

قاعدة

«المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً»

في الفقه الإسلامي

نادين يحفوفي^١

مصطفى جعفر بيته^٢

الملخص

إنّ القاعدة العرفية «المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً» من القواعد الفقهية المعتمدة عند جمهور فقهاء المذاهب، وذلك تبعاً لأهمية العرف ودوره في عملية الاستنباط. فإنّ ما تعارف عليه الناس في معاملاتهم وإن لم يذكر صريحاً هو قائم مقام الشرط في الالتزام والتقييد. ففي كل محل يعتبر الشرط المتعارف إذا تعارف الناس واعتادوا عليه بدون اشتراط صريح فهو بمنزلة الاشتراط الصريح، بشرط عدم معارضة العرف للأدلة الشرعية من ناحية وعدم معارضته لتصریح بخلافه في

١. طالبة دكتوراه في الفقه المقارن في جامعة المصطفى العالمية، قم.

٢. الأستاذ المساعد في جامعة المصطفى العالمية، قم.

متن العقد. والمراد بالعرف في القاعدة، العرف الذي ينقح موضوع الحكم الشرعي، فيكون دوره تقييد أو توسعة آثار العقود وتحديد الالتزامات على وفق المتعارف، وليس المراد به العرف الذي يشترع الحكم الشرعي.

أما في مذهب أهل البيت عليهم السلام، فقد عمل فقهاء بمضمونها دون اعتبارها قاعدة خاصة مستقلة؛ لذا لم يبحثوها بشكل مستقل لأن حجية العرف تدخل ضمن حجية ظواهر الكلام وليس دليلاً أو أصلاً مستقلاً. ومن جهة أخرى، إن لدى مذهب أهل البيت عليهم السلام قواعد معتبرة كقاعدة المؤمنون عند شروطهم، والعقود تابعة للقصود، فتكون النتيجة أن المعروف بالعرف يشكل قرينة حالية تلزم المتعاقدين كالشروط اللفظية، وهو مضمون القاعدة عند باقي المذاهب.

أما بالنسبة لدائرة جريانها، فإن دور المعروف عرفاً هو في تشخيص موضوعات الحكم الشرعي، وهذا ثابت عند فقهاء مذهب أهل البيت عليهم السلام. أما دوره في تشخيص مصداق الموضوع، وفي إيجاد مصداق له، أمر مختلف فيه بناء على اختلاف المبنى المعتمد لديهم.

الكلمات المفتاحية: المعروف، العرف، الشرط، المشروط، مذهب أهل البيت، المذاهب.

المقدمة

إنّ القاعدة الفقهية «المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً» هي إحدى فروع القاعدة الكبرى «العادة محكمة»، وهي من القواعد الفقهية المعتمدة عند جمهور فقهاء المذاهب الإسلامية الأربعة، والتي تعبر بالخصوص عن سلطان العرف العملي، فالمعروف عرفاً في قوّة العبارة المنشئة للحق، مع اشتراط عدم معارضته للأدلة المعتمدة شرعاً. ويرتبط موضوع البحث بمبحث العرف العملي المساعد في التشريع ودائرة اعتباره عند المذاهب الإسلامية الخمسة. ولا خلاف بين مذهب أهل البيت عليهم السلام وباقي المذاهب في الجملة في أنّ للعرف دوراً مهماً في عملية تشخيص الموضوعات الفقهية، ولكن هل هذه القاعدة معتبرة عند مذهب أهل البيت عليهم السلام بشكل استقلاليّ كما عند باقي المذاهب أم لا؟

لذا سيتصدّى البحث للإجابة عن ذلك، من خلال بيان القاعدة عند مذهب أهل البيت عليهم السلام وغيره من المذاهب الإسلامية ودائرة اعتبارها.

١- العرف لغةً

العُرف: ضدّ النُكر وهو المعروف. يُقال: أولاهُ عُرفاً أي معروفاً. والعُرفُ أيضاً الاسمُ من الاعتراف، ومنه قولهم: له عليّ ألفٌ عُرفاً، أي اعترافاً، وهو توكيد. ويقال: أُرْسِلتْ بِالْعُرْفِ، أي بِالْمَعْرُوفِ^٣. وورد أيضاً بمعنى التابع

٣. الجوهري، الصحاح تاج اللغة و صحاح العربية، ج ٤، ص ١٤٠١؛ وراجع: الفراهيدي،

العين، ج ٢، ص ١٢١.

حيث يقال: طار القَطَا عُرفاً فَعُرفاً، أي: أولاً فأولاً، وجماعة بعد جماعة^٤. أي: بعضها خلف بعض وكذلك في جاء القوم عُرفاً عُرفاً^٥. وفي قوله عزّ وجلّ: «والمُرْسَلَاتِ عُرفاً»^٦، يقال هو مستعار من عُرفِ الفرس، أي يتتابعون كعُرفِ الفرس^٧. إلا أن ابن فارس فارق النحويين في معنى العرف؛ حيث أرجع كلّ الاستعمالات إلى أصلين، قائلاً: «... العين والراء والفاء أصلان صحيحان، يدل أحدهما على تتابع الشيء متصلاً ببعضه ببعض، والآخر يدل على السكون والطمأنينة»^٨. فالعُرف عبارة عن أصلين صحيحين:

الأول: بمعنى التابع والتالي.

والثاني: بمعنى السكون والطمأنينة.

فالأول العُرف عرف الفرس وسمي بذلك لتتابع الشعر عليه. ويقال جاءت القطا عُرفاً عُرفاً أي بعضها خلف بعض. والأصل الآخر المعرفة والعرفان تقول عرف فلان فلاناً عرفاناً ومعرفةً وهذا أمرٌ معروف. وهذا يدل على ما قلناه من سكونه إليه لأنّ من أنكر شيئاً توحش منه ونبا عنه. فالعُرف هو المعروف وسمّي بذلك لأنّ النفوس تسكن إليه.

٢- العرف في الاصطلاح

عرّفه الدكتور صالح عوض بأنّه ما استقر في النفوس واستحسنته العقول

٤. الفراهيدي، العين، ج ٢، ص ١٢١.

٥. الفيروزآبادي، القاموس المحيط والقابوس الوسيط في اللغة، ج ١، ص ٨٣٦.

٦. المرسلات: ١.

٧. الجوهري، الصحاح، ج ٤، ص ١٤٠١.

٨. ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج ٤، ص ٢٨١.

وتلقته الطباع السليمة بالقبول واستمر الناس عليه مما لا تردّه الشريعة وأقرّته عليهم^٩.

وعرّفه الشيخ ضياء الدين العراقي: «العرف هو ما يقوم به الناس مراراً وتكراراً بملء إرادتهم، دون إحساس بالنفور والكرهية، وهو ما يسمّى أحياناً بالسيرة العمليّة»^{١٠}.

وصرّح العلامة النائيني بعدم الفرق بينهما؛ إذ يقول: «وليس بناء العرف شيئاً يقابل الطريقة العقلية»^{١١}.

ويشكل على تعريف الدكتور عوض اشتماله على قيد العقل والطبع وقيد الشريعة؛ إذ بناءً على ذلك فإنّه لا يشمل جميع أقسام العرف^{١٢}. يُضاف إلى ذلك أنّه اعتبر جنس وماهية العرف أمراً مركزاً في نفوس الناس، وليس أمراً له تحقق في الواقع الخارجي.

أمّا تعريف العلامة النائيني، فقد ساوى بين العرف وبناء العقلاء، كما صرّح بعدم الفرق بينهما، مع أنّ العرف أعم من بناء العقلاء؛ إذ إنّ للعرف أقساماً منها العرف العام كعرف العمل بالخبر الواحد، والعرف الخاص كعرف أهل مكّة أو عرف أهل لبنان فيكون خاصاً بهم دون غيرهم من البلدان. ويلاحظ أنّ العرف العام هو الذي يساوي بناء العقلاء لا مطلق العرف بجميع أقسامه.

٩. صالح عوض، أثر العرف في التشريع الإسلامي، ص ٥٢.

١٠. ضياء الدين العراقي، نهاية الأفكار، ج ٢، ص ١٣٧؛ الحكيم، الأصول العامة للفقهاء المقارن، ص ٤٢٠.

١١. الكاظمي الخراساني، فوائد الأصول، ج ٣، ص ١٩٢.

١٢. راجع: الحكيم، الأصول العامة للفقهاء المقارن، ص ٤١٥.

