المصادر التبعية النقلية المتفق عليها

د. ورقاء عبد السلام

الإجماع

العرف

- تعريفه
- أدلة مشروعية العمل بالعرف
- أقسام العرف
- شروط العمل بالعرف
- أختلاف الأحكام باختلاف الأعراف
- أثر العرف في أحكام القوانين الوضعية

لغة:
الجميل من الأفعال والأقوال.

اصطلاحًا:
ما تكرر استعماله من فعل أو قول حتى اكتسب صفة الاستقرار في النفوس والتقبل في العقول والرعاية في التصرفات.

١- القرآن :

أ- قال تعالى : {خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ} [الاعراف: ١٩٩]

وجه الدلالة : أن الشارع الكريم قد أمر الناس بالأخذ بما هو متعارف عليه من الفعل والقول الحسن ، وهذه الآية دلالتها واضحة في وجوب العمل بالعرف وان كان بعض الفقهاء يرى أن المراد من هذه الآية هو المعروف أي العمل والقول الصالح والحسن وليس المقصود بها العرف، ولكن ذلك لا يمنع من صرفها ليراد بها العرف متى ما كان صحيحاً وحسناً وغير مخالف لأحكام الشرع.

ب- قال تعالى {وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ} [البقرة: ٢٣٣]

وجه الدلالة : : الآية دالة على وجوب مراعاة ما تعارف عليه الناس في الاتفاق على الزوجة المطلقة اذا ارضعت ولدها من زوجها المطلق وفقاً لما جرت عليه عادة بلدها ، أي بما جرت عليه عادة أمثالها في بلدها من غير اسراف ولا تقتير ، وبحسب يساره او فقره .

٢- السُّنّة :

قال (صلى الله عليه وسلم) : «ما رآه المسلمون حسنًا فهو عند الله حسن،وما رآه المؤمنون قبيحا فهو عند الله قبيح».

وجه الدلالة: وبموجب هذا الحديث قال الفقهاء : أن ما تعارف عليه الناس من الأمور الصالحة والحسنة فقد باركه رسول الله (ﷺ) واجازه ، وما راه المسلمون خلاف ذلك فهو مردود ، والحديث واضح الدلالة على أن تعارف الناس على المسائل الحسنة يعد من الأمور المرعية شرعاً.

٣- المعقول:

ادلة مشروعية العرف من العقل : يقضي عقل الانسان السليم أن التشريع الاسلامي جاء لحكمة وهي تحقيق مصالح الناس من جلب المنافع بمختلف اشكالها ودفع المضار بمختلف مسمياتها ، وكذلك رفع الضيق والحرج عن الناس ، فاذا لم يراع في التشريع ما تعارف عليه الناس واعتادوه مما لا يخالف دليلاً شرعيا فلا يحل حراما ولا يحرم حلالا ، ولا يبطل واجبا ، وقع الناس في الضيق والحرج الشديدين ، وهو أمر غير مطلوب لقوله تعالى: {يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ} [البقرة: ١٨٥]

س: متى يكون العرف مصدر من مصادر القواعد الشرعية ؟ الجواب: لا خلاف بين الفقهاء في ان العرف متى ما كان صحيحاً غير مخالف لأحكام الشريعة الاسلامية فانه يعد مصدرا من مصادر القاعدة الشرعية ، بحيث يجب الاعتداد به ، ويجوز استنباط الاحكام منه ، لما فيه من تيسير على الناس ورفع للضيق والحرج عنهم.

تعريفه | أدلة مشروعية العمل بالعرف | أقسام العرف | شروط العمل بالعرف | أختلاف الأحكام باختلاف الأعراف | أثر العرف في أحكام القوانين الوضعية

