

أنواع العادة والعرف وأقسامها:

أولاً: من حيث العموم والخصوص:

العادة والعرف ثلاثة أنواع:

١. عادة عرفية عامة - أو عرف عام: هو عرف هيئة غير مخصوصة بطبقة من طبقاتها وواضعه غير متعين، وهو العرف الجاري منذ عهد الصحابة رضوان الله عليهم حتى زماننا، وهو العرف الذي قبله المجتهدون وعملوا به - ولو كان مخالفاً للقياس ويثبت به حكم عام. وهو العرف المعتبر الذي تخص به النصوص ويترك به القياس - أي القواعد العامة - ولكن لا يعتبر ذلك العرف إلا في زمن الرسالة، وأما الأعراف المستجدة بعد زمن الرسالة مهما عمّت فلا تُخص بها النصوص ولا يترك بها القياس. وإنما ينزل الناس على حكمها فيما يتعاملون به ولم ينص على خلافه. والعموم قد يكون عموماً زمانياً فيكون العرف عاماً في الأزمنة كلها منذ عهد الصحابة إلى الآن، أو في عصر من العصور، وقد يكون عموماً مكانياً، بمعنى أن العرف يعم الأمكنة كلها ويعمل به في جميع البلاد أو أكثرها. ومن أمثلة العادة العرفية العامة:

إذا حلف إنسان أن لا يضع قدمه في دار فلان - فهو يحنث ولو دخلها محمولاً وبقيت قدمه خارجها - ولا يحنث لو وضع قدمه فيها وبقي هو خارجها؛ لأن المراد بوضع القدم عند الجميع هو الدخول وليس مجرد وضع قدم فقط. وتعارف الناس عقد الاستصناع وهو الاتفاق على صنع أشياء معينة بأوصاف مبينة محددة وهو من بيع المعدوم ولكن جاز لتعارف الناس وتعاملهم به من العصر الأول، وهذا العرف يصلح مخصصاً للنص ويترك به القياس، كجواز السلم وغيره. عادة عرفية خاصة، أو عرف خاص، وذلك ما كان عرفاً لإقليم خاص، أو طائفة مخصوصة، أو اصطلاحاً لطائفة مخصوصة، مثل: الرفع عند النحاة، فإنه عندهم اسم لما هو علم الفاعلية.

والفرق والجمع والنقض عند علماء الجدل والمناظرة، فإن الفرق عندهم هو أن يبين في الأصل - المقيس عليه - وصف له مدخل في العلية لا يوجد في الفرع فلا يصح القياس.

والجمع هو أن يجمع بين الأصل والفرع بعلّة مشتركة بينهما فيقع القيس. والنقض هو تخلف الحكم المدّعى عن الدليل.

مع أن معاني هذه الألفاظ اللغوية مختلفة عن هذه المعاني الاصطلاحية. النوع الثالث: عادة عرفية شرعية أو العرف الشرعي:

كالصلاة والزكاة والصوم والحج وغيرها من المصطلحات الشرعية، حيث تركت معانيها اللغوية بمعانيها الشرعية، فالصلاة في اللغة الدعاء، والزكاة معناها الزيادة أو الطهارة، والصوم مطلق الإمساك.

والحج معناه القصد، لكن انتقلت هذه الألفاظ عن معانيها اللغوية إلى معانيها الشرعية، فأصبحت حقائق شرعية وأعرافاً شرعية بحيث أنها إذا أطلقت لم يتبادر إلى الأذهان إلى المعنى الشرعي، وهذا النوع يعتبر أيضاً من العرف الخاص.

فالعادة العرفية الخاصة أو العرف الخاص إذا كان خاصاً في المكان بأن كان عرف أهل بلدة واحدة أو ناحية، فهو لا يعتبر عند جمهور الفقهاء مخصصاً ولا يجوز أن يترك به القياس، إذ قالت الحنفية والشافعية: (المذهب عدم اعتبار العرف الخاص). ولكن بعض فقهاء الحنفية والشافعية أفتوا باعتباره، ومثلوا له بما لو دفع غزلاً إلى حائك لينسجه بذراع منه أو بجزء شائع كالربع مثلاً، فعند جمهور فقهاء الحنفية والشافعية والشيعة الإمامية بأنه لا يجوز قياساً على قفيز الطحان.

