ثانياً: العرف:

وهو في اصطلاح أهل الشرع مايتكرر إستعماله من فعل أو قول حتى يكتسب صفة الاستقرار في النفوس والتقبل في العقول والرعاية في التصرفات الشرعية والقانونية [١].

عناصر العرف (مادي ومعنوي).

أ- العنصر المادي: هوالفعل أو القول المتكرر إستعماله.

ب- العنصر المعنوي (النفسي): وهو صفة التقبل والاحترام والالتزام وهذان العنصران من الأركان أما شروط العمل فهي الآتية:-

١-أن يكون صحيحاً، أي لا يُخالف دليلاً من الأدلة الشرعية ولا قاعدة من قواعدها الأساسية.

٢- أن يكون مطرداً فان كان مضطربا بان يطبق في بعض الحالات ويترك في حالات أخرى لايصلح أن يكون مصدراً كاشفاً للحكم.

٣- أن يكون سابقا وجوده على الواقعة التي يطبق فيها ويبنى عليه حكمها.

٤- أن يكون عاماً في الأحكام العامة وخاصاً في الأحكام الخاصة.

٥- أن لا يتفق طرفا العلاقة على العمل بخلاف مقتضى العرف السائد وإلا فيُقدم العمل بالإتفاق على العمل بالعرف.

انواع العرف:

ينقسم العرف الى أنواع متعددة بحيثيات مختلفة منها:-

أ) من حيث النطاق عام وخاص:

١- العرف العام: الذي لايخص إقليما دون آخر كالاعراف الدولية المعمول بها في جميع الدول، مثل عدم تدخل كل دولة في شؤون دولة أخرى باعتباره مساساً بسياستها.

---

[١] وهذا التعريف من مقترحنا في مؤلفنا أصول الفقه في نسيجه الجديد.

٢- العرف الخاص: وهو مايخص إقليما معينا أو أقاليم محددة كالألبسة الكُردية والعربية وتقديم بعض المهر وتأجيل بعضه.

ب) من حيث النفع والضرر صحيح وفاسد:-

١- العرف الصحيح: هو الذي لايكون مخالفا للنظام العام والآداب العامة كبيع السلع بالأقساط وضمان الشركات لسلامة البضاعة أو السلعة المبيعة مدة معينة.

٢- العرف الفاسد: هو الذي يكون مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة مثل كشف النساء في هذا العصر لعوراتهن وتبرجهن تبرج الجاهلية الاولى.

جـ) ومن حيث الطبيعة لفظي وعملي:

١- العرف اللفظي: كعرف العرب في إطلاق الولد على الذكر.

٢- العرف العملي:- كتقديم بعض المهر وتأجيل بعضه.

حجية العرف:

العرف الصحيح حجة، للأدلة الآتية:

١- القرآن الكريم: نص القرآن الكريم على تعبير العرف أو المعروف في آيات كثيرة، منها قوله تعالى في بيان الحقوق والالتزامات الزوجية بمقتضى العرف السائد: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ[1]﴾.

أي يجب على كل من الزوجين الوفاء بالتزاماته الزوجية وأداء حقوقه تجاه الآخر في ضوء العرف الصحيح السائد في بلدهما

٢- السنة النبوية: قال الرسول (ﷺ) (مارآه المؤمنون حسنا فهو عند الله حسن، وما رآه المؤمنون قبيحا فهو عند الله قبيح).

٣- الاجماع: أجمع الفقهاء والعقلاء على أن العرف الصحيح السائد تجب مراعاته في التصرفات وفي الحقوق والالتزامات.

---

[1] سورة البقرة /٢٢٨.

٤- العقل السليم يقضي بضرورة رعاية الاعراف الصحيحة دوليا وداخليا وأن مخالفتها تعرض المخالف للنقد واللوم والاتصاف بالاهمال والتقصير.

ثالثاً: السوابق القضائية لفقهاء الصحابة :

لأنهم نشأوا في مدرسة الرسول، ووعوا حِكَمَ أحكام القرآن وأسبابَ نزول آياته، إضافة إلى الفهم الصحيح لمل ماهو فيه نفع الفرد أو المجتمع أو كليهما وحرمة كل مافيه ضرر الفرد أو المجتمع أو كليهما.

