

تمهيد :

مما لا ريب فيه ان الحركات الاعتيادية تلعب دورا هاما في حياة كل فرد . فالانسان يسلك بنفس السلوك في نفس الاوضاع ، وهذه الحركات التي تظهر كتفاعلات نمطية تكتسب بمرور الزمن طابع «الاعتیاد» وبذلك يسهل الانسان عيشه الى حد ما ويتخلص من صعوبة الاختيار واتخاذ القرار على ان يعين سلوكه لكل وضع في كل مرة . كما يسرى نفس الشيء في شأن الحركات الاعتيادية الاجتماعية أيضا .

فالعادات الاجتماعية عبارة عن قواعد السلوك الاجتماعي التي تتكون عن تلك التصرفات الاعتيادية الاجتماعية والتي تتبدل حسب تبدل الافراد والازمان والامكنة .

ومما لا شك فيه ان هنالك تشابها كبيرا بين القواعد القانونية وقواعد العادات الاجتماعية ، وهذه القواعد هي التي تنظم حياة الانسان تنظيما الزاميا في المجتمع . والحق ان كون العادة قاعدة الزامية لما يجب ان يكون (doit être) هو الخاصية التي تميزها عن الحركات الاعتيادية الاجتماعية الاخرى . لان العادة تقضى وتحتم تحقيق استمرارية الامور في المستقبل أيضا كما جرت في الماضي ، بينما الحركات الاعتيادية الاجتماعية لا تتضمن فكرة الالتزام .

وكما ان هنالك تشابها كبيرا بين القواعد القانونية وبين قواعد العادات الاجتماعية من حيث كونهما ذات الطابع « hétéronome » (يتلقى من الخارج القوانين التي تسيره) أي من حيث اصطباهما بالصيغة الجماعية لا الفردية فقط في تناولهما الامور ، فان هنالك تشابها بينهما أيضا في هذا المضمار من حيث المحتوى . وفي الحقيقة ان محتويات هذه القواعد لا تستقر دائما من حيث المضمون وانما يمكن ان يطرأ عليهما التغير والتبدل بصفة مستمرة . فاننا نشاهد اليوم كثيرا من قواعد العادات الاجتماعية قد أصبحت قواعد قانونية بحتة كما نشاهد العكس . مثلا فان كثيرا من القواعد القانونية التي تصادفنا اليوم على صعيد القانون الدولي هي كانت عبارة عن قواعد العادات من قبل .



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 معبر عنها من طرف مرجع من مراجع السلطة التشريعية ، وانما هي حصيلة قناعة تجلت في ضمير الجماهير ، ولذا يطلق على العرف اسم « القانون التلقائي (droit spontané) » .

الا انه يجب ان لا يخلط هنا بين القواعد العرفية التي تلعب دور مصدر القانون بشكل مباشر وبين قواعد العادات الاجتماعية . لان العرف يتميز أساسا بما يلحقه من صفة ملزمة ناتجة من الاعتقاد في الزامه نفس الزام القواعد القانونية (« الشعور القانوني » opinio necessitatis أى من الاعتقاد في وجود جزاء أو اجبار عام أو جماعي ذي طابع قانوني يكفل احترامه . وعلى هذا النحو يتميز « العرف » عن مجرد « العادة » . وتميز عن قواعد العرف حتى العادات الاجتماعية التي لها مكانة هامة في العلاقات القانونية والتي لم تصل في الزاميتها الى درجة العرف . ويسمى هذا النوع من العادات الاجتماعية « العادة الاتفاقية » (usage conventionnel) وتترتب على هذه التفرقة نتائج من عدة وجوه . وقد يقع خلط أحيانا بين « العرف » و « العادة » سواء في اللغة العربية أو اللغة التركية .

وقد ساعد على هذا الخلط ان الشارع نفسه استعمل أحيانا لفظ العادة بمعنى العرف الملزم واستعمل أحيانا أخرى لفظ العرف بمعنى العادة التي لم ترق بعد الى مرتبة العرف . ولكن التعبير الصحيح الذي يجمع عليه الفقه (doctrine) ان لفظ العرف يطلق على القاعدة القانونية الملزمة وان

وعلى الرغم من وجود شبه كبير بين القواعد القانونية وقواعد العادات الاجتماعية فان هنالك مواطن اختلاف وافتراق هامة بينهما . لاننا نرى ان قواعد العادات الاجتماعية التي تستهدف تسهيل الحياة الاجتماعية وتذليل الصعوبات بالنسبة للافراد والمجتمعات لم تكن تستند تمام الاستناد الى العقل وانما 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 ان تراعى رضا وموافقة اتباعها بحيث لا يمكن ان تلغى فاعليتها لمجرد وجود مخالفة ضدها . أما قواعد العادات الاجتماعية فهي على عكس من ذلك ، لانها قواعد اتفاقية (conventionnelle) بمعنى انها لا يمكن ان تأخذ صفة استقلالية في الوجود الا مع موافقة اتباعها ومعتنقها لتوقف تأثيرها الفعلي على ارادة واستجابة العاملين بها والمتمسكين باحكامها . والحاصل ان القواعد القانونية ومنها قواعد العرف تمتاز عن قواعد العادات الاجتماعية بتضمنها الصفة الالزامية « القاطمة » (apodictique) لما يجب ان يكون (devoir être) بينما قواعد العادات الاجتماعية لا تتضمن الا صفة الزامية « غير قاطمة » (problématique) لما يجب ان يكون .

ومن البداية هنا ان تكون علاقة متينة بين قواعد العادات والقواعد القانونية لكون كل واحدة منهما تنحو منحى اجتماعيا وتستهدف تنظيم الحياة الاجتماعية . وبما ان كل قاعدة اجتماعية يمكن لها ان تكتسى النمط القانوني فمن الممكن جدا ان تتشكل وتتكون قواعد العرف من العادات الاجتماعية . وهكذا فان

تطبيق هذا المنهج بكل دقة للوصول الى الهدف المنشود . ويفهم ذلك بكل وضوح من حديث عائشة رضى الله عنها (2) .

وان منهج التدرج فى التشريع يفيد مراعاة موازنة التأثير والتأثر وعدم التشدد عندما يؤتى باحكام تقتضى ترك الامور المعتادة المألوفة التى تركت آثارا عميقة فى الحياة الفردية والاجتماعية ، كما يفيد ذلك أيضا عندما توضع أحكام تكليفية ايجابية جديدة . ومع ذلك فان المرحلة النهائية لمنهج التدرج تتجلى فى وضع الحكم المطلوب تأسيسه بدون انتقاص أو تنازل عن المبدأ .

وبهذه الصورة والكيفية تكون السلسلة التشريعية فى الاسلام حائزة على طابع يراعى هذه الموازنة بدقة وحساسية (3) . لان الاسلام استطاع ان يزيل من المحيط الذى واجهه فى أول الامر أمورا اعتيادية كثيرة التى كانت لها آثار عميقة فى الحياة الفردية والاجتماعية ، بمنهج التدرج فى التشريع مذيبا ردود الفعل التى كان يمكن أن تؤثر فى السلطة التشريعية ، كما تمكن فى نفس الوقت من وضع القواعد التى يريد وضعها بصفة نهائية . ولا شك ان تلك التأثيرات العميقة التى أشرنا إليها آنفا قد نتجت ونشأت بصفة عامة عن الاعراف والعادات المتبعة آنذاك . اذن، يمكن ان نقول ان التشريع الاسلامى لم يكن بعيدا عن الاهتمام ازاء تأثيرات الاعراف والعادات فى الحياة الاجتماعية للأفراد والمجتمعات .

كما أشرنا سابقا فان الليونة التى نشاهدتها أثناء التشريع التدريجى لم تكن تشكل المرحلة النهائية من الامر . بينما مفهوم « التقرير » الذى نتناوله الآن سوف يطالعنا بنتائج أكثر

لفظ العادة يطلق على القاعدة التى لم ترق بعد الى مرتبة العرف لافتقارها الى عنصر الالتزام فى الدرجة التى يتضمنها العرف . أما فى اللغات الغربية ، فان اصطلاحات « usage » فى الفرنسية والانجليزية و « übung » فى الالمانية التى تستعمل فى معنى العادة و « droit coutumier » فى الفرنسية و « costum law » فى الانجليزية و « Gewohnheitsrecht » فى الالمانية التى تستعمل فى معنى مجموع القواعد العرفية تشكل حاجزا أمام ذلك الخلط .

ان العرف الذى له مكانة خاصة ومتميزة فى الفقه الانجليزى - وان لم يكن يحتفظ بتلك الاهمية السابقة نفسها فى الوقت الحاضر - الذى يشكل مصدرا للقانون فى الدرجة الثانية بعد التشريع فى أغلب القوانين الحديثة بصفة عامة ، قد ميزت عن العادات كما أشرنا اليه بصورة موجزة فى ما سبق . ووضعت نظرية مستقلة خاصة بالعرف . وأثناء تناول نظرية العرف قد نوقشت بصورة معمقة عدة قضايا منها قضية منشأ القواعد العرفية وقضية أساس القوة الملزمة للعرف . ولكننا هنا لن نتطرق الى هذه الآراء بل سنكتفى بالإشارة - فى الباب الثانى من هذا البحث - الى أهم نقاط تلك النظرية لما احتاج الامر الى ذلك (1) .

الباب الاول

مكانة مفهوم « العرف والعادة » فى أدب الفقه الاسلامى

1 - بصورة عامة :

1 - 1 - مكانة العرف والعادة فى التشريع الاسلامى بصفة عامة :

ان الاسلام أولى اهتماما متزايدا لمنهج التدرج فى ميدان التشريع كما اهتم أشد الاهتمام فى

عاداتهم حرجا عظيما (8) دون ان تقابل باعتراض . وكذلك ، أئمة المذاهب الفقهية ، فانهم - ولو لم يعبروا نظريا عن قيمة الاعراف والعادات فى التشريع الاسلامى - الا انه لا يمكن ان نتصور بانهم استغنوا تمام الاستغناء فى حلولهم الفقهية عن اعراف وعادات البيئات التى عاشوا فيها . بل على العكس من ذلك فاننا عندما نلقى نظرة الى تاريخ الفقه الاسلامى نرى ان المسائل المستحدثة فى العراق الذى تسود فيه العادات الفارسية والنبطية تعرض على أبى حنيفة وامثاله وان المسائل المستحدثة فى الشام الذى تسود فيه العادات البزنطية تعرض على الازاعى وامثاله وان المسائل المستجدة فى مصر التى تسود فيها العادات القديمة من قبطية وبزنطية ونحوها تعرض على الشافعى والليث بن سعد وامثالهما وان هؤلاء الائمة كانوا يبذلون قصارى جهدهم للتوصل الى الحلول الحقوقية مراعين فى ذلك تلك العادات والتقاليد (9) .

