الأعراف المستجدة وتغير الإحكام

أ.م.عبد الزهره لفته عبيد
م.د محمد عبد الحسن

المقدمة :

من الضروريات التي نادى بها الإسلام من اليوم الاول والتي اصبحت شعارا لا يمكن الخدشة به خاتم الرسالات السماوية ، واحكامه للبشرية جمعاء ، فاللامتداد الزماني والمكاني لهذه الرسالة هو اساس الدعوة التي جاء بها الرسول الكريم (ص) ، وقد اثار العديد من الباحثين اشكالية على هذا الضرورة وكيف يكون الدين الذي جاء قبل مئات السنين صالحا للتطبيق بعد كل تلك الفترة الزمنية ، وكيف يمكن للاحكام التي طبقت على مجتمع الجزيرة العربية ذات العادات والاعراف الخاصة ان يطبق على بلاد اليونان والروم والفرس في العالم القديم وكذلك البلاد الامريكية والاوربية في عالم اليوم.
وقد تشعب الحديث فمن مشكك في هذا الامتداد الرسالي الى خادش في صحة هذه الضرورة المسلمة ، الباحث يحفر بفكره عن نقائض الشريعة وهفوات الفقهاء والمتدينين ، بين باحث يبجث بحسن نية واخر بسوء نية ، وادى بنا الحال ان اصبح المنادي بتطبيق الشريعة من المتهمين في عقله ووجدانه والمبتعدين عن خط التطور والتقدم ، لا يرتبط اسم الشريعة الا مع الجهل والتخاذل والعيش في انفاق التاريخ والرجوع الى الجاهلية وغيرها من الالقاب التي يوصم بها كل باحث ديني .
قد يكون لهذا البحث اهمية من ناحية علاقته بتغير الاحكام الشرعية التي اكثر النقاش والجدال حولها في عالم سريع التغيير والتحول والابتكار ، ففي كل يوم جديد وفي كل يوم حاجة تدعو الفقاء والمدافعين عن الشريعة الى معرفة حكم الشارع ، فيقع على عاتق الفقهاء او على الاقل المتصدين للامور ان يقوموا بدورهم ومسؤوليتهم في الدفاع عن الفكر الديني وبناء الخطاب الاسلامي وفقا للاسلوب عصر جديد جاء باليات جديدة والسن اخرى ونظريات مبتكرة، فكيف نستطيع بهذه الاليات عرض الاسلام وتخطي العقبات فضلا عن السبق في ميادين الحياة ، وللاسف نرى البعض قد استخدم كل جديد وكل مبتكر محاولا الانقضاض على الماضي ونسف كل ما بناه الفكر الديني في مئات السنين وكانه يجب ان ينتهي لانه قديم ، والاتيان بجديد ولو كان متنافيا مع كل القيم السابقة والضروريات التي ينص عليها الكتاب والسنة ، والذي نريد طرحه في هذا البحث هو كيف يلقي العرف باثره على الحكم الشرعي من حيث الزمان ام المكان؟

والمسالة ليست حديثة بل طرحت في كلام المتقدمين ن قال ابن عابدين : (كثير من الاحكام تختلف باختلاف الزمان لتغير عرف اهله او لحدوث ضرورة ، او لفساد اهل الزمان ، بحيث لو بقي الحكم على ما كان عليه ، او لا للزم منه المشقة والضرر بالناس ، ولخالف قواعد الشريعة المبنية على التخفيف والتيسير دفع الضرر والفساد ، ولهذا نرى مشايخ المذهب الفوا ما نص عليه في مواضع كثيرة بناها على ما كان في زمنه ، لعلمهم بانه لو كان في زمنهم لقال بما قالوا به اخذا من وقاعد مذهبه)([1])، وقد استعرض العديد من الامثلة التي تدل على ان التغيير يلقي باثره على الحكم الشرعي فيغيره ويبدله ، وقد يكون هذا طبيعيا بناء على ما اسسه فقهاء المذهب من دليلية العرف ، وان الاحكام التي تثبت بالاجتهاد معللة بالعرف ومراعاة لمصالح والضروريات قابلة للتغير.

وقد عمل بها في كثير من الموارد واكثر عنه انه قد (تحدث للناس فتاوى بقدر ما احدثوا) ، وقال الزرقاني في شرح الموطأ : (ومراده ان يحدثوا اموارا تقتضي اصول الشريعة فيها غير ما اقتضته قبل حدوث ذلك الامر)([2]).

وهكذا فقهاء الحنفية افتوا على خلاف ما افتى به ابو حنيفة وصاحباه ، وذلك لتغيير الزمان والمكان كما في افتائهم جواز الاستئجار على تعليم القرآن الكريم لا نقطاع عطايا المتعلمين التي كانت في الصدر

([1]) ابن عابدين : رسالة نشر العرف في بناء الاحكام على العرف ، من ضمن مجموعة رسائل ابن عبدين ، طبع دار نشر الثقافة – الاسكندرية ، ١٢٣/٢.

