المحاضرة العاشرة:قاعدة العادة محكَّمة

قاعدة العادة محكمة من القواعد الخمس الكبرى في الفقه الإسلامي حيث ضمت كثيرا من المسائل التي موضوعها العرف ولها تطبيقات و فروع في مختلف أبواب الفقه خاصة تلك المرتبطة بمعاملات الناس ومنازعاتهم، فهي من القواعد التي سهلت أمور الناس ويسرت حاجاتهم، ومن الأدلة الناصعة على صلاحية الشريعة لكل زمان ومكان، ثرية بالأحكام والتطبيقات في شتى المجالات بما فيها الأحوال الشخصية، تجد سندها في كتاب الله و سنة رسوله وتتفرع عنها قواعد لا تقل أهمية عن القاعدة الأم ،لذلك يتعين تحديد ألفاظ القاعدة وتأصيلها مع ذكر الأمثلة التي تنطبق عليها.

أولا:مفهوم قاعدة العادة محكمة

1. **التعريف بالقاعدة.**

أ. ألفاظ القاعدة.

✓ **التعريف اللغوي والاصطلاحي:**

"**العادة محكمة** " مركب إضافي يتكون من لفظ "العادة" ولفظ " محكَّمة: "أما **العادة** فمعناها في **لغة** : الديدن، وتعوده أي: صيرته له عادة، وسمي العيد عيدا لأنه يعود، وقيل هي الدربة والتمادي في شيء حتى يصير له سجية. وسُميت العادة بذلك؛ لأن صاحبها يعاودها، أي يرجع إليها مرة بعد أخرى. **اصطلاحاً**:للعادة عدة تعريفات منها: (العادة غلبة معنى من المعاني على الناس). أو هي: (ما استمر الناس عليه على حكم العقول وعادوا إليه مرة بعد أخر). وهي أيضا: (الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية)

رجح التعريف الأخير بعض العلماء والباحثون، حيث لم يخص العادة بكونها موافقة للعقل أو الشرع، فهي عادة وإن خالفت ذلك ونجد الإمام الشاطبي يقسمها إلى قسمين: عادات شرعية وعادات غير شرعية، وقسم العادات غير الشرعية إلى قسمين متبدلة وثابتة.

فالعادات الشرعية: وهي العادات الثابتة بأدلة الشرع أمرا (واجبا كان أو مندوبا) كالأمر بستر العورة ونهيا (تحريما أو مكروها) كتحريم النجاسات؛**والعادات غير الشرعية**: هي التي لم تتناولها أدلة الشرع بالأمر أو النهي، وهي على قسمين: **ثابتة ومتغيرة**، تدخل **الثابتة** عادة في غرائز الناس وحكم الطبيعة، وهذه عادات تبنى عليها الأحكام إذا كانت من مسببات حكم الشارع، كاعتياد النساء فترة الحيض؛ أما **العادات المتغيرة**، فتختلف بحسب المكان والزمان ومثاله عد كشف الرأس للرجال من خوارم المروءة في بلاد وزمن ليس كذلك في بلاد أخرى أزمنة أخرى.

هذا و يورد الفقهاء لفظ العادة وأحياناً يوردون العرف، وقولهم: «العادة محكمة» والمراد والعرف أيضاً، لأن بعضهم لا يرى التفريق بينهما، ثم أن لفظ **العرف** في **اللغة** يطلق على عدة معان، منها ما جاء في لسان العرب:" العرف والعارفة والمعروف واحِد: ضد النكرِ، وهو كل ما تعرفه النفس من الخير وتطمئن إِليه"

أما **اصطلاحاً** فله تعريفات منها:"ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول وتلقته الطبائع السليمة بالقبول" هذا التعريف جاء جامعا لما يصدق عليه العرف بمعناه الشرعي،فقوله "ما استقرت النفوس عليه "في اشارة إلى أن السند هنا ليس نصا شرعيا بل ما سار ناس عليه وألفوه قولا أو عملا، يرجع في اعتباره موافقته لمنطق العقل وسلامة الطبع، وهو بذلك يقر العرف الصحيح فقط لأن العرف غير الصحيح وإن عد من الأعراف إلا أنه لا يقوم سندا لحكم شرعي، وفي شريعة الإسلام الفطرة السليمة تطابق الأحكام الشرعية بل أنها شريعة الفطرة السليمة.

- ✓ **المعنى العام للقاعدة**: أن العرف بشروطه أصل تبنى عليه الأحكام في الفقه لإسلامي يجد سنده في النصوص الشرعية يعتمده الفقيه في اجتهاده والقاضي في النظر الخصومات والفصل في المنازعات. وهو ما ذكره ابن عابدين الحنفي بقوله: "والعرف في الشرع له اعتبار لذا عليه الحكم قد يدار."

ب. **أقسام العرف والعادة ومجالات إعمال العرف.**

✓ **أقسام العرف والعادة**

تتنوع تقسيمات العرف تبعا لاعتبارات متعددة.

➢ **فالعرف باعتبار سببه قسمان**:

- **عرف قولي**: وهو ما إذا أطلق فُهم منه معنى لم يوضع ذلك اللفظ له، من غير قرينة. مثل لفظ الشواء يطلق على اللحم فقط، دون ما يشوى من غيره.
- **عرف عملي**: وهو ما جرى عليه عمل الناس في جميع البلدان أو بعضها.

