

دراسة موضوعية حول



نظريّة العُرْف

و دورها في عملية الاستنباط

تأليف

خليل رضا المنصوري

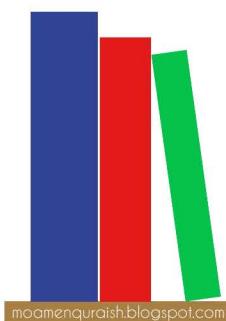


دراسة موضوعية حول

نظريّة العُرْف

و دورها في عملية الاستنباط

خليل رضا المنصوري



مكتبة مؤمن قريش

لـ و وضع إيمان لي طالب في كلية مهندس وإنما هذا الحق
في الكتبة الأخرى ترجمة إيمان
إيمان العاد (ع)

مركز النشر
مكتب الاعلام الاسلامي

نطريه المعرف	اسم الكتاب:
خليل رضا المنصوري	المؤلف:
مركز النشر- مكتب الاعلام الاسلامي	الناشر:
مطبعة مكتب الاعلام الاسلامي	طبع على مطابع:
١٤١٣ هـ.ق	تاريخ الطبع:
٢٠٠٠ نسخة	طبع منه:

- جميع الحقوق محفوظة للناشر -

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الإِهْدَاءُ:

أَقْدَمْ مَجْهُودِي إِلَيْكُ يَا وَصِيِّ الْمُصْطَفَى عَلَى
الْمَرْتَضَى يَا سَيفَ اللَّهِ الظَّاهِرِ وَكَلَامَ اللَّهِ الْقَاهِرِ إِلَيْكُ يَا
فَارُوقَ الْأُمَّةِ وَيَا قَاسِمَ النَّارِ وَالْجَنَّةِ وَيَا حَافِظَ السُّنَّةِ وَ
إِلَيْكُمْ يَا عَتَرَةَ رَسُولِ اللَّهِ الطَّاهِرِ وَيَا نَوَامِيسِ الْحَقِيقَةِ وَيَا
مَبَيِّنِينَ الشَّرِيعَةِ وَرَجَائِي الْقَبُولِ وَالشَّفَاعَةِ فِي يَوْمٍ
لَا يُرْجَى إِلَّا شَفَاعَتُكُمْ.

خَلِيلُ رَضَا الْمُنْصُورِي
١٤١٣ رَبِيعُ الْمَوْلُودِ

الدرباجة :

لا ريب أن كل حضارة قامت على أساس الثقافة ، وهي أساس لكل عملية التغيير الشامل ، وبل إصلاح الأمة والبلد لا يمر إلا عبر إصلاح الثقافة ، فالثقافة إذن مبداء أساس . ثم لا شك أيضاً أن كل حضارة تحتاج إلى قوانين وأحكام ، وضعية أم شرعية إلهية لأن الحضارة لا تقوم ولا تبقى إلا بوجود ما يحفظها عن الفوضوية والاضطهاد والظلم والجور ، وإلا تضمحل وتنعدم بسرعة فائقة ، فلاتبقى عنها وجود ولا أثر ، لأن الحضارة تحتاج في قيامها وبقائها إلى وضع كل شيء في موضعه المسمى بالعدل والإنصاف ؛ و العدل يقوم على أساس قوانين وأحكام ، وضعية كانت أو شرعية كما مر . وهي أيضاً تحتاج إلى مصادر للتشريع ، للحيلولة دون الواقع في الفوضوية من حيث التشريع . وأهم هذه المصادر في القوانين الوضعية هو العرف ، وفي الإلهية الكتاب والسنة وغيرهما ، على ما سيأتي إن شاء الله تعالى .

و لأجل تحديد هذه المصادر و مدى نطاقها و غيرهما حصل في علم التقني و التشريع علم يسمى بعلم أصول الفقه و التشريع ، مهمته تحديد المصادر و تعينها ، و بيان حجيتها و

و لكي يكون المشرعون و المقتنون محدودين في النطاق الذي يرسم الأصول بحيث لا يسوع لهم الخروج عن ذلك الحزام بل هو في الحقيقة حزام أمني . و فرض أمر بيان و تحديد هذه المصادر في التشريع الإسلامي إلى علم أصول الفقه و إلى الأصوليين .

و حين ما يرى آخرون أن الفقه الإسلامي و التشريع الإسلامي غير كافٍ لحفظ المجتمع و أمنه و سلامته نظامه الاجتماعي ، وجدت نفسى مضطراً حيث رأيت بعضاً من المتغربة يطرح البديل كما وقع في ثورة الدستور ، متشبثاً بعدم شمولية التشريع الإسلامي بالحوادث و المستجدات و أن القوانين الإسلامية بل حتى مصادر التشريع فيه غير محددة بعد .

فإذن وجدت نفسى قبال المسائل التي لازالت موضوعاتها لم تلق الاهتمام من قبل الأوساط العلمية و المفكرين و المتخصصين في الدراسات الفكر الإسلامية قياساً بالموضوعات الأخرى التي خصص لها عدد كبير من الدراسات و البحوث العلمية و من تلك المسائل موضوع العرف الذي هو من أهم مصادر التشريع الوضعي لا سيما بالإنجليز . فعلى أساس ذلك أريد أن أقول : أن موضوع العرف و دوره في العملية ، فيرأى من أهم مواضيع الساعة لأنّه من أهم مصادر التشريع الوضعي بل لأنّه من الموضوعات التي تناقض في الشارع العام حيث يرى بعض : أن العرف يتغير في كل عصر فليجب أن تغير التشريع الإسلامي ليواكب تلك التغيرات و المستجدات ، لا سيما أن المصارف يتعاملون في المجتمع على أساس الربا ... وأن البناء الحضاري لا يقوم إلا بالربا و الغناء ... وهو يرى : أن الثورة التكنولوجية التي شهدتها العالم المعاصر منذ أواخر القرن التاسع عشر واستمرارها بوتائر متتصاعدة نحو مزيد من التقدم والإبداع العلمي و التقني لتشمل أبعاداً أوسع من الحياة الإنسانية ، لا يلائم مع الأحكام الجامدة التي تكون عائقاً أمام الحضارة و التقدّم ، فليجب اتباع القوانين الوضعية القائمة على أساس العرف المتغير بتغير العصر و التكنولوجيا ، تبعاً لأروبا التي بعد أن تحررت من سيطرة الكنيسة المتحجرة في أفكارها و رؤيتها و عزلت سلطاتها الروحية و الدينية عن سلطاتها الزمنية المطلقة التي كانت تتمتع بها و تمكنت بعض دولها منذ أواسط القرن الخامس عشر الميلادي من إحداث ثورة علمية

و صناعية كبرى و تحقيق نجاحات باهرة ممتدة إلى يومنا هذا . و ذلك بعد أن أعطى الأوربيون كل ثقفهم بالعلم والحضارة ، و اعتبروا أن الدين هو السبب في إيجاد العصور المظلمة التي عاشوا خلالها . فعلينا أن نجعلهم الأسوة ، و نرفض الدين و التشريع الإسلامي العائق أمام كل تقدم و تطور [على زعيمهم] . و أنت ترى أن التشريع الإسلامي الذي جاء به خالق الفطرة والكون لجدير به أن يكون أولى بمصلحة المخلوقين ، حيث لم تتدخل هناك نزعات قومية أو عنصرية أو تقاليد وراثية أو رواسب عقائدية أو عادات إقليمية أو ميل سياسية أو تحريف مناهج القوانين حسب البيئة و المحيط الذي يوجه بأفكارهم إلى منعطفات قد يميل عنها غيرهم أو ما فيها من تمييز عنصري ... إلى غيرها من تأثيرات خارجية لم تزل ولا تزال لعبت أدواراً هامةً في سن القوانين الوضعية و في تعين اتجاه التقنيات الوضعية البشرية مهما زعمت تبردها من رواسب عقائدية أو بعدها من تأثيرات خارجية .

فإذن على الباحثين كما يقول الإمام الخميني (ره) : أن يطرحوا رؤية أصلية للإسلام و التشريع الإسلامي و مصادره لتكون بدليلاً عن الرؤية المشبوهة التي طرحها الآخرون في أماكن أخرى من العالم الإسلامي - أو العالم - و التي تسبيت في آثار سيئة انعكست على سمعة الإسلام و واقعه في العالم من حيث التشريع أو غيره .

و حيث نرى بأن الضرورة تشتد في الوقت الحاضر أكثر من أي وقت مضى بالنظر إلى قيام التجربة الإسلامية الحاضرة التي تحتاج إلى تبيان أصول التشريع الإسلامي قبل القوانين الوضعية المستوردة من خارج العالم الإسلامي و حضارتها الرقيقة لا سيما بعد الغزو الثقافي و خطورته على أمن المجتمع الإسلامي و دولته المباركة و مستقبل الإسلام ، أضف إلى ذلك ضرورة بلورة نظرية إسلامية متكاملة في الفكر الإسلامي و التشريع الإسلامي . و حين ما لا يتفق مشرعوا القوانين والأحكام وبعبارة أصح - الفقهاء والمجتهدون -

على مفهوم محدد لبعض العناوين كالعرف وكذا في دوره في التشريع الإسلامي وعملية استبطاط الأحكام الشرعية الإلهية .

و حين أنهم اختلفوا في مصادر التشريع والاستبطاط ، وإن عرفة و حدّده بعض بتعاريف ، لكنها غير مضبوطة و مشوّشة ، نرى أن على متفكري الإسلام و فقهائه الاهتمام بذلك لكيلا نقع في فاجعة التبعية و لكيلا يحصل فراغ في التشريع و يطرح البديل عنه فوراً .

ثم هدم الثقافة الوضعية وكذلك التشريع الوضعي لا يحصل إلا أن يكون هنا بديل عنهمما بدليلاً شاملأً كاماً .

و هذا لا يمكن إلا أن نختار ثُبَّاً ليحيوا في الموضوعات كلها و يدرسوا دراسات خاصة موضوعية تعالج فيها العناوين و الموضوعات المطروحة قدِيمَةً جديداً و إن دُرِست كثيراً ولكنها غير وافية ولا شاملة بجميع شؤون الموضوع وأبعاده بل تلك البحوث لم تكن بالمستوى الذي يخدم الأغراض في الواقع الحضاري ، فلذَا انتقد الإمام الخميني (ره) تلك الأسلوب التي كانت تمارس في الحوزات العلمية حيث يقول في معرض نقده عن واقع الحوزوي :

هذه حال الحياة الدينية نتيجةً للحياة الثقافية : جمود على القديم و كتب صُفر يتداولها الطلاب ، و متون كثيرةً ما يحفظونها من غير فهم و حواشٍ و شروح و تقريرات و تعليقات تزيد في اضطراب عقول الطلاب هذا إذا وصلوا إليها . و تقليد أعمى غلت معه العقول ... أصف إلى هذا كله أن بحوث الفقه نفسها لم تكن بالمستوى الذي يخدم أغراض الشريعة كما أراده الأئمة (ع) من الفقهاء فترى مثلًا مناقشات طويلة حول مواضيع تافهة لا تقدم ولا تؤخر في جلاء مهمة الدين و في تقدم المجتمع الإسلامي .

وفي موضع آخر : على الحوزات العلمية أن تنسجم مع احتياجات العالم اليوم عبر

تحول أساس فيها و توجيهه براجحها نحو التجديد و أن تسد الطريق تماماً أمام أي انحراف أو تركيب هجين من خلال الدقة العلمية الالزمة وبالتركيز على الأصول والأسس الفقهية^(١). و على أساس ذلك يكاد الحديث عن هذا الموضوع يعد من أجل الحديث و الدراسة فأرجو من أصحاب الاختصاص والمسؤولية أن يجعلوا للموضوع اهتماماً أكثر من قبل .

و الآن ما يهمنا في هذه الدراسة المتواضعة عنوان من العناوين التي يجب أن يبحث عنها في دراسات موضوعية خاصة ليسهب جميع شؤونات العنوان و مسائله و هو عنوان العرف بجميع أقسامه و أمثل من الله تعالى أن يكون دراسة شاملة لكي يجعل العنوان في الكتب الأصولية في المتن دون الهامش ، و يبحث عنه ذيل عنوانه لا مستطرداً في الأبواب الأخرى و لكيلا يعامل معه كأنه خارج عن العلم و لكيلا يجعل المستدل ببعض الأعراف كعرف العلاء أو عرف المتشرعة ... خارج الدائرة لا سيما نحن بحاجة ماسة منه في تحديد الناء والملك العرفي و آلات القمار كالشطرنج - التي قيل إنها في عرفة اليوم تعد رياضة فكرية لا آلية من آلات القمار فالنهي الوارد فيها لا يشمل لتغيير العنوان عند العرف من حيث كونها آلة القمار ..

و أحب أن أسمى هذه الدراسة المتواضعة بـ « نظرية العرف و دورها في عملية الاستبطاط » و نأمل أن يكون خطوة مؤثرة في سبيل رفع النقائص الموجدة و حيث إن المرء لا يخلو من الخطاء و النسيان فالمرجو من نظر فيها أن ينظر بنظر الإنصاف و الإغماض ، وأن ينال عنابة ولـي العصر عجل الله فرجـه الشـريف و من الله تعالى أـستـمد و عليه التـكـلـان و آخر دعـوـاناـ أنـ الحـمـدـ للـهـ ربـ الـعـالـمـينـ .

المدخل

و فيه أبواب في بيان بعض المصطلحات

الباب الأول وفيه فصول :

- ١ - تعريف علم أصول الفقه
- ٢ - بيان ظهور العلم و تطوره
- ٣ - الحكم
- ٤ - موضوع العلم
- ٥ - الاستنباط
- ٦ - مباحث العلم
- ٧ - اقسام الألفاظ
- ٨ - العلم العادي

قبل الخوض في الموضوع هنا عناوين يجب علينا التعرض إليها و تبيينها ، لأن لكل علم ثقافة خاصة و مصطلحات كذلك ، لكي لانقع في الخطأ و الاشتباه لأن كثيراً من الأقدام زلت عند تشابه اللفظ و لبس المعنى المراد و للحيلولة دون الوقوع في ذلك نجعل في المدخل قاموساً خاصاً للتبيين والشريح للمصطلحات الخاصة تمهدأ للموقف ها هو ذا :

الأول : علم أصول الفقه

التمهيد :

حق على كل من حاول تحصيل علم من العلوم ، أن يتصور معناه أولاً بالحد أو الرسم ليكون على بصيرة فيما يطلب ، وأن يعرف موضوعه تميزاً له عن غيره وما هو الغاية المقصودة من تحصيله حتى لا يكون سعيه عبثاً ، وما عنده البحث فيه من الأحوال التي هي مسائله لقصور طلبها و ما منه استمداده لصحة إسناده عند روم تحقيقه إليه و أن يتصور مباديه التي لابد من سبق معرفتها فيه لإمكان البناء عليه . وأنا مفهوم أصول الفقه فهر قول مؤلف من مضاد ، هو الأصول و مضاد اليه ، وهو الفقه ، ولن تعرف المضاد قبل معرفة المضاد إليه ، فلا جرم أنه يجب تعريف الفقه أولاً ثم معنى الأصول ثانياً . أما الفقه

ففي اللغة عبارة من الغيم و منه قوله تعالى : ﴿مَا نَفِقْهُ كَثِيرًا مِمَّا تَقُولُ﴾^(١) أي : لأنهم ، و قوله تعالى : ﴿وَلَكِنْ لَا تَنْفَهُونَ تَسْيِحُهُم﴾^(٢) أي : لا تفهمون ، و تقول العرب : فقهت كلامك أي فهسته . و قيل هو العلم ، والأشبه أن الفهم مغاير للعلم ، اذ الفهم عبارة عن جودة الذهن من جهة تهيئته لاقتراض كل ما يرد عليه من المطالب وإن لم يكن المتصل به عالماً كـ العادي المنطقي وعلى هذا فكل عالم فهم ، وليس كل فهم عالماً ؛ وفي عرف المترشعين اللهمة مخصوص بالعلم الحاصل من الأحكام الشرعية الفروعية بالنظر والاستدلال كما عن الإعربي^(٣) .

و قال الشيخ المفلقر (ره) في تحديد علم أصول الفقه : إنه علم يبحث فيه عن قواعد تقع نتيجتها في طرق استنباط الحكم الشرعي . و قال ابن نجيم : أصول الفقه العلم بالقواعد التي يتوصل بها إلى استنباط الأحكام الشرعية العملية الفرعية عن أداتها التفصيلية^(٤) .

الثاني : تاريخ ظهوره و تطوره

من الأمور التي تكون من معلومات مدرسة الاجتهد الذي هو فرع العلوم الحقوقية الإسلامية هو علم الأصول أو أصول الفقه و لما يعلم من الذي أبدعه ؟ و إن قيل إنه أبو حنيفة كما عن ابن قيم . و لا ريب أن العلم فيبدو وجوده كان مع علم الكلام و من فروع مسائله و لعل مسألة الجبر والاختيار التي تبحث عنها في العلم بُعد من آثار ذلك

(١) هود : ٩١ .

(٢) الإسراء : ٤٤ .

(٣) الأحكام في أصول الأحكام ص ٧ .

(٤) الرسائل لابن نجيم .

العصر.

ثم في مسيرة تطوره دخل فيه مباحث الألفاظ التي هي تشكّل الآن نصف مباحث العلم لبيان المراد والتفسير اللغوي لهذه الأحكام الشرعية.

ولايغفل : أن العلم وقع في غير مجرى عند ما ورد أو أورد بعض الأصولين المتكلّفة مباحث الفلسفة والحكمة فيه وجعله شاغراً عن القواعد الحقوقية وما يحتاج الناس إليه في معاشرهم ، وجرّده عن مصالح الحياة مع أنَّ علم أصول الأحكام والحقوق في الحقيقة علم الحياة . و مما جعل العلم في غير مجرى الصحيح في رأيي هو الإفراط في مباحث الألفاظ فعلينا أن نعالج هذه التواقص و نجعل العلم في طريقه الواقعي لتبيّن ما يفيدهنا في حياتنا الواقعية .

الثالث: الحكم

إن الحكم الشرعي على ضربين : واقعي وظاهري ، قال الشیخ المجدد المظفر (ره) : إن ثم مباحث الأصول ، منها ما يتکفل للبحث عما تقع نتيجته في طرق الحكم الواقعي ، و هو أن الحكم يكون ثابتاً لشيء ، بما هو في نفسه فعل من الأفعال كوجوب الصلاة لأن الوجوب ثابت للصلة بما هي صلاة في نفسها و فعل من الأفعال فالدليل الدال عليه اجتهادي .

و منها ما يقع في طرق الحكم الظاهري وهو الحكم الذي يكون ثابتاً لشيء بما أنه مجهول حكمه الواقعي ، كما إذا اختلف الفقهاء في وجوب إقامة الصلاة فعند عدم قيام الدليل على أحد الأقوال لدى الفقيه يشك في الحكم الواقعي الأولى المختلف فيه وأجل الآيقى في مقام العمل متحيراً ، لابد له من وجود حكم آخر ولو كان عقلياً كوجوب الاحتياط أو البرانة ، وهذا هو الحكم الثانوي أي الحكم الظاهري ، فالدليل الدال عليه

الدليل الفقاهي أو الأصل العلمي .

الرابع : موضوع العلم

لا شك : أن لكل علم موضوعاً يبحث فيه عن الأحوال والأعراض الذاتية وموضوع العلم الذي يهمنا هو كل ما له دخل في عملية استنباط الحكم الشرعي .

الخامس : الاستنباط

الاستنباط وهو مأخوذ من أبسطت الماء ، وهو إخراجه من الأرض والتراب والأحجار وغيرها ، فالاستنباط هو استخراج الحكم من لفظ و من الأدلة .

السادس : مباحث العلم

مباحث العلم قد قسم الشيخ المظفر (ره) تبعاً لأستاذة إلى أربعة أقسام :

١ - مباحث الألفاظ وهي تبحث عن مداريل الألفاظ والظواهر من جهة عامة نظير البحث عن ظهور صيغة إ فعل في الوجوب .

٢ - المباحث العقلية : وهي ما تبحث عن لوازم الأحكام في أنفسها ولو لم تكن تلك الأحكام مدلولة للفظ كالبحث عن الملازمة بين حكم العقل و حكم الشرع .

٣ - مباحث الحجة وهي ما يبحث فيها عن الحجية والدلائل كحجية خبر الواحد .

٤ - مباحث الأصول العملية وهي تبحث عن مرجع المجتهد عند فقدان الدليل الاجتهادي كالبحث عن أصل البرائة والاحتياط والاستصحاب والتخيير . ولا ريب أن مباحث التعادل والتراجيع تقع في ضمن مباحث الحجة .

السادس : أقسام الألفاظ

الألفاظ في اصطلاح الأصوليين تدور بين حقائق لغوية ، وحقائق شرعية ؛ وللغوية تنقسم إلى وضعية ، وعرفية .

والوضعية : هي اللفظ المستعمل فيما وضع له أولاً في اللغة .

والعرفية : هي اللفظ المستعمل فيما وضع له بُرْف الاستعمال اللغوي وهي قسمان :

الأول : أن يكون الإِسْم قد وضع لمعنى عام ثم يخصص بُرْف استعمال أهل اللغة ببعض مسمياته كاختصاص الذابة بذوات الأربع .

الثاني : أن يكون الإِسْم في أصل اللغة بمعنى ثم يشتهر في عُرف استعمالهم بالمجاز الخارج عن الموضوع الخارجي كالغائط الذي اصله في اللغة الموضوع المطمئن من الأرض وقد اشتهر في عُرفهم بالخارج المستعذر من الإنسان ، وكالاصطلاحات عند كل فريق من العلماء كاصطلاح الفقهاء والنحاة والحكماء .

وأما الحقيقة الشرعية فهي استعمال اللفظ من قبل الشارع بمعنى معين يتبناه في الشرع كلفظ الصلاة والصوم والحج و الجهاد .

الثامن : العلم العادي

ومن المصطلحات التي يجب على الباحث في الفن ، أن يعلم هو العلم العادي أو العلمي وما ينبغي التنبية عليه في هذا الصدد ، أن يعلم أن المعتبر في العلم ليس إلا اليقين والعلم القطعي ، لأنَّه حجَّةٌ بنفْسِهِ نَعَمْ اعتبر الأصوليون من الحجة كلَّ ظنِّ أمضاه الشارع وإن لم يبلغ درجة القطع . و المراد من الظن المعتبر والأمراء كذلك هو الظن الاطمئناني ، فالرجوع إلى الظن الاطمئناني الساكن به النفس المطلق عليه العلم عرفاً ولو تسامحاً مما

سُوْغَه الشَّارِع . و شَدَّد عَلَى اعتبار هَذَا الْعِلْم الْأَشْتِيَانِي وَغَيْرِه مِنَ الْعُلَمَاء فِي الْفَوَائِد الْمُدْنِيَّة : إِنَّ الْمُعْتَبِر مِنَ الْيَقِينِ فِي الْبَابَيْن مَا يَشْمَلُ الْيَقِينَ الْعَادِي فَلَا يَتَعَيَّنُ تَحْصِيلُ مَا هُو أَقْوَى مِنْ أَفْرَادِ الْيَقِين ، وَبَابُ الْيَقِينِ الْعَادِي بَابٌ وَاسِعٌ^(١) .

وَمِنَ النَّرَاقِي : أَنَّ الْعِلْم الَّذِي هُوَ الْحَجَّةُ فِي الشَّرْعِيَّاتِ هُوَ الْعِلْمُ الْعَادِي وَهُوَ الَّذِي لَمْ يَلْتَفِتْ أَهْلُ الْعُرْفِ وَمُعْظَمُ النَّاسِ إِلَى احْتِمَالِ خَلَافَه وَلَمْ يَعْتَبِرُوهُ فِي مَطَالِبِهِم ... لَا مَا لَمْ يَحْتَمِلْ خَلَافَهُ أَصْلًا أَوْ لَمْ يَجُوزُ الْعُقْلُ أَوْ عَدَّ خَلَافَهُ مَحَالًا عَقْلِيًّا^(٢) .

فَلَذَا صَارَ فِي لِسَانِ الْأَصْوَلِيِّينَ وَالْفَقَهَاءِ ضَرْبُ الْمُثَلِّ قَوْلُهُمْ : عَدَمُ الدَّلِيلِ دَلِيلُ الْعَدَمِ فِيمَا يَعْمَلُ بِهِ الْبَلُوئِي . فَالشَّارِعُ أَمْضَى الْعِلْمُ الْعَادِي وَالدَّلِيلُ الْعَلَمِيُّ أَيِّ الْأَمَارَاتِ الظَّنِيَّةِ الْمُعْتَبَرَةِ الَّتِي يَحْصُلُ بِهَا الْاطْمَئْنَانُ وَسُكُونُ النَّفْسِ ، وَإِنْ كَانَ الْأَصْلُ يَقْتَضِي حِرْمَةَ التَّعْبُدِ بِكُلِّ أَمَارَةٍ لَمْ يَعْلَمْ التَّعْبُدَ بِهَا مِنْ قَبْلِ الشَّارِعِ وَلَكِنْ نَحْنُ نَجْدُ اعْتَبَارَ الشَّارِعِ بَعْضَ الْأَمَارَاتِ وَنَعْلَمُ بِهِ فِيمَا لَمْ يَرْدِعْ عَنِ الْعَمَلِ بِهِ وَكَانَ لَهُ أَنْ يَرْدِعْ .

(١) الفوائد للاسترآبادي ص ٤٩.

(٢) عوائد الأيام للنراقي ص ١٥٣.

الباب الثاني

و فيه فصول

- ١ - الاجتهاد و الرأي
- ٢ - ظهور الاجتهاد و الرأي و تطوره
- ٣ - بطلان الاجتهاد و الرأي

الأول: الاجتهد

و له معنيان: العام والخاص

أما الأول : فالاجتهد في الاصطلاح هو تحصيل الحجة على الأحكام الشرعية الفرعية عن ملكرة واستعداد.

قال الدھلوی : الاجتهد هو استفراغ الوسع لإدراك الأحكام الفرعية الشرعية و استبطاطها عن أدلة تفصيلية .

وقيل : هو ملكرة تقدر المفتى والمجتهد بها أن تضم الصغيرات بالكبريات ليُتَّسج حكماً شرعاً فرعياً .

قال محمد الخضري : الاجتهد هو استفراغ الوسع في طلب العلم بالأحكام الشرعية^(١) .

ورأى الآمدي : هو إعمال جميع ما بُوسعه في طلب الفتن بالأحكام الشرعية^(٢) و أنت ترى أن العلم العادي والظن لا يغنى عن الحق شيئاً بل يجب أن يقطع بالحكم وإن كان الطريق إلى الحكم ظنناً وعلماء عادياً .

(١) محمد الخضري أصول الفقه ص ٣٥٧ .

(٢) الإحکام في أصول الأحكام للآمدي .

الثاني : فهو الاجتهد الخاص : فالاجتهد في مفهومه الخاص في رأي الشافعى يترافق معنى القياس^(١).

وقد يطلق الاجتهد ويراد به الاستحسان والرأي والاستنباط والقياس .

يقول مصطفى عبد الرزاق : الرأي عبارة عن الاستناد والتعويل على رأي في استنباط الأحكام الشرعية وهو المراد من القياس والاجتهد بل يترافق معنى الاستحسان والاستنباط^(٢) .

فعلى هذا يكون القياس والاستحسان والمصالح المرسلة وسدا الذرائع ونظائرها من قبيل مصاديق هذا المفهوم وهذا هو المراد بالاجتهد الذي يكون في مقابل النص .

الثاني : تاريخ ظهور وتطوره

قد تكون في عصر الإمام الصادق (ع) - وإن كان ذلك من قبل أيضاً - تيار قوي يعتمدون أصحاب هذا التيار على الرأي والاجتهد ، وأساس هذا التيار هو ربعة الرأي و أبو حنيفة ، وربعة كما يظهر من تسميتها بربعة الرأي أنه كان يُصرّ على اجتهد و الرأي ، وأنكر الإمامية وعلى رأسهم الإمام الصادق (ع) هذا التيار الذي أفسد كثيراً من القواعد الإسلامية وانتفض على ضد هذا التيار الإمام أحمد بن حنبل ورفض وشجب هذا التيار الفكري المضلّل الضالّ والمضلّ . وتابع من الجمهور والمدرسة السنّية ، الظاهريّة رفض الرأي والاجتهد بشدة و حرارة وهم في الحقيقة تابعوا الإمام الصادق (ع)^(٣) .

(١) رسالة الشافعى ص ٤٧٧ .

(٢) تمهيد التاريخ الفلسفية الإسلامية ص ١٣٨ .

(٣) قال على (ع) : ضل علم ابن شبرمة : عندنا الجامعة بإملاء رسول الله و خط على بيده ، إن الجامعة لم تدع لأحد كلاماً ، فيها علم الحلال والحرام . إن أصحاب القياس طلبوا العلم بالقياس =

و نهى الصادق (ع) كما رواه ابن حزم في كتاب إبطال القياس^١ عن القياس و الرأي كما يظهر من قوله (ع) : سمعنا ورأينا وها هو ذا: إِنَّ اللَّهَ وَلَا تَقْسِ فِيَنْقَفْ غَدَّاً بَيْنَ يَدِيَ اللَّهِ فَنَقُولُ: قَالَ اللَّهُ وَقَالَ رَسُولُهُ، وَتَقُولُ أَنْتُ وَأَصْحَابُكَ: سَمِعْنَا وَرَأَيْنَا.

قال الشيخ المظفر: إن الأحكام و ملائكتها لا يستقل العقل بإدراكها ابتداءً أي ليس من الممكن للعقل أن تناهها ابتداءً من دون السماع من مبلغ الأحكام إلا بالملازمة العقلية و شأنها في ذلك شأن جميع المجموعات كاللغات والإشارات و العلامات و نحوها فإنه لا معنى للقول بأنها تعلم من طريق عقلي مجرد ، سواء كان طريق بدبيهي أم نظري .

ولو صلح للعقل هذا الأمر لما كان حاجة لبعثة الرسل و نصب الأئمة اذ يكون حينئذ كل ذي عقل متمكنًا بنفسه من معرفة أحكام الله تعالى ويصبح كل مجتهد نبياً أو إماماً و من هنا تعرف السر من إصرار أصحاب الرأي على قولهما بأن كل مجتهد مصيب كما رأى الغزالي .

في معنى الرأي لغة واصطلاحاً

و الرأي في الأصل و صدر رأى الشيء يراه رأياً ثم غالب استعماله على المرئي نفسه من باب استعمال المصدر في المفعول كالهوى ... و العرب تفرق بين مصادر فعل الرؤية بحسب مجالها فيقول رأى كذا في النوم و رأاه في اليقظة رؤية و رأى كذا - لما يعلم بالقلب و لا يرى بالعين - رأيا و لكنهم خصوه بما يراه القلب بعد فكر و تأمل و طلب

= فلم يزدادوا من الحق إلا بعدها ، و دين الله لا يصاد بالقياس (الوافي - جزء الأول ج ١ ص ٥٨ -).

الوسائل الشيعة ج ١٨ أبواب صفات القاضي باب ٦ / ٧ / ٩ / ١٠ .

(١) انظر إليه ص ٧١ .

لمعرفة وجوب الصواب مما تعارض فيه الأمارات ، أنه رأي^(١) .

و عرف الرأي في قوانين الأصول بأنه وجдан الحق والصواب بالفکر والاجتهاد في كل مورد اختلف العلماء ولا يعلم أحوال الواقعه^(٢) .

و الرأي قد يطلق على القياس الذي هو متاخر عن زماناً و يعدهما بعضهم منهم الإمام محمد أبو سهل السرخسي واحداً^(٣) .

و قد يراد منه ثالثة رأي العلماء واستشاراتهم في مورد و رابعة الرأي الشخصي و خامسة الاستنباط من النصوص ولو كان بنتقح المناط القطعي . و عرف مصطفى عبد الرزاق : الرأي عبارة عن التعويل على فكر و رأي في استنباط الأحكام الشرعية وهو المراد من القياس والاجتهاد بل يتراويف معنى الاستحسان والاستنباط^(٤) .

حکی ابن حزم عن عمر أنه قال : إیا کم وأصحاب الرأي فإنهم أعداء السنن أعيتهم الأحاديث أن يحفظوها فقالوا بالرأي فضلوا وأضلوا^(٥) .

و كان يقول سحنون سعيد : ما أدری ما هذا الرأي ؟ سفكت به الدماء واستحلت به الفروج واستحققت به الحقوق . غير أنا رأينا رجلاً صالحًا فقلدناه^(٦) .

وروى ابن حزم عن على (ع) : أنه قال : أجمعوا له العالمين . فاجعلوا شورى بينكم

(١) إعلام الموقعين ص ٢٣ لابن حزم .

(٢) ج ٢ ص ٧٢ - اعلام الموقعين ج ١ ص ٧٨ .

(٣) المبسوط للسرخسي ص ٦٨ ج ١٦ .

(٤) تمہید لتأریخ الفلسفة الإسلامية ص ١٣٨ .

(٥) الأحكام ج ٢ ص ٧٧٩ .

(٦) نفس المصدر ج ٢ ص ٧٨٨ .

ولاتقضوا فيه برأي واحد^(١).

وليس من الغريب أن يخالف هذا النصوص من لا علم له بالكتاب ولو حرفاً ولا من السنة ولو حكمة حيث قال : علمنا رأينا ، وهذا أفضل شيء وجدناه ونقبل غيره لو أتى بأفضل منه^(٢) . ومن الرأي الاستحسان^(٣) .

والحاصل العمل بالرأي والاستحسان والمصالح المرسلة وغيرها ليس من الاستبطاط الذي فوّض إلى الفقيه بل يكون نوعاً من التشريع المحرم والبدعة المحرمة كما لا يخفى . فليس هذه العناوين من أصول الفقه لأن ما احتجوا في الاستحسان بقول يجري على ألسنتهم وهو : ما رأاه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن لأن علمه ليسنده إلى رسول الله من وجه أصلًا ، لأنه مما لا شك فيه أنه لا يوجد البينة في سند صحيح كما قال ابن حزم في الإحکام وأكّد على أنه إنما نعرفه عن ابن مسعود كما حدثنا المصلب التعميمي ... قال أبو محمد : و هذا لو أتى من وجه صحيح لما كان لهم فيه متعلق لأنه إنما يكون إثبات إجماع المسلمين فقط لأنه لم يقل ما رأاه بعض المسلمين حسناً فهو حسن وإنما فيه ما رأاه المسلمون فهذا هو الإجماع الذي لا يجوز لأحد خلافه لو تيقن و ليس ما رأاه بعض المسلمين بالأولى بالاتّباع من غيرهم من المسلمين ولو كان ذلك لكتّاباً مأمورين بالشيء و ضده وبفعل شيء وتركه معاً وهذا محال لا سبيل إليه ... وآيات نهي النفس عن الهوى : ﴿إِنَّ النَّفْسَ لَأَمَارَةٌ بِالسُّوءِ﴾^(٤) ، ﴿تَلِّ أَتَّبِعَ الَّذِينَ ظَلَمُوا أَهْوَاءَهُمْ﴾^(٥) ، ﴿وَ

(١) نفس المصدر ج ٢ ص ٧٦٦.

(٢) إعلام الموقعين ج ١ ص ٧٩.

(٣) الإعلام ج ١ ص ٧٣ - الحفني ج ٦ ص ٢٨١.

(٤) يوسف : ٥٣.

(٥) الروم : ٢٩.

مَنْ أَضَلُّ مِمَّنْ أَتَيَهُ حَوَاهُ^(١) إبطالُ أَنْ يَتَّبِعَ أَجَدُ ما استحسن بغير برهان من نص أو إجماع^(٢).

و قال في موضع آخر بعد نقله ما رواه محمد بن عبيد الله الثقفي وهو أبو عون من بعث رسول الله (ص) معاذًا إلى اليمين حيث قال معاذ: أَفَمِنْ الْحَقِّ جَهْدِي : فلِمْ يَذْكُرْ اجْتِهَادَ رَأْيِ أَصْلًا ، وَ قَوْلِهِ أَفَمِنْ الْحَقِّ هُوَ طَلْبِهِ لِلْحَقِّ حَتَّى يَجْدُهُ حَيْثُ لَا تَوْجُدُ الشَّرِيعَةُ إِلَّا مِنْهُ ، وَهُوَ الْقُرْآنُ وَسُنْنَ النَّبِيِّ (ص) قال سفيان بن عيينة: اجتهاد الرأي هو مشاوره أهل العلم لأن يقول برأيه^(٣).

الثالث: بطلان الرأي والاجتهاد

و قد أنكر ابن حزم الأخذ بالرأي إنكاراً لا مثيل له عند العامة فقال: وَأَمَّا مِنْ أَخْذِ بِرَأْيِ أَبِي حَنِيفَةَ أَوْ رَأْيِ مَالِكٍ أَوْ غَيْرِهِمَا فَقَدْ أَخْذَ بِمَا لَمْ يَأْمُرْهُ اللَّهُ تَعَالَى قَطَّ بِالْأَخْذِ بِهِ وَهَذِهِ مُعْصِيَةٌ لَا طَاعَةَ وَقَدْ تَرَأَكُلُّ مِنْ تَرَىٰ مِنَ الصَّحَابَةِ وَالْتَّابِعِينَ وَمِنَ الْفَقِهَاءِ، مِنَ الرَّأْيِ وَنَدَمُوا عَلَىٰ مَا قَدْ قَدَّمُوا مِنْهُ وَتَبَرَأُوا مِنْ قَلْدَهُمْ فِي شَيْءٍ مِنْهُ فَمِنْ أَضَلَّ مِنْهُمْ وَأَنْ رَبَّهُ تَعَالَى قَدْ تَمَنَّى الدِّيْرَى رَأَهُ أَنْ يَضْرِبَ عَنْ كُلِّ مَسَأَلَةٍ مِنْهُ سُوتَّاً وَلَعَلَّهَا أَزِيدُ مِنْ عَشْرَةِ آلَافِ مَسَأَلَةٍ وَمِنْ أَضَلَّ مِنْهُمْ وَأَنْ رَبَّهُ تَعَالَى بِرَأْيِي مِنْ قَالَ: مِنْ أَتَانَا بِخَيْرٍ مِنْ رَأَيْنَا قَبْلَنَا وَلَا شَكَّ عَنْهُ كُلُّ ذِي مُسْكَةٍ عَقْلٌ مِنَ الْمُسْلِمِينَ أَنْ كَلَامَ اللَّهِ تَعَالَى وَكَلَامَ مُحَمَّدٍ (ص) خَيْرٌ مِنْ رَأْيِ أَبِي حَنِيفَةَ وَمَالِكٍ ، هَذَا مَعَ مَا قَدْ أُورِدَنَا فِي هَذَا الْبَابِ مِنَ الْأَحَادِيثِ الصَّحَاحَ عَنْ

(١) الفصل : ٥٠.

(٢) الإحکام لابن حزم ج ٢ ص ١٩٧ .

(٣) الإحکام في أصول الأحكام ج ٢ ص ٢١٢ .

رسول الله (ص) في تحريم الفتيا بالرأي و من البراهين القاطعة^(١).

و قال في موضع آخر في جواز بل وجوب مخالفة أبي حنيفة : و أمّا خلاف أبي حنيفة و مالك ففرض على الأمة لانقول مباح بل فرض لا يحلّ تعديه ، لأنّهما لا يخلو اّن في كل فتياً لهم من أحد الوجهين لا ثالث لهما أصلًا إمّا موافقة النص من القرآن و السنة الثابتة و إمّا مخالفة النص كذلك ، فإن كانت فتياهما أو فتيا أحدهما موافقة نص القرآن أو السنة فالتابع هو القرآن و السنة لا قول أبي حنيفة و لا قول مالك ، لأن الله تعالى لم يأمرنا فقط باتباعهما فمتبعهما مخالف لله تعالى . وإن كانت فتياهما مخالفة للنص فلا يحل لأحد اّتباع ما خالف نص القرآن و السنة و هكذا نقول في كل مفتٍ بعد رسول الله (ص)^(٢).

ثم إن الرأي قد يطلق و يراد به القياس الصحيح و المعاني و العلل الصحيحة التي علق الشارع بها الأحكام و جعلها مؤثرة فيها طرداً أو عكساً كما قيل ليحيى بن أكتم متى يجب للرجل أن يفتى ؟ فقال : إذا كان بصيراً بالرأي ، بصيراً بالأثر ، ولا شك أن الإفتاء في دين الله بالرأي المتضمن لمخالفة النصوص و الرأي الذي لم تشهد له النصوص بالقبول ، باطل . قال الله : ﴿فَإِنْ لَمْ يَسْتَجِيبُوا لَكَ فَاعْلَمْ أَنَّمَا يَتَّبِعُونَ أَهْوَاءَهُمْ﴾^(٣).

و أدان الرأي بقوّة مشدّداً بقوله (ص) : إن الله فرض فرائض فلا تضيّعواها ، و حدّ حدوداً فلا تعتدوها ، و حرم أشياءً فلاتنتهكوها ، و سكت عن أشياء رحمة من غير نسيان فلاتبحثوا عنها^(٤).

ورأى أن الرأي الذي لا يعلم مخالفته للكتاب و السنة و لا موافقته فغايته أن سوغ

(١) الإحکام لابن حزم ج ٢ ص ٢٣٢.

(٢) الإحکام ج ١ ص ٦٢٣.

(٣) إعلام المؤمن لابن حزم ص ١٦.

(٤) نفس المصدر ص ٢٥.

العمل به عند الحاجة إليه من غير إلزام ولا إنكار على من خالفه^(١).
 قال ابن قيم : أصحاب الرأي و القياس حملوا معاني النصوص فوق ما حملها
 الشارع^(٢).

(١) نفس المصدر درس ٢٧ .

(٢) نفس المصدر ج ١ ص ٢٤٥ .

الباب الثالث

التقليد وأقسامه

التقليد

التقليد هوأخذ قول الغير في الفرعيات والالتزام به قلباً في الاعتقادات بعيداً و بلا مطالبة دليل ، أو أخذ قول الفقيه في الأمور الدينية .
والتقليد على أقسام :

- ١ - تقليد الجاهل عن العالم أي الرجوع إلى الخبراء في كل علم وفن ، وهذا مما تبأنت عليه سيرة العقلاة وبنائهم في العالم برمتها وإن خالفهم الظاهريه من العامة والأئمرون من الإمامية بعما لابن حزم الظاهري ^(١) .
- ٢ - تقليد العالم عن العالم وهذا مما لا يجوز عند الإمامية وجوز ذلك بعض الفقهاء من العامة لا سيما أصحاب الرأي والقياس ، وخالفهم في ذلك غير الإمامية ، الحنابلة والظاهريه ^(٢) .

(١) عدة الأصول للشيخ ص ٥٠-٢٩٣ .

(٢) إعلام الموقعين ج ٢ ص ١٧٧ - ج ٤ ص ٢٦٣ - الإحکام ابن حزم ج ٢ ص ٦٩ - رد المختار ج ٥ ص ٣٦ - حقوق إسلامي ص ٢٧٩ - عروة الوثقى .

الباب الرابع

هل للفقيه التشريع

حدثت بعد قرون الوسطى في الشارع الأوروبي تغيرات كثيرة ومستجدات في كل جوانب الحياة البشرية فكريةً وتقنيةً وبسرعة استواعبت هذه المستجدات العالم بأسره وتغيرت الأحوال الاجتماعية وال العلاقات العامة و بعده في تحولٍ و تغيير ... و حدثت في حياة الناس أمور جعلته في اتجاه متعاكش عما كان عليه ، منها التزعمات الفكرية المتضاربة بل المتضادة و من هذه التزعمات أصالة العمل وأصالة الإنسان - رومانيسم - لا سيما أن الإنسان الأوروبي وجده نفسه في قرون الوسطى تحت سلطة الحكم الذي اضطهدوه بطابع الحكم الإلهي ، و الباء حكم على عاتقهم باسم الله ، و قتل كثيراً من مفكريهم و علمائهم بكونهم ارتدوا و انتفضوا ضد حكم الله و الكنائس مطالبين الحرية المطلقة .

وبعد أن هبت رياح الحرية عند ما وافى الحكم الإسلامي و الحضارة الإسلامية الباهرة الشاسعة و المتطورة التي تعامل مع الإنسان معاملة أنه خليفة الله في أرضه و تحترم كرامة الإنسان احتراماً كبيراً انتقضت الإنسان الأوروبي و أعلن جلياً معارضته مع الحكم الذي ظلم عليه بصبغة الدين فأراد تحريره عن حكمه ولكن وجد فجأة نفسه و الفوضوية غالبة و حاكمة على الأرويا فتمسك بأحكام مدنية وضعية للتخلص عن الفوضوية فوضعوا أحكاماً في البرلمانات و المجالس التشريعية تبعاً لهذه الأفكار العلمانية فشرعوا هذه متمسكين بالعرف و العادات و العقل و بناء العقلاء و أبرز المجالس التشريعية في هذه الاتجاه مجلس العوام بالإنجليز.

و بالجملة الإنسان الأروبي و تابعوه جعلوا أنفسهم حق التشريع والتقنين وهذه الأحكام والقوانين الوضعية في مجالسهم والبرلمانات لكونها مخالفة مع فطرة الإنسان و غريرتهم لابد أن تتغير لكي تنطبق مع واقعها الاجتماعية والروحية

و أما في الإسلام فهنا مدرستان فتضاربت الآراء و تشاجرت الأفكار في أن للفقيه هل حق التشريع والتقنين ؟ أم ليس له إلا استنباط الحكم و رد الفرع إلى الأصل . فذهب جماعة من مدرسة الإجماع و القياس إلى أن للفقيه التشريع ، لأنهم جعلوا للرأي أصالة فتمسكون بالإثبات ذلك بأدلة و حجج منها: ما روى عن معاذ بن جبل : قال في الأحكام : عن محمد بن عبيد الله الثقفي - وهو أبو عون - قال لما بعث رسول الله معاذاً إلى اليمين قال : يا معاذ يمّ تقضي ؟ قال : أقضى بما في كتاب الله . قال : فإن جاءك أمر ليس في كتاب الله ؟ قال : أقضى بما قضى به نبيه (ص) . قال فإن جاءك أمر ليس في كتاب الله ولم يقض به نبيه ولا قضى به الصالحون ؟ قال : أوم الحق جهدي : فقال رسول الله (ص) الحمد لله الذي جعل رسول الله يقضي بما يرضي به رسول الله .

و منها : حديث ميمون بن مهران .

و منها : ما رواه عن على (ع) : إقضوا كما كتتم تقضون فإني أكره الخلاف وأرجو أن أموت كما مات أصحابي ^(١) .

و منها : ما روى عن أبي بكر في قصة تبرير الخليفة الأول لفعلة خالد بن الوليد في قتل مالك بن نويرة وقد خلأ بزوجته ليلة قتله فقال عنه : إنه اجتهد فأخطاء و ذلك لما أراد الخليفة عمر بن الخطاب أن يقاد به و يقام عليه الحد .

منها : ما روى عن عمر : في منعه عن التمتع في الحج و النساء و جعل حدّ ثمانين لشارب الخمر وكذا في مخالفته النصوص في العول والأراضي المفتوحة عنوة و في

(١) الإعلام ج ١ ص ٦٦ و ٦٧ - ج ١ ص ٢٨٨ .

الطلاق وغيرها .

و منها : قول عمر بن الخطاب : متعنان كانتا على عهد رسول الله أفا محَرِّمُهُما و
معاقب عليهما .

منها : جمعه الناس لصلاة التراويح ومنها : إلغاؤه في الأذان : حي على خير العمل
فإن أردت أكثر مما نقلنا فانظر كتاب المستصفى ج ٢ / ٥٨ - ٦٢ وكتاب النص والاجتهاد
للسيد شرف الدين العاملي .

و منها : ما رواه عن عبد الله بن مسعود^(١) .