([2]) د . صالح عوض : اثر العرف في التشريع الاسلامي ، دار الكتاب الجامعي ، القاهرة ، ١٠٠.

الاول ، فحفظا للدين والقرآن افتوا بذلك مع ان المتقدمين منهم لم يجوزوا الاستئجار على ذلك لانه طاعة كبقية الطاعات ، بل ان النسفي قال : (لابد ان يختلف الحكم باختلاف الاوقات) ([1])ز
والشافعي غير العديد من احكامه عندما انتقل من العراق الى مصر بحيث بات له رايان القديم والجديد.
وقد بلغ الامر ان قال بعض الباحثين : (واخيرا فان اعتبار العرف في التشريع ضروري ويجب على الفقهاء مراعاة حيث اعتبره الشرع ورتب عليه كثيرا من الاحكام الشرعية ، وذلك لان الشريعة تعمل على تحقيق مصالح الانسان والمصالح الدائمة وهي عادة من العادات وقد اعتبر الشارع المصلحة التي تتفق ومقاصد الشريعة)([2]).

لكن الكلام في كيفية استكشاف اعتبار الشارع لهذه الاعراف ، وما هو المناط في تحديد المصالح التي هي مصالح واقعية اهتم الشارع بحفظها ، وهذا ما نحاول الاجابة عليه من خلال ما ستعرضناه في كيفية الامضاء وما ياتي من الطرق التي حاول فقهاء الامامية سلوكها من اجل الاخذ بالاعراف والاعتبارات العقلائية المستجدة.

المطلب الاول
العرف في فهم النص

ان اول مسالة تواجهنا ما هو العرف المحكم في فهم النص هل هو عرف زمان النص ام انه يعبر زمانه ويكون العرف المتغير هو الحاكم؟

وقد ذكر الفقهاء ان العرف الذي يرجع اليه في فهم النصوص هو عرف زمان النص فهو الذي يكون قرينه على مراد صاحب الشريعة ، ويراعى التغيير عندما يكون الموضوع للحكم الشرعي موضوعا عرفيا.

وهكذا النصوص الدينية ، فيبدو للوهلة الاولى ان القول بتاثير تغيير الاعراف على الاحكام الشرعية لا طائل من ورائه ، لكن الامر ليس كذلك كما سوف يتضح.
وقبل ان نستعرض الخطوط العامة والادلة التي ذكرها بعض الفقهاء لتغيير الحكم طبقا لتغيير العرف ، نذكر مثالين فقهيين جرى الخلاف فيهما :

المثال الاول : في مفهوم الغناء بعد الاتفاق على حكمه وهو الحرمة ، فقد اختلفت تعريفاتهم له ، فقد فسر بالسماع وبالصوت ، وبالصوت المطرب ، وبالصوت المشتمل على الترجيع ، او هو مع الاطراب ، وبالترجيع والتطريب ، وبالحان اهل المعاصي والكبائر ، وبالصوت المعد لمجالس اللهو .....وخلص السيد محمد جواد العاملي الى ان التعريف المشهور للغناء هو من الصوت المشتمل على الترجيع والتطريب هو الذي يحكم به العرف ، وان الفقهاء الذين ذكروا هذا التعريف لم يذكروا سواه ، لانه لفظ ورد من الشرع تحريم معناه ، ولم يعلم له معنى يخالفه ، لان العرف العام يقدم عليه([3]).

وقال الشيخ كاشف الغطاء بعد ان استعرض عددا من التعاريف : (فلم يبق سوى الرجوع الى العرف الذي هو المرجع والمفزع في فهم المعاني من المباني وهو لا يكال بمكيال ولا يوزن بميزان ، فقد تراه يرى تحقق الغناء في صوت خال عن الحسن والرقة مشتمل على الخشونة والغلظة ، وفي خال عن المد مشتمل على التقطيع والتكسير ، وفي خال من الترجيع متصف بالخفاء وفي مهيج للطرب ، بمعنى الخفة المقرونة بالانشراح واللذة ، وفي مقرح للفؤاد مهيج للعشاق ، والى غير ذلك ، فليس للفقيه الماهر سوى الرجوع والتعويل عليه ، ولو فرض ثبوت المعنى اللغوي فالعرف مقدم عليه)([4]).

([1]) م . ن : ١٠٦.
([2]) م . ن : ١٦٣.
([3]) العاملي ، محمد جواد : المتاجر ، ٨٨/١، تحقيق علي اصغر مروارید، دار التراث ، بيروت ، ١٤١٨هـ-١٩٩٨م.
([4]) كاشف الغطاء ، جعفر : شرح القواعد ، تحقيق السيد محمد حسين الكشميري ، طبع سعيد بن جبير ، ١٤٢٢هـ-٢٠٠٢م، قم ، ١٩٢/١.

