قواعد العرف عند إمام الحرمين الجويني

إعداد: وحيد عاطف عبد العزيز عبد الرحيم
باحث دكتوراه بقسم الشريعة الإسلامية
كلية دار العلوم – جامعة القاهرة

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة:

الحمد لله رب العالمين، الحمد لله الذي رضي لنا الإسلام دينا، وأشهد أن لا إله إلا الله، وحده لا شريك له، وأشهد أن محمدا عبده ورسوله، بعثه الله رحمة للعالمين، وحجة على الناس أجمعين، صلى الله عليه وعلى آله وصحبه، وسلم تسليما كثيرا إلى يوم الدين.

أما بعد:

فإن علم القواعد الفقهية من أهم علوم الشريعة الإسلامية بوجه عام، وعلوم الفقه بوجه خاص، وقد نبغ في هذا العلم علماء كثيرون، وفقهاء أجلاء، منهم إمام الحرمين –رحمه الله، الذي كان يسير في كتبه الفقهية على وضع القواعد والضوابط الفقهية التي تلم شتات المسائل، وتجمع الفروع الفقهية التي تنضبط تحتها، وكانت كتبه شاهدة على ذلك، ومن أهمها كتاب نهاية المطلب في دراية المذهب.

هذا، ونتناول -بإذن الله- في هذا البحث: (قواعد العرف عند إمام الحرمين الجويني).

وقد اشتمل البحث على مقدمة، وتمهيد، وأربعة مباحث، وخاتمة، وفهرس المصادر والمراجع، وهي كالتالي:

التمهيد، وفيه التعريف بإمام الحرمين الجويني.

المبحث الأول: التعريف بالقاعدة الفقهية والفرق بينها وبين الضابط.

المبحث الثاني: قاعدة العادة مطردة (محكمة).

المبحث الثالث: قاعدة العرف العام قرينُ اللفظ.

المبحث الرابع: قاعدة إذا عم العرف فهو في حكم الشرط.

المبحث الخامس: قاعدة إشارة الأخرس تقوم مقام اللفظ.

الخاتمة، وفيها نتائج البحث.

فهرس المصادر والمراجع.

وأسأل الله العلي العظيم أن يهدينا، ويجنبنا الخطأ والزلل فيما نكتب، إنه ولي ذلك والقادر عليه.

التمهيد

التعريف بإمام الحرمين الجويني

أولًا: اسمه ونسبه:

هو عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني النيسابوري[(١)]، والجويني نسبة إلى جُوَين، بضم الجيم وفتح الواو، وهي إحدى نواحي نيسابور، حيث ولد أبوه[(٢)].

ثانيًا: لقبه وكنيته:

يكنى بأبي المعالي، وهي كنية تعظيم وتشريف، فكأنه يطلب معالي الأمور وأشرفها.

ويلقب بإمام الحرمين، لمجاورته في مكة أربع سنين يُدَرس ويفتي، وكذلك جاور بالمدينة أربع سنين، يُدَرس ويفتي ويجمع طرق المذهب الشافعي[(٣)].

ثالثًا: مولده:

ولد أبو المعالي في المحرم سنة ٤١٩ هـ، على أرجح الأقوال[(٤)].

رابعًا: نشأته وطلبه للعلم:

نشأ أبو المعالي في أسرة ذات فضل وعلم، فقد اعتنى به والده منذ الصغر، فقد كان والده أبو محمد فقيهًا، بل شيخ الشافعية في عصره، له مؤلفات عديدة، منها: شرح رسالة الإمام الشافعي، وكان عمه علي بن يوسف الجويني فقيهًا أيضًا.

---

(١) انظر ترجمته في طبقات الشافعية الكبرى ٥/ ١٦٥، سير أعلام النبلاء ١٨/ ٤٦٨، البداية والنهاية ١٢/ ١٣٦، هدية العارفين ١/ ٥٠٤، مقدمة تحقيق البرهان د. عبد العظيم الديب ١/ ٢١، مقدمة تحقيق التلخيص د. عبد الله النيبالي، د. شبير العمري ١/ ٢٣.

(٢) انظر: البداية والنهاية ١٢/ ١٣٦، مقدمة تحقيق التلخيص ١/ ٢٣.

(٣) انظر: سير أعلام النبلاء ١٨/ ٤٦٨ الحاشية، البداية والنهاية ١٢/ ١٣٦، مقدمة تحقيق التلخيص ١/ ٢٣.

(٤) انظر: سير أعلام النبلاء ١٨/ ٤٦٨، البداية والنهاية ١٢/ ١٣٦، طبقات الشافعية الكبرى ٥/١٦٨.

نشأ أبو المعالي في هذه الأسرة الفاضلة، فدرس على والده الفقه والأصول والتفسير، وقرأ جميع مصنفات والده، ودرس على عدد من العلماء، ورحل في طلب العلم رحلات عديدة، استغرقت عشر سنوات من عمره، فرحل إلى الحجاز وبغداد وخراسان، والتقى بعدد من الشيوخ الذين أخذ العلم عنهم.

خامسًا: شيوخه:

١. والده، فقد أخذ عنه الفقه، والأصول، والتفسير، وغيرها من العلوم.

٢. أبو القاسم عبد الجبار بن علي، المعروف بالإسكاف الإسفرايني، توفى سنة ٤٥٢ هـ، كان فقيهًا متكلمًا، وقد واظب أبو المعالي على حضور دروسه، قرأ عليه الأصول، وتخرج بطريقته(١).

٣. أبو عبد الله الخبازي، محمد بن علي النيسابوري المتوفى سنة ٤٤٩ هـ، كان شيخ القراء في وقته(٢)، قرأ عليه أبو المعالي القرآن.

٤. الحافظ أبو نعيم الأصبهاني، أحمد بن عبد الله، كان محدثًا، فقيهًا المتوفى سنة ٤٣٠ هـ، ودرس عليه إمام الحرمين وأجازه(٣).

٥. حسين بن محمد المروزي، المشهور بالقاضي حسين والمتوفى سنة ٤٦٢ هـ، وهو شيخ الشافعية بخراسان، وتفقه عليه إمام الحرمين(٤).

سادسًا: تلاميذه:

تتلمذ على إمام الحرمين عدد كبير من التلاميذ، أشهرهم:

١. أبو حامد محمد بن محمد بن محمد، الغزالي، حجة الإسلام والمسلمين، كان فقيهًا، أصوليًا، متكلمًا، متصوفًا، العلم المعروف، المتوفى سنة ٥٠٥ هـ(٥).

---

(١) انظر: طبقات الشافعية الكبرى ٥/ ٩٩، سير أعلام النبلاء ١٨/ ١١٧.

(٢) انظر: سير أعلام النبلاء ١٨/ ٤٤.

(٣) انظر: سير أعلام النبلاء ١٧/ ٤٥٣، طبقات الشافعية الكبرى ٤/ ١٨، مقدمة التلخيص١/ ٤٠.

(٤) انظر: مقدمة التلخيص ١/ ٤٠، البداية والنهاية ١٢/ ١٣٦، طبقات الشافعية الكبرى ٤/ ٣٥٧.

(٥) انظر: البداية والنهاية ١٢/ ١٨٥، سير أعلام النبلاء ١٩/ ٣٢٢، طبقات الشافعية الكبرى ١٩١/٦.

٢. علي بن محمد بن علي الطبري، المعروف بالكيا الهراسي، كان فقيهًا، أصوليًا، مفسرًا، محدثًا، المتوفى سنة ٥٠٤ هـ[١].

٣. عبد الرحيم بن عبد الكريم أبو نصر، المعروف بابن القشيري، كان فقيهًا، مفسرًا، متكلمًا، المتوفى سنة ٥١٤ هـ[٢].

٤. عبد الغافر بن إسماعيل الفارسي النيسابوري، كان من أعيان المحدثين والمؤرخين، وكان فقيهًا، أديبًا، المتوفى سنة ٥٢٩ هـ[٣].

٥. أحمد بن محمد بن المظفر النيسابوري الخوافي، كان من عظماء أصحاب إمام الحرمين، وكان مشهورًا بحسن المناظرة، المتوفى سنة ٥٠٠ هـ[٤].

سابعًا: ثناء العلماء عليه:

كان إمام الحرمين محل ثناء العلماء، وإعجابهم بشخصيته الفذة، وبعلمه الواسع، فمن عباراتهم في الثناء عليه – وقد كان أهلًا للثناء:

١. قال أبو سعد السمعاني: "كان أبو المعالي إمام الأئمة على الإطلاق، مجمعًا على إمامته شرقًا وغربًا، لم تر العيون مثله"[٥].

٢. قال أبو الحسن الباخرزي في حقه: "الفقه فقه الشافعي، والأدب أدب الأصمعي، وفي الوعظ الحسن الحسن البصري، وكيف ما هو فهو إمام كل إمام، والمستعلي بهمته على كل همام، والفائز بالظفر على إرغام كل ضرغام، إن تصدر للفقه فالمزني من مزنته، وإذا تكلم فالأشعري شعرة من وفرته"[٦] .

---

(١) انظر: البداية والنهاية ١٢/ ١٨٤، سير أعلام النبلاء ١٩/ ٣٥٠، طبقات الشافعية الكبرى ٢٣١/٧.

(٢) انظر: البداية والنهاية ١٢/ ٢٠٠، سير أعلام النبلاء ١٩/ ٤٢٤، طبقات الشافعية الكبرى ١٥٩/٧.

(٣) انظر: سير أعلام النبلاء ٢٠/ ١٦، طبقات الشافعية الكبرى ٧/ ١٧١.

(٤) انظر: البداية والنهاية ١٢/ ١٧٩، طبقات الشافعية الكبرى ٦/ ٦٣.

(٥) انظر: سير أعلام النبلاء ١٨/ ٤٦٩.

(٦) المصدر السابق ١٨/ ٤٧٦ – ٤٧٧.

٣. وقال أبو إسحاق الشيرازي: "تمتعوا بهذا الإمام، فإنه نزهة هذا الزمان، يعني: إمام الحرمين"، وقال له مرةً: "أنت اليوم إمام الأئمة"[١].

٤. وقال شيخ الإسلام أبو عثمان إسماعيل بن عبد الرحمن الصابوني، وقد سمع كلام إمام الحرمين في بعض المحافل: "صرف الله المكاره عن هذا الإمام، فهو اليوم قرة عين الإسلام، والذاب عنه بحسن الكلام"[٢].