فتبع المتأخرُون هذه الآراء المتبقية عن القدماء و الصحابة فُرُش بذر القياس و
الرأي والاجتهاد والإجماع المصطلح عندهم والاتفاق منقولاً كأن أو محضلاً كما سيأتي
تمام الكلام في محله إن شاء الله تعالى .

و من ذهب من العامة و الجماعة إلى أن للفقيه التشريع و الوضع عبد الوهاب
الشعراني الشافعي في كتابه الميزان فقال : إن للعلماء وضع الأحكام حيث شأوا بالاجتهاد
بحكم الإرث لرسول الله فكما أن للشارع أن يبيح ما شاء لقوم و يحرمه على قوم آخرين
فكذلك للعلماء أن يفعلوا مثل ذلك^(٢) .

و أنت ترى ما فيه لأنه ليس لأحد من الفقهاء و العلماء التشريع و وضع الأحكام . و
التشريع والبدعة في الدين مما اتفق كثير من العلماء على حرمتها بل الإمامية اتفقوا بقول
واحد على ذلك فلذا أنكروا الرأي بمعنى أنه ليس لأحد أن يحلل شيئاً أو يحرمه بل لهم
استبطاط الأحكام عن الأدلة و رد الفرع إلى الأصل ؛ وإن لم يكن أصل و دليل فقد يكون
مما يجب ردَه إلى الله تعالى و الرسول ، أو مما يمكن الاحتياط فيه أو غيرهما من الطرق

(١) ابن حزم الإحکام ج ٢ ص ٧٦٨ .

(٢) الميزان للشعراني ص ٧٥ .

التي أمضها الشارع لجبر السكوت عن الحكم و القانون كما سيأتي إن شاء الله تعالى .
نعم لو لي الفقيه الجامع للشراط ، تنفيذ الأحكام و إجراء الحدود و التعزيرات و
الأحكام دون التشريع .

و لا يخفى أن حرمة التشريع من البديهيات و الضرورات لمن له أدنى تأمل و
ممارسة في الدين الإسلامي ، والعجب عنم ذهب إلى أن للفقيhe التشريع مع أن ربه داود
اطلع على ذلك فقال : المتشريع الإسلامي يفسّر الحكم الوارد و يشرحه و لا يؤسس حقاً و لا
حکماً .

و معلوم أن جعل حق الوضع و التشريع للفقيه هو السبب الأساس في اختلاف الأمة
و تشتبّه المسلمين و ظهور الطوائف المذهبية و المدارس الفقهية بين أهل الجماعة و
العامة لا سيما ما بين تابعي مدرسة الإجماع و القياس و الاستحسان و الرأي .
و للحيلولة دون الفوضوية الفقهية اتفقوا ثانيةً على حصر المذاهب وهذا إجماع
على خلاف إجماع التابعين .

فذهب الحق و افتقد فظاهر الباطل حتى خاف علماء المسلمين ، و تمسكوا إلى
ذيل الحکام للحيلولة دون ازدياد الآراء والمذاهب ، فحصروا المذاهب ^(١) في الأربعه في
عصر الحكم العباسي فبذلك انسدَ باب الاجتهاد عندهم ، فلا يقى لفقيhe بعده إلا أن يكرر
ما قال الأربعه ، فوقع الفكر الإسلامي في حبس و قفص ، و جُمد الفكر ، و أخمد النور ، و
حدث الفتور في أكثر المدارس الفكرية لأهل الجماعة . نعم بقي قليل من العلماء و
أكثرهم من الإمامية في حرية وإن كان بينهم أيضاً خلاف ، لأن الإمامية لا يعتبر للرأي و
القياس و الإجماع - على رأي - قيمةً فباب التشريع عندهم مغلق بعد غيبة الإمام

(١) وهذا هو الظاهر من قول ابن نجم حيث قال في تحريره : إن الإجماع انعقد على عدم العمل
بمذهب مخالف للأربعة لأنصباط مذاهبيهم و انتشاره و كثرة أتباعهم .

المنتظر (عج) لأن المشرع عندهم هو المعصومون (ع) فحسب ، وليس لأحد حق التشريع، بل على المجتهد استفراغ الوسع لاستنباط الحكم الشرعي عن الكتاب والسنّة لا غير نعم العقل أيضاً له دور في العملية في بعض الحقول كما سيأتي .

و يظهر ذلك أنهم يكترون في ثنايا دراستهم أو كلماتهم و عباراتهم كلمة الاستكشاف في موضع و يشددون على أن للفقيه أن يستكشف الحكم الشرعي من الأدلة . قال الشهيد المطهرى (ره) : الاجتهاد هي القوة المحركة للإسلام و المجتهد هو الرابط و الحلقة الوسيطة بين الأحكام والأصول الثابتة و الحوادث الزمانية . ثم قال في موضع آخر : ما يجب الانتباه و الالتفات إليه هو أن على المجتهد أن ينظر إلى المسائل المستحدثة و المستجدات و الحوادث الزمانية لكي يفهم أنها تنطبق مع أي أصل من الأصول الثابتة للإسلام . فالاجتهاد في كل عصر و زمان لازم للتطبيق و ردة الفرع إلى الأصل^(١) .

فالفقاھة لدى المدرسة الشيعية مبنية على أساس إدراك الشريعة و الحصول على ملائکات الأحكام و مسألة إدراك الملائكة إحدى أهم القضايا على صعيد الفقه الاستدلالي . وعلى المجتهد أن يركز جل اهتمامه على فهم الكتاب والسنّة ، و تطبيق الأصول على المستجدات ، للحصول على حكم شرعي إلهي ليعالج القضايا ذات الصلة بالمجتمع عن واقعية .

(١) الإسلام و متطلبات العصر و الزمان مع الدخل و التصرف ص ١٨٤

الباب الخامس

١- العناصر التي لها دور في عملية
الاستنباط

٢- الإفراط والتغريط

الأول: في بيان العناصر التي لها دور في الاستنباط

إذا عرفت هذا علمت أن في عملية استنباط الفقيه الأحكام الشرعية الإلهية عناصر

لها دخل و دور عظيم لا يمكن الاستنباط والاجتهاد إلا بذلك والعناصر ها هي ذا :

١- الكتاب ٢- السنة - المأثورة عن المعمصوم (ع) - ٣- الإجماع ٤- العقل .

وستعرف إن شاء الله أن الإجماع في الحقيقة يرجع إما إلى بناء العقلاه والمترسعة

كما عند الجماعة وال العامة وإما إلى السنة المأثورة ، لأن اعتباره وحجيته غير ثابت إلا إذا

كان في المجمعين المعمصوم وإن لم يعرف بشخصه كما عند الإمامية والخاصة .

وبعبارة أوضح الإجماع يرجع إلى الكتاب والسنة إما لأن الفقهاء اعتبروه من الأدلة

الأربعة وأنه أصل برأسه بناء على أن الإجماع هو اتفاق الأئمه أو الصحابة أو العلماء في

الأعصار أو في عصر فقد يناقش في حجيتها و عدمها حينئذ . و إما لأن المناط في حجيتها

ورود قول المعمصوم (ع) فيه فالإجماع من مصادر الاستنباط و عناصرها ، ولكنه ليس

مصدراً مستقلاً وأصلاً برأسه كالكتاب والسنة .

والإمامية بحثوا عنه في أصولهم الفقه تبعاً للعامة و حفظاً لوحدة العلم والدين وإن

جعلوا المصطلح غير ما عليه العامة بمعنى أن الإجماع عندهم يختلف عما ذهب إليه العامة

تحديداً و اعتباراً كما لا يخفى لأن المناط في حجيتها و اعتباره كما مر آنفاً وسيأتي

ص ١٧٣ هو ورود قول المعمصوم فيه وليس غير .

و الحاصل أن المسلمين يتفقون في اعتبار و حجية ثلاثة منها : و هي الكتاب و السنة و الإجماع ، وأما الرابع من الأدلة فالإمامية جعلوا العقل المصدر الرابع للاستنباط ، و العامة القياس ، وإن الحق بعضهم مصادر أخرى على الأربعة المذكورة كالاستحسان و المصالح المرسلة و سد الذرائع .

فلى وجهة نظر المدرسة الشيعية المهم على الفقيه في مجال الاستنباط التركيز على فهم ملاكات الأحكام الواردة في الكتاب والسنة خاصة ورد الفرع إلى الأصل كما في كثير من الروايات ، على أساس نظام خاص و مراعاة المصالح الواقعية فلذا قيل : الأحكام الشرعية ألطاف إلى الأحكام العقلية .

و من العناصر التي لها دخل في العملية غير ما ذكرنا هي عنصر البصيرة و بالتأكيد أن إدراك ملاكات الأحكام يحتاج إلى بصيرة خارقة ، و يمكن التوصل إليها عبر متابعة مختلف أبعاد الشرع الإسلامي ، وهذا ما يطلق عليه بـ : « شم الفقاہة » ، وهذا من قابليات نوابغ الفقهاء فحسب ، الذين توصلوا إلى أعلى مراحل الفقاہة و أثاروا موجة و تياراً جديداً في الفكر الإسلامي الأصيل ، و جعلوا مكنته الدين محركة قوية يتجه نحو الأمام لرفع النواقص الموضوعة و المختلفة مستنقاً مع حركة الحضارة والتاريخ .

و الحاصل أن من العناصر التي يجب توفرها لدى الفقيه ، هو أن يرقى إلى أعلى مستويات الفكر ، و صار ذا بصيرة خارقة دقيقة لطيفة ليكون فقهياً ذا رأي واقعي أي عليه تحصيل شم الفقاہة .

و من العناصر التي لها دور في العملية ، فقه العصر و الزمان و المراد به أن يعرف الفقيه عصر صدور الرواية و الحكم ، لأن عصر صدور الحكم يختلف عن زماننا هذا ، فليجب أن يعرف المستنبط والناظر إلى الروايات الأوضاع الاجتماعية و الثقافية و التقنية و البيئية التي كان الرواية يعيشون في تلك العصور ، حيث قال شيخنا الأستاذ الفاضل

اللنكراني (مدّ ظله العالى) في درسه بعد تشديده على ذلك : لأنّ تغيير الأعراف والسيرة قد يوجب للبس فيقع كثيرون من الناظرين في الأخبار والآثار في الخطاء والاشتباه .

و مثل بالروايات الواردة في من ليس له العدول من التمتع إلى الإفراد و من عليه ذلك لفوات الوقت ، فيتراها أنها يتضارب بعضها البعض ، والتضارب والتضاد المترافق يذهب ويزول عن الناظر إذا لاحظ العرف الحاكم والمستقر والسائد حين صدور تلك الروايات لأن السيرة في تلك العصور كانت على أن يفيض الناس إلى المنى حين زوال يوم الثامن - الترويـه - وكانت بيـتون هناك حتى صباح التاسع فيخرجون منه إلى عرفات للوقوف عند الزوال يوم التاسع . فالروايات الواردة فيمن له التمتع فقد يدل على انقلابه أو وجوب انتقاله إلى حجـ الإفراد أو القرآن إذا لا يمكن له أن يأتـ بالعمرـة قبل زوال يوم التاسع أو الثامن أو غروب الثامن - على خلافـ كما في الروايات الواردة في الباب ..

فأـنـتـ إذا علمـتـ و عـرـفـتـ أـنـ السـيـرـةـ فيـ تـلـكـ العـصـورـ إـسـلـامـيـةـ الـأـولـىـ كانـتـ عـلـىـ خـرـوجـ النـاسـ يـوـمـ التـرـوـيـهـ لـبـعـدـ عـرـفـاتـ وـ عـدـ إـمـكـانـهـ الـوـصـولـ إـلـىـ عـرـفـةـ زـوـالـ يـوـمـ التـاسـعـ لـعـدـ وـجـودـ هـذـهـ السـيـارـاتـ الـمـسـتـحـدـثـةـ الـمـتـطـوـرـةـ مـثـلـاـ الـتـيـ يـمـكـنـ لـلـإـنـسـانـ أـنـ يـصـلـ بـهـاـ إـلـىـ مـقـصـدـهـ فـيـ أـدـنـىـ مـذـةـ ،ـ يـمـكـنـ لـهـ أـنـ يـجـمـعـ بـيـنـ هـذـهـ الرـوـاـيـاتـ .

الزمان والمكان عنصران فاعلان في الاجتهاد

ما يجب على المجتهد أن يكون محـيـطاـ بأـمـرـ زـمانـهـ لأنـ الزـمانـ وـ المـكـانـ لهـما دورـ فـاعـلـ فيـ عـمـلـيـةـ الـاسـتـنبـاطـ وـ قـدـ تـحدـثـ الإـمامـ بـصـرـاحـةـ فيـ بـيـانـ منـهـجـيهـ الـفـكـرـيـةـ :ـ وـ أـقـتاـ فيما يـتعلـقـ بـطـرـقـ الـدـرـاسـةـ وـ التـحـقـيقـ فإـنـيـ أـعـقـدـ بـالـفـقـهـ الـقـدـيمـ وـ الـاجـتـهـادـ الـجوـاهـرـيـ .ـ نـسـبةـ إـلـىـ صـاحـبـ جـواـهـرـ الـكـلـامـ الشـيـخـ مـحـمـدـ حـسـنـ النـجـفـيـ (ره)ـ .ـ وـ لـأـرـئـ تـرـكـ ذـلـكـ صـحـيـحاـ ...ـ وـ الـاجـتـهـادـ بـتـلـكـ الـطـرـيـقـةـ صـحـيـقـ إـلـاـ أـنـ هـذـاـ لـيـعنيـ أـنـ فـقـهـ إـسـلـامـ لـيـسـ مـتـجـدـاـ ...ـ ثـمـ يـقـولـ :

إن الزمان والمكان عنصران فاعلان في الاجتهاد ... و يوضح ذلك بقوله : المسألة التي كان لها قديم حكم نفس هذه المسألة في ظاهرها يمكن أن يكون لها حكم جديد بحسب الروابط التي تحكم بالسياسة والاجتماع والاقتصاد لنظام ما ... بمعنى أن المعرفة الدقيقة للعلاقات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية تجعل الموضوع الأول - الذي هو من حيث الظاهر لا يختلف عن الموضوع القديم - موضوعاً جديداً واقعاً وهو يستدعي تلقائياً حكماً جديداً^(١) .

الثاني : الإفراط والتفريط

قد بقي هنا شيء يجب التنبيه عليه وهو أنت قد علمت : أن مباحث العلم ومسائله كثيرة يعني القواعد التي قيل أو يقال أن لها دوراً في عملية الاستنبطان كثيرة ، يجب معالجة كل واحدة منها مستقلة لكي يظهر أن أي واحد من القواعد والأصول يجب أن يعتنى به أو لا يعتنى لأنه قد اهتم العلماء بعضها وأكثروا الكلام والنقض والإبرام فيه بل قد بحثوا وعالجووا بعض ما لا دخل له في العملية أو دخل ضئيل ، أكثر مما يحتاج فقد كتبوا كثيراً مفصلاً في ذلك إبراماً ونقضاً للأدلة كما وقع ذلك في البحث عن مقدمة الواجب والمشتق وغيرهما فإن تريد الاطلاع فتفصح أول كتاب أصولي وقوع بأيديك فترى ما قلنا .

ولكنهم قد أقلوا البحث عن بعض ما له دخل بل وقد أهملوه رأساً كالبحث عن العرف الذي له نطاق واسع في جميع الأدلة حتى في إثبات حجية بعض الأدلة المبحوثة في علم الأصول كحجية ظواهر الكتاب أو تحديد الموضوعات سواء كانت فقهية أم أصولية فإن البحث عن العرف له نطاق واسع يشمل بناء العقلاه والسيره والإجماع - على قوله - وغيرها من المباحث كما ستجده لك قريباً إن شاء الله تعالى .

العرف

و فيه مطالب

المطلب الأول وفيه فصول

١ - العرف و تحديده

٢ - تحديد العناصر المكونة للعرف

٣ - أقسام العرف

الأول: العرف و تحديده

تحديد العرف لغةً : أما العرف في اللغة فقد ذكر في أقرب الموارد أن العرف مأخذ من قولهم . عُرف الأرض بالضم أي ما ارتفع منها... ويقال قُلَّة عَرْفَاءِ أَيْ مَرْتَفَعٌ ... والمعروف أي الجود إذا كان باقتصاد ... والنصح وحسن الصحبة مع الأهل وغيرهم من الناس وهو من الصفات الغالبة .

وأما في الاصطلاح فقد ذكروا للعرف تعريفات :

١ - ما قال في كتاب التعريفات : العادة - العرف - هي ما استمر الناس عليه على حكم العقول وعادوا إليه مرّة بعد أخرى .

٢ - ما ذكره الجرجاني : ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول و تلقته الطبائع بالقبول .

٣ - ما عرفه الأستاذ على حيدر : بأنه الأمر الذي يتقرر بالنفوس ويكون مقبولاً عند ذوي الطباع السليمة بتكراره المرّة بعد المرّة .

٤ - ما حكاه ابن عابدين الحنفي عن المستصنfi للغزالى : بأن العرف أو العادة هي : ما استقر في النفوس من جهة العقول و تلقته الطبائع السليمة بالقبول .

٥ - ما ذكره الأستاذ عبد الوهاب خلاف من أنه : ما تعارفه الناس وساروا عليه من قولٍ أو فعلٍ أو تركٍ ثم قال : ويسمى العادة .

وأنت ترى أن هذه التعاريف غير خالية عن نقص ، منها: أن شهادة العقول لا اعتبار لها في تحقق العرف ، لأن العرف قد يكون خيراً حسناً وقد يكون شراً قبيحاً وليس الكلام في العرف الحسن فحسب ، لأن العرف في اللغة هو الارتفاع كما نقلنا من أقرب الموارد أن المراد من عُرف الأرض هو ما ارتفع منها و ما يكون المرتفع في رأي العرف تختلف حُسناً و قبيحاً و المراد من العرف هنا ما يشملهما و يساوي معنى العادة . نعم العرف قد استعمل في الكتاب في الحسنات دون السيئات ، كقوله تعالى: ﴿ وَأَمْرٌ بِالْعُرْفِ ﴾^(١) ، ﴿ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ ﴾^(٢) . ومنها: أن زيادة: قبول الطبائع السليمة ، لا اعتبار لها على ما نرؤه به هيئنا ، ولعل أقرب التعريفات ما ذكره الأستاذ عبد الوهاب خلاف كما اختاره الشيخ التسخيري في دراسة وهو حسن .

وعلى كل حال لا يهمتنا هنا بيان النقص والإبرام في التعريفات بعد أن يكون معنى العرف والعادة من البديهيات ، وما ذكره كله تعريفات لفظية ، فلذا الانجد من القدماء أن يحدده إلا من شدّ منهم ونبذ عنهم تفويضاً أمره إلى المرتكزات عند الكل وتعويلاً عليها.

قال البغدادي في تعليقه على الأشباه و النظائر للسيوطى : العرف في اصطلاح الأصوليين أو العادة: هو ما استقر في النفوس من جهة العقول و تلقته الطباع السليمة بالقبول وقيل: هو عادة جمهور قوم في قول أو فعل و قال ابن عابدين: العادة مأخوذة من المعاودة فهي بتكررها و معاودتها مرة بعد أخرى صارت معروفة مستقرة في النفوس ، و العقول متلقاة بالقبول من غير علاقة و لا قرينة حتى صارت حقيقة ، فالعادة و العرف بمعنى واحد من حيث المصدق و إن اختلف من حيث المفهوم . و ينقسم العرف إلى عرف قولي و عرف فعلي ، والأول يطلق عليه في الاصطلاح الحقيقة العرفية و كلامها

(١) الأعراف: ١٩٩ .

(٢) آل عمران: ١١٤ .

ثلاثة أنواع :

- ١ - عُرُف شهد الشرع بقبوله : عرف شرعي .
 - ٢ - عُرُف شهد بالغائه : عرف فاسد وهو المخالف للدليل الشرعي من كل وجه .
 - ٣ - عُرُف مرسل لم يشهد الشرع له بالاعتبار أو الإلغاء .
- وللشاطبي رحمة الله تقسيم رائع للعوائد : فالعوائد المستمرة عنده ضربان :
- ١ - العوائد الشرعية التي أقرّها الدليل الشرعي أو نفاهَا ، ومعنى ذلك أن يكون الشرع أمر بها إيجاباً أو ندباً أو نهى عنها كراهة أو تحريمأً أو أذن فيها فعلأً وتركاً .
 - ٢ - الضرب الثاني : هي العوائد الجارية بين الخلق بما ليس في نفيه ولا إثباته دليل شرعي ؛ ثم تقسيم العوائد باعتبار وقوعها في الوجود إلى عوائد ثابتة وعوائد متبدلة . فال الأولى : هي العوائد العامة التي لا تختلف بحسب الأعصار والأمسكار والأحوال . والثانية : التي تختلف بحسب ذلك ... وهذا الكلام يذكرنا بمباحث علماء الاجتماع عن الظواهر الاجتماعية والعرف حجة في الاستدلال به للفقهاء وخاصة عند المالكية والأحناف ^(١) .

(١) الأشباء والنظام للسيوطني ص ١٨٢ - تحقيق البغدادي - دار الكتب العربي .

الثاني : تحديد العناصر المكونة للعرف

الفقهاء ذكروا للعرف تعريفات كلها غير شاغرة عن النقص و النقض . و لعل مرادهم تعريفه اللغطي لا تحديده المنطقي كالوجود كما مر . ولكن لن بيان العناصر التي يتكون بها حقيقة العرف لكي لانقع في تصديق بلا تصوّر وإن كان معناه من المرتكزات عند الكل .

و العناصر التي يتكون بها حقيقة العرف هي عبارة عن :

ألف : العمل المعين .

ب : تكرار العمل .

ج : التكرار يجب أن يكون على حد صارت عادة غالبة أو عامة أي يستعيّب و يشمل أغلب أو جميع موارد العمل .

د : العمل المذكور يجب أن يكون إرادياً لا غريزيّاً ولا فطرياً .

ثم الفقهاء صرّحوا أن العرف والعادة واحد خارجاً كما ذكرناه عن الأستاذ خلاف و

الغزالى^(١) .

(١) الرسائل لابن عابدين ج ١ ص ٤٤ ، ج ٢ ص ١١٤ .

الثالث : أقسام العرف

للعرف تقسيمات كثيرة نذكرها ثم تعالج ونبين أن أي واحد من الأقسام حجة معتبرة .

فقد جعل الفقهاء من أقسام العرف والعادة :

١ - العرف العام : وله معنيان .

ألف : عرف الأعصار أي العرف الذي جاري في جميع الأعصار من زمن الشارع إلى زماننا هذا .

ب : عرف الأعصار ، وهو العرف الجاري في جميع البلاد في مقابل العرف البلدي الأهلي المختص لحي خاص أو شارع كذلك .

٢ - العرف الخاص : فقد استعمل في ثلاثة معان :

ألف : العرف لبعض الأعصار والأزمان .

ب : العرف لقطر معين ومصر كذلك ، المسمى في لسان الفقهاء بعرف البلد .

ج : العرف لبعض الأصناف كعرف علماء الأصول أو الفلاسفة أو علماء النحو أو غيرهم .

٣ - العرف الحادث : وهو العرف الذي طرء وحدث بعد ظهور الإسلام وتشريع الأحكام .

٤ - العرف المتأخر : المقصود منه العرف المتأخر عن منشأ الدعوى أو من المُقرّبه وأمثالها ، بأنه يمكن أن يوجد و يحصل عرف في زمن الدعوى لم يكن موجوداً في زمن بروز منشأ الدعوى . هذا العرف المتأخر غير حاكم على الدعوى على عكس العرف المقارن للعقد الذي هو حاكم .

٥ - العرف المقارن : وهو العرف المقارن مع حدوث شيء كالعرف المقارن لانعقاد معاملة و عقد ، لأنّه يؤثّر في العقد و حاكم عليه .

٦ - العرف المسلم والمرسل : فقد جعلوا الموارد التي نذكرها من العرف المرسل :
ألف : على الخياط الخيط و شراء الإبرة و الزر و

ب : على المستأجر كنس الثلج عن السطح في الإجارة .

ج : على الدولة شراء القلم و الدواة ... دون الموظف في المراكز و الدوائر الحكومية و الخدماتية .

نعم شك عرفاً أن كلفة شراء الكلاء و العلف في الكراء والاكتراء هل على المالك أم لا؟ وكذا كلفة الوقود - الزيت و البنزين - .

٧ - العرف العملي : إذا لم يكن العرف في مورد استعمال الألفاظ .

٨ - العرف القولي أو اللفظي : العرف الذي يكون في مورد استعمال الألفاظ .

٩ - عرف العقلاء أو سيرة العقلاء أو طريقة العقلاء أو عمل العقلاء أو بناء العقلاء :

فلتحديد الموضوع يجب بيان عناصره وهي :

ألف : العمل المعين .

ب : تكرار العمل .

ج : التكرار يجب أن يكون حدّاً حتى يصير به عرفاً غالباً أو عاماً شاملأً أي يشمل أغلب الموارد أو جميعها .

د : يجب أن يكون العمل المذكور مفيداً حسناً سواء كان إرادياً أم فطرياً و ارتكازياً .

و بالأخير يحصل الفرق بين العُرْف المتعارف و بناء العقلاء و إن كان أيضاً من العُرْف .

١٠ - العُرْف المطرد - العُرْف الغالب - مع ملاحظة المنصر الثالث - ج - الذي ذكرناه في تحديد و تكوين العُرْف - لا العُرْف العقلائي - فلو شاع عُرْف بلدي أو بلادي بحيث لم يقع عمل مخالف لذلك العُرْف فهو عُرْف مطرد وإلا فهو غالب .

١١ - عُرْف المتشرعة : المسلمين إذا سلوكوا سلوكاً معيناً بما هم متشرعة يسمى ذلك بسيرة المتشرعة أو عُرْفهم .

١٢ - الإجماع - الشهرة الفتوايّه - قال بعض الفقهاء الحنفي : إن العُرْف فرع من فروع الإجماع ، وهو عُرْف الفقهاء قولأً كما سيأتي ، لأن الإجماع عند المدرسة العامية السنوية إنما يعد من العُرْف العام أو الخاص ، لكون المعتبر في صحة الإجماع إنما اتفاق الأمة كلهم أو أهل الحل والعقد ^(١) .

والحق أن يجعل الإجماع فرع من فروع العُرْف لا العكس فإن العُرْف - أولاً - يمكن أن يكون عرفاً حسناً أو شرراً سيناً ^(٢) والإجماع حسن مطلقاً .

ثانياً : العُرْف قد يكون غالباً أو مطرداً و الإجماع مطرد لا غير .

ثالثاً : من العُرْف العُرْف البلدي ولا يصح الإجماع البلدي .

رابعاً : المعتبر في العُرْف ، العمل ، مع أن في الإجماع ، العمل غير معتبر لأنه ليس

(١) ابن عابدين : حاشية رد المختارج ١ ص ٣٨ .

(٢) من العُرْف السيء عُرْف الناس في زماننا هذا في تعين الصداق الهائل و الباهظ مما يجعل الشباب غير راغبين في الزواج و مما يوجب تقشّي الفساد و المنكرات في المجتمع .

من شروط تحققه وعناصره .

ثم يمكن تنويع العرف تنويعاً شاملاً ، بالعرف الصحيح الشرعي وال fasid كذلك فيحدد الأول بأنه : كل عرف ينطبق على الموازين الشرعية كتعارفهم على تقديم بعض المهر و الصداق .

و الثاني : وهو على خلاف ذلك كتعارفهم على لعب القمار و شرب المسكرات و شيوخ القوانين الوضعية و تزيين المرأة نفسها عند الخروج إلى الشوارع وغيرها .

المطلب الثاني

في مدرسة السكوت

وفيه فصول

- ١ - بيان الموارد التي يرجع فيها إلى العرف
- ٢ - بيان آخر لتلك الموارد
- ٣ - بيان الموارد التي يرجع فيها إلى العرف في الفقه العامة
- ٤ - بيان الموارد التي يرجع فيها إلى العرف في الفقه الخاصة
- ٥ - بيان المجالات التي أرجعنا الأئمة (ع) فيها إلى العرف
- ٦ - وجهة نظر الشهيد الرابع عن مدرسة السكوت
- ٧ - الإفراط والتفريط

الأول : بيان الموارد التي يرجع فيها إلى العرف

في الإسلام موارد يكون من مصاديق مدرسة سكوت الشارع عن بيان الحكم تعويلاً للعرف وهي :

ألف : ما لم يرد فيه دليل ، لا أصل ولا نص ولا تلوين ولا إشارة ، لا في الكتاب ولا في السنة ، مثال ذلك : أنه لم يرد في الإسلام بيان في تحديد العرف والعادة ، ولا البيع ولا الإجارة بل في كثير من العناوين المطروحة لا سيماً في العقود والإيقاعات بل خُوّل أمر تحديده وتعيين نطاقه إلى العرف ، كقوله تعالى : ﴿أَحَلَ اللَّهُ آتِيَع﴾^(١) ، ولكنه لم يحدده .

قال الإمام الخميني (قدس الله نفسه الزكيه) في كتابه القيم المسماى بكتاب البيع^(٢) : الرجوع إلى العرف في تشخيص الموضوع والعنوان فصحح لا محض عنه إذا كان الموضوع مأخوذاً في دليل لفظي أو معقد إجماع .

قال سماحته في موضع آخر منه : إن أدلة الضمانات على كثرتها غير متعرضة لكيفية ضمان المثلي و القيمي مع أن بيانها محل الحاجة جداً ولو كان للشارع طريقة خاصة فإنه في أمر مورد للابتلاء في كل يوم مراراً و في مثله لا يصح إهماله مع اختلاف

(١) البقرة : ٢٧٥ .

(٢) كتاب البيع - للإمام ج ١ ص ٣٨١ .

طريقته للعرف ، فيتكشف منه أن طريقته ، طريقة العقلاء بعينها ... فلابد في المقام من مراجعة طريقة العرف في باب الضمان^(١) وكذا في عقد الاستصناع .

بـ: الموارد التي أمضتها الشارع وليس فيه حكم تأسيسي سواء كانت هذه الموارد مما فيه حكم في الشرائع السابقة أم في الأعراف والعادات والسنن الجارية بين الناس ، كتقدير قيم الأشياء نظير القيميات المضمونة بالتلف وتقدير قدر الكفاية في النفقه .

وـالعلماء والأعيان كلهم يذعنون أن أكثر الأحكام الواردة في العقود والإيقاعات أحكام إمضائية كقوله تعالى : ﴿أَخْلَقَ اللَّهُ أَتَيْعَ﴾ ، لأن الشارع أمضى البيع الذي كان موجوداً في عصر الرسول (ص) لأن الخطاب حكم تأسيسي ، لا سيما أن هذه الأمور مما يحتاج الإنسان إليه من لدن تحقق الحضارة الإنسانية والإنسان في علاقاتهم الاجتماعية والمبادلات لا سبيل له إلا أن يبيع ويشترى ، والبيع والشراء ليس مما يكون غير معروفة .

وـعقد الضمان لأن الشارع لم يحدده بل أمضى وأيد ما كان سائراً في عرف زمانه كما نقلنا من سماحة الإمام (ره) .

وـهذا النوع من السكوت والإهمال دون الإجمال إمساء لما في العرف - وـفي العدائق - في بيان حكم ضمان الأعيان المضمنة : جعل المورد من موارد سكوت الشارع عن بيان الحكم تعويلاً على العرف .

نعم لم يرد من الشارع نص صريح من أنه أمضى العرف والعادة في العقود والإيقاعات بل يلوح ذلك من الموارد التي حكم فيها الشارع .

جـ: القسم الدلالات ما أحال الشارع أمره إلى العرف والعادة واستند الشارع عليه .

ثم العرف والعادة ليس مما تستغني عنه فلذا ألف ابن عابدين الفقيه الحنفي رسالة مفردة فيما وسمها بـ «نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف» .

(١) كتاب البيع ج ١ ص ٣٩٧ .

لایقال : إن الشارع لاحظ العرف واعتبره حجّة في قوله ما رأاه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن فأثبت حكم العرف وأمضاه فليس من موارد الإهمال والسكوت كل ما يرجع فيه إلى العرف .

فإنه يقال : إن الإحالة إلى العرف في تلك الموارد دليل على الإهمال والسكوت . د : و من موارد الإهمال و السكوت في بيان الأحكام ، كل نص كلي لا يمكن الاستفادة منه إلا عند الرجوع إلى العرف و العادة كقوله تعالى : ﴿ لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ يَنْكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ ﴾^(١) . لأن التراضي المعتبر في المعاملات و العقود من الأصول التي له نطاق واسع فلا يمكن التمسك به في عقد التأمين و القبالة إلا بعد تحديد التأمين و القبالة استناداً بالعرف و العادة .

هـ : ومنها كل ما يستند فيه إلى البديهيات العقلية و المستقلات كذلك لأن العلم العادي المعتبر عنه بالظن في نطاق القضاء و الحكم حجة معتبرة فالمستفاد منه أنه في كل مورد توجد الغلبة ، العرف حجة فيه لكونه علمًا عادياً .

و : الموارد التي تستند فيها إلى قاعدة العدل و الإنفاق قال ابن قيم - الحنبلي الظاهري الأخباري - في كتاب الطرق الحكيمية^(٢) : كل عدل و إنفاق شرع ، أي من موارد الحكم الشرعي .

ز : كل ما يستند إلى قاعدة الاضطرار و الضرورة الذي وقع الناس فيه كتصدي المقلد منصب القضاء عند الضرورة .

ففي الفقه الحنفي : ذهب ابن عابدين : كلما وجد العرف و العادة بعد النص على قانون و حكم يكون ذلك العرف و العادة حجة معتبرة ، لأن عدم اتباع العرف المذكور

(١) النساء : ٢٩ .

(٢) الطرق الحكيمية لابن قيم ص ١٦ .

يستلزم عسراً و حرجاً فالمناط حينئذ العرف للضرورة .
هذا و جماعة من الفقهاء رأوا أن في الإسلام موارد من سكوت الشارع مستدلاً بأن الفروع و المستجدات كثيرة لا نهاية لها و النصوص متناهية قليلة^(١) . و بأن الشارع نص على ذلك في قوله : ما أحل الله فهو حلال و ما حرم فهو حرام و ما سكت عنه فهو عفو فأقلبوا من الله عافيته فإن الله لم يكن ينسى شيئاً .

و أمّا الإمامية فرأوا أن السكوت وإهمال الشارع عن بيان الأحكام غير صحيح وأن على الشارع بيان جميع الأحكام لكي يستند بها في صناعة مدينة فاضلة و سعادة بشرية جماعي ، لأن الشارع لا يزيد إلا إنقاذ الإنسان عن الشقاوة و تبلیط الطريق لكي يحصل للإنسان أرضية مناسبة لوصوله إلى كمالاته .

فإذن على رأيهم كل شيء موجود حكمه في الجامعة و صحيفه الفرائض و إن فقدناهما^(٢) .

نعم الآن للضرورة يصح العمل بالعرف لفقدانهما فالعرف في الجملة حجة معبرة لا بالجملة كما رأى بعض العامة و الجماعة بل أكثرهم .

ثم رأى بطلان السكوت والإهمال ، الظاهرية و الأخبارية كابن قيم حيث قال : النصوص محطة بأحكام الحوادث ولم يحلنا الله ولا رسوله (ص) على رأي ولا قياس^(٣) .

(١) قال في المبسوط : النصوص معدودة و الحوادث معدودة السرخسى ج ١٦ ص ٦٢ - الأحكام الآمدي ج ٤ ص ١٥٩ - إعلام الموقعين ج ١ ص ٣٧٥ .

(٢) جامع الثقات ص ٦٣ : صحيفه طولها سبعون ذراعاً بذراع رسول الله (ص) وإملائه من فلق فيه و خط على يمينه فيها كل حلال و حرام وكل شيء يحتاج إليه الناس حتى الأرش في الخدش فانظر الوافي .

(٣) إعلام الموقعين ج ١ ص ٣٧٦ .

و شدّد على ذلك ابن حزم الظاهري الأندلسي فقال : إن قوله : دعوني ما تركتكم فإنما هلك ... قوله تعالى : ﴿الَّيْوَمَ أَكَمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُم﴾^(١). فقد أخرج (ص) ما لم ينص فيه بأمر أو بنهي عن الفرض والندب والتحريم والكرابة وأمر بترك ما لم يأمرنا أو ينهانا وإيقاؤه في جملة المباح المطلق ، فصار من المحال الممتنع وجود نازلة لا حكم لها في النصوص^(٢).

(١) المائدة : ٣.

(٢) الإحکام ج ٢ ص ٢١٠.

الثاني : في بيان الموارد التي يرجع فيه إلى العرف

قد مرَّ بيان بعض الموارد وال المجالات التي يرجع فيه إلى العرف في التشريع الإسلامي عند بيان وجهة نظرنا عن مدرسة السكوت ، وقد جعلنا تلك الموارد من مدرسة السكوت والآن نذكر بعض المجالات الأخرى الذي ذكروه ، فقد أحصى الشيخ التسخيري في دراسة ، تلك الموارد في أربعة مجالات ها هي :

الأول : ما يستكشف منه حكم شرعي فيما لا نص فيه مثل عقد الاستصناع و يتم الاستكشاف من خلال الامتداد بهذا العرف إلى زمان المعصوم (ع) وإثبات إقراره لهذا العرف ويصبح بذلك سنة عبر هذا الإقرار .

الثاني : ما يرجع فيه لتشخيص بعض المفاهيم التي أوكل الشارع أمر تحديدها للعرف كلفظ الإناء و الصعيد و القرء مما أخذ موضوعاً في لسان الأدلة .

الثالث : ما يرجع فيه لاستكشاف مراد المتكلمين عند ما يطلقون الألفاظ و يدخل في هذا القسم ما يرجع للدلائل الالتزامية إذا كان منشأ الدلالة ، الملازمة العرفية كحكم الشارع مثلاً بظهوره الخمر إذا انقلب إلى خل الملازم عرفاً للحكم بظهوره جميع أطراف إنائه .

الرابع : ما يستكشف به ما يمكن الاحتجاج به و هو بناء العرف العام على الأخذ بالظواهر أو الأخذ بقول الشقة أي ما يستكشف به الحجية الأصولية .

ويختلف هذا القسم الرابع عن القسم الأول بأن هذا يشير إلى الأصول المستكشفة بينما يُركّز الأول على الفروع الفقهية .

ويمكن جمعها تحت عنوان واحد فيقال : ما يستكشف به الحجة أو الحكم الفرعوي^(١) .

ونحن قد جعلنا القسم الأول الذي ذكره من المجالات التي تعدّ من مدرسة السكوت عن التشريع .

(١) الدراسة في العُرْف ودوره في العملية للشيخ التخيري .

الثالث : بيان المجالات التي يرجع فيها إلى العرف في الفقه العامة

فقد مرّ غير مرّة أن جماعة من مدرسة السنّة ذهباً إلى اعتبار العرف والعادة في مقام التشريع الإسلامي^(١) و حتى بعض منهم قدّم العرف على النص والشرع الثابت ، و هم ما يقولون بالرأي والاستحسان ، و يقضون و يفتون بتفكيرهم الناقص فيما لا يجيزه الرسول (ص) عن السؤال الوارد لكي يصل الوحي والحكم الواقعي ، لأنه : ﴿مَا يَنْطِقُ عَنِ الْهَوَىٰ إِنْ هُوَ إِلَّا وَحْيٌ يُوحَىٰ﴾^(٢).

و الحاصل أن العادة محكمة في كثير من مسائل عندهم و لبيان بعض المجالات التي يرجع فيه إلى العرف نذكر نص ما ذكره السيوطي في كتابه المستمد بالأشباه والنظائر و أن يوجد في غيرها من الكتب العامة قال السيوطي : العادة محكمة : قال القاضي أصلها : قوله (ص) ما رأاه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن ، قال العلائي : ولم أجده مرفوعاً في شيء من كتب الحديث أصلاً ولا يستدّ ضعيف بعد طول البحث وكثرة الكشف والسؤال وإنما هو من قول عبد الله بن مسعود موقوفاً عليه ، أخرجه أحمد في مسنده .

اعلم : أن اعتبار العادة والعرف رجع إليه في الفقه في مسائل لاتعدّ كثرة فمن ذلك

(١) فقال ابن عابدين في رسالة نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف :
العرف في الشرع له اعتبار لذا عليه الحكم قد يدار

(٢) النجم : ٤ - ٣ .

سن الحيض والبلوغ والإِنْزَال وأقل الحيض والنفس والطهر غالباً وأكثرها وضابط القلة والكثرة في الضبة والأفعال المنافية للصلة والنجاسات المعفو عن قليلها وطول الزمان وقصره في موالة الوضوء في وجه وبناء على الصلاة في الجمع والخطبة وال الجمعة وبين الإيجاب والقبول والسلام ورده وتأخير المانع من الردة بالعيوب وفي الشرب وسقي الدواب من الجداول والأنهار المملوكة وإقامة له مقام الإذن اللفظي وتناول الشمار الساقطة وفي إحراز المال المسروق وفي المعاطاة^(١) على ما اختاره النووي وفي عمل الصناع على ما استحسنه الراافي وفي وجوب السرج والإكاف في استئجار دابة للركوب والخيط والكحل على من جرت العادة بكونها عليه وفي الاستيلاء في الغصب وفي ردة ظرف الهدية وعدمه وفي وزن أو كيل ما جهل حاله في عهد رسول الله (ص) فإن الأصح أن يراعي فيه عادة بلد البيع وفي إرسال المواشي نهاراً وحفظها ليلاً ولو اطردت عادة بلد بعض ذلك اعتبرت العادة في الأصح وفي صوم يوم الشك لمن له عادة وفي قبول القاضي الهدية من له عادة وفي القبض والإقباض ودخول الحمام ودور القضاة والولاة والأكل من الطعام المقدم ضيافة بلا لفظ وفي المسابقة والمناصلة إذا كانت للرماء عادة في مسافة تنزل المطلق عليها وفيما إذا اطردت عادة المتبازين بالأمان ولم يجر بينهما شرط فالأصح أنها تنزل منزلة الشرط وفي الفاظ الواقع والموصي وفي الأيمان وسيأتي ذكر أمثلة من ذلك.

(١) بيع المعاطاة أو التعاطي هو أن يدفع المشتري ثمن البيع ويأخذ المبيع عن تراضٍ منهما دون أن يحصل بينهما إيجاب وقبول لفظي وفي صحة هذا البيع خلاف فقد ذهب الشافعية على المشهور في المذهب أنه لا يصح مطلقاً وذهب أحمد رحمة الله إلى صحة هذا البيع مطلقاً وبه قال المالكية وهو الأصح عند الحنفية والمختار لدى بعض الشافعية وذهب الكوفي من الحنفية إلى جواز هذا البيع في الأشياء الخيسة كالبقل والبيض وما شابهه (أثر الاختلاف ص ٢٨٤).

يتعلق بهذه القاعدة مباحث

الأول: فيما ثبتت به العادة وفي ذلك فروع: أحدها: الحيض قال الإمام الغزالى و غيرهما العادة في باب الحيض أربعة أقسام: أحدها: ما ثبت فيه بمرة بلا خلاف وهو الاستحاضة لأنها علة مزمنة فإذا وقعت فالظاهر دوامها وسواء في ذلك المبتدأة والمعتادة والمحتيرة و الثاني : ما لا يثبت فيه بالمرة ولا بالمرات المتكررة بلا خلاف وهي المستحاضة إذا انقطع دمها فرأيت يوماً دماً و يوماً نقاءً واستمر لها أدوار هكذا ثم أطبق الدم على لون واحد فإنه لا يلتفت لها قدر أيام الدم بلا خلاف وإن قلنا اللقط بل نحيضها بما كتنا نجعله حيضاً بالتلتفيق وكذلك لو ولدت مراراً ولم تر نفاساً ثم ولدت وأطبق الدم وجاؤز ستين يوماً فإن عدم النفاس لا يصير عادة لها بلا خلاف بل هذه مبتدأة في الناس ، الثالث: ما لا يثبت بمرة ولا بمرات على الأصح وهو التوقف عن الصلاة ونحوها سبب تقطيع الدم إذا كانت ترى يوماً دماً و يوماً نقاءً . الرابع : ما يثبت بالثلاث وفي ثبوته بالمرة والمرتين خلاف والأصح الثبوت وهو قدر الحيض والطهر .

الثاني: الخارجة في الصيد لابد من تكرار يغلب على الظن ولا يكفي مرة واحدة قطعاً وفي المرتين والثلاث خلاف .

الثالث: القائف لا خلاف في اشتراط التكرار فيه وهي يكفي بمرتين أو لابد في ثلاث : وجهان ، ربح الشيخ أبو حامد وأصحابه: اعتبار الثلاث ، وقال إمام الحرمين: لابد من تكرار يغلب على الظن به أنه عرف .

الرابع: اختبار الصبي قبل البلوغ بالمحاكسة : قالوا : يختر مرتين فصاعداً حتى يغلب على الظن رشده .

الخامس: عيوب البعي : فالزنا يثبت الرد بمرة واحدة لأن تهمة الزنا لا تزول وإن

تاب ولذلك لا يحذّ قاذفه . و الإياب^(١) كذلك . قال القاضي حسين وغيره : يكفي المرة الواحدة فيه في يد البائع وإن لم يأبقي في يد المشتري قال الرافعي : والسرقة قريب من هذين وأمّا البول في الفراش فالأظهر اعتبار الاعتياد فيه .

السادس : العادة في صوم يوم الشك كما إذا كان له عادة بصوم يوم الاثنين أو الخميس فصادف يوم الشك : أحدهما بما ذاتب العادة قال الشيخ : تاج الدين السبكي : لم أر فيه نقلًا وقال الإمام في الخادم لم يتعرضوا لضابط العادة فيحمل ثوتها بمرة أو بقدر يعده في العرف متكررًا .

السابع : العادة في الإهداء للقاضي قبل الولاية قال ابن السبكي : لم أر فيه نقلًا بما ذُثبت به . قال : وكلام الأصحاب فيه يلوح ثوتها بمرة واحدة ولذلك عبر الرافعي بقوله تعهد منه الهدية والعهد صادق بمرة .

الثامن : العادة في تجديد الطهر لمن يتيقن طهراً و حدثاً و كان قبلهما متطهراً فإنه يأخذ بالضد إن اعتاد التجديد وبالمثل إن لم يعتد و لم يبنوا بهم ثبت به العادة؟ لكن ذكر السبكي في شرح المنهاج : أن من ثبت له عادة محققة كمن اعتاده فيأخذ بالضد و ظاهر هذا الاكتفاء بالمرة و نحوها .

التاسع : إنما يستدل بمحض الختنى وإيمانه على الأنوثة و الذكورة بشرط التكرار ليتأكد الظن و يندفع نحوهم كونه اتفاقياً قال : الإسنوي : و جزم في التهذيب بأنه يكفي مررتان بل لابد أن يصير عادة وقال : و نظير التمامة بما قيل في كل صيد^(٢) .

ثم إن السيوطى ذكر تحت عنوان المبحث الثاني فروعاً أخرى يرجع فيها إلى العرف و نحن نذكر ما رأه بأسره لاستيفاء العنوان حيث قال : إنما تعتبر العادة إذا اطردت

(١) المكاسب ص ٢٦٩ : تكون ذلك بنفسه نقصاً ، بحكم العرف .

(٢) الأشباه والنظائر ص ١٨٥ - ١٨٣ .

فإن اضطربت فلا و إن تعارضت الظنون في اعتبارها فخلاف ، قال الإمام : في باب الأصول والشمار: كل ما يتضح فيه اطراد العادة فهو المحكم و مضمونه كالمذكور صريحاً و كل ما تعارض الظنون بعض التعارض في حكم العادة فيه فهو مثار الخلاف . انتهى .

و في ذلك فروع :

١ - منها: باع شيئاً بدرهم وأطلق ، نزل على النقد الغالب ، فلو اضطربت العادة في البلد وجب البيان وإلا يبطل البيع .