فلم يكن اختلاف الفقهاء في تعريفه الا بسبب اختلاف الغناء في عصورهم ، فالشريعة ما دامت لم تحدد اطارا خاصا لهذا المفهوم فانه يعود الى العرف في تشخيصه .

وان كان الشيخ كاشف الغطاء في كتاب اخر يقول : (فان اتضح الحال بالنسبة الى زمان صدور الخطاب بان عرف الحال بالنسبة الى وقت الاستعمال لزم البناء على ذلك العرف ولا اعتبار بغيره ... فما ورد من الشرع يحمل على عرف يوم الورود) ويضرب مثال الغناء وكيف اختلف فيه العرف القديم عن الجديد حيث ان المتصوفة جعلوا الغناء بالقرآن والمدائح خارجا عن مفهوم الغناء ، ثم يقول : (فلا يحمل لفظ الغناء على المعنى الجديد كما لا يحمل الفاظ التربة والقهوة واللبن والنهر والبحر والحجر والساعة والكعب والمثقال والوزنة والرطل والفرسخ والسيد والمؤمن والفاسق ونحوها من المعاني الجديدة)([1]).
ان المستفاد من كلمات الفقهاء ان التغيير في المفهوم امر صعب ولا يقع بسهولة ، اذ ان اللغة توقيفية ومعانيها كذلك متجددة في القدم وليست وليدة الساعة ، وهذا ما يعبر عنه الشهيد الصدر باصالة الثبات في اللغة ، وبتعبير اخر : اصالة عدم النقل ، قال الشهيد الصدر : (وهو اصل عقلائي يقوم على اساس ما يخيل لابناء العرف – نتيجة للتجارب الشخصية – من استقرار اللغة وثباتها ، فان الثبات النسبي والتطور البطيء للغة يوحي للافراد الاعتياديين بفكرة عدم تغييرها وتطابق ظواهرها على مرّ الزمان ، فيكون احتمال التغيير في الظهور حالة استثنائية نادرة تنفى بالاصل)([2])، ولذا في استكشافهم للمعنى العرفي في زمان صدور النص يتوسلون بالمعنى السائر في هذا الزمان مع تجريده من مستلزمات المكان والزمان ويضمنون له اصالة عدم النقل فينتج المعنى العرفي السائد زمن ورود النص ، ومن هنا نرى الفقيه المتقدم يشير الى ان العرف الجديد هو كالمرآة للعرف القديم والاختلاف عادة يكون في المصاديق ، فالغناء كيفية للصوت ولا علاقة له بالمحتوى والمضمون، وهذا امر متحد في العرف الجديد والقديم.
وقد اجاد صاحب الجواهر عندما قال : (فيعلم كون المراد (من الغناء) كيفية خاصته من الاصوات موكولة الى العرف كما هي العادة في بيان امثال ذلك)([3]).

المثال الثاني : في تشخيص المصداق للمكيل والموزون ، حيث انه قد وردت روايات عدة في تحديد الربا بالمكيل والموزون ، فمن حيث المفهوم لا شبهة في معنييهما انما الكلام في ما يكال ويوزن ، فقد استفاد بعض الفقهاء ان المصاديق التي كانت في عهد صدور النص هي التي يرد فيها حكم الربا ، منهم الشيخ الطوسي :

(المماثلة شرط في الربا ، وانما يعتبر المماثلة بعرف العادة بالحجاز على عهد رسول الله (ص) فان كانت العادة فيه الكيل لم يجز الا كيلا في ساير البلاد ، وما كان العرف فيه الوزن لم يجز فيه الا وزنا في ساير البلاد ، ... فان كان مما لا يعرف عادته في عهد النبي (ص) حمل على عادة البلد الذي فيه ذلك الشيء)([4]).

ويذهب الشيخ يوسف البحراني الى بيان العلة في عدم الاخذ بالاعراف الجديدة والاقتصار على ما كان غي عهده (ص) : (ان لكل قطر عرفا وعادة بخلاف ما عليه غيرها من النواحي والاقطار ، ومن الظاهر ان الاحكام الشرعية متحدة لا اختلاف فيها ، فلا تناط بالامور غير المنضبطة)([5]).
وقال صاحب الجواهر : (ان الاعتبار في ذلك بعادة الشرع ، فما ثبت انه مكيل او موزون في عصر النبي (ص) بني عليه حكم الربا اجماعا محكيا ان لم يكن محصلا ، وان تغير بعد ذلك ، بل ان ما علم انه غير مكيل ولا موزون في عصر النبي (ص) فليس بربوي اجماعا)([6]).