باعتبارعنصره المادي

قولي : تعريفه : وهو لفظ موضوع في اللغة لمعنى ثم استعمل في معنى جديد وكرر استعماله حتى أصبح حقيقة عرفية.
أمثلته : ١- لفظ (ولد) وضع لغة للذكر والأنثى ثم استعمل للذكور فقط.
٢-لفظ (لحم) في اللغة يشمل لحم كل حيوان ولكن في العرف يستعمل لما عدا لحم السمك .
أقسامه :
١- شرعي: هو كلمة وضعت في اللغة لمعنى عام، ثم نقلت إلى معنى شرعي جديد خاص.مثل كلمة (الصلاة) التي معناها اللغوي الدعاء، وفي عرف أهل الإسلام. والشريعة هي عبادة معروفة يجب أداؤها يومياً في خمسة أوقات محددة.
٢- قانوني : هو كلمة تم نقلها من معناها اللغوي إلى معنى قانوني خاص. مثل كلمة (جناية) .في اللغة كل فعل محظور يتضمن ضرراً على النفس أوعلى الغير، وفي العرف القانوني فهو جريمة يعاقب عليها بالإعدام، أو السجن المؤقت، أو السجن لمدة أكثر من خمس سنوات إلى خمس عشرة سنة.
أهميته : له دور مهم في تفسير النصوص وصيغ العقود، وعليه تدور العقود والتصرفات الشرعية من بيع وإيجار وشروط عاقد وثمن ومثمن وغير ذلك، لأن المتكلم بصيغ العقود والشروط المتعلقة بها إنما يريد بها معانيها التي وضعت لها عرفا سواء أكان العرف عاما أم خاصا فيرجع إليه القاضي عند غموض النصوص وصيغ العقود

فعلي :ويكون إما : مشروع كبيع المعاطاة وزيارة المريض وقبض المهر المقدم قبل الزفاف. وإما غير مشروع كلعب القمار وتعاطي المسكرات والتعامل بالفوائد الربوية.

باعتبار الشمول

عام (العرف الدولي): وهو الذي لا يختص بأقليم دون أقليم . **مثاله : ١-** تسليم المجرمين السياسيين وإعادتهم إلى دولهم .٢- عدم تفتيش الحقائب الدبلوماسية في المطارات.

خاص(العرف الأقليمي أو المحلي):وهو الذي يختص بأقليم معين أومنطقة معينة. **مثاله :** ١- الأعياد الوطنية ٢- تقديم بعض المهر وتأجيل بعضه في العراق

باعتبار المشروعية

صحيح: وهو الذي لا يتعارض مع النظام العام والآداب العامة ولا يجعل حلالا حراما ولا حراما حلالا في ميزان الشريع الإسلامية بالنسبة لأعرض المسلمين.

فاسد: وهو الذي يتعارض مع النظام العام أو الآداب العامة بل يتعارض مع قاعدة شرعية ثابتة كتعاطي المسكرات والمخدرات ولعب القمار.

باعتبار وقوعها في الوجود

الأعراف الثابتة : وهي التي لا تختلف باختلاف الزمان والمكان ما دامت الحياة باقية كالأكل والشرب والحزن

الأعراف المتغيرة باختلاف الأزمنة والأمكنة والظروف والأحوال : فالأحكام المبنية على رعايتها تختلف باختلافها وتتغيير بتغيرها لأن الله حكما في كل ظرف فاذا تغيرت الظروف تبدل الحكم بحكم الظرف الجديد وهذا المقصود بالقاعدة العامة (لا ينكر تغيير الأحكام بتغير الأزمان)

تعريفه | أدلة مشروعية العمل بالعرف | أقسام العرف | شروط العمل بالعرف | أختلاف الأحكام باختلاف الأعراف | أثر العرف في أحكام القوانين الوضعية

ان المعتبر من الأعراف هو الاعراف الصحيحة ، وهذه الاعراف لكي تعتبر صحيحة ومن ثم تكون مصدرا للتشريع والاستنباط لا بد أن تتوافر فيها مجموعة من الشروط من أهمها:

أولاً : أن يكون العرف مطرداً أي ان يكون مستمر للتطبيق والرعاية بين الناس ، فلا يطبقونه زماناً ويتركونه اخر ، فان كان كذلك سمي العرف مضطرباً ولم تتوافر فيه صفة الثبات والأطراد ، بان يراعيه الناس في فترة من الزمان ثم يتركونه في أخرى ، أو يتعاملون به في حوادث ومسائل معينة ويتركونه في اخرى ، فان كان العرف كذلك فانه لا يصلح أن يكون دليلاً.