٢ - منها : غلت المعاملة بجنس في العروض أو نوع منه انصرف الثمن إليه عند الإطلاق في الأصح كالنقد .

٣ - منها : استأجر لخياطة والنسخ والكحل فالخيط والجبر والكحل على من ؟ خلاف صح الرافعي في الشرح : الرجوع فيه إلى العادة فإن اضطربت وجب البيان وإلا فتبطل الإجارة .

٤ - منها: البطالة في المدارس : سئل عنها ابن الصلاح فأجاب بأن ما وقع منها في رمضان ونصف شعبان لا يمنع من الاستحقاق ، حيث لا نص فيه من الواقف على اشتراط الاشتغال في المدة المذكورة وما يقع منها قبلهما يمنع ، لأنه ليس فيه عرف مستمر ولا وجود لها قطعاً في أكثر المدارس والأماكن ، فإن سبق بها عرف في بعض البلاد واشهر غير مضطرب فيجري فيها في ذلك البلد . الخلاف في أن العرف الخاص هل ينزل في التأثير منزلة العرف العام ؟ و الظاهر تنزيله في أهلة بتلك المنزلة . انتهى .

٥ - منها : المدارس الموقوفة على درس الحديث ولا يعلم مراد الواقف فيها هل يدرس فيها علم الحديث الذي هو معرفة المصطلح كمختصر ابن الصلاح ونحوه أو يقرأ متن الحديثين ؟ كالبخاري و مسلم و نحوهما ، و يتكلم على ما في الحديث من فقه و غريب و لغة و مشكل و اختلاف كما هو عرف الناس الآن وهو شرط المدرسة الشيخونية

كمارأيته في شرط واقفها.

وقد سأّل شيخ الإسلام أبو الفضل بن حجر شيخه الحافظ أبي الفضل العراقي عن ذلك ، فأجاب بأن الظاهر اتباع شروط الواقفين ، فإنهم يختلفون في الشروط ، وكذلك اصطلاح أهل كل بلد . وفي الشام يلقون دروس الحديث كالشيخ المدرس في بعض الأوقات بخلاف المصريين ، فإن العادة بينهم في هذه الأعصار بالجمع بين الأمرين بحسب ما يقرأ فيه من الحديث^(١) .

ثم ذكر ذيل عنوان تعارض العرف والشرع فروعاً آخر من مجارى العرف فقال : و هو نوعان : أحدهما أن لا يتعلّق بالشرع حكم فيقدم عليه عرف الاستعمال ، فلو حلف لا يأكل لحماً لم يحيث بالسمك وإن سماه الله لحماً أو لا يجلس على بساط أو تحت سقف أو في ضوء سراج لم يحيث بالجلوس على الأرض وإن سماها الله بساطاً ولا تحت السماء وإن سماها سقفاً ولا في الشمس وإن سماها الله سراجاً أو لا يضع رأسه على وتد لم يحيث بوضعها على جبل أولياً كمل ميته أو دملاً لم يحيث بالسمك والجراد والكبش والطحال فقدم العرف في جميع ذلك ، لأنها استعملت تسمية بلا تعلق حكم و تكليف .

الثاني : أن يتعلّق به حكم فيقدم على عرف الاستعمال : فلو حلف لا يصلّي لم يحيث إلا بذات الركوع والسجود أو لا يصوم لم يحيث بطلق الإمساك أو لا ينكح حتى بالعقد لا بالوطء أو قال : إن رأيت الهلال فأنت طالق فرآه غيرها و علمت به طلقت حملاً له على الشرع ، فإنها فيه بمعنى العلم لقوله : إذا رأيتموه فصوموا .

ولو كان اللفظ يقتضي العموم والشرع يقتضي التخصيص ، اعتبر خصوص الشرع في الأصح : فلو حلف لا يأكل لحماً لم يحيث باليتيم أو لا يطأطاء لم يحيث بالوطء في الدبر على ما رحجه في كتاب الأيمان ، أو أوصى لأقاربه لم تدخل ورثته عملاً بتخصيص الشرع

(١) نفس المصدر ص ١٨٧ - ١٨٥ .

إذا وصية لوارث أو حلف لا يشرب ماء لم يحث بالتغيير كثيراً بزعفران ونحوه^(١). ثم قال في تعارض العرف مع اللغة : حكى صاحب الكافي وجهين في المقدم : أحدهما : وإليه ذهب القاضي حسين : الحقيقة اللغوية عملاً بالوضع اللغوي والثاني : وعليه البغوي : الدلالة العرفية لأن العرف يحكم في التصرفات سيمما في الأيمان قال : فلو دخل دار صديقه فقدم إليه طعاماً فامتنع فقال : إن لم تأكل فامرأتي طالق ، فخرج ولم يأكل ثم قدم اليوم الثاني فقدم إليه ذلك الطعام فأكل فعلى الأول لا يحث وعلى الثاني : يحث . انتهى . وقال الراافي في الطلاق : إن تطابق العرف والوضع فذاك ، وإن اختلف فكلام الأصحاب يميل إلى الوضع . والإمام والغزالى يريان اعتبار العرف وقال : في الأيمان ما معناه : إن عمت اللغة قدّمت على العرف وقال غيره : إن كان العرف ليس له في اللغة وجه البة فالمعتبر اللغة وإن كان فيه استعمال فيه خلاف ، وإن هجرت اللغة حتى صارت نسياً منسياً قدّم العرف .

وفي الفروع المخرجة على ذلك :

- ١ - حلف لا يسكن بيته فإن كان بدويأً حث بالمبني وغيره لأنه تظاهر فيه العرف واللغة ، لأن الكل يسمونه بيته وإن كان من أهل القرى فوجهان : بناءً على الأصل المذكور : إن اعتبرنا العرف لم يحث والأصح الحث .
- ٢ - منها حلف لا يشرب ماء حث بالمالح وإن لم يعتد شربه اعتباراً بالإطلاق والاستعمال اللغوي .
- ٣ - منها حلف لا يأكل الخبز حث بخبز الأرض وإن كان في قوم لا يتعارفون بذلك لإطلاق الاسم عليه لغة .
- ٤ - منها : قال : أعطوه بغيراً لا يعطي ناقة على المنصوص قال ابن شريح : نعم

(١) نفس المصدر ص ١٨٧ .

لأن دراجه فيها لغة .

٥ - منها قال : أعطوه دابة أعطي فرساً أو بغلأً أو حماراً على المنصوص لا الإبل و البقر إذ لا يطلق عليها عرفاً وإن كان يطلق عليها لغة وقال ابن شريح : إن كان ذلك في غير مصر لم يدفع إليه إلا الفرس .

٦ - منها : حلف لا يأكل البيض أو الرؤوس لم يحث بيض السمك والجراد ولا برفس العصافير والحيتان لعدم إطلاقها عليها عرفاً .

٧ - منها قال زوجتي طالق لم تطلق سائر زوجاته عملاً بالعرف وإن كان وضع اللغة تقتضي ذلك ، لأن اسم الجنس إذا أضيف عم وكذلك قوله : الطلاق يلزمني لا يحمل على الثلاث وإن كانت الألف واللام للعموم .

٨ - منها : أوصى للقراء فهل يدخل من لا يحفظ ويقرأ المصحف أو لا ؟ وجهان ينظر في أحدهما إلى الوضع وفي الثاني إلى العُرْف وهو الأظهر .

٩ - منها أوصى للفقهاء فهل يدخل الخلافيون المناذرون قال : في الكافي يتحمل وجهين لتعارض العُرْف والحقيقة .

تبنيه : الشيخ أبو زيد : لأدري ماذا بني الشافعي مسائل الأيمان : إن اتبع اللغة فمن حلف لا يأكل الرؤوس فينبغي أن يحث بروس الطير والسمك ، وإن اتبع العُرْف فأهل القرى لا يعذون الخيام بيوتاً قال الرافعى : يتبع مقتضى اللغة تارة و ذلك عند ظهورها و شمولها وهو الأصل و تارة يتبع العُرْف إذا استمر و اطرد . قال ابن عبد السلام : قاعدة الأيمان : البناء على العُرْف إذا لم يضطرب ، فإن اضطرب فالرجوع إلى اللغة .

تبنيه : إنما يتجاذب الوضع والعُرْف في العربي أمّا الأعجمي فيعتبر عرفه قطعاً إذ لا وضع بحمل عليه .

١ - فلو حلف على البيت بالفارسية لم يحث بيته الشعر ولو أوصى لأقاربه

لم يدخل قرابة الأم في وصية العرب ويدخل في وصية العجم .

٢ - ولو قال : إن رأيت الهلال فأنت طالق ورأه غيرها قال القفال إن علّق بالعجمية

حمل على المعاينة سواء فيه البصير والأعمى قال : والعرف الشرعي في حمل الروية على العلم لم يثبت إلا في اللغة العربية وضع الإمام : الفرق بين اللغتين .

٣ - ولو حلف لا يدخل دار زيد فدخل ما سكنه بإجازة لم يحيث وقال القاضي

حسين : إن حلف على ذلك بالفارسية حمل على المسكن قال الرافعي : ولا يكاد يظهر فرق بين اللغتين (١) .

ثم ذكر مجالات أخرى في قوله : تعارض العرف العام والخاص : و الصابط أنه إن كان المخصوص محصوراً لم يؤثر كما لو كانت عادة امرأة في الحيض أقل مما استقرت من عادات النساء ردت إلى الغالب في الأصح ، و قيل تعتبر عادتها وإن كان غير محصور اعتبر كما لو جرت عادة قوم بحفظ زرعهم ليلاً و مواشיהם نهاراً فهل ينزل ذلك منزلة العرف العام في العكس وجهان ؟ الأصح : نعم (٢) .

و في قوله : العادة المطردة : وفيه صور : ١ - منها لو جرت عادة قوم بقطع الحصرم قبل النضج فهل تنزل عادتهم منزلة الشرط حتى يصح بيعه من غير شرط القطع ؟ وجهان : أصحهما لا . و قال القفال : نعم .

٢ - منها لو عَمَّ في الناس اعتياد إباحة منافع الرهن للمرتهن فهل ينزل منزلة شرطه حتى يفسد الرهن ؟ قال الجمهور : لا و قال القفال : نعم .

٣ - منها لو جرت عادة المقترض برد أزيد مما افترض فهل ينزل منزلة الشرط فيحرم إقراضه ؟ وجهان : أصحهما لا .

(١) نفس المصدر ص ١٩٠ .

(٢) نفس المصدر ص ١٩١ .

٤ - منها لو اعتاد بيع العينة : بأن يشتري موجلاً بأقل مما باعه نقداً فهل يحرم ذلك ؟ وجهان : أصحهما لا .

٥ - منها لو بارز كافر مسلماً وشرط الأمان لم يجز للمسلم إعانته المسلم فلو لم يشرط ولكن اطردت العادة بالمبادرة بالأمان فهل هو كالمشروع ؟ وجهان ، أصحهما : نعم بهذه الصور مستثناة .

٦ - منها : لو دفع ثوباً مثلاً إلى خياط ليحيطه ولم يذكر أجرةً وعادته بالعمل بالأجرة فهل ينزل منزلة شرط الأجرة ؟ خلاف والأصح في المذهب : لا ، واستحسن الرافعي مقابله .

العرف الذي تحمل عليه الألفاظ إنما هو المقارن دون المتأخر

١ - قال الرافعي : العادة الغالبة إنما هو تؤثر في المعاملات لكثرتها وقوعها ورغبة الناس فيها يرتجح في النفقه غالباً ولا يؤثر في التعليق والإقرار بل يبقى اللفظ على عمومه فيها وأما في التعليق فقللة وقوعه ، وأما في الإقرار فلا أنه إخبار عن وجوب سابق ، وربما يقدم الوجوب على العرف الغالب : فلو أقرت بدراهم وفترها بغير سكّة البلد قبل . قال الإمام : وكذا الدعوى بالدرارم لا تنزل على العادة كما أن الإقرار بها لا ينزل على العادة بل لابد من الوصف ، وكذا قال الشيخ أبو حامد والمارودي والروياني وغيرهم وفرقوا بما سبق أن الدعوى والإقرار إخبار عما تقدم فلا يفيده العرف المتأخر بخلاف العقد فإنه أمر باشره في الحال فقيده العرف .

٢ - ولو أقرت بـ **اللفي** مطلقة في بلد راهمه ناقصة لزمه الناقصة في الأصح ، وقيل يلزمها وافية لعرف الشرع ، ولا خلاف أنه لو اشتري بـ **اللف** في هذا البلد لزمه الناقصة ، لأن البيع معاملة ، والغالب أن المعاملة تقع بما يرتجح فيها بخلاف الإقرار .

- ٣ - و من الفروع المخرجية على هذا الأصل ما سبق في المسألة البطالة فإذا استمر عرف بها في أشهر مخصوصة حمل عليه ما وقف بعد ذلك لا ما وقف قبل هذه العادة.
- ٤ - ومنها كسوة الكعبة نقل الرافعى عن ابن عبдан : أنه منع من يبعها و شرائها وقال أبي الصلاح : الأمر فيها إلى رأى الإمام واستحسنه النووي ، وقال العلائي وغيره : الذي يقتضيه القياس : أن العادة استمرت بأنها تبدل كل سنة وتؤخذ تلك العتيقة فيتصرف فيها بيعاً وغيره ، ويقرّهم الأئمة على ذلك في كل عصر ، فلاتردد في جوازه ، وأمّا بعد إن اتفق في هذا القرن في وقف الإمام ضيّعة معينة على أن يصرف ريعها في كسوة الكعبة فلا يتردد في جواز ذلك ، لأن الوقف بعد استقرار هذه العادة والعلم بها فينزل لفظ الواقف عليها^(١).
- ٥ - ومنها : الأوقاف القديمة المشروط نظرها للحاكم وكان الحاكم اذ ذاك شافعي ثم أن الملك الظاهر أحدث القضاة الأربع سنة أربع و ستين و ستمائه ، فما كان موقوفاً قبل ذلك اختص نظره بالشافعي فلا يشاركه غيره ، وما أطلق في النظر بعد ذلك فمحمول عليه أيضاً لأن أهل العرب غالباً لا يفهمون من إطلاق الحاكم غير الشافعي
- قال الفقهاء : كل ما ورد به الشرع ولا ضابط فيه ولا في اللغة يرجع فيه إلى العرف (كما مرّ غير مرة) و مثلوه بالحرز في السرقة ، والتفرق في البيع ، والقبض ، و وقت الحيض و قدره ، والإحياء و الاستيلاء في الغصب و الاكتفاء في نية الصلة بالمقارنة العرفية بحيث يعد مستحضرأً للصلة على ما اختاره النووي و غيره ، وقالوا في الأيمان : إنها تبني أولاً على اللغة ثم على العرف و خرجوا عن ذلك في مواضع لم يعتبروا فيها العرف مع أنها لا ضابط لها في الشرع ولا في اللغة :
- ٦ - منها المعاطاة على أصل المذهب لا يصح البيع بها و لو اعتيدت لاجرم أن النووي قال : المختار الراجح دليلاً ، الصحة لأنه لم يصح في الشرع اعتبار لفظ فوجب

(١) فانظر المكاسب للشيخ الأعظم ص ١٦٧ من الفقه الإمامية .

الرجوع إلى العرف كغيره من الألفاظ .

٢ - منها : مسألة استصناع الصناع الجارية ، عادتهم بالعمل بالأجرة لا يستحقون شيئاً إذا لم يشتري طوه في الأصح .

٣ - ومن أمثلة ذلك أن يدفع ثوباً إلى خياط ليخيطه أو قصار ليقصره أو جلس بين يدي حلاق فحلق رأسه أو دلاك فدلّكه أو دخل سفينة بإذن وسار إلى الساحل . وأما دخول الحمام ، فإنه يوجب الأجرة وإن لم يجر لها ذكر قطعاً ، لأن الداخل مستوف منفعة الحمام بسكته وهناك صاحب المنفعة صرفها ^(١) .

٤ - منها لم يرجعوا في ضبط موالة الوضوء و خفة الشعر وكثافته للعرف في الأصح ولا في ضابط التحذير .

فرع

سئل الغزالى عن اليهودي إذا أجر نفسه مدة معلومة ما حكم السبوت التي تخلّها إذا لم يستثنها فإن استثنها فهل تصح الإجارة ؟ لأنه يوحي تأخير التسليم عن العقد فأجاب : إذا اطّرد عرفهم بذلك كان إطلاق العقد كالتصريح بالاستثناء كاستثناء الليل في عمل لا يتولى إلا بالنهار ، و حكمه أنه لو أنشأ الإجارة في أول الليل مصرحاً بالإضافة إلى أول الغد لم يصح ، وإن أطلق صح ، وإن كان الحال يقتضي تأخير العمل كما لو أجر أرضاً للزراعة في وقت لا يتصور المبادرة إلى زراعتها أو أجر داراً مشحونة بالأمتنة لاتفرغ إلا في يوم أو يومين . انتهى . قال السبكي : ولا ينبغي أن يؤخذ مسلماً بل ينظر فيه قال : وقد سئل عنه قاضي القضاة أبو بكر الشامي فقال : يجب عليه العمل فيها لأن الاعتبار بشرعنا في ذلك فذكر له كلام الغزالى فقال : ليس بصحيح ثم قال : يحتمل أن يقال ذلك ويستثنى

(١) انظر المكاسب ص ٩٣ من الفقه الإمامية .

بالعرف قال السبكي : و كلام الغزالى متين و قويم و فيه فوائد و هو أولى من قول أبي بكر الشامي لأن العرف وإن لم يكن عاماً لكنه موجود فيه ، فينزل منزلة العرف في أوقات الراحة و نحوها ... و حينئذ السبوت داخلة في الإحارة و ملك المستأجر منفعة فيها وإنما امتنع عليه الاستيفاء لأمر عرفي مشروط ببقاء اليهودية فإذا أسلم لم يبق مانع والاستحقاق ثابت لعموم العقد فيستوفيه ... نظيره لو استأجر أمراً لعمل مدة فحاضت في بعضها فأوقات الصلاة في زمن الحيض غير مستشاة وفي غيره مستشاة ولا يتطرق في ذلك إلى حال العقد بل حال الاستيفاء ، وهكذا اكتراء الإبل إلى الحج و سيرها محمول على العادة و المنازل المعتادة فلو اتفق في مدة الإيجارة تغيير العادة و سار الناس على خلاف ما كانوا يسيرون فيما لا يضر بالأجير و المستأجر وجب الرجوع إلى ما صار عادة الناس و لا نقول بانفاسخ العقد و اعتبار العادة الأولى ، هذا مقتضى الفقه و لم أجده منقولاً قال : ولو استعمل المستأجر اليهودي يوم السبت ظالماً أو ألم بالمسلم العمل في أوقات الصلاة و نحوها لم يلزمته أجرة المثل و علله التوقي : لأن جملة الزمان مستحقة و ترك الراحة ليتوفّر عليه عمله فإن دخله نقص وجب عليه أرش نقصه كما لو استعمله في أوقات الصلاة لا يجب عليه زيادة أجرة و عليه تركه لقضاء الصلاة .

نظير مسألة إسلام الذمي ما لو أجر داراً ثم باعها لنغير المستأجر ثم تقاييل البائع و المستأجر الإيجارة و الذي ذكره المتولي : أن المنافع تعود إلى البائع سواء قلنا إن الإقالة بيع أو فسخ على الصحيح^(١) .

و لقد ذكر في نشر العرف موارد نذكر بعضها استيفاء للعنوان :

- ١ - لو تواضع أهل بلدة على زيادة في سنجاتهم التي يوزن بها الدرهم والإبريس على مخالفه سائر البلدان ، ليس لهم ذلك .

(١) الأشباه و النظائر للسيوطى ص ١٩٩ - ١٨٢ .

٢ - لو استأجره ليحمل طعامه بقفيز منه فالإجارة فاسدة يجب أجر المثل لا يتجاوز به المسمى .

٣ - لو دفع حائثك غرلاً على أن ينسجه بالثلث ففاسدة ، ومشابخ بلخ و خوارزم أفتوا بجواز إجارة الحائث للعرف .

٤ - لم يجز استيجار دابة لجنبها أو دراهم لدين بها دكانه ... ولا يثبت جوازها بالعرف الخاص فإن العرف الخاص لا يترك به القياس في الصحيح .

٥ - فما لم ينص عليه - بالكيل و الوزن - فهو محمول على عادات الناس .

٦ - عن أبي يوسف اعتبار العرف في هذه الأشياء المنصوصة - على كيله أو وزنه ... فهذا فيه اتباع العرف اللازم منه ترك النص ^(١) .

٧ - وذكر الشرح : يشترط التساوي بالكيل في المكيل ولا يلتفت إلى التساوي في الوزن دون الكيل حتى لو باع حنطة بحنطة وزناً لا كيلاً لم يجز الذهب والفضة موزونة أبداً للنض على وزنها فلابد من التساوي في الوزن حتى لو تساوى الذهب بالذهب كيلاً لا وزناً لم يجز وكذا الفضة بالفضة لأن طاعة رسول الله (ص) واجبة علينا لأن النص أقوى من العرف فلا يترك الأقوى بالأدنى وما لم ينص عليه فهو محمول على عادات الناس لأنها دلالة على جواز الحكم ^(٢) .

(١) نشر العرف لابن عابدين ص ٧-٨ .

(٢) نفس المصدر ص ٨ .

المُلْحِق

أُجِبَتْ أَنَّ الْحِقَّ فِي آخِرِ هَذَا الْفَصْلِ مُلْعَنْصَ مَا قَالَ مُحَمَّدُ بْنُ عَابِدِينَ فِي رِسَالَةِ نَشَرِ الْعَرْفِ فِي بَنَاءِ بَعْضِ الْأَحْكَامِ عَلَى الْعَرْفِ الَّتِي عَثَرَتْ عَلَيْهَا فِي مَكْتَبَةِ سَمَاحَةِ السَّمْوَةِ حُضْرَةَ آيَةِ اللَّهِ الْعَظِيمِ شَهَابَ الدِّينِ الْمَرْعُشِيِّ النَّجْفِيِّ بِقَمِ الْمَقْدَسَةِ وَإِنْ كَانَ سَاقِطًا بَعْضَ صَفَحَاتِهَا مِنْ صَفَحَةِ ٢ إِلَى ٧ - وَمَا وَجَدْتُ فِيهَا وَغَيْرَهَا مِنْ الْمَكْتَبَاتِ الَّتِي رَاجَعْتُ إِلَيْهَا بِقَمِ ، نَسْخَةً أُخْرَى مِنْهَا .

وَقَدْ عَلِمْتُ أَنَّ ابْنَ عَابِدِينَ الْحَنْفِيَّ مِنْ عَوْلَ كَثِيرًا عَلَى الْعَرْفِ فِي بَنَاءِ الْأَحْكَامِ الشَّرِعِيَّةِ كَمَا هُوَ ظَاهِرٌ فِي رِسَالَتِهِ .

ملخص الرسالة : عادات الناس دالة على جواز الحكم

قال محمد بن عابدين في رسالة نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف :

العرف في الشرع له اعتبار لذا عليه الحكم قد يدار

وذكر الشرح : يشترط التساوي بالكيل في المكيل ولا يلتفت إلى التساوي في الوزن دون الكيل حتى لو باع حنطة بحنطة وزناً لا كيلاً لم يجز والذهب والفضة موزونة أبداً للنص على وزنهما فلا بد من التساوي في الوزن حتى لو تساوى الذهب بالذهب كيلاً لا وزناً لم يجز وكذا الفضة بالفضة لأن طاعة رسول الله (ص) واجبة علينا لأن النص أقوى من العرف فلا يترك الأقوى بالأدنى وما لم ينص عليه فهو محمول على عادات الناس لأنها دالة على جواز الحكم . انتهى^(١) .

(١) نفس المصدر ص ٨.

تغيير النص بتغيير العرف والعادة

فإن قلت : قد روى عن أبي يوسف اعتبار العرف في هذه الأشياء المنصوصة حتى جوز التساوي بالكيل في الذهب وبالوزن في الحنطة إذا تعارفها الناس فهذا فيه اتباع العرف اللازم منه ترك النص فيلزم أنه يؤثر عنده ما شابه من تجويز الربا و نحوه للعرف وإن خالف النص .

قلت : حاشا الله أن يكون مراد أبي يوسف ذلك وإنما أراد تعلييل النص بالعادة بمعنى أنه إنما نص على البر والشعير والتمر والملح بأنها مكيلة وعلى الذهب والفضة بأنها موزونة لكونهما كانا في ذلك الوقت كذلك فالنص لو كان في ذلك الوقت وزن البر وكيل الذهب ، لورد النص على وفقها فحيث كانت العلة للنص على الكيل والوزن في البعض هي العادة تكون العادة هي المنظور إليها فإذا تغيرت الحكم فليس في اعتبار العادة المتغيرة الحادثة مخالفة للنص بل فيه اتباع النص ... وعلى هذا فلو تعارف الناس بيع الدرهم بالدرهم أو استقر أرضها بالعدد كما في زماننا لا يكون مخالفًا للنص ^(١) .

نعم خالف في ذلك البركلي في الطريقة المحمدية حيث قال كما في النشر : إن الذهب والفضة المضروبين المدعوين بالسكة السلطانية معلوماً المقدار بين المتعاقدين فذكر العدد كنایة عن الوزن اصطلاحاً ، و النقصان الحاصل بالقطع جزئي لا يدخل تحت المعيار الشرعي ^(٢) .

الإفراط في أقسام العرف

قد صرّح الفقهاء بأن الشرط المتعارف لا يفسد البيع كشراء نعل على أن يحدوها البائع أي يقطعها . وفيه ما لو شرى ثوباً أو خفّاً خلقاً على أن يرقعه البائع و يخرزه و

يسلمه^(١).

الباب الثاني فيما إذا خالف العرف ما هو ظاهر الرواية

فنقول : إن المسائل الفقهية إنما أن تكون ثابتة بصريح النص وهي الفصل الأول وإنما أن تكون ثابتة بضرب اجتهد ورأي وكثير منها ما يتبناه المجتهد على ما كان في عرف زمانه بحيث لو كان في زمان العرف الحادث لقال بخلاف ما قاله أولاً ولهذا قالوا في شروط الاجتهد وأنه لابد فيه من معرفة عادات الناس فكثير من الأحكام تختلف باختلاف الزمان لتغير عرف أهلها أو الحدوث ضرورة أو فساد أهل الزمان بحيث لو بقي الحكم على ما كان عليه أولاً للزم منه المشقة والضرر بالناس ولخالف قواعد الشريعة المبنية على التخفيف والتيسير ودفع الضرر وفساد لبقاء للعالم على أتم نظام وأحسن أحكام^(٢).

وذكر من تأثير الزمان في الفتيا : قول الإمامين بعدم الاكتفاء بظاهر العدالة في الشهادة مع مخالفته لما نص عليه أبو حنيفة بناءً على ما كان في زمانه من غلبة العدالة لأنها كانت في الزمن الذي شهد له رسول الله (ص) بالخيرية وهم أدركوا الزمان الذي فشا فيه الكذب وقد نص العلماء على أن هذا الاختلاف اختلف عصراً وأوان لا اختلاف حجة وبرهان^(٣)

تغير العرف باختلاف الأعصار والأزمان وجوائز مخالفته النص لتغيير العرف

إنما أن المتأخرین الذين خالفوا النصوص في كتب المذهب في المسائل السابقة لم يخالفوه إلا لتغير الزمان و العرف و علمهم بأن صاحب المذهب لو كان في

زمانهم لقالواه فللمفتى الآن أن يفتى على عرف أهل زمانه وإن خالف زمان المتقدمين^(١).

عن البزارية : أن المفتى يفتى بما يقع عنده من المصلحة^(٢).

فهذا كله وأمثاله دلائل واضحة على أن المفتى ليس له الجمود على المنقول في كتب ظاهر الرواية من غير مراعاة الزمان وأهله وإلا يضيع حقوقاً كثيرة و يكون ضررها أعظم من نفعه^(٣) ، وإن نقاش ابن عابدين فيه بقوله : بأن هذا ظاهر على ما كان في زمنه من عدم اختلاف وزنها أبداً في زماننا فيختلف بكل سلطان يخفف سكته عن سكة السلطان الذي قبله في النوع الواحد بل سكة سلطان زماننا أعزه الله تختلف في النوع الواحد ... فالريال والذهب من نوع واحد يختلف وزنه ولا ينظر المتعاقدان إلى ذلك الاختلاف وشرط صحة البيع مقدار الثمن إذا كان غير مشار إليه^(٤).

و ما لم يرد فيه نص كالحديد السمن والزيت يعتبر فيه عادة الناس^(٥).

روى عن أبي يوسف اعتبار العرف حتى لو حصار المكيل موزوناً والموزون مكيلاً^(٦). يعتبر العرف الطاريء^(٧).

سئل عن النبي (ص) عن خميرة يتعطاها الجيران أن يكون رباً فقال : ما رأه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن و ما رأه المسلمون قبيحاً فهو عند الله قبيح^(٨).

ذكر في البزارية في البيع الفاسد في القول السادس في بيع الوفاء أنه صحيح قال : لحاجة الناس فراراً من الربا^(٩).

فإن تغيير ما اعتاده عامة أهل العصر في عامة بلاد الإسلام لا حرج فوقه ولا شك أنه فوق الذي عفى لأجله من بعض النجاسات ... و يمكن ادعاء ذلك هنا بأن يجعل العرف مختصاً لأدلة اشتراط المعيار بما إذا كان في الزيادة منفعة لأحد المتعاقدين و لهذا

(١) و ٢ و ٣ و ٤ و ٥ و ٦ و ٧ و ٨) نفس المصدر ص ٢٢، ٢٤، ٢٦، ٢٩، ١٠، ١١، ١١، ١٢.

لم تحرم الزيادة القليلة التي لا تدخل تحت المعيار الشرعي فيجوز الاستفراض بالعدد ولا يكون رباً على هذا الوجه وكذا البيع والإجارة ونحوهما^(١).

هذا كله فيما إذا لم يغلب الغش على الذهب والفضة أما إذا غلب فلا كلام في جواز استفراضهما عدد بدون وزن اتباعاً للعرف^(٢).

باع شيئاً بعشرة دنانير واستقرت العادة في ذلك البلد أنهم يعطون كل خمسة أسداس مكان الدينار فاشتهرت بينهم فالعقد ينصرف إلى ما يتعارفه الناس فيما بينهم في تلك التجارة^(٣).

إذن قلت : إذا كان على المفتى اتباع العرف وإن خالف المنصوص عليه في كتب ظاهر الرواية فهل هنا فرق بين العرف العام والعرف الخاص كما في القسم الأول وهو ما خالف فيه العرف النص الشرعي (وقد قلنا إن العرف العام مقدم على النص الشرعي دون الخاص) قلت : لا فرق بينهما هنا إلا من جهة أن العرف العام يثبت به الحكم العام و العرف الخاص يثبت به حكم الخاص^(٤).

وبما قررناه تبين لك أن ما تقدم عن الأشباه من أن المذهب عدم اعتبار العرف الخاص إنما هو فيما إذا عارض النص الشرعي فلا يترك به القياس ولا يخص به الأثر بخلاف العرف العام كما مر^(٥).

إعلم أن كلاً من العرف العام والخاص إنما يعتبر إذا كان شائعاً بين أهله يعرفه جميعهم^(٦).

محمد أمين بن عمر عابدين

الرابع : في بيان المجالات التي يرجع فيها إلى العرف في الفقه الخاصة
قد مر بيان تلك المجالات في رأي العامة وأما عند الخاصة فهم أيضاً قد يعولون على العرف في مسائل كثيرة غير مسبق منها ذكره كما في المسألة في الوضوء والكرامة على صدق اسم الاستعانة وصدق المرتدين والسود والقيام وسمى الكثرة وغيرها من الألفاظ والعناوين فراجع الجوهر و غيرها من الكتب قال فيها : إن المدار في العيب و عدمه العرف ضرورة أن عيب كل شيء بحسبه وقال : وبذلك كلّه وغيره يظهر لك الاحتياج إلى مراعاة العرف و صعوبة الاكتفاء بالخبر المزبور ، انتهى : (في الوسائل الباب الأول من أبواب أحكام العيوب ح ١) ^(١).

قال الإمام الخميني (ره) : المعول في تشخيص العيب مفهوماً ومصداقاً هو العرف كما هو الحال في جميع العناوين العقلائية المأخوذة في الأدلة إلا أن يقوم دليل على الخلاف ... ثم إن العيب من العناوين التي تختلف الآثار في بها بحسب الأمكانة والأزمنة إلى غير ما نقلناه عنه (ره) في عرف الأمصار والأعصار ^(٢).

قال (ره) في موضع آخر : إن الخيار مع العيب في الجميع عقلائي لا يختص بمحيط الشرع وال المسلمين وليس لبناء المتعاملين ... والأرش ثابت لدى العقلاء عند تعذر

(١) الجوهر ج ٢٣ ص ٢٥٩ .

(٢) كتاب البيع ج ٥ ص ١١١ .

الرد ^(١).

قال في موضع ثالث : إنه لا ينبغي الإشكال في أن تشخيص المخالفة للكتاب والسنة و عدمها موكول إلى العرف كسائر الموضوعات المترتبة عليها الأحكام الشرعية ^(٢).

قال في رابع : إن المراد بالتلف في النبوي - كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه - هو التلف العرفي ... فيشمل الغرق والسرقة و نحوهما مما يعد عند العرف تلفاً ^(٣).

قال في خامس : الرجوع إلى العرف في تشخيص الموضوع و العنوان فصحيح لا محيد عنه إذا كان الموضوع مأخوذاً في دليل لفظي أو مقدد إجماع ^(٤).

قال في الجواهر : المرجع في المكيل و الموزون هو العرف و العادة شريطة أن يكون مجهول الحال في زمانه بالمرة أو العلم بالتقدير و الجهل بالخصوصية و مع فقدهما فلا يلحظ ... و حكى عن الأردبيلي المناقشه في ذلك باحتمال إرادة المتعارف عرفاً عاماً - لأن يرجع إلى ما هو المتعارف في البلدان - أو إلى أكثر البلدان أو في الجملة مطلقاً أو بالنسبة إلى كل بلاد بل نحو المأكول و الملبوس فيما يسجد عليه ... فكل ما يعلم كونه مكيناً أو موزوناً في زمنهم (ع) وجب إجراء الحكم عليه بذلك في الأزمنة المتأخرة و ما لم يعلم فهو بناءً على قواعدهم يرجع إلى العرف العام

ثم قال : ولا يخفى عليك ما في هذا الكلام من الغرائب ضرورة خروج ما نحن فيه عن مسألة معاني الألفاظ فإن المكيل و الموزون لا اختلاف في معناه في عرفنا و عرفهم و إن اختلف أفراده فيما فزبت مكيل و موزون في ذلك الزمان ليس في هذا الزمان و

(١) نفس المصدر ج ٥ ص ٨.

(٢) نفس المصدر ج ٥ ص ١٦٦.

(٣) نفس المصدر ج ٥ ص ٣٨٥.

(٤) نفس المصدر ج ١ ص ٣٨١.

بالعكس و هو ليس اختلافاً في المعنى و هو واضح ... حتى قال : و إن اختلف المدار باختلاف الأعصار والأمسار والأزمنة - حيث المكيل والموزون والمعدود - و ليس ذلك من اختلاف الأحكام الشرعية نفسها بل هو من اختلاف موضوعاتها و عنوانها التي تدور مداره^(١).

ولبيان مجري العُرف و المجالات التي رجع فيها أصحابنا و فقهائنا الإمامية تتصفح الجواثر والروضة والمكاسب وغيرها من الكتب لتعلم مدى اعتبار العُرف عند المدرسة الجعفرية (ع) ولتسهيل الأمر للباحثين نذكر الموارد التي عثرنا عليها في الأبواب المختصة مع بيان رقم الصفحة فلنبدئ بـ:

كتاب الطهارة

- ١ - الماء لا ينجس بالمتنجس كما لو تغير طعمه بالدبس المتنجس من غير أو تؤثر نجاسة فيه والمعتبر من التغيير الحسي لا تقديرى على الأقوى^(٢).
- ٢ - يعتبر في طهارة الماء القليل المتنجس بمقابلات الكرز الدفعه والممازجة وعلو المطهر أو مساواته واعتبار الأخير - علو المطهر أو مساواته - ظاهر دون الأولين إلا مع عدم صدق الوحدة عرفاً^(٣).
- ٣ - ينجس الماء القليل وهو ما دون الكرز والبئر وهو مجمع ماء نابع من الأرض لا يبعدها غالباً ولا يخرج من مستها عرفاً بالمقابلة^(٤).

(١) الجواثر ج ٢١ ص ٤٢٦.

(٢) الروضة ص ٣٠.

(٣) نفس المصدر ص ٣٢.

(٤) الروضة ص ٣٤.

- ٤ - يظهر البئر بنزح جميعه للبعير ... وكذا الثور قيل هو ذكر البقر والأولى اعتبار إطلاق اسمه عرفاً مع ذلك ^(١).
- ٥ - و يظهر بنزح سبعين دلوأً معتادة للإنسان و خمسين دلوأً للدم الكثير في نفسه عادة ^(٢).
- ٦ - يغسل الثوب مرتين بينما عصر و هو كبس الثوب بالمعتاد لإخراج الماء المنسول به ^(٣).
- ٧- الأرض تظهر باطن الفعل ... والتراب في الولوغ والجسم ... والشمس ما جفنته الحُصُر و البواري من المنقول و ما لا ينقل عادة مطلقاً ^(٤).
- ٨- المعتبر في الجفاف الحسي لا التقديري ^(٥).
- ٩- يكره على الجنب الأكل و الشرب ... و يتعدد بتنوع الأكل و الشرب مع التراخي عادة لا مع الاتصال ^(٦).
- ١٠ - يسقط الترتيب بالارتماس و هو غسل البدن أجمع دفعه واحدة عرفية ^(٧).

كتاب الصلاة

- ١ - تغتفر الحيلولة بماموم مثله و عدم تباعده عنه بالمعتد به عرفاً ^(٨).
- ٢ - يستحب إعلام المؤمنين بموته ... و ليجمع فيه بين وظيفتي التعجيل والإعلام فيعلم منهم من لا ينافي التعجيل عرفاً ^(٩).

(١) و ٢ و ٣ و ٤ و ٥ و ٦ و ٧) الروضة ص ٣٥، ٣٧، ٦١، ٦٦، ٦٦، ٧٧، ٩٣، ٩٧.

(٨) الصلاة على الميت ص ١٣٧.

(٩) الروضة ص ١٣٩.

- ٣ - تجب فيه أي الموالات بمعنى المتابعة بين أفعاله بحيث لا يعد مفرقاً عرفاً^(١).
- ٤ - وعلى هذا التقدير فهم لا يمنعون الوجوب الغيري و تظهر الشمرة في نية الوجوب قبل الوقت وفي العقاب عند ظن الموت مع التمكّن منه أو الوصول إلى حد التهاون عرفاً^(٢).
- ٥ - قوله : إذا قمت للصلوة ... و ما يقال إن المنفي إنما هو الوجوب لها لظهور المنطق فيه وهو لا ينافي الوجوب النفسي يدفعه شهادة العرف بخلافه كما أنه أي العرف يدفع أيضاً احتمال عدم حجية المفهوم في خصوص المقام لمكان وجود فائدة له غير التعليق وهي التبيّه على شرطيه أي الوضوء للصلوة^(٣).
- ٦ - المقصود من الروايات إنما هو ثبوت الوضوء ... مثل ما جاء في السنة من الأوامر بغسل الأواني و الثياب المت婧سات و غيرها ما لم يقل أحد بوجوب شيء منها لنفسه بل يمكن دعوى الحقيقة العرفية في ذلك كما لا يخفى^(٤).
- ٧ - و يؤيده السيرة المستقرة و العمل المستمر في الأعصار والأمسكار على عدم فعل شيء من يشترط بالطهارة كالصلوة و نحوها قبل فعله أي غسل الميت^(٥).
- ٨ - و يؤيده مضافاً إلى ذلك إلى الأصل مع عدم الدليل ، عليه إبطاق المسلمين - سيرة المتشرعاً - فيسائر الأعصار والأمسكار على تفسيل الأموات في شهر رمضان نهاراً من غير نكير سيرة يحصل القطع بها برأي المعصوم^(٦).
- ٩ - و يمكن التخلص عن الإشكال ... بشهادة جميع ما دلّ على وجوب مقدمة الواجب عليه من العقل و العرف وغيرها^(٧).
- ١٠ - ثم إنه إن كان متعلق النذر مطلق الطهارة ... اكتفي في حصول الامتثال بما هو

(١) نفس المصدر ص ١٦٠.

(٢) و ٣ و ٤ و ٥ و ٦ و ٧) الجواهرج ١ ص ٩، ١٠، ١٢، ٢٢، ٣٥، ٣٩.

ممماها شرعاً بناءً على ثبوت الحقيقة الشرعية أو عرفاً مالم يكن هناك فرد مت Insider ينصرف إليه الإطلاق^(١).

١١ - الماء المطلق وهو كل ما يستحق عرفاً إطلاق اسم الماء عليه من غير إضافة^(٢).

١٢ - إنما يعرفوه بتعريفه الحقيقي لأنه لا غرض يتعلق للفقيه بذلك لأنحصر غرضه بالحكم الشرعي الدائر مدار صدق الاسم عرفاً^(٣).

١٣ - و من هنا اعترف في المعتبر وكنز العرفان أن كلام أبي حنيفة . و الأصم و أصحاب الرأي المنكرين أن يكون الطهور متعدياً - موافق لمقتضى القياس اللغوي غير موافق لمقتضى الاستعمال^(٤).

١٤ - الطهور هو المطهر لغيره قاله الشيخ في الخلاف و علم الهدى في المصباح خلافاً لبعض الحنفيّة ، لنا النقل والاستعمال^(٥).

١٥ - بقى شيء و هو أنه لا ريب في كون حمل الطهور على المطهرية بالمعنى الشرعي ليس معنى لغوياً بل هو إنما أن يكون من باب العقل الشرعي أو المجاز و الظاهرحقيقة عرفية خاصة أو من باب التغليب ... فمثل الميون التي لا تدخل تحت اسم البشر الجاري حينئذ مع أنه منافي للعرف الذي ثبتت به اللغة^(٦).

١٦ - هل يشترط في التغيير أن يكون حسياً ؟ الأقوى في النظر الأول للأصل بل الأصول ولتبارد حتى من التغيير الذي هو مدار النجasa شرعاً^(٧)

١٧ - إن التقدير في المضاف المسلوب الأوصاف ... لأن أمر الإطلاق والإضافة يرجع إلى العرف^(٨).

١٨ - لأن المتعارف في تحقق الغلبة - أغلبية النجاسة للماء - إنما هو بالأوصاف

(١) و ٢ و ٣ و ٤ و ٥ و ٦ و ٧ و ٨ نفس المصدر ص ٥٨، ٦١، ٦٤، ٦٦، ٦٩، ٧٢، ٧٧، ٨١.

الثلاثة^(١).

١٩ - إن المعتبر العلو الحسي لا المادي ... كما أنه يشترط أن يكون علواً معتقداً به بحيث يقال عند أهل العرف أن أحدهما عالي والآخر سافل لا متساوين بل الحكم كذلك في الجاري عن غير مادة بل كل نابع بلا خلاف أجده بل يمكن تحصيل الإجماع فضلاً من السيرة القطعية^(٢).

٢٠ - فإن العرف يفهمون انتفاء حكم المنطق عن جميع أفراد المفهوم ولا يكتفون بانقسام المفهوم إلى قسمين موافق للمنطق ومخالف له وفيه تأمل^(٣).

٢١ - يعتبر في طهارة الماء القليل المت Burgess القاء الكتر - ورود الكر - دفعه ... و المراد بالدفعة إنما هي العرفية لا الحكمة لتعذرها واعتبارها^(٤).

٢٢ - والحوالة في الأشبار - في مساحة الكتر - على المعتاد ولا يقدح هذا الاختلاف الي سير في تفاوت الأشبار المعتادة^(٥).

٢٣ - البشر مجتمع ماء نابع لا ينبع عنها غالباً ولا يخرج عن مسمها عرفاً ... لا حقيقة له شرعية قطعاً بل ولا مشرعة بل ولا لغوية تنافي عاماً ولا خاصاً^(٦).

٢٤ - الأولى الرجوع في الشبه إلى العرف^(٧).

٢٥ - والدلوا التي ينزع بها المقدار ما جرت العادة في ذلك الزمان أي زمان صدور الأوامر باستعمالها في النزوح ... في المعتبر: الدلو التي ينزع بها هي المعتادة صغيرة كانت أو كبيرة لأنها ليس للشرع فيها وضع فيجب أن يتقييد بالعرف ... وفي المنتهي: المعتبر من الدلو العادة لعدم النص الدال على التقدير له وفي المدارك: ينبغي أن يكون المرجع في الدلو إلى العرف العام فإنه المحكم فيما لم يثبت فيه وضع الشارع ولا عبرة بما جرت

(١) و(٢) و(٣) و(٤) و(٥) و(٦) نفس المصدر ص ٨٣، ٨٩، ١٨٤، ١٤٠، ١٧٧، ٨٩، ٢٣٦.

العادة باستعماله في ذلك البئر إذا كان مخالفًا له ... قد مر أن الإرادة بالعادة العرف العام^(١).
وغيرها من الموارد^(٢).

كتاب الصلة

- ١ - ترك الفعل الكثير عادة وما يخرج به فاعله عن كونه مصلياً عرفاً^(٣).
- ٢ - ترك السكوت الطويل المخرج عن كونه مصلياً عادة^(٤).
- ٣ - والأكل والشرب ... إنما لمنافاهما وضع الصلاة أو لأن تناول المأكول والمشروب وكلاهما ضعيف لا دليل على أصل المنافات ... فالآقوى اعتبار الكثرة فيما عرفاً^(٥).
- ٤ - يشترط اتحاد الصلاتين أو الوقت والمكان عرفاً^(٦).
- ٥ - فأقل العجم يسمعه من قرب منه صحيحًا مع اشتتمالها على الصوت لسميتها جهراً عرفاً^(٧).
- ٦ - لا حكم للسهو مع الكثرة ... والمرجع في الكثرة إلى العرف^(٨).
- ٧ - إن البناء على شيء يستلزم سبق شيء منه يُبني عليه ليكون الماضي بمنزلة الأساس لغة وعرفاً^(٩).
- ٨ - وبدأ التقدير من آخر خطة البلد المعتمد وآخر محلته في المتسع عرفاً^(١٠).

(١) الجوواهرج ١ ص ٢٩٠.

(٢) الجوواهرج ٢ ص ٢٨٣، ٢٥٣، ١٣٧، ٦١، ٧.

(٣) و٤ و٥ و٧ و٨ و٩ و١٠) الروضة ج ١ ص ٢٣٣، ٢٣٢، ٢٣٦، ٢٤٣، ٢٦٠، ٣٣٩، ٣٦٩، ٣٥٩.

٩- أونصفها لمرید الرجوع ليومه أو ليلته أو الملحق فيهما مع اتصال السير عرفاً^(١).

١٠- ولا تصح ... مع كون الإمام أعلى من المأمور بالمعتَد به عرفاً^(٢).

كتاب الزكاة

١- يستحب الزكاة في إثاث الخيل السائمة غير المعلوقة من مال المالك عرفاً^(٣).

٢- المراد هنا الرعي من غير المملوک والمرجع فيه إلى العرف^(٤).

٣- وكذا يشترط فيها أن لا تكون عوامل عرفاً ولا في بعض الحال^(٥).

٤- في المستحق: و العبيد تحت الشدة عند مولاهم أو من سلط خلیهم والمرجع فيها إلى العرف^(٦).

٥- ورؤوس الجبال و بطون الأودية والمرجع فيهما إلى العرف^(٧).