أمّا تعريف الشيخ ضياء الدين العراقي، فبالرغم من خلّوه من الإشكالات السابقة إلاّ أنّه لم يميّز العرف عن الآداب والتقاليد، فلا يكون هذا التعريف مانعاً.

والأولى تعريفه بما عرّفه عبد الوهاب خلاف وهو: إنّ «العُرف هو ما تعارفه الناس وساروا عليه من قول أو فعل أو ترك»^{١٣}.
فإنّ هذا التعريف هو الأقرب لحقيقة العرف، والأشمل بين كل التعاريف، وذلك لعدّة نقاط:

الأولى: إنّ العرف ما تعارفه الناس وساروا عليه وليس مقتصرّاً على أمر مركوز في النفس، بل له تحقق في الواقع الخارجي، وفيه تأكيد على الجانب السلوكي، وأنّ الأمر ليس مجرد أفكار استقرت في العقول.
الثانية: لم يقيّد بالعرف الصحيح، بل يشمل الفاسد أيضاً.
الثالثة: قول أو فعل أو ترك فيكون شاملاً لكل أقسام العرف.
الرابعة: لم يساويه بالسيرة العقلانية.

٣- المعروف لغةً

المعروف من عَرَفَ، يقال: عَرَفْتُ الشَّيْءَ مَعْرِفَةً وَعِرْفَانًا، ويقال أيضاً: أَمْرٌ مَعْرُوفٌ^{١٤}. كذلك المعروف يرجع إلى السكون والطمأنينة؛ لأنّ من أنكر شيئاً تَوَحَّشَ مِنْهُ وَتَبَا عَنْهُ^{١٥}.

١٣. خلاف، أصول علم الفقه، ج ١، ص ٨٩.

١٤. الفراهيدي، العين، ج ٢، ص ١٢١.

١٥. راجع: ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج ٤، ص ٢٨١.

٤- المعروف في الاصطلاح

إنّ المعنى الاصطلاحي لكلمة «المعروف» في القاعدة هي نفس معناها اللغوي، والمراد به الأمر المعلوم بين الناس.

٥- الشرط لغةً

شَرَطَ: الشَّيْنُ وَالرَّاءُ وَالطَّاءُ أَصْلٌ يَدُلُّ عَلَى عِلْمٍ وَعِلَامَةٍ^{١٦}. والشرط معروف في البيع، والفعل: شارطه فشرط له على كذا وكذا، يشرطُ له^{١٧}. والجمع شُرُوطٌ.

٦- الشرط في الاصطلاح

الشرط عُرِّفَ عند أهل المعقول بأنّه ما يلزم من عدمه العدم مقيداً بأن لا يلزم من وجوده الوجود. وبعبارة أوضح هو الإلزام والالتزام في ضمن عقد كالبيع ونحوه^{١٨}.

ثانياً: معنى القاعدة عند المذاهب الأربعة

توطئة

اتَّفَقَ فقهاء المذاهب الأربعة على اعتبار مراعاة العرف في كثير من الأحكام، وإن اختلفوا في سعة دائرة الأخذ به وعدمه، وهل هو دليل مستقل أم ليس بالدليل المستقل؟

وهم في ذلك على رأيين:

١٦. الجوهري، الصحاح، ج ٣، ص ٢٦٠.

١٧. الفراهيدي، العين، ج ٦، ص ٢٣٤.

١٨. راجع: المشكيني، مصطلحات الفقه، ج ١، ص ٣١١؛ والخوئي، التنقيح في شرح المكاسب،

ج ٥، ص ٥.

الرأي الأول: العرف دليل مستقل

يرى أصحاب هذا المذهب أنّ العرف، إذا استوفى شروطه، دليل قائم بذاته إلى جانب الأدلة الشرعية، وذهب إليه القدماء من علماء الأحناف كأبي عبد الله النسفي حيث ذكر في المستصفي أنّ الأصول ثلاثة: الكتاب والإجماع ويتبعه التعامل، والقياس أصل رابع ويتبعه التحري واستصحاب الحال^{١٩}. فتعامل الناس، من غير نكير، أصل من الأصول^{٢٠}. فالأحكام تبني على العرف، فيعتبر في كل إقليم وفي كل عصر عرف أهله^{٢١}.

الرأي الثاني: العرف ليس بدليل مستقل

يرى أصحاب هذا الرأي بأنّ العرف ليس دليلاً مستقلاً وهو ليس حجّة، ومال إلى هذا جمهور الأصوليين من غير الحنفية، وتبعهم بعض الحنفية، فلم يذكروه في مباحث الأدلة وإنّما تحدثوا عنه في مباحث التخصيص، مؤكدين أنّه لا يجوز تخصيص النصّ بالعرف؛ لأنّه ليس حجّة كما تحدثوا عنه في مباحث اللغة. وينبغي الإشارة إلى أنّ أصحاب هذا الرأي يعتبرون العرف وبينون عليه الأحكام، لا على أساس أنّه حجّة، ولكن على أساس أنّه قاعدة من قواعد أصول الفقه، كذلك يجعلونه قاعدة كلية فقهية تحت اسم العادة محكمة ويفرّعون عليه جملة من القواعد^{٢٢}.

١٩. صالح عوض، أثر العرف في التشريع الإسلامي، ص ١٥١.

٢٠. السرخسي، المسوط، ج ١٢، ص ١٣٨.

٢١. ابن عابدين، مجموعة رسائل ابن عابدين، ص ١٣٠.

٢٢. السيوطي، الأشباه والنظائر، ص ٨٩؛ وعبد العزيز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح

الأنام، ج ٢، ص ٢١-١١٥.

قاعدة المعروف عُرفاً كالمشروط شرطاً

تعتبر قاعدة «المعروف عُرفاً كالمشروط شرطاً» واحدة من القواعد الأربعة التي تعبر عن سلطان العرف العملي^{٢٣}، فالقاعدة الثانية هي: «الثابت بالعرف كالثابت بالنص»، والثالثة هي «العادة الغالبة تنزل منزلة الشرط». أما الرابعة، فهي قاعدة «المعروف بين التجار كالمشروط بينهم» والفروع الأربعة منحدرة عن قاعدة «العادة محكمة»^{٢٤} وتدرج تحتها؛ وعند جمهور فقهاء أهل السنة، للعرف العملي في ميدان الأفعال العادية والمعاملات المدنية السلطان المطلق والسيادة في فرض الأحكام، وتقييد آثار العقود، وتحديد الالتزامات على وفق المتعارف؛ لذا فالمعروف عرفاً معتبر وهو كالمشروط شرطاً وهو في قوة العبارة المنشئة للحق^{٢٥}، مع اشتراط عدم معارضته لنص تشريعي أو دليل شرعي، فلو خالف الأدلة الشرعية بطل اعتباره^{٢٦}.

وتعتبر هذه القاعدة بمنزلة الاشتراط الصريح، فكما لا تسمع الدعوى بخلاف ما شرط صريحاً مما تعورف لا تسمع الدعوى بخلاف ما تعورف واعتيد العمل به دون شرط^{٢٧}. وقد وردت قاعدة «المعروف عرفاً» عند المذاهب الإسلامية عدا مذهب أهل البيت عليهم السلام بعبارات أُخرى، فعُبر عنها تارة: بـ «الثابت بالعرف كالثابت بدليل شرعي»، وأخرى: بـ «ما ورد به الشرع مطلقاً

٢٣. العرف العملي: هو ما جرى عليه الناس وتعارفوه في معاملاتهم وتصرفاتهم، كتعارف الناس البيع بالتعاطي. راجع: الديان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، ج ٨، ص ٣٢٧.

٢٤. صالح عوض، أثر العرف في التشريع الإسلامي، ص ١٢٨.

٢٥. الزرقا، المدخل الفقهي العام، ص ٨٨٣.

٢٦. أحمد فهمي، العرف والعادة في رأي الفقهاء، ص ٦١.

٢٧. الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص ٢٣٧.

ولا ضابط له فيه ولا في اللغة يرجع إلى العرف»، وثالثة بأنها: «الثابت بالعرف كالثابت بالنص» ورابعة: بـ «المعروف بالعرف كالمشروط باللفظ»^{٢٨}.

فيكون معنى القاعدة أنّ ما تعارف عليه الناس في معاملاتهم وإن لم يذكر صريحاً هو قائم مقام الشرط في الالتزام والتقييد. ففي كل محل يعتبر الشرط المتعارف إذا تعارف الناس واعتادوا عليه بدون اشتراط صريح فهو بمنزلة الاشتراط الصريح بشرط ألا يعارض نصاً من النصوص الشرعية^{٢٩}. فإنّ اعتبار الفقهاء للشرط العرفي كالشرط الثابت بالنص، والمصرّح به في العقد مشروط بعدم معارضته للنص بخصوصه وأن يكون متعارفاً.

