

العرف ودوره في فهم الأحكام الشرعية

م. م. محمد حميد رشيد عبد

مديرية تربية الرصافة الثانية شعبة البحوث والدراسات التربوية

Custom and its role in understanding legal rulings.

Muhammad Hamid Rashid Abdel Atabi

Master of Jurisprudence

Assistant teacher

Place of work: School director in the Ministry of Education, Rusafa Second Education Directorate.

mohammedal.tapee@gmail.com

Abstract

Custom is usually the majority or general among people, and it becomes acceptable to them by repeating it time after time. It is one of the requirements of social life, and a necessity of individual life, because it contributes to organizing legal relations between people. It is also consistent with the needs and aspirations of people. Based on its authority, custom conducts research and investigation to identify and explore the foundations of rulings, considering them as interests contained in rulings. Its role is similar to the role of reason in that it targets general rational behavior through research and investigation and extracts the foundation of the ruling through it, under the title of bringing benefit or warding off corruption, while ensuring that the Sharia remains alive, developing and growing continuously, since defining the foundations and objectives infuses the spirit of rulings into the body of changing customs.

key words : custom, habit, legal rulings

المخلص:

يمثل العرف عادةً غالبية أو عامة بين الناس ، وأصبح مقبولاً لديهم بتكراره المرة بعد المرة، فهو مما تقتضيه الحياة الاجتماعية، وضرورة من ضرورات الحياة الفردية، لأنه يسهم في تنظيم العلاقات الحقوقية بين الناس، كذلك يكون منسجماً مع حاجات البشر وتطلعاتهم وبناءً على حجبيته يقوم العرف بالبحث والتتقيب للتعرف على ملاكات الأحكام واستكشافها ، باعتبارها من المصالح التي تنطوي عليها الأحكام، فدوره مماثل لدور العقل من كونه يستهدف السلوك العقلائي العام بالبحث والتتقيب وليستخلص من خلاله ملاك الحكم، تحت عنوان جلب المصلحة أو درء المفسدة، مع ضمان بقاء الشريعة حيّة تتطور وتنمو بشكل مستمر، إذ إن تحديد الملاكات والمقاصد تثبت روح الأحكام في جسد الأعراف المتغيرة

الكلمات المفتاحية: العرف ، العادة ، الأحكام الشرعية

تقديم

من مصادر الاستنباط الفرعية ، والتي تشكل نظرية المقاصد عمودها الفقري ، وأساس اعتبارها الشرعي ، هي قاعدة (العرف) أو (العرف والعادة) وهي من القواعد الشرعية المهمة في باب الفقه والقضاء والقانون ، ويضاف إليها أتساقها مع قواعد فقهية أخرى كقاعدة (رفع الحرج والمشقة) مع مراعاة الضرورة واليسر على العباد . وقد أدرج الأصوليون قاعدة العرف ضمن المصادر الشرعية لما لا نص فيه على وجه الخصوص . وقد حاول بعض المعاصرين إلغاء الأحكام الشرعية الواردة في الأصعدة المختلفة بإحلال ما عليه العرف العام مكانها ، وهؤلاء هم المنكرون لخاتمة الإسلام وأن تشريعاته كانت تشريعاً مؤقتاً إلى إن يبلغ المجتمع درجة من الرقي يستغني بها عن تشريع السماء !! . فجاء دور السلوك العرفي وصلته الوثيقة بالعقل ، وقد دفعت هذه الصلة الفقهاء ورجال القانون إلى الاعتقاد بوجود انسجام تام بين العرف والعقل ، بحيث لا يصدر عن العرف سلوك مخالف للعقل ، ولذلك أطلق الأصوليون من الامامية المتأخرين على العرف (السيرة العقلانية)، فالعرف ليس أجنبياً عن الثقافة الدينية ، والاحكام الوضعية ، فأن كثير من الأحكام الاجتماعية الإسلامية هي أحكام إمضاهه مقررّة من قبل الشارع ،

ولذلك عُدَّ العرف في النظام الفقهي والتشريعي الاسلامي أحد المصادر التشريعية المتحركة والمتغيرة إذن ، من جهة يعدّ العرف مرجعاً تشريعياً ، وقراراته ممضاة من قبل الشارع ، ومن جهة ثانية يعدّ كاشفاً عن مراد الشارع ومقصودة ، مع التأكيد على أن الموارد العرفية الممضاة لا تختص بما أحرزت موافقة الشارع عليه ، بل تشمل الموارد التي لا نملك فيها دليلاً على المنع ، كي نستطيع من خلال هذه الفرصة التشريعية إحرار رضا الشارع وموافقة. فإن للعرف دوراً واضحاً في فهم الأحكام الشرعية في مختلف المجالات ولكن نجد بعض من فقهاء لم يفتحوا له باباً ولم يُخصّصوا له فصلاً وإنما أشاروا إلى ما له من دور في مناسبات مختلفة في شتى الأبواب ، وهذا ما صار سبباً في كتابة هذا البحث ومعرفة مكانته و دوره في فهم الاحكام الشرعية على وجه من الایجاز . ويتكون البحث من أربع مطالب وخاتمة تتضمن خلاصة البحث .