ثانياً : أن يكون العرف عاماً شائعاً بين جمهور الناس أو بين جمهور بلد معين ، او اهل طائفة معينة أو حرفة معينة ، فصفة العموم تعد اساساً في اعتبار العرف وعده دليلا تبنى عليه الأحكام

ثالثاً : أن يكون العرف موجوداً عند انشاء التصرف الذي يراد تحكيم العرف فيه ، فاذا كان العرف قد نشأ بعد هذا التصرف، أو كان قد نشأ قبله لكن الناس هجروه وتركوه ، فإن مثل هذا العرف لا يعد دليلاً يؤخذ منه الحكم ، فالعقود والتصرفات تحكم فيها الأعراف المعاصرة لها وليس الاعراف السابقة ثم هجرت أو الأعراف اللاحقة لهذه التصرفات والعقود..

رابعاً : أن لا يتفق اطراف العلاقة على استبعاد موضوع العرف من اطار تصرفاتهم، الذى يستطيع اطراف العلاقة أن يستبعدوا عرفا معينا من حكم تصرفاتهم، ومثال ذلك ما لو اتفق الزوجان على عدم تقسيم المهر إلى قسم مؤجل واخر معجل وان المهر مستحق كله عند العقد ،فلا يستطيع بعد ذلك الزوج الاحتجاج بان العرف جرى على التقسيم.

خامساً : أن لا يخالف العرف نسا معينا ، بأن يكون العرف صحيحا لأن مخالفة العرف النص سواء اكان شرعيا ام قانونيا يستوجب تقديم النص واهمال العرف ، كتعارف الناس على أن الوديع يجوز له تسليم الوديعة إلى من جرت المادة بجواز التسليم اليه كزوجة المودع أو أولاده أو خادمه، فمثل هذا العرف لا يخالف نصا وبالتالي لا اشكال في اعماله واعتباره.

لا خلاف بين الفقهاء على أمرين:

الأول : ان العرف اذا كان مخالفا للأحكام الشرعية والقواعد الثابتة المرعية في التعامل فان هذا العرف لا يعتد به ولا اثر له ، فالعرف الذي يبيح عقدا ربويا والعرف الذي يبيح عقد غرر او مقامرة او رهان ، أو يحل حراما ، او يخالف القواعد العامة الثابتة في النظام العام ، فانه لا أثر له ولا يعتد به.

الثاني : ان ما خلا ذلك من الاعراف التي لا تخالف ادلة الشرع واحكامه ، ولا تخالف النظام العام والآداب ، فانه يكون عرفاً معتبرا ، وبعد مصدرا للقاعدة الشرعية فتبنى عليه الاحكام وتستنبط منه التشريعات ، وذلك لتواتر الادلة الشرعية والعقلية على قبول مثل هذا النوع من الاعراف .

تعريفه | أدلة مشروعية العمل بالعرف | أقسام العرف | شروط العمل بالعرف | أختلاف الأحكام باختلاف الأعراف | أثر العرف في أحكام القوانين الوضعية

لا خلاف بين الفقهاء في أن الاحكام المبنية على الاعراف ، تكون عرضة للتغير بتغير هذه الاعراف بمرور الزمان ، لذلك وضع الفقهاء قاعدة عامة مفادها (لا ينكر تغير الأحكام بتغير الازمان) ، وقد ساق فقهاء الشريعة الإسلامية بعض التطبيقات لهذه القاعدة منها:

أولاً : تغير الاحكام الخاصة بمدى جواز تسعير السلع بتغير الأزمان :

إذ قالوا أن رسول الله (ﷺ) امتنع عن تسعير السلع ، لان واقع الحال كان يتمثل بقلة السلع المعروضة وكثرة الطلب ، ثم تغير الأمر بعد ذلك فمال الناس إلى الغلاء والجشع في زيادة اسعار السلع ، لذا افتى فقهاء التابعين بضرورة تسعير للسلع رعاية للمصلحة العامة

ثانياً. تغير الاحكام الخاصة بضالة الابل :

فكانت ضالة الابل في عهد رسول الله (ﷺ) تترك حتى يجدها صاحبها ومضى الأمر على ذلك خلال فترة الصحابة ولما تغيرت الظروف ، وظهر الطمع عند الناس ، بدء الصحابة بأخذ الضوال وبيعها ثم حفظ ثمنها في بيت المال فان جاء صاحبها اعطي له المال.