لكن بعض فقهاء الحنفية والشافعية - في بلاد ما وراء النهر - تركستان - أفتوا بجوازه حيث قالوا: وفيه عرف شائع عندنا ولو لم نُجَوِّزه، وعلل تجويزه بقوله: وإنما عدم جوازه قياساً على المنصوص - أي أن الأصل في المنع الأثر، ونسج الثوب مقيس على قفيز الطحان - قال: لكن القياس يترك بالعرف كما في الاستصناع. أي فحيث كان دليل المنع هنا القياس على قفيز الطحان، جاز العمل بخلاف القياس للعرف الشائع، وليس في ذلك مصادمة للنص.

ونزل القفال من الشافعية العادة المطردة في ناحية منزلة الشرط، فقال: إذا عمّ الناس اعتياد إباحة منافع الرهن للمرتهن فاطراد العادة فيه بمثابة شرط عقد في عقد حتى يفسد الرهن ويصبح عارية مضمونة، وجعل العرف الخاص بمثابة العادة العامة، ولم يساعده الجمهور على ذلك.

والعلة في عدم جواز تخصيص النص أو القياس بالعرف الخاص كتعامل أهل بلدة واحدة؛ لأن تعامل أهل بلدة إن اقتضى أن يُجَوِّزَ التخصيص فترك التعامل من أهل بلدة أخرى يمنع التخصيص، فلا يثبت التخصيص بالشك.

ثانياً: من حيث العمل والقول:

يقسم العرف إلى القسمين:

(أ) العرف العملي أو الفعلي:

وهو ما جرى عليه عمل الناس في تصرفاتهم واعتيادهم على شيء من الأفعال العادية أو التصرفات المنشئة للالتزامات.

من أمثلة العرف العملي:

اعتياد الناس تعطيل بعض أيام الأسبوع عن العمل، وكاعتيادهم أكل نوع خاص من المآكل أو استعمال نوع من الملابس أو الأدوات.

تعارف بعض البلدان والأقطار تقسيم المهر في الزواج إلى مقدم ومؤخر، وإن الذي يجب دفعه قبل الزواج هو المقدم، وأما الثاني فلا يجب إلا بالموت أو الطلاق أيهما أقرب.

وتعارف الناس تقديم الأجرة قبل استيفاء المنفعة في إجارة الأماكن شهرياً أو سنوياً. اعتياد بعض الناس عند بيع الأشياء الثقيلة أن تكون حمولتها إلى مكان المشتري على البائع.

والعرف العملي عند الحنفية يعتبر مخصصاً إذا كان عاماً خلافاً للجمهور حيث لا يعتبرون العرف مخصصاً إلا إذا كان قولياً.

مثال للعرف العملي المخصص:

لو وكل شخص آخر بأن يشتري له خبزاً أو لحماً، ومن عادة الناس في تلك البلدة أكل خبز خاص ولحم خاص، فليس للوكيل أن يشتري للموكل خبزاً من نوع آخر أو لحماً غير ما اعتادوه، اعتماداً على إطلاق الموكل، لأن العرف هنا يخص به الإطلاق، فيسمى عرفاً عاماً مخصصاً.

(ب) العرف القولي:

وهو اصطلاح جماعة على لفظ يستعملونه في معنى مخصوص حتى يتبادر معناه إلى ذهن أحدهم بمجرد سماعه، وهذا العرف إذا كان عاماً فهو عند الجميع يسمى عرفاً مخصصاً كما سبق، أو هو تعارف الناس على إطلاق لفظ على معنى غير معناه اللغوي بحيث يتبادر منه هذا المعنى العرفي عند إطلاقه بدون حاجة إلى قرينة، حتى سموا استعمال اللفظ فيه حقيقة عرفية، لأن المعنى اللغوي صار مهجوراً لا يقصد من اللفظ إلا بقرينة تدل على إرادته.

أمثله:

من قال لآخر اشتر لي دابة، والمتعارف عندهم أن لفظ الدابة يطلق على الحمار مثلاً فليس له أن يشتري فرساً أو بغلاً، استنباطاً من أن لفظ الدابة يطلق عند آخرين على ذات الأربع.

