم يثبت رفعه من طريق صحيح .

الرد على هذا :

نحن نسلم بهذا ، ولكن هذا الموقوف كما قلنا له حكم المرفوع ؛ لأن مثله لا يقال إلا عن توقيف ؛ لأنه يبين ما هو الحسن عند الله أو نوعاً من أنواعه ، ولا يملك ابن مسعود هذا ، وإنما الذي يملك البيان عن الله تعالى : هو نفسه في القرآن الكريم أو النبي صلى الله عليه وسلم في سنته النبوية ، وعلى هذا فالحديث صالح للاحتجاج به على أن ما تعارف عليه المسلمون فهو حسن عند الله تعالى[1] .

أما عن الدلالة :فاعترضوا عليه بأن الألف واللام في " المسلمون " للعموم فيكون المراد من الحديث : ما أجمع عليه المسلمون .

وايدوا هذا بما قاله الآمدي - رحمه الله تعالى - في إبطاله الاستدلال بهذا الحديث على حجية الاستحسان حيث قال : " لا دلالة فيه على ما صاروا إليه ، فإن قوله صلى الله عليه وسلم " ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن " إشارة إلى إجماع المسلمين ، والإجماع حجة ولا يكون إلا عن دليل ، وليس فيه دلالة على أن ما رآه آحاد المسلمين حسنا أنه حسن عند الله وإلا كان ما رآه آحاد العوام من المسلمين حسناً عند الله وهو ممتنع " [2].

والرد على هذا :

أولا: لا مانع أن يكون الحديث دليلاً على صحة الإجماع ، ومع هذا يكون دليلاً على حجية العرف مع مراعاة شروط كل منهما .

ثانياً : ما قاله الآمدي - رحمه الله تعالى - : أن هذا يؤدي إلى اعتبار قول آحاد المسلمين ، فالعرف لا يتحقق في هذا ، وإنما هو عرف عام يشمل كل المسلمين أو خاص يشمل كل أهل بلدة أو صناعة ، فالعرف لابد أن يعمل به أهله كلهم أو جلهم .

أحاديث أخرى :

هناك الكثير من الأحاديث الصحيحة تدل على اعتماد العرف وجعله دليلاً شرعياً ، ووجوب الرجوع إليه ، منها :

1- ما رواه البخاري - رحمه الله تعالى - بسنده إلى عائشة رضي الله عنها قالت : إن هنداً بنت عتبة قالت : يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح ، وليس وليس يعطيني وولدي إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم ، فقـــال : " خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف "[3] والحيث صحيح اتفق عليه البخاري ومسلم ، والاعتماد منه على العرف واضح .

2- ما رواه البخاري - رحمه الله تعالى - بسنده إلى حكيم بن حزام وعبدالله بن عمر رضي الله عنهم ، ولفظ عبدالله بن عمر قال: قال النبي صلى الله عليه وسلم : " البيعان بالخيار مالم يتفرقا أو يقول أحدهما لصاحبه اختر "[4] متفق عليه .

---

(1) موطأ مالك برواية محمد بن الحسن 631/1 ، وذكر للحديث طرقاً مرفوعة ، وهو في مسند أحمد أيضاً وذكره أصحاب الأحاديث المشتهرة بطوله كالسخاوي في المقاصد الحسنة ص 367 حديث رقم (959) ومحمد بن طولون الصالحي في كتابه الشذرة 104/2 حديث رقم (824) .

(2) الإحكام للآمدي 159/4 ، والعرف وأثره للمباركي ص118 ، والاجتهاد فيما لا نص فيه للطيب خضري 2/2 .

(3) اللفظ للبخاري 246/12 ، فتح الباري حديث (5364) ، وصحيح مسلم بشرح النووي 248/6 حديث رقم (1724) .

(4) صحيح البخاري مع فتح الباري 131/6 حديث رقم (2107، 2110) ، والحديث في مسلم رقم (1532) .

ولم يحدد النبي صلى الله عليه وسلم ما به يكون التفرق ، ووكل ذلك إلى العرف ، يقول ابن حجر : والمشهور الراجح من مذاهب العلماء في ذلك أنه موكول إلى العرف ، فكل ما عد في العرف تفرقاً حكم به ، ومالا فلا والله أعلم[1] . هذا وغيره كثير في السنة النبوية أحال على العرف واعتبره دليلاً .