1 - 2 - نظرة عامة الى مكانة العرف والعادة فى أدب الفقه الاسلامى :

ان الكتب التى تعنى بتاريخ التشريع الاسلامى تتناول بصفة عامة موضوع التشريع حسب الادوار التاريخية . ونحن ، - وان لم يكن ذكر تلك الادوار على حدة أمرا ضروريا - يمكن لنا ان نستدل من هذه المشاهدة العامة بسهولة ان التشريع الاسلامى مر بأدوار لها خصائص مختلفة (وهذا الاستدلال له أهمية من حيث موضوعنا) .

اننا نرى ان المسائل الحقوقية على الرغم من ايجاد حلول لها فى اطار المبادئ الاسلامية قبل تدوين الفقه أيضا (أى فى عصر الرسول (ص) والصحابة والتابعين) لم تظهر آنذاك الحقوق

حسما ووضوحا فى هذا الميدان : ان السنة التى تشكل المصدر الثانى فى التشريع الاسلامى بعد القرآن لم تكن عبارة عن أقوال الرسول (صلعم) وتصرفاته وافعاله ، وانما تتضمن تقريراته صلى الله عليه وسلم أيضا . وهذه التقريرات هى الامور الاجتماعية الواقعية - ومنها الاعراف والعادات - التى كانت موجودة من قبل فى المجتمع فأقرها الرسول صلى الله عليه وسلم واستصوب ديمومتها واستمراريتها (4) . والحق انه يمكن ان نأتى بأمثلة كثيرة وقائمة طويلة للاعراف والعادات التى كانت موجودة قبل الاسلام فى المجتمع العربى فقبلها الاسلام ورضى باستمراريتها ولم يرفضها فى ميدان التشريع (5) فمن الممكن ان نذكر كمثال حى عقدى المضاربة والسلم لتلك العادات التى كانت موجودة فى البيئة التى عاش فيها النبى (صلعم) والتى أقرها الاسلام (6) . اذن ، نستطيع ان نقول ان التشريع الاسلامى لم يكتف فقط بعدم مواجهة الوقائع الاجتماعية التى لم تضاد الاسلام ، وانما عمل أيضا من أجل اكسابها مشروعية فى الحياة العملية (7) .

وبما اننا سنتناول فى الباب الثانى موقف مذاهب الفقه الاسلامى ازاء العرف والعادة وأدلة من يعتبرهما مصدرا من مصادر التشريع فى الفقه الاسلامى ، نكتفى هنا بالقول ان المبادئ العامة للتشريع الاسلامى وكذا الحلول والنتائج الفقهية التى توصل اليها فقهاء الاسلام الذين يعملون فى اطار تلك المبادئ ، تعكس نظرة ايجابية للاعراف والعادات التى هى عبارة عن قواعد السلوك الاجتماعى ، ما دامت لا تتعارض والمبادئ الاسلامية . والحق انه يمكن لنا ان نلاحظ فى المؤلفات الفقهية الاسلامية عبارات تفيد ان فى نزاع الناس عن

ونحن في صدد البحث والدراسة عن الامور المتعلقة بالعرف والعادة في الفقه الاسلامي ، نرى لزاما علينا ان نتطرق الى نقطة تتعلق بتعريف العرف والعادة ألا وهي اقدام أساتذة كرام اشتهروا بأثارهم القيمة في العالم الاسلامي أمثال الشيخ محمد أبي زهرة (رحمه الله) (I3) والشيخ مصطفى أحمد الزرقاء (I4) والدكتور محمد سلام مذكور (I5) والدكتور عبد العزيز الحياط (I6) الى اسناد تعريف للعرف والعادة الى الغزالي قائلين أثناء نقلهم له « ان الغزالي عرف العرف والعادة في كتابه المستصفى كما يلي ... » ، الا أنه تبين لنا من خلال تحقيقاتنا في هذا الميدان ان سبب هذا الالتباس قد نتج عن اتباعهم بالفقيه الحنفي ابن عابدين الذي ألف رسالة مستقلة في العرف والعادة عندما كان يعرف العرف والعادة بتعريف الامام النسفي قائلًا : « وفي شرح الاشباه للبيري عن المستصفى ... » دون ان يصرح اسم المؤلف ويرجع المؤلف الى صاحبه الحقيقي (I7) ، مع ان المراد من كتاب المستصفى هنا لم يكن المستصفى الشهير الذي ألفه الامام الغزالي وانما هو الكتاب المسمى بالمستصفى أيضا والذي ألف من طرف الفقيه الحنفي الامام النسفي المشار اليه آنفا .

وتتجلى لنا أهمية تطرقنا الى هذه النقطة من جهتين : الاولى ثبوت ان أول تعريف للعرف والعادة – امكن التوصل اليه – لم يكن منشؤه الغزالي (المتوفى سنة 505/III) وانما كان قد صدر ذلك عن الامام النسفي الذي عاش متأخرا عن الغزالي بقرنين من الزمن . اما الجهة الثانية – وهي الاهم بالنسبة لنا – كون هذا التعريف الخاص بالعرف والعادة لم يرد في كتاب من كتب علم الاصول ، وانما ورد في كتاب من الكتب التي تهتم بالفروع الفقهية (I8) . لان تناول

الاسلامية كعلم مستقل وبالتالي لم تتضح قواعد هذا العلم تمام الوضوح . مثلا ، فاننا – بالرغم من مشاهدتنا للتأثير القوي للاعراف والعادات في النتائج المحقوقة التي توصل اليها في هذا الدور – نلاحظ انها لم تظهر في الوجود كمصطلح مستقل كما لم تأخذ مكانها بشكل واضح بين قواعد الاستنباط .

أما في دور التدوين فان الاسس التي استند اليها الاجتهاد قد أصبحت واضحة وان الاصطلاحات المحقوقة قد اكتسبت أهمية كبرى في تحليل المسائل بشكل تدريجي . والخلاصة ان الفقه الاسلامي قد نمت واکتمل بصفة تدريجية وأصبح علما مستقلا بحيث ارتكز الى قواعد الواضحة في بذل جهود ومساعي علمية قيمة (I0) (وبعبارة واضحة يمكن القول ان تدوين علم أصول الفقه كان متأخرا زمنيا عن تدوين الفقه) (I1) . لهذا ، يجب ان نتحرى بصفة عامة المعلومات الواضحة المتعلقة بمناهج الحقوق الاسلامية واصطلاحاتها في النتائج والثمرات التي توصل اليها من خلال المساعي القيمة التي بذلت في ذلك الدور . غير ان الوضعية تكون مختلفة من جهة موضوعنا . لان دور العرف والعادة ، – على الرغم من ظهوره في الفقه الاسلامي بشكل أوضح وادق من ذي قبل – الا أن ما يلفت النظر هو كونهما لم يأخذا مكانتهما بين المصادر المحقوقة بشكل قطعي وواضح ، كما لم تتحدد حدود مفهوم العرف والعادة في ميدان التشريع بشكل بين وجلي .

وفي الحقيقة ان أول تعريف للعرف والعادة أمكن التوصل اليه في أدب الفقه الاسلامي هو ما ظهر في الكتاب المسمى « بالمستصفى » المتعلق بفروع الفقه للفقيه الحنفي أبي البركات حافظ الدين النسفي المتوفى سنة 710/1310 (I2)

العرف بتعريف مستقل - وان كان يشكّل مقدمة لنظرية خاصة بالعرف - فان الامر الاهم من حيث أخذه مكانته الخاصة بين الادلة الشرعية وحصوله على نظرية مستقلة هو دخول أو عدم دخوله فى أدب علم أصول الفقه .

عندما تلقى نظرة عامة الى الخطوط العامة لمبادئ المذاهب الاجتهادية يمكن ان نتوقع كنتيجة طبيعية أخذ العرف مكانا متميزا وخصوصا فى الفقه الحنفى ، ومع ذلك فاننا لا نكاد نشاهد حتى فى كتب أصول الفقه الحنفية خطوات جريئة لبيان موقف واضح وصريح تجاه العرف والعادة . ويمكن ان نشير كمثال لذلك الى التردد الذى نجده عند الجصاص (م . سنة 370/980) ازاء العرف فى كتابه الذى يعتبر كأول كتاب وصل الينا فى ميدان علم أصول الفقه من بين الكتب الحنفية (19) : نراه عندما يعرف الاستحسان فى هذا الكتاب - عارضا الاستحسان بشكله - يبين امكانية تحقق الشكل الثانى (تخصيص الحكم مع وجود العلة) بواحد من أسباب خمسة ومنها « عمل الناس » ، ولكنه مع ذلك لا يجعل عمل الناس سببا مستقلا للاستحسان أثناء تفريقه أقسام الاستحسان عن بعضها البعض كل على حدة وان كان لا يهمل دور عمل الناس عند ايراده امثلة لكل من أقسام الاستحسان (20) . أما الاصوليون الذين جاؤوا من بعده ، فنراهم لا يستسيغون جعل نمط خاص للاستحسان بسبب العرف (21) ، ازاء هذا التحاشى الملحوظ فى كتب أصول الفقه ، فاننا نشاهد بكل سهولة توضيحات متعددة فى كتب الفروع حول تحقق الاستحسان بسبب العرف (22) . حتى ان المؤلف نفسه فى الوقت الذى يجعل العرف سببا للاستحسان فى كتابه المتعلق بالفروع يحترز عن ذكر ذلك فى كتابه

الخاص بعلم أصول الفقه (23) . والى جانب ذلك ، يجدر بنا ان نلفت النظر الى اننا لا نكاد نعثر على عناوين مستقلة فى كتب علم الاصول لتناول العرف سواء بصفة ايجابية أو سلبية بينما نجد عناوين سلبية لبعض الادلة الاخرى التى اختلف فى اعتبارها الاصوليون مثل الاستحسان والاستصلاح (24) .

والخلاصة انه مقابل اعطاء أهمية كبيرة لقاعدة « العرف يترك به القياس » (25) فى كتب الفروع فاننا يمكن ان نسجل ان العرف لم يتناول أثناء التحقيقات الاصولية ، الا فى مؤلفات الادوار الاخرة وذلك كدليل تال فقط ، فضلا عن حيازته مكانا مستقلا بين المصادر . ولا شك ان هذه الوضعية تمكنا من القول بوجود ثنائية (dualité) فى أدب الحقوق الاسلامية من حيث تناول العرف (26) .

اما العبارات الواردة فى كتب الفروع حول العرف والعادة - فبسبب عدم اخضاع مفهوم « العرف والعادة » لخطوط معينة ومحددة - كانت أحيانا سببا لاتخاذ فكرة غير صحيحة لتبيين وتوضيح مكانة العرف والعادة فى الحقوق الاسلامية .

وفى الحقيقة اننا نشاهد حتى فى البحوث المستقلة التى لجمى اليهما من أجل بيان مكانة العرف والعادة فى الفقه الاسلامى ، بعض الامور التى كان يجب ان يتناول فى اطار القواعد اللغوية أو فى المفاهيم التى تتعلق بتطبيق القانون (مثل «العدالة» (équité) وسلطة التقدير للحاكم) وكذلك بعض المسائل التى تدخل فى اطار قانون المرافعات وارادة فى اطار مفهوم « العرف والعادة » .