وكذلك لو قال شخص لآخر: اشتر لي سيارة بخمسة آلاف، ولم يعين النقود هنا، فيلزم الوكيل أن يشتري بالريالات السعودية لأنها المتعارفة هنا عند الإطلاق، وليس له أن يشتري بريالات قطرية مثلاً أو دولارات أو جنيهاً.

مجالات عمل العادة والعرف.

أو متى تكون العادة والعرف حجة وحكماً؟

إنما يعتبر العرف والعادة حجة وحكماً عند عدم مخالفته لنص شرعي أو شرط لأحد المتعاقدين، وفي حالة انعدام النص الموافق له، لأنه إذا وجد نص موافق للعرف، فالمعتبر النص دون العرف، ولذلك قالوا: (إن العادة تحكّم فيما لا ضبط له شرعاً أو لا نص لأحد المتعاقدين فيه).

وقد اعتمد الفقهاء على العرف في مسائل كثيرة جداً منها:

أقل سن الحيض والبلوغ.

وفي قدر الحيض والنفاس أقله وأكثره وأغلبه.

وفي حرز المال المسروق.

وفي كثرة الأفعال المنافية للصلاة.

وفي التأخير المانع من الرد بالعيب.

وفي الشرب وسقى الدواب من الجداول.

وأما إذا كان هناك نص أو شرط مخالف للعرف فلا اعتبار للعرف هنا. وذلك كما لو استأجر شخص آخر ليعمل له من الظهر إلى العصر فقط بأجرة معينة، فليس للمستأجر أن يلزم الأجير بالعمل من الصباح إلى المساء بحجة أن عرف البلدة كذلك، بل يتبع المدة المشروطة بينهما.

العرف والعادة أمام النصوص الشرعية:

أولاً: إذا وافق العرف والعادة الدليل الشرعي فيجب مراعاته وتطبيقه؛ لأن العمل في الحقيقة بالدليل الشرعي لا بالعرف وإنما يستأنس بالعرف فقط. ثانياً: إذا خالف العرف الدليل الشرعي فالنظر إلى ذلك من أوجه: الوجه الأول:

أن يخالف العرف الدليل الشرعي من كل وجه، وهو ما يعبر عنه بمصادمة النص، ويلزم من اعتبا العرف ترك النص، فهذا لا شك في رده وعدم اعتباره، لأن العرف والعادة إنما تعتبر حكماً لإثبات حكم شرعي إذا لم يرد نص في ذلك الحكم المراد إثباته، فأما إذا ما ورد النص فيجب العمل بموجبه، ولا يجوز ترك النص للعمل بالعادة أو العرف لأسباب ثلاثة: الأول: لأنه ليس للعابد حق تغيير النصوص. الثاني: ولأن النص أقوى من العرف.

الثالث: ولأن العرف قد يكون مستنداً على باطل، وأما نص الشارع فلا يجوز أن يكون مبنياً على باطل، فلذلك لا يترك القوي لأجل العمل بالضعيف. ومن أمثلة مخالفة العرف للنصوص:

تعارف الناس كثيراً من المحرمات كالمعاملة بالربا وفوائد البنوك وشرب الخمر والتبرج ولبس الحرير والتختم بالذهب للرجال، وغير ذلك مما ورد تحريمه نصاً. الوجه الثاني:

أن تكون مخالفة العرف للدليل الشرعي لا من كل وجه، وذلك بأن يرد الدليل عاماً والعرف خالفه في بعض أفراد، أو كان الدليل قياساً، فإن العرف يعتبر إذا كان عرفاً عاماً، وهو المتعارف في جميع البلاد أو أكثرها، لأن العرف العام يصلح مخصصاً ويترك به القياس، كما سبق بيانه، وذلك كما في جواز السلم والاستصناع، ودخول

الحمام، والشرب من السقاء، وكثير من مسائل الفقه، مذكورة في أبوابه، وأما إذا كان العرف خاصاً فلا يعتد به عند الأكثرين.

