نظرية العرف بين الشريعة والقانون

السيد نذير الحسني

ربيع الثّاني ١٤٢٧ق/١٣٨٥ش

www.ketab.ir

التوزيع: قم ـ شارع بهار
قرب مقبل الزّهراء، هاتف ـ فاكس: ٧٧٤٩٨٧٥
www.eshraaq.com
E-mail: public-relations@Qomicls.com

نظرية العرف بين الشريعة والقانون

المؤلف: السيد نذير الحسني

تقويم: شاكر الساعدي
الطبعة الأولى: ربيع الثانى ١٤٢٧ق / ١٣٨٥ش
المطبعة: توحيد ● عدد الطبع: ٢٠٠٠ ● السّعر: ١٥٠٠٠ ريال
الإخراج الفنّي: السيد مصطفى الجعفري رحمت آبادي
الناشر: منشورات المركز العالمي للدراسات الإسلامية

حقوق الطبع محفوظة للناشر

حسنی، نذیر ـ
نظریة العرف بین الشریعة والقانون / السید نذیر الحسنی. [إ] المرکز العالمی للدراسات الإسلامیة، معاونیة التحقیق. ـ قم: المرکز العالمی للدراسات الاسلامیة، ١٤٢٧ ق. = ١٣٨٥.
٢٤٨ ص. ـ (معاونیة التحقیق ؛ ٤٥)
١٥٠٠٠ ریال
ISBN: 964-7741-98-7
فهرست‌نویسی بر اساس اطلاعات فیپا.
عربی.
کتابنامه: ص [٢٤١] ـ ٢٤٨؛ همچنین به صورت زیرنویس.
١. عرف (فقه). ٢. اسلام و حقوق. ٣. عادت. الف. مرکز جهانی علوم اسلامی. ب. مرکز جهانی علوم اسلامی. معاونت پژوهش. ج. عنوان
BP١٦٢/٢/ح٥ن٦ ٢٩٧/٣١

www.ketab.ir

كلمة الناشر

اختلفت الآراء في تحديد طبيعة الإنسان. فذهب فلاسفة علم الاجتماع إلى أنّ الإنسان موجود مدني بالطبع، ثم إنّهم اختلفوا في تعيين المقصود منها، فبعض اعتبرها في مقابل القول بكونه مدنياً بالقسر، وبعض آخر اعتبرها في مقابل القول بأنّه مدني بالاختيار، ولكنهم جميعاً اتفقوا على مسألة واحدة، وهي أنّ الإنسان موجود اجتماعي بالطبع؛ لأنّ التجربة الحياتية قد أثبتت هذا الأمر للجميع؛ وذلك من خلال سعيه الدؤوب لتقديم المصالح النوعية على المصالح الفردية الشخصية.

هذا وقد سعى الحكماء لوضع الخطط والبرامج بأشكال مختلفة ومتنوعة لغرض التأسيس لإيجاد نظام حكومي يتم من خلاله إدارة وتنظيم أمور الفرد والمجتمع على أساس نظام المشاركة الجماعية والشعبية في تعيين أفراد وشكل هذه الحكومة، كالذي يعرف اليوم بالنظام الديمقراطي، كما هو رائج تطبيقه في الأنظمة الغربية.

ثم إنّ الأديان السماوية وبالخصوص الدين الإسلامي الحنيف سعى منذ القدم بأن يضع قوانين وخطط وبرامج من شأنها تشكيل نظام الدولة والحكومة، مهمتها إيجاد النظم والتنظيم وتوفير الأمن والسلامة والحرية والسعادة للمجتمع البشري.