والحال انه اذا القينا نظرة فى اطار أصول الفقه الاسلامى الى مكانة العرف بخطوطه العامة

نجده قد شكل مادة أساسية للأحكام الاجتهادية، ولكنه مع ذلك لم يتمكن قط من الارتفاع الى درجة المصدر الشكلي (source formelle) . وبعبارة أخرى ، على الرغم من رجحان تأثير العرف على المجتهد في استنباط الحكم بعد الكتاب والسنة والاجماع النقلى فى المسئلة التى يوجد فيها العرف الا انه لم يأخذ مكانته بين المصادر الشكلية وكذلك بين سلسلة المراتب للدلالة الشرعية وانما لعب دوره فى تثبيت الحكم بواسطة مفاهيم أخرى وبخاصة منها الاستحسان والاستصلاح (27) . وسنقف عند أسباب هذه الحالة فى الباب الثانى من هذا البحث .

وهنا يجدر بنا ان نشير الى انه - مع قبولنا لوجود فروق واضحة بين « العرف » وبين « الاجماع » (28) المتفق على اعتباره لدى جميع الاصوليين - يمكن ان نشاهد تداخلا وتعاضدا بين دليل « الاجماع السكوتى » الذى يحظى أهمية كبيرة خاصة عند الحنفيين وبين دليل « العرف العام » (29) فى بعض الحالات ، وخاصة عند التوصل الى أحكام الاباحة فى اطار صيغة « من غير نكير » (30) .

والملاصة ان أمورا كثيرة فى أدب الفقه الاسلامى كان يتوقع الباحث المتعود على مفاهيم النظريات الحديثة ان تتعرض لها فى اطار خاصيات اللغة قد تصورت ضمن مفهوم العرف والعادة كما تنولت العادات الاتفاقيه والقواعد العرفية التى تلعب دور « القاعدة القانونية » (31) دون تمييز بينهما . وبعبارة أخرى ، فقد تطرقوا الى العرف والمادة باعتبار تأثيرهما بصفة مباشرة أو غير مباشرة على النتيجة القانونية التى ستطبق على الواقعة القانونية دون أى اهتمام بالاتجاه الى وضع نظرية للعرف

أو بيان للدور الذى يلعبه العرف والعادة (ككونهما يلعبان دور تكميل الفراغات القانونية أو تفسير النصوص أو ائارة الطريق للمقاضى عند استعماله سلطة التقدير أو تفسيره التصرفات القانونية) .

فنحن فى بحثنا هذا لن نتناول العرف كقاعدة قانونية فحسب ، وانما سنتطرق الى العرف والعادة (دون تفريق بينهما باعتبار المضمون) من حيث مكانتهما فى أدب الفقه الاسلامى . غير اننا سنعمل من أجل توضيح أدوارهما المختلفة الطابع كما سنسعى بعد ذلك (فى الباب الثانى من هذا البحث) فى ضوء هذه التحاليل لاجراء

بحث نقدى للمحاولات المستجدة لتطویر نظرية مستقلة للعرف فى الفقه الاسلامى . يجب ان ننبه هنا الى ان الامثلة فى بحثنا هذا قد ضربت لتكون نماذج لاقتراحاتنا المتعلقة بتناول أدوار العرف والعادة المختلفة الطابع ؛ لهذا ينبغى ان يؤخذ بعين الاعتبار دائما وجود احتمال تقييم تلك الامثلة بصورة مختلفة عند المذاهب الحنوقية الاخرى سواء من حيث النتائج أو الاستدلال .

2 - دور العرف والعادة فى مختلف مجالات الفقه الاسلامى :

عندما نتمكن من التمييز بين موقف المجتهد الذى يستنبط الاحكام مباشرة من النصوص وبين موقف السلطات التنفيذية التى تضع هذه الاحكام حيز التطبيق ، نستطيع آنذاك ان نتوصل الى ادراك المكانة التى يحرزها العرف فى الحقوق الاسلامية بشكل أوضح وأصح .

لهذا فاننا سنحاول ان نفرق فى بحثنا هذا بين دور العرف فى منهجية القانون (méthodologie du droit) وبين دوره الذى يتجلى أثناء وضع القانون فى

ليتخذ منها مقياس من مقاييس الحكم فيما يراد اضافته على النصوص بطريق القياس ، ويطلق عليه اسم « الاجتهاد القياسي » .

والنوع الثانى هو تحديد « روح الشريعة بصورة عامة » ليتخذ منها أصل من أصول التشريع للحكم فى كل حادث جديد استنادا الى المصالح المرسله ، ويسمى هذا النوع « بالاجتهاد الاستصلاحى » (34) .

ففى حالة وجود نص خاص يمكن تطبيقه بشكل مباشر على المسئلة المحقوقية لا يمكن ان يلعب العرف والعادة أى دور من الادوار . مثلا لا يمكن ان يتوصل الى حكم جديد بأى نوع من أنواع العرف فى مسئلة التبنى المعتبر عادة عند العرب كالبنة الحقيقية بعد أن ألفى هذا الحكم بنص قرآنى صريح .

والآن سنلقى نظرة الى أدوار العرف والعادة فى الحالات الاخرى المتقدمة (فى الانواع الثلاثة للاجتهاد) .

2 - 1 - 1 - فى الاجتهاد البيانى :

(أ) فى التفسير اللفظى :

على الرغم من فسح المكان للأراء الخاصة بموضوع « التخصيص بالعرف القولى » و « التخصيص بالعرف العملى » فى بحوث أصول الفقه ، فانه فى حقيقة الامر يمكن القول بان الخصائص اللغوية قد تنولت هناك فى اطار مفهوم العرف والعادة . وسنشير الى هذين الدورين للعرف والعادة بايجاز شديد فيما يلى :

(أ) دور العرف القولى :

ان التخصيص بالعرف القولى هو قصر العام على بعض افراده بموجب « مفهوم القول » ، لا بموجب « مفهوم التعامل » ، وذلك مثل الدراهم

حيز التطبيق . ولا نقصد من هذا التقسيم ان السلطة التى تختص بتنفيذ الاحكام تكون بعيدة فى جميع الاحوال عن دائرة الاجتهاد من حيث الاهلية والكفاءة ، وانما قد يكون المقام المختص بتطبيق الاحكام جامعا بين اهلية الاجتهاد وسلطة التنفيذ ، وفى هذه الحالة يعتبر مستنبطا للحكم الذى سيطبق على الحادثة مباشرة من جهة ، ومنفذا له من جهة اخرى .

2 - 1 - دور العرف والعادة فى منهجية القانون :

ان المنهج الذى يجب ان يتبع فى حل مسئلة حقوقية قد أصبح معلوما فى بيانات معاذ بن جبل الموجزة التى أقرها الرسول (صلم) (32) وعليه ، اذا وجد فى الكتاب أو السنة نص خاص يستطيع ان يتناول فى حكمه القضية القانونية التى يتجرى فيها الحكم طبق هذا النص . أما اذا لم يوجد لجىء الى الاجتهاد فيها . ولكن المقصود من « الاجتهاد » هنا هو الاجتهاد فى المفهوم الضيق . لان وجود نص خاص يستطيع ان يتناول فى حكمه القضية المحقوقية لا يعنى انه لم يدع مجالا لاختلاف الآراء أبدا ؛ بل على العكس من ذلك ، يمكن ان يجب تناول هذا النص والتفكير فيه لفهم مقصود الشارع منه تارة فى اطار ألفاظه وتارة فى اطار معانى ألفاظه . فالنشاطات البيانية هذه التى تنصب على الالفاظ والمعانى تسمى « بالاجتهاد البيانى » . اذن ، فان « الاجتهاد » فى مفهومه الواسع يتضمن نشاطات تفسير النصوص أى الاجتهاد البيانى أيضا (33) . اما الاجتهاد فى مفهومه الضيق (الذى يلجأ اليه فى حالة عدم وجود نص يستطيع ان يتناول فى حكمه القضية القانونية) له نوعان رئيسيان : فالنوع الاول عبارة عن تحديد « العلل الموجبة للاحكام » فى كل حكم « بصورة خاصة » ،

(ب) فى التفسير بالمعنى :

كما هو معلوم فانه يتم تفسير القانون سواء عن طريق بحثه من ناحية اللفظ أو بحثه من ناحية الروح (المعنى) ، وفى نهاية هذا التفسير اذا ما تساوت النتيجة التى تم الحصول عليها مع المفهوم الذى تم استخراجها من لفظ القانون ، يقال لهذا التفسير «التفسير المقرر» أو «التفسير البياني» (interprétation déclarative) اما اذا كان يختلف عن المفهوم المستخرج من لفظ القانون كان هذا التفسير تفسيرا يحدث فى اللفظ تغييرا، وهذا التفسير يمكن ان يكون فى اتجاهين :

اما ان يوسع ما تم فهمه من اللفظ فيطلق عليه «التفسير الواسع» (interprétation extensive)

واما ان يضيق ما تم فهمه من اللفظ فيطلق عليه «التفسير الضيق» (interprétation restrictive)

(أ) فى التفسير المقرر :

هنا نجد تطابقا بين النتيجة المستحصلة من التفسير بالمعنى الذى يأخذ العرف والعادة فى الاعتبار وبين النتيجة الحاصلة من تفسير لفظ النص . ويسمى هذا التفسير الذى يأخذ العرف بعين الاعتبار فى النظائيات الحقوقية المعاصرة « بالتفسير التعاملى » كما يسمى العرف الذى أخذ بعين الاعتبار « العرف المؤيد » (la coutume confirmatoire) يمكن توضيح هذا النوع من التفسير بالمثال التالى :

يرى أبو يوسف ومحمد بن الحسن الشيباني جواز بيع أراضى مكة - وهذا احدى الروايتين من أبى حنيفة أيضا - مستنديين الى ما جاء من النبى (صلعم) « هل ترك لنا عقيل من ربيع » ، فالنتيجة الحاصلة من التفسير اللفظى لهذا الحديث قد أيدت بالتعامل وقيل : « وقد تعارف

فى مكان ما حيث تطلق وتقال ولا يفهم منها فى العرف القولى الا النوع المتعارف عليه فى ذلك المكان ، والمراد من العرف القولى فى تخصيص النص هو العرف البياني الخاص الذى يوجه الاستعمال فى عصر نزول القرآن وورود السنة، أى ما كان يفهمه المسلمون ، وما يحيط بالاستعمال فى شؤون تقييده، لانها تقييد القول، وتجعله فى دائرته . هنالك اتفاق بين علماء الاصول وعلماء اللغة فى دور العرف القولى فى تقييد المطلق وتخصيص العام (35) .