الوجه الثالث:

أن يكون النص الذي جاء العرف بمخالفته مبنياً على العرف والعادة السائدين في زمان نزوله، فإنه عند بعض الأئمة يترك النص ويصار إلى العرف والعادة إذا تبدلت بتبدل الزمان.

مثال ذلك:

الأموال الربوية إما وزنية كالذهب والفضة وما يقاس عليها، وإما كيلية كالتمر والبر والشعير والملح وما يقاس عليها، فعند جمهور الفقهاء وأئمة المذاهب أنه لا يجوز بيع الوزني بجنسه إلا وزناً، ولا بيع الكيلي بجنسه إلا كيلاً؛ لأن النص ورد فيها كذلك فلو تغير عرف الناس وأصبح الذهب يباع عدداً مثلاً، والتمر ما معه يباع وزناً، فلا يجوز استبدال الذهب والفضة بجنسهما إلا وزناً، وكذلك لا يجوز استبدال التمر أو أحد أخواته إلا كيلاً، وإلا كان رياً فيحرم، ولكن بعض الفقهاء رأى أنه إذا تبدل العرف فيجوز استعمال الناس بالعرف الحادث، ومنهم أبو يوسف صاحب أبي حنيفة، حيث قال: إن بيع المكيل بشيء من جنسه وزناً ساغ. وقال في الفروع: ويتوجه من جواز بيع حب بدقيقه وسويقه جواز بيع مكيل وزناً وموزون كيلاً اختاره شيخنا، وفي هذا في الحقيقة تسهيل ورفع حرج عظيم عن الناس فيما اعتادوه من استعمال ما نص عليه الشارع أنه مكيل موزوناً وبالعكس.

الوجه الرابع:

أن يخالف العرف مسائل فقهية لم تثبت بصريح النص، بل بالاجتهاد والرأي، وكثير منها بناء المجتهد على ما كان في عرف زمانه، بحيث لو كان في الزمان الذي حدث فيه العرف الجديد لقال بخلاف ما قال أولاً، فهذا يعتبر فيه عرف الحادثة ولو خالف حكماً سابقاً مبنياً على عرف مخالف، وهذا مبني على قاعدة (لا ينكر تغيير الأحكام بتغيير الأزمان).

ولهذا قالوا في شروط الاجتهاد: إنه لا بد فيه من معرفة عادات الناس، فكثير من الأحكام يختلف باختلاف الزمان لتغير عرف أهله، أو لحدوث ضرورة أو فساد أهل

الزمان، بحيث لو بقي الحكم على ما كان عليه أولاً للزم منه المشقة والضرر بالناس، وخالف قواعد الشريعة المبنية على التخفيف والتيسير ودفع الضرر والفساد. ولهذا ترى كثيراً من العلماء خالفوا ما نص عليه المجتهدون في مواضع كثيرة بناء على ما كان في زمنهم، لعلمهم بأنهم لو كانوا في زمنهم لقالوا بما قالوا به أخذاً من قواعد مذهبهم.

أمثلة وفروع على القاعدة:

إفتاؤهم بجواز الاستئجار على تعليم القرآن ونحوه لانقطاع عطاء المعلمين، إذ لو اشغل المعلمون بالتعليم بلا أجره يلزم ضياعهم وضياع عيالهم، ولو اشتغلوا بالاكْتساب من حرفة أو صناعة يلزم ضياع القرآن والدين، فأفتوا بأخذ الأجرة على التعليم، وكذلك على الإمامة والأذان، مع أن ذلك مخالف لما اتفق عليه كثير من أئمة المذاهب من عدم جواز الاستئجار وأخذ الأجرة عليها كبقية الطاعات من الصوم والصلاة والحج وقراءة القرآن ونحو ذلك.

ومن ذلك تضمين الساعي بالفساد، مع أن ذلك مخالف لقاعدة (الضمان على المباشر دون المتسبب) ولكن أفتوا بضمانه زجراً بسبب كثرة السعاة المفسدين. وتضمن الأجير المشترك.

وقولهم: إن الوصي ليس له أن يضارب في مال اليتيم والوقف، وبعدم إجارتة دور اليتيم والوقف لأكثر من سنة، والأراضي لأكثر من ثلاث سنين، مع مخالفة ذلك لاجتهادات كثير من الأئمة بعدم الضمان وعدم التقدير بمدة.