وفي ضوء هذا الفهم الصحيح أفتوا وقضوا ثم أصبح ذلك مصدرا خصبا لفقه الفقهاء الذين أتوا بعدهم.

ومن تطبيقاته:- قضاء عمر بن الخطابﷺ في خلافته بايقاف عقوبة السارق إذا دفعته الحاجة الى إرتكاب السرقة. وقضاء عثمان بن عفانﷺ في خلافته بميراث زوجة يطلقها زوجها في مرض موته، لأنه يُتهم بأن الطلاق كان بقصد سيء وهو حرمان الزوجة من الميراث.

وكقضاء الصحابي الجليل عبدالله بن مسعود بأن من مات عن زوجة لم يدخل بها ولم يحدد لها مهراً:- لها الميراث منه ولها مهر مثلها من تركته وقد أجمع جميع فقهاء الشريعة الذين أتوا من بعدهم على أن هذه السوابق القضائية وغيرها حجة يجب على القاضي والمفتي أن يعمل بمقتضاها.

رابعاً: شرع من قبلنا:

اي الشرائع الإلهية التي نزلت على الرسل قبل رسالة محمد كشريعتي موسى وعيسى عليهما السلام ما لم تكن مُحرّفةً.

ومن المؤسف أن نرى أن علماء أصول الفقه خصصوا في مؤلفاتهم مساحات واسعة لخلافاتهم وأدلتهم حول حجية تلك الشرائع بالنسبة للمسلمين.

وفي رأينا المتواضع أن الخلاف في هذا المصدر الكاشف ضياع للعمر والوقت والحبر والورق، لأن المسألة واضحة وضوح الشمس في نصف النهار، بعد أن بيّن لنا القرآن أن شريعة كل رسولٍ سابقٍ خاصةٌ بأمته، وأنّ الدين مشترك بين جميع الأسر البشرية

حيث قال سبحانه وتعالى في التمييز بينهما:

أ- ﴿.. لِكُلّ جَعَلْنَا مِنكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجاً[١]...﴾.

ب- وقال في عمومية الدين وهو الايمان بالله ومايتفرع عنه من المغيبات وإشتراك جميع الناس فيه في كل زمان ومكان ووجوب العمل بمقتضاه: ﴿شَرَعَ لَكُم مِّنَ الدِّينِ مَا وَصَّى بِهِ نُوحاً وَالَّذِي أَوْحَيْنَا إِلَيْكَ وَمَا وَصَّيْنَا بِهِ إِبْرَاهِيمَ وَمُوسَى وَعِيسَى أَنْ أَقِيمُوا الدِّينَ وَلَا تَتَفَرَّقُوا فِيهِ...[٢]﴾.

وقال ﴿قُلْ يَا أَهْلَ الْكِتَابِ تَعَالَوْاْ إِلَى كَلَمَةٍ سَوَاء بَيْنَنَا وَبَيْنَكُمْ أَلاَّ نَعْبُدَ إِلاَّ اللّهَ وَلاَ نُشْرِكَ بِهِ شَيْئاً وَلاَ يَتَّخِذَ بَعْضُنَا بَعْضاً أَرْبَاباً مِّن دُونِ اللّهِ فَإِن تَوَلَّوْاْ فَقُولُواْ اشْهَدُواْ بِأَنَّا مُسْلِمُونَ[٣]﴾.

وبعد هذا الايضاح من القرآن الكريم في التمييز بين الشريعة التي هي خاصة بامة كل رسول وبين الدين الذي هو مشترك بين جميع الناس مادامت الحياة باقية على كوكب الأرض، فلا مبرر لتلك الخلافات في كتب أصول الفقه رغم عدم وصولهم الى دليل مقنع. وحكمة هذا التمييز هو أن الشريعة تنظم الحياة الدنيوية وأن الدين ينظم الحياة الأخروية. وكل ماذكر في القرآن الكريم بالنسبة للدين من الشرائع السابقة فهو شرع لنا بلا خلاف.

