****

العرف ودوره في استنباط الحكم الشرعي

بحث مقدم من قبل
الدكتورة إسراء فهمي ناجي
جامعة كربلاء – كلية القانون

الخلاصة:-

ان مشكلة البحث في الواقع تنصب حول مسألة صيرورة العرف مسألة اصولية اي عده مصدرا كاشفا للحكم الشرعي عند منطقة الفراغ التشريعي وما يترتب عليه من مساواته من حيث الحجية بأدلة الاحكام الاصلية ، او اعتباره من المسائل الصغ رى كونه مما يرجع اليه في تبيين المفاهيم وتمييز المصاديق . وحاجة القضاء اليه في فصل النزاعات القائمة وبالتالي عدم اعتباره من المسائل الاصولية .علما ان بحث هذه الفقرات سيتم ضمن خطه بحث منهجية تحليلية تستهدف عرض الآراء الفقهية وترجيحها . وذلك ضمن اربعة مباحث يهدف المبحث الاول الى بيان مفهوم العرف من حيث تعريفه وبيان انواعه وذلك في مطلبين ، ومن ثم تمييزه مما يشتبه به من مصطلحات وما يترتب على كل منها من احكام في مبحث ثانٍ ، اما المبحث الثالث نعرض فيه لحجية العرف ضمن مطلبين الاول يتناول القائلون بحجيته ، والمطلب الثاني يتناول القائلون بعدم حجيته . اما في المبحث الرابع فسنخصصه لنطاق سريان العرف وشروط العمل به في مطلبين . ومن ثم نختم الموضوع بخاتمة نبين بها اهم الاستنتاجات والمقترحات التي نراها مناسبة بهذا الخصوص .....

Abstract:-

The research problem, in fact focused on the issue as a practice issue in the science of jurisprudence which several source revealed to the rule of legitimate when the legislative vacuum and the consequent equated in terms of authentic evidence of the original sentences, or account of the issues small being owing to him in showing concepts. And the need for the court to in the conflicts and therefore not considered the issues of fundamentalism.

Note that these paragraphs will be discussed within the research plan designed to offer a systematic analytical jurisprudence and weighted. And within four Investigations aimed at the first part, the statement of the concept of custom in terms of definition and statement types, in the two demands, and then distinguish which suspected him of the terms and the consequences to each of the provisions in the Study of a second, while the third section we offer it to the authority practice within the demands of the first deals with Bhadjith Sayers and Sayers addresses the second requirement not authoritative. The question in the fourth Fsn_khass to the scope of practice and working conditions in the two demands. Topic and then finishes with the most important conclusion we point out the conclusions and proposals that we see fit in this regard .

****

المقدمة:-

١- يشغل العرف مكانة هامة في اطار التشريع الاسلامي ، فكثيراً ما يعول عليه فيما لا نص فيه باعتباره الاقرب الى فهم الناس ، حيث ان الاساس الذي يقوم عليه العرف هو تحقيق مصالح العباد وان تحقيق هذه المصالح يقتضي بالضرورة الموائمة بين ما اعتاد عليه الناس في حياتهم من جانب ، واحكام الشريعة من جانب اخر . فعلى هذا الاساس جاءت احكام الاسلام بما يتناسب مع فهم الناس في تنظ يم علاقاتهم الدينية والدنيوية . فلا يعقل ان يخاطبهم الشارع بما لا يفهمونه او لا يعرفونه . فهذا يستلزم نقض الغرض الاصلي من الشريعة وينافي مقاصد الشرع في رفع الضيق والحرج عن الناس . لذا اقر الشارع الكثير من اعراف وعادات العرب التي كانت سائدة قبل الاسلام بعد ان نقحها وهذبها وفي مختلف مجالات الحياة سواء في المعاملات او الاحوال الشخصية او العقوبات وغيرها .

٢- بيد ان هذا الكلام لا يعني ان الشريعة الاسلامية جاءت وفقا لما يريده العر ف ، فمن جانب اخر الغت الشريعة كثيرا من الاعراف الفاسدة التي لم تكن تتناسب مع احكامها . وسيتضح ذلك من خلال البحث .

٣- من الجدير بالذكر ان المسألة الاساسية التي ينبغي التركيز عليها في هذا البحث هي مسألة الخلاف الفقهي بين المذاهب الاسلامية حول دليليه العرف وعده اصلا من اصول الشريعة . فمن المذاهب من يقيم للعرف وزنا كبيرا فيعده دليلا شرعيا كافيا في ثبوت الاحكام ، حتى انه يترك به القياس اذا تعارض معه . هذا هو اتجاه المذاهب السنية عموما ، حيث انهم يلتجئون الى العرف في التشريع فيما لم يكن له اصل في عهد الرسول (ص) وذلك بسبب قله المصادر لديهم . فهو عندهم من مصادر التشريع لا بمعنى انه كاشف عن الحكم الشرعي ، بل هو خلاق للحكم الشرعي وهو بنفس مرتبة الاجماع .

فالعرف والسيرة عندهم كالإجماع غير ان الاخير يشترط فيه الاتفاق والاجتهاد اما العرف يشترط فيه عدم مخالفة الاحكام الشرعية .

وهذا ما سنقف عليه تحديدا عن د بيان الفرق بين العرف والاجماع .هذا خلافا لما يذهب اليه الامامية في تقييم العرف . فهو عندهم لا يصلح لإثبات حكم شرعي .

وان نطاق عمل العرف واهميته العملية عند الامامية تنحصر في مجالات محددة كتفسير النصوص وصيغ العقود والتصرفات الشرعية .

ولعل قسما كبيرا من الخلافات بين الفقهاء يرجع الى الاختلاف في مفه وم الكتاب والسنة عند العرف . وفي هذا الصدد يقول الامام الخميني في كتابه الرسائل " انه كثيرا ما يقع الخطأ لأجله كما يتفق كثيرا لبعض المشتغلين بدقائق العلوم الخلط بين المعاني العرفية السوقية الرائجة بين اهل المحاورة المبني عليها الكتاب والسنة والدقائق الخارجة عن فهم العرف" .

وهذا الخلاف الفقهي سوف نعرضه ضمن بحثنا وعند الاتجاه الصحيح حسب تقديرنا ضمن هذا الموضوع .

٤- ان دور العرف في فهم الاحكام الشرعية وفي كافة المجالات يعطي له الاهمية في بحثه ضمن باب او فصل مستقل بين تلك الاهمية ، خصوصا وان الفقهاء اشاروا اليه في مناسبات مختلفة في شتى الابواب . فصار هذا سببا لحاجة طلبه العلم الى معرفه مكانته ودوره في الاستنباط . فالموضوع بحاجة الى بحث وتفصيل . وهذا ما سنحاول الوقوف عليه .

٥- ان مشكلة البحث في الواقع تنصب حول مسألة صيرورة العرف مسألة اصولية اي عده مصدرا كاشفا للحكم الشرعي عند منطقة الفراغ التشريعي وما يترتب عليه من مساواته من حيث الحجية بأدلة الاحكام الاصلية ، او اعتباره من المسائل الصغرى كونه مما يرجع اليه في تبيين المفاهيم وتمييز المصاديق . وحاجة القضاء اليه في فصل النزاعات القائمة وبالتالي عدم اعتباره من المسائل الاصولية .

علما ان بحث هذه الفقرات سيتم ضمن خطه بحث منهجية تحليلية تستهدف عرض الآراء الفقهية وترجيحها . وذلك ضمن اربعة مباحث يهدف المبحث الاول الى بيان مفهوم العرف من حيث تعريفه وبيان انواعه وذلك في مطلبين ، ومن ثم تمييزه مما يشتبه به من مصطلحات وم ا يترتب على كل منها من احكام في مبحث ثانٍ ، اما

****

المبحث الثالث نعرض فيه لحجية العرف ضمن مطلبين الاول يتناول القائلون بحجيته ، والمطلب الثاني يتناول القائلون بعدم حجيته . اما في المبحث الرابع فسنخصصه لنطاق سريان العرف وشروط العمل به في مطلبين . ومن ثم نختم الموضوع بخاتمة نبين فيها اهم الاستنتاجات والمقترحات التي نراها مناسبة بهذا الخصوص .....

المبحث الاول:- مفهوم العرف

للعرف معان متعددة منها ما هو لغوي ، ومنها ما يرجع الى الاصطلاح الاصولي . كما ان للعرف انواع مختلفة يمكن تقسيمها وفقاً لاعتبارات متعددة . وهذا ما سنقف عليه في هذا المبحث ضمن الفقرات الاتية :

المطلب الاول :- تعريف العرف

يذهب علماء اللغة في بيان معنى العرف الى عدة اتجاهات ، كذلك هو الحال بالنسبة لعلماء الاصول نبينها في فرعين ثم نبين راينا في فرع ثالث على النحو الاتي :

الفرع الاول :- المعنى اللغوي

للعرف معان متعددة في اللغة ، منها الجميل من الأقوال ، والعرف ضد النكر ، او المعروف ضد المنكر ، والمعروف كالعرف يقال اولا ه عرفاً اي معروفاً ، والعرف ايضا الاسم من الاعتراف والعرف ايضا عرف الفرس . والعرف والمعروف والمعارفة واحد ضد النكر . وهو كل ما تعرفه النفس من خير وتأنس به وتطمأن اليه [١] ويشير القرآن الكريم بهذا الصدد الى العرف بمعناه اللغوي في قوله تعالى (خذ العفو وامر بالعرف واعرض عن الجاهلين) [٢] فالعرف هنا بمعنى المعروف وهو كل ما حَسُن في العقل فعله او في الشرع ولم يكن منكراً ولا قبيحاً عند العقلاء ، وقيل بكل خصلة حميدة [٣].

الفرع الثاني :- المعنى الاصطلاحي

يختلف علماء الاصول عموماً في تعريف العرف من الناحية الاصطلاحية ، فمنهم من يعرفه بأنه ما استقر في النفوس وتلقتهالطباع السليمة بالقبول .[٤] ويعرفه البعض الاخر بأنه ما اعتاده جمهور الناس والفوه من قول او فعل تكرر مرة بعد اخرى حتى تمكن اثره في نفوسهم وصارت تتلقاه عقولهم بالقبول – والمراد بالعقول هنا العقول السليمة .[٥] ويعرف ايضاً بأنه ما تعارف واعتاد بين الناس فعل ه او تركه او قوله وهو المسمى بالعادة العامة او السيرة مع عدم ردع الشارع عنه [٦]. كذلك يعرف بأنه ما يعرفه عقلاء المجتمع من السنن و السير الجميلة الجارية بينهم ، بخلاف ما ينكره المجتمع من الاعمال القبيحة .[٧]

الفرع الثالث :- رأي وتقييم

مما يؤخذ على التعاريف المذكورة ان المحور الاساسي فيها هو اعتياد الطباع السليمة او العقول السليمة . فالملاحظ هنا هو ان اساس قبول العرف هو تقبل العقل له . ولما كانت الاعراف تتفاوت من حيث كونها اعرافا صحيحة او فاسدة باختلاف الزمان والمكان ، فهل يعتبر معيار العقل اساس واقعي لقبولها . هذا ما لا يمكن الجزم به ٠ هذا من جانب ، ومن جانب آخر التداخل القائم بين العرف والعادة فالعرف هو ليس العادة ، اذ ان العادة اخص منه . وهذه الاخيرة تخص شخص بمفرده بينما العرف اعم اذ انه يشمل مجموعة من الافراد او مجتمع معين على مر الزمان والمكان . كما ان العادة متعلقة بالفعل بينما العرف يشمل القول والفعل .

عليه ، ومن خلال استعراض التعاريف السابقة يمكننا التوصل الى تعريف شامل ودقيق للعرف بانه اعتياد الناس على تصرف معين سواء كان قولي او فعلي تترتب عليه احكام ملزمة في ذمة المكلف ما لم تنقض من قبل الشارع . فالشارع هو المعيار الذي يتم على اساسه تقييم العرف.

****

المطلب الثاني:- انواع العرف

يختلف علماء الأصول عموماً في الأساس الذي يُبنى عليه تقسيم العرف. فمنهم من يقسمه على اساس ديني الى قسمين اعراف دنيوية واعراف دينية ، ومنهم من يقسمه على أربعة أقسام وفقاً لاعتبارات مختلفة وهي الاعتبار المادي الى قولي وفعلي ووفقاً للمشروعية الى صحيح وفاسد ووفقاً للشمول الى عام وخاص . ومهما يكن من الامر فأن اهم انواع العرف حسب تقديرنا هما العرف العام والعرف الخاص . وان بقية الانواع يمكن ان تندرج ضمن هذين النوعين ونعرض لهذه الانواع على النحو الاتي:-

الفرع الاول :- العرف العام و العرف الخاص

العرف العام هو الذي يمتد عبر الزمان والمكان ، فلا ينحصر اثره في وقت محدد او مكان محدد بل يشمل جميع العصور وجميع البلدان على اختلافها [٨]. ولعل ابرز تطبيقات هذا النوع هو مبدأ المشورة اي رجوع الجاهل الى العالم لاستشارته في مسائل معينة كما في رجوع المريض الى الطبيب للمعالجة . ويندرج ضمن العرف العام ما يسمى بالاعراف الدولية .[٩] وتكمن اهمية العرف العام في تفسير معنى اللفظ وتطبيق حكمه على المصداق .

اما العرف الخاص او ما يسمى بالعرف المحلي وهو الذي يختص بمكان معين او وقت محدد او فئة معينة . كالأعراف المحلية الخاصة ببلد معين المتعا رف عليها في مناسبات العيد مثلاً [١٠] .وجدير بالذكر ان لكل بلد أعرافه الخاصة به والمتعلقة بشؤون الحياة من مأكل وملبس ومسكن . وقد تشترك الاعراف الخاصة بين عدة دول الانها ومع ذلك لا توصف بالعموم ومثالها مسألة تجزئة المهر الى مقدم ومؤخر ، وهو عرف سائد بين العديد من الدول .وللعرف الخاص اهمية في الإفتاء والقضاء ، حيث يرجع اليه لفض الكثير م ن النزاعات القائمة فأذا وقع خلاف بين بلدين في بيع شيئ بالكيل او الوزن او العد فالمتبع هو العرف الرائج في بلد البيع [١١].

