دور العرف في التشريع الإسلامي والقوانين الوضعية

عباس مزهر صيهود الغراوي[١] سعيد منصوري[٢]
عليرضا شمشيري[٣]

الملخّص

إنّ للعرف دوراً مهمّاً في دفع الحياة الاجتماعية نحو الاتساق والاستقرار، وإنّ الجامع المشترك بين العرف والقضاء، هو الاستقرار، لذا فنحن لا نريد أن نبحث في العرف من جميع الجوانب، بل سنبحث فيه من جهة مدى حجيته ومشروعيته في المذاهب الإسلامية والقوانين الوضعية. والعرف يعدّ من الموضوعات المهمة التي تدخل في استنباط الأحكام الشرعية، وهناك اتجاهان في هذا الشأن، يعدّ أوّلهما العرف مصدراً مستقلاً ،كالقران الكريم والسنة النبوية، في استنباط الأحكام الشرعية، وهذا تجاه المذاهب الأربعة الإسلامية، وثانيهما وهو مذهب الإمامية، الذي لا يعدّ العرف مصدراً من مصادر التشريع، بل وضع له دوراً خاصّاً، وهو تحديد المفاهيم وتشخيص المصاديق. وبناءً عليه، فإنّ الشريعة الإسلامية قد بيّنت كليات الأحكام وتركت تشخيص المصاديق إلى العرف. وهنا يثار سؤال في حال تبني أحد هذين الاتجاهين،

١. طالب دكتوراه في الحقوق الخصوصي، قسم القانون، فرع جنوب طهران، جامعة آزاد الإسلامية، طهران، إيران.
٢. الكاتب المسؤول، كلّية حقوق، قسم القانون، فرع جنوب طهران، جامعة آزاد الإسلامية، طهران، إيران.
٣. الأُستاذ المساعد، كلّية حقوق، قسم القانون، فرع جنوب طهران، جامعة آزاد الإسلامية، طهران، إيران.

هو: ما الذي يحدث من آثار منهج كلّ من الاتجاهين؟ وهذا الذي تهتم هذه الدراسة بتوضيحه، كما هناك آثار تترتب على التفرقة بين العرف والعادة.

الكلمات المفتاحية: العرف، مصادر التشريع، استنباط الأحكام، تشخيص الموضوعات، العادة.

مقدمة

تقوم الأعراف والعادات في ظل تعقيدات الحياة المعاصرة، وتشابك موضوعاتها، بدور كبير في وضع الضوابط والأحكام التي تضبط حركة المجتمع، لأنّ غالب الناس في جميع البلاد، على اختلاف أزمانهم وبيئاتهم وثقافاتهم ومستوياتهم يشتركون فيها، ولها مدخلية واسعة في وضع القوانين، كما أنّ لها دوراً مهماً في فهم الحكم الشرعي، أو تشخيص موضوعه، ولذلك فقد اهتم الفقهاء، قديماً وحديثاً، بالعرف واعتنوا به عناية بالغة الأهمية. فأعراف الناس تتغير وتتبدل حسب تغير الزمان والمكان، فللعرف دور بارز في استنباط الأحكام الشرعية في المسائل الفقهية التي لم يرد فيها نصّ من قبل الشرع. وقد يعبّر عن العرف ب«سيرة العقلاء» أو «طريقة العقلاء» أو «بناء العقلاء»، في حين هناك من يرى أنّ للعرف دوراً في تحديد المفاهيم إضافة إلى المصاديق، ويعدّ العرف مصدراً مهماً من المصادر التشريعية، رغم الاختلاف فيه، وقد فرّع عليه الفقهاء مجموعة من المبادئ والقواعد والضوابط الأُصولية والفقهية، التي تبنى عليها الأحكام الشرعية؛ كما اعتمد عليه في القوانين الوضعية أيضاً، وعوّل عليه بوصفه مصدراً مفسراً أو مكمّلاً للقانون، يؤدي إلى إيجاد مساحة كبيرة للمتغيرات الاجتماعية التي تفسح المجال أمام الاجتهادات، نتيجة العوامل المؤثرة فيها زماناً ومكاناً، والتي يعمل المجتهدون والمشرّعون من خلالها، لتنظيم الجوانب التشريعية للحياة، وفق العرف السائد. لذا كان بعض المذاهب يعدّ العرف أصلاً تشريعياً يتم اللجوء إليه عند عدم وجود النص التشريعي، وقد بيّن فقهاء هذه المذاهب الأدلّة على حجيته. وهناك من رفض ذلك وساق الأدلّة على عدم حجيته وعلى نفي أدلة المثبتين له.

وقد اختلف القائلون بحجيته، من حيث كونه مصدراً أساسياً أو مكمّلاً، على سبيل المثال في تحديد المفاهيم وبيان الاستظهارات، وكذلك في تعيين الموضوعات والاستنادات، وهل فعلاً يُعدّ أصلاً يسد الفراغ التشريعي عند افتقاد النص، أو اقتصر دوره على تحديد المفاهيم وتشخيص الموضوعات؟

المبحث الأوّل: تعريف العرف والعادة

المطلب الأوّل: العرف في اللغة

يرد «العرف» في اللغة في معنيين رئيسين: الأوّل بضم العين وسكون الراء، وهو تتبّع الشيء متصلاً بعضه ببعض[1]، ويطلق على عدة معانٍ، منها السكون والطمأنينة، والعرف والمعروف ضد النكرة، كل ما تعرفه النفس من الخير وتطمئن إليه[2]، وقد جاء في القران الكريم: «خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ[3]»، «وعاشروهن بالمعروف[4]»، أي الجميل المستحسن من الأفعال فإنّها قريبة من قبول الناس من غير نكير[5].

المطلب الثاني: العرف في الاصطلاح

أمّا في الاصطلاح فقد ذكروا للعرف تعريفات عديدة وباعتبارات مختلفة، فهناك من عرّفه بشكل مطلق من دون قيد، نحو: «العرف ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول، وتلقّته الطباع السليمة بالقبول»[6]، أو «ما اعتاده الناس من معاملات واستقامت عليه أُمورهم وتلقّته الطباع السليمة بالقبول»[7].

وفي بعض التعاريف، أضيف قيد آخر، وهو عدم معارضة العرف للشريعة الإسلامية، فقد عُرّف العرف بأنّه: «ما تعارف بين الناس فعله أو تركه أو قوله، وهو المسمّى بالعادة

١. ابن فارس، **معجم مقاييس اللغة**، ج ٤، ص ٢٨١؛ الراغب الأصفهاني، **مفردات ألفاظ القران**، ص ٣٤٣.
٢. ابن المنظور، **لسان العرب**، ج ١١، باب العين، ص ١٤١؛ **القاموس المحيط** ج ٤، ص ١٧٣.
٣. الأعراف: ١٩٩.
٤. النساء: ١٩.
٥. الراغب الأصفهاني، **مفردات ألفاظ القران**، ص ٢٣٩.
٦. الجرجاني، **التعريفات**، ص ١٣٠؛ المنصوري، **نظرية العرف ودورها في عملية الاستنباط**، ص ٥١ وما بعدها؛ ابو سنة، العرف والعادة في رأي الفقهاء، ص ٨.
٧. ابن عابدين، **رسائل ابن عابدين**، ج ٢، ص ١١٤.

العامة، ويسمى بالسيرة، مع عدم ردع الشارع عنه»[1]، أو «كل ما عرفته النفوس مما لا تردّه الشريعة»[2]، أو «ما عرفه العقلاء بأنّه حسن، وأقرّهم الشارع عليه»[3].

وقد اختلف علماء القانون في اعطاء تعريف واضح للعرف، بسبب اختلافه بوضع بعض القيود والشروط، فقد عرّفه بعضهم بأنّه «اعتياد الناس على نوع من السلوك مع الاعتقاد بأنّه ملزم وأنّ مخالفته تستتبع جزاء مادياً جبراً»[4]، أو «العرف مجموعة من القواعد التي تنشأ من درج الناس عليها، يتوارثونها جيلاً عن جيل، والتي لها جزاء قانوني كالقانون سواء بسواء»[5]، وعرّفه بعضهم الآخر بأنّه «طريق نفاذ قواعد السلوك إلى التنفيذ في صورة قاعدة غير مكتوبة، تجيء ثمرة اعتياد الناس على سلوك معين لتنظيم ناحية من نواحي حياتهم الاجتماعية، وتولد الشعور بضرورة الالتزام بها»[6].

نلاحظ من خلال استعراض التعريفات المتقدّمة:

إنّ التعريفات اللغوية للعرف تتفق مع التعريفات الاصطلاحية، فهما يلتقيان في التتابع الذي هو معنى العرف في اللغة، فهو لابدّ من أن يكون متتابعاً في حياة الناس الاجتماعية، وأيضاً يلتقيان في السكون والطمأنينة، لأنّ العرف في الاصطلاح، يجب أن يسكن الناس إليه ويستقر في نفوسهم، لوضوحه وظهوره. بناءً على ذلك، فالعلاقة بين المعنيين اللغوي والاصطلاحي تقرب من التساوي، إن لم تكن هي نفسها،[7] كما أنّ التعاريف القانونية تقرب من التعاريف الفقهية لُبّاً وروحاً، وإن اختلفتا تعبيراً.