٥. وقال الحافظ عبد الغافر الفارسي: "إمام الحرمين فخر الإسلام، إمام الأئمة على الإطلاق، حبر الشريعة المجمع على إمامته شرقًا وغربًا، المقر بفضله السراة والحداة عُجْمًا وعُرْبًا، من لم تر العيون مثله قبله"[٣].

ثامنًا: مؤلفاته:

ألف إمام الحرمين كتبًا كثيرة في مختلف العلوم فمن ذلك:

١. البرهان في أصول الفقه، وهو من أعظم المؤلفات في فنه.

٢. التلخيص في أصول الفقه. ٣. الورقات في أصول الفقه.

٤. نهاية المطلب في دراية المذهب في الفقه الشافعي.

٥. مغيث الخلق في ترجيح القول الحقّ.

٦. الكافية في الجدل. ٧. الأساليب. ٨. العمد. ٩. العقيدة النظامية.

١٠. الشامل في أصول الدين[٤]. وغير ذلك من المؤلفات.

تاسعًا: وفاته:

توفي إمام الحرمين بعد حياة حافلة بالبذل والعطاء، في الخامس والعشرين من شهر ربيع الآخر سنة ٤٧٨ هـ[٥]، وتأسف عليه الخاصة والعامة، رحمه الله رحمة واسعة، وأسكنه فسيح جناته.

---

(١) انظر: طبقات الشافعية الكبرى ٥/ ١٧٢.

(٢) طبقات الشافعية الكبرى ٥/ ١٧٣.

(٣) المصدر السابق ٥/ ١٧٤.

(٤) انظر تفصيل الكلام على مؤلفات إمام الحرمين في: مقدمة التلخيص ١/ ٤٦ – ٥٧، مقدمة البرهان ١/ ٣٩، مقدمة الأنجم الزاهرات ١٩ – ٢٢.

(٥) انظر: سير أعلام النبلاء ١٨/ ٤٧٦، طبقات الشافعية الكبرى ٥/ ١٨١.

المبحث الأول

التعريف بالقاعدة الفقهية والفرق بينها وبين الضابط

المطلب الأول: تعريف القاعدة لغة، واصطلاحًا، والفرق بين القاعدة الفقهية والضابط الفقهي:

تعريف القاعدة الفقهية:

تعريف القاعدة لغة:

القاعدة في اللغة: اسم فاعل من الفعل قعد، والقاعدة هي الأساس، وقاعدة كل شيء أساسه، وقواعد البناء: أساسه، وقواعد الهودج: خشباته الجارية مجرى قواعد البناء(١).

والقاعدة: أصل الأُسِّ، والقواعدُ الأساس، وقواعد البيت أساسه، وفي التنزيل: ﴿وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَٰهِـۧمُ ٱلْقَوَاعِدَ مِنَ ٱلْبَيْتِ وَإِسْمَٰعِيلُ﴾ [البقرة: ١٢٧]، وفيه: ﴿فَأَتَى ٱللَّهُ بُنْيَٰنَهُم مِّنَ ٱلْقَوَاعِدِ﴾ [النحل: ٢٦].

والقواعد أساطين البناء التي تعمده...قال أَبو عبيد(٢): "قواعد السحاب أُصولها المعترضة في آفاق السماء شبهت بقواعد البناء"، قال: ذلك في تفسير حديث النبي -صلى الله عليه وسلم- حين سأَل عن سحابة مَرَّت فقال: "**كيف**

---

(١) انظر: مفردات ألفاظ القرآن للراغب الأصفهاني دار القلم دمشق ٢/٢٥٤ مادة: قعد.

(٢) هو: القاسم بن سلاَّم الهروي الأزدي الخزاعي، بالولاء، الخراساني البغدادي، أبو عُبيد، سمع من شريك ويحي القطان، وابن علية، والضرير وغيرهم. روى عنه نصر بْن داود بْن طوق، ومحمد بْن إسحاق الصاغاني، والحسن بْن مكرم وخلق غيرهم. من مصنفاته: الغريب، وأدب القاضي، والأمثال، والأموال وغيرها. مات -رحمه الله- سنة ٢٢٤هـ. انظر: طبقات النحويين واللغويين، محمد بن الحسن أبو بكر الإشبيلي (٣٧٩هـ)، تحقيق محمد أبوالفضل إبراهيم، دار المعارف، ط ٢، ص ١٩٩، وتاريخ بغداد ١٩/٣٩٢.

تَرَوْنَ قواعِدَها وبواسِقَها"[١]. وقال ابن الأثير[٢]: "أَراد بالقواعد ما اعترض منها وسَفَل تشبيهًا بقواعد البناء"[٣].

والقواعد كما تستخدم في الأمور الحسية، تستخدم في الأمور المعنوية، مثل قواعد الدين، وقواعد الحكم، وقواعد العلوم، مثل: قواعد النحو، وقواعد الأصول، وقواعد الفقه، وهكذا، وهذا الإطلاق على قواعد العلوم إطلاق صحيح؛ لأن العلوم مبنية عليها، وهي أسس هذه العلوم.

تعريف القاعدة اصطلاحا:

اختلف العلماء في تعريف القاعدة الفقهية إلى فريقين، فذهب أحد الفريقين إلى تعريف القاعدة بأنها كلية يدخل فيها كل فروعها وجزئياتها، أي: أن القاعدة جامعة لما تحتها من الفروع والجزئيات.

قال الجرجاني[٤]: "القاعدة هي قضية كلية منطبقة على جميع جزئياتها"[٥].

---

(١) أخرجه البيهقي في شعب الإيمان، تحقيق: محمد السعيد بسيوني، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، (١٤١٠هـ) ١٥٨/٢ (١٤٣١) ، وأبو الشيخ الأصبهاني في العظمة ، المحقق: رضاء الله بن محمد إدريس المباركفوري، دار العاصمة الرياض، ١٤٠٨هـ، ١٢٤٠/٤.

(٢) هو: علي بن محمد بن عبد الكريم بن عبد الواحد الشيباني الجزري، أبو الحسن عز الدين بن الأثير: المؤرخ الإمام، من العلماء بالنسب والأدب. سمع يعيش ابن صدقة وعبد المنعم بن كليب. من تصانيفه: الكامل، وأسد الغابة، اللباب. مات –رحمه الله– سنة ٦٣٠هـ.

انظر: تاريخ الإسلام ٩٢٥/١٣، وسير أعلام النبلاء ٢٥٧/١٦.

(٣) انظر: لسان العرب لابن منظور دار صار بيروت الطبعة الأولى ٣٥٧/٣، مادة : قعد. وانظر تاج العروس للزبيدي، دار الهداية ٦٠/٩ ، مادة : قعد، والنهاية في غريب الحديث، المكتبة العلمية، بيروت، ٨٧/٤ مادة قعد.

(٤) هو: علي بن محمد بن علي، المعروف بالشريف الجرجاني: فيلسوف، من كبار العلماء بالعربية، من مصنفاته : التعريفات، وشرح مواقف الإيجي، وشرح السراجية. مات رحمه الله سنة ٨١٦هـ. انظر: الضوء اللامع أهل القرن التاسع، شمس الدين السخاوي (٩٠٢هـ)، الناشر: منشورات دار مكتبة الحياة – بيروت، ٣٢٨/٥، وطبقات المفسرين للداوودي (٩٤٥هـ)، دار الكتب العلمية بيروت، ٤٣٢/١.

(٥) انظر: التعريفات للجرجاني، دار الكتاب العربي، الطبعة الأولى (١٤٠٥هـ)، باب القاف ص٢١٩.

وقال الكفوي[١]: "القاعدة اصطلاحا قضية كلية من حيث اشتمالها بالقوة على أحكام جزئيات موضوعها، وتسمى فروعا، واستخراجها منها تفريعا"[٢].

وقال التهانوي[٣]: "القاعدة أمر كلي منطبق على جميع جزئياته عند تعرف أحكامها منه"[٤].

وذهب فريق آخر إلى أن القاعدة الفقهية ليست كلية، وإنما هي أغلبية وأكثرية، وأن هناك جزئياتٍ وفروعًا لا تدخل تحتها ولا تشتملها.

قال تاج الدين السبكي: "الأمر الكلي الذي ينطبق عليه جزئيات كثيرة يفهم أحكامها منها"[٥].

إذا ما نظرنا إلى تعريفات الطائفة الأولى التي ترى أنها كلية تنطبق على كل جزئياتها، نجد أن هذه التعريفات للقاعدة بمدلولها العام، أي: تعريف القاعدة في العلوم الأخرى غير علم القواعد الفقهية، وهي تختلف عن القاعدة في علم الفقه، فلكل علم قواعده التي تضم فروعه وتشمل جزئياته، كعلم النحو، وعلم أصول الفقه، وعلم الفلك، وعلم القانون وغيرها، فقاعدة الفاعل مرفوع، والمفعول منصوب، تنطبق على كل فروعها في علم النحو، وقاعدة الأمر للوجوب، والنهي

(١) هو: أيوب بن موسى الحسيني القريمي الكفوي، أبو البقاء، من قضاة الأحناف، من مصنفاته: الكليات، مات رحمه الله سنة ١٠٩٤هـ. انظر: معجم المؤلفين، عمر بن رض كحالة، الناشر: مكتبة المثنى – بيروت، دار إحياء التراث العربي بيروت، ٣١/٣، وإيضاح المكنون، إسماعيل بن محمد أمين بن مير سليم الباباني البغدادي (المتوفى: ١٣٩٩هـ)، الناشر: دار إحياء التراث العربي، بيروت – لبنان، ٣٨٠/٤.

(٢) انظر: الكليات للكفوي، تحقيق عدنان درويش ومحمد المصري ، مؤسسة الرسالة بيروت (١٤١٩هـ-١٩٩٨م) فصل القاف ص١١٥٦.

(٣) هو: التهانوى مُحَمَّد بن على بن مُحَمَّد حَامِد بن مُحَمَّد صابر الفاروقى السنى الْحَنَفِيّ التهانوى الْهِنْدِيّ، لَهُ كشاف اصْطِلَاحَات الْفُنُون فِي اللُّغَة، وسبق الغايات في نسق الآيات، مات رحمه الله سنة ١١٥٨هـ. انظر: إيضاح المكنون ٣٥٣/٤ ، وهدية العارفين ٣٢٦/٢.

(٤) انظر: كشاف اصطلاحات الفنون للتهانوي، تحقيق د/علي دحروج، مكتبة لبنان ناشرون ١٢٩٥/٢.

