



جمهورية العراق
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة ديالى
كلية العلوم الاسلامية
قسم العقيدة و الفكر الاسلامي

(العرف عند الاصوليين ونماذج فقهية خلافية)

بحث مقدم الى جامعة ديالى كلية العلوم الاسلامية - قسم العقيدة
و الفكر الاسلامي وهو جزء من متطلبات نيل شهادة
البكالوريوس في كلية العلوم الاسلامية

اعداد الطالبة

شيرين عبد الرضا عبد الستار

اشراف

أ.م.د. سلمان عبود يحيى

٢٠٢٢ م

١٤٤٣ هـ

(بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ)

((يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ
لِتَعَارَفُوا ۗ إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ ۗ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ))

صدق الله العلي العظيم

سورة الحجرات ، آيه ١٣

الاهـداء

الى امام المبتلين وقدوتهم . . . سيدي وقدوتي نبينا . . . محمد صل الله عليه واله وسلم . . .

والى امي وأبي . . . الكرمين الذي بفضل . . . دعائهما اتممت هذا البحث . . .

والى اخواني . . . المجاهدين المبتلين . . . في مشارق الارض ومغاربها . . .

شكر و تقدير

بعد هذه الرحلة المباركة لا بد ان نعترف بان الشكر الاول والاخير لله تعالى الذي انعم علي بإنجاز هذا البحث ...

واود ان اشكر كل من كان له الفضل في اتمام هذا البحث وفي مقدمتهم استاذي المشرف (أ.م.د. سلمان عبود يحيى) لتفضله بقبول الاشراف على هذا البحث لما احاط هذا البحث بتوجيهاته ورعايته العلمية بأمانة فكان له الاثر البالغ في اخراج هذا البحث .

المقدمة

الحمد لله الذي نحمده ونستعينه ونستغفره ونعوذ بالله من شرور انفسنا سيئات اعمالنا . نتقدم ببحثنا هذا عن العرف عند الاصوليين فقد عد علماء الأصول العرف مصدراً من مصادر التشريع الإسلامي عند عدم وجود النص، أو في تخصيصه للنص العام. وقد تتغير الأحكام التي بنيت على العرف بتغير الزمان والمكان، بحسب أحوال الناس. فجاءت هذه الدراسة لتلقي الضوء على أن العرف دليل من الأدلة على الأحكام الشرعية، وذلك من خلال توضيح بعض النماذج، كالحرز، وقطع النباش ومقدار كسوة الكفارة في اليمين وغيرها.. والتي فيها مصالح للعباد لا تتضارب مع النصوص الشرعية. وقد انبنى البحث على مقدمة وثلاثة مباحث وخاتمة ، كان المبحث الأول منها في ثلاث مطالب ، المطلب الاول بيان مفهوم العرف وذلك بمعرفة معناه لغة واصطلاحاً ، والمطلب الثاني في مفهوم الاصوليين لغة واصطلاحاً ايضاً . اما المطلب الثالث فكان لمفهوم الفقه لغة واصطلاحاً والمبحث الثاني كان في مطلبين في أقسام العرف، وأن الأحكام تتغير باختلاف العوائد والأحوال، وأما المبحث الثالث فكان في بعض النماذج والتطبيقات الفقهية التي بنيت على العرف، ثم جاءت الخاتمة فيها أهم نتائج البحث.

اهمية البحث وسبب اختياره :

لأهمية موضوع العرف في حياة الناس . لانه يتناول الكثير من حياتهم وشؤونهم ومعاشهم والكثير من الاحكام الشرعية التي اعتبرها الشارع بحكمته بناء على العرف ليناسب احوالهم وزمانهم .

المبحث الاول

المفاهيم

المطلب الاول : مفهوم العرف لغة واصطلاحاً

العرف لغة :

إن تعريف العرف لغة: ضد النكر، والمعروف ضد المنكر، والمعروف: كالعرف، يقال أولاه عرفاً أي معروفاً. جاء في لسان العرب (والمعروف: ضد المنكر والعرف: ضد النكر يقال: أولاه عرفاً أي معروفاً والعرف والمعارفة والمعروف واحد: ضد النكر، وهو كل ما تعرفه النفس من خير وتأنس به وتطمئن إليه) (١) وفي القرآن الكريم أشير إلى العرف بالمعنى اللغوي فقال تعالى (خذ العفو وأمر بالعرف واعرض عن الجاهلين) (٢) والعرف هنا (بمعنى المعروف وهو كل ما حسن في العقل فعله أو في الشرع ولم يكن منكراً ولا قبيحاً عند العقلاء وقيل بكل خصلة حميدة) (٣) وقوله تعالى (والمرسلات عرفاً) (٤) فالعرف هنا قيل بمعنى المعروف أي (المراد بها الأنبياء جاءت بالمعروف) (٥)