الفرع الثاني:- العرف العملي والعرف القولي

يقصد بالعرف العملي كل ما اعتاد عليه الناس من افعال في حياتهم وتصرفاتهم ومعاملاتهم .[١٢] فهو يرتكز على العمل المتكرر . وهناك امثله كثيرة على الافعال التي اعتادها الناس في حياتهم كالبيع بالتعاطي اي (بيع المعطاة) ، وتجزئة المهر الى مقدم ومؤخر ، وكذلك تعارفهم على تعجيل دفـع الاجرة قبل استيفاء المنفعة في اجارة المنازل وفي النقل ، واقامة مجالس العزاء عند الوفاة ، واقامة الاحتفالات في الأعراس والمناسبات ، وكذلك تعارفهم على دخول الحمامات او المقاهي او المطاعم دون تحديد مدة البقاء فيها .. وغيرها من الاعراف العملية التي اعتادها ا لناس وهي في الواقع كثيرة .[١٣] وللعرف العملي اهمية في تخصيص النص العام كما في جواز الاستصناع استثناءً من الحديث النبوي لا تبع ما ليس عندك

اما العرف القولي فيراد به اعتياد الناس على اطلاق لفظ معين عن شيئ لايطابق معناه اللغوي فهنالك كثير من الالفاظ الدارجة تحمل على عدة معاني . كلفظ الحكم مثلا يحمل على ثلاث معانٍ ، فهو عند الفقهاء يعني الحكم الشرعي، وعند القضاة يعني الحكم القضائي، وعند الساسة يعني السلطة . ومثل هذه الالفاظ حقيقة تختلف بحسب مجال استخدامها . ففي مجال القانون هناك الفاظ تنتقل من معناه ا اللغوي الى م عنى قانوني خاص بها ، كلفظ جناية ففي اللغة يعني التجرم وهو ان يدعي عليه ذنبا لم يفعله[١٤] . اما في العرف القانوني فانها تعني جريمة يعاقب عليها بالاعدام او بالسجن المؤقت بأكثر من خمس سنوات الى خمس عشرة سنة [١٥] . ومن الجدير بالذكر ان اللفظ او ما يسمى بالحقيقة اللفظية (وهو وضع اللفظ بأزاء المعنى المستعمل ، او هو الذي يقع بين المتخاطبين) ينقسم الى ثلاثة اقسام هي الحقيقة اللغوية وهي المعنى المقصود للفظ لغةً ، والحقيقة العرفية ويراد بها المعنى المقصود للفظ عرفاً ، والحقيقة الشرعية او ما يسمى بالعرف الشرعي وهو لفظ وضع لغةً لمعنى عام ثم نقل الى معنى شرعي جديد خاص .ولغرض توضيح هذه الانواع يمكننا سوق المثال الآتي ، فكلمة صلاة مثلاً تعني في الحقيقة اللغوية الدعاء اما حقيقتها العرفية فتعني الصلاة المتعارف عليها عند المسلمين بأوقاتها الخمسة . ومنها الزكاة فهي لغةً تعني النمو، وزكى ماله تزكية ادى عنه زكاته ، اما شرعاً فتعني إعطاء المال لمن تجب عليه وكذلك الحج يعني لغةً القصد، وشرعاً هو اسم جامع لمجموع مناسك الحج المؤداة في المشاعر [١٦]. وجدير بالذكر ان هذه الالفاظ تركت معانيها اللغوية بمعانيها الشرعية .

كذلك لفظ لحم يراد لغةً جميع انواع اللحم . اما عرفاً فيقتصر على اللحم الاحمر ومثله لفظ ولد يراد به لغةً الذكر والانثى اما عرفاً فدرج استعماله بمقصود الذكر دون الانثى وغيرها من الامثلة .ومهما يكن من الامر ، فان للعرف القولي اهمية كبيرة في تفسير النصوص وصيغ العقود من بيع واجارة وشروط عاقدين وثمن ومثمن وغيرها ، لان المتكلم يصيغ العقود وما يتعلق بها من شروط انما يريد بها معانيها اللغوية التي وضعت لها عرفاً فيرجع اليه القاضي عند غموض النص [١٧] .كما للعرف القولي اهمية كبيرة في تشخيص مصاديق الالفاظ . فقد اتخذ المشرع بعض المفاهيم المجمله وجعلها موضوعاً للاحكام كالوطن والصعيد والحرز في السرقة ، والارض الموات . فيكون العرف هو المرجح في تطبيقها على موردها [١٨] .فمصاريف الزكاه مثلاً التي ذكرتها الآية المباركة اكثر مواضيعها عرفية ، فالفقير وهو من لا يملك قوت سنته تتفاوت مصاديقة بتفاوت الاعراف في تحديد الوقت [١٩] .هذا بالاضافة الى اهمية العرف القولي في تحديد مقصود الكلام سواء كان المتكلم هو الشارع ام غيره . فعلى سبيل المثل الحكم بطهارة الخمرة اذا انقلب الى خل فيرجع الى العرف للحكم بطهارة جميع اطراف اناءه . وكذلك ما يتعلق بالوصية او الوقوف اذا استعملت بالفاظ لها دلالاتها العرفية .[٢٠]

من كل ما تقدم يمكننا القول ان للعرف القولي دور كبير في تحديد معاني الالفاظ وفي تطبيق المعاني على مصاديقها وتحديد موضوعات الاحكام وكيفية تطبيقها وهذا ما سنبحثه تفصيلا عند بحث نطاق العرف.

الفرع الثاني:- العرف الصحيح والعرف الفاسد

يراد بالعرف الصحيح كل ما تعارفه الناس من قول او فعل ليس فيه مخالفة لنص ولا تفويت مصلحة و لا جلب مفسدة. اما العرف الفاسد هو ما تعارفه الناس وكان مخالفاً للشرع [٢١] . وقد اقرت الشريعة الاسلامية كثيراً من الاعراف التي كانت سائدة في الجاهلية لانها اعراف صحيحة ، كما الغت وحرمت الاعراف الفاسدة عندهم في كثير من مجالات الحياة . ففي ما يتعلق بالاحوال الشخصية فقد عرف عرب الجاهلية انواعاً متعددة من النكاح منها نكاح الشغار ونكاح المقت والجمع بين الاختين والزواج من المحارم . فهذه الاعراف مخالفة للشرع الذي حرمها على المسلمين في مواضيع متعددة . فقد نهى الرسول (ص) عن الشغار بقوله "لا شغار في الاسلام "[٢٢] ، وحرم زواج الابن من امرأة ابيه (زواج المقت) بقوله تعالى (ولاتنكحوا ما نكح اباؤكم من النساء الا ما قد سلف انه كان فاحشه و مقتاً و ساء سبيلا) [٢٣] . وفي المهر كان الرجل اذا زوج ابنته اخذ مهرها ، فنهاهم الاسلام عن ذلك وغيرها من الاحكام .هذا بالاضافة الى كثير من الاعراف التي عدلتها الشريعة الاسلامية من خلال وضع الاحكام الشرعية المناسبة . ففي الطلاق مثلا لم يكن في الجاهلية بعدد محدد فقد كان الزوج يطلق زوجته ثم يراجعها في العدة ويفعل ذلك مرات عديدة بدون ضوابط شرعية . وفي العدة كان من عادات العرب ان المرأة اذا فارقت زوجها بطلاق او بموت لزمتها العدة وكانوا يجعلونها سنة كاملة .[٢٤] وفي الوصية كانت مطلقة بدون تحديد . وقد جعلها الاسلام في حدود الثلث وفي الميراث ، كانوا يتوارثون بالنسب وبالسبب . ففي النسب اي القرابة يكون الميراث للابناء الاكبر فالاكبر ثم الاخ والعم بحسب الاستحقاق وكانوا لا يورثون النساء ولا ال صغار . اما التوارث بالسبب فيشمل التبني والحلف والمعاهدة . وجاء الاسلام فنظم احكام الميراث وحسب الانصبة التي اقرتها الشريعة الاسلامية ، واعطى للمرأة حقها في الميراث وكذلك الصغير وحرّم الميراث بالتبني .

هذا جانب ، ومن جانب آخر فقد عرف عرب الجاهلية في مجال المعاملات الكثير من العقود التي اقرتها الشريعة الاسلامية لعدم مخالفتها للاصل العام وهو الحلال والحرام . كالشركة و المضاربة كما الغى كثير من المعاملات التي فيها ضرر ، او انها تخالف مقاصد الشريعة ومنها عادة تلقي الركبان ، وبيع حاضرٍ لبادٍ ، و النجش[٢٥] .

ومهما يكن من الامر ، فانه يمكننا القول اذا كان العرف يخالف النص او الدليل ، فيترك العرف بدلالة النص ، والعكس صحيح اي اذا لم يخالف العرف النص او الدليل فلا اشكال في اعماله .

المبحث الثاني:- تمييز العرف مما يشتبه فيه

للعرف مفهوم خاص يميزه عن غيره من المصطلحات التي قد تلتقي معه في بعض الجوانب ، كالعادات والتقاليد والسيره والاجماع . الا انها وفي نفس الوقت تختلف عنه في امور كثيرة . وهذا ما سنبينه ضمن هذا المبحث في مطالب ثلاث على النحو الاتي :-

المطلب الاول:- العرف و العادات والتقاليد

العادة في اللغة هي كل فعل يعاد ويتكرر حتى يصبح سجية وطبعاً . ويقال استعاد الشيء فاعاده ، اذا سأله ان يفعله ثانية ، واعاد الكلام اي كرره ، والعيد لانه يعود مرة بعد مرة [٢٦] .

اما في الاصطلاح فهي تعني تكرار الامر من غير علاقة عقلية . اذن للعادة عنصران مادي وهو تكرار الفعل ، الثاني معنوي وهو استقراره في النفوس [٢٧] . ويلاحظ بهذا الصدد ان جانب الفقه يرى انه لافرق بين العرف والعادة ، فهما عند الناس سواء بل انهما مترادفان ودائماً يعطف احدهما على الاخر بالقول العرف والعادة . وهو مستفاد للتاكيد على الحكم وليس التاسيس ، ويؤيد هذا القول ما ذهب اليه جانب من الفقه في تعريف العرف بقوله (هو الامر الذي يستقر في النفوس ويكون مقبولا عند ذوي الطباع السليمة بتكراره المرة بعد المرة .ثم قال العرف بمعنى العادة . وكذلك قولهم ان العرف هو ما تعارفه الناس وساروا عليه من قول او فعل او ترك ويسمى العادة [٢٨] . عليه ، واستناداً الى ما تقدم يمكننا القول ان الاعراف والعادات منشؤها تصرفات النا س واستمرارهم على ممارستها وتحولها الى قانون واجب الاتباع يجعل منها محوراً اساسياً في الحياة الاجتماعية . فهي تندرج ضمن بودقة واحدة تتمثل في السلوك الاجتماعي وبالتالي ليس هنالك فرق بينهما . بيد ان هناك من يرى ان الفرق بين العرف والعادة يكون فقط من حيث النطاق . فنطاق العادة اوسع من العرف . اذ ان العادة تكون اجتماعية وذلك عندما تعم المجموع ، او قد تكون فردية ، كما اذا اتى الانسان فعلاً من الافعال وتكرر منه حتى اصبح سهلاً عليه اتيانه وشق عليه تركه ، بخلاف العرف فأنه لا يكون الا عند الجماعة فكل عادة عرف وليس العكس [٢٩] . وهذا خلاف ما نراه في كون العادة اخص من العرف وكما بينا سابقا هذا وتطبق العادة التي هي بمفهوم العرف في كثير من القواعد الفقهية ومنها قاعدة العادة محكمة) و (الحقيقة تترك بدلالة العادة) وغيرها.

اما التقاليد : فالاصل اللغوي فيها يدل على تعليق شيء على شيء ومنه تقليد الأبل اي تعليق شيء في عنقها يكون ملازماً لها .[٣٠] اما اصطلاحاً : فهي العادات المتوارثة التي يقلد فيها السلف . والتقليد مجموعة من الافعال تشبه العادات ولكنها تختلف عن العادة في انها متعلقة بمجتمعات محلية فالتقليد اخص والعادة اعم ، فهو متخصص بفئات محدودة او اماكن محددة ، وقد يتحول بالتوسع والانتشار الى عادة [٣١] .

من كل ما تقدم يتضح ان الفوق بين العرف والعادات والتقاليد هو العموم والخصوص وقد تتحول من خاصة الى عامة بحسب الاحوال.

المطلب الثاني:- العرف والاجماع

اذا كان الا ساس الشرعي للعرف يقوم على اعتياد الناس على سلوك فعل او قول معين كاعتياد هم على بيع المعاطاة ، او اطلاق لفظ الولد على الذكر . فما هو الاساس الذي يقوم عليه الاجماع . لكي يعتبر حجة في استنباط الاحكام الشرعية . ولكن قبل الخوض في تحديد حجية الاجماع وتمييزه عن العرف ينبغي اولاً بيان معن ى الاجماع .حيث يختلف الفقه عموماً في هذا الخصوص :

فيعرفه البعض بأنه اتفاق جميع المجتهدين من امه محمد (ص) بعد وفاته وفي عصر من العصور على حكم شرعي اجتهادي .[٣٢]

اما عند الامامية فان الاجماع يعرف بأنه اتفاق المجتهدين من الامامية في كل العصور (الصحابة ، والتابعين ، وتابعي التابعين) على حكم شرعي اجتهادي . المقصود بالاجتهادي هنا ان لا يكون حكم قطعي الدلالة . كالمقدرات الشرعية والحدود والكفارات او العقائد . فهذه الاحكام لا تقبل الاجتهاد بخلاف الاحكام الظنية الدلالة التي يمكن ان تكون محل اجتهاد .عليه واستناداً لهذا المفهوم فأن الاجماع عند الامامية لا يعتبر دليلاً شرعياً مالم يكن كاشفاً عن قول المعصوم ويتحقق ذلك بطريقتين :-

****

الاول : - التحصيل : بأن يتتبع المجتهد اقوال العلماء في كل العصور فيحصل على الحكم وقد يكون هذا الاجماع استنادياً او مدركياً فيدل على ان الاجماع ليس في ذاته هو الدليل على الحكم الشرعي ، وانما الدليل هو المستند الذي استند عليه الاجماع كان يكون نص مثلاً كما هو الحال في الاجماع على وجوب نفقه الزوج على زوجه . فهذا الاجماع لا يكون في ذاته هو الدليل على الحكم . بل ان الدليل هو النص .[٣٣] هذا من جانب ، ومن جانب اخر قد لا يكون الاجماع مستنداً الى دليل كالاتفاق على عدم صحة المعاطاه في الزواج كان ينظم الرجل الى المرأة لاجل الزواج بدون صيغة شرعية . فهذا النوع من الاجماع المحصل وان لم يعرف دليله الا انه يفترض بأنه ممضي من قبل المعصوم لعدم اعتراضه علي ه . وهو في جميع الاحوال لا يكون دليلاً على الحكم الشرعي . فحجية الاجماع عند الامامية ليست ذاتية ، بل مكتسبة كونه كاشفاً للحكم وليس منشأ له . فالاجماع على هذا النحو يعتبر مرتبه من مراتب السنة وليس دليلاً مستقلاً بعينه[٣٤] ، هذا بالنسبة الى طريقة التحصيل .

الثاني :- النقل كما في الاجماع المنقول من فقيه لاخر . وفي هذا النوع لا يمكن الاطمئنان الى حجيته مالم يحصل يقين من ان الناقل له قد بذل جهداً كبيراً في تحصيله ممن نقله وبالتالي يحصل الوثوق من صحته وهو في هذا يكون اقرب الى الخبر الواحد بفارق ان هذا الخبر يكشف عن قول المعصوم مباشرة ، بينما الاجماع يكشف عن قوله بالواسطة وهي النقل . هذا عند الامامية .

اما الجمهور فان الاجماع عندهم حجه في استنباط الاحكام الشرعية الا انهم يشترطون ان يكون مستنداً الى دليل سواء كان نص او رواية او قياس[٣٥] . ومهما يكن من الامر ، ووفقاً للمفهوم المتقدم يمكننا القول ان الفيصل الرئيسي بين الاجماع والعرف في كونه ما من ادلة الحكم الشرعي عند الجمهور[٣٦]، دون الامامية وان الاساس الذي يقوم عليه العرف هو الاعتياد على الشيء حتى يصير قانوناً ملزماً ، بينما الاجماع يكون بصدد حكم في مسألة يفتي به الفقه ثم يتفقون على العمل به او تركه حسب رأي المعصوم عند الامامية ، وحسب رأي الفقهاء عند الجمهور.

