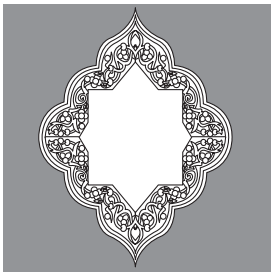
أصول اعتبار العُرف عند الشافعية



من خلال أحكام المعاملات في كتاب نهاية المطلب

محمد حسن أبو العز عبد الرحمن

المدرس المساعد بقسم اللغة العربية والدراسات الإسلامية، بكلية التربية جامعة عين شمس

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

الحمد لله الذي آذنت آياته بكون غاية العلم كمال الانقياد والتسليم له سبحانه وتعالى والقرب منه جل شأنه بافتتاحه -سبحانه- التنزيل العزيز بالأمر الجليل ﴿ **اقْرَأْ** ﴾ [العلق: ١] وختم الأمر بـ ﴿ **وَاسْجُدْ وَاقْتَرِب** ﴾ [العلق: ١٩] وصلاة الجلال وسلام الكمال على مصباح نور مشكاة كون الله روح جسد الكونين وعين حياة الدارين سيدنا وحبيبنا محمد بن عبد الله النور الساري في كون الله والنعمة المهداة والرحمة المسداة والسراج المنير، يهدي الله لنوره محمد ﷺ من يشاء من خلقه، ويضرب الله الأمثال للناس.

وبعد،

فيسعى هذا البحث إلى ضبط بعض التصورات والتصديقات المتعلقة بأصول اعتبار العُرف عند السادة الشافعية؛ منطلقًا من كتاب نهاية المطلب في دراية المذهب لإمام الحرمين الجويني؛ ومستفيدًا من جهود المتأخرين الفقهية والتقعيدية تجليةً لغموضها ووصلًا لحلقات تطور المذهب؛ وهذه القضايا هي:

١- معنى العُرف والعادة والعلاقة بينهما.
٢- المراد بالعرف العام والعرف الخاص.
٣- المراد بحجية العرف.
٤- موقف الشافعية من تعارض العرف مع الشرع.
٥- موقف الشافعية من الأعراف الحادثة بخلاف ما نصَّ عليه الأصحاب.
٦- موقف الشافعية من نزول العرف منزلة الشرط.

ذلك أنه على الرغم من الدراسات التي تناولت أثرَ العرف في التشريع على المستويين الفقهي والإفتائي، فإن مبحث العرف بصفة عامة لم يزل محاطًا بسياج الغموض في كثير من جزئياته، كما أن الناظر في الإنتاج العلمي لدور وهيئات الفقه والإفتاء في العالم ليشعر بعِظَم حاجة العلماء والباحثين إلى نصوص العلماء وآراء المذاهب في القضايا المختلفة فروعًا وأصولًا، مما يرجح أهميَّة تناول الموضوعات التي تتعرض للقضايا العامة في الفقه؛ جمعًا لفروعها ولمَّا لشتات أصولها.

ويضاف إلى هذا أنه على الرغم مما كُتب في القواعد الفقهية قديمًا وحديثًا فإن هذه القضايا ما زالت بحاجة إلى تحقيق يكشف رأي السادة الشافعية عمومًا، ورأي إمام الحرمين بخاصة؛ حيث إن الملمَح البارز في نهاية المطلب (المذهب الكبير) -الذي يمثل أهم كتابات إمام الحرمين الفقهية- الحرصُ الدَّءُوب منه على لفت نظر القارئ إلى أثر العرف في بناء الحكم الفقهي.

وقد أثبتت الدراسة والبحث في مصنفات الشافعية بعده حتى عصر الإمام الباجوري تميُّزَ إمام الحرمين في هذا الجانب واختصاصه به، حتى أضحى نهاية المطلب عونًا في فهم كثير من العبارات المجملة في كتب الشافعية.

إذن المشكلة الرئيسة التي أثارت البحثَ هي الحاجةُ إلى تحديد موقع العرف في منظومة الاستدلال الفقهي -في المعاملات- عند الشافعية، وتجلية بعض مباحثه من خلال إمام الحرمين الذي تميز في هذا الجانب، وفي سياق نتاج الشافعية من حوله ومن بعده.

وكان أول من لفت نظر الباحثين إلى ملمح اعتبار العرف في فقه الإمام- الدكتور عبد العظيم الديب رحمه الله تعالى في كتابه (فقه إمام الحرمين)[1]، غير أن اتساع موضوع

(١) طبع في قطر في جزأين، وطبعته دار الوفاء بمصر طبعة ثانية عام ١٤٠٩هـ - ١٩٨٨م.

الكتاب جعل ما كتبه الدكتور الديب مجرد إشارة تستحق البحث والدراسة، فإنه لم يزد على التمثيل بنماذج نظرية وتطبيقية تؤكد هذا الملمح المتميز للإمام مع بعض ملاحظات قيِّمةٍ عليها، كما كان لتقدم كلامه في هذا الكتاب على خروج «النهاية» محقَّقًا أثرٌ في توظيفه لهذه النماذج، وفي دقة بعض الملاحظات التي استنتجها منها، ولو أنه أعاد كتابة البحث بعد تحقيق النهاية لأضاف كثيرًا.

ولا يغيب عن أذهاننا أن المحققين أجمعوا -في نقل المذهب- على أن الكتب المتقدمة على الشيخين -الرافعي والنووي- لا يعتد بشيء منها إلا بعد كمال البحث والتحرير، حتى يغلب على الظن أنه راجحُ مذهبِ الشافعي، وهذا في حكمٍ لم يتعرض له الشيخان -النووي والرافعي- أو أحدهما، فإن تعرضا له فالذي أطبق عليه المحققون أن المعتمد في المذهب ما اتفقا عليه، فإن اختلفا ولم يوجد لهما مرجِّحٌ، أو وجد ولكن على السواء؛ فالمعتمد ما قاله النووي، وإن وجد لأحدهما دون الآخر فالمعتمد ذو الترجيح، فإن اتفق المتأخرون على أن ما قالاه سهو، فلا يكون حينئذ معتمدًا، وهذا نادرٌ جدًّا.

والمعتمد من بعد هذا ما اتفق عليه الرمليُّ وابن حجر، وفيما اختلفا فيه خلاف معروف.

وعلى أية حال استلزم المنهج العلمي التركيزَ على مصنفات الشيخين الرافعي والنووي ثم الرملي وابن حجر، وبخاصة شرحاهما على المنهاج؛ ولقد تقرر عند بعض الشافعية أنه لا تجوز الفتوى بما يخالف التحفة والنهاية إلا فيما لم يتعرضا له، فيفتى بكلام شيخ الإسلام زكريا الأنصاري، ثم بكلام الخطيب الشربيني، ثم بكلام حاشية الزيادي، ثم بكلام حاشية ابن قاسم، ثم بكلام عميرة، ثم بكلام حاشية الشبراملسي، ثم بكلام حاشية الحلبي، ثم بكلام حاشية الشوبري، ثم بكلام حاشية العناني، ما لم يخالفوا أصل المذهب.

غير أن الذي يتعين اعتماده أن هؤلاء الأئمة المذكورين وغيرهم كالبجيرمي والباجوري والشرقاوي من أرباب الشروح والحواشي كلهم أئمة في المذهب، يستمد بعضهم من بعض، يجوز العمل والإفتاء والقضاء بقول كل منهم، وإن خالف من سواه ما لم يكن سهوًا أو غلطًا أو ضعيفًا ظاهر الضعف[1].

(١) راجع: الفوائد المكية فيما يحتاجه طلبة الشافعية، السيد علوي السقاف رحمه الله تعالى، مطبوع ضمن مجموعة سبعة كتب مفيدة بالقاهرة مصطفى الحلبي. وراجع أيضا: مقدمة بشرى الكريم للشيخ باعشن.

وقد جاءت الدراسة في مبحثين يشتملان على مسائل:

المبحث الأول: ضبط التصورات، ويتناول:

(١) معنى العرف والعادة والعلاقة بينهما.

(٢) تحقيق المراد بالعرف العام والعرف الخاص.

(٣) تحقيق المراد بحجية العرف.

المبحث الثاني: ضبط التصديقات، ويتناول:

(١) حكم التعارض بين العرف والنص والقياس.

(٢) إشكالية العرف العملي واللغة.

(٣) الأعراف الحادثة بخلاف ما نص الأصحاب عليه.

(٤) العرف النازل منزلة الشرط وقضية الشروط الفاسدة.

المبحث الأول:
ضبط التصورات

(١)
معنى العرف والعادة
والعلاقة بينهما عند الشافعية

أولًا: تحديد معنى العرف لغة واصطلاحًا:

تدور العين والراء والفاء في اللغة -كما يؤخذ من مقاييس ابن فارس[١]- حول معاني التتابع والارتفاع والاستحسان[٢]، ومن ثَمَّ ذهب معظم المفسرين إلى أن المراد بـ (عرفًا) في قوله تعالى: ﴿ وَٱلْمُرْسَلَٰتِ عُرْفًا ﴾ [المرسلات: ١]، المتتابِعة أو التي تحمل الخير والإحسان، على اختلاف في تفسير الشيء المراد بها[٣].

وقال النسفي[٤] في تفسير قوله تعالى: ﴿ وَأْمُرْ بِٱلْعُرْفِ ﴾ [الأعراف: ١٩٩]: «بالمعروف والجميل من الأفعال، أو هو كل خصلة يرتضيها العقل ويقبلها الشرع»[٥]. وفي أنوار البيضاوي[٦]: «﴿ وَأْمُرْ بِٱلْعُرْفِ ﴾ المعروف المستحسن من الأفعال»[٧].

---

(١) أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، أبو الحسين (المتوفى: ٣٩٥هـ) كان لغويًّا واسع الأدب، متبحرًا في اللغة العربية، فقيهًا شافعيًّا وتحول مالكيًّا. انظر: إنباه الرواة على أنباه النحاة للقفطي (١/ ١٢٩)، بغية الوعاة للسيوطي (١/ ٣٥٢).

(٢) راجع: مقاييس اللغة لأحمد بن فارس (٤/ ٢٨١).

(٣) راجع: تفسير البغوي (٨/ ٣٠١)، تفسير الرازي (٣٠/ ٧٦٦).

(٤) عبد الله بن أحمد بن محمود النسفي، أبو البركات، حافظ الدين: فقيه حنفي، مفسر، من أهل إيذج (من كور أصبهان) ووفاته فيها. نسبته إلى «نسف» ببلاد السند، بين جيحون وسمرقند. له مصنفات جليلة، منها «مدارك التنزيل» ثلاث مجلدات في تفسير القرآن، و«كنز الدقائق» في الفقه، و«المنار في أصول الفقه» و«كشف الأسرار شرح المنار»، وكلها مطبوعة. راجع: الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة، لابن حجر العسقلاني (٣/ ١٧)، الأعلام للزركلي (٤/ ٦٧).

(٥) مدارك التنزيل وحقائق التأويل (١/ ٦٢٦).

(٦) عبد الله بن عمر بن محمد بن علي، أبو الخير القاضي ناصر الدين البيضاوي، صاحب الطوالع والمصباح في أصول الدين، والغاية القصوى في الفقه، والمنهاج في أصول الفقه، ومختصر الكشاف في التفسير، وشرح المصابيح في الحديث، كان إماما مبرزا نظارا صالحا متعبدا زاهدا. انظر: طبقات الشافعية الكبرى للسبكي (٨/ ١٥٧).

(٧) أنوار التنزيل وأسرار التأويل (٣/ ٤٦).

وفي الاصطلاح عرف شيخ الإسلام زكريا الأنصاري[1] -رحمه الله تعالى- العُرف الذي هو حجة شرعية؛ بأنه ما استقرت عليه النفوس بشهادة العقول وتلقته الطبائع بالقبول[2]. وهذا يعكس لنا أمورًا:

أحدها: ارتباط المعنى الاصطلاحي للعرف بالمعنى اللغوي، حيث لم يخرج عن معنى التتابع والاستحسان.

ثانيها: شمول العرف الأقوال والأفعال التي حصل لها التتابع والاستقرار والاستحسان، وذلك بدلالة العموم في لفظ (ما)، فهو جنس يشمل القول والفعل. وهو كذلك يشمل ما كان عامًّا من هذه الأقوال والأفعال وما كان خاصًّا.

ثالثها: أن الطبيعة الاستقرارية للعرف الذي هو حجة لا بد أن تستند لشهادة العقول؛ فلا ينبع الاستقرار من جهة غير جهة العقل كالهوى أو التشهي أو الصدفة أو غيرها.

وهذا باب كبير تُحلُّ به كثير من الإشكالات المتعلقة بحجية العرف، مع التنبه إلى أمر مهم وهو أنه ليس كل ما يستقر من جهة العقول يكون حسنًا، وهذا أصل اعتمد عليه أهل السنة في ردِّ عقيدة المعتزلة في التكليف، الناشئة عن قولهم بالتحسين والتقبيح العقليين.

رابعها: أن هذا الاستقرار الذي هو فصل في حدِّ العرف، ينبغي أن يحاط بسياج القبول الطبائعي، فما كان نكرا عندها فلا اعتداد به[3]. ويقال فيها ما قيل في العقل من أنه ليس كل ما أيدته الطبائع حسنًا، كما يشهد به الواقع.

وإذا كان الكلام في العرف الذي له قوة الحجية بمعناها الآتي بيانه إن شاء الله تعالى، فإنه يجب التنبه إلى أن ما ذكر في التعريف هو الأركان الأساسية التي يتميز بها العرف المحدود

---

(١) زين الدين أبو يحيى الأنصاري السُّنَيكي، المصري، الأزهري، الشافعي. وسُنَيْكة المنسوب إليها -بضم السين وفتح النون وإسكان الياء- بليدة من الشرقية، وهو أحد أركان الطريقين: الفقه والتصوف، وصاحب التصانيف الشائعة النافعة، ورأس المدرسة المصرية الشافعية في القرن العاشر الهجري، له: مختصر جمع الجوامع (لب الأصول)، ومختصر المنهاج (المنهج)، وشرح البهجة (الغرر البهية)، وشرح الروض (أسنى المطالب)، وشرح الرسالة القشيرية في التصوف. توفي سنة (٩٢٦هـ).

راجع في ترجمته: الطبقات الكبرى للشعراني (٢/ ١٠٧)، الكواكب السائرة بأعيان المائة العاشرة (١/ ١٩٨).

(٢) الحدود الأنيقة والتعريفات الدقيقة، لزكريا الأنصاري (٧٢) ونقله الشيخ الجمل في حاشية شرح المنهج عن العلامة البرماوي مختصرًا، فقال: العرف ما استقر في العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول. راجع حاشية الجمل على فتح الوهاب (١/ ٦٠).

(٣) أما قول الشيخ أبو سنة رحمه الله تعالى: «ما أنكرته الطباع أو بعضها فإنه نكر لا عرف»، ففيه أن الاتفاق العام للطبائع مع اختلاف الأجناس والألوان غير متصور عقلًا، ولا يشهد به الواقع.

هنـا، وتتحقـق بها هويتـه، ويتبقى بعد ذلك شروطٌ أساسـية بانتفائها كلهـا أو بعضها لا يكون العرفُ حجَّةً معتبرًا، فيلزم من عدمها العدم[١].

وقد اسـتخدم إمـام الحرمين (العـرف) في الدلالة على الأمر العام المسـتقر بين طائفة من النـاس المتفـق عليه بينهم، على مسـتوى الأقـوال والأفعال؛ فهو دائـمًا يتحدث عن أهل العرف، ويسـتند إلى الأمور المسـتقرة بينهم، فيقول: «وإنما الرجـوع إلى أهل العرف»[٢]، ويقـول: «وإنـما لم ينفذ بيع الوكيل بالغبن؛ لأن أهلَ العـرف لا يرون الأمرَ بالبيع متناولًا لهذا، والعرف هو المقيِّد للأمر المطلق»[٣].

والعـرف عنـد الإمام بهـذا المعنى متلقى من جهـة العقل، وليس ناشـئًا عن جهة أخرى كـما قدمنا في التعريف الاصطلاحـي للعرف الذي له قوة الحجيـة وعليه الاعتماد، وهذا نسـتفيده مـن قـول الإمام: «إن العـرف لا يطرد بين العقـلاء هـزلًا في شيء»[٤]. وما دام العـرف مطـردًا بين العقلاء فإن طبائعهم السـليمة تقبله، وبهذا يمكـن القول: إن مفهوم العرف عند الإمام لا يختلف عما قدمناه عن الشيخ زكريا الأنصاري. وفي كلام الإمام ما يُشير إلى أن بعض الأعراف قد تتجرد عن رعاية حدود الشرع، فليس كلُّ أمر مستقرٍّ بين العقلاء يكون حجةً.

بيـد أن هذا التعريف لا يشـمل القرائـن العرفية[٥]، التي هي أماراتٌ ظاهرة تقارن شـيئًا خفيًّا فتدلُّ عليه، لكن نقول: إن نسـبتها للعرف راجعةٌ إلى أنه أسـاس النسـبة السلبية أو الإيجابيـة بينهـا وبين مدلولهـا، ومن ثمَّ ألحق الفقهـاء القرائن العرفية ببحـث العرف، أو -بعبـارة أخرى- تجوَّز الفقهـاء فأطلقوا على دلالة القرينة دلالة العـرف أو العادة؛ نظرًا إلى أن مسـتند الدلالة في هذه القرينة هو العرف. لكن هل اسـتناد القرينة للعرف بمعناه الشرعي أو العرف بمعناه اللغوي؟

---

(١) من هذه الشروط التي تستفاد من نهاية المطلب وقواعد الشافعية: أن يكون العرف مطردا، وألا يعارض حكما شرعيا ثابتا، وأن يكون قائما عند التصرف، وألا يعارض تصريحا بخلافه.

(٢) نهاية المطلب (٨/ ٢٩٨).

(٣) المصدر السابق (٧/ ٥٢٦).

(٤) المصدر السابق (٢/ ١٩٢).

(٥) راجع قضية اعتبار الفقه الإسـلامي للقرائن في: أثر العرف في التشريع الإسـلامي، د/ السـيد صالح عوض (٥٧٢ وما بعدها).

إن دلالة الاتصال في الأملاك على الملك، ودلالة الأيدي على الاستحقاق كما هو مفصل في مظانه من باب إعمال القرائن العرفية، والعرف الشاهد على الملك في المسألتين أقربُ إلى التتابع والاستمرار منه إلى الاستقرار المشروط فيه شهادة العقول وقبول الطبائع، غاية الأمر أنهم قالوا: إن دلالة الشيء على الشيء كما تأخذ مستندها من العقل تأخذه من العرف الملاحظ فيه معنى التتابع والاستمرار.

ويبقى مبحث آخر، وهو أنها من قبيل الدلالة الوضعية؛ أي أن دلالتها اصطلاحية بوضع واضع، فلا يفهمها إلا من عرف الوضع، أو هي من قبيل الدلالة العادية التي تنشأ بواسطة التكرر مع إمكان التخلف، فيفهمها كلُّ أحد، كما نرى في الواقع تكرر حيازة المالك للشيء المملوك غالبًا، فنأخذ منه الحكم بدلالة الحيازة على الملك غالبًا.

والأقرب أنها من قبيل الدلالة العادية، والجامع بينهما هو الاقتران العادي بين الدال والمدلول من خلال التكرار في الواقع. وهذا قريب مما يسميه علماء المعاني باللزوم العرفي بين اللازم والملزوم، حيث يمتنع في مجرى العادة تصوُّر الملزوم بدون اللازم، فهو مجرد اتصال عادي قابل للتخلف ينتقل الذهن بسببه من الملزوم إلى اللازم في الجملة، ولو في بعض الأحيان[1].

أما الدلالة الوضعية فقوامها الجَعْل، وليس في القرائن جعل أصلًا. وإنما أفضنا في تحقيق ماهية القرينة العرفية؛ لأننا سنجري على سنن الفقهاء في عدم الفصل بينها وبين العرف؛ لما قدمنا من علاقة بينهما ونسبة.

وقد نبه سلطان العلماء على أن القرائن كالعادات تنزل منزلة صريح الأقوال[2]. وكان للقرائن تأثير واضح في فروع المعاملات عند الشافعية، وبخاصة في المعاملات القائمة على النيابة، كالوكالة والشركة، فقد قرر الشيخان أن من أحكام الوكالة الصحيحة صحة تصرف الوكيل إذا وافق إذن الموكل، وأن الموافقة والمخالفة يُعرفان بالنظر إلى اللفظ تارة وبالقرائن التي تنضم إليه تارة أخرى؛ لأن القرينة قد تقوى فيكون لها قوة إطلاق اللفظ[3].

(١) راجع: حاشية الباجوري على متن السلم في المنطق (٣١)، المواهب الربانية في شرح المقدمات السنوسية لأبي إسحاق السرقسطي (٦٤- ٦٥)، حاشية العطار على الخبيصي (٥٧- ٥٨).

(٢) راجع: تبصرة الحكام (٢/ ١٢١)، قواعد الأحكام في مصالح الأنام لابن عبد السلام (٢/ ١٢٦).

(٣) انظر: الشرح الكبير (١١/ ٢٦)، روضة الطالبين (٤/ ٣٠٤).

قـال الرافعـي[1]: «القرينة قد تقوى فيكون لها إطلاق اللفظ، ألا ترى إذا أمره في الصيف بشراء الجمد لا يشتريه في الشتاء»[2].

وعليـه فـإن القرينة العرفية توجه كثيرًا من الأحكام في شـأن تصرفات الوكيل، وإنما تنبه الشـافعية لقـوة تأثـير القرائن في الوكالة لما لهذا العقد من سـياقات خاصـة تحيط بالموكل بخاصـة مـن جهة، وبـه وبالوكيل من جهـة أخرى، ينبغـي أن يكون لها اعتبـارٌ في توجه المـوكَّل؛ لأن الوكالـة عندهم عقدُ إرفاق ومعونة وإحسـان، وتصرف الوكيل في الأصل مبني على رعاية المصلحة، ومن أجلها يفعل ويدع.

ولذلك قالوا[3]: إنه لو عين الموكِّل بالبيع شـخصًا وجـب على الوكيل البيعُ له؛ إلا أن تدل قرينة على إرادة الربح مثلا، وأنه لا غرض له في التعيين سواه، فيجوز البيع لغير هذا المعين.

وكذلـك مَنَـعَ الشـافعية الوكيل من البيع نسـيئةً ما لم يـأذن له الموكل، لكن قالـوا: إنه لو فُـرض تحولٌ في ظروف المكان كأن يعم النهبُ مثلا أو تشـيع السرقـة، فإنه يجوز للوكيل البيـع نسـيئةً؛ اعتـمادًا على القرينـة القاطعة بذلك، وهـي رغبة الموكل في حفـظ ماله عن النهـب، وأن يصـل إليه ماله كامـلًا. بل لو كان الوكيل متيقِّنًـا من حصول النهب وجب عليـه البيعُ نسـيئة لمن يظن فيه الأداء عند الحلـول؛ لأن القرينةَ العرفية قاضيةٌ قطعًا برضا المـوكل بذلـك، فرعاية المصلحة من جهـة واعتبـار القرائن العرفية من جهـة أخرى هما الموجهان لتصرف الوكيل بناء على إذن الموكل.

قـال الإمـام النـووي[4] في المنهـاج وشـارحه الرمـلي[5] في

(١) الإمـام أبـو القاسـم عبد الكريم بن محمـد بن عبد الكريم بـن الفضل القزوينـي، الإمام البارع المتبحـر في المذهب، صاحـب الـشرح الكبير على الوجيز وصاحب المحرر. انظر ترجمته في: تهذيب الأسـماء واللغـات، النووي (٢/ ٢٦٤)، طبقات الشافعية الكبرى للسبكي (٨/ ٢٨١).

(٢) الشرح الكبير (١١/ ٢).

(٣) راجع: نهاية المحتاج (٥/ ٤٢).

(٤) أبـو زكريـا محيي الدين يحيـى بن شرف بن مُري الحزامي النووي الدمشـقي، محرر مذهب الشـافعي ومهذبه ومحققه ومرتبه، إمام أهل عصره علمًا وعبادة، وسـيد أوانه ورعًا وسـيادة. صاحب الشرح المشـهور على صحيح الإمام مسـلم، وصاحـب المجمـوع شرح المهـذب، وروضة الطالبـين مختصر الشرح الكبـير للرافعـي، والمنهاج مختصر محـرر الرافعي. وغيرهـا مـن المصنفات النافعة بإذن الله تعـالى (ت: ٦٧٦هـ). راجع ترجمته في: المنهاج السـوي في ترجمة الإمام النووي، لتلميذه علاء الدين بن العطار، مطبوع مع روضة الطالبين.

(٥) محمد بن أحمد بن حمزة، شمس الدين الرمليُّ: فقيه الديار المصرية في عصره، ومرجعها في الفتوى. يقال له: الشافعيُّ الصغـير. نسـبته إلى الرملة (من قـرى المنوفية بمصر)، ومولـده ووفاته بالقاهرة. ولي إفتاء الشـافعية. وجمـع فتاوى أبيه. وصنَّف شروحا وحواشي كثيرة خدم بها المذهب الشـافعي أيما خدمة، أبرزها شرحه على المنهاج الموسـوم بنهاية المحتاج. (ت١٠٠٤هـ).

النهايـة: «ليس له البيع بغـير نقد البلد الذي وقع فيه البيع بـالإذن لدلالة القرينة العرفية عليه»[1].

وكذلك كل من الشريكين أو الشركاء عند الشـافعية وكيل عن الآخر في التصرف، ومن ثمَّ تجري غالب أحكام الوكالة في تصرفاتهم، وقد صرح الرملي وغيره بأن الشركة ليست عقـدًا مسـتقلًّا، وإنما هـي وكالة وتوكيـل، فهي من أفـراد الوكالة[2]. ومـن هنا كان على الشريك أن يراعي القرائن في تصرفه في مال الشركة.

ثانيا: في تحديد معنى العادة لغةً واصطلاحًا.

تـدور العـادة في اللغة حول معنى الرجـوع والتكرار؛ فيقـال: عاد إليه ولـه وعليه عودًا وعودة: رجع وارتد، وإنما سميت العادة عادة -كما قال ابن فارس- لأن صاحبها لا يزال مُعـاودًا لهـا؛ أي يرجع إليها مـرة بعد أخرى. وفي المقاييس: والعـادةُ الدُّربة، والتمادي في شيء حتى يصير له سـجية. وعرفها في اللسان بالديدن[3]، وهو يضيف إلى ما سبق معنى الملازمة، ومنه قول ابن الأعرابي:

تَـعَـوَّدْ صَـالِـحَ الأخـلاق إني رأيـتُ المـرءَ يألف ما استعادا[4]

وعليـه فـإن مادة العادة -كما أفاد الإمام الزركشي[5]- تقتـضي تكرر الشيء وعوده تكررًا كثيرًا يخرج عن كونه وقع بطريق الاتفاق[6].

---

(١) نهاية المحتاج (٥/ ٣١). وراجع: تحفة المحتاج (٥/ ٣١٥).

(٢) غـير أنهـم لم يراعوا ذلك في ترتيب الأبـواب، فالغالب في مصنفات المذهب تقدم الشركة عـلى الوكالة، وقليل منهم من راعى ذلك، فقدم الوكالة على الشركة كشـيخ الإسـلام زكريا الأنصاري في تحرير تنقيح اللباب. ولعل هذا يرجع إلى التزامهـم ترتيـب كتاب الأم ومختصر المزني، وكثـيرًا ما يلوح لإمام الحرمين مخالفة هذا الترتيـب، ومع ذلك يلتزمه تيمنا. قـال: «ولـو لم نلتزم الجريان على ترتيب السـواد (يقصد مختصر المـزني)، لأخرنا هذا الفصـل إلى ذاك الباب، لانعطافه في جوانبه على مضمون ذلك الباب، ولكن نتبع الترتيب، ومسـلك الشـارحين». نهاية المطلب (١٩/ ٣٦٧)، وراجع منهج الإمام في مقدمة كتاب النهاية للمحقق الدكتور عبد العظيم الديب رحمه الله تعالى.

