مجلة بحوث جامعة تعز Taiz University Research Journal العدد (39) Issue (39) TURJ ISSN : 7848-2958 pp. 146 - 181 مارس 2024م March 2024

الاستصلاح العرفي عند الشافعية وأثره في المعاملات المالية المعاصرة

(الحقوق المعنوية والاسم التجاري نموذجا)

حسن محمد الأسدي

H771251500@gmail.com

ملخص الدراسة

تضمنت الدراسة بيان لمفهوم العرف وعلاقته بالاستصلاح عند الشافعية، ومجالات إعمال مسلك العرف، وتحكيمه حيث لا نص شرعي خاص استصلاحا، أو عند ما تقتضي المصلحة المعتبرة تخصيص النص، ولا يعد العرف مصدرا اجتهاديا مستقلا، إنما يرجع إلى دليل حاصله مقتضى جملة من النصوص التي ثبت بها اعتبار جنس المصلحة، ولأن اتباع العرف غايته التيسير ورفع الحرج وما يحقق ذلك من جلب المصلحة الراجحة ودفع المفسدة المحققة، وذلك للدلالة على حاجة الناس إلى التعامل على أساس ما ألفوه واعتادوه، وهو ما يفتح الباب لحل قضايا المعاملات المالية المعاصرة.

Abstract

The study included an explanation of the concept of custom and its relationship to interest according to the Shafi'is, and the areas of application of the method of custom and its arbitration where there is no legal text dedicated to interest, or when interest is taken into account. Requires text selection. Custom is not considered an independent jurisprudential source, but rather it is due to evidence of its results based on a number of proven texts. The type of interest is taken into account, and because following custom aims to facilitate and remove embarrassment, and what this achieves is bringing the overriding interest and preventing actual harm, this indicates the necessity of dealing with people on this basis. What they know and are used to, which opens the door to solving contemporary financial transaction issues.

مقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين، وبعد:

فإن العمل بالعرف هو جزئية من الاجتهاد من خلال منهج الاستصلاح العرفي في المذهب الشافعي وقد تبين أن المذهب الشافعي يجتهد اجتهاداً مصلحياً من خلال منهج إعمال العرف، وأن لهذا المنهج من مناهج الاستصلاح العرفي مجالات عديدة تعتمد المصلحة المرسلة أساساً لها، وأن لإعمال العرف شروطاً في المذهب تحكم عملية الاجتهاد المصلحي بناء عليها، وتجعل إعماله محكوماً بالنص الشرعي، وملائماً لمقاصده.

ولهذا المسلك مناهج عديدة في استنباط الأحكام الشرعية من أهمها: الاستصلاح والاستحسان، وسد الذرائع، وإعمال العرف، حيث إن تلك المناهج تعتمد على مراعاة مقصود الشارع من جلب المصالح ودرء المفاسد التي فهم من جملة النصوص كونها الغاية من تطبيق الأحكام، وكلما كان إعمال العرف مسلكا في حفظ المصالح –التي تعارف الناس على جلبها عن طريق أقوال أو أفعال معينة– كفهم عنها الوقوع في الحرج.

أهمية الدراسة:

تكمن أهمية البحث في الأمور التالية:

- الحاجة الماسة إلى كشف العلاقة بين العرف والاستصلاح، ومدى ملاءمته للواقع.
- إظهار صلاحية الشريعة لكل زمان ومكان في حل القضايا المعاصرة وأنها غير متناهية، إذ لو لم يفتح الشرع الاجتهاد بالاستصلاح بالعرف لعلقت الكثير من القضايا والمستجدات.

مشكلة الدراسة:

ويمكن صياغة مشكلة الدراسة في سؤال هو: **ما علاقة الاستصلاح بالعرف عند الشافعية وما أثره في المعاملات المالية المعاصرة؟**

أهداف الدراسة:

سعت الدراسة لتحقيق الأهداف التالية:

- معرفة الاستصلاح العرفي عند الشافعية.
- كشف العلاقة بين الاستصلاح والعرف.
- بيان أثر الاستصلاح العرفي على المعاملات.

الدراسات السابقة:

لم أقف على دراسة سابقة تحمل نفس العنوان.

منهج الدراسة:

اقتضت طبيعة البحث استعمال المنهج الاستقراء والمنهج التحليلي.

محتويات الدراسة:

المقدمة:

المبحث الأول: مفهوم العرف وعلاقاته ومجالاته وحكمه وشروطه

المطلب الأول: تعريف لغة واصطلاحا:

المطلب الثاني: علاقة العرف بالاستصلاح

المطلب الثالث: مجالات إعمال مسلك العرف

المطلب الرابع: حكم الاستصلاح العرفي

المطلب الخامس: شروط الاستصلاح العرفي

المبحث الثاني: تغير الاجتهاد بالاستصلاح وتخصيص النصوص بالعرف

المطلب الأول: تغيير الاجتهاد بالاستصلاح العرفي

المطلب الثاني: تخصيص النصوص بالعرف

المبحث الثالث: أثر الاستصلاح العرفي على الحقوق المعنوية والاسم التجاري

خاتمة: متضمنة أهم النتائج والتوصيات.

المبحث الأول: مفهوم العرف وعلاقاته ومجالاته وحكمه وشروطه

المطلب الأول: تعريفه لغة واصطلاحا:

العرف لغة:

من عرف[1] وهو المعروف[2] ضد النُكر[3] والعرف كذلك كل ما تعرفه النفس من الخير وتطمئن إليه[4] وسمي بذلك لأن النفوس تسكن إليه[5] إذ "هو من الصفات الغالبة، أي أمر معروف بين الناس إذا رأوه لا ينكرونه"[6].

ومن خلال نصوص أهل اللغة في معنى العرف، يجد الباحث أن الكلمة وإن كانت ذات أصول متعددة إلا أنها تدل جميعاً على أمر تتابع الناس عليه وغلب على عملهم وقولهم، فكان أن عرفته النفوس وألفته واعتادته، فأصبحت تطمئن إليه، وإذا رأته لم تنكره[7].

العرف اصطلاحا:

العرف: "ما يعرفه الناس ويتعارفونه فيما بينهم معاملة"[8]، وهذا يشمل ما كان من المعاملة لفظياً أو عملياً، وقد فرق بعض العلماء بين ما كان لفظاً، فأطلقوا عليه اسم العرف، وبين ما كان عملاً فأطلقوا عليه اسم العادة، بحيث كان الفرق بين العرف والعادة[9]، عندهم ممثلا للفرق اللغوي، فالعرف: "ما يكون سببا لتبادر الذهن من لفظ إلى معنى اللفظ[10]، بينما العادة " ما هو مألوف من الأفعال"[11].

وممن خص العرف باللفظ الشيرازي، إذ قال: "ما غلب الاستعمال فيه على ما وضع له في اللغة بحيث إذا أطلق سبق الفهم إلى ما غلب عليه دون ما وضع له"[12].

وفي مقابلة هذا الاستعمال، يرى البعض إطلاق العادة على المعنى العام الذي يقسم إلى عادة قولية وهي العرف، وأخرى فعلية، وهي مقابل العرف، ومشمول في مسمى العادة، كما قد يطلق العرف على الجميع[13].

ولكن وعند النظر في نصوص الشافعية فيما يخص العرف والعادة، لا يلحظ تفريق عند الأغلب منهم بين المسميين، فقد يعبرون عن العرف بالعادة وكذا عن العادة بالعرف، دون

تخصيص لواحد منهما بجانب معين من القول أو الفعل[14].

المطلب الثاني: علاقة العرف بالاستصلاح:

العرف هو أحد مناهج الاجتهاد المبني على النظر المصلحي، ومرد ذلك إلى أمرين، الأول منهما: أن الباعث على تعارف الناس أمراً ما إنما هو حاجتهم إلى ذلك الأمر، لما يتحقق لهم في إتباعه من جلب منفعة، أو دفع ضرر، بما يعني أن منعهم عنه إيقاعا لهم في حرج، وجلب مفسدة عليهم، ومنع مصلحة لا غنى لهم عنها[15].

كما أن نزعهم عن العرف مفسدة محققة، وإقرار الناس عليه ينبني على النظر في دليله وهو درء تلك المفسدة التي يحققها نزعهم عما تعارفوه، وجلب المصلحة الراجحة التي لا غنى لهم عنها والتي لأجلها كان أن تعارفوه.

وفي كلا الأمرين ليس مراعاة العرف من باب اعتباره دليلاً برأسه، وإنما تكون مراعاته اعتباراً للدليل الذي بني عليه العرف وهو المصلحة المعتبرة شرعاً.

ومما يلاحظ في مسلك العرف والعادة هو إدراك جانب ألفه الناس لإطلاق ما، أو فعل ما في المعاملات بينهم، بحيث إن تعارفهم عليه واعتيادهم إياه هو ما استدعى هذا الإطلاق، وبحيث كان الإطلاق كافيا في الدلالة على حاجة الناس إلى التعامل على أساس مما ألفوه واعتادوه من الأمور، ولم تكن دراسة العرف وأحكامه عند الأصوليين والفقهاء إلا تلبية لتلك الحاجة، وما يترتب عليها من مصالح ودفع مفاسد، وعليه فإن دراسة العرف ومنهج الشافعية فيه هو دراسة لواحد من مناهج الاجتهاد المصلحي عندهم.

إذا كان اتباع العرف غايته التيسير ورفع الحرج –وما يحققه ذلك من جلب مصالح ودفع مفاسد– فإن الاستدلال بالعرف لا يخرج عن كونه استدلالا بالمصلحة، وإن مدى الاجتهاد المصلحي بناء على العرف يظهر بحسب مجال إعمال العرف.

المطلب الثالث: مجالات إعمال مسلك العرف:

وأما مجالات إعمال مسلك العرف فإما أن تكون حيث لا نص شرعي خاص، وإما حيث تتطلب

المصلحة تغيير اجتهاد مصلحي حيث تتطلب المصلحة المعتبرة تخصيصا للنص، وعليه فإن مجالات العرف تدرس في المذهب الشافعي من منظور مصلحي وفقا لهذه المنظومة، وبذلك يتبين موقفهم من العرف وإعماله والتفريع بناء عليه، إذ به يتبين مدى إعمال الشافعية للمصلحة المتمثلة في تحكيم العرف الذي تعارفه الناس لما يلبي لهم ذلك العرف من حاجة، بحيث يكون في نزعهم عنه مشقة، وبالتالي يكون إعمال العرف اجتهادا مصلحياً بالنظر إلى دليله الذي لأجله أعمل وحكم.