المطلب الأول معنى العرف والعادة والإجماع

العرف والسيرة والعادة وبناء العقلاء ، أسماء أربعة تهدف إلى معنى واحد وهي ألفاظ كثيرة الدوران على السنة الفقهاء ، وربما يعتمد عليها القضاة في فصل الخصومات ، كما يعتمد عليها الفقهاء في تبين المفاهيم وتمييز المصاديق ، وأحياناً في استنباط الاحكام الشرعية ، وبالرغم مما يميز بينها إلا أن الوحدة منها قد تستخدم في محل الاخرى فمثلاً يقولون : لا يشترط في العرف كون الفعل حسناً أو مفيداً ، لكن هذا القيد مأخوذ في (سيرة العقلاء) ويراد منها : سائر العقلاء بغض النظر عن دينهم ومذهبهم ، في حين يراد من (سيرة المتشرعة) : المسلمون فقط . وبالرجوع إلى معاجم المعتمدة نجد أن للعرف معانٍ عديدة ، أقربها إلى الاصطلاح ، هو أن العرف هو المؤلف المستحسن ، ويقال لكل فعل استحسنة الشرع والعقل ، كما قال الفراهيدي (م ١٧٥هـ) بأن المراد من العرف : المعروف ^(١) ، أما الراغب الاصفهاني (م ٤٢٥ هـ) ذهب إلى أن المعروف أسم لكل فعل يعرف بالعقل والشرع حسنة ، كما يعني الاحسان ^(٢) ، في حين الفخر الرازي (م ٦٠٦ هـ) قال أن المعروف : هو كل أمر عُرف انه لا بدّ من الاتيان به ، وأن وجوده خير من عدمه ^(٣) ويقول العلامة الطباطبائي (م ١٣٦٠هـ) حول العرف : هو ما يعرفه عقلاء المجتمع من السنن والسير الجميلة الجارية بينهم بخلاف ما ينكره المجتمع وينكره العقل الاجتماعي ^(٤)

أما في الاصطلاح : فقد عرفه الغزالي : إنه ما استقرّ في النفوس من جهة العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول ^(٥) ، وما ذكر من تعريفات لا تخرج عن هذا المضمون ، خلا التعريف الوارد للزرقاء وهو : الامر المتكرر من غير علاقة عقلية وقد جعله تعريفاً للعادة وهو للعرف ايضاً ، مع القول بالتداف ^(٦) وأغلب تلك التعاريف لم تتعرض للعرف القائم على ترك شيء أو عدم فعله وهو ما يسمى اصطلاحاً (بالعرف السلبي) ويبدو أن عبد الوهاب خلّف أنفرد في تعريفه بذكر قيد يدخل هذا النوع من الأعراف قال : العرف ما تعارفه الناس وساروا عليه من قول أو فعل أو ترك ، ويسمى العادة ^(٧) وهو تعريف حسن لولا ما يرد على التعريف من إيرادات لا تخفى مثل أخذ المعرف فيه بقوله (تعارفه الناس) أما العرف والإجماع ، فقد جاء في كتاب نظرية العرف للدكتور عبد العزيز الخياط ، كما أوردها الزحيلي في كتابه أصول الفقه ^(٨) : أن الاجماع مبناه اتفاق المجتهدين من أمة محمد (صلى الله عليه واله وسلم) بعد وفاته في عصر من العصور على حكم شرعي ، ولا ينعقد إلا مستنداً إلى دليل شرعي ، قد يصل إلينا وقد لا يصل ، وهو حجة ملزمة .

أما العرف : فهو سلوك الأكثرية بما فيهم العوام والخواص ، فهو لهذا أشبه بالسيرة ، ولا يشترط فيه الاتفاق ، ولا يتطلب مستنداً شرعياً ، وليس له قوة ملزمة دائماً ؛ لأنه قد يكون صحيحاً أو فاسداً ، واختلاف مصدر هذه القوة ، هل هي إرادة المشرع ، أو قضاء المحاكم أو اتفاق الناس . ويمكن تصور الإجماع باتفاق مجلس الشورى في الدولة الإسلامية (أهل الحل والعقد)

ويتبين من هذا النص ، أن الاجماع فيه عنصر الاتفاق ، بينما العرف تكفي فيه الأغلبية ، وعلى الرغم من هذه المفارقات بين الاجماع والعرف إلا أن العرف بمنزلة الاجماع شرعاً عند عدم النص وقد ذكر البعض فروقاً عديدة منها : أن العرف مطرد والاجماع خاص بالمجتهدين ، وحجية الاجماع عامة ، بينما العرف قد تكون حجيته خاصة ، وحجية الاجماع لا تزول ، والعرف حجيته في معرض الزوال