الدليل الثالث : واقع الشريعة في فقه الأئمة :

إن الناظر في فقه الأئمة وأتباعهم ، يرى الكثير من النقول والاجتهادات التي تدل على اعتبارهم للعرف ، والاعتماد عليه كدليل لمعرفة الأحكام الشرعية ، ومن ذلك :

1- يقول ابن نجيم الحنفي - رحمه الله تعالى - : " واعلم أن اعتبار العادة والعرف ، يرجع إليه في الفقه في مسائل كثيرة ، حتى جعلوا ذلك أصلاً " ، ونقل عن السرخسي في مبسوطه : " الثابت بالعرف كالثابت بالشرط " [2].

2- القرافي المالكي - رحمه الله تعالى - عدّ العرف من الأدلة التسعة عشر على مشروعية الأحكام[3] .

3- قال جلال الدين المحلي الشافعي - رحمه الله تعالى - في شرحه لمنهاج النووي موافقاً له في اعتبار العادة : " أو معتادة بأن سبق لها حيض وطهر وهي غير مميزة فترد إليهما قدراً ووقتاً " [4].

وقال في تحديد قدر المسلم فيه : " ولو عين كيلاً فسد السلم إن لم يكن ذلك الكيل معتاداً ... وإلا بأن كان الكيل معتاداً فلا يفسد السلم ..." [5].

4- ويقول ابن القيم - رحمه الله تعالى - : " وقد أجري العرف مجرى النطق في أكثر من مائة موضع " . وعدّ منها نقد البلد في المعاملات ، وتقديم الطعام إلى الضيف ، ودخول الحمام ، ولو وقعت النار في دار جاره ، فهدم جانباً منها على النار لئلا تسري إلى بقيتها لم يضمن[6] ، بهذا كله يتحقق أن العرف دليل مستقل نبني عليه الأحكام متى استوفى الشروط .

المطلب الخامس : في بيان المختار من بين الآراء :

في أدلة الشاطبي التي يترجح بها اعتبار العرف دليلاً مستقلاً وبها اختتم الأدلة على اعتبار العرف دليلاً ، وقدم لهذا بمقدمة قال فيها : العوائد الجارية ضرورية الاعتبار شرعاً ، كانت شرعية في أصلها أو غير شرعية ، أي سواء كانت مقررة بالدليل شرعاً ، أمراً ونهياً أو إذناً أم لا ، أما المقررة بالدليل فأمرها ظاهر ، وأما غيرها فلا يستقيم إقامة التكليف إلا بذلك ..

ونبدأ في سرد الأدلة وهي :

1- أن الشارع رتب الأحكام على الأسباب العادية ، وهذا دليل على اعتبار العرف والعادة في التشريع ، فالعادة جرت بأن الزجر سبب الانكفاف عن المخالفة ، كقوله تعالى : ﴿ ولكم في القصاص حيوة ﴾ [7]فلو لم تعتبر العادة شرعاً ، لم ينحتم القصاص ولم يشرع ، إذ يكون شرعاً لغير فائدة ، وذلك مردود بقوله : ﴿ ولكم في القصاص حيوة ﴾ فلو لم تكن العادات معتبرة شرعاً ، لما رتب الشارع عليها شرعية الأسباب التي نيطت بها تلك العادات .

---

(1) فتح الباري 134/6 ، ومذهب الإمام أحمد ص 605 .
(2) المرجع السابق ، والأشباه والنظائر لابن نجيم ص93 ، ورسائل ابن عابدين 113/2 .
(3) شرح تنقيح الفصول ص445 .
(4) شرح الجلال للمنهاج بحاشية قليوبي 105/1 .
(5) المرجع السابق 250/2 باب السلم .
(6) إعلام الموقعين 393/2 وما بعدها .
(7) سورة البقرة : الآية 179 .

2- الشارع اعتبر العادات المطردة فيهم ، ولو لم يعتبرها لما كان هناك مانع من اختلاف التشريع واختلاف الخطاب .

3- الشارع جاء باعتبار المصالح ، وهذا يوجب اعتبار العوائد ؛ لأنه إذا كان التشريع على وزن واحد ، دل على جريان المصالح على ذلك ، لأن أصل التشريع مراعاة المصالح ، والتشريع دائم فكذلك المصالح وهذا معنى اعتبار العرف .