(٣) راجع: مجمل اللغة لابن فارس (ع و د)، مقاييس اللغة (ع و د)، لسان العرب (ع و د)، المعجم الوسيط (ع و د).

(٤) البيت من الوافر.

(٥) محمـد بـن بهـادر بن عبد الله العالم العلامـة المصنف المحرر بدر الدين أبو عبد الله التركـي الأصل، المصري الزركشي الشـافعي، ولد سـنة ٧٤٥هـ وتوفي ٧٩٤هـ، أخذ عن الشيخين جمال الدين الإسنوي وسراج الدين البلقيني، ورحل إلى حلب إلى شهاب الدين الأذرعي وتخرج بمغلطاي في الحديث، وهو صاحب المنثور في القواعد والبحر المحيط وتشنيف المسـامع في أصول الفقه، وهي مطبوعة. راجع ترجمته في: طبقات الشـافعية لابن قاضي شهبة (٣/ ١٦٧)، الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة (٥/ ١٣٣-١٣٥).

(٦) راجع: المنثور (٢/ ٣٥٧- ٣٥٨).

وفي الاصطلاح العام نلاحظ أن الفقهاء والأصوليين توسعوا في استخدام لفظ العادة في التعبير عن الأعراض المتكررة على المستوى الفردي والجماعي أقوالًا وأفعالًا، ومن ثم كان الأنسب في تعريف العادة ما ذكره ابن أمير الحاج[1] في التقرير والتحبير من أن العادة: الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية؛ ليشمل بذلك العادات القولية والفعلية[2]، الفردية والجماعية، سواء كان مصدر تكرارها العقل وتلقي الطباع له بالقبول، أو أمرًا طبيعيًّا كحرارة الإقليم وبرودته اللتين نشأ عندهما عادة إسراع البلوغ وإبطائه، أو كان مصدره الأهواء والشهوات... إلخ[3]. المهم ألا يكون التكرار ناشئًا عن تلازم عقلي، كتكرر حدوث الأثر كلما وجد المؤثر، فإن هذا لا يسمى عادة.

ولما كان للعادة استخدام مخصوص عند الشافعية -كما سيأتي إن شاء الله تعالى- عرف شيخ الإسلام زكريا الأنصاري العادة بأنها: ما استقرت الناس فيه على حكم العقول وعادوا إليه مرة بعد أخرى[4]، غير أنه صادق على العادات الجماعية دون العادات الفردية وصادق على العادات العملية والقولية، ومصطلح العادة مستخدم عند الشافعية في العادات الجماعية والفردية، وفي العادات العملية دون القولية، فهو غير جامع وغير مانع. ويمكننا أن نجيب عن هذا بأن شيخ الإسلام اعتمد في التعريف على الغالب، وهو استخدام العادة في الأمور الجماعية العملية، والتعريف يشملها.

ولما كانت العادة في استخدامها الغالب عند الإمام هي العرف العملي -كما سيأتي في الفرع القادم- فإنه يعتبر فيها ما يعتبر في العرف من تكرار واستقرار من جهة العقل وقبول طبعي، وهذا يعود بنا إلى تعريف الشيخ زكريا للعادة، فإنه يعكس ما نجده في كتب الشافعية من غلبة استخدام العادة في العرف العملي، وإن كان التعريف غيرَ جامع كما قدمنا.

---

(١) أبو عبد الله، شمس الدين محمد بن محمد بن محمد المعروف بابن أمير حاج، ويقال له: ابن الموقت الحنفي (المتوفى: ٨٧٩هـ)، ولد سنة ٨٢٥هـ بحلب وارتحل إلى حماة، ثم إلى القاهرة فسمع بها على الحافظ ابن حجر ولازم ابن الهمام وبرع في فنون، وتصدى للإقراء والإفتاء، وشرح منية المصلي وتحرير شيخه ابن الهمام والعوامل وغير ذلك، ومات ليلة الجمعة التاسع والعشرين من رجب سنة (٨٧٩) تسع وسبعين وثمانمائة. البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع (٢/ ٢٥٤).

(٢) وقد قصرها المصنف وهو الكمال بن الهمام رحمه الله تعالى على العرف العملي؛ أي العادة العملية، وهو مجرد اصطلاح.

(٣) راجع: العرف والعادة في رأي الفقهاء (١٠- ١١).

(٤) الحدود الأنيقة والتعريفات الدقيقة (٧٢).

ثالثا: العلاقة بين العرف والعادة:

العلاقة بين لفظي (العرف) و(العادة) عند الإمام والشافعية هي العموم والخصوص الوجهي[1]، والدليل على ذلك أن إمام الحرمين -كما تقدم- استخدم (العرفَ) في الدلالة على الأمر العام المستقر بين طائفة من الناس المتفق عليه بينهم، على مستوى الأقوال والأفعال.

وأما العادة عند الإمام فتستخدم في الدلالة على الأمور العملية المتكررة على المستوى الفردي -وهو ما تنفرد فيه عن العرف- وكذلك المستقرة على المستوى الجماعي، وهو ما تلتقي فيه مع العرف، وذلك يكون بحسب طبيعة المسألة؛ ففي الحيض يتحدث عن عادة المرأة في حيضها، وفي البيع يتحدث عن عادة أهل البلد في تداول عملة بعينها، وفي الإجارة يتحدث عن عادة النساخ في تحمل حبر الكتابة، وفي بيع الثمار يتحدث عن أن العادة تبقية ما لم يبدُ صلاحُه، وفي خيار العيب يتحدث عما يكون في عادة الناس استخدامًا، وما يكون في عادتهم تقصيرًا وتوانيًا في الرد، وفي الوقف يتحدث عن عادة الناس في الانتفاع بالشيء الموقوف... إلخ.

ولما كانت أكثر المسائل متعلقة بالعرف العملي الجماعي، راوح الإمام بين لفظي العرف والعادة في التعبير عن هذا المعنى؛ فمن ذلك مثلًا قوله في إجارة الدواب في بيان ما يتحمله العاقدان: «واختلف أصحابنا في السرج -والدابةُ معينة للركوب- فمنهم من قال: يأتي به المكري قياسًا على الإكاف، ومنهم من قال: يأتي به المستأجر، بخلاف الإكاف.

والتعويلُ في ذلك على العادة، وأنها في السرج تجري على خلاف حكمها في الإكاف، والمتبع في الخلاف والوفاق العرفُ، كما سنصفه، إن شاء الله تعالى»[2].

وقوله في الباب نفسه: «فإن كان في الطريق مراحل معلومة، بالمناهل والرباطات، والقُرى، أو بالأميال، والبُردُ والصُّوى[3]، فالعقد صحيح محمول على موجب العادة،

(١) كان حقها الدخول في مبحث التصديقات، لكن آثرت تقديمها هنا لأنها المقصودة من تعريف العرف والعادة.

(٢) نهاية المطلب (٨/ ١٣٨).

(٣) المناهل جمع منهل، وهو المنزل في المفازة على طريق السفار؛ لأن فيه ماء. والرباط بناء مجهز يوقف على فقراء الصوفية غالبًا، والصوى جمع صوة، وهي ما غلظ وارتفع من الأرض وما نصب من الحجارة ليستدل به على الطريق. المعجم الوسيط (ن هـ ل/ ر ب ط/ ص و ى).

وأما البُرُد فجمع بريد، وهو في الأصل الرسول، ثم استعمل في المسافة التي يقطعها، وهي اثنا عشر ميلًا. انظر: المصباح المنير في غريب الشرح الكبير (ب ر د).

والـكلام في كيفية تسـيير الدابة اسـتحثاثًا وتزجيةً -مردودٌ إلى العـادة، وهو مضبوطٌ، لا يعـدُّ مـن المجاهيل، فإذا تقيَّد المسـير بالعرف، والمراحل المرتبـة في الطريق، فلا مزيد ولا نقصان إلا عن تراضٍ من المكري والمكتري»[1].

ويقـول في اللقيط: «ثم تكلم الأصحابُ وراء ذلك في يد الطفل، فقالوا: ما تحقق اتصاله به على ما يُعتاد في مثله، فهو تحت يده... والمحكَّم في هذا كله العرفُ والعادةُ»[2].

فالحاصـل أن العادة عند الإمام تشـمل العادةَ الفردية العمليـة والعرف الجماعي العملي، وقـد راوح بينهـما في التعبير عـن المعنى الأخير، ولمـا غلب الاسـتخدام والمراوحة سرى الوهم بأنهما عنده بمعنى[3].

وأمـا تحقيق هذه العلاقة عند الشـافعية، فـإن المتأمل في كتبهم يتبدى لـه أنهم لا يختلفون عـن إمام الحرمين في اسـتخدام المصطلحين؛ فإن العـادة في اصطلاحهم تنفرد في الأمور المسـتقرة على المسـتوى الفردي كعادة المرأة في حيضها، وتشـمل كذلـك العرف العملي؛ أي مـا جـرى عليه عمل الناس وتعارفوه في معاملاتهم وتصرفاتهم، بينما ينفرد العرف في الأمور المستقرة المتعلقة بدلالة الألفاظ والتراكيب، ومن الشواهد التي تؤكد هذا ما يلي:

أولا: جَمْـعُ الإمام الزركـشي ما تناثر من قواعد العرف العمـلي وضوابطه وأحكامه تحت ترجمة (العادة فيها مباحث)[4].

ثانيا: ترجمة سـلطان العلماء العز بن عبد السلام[5] للفصل الذي عقده لبيان أثر الأعراف العملية في الأحكام بقوله: (فصل في تنزيل دلالة العادات وقرائن الأحوال منزلة صريح الأقـوال)، وترجمتـه للـذي يليه بقولـه: (فصل في حمـل الألفاظ على ظنون مسـتفادة من

(١) نهاية المطلب في دراية المذهب (٨/ ١٤٥).

(٢) المصدر السابق (٨/ ٥٠٣)، وانظر مثالاً آخر (٤/ ٢٤٢).

(٣) ممن ذهب إلى أن العرف والعادة عند الإمام بمعنى: الدكتور عبد العظيم الديب رحمه الله تعالى وطيب ثراه، في بحثه عن رعاية إمام الحرمين للعرف في بناء الأحكام، المنشـور بالعدد الثاني من حولية كلية الشريعة والدراسـات الإسـلامية بجامعة قطر. وكان هذا عام ١٩٨٢ قبل أن يشرع في تحقيق النهاية.

(٤) انظر: المنثور (٢/ ٣٥٦).

(٥) أبو محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السـلام بن أبي القاسـم بن الحسـن السلمي الدمشقي، الملقب بسلطان العلماء (المتـوفى: ٦٦٠هــ) قال عنه الإمام السـبكي: «شـيخ الإسـلام والمسـلمين وأحد الأئمـة الأعلام، سـلطان العلماء، إمام عـصره بلا مدافعة، القائم بالأمر بالمعروف والنهي عـن المنكر في زمانه، المطلع على حقائق الشريعة وغوامضها، العارف بمقاصدهـا، لم يـر مثل نفسـه ولا رأى مـن رآه مثله علمًا وورعًا وقيامًا في الحق وشـجاعة وقوة جنان وسـلاطة لسـان». طبقات الشافعية الكبرى للسبكي (٨/ ٢٠٩)، وقد اختصر نهاية المطلب، وله قواعد الأحكام في مصالح الأنام في قواعد الشافعية، وقد طبع عدة مرات.

العادات)[1]. وقد دارت أمثلته على أعمال تعارفها الناس فاكتسبت ما للفظ الصريح من قوة، كالدخول إلى الأزقَّة والدروب المشتركة، وطرق باب الدار، والإيقاد من السرج والمصابيح... إلخ.

وبناء على هذا يمكن تفسير ما صنعه الإمام السيوطي[2] في الأشباه، حيث جمع بين العُرف والعادة تحت قاعدة العادة محكمة، وقال: «اعلم أن اعتبار العادة والعرف رُجِع إليه في الفقه، في مسائل لا تعد كثرة»[3]. مما أوهم أن العرف والعادة عنده بمعنى واحد، وليس كذلك، وإنما هو جار على اصطلاح الشافعية، والدليل على هذا أنه يتحدث عما يخص الأعراف العملية تحت لفظ (العادة)، فإذا تعلق بحثه بالحقائق العرفية استخدم لفظ (العرف).

ويمكن كذلك تفسيرُ استخدامهم لفظ العرف في الضابط المشهور: (الأيمان تبنى على العرف غالبًا)، فإنه راجع إلى لفظية بحث الأيمان، فلم أجد من قال: إن الأيمان محمولة على العادة، وتفسير استخدامهم إياه في القاعدة المشهورة: (ما لا حد له في الشرع ولا في اللغة يرجع فيه إلى العرف).

يقول الرملي في (نهاية المحتاج) في ضابط الإحياء: «ويختلف الإحياء بحسب الغرض المقصود منه، والشارع أطلقه وليس له حد في اللغة، فوجب أن يرجع فيه إلى العرف كالحرز والقبض»[4].

وبه يفسر الجمع بينهما -أحيانًا- في هذه القاعدة، كما جاء في قول الإمام السبكي[5] في تكملة المجموع عن [طريق تقدير الربويات]: «ومما استدل به

(١) راجع: قواعد الأحكام في مصالح الأنام (٢/ ١٢٦- ١٤٠).

(٢) عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد بن سابق الدين بكر بن عثمان بن محمد بن خضر بن أيوب بن محمد ابن الشيخ همام الدين، الشيخ العلامة، الإمام، المحقق، المدقق، المسند، الحافظ شيخ الإسلام جلال الدين أبو الفضل المصري، صاحب التصانيف النافعة والأسفار الجامعة، له نحو ٦٠٠ مصنف، وأشهرها في قواعد الفقه الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، وهو مطبوع. توفي ودفن بالقاهرة ٩١١هـ. راجع ترجمته في: الكواكب السائرة بأعيان المائة العاشرة (١/ ٢٢٧)، الأعلام للزركلي (٣/ ٣٠١).

(٣) الأشباه والنظائر (٩٠).

(٤) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، للرملي (٥/ ٣٣٨).

(٥) شيخ الإسلام قاضي القضاة تقي الدين أبو الحسن علي بن عبد الكافي السبكي، الشيخ الإمام، انتهت إليه رئاسة المذهب الشافعي في مصر، ومن أبرز تصانيفه شرح منهاج البيضاوي، وقد أكمله ابنه تاج الدين، وتكملة شرح المذهب الذي بدأه الإمام النووي رضي الله عنهم أجمعين. توفي سنة ٧٥٦هـ. راجع ترجمته الوافية في طبقات الشافعية الكبرى لابنه تاج الدين (١٠/ ١٣٩ وما بعدها).

المحاملي[1] في المسألة أن ما ورد به الشرع مطلقًا وليس له حد في الشرع ولا في اللغة يرجع فيه إلى العرف والعادة، وأولى العادات ما كان في زمنه ﷺ، وهذه الطريقة أولى»[2].

فمن نظر إلى تعلق القاعدة بالتعريفات اللفظية استخدم لفظ (العرف)، ومن نظر إلى أن المرجع في تفسير اللفظ ما جرى عليه عمل الناس استخدم لفظ (العادة).

ومن هنا ترفع الحجب عن العلاقة بين العرف والعادة عند الإمام والشافعية، فيمكننا القول: إنها العموم والخصوص الوجهي، فيجتمعان في الأمور العملية المستقرة بين الناس، وينفرد العرفُ في الأمور المستقرة المتعلقة بدلالة الألفاظ والتراكيب، وتنفرد العادة في الأمور العملية المتكررة على مستوى الفرد.

وهذه العلاقة بين العرف والعادة ليست محل وفاق بين العلماء، فإن منهم من رادف بينهما، ومنهم من فرق فعكس؛ فجعل العرف في الأقوال والعادة في الأفعال، ومنهم من جعل العرف قسمًا من أقسام العادة؛ فكان بينهما العموم والخصوص المطلق، والعادة أعم. ومنهم من قصر العادة على العرف العملي؛ فكان بينهما العموم والخصوص كذلك، والعرف أعم[3].

(٢)
تحقيق المراد
بالعرف العام والعرف الخاص

يقسم الفقهاء العرفَ باعتبار من يصدر عنه إلى عام وخاص، والغالب أنهم يعتمدون في الفصل بينهما على المساحة الجغرافية، والعموم والخصوص -فيما أزعم- أمر نسبي؛ لأن العرف المنتشر في مكان قد يكون عامًّا فيه خاصًّا بالنسبة إلى غيره، والإشكال هنا راجع إلى ما يترتب على توصيف العرف من أحكام؛ فإن الأحكام تختلف باعتبار عموم العرف

(١) محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن القاسم، أبو الفضل ابن الإمام أبي الحسن المحاملي؛ صاحب «المجموع» و«التجريد» وغيرهما من التصانيف. راجع: طبقات الفقهاء الشافعية للإمام ابن الصلاح (١/ ٩٨)، المجموع للإمام النووي (١/ ٩٩).

(٢) المجموع شرح المهذب (١٠/ ٢٧١).

(٣) راجع: نشر العرف لابن عابدين (٢/ ١١٤)، التعريفات للجرجاني (١٤٦)، الكليات للكفوي (٦١٧) التلويح على التوضيح، للتفتازاني (١/ ١٧٤)، العرف والعادة في رأي الفقهاء (١٠- ١٣)، قاعدة العادة محكمة، الباحسين (٢٨).

وخصوصه؛ حيث رتب الفقهاء على كل قسم أحكاما خاصة، وسوف يتبين المراد من كل قسم إن شاء الله تعالى فيما يلي:

أولا: المراد بالعرف العام:

في ضوء ما خلفه لنا إمام الحرمين وفقهاء الشافعية من تراث فقهي وتقعيدي يمكن القول: إن العرف العام عندهم هو ما عمَّ جميعَ البلاد الإسلامية أو أكثرها مصحوبًا بالامتداد الزماني غالبًا، وأستأنس هنا بتعريف الشيخ ابن عابدين[1] رحمه الله تعالى من فقهاء الحنفية العرفَ العام بأنه: ما تعارفه عامة أهل البلاد، وبجعل الشيخ أبي سنة[2] رحمه الله تعالى (ال) في البلاد للعهد، وجعله المعهودَ البلادَ الإسلاميةَ، قال: «إذ غيرها لا يبحث الإسلام عن أحكامه ولا يعول على عرفه»[3].

وهذا التعريف الذي أورده الشيخ ابن عابدين رحمه الله تعالى يساير اختيار الحنفية تخصيصَ العرف العام الدليلَ العام وقضاءه على القياس، فإنهم اشترطوا في هذا النوع من العرف ذي القوة أن يتعامله أهل البلاد جميعًا، وعبروا عنه بالعرف العام، وكان ما سواه عرفًا خاصًّا، ولو عم قُطرًا كالعراق، ولو لم يكن في مقابلة عرف عام.

ويبدو -والله تعالى أعلم- أن هذا الوضع لوحظ فيه التنبيه على عدم رقي هذا النوع من الأعراف لما ارتقى إليه العرف العام من تخصيص للدليل الشرعي العام وإلغاء القياس، وإن كان في المذهب اتجاه ضعيف لدعم العرف الخاص في مقابلة الدليل العام والقياس تخصيصًا وإلغاء؛ اعتبارًا لحاجة الناس ورفعًا للحرج[4].

---

(١) محمد علاء الدين بن محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الحسيني الدمشقي: فقيه حنفي، من علماء دمشق. ولي كثيرًا من مناصب القضاء. وسافر إلى الأستانة، فكان من أعضاء لجنة وضع (المجلة)، وولي القضاء بطرابلس الشام سنة ١٢٩٢ - ١٢٩٥هـ، وعين رئيسًا ثانيًا لمجلس المعارف بدمشق، وتوفي فيها ١٣٠٦هـ- ١٨٨٩م. الأعلام للزركلي (٦/ ٢٧٠).

(٢) الأستاذ الشيخ أحمد فهمي أبو سنة من علماء مصر في القرن العشرين، حصل على شهادة العالمية من درجة أستاذ في الشريعة الإسلامية من الجامع الأزهر في أول العقد الخامس من القرن الماضي، في موضوع العرف والعادة في رأي الفقهاء. وله من المؤلفات: محاضرات في النظرية العامة للحق، والنظريات العامة للمعاملات في الشريعة الإسلامية، وبحوث منها: حكم العلاج بنقل دم الإنسان أو نقل أعضائه أو أجزاء منها، قدم إلى المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي (الدورة الثامنة ١٤٠٥هـ) بحثًا في نظرية الحق ضمن كتاب (الفقه الإسلامي أساس التشريع)، طبعة المجلس الأعلى للشئون الإسلامية.

(٣) العرف والعادة، أبو سنة (١٩).

(٤) راجع في ذلك: نشر العرف (٢/ ١١٦، ١١٧، ١٢٠).

فإذا ما انتقلنا إلى إمام الحرمين والشافعية وجدناهم يتحدثون عما يلي:

١ - الاصطلاح العام:

وهم لا يقصدون به المعنى الاصطلاحي للفظ اصطلاح، وإنما يقصدون به -على سبيل التقريب- المعنى اللغوي، وهو الاتفاق، أو -بتجوُّز- يريدون به أحيانًا العرف؛ لأنهم يطلقونه على الألفاظ كثيرًا وعلى الأعراف الفعلية قليلًا، قال الإمام الرملي بعد بيان ما نص عليه الأصحاب مما يجب على المؤجر والمستأجر في إجارة الدواب: «ولو اطرد العرفُ بخلاف ما نصوا عليه عُمل به فيما يظهر بناء على أن الاصطلاح الخاص يرفع الاصطلاح العام كما اقتضاه كلامهم، وإن اقتضى في مواضع أخرى عدمه»[(١)].

وهذه الأحكام التي يصفها بالاصطلاح هنا هي الأعراف العملية في الإجارات، لكنَّ أصل مسألة الاصطلاح العام والاصطلاح الخاص في الألفاظ والتراكيب، يقول الإمام الزركشي في المنثور: «الاصطلاح الخاص هل يرفع الاصطلاح العام، ويعبر عنها بأنه هل يجوز تغيير اللغة بالاصطلاح؟ وهل يجوز للمصطلحين نقل اللفظ عن معناه في اللغة بالكلية أو يشترط بقاء أصل المعنى ولا يتصرف فيه بأكثر من تخصيصه فيه؟ قولان للأصوليين وغيرهم، والمختار الثاني»[(٢)].

وما يعنينا هنا أن العموم الموصوف به الاصطلاح اللفظي أو العملي يريدون به الانتشار والذيوع في عامة البلدان، بل إنهم يعبرون به عن الأصل اللغوي المستعمل، ولا شك في كونه اصطلاحًا لغويًّا عامًّا، مما يؤكد أن المراد من العموم هنا الانتشار والذيوع في عامة البلدان والأقطار، يقول الإمام الغزالي في اتفاق العاقدين على المهر: «إذا تواطَئوا على إرادة الألف بعبارة الألفين فيحتمل قولين؛ مأخذهما: أن الاصطلاح الخاص هل يؤثر في الاصطلاح العام ويغيره أم لا؟ وفيه نظر»[(٣)]. وهذا الفرع صورة من صور مسألة مهر السر والعلانية المشهورة في المذهب، ولا يخفى أنهم جعلوا دلالة لفظ (الألفين) على المعنى الأصلي اصطلاحًا عامًّا، ودلالته على المعنى العرفي الخاص بينهما -وهو الألف- اصطلاحا خاصًّا.

(١) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج (٥/ ٣٠١).
(٢) المنثور في القواعد الفقهية (١/ ١٨٠).
(٣) الوسيط (٥/ ٢٣٥).

وقد استخدم الإمام هذا اللفظ فقال: «فأما القفال[1]، فإنه يرى الاصطلاح المطرد بين أقوام بمثابة العادة العامة، وامتنع غيره من هذا. وعندي أن هذا ينزل على منزلة ستأتي مشروحة في كتاب الصداق، وهي أن أقوامًا لو تواطئوا على أن يعبروا بالألفين على الألف، فإذا وقع العقد بلفظ الألفين، فالتعويل على التواطؤ، أم على صيغة اللفظ؟ فيه تردد. وسيأتي في المسألة المترجمة بمهر السر والعلانية»[2].

وهذا الانتشار وهذا الذيوع المصحوبان بالاستقرار والقبول يمدان الأمر المتصف بهما عند الشافعية بقوة غير عادية تتجاوز حدودي المكان والزمان، فلا يقبل الشافعية غالبًا ما يخالفه ولو فرض اقتلاعه -بعد حين- ونبات عرف آخر مكانه، وهذا خيار لهم سأناقشه إن شاء الله تعالى فيما بعد، إلا أنني أستقي منه هنا ما يصب في تأييد ما ذهبت إليه في معنى العموم عندهم، وهو الانتشار والذيوع في عامة البلدان.

٢- اللسان:

هذه اللفظة وردت في كلام الإمام في الوصية، وهي مشكلة إن فسرت دون اعتبار لسياق الكلام وللشائع في المذهب. وما يعنينا هنا أن الإمام استخدم هذه اللفظة -في ضوء ما انتهى إليه البحث- بمعنى العرف العام، قال: «ولو أوصى لإنسانٍ بدابةٍ، فاسم الدابة في اللسان ينطبق على ثلاثة أجناس: الخيل، والبغال، والحمير، ولا يندرج تحتها الإبل، وإن كانت مركوبة، وهذا متفق عليه، ومعناه في اللسان واضحٌ، لا إشكال فيه. ثم تردد أئمتنا في لفظ الدابة، إذا جرت في مصر، وقد قيل: إن أهلها لا يفهمون منه إلا الحمار[3]،

(١) هو القفال الصغير المروزي، أبو بكر، عبد الله بن أحمد بن عبد الله، المتوفى ٤١٧ هـ عن تسعين سنة، وهو المذكور في كتب المذهب بعامة بعد الجمع بين الطريقين، وعند المتأخرين؛ فحيثما يقال: القفال مطلقًا، فهو القفال المروزي الصغير، وهناك قفال آخر يشترك معه في الكنية، فكل منهما أبو بكر، ولكنهما يتميزان بالاسم والنسبة، فالكبير الشاشي، والصغير المروزي، والشاشي اسمه محمد بن علي بن إسماعيل، والصغير عبد الله بن أحمد بن عبد الله، والكبير أسبق وفاة، فقد توفي ٣٦٥هـ. ويتميزان أيضًا بأن الصغير المروزي أكثر ذكرًا في كتب الفقه، والكبير أكثر ذكرًا في كتب الحديث والتفسير، وإذا ذكر في كتب الفقه قيد، كما فعل الإمام في النهاية، وهناك قفال ثالث، وهو ابن القفال الكبير الشاشي، واسمه القاسم، فهو القاسم بن محمد بن علي بن إسماعيل، ومع أنه أولى بلقب (الصغير)، لكنه أبدًا لم يعرف به، وذاعت شهرة كتابه (التقريب)، وتخرج به فقهاء خراسان، فغلب اسم الكتاب اسم صاحبه، فيقال دائما: صاحب التقريب، كما في النهاية، فلم يذكره إمام الحرمين مرة واحدة باسمه، بل دائمًا: (صاحب التقريب) على كثرة ما ذكره. انظر: (مقدمات تحقيق النهاية/ ١٧٣- ١٧٤).

(٢) نهاية المطلب في دراية المذهب (٥/ ١٤٤).

(٣) كذا بالنص المحقق، وهو يشير إلى أن [الدابة] في [مصر] تحمل على [الحمار] وحده، والثابت أن الشافعي اعتمد في حمل الدابة على الأجناس الثلاثة على عرف أهل مصر وغيرها من البلاد باعتباره العرف العام. فلعل المراد التمثيل بأي مصر كان لا مصر المحروسة حفظها الله تعالى. راجع الأم (٤/ ٩٥)، والحاوي الكبير (٨/ ٢٣٥).