والجدير بالإشارة هنا، أنّ كلمة العرف وردت مرّتين في القران، وكلمة المعروف اثنتين

١. كاشف الغطاء، مصادر الحكم الشرعي والقانون المدني، ص ١١٨.
٢. ابن عطية، **المحرر الوجيز**، ج ٦، ص ١٨٦.
٣. الحنبلي، ابن النجار، **شرح الكواكب المنير المسمى بمختصر التحرير**، ص ٤٧.
٤. منصور مصطفى، **دروس في المدخل للعلوم القانونية**، ص ٢٠٧.
٥. السنهوري، **علم أُصول القانون**، ص ٨٧.
٦. عبد الباقي البكري، وزهير البشير، **المدخل لدراسة القانون**، ص ١٣٩.
7. السباعي، **العرف مرجع لتطبيق الأحكام**، مجلة كلية الشريعة والقانون بتفهنا الاشرف العدد السادس والعشرون لسنة ٢٠٢٣ م، ج ٣، ص ٢٧٥٣.

وثلاثين مرّة.[1] وكلمة العرف في القرآن الكريم تدل على معنيين: الأوّل المعروف والفعل والقول المستحسنين[2]، والثاني الإحسان والجميل أو التتابع[3]، أمّا كلمة المعروف فهي تدل في استعمالاتها القرآنية على الأمر المستحسن والصالح، من القول والفعل والاعتقاد[4].

المطلب الثالث: العادة، والفرق بينها وبين العرف

الفرع الأوّل: تعريف العادة

١. العادة في اللغة: العادة مادتها «ع و د» الدَيدَن يعاد إليه، تفيد الرجوع إلى الشيء المرة بعد الأخرى[5]، واستعاده أي صار له عادة[6]، العادة الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية، فالأمر شامل للقول والفعل، وتكرر الشيء[7]. وفي تعريف آخر: «العادة عبارة عمّا استقر في النفوس من الأمور المتكررة المقبولة عند الطباع السليمة[8]، من غير علاقة عقلية[9]»، فكل أمر تكرر ولم تكن هناك مناسبة عقلية، فهو عادة، سواء أكان صادراً من الفرد أم من الجماعة، وسواء أكان مصدره أمراً طبيعياً، أم الأهواء والشهوات، أم حادثاً[10]. بناءً على هذا، فإنّ التعريف للعادة يتضمن أمرين: الأوّل وهو التكرار، والثاني انعدام العلاقة العقلية، وغياب العلاقة العقلية لا بد منه، لأنّ وجوده لا يعد عادة، وإنّما تلازم عقلي كتكرّر حدوث الأثر كلما حدث مؤثره[11].

١. فؤاد عبد الباقي، **المعجم المفهرس لالفاظ القران الكريم**.
٢. الطبرسي، **تفسير مجمع البيان**، ج ٤، ص ٤١٢.
٣. عليدوست، **الفقه والعرف**، ص ٥٤.
٤. المصدر نفسه.
٥. الفيروز آبادي، **القاموس المحيط**؛ ابن منظور، لسان العرب، مادة (ع و د).
٦. ابن منظور، **لسان العرب**، ج ٣، ص ٣١٧ و ٣١٩.
٧. أبو سنة، **العرف والعادة في رأي الفقهاء**، ص ١٠.
٨. ابن نجيم، **الاشباه والنظائر**، ص ١٠١؛ الزبيدي، **تاج العروس**، ج ٢، ص ٤٣٩؛ **رسائل ابن عابدين**، ج ٢، ص ١١٤.
٩. حاج ابن أمير، **التقرير والتحبير**، ج١، ص٣٥٠.
١٠. أبو سنة، **العرف والعادة في رأي الفقهاء**، ص١٠.
١١. خلف عبد الكريم، **العرف والعادة في التشريع الإسلامي**، والفرق بينهما، مجلة جامعة ذمار للدراسات والبحوث، العدد٢، ص١٢٣.

٢. تعريف العادة عند القانونيين: عرّفها الدكتور عبد الرزاق السنهوري بما يأتي: «إنّ العادة هي ما تعارف الناس على اتّباعه في معاملاتهم، والتي تصلح لتفسير نية المتعاقدين دون أن تكون بذاتها ملزمةً»[١]، وعرّفها ايضاً الدكتور محمد حسين منصور بأنّها: «سلوك يستقرّ الناس على اتباعه مدةً من الزمن، دون الاستناد إلى عقيدةٍ إلزاميةٍ بوجوب مراعاتها واحترامها»[٢]. حيث إنّ غالب هذه العادات محلّية تختلف باختلاف الجهات، أو خاصة بمهنٍ خاصة، ويجدر التنبيه أنّ من العادات ما لا علاقة له بالقانون، أي لا يلزم الأفراد إلزاماً قانونياً، كما هي العادات في المناسبات من تقديم الهدايا، وغيرها، وما جرت عليه التقاليد بين الناس. ثم إنّ الكثيرمن العادات لا ترقى إلى أن تكون قاعدةً قانونيةً، وتكون لها صفة الإلزام، في حين هناك بعض من العادات تكون متصلة بالقانون، ويطلق عليها العادات الاتفاقية بين الأفراد[٣]، وهذه هي التي يعترف بها القانون.

الفرع الثاني: النسبة بين العرف والعادة

هناك أقوال في النسبة بين العرف والعادة:

القول الأوّل: لا يُرى هناك أي فرق بين العرف والعادة، وأنّهما مترادفان اختلفت مادتهما اللفظية، واتّحد معناهما[٤]، أو بعبارة أُخرى هما بمعنى واحد من حيث المصداق، وإن اختلفا من حيث المفهوم[٥]، كما جاء في التعريف القائل: «العادة والعرف ما استقر في النفوس، وتلقّته الطباع السليمة بالقبول»[٦]. وبناءاً على ذلك، فالنسبة بين العرف والعادة هي المساواة، ويلزم منه إنّ العادة والعرف يطلقان على الأقوال والأفعال معاً[٧].

١. السنهوري، **علم أصول القانون**، ص٩٥.

٢. منصور محمد حسين، **المدخل إلى القانون، القاعدة القانونية**، ص٢١٦.

٣. الخليفي، **أحكام العرف والعادة في نظام الإثبات، دراسة مقارنة تطبيقية**، ص٣٠.

٤. الحراز المهدي، **العرف وأثره في الفقه الإسلامي**، ص١٨؛ السباعي، **العرف مرجع لتطبيق الأحكام**، مجلة كلّية الشريعة والقانون، العدد٢٦، ص٢٧٥٥.

٥. ابن عابدين، **نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف**، ص١١٤.

٦. أبو سنة، **العرف والعادة في رأي الفقهاء**، ص ١٣.

٧. المصدر نفسه، ص ١٤؛ الحراز المهدي، **العرف وأثره في الفقه الإسلامي**، ص ١٨.

القول الثاني: اختلف العرف عن العادة في أنّ المراد بالعادة العرف العملي، وبالعرف العرف القولي، ويفرّق بينهما باستعمال العادة في الأفعال والعرف في الأقوال[1]، وبعبارة أُخرى: خُصّ العرف بالقول والعادة بالفعل[2]، وبالرجوع إلى مادة العادة «ع ود» نرى أنّها تفيد الاستمرار على الشيء والعودة إليه مرّة بعد أخرى، وهذا المعنى يمكن أن يتحقق من فرد واحد، ولا يشترط أن يقع من كثيرين، بخلاف العرف الذي تدل أكثر معانيه على المتابعة والظهور والوضوح والارتفاع والشهرة، وهذه معان تتضح في العادات الجماعية أكثر مما هو عليه في عادات الأفراد[3].

القول الثالث: النسبة بين العرف والعادة هي العموم والخصوص المطلق[4]، فالعادة أعم من العرف مطلقاً، حيث تطلق على العادة الجماعية، وعلى العادة الفردية، فكلّ عرف عادة ولا عكس[5].

ونحن نؤيّد القول الذي يفرق بين العرف والعادة، لما يترتب على ذلك من آثار مهمة، وقد ذكر عدة فروق بين العرف والعادة، هي:

١. تطبّق المحكمة العرف من تلقاء نفسها، أمّا العادة فيجب على ذي المصلحة التمسك بها[6]، ويفترض في القاضي العلم به لأنّه قانون، ومن واجب القاضي أن يكون ملمّاً بالقانون، فلا يلزم الخصوم بإثباته، بل على القاضي البحث عنه، وتطبيقه من تلقاء نفسه؛ أمّا العادة فهي على العكس، فلا يفترض علم القاضي بها، فيتعيّن على الخصوم القيام بإثبات وجودها، وإثبات أنّهم قصدوا اتباعها، إذا ما تمّ ذلك فإنّ القاضي يقوم بتطبيقها عليهم، شأنها في ذلك شأن شروط العقد[7].