(٥) انظر: الأشباه والنظائر لتاج الدين السبكي دار الكتب العلمية (١٤١١هـ- ١٩٩١م) ٢١/١.

للتحريم، تنطبق على كل ما يندرج تحتها من الفروع والجزئيات، ولا يشذ عن هذه القاعدة فرع من الفروع، وإن شذ عنها فرع فإنه لا ينقض القاعدة[١].

قال الحموي[٢]: "القاعدة عند الفقهاء غيرها عند النحاة والأصوليين؛ إذ هي عند الفقهاء حكم أكثري لا كلي، ينطبق على أكثر جزئياته لتعرف أحكامها منه"[٣].

وقد عرف المِقَّري المالكي[٤](٧٥٨هـ) القاعدة الفقهية تعريفا دقيقا فقال: "ونعني بالقاعدة كل كلي هو أخص من الأصول وسائر المعاني العقلية العامة، وأعم من العقود، وجملة الضوابط الفقهية الخاصة"[٥].

تعريفات العلماء المعاصرين:

قال أحمد بن عبد الله بن حميد:" القاعدة حكم أغلبي يتعرف منه حكم الجزئيات الفقهية مباشرة"[٦].

---

(١) انظر: القواعد الفقهية مفهومها ، نشأتها وتطورها علي أحمد الندوي ، دار القلم، الطبعة الرابعة (١٤١٨هـ- ١٩٩٨م) ص٤١.

(٢) هو: أحمد بن محمد مكي الحموي الحسيني الحنفي، كان مدرسا بالمدرسة السليمانية بالقاهرة، وتولى إفتاء الحنفية. له: الدر النفيس في بيان نسب محمد بن إدريس، وغمز عيون البصائر. مات -رحمه الله- سنة ١٠٩٨ هـ. انظر: طبقات النسابين، بكر أبو زيد، دار الرشد الرياض، الطبعة: الأولى، ١٤٠٧ هـ - ١٩٨٧ م، ص ١٧٠، ومعجم المفسرين من صدر الإسلام وحتى العصر الحاضر، عادل نويهض، الناشر: مؤسسة نويهض الثقافية للتأليف والترجمة والنشر، بيروت - لبنان، الطبعة: الثالثة، ١٤٠٩ هـ - ١٩٨٨م، ٧٥/١.

(٣) انظر: غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن محمد مكي الحسيني الحموي الحنفي، دار الكتب العلمية (١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م) ٥١/١.

(٤) هو: محمد بن محمد بن أحمد بن أبي بكر، أبو عبد الله القرشي التلمساني، الشهير بالمقري: باحث، من الفقهاء الأدباء المتصوفين. من علماء المالكية. من مصنفاته: (القواعد)، والحقائق والرقائق. مات -رحمه الله- سنة ٧٥٨هـ. انظر: الإحاطة في أخبار غرناطة، لسان الدين ابن الخطيب (٧٧٦هـ)، دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤٢٤ هـ، ١١٦/٢، ومعجم المؤلفين ١٨١/١١.

(٥) انظر: القواعد للمقري، تحقيق: أحمد بن عبد الله بن حميد، جامعة أم القرى، مركز إحياء التراث الإسلامي، ص٢١٢.

(٦) انظر: القواعد للمقري، مقدمة المحقق، ص١٠٧.

وعرفها الشيخ مصطفى الزرقا بأنها: "أصول فقهية كلية في نصوص موجزة دستورية، تتضمن أحكاما تشريعية عامة في الحوادث التي تدخل تحت موضوعها"(١).

ولعل من أدق التعريفات التي وجدتها للمعاصرين هو تعريف الدكتور علي الندوي حيث قال: " القاعدة الفقهية: أصل فقهي كلي يتضمن أحكاما تشريعية عامة من أبواب متعددة في القضايا التي تدخل تحت موضوعه"(٢).

(١) انظر: المدخل الفقهي العام الشيخ مصطفى الزرقا دار القلم دمشق الطبعة الأولى (١٤١٨هـ-١٩٩٨م)، ٢/٩٦٥.

(٢) انظر: القواعد الفقهية علي الندوي ص ٤٥.

الفرق بين القاعدة والضابط:

تعريف الضابط:

الضابط لغة: مأخوذ من الضبط، وهو اسم فاعل من ضبط، والضّبْطُ لزومُ شيء لا يفارقه في كل شيء، وضَبْطُ الشيء حِفْظُه بالحزم(١).

واصطلاحا يمكن تعريف الضابط الفقهي بأنه: هو حكم كلي فقهي ينطبق على فروع متعددة من باب واحد(٢).

شرح التعريف:

قولنا: **حكم كلي فقهي**. قد شرحناه في تعريف القاعدة.

قولنا: **متعددة؛** لأن الفروع التي تدخل تحتها أقل من الفروع التي تدخل تحت القاعدة؛ لذلك قلنا متعددة، وفي تعريف القاعدة قلنا كثيرة.

قولنا: **باب واحد؛** ليخرج القاعدة الفقهية التي تنطبق على فروع كثيرة من أبواب فقهية متعددة.

الفرق بين القاعدة والضابط:

كان القدماء لا يفرقون بين القاعدة والضابط من حيث المصطلح، فكانوا يطلقون على كل منهما القاعدة وأحيانا الضابط، لكن من حيث معنى كل منهما فكانوا يفرقون بينهما.

ويمكننا القول: إن القاعدة والضابط يتفقان في أن كل منهما حكم كلي فقهي ينطبق على فروع كثيرة، ولكن يختلفان في أن القاعدة تشمل أبوابا فقهية متعددة، بينما الضابط يشمل بابا فقهيا واحدا لا يتعداه.

قال الكفوي: "والقاعدة هي الأساس والأصل لما فوقها وهي تجمع فروعا من أبواب شتى، والضابط يجمع فروعا من باب واحد"(٣).

---

(١)انظر: لسان العرب ٣٤٠/٧مادة ضبط، والقاموس المحيط ص٨٧٢ فصل الضاد، وتاج العروس ٤٣٩/١٩، مادة ضبط.

(٢) انظر: القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير ص ٣٢.

(٣) انظر:الكليات للكفوي فصل القاف ص١١٥٦.

وقال تاج الدين السبكي: "ومنها ما لا يختص بباب كقولنا: "اليقين لا يرفع بالشك"، ومنها ما يختص كقولنا: "كل كفارة سببها معصية فهي على الفور"، والغالب فيما اختص بباب وقصد به نظم صور متشابهة أن تسمى ضابطا"[1].

فمثلا **قاعدة**: "الأمور بمقاصدها" نجدها تشمل أبوابا كثيرة، في مثل الطهارة، والصلاة، والصوم، والحج، والنكاح، والطلاق، وغيرها.

وقاعدة: "المشقة تجلب التيسير" نجدها كذلك في الطهارة، والصلاة، والحج، والنكاح، والطلاق، والبيع، والشراء، وغيرها من أبواب الفقه، سواء في العبادات، أو المعاملات.

ومثال **الضابط**: "أيما إهاب دبغ فقد طهر"؛ فإن هذا الضابط يدخل في باب الطهارة ولا يتعداه إلى غيره من الأبواب الفقهية.

وكذلك **ضابط**: "كل دين سقط قبل قبضه لا زكاة فيه" يدخل في باب الزكاة. **وضابط**: "بدن المغتسل كالعضو الواحد".

فهذه الضوابط لا تدخل إلا في باب واحد، ولا تتعداه إلى غيره.

(١) انظر:الأشباه والنظائر لتاج الدين السبكي ٢١/١.

المبحث الثاني
قاعدة: العادة مطردة (محكمة)[١]

المطلب الأول: معنى القاعدة:

أولا: مفردات القاعدة:

العادة لغةً: مأخوذة من العود، أو المعاودة، بمعنى التكرار، وهي في اللغة: الأمور المتكررة من غير علاقة عقلية.

وعرفها بعضهم: بأنها تكرار الشيء وعوده مرة بعد أخرى، تكرارًا كثيرًا يخرج عن كونه واقعًا بطريق الصدفة والاتفاق[٢].

واصطلاحًا: عرفها الشيخ مصطفى الزرقا بقوله: "هي الاستمرار على شيء مقبول للطبع السليم، والمعاودة إليه مرة بعد أخرى، وهي المرادة بالعرف العملي، فالمراد بها حينئذ ما لا يكون مغايرا لما عليه أهل الدين والعقل المستقيم، ولا منكرا في نظرهم"[٣].

والعادة والعرف بمعنى واحد، وهو نوعان:

الأول: العرف العام: هو ما كان فاشيا في جميع بلاد المسلمين كالاستصناع في كثير من الحاجات واللوازم، وكتأجيل جانب من مهور النساء في البلاد الإسلامية، وغير ذلك.

والثاني: العرف الخاص: هو ما كان مخصوصا ببلد، أو مكان دون آخر، أو بين فئة من الناس دون أخرى، كعرف التجار فيما يعد عيبا، وكعرفهم في بعض البلاد أن يكون الثمن مقسطا إلى عدد معلوم من الأقساط، وغير ذلك[٤].

---

(١) انظر: نهاية المطلب ١٧٨/٥، ١٨٣/٦ ، ٢٧٨/٦ ، ١٤٣/٨ ، ١٦٣/٨ ، ٨/ ١٩٤.

(٢) انظر: لسان العرب ٣١٧/٣ ، والقاموس المحيط ص ٣٠٣ مادة (عود).

(٣) انظر: شرح القواعد الفقهية للشيخ الزرقا ص٢١٩.

(٤) القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة ٣٠١/١.

وهناك أيضا العرف القولي، والعرف العملي:

العرف العملي: هو أن يتعود أهل بلدة على عمل معين، كتعودهم مثلًا أكل لحم الضأن أو خبز القمح، فلو وكل شخص من تلك البلدة آخر بأن يشتري له خبزا أو لحما فليس للوكيل أن يشتري للموكل لحم جمل أو خبز ذرة أو شعير؛ استنادا على هذا الإطلاق .

والعرف القولي: وهو اصطلاح جماعة على لفظ يستعملونه في معنى مخصوص، حتى يتبادر معناه إلى ذهن أحدهم بمجرد سماعه، من دون قرينة أو علاقة لفظية(١).

ثانيا: المعنى الإجمالي للقاعدة:

هذه القاعدة إحدى القواعد الفقهية الأساسية الكبرى التي تدور معظم مسائل الفقه عليها، وهي متفق عليها بين المذاهب الأربعة، وهي تعني أن العادة عامة كانت أو خاصة تجعل حكما لإثبات حكم شرعي لم ينص على خلافه بخصوصه، فلو لم يرد نص يخالفها أصلا، أو ورد ولكن عاما؛ فإن العادة تعتبر.