4- أن العوائد لو لم تعتبر لأدى ذلك إلى تكليف ما لا يطاق ، وهو غير جائز ، أو غير واقع ؛ لأن في نزع الناس عن عاداتهم حرجاً ومشقة وهما مدفوعان بالنص [1].

5- من هذا كله نرى أن العرف دليل من أدلة الشريعة ، اعتبره الشارع وأحال عليه في بيان الأحكام .

ولكن العرف المعتبر هو العرف الدائر في فلك الشريعة ، ويتحقق هذا بشروط خاصة [2]، وفي أقسام خاصة من أقسام العرف ، أبينها في بحث قادم إن شاء الله تعالى .

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين ، والحمد لله رب العالمين .

(1) الموافقات للشاطبي 288/2 ، ومذهب الإمام أحمد للدكتور عبدالله التركي ص 605 .

(2) أهم شروط الصحيح من العرف :

أ- التكرار والشيوع ، وبدونها لا يتحقق العرف .

ب- الإطراد والغلبة .

ت- أن يبكون سابقاً أو مقارناً .

ث- ألا يعارضه نص للمتعاقدين .

ج- وهو أهمها : أن لا يخالف دليلاً شرعياً ، أو قاعدة من قواعد هذه الشريعة .

الخاتمة

الحمد الله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين ، وعلى آله وصحبه والتابعين ، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين، وبعد: فقد خلصت من هذا البحث إلى عدد من النتائج والتوصيات أهمها :

النتائج:

1- أنّ العرف والعادة بمعنى واحد ، وهو ما اعتاده أكثر الناس وساروا عليه في جميع البلدان ، أو في بعضها ، سواء أكان ذلك في جميع العصور أم في عصر معين .

2- أن العرف معتبر في كثير من الأحكام الشرعية العملية ، فيدخل في كثير من أبواب الفقه ، سواء كان ذلك في العبادات أو المعاملات أو الجنايات والعقوبات . ومن هنا يتضح مدى مرونة أحكام التشريعات الإسلامية وصلاحيتها لكل زمان ومكان ، من أجل التيسير على الناس ، وتحقيق حاجاتهم ، وبخاصة في عصرنا الذي تشابكت فيه العلاقات، وكثرت فيه احتياجات الناس الخاصة والعامة .

3- العرف له أثر كبير في القواعد الشرعية ، ولا يخلو كتاب من كتب القواعد الفقهية من القاعدة الأساسية في العرف ، وهي: " العادة محكمة " .

4- العرف دليل مستقل من أدلة الشريعة ، اعتبره الشارع وأحال عليه في بيان الأحكام .

5- للعرف أثرٌ قوي في ترجيح كثير من الأقوال المختلفة ، و سبب في تغير الفتوى، وما استقر عليه المذهب

6- . اعتبار العرف في الأساليب المحددة السائرة التي تعتبر العرف قرينة ضرورية لفهم سياق الكلام ومقاصد الناس ونياتهم .

7- نقل ابن عابدين - رحمه الله تعالى - عن بعض المحققين أنه لا بد للحاكم من فقه في أحكام الحوادث الكلية، وفقه في نفس الواقع وأحوال الناس، ومن هنا اشترط فقهاء المالكية أن يكون القاضي بلدياً، أي يعرف أحوال أهلها وعاداتهم [1].

8- أن العرف مع كونه الضابط فيما يحكم فيه إلا أنه ضابط متسع ، وحدٌ رجراج ، وأصلٌ يتفاوت تطبيقه ، والإحالة عليه قد يقع فيها في بعض الأوقات إلباس ، وأذكر هنا بعضَ نصوص الأئمة رحمهم الله تعالى الدالة على ذلك :

- قول الإمام الغزالي - رحمه الله تعالى- : " وجميع ضوابط الشرع فيما يُعلم بالعادة ... ينقسم إلى أطرافٍ واضحةٍ ، وأوساطٍ مشكلة " [2]
- قول الإمام التقي السبكي - رحمه الله تعالى- : " الإحالة على العرف قد يقع فيها في بعض الأوقات إلباسٌ "[3]
- قول الإمام الكمال ابن الهمام - رحمه الله تعالى- : " ... والعرف يتفاوت ، وقد يتحقق فيه اختلاف لذلك " [4]

التوصيات

- التأكيد - تدريساً وتأليفاً واهتماماً - على ربط العرف بالحياة وشؤون الناس ، وذكر الأمثلة والتطبيقات المبنية على العرف ، فإن ذلك هو الباعث على جعله بصورة قريبة المُتَنَاوَل ، واضحة المعالم ، مأنوسةٍ مألوفة ، موضوعةٍ للإفهام ، باعثةٍ على العمل والتطبيق .