١. صالح عوض، **أثر العرف في التشريع الإسلامي**، ص ٦٠؛ الورقي، **العرف وتطبيقاته المعاصرة**، ص ٩.
٢. خلف عبد الكريم، **العرف والعادة في التشريع الإسلامي والفرق بينهما**، ص ١٢٥.
٣. الباحسين، **قاعدة العادة محكمة**، ص ٢٨.
٤. جعفري لنكرودي، **مبسوط در ترمينولوجي حقوق (المبسوط في مصطلحات الحقوقية)**، ج ٤، ص ٢٥٢٢؛ الحلفي، **العرف وأثره في استنباط الحكم القانوني**، مجلة كلية القانون والعلوم السياسية، ص ٦٧.
٥. أبو سنة، **العرف والعادة في رأي الفقهاء**، ص ١٣.
٦. السنهوري، **علم أصول القانون**، ص ٩٩،
٧. فرج توفيق، **المدخل للعلوم القانونية**، ص ٩٨.

٢. قواعد العرف ملزمة، وإن جهلها الأفراد، ولا يعذر أحد بجهله بالقانون[١]، أمّا العادة فلا تطبق إلا إذا اتفق عليها صراحةً أو ضمناً، ولا تستوجب أيّ مسؤولية، مادامت لم تقع مورد تعهد بالصراحة أو بالظهور[٢].

٣. لا يلزم الفرد بإثبات العرف، ولكنه يلزم بإقامة الدليل على العادة، إذ إنّ معرفة العرف كمعرفة القانون المسنون من مهمة القاضي، خلافاً للعادة؛ إذ يجب على من يريد التمسك بها أن يثبتها[٣].

٤. يُعدّ العرف قانوناً، فيكون الخطأ فيه خاضعاً لمراقبة محكمة التمييز والنقض، أمّا العادة فهي مجرد واقعة، ويكون النظر فيها نهائياً من اختصاص قاضي الموضوع، يعني كلّما كان حكم الحاكم أو قضاء القاضي مخالفاً للعرف، فإنّه لا اعتبار لهما، بينما العادة لا تتمتع بمثل هذه المكانة[٤].

٥. وقد يرى بعض علماء القانون أنّ العرف التجاري قد يلغي حكم القانون أحياناً، وليس للعادة مثل هذه القوة[٥].

المبحث الثاني: حجّية العرف في التشريع الإسلامي

من خلال تتبّع أقوال المذاهب الإسلامية، في الاستدلال على العرف، وإثبات حجيته، مع إقرارها بأهمية تحكيمه واختلاف طرائقها في الاحتجاج، يتبيّن لنا وجود عدة أقوال: الأوّل منها قائم على عدّ العرف أصلاً ومصدراً من مصادر التشريع الإسلامي إلى جانب القرآن والسنة النبوية، وهو قول المالكية والحنفية. والقول الآخر لا يعدّ العرف أصلاً، ولا يعدّه كذلك دليلاً شرعياً مستقلاً تثبت به الأحكام الشرعية، وإنّما يردّ إلى دليل آخر من

---

١. المصدر نفسه.
٢. عليدوست، **الفقه والعرف**، ص ١٢٧.
٣. السنهوري، **علم أصول القانون**، ص ٩٩.
٤. عليدوست، **الفقه والعرف**، ص ١٢٧.
٥. الحسني، **نظرية العرف بين الشريعة والقانون**، ص ٥٦.

الأدلّة الأُخرى، وهو قول الحنابلة والشافعية[1]. أمّا الشيعة فلم يعدّ العرف أصلاً، ولم يرده إلى دليل آخر، بل يرى أنّ له دوراً في استنباط الأحكام الشرعية[2].

أمّا العرف عند علماء القانون، فهم يرونه مصدراً من مصادر القانون، وهذا مسلك القانون المدني العراقي، وأيضاً المصري، لكن القانون المدني الإيراني لم يعدّه مصدراً من مصادر القانون، بل يجعله دليلاً على الحكم الشرعي، ويرجع إليه في تحديد المفاهيم، وتشخيص المصاديق.

ولكي نستطيع أن نبحث في هذا الموضوع بشيء من الدّقة، يجب بحث مدى حجّية العرف في الفقه الإسلامي، وحجيته ـ المعبر عنها في الفقه القانوني بالقوة الملزمة ـ عند علماء القانون، وهو كما يأتي:

المطلب الأوّل: حجّية العرف في فقه أهل السنّة

الفرع الأوّل: القوة الإلزامية في الفقه الإسلامي

إنّ فقهاء المسلمين لم يبحثوا القوّة الإلزامية في القواعد الشرعية في كتبهم الفقهية، كما فعل علماء القانون الوضعي، ولعل السبب في ذلك يعود إلى أنّ الإلزام في الشرع الإسلامي، يتعلق بالعقيدة بالنسبة إلى المسلمين، فلا يحتاج البحث عن القوة الالزامية في الفقه، فإنّ مصدر الإلزام في الإسلام هو الشعور الداخلي، والاقتناع المطلق الذي يؤدّي إلى الاتباع التلقائي مع ما عقد عليه قلبه وآمن به، يرافقه ويلازمه ضغط وجداني مبعثه الشعور بالمسؤولية تجاه ما التزم به. إنّ اساس الفرق بين الشريعة والقانون، هو أنّ الشريعة من عند الله، أمّا القوانين فمن وضع البشر، وتوضع بقدر ما يسد حاجاتهم الوقتية، وهناك نظريات تبحث في أساس الإلزام عند المسلمين، وهي «نظرية حق الطاعة»، و «نظرية الابتلاء»، و «نظرية الولاية»، و «نظرية الحقوق العامة»، و «نظرية المصلحة العامة».

---

١. العبيدي، **العرف بين الدليلية و التشخيص دراسة موضوعية مقارنة**، ص ١٠٥.
٢. المصدر نفسه، ص ١٤٧.

الفرع الثاني: حجّية العرف في القرآن الكريم

إنّ المذاهب الأربعة أخذوا باعتبار العرف، وأثبتوا له الحجّية، لكنهم اختلفو في عدّه أصلاً ومصدراً من مصادر التشريع، ففقهاء المالكية والحنفية، عدّوا العرف مصدراً مستقلاً إلى جانب القرآن والسنة النبوية، وإن لم يحظ بتأييد الشارع وإمضائه، أمّا فقهاء الحنابلة والشافعية، فعدّوه أيضاً اصلاً لكن يردّ إلى دليل آخر. وتأسيساً على أنّهم متفقون على حجيته، فقد استدلوا بالآية الكريمة «خُذِ ٱلعَفوَ وَأمُر بِالعُرفِ وَأَعرِض عَنِ ٱلجٰهِلِينَ»[1]، على حجّية العرف. وتعدّ هذه الآية من أشهر الأدلة على اعتبار العرف، ووجه الاستدلال بهذه الآية أنّ الله تعإلى أمر نبيه بالأمر بالعرف، أي إقض بكل ما عرفته النفوس مما لا يردّه الشرع، وإنّ المراد بالعرف هو عادات الناس وتقاليدهم وأعرافهم، فإنّ الآية تدل على اعتبار العرف ما لم تقم بيّنة على خلاف تلك الأعراف والتقاليد[2]، فكل ما شهدت به العادة قضي به لظاهر هذه الآية، إلّا أن يكون هناك بيّنه[3]. وطالما أمر الله عز وجل نبيه بالعرف، دل ذلك على اعتباره في الشرع، وإلّا لما كان للأمر به فائدة.

نذكر بعض أقوال علماء السنّة في الاستناد بهذه الآية على حجية العرف: ورد عن القرافي أنه استدل بذلك في مورد اختلاف الزوجين في متاع البيت، وترجيح القول لمن شهدت له العادة، فكلّ ما شهدت به العادة قضي به، استناداً لظاهر الآية الكريمة، ما لم تكن هناك بيّنة[4]. وذكر السيوطي: «أقضي بكل ما عرفته النفوس مما لا يردّه الشرع، وهذا أصل القاعدة الفقهية في اعتبار العرف، وتحتها مسائل كثيرة لا تحصى»[5]. وقال هو في «الأشباه والنظائر»: «إنّ اعتماد العادة والعرف في الشرع رجع إليه في الفقه مسائل لا تعد كثيرة»[6]،

١. الأعراف، الآية ١٩٩.
٢. نداد مصطفى، **حجية العرف عند الاصوليين وأثره في الفقه الإسلامي**، ص ٤١.
٣. القرافي، الفروق، ج ٣، ص ١٤٩.
٤. المصدر نفسه.
٥.. السيوطي، **الإكليل في استنباط التنزيل**، ص ١٣٢.
٦. السيوطي، **الاشباه والنظائر**، ص ٤٦.

وقال ابن حجر في «فتح الباري»، في تعليقه على الترجمة التي ذكرها البخاري، وقد جاء فيها: «ذكر البخاري "باب من اجرى أمر الأمصار على ما يتعارفونه بينهم في البيوع والإجارة والمكيل والموزون..." المقصود هو الاعتماد على العرف، وأنّه يقضى به على ظواهر الألفاظ ...»[1].