(ب) دور العرف العملى :

اما التخصيص بالعرف العملى هو قصر العام على بعض افراده بموجب « تعامل الناس » ببعض افراده لا بموجب « مفهومه القولى » . فلو كان من عادة المخاطبين فى المكان الذى جاء فيه النص تناول طعام خاص كالبر مثلا وورد الخطاب بتحريم الطعام كقوله : « حرمت عليكم الطعام » فقد انصرف التحريم عند من قال بتخصيص العام بالعرف العملى الى ذلك النوع من الطعام فقط ، رغم ان له مفهوما عاما لديهم ويدل على البر وغيره . كما يوجد اتفاق بين علماء الاصول فى تقييد المطلق بالعرف العملى غير انهم اختلفوا حول دوره فى تخصيص العام . وقد اشدت الخلاف خاصة بين الحنفية والشافعية ، فذهب الحنفيون الى تخصيص العام بالعرف العملى بينما الشافعية يخالفونهم فى ذلك . والرأى الغالب عند المالكية يوافق تمام الموافقة لرأى الاحناف الا أن القرافى من المالكية والزيلعى من الحنفية لا يذهبان الى رأى مذهبهما فى هذه المسئلة . والاستاذ أبو سنة ، بعد ان تعرض لهذا الخلاف بصورة واسعة يبين ترجيحه الشخصى فى اتجاه الرأى الحنفى (36) .

الناس بيع أراضيها والدور التي فيها من غير نكير وهو من أقوى الحجج « (37) . ويظهر ان هذا النوع من العرف يرجع في حقيقته الى مفهوم « السنة التقريرية » (38) .

(ب) فى التفسير الضيق :

المقصود هنا ، هو تخصيص العام بالمصلحة التي تتجلى فى دائرة العرف والعادة . فمثلا ، ان المعنى المفهوم من لفظ الآية الكريمة التي تقول : « **والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين** » (39) ، يتجه نحو تكليف الامهات بارضاع أولادهن دون تفريق بينهن غير أن الامام مالك يقول : « اذا كانت المرأة شريفة القدر لا يلزمها ارضاع ولدها ان كان يقبل ثدى غيرها للمصلحة العرفية فى ذلك حيث جرى العرف لدى امثالهن على ان تستأجر لاولادهن المراضع » (40) .

ويجدر بنا ان نسترعى الانتباه هنا انه لا يكون دور العرف فى تأييد المعنى الناتج عن لفظ النص وكذلك فى تخصيص النص العام (سواء فى التفسير اللفظى أو فى التفسير بالمعنى) بيت القصيد الا اذا كان ذلك العرف مقارنا لورود النص المبحوث فيه . أما اذا كان العرف حادثا بعد ذلك النص ، فان هذا العرف لا يعتبر ولا يصلح مخصصا للنص التشريعى باتفاق الفقهاء ولو كان عرفا عاما . لان التخصيص تفسير لمراد الشارع من نصه منذ صدوره عنه ، فلا يمكن ان يعتبر النص العام النافذ على عمومه مخصصا منذ صدوره بعرف سيحدث فيما بعد ، وربما لا يحدث ، كما أشار الى ذلك الاستاذ الجليل مصطفى أحمد الزرقاء (41) . ونحن نشاركه الرأى فيما اعترض على كلام ابن عابدين الذى قال :

« ... لان العرف العام يصلح مخصصا للنص » بدون تمييز فى هذا الضابط بين العرف . القائم عند ورود النص ، والحادث بعده (42) . ومع وجود أحكام فقهية تدفع الباحث فى الوهلة الاولى الى نتيجة ان العرف الحادث أيضا يلعب دور تخصيص النص العام ، فانه يجب تحقيق القضية فى تلك المواطن بدقة . والحقيقة ان النصوص فى مثل هذه الحالات مخصصة بعللها : أما دور العرف الطارىء عبارة عن تسجيل انتفاء تلك العلة . اذن ، فانه يتم أولا فى مثل هذه الحالات تفسير غائى (interprétation téléologique) - وذلك اما بثبوت علة الحكم المصرحة من طرف النص واما باستنباطها من طرف المجتهد - ، وبعد ذلك ، فلو ثبت الفقيه من انتفاء العلة بدلالة العرف ، حكم بان الحكم انتفى فى دائرة حدود انتفاء العلة وفقا للقاعدة الاصولية التي تقول « ان الحكم يدور مع علته وينتفى مع عدمه » (43) .

مثلا ، فى عقود المعاوضات ، مع عدم صحة شرط لا يقتضيه العقد عند الاحناف الذين أخذوا فى ذلك بظاهر ما روى عن النبى (صلعم) انه « قد نهى عن بيع وشرط » ، فانه يمكن قبول صحة مثل هذا الشرط عندما يصبح عرفا . لان علة الحكم القائل بعدم جواز مثل هذا الشرط كانت من أجل ازالة النزاع بين المتعاقدين ، فبوجود العرف تكون العلة منتفية (44) . والبيع بالوفاء أيضا ، يستند فى الاصل الى شرط فاسد . ولذا كان هذا النوع من البيوع ممنوعا قبل ان يصبح عرفا . الا أنه لما أصبح عرفا جوزة الفقهاء نتيجة انتفاء العلة المشار اليها آنفا (45) .

(ج) فى التفسير الواسع :

من الطبيعى ان يكون كل مادة من مواد القانون فى اطار اللغة التي يوضع فيها الحكم

المراد تفسيره وفي المتن الذى يتضمن على خاصيات هذه اللغة . فتارة تكون ألفاظ هذا المتن مبنية على عادات البيئة التى جاء فيها الخطاب . وفي مثل هذه الحالات يجب ان لا يفهم القصد من الحكم من المفهوم الذى استحصل من الالفاظ وانما عن طريق العادات التى كانت سببا فى احتواء المتن لهذه الالفاظ .

وكمثال لهذا النوع من التفسير فى الحقوق الاسلامية نريد ان نشير هنا الى الحديث الذى أحرز مكانا هاما فى أدب الفقه الحنفى والذى اشتهر باسم « النص المبتنى على العرف » . وهذا الحديث الذى يعرف أيضا بحديث « الربا » يشير الى أربع مواد (الحنطة والشعير والتمر ، والملح) مبينا ضرورة التبادل فيها بالكيل كما يشير الى مادتين أخريين (الذهب والفضة) مبينا ضرورة التبادل فيهما بالوزن . وفى الحقيقة ان أكثر الفقهاء الاحناف قد فسروا الحديث بهذا المعنى ، ذاهبين فى ذلك الى اضافة الحكم بشكل مطلق للفظى « الكيل » و « الوزن » اللذين وردا فى الحديث ؛ فعلى هذا الرأى لا يجوز التبادل فى المواد الاربعة المذكورة الا بالكيل كما لا يجوز التبادل فى المادتين الاخريين الا بالوزن . غير ان الامام أبو يوسف أثناء تناوله لهذا الحديث وتفسيره له لم يكتف بالتفسير اللفظى المجرد وانما ذهب الى كون هذه الالفاظ مبنية على عادات ذلك الوقت تماشيا مع قاعدة « النص المبتنى على العرف » متوسعا بذلك فى تفسير الحديث . وفى الحقيقة عندما ننظر الى الحديث بدقة يمكن التوصل الى ان الحكم المستهدف فيه لم يكن يتعلق بضرورة التبادل « بالوزن » أو « الكيل » وانما هو عدم وجود التفاضل فى التبادل ومنع الربح غير المشروع (46) : أما سبب استعمال لفظى الكيل والوزن فلم يكن الا تأثرا

بالعادة الجارية آنذاك (47) . وهكذا فقد استحسن اجتهاد أبى يوسف هذا من طرف كثير من الفقهاء المتأخرين وأصبح موضوع مدح وثناء (48) . كما يلاحظ تأثير اجتهاد أبى يوسف هذا فى مسائل مشابهة لها صلة بالعرف (49) .

ونلاحظ أيضا نفس الوضعية ازاء الحديث الذى يقول : « الوزن وزن أهل مكة والكيل كيل أهل المدينة » . وقد انتقد المطايبى انتقادا شديدا الذين اعتبروا وزن أهل مكة وكيل أهل المدينة مقياسين غير متغيرين ، وجمدوا روح مضمون الحديث فى دائرة الالفاظ (50) . ولا شك ان المعلومات المتعلقة بالوضع الاقتصادى والمالى لمكة والمدينة والتفسيرات التى تمت مع أخذ الاعتبار لتلك الاوضاع الاقتصادية والمالية تنور لنا الطريق فى فهم مثل هذه الاحاديث (51) .

2 - 1 - 2 - فى الاجتهاد القياسى :

ان دور العرف والعادة فى هذا النوع من الاجتهاد يكون فى أكثر الاحوال فى طابع غير ايجابى (52) . لانه يكون مانعا لتمدى حكم الاصل الى الفرع ، ولانه يتجلى كتسجيل لانتفاء المشابهة والمساواة بين الاصل والفرع من ناحية علة الحكم .

مثلا كان أبو حنيفة لا يجوز بيع النحل ودود القز ، لانه كان لا يعتبرهما « مالا » قياسا على سائر هوام الارض كالوزغ والضفادع . وكانت العلة فى عدم اعتبار مثل هذه الاشياء موضوع عقد هى عدم امكان الاستفادة منها وبالتالي تضرر احد المتعاقدين وربح الآخر بطريقة غير مشروعة الا أن محمد بن الحسن الشيبانى لاحظ امكان الاستفادة منهما واعتبرهما « مالا » نظرا لتعامل الناس وجعلها موضوع عقد للبيع والشراء (53) .

الاول ان 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 ان يستند الفقيه في استدلاله الى مجرد التعامل المذكور . ففي هذه الحالة لا يكون المقصود الا سنة تفريرية أى تعامل استصواب النبى صلى الله عليه وسلم ديومته .

2 - 1 - 3 - فى الاجتهاد الاستصلاحي :

كما سبق ان بينا تحت عنوان « مكانة العرف والعادة فى التشريع الاسلامى بصفة عامة » ، فان المبادئ العامة للتشريع الاسلامى تقف ازاء العرف - فيما أصبح مألوما بين الناس وفى التصرفات التى تركت أثرها العميق فى الحياة الاجتماعية - موقفا ايجابيا ما لم يكن مخالفا لها ومغايرا لروحها .

وخاصة عندما تأخذ بعين الاعتبار ان الاصوليين يرون بصورة عامة ان حوادث الحياة لا حدود لها أما النصوص محدودة وكذلك انهم يتبنون مبدأ عدم ترك أية حادثة حقوقية قط دون حكم (58) ، نجد ميدان الاستفادة من العرف بشكل أوسع فى مجال الاجتهاد الاستصلاحي . وبعبارة أخرى ، فان العرف الذى لم يدخل فى اطار مفهوم « العرف الفاسد » له مكانة هامة فى هذا النوع من الاجتهاد الذى يستند الى المصالح المرسله . لانه يعتبر من الظواهر الرئيسية التى تعطينا أوثق المعلومات حول مصالح الناس (59) .

