الفصل الثاني

مدخل إلى القواعد الفقهية ومفهوم العرف

التمهيد:

لما كان موضوع البحث مبنيّاً على جانبين أساسيين هما: القواعد الفقهية والعرف، كان لازماً على الباحث أن يبين حقيقة هذين المصطلحين قبل دراسة القواعد الفقهية المتعلقة بالعرف، وبما أنّ الكلام حول هذين المفهومين كثير جداً، وقد أُفردت فيهما البحوث والدراسات المستقلة، فإن الباحث سيُسلّط الضوء على المباحث الرئيسية في موضوع القواعد الفقهية والعرف مما لا يمكن الاستغناء عنه في مقدمات مثل هذه الدراسات.

المبحث الأول: مقدمة حول القواعد الفقهية

سيتناول الباحث في هذا المطلب جملة من المباحث الأساسية المتعلقة بمفهوم القواعد الفقهية، كالتعريف بها، والتفريق بينها وبين أنواع القواعد الأخرى، وبيان مصادرها، وأنواعها، وأثرها في اختلاف الفقهاء، ومدى حجية الاستدلال بها.

المطلب الأول: معنى القواعد في اللغة:

(القواعد) جمع (قاعدة)، وتدور معاني جذر الكلمة (القاف والعين والدال) كما يقرّر علماء اللغة حول الاستقرار والثبات، فقَعَد بمعنى: جلس، والقاعِدُ من النِّساء التي قعدت عن الولد والحيض، والقواعدُ

في البيت: أساسه، وتقعّد فلان عن الأمر إذا لم يطلبه

[١٣]، وهذه المعاني كما هو ظاهر تجتمع في الاستقرار والثبات، يقول ابن فارس: "القاف والعين والدال أصل مطّرد مُنقاس لا يُخلَف، وهو يضاهي الجلوس"[١٤].

المطلب الثاني: معنى القواعد في الاصطلاح:

ذكر أهل العلم في التعريف الاصطلاحي للقاعدة بمعناها العام جملة من التعريفات، من ذلك: ما ذكره الفيومي بقوله: "الأمر الكلي المنطبق على جميع جزئياته"[١٥]، وعرفه الجرجاني في التعريفات بقوله في تعريف القاعدة: "قضية كلية منطبقة على جميع جزئياتها"[١٦]، وعرّفها الكفوي بقوله: "قضية كلية من حيث اشتمالها بالقوة على أحكام جزئيات موضوعها"[١٧]، وهذه التعريفات الرئيسية المذكورة آنفاً وغيرها مما ذكره أهل العلم تعبر عن خصائص القاعدة وميزاتها، وهذه الخصائص هي[١٨]:

أولاً: أن القاعدة قضية تركيبية، بمعنى أنها تضيف لنا شيئاً جديداً لم نكن نعلم به، فتتضمن بذلك ثلاثة عناصر وهي: المحكوم عليه، وهو الموضوع، والمحكوم به وهو الحكم، وإدراك النسبة الحكمية بين المحكوم عليه والحكم.

ثانياً: أن القاعدة قضية كلية مطّردة جامعة لكثير من الفروع.

ثالثاً: القاعدة عامة غير موجهة إلى أشخاص بذواتهم ولا إلى وقائع معينة.

---

[١٣] انظر: الرازي، زين الدين. ١٩٩٩. *مختار الصحاح*. بيروت: المكتبة العصرية. ص٢٥٧

[١٤] القزويني، أحمد بن فارس. ١٩٧٩. *معجم مقاييس اللغة*. بيروت: دار الفكر. ج٥.ص١٠٨

[١٥] الفيومي، أحمد بن محمد. ١٩٧٧. *المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي*. بيروت: دار المعارف. ص٥١٠

[١٦] الجرجاني، علي بن محمد. ١٩٨٣. *التعريفات*. بيروت: دار الكتب العلمية. ص١٧١

[١٧] الكفوي، أيوب بن موسى. ١٩٩٨. *الكليات*. بيروت. مؤسسة الرسالة. ص٧٢٨

[١٨] انظر: شبير، محمد عثمان. ٢٠٠٧. *القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية*. الأردن: دار النفائس. ص١٢-١٤

رابعاً: تتضمن القاعدة حكماً.

خامساً: تصاغ صياغة موجزة.

المطلب الثالث: تعريف القاعدة الفقهية باعتبارها لقباً:

بإضافة لفظ القاعدة إلى الفقه، ستتقيد القاعدة في مجال الأحكام الشرعية العملية فقط دون غيرها من القواعد المقاصدية والأصولية والقانونية والنحوية وغيرها، وتعريفها حينئذ كما يقول الحموي:" القاعدة عند الفقهاء غيرها عند النحاة والأصوليين، إذ هي عند الفقهاء: حكم أكثري لا كلّي، ينطبق على أكثر جزئياته، لتُعرف أحكامها منه"[١٩]، وفي هذا التعريف تقييد للحكم بالأكثرية تمييزاً له عن مفهوم القاعدة بالمعنى العام، إذ تتميز القواعد الفقهية بأنها أغلبية لوجود المستثنيات فيها، فليست حينئذ كلية، ويعرفه الأستاذ مصطفى الزرقا بقوله: "أصول فقهية كلية في نصوص موجزة دستورية تتضمّن أحكاما تشريعية في الحوادث التي تدخل تحت موضوعها"[٢٠]، ويعرّفها الدكتور علي الندوي بقوله: "أصل فقهي كلي يتضمن أحكاماً تشريعية عامة من أبواب متعددة في القضايا التي تدخل تحت موضوعه"[٢١]. وتتضمن التعريفات السابقة خصائص القاعدة الفقهية وهي:

أولاً: كونها أغلبية، فقد تخرُج بعض الفروع عن القاعدة وتستثنى منها، وعند القائلين بأنها كلية فإن هذه المستثنيات تُخرَّج على قاعدة أخرى، مع وجود قواعد فقهية تتأكد فيها صفة الكلية كالقواعد الكلية الخمس، حيث المستثنيات فيها قليلة جداً، وهذا لا يتنافى مع الكلية، يؤكد هذا المعنى الإمام الشاطبي بقوله: "لأن الأمر الكلي إذا ثبت كلياً، فتخلف بعض الجزئيات عن مقتضى الكلي لا يخرجه عن كونه

---

[١٩] الحموي، شهاب الدين. ١٩٨٥. *غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر*. بيروت: دار الكتب العلمية. ج١.ص٥١

[٢٠] الزرقا، مصطفى أحمد. ٢٠١٢. *المدخل الفقهي العام*. دمشق: دار القلم. ج٢.ص٩٦٥

[٢١] الندوي، علي أحمد. ٢٠٠٠. *القواعد الفقهية*. دمشق: دار القلم. ص٤٥

كلياً؛ فإن الغالب الأكثري معتبر في الشريعة اعتبار العام القطعي؛ لأن المتخلفات الجزئية لا ينتظم منها كلي يعارض هذا الكلي الثابت"[٢٢].

ثانياً: تشريع الأحكام الفقهية من خلال تطبيق القاعدة على أفرادها، فالقاعدة الفقهية طريق موصل إلى استنباط الأحكام، وقد يكون هذا الاستنباط مباشراً في حال كون القاعدة نصّاً شرعياً، وقد تكون القاعدة مرجحاً للحكم الشرعي.

المطلب الرابع: مصادر القاعدة الفقهية:

لا شك أن للقاعدة الفقهية قوة ومستنداً دفعت الفقهاء إلى اعتبارها واستعمالها والاستدلال بها، وهذه القوة تكمن في كونها تعتمد على مصادر شرعية أصلية تجعل فيها حجية ومحلّا للاستدلال، فبالتأمل في القواعد الفقهية التي جمعها العلماء نجد أن مصادرها لا تخلو من أحوال[٢٣]:

المصدر الأول: نصوص الشارع، فبعض القواعد الفقهية هي نفس النص الشرعي، كقاعدة (لا ضرر ولا ضرار)[٢٤] وقاعدة (الخراج بالضمان)[٢٥].

المصدر الثاني: الاستنباط من النص، كقاعدة (الأمور بمقاصدها)[٢٦] وقاعدة (الحدود تسقط بالشبهات)[٢٧]، فهذه قواعد مستنبطة من النص النبوي، فالأول من قوله صلى الله عليه وسلم: "إنما الأعمال بالنيات"[٢٨]،

---

[٢٢] الشاطبي، إبراهيم بن موسى. ٢٠٠٩. *الموافقات*. الأردن: دار ابن عفان. ج٢.ص٨٣

[٢٣] انظر: الباحسين، يعقوب. ٢٠١٠. *المفصل في القواعد الفقهية*. الرياض: دار التدمرية. ص١٠٣-١١٧

[٢٤] انظر: ابن نجيم، زين الدين. ١٩٩٩. *الأشباه والنظائر*. بيروت: دار الكتب العلمية. ص٧٢

[٢٥] انظر: الزركشي، بدر الدين. ١٩٨٥. *المنثور في القواعد*. الكويت: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية. ج٢.ص١١٩

[٢٦] انظر: السيوطي، جلال الدين. ٢٠١١. الأشباه والنظائر. مصر: دار السلام. ج١.ص٦٥

[٢٧] انظر: الحموي، شهاب الدين. ١٩٨٥. *غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر*. ج١.ص٣٧٩

[٢٨] البخاري، محمد بن إسماعيل. ١٤٢٢. *صحيح البخاري*. السعودية: دار طوق النجاة. كتاب بدء الوحي. باب كيف كان بدء الوحي إلى رسول الله. ج١. ص٦. رقم الحديث١

والثاني من قوله صلى الله عليه وسلم: "ادرؤوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم"[٢٩].

المصدر الثالث: استقراء النصوص الشرعية، فباستقراء النصوص الشرعية توصّل العلماء بمجموع النصوص إلى قواعد منها قاعدة: (المشقة تجلب التيسير)[٣٠] وقاعدة: (الضرر يزال)[٣١].

المصدر الرابع: ما جرى على ألسنة الصحابة والتابعين، كقول عمر –رضي الله عنه–: (مقاطع الحقوق عند الشروط)[٣٢]، وقول ابن عباس –رضي الله عنه–: (كل شيء في القرآن "أو أو" فهو مخير)[٣٣].

المصدر الخامس: نصوص أهل الاجتهاد، كقول الإمام الشافعي: (لا ينسب لساكت قول)[٣٤]، وقول الكرخي الحنفي: (الأصل أن للحالة من الدلالة كما للمقالة)[٣٥].

المصدر السادس: قواعد الاستدلال، كقاعدة (الأصل بقاء ما كان على ما كان)[٣٦] وأصلها الاستصحاب، وقاعدة (الكتاب كالخطاب) وأصلها القياس.

المطلب الخامس: الفرق بين القاعدة الفقهية وغيرها من القواعد:

تتميز القاعدة الفقهية بميزات تجعلها مفارقة لغيرها من القواعد، وحتى يظهر تميز القواعد الفقهية عن غيرها لابدّ من بيان الفرق بينها وبين بقية القواعد والمصطلحات ذات الصلة، كالضابط الفقهي،

---

[٢٩] الترمذي، محمد بن عيسى. ١٩٧٥. *سنن الترمذي*. مصر: مكتبة البابي الحلبي. أبواب الحدود. باب ما جاء في درء الحدود. ج٤. ص٣٣.رقم الحديث ١٤٢٤. والحديث ضعفه الألباني، انظر: الألباني، ناصر الدين. ١٩٩١. *ضعيف سنن الترمذي*. بيروت: المكتب الإسلامي. ص١٦٣

[٣٠] انظر: الزركشي، بدر الدين. ١٩٨٥. *المنثور في القواعد*.. ج٣.ص١٦٩

[٣١] انظر: ابن نجيم، زين الدين. ١٩٩٩. *الأشباه والنظائر*. بيروت: دار الكتب العلمية. ص٧٢

[٣٢] البخاري، محمد بن إسماعيل. ١٤٢٢. *صحيح البخاري*. السعودية: دار طوق النجاة. كتاب الشروط. باب الشروط في المهر عند عقدة النكاح. ج٣. ص١٩٠. معلقاً

[٣٣] ابن أبي شيبة، أبو بكر. ٢٠١٥. *المصنف*. الرياض: كنوز إشبيليا. كتاب الأيمان والنذور والكفارات. باب ما قالوا ما كان في القرآن (أو، أو) فصاحبه مخير. ج٧. ص٣٤٤.رقم الحديث١٢٨٦٢

[٣٤] انظر: السبكي، تاج الدين. ١٩٩١. *الأشباه والنظائر*. بيروت: دار الكتب العلمية. ج٢.ص١٦٧

[٣٥] الكرخي، أبو الحسن. ١٩٩٤. *كتاب تأسيس النظر للدبوسي ومعه أصول الكرخي*. القاهرة: مكتبة الخانجي. ص٨١

[٣٦] انظر: السبكي، تاج الدين. ١٩٩١. *الأشباه والنظائر*. ج١.ص١٣

والقاعدة الأصولية، والقاعدة المقاصدية، والأشباه والنظائر، والنظرية الفقهية، وسيقتصر الباحث هنا على الفروق الرئيسية دون إسهاب في المقارنة.

أولاً: الفرق بين القاعدة الفقهية والضابط الفقهي:

يتناول علماء القواعد في كتب الأشباه والنظائر مع القواعد الفقهية مصطلحاً آخر يطلق عليه الضابط الفقهي، وهو أضيق في مجاله من القاعدة الفقهية، إذا يختص الضابط الفقهي بباب فقهي محدّد على عكس القاعدة الفقهية التي تجمع فروعاً من أبواب فقهية مختلفة، يقرّر هذا المعنى السبكي بقوله: "ومنها ما لا يختص بباب كقولنا: اليقين لا يرفع بالشك، ومنها ما يختص كقولنا: كل كفارة سببها معصية فهي على الفور، والغالب فيما اختص بباب، وقُصد به نَظْم صور متشابهة أن تسمى ضابطاً"[٣٧]، ونصّ على هذا الفرق كذلك ابن نجيم بقوله: "والفرق بين الضابط والقاعدة أن القاعدة تجمع فروعاً من أبواب شتّى، والضابط يجمعها من باب واحد، هذا هو الأصل"[٣٨]، ومن النماذج المتقدمة للعناية بالضوابط الفقهية كتاب تأسيس النظر للدبوسي الحنفي، حيث يعتبر كتابه من المصنفات الأولى في علم القواعد الفقهية، وأكثر فيها من ذكر الضوابط الفقهية، من ذلك قوله:" الأصل عند أصحابنا أن كلّ صدقة قدرتها الشريعة بالآصع فهو من الحنطة نصف صاع ككفارة الأذى"[٣٩].

ثانياً: الفرق بين القاعدة الفقهية والقاعدة الأصولية:

الفروق الرئيسية بين القاعدة الفقهية والقاعدة الأصولية تنطلق من استقلال الفنَّين الَّذَيْن تنبني عليهما قواعدهما، فعلم الفقه مستقل عن أصول الفقه من حيث كونهما علوماً، ينبني على هذا الاختلاف

---

[٣٧] السبكي، تاج الدين. ١٩٩١. *الأشباه والنظائر*. بيروت: دار الكتب العلمية. ج١.ص١١

[٣٨] انظر: ابن نجيم، زين الدين. ١٩٩٩. *الأشباه والنظائر*. بيروت: دار الكتب العلمية. ص١٣٧

[٣٩] الدبوسي، أبو زيد. د.ت. *تأسيس النظر*. بيروت: دار ابن زيدون ص١٢٦

والتمايز بين القاعدة الفقهية والقاعدة الأصولية، وقد اعتنى ببيان التفريق بين القاعدتين الإمام القرافي في مقدمة كتابه الفروق، فقد ذكر أن أصول الشريعة على قسمين[٤٠]:

الأول: أصول الفقه، وهي قواعد ناشئة عن الألفاظ العربية وما يعرض لهذه الألفاظ من نسخ وترجيح ونحوه.

الثاني: قواعد فقهية كلية، كثيرة العدد مشتملة على أسرار الشرع، لكل قاعدة فروع لا تحصى.

ومن الفروق الرئيسية أيضاً[٤١]:

أولاً: أن القاعدة الأصولية يستنبط بها الأحكام من الدليل التفصيلي، فهي وسط بين الدليل والحكم، بخلاف القاعدة الفقهية فهي قضية كلية تجتمع تحتها جزئيات الأحكام.

ثانياً: القاعدة الأصولية كلية تنطبق على جميع جزئياتها بلا أي استثناء، بخلاف القاعدة الفقهية فهي أغلبية لها مستثنيات.

ثالثاً: الفرق بين القاعدة الفقهية والقاعدة المقاصدية:

القاعدة المقاصدية مستمدة من علم مقاصد الشريعة، ومقاصد الشريعة هي: "المعاني الغائيّة التي اتجهت إرادة الشارع إلى تحقيقها عن طريق أحكامه"[٤٢]، وكلا القاعدتين الفقهية والمقاصدية تشتركان في غاية مهمة وهي الوصول إلى الحكم الشرعي في الوقائع والمستجدات ومعرفة أسرار الشريعة، لكنّ الفرق المهم الذي تتميز به القاعدة المقاصدية عن الفقهية أمران[٤٣]:

---

[٤٠] انظر: القرافي، شهاب الدين. ٢٠٠٣. *الفروق*. بيروت: مؤسسة الرسالة. ج١.ص٦٢

[٤١] انظر: الندوي، علي أحمد. ٢٠٠٠. *القواعد الفقهية*. ص٦٨-٦٩

[٤٢] الكيلاني، عبد الرحمن. ٢٠٠٠. *قواعد المقاصد عند الشاطبي*. دمشق: دار الفكر. ص٤٧

[٤٣] انظر: شبير، محمد عثمان. ٢٠٠٧. *القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية*. ص٣٢

الأول: القاعدة المقاصدية تبين حِكَم الشريعة التي توخاها الشارع من أصول التشريع، فقاعدةٌ مقاصدية ذكرها الشاطبي وهي: "مقصود الشارع من مشروعية الرخص الرفق بالمكلف عن تحمل المشاق"[٤٤] تقرّر الحكمة من تشريع الرخص، ولا تقتصر على بيان الحكم الكلي للرخص، بخلاف القاعدة الفقهية فتقتصر على بيان الحكم الشرعي الكلي الذي تندرج تحته جزئيات متعددة، فموضوع القاعدة الفقهية فعل المكلف، وموضع القاعدة المقاصدية أهداف الشريعة وغاياتها.

الثاني: القواعد المقاصدية حاكمة على القواعد الفقهية ومقدّمة عليها عند التعارض، فالقواعد المقاصدية تعبر عن غايات التشريع، والقواعد الفقهية تعبر عن وسائل تلك الغايات، والغاية مقدمة على الوسيلة.

رابعاً: الفرق بين القاعدة الفقهية والأشباه والنظائر:

من المصطلحات ذات الصلة بعلم القواعد الفقهية مصطلح: الأشباه والنظائر، والذي يدفع الباحث نحو بيان الفرق بين القواعد الفقهية والأشباه والنظائر المؤلفاتُ التي سميت بالأشباه والنظائر واشتملت على القواعد الفقهية، فقد اشتهرت عدة مصنفات بهذا الاسم، وتضمنت في ثناياها قواعدَ فقهية، وحاصل ما ذكره علماء القواعد في معنى الأشباه: أنها الفروع الفقهية التي يشبه بعضها بعضاً في الحكم، والنظائر: ما كان فيها أدنى شَبَه[٤٥]، فمن جهة النظر إلى ما بين القاعدة الفقهية والأشباه والنظائر من ترابط من حيث اجتماع الأمور المتشابهة والصفات المشتركة بين الفروع فإن هذا موطن اتفاق، أما الاختلاف فمن جهة اهتمام الأشباه والنظائر بالفروع والجزئيات المتشابهة، واهتمام القواعد الفقهية بالرابط الجامع للفروع والجزئيات[٤٦].

---

[٤٤] الشاطبي، إبراهيم بن موسى. ٢٠٠٩. *الموافقات*. ج١.ص٥٢١

[٤٥] انظر: الباحسين، يعقوب. ٢٠١٠. *المفصل في القواعد الفقهية*. ص٥٤

[٤٦] انظر: شبير، محمد عثمان. ٢٠٠٧. *القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية*. ص٣٤

خامساً: الفرق بين القاعدة الفقهية والنظرية الفقهية:

النظرية الفقهية هي: "الدراسة الفقهية للموضوعات الحقوقية أو الأحكام الشرعية للعناوين الحقوقية التي تجمع فروعاً فقهية من أبواب شتى"[٤٧]، ومن أشهر هذه النظريات: نظرية الملكية، ونظرية العقد، ونظرية الإثبات، والفرق بينها وبين القواعد الفقهية أن هذه القواعد الفقهية ضوابطُ وأصول فقهية تراعى في تخريج الأحكام ضمن حدود النظريات، فقاعدة: (العبرة في العقود للمقاصد والمعاني) هي مجرد ضابط في نظرية العقد[٤٨]، وأيضاً فإن القاعدة الفقهية تتضمن حكماً فقهياً في ذاتها، في حين أن النظرية الفقهية كنظرية الملك على سبيل المثال لا تتضمن ذلك[٤٩].

ومن المهم الإشارة إلى أنه يمكن أن تجتمع جملة من القواعد الفقهية وتشترك في موضوعها لتشكل نظرية عامة، فالقواعد الفقهية التي سيقوم الباحث بدراستها في هذا البحث وهي القواعد الفقهية المتعلقة بالعرف، اجتمعت لتشكل بمجموعها نظرية العرف، فالقواعد العرفية نحو: (العادة محكمة) و(استعمال الناس حجة) و(المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً) و(المعروف بين التجار كالمشروط بينهم) وغيرها مما سيأتي، تجتمع كلها تحت نظرية العرف، وتعبر هذه القواعد عن أركان وشروط وأحكام وضوابط هذه النظرية.

المطلب السادس: أنواع القواعد الفقهية:

تنقسم القواعد الفقهية إلى عدة أقسام وباعتبارات مختلفة، ويمكن إرجاع هذا التنوع إجمالاً إلى أربع اعتبارات رئيسية وهي: التقسيم من حيث السعة والشمول، والتقسيم من حيث الاتفاق على القواعد والاختلاف فيها، والتقسيم من حيث الاستقلال والتبعية، والتقسيم من حيث المصادر وسبق بيانه، وعلى وجه التفصيل،

---

[٤٧] الشثري، سعد بن ناصر. ٢٠١٦. *النظريات الفقهية*. الرياض: دار كنوز إشبيليا. ص١٨

[٤٨] الزرقا، مصطفى أحمد. ٢٠١٢. *المدخل الفقهي العام*. ج١.ص٣٣٠

[٤٩] انظر: الندوي، علي أحمد. ٢٠٠٠. *القواعد الفقهية*. ص٦٤

يتفرّع عن هذه الاعتبارات أنواع من القواعد الفقهية المختلفة[٥٠] وهي:

أولاً: قواعد فقهية شاملة ومتسعة لجميع الأبواب تقريباً، وهي القواعد الفقهية الخمس الكبرى، وهي: قاعدة: (الأمور بمقاصدها)، و(اليقين لا يزول بالشك)، و(المشقة تجلب التيسير)، و(الضرر يزال)، و(العادة محكّمة)، وقد نص على شموليتها وعدم اختصاصها بباب محدد عامة المصنفين في القواعد كالعلائي[٥١] والسبكي[٥٢] والسيوطي[٥٣].

ثانياً: قواعد فقهية شاملة لأبواب كثيرة لكن شموليتها أقل من الأول، وتندرج بعضها تحت القواعد الكبرى وتتفرع عليها، وبعضها مستقل عنها، مثل قاعدة: (الضرورات تبيح المحظورات)[٥٤] وهي متفرعة من قاعدة (المشقة تجلب التيسير)، وقاعدة (لا ينكر تغير الأحكام الاجتهادية بتغير الأزمان) وهي متفرعة عن قاعدة (العادة محكمة)، أما القواعد المستقلة مثل: (الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد)[٥٥]، و(التابع تابع)[٥٦]، و(تصرف الإمام منوط بالمصلحة)[٥٧].

ثالثاً: قواعد فقهية متعلقة بأبواب محددة في الفقه، وهي التي تسمى بالضوابط الفقهية، مثل قاعدة (كل ميتة نجسة إلا السمك والجراد)[٥٨]، و(كل كفارة سببها معصية فهي على الفور)[٥٩].

---

[٥٠] انظر: الباحسين، يعقوب. ١٩٩٨. *القواعد الفقهية-دراسة نظرية تحليلية تأصيلية تاريخية-*. الرياض: مكتبة الرشد. ص١١٨-١٣٢

[٥١] العلائي. ١٩٩٤. *المجموع المذهب في قواعد المذهب*. الكويت: وزارة الأوقاف ج١.ص٢٥٣

[٥٢] انظر: السبكي. ١٩٩١. *الأشباه والنظائر*. ج١.ص١٢

[٥٣] انظر: السيوطي. ٢٠١١. *الأشباه والنظائر*. ج١.ص٦٢

[٥٤] انظر: الزركشي، بدر الدين. ١٩٨٥. *المنثور في القواعد*. ج٢.ص٣١٧

[٥٥] انظر: الحموي، شهاب الدين. ١٩٨٥. *غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر*. ج١.ص٣٢٥

[٥٦] انظر: السيوطي. ٢٠١١. *الأشباه والنظائر*. ج١.ص٢٧٢

[٥٧] المرجع نفسه. ج١.ص٢٧٨

[٥٨] انظر: السبكي. ١٩٩١. *الأشباه والنظائر*. ج١.ص٢٠٠

[٥٩] المرجع نفسه. ج١.ص٣٨٥

رابعاً: قواعد متفق عليها بين جميع المذاهب، وهي القواعد الكلية الكبرى التي عليها مدار الفقه المذكورة سابقاً.

خامساً: قواعد متفق عليها بين أكثر المذاهب، كالقواعد التسع عشرة التي ذكرها ابن نجيم[٦٠]، منها قاعدة (الاجتهاد لا ينفض بالاجتهاد) و (إذا اجتمع الحلال والحرام غلّب الحرام).

سادساً: القواعد الفقهية المختلف فيها بين المذاهب، وهي القواعد المتبقية من القواعد الأربعين التي ذكرها السيوطي بعد إخراج القواعد التسع عشر التي ذكرها ابن نجيم، فستبقى حينئذ القواعد المختلف فيها بين الحنفية والشافعية، مثل قاعدة: (ما حرم استعماله حرم اتخاذه)[٦١].

سابعاً: القواعد الفقهية المختلف فيها بين علماء المذاهب الواحد، وترد غالباً بصيغة الاستفهام مثل: (هل العبرة بصيغ العقود أو بمعانيها؟) فهي محل خلاف عند الشافعية[٦٢].

المطلب السابع: أثر القواعد الفقهية في اختلاف الفقهاء ومدى حجية استنباط الأحكام منها:

من الجوانب المهمة التي تبيّن الأثر العملي للقواعد الفقهية، وتظهر للفقيه ثمرة مهمة من ثمرات الاعتناء بالقواعد الفقهية، الوقوفُ على علاقة القواعد الفقهية بأسباب الخلاف الفقهي، والنظر في حجية الاستدلال بالقاعدة الفقهية على الأحكام الشرعية، ويرتبط هذا المبحث بموضوع الدراسة ارتباطاً وثيقاً؛ فإن القواعد العرفية التي ستتم دراستها كثير منها محل اجتهاد، وفي مضمونها خلاف بين الفقهاء يؤثر في معرفة الحكم الشرعي للفروع التي تندرج تحتها، فمن ذلك الخلاف في شروط قاعدة(الإشارة المعهودة من الأخرس كالبيان)[٦٣] حيث اختلف الفقهاء في شروط إعمال هذه القاعدة، فمنهم من يشترط أن لا يقدر

---

[٦٠] انظر: ابن نجيم. ١٩٩٩. *الأشباه والنظائر*. ص٨٩

[٦١] انظر: السيوطي. ٢٠١١. *الأشباه والنظائر*. ج١.ص٣٣٣

[٦٢] المرجع نفسه. ج١.ص٣٦٠

[٦٣] وستأتي دراستها وتوثيقها في البحث.

