المحاضرة الحادية عشر

ثانيا: تطبيقات قاعدة العادة محكمة وما يتفرع عنها من قواعد

تتفرع عن قاعدة "**العادة محكمة**" قواعد تندرج تحتها وتضم مسائل وفروع تسري عليها أحكام العرف وشروطه، إلا أنها قواعد تتميز عن القاعدة الأم بكونها تنظم جانبا محددا من العرف فمنها ما يكون نصا على الشروط ومنها ما يختص بأبواب في الفقه دون غيرها ،فهي قواعد ذات سعة للأحكام إلا أنها أقل شمولا مقارنة مع قاعدة "**العادة محكمة**"،وهي كثيرة لا يسع المقام لذكرها كلها بل سنكتفي بأشهرها مع التمثيل لها من باب الأحوال الشخصية.

1. لا ينكر تغير الاحكام بتغير الأزمان

معنى القاعدة أن الأحكام التي ينشئها الاجتهاد و تستند إلى أدلة ظنية، فإنها تتغير بتغير الزمان واختلاف المكان،وهي نتاج خاصية المرونة التي تتميز بها الشريعة الاسلامية و دليل صلاحيتها لكل زمان ومكان،فالثابت في الشريعة الاسلامية تحكمه نصوص قطعية في ثبوتها ودلالتها تتعلق بمسائل العقيدة والأحكام الفقهية التي تندرج ضمن ماهو معلوم من الدين بالضرورة وهي محصورة وليست محل اجتهاد أو تغيير ،أما غيرها من الأحكام فهي محل الاجتهاد ومظنة التغيير.

مثالها: تسجيل وتوثيق عقد الزواج فإنه ليس من أركانه ولا شروطه التي عدها الفقهاء المتقدمون ضمن مؤلفاتهم، بل أنه كان يكتفى في صحته ونشأته وثبوت الحقوق به على تحقق الرضى ومختلف الشروط ويثبت بمختلف وسائل الاثبات بما فيها البينة والاقرار،غير أن الفقهاء العصر الحديث لما لاحظوه من ضرورة التوثيق لحفظ الحقوق ودفع التهم أصبح التوثيق في عقد الزواج شرطا شكليا يعطي الصفة في سماع دعاوى الزواج وأثاره وهو أمر انتجه تغير الزمان فتغير الحكم على أثره.

2. استعمال الناس حجة يجب العمل بها.

الاستعمال هو نقل اللفظ عن موضعه الأصلي إلى معناه المجازي شرعاً وغلبة استعماله فيه،فاللفظ إذا استعمل على غير حقيقته اللغوية واختار الناس معنى محددا له، يترك المعنى الأصلي ويصار إلى المعنى المتداول، كلفظ الشواء والدابة مثلا،فالأول معناه يصدق على كل ما يشوى لكن استعمال الناس استثنى شواء السمك والدجاج؛ ومثله لفظ الدابة الذي يصدق على كل ما يدب على الارض وفي الاستعمال يقتصر على ذوات الأربع فقط .

ومثاله في مسائل الأحوال الشخصية لفظ الفاتحة فإن استعماله في دول المشرق يقتصر على قراءة السورة المباركة في مجلس الخطبة تأكيدا للوعد بالزواج بينما في الجزائر ،الفاتحة مجلس عقد لتوافر شروطه فيه وهي في معنى الزواج غير المسجل أو العرفي والعقد غير الخطبة لكن استعمال الناس هو الذي يحدد المعنى وعليه تبنى الأحكام.

قريب من معنى القاعدة قولهم **"الحقيقة تترك بدلالة العادة"** والمقصود بالحقيقة في استعمال الألفاظ ،فاللفظ إما أن يحمل على حقيقته اللغوية، بمعنى استعماله في أصل اللغة كلفظ الأسد يصدق على الحيوان المفترس، وقد ينقل لفظ

من الحقيقة إلى المجاز فيكون له دلالة في استعمال فقهاء الشرع ويغلب عليه، وهو ما يعرف بالحقيقة الشرعية، بحيث إذا اطلق ينصرف إليه مباشرة ويترك به الأصل اللغوي ،فالصلاة في استعمال المسلمين تنصرف إلى أفعال وأقوال مخصوصة تدل على الركن الثاني في الإسلام وهي في أصل اللغة الدعاء، لكن غلب استعمالها الشرعي على اللغوي؛وكلا من الحقيقة اللغوية والحقيقة الشرعية تترك للحقيقة العرفية، فإذا حمل العرف استعمال لفظ على معنى معين غير الذي يصدق عليه عرفا أو شرعا فإن تفسير ذلك اللفظ يكون بحسب استعماله عرفا لأنه أصدق في الدلالة على مقصود مستعمله و أقرب للتصور.