- ينبغي للجهات المعنية بالفتوى والقضاء نحو : المحاكم الشرعية ودوائر الإفتاء تدوينُ الأعراف الجارية والعوائد المستفيضة ؛ ذلك للزوم الحاجة إليها في الحُكم والفتوى ، وملاحظة تغيرها من إقليم ومنطقة إلى أخرى، ومن زمنٍ وحالٍ إلى غيره .

---

(1) العرف والعمل في المذهب المالكي ص 147-151

(2) إحياء علوم الدين 67/2 .

(3) تكملة المجموع 548/11 .

(4) فتح القدير 380/5 ، الاعتصام للشاطبي 67/2 .

المصادر والمراجع

1- أثر الأدلة المختلف فيها للدكتور مصطفى البغا ، دار القلم ، ودار العلوم الانسانية ، دمشق ،ط 2

2- الاجتهاد فيما لا نص فيه للدكتور الطيب خضري،مكتبة الحرمين ، الرياض ،ط1 1403هـ/1983م.

3- الإحكام لسيف الدين الآمدي(ت636هـ) مؤسسة النور في الرياض .

4- الاختيار لتعليل المختار للموصلي ، تح زهير الجعيد ، دار الأرقم بن أبي الأرقم .

5- الاستبصار فيما اختلف فيه من الأخبار للطوسي (ت: 46هـ) دار صعب ودار التعارف،بيروت 1390هـ.

6- الاستحسان حقيقته وحجيته للدكتور حسن مرعي ، بحث منشور بمجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية العدد 14 يوليو 1997م .

7- الأشباه والنظائر لابن السبكي محققة دار الكتب العلمية ، بيروت ،ط1، 1411هـ/1991م.

8- الأشباه والنظائر لابن نجيم ،مؤسسة الحلبي وشركاه ، القاهرة 1387هـ / 1968م .

9- الأعراف البشرية للدكتور عمر الأشقر ، دار النفائس ، الأردن ،ط1413،1هـ/1993م.

10- الأعلام لخير الدين الزركلي، دار العلم للملايين ، بيروت ، ط7 ، 1986م .

11- إعلام الموقعين للإمام ابن القيم الجوزية (ت:751هـ) دار الجيل ، بيروت .

12- أصول الفقه للشيخ عبدالوهاب خلاف ، دار القلم ، ط 2 ، 1408هـ/1988م .

13- تاج العروس للزبيدي المطبعة الخيرية بمصر 1306هـ .

14- ترتيب المدارك للقاضي عياض ، طبعة وزارة الأوقاف المغربية .

15- التعريفات للجرجاني ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط 1 ، 1403هـ/1983م .

16- التفسير المنير للدكتور وهبة الزحيلي ،دار الفكر المعاصر ، ط 1 ، 1411هـ / 1991م .

17- التلخيص لإمام الحرمين ، دار البشائر الإسلامية ومكتبة دار الباز،ط1417،1هـ/1996م .

18- التلخيص الحبير لابن حجر(ت:852هـ) شركة الطباعة الفنية بمصر .

19- تهذيب الفروق للمكي المالكي على هامش الفروق للقرافي ، دار إحياء الكتب العربية 1344هـ .

20- تيسير التحرير لمحمد أمين بادشاه ،مصورة دار الكتب العلمية بيروت .

21- رسالة نشر العرف ضمن رسائل ابن عابدين ، دار إحياء التراث العربي بيروت .

22- روح المعاني للألوسي (ت:127هـ) دار الفكر، بيروت 1411هـ/1991م .

23- روضة الناظر للموفق ابن قدامة (ت: 620هـ)المطبعة السلفية ،ط5، 1395هـ .

-24 الشذرة لمحمد بن طولون الصالحي (ت:935هـ)دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط 1 ، 1413هـ/1993م.

-25 شرح تنقيح الفصول للقرافي (ت:684هـ)مكتبة الكليات الأزهرية ،ط 1 ، 1392هـ/1973م .

