

المطلب الثالث : شروط الاحتجاج بالعرف والعادة وفيه فرعان :

الفرع الأول : شروط العمل بالعرف والعادة

لا بدد من توافر شروط لاعتبار العرف دليلا يرجع الفقيه إليه إذا أعوزه دليل أرجح منه ، وهذه الشروط هي :

- ١- أن يكون العرف غالبا مطردا ، لأن العبرة بالغالب الشائع لا النادر .
- ٢- أن لا يخالف العرف نصا ، والمخالفة القادحة في العرف هي ما إذا كان في العمل به إبطال للنص من كل وجه وبالكلية •
- أما إذا لم يكن كذلك ، كما إذا كان النص عاما ، وقام عرف خالفه في بعض أفراده ، فإنه يعمل بهما معا ، ويكون العرف مخصصا للنص العام ، لا مبطلا له •
- ٣- أن لا يكون هناك اتفاق على استبعاد العرف ، فان وجد الاتفاق أهمل العرف ، وعمل بالاتفاق .

- ٤- أن يكون العرف الذي تحمل عليه الصيغ النصوص والتصرفات موجودا وقت ورودها ، فلا عبرة بالعرف المتأخر الطارئ على التصرف أو النص ، ولا عبرة كذلك بالعرف السابق على التصرف إذا تغير قبل إنشائه .
- ٥- أن يكون العرف ملزما ، أي يتحتم العمل بمقتضاه في نظر الناس ، وهو خاص بالعرف المثبت لحق من الحقوق لقيامه مقام الشرط أو العقد^(١) .

(١) ينظر : أصول الأحكام وطرق الاستنباط ، ص: ١٥٨-١٦٠ ، أصول الفقه الإسلامي في نسيجه الجديد ، د-مصطفى ابراهيم الزلمي ، شركة الخنساء للطباعة ، بغداد ، ط ٥ / ١٩٩٩ م ، ص



الفرع الثاني : حجية العرف

استدل أهل العلم للاحتجاج بالعرف بأدلة كثيرة منها :

أ- القرآن الكريم :

١- قوله تعالى : ﴿ وَهَئِن مِّثْلُ الَّذِي عَلَيْنَ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ [البقرة : ٢٢٨] .

٢- قوله تعالى : ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ [البقرة :

. [٢٣٣]

٣- قوله تعالى : ﴿ فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ

﴿ [الطلاق : ٢] .

فهذه الآيات على اختلاف أحكامها ، لم تفصل في نوع المعاملة ، أو في مقدار النفقة والكسوة ، وإنما ارجعتها الى عرف الناس ن فما حدده العرف والعادة وجب العمل به ن مهما اختلف الزمان والمكان والأشخاص (٢) .

ب- السنة النبوية المطهرة وفيها أدلة كثيرة منها :

١- حديث عائشة رَضِيَ اللهُ عَنْهَا قالت : جاءت هند بنت عتبة بن ربيعة فقالت :

يا رسول الله إن أبا سفيان رجل مسيك فهل علي حرج أن أطعم من الذي له

: ٧٠-٧٢ ، القواعد والضوابط الفقهية عند ابن تيمية ، ص: ٩٤-٩٥ ، القواعد الفقهية الكبرى ، السدلان ، ص: ٣٥٢-٣٦٢ .

(٢) القواعد والضوابط الفقهية عند ابن تيمية ص: ٩٦٠ وينظر : أصول الفقه الاسلامي ، البغا ، ص : ١٢٨ ، القواعد الكلية ، شبير ، ص : ٢٣٤-٢٣٥ ، القواعد الفقهية الكبرى ، السدلان ، ص: ٣٣٨-٣٤٢ ، أصول الفقه الاسلامي ، الزحيلي ٢/ ٨٣٠ .



عيالنا ؟ فقال (لا حرج عليك أن تطعميهم بالمعروف)^(٣) ، والمراد بالمعروف القدر الذي عرف بالعادة أنه الكفاية.

قال الحافظ ابن حجر العسقلاني رَحِمَهُ اللهُ : " استدل به على أن للمرأة مدخلا في القيام على أولادها وكفالتهم والإنفاق عليهم وفيه اعتماد العرف في الأمور التي لا تحديد فيها من قبل الشرع .