المجال الأول: تحكيم العرف حيث لا نص شرعي خاص، وذلك ببيان العرف ما أطلق في نصوص التشريع، تلك الأمور التي لم يرد بشأنها نصوص خاصة بها، ذلك أن كل واقعة تتطلب حكماً شرعياً فإن أعوز النص والإجماع أو الإلحاق القياسي بالنصوص فقد استلزم الأمر إلحاقاً استصلاحياً، ولما كان إعمال العرف الصحيح داعية لتحقيق مصالح الناس ورفع الحرج عنهم، فقد كان الاحتكام إلى العرف بالتالي هو احتكام إلى المصلحة، وكان العمل به الحاقا استصلاحياً، ويقتضي شروطه، وحيث أن دليل المصلحة هو مجموع النصوص التي دلت على اعتبار جنس المصلحة، فإن العرف كذلك لا يُعتمد كمصدر اجتهادي مستقل، وإنما يرجع اعتباره إلى دليله الذي يرجع حاصله إلى إعمال مقتضى جملة من النصوص التي ثبت بها اعتبار جنس المصلحة، كلما كان العرف رافعا للحرج عن الناس وجالباً لمصالحهم الراجحة[16].

أما المذهب الشافعي فيما يخص العرف في هذه الحال بالذات، فإن الكلام في مدى إعمالهم له فيها يتطلب بيان حجية المصلحة المرسلة أولا، فإن كانت حجة فإن إعمال العرف في هذا الحال ممكن عندهم لما كان العرف هنا من قبيل المصلحة المرسلة، فهل المصلحة المرسلة حجة في المذهب الشافعي؟

ثمة اتجاهان رئيسان في حجية المصلحة المرسلة في المذهب الشافعي، أبرزها فيما يأتي:

مسألة: الاتجاهات في حجية المصلحة المرسلة عند أتباع المذهب الشافعي.

يمكن حصر الاتجاهات في حجية المصلحة المرسلة داخل المذهب الشافعي في اتجاهين

رئيسين هما:

الاتجاه الأول: قبولها واعتبارها حجة، إذا كانت ملائمة لأصل كلي[17]، وهو ما نسبه كثير من الأصوليين ومن بينهم كثير من أصوليي الشافعية إلى إمام المذهب الشافعي كالجويني[18] والزنجاني[19] والسمعاني[20] والزركشي والخوارزمي[21].

وهو مذهب جمهور الشافعية ومنهم الجويني والغزالي[22]، والرازي[23]، وابن عبد السلام[24] وهو ما نقله الزركشي عن ابن برهان في الوجيز من أنه المذهب عنده حيث قال: "إنه الحق المختار"[25].

وقدم الرازي مثالاً عليها بقياس المثقل على الجارح بـ: "قياس المثقل على الجارح في وجوب القصاص فخصوص كونه قتلاً معتبر في خصوص كونه قصاصاً وعموم جنس الجناية معتبر في عموم جنس العقوبة[26].

ويرى هذا الفريق أن المصلحة التي خلت عن اعتبار بعينها أو نوعها أو جنسها فهي مردودة بالإجماع، على ما نقله الإمام الرازي[27].

الاتجاه الثاني: عدم اعتبارها حجة مطلقا: وهو أحد المذاهب المنقولة عن الشافعي كما يذكر الغزالي[28]، وقد نقل الزركشي عن ابن برهان كذلك حكايته للمذهب عن الشافعي[29]، ونسبه الجويني إلى بعض الأصحاب في المذهب[30] وصرح الآمدي بعدم حجيتها، بل إنه حكى اتفاق الفقهاء على ذلك، وقرر أن عدم اعتباره مطلقا هو الحق الذي اتفق عليه الفقهاء[31]، وصرح به الأصفهاني، فقال: "المصالح المرسلة مما ظن أنه دليل، وليس كذلك"[32].

ولكن الواقع أن الاختلاف هو في الحقيقة خلاف لفظي ليس إلا، وهو ما تتبين حقيقته من خلال النظر في حقيقة ما رده الاتجاه النافي لحجية المصلحة المرسلة، فيما يلي:

المطلب الرابع: حكم الاستصلاح العرفي

أولا: حقيقة ما رده النافون لحجية الاستصلاح:

فمع تصريح أصحاب هذا الاتجاه بإلغاء المصالح المرسلة، إلا أنه ينبغي رد هذا التصريح إلى

حقيقة معنى المصلحة المرسلة التي ألغاها هؤلاء الأئمة، ليجد الباحث أن مضمون ما ردوه هو: ما كان من الأوصاف خاليا عن كل اعتبار، وما كان كذلك فليس هو ذات المضمون الذي اعتبره الأئمة في الاتجاه الأول، بل إن اللفظ توارد على مضمونين مختلفين، فبالعودة إلى مفهوم المناسب المرسل أو المصلحة المرسلة عند المحتجين بالمصلحة المرسلة، ومقارنته بأنواع المناسب عند النافين يجد الباحث أنه يدخل ضمن ما عبر عنه الإمام الآمدي ب: "الغريب ": حيث عرفه فقال: أن يكون الشارع قد اعتبر جنس الوصف في جنس الحكم لا غير، أي أنه لم يعتبر مع ذلك عينه في عينه ولا عينه في جنسه ولا جنسه في عينه ولا دل عليه نص ولا اجماع"[33]، وفي موضع آخر جعله الإمام الآمدي من القياس الملائم في مقابلة القياس المؤثر، يقول الآمدي: "القياس ينقسم إلى مؤثر، وملائم، أما المؤثر فإنه يطلق باعتبارين:

الأول: ما كانت العلة الجامعة فيه منصوصة بالتصريح أو الإيماء أو مجمعا عليها.

والثاني: ما أثر عين الوصف الجامع في عين الحكم أو عينه في جنس الحكم أو جنسه في عين الحكم، وأما الملائم فما أثر جنسه في جنس الحكم..."[34].

ومع جعل الآمدي (المناسب المرسل) الذي قصده الغزالي مناسبا غريبا، إلا أن اسم المناسب الغريب عند الآمدي لا يفهم منه الغاؤه له، فإنه وإن كان غريبا إلا أن مصطلح "المناسب الغريب" عند الآمدي ليس هو ذات "المناسب الغريب" عند الغزالي "أما المناسب الملغي" في مدرسة الآمدي، فإنه: "المناسب الذي لم يشهد له أصل بالاعتبار بوجه من الوجوه وظهر مع ذلك الغاؤه وإعراض الشارع عنه في صوره، فهذا مما اتفق على ابطاله وامتناع التمسك به"[35].

واتبع نهج الآمدي البيضاوي، وكذا الأصفهاني[36]، اذ المناسب المرسل عندهم ليس هو ذاته عند الفريق الأول كما ان اعتبار الشارع للأوصاف يمكن أن يكون باعتبار جنس الوصف في جنس الحكم وبذلك فإنهم قد اعتبروا هذا النوع من المناسب وإن اختلفت طرق تسميته.

أولا: التوفيق بين المذاهب في حجية المصلحة المرسلة:

فبعد أن تبين تشارك الفريقين في اعتبار ما اعتبر الشارع جنسه في جنس الحكم، وإن لم يعتبر

عينه في عينه، ولا جنسه في عينه، رغم اختلاف التسمية، فإنه يبدو أن مضمون المصلحة المرسلة الذي اعتبره اتباع مدرسة الغزالي حجة تحت مسمى المصلحة المرسلة أو المناسب المرسل، والذي درج عند المالكية، هو ذاته ما اعتبره إتباع مدرسة الآمدي، تحت مسمى المناسب الغريب، في أحد أجناسه، أو المناسب الملائم، فالخلاف لا يعدو إذن أن يكون خلافا لفظياً، وإلا فإنهم قد اتفقوا في المضمون.

ولذلك فإنه يمكن القول أن المصلحة المرسلة حجة عند الشافعية ابتداء من إمامهم، وأنها تصلح لبناء الأحكام على وقفها في المذهب، بما يعني قبولهم منهج الاستصلاح ضمن أصول المذهب.

وإذا كانت المصلحة المرسلة من الأدلة التي يمكن الاستناد إليها في المذهب الشافعي فإنهم بذلك يعملون العرف فيما لا نص فيه وإن الدلائل من نصوص المذهب ومن ثم تطبيقاته تؤكد أنهم أعملوا العرف في هذا المجال، أي أنهم قد استندوا في بعض ما أطلق عن النص الخاص إلى العرف، وذلك لوجود أصل شرعي عام يقتضي الرجوع إلى العرف في تلك الأمور، وأما النصوص التي تسند هذ الأصل العام والتي استند إليها المذهب في إثبات حجيته فهي: ﴿خُذِ ٱلۡعَفۡوَ وَأۡمُرۡ بِٱلۡعُرۡفِ وَأَعۡرِضۡ عَنِ ٱلۡجَٰهِلِينَ﴾ [الأعراف: **199**] حيث استند إليها الإمام الشافعي، في الرجوع إلى العرف، فقال: "فإن قيل: هيئات القبوض في البياعات وكيفية الإحراز في السرقة وغالب العقود في المعاملات ليس لها أصل في الكتاب ولا السنة، قلنا: قد قال الله تعالى: ﴿ٱلۡعَفۡوَ وَأۡمُرۡ بِٱلۡعُرۡفِ وَأَعۡرِضۡ عَنِ ٱلۡجَٰهِلِينَ﴾ [الأعراف: **199**]، والعرف ما يعرفه الناس ويتعارفونه فيما بينهم معاملة فصار العرف في صفة القبوض والإحراز والنفوذ معتبرا بالكتاب"[37] حيث اتضح من نصه أنه اعتمد في تقدير ما أطلق عن التقدير في نصوص الشرع إلى العرف وأن ذلك يكون بالرد إلى أصل عام قد وضعه الشارع، وليس ذلك إلا استصلاحاً بالعرف حيث أعوز النص الخاص.

وما ذكره الإمام ابن حجر في شرح حديث: «خذي ما يكفيك وولدك بالعرف»[38] فقال: "والمراد بالمعروف: القدر الذي عرف بالعادة أنه الكفاية" ثم قال: "وفيه اعتماد العرف في الأمور التي لا

تحديد فيها من قبل الشرع"[39].

ولذلك وجدنا الإمام الشافعي يحكمه فيما لا ضابط له شرعا، كسقي الدواب من مجرى النهر المملوك، إن كان لا يضر بصاحبه، إقامة للعرف مقام التلفظ بالإذن، وعدم رد ظرف الهدية إذا لم تجر العادة بالرد، وفي تقدير الأمور التي أطلقت عن التقدير: كما في الأحراز، وتمييز المكيل من الموزون بالرجوع إلى عرف البلد، وذلك فيما لم يعرف حاله في عهد النبي (ﷺ)، وضابط القليل والكثير في ما أطلق عن التحديد كما في الضبة من الفضة والذهب، والأفعال المنافية للصلاة، والطول والقصر في الزمان في ما أطلق عن التحديد أيضا كما في موالاة الوضوء، والبناء على الصلاة[40]، فالعرف قد صادف محلا مطلقا عن الحكم لغة وشرعاً، ضرورة وجود ضابط لما كان من هذا القبيل، ولا ضابط إلا العرف[41].