ثالثاً: أدلة القاعدة عند جمهور فقهاء المذاهب الأربعة

إنّ الدليل على قاعدة «المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً» عند جمهور المذاهب الأربعة مستظهر من الأدلة على حجية العرف في استنباط الأحكام الشرعية، واعتباره في تشخيص الموضوعات من القرآن الكريم والسنة النبوية.

الدليل الأول

القرآن الكريم: يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لِيَسْتَأْذِنَكُمْ الَّذِينَ مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ وَالَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُوا الْحُلُمَ مِنْكُمْ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ مِّن قَبْلِ صَلَاةِ الْفَجْرِ وَحِينَ تَضَعُونَ ثِيَابَكُمْ مِّنَ الظَّهِيرَةِ وَمِن بَعْدِ صَلَاةِ الْعِشَاءِ ثَلَاثُ عَوْرَاتٍ لَّكُمْ لَيْسَ عَلَيْكُمْ وَلَا عَلَيْهِمْ جُنَاحٌ بَعْدَهُنَّ طَوَافُونَ عَلَيْكُمْ بَعْضُكُمْ عَلَى بَعْضٍ كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ

٢٨. علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، ج ١، ص ٥١؛ وراجع: الزحيلي، القواعد

الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، ج ١، ص ٣١٣.

٢٩. آل بورنو، موسوعة القواعد الفقهية، ج ١٠، ص ٧٥٠.

لَكُمْ الْآيَاتِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ^{٣٠}.

وجه الاستدلال: إنَّ الله تعالى أمر بالاستئذان في هذه الأوقات التي جرت العادة فيها بالابتدال ووضع الثياب فابتنى الحكم الشرعي على ما كانوا يعتادونه^{٣١}.

الدليل الثاني

رواية مُجَيَّصَة: «أَنَّ نَاقَةَ لِلْبِرَاءِ بْنِ عَازِبٍ دَخَلَتْ حَائِظَ رَجُلٍ فَأُفْسِدَتْهُ، فَقَضَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَلَى أَهْلِ الْأَمْوَالِ حِفْظَهَا بِالنَّهَارِ، وَعَلَى أَهْلِ الْمَوَاشِي حِفْظَهَا بِاللَّيْلِ»^{٣٢}.

وجه الاستدلال: بناء النبي على التضمين على ما جرت به عادة الناس، فعادة أهل المواشي حفظها بالليل وأهل الحوائط والبساتين حفظها بالنهار.

وذكر العلائي أنَّ هذه الرواية هي أدلُّ شيء على اعتبار العادة في الأحكام الشرعية وبنائها عليها؛ فُبْنِيَ على هذه القاعدة^{٣٣} من المسائل الفقهية ما لا يُعَدُّ من كثرتة^{٣٤}.

الدليل الثالث

عن عبدالله بن مسعود: «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسنٌ، وما رآه المؤمنون قبيحاً فهو عند الله قبيحٌ»^{٣٥}.

٣٠. النور: ٥٨.

٣١. العلائي، المجموع المذهب في قواعد المذهب، ص ٤٠١.

٣٢. الطبراني، المعجم الكبير، ج ٦، ص ٤٧.

٣٣. القاعدة هي: «العادة محكمة» وما يتفرع عنها من قواعد.

٣٤. العلائي، المجموع المذهب في قواعد المذهب، ص ٤٠٥.

٣٥. الطبراني، المعجم الكبير، ج ٩، ص ١١٢؛ الهيثمي، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، ج ١، ص ١٨٧.

قال السرخسي: «إنَّ ما جرى العرف بين الناس بالوقف فيه من المنقولات يجوز، باعتبار العرف، كثياب الجنازة، وما يحتاج إليه من القدور والأواني في غسل الميت، وهذا الأصل معروف: أنَّ ما تعارفه الناس، وليس في عينه نصّ يبطله، فهو جائز، وبهذا الطريق جوّزنا الاستصناع^{٣٦} فيما فيه تعامل؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن»^{٣٧}.

رابعاً: اعتبار القاعدة عند فقهاء المذاهب الأربعة

تعتبر قاعدة «المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً» خلافية عند الفقهاء؛ لوجود رأيين في المقام:

الرأي الأول: تنزيل الشرط العرفي بمنزلة الشرط اللفظي

إنَّ العادة بمنزلة الشرط، وهو الذي يجب العمل به. وبهذا القول قال جمهور الحنفية والمالكية والحنابلة والشافعية.

الحنفية:

ذهب جمهور الحنفية إلى التنزيل، وأنَّ عليه العمل والفتوى، وأوّل من قال به عندهم هو محمد بن الحسن^{٣٨}، وتبعه جمهور الحنفية. فذكرت القاعدة صراحة في كتبهم الفقهية والأصولية وبصيغ مختلفة، منها: المعلوم بالعرف كالمشروط بالنص، والثابت بالعرف كالثابت بالشرط، والتقييد الثابت بالعرف كالثابت

٣٦. «الاستصناع عقد مقاوله مع أهل الصنعة على أن يعمل شيئاً، فالعامل: صانع، والمشتري:

مستصنع، والشيء مصنوع». الديان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، ج ٨، ص ٣٢٧.

٣٧. السرخسي، المسوط، ج ١٢، ص ٤٥.

٣٨. هو أحد أصحاب أبي حنيفة، وخالف أبا حنيفة في هذه المسألة.

بالنص^{٣٩}.

الشافعية:

ذهبت الشافعية إلى أن العرف المعتاد يجري في العقود مجرى الشرط^{٤٠}. فمقتضى العادة المطردة إذا اقترن العرف بالعقد نزل منزلة الشرط المصرح به^{٤١}. ومن أمثلة ذلك: تنزيل الإلتاف بالإذن العرفي منزلة الإلتاف بالإذن اللفظي، كدخول ماء الآبار والأنهار في عقود الإجازات^{٤٢}.

الحنابلة:

ذكر ابن قدامة المقدسي أن للمكثري استيفاء المنفعة بالمعروف؛ لأن إطلاق العقد يقتضي المتعارف، فصار كالمشروط^{٤٣}. وكذلك في المغني بأن الإذن العرفي يقوم مقام الإذن الحقيقي، كما في صدقة الزوجة دون إذن زوجها معللاً بأن العادة السامح بذلك، وطيب النفس، فجرى مجرى صريح الإذن^{٤٤}. وذهب ابن تيمية أيضاً إلى أن الشرط العرفي كاللفظي^{٤٥}. ويلاحظ أن العرف عندهم جرى مجرى النطق في أكثر من مئة موضع، وهو فحوى القاعدة التي يبحث عنها^{٤٦}.

٣٩. راجع: السرخسي، المبسوط، ج ١٥، ص ١٢٩، وج ٢٣، ص ٨٥، ١٣٧.

٤٠. راجع: الماوردي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، ج ٥، ص ١٦٨.

٤١. راجع: الجويني، نهاية المطلب في دراية المذهب، ج ٥، ص ١٤٢-١٤٣.

٤٢. راجع: عبد العزيز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنعام، ج ٢، ص ١٢٨.

٤٣. راجع: ابن قدامة المقدسي، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ١٨١.

٤٤. راجع: ابن قدامة المقدسي، المغني، ج ٤، ص ٣٤٩.

٤٥. راجع: ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، ج ٥، ص ٩٤.

٤٦. راجع: ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ج ٢، ص ٢٩٧-٢٩٨.

إنّ أول من عمل بمضمون القاعدة هو مؤسس المذهب المالكي^{٤٧}، والأصل اعتبار ما يُقصد مثله عرفاً^{٤٨}، فالعادة كالشرط يجب الالتزام بها، ومثاله لو طلبت الزوجة الصداق واحتجت بالكتابة، فلا تقبضه إلاّ إلى موت أو فراق لجري العادة على ذلك^{٤٩}.

الرأي الثاني: الشرط العرفي لا ينزل منزلة الشرط اللفظي

وهو قول بعض علماء الشافعية. وذهب إليه أبو حنيفة في بعض الموارد. فمن تلك الموارد التي لم يعتبر أبو حنيفة الشرط العرفي، وخالفه فيها أصحابه ومن تبعهم، أنّه في الإجازات لو دفع ثوباً إلى خياط ليخيطه له أو إلى صباغ ليصبغه له ولم يعيّن له أجره، ثمّ اختلفا في الأجر وعدمه، وقد جرت العادة بالعمل بالأجرة؛ فهل ينزل منزلة شرط؟

ذهب أبو حنيفة إلى أنّه لا أجره له^{٥٠}. أمّا الشافعية، فلقد خالف بعض الفقهاء وذهبوا إلى عدم اعتبار الشرط العرفي^{٥١}.