---

[١] سورة المائدة /٤٨

[٢] سورة الشورى/١٣

[٣] سورة ال عمران /٦٤

المبحث الثاني

المصادر الكاشفة العقلية

أهم المصادر الكاشفة العقلية التي مصدر إدراكها عقل الإنسان: القياس، والاستحسان، والمصلحة، وسد الذرائع، والمصالح.

اولاً: القياس:

التعريف الحقيقي للقياس في رأينا المتواضع هو إرجاع المستحدثات الجزئية الى كليات القرآن والسنة النبوية المعقولة المعاني (أي التي يدرك العقل عللها وغاياتها وحكمها).

أما الكليات التعبدية فلا يجوز فيها القياس وعلى سبيل المثل تخصيص شهر رمضانَ المبارك بالصيام حكم تعبدي فلايجوز نقل هذا الصيام الى شهر آخر عن طريق القياس.

ولكن يجوز قياس حرمة إحراق مال اليتيم على أكله بجامع الضرر في التحريم، لإدراك عقل الإنسان لحكمة هذا التحريم، وهي حماية حقوق اليتيم التي لا يتمكن أن يدافع عنها بنفسه، كما جاء في قوله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْماً إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَاراً وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيراً [1]﴾

وعرّفه علماء أصول الفقه بانه إلحاق واقعة لم يرد بشأنها نص بواقعة أخرى منصوص عليها بنص خاص في الحكم لمشاركتهما في علة هذا الحكم.كقياس الموصى له القاتل للموصي، والموهوب له القاتل للواهب على الوارث القاتل لمورّثه في حرمان الأول من الوصية والثاني من الهبة والثالث من الميراث لعلة مشتركة وهي (من إستعجل الشيء قبل أونه عوقب بحرمانه) وبنوا على هذا التعريف قولهم بأن:

---

[1] سورة النساء/١٠.

أركان القياس الشرعي أربعة وهي:

١- المقيس عليه: كالوارث القاتل لمورثه.

٢- المقيس: كالموصى له القاتل للموصي والموهوب له القاتل للواهب.

٣- العلة المشتركة: وهي الاستعجال في الحصول على مال قبل حلول وقته.

٤- الحكم: وهو الحرمان الثابت في المقيس عليه بنص خاص ونقله إلى المقيس عن طريق القياس.

وقد خصص علماء أصول الفقه في مؤلفاتهم والباحثون في بحوثهم مساحات واسعة لاستعراض الأدلة على حجية القياس من القائلين بها كالجمهور، وعدم حجيته من الرافضين لهذه الحجية كالشيعة الإمامية والظاهرية.

وقد خصص أكبر فقيه تقدمي وهو ابن قيم الجوزية (رحمه الله) زهاء ٣٠٠ صحيفة من كتابه (إعلام الموقعين) لاستعراض تلك الأدلة وهذه الجهود من العلماء والفقهاء مع تقدير مكانتهم العلمية تعد من ضياع العمر والوقت اللذين لا يعوضان أبداً وكل ذلك كان مبنياً على أساس خلطهم بين كون القياس حجة كاشفة لحكم الله وبين كونه حجة منشئة.

لأننا إذا إعتبرناه حجة كاشفة فلامبرر للخلاف في هذه الحجية اما اذا اعتبرناه حجة منشئة للحكم فان من البديهات أن الأحكام الشرعية مصدرها هو الله كما قال تعالى: ﴿..إِنِ الْحُكْمُ إِلاَّ لِلّهِ[1]..﴾.

أنواع القياس:

ينقسم القياس من حيث قوة وضعف العلة المشتركة الى القياس الأولى، والقياس المساوي، والقياس الأدنى:-

١- القياس الأولى: هو أن تكون درجة العلة المشتركة في المقيس أقوى منها في المقيس عليه كقياس ضرب الوالدين على التأفيف في التحريم الثابت بقوله تعالى: ﴿فَلاَ تَقُل لَّهُمَا أُفّ وَلاَ تَنْهَرْهُمَا وَقُل لَّهُمَا قَوْلاً كَرِيماً[1]﴾.