٦- في الجوادر: إن المدار في التمكن من التصرف على العرف وإن لم يكن هذا اللفظ بخصوصه موجوداً في النصوص لكن قد عرفت أن الوجود فيها ما يرادفه.

كتاب الحج

١- لو نذر الحج ماشياً وجباً ... وقبل لا ينعقد غير الراجع منها ومبذوه بلد الناذر على الأقوى عملاً بالعرف^(٨).

٢- أحرم من ثانيها أي المواقف مع الاضطرار كمرض ... بحيث لا يتحمل ذلك

(١) نفس المصدر ص ٣٧٠.

(٢) نفس المصدر ص ٣٨٠.

(٣) و ٤ و ٥ و ٦ و ٧ و ٨) الروضة ج ٢ ص ٢٤، ٤٧، ٢٣، ٢٢، ٨٤، ١٨١.

عادة^(١).

- ٣ - لو حج على غير ميقات كفته المحاذاة للميقات وهي مسافته بالإضافة إلى قاصد كلّه عرفاً إن اتفقت^(٢).
- ٤ - ومن لا يتحمل الحرّ والبرد بحيث يشقّ عليه بما لا يتحمل عادة^(٣).
- ٥ - والظاهر أن المراد بالمقام نفس الصخرة لا ما عليه من البناء ترجيحاً للاستعمال الشرعي على العرفي لو ثبت^(٤).
- ٦ - وفي كثير الجراثمة والمرجع في الكثرة إلى العرف.
- ٧ - ولو لم يكن التحرز من قتله بأنّ كان على طريقه بحيث لا يمكن التحرز منه إلّا بمشقة كبيرة لا تتحمل عادة^(٥).
- ٨ - والظاهر أن بعض الظُّفر كالكلّ إلّا أن يقصه في دفعات مع اتحاد الوقت عرفاً فلا يتعدد فديته^(٦).
- ٩ - في الشجرة الكبيرة عرفاً بقرة^(٧).
- ١٠ - جاز الإحرام من محاذة الميقات والميزان هو المحاذاة العرفية لا العقلية الدقيقة^(٨).
- ١١ - ثبت المحاذاة بما يثبت به الميقات ... بل بقول أهل الخبرة^(٩).
- ١٢ - ثبت المواقت مع فقد العلم باليقنة الشرعية والشائع الموجب للإطمئنان^(١٠).
- ١٣ - يستحق تمام الأجرة لو أتى بالمصدق الصحيح العرفي^(١١).
- ١٥ - يشترط في الاستطاعة وجود ما يعون به عياله حتى يرجع و المراد بهم من يلزمهم نفقته لزوماً عرفاً.

(١) و٢ و٤ و٥ و٦ و٧) نفس المصدر ص ٣٦٢، ٣٦٠، ٣٤٧، ٣٤٩، ٣٤٥، ٢٢٧، ٢٢٦، ٢٢٥، ٢٢٤، ٢٢٣، ٢٢٢.

(٢) و٩ و١٠ و١١) تحرير الوسيلة.

كتاب الشهادة

١ - ونزول العدالة بترك المروءة وهي التخلق بخلق أمثاله في زمانه و مكانه فالأكل في السوق والشرب فيها لغير السوق إلا إذا غلبه العطش والمشي مكشوف الرأس بين الناس وكثرة السخرية والحكايات المضحكة ولبس الفقيه لباس الجندي وغيره مما لا يعتاد لمثله بحيث يُسخر منه وبالعكس ونحو ذلك يسقطها ويختلف الأمر فيها باختلاف الأحوال والأأشخاص والأماكن ولا يقتدح فعل السنن وإن استهجنها العامة و هجرها الناس كالكحل والحناء والحنك في بعض البلاد وإنما العبرة بغير الراجع شرعاً^(١).

إن منافي المروءة مناف للعادة لا الشرع والمحكي عن الأشهر اعتبارها في الشهادة سواء جعلناها شطرأً من العدالة كما هو المشهور بناءً على أن العدل هو الذي تعتمد أحواله دينياً ومرأة وحكمها أم خارجة عنها وصفة برأسها . قال في محكي المبسوط : العدالة شرعاً أن يكون عدلاً في الدين وفي المروءة وفي الأحكام . أمّا العدل في الدين أن يكون مؤمناً ... وفي المروءة أن يكون مجتنباً للأمور التي تسقط المروءة مثل الأكل في الطرقات ومد الرجل بين الناس ولبس الثياب المصبغة وثياب النساء وما أشبه ذلك . وفي الأحكام أن يكون بالغاً عاقلاً

وفي المسالك : في ضبط المروءة عبارات متقاربة : منها أن صاحبها هو الذي يصون نفسه من الأذناس ولا يشنها عند الناس أو الذي يتحرز عما يُسخر منه ويُضحك به أو الذي يسير بسيرة أمثاله في زمانه و مكانه فمن ترك المروءة لبس ما لا يليق بأمثاله كما إذا لبس الفقيه مثلًا لباس الجندي وتردد به في البلاد التي لم تجر عادة الفقهاء بلبس هذا النوع من الثياب وكما إذا لبس التاجر ثوب الحمالين ونحوه بحيث يصير مضحكة ومنه المشي في

(١) الروضة ج ٣ ص ١٣ .

الأسوق و المجامع مكشوف الرأس مثلًا إذا كان الشخص من لا يليق به مثله وكذا مَدَ الرجالين في مجالس الناس ومنه الأكل في الأسواق إلا أن يكون الشخص سوقياً أو غريباً لا يكثُر بفعله و منه أن يقبل الرجل زوجته أو أمته بين الناس أو يحكى لهم ما يجري في الخلوة أو يكثُر من الحكايات المضحكة ومنه أن يخرج من حسن العشرة مع الأهل والجيران و المعاملين و يضايق في اليسير الذي لا يستقصي فيه و منه أن يتذلل الرجل المعتبر بنقل الماء والأطعمة إلى بيته إذا كان ذلك عن شح و ظنة ولو كان عن استكانة أو اقتداء بالسلف التاركين للتتكلف لم يقدح ذلك في المرارة وكذا لو كان يلبس ما يجد و يأكل حيث يجد لتقلله و برائة من التكفلات العادية و يعرف ذلك بما يناسب حال الشخص في الأعمال والأخلاق و ظهور محامل الصدق عليه^(١).

كتاب العطية

و إطلاق السكنى يقتضي سكناه بنفسه و من جرت عادته به^(٢).

كتاب التجارة

- ١ - يحرم الغناء و هو مَدَ الصوت المشتمل على الترجيع المُطِرب أو ما سمّي في العرف غناءً وإن لم يطرب^(٣).
- ٢ - و يحرم تزيين كل من الرجل و المرأة بما يحرم عليه كلبس الرجل السواد و

(١) الجوواهر ج ٤١ ص ٣١.

(٢) الروضة ج ٣ ص ١٩٩.

(٣) نفس المصدر ج ٣ ص ٢١٢.

- الخلخال و الثياب المختصة بها عادة^(١).
- ٣ - يحرم الأجرة على الأفعال الخالية عن غرض حكمي كالعبث ... مما لا يعتد بفائدته عند العقلاء^(٢).
- ٤ - إذا كان العوضان من المكيل و الموزون أو المعدود فلابد من اعتبارهما بالمعتاد^(٣).
- ٥ - عدم تزيين المتع ... أما تزيينه لغاية أخرى كما لو كانت الزينة مطلوبة عادة فلا يأس^(٤).
- ٦ - يرجع في اللقطة إلى العرف^(٥).
- ٧ - يجوز الأكل مما يمرّ به من ثمرة النخل ... و المراد كون الطريق قريبة منها بحيث يصدق المرور عليها عرفاً^(٦).
- ٨ - و المراد به أن يأكل كثيراً بحيث يؤثر فيها أثراً يتبناً و يصدق معه الإفساد عرفاً^(٧).
- ٩ - يشترط في بيع الأثمان التقابض في المجلس ... أو اصطحابهما في المشي عرفاً^(٨).
- ١٠ - في البيع السلف المرجع في الأوصاف إلى العرف.
- ١١ - و الوصف الرافع للجهالة ... بل الذي يختلف لأجله الشمن اختلافاً ظاهراً لا يتسامح بمثله عادة^(٩).
- ١٢ - لا عبرة بالأجزاء المائية في الخبز ... مع احتمال عدم صفة مطلقاً كما أطلقه في

(١) و ٢٣ و ٤٥ و ٦٧ و ٨٩ و ٩٠ نسخ المصدر ص ٢١٦، ٢١٧، ٢٦٥، ٢٨٩، ٣٦٥، ٣٧١، ٣٧٤، ٤٠٣.

- الدروس وغيره لبقاء الاسم الذي يترتب عليه تساوي الجنسين عرفاً^(١).
- ١٣ - أما مجرد سوق الدابة إلى منزله فإن كان قريباً لا يعد تصرفًا عرفاً فلا أثر له^(٢).
- ١٤ - إذا كان الغبن بما لا يتعابن به غالباً و المرجع فيه إلى العادة لعدم تقديره شرعاً^(٣).
- ١٥ - لو غصب من يد البائع وأسرع عوده بحيث لم يفت منافعه ما يعتد به عرفاً... فلا خيار^(٤).
- ١٦ - الثابت فيما لا يدخل في المبيع عند إطلاق لفظه والضابط أنه يراعي فيه اللغة والعرف العام أو الخاص وكذا يراعي الشعاع بطريق أولى بل هو مقدم عليهم ولعله أدرجه في العرف لأنّه عرف خاص ثم إن اتفقت (العرف واللغة) وإلا قدم الشرعي ثم الشرعي ثم اللغوي ففي بيع البستان بلغظه تدخل الأرض والشجر قطعاً و البناء كالجدار... أما البناء المعد للسكنى و نحوه ففي دخوله وجهان أجودهما اتباع العادة و يدخل فيه الطريق و الشرب للعرف و لو باعه بلغظ الكلم تناول الشجر العنبر لأنّه مدلوله لغة و أمّا الأرض و العرش و البناء و الطريق و الشرب فيرجع فيها إلى العرف^(٥).
- ١٧ - يدخل في الدار الأرض و البناء والأبواب... للعرف^(٦).
- ١٨ - و يدخل في القرية البناء و المرافق لا الأشجار و المزارع إلا مع الشرط أو العرف كما هو الغالب الآن... وفي حكمها الضيعة في عرف الشام^(٧).
- ١٩ - و يدخل في العبد والأمه ثيابه الساترة للعورة دون غيرها... والأقوى دخول ما دلّ العرف عليه من ثوب... و مثله الدابة^(٨).
- ٢٠ - إطلاق الكيل والوزن والنقد ينصرف إلى المعتاد في بلد العقد لذلك المبيع إن

(١) و ٢ و ٣ و ٤ و ٥ و ٦ و ٧ و ٨) نفس المصدر ص ٤٤٦، ٤٥٢، ٤٦٤، ٥٢٦، ٥٣٠، ٥٣٠، ٥٣٥، ٥٣٥

اتحد فإن تعدد فالغلب استعمالاً و إطلاقاً فإن اختلافاً في ذلك ففي ترجيح أيهما نظر و يمكن حينئذ وجوب اليقين كما لو لم يغلب فإن تساوت في الاستعمال في المبيع الخاص وجب التعيين ... ولو لم يعن بطل البيع^(١).

٢١ - من يحكم العرف و العادة فيما لم يرد فيه تحديد من الشرع و لا ريب أن معلوميته بحسب العادة إنما يحصل بتقديره بما هو المعتاد^(٢).

٢٢ - إن الغرر المنفي هو الاختلاف الذي لا يتسامح به عرفاً و عادة ...^(٣).

٢٣ - الاختلاف الحاصل من قبله أي الخرص و (التخمين) و الحسن ، غرر منفي بخلاف ما يحصل من اختلاف الموازين والمكاييل ، فإنه عادي مفترض في العادة^(٤).

٢٤ - بيع أحد المتماثلين المقدارين بالكيل أو الوزن في عهد صاحب الشرع(ع) أو في العادة مع زيادة في أحدهما حقيقة أو حكماً أو افتراض أحدها مع الزيادة^(٥).

٢٥ - الاعتبار في الكيل و الوزن بعاده الشرع فما ثبت أنه مكيل أو موزون في عصر النبي (ص) بنى عليه حكم الربا ...^(٦).

٢٦ - تحصل أن المدار المتصف بكل منهما أي الكيل و الوزن ، في ذلك الزمان و في مضمير على بن إبراهيم الطويل : ولا ينظر فيما يكال أو يوزن إلا إلى العامة و لا يؤخذ فيه بالخاصة فإن قوماً يكيلون اللحم ويكتلون الجوز فلا يعتبر بهم لأن أصل اللحم أن يوزن و

(١) الروضة ج . ٣.

(٢) الجوهرج ٢٢ ص ٤٠٨.

(٣) نفس المصدر ص ٤٠٨.

(٤) نفس المصدر ص ٤٠٨.

(٥) الجوهرج ٢٣ ص ٢٣٤.

(٦) المصدر السابق ص ٣٦٢.

أصل الجوز أن يعد . و هو مؤيد بما ذكرنا في الجملة و لعل العلم باتفاق البلدان في هذا الزمان على أحدهما مع عدم العلم بالحدوث بل اتفاق بعضها مع عدم العلم بخلاف الباقي كافٍ في إثباته فيه لأصالة عدم التغيير والانتقال من صفة أخرى^(١) .

٢٧ - ما جهل الحال فيه رجع إلى عادة البلد وأما إن اختلفت البلدان فيه على وجه لم يعلم عادة عصره (ع) فالمشهور بين المتأخرین بل لعل عليه عامتهم أنه كان لكل بلد حكم نفسه وهو المحكى عن المبسوط والقاضي معللين بالأصل في الجملة وأن المعترض العرف و العادة عند عدم الشرع وكما أن عرف تلك البلد التقدير فيلزم حكمه و عرف الآخر الجزاف مثلاً فيلزم حكمه صرفاً للخطاب إلى المتعارف من الجانبيين و ردة الناس إلى عوائدهم كما في القبض والحرز والإحياء وإلزام الخطاب بما لا يفهم فيكون قد قام العرف الخاص مقام العام عند انتفائه وهو مخالف لما سمعته من خبر على بن إبراهيم و يجب تقييده أيضاً بما إذا لم يعلم سبق الاختلاف بالاتفاق فإن المتوجة حينئذ عدم الرباء ...^(٢) .

٢٨ - يجري حكم الربا في بلاد التقدير وإن زال ولا يجري في بلاد الجزاف وإن قدر بناءً على أن ذلك كذلك في المعلوم حاله في عصر النبي (ص)^(٣) .

٢٩ - إنه لا يجوز بيع ما كان المتعارف كيله بالوزن حال تعارف كيله وبالعكس ضرورة حصول الجهة والغرر بذلك فإذا الوزن المتعارف الكيل مثلاً كالمكيال المجهول ... فتحصل أن الأقوى اعتبار التعارف في ذلك وهو مختلف باختلاف الأزمنة والأمكنة ولا فرق في ذلك بين البيع بالجنس وغيره فالوزون الذي كان يتعارف كيله في السابق يجري

(١) المصدر السابق ص ٣٦٣ .

(٢) المصدر السابق ص ٣٦٤ .

(٣) المصدر السابق ص ٣٦٤ .

فيه الربا باعتبار الوزن لعدم صحة يبعه كيلاً على ما ذكرنا ، وكذا المكيل و التساوي و التفاضل الذكور في الأدلة ينصرف إلى ما تعارف من الاعتبار لذلك البيع كما هو واضح^(١) .

٣٠ - لوفرض تعارف الكيل و الوزن فيه جاز البيع بكل منها مع التساوي وفيه وإن اختلف في التقدير الآخر ...^(٢) .

٣١ - الرابعة لا إشكال في حرمة بيع المني لنجاسته وعدم الانتفاع به إذا وقع في خارج الرحم ولو وقع فيه فكذلك لا ينتفع به المشتري لأن الولد نماء الأم في الحيوانات عرفاً وللأب في الإنسان شرعاً^(٣) .

٣٢ - إن منفعة الجنس المحلل للأصل أو للنص قد يجعله مالاً عرفاً إلا أنه منع الشرع عن بيعه كجلد الميتة^(٤) .

٣٣ - يشكل الأمر فيما تعارف في بعض البلاد من جمع العذرات حتى إذا صارت من الكثرة بحيث ينتفع بها في البساطين والزرع بذل له مال^(٥) .

٣٤ - حرمة المعاوضة على هذه الأمور نظير المعاوضة على غيره من الأموال العرقية^(٦) .

٣٥ - المرجع في السبب إلى العرف^(٧) .

٣٦ - ويمكن أن يستثنى من ذلك ما إذا لم يتأثر المسبوب عرفاً ... على أن العبرة بحصول الذل والنقص فيه عرفاً .

(١) المصدر السابق ص ٣٧٥ .

(٢) الجوهر ج ٢٣ ص ٣٧٥ .

(٣) المكاسب للشيخ الأعظم (ره) ص ٤ .

(٤ و ٥ و ٧) نفس المصدر ص ٣٢، ١٥، ١٤، ١٤ .

٣٧ - مضافاً إلى استمرار السيرة بجواز سب الوالد ولده إلا أن يقال إن استمرار السيرة إنما هو مع عدم التأثير وتأديبه بذلك و من هنا يوهن التمسك بالسيرة في جواز سب المعلم بال المتعلّم فإن السيرة إنما نشأت من الأزمة السابقة من عدم تأّلم المتعلّم بشتم المعلم لعدّ نفسه أدون من عبده بل ربما كان يفتخر بالسب لدلاته على كمال لطف ، وأما زماننا هذا الذي يتّألم المتعلّم فيه من المعلم مما لم يتّألم به من شركائه في البحث من القول و الفعل فحِل إيزاده يحتاج إلى الدليل^(١) .

٣٨ - أمّا العرف فلأنه لا ريب أن من سمع من بعيد صوتاً مشتملاً على الإطراب المقتضي للرقص أو ضرب آلات اللهو لا يتّأمل في إطلاق الغناء عليه إلى أن يعلم مواد الألّفاظ^(٢) .

٣٩ - لو قلنا بأن المناط في اعتبار تقدير المبيع في المكيل والموازن والمعدود بما يتعارف تقديره هو حصول الغرر الشخصي فلا إشكال في جواز تقدير كل منها بغير ما يتعارف تقديره به إذا انتفى الغرر بذلك.... فقد يكون التفاوت المحتمل مما يتسامح فيه عادة ، وقد يكون مما لا يتسامح فيه ، أمّا الأول فالظاهر جوازه خصوصاً مع تعذر تقديره بما يتعارف فيه ، لأن ذلك غير خارج في الحقيقة عن تقديره مما يتعارف فيه ... إن الوزن أضيق من الكيل و مقدار مالية المكيلات معلوم به أصلّة ... وهذا معلوم لمن تتبع موارد تعارف الكيل في الموزونات^(٣) .

٤٠ - بقي الكلام في تحديد المناط في كون الشيء مكيلاً أو موزوناً ، فقد قيل إن الوجود في كلام الأصحاب اعتبار الكيل والوزن فيما يبع بهما في زمان الشارع ، وحكم الباقى في البلدان ما هو المعترف فيها فاما كان مكيلاً أو موزوناً في بلد بيع كذلك وإنما فلا ... قال في المبسوط : إذا كانت عادة الحجاز على عهده (ص) في شيء الكيل لم يجز إلا

كيلًا فيسائر البلاد وما كانت فيه وزناً لم يجز إلا وزناً فيسائر البلاد ... فإن كان مما لا تعرف عادة في عهده (ص) حمل على عادة البلد الذي فيه ذلك الشيء ، فما عرف بالكيل لا يباع إلا كيلًا وما عرف فيه الوزن لا يباع إلا وزناً ... قال في الدروس : ولا يجري الربا في الماء لعدم اشتراطهما في صحة بيعه نقداً . ثم قال : وكذا الحجارة والتراب والخطب ولا عبرة ببيع الخطب وزناً في بعض البلدان ، لأن الوزن غير شرط في صحته ... فنقول كلما ثبت كونه مكيلًا أو موزوناً في عصره فهو ربوى في زماننا ، ولا يجوز بيعه جزافاً ، ولو فرض تعارف بيعه جزافاً عندنا كان باطلًا وإن لم يلزم غرر [لأن المراد الغرر النوعي لا الشخصي] ... نعم ينافي ذلك بعض ما تقدم من إطلاق النهي عن بيع المكيل والموزون جزافاً الظاهر فيما تعارف كيله في زمان الإمام (ع) أو في عرف السائل أو في عرف المتباعين أو أحدهما وإن لم يتعارف في غيره وكذلك قوله (ع) : ما كان من طعام سميّت فيه كيلًا فلا يصلح مجازفة ، الظاهر في وضع المكيل عليه عند المخاطب وفي عرفه وإن لم يكن كذلك في عرف الشارع اللهم إلا أن يقال إنه لم يعلم أن ما تعارف كيله أو وزنه في عرف الأئمة وأصحابهم كان غير مقدر في زمان الشارع حتى يتحقق المتنافاة ... بل المراد بهما المصدق الفعلى المعنون بهما في زمان المتكلم و هذه الأفراد لا يعلم عدم كونها مكيلة ولا موزونة في زمن النبي (ص) ، لكن يرد على ذلك مع كونه مخالفًا للظاهر المستفاد من عنوان ما يكال ويوزن أنه لا دليل حينئذٍ على اعتبار الكيل في ما شكل في كونه مقدراً في ذلك الزمان مع تعارف التقدير فيه في الزمان الآخر ، إذ لا يكفي في الحكم حينئذٍ دخوله في مفهوم المكيل والموزون بل لابد من كونه أحد المصاديق الفعلية في زمان صدور الأخبار ، ولا دليل أيضاً على إلحاقي كل بلد بحكم نفسه مع اختلاف البلدان . والحاصل ، أن الاستدلال بأخبار المسئلة المعنونة بما يكال أو يوزن على ما هو المشهور من كون العبرة في التقدير بزمان النبي (ص) ثم بما اتفق عليه البلاد ثم بما تعارف في كل

بلدة بالنسبة إلى نفسه ، في غاية الأشكال . فالأولى تنزيل الأخبار على ما تعارف تقديره عند المتباعين ، وكذا الإشكال لو علم التقدير في زمن الشارع ولم يعلم بكونه بالكيل أو بالوزن ؟ و مما ذكرنا ظهر ضعف ما في كلام جماعة من التمسك ، لكون الاعتبار في التقدير بعادة الشرع ، بوجوب حمل اللفظ على التعارف عند الشارع ، ولكون المرجع فيما لم يعلم عادة الشرع هي العادة المتعارفة في البلدان ، بأن الحقيقة العرفية هي المرجع عند انتفاء الشرعية ، ولكون المرجع عادة كل بلد إذا اختلف البلدان ، بأن العرف الخاص قائم مقام العام عند انتفاء انتهتى . وذكر المحقق أن الحقيقة العرفية يعتبر فيما كان يعتبر في حمل إطلاق لفظ الشارع عليها فلو تغيرت في عصر بعد استقرارها فيما قبله ، فالمعتبر هو العرف السابق ولا أثر للتغيير الطاريء للاستصحاب ... وأما في الأقارب والأيمان ونحوها فالظاهر العوالة على عرف ذلك العصر الواقع فيه شيء عنها ، حملأ له على ما يفهمه الموضع ، انتهتى . أقول ليس الكلام في مفهوم المكيل والموزون بل الكلام فيما هو المعتبر في تتحقق هذا المفهوم ... وفي الحديث : بأن الواجب في معاني الألفاظ الوارد في الأخبار حملها على عرفهم صلوات الله عليهم ، فكلما كان مكيلاً أو موزوناً في عرفهم وجب إجراء الحكم عليه في الأزمنة المتأخرة وما لم يعلم فهو بناء على قواعدهم يرجع إلى العرف العام ، ثم قال : ويمكن أن يستدل للعرف العام بما تقدم في صحيفة الحلبي من قوله ما كان من طعام سميّت فيه كيلاً ، فإن الظاهر أن المرجع في كونه مكيلاً إلى تسميته عرفاً مكيلاً ، ويمكن تقييده بما لم يعلم حاله في زمانهم (ع) انتهتى . أقول ... وأما ما استشهد به للرجوع إلى العرف العام من قوله (ع) : ما سميّت فيه كيلاً فيحتمل أن يراد عرف المخاطب فيكون المعيار العرف الخاص بالمتباعين ، نعم مع العلم بالعرف العام لا عبرة بالعرف الخاص لمقطوعة ابن هاشم الآتية فتأمل^(١) .

(1) المكاسب ص ١٩٣ - ١٩١.

٤١ - فلو تعارف كيل في مصر ولم يعلم مقداره وزناً ، أو وزن و لم يعلم حده بالكيل ، لا يكون البيع جزافاً ، فلو دخل غريب في مصر يتعارف فيه كيل خاص غير كيل بلده أو لم يتعارف في بلده إلا الوزن لم يكن بيده بكيلهم المتعارف مجازفة ولا غرراً بمعنى الخطير وإن كان مجهول الوزن ... وأما ما استشهد به الشيخ الأعظم لأصالة الوزن ... غير واضح فإن الموازين أيضاً في البلاد المتفرقة مختلفة المقدار جداً كالمن التبرizi و الشاهي والري ...^(١) .

وأما ما يظهر من الأدلة خصوصاً الأدلة الواردة في باب الربا فهو أن عنوان المكيل والموزون أو ما يقال ويوزن مأخوذ في الموضوع ، وأن الحكم متعلق بعنوانهما على نحو الموضوعية ، لأن أخذ العنوان على نحو الطريقة مخالف للظاهر ... ولازم ما ذكر أن المكيل والموزون في كل عصر ومصر يترتب عليه الحكم في باب الربا وفي هذا الباب ، ومع تغيير العنوان يسقط الحكم ، فكون العنوان مثيراً إلى غيره كما في الاحتمال الأول ككونه متقيداً بزمان النبي (ص) مخالف لظواهر الأدلة وإطلاقها من غير فرق بين باب الربا وما نحن فيه^(٢) .

٤٢ - وفي المكاسب : لو سلمنا مخالفة الرواية للعرف في معنى العيب فلا ينهض لرفع اليد بها عن العرف المحكم في مثل ذلك لو لا النص المعتبر لا مثل هذه الرواية الضعيفة^(٣) .

٤٣ - في كفر العبد والجارية ... الظاهر عدم الأرش فيه لعدم صدق العيب عليه

(١) كتاب البيع للإمام (ره) ج ٣ ص ٢٤٩.

(٢) نفس المصدر ج ٣ ص ٢٥٨.

(٣) المكاسب ص ٢٦٧.

عرفاً^(١).

٤٤ - إن السيرة موجودة في المقام فإن بناء الناس علىأخذ الماء والبقل وغير ذلك من الجزئيات من دكاكين أصحابها مع عدم حضورهم ووضعهم الفلوس في الموضع المعدّ له وعلى دخول الحمام مع عدم حضور صاحبه وضع الفلوس في كوز الحمامي فالمعيار في المعاطاة وصول المالين أو أحدهما مع التراضي^(٢).

٤٥ - ثم على فرض اعتبار المالية في ماهية البيع فإنما المعتبر المالية العرفية ، فلو فرض كون شيء غير مالي بنظر الشارع الأقدس ومالاً بنظر العرف لا يضر ذلك بصدق البيع عليه وليس في وسع الشرع إسقاط المالية العرفية بل ما هو في وسعه سلب الآثار مطلقاً أو في الجملة لا سلب اعتبار العرف ، فالخمر والخنزير مال عرفاً أسقط الشارع المقدس آثار ماليتهما فلا ضمان في إتلافهما فلا يصح بيعهما إلى غير ذلك.

فما في بعض الحواشي : من أن الشارع أسقط ماليتهما العرفية ليس على ما ينبغي ، فحيثئذ لو شككنا في مورد في كون البيع مالاً عند الشارع بالمعنى الذي قلنا صحة التمسك بالعموم والإطلاق بعد الصدق العرفي ، ولو شك في أن شيء الفلانى مال عند الشارع وقلنا بأن بعض الأشياء ليس بمال عنده كما وأن بعض الأشياء الذي هو مال عند قوم ليس مالاً عند قوم آخرين صحة التمسك بالعموم ، لأن موضوع العمومات هو المال العرفى لا الشرعي^(٣).

٤٦ - اعتبر في مالية شيء أن يكون الشيء مالاً عرفاً و تقبل الصيرورة إلى العملة الرائجة في عرفهم وعاداتهم كما إذا جعل صائد الحية حيات صداق الزواج لا يصح ذلك

(١) نفس المصدر ص ٢٧٠.

(٢) نفس المصدر ص ٩٣.

(٣) البيع ج ٣ ص ٥.

لأن العرف لا يعتبرون مالاً وإن استفید منها في صنع العقاقير والمعاجين^(١).

كتاب الحجر

المفهوم من الرشد عرفاً هو إصلاح المال على الوجه المذكور وإن كان فاسقاً^(٢).

كتاب الكفالات^(٣)

لو مات المكفول قبل إحضاره بطلت ... و يمكن الفرق بين التعبير بـ: «كفلت فلاناً» و «كفلت بدنـه» ... و يضيقـ بأن مثل ذلك متـز على المـتعارـف^(٤).

المضاربة

- ١ - لو أطلق تصرف بالاستباح ... حملاً للإطلاق على المـتعارـف^(٥).
- ٢ - مؤنة المرض في السفر على العامل ... و المراد بالسفر العـرـفي لا الشـرـعي^(٦).
- ٣ - و لـيع كذلك بنـقد الـبلـدـ بشـمـنـ المـثـلـ فـماـ فوقـهـ لـماـ فيـ النـسـيـةـ منـ التـغـرـيرـ بـمـالـ الـمـالـكـ وـ حـمـلاًـ لـلـإـطـلاقـ عـلـىـ الـمـعـارـفـ وـ هـوـ نـقـدـ الـبـلـدـ كـالـوـلـالـةـ^(٧).

الوديعة

- ١ - يحفظ الوديعة بما جرت العادة به في مكان الوديعة و زمانها ، لأن الشارع لم يحدّ لها حدّاً فيرجع إلى العادة كالثوب والنقد في الصندوق ...^(٨).

(١) نـيـةـ الطـالـبـ لـلـنـائـيـنـ جـ ١ـ صـ ٣ـ .ـ الفـصـبـ لـلـرـشـنـيـ صـ ١٢ـ .ـ

(٢) الرـوـضـةـ جـ ٣ـ صـ ١٠٢ـ .ـ

(٣) وـ ٤ـ وـ ٥ـ وـ ٦ـ وـ ٧ـ وـ ٨ـ نـفـسـ الـمـصـدـرـ جـ ٤ـ ،ـ ٢١٤ـ ،ـ ٢١٥ـ ،ـ ٢١٦ـ ،ـ ٢١٧ـ ،ـ ٢٣٩ـ .ـ

- ٢ - المعترض في تغدر التوصل إلى المالك و من بحكمه المشقة الكثيرة عرفاً^(١).
- ٣ - وضابطه ما لا يصلح لتلك الوديعة عرفاً بحسب مدة إقامتها في ذلك الموضع^(٢).

المساقاة

المراد بالشمرة في تعريف المساقاة معناه المتعارف^(٣).

الإجارة

- ١ - لا يعمل الأجير لغير المستأجر إلا بإذنه لأنحصر منفعته فيه بالنسبة إلى الوقت الذي جرت عادته بالعمل فيه كالنهار أما غيره كالليل فيجوز العمل فيه لغيره إذا لم يؤذ إلى ضعف في العمل المستأجر عليه^(٤).
- ٢ - مئنة العبد والدابة على المالك لا المستأجر لأنها تابعة للملك^(٥).
- ٣ - كلما يتوقف عليه توقيف المنفعة فعلى المزجر كالقتب والزمام والحزام والسرج والبرذعة ورفع المحمل والإحمال وشدّها وحطّها و القائد والسائق إن شرط مصاحبة و المداد في النسخ لتوقف إيقاف المنفعة الواجبة عليه بالعقد اللازم ، فيجب من باب المقدمة . ثم قال الشهيد الثاني : والأقوى الرجوع فيه إلى العرف فإن انتفى أو اضطرب فعلى المستأجر لأن الواجب على المزجر إنما هو العمل لأن ذلك هو المقصود من إجارة العين أما الأعيان فلاتدخل في مفهوم الإجارة على وجه يجب إذابتها لأجلها إلا في مواضع نادرة ثبتت على خلاف الأصل كالرضايع والاستحمام ، ومثله الخيوط للخياطة والصيغ للصباغة والكُش للتليق وكذا يجب على المزجر المفتاح في الدار ... وأما مفتاح

(١) و (٢) و (٤) نفس المصدر ص ٢٤٤، ٢٤٥، ٢٠٩، ٣٣٤.

(٥) الروضة ج ٤ ص ٣٥٦.

القفل فلا يجب تسليمها كما لا يجب تسليم القفل لانتفاء التبعية عرفاً^(١).

الوِكَالَة

لا يتجاوز الوكيل ما حدّه في طرف الزيادة و النقصان إلا أن تشهد العادة بدخوله^(٢).

٢ - يجب عليه تسليم ما في يده إلى الوكيل إذا طلبه مع إمكان الدفع شرعاً و عرفاً ... بأن لا يكون على حاجة يريد قضاءها ولا في حمام أو أكل طعام و نحوها من الأعذار العرفية^(٣).

الوَصَايَا

١ - الجمع يحمل على الثلاثة جمع قلة كان كأبعد أو كثرة كالعييد لتطابق اللغة و العرف العام على اشتراط مطلق الجمع على إطلاقه على الثلاثة فصاعداً و الفرق بحمل جمع الكثرة على ما فوق العشرة اصطلاح خاص لا يستعمله أهل المحاورات العرفية و الاستعمالات العامة^(٤).

٢ - يدخل في الوصية بالسيف بحفنه ... وكذا تدخل حلبته لشمول اسمه لها عرفاً^(٥).

النَّكَاحُ

١ - و حدّ التعليم أن تستقل بالتلاوة ... والمرجع في قدر المستقل به إلى العرف^(٦).

(١ و ٢ و ٣) نفس المصدر ص ٣٥٨، ٣٧٩، ٣٨٣.

(٤ و ٥ و ٦) نفس المصدر ج ٥ ص ٤٧، ٤٦، ٣٤٦.

- ٢ - المعتبر في المتعة بحال الزوج في السعة والإفخار فالغني يمتنع بالدابة وهي الفرس لأن الشائع في معناها عرفاً... والمتوسط... والفقير والمرجع في الأحوال الثلاثة إلى العرف بحسب زمانه ومكانه و شأنه^(١).
- ٣ - يقدم قولها في المواقعة مع الخلوة التامة التي لا مانع منها عن الوطى شرعاً ولا عقلاً ولا عرفاً^(٢).
- ٤ - فإن مكث عندها وجب قضاء زمانه ما لم يقصر جداً بحيث لا يعد إقامة عرفاً فيثم خاصة^(٣).
- ٥ - وفي غيره أي الولد التام مما تسقطه المرأة يرجع إلى المعتاد لمثله^(٤).
- ٦ - يرجع في جنس ذلك إلى عادة مماليك أمثال السيد من أهل بلده بحسب شرفه وضعلته واعتباره ويساره ولا يكفي ساتر العورة في اللباس ببلادنا وإن اكتفي به في بلاد الرقيق^(٥).
- ٧ - اعتبر في المصدق العالمية بأن يكون مالاً عرفاً و تقبل الصيرورة إلى العمالة الرائجة في عرفهم وعاداتهم كما إذا جعل صائد الحياة حبات صداق الزواج لا يصح ذلك لأن العرف لا يعتبرون مالاً وإن استفید منها في صنع العقاقير والمعاجين^(٦).

الطلاق

- ١ - ولا فرق بين كون المتوعد به قتلاً وجرحاً... وشتماً وضرباً وحبساً أمّا الثلاثة الأخيرة فتحتختلف باختلاف الناس فقد يؤثر قليلها في الوجه الذي ينقصه ذلك وقد

(١) و(٢) و(٣) و(٤) نفس المصدر ص ٤٢٣، ٤٣٤، ٤٢٥، ٣٧٨، ٣٤٧.

(٦) فانظر نية الطالب للنائيني ج ١ ص ٣، كتاب الغصب للرشتي ص ١٢.

- يتحمل بعض الناس شيئاً منها لا يؤثر في قدره والمرجع في ذلك إلى العرف ^(١).
- ٢ - يجب الحذاد على الزوجة المتوفى عنها زوجها وهو ترك الزينة في الثياب والأدهان ... وغير ذلك مما يعد زينة عرفاً ... وتخالف باختلاف البلاد والأزمان والعادات ^(٢).

الظهور

- ١ - إن كان الشرط الوطء تحقق بالنزع فتحرم المعاودة ولا تجب قبله وإن طالت مدةه على أصح القولين حملأ على المتعارف ^(٣).

الإيلاء

- ١ - لا ينعقد الإيلاء إلا باسم الله متلفظاً به ولا يختص بلغة بل ينعقد بالعربيه وغيرها
لصدقه عرفاً بأي لسان اتفق ^(٤).
- ٢ - لو تلفظ بالجماع أو الوطء وأراد الإيلاء صحت ... عدولاً عما يستهجن إلى بعض
لوازمه ثم اشتهر فيه عرفاً فوق به مع قصده ^(٥).
- ٣ - اشتراكم أي الجماع أو الوطء أو إطلاقهما لغة على غيره لا يضر مع إبطاق
العرف على انصراهما إليه ^(٦).
- ٤ - ليس في كلام الأصحاب هنا شيء محذر بل اقتصروا على مجرد اللفظ فيرجع
فيه إلى العرف فما يعد تكليلاً عرفاً يترتب عليه حكمه ^(٧).

العتق

- ١ - وفي الرواية : حتى عاد كالمرجون القديم فإنه يقتضي ثبوت القدم بالمدّة المذكورة مطلقاً و من معارضه اللغة والعرف و منع تحققه شرعاً لضعف المستند ^(١).
- ٢ - الأقوى الرجوع في غير المنصوص إلى العرف ^(٢).
- ٣ - الأقوى البطلان في الفرضين الآخرين لدلالة اللغة والعرف على خلافه وقد النص ^(٣).

الإقرار

- ١ - المعتبر في الألفاظ الدالة على الإقرار إفادتها له عرفاً ^(٤).
- ٢ - إطلاق الكيل والوزن يحمل على المتعارف في البلد ^(٥).
- ٣ - إن تعدد المكيل والميزان في بلده عين المُقرَّ ما شاء منها ما لم يغلب أحدها في الاستعمال على الباقي ^(٦).
- ٤ - لابد من كونه مما يتمولأ أي يعد مالاً عرفاً ... وقيل يقبل بذلك لأنّه مملوك شرعاً و الحقيقة الشرعية مقدمة على العرفية ... ويشكل بأن الملك لا يستلزم إطلاق اسم المال شرعاً و العرف يأبه ^(٧).
- ٥ - وفي قبول تفسير الشيء والحق برد السلام ... وجهاً من إطلاق الحق عليها ... و من أنه خلاف المتعارف ^(٨).
- ٦ - وكونه إقراراً بالفعل عرفاً والمرجع في الإقرار العرف ^(٩).
- ٧ - لا شبهة في كون الاستهزاء من الأمور المقصودة للعقلاء عرفاً المستعمل

(١) و٢ و٣ و٤ و٥ و٦ و٧ و٨ و٩ نفس المصدر ص ٢٩٧، ٢٩٨، ٢٩٨، ٢٢٩، ٣٨١، ٣٨٨، ٣٨٩، ٤٠٤، ٣٩٠.

لُغَةٌ^(١)

الإِحْيَاء

- ١ - لا يُعتبر في تحقّق موتها العارض ذهاب رسم العمارة رأساًً بل ضابطه العطلة وإن بقيت آثار الأنهاres ونحوها لصدقه عرفاً معها^(٢).
- ٢ - المرجع في الإِحْيَاء إلى العُرْف^(٣).
- ٣ - لو كانت على وجه الأرض أو مستوره بترباب يسير لا يصدق معه الإِحْيَاء عرفاً لم يملـكـ المـعدـنـ بـغـيرـ الـحـيـازـةـ كـالـظـاهـرـةـ^(٤).

الذبحة والأطعمة

- ١ - يشكل تتابع الذبح مع صدق اسم الذبح عرفاً مع التفرقة كثيراً^(٥).
- ٢ - ماعدا من الحيوان الجلال يستبرأ بما يغلب على الظن زوال الجلل به عرفاً لعدم ورود مقدار له شرعاً^(٦).
- ٣ - يمكن أن تكون النجسة صفة للأبوال خاصة حملاً للعذر المطلقة على المعروف منها لغة وعرفاً وهى العذر الإنسـانـ^(٧).
- ٤ - المرجع في الجمود والميعان إلى العُرْف لعدم تحديده شرعاً^(٨).
- ٥ - المرجع في الصديق - في جواز الأكل من دون إذن - إلى العُرْف لعدم تحديده شرعاً^(٩).

(١) نفس المصدر ص ٤٠٦.

(٢) و٣ و٤ و٥ و٦ و٧ و٨ و٩) الروضة ج ٧ ص ١٣٤، ٢٢٨، ١٩٢، ١٦١، ١٦٥ و ٣٢٥، ٢٩٣، ٢٢٨، ١٩٢، ٣٤٥، ٣٣٥.

الإرث

- ١ - يوجب الإرث السبب والنسب هو الاتصال بالولادة بانتهاء أحدهما إلى الآخر كالأب والابن أو بانتهائهما إلى ثالث مع صدق اسم النسب عرفاً على الوجه الشرعي ^(١).
- ٢ - ولو فضلت ولم تكمل خياتتها ففي دخولها وجهان ... من عدم صدق كونها ثياباً بالإضافات المذكورة عرفاً ^(٢).

الحدود

- ١ - المراد بالفرج العورة كما نص عليه الجوهرى فيشمل القبل والدبر ^(٣).
- ٢ - كذا يشترط اجتماعهم حال إقامة الشهادة بمعنى أن لا يحصل بين الشهادات تراخي عرفاً ^(٤).
- ٣ - الفرج يطلق على ما يشمل الدبر وقد أطلقه عليه فتخصيصها هنا مع الإطلاق وإن دل عليه العرف ليس بجيئد ^(٥).
- ٤ - قيل أقل الطائفة التي يجب حضورها ثلاثة لدلالة العرف عليه وقيل عشرة ... والأجود الرجوع إلى العرف ^(٦).
- ٥ - لو قال ولدت من الزنا فالظاهر القذف للأبوبين ... لأنه الظاهر عرفاً ^(٧).
- ٦ - الديوث والكشخان والقرنان قد تفيد القذف في عرف القائل فيجب الحد للمنسوب إليه وإن لم تعد ذلك في عرفه ... لم يستعملها أهل العرف فيه عذر ^(٨).
- ٧ - ولو لم يعلم القائل فائتها أصلاً بأن لم يكن من أهل العرف بوضعها شيء من

(١) نفس المصدر ص ٨ .٢٢.

(٢) نفس المصدر ص ١١٠ .

(٣) و (٤) و (٥) و (٦) و (٧) و (٨) نفس المصدر ص ٩ .١٦، ٥٣، ٧٤، ٩٦، ١٦٨، ١٧١.

- ذلك ولا يطلع على معناها لغة فلا شيء عليه^(١).
- ٨ - والتأذى ... مع العلم بكونها مؤذية وليست موضوعة للقذف عرفاً ولا وضعاً^(٢).
- ٩ - ومثله قوله لست بولد حلال وقد يراد به عرفاً أنه ليس بظاهر الأخلاق^(٣).
- ١٠ - ينبغي إلهاق الخوف على العرض بالشتم ونحوه على وجه لا يتحمل عادة بالمال^(٤).
- ١١ - الحرز لا تحرير له شرعاً فيرجع فيه إلى العُرْف^(٥).
- ١٢ - الأولى الرجوع في مفهوم الحرز إلى العُرْف وهو يختلف باختلاف الأموال فحرز الأثمان والجواهر الصناديق المقفلة ...^(٦).
- ١٣ - لو أخرجه أي النصاب من الحرز الواحد مراراً ... فضل في التحرير: فأوجب الحد إن لم يتخلل اطلاع المالك ولم يطل الزمان بحيث لا يسمى سرقة واحدة عرفاً وهذا أقوى لدلالة العُرْف على اتحاد السرقة مع فقد الشرطين وإن تعدد الإخراج^(٧).

القصاص

- ١ - وكذا الخلاف لو التقطه العوت قبل وصوله إلى الماء من حيث أن الإلقاء في البحر إتلاف في العادة^(٨).
- ٢ - فالمرجع في الاعتياد إلى العُرْف^(٩).
- ٣ - الخبر يدفع فقد التماثل ويدل على مماثلة الرجل لليد شرعاً وإن انتفت لغة وعرفاً^(١٠).
- ٤ - المرجع في الاعتياد إلى العُرْف وربما يتحقق بالثانية لأنه مشتق من العود^(١١).

(١) و٢ و٣ و٤ و٥ و٦ و٧ نفس المصدر ص ١٧٢، ١٧٣، ١٧٣، ١٩٥، ٢٤٣، ٢٤٥، ٢٨٣.

(٢) و٩ و١٠ و١١) ج ١٠ ص ٤٦ و ٢٥، ٥١، ٥٩.

الديات

- ١ - المرجع في نبات الشعر و عدمه إلى أهل الخبرة ^(١).
- ٢ - في كلب الغنم وهو ما يطلق عليه اسمه لعدم تحديد سنه شرعاً ولا لغة ^(٢).

أما الأصول :

هذه المجالات التي ذكرناها من الكتب الفقهية سواءً كانت من المدرسة الشيعية أم السنوية بعض ما وجدناه و عذرناه و لك أن تخرج من كتبهم الفقهية مجارى آخر من المجالات التي اعتمد فيها الفقهاء على العرف و عولوا عليه و لا سيما العنوان نذكر هنا بعض الموارد التي استند الأصوليون إلى العرف في إثبات حجية بعض الأصول العملية فلتبتعد من فرائد الأصول والشيخ الأعظم حيث قال فيها: إن مبني الاستصحاب خصوصاً إذا استند فيه إلى الأخبار على القضايا العرفية المتحقققة في الزمان السابق التي ينتزعها العرف من الأدلة الشرعية ، فإنهم لا يرتابون في أنه إذا ثبت تحريم فعل في زمان ثم شك في بقائه بعده أن الشك في هذه المسألة في استمرار الحرمة لهذا الفعل وارتفاعها ، وكان مقتضى المداقنة العقلية كون الزمان قيداً لل فعل وكذلك الإباحة والكرامة والاستحباب ، نعم قد يتحقق في بعض الواجبات مورد لا يحکم العرف بكون الشك في الاستمرار ، مثلاً إذا ثبت في يوم وجوب فعل عند الزوال ثم شككنا في الغد أنه واجب اليوم عند الزوال ، فلا يحکمون باستصحاب ذلك و لا ينون على كونه مما شك في استمراره وارتفاعه بل يحکمون في الغد بأصالحة عدم الوجوب قبل الزوال ، أما لو ثبت ذلك مراراً ، ثم شك فيه بعد أيام فالظاهر حكمهم بأن هذا الحكم كان مستمراً وشك في ارتفاعه فيستصحب ؛ و

(١) نفس المصدر ج ١٠ ص ٢٠٠ .

(٢) نفس المصدر ص ٣٢٣ .