بل إن الإمام الجويني نبه إلى علة إطلاق بعض الأحكام عن التفصيل فقال: "إن ما ورد في الشرع غير محدود، وهو ما يختلف تفصيله: فالرجوع فيه إلى العرف، وسبب اقتصار الشرع على الإطلاق: الإحالة على ما يفهمه أهل العرف في الفن الذي ورد الخطاب فيه"[42]، ففي هذا تنبيه على قيمة العرف في نظر الشارع، فترك الشرع تلك الأمور مطلقة علته استجلاب المصلحة المتحققة من اتباع العرف، وهو ما يشير إلى إمكانية ثقة المجتهد به حين الاجتهاد في الأحكام والاطمئنان إليه.

وتبرز أهمية العرف في المطلقات عند الإمام الغزالي، بتصريحه بأن العرف واحد من أدوات تحقيق مناط الأحكام، ويمثل الإمام الغزالي على ذلك بالمثال التالي، فيقول: "إنه إذا بان لنا بالنص مثلا أن الربا منوط بوصف الطعم، بقوله: "لا تبيعوا الطعام بالطعام".. فيتصدى لنا طرفان في النفي والإثبات واضحان: أحدهما: الثياب والدور والأواني، فإنها ليس مطعومة قطعا، والثاني: الأقوات والفواكه والأدوية، فإنها مطعومة قطعاً، وبينهما أوساط متشابهة، ليس الحكم فيما بالنفي والإثبات جلياً، كدهن الكتان، ودهن البنفسج... فيحتاج إلى نوع نظر، في تحقيق معنى الطعم فيها أو نفيه عنها"[43].

ومن الأدوات التي ذكرها الغزالي التي يتحصل بها تحقيق المناط: "العرف والعادة... ومنه يؤخذ معنى الغرر، وتحقيق الطعم في دهن البنفسج..."[44] فالمعروف إذن أحد وسائل تحقيق مناطات الأحكام، عند الحاجة إلى الحاق واقعة بالنص، إلحاقاً قياسياً أو استصلاحياً، إذ كلاهما بحاجة إلى تحقيق المناط سواء العلة الخاصة أو في المعنى العام الكلي.

وكنتيجة لهذا المسلك الاجتهادي بناء على العرف عند الشافعية فقد تلخصت عند السيوطي القاعدة التالية: "كل ما ورد به الشرع مطلقا ولا ضابط له، ولا في اللغة، يرجع فيه إلى العرف"[45].

المطلب الخامس: شروط الاستصلاح العرفي

أولا: الاطراد:

أي تكرر العرف حتى يصبح عرفا غالباً[46]، وعبر عنه السيوطي بالقاعدة العامة: "إنما تعتبر العادة إذا اطردت، فإن اضطربت فلا، وإن تعارضت الظنون في اعتبارها فخلاف"[47].

فالعادة لابد من أن تكون مطردة حتى تعتبر قال الجويني: "فأما العادة المطردة، فنعم المرجع هي في أمثال هذه المعاملات"[48]، حتى أنها المرجع فيما لم يصرح به بين المتعاقدين، فأما إن اضطربت العادة فينبغي البيان كما يقرر الرافعي، وإلا تبطل المعاملة، إذ لا يرجع حين انعدام التصريح إلى عادة مضطربة[49].

والاطراد متعلق بمدى تكرر العادة، ويجدر التنبه إلى أن الاطراد لا يعني عدم تخلف العرف ابدا، حتى أن الغلبة كافية في اعتبار العرف، ويظهر ذلك من الأمثلة التي وردت في بيان الشرط ومنها:

ما نقله في الحاوي عن الإمام الشافعي، في مسألة ما لو حلف أن لا يأكل اللحم، فإنه يحنث بلحم الإبل والبقر والغنم وكذا الوحش والطير، لأن كلها يطلق عليه اسم اللحم عرفاً، فكلها أصناف لحوم، لكنه لا يحنث لو أكل لحم الحيتان، لأنها لا تسمى لحما عرفاً، وقال: "لأنه ليس بالأغلب"[50]، فهو قد اتخذ الغلبة حدا للرجوع الى العرف، فليس الاطراد بمعنى عدم تخلفها مطلقا.

كما اعتبر الزركشي الغلبة حدا كذلك، كما في مسألة إطلاق الدراهم عن التعيين في البيع،

فإنها تنزل حينئذ على النقد الغالب في البلد[51]، حيث جعل الضابط هو الغلبة لا الاطراد، وقوله: "ومن هذا الوكيل في البيع المطلق يتقيد بثمن المثل، وغالب نقد البلد، والإذن في النكاح بمهر المثل"[52].

فثمن المثل، ومهر المثل هي أعراف غير مطردة بمعنى عدم تخلفها أبدا، بل هي غالبة.

ومن الأمثلة ما ذكره السيوطي: "باع شيئا بدراهم وأطلق، نزل على النقد الغالب، فلو اضطربت العادة في البلد وجب البيان، وإلا بطل البيع"[53].

إذ يلاحظ أنه جعل اضطرابها في مقابل غلبتها، والاضطراب يبطلها، ومجرد الغلبة ينزل التصرف عليها، فاعتبار الغلبة لما جاء ضمن القاعدة فهم أنه يشملها، في حين أن عدم الغلبة يمنع الحكم بها، وتنزيل التصرفات عليها.

ولعل اعتبار الغلبة حدا للاطراد في المذهب هو أقرب إلى تحقيق مقصود الشارع في المعاملات، ذلك أن غلبتها دالة على حاجة الناس لها، بحيث يكون في نزعهم عن العادة الغالبة حرج، ولو كان شرط اطرادها، يعني اشتراط أن لا تتخلف أبدا، فإن ذلك مما يلزم معه مفسدتان متمثلتان بحرجين الأول في التعامل، والثاني في التحقق من الاضطراد.

وأما الحكم في حال اضطربت العادة والعرف فهو عدم اعتبارها أو تنزيل الحكم على أساس منها، وهو ما ذكر في أقوال العلماء السابقة، وهو كذلك في قول الجويني: "فأما إذا اختلفت العادة، وحصل الوفاق على اختلافها، فلا حكم لها"[54]، حتى أن الجويني ينزع عنها مسمى العادة رأسا، إذ يقول "وقول القائل: عادة مضطربة: كلام مضطرب: فإن المضطرب ليس عادة"[55].

وعلى هذا فإنه يمكن القول إن فقهاء المذهب الشافعي يشترطون اطراد العادة، اطرادا يبلغ حد الغلبة، حتى تكون العادة معتبرة، إذ هو ما يكون اتباعه مظنة تحقيق مصالح الناس التي تعارفوا تحقيقها من خلال ذلك العرف، والدليل غلبته بينهم، وأن اضرابها يمنع اعتبارها وتنزيل الأحكام عليها.

ثانيا: أن تكون العادة عامة:

أي تعم الناس جميعا، في جميع البلدان وجميعا الفئات[56]، وهي مسألة بحاجة إلى النظر، فلا مشكل في اعتبارهم العادة إذا كانت عامة، لكن المشكل فيما إذا كانت خاصة فهل هي معتبرة عندهم أم لا؟ ويقصد بها هنا ما إذا كانت خاصة ببلد أو فئة دون البلاد أو الفئات الأخرى.

فبالنظر إلى الأقوال في جواز تنزيل التصرف على العادة الخاصة ببلد ما أو منعها، فهل تنزل منزلة العادة العامة فتعطى حكمها، أم لا[57]

وبالتالي هل تنزل عليها التصرفات أم لا[58]، ذكر السيوطي قولين، الأول: عدم تنزيل الخاص منزلة العام والثاني: تنزيله، ونقل أن الثاني هو ظاهر المذهب، فقال: "والظاهر تنزيله في أهله بتلك المنزلة"[59].

كما نقل ذلك الاختلاف في المذهب، الإمام النووي في المجموع، ومثل على المسألة بالمثال التالي: أن العقد المطلق عن شرط القطع أو التبقية يحمل على شرط التبقية اتباعاً للعادة، لكن لو كان ثمة بلد شديد البرد بحيث إن الكروم فيها لا تنتهي إلى الحلاوة، بحيث اعتاد أهلها قطعها حصرما، فهل يصح بيعها على تلك الحال بحيث يكون القطع كما لو أنه مشروط اتباعا لعادة ذلك البلد؟ في المسألة قولان:

الأول: الجواز: تنزيلا للعادة الخاصة منزلة العامة، بحيث يكون المعهود كالمشروط[60].

والثاني: المنع، وهو قول الأكثرين كما نقل، لأن عادة قوم مخصوصين لا تكون بمثابة عمومهم[61].

فعلى هذا لا يكون العموم شرطاً في المذهب، إلا على قول فريق من فقهائه، ولا يكون شرطا عند آخرين، إذ يأخذون العادة الخاصة بفئة أو بلد بالاعتبار وتنزل على التصرفات منزلة العامة، من حيث كونه قد أصبح عاماً في البلد أو الفئة.

ولعل تنزيل التصرفات على العرف الخاص بالبلد أو الفئة الخاصة أقرب على تحقيق المقصود من جلب المصالح ودرء المفاسد، إذ أن لكل بلد أو فئة خصوصية قد لا توجد في بلاد أو فئات

أخرى، بحيث يلزم من اشتراط أن يكون العرف عاماً جميع البلاد والفئات حرج شديد، بالنظر على تلك الاختلافات بين البلدان والفئات المختلفة.

ثالثا: مقارنته للتصرف:

ذلك الذي يحكم فيه العرف، بحيث يكون العرف سابقا عليه في الوجود مقارنا له في الحدوث غير متأخر عنه، قال السيوطي: "العرف الذي تحمل عليه الألفاظ، إنما هو المقارن دون المتأخر[62]، ذلك أن العرف إنما يؤثر في التصرف الذي يصدر بعد أن يكون متعارفاً عليه، لا فيما يصدر بعده.

رابعا: عدم مخالفته لأدلة التشريع:

بتعطيله حكماً ثابتاً بالنص الشرعي، أو أصلاً قطعياً من أصول الشريعة، فإن خالف مخالفة كلية، فلا اعتبار له.