ومن ذلك منع النساء عما كنَّ عليه في زمن صلى الله عليه وسلم من حضور المساجد لصلاة الجماعة.

وإفتاؤهم بمنع الزوج من السفر بزوجته بغير رضاها، وإن أوفأها المهر المعجل.

وعدم قبولهم قول الزوج: إنه استثنى بعد الحلف بطلاق زوجته، أي قوله بعد

الطلاق: إن شاء الله، إلا ببينة لفساد الزمان.

إلى غير ذلك من الشواهد على تغيير الأحكام لتغيير الأعراف والأحوال.

ولكن لا بد للمفتي والحاكم من نظر سديد وتبحر مديد في الأحكام الشرعية أصلاً

وفروعاً، مع الوقوف على أحوال الزمان وأهله وعاداتهم، ومعرفة أن هذا العرف

خاص أو عام، وأنه مخالف للنص أولاً، وعن هذا قال أحد المحققين: (لا بد للحاكم من فقه في أحكام الحوادث الكلية، وفقه في نفس الواقع وأحوال الناس، يميز به بين الصادق والكاذب والمحقق والمبطل، ثم يطابق بين هذا وهذا، فيعطي الواقع حكمه من الواجب، ولا يجعل الواجب مخالفاً للواقع. وكذلك المفتي الذي يفتي بالعرف لا بد له من معرفة الزمان وأحواله أهله، ومعرفة أن هذا العرف عام أو خاص، وأنه مخالف للنص أو غير مخالف).

تعارض الألفاظ:

أولاً: تعارض اللفظ بين العرف والشرع:

ومعناه أن يرد لفظ له معنى في الشرع ومعنى في العرف ويكون معناه في الشرع أعم أو أخص. فإذا تعارض لفظ بين العرف والشرع فينظر:

(أ) إذا كان ذلك اللفظ استعمالاً في الشرع بلا تعلق حكم ولا تكليف قدم العرف وخاصة في الإيمان، لأن الإيمان مبناها على عرف الحالف. فمن ذلك:

إذا حلف لا يجلس على الفراش أو البساط، أو لا يستضيء بالسراج، لم يحنث بجلوسه على الأرض وإن سماها الله تعالى فراشاً وبساطاً.

ولا يحنث بالاستضاءة بالشمس، وإن سماها الله تعالى سراجاً.

كذلك إذا حلف لا يجلس تحت سقف فجلس تحت السماء لم يحنث، وإن سماها الله تعالى سقفاً.

وكذلك لو حلف لا يأكل لحماً لم يحنث بأكل السمك، وإن سماه الله تعالى لحماً.

وكذلك لو حلف لا يركب دابة، فركب كافرًا لم يحنث، وإن سماه الله تعالى دابة، إذا يقدم في ذلك كله وأمثاله عرف الاستعمال لأنه المتبادر حين الحلف.

أو حلف لا يأكل ميتة أو دماً لم يحنث بالسمك ولا بالجراد ولا بالكبد والطحال.

(ب) أن يكون اللفظ في إطلاق الشارع قد تعلق به حكم، فيقدم استعمال الشرع هنا على الاستعمال العرفي.

ومن أمثلته:

إذا حلف لا يصلي لم يحنث إلا بذات الركوع والسجود، أو حلف لا يصوم لم يحنث بمطلق الإمساك بغير نية.

أو حلف لا ينكح حنث بالعقد إن كان غير متزوج لا بالوطء لأنه الشائع شرعاً، وأما إن كان زوجة وحلف لا ينكح فيحنث بالوطء.

أو قال: إن رأيت الهلال فأنت طالق، فرآه غيره وعلمت به، طلقت، حملاً له على الشرع فإن الرؤية فيه بمعنى العلم. لقوله صلى الله عليه وسلم: (إذا رأيتموه فصوموا)

ج: وأما إن كان اللفظ العرفي يقتضي العموم والشرعي يقتضي التخصيص اعتبر خصوص الشرع في الأصح عند الحنفية وغيرهم.
ومن أمثلته:

إذا حلف لا يأكل لحمًا لم يحنث بأكل الميتة، لأن الشارع ما سمي الميتة لحمًا. وإذا أوصى لأقاربه، لم يدخل ورثته عملاً بتخصيص الشرع حيث: (لا وصية لوارث)

هذا عند جمهور العلماء، وأما عند الحنابلة ففيه وجهان.