من هنا ترى الأصحاب يتمسكون بالاستصحاب وجوب التمام عند الشك في حدوث التكليف بالقصر وباستصحاب وجوب العبادة عند شك المرأة في حدوث الحيض ، لا من جهة أصلّة عدم السفر الموجب للقصر ، وعدم الحيض المقتضي لوجوب العبادة حتى يحکم بوجوب التمام ، لأنّه من آثار عدم السفر الشرعي الموجب للقصر ... بل من جهة كون التكليف بالتمام والعبادة عند زوال كل يوم أمر مستمر عندهم وإن كان التكليف يتجدد يوماً فيوماً . فهو في كل يوم مسبوق بالعدم فيبني أن يرجع إلى استصحاب عدمه ، لا استصحاب وجوده . و الحال : أن المعيار حكم العُرف بأن الشيء الفلاني كان مستمراً فارتفاع وانقطاع وأنه مشكوك الانقطاع ولو لا ملاحظة هذا التخيّل العُرفي لم يصدق على النسخ أنه رفع للحكم الثابت أو لمثله ، فإن عدم التكليف في وقت الصلاة بالصلة إلى القبلة المنسوخة دفع في الحقيقة للتوكيل لا رفع ؛ ونظير ذلك في غير الأحكام الشرعية ما سيجيء من إجراء الاستصحاب في مثل الكربة وعدمهما ، وفي الأمور التدريجية المتتجدة شيئاً فشيئاً وفي مثل وجوب الناقص بعد تذرّع بعض الأجزاء فيما لا يكون الموضوع فيه باقياً إلا بالمسامحة العُرفية كما سيجيء إن شاء الله تعالى^(١) .

و قال في موضع آخر : وأثنا على المختار من اعتباره أي الاستصحاب من باب الأخبار ، فلا يثبت به ما عدا الآثار الشرعية المترتبة على نفس المستصحاب ، نعم هنا شيء وهو أن بعض الموضوعات الخارجية المتوسطة بين المستصحاب وبين الحكم الشرعي من الوسائل الخفية بحيث يُعد في العُرف الأحكام الشرعية المترتبة عليها أحکاماً لنفس المستصحاب ، وهذا المعنى يختلف وضوحاً وخفاءً باختلاف مراتب خفاء الوسائل عن أنظار العُرف^(٢) .

(١) فرائد الأصول ص ٣٥٧.

(٢) نفس المصدر ص ٣٨٦.

منها : ما إذا استصحب رطوبة النجس من المتلاقين مع جفاف الآخر ، فإنه لا يبعد الحكم بنجاسة مع أن تنجسه ليس من أحكام ملاقاته للنجس رطباً بل من أحكام سراية رطوبة النجاسة إليه و تأثره بها بحيث يوجد في الثوب رطوبة متنجسة ، ومن المعلوم أن استصحاب رطوبة النجس الراجع إلى بقاء جزء مائي قابل للتأثير لا يثبت تأثر الثوب و تنجسه بها ، فهوأشبه مثال بمسئلة بقاء الماء في الحوض المثبت لانغزال الثوب به ، و حكى في الذكرى عن المحقق تعليل الحكم بظهوره الثوب الذي طارت الذبابة عن النجاسة إليه بعدم الجزم ببقاء رطوبة الذبابة و ارتضاه ، فيحتمل أن يكون لعدم إثبات الاستصحاب لوصول الرطوبة إلى الثوب كما ذكرنا ، و يحتمل أن يكون لمعارضته باستصحاب طهارة الثوب إغماضاً عن قاعدة حكمة بعض الاستصحابات على بعض كما يظهر من المحقق حيث عارض استصحاب طهارة الشاك في الحدث باستصحاب اشتغال ذاته بالعبادة ^(١).

و قال في موضع ثالث : وقد عرفت أنه لو لا المسامحة العرفية في المستصحب و موضوعه لم يتم شيء من الوجهين لكن الإشكال بعد في الاعتماد على هذه المسامحة العرفية المذكورة إلا أن الظاهر أن استصحاب الكريمة من المسلمات عند القائلين بالاستصحاب ^(٢).

وفي مصباح الأصول : أقول : أما ما ذكره الشيخ (ره) - من كون الأصل المثبت حجة مع خفاء الواسطة لكون الاثر مستنداً إلى ذي الواسطة بالمسامحة العرفية - ففيه أنه لا مساغ للأخذ بهذه المسامحة فإن الرجوع إلى العرف إنما هو لتعيين مفهوم اللفظ عند الشك فيه أو في ضيقه و سعته مع العلم بأصله في الجملة لأن موضوع الحجية هو الظهور العرفي

(١) نفس المصدر ص ٣٨٦.

(٢) نفس المصدر ص ٣٩٧.

فالمرجع الوحيد في تعين الظاهر هو العُرف سواء كان الظهور من جهة الوضع أو من القرينة المقالية والحالية ولا يجوز الرجوع إلى العُرف والأخذ بمسامحاتهم بعد تعين المفهوم و تشخيص الظهور اللغطي كما هو المسلم في مسألة الكَرْ فإنه بعد ما دلَ الدليل على عدم انفعال الماء إذا كان بقدر الكَرِ الذي ألف و مائتا رطل ولكن العُرف يطلقونه على أقل من ذلك بقليل من باب المسامحة فإنه لا يجوز الأخذ بها والحكم بعدم انفعال الأقل بل يحكم بنجاسته وكذا في مسألة الزكاة بعد تعين النصاب شرعاً بمقتضى الفهم العُرفي من الدليل لا يمكن الأخذ بالمسامحة العُرفية ففي مثل عدم الحاجب مع صب الماء على البدن فلا يكون هذا استثناء من عدم حجية الأصل المثبت لكون الأثر حينئذ نفس المستصحب لا لازمه وإن كان العُرف معترفاً بأن المستظر منها أن الأثر أثر للواسطة كما هو الصحيح فإن رفع الحدث وصحة الغسل من آثار تحقق الغسل لا من آثار عدم الحاجب عند صب الماء فلا فائدة في خفاء الواسطة بعد عدم كون الأثر أثراً للمستصحب ... ثم قال في الفرع الأول الذي ذكره الشيخ (ره) بأنه لم يرد بيان من الشارع يستفاد منه موضوع التنجس فلا معالة يكون بيانه موكولاً إلى العُرف ومن الظاهر أن العُرف لا يحكم بالقدارة العُرفية إلَّا في مورد السراية إلَّا في غير الحيوان^(١).

و منها : أصالة عدم دخول هلال شوال في يوم الشك المُثبت لكون غده يوم العيد ، فيترتب عليه أحکام العيد من الصلاة والغسل وغيرهما ، فإن مجرد عدم الهلال في يوم لا يثبت آخرته ولا أولية غده للشهر اللاحق ، لكن العُرف لا يفهمون من وجوب ترتيب آثار عدم انقضاء رمضان وعدم دخول شوال إلَّا ترتيب أحکام آخرية ذلك اليوم لشهر وأولية غده لشهر آخر ، فالأول عندهم ما لم يسبق بمثله والآخر ما اتصل بزمان حُكم بكونه أول الشهر الآخر ، وكيف كان فالمعيار خفاء توسيط الأمر العادي والعقلي بحيث يُعد آثاره

(١) المصباح ج ٣ ص ١٦٣ للخوئي (ره).

آثاراً لنفس المستصحب ، وربما يتمسك في بعض موارد الأصول المثبتية بجريان السيرة أو الإجماع على اعتباره هناك مثل إجراء أصلالة عدم الحاجب عند الشك في وجوده على محل القول أو المسح لإثبات عَسْل البَشَرَةِ ومسحها المأمور بهما في الوضوء والعسل وفيه نظر^(١) .

و قال في موضوع آخر : المقصود مراعاة العرف في تشخيص الموضوع وعدم الاقتصار في ذلك على وجه الدقة ولا على ما يقتضيه الدليل اللغظي إذا كان العرف بالنسبة إلى القضية الخاصة على خلافه .

و قال الشيخ الأعظم في رابع : يرجع إلى العرف في معرفة الموضوع للأحكام فكل مورد يصدق عرفاً أن هذا كان كذا سابقاً جرئ فيه الاستصحاب وإن كان المشار إليه لا يعلم بالتدقيق أو بمحاجة الأدلة كونه موضوعاً بل علم عدمه مثلاً قد ثبت بالأدلة أن الإنسان طاهر والكلب نجس فإذا مات حكم العرف بارتفاع طهارة الأول وبقاء نجاسة الثاني مع عدم صدق الارتفاع وبقاء هنا بحسب التدقيق فيما لأن الطهارة والنجاسة كانتا محمولين على الحيوانين المذكورين وقد ارتفعت الحيوانية فلا معنى لصدق ارتفاع الأول وبقاء الثاني بعد صيرورته جماداً ونحوه حكم العرف باستصحاب بقاء الزوجية بعد موت أحد الزوجين وقد تقدم حكم العرف ببقاء كريمه ما كان كرراً سابقاً ... وقد تبيّن أن العرف هو المحكم في موضوع الاستصحاب أرأيت أنه لو حكم على الحنطة أو العنبر بالحلية أو الحرمة أو النجاسة أو الطهارة هل يتأمل العرف في إجراء تلك الأحكام على الدقيق والزييب كما لا يتأملون في عدم جريان الاستصحاب في استحالة الخشب دخاناً و الماء المت Burgess بولاً لما كول اللحم خصوصاً إذا اطلعوا على زوال النجاسة بالاستحالة ... ففي بعض مراتب التغير يحكم العرف بجريان دليل العنوان من غير حاجة إلى

(١) فرائد الأصول ص ٣٨٧.

الاستصحاب ... فمن الأول ما لو حكم على الرطب أو العنبر الأعم ما جفّ منها فصار تمرأً أو زبباً مع أن الظاهر تغایر الاسمين ولهذا لو حلف على ترك أحدهما لم يحيث بأكل الآخر و الظاهر أنهم لا يحتاجون في أجزاء الأحكام المذكورة إلى الاستصحاب ... وما ذكرنا يظهر أن معنى قولهم الأحكام تدور مدار الأسماء ... فإذا قال الشارع العنبر حلال فإن ثبت كون الموضوع هو مسمى هذا الاسم دار الحكم مداره فينتفي عند صيرورته زبباً أمّا إذا علم من العُرف أو غيره أن الموضوع هو الكلّي الموجود في العنبر المشترك بينه وبين الزبيب أو بينهما وبين العصير دار الحكم مداره^(١).

وقال في المصباح: إن العُرف بعد تشخيص الموضوع الكلّي من لسان الدليل ربما يتسامح في تطبيقه على الخارج إذ العُرف ليس مشرعاً ولا يتبع نظره في قبال الدليل الشرعي وإنما يتبع في تعين مراد الشارع لأن خطابه وارد على طبق مفاهيم العُرف^(٢).

الموضوع هل يؤخذ من العُرف أو لا؟

قال الإمام الخميني (ره): هل الموضوع في القضية يؤخذ من العُقل أو من الدليل أو من العُرف؟ وبعبارة أخرى: إن الميزان في وحدة القضية المتيقنة والمشكوك فيها أن يكون موضوعهما واحداً بحكم العُقل و تشخيصه أو بحكم العُرف و تشخيصه أو أن الموضوع في القضية المشكوك فيها لابد وأن يكون هو الذي أخذ في الدليل الدال على الحكم في القضية المتيقنة؟ والفرق بين الأخذ من العُقل وغيره واضح ، لأن العُقل قلماً يتافق أو لا يتافق أن يشك في بقاء الموضوع في استصحاب الأحكام حتى في باب النسخ لأن الشك في الحكم لا يكون إلا من جهة الشك في تغيير خصوصية من خصوصيات

(١) فرانش الأصول ص ٤٠٣ - ٤٠١.

(٢) المصباح الخوئي ص ١٣٨.

الموضوع ، فإذا أورد حكم على موضوع لا يكون تعلقه جزاً بحكم العقل ، فلا بد من خصوصية في الموضوع لأجلها يكون متعلقاً للحكم ، و مع بقاء تلك الخصوصية الموجبة أو الدخلة في المتعلق مع سائر الخصوصيات لا يمكن رفع الحكم عن الموضوع . فإذا علم تعلق حكم على موضوع و شك في نسخه فلا يمكن أن يشك فيه مع العلم ببقاء جميع خصوصيات الموضوع الدخلة في تعلق الحكم عليه من القيود الزمانية والمكانية وغيرها لأن ذلك يرجع إلى الجزاف المستحيل ، وكثيراً ما يقع الإشكال في الاستصحاب الموضوعية أيضاً كاستصحاب الكربة . وأما الفرق بين الأخذ من العرف أو موضوع الدليل هو أن الحكم في الدليل قد يثبت العنوان أو موضوع متقييد بقيد بحيث كان الدليل قاصراً عن إثبات الحكم لغير العنوان أو غير مورد القيد فإذا ارتفع العنوان أو القيد يرتفع موضوع الدليل ، كما إذا قال التراب أحد الطهورين و عصير العنبر إذا على يحرم فانطبق الحكم على الموضوع الخارجي فيشار إلى تراب خارجي أنه أحد الطهورين وإلى رطل من العنبر أن عصيره إذا على يحرم . فإذا صار التراب الخارجي آجراً أو خزفاً والعنبر زبيباً وشكنا في طهورية الأول و حرمة عصير الثاني إذا على فلا إشكال في قصور الأدلة الواقعية لشمول غير العناوين المأكولة في موضوعها لتغيير موضوعها ، فلا يمكن التمسك بدليل طهورية التراب و حرمة مغلى عصير العنبر لإثبات الحكم لهما . ولو بنينا على أخذ موضوع المتيقنة و المشكوك فيها من الدليل لا يجري الاستصحاب أيضاً لتغيير الموضوع و عدم اتحاد القضية المتيقنة و المشكوك فيها .

و أما لو كان الاتحاد بنظر العرف فجريانه مما لا مانع منه لأن هذا الآجر والخزف الخارجيين كانوا معلومي الحكم قبل طبخهما وبواسطة طبخهما لم يتغيرا إلا تغيراً عرضياً و كما العنبر الخارجي إذا زبيباً يكون عين الموضوع المتيقن و ليست البيوسة مغيرة له إلا في حاله و عرضه . وهذه التغييرات العرضية لاتفاق وحدة الموضوع الخارجي

وإن لم تصدق معها على الموضوع العناوين الكلية فالتراب غير الأجر بحسب العنوان الكلي المأذوذ في الدليل و العنبر غير الزيبيب كذلك لكن التراب و العنبر الخارجيين إذا طبع و يبس لا يتغيران إلا في الحالات الغير المضرة ببقاء موضوع القضية المتيقنة في زمان الشك . فإذا قال المولى : أكرم العلماء والشعراء و احتملنا كون العناوين واسطة في الثبوت . ومن كان عالماً و شاعراً في زمان يجب إكرامه مطلقاً فلا إشكال في أن الدليل قاصر عن إيجاب الإكرام إذا صار العالم جاهلاً و الشاعر غير شاعر ، كما أنه لا إشكال في أن موضوع الدليل غير باقٍ فلا مجال لجريان الاستصحاب فيما إذا أخذ موضوع القضية المستصحبة من الدليل .

وأما لدى العُرف فيكون زيد و عمرو واجبي الإكرام لكون الأول مصداق العالم و الثاني مصداق الشاعر و عنوان العالم و الشاعر . وإن كانوا مختلفي المصادر مع العنوان المقابل لهما و لكنهما من الحالات العارضة للأفراد الخارجية و الموضوعات المتحققة . فإذا زال عنوان العالمية من زيد و الشاعرية من عمرو ، وشك في إكرامهما للشك في أن العناوين في الوسائل الشبوانية أو العروضية يجري الاستصحاب فيما لوحدة القضية المتيقنة والمشكوك فيها ، لأنك كنت على يقين من إكرام زيد و عمرو لكون الأول مصداق العالم والثاني مصداق الشاعر و مع زوال العناوين نشك في بقاء وجوب إكرامهما ولا ينبغي لك أن تنقض اليقين بالشك بخلاف ما لو أخذ موضوع القضية من الدليل لعدم صدق عنوان العالم و الشاعر على غيرهما^(١) .

ومن المجالات ما ذكره شيخنا المحقق البارع الفاضل اللنكراني (مده) في درسه : من أن اليقين الذي لا يجتمع معه أي خلاف هو حجة عقلأً وأما الاطمئنان الذي هو الظن المتأخر للعلم المصطلح عنه بالعلمي فدليل إعتبره ليس إلا العقلاء لأنهم يدعونه عالماً و

(١) الرسائل للإمام الخميني ج ١ ص ٢٢٤ . فانظر أيضاً الرسائل للشيخ الأعظم ص ٤٠١ .

هذا يكفي في حجته شرعاً وإن لم يكن حجة عقلاً و بوجه آخر : الدليل على اعتبار الاطمئنان والدليل العلمي الذي هو في الحقيقة يقين العقلاه لا العقل ، هو أنه إذا لم يمكن الأخذ بحديث الرفع والرجوع إلى الأصول العملية لأن المرجع في تشخيص ما لا يعلمون هو العرف فليجب الرجوع إليه فيه وغيره من العناوين المأكولة في الأدلة الشرعية لأن العرف هو المرجع فإذا حصل الاطمئنان يقول العرف بحجتيه وكذا في الاستصحاب لأن نقض اليقين بالشك لا يمكن إثباته إلا بالعرف . ففي موارد الاطمئنان لو لم نقل بحجتيه العقلائية لن يبقى لنا طريق ، والشارع أثبتت هذه الحجية بهذا النحو كما في مسألة التدخين وشرب التن . فالعمدة في إثبات حجية الاطمئنان والدليل العلمي حجة شرعية وإن كانت حجة عقلائية أيضاً ، هو عدم إمكان الرجوع إلى الأصول العملية فلذا يستكشف أن الاطمئنان حجة عرفية شرعية .

و من المجالات أيضاً ما ذكره هذا المحقق (مده) : من أن العرف هو المرجع في تحديد المحاذاة المعتبرة في جواز الإحرام من محاذي الميقات فقال : العرف يقولون إن المحاذاة تصدق في ما كان الشخص في يمين الميقات أو يساره بالخط المستقيم العرفي لا العقلي الدقيق لأن العرف والعقل يختلفان في تحديد الخط المستقيم كما لا يخفى . ثم المفاهيم و العناوين المأكولة في الأحكام الشرعية الواردة في الكتاب و السنة يجب الرجوع إلى العرف في تشخيصها و تحديدها .

وكذا المرجع هو العرف في أن من يكون فوق الميقات هل يصدق عليه كونه في محاذي الميقات أم لا؟ كمن يكون في طائرة؟ فالعرف يقولون حينئذ بصدق المحاذاة ، قال في تحرير الوسيلة^(١) : الميزان هو المحاذاة العرفية لا العقلية الدقيقة .

و من المجالات التي يرجع فيها إلى العرف : الأخبار التي ظاهرها التنافي كالمطلق

(١) تحرير الوسيلة ص ٤١٠ .

و المقيد فيجمع بينهما بالجمع الدلالي العرفي ، الذي سماه الشيخ الأعظم (ره) بالجمع المقبول و غرضه المقبول عند العرف ، و يسمى أيضاً بالجمع الدلالتي ، فيخرج في الحقيقة بالجمع العرفي ، الدليلان عن التعارض و في موارد الجمع العرفي لا حيرة ولا تردید .

من هذا الموارد : ما إذا كان أحد الدليلين أخص من الآخر فإن الخاص مقدم على العام فليجب التصرف فيه ولا يرى العرف بينهما تعارضاً .

و منها تقديم النص على الظاهر والأظهر على الظاهر .

و منها ما إذا كان لأحد المتعارضين قدر متيقن في الإرادة أو لكل منهما قدر متيقن كما في قوله (ع) : ثمن العذر سحت أي عذر الإنسان . و قوله (ع) : لا بأس ببيع العذر أي عذر مأكول اللحم .

و منها ما إذا كان أحد العامين من وجه بمرتبة لو اقتصر فيه على ما عدا مورد الاجتماع يلزم التخصيص المستهجن .

و منها : ما إذا كان أحد العامين من وجه وارداً مورد التحديدات كالأوزان والمقادير و المسافات وغيرها من موارد الجمع التي لا يرى العرف تعارضاً بينهما . كأقرب المجازات و ما إذا دار الأمر بين التخصيص و المنع . فإن أردت التفصيل فراجع كتب الأصول وزبّرها .

الخامس: بيان المجالات التي أرجعنا الأئمة (ع) فيها إلى العرف

قال السيد الخاتمي بعض أساتذتي في الأصول حينما صاحبته في طريق ، ردأ على سؤالي عن العرف : إني كنت بحثت و درست في هذا الموضوع من ذي بعد و وصلت إلى أن للعرف ليس دوراً هاماً في عملية الاستبطاط عند الإمامية والمدرسة الشيعية إلا في تشخيص بعض العناوين والمواضيع الخارجية ثم أردف قوله ناصحاً لي : عليك أن تضيف إلى العناوين المطروحة في هذه الدراسة عنواناً آخر و هو بيان المجالات التي أرجعنا الأئمة المعصومون (ع) إلى العرف كما في الدم و تغير الماء بوقوع النجاسة وغير ذلك من الموارد . فأجبت ذلك و جعلت هذا العنوان في الدراسة لكي يكون مُسِّيَّها للموضوع العام و هو العرف و دوره في العملية جزاء الله خير جراء .

١ - محمد بن علي بن الحسين بإسناده عن الحلبـي عن أبي عبد الله (ع) قال : ما كان من طعام سقيـت فيه كيلـاً فلـا يصلـح بـيعه مجازـفة و هذا مـا يـكره من بـيع الطـعام و رواه الكلـينـي عن عـلـى بن إـبرـاهـيم بإـسنـادـه عن الحـلبـي مـثـلـه و محمد بن الحـسـين بإـسنـادـه عن الحـسـين بن سـعـيد عن ابن أـبـي عـمـير مـثـلـه و في هـذـا الـآخـير يـحـتمـل أـنـ يـكـون أـنـ روـاهـ ابنـ أـبـي عـمـيرـ عنـ حـمـادـ عنـ الحـلبـي (رهـ) كـماـ يـكـونـ كذلكـ فيـ أـسـنـادـ الكلـينـيـ .

٢ - و عنهـ عنـ صـفـوانـ عنـ ابنـ مـسـكـانـ عنـ الحـلبـيـ عنـ أـبـي عـبدـ اللهـ (عـ) : أـنـ قالـ فيـ رـجـلـ اـشـتـرـىـ مـنـ رـجـلـ طـعـامـاً عـدـلاًـ بـكـيلـ مـعـلـومـ ، وـ أـنـ صـاحـبـهـ قـالـ لـلـمـشـترـىـ : اـبـعـ مـنـىـ مـنـ

هذا العدل الآخر بغير كيل فإنّ فيه مثل ما في الآخر الذي ابتعت قال : لا يصلح إلا بكيل و قال : وما كان من طعام سميّت فيه كيلاً فإنه لا يصلح مجازفة هذا ممّا (ما) يكره من بيع الطعام .

ورواه الكليني و الصدوق كالذى قبله .

٣ - عنه وعن صفوان عن ابن مسّكان عن الحلبى قال : قال أبو عبد الله (ع) : ما كان من طعام سميّت فيه كيلاً فلابصلح مجازفة . و رواه الصدوق بإسناده عن ابن مسّكان مثله^(١) .

في البيع : الظاهر أنّهما بل مع صحيحة أخرى للحربى روایة واحدة وقع فيها التقطيع . و حمله الشيخ الأعظم (ره) على أنه كنایة عن كون الطعام مكيلًا ... فالمعنى أن كل طعام يكون مكيلًا لا يصلح في الجزاف ، فوق في إشكال و هو أن الطعام لا يكون مكيلًا فاحتتمل أن التقسيم بلحاظ الزرع واستبعده مع أن الطعام لا يختص بالجحب بل يطلق على اللحوم بل وعلى الفواكه أيضًا ... والأظهر فيه أن ما سميت وذكرت فيه كيلاً معيناً عند المقاولة لا يجوز بيعه جزافاً^(٢) .

و عن الحدائق : يمكن أن يستدلّ للعرف العام بما نقدم في صحيحة الحلبى من قوله : ما كان من طعام سميّت فيه كيلاً فإنّ الظاهر أن المرجع في كونه مكيلًا إلى تسميته عرفاً مكيلًا و يمكن تقييده بما لم يعلم حاله في زمانهم (ع) انتهى .

وفي المكاسب : أمّا ما استشهد به للرجوع إلى العرف العام من قوله (ع) : ما سميت فيه كيلاً فبحتمل : أن يراد عرف المخاطب ، فيكون المعيار العرف الخاص بالمتباينين .

(١) ج ١٢ ص ٢٥٤ الوسائل الباب ٤ من أبواب عقد البيع .

(٢) البيع ج ٣ ص ٢٤٤ و المكاسب ص ١٩٣ .

نعم مع العلم بالعرف العام لا عبرة بالعرف الخاص لمقطوعة ابن هاشم الآتية فتأمل^(١) . قال العلامة المجلسي (ره) في ملاد الأخبار في فهم تهذيب الأخبار: إن الحديث الأول صحيح . قوله (ع): سميت فيه كيلاً أي في البيع أو في العرف مطلقاً أو إذا لم يعلم حاله في عهد النبي (ص) والأصحاب على الأخير وعلى الأول فالمراد عند القبض ، و المشهور أن المعتبر في الكيل والوزن ما كان في عهد النبي (ص) إذا علم ذلك وإن تغير وإن لم يعلم فعادة البلدان في وقت البيع ، فإن اختلفت فلكل بلد حكمها والشيخان وسلاط غلباً في الربا جانب التحرير في كل البلاد والمشهور عدم جواز بيع ما يكال أو يوزن أو يعده جزاً و عليه الفتوى وذهب بعض الأصحاب إلى جوازه مع المشاهدة ولا يخلو من قوة لأن تلك الأخبار محتملة لمعانٍ أخرى كما عرفت و عمومات البيع يشمل المعلومية بالمشاهدة لكن الاحتياط يقتضي العمل بالمشهور وإن كان لا يخلو من حرج في كثير من الأشياء .

ثم قال: إن الحديث الثاني صحيح والثالث ضعيف^(٢) .

٤ - وعن علي بن إبراهيم عن رجاله ذكره في حديث طويل قال: ولا ينظر فيما يكال ويوزن^(٣) إلا إلى العامة ولا يؤخذ فيه بالخاصة فإن كان قوم يكيلون اللحم ويكتلون الجوز فلا يعتبر بهم لأن أصل اللحم أن يوزن وأصل الجوز أن يعده^(٤) .

وذكر الخبر في الوسائل ذيل عنوان: إن الربا لا يثبت إلا في المكيل والموزون غالباً وأن الاعتبار فيهما بالعرف العام دون الخاص .

(١) نفس المصدر ص ١٩٣ .

(٢) ملاد الأخبار في فهم تهذيب الأخبار ج ١١ ص ١٥٧ .

(٣) وفي بعض النسخ: أو يوزن .

(٤) الوسائل ج ١٢ ص ٤٣٤ الباب ٦ من أبواب الربا ج ٦ .

و عن الإمام الخميني (ره) : أنها ليست من لفظ الإمام (ع) بل من قبيل فتوى الفقيه^(١) .

٥ - محمد بن الحسن بإسناده عن الحسين بن سعيد عن صفوان بن يحيى عن عبد الرحمن بن الحجاج قال : سألت أبا عبد الله (ع) عن فضول الموازين اللحم والقث ونحو ذلك فأخبرته أنهم يشترون عندنا الوزنات بعشرة و اللحم الأرطال بالدرارم ولا يتزن إلا راجحاً و ذلك الرجحان ليس له وقت يعرف فقال : إذا كان ذلك بيع أهل البلد فانظر من ذلك الوسط فلاتعده^(٢) .

٦ - محمد بن الحسن بإسناده عن محمد بن الحسن الصفار أنه كتب إلى أبي محمد الحسن بن علي (ع) في رجل اشتري بيته في داره بجميع حقوقه و فوقه بيت آخر ، هل يدخل البيت الأعلى في حقوق البيت الأسفل أم لا ؟ فوقع ليس له إلا ما اشتراه باسمه و موضعه إن شاء الله و رواه الصدوق بإسناده عن محمد بن الحسن الصفار أيضاً مثله .

٧ - وبالإسناد عن الصفار أنه كتب إليه في رجل اشتري حجرة أو مسكنًا في دار بجميع حقوقها و فوقها بيوت و مسكن آخر فتدخل البيوت الأعلى و المسكن الأعلى في حقوق هذه الحجرة و المسكن الأسفل الذي اشتراه أم لا ؟ فموقع ليس له من ذلك إلا الحق الذي اشتراه إن شاء الله . ثم علق على الخبرين في الوسائل : أقول : قد فهم منه جماعة من فقهائنا دخول ما تناولته للفظ لغة أو عرفاً . وما استظهره حسن : فيراجع في مراد المتكلم إلى العرف والوضع^(٣) .

٨ - عنه أي محمد بن الحسن عن محمد بن الحسن عن الحكم بن مسكين عن

(١) البيع ج ٣ ص ٢٥٦ .

(٢) الوسائل ج ١٢ ص ٤٠٤ ح ٥ أبواب العقود باب ٢٨ .

(٣) الوسائل ج ١٢ ص ٤٠٦ و ٤٠٧ أبواب أحكام العقود باب ٢١ .

إسحاق بن عمار قال : قلت لأبي عبد الله (ع) : أستقرض الرغيف من الجيران فنأخذ كبيراً و نعطي صغيراً و نأخذ صغيراً و نعطي كبيراً . قال : لا بأس ^(١) ، لأنه مما يتسامح به عرفاً و عادة .

٩ - محمد بن إدريس في آخر السرائر نقلأً من كتاب مسائل الرجال عن أبي الحسن علي بن محمد (ع) أن طاهراً كتب إليه يسألة : عن الرجل يعطي الرجل ما لا يبغيه شيئاً بعشرين درهماً ثم يحول عليه الحول فلا يكون عنده شيء ففيبيعه شيئاً آخر فأجابني (ع) : ما تباعه الناس فحلال و ما لم يباعوه فربا ^(٢) .

١٠ - محمد بن يعقوب عن محمد بن يحيى عن أحمد بن محمد عن البرقي عن أبي العباس : قال : سألت أبي عبد الله (ع) عن الدرارم المحمول عليها فقال : إذا انفقت ما يجوز بين أهل البلد فلا بأس ، وإن انفقت ما لا يجوز بين أهل البلد فلا ^(٣) .

١١ - عنه و عن حديثه عن جميل عن حرير بن عبد الله قال : كنت عند أبي عبد الله (ع) فدخل عليه قوم من أهل سجستان فسألوه عن الدرارم المحمول عليها فقال : لا بأس إذا كان جواز مصر ^(٤) .

١٢ - محمد بن يعقوب عن محمد بن يحيى عن محمد بن الحسين عن محمد بن عبد الله بن هلال عن العلاء بن رزين . عن زيد الصائغ قال : قلت لأبي عبد الله (ع) : إني كنت في قرية من قرى خراسان يقال لها : بخارى ، فرأيت فيها دراهم تعمل ثلاث فضة و ثلث متساً و ثلاث رصاصاً وكانت تتجاوز عندهم . فقلت : أرأيت إن حال عليه الحول وهي عندي

(١) الوسائل ج ١٢ ص ٣٢٩ آداب التجارة باب ٣٩ .

(٢) الوسائل ج ١٢ ص ٤٥٦ الباب ٢٠ من أبواب الرياح ٣ .

(٣) الوسائل ج ١٢ ص ٤٧٤ ح ٩ .

(٤) الوسائل ج ١٢ ص ٤٧٤ ح ١٠ .

و فيها ما يجب على فيه الزكاة أزكيها ؟ قال : نعم إنما هو مالك قلت : فإن أخرجتها إلى بلدة لا ينفق فيها مثلها فبقيت عندي حتى حال عليها الحال أزكيها ؟ قال : إن كنت تعرف أن فيها من الفضة الحالصة ما يجب عليك فيه الزكاة ... ^(١) .

١٣ - محمد بن يعقوب عن علي بن إبراهيم عن محمد بن عيسى عن يونس قال : كتبت إلى الرضا (ع) : إن لي على رجل ثلاثة آلاف دراهم وكانت تلك الدرارم تتفق بين الناس تلك الأيام وليست تنفق اليوم ، فلي عليه تلك الدرارم بأعيانها أو ما ينفق اليوم بين الناس ؟ قال : فكتب إلىي : لك أن تأخذ منه ما ينفق بين الناس كما أعطيته ما ينفق بين الناس . محمد بن الحسن بإسناده عن محمد بن أحمد بن يحيى عن سهل بن زياد عن محمد بن عيسى مثله ^(٢) .

ثم ذكر في الوسائل ما ظاهره خلاف ذلك أي كتب : لك الدرارم الأولى . ثم قال : كان شيخنا محمد بن الحسن رضي الله عنه يروي حدثاً في أن له الدرارم التي تجوز بين الناس . وقال : والحديثان متافقان غير مختلفين فمتى كان عليه دراهم بقدر معروف فليس له إلا ذلك النقد ومتى كان له عليه دراهم بوزن معلوم بغير نقد معروف فإنما له الدرارم التي تجوز بين الناس . ونحوه ذكره الشيخ ^(٣) .

١٤ - الشيخ في التهذيب ج ٧١ : عن ابن أبي نصر عن رجل عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر (ع) قال : جاء رجل من سجستان فقال له : إن عندنا دراهم يقال لها الشاهية تحمل على الدرارم دانقين فقال : لا بأس به إذا كان يجوز ^(٤) .

(١) الوسائل ج ٦ ص ١٠٤ باب ٧ من أبواب زكاة الفضة .

(٢) الوسائل ج ١٢ ص ٤٨٨ أبواب الصرف باب ٢٠ .

(٣) الوسائل ج ١٢ ص ٤٨٨ .

(٤) التهذيب ج ٧ ص ١٠٨ بيع الواحد بالاثنين .

قال في ملاد الأخيار : مرسل كالصحيح .

١٥ - ما رواه الكليني : في مقدمة الكافي : و قوله (ع) : خذوا بالمجمع عليه فإن المجمع عليه لا ريب ^(١) .

سواء قلنا إن المراد من المجمع عليه الشهرة الفتواوية أو الرواية .

١٦ - قال في الاحتجاج . وروي عنهم (ع) أنهم قالوا : إذا اختلف أحاديثنا عليكم فخذوا بما اجتمعت عليه شيعتنا فإنه لا ريب فيه ^(٢) .

١٧ - في الوسائل عن موسى بن جعفر (ع) : أنه كتب بعد البسمة : جمع أمور الأديان أربعة : أمر لا اختلاف فيه و هو إجماع الأمة على الضرورة التي يضطرون إليها و الأخبار المجمع عليها و هو الغاية المعروض عليها كل شبهة والمستنبط منها كل حادثة ^(٣) .

١٨ - صحيحة عمر بن حنظلة قال : سألت أبا عبد الله (ع) : عن رجلين من أصحابنا بينهما منازعة في دين أو ميراث فتحاكمما إلى أن قال ... فقال (ع) : ينظر إلى ما كان من روایتهما عننا في ذلك الذي حكمتا به المجمع عليه عند أصحابك فيؤخذ به من حكمنا و يترك الشاذ الذي ليس بمشهور عند أصحابك فإن المجمع عليه لا ريب فيه ^(٤) .

(١) الوسائل ج ١٨ ص ٨٠ أبواب صفات القاضي .

(٢) نفس المصدر ص ٨٨ .

(٣) نفس المصدر ج ١٨ ص ٧٣ .

(٤) نفس المصدر ج ١٨ ص ٧٥ .

السادس : وجهة نظر الشهيد الرابع عن مدرسة السكوت

قال الشهيد الرابع (ره) : من الواضح أن السكوت إنما يدل على الإيماء عند مواجهة المعصوم لسلوك معين و هذه المواجهة على نحوين :

١ - مواجهة سلوك فرد خاص يتصرف أمام المعصوم .

٢ - مواجهة سلوك اجتماعي و هو ما يسمى بالسيرة العقلائية ، كما إذا كان العقلاة بما هم عقلاة يسلكون سلوكاً معيناً في عصر المعصوم ، فإنه بحكم تواجده بينهم يكون مواجههاً لسلوكهم العام ، و يكون سكوته دليلاً على الإيماء .

و من هنا أمكن الاستدلال بالسيرة العقلائية عن طريق استكشاف الإيماء من سكوت المعصوم والإيماء المستكشف ينصب على النكتة المركوزة عقلانياً لا على المقدار الممارس من السكوت خاصة . و هذا يعني أولاً : أن الممضى ليس هو العمل الصامت لكي لا يدل على أكثر من الجواز بل هو النكتة أي المفهوم العقلائي المرتكز عنه فقد يثبت به حكم تكليفى أو حكم وضعى .

و ثانياً : أن الإيماء لا يختص بالعمل المباشر فيه عقلانياً في عصر المعصوم . و على ضوء ما ذكرناه نعرف أن ما يمكن الاستدلال به على إثبات حكم شرعى هو السيرة المعاصرة للمعصومين ... و دون السيرة المتأخرة .

و قد يتوجه أن السيرة المتأخرة معاصرة أيضاً للمعصوم و إن كان غالباً فيدل

سكته عنه على أمضائه وليست لدينا سيرة غير معاصرة للمعصوم . وفيه : أنه لا يدل على ذلك لا على أساس العقل ولا الاستظهار ، لأنه لغير مكلّف في حال الغيبة بالتهي عن المنكر و تعليم الجاهل ، وليس الغرض بدرجة من العقلية تستوجب الحفاظ عليه بغير الطريق الطبيعي : وأن الاستظهار مناطه حال المعصوم ، ومن الواضح أن حال الغيبة لا يساعد على استظهار الإمضاء من السكتوت وعلى هذا يعرف أن كشف السيرة العقلائية عن إمضاء الشارع إنما هو بملك دلالة السكتوت عنها على الإمضاء لا بملك أنه سيد العقلاء و طليعتهم^(١) .

(١) الحلقة الثانية من الأصول ص ١٥٨ .

السابع : الإفراط والتفريط

فقد مرّ أن بعض علماء العامة وفقهائهم بل كثيرون منهم قد أفرطوا في تمسكهم بالعرف والعادة وجعلوا من المصادر لاسيما من كان منهم من مدرسة الرأي والاجتهاد القياس كالحنفية لأنهم جعلوا عرف الأمصار مخصوصاً للنص الشرعي^(١).

بل بالغوا في ذلك و قالوا إن العرف المتأخر عن النص الشرعي يقدم عليه لأن ترك العرف المتأخر يوجب العسر والحرج المنفيين شرعاً^(٢).
وكذا رأى الحنفية تقدم العرف المباين لقاعدة الاضطرار^(٣).

وأما الأصوليون من الإمامية والمدرسة الشيعية فلا يرون السكت في الحكم لما مرّ من أنهم ذهبوا إلى أن كل رطب و يابس في كتاب الله والسنّة وأن كل شيء حكمه موجود في الجامعة وصحيفة الفرائض بل قيل : في الكتاب و السنّة المأثورة وإن كان في هذا نوع من الإفراط والبالغة ، وأنهم يرون أن الصحيفة طولها سبعون ذراعاً بذراع رسول الله (ص) وإملائه من فلق فيه و خط علي (ع) ، بيمينه فيها كل حلال و حرام وكل شيء

(١) الرسائل - ابن عابدين ج ٢ ص ٢٥ - ١٢٦ - ١٢٠ - ١١٦ و ١٣٣ .

(٢) الرسائل ابن عابدين ج ٢ ص ١٣٠ و ١٤٠ .

(٣) نفس المصدر ص ٤٧ .

يحتاج إليه الناس حتى الأرش في الخدش كما في الوفي^(١). وافقهم في بطلان السكوت الظاهرية والأخبارية ولكن السكوت عن القانون والحكم مما لا يمكن رده لكل ناظر في التشريع كما سيأتي فلذا ذهب محققوهم إلى تصحيح العمل بالعرف في الجملة لفقدان الصحيفة والجامعة ، فقد يستندون بالأصول العملية بل إلى عرف العلاء بل إلى العرف و العادة وقواعد العدل والإنصاف والبديهيات العقلية وقاعدة الاضطرار والأحكام الإ مضائية التي هي كثيرة .

ثم الظاهر من المدرسة الشيعية أنهم يرون صحة مدرسة السكوت في بعض الموارد لا كما ذهب إليه أهل المدرسة السنوية والجماعة . لأنهم يرون أنه عند فقدان أصل عملي شرعى كإصالحة البرائة الشرعية يجوز التمسك بالعقلية منها أو بل كما رأيت أنهم تمسكوا لإثبات حجية الظواهر و الخبر الواحد الثقة ، و تقدير ما به الكفاية في النفقه و تحديد الضمان ... بناء العلاء و عرفهم ، وهذا لا يصح إلا إذا رأينا أن عرفهم حجة عند السكوت وأن السكوت عن بيان الحكم واقع في الشرعية كما لا يخفى على متأنل وإن لم نقل إن السكوت غير صحيح بل قبيح عقلاً لا سيما عند ما كان مما يحتاج إليه الناس في تعاملهم و نظام معاشرهم ومعادهم ، ولكنه أمر واقع في الفقه والتشريع الإسلامي إنما الإجمال الأدلة و النصوص أو إهمالها أو فقدانها سواء كان سبب فقدانها منا أو من غيرنا . و العاصل : السكوت عن التشريع أمر ظاهر واقعي فلا بد في كل مورد السكوت من الرجوع^(٢) إلى دليل وإن كان هو العرف لكيلا تقع في هرج و مرج لا سيما أن الدولة لا يمكن أن تقام و

(١) انظر إليه ج ١ ص ١٣٥ .

(٢) قال الإمام في تهذيب الأصول : إذا كانت المعاملة بمرأى و مسمع من الشارع وكان متمنكاً عن الردع فسكته كاف عن رضاه وهذا كاف في نفوذ المعاملة . ص ٤٥ وهذا يدل على حجية العرف و أن السكوت أمر مسلم في التشريع الإسلامي (لاحظ فتأمل) .

تبقى إلّا بصرامة الحكم و القانون ، فلذًا بعد قيام الدولة الإسلامية في عصرنا الحاضر وجدنا أنفسنا مع غياب كثیر من القوانین إما لفقدان الدليل أو لغيره فاضطرّ الإمام تخلصاً من الجمود الفكري الذي وقع كثیر من الفقهاء فيه و انطلاقاً من وجهته -أن الدين للحكومة و الحكومة للفقيه - إلى بيان مواضعه و تبيين الأحكام فيما سكت عنه التشريع تمسّكاً بعرف العقلاء عند قيام الدولة .

حيث قال : الحكومة ولایة مطلقة فوضها الله إلى نبیه (ص) وهي من أهم الأحكام الإلهية و يتقدم على جميع الأحكام الفرعية الإلهية ولو كانت الاختيارات والتقویيات المُخولة و المفروضة إلى الدولة و الحكومة في حدود و نطاق الأحكام الفرعية فحسب فليجب أن يكون سعة نطاق الحكومة الإلهية و الولایة المطلقة المفروضة إلى النبي (ص) أمراً شاغراً عن أي معنى . و أنا أشير إلى ما يستلزم هذا الأمر من الخلفيات التي لا يلتزم بها أحدٌ مثلاً : إحداث الشوارع الذي يستلزم التصرف في دار أو حريرها (و فنائها) وهذا الحكم و المورد لا يقع في الحدود الأربع التي وضعها الشارع للأحكام الفرعية و هكذا التجنيد والإعزام و الإرسال إلى جبهات الحرب عنوة و قهراً ، و الحظر عن إبراد و استيراد العملة الصعبة ، و الحظر عن استيراد أو إبراد السلع ، و المنع عن الاحتكار و الحظر في غير الموارد الثلاثة ، والجمرکات ، والضربة ، و الرسوم و الحظر عن بيع السلع جزافاً و التسعير و الحظر عن نشر المواد المخدرة (الأفيون وغيرها) و المنع عن الإدمان في كل نوع من المشروبات الكحولية (الكحولية) وعن أخذ السلاح من كل نوع والمئات الأخرى من هذه الأمثل ، كلها تكون خارجة عن اختيارات و تقویيات المفروضة إلى الدولة بناءً على رأيكم و تفسيركم

فليجب على أن أقول أن الحكومة التي هي فرع ولایة الرسول (ص) المطلقة هي من الأحكام الأولية للإسلام و هي متقدمة على جميع الأحكام الفرعية حتى الصلاة و

الصوم والحج . فللحاكم أن يخرب ويدمر مسجداً أو داراً وعليه أن يدفع ثمنها ، وللحاكم أن يعطل ويفعل المساجد عند الضرورة ، أو يخرب مسجداً ضراراً عند ما لا يمكن رفع الضرر بلا تخريب و تدمير ، وللحكومة أن تلغى عن جانب واحد كل العقود الشرعية التي عقدتها مع الناس عند ما كانت تلك العقود مخالفه لمصالح البلاد و الإسلام أو يحظر عن كل أمر عبادياً كان أو غيره عند ما كان مخالفأً لمصالح الإسلام ما دام كان كذلك .

وللحكومة أن يحظر موقتاً عن الحج الذي هي من أهم الفرائض الإلهية عند ما كان مخالفأً لمصالح البلاد^(١) .

وأنت ترى أنه (ره) تمسك في إثبات ذلك إلى قاعدة نفي الضرر وهي مبينة على الحديث النبوى الشريف حيث قال (ص) : لا ضرر ولا ضرار - في الإسلام - هكذا في بعض النسخ ولكن كثيراً من المراجع خالٍ عن هذه الزيادة ولا شك أن هذا حكم عقلاً أو أمضاه الشارع .

ثم اختلف العلماء و تضاربت الآراء بينهم في أن هذه هل هي حكم سلطاني أو فقهى أو غير ذلك . فراجع إلى كتبهم الأصولية أو قواعدهم الفقهية .

(١) صحيحه نور ص ١٧٠ .

المطلب الثالث

في إسهاب بعض الموارد التي يرجع
فيها إلى العرف

وفيه فصول

- ١ - فهم العرف
- ٢ - العرف مرجع في تشخيص مراد المتكلم
- ٣ - عرف العقلاة وفيه مباحث
- ٤ - العادة المطردة في ناحية
- ٥ - عرف المتشرعة : تحديدها و ...
- ٦ - عرف الأعصار والأمصار
- ٧ - الإجماع وفيه مباحث
- ٨ - الشهرة الفتاوية وأنه من أقسام الإجماع أو عرف المتشرعة

الأول : فهم العرف

قال سماحة الإمام مؤسسين أول تجربة إسلامية للدولة في العصر الحاضر في ذكره ما يتوقف عليه الاستنباط : الثاني : تميز المعاني العرفية الدارجة بين الناس على اختلافهم من المعاني العقلية الدقيقة عليها إلا ثلة قليلة ، فإن الكتاب والسنة وردًا في مستوى الأفهام المعمولة والمعاني الدارجة بين عامة الطبقات ، لا أقول إن كل ما بين الدفتين في الكتاب والسنة وارد على هذا النمط لأن ذلك مجازفة في القول فإنك ترى أن الكتاب إذا أخذ البحث عن المعارف الإلهية والمطالبات العقلية يأتى بما هو أعلى عن ذلك مستوى الأفهام العادية بحيث لا يقف على مغزاها إلا من صرف أعماره في ذلك المضمار ، بل أقول إن ما ورد فيما لأجل بيان الأحكام الشرعية والوظائف العملية ورد في موقف الأفهام الراشدة و المعارف البسيطة التي يقف على حقيقتها كل واحدٍ من الناس . ولأجل ذلك يجب على الفقيه الأنس بالمحاورات العرفية وفهم الموضوعات الدارجة بينهم و التجنب عن المسائل العقلية الفلسفية في فهم المعاني العرفية و المطالبات السوقية فقد وقفتا على أخطاء كثيرة من الأعاظم صدرت من تلك الناحية^(١) .

و هذا من جملة المجالات التي يرجع فيه إلى العرف وقيل من أهمها لأن العرف هو المرجع الأساس في تشخيص بعض المفاهيم و العناوين الموضوعة في التشريع

(١) تهذيب الأصول ج ٢ ص ٥١٠.