([1]) كاشف الغطاء ، جعفر : كشف الغطاء عن مبهمات الشريعة الغراء ، طبع حجري قديم لا توجد فيه ارقام الصفحات ، البحث الثالث والرابع.
([2]) الصدر : محمد باقر ، دروس في علم الاصول ، دار الكتاب اللبناني ، ١٩٧٨، ٢٧٨/٣ – ٢٨٨.
([3]) صاحب الجواهر ، محمد حسن : جواهر الكلام في شرح شرائع الاسلام ، حققه وعلق عليه الشيخ علي الاخوندي ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، ١٩٨١، ٤٦/٢٢.
([4]) الطوسي : المبسوط ، ٩٠/٢.
([5]) البحراني ، يوسف : الحدائق الناضرة في احام العترة الطاهرة ، تحقيق الشيخ محمد تقي الايرواني ، دار الاضواء ، بيروت ، ١٤٠٧هـ ٤٧٢/١٨.
([6]) صاحب الجواهر ، محمد حسن : جواهر الكلام في شرح شرائع الاسلام ، ٣٦٢/٢٣-٣٦٣.

ولكن صاحب الجواهر لا يذهب الى هذه المقولة الا بسبب الاجماع القائم على اعتبار عصره (ص) حيث انه في موضع اخر من كتاب البيع وفي مسالة بيع ما يكال ويوزن عدا او بالعكس وانه يوجب حصول الغرر المنهي عنه اجاب عن شبهة البحراني بقوله : (مضافا الى القواعد يظهر كون المدار في المكيل والموزون والمعدود على المسمى بذلك من حيث تعارض بيعه باحد الاعتبارات او بها على وجه بيعه بدونه بيع مجهول وغرر ، فيدور الحكم حينئذ مدار ذلك وان اختلف بختلاف الاقطار والامصار والازمنة ، وليس ذلك من اختلاف الاحكام الشرعية نفسه ، بل هو من اختلاف موضوعاتها وعناوينها التي تدور مداره كما هو الضابط في كل عنوان حكم او موضوعه اذا كان من هذا القبيل)([1]).
وقد ناقشه الشيخ الانصاري في عدم وجود فرق بين المسالتين وان الموضوع في كلتا المسالتين واحد ، وقد حمل عليه حكمان : احدهما عدم صحة بيعه جزافا ، والاخر عدم صحة بيع بعضه ببعض متفاضلا ، ثم يخلص الى ان الاولى تنزيل لاخبار على ما تعارف تقديره عند المبتاعين)([2]).
فالتخوف الذي ذكره صاحب الحدائق من عدم انضباط الاحكام الشرعية مردود بان الاحكام لا تتبدل وانما هي المصاديق التي تتغير.

ولم يكن الخلاف في هذه المسالة بالفقه الامامي ، فعموم فقهاء الحنفية ذهبوا الى حصر المكيل الموزون بما ورد به النص عن النبي (ص) وعدم جواز اتباع العرف الخاص وذلك لان في الاول طاعة رسول الله (ص) ، الا ان ابا يوسف خالفهم في ذلك واعتبر العرف في هذه الاشياء المنصوصة وغيرها ، وانبرى ابن عابدين للدفاع عنه من شبهة تقديمه العرف على النص .
(حاشا لله ان يكون مراد ابي يوسف ذلك وانما اراد تعليلا لنص بالعادة بمعنى انه انما نص على البر والشعير .. بانها ملكية والذهب والفضة انها موونة لكونهما كانا في ذلك الوقت كذلك ، فالنص في ذلك الوقت انما كان العادة ، فاذا تغيرت تغير الحكم فليس في اعتبار العادة المتغيرة الحادثة مخالفة للنص)([3]).

المطلب الثاني
ضوابط تغير الاحكام بتغير الزمان

وقد بحث العديد من فقهاء الامامية مسالة تغير الاحكام بتغير الزمان والمكان وجعلوا هناك ضوابط واصولا على اساسها يتم التغيير ، ومن الاسس التي بنوا عليها العديد من الفتاوى واشاروا اليها في العديد من المواضع حتى باتت من بديهيات الفقه الامامي :
١- ان الله في كل واقعة حكما يستوي فيه الجاهل والعالم ، وهذا يعني انه لا توجد منطقة من الفراغ التشريعي بمعنى عدم وجود حم للشارع اصلا ، بل الشارع لم يترك اية واقعة من دون حكم انما الكلام في الكشف عن تلكم الاحكام.
٢- انه لا يوجد هناك مشرع في عرض الشارع ، بمعنى ان الشارع لم يخول احدا بالتشريع في عرضه ، واذا كان هناك تخويل فهو في طوله ، أي التطبيق للكبريات او المطلقات التي جعلها الشارع ، ومن هنا جاء التاكيد في اباحاثهم على الامضاء وقبول الشارع لتلك السير ولو من ناحية عدم الردع.