فالعرف إما أن يصادف محلا لم يتعلق به حكم شرعاً، وهذا هو المجال الأول للعرف – كما سبق – حيث يرجع إلى العرف في وضع ضابط للتعامل بين الناس كما قد سبق تفصيله، وإما أن يصادف العرف محلا تعلق به حكم شرعي، فيقدم الشرع على العرف[63]، لكن إن حل عرف حادث تغيرت معه علة الحكم بحيث خرجت الواقعة عن عموم أفراد النص، فإنه في هذه الحال يكون ثمة مجال للنظر[64]، حيث أصبحت الحال التي غاير فيها العرف المعنى الذي انبنى عليه النص خارجاً عن محل حكمه الأصلي، وفي هذه الحال نرجع إلى قضية تخصيص النص بالعرف الصحيح لتحقيق مصلحة معتبرة شرعاً، وهو ما قد ظهر من خلال بحث قضية تخصيص النص بالعرف للمصلحة – السابقة الذكر –، ووجد معه أن المذهب يقول به إن كانت المصلحة ملائمة لكليات الشرع، والله تعالى أعلم.

خامسا: عدم تصريح المتعاقدين بخلافه:

مع موافقته للشرع[65]، ومثاله ما لو استأجر أرضاً للزراعة، وكان لها " شرب " فإن صرح أحد العاقدين بشرط ما في ما يتعلق الشرب، كان التزام العاقدين بحسب ذلك الشرط، فإن لم يصرح أي

منهما بشرط يتعلق به رجع فيه إلى العرف، بحيث إن تصريح العاقدين يلتغي معه الرجوع إلى العرف[66].

لكن ذلك مرهون بأن يكون تصريح العاقدين الذي يترك معه العرف موافقاً للشرع، بحيث إن صرح المتعاقدان بما يخالف الشرع أو يخالف مقصود العقد، رجع إلى العرف ولم يترك إلى ما صرح به العاقدان.

ومثاله، ما لو استأجر أحدهما الآخر مشترطاً عليه أن يستوعب كل اليوم بالعمل فلا يصلي الفروض، أو لا يقضي حاجته مثلاً أو لا ينام، كان الشرط باطلاً، بخلاف ما لو اشترط عليه أن لا يأكل خلال العمل بحيث يقطع المنفعة التي لأجلها استؤجر[67].

والذي تبين من هذا الشرط أن العرف الصحيح يعمل به في حال لم يتم التصريح من قبل العاقدين بشرط يخص جزئية ما، وكذا في حال كان تصريح العاقدين مخالفاً لمقصود العقد، بأن أخل بالمصلحة المفروضة التحقق من العقد، بحيث يرجع إلى العرف الأصل بمقصود العقد، بحيث تترجح هناك احتمالية تحقق المصلحة المتوقعة من العقد.

وكنتيجة للمطلب، فإنه قد ظهر مما سبق من نصوص وتطبيقات كون المذهب الشافعي من المذاهب التي تعتد بالعرف في الفتوى، وأنها ترجع إليه فيما أطلق عن الأحكام، وكذا في تغيير الاجتهاد الذي بني على المصلحة، كما أن في المذهب اتجاهاً يخصص النص بالعرف لما يحققه العرف من مصلحة وما يدفعه من حرج، ويجلبه من تيسير، لكن ذلك كله راجع إلى مدى صحة العرف، والتي تنبي على تحقق الشروط التي قررها المذهب شروطاً للعرف الصحيح الذين يمكن اعتباره.

وأن العرف في المذهب الشافعي عبارة عما يعرف الناس ويتعارفون فيما بينهم معاملة.

وفيما يختص بمجالات إعمال العرف في المذهب الشافعي فإن:

- المذهب الشافعي يعمل العرف فيما أطلق عن النصوص الخاصة في الشرع، وأن إعماله في ذلك من قبيل الاستصلاح الذي يأخذ به المذهب الشافعي على التحقيق، وأن هذا

المجال يسنده من الجانب العملي تطبيقات كثيرة في المذهب.

- أن المذهب الشافعي يعمل العرف كذلك في مجال تغيير الاجتهاد الذي بني في أساسه على المصلحة المتغيرة، وأن لهذا المجال تطبيقاته في المذهب.
- أن المذهب الشافعي يخصص النص العام بالاستصلاح العرفي الذي ثبت اعتباره شرعا، وأنه رغم وجود اتجاهات مانعة من التخصيص به إلا أنه على التحقيق يمكن القول بأن للعرف مجالاً لتخصيص النصوص عندهم، إذا أخذ بالاعتبار أنهم إنما يمنعون تخصيص النص بالأدلة غير المعتبرة شرعاً، فإن قلنا بأن العرف معتبر من حيث هو مصلحة مرسلة معتبرة بجنسها شرعا، فإنه بذلك دليل معتبر يمكن تخصيص النص به.

وأن العرف الذي يعمله المذهب الشافعي مشروط بشروط تضمن بقاءه دائراً في فلك النص، بما يضمن تحقيقه مقاصد الشارع من جلب المصالح ودرء المفاسد عن الناس.

وأن المذهب الشافعي إذ يأخذ بمنهج إعمال العرف فإنه بذلك يجتهد اجتهاداً مصلحياً، كلما كان هذا إعمال العرف المعتبر شرعاً هادفاً إلى رفع الحرج عن الناس المتأتي من نزعهم عما تعارفوه وألفوه لحاجتهم إليه، وبالتالي جلب مصالحهم التي تعارفوا عن طريق تلك العادة أو ذلك العرف.

المبحث الثاني: تغير الاجتهاد بالاستصلاح وتخصيص النصوص بالعرف

تحكيم العرف في تحديد نطاقات العقود، إذ أن من أشد المجالات التي يظهر فيها سلطان العرف عند علماء الشافعية هو تفسير العقود وتحديد نطاقها، وفي تحديد الالتزامات الناشئة عن تصرفات المكلف[68].

حتى إن الجويني يعلق فقه المعاملات على مراعاة العرف فيها، فيقول: "ومن لم يمزج العرف في المعاملات بفقهها لم يكن على حظ كامل فيها"[69]، والسر في ذلك كما ينبه الجويني هو أن " لمعاملات تبنى على مقاصد الخلق لا على صيغ الألفاظ سيما إذا عم العرف في باب منها"[70]، فالكلام بين المتعاقدين إنما دورانه على الألفاظ، والألفاظ مستندها العرف[71]، الذي علم من تتابع

الناس عليه أنه مقصود العاقدين.

وبناء عليه يرتب الجويني مكانة للعرف في المعاملات من عقود وتصرفات، ويقرر أن الأحكام في المعاملات بين الناس إنما يعقلها من أحاط بمجاري العرف بين الناس، لأن ما يطلقه الناس من ألفاظ إنما تُحمل معانيها عندهم على ما تعارفوه بينهم[72].

وعلى هذا فإن إرادة العاقد، والتي يتحدد بها نطاق التزام العاقد الآخر، تفسر وفقا للعرف الصحيح المتبع، ومن الأمثلة على تفسير إرادة العاقد بالعرف، بحيث يتحدد نطاقه بهذا التفسير:

وما ذكر الجويني: "فان قال أحدهم: احفظ الوديعة في هذا البيت، ولا تنقله منه، فالعرف يقتضي حمل هذا القول من المالك على تعيين مقدار الإحراز بالبيت المعين، فإن فرضت ضرورة، فهي خارجة عرفاً عن موجب القول، فإن العاقل لا يحتكم على المستحفظ المتبرع بما يؤدي إلى إتلاف ملكه، فهذه التقييدات لا يفهم منها في الإيداع تعريض الوديعة للتلف"[73].

ومنها على سبيل المثال ما نص عليه النووي، من تنزيل اللفظ المطلق في العقد على معنى متعارف، كلفظ الدرهم يحمل على المعنى المتعارف في البلد، وكذا حمل السلعة المسلم فيها على السلعة السليمة دون المعيبة، إذ هي ما يتبادر إليها الذهن إذا أطلق العقد على التعيين[74].

وإضافة إلى جعل المذهب المرجع في تفسير إرادة العاقد إلى العرف فإنه قد جعل العرف مقاما مقام التصريح إذا أعوز تصريح العاقد بإرادته، وبناء عليه عقد العز بن عبد السلام فصلا في قواعده: "في تنزيل دلالة العادات وقرائن الأحوال منزلة صريح الأقوال"[75]، وكذلك نص النووي على أن العرف يبنى على أمرين هما:

الأول: "الألفاظ التي تطلق في العقود وفي تقييد مطلقها وتفسير مجملها.

والثاني: ما ينزل عليه العقد من الأمور التي تجعل كأنها شرطت في العقد"[76].

وأما الأمثلة على تنزيل العرف منزلة التصريح، فكثيرة منها مثلاً:

ما ذكره العز من أن حفظ الودائع والأمانات يكون في كل شيء منها بحسب العرف الجاري وإن أطلق العقد عن التعيين، وعليه فإن حرز مثل الجواهر والذهب لا تكون كحرز الثياب

والأحطاب، لأن العرف قد جرى بذلك، فيرجع إليه في تعيين الأحراز وإن لم يصرح بحرز معين[77].

وما ذكر النووي كذلك من أن العرف يرجع إليه في تقييد اللفظ المطلق، فلو وكل في شراء دابة لم يشتر الا ذوات الأربع للعرف[78].

حتى أن الغزالي قد اعتبر عرف غير المسلمين إذا اطرد في معاملاتهم مع المسلمين، وهو ما يظهر فيما نقل السيوطي عنه، إذ قال: سُئل الغزالي عن اليهودي إذا أجر نفسه مدة معلومة، ما حكم السبوت التي تتخللها إذا لم يستثنها، فإن استثناها فهل تصح الإجارة؛ لأنه يؤدي إلى تأخير التسليم عن العقد؟ فأجاب: إذا أطرد عرفهم بذلك كان إطلاق العقد كالتصريح بالاستثناء، كاستثناء الليل في عمل لا يتولى إلا بالنهار"[79].

أما لو صرح المتعاقدان بخلاف ما هو العرف عليه، كانت العبرة بما صرحا به، لا بالعرف كما نبه على ذلك الإمام العز[80].

سلطان العرف في تحديد نطاق الالتزامات الناشئة عن التصرفات، فيما خلا عن التصريح، فكما أن العقود مرجعها في إلى العرف، فكذلك التصرفات التي تنشئ الالتزامات على المكلفين كالواقف والموصي والحالف[81].