ثانياً: تعارض اللفظ بين اللغة والعرف:

(أ) المذهب الأول

إن الأيمان مبنية على العرف قولاً واحداً لا على الحقائق اللغوية، فمن حلف لا يأكل الخبز لم يحنث إلا بما اعتاده أهل بلده.

ولو حلف لا يأكل الرأس لم يحنث إلا برأس الغنم إذا كان أهل بلده لا يعدون غيره رأساً.

وكذلك لو حلف لا يدخل بيتاً لم يحنث بدخول الكعبة أو المسجد أو كنيسة أو بيعة أو بيت نار.

وقد خرجت عن هذا مسائل عند بعضهم اعتد فيها بالإطلاق اللغوي منها:

ولو حلف لا يأكل لحمًا حنث بأكل لحم الخنزير والآدمي.

ولو حلف لا يركب حيواناً يحنث بالركوب على الإنسان.

وكذلك قالوا فيمن حلف لا يهدم بيتاً حنث بهدم بيت العنكبوت، بخلاف لا يدخل بيتاً، قالوا: والعلة في ذلك لتناول اللفظ، والعرف العملي لا يصلح مقيداً، بخلاف لا يركب دابة، ولكن الراجح في المذهب خلافه.

(ب) المذهب الثاني:

فقد اختلفوا في ذلك، إذ قدم بعضهم الحقيقة اللفظية عملاً بالوضع اللغوي، فإذا حلف لا يسكن بيتاً وسكن خيمة حنث، سواء كان بدوياً أو قروياً. وقد آخرون الدلالة العرفية: قالوا: لأن العرف يحكم في التصرفات لا سيما الأيمان. ومبنى خلافهم اختلاف ما ورد عن الإمام الشافعي رحمه الله في ذلك، حيث اعتبر الحقيقة اللغوية تارة، والعرفية تارة أخرى.

لو دخل دار صديقه فقدم إليه طعاماً فامتنع، فقال: إن لم تأكل فامرأتي طالق. فخرج ولم يأكل. ثم قدم اليوم الثاني فقدم إليه ذلك الطعام فأكل، فعلى القول الأول لا يحنث، أو لا تطلق امرأته، وعلى الثاني يحنث.

وإن حلف لا يسكن بيتاً فإن كان بدوياً حنث بالمبني وغيره، لأنه قد تظاهر فيه العرف واللغة؛ لأن الكل يسمونه بيتاً، وإن كان من أهل المدن فوجهان، إن اعتبر العرف لم يحنث. وقالوا: والأصح الحنث ترجيحاً للاستعمال اللغوي.

ولو حلف لا يشرب ماء، حنث بالمالح، وإن لم يعتد شربه، اعتباراً بالإطلاق والاستعمال اللغوي.

حلف لا يأكل الخبز، حنث بخبز الأرز، وإن كان من قوم لا يتعارفون ذلك، لإطلاق الاسم عليه لغة.

وإذا قال: أعطوه دابة. أعطى فرساً أو بغلاً أو حماراً على المنصوص، لا الإبل والبقر؛ إذ لا يطلق عليها عرفاً وإن كان يُطلق عليها لغة. فهنا قدم العرف.

ومن تقديم العرف عندهم: إذا قال: زوجتي طالق. لم تطلق سائر زوجاته عملاً بالعرف. وإن كان وضع اللغة يقتضي ذلك؛ لأن الاسم الجنس إذا أضيف عمّ. وكذلك قوله: الطلاق يلزمني. لا يحمل على الثلاث. وإن كانت الألف واللام للعموم.

(ج) المذهب الثالث:

ففرقوا بين أن يكون قد غلب استعمال الاسم العام في بعض أفرادها حتى صار حقيقة عرفية، فهذا خصوا به العموم دون خلاف، أي أعملوا العرف، فمن حلف على شواء، اختصت يمينه باللحم المشوي دون البيض وغيره مما يشوي.