المعترضون قد أورد بعض الإشكالات على الاستدلال بهذه الآية الكريمة:

١. إنّ الآية مكّية، ولم يكن في ذلك الوقت، فروع عملية يحكم بالعرف فيها، وإنّما الآية وردت في الحثّ على مكارم الأخلاق[2].

٢. إنّ العرف في الآية يحتمل معاني متعددة، كما جاء في كتب التفسير، وهي: المعروف، وما عرف من الدين، وقول لا إله إلّا الله، ولا ينكر الناس من المحاسن التي اتفقت عليها الشرائع[3].

٣. لو كان المراد بالآية أعراف الناس وعاداتهم، لكان أمراً باعتبار عادات الجاهلية، وإنّ النبي صلّى الله عليه وآله جاء لتغييرها[4].

وبناءً على ذلك، فإنّ الآية المباركة لا تدل على حجّية العرف، إلّا إذا كان لفظ العرف الوارد فيها يفسر بالمعنى الاصطلاحي[5].

وهناك من رد على هذه الإشكالات:

١. كون الآية مكّية لا يمنع الاستدلال بها، حيث وردت في السورة نفسها، صفة النبي صلّى الله عليه وآله في بشارة التوراة والانجيل بأنّه: «يأمرهم بالمعروف وينهاهم عن المنكر»[6]، وورد الأمر بالمعروف في سورة مكّيةٍ أخرى، وهي سورة لقمان[7].

---

١. ابن حجر، **فتح الباري**، ج ٤، ص ٣٣٨.

٢. العبيدي، **العرف بين الدليلية والتشخيص دراسة موضوعية مقارنة**، ص ١١٨.

٣. الجهيمي، **حقيقة العرف وحجيته بين الاستقلال والتبعية**، مجلة لبحوث الأكاديمية، عدد ٤٢٣ ـ ٣٩٨، ص ٤١٥.

٤. العبيدي، **العرف بين الدليلية والتشخيص دراسة موضوعية مقارنة**، ص ١١٨.

٥. عادل بن عبد القادر قوته، **العرف حجيته وأثره في فقه المعاملات المالية عند الحنابلة**، ج ١، ص ١٨٣.

٦. الأعراف، الآية ١٥٧.

٧. عادل بن عبد القادر قوته، **العرف حجيته وأثره في فقه المعاملات المالية عند الحنابلة**، ج ١، ص ١٨٤.

٢. أمّا أنّ اعتبار العرف يؤدي إلى اعتبار عادات الجاهلية، فلا يرد أصلاً في ما قيل، لأنّ العرف مقيّد بضوابط وشروط، وأنّ لا يخالف النصوص الشرعية، وتالياً فلا ترد عوائد الجاهلية[١].

٣. تقدّم أنّ العرف في اللغة، يأتي بمعنى المعروف، وهو الأمر المألوف المستحسن كون النفوس تسكن إليه، ثم إنّ كلمة العرف الواردة في الآية الكريمة، مدخول عليها «ال» التي تفيد الاستغراق للعموم، وعلى هذا المعنى الجامع جاءت أقوال جملة من أئمة التفسير، حيث قال القرطبي: «العرف والمعروف كل خصلةٍ حميدةٍ ترتضيها العقول وتطمئن إليها النفوس»[٢].

الفرع الثالث: حجّية العرف في السنّة النبويّة

السنّة النبويّة هي كل ما صدر عن النبي من قول أو فعل أو تقرير، والسنّة هي الحجة الثانية بعد الكتاب الكريم، سواء كان النقل بالمعنى أم باللفظ، وقد اهتم المسلمون بتدوين ما عثروا عليه من السنّة وتحرّوا الدقة في نقله، والأدلّة على حجّية السنّة بأنّها مصدر تشريعي يجب اتباعها والتمسك بها، هي كثيرة نذكر بعضها: فقد ذكر الله عز وجل في قوله: «وما ينطق عن الهوى. إن هو إلّا وحي يوحى»[٣]. عبارة «ينطق» هي مطلقة تفيد العموم والشمول، فهو لا ينطق عن الهوى مطلقاً، بل ينطق عن طريق الوحي، ويدل ذلك على أنّ القرآن ليس من كلامه، بل هو كلام الله عز وجل أوحاه إليه. وقوله تعالى: «وأنزل الله عليك الكتاب والحكمة وعلّمك ما لم تكن تعلم وكان فضل الله عليك عظيماً»[٤].

العرف في السنتين القولية والتقريرية:

أوّلاً: السنّة القوليّة

استدلّ الفقهاء على حجّية العرف بالروايات، ومنها ما رواه أحمد بن حنبل عن عبد الله

١. المصدر نفسه.
٢. القرطبي، **تفسير القرطبي**، ج ٧، ص ٣٤٦.
٣. النجم، الآية ٣ و ٤.
٤. النساء، الآية ١١٣.

بن مسعود: «فما رأى المسلمون حسناً فهو عند الله حسن، وما رأوا سيئاً فهو عند الله سيئ»[1]. ووجه الاستدلال هو أنّ ما اعتاده المسلمون وعرفوه واستحسنته عقولهم، وتلقته نفوسهم بالقبول أنه حسن، وإذا كان كذلك فهو عند الله حسن، أي أنّه مقبول ومسلّم به شرعاً[2].

الرّد على هذا الحديث:

١. يُردّ على هذا الاستدلال بأنّه موقوفة على ابن مسعود، ولم يروها أحد عنه عن رسول الله صلّى الله عليه وآله، وربما كانت كلاماً له لا حديثاً عن النبي صلّى الله عليه وآله، ومع هذا الاحتمال لا تصلح للدليلية[3].

٢. على فرض ثبوته عن النبي صلّى الله عليه وآله، فإنّه لا يصلح للدلالة على المطلوب؛ حيث إنّ العرف لا علاقة له بعوالم الحُسن، لعدم ابتنائه عليها غالباً، وما أكثر الأعراف غير المعلّلة لدى الناس والمعلّل منها، فالذي يدرك العقل وجه حسنه نادر جداً، فهذا الحديث لا يزيد على كونه تأكيداً لحكم العقل، أو أنه من أدلة الإجماع أو أدلة الاستحسان[4].

٣. ورد في الحديث عبارة «المسلمون»، تضمنت الألف واللام التي تفيد العموم، فيكون المراد ما أجمع عليه المسلمون، وليس ما تعارف عليه الناس، لأنّه لم يقل ما رآه بعض المسلمين حسناً فهو حسن، وإنّما فيه ما رآه المسلمون، فهذا هو الإجماع الذي لا يجوز خلافه[5].

ثانياً: السنّة التقريرية

التقرير هو سكوت النبي صلّى الله عليه وآله عن فعل حدث أمامه، أو عن إنكار قولٍ قيل بين يديه، أو في عصره وعلم به، فسكوته إذاً يعني أنّه مقبول وممضي من الناحية الشرعية[6]، وإلّا لو لم يكن الفعل صحيحاً، ولم يكن مقبولاً لردع عنه، ولأوضح الموقف

١. ابن حنبل، **مسند أحمد بن حنبل**، ج ٢، ص ٨٤، رقم الحديث ٣٦٠٠؛ نداد مصطفى ودا، **حجّية العرف عند الأُصوليين وأثره في الفقه الإسلامي**، ص ٤٥.

٢. نداد مصطفى ودا، **حجّية العرف عند الأُصوليين وأثره في الفقه الإسلامي**، ص ٤٥.

٣. الحكيم، **الأصول العامة**، ص ٤١٠؛ السيوطي، **الأشباه والنظائر**، ص ٨٩.

٤. الحكيم، المصدر نفسه.

٥. نداد مصطفى ودا، **حجّية العرف عند الأُصوليين وأثره في الفقه الإسلامي**، ص ٤٦.

٦. عادل بن عبد القادر قوته، **العرف حجّيته وأثره في فقه المعاملات المالية عند الحنابلة**، ص ١٣٣

الشرعي الصحيح، إذاً سكوته يدل على إمضاء هذا الفعل، وأنّه فعل مشروع وصحيح. والدليل على السنة التقريرية أنّه، أوّلاً أنّ النبي والمعصومين عليهم السلام كسائر المسلمين مكلفين بالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، فلو حدث فعل أمامهم ولم ينهوا عنه، فهذا يدل على جواز ذلك الفعل[1]. وثانياً، أنّهم أصحاب المسؤولية في تبليغ الأحكام الشرعية وتوجيه الناس، فعندما سكتوا عن سلوك معين، فإنّه بظاهر الحال يعني أنّ هذا الأمر أو السلوك مرضي ومقبول عندهم[2].

بعد هذه المقدمة لبيان السنة التقريرية، هناك من ذهب إلى أنّها دليل على حجية العرف، فقالوا إنّها تدل على أنّ الأعراف التي كانت موجودة في زمن النبي الاكرم صلّى الله عليه وآله من هذا القبيل، وقد تعارف الناس، في عهد النبي صلّى الله عليه وآله على أمور تتعلق بشؤون الحياة، فلم يحرّمها أو ينهى عنها، وهذا يدلّ على جوازها. ومن الأمثلة على ذلك عقد «السلم»، فقد كان موجوداً عند العرف آنذاك في الجاهلية، وهو شراء شيء لم يوجد بثمن عاجل في الحال[3].