العرف اصطلاحاً :

اصطلاحاً عرفه الشيخ علي كاشف الغطاء على انه ما تعارف واعتاد بين الناس فعله أو تركه أو قوله وهو المسمى بالعادة العامة ويسمى بالسيرة مع عدم رد الشارع عنه . (٦)

كما عرفه الخلاف فقال (العرف هو ما تعارفه الناس وساروا عليه من فعل أو قول أو ترك ويسمى العادة) (٧)

(١) لسان العرب ، ابن منظور ، ج ٢ ، ص ٧٤٦ .

(٢) سورة الأعراف ، آية ١٩٩ .

(٣) مجمع البيان ، الطبرسي ، مجلد ٣ ص ٨٨-٨٩ .

(٤) سورة المرسلات ، آية ١ .

(٥) مجمع البيان ، الطبرسي ، المجلد ٦ ، ص ١٥٦ .

(٦) مصادر الحكم الشرعي والقانون المدني ، الشيخ علي كاشف الغطاء ، ج ١ ، ص ١١٨ .

(٧) علم أصول الفقه ، خلاف ص ٩١ .

المطلب الثاني

مفهوم الاصوليين لغة واصطلاحا

الأصول لغة:

جمع (أصل) ولهذا المصطلح في اللغة -كما في الإصحاح- معان متقاربة، منها: أساس الشيء، وما يستند اليه الشيء، وقاعدة الشيء، وما ينبني عليه غيره، وأسفل الشيء. (١) والأصل جمعه اصول وهو: أسفل الشيء (٢) وقاعدته (أصل الشيء قاعدته التي لو توهمت مرتفعة لارتفع بارتفاعه سائرته لذلك قال تعالى: (وأصلها) وقد تأصل كذا أصله وجد أصل، فلان لا أصل له ولا فصل)، (٣) ومنه قوله تعالى:

((أَصْلُهَا ثَابِتٌ وَفَرْعُهَا فِي السَّمَاءِ)) ، (٤) ويقال: استأصلت الشجرة ، أي ثبت أصلها، ورجل أصيل، أي له أصل وأنه ثابت الرأي عاقل، ورأي أصيل، أي له أصل (٥)

الاصول اصطلاحا :

ويقصد به ما له فرع ، ويطلق على الدليل غالبًا، وهو المراد هنا، وعلى الرجحان، والقاعدة المستمرة، والمقيس عليه. (٦)

(١) مقاييس اللغة ، ابن فارس، ١/٤٠٣ . وكتاب تاج العروس للزبيدي ٧/٢٠٦/٢٠٧ .
(٢) القاموس المحيط، ج ٣، ص ٤٨١ .
(٣) المفردات، ج ١، ص ٧٩ .
(٤) سورة ابراهيم ، الآية ٢٤ .
(٥) لسان العرب ، ج ١، ص ١٥٥ .
(٦) تحرير المنقول وتهذيب علم الاصول ، علاء الدين ، المرادوي دمشقي ، ص ٥٦ .

المبحث الثاني

العرف عند الاصوليين

المطلب الاول : انواع العرف

أنواع العرف :

- ١- العرف العملي .
- ٢- العرف القولي (الحقيقة العرفية).
- ٣- العرف العام .
- ٤- العرف الخاص .
- ٥- العرف الصحيح .
- ٦- العرف الفاسد .

مما يتضح من التعريف . ان العرف يتنوع الى نوعين عرف عملي، وعرف قولي :

الاول: العرف العملي:

(وهو ما اعتاد عمل الناس في حياتهم وكان متعارفاً في تصرفاتهم ومعاملاتهم وأفعالهم) (١) وله مصاديق كثيرة في حياتنا اليومية. كالبيع بالتعاطي في أشياء كثيرة(المعاطاة).