فلـو فرضـت بلـدة لا يفهم أهلها مـن الدابة إلا الفَـرَس، نفرض الكلامَ عـلى ما يتحمل اللفـظ على موجب اللسـان ليتردَّد بين الأجنـاس الثلاثة: الخيل، والبغـال، والحمير، أو يُحمـل اللفظ عـلى موجب عرف المكان؟ فيه تردد للأصحاب: فمنهم من لم يبال بالعرف لظهور معنى اللسان، ومنهم من حمل اللفظ على موجب عرف المكان؛ فإن العرف قرينة الألفاظ»[1].

أفـاد الإمـام هنا أن اسـم (الدابة) في اللسـان ينطبق على ثلاثة أجنـاس: الخيل، والبغال، والحمـير، كـما أفاد أنه لا ينـدرج تحتها الإبل، وإن كانـت مركوبة، وأن هـذا متفق عليه، ومعناه في اللسان واضحٌ، لا إشكال فيه.

والمشـهور أن دلالـة الدابة على هذه المذكـورات وحدها هي الدلالة العرفية لا اللسـانية اللغويـة؛ لأن الدابـة في اللغة اسـم مـا دب من الحيوان مميـزه وغير مميـزه[2]. والثابت أن الشـافعي اعتمـد في حمـل الدابة على الأجنـاس الثلاثة على عرف أهل مـصر وغيرها من البلاد باعتباره العرف العام.

فالحاصـل أن الإمام عبر باللسـان هنا تعبـيرًا مجازيًّا عن العرف العام، فأراد باللسـان هنا العـرف العام المطـرد، وأراد بعرف المكان العرفَ الخاص. وحيث عبر الإمام عن العرف العام باللسان كان هذا إشارة واضحة إلى سعة العرف العام التي هي الجامع بين اللفظين، فكانت اسـتعارة تصريحية مرشحة لمعاني الانتشار والشهرة والذيوع التي ندعيها في المراد بالعرف العام عند الإمام والشافعية.

وممَّا يؤكد ما ادَّعي ما نقله الإمام عن الإمام الشـافعي رَضِيَٱللَّهُعَنْهُ في الوصية بالقسيِّ، حيث إن الشـافعي قـرر أنـه إذا أوصى بقوسٍ من قسـيه، أو من ماله، اندرج تحـت لفظِه: قسيُّ العجم، وقسيُّ العرب، وقسي الحُسـبان، وهي نوع من السـهام الصغار. ولا يدخل تحت اسم القوس قوسُ النَّدْف ولا قوس الجُلاهق[3].

(١) نهاية المطلب (١١/ ١٦٨).

(٢) راجع: التحفة (٧/ ٤٣).

(٣) قـوس النـدف أداة تسـتخدم لندف القطن؛ أي طرقـه ليصير رقيقًا. راجع المعجم الوسـيط (ن د ف). وأما الجلاهق بضـم الجيـم فهـو البندق المعمول من الطين مفـرده جلاهقة وهو فـارسي؛ لأن الجيم والقاف لا يجتمعـان في كلمة عربية ويضـاف القـوس إليه للتخصيص، فيقال: قوس الجلاهق كما يقال قوس النشـابة. المصباح المنير في غريب الشرح الكبير (ج ل هـ).

قال الإمام: «وهذه المسألة وتيك [مسألة معنى لفظ الدابة] تخرَّجان على أن المتبع موجب اللسان في إطلاق اللفظ، أو ما يفهم منه في طرد العرف؟»[1].

وهذا يرجح أنه يريد باللسان هنا العرف العام لا اللغة؛ لأن السبب في دخول بعض أنواع القسي دون بعضها هو العرفُ العام، وهو ما عبر عنه شيخ الإسلام في شرح الروض بقوله: «لاشتهار القوس في الثلاثة الأول دون هذين»[2]. أما المعنى اللغوي الأصلي فلا يفرق بين قوس وآخر.

ولما كان العرف المطرد المحمول عليه غالب الوصايا قديمًا في لفظ [العلماء] أن المراد به أصحاب علوم الشرع من تفسير وفقه وحديث، اعتبر هذا في المذهب عرفًا عامًّا، حتى خرج من دلالة اللفظ علماء الكلام وعلماء التصوف وعلماء اللغة وعلماء الطب... إلخ.

قال الإمام شهاب الدين الرملي في الفتاوى: «الوصية للعلماء أو لأهل العلم فمختصة بأهل علوم الشرع من الفقه والتفسير والحديث؛ لاشتهار العرف في الثلاثة دون غيرهم»[3].

ويدل دلالة صريحة على هذا الاتساع المكاني الذي يتميز به العرف العام ما جاء في توجيه الإمام الماوردي[4] في صدر كتاب الأطعمة؛ لقول الله تعالى: ﴿**يَسْـَٔلُونَكَ مَاذَآ أُحِلَّ لَهُمْ**﴾ [المائدة: ٤]، حيث قال: «هذا خطاب من الله تعالى لرسوله ﷺ يدل على أن الناس سألوه عما يحل لهم ويحرم عليهم... وإذا كان هذا أصلًا وصار المستطاب حلالًا والمستخبث حرامًا وجب أن يعتبر فيه العرف العام... فكان أحق الناس بتوجه الخطاب إليهم العرب؛ لأنهم السائلون المجابون، وأحق الأرض من بلادهم؛ لأنها أوطانهم، وقد يختلفون فيما يستطيبون ويستخبثون بالضرورة والاختيار، فيستطيب أهل الضرورة ما استخبثه أهل الاختيار، فوجب أن

(١) نهاية المطلب (١١/ ١٧٧).

(٢) أسنى المطالب (٣/ ٤٧).

(٣) فتاوى الرملي، بهامش الفتاوى الكبرى لابن حجر (٣/ ١٣٦).

(٤) علي بن محمد بن حبيب الإمام الجليل القدر الرفيع الشأن أبو الحسن الماوردي، أحد أصحاب الوجوه في المذهب، والملقب بأقضى القضاة صاحب الحاوي والإقناع في الفقه الشافعي وأدب الدين والدنيا والتفسير ودلائل النبوة والأحكام السلطانية وقانون الوزارة وسياسة الملك وغير ذلك. كان إماما جليلا رفيع الشأن له اليد الباسطة في المذهب والتفنن التام في سائر العلوم. انظر: طبقات الشافعية الكبرى للسبكي (٥/ ٢٦٧)، طبقات الشافعيين للحافظ ابن كثير (٤١٨).

يعتبر فيه عرف أهل الاختيار، دون أهل الضرورة؛ لأنه ليس مع الضرورة عرف معهود»[1].

٣- العادة العامة:

ورد تعبير العادة العامة في بعض مواضع النهاية للدلالة على الأمر المستقر على المستوى الواسع الذي لا يتقيد ببلد دون آخر، وقد تقدم أن العادة تلتقي مع العرف في الجانب العملي الجماعي، ويقوم أحدهما في ذلك مكان الآخر.

من ذلك -مثلًا- رد الإمام -في باب إحياء الموات- خلاف الأصحاب في حكم تنحية من يطيل عكوفه على المعدن إلى طلب هذا الشخص الانفراد بما يأخذه من النَّيْل، وخروجه عن العادة العامة التي تقضي بكون هذا الأمر على الاشتراك والتناوب لا الانفراد والاستئثار[2].

ومن ذلك قوله في بيع الثمار: «وإن بدا الصلاح، فيجوز بيع الثمار على شرط التبقية إلى أوان الجداد، وإن بيعت مطلقة، صح البيع، وحمل على موجب التبقية، بناء على ما مهدناه من اتباع العادة العامة في توابع العقد»[3].

وقوله في سياق المسألة نفسها: «فأما القفال، فإنه يرى الاصطلاح المطرد بين أقوام بمثابة العادة العامة»[4]. فهو يقصد بالعادة العامة في خصوص هذه المسألة العرفَ العام في أغلب البلاد كما يفسره سياق الكلام.

٤- الامتداد الزماني:

وصف الإمام العرف الخاص بأنه العادة التي تُتلقَّى من تواطؤ أقوامٍ على الخصوص، ومثل له بشرط الإباحَةِ في الرهن، وبعض الشرائط الفاسدة في القُروضِ، وقال: إن هذا محمول على اصطلاحِ أقوام، وأنه قد يختصُّ ببعض البلاد ببعض الأعصارِ[5]. ومفهوم هذا أن المعتبر في العرف العام قوة الامتداد الزماني مع قوة الامتداد المكاني، فما يطرأ على خلافه في وقت أو مكان يعتبر عرفًا خاصًّا.

(١) الحاوي الكبير (١٥/ ١٣٢- ١٣٣).
(٢) نهاية المطلب (٨/ ٣١٣).
(٣) المصدر السابق (٥/ ١٤٤).
(٤) نهاية المطلب (٥/ ١٤٤).
(٥) راجع: المصدر السابق (٥/ ١٤٣-١٤٤).

وقد صرح ابن حجر والرملي على المنهاج أن هناك نصوصًا للأصحاب مبنية على العرف العام في زمنهم لا يصحُّ تجاوزها ولو تغيرت الأعراف. وسبب هذا الحكم كما يظهر من تعليلاتهم أن هذه النصوص مبنية على أعراف أصلية لا تغيرها أعراف طارئة، ومبنية على أعراف عامة لا تغيرها أعراف خاصة[1]. قال ابن حجر في المحرم من زينة المرأة المحدة: «ما نصوا على أنه زينة لو اطرد في محل أنه ليس زينة هل يعتبر هذا أو لا؟ محل نظر. وظاهر كلامهم الثاني؛ لأنه لا عبرة بعرف حادث ولا خاص مع عرف أصلي أو عام»[2]. ومن ثم قالوا قديمًا: إنه يحرم على نساء السودان التحلي بحلي الذهب وإن لم يعدوه زينةً في عرفهم؛ لأنه مخالف لنص الأصحاب المبني على العرف العام.

فالذي يظهر أن هذه الأعراف التي اعتمدوا عليها جاءت أصالتها من امتداد مكاني يصحبه امتداد زماني، أو بتعبير آخر أنها كانت أمورًا مستقرة بين الناس في الأمصار عبر الأعصار، ومن ثم اعتبروها أعرافًا أصلية تدفع ما يخالفها، بدليل ما جاء في المثال السابق؛ فإن التزين بالذهب عرف له امتداده الزماني والمكاني، وهذا غيرُ بعيد في الزمان الذي عاش فيه الشافعي والأصحاب، بل في القرون التي عاش فيها الأئمة من بعدهم.

ثم إن هذه النصوص في أمور معدودة كالعيوب التي تُثبت الخيار وما يجب على العامل في المساقاة وما يلزم المؤجر والمستأجر، وسوف نناقش هذه المسألة إن شاء الله تعالى في الحديث عن أحكام التعارض.

ثانيًا: العرف الخاص:

لم تضم النهاية هذه العبارة لفظًا، وإن تكرر معناها في كثير من المواضع، فقد تحدث الإمام عن تواطؤ بعض الأقوام على أمور تخالف العرف العام، كقوله: «فأما العادة التي تتلقى من تواطؤ أقوام على الخصوص، كشرط الإباحة في الرهن، وشرائط معروفة فاسدة في القروض، فهذا محمول على اصطلاح أقوام، وقد يختص ببعض البلاد ببعض الأعصار، ففي مثله التردد»[3]. أي في اعتباره خلافٌ بين أهل المذهب.

(١) راجع على سبيل المثال: نهاية المحتاج، للرملي (٥/ ٢٥٧)، تحفة المحتاج، لابن حجر (٦/ ١١٧، ٨/ ٢٥٨).
(٢) تحفة المحتاج في شرح المنهاج لابن حجر، وحواشي الشرواني والعبادي (٨/ ٢٥٨).
(٣) نهاية المطلب (٥/ ١٤٤).

وهـذا النـصُّ يقـف بنا عـلى أهـم أركان العرف الخاص عنـد الإمام، وهي أنـه يخلو من الذيوع والانتشـار الذي يتمتع به العرفُ العام، فيكون على درجة من الشـيوع أقل عملًا ومكانًا وزمانًا.

ومـن الخطأ -في زعمـي- أن يوصف العرف الخاص بأنه ما قابـل العرف العام؛ لأنه قد يتصـور خلـو الزمـان والمكان من عرف عـام في خصوص ذلك المتعـارف. كما أن حصر العـرف الخاص فيـما كان مخصوصًا بفئة أو بلد أو طائفة من المسـلمين[1] غير جامع؛ لأن العرف الخاص -كما سـيأتي في كلامهم- يشـمل ما اختص به الفرد الواحد، سـيما ونحن نبحث في الأعراف القولية والأعراف الفعلية، ومسألة مهر السر والعلانية المتقدم ذكرها قريبًا مبنية -كما قرر الإمام- على تعارض العرف الخاص مع العرف العام.

وقـد تقدم أن الشـيخ ابن حجر الهيتمي -رحمه الله تعـالى- اعتبر من العرف الخاص قول الواقف: (حبسـت مالي على فـلان). والعرف عند هذا الواقف أن يكـون قوله هذا وقفًا على غير فلان المذكور من الورثة ويمنع منه[2].

وأمـا تعريف الشـيخ أبي سـنة العرفَ الخاص بأنه مـا لم يتعامله أهل البـلاد جميعًا، فمبناه رعايـة اصطلاح الحنفيـة واختيارهم؛ لأنه صادق بما تعامله فرد واحـد، وما تعامله أهل بلـد أو بلديـن، ولا شـكَّ في دخوله في العرف الخـاص، وصادق أيضًا بـما تعامله أغلب البـلاد، وهذا يبعد أن يكـون عرفًا خاصًّا، بل هو عرف عام، وتخلف بعض البلاد عنه لا يقدح في عمومه، وإلا لما فرضت الأعراف الخاصة في مقابلة الأعراف العامة.

قـال ابـن حجـر: «والمذهب حملُ الدابـة -وهي لغـةً: كل مـا يدب عـلى الأرض- على فـرس وبغـل وحمـار أهـلي... فيعطـى أحدهـا في كل بلد عمـلًا بالعـرف العـام، وزعم خصوصـه بأهـل مصر ممنوعٌ كزعـم أن عرفهم يخصهـا بالفرس كالعراق بخلاف سـائر

(١) ممـن نقـل هذه التعاريف الباحسـين في العـادة محكمة (٤٢-٤٣)، وممـن تبناها المدخل الفقهي العـام للعلامة الزرقا (٨٧٨).

(٢) راجع: الفتاوى الفقهية الكبرى، لابن حجر (٣/ ٢٤٤).

قـال: «والمختـار الثـاني؛ ومن فروعها لو اتفق الزوجـان على ألف واصطلحوا على أن يعبروا عـن ألف في العلانية بألفين فالأظهـر وجـوب الألفـين لجريان اللفـظ الصريح به، وقيل: يجـب الألف عمـلا باصطلاحهما. قال الإمـام: وعلى هذه القاعدة تجري الأحكام المتلقاة من الألفاظ. فلو قال لزوجته: إذا قلت: أنت طالق ثلاثا لم أرد به الطلاق أو أريد به طلقة واحدة، فالمذهب أنه لا عبرة بذلك... لا عبرة بعرفهم في أنَّ (حبسـته على فلان) حبس على ورثته دونه؛ لأن هذا العرف ليس بعام، وإنما هو خاص، والعرف الخاص بل العام لا يُعمل به في تغيير مقتضى الصرائح».

البـلاد»[1]. وهـذا صريح في أن عرف العراق اختلف عن عرف سـائر البلاد في الدابة ولم يقدح ذلك في عمومية العرف.

وبنـاءً عـلى هذا نقول في وصـف العرف الخاص بما يتفـق وفقهَ الإمام والشـافعية: إنه ما يختص به الواحد أو الجماعة من الناس في بلد أو أكثر دون حدِّ الأغلبية أو العموم.

من أمثلة ذلك أن المعتبر في تقدير جنس نفقة المفلس ومن في مؤنته وكسـوتهم التي تقدم لهـم مـن ماله هـو العرف، وأنه إنما يقتـصر في حقهم على القدر الذي تتحقـق به الكفاية؛ لأن الإمام صرح بما يؤخذ منه أن المعتبر في تقدير جنس النفقة هو عرف طبقة المفلس[2].

ومـن أمثلـة الأعراف الخاصـة ما جاء في ضبـط الغبن، حيـث قال الإمـام: «والغبن هو النقـص الظاهـر الذي يعدُّ بـه حاطًّا من ثمن المثل»[3]. أي يعـد في العرف حاطًّا من ثمن المثل.

والأوجـه في المذهب الشـافعي اعتبار العـرف المطرد في كل ناحية بما يُتسـامح به فيها[4]، وأن العـرف المعتبر هو عرف أهل الناحية محـل التعامل، والمراد بالناحية هنا بلد البيع[5]، لا تلك المحلة التي يجرى فيها العقد بخصوصها.

(٣)
في تحقيق المراد بحجية العرف

اتفقـت كلمـة أهل الملة المعظمة على أنـه لا حاكم إلا رب العالمين، ولـزم من ذلك أنه لا حُكم إلا لله تعالى الذي بسـط بساط الوجود على ممكنات لا تُعدُّ ولا تحصى، وأفاض نور فيضه على كائنات لا تُستقصى، ووضع على ذلك كله موائد جوده وكرمه التي لا تتناهى، فكشف لخلقه عن صفات كماله، ونعوت جلاله وجماله، وأظهر ذلك كله بدلالات عقلية وآثار تفصيلية لا تتناهى.

(١) تحفة المحتاج (٧/ ٤٥).

(٢) راجع: نهاية المطلب (٦/ ٤٠٨- ٤١٠).

(٣) مختصر العز، ضمن النهاية (٧/ ٤٣).

(٤) نهاية المحتاج (٥/ ٣٢). وراجع: شرح الروض لشـيخ الإسـلام (٢/ ٢٦٨)، تحفة المحتاج (٥/ ٣١٦)، فتح الجواد شرح الإرشاد (١/ ٥١٤).

(٥) راجع: حاشية القليوبي على الجلال (٢/ ٣٤١).

وقضيـة اختصـاص الحاكمية بالمـولى عز وجل أمرٌ متفق عليه بين المسـلمين، لا ينقضه من حاولوا الطعنَ فيه محتجين بخلاف المعتزلة في مسألة التحسين والتقبيح العقليين؛ لأن الحقَّ أن المعتزلة لم يخالفوا في أن الحكم لله وحده، فإنه مما لا يجترئ عليه أحدٌ ممن يدعي الإسلام، بل إنما يقولون: إن العقل معرف لبعض الأحكام الإلهية سواء ورد به شرع أو لا[1].

بعد هذا الاتفاق على نفي العلاقة بين العقل وإنشاء الحكم، نكون أمامَ ثلاثة اتجاهات في العلاقة بين العقل واكتشاف الحكم:

الأول: يمثلـه الأشـاعرة[2] -جناح أهل السـنة- الذيـن يـرون أن إدراكَ العبد لحكم الله تعالى فيما يقوم به من أفعال يتوقف على ورود الشرع بإرسال الرسل وإنزال الكتب، وأنه لا علاقة للعقل بالحكم من حيث الجزاء.

والثـاني: يمثلـه المعتزلة الذين يـرون أن هـذا الإدراك لا يتوقف عـلى ورود الشرع، وأن للعقل إليه سـبيلًا، بحيث يترتب على الفعل الحسـن المدح والثواب عاجلًا وآجلًا وعلى الفعل القبيح الذم والعقاب عاجلًا وآجلًا.

والثالـث: يمثلـه الماتريديـة[3] الجناح الثاني لأهل السـنة، وهم يـرون أن الأفعال تتصف لذواتهـا بالحسـن والقبـح التابعين لمـا فيها من مصلحة أو مفسـدة، والعقـل يحكم بدون

---

(١) انظـر لتأكيد هذا الرأي: تيسـير التحرير لمحمد أمـين (٢/ ١٥٠) والتقرير على التحرير، لابن أمير الحاج (٢/ ٨٩)، ومسـلم الثبوت وشرحه فواتح الرحموت، لعبد العلي الأنصاري (١/ ٢٥)، وحاشـية الأمير على الجوهرة (٣٢). وانظر الرأي الآخر في: التوضيح على التنقيح لصدر الشريعة (٢/ ١٥٨ ط الخيرية ١٣٢٢هـ).

وراجـع عمومًا رسـالة: العقـل عند الأصوليين لفضيلة الدكتور عبد العظيم الديب رحمـه الله تعالى، فقد انتهى فيه إلى أنه لا خلاف بين الأصوليين من أهل السنة والمعتزلة والشيعة، على أنه لا حاكم إلا الله سبحانه وتعالى، وأن ما شاع بخلاف ذلك غير دقيق. دار الوفاء بالمنصورة، مصر ١٤١٥-١٩٩٢.

(٢) نسـبة للإمام أبي الحسـن الأشـعري، ناصر السـنة وقامـع البدعة، قال ابن خلـكان: «هو صاحب الأصـول والقائم بنصرة مذهب السـنة، وإليه تنسـب الطائفة الأشـعرية، وشـهرته تغني عن الإطالة في تعريفه، والقاضي أبو بكر الباقلاني ناصر مذهبه ومؤيد اعتقاده، وكان أبو الحسـن يجلس أيام الجمع في حلقة أبي إسـحاق المروزي الفقيه الشـافعي في جامع المنصور ببغداد. ومولده سنة سبعين، وقيل: ستين ومائتين بالبصرة. وتوفي سنة نيف وثلاثين وثلاثمائة». وفيات الأعيان، ابن خلكان (٣/ ٢٨٤).

(٣) نسبة للإمام أبي منصور الماتريدي؛ أبي محمد بن محمد بن محمود، من كبار العلماء، كان يقال له: إمام الهدى. له كتاب التوحيد وكتاب المقالات وكتاب بيان أوهام المعتزلة وكتاب تأويلات القرآن، وله كتب شـتى. مات سـنة ثلاث وثلاثين وثلاثمائة بعد وفاة أبي الحسـن الأشـعري. الجواهر المضية في طبقات الحنفية، محيي الدين الحنفي (٢/ ١٣٠)، وقد وافق الإمـامُ أبـا الحسـن في جل المسـائل إلا قليلًا، وقد درسـها العلـماء في مصنفات مثل نظـم الفرائد في مسـائل الخلاف بين الماتريدية والأشعرية لشيخي زاده، (العقد الجوهري في الفرق بين كسبي الماتريدي والأشعري) للشيخ خالد النقشبندي ١٢٤٢هـ. ومعظم أتباع الإمام الماتريدي من الحنفية.

استعانة بالشرع على هذه الأفعال بالحسن والقبح تبعًا لجهة المصلحة أو المفسدة، ويحكم أيضًا باستحقاق الفعل الحَسَن لأن يتعلق به حكم الله تعالى بالأمر، بحيث يستحق فاعلُه المدح في العاجل والثواب في الآجل، وباستحقاق الفعل القبيح لأن يتعلق به حكم الله تعالى بالنهي، بحيث يستحق فاعلُه الذمَّ في العاجل والثواب في الآجل. (لكن هذا الاستحقاق لا يستلزم الحكمَ من الله تعالى، ولا يسوغ للعقل أن يحكم على فعل ما بأنه واجب أو حرام... إلخ ذلك من الأحكام، إلا بورود الشرع)[1] وهو مذهب وسط بين المذهبين[2].

والإمام جار على مذهب الأشاعرة في ذلك، يقول: «والمسلك الحق عندي في ذلك، الجامع لمحاسن المذاهب، الناقض لمساويها، أن نقول: لسنا ننكر أن العقول تقتضي من أربابها اجتنابَ المهالك وابتدار المنافع الممكنة على تفاصيل فيها وجحد، هذا خروج عن المعقول، ولكن ذلك في حق الآدميين. والكلام في مسألتنا مداره على ما يقبح ويحسن في حكم الله تعالى. وذلك غيب، والرب سبحانه وتعالى لا يتأثر بضررنا ونفعنا، فاستحال -والأمر كذلك- الحكمُ بقبح الشيء في حكم الله تعالى وحسنه، ولم يمتنع إجراء هذين الوصفين فينا إذا تنجز ضررٌ أو أمكن نفع بشرط ألا يُعزَى إلى الله ولا يوجب عليه أن يعاقب أو يثيب»[3].

وإذا كان الحكمُ الشرعي ينقسم إلى حكم تكليفي كوجوب الصلاة ووجوب إقامة الحد على السارق، وحكم وضعي كجعل الزوال سببًا لتعلق وجوب صلاة الظهر بذمة المكلف، والسرقة سببًا لإقامة الحد، والحيض مانعًا من الصوم، والعلم بالمعقود عليه شرطًا لصحة العقد، وإتلاف الصبي سببًا لوجوب الضمان في ماله وأداء الولي منه، فإن الصحيح أن الأحكام الوضعية أحكام شرعية، خلافًا لمن أخرج الأحكام الوضعية من تعريف الحكم الشرعي، ولمن اعتبرها أحكامًا عقلية؛ فإن طائفة من الأصوليين -منهم التاج السبكي- ذهبت إلى أن الأحكام الوضعية أحكام عقلية وليست شرعية، فقالوا إنها علامات للأحكام الشرعية، فمعنى سببية الزوال التي هي الحكم الوضعي أن كون

(١) انظر: سلم الوصول للشيخ المطيعي (١/ ٨٢-٨٧)، والبدر الساطع له (١٧٦ وما بعدها). وراجع: كتاب المسامرة شرح المسايرة (٢/ ٤١)، وأصول الفقه للشيخ الخضري (٢٣).

(٢) سلم الوصول (١/ ٨٦).

(٣) البرهان في أصول الفقه (١/ ٩١-٩٢ ف١٢) ولكنه رفض بهذا طريقة القاضي الباقلاني في الرد عليهم.

الزوال سببًا وموجبا علامة على وجوب الظهر، والزوال يدركه المكلف بدون واسطة الشرع؛ لأنه يرى ميل الشمس عن خط الاستواء إلى جهة الغرب، فيعلم كون الزوال سببًا للوجوب بدون واسطة الشرع، فيعلم أن الله أوجب عليه الظهر.

والحق مع الفريق الآخر الذي يرى الأحكامَ الوضعية عبارة عن وضع أسباب وموانع وغير ذلك من قبل الشارع، فهي لا تؤخذ ولا تستفاد إلا من الشرع الذي هو الدليل السمعي المبعوث به النبي الكريم، ولا معنى للشرعي إلا ذلك[1]، ومن ثم فإن الحكم هو خطاب الله المتعلق بأفعال المكلفين بالاقتضاء أو التخيير أو الوضع.

وحتى القول بأن الحكم الوضعي عقليٌّ لا يلزم منه أن العقل منشئ للحكم، غاية الأمر أنه طريق في التعرف على الحكم الذي ورد به الشرع.

إذا تقرر هذا فإن الأصل في الأحكام الشرعية -كما قرر الأصوليون- أن لا يؤخذ واحد منها إلا من كتاب الله وسنة رسوله ﷺ قولًا وفعلًا وتقريرًا، أو من الإجماع أو من القياس الصحيح، وهي الأدلة التي نصبها الله عز وجل للوقوف على مراده من خلقه، وهذان الأخيران يرجعان في الحقيقة إلى الكتاب والسنة، فلا يجوزُ لأحد من الناس كافةً أن يقول في شيء من الأشياء عامة: هذا فرض أو واجب أو سنة أو مندوب أو حرام أو مكروه تحريمًا أو تنزيهًا. إلا إذا كان قوله مأخوذًا من دليل من تلك الأربعة يقتضي ذلك القول، ويدل عليه دلالة صحيحة ولو بغلبة ظن القائل[2].

ومن ثم فإن العرف -من حيث هو- لا يُنشئ في شرع الله حكمًا، ولا يكون دليلًا من أدلة الشرع التي تؤخذ منها الأحكام مباشرة، وليس مصدرًا من مصادر التشريع؛ خلافًا لما عند القانونيين الذين يجعلونه أوَّلًا لخمسة مصادرَ يستقون منها القوانين.