ولكن هناك مَن يسعى لتحديد دور الأديان السماوية في تشكيل الحكومة الدينية؛ لأنّه يرى أنّ الدين لا يعطي دوراً كبيراً وأساسياً للأفراد في تشكيل الحكومة، بينما يرى أنّ النظام الديمقراطي على العكس من هذا؛ حيث يفسح المجال بشكل كبير جداً للمشاركة الجماهيرية في تعيين شكل الحكومة المنتخبة.

www.ketab.ir

الفهرس

تمهيد	١١
بحوث عامة	١٧
الإنسان والقانون	١٧
الحاجة إلى التشريع	١٨
التشريع الإلهي والتشريع الوضعي	٢١
خصائص التشريع الإلهي	٢٤
الشمولية في الشريعة الإسلامية	٢٤
الموازنة بين الثابت والمتغير	٢٨
نظرة الشريعة إلى الأعراف ومناشئها	٣١
المعنى العُرفي والمعنى الحرفي	٣٣
أثر العُرف في الاختلاف الفقهي	٣٥
المدارس القانونية الوضعية ودور العُرف في تشريعاتها	٣٩
أولاً: مدرسة القانون الوضعي	٣٩
ثانياً: النظرية التاريخية للقانون	٤٠
ثالثاً: نظرية القانون الطبيعي	٤٢
رابعاً: النظرية الماركسية للعرف	٤٣
خلاصة وتقويم	٤٤
العُرف والعادة لُغةً واصطلاحاً	٤٥
العُرف لغةً	٤٥
العُرف اصطلاحاً	٤٨
العادة لغةً	٥٢
العادة اصطلاحاً	٥٢
الفرق بين العُرف والعادة	٥٣
الفرق بين العُرف والعادة في القانون	٥٥
العُرف الدولي والعادة الدولية	٥٧
أقسام العُرف	٥٩
أ) العُرف العام	٥٩

www.ketab.ir

٦١ ب) العُرف الخاص
٦١ أ) العُرف القولي
٦٣ ب) العُرف العملي
٦٣ أ) العُرف الصحيح
٦٤ ب) العُرف الفاسد
٦٤ شروط العُرف المعتبر
٦٤ ١. أن يكون العُرف مقارناً لإنشاء التصرف وليس طارئاً
٦٦ ٢. ان يكون العُرف مطّرداً، أو غالباً
٦٨ ٣. أن يكون العُرف عاماً
٧٢ ٤. ألا يخالف نصاً شرعياً من كتاب أو سنة
٧٤ ٥. ألا يعارض العُرف تصريح بخلافه
٧٥ القواعد الناتجة عن تلك الشروط
٧٥ ١. العبرة بالعام الشائع دون النادر
٧٥ ٢. العبرة بإطراد العُرف لا باضطرابه
٧٦ ٣. المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً
٧٧ شروط العُرف في القانون
٧٨ مزايا العُرف في القانون وعيوبه

٨١ مجالات استعمال العُرف

٨١ ١. العُرف الذي يُستكشف منه الحكم الشرعي
٨٤ ٢. مرجعية العُرف في تشخيص المواضيع
٨٩ ٣. مرجعية العُرف لاستكشاف مراد المتكلم

٩٥ أدلة العُرف

٩٥ أصلية العُرف للتشريع وعدمها
٩٨ أدلة إجمالية أخرى للعُرف
٩٨ ١. التقرير
١٠٠ ٢. الإجماع
١٠١ الأدلة الخاصة على العُرف
١٠٢ وجه الدلالة
١٠٢ المانعون من الاستدلال
١٠٣ أقوال المفسرين في الآية

١١١ دور العُرف في المباحث الفقهية والأصولية المستحدثة

١١١ العُرف وعقد الاستصناع
١١٢ مشروعية العقد عند أهل العامة
١١٤ الأدلة الشرعية الخاصة على جواز الاستصناع عند العامة ومناقشتها
١١٦ عقد الاستصناع عند فقهاء الشيعة
١٢٠ العُرف والاستحسان
١٢٢ مستند الاستحسان
١٢٣ العُرف والمصلحة
١٢٤ أقسام المصلحة