الثاني: العرف القولي (اللفظي) :

ويطلق عليه (الحقيقة العرفية) (وهو ما تعارف الناس على إطلاق لفظ على معنى غير معناه اللغوي بحيث يتبادر منه هذا المعنى العرفي عند إطلاقه من دون حاجة إلى قرينة -ثم قال- حتى سمو استعمال اللفظ فيه حقيقة عرفية) (٢) كاستخدامهم

(١) أصول الفقه ، بدران أبو العينين بدران ، ص ٣٢٧

(٢) مصادر الحكم الشرعي ، الشيخ علي كاشف الغطاء ، ج ١ ، ص ١١٨ .

لفظ الولد في الذكر مع انه يشمل الذكر والأنثى كما في قوله تعالى ((يوصيكم الله في أولادكم)) (١) فان الآية دالة على الاستعمال في الذكر والأنثى بخلاف العرف فانه يدل على الذكر فلو ذكر في الوصية مثاله (ان ما أوصيه إلى ولدي الأكبر) فانه يحمل على الولد الأكبر دون الأنثى.

وكذا إطلاق لفظ اللحم على غير السمك مع ان القرآن صرح بأنه لحم قال تعالى : (وهو الذي سخر البحر لتأكلوا منه لحماً طرياً) (٢)

فلو نذر على ان لا يأكل لحماً فأكل سمكاً لم يأت، وذلك لمعرفة الموضوع وتشخيصه يرجع للمعنى المراد من العرف ولا ريب من ان العرف يوجب انعقاد الظهور للفظ في ما يستعمل فيه. وتعارفوا ((أطلاق كثير من الألفاظ في الايمان والنذر على معان خاصة تغاير معانيها اللغوية. كقولهم في الحلف والله لا أضع قدمي في دار فلان، وفي النذر: عليّ المشي الى بيت الله، فأنهم أرادوا بالاول الدخول لا حقيقة وضع القدم والثاني المسجد الحرام لا كل مسجد مع ان المساجد كلها بيوت لله (٣)

كما ان العرف العملي والقولي يتنوع الى نوعين عرف عام وخاص.

النوع الأول العرف العام:

وهو العرف الذي يشترك فيه جميع الناس على اختلاف ازمانهم وبيئاتهم وثقافتهم ومستوياتهم والذي يتعارفه أهل البلد عامتهم وما تعارفه الناس في عصر ومصر قديماً وحديثاً. وينقسم العرف العام الى قسمين (بناء العقلاء) و (سيرة المتشعبة).

(١) سورة النساء ، آية ١١ .

(٢) سورة النحل ، آية ١٤ .

(٣) اصول الفقه الإسلامي ، محمد مصطفى شلبي ، ص ٣٢٦ .

الاول (بناء العقلاء) أو (السيرة العقلانية) : وهو ما شارك بين العقلاء في الفعل أو العمل واعتادوا عليه ويكون هذا الفعل أو العمل متعارفاً بين المسلمين وغيرهم من الملل والديانات الاخر ومثال ذلك (سيرة العقلاء وبنائهم العملي على الرجوع الى اهل الخبرة الموثوق بهم في جميع الامور التي يحتاج في معرفتها إلى خبرة) (١)

الثاني (سيرة المتشرعة) أو (عرف المسلمين): كما يسمى (سيرة المسلمين) و(سيرة المتشرعة) وهو ما تعارفوا واعتادوا عليه المسلمون أو خصوص أهل نحلة خاصة منهم على فعل أو ترك. ومثاله سيرتهم في عقد الفضولي وبيع المعاطاة واستدل على أنه قسم من العرف العام كثير من العلماء يذكر العرف أو يقول السيرة ومن هذه الأقوال ما ذكره آية الله العظمى الشيخ علي كاشف الغطاء عندما تكلم عن العرف فقال (وهو المسمى بالعادة العامة ويسمى بالسيرة مع عدم ردع الشارع عنه) (٢)

النوع الثاني العرف الخاص:

وهو ما تعارف عليه فئه من الناس من فعل أو ترك أو قول كالأعراف التي تسود في بلد أو قطر خاص تطراً بين أرباب مهنة خاصة أو علم أو فن كأهل الأصول واصطلاحاتهم وأهل النحو واصطلاحاتهم.

والعرف العام والخاص يتنوعان الى عرف صحيح وعرف فاسد

فالعرف الصحيح : هو (ما تعارف الناس وليست فيه مخالفة لدليل من الادلة ولا يفوت مصلحة ويجلب مفسدة) (٣) أو (هو ما لا يعارض دليلاً شرعياً ولا يبطل واجباً

(١) أصول الفقه ، المظفر ، ج ٣ ، ص ١٤٢ .