الإسلامي - بل في قوانين الوضعية أيضاً - التي أوكل الشارع أو مجلس التشريع للقوانين الوضعية - البرلمانات - أمر تحديدها للعرف كلفظ الإناء والصعيد والقرء وغير ذلك مما لا يحصى في التشريع الإسلامي مما أخذ موضوعاً في لسان الأدلة وهذا باب مهم جداً للعرف لأن هذا الجمال مما يقبله الكل أنه مما يرجع إليه حتى من أنكر العرف ومرجعيته من أصحاب الظاهر والأخباريين .

و هذا من خصائص الإسلام و تشريعيه مما يكشف عن جانب من المرونة التي تكون في التشريع الإسلامي دون غيره إلا في القوانين الوضعية ، مثلاً نجد مفاهيم الفنى والإسراف والتبذير ترتبت عليها أحكام و لكنها تختلف باختلاف الأزمنة والأمكنة فقد يكون لبس الصوف في عصر من التبذير والترفة دون آخر . وهذا التوكيل الذي فرض الشارع إلى العرف مما يجعل الأحكام الإسلامي ملائمة لتطورات المجتمع و تعقيداته و إمكاناته و حاجاته .

وهكذا بالنسبة لمفاهيم أخرى كمفهوم في سبيل الله في مجال مصاريف الزكاة و القوة في إعداد العدة للحرب وإرهاب الأعداء .

الثاني : العرف مرجع في تشخيص مراد المتكلم

إعلم أن الشك في مراد المتكلم يكون بعد فرض العلم بالوضع ، كأن يشك في أن المتكلم أراد بقوله : رأيت أسدًا معناه الحقيقي أو معناه المجازي مع العلم بوضع لفظ الاسم للحيوان المفترس ، و بأنه غير موضوع للرجل الشجاع ، فالمرجع لإثبات مراد المتكلم هو الأصول اللغوية وهي أصالة الحقيقة و العموم و الإطلاق و عدم التقدير و أصالة الظهور .

و المدرك و الدليل في جميع الأصول اللغوية واحد ، و هو تبني العقلاة في الخطابات الجارية بينهم على الأخذ بظهور الكلام و عدم الاعتناء باحتمال إرادة خلاف الظاهر كما لا يعتنون باحتمال الغفلة أو الخطاء أو الهزل أو إرادة الإهمال والإجمال فإذا احتمل الكلام المجاز أو التخصيص أو التقيد أو التقدير لا يُوقفهم ذلك عن الأخذ بظاهره كما يلغون أيضاً احتمال الاشتراك و النقل و نحوهما .

ولابد أن الشارع قد أمضى هذا البناء و جرى في خطاباته على طريقتهم هذه و إلا لزجنا و نهانا عن البناء في خصوص خطاباته أو أتبين لنا طريقة لو كان له غير طريقتهم طريقة خاصة يجب اتباعها و لا يجوز التعدي عنها إلى غيرها فيعلم في ذلك على سبيل الجزم أن الظاهر حجة عنده كما هو عند العقلاء بلا فرق .

الثالث : عرف العقلاء أو سيرتهم

في تحديده

فقد مر آنفًا^(١) العناصر المكونة لعرف العقلاء ، وقد ذكرنا أن له أسامي كثيرة منها سيرة العقلاء و عرفهم .

فهنا ما يهمنا البحث عنه معالجة هذا المعرف من وجهة أنها سيرة فنقول :

السيرة على ضربين : ١ - سيرة العقلاء ٢ - سيرة المتشرعا .

والمقصود من السيرة: السيرة أو السنة لغة العادة ، وهي الطريقة ، سواء كانت خيراً أو شرًا . قال السيد شريف في كتاب التعريفات : السيرة ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول وتلقته الطبائع بالقبول ، وهو حجة أيضًا لكنه أسرع إلى الفهم ، وكذا العادة وهي ما استمر عليه على حكم العقول وعادوا إليه مرة بعد أخرى^(٢) .

وأصطلاحاً : استمرار عادة الناس و تباينهم العملي على فعل شيء أو ترك شيء .

والمقصود بالناس : إنما جميع العقلاء والعرف العام في كل ملة ونحلة فيعمّ جينثون المسلمين وغيرهم ولا يختص بعصر أو مصر فسلوك العقلاء سلوكاً معيناً بما هم عقلاء لا بما أنهم مسلمون أو عراقيون أو لكونهم يعيشون في عصر الذرة والفضاء ، وهذا المسلك

(١) ص ٦٠

(٢) كتاب التعريفات ص ٦٤

ساري و جاري في جميع المجتمعات البشرية سواء كانت أروبية أو إفريقية ، كعمل العقلاء بالظواهر ، و الأخذ بالخبر الواحد إذا كان المخبر من الثقات و المعتمدين ، فكما أن الأروبي يأخذ بظواهر كلام الغير و يعتبر حجة للمتكلم أو عليه ، كذلك الإفريقي القاطن في قاع الغابات . و تسمى السيرة حينئذ السيرة العقلائية ، و التعبير الشائع عند الأصوليين المتأخرین تسميتها بناء العقلاء .

و إنما جميع المسلمين بما هم مسلمون أو خصوص أهل نحله خاصة منهم ، كالإمامية مثلاً و تسمى السيرة حينئذ سيرة المتشرعة أو السيرة الشرعية أو السيرة الإسلامية وهكذا في سائر الأديان و الطوائف .

في حجية و مدى دلالة السيرة و عرف العقلاء

و ما ينبغي في المقام هو التنبیه على حجیته أو عدمها فيما جرت عليه السیرة لكي نعرف مدى دور السیرة العقلائية و عرفهم في عملية استکشاف الحكم الشرعي فنقول : لقد تكلّمنا و كررنا غير مرّة فيما سبق عن بناء العقلاء وقد قلنا إنّ القوم قد استدلّوا به على حجية كثير من الأدلة في كتبهم الأصولية كحجية خبر الواحد و حجية الظواهر و حجية قول اللغوي و في رجوع الجاهل إلى العالم و في مقدمة الواجب و الرجوع إلى الخبراء في تشخيص و تمييز و تحديد و تعين كل موضع و عنوان كإرجاع الإمام (ره) حلية سمك الكافيار إلى الخبراء لكي يعلّموا أن للسمك فلساً أم لا ؟ لأنّ معرفة كثير من الأمور متوقفة على الرجوع إلى الخبراء في ذلك الفن . قال سماحته (ره) في مقام ردّه على استفتاء : الخبراء هم المرجع في تمييز الأمور و تشخيصه ^(١) . بل خول أمر تمييز بعض الأمور إلى الخبراء للحيلولة دون تفشي الفساد و الإخلال بالنظام لاختلاف الناس في فهم المصلحة و

تمييزها عن المفسدة حيث قال : تحديد حدود التعزيرات و نطاقها شرعية كانت أو حكومية من الحقوق المفوضة إلى الفقهاء جامع الشرائط و لكن اللازم للحيلولة دون تفشي الفساد و منعه أن يعمّل بعد ما صادق و صوّت عليه مجمع تشخيص المصلحة ^(١). فعلى ضوء ذلك نقول : إن بناء العقلاء لا يكون دليلاً إلا إذا كان يستكشف منه نحو اليقين والقطع دون الظن و إن كان راجحاً ، موافقة الشارع وأمضاؤه لطريقة العقلاء ، لأن اليقين تنتهي إليه حجية كل حجة و لأن اليقين حجة بنفسه لا يجعل جاعل بخلاف سائر الحجج ، و لأن موافقة الشارع لا تستكشف على نحو اليقين إلا بأحد شروط ثلاثة ذكر خلاصتها عن أصول الفقه للشيخ المجدد المظفر : إن السيرة إنما أن ينظر فيها أن يكون الشارع متعدد المслك مع العقلاء إذ لا مانع في ذلك .

و إنما آلا ينظر فيها كذلك لوجود مانع من اتحاده معهم في المسلك ، كما في الاستصحاب ، فإن كان الأول : فإن ثبت من الشارع الردع عن العمل بها فلا حجية فيها قطعاً . وإن لم يثبت الردع منه ، فلابد أن يعلم اتحاده في المسلك معهم ، لأنه أحد العقلاء بل رئيسهم ولو لم يرتضى ولم يتّخذها مسلكاً له كسائر العقلاء لبيان ذلك و لردعهم عنها و لذكر لهم مسلكه الذي يتّخذ بدلاً عنها لا سيما في الأمارات المعمول بها عند العقلاء كخبر الواحد الثقة والظواهر .

و إن كان الثاني : فإنما أن يعلم جريان السيرة العقلاء في العمل بها في الأمور الشرعية كمافي الاستصحاب ، و إنما آلا يعلم ذلك كما في الرجوع إلى أهل الخبرة في إثبات اللغة ، فإن كان الأول فنفس عدم ثبوت ردعه كافٍ في استكشاف موافقته لهم ، لأن ذلك مما يعنيه و يهمه ولو لم يرتضها وهي بمرأى و مسمى منه لردعهم عنها و لبلغهم بالردع بأبي نحو من أنحاء التبليغ فبمجرد عدم ثبوت الردع منه يعلم بموافقتها ضرورة أن الردع

(١) صحيحه نور ج ٢١ ص ٦

الواقعي غير الواصل لا يعقل أن يكون ردعاً فعلياً وحججاً . وبهذا نثبت حججية مثل الاستصحاب ببناء العقلاء ، لأنه لما كان مما بنى على العمل به العقلاء بما فيهم المسلمون وقد أجروه في الأمور الشرعية بمرأى وسمع من الإمام ، والمفروض أنه لم يكن هناك ما يحول دون إظهار الردع وتبليغه من تقىة ونحوها - فلابد أن يكون الشارع قد ارتضاه طريقة في الأمور الشرعية .

وإن كان الثاني - أي لم يعلم ثبوت السيرة من الأمور الشرعية فإنه لا يكفي حينئذ في استكشاف موافقة الشارع عدم ثبوت الردع منه ، إذ لعله ردعهم عن إجرائهما في الأمور الشرعية فلم يجرؤها أو لعلهم لم يجرؤها في الأمور الشرعية من عند أنفسهم فلم يكن من وظيفة الشارع أن يردع عنها في غير الأمور الشرعية لو كان لا يرتضيها في الشرعيات ، وعليه فلأجل استكشاف رضا الشارع وموافقته على إجرائهما في الشرعيات لابد من إقامة دليل خاص قطعي على ذلك .

وبغض السير من هذا القبيل قد ثبت عن الشارع أمضاوه لها مثل الرجوع إلى أهل الخبرة عند النزاع في تقدير قيم الأشياء ومقاديرها نظير القيميات المضمونة بالتلف ونحوه وتقدير قدر الكفاية في نفقة الأقارب ونحو ذلك .

وأما ما لم يثبت فيها دليل خاص كالسيرة في الرجوع إلى أهل الخبرة في اللغات فلا عبرة بها وإن حصل العطن منها ، لأن الفلن لا يغنى عن الحق شيئاً^(١) .

إشارة وتنبيه : قد مرّ منا نقالاً عن الشهيد الرابع أن المناط في حججية بناء العقلاء وعرفهم هو دلالة السكتوت لا بملك أنه سيد العقلاء ورؤسهم .

ثم قال الشيخ المظفر في مدى دلالة عرف العقلاء : إن المدرك والدليل في جميع الأصول اللفظية واحد ، وهو تباني العقلاء في الخطابات الجارية بينهم على الأخذ بظهور

(١) أصول الفقه للمظفر ج ٢ ص ١٥٤ .

الكلام ، و عدم الاعتناء باحتمال إرادة خلاف الظاهر ، كما لا يعتنون باحتمال الغفلة و الخطاء ... ولابد أن الشارع قد أمضى هذا البناء و جرى في خطاباته على طريقتهم هذه و إلا لزجنا و نهانا عن هذا البناء في خصوص خطاباته أو لبيّن لنا طريقة ، لو كان له غير طريقتهم طريقة خاصة يجب اتباعها و لا يجوز التعدي عنها إلى غيرها ، فيعلم في ذلك على سبيل الجزم أن الظاهر حجة عنده كما هو عند العقلاء بلا فرق .

قال الإمام الخميني (ره) في بيان مدى دلالة عرف العقلاء : إن عرف العقلاء و بنائهم أمر لبى ليس له عموم ولا إطلاق فلابد فيه من الاقتصار على المتيقن و يجب أيضاً إحراز اتصال بنائهم بزمان الشارع أو أئمة المسلمين .

قال الشيخ المظفر في موضع آخر : إن السيرة عند ما تكون حجة فأقصى ما تقتضيه أن تدل على مشروعية الفعل و عدم حرمتها في صورة السيرة على الفعل أو تدل على مشروعية الترك و عدم وجوب الفعل في صورة السيرة على الترك . و أمّا استفادة الوجوب في سيرة الفعل و الحرمة في سيرة الترك فالأمر لا تقتضيه نفس السيرة بل كذلك الاستحسان والكرامة ، لأن العمل في حد ذاته مجمل لا دلالة له على أكثر من مشروعية الفعل و الترك . نعم المداومة والاستمرار على العمل من قبل جميع الناس المتشรعين قد يستظهر منها استحسابه لأنّه يدل ذلك على استحسانه عندهم ^(١) فلا يوثق - إذن فيها جرت عليه السيرة بأن المدح للفاعل والذم للتارك كانا من ناحية شرعية ، والغرض أن السيرة بما هي سيرة لا يستكشف فيها وجوب الفعل ولا استحسابه في سيرة الفعل ولا يستكشف منها حرمة الفعل ولا كراحته في سيرة الترك .

نعم بعض الأمور يكون لازم مشروعيتها وجوبها و إلا لم تكن مشروعة و ذلك مثل

(١) على الأقل و لكن لا يمكن أن يقال إن الاستحسان له ربما ينشأ في كونه أصبح عادة لهم و العادات من شأنها أن يكون فاعلها ممدوداً مرغوباً في لدى الجمهور و تاركها مذموماً عندهم .

الأُمَارَة كخبر الواحِد وظواهِرُه فإنَّ السِّيرَة عَلَى الْعَمَل بِالْأُمَارَة لَمْ تَدْلُتْ عَلَى مَشْرُوعِيَّةِ الْعَمَل بِهَا فَإِنْ لَازَمَهُ أَنْ يَكُونَ واجِبًا لِأَنَّهُ لَا يُشَرِّعُ الْعَمَل بِهَا وَلَا يُصْلِحُ إِلَّا إِذَا كَانَتْ حَجَةً مَنْصُوبَةً مِنْ قَبْلِ الشَّارِع لِتَبْلِيغِ الْأَحْكَامِ وَاسْتِكْشافِهَا ، وَإِذَا كَانَتْ حَجَةً وَجْبِ الْعَمَل بِهَا قُطْعًا لِوجُوبِ تَحْصِيلِ الْأَحْكَامِ وَتَعْلِمَهَا فَيَتَجَزَّ مِنْ ذَلِكَ أَنَّهُ لَا يُمْكِنُ فَرْضُ مَشْرُوعِيَّةِ الْعَمَل بِالْأُمَارَة مَعَ فَرْضِ عَدَمِ وَجْوَبِهِ^(١) .

قال الإمام الخميني (ره) في صحة التمسك بالسيرة إذا لم يردعها الشارع فقال في صحة معاملة الصبي متسلِّكاً بالسيرة . فلابينغي الشبهة في قيام السيرة حتى بين المتدلين والمبالغين بالدين على المعاملة بالأشياء غير الخطرة مع الأطفال لا يحتمل حدوثها في العصر المتأخر عن عصر الشارع الأقدس ، فلو لم نقل بانصرافها عن موردها فتخصيص بها مشكل ، لأنَّ حجية السيرة وصلاحيتها للتخصيص متعلقة على عدم الرذع وإمضاء الشارع ... و إطلاق الأدلة صالح للرادعية بلا توقف على شيء فحجية الإطلاق منجزة وحجية السيرة وصلاحيتها للتخصيص متعلقة على عدم الرادع ، نعم الظاهر انصراف الأدلة عن مورد السيرة^(٢) .

قال سماحة الإمام (قده) : السيرة هي عمل خارجي ... السيرة بما هي أي من دون إمضاء الشارع لها لا تصلح أن يكون مخصصة إذ لا حجية للسيرة بلا إمضاء من الشارع ... و السيرة حجة لو ثبت الإمضاء^(٣) .

ثم قال في موضع آخر : ما ورد من الآيات الناهية من العمل بغير العلم أو العمل بالظن ليس رادعة عن السيرة ، إذ لو كانت رادعة لمطلق العمل بالظن أو بغير العلم شملت

(١) أصول الفقه ج ٢ ص ١٥٣ .

(٢) كتاب البيع ج ٢ ص ٣٦ .

(٣) كتاب التهذيب ج ٢ ص ١١٦ .

نفسها لأنها بمنزلة القضايا الحقيقة الثابت فيها الحكم لموضوعاتها المحققة كل في موطنها ومن العمل بالظن نفس التمسك بهذه الآيات والأخذ بمفادها فيلزم جواز التمسك عدم جوازه ... إن الآية غير رادعة لما قامت عليه السيرة من العمل بالظنون في موارد خاصة من الظواهر وحجية قول الثقة وغيرهما^(١).

ثم قال : إن بعض الأعاظم أفاد في المقام أنه لا يحتاج في اعتبار الطريقة العقلائية إلى إمضاء صاحب الشرع لها و التصریح باعتبارها بل يكفي عدم الردع عنها فإن عدم الردع عنها مع التمکن فيه يلزم الرضا بها وإن لم يصرح بالإمضاء . نعم لا يبعد الحاجة إلى الإمضاء في باب المعاملات لأنها في الأمور الاعتبارية التي يتوقف صحتها على اعتبارها ولو كان المعتبر غير الشارع فلابد من إمضاء ذلك ولو بالعموم و تظهر الشمرة في المعاملات المستحدثة التي لم تكن في زمان الشارع كالمعاملات المعروفة في هذا الزمان بالتأمين ، فإنها إذا لم يندرج في عموم أهل الله البيع أو أوفوا بالعقود و نحو ذلك فلا يجوز ترتيب آثار الصحة عليها .

وفيه : أن التفريق بين المعاملات وغيرها باحتياج الأولى إلى الإمضاء وعدم كفاية الردع بخلاف الثاني ، غير صحيح ، لأن مجرد كون المعاملات أموراً اعتبارية لا يستلزم لزوم الإمضاء و عدم كفاية عدم الردع ، فإذا كانت المعاملة بمرأى و مسمع من الشارع وكان متمنكاً عن الردع ، فسكته كاشف عن رضاه وهذا كافٍ في نفوذ المعاملات .

ثم إنه (قده) أفاد ثانياً : أن سيرة المسلمين في الأمور التوقيفية التي من شأنها أن تتلقى من الشارع تكشف لا محالة عن الجعل الشرعي ، فمن المحتمل قريباً رجوع سيرة المسلمين إلى طريقة العقلاء ، ولكن ذلك لا يضر جواز الاستدلال بها ، فإنه كما أن استمرار طريقة العقلاء يكشف عن رضاء صاحب الشرع كذلك سيرة المسلمين تكشف

(١) التهذيب ج ٢ ص ١٠٦

عن ذلك غايتها أنه في مورد اجتماع السيرة والطريقة يكونان من قبيل تعدد الدليل على أمر واحد.

و فيه : أنَّ عَدَّ مورِد اجتِماع السيرتين من بَاب قِيام الدلائلِ عَلَى شَيْءٍ وَاحِدٍ غَيْرٍ صحيح ، فإن سيرة المسلمين على جواز العمل بقول الثقة لو كانت قائمة عليه بما هم مسلمون . فلَا وجْه لإِرجاعها إِلَى طرِيقَةِ العَقْلَاءِ وَسِيرَتِهِمْ كَمَا اذْعَاهُ ، وَإِنْ كَانَتْ قَائِمَةً عَلَيْهِ لَا بَمَا هُم مُسْلِمُونَ فَهُنَّ وَإِنْ كَانَتْ راجِعَةً إِلَى سِيرَةِ الْعَقْلَاءِ ، لَكِنْ لَا تَصِيرُ السِّيرَةُ حِينَئِذٍ دِلِيلًا مُسْتَقْلًا بَعْدَ اتِّحَادِ الْحَيْثَيْتَيْنِ فِي مُتَعَلِّقِ السيرتينِ بَلْ الدِّلِيلُ وَاحِدٌ وَهُوَ سِيرَةُ الْعَقْلَاءِ^(١) .

وَاسْتَدَلَ سَماحته (ره) عَلَى صَحةِ المعاطاةِ بِالسِّيرَةِ الْعُقْلَائِيَّةِ قَالَ فِي كِتَابِ الْبَيعِ :

تَدلُّ عَلَى صَحَّتِهَا السِّيرَةُ الْمُسْتَمِرَةُ الْعُقْلَائِيَّةُ مِنْ لَدُنْ تَحْقِيقِ التَّمَدُّنِ وَالْأَحْيَايَاجِ إِلَى الْمَبَادِلَاتِ إِلَى زَمَانِنَا بَلْ الظَّاهِرُ أَنَّ الْبَيعَ مُعَاطَةً أَقْدَمُ زَمَانًا وَأَوْسَعُ نَطَاقًا مِنَ الْبَيعِ بِالصِّيَغَةِ ... وَقَلَّمَا يَتَقَوَّلُ الإِنْشَاءُ الْلُّفْظِيُّ فِي إِيْقَاعِ نَفْسِ الْمُعَالَمَةِ وَإِنْ كَانَ التَّقَاوُلُ قَبْلَ إِيْقَاعِهَا مُتَعَارِفًا ، وَقَدْ كَانَتْ مُتَعَارِفَةً فِي عَصْرِ النَّبِيِّ وَبَعْدِهِ بِلَا شَبَهَةٍ ، فَلَوْ كَانَتْ غَيْرُ صَحِيحةٍ لِدِي الشَّارِعِ أَوْ غَيْرُ مُفَيِّدَةٍ لِلْمُلْكِيَّةِ مَعَ بَنَاءِ الْعَقْلَاءِ عَلَيْهَا وَمُعَالَمَةِ الْمُلْكِيَّةِ مَعَ الْمَأْخُوذِ بِهَا مُطْلَقًا لِكَانَ عَلَيْهِمُ الْبَيَانُ الْقَابِلُ لِلرَّدُّ ... أَضَفْ إِلَى ذَلِكَ سِيرَةُ الْمُتَشَرِّعَةِ مِنَ الْعُلَمَاءِ وَالصَّلَحَاءِ وَغَيْرِهِمْ وَلَمْ يَعْهُدْ مِنْهُمْ إِجْرَاءَ الصِّيَغَةِ لِدِي شَرَاءِ الْخَبْزِ وَاللَّحْمِ وَغَيْرِهِمَا ...^(٢) .

(١) نَهْذِيبُ الْأَصْوَلَ ج ٢ ص ١٣٤ .

(٢) كِتَابُ الْبَيعَ ج ١ ص ٥٤ .

ما الفرق بين عرف العقلاء و حكم العقل ؟

يختلف عرف العقلاء و بنائهم عن حكم العقل في جهات :

الف : بناء العقلاء عمل خارجي و حكم العقل استنتاج عقلي و إن لم ي العمل بعد .

ب : بناء العقلاء و عرفهم يتكون بتكرار العمل و هذا من أهم عناصر تكوئه و حكم

العقل غير مرتبط بالعمل في حصوله و تكوئنه .

ج : عرف العقلاء لو لم يكن فطرياً مسبوق بالمصلحة و ملاحظتها . و أما حكم

العقل فيمكن أن يكون مجردأ عن تلك الملاحظة في المصلحة كتوافق الإيجاب و

القبول .

إشارة و تنبيه

فقد مرّتنا نقاً عن الشهيد الرابع إن المناط في حجية عرف العقلاء و سيرتهم هو

دلالة السكوت لأن الشارع لم يثبت منه الردع ، فيعلم اتحاده في المسلك مع العقلاء لأنه

أحد العقلاء بل سيدهم ، حتى لا تدلّ السيرة إلا على أكثر من الجواز والإباحة ، بل المناط

هي تلك النكتة المرکوزة عقلاً ، فقد يثبت حينئذ بعرف العقلاء و تباينهم حكم تكليفي

غير الإباحة والجواز أو حكم وضعى كذلك .

الرابع : العادة المطردة في ناحية هل تنزل عادتهم منزلة الشرط ؟

قد مرّتانا تعریف العرف المطرد والعادة المطردة وكذا العرف الفالب دون المطرد وحدّدنا الأول : بأن الناس إذا سلکوا في ناحية خاصة أو بلدة كذلك مسلكاً خاصاً بحيث لا يرى عمل على خلاف ذلك المسلك عن أحد فيكون ذلك المسلك عرفاً مطرداً وعادة كذلك . والثاني : بأنه عُرف يُرى أن بعضًا من أهل الناحية أو البلدة يخالفهم في ذلك .

فقال ابن تُجيم و السيوطي في أشباههما وغيرهما في غيرهما كإجارة الظهيرية والبازية : إن المعروف كالمشروط شرعاً . وهكذا فإن من الثابت الشائع لدى الحنفية : أن الشيء المعتاد والمتعارف لدى الناس في المعاملات يلزم المتعاقدين كما لو نص عليه نصاً صريحاً في العقد ؛ ولقد جعلوا هذا المعنى قاعدة ثابتة وعبروا عنها بالفاظ مختلفة فقالوا : الثابت بالعرف كالثابت بالنص ، وقالوا : المعلوم بالعرف كالمشروط بالنص ، وقالوا المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً ، وقالوا : المعتاد كالمشروط . وأماماً المالكية فإن هذه القاعدة مقررة لديهم كما يظهر من فروع مذهبهم ، وكذا الحنابلة فراجع الاختلاف ص ٢٦٩ . ثم ذكر في الأشباء فروعات للقاعدة وقد ذكرناها من الأشباء للسيوطى ص ٦٨ فراجع هناك .

الخامس : عرف المتشرعة و سيرتهم

تحديده :

العقلاء المعاصرون للمعصومين (ع) إذا اتجهوا إلى سلوك معين بما هم متشرعة يسمى ذلك العرف بسيرة المتشرعة كفصل الوجه من الأعلى إلى الأسفل . فهي في الحقيقة إجماع عملي للعلماء وغيرهم قبال الإجماع القولي من العلماء خاصة في الفتوى . وحددت بأنها استمرار عادة الناس المتشرعة و تباينهم العملي على فعل شيء أو ترك شيء .

قال الشهيد الرابع : يناظر الإجماع السيرة المعاصرة والقريبة من عصر المعصومين (ع) للمتشرعة بما هم متشرعة . توضيح ذلك : إن العقلاء المعاصرین للمعصومين إذا اتجهوا إلى سلوك معين فتارة يسلكونه بما هم عقلاء لسلوكهم القائم على التملك بالحيازه مثلاً وأخرى : يسلكونه بما هم متشرعة كمسحهم القدم في الوضوء بعض الكف مثلاً .

و الأول هو السيرة المقلائية والثاني سيرة المتشرعة .
و الفرق بين السيرتين : أن الأولى لا تكون بنفسها كاشفة عن موقف الشارع وإنما تكشف عن ذلك بضم السكوت الدال على الإمضاء .

و أما سيرة المتشرعة فبإمكان اعتبارها بنفسها ، كاشفة عن الدليل الشرعي على أساس أن المتشرعة فيما يسلكون سلوكاً وبوصفهم متشرعة يجب أن يكونوا متلقين ذلك من الشارع

إن سيرة المُتشرعة يناظر الإجماع لأنهما معاً يقمان في كشفهما على أساس حساب الاحتمال غير أن الإجماع يمثل موقفاً فتوائياً نظرياً للفقهاء، والآخر يمثل سلوكاً عملياً دينياً للمُتشرعة^(١).

ثم إن الإمام (ره) جعل في طيات كلامه الشهرة الفتوائية من عُرف المُتشرعة أو الإجماع وبعبارة أوضح: أنه رأى أن الشهرة الفتوائية إنما مستندة إلى إجماع الأمة على العمل بحكم عملاً، المسمى بسيرة المُتشرعة، وإنما قوله المسماً بالإجماع، وكلاهما معتبران عند ما علمنا أن الإمام (ع) داخل في العمل بالعرف أو في قول المجمعين. وفي الحقيقة أن المعتبر هي السنة فلا يبقى أن يكون السيرة أو الإجماع أو الشهرة الفتوائية أصولاً من أصول الفقه. قال سماحته مشدداً على ذلك: الظاهر وجود مناط الإجماع فيه وكونه موجباً للحدس القطعي على وجود نص معتبر دائري بينهم أو معروفة الحكم من لدن عصر الأئمة^(٢).

حجية و مدى دلالة السيرة المُتشرعة

قال الشهيد الرابع (ره): هنا سيرتان: السيرة التي يستكشف بها دليل شرعي على حكم كلي تكون نتيجتها ملزمة حتى لمن شدَّ عن السيرة، والسيرة التي تتحقق صغرى لمفاد دليل شرعي فلاتكون نتيجتها ملزمة لمن شدَّ عنها^(٣).

قال سماحته في موضع آخر: كثيراً ما تشکل سيرة المُتشرعة بالمعنى المذكور^(٤)

(١) الحلقة الثانية.

(٢) تهذيب ج ٢ ص ١٠١.

(٣) الحلقة الثالثة ص ١٩٢.

(٤) ص ١٦٠.

الحلقة الوسيطة بين الإجماع والدليل الشرعي بمعنى تطابق أهل الفتوى على حكم مع عدم كونه منصوصاً فيما بأيدينا من النصوص يكشف بطن غالباً اطمئنانى عن تطابق سلوكي وارتكازى من المتشربة المعاصرين لعصر النصوص ، وهذا بدوره يكشف عن الدليل الشرعي .

وبكلمة أخرى أن الإجماع المذكور يكشف عن رواية غير مكتوبة ولكتها صارت سلوكاً ارتكازياً بين عموم المتشربة .

ثم إن السلوك العقلائي ليس منبثقاً دائماً عن نكبات فطرية مشتركة بل يتاثر بالظروف والبيئة والمرتكزات الثقافية إلى غير ذلك من العوامل المتغيرة فلا يمكن أن يُعتبر الواقع المعاصر للسيرة دليلاً على ما فيها البعيد

فمن الطبيعي أن تكثر الأسئلة في المبتلى به وتكثر الأرجوحة تبعاً لذلك وفي هذه الحالة يفترض عادة أن يصل إلينا مقدار من ذلك على أقل تقدير لاستبعاد اختفاء جلها مع توفر الدواعي على نقلها وعدم وجود ما يتراءى الاختفاء

وقد لا يوجد للسيرة بديل كالعمل بالظواهر إذ لو لا ذلك لكان لابد من سلوك بديل يمثل طريقة أخرى في التفهم

ولو كان قد ردع المعصوم لوصول إلينا ... وفيه أنه يجب أن يتاسب حجم الردع مع قوة السيرة وترسخها ... فيكون من الطبيعي أن يصل إلينا شيء من التواهي^(١) .

فالجملة السيرة إنما يعلم أنها كانت جارية في عصور المعصومين حتى يكون المعصوم أحد العاملين بها أو يكون مقرراً لها فلا شك أنها حجة قطعية على موافقة الشارع فتكون بنفسها دليلاً على الحكم بالإجماع القولى الموجب للحدس القطعى برأى المعصوم على نحو القطع واليقين فإذاً يكون دون الإجماع القولى . والحاصل أن السيرة

(١) الحلقة الثانية .

المتشرعة في الحقيقة من الإجماع العلمي الكاشف عن الحكم الواقعي الشرعي إذا علمنا اتصالها إلى زمن المعصوم (ع) .

ثم إن السيرة كما مرّ هي نوع من تبني العقلاة والناس عملاً و سلوكاً في حياتهم الفردية والاجتماعية ، وفي الحقيقة إجماع علمي من الفقهاء وغيرهم . وشدد على ذلك الشيخ المظفر (ره) حيث قال : إن السيرة عند المتشرعة من المسلمين على فعل شيء أو تركه هي في الحقيقة من نوع الإجماع بل هي أرقى الإجماع لأنها إجماع علمي من العلماء وغيرهم ، والإجماع في الفتوى إجماع قولي ، وفي العلماء خاصة .

وقد علمت أن السيرة لها أقساماً فليجب التنبية على كل منها ، وإثبات حجيتها وعدمها ، للتعوييل على ما اعتبرناها في عملية استبطاط الحكم الشرعي . والشيخ المظفر (ره) أطال الكلام في المقام بما ينطينا ونحن نذكر هيهنا من دون تخلص للإفاده والاستفادة ها هو ذا : السيرة على نحوين : تارة يعلم فيها أنها كانت جارية في عصور المعصومين (ع) حتى يكون المعصوم أحد العاملين بها أو يكون مقرراً لها ، وأخرى لا يعلم ذلك أو يعلم حدوثها بعد عصورهم .

فإن كانت على النحو الأول فلا شك في أنها حجة قطعية على موافقة الشارع ، فتكون بنفسها دليلاً على الحكم كإجماع القولي الموجب للحدس القطعي برأي المعصوم ، وبهذا تختلف عن سيرة العقلاة ، فإنها تكون حجة ، إذا ثبت من دليل آخر إمساء الشارع لها ولو من طريق عدم ثبوت الردع من قبله كما سبق . وإن كانت على النحو الثاني ، فلانجد مجالاً للاعتماد عليها في استكشاف موافقة المعصوم على نحو القطع واليقين كما قلنا في الإجماع ، وهي نوع منه بل هي دون الإجماع القولي في ذلك كما سيأتي وجهه .

قال الشيخ الأعظم الأنباري (ره) في كتاب البيع في مبحث المعاطة : وأما ثبوت

السيرة و استمرارها على التوريث - يقصد توريث ما يباع معاطاة - فهي كسائر سيراتهم الناشئة عن المسامحة و قلة المبالاة في الدين ، مما لا يحصى في عبادتهم و معاملاتهم و [سياساتهم] كما لا يخفى ^(١) .

و من الواضح أنه يعني من السيرة هذا النحو الثاني . و السر في عدم الاعتماد على هذا النحو من السيرة ، هو ما نعرف من أسلوب نشأة العادات عند البشر و تأثير العادات على عواطف الناس أن بعض الناس المتنفذين أو المغامرين قد يعمل شيئاً استجابة لعادة غير إسلامية أو لهويّ في نفسه أو تأثيرات خارجية نحو تقليل الأغيار أو لبواعث افعالات نفسية مثل حب التفوق على الخصوم أو إظهار عظمة شخصية أو دينية أو نحو ذلك ، و يأتي آخر فيقلد الأول في عمله و يستمر العمل فيتشيع بين الناس من دون أن يحصل من يردعهم عن ذلك لغفلة أو لخوف أو لغلبة العاملين فلا يتصدون إلى من ينصحهم أو لغير ذلك .

و إذا مضت على العمل عهود طويلة يتلقاه الجيل بعد الجيل فيصبح سيرة المسلمين و ينسى تاريخ تلك العادة وإذا استقرت السيرة يكون الخروج عليها خروجاً على العادات المستحكمة التي من شأنها أن تكون لما قدسيّة واحترام لدى الجمهور ، فيعدون مخالفتها من المنكرات القبيحة . و حينئذ يتراوّي أنها عادة شرعية و سيرة إسلامية و أن المخالف لها مخالف لقانون الإسلام و خارج على الشرع ، و يشبه أن يكون من هذا الباب سيرة تقبيل اليد و القيام احتراماً للقادم و الاحتفاء بيوم النوروز - النيروز - و زخرفة المساجد و المقابر ... و ما إلى ذلك من عادات اجتماعية حادثة [كوجوب الستر بالنشادر عند الفرس] .

و كل من يفترّ بهذا السيرات و أمثالها فإنه لم يتوصّل إلى ما توصل إليه الشيخ

(١) كتاب البيع ص ٨٣ الطبع الحجري الرحلبي .

الأعظم الأنباري (ره) من إدراك سر نشأة العادات عند الناس على طول الزمن ، وإن لكل جيل من العادات من السلوك والاجتماع والمعاملات والمظاهر والملابس ما قد يختلف كل الاختلاف عن عادات الجيل الآخر . هذا بالنسبة إلى شعب واحد وقطر واحد فضلاً عن الشعوب والأقطار بعضها مع بعض . والتبدل في العادات غالباً بحيث بالتدريج في زمن طويل قد لا يحس به من جرى على أيديهم التبديل . ولأجل هذا لأنشق في السيرات الموجودة في عصورنا أنها كانت موجودة في العصور الإسلامية الأولى ومع الشك في ذلك فأجدر بها أن تكون حجة لأن الشك في حجية الشيء كافٍ في وهن حجتيه إذ لا حجة إلا بعلم ^(١) .

ثم قد تمتك بالسيرة في موارد كثيرة : منها ؛ ما استشهد الشيخ به في جواز استقراض الخبز وزناً وعددأً كما في المبسوط : يجوز استقراض الخبز إن شاء وزناً وإن شاء عدداً لأن أحداً من المسلمين لم ينكره ^(٢) .

(١) أصول الفقه المظفرج ٢ ص ١٥٥ .

(٢) المبسوط ج ٢ ص ١٦٢ .

السادس : عرف الأعصار والأمسار

قد حدّدنا عرف الأعصار ، بالعرف الذي جاري في جميع الأعصار من زمن الشارع إلى زماننا هذا . وعرف الأمسار ، بالعرف الجاري في جميع البلد أو البلاد . وقد جعلناهما من العرف العام .

و هنا عنوان آخران ، وهما العرف لبعض الأعصار والأزمان ، والعرف لبعض الأقطار والأمسار ، وهما من العرف الخاص .

والمقصود هنا البحث عن الزمان والمكان ، والعرف الجاري فيما ، ودورهما في عملية إدراك الأحكام الشرعية واستنباطها لا سيما أن العلماء ، سواء كانوا من المدرسة الشيعية أو السننية قد أهملوا الكلام فيما ومعالجتها إلا بعض المتأخرین من المحدثين و منهم قدوة العصر و يتمنى الدهر سماحة الإمام رضوان الله تعالى عليه ، حيث أكد وشدد في دورهما في عملية الاستنباط وجعل فهمهما شرطاً في حصول الاجتهاد ومن عناصره ، لو لا هما لم يحصل الاجتهاد فلا يصح التقليد .

قال الأستاذ الشهيد المطهری (ره) في مقالاته : الفقيه عمله استنباط الأحكام ، ولا ريب أن إحاطته بالموضوعات و العناوين بل كيفية رؤيته للعالم يؤثر أثراً كبيراً على فتاويه ، و وجهاً نظره فعلى الفقيه أن يحيط علمًا بالموضوعات التي يفتى فيها إحاطة كاملة شاملة . ولو فرضنا أن فقهياً يعيش ويسكن في بيته أو مدرسته منزولاً عن الناس ، و

آخر يعيش مع الناس ، وفي قعر الاجتماع وبحبوحته ، فتختلف استنباطاً أحدهما عن الآخر عند مراجعتهما إلى الأدلة الشرعية ومصادر الأحكام .

مثلاً : لو فرض أن فقهياً إنشاء ونما بمدينة طهران وبلغ هنا ، ودرس هنا أي في مدينة كمدينة طهران التي يكثر الماء الجاري والكَرْ فيها ، وفيها أحياض وأنهار ، هذا الفقيه عند ما يفتى في أحكام الطهارة والنجاسة ، هذا الشخص مع هذه السوابق في حياته الشخصية ، إذا رجع إلى الأخبار والروايات الواردة في باب الطهارة والنجاسة سيسنبط منها طوراً يقترن فتاويه بالاحتياط ولزوم الاجتناب عن كثير من المياه . ولكن هذا الشخص الفقيه عند ما سافر وزار بيت الله الحرام وحجّ رأى كيفية الطهارة والنجلسة وقد ان الماء هناك فإذاً يختلف وجهة نظره بالنسبة إلى الروايات ، فيختلف رأيه في الباب عما كان عليه أي بعد هذه السفرة والزيارة فإذاً راجع إلى هذه الآثار والأخبار يختلف مفاهيم العناوين الواردة في الروايات بما فهمه قبل هذه السفرة .

ولو قيس فتاوى الفقهاء بعضها البعض مع اعتبار أحوالهم الشخصية ، وملحوظتها وكيفية تفكيرهم في مسائل الحياة والعيش والمعاش يرى أنه كيف يؤثر السوابق الذهنية وعلمه بالعالم الخارجي في فتاويه ، فلذا يستشان من فتاوى العرب عربيته ، والعجم كونه عجمًا أو ريفياً أو مدنياً .

نعم ، الدين دين الخاتم ، وهو خاتم الأديان ولا تشريع بعده فلا يختص بزمان معين دون آخر أو قطر كذلك بل هو دين الأقطار والأعصار أي الدين الذي جاء لينظم الحياة والمعاش ويطورها ويحوّلها .

ثم قال رحمة الله في موضع آخر عن مدرسة السكوت : أنه قد يفتى الفقيه على أمر بلزومه ووجوبه جزماً لكونه أدرك ضرورته وأهميته مع عدم وجود أي دليل نقله عليه من الكتاب والسنة صريحاً ولا ضمناً بل لم يرد فيه إجماع معتبر بل العلماء والفقهاء أفتوا

بذلك متمسكاً بأصل آخر ، و هو الدليل العقلي المستقل لأنهم يعرفون و يعلمون أن الإسلام من مقتضيات روحه آلا يُهمل مسألة هامة فيجزم أن الحكم الإلهي فيه يجب أن يكون هكذا^(١) .

قال عن مستجدات العصر و اختلاف حاجات كل عصر عن آخر ، و عن الأحكام الثابتة و المتغيرة باختلاف الحاجات الثابتة و المتغيرة ، في كتابه القيم المسمى بالإسلام و متطلبات العصر : ما المراد من متطلبات العصر ؟ فرداً على السؤال ، بأن التقاضا لغة هو حصول شيء ، و كونه بمعنى أن كل شيء إذا وجد في زمن نفس حصول الشيء في ذلك الزمان هو المسمى بتقاضاً ذلك الزمان لهذا الشيء و متطلباته ... فعلى هذا يجب على الشخص أن ينطبق نفسه مع هذا الموجود الذي وجد لأجل تقاضاء و مقتضى ذلك الزمان ذلك و متطلباته و يقبله

و هنا تفسير آخر لمتطلبات الزمان و اقتضائه و هو أن المراد منه هو متطلبات الناس الذين يعيشون في ذلك العصر و الزمن أي ذوق الناس ، لأن أذواقهم و متطلباتهم و محبوبياتهم تختلف و تتغير باختلاف الأزمنة و الأعصار كاختلاف الموضة في ملابسهم . و لو كان المراد من متطلبات العصر و الزمان كلاً من هذين التفسيرين ، فغلط أن يتبع الإنسان متطلبات عصره ، لأن في العصر مصلحاً و مفداً مرجعاً ... فغير صحيح أن ينسق الإنسان نفسه مع متطلبات عصره مطلقاً .

و هنا تفسير ثالث ، وهو أن المراد من متطلبات العصر هي الحاجات الواقعية التي تتغير في طول الزمن ، بمعنى أن حاجات الناس في عصر تختلف عن آخر ، لأن الحاجات البشرية طائفتان ، ثابتة و متغيرة .

ثم للإنسان ضربان من الحاجة ، حاجات أولية و ثانوية ، و الحاجات الأولية

(١) عشر مقالات (د. مقاله) ص ٨٠

للإنسان ثابتة غير متغيرة و ما تغير باختلاف الأعصار والأزمان ، هي الحاجات الثانوية أي الحاجات التي توصل الإنسان إلى حاجاته الأولى .

ثم الموجودات الزمانية يمكن أن ينجم عن تطور وإما عن تقهقر .
والحاصل أن المراد من مقتضى العصر ومتطلباته هي الحاجات العصرية المتغيرة
بتغيرات حاصلة في الحضارة كثأً وكيفاً .

و الإسلام لكونه بخاتم الرسالات الإلهية ، و من أجل ذلك كانت دعوته عالمية و
كان ديناً للناس و تشريعاً إلهاً لكل شيء ، ولكل عصر و قطر ، أي للبشرية جماء . وقد
تكفل الإسلام ببيان الأصول الاعتقادية و المبادي الخلقية و التشريعات العملية للواقع
الحضاري و التي من شأنها أن تنظم حياة الناس مع رتبه تعالى و نفسه و أسرته و مجتمعه و
أمته و نوعه بل مع الموجودات كلها أي تنظم علاقات الفرد والإنسان مع العالم بأسره من
ناحية الحقوق والواجبات . دوماً أن الإسلام يشدد على الحاجات الثابتة و يجعل بل جعل
حاجاته الثابتة قضية مركبة و بل أساساً لكل التشريعات ، و حاجاته المتغيرة تابعة لتلك
ال الحاجات .

ثم بين الشيخ الشهيد المطهرى (ره) مدى دور الزمان في العملية فقال : إن الزمان
يغير التكليف والحكم . نعم روح الإسلام روح ثابتة في كل الأزمنة والأعصار كما أنّ بدن
الإنسان متغير وروحه المسممة بالأننا ، ثابتة .

و مثل لبيان الأصول الثابتة و روح الأحكام بالسبق والرمائية فقال : أنهما لا أصالة
لهما بل التأصل لإعداد العدة فحسب .

والحاصل : من خصائص الإسلام و ميزاته ، أن الإسلام يتصل الأمور التي تتغير
حسب اختلاف الأزمان إلى الحاجات الثابتة ، و المجتهد هو الرابط بين القديم و الحادث ،

وهو الحلقة الوسيطة بينهما^(١).

وقد بان أن للإسلام أصولاً ثابتةً غير متغيرة ، وأصولاً متغيرة بتغير الحوادث والأزمان ، لأن بعض الحوادث تختص بعصر دون عصر ، فالحكم مختص لذلك الحادث ، مع حفظ شرائطه ، مثلاً ورد في الشطرنج أحاديث نهت عن استعمالها والملاءبة بها ، وكانت هي في العصور الإسلامية الأولى من آلات القمار ، ولكنها في زماننا هذا تعد رياضة فكرية لا تعد من آلات القمار ، فالحكم بمنع استعمالها وحرمتها قد يكون جموداً على الظاهر ، وتشريعاً بلا دليل فلذا أفتى الإمام (ره) بجواز استعمالها حيث شئ : لو فقد الشطرنج طابع كونها آلة القمار برمتها كما في يومنا هذا لأنها تستعمل كأنها رياضة فكرية ، فما حكمها ؟ فردة سماحته (ره) : على الفرض المذكور لو لم يكن فيه الرهن - و الفوز والرسوب - لا إشكال فيه .

وهكذا في آلات اللهو واللعب حيث لها موارد مشروعة كما في الأناشيد الثورية والشبيهة فهل يجوز بيعها وشرائها فسماحته (ره) رد بقوله : لا إشكال في بيع وشراء الآلات المشتركة قاصداً منافعها المحللة .