من كل ما تقدم يمكن بيان اوجه الشبه والاختلاف بين العرف والإجماع و التي تتمثل بالاتي :

١-الإجماع يقوم على مبدأ الاتفاق (اي اتفاق العلماء والمجتهدين) في عصر من العصور او في كل العصور ، بينما العرف لا يشترط فيه الاتفاق ، كذلك لا يشترط فيه ان يستمر في جميع العصور.

٢-يشترط عند الا جماع على حكم معين اهلية المجتهد بأن يكون عادلاً عاقلاً بالغاً مؤمناً ، بينما في العرف يكفي لاعتباره ،قبوله من ذوي العقول السليمة

٣-يشترط في الاجماع اتفاق جميع المجتهدين على الحكم ، فلا يكفي اتفاق بعضهم وإنكار البعض الأخر ، بخلاف العرف فأنه يكفي لإقراره اعتياد الأغلبية عليه .

٤-يشترط في الإجماع ان يكون المجتهد من أمة محمد (ص) ، بينما في العرف لا يشترط ذلك .

٥- يشترط في الإجماع ان يكون الحكم المتفق عليه بعد وفاة الرسول (ص) حيث ان مصدر الحكم في حياة الرسول (ص) هو القرآن الكريم والسنة ، أما بعد وفاته فأنه يمكن ان يصار الى الا جماع شريطة ان يستند الى الدليل الشرعي ، او ان لا يخالف رأي المعصوم ، وهذا ما لا نجده في العرف .

٦-يجب ان يكو ن موضوع الإجماع حكم شرعي اجتهادي أي ان لا يكون من النصوص القطعية الدلالة او المقدرات الشرعية او الحدود او العقائد[٣٧] . بينما في العرف فأن الموضوع يختلف بحسب نوع الحكم . فقد يكون الحكم مقراً للعرف او مبطلاً له . ومن الأعراف السائدة بهذا الخصوص قبل الإسلام مسألة الدية على العاقلة فجاء الإسلام واقر هذا العرف[٣٨] .

٧-ان الحكم الثابت بالا جماع لا يتغير بتغير الزمان او المكان[٣٩] . بخلاف العرف فأنه يتغير بحسب الزمان والمكان استناداً الى القاعدة الفقهية التي تقضي بأنه لاينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان . فالأعراف منها ما هو متغير ومنها ما هو ثابت[٤٠] .

٨- ان الحكم الثابت بالإجماع يكون ملزماً ويعد تاركه اثماً ، بخلاف العرف فهو غير ملزم ولا يترتب على فعله او تركه اي حكم تكليفي[٤١] .

يتبين من خلال ما تقدم ان الفارق الرئيسي بين الإجماع والعرف يتمثل في كون الاول يستند الى الرأي والأجتهاد اما العرف فان الاساس فيه هو اعتياد الناس، وان كلاً من العرف والإجماع من الادلة النقلية التي يصار اليها عند غياب الدليل الاصلي هذا عند الجمهور كما بينا . اما عند الامامية فالموقف مختلف وسيتضح من خلال البحث.

المطلب الثالث :- العرف والسيرة

السيرة هي نوع من العرف العملي ، يراد بها اعتياد الناس خلفاً عن سلف على القيام بفعل او الامتناع عن فعل . والأفعال التي يمارسها الناس قد تكون ذات بواعث اجتماعية ، كالعادات الاجتماعية المتعارفة منها تقبيل يد الشخص الكبير بالمولود الجديد . فهذه السير تسمى بالأعراف الاجتماعية وتمثل العرف بالمفهوم العام [٤٢]، وقد تكون منبعثة عن النظام والقانون . كتعارف الدول على تحديد الوان السير في الشارع (إشارات المرور) ، وجعل التاشيرة في الجواز دليل على الترخيص وغيره . فهذه السير تسمى بمفهوم الشرع بسيرة العقلاء .

وقد تكون السيرة منبعثة من الشرع و الدين ومنها الحجاب الاسلامي وحلق الشارب واطلاق اللحى لدى المتدينين ، فتسمى السيرة وفق هذا المفهوم بسيرة المتشرعة [٤٣] . عليه ، واستناداً الى ما تقدم فأن السيرة تنقسم الى قسمين سيرة المتشرعة وسيرة العقلاء اما بالنسبة لسيرة العقلاء او ما يصطلح عليه ببناء العقلاء فتعني اعتياد الناس على اختلاف مللهم او دياناتهم على القيام بفعل او ترك في زمان ومكان معينين [٤٤] . ويشترط في هذا الفعل ان يكون قائماً على القانون النظام وليس عفوي او اجتماعي. ومن هذه السير:

- اعتياد الناس على الاخذ بظاهر الكلام واعتياده م على المشورة في الأمور المهمة كرجوع المريض الى الطبيب . فهذه السير لا تعتبر حجه الا اذا كانت مطابقة لحكم الشارع [٤٥].
- العقود المعاطاتية كالبيع والاجارة والرهن وغيرها ، حيث يستدل من السيرة العقلائية بعدم اعتبار اللفظ فيها . والأصل صحة المعاطاة [٤٦].
- الحكم بالاستصحاب ببناء العقلاء في الأمور الشرعية ، الرجوع الى اهل الخبرة في تقدير قيمة الأشياء ومقاديرها عند حدوث نزاعات ،وتحديد قدر الكفاية في نفقة الاقارب .
- وقف الأشجار والأبنية منفكة عن وقف العقار . فالسيرة هنا تعد حجة عند الشك في صحة هذا النوع من الوقوف .
- استقلال الحافلة بأجرة معينة دون ان يعين حد المسافة .

فكل هذه السير وغيرها تعد مشروعة وهي استثناء من الاصل العام الوارد في القرآن والسنة بجهالة البدل وغيرها . فالسيرة هنا تعد كاشفة عن حكم شرعي كلي وهي تبحث كمسألة أصولية من حيث حجيتها . وعليه واستناداً الى ما تقدم ، فأن هذه السير وغيرها لا تعتبر حجة في الكشف عن الحكم الشرعي الا بشروط هي :-

١- اتصالها بعصر المعصومين عليهم السلام وكونها بمرأى ومسمع منهم .
٢- عدم وجود ردع صريح عنها [٤٧] .

يتبين من خلال الفهم المتقدم للسيرة العقلائية امران :-

الاول :- انها تعتبر نوعاً من العرف بمفهومه العام فهي منبثقة من العرف الاجتماعي

الثاني :- انها لا تعتبر حجة في الكشف عن الحكم الشرعي مالم يقرها الشرع وتوافق رأي المعصوم

اما فيما يتعلق بسيرة المتشرعة ، فهي تعني اعتياد فئة من الناس يجمعها دين واحد او مذهب معين على القيام بعمل او الامتناع عن عمل . فهي نوع من بناء العقلاء ولكن بنحوا ضيق ، وكذلك نوع من الإجماع وهو الإجماع العملي[٤٨]، اي اجماع العلماء او المجتهدين او المتدينين .

اما عن حجية السيرة فهي ثابتة بالقرآن الكريم استناداً الى قولة تعال ى (ومن يشاقق الرسول من بعد ما تبين له الهدى ويتبع غير سبيل المؤمنين نوله ما تولى ونصله جهنم وساءت مصيرا) [٤٩] . ان معنى السبيل في الاية المذكورة هو طريقة المؤمنين في دينهم وسيرتهم في العمل به [٥٠].عليه ، فأنه متى ما قامت السيرة لدى المتشرعة

من المسلمين على وجوب الفعل او حرمته كانت حجة على الأحكام الشرعية . بيد انه يشترط لتحقق هذا الامران يتوفر فيهما شرطان هما :-

١- ان تكون متحدة المسلك مع الشرع (اي لا تخالف الشرع) .

٢- ان تتصل بزمن المعصوم بأن تكون ممضاءً من قبله بالرضا وعدم الردع . ومن الأحكام التي تستند الى سيرة المتشرعة والتي تقتضي اما بالوجوب او الحرمة : الحكم بجواز تصوير غير ذوي الارواح كالاشجار والجبال استثناءً من حرمة التصوير مطلقاً ، وكذلك جواز اللعب ببعض الالات واللعب التي ليست بقمار ولا رهان فيها او مرابحة ، مثل الالعاب الرياضية وذلك لقيام السيرة القطعية على جوازها [٥١].يلاحظ من خلال بحث العرف والسيرة جملة امور منها ان العرف اما ان يكون :-

١ - عرف اجتماعي :- وهو مجموعة من العادات العامة او الخاصة التي يمارسها الناس بمختلف فئاتهم ، وتكون مستندة الى الشهوات والاذواق المختلفة والاجتهادات الخاصة كأحتفالات الاعياد مثلاً . فهذه الاعراف لا تعتبر حجة ولا يثبت بها حكم شرعي .

٢- بناء العقلاء :- هي مجموعة من الافعال الصادرة عن مجموعة من الناس وتستند الى العقل وتهدف الى تحقيق النظام واشاعة روح القانون . فهي لا تخص فئه محددة بذاتها وانما تمتد على نطا ق اوسع عبر الزم ان والمكان كأشارات المرور مثلاً المتبعة بين معظم الدول . فهذا النوع يمكن ان يكون حجة ويثبت به الحكم الشرعي ولكن بشروط هي ان يتصل بزمن المعصوم بأن يكون عالماً بالفعل و مقراً له ، او ان لا يتصل بزمن المعصوم ولكن ليس هناك دليل على ردعه للفعل . فالفعل هنا م شروع ولكن ليس على اساس العرف وانما يحتاج الى دليل اخر قطعي ليثبت مشروعيته . كما هو الحال في كثير من المعاملات التي نراها في الوقت الحاضر مثل عقد التأمين وعقد حق الامتياز والسرقفلية وغيرها .

٢ - سيرة المتشرعة :- وهي مجموعة من الافعال التي تخص فئه معينة من النا س وهم المتدينين ، فهي لا تكون حجة الا اذا وافقت الشرع وامتدت الى زمن المعصوم مثل جواز حلق الشارب واطلاق اللحى . وان اقصى ما تدل عليه السيرة هي المشروعية اي مشروعية الفعل او مشروعية الترك دون ان تدل على حكم تكليفي كالوجوب او الحرم ة .لهذا فان السيرة تختلف عن بناء العقلاء بأنها تكون في ذاتها حجة و دليلاً على الحكم الشرعي (كالإجماع القولي) اذا ثبت موافقة الشارع لها بأتحاد المسلك او عدم الردع ، ولكن ليس من باب كونها مسألة اصولية يستنبط بها الحكم الشرعي الكلي وانما من باب تشخيص الصغرى او موضوع الحكم الشرعي . ما خلا بعض السير في باب المعاملات وان كان البحث عنها كمسائل اصولية ، بيد انها لاتخرج عن كونها دليل كاشف للحكم وليس منشيء له . وبالتالي فلا يصح عدها اصلاً مسقلاً او دليلاً خاصاً وراء الادلة الاربعة (القرآن والسنة والإجماع والعقل) . بل هي نوع من السنة التقريرية للمعصوم [٥٢] . بينما بناء العقلاء لا يكون حجة الا اذا ثبت من دليل اخر امضاء الشارع له وبخلافه فأنه يجب اقامة الدليل على المش روعية (الحجية) . فهي ليست بحج ة في ذاتها وانما الاستمرارية في الفعل او الترك تعطى احساساً ظاهرياً بالحكم التكليفي وليس الزام[٥٣] .

المبحث الثالث:- حجية العرف

ان البحث في حجية العرف يقتضي التمييز بين اتجاهين : الاتجاه الاول بحثه كمسألة اصولية ، اي كونه مصدر من مصادر التشريع ازاء القرآن الكريم والسنة والإجماع فيما لا نص فيه ، وهذا اتجاه الحنفية والمالكية ، والاتجاه الاخر بحثه من بلب تشخيص الأحكام وهذا هو اتجاه الامامية . ولكل اتجاه حججه واسانيده نبينها ضمن مطلبين على النحو الاتي :

المطلب الاول :- القائلون بحجية العرف

****

يذهب انصار هذا الاتجاه وهم الحنفية والحنابلة الى ان العرف حجة شرعية ويعد اصلاً من اصول الفقه . وقد اسسوا لهذا القول جملة من الأحكام منها قولهم (ان الثابت بالعرف كالثابت بالنص، "بدليل شرعي") ، (وقولهم العرف شريعة محكمة) والتي يستفاد منها بأن العرف يعد دليلاً شرعياً حيث لا يوجد دليل من كتاب او سنة ، وان الاخذ به اخذاً بأصل من اصول الشرع . كما انه يُعد من جانب ا خر مخصص للنص العام[٥٤]. وقبل الدخول في هذه التطبيقات كان لابد لنا من استعراض ادلة القائلين بحجية العرف في هذه الموارد . فهم يستندون في دعواهم الى القرآن الكريم والسنة الشريفة والإجماع والعقل . نعرضها تباعاً:

الفرع الاول :- القرآن الكريم

يستدل انصار هذا الاتجاه بما ورد من ايات مبثوكة في القران الكريم تشير الى رعاية العرف في كثير من المسائل ومنها قوله تعالى :

- (وعاشروهن بالمعروف)[٥٥] .
- وقوله تعالى (ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف)[٥٦].
- وقوله تعالى (وعلى المولود له رزقهن و كسوتهن بالمعروف لا تكلف نفس الا وسعها)[٥٧].

حيث يرى انصار هذا الاتجاه ان الله تعالى يقضي بضرورة رعاي ة العرف في النصوص المذكورة ، فهو يرد الزوجين في عشرتهما وحقوق كل منهما على الاخر الى المعروف اي المتعارف بين الناس ، كذلك الانفاق على الزوجة والاولاد بحسب العرف ، فالانفاق ليس له قدر شرعي وا نما يترك تقديره للعرف بحسب حاله المنفق[٥٨]. وغيرها من النصوص التي يعتقد بعض المفسرين انها تشير الى دور العرف في اثبات الحكم الشرعي .

الفرع الثاني:-السنة النبوية الشريفة

يحتج انصار هذا الاتجاه بعدد من الروايات التي تعتبر من قبيل السنة القولية و التي يعتقدون انها تؤكد حجية العرف في استنباط الأحكام الشرعية فيما ليس فيه دليل من قرآن او سنة . ومن هذه الروايات قوله (ص) (ما راه المسلمون حسناً ، فهو عند الله حسن ، وما رآه المسلمون قبيح فهو عند الله قبيح) رواه عبد الله بن مسعود واخرجه الامام احمد . وقد اسس الفقهاء استناداً الى هذا الحديث القاعدة الفقهية التي مفا دها (العادة محكمة) كما ورد في ر سائل ابن عابدين في كتابه الاشباه والنظائر[٥٩]. كذلك السنة الفعلية للرسول (ص) في كثير من الوقائع التي كان يقضي فيها بحسب العرف ، ومنها انه جعل صدقة الفطر صاعاً من تمر او صا عاً من شعير بحسب عرف اهل المدينة[٦٠] ، وانه جعل دية الانسان مائة من الابل ، وانها على العاقلة في حالة اتلاف النفس وما دون النف في الجرائم الخطأ . كذلك اجاز (ص) بعض المعاملات التي يحتاجها الناس عملاً بالعرف كبيع السلم ، والعرايا[٦١] ، و الاستصناع استثناءً م ن الاصل العام في التحريم بعد م جواز بيع المعدوم ، وبيع الشيء بجنسه الوارد في السنة بقوله (ص) " لا تبع ما ليس عندك" [٦٢].من كل ما تقدم من سنة قولية وفعلية للرسول يثبت حسب هذا الرأي – ان العرف حجة في استنباط الأحكام الشرعية ، لان الرسول نفسه (ص) كان يلجأ الى ا لعرف في كثير من المسائل ، وبالتالي فليس هناك ضير من اعتبار العرف والسيرة العقلائية اذا كانت تتلائم مع احتياجات الناس وضرورات ا لحياة ، بالرغم من عدم وجود السند لها في القران او السنة ، كما هو الحال في كثير من المعاملات المستحدثة التي تجري في الواقع التجاري او الصناعي وغيره ا من المجالات .