الأخرس على الكتابة، ومنهم من يشترط اقتران التصويت مع الإشارة، ومنهم من لا يعتبر الإشارة في الحدود والعقوبات، ومثل ذلك في قاعدة:(الكتاب كالخطاب)[٦٤] فإن للفقهاء في هذه القاعدة شروطاً اختلفوا فيها، فمنهم من يشترط الكتابة على شيء اعتاد الناس الكتابة عليه، ولا عبرة بكتابة غير هذه الكتابة، وهذه الشروط التي وضعها الفقهاء لإعمال القواعد السابقة وغيرها مما سيأتي ذكرها في الدراسة كانت سبباً للخلاف الفقهي لبعض الفروع المندرجة تحت القاعدة، وفي جانب الاحتجاج بالقاعدة فإن بعض القواعد الفقهية العرفية تعتبر من القواعد الكلية الكبرى التي تشبه الأدلة في قوتها كقاعدة :(العادة محكّمة)[٦٥] المستنبطة من نصوص الكتاب والسنة والإجماع، والمبنية على أصل معتمد بين الفقهاء وهو العرف، فالاستدلال بها على الأحكام الشرعية صحيح في الجملة، مع مراعاة الشروط التي وضعها الفقهاء، وتحت هذا المطلب فرعان:

أولاً: علاقة القواعد الفقهية بأسباب الخلاف الفقهي:

من المجالات الفقهية المهمة رصد أسباب الخلاف الفقهي، سواء أكانت أسباباً أصولية أم لغوية، وقد اعتنى المتقدمون والمعاصرون بهذا المجال اعتناء كبيراً وكتبوا فيها البحوث والدراسات، ومن جملة ذلك ما كتبه شيخ الإسلام ابن تيمية في كتابه (رفع الملام عن الأئمة الأعلام)، وسبقه كذلك محمد بن عبدالله البطليوسي المتوفى سنة ٥٢١ هـ في كتابه: (التنبيه على الأسباب التي أوجبت الاختلاف بين المسلمين في آرائهم ومذاهبهم واعتقاداتهم)، وفي الزمن المعاصر اشتهرت مؤلفات مثل: (أسباب اختلاف الفقهاء) لعلي خفيف، و(أسباب اختلاف الفقهاء) لعبدالله التركي، و (أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء) لمصطفى الخن، إلا أن جانباً مهماً لم يُعطَ حقه في أسباب الخلاف الفقهي وهو أثر القواعد

[٦٤] وستأتي دراستها وتوثيقها في البحث.

[٦٥] وستأتي دراستها وتوثيقها في البحث.

الفقهية في الخلاف الفقهي، مع أنه قد وُجد في كلام بعض المتقدمين بيان لأثر القواعد الفقهية في الخلاف الفقهي كما ذكر ذلك أبو زيد الدبوسي في كتابه تأسيس النظر حيث أورد جملة من القواعد الفقهية المختلَف فيها وبيّن أثر الخلاف فيها عند الحنفية، ومن أمثلة ذلك قوله: "الأصل عند أصحابنا الثلاثة أن الشيء إذا أقيم مقام غيره في حكم فإنه لا يقوم مقامه في جميع الأحكام، وعند زفر مقامه في جميع الأحكام"[٦٦]، ثم فرّع عليه عدداً من الفروع، منها قولهم بأن موت أحد الزوجين يقوم مقام الدخول في حق الميراث، ولا يقوم مقامه في حق غسل الميت، وعند زفر يقوم مقامه في جميع الأحكام[٦٧].

والقواعد الفقهية صارت سبباً من أسباب الخلاف الفقهي، وبيان ذلك هو في كون الأحكام الجزئية التفصيلية في الفقه هي محل ذكر أسباب خلاف الفقهاء، والقواعد الفقهية مبنية على مجموع هذه الجزئيات، فالفقهاء حين يريدون صياغة القاعدة وتقعيدها يرجعون إلى المصادر الشرعية من نصوص وغيرها، وهذه المصادر الشرعية وما يتعلق بها من استنباط فيها أسباب الخلاف الفقهي في الجزئيات، والقاعدة نفسها أيضاً من حيث صياغتها محل اختلاف بين الفقهاء، ويترتب على الخلاف في صياغتها الخلاف في الفروع التي تتخرّج عليها[٦٨].

ويظهر هذا المعنى من خلال المثال الآتي، فمن القواعد المشهورة قاعدة (الخراج بالضمان)، وهو نصٌّ حديثي، ومع ذلك فقد حصل الخلاف بين الفقهاء في دلالتها هل هي على العموم أم لا؟ وبُني على ذلك الخلاف في ضمان منافع الأعيان المغصوبة، فمن أخذ بعموم القاعدة قال بعدم ضمان منافع العين المغصوبة، في حين قال الآخرون بالضمان لأن القاعدة مخصّصة بقوله صلى الله عليه وسلم: "ليس لعِرق

---

[٦٦] الدبوسي، أبو زيد. د.ت. *تأسيس النظر*. ص٨٠

[٦٧] المرجع نفسه ص٨٠

[٦٨] انظر: الروكي، محمد. ١٩٩٤. *نظرية التقعيد وأثرها في اختلاف الفقهاء*. المغرب: مطبعة النجاح. ص٢٤٧

ظالمٍ حقٌّ"[٦٩]، فظهر لنا أن من أسباب الخلاف الفقهي في المسألة الخلاف في عموم القاعدة الفقهية أو خصوصها[٧٠].

ثانياً: حكم الاستدلال بالقواعد الفقهية على الأحكام:

القواعد الفقهية طريق للوصول إلى الحكم الشرعي من خلال ما يتخرج عليه من الفروع الفقهية، ويرتبط بهذا الجانب مسألة مهمة تتعلق بمصادر التشريع، وهي هل يمكننا اعتبار القواعد الفقهية دليلاً شرعياً يستنبط منه الحكم؟ في هذه المسألة قولان:

القول الأول: عدم جواز الاحتجاج بالقاعدة الفقهية، وليست مصدراً من مصادر الأحكام الشرعية، وهذا هو قول الجويني[٧١]، وابن نجيم[٧٢]، والحموي[٧٣] وأدلتهم في ذلك:

أولاً: تتميز القاعدة الفقهية بكونها أغلبية وليست كلية، والاستثناءات منها كثيرة، ويحتمل أن يكون الفرع المراد تخريجه من هذه المستثنيات[٧٤]، يقول مصطفى الزرقا: "ومن ثَمّ لم تسوّغ المجلة أن يقتصر القضاة في أحكامهم على الاستناد إلى شيء من هذه القواعد الكلية فقط دون نصّ آخر خاصّ أو عام يشمل بعمومه الحادثة المقضي فيها"[٧٥].

ثانياً: غالب القواعد الفقهية لا تستند على نصوص بل بالاستقراء الناقص، فلا يفيد حينئذ اليقين، ولا

---

[٦٩] أبوداود، سليمان بن الأشعث. د.ت. *السنن*. تحقيق: محي الدين عبد الحميد. بيروت: المكتبة العصرية. كتاب الخراج والإمارة والفيء. باب في إحياء الموات. ج٣. ص١٧٨.رقم الحديث ٣٠٧٣. والحديث صححه الألباني، انظر: الألباني، ناصر الدين. ١٩٨٥. *إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل*. بيروت: المكتب الإسلامي. ج٦.ص٦

[٧٠] انظر: الروكي، محمد. ١٩٩٤. *نظرية التقعيد وأثرها في اختلاف الفقهاء*. ص٣٣٢

[٧١] انظر: الجويني، عبد الملك. ١٩٧٩. *غياث الأمم في التياث الظلم*. مصر: دار الدعوة. ص٣٦٠

[٧٢] انظر: الحموي، شهاب الدين. ١٩٨٥. *غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر*. ج١.ص٣٧

[٧٣] المرجع نفسه ج١.ص٣٧

[٧٤] انظر: البورنو، محمد صدقي. ٢٠٠٢. *الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية*. بيروت: مؤسسة الرسالة. ص٣٩

[٧٥] الزرقا، مصطفى أحمد. ٢٠١٢. *المدخل الفقهي العام*. ج٢.ص٩٦٧

يمكن أيضاً تعميمها مع كونها غير يقينية على جميع الفروع[٧٦].

ثالثاً: القواعد الفقهية ثمرة للفروع المختلفة، وجامع ورابط لها، وليس من المعقول أن يجعل ما هو ثمرة وجامع دليلاً لاستنباط أحكام الفروع[٧٧].

القول الثاني: جواز اعتبار القواعد الفقهية دليلاً شرعياً إذا لم يعارضها أصل مقطوع به من كتاب أو سنة، وبه قال الغزالي[٧٨]، والشاطبي[٧٩]، وأدلتهم في ذلك[٨٠]:

أولاً: القاعدة الفقهية كلية تنطبق على جميع جزئياتها ولا يقدح في كليتها وجود الاستثناءات.

ثانياً: استشهاد الأئمة المجتهدين بهذه القواعد واعتمادهم عليها في الكشف عن الأحكام الشرعية.

ثالثاً: حجية القاعدة مستفادة من مجموع الأدلة الجزئية، فإن كان كل دليل جزئي هو حجة بذاته يصح الاستدلال به، فمن باب أولى أن تتحقق هذه الحجية في القاعدة التي أرشدت إليها مجموع الأدلة، يقول الشاطبي تأكيداً لهذا المعنى: "كل أصل شرعي لم يشهد له نصّ معين، وكان ملائماً لتصرفات الشرع، ومأخوذاً معناه من أدلته؛ فهو صحيح يبنى عليه، ويرجع إليه، إذا كان ذلك الأصل قد صار بمجموع أدلته مقطوعاً به"[٨١].

وفي مقام الترجيح يمكن أن يقال: تختلف القواعد الفقهية من حيث الأصول والمصادر، إلى قسمين[٨٢]:

---

[٧٦] انظر: شبير، محمد عثمان. ٢٠٠٧. *القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية*. ص٨٤

[٧٧] انظر: البورنو، محمد صدقي. ٢٠٠٢. *الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية*. ص٣٩

[٧٨] انظر: الغزالي، أبوحامد. ١٩٩٨. *المنخول*. بيروت: دار الفكر المعاصر. ص٤٦٥

[٧٩] انظر: الشاطبي، إبراهيم بن موسى. ٢٠٠٩. *الموافقات*. ج١.ص٣٢

[٨٠] انظر: عليوات، نضال. ٢٠١٧. *"التقعيد الفقهي وأثره في القضايا المعاصرة"*. مجلة جامعة الشارقة. ج١٥. ديسمبر. عدد٢.ص٤٠

[٨١] الشاطبي، إبراهيم بن موسى. ٢٠٠٩. *الموافقات*. ج١.ص٣٢

[٨٢] انظر: شبير، محمد عثمان. ٢٠٠٧. *القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية*. ص٨٧

الأول: ما كان بنفسه نصّاً من قرآن أو سنة فهو دليل شرعي يستدل به.

الثاني: ما يشبه الأدلة وهو في قوّتها، كالقواعد كالكلية الكبرى: (اليقين لا يزول بالشك) و(الضرر يزال) و (الأمور بمقاصدها) و (المشقة تجلب التيسير)، فهذه يحتكم إليها.

الثالث: القواعد الفقهية التي لا تستند إلى نصّ صريح من كتاب أو سنة أو إجماع، وهي القواعد التي تخضع للاجتهاد في مضامينها، فهذه ليست مصدراً للاستنباط.

المبحث الثاني: مقدمة حول العرف

سيذكر الباحث في هذا المبحث جملة من المطالب الأساسية المبيّنة لحقيقة العرف وضوابطه وشروطه وأنواعه وأسباب نشوئه ومدى حجيّته.

المطلب الأول: معنى العرف في اللغة:

تدور كلمة العرف في اللغة على خمس معان رئيسية[٨٣] وهي:

١. تتابع الشيءِ متصلاً بعضَه ببعض، ومنه: عُرْف الفرس، وسمي بذلك لتتابع الشَّعر عليه، ومنه أيضاً: جاءت القَطَا عُرْفاً عُرْفاً، أي بعضها فوق بعض.

٢. السكون والطمأنينة، ومنه المعرِفة والعِرفان؛ لأنَّ من أنكر شيئاً توحَّش منه، ومنه كذلك: العَرَفُ، وهي: الرائحة الطيبة؛ لأنَّ النفوس تسكن إليها.

٣. الارتفاع، ومنها: العُرْفَة، وهي: أرض منقادة مرتفعة، ومنها: الأعراف جبل مرتفع بين الجنة والنار.

٤. ضد المنكر، يقال: أولاهُ عُرفاً أي معروفاً.

---

[٨٣] انظر: ابن فارس. ١٩٧٩. *معجم مقاييس اللغة*. ج٤.ص٢٨١ وابن منظور. ١٤١٤هـ. *لسان العرب*. بيروت: دار صادر ج٩.ص٢٩٣

٥. الجود وما يُستحسن من الأفعال.

ولعل المعنيين اللغويين للعرف المتسقين مع مفهوم العرف الاصطلاحي القادم ذكره هما تتابع الشيء، والسكون والطمأنينة، فالاطّراد والتتابع والاستقرار سمة بارزة للعرف.

المطلب الثاني: معنى العرف في الاصطلاح:

تعددت التعريفات المذكورة في العرف، وسيذكر الباحث أشهر هذه التعريفات وهي:

أولاً: أقدم التعريفات المنقولة للعرف هو تعريف حافظ الدين النسفي المتوفى سنة٧١٠هـ، في كتابه (المستصفى)- وهو كتاب مخطوط- وأول من وقف على تعريفه وأظهره هو الدكتور أحمد أبو سنة في بحثه العرف والعادة في رأي الفقهاء، حيث يقول النسفي في تعريفه للعرف أنه: ما استقر في النفوس من جهة العقول وتلقته الطبائع السليمة بالقبول[٨٤].

ثانياً: تعريف السيد الشريف الجرجاني المتوفى سنة ٨١٦هـ، وهو: "ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول، وتلقته الطبائع بالقبول"[٨٥].

ثالثاً: تعريف زكريا الأنصاري المتوفى سنة ٩٢٦هـ، وهو: "ما استقرت عليه النفوس بشهادة العقول وتلقته الطبائع بالقبول"[٨٦].

رابعاً: تعريف أبي البقاء الكفوي المتوفى سنة ١٠٩٤هـ، وهو: "ما استقر في النفوس من جهة شهادات العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول"[٨٧].

---

[٨٤] انظر: أبو سنة، أحمد فهمي ٢٠١٦. *العرف والعادة في رأي الفقهاء*. مصر: المكتبة الأزهرية للتراث. ص١١

[٨٥] الجرجاني، علي بن محمد. ١٩٨٣. *كتاب التعريفات*. ص١٤٩

[٨٦] الأنصاري، زكريا. ١٤١١هـ. *الحدود الأنيقة والتعريفات الدقيقة*. بيروت: دار الفكر المعاصر. ص٧٢

[٨٧] الكفوي، أيوب بن موسى. ١٩٩٨. *الكليات*. بيروت: مؤسسة الرسالة. ص٦١٧

خامساً: تعريف علي حيدر المتوفى سنة ١٣٥٣هـ في شرحه على مجلة الأحكام العدلية وهو: "الأمر الذي يتقرر في النفوس ويكون مقبولاً عند ذوي الطباع السليمة بتكراره المرة بعد المرة"[٨٨].

وحاصل هذه التعريفات أن العرف أمر اطمأنت إليه النفوس، وعرَفَته وألِفَتْه مستندة في ذلك إلى استحسان العقل، والذوق السليم في الجماعة، ويحصل هذا الاستقرار في النفوس والقبول في الطباع بالاستعمال المتكرر الصادر عن ميل ورغبة، فيخرج من التعريف السابق النادر من التصرفات، ويخرج كذلك المستقر في النفوس بسبب الشهوات والهوى أو بسبب حصولها اتفاقاً[٨٩].

ومن المصطلحات المتعلقة بالعرف مصطلح: العادة، والعلماء في بيان الفرق بين العرف والعادة على اتجاهين:

الاتجاه الأول: أنهما بمعنى واحد، ولا فرق بينهما، واختار هذا القول ابن عابدين الحنفي في رسالته (نشرُ العَرَف)[٩٠]، وعلي حيدر في شرحه على مجلة الأحكام العدلية[٩١]، وهؤلاء يرون بأن العرف والعادة هما ما استقر في النفوس من قول أو فعل، وتلقته الطباع السليمة بالقبول، لا فرق في ذلك بين ما كان للعقل في إنشائه مدخل، وبين ما ليس للعقل فيه مدخل كحرارة الجو التي تجعل البلوغ عادة مبكرة وكأقل الحيض وأكثره[٩٢].

الاتجاه الثاني: التفريق بين العرف والعادة، وهذا التفريق على قولين:

الأول: العرف أعمّ من العادة، فالعادة تختص بالعرف العملي فقط، أي ما جرى عليه العمل عند الناس،

---

[٨٨] حيدر. علي. ٢٠٠٣. *درر الحكام شرح مجلة الأحكام*. الرياض: دار عالم الكتب. ج١.ص٤٤

[٨٩] انظر: أبو سنة، أحمد فهمي ٢٠١٦. *العرف والعادة في رأي الفقهاء*. ص١١-١٢

[٩٠] انظر: ابن عابدين، محمد أمين. ١٣٢١هـ. *مجموعة رسائل ابن عابدين*. د. م: د.ن. ج٢.ص١١٤

[٩١] انظر: حيدر. علي. ٢٠٠٣. *درر الحكام شرح مجلة الأحكام*. الرياض: دار الكتب العلمية. ج١.ص٤٤

[٩٢] انظر: حسنين، محمود حسنين. ١٩٨٨. *العرف والعادة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي*. دبي: دار القلم. ص١٣

في حين أن العرف شامل للقول والفعل، واختار القول هذا ابن الهمام الحنفي[٩٣].

الثاني: العادة أعم من العرف، فالعادة تشمل المتكرر من الأقوال والأفعال سواء صدر عن الفرد أو الجماعة، وسواء كان المصدر طبيعياً كحرارة الإقليم وبرودته أو كان مصدره العقل وتلقته الطباع بالقبول، لذلك عبّروا عنه بقولهم في تعريف العادة: هي الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية، واختار هذا القول ابن أمير الحاج الحنفي[٩٤]، ويؤيد هذا القول أن طبيعة العادة والعرف تقتضي أن تكون العادة أعم، فالعادة تنشأ بالميل والرغبة ثم مع التكرار، وهذا العمل قد يكون من أفراد محدودين ولا يسمى حينها عرفاً، وقد يكون من جماعات وهذه التي تكوّن أعرافاً، ويؤيد هذا المعنى أيضاً معنى المعاودة المأخوذ من أصل كلمة العادة وهذه تنطبق على الأفراد وليس شرطاً على الجماعات[٩٥].

العرف باعتبار أن القاعدة الكبرى: (العادة محكّمة) معبرة عن حجية العرف، أما في هذه المقدمة التمهيدية حول العرف فسيكون الكلام عن دليل الإجماع والدلائل العقلية المثبتة لحجية العرف:

المطلب الثالث: حجية العرف:

سيذكر الباحث في شرح القاعدة الأولى الأدلة النقلية من نصوص الكتاب والسنة على حجية

أولاً: الإجماع الذي يدل على حجية العرف هو الإجماع العملي، وهذا إما أن يكون بإقرار من أهل الإجماع بعد رؤيتهم للعرف الذي عليه الناس وعدم إنكارهم له، أو بمشاركتهم للناس بالعمل الذي تعارفوا عليه فيكون إجماعاً عملياً، وهذا الإجماع ليس مبنياً على السكوت مرة أو مرتين في ما تعارفه الناس بل يكثر فيه السكوت مع تكرر الفعل، ومن أمثلة ذلك المضاربة والتي تكون على أساس المشاركة بين رأس المال والعمل،

---

[٩٣] انظر: أمير بادشاه، محمد أمين. ١٩٨٣. *تيسير التحرير*. بيروت: دار الكتب العلمية. ج١.ص٣١٧

[٩٤] انظر: ابن أمير الحاج، شمس الدين. ١٩٩٦. *التقرير والتحبير*. بيروت: دار الفكر. ج١.ص٣٥٠

[٩٥] انظر: الباحسين، يعقوب بن عبد الوهاب. ٢٠٠٤. *قاعدة العادة محكمة دراسة نظرية تأصيلية تطبيقية*. الرياض: مكتبة الرشد. ص٢٨

لم تستند في إباحتها على نص وإنما أجيزت لأنها معاملة تعارف عليها الناس في زمن النبوة والصحابة، فكان هذا إجماعاً منهم على صحة التعامل[٩٦].

ثانياً: وجوب النظر إلى العادات والأعراف واعتبارها؛ لأن العادات ينبني عليها دخول المكلف تحت حكم التكليف، فالبلوغ مثلاً وشروط حصوله مبني على العادات التي عليها الناس والتي لا دخل للعقل فيها[٩٧].

ثالثاً: العادات والأعراف لما كانت ذات صلة شديدة بنفوس البشر، وتكشف عن الضرورة والحاجة الإنسانية؛ فإن الشريعة اعتبرتها لما فيها من رفع الحرج، فمن أصرح الأدلة على حجية العرف ما في العرف من نفيٍ للحرج[٩٨].

رابعاً: من خلال استقراء الفروع في الفقه الإسلامي يمكن الوقوف على جملة من الأحكام والفروع الفقهية والتي كانت موجودة قبل التشريع الإسلامي، وأقرها الإسلام بعد تصحيحها لصلاحها في كل زمان ومكان، كبيع السلم وبيع العرايا والمضاربة والإجارة والشركة، وألغى ما كان عرفاً فاسداً كالربا والغرر، وكانت هذه الأعراف التي أقرها الإسلام يُعبَّر عنها بقولهم: كنّا نفعل كذا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم[٩٩].

خامساً: أجمع أهل العلم على أن الشريعة الإسلامية جاءت لتحقيق مصالح الناس، واعتبارُ عوائدهم مما يحقق مصالحهم، فوجب حينئذ اعتبار هذه العوائد[١٠٠].

سادساً: العادات الجارية اعتبارها في الشرع ضروري، فقد جرت العادة بأن الزجر هو سبب الانكفاف عن

---

[٩٦] انظر: عوض، السيد صالح. ١٩٦٩. *أثر العرف في التشريع الإسلامي*. القاهرة: دار الكتاب الجامعي. ص١٨٤-١٨٦

[٩٧] انظر: الشاطبي، إبراهيم بن موسى. ٢٠٠٩. *الموافقات*. ج٢.ص٤٨٣

[٩٨] انظر: الباحسين، يعقوب بن عبد الوهاب. ٢٠٠٤. *قاعدة العادة محكمة دراسة نظرية تأصيلية تطبيقية*. ص١٢٨

[٩٩] انظر: المرجع نفسه. ص١٨٣-١٨٤

[١٠٠] انظر: الشاطبي، إبراهيم بن موسى. ٢٠٠٩. *الموافقات*. ج٢.ص٤٩٤

الوقوع في المخالفات، فلو لم نعتبر العادة شرعاً لم يكن القصاص من المشروع لأنه لو شرع لما كان مفيداً[١٠١].

سابعاً: في حال عدم اعتبار العادات والأخذ بها فإن هذا يؤدي إلى تكليف ما لا يطاق؛ لأن الخطاب الشرعي إما أن يراعي علم المكلف وقدرته ونحوها من العادات المعتبرة في التكليف أو لا يراعي ذلك، فإن لم يراعِ ذلك أدّى إلى تكليف ما لا يطاق[١٠٢].

المطلب الرابع: منشأ العرف:

إن التصرفات التي اعتادها الناس من الأفعال والأقوال التي صارت عرفاً مستقراً في العقول، مألوفاً في النفوس، لابد أن يكون لها دافع وسبب سابق حتى تصبح عادة راسخة في أي مجتمع من المجتمعات، وتأخذ شكل العرف المطّرد، يقول مصطفى الزرقا مبيّناً الطريقة التي تتكون بها الأعراف إجمالاً: "كل عمل اختياري لابد له من باعث، وهذا الباعث إما خارجي كظهور منفعة من شيء أو عمل، وإما داخلي نفسي كحبّ الانتقام الدافع إلى الأخذ بالثأر، وكالحياء الشديد الباعث على السكوت أو التحجب في بعض المواطن من بعض الأشخاص، فإذا ارتاح الإنسان للفعل الذي مال إليه بذلك الباعث وكرَّره أصبح بالتكرار عادة له، فإذا حاكاه غيره فيه بدافع حب التقليد وتكررت هذه المحاكاة وانتشرت بين معظم الأفراد يتكون حينئذ بها العُرف الذي هو في الحقيقة عادة الجماعة"[١٠٣].

وسيستعرض الباحث هنا جملة من الأسباب المبيّنة لدوافع نشوء الأعراف[١٠٤]:

أولاً: الحاجة وعموم البلوى، وهي أهمّ الأسباب التي تكوّن الأعراف والعادات في المجتمعات، فكثيراً ما يتعرض الناس أفراداً وجماعات إلى ظروف خاصة تدفعهم إلى تصرف خاص ويتكرر هذا الأمر حتى يصير

---

[١٠١] المرجع نفسه ج٢.ص٤٩٥

[١٠٢] المرجع نفسه ج٢.ص٤٩٥

[١٠٣] الزرقا، مصطفى أحمد. ٢٠١٢. *المدخل الفقهي العام*. ج٢.ص٨٦٨

[١٠٤] انظر: الباحسين، يعقوب بن عبد الوهاب. ٢٠٠٤. *قاعدة العادة محكمة دراسة نظرية تأصيلية تطبيقية*. ص٨٥-٩١

عرفاً، وتختلف هذه الحاجات باختلاف البيئات الطبيعية والاجتماعية والخُلقيّة وأنظمة الحكم[١٠٥]، ويظهر أثر الحاجة وعموم البلوى جليًاً في المعاملات المالية، كاستحداث بيع الوفاء، ووقْف بعض المنقولات كالكتب والأدوات المستخدمة في الجنائز، وبيوع المعاطاة، وبيوع الاستجرار، والمزايدة، وعقود التوريد، وعقود المقاولات الحديثة، والعلامات التجارية، وفي مجال عادات التجار التي ترتبط بمعاملاتهم كالتعامل مع الأوراق التجارية من الشيكات والكامبيالات، وطرق دفع الأثمان بالبطاقات، ومسؤولية نقل البضائع، والصيانة وغيرها مما سيذكر لاحقاً في هذ الدراسة.

ثانياً: الأوامر السلطانية كالتعميمات والقوانين المتعلقة بالمرور، والعقارات، والتجارة، ومواصفات المرافق العامة وحقوق الارتفاق، والاحتفالات الدينية، وكذلك التقاويم الميلادية التي حلت محلَّ التقاويم الهجرية وصارت هي المعتبرة في حساب الزمن، وغيرها من القرارات الحكومية، فإنها تساهم بقوة في تشكيل العادات والأعراف في المجتمعات.

ثالثاً: تتكون الأعراف والعادات عن طريق التقليد والذوبان في تقاليد الأمم الأخرى، في عاداتها واحتفالاتها وأنماط الحياة اليومية، من مأكل وملبس ومسكن، وهذا واقع كثير من البلدان الإسلامية المتأثرة بالمد الغربي.

رابعاً: الموروثات القبلية والأسرية في العادات الاجتماعية كالثأر أو الزواج من القبيلة.

خامساً: تنتشر بعض الأعراف بين الناس وهي في الأصل أحكام شرعية، لكن سرعان ما تناسى الناس كونها أحكاماً وتعاملوا معها على أنها أعراف، كولائم الأعراس، والختان، وكثير من مكارم الأخلاق، والحجاب الشرعي.

[١٠٥] انظر: أبو سنة، أحمد فهمي ٢٠١٦. *العرف والعادة في رأي الفقهاء*. ص٢١-٢٢

المطلب الخامس: أقسام العرف:

ينقسم العرف إلى عدة أقسام وباعتبارات مختلفة، وفيما يلي أهم الاعتبارات المذكورة وما يتفرع عنها من أقسام:

أولاً: تقسيم العرف من حيث سببه إلى عرف قولي وعرف عملي، فالعرف القولي: أن يشيع بين الناس استعمال بعض الألفاظ والتراكيب في معنى معين بحيث يصبح ذاك المعنى هو المفهوم المتبادر منها إلى الأذهان عند الإطلاق بلا قرينة ولا علاقة عقلية[١٠٦]، ويكون هذا في بلد دون آخر، كاستعمال لفظ (الدرهم) على العملة الرائجة في البلد مهما كانت قيمة هذه العملة حتى لو كانت ورقاً نقدياً مع أن الدرهم في الحقيقة فضة مسكوكة بقيمة محددة، مثل ذلك أيضاً لفظ (الولد)، حيث يطلق على الذكر بينما هو في اللغة للذكر والأنثى، وإطلاق لفظ (اللحم) على لحم الضأن تحديداً دون لحم السمك والدجاج[١٠٧]، أما العرف العملي: فهو ما جرى عليه عمل الناس واعتادوه في سلوكهم أو معاملاتهم المدنية التي يقصد منها إنشاء الحقوق، كالأكل من الثمار الساقطة من البساتين، والأكل من الطعام المقدّم بلا إذن، وكبيوع المعاطاة من غير صيغة لفظية، وكذلك ما تعارفوا عليه مما لا نص فيه من الأموال الربوية مما يكال أو يوزن، وعادات الناس في تعطيل أيام الأسبوع وغيرها مما سيذكر في الدراسة[١٠٨].