المطلب الثاني أقسام العرف وحجيته

ذكروا للعرف أقساماً عديدة باعتباريات ، فمن جهة موضوعه إلى عرف قولي وعرف عملي ومن جهة إطاره إلى ، عام و خاص ، ومن جهة اعتبار الشرع ، إلى صحيح و فاسد ومرسل ، ومن جهة أحواله إلى عرف ثابت وعرف متبدل ، وفي كل الأحوال يكون لكل عرف حكم ، فهي أسباب لأحكام تترتب عليها ، لذلك تختلف الأحكام باختلاف العوائد وتتغير بتغيرها ، ومعنى الاختلاف أن العوائد أذا اختلفت ، رجعت كل عادة إلى أصل شرعي يحكم به عليها ؛ لذا أشتهر أن اختلاف الاحكام باختلاف الاعراف ، اختلاف عصر و زمان لا اختلاف حجة وبرهان ^(٩) . أولاً : عرف عام وخاص . والمراد من العام : ما يشترك فيه أغلب الناس على اختلاف بيئاتهم وظروفهم وثقافتهم كرجوع الجاهل إلى العالم . والمراد من الخاص : ما يشترك فيه فئة من الناس في مكان أو زمان معين ، وهذا ما يعبر عنه بالأداب والرسوم المحلية

ثانياً : عرف عملي وقولي

والمراد من العملي : وهو العرف الذي يصدر عن أكثر الناس في أعمالهم الخاصة كبيع المعاطاة في أغلب البيئات والمراد من القولي : وهو عبارة عن إعطاء الالفاظ معانٍ خاصة تختلف عن مداليلها اللغوية عند الآخرين من أهل الاعراف الاخرى ، كإطلاق العراقيين لفظ الولد على خصوص الذكر بينما يُطلق في اللغة على الأعم من الذكر والانثى لقوله تعالى (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين) (١٠)

ثالثاً : عرف صحيح وعرف فاسد

والمراد من العرف الصحيح : وهو ما تعارفه الناس ، وليست فيه مخالفة لعمومات الكتاب والسنة ولا تفويت مصلحة ، ولا جلب مفسدة ، كتعارفهم تقديم المهر وتأجيل بعضه والمراد من العرف الفاسد : هو ما تعارف بين قسم من الناس وفيه مخالفة للشرع كالعقود الربوية وكشرب المسكرات وغيرها واختلاط النساء بالرجال في مجالس اللهو .

أما حجية العرف : فقد قال بحجية العرف كل من الاحناف والمالكية ، واستدلوا عليه بالادلة الاربعة وهي مبسطة في كتب أصول الفقه ، فأخذ أبو حنيفة بالعرف وبنى كثيراً من الأحكام عليه ، وكذلك فعل الشيباني وأبو يوسف ، وربما ترك الأخير النص وعمل بالعرف إذا كان النص معطلاً به أو مبنياً عليه ، أما مالك فهو أكثر من عمل بالعرف إلى درجة أنه خصصه بعام القرآن (١١) وذكر الشاطبي أن مذهب مالك يترك الدليل للعرف ، وأصوليو الأحناف يخصصون بالعرف والعادة وعندهم اشتهرت مقولة إن المعلوم عرفاً كالمشروط شرعاً ، والأمر نفسه عند المالكية والحنابلة ، وكثير من الأصوليين يخصصون العام بالعقل (المخصص اللبي) والقياس ، والمصالح المرسله ، والعرف ، شرط أن لا يصادم نصاً قطعياً في دلالته (١٢) . ويعتقد العلامة الطباطبائي من علماء الأمامية ، بأن بناء العقلاء لا حاجة معه لتقرير المعصوم وإمضائه ، فيقول : ومن هنا يظهر أولاً أن بناء العقلاء حجة بالذات ، بمعنى أنه ليس حجة بوسائط ، والتمسك ببناء العقلاء إنما يكون في مورد حكم لم يكن تشخيصاً لصغرى حكم آخر كحكمهم بصحة بيع المنابذة والربوي (١٣) ومن الملفت هنا ما ذهب إليه بعض الفقهاء البارزين من تقديم العرف على النص في حال التعارض بينهما ، حيث ذكروا أنه لا يفي ما ورد في بعض الاخبار الضعيفة من النهي على رد العرف المحكم ، منهم الشيخ الانصاري (م ١٢٨١ هـ) في بحثه ماهية العيب وتحديد في عيوب المرأة في مناقشة الدليل النصي الذي يراد من خلاله رفع اليد عن الدليل العرفي فقال ما نصّه : ((لو سلمنا مخالفة الرواية للعرف في معنى العيب ، فلا ينهض لرفع اليد بها عن العرف المحكم في مثل ذلك لولا النصّ المعتبر ، لا مثل هذه الرواية الضعيفة بالإرسال والمرسل)) (١٤) ، ويقول الشيخ محمد حسن النجفي (م ١٢٦٦ هـ) صاحب الجواهر في هذا الصدد : وبذلك كله وغيره ، يظهر لك الاحتياج إلى مراعاة العرف وصعوبة الاكتفاء بالخبر المزبور (١٥) أما الشيخ محمد حسين الأصفهاني : فعند التعارض بين العرف والسيرة العقلانية من جهة والعمومات من جهة أخرى ، قدّم السيرة على العمومات نظراً لاستحالة ردع السيرة عن العمومات (١٦) وأما ما ذهبوا إليه من كون العرف غير ناظر إلى المصالح والمفاسد خلافاً للعقل فهو غير تام ، لأنهم وإن قسموا العرف إلى صحيح وفاسد ، فإن التعريف المذكور للعرف يردّه ، لان المراد من العرف : ما اعتاد عليه الناس في أفعالهم وعاداتهم وكان مقبولاً عند ذوي الطباع السليمة ، بتكراره المرة بعد المرة ، فحينئذ لا معنى للعرف الفاسد . وإذا كان العرف ضمن قائمة الآراء المحموده والسيرة العقلانية فإن الشارع هو ضمن القائمة أيضاً ، لأنه من العقلاء ، بل سيد العقلاء أيضاً ، ولذلك فلا معنى لقولهم إن العرف غير ناظر إلى المصالح والمفاسد طبعاً ، ذلك كله ناظر إلى العرف الذي كان سائداً في الفترة التشريعية ؛ أي في عصر صدور النصوص التشريعية ، فالعرف ناظر إلى مصاديق الحكم الشرعي وموضوعاته . بناءً على ذلك ، فإن التمسك بحجية العرف ، سواء من باب الحجية الذاتية أو من باب أمضاء الشارع له ، يمكننا من الأخذ بالتحويلات العرفية ، واستخدام الفهم العرفي ، كأحد مباني ملاكات الأحكام . ومن خلال ما تقدّم تتأكد لنا حجية العرف لكن ليس كل موضع ، بل هناك مجموعة من الضوابط يجب توفرها :