و عند ما اعرضت بعض الفقهاء عليه ، رد الاعتراض بقوله (ره) : على ما كتبت سماحتك أن الزكاة مصارفها هي الفقراء ؟ و سائر الأمور التي ذكرتها الأخبار فحسب ؟ و الآن في زماننا هذا الذي بلغت مصارفها مئات عما كان عليه ، فلا محيسن عنه حينئذ ولا طريق ؟ و أن الرهان يختص في السبق والرماية بالقوس والنصل - الرمح - و مباريات الحصان وأمثالها ؟ كما أنها استعملت كذلك في الحروب والغزوات السابقة في العصور الإسلامية الأولى ؟ و اليوم يصح في تلك الموارد فحسب لا غير ؟ و أن الأنفال التي حللت للشيعة كذلك ، اليوم ، الشيعة ألمهم الحق أن يستفيدوا من الغابات مع هذه المكائن المتطرفة

(١) الإسلام ومتطلبات العصر مع الدخل والتصرف ص ١٨٤

ويخرّبوا من دون أن يمنعهم أحدٌ عن ذلك ؟ وألهم الحق أن يزيلوا ويعذموا كل ما هو سبب حفظ البيئة وسلامتها ؟ وأن يجعلوا بذلك أرواح ملايين من الناس في معرض الفناء والهلاكة بحيث لا يحق لأحد أن يمنعهم عن ذلك ؟

- وهل على رأيكم لا يحق للدولة الإسلامية أن يخرب - الدور و المساجد التي تحتاج إلى تجريبهما لإحداث وبناء الشوارع للحيلولة دون حدوث حادثة في المرور وقيادة و لحفظ الآلاف من الأرواح البشرية وأمثالها ؟ وبالجملة على الرأي الذي تستتبّطه سماحتك عن الروايات فالحضارة الحديثة يجب أن تزول كلياً عن صحفة الأرض ، وعلى الناس أن يقطنون في الأكواخ ، ويعيشوا في الصحاري والأحاف . وأما الشطرنج فهي بعد أن خرجت أن كونها آلة القمار كما في الفرض المذكور ، ففي كتاب جامع المدارك لأحمد الخوانساري (ره) : أنه يجوز اللعب بالشطرنج بلا رهن ، ثم ناقش (ره) و ضعف جميع الأدلة المذكورة في تحريم اللعب معها و معلوم أنه (ره) من أهل التقوى و الاحتياط وهو ذو مقام علمي ورأي دقيق لطيف ^(١) .

قال (ره) في كتاب البيع في موضع بيان تشخيص العيب و المدار في ذلك : و المعول في تشخيصه مفهوماً و مصداقاً هو العرف ، كما هو الحال في جميع العناوين العقلائية المأخوذة في الأدلة إلا أن يقوم دليل على الخلاف كما سيأتي . ثم إن العيب من العناوين التي تختلف الأنوار فيها بحسب الأمكنة والأزمنة والاعتبارات والعقائد ، فربما يكون شيء في بعض الأزمنة عيباً ، ولا يعد عيباً في زمان آخر بل قد يعد كمالاً ، وكذا مع اختلاف الأمكنة كما في قصر شعر المرأة من الأصل ، حسب اختلاف الأمكنة والأزمنة ، و سواد اللون وياضه في النساء حسب اختلاف البلاد و كما في كون المرأة قليلة الولادة ، فإنه عيب في بعض النواحي وكمال في الآخر ، وكذلك الختان كمال في محيط المسلمين

و اليهود و عيب في محيط النصارى ، فلابد من الإيكال إلى العرف ، مع رعاية محيط المتعاملين بحسب الأزمنة والأمكنة والعادات .

ثم رأى سماحته أن اختلاف الفقهاء قد يتأثر عن اختلاف أعصارهم وأمصارهم كما رأى الشهيد المطهر (ره) في ما مر حيث قال : سموه الشريف : و التعاريف التي وردت في كلام الفقهاء كالأمثلة المذكورة في لسانهم ، لعلها وردت بملاحظة محيطهم و عاداتهم و عقائدهم ، ومن الواضح ، أن المسائل الفقهية لا تختص بمحيط دون محيط ، ولا بزمان دون زمان . مع أن تلك التعاريف قاصرة عن إفاده مطلق العيب الذي نحن بصدد بيان ماهيته . ثم نقد كلام الفقهاء و شدد على أن الأولى إيكاله إلى العرف ، فإنه أمر واضح ، ولعل التفاسير توجب الإبهام ^(١) .

(١) البيع ج ٥ ص ١١٩ .

السابع: الإجماع

تعريف الإجماع لغة

الإجماع في اللغة باعتبارين : أحدهما : العزم على الشيء والتصميم عليه ، و منه يقال : أجمع فلان على كذا ، إذا عزم عليه ، وإليه الإشارة بقوله تعالى : فاجمعوا أمركم أي أعزموا ، وبقوله (ع) : لا صيام لمن لم يجمع الصيام من الليل أى يلزم ، وعلى هذا فيصح إطلاق إسم الإجماع على عزم الواحد .

و الثاني الاتفاق ، و منه يقال : أجمع القوم على كذا إذا اتفقوا عليه ، و على هذا فاتفاق كل طائفة على أمر من الأمور دينياً كان أو دنيوياً يسمى إجماعاً ، حتى اليهود و النصارى هكذا جاء في الأحكام للأمدي ^(١) .

تحديد الإجماع اصطلاحاً وأنه عرف قوله للفقهاء

الإجماع في اللغة العزم والاتفاق وفي الاصطلاح إنما الإجماع يطلق تارة ويراد به اتفاق جميع علماء الإسلام أو التشيع حتى الإمام (ع) ولو في عصر واحد على أمر من الأمور الدينية . وقد يطلق ويراد به اتفاق عدة من العلماء منهم الإمام ولو كانوا ثلاثة قليلة ، ويطلق ثالثة ويراد به اتفاق الجميع غير الإمام (ع) ولو في عصر واحد ، ويطلق رابعة على

(١) الأحكام في أصول الأحكام ص ١٦٧ .

قول الإمام وحده^(١).

وَحَدَّدَهُ وَعَرَفَهُ الغَزَالِيُّ فِي الْمُسْتَصْفَى: بِأَنَّهُ اتَّفَاقَ أُمَّةُ مُحَمَّدٍ (ص) عَلَى أَمْرٍ دِينِيٍّ . وَالْآمِدِيُّ فِي إِحْكَامِهِ: أَنَّهُ اتَّفَاقَ الْفَقَهَاءِ فِي عَصْرٍ عَلَى أَمْرٍ فَقَهِيٍّ أَوْ غَيْرِهِ مِنَ الْأُمُورِ^(٢).

وَمَعْلُومٌ أَنَّ الإِجْمَاعَ عَلَى مَا عَرَفَهُ الغَزَالِيُّ أَمْرًا شَبَهَ بِالْمَحَالِ لَا بِالْعِتَابَهِ «الْأُمَّةُ» فِي الإِجْمَاعِ . وَاعْتَبَرَ الْآمِدِيُّ فِي الإِجْمَاعِ اتَّفَاقَ الْفَقَهَاءِ فِي عَصْرٍ ، وَلَا يُمْكِنُ تَحْدِيدُ الْعَصْرِ وَلَا يُعْلَمُ الْمَنَاطِ فِي تَحْدِيدِهِ .

فَالْآمِدِيُّ فِي إِحْكَامِهِ حِينَما نَاقَشَ مَا عَرَفَهُ الغَزَالِيُّ: إِنَّهُ مَدْخُولٌ مِنْ ثَلَاثَةِ أُوْجَهٍ :

الْأُولُّ: أَنَّ مَا ذَكَرَهُ يُشَعِّرُ بِعَدَمِ انْعِقَادِهِ الإِجْمَاعِ إِلَى يَوْمِ الْقِيَامَةِ فَإِنَّ أُمَّةَ مُحَمَّدٍ (ص) جَمْلَةً مِنْ اتَّبَعَهُ إِلَى يَوْمِ الْقِيَامَةِ الْثَّانِيُّ: أَنَّهُ وَإِنْ صَدَقَ عَلَى الْمُوْجَدِيْنَ مِنْهُمْ فِي بَعْضِ الْأَعْصَارِ أَنَّهُمْ أُمَّةُ مُحَمَّدٍ (ص) ، غَيْرُ أَنَّهُ يُلَزِّمُ مَا ذَكَرَهُ أَنَّهُ لَوْ خَلَا عَصْرٌ مِنَ الْأَعْصَارِ عَنْ أَهْلِ الْحَلِّ وَالْقَدْ . كَانَ كُلُّ مَنْ فِيهِ عَائِدًا وَاتَّفَقُوا عَلَى أَمْرٍ دِينِيٍّ أَنْ يَكُونَ إِجْمَاعًا شَرِيعًا ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ . الْثَّالِثُ: أَنَّهُ يُلَزِّمُ مِنْ تَقْيِيَّدِهِ لِلْإِجْمَاعِ بِالْاَتِفَاقِ عَلَى أَمْرٍ مِنَ الْأُمُورِ الْدِينِيَّةِ أَنْ لَا يَكُونَ إِجْمَاعُ أُمَّةٍ عَلَى قَضِيَّةٍ عَقْلِيَّةٍ أَوْ عَرْفِيَّةٍ حَجَّةٌ شَرِيعَةٌ وَلَيْسَ كَذَلِكَ^(٣) . أَقْوَلُ وَالْرَّابِعُ أَنَّهُ لَا يَعْدُ مِنَ الْإِجْمَاعِ بَلْ مِنَ الضرُورِيِّ فِي الْإِسْلَامِ .

(١) أَصْوَلُ الْمَظْنُورِ ج ٢ ص ٨٧.

(٢) الإِحْكَامُ - الْآمِدِيُّ ج ١ ص ١٨٠ . هَذَا هُوَ نَصُّ كَلَامِهِ: وَالْحَقُّ فِي ذَلِكَ أَنْ يُقَالُ: الإِجْمَاعُ عِبَارَةٌ عَنْ اتَّفَاقِ جَمْلَةِ أَهْلِ الْحَلِّ وَالْعَتَدِ مِنْ أُمَّةِ مُحَمَّدٍ فِي عَصْرٍ مِنَ الْأَعْصَارِ عَلَى حُكْمٍ وَاقِعَةٍ مِنَ الْوَقَائِعِ . الإِحْكَامُ ص ١٦٧ .

(٣) نَفْسُ الْمَصْدِرِ ص ١٦٧ .

في ظهور الإجماع وتطوره

قد ذكرت نصوص على اعتبار الإجماع ، كلها غير دالة على المراد كما سيأتي وعندما نلاحظ تاريخ ظهوره نرى أنه من الأمور الوضعية لتصحيح ما حدث في العصر الإسلامي الأول بعد رحيل الرسول إلى الملوك الأعلى ولتتفقىء هذا نذكر طائفتين تأريخه :

قال : إن الإجماع هو الأصل لهم وهم الأصل له . لأن الإجماع شاع بين أهل السنة والجماعة عند ما رفض جماعة من المؤمنين خصوصاً من المدرسة الشيعية صحة خلافة أبي بكر وعمر لأنهم رأوا أن الخلافة ليست من الأمور التي يكون أمرها بيد الناس و المخول إليهم .

بل يجب في نصب الخليفة من نص إلىه ، وهم رأوا أن النص ورد في حق الإمام علي (ع) وعندئذ قام جماعة لتصحيح ما وقع ، فقالوا بأن الأمة اتفقوا على خلافة أبي بكر واتفاق حجة ، متمسكين بقوله روى عن النبي (ص) : إن الأمة لا تجتمع على الخطاء ولكن عند ما ظهر لهم أن في الحديث اتفاق الأمة ولكن إذا رأوا أن بالمدينة خالفة البيعة كثير من المؤمنين وعلى رأسهم الإمام علي (ع) وسلمان وعمار وغيرهم اضطروا فذهب جماعة إلى أن يعتبر إجماع أكثر الفقهاء أو الأمة .

قال الشيخ المظفر (ره) : علينا أن نرجع القهقرى إلى أول إجماع اتخذ دليلاً في تاريخ المسلمين أنه الإجماع المدعى على بيعة أبي بكر خليفة للمسلمين فإنه إذا وقعت البيعة له - والمفروض أنه لا سند لها من طريق النص القرآني و السنة النبوية - اضطروا إلى تصحيح شرعيتها من طريق الإجماع ... ثم منه توسعوا فاعتبروه دليلاً في جميع المسائل الشرعية الفرعية ^(١) .

(١) أصول الفقه ج ٢ ص ٨٩.

قال في موضع آخر : ولكن ما توقعوه من ذهابهم إلى حجية الإجماع و هو إثبات شرعية بيعة أبي بكر لم يحصل لهم لأنه قد ثبت من طريق التواتر مخالفته علي (ع) و جماعة كبيرة منبني هاشم وبقي المسلمين ولئن التجأ أكثرهم بعد ذلك إلى البيعة فإنه يقى منهم من لم يباع حتى مات مثل سعد بن عبادة (قتيل الجن !) . ولأجل هذه المفارقة بين أدلة الإجماع و واقعه الذي أرادوا تصحيحه كثرت الأقوال في هذا الباب لتجويتها فقال مالك على ما نسب إليه - أن الحجة هو إجماع أهل المدينة فقط وقال قوم : الحجة إجماع أهل الحرمين مكة والمدينة والمصريين الكوفة والبصرة وقال قوم : المعتبر إجماع أهل الحل والعقد وقال بعض : المعتبر إجماع الفقهاء الأصوليين خاصة وقال بعض : الاعتبار بإجماع أكثر المسلمين و اشترط بعض في المجمعين أن يتحققوا عدد التواتر و قال آخرون : الاعتبار بإجماع الصحابة فقط دون غيرهم ومن جاؤا بعد عصرهم كما نسب ذلك إلى داود وشيعته ... إلى غير ذلك من الأقوال التي يطول ذكرها المنقولة في جملة من كتب الأصول . ثم قال : وكل هذه الأقوال محكمات لا سند لها ولا دليل ، ولا ترفع الثالثة من تلك المفارقة الصارخة . و الذي دفع أولئك القائلين بتلك المقالات أمور وقعت في تاريخ بيعة الخلفاء يطول شرحها . أرادوا تصحيحها بالإجماع . هذه هي الجذور العميقية للمسألة التي أوقت القائلين بحجية الإجماع في حيص ويبيض لتصحيحه و توجيهه ^(١) .

قال الإمام الخميني (ره) : ولم يكن المرمي من الإجماع وحجيته وما اختلفوا له من المستند إلا إثبات خلافة الخلفاء و لما رأوا أن ما عرف به الغزالي لاينطبق على مورد الخلافة ضرورة عدم اجتماع الأمة جميعاً عليها لمخالفته كثير من الأصحاب و جمهرة بنى هاشم ، عبد الرزقي و الحاجي إلى تعريفه بوجه آخر ^(٢) .

(١) أصول الفقه ج ٢ ص ٩٣ - ٨٧.

(٢) تهذيب الأصول ج ٢ ص ٩٨.

ثم رأى أبو محمد كما حكاه عنه ابن حزم في إحكامه : أن الإجماع الذي هو الإجماع المتيقن ولا إجماع غيره - لا يصح تفسيره ولا ادعاؤه بالدعوى لكن ينقسم إلى قسمين : أحدهما : كل ما لا يشك فيه أحد من أهل الإسلام في أن من لم يقل به فليس مسلماً كشهادة أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله وكوجوب الصلوات الخمس وكصوم شهر رمضان

[أقول : ولا يخفى عليك أن هذا ليس من الإجماع المصطلح بشيء بل هو ما يسمى بضروري الدين و من الإسلام والإيمان].

والقسم الثاني : شيء شهد له جميع الصحابة رضي الله عنهم من فعل رسول الله (ص) أو يتيقن إن عرفه كل من غاب عنه (ص) منهم كفعله في خير إذ أعطاها يهود بنصف ما يخرج منها من زرع و تمر يخرجهم المسلمون إذا شاؤوا^(١).

و شدّد ابن حزم على بطلان الإجماع المصطلح و رفض القول باعتباره و حجيته حيث قال : من قال إن الإجماع لا يجوز لأحد خلافه فقول صحيح وضعوه موضع تلبيس و أخرجوه مخرج تدليس و صارت كلمة حق أريد بها باطل ، و ذلك لأنهم أوهموا أن ما لا إجماع فيه فإن الاختلاف فيه سائع جائز^(٢).

فعلى كل حال ترى أنهم في خلاف شديد حيث اعتبر المالكية إجماع أهل المدينة والعنفية اتفاق أهل الكوفة ...^(٣).

قال الآسترابادي في الفوائد المدنية : الإجماع من مبدعات أهل السنة^(٤).

(١) الأحكام ج ١ ص ٥٥٥.

(٢) الأحكام ج ١ ص ٥٥٧.

(٣) الأحكام ابن حزم ج ١ ص ٥٠٨.

(٤) الفوائد ص ٩١ - ١٣٦ - ١٣٧.

ما الفرق بين العرف والإجماع أو السيرة والإجماع؟
وقد مرّتنا أن الإجماع فرع من فروع العرف خلافاً لبعض الفقهاء الحنفي لأن الإجماع بناءً على المدرسة السنوية هو عرف الفقهاء قوله وإن ناقشنا في ذلك غير مرأة لأن الإجماع بناءً على ما حدّده الإمامية يكون من السنة المأثورة لاعتبار دخول قول المعمصون فيه.

ولكن نحن نبيّن الفروق التي بينهما بناءً على التحديد الذي ذكر عند المدرسة السنوية فنقول إن بينهما مجالات للفرق:
أولاً: أن العرف قد يكون خيراً وقد يكون سيئاً والإجماع ليس كذلك.
ثانياً: العرف قد يكون غالباً وقد يكون مطرداً والإجماع مطلقاً مطرداً.
ثالثاً: العرف قد يكون بليداً ومتخصصاً بقطر دون آخر والإجماع ليس كذلك.
رابعاً: العرف يعتبر في حصوله العمل والإجماع ليس كذلك بل المعتبر فيه حصول اتفاق الفقهاء في الرأي.

أقسام الإجماع عند الإمامية

إن الإجماع في الاصطلاح إما محصل وإما منقول ثم الإجماع إما مستند إلى دليل وإما لا يكون مدركيّاً.

أما الإجماع المحصل فهو الذي يحصله الفقيه بنفسه بتتبع أقوال أهل الفتوى.
وأما الإجماع المنقول فهو الذي لم يحصله كذلك بل ينقله له من حصله من الفقهاء سواء كان النقل له بواسطة أم بوسائط. ثم النقل تارة يقع على نحو التواتر وهذا حكمه حكم المحصل من جهة الحجية، وأخرى يقع على نحو خبر الواحد، وإذا أطلق قول الإجماع المنقول في لسان الأصوليين فالمراد منه هذا الأخير وقد وقع الخلاف بينهم في

حجته على أقوال على ما حكى عن الشيخ المظفر في أصوله . و سر الخلاف في المسألة يكمن في أن أدلة خبر الواحد من جهة أنها تدل على وجوب التبعد بالخبر ، لاتشمل كل خبر عن أي شيء كان بل مختصة بالخبر الحاكي عن حكم شرعى أو عن ذى أثر شرعى ليصبح أن يتبعنا الشارع به و إلا فالمحكى بالخبر إذا لم يكن حكماً شرعاً أو إذا أثر شرعى لا معنى للتبعد به فلا يكون مشمولاً لأدلة حجية خبر الواحد .

و قد قسم الإجماع أبو محمد على قسمين حيث قال: إن الإجماع الذي هو الإجماع المتيقن على قسمين : أحدهما ما لا يشك فيه أحد من أهل الإسلام كوجوب الصلاة و القسم الثاني شيء شهد له الصحابة رضي الله عنهم من فعل رسول الله (ص) كفعله في خير^(١) .

في حجية الإجماع

على ما تبهنأك علمت أن الإجماع من مبدعات المدرسة السننية^(٢) فالإمامية لا يرون اعتباراً له وإنما الاعتبار بقول المعصوم . و صرخ على ذلك غير واحد من الإمامية بل اعترف الآمدي على ذلك فقال: إن الإجماع معتبر عند الإمامية من جهة دخول المعصوم في المجمعين وفي الحقيقة الحجة قول المعصوم لا الإجماع^(٣) . و منهم أحمد بن حنبل قائد الحنابلة حيث يقول: مدعى الإجماع كذاب لاحتمال

(١) الأحكام لابن حزم ج ١ ص ١٥٥ .

(٢) انظر إلى ص ١٧١ .

(٣) سيف الدين الآمدي : الأحكام ج ١ ص ٢٠٣ .

الخلاف وعدم علمه بذلك ^(١).

و على وجهة نظرى : الإجماع الذى يكون من عرف الفقهاء و ديدنهم قوله قولاً قبلاً عرفهم عملاً لا يكون حجة بل الإجماع المعتبر هو الإجماع الذى فيه قول المعصوم ولو حدساً.

قال الشيخ المظفر : أمّا الإمامية فقد جعلوه أيضاً أحد الأدلة على الحكم الشرعي و لكن من ناحية شكلية وإسمية فقط مجازة للنهج الدراسي في أصول الفقه عند السطين أي أنهم لا يعتبرونه دليلاً مستقلاً في مقابل الكتاب والسنّة بل إنما يعتبرونه إذا كان كافياً عن السنّة أي عن قول المعصوم فالحجية والعصمة ليست للإجماع بل الحجة في الحقيقة هو قول المعصوم الذي يكشف عنه الإجماع عند ما تكون له أهلية هذا الكشف ^(٢).

قال في موضع آخر : إن الإجماع بما هو إجماع لا قيمة علمية له عند الإمامية ما لم يكشف عن قول المعصوم كما تقدم وجهه ، فإذا كشف على نحو القطع عن قوله ، فالحجية في الحقيقة هو المنكشف لا الكافش ، فيدخل في السنّة ولا يكون دليلاً مستقلاً في مقابلها ^(٣).

قال الشيخ المظفر بعد بيان أقسام الإجماع : إن القسم الأول والثاني أي الدخولي فلا شك في حجيته ، ولكن الكلام في حصول العلم على ذلك . نعم قد يتصور الثاني فممكن حصوله ، وأما الثالث : ففي حجيته بالنسبة إلى من حصل أو من نقل إليه اختلاف بين الأعلام . فقال عدة منهم : بالحجية لأجل الملازمة بين اتفاقهم على حكم و قول الإمام (ع) بقاعدة اللطف بتقرير أن المجمعين لو أخطأوا في الحكم جميعاً لوجب على

(١) ابن حزم : الإحکام ج ١ ص ٥٤٢.

(٢) أصول الفقه ج ٢ ص ٨٧.

(٣) نفس المصدر ج ٢ ص ٩٣.

الإمام عقلاً من جهة وجوب اللطف عليه أن يردعهم عن خطائهم بنحو من الأنجاء فحيث لم يردعهم فهم مع الحق والحق معهم .

و هذا إجماعاً لطيفاً و القائل به الشيخ وعدة آخرون ، وهنا ذهب جماعة أخرى إلى التقرير ، والثالث إلى الحدس ، والرابع إلى الكشف .

و أمّا القسم الرابع : فقد يتفق فيما إذا وصل أو مدى من الناس في زمان الغيبة إلى الحضور الإمام (ع) و تشرف بخدمته وأخذ منه (ع) حكماً من الأحكام ولا يريد إظهار الأمر على الناس فيقول هذا الحكم مما قام عليه الإجماع مریداً به نفس الإمام (ع) فإنه واحد كالكلل وهذا يسمى تشرفاً .

و هذه الإجماعات بالنسبة إلى من حصله محصلاً وبالنسبة إلى من نقل إليه متنقاً .
و أمّا العامة فقد استدلوا على حجية الإجماع على مصطلحهم بالكتاب والسنّة والعقل .

فأمّا الكتاب فآيات لاتهام دليلاً على مطلوبهم ومقصودهم في تصحيح الخلافة واجتهد الرأي و القياس فأولاها بالذكر آية سبيل المؤمنين وهي قوله تعالى ﴿ وَمَنْ يُشَاقِقِ الرَّئُسُولَ مِنْ بَعْدِ مَا تَبَيَّنَ لَهُ الْهُدَىٰ وَيَتَّبِعَ غَيْرَ سَبِيلِ الْمُؤْمِنِينَ تُؤْلَمُ مَا تَوَلَّنَ وَنُصْلِيهِ جَهَنَّمَ وَسَاعَةَ مَصِيرًا ﴾^(١) . فإنها توجب اتباع سبيل المؤمنين فإذا أجمع المؤمنون على حكم فهو سبيلهم فيجب اتباعه وبهذه الآية تمتلك الشافعي على ما نقل عنه وأكثر الكلام في رد الاستدلال بها في الإحکام وما يكشفنا في الرد ما استظهره الشيخ الغزالى منها في كتابه المستصفى حيث قال : الظاهر أن المراد بها أن من يقاتل الرسول ويشقه ويتابع غير سبيل المؤمنين في مشاريعه ونصرته ودفع الأعداء عنه نوله ما توأى فكأنه لم يكتف بترك المثافة حتى تنضم إليه متابعة سبيل المؤمنين من نصرته والذب عنه

والانقياد له فيما يأمر وينهى^(١).

وأما الآيات الأخرى فقد اعترف الفزالي كغيره في عدم ظهورها في حجية الإجماع.

وأما السنة فهي أحاديث منها ما رواه عن الرسول (ص) أنه قال (ص): لا تجمع أمتي على الضلال أو على الخطاء وقد أدعوا تواترها معنى ، فاستبطنوا منها عصمة الأمة الإسلامية من الخطاء والضلال ، فيكون اجتماعهم على الحق ، فيكون مصدراً مستقلاً لمعرفة حكم الله في التشريع الإسلامي .

و هذه الأحاديث على تقدير صحتها وأنها توجب العلم لتوادرها معنى لاتنفع في تصحيح دعواهم ، لأن المفهوم من اجتماع الأمة كل الأمة لا بعضها فلا يثبت بهذه الأحاديث ، عصمة البعض دون آخر من الأمة بينما أن مقصودهم من الإجماع إجماع خصوص الفقهاء أو أهل الحل والعقد بل خصوص الفقهاء المعروفين أو من طائفة خاصة .

قال ابن حزم : الأخبار التي ذكرناها عن رسول الله (ص) فإن فيها : أن أمهه (ع) لا تجمع ولو ساعة واحدة من الدهر على باطل ، بل لا بد أن يكون فيهم قائل بالحق وقائم به ، وهكذا نقول . فهذا الخبر إنما يدل في بعض لفظه على وجود الاختلاف فقط وأن مع الاختلاف فلا بد فيهم من قائل بالحق^(٢) .

(١) جاء في الإحکام للآمدي حين بيان قول المنكرين لحجية الإجماع الراذين الاستدلال بالآية : سلمنا وجوب اتباع سبيل المؤمنين مطلقاً لكن المراد بالمؤمنين الأئمة المعصومون لأن سبليهم لا يكون إلا حقاً أو المؤمنون إذا كان فيهم الإمام المعصوم لأن سبليهم سبليه ، وسبيل المعصوم لا يكون إلا حقاً فكان واجب الاتباع . (الإحکام للآمدي ص ٢٧٢).

(٢) الإحکام ج ١ ص ٥٤١ .

أَمَا مسلك العقل فغاية ما يقال : إن الصحابة إذا قضوا قضية وقطعوا بها فلا يقطعون إلا عن مستند قاطع . وإذا أكثروا كثرة تنتهي إلى حد التواتر ، فالعادة تحيل عليهم قصد الكذب و تحيل عليهم الغلط فقطعهم في غير محل القطع محال في العادة . وفيه أن الإجماع إذا يعلم بسببه قول المقصوم (ع) والرسول (ص) فلا شك في أن هذا علم قطعي بالحكم الواقعي و حجة و أمّا لا يعلم كما هو المقصود لفرضهم الإجماع حجة مستقلة وأصلًاً برأسه في مقابل الكتاب والسنة ، فإن قطع المجمعين مهمما كانوا وإن كان يستحيل في العادة قصد هم الكذب في ادعاء القطع كما في الخبر المتواتر ، فإنه لا يستحيل في حقهم الففلة أو الاشتباه والغلط كما لا يستحيل أن يكون إجماعهم بداع العادة أو العقيدة أو أي دافع من الدواعي الأخرى .

و الحال ، الإجماع لا يكون حجة معتبرة كما يرثون بل الإجماع - على اصطلاحهم - عن قطع ، أنه بدعة محظمة ، قال أبو محمد في موضع رفضه الإجماع مشدداً : إن أصناف الحُمُق أكثر من أصناف التمر و يكفي في بطلان كل قول في الدين لم يأت به القرآن ولا سنة ثابتة عن رسول الله (ص) قوله تعالى : ﴿مَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ﴾ ، ﴿فُلْ هَاثُوا بُرْهَانُكُمْ﴾ (١) .

الإجماع ليس أصلًاً برأسه

بقي هنا أن نتكلّم عن كون الإجماع هل هو أصل من أصول الفقه الأخرى في عرض الكتاب والسنة والعقل أم أنه لا يشكّل أصلًاً مستقلًاً قائماً برأسه في عملية استنباط الحكم الشرعي الإلهي من مصادر التشريع الإسلامي ؟
فلقد تبهنا في المباحث المتقدمة عن وجود مدرستين في الإجماع ، وأن مصطلح

(١) الإحکام لابن حزم ج ١ ص ٥٥٢

الإجماع يختلف في مدرسة عن أخرى بل هنا ثلاثة مدارس و مصطلحات إذا أضفنا نظرة ابن حزم الظاهري في الإجماع عليهما ، حيث يقول في معرض رده و رفضه عن الإجماع المصطلح عند فقهاء الجمهور : إن الإجماع يصح في الضروري من الدين لا في غيره ، فجعل للإجماع اصطلاحاً ثالثاً فسمى الضروريات إجماعاً كحرمة الربا . فعلي رأيه وغيره من الظاهيرية الإجماع المصطلح عند الجمهور ليس من مصادر التشريع الإسلامي ، وشدد على أن المصادر ليست إلا الكتاب و السنة فحسب . فانظر الإحکام لابن حزم ^(١) . ثم إن أكثر فقهاء الناس ذهبوا إلى أنه أصلاً مستقلاً قائماً برأيه .

ولايهمنا هنا الكلام في نقض وإبرام ما ذهب إليه أهل الناس وأصحاب المدرسة السنوية بل ما نروم هنا بيان ما رأى أصحاب المدرسة الشيعية .

وقد علمت : أن أصحابنا الإمامية ، عرّفوا الإجماع باتفاق الفقهاء في أمر من الأمور

الدينية :

شريطة دخول المعصوم (ع) في المجمعين

قال الآمدي : الشيعة يقولون باعتبار إجماع أهل البيت (ع) ^(٢) .

فعلى ضوء ذلك أقول : إن هنا رؤيتين في جعل شيء أصلاً من أصول الفقه و عدمه . الأولى : أن يرى أن الإجماع مثلاً لكونه مشترطاً حصوله و تحققه على عنصر دخول المعصوم (ع) في المجمعين ، فليس هو أصلاً مستقلاً برأيه ، لأنه ليس الإجماع من حيث كونه إجماعاً حجة معتبرة بل مناط اعتباره و حجيته هو دخول المعصوم فيهم ، وأنه كاشف عن رأي المعصوم ، فالإجماع في الحقيقة يكشف عن قول المعصوم (ع) ، وقد

(١) الإحکام ج ٢ ص ٦٥٦ .

(٢) الإحکام ج ١ ص ٢٠٣ .

علمت أن قول المعصوم من عناصر السنة حيث عرّفوها بأنها قول المعصوم (ع) و فعله و تقريره ، فلا يبقى إلا أن يدخل الإجماع في السنة ، فلا يكون أصلًا قائماً برأسه .

قال الشيخ المظفر : إن الإجماع بما هو إجماع لا قيمة علمية له عند الإمامية ، ما لم يكشف عن قول المعصوم ، كما تقدم وجهه ، فإذا كشف على نحو القطع عن قوله ، فالحججة في الحقيقة هو المنكشf لا الكاشف فيدخل في السنة ولا يكون دليلاً مستقلاً في مقابلها وقد تقدم أنه لم تثبت عندنا عصمة الأمة عن الخطاء وإنما أقصى ما يثبت عندنا من اتفاق الأمة أنه يكشف عن رأي من له العصمة فالعصمة في المنكشf لا في الكاشف . وعلى هذا فيكون الإجماع منزلة الخبر المتواتر الكاشف بنحو القطع عن قول المعصوم فكما أن الخبر المتواتر ليس بنفسه دليلاً على الحكم الشرعي رأساً بل هو دليل على الدليل على الحكم فكذلك الإجماع ليس بنفسه دليلاً بل هو دليل على الدليل .
غاية الأمر أن هناك فرقاً بين الإجماع والخبر المتواتر : هو أن الخبر دليل لفظي على قول المعصوم ... وأتنا الإجماع فهو دليل قطعي على نفس رأي المعصوم لا على لفظ خاص له ^(١) .

قال المحقق في المعتبر ^(٢) بعد أن أثنا ط حجية الإجماع بدخول المعصوم : فلو خلأ المائة من فقهائنا من قوله (ع) لما كان حجة ولو حصل في إثنين كان قولهما حجة .

قال السيد المرتضى على ما نقل عنه : إذا كان علة كون الإجماع حجة كون الإمام فيهم فكل جماعة كثُرت أو قلت كان الإمام في أقوالها فإجماعها حجة .

فعلى هذا يكون تسمية اتفاق جماعة من العلماء أو جميع من المسلمين بالإجماع مسامحة ظاهرة وهذا التسامح قد شاع في لسان الخاصة والإمامية على وجه أصبح لهم

(١) أصول الفقه للمظفر ج ٢ ص ٩٣ .

(٢) المعتبر للمحقق ص ٦ .

اصطلاح خاص .

الرؤية الثانية : هي أن يرى الإجماع أصلًاً مستقلًاً قائمًاً برأسه وفي عرض الكتاب والسنة لا في طول السنة ومن عناصرها كما مر في الرؤية الأولى ، بأن يقال : إنما لا ننكر أن الإجماع كاشف عن قول المعصوم في الحقيقة مشددين ما رأى الإمام الخميني (ره) في الشهرة الفتواوية التي هي في الحقيقة نوع ضعيف من الإجماع من أن الشهرة ترجع إلى السنة لأننا نكشف بالشهرة الفتواوية الموجودة في زمن قبل الشيخ الطافقة (ره) عن وجود نص معتبر دائر بينهم أو معروفة الحكم من لدن عصر الأئمة (ع) بالحدس القطعي . فإذا ذكر مناط حجية الإجماع ليس إلا دخول قول المعصوم (ع) أي لكونه سنة كما أكد على ذلك غير واحد . ولكن مع هذا كله ما يجب التنبيه عليه هو أنه إذا كان هذا هو رؤيتنا ووجهة نظرنا إلى الأصول فليجب أن ندخل السنة في الكتاب لأنها أيضًا حجة لكونها كاشفة عن قول الله تعالى وحكمه بمعنى أن ما أتى الرسول (ص) حجة معتبرة لا لكونه قوله (ص) بل لكونه أتى من الله ولأنه لا ينطق عن الهوى بل وحي يوحى ولأن الله تعالى قال في تنزيله ﴿مَا آتاكُمْ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانهُوا﴾^(١) .

إذن يمكن القول بأن الإجماع أصل قائم برأسه كما نقول إن السنة أصل مستقل من أصول الفقه . بل علينا أن نبحث في الإجماع مستقلًاً لكثرة أقسامه وأن أيًّا منها حجة ليكلا نقع في الاشتباه والخطاء لأنه إذا بحثنا عنه في السنة ، وقلنا في استدلالنا أن السنة قامت على كذا وكذا مع أن المراد منها هو الإجماع ، يقع الطالب في الخطاء ، فعلى أصحاب الإجماع ومحضليه أن يذكروا أن الحكم كان للإجماع لا السنة كما أن عليهم أن يذكروا أنه محصل أو منقول .

(١) الحشر : ٧.

الإجماع أصل برأسه؟

قال الإمام الخميني (ره) : الإجماع عند العامة دليل برأسه في مقابل الكتاب والسنة لما نقلوا عن النبي (ص) : لاتجتمع أمتي على الضلال أو على الخطاء ، ولذلك اشترطوا اتفاق الكل ، وعرفه الغزالي بأنه اتفاق أمة محمد (ص) على أمر من الأمور الدينية ، ولم يكن المرمي من الإجماع وحجته وما اختلفوا له من المستند ، إلا إثبات خلافة الخلفاء ولتنا رأوا أن ما عرّف به الغزالي لا ينطبق على مورد الخلافة ، ضرورة عدم اجتماع الأمة جمياً عليها لمخالفتها كثير من الأصحاب وجمهرة بنى هاشم ، ثم عدل الرazi والحاججي إلى تعريفه بوجه آخر ، فمن الأول : بأنه اتفاق أهل الحل والعقد من أمة محمد (ص) على أمر من الأمور . وعن الثاني : أنه إجماع المجتهدين من هذه الأمة في عصر ، على ما مرّ ، مع عدم تتميم مقصدهم بأي تعریف عرّف لمخالفتها جمع من أهل الحل والعقد والمجتهدين معها .

وأما عند الخاصة فليس حجة بنفسه اتفاقاً بل لأجل أنه يستكشف منه قول المقصوم أو رضاه ، سواء استكشف من الكل أو اتفاق جماعة ، ولعل تسمية ما هو الدليل الحقيقي - السنة - بالإجماع لإفاده أن لهم نصيباً منها وليكون الاستدلال على أساس مسلم بين الطرفين وله على ذلك يحمل الإجماعات الكثيرة الدائرة بين القدماء كالشيخ وابن زهرة وأضرابهم كما يظهر من مقدمات النتبة وإلا فقد عرفت أن الإجماع عندنا وعندهم مختلف غاية وملاماً^(١) .

(١) تهذيب الأصول ج ٢ ص ٩٨ .

الإجماع سد في طريق الاجتهاد والاستنباط الصحيح الشرعي

الإجماع الذي عرّفه العامة ، واهتم بذلك في أمور دينهم ودنياهم ، يكون من عوائق في طريق الاستنباط الصحيح الشرعي ، حيث ذهبا إلى عدم جواز مخالفة الإجماع أو مخالفة الأئمة الأربع أو غيرهما من الأقوال ، فقالوا بجواز تقليد العالم عن العالم ، وأن الإجماع لا يجوز لأحد خلافه ، فمات الاجتهاد والاستنباط في التشريع الإسلامي عند مدرستهم ، فذهب الاستنباط وقلّد بعضهم البعض ، من دون برهان وبلا دليل ، لا يتن ولا مبين .

بل في المدرسة الشيعية الإجماعات المدعاة صارت أيضاً عائقاً في طريق الاجتهاد الصحيح الشرعي ، لا سيما إذا كانت تلك الاتفاقيات المدعاة منقولة ، لأن تلك الاتفاقيات المنقولة بل المحصلة لا تكون مما يمكن التعويل عليها ، فلذا أنكر الإمام الخميني (ره) الاتفاقيات والشهرة الفتواوية التي كانت بعد الشيخ الطوسي شيخ الطائفة كما حكيناه عنه (ره) ، وكذلك أنكر الشيخ الأعظم الأنباري الإجماع ، وادعى أن الإجماع لا اعتبار له إلا أن يحصل به العلم العادي ، وفي الحقيقة العلم العادي - أي الأمارة ظنية - هي الحجة ، حيث قال في فرائد الأصول : اتفاق أهل عصر فضلاً من المعروفين منهم لا يستلزم عادة اتفاق غيرهم ، وكل قبلهم خصوصاً بعد ملاحظة التخلف في كثير من الموارد ، لا يسع هذه الرسالة لذكر معشارها ، ولو فرض حصوله للمخبر كان من باب الحدس العاصل عمما لا يوجب العلم عادة ؛ نعم هي أمارة ظنية على ذلك ، لأن الغالب في الاتفاقيات عند أهل عصر ، كونه من الاتفاقيات عند من تقدمهم ، وقد يحصل العلم - العادي - بضميمة أمارات ^{أُخر (١)}.

(١) فرائد الأصول ص ٥٥ ، المطبوعة بالطبع الحجري .

ما ينبع من المباحث في الإجماع

الأول : الإجماع ليس حجة عند المدرسة الشيعية بالقول المطلق .

الثاني : الحجة من الإجماع هو قول المعصوم .

الثالث : الإجماع عند المدرسة السنية حجة إلّا عند أصحاب الظاهر كابن قتيم الأنتباري .

الرابع : الإجماع عندهم عرف الفقهاء قولهاً .

الخامس : ماهية الإجماع غير متفق عليها .

السادس : الإجماع من مصادر التشريع الإسلامي عند البعض دون آخر .

السابع : الإجماع المحصل عند الإمامية بناءً على تحديدتهم حجة .

الثامن : الإجماع يقسم بالحدسي والتقديرى والترفى والدخولى .

التاسع : قد ينوع بالمدركي وغيره .

العاشر : في تقسيم آخر الإجماع ينقسم بلا خلاف وغيره .

الثامن : الشهرة الفتواية من أقسام الإجماع أو عرف المتشرعا
الشهرة في الاصطلاح هي عبارة عن اشتهر أمر ديني بين المسلمين ولو بين عدة
منهم و تنقسم إلى أقسام ثلاثة الأول : الشهرة الروائية وهي اشتهر نقل الرواية بين أرباب
ال الحديث .

الثاني : الشهرة العملية وهي اشتهر العمل برواية بين الأصحاب المذكورين وكثرة
المستند إليها في مقام الفتوى .

الثالث : الشهرة الفتواية وهي عبارة عن اشتهر الفتوى بحكم في مسألة من
المسائل مع عدم استناد المفتين فيها إلى رواية إنما لعدم وجودها أو لإعراضهم عنها وهذه
هي التي يبحث عن حجيتها في باب حجية الأمارات وهذه الشهرة من الصفات العارضة
للحكم الشرعي دون الخبر والرواية^(١) .

قال الإمام (ره) : لا إشكال في عدم حجية الشهرة الفتواية في التعريفات الفقهية
الدائرة بين المتأخرین من زمان شيخ الطائفة إلى زماننا هذا وما استدلوا به على حجيتها من
التمسك بفحوى أدلة حجية خبر الواحد أو تنقيع المناط أو تعليل آية البناء أو دلالة
المقبلة أو تعليلها لا يخلو عن ضعف غني عن البيان وإنما الكلام في الشهرة المتقدمة
على الشيخ أعني الشهرة الدائرة بين قدماء أصحابنا الذين كان دينهم التحفظ على

(١) إصطلاحات الأصول للمشكنيني ص ١٥٥ .

الأصول والإفتاء بمتون الرواية إلى أن ينتهي الأمر إلى أصحاب الفتوى والاجتهاد فالظاهر وجود مناط الإجماع فيه وكونه موجباً للحدس القطعي على وجود نص معتبر دائر بينهم أو معروفة الحكم من لدن عصر الأئمة كما أشرنا إليه^(١).

وأنت ترى أن الإمام (ره) جعل المناط في حجية الشهرة الفتوائية الموجودة قبل الشيخ (ره) دخول المعمصون (ع) أو معرفة الحكم من لدن عصرهم (ع). وفي الحقيقة أرجع الشهرة كذلك إلى السنة فالملاط في حجيتها ليس إلا السنة. كما مر في بيان عرف المترسعة.

قال في موضع آخر : إن الشهرة الفتوائية عند قدماء الأصحاب يكشف عن كون الحكم مشهوراً في زمن الأئمة (ع) بحيث صار الحكم في الاشتهر متزلة أوجبت عدم الاحتياج إلى السؤال عنهم (ع) كما نشاهده في بعض المسائل الفقهية وبالجملة أن اشتهر حكم عن الأصحاب يكشف عن ثبوت الحكم في الشريعة المطهرة و معروفيته من لدن عصر الأئمة (ع)^(٢).

(١) التهذيب ج ٢ ص ١٠١.

(٢) التهذيب ج ٢ ص ١٠٠.

المطلب الرابع

وفيه فصول :

- ١ - حجية العرف
- ٢ - هل العرف أصل برأسه
- ٣ - هل تتغير النص بتغيير العرف ؟
- ٤ - العرف المسلم المخالف للشرع
- ٥ - هل العرف ظرف للنص ؟
- ٦ - تعارض العرف والشرع
- ٧ - الدقة العرفية هي المعتبرة دون التسامحية
- ٨ - هل يجزي العمل بالعرف عند الكشف عن الخطاء

الأول : حجية العرف واعتباره

وقد استدلوا على حجيته مطلقاً وأنه أصل برأسه بأدلة :

ألف : ما رواه عبد الله بن مسعود : ما رأاه المسلمون حسناً فهو حسن .

هذا الخبر فيه عنصران : ١ - العرف الحسن ٢ - كل رأي وفكرة خير حسن عمل به أو لم يعمل والمعمول به لم يصر عرفاً . وفيه : أولاً أنها مقطوعة يحتمل أن يكون كلاماً لابن مسعود لا رواية عنه (ص) كما أكده ابن عابدين حين نقل قول العلاء إذ قال : لم أجده مرفوعاً في شيء من كتب الحديث أصلاً ولو بسند ضعيف بعد طول البحث وكثرة الكشف والسؤال . وإنما هو من قول عبد الله بن مسعود رضي الله عنه موقوفاً عليه أخرجه الإمام أحمد في مسنده ^(١) .

و ثانياً : أن الاستدلال هنا أضيق من المدعى ، فما أكثر الأعراف غير المعللة بالحسن . ومع ذلك الحديث يشير إلى صغريات حكم العقل أو الإجماع .

ب : قوله تعالى : ﴿كُتُمْ خَيْرَ أُمَّةٍ أُخْرِجْتَ لِلنَّاسِ تَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَنَهَايَتُونَ عَنِ الْمُنْكَرِ﴾ ^(٢) .

بأن العمل الحسن من جملة المعروفات و ظاهره أنه ليس دليلاً صريحاً على اعتبار العرف والعادة كما ترى بل الظاهر من الآية أن الحكم فيه أقرب أن يكون حكماً أخلاقياً

(١) رسائل ابن عابدين ص ١١٣ ج ٢ .

(٢) آل عمران : ١١٠ .

لا فقهياً .

ج : قال الرسول (ص) رداً على زوجة أبي سفيان - هند - عند ما اشتكتي : خذى ما يكفيك و ولدك بالمعروف . وهذا أقوى دلالة على حجية العرف .

د : ما استدل به بعض العلماء من قوله سبحانه تعالى : ﴿خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ﴾^(١) باعتبار أن المراد بالعرف هو عادات الناس وممارساتهم . إلا أن الآية كما هو ظاهر تشير إلى ما ارتكبته عليه النفوس والعقول من تصورات في العدالة وما عاد معروفاً لدى الجميع بالحسن ، وهو بعيد عن مسائل الأعراف حتى لو كانت عامة ، وألصق بمسألة الفطرة المرتكزة في جميع النفوس ولا أقل من الاحتمال ، فيبطل الاستدلال ، وربما يؤيد هذا الاحتمال روایة صحيح البخاري عن عبد الله بن الزبير في قوله تعالى : ﴿خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ﴾ . قال : ما أنزل الله هذه الآية إلا في أخلاق الناس . ويشهد على ذلك أيضاً ما قال الإمام الفخر الرازى في تفسيره الكبير : الحقوق التي تستوفى من الناس وتزخذ منهم إنما أن يجوز إدخال المساهلة والسامحة فيها وإنما أن لا يجوز . إنما القسم الأول فهو المراد بقوله خذ العفو وإنما القسم الثاني وهو الذي لا يجوز دخول المساهلة والسامحة فيه فالحكم فيه أن يأمر بالمعروف . والعرف والمعارف والمعروف هو كل أمر عرف أنه لابد من الإيتان وأن وجوده خير من عدمه قال جعفر الصادق رضى الله عنه : وليس في القرآن أجمع لمكارم الأخلاق من هذه الآية^(٢) .

وكذا ما قال العلامة المفتى الكبير الطباطبائى في كتابه القيم المستوى بالميزان : المعروف هو الذي يعرفه الناس بالذوق المتkickب من نوع الحياة الاجتماعية المتداولة بينهم ... فالمعروف تتضمن هداية العقل و حكم الشرع و فضيلة الخلق الحسن و سنن

(١) الأعراف : ١٩٩ .

(٢) تفسير الكبير للإمام الرازى ج ١٥ ص ٩٥ .

الأدب و حيث بنى الإسلام شريعته على أساس الفطرة والخلقة كان المعروف عنده هو الذي يعرفه الناس إذا سلكوا مسّك الفطرة ولم يتعدوا طور الخلقة^(١).

ثم قال : قوله تعالى : ﴿وَأَمْرُ بالغُرْفِ﴾ والعرف هو ما يعرفه عقلاً المجتمع من السنن والسير الجميلة الجارية بينهم بخلاف ما ينكّره المجتمع و ينكّره العقل الاجتماعي من الأفعال النادرة الشاذة ومن المعلوم أن لازم الأمر بمتابعة العرف أن يكون نفس الأمر مؤتمراً بما يأمره من المتتابعة ومن ذلك أن يكون نفس أمره بتحوّل عرف غير منكر فمقتضى قوله ﴿وَأَمْرُ بالغُرْفِ﴾ أن يأمر بكل معروف وأن لا يكون نفس الأمر بالمعروف عن وجه منكر^(٢).