ثانياً: تقسيم العرف باعتبار الشيوع إلى عرف عام وعرف خاص، أما العرف العام فهو: ما يشترك فيه غالب الناس في جميع البلاد على اختلاف أزمانهم وبيئاتهم وثقافاتهم ومستوياتهم، ويتضمن العرف العام كثيراً من الظواهر الاجتماعية المنتشرة في العالم مثل الاستصناع، وتأجيل المهور وتقسيمها إلى معجل ومؤجل

---

[١٠٦] انظر: الزرقا، مصطفى أحمد. ٢٠١٢. *المدخل الفقهي العام*. ج٢.ص٨٧٥

[١٠٧] انظر: الخياط، عبد العزيز. ١٩٧٧. *نظرية العرف*. عمّان: مكتبة الأقصى. ص٣٤

[١٠٨] انظر: حسنين، محمود حسنين. ١٩٨٨. *العرف والعادة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي*. ص٦٨

وغيرها من الأمثلة الواردة في الدراسة[١٠٩]، أما العرف الخاص فهو: "مالم يتعامله أهل البلاد جميعاً، بأن تعارفه أهل بلد أو حرفة أو دين"[١١٠]، كتعارف التجار على إثبات الديون التي لهم أو عليهم في دفاتر خاصة، ومن ذلك المصطلحات الخاصة بكل فنّ من الفنون أو علم من العلوم[١١١].

ثالثاً: تقسيم العرف باعتبار كونه معتبراً في الشرع أو ملغياً إلى عرف صحيح وعرف مفاسد، أما العرف الشرعي فهو العرف الصحيح الذي لا يخالف قواعد الشريعة وإن لم يرد نص خاص في موضعه، فيدخل في ذلك الأعراف التي نشأت بسبب ما فيها من المصالح المرسلة، ومن أمثلة هذه الأعراف الأنظمة العامة في حياة البشر، كأنظمة المرور، والأعراف التجارية، وإجراءات المحاكم والدوائر الحكومية وغيرها، وأما العرف الفاسد فهو العرف المخالف للشرع كالأعراف المنتشرة في كثير من البلاد من خروج النساء سافرات، والتعامل بالربا، وبيوع الغرر.

المطلب السادس: شروط اعتبار العرف في الشريعة:

اعتبار العرف في الشريعة منضبط بالشروط التي وضعها الفقهاء لتحديد العرف المعتبر من غيره، وفي الفصل الثالث سيتناول البحث في القواعد الفقهية المعبرة عن هذه الشروط، لذا سيذكر الباحث هنا أهم الشروط التي يجب توفرها في العرف على وجه موجز:

الشرط الأول: أن يكون العرف مطّرداً وغالباً، بمعنى أن يكون مستمرّاً يعمل به في جميع الحوادث دون اضطراب، وعبروا عنه بقاعدة: (إنما تعتبر العادة إذا اطّردت)[١١٢].

---

[١٠٩] انظر: الخياط، عبد العزيز. ١٩٧٧. *نظرية العرف*. ص٣٣

[١١٠] أبو سنة، أحمد فهمي ٢٠١٦. *العرف والعادة في رأي الفقهاء*. ص٢٨

[١١١] انظر: حسنين، محمود حسنين. ١٩٨٨. *العرف والعادة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي*. ص٦٩

[١١٢] انظر: السيوطي. ٢٠١١. *الأشباه والنظائر*. ج١.ص٢٢٤

الشرط الثاني: أن يكون العرف قائماً وقت التصرف، وعبروا عنه بقولهم: العرف الذي تُحمل الألفاظ عليه إنما هو المقارِن، أو بقاعدة: (لا عبرة بالعرف الطارئ)[١١٣].

الشرط الثالث: ألا يعارض العرف نصّ بخلافه، فلا يصرح المتعاقدان بخلاف العرف الجاري، فإذا صرحوا بخلافه يعمل بالاتفاق، وعبروا عنه بقاعدة: (يعتبر العرف عند عدم التصريح بخلافه)[١١٤].

الشرط الرابع: ألا يخالف العرف نصّاً شرعياً من كتاب أو سنة أو إجماع، وعبروا عنه بقاعدة: (كل عرف ورد النص بخلافه فهو غير معتبر)[١١٥].

المطلب السابع: التقعيد الأصولي والفقهي للعرف:

بعد أن عرض الباحث أهم المباحث التي تمثل مقدمة تمهيدية للدراسة في جانبي القواعد الفقهية والعرف، وجب في هذا السياق أيضاً بيان ارتباط التقعيد بالعرف، باعتبار أن الدراسة هي للقواعد الفقهية المتعلقة بالعرف، ولأن في هذا المبحث تمييزاً بين القاعدة العرفية الأصولية والقاعدة العرفية الفقهية، والمقصود هنا هو أن للعرف علاقة بالشريعة الإسلامية من جانبين:

الجانب الأول: هو الجانب الأصولي، فيُنظر إلى العرف باعتباره مصدراً من مصادر التشريع، وأصلاً يرجع إليه في استنباط الأحكام الفرعية من النصوص، ويتمثل هذا الجانب بالقواعد والمباحث الأصولية المتعلقة بالعرف والتي تساهم في عملية إنتاج الحكم الشرعي، وقد ناقش الأصوليون العرف وأثره في الأحكام في المصنفات الأصولية، فمن حيث كونه مصدراً للتشريع نصّ جماعة من الفقهاء على أن العرف والعادة دليل من ضمن الأدلة المعتبرة عند المجتهدين، وقد تميز المذهب المالكي في تقرير هذه المسألة، يقول ابن العربي

---

[١١٣] انظر: الزركشي، بدر الدين. ١٩٨٥. *المنثور في القواعد*. الكويت: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية. ج٢.ص٣٩٤

[١١٤] انظر: الغزي، محمد صدقي. ٢٠٠٣. *موسوعة القواعد الفقهية*. بيروت: مؤسسة الرسالة. ج٧.ص٣٩٧

[١١٥] انظر: ابن نجيم، زين الدين. ١٩٩٩. *الأشباه والنظائر*. ص٨٠

المالكي عن العادة: "وهي دليل أصولي بنى الله عليه الأحكام، وربط به الحلال والحرام"[١١٦]، وقال في موضع آخر: "والعرف عندنا أصل من أصول الملة ودليل من جملة الأدلة"[١١٧]، ونصَّ القرافي على أن العرف دليل ضمن أدلة المجتهدين التسعة عشر التي ذكرها، والتي على رأسها الكتاب والسنة والإجماع والقياس، ثم فسّر ذلك بقوله: "العوائد والعادة غلبة معنى من المعاني على الناس، وقد تكون هذه الغلبة في سائر الأقاليم كالحاجة للغذاء والتنفس في الهواء، وقد تكون خاصة ببعض البلاد كالنقود والعيوب، وقد تكون خاصة ببعض الفرق كالأذان للإسلام والناقوس للنصارى، فهذه العادة يقضى بها عندنا"[١١٨].

وفي مجال القواعد الأصولية قرَّر الأصوليون جملة من القواعد الأصولية العرفية المؤثرة في استنباط الأحكام، فمن ذلك:

أولاً: قاعدة: (الأصل في العادات الإباحة)[١١٩]، وهي قاعدة أصولية عظيمة متفرعة عن دليل الاستصحاب، يُحكم بناء عليها بإباحة جميع العادات العملية والقولية وفي كافة المجالات المالية وغير المالية وبصورة مطردة، مالم تخالف الشرع، وتُذكر هذه القاعدة الأصولية في مقابل قاعدة: (الأصل في العبادات المنع).

ثانياً: قاعدة: (العادة تخصص العموم)، وهي قاعدة أصولية اتفق الأصوليون[١٢٠] على أنه إذا تعارف قوم إطلاق لفظ لمعنى بحيث لا يتبادر إلا ذلك المعنى عند سماعه كالدابة على الحمار، والدرهم على النقد الغالب، فإن العام يُخصَّص بالعرف القولي، أما العرف العملي فهو مخصص للعموم عند الحنفية[١٢١]، فإذا

---

[١١٦] الإشبيلي، ابن العربي. ٢٠٠٢. *أحكام القرآن*. بيروت: دار الكتب العلمية. ج٤.ص٢٨٩

[١١٧] المرجع نفسه ج٣.ص٥٠٠

[١١٨] القرافي، شهاب الدين. ١٩٧٣. *شرح تنقيح الفصول*. د. م: شركة الطباعة الفنية المتحدة. ص٤٤٨

[١١٩] انظر: ابن تيمية، تقي الدين. ١٤٢٨. *القواعد النورانية الفقهية*. السعودية: دار ابن الجوزي. ص١٧٢

[١٢٠] انظر: أمير بادشاه، محمد أمين. ١٩٨٣. *تيسير التحرير*. ج١.ص٣١٧

[١٢١] انظر: ابن أمير الحاج، شمس الدين. ١٩٩٦. *التقرير والتحبير*. ج١.ص٣٥٠

كانت عادة المُخاطبين أكل البُر، ثم جاء تحريم الطعام، انصرف التحريم إلى البُر.

أما الجانب الثاني: وهو الجانب الفقهي الذي يرتبط بهذه الدراسة، حيث صِيغت القواعد الفقهية العرفية من خلال عملية التقعيد الفقهي التي يتم من خلالها تكوين القاعدة الفقهية بصياغتها صياغة كلية بعد استقراء الجزئيات المتشابهة[١٢٢]، فظهرت بذلك القاعدة الفقهية الكبرى: (العادة محكّمة) حيث تم تقعيدها من خلال الاستنباط من النصوص الشرعية التي دلّت بمجموعها على اعتبار العرف والاحتجاج به وتحكيمه، فصارت قضية كلية تندرج تحتها الكثير من الجزئيات التي تمثل الاحتكام إلى العرف، وتفرعت من هذه القاعدة الكبرى جملة من القواعد الكلية التي تحقق بمجموعها مضمون القاعدة الكبرى، فقاعدة: (استعمال الناس حجة) يعني أن العرف محكّم، وقاعدة: (الممتنع عادة كالممتنع حقيقة) يعني أيضاً أن العرف محكّم، وقاعدة: (لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان) المراد بها تغير الأعراف والعادات، وتغير الأحكام بها يعني أنها محكّمة، ونظيرها قاعدة: (الأحكام المترتبة على العوائد تتبع العوائد وتتغير بتغيرها) فتعبر عن حجية العرف وتغير الأحكام بها، وينطبق هذا على بقية القواعد وهي: (الحقيقة تترك بدلالة العادة)، و(المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً) و(المعروف بين التجار كالمشروط بينهم) و(التعيين بالعرف كالتعيين بالنص) و(الثابت بالعرف كالثابت بالنص) وقاعدة: (كل ما ورد به الشرع مطلقاً ولا ضابط فيه، ولا في اللغة، يرجع فيه إلى العرف)وغيرها من القواعد المعبرة عن السلطان العرفي[١٢٣]، وتنضم كذلك القواعد التي هي بمثابة الشروط والضوابط المنظِّمة لعمل القاعدة الكبرى، فاشتراط الاطِّراد في العرف يعبَّر عنه بقاعدة: (إنما تعتبر العادة إذا اطّردت)، واستُنبط من هذا الشرط أيضاً قاعدة: (العبرة للغالب لا للنادر)، واشترط للعرف عدم مخالفته للنص فعُبّر عنه بقاعدة: (كل عرف ورد النص بخلافه فهو غير معتبر)، وتفرع منه حجية

[١٢٢] انظر: سعيدي، يحيى. ٢٠١٠. *التقعيد الفقهي وأثره في الاجتهاد المعاصر*. بيروت: دار ابن حزم. ص٣٤

[١٢٣] انظر: الباحسين، يعقوب. ٢٠٠٦. *المعايير الجلية في التمييز بين الأحكام والقواعد والضوابط الفقهية*. الرياض: مكتبة الرشد. ص٦٤

تصريح المتعاقدين بخلاف العرف إذ جُعل بمثابة النص في العقد فعبروا عنه بقولهم: (يعتبر العرف عند عدم التصريح بخلافه)، وتعبيراً عن شرط مهم من شروط العرف وهو أن يكون العرف قائماً وقت الاحتجاج قالوا: (لا عبرة بالعرف الطارئ)، ثم تأتي القواعد التي قُعِّدت من خلال القياس، كقاعدة (الكتاب كالخطاب) و(الإشارة المعهودة للأخرس كالبيان) و(الإذن العرفي كالإذن اللفظي)، وتضاف بعض القواعد الفقهية إلى القواعد الفقهية العرفية من جهة كونها مفسّرةً بالعرف كقاعدة: (الإشارة المعهودة للأخرس كالبيان) و قاعدة: (السكوت في معرض الحاجة بيان)، وسيأتي بيان هذه القواعد في الدراسة.

المطلب الثامن: علاقة العرف بالمعاملات المالية:

بما أن المجال التطبيقي الذي تم اختياره في هذه الدارسة هو مجال المعاملات المالية، وهو مجال واسع كثير التفاصيل، ويتأثر بعدد كبير من القواعد والأصول، فالواجب حينئذ بيانُ وجه الارتباط بين العرف وقضايا المعاملات المالية بصورة مجملة باعتبار أن من أهداف الدراسة إبرازَ العلاقة بينهما من خلال القواعد الفقهية العرفية، وهذه العلاقة ستظهر جليّاً في التطبيقات الكثيرة التي ستُذكر في الدراسة لاحقاً.

والمتأمل في أبواب المعاملات المالية المدوّنة في كتب الفقه، وكذلك في مسائل المعاملات المعاصرة، يرى تأثر جملة كبيرة منها بالعرف، ومن وجوه متنوعة، ومع إمعان النظر في هذه المسائل الفقهية يرى الباحث أنّ أثر العرف على المعاملات المالية يرجع إلى صور رئيسية –سيأتي التفصيل في تطبيقاتها في الدراسة– ونذكرها هنا إجمالاً:

أولاً: من حيث الأصل في حكم المعاملات، فقد قرر أهل العلم أن الأصل في المعاملات الحلّ[١٢٤]؛ وهذا لأن المعاملات كالبيع والإجارة والهبة وغيرها هي من جملة العادات المتداولة بين البشر، والأصل في العادات

[١٢٤] انظر: ابن قيم الجوزية، محمد بن أبي بكر. ١٤٣٣. *إعلام الموقعين عن رب العالمين*. السعودية: دار ابن الجوزي. ج٣.ص١٠٧

كما هو معلوم الحِل، يقول شيخ الإسلام ابن تيمية بعد تأصيله لقاعدة الأصل في العادات العفو: "وهذه قاعدة عظيمة نافعة، وإذا كان كذلك فنقول: البيع والهبة والإجارة هي من العادات التي يحتاج الناس إليها في معاشهم كالأكل والشرب واللباس، فإن الشريعة قد جاءت في هذه العادات بالآداب الحسنة فحرمت ما فيها من فساد، وأوجبت ما لابد منه، وكرهت ما لا ينبغي، واستحبت ما فيه مصلحة راجحة في أنواع هذه العادات ومقاديرها وصفاتها"[١٢٥]، ثم بيّن ابن تيمية البراءة الأصلية المقتضية لحلّ المعاملات فقال: "وإذا كان كذلك فالناس يتبايعون ويستأجرون كيف شاءوا ما لم تحرِّم الشريعة، كما يأكلون ويشربون كيف شاءوا ما لم تحرم الشريعة.. ومالم تحدُّ الشريعةُ في ذلك حدّاً فيبقون فيه على الإطلاق الأصلي"[١٢٦].

ثانياً: قيام العرف بعملية التفسير والبيان للعبارات المجملة التي لم يأت فيها ضابط في العقود والمعاملات، كمعرفة ضابط التفرق في مجلس البيع، ومعرفة ضابط القبض في المبيعات والصرف، وتحديد معيار للعيب في المبيعات، وتفسير مفهوم البيع والإجارة والهبة وغيرها من المعاملات.

ثالثاً: قيام العرف بتقييد العقود المطلقة والتي لم تحدِّد أوصافاً أو أثماناً معينة، كتحديد نوع النقد، أو معيار الوزن إذا لم يذكر، وتحديد ما لو كان البيع مؤجلاً أم معجلاً.

رابعاً: للعرف دور أساسي في تحديد الألفاظ والأفعال القائمة مقام الإيجاب والقبول في العقود، وهي عملية جوهرية تبنى على أساسها العقود والمعاملات، وللعرف هنا سلطان على طريقة ابتداء العقود وإنشائها فيما يسمّى ببيع المعاطاة، وهي عملية مهمة لا تنفك عنها عامة العقود والمعاملات.

خامساً: يقوم العرف بتحديد ما يدخل في المبيع عقاراً كان أم منقولاً، وهذا تأثير مهم في مجال المعاملات،

---

[١٢٥] ابن تيمية، تقي الدين. ١٤٢٨. *القواعد النورانية الفقهية*. ص١٧٣

[١٢٦] المرجع نفسه ص١٧٣

فلا تنفك عنه عامة المبيعات.

سادساً: تأثير العرف على باب الإيجارات واضح ومتنوع، من جهة تحديد الأجور المطلقة بأجرة المثل، وتحديد التزامات المؤجر والمستأجر بل الإيجارات هي من العادات القديمة التي أقرها الإسلام.

سابعاً: على صعيد النوازل والمعاملات المعاصرة، للعرف دور كبير في تحديد مشروعية كثير من الإجراءات الأساسية في عدد من المعاملات، وعلى رأسها: القبض الحكمي في مختلف العقود والمعاملات، وهي كثيرة كما سيأتي في الدراسة، واعتبار وسائل الاتصال الحديثة في إبرام العقود، والحقوق المعنوية والاعتياض عنها.

الفصل الثاني

القواعد الفقهية المعبّرة عن حجية العرف

تمهيد

في هذه المجموعة من القواعد سيعرِض الباحث جملة من القواعد الفقهية التي تعبّر عن مدى حجية العرف في تأثيره على المسائل الفقهية، وتنطلق هذه القواعد أساساً من القاعدة الكلية الكبرى: العادّة محكَّمة وما يتفرع عنها من قواعد مرادفة أو مشخّصة لمعناها، لذا ستكون هذه القاعدة هي أُولى القواعد في الدراسة.

المبحث الأوّل: قاعدة: العادة محَكَّمة

وهي من القواعد الخمس الكلية الكبرى التي تفرعت عنها العشرات من القواعد والضوابط الفقهية، وتخرّج عليها عدد لا يحصى من المسائل الفقهية لما تتسم به من المرونة والسَّعة، مع إبرازها لجانب اليُسر في الشريعة، ورعاية مصالح المجتمع، وهي كذلك دليل من أدلة رفع الحرج في الشريعة الإسلامية، ولمكانتها الكبيرة تناولها علماء القواعد في عامّة كتب القواعد الفقهية، وكتب الأشباه والنظائر، وقد تُذكر بصيغة أخرى، كقول تقي الدين الحِصني في قواعده: "القاعدة الخامسة: اعتبار العادة والرجوع إليها "[١٢٧]ويعتبر السيوطي أول من استعمل هذه الصياغة المشهورة في كتابه الأشباه والنظائر[١٢٨]، ثم انتشرت بعده[١٢٩].

---

[١٢٧] الحصني، أبوبكر بن محمد. ١٩٩٧. *كتاب القواعد*. الرياض: مكتبة الرشد. ج١.ص٣٥٧

[١٢٨] ج٢.ص٢٢١

[١٢٩] انظر: الدوسري، مسلم بن محمد. ٢٠٠٧. *الممتع في القواعد الفقهية*. الرياض: دار زدني. ص٢٦٨

بالتعمّق في معاني ودلائل هذه القاعدة، نُدرك وبجلاء عِدّة خصائص يتميز بها الفقه الإسلامي، فمن ذلك الصلاحية لكل زمان ومكان، والقدرة على إيجاد الحلول لما يستحدث من نوازل ومسائل، وهذه تؤكد قابلية الإسلام للاستمرار والعطاء على مرّ التاريخ والعصور

[١٣٠]، يقول الدكتور السيد صالح عوض: "وصياغة الفقهاء لهذه القاعدة بهذه الصياغة المحكمة هو تعبير عن مكانة العرف في التشريع الإسلامي، فهو مستَند عظيم الشأن لكثير من الأحكام العملية وفي شتّى أقسام الفقه وأبوابه، وله سلطان واسع المدى في بناء الأحكام وتجديد بنائها لتجدد العرف وتطوره، إذ تدور به وعليه عجلة المعاملات بين الناس، وفي اعتباره تسهيلٌ كبيرٌ يغني عن كثير من النصوص التفصيلية في الأحكام التشريعية اعتماداً على ما هو معروف ومألوف"[١٣١].

وقد أخذ بهذه القاعدة أكثر المذاهب الفقهية، وذلك من خلال اعتبار العرف والاحتجاج به، وقد أكّد شهاب الدين القرافي المالكي اشتراك المذاهب في إعمال العرف بقوله: " أما العرف فمشترك بين المذاهب، ومن استقرأها وجدهم يصرحون بذلك"[١٣٢]، لكنّ هذا الاعتبار متفاوت في مدى الأخذ، فالمالكية هم الأكثر أخذاً وإعمالاً لها ثم الحنفية، يقول محمد أبو زهرة: "والفقه المالكي كالفقه الحنفي يأخذ بالعرف، ويعتبره أصلاً من الأصول الفقهية فيما لا يكون فيه نصٌّ قطعي، بل إنه أوغل في احترام العرف أكثر من المذهب الحنفي، لأنّ المصالح دعامة الفقه المالكي في الاستدلال، ولا شك أن مراعاة العرف الذي لا فساد فيه ضرب من ضروب المصلحة لا يصحُّ أن يتركه الفقيه بل يجب الأخذ به"[١٣٣]، أما المذهب الحنفي فقد أفرد الفقيه الحنفي ابن عابدين رسالة مستقلة في موضوع العرف عند الحنفية سمّاها "نشر العَرَف في بناء

---

[١٣٠] انظر: السدلان، صالح بن غانم. ١٤١٧. *القواعد الفقهية الكبرى وما تفرع منها*. الرياض: دار بلنسية. ص٣٢٧

[١٣١] عوض. ١٩٦٩. *أثر العرف في التشريع الإسلامي*. ص٤٥١-٤٥٢.

[١٣٢] القرافي، شهاب الدين. ١٩٧٣. *شرح تنقيح الفصول*. د. م: شركة الطباعة الفنية المتحدة. ص٤٤٨

[١٣٣] أبو زهرة، محمد. ١٩٥٢. *مالك، حياته وعصره وآراؤه الفقهية*. دار الفكر العربي. ص٤٤٨

بعض الأحكام على العرف"[١٣٤]، وأمّا المذهب المالكي فقد نصّ أهل الأصول منهم على أن العوائد من جملة أدلة الأحكام[١٣٥].

المطلب الأول: شرح ألفاظ القاعدة

اللفظ الأول: (العادة)، وهي في اللغة: من الفعل الثلاثي عادَ، تقول: عاد إليه يعود عودةً وعَوْداً أي: رجع [١٣٦]، ويدور أصلها واشتقاقها على معنى تثنية الأمر عوداً بعد بدء، ورجوع الشيء مرة بعد مرة[١٣٧]. أما في الاصطلاح: فقد ذُكر فيها عدة تعريفات، بعض هذه التعريفات يميل إلى أن العادة لا تتناول العادات الفردية، وبعضها يميل إلى أن العادة تتناول عادات الأفراد أيضاً، ومن التعريفات التي تمثل النوع الأول ما ذكره ابن عابدين الحنفي في رسالته المشهورة في العرف بقوله: "أن العادة مأخوذة من المعاودة، فهي بتكررها ومعاودتها مرة بعد أخرى صارت معروفة مستقرة في النفوس والعقول، متلقاة بالقبول من غير علاقة ولا قرينة حتى صارت حقيقة عرفية"[١٣٨]. ومن التعريفات التي تمثل النوع الثاني ما ذكره ابن أمير الحاج الحنفي بقوله: "الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية"[١٣٩]، ويظهر من هذا التعريف أن لمفهوم العادة معنى واسعاً شاملاً يطلق على ما يعتاده الفرد من الناس في شؤونه الخاصة، كعادة نومه وأكله وكثير من أفعاله، وتُطلق كذلك على ما تعتادُه الجماعات والجماهير حسناً أكان أم قبيحاً، وتُطلق العادة كذلك على كلّ حالة متكررة سواء أكانت ناشئة عن سبب طبيعي كسرعة البلوغ ونضج الثمار واختلاف ذلك في الأقاليم، أم ناشئة عن الأهواء والشهوات وفساد الأخلاق مما يسمى بفساد الزمان، أم ناشئة عن حادث

---

[١٣٤] انظر: ابن عابدين، محمد أمين. ١٣٢١هـ. *مجموعة رسائل ابن عابدين*. د. م: د.ن. ج٢.ص١١٤

[١٣٥] انظر: الكلبي، ابن جزي. ٢٠١٣. *تقريب الوصول إلى علم الأصول*. الجزائر: دار العواصم. ص١٤٤

[١٣٦] الجوهري، إسماعيل بن حماد. ١٩٨٧. *الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية*. بيروت: دار العلم للملايين. ج٢.ص٥١٣

[١٣٧] القزويني، أحمد بن فارس. ١٩٧٩. *معجم مقاييس اللغة*. ج٤.ص١٨١

[١٣٨] ابن عابدين، محمد أمين. ١٣٢١هـ. *مجموعة رسائل ابن عابدين*. ج٢.ص١١٤

[١٣٩] ابن أمير الحاج، شمس الدين. ١٩٨٢. التقرير *والتحبير*. بيروت: دار الفكر. ج١.ص٢٨٢

خاص كفُشوّ اللّحن بسبب الاختلاط بالأعاجم، فكل ذلك يعتبر في نظر الفقهاء من قبيل العادات، وهي محل رعاية عند أهل الاجتهاد والفتوى، ولها أحكام تناسبها[١٤٠]. اللفظ الثاني: (محكَّمة)، وهو اسم مفعول من الفعل (حَكّم)، يقال: حكَّمتُه في مالي إذا جعلتَ إليه الحكم فيه[١٤١]، فالمعنى: تفويض الحكم إليه.

المطلب الثاني: المعنى الإجمالي للقاعدة:

بناء على ما تقرّر في معاني ألفاظ القاعدة، فإن المعنى الإجمالي هو: أن العادات التي تجري بين الناس، وتعارفوا عليها في تعاملاتهم وشؤون حياتهم، معتبرة ومرجوع إليها، فيُقضى بها، وتكونُ حاكمة على أقوال أصحابها وأفعالهم وتصرفاتهم، وكلّ هذا بشروطها التي سوف تُذكر لاحقاً[١٤٢].وعلاقة هذه العادات بالأحكام تتحدّد في أمرين:

الأمر الأول: أن تكون العادة مؤسِّسة ومنشِئة لأحكام جديدة، وهذا لا يجوز الأخذ به إلا إذا كان ملائماً للشريعة منسجماً مع نصوصها العامة، وحينئذ إذا كانت العادة ليست معتبرة ولا ملغية بدليل شرعي فهو في الحقيقة عائد إلى المصلحة المرسلة، لكنّه في حالة العادة اكتسب قوة باتفاق المسلمين على العمل به.

الأمر الثاني: العادة وإن كانت محكّمة فلا تعتبر دليلاً قائماً بنفسه كالنصّ أو الإجماع، بل هو دليل كاشف أو مُظهِر، فهو كالقياس يكشِف ولا يُثبت[١٤٣]، وتكون الأعراف والعادات مناطاً للحكم الشرعي وليس حكماً شرعياً بذاته، كما يجري في المعاملات من كيفية القبض، ووسائل حفظ الأمانة، والأحكام تتغير بتغير مناطها، والعرف في جميع ذلك داخل في الشريعة[١٤٤].

---

[١٤٠] انظر: الزرقا، مصطفى أحمد. ٢٠٠٤. *المدخل الفقهي العام*. ج٢.ص٨٧٢

[١٤١] انظر: الجوهري. ١٩٨٧. *الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية*. ج٥.ص١٩٠٢

[١٤٢] انظر: جماعة من المؤلفين. ٢٠١٣. *معلمة زايد للقواعد الأصولية والفقهية*.د.م. مجمع الفقه الإسلامي الدولي. ج٨.ص١١٩

[١٤٣] انظر: الباحسين. ٢٠٠٤. *قاعدة العادة محكمة دراسة نظرية تأصيلية تطبيقية*. ص١٢٨

[١٤٤] انظر: قوته، عادل بن عبد القادر. ١٩٩٧. *العرف حجيته وأثره في فقه المعاملات المالية عند الحنابلة*. مكة المكرمة: المكتبة المكية. ج١.ص٢٢٦

المطلب الثالث: أدلة القاعدة

تنوعت أدلة القاعدة الدالة على حجية تحكيم العرف والعادة من نصوص الكتاب والسنة، وهي كما يلي:

أولاً: أدلة الكتاب:

١. قوله تعالى: ﴿خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ١٩٩﴾[١٤٥]، والاستدلال بهذه الآية هو باعتبار أن العرف في الآية ما اصطلح عليه الفقهاء في معنى العرف، بخلاف التفسير المشهور للآية وهو تفسير العرف بالمعروف الذي هو الإحسان وأعمال الخير[١٤٦]، وممن استدل بهذه الآية على حجية العرف والعادة القرافي في كتابه الفروق في مسألة الاختلاف بين الزوجين في متاع البيت، حيث قال: "فكلُّ ما شَهِدت به العادة قُضي به لظاهر هذه الآية"[١٤٧].

