العرف

5. شروط العرف

ويشترط للعمل بالعرف شرطان:

1.5. الاطّراد والغلبة: لا بدّ في العرف المراد تحكيمه أن يكون العمل به جارياً بين متعارفيه في جميع الحوادث. ولذلك قالوا: إنّما تعتبر العادة إذا اطّردت فإن اضطربت فلا، وإن تعارضت الظنون في اعتبارها فخلاف.. أمّا إذا تساوت العادات فلا يُعمل بواحدة منها..

فمثلاً، جهاز الأب لابنته من ماله إذا تنازعه عرفان في البلد الواحد؛ أحدهما يعتبره عارية، والآخر يعتبره تمليكاً وهديّة، فإنّهما يتساقطان نظراً لتعارضهما.. فلا يُبنى الحكم على أحدهما، ويُرجَع إلى الأصل؛ وهو اليمين، فيحلف الأب، لأنّه المعطي، وهو أدرى بحقيقة ما أعطاه..

كذلك الحال في تقسيم المهر في النكاح إلى نقد وكالئ، إنّما يتصوّر فيه اطّراده في البلد إذا كان أهله قد تعارفوا هذا التقسيم في جميع أنكحتهم..

هذا، والاطّراد غير العموم، فقد يكون العرف عامّاً منتشراً في جميع البلاد، وقد يكون خاصّاً ببلد معيّن؛ وهو ما يسمّى بالعرف الإقليمي أو المحلّي، أو بين أهل حرفة مخصوصة دون سواها كطائفة التجّار أو الصنّاع أو الصيادلة أو الأطبّاء.. ويسمّى عرفاً مهنيّاً أو طائفيّاً.. وهذا العرف الخاصّ بطائفة التجّار أو المزارعين أو أصحاب مهنة من المهن، هو عرف عامّ، لأنّه يعمّ جميع أفراد الطائفة..

فالعرف – عامّاً كان أو خاصّاً – يُشترَط لاعتباره وتحكيمه في المعاملات المطلقة أن يكون في محيطه مطّرداً أو غالباً على أعمال أهله. فالمراد بالعموم العموم في المكان الذي يقع فيه، أو بالنسبة للأشخاص الذين صدر عنهم العمل بصفاتهم كالعرف الصناعي أو العرف المهني. فإن اختلّ هذا الشرط فإنّه لا يُعتبر؛ إذ لو كان عرفاً محدوداً ضيّقاً يؤخَذ به أحياناً فإنّه في هذه الحالة لا يمكن اعتباره ولا اعتماده[1].

2.5. عدم مخالفته لنصّ شرعيّ: وإلاّ كان عرفًا باطلًا لا قيمة له، وهو العرف الفاسد، كتعارف الناس ارتكاب المحرّمات من الربا وشرب الخمر واختلاط النساء مع الرجال، وكشف العورة، ولبس الحرير والذهب للرجال وغير ذلك ممّا ورد فيه نصّ بالتحريم، فلا قيمة لهذا العرف، ولا اعتبار له، فهو عرف فاسد مردود، واتّباع للهوى وإبطال للنصوص، وهو غير مقبول قطعًا[2]..

غير أنّه يستثنى من ذلك النصّ الذي ورد معلّلاً بالعرف ومبنيّاً عليه. ففي هذه الحالة تبقى للعرف قوّته، ويعمَل بالعرف والنصّ توفيقاً..

أمّا إذا لم يكن العرف مخالفاً للنصّ من كلّ وجه، و لم يكن مبطلاً للحكم الذي أثبته، كما إذا كان النصّ الشرعي عامّاً والعرف خاصّاً فإن خالفه في بعض أفراده، فإنّه يُعمَل بالعرف والنصّ معاً، ويكون العرف مخصِّصاً للنصّ العامّ

لا مبطِلاً له. ومن ذلك تخصيص النصّ الوارد في النهي ببيع ما ليس عند الإنسان بتجويز الاستصناع لعرف الناس وتعاملهم به، مع أنّ النصّ يشمله..
هذا وقد ألغى الإسلام كثيراً من الأعراف التي كانت متّبَعة لدى العرب قبل الإسلام مثل عادة التبنّي، واسترقاق المدين، ونكاح الشغار، وحرمان النساء من الميراث، وعادات الحلف بالطلاق وغيرها[3]..