كذلك لو حلف على لفظ الدابة والسقف والسراج والوتد، لا يتناول إلا ما يسمى في العرف كذلك، دون الآدمي والسماء والشمس والجبل؛ لأن هذه التسمية في هذه هجرت حتى عادت مجازاً.

وبين أن لا يكون غلب الاستعمال الخاص وتحت ذلك صورتان.

(أ) أحدهما: ما لا يطلق عليه الاسم العام إلا مقيداً به ولا يفرد بحال، فهذا لا يدخل في العموم بغير خلاف. مثل جوز الهند لا يدخل في مطلق الجوز، والتمر هندي لا يدخل في مطلق التمر، فمن حلف لا يأكل جوزاً أو تمرّاً لا يحنث بأكلجوز الهند أو التمر هندي.

(ب) الثانية: ما يطلق عليه الاسم العام لكن الأكثر أن لا يذكر معه إلا بقرينة ولا يكاد يفهم عند الإطلاق دخول فيه، فهذا فيه خلاف.

فلو حلف لا يأكل الرؤوس فعند بعضهم: إنه يحنث بأكل كل ما يسمى رأساً من رؤوس الطير أو السمك، وعند آخرين إنه لا يحنث إلا برأس يؤكل في العادة مفرداً. وكذلك لو حلف لا يأكل البيض فهو على الوجهين أيضاً. كذلك لو حلف لا يأكل اللحم ففي أكل السمك وجهان أيضاً. وكذلك لو حلف لا يدخل بيتاً.

(د) وأما المذهب الرابع وهو رأي المالكية، فقد سبق أن ذكرت أن الأيمان عندهم مبنية على النية أولاً، فإن لم تكن نية فعلى الباعث، أو ما يسمونه البساط، أي ملابسات الحادثة، فإن لم يكن باعث فعلى العرف وإلا فعلى الوضع اللغوي. ومنهم من لم يعمل العرف.

-- القاعدة الكلية الفرعية المندرجة تحت قاعدة (العادة محكمة) :

-- القاعدة الكلية الفرعية الأولى:

قاعدة: (استعمال الناس حجة يجب العمل بها) .

هذه القاعدة بمعنى القاعدة الكبرى، العادة محكمة، ومبينة لها وهي شاملة للعرف القولي والعرف العملي.

معنى القاعدة:

(إن عادة الناس، إذا لم تكن مخالفة للشرع، حجة ودليل يجب العمل بموجبها، لأن العادة محكمة).

واستعمال الناس إن كان عاماً يعدّ حجة في حق العموم.

وأما إذا كان العرف خاصاً ببلدة مثلاً، فقد رأينا أن جمهور الحنفية والشافعية لا يعدّونه حجة تخصص النص العام أو القياس.

ودليلهم على ذلك: أن الإجماع العمومي يستحيل تواطؤ أفرادهِ على الكذب والضلال لكثرتهم واختلاف أقطارهم، وأما العرف الخاص فلا يمتنع فيه ذلك، وهو مع ذلك يخالفه عرف بلد آخر.

فما يتفق مع النص ويساير القياس فهو أولى بالاعتبار من المخالف.

وحاصل القاعدة: أن استعمال الناس غير المخالف للشرع ولا لنصوص الفقهاء، يعدّ حجة كبيع السلم وعقد الاستصناع مثلاً، فقد اتفق الفقهاء على جوازهما لما مسّت الحاجة إليهما مع أنهما في الأصل غير جائزين لأنهما بيع معدوم.

ملحوظة: قد يعتبر استعمال الناس المخالف لنصوص الفقهاء إذا كانت هذه النصوص مبنية على العرف أو على ضرب من الاجتهاد والرأي، فبتبدل العرف لا مانع من تبدل الحكم إذا كان الاستمرار على الحكم السابق فيه ضرر ومشقة تصيب العباد.

فمن ذلك: عدم الاكتفاء بظاهر العدالة في الشهادة، فعلى الحاكم أن يتحقق من عدالة الشهود مع أن ذلك مخالف لما نص عليه أو حنيفة رحمه الله من الاكتفاء بظاهر العدالة، وبناءً على ما كان في زمنه من غلبة العدالة على الناس، ولكن أبا يوسف ومحمداً نصاً على أنه لا يكتفي بذلك الظاهر لفشو الكذب في زمانهما، وعلى ذلك فقهاء مختلف المذاهب.