الفرع الثالث:- الإجماع

يعتقد انصار هذا الاتجاه ان توجه علماء الشريعة منذ صدر الإسلام الى يومنا هذا يكاد يجمع على حجية العرف في استنباط الأحكام الشرعية . فقد اقر الصحابة والتابعين ومن تبعهم كثيراً من الأعراف التي كانت سائ دة قبل الاسلام بعد تهذيبها . وهذا الامر يتضح من خلال اقرار كثير من الأحكام التي يراعى فيها العرف منها وضع عمر بن الخطاب الديوان رغم انه عادة فارسية ، كذلك ضرب الدراهم وهي عادة لم تكن معروفة عند العرب وغيرها . كذلك ما ذهبت اليه بعض المذاهب الاسلامية بجواز ا لاستئجار على تعليم القران الكريم لرفع الحاجة

****

والعسر عن المعلم ، كذلك افتاؤهم بجواز قبول شهادة الشهود العدول في الظاهر با ستثناء جرائم الحدود والقصاص . وذلك بسبب اختلاف الزمان الذي يؤدي الى اختلاف العرف تبعاً له . كذلك ما ورد عن الامام الشافعي انه عندما نزل مصر غير كثير من الاعراف التي كانت سائدة قبل نزوله ، ولهذا كان له مذهبان في الفقه القديم والجديد [٦٣].

الفرع الرابع :- العقل

من الثوابت المعروفة ان الشريعة الاسلامية تتميز بالمرونة فهي صالحة للتطبيق في كل زمان ومكان . هذا الشمول مستمد اصلاً من اقرار الشريعة بعد نزولها لكثير من عوائد العرب التي لا تخالف المقصد العام للشريعة ، ان عدم اقرارها من جانب اخر قد يؤدي الى الضيق والعسر . وهذا يتناقض مع حكم الشارع بقوله (يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر)[٦٤] . وفي هذا المعنى يقول الشاطبي في كتابه الموافقات (العوائد الجارية ضرورية الاعتبار شرعاً سواء كانت شرعية في اصلها او غير شرعية وسواء كانت مقررة بالدليل شرعاً امراً او نهياً او اذناً) ثم يقول (لما قطعنا بان الشارع جاء باعتبار المصالح لزم القطع بأنه لابد من اعتبار العوائد)ثم يمضي قائلاً (ان العوائد لو لم تعتبر لادى الى تكليف مالا يطاق وهو غير واقع فأن اعتبرت فهو ما اردنا وان لم تعتبر فمعنى ذلك ان التكليف موجه الى العالم القادر وعلى غير العالم والقادر ، وعلى من له مانع ومن لا مانع له وذلك عين تكليف ما لا يطاق) يستفاد من هذه المقولة ان العقل يقضي بأن الأحكام تدور مع مصالح الناس وحاجاتهم وجوداً وعدماً . وانها تكون معتبرة في الوقائع التي يسكت الشارع عن بيان حكمها[٦٥].

المطلب الثاني:- القائلون بعدم حجية العرف

يذهب جانب من الفقه الى عدم اعتبار العرف حجة شرعية في استنباط الأحكام . فهو ليس بأصل ازاء القران و السنة ، وانما يمكن ان يصار اليه في مجالات محددة ، ومن القائلين بهذا الرأي هم الامامية والشافعية ، وهم يدعمون رأيهم بعدة حجج يردون فيها على القائلين بحجيته . عليه فأننا سنعرض لح جج المعارضين على النحو الاتي :-

الفرع الاول :- القران الكريم

يرى انصار هذا الاتجاه ان الاستدلال بما ورد في القران الكريم من النصوص تشير الى رعاية العر ف في كثير من الأحكام الشرعية ، انما هو استدلال غير واقعي ففي قوله تعالى "خذ العفو وامر بالعرف "[٦٦]. الظاهر من خلال تفسير النص انه يشير الى كل خصله تعرف صوابها العقول وتطمئن اليها النفوس ، وليس معناه العادات الجارية . اذ ان التمعن بالنص يشير الى ثلاث معان امر الله تعالى بها نبيه الكريم وهي العفو عن المجرم والسماح في الامور المتهاون عنها ، والدعوة الى الخصال المعروفة الحسنة والصبر على ايذاء الجاهلين [٦٧].كذلك قوله تعالى " وعاشروهن بالمعروف " [٦٨] . تعني خالطوهن من العشرة التي هي المصاحبه بما امركم الله من اداء حقوقهن . وقيل المعروف ان لا يضربها ولا يسيئ القول فيها ويكون منبسط الوجه معها ، وقيل هو ان يتصنع لها كما تتصنع له[٦٩] . فأين هذا التفسير من معنى العرف الذي يقول به مؤيدوه . فالنص هنا يشير الى حكم شرعي اقره الله تعالى ونبيه الرسول من خلال تفسيره للنصوص وعليه فلا اشكال يبقى بعد هذا الوضوح .كذلك قوله تعالى " وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف "[٧٠] . يعني على قدر اليسار لانه علم احوال الناس في الغنى والفقر وجعل حق الحضانة للام والنفقة على الاب على قد اليسار [٧١].

يتبين من خلال ما تقدم ، ان تفسير النصوص بحسب الهوى انما هو امر غير مقبول شرعاً ، فهذه تفاسير القوم من يطلع عليها يتجلى له كل معنى اراد به الشارع وعليه لا يمكن اعتبار العرف حجة لاقرار القران الكريم له ، لانه لم يقره اصلاً وقد اتضح ذلك .

الفرع الثاني :-السنة الشريفة

****

ان من يستدل بما ورد عن الرسول الأكرم (ص) من اقوال وافعال لاجل الوصول الى حجية العرف كأصل من اصول التشريع . يمكن تفنيد ادعاءه على اساس علمي. فبالنسبة لرواية عبد الله بن مسعود " ما رآه المسلون حسن فهو عند الله حسن " يقول العلائي لم اجده مرفوعاً في شيء من كتب الحديث اصلاً ولا بسند ضعيف بعد طول البحث وكثرة الكشف . فهو من قول عبد الله بن مسعود موقوفاً عليه اخرجه احمد في مسنده [٧٢]. وبالتالي فانه يعد حديثاً مرسلاً مقطوع السند الى الرسول (ص) . وعلى فرض صحة الحديث ، فأن تفسيره لا يشير ا لى معنى العرف حقيقةً وانما يشير الى موضوع الحسن العقلي . فمن المعلوم عند الامامية ان هناك ملازمة بين حكم الشرع والعقل في مجال التحسين والتقبيح العقليين . فكل ما يراه العقل حسناًفهو عند الشارع حسن ، وكل مايراه العقل قبيح فهو عند الشارع قبيح . فالنص المذكور على فرض صحته . فأنه يشير الى هذه الملازمة . وليس للعرف فيه اي معنى [٧٣] .هذا من جانب ، ومن جانب اخر فأن السنة الفعلية للرسول (ص) بأقراره بعض الاعراف التي كانت سائدة ، لا يعطي للعرف الحجية في اعتباره مصدراً مستقلاً للاحكام الشرعية . هذا لان المعول عندئذ يكون للسنة الفعلية باعتبارها اصل تشريعي وليس للعرف ، فالرسول (ص) له سلطة تشريع الأحكام استناداً الى قوله تعالى " ما اتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا "[٧٤] .كما ان القول بأن الرسول (ص) اقر بعض الاعراف استثناءً من الاصل العام امر يجب بحثه . حيث يرى جانب من الفقه ضرورة فهم الوقائع ثم تكييفها . الامر الذي يحول دون الخطأ في التكييف . فبالنسبة لبيع السلم والذي يذهب البعض الى انه استثناءً من قاعدة لاتبع ماليس عندك ، حيث قالوا السلم بيع الانسان ماليس عنده ، فيكون مخالفة للقياس [٧٥]. هذا قول مشكوك في صحته من عدة جوانب :

الاول :- ان قول الرسول (ص) لا تبع ماليس عندك مفاده بيع العين الشخصية التي ليس في ملك البائع ، كما لو كان البائع فضولياً يشتري السلعة من شخص ويبيعها لاخر فهذا التصرف لايدخل ضمن مفهوم بيع السلم . فالسلم عبارة عن ابتياع مال مضمون في ذمة البائع الى اجل معلوم بمال حاضر او في حكمه .

وفي هذا البيع يقول ابن عباس "اشهد ان السلف المضمون الى اجل مسمى قد احله الهه في كتابه واذن فيه بقوله تعالى " يا ايها الذين امنوا اذا تداينتم بدين الى اجل مسمى فاكتبوه "[٧٦]. فالسلم فيه احد العوضين مؤجل والاخر معجل وهو بيع مضمون لا اشكال فيه. وبالتالي لايدخل تحت قاعدة لا تبع ماليس عندك [٧٧].

الثاني :- ان رحى الحياة الاقتصادية يدور حول السلم في كثير من الحرف و الصناعات وبالتالي فلا يمكن القول ان الشارع منع الحكم ثم استثنى منه . فهذا القول يحط من فهم الشارع للاحكام وهو منزه عن ذلك .

عليه ، واستناداً الى ما تقدم فان السلم لا يدخل ضمن قاعدة لاتبع ماليس عندك لانه بيع مضمون مقدور على تسلمه يمكن تحديد وصفه وجنسه . ومن قال خلاف ذلك فقد وقع في خطأ . وفي هذا الموضوع حديث كثير يطول شرحه[٧٨].

كذلك هو الحال بالنسبة لبيع العرايا وهو بيع ا لرطب على النخل بالتمر الجاف فأنه حسب ما يرى البعض انه استثناء الرسول (ص) لجريان عادة العرب عليه استثناءً من الحكم الشرعي الذي يقضي بضرورة تساوي البدلين في البيع الوارد في قوله (ص) " الذهب بالذهب والفضه بالفضه والشعير بالشعير و التمر بالتمر والملح بالملح مثل بمثل ، سواء بسواء ، يداً بيد فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم اذا كان يداً بيد " [٧٨]. والقول ان الرطب على الشجر ليس من الموزونات او المكيلات فهو من المشاهدات فلا تشمله هذه القاعدة التي تطبق على المكيلات والموزونات . وبالتالي فانه يجوز التفاضل اليسير فيه [٧٩] .من كل ما تقدم ، يمكننا القول انه لا يمكن الاحتجاج بالسنة القولية والفعلية لاعتبار العرف دليلاً يصار اليه في منطقة الفراغ التشريعي .لان السنة اذا اقرت بعض الأحكام العرفية وذلك لانها اعلم بأهمية تلك الأحكام وضرورتها لحفظ مقاصد الشريعة ، وليس لاعتبارها العرفي . وعليه فاقرار السنة هنا هو إمضاء للشرع . وبالتالي فأن اقرار الرسول (ص) لمثل هذه الاعراف لا يعطي للعرف الحجية بأعتباره مصدراً مستقلاً ، وانما يكون المقام هنا هو للسنة .

الفرع الثاني :-الإجماع

كذلك ان اجماع الصحابة والفقهاء على اعمال العرف في بعض المسائل التي تستلزمها الضرورة وحاجات الناس لايمكن التسليم به ، ولا يعطي للعرف الحجية فالمعول عليه في الأحكام الشرعية ان تكون ثابته بالنص (القران والسنة) ا وان تستند الى دليل عقلي . وان اعتبار مصالح الناس ضرورة توجب تطبيق العرف قد يؤدي الى الوقوع في الظن . وان الظن لا يمكن ان يبنى عليه الأحكام الشرعية استناداً لقوله تعالى " وان الظن لا يغني من الحق شيئاً "[٨٠] . عليه واستناداً الى ماتقدم يمكننا القول في تكييف العرف بأنه لا يمكن ان يكون اصلاً من اصول الأحكام الشرعية بحد ذاته ، ولكنه يمكن ان يكون من الادلة الموصلة والمفهمة للحكم الشرعي . وهذا هو رأي الامامية في تكييف العرف ، والذي سنوضحه بشكل اوسع من خلال بيان نطاق سريان العرف وشروط العمل به في المبحث التالي.

المبحث الرابع:- نطاق سريان العرف وشروط العمل به

تقديم : تبين لنا من خلال المبحث السابق الخلاف المحتدم بين الفقه حول حجية العرف وان محور الخلاف هو اعتباره مسألة اصولية عند السنة فهو عندهم اي العرف خلاّ ق للحكم الشرعي في منطقة الفراغ التشريعي . رغم اننا نعتقد انه لا يوجد مثل هكذا مصطلح في علم الشريعة فالشريعة كاملة لا يعتريها نقص وانما قد توجد مستجدات تحتاج الى استنباط للاحكام يواكبها . اما عند الامامية فالامر م ختلف . فالعرف عندهم كاشف للحكم الشرعي وليس منشأً له ، وبالتالي لا يمكن اعتباره مسألة اصولية في مقابل القران الكريم والسنة وعليه فأن دور العرف في هذا المقام لا يتعدى تشخيص الصغرى ا و تحديد مو ضوع الحكم الشرعي . من هنا ، ولكي يمكننا الاحاطة بدور العرف الدقيق حري بنا بحث نطاق سريانه عند الامامية وذلك من خلال بيان مجالات اعمال العرف وذلك في فقرة اولى ، ومن ثم الوقوف على الحالات التي لايمكن فيها الركون الى العرف في فقرة ثانية هذا ضمن المطلب الاول ، ومن بعدها نعرض للشروط الواجب توافرها في العرف حتى يصار الى تطبيقه وذلك ضمن المطلب الثاني .