---

[1] سورة يوسف/ ٤٠

والعلة المشتركة بين المقيس والمقيس عليه هي إيذاء قلوب الوالدين إيذاءً ماديا أو معنويا. ومن الواضح أن الايذاء في الضرب أقوى شدة منه في التأفيف والضجر.

٢- القياس المساوي: وهو أن تكون العلة المشتركة متساوية كقياس إحراق مال اليتيم على أكله في التحريم بجامع الضرر ومن الواضح أن الضرر في كلتا الحالتين متساو في الحجم والمقدار.

٣- القياس الأدنى: وهو أن تكون العلة في المقيس أدنى قوة من المقيس عليه كقياس أبى حنيفة (رحمه الله) جواز زواج البنت البالغة العاقلة الرشيدة بدون اذن وليها قياسا على صحة تصرفها في مالها الخاص كبيع سيارتها الخاصة مثلا بدون إذن وليها.

ومن الواضح أن موضوع الزواج يختلف عن موضوع التصرف في المال الخاص لان الاول يتعلق بسمعة أسرة البنت بقرينة أن الإمام أبا حنيفة (رحمه الله) نفسه قال (وتنسب اليها الوقاحة) ثم إن للولي حق التربية عليها ونحو ذلك.

ثانياً: الاستحسان:

وهو أستثناء بعض الجزئيات من قاعدتها الكلية رعاية لمصلحة أو ضرورة أو عرف صحيح.

ومن تطبيقاته:-

١- أن القاعدة العامة في قانون الخدمة المدنية أو العسكرية أن الموظف الحكومي أو المكلف بخدمة عامة لايستحق المرتب التقاعدي إلا ان يكون له خدمة فعلية لاتقل عن خمس عشرة سنة مثلا.

ويستثنى من هذه القاعدة رعاية للمصلحة من إستشهد أثناء أداء واجبه من جرائه وهو يعمل لمصلحة عامة كالجيش الشعبي في النظام السابق في العراق وبيشمه ركه في كوردستان العراق.

---

(١) سورة الاسراء/٢٣.

ب- القاعدة العامة في أهلية الزواج إكمال الثامنة عشرة من العمر، لكن جاز شرعاً وقانوناً على أساس الاستحسان والاستثناء من القاعدة العامة، زواج من أكمل الخامسة عشرة، بالنسبة لبنت تتوافر فيها القابلية البدنية، بإذن وليها والقاضي، كما في حالة تركها الدراسة وعدم وجود معيل متمكن يُنفق عليها.

ثالثاً: المصلحة:

وهي المنفعة المستجلبة والمفسدة المستدرأة، سواء أكانت عامة أم خاصة مادية أم معنوية، دنيوية أم أخروية.

وهذا المصدر العقلي يعد من أهم طرق إكتشاف أحكام الله وتتغير الأحكام المبنية عليها حسب تغيّرها في كل زمان ومكان.

وأهمية المصلحة المشروعة تتجلى في أن القرآن الكريم حصر أهداف الرسالة المحمدية في تحقيق مصالح الناس المشروعة، عامة كانت أم خاصة في قوله تعالى: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ[1]﴾ والرحمة في هذه الأية هي المصلحة البشرية لأن الله تعالى غني مطلق عن طاعة الإنسان، فلو إستغرق وقته في العبادة والطاعة لمازاد مثقال ذرة من عظمته، وكذا لو أفنى الإنسان عمره كله في الضلال والزندقة والالحاد، لما نقصت ذرة من عظمته، فكل أمر من الله إنما هو لنفع المأمور به وكل نهي عن شيء ليس الالاستبعاد الضرر عنه.

أقسام المصلحة:

قسّم علماء الإسلام المصلحة بحيثيات مختلفة إلى أقسام متعددة كما يلي:

ا- من حيث الاعتبار وعدمه، قُسّمت المصلحة الى المعتبرة وغير المعتبرة والمرسلة.

١- المصلحة المعتبرة: هي التي نص الشارع على إعتبارها ورعايتها في الأحكام كمصلحة حماية الارواح في إيجاب القصاص على الجاني في قوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ[2]﴾.

---

[1] سورة الانبياء/١٠٧

[2] سورة البقرة/١٧٩.