3.5. عدم معارضة العرف بتصريح يخالفه: فإذا وُجد مثلاً نصّ أو شرط لأحد المتعاقدين وجب العمل بمقتضى النصّ أو الشرط، ما دام الشرط صحيحاً، ولا يُلتَفَت إلى العرف.. فلو فرضنا أنّ مصاريف تسجيل عقد من العقود مثلاً تعارفها الناس على المشتري، واتّفق المتعاقدان على أن يكون ذلك على البائع، عُمِل بهذا الاتّفاق، ولا عبرة بالعرف لأنّ المؤمنين عند شروطهم ما دام الشرط لا يحلّ حراماً ولا يحرّم حلالاً.. ولأنّ العرف يتدخّل عند سكوت المتعاقدين عن تفاصيل العقد، فلو اتّفِق على تفاصيله لأخذ بما تمّ الاتّفاق عليه ولو خالف الأعراف القائمة..

ولو استأجر شخص أجيراً للعمل من الظهر إلى العصر فقط ليس له أن يلزمه بالعمل من الصباح إلى المساء بحجّة أنّ العرف كذلك، بل يتبع المدّة المعيّنة..

ولو أنّ امرأة أقامت بيّنة عند التنازع في الجهاز على ما هو من خصائص الرجال، أو أقام الرجل بيّنة على ما هو من خصائص النساء، فإنّه يُقضى بها وتُقدَّم على العرف[4]..

4.5. ألاّ يكون عرفاً طارئاً: بمعنى أن يكون العرف سابقاً أو مقارناً لزمن الشيء الذي يُحمل على العرف، فلا عبرة بالعرف المتأخّر الطارئ على العقد أو التصرّف الذي يراد فيه الاحتكام إلى العرف.. فلو وقع الاتّفاق على ثمن المبيع بدراهم أو دنانير في بلدة اختلفت فيها النقود، كان البيع منصرفاً إلى النقد المعروف بين الجميع، وإلى العرف الغالب حين البيع، وليس إلى ما يطرأ بعد ذلك من اختلاف أو تغيير. فعبارات الواقفين وشروطهم في صحيح أوقافهم، ونصوص الوثائق، وألفاظ الحجج في العقود والتصرّفات وما دُوِّن فيها من قيود وإطلاقات والتزامات واشتراطات وما جاء فيها من اصطلاحات يراعى في فهمها وتفسيرها العرف الذي كانم قائماً وقت صدور العقود وإنشاء التصرّفات ولا يُلتفت إلى العرف الحادث بعد إنشاء العقد أو التصرّف..

وهذا الشرط يسري على العرف اللفظي كما يسري على العرف العملي؛ فلفظ "في سبيل الله" في آية مصارف الزكاة له معنى عرفي إذ ذاك هو مصالح الجهاد الشرعي. ولفظ "ابن السبيل" فيها أيضاً معناه العرفي من ينقطع من الناس في السفر.. فإذا تبدّل عرف الناس في شيء من هذه التعابير فأصبح مثلاً معنى "سبيل الله" طلب العلم خاصّة، وأصبح معنى "ابن السبيل" الطفل اللقيط الذي لا يُعرَف له أهل، فإنّ النصّ التشريعي يظلّ محمولاً على معناه العرفي الأوّل لأنّه هو مراد الشارع ولا عبرة للمعاني العرفيّة أو الاصطلاحيّة الحادثة بعد ورود النصّ..

أمّا عن العرف العملي، فلو تبدّل عرف الناس مثلاً فيما يعدّ عيباً في المبيع أو في تقسيم المهر في النكاح إلى معجّل ومؤجّل.. فإنّ العرف الحادث لا يسري على التصرّفات السابقة، ولا يبدّل شيئاً من أحكامها والتزاماتها[5]..

6. تطبيقات العرف في قضايا الأسرة

– تحكيم العرف في متاع البيت (الجهاز) الذي تمّ شراؤه قبل الزفاف، ووقعت الفرقة بطلاق أو وفاة فإنّ الحكم في ذلك أن يُقضى للمرأة بما يُعرَف للنساء، وللرجال بما يُعرَف للرجال[6]..