٤٧. ابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، ج ٢، ص ٧١.

٤٨. الشاطبي، الموافقات، ج ٣، ص ٤٦٣.

٤٩. التّسوي، البهجة في شرح تحفة الحكام، ج ١، ص ٣٩٧.

٥٠. راجع: ابن النّجيم، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة، ص ٨٤-٨٥.

٥١. راجع: الدّميري، النجم الوهاج في شرح المنهاج، ج ٥، ص ٥٦٥؛ وراجع: الزحيلي، القواعد

الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، ج ١، ص ٣٤٨.

خامساً: حدود دائرة القاعدة عند المذاهب الأربعة

بالرغم من اختلاف جمهور فقهاء المذاهب الأربعة حول العرف هل هو أصل مستقل كما ذهب إليه الحنفية، أم ليس بأصل مستقل كما ذهب إليه أغلب الأصوليين والفقهاء^{٥٢}؟ إلا أنهم اتفقوا حول مضمون القاعدة وعملوا بها. أمّا بالنسبة لشروط جريان القاعدة وحدود العمل بها فيلاحظ عدّة نقاط:

الأولى: يُشترط للعمل بالقاعدة أن يكون المورد غير مخالف لنصّ تشريعي أمر المولى به من كتاب أو سنّة، ومعناه أن لا يكون ما تعارف عليه الناس مخالفاً للأحكام الشرعية المنصوص عليها وإلا فلا اعتبار للعرف، كتعارف الناس تجارة الخمر وشربها والمعاملة الربوية؛ لأنّ في اعتبار العرف إهدار النص وإلغاءه^{٥٣}.

الثانية: المراد بالعرف هو العرف الذي دوره تقييد أو توسعة آثار العقود وتحديد الالتزامات على وفق المتعارف، ولا دخل للعرف الذي يكون مشرعاً لحكم شرعي.

الثالثة: إنّ دائرة العرف تتسع لكل ما أحال عليه التشريع في دائرتين: إمّا لبيان مضمون حكم شرعي ثبت أصله بالنص، وإمّا للاستعانة به في تفسير إرادة المكلف بالحكم.

الرابعة: العرف المبيّن لمضمون حكم شرعي: أي أنّ الحكم الشرعي قد

٥٢. فلم يجعلوا العرف - مع اعتباره في التشريع - دليلاً مستقلاً، وإثماً رده إلى دليل شرعي آخر كالإجماع، أو الاستحسان.

٥٣. راجع: شلبي، المدخل في الفقه الإسلامي، ص ٢٦٥.

ثبت أصله بالنص إمّا في القرآن الكريم أو في السنّة النبوية، ثم يأتي دور العرف لبيّن ومحدّد الالتزامات على وفق المتعارف. مثال ذلك قوله تعالى: «وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنِمَّ الرِّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ»^{٥٤}. فقد ذكر فقهاؤهم أنّ هذا النص القرآني أثبت حكماً شرعياً، هو وجوب النفقة على الزوج، ثم أحال إلى العرف لبيان مضمون هذه النفقة وتحديد مقدارها وأسباب سقوطها^{٥٥} بطريقة أخرى، أي الرجوع إلى العرف في الأحكام الكلية لتطبيقها على الجزئيات.

الخامسة: وأمّا العرف الذي يُستعان به في تفسير إرادة المكلف، فهو العرف الذي ينزل منزل النطق بالأمر المتعارف أي العرف الجاري أو العادات الجارية بين الناس مجرى النطق بالألفاظ والعبارات الدالة على مضمونها، فيكون بمثابة القرينة وقوّته بقوة النطق باللفظ. فإنّ معنى اعتبار القاعدة أنّ قيامها بين الناس يكون بمثابة نطق المتصرّف عاقداً أو حالفاً أو غيرهما، بكلام يفيد مضمونه. فمثلاً إذا كان العرف في الأسواق أنّهم يبيعون بثمان مؤجل إلى أول الشهر كان ذلك اشتراطاً للتأجيل بالفعل في العقد، فكما أنّ التصريح باللفظ يرتّب عليه الشارع من الأحكام ما يناسبه، فكذلك العرف يكون علة جعلية لهذه الأحكام^{٥٦}.

السادسة: ألا يعارض العرف تصريحاً بخلافه في متن العقد، وإلا لم تكن عبرة بما تُعورف عليه، فإنّ الشرط تصريحٌ لفظي وهو أقوى دلالة من العرف.

٥٤. البقرة: ٢٣٣.

٥٥. ابن قدامة المقدسي، المغني، ج ٨، ص ١٩٦.

٥٦. السدلان، القواعد الفقهية الكبرى، ص ٣٥٠.

فإذا صرّح العاقدان مثلاً بخلاف العرف، فلا اعتبار للعرف؛ لأنّ من القواعد الفقهية أنّه لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح^{٥٧}.

سادساً: في جريان القاعدة وعدمه عند مذهب أهل البيت عليهم السلام توطئة

قبل البحث عن جريان القاعدة عند مذهب أهل البيت عليهم السلام، ينبغي توضيح بعض النقاط المرتبطة بالعرف وحجتيه:

الأولى: لا حجية للعرف بما هو عرف في الكشف عن أحكام الشريعة، فهو ليس مصدراً مستقلاً للاستنباط إلى جانب المصادر المعتبرة، ولكي يكون حجة في مقام الاستنباط فهو بحاجة إلى ركنين:

الركن الأول: وهو إثبات المعاصرة مع زمن يكون فيه المعصوم عليه السلام ظاهراً يتخذ المواقف الفقهية تجاه أمثاله إثباتاً ونهياً.

والركن الثاني: وهو فحص الموقف الملائم الذي أقله السكوت ليرى ما هي الحدود التي يمكن أن يُستكشف منها الإمضاء وكيفيته. وبالتالي تدرج حجتيه تحت السنة التقريرية^{٥٨}.

الثانية: للعرف دور مهم في تنقيح ظهور الدليل من خلال المناسبات والمرتكزات الاجتماعية المرتبطة بفهم النص، باعتبارها بمثابة القرائن اللبّية المتصلة بالكلام^{٥٩}. وحجية الدلالة العرفية ليست بحاجة إلى دليل؛ لدخولها في

٥٧. راجع عبد العزيز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، ج ٢، ص ١٨٦.

٥٨. راجع: الهاشمي الشاهرودي، بحوث في علم الأصول، ج ٤، ص ٢٣٦.

٥٩. السبحاني، تهذيب الأصول، ج ٢، ص ٥٠٩ - ٥١٠.

كبرى حجية الظهور، إلا أنّها بحاجة إلى المعاصرة لزمن المعصوم عليه السلام؛ لأنّ الحجة من الظهور ما قصده الإمام وأراده في كلامه، ومع الشكّ في المطابقة فالأصل عدم الظهور النوعي العام للكلام^{٦٠}.

الثالثة: يعتبر العرف مرجعاً في تنقيح موضوعات الأحكام، إذ إنّ ذلك هو المستظهر من عدم تصدّي الشارع لتشخيص الموضوعات، إذ لا معنى لأن يجعل الشارع حكماً على موضوع له مفهوم محدّد عند العرف ويكون الشارع مريداً لمفهوم آخر غير ما يفهمه العرف، ومع ذلك لا يتصدى لبيانه رغم أنّ الخطاب الذي جعل فيه الحكم على موضوعه كان ملقى لغرض ترتيب الأثر عليه والتحرك نحوه، وذلك ما يُعبّر عن أنّ موضوع الحكم الشرعي إنّما هو ذلك المفهوم المحدّد لدى العرف. وهذا القسم من العرف أو الارتكاز العقلاني الذي ينقح موضوع الحكم الشرعي لا يحتاج إلى دليل عليه؛ لأنّه ينقح موضوع الحكم الشرعي تنقيحاً حقيقياً ثبوتاً أو إثباتاً، والاستناد إليه في عملية الاستنباط لا يتوقف لا على إمضاء المعصوم عليه السلام ولا على إثبات معاصرته لزمن صدور النص والتشريع؛ لأنّه لا يشرّع الحكم وإنّما يثبت الحكم بمقتضى إطلاق دليله من كتاب أو سنة أو غيرهما.