وقال القرطبي رَحِمَهُ اللهُ فيه اعتبار العرف في الشرعيات خلافا لمن أنكر ذلك لفظا وعمل به معنى كالشافعية كذا قال والشافعية إنما أنكروا العمل بالعرف إذا عارضه النص الشرعي أو لم يرشد النص الشرعي إلى العرف"^(٤).

٢- قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فِي خُطْبَةِ حِجَّةِ الْوُدَاعِ : " وَلَهْنِ عَلَيْكُمْ رِزْقُهُنَّ وَكَسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ "^(٥).

قال الحافظ ابن حجر (ت ٨٥٢هـ) - رَحِمَهُ اللهُ - : " قال ابن بطال أجمع العلماء على أن للمرأة مع النفقة على الزوج كسوتها وجوبا وذكر بعضهم أنه يلزمه أن يكسوها من الثياب كذا والصحيح في ذلك أن لا يحمل أهل البلدان على نمط

(٣) صحيح البخاري ، محمد بن اسماعيل ، تحقيق : د- مصطفى البغا ، دار ابن كثير ، اليمامة ، بيروت ، ط ١٤٠٧/٣ هـ ، ٨٦٨/٢ رقم ٢٣٢٨ ، صحيح مسلم ، مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري ، تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي ، دار إحياء التراث العربي - بيروت ، ١٣٣٨/٣ رقم ١٧١٤ .

(٤) فتح الباري شرح صحيح البخاري ، ابن حجر العسقلاني ، ٥١٠/٩ .

(٥) صحيح مسلم ٨٨٦/٢ رقم ١٢١٨ .

وأحد وأن على أهل كل بلد ما يجري في عاداتهم بقدر ما يطيقه الزوج على قدر الكفاية لها وعلي قدر يسره وعسره"^(٦).

وقال العلامة شمس الحق محمد العظيم آبادي (ت ١٣٢٩ هـ) - رَحِمَهُ اللهُ - : " (ولهن عليكم رزقهن) من المأكول والمشروب ، وفي معناه سكناهن وكسوتهن بالمعروف باعتبار حالكم فقرا وغنى أو بالوجه المعروف من التوسط الممدوح"^(٧).

ج- الآثار عن الصحابة الكرام ، ومنها :

١- قال ابن مسعود رَضِيَ اللهُ عَنْهُ : " ان الله عز وجل اطلع في قلوب العباد فوجد قلب محمد خير قلوب العباد ثم اطلع في قلوب العباد بعد قلب محمد فوجد قلوب اصحابه خير قلوب العباد فاخترهم لدينه يقاتلون على دينه فما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وما رآوه سيئا فهو عند الله سيء"^(٨).

(٦) فتح الباري، ٥١٣/٩.

(٧) عون المعبود شرح سنن أبي داود، محمد شمس الحق العظيم آبادي أبو الطيب، دار الكتب العلمية - بيروت، ط ٢/ ١٤١٥ هـ، ٥/ ٢٦٣.

(٨) مسند الامام أحمد بن حنبل، مؤسسة قرطبة، ٣٧٩/١، المعجم الأوسط، أبو القاسم سليمان بن أحمد الطبراني، ت : طارق بن عوض الله بن محمد، عبد المحسن بن إبراهيم الحسيني، دار الحرمين - القاهرة، ١٤١٥ هـ، ٥٨/٤ رقم ٣٦٠٢، المستدرک على الصحيحين، الحاكم النيسابوري، ت : مصطفى عبد القادر، دار الكتب العلمية، ط ١/ ١٤١١ هـ، ٨٣/٣ وقال : هذا حديث صحيح الاسناد ولم يخرجاه، ووافقه الذهبي.

٢- روى البيهقي بسنده قال : " خرج يزيد بن أبي مسلم من عند الحجاج فقال: لقد قضى الأمير بقضية ، فقال له الشعبي : وما هي فقال : قال ما كان للرجل فهو للرجل ، وما كان للنساء فهو للمرأة ، فقال الشعبي : قضاء رجل من أهل بدر قال : ومن هو قال : لا أخبرك ، قال : من هو على عهد الله وميثاقه أن لا أخبره قال: هو علي بن أبي طالب رَضِيَ اللهُ عَنْهُ ، قال : فدخل على الحجاج فأخبره فقال الحجاج : صدق ، ويحك إنا لم ننقم على علي قضاءه ، قد علمنا أن عليا كان أفضاهم " (٩) ، فهو يدل على اعتبار العرف (١٠) في التشريع (١١) .

