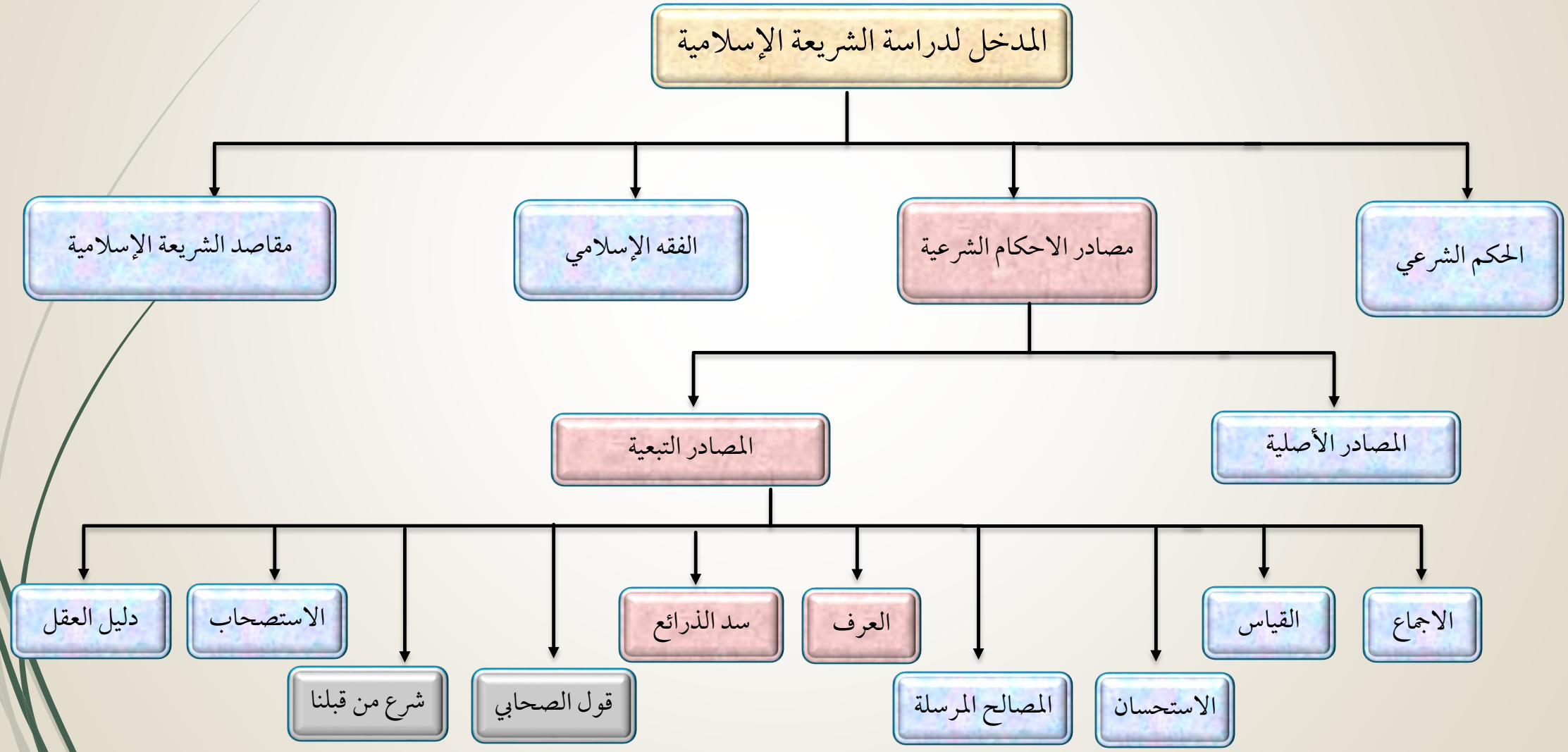
المحاضرة رقم (٩)

المصادر التبعية (العرف + سد الذرائع)



❑ خامساً: العرف

❖ تعريف العرف:

العرف والعاده لفظان مترادفان عند علماء الاصول، وتعريفه:

هو ما اعتاده الناس وساروا عليه في معاملاتهم من قول او فعل والتزموا به

❖ أنواع العرف:

ينقسم العرف بعده اعتبارات
- من حيث مظهره
- من حيث شموله
- من حيث مشروعيته

➢ القسم الاول: من حيث مظهره: ينقسم الى نوعين :عرف قولي وعرف عملي

✓ فالعرف القولي: هو ما تعارف الناس على اطلاق لفظ ما للدلاله على معنى معين كتعارفهم على اطلاق لفظ الولد على الذكر دون الانثى مع انه يعنيهما معا في اللغه، قال تعالى ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ﴾

✓ والعرف العملي: هو ما تعارف الناس على نهج معين في معاملاتهم من تعارفهم على بيع التعاطي وتقسيم المهر الى مقدم ومؤخر.

➢ القسم الثاني: من حيث شموله: ينقسم الى عرف عام وعرف خاص

✓ فالعرف العام: هو ما يعرفه الناس بمختلف فئاتهم في جميع ارجاء البلاد وفي زمن من الازمنه كتعارفهم على عقد الاستصناع.