الرّد على هذا الدليل: إنّ النبي صلّى الله عليه وآله كان عالماً بملاكات الأحكام، وميّز الصالح من غيره، والصحيح عن الفاسد، فأعطى ما هو لصالح الأمّة، وألغى ما كان فاسداً ومفسداً[4]، فهذا دليل على الأعراف التي وقعت أمام النبي صلّى الله عليه وآله، ولكن لا يسوّغ الركون إليه لإثبات حجّية مطلق العرف.

المطلب الثاني: حجّية العرف في فقه الإمامية

إنّ مذهب أهل البيت عليهم السلام لم يعدّ العرف دليلاً وأصلاً إلى جانب الأدلّة والأُصول التي اعتُمد عليها في المذاهب الأربعة، وذلك لعدم وجود الدليل المعتبر عندهم عليه، سواء من الكتاب العزيز، أم من السنّه، فما تقدّم من الأدلّة على حجّيته واعتباره أصلاً

١. الحسني، **نظرية العرف بين الشريعة والقانون**، ص ٩٨.
٢. الرفاعي، **محاضرات في أصول الفقة**، ص ٢٩٦ وما بعدها.
٣. عوض صالح، **أثر العرف في التشريع الإسلامي**، ص ١٨٣ وما بعدها.
٤. العبيدي، **العرف بين الدليلية والتشخيص دراسة موضوعية مقارنة**، ص ١٥٤.

من أُصول التشريع من قبل المذاهب الأربعة، كان محل نقاش وردّ، ولم يثبت المطلوب وفق منهج فقه الإمامية. قد بيّنا ذلك بشيء من الإيجاز سابقاً، والآن سوف نتطرق إلى ذلك بشيء من التفصيل.

إنّ فقهاء المذاهب الأربعة لجأوا إلى العرف والعادة في التقنين والتشريع، في ما لم يكن له أصل في عصر الرسول، نتيجة قلّة المصادر عندهم[1]، ولذا فقد تمسّكوا في تصحيح عقد الاستصناع وعقد الفضولي، بالعرف، لكن هذا مردود حيث إنّ هذا الإمضاء قام على أحكام عرفية لا على أصل العرف، فالشارع المقدس قد أمضى الاستصناع أو عقد الفضولي مثلاً، وهما حكمان عرفيان، ولم يمض جميع ما لدى العرف من الأحكام، ولم يمض أصل العرف كدليل مستقل، كما يتوهم، لعدم الدليل على هذه التوسعة[2]. وكذلك فقد قال فقهاؤهم إنّ العادة محكمة، يعني أنّ العادة، عامة كانت أو خاصة، تجعل حَكَماً لإثبات حكم شرعي[3]، ولكن هذا مبني على الأصل المقرر عندهم من عدم النص وفقد الدليل الشرعي على حكم جملة من الحوادث، خلافاً لما ذهب إليه مذهب أهل البيت عليهم السلام من عدم خلّو واقعة من الدليل على حكمها، بالعموم أو بالخصوص، وعلى فرض خلّو واقعة من النص، فإنّ العادة لا تصلح لإثبات حكم شرعي[4].

وما ذكر من الأدلّة على حجية العرف، كلّه مخدوش كما ذكرناه في المطلب السابق، وعلى سبيل المثال، ما ذكروا في دلالة الآية المباركة «خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ»[5]، فهي غير دالّة على المطلوب، فإنّ المراد من العرف فيها هو ما يتعارف لدى عقلاء المجتمع من السنن والسير الجميلة الجارية بينهم، بخلاف ما ينكره المجتمع وينكره العقل الاجتماعي من الأعمال النادرة الشاذة[6]. الاستدلال بالآية مبني على أنّ المراد بالعرف

١. السبحاني، **أُصول الفقه المقارن فيما لا نص فيه**، ص ٣٢٩.
٢. الحكيم، **الأصول العامة للفقه المقارن**، ٤٢٣.
٣. علي حيدر، **درر الحكام شرح مجلة الأحكام**، ج ١، ص ٤٤.
٤. كاشف الغطاء، **تعليقات على تحرير المجلة**، ج ١، ص ١٥٤.
٥. الأعراف، الآية ١٩٩.
٦. الطباطبائي، **الميزان في تفسير القرآن**، ج ٨، ص ٣٨٠.

هو المتعارف بين الناس، كما هو المتبادر من هذا اللفظ في مصطلح اليوم، ولكن الظاهر أنّ المراد بالعرف في الآية، هو كل خصلة تعرف صوابها العقول وتطمئن إليها النفوس، ولا صلة له بالرسوم والأعراف القومية[1]، والمتأمل في ما ورد في الآية المباركة من الجمل الثلاث، يكشف بأنه سبحانه يأمر النبي بالأخذ بخصال ثلاث كلّها خير وصلاح، وهي:

١. العفو عن المجرم وقبول عذره والمداراة مع الناس،

٢. الدعوة إلى خصال الخير التي يعرفها العقل والشرع،

٣. الصبر والاستقامة أمام إيذاء الجاهلين،

وأين هذا من دلالة الآية على العادات السائدة بين الناس، سواء أكانت لها جذور في العقل والشرع أم لا؟ بناءً على هذا، فإنّ الاستدلال بها على اعتبار الحسن والقبح العقليين أظهر من الاستدلال على غيره[2]، لذا يستعمل المعروف في جميع موارد الخير والصلاح والفلاح والمستحسن والفريضة والجميل، فالمعروف له مفهوم كلّي ينطبق على كل مورد، ويختلف مفهومه باختلاف الموارد. إنّ المفهوم الوارد في القرآن الكريم للعرف والمعروف، يستعمل غالباً في ما له قيمة أخلاقية وإصلاحية من العمل المعهود والقول الحسن والمعرفة الفطرية والعقل وعدم الأُنس بالأمر القبيح، وهذه الأمور كلّها يمكن أن تكون هي المراد من هذه الاستعمالات في القرآن الكريم.

فتحصل مما ذكرنا: إنّ المذاهب الإسلامية، اتفقت على اعتبار العرف الموافق للشريعة الإسلامية، لكنها اختلفت في حجيته، فالحنفية والمالكية اعتبروا العرف مصدراً من مصادر التشريع الأصلية المستقلة، حيث من خلال العرف يمكن معرفة أحكام الشريعة؛ أمّا الشيعة والشافعية وبعض المتأخرين من الحنابلة، فقد اعتبروا العرف دليلاً تبعياً وبقيد ما كان موافقاً للتشريع الإسلامي. ومن جانب آخر، فهم ينظرون إلى العرف كظاهرة اجتماعية أصدرها الإنسان من خلال التكرار والشعور بإلزامها، وكون الأعراف قد تكون قبيحة، فكيف للتشريع الإسلامي أن يبيح العمل القبيح؟ أمّا ما يتعلق بإشكالية هل أنّ العرف من

١. الطبرسي، **مجمع البيان في تفسير القران**، ج ٢، ص ٢١٢.

٢. السبحاني، **أُصول الفقه المقارن فيما لا نص فيه**، ص ٣١٨.

المصادر الأصلية أو التبعية، حسب الاستقراء الذي بيناه من أدلّة القائلين بأنّ العرف مصدر مستقل، كانت هذه الأدلّة محل نقاش، ولم تثبت حجّية العرف بالمعنى الاصطلاحي.

المبحث الثالث: حجّية العرف عند علماء القانون

يبحث علماء القانون في العرف، عن القوة الملزمة له، من ناحية أنّ الإنسان هو المشرّع الوحيد، لا كما يبحث فقهاء الشريعة عن الدليل في اعتبار حجّية العرف، في التشريع الإسلامي الذي يكون المشرّع فيه هو الله عزّ وجلّ، وهذا فارق جوهري بين المنهجين. إنّ علماء القانون الوضعي، اتفقوا على أنّ العرف مع توافر أركانه الماديّة والمعنويّة في أمرٍ ما، يكون قاعدةً قانونيةً ملزمةً، ولا تجوز مخالفتها أو الخروج عليها، وإلّا تعرضوا للجزاء القانوني[1]؛ وذلك يعود إلى كون العرف قاعدة ملزمة، يبتني على مبانٍ ونظريات حقوقية نبحثها في ما تأتي:

المطلب الأوّل: الإرادة الضمنية للسلطة التشريعية

ترتكز نظرية الإرادة الضمنية للسلطة التشريعية على المذهب الشكلي[2] في تصوير

١. عجال هاجر، وبن سني خديجة، **الاعتبار بالعرف في مسائل الطلاق وآثاره بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري**، ص ٢٠.