-26 شرح الكوكب المنير للفتوحي (ت:972هـ)ط 1 ،أم القرى 1408هأ/1987م.

-27 صحيح البخاري (ت:256هـ) مع فتح الباري لابن حجر ، دار أبي حيان بالقاهرة .

-28 صحيح مسلم (ت:261هـ) بشرح النووي(ت:676هـ) ط 1 .

-29 العرف وأثره للدكتور أحمد علي سير المباركي ، ط 1 ، 1412هـ / 1992م .

-30 العرف والعادة بين الشريعة الإسلامية والقانون للدكتور حسنين محمود حسين ، دار القلم ، دبي .

-31 العرف والعادة للدكتور أحمد فهمي أبي سنة ، مطبعة الأزهر

-32 العرف والعمل للدكتور عمر الجيدي ، مطبعة فضالة المحمدية بالمغرب ، 1404هـ / 1984م .

-33 فتح الباري لابن حجر (ت:852هـ) دار أبي حيان بالقاهرة .

-34 الفروق للقرافي (ت:684هـ) مصورة دار المعرفة ، بيروت ، ط 1 ، 1408هـ / 1988م .

-35 الفوائد الجنية للفاداني المكي (ت: 1410هـ) حاشية على المواهب السنية شرح الفوائد البهية في نظم القواعد البهية ، دار البشائر الإسلامية ، بيروت ، ط 1 ، 1400هـ / 1991م .

-36 في ظلال القرآن لسيد قطب ، دار الشروق ، بيروت ، ط 11 ، 1407هـ / 1985م .

-37 القاموس المحيط للفيروزآبادي ، دار الجيل ، بيروت .

-38 كشف الأسرار للنسفي ، دار الباز ، مكة المكرمة ، ط 1 ، 1406هـ /1986م .

-39 لسان العرب لابن منظور محمد بن مكرم بن علي ، دار صادر ، بيروت ، 1388هـ / 1968م .

-40 المحصول للرازي(ت: 606هـ) دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط 1 ، 1408هـ / 1988م .

-41 المدخل الفقهي العام للأستاذ مصطفى الزرقاء ، دار الفكر، 1387هـ / 1968م .

-42 المدخل لدراسة العلوم القانونية للدكتور عبدالحي حجازي ، طبعة القاهرة .

-43 مذهب الإمام أحمد للدكتور عبدالله التركي ، مؤسسة الرسالة ، بيوت ، ط 3 ، 1410هـ / 1990م .

-44 المستصفى للغزالي (ت:505هـ) المطبعة الأميرية ،القاهرة ، 1322هـ .

-45 المصلحة المرسلة بين النظرية والتطبيق للدكتور حسن مرعي (مخطوط) .

-46 المعتمد لأبي الحسين البصري (ت:436هـ) المعهد العلمي الفرنسي للدراسات العربية ، دمشق 1384هـ /1964م .

47- المعيار المعرب للونشريسي (ت:914هـ) دار الغرب الإسلامي ، وزارة الأوقاف المغربية .

48- معالم التنزيل : تفسير البغوي (ت:516هـ) دار المعرفة ، بيروت ، ط 2 ، 1407هـ / 1987م .

49- معجم مقاييس اللغة لابن فارس (ت:395هـ) مكتبة مصطفى البابي الحلبي ، القاهرة .

50- المقاصد الحسنة للسخاوي (ت: 902هـ) ط 1 ، 1399هـ /1977م .

51- منتهة الوصول والأمل في علمي الأصول والجدل لابن الحاجب (ت:646هـ) مطبعة السعادة ، ط 1 ، 1326 هـ .

52- منهاج النووي بشرح المحلى مع حاشية قليوبي ، دار إحياء الكتب العربية ، فيصل الحلبي .

53- موطأ مالك برواية محمد بن الحسن الشيباني ، ط 2 ، 1418هـ / 1998م .

54- الموافقات للشاطبي (ت: 790هـ) دار المعرفة ، بيروت .

55- نيل الأوطار للشوكاني (ت:1250هـ) الحلبي ، ط3 ، 1380هـ /1961م .

56- نفائس الأصول شرح المحصول للقرافي (ت:684هـ) مكتبة نزار مصطفى الباز ، ط 1 ، 1416هـ/1995م.