٢. قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لِيَسْتَأْذِنْكُمُ الَّذِينَ مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ وَالَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُوا الْحُلُمَ مِنْكُمْ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ مِنْ قَبْلِ صَلَاةِ الْفَجْرِ وَحِينَ تَضَعُونَ ثِيَابَكُمْ مِنَ الظَّهِيرَةِ وَمِنْ بَعْدِ صَلَاةِ الْعِشَاءِ ثَلَاثُ عَوْرَاتٍ لَكُمْ لَيْسَ عَلَيْكُمْ وَلَا عَلَيْهِمْ جُنَاحٌ بَعْدَهُنَّ طَوَّافُونَ عَلَيْكُمْ بَعْضُكُمْ عَلَى بَعْضٍ كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمُ الْآيَاتِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ٥٨﴾[١٤٨]، ووجه الاستدلال: أن الله –سبحانه وتعالى– أمر بالاستئذان في هذه الأوقات التي اعتاد الناس فيها على وضع ثيابهم، فبُني الحكم على العادة[١٤٩].

٣. قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾[١٥٠]، فيُنفق الأب على ولده وزوجه بناء على

---

[١٤٥] القرآن. الأعراف. ١٩٩:٧

[١٤٦] انظر: الطبري، محمد بن جرير. ٢٠٠١. *جامع البيان عن تأويل آي القرآن*. السعودية: دار هجر. ج١٠.ص٦٤٤

[١٤٧] القرافي، شهاب الدين. ٢٠٠٣. *الفروق*. بيروت: مؤسسة الرسالة. ج٣.ص٢٦٢

[١٤٨] القرآن. النور ٥٨:٢٤

[١٤٩] انظر: العلائي، خليل بن كيكلدي. ١٩٩٤. *المجموع المذهب في قواعد المذهب*. ج٢.ص٤٠١

[١٥٠] القرآن. البقرة ٢٣٣:٢

المتعارف عليه، قال القرطبي: "أي: بالمتعارَف في عُرف الشرع من غير تفريط ولا إفراط"[١٥١]، وقد قرّر المرداوي الحنبلي أن كلّ ما تكرر من لفظ المعروف في القرآن فالمراد به: ما يتعارفه الناس من مثل ذلك الأمر[١٥٢].

٤. قوله تعالى:﴿فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾[١٥٣]، وفي الآية ترك للبيان، والإحالة على الوسط والسعة، وهذا يدلّ على أن تقدير ذلك منوطٌ بالمعتاد والمتعارف عليه[١٥٤].

ثانياً: أدلة السنة:

١. حديث عائشة–رضي الله عنها– أن هند بنت عتبة اشتكت زوجها أبا سفيان فقالت: إن أبا سفيان رجل شحيحٌ وليس يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم، فقال صلى الله عليه وسلم: "خُذِي ما يكفيكِ وولدَكِ بالمعروف"[١٥٥]، وقد نصّ ابن بطال المالكي[١٥٦]، وبدر الدين العيني الحنفي[١٥٧] في شرحيهما على صحيح البخاري أنّ هذا الحديث دليل على أن العرف عمل جارٍ، وأمرٌ معمول به.

٢. حديث محيِّصة–رضي الله عنه– أن ناقةً للبراء بن عازب–رضي الله عنه– دخلت حائط رجل فأفسدته عليهم، فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن على أهل الأموال حفظها بالنهار، وعلى أهل المواشي

---

[١٥١] القرطبي، محمد بن أحمد. ٢٠٠٦. *الجامع لأحكام القرآن*. بيروت: مؤسسة الرسالة. ج٤.ص١١١

[١٥٢] انظر: المرداوي، علاء الدين. ٢٠٠٠. *التحبير شرح التحرير في أصول الفقه*. الرياض: مكتبة الرشد. ج٨.ص٢٨٥٣

[١٥٣] القرآن. المائدة ٥:٨٩

[١٥٤] انظر: الباحسين. ٢٠٠٤. *قاعدة العادة محكمة دراسة نظرية تأصيلية تطبيقية*. ص١٢٢

[١٥٥] البخاري، محمد بن إسماعيل. ١٤٢٢. *صحيح البخاري*. تحقيق: محمد زهير. السعودية: دار طوق النجاة. كتاب النفقات. باب إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها وولدها بالمعروف. ج٧. ص٦٥.رقم الحديث٥٣٦٤.

[١٥٦] انظر: ابن بطال، علي بن خلف. ٢٠١٦. *شرح صحيح البخاري*. الرياض: مكتبة الرشد. ج٦.ص٣٣٣

[١٥٧] انظر: العيني، بدر الدين.د.ت. *عمدة القاري شرح صحيح البخاري*. بيروت: دار إحياء التراث العربي. ج١٢.ص١٧.

حفظها بالليل[١٥٨]، قال العلائي مبيّنا وجه الدلالة: "وهو أدلُّ شيء على اعتبار العادة في الأحكام الشرعية وبنائها عليها، لأنّ عادة الناس إرسالُ مواشيهم بالنهار للرعي وحبسُها بالليل للمبيت، وعادة أهل البساتين والمزارع الكونُ في أموالهم بالنهار-غالباً- دون الليل، فبنى النبيُّ صلى الله عليه وسلم التضمين على ما جَرتْ به عادتهم"[١٥٩].

٣. حديث ابن عمر-رضي الله عنه- أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "الوزن وزن أهل مكة، والمكيال مكيال أهل المدينة"[١٦٠]، ووجه الدلالة: اعتبار عادة أهل المدينة في كونهم أهل نخيل في مقدار الكيل، واعتبار عادة أهل مكة في التجارة في الوزن[١٦١].

٤. ومن السنة التقريرية نجد أن جملة من البيوع شاعت قبل الإسلام ثم أقرّها الإسلام وضبطها، فمن ذلك: بيع السلَم فقد كان متعارفاً عليه قبل الإسلام فجاء الإسلام ونظّمه بالأحكام والشروط، ففي حديث ابن عباس- رضي الله عنهما- قال: "قَدِمَ رسول الله صلى الله عليه وسلم المدينة والناس يُسْلِفون في الثمر العام والعامين، فقال: من أسلف فليُسلف في كيل معلوم ووزن معلوم"[١٦٢]. ومن ذلك أيضاً: بيع العرايا استثناءً من المزابنة، فقد حرّم الشارع بيع التمر بالرطب لوجود التفاضل بينهما والذي يؤدي إلى الربا، ثم جاء الترخيص بالعرية وهي بيع التمر بالرطب بعد خرصه وفي خمسة أوسق فقط[١٦٣] مراعاة للعرف السائد المبني

---

[١٥٨] أبوداود، سليمان بن الأشعث. د.ت. *السنن*. تحقيق: محي الدين عبد الحميد. بيروت: المكتبة العصرية. أبواب الإجارة. باب المواشي تفسد زرع القوم. ج٣. ص٢٩٨.رقم الحديث ٣٥٦٩. والحديث صححه الألباني في صحيح أبي داود. الرياض: مكتبة المعارف. ج٢.ص٣٩٠

[١٥٩] العلائي. *المجموع المذهب في قواعد المذهب*. ج٢.ص٤٠٥

[١٦٠] أبوداود، سليمان بن الأشعث.د.ت. *السنن*. تحقيق: محي الدين عبد الحميد. بيروت: المكتبة العصرية. كتاب البيوع. باب قول النبي صلى الله عليه وسلم المكيال مكيال المدينة. ج٣. ص٢٤٦٨.رقم الحديث ٣٣٤٠. والحديث صححه الألباني في صحيح أبي داود.الرياض:مكتبة المعارف.ج٢.ص٣٨٨

[١٦١] العلائي. *المجموع المذهب في قواعد المذهب*. ج٢.ص٤٠٤

[١٦٢] البخاري، محمد بن إسماعيل. ١٤٢٢. *صحيح البخاري*. السعودية: دار طوق النجاة. كتاب السلم. باب السلم في كيل معلوم. ج٣. ص٨٥. رقم الحديث٢٢٣٩

[١٦٣] انظر: ابن بطال، علي بن خلف. ٢٠١٦. *شرح صحيح البخاري*. ج٦.ص٣٠٨

على حاجة الناس في الاقتيات، ففي حديث زيد بن ثابت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رخّص في بيع العرايا بالرطب أو التمر، ولم يرخّص في غيره[١٦٤]. ومن ذلك أيضاً: بيع الجُزاف، وهو بيع ما يكال أو يوزن أو يعدّ جملة بلا كيل ولا وزن ولا عدّ[١٦٥]، ففي حديث ابن عمر رضي الله عنهما: "لقد رأيت الناس في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم يبتاعون جزافاً"[١٦٦]، ومثل هذه الصياغة تدلّ على أنه تعامل مستمر في الماضي، ومن ذلك أيضاً: مشروعية المضاربة، فقد كانوا يتعاملون بها قبل الإسلام وبُعث عليه السلام والناس يتعاملون بها.

المطلب الرابع: تطبيقات القاعدة وأثرها في المعاملات:

يقف الناظر في آثار هذه القاعدة على حجم كبير من الفروع الفقهية المندرجة تحتها وفي كافة الأبواب، وبما أنها قاعدة أصيلة تعبّر عن حجية العرف، ومجال البحث فيها هنا مقتصر على أثرها في المعاملات المالية، سيذكر الباحث المجالات التي ينضبط بها إعمال القاعدة في نطاق المعاملات، وعلى صورة أصول إجمالية ترجع إليها جميع الفروع في باب المعاملات، وقد كان الدكتور أحمد أبو سِنّة أوّلَ من وضع ضوابطَ لمعرفة ما يسمّيه هو بالاستعمالات الفقهية للعرف[١٦٧]، ويعني بذلك: "ردُّ الأمثلة المستفيضة، والفروع المتكاثرة، والمسائل التي لا تكاد تنحصر مما بُني على العرف وحُكّمت فيه العوائد، إلى أنواع من الاستعمال الفقهي، يصنِّف كل فرد منها تحت عنوان يعبر عن طبيعته"[١٦٨]، وسيأتي لاحقاً ضمن دراسة

---

[١٦٤] البخاري، محمد بن إسماعيل. ١٤٢٢. *صحيح البخاري*. السعودية: دار طوق النجاة. كتاب البيوع. باب بيع المزابنة. ج٣. ص٧٥. رقم الحديث٢١٨٤

[١٦٥] انظر: العيني، بدر الدين.د.ت. *عمدة القاري شرح صحيح البخاري*. بيروت: دار إحياء التراث العربي. ج٢٤.ص٢٦.

[١٦٦] البخاري، محمد بن إسماعيل. ١٤٢٢. *صحيح البخاري*. السعودية: دار طوق النجاة. كتاب البيوع. باب من رأى إذا اشترى طعاماً جزافاً. ج٣. ص٦٨. رقم الحديث٢١٣٧

[١٦٧] انظر: أبو سنة، أحمد فهمي ٢٠١٦. *العرف والعادة في رأي الفقهاء*. ص٣٩

[١٦٨] قوته، عادل بن عبد القادر. ١٩٩٧. *العرف حجيته وأثره في فقه المعاملات المالية عند الحنابلة*. ج١.ص٢٦٩

القواعد المتفرعة عن القاعدة الكبرى تفصيلٌ في هذه التطبيقات الفقهية، وبيان لوجه ارتباطها بقواعد العرف، وحاصل ما وقف عليه الباحث من هذه الأصول الإجمالية للتطبيقات المتأثرة بالعرف ما يلي:

الاستعمال الأول: العرف الذي يكون دليلاً على مشروعية الحكم ظاهراً، والمراد به: أن يكون العرف دليلاً على مشروعية الحكم في الظاهر وفي حقيقة الأمر يكون الدليل هو السنة أو الإجماع أو المصلحة أو أصل الإباحة[١٦٩]، ومن أمثلته: المعاملات التي بُعث رسول الله صلى الله عليه وسلم والناس يعتادونها فأقرهم عليها، كالمضاربة، والسلم، والاستصناع، يقول الدكتور علي الندوي: "نجدُ الاسلام أقرّ بعض الاعراف العريقة الصالحة التي سار عليها الناس قبل الإسلام مع التعديل والاصلاح فيها بإزالة العِوج المُخل بالسلوك الذي تقتضيه الحياة الكريمة، ومن تلك الأعراف ما هي منوطة بالقضايا المالية، فقد كان للعرب بيوع ورهون وشركات ومضاربات وإجارات أقرَّها الاسلام، وإن كان قد نهى منها عمّا فيه أكلُ أموال الناس بالباطل، كربا النسيئة والفضل، وما يفضي إلى المنازعة كبيوع الغرر، وكما هو شأن الأعراف الباطلة في الظروف الراهنة من المعاملات البنكية الربوية السائدة"[١٧٠].

الاستعمال الثاني: العرف الذي يُرجع إليه في تطبيق الأحكام المطلقة على الحوادث، والمراد بهذا النوع: الرجوع إلى العرف في إقامة الأحكام الكلية حال تطبيقها على جزئيات الحوادث، أو بعبارة أخرى الكشف عن الصفات التي هي مناط للأحكام الشرعية، فالفقيه إذا عَرضت له حادثة لم يرِد في الشرع إلا حكم كلي مطلق يجمعها مع أمثالها ونظائرها، رجع في تطبيق هذا الحكم على هذه الجزئية إلى تحكيم العرف والعادة، من ذلك: تحديد مالية الأشياء، وضابط إحياء الموات، وضابط الحِرز والإيداع، وأجَلِ السَّلَم،

---

[١٦٩] انظر: أبو سنة، أحمد فهمي ٢٠١٦. *العرف والعادة في رأي الفقهاء*. ص٤١

[١٧٠] الندوي. علي أحمد. ١٩٩٩. *موسوعة القواعد والضوابط الفقهية الحاكمة للمعاملات المالية في الفقه الإسلامي*. د. م: دار عالم المعرفة. ج١.ص١٧٠

وانتفاع المستأجِر بالعين المؤجّرة بما جرت به العادة، وما يُعدُّ قبضاً وإيداعاً وحفظاً للوديعة وانتفاعاً بعارية، وحدُّ الدرهم والدينار والنقود، وتحديد ما هو القيمي وما هو المثلي من الأشياء، فما ليس له نظير في الأسواق قيمي، وما له نظير في الأسواق مثلي، وتعيين مقاييس الأشياء ومعاييرها، فيما إذا كانت بالوزن أو الكيل، كما هو الشأن في أموال الربا فقد تختلف باختلاف الأزمنة كما يلاحظ في أن بعض ما كان يكال أصبح موزوناً وما كان عددياً أصبح موزوناً أيضاً، وضبط المقادير، طولاً وقصراً، قلة وكثرة، ونوعاً وجنساً مما ينبني عليها أحكام شرعية ولم يرد عن الشارع بيانها وتحديدها، كالضوابط الزمنية، والضوابط الكمية، وسيأتي بيان هذه التطبيقات لاحقاً في الدراسة[١٧١].

الاستعمال الثالث: العرف الذي ينزَّل منزلة النطق بالأمر المتعارف، فقد تجري بين الناس في تصرفاتهم عادات دالة على الإذن في الشيء أو المنع منه، أو تفيد إلزامه أو بيان نوعه أو قدره، أو تكون قرينة تسوغ للشاهد أن يشهد وللقاضي أن يقضي وللمفتي أن يفتي، ومن الأمثلة التي تبين هذا النوع[١٧٢]:

أولاً: ما يدلُّ على الإذن في الشيء، كمن رأى حريقاً في دار جاره، أو رأى شاة غيره مشرفة على الهلاك، فإن هذا يكون إذناً له في دخول الدار واستعمال ما يساعد على الإطفاء وذبح الشاة، ولا يضمنها، ومنها فتح أبواب المحالِّ العامة كالمساجد والمحاكم والمصالح حيث يكون إذناً في دخولها، وسيأتي الكلام عن هذا الاستعمال في قاعدة (الإذن العرفي كالإذن اللفظي).

ثانياً: ما يكون كالتصريح بالمنع، كتسييج الأرض المملوكة، وسيأتي الكلام عليه في التطبيقات عند الكلام عن إحياء الموات.

ثالثاً: ما يكون كالتصريح بالنوع بعد النصِّ على الجنس، كاستئجار الدور والحوانيت بلا بيان ما يعمل

---

[١٧١] انظر: الباحسين. ٢٠٠٤. *قاعدة العادة محكمة دراسة نظرية تأصيلية تطبيقية*. ص١٤١

[١٧٢] انظر: أبو سنة. ٢٠١٦. *العرف والعادة في رأي الفقهاء-عرض نظرية التشريع الإسلامي*. ص٧٥

فيها، فإنه يكون كالتصريح بالسكنى بالنسبة إلى الدور، وبالتجارة بالنسبة إلى الحوانيت، لأن هذا هو المتعارف.

رابعاً: ما يكون كالتصريح بالالتزام، كالبيع بالمعاطاة فإنها في العادة تكون دالة على الرضا من الجانبين فتكون كالتصريح بالإيجاب والقبول.

خامساً: القرائن العرفية التي تكون طريقاً للمفتي إلى الفتوى أو للشخص في خاصة نفسه للعمل بها، كوجوب السؤال عن حال ما يريد إدخاله في ملكه من الطعام أو غيره إذا غلب على أهل البلد التعامل المحرم، والقرائن التي تجيز للشاهد أن يشهد على ما دلت عليه وإن لم يسمع المشهود عليه أو يرَه، كمن رأى في يد شخص شيئاً يتصرف فيه تصرف الملاك.

سادساً: القرائن التي تمنع من سماع الدعوى، كمعروف بالفقر لا تُسمع دعواه على آخرَ أنه أقرضه مئة دينار دفعة.

سابعاً: القرائن التي يرجِّح بها القاضي من يكون القول قوله عند التداعي.

الاستعمال الرابع: العرف القولي، فكل متكلم يُحمل كلامه على عرفه سواء أكان ذلك في خطاب الشارع أو تصرفات الناس، ومثل هذا: أقوال الناس التي تدور عليها العقود والتصرفات، تُحمل على عرفهم في مخاطباتهم، بمعنى أن الأحكام التي تترتب على الالتزامات الفقهية من عقود وفسوخ وشروط تجري حسب ما يفيده اللفظ عرفاً[١٧٣].

الاستعمال خامس: الكشف عمّا به الترجيح في مواطن النزاع عند عدم البينة أو النصِّ عليه، كالاختلافات التي تقع بين البائع والمشتري والمؤجر والمستأجر، فمن ذلك: ما يعتبر عيباً في المبيع، وما يتحقق به العلم

[١٧٣] انظر: قوته، عادل بن عبد القادر. ١٩٩٧. *العرف حجيته وأثره في فقه المعاملات المالية عند الحنابلة*. ج١.ص٢٧٧

بالمقصود في خيار الرؤية، وضابط التفرق في خيار المجلس، وما يدخل في المبيع وما لا يدخل، وما يجوز للمستأجر وما لا يجوز من الانتفاع بالمأجور، وتحديد ما يعتبر قبضاً وما لا يعتبر كذلك، وتحديد الأجور المسكوت عنها[١٧٤].

الاستعمال السادس: مجال التفسير والبيان، كتفسير ما أجمله الشارع، والكشف عن الإرادة في الأقوال والتصرفات، ويشمل هذا[١٧٥]:

١. تفسير مرادات المتكلمين من ألفاظهم، ويدخل في ذلك صيغ التصرفات، وتتحدد بموجبه الألفاظ الدالة على إنشائها، سواء أكان بيعاً أم إجارة.
٢. الكشف عن الإرادة حيث لا كلام، كإشارة الأخرس، ومتى ينسب للساكت قول.
٣. الاعتداد بوسائل الاتصالات الحديثة ومدى قبولها في المعاملات التجارية والمحاكم.
٤. الكشف عما هو إذن في التصرفات والأفعال، ويدخل في ذلك جواز شرب وسقي الدواب من الجداول والأنهار المملوكة بناء على ما جرت به العادة من الإذن في ذلك، وعدم رد وعاء أو ظرف الهدية أو صحون البلاستيك الخفيفة.

الاستعمال السابع: مجال تخصيص العام وتقييد المطلق، يقول العز ابن عبد السلام: "تنزيل دلالة العادات وقرائن الأحوال منزلة صريح المقال في تخصيص العموم وتقييد المطلق وغيرها"[١٧٦]، ومن أمثلة ذلك[١٧٧]:

١. تقييد التوكيل المطلق، والإذن المطلق بما جرى عليه العرف واعتَاده الناس، فيقيد البيع المطلق بثمن مثله، وبالنقد المتداول المعتاد والأنواع المعتادة.

---

[١٧٤] انظر: الباحسين. ٢٠٠٤. *قاعدة العادة محكمة دراسة نظرية تأصيلية تطبيقية*. ١٤٨

[١٧٥] المرجع نفسه ص١٥٧

[١٧٦] ابن عبد السلام، عز الدين. ٢٠١٥. *القواعد الكبرى*. دمشق: دار القلم. ج٢.ص٢٢٥

[١٧٧] انظر: الباحسين. ٢٠٠٤. *قاعدة العادة محكمة دراسة نظرية تأصيلية تطبيقية*. ص١٦٠

٢. تقييد الصناعات بما هو صناعة مثلها في العادة والعرف، فإذا دفع قماشاً إلى خياط كي يخيط ثوبه فإنه يحمل على السعودي إن كان في السعودية.

٣. تقييد الإجارة المطلقة بما هو متعارف في الاستعمال، سواء كانت دوراً أو أثاثاً، فيحمل على الانتفاع الذي جرت به العادة، من غير إساءة استعمال.

٤. تقييد أجور العمال والصناع عند عدم الاتفاق، فلو استقدم عاملاً من دولة معينة فإنه يستحق المعتاد والمتعارف عليه في أمثاله.

٥. تقييد العقود المطلقة بالشروط التي جرت العادات والأعراف على الالتزام بها، فبيع مواد ثقيلة كالمكيفات والبلاط ونحوه يُلزم البائع إيصالها إلى موقع المشتري وإن لم يشترط المشتري ذلك في العقد، وكبيع السيارات المطلق، فإنه يتقيد بما هو جار في العرف من اشتراط تزويد مشتريها بالعجلة الاحتياطية والرافعة والمفكات اللازمة، ويدخل في ذلك صيانة الأجهزة المبيعة إذا كانت من نوع جرى العرف بضمان إصلاحه من قبل البائع مدة معينة كسنة.

٦. حمل الألفاظ والتصرفات على ما يراد بها في العادات، مثل: حمل ألفاظ الودائع والأمانات على حرز المثل، فيحفظ كل شيء فيما يناسبه، وحمل النقود والأثمان المطلقة على ما جرت به العادة.

الاستعمال الثامن: العادات المفيدة للظنون تبنى عليها الأحكام، وعبّر عنها العز بن عبد السلام بقوله: "الظنون مستفادة من العادات لمسيس الحاجات إلى ذلك"[١٧٨]، ثم مثّل له بعدة أمثلة ذكر منها: "الاعتماد على قول المقوّمين العارفين بالصفات النفيسة الموجبة لارتفاع القيمة، وبالصفات الخسيسة الموجبة لانحطاط القيمة لغلبة الإصابة على تقويمهم، وكذلك الاعتماد على قول الخارصين لغلبة إصابتهم فيما يخرصون، وكذلك الاعتماد على قول القائفين في إلحاق الأنساب لغلبة إصابتهم في ذلك حتى لا يكادون

[١٧٨] ابن عبد السلام، عز الدين. ٢٠١٥. *القواعد الكبرى*. ج٢.ص٢٣٨

يخطئون"[١٧٩]، ومِثلُ ما سبق الاعتماد على كيل الكائلين، ووزن الوزّانين، ومساحة الماسحين، وإبقاء الأملاك المستحقة بدلالة وضع الأيدي؛ لأن عادة الناس على تغليب هذا الظن، ومن ذلك أيضاً إقامة بلوغ سنّ معينة مقام البلوغ الشرعي لمن لم تظهر عليه علامة البلوغ لتكرر مثل هذه الحالات.

المبحث الثاني: قاعدة: استعمال الناس حجة يجب العمل بها

وهي من القواعد التي تعبر عن حجية العرف، وجاء النص عليها في مجلة الأحكام العدلية في المادة (٣٧)[١٨٠]، وأشار إليها كذلك ابن رجب الحنبلي في قواعده[١٨١] في القاعدة ١٢١ و١٢٢.

المطلب الأول: شرح القاعدة

لفظ الاستعمال في هذه القاعدة له معنيان:

المعنى الأول: الأمر المتكرر عند الناس، وهو بهذا المعنى يطابق معنى العادة[١٨٢]، فيكون معنى الاستعمال حينئذ: عادات الناس القولية والعملية، إذا لم تكن مخالفة للشرع فهي حجة ودليل يجب العمل بها؛ لأن العادة محكَّمة، ولأن استعمالهم للشيء يوجب تحكيمه في تصرفاتهم، واختار هذا المعنى: مصطفى الزرقا[١٨٣]، ومحمد الزحيلي[١٨٤]، وأحمد الحجي الكردي[١٨٥].

المعنى الثاني: أنه نَقْلُ اللفظ عن موضعه الأصلي واستعماله في معناه المجازي شرعاً، مع غلبة استعماله

---

[١٧٩] المرجع نفسه. ج٢.ص٢٤٠

[١٨٠] انظر: حيدر. علي. ٢٠٠٣. *درر الحكام شرح مجلة الأحكام*. ج١.ص٤٦

[١٨١] انظر: ابن رجب، زين الدين. ٢٠١٠. *تقرير القواعد وتحرير الفوائد*. الأردن: دار ابن عفان. ج٢.ص٥٥٥-٥٦٦

[١٨٢] الدوسري. ٢٠٠٧. *الممتع في القواعد الفقهية*. ص٢٨٥

[١٨٣] الزرقا. ٢٠٠٤. *المدخل الفقهي العام*. ج٢.ص١٠٠٨

[١٨٤] انظر: الزحيلي. محمد مصطفى. ٢٠٠٩. *القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة*. دمشق: دار الفكر. ج١.ص٣٢١

[١٨٥] انظر: الكردي. أحمد الحجي. ٢٠١٩. *القواعد الفقهية الكلية*. الكويت: مركز الراسخون. ص٥٩

فيه[١٨٦]، وعلى هذا المعنى يكون معنى القاعدة: أن المرجع في تفسير ألفاظ الناس وعباراتهم هو استعمالهم لها حقيقة أو مجازاً، فإن كان أكثر استعمالهم للفظ في الحقيقة فيكون الحكم للحقيقة، وإن كان أكثر استعمالهم للفظ في المجاز فيكون الحكم للمجاز، وقد أشار ابن رجب إلى هذا بقوله في تخصيص العموم بالعرف: "أن يكون قد غلب استعمال الاسم العام في بعض أفراده حتى صار حقيقة عرفية، فهذا يخص به العموم بلا خلاف"[١٨٧]، واختار هذا المعنى الدكتور مسلم الدوسري حيث يقول معلّلاً سبب ترجيح هذا القول: "لكون لفظ (الاستعمال) في الاصطلاح الدقيق مما يختص في عبارات العلماء بجانب الألفاظ"[١٨٨].

وذكر محمد الزرقا أن المعنى الثاني لا تظهر إرادته في القاعدة[١٨٩]؛ لأنه مبني على قول مرجوح عند الحنفية وهو: أنه إذا كان المجاز أكثر استعمالاً يراد باللفظ معنى أعم يشمل الحقيقة والمجاز، ولكون هذا القول مرجوحاً فإنه يُعمل بالراجح، وهو أن الأصل في الكلام هو الحقيقة، وهو قول الإمام أبي حنيفة، يقول علاء الدين البخاري الحنفي: "وإن كان المجاز أغلب استعمالاً فعند أبي حنيفة – رحمه الله – العبرة للحقيقة، وعندهما العبرة للمجاز، وهذا أي هذا الاختلاف بناء على اختلافهم في خَلَفيّة المجاز، فعندهما لما كانت الخَلَفيّة باعتبار إثبات الحكم؛ لأنَّ الحكم هو المقصود دون العبارة كان العمل بعموم المجاز أولى؛ لأنّ حكمه راجع على حكم الحقيقة لدخول حكم الحقيقة تحت عمومه، وعند أبي حنيفة – رحمه الله – لما كانت الخَلَفية في التكلم به لا في الحكم؛ لأنه تصرف من المتكلم في عبارته من حيث إنه يجعل عبارةً قائمة مقام عبارة ثم يثبت الحكم بالمجاز مقصوداً لا أنه خلَف عن الحكم على ما عرفته"[١٩٠].