١. أن لا يستهدف المسائل التعبدية والاحكام غير الوضعية إلا في إطار المفاهيم وتحديد الموضوعات

٢. أن لا يكون مخالفاً لمقتضى العقل ، وفي الوقت نفسه ليس بالضرورة أن يكون موافقاً له فعلى سبيل المثال ، جرى العرف على أن لا يقوم أحد بدفع أي مبلغ مقابل ورقة صغيرة مهترئة ، لكن ما إن تعود تلك الورقة لشخصية تاريخية مهمة فسيكون هناك من هو مستعد لدفع الملايين مقابل الحصول عليها .

٣. إذا كان السلوك العرفي محكماً ومتجذراً في المجتمع ، فلا يمكن إسقاطه أو معارضته بعدد من الأخبار ، بل لا بدّ من التأمل في أبعاد ذلك العرف ، ومحاولة إدراك المقاصد الشرعية عبر تأويل الأخبار

٤. لا بدّ للعرف أن يتكرر في المجتمع كثيراً ، حتى يصل إلى درجة يعدّ عنده سلوكاً عاماً في معظم الطبقات الاجتماعية ، ولا يمكن إطلاق العرف على السلوك الفردي المنحصر في إطار أفراد قلائل ^(١٧)

المطلب الثالث تغيير الأعراف بتغيير الزمان والمكان

من خصائص العرف المذكورة هو أن يكون هناك سلوك أو عمل معين مطّرد ومتكرر وهذا التكرار يجب أن يكون على حدّ يصبح فيه عادة غالبية أو عامة ، أي أن يستوعب ويشمل أغلب أو جميع موارد العمل ، ولا بد للعمل المذكور أن يكون إرادياً لا غريزياً ولا فطرياً ، وبالنظر إلى هذه الخصائص كلها ينبثق هنا سؤال ، وهو : كيف يتغير العرف ؟ وكيف نجمع بين التغير وبين الثبات الذي هو أحد سمات العرف ؟ وكيف نتصور وجود سلوك عام مستمر لفترات طويلة جداً ثم يضمحل ويحل محله سلوك جديد ، يتخذ صبغة شبه قانونية ؟ مع وجود تباين واضح بين الفترتين ؟ ^(١٨) الذي يبدو لنا هو أن تتغير العرف بمرور الزمن لا يصطدم مع سمة الثبات التي يتسم بها العرف نفسه ، وذلك لأن المرحلة الزمنية الجديدة ستلقى بظلالها على الثقافة والعادات والتقاليد ، وبما أن التحوّل في هذه الأمور يحصل بشكل بطيء وتدرجي ، فإن السلوك الاجتماعي المنتظم سيتغير هو الآخر ، بشكل تدريجي أيضاً ، ليتبلور في النهاية مكوناً عادة اجتماعية جديدة ، وهي ما نطلق عليه العرف الجديد وهناك بعض الأعراف الجديدة التي لا تتبثق عن عرف قديم وإنما هي منظومة من الموضوعات التي استجدت وتمظهرت بزي مختلف ، ولذلك فلا معنى لأن تصطدم مع الثبات العرفي . فمثلاً ، جرى العرف على أن تكون تجارة العقارات على النحو التالي : أن يشتري شخص بيتاً أو دكاناً فينتقل بإرادة البائع إليه ، ويصبح تحت تصرفه إلى الأبد ، إلا في حال اشتراطاً بشكل صريح أو غير ضمني عقد البيع شرطاً ينص على عدم انتقال العين إلى الآخر أو استخدامها في موارد خاصة ، مثلاً : بيع البيت ويشترط استخدامه للتجارة أو يبيعه ويشترط تحويله إلى مدرسة . لكن هناك بيع جديد لم يعهده المجتمع في السابق ، وهو أن يبيع شخص المبنى أو الدكان لمدة أسبوع أو شهر أو سنة واحدة . يبيعه بيعاً حقيقياً ، بحيث ينتقل سند المبنى إلى المشتري طيلة الفترة المحددة ويتحول بإسمه . ففي هذه الحالة جرت المبادلة بين العين والمال ، لكن العين هنا موزعة بين عشرات الأشخاص على طول السنة والملكية مشاعة بينهم طيلة هذه الفترة . إن هذا النمط من البيع لم يكن معهوداً في السابق ، ولا يتفق مع ما تعارف عليه الناس في ما مضى ، ولذلك فإنه سيوجد تحولاً في الإجراءات القانونية ، لتصبح منسجمة مع هذا النمط من التجارة العقارية ، وبالتالي سيؤسس لعرف تجاري جديد ؛ لكنه في الوقت ذاته لم يلغ القديم ، بالرغم من عدم انتقال تمام العين إلى المشتري . وعليه فهو لا يصطدم مع السياقات الفقهية المذكورة في باب