ومنه ما ذكره السيوطي في الوقف، إذ قال: "المدارس الموقوفة على درس الحديث، ولا يعلم مراد الواقف فيها، هل يدرس فيها علم الحديث، الذي هو معرفة المصطلح كمختصر ابن

الصلاح، ونحوه، أو يقرأ متن الحديث كالبخاري، ومسلم، ونحوهما، ويتكلم على ما في الحديث: من فقه، وغريب، ولغة، ومشكل، واختلاف، كما هو عرف الناس الآن.. وقد سأل شيخ الإسلام أبو الفضل بن حجر شيخه الحافظ أبا الفضل العراقي عن ذلك فأجاب: بأن الظاهر اتباع شروط الواقفين، فإنهم يختلفون في الشروط، وكذلك اصطلاح أهل كل بلد، والشام يلقون دروس الحديث، كالشيخ المدرس في بعض الأوقات بخلاف المصريين فإن العادة جرت بينهم في هذه الاعصار بالجمع بين الأمرين بحسب ما يقرأ فيه من الحديث"[82]، فقد رجع في تحييد إرادة الواقف إلى العرف، حيث أعوز التصريح بها.

ومن التصرفات التي يرجع في تحديد الالتزام فيها إلى العرف الأيمان، فقد كان للعرف سلطانٌ في الأيمان أيضاً.

إذ يصرح كثير من علماء المذهب بأن الأيمان مبنية على العرف ذلك أن غالب الأمر أن الحالف لا يريد من اليمين إلا الشائع المعروف بين الناس، فإذا ما أطلق اليمين عن التحديد فأغالب الظن أن قصده إلى ذلك العرف، والشافعية يعملون بالعرف في الأيمان ويجعلونه في المرتبة الثالثة بعد النية وبسط اليمين[83].

ومثالثه أن السمك إذا كان لا يسمى في العرف لحما، فإن المكلف إذا حلف أن لا يأكل لحماً، لم يحنث بأكل السمك، لما كان العرف أنه لا يقصد باللحم السمك، ولم تتوجه إرادته إلى السمك أيضاً، لعدم شيوع اطلاق اللحم عليه، والعرف إنما يحمل على ما تعارف الناس معناه من اللفظ المستعمل، ولذلك فإنه لو حلف أن لا يأكل لحماً، وإن استعمل اسم اللحم للسمك في الشرع تسمية له بحقيقته، دون أن يتعلق به حكم أو تكليف[84] ولأن غالب الظن أن نيته توجهت إلى ما يتبادر إليه الذهن من إطلاق اللحم، والذي يرتبط بما يتعارف عليه، وإن سمي شرعا لحما، وكذا لو حلف لا يجلس على بساط، فإنه لا يحنث بجلوسه على الأرض[85].

المطلب الأول: تغيير الاجتهاد بالاستصلاح العرفي

أو تغيير الاجتهاد الذي بني على المصلحة، حيث يرى بعض الباحثين أن الإمام الشافعي غير بعض أحكامه الاجتهادية لما قدم إلى مصر نتيجة لاختلاف أعرافهم، بعد أن كانت له في تلك الفروع أحكام أخرى، كان قد بناها على أعراف الحجازيين والعراقيين[86].

ومن المسائل التي وجد فيها اختلاف في الاجتهاد بناء على تغير الأعراف مسألة بيع المعاطاة، حيث مذهب الشافعي فيها المنع، إذ لابد عنده من صيغة دالة على الرضا[87]، وهو المشهور في المذهب، فلا تصح المعاطاة لا في القليل ولا في الكثير من محال البيع[88]، وفي وجه آخر، أنه يصح البيع بالمعاطاة[89]، لكن المسألة قد خرجت على فرع آخر فحتى لو كان في المذهب وجه يجوز المعاطاة، إلا أن مستنده ليس العرف.

إلا أن بعض المتأخرين من الشافعية أفتوا بجوازها في المحقرات إذا غلب التعامل فيها، حيث يقول العز: "المعاطاة في المحقرات قائمة مقام الإيجاب والقبول لمن جلس في الأسواق للبيع والشراء لأنها دالة على الرضا بالمعارضة دلالة صريح الألفاظ"[90].

حيث دل نصه بوضوح على أن علة اعتبار المعاطاة قائمة مقام الإيجاب والقبول مع أن مشهور المذهب عدم اعتبارها كذلك، هو أنها غدت مما يدل عليهما بظن مستفاد من العادات.

المطلب الثاني: تخصيص النصوص بالعرف:

في حال كان النص معللا بعلة ما وطرأ عرف زالت معه تلك العلة، فإن في هذه الحال مجالا للنظر[91]، فإن الحال التي غاير فيه العرف المعنى الذي انبنى عليه النص أصبحت خارجة عن محل حكمه، وفي هذه الحال هل يجوز تخصيص النص بالعرف في المذهب أم لا يجوز ذلك؟

الباحث في نصوص علماء الشافعية يجد عند بعضهم تصريحا بإطلاق المنع من تخصيص النص بالعرف ومن ذلك نصوص كل من الشيرازي والسمعاني والتي تقرر المنع من تخصيص النصوص بالعرف.

ودليلهم في ذلك هو أن الشرع لم يوضع بحسب العادات أو وفقا لها، بل إنه وضع إما بحسب مصالح العباد، كما يرى فريق من العلماء، أو بحسب مراد الله تعالى منه، ولا يقف ذلك على العادة[92].

ويلمح من أقوالهم أن تقريرهم المنع من التخصيص بالعرف جاء لفرض أن العرف ليس من المصالح التي جاء الشرع على مقتضى منها، كما قد ظهر من كلام الشيرازي والسمعاني، إشارة إلى أن العرف يستند إلى مصالح غير معتبرة، فإذا كان هذا كذلك، فإنه إن تبين أن العرف يستند إلى مصلحة معتبرة، فلعله بذلك لا يكون مما يمنع التخصيص به، كلما كان منعهم متجهاً إلى العرف غير الصحيح الذي لا يستند إلى المصالح المعتبرة شرعاً، التي قد ثبت أن مقصود الشارع قد اتجه إليها في تشريعه.

وفي مقابلة النصوص المطلقة المنع، نجد نصوصا أخرى تقرر أن العرف مخصص لعام

النصوص، من ذلك ما ذكره الجويني عن مسلك الإمام الشافعي في ذلك، إذ قال "إن التخصيص إذا جرى موافقاً لما يصادف ويلقى في مستقر العرف، فالشافعي لا يرى الاستمساك بالمفهوم فيه ويصير إلى حمل الاختصاص على محاولة تطبيق الكلام على ما يلقى جاريا في العرف"[93]، وهو واضح في أن الشافعي يخصص النص بحمل المعنى على ما استقر في العرف.

وكذا نصه عن مسلك الإمام الشافعي إذ قال: "فكان جريان التخصيص على حكم العرف وعلى هذا حمل الشافعي حديث عائشة رضي الله عنها إذ روت أن النبي (ﷺ) قال: «أيما امرأة نُكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل»[94].

فمقتضى التخصيص لو اتسق القول بالمفهوم أن يصح النكاح بلفظها إذا أذن وليها، ولكن الشافعي قال إنما تزوج المرأة نفسها إذا كانت متبرجة كاشفة جلباب الحياء عن وجهها مؤثرة لنفسها الخروج عن دأب الخفرات[95]، فعند ذاك تستبد بنفسها وإن بقي فيها ملتفت إلى الأولياء فإنها تفوض أمرها اليهم، فإن عضلوها حملت خاطبها على رفع الأمر إلى القاضي، فجرى التخصيص على حكم العرف أيضا ونظائر ذلك كثيرة في الكتاب والسنة فهذا مساق كلام الشافعي[96].

فالجويني يرى أن فعل الشافعي في فهم النص الشرعي وتطبيقه على المسألة يمثل تخصيصاً له بالعرف، فإذا كان مفهوم الحديث أن يصح النكاح بلفظها إذا أذن وليها بذلك، فإن رأى الشافعي يكون قد خصص النص، بنظره إلى الأعراف، إذ ليس نظره إلى قضية الحياء، وما عهد عن النساء الحييات ودأبهن من اسناد الأمر إلى الولي في ذلك، إلا نظرا إلى العرف، وعليه يكون الشافعي قد خصص النص بالعرف.

ومن نصوص الشافعية كذلك نص الإسنوي قال: "اعلم أن تخصيص العام ونحوه كتقييد المطلق قد يكون باللفظ، وقد يكون بغيره، فغير اللفظ ثلاثة أشياء وهي: النية، والعرف الشرعي، والعرف الاستعمالي، ويُعبر عنه بالقرينة"[97]، فهو إذن إذا قد اعتبر العرف أحد المخصصات للنص.

فتلك نصوص تمنع التخصيص بالعرف، لكونه ليس من المصالح التي جاء الشرع على وفقها، وهذه نصوص تجيزه، وتعتبر العرف قرينة لتخصيص النص! فما الجواب إذا على هذا الاضطراب

في المذهب؟ وكيف يمكن التوفيق بين الاتجاهين؟

عند التحقيق فإن من رد التخصيص بالعرف – المبني على رعاية المصلحة – يفترض بداية أن المصلحة التي بني العرف عليها غير معتبرة، ولكن البحث في اتجاهات المذهب نحو المصالح المرسلة ظهر منه أن الخلاف في اعتبار المصلحة المرسلة لم يكن سوى اختلاف في معنى الإرسال في المصالح ومن ثم فإن معارضة العرف للنص ليست معارضة بين دليل غير متعبر شرعاً وبين نص شرعي، بل هي بين دليل لم يشهد له الشرع بعينه ولا بنوعه، ولكن بجنسه، كلما كان نوعا من أنواع المصالح المرسلة، فبالتالي يمكن التوفيق بين الاتجاهين بالقول أن الخلاف في تخصيص العرف خلاف لفظي ولا يخرج عن دائرة التخصيص بالمصالح المرسلة[98]، فإن كان العرف قائما على مصلحة معتبرة شرعا، بمعنى كونها مندرجة في مقاصد التشريع، ملائمة لكلياته، فإن المصلحة حين ذاك معتبرة، وتصلح لتخصيص عموم النص الشرعي، واعتبار العرف الذي قام عليها هو اعتبار لدليل العرف وهو تلك المصلحة المعتبرة شرعا، وبالتالي يكون تخصيص النص في الحالة التي يتعارف الناس فيها عرفا معينا هو تخصيص للنص بدليل ذلك العرف وهو المصلحة التي جاء الحكم الشرعي لتحقيقها.