وقال الهيثمي في مجمع الزوائد ومنبع الفوائد ، دار الفكر ، بيروت ، ١٤١٢ هـ ، ٤٢٨/١ : " رواه أحمد والبخاري والطبراني في الكبير ورجاله موثقون " وحسنه الحافظ ابن حجر في الامالي المطلقة ، ت : حمدي السلفي ، المكتب الاسلامي ، بيروت ، ط ١٤١٦ هـ ، ص : ٦٥ .

وقد ساق طرقه الحافظ جمال الدين الزيلعي في نصب الراية ، ت : محمد البنوري ، دار الحديث ، ١٣٥٧ هـ ، ١٧٨/٤ .

وقال العلامة ابو الحسنات محمد عبد الحي اللكنوي في التعليق الممجذ على موطأ الامام محمد ، ت : تقي الدين الندوي ، دار القلم ، دمشق ، ط ١٩٩٣ م ، ٣٥٥ / ١ : " له حكم الرفع على ما هو مصرح في أصول الحديث فهذا القول وإن كان قول ابن مسعود رَضِيَ اللهُ عَنْهُ لكن لما كان مما لا يدرك بالرأي والاجتهاد صار مرفوعا حكما فيصح الاستدلال به " .

(٩) السنن الكبرى ، ابو بكر أحمد بن الحسين البيهقي ، ت : محمد عبد القادر عطا ، مكتبة دار الباز ، مكة المكرمة ، ١٤١٤ هـ ، ٢٦٩/١٠ .



د- المعقول

ان في اعتبار العرف رفعا للخرج عن الناس ، وتيسيراً عليهم ، وفي عدم
اعتباره في التشريع تناقض لا تقبل به الشريعة ، لان الشريعة جاءت بمبدأ امتناع
التكليف بما لا يطاق ، فاذا لم نعتبر العرف فكأننا قررنا عكس ذلك المبدأ^(١٢).

وفي هذا المعنى يقول العلامة المحقق ابن قيم الجوزية (ت ٧٥١هـ) -
رَحِمَهُ اللهُ - في جريان الفتوى على العرف لا على الكتب : " فمهما تجدد في العرف
فاعتبره ، ومهما سقط فألغاه ، ولا تجمد على المنقول في الكتب طول عمرك ، بل اذا
جاءك رجل من غير اقليمك يستفتيك فلا تجره على عرف بلدك ، وسله عن عرف
بلده فأجره عليه ، وافته به ، دون عرف بلدك المذكور في كتبك ... وهذا محض
الفقه ، ومن افتى الناس بمجرد المنقول في الكتب على اختلاف عرفهم
وعوائدهم وازمنتهم وامكتتهم واحوالهم وقرائن احوالهم فقد ضل واصل ،
وكانت جنايته على الدين اعظم من جناية من طبب الناس كلهم على اختلاف

(١٠) ينظر لزماً : المغني ، ابن قدامة المقدسي ، دار الفكر - بيروت ، ط ١ / ١٤٠٥ هـ ،

. ٢٢٥ / ١٢ .

(١١) القواعد الكلية ، شبير ، ص : ٢٣٧ .

(١٢) المصدر نفسه ، ص : ٢٣٩ .

بلادهم وعوائدهم وازمنتهم بما في كتاب في كتب الطب على ابدانهم ، بل هذا الطيب الجاهل وهذا المفتي الجاهل اضر على اديان الناس والله المستعان" (١٣).

وقال العلامة الاصولي الكبير أبو اسحاق ابراهيم بن موسى الشاطبي (ت ٥٧٩٠هـ) - رَحِمَهُ اللهُ - : " العوائد جارية ضرورية الاعتبار شرعا ، كانت شرعية في اصلها او غير شرعية ، أي سواء كانت مقرة بالدليل شرعا ، أو أمرا أو إذنا أم لا ولو لم تعتبر العوائد لأدى إلى تكليف ما لا يطاق ، وهو غير جائز ، أو غير واقع" (١٤).

(١٣) اعلام الموقعين ، ابن القيم الجوزية ، ت: محمد محي الدين عبد الحميد ، دار الفكر ، بيروت ، ١٣٧٧ هـ - ١٩٩٧ م ، ٣/٨٩ .

(١٤) الموافقات ، ابراهيم بن موسى الشاطبي ، ت: عبد الله دراز ، دار المعرفة ، بيروت ، ٢١١/٢ - ٢١٢ .