---

[١٨٦] انظر: الباحسين. ٢٠٠٤. *قاعدة العادة محكمة دراسة نظرية تأصيلية تطبيقية*. ص١٩١

[١٨٧] ابن رجب. *تقرير القواعد وتحرير الفوائد*. ج٢.ص٥٥٥

[١٨٨] الدوسري. ٢٠٠٧. *الممتع في القواعد الفقهية*. ص٢٨٦-٢٨٧

[١٨٩] انظر: الزرقا. أحمد محمد. ١٩٨٩. *شرح القواعد الفقهية*. دمشق: دار القلم. ص٢٢٣

[١٩٠] البخاري. علاء الدين. ١٩٩٧. *كشف الأسرار شرح أصول البزدوي*. بيروت: دار الكتب العلمية. ج٢.ص١٣٦

ويمكن أن نضيف معنى ثالثاً ذكره علي حيدر في شرحه على مجلة الأحكام العدلية أن معنى القاعدة هو: أن وضع اليد على شيء والتصرف فيه دليل على الملك ظاهراً[١٩١].

المطلب الثاني: أدلة القاعدة:

أما أدلة هذه القاعدة فهي مبنية على تحديد أحد المعنيين السابقين، فإن كان المراد من الاستعمال هو المعنى الأول وهي العادة، كانت أدلة القاعدة هي نفس أدلة القاعدة السابقة المثبتة لحجية العادات، أما إذا كان المعنى المراد هو الثاني وهو الاستعمال اللفظي، فيكون دليل القاعدة هو إجماع الناس على تحديد المعنى للفظ المستعمل، وهذا صارف للفظ من معناه الحقيقي إلى معناه المجازي.

المطلب الثالث: تطبيقات القاعدة وأثرها في المعاملات:

يقول الدكتور علي الندوي عن هذه القاعدة: "هذه القاعدة معبرة عن التعامل المتقبّل بين الناس، وفي الغالب يكون مستنداً إلى الحاجة العامة المستمرة، فيجب اعتباره، ويتخرّج عليه موضوع الاستصناع المهم المعروف في الفقه الإسلامي، وكذلك عقود المقاولات الشبيهة بالاستصناع"[١٩٢]، وسيبين الباحث علاقة القاعدة بالاستصناع في التطبيق الرابع.

فمن تطبيقات هذه القاعدة ما يلي:

التطبيق الأول: لو استأجر أجيراً يعمل له مدة معينة، كالأجير الخاصّ الذي يعمل له فقط دون غيره، تتحدد أوقات العمل خلال اليوم وفقاً لما عليه العمل عند الناس، فاستعمال الناس الثابت في عرفهم للتوقيت حجة[١٩٣]، ويمكن تصور هذا الاستعمال في هذه الأزمنة المتأخرة في توقيت عمل الخدم في

---

[١٩١] انظر: حيدر. ٢٠٠٣. *درر الحكام شرح مجلة الأحكام*. ج١.ص٤٦

[١٩٢] الندوي. ١٩٩٩. *موسوعة القواعد والضوابط الفقهية الحاكمة للمعاملات المالية في الفقه الإسلامي*. ج١.ص١٩٤

[١٩٣] انظر: حيدر. ٢٠٠٣. *درر الحكام شرح مجلة الأحكام*. ج١.ص٤٦

المنازل، من حيث تحديد ساعات العمل اليومية، فيتحدد وفق استعمال الناس في البلد ما لم يحصل اتفاق مسبق على التوقيت.

التطبيق الثاني: لو استعان شخص بآخر على شراء عقار أو سيارة، وبعد وقوع البيع طلب المستعان به من المستعين أجرة، فينظر إلى تعامل الناس، فإن كان معتاداً في مثل هذه الحال أخذ الأجرة؛ فللمستعان به أخذ أجرة المثل لأن استعمال الناس حجة، وإلا فلا[١٩٤]، وهذا يختلف عن قصد السماسرة الذين لهم مكاتب مخصصة للوساطة في البيع والشراء، فهذه المكاتب تتفق مع الزبون على نسبة معينة ومحددة قَبل العمل.

التطبيق الثالث: إعطاء الأجرة لأصحاب المكاتب العقارية من السماسرة والدلّالين والسُّعاة، فقد جرى العرف والعادة في بعض البلاد على إلزام البائع بالأجرة، وفي بعض البلاد يلتزم المشتري بدفع الأجرة، وفي بعض البلاد تؤخذ من الطرفين، وقد يختلف العرف والعادة بحسب المبيع في بلاد أخرى، فيعمل بما جرت عليه العادة، ونصّ المالكية على اعتبار العرف في أجرة السمسار فقد جاء في حاشية الدسوقي: "واعلم أن الأصل في جعل السمسار أن يكون على البائع عند عدم الشرط، أو العرف"[١٩٥].

التطبيق الرابع: الاستصناع، وهو من أبرز المعاملات المتأثرة بقاعدة: (استعمال الناس حجة يجب العمل بها)، وبيان تأثر هذا العقد بالقاعدة من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول: الاستصناع عقد مستقل له اعتباره الذي يجعله متميزاً، وهو من العقود المسماة التي وُضع لها

---

[١٩٤] انظر: الزحيلي. ٢٠٠٩. *القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة*. ج١.ص٣٢٢

[١٩٥] انظر: الدسوقي، محمد عرفة. د.ت. *حاشية الدسوقي على الشرح الكبير*. مصر: عيسى البابي الحلبي. ج٩.ص١٢٩

اسم خاص عند الحنفية[١٩٦]، خلافاً للجمهور من المالكية[١٩٧] والشافعية[١٩٨] والحنابلة[١٩٩] الذين يرون أنه من أنواع السَّلَم، فيذكرون تجويز السلم في المصنوعات، حينئذ لا يمكن إدخاله في أي عقد من العقود المشروعة، لا البيع لأنه معدوم حال العقد، ولا الإجارة لأنه استئجار على تحصيل عمل في ملك الأجير، فصار الاعتماد هو على التعامل به من زمن النبوة ومن غير نكير، والتعامل مما يترك به القياس كما تُرك في دخول الحمام بالأجر من غير بيان المدة ومقدار الماء الذي يستعمل[٢٠٠].

الفرع الثاني: للاستصناع تعريفات كثيرة عند الفقهاء السابقين والمعاصرين، وحاصل ما ذُكر في تعريفه ما نص عليه الدكتور علي الندوي بقوله: "عقد يُشترى به في الحالِ شيء مما يُصنع صُنعاً بعد العقد، يلتزم البائع في ذمته بتقديمه مصنوعاً بمواد من عنده، بأوصاف مخصوصة، في أجل معين، لقاء ثمن محدد لم يشترط تعجيله"[٢٠١].

الفرع الثالث: اشترط الحنفية في عقد الاستصناع أن يكون مما يجري فيه التعامل، وذكروا أمثلة على هذا الشرط كأواني الحديد والزجاج، والنِّعال، والسكاكين، والسلاح وغيره، وبنوا على هذا الشرط عدم جواز الاستصناع فيما لا تعامل فيه، وذكروا في ذلك الثياب والقمصان[٢٠٢]، والتحقيق أن ما ذكروه من بعض المواد الخام والآلات هو من قبيل التمثيل لا الحصر، لذلك زادت مجلة الأحكام العدلية ما كان يُتعامل به في زمن الدولة العثمانية كالبندقية، والسفن الحربية والتجارية، وينبني على هذا جواز الاستصناع في الثياب

---

[١٩٦] انظر: الكاساني، علاء الدين.د. ت. *بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع*. بيروت: دار الكتب العلمية. ج٥.ص٢

[١٩٧] انظر: الصاوي، أحمد. ١٩٩٥. *بلغة السالك لأقرب المسالك*. بيروت: دار الكتب العلمية. ج٣.ص١٨٠

[١٩٨] انظر: النووي، محيي الدين. ١٩٩١. *روضة الطالبين وعمدة المفتين*. بيروت: المكتب الإسلامي. ج٤.ص٢٧

[١٩٩] انظر: ابن قدامة، موفق الدّين. ٢٠١١. *الكافي*. بيروت: دار عالم الكتب. ج٣.ص١٥٥

[٢٠٠] أبو سنة. ١٩٤٧. *العرف والعادة في رأي الفقهاء-عرض نظرية التشريع الإسلامي*. ص١٣٢

[٢٠١] الندوي، علي.د.ت."عقد الاستصناع بين دراسة شرعية تأصيلية وصيغة تمويلية معاصرة" . مجلة الدراسات العربية. مصر: كلية دار العلوم في المنيا. ص٧٧٧(نسخة مصورة على الشبكة)

[٢٠٢] انظر: الكاساني. د.ت. *بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع*. ج٥.ص٣

خلافاً لما ذهب إليه الحنفية[٢٠٣]، لأن التعامل به في عصرنا كثير، وحقيقة منعهم من الاستصناع في الثياب هو لعدم التعامل به في زمانهم، فالحكم معلل بالتعامل، يقول السرخسي: "وإنما لا يجوز الاستصناع في الثوب لعدم التعامل، فإذا وجد التعامل في هذا يجوّزه اعتباراً بالاستصناع فيما فيه التعامل"[٢٠٤]. فالحاصل أنه يجوز الاستصناع في كل المواد والآلات لوجود علة التعامل[٢٠٥]، قال القاضي الحنفي علي حيدر في شرحه للمادة (٣٨٩) من مجلة الأحكام العدلية: "كل شيء تعومل استصناعه يصح فيه الاستصناع: أي أن الاستصناع صحيح في كل ما تعومل به عادة وعرفاً، كالأواني المعدنية والنحاسية والأخفاف وغيرها من الأشياء، سواء ذكر الأجر والمدة أو لا؛ لأنّ اللفظ في الاستصناع حقيقة فتجب المحافظة عليه"[٢٠٦].

ويضيف الدكتور مصطفى أحمد الزرقا شرطاً مهماً في تجويز الاستصناع في جميع الأشياء وهو كون هذه المصنوعات مما تُحدِث الصنعة فيها تغييراً في بعض خصائصها، وأن تضيف إليها قيمة إضافية بنسبة مرموقة، وأن يكون استصناعها مطلوباً فيه مواصفات خاصة تميّزها عن الموجود في السوق المعروض لكل الناس، وذلك لتظهر الحاجة إلى استثنائه من قاعدة عدم جواز بيع المعدوم[٢٠٧]، ويقرر الدكتور محمد سليمان الأشقر في حديثه عن شروط صحة عقد الاستصناع: أن يكون الشيء المستصنع قد جرى العرف على التعامل في مثله استصناعاً؛ لأن وجه الاستثناء من بيع المعدوم هو التعارف، فما لم يتعارف على استصناعه على أصل المنع لأنّ التعامل دليل الحاجة، ثم بين الأشقر ما يقتضيه هذا الشرط من عدم صحة الاستصناع فيما لم يجر الاستصناع فيه في الوقت الحاضر كالمواد نصف المصنعة من ألواح الحديد وقضبانه، ومسحوبات

---

[٢٠٣] انظر: العيني، بدر الدين. ٢٠٠٠. *البناية شرح الهداية*. بيروت: دار الكتب العلمية. ج٨.ص٣٧٦

[٢٠٤] السرخسي، محمد بن أحمد. د.ت. *المبسوط*. بيروت: دار المعرفة. ج١٥.ص٨٨

[٢٠٥] انظر: البدران، كاسب. ١٩٨٤. *عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي- دراسة مقارنة*. الرياض: جامعة الملك فيصل. ص١١٦

[٢٠٦] حيدر. ٢٠٠٣. *درر الحكام شرح مجلة الأحكام*. ج١.ص٤٢٣

[٢٠٧] انظر: الزرقا، مصطفى أحمد. ١٩٩٤. *عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة*. جدة: المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب. ص٣٥

الألمنيوم والأجهزة المنزلية الإلكترونية كالثلاجة والغسالة والتلفزيون ونحوه، والمواد الكيماوية، والعطور، والسجاد، والأقمشة، وألواح الزجاج، والورق، واستدرك على الشيخ مصطفى الزرقا في قوله: أن الانفجار الصناعي الهائل الذي يشهده العالم في العصر الحاضر جعل الاستصناع متعارفاً في جميع الأشياء وأنه لا داعي لاعتبار هذا الشرط الآن[٢٠٨]، فقرر الأشقر أن الواقع يدل على أن الاستصناع ليس وارداً على كل المصنوعات، بل هناك أشياء لا يجري التعامل على استصناعها كما ذكر سابقاً، ثم ختم كلامه عن هذا الشرط بقوله: "ولكن الذي نرى أنه يحل الإشكال أن يقال: يجوز الاستصناع فيما يحتاج إليه، فقيد "الحاجة" هو الذي يحدّد ما يدخله الاستصناع، كما لو طلب أحد تجار الألمنيوم من شركة الألمنيوم صناعة كمية منه بمواصفات خاصة وتصميمات معينة حددها، أو ألواحاً زجاجية بكميات كبيرة ضمن مواصفات خاصة غير متوفرة في الأسواق، فينبغي أن يكون ذلك جائزاً ولا يجوز منعه أو القول بعدم صحته لأنه لم يجر التعامل في مثله"[٢٠٩].

الفرع الرابع: يدخل في مجال الاستصناع جملة من التطبيقات المعاصرة، نذكر بعضها:

أولاً: في مجال التمويل العقاري لبناء المساكن، فيمكن أن يقوم الاستصناع بدوره في هذا الإطار، فيأتي صاحب الأرض الذي لا يملك السيولة الكافية للتعمير، فيذهب إلى المصرف الإسلامي ويقدم خريطة أو تصميماً ويقول: أريد البناء على هذه الأرض بهذه الصفة، ويتفقان على الثمن مقدماً، فالمصرف يدرس الموضوع ويقدر أرباحه بعد معرفة التكاليف في ضوء آراء الفنيين والمهندسين والمقاولين، ويقول للعميل: سأبني لك هذا المنزل بهذه الصفة بكذا مبلغ مقسط، وقد صدر القرار من مجمع الفقه الإسلامي في دورته السادسة سنة ١٩٩٠م ببيان الطرق المشروعة للتمويل العقاري فذكروا منها: " أن تُمَلّكَ المساكنُ عن طريق

---

[٢٠٨] المصدر نفسه. ص٣٤

[٢٠٩] الأشقر، محمد سليمان. ١٩٩٤. *بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة*. الأردن: دار النفائس. ج١.ص٢٣٠

عقد الاستصناع على أساس اعتباره لازماً، وبذلك يتم شراء المسكن قَبل بنائه بحسْب الوصف الدقيق المزيل للجهالة المؤدية للنزاع دون وجوب تعجيل جميع الثمن، بل يجوز تأجيله بأقساط يُتفقُ عليها مع مراعاة الشروط والأحوال المقرَّرة لعقد الاستصناع لدى الفقهاء الذين ميّزوه عن عقد السلم"[٢١٠].

ثانياً: في مجال الاستصناع الموازي، حيث تقوم المصارف الإسلامية بالتعاقد مع التجار أو المستهلكين ليقوم المصرف بإنتاج السلعة الصناعية لهم، وقد يكون الثمن مؤجلاً، ثم يتعاقد المصرف مع المختصين بصناعة ذلك النوع من السلع لإنتاج سلع على أساس المواصفات والتصاميم المطلوبة المبينة في العقد الأول، ثم بعد تسلم المصرف للسلعة من الصنّاعين يقوم بتسليمها إلى طالبيها[٢١١]، فالاستصناع الموازي يتم من خلال عقدين منفصلين، أحدهما مع العميل تكون فيها المؤسسة المصرفية صانعة، والعقد الآخر تكون فيها المؤسسة مستصنعة، ويتحقق الربح عن طريق اختلاف الثمن في العقدين، والغالب أن يكون أحدهما حالاً وهو الذي مع المقاولين أو الصناع، والثاني مؤجلاً وهو الذي مع العميل[٢١٢].

ثالثاً: في مجال صناعة التعليب والتجميد للأطعمة، فالمعلوم أن الاستصناع يجري فيما تدخله الصنعة، فالأطعمة الطبيعية لا يمكن أن تدخل في مجال الاستصناع لأن مجالها السَّلم، لكن مع انتشار الأطعمة المعلبة والمجمدة صارت من جملة المصنوعات، فيمكن استصناعها، فيتم التعاقد مع معمل التعليب ليقوم بتعليب الكميات المطلوبة بمواصفات معينة، ويدخل في هذه الصناعة الأسماك واللحوم والخضراوات[٢١٣].

رابعاً: استصناع العملات الورقية، فإذا احتاج البنك المركزي إلى طباعة الملايين من الأوراق النقدية، يتعاقد مع الشركة المختصة عقدَ استصناع، وليس في هذا العقد ربا لأن هذه الأوراق النقدية ليس لها أي قوة ثمنية

---

[٢١٠] انظر: منظمة المؤتمر الإسلامي ١٩٩٠. *مجلة المجمع الفقهي الإسلامي*. ج١. عدد٦.ص١٨٨

[٢١١] انظر: الأشقر. ١٩٩٤. *بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة*. ج١.ص٢٤٠

[٢١٢] انظر: هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية. ٢٠١٧. *المعايير الشرعية*. الرياض: دار الميمان. ص٣١٨

[٢١٣] انظر: الزرقا. ١٩٩٤. *عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة*. ص٣٢

قبل أن يستلمها البنك المركزي، فقوتها من اعتراف البنك المركزي[٢١٤].

خامساً: من التطبيقات المهمة في هذا الزمان المعاصر، خدمات توصيل المطاعم، وتظهر أهميتها في ظل انتشار الأوبئة والأمراض المعدية التي تؤدي إلى إيقاف الحركة والتنقل، حيث يلجأ الناس إلى طلب الأطعمة من المطاعم عن طريق خدمات التوصيل، وعند التأمل في صورة هذه المعاملة يجد الباحث تطابقها في بعض حالاتها مع عقد الاستصناع ، فبالتأمل في صورة هذه الطلبات نجد أن كيفيتها هي: أن يقوم مقدِّم الطلب بتحديد الوجبة التي يريدها من خلال الاسم المتعارف عليه للوجبة، أو يقوم مقدم الطلب بتحديد مكونات هذه الوجبة ليتم طبخها في المطعم، وفي كلا الحالتين تتم تهيئة الطعام وصناعته وفقاً للمواصفات المحددة، فليست هذه الطلبية شراءً لسلعة جاهزة، وإنما طلبٌ لشيء لم يُصنع بعدُ ليُصنع طِبقاً لمواصفات محددة بمواد من عند الصانع وبمقابل عوض محدد، وهذه حقيقة الاستصناع كما سبق في التعريف، ويتحقق فيه شرط مهم ذكره الفقهاء وهو شرط العلم بالعين المعقود عليها من خلال الوصف[٢١٥]، ويتحقق فيه أيضاً شرط التعامل الذي سبق ذكره، فالناس قد تعارفوا على هذا النوع من المعاملات، ونطاق انتشاره واسع جداً، ثم دَفْعُ العوض إما أن يكون عاجلاً عن طريق البطاقات الائتمانية أو بطاقات الخصم، أو مؤجلاً حين استلام الطلبية، وفي كلا الحالين يصحُّ عقد الاستصناع لجواز تأجيل الثمن في عقد الاستصناع أو تعجيله عند الحنفية[٢١٦]، ولم يجد الباحث خلال بحثه في المسألة من تكلم عن الاستصناع في الأطعمة من الفقهاء السابقين، سوى ما نص عليه المالكية[٢١٧] من جواز السلم في المطبوخ، حيث جوّزوا أن يقول

---

[٢١٤] انظر: الأشقر. ١٩٩٤. *بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة*. ج١.ص٢٤٤

[٢١٥] انظر: الكاساني. *بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع*. ج٥.ص٣

[٢١٦] الشيباني، محمد بن الحسن. ٢٠١٢. *الأصل*. بيروت: دار ابن حزم. ج٣.ص٤٣٤

[٢١٧] الدردير، أحمد بن محمد. د.ت. *الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك مع حاشية الصاوي*. القاهرة: دار المعارف. ج٣.ص٢٧٩-٢٨٠

الرجل: خذ هذا الدينار سَلماً على خروف مُحمَّر وآخذه منك في يوم كذا، وهي في صورة الاستصناع إلا أن الثمن يجب تقديمه في السلم، والاستصناع عند المالكية من السلم[٢١٨].

التطبيق الخامس: من التطبيقات المرتبطة بمفهوم استعمال الناس، صفة الرّواج في العملة، والتي تجعل من الأوراق النقدية أو الفلوس من غير الذهب والفضة في حكم الأثمان، وهذا الرواج أو ما يمكن التعبير عنه بالاصطلاح على الثمنية صورة من صور الاستعمال الذي يكون حجة بين الناس، يقول شيخ الإسلام ابن تيمية: "وأما الدرهم والدينار فما يعرف له حدّ طبعي ولا شرعي، بل مرجعه إلى العادة والاصطلاح؛ وذلك لأنه في الأصل لا يتعلق المقصود به؛ بل الغرض أن يكون معياراً لما يتعاملون به، والدراهم والدنانير لا تقصد لنفسها بل هي وسيلة إلى التعامل بها ولهذا كانت أثماناً"[٢١٩].

وهذا الرواج والاستعمال ينطبق في العصر الحديث على ما يسمى بالعملات الافتراضية، وهي نقود مشفرة يتم إصدارها وتداولها عن طريق الشبكة، ولا تخضع لأي جهة حكومية، حصل لها مؤخراً قبول عالمي واستعمال يتسع تدريجياً، وتداول على منصات إلكترونية خاصة، وصارت لها قيمة تضاهي قيمة الأموال[٢٢٠]، وعُرّفت أيضاً بكونها: وحدة اعتبارية ليس لها وجود فيزيائي أو كيان مادي ملموس، ولا تصدر عن أي بنك أو هيئة نقد معينة، ولا تقترن بأي عملة نقدية محلية أو عالمية، ويمكن تحويلها وتخزينها إلكترونياً، وإصدارها يتم بواسطة حواسيب متطورة من خلال عمليات التعدين، ومن أشهر هذه العملات (البتكوين)(Bitcoin) وهي الأكثر تداولاً[٢٢١]، وما زالت محلّ نقاش ودراسة، إلا أن القائلين بجواز استعمالها استندوا في تجويزها على تحقق معنى النقدية في العملات الافتراضية، وتحقق القبول والاستعمال العام للعملة،

---

[٢١٨] عليش، محمد بن أحمد. ١٩٨٩. *منح الجليل شرح مختصر خليل*. بيروت: دار الفكر. ج٥.ص٣٨٣

[٢١٩] ابن تيمية، تقي الدين. ١٩٩٥. *مجموع الفتاوى*. السعودية: مجمع الملك فهد. ج١٩.ص٢٥٢

[٢٢٠] انظر: آل عبد السلام، ياسر. ٢٠١٨. *العملات الافتراضية حقيقتها وأحكامها*. الرياض: دار الميمان. ص٢٨

[٢٢١] انظر: النجار، أحمد هشام. ٢٠١٩. *العملات الافتراضية المشفرة-دراسة اقتصادية شرعية*-عمّان: دار النفائس. ص٣٢

فإذا كان تعريف النقد عند الفقهاء هو : "كل شيء يلقى قبولاً عاماً كوسيط للتبادل مهما كان ذلك الشيء وعلى أي حال يكون"[٢٢٢]، وحقيقته أيضاً عند الاقتصاديين :"كل وسيط للتبادل يتمتع بقبول عام في الوفاء بالالتزامات"[٢٢٣]، فهذا يؤكد على أن العملات الافتراضية مثلها مثل الأوراق النقدية أو الفلوس الرائجة التي تلحق بالأثمان من جهة كونها عملة رائجة من غير الذهب والفضة، بل تجاوز الروجان في العملات الافتراضية الحدود الجغرافية، واعتمدتها شركات ضخمة مثل: (Microsoft) و(Tesla) و(Paypal) وغيرها، وصارت تستعمل في المطاعم والعقارات وخدمات الانترنت، وبلغت قيمة المتوفر من عملات (البتكوين) للتداول في سنة ٢٠١٣م ١,٥ مليار دولار، واعتُمدت في أجهزة الصراف الآلي في عدد من الدول الأجنبية والعربية[٢٢٤]، فوظائف النقود منطبقة على العملات الافتراضية في نظر المبيحين لها من حيث كونها: وسيطاً للتبادل، فيحصل من خلالها عمليات البيع والشراء وهي معيارٌ للقيم والسلع، فعن طريق المقياس النقدي يتم تحديد قيمة السلع والمشتريات والخدمات، وهي كذلك مستودعٌ للثروة أو مخزن للقيمة.

وقد نص الفقهاء من الحنفية[٢٢٥] والمالكية[٢٢٦]على أن الفلوس الرائجة توصف بالثمنية، قال السرخسي: "أما عندنا فالفلوس الرائجة بمنزلة الأثمان لاصطلاح الناس على كونها ثمناً للأشياء"[٢٢٧]، وقال الإمام مالك: "لو أن الناس أجازوا الجلود بينهم حتى يكون لها سكة وعين، لكرهتها أن تباع بالذهب

---

[٢٢٢] بن منيع، عبد الله. ١٩٨٤. *الورق النقدي- حقيقته وتاريخه وقيمته وحكمه*-د. م: د.ن.ص١٩

[٢٢٣] انظر: خليل، ريّان. ٢٠١٤. *نظرية النقود في الفقه الإسلامي المقارن*. عمّان: دار الفتح. ص٣٧

[٢٢٤] انظر: آل عبد السلام. ٢٠١٨. *العملات الافتراضية حقيقتها وأحكامها*. ص٥٣-٥٤

[٢٢٥] انظر: السرخسي. ٢٠٠٠. *المبسوط*. ج١٤.ص٢٢

[٢٢٦] انظر: الإمام مالك، مالك بن أنس. ١٩٩٤. *المدونة*. بيروت. دار الكتب العلمية. ج٣.ص٥

[٢٢٧] السرخسي. ٢٠٠٠. *المبسوط*. ج١٤.ص٢٢

والورق نظرة"[٢٢٨]، وهذا لأن الجلود صارت أثماناً بالاصطلاح، فأخذت حكم الربويات.

التطبيق السادس: من القضايا الفقهية المهمة التي يرى الباحث أنها مرتبطة باستعمال الناس ظهور ما يسمّى بالشخصية الاعتبارية، فالأصل أن الشخصية لا تثبت إلا للإنسان فقط وهو الشخص الطبيعي، فهو الذي يملك الصلاحية لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، لكن مع التطور الصناعي وتغير المجتمعات مُنحت هذه الشخصية إلى نوع آخر غير الإنسان يمكنه أن يكتسب الحقوق ويتحمل الالتزامات، وهنا ظهرت الشخصيات الاعتبارية أو المعنوية أو الحكمية سواء أكانت جماعات من الأشخاص أم مجموعات من الأموال، فطاقة الإنسان وعمره محدودة لذلك احتاج الناس إلى هذه الجهود المجتمعة وإعطائها الشخصية المستقلة، ويمكن تعريف الشخصية الاعتبارية بأنها: "شخص يتكون من اجتماع عناصرَ أشخاص أو أموال، يُقدِّر له التشريع كياناً قانونياً منتزَعاً منها مستقلاً عنها"[٢٢٩]، فوجود هذه الشخصية تقديري لا حسي، وأصل فكرة الشخصية الاعتبارية موجود في تراث الفقه الإسلامي، فبيت مال المسلمين والمسجد والوقف والدولة والشركة كلها صور تمثل الشخصية الاعتبارية في الفقه الإسلامي، فتتمتع هذه الجهات بالذمة المالية واكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، ويتمثل في واقعنا المعاصر أيضاً وفي صور مختلفة منها: السلطات الحاكمة، والمؤسسات العامة كالجامعات والمستشفيات، المشاريع الخيرية ومؤسسات الأوقاف والشركات، فتحمِل هذه المؤسسات ونحوها ذمة مالية مستقلة، واسماً خاصّاً، وجنسية يضاهي الشخصية الطبيعية، ويرى الباحث أن إعطاء المجتمعات والدول الاعتراف العام لهذه الجهات جعل منها شخصية اعتبارية، فالمسألة تعود إلى العرف العام واصطلاح الناس الذي أعطى لهذه الجهات المعنوية صفة الشخصية الطبيعية.