المطلب الاول :- نطاق العرف

ذكرنا ان العرف عند السنة يطبق بأعتباره اصل من اصول الفقه ، وهذا يترتب عليه اعمال العرف في جميع المجالات . اما عند الامامية فالموقف يختلف فالعرف يسري في حالات محددة ، وقد لا يسري في غيرها . عليه سنبحث في هذه الفقرة الحالات التي يسري فيها العرف من جهة ثم نبين من جهة اخرى مفهوم المخالفة لها على النحو الاتي :

الفرع الاول :- الحالات التي يسري فيها العرف

يستخدم العرف عند الامامية في مجالات متعددة . منها تحديد معنى اللفظ او الكلام وتطبيقه على مصاديقه ، وقد يستخدم في رفع الاج مال من خلال تقيد المطلق وتخصيص العام ، ويستخدم ايضاً في تحديد النية او القصد والشروط الضمنية ، كذلك يستخدم عند وجود الدلالة الالتزامية ،و ايضاً عند وجود احاله صريحة للعرف . نعرض لهذه الفقرات تباعاً على النحو الاتي :-

اولاً - تحديد معنى اللفظ وبيان حكمه وتطبيق الحكم على مصاديق اللفظ:-

مما لاشك فيه ان الشارع المقدس عندما يقرر حكماً في ذمة المكلف فأنه يراعي قدرة المكلف على فهم الحكم ، فلا يكلف نفساً الا وسعها . وان اساس هذا الفهم انما يقوم على طريقة العقلاء في التفاهم فيما بينهم وهذه الطريقة تعتمد بطبيعة الحال على المعنى الظاهر للفظ . وهذا المعنى لا يخرج عن كونه لفظ تكرر استعماله في التفاهم العرفي بين العقلاء . فاصبح هو المعنى المقصود فلو ان اية كلمة من الفاظ الشارع المقدس وردت بلا قرينة ، اي لم يجزم المعنى المقصود منها وسواء في الفاظ العبادة كالعان مثلاً او غيرها فأنها تحمل على المعنى الشرعي .

****

اذ ان كل متكلم يحمل كلامه على عرفه واصطلاحه حتى يثبت العكس وان تعذر ذلك حُملت الكلمة على العرف العام لانه الاكثر و الاغلب في التخاطب[٨١].

وتجدر الاشارة بهذا الخصوص ان اللغة في حقيقتها ما هي الا تدوين للغة العرف [٨٢]، حيث دون اللغويون مفردات اللغة وذكروا معانيها في القواميس اللغوية بعد استقراء ها وتطبيقها على موارد الاستعمال عند العرف العربي الذي نزل ا لقران والسنة بلغتة . هذا وان اسماء معظم المعاملات هي من مخترعات العرف ، وان اغلبها كان موجوداً قبل الاسلام . حتى ان الشارع استخدم ما وضعه العرف من الفاظ في مقاصدها [٨٣]. وهذا القول يثير مسأله ما يعرف بالحقائق الشرعية في القران الكريم . اذان هناك من المصطلحات التي تعطي اكثر من معنى ، الا ان المعنى المقصدود هو المعنى المستعمل عرفاً . فعلى سبيل المثال قوله تعالى " ولا جُنباً الا عابري سبيل حتى تغتسلوا ...."[٨٤]، وقوله تعالى " وان كنتم جُبناً فاطهروا "[٨٥] . ومعنى جُنباً لغةً الابعاد (المجانبة) ، وشرعاً يعني ما ابعد عن ممارسات الطاهرين . كما جاء في اية تحريم الخمر بقوله تعالى " فأجتنبوه " اي ابتعدوا عنه . فالخمر والجماع سبب للابتعاد عن ممارسات العبادة الى ان يتطهر المكلف . والطهارة تتم حسب المفهوم الشرعي بالاغتسال[٨٦].

يفهم مما تقدم ، انه حسب العرف الشرعي يتبادر ا لى الذهن ان المقصود من الكلام هو عدم مما رسة العبادة عند عدم الطهارة المتحققة بسبب الجنب او السكر، هذا هو المفهوم العرفي المتبادر الى الذهن او ما يظهر عرفاً نتيجة كثرة الاستعمال فهذا هو مقصود المتكلم .وينطبق نفس الكلام على كثير من المصطلحات المستعملة في النصوص الشرعية والتي يراد معانيها العرفية كالصلاة والحج والدابة والتيمم وغيرها [٨٧].

يُفهم من كل ما تقدم انه اذا اورد لفظ لا يُعلم معناه فأنه يُصار الى المعنى المستخدم عرفاً . لان الشارع المقدس يخاطب الناس على وفق ما هو معروف لديهم فهو لا يكلفهم احكاماً لا يعرفونها . هذا من جانب . ومن جانب اخر فانه بالاضافة الى دور العرف في تحديد المدلول المطابقي للفظ [٨٨]، فأنه يتعدى ذلك بتطبيق الحكم المستفاد من المعنى العرفي لهذا المدلول الى مصاديقه اي ما يندرج تحته من حالات تشبه به . وهذا ما يعبر عنه فقهاً بالمناسبة بين الحكم وموضوعه او من باب تنقيح المناط . ولعل من تطبيقات هذه الحالة ما ورد عن الامام ابو عبد الله عليه السلام قوله " اغسل ثوبك من ابوال ما لا يؤكل لحمه "[٨٩] ، فالظاهر عرفاً ان حكم النص يع مم الى مصاديقه من ملبوس وغير ملبوس كالعباءة والفراش وغيرها وكذلك ما جاء في قوله تعالى (صعيداً طيباً)[٩٠] . فاذا كان الصعيد يعني عرفاً التراب . فان كل ما يدخل تحت مفهوم التراب يشمله الحكم كالرمل مثلاً ، اما الجص فلا يعتبر من مصاديقه [٩١].وما تجب الاشارة اليه هنا هو انه قد يتردد بين كون الشيء مصداقاً للفظ اولاً بحيث يشمله الحكم كالوطن والمعدن والحرز في السرقه والارض الموات التي قد يشك الفقيه في مصاديقها . فالمرجع هنا يكون العرف . وفي هذا الصدد يقول المحقق الاردبيلي في حفظ المال المودع " وكذا الحفظ بما جرى به الحفظ عادةً فان الامور المطلقة غير المعينه في الشرع يرجع فيها الى الع رف والعادة . فمع عدم تعيين كيفية الحفظ يجب ان يحفظها على ما يقتضي العرف حفظه مثل الوديعة بأن تحفظ الدراهم في الصندوق ، والثياب في الخزانة والدابة في الاصطبل "[٩٢] .وفي هذا الصدد يؤكد الفقه ان تطبيق الحكم الشرعي المستفاد من العرف على المصداق يشترط فيه ان يكون للعرف الدقيق اي الموثوق به . فلو فرض ان العرف يتسامح او يخطي في التطبيق فلا يجوز التعويل عليه في تطبيق المفهوم على المصداق مع العلم بخطأه او مسامحته او الشك فيه [٩٣] ، كما في لون الدم (اللون الصناعي) وان كان يعتبر في المفهوم العرفي من اقسام الدم اي من مص اديقه ، الا انه يوصف بالطهارة لا بالنجاسة . فلا يطبق المفهوم هنا على المصداق .[٩٤]هذا فيما يتعلق بدور العرف في تحديد المدلول المطابقي للفظ وتطبيقه على مصاديقه .

ثانياً:- رفع الاجمال (تقييد المطلق وتخصيص العام)

من المشاكل المعروفة في اطار المعاملات عموم اً التمسك بالعمومات والاطلاقات ، حيث يتمسك بعموم قوله تعالى " اوفوا بالعقود "[٩٥] ، واطلاق قوله تعالى " احل الله البيع "[٩٦] . يُصرح جانب من الفقه بهذا الخصوص انه " اذا شككنا في صحة بيع او اجارة او رهن يصح لنا ان نستكشف ما هو الصحيح عند الشارع مما هو الصحيح

****

عند العرف بأن يكون الصحيح عند العرف طريقاً الى ما هو الصحيح عند الشارع الا ما خرج بدليل "[٩٧]. فلو افترضنا الاطلاق في مفهوم الغبن او العيب في المبيع . فيحال في تحديدهما الى العرف . وكذلك حد الغ ناء ومفهوم العيال في وجوب الفطرة وغيرها من المفاهيم التي تعتبر من العموم او المطلق التي تحتاج الى تخصيص او تقييد او تحديد بحسب الحال . ويقول المحقق الاردبيلي بهذا الخصوص (انه قد تقرر في الشرع إن مالم يثبت له الوضع الشرعي يحال الى العرف جرياً على العادة المعهودة من رد الناس الى عرفهم)[٩٨].

ثالثاً :- تحديد نية ومقصد المتكلم

تختلف الاعراف المتداولة في اطار المعاملات وسواء كانت من طرف واحد كالايقاعات او من طرفين كالعقود باختلاف المكان والزمان . فاذا اوقع خلاف في مسألة معينة فيحال الى ما يقصده المتكلم وفق العرف السائد في ذلك المكان والزمان . ومن تطبيقات هذه الحالة لو ان شخص ا ً نذر نذراً بأن يصلي صلاة الليل وفي حالة عدم صلاته فأنه سوف يتصدق كفارةً عن نذره بمبلغ معين . وفرضنا في هذا الوضع انه في ليلة من الليالي لم يستطع الصلاة لمرض الم به ، فما هو الحكم ؟ نقول انه يجب ان نميز بين كلام الشخص ونيته فكلامه لغةً (لفظه) يرتب الصدقة في ذمته . اما اذا اخذنا بنظر الاعتبار الظروف المحيطة به وما هو معتاد في بيئته ومحيطه الاجتماعي ففي مثل هذا الوضع الناس لا يتصدقون وبالتالي لا يثبت في ذمته الصدقة . فالحكم هنا من باب الرجوع الى العرف في تشخيص المعنى المقصود للمتكلم لا المعنى اللغوي المط ابقي او المصداقي [٩٩].ولهذه الحالة تطبيقات متعددة نسوق منها بعض الامثلة . فلو باع دابة ثم اختلفا في مفهومها فالمرجع هو ما قصده المتبايعان بحسب عرفهم وه و الفرس ، او باع اللحم فالمتبادر في عرف المتعاقدين هو اللحم الاحمر ، ولو اوصى بشيء لولده فالمرجع ايضاً العرف الذي يعتبر الولد الذكر وليس الانثى . ولو اختلف في المهر معجل ام مؤجل يحكم القاضي وفقاً للعرف الدارج . وان اختلف في توابع المبيع ولم يصرحا به فانه يصار الى العرف وبهذا الصدد يحكم الفقه ان ما يتعارفه الناس من قول او فعل عليه يسير نظام حياتهم وحاجاتهم . فلذا قالوا او كتبوا فانما يعنون المعنى المتعارف لهم . واذا عملوا فانما يع ملون على وفق ما اعتادوه واذا سكتوا عن التصريح بشيء فهو اكتفاء . بما يقضي به عرفهم . وهذا ما يتفق مع قاعدة المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً [١٠٠].هذا وتجدر الاشارة هنا الى مسألة تغير الالفا ظ العرفية بمرور الزمان وما يترتب عليها من اختلاف في المعنى بين زمن صدور النص وزماننا الامر الذي يشكل معه الرجوع الى العرف في فهم مداليل الالفاظ من النصوص الواردة الينا من تلك العصور . ولغرض حل هذه الاشكالية يذكر الفقه الاصل العقلائي المعروف بأصالة الثبات في اللغة ومفاده انه في حالة الشك في حصول تغير في معنى من معاني الالفاظ فأنه يبنى على عدم حصول هذا التغير ، مالم تكن هناك قرينة تؤكد حصول التغير [١٠١].

رابعاً :- الرجوع الى العرف عند وجود دلالة التزامية

وهي ما يعبر عنها فقهاً بدلالة المفهوم الصريح . فأذا كانت هنالك ملازمة بين الحكم الشرعي المنطوق وما يترتب على غيره من حالات يشملها نفس الحكم فأنها تأخذ نفس الحكم استناداً الى العرف . فهذه الدلالة هي دلالة عقلية مبنية على الملازمة بين المنطوق والمفهوم والمرجع فيها الفهم العرفي ل لكلام . و تسمى بالصريحة لان المفهوم يتبادر الى الاذهان بمجرد سماع المنطوق . فهي توصف بالصريحة او ما يعرف بدلالة تبادرية عرفية . وشواهدها كثيرة منها قوله (ص) " لا يرث القاتل" . ان منطوق النفي يمنع الارث عن القاتل . الا ان الفهم العرفي يحمل معنى الحديث على القاتل عمداً وعدواناً اما القاتل المقتص فلا يشمله الحكم [١٠٢] . ومنها ايضاً طهارة الخمر بانقلابه الى خل فانه بالملازمة العرفية يقتضي طهارة الاناء المستعمل لهذا الغرض فهذه دلالة التزامية يحددها العرف [١٠٣] . كذلك ان طهارة الميت بعد التغسيل تستوجب طهارة يد الغسال والخشبة التي اجري عليها الغسل وسائر الادوات المستعملة وغيرها في الشواهد [١٠٤].

خامساً :- النص الصريح

يذهب جانب من الفقه الى امكانية الرجوع الى العرف في الحالات التي يحيل فيها النص صراحة الى العرف [١٠٥]. وفي هذا المعنى تطبيقات عديدة منها قوله تعالى (وعاشروهن بالمعروف)[١٠٦] . ففي هذه الآية نجد ان الله تعالى امر بمعاشرة الزوجة بالمعروف ، ولكنه لم يتعرض الى كيفية هذه المعاشرة . وهذا يعني ترك الموضوع للعرف. والمعروف هو الامر الذي يعرفه الناس في مجتمعهم من غير ان ينكروه او يجهلوه والمعاشرة المعروفة بين الناس تقوم على اساس الاحترام والالفة وما يتفق مع ذوق المجتمع [١٠٧].وكذلك قوله تعالى (واعدوا لهم ما استطعتم من قوة)[١٠٨]. فالاعداد في ذلك الزمان كان يقتصر على الاسلحة المعروفه كالسيف والرمح والخيل وغيرها .اما في الوقت الحاضر فالاعداد للحرب مختلف فهو يشمل الطيارة والدبابة والاسلحة الحديثة المعروفة . وعليه يمكننا القول انه في هذه الموارد وغيرها يكون تحديد الحكم عائداً للعرف.

الفرع الثاني:- الحالات التي لا يجوز فيها الرجوع الى العرف

بينا في الفقرة السابقة المجالات التي يسري فيها العرف ، وذكرنا ان هناك مجالات اخرى لايمكن فيها الرجوع اليه لاسباب متعددة نذكرها تباعاً على النحو الاتي :

اولاً :- تحديد المصداق بعد تحديد المفهوم [١٠٩]

قد يرجع الى العرف في تحديد المفهوم :- وهو معنى يستفيده ويستنبطه العقل من الكلام المنطوق [١١٠] ، لوجود ملازمة بين المعنيين .ومن القواعد او العبارات المتداولة بين الفقهاء بهذا الخصوص عبارة " ان العرف حجة في تشخيص المفاهيم دون المصاديق "[١١١].فلو رجعنا الى العرف مثلاً في ت حديد مفهوم الموت وهو مفهوم تترتب عليه مجموعة من الأحكام كالميراث والوصية وتسديد الديون وغيرها . وكان العرف العام يرى ان الموت هو توقف القلب ، اما عرف الاطباء فانه يرى ان الموت يتحقق بتوقف الدماغ ان هذا التفاوت في تفسير الموت بين العرف العام والعرف الخاص يترتب عليه الاخذ بالعرف العام دون الخاص ، لان النصوص الشرعية انما تخاطب العرف العام وليس الخاص هذا من جانب ، ومن جانب اخر بعد ان رجعنا الى العرف في تحديد مفهوم الموت فلا يمكن الرجوع اليه مره اخرى في تحديد مصداق الموت بتوقف الدماغ . ولعل الرجوع الى العرف العام في تحديد المفهوم انما هو حجة استناداً الى الظهور العرفي .فكل متكلم يقصد المعاني والمفاهيم العرفية السائدة . وعليه يكون فهم العرف في دلالة الالفاظ حجة استناداً الى هذا ال ظهور . وهذا الحكم لا يسرى على المصاديق بطبيعة الحال لعدم وجود الدليل عليه [١١٢].