البيع ، بل ولا يتنافى مع الظواهر العرفية التي كانت على عهد الرسول (صلى الله عليه وآله وسلم) وأهل بيته وأصحابه (عليهم أفضل الصلاة والسلام) النموذج الآخر من نماذج تغيير العرف ، التغيير الذي يطرأ على الزّي . فإن بعض الناس كثيراً ما يهتم بالمظاهر والأزياء ويبدى تجاه ذلك حساسية مفرطة ، بل حتى أنه يقاوم أحياناً للحفاظ على الأزياء التقليدية القديمة . وقد كان للزّي في عهد الأئمة بعد آخر ، حيث كان يقاس عليه تواضع الرجل ومدى تمسكه بالسنن . وقد أثارت هذه المسألة في الفترة المتخللة بين عهد أمير المؤمنين (عليه السلام) وبين عهد الصادقين (عليهما السلام) جدلاً واسعاً بين الأئمة (عليهم السلام) وبين اصحابهم من جهة وبين المجتمع آنذاك من جهة أخرى فمنهم من جعل الزّي معياراً للتواضع والتمسك بالسنن ، ومنهم من حسم الموقف كما هو قول الامام علي (ع) : فخير لباس كلّ زمان لباس أهله ^(١٩) ثم جاءت الفتوى التي تحرم لباس الشهرة رداً على تلك المزاعم . إذ إن لأهل كل زمان التخلّق بأخلاق ذلك الزمان فمثلاً : جاء في رواية حماد بن عثمان : حضرت أبا عبد الله وقال له رجل أصلحك الله ذكرت أن علي بن أبي طالب كان يلبس الخشن ونرى عليك اللباس الجديد ، فقال له الامام : أنّ علي بن أبي طالب كان يلبس ذلك في زمان لا ينكر عليه ^(٢٠) ، وفي خبر آخر : وكان علي في زمان يستقيم له ما لبس فيه ^(٢١) ، وجاء في خبر آخر عن معلى بن خنيس : ولكن لا يقدر أن يلبسوا هذا اليوم ولو فعلناه لقالوا : مجنون ولقالوا : مرأى ^(٢٢)

بناءً على ذلك فإن تغيير الأعراف من أنماط السلوك المنطقية العقلانية ، وإنما يعكس أعرافاً أخذت تتغير شيئاً فشيئاً وببطء .

المطلب الرابع دور العرف في فهم مقاصد الشريعة

أن للعرف أو السيرة مجالات يعتمد عليها الفقيه أو القاضي في مختلف الموارد منها ^(٢٣):

١. الرجوع إلى عرف أهل اللغة . العرف هو المرجع في فهم اللغة وتشخيص معاني الألفاظ وما وضعت له ، وقد ألّفت معاجم اللغة من عصر الخليل (م ١٧٠ هـ) إلى يومنا هذا على ضوء الرجوع إلى أهل اللغة في أنّ التنصيص أهل اللغة حجة تحت شرائط خاصة ليس المقام مناسباً لبيانها .

٢. الرجوع إلى العرف في رفع الإجمال .

مثلاً إذا وقع البيع والإجارة وما شابههما موضوعاً للحكم الشرعي ثم شك في مدخلية شيء في صدقه أو في صحته أو ما نعيته شرعاً ، فالصحة عند العرف دليل على أنه هو الموضوع عند الشرع ، وبهذا تحل المشكلة المعروفة في التمسك بالعمومات والاطلاقات في أبواب المعاملات ، حيث يتمسك بإطلاق (أحل الله البيع) أو عموم قوله (أوفوا بالعقود) عند الشك في الجزئية والشرطية ، وعندئذ يستشكل بأنه إذا كانت ألفاظ المعاملات أسماء للصحيح منها ، فمرجع الشك في الشرطية والجزئية ، إلى الشك في صدق الموضوع ، فيكون المورد من قبيل التمسك بالعام أو المطلق في الشبهة المصادقية لهما . ويجب أن يكون مفهوماً للعرف أوسع من الواجد للجزء أو الشرط المشكوك وجوبهما ، نستكشف من ذلك ، كونه كذلك عند الشرع ، فالصحيح عرفاً يكون طريقاً إلى ما هو صحيح شرعاً إلا إذا قام الدليل على الخلاف . لو افترضنا الإجمال في مفهوم الغبن أو العيب في المبيع فيحال في تحديدهما إلى العرف كما هو الحال الإجمال في حد الغناء ، فالمرجع هو العرف ، فكل ما يسمى بالغناء عرفاً فهو حرام وإن لم يشتمل على الترجيع ولا على الطرب . وكذلك الإحياء في تفسير قوله (من أحيا أرضاً مواتاً فهي له) فلا بد من الرجوع إلى العرف والتعويل على ما يسمى في العرف بالإحياء .