موقع العرف من الأدلة المختلف فيها:

إن أهل المذاهب الأربعة متفقون على اعتبار العرف في الجملة، والخلاف بينهم يكون في بعض الجزئيات الأصولية كالاختلاف على تخصيص العام بالعرف، والاختلاف على تقديم العرف العام على القياس بين الشافعية والحنفية، وكذلك في بعض التطبيقات الفرعية، ومن ثم لا يستقيم عدُّ العرف من الأدلة المختلف فيها كما هو ذائع؛ ولا يصح أن

(١) راجع: نهاية السول وحاشية الشيخ بخيت (١/ ٦٨).

(٢) انظر: أحسن الكلام فيما يتعلق بالسنة والبدعة من الأحكام للشيخ محمد بخيت المطيعي (٤) وراجع: البرهان لإمام الحرمين (١/ ٢١٤ ف ٤٨٧).

يعتمد على بعض الجزئيات التي لم يعتمد فيها على العرف في نسبة عدم الاعتداد بالعرف إلى أصحاب هذه الآراء؛ فعلى سبيل المثال جاء في كتاب (المهذب في علم أُصول الفقه المقارن) أن العرف من الأدلة المختلف فيها بين المذاهب[1]، وأنه اختلف في العرف على مذهبين؛ المذهب الأول: أن العرف حُجَّة، ودليل شرعي تثبت عن طريقه الأحكام. والمذهب الثاني: أن العرف ليس بحُجَّة، ولا يصلح أن يكون دليلًا تُبنى عليه الأحكام. لكنه لم يبين أصحاب كل رأي، وذكر أنموذجين للفروع المبنيَّة على هذا الخلاف المعنوي على حد قوله:

أحدهما: الخلاف في المعاطاة، فقال: «إن بيع المعاطاة -وهو: دفع ثمن المبيع للبائع وأخذ المبيع عن تراض بينهما، دون أن يتلفظ أحدهما بشيءٍ- جائز عند أكثر العلماء، ودليلهم العرف؛ لأن البيع قد ورد الشرع بحِلِّه مطلقًا، ولم يُشترط فيه شيء من الألفاظ، ولم يُبين كيفيته، فيرجع ذلك إلى العرف. وخالف في ذلك الكثير من الشافعية، وقالوا: لا يجوز بيع المعاطاة؛ لأن الشارع شرط الرِّضَا لصحة البيع، وهو أمرٌ خفي لا يعرف إلا بالإيجاب والقبول»[2].

الآخر: الخلاف في استحقاق الأجير الصانع لأجرة المثل عند عدم ذكر الأجرة عند العقد[3]، فنسب القول بالاستحقاق للإمام أحمد والإمام أبي حنيفة اعتمادًا على العرف، ونسب عدم الاستحقاق لبعض العلماء الذين لم يذكرهم. ومعلوم أن بعض الشافعية اختاروا عدم الاستحقاق.

والتمثيل بهذين المثالين والاعتماد عليهما في نسبة إنكار حجية العرف للشافعية فيه ما يلي:

الأولى: أن جواز المعاطاة في البيع واستحقاق الأجير المعروف بالعمل أجرته هو اختيار أكثر العلماء في المذهب الشافعي، وهو المعتمد الذي عليه الأئمة، ومن لم يقل بهما من الشافعية لا ينكر العرف بالكلية كما سيأتي.

الثانية: أن هذين مجرد فرعين فقهيين لا يُبنى عليهما حكمٌ أصلي كإنكار حجية العرف، مع وجود مئات الفروع المبنية على العرف.

(١) الرياض. مكتبة الرشد. وممن فعل هذا الأستاذ الشيخ عبد الوهاب خلاف في كتابه علم أصول الفقه (٧٩-٨٠)، إلا أنه بعد أن عرض تعريفه وأنواعه وحكمه، قال: «والعرف عند التحقيق ليس دليلا شرعيا مستقلا».

(٢) المهذب في علم أصول الفقه (٣/ ١٠٢٣).

(٣) المصدر السابق (٣/ ١٠٢٣).

الثالثة: أن هذين المثالين بخصوصهما مستثنيان من قاعدة اعتبار العرف عند الشافعي، كما أفاد ذلك الزركشيُّ في المنثور، وقال: إن المختار في المذهب خلافه[1].

نعم العرفُ يلتقي مع الأدلة المختلف فيها في أمر سنذكره قريبًا إن شاء الله تعالى، وهو أنه يعتبر البيئة التي تطبق فيها الأحكام، لكن لم أجد في المشهور من مصنفات الطريقتين في الأصول عد العرف منها، ولو بتجوُّز وتسمُّح.

إذن فليست حجية العرف حجيةَ إنشاء كما هي في القرآن والسنة، وليست حجيةَ كشف كما هي في الإجماع والقياس، وإنما هي حجية اعتداد في تنفيذ الأحكام، استمدها العرفُ من المصادر السابقة، بحيث يكون هو البيئة التي تعتبر عند تطبيق أحكامها والأداة التنفيذية التي تعين على ذلك، ومن ثمَّ قال الإمام: «ومن لم يمزج العرفَ في المعاملات بفقهها لم يكن على حظ كامل فيها». ونكون بذلك أمام جهات للاعتبار محصورة:

إحداها: مساحات الفراغ التي تركها الشرعُ في تطبيق الأحكام، وأرشد الأمة إلى أن ملءَ هذه المساحات وظيفة الفقيه من خلال عرف زمنه ومكانه.

ثانيتها: تنزيل الشرع للعرف المطرد منزلةَ النطق في الأمور المتعلقة بتعاملات المكلفين تفسيرا وتخصيصا وتقييدا وإذنا وشرطا، ويتعلق بذلك اعتبار أعرافهم القولية، واعتباره قرينة مرجحة للأمر الذي يتعلق به.

ثالثتها: الاعتماد على العرف في كشف مواضع الضرورة الممتدة إلى سلف الأمة في المعاملات، ومواضع الحاجة والمصلحة والمسامحة القائمة بين الناس.

المراد بالاعتبار:

التعبير الشائع في المذهب الشافعي والمذهبين الحنفي والمالكي هو (اعتبار العرف)[2] والاعتبار في الأصل كما يقول الإمام الرازي[3]: «مأخوذ من العبور والمجاوزة من

(١) انظر: المنثور (٢/ ٣٥٦-٣٥٧)، وزاد السيوطي في الأشباه صورًا أخرى لكنها مستثنيات من القاعدة، وليست هي القاعدة (١/ ٩٩).

(٢) راجع على سبيل المثال: المبسوط، للسرخسي (٤/ ١٥٢، ٨/ ١٧٠، ١٤/ ١٨)، العناية شرح الهداية، للبابرتي (٧/ ١٥)، حاشية ابن عابدين (٣/ ٧١٥، ٤/ ١٩٧، ٦/ ٢٧٧)، شرح مختصر خليل للخرشي (٣/ ٦٩) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢/ ١٤٠).

(٣) أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسين بن الحسن بن علي التيمي البكري الطبرستاني الرازي الملقب بفخر الدين، فقيه شافعي أصولي متكلم نظار مفسر أديب شاعر فيلسوف فلكي، صاحب أساس التقديس واللوامع البينات في شرح أسماء الله تعالى والصفات، وصاحب التفسير الكبير (مفاتيح الغيب) والمحصول في أصول الفقه، وغيرها. ت ٦٠٦هـ. انظر: الفتح المبين في طبقات الأصوليين، للأستاذ الشيخ عبد الله المراغي (٢/ ٤٧-٤٨).

شيء إلى شيء، ولهذا سميت العَبْرَةُ عَبْرَةً؛ لأنها تنتقل من العين إلى الخد، وسمي المَعبَر معبرًا؛ لأن به تحصل المجاوزة، وسمي العلم المخصوص بالتعبير؛ لأن صاحبه ينتقل من المتخيَّل إلى المعقول، وسميت الألفاظ عبارات؛ لأنها تنقل المعاني من لسان القائل إلى عقل المستمع، ويقال: السعيد من اعتبر بغيره؛ لأنه ينتقل عقله من حال ذلك الغير إلى حال نفسه، ولهذا قال المفسرون: الاعتبار هو النظر في حقائق الأشياء وجهات دلالتها ليعرف بالنظر فيها شيء آخر من جنسها»[1].

والاعتبار مركبا مع العرف يحتفظ بمعنى الاستدلال ويضاف إليه معنى الاعتداد؛ إذ الاعتداد معنى من معاني الاعتبار، يقول الشيخ الفيومي[2]: «والاعتبار بمعنى الاعتداد بالشيء في ترتب الحكم نحو: والعبرة بالعقب، أي والاعتداد في التقدم بالعقب»[3].

فمعنى كون العرف معتبرًا كونه معتدًّا به شرعا في الاستدلال به على هذه الجهات الثلاث المذكورة قريبا، وهذا هو معنى تحكيم العرف والرجوع إليه؛ ومن هنا افتتح الإمام السيوطي المبحث الخاص بالعرف والعادة في الأشباه، بقوله: «اعلم أن اعتبار العادة والعرف رُجع إليه في الفقه في مسائل لا تعد كثرة»[4].

هذا ما أمكن استنتاجه من فقه الإمام في «النهاية»، وفروع الشافعية في فقههم، وقواعد الجمهور في أصولهم. وقد نوع الإمام في عباراته في الاعتماد على العرف، فتارة يقول: «قد أطبق الفقهاء قاطبة على أن المعتبر في الأقارير والمعاملات إشاعة الألفاظ وما يُفهم منها في العرف المطرد، والعبارات عن العقود تُعنى لمعانيها». وثانية يقول: «من أصحابنا من اعتبر اللفظ وعرفه، ومنهم من اعتبر اللافظ وعرفه، وميل النص إلى اعتبار اللفظ إذا تحققنا أنه لم يكن للافظ قصد، وهذا غائص حسن». وثالثة يقول: «والحكم المرجوع إليه العرف». ورابعة يقول: «ولا يعتبر في ذلك غير الرجوع إلى العرف»... إلخ[5].

(١) تفسير الرازي (٢٩/ ٥٠٤) وراجع: تاج العروس (ع ب ر) النهاية في غريب الحديث والأثر (٣/ ١٧٠).

(٢) أحمد بن محمد الفيومي ثم الحموي... ولد بالفيوم واشتغل ومهر وتميز في العربية عند أبي حيان ثم قطن حماة، وخطب بجامع الدهشة، وكان فاضلا عارفا بالفقه واللغة. صنف المصباح المنير في غريب الشرح الكبير. توفي سنة نيف وسبعين وسبعمائة. راجع: بغية الوعاة (١/ ٣٨٩).

(٣) المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، للفيومي (ع ب ر).

(٤) الأشباه والنظائر (٩٠).

(٥) نهاية المطلب، على الترتيب: (١٤/ ٦١، ١٨/ ٣٥١، ١٣/ ٢٣، ٢/ ٢٤٤).

المبحث الثاني:
ضبط التصديقات

(١)
التعارض بين العرف والشرع

أولا: الأصل العام:

العرف -عند الإمام والشافعية كما مرَّ- هو البيئة التي تُطبق فيها أحكام الشريعة، والأداة التي يُستعان بها على التنفيذ؛ فلا يقبل أن يكون هناك تعارض بين العرف ونصوص الشريعة؛ لأن أفعال المكلفين التي تشكل العرف يجب أن تكون متوافقة مع أحكام الشريعة التي تنطق بها هذه النصوص، وهنا يجب التفريق بين أمرين:

أحدهما: الأعراف والعادات القائمة في زمن التشريع حال ورود النصوص، وهذا -كما يقول الشيخ أبو سنة رحمه الله تعالى- بحث تبارت فيه أقلام الأصوليين، وأدلوا فيه بعصارة أفكارهم، وقد لخص الشيخ فوائده وجمع شرائده، وهو مبحث لغوي قائم على مدى قوة هذه الأعراف -قولية كانت أو عملية- في تخصيص عموم النصوص الشرعية وتقييد مطلقها.

الآخر: الأعراف الحادثة بعد زمن النبي ﷺ، وهي ما يُعنى به هذا البحث، وعلى وجه الخصوص الأعراف العملية (العادات الجارية بين الناس) ويمكن أن نقسمها -في ضوء فقه الإمام في النهاية- قسمين:

(١) ما اتصل بزمن السلف الأول رضوان الله تعالى عليهم.

(٢) ما نشأ في الأزمان التالية منقطع الصلة بزمن السلف الأول.

وما دمنا نتحدث في التعارض فقد خرجنا من دائرة الأعراف التي تحمل عليها نصوص الشرع وعبارات المكلفين إلى دائرة الأعراف التي تنشأ في مقابلة الحكم الشرعي المستقر، سواء كان مصدره المباشر النص أو كان مصدره الإجماع أو القياس، والقياس هنا يشمل الدليل الإجمالي المعروف في أصول الفقه، وهو حمل معلوم على معلوم لمساواته له في علة حكمه، ويشمل القاعدة الكلية أو الأصل المطرد.

والـذي يُسـتنبط من فقـه الإمـام في النهاية أن ما كان حجـةً شرعية سـواء كان النص أو القياس لا يُترك لعرف مخالف؛ إذ لم أقف في النهاية على حكم للإمام قدم فيه عرفا مخالفا لنـص أو قيـاس على النص أو القياس، إلا ما سـيأتي بيانه من مسـتثنيات من هذا الأصل العـام، حتى مـا كان من قبيل الألفاظ الشرعية التي اشـتهرت في العقود والفسـوخ كان مقدما عنده -وفي المذهب- على غيره، ولو جرى العرف به وشاع، قال الإمام: «ما جرى لـه ذكر في الشرع، وتكرر حتى صار مشـهورا في الشرع؛ فهو صريـح، وإن لم يفرض فيه إشاعة في العادة؛ فإن ما عرف شرعا، فهو المتبع، وعليه بنينا حمل الدراهم في الأقارير على النقـرة الخالصـة، وإن كان قد يغلب العرف على خلاف ذلـك»[1]. وقد أقره الزركشي في القواعد[2].

والدليـل الصريح عـلى أن الأصل العام عند الإمام عدم اعتبـار العرف المخالف للحجة الشرعية من نص أو إجماع أو قياس قولُ الإمام في المسـابقة: «نقل الأئمة تردد الشـافعي في أن المتبـع في النضـال القياس أو العـادة التي تجري بين الرماة، وهذا مشـهور على هذه الصيغـة، وهو مشـكل؛ فإن القيـاس حجة في الشرع، فـإن كانت العـادة موافقةً لموجب الـشرع، فلا معنى للتردد، والمتبع الشرع وقياسـه، وإذا كان للرماة عادة يناقضها القياس المعتبر في الشرع، فلا معنى لاتباع عادتهم، والوجه القطع بالتعلق بالحجة الشرعية»[3].

هذا صريح في بيان رأي الإمام في هذه المسـألة، وفقه الإمام في النهاية في باب المعاملات عـلى وجه الخصوص، وكذلك فقه الشـافعية في كتبهم يؤكـد الالتزام بهذا الأصل، وهذا التردد المذكور في النص السـابق عن الشافعي هو في خصوص هذه المسألة، فلا ينسحب حكمـه على غـيره، ولا تؤخذ منه قاعدة عامة، وذلك -كما قـال الحجة الغزالي- لأن أمر البداية أمر هين؛ فلذلك تردد فيه الشـافعي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ[4]، وسـيأتي تفسيره إن شاء الله تعالى.

وقـد نقل الإمام الزركشي كلامَ الإمام في المنثـور ولم يذكر في مقابله رأيا آخر[5]، مما يؤكد أن هذا أمر مستقر في المذهب.

(١) نهاية المطلب في دراية المذهب (١٣/ ٢٩٤).
(٢) المنثور (٢/ ٣٠٦).
(٣) نهاية المطلب في دراية المذهب (١٨/ ٢٥٥).
(٤) الوسيط في المذهب (٧/ ١٨٩).
(٥) راجع: المنثور (٢/ ٣٥٧).

ويزيد الأمر تأكيدا قول الشيخ ابن حجر في الفتح: «والشافعية إنما أنكروا العمل بالعرف إذا عارضه النصُّ الشرعي أو لم يرشد النص الشرعي إلى العرف»[1]. وقول الإمام الغزالي في الوسيط: «ولا يختلف القول في كل عادة تخالف القياس؛ إذ الشافعي لا يترك القياس لأجل عادة مخالفة له»[2]. وإذا كان هذا شأن العرف مع القياس بمعنى القاعدة المطردة فما شأنه مع القياس الأصولي والإجماع والنص؟

وكيف يقبلون العرف الحادث المخالف لنص الشرع أو للقياس وهم يرفضونه إذا كان مخالفا لنص صاحب المذهب أو الأصحاب، وهناك من الفروع ما يسند هذه الدعوى، فإنه لما جرت العادة في زمن الإمام السبكي رحمه الله تعالى بإهمال الناس ذِكر لون القمح المُسلَم فيه وحجمه، وصفها بأنها عادة فاسدة، وقال إنها مخالفة لنص الشافعي والأصحاب، مشيرا بذلك إلى علة وصفه إياها بالفساد. وإذا كان هذا شأن العرف المخالف لنص الشافعي فما القول في المخالف لنص الشرع؟ وسوف نفرد لمسألة تعارض العرف مع نصوص الأصحاب حديثا في هذا المبحث إن شاء الله تعالى.

وثمة نماذج تبين رأي الشافعية في تعارض العرف مع النص أو القياس؛ منها أن الشافعية رفضوا ما جرت به العادة من أخذ رهن مقابل الكتاب المستعار؛ لأنها مخالفة لقياس الرهن القاضي بأنه لا بد من أن يكون في مقابلة دين لا عين، وقالوا ببطلان ما جرت به عادة بعض الناس من كونه يقف كتابا ويشرط أن لا يعار أو لا يخرج من مكان يحبسه فيه إلا برهن[3]. ذلك أن الرهن ثبت في كتاب الله تعالى في مقابل الدين في قوله تعالى عقب آية الدين: ﴿وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُواْ كَاتِبًا فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣]، وحكمة مشروعية العقد تقتضي أن يكون في مقابل الدين؛ لأن مقصود الرهن استيفاء المرهون به -وهو الدين- من قيمة المرهون وثمنه عند تعذُّر الوفاء، وهذا ممكن في الدَّيْن؛ أي ما يثبت في الذمة كالدراهم والدنانير ونحوها من العملات المتداولة؛ وإنما لم يصح الرهن مقابل الأعيان لأنها لا يمكن استيفاؤها من ثمن المرهون عند تعذر الوفاء وبيع العين المرهونة، إذ كيف تستوفى مثلًا ساعة من جنيهات ونحوها، وإذا قلنا تستوفى قيمتها، فإن القيمة تختلف باختلاف المقومين، فيؤدي ذلك إلى التنازع[4].

(١) فتح الباري، ابن حجر العسقلاني (٩/ ٥١٠).
(٢) الوسيط في المذهب (٧/ ١٨٩).
(٣) راجع: حاشية الرملي الكبير على شرح الروض (٢/ ١٥٠)، التجريد لنفع العبيد (٢/ ٣٦٨).
(٤) انظر: الفقه المنهجي، للشيخ مصطفى البغا (٣/ ٢٧٢).

وكذلك قضى الشافعية ببطلان ما جرت به عادة من يريدان الاشتراك في الزارعة -مثلًا- بحيث يبذر أحدهما يوما من مال نفسه، والآخر يوما، وهكذا إلى تمام الزراعة؛ فلم يجعلوها من قبيل الشركة المشروعة التي تقضي بقسمة الربح بينهم؛ وذلك لأن قياس الشركة عندهم اختلاط المالين بغير تمييز، فحكموا باختصاص كل بما يبذره، وتحمله أجرة الأرض فيما يقابله. وطريق الصحة عندهم أن يخلط مريدا الشركة ما يراد بذره، ثم يُبذر بعد ذلك.

وأكثر من ذلك رفض الشافعية كلَّ أنواع الشركات التي أجازتها المذاهب الأخرى إلا شركة العنان؛ إذ لاحظوا في معنى الشركة الاختلاط[1] في المال المعين الموجود بالفعل، ورفضوا كل عقد شركة ينطوي على غرر؛ ومن ثم أبطلوا شركات الأبدان (الأعمال) والمفاوضة والوجوه.

فإن شركة الأبدان عبارة عن شركة بين شخصين أو أكثر من أرباب العمل على ما يكتسبان ليكون بينهما على تساو أو تفاوت[2]، وهي باطلة عند الشافعية سواء اتفقا في الصنعة كنجاريْن أو اختلفا كخياط ونجار؛ لأن كل واحد منهما مميز ببدنه ومنافعه فيختص بفوائده، ولأن المقصود من الشركة الربح، وهو فرع المال، ولا مال هنا.

وأما شركة المفاوضة فمبناها عند الحنفية القائلين بها الانعقاد على الوكالة والكفالة[3]، وقد بينها الإمام الرافعي أتم بيان فقال: «وهي أن يشتركا ليكون بينهما ما يكتسبان ويربحان ويلزمان من غرم ويحصل لهما من غنم[4]، وهي باطلة خلافا لأبي حنيفة رحمه الله، حيث قال: تصح بشرط أن يستعملا لفظ المفاوضة فيقولا: تفاوضنا أو اشتركنا شركة المفاوضة، وأن يستويا في الدين والحرفة..»[5].

(١) ولذلك أخرجوا القراض من كتاب الشركة.

(٢) كذا في كتب الشافعية، وهو قريب مما في كتب الحنفية. راجع: البناية شرح الهداية، للعيني (٧/ ٤٠٨)، الاختيار لتعليل المختار، لمجد الدين الحنفي (٣/ ١٧)، مجلة الأحكام العدلية (١/ ٢٥٨)، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي، للشيخ الدردير (٣/ ٣٦١)، أحكام المعاملات للأستاذ علي الخفيف (٤٩١).

(٣) قال صاحب المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٦/ ٨): «ثم إذا صحت الشركة بالمال، فإن كان مفاوضة صار كل واحد منهما كفيلًا عن صاحبه فيما يلزمه من ضمان التجارات، وما يجوز أن يكون واجبًا بالتجارة، وما يشبه ضمان التجارة، ويصير كل واحد منهما وكيلًا عن صاحبه فيما وليه صاحبه من التجارات».

(٤) فهي كما قال الإمام المرغيناني الحنفي: «شركة عامة في جميع أنواع التجارات، يفوض كل واحد منهما أمر الشركة إلى صاحبه على الإطلاق». الهداية بهامش البناية (٧/ ٣٧٥).

(٥) الشرح الكبير، للرافعي (١٠/ ٤١٦) وراجع ما نسبه الرافعي للإمام الأعظم في المصادر الثلاث السابقة، وتجدر

ووجه المذهب هو مخالفة القياس؛ إذ مبناها على الغرر الفاحش الذي لا تقبله قواعد الشريعة، قال الشافعي: «شركة المفاوضة باطل، ولا أعرف شيئا من الدنيا يكون باطلا إن لم تكن شركة المفاوضة باطلا؛ إلا أن يكونا شريكين يَعُدَّان المفاوضةَ خلطَ المال والعملَ فيه واقتسامَ الربح فهذا لا بأس به.. وإن زعما أن المفاوضة عندهما بأن يكونا شريكين في كل ما أفادا بوجه من الوجوه بسبب المال وغيره فالشركة بينهما فاسدة[1]، ولا أعرف القمار إلا في هذا أو أقل منه أن يشترك الرجلان بمائتي درهم فيجد أحدهما كنزا فيكون بينهما. أرأيت لو تشارطا على هذا من غير أن يتخالطا بمال أكان يجوز؟ أو أرأيت رجلا وهب له هبة أو آجر نفسه في عمل فأفاد مالا من عمل أو هبة أيكون الآخر له فيه شريكا؟ لقد أنكروا أقل من هذا»[2].

ومما رفضه الشافعية ما جرت به العادة في زمان الشيخ الشبراملسي[3]؛ من بيع الحلوى المكونة من خلط اللبن أو العسل بالنِّشا في مقابل الحنطة؛ وذلك لأنها عادة مخالفة للنصوص التي يؤخذ منها -قياسا- بطلان بيع الحب (المطعوم) بما يتخذ منه؛ ولا بما مسته النار من جنسه لعدم العلم بالمماثلة[4].

الإشارة إلى أن اشتراط تساوي أموال الشركاء في القيمة وعدم اختصاص كل شريك بمال يصلح أن يكون رأس مال للشركة في جميع مراحل وجودها، لا يبقي عليها زمنا طويلا، فإن استمرار كل شريك على ما كان له من نقود عند تكوينها وعدم زيادتها بعد ذلك أمر يكاد أن يكون عسيرا.

(١) لأن عقدها على أن يشارك كل واحد منهما صاحبه فيما يختص بسببه كما لو عقدها على ما يملكان بالإرث والهبة مثلًا والتالي باطل. وفيها إشكال آخر وهو أنها شركة معقودة على أن يضمن كل واحد منهما ما يجب على الآخر بعدوانه، فلم تصح كما لو عقدا الشركة على أن يضمن كل واحد منهما ما يجب على الآخر بالجناية. قال السرخسي في المبسوط: «وأما الشافعي -رحمه الله- فإنه ينبني على مذهبه أن الأصل شركة الملك، وما هو موجب المفاوضة قط لا يثبت باعتبار شركة الملك؛ فلهذا أفسدها، وقال: لأنها تتضمن الكفالة بالمجهول للمجهول؛ فإن كل واحد منهما يكون كفيلًا عن صاحبه فيما يلزمه بجهة التجارة، والكفالة للمجهول بالمعلوم باطل، فبالمجهول أولى». المبسوط (١١/ ١٥٣).

(٢) الأم (٣/ ٢٣٦).

(٣) علي بن علي أبو الضياء نور الدين الشبراملسي الشافعي القاهري خاتمة المحققين ووليُّ الله تعالى، محرر العلوم النقلية وأعلم أهل زمانه، تميز بدقة النظر وجودة الفهم وسرعة استخراج الأحكام من عبارات العلماء، وقوة التأني في البحث، ولم يشتهر من مؤلفاته إلا حاشيته على المواهب اللدنية، وحاشية على شرح الشمائل لابن حجر، وحاشية على شرح الورقات الصغير لابن قاسم، وحاشية على شرح أبي شجاع لابن قاسم الغزي، وحاشية على شرح الجزرية للقاضي زكريا، وحاشية على شرح المنهاج المسمى بالنهاية للشمس الرملي، وهي التي نعتمد عليها إن شاء الله تعالى في هذا البحث، لما فيها من تحريرات وتحقيقات مهمة. توفي في سنة سبع وثمانين وألف. والشبرامَلِّسي بشين معجمة فموحدة فراء فألف مقصورة على وزن سَكْرَى كما في القاموس مضافة إلى مَلِّس بفتح الميم وكسر اللام المشددة وبالسين المهملة أو مركبة تركيب مزج، وهي قرية بمصر. انظر: خلاصة الأثر في أعيان القرن الحادي عشر، المحبي (٣/ ١٧٤-١٧٧).

(٤) راجع: حاشية الشبراملسي على النهاية (٣/ ٤٣٦).

ومما رفضه الشافعية ما جرت به العادة من تعيين أئمةٍ لإمامة الصلاة في المساجد بمقابل أجر، ورفضوا أن يجعلوا هذا من قبيل الإجارة المشروعة لمخالفته لقياس الإجارة في القرب؛ لأن القصد من الصلاة امتحان المكلف بها بكسر نفسه بالامتثال، وغيره لا يقوم مقامه فيه. ولما احتيج لمثل هذا التعيين كيَّفوا الأمر بتكييف آخر، فجعلوا ما يأخذه الإمام من باب الأرزاق والإحسان والمسامحة، ورفضوا أن يكون من المعاوضات[1].