ثانياً :- ما يكتشف منه الحكم فيما لا نص فيه

هنالك بعض السير والعادات التي يعتاد الناس التعامل بها ولكثرة الحاجة اليها ومن امثلته ا بيع المعاطاة ، وبيع وشراء الصبي في المحقرات (اي الاشياء التافهة القيمة) وبيع الفضولي والاستصناع ، والكثير من المعاملات المستحدثة كعقود الشركات الحديثة وعقود الامتياز والكهرباء والماء والهاتف وبيع السرقفلية . فكما ذكرنا سابقاً ان مثل هذه المعاملات رغم حاجة الناس اليها الا انها لا تجد دليلها في العرف وقد ثبت لنا ان مثل هذه السير لكي تكون حجة يجب ان تتصل بعصر المعصوم بالموافقة عليها ،او سكوته وعدم ردعه عنها [١١٣].

ثالثاً : - ما يستكشف منه تشخيص مفهوم لم يدل على ان الشارع او كل تشخيصه الى العرف . مثل تشخيص مفهوم الطهارة من الاخباث كونها شرط للصلاة والطواف ، وهل المقصود بها الطهارة الواقعية ام الطهارة العملية او الظنية . وكذلك تشخيص مفهوم العدالة باعتبارها شرط للشهادة كونها عدالة ظاهرية ام ثابتة بأماره معتبره[١١٤].ففي هذه المواضع لا يصح الرجوع الى العرف وانما المعول عليه هو النص [١١٥]. وكما في قوله تعالى " حتى تغتسلوا "[١١٦]. فعلم ان الطهارة تتم بالاغتسال حسب منطوق النص .

رابعاً :- ما يستكشف منه حكم شرعي على وجه الاستحسان .

ذكرنا انه لا اشكال في الرجوع الى العرف لبيان المفهوم كما في حالة اخذ بويضة من امرأة وتلقيحها ومن ثم زرعها في رحم امرأة اخرى ، فالعرف هنا يحدد مفهوم الام الحقيقية وهي صاحبة البويضة . اما اذا تردد العرف في تحديد الام بأنها صاحبة البويضة او التي ولدت وانه يختار احداهما استحساناً بالعرف فهذا المجال لا عبرة به ولا يوجد دليل على حجيته [١١٧]. وكذلك جواز وقف المنقول المستقل عن العقار من كتب وسلاح استحسان اً

****

بالعرف وابرام صفقتين في صفقة واحدة كمن يشتري ثمر في بستان ويشترط بقائه على الشجر لحين نضوجه وذلك استحساناً بالعرف [١١٨].

يستخلص من كل ما تقدم ان العرف يمكن الرجوع اليه في بعض الاحوال ولكن ليس باعتباره دليلاً مستقلاً ، وانما باقرار الشارع له بالكتاب والسنة والإجماع وذلك في مجال الكشف عن مراد المتكلم سواء كان الشارع نفسه او غيره. كما في تشخيص معاني الالفاظ والمداليل الالتزامية ففي هذه المواضع يرجع الى العرف العام . كذلك في مجال تحديد الشروط الضمنية وموارد الاحالة الصريحة الى العرف.اما في غير هذه المجالات فلا يصح الرجوع الى العرف في اي حال من الاحوال كما في الكشف عن الحكم الشرعي فيما لا نص فيه ، او تشخيص مفهوم لم يدل دليل على ان الشارع امر تشخيصه الى العرف . فقد ثبت لدينا ان الامامية لا يعملون العرف في هذه المجالات و التي وقع عليها الخلاف بين مذاهب المسلم ين كما مر بنا في حجية العرف . وعليه لا يمكن القول بحجية العرف في هذه الموارد .حتى ان بعض فقهاء السنة اوردوا تخريجات للعرف بما له من دور عندهم في استنباط الحكم الشرعي والتجأوا اليه حتى في التقنين والتشريع فيما لم يكن له اصل في عصر الرسول (ص) وذلك بسبب قله المصادر لديهم . وفي هذه التخريجات قاعدة " العادة محكمة ، العرف شريعة محكمة ، والتعيين بالعرف كالتعين بالنص ، الثابت بالعرف كالثابت بالنص ، العرف في الشرع له اعتبار ، استعمال الناس حجة ، الحقيقة تترك بدلالة العادة ، العبره للغالب ، المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً ، والمعروف بين التجار كالمشروط بينهم .....) وغيرها من القواعد[١١٩]. هذا خلافاً لما ذهب اليه الامامية في تقييم العرف بأنه من القرائن الحالية يعتمد عليه في فض النزاعات وفهم المعنى المراد وتوجيه الكلام [١٢٠].كما لو سألت شخصاً الى اين يذهب وقال " على باب الله " فأنه يفهم من كلامه انه خر ج للرزق والعمل . فهذا الكلام يحتف بقرينة تبين معناه [١٢١]. ومهما يكن من الامر فان الامامية لا يعولون كثيراً على العرف في هذه الموارد وذلك لعدم خلو واقعه من الدليل على حكمها وذلك استناداً الى ما ورد عن الامام الصادق عليه السلام " ان في الشرع كل حلال وحرام حتى الارش في الخدش "[١٢٢]. وان العرف لديهم ليس اكثر من قرينه حاليه وهذا ليس بالشيء البديع [١٢٣].

المطلب الثاني:-شروط العمل بالعرف

يكاد الفقه يتفق على مجموعة من الشروط يجب توافرها في العرف لكي يصح العمل به وهذه الشروط في الواقع لا تخرج عن خمس نعرضها تباعاً في الفقرات الاتية :-

الفرع الاول :- التكرار والاطراد

يجب ان يكون العرف مطرداً بين من تعارفوا عليه او غالباً .وفي هذا المعنى يستنبط الفقة القاعده الفقهية التي تقضي بأنه " تعتبر العادة اذا اطردت" بمعنى ان يكون متعارفاً بين الناس في معاملاتهم ومجتمعهم ولا يختلفون فيه . بمعنى اخر ان يكون العمل به متكررا بصورة منتظمة غير متقطعة . فلا يعتبر عرفاً ما كان يتبع مرة ثم يعدل عنه في اخرى . كما يشترط فيه ان يكون غالباً بمعنى ان يعم أتباعه . بيد انه لا يشترط فيه ان يكون متبعاً من كل الناس ، فأن كان اغلبهم يعرفونه فأنه يُعد عرفاً ولو ان البعض كان تاركاً له [١٢٤]. فلو تعارف الناس في بلد معين على التعامل بنقود مختلفة . كالدينار العراقي و الاردني والكويتي ... وقال البائع بعتك السلعة بدينار . كان الثمن هو الدينار الذي يغلب التعامل فيه باستمرار دون الدنانير الاخرى . وان كان التعامل بها متعارفاً [١٢٥].

الفرع الثاني:- المشروعية

يشترط في العرف ان يكون مشروعاً . بمعنى ان لا يخالف النصوص الشرعية القطعية ، وقد تكون هذه المخالفة في احد وجهين :-

الاول :- مخالفة العرف للنصوص الشرعية مخالفة كلية . ففي هذه الحالة يترك العرف ويقدم النص . وفي هذا الصدد يذكر جانب من الفقه ان كل عرف ورد النص بخلافه فهو غير معتبر . فلو تعارف الناس على لعب القمار

****

وشرب الخمر فأن هذا العرف يعتبر فاسداً غير صحيح لانه يخالف النص الشرعي الذي يقتضي بحرمة هذا العمل [١٢٦].

الثاني :- مخالفة العرف للنصوص الشرعية مخافة جزئية : فإذا خالف العرف العام الحكم الشرعي من وجه ، ووافقه من وجه اخر فيمكن اعتباره مخصصاً له ومن ذلك نهي الشارع عن بيع المعدوم " وهو بيع الانسان ماليس عنده " . الا ان المتعارف بين الناس جواز عقد الاستصناع فاجازه الفقهاء على اساس المصلحة واعتبروه عرف مخصص للنص العام [١٢٧].

ولعل الاثر المترتب على مخالفة العرف للنصوص الشرعية اذا كانت هذه المخالفة مخالفة كلية هو بطلان التصرف لانه مبني على عرف فاسد . كما في تناول المحرمات وان كانت سائدة عرفاً الا انها من الناحية الشرعية محرمة قطعاً [١٢٨].اما اذا كانت المخالفة جزئية كما في عقد الاستصناع فقد اجازه الفقهاء لتعارف الناس عليه وابقوا للنص حكمه وهو المنع فيما عدا عقد الاستصناع فالعرف هنا لم يلغِ الحكم (اي عدم جواز بيع المعدوم) وانما خصصه [١٢٩].

الفرع الثالث:- السبق او المرادفة

يشترط كذلك في العرف ان يكون سابقا للتصرف الذي يراد ان يحكمه او مرادفا معه ، دون ان يكون متأخرا عليه . وفي هذا الصدد يرى جانب من الفقه ان العرف الذي تحمل عليه الالفاظ انما هو المقارن السابق دون المتأخر . لهذا قالوا لا عبرة بالعرف الطارئ [١٣٠]، ويتجسد هذا الشرط في تفسير ا لعقود والوصايا ، فلو اوصى شخص بوقف ماله لمصلحة العلماء . وان لفظ العلماء في المفهوم العرفي السائد وقت انشاء الوصية وقبلها ينصرف الى معنى المجتهدين . اما المفهوم العرفي المستحدث فانه ينصرف الى الاساتذة والمفكرين وعلماء الفضاء وغيرهم في مجال العلم [١٣١]. وبالتالي فان الوصية تنتقل الى المجتهدين دون غيرهم وفقا للمفهوم المتقدم.

الفرع الرابع :- عدم التعارض مع نص او اتفاق صريح

فلا يجوز الحكم للعرف مع وجود نص صريح يخالفه في اطار التصرفات القولية ام الفعلية . فلو اشترط الطرفان شرط معين ففي هذه الحالة يُصار الى الشرط ويترك العرف . فلا عبرة بالدلالة مع التصريح . كما لو اتفق الزوجان على تقديم المهر رغم ان العرف يجري على تجزئة المهر الى مقدم ومؤخر، او يتفق المتعاقدان في عقد البيع ان يتقاضى البائع الثمن نقدا رغم ان الجاري عرفا هو الدفع بالصك . فانه يصح الشرط ويترك العرف [١٣٢]. وعليه فكل ما ثبت في العرف اذا صرح المتعاقدان بخلافه ، فأنه يترك ويصار الى الاتفاق.

الخاتمة:-

من خلال بحث موضوع العرف واستعراض اقوال الفقه فيه يتبين لنا مجموعة من النتائج التي توصلنا اليها ، والمقترحات التي نعتقد ضرورة العمل بها.

اولاً:- النتائج :-

يستنتج من خلال البحث جملة من النتائج نعرضها في فقرات على النحو الاتي :-

١- يختلف الفقه عموماً في تعريف العرف وبيان معناه الاصطلاحي . ولعل التعريف الراجح حسب تقديرنا هو كل ما يعرفه عقلاء المجتمع من قول او فعل تكرر استعماله واكتسب صفة الالتزام لديهم . يترتب على هذا التعريف جمله من النتائج اهمها:

أ-انه يشترط في الفعل او القول الذي ينطبق عليه مفهوم العرف حتى يصبح بمثابة القانون الواجب التطبيق ان يكون معقولاً أي صحيحاً غير منافي للعقل

ب-ان للعرف وفقاً لهذا المفهوم انواع متعددة فقد يكون العرف قولي او فعلي وق د يكون صحيحاً او فاسداً . وهذه الانواع جميعها تندرج ضمن العرف العام او العرف الخاص

ت-انه عند حصول نزاع في مسألة معينة ويصار الى العرف فأنه يجب الرجوع الى العرف العام لانه الاكثر فهماً والاقرب من حكم الشارع .

****

٢- هنالك بعض المفاهيم ترتبط بالعرف في بعض ال جوانب كالسيره والعادة والتقاليد وبناء العقلاء . وهي في حقيقتها اسماء تهدف الى معنى واحد وتستعمل في مجالات متشابهه ولا يترتب على تطبيقها اختلاف في الاحكام ، فحكمها واحد . وانما الاختلاف يكمن في مسألة العموم والخصوص . فبعضها اعم واشمل ، وبعضها خاص يختص بفئة معينة . هذا من جانب ، ومن جانب اخر هنالك بعض المفاهيم اذ كانت تلاقي العرف في بعض الجوانب باعتباره مصدرا لاستنباط الحكم الشرعي الكلي ، فأنها تتنافر معه من جوانب عديدة كالاجماع مثلاً فانه يشترط فيه الاتفاق بين العلماء او المجتهدين والاهليه والاجتهاد وغيرها من الشروط التفصيلية . وهذا كله لا يشترط في العرف بل يكفي فيه اعتياد الاكثرية على السلوك او القول .

3-ان المشكلة الاساسية التي تدور عليها رحى البحث هي كون العرف مصدر من مصادر التشريع في مقابل القران والسنة او انه كاشف عن الحكم . وهذه التساؤلات بُحثت ضمن حجية العرف . وعرفنا بأن الفقه يختلف في هذا الخصوص ويتجه الى اتجاهين . الاول وهو رأي فقهاء المذاهب السنية الذين يعتبرون العرف من مصادر التشريع وهو منشأ للحكم وليس كاشف له فحسب شريطة عدم مخالفة للمقصد العام للشريعة وهذا هو اتجاه الحنفية والمالكية والحنابلة وان هذا الاتجاه يترتب عليه نطاق واسع لعمل العرف ، بخلاف ما يذهب اليه الاخر وهو اتجاه الامامية والشافعية الذي يقيد عمل العرف كونه كاشف عن الحكم الشرعي وليس منشأ له فأصل الحكم موجود في القران او السنة . وان كمال الشريعة الاسلامية لم يترك دوراً للعرف او لغيره من الادله لانشاء الاحكام .

وان دور العرف وفقاً لهذا الاتجاه لا يتعدى بيان معاني الالفاظ وتفسير النصوص وصيغ العقود . وتطبيق المعاني على المصاديق وتحديد موضوعات الاحكام

٤-ان لكل اتجاه من هذه الاتجاهات الفقهية ادلة وحجج من القران والسنة والاجماع والعقل . وقد تبين لنا بأن ادلة المعارضين للعرف هي الدامغة والواضحة وبالتالي نعتقد بضرورة تضييق مجال عمل العرف حسب ما يراه انصار هذا الاتجاه ، فان الرجوع الى العرف في كل مالم يرد بشأنه نص صريح سوف يؤدي الى قبول كثير من الاعراف التي تتعارض مع روح الشريعة ومقصدها في جلب النفع ودفع المفسدة .

5-ان العرف لا يمكن ان يطبق مالم تتوفر فيه شروط يتفق عليها الفقه عموماً وهي الاطراد والمشروعية والسيق اوالمرادفة وعدم معارضة النصوص الصريحة . وهذه الشروط اساسية حسب تقديرنا لكي يمكن السيطرة على العرف وعدم ترك العنان له للتطبيق في كثير من المجالات التي لايمكن التعويل عليه فيها.