٣ . الرجوع إلى العرف في تشخيص المصاديق . قد اتخذ الشرع مفاهيم كثيرة وجعلها موضوعاً للأحكام ، ولكن لربما يعرض الإجمال على مصاديقها ، ويتردد بين كون الشيء مصداقاً له أو لا ، كالوطن والصعيد والمعدن والحرز في السرقة والأرض الموات إلى غير ذلك من الموضوعات التي ربما يشك الفقيه في مصاديقها ، فيكون العرف هو المرجع في تطبيقها على مواردنا

٤ . كشف العرف عن مراد الشارع عند الملازمة العادية . إذا كان بين الحكم الشرعي المنطوق والحكم الشرعي الآخر غير المنطوق ملازمة عادية ينتقل العرف من الحكم الأول المجهول إلى الحكم الثاني وإن لم يكن ملفوظاً ، كما لو دل الدليل على طهارة الميت بعد الأغسال الثلاثة فهو يلزم يد الغسل والخشب الذي أجرى الغسل عليه وسائر الأدوات عند العرف ، وكذلك ما دل على طهارة الخمر بإنقلابه إلى خل الملازم للحكم بطهارة جميع أجزاء الاناء .

٥ . كشف الأعراف عن مقاصد المتكلم إن لكل قوم أو بلد أعرافاً خاصة بهم ، يتعاملون في إطارها ويتفقون على ضوئها في كافة العقود والإيقاعات ، فهذه الأعراف تشكل قرينة حالية لحل كثير من الاختلافات المتوهم في أقوالهم وأفعالهم ، مثلاً : إذا وصى الأب بشيء لولده ، فالمرجع في تفسير الولد هو العرف ولا يطلق إلا على الذكر لا الانثى خلافاً للفقهاء والكتاب العزيز في قوله تعالى : (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين) والولد هنا يشمل الذكر والانثى أو مثلاً : عند اختلاف الزوجان في أداء المهر ، فالمرجع هو العرف الخاص ، فلو جرت العادة على تقديم المهر أو جزء منه قبل الزفاف ولكن أدعت الزوجة بعده أنها لم تأخذه وأدعى الزوج دفعه إليها ، فللحاكم أن يحكم على وفق العرف الدارج في البلد

الخاتمة

إن كل ما تقدم كان يدور حول مشروعية العرف التي اكتسبها ، إما عن طريق إثبات الحجية الذاتية له أو عن طريق إقرار الشارع أو عدم رده عن الأحكام العرفية المتأخرة عن عصر المعصوم ، مع وجود طرق أخرى والتي يكسب أحكام العرف مشروعيتها ، منها تحديد ملاكات الأحكام بالاعتماد على النصوص والسياقات الدينية ، ومن ثم توسعتها لتشمل كافة المسائل الابتلائية للمجتمع في إطار ضمان مصالحه ومنافعه . فإن ثبتت حجية العرف ، وأقرت الأعراف المتغيرة ، وعُدّت من المصادر التشريعية فيحينئذ يمكن اللجوء إلى هذا المصدر . العرف المتغير . في عملية تأسيس الملاكات وكما هو الحال عند اللجوء إلى العقل بغية القيام بالبحث والتتقيب للتعرف على ملاكات الأحكام واستكشافها ، لأن السلوك التشريعي لعرف هنا وليد رعاية المصالح والمفاسد الاجتماعية . من ناحية أخرى إن عدم صدور الردع عن الشارع كاشف عن إمضائه الملاك العقلاني الذي هو مدار السلوك الخارجي ، فمن هنا فإن تشخيص العرف وتحديد مساره ينعكسان إيجابياً عن عملية أحرار الملاكات والكشف عنها . إذن ففائدة موضوع العرف تظهر في جهتين :

١ . الجهة الأولى : ترتب على التسليم بحجية العرف : وهي أن العرف يسهم بشكل جاد في تحديد ملاكات الأحكام وتشخيصها ، ودوره مماثل لدور العقل من حيث كونه يستهدف السلوك العقلاني العام بالبحث والتتقيب ، ليستخلص من خلاله ملاك الحكم ، تحت عنوان جلب المصلحة أو درء المفسدة

٢ . الجهة الثانية : ضمان بقاء الشريعة حيّة و تتطور وتتمو بشكل مستمر ، إذا أن العرف ومن ضمنه تحديد الملاكات يمثلان روح الأحكام في جسد الأعراف المتغيرة . والحمد لله رب العالمين

