الثمن واتفق العاقدان صراحة على الأداء، أو كان العرف أن مصاريف التصدير على المشتري، واتفقا على أن تكون على البائع، أو كان العرف أن مصاريف تسجيل العقار في الطابو على المشتري، واتفق الطرفان على جعلها على البائع. والقاعدة هنا «ما يثبت بالعرف بدون ذكر، لا يثبت إذا نص على خلافه»[1].

٢٤٠ ـ العرف مرجع لتطبيق الأحكام:

ويعتبر العرف أيضاً مرجعاً لتطبيق الأحكام على الحوادث والوقائع الجزئية، من ذلك أن العدالة شرط لقبول الشهادة استدلالاً بقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا۟ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: ٢]، والعدالة عند الفقهاء: «ملكة تحمل صاحبها على ملازمة التقوى والمروءة» فما يخل بالمروءة يعتبر قادحاً بالعدالة، وما يخل بها يختلف باختلاف الزمان والمكان، ومن ذلك ما ذكره الشاطبي إذ يقول: «مثل كشف الرأس، فإنه يختلف بحسب البقاع في الواقع، فهو لذوي المروءات قبيح في البلاد المشرقية، وغير قبيح في البلاد المغربية، فالحكم الشرعي يختلف باختلاف ذلك، فيكون عند أهل المشرق قادحاً في العدالة، وعند أهل المغرب غير قادح».

وكذلك عند تطبيق الحكم الوارد في النص القرآني: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٣]، يرجع إلى العرف لتقدير النفقة، لأن النص لم يبين مقدارها.

قال الإمام الجصاص في كتابه «أحكام القرآن» ما نصه: «فإذا اشتطت المرأة وطلبت من النفقة أكثر من المعتاد لمثلها، لم تعط، وكذلك إن قصر الزوج عن مقدار نفقة مثلها في العرف والعادة لم يحل ذلك ويجبر على نفقة مثلها»[2].

وهكذا ما أوجبه الشارع ولم يحدد مقداره، يصار إلى العرف لتقديره.

٢٤١ ـ تغير الأحكام بتغير الأزمان:

الأحكام المبنية على العرف والعادة، وتتغير إذا تغيرت العادة، وهذا هو المقصود من قول الفقهاء: لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان، وفي هذا يقول الإمام شهاب الدين القرافي: «إن الأحكام المترتبة على العوائد تدور معها كيفما دارت، وتبطل معها إذا بطلت، كالنقود في المعاملات، العيوب في الأعواض في البياعات ونحو ذلك، فلو تغيرت العادة في النقد والسكة إلى سكة أخرى، لحمل الثمن في البيع على السكة التي تجددت العادة بها دون ما قبلها.

Scanned with CamScanner

جرت العادة بجواز التسليم إليه، كزوجة الموظ... وقف المستأجر
والشروط المقترنة بالعقود التي يقضي بها العرف الصحيح. فإن كان مخالفاً للنص فلا عبرة
به، كالتعامل بالربا، وإدارة الخمور في الولائم، وكشف العورات، فهذا ونحوه غير معتبر لأنه
خلاف[1].

والمقصود بالعرف المخالف للنص، ما كان مخالفاً له من كل وجه بحيث يترتب على الأخذ
به إبطال العمل بالنص بالكلية، كما في الأمثلة التي ضربناها، أما إذا لم يكن بهذه الكيفية فلا
يعد مخالفاً للنص، فيعمل به في دائرته، ويعمل بالنص فيما عدا ما قضى به العرف، كما في
عقد الاستصناع، فهو في الحقيقة بيع معدوم، وبيع المعدوم في الشريعة لا يجوز، ولكن جواز
الاستصناع لتعامل الناس بدون إنكار، فيعمل به للعرف، ويمنع ما عداه أخذاً بقاعدة بيع
المعدوم لا يجوز.

ثانياً: أن يكون مطرداً أو غالباً. ومعنى الاطراد: أن تكون العادة كلية، بمعنى أنها لا
تتخلف، وقد يعبر عنها بالعموم، أي: يكون العرف مستفيضاً شائعاً بين أهله، معروفاً عندهم،
معمولاً به من قبلهم. ومعنى الغلبة: أن تكون أكثرية، بمعنى أنها لا تتخلف إلا قليلاً.

والغلبة أو الاطراد، إنما يعتبران إذا وجدا عند أهل العرف، لا في الكتب الفقهية لاحتمال
تغيرها.

ثالثاً: أن يكون العرف الذي يحمل عليه التصرف موجوداً وقت إنشائه، بأن يكون حدوث
العرف سابقاً على وقت التصرف، ثم يستمر إلى زمانه فيقارنه.

وعلى هذا يجب تفسير حجج الأوقاف والوصايا والبيوع ووثائق الزواج، وما يرد فيها من
شروط واصطلاحات على عرف المتصرفين الذي كان موجوداً في زمانهم، لا على عرف حادث
بعدهم. فلو وقف شخص غلة عقاره على العلماء أو على طلبة العلم، وكان العرف القائم وقت
الوقف يصرف معنى العلماء إلى من له خبرة في أمور الدين دون شرط آخر، وأن المقصود بطلبة
العلم، طلبة العلم الديني، فإن غلة الوقف تصرف إلى هؤلاء العلماء دون اشتراط حصول
الشهادة، إذا صار العرف الطارئ يستلزم الشهادة، كما يصرف إلى طلبة العلم الديني دون
غيرهم، وإن كان العرف الطارئ يعنيهم وغيرهم.

رابعاً: أن لا يوجد قول أو عمل يفيد عكس مضمونه، كما إذا كان العرف في السوق تقبيل

(١) جاء في [illegible]

Scanned with CamScanner