المطلب الثالث
العرف ودوره في تنقيح الموضوع

بناءا على هذين الامرين الضروريين الذين لم يخالف فيهما أي من الفقهاء الامامية يتم البحث في مسالة تغير الاحكام بتغير الاعراف ، وسوف نستعرض عددا من المحاولات التي شيدها الفقهاء من اجل تطويع الواقع الخارجي طبقا لمبادئ الشرع الحنيف:

أ- ان الشارع عندما اوكل الى العرف تشخيص المفهم والمصداق فهو قابل للتغير والتبدل بتبديل الاعراف والازمنة ، وقد استند السيد الخميني الى هذا الامر في موارد عديدة : ففي باب المكيل والموازين يرى (ان ما يظهر من الادلة ان عنوان المكيل والموزون ماخوذ في الموضوع وان الحكم متعلق بعنوانهما على نحو الموضوعية ، لان اخذ الحكم على النحو الطريقي مخالف للظاهر كما في الامثال والنظائر ،

([1]) صاحب الجواهر ، محمد حسن جواهر الكلام ، ٤٢٧/٢٢.
([2]) الانصاري ، مرتضى : المكاسب ، اعداد الجنة تحقيق تراث الشيخ الاعظم ، قم ، ١٤٢٠هـ ٢٣٣/٤.
([3]) ابن عابدين : رسالة نشر العرف في بناء الاحكام عل العرف ، ١١٦/٢.

ويحتاج الى دلالة مفقودة في المقام ، ولازم ما ذكر ان المكيل والموزون في كل عصر ومصر يترتب عليه الحكم في باب الربا وباب الغرر)([1]).

وفي بحث العيب يقول : (والمعول في تشخيصه مفهوما ومصادقا هو العرف ، كما هو الحال في جميع العناوين العقلائية الماخوذة في الادلة الا ان يقوم دليل على خلافه ، وهو من العناوين التي تختلف الانظار فيها بحسب الازمنة والامكنة والاعتبارات والعقائد .. فلابد من الايكال الى العرف مع رعاية محيط المتعاملين بحسب الازمنة والامكنة والعادات)([2]).

ومن الامثلة الدائرة التي تدلل على ان الموضوع للحكم الشرعي اذا تبدل فان الحكم الشرعي يتبدل بتبعه ، والسبب في تبدل الموضوع هو تبدل العرف العام وحدوث امر جديد لم يكن معهودا، بيع الدم والابوال التي لم تكن من المتمولات عرفا لعدم وجود منفعة عقلائية منها ، ولذا لم يكن من الجائز التعالم بها ، ولكن لما تبدل العرف في زماننا هذا واصبح التعامل بالدم رائجا وينتفع به ايما انتفاع ، فان التعامل بها يكون جائزا ، وذلك لانه قد فهم من الدليل الوارد في المنع ان السبب في المنع عدم المنفعة العقلائية ، فلما تجددت المنفعة بفعل الاكتشافات الطبية الحديثة تبدل الموضوع.

ب- ان ينضوي العرف الجديد تحت احدى الادلة الشرعية التي موضوعها العرف العام كما في قوله تعالى : ((احل الله البيع)) و (اوفوا بالعقود) و (لا تاكلوا امالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراضي) وغيرها من القضايا العامة الواردة مورد التيقن المستمر الى يوم القيامة ، والسر في ذلك ان امضاء الشارع للموضوع العقلائي يستفاد من اطلاقه امضاء الاعراف العقلائية المستجدة بشرط ان تكون صغرى للاعتبار الذي امضاه الشارع ، كما في عقد التامين ، وقد تبنى هذا الراي عدة من الفقهاء كالمحقق النائيني والشيخ حسين الحلي([3]).

ج- ان القضايا الشرعية واردة على نحو القضايا الحقيقية ، وهي القضايا التي يفترض الموضوع فيها مقدر الوجود ، ولا يكون ناظرا الى المصادق الخارجي ، وهذا يعطي قابلية لشمول الحكم لكل الافراد التي سوف توجد في المستقبل ، وهذه قاعدة عامة تسري في كل الابواب الفقهية ، وقد تمسك السيد الخوئي بذلك في مسالة المكيل والموزون.

قال : (والظاهر انها كسائر القضايا ليست الا حقيقة وتخصيصها بالقضية الخارجية يحتاج الى عناية زائدة ، فظهور الروايات يدفعها ، وعليه فالميزان في المكيل الموزون والمعدود هو العرف في كل زمان)([4])، وهذا الامر جار في كل القضايا الشرعية الا ما ورد فيه النص الخاص على تخصيصه بزمن صدور النص ، او قام الاجماع على اعتباره هكذا.