المصادر

١. اصول الفقه المقارن فيما لا نص فيه : الفقيه المحقق الشيخ جعفر السبحاني ، الطبعة الاولى (١٤٢٥هـ - ٢٠٠٥ م) ، مؤسسة التاريخ العربي للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت . لبنان
٢. الفروق : ابو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير (بالقرافي) المتوفى: ٦٨٤هـ ، القاهرة ، مكتبة الكليات
٣. الكافي : محمد بن يعقوب بن إسحاق الكليني الرازي (توفي سنة ٣٢٩ هـ / ٩٤١ م) ، شرح أصول الكافي : لصدر الدين محمد بن ابراهيم الشيرازي (صدر المتألهين) (المتوفى ١٠٥ م) ، تحقيق محسن عقيل ، دار المحجة البيضاء ، الطبعة الاولى (١٤٣٢هـ - ٢٠١١ م)
٤. المدخل الفقهي العام : مصطفى أحمد الزرقا ، الطبعة الثانية ، بيروت، دار الفكر ، ١٤٢٥ هـ
٥. المستصفي : أبو حامد الغزالي ، تحقيق : محمد عبد السلام عبد الشافي ، بيروت ، دار الكتب العلمية ، ١٤١٧ هـ
٦. المكاسب : الشيخ مرتضى الأنصاري ، لجنة إحياء تراث الشيخ الأنصاري ، الطبعة الثالثة ١٤٢٠هـ
٧. الموافقات في أصول الشريعة : إبراهيم بن موسى الشاطبي ، تحقيق : إبراهيم رمضان ، الطبعة الاولى ، بيروت ، دار المعرفة ، ١٤١٥ هـ
٨. الميزان في تفسير القرآن : محمد حسين الطباطبائي ، الطبعة الثالثة ، بيروت ، مؤسسة الأعلمي ، ١٣٣٩ هـ
٩. أصول الفقه الاسلامي : وهبة الزحيلي ، الطبعة الثانية ، بيروت ، دار الفكر المعاصر ، ١٤٢٤ هـ
١٠. جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام : محمد حسن النجفي ، الطبعة الثالثة ، دار الكتب الإسلامية في طهران ١٣٦٧ هـ
١١. حاشية على كفاية الأصول : محمد حسين الطباطبائي ، الناشر : مؤسسة العلامة الطباطبائي العلمية والفكرية
١٢. دراسة موضوعية حول نظرية العرف ودورها في عملية الاستنباط : خليل رضا المنصوري ، الطبعة الاولى ، مكتبة الإعلام الاسلامي . قم
١٣. علم اصول الفقه و خلاصة التشريع : عبد الوهاب الخلاف ، الطبعة الثامنة ، دار القلم ، دمشق
١٤. كتاب العين : الخليل بن احمد الفراهيدي ، الطبعة الاولى ، بيروت، دار إحياء التراث العربي ، ١٤٢١ هـ
١٥. مفاتيح الغيب (التفسير الكبير) : فخر الدين الرازي ، الطبعة الثانية، بيروت ، دار إحياء التراث العربي ، ١٤١٧ هـ
١٦. مفردات في غريب القرآن : الراغب الاصفهاني ، الطبعة الاولى ، تحقيق صفوان عدنان الداودي ، دمشق ، دار القلم ، ١٤٢١ هـ
١٧. نهاية الدراية في شرح الكفاية : محمد حسين الاصفهاني ، تحقيق مؤسسة آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث
١٨. وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الشريعة : محمد بن الحسن الحر العاملي (١٠٣٣ - ١١٠٤ هـ) تحقيق محمد الرازي ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت . لبنان ، الطبعة الرابعة ١٣٩١ هـ

Sources

alquran alkarim

1 asul alfiqh almuqaran fima la nasa fih : alfaqih almuhaqiq alshaykh jaefar alsubhaniu , altabeat alawlaa (1425h 2005 m) , muasasat altaarikh alearabii liltibaeat walnashr waltawzie , bayrut lubnan

2 alfuruq : abu aleabaas shihab aldiyn 'ahmad bin 'iidris bin eabd alrahman almalikiu alshahir (balqurafii) almutawafaa: 684h , alqahirat ,maktabat alkuliyaat al'azhariat , 1416 ha

3 alkafi : muhamad bn yaequb bn 'iishaq alklini alraazii (tuufiy sanat 329 hi / 941 mi) , sharh 'usul alkafi : lisadr aldiyn muhamad bin abrahim alshiyrazii (sadr almuta'alihin) (almutawafiy 105 m) , tahqiq muhsin eaqila, dar almahijat albayda' , altabeat alawlaa (1432hi 2011m)

4 almadkhal alfiqhiu aleamu : mustafaa 'ahmad alzarqa , altabeat althaaniat , bayrut, dar alfikr , 1425 ha

5 almustasafaa : 'abu hamid alghazali , tahqiq : muhamad eabd alsalam eabd alshaafi , bayrut , dar alkutub aleilmiat , 1417 hi