٢. يقصد بالمذاهب الشكلية تلك المذاهب التي تعنى بالجانب الشكلي للقاعدة القانونية أي بالشكل الخارجي الذي أضفى على القانون قوة الإلزام في مواجهة أفراد المجتمع، فصدور القانون من سلطة عليا حاكمة تكفل تنفيذه بالقوة عند الاقتضاء هو الذي يفسر طبيعة هذه القاعدة و أصلها و يفسر إلتزام الفرد بطاعة أحكامها و ضوابطها حين يعيش في أمن قصد بالمذاهب الشكلية تلك المذاهب التي تعنى بالجانب الشكلي للقاعدة القانونية أي بالشكل الخارجي الذي أضفى على القانون قوة الالتزام في مواجهة أفراد المجتمع، فصدور القانون من سلطة عليا حاكمة تكفل تنفيذه بالقوة عند الاقتضاء هو الذي يفسر طبيعة هذه القاعدة و أصلها و يفسر إلتزام الفرد بطاعة أحكامها و ضوابطها حين يعيش في أمن و طمأنينة، إنّ الصفة الوضعية عند فقهاء المذاهب الشكلية و المتمثلة في سلطة تأمر و تنهى و تملك جبر الأفراد على طاعة قواعد القانون هي التي تنشأ قواعده، فالقانون في هذه الحالة هو مشيئة الدولة أو من له السلطة و السيادة في المجتمع فهو أمر أو نهي صادر من الحاكم إلى المحكومين، فالدولة هي من تضع و تنشىء القانون و تلزم الافراد باتباعه من طريق استعمال القوة عند الاقتضاء. فالقانون في هذه الحالة، ما هو إلا ←

القانون، ومفهوم هذا المذهب هو أنّ إرادة المشرّع هي المصدر الوحيد للقانون، فالقانون وليد إرادة السلطة في الدولة، والعرف هو تشريع ضمني صادر عن الإرادة الضمنية للمشرّع، وبعبارة أُخرى، فإذا لم يعترض المشرّع على العرف السائد، فهذا يعني أنّه راضٍ به، أي سكوت المشرّع عنه يفسر بالرضا الضمني به، وعندئذ يكون للعرف قوة تجعله مصدراً مستقلاً للقاعدة القانونية يضاف إلى القواعد الأُخرى[1]. هذه النظرية من أقدم النظريات في بيان طبيعة العرف، وقد أخذ بها فقهاء القانون الكنسي، لتثبيت قوّة الرئيس الأعلى للكنيسة، والنظم الملكية والاستبدادية.

مناقشة النظرية

١. من عيوب هذه النظرية أنّها تخلط بين العرف والتشريع، وأنّ هذا الخلط يؤدي إلى تشويه فكرتيهما معاً، ولا شك في أنّ العرف أسبق من التشريع، والعرف ينشأ تلقائياً بعيداً عن إرادة السلطة، ويتمتع بقوة ذاتية[2]، وبذلك يظهر عجز هذا الأساس عن تسويغ قوة العرف الملزمة، لا سيّما في المجتمعات البدائية التي لم تعرف المشرّع، ولم يكن موجوداً فيها أساساً. واعتماداً على هذه الحقيقة التاريخية، فالعرف لا يكون ملزماً بسبب إقرار الدولة له، وإنّما تقوم هي بتطبيقه لأنّه ملزم بذاته.

٢. إنّ العرف وجد منذ وجدت المجتمعات الإنسانية، ولما لم يكن لديها من يضع لها القوانين لتنظيم علاقاتها الاجتماعية، نظمت علاقاتها الاجتماعية على أساس الأعراف والعادات.

مجرد تعبير عن إرادة الدولة أو الحاكم تقر له الدولة جزاء توقعه على كل من يخالفه باعتباره عاملاً من عوامل المحافظة على النظام، فالقاعدة القانونية شيء ظاهر في المجتمع و يعتبر هذا المظهر الخارجي لها، و قد اتفق أغلب أنصار المذهب الشكلي على اعتبار القانون من إرادة الحاكم أو السلطان. ومن أهم المذاهب الشكلية مدرسة الفقيه الإنجليزي أوستن، و مدرسة الشرح على المتون، مدرسة هيجل و مدرسة كلسن.

١. الحمامي، **دور العرف في سد الفراغ التشريعي**، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، المجلّد ٩، العدد ٢، ص ٧٢٢.

٢. الخليفي، **أحكام العرف والعادة في نظام الإثبات**، دراسة مقارنة تطبيقية، ص ٧٠.

المطلب الثاني: أحكام القضاة

أساس هذه النظرية في أنّ العرف يستمد قوته الملزمة من قبل إقرار المحاكم له في قضائها، فإنّ الأعراف لا تنشأ تلقائياً من اعتياد الناس على اتباع سلوك معين، بل القضاء هو الذي يخلقها بما يضفيه من قوة الزامية عليها[1]، وإنّما تطبيق القضاء لهذا العرف عند الفصل في القضايا، هو الذي يضفي على القاعدة العرفية الإلزام[2]. وقد يعبر عن ذلك بأنّ القضاء هو الذي يحوّل العادة إلى عرف ملزم، عندما يقوم بتطبيقها والأخذ بها، ويرى بعض الباحثين أنّ العرف الملزم يخلق من استقرار القضاء على الحكم في مسائل معينة بأحكام معينة، ويضفي هذا الاستقرار على هذه الأحكام، صفة العرف الملزم[3].

مناقشة النظرية

١. هذه النظرية تخلط بين مصدرين هما: العرف والقضاء، القضاء وظيفته الأصلية تطبيق القانون لا خلقه، في حين أنّ القواعد التي يخلقها القضاء تبقى قواعد قانونيةً قضائيةً، وليست قواعد عرفية، فتكليف القضاء هو تطبيق القانون أيّاً كان مصدره، بما في ذلك القواعد العرفية، فهو لا يخلقها بل يطبقها كونها قواعد عرفية موجودة وملزمة[4].

٢. توجد الكثير من القواعد العرفية التي نشأت من دون تدخل السلطة القضائية بها، كالقواعد الأساسية للنظم الملكية، وقواعد العرف المهني، وغيرها[5].

٣. إنّ الأخذ بهذه النظرية يستلزم الدور[6]، بمعنى أنّ القضاء لا يطبق العرف حتى يكون

١. المصدر نفسه.

٢. عجال هاجر، وبن سني خديجة، **الاعتبار بالعرف في مسائل الطلاق وآثاره في الفقه الإسلامي وقانون الأُسرة الجزائري**، ص ٢٢؛ الباحسين، **قاعدة العادة محكمة**، ص ١٠٣.

٣. الحمامي، **دور العرف في سد الفراغ التشريعي**، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، المجلّد ٩، العدد ٢، ص ٧٢١.

٤. الخليفي، **أحكام العرف والعادة في نظام الإثبات**، دراسة مقارنة تطبيقية، ص ٧٠.

٥. المصدر نفسه.

٦. الدَوْر: هو توقّف وجود الشيء على ما يتوقف وجوده عليه، كتوقف (أ) على (ب)، وتوقف (ب) على (أ)، وهذا هو الدور الصريح.

قانوناً، والعرف لا يكون قانوناً حتى يطبقه القضاء، نعم لا ينكر أنّ التطبيق القضائي للعرف يؤدي إلى تحديد مضمونه، ويعطيه القوة الإلزامية.

المطلب الثالث: الضمير الاجتماعي

تتبنّى هذه النظرية المذهب التاريخي الذي يقوده الفقيه الألماني «سافيني» يرى هذا المذهب أنّ القانون ظاهرة اجتماعية متطوّرة تلقائياً، نتيجة ما يتفاعل في ضمير الجماعة من عوامل مختلفة، فالعرف يُعدّ الوسيلة المباشرة عن هذا الضمير الذي يخرج منه القانون، وعليه يعدّ العرف هو الشكل الأساسي الطبيعي للقانون[1]. تقوم هذه النظرية على أساس أنّ المصدر الأساسي للقانون هو الضمير الاجتماعي، أو ضمير الشعب، وأنّ العرف والتشريع يستمدان قوّتهما من المصدر الحقيقي للقانون، وهو ضمير الشعب، وفي سبيل الكشف عن القانون، فإنّ العرف يسمو على التشريع، لأنّه أقرب منه إلى روح الشعب، فهو ينشأ تلقائياً من عادات درج الناس عليها، وتسالموا على الاعتقاد في لزومها[2].

مناقشة هذه النظرية

١. إنّ فكرة الضمير الاجتماعي، أو ضمير الشعب، فكرة غامضة مبهمة، ما يجعل وجود هذا الضمير محلّاً للشك، حيث من الصعب أن يحدّد على أساسها القانون المطبق في الدولة[3].

٢. تقترب هذه النظرية من مذاهب أهل السنّة التي تعترف بالعرف، وتجعله أصلاً من أُصول التشريع ودليلاً تبنى عليه الأحكام الشرعية، فما استحسنه العرف يكون ملاكاً للحكم الشرعي. وقد بيّنا الرّد عليه، ومن جانب آخر هناك الكثير من الأعراف نجهل العلة منها، فالحُسن غير مشخّص.