والفرق بين هذا الوجه والسابق :
١- ان الاطلاق دليل لفظي يحتاج الى تمامية مقدمات الحكمة وهي : كون المتكلم في مقام البيان ، وعدم صدور المقيد ، وعدم انصراف المطلق الى بعض افراده ، وعدم وجود القدر المتيقن في مقام التخاطب ، فلا يحكم باطلاق الدليل الا بعد تمامية هذه المقدمات ، اما كون القايا على نحو القضية الحقيقية فهو دال غير لفظي واصل يتبع في جميع القضايا الشرعية.
٢- ان تكون القضية حقيقية لا يمنع من ان تختص بحصة دون حصة ، حيث ان القضية الحقيقية تعني عدم اختصاصها بالموجودين ، أي فرض الموضوع مقدر الوجود ، اما حدود الموضوع وهل يشمل كل

([1]) الخميني ، روح الله : البيع ، مؤسسة النشر التابعة لجماعة المدرسين ، قم ، ١٤١٥هـ ، ٢٥٨/٣.
([2]) م . ن : ١١٧/٥.
([3]) الانصاري ، مرتضى : فرائد الاصول ، ١٩٣/٣، بحر العلوم ، عز الدين : بحوث فقهية ، تقرير لابحاث الشيخ حسين الحلي ، مؤسسة المنار ، قم ، ١٤١٥هـ /٤٣.
([4]) الخوئي ، ابو القاسم : مصباح الفقاهة في المعاملات ، تقريرا لابحاث السيد ابو القاسم الخوئي ، الشيخ محمد علي التوحيدي التبريزي ، مؤسسة انصاريان ، قم ، ١٤١٩هـ ، ٣٤٢/٥.

الحصص ام لا ؟ فهذا غير محرز([1])، بينما بعد تمامية الاطلاق ينفي ارادة الحصة ويتمسك به لشمول جميع الحصص .
٣- في القضية الحقيقية يدور الحكم مدار الوجود الخارجي للموضوع نفيا واثباتا فمثلا في مسالة المكيل والموزون ، اذا كانت حاجة تباع بالكيل ثم بعد ذلك اصبحت تباع بالعد ، فان الاحكام السابقة المترتبة على كونها مكيلة تزول وبالعكس اذا كانت هناك حاجة تباع بالعد ثم اصبحت تباع بالوزن فانه يثبت لها كل الاحكام التي تثبت للموزونات ، بينما في الاطلاق فان الحكم الثابت للشيء يبقى ثابتا فقط يستفاد منه ضم غير الموجود فعلا ، وبيان السعة الثبوتية والشمول لكل الافراد .
د- ذكر الشهيد محمد باقر الصدر تقسيما لليرة العقلائية ، وفي بعضها يحتاج الى امضاء من قبل الشارع المقدس فيجب اثبات معاصرتها له.

القسم الاول : لا يحتاج الى امضاء من قبل الشارع وذلك لان الشارع قد احال الامر الى العرف في تنقيحه للموضوع ، وهذه الاحالة على نحوين :
١- ان تكون السيرة بنفسها منقحة ثبوتا لفرد حقيقي من الموضوع كما في دليل امساك الزوجة بمعروف او تسريحها باحسان ، فالمعروف من العرف وهو الشايع والمستساغ ، وهذا مختلف بحسب الازمنة والامكنة نظرا للاختلاف في الظروف الفكرية او الاقتصادية او الاجتماعي وسوف يتوسع صدق عنوان النفقة بمعروف عما كان عليه سابقا فتجب ، و يتعبد بما كانت عليه سابقا فهذا نوع من تدخل السيرة (العرف) في تكوين موضوع الحم الشرعي وهو وجب المعاشرة بالمعروف ثبوتا توسعة او تضييقا ، ومثل هذه المواضيع لا يستطيع الانسان ان يتفق ويجري معاملاته على خلافها ، وذلك لان الموضوع الحقيقي للحكم هو ما عليه سيرة العقلاء ، وهي قد وجدت فردا حقيقيا من الموضوع ن فلا اثر لمخالفته بل يسري الحكم في حقه.

٢- ان يكون تدخل السيرة في تنقيح الموضوع اثباتا وكشفا ، كما اذا دل دليل على ان المؤمنين عند شروطهم واكتشفانا تباني العقلاء وسيرتهم على اخيار الغبن وانهم لا يرضون في البيع والمعاوضة بالتفاوت الفاحش في المالية بين العوض والعوّض ، ودور السيرة هنا في كشفها عن قصد المتعامل وشرطه ، ولذا يستطيع النص على مخالفته لها في مورد معين([2]).
وفي الواقع ما ذكره الشهيد الصدر يمكن ادراجه في التعبير القانوني الحديث ان القواعد العرفية من النوع الاول هي قواعد آمرة لا يجوز الاتفاق على خلافها ، اما في الثاني والتي يكون فيها العرف قد اوجد صغرى لكبرى شرعية ، فتكون قواعد مكملة لارادة المتعاقدين يرجع اليها في حالة سكوتهما عنه ، ويجوز مخالفتها بالنص على خلافها ، وفي هذا القسم لا يشترط معاصرة لسيرة للشارع ، بل حتى لو ثبتت سيرة معاصرة لزمان المعصوم ثم انتفت في زماننا انتهى مفعولها بانتهائها.