2 - 2 - دور العرف والعادة فى تطبيق القانون :

ان مفهوم « تطبيق القانون » بمعنى بشكل موجز ومختصر كيفية اقدم القاضى على تناول القواعد القانونية للتطبيق (60) .

والمرى بنا ان نبين هنا ان اعتبار بعض العقود كالاستصناع مثلا فى ميدان الاجتهاد قد نتج عن تطبيق منهج ترك القياس بسبب العرف الذى يسمى ذلك عند الحنفية استحسانا (54) . وعندما يقومون بايضاح هذا الموضوع يصيرون الى وضع قاعدة « ان العرف والتعامل يعتبران كدليل لترك القياس وتخصيص النص » (55) . والحال ان هذا النوع من التصريحات وان كان يشعر بتقدم العرف كمصدر على القياس فان ذلك يكون مخالفا بالبداية لترتيب الأدلة فى كتب أصول الفقه . ولذا بذل ان يصار الى اماكن تقديم العرف على جميع أنواع القياس تمسكا بشكل مطلق بمثل هذه التصريحات فانه يستحسن التوجه الى تثبيت معانى مفهوم « القياس » وبالاخص عند الاحناف وفى الحقيقة لما نعمن النظر فى الموضوع بدقة نجد ان رجحانية العرف على القياس المتكلم عنها سابقا لا تتحقق بصفة عامة فى اطار « القياس الاصولى » (القياس القانونى *gesetzesanalogie*) وانما تتحقق فى اطار القياس بمعنى « القاعدة العامة » (القياس الحقوى *rechtsanalogie*) أو فى اطار مقتضى الدليل العام (56) . اما لو نعم النظر فى البحث عن العامل الحقيقى الدافع الى وضع مثل هذه القاعدة (أى « ان العرف يترك به القياس ويخصص به العام اذا كان ظنيا ») نلاحظ انهم يقصدون هنا التعامل الجارى منذ عهد النبى (ص) من غير تكبر والذى يرجع فى حقيقته الى مفهوم الاجماع (57) . وبديهى ان هذا النوع من الاجماع راجع فى حقيقته الى مفهوم « السنة » . اذن ، فى مثل هذه الحالات (كما كان فى تجويز عقد الاستصناع) يكون مصير الاستدلال الى احتمالين :

دور العرف في تعيين نتيجة هذا التغير ؛ لان أثر العرف فيما توصل اليه المجتهدون من الاحكام حقيقة لا تنكر (62) . وحتى لسبب ترجيح رأى المتجهد الذى يكون مطلعا على اعراف وتقاليده زمانه بصورة يقينية ، نرى فقهاء المذهب الحنفى يرجحون فى الاحكام المتعلقة بالقضاء مذهب أبى يوسف لما له من تجربة كبيرة واطلاع واسع فى حوادث الحياة وفي ميدان العرف والمادة (63) . كما روى عن محمد بن الحسن الشيبانى أيضا بانه كان يلجأ تارة الى أصحاب الحرف لاخذ المعلومات عنهم فيما يتعلق بتعاملهم ونوعيته تعاقدهم بينهم (64) .

وبناء على ذلك فان البقاء متجمدا بصفة مستمرة على ما نقل من المجتهدين السابقين ، يكون - بدون شك - عبارة عن الانحراف عن أسس الاسلام وعن عدم المعرفة بمقاصد المجتهدين (65) . ولذا فان المحققين من الفقهاء المتأخرين الذين ادركوا امكان حصول نتائج مغايرة لاسس الاسلام وأهدافه السامية من تطبيق الاحكام المستندة الى العرف بعينها فضلا عن كونها مقنعة ، أولوا أهمية خاصة لهذا الموضوع .

فالقرافي مثلا ، يصرح بان الافتاء بالاحكام المستندة الى العوائد بعد تغير ما مخالف للاجماع ويوصف ذلك بانه « جهالة فى الدين » ممن يقولون « اننا مقلدون ، ليس لنا الا ان نفتى بما فى الكتب من الاحكام المنقولة عن المجتهدين » وبين ان تغيير هذه الانواع من الاحكام بشكل يوافق للعوائد المستجدة لم يكن انشاء اجتهاد مناقض لاجتهادات المجتهدين ، بل على العكس فهو عمل بقاعدة اجمع على وجودها فى الفقه الاسلامى جميع المجتهدين كما اجمعوا على ضرورة السير فى ظلها (66) .

كما سبق ان أشير فان تاريخ التشريع الاسلامى قد مر على أدوار لها مميزات خاصة . وهكذا فان فقهاء الاسلام الذين جاؤوا عقب أدوار الاجتهاد لما لم ينطلقوا فى تحليلاتهم الفقهية من منطلق الاجتهاد أى انهم لم يتوصلوا الى الحلول الفقهية عن طريق استخراج الاحكام من نصوصها بالاجتهاد ، وانما توصلوا اليها بتطبيق الاحكام الفقهية الموروثة عن المجتهدين السابقين ، وبعبارة أخرى لما شكلت المذاهب الحقوقية المتكونة آنذاك . مصدرا شكليا (source formelle) للحقوق (61) ، فان العرف أخذ مكانته فى الحياة الحقوقية بشكل أشمل وأوضح . لان الاعراف قد تبدلت بتبدل الازمان كما أصبحت أحكام كثيرة كانت تستند الى العرف بعيدة عن الاقتناع وأداء المطلوب أثناء تطبيق الحقوق .

ان تطبيق القانون - كما بينا سابقا - يكون بيت القصيد فى الاصل سواء بالنسبة الى أدوار الاجتهاد أو غيرها . ولكنه ، لما تطرقنا الى أدوار العرف والمادة أثناء عملية الاجتهاد تحت عنوان « دور العرف والمادة فى منهجية القانون » - فان ما سنتناوله الآن تحت عنوان « (دور العرف) فى تطبيق الاحكام المستندة الى العرف » يتعلق بشكل أزيد بالادوار التى تلت أدوار الاجتهاد ؛ أما مضمون العناوين الآخرين فيتعلق سواء بأدوار الاجتهاد أو الادوار التى تلتها .

2 - 1 - فى تطبيق الاحكام المستندة الى العرف :

اذا امكن الادراك باختلاف فهم النصوص لاختلاف الزمن عند استنادها الى العرف ، ادركنا بسهولة بان الاحكام المستحصلة عن طريق الاجتهاد يمكن ان يطرأ عليها التغير مع مرور الزمن حالة استنادها الى العرف ، كما يمكن فهم

وكذلك فان ابن عابدين الذى أشار بشكل مفصل الى أهمية العرف فى بناء الاحكام وضرورة رعاية المجتهد للتغيرات الطارئة على الاحكام بالتغيرات الطارئة على الاعراف مع تبدل الازمان والاحوال فى المحيط والمجتمع . اعطى امثلة عديدة فى هذا الميدان وجعل هذه النقطة سببا دافعا الى تأليف رسالته المتعلقة بالعرف (67) .

اذا أخذت بعين الاعتبار العادة القائمة فى ذلك ، فلا تسمع (69) الا ان تلك العادة قد طرأ عليها التغيير بمرور الزمن وأصبحت كثير من النساء قد يزفن دون قبض شيء من الصداق تيسيرا على الزوج وذهب الفقهاء المتأخرون الى تغير هذا الحكم المستند الى العادة ، كما أيده الشاطبى بقوله : « وكذلك الحكم بعد الدخول بان القول قول الزوج فى دفع الصداق بناء على العادة ، وان القول قول الزوجة بعد الدخول أيضا بناء على نسخ تلك العادة ، ليس باختلاف فى حكم (70) . وكذلك يقول القرافى بعد الاشارة الى العادة القائمة فى عصر مالك : « واليوم عادتهم على خلاف ذلك ، فيصبح القول قول المرأة مع يمينها فى عدم القبض لاختلاف العوائد » (71) .

2 - 2 - 2 - فى حالات وجود سلطة التقدير للحاكم :

لم تكن القواعد القانونية دائما فى مستوى واحد من حيث افادتها القطعية . ففى بعض الحالات من أجل توفير السهولة فى التطبيق أو من أجل ملاحظات العدالة (équité) وما شابهها ، اعطيت للقاضى سلطة التقدير . ويقال فى نظم الحقوق المكتوبة لهذه المواقف « الفراغات الداخلية » (lücken intra legem) ، فالحاكم يقوم بملا هذه الفراغات اعتمادا على السلطة التى منحها له القانون وفى اطار حدودها . فقد اعطيت سلطة التقدير للحاكم تارة فى الواقعة القانونية وتارة فى النتيجة منحها له القانون وفى اطار حدودها القانونية وتارة أخرى فى كليهما (72) . ومن الممكن فى الفقه الاسلامى أيضا ان يكون المجتهد قد وجد نفسه فى نفس الموقف تجاه النص وكذلك القاضى تجاه تطبيق الحكم المستنبط من النصوص .

اننا نوافق الاستاذ الزرقاء مبدئيا فى ما ذهب اليه - بعد ان تطرق الى قضية « تبدل الاحكام بتبدل الازمان » بشكل واسع - من عدم صحة اعتبار هذا الموضوع من صميم نظرية العرف ، بل ، ضرورة تناولها فى اطار نظرية المصالح المرسلة (68) . الا اننا فى هذا الباب لا نتناول العرف كتنظرية وانما من أجل بيان دوره ومكانته فى أدب الفقه الاسلامى ، ولذا احسنا بالحاجة الى الاشارة الى دور العرف فى تبدل وتفسير الاحكام الاجتهادية . فى الحقيقة ان التفسير الملحوظ فى الاحكام بتغير الازمان لا يمكن ارجاعه كليا الى تغير العرف ، وان كان تأثير التغيرات فى العرف فى هذا الميدان لا يمكن انكاره أيضا .

سنعطى مثالا لهذا النوع من أدوار العرف قضية قبض المهر : ان القاعدة الفقهية تقضى بان الحاكم يجب عليه ان يستمع الى كل دعوى ترفع اليه يقضى للمدعى أو عليه بحسب ما يثبت لديه . ولكن الفقهاء اعتبروا ان تزف الزوجة قرينة على قبضها - تلى الاقل جزءا من - معجل مهرها استنادا الى العادة المطردة فى ذلك ، وحكموا بعدم استماع القاضى دعواها وبردتها دون ان يسأل عنها الزوج اذا ادعت ان زوجها لم يدفع اليها شيئا من معجل مهرها . لان دعواها هذه تعتبر مما يكذبه ظاهر الحال بعد الدخول

ويمكننا ان نعطي مثلا للموقف الثانى اى ترك تعيين النتيجة القانونية لتقدير الحاكم بعد تحديد الواقعة القانونية ، ترك بعض العقوبات التعزيرية لتقدير الحاكم بعد ان عينت الجرائم التى تقتضيها .