ومن أمثلة تخصيص النص بالعرف، ما ذكره الإمام الجويني من اعتبار للعادة في قضية " حريم الأملاك "، والتي جاءت في حقيقتها تخصيصا للأصل من أن لصاحب كل ملك أن يتصرف في ملكه بما يعتاد مثله، وإن كان يخالف منه اختلال ملك صاحبه، وفيه احترام الأملاك الخاصة ومراعاة الحق الفردي في التصرف في الملك الخاص، حتى أنه لو أضر في استعماله ملك غيره فإن هذا الضرار المتوقع لابد للملاك المجاورين أن يتوقعوا وقوعه، ولابد لهم من احتماله، إذ "لولاه، لتعطلت الأملاك ناجزاً لخيفة الضرار، ولا سبيل إلى قطع مرافق الأملاك، وتحصيل الضرار، وتعطيل المنافع لتوقع ضرار"[99]، فتوقع الضرر جاء من كونه معتاداً وكونه متوقعاً معتاداً يحتم على غيره احتماله، لأن هذا الغير لابد من أن يوقع ضررا متوقعا اعتياديا في ملكه كذلك ولابد للمالك الآخر من احتماله، وإلا تعطلت منافع الأملاك، لمنع أي ضرار من أي نوع.

إلا أن هذا الضرر لابد له من ضابط، حتى يحكم بكونه متوقعا يمكن احتماله، وذلك الضابط عند الجويني قد خصص بالعادة فقال: "والذي يجب إنعام النظر فيه أمور العادات، فلو كانت دار الإنسان محفوفة بالدور والمساكن، فلو فتح فيها قصار أو حداد، فهذا والدار كما وصفناها خارج عن الاعتياد، والظاهر عندنا منعه، فإنه وإن كان ارتفاقا مجاوز للعادة"[100]، فقد وضع قاعدة تضبط الضرر المتوقع الذي يتحتم احتماله والذي يتمثل بالعادة، فما اعتاد الناس كونه يقع عادة من استعمال مرافق الملاك ومنافعها فذاك ضرر متوقع معتاد محتمل، وما لا فلا.

المبحث الثالث: أثر الاستصلاح العرفي في الحقوق المعنوية والاسم التجاري:

الحقوق المعنوية أعم من الاسم التجاري: وهي التي ترد على شيء غير مادي، ويطلق عليها بعضهم: الملكية الأدبية، والفنية، والصناعية، واعترض على هذه التسمية بأن الملكية لا يصح إطلاقها على حق المؤلف والمخترع؛ لأن المادة تؤتي ثمارها بالاستحواذ في حين أن الفكر يؤتي ثماره بالنشر، ولأن الحق المعنوي مؤقت.

حقوق الابتكار: اختار هذا الاسم الأستاذ مصطفى الزرقاء: وعرفها الدريني بأنها: الصور الفكرية التي تفتقت عن الملكة الراسخة في نفس العالم أو الأديب أو نحوه مما قد يكون أبدعه هو ولم يسبقه إليه أحد.

حقوق الملكية التجارية: ومن أبرزها حق الاسم التجاري:

في السنة التاسعة للثورة الفرنسية أصدرت محكمة استئناف باريس حكماً بأن بيع المتجر يشمل: الملكية المادية لمعدات المحل والملكية المعنوية وهي الشهرة وثقة الجمهور، ثم توالت القوانين المؤيدة كمراعاة الضريبة لسمعة المحل ودرجة إقبال الزبائن عليه، ثم انتقلت هذه القوانين للدول العربية، وتسمى بحقوق الملكية التجارية: وهي الحقوق المعنوية التي يتكون منها المتجر.

الاسم التجاري: يطلق على التسمية التي يستخدمها التاجر كعلامة مميزة لمشروعه التجاري عن نظائره ليعرف المتعاملون معه نوعاً خاصا من السلع وحسن المعاملة والخدمة.

مضامين الاسم التجاري:

أ–الشعار التجاري للسلعة أو العلامة التجارية (الماركة): وهي كل إشارة توسم بها البضائع والسلع والمنتجات أو تعلم بها تمييزاً لها عما يماثلها من سلع تاجر آخر أو منتجات أصحاب الصناعات الأخرى، ويراد بها جذب المستهلكين لاعتيادهم عليها ومعرفتهم بخصائصها.

ب– العنوان التجاري: ويتمثل في الاسم المعلن على لافتته.

ج– الوصف الذي يتمتع به المحل التجاري: من حيث مكانه وموقعه.

مما يلحق بالاسم التجاري:

1– حقوق الملكية الأدبية والفنية (ومن أبرزها حق المؤلف).

2– والملكية الصناعية أو (براءة الاختراع).

التأليف: من ألف ويدل على انضمام الشيء إلى الشيء، وقال أبو البقاء: التأليف جمع الأشياء المتناسبة، ويندرج تحت اسم التأليف: اختراع معدوم وجمع متفرق وتكميل ناقص وتفصيل مجمل وتهذيب مطول وترتيب مخلط وتعيين مبهم وتبيين خطأ.

حق المخترع (براءة الاختراع): ويشمل براءات الاختراع– الرسوم والنماذج الصناعية– العلامات والبيانات التجارية.

فإذا كان حق التأليف يتعلق بالأعمال الأدبية والفنية فإن حق الاختراع يتعلق بالأعمال الصناعية كبراءة اختراع المذياع، أو براءة اختراع دواء لمرض معين.

ويرجع تنظيم هذا الحق إلى أواخر القرن الثامن عشر الميلادي حيث صدر أول قانون فيه في فرنسا سنة 1791م ثم عدل ونسخ وحل محله قانون 1968م وقد عقدت اتفاقيات لحماية هذا الحق كان أولها اتفاقية باريس سنة 1883م.

معنى براءة الاختراع:

البراءة لغة: من برأ قال ابن فارس: الباء والراء والهمزة أصلان إليهما ترجع فروع الباب أحدهما: الخلق يقال برأ الله الخلق يبرؤهم برءاً، والأصل الثاني: التباعد من الشيء ومزايلته ومن ذلك البرء وهو: السلامة من السقم، ووجه تسمية الشهادة بالبراءة أن العالم هو الذي أوجد الاختراع ولم تبق

فكرته حبيسة النفس، وإنما انفصلت وأذيعت للناس وطرحت عليهم وأعلنت وأصبحت ملكاً عاماً، قال الدكتور الواعي: والأصل في منح هذا السند أن المخترع يذيع اختراعه ويعلنه ويطرحه في مجال الثروة العامة.

معنى الاختراع:

الاختراع لغةً من خرع الشيء خرعاً واختراعاً بمعنى شقه وأبدعه وأنشأه فالاختراع إبداع شيءٍ لم يكن له وجود وهو يتضمن عنصرين الأول: عمل ذهني يتعلق بالصناعة، والثاني: وجود شيءٍ جديد.

تعريف براءة الاختراع باعتبارها مصطلحاً

وثيقة تمنح من طرف دائرةٍ رسمية أو من مكتبٍ عاملٍ باسم مجموعة من الأقطار بناء على طلب بذلك، ويترتب على هذه الشهادة الرسمية حق من منحت له في استخدام الاختراع المعين فيها وأعماله والتنازل عنه بالبيع واستيراده.

وهذه البراءة تمنح المخترع عدة حقوق:

الأول: حق استغلال المخترع لاختراعه واستغلال الورثة له بعد وفاته بمدة معينة تقدرها قوانين البراءة بحيث يسقط بعدها ويصبح من جملة الثروة العامة، والثاني: حق المخترع في أن ينسب الاختراع إليه من البراءة التي تصدر باسم صاحب العمل.

التكييف الشرعي للاسم التجاري وبقية الحقوق المعنوية:

التكييف الشرعي مبني على اعتبار الحقوق المعنوية أموالا أم لا فإذا كانت أموالاً جاز بيعها.

أقوال علماء العصر في بيع الحقوق المعنوية:

قال الدكتور/ أحمد الحجي الكردي بعدم اعتبار حق التأليف وبالتالي عدم حل المقابل المالي لهذا الحق لما يلي:

1- لأن اعتباره حقاً يؤدي إلى حبس المؤلف لمصنفه العلمي عن الطبع والتداول إلا في مقابل مال يحصل عليه، وكتمان العلم منهي عنه، كما في حديث: «من سئل عن علمٍ ثم كتمه ألجم يوم

القيامة بلجامٍ من نار»[101]، وعلق العجلوني على هذا الحديث بما نقله عن المقاصد فقال: ويشمل الوعيد حبس الكتب عمن يطلبها للانتفاع.

وأجيب بأن ذلك غير مسلم بدليل الواقع إذ لم يمنع ذلك من طباعة الكتب ونشرها.

2- أن العلم يعد قربةً وطاعة والقربة لا يجوز الحصول على أجرٍ ماليٍ في أدائها كما كان حال السلف الصالح.

وأجيب بأن المتأخرين من الفقهاء أفتوا بجواز أخذ الأجرة على فعل الطاعات كالإمامة والأذان وتعليم القرآن.

3- أن حق المؤلف حق مجرد كحق الشفعة فلا يجوز الاعتياض عنه.

وأجيب بأنه قياسٌ مع الفارق لأن حق الشفعة من الحقوق التي أثبتها الشارع لأجل دفع الضرر عن الشفيع فلا يجوز الاعتياض عنها، وأما حق المؤلف فليس لدفع ضررٍ عن المؤلف بل مقابل جهدٍ فكريٍ وبدني.

القول الثاني: يجوز وقال به كثير من المعاصرين ومنهم الشيخ/ مصطفى الزرقاء، والدريني والزحيلي وغيرهم واستدلوا بما يلي[102]:

1- أن المنفعة[103] تعد مالاً عند جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة بدليل أن الأصل في المهر أن يكون مالاً ومع ذلك يجوز أن يكون المهر منفعةً كما يدل على ذلك قصة شعيب وموسى عليهما السلام، وإذا كانت المنافع وهي من الأمور المعنوية مالاً فالإنتاج الذهني أيضاً يمثل منفعةً من منافع الإنسان.

2- أن العرف جرى على اعتبار حق المؤلف في تأليفه وإبداعه فأقر التعويض عنه والجائزة عليه وهذا العرف لا يصادم نصاً والعرف له دخل كبير في مالية الأشياء قال السيوطي: لا يقع اسم المال إلا على ماله قيمة يباع بها وتلزم متلفه وإن قلت وما لا يطرحه الناس.

3- أنه لا يجوز نسبة القول إلى غير قائله لينال خيره ويتحمل وزره، وقد روى الغزالي أن الإمام أحمد سئل عمن سقطت منه ورقة كتب فيها أحاديث أو نحوها أيجوز لمن وجدها أن يكتب

منها ثم يردها؟ قال: لا بل يستأذن.