www.ketab.ir

الأحكام المترتبة على المصالح ١٢٥
أثر العُرف بالمصلحة ١٢٦
العُرف وسد الذرائع ١٢٧
أقسام الذرائع ١٢٨
حجية الذرائع ١٢٩
أثر العُرف في سد الذرائع ١٢٩
دور العُرف في نظرية الزمان والمكان ١٣٠
لماذا يتحتم على الفقيه معرفة أعراف زمانه؟ ١٣٣
المحور الأول: تعامل الفقيه مع الكتاب والسنة ١٣٣
المحور الثاني: تعامل الفقيه مع الكتب الفقهية ١٣٥
المحور الثالث: تعامل الفقيه مع الواقع ١٣٦
العُرف ومنطقة الفراغ ١٣٧
١. تبرير الواقع ١٣٨
٢. دمج النص ضمن إطار خاص ١٣٩
٣. تجريد الدليل الشرعي من ظروفه وشروطه ١٤٠
العُرف والإجماع ١٤٢
الفرق بين العُرف والإجماع ١٤٤
العُرف الشرعي ١٤٥
هل العُرف قاعدة فقهية؟ ١٤٧
رأي ومناقشة ١٤٨

النظريات الأصولية للعُرف ١٥١

١. مرجعية العُرف في تحديد المفاهيم ١٥١
الثمرة الأولى ١٦٩
الثمرة الثانية ١٦٩
الثمرة الثالثة ١٧٠
الثمرة الرابعة ١٧٠
٢. مرجعية العُرف في تحديد مواضيع الأحكام مفهوماً وانطباقاً ١٧٠

دور العُرف في المباحث الأصولية ١٩٥

دور العُرف في ظواهر الألفاظ ١٩٥
دور العُرف في مبحث الاستصحاب ١٩٨
١. الأصل المثبت وأثر العُرف فيه ١٩٩
٢. وحدة القضية المتيقنة والمشكوكة ٢٠٣
٣. النسبة بين الموضوع العقلي والعُرفي والدليلي ٢٠٥
دور العُرف في مبحث الاجتهاد والتقليد ٢٠٦
دور العُرف في مبحث التعارض ٢٠٨
الحقيقة وبيان أقسامها ٢١٠
تعارض الحقيقة الشرعية مع الحقيقة العُرفية ٢١٤
التعارض بين العُرف واللغة ٢١٧
تطبيقات تعارض اللغة مع العُرف ٢١٩

www.ketab.ir

٢٢٥	تأثير العُرف العام والخاص في معنى الخطاب
٢٢٦	الخطاب بين عُرف المتكلم وعُرف المخاطب
٢٢٨	تعارض العُرف مع الاجتهاد
٢٣١	قاعدة الجمع مهما أمكن أولى من الطرح
٢٣٣	**نماذج من العمل بالعُرف عند المذاهب الإسلامية**
٢٣٣	نماذج من العمل بالعُرف في الفقه الشيعي
٢٣٥	نماذج من العمل بالعُرف في الفقه الحنفي
٢٣٧	نماذج من العمل بالعُرف عند الفقه المالكي
٢٣٧	نماذج من العمل بالعُرف في الفقه الشافعي
٢٣٨	نماذج من العمل بالعُرف في الفقه الحنبلي
٢٤٠	خاتمة
٢٤١	**المصادر والمراجع**

www.ketab.ir

تمهيد

الحمد لله رب العالمين، بارئ الخلائق أجمعين، وصلى الله على محمد حبيب إله العالمين، وصاحب شريعة المسلمين، وعلى آله الأخيار المعصومين، ومن سار على طريقهم واهتدى بفكرهم إلى قيام يوم الدين.

يُعتبر علم الفقه من أشرف العلوم وأعلاها رتبة، به يُعرف الحلال من الحرام، ويتميز الصوابُ عن الخطأ، ولهذا مدح أمير المؤمنين عليه السلام مَن تفقّه في دينه، حيث قال عليه السلام: «إذا أراد الله بعبدٍ خيراً فقهه في الدين»[1]

والتفقه هنا ليس تجميع لجزئيات أبواب الفقه وحفظها بشكل تراكمي، بل هو الاستنباط وتحصيل الملكة التي بها يرجع الفرع إلى الأصل، وبها يُعرف ما يوافق الشريعة عما يخالفها، وبالتالي الوقوف على الحكم الشرعي، أو الوظيفة العملية لتبرئة ذمة المكلف اتجاه خالقه.