(٢) مصادر الحكم الشرعي والقانون المدني ، الشيخ علي كاشف الغطاء ، ج ١ ، ص ١١٨ .

(٣) أصول الفقه ، بدران أبو العينين بدران ، ص ٣٣٠ .

ولا يحرم محرماً (١) كما تعارف في بعض البلدان بان يبعث الرجل إلى المرأة التي يريد ان يتزوجها شيئاً من الحلي يكون عنواناً تأكيداً عملياً على الموافقة الرجل من المرأة ويسمى هذا بـ(النیشان) ولا يعتبر من المهر إلا أن ينص عليه ، وتعارفهم ان ما يقدمه الخاطب لمخطوبته من حلي وثياب وحلوى يعتبر هدية لا من المهر .

وأما العرف الفاسد : فهو (ما تعارفه الناس وكان مخالفاً لأدلة الشرع) (٢) أو (ما يعارض دليلاً شرعياً ويبطل الواجب أو يحل الحرام) (٣)

كتعارفهم على مشي النساء وراء الجنائز، وخروج النساء متبرجات والسبح في المسبح مع اختلاط النساء بالرجال وانتشار الغناء في الشوارع والبيوت ونرى كثيراً من الأعراف التي اتخذت من الغرب وأثرت في المسلمين من لعب القمار واختلاط النساء بالرجال في الدخول إلى الجامعات والمدارس من دون الالتزام بالحجاب الإسلامي وقد قال بعض الكتّاب المتأخرين ان الجاهلية تعود بعد الإسلام .

نرى أنّ العلماء ذكروا له شروطاً، مع توفرها يصبح العرف حجة ومقبولاً، ومع عدم توفرها لا يكون مقبولاً، وهذه الشروط هي:

١. أن يكون مطرداً أو غالباً

والمقصود من هذا العنوان: أنّ الأمر الذي يتعارف بين الناس، لا بدّ أن يكون معروفاً ومقبولاً عند أغلب الناس.

قال أحمد فهمي في هذا المقام: (...ذلك لأنّ تقرّر العرف بين الناس وتمكّنه في نفوسهم إنّما يتمّ بالغلبة والاطراد...) (٤)

(١) علم أصول الفقه ، عبد الوهاب خلاف ، ص ٩٥ .

(٢) علم أصول الفقه ، عبد الوهاب خلاف ، ص ٩٩ .

(٣) أصول الفقه ، بدران أبو العينين بدران ، ص ٣٣٠ .

(٤) أحمد فهمي، أبو سُنّة، العرف والعادة في رأي الفقهاء، ص ١٠٥ .

٢. أن يكون عاماً

لقد ذكر بعض المحققين والباحثين حول العرف هذا الشرط، بعد ذكره للشرط السابق مباشرة^(١) ولكن من يدقق في هذا الشرط ويجمعه مع ما قبله، يرى بينهما تنافياً واضحاً؛ وذلك لأنّ الشرط المتقدم يُبيّن لنا أنّ الذي يكتفي به العلماء هو كون العرف غالباً وشائعاً، وأنّه قد يتخلف عنه بعض الأفراد من الناس، وهذا الشرط الآخر يتطلب أمراً زائداً وهو عمومية العرف، فما هو الوجه في ذكره بعد الاكتفاء بالاطراد؟

وما يمكن أن يحلّ به هذا التنافي والتهافت بين الشرطين هو أحد أمرين :

أ . ذكر بعض الباحثين أنّ اشتراط العمومية، وعدم الاكتفاء بالغلبة والشياخ هو رأي بعض الفقهاء؛ فإنّ القائلين بحجّة واعتبار العرف، انقسموا في اعتباره إلى من يكتفي بالغلبة، ومن لا يكتفي بذلك، بل يرى أنّه لا بدّ أن يجتمع جميع الناس على الشيء .^(٢)

وهذا الكلام يحلّ لنا المشكلة ويوضّح المراد منه، إلّا أنّه يبقى مجرد دعوى من دون دليل؛ لأنّه لم يذكر أيّ مصدر لمن يظهر منه ذلك أو يصرّح به . أيّ يصرح بعدم الاكتفاء بالشياخ في مسألة العرف

ب . ما نستقيده من كلام أحمد فهمي . حيث إنّهُ نقل مجموعة من العبارات التي ذكرها العلماء في كلامهم عن هذا الشرط، ويستفاد منه أنّهم اشترطوا العموم الذي في مقابل العرف المحصور في بلد خاص، فلا بدّ أن يكون الشيء المتعارف في جميع الأماكن والبلدان، أمّا إذا كان في بلد خاص فليس بحجّة .^(٣)

(١) الحسنی، نذیر، نظریة العرف بین الشریعة والقانون ، ص ٦٨ .