وفي إحياء الموات نبه الرملي وابن حجر وغيرهم على ما نأخذ منه أن جريان العادة بالتعدي على حريم العامر لا عبرة به، ولا يستفاد منه إباحة؛ لمخالفته إجماع الأئمة الأربعة والقياس؛ لأن النبي ﷺ قال: «من أحيا أرضا ميتة في غير حق مسلم، فهي له»[2]. ومفهومه أن ما تعلق به حق مسلم لا يملك بالإحياء، ولأنه تابع للمملوك، ولو جوزنا إحياءه، لبطل الملك في العامر على أهله، وهذا لأن أهل العلم متفقون على أن ما قرب من العامر، وتعلق بمصالحه، من طرقه، ومسيل مائه، ومطرح قمامته، وملقى ترابه وآلاته، فلا يجوز إحياؤه، وكذلك ما تعلق بمصالح القرية، كفنائها، ومرعى ماشيتها، ومحتطبها، وطرقها، ومسيل مائها، لا يملك بالإحياء، وكذلك حريم البئر والنهر والعين، وكل مملوك لا يجوز إحياء ما تعلق بمصالحه، وقد أفاد الشيخ ابن قدامة في المغني أن هذا مما لا يعلم فيه خلافا بين أهل العلم[3].

وقد عمت البلوى في القرن العاشر الهجري بالتعدي على حريم نهر النيل- وحريم كل شيء ما تمس الحاجة إليه لتمام الانتفاع وإن حصل أصل الانتفاع بدونه- فلم يجيزوا ذلك حتى ولو كان التعدي ببناء مسجد، بل حكموا بهدمه. قال الرملي: «فيمتنع البناء فيه ولو مسجدا، ويهدم ما بني فيه كما نقل عن إجماع الأئمة الأربعة، ولقد عمت البلوى بذلك في عصرنا حتى ألف العلماء في ذلك وأطالوا لينزجر الناس فلم ينزجروا، ولا يغير هذا الحكم كما أفاده الوالد -رحمه الله تعالى- وإن بعد عنه الماء؛ بحيث لم يصر من حريمه لاحتمال عوده إليه»[4]. وقد وجدنا مثل هذا عند المالكية، يقول العلامة الدسوقي: «وقد

(١) راجع ما قاله الرملي في النهاية (٥/ ٢٩١).
(٢) أخرجه الإمام مالك في الموطأ، كتاب الأقضية، العمل في عمارة الموات (ح٢٨٩٣).
(٣) انظر: المغني لابن قدامة (٥/ ٤١٨).
(٤) نهاية المحتاج (٥/ ٣٣٥-٣٣٦).

وقعت الفتوى قديما بهدم ما بني بشاطئ النهر وحرمة الصلاة فيه إن كان مسجدا كما في المدخل وغيره»[1].

أما الانتفاع بحافة النهر بوضع المزارعين والصيادين وغيرهم الأحمالَ والأثقال وبناءِ شيء -من قصب مثلًا- لحفظ الأمتعة فيها؛ حيث كان للارتفاق به ولم يُحدث ضررًا، ولم يضيق على المارة ونحوهم ولا عطل أو نقص منفعة النهر، فإنه جائز.

فإذا ما عدنا إلى الإمام وجدناه يتناول حكمَ بيع الثوب المطوي الذي ينقص بالنشر (البسط)؛ أي أن الثوب يكون مطويا في طبقات، فإذا ما بُسط عند البيع تأثر بالبسط سلبا، فنجده يُصحِّح البيع، نظرا لما في البسط من التنقيص، ويُلحق ذلك ببيع الجوز، الذي يقصد منه لُبُّه، فإنه لما كان في كسره إبطالُ مقصود الادِّخار، وانضمَّ إلى ذلك عموم العرف، صح العقد كما أفاد الإمام[2].

أما إذا انتفت الضرورة ولم يبق إلا التحايل على تحصيل الأموال فلا عبرة بجريان العرف الذي يترتب عليه الغرر الفاحش بغير حاجة؛ لأن العلم بالمعقود عليه شرط يفسد بالإخلال به العقد، ولذلك حكم إمام الحرمين بعدم صحة بيع بعض أنواع الثياب -في عصره- في أغلفتها دون رؤيتها، ولم يعتبر جريان العرف ببيعها بهذه الصورة. قال:

«فإن قيل: عمَّ العُرف ببيع الثياب التَّوزيَّة في المُسوح، قلنا: لا يتجه فيه إلا التخريج على بيع الغائب، وعموم عرف أهل الزمان يُحمَل على مقصود المالية، والإضراب عن رعاية حدود الشرع على قول من يمنع بيع الغائب»[3].

فقرر الإمام أن جريان العرف هنا لا عبرة به، وذلك لمخالفته قياس المعاوضات المأخوذ من عموم أدلة الشرع الناهية عن الغرر في المعاملات، وهو ما تردد بين أمرين أغلبهما أخوفهما أو ما انطوت عن العاقدين عاقبته مما يؤدي إلى الحسرة والندم. والذي يظهر من الكلام أن هذه الثياب لا تخرج من الأغلفة عند البيع، مع عدم الحاجة لذلك، وقد رد صنيعهم إلى المحافظة على المالية المقترن بعدم رعاية حدود الشرع،

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للشيخ الدردير (٤/ ٦٧).

(٢) نهاية المطلب (٥/ ١٣).

(٣) المصدر السابق (٥/ ١٤) الثياب التوزية: نسبة إلى مدينة (توز) وزان فعل، مدينة من بلاد فارس، وعوام العجم تقول: توز بفتح التاء. المسوح: جمع مسح، وهو ثوب غليظ من الشعر، فهل المعنى أن الثياب التوزية كانت تعرض للبيع ملفوفة في «المسوح» أم أن «المسوح» علم على نوع من الأغلفة كانت تدرج فيها الثياب التوزية. كما هو المفهوم من السياق؟ انظر: حاشية محقق النهاية (٥/ ١٤).

ولذلك قال: والذي يحقق ذلك أن من أراد ابتياع ثوب بعينه ممَّا في المسح، فإنه يراه عرفًا، ثم يشتريه[1].

هذا قليل من كثير من النماذج التي وقفت عليها أثناء البحث مما يبين رأي الشافعية عموما والإمام بخاصة في تعارض العرف مع النص والقياس.

ثانيا: المسائل التي ظاهرها تقديم العرف المخالف:

اشتهر عند الحنفية أن العرف العام المخالف للدليل العام في بعض أفراده أو المخالف للقياس، يخصص به العام ويترك به القياس، وقد نص على هذا الإمام ابن عابدين في رسالته في العرف، بل إن من الحنفية من أعطى للعرف الخاص هذه الخاصية مراعاة لحاجة الناس ورفعا للضرر، وهو قول ضعيف عندهم. وقد حاول الشيخ أبو سنة -رحمه الله تعالى- أن يرد العرف الذي يخص به الدليل إلى أصل من الأصول المعتبرة كالإجماع أو القياس أو المصلحة المرسلة أو رفع الحرج، وأكثر من ذلك جعل لهذا العرف قوة إلغاء النص بالكلية ما دام مبنيا على أصل شرعي معتبر مع قيود شدد عليها[2].

وأصل المسألة يرجع إلى تعارض العرف المجتمعي مع الدليل الشرعي الخاص أو العام، والقاعدة العامة التي نستقيها من فقه إمام الحرمين والشافعية أن العرف ولو كان عامًّا لا يترك به القياس، فضلًا عن أن يخص به النص، إلا في أحوال يمكننا القول -بتجوز- إنها مستثنيات من هذا الأصل العام فيما يخص القياس؛ لأن العرف فيها لا يستقل بالاعتبار كما سيأتي، وإنما يكون خلف العرف أدلة أخرى هي المعتبرة.

من المسائل المشهورة في المذهب التي ظاهرها مخالفة العرف للقياس مسألة سقوط نفقة الزوجة في الطعام إذا رضيت بالأكل مع زوجها، وهذه المسألة قال فيها الإمام: «لو رضيت بأن تأكل مع زوجها من غير إجراء تمليك وتملك واعتياض، فهذا مما اختلف الأصحاب فيه: فمنهم من جرى على قياس المذهب، ولم يسقط النفقة بهذا، وإن كان الزوج يرى إطعامها عوضا عن حقها عليه، فما يتعاطاه سحت. ومن أصحابنا من أجاز ذلك، وبناه على مذهب المسامحة والاتباع؛ فإن الأولين كان يعم هذا الاعتياد منهم من غير إجراء اعتياض»[3].

(١) نهاية المطلب في دراية المذهب (٥/ ١٤).

(٢) راجع: رسالة العرف والعادة للشيخ.

(٣) نهاية المطلب في دراية المذهب (١٥/ ٤٣٤).

وفي طوق الناظر إذا تأمل في تعليل الإمام والشافعية للمعتمد -الذي هو سقوط النفقة برضاها بالأكل- أن يعلم أن العرف الذي بني عليه الحكم محاط بسياج الاتصال بزمان النبي ﷺ ومن بعده، من غير نزاع ولا إنكار ولا خلاف، حيث لم ينقل -كما قيل[1]- أن امرأة طالبت بنفقة بعده، ولو كان لا يسقط مع علم النبي ﷺ بإطباقهم عليه لأعلمهم بذلك، ولقضاه من تركة من مات ولم يوفه، وهذا لا شك فيه.

العرف هنا لم يقض على الدليل عند الشافعية، وإنما نحن أمام دليلين:

- تقرير من النبي ﷺ كشف عنه جريان العادة.

- إجماع سكوتي من السلف والأئمة كشف عنه جريان العادة بأن النفقة تسقط في هذه الحالة.

ومن المسائل التي ظاهرها معارضة العرف للقياس مسألة إقراض الخبز وزنا وعددا، وأصل هذه المسألة أن قاعدة القرض أن كل ما يسلم فيه يجوز إقراضه، وما لا يسلم فيه لا يجوز إقراضه، بناء على أن الواجب في المثلي رد المثل وفي القيمي رد المثل صورة؛ «لأنه ﷺ اقترض بكرا ورد رباعيًّا، وقال: إن خياركم أحسنكم قضاء»[2]. وكل هذا من أجل ضمان حق المقرض في الحصول على عين ما أقرض أو مثله حقيقة أو صورة، مع اعتبار ما فيه من المعاني أو قيمته كما نص عليه الخطيب[3] في المغني[4]. فكان القياس حينئذ عدم جواز إقراض الخبز؛ لأنه مما لا ينضبط لاختلاطه ولتأثير النار فيه، ولأنه يؤول إلى مقابلة الخبز بالخبز وهو من الربويات التي لا يجوز فيها حلول ولا أجل.

غير أن المعتمد عند الشافعية جواز إقراض الخبز وزنا، وأجاز بعضهم رد مثله عددا، واعتمده بعض المتأخرين اعتبارا لاطراد العرف به؛ لكن العرف هنا استمد قوته مما قال

(١) أفاده الإمام النووي في روضة الطالبين (٩/ ٥٣)، ونقله العلامة الرملي الكبير في حاشيته على أسنى المطالب (٣/ ٤٣١)، وراجع: الغرر البهية في شرح البهجة الوردية (٤/ ٣٨٣).

(٢) صحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب من استسلف شيئًا فقضى خيرًا منه، وخيركم أحسنكم قضاء (ح١٦٠٠).

(٣) الشيخ الإمام العالم العلامة الهمام الخطيب شمس الدين محمد الشربيني القاهري الشافعي، تلميذ الشهاب الرملي، وصاحب تفسير السراج والشرح الماتع على منهاج الطالبين المسمى بمغني المحتاج، وهو معتمدنا هنا مع شرحه على أبي شجاع المشهور بالإقناع، وهما مطبوعان والحمد لله رب العالمين. ت ٩٧٧هـ. راجع ترجمته في: الكواكب السائرة بأعيان المائة العاشرة، نجم الدين الغزي (٣/ ٧٢-٧٣)، الأعلام للزركلي (٦/ ٦).

(٤) مغني المحتاج (٢/ ١١٩).

الشيخ القليوبي[1]: «وهو ما جرى عليه الناس في الأمصار والأعصار فالوجه اعتباره والعمل به»[2].

وقد أضاف إمام الحرمين معنى آخر، قال: «ومنهم من جوز للحاجة الماسة، كما يجوز مقابلة الدراهم بالدراهم من غير تقابض»[3]. وعلل شيخ الإسلام زكريا الأنصاري جوازَ الإقراض بإجماع أهل الأمصار على فعله في الأعصار بلا إنكار مما يعكس حاجة الناس الماسة لمثل هذه المعاملة. وقال الإمام الرافعي: «للحاجة العامة وإطباق الناس عليه»[4]. وقال الرملي في نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج: «ويستثنى من ذلك جواز قرض الخبز والعجين ولو خميرا حامضا للحاجة والمسامحة»[5].

فنحن إذن أمام علة للجواز مركبة من:

- استناد هذه العادة إلى زمن النبي ﷺ وتمكنها بتقريره ﷺ، وإجماع من بعده ﷺ إجماعا عمليا على الجواز[6].
- اقتران العادة بالحاجة الماسة التي قد تصل إلى منزلة الضرورة.
- اقتران العادة بجريان المسامحة بين الناس في الفروق التي بين الأرغفة.

---

(١) أحمد بن أحمد بن سلامة المصري القليوبي الشافعي، الإمام العالم العامل الفقيه المحدث أحد رؤساء العلماء المجمع على نباهته وعلو شأنه، وكان كثير الفائدة نبيه القدر، أخذ الفقه والحديث عن الشمس الرملي، ولازمه ثلاث سنين وهو منقطع ببيته، ولازم النور الزيادي وسالم الشبشيري وعليا الحلبي، وكان مهابا لا يستطيع أحد أن يتكلم بين يديه إلا وهو مطرق رأسه وجلا منه وخوفا، ولا يتردد أحدًا من الكبراء، ويحب الفقراء ولا يقبل من أحد صدقة مطلقا، بل كان في غالب أوقاته يُرى متصدقا. وألف مؤلفات كثيرة عم نفعها؛ منها حاشية على شرح المنهاج للجلال المحلي، وحاشية على شرح التحرير لشيخ الإسلام، وحاشية على شرح أبي شجاع لابن قاسم الغزي، وحاشية على شرح الأزهرية، وحاشية على شرح الشيخ خالد على الآجرومية، وحاشية على شرح إيساغوجي لشيخ الإسلام، ورسالة في معرفة القبلة بغير آلة، وكتاب في الطب جامع، ومناسك الحج، وغير ذلك من الرسائل والتحريرات المفيدة، وكانت وفاته في أواخر شوال سنة تسع وستين وألف. خلاصة الأثر في أعيان القرن الحادي عشر، المحبي (١/ ١٧٥).

(٢) قليوبي على الجلال (٢/ ٢٥٩)، وحكى القول بالجواز عن العلامة الطبلاوي. وانظر: حاشية الجمل على شرح المنهج (٣/ ٢٥٨). قال السيد عمر البصري: «قد يؤيده أن الخبز متقوم والواجب فيه رد المثل الصوري». نقلًا عن الشرواني على تحفة المحتاج (٥/ ٤٤).

(٣) نهاية المطلب (٥/ ٤٥٢).

(٤) الشرح الكبير (٩/ ٣٦٥).

(٥) نهاية المحتاج (٤/ ٢٢٧).

(٦) وجواز الإقراض وزنا وعددا مذهب الإمام أحمد، وقد ذكر الشيخ ابن قدامة هذه العلل التي ذكرها الشافعية، وأضاف بعض الأحاديث الدالة على الجواز. راجع: المغني، للشيخ ابن قدامة (٤/ ٢٣٩).

فـإذا صح اتصال هذه العادة بزمن رسـول الله ﷺ وحصل الإجمـاع العملي على جوازها كان العرفُ مجرد كاشف عن هذا، وكان الاعتبار الحقيقي بالتقرير والإجماع. وإذا لم يثبت هذا الاتصال كان المعتبر هو الحاجة الماسـة والإجماع العمـلي من الصحابة والتابعين على الجواز.

وأمـا ما عم في عادات السـلف في زمان الصحابة والتابعين ومـن بعدهم من غير إنكار، فيسـتمد قوتـه من الإجماع العملي من السـلف على الجـواز؛ لأن الصحابـة والتابعين من بعدهـم -رضي الله عنهـم أجمعين- لم يكونوا ليسـكتوا عن الإنكار عـلى المخالف، وهذا ينقلنا للحديث عن قضية مهمة وهي (إطباق الناس من غير نكير). وقد جعلها الزركشي -في البحر المحيط- من الأدلة التي يسـتعملها الفقهاء، ومثل لها باستدلال الشافعية على طهـارة الإنفحـة بإطباق النـاس عـلى أكل الجبن، واسـتدلالهم على جواز قـرض الخبز، واسـتدلال الحنفية على جواز الاستصناع[1] لمشاهدة السلف له من غير إنكار مع ظهوره واستفاضته، ودخول الحمام من غير شرط أجرة ولا تقدير انتفاع وغير ذلك[2].

والمسـائل التي بناها الشـافعية على هـذا الدليل عديدة؛ منهـا في المعاملات: صحة ضمان الـدرك وكفالة البدن[3]، فأما ضمان الدرك فهو أن يلتزم البائع لمن يشـتري منه سـلعة أن يردَّ له ثمنها، إن تبين أن السـلعة معيبة أو ناقصة أو مسـتحقة لشخص آخر، أي مغصوبة أو مسروقة أو ضائعة، ووجدها صاحبها، فإنه يقيم البيِّنة عليها ويأخذها، لأنه أحقُّ بها، ففـي هذه الحالة يعود المشـتري عـلى الضامن بثمنها. وإنما صحَّ هـذا الضمان على خلاف قياس الضمان الذي يشترط في الدين المضمون أن يكون ثابتا، وضمان الدرك ضمان لدَيْن لم يثبـت. وأما كفالة البدن فهي نوع مـن الكفالة، وهي أن يلتزم الكفيل إحضارَ المكفول إلى المكفـول له، والأصل في الضمان أن يتوجـه على الديون لأنها أموال تدخل تحت اليد، أمـا الإنسـان الحر فلا يدخل تحت اليد، فهـي ضعيفة من جهة القيـاس، ولكنها جوزت لإطباق الناس عليها ولأدلة أخرى تذكر في مظانها. ومنها جواز الانتفاع بالطريق النافذ

(١) الاستصناع كما يؤخذ من كتب الحنفية يشبه المقاولة في العصر الحاضر، فهو عقد بين مستهلك ومنتج على سلعة غير موجـودة يتعهـد المنتج بتوفيرها في مقابل ثمن يدفع بحسـب الاتفاق، فهو يخالف السـلمَ في أمر مهم يتوقف عليه صحة السلم، وهو أنه لا يشترط فيه تسليم الثمن مقدمًا في مجلس العقد، بل يجوز تقسيطه أو تأجيله.

(٢) البحر المحيط (٦/ ٥٠).

(٣) راجع: الشرح الكبير، الرافعي (١٠/ ٣٦٥، ٣٧٣).

(الشارع) بشرط انتفاء الضرر[١]، وجواز توكيل الصبي المميز في بعض التصرفات؛ إذ الأصل في المعاملات ألا تصح إلا من البالغ العاقل[٢]، وجواز معاملة من لا يعرف حاله؛ أي من العدالة وغيرها[٣]، وصحة الإهداء من الأعمى[٤].

وهذا الإطباق -كما قال الإمام الزركشي- يقرب من الإجماع السكوتي[٥] ويقوم مقام التصريح بالتجويز؛ لأن النهي عن المنكر لازم للأمة، بل قال إمام الحرمين في الكلام على وجوب ركعتي الطواف: «وقد يستدل الشافعي على وجوب الشيء بإطباق الناس على العمل، وما كان متطوعا به فالعادة تقتضي تردد الناس فيه»[٦].

وسر المبالغة بما قال الإمام هنا أنه جعل إطباق الناس على العمل دليلا على وجوب العبادة، والأصل في العبادات الحظر، فإذا كان لهذا الدليل قوته في العبادات ففي المعاملات أولى؛ لأن الأصل فيها الإباحة، فإذا أطبق الناس على العمل كان دليلا على صحته؛ سيما وأن المعروف عن الصحابة والتابعين عدم السكوت على المنكر.

ويمكن أن نضيف إلى هذا معنى آخر يقوي العمل بهذا الدليل ويعضد قربه من الإجماع السكوتي، وهو أن أكثر الأمور التي تدخل تحت هذه الدائرة مما عمت به البلوى بين الناس، ولعله لذلك أطلق عليه الحنفية (الإجماع العملي)[٧] وهو حجة عندهم، وقد استدل شيخ الإسلام على جواز قرض الخبز -كما تقدم- بإجماع أهل الأمصار على فعله في الأعصار بلا إنكار.

كما أن إطباق المسلمين على العمل يُشعر بالحاجة الماسة إليه، ولذلك وجدنا اقتران الحاجة بالإطباق في تعليلات الشافعية، فقال الرافعي في تعليل جواز إقراض الخبز:

---

(١) راجع: أسنى المطالب (٢/ ٢١٩).

(٢) راجع: حاشية الرملي الكبير على شرح الروض (٢/ ٢٦٤).

(٣) راجع: التحفة (٥/ ١٦٦).

(٤) راجع: حاشية الشرواني على التحفة (٦/ ٢٩٩).

(٥) الإجماع السكوتي هو أن يقول بعضُ المجتهدين في عصر من العصور قولًا في مسألة ما، أو يعمل عملا ينقل عنه ويشتهر بين علماء عصره، ولا ينكره عليه أحد، مع تجرد السكوت من علامات الرضا والسخط وانتفاء الموانع عن إبداء الرأي ومضي مدة كافية للنظر وغير ذلك من الشروط، راجع تعريف الإجماع السكوتي وحكمه وشروطه في: دراسات حول الإجماع والقياس، د/ شعبان إسماعيل.

(٦) نهاية المطلب (٤/ ٢٩٤).

(٧) انظر مثلًا من تطبيقاته عندهم في: فتح القدير للكمال بن الهمام (١/ ١٠٠، ٦/ ٣٩٨، ٧/ ١١٥)، حاشية ابن عابدين (رد المحتار) (١/ ٦٠١) التحرير وشرحه التقرير والتحبير، لابن أمير حاج (٢/ ٢٧٧).

«للحاجة العامة وإطباق الناس عليه»[1]. وقال الإمام النووي في جواز إرسال الصبي في الحاجات: «ولا يقال هذا تصرف في منفعة الصبي؛ لأن هذا قدر يسير ورد الشرع بالمسامحة به للحاجة واطرد به العرف وعمل المسلمين. والله أعلم»[2].

بيد أن هذا الإطباق -كما قال الإمام الزركشي- لا يتم إلا إذا اتفق في عصره -عليه السلام- أو في عصر الصحابة والتابعين. وأما بعد ذلك فتزايد الحال إلى هذا الزمان (زمان الإمام الزركشي) الذي كم فيه من بدعة، وقد تواطئوا على عدم الإنكار لها، فلا ينبغي أن يجعل الإطباق على الفعل مع عدم النكير دليلا على الإباحة على الإطلاق.

وبناءً على انتفاء هذا الأصل في البيع حكم الإمام ببطلان المعاطاة فيه، فقال: «وهذا يخالف ما عمت به عادات الناس بعد ذلك بسبب دروس التقوى في الاكتفاء بالمعاطاة في البياعات؛ فإنها عادة لا يمكن دعوى إسنادها إلى الأوَّلين»[3]. واعتياد الناس المعاطاة في البيوع مظهر من مظاهر اندراس شعار التقوى لا يمكن الاعتماد عليه؛ لأن الأصل في الأفعال أنها لا تكفي وحدها في تكوين العقد وترتب آثاره الشرعية، ولو رافقتها القرائن، وهذا هو الأصل الذي اعتمد عليه الإمام في رفض المعاطاة في البيع[4] وإن كانت مقبولة في المعتمد لأدلة أخرى.

إذن إسناد الأمر إلى الأولين له قوته في مخالفة القياس؛ وهذا أمر يصعب التحقق منه في عصرنا؛ فانحصر العمل بهذا الدليل في أمور تكاد تكون معدودة، وسر الاعتداد به أفصح عنه الإمام في موضع من النهاية بما يزيل من قلب المتوهم الريب، فقال: «ومن بحث عن جريان الأولين في التفصيل، ورُزِق التوسع في الأخبار والآثار، فلا يلقى مذهبا لأئمة السلف إلا مستندا إلى أثر»[5].

ومن القضايا المهمة في باب اعتبار العرف، وبخاصة في حالة تعارض العرف مع القياس قضية المسامحة، والملاحظ في أغلب المسائل التي بناها الشافعية على (إطباق الناس بغير نكير) اشتمال الأمر على المسامحة، وقد نبه الإمام الرملي على هذا إشارة في تعليله لجواز

(١) الشرح الكبير، للرافعي (٩/ ٣٦٥).
(٢) شرح الإمام النووي على صحيح الإمام مسلم (١٦/ ١٥٦).
(٣) نهاية المطلب (٨/ ٤٠٨).
(٤) راجع: المصدر السابق (٥/ ٣٩٣، ٤٣٢، ٧/ ١٦٨، ٨/ ٤٠٧-٤٠٨).
(٥) المصدر السابق (١٥/ ٢٥٣).

إقـراض الخبـز والخميرة وزْنًا. والملاحـظ أيضا في كثير من المسـائل التي جوزت لجريان العـرف بها اعتماد العرف على جريان المسـامحة بين النـاس فيما جرى به. من أمثلة ذلك أن القياس في الأملاك حظر الانتفاع بها إلا لمالكها أو لمن يأذن له، ومع ذلك لما جرت العادة العامة بمسامحة الناس بعضهم بعضا في الارتفاق بالأملاك، كالاستناد إلى جدار الغير أو الاستظلال بشجرته أو الاستضاءة بسراجه أو المرور بأرضه بغير ضرر في الجميع -حرم الشافعية[1] منع أصحاب الأملاك غيرهم من وجوه الانتفاع التي جرت بها العادة العامة بـشرط عدم إلحاق الضرر بها، وقالـوا إن المنع منها محض عناد. قال الإمام: «التصرف في الجـدار المشـترك تصرفٌ في ملك الشريكِ، والتـصرف في ملك الشريك من غير إذنه غيرُ سائغ، ولا يمتنع على كل واحد من الشريكين أن يستند إلى الجدار المشترك، أو يسند إليه شيئًا من الأمتعة؛ فإن هذا النوع من المنفعة غيرُ معتدٍّ به، ولا أثر له. ولو استند إنسان إلى جدارٍ خالص لغيره، لم يمتنع ذلك.. وأمَّا الاسـتظلال بظل جدار للغير في الشـارع، فلا أثر له، ولا يملك مالك الجدار المنعَ منه»[2].

ومن القضايا المهمة أيضا في مبحث التعارض المصلحة، والمقصود بالمصلحة هنا المصلحة العامـة للمعاملة والمتعاملين، فـإذا جرت العادة العامة بأمر مخالـف لقياس المعاملة لكنه يعـود عليها بمصلحة ظاهرة فإن الأمر يختلف بحسـب شـدة المخالفة، وقـد قرر الإمام الأصـل العـام الـذي يجمع الحالتـين، واختار أن المخالفـة إذا ضعفـت احتملت فقال في المسـابقة: «إذا عظم وقع القياس، وبعُد ما يُرعى من عادة الرماة عن القياس بُعدًا ظاهرًا مصادمًا للفقه والمعنى، فليس إلا اتباع القياس، وإنما يحتمل مجانبة القياس إذا قرب الأمر، كالبدايـة التي ذكرناها، فـإن الأمر فيها وإن كان مقصودًا ليس واقعًا»[3]. ومراده بالبداية بداية الرمي.