ومن المعلوم أن عملية الاستنباط تحتاج إلى عناصر خاصة تكفَّل بها علم الفقه، وعناصر مشتركة تكفَّل بها علم الأصول، وأختص الأخير ببحث الموجّهات المادية العامة لهذه العملية، ومن ذلك اكتسب أهميته، فأحتوى على أدق التفاصيل العلمية، إذ

---

١. الشيخ الكليني، الكافي، ج١، ص٣٢، ح٣.

www.ketab.ir

به يتعرف الفقيه على الطريق، ويتوصل إلى غايته، فمن تضلّع بـه تـوصل إلى مـرام المجتهدين، وعَرِف غاياتهم، ووقف على سبب اختلافهم.

ولا يخفى أن مهمة الأُصولي هي إعطاء القواعد بيد الفقيه، ليسيّر بها أبواب الفقه المتعددة، جامعاً ومفرقاً، مقرباً ومبعداً حتى يصل إلى الحقيقة. وميدان الفقيه في ذلك هو المصدر التشريعي الذي يُعتبر ساحة الانطلاق الأولى له، ليحدد من خلال ذلك الموقف اتجاه التكاليف الإلهية.

ومصادر التشريع المتفق عليها هي الكتاب والسنة.

أمّا الكتاب فهو قرآن الحقّ المُنزَّل من الله تعالى على صدر نبيّه محمّدﷺ، فجاء مفصّلاً في الأمور العقائدية والأخلاقية، ومجمِلاً في الأمور التي تتصل بحياة الناس، والتي هي عُرضة للتغيّر والتبدّل بمرور الزمن، وهذا ما حفظ طراوته، فبقيَ غضّاً نضِراً يواكب التغير والتطور بقواعده الكلية وقوانينه العامة، لأنّ الاختلاف والتغيير محط أنظار الجزئيات لا الكليات.

وأمّا السنّة فقد جاءت شارحة ومخصصة ومقيدة ومفسرة لقواعد القرآن وكلياته، وهي نص المعصوم وفعله وتقريره.

وقـد اختُلف فـي المـصدرية التشـريعية للإجـماع ودليـل العـقل، يـقول السيد الشهيد في ذلك:

> وأمّا ما يسمى بالدليل العقلي الذي اختلف المجتهدون والمحدثون في أنّه هل يسوّغ العمل به أم لا؟ فنحن وإن كنا نؤمن بأنّه يسوّغ العمل به ولكنّا لم نجد حُكماً واحداً يتوقف إثباته على الدليل العقلي بهذا المعنى، بل كل ما يثبت بالدليل العقلي فهو ثابت في نفس الوقت بكتاب أو سُنّة، وأمّا ما يسمى بالإجماع، فهو ليس مصدراً إلى جانب الكتاب والسنّة، وإنّما يُعتمد عليه من أجل كونه وسيلة إثبات في بعض الحالات، وهكذا كان المصدران الوحيدان هما الكتاب والسنة.[1]

---

١. المجموعة الكاملة لمؤلفات السيد الصدر، ج٩، ص ٩٨.

www.ketab.ir

ونحن نعلم أن في هذين المصدرين ما هو نصّ أو مجملّ أو ظاهرٌ، وبعبارة أخرى: إنّ فيهما ما هو قطعي الدلالة والمضمون، فلا مجال للاجتهاد فيه، ولا لإعمال القريحة الفقهية في مضمونه، وما هو ظني الدلالة والمضمون بحيث يحتمل أوجها مختلفة تسمح للفقيه أن يجتهد ويُعمل قريحته الفقهية ضمن الضوابط والأُصول المنهجية.