اما موقف تعيين الواقعة القانونية من جهة وتعيين النتيجة القانونية من جهة أخرى ، فانه من الممكن ان نذكر كمثال له حالات ترك تعيين الجرائم التعزيرية من جهة وتعيين العقوبات التعزيرية من جهة أخرى مفوضة لآراء الحكام . فالحاكم سيستفيد من الاعراف والمعادن عند استعمال سلطة التقدير فى مثل هذه الحالات . ففى جريمة التعدى على الكرامة بالشتم والاهانة مثلا ، انما يعتبر من الكلام جرما يستحق قائله العقوبة التعزيرية ما يكون فى عرف الناس شتما واهانة . والعقوبة التعزيرية نفسها أيضا ، انما تكون شرعا بالقدر الذى يعتبر كافيا للقمع فى نظر العقلاء وعرفهم بحسب درجة الجرم(79).

2 - 2 - 3 - فى تفسير التصرفات القانونية :

من المعروف ان التصرفات القانونية (وبالتالى التعبير عن الارادة عند القيام بتلك التصرفات) تشكل سببا هاما سواء لكسب الحقوق أو انقضائها (80) . فنحن هنا سنعمل من أجل الاشارة الى دور العرف والعادة فى تفسير التعبير عن الارادة بشكل موجز .

اذا كانت الالفاظ قد استعملت فى غير معانيها الحقيقية بموجب العرف القائم فى ذلك ، ينصرف الكلام الى المعانى المقصودة بالعرف حين التكلم وان خالفت المعانى الحقيقية التى وضع لها اللفظ فى أصل اللفظ . فلو صرف كلام المتكلم الى حقيقته اللغوية دون العرفية التى هى معناه فى عرف المتكلم لترتب عليه الزام المتكلم فى

اما العرف والعادة فدورهما فى الحالات التى تتاح فيها فرصة استعمال سلطة التقدير عبارة عن اشارة الطريق له أثناء استعماله لهذه السلطة وبعبارة أخرى فانهما يلعبان دورا مساعدا فى هذا الميدان . ونحن سنكتفى هنا باعطاء بعض الامثلة لبيان دور العرف والعادة فى المواقف الثلاثة المذكورة :

مثلا . ان القرآن الكريم اشترط العدالة فى الشهود (73) . فهذه هى النتيجة القانونية المبينة بالنص وبناء على هذا ، تقبل شهادة من يتصف بالعدالة وترد شهادة من لم يتصف بها . غير ان تقدير أنواع الافعال التى تطيح من قيمة الفرد فى المجتمع والخصوصات التى تزيل وصف العدالة يكون راجعا الى الحاكم ، أى ان سلطة تثبيت الواقعة القانونية متروكة له . فاعراف وتقاليد المجتمع وكذلك الملاحظات العامة المنبثقة منه تضىء الطريق للحاكم أثناء استعماله لهذه السلطة (74) كما يبين ذلك جيدا المثال الذى أورده الشاطبى (75) .

وكذلك فان القرآن الكريم لم يبين مقدار النفقة التى تعطى بصفة اجبارية للازواج من طرف الزوج ، بل اكتفى بالحكم على تعيين ذلك المقدار فى دائرة «المعروف» (76) . حيث أرجع أكثر الفقهاء تعيين مقدار النفقة الى العرف والعادة (77) .

وكذلك أيضا قبول حق خيار المجلس لكل من المتبايعين ما لم يتفرقا استنادا الى الحديث المعروف ، كما ذهب الى ذلك الامام الشافعى حيث قبل خيار المجلس قبل افتراق المتعاقدين ، أما بعد ذلك فلم يقبله . وهذه هى النتيجة القانونية فالحاكم سيستفيد من العرف والعادة لتثبيت الواقعة القانونية (أى لتثبيت حصول الافتراق أو عدم حصوله) (78) .

تصرفاته القولية بما لا يعنيه هو ولا يفهمه الناس من كلامه (81) وعن هذا اثبت الفقهاء القاعدة القائلة « الحقيقة تترك بدلالة العادة » والتي احتلت مكانا بين القواعد الكلية في مجلة الاحكام العدلية (82) . ولهذا النوع من العرف (العرف اللفظي) أهمية كبيرة في المسائل المتعلقة بالتصرفات القولية مثل الاقرار والطلاق والوقف ونحوها (83) .

هذا في حالة ما اذا كان التعبير عن الارادة بعبارة مصرحة اما اذا كان التعبير عن الارادة بصورة ضمنية . فدور العرف (العرف العملي) يتجلى في تفسيره أكثر وضوحا . ومن امكان الباحث ان يجد عبارات كثيرة مثل « الشرط العرفي كالشرط اللفظي » و « المعروف عرفا كالمشروط شرطا » و « التعيين بالعرف كالتعيين بالنص » و « العادة محكمة » مع امثلة عديدة لهذا النوع من أدوار العرف في المؤلفات الفقهية الاسلامية (84) . وتسمى هذه العادات في النظريات القانونية الحديثة « العادات الاتفاقية » (usages conventionnels) . فمثلا ان كيفية دفع أجرة المأجور يتبع فيها شرط العاقدين ، ولكنها اذا لم يشترطا شيئا فان كيفية الدفع عندئذ تخضع للعرف في التعجيل أو التأجيل أو التقسيط (85) .

ويجدر بنا ان ننبه الى ان معظم المبارات الواردة في المواطن التي يعمل فيها الكاتبون من أجل ابراز أهمية العرف والعادة في الفقه الاسلامي لا تتعلق الا بدور العادات في انارة

الطريق امام من يقوم بتفسير التصرفات القانونية ، وبالتالي الى أن سهما هاما من المكانة التي يحرزها العرف في أدب الفقه الاسلامي راجع الى هذا النوع من العرف .

2 - 3 - دور العرف والعادة في مجال قانون المرافعات (في تقدير ادلة الطرفين) :

يلاحظ الباحث ان سهما هاما آخر من المكانة التي يحرزها العرف في أدب الفقه الاسلامي يتعلق بدور العادات أثناء تقدير وتقييم القاضي ادلة الطرفين المتنازعين والحقيقة ان كثيرا من المواطن التي يصار فيها الى استعمال اصطلاح « تحكيم العادة » لا تتعلق الا بمضامين مفاهيم « تحكيم الحال أو ظاهر الحال » و « القرينة » ونحوهما .

كما يمكن ان نذكر بان الفقهاء كانوا قد اعتبروا ان تزف المرأة قرينة على قبضها - على الاقل - بعض صداقها مستنديا الى العادة القائمة في ذلك ، فانه يمكن للباحث ان يجد في كثير من مسائل « القول لمن ؟ » قد استند الفقهاء الى العرف في الترجيح القضائي بين مزاعم المتداعين ، فعلى سبيل المثال فان الزوجين اذا اختلفا في بعض امتعة البيت انها ملك الرجل أو المرأة ولا بينة لاحدهما ، يترجح قول الرجل بيمينه فيما يستعمله الرجال عادة ويترجح كذلك قول المرأة فيما يستعمله النساء وذلك بقرينة عادة الاستعمال وعرفه (86) .

- (1) انظر في هذا الموضوع : حجازي (عبد الحي) ، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، الكويت ، 1972 ، 440/1 ، وما بعدها ؛ فرج الصده (عبد المنعم) ، أصول القانون ، بيروت ، 1979 ، ص 140 وما بعدها ؛ كيرة (حسن) ، المدخل الى القانون ، اسكندرية ، 1974 ، ص 272 وما بعدها .
- ARAL (Vecdi), Hukuk ve Hukuk Bilimi Uzerine, Istanbul 1975, 84 وما بعدها ص
LE BRUN, La Coutume, ses Sources, son Autorité en Droit privé (thèse), Cean 1932 ; PACHE (André), La coutume et les usages dans le Droit privé positif, Lausanne 1938.
- (2) البخارى ، الجامع الصحيح ، فضائل القرآن : 6 .
« ولو نزل أول شيء ، لا تشربوا الخمر . لقالوا : لا ندع الخمر أبدا » ، ولو نزل . لا تزونا . لقالوا : لا ندع الزنا أبدا . »
- (3) انظر لامثلة متعلقة بتطبيق منهج التدرج في التشريع الاسلامي : بهنسي (أحمد فتحي) ، السياسة الجنائية في الشريعة الاسلامية ، مطابع دار الشروق (بيروت والقاهرة) ، 1983 ، ص : 29 - 50 .
- (4) HAMIDULLH (Muhammed), « La philosophie juridique chez les Musulmans », Annales de la Faculté de Droit d'Istambul, 1968, 29-32, p. 140.
- (5) HAMIDULLAH (Muhammed), Koufersansalar (Orfve Adet),
محاضرات (العرف والعادة) التي في كلية العلوم الاسلامية بأرضروم (تركيا) مترجمة الى اللغة التركية (مترجم : AKSU, Zahit) . ص 5 . انظر أيضا عنوان « السنن التي كانت الجاهلية سنتها فبقى الاسلام بعضها واسقط بعضها » من « كتاب المحبر » ل محمد حبيب (المتوفى سنة 245 هـ) ، تصحيح : ايلزه ليختن شنتير ومحمد حميد الله ، حيدرآباد الدكن ، 1942 ، ص 309 وما بعدها .
- (6) الزيلعي ، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ، مصر ، 1315 هـ ، 52/5 - 53 .
- (7) نفس المكان من المحاضرات المذكورة . HAMIDULLAH
- (8) انظر مثلا ابن عابدين ، رسالة نشر العرف في بناء بعض الاحكام على العرف (في مجموعة الرسائل) ، استانبول . 1325 هـ ، 113/2 - 118 ، ولعبارة قريبة منها انظر السرخسي ، المبسوط ، مصر ، 1331 هـ ، 14/13 - 15 .
- (9) أحمد أمين ، ضحى الاسلام ، القاهرة ، 1952 ، 164/2 .
- (10) انظر في موضوع ظهور أصول الفقه على الساحة كنظام علمي ومسيرة تطوره في هذا الصدد ، مثلا : ابن خلدون ، المقدمة ، بيروت ، بدون تاريخ ، ص : 453 - 455 : المراغي (عبد الله) ، الفتح المبين في طبقات الاصوليين بيروت 1974 ، ص 15 - 21 بلتاجي (محمد) ، مناهج التشريع الاسلامي في القرن الثاني الهجري، الرياض، 1977، 11/1 - 15 ؛ شعبان زكي الدين) ، أصول الفقه الاسلامي ، قاريونس 1979 ، ص 15 وما بعدها ؛ صالح (محمد أديب) ، تفسير النصوص في الفقه الاسلامي بدون مكان وتاريخ ، 90/1 - 96 .
- (11) ابن عاشور (محمد طاهر) ، مقاصد الشريعة الاسلامية ، تونس ، 1978 ، ص 6 .
- (12) ابو سنة (أحمد فهمي) ، العرف والعادة في رأى الفقهاء ، مصر ، 1948 ، ص 8 .
- (13) في كتابه « مالك » ، مصر ، 1952 ، ص 420 .
- (14) في كتابه « الفقه الاسلامي في توبه الجديد - المدخل الفقهي العام » ، دمشق ، 1964 ، 838/2 هامش رقم 2 و 840/2 هامش رقم 1 .
- (15) في كتابه « المدخل للفقه الاسلامي » ، القاهرة ، 1969 ، ص 228 .
- (16) في كتابه « نظرية العرف » ، عمان ، 1977 ، ص 23 .
- (17) ابن عابدين ، رسالة العرف المذكورة ، 112/2 .
- (18) ولا يجب من افادتنا هنا عدم استعمال لفظي « العرف » و « العادة » وعدم وجود أى توضيح في هذا الموضوع في المؤلفات السابقة . حتى اننا نعتز على عبارة قريبة جدا من تعريف النسفي للعرف عند الجصاص (المتوفى سنة 980/370) وذلك أثناء تناوله لفظ « المعروف » الذي يستعمل أيضا في معنى « العرف » ، انظر « أحكام القرآن » له .