4- أن المؤلف مسئول عما يكتب بدليل قوله تعالى: ﴿مَّا يَلْفِظُ مِن قَوْلٍ إِلَّا لَدَيْهِ رَقِيبٌ عَتِيدٌ﴾ [ق: **18**]، فيكون له بالمقابل الحق فيما أبدعه من خيرٍ عملاً بقاعد (الغنم بالغرم) وقاعدة (الخراج بالضمان).

5- الإبداع الذهني أصل للوسائل المادية من سيارة وطيارة ونحوها فلا بد من اعتبار الأصل له صفة المالية.

6- التخريج على قاعدة المصلحة المرسلة لما في ذلك من مصلحة للمجتمع وللمؤلف والناشر، ومنعه قد يؤدي إلى الانقطاع عن التأليف للتكاليف المالية والذهنية وانعدام الحافز.

وعليه فالحكم الشرعي لبراءة الاختراع:

يمكن تخريجه على قاعدة المصالح المرسلة التي سبق ذكرها ووجه المصلحة في حماية هذا الحق تشجيع الاختراع والإبداع.

وكذلك الحكم الشرعي للاسم التجاري:

يمكن تخريجه أيضاً على قاعدة المصلحة المرسلة، وقد اتفق العلماء المعاصرون على اعتبار الاسم التجاري حقاً مالياً وذا قيمة مالية ودلالة تجارية معينة يحقق رواج الشيء الذي يحمل ذلك الاسم، وهو مملوك لصاحبه والملك يفيد الاختصاص أو الاستبداد أو التمكن من الانتفاع والتصرف فيه بالبيع والإجارة أو غير ذلك ويمنع الغير من الاعتداء عليه إلا بإذن صاحبه، والعرف الذي يستند إليه هذا الحق عام ولا يتصادم مع نص شرعي خاص أو قاعدة كلية عامة في الشريعة الإسلامية.

رأي مجمع الفقه الإسلامي في حقوق الابتكار:

لقد طرح مجمع الفقه الإسلامي موضوع الحقوق المعنوية أو حقوق الابتكار في دورته الخامسة المنعقدة في الكويت وبعد المداولة اتخذ القرار التالي:

أولاً: الاسم التجاري والعنوان التجاري والعلامة التجارية وحق التأليف والاختراع أو الابتكار هي

حقوق خاصة لأصحابها أصبح لها في العرف المعاصر قيمة مالية معتبرة لتمول الناس بها وهذه الحقوق يعتد بها شرعا فلا يجوز الاعتداء عليها، ثانياً: يجوز التصرف في الاسم التجاري أو العنوان التجاري أو العلامة التجارية ونقل أي منها بعوض مالي إذا انتفى الغرر والتدليس والغش باعتبار أن ذلك أصبح حقا ماليا

وأفتت اللجنة الدائمة للبحوث العلمية بما يلي: لا مانع من تسجيل الأشرطة النافعة وبيعها، وتصوير الكتب وبيعها، لما في ذلك من الإعانة على نشر العلم إلا إذا كان أصحابها يمنعون من ذلك فلا بد من إذنهم، وأفتت أيضاً بأنه لا يجوز نسخ البرامج التي يمنع أصحابها نسخها إلا بإذنهم.

وفي فتاوى لجنة الأوقاف الكويتية جواباً عن سؤالٍ عن استنساخ الكتب والبرامج الأصلية لبيعها: ذلك ممنوعٌ شرعاً في حالة منع المؤلف أو المنتج الأصلي أو وجود قانونٍ أو عرف يمنع من ذلك، لما فيه من الإضرار بالمؤلف أو ورثته أو المنتج الأصلي.

الخاتمة:

بحمد الله وتوفيقه وصلنا إلى نهاية هذه الدراسة، وقد خلصت إلى أهم النتائج والتوصيات.

أولا: أهم النتائج:

1- أن كل ما ورد به الشرع مطلقا ولا ضابطه له في الشرع ولا في اللغة يُرجع فيه إلى الاستصلاح العرفي.

2- كشفت الدراسة أن الخلاف في اعتبار المصلحة المرسلة لم يكن سوى اختلاف في معنى الارسال في المصالح، وبالتالي فإن الخلاف في المصلحة المرسلة بين الشافعية وغيرهم لا يعدو أن يكون خلافا لفظيا.

3- بينت الدراسة أن الشافعية يخصصون عموم النصوص بحمل المعنى على ما استقر بالاستصلاح العرفي.

ثانيا: أهم التوصيات

نوصي بدراسة المسائل المعاصرة التي يُستند فيها إلى مسلك الاستصلاح العرفي عند الشافعية على نطاق أوسع من هذه العجالة وإشباع الموضوع من الناحية التطبيقية التي لم يتنس لنا دراستها.

المراجع والمصادر

ابن حجر، فتح الباري شرح صحيح البخاري، د.ط، 13م، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، ومحب الدين الخطيب.

ابن فارس، معجم مقاييس اللغة مجمل اللغة، ط 2، تحقيق: زهير عبد المحسن سلطان، 1406هـ – 1986م، مؤسسة الرسالة، بيروت.

ابن منظور، محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري، (ت: 711هـ) لسان العرب، ط 1، دار صادر، بيروت، د.ت

أبو مؤنس، رائد نصري (2004م) الثوابت والمتغيرات في التشريع الإسلامي، دارسة أصولية تحليلية، أطروحة دكتواره غير منشورة، الجامعة الأردنية، عمان، الأردن.

أبو مؤنس، رئد نصري جميل (2001م) التعليل بالحكمة وأثره في قواعد الفقه وأصوله – دراسة أصولية تحليلية.

الإسنوي، عبد الرحيم بن الحسن بن علي، جمال الدين (ت: 772 هـ) التمهيد في تخريج الفروع على الأصول، ط 1، (حمد حسن هيتو)، مؤسسة الرّسالة، بيروت، 1400هـ.

الإسنوي، عبد الرحيم بن الحسن بن علي، جمال الدين (ت: 772 هـ) نهاية السول في شرح منهاج الوصول، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1420 هـ– 1999 م.

الأصفهاني، محمود بن عبد الرحمن ابن أحمد بن محمد، شمس الدين (ت: 749 هـ) بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب، ط 1، تحقيق: حمد مظهر بقا، 1406 هـ – 1986 م، دار المدني: السعودية.

الآمدي، سيف الدين علي بن علي بن محمد (ت: 631 هـ)، الإحكام في أصول الاحكام، د.ط، 4م، تحقيق عبد الرازق عفيفي، 1402هـ، المكتب الإسلامي، بيروت.

البعلي، عبد الحميد محمود البعلي، زكاة الحقوق المعنوية.

البغا، مصطفى ديب، أثر الأدلة المختلف فيها، مصادر التشريع التبعية في الفقه الإسلامي، (1997م) دمشق: دار الامام البخاري.

بلتاجي، مناهج التشريع الإسلامي في القرن الثاني الهجري، (1977م)، الرياض: جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية.

البوطي، محمد سعيد رمضان، البيوع الشائعة وأثر ضبط البيوع على شرعيتها، مجلة الشريعة والقانون – الإمارات.

البوطي، محمد سعيد رمضان، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية ط4، (2005 م) دار دمشق: الفكر.

الجوهري، أبو نصّر إسماعيل بن حماد الفاربي (ت: 393 هـ)، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، ط 4، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، 1407هـ – 1987م، دار العلم للملايين، بيروت.

الجويني، إمام الحرمين أبو المعالي عبد الملك (ت: 478 هـ) نهاية المطلب في دراية المذهب، ط 1، تحقيق: عبد العظيم محمود الدّيب، 1428 هـ– 2007م، دار المنهاج، جدّة.

الجويني، إمام الحرمين أبو المعالي عبد الملك (ت: 478 هـ) البرهان في أصول الفقه، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1418هـ – 1997م.

الحسن، خليفة بابكر (1413هـ– 1993م)، تخصيص النصوص بالأدلة الاجتهادية عند الأصوليين، ط1، القاهرة: مكتبة وهبة.

الرازي، فخر الدين (ت: 606 هـ) المحصول في علم أصول الفقه، ط 3، تحقيق: طه جابر العلواني، 1418هـ – 1997م، مؤسسة الرسالة، بيروت.

الرازي، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر (ت: 666هـ) مختار الصحاح، تحقيق: محمود خاطر، 1415 هـ– 1995 م، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت.

الزبيري، عبد الملك عبد الله أحمد (2003م) العرف حجيته وأثره في التشريع الإسلامي، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة صنعاء، صنعاء، اليمن.

الزرقا، مصطفى الزرقا، (1998م) الاستصلاح والمصالح المرسلة في الشريعة الإسلامية وأصول فقهها، ط 1، دمشق.

الزركشي، بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر (ت: 794هـ) المنثور في القواعد الفقهية، ط 2، وزارة الأوقاف الكويتية، الكويت، 1405هـ – 1985م

الزركشي، بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر (ت: 794هـ)، البحر المحيط في أصول الفقه، ط 1، دار الكتبي.

الزركشي، بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر (ت: 794هـ)، المنثور في القواعد الفقهية، ط2، دار القلم.

الزنجاني، محمود بن أحمد بن محمود بن بختيار (ت: 656 هـ) تخريج الفروع على الأصول، ط 2، تحقيق: محمد أديب صالح، 1398هـ، مؤسسة الرسالة، بيروت.

السبكي، الإبهاج في شرح المنهاج أو منهاج الوصول إلى علم الأصول للقاضي البيضاوي، د.ط، دار الكتب العلمية، بيروت، 1416هـ – 1995م.

السمعاني، منصور بن محمد، (ت: 489 هـ) قواطع الأدلة في الأصول، ط 1، تحقيق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي، 1418 هـ– 1999 م، دار الكتب العلمية، بيروت.

السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي (ت:911هـ) الأشباه والنظائر، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت1411 هـ – 1990 م.

شبير، محمد عثمان شبير، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي.

شلبي، محمد مصطفى (1983م) أصول الفقه الإسلامي، ط 4، بيروت: الدار الجامعية.

الشنقيطي، محمد الأمين مصطفى، دراسة شرعية لأهم العقود المالية المستحدثة.

الشيرازي، أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزآبادي (ت: 467هـ)، اللمع في أصول الفقه، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، 1424 هـ– 2003 م.

العز، عبد العزيز بن عبد السلام السلمي، سلطان العلماء (ت: 606هـ) قواعد الاحكام في مصالح الأنام، د. ط، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، 1414 هـ – 1991 م، مكتبة الكليات الأزهرية.

العسكري، أبو هلال الحسن بن عبد الله بن سهل بن سعيد (ت: 395) الفروق اللّغويّة، ط1، تحقيق: محمد إبراهيم سليم، دار العلم والثقافة للنشر والتوزيع، القاهرة، د.ت.