في جريان القاعدة عند مذهب أهل البيت عليهم السلام

بعد تتبّع كتب فقهاء مذهب أهل البيت عليهم السلام، فلا وجود لهذه القاعدة في كتبهم، بل حتى عبارات القاعدة ليست متداولة عند فقهاء المذهب، وإنّ أوّل من ذكر القاعدة في كتب المذهب هو الشيخ محمد حسين كاشف الغطاء

٦٠. راجع: الهاشمي الشاهرودي، بحوث في علم الأصول، ج ٤، ص ٢٣٥ - ٢٣٦.

في كتابه «تحرير المجلة» معلقاً على مواد مجلة «الأحكام العدلية». فبعد تعداده للمواد الثلاث المتمثلة بقواعد العرف العملي الثلاث - وهي: «المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً»، و «المعروف بين التجار كالمشروط بينهم»، و «التعيين بالعرف كالتعيين بالنص» - عند جمهور فقهاء السنّة، قال:

فإنّ مرجع هذه القواعد إلى أنّ الغلبة والمعروفية توجب حمل اللفظ المطلق على المُقَيّد، وتكون الغلبة قرينة حالية على القيد أو الإطلاق. فإنّ ملاك جميع المواد إلى قاعدة واحدة وهي: أنّ القرينة الحالية - كالقرينة المقالية - يجب اتباعها، والغلبة والعرف الخاص أو العام من أقوى القرائن على توجيه الكلام^{٦١}.

كما أنّ السيّد الخوئي في كلامه عن العرف ودوره قال:

إنّ العرف مرجع في فهم أصل المعنى أو سعته أو ضيقه ولو بالقرائن مقالية أو حالية، ومن جملة القرائن الحالية مناسبة الحكم والموضوع، كما في قوله عليه السلام: «لا تصل فيما لا يؤكل لحمه»^{٦٢} فإنّ لفظ «ما» وإن كان عامّاً يشمل الإنسان وغيره إلا أنّ النهي من حيث تعلقه بالإنسان - وهو آكل لا مأكول - لا يفهم منه عرفاً بهذه المناسبة بطلان الصلاة في شعر الإنسان، فيضيق مفهوم «ما لا يؤكل» وإن كان عامّاً ويختص بغير الإنسان بهذه القرينة الحالية^{٦٣}.

ويلاحظ أنّه بالرغم من عدم اعتماد فقهاء مذهب أهل البيت عليهم السلام ألفاظ القاعدة بصيغها المختلفة إلا أنّ المتبّع لأقوال فقهاء المذهب يجد أنّهم

٦١. كاشف الغطاء، تحرير المجلة، ج ١، ص ١٥٨.

٦٢. المجلسي، بحار الأنوار، ج ٨٠، ص ٢١٨.

٦٣. الصافي الأصفهاني، الهداية في الأصول، ج ٤، ص ١٥١.

قد عملوا بمضمونها مع بعض الفوارق مع جمهور فقهاء أهل السنة، وستظهر الفوارق خلال ذكر المقدمات التالية:

الأولى: يعتبر العرف مرجعاً في فهم أصل المعنى أو سعته أو ضيقه ولو بالقرائن مقالية أو حالية^{٦٤}.

المقدمة الثانية: يدخل العرف ضمن مبحث ظواهر الكلام سواء كان الظهور مستفاداً من الألفاظ أم من القرائن الحالية والمقالية، والظهور حجة كما هو ثابت عند أصوليي وفقهاء مذهب أهل البيت عليهم السلام. والدليل على حجية الظواهر، هو السيرة العقلائية والسيرة التشريعية^{٦٥} ولا دليل على حجيتها غير السيرة، وهي من الأمور المتسألمة عند العقلاء. قال السيّد الخوئي: لا يخفى أنّ حجية الظواهر مما تسالم عليه العقلاء في محاوراتهم، واستقرّ بناؤهم على العمل بها في جميع أمورهم وحيث إنّ الشارع لم يخترع في محاوراته طريقاً خاصاً، بل كان يتكلّم بلسان قومه، فهي ممضاة عنده أيضاً، وهذا واضح ولم نعثر على مخالف فيه^{٦٦}.

المقدمة الثالثة: يوجد لدى فقهاء مذهب أهل البيت عليهم السلام قواعد جارية في العقود والإيقاعات قد تسالم عليها الفقهاء، منها قاعدة: «المؤمنون عند شروطهم»، والتي تعني لزوم الوفاء بالشرط، أي يجب على المتعاملين بمقتضى الشرط العمل بما تعهدا به من الشروط السائغة^{٦٧}. كذلك قاعدة:

٦٤. المصدر السابق.

٦٥. راجع: الخراساني، كفاية الأصول، ص ٢٢٢.

٦٦. الخوئي، مصباح الأصول، ج ٢، ص ١١٧-١١٨.

٦٧. المصطفوي، القواعد الفقهية، ج ١، ص ٢٦٣.

«العقود تابعة للقصود»، وهي من القواعد المتداولة في ألسنة الفقهاء أيضاً، ومعناها أنه يترتب على العقود - من الآثار الممكن ترتبها عليها الصالحة لاستتباعها - ما هو المقصود للمتعاقدين، دون غيره^{٦٨}. فكل عقد تحقق بدون القصد كالعقد الصادر من الهازل والغالط وما شاكلهما، بما أنه لا يتضمن القصد، فلا يترتب عليه الأثر.

المقدمة الرابعة: إن القرينة الحالية - كالقرينة المقالية - يجب اتباعها، والغلبة والعرف الخاص أو العام من أقوى القرائن على توجيه الكلام.

بعد هذه المقدمات الأربع نصل إلى نتيجة وهي أن الأعراف أو المعروف عرفاً يشكل قرينة حالية تُلزم المتعاقدين كالشروط اللفظية، فالعقد الحاصل في بلد ما يتبع لعرف ذلك البلد، ولا يحق لأحد المتعاقدين عدم الوفاء وعدم الالتزام بحجة عدم ذكر الشرط بالعقد، بل يجب عليه الأخذ بالعرف المتعارف الموجود. وهذا هو معنى المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً.

وهذه نماذج لاستخدام الأعراف في كشف مقاصد المتكلم دون اشتراط صريح في الفقه لاسيما العقود:

١. إذا باع دابة ثم اختلفا في مفهومها، فالمرجع ليس هو اللغة، بل ما هو المتبادر في عرف المتعاقدين وهو القَرس.

٢. إذا باع اللحم ثم اختلفا في مفهومه، فالمرجع هو المتبادر في عرف المتبايعين، وهو اللحم الأحمر دون اللحم الأبيض كالحم السمك والدجاج.

٣. إذا وصّى بشيء لولده، فالمرجع في تفسير الولد هو العرف، ولا يطلق

٦٨. النراقي، عوائد الأيام في بيان قواعد الأحكام، ج ١، ص ١٦٠ - ١٦١.

فيه إلا على الذكر لا الأنثى خلافاً للفقهاء والكتاب العزيز، قال سبحانه: «يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ»^{٦٩}.

٤. إذا اختلف الزوجان في أداء المهر، فالمرجع هو العرف الخاص، فلو جرت العادة على تقديم المهر أو جزء منه قبل الزفاف ولكن ادّعت الزوجة بعده أنها لم تأخذه، وادّعى الزوج دفعه إليها، فللحاكم أن يحكم على وفق العرف الدارج في البلد^{٧٠}.

٥. إذا اختلفت البلدان في بيع شيء بالكيل أو الوزن أو بالعدّ، فالمتبع هو العرف الرائج في بلد البيع^{٧١}.

سابعاً: حدود دائرة القاعدة عند مذهب أهل البيت عليهم السلام

بالرغم من عدم ذكر القاعدة في فقه أهل البيت عليهم السلام إلا أن علماء المذهب عملوا بها في الجملة، واعتمدوا على العرف بما يرتبط بموضوع الحكم الشرعي على أنحاء ثلاثة: سواء في تنقيح موضوع الحكم الشرعي، أو في تنقيح مصداق الموضوع، أو في الشروط الارتكازية المرتبطة بموضوع الحكم الشرعي. فتكون هذه الأنحاء الثلاثة هي مجرى للقاعدة.

النحو الأول: مرجعية العرف في تشخيص موضوع الحكم الشرعي

مما لا شك فيه مرجعية العرف في تشخيص موضوع الحكم الشرعي، وهو أمر

٦٩. النساء: ١١.

٧٠. السبحاني، رسائل أصولية، ج ١، ص ٩٨.