استانبول ، 1335 هـ ، 38/3 . ومن المفيد ان نبين هنا ان هذين اللفظين وخاصة لفظه « العادة » قد استعملتا غالبا في كتب الاصول بمعنى القوانين التجريبية أو المسلمات العقلية ، انظر على سبيل المثال : الجويني (امام الحرمين) ، البرهان في اصول الفقه ، تحقيق : عبد العظيم الديب ، دوحة ، 1399 هـ ، 2/767 ؛ الغزالي ، المستصفى من علم الاصول ، مصر ، 1324 هـ ، 45/1 ، 176 ، 177 ؛ البخاري (عبد العزيز) ، كشف الاسرار شرح اصول البزدوي ، استانبول ، 1308 هـ ، 3/259 .

(19) فعلى الرغم من ان اول كتاب وصل اليها باسم « الاصول » في الفقه الحنفي هو كتاب الكسرخي (المتوفى سنة 951/340) المسمى « بالاصول التي عليها مدار فروع الحنفيه » لم يكن في الحقيقة كتابا يتعلق باصول الفقه - على خلاف ما ظنه بعض الكتابين - . وانما هو رسالة صغيرة تضم 39 قاعدة عامة سائدة في الفقه الحنفي (مطبوع في مصر مع « تأسيس النظر » للدبوسي) .

(20) الجصاص ، اصول الفقه ، مخطوط بدار الكتب المصرية رقم 129 ، ق . 294/ب - 298/ب .

(21) انظر على سبيل المثال : الدبوسي ، تقويم الادلة ، مخطوط بمكتبة سليمانية باستانبول (قسم لعله لي) رقم 690 ، ق . 225/ب . وما بعدها ؛ البزدوي ، كنز الوصول الى معرفة الاصول ، استانبول ، 1308 هـ ، 4/5 - 6 ؛ السرخسي ، اصول السرخسي ، تحقيق : ابو الوفاء الافغاني ، بيروت ، 1973 ، 2/202 - 203 . هذا لا يعني ان كتب الاصول كلها لا يستعمل فيها أبدا تعبير « الاستحسان لسبب العرف » ، انظر مثلا : الغزالي ، المنحول من تعليقات الاصول ، تحقيق : محمد حسن حيتو ، دمشق ، 1980 ، ص 376 ؛ الآمدي ، الاحكام في اصول الاحكام ، القاهرة ، 1967 ، 4/136 ؛ الشاطبي ، الموافقات في اصول الشريعة ، مصر ، بدون تاريخ (بتعليقات الشيخ عبد الله دراز) ، 4/207 - 208 .

(22) انظر مثلا : السرخسي ، المبسوط ، 46/12 ، 159 ؛ الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، بيروت ، 1974 (بالافقيت) ، 7/395 .

(23) انظر السرخسي ، المبسوط ، 159/12 و « اصول السرخسي » له ، 2/202 - 203 .

(24) انظر مثلا : الغزالي ، المستصفى ، 1/245 - 315 ؛ الآمدي ، الاحكام ، 4/121 - 140 .

(25) انظر مثلا : ابن نجيم ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، القاهرة ، 1334 هـ ، 6/185 ؛ ابن عابدين ، رسالة العرف السابقة ، 2/114 ؛ علي حيدر ، درر الحكماء شرح مجلة الاحكام ، استانبول ، 1330 هـ ، 1/93 - 94 ؛ أبو سنة ، العرف والعادة ، ص 101 .

(26) ولسنا نقصد من الثنائية هنا الثنائية التي تطرق اليها المستشرق شاحت الذي يقول : « بهذا المعنى فان العادة لا يمكن ان تكون معتبرة في نظر الكتب الفقهية الا في الميادين التي اشارت اليها الشريعة اشارة صريحة . ولكن على الرغم من ذلك فان العادة نربها تظني على القواعد الشرعية في كل مكان ، ومن هذه الحيثية فان الاهمية التي اعطيت لها في كتب الفقه لم تكن تتماشى مع المكانة الممتازة التي احرزتها في تاريخ « الشريعة الاسلامية » ، (Joseph SCHACHT ، " Encyclopédie de l'Islam " Sharia . لان ثنائيته هذه تقودنا الى تقسيم « القانون العرفي » و « القانون الشرعي » في تاريخ الدول الاسلامية من حيث التطبيقات القانونية . اذن ، فان هذا الاتجاه لم يكن يتصل ببحثنا هذا وانما هو قضية راجعة الى تحقيق التطبيقات القانونية ويمكن ان يكون موضوع بحث خاص لتاريخ التشريع الاسلامي . اما مرادنا نحن من الثنائية هنا ، فيتجلى في الثنائية الملحوظة في كتب الاصول وكتب فروع الفقه من حيث تناول العرف كدليل من أدلة الاحكام .

(27) قارن : أبو سنة ، العرف والعادة ، ص 82 ؛ خلاف (عبد الوهاب) ، اصول الفقه ، نشر دار القلم (كويت - بيروت) ، 1972 ، ص 91 ؛ نفس المؤلف ، مصادر التشريع الاسلامي في ما لا نص فيه ، مصر ، 1955 ، ص : 123 - 124 ؛ دواليبي (محمد معروف) ، المدخل الى علم اصول الفقه ، بيروت ، 1965 ، ص : 30 - 31 ؛

CHEHATA (Chafik), Etudes de Droit Musulman, Paris 1971, p. 41-42 ; DE BELLEFONDS (Linant), Traité de Droit Musulman comparé, Paris 1965, I/24-25 ; SCHACHT, Esquisse d'une Histoire du Droit Musulman, (traduit de l'anglais par Jeanne et Félix ARIN), Paris 1953, p. 54-55.

(28) انظر في الفروق بين الاجماع والعرف : خلاف ، مصادر ، ص 124 ؛ مذكور (محمد سلام) المدخل للفقه الاسلامي ، ص 229 ؛ خياط (عبد العزيز) ، نظرية العرف ، ص : 31 - 32 .

(29) انظر مثلا : ابن همام ، فتح القدير شرح الهداية ، مصر ، 1306 هـ ، 6/157 ؛ سيد نسيب ، أسس الفقه الحنفي (باللغة العثمانية) ، استانبول ، 1337 - 1339 هـ ، ص 35 ؛ عبد الله (عمر) ، العرف ، ص 6 (نقل عن « شفاء العليل في حكم الوصية » لابن عابدين ، ص 186) ؛ أبو زهرة (محمد) ، اصول الفقه ، مصر ، 1973 ، ص 274 .

(30) انظر : البخارى ، كشف الاسرار ، 228/3 : الزيلعى ، تبين الحقائق ، 29/6 . سنعود الى هذه النقطة بمناسبة اخرى .

(31) ولا يجب ان يفهم من عبارتنا هذه وجود حقوق العرف المستقلة بين مصادر الفقه الاسلامى . لاننا كنا قد بينا آنفا عدم تمكن العرف من الارتقاغ الى درجة « المصدر الشكلى » بين المصادر فى الفقه الاسلامى .

(32) انظر لمتن هذا الحديث ولتقدمه : ابو داود ، السنن ، افضية : 11 : الترميذى ، السنن ، احكام : 3 : ابن حنبل ، مسند ، 236/5 - 242 : السرخسى ، اصول ، 107/2 : ابن حزم ، ملخص ابطال القياس والرأى والاستحسان والتقليد والتعليل ، دمشق ، 1960 ، ص 14 - 15 : الشوكانى ، ارشاد الفحول ، مصر ، 1937 ، ص 202 .

(33) الغزالى ، المستصفى ، 229/2 : البخارى ، كشف الاسرار ، 268/3 .

(34) الدوالى ، اصول الفقه ، ص : 133 - 136 ، 381 - 382 ، 434 . انظر لتسميه « الاجتهاد القياسى » ، الغزالى ، المستصفى ، 233/2 .

(35) ابن عبد الشكور ، مسلم الثبوت والانصارى ، فواتح الرحموت ، مصر 1324 هـ ، 345/2 : الدوالى ، اصول الفقه ، ص : 235 - 236 : أبو سنة ، العرف والعادة ، ص 91 .

(36) الغزالى ، المستصفى ، 111/2 - 112 : نفس المكان من « مسلم الثبوت » و « فواتح الرحموت » ، الدوالى ، اصول الفقه ، ص : 234 - 235 : أبو سنة ، العرف والعادة ، ص : 91 - 94 ، 124 - 125 .

(37) الزيلعى ، تبين الحقائق ، 29/6 . ونلاحظ دورا للعرف يشبه بذلك الدور فى مبحث ترجيح الاخبار : فالغزالى يذكر كسبب من اسباب الترجيح بين الخبرين ان تعمل الامه بموجب أحد الخبرين ، انظر المستصفى ، 396/2 .

(38) انظر عنوان « (دور العرف والعادة) فى الاجتهاد القياسى » من هذا البحث .

(39) البقرة (2) ، 233 .

(40) الزرقاء (مصطفى أحمد) ، المدخل الفقهي العام (نقلا عن « احكام القرآن » لابن العربي) ، 894/2 .

(41) الزرقاء ، المدخل الفقهي ، 902/2 ، سنتناول حالة الاصطدام بين العرف والنص فى الباب الثانى .

(42) ابن عابدين ، رسالة العرف السابقة ، 114/2 ، 122 - 123 .

(43) السرخسى ، اصول ، 182/2 .

(44) البابرئى ، العناية شرح الهداية ، مصر 1306 هـ ، 76/6 : الزرقاء ، المدخل الفقهي ، 901/2 .

(45) الزرقاء ، المدخل الفقهي ، 901/2 - 902 . هذا من ناحية انتفاء النزاع بين الطرفين ، أما موافقة البيع بالوفاء لمبادئ وقواعد الفقه الاسلامى من كل الجهات أو عدم موافقتها لها فقضية اخرى يمكن ان يناقش فيها .