---

[٢٢٨] الإمام مالك، مالك بن أنس. ١٩٩٤. *المدونة*. بيروت. دار الكتب العلمية. ج٣.ص٥

[٢٢٩] الزرقا، مصطفى أحمد. ١٩٩٩. *المدخل إلى نظرية الالتزام العامة*. دمشق: دار القلم. ص٢٨٣

المبحث الثالث: لا ينكر تغير الأحكام الاجتهادية بتغير الأزمان

جاء التنصيص على هذه القاعدة وبهذا اللفظ في مجلة الأحكام العدلية في المادة (٣٩) من المجلة[٢٣٠]، لكن من غير تقييد بأحكام الاجتهاد، وأوّل من ذكر موضوع هذه القاعدة وأشار إلى قضية تغير الأحكام هو شهاب الدين القرافي المالكي، فقد ذكرها في كتبه الثلاثة: الفروق[٢٣١]، والذخيرة[٢٣٢]، والإحكام في تمييز الفتاوى من الأحكام[٢٣٣]، لكنه ذكرها مقيدة بالأحكام المبنية على العرف، وسيأتي الكلام على ما نص عليه القرافي في دراسة القاعدة اللاحقة: "الأحكام المرتبة على العوائد تتبع العوائد وتتغير عند تغيرها".

أما القاعدة التي نحن بصددها فهي قاعدة عامة في تغيير الأحكام، فيدخل فيها العرف وغيره مما يؤثر في تغيير الحكم الشرعي، وسبب ذكرها هنا هو كونها تأصيلاً للقاعدة اللاحقة، ولأن الأحكام المشار إليها في القاعدة فُسّرت بالأحكام المتعلقة بالأعراف والعوائد.

المطلب الأول: المعنى الإجمالي للقاعدة:

لا يُستنكر تحول الأحكام الاجتهادية وانتقالها بسبب اختلاف الزمان وتغير أهله، فلا يُمنع شرعاً انتقال المجتهد أو المفتي بالمسألة أو الواقعة من حكم تكليفي إلى آخر، سواء أكان من كونه حكماً شرعياً إلى عدم ذلك، أم تجويز ما كان ممنوعاً، أو منع ما كان جائزاً، أو التقييد بوجه من الوجوه، بسبب تغير أهل الزمان واختلاف أحوالهم[٢٣٤].

---

[٢٣٠] مجموعة من علماء الدولة العثمانية. ١٣٠٣هـ. *مجلة الأحكام العدلية*. بيروت: المطبعة الأدبية. ص٢٨

[٢٣١] القرافي. *الفروق*. ٢٠٠٣ ج١. ص٣٨٥

[٢٣٢] القرافي، شهاب الدين. ١٩٩٤. *الذخيرة*. بيروت: دار الغرب. ج١٠.ص٥٨

[٢٣٣] القرافي، شهاب الدين. ٢٠٠٩. *الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام*. بيروت: دار البشائر. ص٢١٨-٢١٩

[٢٣٤] انظر: الهبيط، أحمد محمد. ٢٠١٩. *قاعدة تغير الأحكام الاجتهادية وتطبيقاتها المعاصرة*. السعودية: دار الأوراق. ص١٠٣

المطلب الثاني: شرح القاعدة:

تنقسم الأحكام الشرعية من حيث قابلية التغير إلى أحكام شرعية ثابتة لا تتغير في أي زمان ومكان، وهي الأحكام الأساسية من المبادئ العامة، والقواعد الكلية، والمقدّرات الشرعية، والأحكام الفرعية المنصوص عليها، وهذا القسم خارج عن هذه القاعدة، أما القسم الثاني وهو ما يدور حول مقاصد معينة، ويتغير بتغير الزمان والمكان والحال، وهذا القسم هو المقصود في هذه القاعدة[٢٣٥].

ولتوضيح هذه القاعدة سيكون الكلام على ثلاثة فروع مهمة يتضح بها مفهوم القاعدة:

الفرع الأول: مفهوم تغير الأحكام وتحديد الأحكام القابلة للتغير:

في عبارة "تغير الأحكام" إجمال، ومجال واسعٌ للتفسيرات المتعارضة، لذلك حاصل ما ذهب إليه العلماء الذين أشاروا إلى هذه القاعدة كالقرافي[٢٣٦]، وابن القيم[٢٣٧]، والشاطبي[٢٣٨]، وشرّاح مجلة الأحكام العدلية[٢٣٩] هو أن الأحكام المتغيرة يراد بها أمران[٢٤٠]:

الأول: الأحكام الاجتهادية غير المنصوصة، المبنية على العرف، أو المصالح المرسلة، فالمبنية على العرف كالأحكام المبنية على الأعراف العملية مثل سُكّةِ النقود واعتماد العملات، والمصالح المرسلة كمقادير التعزيرات وأنواعها، ونحوها من أحكام السياسة الشرعية، فقد تقتضي المصلحة بتغليظ العقوبة.

الثاني: الأحكام المنصوصة عند تطبيقها على الواقع، ويتغير فيها الحكم بتغير تحقيق المناط، كأن تتوفر علة الحكم في صورة جديدة، فالمفتي قد يمتنع من إنزال الحكم على واقعة معيَّنة بسبب عدم تحقق مناط الحكم

---

[٢٣٥] انظر: مجموعة من المؤلفين. ٢٠١٣. *معلمة زايد للقواعد الأصولية والفقهية*. ج٨.ص١٧٠

[٢٣٦] القرافي. ٢٠٠٣. *الفروق*. ج١. ص١٤٠

[٢٣٧] ابن قيم الجوزية، محمد بن أبي بكر. ١٤٣٣هـ. *إعلام الموقعين عن رب العالمين*. ج٣.ص٤٧٠

[٢٣٨] الشاطبي، إبراهيم بن موسى. ٢٠٠٩. *الموافقات*. ج٢.ص٤٨٩

[٢٣٩] انظر: حيدر.٢٠٠٣. *درر الحكام شرح مجلة الأحكام*. ج١.ص٤٧

[٢٤٠] انظر: الهبيط. ٢٠١٩. *قاعدة تغير الأحكام الاجتهادية وتطبيقاتها المعاصرة*. ص٢٥٧

في نفس الواقعة فيتغير بذلك الحكم الشرعي في حق هذه الواقعة، وفي الجانب الآخر إذا توفّر المناط في بعض التطبيقات أُلحَق الحكم بالتطبيق الجديد، ومن ذلك ثبوت علة جريان الربا في العملات الورقية لتحقق مناط الحكم فيها، وهو نفس مناط حكم النقدين من الذهب والفضة وهي الثمنية.

الفرع الثاني: مفهوم تغير الزمان:

الزمان ظرف لما يجري فيه، فتغير الزمان من حيث هو لا أثر له، والأثر فيما رتبه الشارع عليه، فإسناد التغيير للزمان هو من باب إطلاق المحل وإرادة الحال، لأن الناس هم الذين يطرأ عليهم التغيير في صفاتهم وحاجاتهم، وأوضاعهم التنظيمية والإدارية، فالزمان ظرف يجمع عادات الناس وأحوالهم[٢٤١].

وأسباب تغير الزمان تتلخص فيما يلي[٢٤٢]:

أولاً: فساد أخلاق الناس وضعف الوازع الديني، وهو ما يسمى: "بفساد الزمان"، فيترتب على هذا الفساد تشديد في بعض الأحكام، كما حصل في زمن عثمان–رضي الله عنه– في إيجاب التقاط ضالة الإبل[٢٤٣].

ثانياً: تغير العادات والأعراف التي جعلها المجتهد مناطاً للحكم الشرعي، فهذا التغير يوجب تبدل الحكم وتغييره، من ذلك: عادة قبض المهر قبل الدخول، وتقسيم المهر إلى مؤجل ومعجل، فالعادة جارية في الزمن المعاصر وفي كثير من البلدان على تقسيم الصداق، وكون المؤجل هو الجزء الأكبر منه[٢٤٤].

ثالثاً: حدوث معطيات علمية جديدة تستدعي تغير الحكم الذي بني على معطيات علمية قديمة، ومن أمثلة ذلك اختلاف الفقهاء في أقصى مدة الحمل[٢٤٥]، فقيل: ستٌّ سنوات، وقيل: سبع، وقيل: ثلاث،

---

[٢٤١] انظر: مجموعة من المؤلفين. ٢٠١٣. *معلمة زايد للقواعد الأصولية والفقهية*. ج٨.ص١٧١

[٢٤٢] انظر: شبير، محمد عثمان. ٢٠٠٧. *القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية*. ص٢٦٤–٢٦٥

[٢٤٣] سيأتي تخريجها في أدلة القاعدة.

[٢٤٤] مجموعة من المؤلفين. ٢٠١٣. *معلمة زايد للقواعد الأصولية والفقهية*. ج٨.ص١٧٢

[٢٤٥] انظر: الطحاوي، أحمد بن محمد. ١٤١٧هـ. *مختصر اختلاف العلماء*. بيروت: دار البشائر. ج٢.ص٤٠٥

وقيل: سنتان، وقيل: لا يتجاوز تسعة أشهر، وهذا القول الأخير هو الذي أثبته الطبُّ الحديث القائم على الملاحظة والتجريب، والأقوال السابقة ليست مبنية على نصّ صريح من كتاب وسنة بل على أخبار أطباء ذاك الزمن[٢٤٦].

رابعاً: تطور الأوضاع التنظيمية والترتيبات الإدارية والوسائل والأساليب الاقتصادية وغيرها مما يستدعي تغيير الأحكام المبني عليها، من ذلك: وسائل وأنظمة سياسة الملك والإمارة، وحفظ الأمن والنظام[٢٤٧].

خامساً: حدوث الضرورات والحاجات العامة التي تتطلبها الحياة المعاصرة مما يستدعي تغيير بعض الأحكام القديمة، من ذلك ما أفتى به المتأخرون من الحنفية بجواز أخذ الأجرة على تعليم القرآن وعلى وظائف الإمامة والخطابة والأذان خلافاً لما كان مقرراً سابقاً بينهم؛ نظراً لتغير الزمان وانقطاع عطاءات المعلمين والقائمين بالشعائر الدينية من بيت المال، فلو انشغلوا بالاكتساب من زراعة أو تجارة أو صناعة لزم ضياع القرآن وإهمال الشعائر، قال السرخسي: "وبعض أئمة بلخ – رحمهم الله – اختاروا قول أهل المدينة – رحمهم الله – وقالوا: إن المتقدمين من أصحابنا – رحمهم الله – بنوا هذا الجواب على ما شاهدوا في عصرهم من رغبة الناس في التعليم بطريق الحسبة، ومروءة المتعلمين في مجازاة الإحسان بالإحسان من غير شرط، فأما في زماننا فقد انعدم المعنيان جميعاً، فنقول: يجوز الاستئجار لئلا يتعطل هذا الباب ولا يبعد أن يختلف الحكم باختلاف الأوقات، ألا ترى أن النساء كنّ يخرجن إلى الجماعات في زمن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – وأبي بكر – رضي الله عنه – حين منعهن من ذلك عمر – رضي الله عنه –"[٢٤٨].

وفي الجانب الآخر، يرى مصطفى الزرقا أن قضية تغير الأحكام لتغير الزمان لا يصح أن تعتبر من

---

[٢٤٦] شبير.٢٠٠٧. *القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية*. ص٢٦٤

[٢٤٧] المصدر نفسه. ص٢٥٦

[٢٤٨] السرخسي.د.ت. *المبسوط*. ج١٥.ص٨٨

صميم نظرية العرف، بل هي من نظرية المصالح المرسلة، ففساد الذمم، وقلة الورع، وكثرة الطمع، والمستحدثات الجديدة، ليست أعرافاً يتعارفها الناس، ويبنون عليها أعمالهم ومعاملاتهم، وإنما هي انحلال في الأخلاق يضعف الثقة، أو هي اختلاف في وسائل التنظيم الزمني، وكل ذلك يجعل الأحكام التي أسسها الاجتهاد في ظروف مختلفة عن الظروف الجديدة غير صالحة لتحقيق الغاية الشرعية من تطبيقها، فيجب أن تتغير إلى الشكل الذي يتناسب مع الأوضاع القائمة، ويحقق الغاية الشرعية من الحكم الأصلي[٢٤٩]، والمصالح المرسلة هي المصالح التي لم يشهد الشرع باعتبارها ولا بإلغائها، ولوحظ فيها جهة المنفعة، فيجوز العمل بها وإن لم يتقدمها نظير في الشرع يشهد باعتبارها، كما وقع لأبي بكر الصديق–رضي الله عنه– في توليته عهد الخلافة لعمر –رضي الله عنه–، وكترك الخلافة شورى بين الستة، وتدوين الدواوين، وضرب السّكة، واتخاذ السجون، غير ذلك مما سنَّهُ تغير الأحوال والأزمان، ولم يتقدم فيه أمر من الشرع، وليس له نظير يلحق به، ولوحظ فيه جهة المصلحة[٢٥٠].

المطلب الثالث: أدلة القاعدة:

١. قول عائشة–رضي الله عنها–: "لَو أنَّ رسولَ الله صلى الله عليه وسلم رأى ما أحدثَ النساءُ لمنعهنَّ المسجدَ كما مُنعَت نساءُ بني إسرائيل"[٢٥١]، وجه الدلالة: جعلُ تغير أحوال النساء سبباً في تغيير حكم خروجهن للمساجد.

٢. إيقاف عمر بن الخطاب– رضي الله عنه– حد السرقة أيام المجاعة، فصار هذا الظرف الطارئ شبهة

---

[٢٤٩] انظر: الزرقا.٢٠٠٤. *المدخل الفقهي العام*. ج٢.ص٩٥٧

[٢٥٠] انظر: الزرقا. ٢٠٠٠. *شرح القواعد الفقهية*. دمشق: دار القلم. ص٢٢٨

[٢٥١] البخاري، محمد بن إسماعيل.١٤٢٢. *صحيح البخاري*. تحقيق: محمد زهير. السعودية: دار طوق النجاة. كتاب الأذان. باب خروج النساء إلى المساجد بالليل والغلس. ج١. ص١٧٣.رقم الحديث ٨٦٩

يدرأ بها الحد[٢٥٢].

٣. أمر عثمان رضي الله عنه بالتقاط ضالة الإبل وتعريفها وبيعها مع أنها كانت تترك زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم لقوله: "مالك ولها، دعها، فإن معها حذاءها وسقاءها، ترد الماء وتأكل الشجر حتى يجدها ربها"[٢٥٣]. وكان السبب في الأمر بلقطها تغير أحوال الناس في زمنه، قال الزهري: "كانت ضوال الإبل في زمن عمر بن الخطاب إبلاً مؤبلة، تناتج، لا يمسها أحد، حتى إذا كان زمان عثمان بن عفان أمر بتعريفها ثم تباع، فإذا جاء صاحبها أعطي ثمنها"[٢٥٤].

٤. قضاء الصحابة بتضمين الصنَّاع، كالصباغ والخياط، مع أن الأصل فيهم الأمانة، وأنهم لا يضمنون إلا مع التفريط أو التعدي، وهذا بسبب انتشار الطمع وقلة الأمانة، فأفتوا بذلك حفظاً لأموال الناس[٢٥٥].

المطلب الرابع: تطبيقات القاعدة وأثرها في المعاملات:

مع تتبَّع المعاملات التي تتغير أحكامها بتغير الزمان يجد الباحث عدداً كبيراً وتنوعاً في التطبيقات المتغيرة في أحكامها، ويعود هذا التغير في الأحكام إلى التغير الكبير الذي حصل في حياة البشر ومعاملاتهم، وسيذكر الباحث جملة من التطبيقات المهمة في مجال المعاملات والتي تعكس صورة التغير في الحكم، لكن قبل إيراد هذه التطبيقات، سيشير الباحث إجمالاً إلى أهم المجالات العامة التي تنطبق عليها هذه القاعدة:

المجال الأول: المجالات التي تأثرت بالتطور العلمي والتقني والإداري: كأنظمة المرور والجوازات وإجراءات

---

[٢٥٢] ابن أبي شيبة، أبوبكر. ٢٠١٥. *المصنف*. تحقيق: سعد الشثري. السعودية: كنوز إشبيليا. كتاب الحدود. باب في الرجل يسرق الثمر والطعام. ج١٥.ص٤٤٧. رقم الأثر ٣٠٤٩١

[٢٥٣] البخاري، محمد بن إسماعيل. ١٤٢٢. *صحيح البخاري*. تحقيق: محمد زهير. السعودية: دار طوق النجاة. كتاب اللقطة. باب ضالة الإبل. ج٣. ص١٢٤.رقم الحديث ٢٤٢٧

[٢٥٤] الإمام مالك، مالك بن أنس. ١٩٨٥. *الموطأ*. تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي. بيروت: دار إحياء التراث العربي. كتاب الأقضية. باب القضاء في الضوال. ج٢. ص٧٥٩.رقم الحديث ٥١

[٢٥٥] ابن أبي شيبة، أبوبكر. ٢٠١٥. *المصنف*. تحقيق: سعد الشثري. السعودية: كنوز إشبيليا. كتاب البيوع والأقضية. باب في القصار والصباغ وغيره. ج١١.ص٥١٣-٥١٥. رقم الأثر ٢٢٣٤١-٢٢٣٥٠

المحاكم، وأنظمة مؤسسات الماء والكهرباء والتسجيل العقاري.

المجال الثاني: المجالات المرتبطة بفساد الزمان، كتضمين الصناع، والأجير المشترك، وأخذ الأجرة على تعليم القرآن.

المجال الثالث: في الأحكام ذات المناط المتغير، كخيار الرؤية، فما يمكن أن يُعدّ رؤية أو لا يعدّ هو الذي يتغير، ومثله أيضاً: العيبُ في المبيع، والتقوّم في المال، والعدالة والمروءة، فإذا اختلفت المقاييس اختلفت الأحكام المترتبة عليها.

أما التطبيقات فمن ذلك:

التطبيق الأول: الديون سواء كانت مستغرقة لمال المدين أم لا، لم يكن لها في نظر فقهاء الشريعة تأثير في أهلية المدين للتصرف في أمواله؛ لأن الديون متعلقة بذمته وباقي أمواله حرة، فينفذ فيه تصرفه، لكن مع فساد الذمم والطمع، وقلة الورع، أصبح المدينون يهرّبون أموالهم من الدائنين عن طريق وقفها أو هبتها إلى صديق أو قريب، لذا أفتى المتأخرون من الحنابلة[٢٥٦] بعدم نفاذ تصرفات المدين مع مطالبة الغرماء، خلافاً للمشهور من المذهب حيث يجوز التصرف لمن عليه دين ولم يحجر عليه، وإن استغرق الدين ماله كله.

التطبيق الثاني: من أخذ قرضاً من المال بعملة معينة ثم أصاب هذه العملة الكساد بسبب ما يسمى بالتضخم النقدي، فقد ذهب الجمهور: من الحنفية[٢٥٧] والمالكية[٢٥٨] والشافعية[٢٥٩] والحنابلة[٢٦٠] إلى وجوب سداد مثل ما ثبت في ذمة المدين، ولا اعتبار لانخفاض القيمة التبادلية للنقود، والقول الثاني: يدفع قيمتها

---

[٢٥٦] انظر: ابن رجب، زين الدين. ٢٠١٠. *تقرير القواعد وتحرير الفوائد*. الأردن: دار ابن عفان. ج١.ص٦٩

[٢٥٧] ابن عابدين، محمد أمين. ١٩٩٢. *رد المحتار على الدر المختار*. بيروت: دار الفكر. ج٤.ص٥٣٣

[٢٥٨] عليش، محمد بن أحمد. ١٩٨٩. *منح الجليل شرح مختصر خليل*. ج٤.ص٥٣٢

[٢٥٩] النووي، محيي الدين. ١٩٩١. *روضة الطالبين وعمدة المفتين*. ج٤.ص٣٧

[٢٦٠] البهوتي، منصور بن يونس. ٢٠٠٥. *شرح منتهى الإرادات*. بيروت: مؤسسة الرسالة. ج٣.ص٣٢٦

يوم القبض لتعذر الرد على الوجه الذي قبضها، وهو قول القاضي أبي يوسف، وأفتى به كثير من متأخري الحنفية[٢٦١]، ونصّ القاضي علي حيدر الحنفي في شرحه على مجلة الأحكام العدلية أن هذا القول أقرب للصواب في زمانه[٢٦٢].

التطبيق الثالث: تسليم العقار المبيع إلى المشتري لا يتم إلا بتفريغ العقار وتسليمه فعلاً للمشتري، أو تمكينه منه بتسليم المفتاح ونحو ذلك، فإذا لم يتم هذا التسليم يبقى العقار معتبراً في يد البائع، فيكون هلاكه على ضمانه هو ومسؤوليته وفقاً للأحكام الفقهية العامة في ضمان المبيع قبل التسليم، ولكن بعد وجود الأحكام القانونية التي تخضع العقود العقارية للتسجيل في السجل العقاري استقر الاجتهاد القضائي أخيراً على اعتبار التسليم حاصلاً بمجرد تسجيل العقد في السجل العقاري، فمن تاريخ التسجيل ينتقل ضمان هلاك المبيع من عهدة البائع إلى عهدة المشتري؛ لأن تسجيل البيع فيه تمكين للمشتري أكثر مما في التسليم الفعلي، إذ العبرة في المُلكية العقارية قانوناً لقيود السجل العقاري لا للأيدي والتصرفات، وبتسجيل البيع لم يبق البائع متمكناً أن يتصرف في العقار المبيع بعقد آخر استناداً إلى وجوده في يده[٢٦٣].

التطبيق الرابع: كان الناس في السابق يثقون في أمانة الصناع فيعطونهم ما يريدون منهم أن يصنعوه، ومع انتشار الأمانة والتصديق لفئة الصناع فإنهم مصدّقون في خبرهم عن هلاك المصنوع وتلفه، ولا يضمّن هذا الصانع حينئذ، ومع تغير الحال، وانتشار الطمع والكذب والخيانة، تغير الحكم في زمن الصحابة فحكموا بتضمين الصناع والأجير المشترك حفاظاً على مصالح الناس، فكلّ أجير نصب نفسه للناس هو أجير مشترك، كالصباغين الذين يصبغون الملابس، وفي زماننا محلات غسيل الملابس، ومحلات الخياطة، والنجارة

---

[٢٦١] ابن عابدين. ١٩٩٢. *رد المحتار على الدر المختار*. بيروت: دار الفكر. ج٤.ص٥٣٤

[٢٦٢] حيدر. ٢٠٠٣. *درر الحكام شرح مجلة الأحكام*. ج١.ص٤٦

[٢٦٣] انظر: الزرقا. ٢٠١٢. *المدخل الفقهي العام*. ج٢.ص٩٥٤

والحدادة، وغيرها من الصناعات، وقد نصّ على هذا المعنى المالكية[٢٦٤] فذهبوا إلى تضمين الصناع والأجراء المشتركين سواء تلف المصنوع بصنعه أو بغير صنعه، كأن يدعي أنه سُرق، وهذا للمصلحة، يقول ابن رشد: "الأصل في الصنّاع ألا ضمان عليهم وأنهم مؤتمنون؛ لأنهم أجراء، وقد أسقط النبي صلى الله عليه وسلم الضمان عن الأجراء في الائتمان، وضمّنوهم نظراً واجتهاداً؛ لضرورة الناس إلى استعمالهم؛ فلو علموا أنهم يؤتمنون ولا يضمنون، ويُصدَّقون فيما يدّعون من التلف؛ لتسارعوا إلى أخذ أموال الناس، واجترأوا على أكلها؛ فكان ذلك ذريعة إلى إتلاف الأموال وإهلاكها، ولَلَحِق أرباب السلع في ذلك ضرر شديد؛ لأنهم بين أن يدفعوها إليهم فيعرضونها للهلاك أو يمسكوها مع حاجتهم إلى استعمالها فيضر ذلك بهم، إذ لا يحسن كل أحد أن يخيط ثوبه، ويعمل جميع ما يحتاج إلى استعماله، فكان هذا من الأمور العامة الغالبة التي يجب مراعاتها والنظر فيها للفريقين جميع"[٢٦٥].

المبحث الرابع: قاعدة: الأحكام المرتبة على العوائد، تتبع العوائد وتتغير عند تغيرها:

تعتبر هذه القاعدة من القواعد التي تُبرز لنا مظاهر التيسير ورفع الحرج في التشريع الإسلامي، وتبين مرونة الفقه الإسلامي وملائمته لكل زمان ومكان، وقدرته على استيعاب كل المستجدات، وقد سبقت الإشارة إلى أن هذه القاعدة متعلقة بقاعدة تغيّر الأحكام المذكورة سابقاً، إلا أن مناط التغيُّر في هذه القاعدة هي الأحكام المتعلقة بالعرف، وقد أوردها القرافي في عدة مواضع من مصنفاته وبألفاظ مختلفة كما سيأتي، والقرافي هو أول من صرّح بهذه القاعدة، وأصّل لها في كتبه، ووصفها بأنها قاعدة[٢٦٦]. ولفظ القاعدة عند القرافي كما في كتابه الفروق: "الأحكام المترتبة على العوائد تدور معها كيفما دارت،

[٢٦٤] انظر: الرعيني. ١٩٩٢. *مواهب الجليل في شرح مختصر خليل*. بيروت: دار الفكر. ج٥.ص٤٣٠

[٢٦٥] ابن رشد، أبو الوليد. ١٩٨٨. *المقدمات الممهدات*. لبنان: دار الغرب. ج٢.ص٢٤٣

[٢٦٦] انظر: الهبيط. ٢٠١٩. *قاعدة تغير الأحكام الاجتهادية وتطبيقاتها المعاصرة*. ص١٣٥

وتبطل معها إذا بطلت"[٢٦٧]. ولفظها في كتابه الذخيرة: " قاعدة: كل حكم مرتب على عرف وعادة يبطل عند زوال تلك العادة"[٢٦٨].

ولكن مع التقصي لمظان هذه القاعدة يجد الباحث بأن أبا بكر الجصاص المتوفى سنة ٣٧٠هـ قد سبق القرافي في بيان هذا المضمون عند تفسيره لقول الله تعالى: ﴿ وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ٢٣٦﴾[٢٦٩] حيث قال: "وإذا كان كذلك، وكان المعروف منهما موقوفاً على عادات الناس فيها، والعادات قد تختلف وتتغير، وجب بذلك مراعاة العادات في الأزمان، وذلك أصلٌ في جواز الاجتهاد في أحكام الحوادث"[٢٧٠].

وقد تكرر ذكر القاعدة ومضمونها في مصنفات عدد من العلماء غير القرافي، فقد أشار ابن القيم في كتابه إعلام الموقعين إلى مضمون هذه القاعدة قائلاً: " ومن أفتى الناس بمجرد المنقول في الكتب على اختلاف عُرْفهم وعوائدهم وأزمنتهم وأمكنتهم وأحوالهم وقرائن أحوالهم فقد ضل وأضل، وكانت جنايته على الدين أعظم من جناية من طَبَّبَ الناس كلهم على اختلاف بلادهم وعوائدهم وأزمنتهم وطبائعهم بما في كتاب من كتب الطب على أبدانهم، بل هذا الطبيب الجاهل وهذا المفتي الجاهل أضَرُّ ما يكونان على أديان الناس وأبدانهم والله المستعان"[٢٧١]. وعقد فصلاً في كتابه السابق ينص على هذه القاعدة فقال: "فصل: في تغير الفتوى واختلافها بحسب تغير الأزمنة والأمكنة والأحوال والنيات والعوائد"[٢٧٢]. وللإمام

---

[٢٦٧] القرافي. ٢٠٠٣. *الفروق*. ج١. ص٣٨٥

[٢٦٨] القرافي. ١٩٩٤. *الذخيرة*. ج١٠.ص٥٨

[٢٦٩] القرآن.البقرة. ٢:٢٣٦

[٢٧٠] الجصاص، أحمد بن علي. ١٤٠٥هـ. *أحكام القرآن*. بيروت: دار إحياء التراث العربي. ج٢.ص١٤٣

[٢٧١] ابن قيم الجوزية.١٤٣٣هـ. *إعلام الموقعين عن رب العالمين*. ج٣.ص٤٧٠

[٢٧٢] المصدر نفسه. ج٣.ص٣٣٧

الشاطبي في كتابه الموافقات تقريرات مهمة في مضمون هذه القاعدة، وبيان لأنواع العوائد المتغيرة سيأتي ذكرها[٢٧٣].

المطلب الأول: المعنى الإجمالي للقاعدة:

الأحكام الشرعية المستندة على الأعراف والعادات تدور معها وجوداً وعدماً، فإذا تغيرت الأعراف والعادات بتغير احتياجات الناس، وتغيّر نمط الحياة بتغير الزمان والمكان والأحوال، تتغير الأحكام الشرعية التي بُنيت عليها، فتحلّ محلها أحكام جديدة مبنية على ما استجد من أعراف وعادات، دفعاً للحرج والضرر عن الناس، لأن الحكم لو بقي على ما كان عليه أولاً للزم منه المشقة والضرر بالناس، ولخالف قواعد الشريعة المبنية على التخفيف والتيسير ودفع الضرر[٢٧٤].