لكـن يجـب التنبه إلى أن رأي الإمام مبني على معنى مهـم لاحظه، وهو حصول المصلحة مـن العـادة المخالفـة، قـال: «إذا رأى الرُّماة أمرًا فيما بـين أظهرهم من مصالـح المعاملة، وليس ما رأوه مما يشـهد له قياس، فهل نتبـع ما رأوه مصلحةً، أم نرد المعاملة إلى موجب

(١) راجع: نهاية المحتاج (٤/ ٤١٠) أسنى المطالب (٢/ ٢٢٣-٢٢٤).

(٢) نهايـة المطلـب (٦/ ٤٨٥-٤٨٦)، وأصل هذا في كلام الإمام الشـافعي في كتـاب الصلح: الأم (٢/ ٢٣٠)، مختصر المزني (٨/ ٢٠٤).

(٣) نهاية المطلب (١٨/ ٢٥٦).

القيـاس؟ هـذا محل التردد»[1]. والمصلحـة المترتبة على هذه العادة العامة هنا هي تنشـيط الرياضة القتالية من خلال حفز المتنافسـين على إخراج السَـبَق (المكافأة) التي تشجع على التنافـس، وهـو في الحقيقة أمر يعود على المسـلمين جميعا بالخير؛ لأن الأصل أن المسـابقة والمناضلة سنة موروثة عن الرسول ﷺ إذا قصد بهما التأهب للجهاد وقتال الأعداء.

ولم أقف في كلام الإمام إلا على هذا الموضع، وظاهر أنه اختيار للإمام تفرد به، وظاهر من كلام الإمـام الغزالي رحمه الله تعالى الـذي تقدم أول المبحث رفض مخالفة القياس مطلقا، وقد صرح به في المسابقة، فأفاد أنه لو شرط لبعضهم التقدم فهو باطل كما في المسابقة.

ومعنى هذا أن الشـافعي -رحمه الله تعالى- لا يـتردد في طرح الأعراف المخالفة للقياس، وأما سبب تردده في مسألة البداية في الرمي بخاصة فهو ضعف المخالفة فيها كما تقدم، أو بعبارة حجة الإسـلام أن أمر البداية أمر هين، ولعل هونه بسـبب أنه لا يترتب عليه غبن فاحـش ولا كبير ظلم لبقية الرماة؛ غايـة الأمر أن البادئ يصادف الهدف خاليا، بخلاف منافسه، وهو أمر يتسامح فيه كما يتسامح في تخلف بعض صفات المسلم فيه عند القبض، وكما يتسـامح في الغبن اليسير الذي يتعرض له الشريك والوكيل والمضارب، والمعتبر في ضبط الغبن اليسير العرف كما نص عليه جمع من المتأخرين، فقال الرملي: «الأوجه اعتبار العـرف المطرد في كل ناحية بما يتسـامح به فيهـا»[2]. وقال ابن حجـر: «الأوجه أن يعتبر في كل ناحيـة عرف أهلها المطرد عندهم المسـامحة به»[3]. وكما يتسـامح في ارتكاب الغرر الحقير للمشقة كما فصلناه قريبا بفضل الله تعالى ومنِّهِ.

(٢)
العرف العملي واللغة

العـرف العمـلي (العادة) معتـبر عند الفقهاء وعند الإمام فيـما لا ضبط له شرعا كما قرره الإمـام الزركـشي في المنثـور، وهـذا لا إشـكال فيـه. ومـن أهم وجـوه اعتبـار الأعراف العمليـة تنزيـل عبـارات العاقديـن عليهـا، فتفـسر مجملهـا وتقيـد مطلقهـا وتخصـص عامهـا، قـال الإمـام: «العـادة المطـردة تُنـزل المعنى المـتردد في اللفـظ على وجـهٍ واحد،

(١) المصدر السابق (١٨/ ٢٥٦).
(٢) نهاية المحتاج (٥/ ٣٢) وراجع: شرح الروض لشيخ الإسلام (٢/ ٢٦٨).
(٣) تحفة المحتاج (٥/ ٣١٦) وراجع: شرح الإرشاد، لابن حجر الهيتمي (١/ ٥١٤).

وهـذا بمثابـة حمـل النقود المطلقة في العقـود على ما يعـمُّ في المعاملة جريانُـه. فهذا أثر في العادة لا ينكر»[1].

وقـال في موضـع ثان: « العـادة تفسِّر اللفـظَ المجمـلَ في العقود وفاقًا، وعـلى هذا تحمل الدراهـم المطلقة عـلى غالب النقود يوم العقـد»[2]. وفي معناه قولـه: «والعرفُ إذا اقترن باللفظ المجمل بيَّنه وأوضحه»[3].

وقـال في موضـع رابع: « ويجري اللفظ إذا لم يُرد التقييد على ما ذكرناه مجرى اللفظ العام، والعـرفُ المقترن بـه في حكم المخصص، وهذا بمثابة ذكر الدراهـم في العقود، مع تعيين العرف لنقدٍ من النقود»[4].

كـما تنزل العادة منزلة الشروط فتقـترن بالعقود وإن لم يصرح بها العاقدان، قال الإمام في سياق بيان ما يلتزم به كل من المؤجر والمستأجر: «فأما العادةُ المطَّردة، فنِعْم المرجعُ هي في أمثال هذه المعاملات، ولها أثران:

أحدهما: تقييدُ اللفظ المطلق. وهذا معلوم من أثر العادة، وبيانُه فيما نحن فيه أن السير إذا أطلق في مسـلكٍ فيه مراحل، فليس في اللفظ تقييد في مقدار السير، ولا في كيفيته، ولكن العادة المطردةَ تُنزل المعنى المتردد في اللفظ على وجهٍ واحد.

والأثـر الثـاني: أن العادة إذا اقتضت شـيئًا، وليـس في لفظ العقد له ذكـرٌ، لا على إجمال، ولا عـلى بيان، فهذا موضعُ نظر الفقهاء، ثم ينقسـم، فمنه ما تظهر العادة فيه على اطرادٍ، كالإعانـة عـلى وضـع الحُمولـة ورفعها، في الإجـارة الواردة عـلى العين. ظاهـرُ المذهب أن ذلـك واجـبٌ، وكأن العـادة نطقت به»[5]. ويلخـص هذا الأثر الأخير قـول الإمام: «والعـادة إذا اطـردت كانت بمثابـة التصريح بالشرط. وهذا أصـلٌ، لا حاجة إلى تقريره بالشواهد»[6].

(١) المصدر السابق (٨/ ١٤٩).
(٢) نهاية المطلب (٨/ ٢٠٦).
(٣) السابق (٨/ ١١٢).
(٤) السابق (١١/ ٣٩٠).
(٥) نهاية المطلب (٨/ ١٤٩-١٥٠).
(٦) المصدر السابق (٨/ ٣٩٣).

وهـذا كلـه في ظاهـره يتعارض مع مـا قرره جمهـور الأصوليين من أن العـرف العملي لا يعـارض اللغـة ولا ينقل ولا ينسـخ؛ أي لا يقوى على معارضـة اللغة، فلا يخصص عاما ولا يقيد مطلقا[1].

والـذي ظهر للباحث أن كلام الأصوليين ملاحظ فيـه الغلبة؛ غلبة عدم اعتبار العادات الفعليـة مـع الألفاظ اللغوية، سـواء صدرت عن الشـارع أو المكلفـين، وهو الحق الذي تتظاهـر على تأييـده الأدلة، غـير أن التقعيد والتطبيـق الفقهيين اسـتثنوا العقود من هذه القاعدة، فكانت القاعدة العامة: أن العرف العملي لا سلطان له على الألفاظ والتراكيب إلا في العقود، ونسـتأنس هنا بما قاله الإمـام الرافعي في وجه اعتبار العرف في المعاملات دون الأقارير: «الغالب أن المعاملة في كل بلد تقع بما يروج فيها ويتعامل الناس بها»[2].

يقول الإمام السـبكي: «أما العوائد الفعليـة، فإن كانت خاصة فلا اعتبار بها. وإن عمت واطـردت فقـد اتفـق الأصحاب على اعتمادهـا وذكروا لهـا أمثلة (منها) تنزيـل الدراهم المرسـلة في العقـود على النقد الغالب.. وقد أطلق الأصوليـون أن العادة الفعلية لا تعتبر فلا تخصص عاما ولا تقيد مطلقا.. والسبب في ذلك أن العرف القولي ناسخ للغة وناقل للفـظ، والفعـل لا ينقـل ولا ينسـخ ولا معارضـة بينه وبـين اللغة، وإطلاقهـم في ذلك صحيح، وما قدمناه غير معارض له والله سبحانه وتعالى أعلم»[3].

وكل الأمثلة التي أوردها الإمام السـبكي رحمه الله تعالى في اعتبار العرف العملي مما نقلته ومـما لم أنقلـه إنما هـو في العقـود، وما قدمه مـن مثال لبيان أثـر العرف القـولي إنما هو في الأيـمان، وهـذا هو الذي جرى عليه الإمـام في النهاية؛ فالقول الـذي تطمئن إليه النفس ويميل إليه القلب أن العقود مستثناة من هذا الحكم العام.

الفرق بين العرف القولي والعرف العملي المتعلق بالدلالة:

ثمـة فارق دقيق بـين تعلق العرفين القـولي والعملي بالدلالة له تأثـير واضح في الأحكام الشرعية، وهو أن العرف القولي عبارة عن شيوع استعمال لفظ أو مركب في معنى معين، ومـن ثم فـإن تعلقه بالدلالة تعلق مبـاشر؛ لأن عمله ينصب على وضـع اللفظ للمعنى،

(١) راجع: الفروق (١/ ١٧٣-١٧٥) تكملة المجموع، للسبكي (١١/ ٤١٧-٤١٨).

(٢) الشرح الكبير، للرافعي (١١/ ١٣٢).

(٣) تكملـة المجمـوع، للسـبكي (١١/ ٤١٧-٤١٨). والنـص في الأصل مضطرب جدًّا اعتمـدت في ضبطه على كلام الإمام وكتب المذهب.

ومـن هنا ذهب الشـافعية إلى أن غلبة اسـتعمال اللفظ في العـرف في معنى معين تعارض وضـع اللغـة -وإن كانـت هي الأصـل- فقالوا بقـوة العرف القـولي في تخصيص عموم اللغة، وذلك كما في لفظ (الدابة) بين اللغة والعرف.

أمـا العرف العمـلي -حال تعلقه بالدلالة- فإنه عبارة عن اسـتعمال أهـل العرف لبعض أنواع مسمى اللفظ أو بعض أفراده، وذلك يُتصور بأن يكون لمعنى اللفظ أنواع أو أفراد، فيشـيع في النـاس التعامـل مع بعض هـذه الأنـواع أو الأفراد دون بعـض. وذلك كلفظ (الخبـز) بـين اللغة والعرف العملي، فإنه في اللغة اسـم لجميع أفراد الخبز، وأهل كل بلدة لا يسـتعملونه إلا في خبز معين، وكذلك لفظ (البيت) اسـم عام تحته أنواع من البيوت، منها المبني بالطين ومنها الخيام ومنها المبني بالحجارة، وفي كل مكان يُستعمل لفظ البيت في نوع واحد هو المتعارف عندهم. هذا الاسـتعمال الذي يترتب عليه ترك بعض الأنواع أو الأفراد لا تعرض له لوضع اللفظ للمعنى، بل هو مجرد ترك لمباشرة بعض المسميات، كلفظ الطعام عام لجميع الأطعمة لكن يستخدمه أهل كل عرف للدلالة على ما يأكلون، وهذا لا يعني عدم إطلاقه على غير ما يأكلون من الأطعمة.

وبنـاء عـلى ذلك قالـوا: لو حلـف لا يدخل أو لا يسـكن بيتـا وأطلق، حنـث بالدخول أو السـكنى بالبيـوت المبنيـة -ولو من خشـب- والخيام -ولو من جلـد- حتى ولو كان الحالف قرويا؛ وذلك لوقوع اسـم (البيت) عـلى الكل لغة، ولا معارض له عرفا. وعدم اسـتعمال القـروي للخيام لا يوجـب تخصيصا أو نقلا عرفيا للفظ، بـل هو كلفظ الطعام الـذي يعـم جميع أنواعـه مع اختصاص بعـض النواحي بنـوع أو أكثر، بناء عـلى ما عليه جمهور الأصوليين من أن العادة لا تخصص.

وفي المقابل قالوا: لو حلف لا يأكل البيض أو الرءوس لا يحنث بأكل بيض السـمك ولا برءوسـه ورءوس الطير؛ لأن لفظ (البيض) و(الرءوس) بقرينة تعلق الأكل بها لا يطلقه أهـل العـرف على شيء من الثلاثة، وإن كثرت عندهـم؛ أي أن أهل العرف قد نقلوا هذا اللفظ المركب (أكلت رءوسـا) لأكل رءوس الأنعام دون غيرها بسـبب كثرة اسـتعمالهم لذلك المركب في هذا النوع خاصة دون بقية أنواع الرءوس.

والحاصل أن هناك فرقا بين تخصيص العرف للفظ بالنقل عن مدلوله اللغوي إلى ما هو أخص منه، وبين انتفاء استعمال أهل العرف له في بعض أفراد مسماه في بعض الأقطار[1].

هذا ما قرروه ومثلوا له بفروع في الأيمان، فإذا ما نقلنا النظر إلى المعاملات نشأ إشكال كبير؛ إذ إن مقتضى ما قالوه أن يخير المَوَكَّل بشراء بيت بين أي نوع من أنواع البيوت، وليس الأمر كذلك؛ لأنه لا يقبل منه إلا ما وافق المعتاد المتعارف، وكذلك من وُكِّل بشراء الخبز لا يسوغ له إلا أن يشتري الخبز المتعارف، ومن وُكِّل بشراء سيارة لا يشتري إلا من أنواع السيارات المتعارفة في المجتمع؛ فإنهم -الإمام والشافعية- اعتبروا الأعراف العملية الجارية في المعاملات، وكل هذه الأحكام متلقاة من العادات الجارية، هذا هو المقرر في فقه الوكالة بخاصة والمعاملات عامة عند الإمام والشافعية.

ومن هذا نأخذ الجواب عن هذا الإشكال، وهو أن المعتبر في الأيمان غالبا الأعراف القولية بينما المعتبر في المعاملات غالبا الأعراف العملية والعادات الجارية، وإنما قيدنا بالغلبة؛ لأن الأيمان تخصص في بعض الحالات بالأعراف العملية العامة، فمن حلف لغيره: لأخدمنك الليل والنهار، فيُخص بالعرف من خدمة النهار زمان الأكل والشرب والطهارة والصلاة والاستراحة بحسب ما يخدم فيه مِن شاقٍّ وسهل، ويخص من خدمة الليل وقت النوم والمألوف، فإن ترك الخدمة فيها لم يحنث، لخروجها بالعرف من عموم يمينه. بل ضرب الإمام الماوردي في الحاوي أمثلة لتخصيصها بالأعراف العملية الخاصة[2].

لكن القاعدة العامة ما ذكرناه من عدم الاعتبار في الأيمان والاعتبار في العقود، وعليه فإذا حلف الشخص لا يركب سيارة صدق ذلك بكل ما يقع عليه لفظ سيارة، وإذا وُكل بشراء سيارة صدق ذلك بما جرت العادة باستعماله من السيارات في مجتمعه؛ فلا يسوغ للوكيل بشراء بيت في مصر أن يشتري للموكل بيتا من خشب بحجة أنه يصدق عليه اسم البيت.

(١) انظر: أسنى المطالب (٤/ ٢٥١) المنثور (٢/ ٣٩٣) وراجع: الفروق (١/ ١٧٣-١٧٥).
(٢) راجع: الحاوي الكبير (١٥/ ٤٣٧-٤٣٨).

(٣)
الأعراف الحادثة بخلاف ما نص الأصحاب عليه

هـذه القضيـة من معضـلات المذهب، والإشـكال ينبـع مما قـرره المتأخرون في المسـائل والفروع الجزئية المتناثرة في أبواب المعاملات، وقبل أن أسوق نماذج منها أقرر أن الأصل الذي عليه علماء المسلمين أن الأحكام المبنية على العرف تتبدل تبعا لتغير العرف، وإلا لما كان في القول بابتنائها على العرف فائدة. لا سيما أن هذه الأحكام مبنية على المساحة التي تـرك الشرع ملأها للأعراف تيسـيرا على المكلفين وعاملا من عوامـل صلاحية الشريعة لكل زمان ومكان.

بيـد أن متأخـري الشـافعية جعلـوا لما نـص عليـه الأصحاب بنـاء على العـرف العام في زمانهـم قـوة تدفـع ما يطرأ مـن الأعراف ولـو كتب لها الاطـراد والذيوع، بـل والعموم بالمعنى الاصطلاحي، وهذا -في ظاهره- يعده الناظر جمودا على أعراف بعينها يتنافى مع الحكمة من اعتبار العرف في هذه المسائل، وسيظهر من خلال النماذج الآتية المشتملة على تعليلاتهم وجهة نظرهم:

(١) في بـاب الخيـار: المعتبر في تحديد العيـوب التي يثبت بها الخيار هـو العرف، وضابط العيـب المثبـت للخيار: كل مـا ينقص العين أو القيمة نقصا يفـوت به غرض صحيح إذا غلب في جنس المبيع عدمه في العرف العام. إلا أن ابن حجر والرملي ومن تبعهم بعد أن قـرروا أن المعتـبر في الغلبة هو العرف العام، قرروا أن هذا العرف لا يعمل به إذا عارض نصـا من نصوص الأصحاب على عيب معين، فقـال الرملي: «ومحل الكلام فيما لم ينصوا فيه على كونه عيبا وإلا فلا اعتبار فيه بعرف يخالفه مطلقا كما لا يخفى»[1]. ولم يبين هو ولا محشوه ولا محشو التحفة وجه الظهور.

(٢) في المسـاقاة: يجـب على العامل -عند الإطلاق- أي عمـل يقتضيه العرف يُحتاج إليه لصلاح الثمر واستزادته مما يتكرر كل سنة في العمل، ولا يقصد به حفظ الأصل، كسقيه إن لم يشرب بعروقه، ويدخل في السـقي توابعـه من إصلاح طرق الماء، وتنقية مجرى الماء مـن الطـين ونحوه، وإصـلاح (الأجاجين) -وهي الحفر حول الشـجر يجتمـع فيها الماء ليشربه، شـبهت بالأجاجين التي يغسـل فيها- وتلقيح النخل، وإزالـة الكلأ والقضبان

(١) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج (٤/ ٣٤).

المضرة بالشجر، وقطع الجريد وصرفه عن وجوه العناقيد لتصيبها الشمس ويتيسر قطفها عند الإدراك، وتقليب الأرض بالمساحي ونحو ذلك مما هو مذكور في المطولات؛ لاقتضاء العرف ذلك كله.

وإن جرت عادة البلد بطرح العنب على العريش، وهو أن ينصب أعوادا ويظللها ويرفع العنب عليها فيجب على العامل إصلاح العريش. وكذا عليه حفظ الثمر على الشجر وقطعه وحفظه وتجفيفه في الأصح؛ لأنها من مصالحه، وكذلك في وضع شوك على الجدار وترقيع يسير اتفق في الجدار يرجع إلى العادة في الأصح من كونهما على المالك أو العامل[1].

لكن الرملي وابن حجر قصرا العمل بالعرف على ما لم يرد فيه نص للأصحاب؛ فإذا نص في المذهب على عمل واطرد العرف بخلافه أُهمل العرف -ولو غلب واطرد- وعُمل بالنص. قال الرملي: « وظاهر كلامهم أن ما نصوا على كونه على العامل أو المالك لا يُلتفت فيه إلى عادة مخالفة له كما هو ظاهر، على أن العرف الطارئ لا يُعمل به إذا خالف عرفا سابقا له»[2].

(٣) قال الشيخ ابن حجر -فيما يحرم من الزينة على المرأة المحدة[3]: «ما نصوا [الأصحاب] على أنه زينة، لو اطرد في محل أنه ليس زينة هل يعتبر هذا أو لا؟ محل نظر. وظاهر كلامهم الثاني؛ لأنه لا عبرة بعرف حادث ولا خاص مع عرف أصلي أو عام»[4]. ومن ثم قالوا إنه يحرم على نساء السودان التحلي بحلي الذهب وإن لم يعدوه زينة في عرفهم؛ لأنه مخالف لنص الأصحاب المبني على العرف العام.

(٤) في التولية والإشراك والمرابحة يظهر دور العرف في بيان ما تحمله صيغ هذه البيوع؛ لأن البائع فيها يمكن أن يجريها بأكثر من صيغة تعبِّر عن الثمن، كأن يقول: «بعت» أو «وليت» أو «أشركت»... إلخ. «بما اشتريت»، أو «برأس مالي» فهذه كما قال الإمام والأئمة من بعده لا تستوجب إلا الثمن الذي لزمه أولا واستقر عليه العقد.

(١) انظر: مغني المحتاج (٢/ ٣٢٩) وراجع: نهاية المطلب (٨/ ٢٤) نهاية المحتاج (٥/ ٢٥٦-٢٥٧).

(٢) نهاية المحتاج (٥/ ٢٥٧) وقد ذكر مثله ابن حجر في التحفة (٦/ ١١٧)، والعجيب أن الإمام الباجوري صرح في حاشيته على ابن قاسم (٢/ ٣٢) بأن ابن حجر مخالف للرملي وأنه يعتبر العادة الطارئة.

(٣) ذكرنا هذا الفرع رغم خروجه عن المعاملات للاستفادة منه في تفسير المذهب.

(٤) تحفة المحتاج (٨/ ٢٥٨).

وأما إذا قال: بعتك، أو وليتك... إلخ. بما قام عليَّ أو بما ثبت عليَّ أو بما حصل عليَّ، وهو كذا. فإن الثمن هنا يشمل الثمن الأول الذي اشترى به ومؤن الاسترباح التي أنفقها على المبيع[1]. يقول الإمام:

«فإن قال: بعتك بما اشتريت به، وهو كذا بربح كذا. فالأصل هو الثمن، ولا تحسب أجرة الدلال والكيال، وغيرهما من مؤن العقد؛ فإن التعويل على موجب لفظه.. فأما إذا أراد العقد بلفظة تشتمل، فسبيله أن يَضُم هذه المبالغ إلى الثمن، ويقول: بعتك بما قام علي، وهو كذا، مرابحةً على كذا، فإذا وقع العقد على هذه الصيغة، فالمؤن التي تعد من توابع التجارة تدخل تحت قول البائع: (بما قام عليَّ)»[2].

ويرجع الكلام في دور العرف إلى صيغة (بما قام عليَّ) وما يقوم مقامها؛ لأنها كما تقدم تستلزم الثمن الأصلي والنفقات التي أنفقها البائع على المبيع قصدا للربح حتى عقد عليه العقد الجديد، فيكون المحكم في بيان ما ينفق للاسترباح من غيره العرف، وبعبارة أخرى: (يرجع إلى العرف في بيان ما يعد من مؤن التجارة وما لا يكون كذلك).

لكن الشيخ ابن حجر ذكر في الإيعاب أن محل تحكيم العرف هنا فيما لم ينص الأئمة على حكمه دخولا أو خروجا. وأما ما نصوا عليه فإنه يكون العمل فيه على ما قالوه وإن فُرِض أن عرف الوقت يخالفه[3].

(٥) في بيع الأصول والثمار: نص ابن حجر في الفتاوى على أنه لا عبرة بعرف يخالف ما ذكره الأصحاب. ومبناه عنده أن ما ذكروه مبني على العرف العام، والمخالف يكون خاصا غالبا، والعام مقدم على الخاص غالبا[4].

إذن هذه المواضع قدموا فيها نصوص الأصحاب على ما يجد من أعراف، وهذا يمكن توجيهه بما قدمناه من أن النص عند الشافعية سواء كان النص الشرعي أو نص صاحب المذهب مقدم على العرف، فإن النص عندهم كالقانون الذي لا يتجاوز لعرف حادث، وربط المسألة بالعرف إجمالا لا يعني أن العرف يستقل بالحكم في جميع أفرادها، بل قد تتدخل أدلة أخرى في بعض هذه الأفراد، وهو معنى نأخذه من كلام الإمام الرملي في

(١) راجع: تحفة المحتاج وحاشيتي الشرواني وابن قاسم (٤/ ٤٢٩-٤٣٢) ونهاية المحتاج وحاشية الشبراملسي (٤/ ١١٢-١١٤).

(٢) نهاية المطلب (٥/ ٢٩١).

(٣) نقله الشيخ الجمل في حاشية شرح المنهج (٣/ ١٨٣).

(٤) الفتاوى الكبرى (٢/ ٢٦٨).

الإجـارة في قولـه بعد بيان ما يتحمله المؤجر والمسـتأجر في إجارة الدواب وربط المسـألة بالعـرف: «ولـو اطـرد العـرف بخلاف مـا نصـوا عليه عُمـل به فيـما يظهر بنـاءً على أن الاصطـلاح الخـاص يرفع الاصطلاح العام كـما اقتضاه كلامهـم وإن اقتضى في مواضع أخـرى عدمـه؛ لأن العرف هنـا مع اختلافه باختـلاف المحال كثيرا هو المسـتقل بالحكم فوجبت إناطته به مطلقا، وبه يفرق بينه وبين ما مر في المساقاة وما يأتي في الإحداد»[1].

فـإن هـذا يؤخـذ منه أن مـا نص عليـه الأصحاب ممـا هو مبني عـلى العرف تـارة يكون للعـرف فيـه الانفراد في الحكـم كما في الإجـارة، فيعتبر تغـير العرف، ويتبـدل الحكم به وتعتبر الأعراف الطارئة والأعراف الخاصة، وتارة لا يستقل العرف بالحكم كالموضعين السـابقين في المسـاقاة والإحداد، فلا عبرة بالطارئ ولا بالخاص بعد النص. والطريق إلى تمييز هذا من ذاك هو نص أئمة المذهب عليه.

والذي يظهر أن قضية الاستقلال وعدمه غير متفق عليها، ولذلك وجدنا شيخ الإسلام يحكـم باعتبار العرف مطلقا في المسـاقاة ولو خالف المنصوص عـن الأصحاب. كما أفاد الشـيخ الحلبـي أن قولهم: العرف الطارئ لا ينسـخ القديـم -لم يلتزموه؛ ولذلك رأى في مسألة المساقاة المتقدمة أن المعول عليه في كل ناحية عرفها ولو خالف نص الأصحاب[2].

وكذلـك رفض السـيد عمر البصري التقيد بـما نص عليه الأصحاب مـن عيوب، وقال إن: «الحكمـة في مشروعيـة الـرد بالعيـب دفـع الضرر عن المشـتري، وقد يكـون الشيء عيبـا منقصا للقيمـة في محل دون آخر، ومن نص من الأئمة على كـون الشيء عيبا أو غير عيـب إنما هـو لكونه عرف محله وناحيتـه. والمعول عليه الضابط الذي قـرروه، وإذا كان نصـوص الكتاب والسـنة تقبل التخصيص ويـدور حكمها مع العلة وجـودا وعدما فما بالك بغيرها، والأدب مع الشارع بالوقوف مع غرضه أولى بنا عن الجمود على ما يقتضيه إطلاقات الأئمة»[3].

(١) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج (٥/ ٣٠١).

(٢) راجع: حاشـية الجمل على المنهج (٣/ ٥٢٧). والشـيخ الحلبي (٩٧٥ - ١٠٤٤ هـ = ١٥٦٧ - ١٦٣٥ م) هو نور الديـن عـلي بن إبراهيم بـن أحمد الحلبي، أبو الفرج، مـؤرخ أديب. أصله من حلب، ومولده ووفاتـه بمصر. له تصانيف كثيرة، منها «إنسان العيون في سيرة الأمين المأمون» الذي يعرف بالسيرة الحلبية، و«زهر المزهر» اختصر به مزهر السيوطي، و«مطالع البدور» في قواعد العربية، و«غاية الإحسان فيمن لقيته من أبناء الزمان» الأعلام للزركلي (٤/ ٢٥١).

(٣) من حاشية البصري نقلا عن حاشية الشيخ عبد الحميد الشرواني على التحفة (٤/ ٣٥٧).