والقسم الثاني : السيرة التي تنقح ظهور الدليل ، أي التي تتدخل في فهمنا للدليل ، فان المناسبات العرفية والمرتكزات الاجتماعية تتدخل في فهم النص وفي تكوين الظهور ، وانها تعتبر بمثابة القرائن اللبية المتصلة بالكلام ، وهذا القسم من السيرة لابد من ثبوته في زمن صدور النص كي نؤثر على الظهور ، فان الحجية انما هي لظهور النص وقت صدوره ، الا اننا اذا حرزنا ثبوت الارتكاز في عصرنا واحتملنا ثبوته في عصر صدور الدليل كفى ذلك للتاثير على ذاك الدليل من خلال انضواء ذلك تحت كبرى اصالة عدم النقل التي هي حجة في باب دلالات الالفاظ.

القسم الثالث : السيرة التي نثبت بها حما كليا اليها ، وهذه تتوقف على امضاء من قبل الشارع المقدس ، وهي يعني ضرورة توافر شرط المعاصرة لزمان صدور النص حتى يمكن استكشاف راي الشارع فيها ولو من خلال سكوته وعدم درعه مع امكان الردع([3]).

([1]) الواعظ الحسيني ، محمد سرور : مصباح الاصول ، تقريرا لابحاث السيد ابو القاسم الخوئي ، مكتبة الداوري ، قم ، ١٤١٧هـ ، ١٤٨/٣.
([2]) بحوث في علم الاصول : ٢٣٤/٤ تقريرا لابحاث السيد محمد باقر الصدر ، تاليف السيد كاظم الحائري ، ٢/ من القسم الثاني / ١٠١.
([3]) بحوث في علم الاصول : ٢٤٣/٤.

المبحث الرابع
محاولة شمس الدين في مرجعية العرف

هـ- وللشيخ محمد مهدي شمسس الدين نظرة اخرى للعرف ، فهو يرى ان العرف يكون مرجعا في فهم النص ومرجعا في تحديد مداه سعة وضيقا باحد اعتبارين :
فتارة يكن مرجعا مشرعا (مكملا) للتشريع ، واخرى يكون مرجعا في التفسير .
ففي الاول يكون من مجالات الفراغ التشريعي حيث يترك الشارع مساحة فراغ بعد ان يحدد المبدأ التشريعي الذي يستند اليه الحم الشرعي ولا حاجة بالفقيه الى البحث عن دليل اخر يحدد ما لم يحدد من قبيل العلاقات الزوجية (وعاشروهن بالمعروف) فان المرجع في مفردات المعاشرة واساليبها الى العرف العام ، ومن قبيل ادلة الستر (الزي) الدالة على وجوب التتر على المراة ، فان المرجع في التفاصيل هو العرف العام ، ومن قبيل الاوضاع التنظيمية للمجتمع والدولة والمدن والعلاقات الدولية واساليب التجارة .. وفي كل ذلك لا حاجة بالفقيه الى البحث عن ادلة على شرعية هذا الاسلوب او الشكل ، كما لا وجه للرجوع الى ادلة الاحتياط في الدين لان المرجع التشريعي هو العرف السائد وهو لا يختص بعرف عصر الصدور ، بل يعتبر العرف المستحدث والطارئ .
اما العرف الذي هو مرجع في التفسير ، فمجال مرجعيته هو الادلة التي وردت فيها احكام على موضوعات لم يحدد الشارع لها مفهوما شرعيا غير ما يفهمه العرف العام من اسمائها وهي اكثر الموضوعات الشرعية ، وكذلك موضوعات الاحكام التي لم يرد لها ذكر في الادلة الشرعية العامة من قبيل ادلة الحل والاباحة الاصلية وغيرها ، والعرف المعتبر في كل هذه العرف السائد في عصر صدور التشريع لانه هو الذي قصد الشارع معناه في الخطاب ، اما الاعراف الجديدة فلا تصلح مرجعا في تفسير النص لانها معدومة عند صدور النص([1]).