المطلب الثاني: أدلة القاعدة:

نقل القرافي في كتبه الثلاثة: الذخيرة، والفروق، والإحكام: الإجماع على إعمال هذه القاعدة، فقال في الذخيرة: "فإذا تغيرت تلك العوائد تغيرت تلك الأحكام إجماعاً"[٢٧٥]، وفي الفروق يقول القرافي:" وغير ذلك مما هو مبني على العوائد مما لا يحصى عدده، متى تغيرت فيه العادة تغير الحكم بإجماع المسلمين، وحرمت الفتيا بالأول"[٢٧٦]، وفي موضع آخر من الفروق يقول: " فتأمل ذلك فقد غفل عنه كثير من الفقهاء، ووجدوا الأئمة الأُوَل قد أفتوا بفتاوى بناء على عوائد لهم، وسطروها في كتبهم بناء على عوائدهم، ثم المتأخرون وجدوا تلك الفتاوى فأفتوا بها، وقد زالت تلك العوائد فكانوا مخطئين خارقين للإجماع، فإن

---

[٢٧٣] انظر: الشاطبي.٢٠٠٩. *الموافقات*. ج٢.ص٤٨٩

[٢٧٤] انظر: جماعة من المؤلفين.٢٠١٣. *معلمة زايد للقواعد الأصولية والفقهية*. ج٨.ص١٨٤

[٢٧٥] القرافي.١٩٩٤. *الذخيرة*. ج١٠.ص٥٨

[٢٧٦] القرافي.٢٠٠٣. *الفروق*. ج١. ص١٤٠

الفتيا بالحكم المبني على مدرَك بعد زوال مدركه خلاف الإجماع"[٢٧٧]، ويقول في الإحكام: "إنّ إجراء الأحكام التي مَدركُها العوائد مع تغير تلك العوائد خلاف الإجماع، وجهالة في الدين"[٢٧٨]، والإجماع الذي نص عليه القرافي يتمثل واقعاً في فروع المذاهب الفقهية، فتجد فيها عدداً كبيراً من الفتاوى والأحكام التي نصّوا على تغيرها لتغير العوائد، وهو ما سيبيّنه الباحث عند الكلام على آثار القاعدة.

المطلب الثالث: شرح القاعدة:

بالتأمل في أنواع العوائد نجد أنها تعود إلى قسمين رئيسيين[٢٧٩] وهما: العوائد الشرعية، وهي العوائد التي أثبتها الدليل الشرعي أو نفاها، مثل: إزالة النجاسات، وستر العورات ونحوها، فهذه العوائد لا مجال للتبديل فيها، فلا يمكننا أن نقول إن العورات الآن ليست عيباً، والقسم الثاني: العوائد التي لم يرد فيها شرعاً نفي ولا إثبات، وهذه على نوعين: الأول: ما لا يتغير ولا يتبدل: كالغرائز والشهوات التي في الإنسان من الأكل والشرب والجماع، والثاني: ما يتغير ويتبدل، وهي المقصودة في هذه القاعدة، ويمكن توضيحها من خلال الأقسام التالية:

أولاً: العوائد المتغيرة من حسن إلى قبح أو العكس، فتكون بعض العادات قبيحة في مكان وحسنة في مكان آخر، ككشف الرأس مثلاً[٢٨٠].

ثانياً: العوائد المتغيرة المتعلقة بتغير الألفاظ المستعملة للمعاني، فيصبح للمعنى عبارة أخرى تغلب على العبارة الأصلية المستعملة، أو تختلف العبارات حسب اصطلاح أهل الصنائع، ومجال هذا النوع من العوائد يجري

---

[٢٧٧] المصدر نفسه. ج٣.ص٢٨٣

[٢٧٨] القرافي. ٢٠٠٩. *الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام*. ص٢١٨-٢١٩

[٢٧٩] انظر: الشاطبي.٢٠٠٩. *الموافقات*. ج٢.ص٤٨٨-٤٩١

[٢٨٠] انظر: الشاطبي.٢٠٠٩. *الموافقات*. ج٢.ص٤٩٩

في مسائل الأيمان والعقود والطلاق في كناياتها، ولعل من أشهر الأمثلة الفقهية هنا مسألة من حلف ألا يأكل لحماً، فإنه ينصرف عند بعض الفقهاء إلى لحوم البهائم دون الأسماك والطيور[٢٨١].

ثالثاً: العوائد المتغيرة والمؤثرة في العقود والمعاملات، كالعادة في قبض الصداق هل هو قبل الدخول أم بعده؟ أو العادة في البيع هل تكون نسيئة أم نقداً؟ يقول القرافي: "ومن هذا الباب ما روي عن مالك: إذا تنازع الزوجان في قبض الصداق بعد الدخول: أن القول قول الزوج، مع أن الأصل عدم القبض، قال القاضي اسماعيل: هذه كانت عادتهم بالمدينة: أن الرجل لا يدخل بامرأته حتى تقبض جميع صداقها، واليوم عادتهم على خلاف ذلك، فالقول قول المرأة مع يمينها، لأجل اختلاف العوائد"[٢٨٢]، ونظير ذلك أيضاً في المعاملات ما قرره القرافي بأن الفقهاء أجمعوا على أن المعاملات التي أُطلق فيها الثمن تُحمل على غالب النقود، فإذا كانت العادة نقداً معيناً حُمل عليه، فإذا انتقلت العادة إلى غيره عيَّنًا ما انتقلت العادة إليه ويُلغى الأوّل لانتقال العادة عنه[٢٨٣]، وينجرُّ هذا الحكم كذلك على الوصايا والأيمان والدّعاوى المتغيرة بتغير العرف.

رابعاً: العوائد المتغيرة الخارجة عن المكلف، كالبلوغ وسن الاحتلام المتغير في البيئات والأقاليم، وسنّ الحيض وعادة النساء في ابتداء الحيض، وعدد الأيام المعتبرة للمعتادة إما بالعادة العامة أو قريبات المرأة[٢٨٤].

وهنا لابد من بيان أمر مهم يتعلق بمفهوم تغير العوائد، فقد قرر الشاطبي أن ما يُذكر في اختلاف الأحكام عند اختلاف العوائد ليس في الحقيقة باختلاف في أصل الخطاب؛ لأن الشرع موضوع على أنه دائم أبدي، وإنما معنى الاختلاف أن العوائد إذا اختلفت رجعت كل عادة إلى أصل شرعي يحكم به عليها، كما في البلوغ مثلاً، فإن الخطاب التكليفي مرتفع عن الصبي ما كان قبل البلوغ، فإذا بلغ وقع عليه

---

[٢٨١] انظر: الحموي، شهاب الدين. ١٩٨٥. *غمز عيون البصائر بشرح الأشباه والنظائر*. ج١.ص٣٠٣

[٢٨٢] القرافي. ٢٠٠٩. *الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام*. ص٢٢٠

[٢٨٣] انظر: القرافي. ٢٠٠٩. *الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام*. ص٢٢٠

[٢٨٤] انظر: الشاطبي.٢٠٠٩. *الموافقات*. ج٢.ص٥٠١

التكليف، فسقوط التكليف قبل البلوغ ثم ثبوته بعده ليس باختلاف في الخطاب، وإنما وقع الاختلاف في العوائد، وكذلك الحكم بعد الدخول بأن القول قول الزوج في دفع الصداق بناء على العادة، وأن القول قول الزوجة بعد الدخول أيضاً بناء على نسخ تلك العادة، ليس باختلاف في حكم بل الحكم أن الذي ترجح جانبه بمعهود أو أصل فالقول قوله بإطلاق لأنه مدعى عليه[٢٨٥].

وبعد بيان حقيقة التغير الذي يكون في العوائد، يمكن إرجاع أسباب تغير العوائد إلى ثلاثة أسباب رئيسية[٢٨٦]:

أولاً: تغير الحاجات، والتي تتغير بسبب تغير الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية، وتطور المعاملات وأسلوب الحياة، فيحصل بذلك تغير سريع في الأعراف والعادات بقصد حصول الرفاهية واختصار الزمان والمكان.

ثانياً: التنظيمات الإدارية وسلطة الدولة في ضبط شؤون الناس يؤدي إلى نشوء كثير من الأعراف والعادات.

ثالثاً: العولمة وتقارب البلدان، فلسهولة السفر وسرعة وسائل الاتصال أصبح اختلاط الناس ببعضهم مؤثراً في تغيير الأعراف ونشأتها.

المطلب الرابع: تطبيقات القاعدة وأثرها في المعاملات:

التطبيقات الفقهية المتأثرة بتغير العوائد كثيرة ومتنوعة، وسيذكر الباحث هنا أهمّ التطبيقات الفقهية المعاصرة وغير المعاصرة مما ظهر فيها التغير بسبب العوائد المتغيرة:

التطبيق الأول: نصّ الفقهاء على أن الراغب في شراء العين وبعدد كبير منها يكتفي برؤية بعض المبيع دون سائره، ويكون هذا في المثليات فقط، وهو ما يسمى عند بعض الفقهاء ببيع الأنموذج، وقد نص على

---

[٢٨٥] المرجع نفسه. ج٢.ص٤٩١-٤٩٢

[٢٨٦] انظر: المشعل، عبد العزيز. ٢٠١٠. *أثر العرف والعادة في دراسة النوازل الفقهية مع تطبيقات فقهية معاصرة*. الرياض: جامعة الإمام محمد بن سعود. ص١٨٥

جواز هذا النوع من البيوع الحنفية[٢٨٧] والشافعية[٢٨٨]، إلا أن المفتى به عند متأخري الحنفية في حق من أراد أن يشتري داراً وجوبُ رؤية كل بيت على حِدَة، وهذا بسبب التفاوت الذي بين البيوت في هذه الأزمنة المتأخرة، ولأن العادة في زمن متقدمي الحنفية في الكوفة وبغداد كانت عدم تفاوت الدور في صفاتها إلا في كبرها أو صغرها أو كونها جديدة أم لا، لذلك قالوا بالاقتصار على رؤية خارجها وصحنها فقط دون داخلها.[٢٨٩] يقول القاضي علي حيدر الحنفي في شرحه على مجلة الأحكام: "كان عند الفقهاء المتقدمين أنه إذا اشترى أحد داراً اكتفى برؤية بعض بيوتها، وعند المتأخرين لا بد من رؤية كل بيت منها على حدته، وهذا الاختلاف ليس مستنداً إلى دليل، بل هو ناشئ عن اختلاف العرف والعادة في أمر الإنشاء والبناء، وذلك أن العادة قديماً في إنشاء الدور وبنائها أن تكون جميع بيوتها متساوية وعلى طراز واحد، فكانت على هذا رؤية بعض البيوت تغني عن رؤية سائرها، وأما في هذا العصر فإذ جرت العادة بأن الدار الواحدة تكون بيوتها مختلفة في الشكل والحجم لزم عند البيع رؤية كل منها على الانفراد"[٢٩٠].

التطبيق الثاني: تموّلُ ما ليس له قيمة فيما مضى ثم أصبح مما يُتمول، ومن أشهر الأمثلة على ذلك: مالية الحشرات، وفئران التجارب، وأنواع السموم التي تدخل في تركيب بعض الأدوية، وتموّل الماء حال إحرازه في الخزانات، والهواء في أنابيب الأوكسجين، وتموّل الغاز للإيقاد، وتموّل أنواعاً من التراب حال حيازته، فمالية الشيء متوقفة على إذن الشارع وحاجة الناس العرفية إلى تداوله، فإثبات مالية الشيء ليس طريقه الشرع فقط، ولا العرف فقط، بل مركب من الأمرين معاً، فما نهى الشارع عنه فقد ماليته، وإذا هجر الناس الانتفاع بعين ولم يعتادوا تداولها فقدت ماليتها، وقد نص الحنفية على هذا القيد في ضبط التموّل حيث

---

[٢٨٧] انظر: البلدحي الحنفي، عبد الله بن محمود. ١٩٣٧. *الاختيار لتعليل المختار*. القاهرة: مطبعة الحلبي. ج٢.ص٥

[٢٨٨] انظر: السلمي، عز الدين. ٢٠١٦. *الغاية في اختصار النهاية*. بيروت: دار النوادر. ج٣.ص١٦٨

[٢٨٩] انظر: ابن عابدين.١٩٩٢. *رد المحتار على الدر المختار*. ج٤.ص٥٩٨

[٢٩٠] حيدر.٢٠٠٣. *درر الحكام شرح مجلة الأحكام*. ج١.ص٤٧

قال ابن نجيم الحنفي: "والمالية إنما تثبت بتموّل الناس كافة أو بتقوم البعض.. فما يكون مباح الانتفاع بدون تمول الناس لا يكون مالاً كحبة حنطة، وما يكون مالاً بين الناس ولا يكون مباح الانتفاع لا يكون متقوما كالخمر"[٢٩١]، ومن أمثلته عند الحنفية[٢٩٢]: جواز بيع بالسرجين وهو الروث النجس في التسميد محتجين في ذلك بتموّل المسلمين من غير نكير، والنفط مثلاً كان في زمن ما غير منتفع به إلا في الأمور اليسيرة، وبعد اكتشاف دوره في الطاقة والصناعة أصبح من الأموال النفيسة، فحقيقة المال إذاً هو: ما يمكن تملكه، وكان ذا منفعة مباحة مطلقًا، واعتاد الناس أو بعضهم تموله[٢٩٣].

التطبيق الثالث: تفريعاً عمّا سبق تأصيله من تغير مفهوم التموّل بتغير العوائد؛ فإن من أشهر صور التموّل ملكية الحقوق المعنوية، أو ما يسمّى أيضاً بحقوق الملكية الفكرية، وهو نوع من أنواع الملكيات والحقوق المالية، ظهرت في العصور المتأخرة نتيجة التطور العلمي والصناعي والتقني والتجاري، ويطلق عليها كذلك: حقوق الابتكار، أو حقوق الملكية الذهنية، أو الأدبية، أو التجارية، أو الصناعية، أو حق الإنتاج العلمي، ويستظهر الدكتور ناصر الغامدي أن مصطلح الملكية الفكرية هو الأدق؛ لأن الجامع بين ما ذكر من مصطلحات أنها نتاج فكر وإعمال عقل، وهذا أعم من كونه علمياً أو أدبياً أو فنياً، وبناء عليه فالتعريف المناسب للحقوق الفكرية هو: اختصاص الإنسان الحاجزُ بنتاج فكره وإبداعه، اختصاصاً يخوّل له شرعاً الانتفاع به والتصرف فيه وحده ابتداءً إلا لمانع[٢٩٤].وموقف الفقه الإسلامي من هذه الحقوق يختلف عن القانون؛ لأن دائرة الملك في الشريعة أوسع منها في القانون، حيث لا يشترط أن يكون محل الملك شيئاً مادياً معيناً بذاته في الوجود الخارجي، وفي ضوء ذلك فهي مال، لأنّ له قيمة بين الناس، وجاز شرعاً

---

[٢٩١] ابن نجيم، زين الدين.د.ت. *البحر الرائق شرح كنز الدقائق*. دار الكتاب الإسلامي. ج٥.ص٢٧٧

[٢٩٢] انظر: الزيلعي، عثمان بن علي. ١٣١٣هـ. *تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق*. القاهرة: المطبعة الأميرية. ج٦.ص٢٦

[٢٩٣] انظر: الدبيان، دبيان. ١٤٣٢هـ. *المعاملات المالية أصالة ومعاصرة*. الرياض: مكتبة الملك فهد الوطنية. ج١.ص١٣٤

[٢٩٤] الغامدي، ناصر بن محمد. ٢٠٠٨. *حماية الملكية الفكرية في الفقه الإسلامي والآثار الاقتصادية المترتبة عليها*. السعودية: دار ابن الجوزي. ص٣٦

الانتفاع به، فإذا قام به الاختصاص تكون حقيقة الملك قد وجدت[٢٩٥]. ومن أشهر الأمثلة على الحقوق المعنوية[٢٩٦] ما يلي:

أولاً: الاسم التجاري أو العلامة التجارية، فقد أعطيت قيمة بسبب الجهود الذهنية والمالية والأوقات المبذولة، وهذه القيمة ذاتية مستقلة عن السلع التي تمثلها، وهي منفعة يستفيد منها التاجر، ويدخل تحت مصطلح العلامة التجارية ثلاثة أمور:

الأول: الشعار التجاري الذي يكون عنواناً وهو ما يسمى بالماركة المسجلة، ويحصل بها تميز المنتج الصناعي أو المحل التجاري عن غيره.

الثاني: الاسم التجاري الذي أصبح عنواناً ونال الشهرة مع الزمن .

الثالث: الوصف الذي يتمتع به المحل من حيث الموقع والمكان، ويرجع هذا إلى ما يسمى اليوم بالفراغ أو الخلوّ، وهو اصطلاح على المال الذي يدفع علاوة على قيمة العقار أو أجرته مقابل ما يتميز به من أهمية أو موقع تجاري[٢٩٧]، وسيأتي الكلام عن الخلوّ في القاعدة التالية.

ثانياً: الترخيص التجاري، وهو الحصول على موافقة الدولة باستيراد بضائع أو منتجات صناعية أو زراعية من الخارج، فهو إذْنٌ تمنحه جهة مختصة بإصداره لشخص طبيعي أو اعتباري للانتفاع بمقتضاه[٢٩٨]، فمعظم الدول اليوم لا تسمح بالاستيراد إلّا بإذن خاص وبشروط محددة، فيبذل التاجر جهداً ووقتاً ومالاً للحصول على هذه الرخصة، ويحصل بها على صفة قانونية تحقق له تسهيلات من الحكومة، فيصبح للترخيص قيمة

---

[٢٩٥] انظر: القره داغي. علي محيي الدين. ٢٠١١. *الحقوق المالية ومدى جواز الاعتياض عنها مع تطبيقاتها المعاصرة*. بيروت: دار البشائر. ص٦٧

[٢٩٦] انظر: القره داغي. علي محيي الدبن. ٢٠٠٩. *بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة*. بيروت: دار البشائر. ص٤٢٦ وما بعده

[٢٩٧] انظر: شبير، محمد عثمان.٢٠٠٧. *المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي*. الأردن: دار النفائس. ص٧١

[٢٩٨] انظر: القره داغي.٢٠١١. *الحقوق المالية ومدى جواز الإعتياض عنها مع تطبيقاتها المعاصرة*. ص٧٠

مالية في عرف التجارة، ومثلها كذلك الرخص التجارية لإقامة مصنع أو منشأة صناعية أو تجارية فهذه الرخص لها قيمة تجارية[٢٩٩]، ويُلحق بما سبق عقود الترخيص وهي عقود حديثة مستجدة ظهرت عندما استقرت فكرة انفصال ملكية العلامة كمنقول معنوي عن استعمالها، فيصح أن يكون مستعمِلُ العلامة غيرُ مالكها، وانتشر في العالم لأنه يحقق التعاون المستمر بين المشروعات التجارية، ويتيح فرصة للتوسع التجاري، ويمكن تعريف عقد الترخيص بأنه: "عقد معاوضة يمنح بموجبه صاحب الملكية الفكرية لطرف آخر حق استغلال الملكية الفكرية مدة معينة مقابل التزام الأخير بدفع مبلغ من المال بحسب الاتفاق"[٣٠٠]، ويمكن توضيح هذا التعريف بمثال معاصر: ففي الصناعات الدوائية توجد شركات عالمية لها براءة اختراع في صناعة دواء معيّن، فتقوم هذه الشركات بإجراء عقد ترخيص مع شركة أخرى وفي بلد آخر ليقوم المرخص له بإنتاج الدواء وبيعه وتسويقه بالعلامة التجارية الخاصة بالمرخِّص، ويكتب عليها غالباً صنعت في دولة كذا بموجب ترخيص من الشركة الأصلية، ولعقود الترخيص صور مختلفة، فمنها: ما يتعلق ببراءة الاختراع في الجانب التقني وترخيص الغير باستغلالها، ومنها: ترخيص حق المؤلف فيمنح المؤلف الجهة المرخص لها بطباعة الكتاب ونشره والقيام ببيعه مقابل عوض يتفقان عليه، ومنها: ترخيص العلامة التجارية فيمنح المرخص له انتاج السلعة مع وضع علامته التجارية عليها، وارتباطها بالعرف والعادة يتضح من خلال اعتبار الحقوق المعنوية في أعراف الناس في هذه الأزمنة المتأخرة، وتجويز الاعتياض عنها.

ثالثاً: الملكية الأدبية والفنية، أو الذهنية، أو حقوق التأليف ويشمل هذا: المصنفات المكتوبة في أي علم من العلوم، والمحاضرات والخطب والمواعظ، وبرامج الكمبيوتر، وهذا الحق يعطي المؤلف الحق في الاحتفاظ بنتاج جهده الفكري، ونسبة هذا الجهد إليه واحتجاز المنفعة المالية التي يمكن الحصول عليها من نشره

---

[٢٩٩] انظر: الغامدي.٢٠٠٨. *حماية الملكية الفكرية في الفقه الإسلامي والآثار الاقتصادية المترتبة عليها*. ص٦٢-٦٣

[٣٠٠] العامر، صالح عبد اللطيف.٢٠١٣. *أحكام عقد الترخيص*. الرياض: دار كنوز إشبيليا. ص٥٩

وتعميمه، فالمؤلف يحصل على حقين: حق أدبي مرتبط بنسبة الكتاب إليه فليس له الحق أن يتنازل عن صفته التأليفية، ولا يجوز انتحاله والسطو عليه، وحق مالي مقابل نشر الكتاب للمؤلف واستغلاله بأي صورة من صور الاستغلال المشروعة، وينتقل بعد موته إلى ورثته[٣٠١].

رابعاً: براءة الاختراع، وهو حقّ متعلّق بالأعمال الصناعية، يمنح من جهة رسمية، ويترتب عليه حق استغلال المخترع لاختراعه واستغلال الورثة له بعد وفاته بمدة معينة تقدرها القوانين، ويترتب عليه كذلك حق المخترع في أن ينسب الاختراع إليه[٣٠٢].

وقد صدرت من المجامع الفقهية الإسلامية عدة قرارات في شأن الحقوق المعنوية وما يتعلق بها:

أولاً: قرار المجمع الفقهي الإسلامي الرابع في دورته التاسعة المنعقدة بمبنى رابطة العالم الإسلامي في مكة المكرمة في الفترة من يوم السبت ١٢ رجب ١٤٠٦هـ إلى يوم السبت ١٩ رجب ١٤٠٦هـ، بشأن حقوق التأليف للمؤلفين، وحقوق الابتكار وما يسمى بالملكية الأدبية والملكية الصناعية، وانتهى المجلس بعد المناقشة إلى اعتبار حقوق المؤلفين، لما في ذلك من حماية لجهود المؤلف المبذولة في التأليف والكتابة من الضياع بسبب نشره من غير إذن المؤلف، وقد يؤدي هذا إلى تثبيط المؤلفين والكتّاب عن نشر العلم[٣٠٣].

ثانياً: قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقد في دورة مؤتمره الخامس بالكويت من ١-٦ جمادى الأولى ١٤٠٩هـ، الموافق ١٠ – ١٥ كانون الأول (ديسمبر) ١٩٨٨م، وبعد اطلاعه على البحوث المقدمة من الأعضاء والخبراء في موضوع الحقوق المعنوية، واستماعه للمناقشات التي دارت حوله، قرر ما يلي[٣٠٤] :

---

[٣٠١] انظر: أبوزيد. بكر بن عبد الله. ١٩٨٨."ملكية التأليف تاريخاً وحكماً". *مجلة المجمع الفقهي الإسلامي*. ج٢. عدد٢.ص٢٥٥

[٣٠٢] انظر: شبير.٢٠٠٧. *المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي*. ص٥٠

[٣٠٣] د.م.د.ت.قرارات المجمع الفقهي الإسلامي. مكة المكرمة: رابطة العالم الإسلامي. ص٢٠٩

[٣٠٤] انظر: الجيزاني، محمد حسين. ٢٠١٩. *وثائق النوازل*. السعودية: دار ابن الجوزي. ج٢.ص١١١٦

أولاً: الاسم التجاري، والعنوان التجاري، والعلامة التجارية، والتأليف والاختراع أو الابتكار، هي حقوق خاصة لأصحابها، أصبح لها في العرف المعاصر قيمة مالية معتبرة لتمول الناس لها، وهذه الحقوق يعتد بها شرعاً، فلا يجوز الاعتداء عليها.

ثانياً: يجوز التصرف في الاسم التجاري أو العنوان التجاري أو العلامة التجارية ونقل أي منها بعوض مالي، إذا انتفى الغرر والتدليس والغش، باعتبار أن ذلك أصبح حقاً مالياً.

ثالثاً: حقوق التأليف والاختراع أو الابتكار مصونة شرعاً، ولأصحابها حق التصرف فيها، ولا يجوز الاعتداء عليها.

ومن صور التموّل المعاصر الناتج عن تغير العوائد، وهو ملحق بما سبق من الحقوق المعنوية: ما يسمّى بعقود الاستشارة، وهو: "اتفاق بين طرفين يتعهد فيه متخصص في معرفةٍ فنيّة أو علميةٍ بتقديم رأي في أمر معين بأجر ليستفيد منه الطرف الآخر"[٣٠٥]، ووجه الإلحاق بما سبق من الحقوق المعنوية أن المستشار يبذل جهداً ذهنياً وفكرياً، فأصبح للرأي قيمة في العرف المعاصر، وجرى العمل بتقييم هذا الرأي، فإذا كان المال كما سبق ينطبق على المنفعة ذات القيمة، فإن هذا ظاهر في عقد الاستشارة وما فيه من جهد ذهني، فيكون الرأي محلاً للتملك وقابلاً للمعاوضة، ويضاف لما سبق من المنفعة المعنوية حبس المستشار نفسه واستهلاك بعض الأمور كالأوراق والأجهزة الحاسوبية وتهيئة المكان المناسب وغيرها من التجهيزات، فيحقّ للمستشار حينئذ أخذ الأجرة مقابل الرأي[٣٠٦].

التطبيق الرابع: إجراء العقود بآلات الاتصال الحديثة، فقد اشترط الفقهاء لصحة العقد اتحاد المجلس حقيقة

---

[٣٠٥] المحيسن، عبد الرحمن. ٢٠١٣. *أحكام عقد الاستشارة وتطبيقاته القضائية*. الرياض: دار كنوز إشبيليا. ج١.ص٦١

[٣٠٦] المرجع نفسه ج١.ص٢٣٩-٢٤٠

وحكماً عن طريق المراسلة التي ذكر فيها تفاصيل العقد، أما الآن فيجوز إجراء العقود والتعامل بالبيع والشراء وغيرهما بين طرفين متباعدين بآلات الاتصال الحديثة كالهاتف والإنترنت، ويعتبر ذلك تعاقداً بين حاضرَين حكماً لجريان التعامل به في العصر الحاضر، وصدر بهذا قرار مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الرابع بجدة في المملكة العربية السعودية من ١٧- ٢٣ شعبان ١٤١٠ هـ الموافق ١٤ — ٢٠ آذار (مارس) ١٩٩٠م[٣٠٧].

التطبيق الخامس: في مجال تعيين العملة في حال إطلاق الثمن في العقود، بحيث يذكر العاقدان لفظاً أو كتابة ثمناً معيناً من غير تحديد للعملة المعتمدة في العقد، فإنه ينصرف والحالة هذه ومن خلال العرف إلى العملة المتداولة بين التجار أو المتعاقدين في عقودهم، يقول القرافي: "ألا ترى أنهم أجمعوا على أن المعاملات إذا أطلق فيها الثمن يحمل على غالب النقود، فإذا كانت العادة نقداً معيّناً حملنا الإطلاق عليه، فإذا انتقلت العادة إلى غيره عيّنا ما انتقلت العادة إليه وألغينا الأول لانتقال العادة عنه"[٣٠٨]. والقول بانصراف العملة إلى ما تعارف عليه الناس في البلد في حال إطلاق الثمن في العقد متفق عليه بين المذاهب الأربعة، فقد نص عليه الحنفية مستدلين بالعرف، يقول المرغيناني الحنفي: " ومن أطلق الثمن في البيع كان على غالب نقد البلد لأنه هو المتعارف"[٣٠٩]، وقال به أيضاً الشافعية[٣١٠]، والمالكية[٣١١] والحنابلة[٣١٢].