١. الحمامي، **دور العرف في سد الفراغ التشريعي**، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، المجلّد ٩، العدد ٢، ص ٧١٩.

٢. الخليفي، **أحكام العرف والعادة في نظام الإثبات**، دراسة مقارنة تطبيقية، ص ٧٢.

٣. الحمامي، **دور العرف في سد الفراغ التشريعي**، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، المجلّد ٩، العدد ٢، ص ٧١٩.

المطلب الرابع: نظرية الضرورات الاجتماعية

مضمون هذه النظرية، أنّ العرف يستمد قوّته الإلزامية من الضرورات الاجتماعية التي تفرض وجوده وتحتّمه إلى جانب التشريع، فللعرف قوّة ذاتية، لأنّه الوسيلة الطبيعية التي تمارسها المجتمعات في تنظيم ما يصعب على التشريع تنظيمه[1]، وقد تبنى الكثير من فقهاء القانون هذا الأساس، أكّدوا أنّ العرف له قوّة ذاتية منشأها الضرورات الاجتماعية، فعندما لا يوجد قانون ينظم الحياة، كما كانت تعيش المجتمعات البدائية، أو إذا افتقد التشريع تنظيم حالة معينة كما هي المجتمعات الحديثة، فالعرف يحل محل القانون. إنّ أصحاب هذه النظرية يرون أنّ العرف هو الوسيلة الفطرية الطبيعية لكل جماعة في تنظيم سلوكها الاجتماعية، بل له دور أكثر من ذلك، وهو التصدي لتنظيم ما قد يستعصي على التشريع تنظيمه، لذا فهو يملك قوة ذاتية في سدّ الفراغ التشريعي، ولا ينكر أنّ هناك من الاعتبارات ما استمد العرف هذه القوة منها. إنّ استمرار الناس في اتباع تطبيق وسلوك معين، يجعله محل شعور بالاستقرار[2]. ونلاحظ أنّ الكثير من التشريعات الغربية تعتمد على العرف في حال فقدان النص التشريعي، وقد تأثّر المشرع المصري والعراقي بذلك[3]، بخلاف المشرع الإيراني الذي لم يعتمد على العرف عند فقدان النص، بل يلجأ إلى الشريعة الإسلامية[4].

مناقشة هذه النظرية

فقد ورد رداً على هذه النظرية بأنها تخلط بين علّة الإلزام ومصدره، فعلّة الإلزام في العرف ـ كغيره من القواعد القانونية ـ هي ضرورة تنظيم المجتمع، أمّا مصدر الإلزام فلا يكون إلّا من إرادة قادرة على توجيه الأمر إلى المخاطبين بالقاعدة، فمفاد ذلك أنّ ضرورة العرف هي التي تسوّغ جعله مصدراً رسمياً للقانون، وتعجز عن جعله ملزماً، بالإضافة

١. الخليفي، **أحكام العرف والعادة في نظام الإثبات**، دراسة مقارنة تطبيقية، ص ٧٢.

٢. الحمامي، **دور العرف في سد الفراغ التشريعي**، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، المجلّد ٩، العدد ٢، ص ٧٢٠.

٣. القانون المدني العراقي، المادة ١، الفقرة ٢؛ القانون المدني المصري، المادة ١، الفقرة ٢.

٤. الدستور الايراني، المادة ١٦٧.

إلى ذلك أنّ التعبير بالقوة الذاتية للعرف لا تفسر أساس الإلزام له، لكنها تعبر فقط عن استقلاله بوصفه مصدراً مستقلاً قائماً بذاته إلى جانب التشريع والقضاء[1].

تقييم النظريات

١. في صدد تقييم النظريات المتقدمة، بمعزل عن التشريع الإسلامي، تبيّن أنّ نظرية الضرورة الاجتماعية له، هي الأقرب إلى تفسير القوة الملزمة للعرف، لما احتوته من أسباب، حيث تضمنت أنّه لا يستمد قوّته من السلطة، لأنّه سابق على وجودها، ولا يستمد قوّته من ضمير الجماعة، لأنّها تجعل من ضمير الشعب المصدر الوحيد للقانون، وأنّها فكرة غامضة يصعب أن يتحدد على أساسها القانون المطبق في الدولة، ولا يستمد قوّته من أحكام القضاء، لوجود الكثير من القواعد العرفية التي لم يتدخل فيها القضاء[2].

٢. إنّ جميع النظريات السابقة، باستثناء نظرية الضرورة الاجتماعية، تتنافى مع أنّ للعرف ركنين أساسيين، الركن المادي والركن المعنوي، فالركن المعنوي هو الشعور بالإلزام، فإذا كان الإلزام راجعاً للسلطة التشريعية، أو للقضاء، أو ضمير الجماعة، فيكون عنصر الإلزام، خارجاً وليس ركناً في العرف، فكيف يقول بعد ذلك إنّ للعرف ركنين[3].

٣. وهناك رأي له مقبولية نوعاً ما، وهو أنّ العرف مجرد اعتياد مطرد ومستقر، وأنّ الإلزام أثر من آثاره.

١. الحمامي، **دور العرف في سد الفراغ التشريعي**، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، المجلّد ٩، العدد ٢، ص ٧٢٠.

٢. الخليفي، **الأحكام العرف والعادة في نظام الإثبات**، دراسة مقارنة تطبيقيّة، ص ٧٣.

٣. المصدر نفسه، ص ٧٣؛ حسنين محمود حسنين، **العرف والعادة بين التشريع الإسلامي والقانون الوضعي**، ص ١٠٥.

النتيجة

إنّ العرف له دور مهم جدّاً في استنباط الأحكام، وهو حجّة عند جميع المذاهب الإسلامية، لكن فقهاء هذه المذاهب اختلفوا في نطاق تطبيقه، هل هو مصدر مستقل يأتي دوره بعد فقدان النص في التشريع الإسلامي، كما هو رأي بعض المذاهب الإسلامية؟ أو لم يُعدّ مصدراً مستقلاً، بل له دوره في تبيين مفاهيم الأحكام الشرعية، أو تشخيص موضوعاتها أو مصاديقها، وهذا منهج فقه الإمامية؟

ثمّ إنّ بعض التشريعات الوضعية تعتمد على العرف بوصفه مصدراً مستقلاً في حال وجود نقص في التشريع، مثل المشرّع العراقي والمشرّع المصري، فيلجأ القاضي إلى العرف لمعالجة الفراغ التشريعي، في حين أنّ المشرّع الإيراني قد اختص اعتماده على العرف بالموارد التي أجازت الشريعة الإسلامية اللجوء إلى العرف فيها.

المصادر

* القرآن الكريم

١. ابن حجر العسقلاني، أحمد بن علي، **فتح الباري**، المكتبة السلفية، مصر، الطبعة الأولى، ١٣٨٠ هـ.

٢. ابن حنبل، أحمد، **مسند أحمد**، المحقّق: شعيب الأرناؤوط وآخرون، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الثانية، ١٩٩٩ م.

٣. ابن عابدين، محمد أمين أفندي، **مجموعة الرسائل**، دار سعادت، إسطنبول، الطبعة الأولى، ١٣٢٥ هـ.

٤. ابن عابدين، محمد أمين أفندي، **نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف**، مركز أنوار العلماء الدولي للدراسات، الطبعة الأولى، دون تاريخ.

٥. ابن عطية، أبو محمد عبد الحق بن غالب بن عبد الرحمن، **المحرّر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز**، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢٢ هـ.

٦. ابن فارس، أحمد، **معجم مقاييس اللغة**، مكتب الإعلام الإسلامي، قم، ١٤٠٤ هـ.

٧. ابن منظور، محمد بن مكرم، **لسان العرب**، دار صادر، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤١٤ هـ.

٨. ابن نجيم، زين العابدين، **الأشباه والنظائر**، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٩ هـ.

٩. أبو سنة، أحمد فهمي، **العرف والعادة في رأي الفقهاء**، مطبعة الأزهر، مصر، الطبعة الأولى، ١٩٤٧ م.

١٠. الباحسين، يعقوب بن عبد الوهاب، **قاعدة العادة محكمة**، مكتبة الرشد، الرياض، ٢٠١٢ م.

١١. البكري، عبد الباقي، والبشير، زهير، **المدخل لدراسة القانون**، بيت الحكمة، ١٩٨٩ م.

١٢. التسخيري، محمد علي، **حول الدستور الإسلامي الإيراني**، مجمع التقريب بين المذاهب الإسلامية، قم، الطبعة الأولى، ٢٠٠٣ م.

١٣. توفيق، فرج حسن، **المدخل للعلوم القانونية**، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٨ م.

١٤. الجرجاني، **التعريفات**، تحقيق: إبراهيم الأبياري، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٣ هـ.

١٥. جعفري لنكرودي، محمد جعفر، **مبسوط در ترمينولوجي حقوق (المبسوط في مصطلحات الحقوقية)**، كتابخانه كنج دانش، ١٣٧٨ هـ. ش.

١٦. الجهيمي، علي محمد، **حقيقة العرف وحجّيته بين الاستقلال والتبعيّة**، مجلة البحوث الأكاديمية، العدد ٤١٥ و ٤٢٣، ٢٠٢٠ م.