➢ كما ينقسم **باعتبار من يصدر عنه** إلى ثلاثة أقسام:

- **العرف العام:** هو المتداول بين جميع الناس على مر الزمان وفي مختلف الاقطار
- **العرف الخاص:** هو ما اختص به أهل بلد أو حرفة دون سواهم.
- **العرف الشرعي:** هو الاستعمال الشرعي بحيث يغلب على اصل الوضع اللغوي ، كلفظ الصلاة حيث نقل من المعنى اللغوي وهو الدعاء إلى العبادة المخصوصة بالأفعال والأقوال.

➢ أما من جهة **مدى** إقرار **الشارع للعرف** وعدم إقراره ينقسم إلى قسمين:

- **عرف صحيح:** وهو ما تعارفه الناس وليست **فيه** مخالفة لنص ولا تفويت مصلحة ولا جلب مفسدة، كتعارفهم وقف بعض المنقولات وتعارفهم أن ما يقدمه الخاطب إلى خطيبته من ثياب وحلوى ونحوها يعتبر هدية وليس من المهر.
- **عرف فاسد**: هو ما تعارفه الناس مما يخالف الشرع أو يجلب ضررا أو يفوت نفعا كتعارفهم بعض العقود الربوية أو بعض العادات المستنكرة في المآتم والموالد وكثير من احتفالاتهم.

✓ **مجالات اعمال العرف:**

للعرف مجالات كثيرة تشمل أبوابا متعددة من الفقه منها أنه:

إذا ورد لفظ مطلق في أدلة الشريعة غير محدد و ليس له حد شرعي كالصلاة، ولا حد لغوي كالسرقة يرجع في تحديده إلى العرف، مثالها ما جاءت به النصوص بوجوب النفقة وليس لها ضابط في الشرع ولا في اللغة، فيرجع فيها إلى العرف .

منها تفسير ألفاظ الناس، فإنها تفسر بحسب دلالة العرف في معاملاتهم من بيع وإجارة وغيرها ، وفي أيمانهم وغير ذلك وله أمثلة منها : لو تبايع اثنان سلعة بأربعين ألفا، ثم اختلفا حول العملة ثمن السلعة ، فالعبرة بالعرف في البلد الذي هم فيه ، فإذا كانوا في الجزائر فالاعتبار بالدينار الجزائري، وهذا إذا لم تكن بينة تقطع النزاع .

2. سند القاعدة وشروط تطبيقها.

تستند قاعدة العرف إلى آيات الكتاب وسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم، وإعمالها يقتضي توافر شروط وضعها الفقهاء وهي نفسها شروط الاخذ بالعرف

أ. سند القاعدة ودليلها.

قاعدة العادة محكمة تجد أساها في كتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم.

- ✓ **من القرآن الكريم** ،قوله تعالى:﴿ **وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ** ﴾،وقوله تعالى: ﴿ **وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ**﴾.

ووجه الدلالة ان الله سبحانه وتعالى وجه الحكام إلى اعتبار العرف في العلاقات الاسرية منازعاتها ةفي ذلك يقول ابن كثير: في تفسير قوله عز وجل: ﴿**وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ**﴾(أي : وعلى والد الطفل نفقة الوالدات وكسوتهن بالمعروف ، أي : بما جرت به عادة أمثالهن في بلدهن من غير إسراف ولا إقتار ، بحسب قدرته في يساره وتوسطه وإقتاره).

- ✓ **السنة النبوية الشريفة**:

ما روته السيدة عائشة رضي الله عنها، أن هند بنت عتبة، قالت:" يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّ أَبَا سُفْيَانَ رَجُلٌ شَحِيحٌ وَلَيْسَ يُعْطِينِي مَا يَكْفِينِي وَوَلَدِي، إِلَّا مَا أَخَذْتُ مِنْهُ وَهُوَ لاَ يَعْلَمُ، فَقَالَ: «خُذِي مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكِ، بِالْمَعْرُوفِ"

ومنها عن عبدالله بن مسعود، قال: "إن الله نظر في قلوب العباد، فوجد قلب محمد صلى الله عليه وسلم خيرَ قلوب العباد،... فما رأى المسلمون حسنًا، فهو عند الله حسَنٌ".

ب. شروط تطبيق القاعدة.

لأن القاعدة موضوعها العرف ودلالته على الأحكام وحجيته في الخصومات لذلك يشترط فيها ما يشترط في العرف ،فلا عبرة إلا بالعرف الصحيح ولا يكون كذلك إلا بتحقق ما يلي:

- ✓ أن**لا يخالف العرف أو العادة أصلاً أو نصاً شرعياً**، أو إجماعاً أو قاعدة متفقاً عليها فالمخالف للشريعة لا عبرة به، ومن ذلك إذا جرت عادة أهل بلد على فعل عبادة معينة، فلا يقبل لأن الأصل في العبادات التوقيف.

✓ أن **لا يوجد تصريح يخالف العرف**، فإذا وجد تصريح يخالف العرف فالعبرة بالتصريح لا بالعرف، ومن أمثلة ذلك: أنه إذا وضع الطعام أمام الإنسان، فإنه في العرف يجوز الأكل من ذلك الطعام؛ لأن هذا يعتبر إذنًا في العرف، ولكن لو وضع الطعام، ثم قيل لا تأكل من هذا الطعام، فهنا وجدت في مقابلة العرف قرينة تدل على أن ما تعارف عليه الناس ليس مرادًا.

✓ أن **يكون العرف مطردًا غالبًا** بحيث لا يكون مضطربًا؛ بمعنى أنه لو كان يفعل أحياناً، فهو عادة غير مطردة،و لأنه إذا كان مضطربًا غير غالب، فلا يقال له عرف، وهذا ما يعبرون عنه بقولهم: "العبرة للغالب الشائع دون النادر".

✓ أن يكون **العرف موجوداً عند إنشاء التصرف** المستند عليه.