٧١. المصدر السابق، ج ٣، ص ٣٣٧.

متفق عليه عند فقهاء مذهب أهل البيت عليهم السلام؛ أمّا بالنسبة لتنقيح الموضوع فيكون بأحد طريقتين:

الأول: ثبوتاً: أن يكون العرف أو ما جرى عليه العقلاء بنفسه منقحاً ثبوتاً لفرد حقيقي من الموضوع، توسعة كوجوب النفقة على الزوجة بالاستناد إلى دليل وجوب إمساك الزوجة بمعروف أو تسريحها بإحسان، فالدليل دلّ على وجوب النفقة تحت عنوان الإمساك بمعروف، والمعروف من العرف هو الشائع والمستساغ، أي الأمر الذي استقرت عليه سيرة العقلاء، أو تضييقاً وهو نفس الدليل الدالّ على وجوب النفقة تحت عنوان الإمساك بمعروف، ولكن لو اقتضت السيرة والعرف في العصر الحالي على أن تكون النفقة أقل وأضيق مما كانت عليه في العصور الماضية بحيث كانت بنحو أتمّ وأكمل، فحينئذٍ سيتضيق صدق عنوان النفقة عمّا كان عليه سابقاً، فتجب المرتبة الأضيق والأنقص من النفقة ولا يلتزم بالمراتب السابقة.

الطريق الثاني: إثباتاً: أن يكون للعرف دخالة في تنقيح الموضوع إثباتاً وكشفاً لا ثبوتاً.

فيكون العرف أو السيرة العقلائية كاشفة عن وجود فرد لموضوع الحكم الشرعي، وبالتالي يكون كاشفاً نوعياً عن هذه الشروط الضمنية، كدليل «المؤمنون عند شروطهم»، فتارة يحدّد المتعاقدان الشروط التي يريدانها في العقد، وأخرى لا يحدّدانها، بل يكتفيان بها جرى عليه العقلاء في سيرتهم على خيار الغبن^{٧٢}.

٧٢. راجع: الهاشمي الشاهرودي، بحوث في علم الأصول، ج ٤، ص ٢٣٤ - ٢٣٥.

فيكون العرف كاشفاً عن وجود فرد لموضوع الحكم الشرعي.

٥٣

المصباح الفقهي
من نظام العمل البيت

قاعدة «المعروف عرفاً كالشروط شرطاً» في الفقه الإسلامي

النحو الثاني: الرجوع إلى العرف في تشخيص مصداق موضوع الحكم

الشرعي

والمراد به مرجعية العرف في تطبيق هذا المفهوم العرفي على المصاديق في الخارج، فمثلاً قضية البيع جائز، فالمرجع في ماهية البيع هو العرف، أما هل هذا الذي وقع في الخارج هو بيع أم لا؟ أي هل هو مصداق للبيع أم لا؟ وكذلك في المسائل المستحدثة المستنبطة، فهل الألعاب الإلكترونية على الكمبيوتر يصدق عليها أتمها من القمار أم لا؟ فكما أن العرف محكم في تشخيص المفاهيم فهو محكم في صدقها على المصاديق وتشخيص مصاديقها. فما ليس بمصداق عرفاً ليس بمصداق للموضوع المحكوم بالحكم الشرعي^{٧٣}. مع العلم أن هناك رأيين لدى مذهب أهل البيت عليهم السلام حول مرجعية العرف في تشخيص المصداق الخارجي، حيث الأول يعتبر العرف في التطبيق والثاني لا يعتبره. فالرأي الأول تمسك بالتطبيق العرفي الدقيق، أما الثاني بالتطبيق العقلي الدقيق. ولعل الذي أدى إلى هذا الاختلاف هو معنى واقعية المصداق. فعند العلماء الذين ذهبوا إلى نفي مرجعيته، أمثال صاحب الكفاية والمحقق النائيني عرّفوا واقعية المصداق بأنه نظر العقل إلى الواقع والحقيقة، وبعبارة أخرى: جعلوا الملاك هو الحقيقة التي تنشأ من الدقة العقلية؛ وذلك لأنهم يعتقدون أن العرف عاجز عن إدراك الحقيقة بهذا المعنى؛ فلا يمكن أن يكون هو المرجع في

٧٣. راجع: الخميني، الرسائل، ج ١، ص ٢٢٨ - ٢٢٩.

تشخيص المصاديق^{٧٤}. ويُعتبر الإمام الخميني من الذين أولوا أهمية للعرف في تشخيص الموضوعات ومصاديقها، فيرى أنّ الله سبحانه وتعالى لم ينه عن قول «أُفٍ» للأب والأم، بل في مقام الكناية نهى عن إيدائهما. قال الإمام الخميني بعد أن نبّه على استفادة العرف من الكناية:

أنّه عبارة عمّا كُنّي عنه بكلام آخر، كما لو قيل: إنك لا تقدر أن تنظر إلى ظلّ فلان؛ كناية عن عدم قدرته على إيدائه، فإنّ مقصود المتكلم هو المكنى عنه؛ بدون أن يقصد نفس النظر إلى ظلّه، ولا يبعد أن يكون قوله تعالى: «فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أُفٌ»^{٧٥} من هذا القبيل. وعليه، فنفس الأُف ليست منهياً عنها، بل هو كناية عن النهي عن ضربهما وإيدائهما^{٧٦}.

وبناء على القول بثبوت مرجعية العرف في تشخيص المصاديق فيكون مجرى لقاعدة المعروف عرفاً.

النحو الثالث: مدخلية العرف في إيجاد مصداق للموضوع لا في تشخيصه، أو ما يعبر عنه تحديد الشرط الضمني في المعاملة

ومثاله حديث: «المؤمنون عند شروطهم»^{٧٧}، فتارةً يحدّد المتعاقدان الشروط التي يريدانها في العقد، وأخرى لا يحدّدانها، بل يكتفیان بما جرى عليه العقلاء

٧٤. راجع: الغروي، التنقيح في شرح العروة الوثقى - كتاب الطهارة، تقارير أبحاث السيّد الخوئي (قدّس سرّه)، ج ١، ص ٢٣٢؛ والنجفي، جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، ج ٢٦، ص ٧٤؛ والخميني، الرسائل، ج ١، ص ٢٢٨ - ٢٢٩.
٧٥. الإسرائ: ٢٣.

٧٦. راجع: الخميني، تنقيح الأصول، ج ٢، ص ٣٩٦.

٧٧. الحرّ العاملي، تفصيل وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الشريعة، ج ١٥، ص ٣٠.

في سيرتهم على خيار الغبن^{٧٨}، فإنهم لا يرضون في البيع والمعاوضة بفوات المالية، وإنما يرفعون اليد عن الخصوصية مع الحفاظ على المالية بما يساويها عرفاً في العوض؛ فإن مقتضى ظهور حال كل إنسان على أنه يمشي حسب المقاصد والارتكازات العقلانية، وأنه لا يرضى بذلك أيضاً.

وتكون النتيجة أن هذه السيرة كاشفاً نوعياً عن هذه الشروط الضمنية وأمثالها^{٧٩}. فالارتكاز العقلائي يحقق مصداقاً لحديث المؤمنون عند شروطهم، فكما يجب الوفاء بالشروط اللفظية يجب الوفاء بالشروط الارتكازية. فيجوز الرجوع إلى العرف لتحديد الشرط الضمني، من قبيل ما إذا اشترى شخص هاتفاً جوالاً أو كمبيوتراً ثم ظهر فيه عيب، فإن له خيار العيب باعتبار أنه يوجد شرطٌ ضمنيٌّ بين المتبايعين على أنني أشتري منك الشيء الصحيح فإذا لم يكن سليماً فلي الحق في إرجاعه، فيرجع إلى العرف من باب أنه يرى تحقق الشرط الضمني في هذا المورد، وحينئذ يثبت الخيار، ولذلك لا نحتاج في خيار العيب^{٨٠} وخيار الغش إلى رواية، بل تكفينا فكرة الشرط الضمني، ودور

٧٨. خيار الغبن: هو عبارة عن تمليك الشخص ماله بما يزيد عن قيمته مع جهل الآخر، فالمملك غابن والممتلك مغبون قصد المملك الخدعة أم لم يقصد، وقد جعل الشارع للمغبون في ذلك خيار الفسخ، وسماه الفقهاء بخيار الغبن، واشترطوا فيه أمرين: أحدهما عدم علم المغبون بالقيمة سواء كان غافلاً عنها بالمرّة أو ملتفتاً في الجملة، وثانيهما كون التفاوت فاحشاً فلو اشترى ما يساوي تسعة عشر أو ثمانية عشر بعشرين لم يثبت الخيار، وذكروا أنّ حده ما لا يتغابن الناس بمثله ولا يتسامح. راجع: المشكيني، مصطلحات الفقه، ج ١، ص ٢٢٨.