(٢) سلجوقی، نقش عرف در حقوق مدنی ایران: ص ٣٧ . نقلاً بالترجمة .

(٣) أحمد فهمی، أبو سنة ، العرف والعادة عند الفقهاء ، ص ١٠٧ .

٣ . ألا يعارضُ العرفَ تصريحَ بخلافه من قِبَل المتكلم أو المتصرف

كَلَّ كلامٍ وكلَّ تصرفٍ أو ارتكازٍ في العرف، إنَّما يكونُ معتبراً ومقبولاً، ويلزمُ العملُ على وفقه وأساسه، إذا لم يأتِ تصريحٌ من الشخص بإرادة خلافه، أمَّا لو بيَّن المتكلم أو المُنشئُ تصرفاً يريدُ منه خلاف ما هو متعارف، فلا يمكنُ أن نعوَّل على المتعارف، وهذا الأمر واضح.

وقد علَّل الواسعي . في بحثه الفقه والعرف بقوله : (...وذلك لأنَّ دلالة العرف دلالة ظنيَّة وظهورية ، والتصريح بالخلاف متيقن، فيتقدَّم على الظني، ولا ينعقد للكلام ظهور بحسب الفهم العرفي) (١)

٤ . أن يكون العرف موجوداً عند إنشاء التصرف

إنَّ العرف الطارئ والمتأخر على وجود فعل ليس معتمداً عند أغلب العلماء والباحثين، إلاَّ القليل منهم؛ حيث حاول أن يرجعه إلى العرف الصحيح؛ باعتبار أن المعصوم يعلم كلَّ شيء، فإذا لم يُشر إليه ولم يلفت أنظار الناس إلى أنه سوف يحدث هكذا عرف في زمان يأتي وأنه ليس مقبولاً، فهذا يعني أنه يرتضيه . (٢)

طرق اكتشاف المسألة العرفية :

١. كيف يمكننا استكشاف حكم العرف في مورد من الموارد؟ وكيف نعلم عدم حكمه في نفس المورد؟

٢. ما هي الوسيلة لإثبات أن هذا العرف . الذي اكتشفناه . ليس حادثاً ومتأخراً عن زمن المعصوم، بحيث يكون الاستدلال به نافعاً على تقدير عدم الحدوث، ولا يكون نافعاً على فرض حدوثه؟

٣. ما هو موقفنا ممَّن ادَّعى خلاف ما ندَّعيه من نظرة عرفية في مسألة ما؟

(١) الواسعي، الفقه والعرف، عن رسالة دور العرف في الحقوق المدنية لإيران ، ص ٣٥.

(٢) كلباني، عرف أز ديدگاه إمام، مجلة حضور: ص ٥٧ ، نقلا من الترجمة .

١. الأداة الكاشفة عن العرف :

أمّا بالنسبة للأداة الكاشفة عن العرف، فقد ذُكر لها بعض المحاولات في مقام الإجابة عنها وهي كالتالي:

المحاولة الأولى: هي الحصيلة التي تتكون لدى الفقيه والباحث من خلال تواجده في مجتمعه، ومن خلال مخالطته للآخرين طوال عمره بين الناس، من دون التفات وعناية بها.

المحاولة الثانية: إنّ مسألة العرف إنّما تستكشف بواسطة الاستقراء من قبل العالم والباحث حول مسألة معيّنة، لكن يجب أن يكون التقريب حول الأعراف في زمان سابق على وصوله إلى مرحلة الابتلاء؛ قال ابن نجيم: (ولا بد من معرفة الإجماع ومواقعه، ومن معرفة عادات الناس...)^(١)

المحاولة الثالثة: إنّ المسائل العلمية لا بدّ وأن تثبت بطريق مقنع للآخرين؛ لأجل أن تكون النتائج مقبولة ونافعة، وأفضل الطرق المقنعة هي أن يذكر المدّعي لشيء وجوهاً على مدّعه، إمّا على نحو الدليل، وإمّا على نحو المؤيد.

ولا تختلف مسألة العرف عن غيرها في هذا التقريب، فإذا لم يمكن للباحث أن يأتي بدليل، فعليه أن يقيم الوجوه والمؤيدات، التي تثبت لنا أنّ العرف يحكم في هذا المورد.