والمراد من كونها عامة: أن تكون مطردة أو غالبة في جميع البلدان، ومن كونها خاصة: أن تكون كذلك في بعضها، فالاطراد والغلبة شرط لاعتبارها، سواء كانت عامة أو خاصة(٢).

قال إمام الحرمين: "وكلّ ما يتَّضح فيهِ اطرادُ العادة، فهو المحكَّم، ومضمرُه كالمذكور صريحًا، وكل ما تتعارض الظنونُ بعضَ التعارضِ في حكم العادة فيه، فهو مثارُ الخلافِ وسبَبُه"(٣).

فيما تثبت به العادة:

تثبت العادة في كثير من الفروع والمسائل منها:

---

(١) انظر : درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ١/ ٤١، والفروق للقرافي ١/ ٣١٢؛ والمدخل الفقهي العام للزرقا ٢/٨٤٥ – ٨٤٧.

(٢) انظر: شرح القواعد الفقهية للشيخ الزرقا ص٢١٩.

(٣) انظر: نهاية المطلب ٥/١٤٣.

"الحيض: قال الإمام[١]، والغزالي[٢]، وغيرهما: العادة في باب الحيض أربعة أقسام: أحدها: ما تثبت فيه بمرة بلا خلاف، وهو الاستحاضة؛ لأنها علة مزمنة، فإذا وقعت فالظاهر دوامها، وسواء في ذلك المبتدأة، والمعتادة، والمتحيرة.

الثاني: ما لا يثبت فيه بالمرة، ولا بالمرات المتكررة، بلا خلاف، وهي المستحاضة إذا انقطع دمها، فرأت يوما دما ويوما نقاء، واستمر لها أدوار هكذا، ثم أطبق الدم على لون واحد؛ فإنه لا يلتقط لها قدر أيام الدم بلا خلاف، وإن قلنا باللقط بل نحيضها بما كنا نجعله حيضا بالتلفيق، وكذا لو ولدت مرارا ولم تر نفاسا، ثم ولدت، وأطبق الدم، وجاوز ستين يوما؛ فإن عدم النفاس لا يصير عادة لها، بلا خلاف بل هذه مبتدأة في النفاس.

الثالث: ما لا يثبت بمرة ولا بمرات، على الأصح، وهو التوقف عن الصلاة، ونحوها بسبب تقطع الدم إذا كانت ترى يوما دماء ويوما نقاء.

الرابع: ما يثبت بالثلاث، وفي ثبوته بالمرة والمرتين خلاف، والأصح الثبوت، وهو قدر الحيض والطهر.

ومنها: الجارحة في الصيد، لا بد من تكرار يغلب على الظن أنه عادة، ولا يكفي مرة واحدة قطعا، وفي المرتين والثلاث خلاف.

ومنها: القائف، لا خلاف في اشتراط التكرار فيه، وهل يكتفى بمرتين، أو لا بد من ثلاث؟ وجهان، رجح الشيخ أبو حامد وأصحابه اعتبار الثلاث.

وقال إمام الحرمين: لا بد من تكرار يغلب على الظن به أنه عارف.

ومنها: اختبار الصبي قبل البلوغ بالمماكسة، قالوا: يختبر مرتين، فصاعدا، حتى يغلب على الظن رشده.

ومنها: عيوب البيع، فالزنا يثبت الرد بمرة واحدة؛ لأن تهمة الزنا لا تزول، وإن تاب، ولذلك لا يحد قاذفه، والإباق كذلك.

---

(١) انظرك نهاية المطلب ١/٣٣٤.

(٢) انظر: الوسيط ١/٤٢٩.

قال القاضي حسين وغيره: يكفي المرة الواحدة منه في يد البائع، وإن لم يأبق في يد المشتري، قال الرافعي[١]: والسرقة قريب من هذين. وأما البول في الفراش فالأظهر اعتبار الاعتياد فيه.

ومنها: العادة في صوم الشك، كما إذا كان له عادة بصوم يوم الاثنين أو الخميس، فصادف يوم الشك أحدهما، بماذا تثبت العادة؟ فيأخذ بالضد. وظاهر هذا الاكتفاء فيه بالمرة ونحوها.

ومنها: إنما يستدل بحيض الخنثى وإمنائه على الأنوثة والذكورة بشرط التكرار ليتأكد الظن، ويندفع توهم كونه اتفاقيا. قال الإسنوي: وجزم في التهذيب، بأنه لا يكفي مرتان: بل لا بد أن يصير عادة[٢]. قال: ونظير التحاقه بما قيل في كلب الصيد"[٣].

تعارض العرف والشرع:

علاقة العرف بالشرع على قسمين:

الأول: أن لا يتعلق بالشرع حكم، فيقدم عليه عرف الاستعمال، فلو حلف: لا يأكل لحما لم يحنث بالسمك، وإن سماه الله لحما، أو: لا يجلس على بساط أو تحت سقف أو في ضوء سراج لم يحنث بالجلوس على الأرض، وإن سماها الله بساطا، ولا تحت السماء، وإن سماها الله سقفا[٤].

الثاني: أن يتعلق بالشرع حكم، فيقدم الشرع على عرف الاستعمال؛ فلو حلف لا يصلي لم يحنث إلا بذات الركوع والسجود أو: لا يصوم لم يحنث بمطلق الإمساك، أو: لا ينكح حنث بالعقد لا بالوطء[٥].

---

(١) انظر: فتح العزيز ٤/٢١٢.

(٢) انظر: التهذيب ٥/٤٧٠.

(٣) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ص٩٠- ص ٩٢.

(٤) المصدر السابق ص ٩٣.

(٥) الأشباه والنظائر للسيوطي ص٩٣.

وفي هذا القسم إذا اقتضي العرف العموم والشرع الخصوص؛ فإن خصوص الشرع يعتبر ويقدم على عموم العرف[١].

وإذا حدث العكس؛ بأن كان الشرع عاما، والعرف خاصا فلا يخصص الشرع بالعرف، قال إمام الحرمين: "ولا يتخصص لفظ الشارع بالعُرف على مذهب المحققين في الأصول"[٢].

المطلب الثاني: أدلة القاعدة:

١- قوله تعالى: ﴿خُذِ ٱلْعَفْوَ وَأْمُرْ بِٱلْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ ٱلْجَٰهِلِينَ ﴿١٩٩﴾﴾ [الأعراف: ١٩٩]. العرف: المعروف، وهو ما حسن في العقل فعله، ولم يكن منكرا عند ذوي العقول الصحيحة[٣].

٢- وقال عز وجل: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِى عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾[البقرة: ٢٢٨].

وجه الدلالة: أن المرأة يكون لها مهر المثل إذا لم يكن مقدرا وقت العقد، أو إذا لم يسم لها مهرا، والمعروف معناه: أن الواجب من ذلك ما لا شطط فيه ولا تقصي[٤].

٣- وقال تعالى: ﴿فَكَفَّٰرَتُهُۥٓ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَٰكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ﴾ [المائدة: ٨٩].

وجه الدلالة: أن الإطعام في كفارة اليمين يكون من أوسط ما يطعم المرء أهله وأولاده، والأوسط لا يضبط إلا بما هو معروف في العاد وغالب فيها، يقول الجصاص: "وهو مرتان في اليوم غداء وعشاء؛ لأن الأكثر في العادة ثلاث مرات، والأقل واحدة، والأوسط مرتان"[٥]. وقال ابن العربي: "أي: معلومة عادة"[٦].

---

(١)الأشباه والنظائر للسيوطي، ص ٩٣.

(٢) انظر: نهاية المطلب ٨٢/٣.

(٣) انظر: أحكام القرآن للجصاص ٥٠/٣.

(٤) السابق ٤٥٥/١.

(٥) أحكام القرآن للجصاص ٥٧٣/٢.

(٦) انظر: أحكام القرآن لابن العربي ١٥٧/٢.

٤- وقال جل ثناؤه: ﴿وَمَن كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [النساء: ٦].

وجه الدلالة: أن القيم على مال اليتيم إذا كان فقيرا يأكل بالمعروف والغالب في بلده، وذلك مقابل نظره في مال اليتيم(١).

٥- عن عائشة -رضي الله عنها: قالت هند أم معاوية لرسول الله -صلى الله عليه وسلم: إن أبا سفيان رجل شحيح، فهل علي جناح أن آخذ من ماله سرًا؟ قال: **"خذي أنت وبنوك ما يكفيك بالمعروف"**(٢).

وجه الدلالة: قال ابن بطال: "العرف عند الفقهاء أمر معمول به، وهو كالشرط اللازم فى البيوع وغيرها، ولو أن رجلا وكل رجلا على بيع سلعة، فباعها بغير النقد الذى هو عرف الناس لم يجز ذلك، ولزمه النقد الجارى، وكذلك لو باع طعاما موزونا أو مكيلا بغير الوزن أو الكيل المعهود لم يجز، ولزمه الكيل المعهود المتعارف من ذلك"(٣).

قال النووي: "وفي هذا الحديث اعتماد العرف في الأمور التي ليس فيها تحديد شرعي"(٤).

وقال القاري: "هذا الحديث مطابق للترجمة في قوله: **"خذي أنت وبنوك ما يكفيك بالمعروف"** من حيث إنه -صلى الله عليه وسلم- أحالها على العرف فيما ليس فيه تحديد شرعي"(٥).

(١) أحكام القرآن لابن العربي، ١/٤٢٤.

(٢) أخرجه البخاري في كتاب البيوع، باب من أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون بينهم... (٢٢١١)، ومسلم في كتاب القضية، باب قضية هند (١٧١٤).

(٣) انظر: شرح صحيح البخاري لابن بطال ٦/٣٣٣.

(٤) انظر: شرح النووي على صحيح مسلم ١٢/٨.

(٥) انظر: عمدة القاري شرح صحيح البخاري، بدر الدين العينى (المتوفى: ٨٥٥هـ) دار إحياء التراث العربي - بيروت ١٢/١٧.

٦- قول ابن مسعود -رضي الله عنه: **"ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن، وما رآه المسلمون قبيحا فهو عند الله قبيح"**[١] .

وجه الدلالة: في هذا الحديث دلالة على اعتبار ما يستحسنه المسلمون من الأمور، وعدم اعتبار ما لا يعتبره المسلمون حسنا وهو عندهم مستقبح، بشرط عدم تعارضه مع الشرع، وهذا أغلب ما يكون في المعاملات التي تكون بين المسلمين.