والحاصل أننا لو اعتبرنا ما تقدم من كلام الرملي في الاستقلال كان هذا فرقا دقيقا يزيل الإشكال عن كلام الشافعية في المواضع المتقدمة، ويؤكد كون النص الذي لم يجيزوا مخالفته قانونا معتمدا غير مصرح بتفسيره لا تجوز مخالفته[1].

وإذا اعتبرنا أن ما نصوا عليه مبني على العرف العام في زمانهم وما يطرأ من أعراف إنما هي أعراف خاصة كما يظهر في بعض تعليلاتهم، فنقول: لعل هؤلاء الأئمة العظام أرادوا -حفاظا على استقرار المعاملات بين الخلق ومنعا لاحتمال وقوع النزاع- أنه إن بقي العرف العام الذي بنى عليه الأصحاب الأحكام شائعا مطردا محتفظا بعمومه وطرأ عرف مخالف في محل ما، فإنه لا يعتبر ذلك العرف الطارئ؛ لأنه قد ينشأ عنه نزاع بين المتعاقدين لوجود عرف آخر أقوى منه، لكن نأخذ من كلام الإمام أن الخلاف في هذا محتمل، فإنه ذكر ما يستفاد منه أن والده أبا محمد الجويني -رحمه الله تعالى- اختار أن اطراد العرف في بقعة نازل منزلة الشرط ولو كان على خلاف العرف العام[2]، فخلافه مع الجمهور في اعتباره العرف الحادث الطارئ على العرف العام الثابت، وقد أفاد الإمام أن هذا خلاف محتمل، وأفاد أن الخلاف هنا أهون من الخلاف في مسألة الاصطلاح الخاص لأنه يلغي صريح اللغة الثابتة، كاصطلاح شخصين على أن يعبرا عن الألف بلفظ (ألفين)، ثم قال: «ومما يطرأ في هذا الأصل الذي نحن فيه أن الشيء إذا فُرض ندورُه في بقعة، ثم صُوِّر اطراده، والحكم مستنده العادة، فقد تردد في هذا حَمَلة المذهب، ومنه ينشأ اختلافهم في كثير دم البراغيث في بعض الأصقاع، في حكم العفو عن النجاسة. ويخرج على هذا القانون المسألة التي ذكرناها في الحِصرِم، في بعض الصرود؛ فإنَّ فرضَ ذاك في نهايةِ الندورِ، وإن تُصوِّر واطردت عادة أهل البقعة بقطف الحِصرِم، فهو على التردد الذي ذكرناه»[3].

هذا بالإضافة إلى أن قاعدة رفع العرف الخاص للعرف العام مختلف فيها في المذهب، وأصلها كما تقدم في الألفاظ والتراكيب، يقول الإمام الزركشي في المنثور: «الاصطلاح الخاص هل يرفع الاصطلاح العام؟ ويعبر عنها بأنه هل يجوز تغيير اللغة بالاصطلاح؟

(١) وهو ما يميل إليه شيخنا الأستاذ الدكتور علي جمعة -حفظه الله تعالى- كما أفادني إياه مشافهة.
(٢) كذا يستفاد من نهاية المطلب (٥/ ١٤٣).
(٣) المصدر السابق (٥/ ١٤٤).

وهل يجوز للمصطلحين نقل اللفظ عن معناه في اللغة بالكلية أو يشترط بقاء أصل المعنى ولا يتصرف فيه بأكثر من تخصيصه فيه؟ قولان للأصوليين وغيرهم، والمختار الثاني»[1].

ولكن الخلاف فيها يسري في الأعراف والعادات العملية.

وقد أشار الإمام إلى هذا فقال: «فأما القفال، فإنه يرى الاصطلاح المطرد بين أقوام بمثابة العادة العامة، وامتنع غيره من هذا. وعندي أن هذا ينزل على منزلة ستأتي مشروحة في كتاب الصداق، وهي أن أقواما لو تواطؤوا على أن يعبروا بالألفين على الألف، فإذا وقع العقد بلفظ الألفين، فالتعويل على التواطؤ، أم على صيغة اللفظ؟ فيه تردد. وسيأتي في المسألة المترجمة بمهر السر والعلانية»[2].

(٤)
العرف النازل منزلة الشرط وقضية الشروط الفاسدة

اشتهر بين أهل العلم قولهم: (المعروف عرفا كالمشروط شرطا) أو (المعروف بالعرف كالمشروط باللفظ) أو (التعيين بالعرف كالتعيين بالنص) أو (المشروط عرفا كالمشروط شرعا) وغير ذلك مما يعبر عن سلطان العرف العملي وأثره في إنشاء الحقوق والالتزامات، حيث يكون في قوة العبارة المنشئة للحق والالتزام كما يعتبر بمنزلة الاشتراط الصريح[3].

والذي يستنتج من فقه الإمام في النهاية وبعض فروع الشافعية في مصنفاتهم أن هذه القاعدة المتفرعة عن قاعدة تحكيم العادة ليست مطلقة، وإنما يشتمل العمل بها على تفصيل، ومن ثم فإن كلا من إطلاق القول بتنزيل العادة منزلة الشرط وإطلاق القول بعدم نزول العادة منزلة الشرط عند الشافعية فيه نظر[4].

أفاد الإمام أن العرف العام والخاص الشائع المطرد ينزل منزلة الشرط في توابع العقود، وحكى الإمام في اعتبار العرف الخاص غير المطرد خلافا بين الجمهور الذين لا يرون

(١) المنثور (١/ ١٨٠).

(٢) نهاية المطلب في دراية المذهب (٥/ ١٤٤).

(٣) انظر: القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية، محمد عثمان شبير (٢٥٠-٢٥١).

(٤) راجع على سبيل المثال هذه الإطلاقات في: الأنوار لأعمال الأبرار (١/ ٢٥٧) والقواعد الفقهية في المذهبين الحنفي والشافعي، للدكتور محمد الزحيلي (٣٠٦)، ورسالة القواعد الفقهية الكبرى وأثرها في الفقه عند الشافعية للدكتور عبد الرحمن بن عبد الله السقاف.

اعتباره والقفال الذي يرى اعتباره، ويزيد على الجمهور في ذلك تصحيح العقود وإفسادها بهذا الاعتبار[١].

وقد حرر إمام الحرمين النزاع بين الجمهور والقفال، فقال: «والقفال يجعل اطراد العرف بمثابة الشرط، ولم يساعده كثير من أصحابنا..»[٢]. وقال عنه أيضا: «وأما القفال، فإنه يرى الاصطلاح المطرد بين أقوام بمثابة العادة العامة، وامتنع غيره من هذا»[٣].

فالقفال يعطي للأعراف الخاصة غير المطردة قوة الأعراف العامة في الاعتبار، ويزيد على ذلك أن ينزلها منزلة الشرط.

وقد ذكر الزركشي هذه الخلاصة المستفادة من الإمام في المنثور، فقال: «العادة المطردة في ناحية نزلها القفال منزلة الشرط، فقال: إذا عم [في] الناس اعتياد إباحة منافع الرهن للمرتهن، فاطراد العادة فيه بمثابة شرط عقد في عقد حتى يفسد الرهن، وجعل الاصطلاح الخاص بمثابة العادة العامة، ولم يساعده الجمهور فيهما»[٤].

فقوله: (فيهما) راجع إلى أمرين؛ الأول: اعتبار العادة الخاصة في ناحية (غير المطردة في الإقليم كله) كالعادة العامة، والآخر: تنزيله العرف منزلة الشرط تنزيلا يؤثر في صحة العقود.

وكذلك حرر ابن حجر الهيتمي في الفتاوى الكبرى النزاع بين الجمهور والقفال، فقال: «الجمهور لا يخالفونه إلا في قوله: تنزل منزلة الشرط حتى يفسد العقد. وأما في أصل اعتبار العادة الخاصة فلا يخالفونه فيه»[٥].

فنحن إذن أمام ثلاثة مذاهب:

الأول: مذهب الجمهور الذين لا يعتبرون العادة نازلة منزلة الشرط، وما جاء من مسائل نزلوا فيها العرف منزلة الشرط إنما هو مستثنى من هذه القاعدة. وهذا يستفاد من عرض السيوطي في الأشباه والنظائر[٦]. وعليه يُحمل قول صاحب الأنوار: «ولا يكون المعهود

(١) نهاية المطلب في دراية المذهب (٥/ ١٤٢-١٤٤).
(٢) المصدر السابق (٥/ ١٤٣).
(٣) المصدر السابق (٥/ ١٤٤).
(٤) المنثور في القواعد الفقهية (٢/ ٣٦٢).
(٥) الفتاوى الفقهية الكبرى (٢/ ١٨٣).
(٦) الأشباه والنظائر للسيوطي (٩٦).

كالمشروط لفظا، لا في البيع ولا في القرض ولا في الرهن ولا في غيرها»[1]. وبه نفهم سر رفض الشافعية نزول العرف منزلة الشرط في باب الهبة، حيث قالوا في هبة الشخص لمن هو أعلى منه رتبة: لو جرت العادة بمقابلة الهبة في هذه الصورة بعوض لم تعتبر؛ معللين بأن العادة ليس لها قوة الشرط في المعاوضات[2].

الثاني: مذهب القفال الذي اعتبر العادة نازلة منزلة الشرط مطلقا ولو كانت خاصة وبنى على اعتبارها تصحيح العقود المقترنة بها وإفسادها. ومن ثم ذهب إلى أنه لو عم في الناس اعتياد إباحة منافع الرهن للمرتهن ينزل ذلك منزلة شرطه حتى يفسد الرهن، وقال الجمهور: لا. وذهب إلى أنه لو جرت عادة المقترض برد أزيد مما اقترض، نزلت عادته منزلة الشرط، فيحرم إقراضه، والأصح عند الجمهور: لا يحرم.

الثالث: مذهب من توسط، وهو المفهوم من كلام إمام الحرمين وصريح رأي ابن حجر الهيتمي، وحاصله اعتبار الأعراف ولو خاصة نازلة منزلة الشرط في توابع العقود دون مقصوداتها، بشرط عمومها واطرادها. قال الإمام: «الوجه في هذا عندنا أن يقال: كل ما يتعلق بتوابع العقود من التسليم، والقطع، والتبقية، وكيفية إجراء البهيمة المكراة، والمقدار الذي تطوي في كل يوم، فهذه التوابع منزلة على العرف، كما ذكرناه. ومن جملته حمل الدراهم المطلقة على النقد الغالب، وهذا في اعتياد يعم، ولا يختص بتواطؤ أقوام»[3].

التوفيق بين رأي الجمهور ورأي الإمام:

المدقق في فقه الشافعية يجد أنه لا فرق في التطبيق بين رأي الإمام وما نسب للجمهور؛ لأن الجمهور نزل العادة المطردة منزلة الشرط في مسائل اعتبرت مستثنيات[4] من الأصل العام، وهي في الحقيقة ليست مستثنيات وإنما هي جارية على قاعدة الإمام في اعتبار الأعراف شروطا في توابع العقود؛ فقد نزلوا العادة الجارية بالتبقية منزلة الشرط في بيع الثمار قبل بدو الصلاح، وهو أمر تابع. وفي بيع الثمرة التي بدا صلاحها قالوا: يجب إبقاؤها إلى أوان القطاف والتمكن من السقي بمائها عملا بالعرف، فنزل منزلة الشرط

(١) الأنوار لأعمال الأبرار (١/ ٢٥٧) وراجع: فتح الجواد (١/ ٤٢٥).

(٢) راجع: نهاية المحتاج (٥/ ٤٢٢).

(٣) نهاية المطلب في دراية المذهب (٥/ ١٤٣).

(٤) كما في الأشباه والنظائر للسيوطي، وسار على هذا الرأي الدكتور عبد الله السقاف في رسالته العلمية الجامعة (القواعد الفقهية الكبرى وأثرها في الفقه عند الشافعية).

باللفظ، وهو أمر تابع. ونزلوها منزلة الشرط في إجارة الدواب؛ فقالوا: إن وجود منازل معلومة بالطريق، جرت العادة باعتمادها بغير اختلاف- يغني عن بيان مقدار السير، وينزل العرف المطرد هنا منزلة الشرط. وكذلك في حمل الوقف على العادة الجارية في زمن الواقف تنزيلا لها منزلة الشرط اللفظي من الواقف. وفيما لو بارز كافر مسلما واعتيد أمان كل من عدوه فإنه يكون بمنزلة شرطهما ذلك، فلا يجوز لنا إعانة المسلم[1].

ولم ينزلوها منزلة الشرط في مسألة الرهن المتقدمة ولا فيما لو جرت عادة قوم بقطع الحصرم قبل النضج فلم يصححوا البيع من غير شرط القطع خلافا في المسألتين، وذلك لأن مسألة الرهن وبيع الحصرم مقصودة لذاتها.

وأما رفض الشافعية نزول العرف منزلة الشرط في باب الهبة؛ حيث قالوا في هبة الشخص لمن هو أعلى منه رتبة: لو جرت العادة بمقابلة الهبة في هذه الصورة بعوض لم تعتبر؛ معللين بأن العادة ليس لها قوة الشرط في المعاوضات[2]. فيمكن توجيهه بأن العوض في العقود أمر مقصود وليس تابعا، فلا يكتفى فيه بجريان العادة، فلا بد من التصريح.

وسواء اعتبرنا المذاهب ثلاثة أو اثنين فإنه يمكن القول: إن قوة الرأي المتوسط تكمن في أن الأمور المقصودة في العقود تتوقف عليها صحة العقود وفسادها توقفًا مباشرًا؛ فيتعلق بها انضباط المعاملات المالية بين الناس؛ ومن ثم لا يليق بأصالتها إلا التصريح اللفظي والتعيين النصي، ولا يليق بها التساهل، ولذلك كانت القاعدة المشهورة عند السادة الشافعية أنه يغتفر في التوابع ما لا يغتفر في غيرها[3] وشاع عندهم أنه يجوز في توابع العقود ما لا يجوز في العقود[4]. والاعتماد على العرف في الاستغناء عن اللفظ والتصريح يبقي احتمالات لا يليق تعلقها بهيئة العقد التي يصح بصحتها ويفسد بفسادها، والمقصود دائما في المعاملات الانضباط ورفع النزاع وما يمكن أن يؤدي إليه.

أما توابع العقد فمرتبتها تحتمل اعتبار الأعراف ولو خاصة في الدلالة على كيفيتها استغناء عن التصريح اللفظي، فينزل العرف فيها منزلة الشرط، نزولا لا يؤثر في صحة ولا فساد، ولكن بشرطين يأتي ذكرهما.

(١) انظر: الفتاوى الفقهية الكبرى (٢/ ١٨٣).

(٢) راجع: نهاية المحتاج (٥/ ٤٢٢).

(٣) ومن فروعها أنه لا يثبت النسب بشهادة النساء، فلو شهدن بالولادة على الفراش ثبت النسب تبعا. ومنها: البيع الضمني، يغتفر فيه ترك الإيجاب والقبول، ولا يغتفر ذلك في البيع المستقل. الأشباه والنظائر للسيوطي (١٢٠).

(٤) راجع فروع ذلك في الحاوي الكبير (٥/ ٦٧، ٢٦٩، ٢٧٤، ٧/ ٣٦٦).

وكلامنا هنا في العرف الخاص بخاصة؛ فهو الذي صُرح بوجود خلاف حول نزوله منزلة الشرط نزولا يؤثر في صحة العقود وفسادها. وأما اعتبار العرف الخاص بصفة عامة فهو محل اتفاق ما تحققت شروط الاعتبار، بل هو قطب الرحى في المعاملات المالية، ومورد أحكام مساحات الفراغ التشريعي التي ترك الشرع ملأها للفقهاء من خلال الأعراف. وإن كان كلام المتقدمين كالإمام والسبكي مشعرًا بأن المعتبر هو العرف العام دون غيره، لكن ما أورد من أمثلة ينتمي للأعراف الخاصة، ومن ثم جاء كلام ابن حجر صريحا في أن المسألة في نزول العرف الخاص منزلة الشرط، فالإمام يقول: «وهذا في اعتياد يعم، ولا يختص بتواطؤ أقوام»[1]. وقال السبكي: «وأما العوائد الفعلية فإن كانت خاصة فلا اعتبار بها. وإن عمت واطردت فقد اتفق الأصحاب على اعتمادها، وذكروا لها أمثلة (منها) تنزيل الدراهم المرسلة في العقود على النقد الغالب.. (ومنها) أنا لا نخرج المتكارس إلى ذكر المنازل وتفصيل كيفية الأجزاء، وهذا مثال صحيح وهي من قسم ما يرجع إلى تقدير شرط مضموم إلى العقد، وكثير من أحوال العقود يحمل على ذلك كالتسليم والقطع والتبقية»[2].

والأقرب فيما أُرى أنهم يريدون بالعموم هنا الاطراد والشيوع في الإقليم كله، والمراد بالإقليم ما يقابل الدولة اليوم كمصر واليمن والهند، ولا يريدون العموم الاصطلاحي؛ وذلك لأن ما قدموه من أمثلة يبعد أن يوجد فيه عرف عام بالمعنى الاصطلاحي، فإن حمل الدراهم على النقد الغالب لا يتصور فيه هذا العموم، وكذلك تعيين مراحل السفر ومنازله لا يتصور فيه عموم بالمعنى الاصطلاحي، وإذا كان هناك عموم بالمعنى الاصطلاحي فإن هذا العرف العام يكون هو المعتبر ولا ينظر للعرف الخاص حينئذ، لا لأنه عرف خاص، ولكن لأنه مخالف للعرف العام، ومن ثم نقول استنتاجا من كلامهم: إنه يشترط في العرف الخاص النازل منزلة الشرط -في توابع العقود- أن يكون عاما مطردا في محله وألا يخالف عرفًا عامًّا.

ولعله لهذا السبب رفض الإمام ما ذهب إليه شيخه أبو محمد في مسألة العنب الذي جرت عادة أهله أن يقطعوه حصرمًا، حيث قال أبو محمد بصحة العقد بدون شرط

(١) نهاية المطلب (٥/ ١٤٣).

(٢) تكملة المجموع للإمام السبكي (١١/ ٤١٧) والنص المحقق مضطرب كما ترى؛ وصوابه: (أنا لا نحوج المتكارين إلى ذكر المنازل وتفصيل كيفية الإجراء).

القطع اعتمادا على العادة، ورفض الإمام؛ لأن هذه عادة خاصة بين قوم مخالفة للعادة العامة، وهي التبقية التي بنى عليها الإمام فساد العقد على ما لم يبد صلاحه بدون شرط القطع[1].

ولعله لهذا السبب أيضا رفض المتأخرون تصحيح العقد على الثمار التي لم يبد صلاحها بغير شرط القطع في حالة جريان العرف بالقطع، قال الرملي: «ولا يقوم اعتياد القطع مقام شرطه»[2]؛ فإنه لو تصور هذا لكان عرفًا طارئًا مخالفًا للعرف العام الجاري بالتبقية لا القطع.

وبناء على هذا أيضا يمكن أن نوجه قول الإمام السبكي في تكملة المجموع: «يجوز أن يشتري الدراهم من الصراف ويبيعها منه بعد القبض وتمام العقد بالتفرق أو التخاير بأقل من الثمن أو أكثر، سواء جرت له بذلك عادة أم لا ما لم يكن ذلك مشروطا في عقد البيع قاله الشافعي والأصحاب.. وتمسك الأصحاب بأن العادة الخاصة لا تنزل منزلة الشرط، كما لو نكح مَن عادته الطلاق لا يجعل ذلك كشرط الطلاق في العقد، وكذلك لا فرق بين أن يكون ذلك مقصودا أو غير مقصود»[3]. فإن المثالين اللذين أوردهما لا يمثلان سوى عادة فردية عملية، وهذا هو سبب عدم الاعتبار، وهو مراده بالعادة الخاصة هنا التي لا تنزل منزلة الشرط، لا مطلق العادة الخاصة.

ويتأيد هذا بما قاله الغزالي في الوسيط: «ومطلق بيعها يقتضي استحقاق الإبقاء إلى أوان القطاف وإن لم يصرح به لعموم العرف؛ إذ القرينة العرفية كاللفظية، ولذلك نزل العرف في المنازل وآلات الدابة في باب الإجارة منزلة التصريح. ولو جرى عرف بقطع العنب حصرما لأنه لا تتناهى نهايته، أو جرى العرف بالانتفاع بالمرهون من المرتهن فقد منع القفال المسألتين، وقال: هو كالتصريح. وخالفه غيره؛ لأن المتبع ها هنا هو العرف العام، لا عرف أقوام على الخصوص»[4].

(١) انظر: نهاية المطلب (٥/ ١٤٣).
(٢) تحفة المحتاج (٤/ ٤٦١).
(٣) تكملة المجموع (١٠/ ١٤٩).
(٤) الوسيط في المذهب (٣/ ١٨١).

رأي القفال وأبي محمد الجويني:

خالف القفال الجمهور في قوله بنزول العرف منزلة الشرط بلا تفرقة بين ما يتعلق بمقصود العقد وما يتعلق بتوابعه[1]، وتفريعا على هذا الأصل حكم بصحة بعض العقود وفساد بعضها لتضمنها شروطا مستفادة من جريان العادة بما هو صحيح موافق للشرع أو فاسد مخالف له. وكذلك -كما يستفاد من الأمثلة التي عرضها الإمام والزركشي في المنثور- لم يميز القفال في اعتباره العرف الخاص بين الأعراف الفردية والأعراف الجماعية ضيقة النطاق والأعراف الشائعة في الإقليم كله، وجعل ذلك كله في مرتبة العرف العام اعتبارًا.

وكذلك اعتبر الشيخ أبو محمد الجويني -رحمه الله تعالى- اطراد العرف في بقعة نازلا منزلة الشرط ولو كان على خلاف العرف العام[2]، فخلافه مع الجمهور في اعتباره العرف الحادث الطارئ على العرف العام الثابت، وهو خلاف محتمل كما تقدم في المسألة السابقة.

وأما رأي القفال رحمه الله تعالى ففيه إشكال من جهات:

١- أنه بتنزيله العرف منزلة الشرط في الأمور المقصودة في العقود يحكم بصحة العقد وفساده بناء على العرف الجاري، فمجرد إنشاء عقد الرهن بين أناس جرت عادتهم بالانتفاع بالمرهون يجعل العقد فاسدا؛ لأن اشتراط الانتفاع بالمرهون مخالف للقياس الذي يحكم بأن اشتراط الانتفاع يحول صورة الدين الموثق بالرهن إلى قرض جر نفعا، والعقد المنطوي على المخالفة فاسد، وعلى هذا فإن كل عقود الرهن التي تجرى في هذا المكان بين أهله بعضهم بعضا وبينهم وبين غيرهم ممن يعلم حالهم تكون فاسدة على رأي القفال لمجرد جريان العادة، على الرغم من أن صورة العقد صحيحة؛ لأن أحد العاقدين لم ينص لفظا على شرط الانتفاع بالرهن، ومن هنا كانت وجهة نظر الجمهور أقرب إلى الصواب، نظرا إلى صحة صورة العقد من جهة

٢- أن انضباط المعاملات لا يليق به الاعتماد على ما لا يسلم من الاحتمال والإيراد، فلا يكتفى فيه إلا بما يفيد القطع عادة، كما أن جريان العادة بالفعل الفاسد لا يمثل سوى

(١) راجع: نهاية المطلب (٥/ ١٤٣) المنثور (٢/ ٣٦٢) فتاوى ابن حجر (٢/ ١٨٣).

(٢) كذا يستفاد من نهاية المطلب (٥/ ١٤٣).

إضـمار للمفسـد، والإضـمار لا أثر لـه في صحة العقـود. وإذا كان المتقدمـون قد رفضوا المعاطاة حرصا منهم على انضباط المعاملة وتحقق وجود التراضي بين العاقدين، ولم يلقوا بـالا لأثر قرائن الأحوال في هذه المسـألة، فـإن عدم اعتبار العرف شرطًا في هذه المسـألة أولى.

٣- أن اعتبـار العادات الفردية والجماعية ضيقة النطاق يزيد من المنازعات، وهو خلاف مقاصد الشريعة في المعاملات.

النتائج

أولا: كشف البحث عن أن العلاقة بين العرف والعادة في اصطلاح إمام الحرمين والشافعية هي العموم والخصوص الوجهي؛ فيجتمعان في الأمور العملية المستقرة المتكررة على المستوى الجماعي، وتنفرد العادة في الأمور العملية المستقرة المتكررة على المستوى الفردي، وينفرد العرف في الأمور القولية.

ثانيا: كشف البحث عن أن العرف العام في اصطلاح الشافعية هو ما عم جميع البلاد الإسلامية أو أكثرها مصحوبا بالامتداد الزماني غالبا، وأما الخاص فهو ما يختص به الواحد أو الجماعة من الناس في بلد أو أكثر دون حد الأغلبية أو العموم. وأنه من الخطأ أن يوصف العرف الخاص بأنه ما قابل العرف العام؛ لأنه قد يتصور خلو الزمان والمكان من عرف عام في خصوص ذلك المتعارف. كما أن حصر العرف الخاص فيما كان مخصوصا بفئة أو بلد أو طائفة من المسلمين كما رآه بعضهم غير جامع.

ثالثا: أن العرف -من حيث هو- لا ينشئ في شرع الله حكما، ولا يكون دليلا من أدلة الشرع التي تؤخذ منها الأحكام مباشرة، وليس مصدرًا من مصادر التشريع، ولا يستقيم عدُّه من الأدلة المختلف فيها كما هو ذائع إلا بتجوز.

رابعا: أن حجية العرف ليست حجية إنشاء كما هي في القرآن والسنة، وليست حجية كشف كما هي في الإجماع والقياس، وإنما هي حجية اعتداد في تنفيذ الأحكام، استمدها العرف من المصادر السابقة، بحيث يكون هو البيئة التي تعتبر عند تطبيق أحكامها والأداة التنفيذية التي تعين على ذلك.

خامسا: أن الذي يؤخذ من فقه الإمام والشافعية أن ما كان حجة شرعية سواء كان النص أو القياس لا يُترك لعرف مخالف، وأن المسائل التي جاءت على خلاف ذلك اعتبر فيها دليل آخر كشف عنه العرف.

سادسا: أن ما قرره جمهور الأصوليين من أن العرف العملي لا يعارض اللغة ولا ينقل ولا ينسخ -أي لا يقوى على معارضة اللغة، فلا يخصص عامًّا ولا يُقيد مطلقًا- ملاحظ فيه الغلبة، وأن التقعيد والتطبيق الفقهيين استثنوا العقود من هذه القاعدة، فكانت القاعدة العامة: أن العرف العملي لا سلطان له على الألفاظ والتراكيب إلا في العقود.

سابعا: أن هناك فرقا بين تخصيص العرف للفظ بالنقل عن مدلوله اللغوي إلى ما هو أخص منه، وبين انتفاء استعمال أهل العرف له في بعض أفراد مسماه في بعض الأقطار، يفسر اختلاف الأحكام في المسائل التي تبدو متشابهة عند الشافعية.

ثامنا: أن المواضع التي حكم الشافعية بابتنائها على العرف، ورفضوا اعتبار الأعراف الحادثة فيها مردها إلى أن العرف ليس هو المنفرد فيها بالاعتبار، وأن هذا أمر غير متفق عليه، وأن قاعدة رفع العرف الخاص للعرف العام التي اعتمدوا عليها ليست متفقًا عليها.

تاسعا: أن كلا من إطلاق القول بتنزيل العادة منزلة الشرط وإطلاق القول بعدم نزول العادة منزلة الشرط عند الشافعية فيه نظر. والصواب تقييد القاعدة بأن المعروف عرفًا عامًّا أو خاصًّا -بشرطيه المذكورين- كالمشروط شرطا في توابع العقود دون مقاصدها.