– لو جهّز الأب ابنته من ماله في زواجها، ثمّ اختلف وإيّاها في أنّ ما أخرجه لها كان على سبيل العارية فيحقّ له استرداده، أو كان على سبيل التمليك فهو لها. فالعرف في هذا الشأن هو المحكّم[7]..

– اعتبار الكفاءة في الزواج روعي فيها عرف العرب أيضاً مع أنّ الناس سواء، للحفاظ على مستقبل الزوجية، لأنّ الناس عادة يزدرون من دونهم..

– إذا جرى العرف بإلزام الزوج بتقديم هديّة العرس فإنّه يلزمه ذلك إعمالاً للعرف، ودفعاً للخصومة التي قد تنجم من عدم دفعه[8]..

– المعلوم من الفقه الحنفي أنّ المرأة يجوز لها أن تزوّج نفسها من غير وليّ، لكنّ المتأخّرين أفتوا بعدم صحّة نكاح المرأة إلاّ بوليّ في غير كفء لمّا رأوا فساد الزمان وتغيّر الأحوال[9]..

– ليس للزوج أن يجبر زوجته على السفر من وطنها إذا نكحها فيه، وإن أوفاها معجّل مهرها لغلبة الأضرار في الأزواج[10]..

– إذا تنازع الزوجان في قبض الصداق بعد الدخول، فإن كانت العادة تقضي بأنّ الرجل لا يدخل بامرأته حتى تقبض جميع صداقها، فالقول قول الرجل، وإن كانت العادة بخلاف ذلك، فالقول قول المرأة مع يمينها[11]..

– تحكيم العرف في مقدار النفقة الواجبة للزوجة الثابتة بالنصّ المطلق: {لينفق ذو سعة من سعته}، حيث أوجبها بقدر بالوسع و لم يبيّن مقداره، فقدّرها البعض قياساً، وتركها البعض للعرف، والذين قدّروها لم يهملوا العرف، بل عملوا بما يتعارف في زمنهم..

– إذا قال لزوجته: أنت طالق، وقال أردتُ من وثاق، فإنّ المعنى العرفي للطلاق الذي هو فكّ الرابطة الزوجية هو المحكّم، وليس الإطلاق من الوثاق بالمعنى اللغوي[12]..

القواعد الفقهيّة الخاصّة بالعرف

العادة محكَّمة: وهي القاعدة الخامسة من القواعد الكبرى التي عليها مدار الفقه الإسلامي عموماً.. ويندرج تحتها من القواعد:

1. استعمال الناس حجّة يجب العمل بها
2. إنّا تعتبر العادة إذا اطّردت أو غلبت
3. العبرة للغالب الشائع لا للنادر
4. لا عبرة بالعرف الطارئ
5. الحقيقة تُترَك بدلالة العادة
6. الكتاب كالخطاب

7. الإشارة المعهودة للأخرص كالبيان باللسان

8. المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً

9. التعيين بالعرف كالتعيين بالنصّ

10. المعروف بين التجّار كالمشروط بينهم

11. كلّ ما ورد به الشرع مطلقاً، ولا ضابط له في الشرع ولا في اللغة، يُرجَع فيه إلى العرف

12. ما يُعاف في العادات يُكرَه في العبادات

13. لا يُنكَر تغيّر الأحكام بتغيّر الزمان

---

[1] – عمر بن عبد الكريم الجيدي، ص104 فما بعدها.

[2] – محمّد الزحيلي، 268/1.

[3] – عمر بن عبد الكريم الجيدي، ص107 فما بعدها.

[4] – الجيدي، 110-111.

[5] – الجيدي، 112-114؛ وانظر: عبد العزيز محمّد عزّام، **القواعد الفقهيّة**، ط.د. (القاهرة: دار الحديث، 1426هـ-2005م)، ص190-191.

[6] – الجيدي، ص124.

[7] – الجيدي، 136.

[8] – الجيدي، ص125.

[9] – عبد العزيز عزّام، ص202.

[10] – عبد العزيز عزّام، ص189.

[11] – الجيدي، 152.

[12] - عبد العزيز محمّد عزّام، **القواعد الفقهيّة**، ط.د. (القاهرة: دار الحديث، 1426هـ-2005م)، ص187.