٧- عقد الإمام البخاري في كتاب البيوع، باب من أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون بينهم في البيوع، والإجارة، والمكيال، والوزن، وسننهم على نياتهم ومذاهبهم المشهورة، وقال شريح[٢] للغزَّالين: سنتكم بينكم ربًا[٣].

المطلب الثالث: موقف فقهاء الشافعية من القاعدة:

هذه القاعدة من القواعد المتفق عليها في المذاهب الأربعة، وبالتالي فإن الشافعية لا يختلفون فيها.

يقول الإمام الماوردي في بيان الحكمة من الرش على بول الصبي ما لم يأكل الطعام، وغسل بول الصبية قبل الطعام وبعده إن: "بول الجارية أحر من بول الغلام، ومني الغلام أحر من مني المرأة، **على ما تعارفه الناس في غالب العادة،** فمن هذا الوجه خف الحكم في بول الغلام، وغلظ في بول الجارية"[٤].

---

(١) أخرجه أحمد في المسند ٨٤/٦ (٣٦٠٠)، والحاكم في المستدرك ٨٣/٣ (٤٤٦٥) وقال: هذا حديث صحيح الإسناد، ولم يخرجاه، وله شاهد أصح منه إلا أن فيه إرسالا. ووافقه الذهبي في تصحيحه. وقال ابن كثير في تحفة الطالب بمعرفة أحاديث مختصر ابن الحاجب، دار ابن حزم، الطبعة: الثانية ١٤١٦هـ - ١٩٩٦م ص٣٩١: هذا مأثور عن عبد الله بن مسعود، بسند جيد.

(٢) هو: شريح بن الحارث بن قيس الكندى الكوفى النخعى القاضى ، أبو أمية ، و يقال شريح بن شرحبيل، روى عن : زيد بن ثابت، وعلي وعمر وابن مسعود -رضي الله عنهم، وعنه: النخعي وابن سيرين، والشعبي وغيرهم. مات -رحمه الله- قبل سنة ٨٠هـ.

انظر: سير أعلام النبلاء ١٠٠/٤، وجامع التحصيل ص ١٩٥.

(٣) انظر: صحيح البخاري ٧٨/٣.

(٤) انظر: الحاوي الكبير ٢٤٩/٢.

وقال إمام الحرمين: "العرفُ في المعاملات غالبٌ جدًا، محكَّمٌ على العقودِ، والعباراتُ منزَّلةٌ عليه نزولَ عباراتِ الحالفين على عُرف المتفاوضين، ويمكن أن يقال: حفظُ المتاع في البيت تربُّصٌ، وهو ركن في التجاير وانتظار الأسعار، **هذا حكم العُرف**"(١)، وقال بعدها: "والكلام يدور إذًا على اللفظ، **ومستند اللفظ العرف**"(٢).

ويبين الشيرازي(٣) حكم من جاوزت الحد الأقصى من أيام النفاس ولم ينقطع دمها، أنها ترجع إلى العادة: "وإن نفست المرأة وعبر الدم الستين فحكمها حكم الحيض إذا عبر الخمسة عشر يومًا في الرد إلى التمييز **والعادة** والأقل والغالب؛ لأنه بمنزلة الحيض في أحكامه"(٤).

ونص العمراني في البيان على اعتبار الكيل والميزان في البيع، فلا يجوز بيع الجنس الواحد بعضه ببعض إلا متماثلًا بالوزن فيما يوزن، وبالكيل فيما يكال، وبين أن ما حدث من طعام بعد عهد النبي -صلى الله عليه وسلم- يعتبر فيه عادة سائر البلاد، فإن كان مكيلا.. لم يبع إلا كيلا، وإن كان موزونًا.. لم يبع إلا وزنًا؛ لأن الشيء إذا لم يكن بد فيه من حد، وما لم يكن محدودًا في الشرع.. رجع فيه إلى عرف الناس وعاداتهم، كما قلنا في القبض وإحياء الموات والحرز، فإن اختلف البلاد في كيل ذلك الشيء ووزنه.. اعتبر حكم الغالب فيه(٥).

---

(١) انظر: نهاية المطلب ٢٩٢/٥.

(٢) انظر: المصدر السابق.

(٣) هو: إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزاباذي بكسر الفاء، أبو إسحاق الشيرازي، سمع الحديث من الحافظ أبي بكر البرقاني، وأبي علي بن شاذان، وأبي عبد الله الصوري الحافظ، روى عنه خلق منهم الحافظ أبو بكر الخطيب، ومات قبله، والفقيه أبو الوليد الباجي، من كتبه: التهذيب، والمهذب، واللمع والتبصرة وشرحها. مات سنة ٤٧٦هـ. انظر: طبقات الشافعية الكبرى ٢١٥/٤، وطبقات الشافعيين ص٤٢٧، وطبقات ابن قاضي شهبة ٢٣٨/١.

(٤) انظر: المهذب في فقه الإمام الشافعي ٨٩/١.

(٥) انظر: البيان للعمراني ١٩٥/٥.

قال السيوطي: "اعلم أن اعتبار العادة والعرف رجع إليه في الفقه، في مسائل لا تعد كثرة"[١].

المطلب الرابع: فروع القاعدة:

١- فأما المنقول الذي ليس مقدَرًا، أو كان مقدَّرا ولكن اشتُريَ جزافًا، فالمذهب أن القبضَ فيه لا يتمُّ إلا بالنقلِ والتحويلِ. وذهبَ مالك[٢] إلى أن التخليةَ فيه كافٍ، ونقل حرملةُ[٣] قولًا للشافعي مثلَ ذلك.

التوجيه: من اعتبرَ النقلَ، استمسكَ بالعادةِ، والعادةُ مطرَدَةٌ بنقل ما يمكن نقله في القُبُوضِ[٤].

٢- أن الراهن والمرتهن لو أذنا للعدل في بيع الرهن عند محلِ الحق، واستمرّا على الإذن، فهل يستبد العدل بالبيع، دون مراجعة الراهن والمرتهن؟ أم كيف السبيل فيه؟ ذكر العراقيون وجهين في تعيُّن مراجعة الراهن: أصحهما - أن المراجعة لا تجب، ووجهه بيّن. والثاني - أنها واجبةٌ؛ فقد يبدو له أن يستبقي الرهنَ، ويؤدي الدين من سائر ماله.

وهذا يعتضد بأمرٍ يتعلق بالتصرف، وهو أن الاستنابات قِبَل الحاجات تجري في العادات، ثم إذا حقت الحاجة، فالعادة مطردةٌ بالمراجعة، فحُمل المطلقُ على هذا[٥].

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٩٠.

(٢) انظر: الإشراف على نكت مسائل الخلاف، للقاضي عبد الوهاب، المحقق: الحبيب بن طاهر، دار ابن حزم، الطبعة: الأولى، ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م. ٢/ ٥٤٨.

(٣) هو: حَرْملة بن يحيى بن عبد الله بن حَرْملة بن عمران بن قُراد، التُّجِيبي، صاحب الشافعي، روى عن: سفيان بن منقذ، وعبد الرحمن بن جبر، وعلي بن طليق، وعنه: جرير بن حازم، ورشدين، وابن المبارك، وابن وهب. صنف المبسوط والمختصر. مات -رحمه الله- سنة ٢٤٣هـ. انظر: طبقات الشافعية الكبرى ١٢٨/٢، وطبقات الشافعيين ص ١٢٨.

(٤) انظر: نهاية المطلب ٥/ ١٧٨.

(٥) انظر: نهاية المطلب ١٨٣/٦ ، والبيان ٩١/٦، وتحفة المحتاج ٨٥/٥.

٣- ولو رهن الثمار قبل بدو الصلاح بدين مؤجل، وكان الصلاح لا يبدو إلا بعد الأجل، ولم يجر تعرضٌ للقطع عند المحل، ففي الرهن قولان مرتبان على القولين فيه إذا تعرض الراهن لذكر القطع عند المحل، إما بأن يشترط قطعه أو يشترط بيعه بشرط القطع، والصورة المبهمة الأخيرة أولى بالفساد، والفرق لائح. وقد قطع شيخي[١] بصحة رهن ما لم يبدُ الصلاَّح فيه بالدين الحالّ، ولا وجه عندي إلا ما ذكر؛ فإنه إذا جاز رهن ما يفسد من ساعته بالدين الحالّ، فما المانع من تصحيح الرهن فيما لم يبد الصَّلاح فيه؟ والذي ينقدح لمن يخرج القولين تعارض أصلين: أحدهما - أن ما يفسد يباع ويوضع رهنًا. والأصل الثاني - أن العادة مطردةٌ بتبقية الثمار[٢].

٤- وأما حطب التسجير؛ فإن عمّت العادة بأنه يأتي به المستأجر فهو يجري على حكم العرف، وإن كانت العادة مطردةً في أن الحطب يأتي به الملتزم، ففيه اختلاف بين الأصحاب: فالذي ذهب إليه القاضي والمحققون أن العادة محكّمةٌ في ذلك، وقد التزم الأجير تحصيل الخبز، فعليه التسبب إليه[٣].

٥- وإذا اكترى الرجل طاحونة، فعلى المكري مع تسليم البيت تسليمُ الآلات العتيدة، كحجرِ الرَّحا، والآلةِ المعلّقة فوق الرّحا، التي هي مجتمع الحب والقطبِ، وما عليه مداره من أسفل في رحا الماء؛ فإن العادة مطردة بتسليم هذه الأشياء، وإن كان يسهل نقلُها، فهي بجملتها معدودة من الطاحونة، على اعتيادٍ مطرد[٤].

٦- القائف لا خلاف في اشتراط التكرار فيه، وهل يكتفى بمرتين، أو لا بد من ثلاث؟ وجهان رجح الشيخ أبو حامد وأصحابه اعتبار الثلاث. وقال إمام الحرمين: لا بد من تكرار يغلب على الظن به أنه عارف[٥].

---

(١) هو الإمام أبو محمد الجويني والد إمام الحرمين .

(٢) انظر: نهاية المطلب ٦/ ٢٧٨، وروضة الطالبين ٤/٤٨.

(٣) انظر: المصدر السابق ٨/ ١٦٢، ١٦٣.

(٤) انظر: نهاية المطلب ٨/ ١٩٤.

(٥) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٩١.