ثالثاً : تغير الاحكام الخاصة بجواز أخذ الأجرة على تعليم القرآن بتغير الزمان والعرف:

فكان الأمر يجري عند الفقهاء على عدم جواز اخذ الأجرة على تعليم القرآن الكريم لأنه طاعة وعبادة ولا يجوز اخذ الاجرة على العبادات ، وكان هذا الحكم مبني على أنّه في هذا الزمان كان لمعلمي القرآن عطايا من بيت المال ، ثم تغير الحال فانقطع ما كان لهم من بيت المال ، واصبح المعلمون بحاجة للكسب والعيش فان هم انقطعوا لتعليم القرآن جاعوا ، وان هم انشغلوا عن القرآن الكريم بكسب المال ضاع القرآن ، لذا عدل المتأخرون من الفقهاء عن رأيهم بتحريم أخذ الاجرة عن تعليم القرآن وافتوا بجواز اخذها رعاية للمصلحة العامة .

رابعاً : تغير الاحكام بتغير الازمان في مذهب الامام ابي حنيفة :

إذ كان الإمام أبي حنيفة يرى أن الاكراه لا يتحقق الا من السلطان ؛لأن في عصره كان من يملك المنعة والقوة على احداث الأكراه هو السلطان وحده ، ثم تغير الحال في زمن صاحبي أبي حنيفة (ابويوسف ، ومحمد الشيباني) وصار الكل قادر على ايقاع ما يهدد به من الأذى والمكروه فقالوا بأن الاكراه يمكن أن يتحقق من كل قادر على ايقاعه سلطانا كان أم غيره.

خامساً : تغير الاحكام بتغير الاعراف في مذهب الامام الشافعي :

اذ أن من أهم الشواهد على تغير الاحكام بتغير الازمان والاعراف أن للأمام الشافعي مذهبين أحدهما المذهب القديم المبني على أعراف أهل العراق ، والثاني المذهب الجديد المبني على أعراف أهل مصر ، اذ نجد أن كثير من اقوال الامام الشافعي تغيرت بتغيير الزمن وبتغير الاعراف السائدة في الأزمنة والأماكن المختلفة.

سادساً : اثر تغير الأزمان والاعراف على قضاء القاضي بعلمه الشخصي :

اذ كان الامر يجري عند الفقهاء على جواز قضاء القاضي بعلمه الشخصي (مع الاختلاف فيما يجوز القضاء به بالعلم الشخصي للقاضي) ، وكان هذا الحكم مبني على عدم الشك في القضاء وحسن سمعته وعدم تطرق الشك اليه في الحكم بما يخالف الوقائع أو الحقائق والادلة ، ثم بتغير الزمن افتى الفقهاء بعدم جواز قضاء القاضي بعلمه الشخصي ، بعد توالي الحوادث عن فساد ذمم بعض القضاة والشك في احكامهم

العرف

د. ورقاء عبد السلام

تعريفه | أدلة مشروعية العمل بالعرف | أقسام العرف | شروط العمل بالعرف | أختلاف الأحكام باختلاف الأعراف | أثر العرف في أحكام القوانين الوضعية

العرف مصدر مهم من مصادر القاعدة القانونية اذ يلجأ اليه القاضي عند انعدام النص التشريعي لديه لتطبيقه على الواقعة المعروضة ، وفي مثل هذه الحالة تحيل القوانين الرجعية القاضي إلى العرف لتدارك مثل هذا الخلل، ومن هذه القوانين القانون المدني العراقي الذي نص في الفقرة (٢) من المادة (١) (فاذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حاكمت المحكمة بمقتضي العرف) ثم نص بعد ذلك المشرع العراقي على الكثير من الحالات التي يكون العرب معتبرا فيها وذلك في نصوص عدة منها:

أولاً : نص المادة (٥) والتي جاء فيها (لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان) . وهذه المادة تشير إلى أن الأحكام متغيرة بتغير الأزمان ، ولا شك في ان للعرف دور مهم في تغير هذه الأحكام.

ثانيًا : نص المادة (٨٦) فقرة (٢) والتي جاء فيها :(وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فإن المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة الموضوع ولأحكام القانون والعرف والعدالة) ، وفي هذه المادة لوجب المشرع مراعاة العرف في حالة الخلاف في المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها في العقد

ثالثا : نص المادة (١٦٣) فقرة (١) والتي جاء فيها (المعروف عرفا كالمشروط شريطا ...) ، وبموجب هذا النص أعطى المشرع العراقي العرف قوة الشرط الصحيح فيما يتعلق بتنفيذ الالتزامات.