6 almakasib : alshaykh murtadaa alansariu , lajnat 'iihya' turath alshaykh al'ansarii , altabeat althaalithat 1420h

7 almuafaqat fi 'usul alsharieat : 'iibrahim bin musaa alshaatibi , tahqiq : 'iibrahim ramadan , altabeat alawlaa , bayrut , dar almaerifat , 1415h

8 almizan fi tafsir alquran : muhamad husayn altabaatibayi , altabeat althaalithat , bayrut , muasasat al'aelami , 1339 hu

9- 'usul aalfiqh alaslamii : wahbat alzuhaylii , altabeat althaaniat , bayrut , dar alfikr almueasir , 1424 ha

10 jawahir alkalam fi sharh sharayie al'aslam : muhamad hasan alnajafii , altabeat althaalithat , dar alkutub al'iislatmiat fi tahrar 1367 h

- 11 hashiat ealaa kifayat al'usul : muhamad husayn altabaatibayiy ,alnaashir : muasasat alealamat altabatibayiyi aleilmiat walfikria
- 12 dirasat mawdueiat hawl nazariat aleurf wadawriha fi eamaliat al'ustanbat : khalil rida almansuri , altabeat alawlaa , maktabat al'ielam alaslamii qim , 1413h
- 13 ealam asul alfiqh wakhulasat altashrie : eabd alwahaab alkhilaf , altabeat althaaminat , dar alqalam , dimashq
- 14 kitab aleayn : alkhilaf bin ahmad alfarahidi , altabeat alawlaa , bayrut , dar 'iihya' alturath alearabii , 1421 hi
- 15 mafatih alghayb (altafsir alkabir) : fakhr aldiyn alraazii , altabeat althaaniatu, bayrut , dar 'haya' alturath alearabii , 1417 hi
- 16 mufradat fi gharayb alquran : alraaghib alasfhanii , altabeat alawlaa , tahqiq safwan eadnan aldaawudii , dimashq , dar alqalam , 1421 ha
- 17 nihayat aldirayat fi sharh alkifayat : muhamad husayn alasfhani , tahqiq muasasat al albayt ealayhim alsalam li'iihya' alturath
- 18 wasayil alshiyat 'iilaa tahsil masayil alsharieat : muhamad bn alhasan alhuri aleamili (1033 1104 ha) tahqiq muhamad alraazii , dar 'iihya' alturath alearabii , bayrut lubnan , altabeat alraabieat 1391h

الهوامش

- (١) كتاب العين : خليل بن أحمد الفراهيدي ، ص ٦٢٣
- (٢) مفردات القرآن : الراغب الاصفهاني : ص ٥٦١
- (٣) مفاتيح الغيب (التفسير الكبير) ، الفخر الرازي ، ج ٥ ، ص ٤٣٤
- (٤) الميزان في تفسير القرآن : ج ٨ ، ص ٣٨٠
- (٥) المستقصى : للغزالي ، ج ٢ / ١٣٨
- (٦) المدخل الفقهي العام : الاستاذ مصطفى أحمد الزرقاء ، ج ٢ / ٨٣٨
- (٧) علم أصول الفقه : عبد الوهاب الخلاف ، ص ٥٤
- (٨) أصول الفقه : الزحيلي ، ج ٢ / ٨٣٢
- (٩) يُنظر : الفروق ، ابو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي ص ١٢٥
- (١٠) النساء : ١١
- (١١) راجع الفروق للقرافي ، ص ١٢٥
- (١٢) الموافقات : ج ٢ / ٢٣٢
- (١٣) حاشية على كفاية الأصول ، العلامة محمد حسين الطباطبائي (١٤٠٢هـ) ، ج ٢ ، ص ١٨٨ ، ٢٠٥ ، ٢٠٦
- (١٤) المكاسب : للشيخ الانصاري ، كتاب الخيارات ، ص ٢٦٧
- (١٥) جواهر الكلام : ج ٢٣ ، كتاب التجارة ، في عيوب أصل الخلقة
- (١٦) نهاية الدراية : ج ٥ ، ص ٣٠
- (١٧) هناك كثير من المصنفات التي دونت حول حجية العرف ، ولمزيد من الاطلاع على أبعاد هذا البحث وزواياه ، يُنظر : دراسة موضوعية حول نظرية العرف ، خليل رضا منصوري ، مؤسسة النشر الاسلامي ١٣٧١هـ
- (١٨) نظرية العرف ودورها في عملية الاستنباط : خليل رضا المنصوري ، ص ٥٤
- (١٩) الكافي : للشيخ الكليني ، ج ٦ ، ص ٤٤٤ ، ح ١٥
- (٢٠) المصدر نفسه
- (٢١) وسائل الشيعة : للحر العاملي ، ج ٥ ، كتاب الصلاة ، ابواب أحكام الملابس ، الباب ٧ ، ص ١٦ ، ح ٣
- (٢٢) الكافي : ج ٦ ، ص ٤٤٣ ، ح ٩
- (٢٣) يُنظر : أصول الفقه المقارن فيما لا نص فيه ، الفقيه المحقق جعفر السبحاني ، ص ٣٠٤ وما بعدها