---

[٣٠٧] انظر: الجيزاني.٢٠١٩. *وثائق النوازل*. ج٢.ص١٠٧٢

[٣٠٨] القرافي.٢٠٠٩. *الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام*. ص٢١٩

[٣٠٩] العيني، بدر الدين. ٢٠٠٠. *البناية شرح الهداية*. بيروت: دار الكتب العلمية. ج٨.ص١٧

[٣١٠] انظر: العمراني، يحيى بن أبي الخير. ٢٠٠٠. *البيان في المذهب الشافعي*. جدة: دار المنهاج. ج٦.ص٤٢٦

[٣١١] انظر: الرعيني، شمس الدين. ١٩٩٢. *مواهب الجليل في شرح مختصر خليل*. بيروت: دار الفكر. ج٥.ص١٩٥

[٣١٢] انظر: البهوتي، منصور بن يونس. ٢٠١٧. *الروض المربع بشرح زاد المستقنع مختصر المقنع*. الرياض: دار الصميعي. ج٢.ص٢١١

المبحث الخامس: قاعدة: العرف الخاص يؤثر كالعرف العام

ينقسم العرف من حيث من يصدر عنه هذا العرف إلى قسمين: عرف عام، وعرف خاص، وقد صيغت هذه القاعدة لبيان أن للعرف الخاص تأثيراً كما للعرف العام، وقد أشار إلى هذه القاعدة عدد من العلماء، منهم: الزركشي في كتابه المنثور في سياق حديثه عن التعارض بين العرف العام والعرف الخاص[٣١٣]، وتبعه في ذلك السيوطي في الأشباه والنظائر[٣١٤].

المطلب الأول: شرح القاعدة:

المراد بالعرف العام: ما يكون فاشياً في جميع البلاد وبين جميع الناس، مثل بيوع المعاطاة، وهي المبايعات التي تخلو من إيجاب وقبول لفظي[٣١٥]، والعرف الخاص: ما يكون مخصوصاً ببلد أو مكان دون آخر، أو بين فئة دون أخرى، وهذا العرف متجدد ومتنوع؛ لأنّ مصالح الناس وتسهيل احتياجاتهم متجدد[٣١٦]، مثل تعارف أهل بلد كمصر والعراق على عرف يخصهم، وكتعارف أرباب الحِرف والصناعات على أمور لا توجد عند غيرهم، وكاستعمال علماء الفن مصطلحات خاصة بهم[٣١٧].

ويترتب على هذه القاعدة إلحاق العرف الخاص بالعرف العام من حيث التأثير والمرجعية، ويكون هذا الإعمال خاصاً بأهل هذا العرف الخاص، فلا يتعدّى هذا العرف إلى غيره من الأماكن والبلدان والفئات.

وقد ذهب إلى إلحاق العرف الخاص بالعرف العام من حيث الاعتبار المالكيةُ، يقول القرافي: "لو خرجنا نحن من ذلك البلد إلى بلد آخر عوائدهم على خلاف عادة البلد الذي كنّا فيه، أفتيناهم بعادة

---

[٣١٣] انظر: الزركشي، بدر الدين. ١٩٨٥. *المنثور في القواعد*. ج٢.ص٣٨٨

[٣١٤] انظر: السيوطي، جلال الدين. ٢٠١١. الأشباه والنظائر. مصر: دار السلام. ج١.ص٢٢٩

[٣١٥] انظر: الزحيلي، وهبة. ١٩٩٧. *الفقه الإسلامي وأدلته*. دمشق: دار الفكر. ج٥.ص٣٣١٣

[٣١٦] انظر: الزرقا.٢٠١٢. *المدخل الفقهي العام*. ج٢.ص٨٧٧

[٣١٧] انظر: *جماعة من* المؤلفين. ٢٠١٣.معلمة *زايد للقواعد الأصولية والفقهية*. ج٨.ص٢٤١

بلدهم، ولم نعتبر عادة البلد الذي كنا فيه، وكذلك إذا قدم علينا أحد من بلد عادته مضادة للبلد الذي نحن فيه لم نُفْته إلا بعادة بلده دون عادة بلدنا"[٣١٨]، ومثل ذلك أيضاً عند المالكية القول بعرف أهل المدينة وهي من الأعراف الخاصة، وأثبتوا به أحكاماً كثيرة لكونه مطرداً من زمن النبوة والصحابة والتابعين، فصار حينها كالعرف العام.

وقال بعض الشافعية أيضاً باعتبار العرف الخاص، فقط ذكر الزركشي[٣١٩] والسيوطي[٣٢٠] في سياق مسألة تعارض العرف العام مع العرف الخاص أن هذا التعارض لا يخلو من أحوال:

الأول: أن يكون العرف المخصوص محصوراً، فهذا العرف غير مؤثر، ومثاله: لو كانت عادة المرأة في الحيض أقل مما استقر من عادات النساء، تردّ المرأة إلى الغالب في الأصح.

الثاني: أن يكون العرف الخاص غير محصور، فهذا العرف معتبر، ومثاله: لو جرى عرف الناس بأن يحفظوا زرعهم ليلاً ومواشيهم نهاراً، ففي اعتبار هذا العرف الخاص وجعلهِ في منزلة العرف العام وجهان عند الشافعية[٣٢١]، أصحّها اعتبار العرف الخاص.

المطلب الثاني: أدلة القاعدة:

جميع الأدلة التي تم الاستدلال بها في بيان حجية العرف واعتباره تصلح دليلاً لهذه القاعدة، فالاحتجاج بالعرف عامٌّ يشمل الأعراف الخاصة والعامة، وإفراد العرف الخاص بالذكر هو لبيان نوع من أنواع العرف الذي يتمثل في واقع الناس، وهو بحاجة إلى حكم يبيّن مدى حجيته واعتباره.

---

[٣١٨] القرافي.٢٠٠٩. *الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام*. ص٢١٩

[٣١٩] انظر: الزركشي.١٩٨٥. *المنثور في القواعد*. ج٢.ص٣٨٩

[٣٢٠] انظر: السيوطي.٢٠١١. *الأشباه والنظائر*. ج١.ص٢٢٩

[٣٢١] المرجع نفسه.ج١.ص٢٢٩

المطلب الثالث: تطبيقات القاعدة وأثرها في المعاملات:

التطبيق الأول: من جملة الأعراف الخاصة: التعطيلُ عن الأعمال في أيام محددة في الأسبوع أو الشهر أو السنة، فيترك الأجير العمل في هذه الأيام دون أن يكون هناك اتفاق محدد في العقد بخصوصها عملاً بالعرف الخاص، وينطبق العرف الخاص كذلك على أصحاب الحِرف والمهن كالأطباء، فيعطّلون أعمالهم في أيام محددة، ومن ذلك ما جاء عند السادة المالكية فيما يسمّونه بالبطالة، فقد نصّوا على أن التسريح يوم الجمعة سُنَّةُ المعلمين، وأن من استؤجر شهراً له بطالةُ يوم الجمعة، ويترك عمله من عشية يوم الخميس لأنه أمر معروف، والبطالة في الأعياد على المعروف هي في الفطر ثلاثة أيام، وكذا في الأضحى، ولا بأس عندهم بخمسة أيام[٣٢٢].

التطبيق الثاني: مراعاة العرف الخاص بالدول والأماكن والأزمنة في حال استئجار وسائل المواصلات أو الفنادق، فيلتزم الوافد عليهم بأعرافهم الخاصة في تحديد الأجرة إذا لم تكن محددة مسبقاً، وكذلك الحال عند عدم ذكر الأجرة في العقد يُرجع في تحديد الأجرة حينها إلى عرفهم الخاص، والعرف الخاص في مثل هذه الحالة يقتضي دفع أجرة المثل أو عوض المثل، وينطبق هذا على جميع التصرفات التي لم يتفق فيها على عوض محدد، ومعيار عوض المثل هو العرف، ففي المادة (٤٣٧) من مجلة الأحكام العدلية: "وتنعقد الإجارة بالتعاطي أيضاً، كالركوب في باخرة المسافرين، وزوارق الموانئ، ودواب الكراء، من دون مقاولة، فإن كانت الأجرة معلومة أعطيت وإلا فأجرة المثل"[٣٢٣]، وفي بيان حقيقة عوض المثل يقرر ابن تيمية أن حقيقة عوض المثل مما يشتبه على الفقهاء ويتنازعون فيه، ويرجع هذا إلى اختلاف عوض المثل باختلاف الزمان والمكان والأحوال وطبيعة العِوض والمعوَّض والمتعاوضِين، واختار في تعريف عِوض المثل بأنه: مِثلُ المسمى في العرف،

---

[٣٢٢] انظر: عليش.١٩٨٩. *منح الجليل شرح مختصر خليل*. ج٧.ص٤٨٢

[٣٢٣] مجموعة من علماء الدولة العثمانية.١٣٠٣هـ. *مجلة الأحكام العدلية*. ص٧٣

وهو ما يقال له: السعر والعادة أو ثمن المثل، والأصل فيه اختيار الآدميين، ويقرر ابن تيمية كذلك أن تعبير كثير من العلماء في حقيقة ثمن المثل: هو ما يساوي الشيء في نفوس ذوي الرغبات[٣٢٤].

التطبيق الثالث: اعتبار العرف الخاص في تحديد ما يدخل في المبيع وما لا يدخل، فقد تختلف الأعراف في تحديد ما يتبع المبيع في بيع الأصول والعقارات، وقد نصّ القرافي في كتابه الفروق بعد سرده لمذاهب الفقهاء فيما يشمل المبيع على أن الأصل في باب ما يتبع العقد ولا يتبعه هو العرف[٣٢٥]، وفي سائر المذاهب جملة من الفروع الفقهية المتعلقة بهذا الباب والتي بُنيت على العرف، فقد نص الشافعية[٣٢٦] على أنه يدخل في بيع القرية عند الإطلاق الأبنية من سور وساحات وأشجار يحيط بها السور، بخلاف المزارع التي حول القرية فلا تدخل؛ لأن العرف لا يقتضي دخولها، ونص الحنفية[٣٢٧] على أن من باع داراً دخل بناؤها في البيع وإن لم يسمّه؛ لأن العرف يتناول الأرض الخالية مع البناء.

ونص الحنابلة[٣٢٨] على دخول لجام الفرس ومقود الدابة في مطلق البيع لجريان العادة ببيعه معها. ومن أمثلة ما يدخل في المبيع في الزمن المعاصر: الأسلاك الكهربائية، والتمديدات المائية في المنازل بكل متعلقاتها كالحنفيات، والخزائن المثبتة في الجدران، والسلالم، والرفوف، والمرايات المثبتة، وسخانات المياه وخزاناتها، ويدخل كذلك دواليب المطابخ، وأحواض الاستحمام في الحمامات، ويدخل في بيع الأراضي الزراعية المخازن وبيوت الفلاحين، ويدخل في بيع السيارات ما أضافها مالكها من تزيين وإضافات، وفي بيع أجهزة الحاسب المكتبية لوحة المفاتيح والفأرة والموصلات الكهربائية للتشغيل.

---

[٣٢٤] انظر: ابن تيمية، تقي الدين. ١٩٩٥. *مجموع الفتاوى*. السعودية: مجمع الملك فهد. ج٢٩.ص٥٢٢

[٣٢٥] انظر: القرافي.٢٠٠٣. *الفروق*. ج٣. ص٤٢٩

[٣٢٦] انظر: الشربيني.١٩٩٤. *مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج*.بيروت: دار الكتب العلمية ج٢.ص٤٨٨

[٣٢٧] انظر: العيني.٢٠٠٠. *البناية شرح الهداية*. ج٨.ص٣٢

[٣٢٨] انظر: البهوتي، منصور بن يونس. ٢٠٠٠. *كشاف القناع عن متن الإقناع*. السعودية: وزارة العدل. ج٨.ص٨٣

التطبيق الرابع: مراعاة العرف الخاص بالبلاد في اعتبار التاريخ الهجري أو الميلادي واعتماد أحدهما في حساب الأشهر وتأريخ العقود والمعاملات وآجال الديون ونحوها.

التطبيق الخامس: إذا استأجر شخص أجيراً ليعمل عنده يوماً فإن على الأجير أن يعمل وفق عرف البلد في خصوص هذا العمل، سواء من شروق الشمس إلى غروبها أو إلى العصر، وهذا إذا لم يتفقا على وقت ابتداء وانتهاء محدد[٣٢٩].

التطبيق السادس: ومن جملة التطبيقات الفقهية المتأثرة بالعرف الخاص باب إحياء الموات، وهو استصلاح الأراضي الخربة والمندَرسة التي لا مالك لها ولا أثر لعمارة فيها، فتُملك بالإحياء[٣٣٠]، وللعُرف ارتباط بالطريقة التي تُحيا بها الأرض وتصبح حينها مملوكةً لمن أحياها، فقد تنوّعت التصرفات التي يحصل بها الإحياء عند أرباب المذاهب، فمنهم من يحدّد أعمالاً معيَّنة يحصل بها الإحياء، كالحنفية[٣٣١] الذين يجعلون البناء والغرس والسقي والبذر وشق الأنهار سبباً لإحياء الأرض، ومثلهم في ذلك المالكية[٣٣٢]، فقد نصّوا على البناء، والغرس، والحرث، وتفجير الماء، وقطع الشجر، وتسوية الحجارة. وذهب الحنابلة[٣٣٣] في الرواية المشهورة عندهم إلى أن إحياء الأرض يكون بتحويطها بحائط، أو حفر بئر أو نهر فيها، مهما كانت نيته في الأرض، للزرع أو حظيرة للغنم أو للبناء، وهنا اعتبر الحنابلة العرف في هذه الرواية، وذلك في ضبط صفة الحائط الذي به يحصل الإحياء، فاشترطوا أن يكون الحائط منيعاً يمنع ما وراءه، وأن يكون مما جرت العادة بمثله، وفي هذا يقول ابن قدامة في بيان صفة التحويط: "ويكون مما جرت العادة بمثله، ويختلف باختلاف البلدان،

---

[٣٢٩] انظر: حيدر.٢٠٠٣. *درر الحكام شرح مجلة الأحكام*. ج١.ص٥٦٩

[٣٣٠] انظر: ابن قدامة، موفق الدين. ٢٠٠٥. *المغني*. الرياض: دار عالم الكتب. ج٨.ص١٤٧

[٣٣١] انظر: الحصكفي، علاء الدين. ٢٠٠٢. *الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار*. بيروت: دار الكتب العلمية. ص٦٧١

[٣٣٢] انظر: العبدري، محمد بن يوسف. ١٩٩٤. *التاج والإكليل لمختصر خليل*. بيروت: دار الكتب العلمية. ج٧.ص٦١٥

[٣٣٣] انظر: المرداوي، علاء الدين. ١٩٩٥. *الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف*. القاهرة: هجر للطباعة. ج١٦.ص١٠٦

فلو كان مما جرت عادتهم بالحجارة وحدها كأهل حوران وفلسطين، أو بالطين كالفطائر لأهل غوطة دمشق، أو بالخشب أو بالقصب كأهل الغور، كان ذلك إحياءً"[٣٣٤]. وجاء اعتبار العرف في باب إحياء الموات أيضاً عند الحنابلة[٣٣٥] في روايتهم الثانية لصفة الإحياء والتي اختارها القاضي أبو يعلى وابن عقيل، فنصوا على أن صفة الإحياء مبنية على ما تعارف عليه الناس بأنه إحياء، وعللوا ذلك بأن الشرع علّق الملك على الإحياء ولم يبينه ولم يذكر كيفيته فيجب الرجوع فيه إلى ما كان إحياء في العرف، وفرّعوا على هذه الرواية قولهم بأن إحياء الأرض يكون بتهيئتها للانتفاع الذي أريدت له، فإذا أراد أن يُحيي الأرض من أجل بناء الدار عليها يبني حائطها بما جرت به العادة مع تسقيفها؛ لأنها لا تكون للسكنى إلا بذلك، وإذا أرادها حظيرة فالإحياء يكون ببناء حائط جرت به عادة مثلها، ولا يشترط فيها التسقيف، لأن العادة في ذلك من غير تسقيف، وهكذا إذا كانت للزراعة هيّئها للزراعة[٣٣٦]، ومثلهم في ذلك الشافعية[٣٣٧]، فقد نصّوا على اعتبار العرف في ما يُعدّ إحياء، وأن الإحياء يختلف باختلاف ما يقصد به، كما سبق عند الحنابلة تفصيله.

التطبيق السابع: من الأعراف الخاصة المعتبرة والتي قيل بها بناء على حجية العرف الخاص مسألة بدل الخلو، وهو: "مبلغ من المال يدفعه الشخص نظير تنازل المنتفع بعقار-أرض أو دار أو محل أو حانوت- عن حقه في الانتفاع به"[٣٣٨]، وقد بيّن ابن نجيم الحنفي ارتباط مسألة بدل الخلو بحجية العرف الخاص فقال بعد أن بيّن أن معتمد المذهب الحنفي عدم اعتبار العرف الخاص: "ولكن أفتى كثير من المشايخ باعتباره؛ فأقول على اعتباره: ينبغي أن يُفتى بأنّ ما يقع في بعض أسواق القاهرة من خلوّ الحوانيت لازم، ويصير

---

[٣٣٤] انظر: ابن قدامة. ٢٠٠٥. *المغني*. ج٨.ص١٧٧

[٣٣٥] انظر: المرداوي. ١٩٩٥. *الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف*. ج١٦.ص١٠٧

[٣٣٦] انظر: ابن قدامة. ٢٠٠٥. *المغني*. ج٨.ص١٧٨

[٣٣٧] انظر: النووي. ١٩٩١. *روضة الطالبين وعمدة المفتين*. ج٥.ص٢٨٩

[٣٣٨] الزحيلي، وهبة. ١٩٨٨."بدل الخلو". *مجلة المجمع الفقهي الإسلامي*. ج٣. عدد٤.ص٢١٧٥

الخلوّ في الحانوت حقّاً له؛ فلا يملك صاحب الحانوت إخراجه منها ولا إجارتها لغيره، ولو كانت وقفاً"[٣٣٩]، ثم بيّن نظير هذه المسألة في اعتبار العرف الخاص وهو التنازل عن الوظائف بمقابل بما يشابه بدل الخلو فقال: " وكذا أقول على اعتبار العرف الخاص: قد تعارف الفقهاء بالقاهرة النزول عن الوظائف بمال يعطى لصاحبها، وتعارفوا ذلك فينبغي الجواز، وأنه لو نزل له وقبض منه المبلغ ثم أراد الرجوع عليه لا يملك ذلك"[٣٤٠]، والقول بجواز بدل الخلو مشهور أيضاً عند بعض متأخري المالكية[٣٤١] بناء على العرف، وأوّل من أفتى بجوازها ناصر الدين اللقاني المالكي المتوفى سنة٩٥٨هـ، خرّجها على العرف ثم تلقاها العلماء في زمانه بالقبول وانتشر العمل بها[٣٤٢]،ويمكن تقسيم بدل الخلو إلى ثلاث حالات[٣٤٣]:

الأوّلى: أن يأخذ المالك بدل الخلو من المستأجر، ولا يمكّن المالكُ المستأجرَ من وضع يده على العقار إلا بعد الحصول على البدل، وهو عرف جار في كثير من البلدان في إجارة الحوانيت المعدة للتجارة أو الصناعة، وهذا القسم هو الذي تحدّث عنه متأخرو المالكية[٣٤٤]، وكيّفها المعاصرون على أنها من بيع المنفعة المجردة.

الثانية: أن يأخذ المستأجر بدل الخلو من المالك، ومن صور ذلك: أن يكون المستأجر لا يزال في مدة التعاقد فله أن يتمسك بالعقد ويرفض إخلاء المكان إلا ببدل يرضاه يأخذه من المالك، لأن ذلك البدل هو في الحقيقة ثمن بيع باقي المدة المتفق عليها.

الثالثة: أن يأخذ المستأجر بدل الخلو من مستأجر لاحق، لأن المستأجر الأول قد ملك منفعة الخلو بطريقة شرعية، فله أن يبيعه لغيره بما شاء من المال ما دام شيء من مدة الخلو باقياً.

---

[٣٣٩] ابن نجيم، زين الدين. ١٩٩٩. *الأشباه والنظائر*. ص٨٩

[٣٤٠] المرجع نفسه ص٨٩

[٣٤١] انظر: الزرقاني، عبد الباقي. ٢٠٠٢. *شرح الزرقاني على مختصر خليل*. بيروت: دار الكتب العلمية. ج٦.ص٢٢٨

[٣٤٢] انظر: الحموي، شهاب الدين. ١٩٨٥. *غمز عيون البصائر بشرح الأشباه والنظائر*. ج١.ص٣٢٠

[٣٤٣] انظر: الأشقر، محمد سليمان. ١٩٨٨."بدل الخلو". *مجلة المجمع الفقهي الإسلامي*. ج٣. عدد٤.ص٢١٨١

[٣٤٤] انظر: الزرقاني، عبد الباقي. ٢٠٠٢. *شرح الزرقاني على مختصر خليل*. ج٦.ص٢٢٨

وقد جاء نصُّ قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي في دورته الرابعة سنة ١٩٨٨م على جواز بدل الخلو في الحالات التالية[٣٤٥]:

أولاً: إذا اتفق المالك والمستأجر على أن يدفع المستأجر للمالك مبلغاً مقطوعاً زائداً عن الأجرة الدورية، على أن يعد جزءاً من أجرة المدة المتفق عليها.

ثانياً: اتفاق المالك والمستأجر في مدة الإجارة على دفع المالك للمستأجر مبلغاً مقابل تخليه عن حقه الثابت بالعقد في ملك المنفعة بقية المدة.

ثالثاً: إذا اتفق المستأجر الأول مع الجديد في مدة الإجارة على التنازل عن بقية المدة لقاء مبلغ زائد عن الأجرة الدورية.

التطبيق الثامن: من الأعراف الخاصة التي تتميز بها بعض البلدان دون الأخرى: الأعراف التي تحدِّد حقوق الارتفاق، وحقوق الارتفاق من المباحث الفقهية التي تناولها الفقهاء في مواضع متفرقة من كتب الفقه ولم يُخصَّ بباب مستقل يجمع مسائله، ولهذا السبب لا يوجد له تعريف جامع مانع في كتب الفقه، وأوّل من عرض هذا المبحث الفقهي المهم بشكل مستقل ومرتّب الفقيه الحنفي المتأخر محمد قدري باشا في كتابه: (مرشد الحيران إلى معرفة أحوال إنسان في المعاملات الشرعية على مذهب أبي حنيفة النعمان)، حيث عرّف حقوق الارتفاق بقوله: "حق مقرر على عقار لمنفعة عقار لشخص آخر"[٣٤٦]، وأقرب التعريفات لحقوق الارتفاق هو: "حقّ متقرر على عقار لمنفعة عقار آخر مالكهما مختلف، أو لمنفعة شخص تُقيِّده بشخصٍ بغير إجارة أو إعارة أو وقف أو وصية[٣٤٧]، فلدينا منتفَع به وهو على سبيل المثال: النهر أو الطريق

---

[٣٤٥] انظر: منظمة المؤتمر الإسلامي. ١٩٨٨. *مجلة المجمع الفقهي الإسلامي*. ج٣. عدد٤.ص٢٣٢٩

[٣٤٦] قدري باشا، محمد. ١٣٠٨هـ. *مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان*. مصر: المطبعة الكبرى. ص٩

[٣٤٧] التويجري، سليمان. ١٤٣٢. *حقوق الارتفاق-دراسة فقهية مقارنة-*. السعودية: دار ابن الجوزي. ص٤٨

أو المسيل أو الجدار، ومنتفِع وهو عقار أو شخص، وأشهر أنواع حقوق الارتفاق التي تناولها الفقهاء[٣٤٨]:

أولاً: حق الشِّرب، وهو: الانتفاع بالماء سقياً للأرض أو الشجر.

ثانياً: حق المجرى، وهو: إثبات حق إجراء الماء في أرض الغير.

ثالثاً: حق المسيل، وهو: حق صرف المياه وإسالته.

رابعاً: حق المرور، وهو: حق المرور إلى العقار المملوك من ملك جاره.

خامساً: حق الجوار، وهو: حق الانتفاع بملك الجار كغرز خشبة على جداره.

ولا يمنع حصرُ الفقهاء أنواعَ حقوق الارتفاق بما سبق أن تضاف عليها حقوق أخرى، فقد تُستحدث حقوق أخرى بتغير الزمن، وتغيرِ أحوال الناس في مساكنهم، وتغير ما يطلق عليه في المصطلح المعاصر بالبنية التحتية، كأنظمة التخطيط السكني، والصرف الصحي، وشبكات توزيع المياه والكهرباء والغاز، والتي هي الآن تحت إشراف البلديات في الغالب وخاضعة لقوانينها.

وأما عن ارتباط حقوق الارتفاق بالأعراف الخاصة، والتي تكون معتبرة كالأعراف العامة، فإن حقوق الارتفاق مبنية في كثير من جوانبها على العرف واستعمال الناس، كاستحداث حقوق ارتفاق في هذا الزمن في وسائل المواصلات كالقطارات والطيارات والسيارات في المقاعد الموجودة فيها وفي الأماكن العامة بأن لا يخصص مقعد أو مكان لأحد إذا لم يكن محجوزاً مسبقاً، ويكون حقاً عامّاً للجميع، وتكون الأولوية للسابق إليها، مثلها أيضاً الطرقات العامة، ومواقف السيارات في الأماكن العامة فلا إذن فيها، أما المواقف الخاصة أمام المنازل فلا تجوز إلا بإذن ولو لم يكن هناك ضرر لتعارف الناس على ذلك، ومن ذلك أيضاً

---

[٣٤٨] انظر: الكاساني. ١٩٨٦. *بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع*. ج٥.ص١٦٤ وقدري باشا، محمد. ١٣٠٨هـ. *مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان*. ص٩-١١

حقوق الارتفاق الخاصة بالأماكن المرتبطة بالمطارات فإنها تكون مقيدة في الانتفاع مراعاة للملاحة الجوية، ويكون ذلك بتسييج المطار، واشتراط أنواع معينة من المباني حول المطار، أو منع الوقوف والمكوث في مساحات معينة، وينطبق حق ارتفاق أيضاً في مقاعد الدراسة، فهي متاحة لكل طالب، وتكون للأسبق، وإن كان في بعض الأعراف السائدة اليوم قيام التلميذ بحجز مكانه في المدرسة في أول يوم دراسي ويبقى له إلى نهاية العام، ويضاف إلى أنواع الحقوق ما يسمّى بحق التعلّي[٣٤٩]، حيث يستفيد من يسكن في الطابق العلوي والطابق السفلي مِنَ السقف المشترك بينهما كاستفادة الجيران من الجدران المشتركة بينهما مع عدم الإضرار.

وقد جاء نصّ قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في دورته الثامنَ عشرة في ماليزيا سنة ٢٠٠٧م بشأن حقوق الارتفاق وتطبيقاته المعاصرة في الأملاك المشتركة على أنه[٣٥٠]:

أولاً: يمكن أن تحدُث أسبابٌ تنشئ حقوقَ ارتفاق حديثة، تكون معتبرة شرعًا ما لم تخالف نصوص الشريعة وقواعدها العامة، مثلُ: تمديد أسلاك الكهرباء وأقنية وأنابيب الصرف الصحي.

ثانياً: أن حقَّ الارتفاق بالشرب أو المسيل ثابت للعقار والمَزارع ونحوها بما يقتضيه جريان العرف والعادة، ومن ذلك: الارتفاق بإجراء الأنابيب بغرض تشغيل المصانع والمعامل أو الصرف الصحي، مقيَّدًا ذلك كله بعدم الإضرار.

ثالثاً: نصَّ القرارُ كذلك على أنه مما استقر العرف المعاصر على جَعْله من حقوق الارتفاق إمرارُ وسائل

[٣٤٩] انظر: قدري باشا، محمد. ١٣٠٨هـ. *مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان*. ص١٣

[٣٥٠] انظر: منظمة المؤتمر الإسلامي. ١٩٨٨. *مجلة المجمع الفقهي الإسلامي*. ج٤. عدد١٨.ص٤٤٣

الخدمات العامة، كوسائل الاتصال، والكهرباء، والماء، والغاز، والصرف الصحي، والتكييف المركزي.

وفي ختام هذا الفصل يظهر للمتأمل مدى توافق القواعد الفقهية العرفية المذكورة في تعبيرها عن الاحتجاج بالعرف، فالقاعدة الأولى هي المرجع الأول في تأسيس قضية الاحتجاج بالعرف وتحكيم العادات في شؤون الناس، إذ عنه تتفرع جميع القواعد، وتتأثر بها جملة واسعة من التطبيقات الفقهية إما من حيث تأسيس الحكم، أو الرجوع إليها في الأحكام المطلقة، أو إنزالها منزلة النطق والإذن، أو الترجيح بها، أو الرجوع لها في تفسير مراد المتكلم، أو في التخصيص والتقييد، أو بناء الأحكام بالظنون.

وفي القاعدة الثانية ارتباط بحجية العرف من حيث حجية استعمال الناس للحقيقة والمجاز أو حجية المعاملات الدائرة بين الناس، وفي القاعدة الثالثة بيان لمدى حجية العرف مع تغير الزمان وأهله، وأن لهذا التغير العرفي أثراً في تغير الأحكام الاجتهادية، وفي القاعدة الرابعة بيان لحجية العرف من حيث دوران الأحكام المبنية على العرف مع العرف كيفما دار، وفي القاعدة الخامسة إلحاق للعرف المختص بالزمان والمكان بالعرف العام بجامع الاحتجاج بهما واعتبارهما.