كما تراعي قوانين الاحوال الشخصية العرف في بعض المسائل ومن هذه القوانين القانون العراقي ، ومن الأمثلة في هذا القانون:

١ -نص المادة (٢٠) فقرة (١) والتي جاء فيها : (يجوز تعجيل المهر أو تأجيله كلاً أو بعضاً ، وعند عدم النص على ذلك يتبع العرف) ، وقد أوجب المشرع العراقي بموجب هذا النص رعاية العرف في حالة عدم النص في العقد على مسالة تعجيل المهر أو تأجيله

٢-نص المادة (٢٤) فقرة (٢) والتي تنص على أنّه (تشمل النفقة الطعام والكسوة والسكن ولوازمها واجرة الطبيب بالقدر المعروف) ، وفي هذا النص جعل المشرع تقدير عناصر نفقة الزوجة خاضعة للعرف من حيث المقدار.

كما تنص القوانين التجارية على وجوب مراعاة الاعراف السائدة بين التجار في تنظيم معاملاتهم بحيث يصبح لهذه الاعراف قوة ملزمة شانها في ذلك شان النصوص القانونية ، ومن هذه القوانين قانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ ومن النصوص المتعلقة بالعرف في هذا القانون:

نص المادة (٢٩٩) والتي جاء فيها (يلتزم البائع في هذا البيع : أن يسلم البضاعة على ظهر السفينة ... وفقا للتعامل المتبع) ، وفي هذا النص الزم المشرع البائع في البيع (فوب) ، أن يسلم البضاعة وفقا للتعامل المتبع في ميناء الشحن أي وفقا للعرف المعمول به في هذا الميناء.

والبيع فوب : هو البيع الذي يتم على أساس تسليم البضاعة على ظهر السفينة التي بعينها للمشتري في الميناء المعين للشحن ، ينظر المادة (٢٩٨) من قانون التجارة العراقي.

س: مالفرق بين العرف والإجماع؟
الجواب : يختلف العرف عن الاجماع في :
١- ان الاجماع يتكون من اتفاق المجتهدين خاصة وليس عامة الناس كما هو الحال في العرف .
٢- ومن الفروق الأخرى بين العرف والاجماع ان العرف يتغير بمرور الزمان بخلاف الاجماع فالأصل انه لا يتغير الا اذا كان مستندا إلى مصلحة ثم تغيرت هذه المصلحة ، ومن ناحية أخرى فان الاجماع متى ما تم اصبح ملزماً للمجمعين وغيرهم ، بخلاف العرف فلا يكون ملزماً للجميع الا اذا كان عاماً ، اما اذا كان خاص فهو لازم للبعض وليس للكل.

س: مالفرق بين العرف والعادة ؟
الجواب :
- **من حيث العلاقة بين العرف والعادة :**

فقهاء الشريعة : التسوية بينهما .
علماء الأصول : اتفق علماء الأصول على أن النسبة بينهما هي العموم والخصوص المطلق ، ولكن حصل الخلاف في أيهما أعم من الأخرى على قولين
القول الأول : العادة أعم من العرف مطلقا .
السبب: أن العادة تشمل كل مكرر من الأقوال أو الأفعال سواء أكان صادرا من الفرد أم الجماعة ، أو كان مصدره العقل أو الأهواء والشهوات.
القول الثاني : العرف أعم من العادة مطلقا .
السبب : العرف يشمل الفعل والقول أما العادة فتشمل الفعل فقط.

- **العرف فيه صفة الإلزام أما العادة فليس فيها صفة الإلزام.**
- **القاضي يطبق العرف من تلقاء نفسه أما إذا كانت عادة فإن القاضي لا يعرفها إلا عن طريق طرفا النزاع عن طريق اثباتها والمطالبة بتطبيقها.**
- **المتعاقدَين ملزمين بمعرفة العرف ولكن غير ملزمين بمعرفة العادة.**

تنبيه : العرف يحتل مكانة كبيرة في القانون الدولي وكذلك يدخل في القانون التجاري والإداري والمدني ولكن لا يدخل في القانون الجنائي لان مصدر القانون الجنائي الشريعة