بالإضافة إلى ذلك يوجد الكثير من الأحكام التي قد عُلقت على مواضيع يتم تحديدها عن طريق أهل العُرف تتغير تلك الأحكام بتغيره، سواء كان دور العُرف فيها يقتصر على تحديد المفهوم أو يتسع إلى تحديد المصداق حسب الاختلاف المعروف لمرجعية العُرف بين الأعلام. فمثلاً، يصرح السيد الخوئي بأنّ: تعيين المفاهيم وخصوصياتها من حيث السعة والضيق أَمرٌ راجع إلى أهل العُرف[1] وهذا ما أفاده الآشتياني أيضاً عندما قال: «فهم العُرف بالنسبة إلى أصل المراد من الألفاظ مما لا إشكال في اعتباره وكونه الأصل في ذلك»،[2] وأما في التطبيق فقد قيل:

> بأنّ مقتضى عدم تعرض الشارع في الدليل إلى بيان مصاديق الموضوع والعقد المؤثر وتحديدها بنظر العُرف وبحسب الظهور العُرفي هو الاعتماد على العُرف في تشخيص المصداق وإن ما هو بنظر العُرف مؤثر واقعاً فهو بنظر الشارع مؤثر.[3]

إذن فميدان المجتهد ما كان ظني الدلالة والمتن وما كانت مواضيعُه مُعلقة على الأعراف وغير ذلك من الأمور التي لم تتسم بالثبات والديمومة، بالإضافة إلى رد ما استحدث من فروع إلى قواعدها الكلية.

وهناك من ذهب إلى ما هو أبعد من ذلك، وهو أن الشارع الأقدس عندما ارتدى قميص التشريع، سار على ما سارت عليه القوانين العُرفية والعقلائية، فكان الأصل

---

١. الفياض، محاظرات في أصول الفقه، ج١، ص١٣٩.
٢. الآشتياني، بحر الفوائد، ج٣، ص١٧٧.
٣. الروحاني، منتقى الأُصول، ج١، ص٢٨٧، ٢٨٨.

www.ketab.ir

فـي كـل قـانون عُـقلائي أو عُـرفي هـو القبول إلّا مـا ثـبت الردع عـنه، يـقول السيد الطباطبائي:

> إنّه تعالى قال: ﴿لِلَّهِ مَا فِي ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَمَا فِي ٱلأَرْضِ...﴾، وقـال: ﴿لَـهُۥ مُـلْكُ ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَٱلأَرْضِ...﴾، وقال: ﴿...لَهُ ٱلْمُلْكُ وَلَهُ ٱلْحَمْدُ...﴾،[1] فأثبت فيها وفي نظائرها من الآيات الملك لنفسه على العالم، بـمعنى أنـه تـعالى مـالك عـلى الإطلاق.... ثم إنا نرى أنه تعالى نصَّب نفسه في مقام التشريع وجرى في ذلك على ما يجري عليه العقلاء في المجتمع الإنساني من استحسان الحسن والمدح والشكر عليه، واستقباح القبيح والذم عليه.[2]

وقال أيضاً:

> إن الله تكلم مع الناس في دعـوتهم وإرشـادهم بـلسان أنـفسهم وجـرى فـي مخاطباته إياهم، وبياناته لهم مجرى العـقول الاجـتماعية، وتـمسك بـالأُصول والقوانين الدائرة في عالم العبودية والمولوية.[3]

فمع إدراك العقل لحق الله المطلق ومالكيته، نجد أنه في مقام التشريع نظر المولى إلى ما تعارف عليه العُقلاء، فالأعراف والتقاليد والقوانين العُرفية مرادة ومقصودة له ما لم يثبت الردع عنها، وهذا ما اتفقت عليه كلمة المسلمين وإن وقع الخلاف في حدود ذلك، فمنهم من وسّع ومنهم من ضيّق، ولكن هذا لا يعني أن الشارع رفض تـلك الأعراف والتقاليد جملة وتفصيلاً كما يدّعي البعض، ولغرض مـعرفة حـدود ذلك الاعتبار من قبل الشارع ومدى الإقرار به، سبرنا أغوار هـذا البـحث فـقهاً وأصـولاً، وقانوناً للاجابة على جملة أسئلة طرحت في هذا المجال من قـبيل مـعرفة حـدود ومساحة العُرف في التشريع، وما هي أقسام العُرف وأنواعه؟ وما هي الموارد التـي يسمح فيها بابداء الرأي لهذا القسم دون غيره؟ وما هي النظريات المطروحة حـول

---

١. التغابن، ١.

٢. السيد محمد حسين الطباطبائي، تفسير الميزان، ج١، ص٩٦، ٩٧.