الغزالي، ابو حامد محمد (ت: 505 هـ) أساس القياس، د.ط، تحقيق: فهد السدحان، 1993م، الرياض، مكتبة العبيكان.

الغزالي، ابو حامد محمد (ت: 505 هـ) الوسيط في المذهب، ط 1، تحقيق: أحمد محمود، محمد تامر، 1417هـ، دار السلام، القاهرة.

الغزالي، أبو حامد محمد (ت: 505 هـ) المنخول من تعليقات الاصول، ط 3، تحقيق محمد هيتو، 1998م، دار الفكر، دمشق.

الفراهيدي، أبو عبد الرحمن الخليل بن أحمد (ت: 170 هـ)، العين، د.ط، تحقيق: مهدي المخزومي وإبراهيم السامرائي، 1980م، دار ومكتبة الهلال، القاهرة.

الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن محمد البصري البغدادي (ت: 450 هـ) الحاوي الكبير، ط 1، دار الفكر، بيروت، 1419هـ – 1999م.

مجلة المجمع الفقهي عدد (4) ج2 3- والعدد (5) ج3 5.
المحلي، جلال الدين محمد بن أحمد (ت: 864 هـ) شرح الورقات في أصول الفقه، ط 1، تحقيق: حسام الدين بن موسى عفانة، وحذيفة بن حسام الدين عفانة، (1420هـ - 1999م) جامعة القدس.
النووي، المجموع شرح المهذب، د ط، دار الفكر، بيروت، د ت 1.

الهوامش

---

(1) والجمع عُرف وأعراف. الجوهري، الصحاح 1401/4.
(2) انظر: الفراهيدي، كتاب العين، 121/2.
(3) انظر: الرازي، مختار الصحاح، ص (206).
(4) انظر: ابن منظور، لسان العرب،9/ 239.
(5) ابن فارس، معجم مقاييس اللغة. 4/ 281.
(6) ابن منظور، لسان العرب 240/0.
(7) العسكري، الفروق اللغوية، 1م، 345.
(8) السمعاني، قواطع الأدلة في الأصول، ط1، 29/1.
(9) المجموع شرح المهذب، د. ط، دار الفكر، بيروت، د. ت. 11/ 417، الزركشي، المنثور في القواعد الفقهية، ط2، 2/ 361.
(10) النووي، المجموع، 417/11.
(11) المصدر نفسه.
(12) الشيرازي، اللمع في أصول الفقه، ط2، ص9.
(13) انظر: المجموع، 11/ 417.
(14) البغا، أثر الأدلة المختلف فيها، مصادر التشريع التبعية في الفقه الإسلامي، ص 243.
(15) شلبي، أصول الفقه الإسلامي، ط 4، 335/1.
(16) انظر: الحسن، تخصيص النصوص بالأدلة الاجتهادية عند الأصوليين، ط1، ص 115.
(17) انظر: الزركشي، البحر المحيط في أصول الفقه، ط1، 85/8.
(18) انظر: الجويني، البرهان في أصول الفقه، ط1، 2/ 161.
(19) انظر: الزنجاني، تخريج الفروع على الأصول. ط2، ص(460 - 464).
(20) انظر: السمعاني، قواطع الأدلة: 2/ 259.
(21) انظر: الزركشي، البحر المحيط 8/ 85.
(22) انظر: الغزالي، المنخول من تعليقات الأصول، ط3، ص(460 - 464).
(23) انظر: الرازي، المحصول في علم أصول الفقه، ط3، 166/6.

(24) انظر: العز، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، 189/2.

(25) انظر: الزركشي، البحر المحيط، 8 / 85.

(26) الرازي: المحصول 5/ 167.

(27) انظر: المصدر نفسه.

(28) يقول: "وللشافعي رضي الله عنه مسلكان يحصر في أحدهما التمسك في الشبه أو المخيل الذي يشهد له أصل معين ويرد كل استدلال مرسل " المنخول 454..

(29) انظر كالزركشي، البحر المحيط 83/8.

(30) انظر: الجويني، الرهان 161/2.

(31) كما نقل عنه الإسنوي، نهاية السول في شرح منهاج الوصول، ط1، ص145.

(32) الآمدي، الإحكام في أصول الأحكام، 4م، 3/ 283.

(33) المصدر نفسه.

(34) المصدر نفسه، 4/ 4.

(35) المصدر نفسه، 3/ 285.

(36) انظر: السبكي، الإبهاج في شرح المنهاج أو منهاج الوصول إلى علم الأصول للقاضي البيضاوي: 61/3، وانظر: الأصفهاني، بيان المختصر: 286/3.

(37) السمعاني، قواطع الأدلة، 29/1.

(38) أخرجه البخاري، حديث رقم: 5364.

(39) ابن حجر، فتح الباري شرح صحيح البخاري: 13م: 510/9.

(40) انظر: الزركشي، المنثور، ص356/2.

(41) انظر: أبو مؤنس، الثوابت والمتغيرات في التشريع الإسلامي، دراسة أصولية تحليلية، ص334.

(42) الجويني، نهاية المطلب في دراية المذهب، ط1، 292/8.

(43) الغزالي، أساس القياس، ص37 – 39، وما بعدها.

(44) المصدر نفسه.

(45) السيوطي، الأشباه والنظائر، ط1، ص98..

(46) وهو ما يفهم من أمثلتهم على اطراد العرف فما سيأتي.

(47) السيوطي، الأشباه، 92، ومثلها قاعدة الزركشي في العقود: "العادة إذا اطردت ينزل اللفظ في العقود عليها، وإذا اضطربت لم تعتبر ووجب البيان، (وإذا) تعارضت الظنون في اعتبارها فخلاف " المنثور، 362/2.

(48) الجويني، نهاية المطلب، 8/ 148.

(49) انظر: الزركشي، المنثور، 362/2.

(50) الماوردي، الحاوي الكبير، ط 1، 15 /927.

[51] انظر: الزركشي، المنثور، 362/2.

[52] الزركشي، المنثور، 362/2.

[53] السيوطي، الأشباه والنظائر، 92.

[54] الجويني، نهاية المطلب، 8/ 148.

[55] المصدر نفسه.

[56] المحصول، 1/ 229، السبكي، الإبهاج، 1/ 275.

[57] انظر: البغا، أثر الأدلة، ص 272.

[58] انظر: المنثور، 2 / 389.

[59] السيوطي، الأشباه والنظائر، 92.

[60] انظر: النووي، المجموع 415/11.

[61] انظر: المصدر نفسه.

[62] انظر: المصدر نفسه.

[63] انظر: السيوطي، الأشباه والنظائر 96..

[64] انظر: البوطي، ضوابط المصلحة، 290.

[65] انظر: العز، قواعد الأحكام، 2/

[66] انظر: الغزالي الوسيط في المذهب، ط1، 4/ 177.

[67] انظر قواعد الأحكام، 2/ 286.

[68] انظر: الجويني، نهاية المطلب، 5/ 292.

[69] المصدر نفسه، 382/11.

[70] المصدر نفسه، 8/ 498.

[71] انظر: المصدر نفسه، 292/5.

[72] انظر: المصدر نفسه، 388/11 – 389.

[73] انظر، نهاية المطلب، 11/ 388 – 389.

[74] انظر: النووي، المجموع، 417/11.

[75] العز، قواعد الأحكام 2/ 126.

[76] النووي: المجموع، 417/11، السيوطي، الأشباه والنظائر، 92

[77] انظر: العز، قواعد الأحكام، 127/2.

[78] انظر: النووي العرف حجيته وأثره في التشريع الإسلامي، من 96 – 101.

[79] السيوطي: الأشباه والنظائر، 92 – 93.

[80] انظر: العز، قواعد الأحكام، 2/ 186.

[81] انظر: الزركشي، المنثور، 2/ 362.

[82] السيوطي: الأشباه والنظائر، 92 – 93.

[83] انظر: الزبيري، العرف حجيته وأثره في التشريع الإسلامي، ص 96 – 101.

[84] انظر: السيوطي، الأشباه والنظائر، 93.

[85] ومثلها كما يذكر السيوطي لو حلف لا يجلس تحت سقف، لم يحنث بجلوسه تحت السماء، أو أن لا يجلس في ضوء سراج، لم يحنث بجلوسه تحت الشمس، أو أن لا يضع رأسه على وتد، لم يحنث بوضعها على جبل، أو أن لا يأكل الميتة أو الدم، لم يحنث بأكله السمك أو الجراد، أو الكبد أو الطحال. انظر: السيوطي، الأشباه، 93.

[86] انظر: بلتاجي، مناهج التشريع الإسلامي في القرن الثاني الهجري، 865/2.

[87] انظر: السبكي، الإبهاج، 390/2 – 391.

[88] انظر: النووي، المجموع، 9 / 162. ثم قال: "وبهذا قطع المصنف والجمهور ".

[89] انظر: المصدر نفسه. وذكر أنه مشهور عن ابن سريج.

[90] العز، قواعد الأحكام، 137/2.

[91] انظر: البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية. ط4، ص 289.

[92] الشيرازي، اللمع 37، السمعاني، قواطع الأدلة، 193/1.

[93] الجويني، البرهان، 177/1.

[94] رواه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب: النكاح، باب: لا نكاح إلا بولي، الحديث رقم: 13984. وقال عن إسناده "صحيح".

[95] الخفرات جمع خفرة وهي الحيية، من الخفر وهو شدة الحياء. انظر: العين، الفراهيدي، 253/5.

[96] الجويني، البرهان، 178/1.

[97] الإسنوي، التمهيد في تخريج الفروع على الأصول، ط1، ص 380.

[98] انظر: أبو مؤنس، التعليل بالحكمة وأثره في قواعد الفقه وأصوله – دراسة أصولية تحليلية –، ص319.

[99] الجويني: نهاية المطلب، 336/9.

[100] المصدر نفسه، 8/ 336.

[101] رواه الترمذي 29/5

[102] مجلة المجمع الفقهي عدد (4) ج2 ص2333– والعدد (5) ج3 ص2265، دراسة شرعية لأهم العقود المالية المستحدثة د/ محمد الأمين مصطفى الشنقيطي. 3– زكاة الحقوق المعنوية، أ. د. عبد الحميد محمود البعلي، المدخل الفقهي العام، للشيخ/ مصطفى الزرقا ص267–270، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، د/محمد عثمان شبير، البيوع الشائعة وأثر ضبط البيوع على شرعيتها د محمد سعيد رمضان البوطي، مجلة الشريعة والقانون – الإمارات، 15/2.

[103] والمنافع ما يستفاد من الأعيان.