٧٩. راجع: الهاشمي الشاهرودي، بحوث في علم الأصول، ج ٤، ص ٢٣٤ - ٢٣٥.

٨٠. خيار العيب: هو الخيار المسبب عن العيب الموجود في أحد عوضي المعاملة فقد جعل الشارع تسلطاً على الفسخ لمن انتقل إليه العيب. المشكيني، مصطلحات الفقه، ج ١، ص ٢٢٨.

العرف ليس دور المثلث للخيار، بل إنَّ مدرك ثبوت الخيار هو الشرع^{٨١}،
فيأتي العرف ويقول هنا يوجد شرطٌ، فهو ينقح صغرى تحقّق الشرط، ووجه
الحجّية هو هذا، فنحن لا نرجع إليه في تأسيس الحكم الشرعي وإثباته، وإتّما
الحكم الشرعي قد ثبت بدليله، بل نرجع إليه في تنقيح الصغرى وأنّه يوجد
شرط ضمّني. وهكذا لو فرض أنّ البائع تأخّر في تسليم السلعة أو فرض أنّ
المشتري لم يدفع الثمن، فللطرف الآخر خيار تخلّف الشرط، والعرف ينقح
الشرط الضمّني، ويبقى حينئذٍ ثبوت الخيار بدليله الخاص الدال على أنّه إذا
تخلّف الشرط ثبت الخيار.

وهناك بعض الأمثلة النافعة في هذا المجال من قبيل خدمة الزوجة في البيت،
فهي لا يجب عليها الخدمة في البيت كما يقول الفقهاء، ومدرك ذلك هو عدم
الدليل عليه، ولكن في الوقت نفسه يمكن أن نقول يوجد شرط ضمّني ولو في
بعض المجتمعات والأعراف. والكلام نفسه بالنسبة إلى حضانة الطفل فإنّه لا
يجب عليها أن ترضعه، كما لا يجب عليها أن تستيقظ في الليل لرعايته، ولكن
في المقابل يمكن أن يقال يوجد شرط ضمّني لذلك، فهنا يمكن الاستفادة من
فكرة الشرط الضمّني^{٨٢}. وبالتالي، يكون الشرط الارتكازي كالشرط الصريح
مجرى للقاعدة ويؤخذ به. وفي حال اعتبار الشرط الارتكازي فإنّه سيوجب
عن الكثير من المسائل المستحدثة ويفتح آفاقاً استدلالية جديدة، إلاّ أنّه يمكن
الاعتراض على ذلك بأنّ الشرط لا بدّ أن يكون واضحاً لدى الطرفين حين
إبرام العقد ووقوعه إيجاباً وقبولاً.

٨١. راجع: الغروي، التنقيح في شرح المكاسب، تقارير أبحاث السيّد الخوئي، ج ٤، ص ٩٣.

٨٢. راجع دروس: الإيرواني، بحث خارج الأصول، بتاريخ ١٠ / ٠٦ / ١٤٣٦ هـ.

الخاتمة

بعد البحث عن قاعدة «المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً» في الفقه الإسلامي توصلنا إلى النتائج التالية:

١. تعتبر القاعدة عند جمهور أهل السنة أحد فروع القاعدة الكبرى «العادة محكمة»، وهي من القواعد التي تعبر عن سلطان العرف العملي.
٢. معنى القاعدة أنّ ما تعارف عليه الناس في معاملاتهم وإن لم يُذكر صريحاً هو قائم مقام الشرط في الالتزام والتقييد، شرط عدم معارضته للأدلة الشرعية.
٣. إنّ حجية القاعدة عندهم مستظهرة من الأدلة على حجية العرف في استنباط الأحكام الشرعية وتشخيص الموضوعات، كآية الاستئذان، ورواية مُحَيِّصَة، وابن مسعود.
٤. يوجد رأيان عند فقهاء المذاهب الأربعة حول اعتبار القاعدة، فالرأي الأول وهو رأي الأعم الأغلب المتمثل بجمهور فقهاءهم والذي نزل الشرط العرفي منزلة الشرط اللفظي. أمّا الرأي المقابل، فلم ينزله منزلة الشرط اللفظي ولم تجر لديه القاعدة، وهو رأي بعض الشافعية، وعمل به أبو حنيفة في بعض المسائل.
٥. إنّ حدود دائرة حجية القاعدة عند جمهور فقهاء العامة هو في الموارد التي لا يخالف فيها العرف دليلاً شرعياً، والمراد بالعرف بالخصوص العرف المساعد في التشريع وليس المشرّع للحكم الشرعي، بل دوره في دائرتين، تارة لبيان مضمون حكم شرعي ثبت أصله بالنص، وأخرى في إرادة المكلف بالحكم.

٦. عند مذهب أهل البيت عليهم السلام، لم يتداول الفقهاء القاعدة صراحة، وأول من ذكرها في كتب المذهب هو الشيخ محمد حسين كاشف الغطاء.

٧. إنّ فقهاء مذهب أهل البيت عليهم السلام عملوا بالقاعدة، ولكن ليس من باب استقلالية العرف، بل يدخل العرف تحت حجية الظواهر، وهو مرجع في فهم أصل المعنى أو سعته أو ضيقه ولو بالقرائن المقالية أو الحالية إلى جانب القواعد المعتمدة كالمؤمنون عند شروطهم، والعقود تابعة للقصد، فيكون المعروف عرفاً أحد القرائن الحالية الذي يجب اتباعه، بل هو من أقوى القرائن في توجيه الكلام؛ لذا يشكّل قرينة حالية تُلزم المتعاقدين كالشروط اللفظية، وهو مضمون القاعدة المعمول بها عند باقي المذاهب.

٨. إنّ دائرة العرف المعتبر في القاعدة هو العرف الذي يرتبط بموضوع الحكم الشرعي، وله ثلاثة أنحاء: دوره في تنقيح موضوع الحكم الشرعي، ودوره في تشخيص مصداق الحكم الشرعي، ودوره في إيجاد مصداق جديد.

٩. بالنسبة لدور العرف في تنقيح موضوع الحكم الشرعي، فهو أمر ثابت عند فقهاء مذهب أهل البيت عليهم السلام، فيكون العرف كاشفاً عن وجود فرد لموضوع الحكم الشرعي، ويكون مجرى للقاعدة.

١٠. أمّا بالنسبة لشمول القاعدة للعرف الذي يشخص مصداق الموضوع أو يوجد مصداقاً جديداً فأمر مختلف فيه بين فقهاء مذهب أهل البيت عليهم السلام، ومرجع ذلك مبني؛ فلو ثبتت مرجعية العرف في تشخيص المصداق ومرجعيتها في إيجاد مصداق جديد أو ما يعبر عنه بالشرط الضمني، فيكون حجة ومجرى للقاعدة وإلا فلا.

المصادر

القرآن الكريم.

١. آل بورنو، محمد صدقي بن أحمد، موسوعة القواعد الفقهية، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٢٤ هـ/ ٢٠٠٣ م.
٢. ابن تيمية، أحمد بن عبد الحليم، الفتاوى الكبرى، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٠٨ هـ/ ١٩٨٧ م.
٣. ابن عابدين، محمد أمين، مجموعة رسائل ابن عابدين، بدون ط. بدون ت.
٤. ابن عبد السلام، عبد العزيز، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة - مصر، الطبعة الثانية، ١٤١٤ هـ / ١٩٩١ م.
٥. ابن فارس، أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، دار الفكر، بيروت - لبنان، ١٣٩٩ هـ/ ١٩٧٩ م.
٦. ابن فرحون، إبراهيم بن علي بن محمد، تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة - مصر، الطبعة الأولى، ١٤٠٦ هـ/ ١٩٨٦ م.
٧. ابن قدامة المقدسي، عبد الله بن أحمد، الكافي في فقه الإمام أحمد، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٤ هـ/ ١٩٩٤ م.
٨. _____، المغني، مكتبة القاهرة، القاهرة - مصر، ١٣٨٨ هـ/ ١٩٦٨ م.