المصادر والمراجع

١. أثـر العرف في التشريع الإسـلامي، د/ السـيد صالح عوض، القاهـرة -دار الكتاب الجامعي/ ١٩٨١م.
٢. أحسـن الكلام فيما يتعلق بالسـنة والبدعة من الأحكام، الشيخ محمد بخيت المطيعي، طبعته جمعية الأزهر العلمية، الطبعة الثانية/ ١٣٥١هـ.
٣. أحكام المعاملات الشرعية، الأستاذ الشيخ علي الخفيف، القاهرة -دار الفكر العربي، ١٤٢٩هـ- ٢٠٠٨م.
٤. الاختيـار لتعليل المختار، عبد الله بن محمود بن مـودود الموصلي البلدحي، مجد الدين أبـو الفضل الحنفي (المتـوفى: ٦٨٣هـ) مع تعليقات الشـيخ محمود أبـو دقيقة، القاهرة- مطبعة الحلبي/ ١٣٥٦هـ- ١٩٣٧م.
٥. أسـنى المطالب، شـيخ الإسـلام زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنيكي (المتوفى: ٩٢٦هـ) بيروت دار الكتاب الإسلامي.
٦. الأشـباه والنظائر، جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السـيوطي (المتوفى: ٩١١هـ) بيروت دار الكتب العلمية. الطبعة الأولى/ ١٤١١هـ- ١٩٩٠م.
٧. أصـول الفقـه للشـيخ محمـد الخـضري، القاهـرة: المكتبـة التجاريـة الكـبرى، ط٦/ ١٣٨٩هـ- ١٩٦٩م.
٨. الأعلام، خير الدين بن محمود بن محمد بن علي بن فارس الزركلي الدمشقي (المتوفى: ١٣٩٦هـ) بيروت- دار العلم للملايين، الطبعة الخامسة عشرة/ ٢٠٠٢م.
٩. الأم، الإمام الشافعي؛ أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبـد المطلب بن عبد مناف المطلبي القرشي المكي (المتوفى: ٢٠٤هـ) بيروت- دار المعرفة ١٤١٠هـ/ ١٩٩٠م.
١٠. إنباه الرواة على أنباه النحاة، جمال الدين أبو الحسن علي بن يوسف القفطي (المتوفى: ٦٤٦هـ) المكتبة العصرية، بيروت الطبعة الأولى/ ١٤٢٤هـ.
١١. أنـوار التنزيـل وأسرار التأويـل، نـاصر الدين أبو سـعيد عبد الله بـن عمر بن محمد الشيرازي البيضاوي (المتوفى: ٦٨٥هـ) تحقيق: محمد عبد الرحمن المرعشلي، بيروت- دار إحياء التراث العربي، الطبعة الأولى/ ١٤١٨ هـ.

١٢. الأنوار لأعمال الأبرار، الشيخ الإمام جمال الدين يوسف بن إبراهيم الإردبيلي (المتوفى: ٧٩٩هـ) القاهرة، مطبعة الجمالية، الطبعة الأولى ١٣٢٨هـ- ١٩١٠م.
١٣. البدر الساطع على جمع الجوامع، محمد بخيت المطيعي. مصر- مطبعة التمدن/ ١٣٣٢هـ.
١٤. البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع، محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني (المتوفى: ١٢٥٠هـ) بيروت- دار المعرفة.
١٥. البرهان، إمام الحرمين: أبو المعالي عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني ٤٧٨هـ، بتحقيق الدكتور عبد العظيم الديب رحمه الله تعالى، نشر دار الأنصار بالقاهرة (موافقة لطبعة قطر في جزأين).
١٦. بغية الوعاة في طبقات اللغويين والنحاة، عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي (المتوفى: ٩١١هـ) تحقيق: محمد أبو الفضل إبراهيم، لبنان - صيدا، المكتبة العصرية.
١٧. البناية شرح الهداية، أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابي الحنفي بدر الدين العيني (المتوفى: ٨٥٥هـ) بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى/ ١٤٢٠ هـ- ٢٠٠٠م.
١٨. تاج العروس من جواهر القاموس، محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، أبو الفيض، الملقب بالمرتضى الزَّبيدي (المتوفى: ١٢٠٥هـ) مجموعة من المحققين، دار الهداية.
١٩. تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، ابن فرحون برهان الدين إبراهيم بن علي بن محمد اليعمري (المتوفى: ٧٩٩هـ) القاهرة- مكتبة الكليات الأزهرية، الطبعة الأولى/ ١٤٠٦هـ- ١٩٨٦م.
٢٠. تحفة المحتاج في شرح المنهاج، أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، روجعت وصححت: على عدة نسخ بمعرفة لجنة من العلماء، مع حاشيتي الشرواني وابن قاسم، القاهرة- المكتبة التجارية الكبرى (مصطفى محمد).
٢١. التعريفات، علي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني (المتوفى: ٨١٦هـ) ضبطه وصححه جماعة من العلماء بإشراف الناشر، بيروت- لبنان- دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى/ ١٤٠٣هـ- ١٩٨٣م.

٢٢. تفسير البغوي (معالم التنزيل) محيي السنة، أبو محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي الشافعي (المتوفى: ٥١٠هـ) تحقيق: عبد الرزاق المهدي، بيروت- دار إحياء التراث العربي، الطبعة الأولى، ١٤٢٠ هـ.
٢٣. تفسير الرازي (مفاتيح الغيب / التفسير الكبير) فخر الدين أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي الرازي (المتوفى: ٦٠٦هـ) بيروت- دار إحياء التراث العربي، الطبعة الثالثة/ ١٤٢٠ هـ.
٢٤. التقرير والتحبير شرح التحرير في أصول الفقه، ابن أمير الحاج، القاهرة- المطبعة الأميرية الكبرى، الطبعة الأولى/ ١٣١٦هـ.
٢٥. تكملة المجموع، للعلامة تقي الدين علي بن عبد الكافي السبكي الشافعي، وهو التكملة الأولى لشرح المهذب الذي صنعه الإمام النووي، ووافته المنية في أثناء شرحه باب الربا، وقد أكمله الشيخ السبكي حتى عيوب المبيع والرد بالعيب، وهو يمثل الأجزاء من العاشر حتى الثاني عشر، من طبعة دار الفكر.
٢٦. التلويح على التوضيح، للعلامة سعد الدين التفتازاني، القاهرة- مطبعة صبيح.
٢٧. تهذيب الأسماء واللغات، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى: ٦٧٦هـ) عنيت بنشره وتصحيحه والتعليق عليه ومقابلة أصوله: شركة العلماء بمساعدة إدارة الطباعة المنيرية، يطلب من: دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان.
٢٨. التوضيح على التنقيح لصدر الشريعة، ضمن مجموعة حواشي على التلويح، القاهرة- المطبعة الخيرية/ الطبعة الأولى ١٣٢٢هـ.
٢٩. تيسير التحرير، محمد أمين (المعروف بأمير بادشاه الحسيني الحنفي) القاهرة: مصطفى الحلبي، الطبعة الأولى (د.ت) وقد صححت على نسخة خطية من مكتبة سيدي الشيخ محمد بخيت رحمه الله، وذلك في حياته.
٣٠. الجواهر المضية في طبقات الحنفية لمحيي الدين أبي محمد عبد القادر بن أبي الوفاء القرشي الحنفي تحقيق: د/ عبد الفتاح الحلو، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثانية/ ١٤١٨هـ.
٣١. حاشية الأمير على الجوهرة، الشيخ محمد الأمير الصغير على شرح عبد السلام على الجوهرة، القاهرة- مصطفى الحلبي ١٣٦٨هـ.

٣٢. حاشية الباجوري على متن السلم في المنطق، العلامة الشيخ إبراهيم الباجوري، القاهرة- مصطفى الحلبي.
٣٣. حاشية الباجوري على ابن قاسم في الفقه، العلامة الشيخ إبراهيم الباجوري، القاهرة- دار الطباعة العامرة (بولاق)، ١٢٨٥هـ.
٣٤. حاشية البيجرمي على شرح المنهج (التجريد لنفع العبيد)، سليمان بن محمد بن عمر البجيرمي المصري الشافعي (المتوفى: ١٢٢١هـ) القاهرة- مطبعة الحلبي، ١٣٦٩هـ.
٣٥. حاشية الجمل على المنهج (فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب) سليمان بن عمر بن منصور العجيلي الأزهري، المعروف بالجمل (المتوفى: ١٢٠٤هـ) القاهرة- المكتبة التجارية- مصطفى محمد.
٣٦. حاشية الحاج إبراهيم على الأنوار لأعمال الأبرار، بهامش الأنوار، القاهرة، مطبعة الجمالية، الطبعة الأولى ١٣٢٨هـ- ١٩١٠م.
٣٧. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للشيخ الدردير، العلامة محمد بن عرفة الدسوقي، مطبوع مع الشرح الكبير للعلامة الدردير، القاهرة- عيسى الحلبي (دار إحياء الكتب العربية) (دار إحياء الكتب العربية).
٣٨. حاشية الرملي الكبير على شرح الروض لشيخ الإسلام، شهاب الدين أحمد بن حمزة الرملي (ت: ٩٥٧هـ)، مطبوع بهامش أسنى المطالب، مصورة دار الكتاب الإسلامي.
٣٩. حاشية الشبراملسي على نهاية المحتاج، أبو الضياء نور الدين علي بن علي الشبراملسي (ت: ١٠٨٧هـ) مطبوع مع نهاية المحتاج للرملي بالحاشية السفلية، القاهرة- مصطفى الحلبي، الطبعة الأخيرة، ١٣٨٦هـ- ١٩٦٧م.
٤٠. حاشية الشِّرْواني على التحفة، عبد الحميد أفندي الداغستاني الشرواني نزيل مكة، مطبوع مع تحفة المحتاج في شرح المنهاج، أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، روجعت وصححت على عدة نسخ بمعرفة لجنة من العلماء، القاهرة- المكتبة التجارية الكبرى (مصطفى محمد).
٤١. حاشية ابن عابدين (رد المحتار على الدر المختار)، العلامة محمد أمين عابدين (ت: ١٣٠٦هـ)، القاهرة- المطبعة العامرة (بولاق)، الطبعة الأولى/ ١٢٧٢هـ.

٤٢. حاشية العطار على الخبيصي في المنطق، العلامة الشيخ حسن بن محمد العطار (ت: ١٢٥٠هـ) القاهرة- عيسى الحلبي (دار إحياء الكتب العربية) (دار إحياء الكتب العربية)، ١٣٨٠هـ- ١٩٦٠م.
٤٣. حاشية ابن قاسم العبادي على التحفة، أحمد بن قاسم العبادي (ت: ٩٩٢هـ) مطبوع مع تحفة المحتاج في شرح المنهاج، أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، روجعت وصححت على عدة نسخ بمعرفة لجنة من العلماء، القاهرة- المكتبة التجارية الكبرى (مصطفى محمد).
٤٤. حاشية القليوبي على شرح المنهاج لجلال الدين المحلي، شهاب الدين أبو العباس أحمد بن أحمد بن سلامة القليوبي (ت: ١٠٦٩هـ) وهي حاشية على شرح الجلال على المنهاج الموسوم بكنز الراغبين، طبعت معه في القاهرة- عيسى الحلبي (دار إحياء الكتب العربية).
٤٥. حاشية الكمثرى على الأنوار، بهامش الأنوار لأعمال الأبرار، القاهرة، مطبعة الجمالية، الطبعة الأولى ١٣٢٨هـ- ١٩١٠م.
٤٦. الحاوي الكبير، أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي (المتوفى: ٤٥٠هـ) تحقيق علي محمد معوض- عادل أحمد عبد الموجود، بيروت لبنان- دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى/ ١٤١٩ هـ- ١٩٩٩م.
٤٧. الحدود الأنيقة والتعريفات الدقيقة، شيخ الإسلام زين الدين أبو يحيى زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري، (المتوفى: ٩٢٦هـ) تحقيق د. مازن المبارك، بيروت- دار الفكر المعاصر، الطبعة الأولى/ ١٤١١ هـ.
٤٨. خلاصة الأثر في أعيان القرن الحادي عشر، محمد أمين بن فضل الله بن محب الدين بن محمد المحبي الحموي الأصل، الدمشقي (المتوفى: ١١١١هـ) بيروت- دار صادر.
٤٩. الخلاف اللفظي عند الأصوليين، محمد حسن أبو العز، بحث منشور بمجلة دار الإفتاء المصرية، العدد السابع إبريل ٢٠١١م.
٥٠. الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة، أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني (المتوفى: ٨٥٢هـ) مجلس دائرة المعارف العثمانية، الهند- حيدر أباد، الطبعة الثانية/ ١٣٩٢هـ- ١٩٧٢م.

٥١. روضة الطالبين، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى: ٦٧٦هـ) تحقيق: زهير الشاويش، بيروت- دمشق- عمان المكتب الإسلامي، الطبعة الثالثة/ ١٤١٢هـ- ١٩٩١م.
٥٢. سلم الوصول لشرح نهاية السول شرح منهاج الأصول، الشيخ محمد بخيت المطيعي، مطبوع بالحاشية السفلية لنهاية السول للإسنوي، المطبعة السلفية بالقاهرة ١٣٤٥هـ.
٥٣. شرح الخرشي على مختصر خليل، محمد بن عبد الله الخرشي المالكي أبو عبد الله (المتوفى: ١١٠١هـ) بيروت- دار الفكر للطباعة.
٥٤. الشرح الكبير على الوجيز (العزيز شرح الوجيز) عبد الكريم بن محمد الرافعي القزويني (المتوفى: ٦٢٣هـ) دار الفكر.
٥٥. الشرح الكبير على مختصر خليل، أبو البركات سيدي أحمد الدردير (ت: ١٢٠١هـ)، مطبوع بهامش حاشية الدسوقي، القاهرة- عيسى الحلبي (دار إحياء الكتب العربية).
٥٦. صحيح مسلم، الإمام مسلم بن الحجاج النيسابوري، إصدار جمعية المكنز.
٥٧. طبقات الشافعيين للحافظ ابن كثير، أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي البصري ثم الدمشقي (المتوفى: ٧٧٤هـ) تحقيق: د. أحمد عمر هاشم، د. محمد زينهم محمد عزب، القاهرة- مكتبة الثقافة الدينية/ ١٤١٣ هـ- ١٩٩٣م.
٥٨. طبقات الشافعية الكبرى للسبكي، تاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي (المتوفى: ٧٧١هـ) تحقيق: د. محمود محمد الطناحي د. عبد الفتاح محمد الحلو، هجر للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية/ ١٤١٣هـ.
٥٩. طبقات الفقهاء الشافعية للإمام ابن الصلاح، عثمان بن عبد الرحمن، أبي عمرو، تقي الدين المعروف بابن الصلاح (المتوفى: ٦٤٣هـ) تحقيق: محيي الدين علي نجيب، بيروت- دار البشائر الإسلامية، الطبعة الأولى/ ١٩٩٢م.
٦٠. الطبقات الكبرى للشعراني، أبي محمد عبد الوهاب بن أحمد بن علي الحَنَفي، نسبه إلى محمد ابن الحنفية، الشَّعْراني (المتوفى: ٩٧٣هـ) القاهرة- مكتبة محمد المليجي الكتبي وأخيه/ ١٣١٥هـ.

٦١. العرف والعادة في رأي الفقهاء (عرض نظرية في التشريع الإسلامي) الأستاذ الشيخ أحمد فهمي أبو سنة، القاهرة- مطبعة الأزهر/ ١٩٤٧م.
٦٢. العقل عند الأصوليين لفضيلة الدكتور عبد العظيم الديب رحمه الله تعالى، فقد انتهى فيه إلى قضية خطيرة هي أنه لا خلاف بين الأصوليين من أهل السنة والمعتزلة والشيعة على أنه لا حاكم إلا الله سبحانه وتعالى، وأن ما شاع بخلاف ذلك غير دقيق. دار الوفاء بالمنصورة، مصر، ١٤١٥- ١٩٩٢.
٦٣. علم أصول الفقه، الأستاذ الشيخ عبد الوهاب خلاف، القاهرة- دار الحديث/ ٢٠٠٣م.
٦٤. العناية شرح الهداية، أكمل الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن محمود، البابرتي (المتوفى: ٧٨٦هـ)- دار الفكر.
٦٥. الغرر البهية في شرح البهجة الوردية، شيخ الإسلام زكريا الأنصاري (ت: ٩٢٦هـ) القاهرة- المطبعة الميمنية.
٦٦. فتاوى الرملي، شهاب الدين أحمد بن حمزة الأنصاري الرملي الشافعي (المتوفى: ٩٥٧هـ) جمعها: ابنه، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي (المتوفى: ١٠٠٤هـ) طبعت بهامش الفتاوى الكبرى لابن حجر، مصورة دار صادر بيروت.
٦٧. الفتاوى الفقهية الكبرى، شيخ الإسلام شهاب الدين، أبو العباس أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي السعدي الأنصاري، (المتوفى: ٩٧٤هـ) جمعها: تلميذه الشيخ عبد القادر بن أحمد بن علي الفاكهي المكي (المتوفى ٩٨٢ هـ) مصورة دار صادر بيروت.
٦٨. فتح الجواد شرح الإرشاد، شيخ الإسلام شهاب الدين أبو العباس أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي السعدي الأنصاري (المتوفى: ٩٧٤هـ)، القاهرة- مصطفى الحلبي/ ١٣٤٧هـ.
٦٩. الفتح المبين في طبقات الأصوليين، الأستاذ الشيخ عبدالله المراغي، القاهرة- عبد الحميد حنفي، الطبعة الأولى.
٧٠. الفروق للقرافي (أنوار البروق في أنواء الفروق)، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي (المتوفى: ٦٨٤هـ)- عالم الكتب.

٧١. فقه إمام الحرمين، خصائصه، أثره، منزلته، د/ عبد العظيم الديب، المنصورة- دار الوفاء، ١٤٠٩هـ- ١٩٨٨م.
٧٢. الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، د/ مصطفى الخن، د/ مصطفى البغا، الشيخ علي الشربجي، دمشق -فرج الله كربها- دار القلم، الطبعة الحادية عشرة/ ١٤٣٢هـ- ٢٠١١م.
٧٣. الفوائد المكية فيما يحتاجه طلبة الشافعية للسيد علوي بن أحمد السقاف، ضمن مجموعة سبعة كتب مفيدة. القاهرة: مصطفى الحلبي، الطبعة الأخيرة.
٧٤. فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت، الأنصاري: عبد العلي محمد بن نظام الدين، مطبوع مع المستصفى لحجة الإسلام الغزالي. مصر: المطبعة الأميرية الكبرى، الطبعة الأولى ١٣٢٥هـ.
٧٥. قاعدة العادة محكمة، دراسة نظرية تأصيلية تطبيقية، يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين، الرياض- مكتبة الرشد، الطبعة الثانية ١٤٣٣هـ- ٢٠١٢م.
٧٦. قواعد الأحكام في مصالح الأنام، أبو محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن الحسن السلمي الدمشقي، الملقب بسلطان العلماء (المتوفى: ٦٦٠هـ) راجعه وعلق عليه: طه عبد الرؤوف سعد، القاهرة- مكتبة الكليات الأزهرية/ ١٤١٤هـ- ١٩٩١م.
٧٧. القواعد الفقهية الكبرى وأثرها في الفقه عند الشافعية، عبد الرحمن بن عبد الله السقاف، رسالة دكتوراه غير منشورة، اليمن السعيد -أنقذه الله تعالى- جامعة الأحقاف ٢٠١٣م.
٧٨. القواعد الفقهية في المذهبين الحنفي والشافعي، الدكتور محمد الزحيلي، الكويت- إصدارات مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت، الطبعة الثانية/ ٢٠٠٤م.
٧٩. القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية، الأستاذ الدكتور محمد عثمان شبير، عمان- الأردن- دار النفائس، الطبعة الثانية/ ١٤٢٨هـ- ٢٠٠٧م.
٨٠. الكليات، أيوب بن موسى الحسيني القريمي الكفوي، أبو البقاء الحنفي (المتوفى: ١٠٩٤هـ) تحقيق: عدنان درويش- محمد المصري، بيروت- مؤسسة الرسالة.

٨١. الكواكب السائرة بأعيان المئة العاشرة، نجم الدين محمد بن محمد الغزي (المتوفى: ١٠٦١هـ) تحقيق: خليل المنصور، بيروت- لبنان- دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٨ هـ- ١٩٩٧م.
٨٢. المبسوط، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي (المتوفى: ٤٨٣هـ) بيروت- دار المعرفة/ ١٤١٤هـ- ١٩٩٣م.
٨٣. مجمل اللغة، أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، أبو الحسين (المتوفى: ٣٩٥هـ) دراسة وتحقيق: زهير عبد المحسن سلطان، بيروت- مؤسسة الرسالة، الطبعة الثانية/ ١٤٠٦ هـ- ١٩٨٦م.
٨٤. المجموع للإمام النووي، مع تكملتي السبكي والمطيعي، دار الفكر.
٨٥. مجلة الأحكام العدلية، لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، تحقيق: نجيب هواويني، الناشر: نور محمد، كارخانه تجارتِ كتب، آرام باغ، كراتشي.
٨٦. المحيط البرهاني في الفقه النعماني، أبو المعالي برهان الدين محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مَازَةَ البخاري الحنفي (المتوفى: ٦١٦هـ) تحقيق: عبد الكريم سامي الجندي، بيروت- لبنان- دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى/ ١٤٢٤ هـ- ٢٠٠٤م.
٨٧. مختصر الإمام عز الدين بن عبد السلام، باب الوكالة، مطبوع ضمن نهاية المطلب بتحقيق الدكتور عبد العظيم الديب، جدة- دار المنهاج، الطبعة الأولى/ ١٤٢٨هـ- ٢٠٠٧م.
٨٨. مدارك التنزيل وحقائق التأويل، أبو البركات عبد الله بن أحمد بن محمود حافظ الدين النسفي (المتوفى: ٧١٠هـ) حققه وخرج أحاديثه: يوسف علي بديوي، راجعه وقدم له: محيي الدين ديب مستو، بيروت- دار الكلم الطيب، الطبعة الأولى/ ١٤١٩هـ- ١٩٩٨م.
٨٩. المدخل الفقهي العام، الأستاذ مصطفى الزرقا، دمشق- دار القلم، الطبعة الثانية/ ١٤٢٥هـ- ٢٠٠٤م.
٩٠. المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، أبو العباس أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي (المتوفى: نحو ٧٧٠هـ) بيروت- المكتبة العلمية.

٩١. المغني لابن قدامة المقدسي، أبي محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، (المتوفى: ٦٢٠هـ)- مكتبة القاهرة (علي يوسف سليمان).
٩٢. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، العلامة الشيخ محمد الشربيني الخطيب، القاهرة، مصطفى الحلبي/ ١٣٧٧هـ- ١٩٥٨م.
٩٣. المسامرة في شرح المسايرة، للكمال بن أبي شريف، القاهرة: مطبعة السعادة؛ فرج الله زكي الكردي. الطبعة الثانية/ ١٣٤٧هـ. وقد صورتها دار البصائر بالقاهرة.
٩٤. مقاييس اللغة لابن فارس، أبي الحسين أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، (المتوفى: ٣٩٥هـ) تحقيق الأستاذ عبد السلام محمد هارون، دار الفكر/ ١٣٩٩هـ- ١٩٧٩م.
٩٥. الملكية ونظرية العقد للعلامة الشيخ محمد أبي زهرة، القاهرة- دار الفكر العربي/ ١٩٧٧م.
٩٦. المنثور في قواعد الفقه الشافعي، أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي (المتوفى: ٧٩٤هـ) الكويت- وزارة الأوقاف الكويتية، الطبعة الثانية/ ١٤٠٥هـ- ١٩٨٥م.
٩٧. المنهاج السوي في ترجمة الإمام النووي، الشيخ علاء الدين العطار تلميذ الإمام النووي، مطبوع في صدر روضة الطالبين للإمام النووي بتحقيق علي معوض وعادل عبد الموجود، طبعة دار الكتب العلمية.
٩٨. المهذب في علم أُصول الفقه المقارن، عبد الكريم بن علي بن محمد النملة، الرياض- مكتبة الرشد، الطبعة الأولى/ ١٤٢٠هـ- ١٩٩٩م.
٩٩. المواهب الربانية في شرح المقدمات السنوسية لأبي إسحاق السرقسطي، مطبوع مع رسالة بصائر أزهرية لشيخنا الدكتور جمال فاروق، القاهرة- كشيدة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى ١٤٣٦هـ- ٢٠١٥م.
١٠٠. الموطأ للإمام مالك بن أنس، مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني (المتوفى: ١٧٩هـ) صححه ورقمه وخرج أحاديثه وعلق عليه: محمد فؤاد عبد الباقي، بيروت- لبنان- دار إحياء التراث العربي/ ١٤٠٦ هـ- ١٩٨٥م.

١٠١. نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف، العلامة محمد أمين عابدين الحنفي (ت: ١٣٠٦هـ)، مطبوع ضمن مجموع رسائل الشيخ ابن عابدين.
١٠٢. نهاية السول شرح منهاج الوصول، للإسنوي، أبي محمد جمال الدين عبد الرحيم بن الحسن بن علي الإسنوي الشافعي (المتوفى: ٧٧٢هـ) بيروت- لبنان- دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤٢٠هـ- ١٩٩٩م.
١٠٣. النهاية في غريب الحديث والأثر، مجد الدين أبو السعادات المبارك بن محمد بن محمد بن محمد بن عبد الكريم الشيباني الجزري ابن الأثير (المتوفى: ٦٠٦هـ) تحقيق: طاهر أحمد الزاوي- محمود محمد الطناحي، بيروت- المكتبة العلمية/ ١٣٩٩هـ- ١٩٧٩م.
١٠٤. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، شمس الدين الرملي، محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة الرملي المنوفي المصري الأنصاري الملقب بالشافعي الصغير (المتوفى: ١٠٠٤هـ)، مطبوع مع حاشيتي الشبراملسي والرشيدي، القاهرة- مصطفى الحلبي، الطبعة الأخيرة/ ١٣٨٦هـ- ١٩٦٧م.
١٠٥. نهاية المطلب في دراية المذهب، أبو المعالي عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني ٤٧٨هـ، بتحقيق الدكتور عبد العظيم الديب رحمه الله تعالى، جدة- دار المنهاج، الطبعة الأولى/ ١٤٢٨هـ- ٢٠٠٧م.
١٠٦. الوسيط في المذهب، حجة الإسلام الغزالي: أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي (المتوفى: ٥٠٥هـ) تحقيق: أحمد محمود إبراهيم، محمد محمد تامر، القاهرة- دار السلام، الطبعة الأولى/ ١٤١٧هـ.
١٠٧. وفيات الأعيان، أبو العباس شمس الدين أحمد بن محمد بن إبراهيم بن أبي بكر ابن خلكان البرمكي الإربلي (المتوفى: ٦٨١هـ، تحقيق: إحسان عباس، بيروت- دار صادر.

المحتويات

مقدمة.....١٤٦
المبحث الأول: ضبط التصورات.....١٥٠
(١) معنى العرف والعادة والعلاقة بينهما عند الشافعية ١٥٠
(٢) تحقيق المراد بالعرف العام والعرف الخاص.....١٦٠
(٣) في تحقيق المراد بحجية العرف ١٦٩
المبحث الثاني: ضبط التصديقات.....١٧٦
(١) التعارض بين العرف والشرع.....١٧٦
(٢) العرف العملي واللغة ١٩٠
(٣) الأعراف الحادثة بخلاف ما نص الأصحاب عليه.....١٩٥
(٤) العرف النازل منزلة الشرط وقضية الشروط الفاسدة ٢٠٠
النتائج.....٢٠٨
المصادر والمراجع.....٢١٠
المحتويات.....٢٢١