ثانياً: المقترحات:-

نظراً لاهمية ادلة الاحكام الشرعية عموما والتي وقع فيها الخلاف بين المذاهب السنية فيما بينها من جانب ، والامامية من جانب اخر فاننا نرى ضرورة دراسة هذه الادلة دراسة مستفيضة لكي يمكن الوقوف على جميع جوانبها الفقهية وما ينعكس على التشريع . خصوصاً وان بحث هذه المواضيع يكون متفرقاً ضمن المصادر الفقهية الامر الذي يرهق طلبة العلم في الحصول على معلومات متكاملة . وهذا هو حال العرف.

فلا بد من بحثه وتحديد نطاقه وبيان اساسه الشرعي والذي يحدد نطاقه التشريعي .

الهوامش:-

١. الشيخ محمد بن ابي بكر بن عبد القادر الرازي- مختار الصحاح – مكتبة لبنان – ١٩٨٥- ص١٧٩ ، محمد بن مكرم ابن منظور – لسان العرب – الجزء الثاني – نشر ادب الحوزة – قم – ١٤٠٥. ص٧٤٦ .

٢. سورة الاعراف الاية (١٩٩)

****

٣. الشيخ ابي علي الفضل بن الحسن بن الفضل الطبرسي – مجمع البيان في تفسير القرآن – دار الكتب العلمية – بيروت – لبنان – الطبعة الاولى ١٤١٨هـ - ١٩٩٧ م – المجلد الرابع – ص٣٢١
٤. السيد محمد تقي الحكيم – الاصول العامة للفقه المقارن – مطبعة سليمان زادة – قم الطبعة الاولى – ١٤٢٨هـ - ص٤٠٥
٥. الشيخ عمر عبد الله – سلم الوصول الى علم الاصول – مطبعة معهد دون بوسكر. الاسكندرية – الطبعة الاولى – بلا سنه – طبع ص٣١٧ .
٦. الشيخ علي كاشف الغطاء – مصادر الحكم الشرعي والقانون المدني مطبعة الاداب – النجف الاشرف – المجلد الاول – الطبعة الاولى – ١٩٨٨- ص١١٨.
٧. العلامة السيد محم د حسين الطباطبائي – الميزان في تفسير القرآن – منشورات مؤسسة الاعلمي للمطبوعات – بيروت لبنان – المجلد الثامن – الطبعة الاولى – ١٩٩٧ – ص٣٨٤ – ٣٨٥.
٨. د. وهبة الزحيلي – الوجيز في اصول الفقه – دار الفكر – دمشق ٢٠٠٣- ص ٩٧.
٩. ومنها مبدأ المقابلة بالمثل في الميراث وهي قاعدة عرفية تجري بين الدول (م/١/٢٣) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ ، وكذلك عدم تفتيش الحقائب للمثلين الدبلوماسيين للدول ٠ انظر بهذا الصدد د.مصطفى الزلمي – اصول الفقه في نسيجه الجديد –الجزء الاول – الطبعة العاشرة –شركة الخنساء – ٢٠٠٢ - ص ٧٩.
١٠. د.مصطفى ابراهيم الزلمي – اصول الفقه الاسلامي – مصدر سابق – ص ٧٨ وما بعدها
١١. وبهذا الصدد يذكر المحقق الاردبيلي انه كلما لم يثبت فيه الكيل ولا الوزن ولا عدمهما في عهده (ص) فحكمه حكم البلدان ، فان اتفقت البلدان فالحكم واضح وان اختلفا ففي بلد الكيل او الوزن – الشيخ احمد المقدس الاردبيلي –مجمع الفائدة والبرهان – مؤسسة النشر الاسلامي التابعة لجماعة المدرسين – قم – كتاب المتاجر – مبحث الربا -٨-٤٧٧ .
١٢. الشيخ علي كاشف الغطاء – مصدر سابق – ص١١٨
١٣. الشيخ علي كاشف الغطاء – مصدر سابق – ص ١١٨ ، الشيخ جعفر السبحاني – مصادر الفقه الاسلامي ومنابعه - دار الاضواء – بيروت - بدون سنة طبع - ص١٨٤.
١٤. مختار الصحاح – مصدر سابق – ص٤٨ ٠
١٥. المادة (٢٥) من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩
١٦. الامام محمد بن ابي بكر – مختار الصحاح مصدر سابق – ص١١٥، ١٥٤، ٥٢.
١٧. ففي هذا المعنى يقول الامام الخميني (اما الرجوع الى العرف في تشخيص الموضوع والعنوان فصحيح لا محيص عنه اذا كان الموضوع مأخوذ من دليل لفضي او معقد الاجماع . الشيخ محمد حسن القديري – البيع – ط١ – مطبعة مؤسسة العروج – ١٤١٨ - ص١٩٩ ٠
١٨. كما في قوله تعالى في سورة النساء الآية (٤٣) (فتيمموا صعيدا طيباً) والصعيد هو حسب العرف التراب الخالص ومن مصاديقه عرفاً الرمل ، اما كيفية المسح فينبغي ان يكون بباطن الكف على الوجه من الجبين الى راس الانف ، وهذه الكيفية ايضاً يحددها العرف . وبهذا يكون العرف معياراً لتحديد موضوع الحكم وليس ذات الحكم فمصدر الحكم هو الشارع المقدس . انظر بهذا الخصوص الشيخ فاضل الصفار – اصول الفقه وقواعد الاستنباط – ج ١ – ط ١ – الغدير للطباعة والنشر - ٢٠٠٩ - ص ٣٢٥-٣٢٦، الشيخ جعفر السبحاني – مصادر الفقه الاسلامي - مصدر سابق - ص ١٨٧.
١٩. السيد محمد تقي الحكيم – مصدر سابق - ص٤٠٨ .
٢٠. السيد محمد تقي الحكيم – مصدر سابق – ص٤٠٩.
٢١. د. مصطفى الزلمي – اصول الفقه الاسلامي – مصدر سابق ذكره – ص ٨٠
٢٢. د . الشيخ محمد بن علي الشوكاني –نيل الاوطار – كتاب النكاح – باب نكاح الشغار –دار الحديث – ط - ١٩٩٣-رقم الحديث ٢٦٩٤ .

****

٢٣. النساء اية (٣٢)
٢٤. د. عبد الكريم زيدان – المدخل الدراسة الشريعة الاسلامية المكتبة القانونية – ط٦ – ١٩٦٩- ص ٢٦– ص٢٩-٣٠
٢٥. تلقي الركبان : هو استقبال من يأتي بسلعة لمحصوله الحيواني او الزراعي ليبيعه بسعر السوق في البلد وشراءه قبل ان يدخل السوق ويعرف سعره الجديد . بيع حاضر لبادٍ : هو ان يصير في البلد سمسار لمن اتى لمحصوله من الارياف والقرى او ينوب عنه في البيع بصورة تدريجية وبسعر اغلى . النجش : زيادة في ثمن السلعة لا ليشتريها بل ليضر بها غيره – انظر د. مصطفى الزلمي – اصول الفقه الاسلامي – مصدر سابق – ص٨٣
٢٦. ابن منظور – لسان العرب – مصدر سابق – ج ٣ – ص٣١٥ .
٢٧. الشيخ احمد فهمي ابو سرة – العرف والعادة في رأي الفقهاء – عرض نظرية في التشريع الاسلامي – الطبعة الثانية – ١٩٩٢- ص١٤
٢٨. علي حيدر – درر الحكام في شرح مجلة الاحكام – القاعدة الثالثة www.gamesgb.com
٢٩. عادل بن عبد القادر بن محمد – العرف حجيته واثره في فقه المعاملات المالية عند الحنابلة (دراسة نظرية تأصيلية تطبيقية) – الطبعة الاولى – المكتبة الملكية – ١٩٩٧-ص١١٧
٣٠. د. يعقوب عبد الوهاب – العادة محكمة – دراسة نظرية تأصيلية تطبيقية – مكتبة الرشد للنشر والتوزيع ط ١ – ٢٠٠٢ – ص ٢٠ وما بعدها .
٣١. د. صالح عوض – اثر العرف في التشريع الاسلامي – دار الكتاب الجامعي – بدون سنه طبع ص ٦٦
٣٢. د. وهبة الزحيلي – مصدر سابق- ص ٤٦ ، د. مصطفى الزلمي . اصول الفقه الاسلامي – مصدر سابق ذكره – ص٥٩
٣٣. قوله تعالى (الرجال قوامون على النساء .- النساء ايه (٣٤) انظر الشيخ فاضل الصفار – اصول الفقه وقواعد الاستنباط – ج ١- مصدر سابق - ص٢١٤ وما بعدها .
٣٤. الشيخ الصفار – ج١- مصدر سابق – ص ٢١٥
٣٥. د . مصطفى الزلمي – اصول الفقه – مصدر سابق – ص٦٨
٣٦. هنالك خلاف فقهي بين الجمهور بخصوص حجية الاجماع والعرف لا مجال لبحثا ضمن هذه الفقرة
٣٧. د. مصطفى الزلمي – المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية – المكتبة القانونية – بغداد – ٢٠٠٩ ص٩٥ ، محمد تقي الحكيم – مصدر سابق – ص ٤٠٦
٣٨. د. الزلمي – المدخل لدراسة الشريعة – مصدر سابق – ص١١٧.
٣٩. باستثناء الحكم المستند الى المصلحة فأنه يمكن ان يتغير متى مازالت المصلحة التي يبنى عليها الحكم .
٤٠. د . محمد كمال الدين امام – اصول الفقه الاسلامي – دار المطبوعات الجامعية – بدون سنه ص١٩٥
٤١. د. وهبة الزحيلي – مصدر سابق – ص٩٧ ، د . محمد كمال الدين امام – مصدر سابق ص١٩٥ ، د. مصطفى زيد - فلسفه العبادات في الاسلام - بدون مكان طبع ١٩٧٦ – ص ١٢٥ - ١٢٦
٤٢. هذه الاعراف مستندة الى الشهوات والاذواق والاجتهادات الخاصة ويتوارثها الابناء جيلاً بعد جيل ، ومن زمان الى اخر ، فهي لا تعتبر حجة و لايمكن ان يبنى عليها حكم شرعي .الشيخ فاضل الصفار ج١- مصدر سابق – ص ٢٥٢ -٢٥٣.
٤٣. الشيخ فاضل الصفار ج١– مصدر سابق – ص٢٥٢.
٤٤. السيد محمد تقي الحكيم – مصدر سابق – ص١٩١ ،
٤٥. الشيخ محمد رضا المظفر – اصول الفقه – دار النعمان – ط٢ – ج٣/٢ - ١٩٦٧- ص١٧١.
٤٦. الشيخ محمد حسن القديري - مصدر سابق - ص٢٧ .
٤٧. الشيخ الصفار – مصدر سابق – ص ٢٥٢ ، الشيخ المظفر – مصدر سابق – ص١٧١ ، الشيخ جعفر السبحاني – مصدر. سابق – ص٣١٢ ، السيد محمد تقي الحكيم – مصدر سابق – ص ٤٠٦.

****

٤٨. هذا النوع هو ارقى انواع الإجماع لانه اجماع من العلماء وغيرهم ، اما الإجماع في الفتوى فهو اجماع قولي من العلماء خاصة . الشيخ المظفر – مصدر سابق – ج ٣ .ص ١٧٤، السيد محمد تقي ا لحكيم – مصدر سابق – ص١٩٣

٤٩. النساء اية (١١٥)

٥٠. العلامة السيد محمد تقي المدرسي – من هدى القرآن مكتبة العلامة المدرسي – ط٢ – ١٤٠٧هـ - ص١٨٦-١٨٧ ، والشيخ الطبرسي – مجمع البيان –مصدر سابق – ج٣ – ص ١٤٣ ، ذيل الاية المذكورة .

٥١. الشيخ الصفار – مصدر سابق – ص ٢٥٥- ٢٥٦

٥٢. الشيخ جعفر السبحاني – مصادر الفقه الاسلامي ومنابعه - مصدر سابق – ص٣١٤

٥٣. الشيخ المظفر – مصدر سابق – ص١٧٥- ١٧٦

٥٤. د . بدران ابو العينين بدران – اصول الفقه – دار المعارف – ١٩٦٩ – ص٣٢٦ – الدكتور الزلمي / اصول الفقه الاسلامي في نسجه الجديد – مصدر سابق – ص٨١

٥٥. سورة النساء ايه (١٩)

٥٦. سورة البقرة الآية (٢٢٨)

٥٧. سور البقرة الاية (٢٣٣)

٥٨. الشيخ خالد عبد الله المصلح – شرح القواعد الحسان بتفسير القران – القاعدة (٢١) منشورة على الانترنت الموقع – www.almosleh.com.p.3

٥٩. مسند احمد بن حنبل بلفظ ما رآه المسلمون حسن – الحديث (٣٤١٨)، ورد ايضاً في كتاب الاشباه والنظائر – ابن نجيم طبعة الحلبي – ١٩٦٨ . ص٩٣ . نقلاً عن السيد محمد تقي الحكيم – مصدر سابق – ص ٤١٠، الشيخ جعفر السبحاني – مصادر الفقه – مصدر سابق – ص٣١٩ .

٦٠. الشيخ محمد عبد الغفار – تيسير اصول الفقه للمبتدأين (العرف) – العدد ٥٠١ بحث منشور في الانترنت على الموقع – .www.almosleh.com.p3

٦١. العرايا : هو بيع الرطب على النخل بالتمر الجاف ، السلم : هو بيع مبيع غير موجود وقت البيع بثمن حال . الشيخ جعفر السبحاني – مصدر سابق – ص ٣٢٤

٦٢. الامام الحافظ ابي عبد الله الحاكم النيسابوري -ج٢. دار الكتب العلمية - ط١١ -١٩٩٠ - كتاب البيوع - ط٢١٨٥- ٥٦ – ص٢١- ٥٠،محمد بن يعقوب الكليني – فروع الكافي –مكتبة دار المجتبى – ج/٣-٥ -٢٠٠٨- ط ١ - ص ٧١٣- ح٥٠٨١

٦٣. انظر د . محمد نبيل سعد الشاذلي – اصول الفقه الاسلامي – دار النهضة العربية - ٢٠٠٢- ص٢٧٤ ، د. مصطفى الزلمي – اصول الفقه الاسلامي – مصدر سابق – ص٨٢

٦٤. البقرة – ١٨٥.

٦٥. د. مصطفى الزلمي – اصول الفقه الاسلامي – مصدر سابق – ص٢٤ ، د. محمد نبيل - مصدر سابق – ص ٢٧١

٦٦. الاعراف ايه (١٩٩)

٦٧. انظر تفسير الاية المذكورة مجمع البيان – مصدر سابق ذكره ج٢ / ص٢١٢، الميزان في تفسير القران – مصدر سابق ذكره – ج٩ / ص٣٣٠.