مثاله:الصداق المقصود به شرعا ما يجب للمرأة بعقد الزواج، بمعنى تستحقه المرأة بمجرد العقد،غير أنه قد يجري العرف على تسليم المرأة المهر قبل العقد كله أو بعضه مؤجلا أو معجلا،و عليه فدعوى قبض المهر لا يستند في الحكم فيها إلى حقيقة الصداق الذي يكون بالعقد بل ينظر فيه إلى عرف البلد.

3. **الممتنع عادة كالممتنع حقيقة:**

يعني أن ما استحال عادة لا تسمع فيه الدعوى كالمستحيل عقلا لأنه لا يتصور حدوث ما يمنعه العقل لانعدامه أو استحالته ، كذلك الامر فيما يمنعه العرف فإنه لا تسأل به حقوق ولا تسمع به دعوى فيستقل الحاكم برد الدعوى فيه بدون حاجة إلى سؤال الخصم عنها ،ولا تطلب بينة على اثباته او نفيه من باب أولى.

ومثالها في دعوى الاقرار بالنسب ،فالمعلوم ان الاقرار بالنسب على النفس يثبت به لمدعيه بشروط من بينها ان لا يخالف العرف و العادة فمن يدعي الأبوة لشخص لا يولد مثله لمثله عادة لا تسمع دعواه كأن يكون الفارق في السن بينهما قليل. وكدعوى متولي الوقف أو الوصي على المال اليتيم انفاقه أموالا عظيمة على الوقف أو على اليتيم والظاهر على خلافه.

4. **المعروف عرفا كالمشروط شرطا**

معناها أن ما تعارف الناس عليه،ينزل منزلة الشرط،في معاملاتهم فكما أنه لا تسمع الدعوى إذا خالف فيها أطرافها شرطا صحيحا (لأن:" مقاطع الحقوق عند الشروط")و كذلك إذا خالفت ما اعتاده الناس وتعارفوا عليه، فالعرف الصحيح الذي ليس فيه مخالفة ينزل منزلة الشرط، ولا يلزم وفقا للقاعدة التصريح بالشرط عند التعاقد أو غيره من المعاملات بين الناس فيكفي أن يكون العرف المتداول بين الناس صحيحا شرعا حتى ينزل منزلة الشرط. مثاله النوم في الفنادق، والأكل في المطاعم، كل ذلك يستلزم دفع الأجرة، لأن العرف يقضي بذلك ، وإن لم تذكر من قبل أطراف العقد.

ومثاله في فقه الأسرة :تشطير الصداق إلى مؤجل و معجل، يسري به العقد وفق العرف البلد و إن لم ينص عليه صراحة عند التعاقد.و في ذلك يقول ابن قدامة: " المطلق يحمل على العرف ، والعادة في الصداق الآجل ترك المطالبة به الى حين الفرقة فحمل عليه "

وقريبا منها قاعدة :"التعيين بالعرف كالتعيين بالنص"ومعناها أن ما لم ينص عليه شرعا أو في العقد يرجع فيه إلى ما جرى عليه العرف في بناء الأحكام عليه ؛ وما عينه العرف وخصصه يكون كالمنصوص عليه ويأخذ حكمه ،فالنفقة نص على وجوبها للزوجة والاولاد في الكتاب والسنة،يقول الله تعالى:﴿**وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ**﴾ وفي تقديرها و تحديد مشتملاتها يرجع إلى العرف.

في تحديد مهر المثل وصفا ومقدارا يرجع فيه إلى العرف والعادة ويكون سندا تبنى عليه الأحكام كما تبنى على النصوص وهو ما يعرف بالعرف المخصص.

مثله النزاع حول متاع البيت الحكم فيه ما يكون للمرأة أو ما يكون للرجل يرجع فيه إلى العرف.

دراسة