✓ والعرف الخاص: هو ما تعارف عليه اهل بلد دون غيره او يعم اصحاب المهن او الحرف دون غيرها كتعارف التجار على اثبات ديونهم على من يتعامل معهم بمقتضى دفاترهم من غير حاجه الى اشهاد

- القسم الثالث: من حيث مشروعيته: فيقسم الى عرف صحيح وعرف فاسد
  - ✓ فالعرف الصحيح: هو ما لا يعارض دليلا شرعيا فلا يبطل واجبا ولا يحل حراما ولا يحرم حلالا كتعارف الناس على بيع سلعه ما كيلا او وزنا او عددا
  - ✓ اما العرف الفاسد هو ما يتعارض مع الاحكام الشرعيه وقواعدها الثابته فيبطل حكما شرعيا او يعارض دليلا من ادلتها كتعارف الناس على التعامل بالربا وتعاطى القمار

❖ شروط العمل بالعرف:

لكي يكون العرف مصدرا من مصادر التشريع لابد وان يتوفر فيه عده شروط

١- ان يكون العرف غالبا مطردا

اي تكرار العمل به بصوره منتظمه غير متقطعه، فاذا كان غير ذلك فانه لا يعتبر دليلا لتعارض العمل مع الترك.

٢- ان يكون العرف الذي تحمل عليه الصيغ والنصوص والتصرفات موجودا وقت ورودها

اما اذا كان وجوده لاحقا لنشوء التصرف فلا عبره به، مثال ذلك لو وقف مزرعه على العلماء سنه الف وكان المتعارف من هذا اللفظ علماء الدين ثم تعارف حاليا فيشمل العلماء في الطب والقانون واريد توزيع الريع الان فسر كتاب الوقف بالعرف الموجود وقت انشاء الوقف لا بالعرف الحادث

٣- ان لا يكون هناك اتفاق على استبعاد العرف

فاذا قام اتفاق على استبعاد ما يتعارف عليه الناس في بعض المعاملات فالعبره بالاتفاق لا بالعرف

٤- ان لا يخالف العرف نصا

فكل عرف ورد النص بخلافه فهو غير معتبر .

والمخالفه القادحه في العرف هو ما اذا كان في العمل به ابطال للنص من كل وجه وبالكليه، اما اذا لم يكن كذلك بان كان النص عاما وقام العرف بالمخالفه في بعض افراده فانه يعمل بهما معا ويكون العرف مخصصا للنص العام

مثال ذلك : ورد النهي عن بيع الانسان ما ليس عنده، وهذا ينطبق على الاستصناع فيعمل بمقتضى النص في غير الاستصناع ويعمل بالعرف في الاستصناع.

❖ حجية العرف:

يعتبر العرف الصحيح ⟵ حجه ودليل تبنى عليه الاحكام، وحجيته تقوم على سند من الكتاب والسنه والمصلحه

- فقد راعى سبحانه في كتابه المبين كثيرا من الاعراف النافعه التي لا تتعارض مع الاحكام والعقول السليمه والمبادئ الشرعيه العامه ففرض الديه على العاقله في القتل الخطا واشترط الكفاءه في عقد الزواج
- اما من السنه فقد اقر الرسول صلى الله عليه وسلم بالاعراف الصحيحه بقوله صلى الله عليه وسلم ((ما راه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن))
- ومن يتتبع الكتب القواعد الفقهيه يجد كثيرا من الشواهد على مراعاه عرف الناس وعاداتهم حتى اصبح من القواعد المقرره منها

✓ العاده محكمه
✓ المعروف عرفا كالمشروط شرطا
✓ والثابت بالعرف كالثابت بالنص

❖ والسؤال هنا هل يكون العرف دليل المستقلا تبنى عليه الاحكام ام انه للتأسي:

بعض الفقهاء يرون انه ليس دليل مستقل وانما يرجع الى القاعده العامه المشقه تجلب التيسير والبعض الاخر اعتبره من باب المصالح المرسله لكن جمهور الفقهاء يرون ان الاعراف العمليه ترجع حجتها الى الاجماع السكوتي كبيع التعاطي والاستصناع.

❑ سادساً : سد الذرائع

❖ تعريف سد الذرائع:

- الذرائع هي ← الوسائل
- والذريعه هي ← الوسيله والطريق الى الشيء سواء كان هذا الشيء مفسده او مصلحه، لكن غلب اطلاق اسم الذرائع على الوسائل المفضية الى المفاسد، لذا يقال ← هذا باب سد الذرائع ؛ اي باب منع الوسائل المؤديه الى المفاسد

الافعال المؤديه الى المفاسد ←
- اما ان تكون بذاتها فاسده محرمه كشرب المسكر والفاحشه وهذه ← لا خلاف بين العلماء في منع هذه الافعال وهي لا تدخل في دائره سد الذرائع لانها محرمه في ذاتها
- واما ان تكون في ذاتها مباحا لكنها تؤدي الى مفاسد، وهذه تكون على ثلاثه انواع:

❑ النوع الاول: قد تكون افضاؤها الى المفسده نادرا او قليلا (المصلحة مرجحة على المفسدة) وهذه لا تمنع هذه الافعال بحجه ما يترتب عليها من مفاسد وهذا لا خلاف فيه بين العلماء كزراعه العنب.

❑ النوع الثاني: مايكون افضاؤها الى المفسده كثيرا وتكون المفسده هنا ارجح من المصلحه كبيع السلاح اوقات الحرب او بيع العنب لمن عرف عنه انه يتخذه خمرا وهذه حكمها وجوب ومنعها بلا خلاف بين الفقهاء

❑ النوع الثالث: ما كانت الافعال المؤديه الى المفاسد مترده بين المصلحه والمفسده ؛ بعض الفقهاء وسعوا العمل بالذرائع وبالتالي منعوها وقالوا درء المفاسد مقدم على جنب المصالح والبعض الاخر ضيقوا العمل بسد الذرائع فاباحوا واجازوا العمل بها