(١) البحر الرائق، ج ٦، ص ٤٤٦.

٢. وسائل إثبات كون العرف: الذي اكتشفناه ليس حادثاً ومتأخراً تقدّم الكلام في العرف أو مقارنته لإنشاء التصرف، وأنّ بعض العلماء يرى حجّية واعتبار العرف الموجود في عصرنا . بالبيان المتقدم .

أ_ أمّا بالنسبة لإثبات العرف اللفظي، فقد حاول بعض العلماء الاستدلال بالاستصحاب القهقري؛ لأنّنا نتيقّن بالمراد من اللفظ الآن، ونشكّ في كون هذا المعنى العرفي أو أنّه حصل النقل أو التغيير، فنتمسك بأصالة العدم.

ب_ وأمّا في مقام الإجابة عن كيفية إثبات قِدَم العرف العملي الموجود فعلاً، فنستفيد من نفس الطريقة ، في محاولته لإثبات أنّ السيرة العقلانية الموجودة فعلاً لها وقد استفاد من هذه الطريقة والمحاولات بعض الباحثين في مقام الإجابة عن هذا السؤال (١)

(١) الواسعي ، محمد ، جايكاه عرف در فقه ، ص ٥٩ .

المبحث الثالث

نماذج فقهية خلافية

نماذج فقهية خلافية في العرف في مذاهب اخرى :

النموذج الاول : بيع المعاظة :

من المسائل التي بنيت على العرف بيع المعاظة وصورتها ان يدفع المشتري الثمن للبائع ثم يأخذ العين دون ايجاب وقبول لفظاً ، وقد اختلف العلماء في ذلك على آراء .

الرأي الاول : يقول بصحة هذا البيع ، والى هذا ذهب احمد والشافعي والمالكية والحنفية وهو المعمول به عندنا .

يقول صاحب الشرح الكبير : ينعقد البيع بما يدل على الرضا وأن كان بمعاظة بأن المشتري ويدفع للبائع الثمن او يدفع البائع المبيع فيدفع له الآخر ثمنه من غير تكلم ولا اشارة ولو في غير المحقرات (1)

الادلة : استدل هؤلاء على دعواهم بالعرف لان الشارع الحكيم لم يوضح كيفية البيع ولا طريقة الايجاب ولا القبول بترك هذا كله الى العرف فان البيع يكون صحيحا بالمعاظة .

قال ابن قدامة : ولنا ان الله احل البيع ولم يبين كيفيته فوجب الرجوع فيه الى العرف كما رجع اليه في القبض والتفرق ، والمسلمون في اسواقهم وبيعاتهم ، وقال ، لأن الناس يتبايعون في اسواقهم بالمعاظة في كل عصر ولم ينقل انكاره قبل مخالفينا

(1) ابن قدامة ، الشرح الكبير ، ٢ ج ، ص ٣ .

فكان ذلك اجماعا ، وقال : ولان الايجاب والقبول انما يراد للدلالة على التراضي من المساواة والتعاطي قام مقامها واجزاء لعدم التعبد فيه . (١)

النموذج الثاني : حرز الامتعة في الاسواق

كما ذهب الامام احمد بن حنبل قال قدامة : وان كان الثوب بين يديه او غيره من المتاع كبز البزازين ، وقماش الباعة ، وخبز الخبازين بحيث يشاهد وينظر اليه فهو محرز . وان نام او كان غائبا عن موضوع مشاهدته فليس بمحرز وان جعل المتاع حافظ يشاهدها فهي محرزة والا فلا .

وقال : وحرز البقل وقدور الباقلاء ونحوها بالشرائح من القصب او الخشب اذا كان في السوق حارس ، وحرز الخضب والحطب والقصب في الحظائر وتعبئة بعضه على بعض وتقييده بقيد بحيث يعسر اخذ شيء منه على ماجرت به العادة الا ان يكون في فندق مغلق عليه فيكون محرزا وان لم يقيد (٢)

وذهب ابو حنيفة الى ان السارق يقطع ان سرق منها ليلا ولا يقطع ان سرق منها نهارا ، وحجته في ذلك اختلال الحرز في النهار لوجود الاذن بالدخول الى الحوانيت والمتاجر .

قال في الهداية : ولا قطع على من سرق مالا من حمام ، او من بيت اذن في دخوله ، قال : ويدخل في ذلك حوانيت التجار والخانات الا اذا سرق منها ليلا لانها بنيت لاحراز الاموال وانما الاذن يختص بالنهار . (٣)

(١) ابن قدامة ، المغني ، ج ٣ ، ص ٤٨١ .