٧- إذا استأجر الرجل صباغًا، ووصف العملَ المطلوبَ منه، فالعادة جاريةٌ -على الطرد- بكون الصِّبغ من جهة الصباغ، فإذا جرت الإجارة على الصبغ؛ ففي دخول عين الصبغ تبعًا من التفصيل ما ذكرناه في دخول الحبر في عمل الورّاق، وقد ذكرنا ثَمَّ التفصيلَ في اطراد العادة واختلافها، فمسألة الصبغ ملحقةٌ بما إذا اطرد العرف في كون الحبر من جهة الورّاق، وقد مضى ذلك مشبَعًا[١].

(١) انظر: نهاية المطلب ٨ / ١٩٨.

المبحث الثالث

قاعدة: العرف العام قرينُ اللفظ[١]

العرف إذا اقترن باللفظ كان اللفظ محمولا على موجب العرف[٢]

المطلب الأول: معنى القاعدة:

هذه القاعدة تعتبر فرعا من القاعدة السابقة وهي (العادة محكمة)، وهي تعني: أن اللفظ إذا أطلق ولم يكن له ثم ما يقيده، فإنه يحمل شرعا على العرف؛ أي: المتعارف بين الناس، والمعتاد بينهم، فكل لفظ أطلق عن القيود يحمل على ما يتعارفه الناس ويتفهامونه في معاملاتهم وتصرفاتهم، ولا يمكن حمله على معنى آخر غير المتعارف عليه إلا بدليل؛ لأن العرف مقيد للفظ المطلق.

المطلب الثاني: دليل القاعدة.

١- قاعدة (العادة محكمة) وأدلتها.

٢- عن ابن عباس -رضي الله عنهما- أن رجلا سأله وقال: "إن رجلا صاحبا لنا أوجب على نفسه بدنة أفتجزيه البقرة؟ فقال له ابن عباس -رضي الله عنهما: **"ممن صاحبكم؟ قال: من بني رباح. فقال: متى اقتنت بنو رباح البقر! إنما البقر للأزد، وإنما وهم صاحبكم الإبل"**[٣].

وجه الدلالة: أن عند إطلاق اللفظ فإن عرف المتكلم هو الذي يقيد اللفظ، وقد دل هذا الأثر على أن ابن عباس قد اعتبر عرف الرجل الذي أوجب على نفسه البقرة، ولذا سألهم عن الرجل وإلى من ينتسب ويعيش فيهم، وحملهم على ما تعارفوه.

---

(١) انظر: نهاية المطلب ١٥٥/٨.

(٢) انظر: المصدر السابق ١٩١/١١.

(٣) انظر: غريب الحديث، أبو محمد عبد الله بن مسلم بن قتيبة الدينوري (المتوفى: ٢٧٦هـ)، المحقق: د. عبد الله الجبوري، مطبعة العاني - بغداد، الطبعة: الأولى، ١٣٩٧، ٢٣٤/١.

المطلب الثالث: موقف فقهاء الشافعية من القاعدة:

ذكر الإمام الغزالي أن الإمام الشافعي لا يصحح بيع الوكيل المطلق بالعرض ولا بالنسيئة، قال: "الوكيل بالبيع مطلقا لا يبيع بالعرض، ولا النسيئة، ولا بما دون ثمن المثل، ولا بثمن المثل، إن قدر على ما فوقه، فإن فعل شيئا من ذلك لم يصح تصرفه عند الشافعي –رضي الله عنه؛ لأن قرينة العرف عرفت هذه المقاصد، فنزل منزلة اللفظ، فهو كما إذا أمره بشراء الجمد في الصيف، فلا يشتريه في الشتاء، وإذا أمره بشراء الفحم في الشتاء، فلا يشتريه في الصيف؛ تركا لعموم اللفظ بقرينة الحال؛ فيجب أن يبيع بالنقد الغالب وثمن المثل"(١).

والإسنوي يقسم غير اللفظ إلى ثلاثة أنواع وذكر منها: "العرف الاستعمالي ويعبر عنه بالقرينة"(٢).

وهذا الإمام الزركشي يبين أن مما يقيد اللفظ اقترانه بالحقيقة العرفية، قال: "إن المجاز إن ترجح على الحقيقة بحيث يتبادر إلى الفهم عند إطلاق اللفظ كالحقيقة الشرعية أو العرفية العامة أو الخاصة؛ يحمل على الشرعية إن صدر من الشرع، وعلى العرفية إن صدر منهم، وإن ترجح على الحقيقة، ولكن لم ينته إلى حد الشرعية أو العرفية، أو انتهى إليه ولكن لم يصدر من أهل الشرع أو العرف؛ فيكون اللفظ مجملا، ولا يحمل على أحدهما إلا بالقرينة أو النية"(٣).

تعارض العرف واللغة:

اختلف الشافعية في تعارض العرف واللغة، أيهما المقدم؟ **على قولين:**

الأول: المقدم هو العرف؛ لأن العرف يحكم في التصرفات، سيما في الأيمان، وهو ما ذهب إليه إمام الحرمين، قال: "وإن صادف العرفَ على خلاف اللغة في وضعها كان واقعًا في المعاياة، والوجه عندي تحكيم العرف على اللغة"(٤).

---

(١) انظر: الوسيط ٢٨٥/٣.

(٢) انظر: التمهيد في تخريج الفروع على الأصول ص٣٨٠.

(٣) انظر: البحر المحيط ١٠٩/٣.

(٤) انظر: نهاية المطلب ٣٢٢/١٤.

وقال أيضا: "إذا حلف لا يأكل الرؤوس، فالذي أطلقه الشافعي -رضي الله عنه- والأصحاب معه- أنه لا يحنث بأكل رؤوس الطير والحيتان، وبناءُ الفصل على اتباع العرف، ومن قال: أكلت الرأس، أو لم آكله؛ لم يُفهم من مطلق كلامه التعرض لرؤوس الطير والحيتان، وسبب اطراد هذا العرفِ أن الناس في جميع البلاد لا يعتادون إفراد رؤوس الطير بالشيّ، أو الطبخ، أو الأكل، وإنما اتسق ما ذكرناه لاطراد العادة بأكل رؤوسٍ تفردُ بالشيّ والطبخ، فكان انتظام ما ذكرناه متلقى من اعتياد أكل رؤوس على الإفراد، وعدم ذلك في رؤوس الطير والحيتان، فلا يُنكِر أحدٌ أن اسمَ الرأس ينطلق في صريح اللغة على رأس الطائر والحوت، ولكن لما لم يفرد بالأكل، لا يفرد بالذكر، والتعويل على العرف إذا غلب، وهذا هو المذهب"(١).

الثاني: الوضع اللغوي يقدم على العرف؛ وهو ما ذهب إليه القاضي الحسين"(٢).

وقد يكون اللفظ مجملا، فيبينه العرف ويفصله؛ قال الإمام: "والعرفُ إذا اقترن باللفظ المجمل بيّنه وأوضحه"(٣).

والذي يظهر لي أن الشافعية ليسوا مختلفين في القاعدة، ولكنهم مختلفون في التطبيق، فأحيانا يقدمون العرف على اللفظ، وأحيانا أخرى يقدمون اللفظ على العرف، وهذا ما ذكره السيوطي فيما حكاه عن الأئمة في المذهب في تقديم العرف تارة، وتقديم اللفظ أخرى قال: "قال الرافعي: العادة الغالبة إنما تؤثر في المعاملات؛ لكثرة وقوعها، ورغبة الناس فيما يروج في النفقة غالبا، ولا يؤثر في التعليق والإقرار، بل يبقى اللفظ على عمومه فيها. أما في التعليق فلقلة وقوعه، وأما في الإقرار فلأنه إخبار عن وجوب سابق، وربما يقدم الوجوب على العرف الغالب، فلو أقر بدراهم وفسرها بغير سكة البلد، قبل.

(١) انظر: نهاية المطلب ٣٨٩/١٨.

(٢) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٩٣.

(٣) انظر: نهاية المطلب ١١٢/٨.

قال الإمام: وكذا الدعوى بالدراهم لا تنزل على العادة، كما أن الإقرار بها لا ينزل على العادة بل لا بد من الوصف، وكذا قال الشيخ أبو حامد والماوردين والروياني، وغيرهم، وفرقوا بما سبق أن الدعوى والإقرار إخبار عما تقدم، فلا يفيده العرف المتأخر، بخلاف العقد؛ فإنه أمر باشره في الحال، فقيده العرف.

ولو أقر بألف مطلقة في بلد دراهمه ناقصة لزمه الناقصة في الأصح، وقيل: يلزمه وافية؛ لعرف الشرع، ولا خلاف أنه لو اشترى بألف في هذه البلد لزمه الناقصة؛ لأن البيع معاملة، والغالب أن المعاملة تقع بما يروج فيها، بخلاف الإقرار"[(١)].

وقد حكى الإمام السبكي عن ابن الرفعة ضابطا لهذه القاعدة، يبين لنا متى يُقدم اللفظ، ومتى يُقدم العرف، فقال: "أن ينظر إلى اللفظ عند بعد المعنى، وإلى المعنى عند قربه"[(٢)].

المطلب الرابع: فروع القاعدة:

١- إذا ذُكر في الجعالة مقدارٌ من الدراهم، وكانت الدراهم إذ ذاك على صفةٍ، ثم استكمل المجعولُ له العملَ، وقد تغيرت صفة النقد، فقد اختلف أصحابنا فيما حكاه القاضي: فذهب بعضُهم إلى أن الاعتبار باليوم الذي تم العملُ فيه؛ فإنه يوم استحقاق الجُعل، وهذا ضعيفٌ، لا أصل له. والصحيح أن الاعتبار بالنقد العام، يوم ذُكر؛ فإن العرف العام قرينُ اللفظ، فكأنه وإن أطلق الدراهم قيدها بالصفة العامة حالة الذكر[(٣)].

٢- إذا وهب الرجل ممن هو أكبر منه، وأطلق الهبة، ففي المسألة قولان:

أحدهما: أنه لا يثبت الثواب في مطلق الهبة؛ لأن لفظ الهبة مصرَّحٌ بالتبرع، وهو مناقض لاقتضاء العوض.

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٩٦.

(٢) انظر: الأشباه والنظائر للسبكي ١٧٦/١.

(٣) انظر: نهاية المطلب ١٥٥/٨.

والقول الثاني: أنه يثبت الثواب؛ حملًا لذلك على العرف الجاري بين الناس، والعرف نازل منزلة التقييد باللفظ[١].