٩. ابن قَيِّم الجوزية، محمد بن أبي بكر، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١١ هـ / ١٩٩١ م.
١٠. ابن نُجَيْم الحنفي، زين الدين بن إبراهيم، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٩ هـ / ١٩٩٩ م.
١١. أبو سنة، أحمد فهمي، العرف والعادة في رأي الفقهاء، مطبعة الأزهر، القاهرة - مصر، ١٩٤١ م.
١٢. التُّسُولِي، علي بن عبد السلام، البهجة في شرح تحفة الحكام، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٨ هـ / ١٩٩٨ م.
١٣. الجوهري، أبو نصر إسماعيل بن حماد، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، دار العلم للملايين، بيروت - لبنان، الطبعة الرابعة، ١٤٠٧ هـ.
١٤. الجويني، عبد الملك بن عبد الله، نهاية المطلب في دراية المذهب، دار المنهاج، الرياض - الحجاز، ١٤٢٨ هـ / ٢٠٠٧ م.
١٥. الحرّ العاملي، محمد بن الحسن، تفصيل وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الشريعة، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان، الطبعة الخامسة، ١٤٠٣ هـ / ١٩٨٣ م.
١٦. الحكيم، السيّد محمد تقي، الأصول العامة للفقهاء المقارن، مؤسسة آل البيت عليهم السلام للطباعة والنشر، بيروت - لبنان، الطبعة الثانية، آب ٧٩١٩ م.

١٧. حيدر، علي، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، دار الجيل، الطبعة الأولى، ١٤١١ هـ/ ١٩٩١ م.

١٨. الخراساني، محمد كاظم، كفاية الأصول، تحقيق: مؤسسة آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث، بيروت - لبنان، الطبعة الثانية، ١٤١٢ هـ/ ١٩٩١ م.

١٩. الكاظمي الخراساني، الشيخ محمد علي، فوائد الأصول، إفادات الميرزا النائيني، مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين، قم المقدّسة - إيران، الطبعة الأولى، ربيع الثاني ١٤٠٩ هـ.

٢٠. خلاّف، عبد الوهاب، أصول علم الفقه، مكتب الدعوة الإسلامية، القاهرة - مصر، الطبعة السابعة، ١٣٧٦ هـ/ ١٩٥٦ م.

٢١. الخميني، روح الله الموسوي، تنقيح الأصول، مؤسسة تنظيم ونشر آثار الإمام الخميني - قم، الطبعة الأولى، ١٤١٨ هـ.

٢٢. _____، الرسائل، إسماعيليان - قم، الطبعة الأولى، ١٤١٠ هـ.

٢٣. الخوئي، أبو القاسم الموسوي، التنقيح في شرح المكاسب، مؤسسة إحياء آثار الإمام الخوئي، النجف الأشرف - العراق، ١٤١٧ هـ.

٢٤. _____، مصباح الأصول، المطبعة العلمية، قم - إيران، الطبعة الخامسة، ١٤١٧ هـ.

٢٥. الديبان، ديبان بن محمد، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، مكتبة فهد الوطنية، الرياض - الحجاز، الطبعة الثانية، ١٤٣٢ هـ.

٢٦. الدّميري، محمد بن موسى، النجم الوهاج في شرح المنهاج، دار المنهاج، جدة - الحجاز، الطبعة الأولى، ١٤٢٥ هـ / ٢٠٠٤ م.
٢٧. الزحيلي، محمد مصطفى، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، دار الفكر، دمشق - سورية، الطبعة الأولى، ١٤٢٧ هـ / ٢٠٠٦ م.
٢٨. الزرقا، أحمد ابن الشيخ محمد، شرح القواعد الفقهية، دار القلم، دمشق - سورية، الطبعة الثانية، ١٤٠٩ هـ / ١٩٨٩ م.
٢٩. _____، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق - سورية، الطبعة الأولى، ١٤١٨ هـ / ١٩٩٨ م.
٣٠. السبحاني، جعفر، تهذيب الأصول، تقرير درس الإمام الخميني، مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين، قم، ١٤٠٥ هـ.
٣١. _____، رسائل أصولية، الطبعة الأولى، مؤسسة الإمام الصادق عليه السلام، قم، ١٣٨٣ هـ. ش.
٣٢. _____، المبسوط في أصول الفقه، مؤسسة الإمام الصادق عليه السلام، قم، الطبعة الأولى، ١٤٣٢ هـ.
٣٣. السدلان، صالح بن غانم، القواعد الفقهية الكبرى، دار بلنسية، الرياض - الحجاز، الطبعة الأولى، ١٤١٧ هـ.
٣٤. السرخسي، محمد بن أحمد، المبسوط، دار المعرفة، بيروت - لبنان، ١٤١٤ هـ / ١٩٩٣ م.

٣٥. السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١١ هـ/ ١٩٩٠ م.
٣٦. الشاطبي، إبراهيم بن موسى، الموافقات، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، الطبعة الأولى، ١٤١٧ هـ/ ١٩٩٧ م.
٣٧. شلبي، محمد مصطفى، المدخل في الفقه الإسلامي، الدار الجامعية، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٠٥ هـ/ ١٩٨٥ م.
٣٨. الصافي الأصفهاني، الشيخ حسن، الهداية في الأصول، تقارير آية الله السيد الخوئي، مطبعة أسوة، قم، الطبعة الأولى، ١٤١٨ هـ.
٣٩. الطبراني، سليمان بن أحمد، المعجم الكبير، دار الصمعي، الرياض - الحجاز، الطبعة الأولى، ١٤١٥ هـ/ ١٩٩٤ م.
٤٠. العراقي، آقا ضياء الدين، نهاية الأفكار، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، ١٤٠٥ هـ.
٤١. العلائي، خليل بن كيكليدي، المجموع المذهب في قواعد المذهب، تحقيق: محمد بن عبد الغفار الشريف، دار وزارة الشؤون الإسلامية في الكويت، الطبعة الأولى، ١٤١٤ هـ/ ١٩٩٤ م.
٤٢. عوض، الدكتور صالح، أثر العرف في التشريع الإسلامي، دار الكتاب الجامعي، القاهرة - مصر، ١٩٧٩ م.
٤٣. الغروي، علي، التنقيح في شرح العروة الوثقى، تقارير أبحاث السيد أبي القاسم الخوئي، مؤسسة الخوئي الإسلامية، قم، ١٤٣٤ هـ/ ٢٠١٣ م.

٤٤. _____، التنقيح في شرح المكاسب، تقارير أبحاث السيّد أبي القاسم الخوئي، مؤسسة الخوئي الإسلامية، قم، ١٤٣٤هـ / ٢٠١٣م.
٤٥. الفراهيدي، الخليل بن أحمد بن عمرو، العين، تحقيق د. مهدي المخزومي ود. إبراهيم السامرائي، دار هلال، القاهرة - مصر.
٤٦. الفيروزآبادي، محمد بن يعقوب، القاموس المحيط والقابوس الوسيط في اللغة، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، الطبعة الثامنة، ١٤٢٦هـ / ٢٠٠٥م.
٤٧. كاشف الغطاء، محمد حسين، تحرير المجلة، مؤسسة الإمام الصادق عليه السلام، قم، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ.
٤٨. الماوردي، علي بن محمد، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، تحقيق الشيخ علي محمد معوض، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ / ١٩٩٩م.
٤٩. المجلسي، محمد باقر بن محمد تقي، بحار الأنوار الجامعة لدرر أخبار الأئمة الأطهار عليهم السلام، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان، الطبعة الثالثة، ١٤٠٣هـ / ١٩٨٣م.
٥٠. المشكيني، علي، مصطلحات الفقه، دار الهادي، قم، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ.
٥١. المصطفوي، السيد محمد كاظم، القواعد الفقهية، مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين، قم، الطبعة الرابعة، ١٤٢١هـ.

٥٢. النجفي، محمد حسن، جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان، الطبعة السابعة.
٥٣. النراقي، أحمد بن محمد مهدي، عوائد الأيام في بيان قواعد الأحكام، مركز انتشارات اسلامي، قم، الطبعة الأولى، ١٣٧٥ هـ. ش.
٥٤. الهاشمي الشاهرودي، السيّد محمود، بحوث في علم الأصول، تقرير بحث السيّد الشهيد محمد باقر الصدر (قُدس سرّه)، مؤسسة دائرة معارف الفقه الإسلامي، قم، الطبعة الثالثة، ١٤٢٦ هـ / ٢٠٠٥ م.
٥٥. الهيثمي، علي بن أبي بكر بن سليمان، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، تحقيق: حسام الدين القدسي، ط، مكتبة القدسي، القاهرة - مصر، ١٤١٤ هـ / ١٩٩٤ م.