ومن ذلك تضمين الساعي (أي النمام) بالفساد بين الناس ما أُلّف بسبب سعايته مع مخالفة ذلك لقاعدة: (الضمان على المباشر دون المتسبب) ، ولكن لكثرة السعاة المفسدين أفتوا بتضمينه.

وسياأتي مزيد من الأمثلة على ذلك حين الحديث عن قاعدة: (لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان) .

من أمثلة هذه القاعدة وفروعها:

إذا استعان شخص بآخر على شراء عقار، وبعد وقوع البيع والشراء طلب المستعان به من المستعين أجره، فينظر تعامل أهل السوق، فإن كان معتاداً في مثل هذه الحال أخذ أجره كصاحب مكتب عقاري، فالمستعان به أخذ الأجرة المثلية من المستعين وإلا فلا.

وإذا تقاول ملاح مع نجار على أن يصنع له زورقاً أو سفينة وبيّن له طولها وعرضها وأوصافها اللازمة، وقبل النجار بعد بيان الثمن المطلوب، انعقد الاستصناع.

وكذلك لو اتفق إنسان مع مقاول أو متعهد أن يبني له بيتاً طبقاً لمخطط مرسوم ومواصفات خاصة بثمن مبين وشروط واضحة، انعقد الاستصناع وجازت المعاملة. ومنها لو استأجر أجيراً يعمل له مدة معينة، حُمِل على ما جرت العادة بالعمل فيه من الزمان دون غيره، بغير خلاف، إلا إذا نص في العقد على زمن مخصوص. -

- القاعدتان الكليتان الفرعيتان الثانية والثالثة:

٢. قاعدة: (إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت) .

٣. قاعدة: (العبرة للغالب الشائع لا للنادر) .

هاتان القاعدتان تعبران عن بعض شرائط العرف لكي يعتبر.

وهي شرائط: الاطراد، والغلبة، والشيوخ.

ما المراد باطراد العرف؟

المراد من اطراد العرف هنا: أن يكون العمل به مستمراً في جميع الأوقات والحوادث، بحيث لا يتخلف إلا بالنص على خلافه، ومعنى ذلك أن تكون العادة كلية.

فجريان العرف على تقسيم المهر في النكاح، في بعض البلدان، إلى معجل ومؤجل إنما يكون مطرداً في البلد إذا كان أهله يجرون على هذا التقسيم في جميع حوادث النكاح، ولا يخرجون عنه إلا عند النص على خلافه.

ما المراد من الغلبة؟

المراد من الغلبة هنا: أن يكون جريان أهله عليه حاصلاً في أكثر الحوادث أو عند أكثر الناس.

فاشترط الاطراد والغلبة هو في الحقيقة اشتراط للأغلبية العملية فيه لأجل اعتباره حاكماً في الحوادث.

ما المراد من الشيوخ؟

والمراد من الشيوخ هنا: اشتهار العمل بذلك العرف وانتشاره بين الناس، وأما إذا كان العرف خاصاً، فقد رأينا أنه لا يعتد به في الأصح في تخصيص النص أو الأثر، فأولى بذلك العرف النادر استعماله.

وأما إذا تساوى عمل الناس وعدمه بالعادة أو العرف فيسمى حينئذ عرفاً مشتركاً، والعرف المشترك لا يعتبر في معاملات الناس ولا يصلح مستنداً ودليلاً للرجوع إليه في تحديد الحقوق والواجبات المطلقة، لأن عمل القوم به أحياناً إذا صلح دليلاً على قصدهم إلى تحكيمه، فتركهم له أحياناً مماثلة ينقض هذه الدلالة.

وهذان الشرطان شاملان للعرف العام والعرف الخاص، عند من يقول باعتباره، فكلاهما يشترط لاعتباره وتحكيمه في المعاملات المطلقة أن يكون في محيطه مطرداً أو غالباً على أعمال أهله، وشائعاً بينهم شيوخاً شاملاً لهم.