٣- لو 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، فلو فرضت بلدة لا يفهم أهلها من الدابة إلا الفَرَس، نفرض الكلامَ على ما يتحمل اللفظ على موجب اللسان؛ ليتردّد بين الأجناس الثلاثة: الخيل، والبغال، والحمير، أو يُحمل اللفظ على 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[٢].

٤- لو قال: أجرتك هذه الدارَ سنةً، ولم يذكر أنها السنة التي تعقب العقد، فقد اختلف أصحابنا في ذلك، فذهب بعضهم إلى أن الإجارة تفسد؛ فإن السنة ذكرت مطلقةً مجهولةً، وهي متناولة للسنة المتصلة بالعقد ولغيرها، والإجمال في صيغ العقود يفسدها.

ومن أصحابنا من يصحح الإجارة، وإلى ذلك مال الجمهور؛ فإن السنة إذا ذكرت على الصيغة التي ذكرناها، لم يُفهم منها في مطرد العرف إلا السنة المتصلة بالعقد، والعرفُ إذا اقترن باللفظ المجمل بيّنه وأوضحه[٣].

٥- لو قال: بعتك عبدي هذا بألف درهم، فاللفظ في نفسه مجملٌ من طريق وضع اللغة، ولكنه محمول على النقد الغالب يوم العقد[٤].

(١) انظر: نهاية المطلب ٤٣٤/٨، والحاوي الكبير ٥٥١/٧، والمجموع ٣٠٣/١٢.
(٢) انظر: نهاية المطلب ١٦٨/١١، والبيان ٢٥٤/٨، والنجم الوهاج ٢٧٤/٦.
(٣) انظر: نهاية المطلب ١١٢/٨.
(٤) انظر: المصدر السابق.

٦- إذا أطلق الوصية بها، فقد ذكر العراقيون وجهين في أن الوصية المطلقة بالحجة محمولةٌ على حجة ميقاتية، أم هي محمولة على حجة ينتهض لها قاصدًا من دويرة الموصي؟ أحدهما: أنها محمولة على ميقاتية، ولعل هذا هو الظاهر؛ فإن ألفاظ الموصي محمولة على أقل المعاني، فلذلك تحمل الوصية بالمال على أقل ما يتموّل، كما يحمل الإقرار عليه، واسم الحج ينطلق على الحج الميقاتي، فليقع الاكتفاء به.

والوجه الثاني: أن الوصية المطلقة محمولة على إحجاج قاصدٍ من دويرة الموصي؛ إذ هذا هو العرف الغالب، وهو المفهوم من الحج المطلق، فإذا أراد مريدٌ الحجَّ الميقاتي قيده بذلك، والعرف إذا اقترن باللفظ، كان اللفظ محمولًا على موجب العرف[١].

٧- إذا وكّل الوصي المطلقُ في حياته وكيلًا صالحًا موثوقًا به فهو جائز؛ فإنّ العرف يقتضي اقتضاءً ظاهرًا تجويز ذلك، وهذا كما أن العامل في القراض يوكّل ويستنيب في تفاصيل تصرفاته، ولا ينصب مقارضًا[٢].

(١) انظر: نهاية المطلب ١٩١/١١، وأسنى المطالب ٣٢/٣، وبحر المذهب ١٤٨/٨.

(٢) انظر: نهاية المطلب ٣٦٣/١١.

المبحث الرابع
قاعدة: إذا عم العرف فهو في حكم الشرط[١]
اطراد العادة فيهما بمثابة الشرط المصرح به[٢]

المطلب الأولى: معنى القاعدة:

أولا: مفردات القاعدة:

الشرط لغة: إلزام الشيء والتزامه، ويجمع على شروط، وبمعنى الشرط الشريطة، وجمعها الشرائط. والشرط بفتح الراء معناه العلامة، ويجمع على أشراط، ومنه أشراط الساعة، أي: علاماتها[٣].

واصطلاحا: ما يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته[٤].

ثانيا: المعنى الإجمالي للقاعدة:

"إن المعروف المعتاد بين الناس، وإن لم يذكر صريحًا، فهو بمنزلة الصريح؛ لدلالة العرف عليه؛ لأن المعروف عرفًا كالمشروط شرعًا، وفي كل محل يعتبر ويراعى فيه، شرعًا صريح الشرط المتعارف، وذلك بألَّا يكون مصادمًا للنص بخصوصه، إذا تعارفه الناس، واعتادوا التعامل عليه بدون اشتراط صريح، فهو مرعي، ويعتبر بمنزلة الاشتراط الصريح.

أما إذا كان الشرط المتعارف الصريح غير معتبر شرعًا، وذلك بأن كان مصادمًا للنص بخصوصه؛ فلا يكون معتبرًا إذا تعارف الناس العمل عليه بدون اشتراط، فلو تعارف الناس مثلًا تضمين المستعير والمستأجر ما تلف من العين المعارة أو المأجورة بدون تعدٍ ولا تقصير منه، لا يعتبر ذلك التعارف ولا يراعى؛ لأنه مضادّ للشارع.

---

(١) انظر: نهاية المطلب ٥/٣٣١.

(٢) انظر: المصدر السابق ١٢/٤٥٠.

(٣) انظر: الصحاح تاج اللغة ٣/١١٣٦، والمصباح المنير ١/٣٠٩ مادة (شرط).

(٤) انظر: الإبهاج في شرح المنهاج ١/٢٠٥، والتمهيد في تخريج الفروع على الأصول، للإسنوي، تحقيق: محمد حسن هيتو، الرسالة بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٠هـ، ص ٨٣.

وإنَّما قيد الشرط بالمتعارف؛ لأن غير المتعارف لا يعتبر إلا إذا كان شرطًا يقتضيه العقد، كاشتراط حبس المبيع لاستيفاء الثمن، أو يلائمه، كاشتراط كفيل حاضر ورهن معلوم، فهو غير ما نحن فيه"(١).

فالعرف يجعل المسكوت عنه كالمشروط، ومن ذلك وجوب ما جرت به العادة من الأجرة، كمن ركب أية وسيلة مواصلات، فإنه يدفع أجرة المثل المتعارف عليها، وإن لم يصرح فيها بالأجرة، أو يشترطه لفظا.

المطلب الثاني: دليل القاعدة:

قاعدة (العادة محكمة) وأدلتها.

المطلب الثالث: موقف فقهاء الشافعية من القاعدة:

هذه القاعدة من القواعد التي اختلف فيها الشافعية، وهذا ما بينه لنا الإمام الجويني وذكر أن للأصحاب فيه ترددا، فقال: "إذا عم العُرف بشيءٍ، فهل نجعل عمومَ العرف في حكم الشرط؟ مثل أن يعمَّ العرف بإباحة منافع الرهن، فهل نجعل الرهنَ المطلقَ مع اقتران العُرف به بمثابة ما لو شرط في الرهن إباحةَ المنافع للمرتهن؟ هذا فيهِ تردُّد للأصحابِ"(٢).

نعم، وقد أكد ذلك الإمام الرملي في نهاية المحتاج، فنقل عن بعضهم: "العادة ليس لها قوة الشرط في المعاوضات"(٣).

ولكن الراجح عند الشافعية كما ذكر السيوطي أن العادة تنزل منزلة الشرط(٤).

المطلب الرابع: فروع القاعدة:

ذكر السيوطي لهذه القاعدة صورا كثيرة منها:

(١) انظر: القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة ١/٣٤٦.

(٢) انظر: نهاية المطلب ٥/ ٣١١.

(٣) انظر: نهاية المحتاج ٥/٤٢٣.

(٤) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٩٦.

– لو جرت عادة قوم بقطع الحصرم قبل النضج، فهل تنزل عادتهم منزلة الشرط حتى يصح بيعه من غير شرط القطع؟ وجهان، أصحهما: لا، وقال القفال: نعم[١].

– ومنها: لو عم في الناس اعتياد إباحة منافع الرهن للمرتهن فهل ينزل منزلة شرطه حتى يفسد الرهن؟ قال الجمهور: لا، وقال القفال: نعم[٢].

– ومنها: لو جرت عادة المقترض برد أزيد مما اقترض، فهل ينزل منزلة الشرط، فيحرم إقراضه؟ وجهان، أصحهما: لا[٣].

– ومنها: لو اعتاد بيع العينة بأن يشتري مؤجلا بأقل مما باعه نقدا، فهل يحرم ذلك؟ وجهان، أصحهما: لا[٤].

– ومنها: لو بارز كافر مسلما وشرط الأمان، لم يجز للمسلم إعانة المسلم، فلو لم يشرط، ولكن اطردت العادة بالمبارزة بالأمان، فهل هو كالمشروط؟ وجهان، أصحهما: نعم.

– ومنها: لو دفع ثوبا – مثلا – إلى خياط ليخيطه، ولم يذكر أجرة، وجرت عادته بالعمل بالأجرة، فهل ينزل منزلة شرط الأجرة؟ خلاف، والأصح في المذهب: لا، واستحسن الرافعي مقابله[٥].

(١) انظر: نهاية المطلب ١٤٣/٥، وفتح العزيز ٣٤٧/٤، والمجموع ٤١٥/١١.

(٢) انظر: نهاية المطلب ١٤٣/٥، وبحر المذهب ٣٢٣/٥.

(٣) انظر: فتح الوهاب ٢٢٥/١، وحاشية الجمل على شرح المنهج ٥٠٦/٣.

(٤) انظر: الأشباه والنظائر ص ٩٦.

(٥) انظر: السابق ذاته.

المبحث الخامس

قاعدة: إشارة الأخرس تقوم مقام اللفظ[١]

المطلب الأول: معنى القاعدة:

أولا: مفردات القاعدة:

الإشارة: أشار الرجل يشير إشارة: إذا أومأ بيده، وأشار إليه، وشور: أومأ، يكون ذلك بالكف، والعين، والحاجب. وإذا تعدى بحرف (إلى) فهو بمعنى الإيماء، وإذا تعدى بحرف (على) فهو بمعنى المشورة والرأي، قال الجوهري: "أشار إليه باليد: أومأ، وأشار عليه بالرأي"[٢].

والمراد هنا هو الإشارة بمعنى الإيماء، وعليه فتكون الإشارة لغة هي: الإيماء، والتلويح بأحد أعضاء الجسم من يد، أو أصبع، أو رأس، أو عين، أو حاجب، ونحو ذلك.

واستعمال الفقهاء لا يخرج عن هذا المعنى اللغوي للفظة الإشارة.