٣. المصدر السابق، ج٢، ص١٧٨، ١٧٩.

www.ketab.ir

مرجعية العُرف؟ وهل للتسامحات العُرفية اعتبار في تحديد المواضيع الشرعية التي انصبت عليها الاحكام؟ أم التدقيقات العُرفية لها كلمة الفصل في ذلك؟ أم لا هذا ولا ذاك؟ وما هو الحال في التطبيق بعد احراز الموضوع؟ فهل للعُرف مرجعية فيه؟ وما حدود تلك المرجعية؟ وهل أن المخزون اللغوي المودع في العُرف محكّم في فهم النصوص؟ أم أن الفهم العُرفي الساذج هو المعني بالخطابات الشرعية؟ وهل هناك فرقاً بين العُرف والعادة؟ وما حدود ذلك الفرق؟ وهل للعُرف مدخلية في بعض المصادر التشريعية المطروحة من قبل الفرق الإسلامية كالإجماع والمصالح والمرسلة والذرائع والتسحينيات؟ وهل يدخل العُرف طرفاً في حساب التعارض إذا وقع بينه وبين اللغة مثلاً، وهل تدخل جدلية الزمان والمكان والثابت والمتغير ضمن مباحث العُرف أم لا؟ هذا مضافاً إلى معرفة حدود العُرف والعادة عند علماء القانون، وشروطهما، وقوة اعتبارهما في المدارس القانونية المختلفة. كل ذلك حاولنا الحديث عنه في هذا البحث، متجاوزين التهميش الذي لاقاه بحث العُرف بحيث لم يُتعرض له إلّا في الجزئيات الفقهية وفي مباحث مخصوصة من دون أن تكون هناك ضوابط وأركان أساسية يمكن الرجوع إليها ودرج الجزئيات تحتها، فوقع بحثُنا هذا في فصول متعددة، مزجنا فيها بين المتبنيات وبين الجزئيات الفقهية الخاصة في مورد العُرف، فكان بحثاً تطبيقياً لأغلب الموارد الفقهية والأُصولية والقانونية الوضعية، التي اعتُمد فيها على العُرف.

ولم تكن تلك المهمة سهلة؛ لقلة الكتابات في ذلك، بحيث كادت أن تنعدم، بالإضافة إلى سعة المدونات الفقهية والأُصولية وتعقيدها، خصوصاً مع بقاء الكثير منها بخط اليد، فأسميناه نظرية العُرف بين الشريعة والقانون فكانت الدراسة مزيجاً بين نظرتين، شرعية فيما تم تداوله بين الفقهاء والأعلام حول هذا الموضوع ، وقانونية شملت المدارس القانونية الوضعية المشرعة، ونظرتها إلى العُرف وشروطه وقواعده، فتضمن آراء مختلفة تارة باختلاف المذاهب وأخرى باختلاف المدارس بقدر ما توفر لدينا من مصادر.

www.ketab.ir

ولا أنسى شكري الجزيل إلى العلماء الذين لم يدّخروا جهداً عند مراجعتهم في ذلك وخصوصا سماحة آية الله الشيخ هادي آل راضي الذي أفادنا بالكثير من التوجيهات بعد إطلاعه على البحث، وسماحة آية الله الشيخ باقر الإيرواني الذي لم يدّخر جهداً في الإجابة على الأسئلة التي وجهناها إليه، وكذلك سماحة آية الله الشيخ السند الذي تشرفنا بالحضور عنده في جلسات متعددة لبيان وجهة نظره والعلماء حول العُرف. ولا أنسى شكري إلى مكتب آية الله العظمى السيد السيستاني(حفظه الله) في قم لتوفيره المصادر في مكتبات مختصة أسعفتنا في البحث خصوصاً المكتبة الفقهية.

وأخيراً فما كان في هذه الدراسة من كمال فمنه تعالى تفضلاً ومنّة، وما كان فيها من شطط فمن قلم ساطرها، نشكره على ما أولانا من فضله، ونستغفره عما أخطأنا فيه، وآخر دعوانا ان الحمد لله رب العالمين.

السيد نذير الحسني

قم المقدسة

www.ketab.ir