@ 40 @ | $ (المادة 36) $ العادة محكمة | يعني أن العادة عامة كانت أو خاصة تجعل حكما لإثبات حكم شرعي . هذه المادة هي نفس القاعدة المذكورة في كتاب الأشباه وكتاب المجامع ومعنى محكمة أي هي المرجع عند النزاع لأنها دليل يبنى عليه الحكم وهي مأخوذة من الحديث الشريف القائل ما رآه المسلمون حسنا فهو عند ا حسن . | تعريف العادة : هي الأمر الذي يتقرر بالنفوس ويكون مقبولا عند ذوي الطباع السليمة بتكراره المرة بعد المرة . على أن لفظة العادة يفهم منها تكرر الشيء ومعاودته بخلاف الأمر الجاري صدفة مرة أو مرتين ولم يعتده الناس فلا يعد عادة ولا يبنى عليه حكم . والعرف بمعنى العادة أيضا . | وقد أوضحت المجلة هذه المادة بقولها : أن العادة عامة أو خاصة تجعل حكما لإثبات (حكم شرعي) والعرف والعادة إنما تجعل حكما لإثبات الحكم الشرعي إذا لم يرد نص في ذلك الحكم المراد إثباته فإذا ورد النص عمل بموجبه ولا يجوز ترك النص والعمل بالعادة لأنه ليس للعباد حق تغيير النصوص والنص أقوى من العرف لأن العرف قد يكون مستندا على باطل كما سيأتي في شرح المادة (37) . أما نص الشارع فلا يجوز مطلقا أن يكون مبنيا على باطل فلذلك لا يترك القوي لأجل العمل بالضعيف . على أن الإمام أبا يوسف يقول : إذا تعارض النص والعرف ينظر فيما إذا كان النص مبنيا على العرف والعادة أم لا ؟ فإذا كان النص مبنيا على العرف والعادة ترجح العادة ويترك النص . وإذا كان النص غير مستند إلى عرف وعادة يعمل بالنص ولا عبرة بالعادة ومع ذلك يجب أن لا يفهم أن حضرة الإمام أبي يوسف يذهب في رأيه إلى ترك النص والعمل بالعرف والعادة فالنص أقوى من العرف والعادة من غير شبهة حتى النص الذي يصدر من الناس وإنما رأيه بمثابة تأويل للنص . مثال ذلك : إن وضع الطعام أمام الضيف بحكم العرف والعادة إذن له بأن يتناول من ذلك الطعام إلا أن صاحب البيت إذا منع الضيف من تناول الطعام فقد صدر منه نص بخلاف العرف والعادة فعلى الضيف أن يعمل بحكم النص ويمتنع عن الطعام ولا يعمل بالعرف والعادة فإذا أكل يكون مخالفا للنص فيضمن . | والعرف والعادة يكونان على وجهين الأول يقسم إلى ثلاثة أقسام : 1 - العرف العام | تعريف العرف العام : هو عرف هيئة غير مخصوص بطبقة من طبقاتها وواضعه غير متعين والعرف العام عندنا هو العرف الجاري منذ عهد الصحابة حتى زماننا والذي قبله المجتهدون وعملوا به ولو كان مخالفا للقياس . مثال ذلك : إذا حلف شخص قائلا وا لا أضع قدمي في دار فلان يحنث سواء دخل تلك الدار ماشيا أو راكبا أما لو وضع قدمه في الدار دون أن يدخلها لا يحنث لأن وضع القدم في العرف العام بمعنى الدخول . | 2 - العرف الخاص | تعريفه : هو اصطلاح طائفة مخصوصة

على شيء كاستعمال علماء النحو لفظة الرفع وعلماء الأدب كلمة النقد . | 3 - العرف الشرعي