١٧. حاج ابن أمير، **التقرير والتحبير**، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق مصر، الطبعة الأولى، ١٣١٦ هـ.

١٨. الحراز المهدي، محمد، **العرف وأثره في الفقه الإسلامي**، كلّية الشريعة والقانون بأسيوط، المجلة العلميّة، ١٩٨٣ م.

١٩. الحسني، نذير، **نظرية العرف بين الشريعة والقانون**، جامعة المصطفى العالمية، قم، الطبعة الأولى، ٢٠٠٥ م.

٢٠. حسنين، محمود حسنين، **العرف والعادة بين التشريع الإسلامي والقانون الوضعي**، دار القلم للنشر والتوزيع، دبي، الطبعة الأولى، ١٩٨٨ م.

٢١. الحكيم، محمد تقي، **الأُصول العامة للفقه المقارن**، المجمع العالمي لأهل البيت عليهم السلام، قم، ١٩٩٧ م.

٢٢. الحلفي، كاظم حمادي يوسف، **العرف وأثره في استنباط الحكم القانوني**، مجلة كلّية القانون والعلوم السياسية، الجامعة العراقية كلية القانون و العلوم السياسية، المجلد ٢٠٢١، العدد ١١ (٣٠ سبتمبر/ أيلول ٢٠٢١).

٢٣. الحمامي، طارق عبد الرزاق شهيد، **دور العرف في سد الفراغ التشريعي**، مجلّة المحقّق الحلّي للعلوم القانونيّة والسياسيّة، المجلد ٩، العدد ٢، جامعة بابل، كلّية القانون، بغداد، ٢٠١٧ م.

٢٤. الحنبلي، ابن النجار، تقي الدين أبو البقاء محمد بن أحمد بن عبد العزيز، **شرح الكواكب المنير المسمّى بمختصر التحرير**، مكتبة العبيكان، الرياض، الطبعة الثانية، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م.

٢٥. خلف، عبد الكريم، **العرف والعادة في التشريع الإسلامي والفرق بينهما**، مجلة جامعة ذمار للدراسات والبحوث، العدد ٢، ٢٠٠٥ م.

٢٦. الخليفي، أنس بن ماجد بن محمد، **أحكام العرف والعادة في نظام الإثبات، دراسة مقارنة تطبيقية**، جامعة محمد بن سعود الإسلامية، المعهد العالي للقضاء والسياسة الشرعيّة، ١٤٤٣ هـ.

٢٧. الراغب الأصفهاني، أبو القاسم الحسين بن محمد، **مفردات ألفاظ القران**، دار القلم، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٢ هـ.

٢٨. الرفاعي، عبد الجبار، **محاضرات في أُصول الفقة**، دار الكتاب الإسلامي، قم، الطبعة الأولى، ١٤١٢ هـ.

٢٩. الزبيدي، محب الدين، **تاج العروس**، تحقيق: علي شيري، دار الفكر، بيروت، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٤ م.

٣٠. الزحيلي، محمد، **أُصول الفقه الإسلامي**، دار الفكر، بيروت، ٢٠١١ م.

٣١. السالم، محمد السامرائي، كامل، **القانون المدني العراقي**، مكتبة المثنى، ١٩٦٩ م.

٣٢. السباعي، هلال فوزي عامر، **العرف مرجع لتطبيق الأحكام**، مجلة كلّية الشريعة والقانون بتفهنا الأشرف، دقهلية، العدد ٢٦، ٢٠٢٣ م.

٣٣. السبحاني، جعفر، **أُصول الفقه المقارن فيما لا نص فيه**، مؤسسة الإمام الصادق عليه السلام، قم، ١٤٢٥ هـ.

٣٤. ــــــــــــــ ، **مصادر الفقه الإسلامي ومنابعه**، مؤسسة الإمام الصادق عليه السلام، قم، ١٤٢٧ هـ.

٣٥. السرخسي، شمس الدين، **المبسوط**، دار المعرفة، بيروت، ٢٠٠٧ م.

٣٦. سمير تناغو، عبد السيد، **النظرية العامة للقانون**، منشأة المعارف، ١٩٧٤ م.

٣٧. السنهوري، عبد الرزاق، وأبو ستيت، أحمد حشمت، **أُصول القانون**، لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة، ١٩٥٠ م.

٣٨. السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر، **الأشباه والنظائر**، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٨٣ م.

٣٩. ـــــــــــــــــــــــــــ ، **الإكليل في استنباط التنزيل**، دار الكتب العلمية، بيروت،١٤٠١ هـ - ١٩٨١ م.

٤٠. الشرتوني الخوري، سعيد، **أقرب الموارد في فصح العربية والشوارد**، مطبعة مرسلي اليسوعية، بيروت، ١٨٨٩ م.

٤١. الشلبي، محمد مصطفى، **المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي**، دار النهضة العربية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٨٥ م.

٤٢. الطباطبائي، السيد محمد حسين، **الميزان في تفسير القرآن**، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٧ هـ.

٤٣. الطبرسي، الفضل ابن الحسن، **مجمع البيان في تفسير القرآن**، تحقيق: لجنة من العلماء الاخصائيين، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٥ هـ.

٤٤. عبد الباقي، محمد فؤاد، **المعجم المفهرس لألفاظ القرآن**، دار الكتب المصرية، القاهرة، ١٣٦٤ هـ.

٤٥. العبيدي، فالح عبد الرزاق، **العرف بين الدليلية والتشخيص دراسة موضوعية مقارنة**، دار زين العابدين، دون تاريخ.

٤٦. عجال هاجر، وبن سني، خديجة، **الاعتبار بالعرف في مسائل الطلاق وآثاره بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري**، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، كلّية الحقوق والعلوم السياسية، ٢٠١٩ م.

٤٧. علي حيدر، خواجه أمين أفندي، **درر الحكام**، شرح مجلة الأحكام، دار عالم الكتب، الرياض، الطبعة الأولى ١٩٩١ م.

٤٨. علي دوست، أبوالقاسم، **الفقه والعرف**، معهد البحوث للثقافة والفكر الإسلامي، قم، الطبعة العاشرة، ١٤٠٢ هـ. ش.

٤٩. عمر عبد الله، **العرف في الفقه الإسلامي**، مجلة الحقوق، كلّية الحقوق بجامعة الاسكندرية، العدد ٢, ١، ١٩٥١ م.

٥٠. العنزي، سعد، **العرف والعادة في الشريعة والقانون**، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد ٢٣، ١٩٩٩ م.

٥١. عوض، السيد صالح، **اثر العرف في التشريع الإسلامي**، دار الكتاب الجامعي، القاهرة، ١٩٨١ م.

٥٢. الفيروز آبادي، محمد بن يعقوب، **القاموس المحيط**، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة الثامنة، ١٤٢٦ هـ.

٥٣. القانون المدني المصري.

٥٤. القرافي، أحمد بن ادريس، **الفروق**، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٨ هـ.

٥٥. القرطبي، أبو عبد الله، محمد بن أحمد الأنصاري، **الجامع لأحكام القرآن**، دار الكتب المصرية، القاهرة، الطبعة الثانية، ١٣٨٤ هـ.

٥٦. قوته، عادل عبد القادر، **العرف حجّيته وأثره في فقه المعاملات المالية عند الحنابلة**، المكتبة المكّية، مكّة المكرّمة الطبعة الأُولى، ١٤١٨ هـ.

٥٧. كاشف الغطاء، علي، **مصادر الحكم الشرعي والقانون المدني**، مطبعة الآداب، نجف الأشرف، الطبعة الأولى، ١٤٠٨ هـ.

٥٨. كاشف الغطاء، محمد حسين، **تحرير المجلة**، مؤسسة الإمام الصادق عليه السلام، قم، دون تاريخ.

٥٩. كيرة، حسن، **المدخل للقانون**، مؤسسة المعارف للطباعة والنشر، الإسكندرية، الطبعة الخامسة، ١٩٧٣ م.

٦٠. مجموعة الأعمال التحضرية، **للقانون المدني المصري**، مطبعة دار الكتاب العربي، مصر، دون تاريخ.

٦١. منصور، محمد حسين، **المدخل إلى القانون، القاعدة القانونية**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى ٢٠١٠ م.

٦٢. منصور، مصطفى منصور، **دروس في المدخل لدراسة العلوم القانونية**، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٢ م.

٦٣. المنصوري، خليل رضا، **نظرية العرف ودورها فى عملية الاستنباط**، مركز النشر لمكتب الاعلام الإسلامي، قم، ١٤١٣ هـ.

٦٤. نداد مصطفى ودا، حجّية **العرف عند الأُصوليين وأثره في الفقه الإسلامي**، دراسة أُصولية، جامعة الأزهر كلّية الشريعة والقانون بالقاهرة، قسم الشريعة الإسلامية، ٢٠١٧ م.

٦٥. الورقي، سعود بن عبد الله، **العرف وتطبيقاته المعاصرة**، دون دار، دون تاريخ.