وهذا مما يدلّ على أن الآية وردت في مقام بيان أخلاق الناس . نعم هذا لا يوجب الحصر فيه ولكن يضعف الاستدلال به في المقام .

هـ : قولهـ : إن الشارع راعىـ الكثيرـ منـ أعرافـ العربـ فـلـذـا اـعـتـبـرـ الإـمـامـ مـالـكـ عـمـلـ أـهـلـ الـمـدـيـنـةـ إـجـمـاعـاـ (ـعـمـلـيـاـ)ـ كـافـيـاـ وـ دـلـيـلـ شـرـعـيـاـ عـنـدـ عـدـمـ النـصـ .

والحقيقة أن ذلك لتوافق تلك الأعراف مع تعاليم الشارع وكشفها عنها لا غير ، لأنها مراجع أصلية يرجع إليها كمقترنة للحكم الشرعي . كما رأى الشيخ التسخيري . و : و يمكن الاستدلال على حجية العرف بقوله مطلق بقول النبي (ص) : خذى ما يكفيك و ولدك بالمعروف .

غاية ما يدلّ الرواية عليه هو أن العرف هو المرجع في تقدير حق الكفاية في نفقة الزوج .

فالدليل يدلّ على حجية العرف في الجملة لا بالجملة كما لا يخفى .

(١) الميزان للعلامة الطباطبائي ج ٢ ص ٢٣٢ .

(٢) المصدر السابق ج ٨ ص ٣٨٠ .

والحاصل أنا لانكر حجية العرف في بعض المجالات كالتشخيص والتقدير قال الإمام (ره) في كتاب البيع : الرجوع إلى العرف في تشخيص الموضوع والعنوان صحيح لا محيد عنه إذا كان الموضوع مأخوذاً في دليل لفظي أو مقعد إجماع . ولكن الكلام في حجيته في جميع المجالات وأنه أصل برأسه ، وأنت ترى أن هذه المجالات هي التي أمضتها الشارع دون غيرها .

فقد تحصل مما ذكرنا أنه إذا قلنا إن عرف الفقهاء القولي أي الإجماع ليس حجة من حيث هو بل من حيث أنه كاشف عن رأي المعصوم ففي الحقيقة الحجة هو المنكشف لا الكاشف ، فلا يبقى للعرف مجال إلا في تشخيص المفاهيم والمواضيعات وتقدير بعض الأشياء كما ذكرناه في المجالات التي يرجع فيها إلى العرف ، وكذا لا يكون من مجالات العرف عرف المتشرعة وسيرتهم العملية والشهرة الفتوائية ، لأنهما أيضاً يكونان من الإجماع العملي أو القولي أو أضعف منهما ففي الحقيقة ، أنهما ليستا حجتين بل الحجة المنكشف بهما .

سيرة العلماء في العمل بالعرف

نعم السيرة العملية تدل على حجية العرف والعادة في الجملة لا بالجملة ونذكر هنا موارد :

الف : الفقهاء جزروا الاستفادة المجانية - بلاشاً - عن مياه القنوات والأنهار والينابيع التي هي أملاك شخصية ولها ملاك ، من دون إذن المالك في المصادر الجزئية كما عن الشهيد الأول ^(١) .

(١) القراءد الشهيد الأول ص ٦٤ إثنى عشرية للمقانى ص ٣ الأشباء والنظائر للسيوطى ص ٨١ .

- ب : في الموارد التي لا يمكن استرداد الهبة والهدايا^(١).
- ج : في تعين مهر المثل عن طريق العُرف والعادة.
- د : الموالات بين الإيجاب والقبول.
- ه : كل شيء يكون متعارفاً في عرفهم ودينهما يكون بمثابة الشرط في ضمن العقد^(٢).
- و : في تشخيص الموضوع والعنوان وغيرها مما لا تعد ولا تحصى كما سأليتني .
- والحاصل : إن العُرف يستعمل فيما إذا اشتبه الشيء بين أمور يشابهها من جهة أو جهات .

(١) الأشباء ص ٨١ - للسيوطى والقواعد ص ٦٤ .

(٢) الأشباء و النظائر ص ٨٦ - ٨٩ . إعلام الموقعين ج ٢ ص ٤٥٠ . الأشباء و النظائر لابن نجيم ص ٩٩ .

الثاني : هل العرف أصل برأسه ؟

أن المراد من العرف في العنوان هو مطلق العرف لا قسم من أقسامه كما أن المقصود من الأصل هنا ما يكون به التوصل إلى الاستنباط أعني القواعد التي تقع في طريق الاستنباط ، بمعنى أن العرف هل يكون أصلاً في قبال أصول الفقه الأخرى كالكتاب و السنة أو العقل بل هل يكون كالأصول العملية التي يرجع إليها فيما شك كالبراءة والاحتياط ؟

إذا استعرضنا مجالات العرف الماضية كلها ، وجدنا أن الحكم بالاثبات أو النفي على نحو الإطلاق مما لا وقع له ، فلا محيسن أن نعالج كل الموارد التي ذكرناها بانفراد و الحكم عليه .

تمهيد

قد أشرنا سابقاً أن المصادر في التشريع ، وبعبارة أصح ، أن مصادر الفقهية في عملية الاستنباط وإدراك الحكم الشرعي الإلهي ، هي في الحقيقة ثلاثة : أعني الكتاب و السنة و العقل في مستقلاته ، وقد أرجعنا المستلزمات العقلية إلى الكتاب و السنة ، فبقي هنا مصدر ، قيل بكونه أصلاً برأسه ، ومصدراً مستقلاً في قبال الثلاثة المذكورة ، وهو الإجماع . و علمت أن رأينا وقع على أنه لا يشكل أصلاً برأسه ، وأن فقهاء المدرسة

الشيعية يرون بناءً على تحديدِهم أنه من السنة لاعتبار دخول المقصوم في المجمعين . و في الحقيقة المعتبر هو رأي المقصوم لا غير . نعم يجب البحث عنه منفرداً للحيلولة دون وقوع الناظرين في الاشتباه كما مر .

فعلى ضوء ذلك نقول : إنَّ ما لا نصَّ فيه عن الشارع و ما يستكشف به الحجة الأصولية يرجعان إلى السنة عبر اعتمادهما على الإقرار والإ مضاء الشرعي ، والسنة قامت على مقدَّد العُرْف ، أي الحجَّة أو الحكم الشرعي ، ولم تقم على العُرْف نفسه حتى نقول بحجية كل ما قام عليه العُرْف .

وَالحاصل أنه لا يمكن الشك في عدم صحة كونه أصلًا مستقلًا في الكشف عن وَاقع التَّشريع الإسلامي ، لأنَّ العُرْف مطلقاً أي بجميع أقسامه لا يُعرف المصالح والمفاسد الواقعية ، لكي يستدل به ويعتمد عليه ، في عملية استنباط الحكم الواقعي الإلهي ، نعم هو كما مرَّ ، يكشف عن السنة ، لأنَّ المناط في الأخذ بالعُرْف هو امتداد ذلك العُرْف إلى عصر المقصوم (ع) ، وعدم ردعهم (ع) عنه ، وأنت علمت : أنَّ عُرْف العُقَلَاء وبنائِهم الذي كان حجَّة ومتبرة في الأخذ بالظواهر ، كظواهر الكتاب والسنة أو في خبر الواحد الثقة ، لم يتم حجَّته إلا بعد إثبات أنَّ العُقَلَاء كانوا يسلكون هذا السلوك ، كالعمل بخبر الواحد الثقة في عصرهم (ع) وبرأي وسمع عنهم (ع) ، ولم يتم ردع عنهم على ذلك ، فبهذا انكشف لنا أنَّ طريقتهم (ع) كانت واحدة مع طريقة العُقَلَاء وبنائِهم ، وكذا إرجاعهم (ع) الفقهاء في تشخيص مدلَّيل الألفاظ والمفاهيم ، وتحديد نطاقها إلى العُرْف كان أمضاء منهم على ذلك . فلا يبقى مورد يقال فيه : أنَّ العُرْف حجَّة فيه بنفسه ، فلا يكون العُرْف مرجعاً في عملية استنباط الفقيه الحكيم الشرعي ، كالكتاب والسنة والعقل . قال أحمد بن الحنبل :

العُرْف ليس حجَّة في عرض الكتاب والسنة . نعم العُرْف قد يكون مرجعاً يحتاج إليه للوصول إلى الحكم و دليلاً ظنِّياً و كاشفاً ناقصاً إلَّا أنَّ يتم تتميم كشفه و سدَّ نقصه بدليل

آخر ، فلما يكون أصلاً مستقلاً في قبال أصول الفقه الأخرى ، وإن قد يسمى بالأصل ولعل المراد من الأصل غير ما اصطلح الأصوليون عليه ، كما قد يطلق الأصل على القواعد الفقهية .

ولكن يبدو من بعض الفقهاء لا سيما من المدرسة السنّية اعتبار العرف دليلاً مستقلاً برأسه . فقالوا :

العرف في الشرع له اعتبار لذا عليه الحكم قد يدار
وأفطرت في ذلك فقهاء الحنفية قال ابن عابدين : واعلم أن اعتبار العادة و العرف
رجع إليه في مسائل كثيرة حتى جعلوا بذلك أصلاً فقالوا في الأصول في باب ما ترك به
الحقيقة بدلالة الاستعمال و العادة . هكذا ذكر فخر الإسلام . إنتهى كلام الأشباء .

وفي شرح الأشباء للبيهري قال : في المشرع الثابت بالعرف ، ثابت بدليل شرعي .
وفي المبسوط : الثابت بالعرف كالثابت بالنص ^(١) .
بل قد قدموا العرف المتأخر على النصر في موارد كثيرة فقد ذكرنا بعض المجالات
فراجع .

(١) الرسائل لابن عابدين ج ٢ ص ١١٣ .

الثالث : هل تغير النص بتغيير العرف ؟

إذا كان مصدر نص عرف المتشرعة حين صدور ذلك النص ، فتغير ذلك العرف ، يؤثر ذلك في النص . مثال ذلك : كان كل ما يكون مكيلاً أو موزناً كالحنطة والملح والشعير والتمر ربيوياً ، مع تحقق شروط الربا في عصر الرسول (ص) ، ولكن لو فرضنا أن العرف تغير فلا يباع بهما ، لا يكون مما يتحقق فيه الربا ، كما قال يوسف ، وحكاه ابن عابدين في رسائله ^(١) .

مثال آخر : البينة على المدعي ، فإذا ذكرت لها الزوجة بعد الدخول : أن على زوجها الصداق ، وأنه لم يرده إليها ذلك ، لها الحق أن تطالبه ، ولكن ابن عابدين يقول : إن العرف في زماننا هذا ، قام على أن يدفع الصداق قبل الدخول ، فليس لها أن تدعى الصداق ، وعدم دفع الزوج .

مثال ثالث : إن النصوص تدل على عدم تحديد حق الشفعة زماناً ، فللشريك ذلك الحق إذا شاء الإعمال ، ولكن بعض الفقهاء ذهب إلى تحديد المدة بشهر للأضرار التي توجه إلى المشتري لتغيير العرف . فانظر قواعد الفقه للشهيد . وكذا رسائل ابن عابدين ^(٢) .

(١) الرسائل لابن عابدين ج ٢ ص ١١٨ وج ١ ص ٤٤ - ١٨٦ .

(٢) نفس المصدر ج ٢ ص ١٢٦ و ٦٦ و ١٤٠ .

وأنت تعلم : أن هذا ليس إلا تبعية الشرع عن العرف و من تصحيح شذوذ الناس و
أعرافهم الباطلة مما يجعل الأحكام تحت أقدام العرف .

الرابع : العرف المسلم المخالف للشرع

رأى الحنفية^(١) : أنه إذا حدث بين الناس عرف مسلم مباين للشرع الإسلامي ، وصار العرف مقبولاً عاماً بحيث يجب التهلي والمنع عن ذلك عسراً وحرجاً، يجب علينا العمل بالعرف ، وترك النص الصريح ، لقاعدة الاضطرار . مثال ذلك : بيع الشمار على الشجر عند ما كان بعضها طلعاً و زهراً باطل ، للجهالة ، ولكن الناس يبيعون الشمار كذلك بعد التشريع الإسلامي بحيث صار ذلك من عرفهم ، وترك ذلك يجب عسراً وحرجاً فصح البيع كذلك للضرورة .

إشارة : إن الحنفية أفرطوا في تقديم العرف على النص عند التعارض متمسكين بقاعدة الاضطرار لكونهم لا يجعلون العقل من الأدلة الشرعية ومصادر الاستباط .

هل العرف مخصص للنص ؟

رأى أصحاب المدرسة الحنفية أن العرف العام البلادي أي عرف الأمصار مخصوص للنصوص بخلاف العرف الخاص البلدي فإنهم اختلفوا في كونه مخصوصاً أم لا^(٢) .

(١) ابن عابدين - الرسائل ج ١ ص ١٤٠ .

(٢) قال ابن نجيم : إنه لا اعتبار للعرف إذا كان هناك نصُّ حيث قال : إنما العرف غير معتبر في =

و مثّلوا على ذلك ببيع الوفاء أو الشرط الذي كان بليدياً مختصاً ببخارى و نواحيه فراراً عن الربا فهذا العرف يكون مخصصاً لقوله تعالى : ﴿ وَ حَرَمَ الْرِّبَا ﴾^(١) ، إذا صار عرف الأمصار .

= المنصوص عليه (الأشباه والنظائر ص ١٢٨) .

(١) البقرة : ٢٧٥ .

الخامس : هل العرف ظرف للنص ؟

ذهب ابن قيم الظاهري الحنفي إلى أن العرف ظرف للنص ، كما أن الإناء ظرف للماء يتغير صورة الماء بتغير الإناء ، فكذلك النص فيتغير صورة النص في الأعراف باختلافها .

و مثل على ذلك بأن للزوجة في عصر النبي (ص) حقاً لمطالبتها للصدق في صورتين فحسب ، ألف : حصول الطلاق ، ب : موت الزوج أو الزوجة ، وهذا الطريق كان إجماعياً في ذلك العصر .

والحق أن العرف ليس ظرفاً للنص ، وإن كان العرف من مصادر الاستباط في كثير من الموارد وال المجالات التي ذكرناها ، خلافاً لبعض العامة ، حيث قال : ابن عابدين في نشر العرف : الباب الثاني فيما إذا خالف العرف ما هو ظاهر الرواية : فنقول : إنما تعلم أن المسائل الفقهية إنما تكون ثابتة بتصريح النص ، وهي الفصل الأول ، وإنما تكون ثابتة بضرب اجتهاد ورأي ، وكثير منها ما يتبناه المجتهد على ما كان في عرف زمانه ، بحيث لو كان في زمان العرف الحادث لقال بخلاف ما قاله أولاً ، ولهذا قالوا في شروط الاجتهاد : أنه لابد فيه من معرفة عادات الناس ، فكثير من الأحكام تختلف باختلاف الزمان لتغيير عرف أهلها أو لحدوث ضرورة أو فساد أهل الزمان بحيث لو بقي الحكم على ما كان عليه أولاً للزم منه المشقة والضرر بالناس ، ولخالف قواعد الشريعة المبنية على

التخفيف والتسيير ودفع الضرر والفساد لبقاء العالم على أتم نظام وأحسن أحكام^(١). ثم أردف قوله من تأثير الزمان في الفتيا: قول الإمامين بعدم الاكتفاء بظاهر العدالة في الشهادة مع مخالفته لما نصّ عليه أبو حنيفة بناءً على ما كان في زمانه من غلبة العدالة لأنّه كان في الزمن الذي شهد له رسول الله (ص) بالخيرية وهمما إدراكا الزمن الذي فشا فيه الكذب وقد نصّ العلماء على أن هذا الاختلاف اختلاف عصر وأوان لا اختلاف حجة وبرهان^(٢).

ثم ذكر بعض موارد من تغيير العرف باختلاف الأعصار والأزمان وجواز مخالفته النص لتغيير العرف فقال : إنّ علم : أن المتأخرین الذين خالفوا المنصوص في كتب المذهب في المسائل السابقة لم يخالفوه إلا لتغيير الزمان والعرف وعلمهم بأن صاحب المذهب لو كان في زمانهم لقالوا ما قالوه فللمفتي الآن أن يفتى على عرف أهل زمانه وإن خالف زمان المتقدمين^(٣).

فقد مرّ هذا كلّه في ذكرنا للمجالات التي رجع فيها إلى العرف أصحاب تلك المدرسة .

(١) نشر العرف لابن عابدين ص ١٨ .

(٢) نفس المصدر ص ١٩ .

(٣) نفس المصدر ص ٢٢ .

السادس : تعارض العرف والشرع^(١)

كثير من الأعراف يمكن أن يكون مصراً في القوانين . فحينئذ الأحكام المكتوبة تخرج عن نطاق العرف ، وأما العرف غير المصرح به في القوانين فإما يخالف الأحكام فلا اعتبار له ، وإما عرف جار في موارد سكوت القانون أي الموارد التي لم يرد فيه دليل ، لا نص ولا ظاهر ولا أصل ، فإن كان العرف الجاري حسناً يتبع وإلا فلا .

و عند العامة من حيث أنهما ذهبا إلى اعتبار العادة والعرف في الفقه ، في مسائل كثيرة ، لاتعد ولا تحصى ، كما ذكرناه من الأشباء والنظائر ، وغيرها ، فقد يقع التعارض بين العرف والشرع في موارد ، فقد يقدم العرف على الشرع أو الشرع على العرف ، فالتعارض بينهما نوعان ، أحدهما : أن لا يتعلّق بالشرع حكم ، فيقدم عليه عرف الاستعمال ، فلو حلف لا يأكل لحاماً ، لم يحيث بالسمك ، وإن سماها الله لحاماً ولا يجلس على بساط أو تحت سقف أو في ضوء سراج لم يحيث بالجلوس على الأرض وإن سماها الله بساطاً ولا تحت السماء وإن سماها الله سقفاً ولا في الشمس وإن سماها الله سراجاً . هكذا وجدت في رسائل ابن نجيم والخوارزمي والأشباء للسيوطى - أو لا يضع رأسه على قند لم يحيث بوضعها على جبل أو لا يأكل ميتة أو دمأ لم يحيث بالسمك والجراد والكبود والطحال ،

(١) قال ابن ثعيم : إذا تعارض العرف والشرع قدم عرف الاستعمال على الشرع خصوصاً في الأيمان والحلف (الأشباء و النظائر ص ١٣٠) .

فقدم العرف في جميع ذلك ، لأنها استعملت في الشرع تسمية بلا تعلق حكم و تكليف . و الثاني : أن يتعلق به حكم فيقدم على عرف الاستعمال ، فلو حلف لا يصلني ، لم يحيث إلا بذات الركوع والسجود - كصلاة الجنائز - أو لا يصوم لم يحيث بمطلق الإمساك أو لا ينكح حنت بالعقد لا بالوطاء أو قال : إن رأيت الهلال فأنت طالق فرآه غيرها و علمت به طلقت ، حملأ له على الشرع ، فإنها فيه بمعنى العلم لقوله : «إذا رأيتموه فصوموا». ولو كان اللفظ يقتضي العموم والشرع يقتضي التخصيص اعتبر خصوص الشرع في الأصل فلو حلف لا يأكل لحمأ لم يحيث بالميتة أو لا يطأطء لم يحيث بالوطاء في الدبر على ما رجحه في كتاب الأيمان أو أوصى لأقاربه لم تدخل ورثه عملاً بتخصيص الشرع ، إذ لا وصية لوارث أو حلف لا يشرب ماء لم يحيث بالتغيير كثيراً بالزعفران و نحوه^(١) .

قال المحقق الخراساني : إن الموضوع له هو العقد المؤثر لأنثر كذلك شرعاً و عرفاً و الاختلاف بين الشرع و العرف فيما يعتبر في تأثير العقد لا يوجب الاختلاف بينهما في المعنى بل الاختلاف في المحققات والمصاديق ، و تخطئة الشرع العرف في تخيل كون العقد بدون ما اعتبره في تأثيره محققاً لما هو المؤثر كما لا يخفى^(٢) .

قال المحقق الخوئي (ره) : يجوز التمسك بالإطلاقات حتى على القول بالصحيح ، و الوجه في ذلك هو أن المعاملات أمور عرفية عقلائية ، و ليست من الماهيات المخترعة عند الشارع ... إذاً تلك الأدلة مسوقة لإمضاء المعاملات العرفية العقلائية ، و حيث أن المعاملات عندهم قسمان ، فعلى و قوله ، إلا في بعض الموارد ، فتلك الأدلة تدل على إمضاء كلا القسمين إلا في بعض الموارد الخاصة التي اعتبر الشارع فيها اللفظ أو اللفظ الخاص كما في الطلاق والنكاح وما يشبههما ... وعلى الجملة فالمعاملات المأخوذة في

(١) الأئمة و النظائر للسيوطى ص ١٠٣ .

(٢) الكفاية ج ١ ص ٤٩ .

موضع أدلة الإمضاء كالبيع ونحوه معاملات عرفية ولم يتصرف الشارع فيها أية تصرف لا من حيث اللفظ ولا من حيث المعنى بل أمضاها بمالها من المفاهيم التي قد استقر عليها الفهم العرفي^(١).

وردة الإمام الخميني (ره) على مزاعم المحقق الخراساني ، بقوله : إذا قلنا بأن الأسامي موضوعة للصحيح من الأسباب يلزم إيجاد الخطاب ، لأن الاختلاف بين الشرع والعرف حينئذ يرجع إلى مفهومها لا إلى المصادر فقط ، كما التزم به المحقق الخراساني لأن الموضوع لا يكون العقد الصحيح بالحمل الأولى ولا الشائع ، لوضوح بطلانهما ، كما مر ... ثم قال (ره) لا يقال : بناءً على كون الأسامي اللمستب لانسلم اختلاف الشرع مع العرف في المفهوم ، ضرورة أن مفهوم البيع هو المبادلة المعهودة ، والإجارة هي نقل المنفعة بالعرض مثلاً عند الشرع والعرف ، فحينئذ يرجع الردع إلى عدم اعتبار المصدق ، وإعدام الموضوع فعدم صدق البيع الغري و الربوي ليس للتضييق المفهومي بل لعدم اعتبار المصدق بعد التخصيص الرابع إلى التخصص ... فإنه يقال : إن الأدلة الإمضايّة ليست إلا تصدِيقاً للمعاني المرتكزة في أذهان أهل العرف إذ أعاظم أصحاب النبي (ص) بل كلهم ، وهم العرف الأقماح ، لم يفهموا من قوله تعالى : ﴿أَخْلَقَ اللَّهُ آتَيْع﴾ و من قوله (ص) الصلح جائز بين المسلمين إلا ما كان يفهمون من نظائرها قبل نزول الوحي ... فحينئذ لا تكون أدلة الردع إلا تخصيصاً حكماً لا إعداماً للموضوع وإنراجاً تخصيصياً . إذ الموضوع هو المعنى العرفي فإن خراج الربوي عنه موضوعاً إما يراد به إنحرافه عن محيط العرف وهو باطل لرجوعه إلى إعدام اعتبار أهل العرف وهو ليس في قوة التشريع كما هو واضح وإما عن محيط الشرع وهو مسلم^(٢) .

(١) المحاضرات ج ١ ص ١٨٤ .

(٢) التهذيب ج ١ ص ٨٧ - ٨٩ .

هل ينزل العرف الخاص في التأثير منزلة العرف العام؟

الظاهر من السيوطي كما استظهر تنزيله في أهله بتلك المنزلة حيث قال : العادة المطردة في ناحية تنزل عادتهم منزلة الشرط و قال : الضابط : أنه إن كان المخصوص محصوراً لم يؤثر كما لو كانت عادة أمراً في الحيض أقل مما استقر من عادة النساء ردت إلى الفالب في الأصل و قيل تعتبر عادتها وإن كان غير محصور اعتبر كما لو جرت عادة قوم بحفظ زرعهم ليلاً و مواشיהם نهاراً فهل ينزل ذلك منزلة العرف العام في العكس؟ وجهان : الأصح : نعم^(١).

قال السبكي - كما مر -^(٢) إن العرف وإن لم يكن عاماً لكنه موجود فيه - استيجار اليهودي - فينزل منزله العرف في أوقات الراحة و نحوها.

قال السيد محمد أمين المشتهر بابن عابدين من المدرسة السننية : إن العرف الخاص لا يترك به القياس في الصحيح ... ثم قال : فإذا كان على المفتى اتباع العرف وإن خالف المخصوص عليه في كتب ظاهر الرواية فهل هنا فرق بين العرف العام و العرف الخاص كما في القسم الأول وهو ما خالفه فيه العرف النص الشرعي - وقد قلنا إن العرف العام مقدم على النص الشرعي دون الخاص في ذلك القسم - قلت : لا فرق بينهما هنا إلا من جهة إن العرف العام يثبت به الحكم العام و العرف الخاص يثبت به حكم الخاص^(٣). ثم قال : وبما قررناه تبين لك أن ما تقدم عن الأشباء من أن المذهب عدم اعتبار العرف الخاص إنما هو فيما إذا عارض النص الشرعي فلا يترك به القياس ولا يخصص به

(١) الأشباء ص ١٩١.

(٢) انظر إلى ص ٧٩.

(٣) نشر العرف ص ٢٧.

الأثر بخلاف العرف العام كما مر^(١).

ثم حدد مدى اعتبارهما بقوله : إن كلاماً من العرف العام والخاص إنما يعتبر إذا كان شائعاً بين أهله يعرفه جميعهم^(٢).

و عن الحدائق : الواجب في معاني الألفاظ الواردة في الأخبار حملها على عرفهم (ص) فكلما كان مكيلأً أو موزوناً في عرفهم وجب إجراء الحكم عليه في الأزمنة المتأخرة وما لم يعلم فهو بناء على قواعدهم يرجع إلى العرف العام ... ويمكن أن يستدل للعرف العام بما تقدم من صخية الحلبي من قوله : ما كان من طعام سميت فيه كيلاً فإن الظاهر أن المرجع في كونه مكيلأً إلى تسميته عرفاً مكيلأً.

و استشكل الشيخ الأعظم عليه : بأن ما استشهد به للرجوع إلى العرف العام من قوله (ع) : ما سميت ... فيحتمل أن يراد به عرف المخاطب فيكون المعيار العرف الخاص بالمتباينين نعم مع العلم بالعرف العام لا عبرة بالعرف الخاص لمقطوعة ابن هاشم الآتية فتأمل^(٣).

و عنون في الوسائل : باب أن الربا لا يثبت إلا في المكيل والموزون غالباً وأن الاعتبار فيما بالعرف العام دون الخاص^(٤). و اهتم لبيان ما ورد فيه من الأئمة (ع) في العرف .

ثم يذكر إخباراً منها رواية على بن إبراهيم المذكورة ، كما نقلنا عنه آنفأ .

(١) نشر العرف ص ٣٠ .

(٢) نفس المصدر ص ٣٠ .

(٣) المكاسب ص ١٩٣ .

(٤) الوسائل ج ١٢ ص ٤٣٤ .

السابع : الدقة العرفية هي المعتبرة دون التسامحية

في جميع المجالات التي يرجع فيها إلى العرف تؤخذ من العرف بدقته العرفية لا بمسامحته ففي موضوعات الأحكام مثلاً وإن كانت تؤخذ من العرف لا من العقل الدقيق و لكنها تؤخذ من العرف بدقته العرفية ، فالتجاسة كالدم وغيره ، لو أزيلت وبقيت رائحتها أو لونها فالعقل وإن كان يحكم ببقاء الموضوع لاستحالة انتقال العرض ولكن العرف بدقته العرفية يحكم بارتفاع العين ، وهو المحكم ، ولكن المقدار ، كالنصاب والكترو الصاع ونحوها لو نقص منه شيء يسير ، فالعرف وإن كان ربما يحكم ببقاء المقدار ، ولكنه بنحو المسامحة لا الدقة بحيث إن العرف بنفسه أيضاً يتوجه إلى كونه تجوزاً و مسامحة ، ومثله لا يكون موضوعاً للحكم بلا إشكالٍ .

هذا ولكن قال في مصباح الفقيه ما حاصله : إن المسامحة العرفية قد تكون في الصدق كإطلاق المتنقال أو الرطل أو المزن أو غير ذلك من أسماء المقادير على ما نقص عنه بمقدار غير معتمد به مسامحة ، فهذا مما لا اعتداد به في التقديرات الشرعية ، وقد تكون في المصدق ، كإطلاق الذهب على الذهب الردي غير الحالص ، وإطلاق الحنطة على الحنطة غير النقية عن الأجزاء الأرضية وشبهها المستهلكة فيها ، وكذا إطلاق التراب في التيمم على المشتمل على مثل الشرة وبعض أجزاء الحشيش الذي قلما ينفك أكثر الأرضي عنه . وهذا النحو من المسامحة موجب لأندرج الموضوعات تحت مسمياتها عرفاً فيكون إطلاق العرف أساسها عليها إطلاقاً حقيقياً ، فيترتب عليها أحکامها . و تورّم

الفرق بين التراب والحنطة ونحوها بدعوى غلبة اختلاف الحنطة ونحوها بغير الجنس ، فلا يبادر من الإطلاقات إلا الأفراد المتعارفة بخلاف التراب ، مدفوع : أولاً بأن اختلاف التراب بغير جنسه أغلب ، وثانياً : أن المدار على إطلاق الإسم وعدم انصرافه عنه ، لا كونه فرداً غالبياً .

أقول : الحق أن الخليط إن كان مستهلكاً بحيث يراه العرف معدوماً ، كالمواد المعدنية المستهلكة في الماء أو التراب فلا حكم له ، لما عرفت ، من أخذ الموضوع من العرف لا من العقل بدقة .

قال الإمام (ره) : إن المراد بالعرف في مقابل العقل ليس هو العرف المسامح حتى يكون المراد بالعقل ، العرف المسامح الدقيق ، ضرورة أن الألفاظ كما أنها وضعت للمعنى الشخص الأممية تكون مستعملة فيها أيضاً عند إلقاء الأحكام فالكلز والميل والدم والكلب وسائر الألفاظ المتداولة في إلقاء الأحكام الشرعية لا تكون مستعملة إلا في الصاعي الواقعية الحقيقة فالذكر بحسب الوزن ، ألف ومائتا رطل عراقي من غير زيادة ونقصة لا الأعم منه وما يسامح العرف ، وكذا الدم ليس إلا المادة السائلة في العروق التي تكون بها الحياة الحيوانية لا الأعم منها و ما يطلق عليه اسم الدم مسامحة وليس التسامح العرفي في شيء من الموارد ميزاناً لا في تعين المفاهيم ولا في تشخيص المصادر ، بل المراد من الأخذ من العرف هو العرف مع دقته في تشخيص المفاهيم والمصادر ، وأن تشخيصه هو الميزان ، مقابل تشخيص العقل الدقيق البرهاني ، مثلاً : شبهة في أن الدم عبارة عن المائع المعهود الجاري في القلب والعروق ، والمسفوح منه موضوع للحكم بالنجاسة ، وليس ما يتسامح فيه العرف ، و يطلق عليه الدم تسامحاً موضوعاً لها . لكن العرف مع كمال دقته في تشخيص مصاديقه يحكم بأن اللون بعد غسل التوب ليس بدم ، و يكون لون الدم لكن البرهان العقلي قام على امتناع انتقال العرض فيحكم العقل لأجل

ذلك على أن اللون هو الأجزاء الصغار من جوهر الدم . والكلب ليس عند العرف إلا الجثة الخارجية والحياة من حالاتها ، ومية الكلب كلب عندهم حقيقة ، وعند العقل البرهاني لما كانت شيئاً من شيء بصورته ، وصورة الكلب نفسه الحيوانية الخاصة به ، فإذا فارقت جثته ، سلب منها اسم الكلب و تكون الجثة جماداً واقعة تحت نوع آخر من غير النوع الكلبي ، بل يسلب عنها اسم جثة الكلب وبذنه أيضاً ، ويكون إطلاق بدن الكلب على الجثة المفارقة عنها الروح ، مسامحة لدى العقل ، كما هو المقرر في مقاذه من العلوم العالية ، مع أنها كلب لدى العرف حقيقة . وبالجملة ليس المراد من كون تشخيص المفاهيم ومصاديقها موكلاً إلى العرف هو التسامح العرفي . فالتسامح العرفي يكون في مقابل الدقة العقلية البرهانية لا في مقابل دقة العرف . نعم قد يكون بين المتكلم والمخاطب في عرف التخاطب وتعارف التكلم بعض المسامحات التي تكون مغفولة عنها لديهم حال التكلم ، ويحتاج التوجّه إليها ، إلى زيادة نظر ودقة ، ومع الدقة والنظر الثانية يتوجه المتكلم والمخاطب إلى التسامح ، فيكون مثل ذلك المعنى المتفاهم ابتداء موضوعاً للحكم . فإذا قال المولى : إذا قمت إلى الصلوة فول وجهك شطر المسجد الحرام ، لا يفهم المخاطب من هذا الكلام إلا استقبال المسجد بنحو المتعارف وإن كانت الدقة العرفية أيضاً تقتضي كونه أضيق مما هو المتفاهم عرفاً . فالمناط في أمثاله هو التفاهم العرفي لا الدقة العقلية وإن قلنا بأن الميزان هو العرف .

ثم إنه لا إشكال في أن الميزان في تشخيص جميع المفاهيم ومصاديقها وكيفية صدقها عليها هو العرف ، لأن الشارع كأحد من العرف في المخاطبات والمحاورات ، وليس له اصطلاح خاص ولا طريقة خاصة في إلقاء الكلام إلى المخاطب ... فكما أن العرف محكم في تشخيص المفاهيم ، محكم في صدقها على المصادر وتشخيص مصاديقها ، فما ليس بمصدق عرفاً ليس بمصدق للموضوع المحكوم بالحكم الشرعي ،

فما أفاده المحقق الخراساني (ره) في أن تشخيص المصاديق ليس موكولاً إلى العرف و تبعه غيره ، ليس على ما ينبغي^(١) .

قال في موضع آخر : ليس المراد من خفاء الواسطة . في الاستصحاب . أن العرف يتسامح و ينسب الحكم إلى الموضوع دون الواسطة مع رؤيتها لأن الموضوع للأحكام الشرعية ليس مما يتسامح فيه العرف بل الموضوع للحكم هو الموضوع العرفي حقيقة من غير تسامح . فالدم الحقيقي بنظر العرف موضوع للتجasse . فإذا تسامح و حكم بما ليس بدم عنده أنه دم لا يكون موضوعاً لها كما أنه لو حكم العقل بالبرهان تكون شيء دماء أو ليس بدم لا يكون متبعاً ، لأن الموضوع للحكم الشرعي ما يكون موضوعاً لدى العرف .

والسر في ذلك أن الشارع لا يكون في إلقاء الأحكام على الأمة إلا كسائر الناس و يكون في محاوراته و خطاباته كمحاورات بعض الناس بعضاً . فكما أن المقتن العرفي إذا حكم بتجasse الدم لا يكون موضوعها إلا ما يفهمه العرف مفهوماً ومصادقاً فلابد أن اللون دماء عندك و ليس موضوعاً لها ، كذلك الشارع بالنسبة إلى قوانينه الملقة إلى العرف . فالمفهومات عرفية و تشخيص مصاديقها أيضاً كذلك وبالجملة الشرع عرف في خطاباته لا أن الموضوعات مقيدة بكونها عرفية فإنه ضروري البطلان^(٢) .

(١) الرسائل للإمام الخميني (ره) ج ١ ص ٢٢٧ .

(٢) نفس المصدر ج ١ ص ١٨٤ .

الثامن : هل يُجزي العمل بالعرف عند الكشف عن الخطاء ؟

هنا تياران أحدهما : ما يقول بأن في مورد سكوت الشارع عن بيان الحكم مطلقاً سواء كان مما لا نص فيه أو أرجح الأمر فيه إلى العرف ، المناط هو استنباط المجتهد ، ولو تغير رأيه واجتهاده تغير المناط فلا يحتاج إلى إعادة ما أتى به المكلف بل يُجزي ما أتى به ، وهذا التيار يسمى تصوياً .

ثانيهما : ما يرى أن في تلك المجالات التي يرجع فيها إلى العرف وغيره قد يحصل الخطاء ، فعلى المكلف جرمان الخطاء بإتيانه ثانياً ، وإن كانت تلك الموارد مما أمضاه الشارع الرجوع إلى العرف أو الأصول العملية أو القياس أو قاعدة العدل والإنصاف أو قاعدة الاضطرار بل حتى في البديهيات العقلية .

ثم ذهب المخطئة في الإعادة إلى جهتين الأولى : الإجزاء وهم يقولون إن الإعادة لا ضرورة لها خصوصاً في المكره بفتح الراء والغافل والناسي وتمسكون في ذلك بحديث الرفع ، وهذا هو مذهب الإمام المالك بل مذهب أكثر الصحابة ، كما يقول الشاطبي في المواقفات^(١) . وشدد على ذلك أصحاب الظاهر والأخباريون من الفريقيين من الإمامية وغيرهم^(٢) .

(١) المواقفات للشاطبي ج ١ ص ١٠٣ .

(٢) الدرر النجفية ص ٦ - الإحکام ابن حزم ج ١ ص ٥٧ .

ورأى الشافعية صحة ذلك^(١).

و خالفهم في ذلك جماعة من الإمامية لا سيما من المتأخرین منهم ، فذهبوا إلى عدم الإجزاء و وجوب الإعادة لأنهم رأوا أن الحكم الواقعي مبني على المصالح أو المفاسد فإذا انكشف الخطاء يجب الإعادة إلا أن يكون الإعادة موجباً للعسر و الحرج ، و المناط في العسر و الحرج شخصي لأنواعي ، ولا فرق في الكشف أن يكون حاصلاً من العلم العادي أي الظن أو من اليقين الفلسفی .

قال الدكتور جعفری في كتابه حقوق الإسلام : إنه لا دليل على وجوب الإعادة و عدم الإجزاء عند ما استفرغ المجتهد وسعه لتحصیل الحكم الواقعي . وما ذُكر من الدليل أشبه بالمصادرة على المطلوب .

الإجزاء و عدمه عند العمل بالعرف وكشف الخلاف

ورأى الإمام الخميني (ره) بعدم الإجزاء بناءً على الطريقة كما هو الحق وفقاً لجملة من المحققين سواء قلنا بأن الطرق التي بأيدينا كلها طرق وأمارات عقلائية و ليس للشرع أماراة تأسیسة بل لم يرد من الشارع أمر باتباعها وإنما استكشفنا من سكوته ، وهو بمرأة رضائه ، ومن عدم ردعه إمضاهه أم قلنا بورود أمر منه بالاتباع ، لكنه بنحو الإرشاد إلى ما هو المجبول والمرتكز في فطرة العقلاء أم قلنا بأن الطرق المتعارفة في الفقه مما أتسها الشارع كلها أو بعضها اتصالاً إلى الواقع ، ولم يكن عند العقلاء منها عين ولا أثر ... لأن المتبوع على الوجهين الأولين حكم العقلاء وكيفية بنائهم ، ولا شك أن عملهم لأجل كشفها نوعاً عن الواقع مع حفظ نفس الأمر على ما هو عليه من غير تصرف فيه ولا انقلابه عما كان هو عليه ، و مع هذا كيف يمكن الحكم بالإجزاء مع انكشاف الخلاف ... و أمّا

(١) السيوطی في الأشباه ص ٩١.

على الوجه الآخر على فرض صحته فلا شك أن لسان أدلة حجيتها هو التحفظ على الواقع لا التصرف فيه وقلبه إلى طبق المودى وأضيف إلى ذلك أن معنى كون شيء أماراة ليس إلا كونه كاشفاً عن الواقع عند المعتبر، فلو تصرف مع ذلك فيه وقلب الواقع على طبق مذداه لدى التخلف لخرجت الأمارة عن الأمارية^(١).

والأصح عندي عدم الإجزاء ، نعم يجب التفصيل ، لأنه قد يكون الانكشاف عن الخطاء يقينياً فالمعروف كما مرّ عند الإمامية عدم الإجزاء مطلقاً في الأحكام والمواضيعات ، وقد يكون انكشاف الخطاء بحجة معتبرة ، فالمعروف في المواضيعات عدم الإجزاء ، وأما في الأحكام ، فقد قيل بقيام الإجماع على الإجزاء لا سيما في الأمور العبادية . و الحاصل عدم الإجزاء مطلقاً لو لم نقل بقيام الإجماع في الأخير .

قد فرغت عن تسويد هذه الدراسة المتواضعة يوم السابع عشر
من ربيع المولود / ١٤١٣ هـ . ق بقم عُش العترة الطاهرة (ع)
و لله الحمد

(١) التهذيب ج ١ ص ١٩٠ .

المصادر والمنابع باللغة العربية

لابن حزم الأندلسي الظاهري

للآمدي

لابن تُجَيْم

للسيوطي

للمظفر

للجوزية

للإمام الخميني

للإمام الخميني

للإمام الرازى

للحشيد الرابع الصدر

للبحراني

للنجمي

الدراسة في العرف ودوره في العملية للتسيير مجلـة التوحـيد العدد ٤٨

لابن عابدين

١- الإحـكام في أصول الأـحكـام

٢- الإحـكام في أصول الأـحكـام

٣- الأـشـاهـاءـ وـ النـظـائـرـ

٤- الأـشـاهـاءـ وـ النـظـائـرـ

٥- أصول الفقه

٦- إعلام المـؤـقـيـنـ

٧- البيع

٨- تهذـيبـ الأـصـوـلـ

٩- تفسـيرـ الكـبـيرـ

١٠- الـحلـقـاتـ فيـ أـصـوـلـ الفـقـهـ

١١- الـحدـائقـ

١٢- الجـواـهـرـ

١٤- الرـسـائـلـ

- ١٥ - الرسائل للإمام الخميني
- ١٦ - رد المختار على الدر المختار لابن عابدين
- ١٧ - الطرق الحكيمية لابن قيم
- ١٨ - فرائد الأصول (الرسائل) للشيخ الأعظم الأنصاري
- ١٩ - المبسوط للسرخسي
- ٢٠ - التعريفات للجرجاني
- ٢١ - المستصفى للغزالى
- ٢٢ - المغني لابن قدامة
- ٢٣ - الميزان للطباطبائى
- ٢٤ - المكاسب للشيخ الأعظم الأنصاري
- ٢٥ - نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف لابن عابدين
- ٢٦ - ملاذ الأخيار للمجلسي
- ٢٧ - اصطلاحات الأصول للمشكيني
- ٢٨ - وسائل الشيعة للحر العاملى
- ٢٩ - الروضة للشهيد الثاني
- ٣٠ - المصباح للخوئي
- ٣١ - المحاضرات للخوئي
- ٣٢ - الواقى للفيض
- ٣٣ - التهذيب للشيخ الطائفـة الطوسي
- ٣٤ - أقرب الموارد لابن منظور
- ٣٥ - لسان العرب

لعبد الوهاب العرائى
للهمدانى

٣٦ - الميزان
٣٧ - المفتاح

المراجع باللغة الفارسية

- ١ - صحیفه نور
 - ٢ - اسلام و مقتضیات زمان
 - ٣ - وصیت نامه الہی
 - ٤ - مکتبهای حقوقی در حقوق اسلام
- للإمام الخميني
للسید المطهری
للإمام الخميني
للدكتور جعفری النگرودی

فهرس الموضوعات

٧	الدياجة
١٣٠٤٨	المدخل : وفيه أبواب في بيان بعض المصطلحات
١٣	الباب الأول : وفيه فصول
١٥	الأول : تعريف علم أصول الفقه
١٦	الثاني : تاريخ ظهور العلم وتطوره
١٧	الثالث : الحكم
١٨	الرابع : موضوع العلم
١٨	الخامس : الاستنباط
١٨	السادس : مباحث علم الأصول
١٩	السابع : أنواع الألفاظ
١٩	الثامن : العلم العادي
٢١	الباب الثاني : وفيه فصول
٢٣	الأول : الاجتهاد
٢٤	الثاني : تاريخ ظهوره وتطوره

٢٨	الثالث : بطلان الرأي
٣١	الباب الثالث :
٣٣	التقليد وأقسامه
٣٥	الباب الرابع :
٣٧	هل للفقيه التشرع ؟
٤٣	الباب الخامس : وفيه أمران
٤٥	. الأول : العناصر التي لها دور في عملية الاستباط
٤٨	. الثاني : الإفراط والتفريط
	العرف : وفيه مطالب
٤٩ - ٥٨	المطلب الأول : وفيه فصول
٥١	الأول : العرف و تحديده
٥٤	الثاني : تحديد العناصر المكونة للعرف
٥٥	الثالث : أقسام العرف
٥٩ - ١٤٠	المطلب الثاني : في مدرسة السكوت من القانون ، وفيه فصول
٦١	الأول : بيان الموارد التي يرجع فيها إلى العرف
٦٦	الثاني : بيان آخر لتلك الموارد
٦٨	الثالث : بيان المجالات التي يرجع فيها إلى العرف في فقه العامة
٧٨	الرابع : بيان المجالات التي يرجع فيها إلى العرف في فقه الخاصة
١٢٨	الخامس : بيان المجالات التي أرجعنا فيها الأئمة (ع) إلى العرف
١٣٥	ال السادس : وجهة نظر الشهيد الرابع عن مدرسة السكوت
١٣٧	السابع : الإفراط والتفريط في مدرسة السكوت

المطلب الثالث : في إسهاب بعض الموارد التي يرجع فيها إلى العرف وفيه فصول	١٤١
الأول : فهم العرف	١٤٣
الثاني : العرف مرجع في تشخيص مراد المتكلم	١٤٥
الثالث : عرف العقلاء و فيه مباحث	١٤٦
أ : تحديده	١٤٧
ب : حجيتها ومدى دلالته عرف العقلاء	١٤٧
ج : ما الفرق بين عرف العقلاء و حكم العقل ؟	١٥٤
د : إشارة و تنبية	١٥٤
الرابع : العادة المطردة في ناحية	١٥٥
الخامس : عرف المتشرعة ، تحديدها و حجيتها و مدى دلالتها	١٥٦
السادس : عرف الأعصار والأمسار	١٦٢
السابع : الإجماع ، وفيه مباحث	١٦٩
أ : تعريف الإجماع لغة	١٦٩
ب : الإجماع في الاصطلاح وأنه عرف قولي للفقهاء	١٦٩
ج : ظهور الإجماع و تطوره	١٧١
د : ما الفرق بين العرف والإجماع أو السيرة والإجماع ؟	١٧٤
ه : أقسام الإجماع عند الإمامية	١٧٤
و : حجية الإجماع	١٧٥
ز : الإجماع ليس أصلًا برأسه ؟	١٧٩
ح : الإجماع سد في طريق الاستبطاط الصحيح الشرعي	١٨٤
الثامن : الشهرة الفتواوية وأنه من أقسام الإجماع أو عرف المتشرعة	١٨٦

المطلب الرابع : وفيه فصول ١٨٩ - ٢١٦
الأول : حجية العرف ١٩١
الثاني : هل العرف أصل برأسه ١٩٦
الثالث : هل تغير النص بتغيير العرف ؟ ١٩٩
الرابع : العرف المسلم المخالف للشرع ٢٠١
الخامس : هل العرف ظرف للنص ؟ ٢٠٣
السادس : تعارض العرف والشرع ٢٠٥
السابع : الدقة العرفية هي المعتبرة دون التسامحية ٢١٠
الثامن : هل يجزي العمل بالعرف عند الكشف عن الخطاء ٢١٤
الفهارس العامة ٢١٧