والملاحظة التي نود الاشارة اليها على ما ذكره الشيخ شمس الدين هي ان العرف في القسم الاول ليس مشرعا بالمعنى التام للحكمة ، بل هو يتدخل في تنقيح الموضوع للحكم الشرعي ، وقد اجاد في استدراكه بتسميته (المكمل) لما للموضوع من دور مهم في ثبوت الحكم ، ثم ان الامثلة التي ذكرت في القسم الاول في بعضها تصريح بالرجوع الى العرف في تشخيص مقدار النفقة وهكذا في اية الطلاقة (وللمطلقات متاع بالمعروف) ،وهذا بخلاف الامثلة الاخرى التي تمثل لمنطقة الفراغ التشريعي ، وهي في واقعها ليست فراغا بالمعنى التام للكلمة بل تنضوي تحت كليات وكبريات عامة تشريعية كما يشير هو في كتابه الاجتهاد والتقليد في بحث قيم حول ما يسم بمنطقة الفراغ التشريعي([2]).

نتيجة البحث :
ان النتيجة التي نتوصل اليها من خلال هذا الاستعراض لبعض الطرق التي يمكن خلالها امضاء الاعراف المستحدثة هي :

ان الشريعة الاسلامية عل بقدر كبير من المعرفة لامكانية اقلمة الواقع المستجد مع مبادئها العالية ، وليس المهم هو كيف نعيش مع الواقع بقدر ما تبرز الاهمية كيف يمكن تغيير الواقع بحيث تكون الشريعة هي الحاكمة ، مع ما يناسب المتغيرات والتطورات التي يشهدها عالم اليوم ، ولكن المهم ان يكون هذا التكليف على اساس فقهي شرعي متين بحيث يحافظ فيه على الموازين والضوابط ، ويقوم الفقيه بدور كبير في فهم النص وما هو المناط في الحكم الشرعي ، وهذا يحتاج الى خبرة كبيرة وتمرس في النص الديني وفهم الاحدا والمناسبات التي نزلت فيها النصوص ، كما انه يعتمد في تشخيص الموضوع على الخبرات المتاحة ، حيث ان كثيرا من الموضوعات قد تحتاج الى متخصصين في فهمها وتحليلها لاعطائها حكمها الشرعي المناسب.

([1]) شمس الدين ، محمد مهدي ، مسائل حرجة في فقه المراة ، مؤسسة المنار ، قم ، ١٤٠٩هـ ، ٤٣-٤٥.
([2]) شمس الدين ، محمد مهدي : الاجتهاد والتقليد ، المؤسسة الدولية للدراسات والنشر ، بيروت ، ١٤١٩هـ ، ١٥١.

المصادر :

١- ابن عابدين : رسالة نشر العرف في بناء الاحكام على العرف ، من ضمن مجموعة رسائل ابن عابدين ، طبع دار نشر الثقافة الاسكندرية .
٢- صالح عوض : اثر العرف في التشريع الاسلامي دار الكتاب الجامعي ، القاهرة .
٣- كاشف الغطاء ، جعفر : شرح القواعد ، تحقيق محمد حسين الكشمري ، ١٤٢٢هـ - قم .
٤- كاشف الغطاء ، جعفر : كشف الغطاء عن مبهمات الشريعة الغراء ، طبع حجري قديم.
٥- الصدر ، محمد باقر : دروس في علم الاصول ، دار الكتاب اللبناني ، ١٩٧٨.
صاحب الجواهر ، محمد حسن : جواهر الكلام في شرح شرائع التراث العربي ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، ١٩٨١.
٧- البحراني ، يوسف : الحدائق الناضرة في احكام العترة الطاهرة ، دار الاضواء ، بيروت ، ١٤٠٧هـ .
٨- الانصاري مرتضى : المكاسب ، اعداد لجنة تحقيق تراث الشيخ الاعظم ، قم ١٤٢٠هـ.
٩- الخميني ، روح الله : البيع ، مؤسسة النشر ، قم ، ١٤١٥هـ.
١٠- الخوئي ، ابو القاسم : مصباح الفقاهة في المعاملات ، مؤسسة انصاريان ، قم ، ١٤١٩هـ.
١١- الواعظ الحسيني ، محمد سرور : مصباح الاصول ، تقريرا لابحاث السيد ابو القاسم الخوئي ، مكتبة الداودي ، قم ، ١٤١٧هـ.
١٢- شمس الدين ، محمد مهدي : مسائل حرجة في فقه المراة ، مؤسسة المنار ، قم ، ١٤٠٩هـ.
١٣- شمس الدين ، محمد مهدي : الاجتهاد والتقليد ، المؤسسة الدولية للدراسات والنشر ، بيروت ، ١٤١٩هـ.
١٤- العاملي ، محمد جواد : المتاجر ، تحقيق علي اصغر ، دار التراث ، بيروت ١٤١٨هـ.
١٥- الانصاري ، مرتضى : فرائد الاصول ، بحوث فقهية ، تقريرا لابحاث الشيخ حسين الحلي ، مؤسسة المنار ، قم ١٤١٥هـ.