(46) مع ان السرخسى - وهو احد من اصحاب الرأى المشار اليه آنفا - يبين ان « المراد (فى ذلك الحديث المماثلة من حيث القدر ، (المسبوط ، 111/12) ، فانه يصل أيضا من خلال الفاظ الحديث الى نتيجة تعين النمط فى التبادل باستصواب الرسول (صلعم) استنادا الى مفهوم « التقرير » كما يفهم هذا من عبارته التالية : « والاصل ان ما عرف كونه مكيلا على عهد رسول الله (صلعم) فهو مكيلا أبدا وان اعتاد الناس بيعه وزنا وعرف كونه موزونا فى ذلك الوقت فهو موزون أبدا وما لم يعلم كيف كان يعتبر فيه عرف الناس فى كل موضع ان تعارفوا فيه الكيل والوزن جميعا فهو مكيلا وموزون ، وعن أبى يوسف ان المعتبر فى جميع الاشياء العرف لانه انما كان مكيلا فى ذلك الوقت أو موزونا فى ذلك الوقت باعتبار العرف لا بنص فيه من رسول الله (صلعم) ولكننا نقول تقرير رسول الله (صلعم) اياهم على ما تعارفوه فى ذلك الشئ، بنزلة النص منه فلا يتغير بالعرف لان العرف لا يعارض النص ، المسبوط ، 142/12 .

(47) انظر : الجصاص ، اصول الفقه ، مخطوط ، ق . 276/ب : ابن هشام . فتح القدير ، 157/6 : يقول اسماعيل حقى ايزميرلى فى هذا الصدد : « ان أبى يوسف لا يفضل العرف على النص وانما يفهم النص بمساعدة العرف » فى مقاله « أسس الاجماع والقياس والاستحسان » (باللغة العثمانية) ، جريدة « سبيل الرشاد » ، المجلد : 12 العدد : 295 ، ص 154 . انظر للروايات الاخرى لهذا الحديث التى تلقى ضوءا على الحكم المقصود وضعه ، ابن رشد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، مصر ، 1975 ، 141/2 وما بعدها .

- (48) انظر ابن عابدين ، رسالة العرف السابقة ، 116/2 ؛ رشيد باشا ، روح المجلة (باللغة العثمانية) ، استانبول ، 1326 ، 123/1 .
- (49) انظر البابر تي ، العناية ، 157/6 .
- (50) انظر الخطابي ، معالم السنن (شرح سنن أبي داود) ، حلب 1934 ، 60/3 - 64 .
- (51) انظر المعلومات التي تلقي ضوءا على الموضوع : الكتاني (محمد عبد الحى) ، الترايب الادارية ، رباط ، 1346 هـ ، 411/1 - 415 ؛ الشريف (أحمد ابراهيم) ، مكة والمدينة فى الجاهلية وعهد الرسول ، القاهرة 1965 ، ص 374 - 375 .
- (52) الا انه ينبغي ان يلاحظ ان السلبية هنا لم تكن تتعلق بالحكم الذى توصل اليه وانما هى متعلقة بطابع دور العرف .
- (53) الموصل ، الاختيار لتعليل المختار ، 25/2 ؛ أبو سنة ، العرف والعادة ، ص 103 .
- (54) انظر النسفى (أبو البركات حافظ الدين) ، منار الانوار ، استانبول ، 1308 هـ ، ص 285 ؛ ابن نجيم ، البحر الرائق ، 185/6 .
- (55) أبو سنة ، العرف والعادة ، 27 - 28 ، 101 .
- (56) شلبى (مصطفى) ، تعليل الاحكام ، مصر ، 1947 ، ص 337 وما بعدها . مع ان كلمة « القياس » قد استعملت فى كتب الاصول فى معنى « القياس الاصولى » غالبا ، فانه يشاهد فى عبارات كثيرة انها قد استعملت ايضا فى معنى « القاعدة العامة » ، انظر على سبيل المثال : الجصاص ، اصول الفقه (مخطوط) ، ق - 271/ب - 272/أ ؛ الدبوس ، تقويم الادلة (مخطوط) ، ق - 119/أ ، 119/ب ، 220/أ ، 226/أ ؛ البزدوى ، الاصول ، 249/3 ؛ السرخسى ، اصول ، 155/2 .
- انظر فى :
« rechtsanalogie » « gesetzesanalogie »
GENY (François), Méthode d'interprétation et sources en Droit privé positif, Paris 1954, I/305 et s. II/131.
- (57) انظر : السرخسى ، اصول ، 203/2 ؛ الغزالي ، المنحول ، ص 376 ؛ الامدى ، الاحكام ، 138/4 ؛ أبو زهرة ، اصول الفقه ، ص 274 .
- (58) الجصاص ، اصول الفقه (مخطوط) ، ق - 261/أ ؛ الجوينى ، البرهان ، 743/2 ؛ البخارى ، كشف الاسرار ، 271/3 ؛ ابن رشد ، بداية المجتهد ، القاهرة ، 1952 ، 3/1 .
- (59) انظر السرخسى ، المسبوط ، 45/12 .
- (60) يجب التنبيه الى ان المقصود من « القانون » هنا هو القانون بالمعنى العام droit (وهو مجموعة القواعد الملزمة التى تحكم سلوك الافراد وعلاقاتهم فى المجتمع) وليس بالمعنى الخاص loi ، انظر فرج الصده ، اصول القانون ، ص 12 . وينبغى ايضا التفريق هنا بين مفهوم « تطبيق القانون » وبين مفهوم « التطبيقات القانونية » .
- (61) CHEHATA, Etudes de Droit Musulman, p. 34 ; DE BELLEFONDS, Traité de Droit Musulman comparé, p. I/20-21.
- (62) ابن عابدين ، رسالة العرف السابقة ، 128/2 ؛ أبو سنة ، العرف والعادة ، ص 81 .
- (63) نفس المكان من الرسالة المذكورة لابن عابدين .
- (64) نفس المكان من رساله المذكورة لابن عابدين ؛ أبو سنة ، العرف والعادة ، ص 104 .
- (65) القرافى ، انوار البروق فى انوار الفروق ، مصر ، 1347 هـ ، 176/1 - 177 .
- (66) القرافى ، الاحكام فى تمييز الفتاوى عن الاحكام ، حلب ، 1967 ، فى جواب السؤال : 39 ، ص 231 . انظر للعبارات القريبة منها الطرابلسى ، معين الحكام ، مصر ، 1357 هـ ، 162 - 163 .
- (67) ابن عابدين ، رسالة العرف السابقة ، 123/2 - 126 .
- (68) الزرقاء ، المدخل الفقهي ، 919/2 - 935 .
- (69) الزرقاء ، المدخل الفقهي ، 910/2 نقلا عن ابن عابدين ، رد المختار ، 363/3 وتنقيح الفتاوى الحامدية له ايضا ، 20/1 .
- (70) الشاطبى ، الموافقات ، 286/2 . ويلاحظ هنا ان الشاطبى يقصد بكلمته « ليس باختلاف فى الحكم » معنى « ليس

باختلاف في الخطاب ، وذلك في اطار المفاهيم الاصولية اما الحكم في معنى النتيجة القانونية التي ستطبق على الواقعة القانونية ، فالشاطبي أيضا يشير الى تغيره بكلمته هذه ولذلك ذكرناه في صدد التأييد .
(71) القرافي ، الاحكام ، في جواب السؤال : 39 .

(72) DESCHENAU (Henri), Traité de Droit civil. Suisse, Fribourg, 1962, p. 92 et s.

(73) الطلاق (65) ، 2 .

(74) أبو سنة ، العرف والعادة ، ص 46 . ويجدر الإشارة الى انه لا يعترف بدور العرف والعادة في تثبيت اتصاف أو علم اتصاف الرواة بوصف العدالة (وله اطار خاص في علم مصطلح الحديث) في روايه اخبار الاحاد ، انظر صديق حسن خان. حصول المأمول من علم الاصول ، استانبول ، 1296 هـ ، ص : 57 - 58 .

(75) انظر الشاطبي . الموافقات ، 2/284 .

(76) البقرة (2) ، 233 . فمثل هذه الحالات يستعمل الجصاص مصطلح « الاستحسان » الا ان المقصود من هذا الاستحسان عنده هو الاستحسان المتفق عليه لدى الجميع لا المختلف فيه ، انظر أصول الفقه له ، (مخطوط) ق . 294/أ - 294/ب ؛ انظر أيضا السرخسي ، أصول ، 200/2 ، 207 ؛ الامدي ، الاحكام ، 4/136 ؛ البخاري ، كشف الاسرار ، 4/13 . ويمكن ان نقول في هذا الموضوع : اذا فهمت كلمة « المعروف » هنا وفي الاماكن الماثلة بمعنى « العرف والعادة » ، يكون النص ذاته قد احوال الحكم على العرف والعادة مباشرة . اما لو فهمت بمعنى « القاييس المعقولة حسب الحال والشرايط » فعند ذلك تكون سلطة التقدير للحاكم بيت القصيد وفي هذه الحالة يكون العرف قد لعب دورا في ائارة الطريق للحاكم أثناء استعمال سلطة التقدير .

(77) أبو سنة ، العرف والعادة ، ص 47 .

(78) نفس المكان من المرجع السابق .

(79) الزرقاء ، المدخل الفقهي ، 2/848 ؛ أبو سنة ، العرف والعادة ، ص 45 .

(80) انظر مثلا : عبد الباقي (عبد الفتاح) ، نظرية الحق ، القاهرة 1965 ، ص 255 وما بعدها ؛ فرج الصده ، أصول القانون ، ص 548 وما بعدها .

(81) الزرقاء ، المدخل الفقهي ، 2/849 .

(82) المادة : 40 .

(83) انظر في هذا الموضوع : السرخسي ، أصول ، 1/90 ؛ ابن قيم الجوزية ، اعلام الموقعين ، بيروت ، 1973 ، 3/46 ؛ ابن نجيم ، الاشباه والنظائر ، استانبول ، 1290 هـ ، 1/130 ، وشروح المجله تحت المادة : 40 .

(84) انظر : ابن سلون ، العقد المنظم للحكام ، القاهرة ، 1301 هـ ، 1/33 - 34 والمواد : 36 ، 37 ، 43 ، 44 ، 45 من مجله الاحكام المعدية .

(85) الزرقاء ، المدخل الفقهي ، 2/864 . انظر لامثلة عديدة في هذا الموضوع : ابن فرحون ، تبصرة الحكام في اصول الاقضية ومناهج الاحكام ، القاهرة ، 1301 هـ ، 2/63 ؛ ابن نجيم ، الاشباه والنظائر ، 1/139 ؛ كوزل حصارى ، منافع الدقائق شرح مجامع الحقائق ، استانبول ، 1308 هـ ، ص 324 وشروح المجله تحت المواد المذكورة في الهامش السابق .

(86) انظر : ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، 2/63 - 64 ؛ طرابلسي ، معين الحكام ، ص 161 ؛ ابن عابدين ، رسالة العرف السابقه ، 2/133 ؛ الزرقاء ، المدخل الفقهي ، 2/865 ، 916 .