(٢) ابن قدامة ، المغني ، ج ٩ ، ص ١١١ .

(٣) المرغيناني ، الهداية ، ج ٤ ، ص ٤٢ .

قال ابن الهمام : فأن التاجر يفتح حانوته نهارا في السوق ويأذن الناس في الدخول ليشتروا منه فاذا سرق واحد منه شيئا لا يقطع وكذا الخانات ، وقال : وانما اختل الحرز بالنهار للاذن وهو منتف بالليل .

النموذج الثالث : ما يجزئ في كسوة كفارة اليمين :

اذا حلف شخص ثم حنث فوجب عليه الكفارة واستطاع كسوة المساكين فما الذي يجزئ في هذه الكسوة ؟ لقد اختلف العلماء في ذلك على آراء .

الرأي الاول : يقول بأن الكسوة تتقدر بما تجزئ به الصلاة ولا يجزئ من دون ذلك ، جاء في الموطأ قال مالك : احسن ما سمعت في الذي يكفر عن يمينه بالكسوة ان كسا رجلا ثوبا وان كسا امرأة كساها ثوبين درعا وخمارا وذلك اوفى ما يجزئ كلا في صلاته (١)

وقال ابن قدامة : وتقدر الكسوة بما تجزئ الصلاة فيه كان رجلا فثوب تجزئه الصلاة فيه وان كانت امرأة فدرع وخمار . (٢)

وقد استدل هؤلاء على دعواهم بالمعنى الشرعي ، فأن الكسوة بالمعنى الشرعي : هو ما يستر العورة وتجاوز به الصلاة ، وايضا فانهم قاسوا الكسوة على الطعام ، حيث انه لا يجزئ فيه اقل ما يقع على الاسم بل هو مقدر ، فذلك الكسوة . كما استدلوا كذلك بالعرف لان الذي يلبس ولا يستر عورته يسمى عريانا لا مكسيا وكذلك الذي يلبس السراويل وحده او مئزرا لا يستر عورته يسمى عريانا .

(١) مالك ، الموطأ ، ج ٢ ، ص ٤٨٠ .

(٢) ابن قدامة ، المغني ، ص ٥٤٥ .

الرأي الثاني :

يقول بوجوب ستر جميع البدن ولا تجزئ السراويل ، والى هذا الرأي ذهب ابو حنيفة ، قال في الهداية : ان ادناه ما يستر عامة بدنه حتى لا يجوز السراويل وهو الصحيح (١) .

وقد استدل هؤلاء بالعرف لان العرف جرى على ان ستر جميع البدن يكون كساء وما عداه يكون عريانا .

الرأي الثالث : يقول بانه يجزئ اقل ما يطلق عليه اسم الكسوة ، وقد استدل هؤلاء على دعواهم بان ذلك كله يقع عليه اسم الكسوة ، قال في الام بعد ذكره اقله ما يجزئ لان ذلك كله يقع عليه اسم كسوة ، ولو ان رجلا اراد ان يستتر بما يكفيه في الشتاء او في الصيف او في السفر من الكسوة ولكن لا يجوز الاستدلال عليه بشيء من هذا او اذا اطلقه فهو مطلق . (٢)

وبعد هذه النماذج عند بعض المذاهب فلا خلاف بين الكثير على اعتبار العرف ومكانته في الشريعة الإسلامية، إذا ما تحققت فيه شروط الدالة على اعتبارهم للعرف.

• فعند الأحناف : "التعيين بالعرف كالتعيين بالنص"، و"الثابت بالعرف كالثابت بالنص"، و"تقييد المطلق جائز بالعرف".

• وعند المالكية: "كل ما أطلق لفظه حُمِلَ على عُرفه"، و"الألفاظ تحمل على العوائد"، و"العمل بالعرف أصلٌ من أصول المذهب".

• وعند الشافعية: "ما أطلق ولم يُحدَّ رُجِعَ في ضبطه إلى العرف"، و"ما ليس له حدٌّ شرعًا ولا لغة يُرجع فيه إلى العرف"، و"العادة محكِّمة".

• وعند الحنابلة: "ما لا حدَّ له في الشرع يُردُّ إلى العرف"، و"ما ورد به الشرع مطلقًا رجع فيه إلى العرف". (٣)

(١) المرغيناني ، الهداية ، ج ٤ ، ص ١٨ .