٦٨. النساء ايه (١٩)

٦٩. مجمع البيان – مصدر سابق – مجلد ٣ – ص٣٦

٧٠. البقرة ايه (٢٣٣)

٧١. مجمع البيان – مصدر سابق ذكره – م٢ – ص٨٨

٧٢. الشيخ جعفر السبحاني – مصادر الفقه الاسلامي- مصدر سابق – ص٣١٩ ، السيد محمد تقي الحكيم – مصدر سابق – ص٤١٠

****

٧٣. الشيخ محمد رضا المظفر – مصدر سابق- ص-١٢٢.
٧٤. سورة الحشر ايه (٧)
٧٥. انظر الشيخ جعفر السبحاني – مصدر سابق – ص٣٢٣ .
٧٦. البقرة ايه (٢٨٢)
٧٧. الامام الحافظ ابي عبد الله الحاكم النيسابوري- مصدر سابق – ص٢١،
٧٨. لمزيد من التفصيل انظر الشيخ جعفر السبحاني – الاصول العامه للفقه المقارن فيما لا نص فيه – مؤسسة الامام الصادق – ط –١٤٢٥ - ص٣٢٤.
٧٩. الكليني –فروع الكافي – ج/٥ مصدر سابق - ص٧٠٩ ح/٥٠٤٩ ، الشيخ السبحاني – الاصول العامه للفقه المقارن - مصدر السابق – ص٣٢٥.
٨٠. سورة النجم اية (٢٨)
٨١. انظر خالد السويعدي البغدادي – قواعد نافعة في الاستنباط – الامير للطباعة والنشر – ط٣ – ٢٠١١ – ص٦٨ ، الشيخ الصفار – اصول الفقه وقواعد الاستنباط – ج١ – ص٣٢٠ ، محمد جواد مغنية ، علم اصول الفقه في ثوبه الجديد مؤسسة دار الكتاب الاسلامي / ط١/ ٢٠٠٩ ص٣٤
٨٢. الشيخ الصفار / الموجز في اصول الفقه / ج١ / مصدر سابق – ص ٣٢٨.
٨٣. الشيخ جعفر السبحاني / المبسوط في اصول الفقه / ج١/ مؤسسة الامام الصادق – ط ١ – ١٤٣١هـ - ص٢١٠
٨٤. النساء ايه (٤٣) .
٨٥. المائدة ايه (٦).
٨٦. د. عبد الامير زاهد / قضايا لغوية قرانية / المعارف للمطبوعات / ط٣ / ٢٠١١ – ص٢٢٨ ، الشيخ الصفار / الموجز في اصول الفقه / ج١/ مصدر سابق – ٣٢٣.
٨٧. لمزيد من التفصيل انظر د. عبد الامير زاهد – مصدر سابق – ص ٢٨٨ .
٨٨. خالد السويعدي البغدادي – مصدر سابق – ص٢٢٩.
٨٩. محمد بن يعقوب الكليني – فروع الكافي – ج٣/ مصدر سابق – كتاب الطهاره – ح(٢٧٣) – ص٣٤.
٩٠. النساء ايه (٣٤)
٩١. الشيخ الصفار – الموجز – مصدر سابق – ج١ ص٣٣٥.
٩٢. الشيخ المقدس الاردبيلي – مصدر سابق – ج/١٠ ص ٢٧٩ -٢٨٠ .
٩٣. السبحاني – المصدر السابق – ٣٠٨.
٩٤. الشيخ السبحاني – المصدر السابق – ص ٣٠٧.
٩٥. سورة المائدة ايه(٢).
٩٦. سورة البقرة ايه (٢٧٥).
٩٧. الشيخ جعفر السبحاني / اصول الفقه المقارن / مصدر سابق – ص٣٠٥.
٩٨. الشيخ المقدس الاردبيلي – مصدر سابق – ج/٨ – ص٣٢٠.
٩٩. خالد السويعدي – مصدر سابق / ص٧٠ ، محمد جواد مغنية / مصدر سابق – ص٣٤
١٠٠. الشيخ السبحاني –الاصول العامة للفقه المقارن – مصدر سابق – ص٣١٠
١٠١. هناك ادلة عديدة يشير اليها الفقه لاثبات هذا الاصل العقلائي لا مجال لذكره ا هنا . لمزيد من التفصيل انظر خالد السويعدي – مصدر سابق – ص٧١-٧٢
١٠٢. الكليني -فروع الكافي – ج/ ٧ – مصدر سابق – ص ٤٠١ – ح ،١٠٦٨٣الشيخ الصفار – الموجز في اصول الفقه – مصدر سابق – ج٢ – ص١٠٣-١٠٤-١٠٥
١٠٣. خالد السويعدي – مصدر سابق ص ٧٧.

****

١٠٤. الشيخ السبحاني – اصول الفقه المقارن – مصدر سابق ص ٣٠٩ ، د.احمد البهادلي – مفتاح الوصول الى علم الاصول –دار المؤرخ العربي – بيروت لبنان – ج ١ -٢٠٠٨ – ٢١٩/٤٠
١٠٥. خالد السويعدي – مصدر سابق – ص٧٦ ، الشيخ الدكتور احمد كاظم البهادلي – مصدر سابق – ص٢٢٠
١٠٦. النساء ايه (١٩)
١٠٧. الطباطبائي – الميزان – مصدر سابق . ج٤ – ص٢٦٢
١٠٨. الانفال (٦٠)
١٠٩. المفهوم : يعرف بانه حكم غير مذكور تستلزمه خصوصية المعنى المذكور وينقسم الى مفهوم الموافقة وهو الموافق للمعنى المذكور ومفهوم المخالفة المعنى غير المذكور المخالف للمذكور فيهما لمزيد من التفصيل انظر علي المشكيني – مصطلحات الفقه و اصطلاحات الاصول – منشورات الرضا – بيروت / لبنان – ط١ – ٢٠١٠ – ص٢٥٠
١١٠. المنطوق : هو الكلام الذي ينطق به النص والذي يدل على معنى مفهوم في اللغة والعرف كان يقال (تجب الصلاة بدخول الوقت) هذا نص منطوق ومفهومة انه لا تجب الصلاة اذا لم يدخل الوقت . الصفار – اصول الفقه – ج ٢ مصدر سابق - ص٩٠.
١١١. خالد السويعدي – مصدر سابق – ص ٨٠ .
١١٢. خالد السويعدي – مصدر سابق – ص٨٠.
١١٣. خالد السويعدي – مصدر سابق – ص٨١ ، البهادلي – مصدر سابق – ص٢٢١، السبحاني – اصول الفقه المقارن – مصدر سابق – ص ٢١٣-٢١٤.
١١٤. البهادلي – مصدر سابق – ص٢٢١.
١١٥. د. عبد الامير زاهد – مصدر سابق – ص٢٢٩.
١١٦. النساء اية (٤٢)
١١٧. خالد السويعدي – مصدر سابق – ص٨٢
١١٨. د. محمد نبيل سعد – مصدر سابق – ٢٢١ ، د. مصطفى الزلمي المدخل لدراسة الشريعة – مصدر سابق – ص ١٠٧ .
١١٩. شرح مجلة الأحكام العدلية - مصدر سابق -٣.
١٢٠. السبحاني – اصول الفقه المقارن – مصدر سابق – ص ٣٢٦.
١٢١. الصفار – اصول الفقه - ج١ – ص٢٤٠.
١٢٢. محمد بن يعقوب الكليني – اصول الكافي – ١-٢ مصدر سابق- باب ذكر فيه الصحيفة والجفر والجامعة ومصحف فاطمة – ص ٦٣٤ ص١٣٦
١٢٣. السبحاني – المصدر السابق – ص٣٣٠
١٢٤. د. مصطفى الزلمي – المدخل لدراسة الشريعة – مصدر سابق – ص١١٧ ، د .محمد كمال الدين – مصدر سابق – ص ١٨٦ ، ج. محمد نبيل سعد – مصدر سابق ص ٢٧٦.
١٢٥. الشيخ الدكتور احمد البهادلي – مصدر سابق – ص٢٥٥.
١٢٦. د .مصطفى الزلمي – المدخل لدراسة الشريعة – مصدر سابق – ص١١٧. الشيخ جعفر السبحاني – اصول الفقه الاسلامي- مصدر سابق ص ١٨٣.
١٢٧. د. محمد كمال الدين امام – مصدر سابق – ص١٨٦-١٨٧ ، د. محمد نبيل سعد – مصدر سابق – ص٢٧٨
١٢٨. فقد ابطل الشارع المعاملة الربوبية ونكاح الشغار وبيع الدين بالدين مع ان العرف كان قائماً عليها ، انظر الصفار – مصدر سابق– ج١- ص- ٣٢٦.
١٢٩. د.محمد كمال الدين امام – مصدر سابق – ص ١٨٦ . الشيخ البهادلي – مصدر سابق – ص ٢٢٥.

****

١٣٠.د. محمد سعيد نبيل – مصدر سابق ص٢٧٧
١٣١. د. محمد كمال الدين امام – مصدر سابق –ص ص١٨٧ .الشيخ الدكتور البهادلي – مصدر سابق –ص ٢٢٦ ، د.محمد نبيل – مصدر سابق – ص٢٧٧ ، الصفار – ج١ مصدر سابق – ص٣٣٧
١٣٢ الصفار – ج١- مصدر سابق – ص٣٣٨ ، د.محمد نبيل سعد – مصدر سابق – ٢٧٨ د. مصطفى الزلمي – المدخل – مصدر سابق – ١١٧ . د.محمد كمال الدين امام – مصدر سابق – ص١٨٨.

المصادر:-

١. الامام ابي علي الفضل بن الحسن بن الفضل الطبرسي – مجمع البيان في تفسير القرآن – دار الكتب العلمية – بيروت – لبنان – الطبعة الاولى ١٤١٨هـ - ١٩٩٧ م .
٢. الشيخ احمد البهادلي – مفتاح الوصول الى علم الاصول –دار المؤرخ العربي – بيروت لبنان – ج ١ - ٢٠٠٨ .
٣. الشيخ احمد المقدس الاردبيلي- مجمع الفائدة والبرهان- مؤسسة النشر الاسلامي التابعة لجماعة المدرسين – قم .
٤. الشيخ احمد فهمي ابو سنه – العرف والعادة في رأي الفقهاء – عرض نظرية في التشريع الاسلامي – الطبعة الثانية – ١٩٩٢
٥. د. بدران ابو العينين بدران – اصول الفقه – دار المعارف – ١٩٦٩ .
٦. الشيخ جعفر السبحاني – الاصول العامة للفقه المقارن فيما لا نص فيه – مؤسسة الامام الصادق – ط – ١٤٢٥.
٧. الشيخ جعفر السبحاني - المبسوط في اصول الفقه - ج١- مؤسسة الامام الصادق – ط ١ – ١٤٣١هـ .
٨. الشيخ الجعفر السبحاني – مصادر الفقه الاسلامي ومنابعه - دار الاضواء – بيروت – بدون سنة طبع .
٩. الشيخ الحافظ ابي عبد الله الحاكم النيسابوري – المستدرك على الصحيحين - ج٢. دار الكتب العلمية - ط١١ - ١٩٩٠.
١٠. خالد السويعدي البغدادي – قواعد نافعة في الاستنباط – الامير للطباعة والنشر – ط٣ – ٢٠١١ .
١١. الشيخ خالد عبد الله المصلح – شرح القواعد الحسان بتفسير القران – القاعدة (٢١) بحث منشور على الانترنت الموقع – www.almosleh.com.p.3
١٢. د. صالح عوض – اثر العرف في التشريع الاسلامي – دار الكتاب الجامعي
١٣. الشيخ عادل بن عبد القادر بن محمد – العرف حجيته واثره في فقه المعاملات المالية عند الحنابلة (دراسة نظرية تأصيلية تطبيقية) – الطبعة الاولى – المكتبة الملكية – ١٩٩٧.
١٤. د.عبد الامير زاهد / قضايا لغوية قرآنية / المعارف للمطبوعات / ط٣ / ٢٠١١ .
١٥. د.عبد الكريم زيدان – المدخل الدراسة الشريعة الاسلامية المكتبة القانونية – ط٦ – ١٩٦٩
١٦. علي المشكيني – مصطلحات الفقه و اصطلاحات الاصول – منشورات الرضا – بيروت / لبنان – ط١ – ٢٠١٠
١٧. علي حيدر – درر الحكام في شرح مجلة الاحكام – كتاب منشور في الانترنت على الموقع www.gamesgb.com
١٨. الشيخ علي كاشف الغطاء – مصادر الحكم الشرعي والقانون المدني مطبعة الآداب – النجف الاشرف – المجلد الاول – الطبعة الاولى – ١٩٨٨.
١٩. عمر عبد الله – سلم الوصول الى علم الاصول – مطبعة معهد دون بوسكو. الاسكندرية – الطبعة الاولى – بلا سنه طبع .
٢٠. الشيخ فاضل الصفار – اصول الفقه وقواعد الاستنباط – ج ١ – ط١ –الغدير للطباعة والنشر- ٢٠٠٩.

****

٢١. محمد بن ابي بكر بن عبد القادر الرازي- مختار الصحاح – مكتبة لبنان – ١٩٨٥.
٢٢. الشيخ محمد بن علي الشوكاني – نيل الاوطار – كتاب النكاح – باب نكاح الشغار –دار الحديث – ط - ١٩٩٣
٢٣. محمد بن مكرم ابن منظور – لسان العرب – الجزء الثاني –نشر ادب الحوزة – قم – ١٤٠٥.
٢٤. الشيخ محمد بن يعقوب الكليني – فروع الكافي – مكتبة دار المجتبى – ج/٣-٥ - ط ١ - ٢٠٠٨ هـ.
٢٥. السيد محمد تقي الحكيم – الاصول العامة للفقه المقارن – مطبعة سليمان زادة – قم الطبعة الاولى – ١٤٢٨هـ.
٢٦. السيد محمد تقي المدرسي – من هدى القرآن مكتبة العلامة المدرسي – ط٢ – ١٤٠٧هـ.
٢٧. محمد جواد مغنية - علم اصول الفقه في ثوبه الجديد - مؤسسة دار الكتاب الاسلامي / ط١/ ٢٠٠٩ .
٢٨. الشيخ محمد حسن القديري – البيع – ط١ – مطبعة مؤسسة العروج – ١٤١٨ .
٢٩. السيد محمد حسين الطباطبائي – الميزان في تفسير القرآن – منشورات مؤسسة الاعلمي للمطبوعات – بيروت لبنان – المجلد الثامن – الطبعة الاولى – ١٩٩٧ .
٣٠. الشيخ محمد رضا المظفر – اصول الفقه – دار النعمان – ط٢ – ج٣/٢ – ١٩٦٧.
٣١. الشيخ محمد عبد الغفار – تيسير اصول الفقه للمبتدأين (العرف) – العدد ٥٠١ بحث منشور في الانترنت على الموقع – www.almosleh.com.p3.
٣٢. د. محمد كمال الدين امام – اصول الفقه الاسلامي – دار المطبوعات الجامعية – بدون سنه .
٣٣. د. محمد نبيل سعد الشاذلي – اصول الفقه الاسلامي – دار النهضة العربية – ٢٠٠٢ .
٣٤. د. مصطفى الزلمي – اصول الفقه في نسيجه الجديد – الجزء الاول – الطبعة العاشرة – شركة الخنساء – ٢٠٠٢.
٣٥. د. مصطفى الزلمي – المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية – المكتبة القانونية – بغداد – ٢٠٠٩ .
٣٦. د. مصطفى زيد - فلسفه العبادات في الاسلام - بدون مكان طبع -١٩٧٦ .
٣٧. د. وهبة الزحيلي – الوجيز في اصول الفقه – دار الفكر – دمشق -٢٠٠٣.
٣٨. د.يعقوب عبد الوهاب – العادة محكمة – دراسة نظرية تأصيلية تطبيقية – مكتبة الرشد للنشر والتوزيع ط ١ – ٢٠٠٢ .