(٢) الشافعي ، الام ، ص ٥٩ .

(٣) العرف عند الأصوليين وأثره في الأحكام الشرعية مصطفى محمد رشدي

الخاتمة

في خاتمة بحثنا لابد لنا ان نذكر اهم ما توصلنا له من نتائج :

١ . العرف والعادة في لسان اهل الشرع لفظان مترادفان معناهما واحد وهو المشهور عند الاصوليين .

٢ . تبين الشريعة الاسلامية ان العرف معتبر كدليل من ادلة الاحكام رعاية لمصالح العباد ووضعت له قواعد .

٣ . ان العرف بذاته ليس بدليل اصلي يوجب ، او يحرم ، ، كالكتاب والسنة بل باعتبار اثره عند النظر في الادلة الشرعية .

٤ . لكي يكون العرف محكما لابد ان تتوفر له شروط اهمها :

أ . الاطراد والغلبة .

ب . عدم معارضته لأمر صرح بخلافه .

ج . عدم مخالفته لدليل شرعي معتبر .

د . ان يكون العرف عاما في المجتمع .

هـ . ان يتحتم العمل بمقتضاه في نظر الناس .

٥ . ان العرف قد يكون مشروعا ، وقد يكون غير مشروع ، وذلك بحسب معرفة اقسام العرف .

المصادر والمراجع

القرآن الكريم :

- سورة الأعراف ، آية ١٩٩ .
- سورة المرسلات ، آية ١ .
- سورة ابراهيم ، الآية ٢٤ .
- سورة النساء ، آية ١١ .
- سورة النحل ، آية ١٤ .
١. ابن قدامة ، المغني ، ابو محمد موفق الدين عبد الله بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي ، الشهير بابن قدامة المقدسي ، طبع مكتبة دار هجر ، القاهرة ، ١٩٨٩ م .
٢. أحمد فهمي، أبو سنة، العرف والعادة في رأي الفقهاء، ص ١٠٥.
٣. أصول الفقه ، بدران أبو العينين بدران .
٤. أصول الفقه ، المظفر ، ج ٣ .
٥. اصول الفقه الإسلامي ، محمد مصطفى شلبي .
٦. تحرير المنقول وتهذيب علم الاصول ، علاء الدين ، المرادوي الدمشقي ، ص ٥٦ .
٧. الحسني، نذير، نظرية العرف بين الشريعة والقانون .
٨. سلجوقي، نقش عرف در حقوق مدني إيران: ص ٣٧.
٩. الشافعي ، الام وبليه مختصر المزني ، محمد بن ادريس الشافعي ، تحقيق : محمد زهري النجار ، مكتبة الكليات الازهرية ، القاهرة ١٣٨١ هـ ، ١٩٦١ م .
١٠. العرف عند الأصوليين وأثره في الأحكام الشرعية ، مصطفى محمد رشدي مفتي ، دار الايمان للطبع والنشر ، ٢٠٠٦ .
١١. علم أصول الفقه ، عبد الوهاب خلاف .
١٢. القاموس المحيط، ج ٣ ، .
١٣. كلباني، عرف أز ديدكاه إمام، مجلة حضور: ص ٥٧ .
١٤. لسان العرب ، ابن منظور ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، ١٩٩٩ .

١٥. مالك ، الموطأ ، مالك بن انس ، رواية يحيى من يحيى الليثي ، تحقيق : الدكتور بشار عواد معروف ، دار الغرب الاسلامي ، الطبعة الثانية ، ١٩٩٧ م . ج ٢ .
١٦. مجمع البيان ، الطبرسي ، المجلد ٦ ، .
١٧. مجمع البيان ، الطبرسي ، مجلد ٣ .
١٨. المرغيناني ، الهداية في شرح بداية المبتدي ، علي بن ابي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني ، ابو الحسن برهان الدين ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، القاهرة ، الطبعة الاخيرة ، ١٩٩٠ م .
١٩. مصادر الحكم الشرعي والقانون المدني ، الشيخ علي كاشف الغطاء ، ج ١ .
٢٠. المفردات، ج ١، .
٢١. مقاييس اللغة ، ابن فارس، ١/٤٠٣ . وكتاب تاج العروس للزبيدي ٧/٢٠٦/٢٠٧ .
٢٢. الواسعي، الفقه والعرف، عن رسالة دور العرف في الحقوق المدنية .