ثانيا: المعنى الإجمالي للقاعدة:

هذه القاعدة تتناول شريحة من الخلق لهم ظروف خاصة، وهي حرمانهم من نعمة النطق، وهي تدل على عظمة هذه الشريعة الغراء، وشمولتها لكل العباد وجميع الخلق، ومعنى القاعدة أن إشارة غير القادر على الكلام بالكف، أو بالعين، أو بالحاجب، ونحو ذلك إذا كانت مفهمة أومعهودة؛ فهي كصريح المقال في الدلالة على المقصود، لا فرق بين من مُنع الكلام خلقةً، ومن مُنعه عيًّا، فإن كانت ممّا يفهمه جميع النّاس؛ نزّلت منزلة الظّواهر، وإن كانت ممّا يُتردّد فيه أو لا يفهمه إلا الفطنون؛ نُزّلت منزلة الكنايات[٣].

وقد جعل الفقهاء لهذه القاعدة شروطا هي:

---

(١) انظر: نهاية المطلب ٧٢/١٤، ٥٢٨/١٤، ٣٤٤/٤.

(٢) انظر: الصحاح تاج اللغة ٧٠٤/٢ ، والقاموس المحيط ص٤٢١ مادة (شور).

(٣) انظر: قواعد الأحكام ١٣٥/٢، والمنثور في القواعد ١٦٤/١.

١- أن تكون إشارته مفهومة، وذلك إذا كان للإفهام مدخل في الحكم[١]، أما ما لا مدخل له في الحكم فلا يلزم من الإشارة أن تكون مفهمة، كما في ذبيحة الأخرس، قال الشافعي: "ولا أكره ذبيحة الأخرس المسلم"[٢].

٢- أن لا يكون قادرًا على الكتابة[٣].

٣- أن كل مقصود لا يختص بصيغة فلا يمنع إقامة الإشارة مقام العبارة، وما يختص بصيغة مخصوصة فيعسر إعراب الإشارة عنها[٤].

وأشار العز بن عبد السلام -رحمه الله- إلى ما تثبت فيه هذه القاعدة في أبواب الفقه فقال: "إشارة الأخرس المفهمة كالنطق في البيع، والنكاح، والطلاق، والعتاق، والرجعة، واللعان، والقذف، وسائر العقود والأحكام إلا الشهادة، ففي قبولها وجهان مشهوران"[٥].

وقال إمام الحرمين: "الأخرس يقيم إشاراته المفْهمة مقام عبارات الناطق، فيقع بإشارته طلاقُه وعتاقه، ويصح بيعُه وشراؤه وسائرُ عقوده، وحلوله وردوده، ثم يقع طلاقه بإشارةٍ لها رتبة الصّريح، ويقع بإشارة ونيّة لها رتبة الكناية، وتصح أقاريره ودعاويه، ولا تطويل؛ فإشارة الأخرس كعبارة الناطق"[٦].

المطلب الثاني: أدلة القاعدة:

١- قياس الأولى: فالإشارة مقبولة من القادر عند من قال بذلك، بل هي عند البعض من أبلغ طرق التعريف، فهي من العاجز من باب أولى[٧]، وقال النووي: "الجزم بحل ذبيحة الأخرس الذي لا يفهم، وبه قطع الأكثرون"[٨].

---

(١) قواعد الأحكام ١٣٥/٢، والمنثور في القواعد ١٦٤/١.

(٢) انظر : الأم ٢٦٤/٢.

(٣) انظر: قواعد الأحكام ١٣٥/٢، والمنثور في القواعد ١٦٤/١.

(٤) انظر: المنثور في القواعد ١٦٥/١.

(٥) انظر: قواعد الأحكام ١٣٥/٢.

(٦) انظر: نهاية المطلب ٧٢/١٤.

(٧) انظر: قواعد الأحكام ١٣٥/٢.

(٨) انظر: روضة الطالبين ٢٣٩/٣.

٢- أن الإشارة فيها بيان، ولكن الشارع تعبد الناطقين بالعبارة، فإذا عجز الأخرس بخرسه عن العبارة أقامت الشريعة إشارته مقام عبارته[١].

٣- قال إمام الحرمين: "والذي ينقدح في وجه القياس، أن كل مقصود لا يتخصص بصيغةٍ من لفظٍ فلا يمتنع إقامةُ الإشارة فيه مقام العبارة، وما يتخصص بصيغة مخصوصةٍ فيغمضُ إعراب الإشارة عنها"[٢].

٤- العرف: وذلك لأن العادة محكمة باتفاق المذاهب، وإشارة الأخرس من هذا الباب، فإنه قد يكون للأخرس عرف خاص به في الإشارة، أويكون لأهل البلد عرف خاص بهم فيها، أو يكون هناك عرف عام بين الناس في جميع الأقطار في إشارة الأخرس.

المطلب الثالث: موقف فقهاء الشافعية من القاعدة:

أشار الإمام الشافعي إلى مضمون هذه القاعدة في كتاب الأم، حيث نص على أن إشارة الأخرس تنزل منزلة اللفظ وتقوم مقامه، فقال: "وإذا طلق الأخرس امرأته بكتاب أو إشارة تعقل لزمه الطلاق، وكذلك إذا راجعها بكتاب له أو إشارة تعقل لزمتها الرجعة، وإذا مرض الرجل فخبل لسانه فهو كالأخرس في الرجعة والطلاق، وإذا أشار إشارة تعقل أو كتب كتابا لزمها الطلاق، وألزمت له الرجعة"[٣].

والشافعي -رحمه الله- يعتد بإشارة معتقل اللسان إذا كان ممن لا يرجى برؤه، فإن رجى برؤه بعد ثلاثة أيام فأكثر فلا يلحق به، وإن ألحقوه به في اللعان؛ وذلك عندهم لأنه قد يضطر للعان بخلاف غيره[٤].

وقد اتفق علماء الشافعية على هذه القاعدة، قال الإمام الماوردي: "أما الأخرس فإن كان لا يعقل الإشارة بطل ضمانه وسائر عقوده، وإن كان يعقل

(١) انظر: المنثور في القواعد ١/١٦٤.
(٢) انظر: نهاية المطلب ١٥/٢٣.
(٣) انظر: الأم ٥/٢٦٢.
(٤) انظر: مغني المحتاج للخطيب الشربيني ٣/٣٤٧ .

الإشارة والكتابة فضمن بكتابته وإشارته (صح وكذلك سائر عقوده، وإن ضمن بإشارته دون كتابته) صح ضمانه؛ لأن بالإشارة أقيمت فيه مقام نطقه"[١].

وقال الشيرازي: "فإن أشار إلى الطلاق؛ فإن كان لا يقدر على الكلام كالأخرس صح طلاقه بالإشارة، وتكون إشارته صريحًا؛ لأنه لا طريق له إلى الطلاق إلا بالإشارة، وحاجته إلى الطلاق كحاجته غيره؛ فقامت الإشارة مقام العبارة، وإن كان قادرًا على الكلام لم يصح طلاقه بالإشارة؛ لأن الإشارة إلى الطلاق ليست بطلاق، إنما قامت مقام العبارة في حق الأخرس لموضع الضرورة"[٢].

وقد تبع الإمام أبو حامد الغزالي شيخه الجويني في القول بالقاعدة، فقال: "أما الإشارة فهي معتبرة من الأخرسن وتنقسم إلى صريح، وكناية، فالصريح ما يتفق الكافة على فهمه، والكناية ما يفطن له بعض الناس، وإذا أتى بالصريح لم يقبل بعد ذلك تأوليه، كما في النطق"[٣].

وهذا الإمام الرافعي ينص عليها في الشرح الكبير فقال: "واعلم أن الإشارة المفهمة من الأخرس نازلة منزلة عبارة الناطق"[٤].

المطلب الرابع: فروع القاعدة:

١- لو قال: أنت طالق إن شاء زيد، وكان أخرس، فشاء بالإشارة طلقت، ولو كان ناطقا، فخرس، فشاء بالإشارة؛ قال أبو حامد الإسفراييني لم تطلق؛ لأنه مشيئته وقت الطلاق كانت نطقا؛ فلم تثبت بالإشارة[٥].

(١) انظر: الحاوي الكبير ٤٦١/٦، ١٧١/١٠.
(٢) انظر: المهذب للشيرازي ١٣/٣ ، ١٤.
(٣) انظر: الوسيط في المذهب ٣٧٨/٥.
(٤) انظر: فتح العزيز ١١٨/٤.
(٥) انظر: الحاوي الكبير ٢٦١/١٠.

٢- الأخرس يشير بالإسلام، فيحكم له به، والشاهد فيه الخبر، ثم النظر، أما الخبر فحديث الخرساء وهو مشهور. والنظرُ: اعتبار الإسلام بسائر العقود؛ فإن إشارات الأخرس قائمة مقام عبارات الناطقين[١].

٣- الأخرس إن كانت له إشارة مفهومة، أو يحسن يكتب.. فحكمه حكم الناطق، ويصح بيعه، وشراؤه، ونكاحه، وطلاقه، وقذفه، ولعانه[٢].

المطلب الخامس: مستثنيات القاعدة:

ذكر الإمام الزركشي مستثنيات هذه القاعدة، وما لا تقوم فيه إشارة الأخرس مقام النطق فقال: "(إحداها) إذا خاطب بالإشارة في الصلاة لا تبطل في الأصح. (الثانية): إذا شهد بالإشارة لا تقبل؛ لأن إقامتها مقام النطق للضرورة، ولا ضرورة في شهادته؛ لإمكان شهادة الناطق. (الثالثة): إذا حلف لا يكلم زيدا، فكلمه بالإشارة لا يحنث. (الرابعة): حلف بالإشارة لا ينعقد يمينه"[٣].

(١) انظر: نهاية المطلب ١٤/٥٢٨.

(٢) انظر: البيان ١٠/٤٤٦، والمجموع ٤/١٠٢.

(٣) انظر: المنثور في القواعد ١/١٦٥.

الخاتمة

تتلخص نتائج هذا البحث فيما يأتي:

١- من قواعد العرف عند إمام الحرمين الجويني قاعدة (العادة مطردة)، وهي إحدى القواعد الفقهية الأساسية الكبرى في التي تدور عليها معظم مسائل الفقه، وهي تعني أنها مطردة في جميع البلدان، وهي تثبت في أكثر الأبواب والكتب الفقهية.

٢- إذا تعارض العرف والشرع، وتعلق بالشرع حكم؛ قدم الشرع على عرف الاستعمال، وإذا لم يتعلق به حكم قدم عرف الاستعمال على الشرع.

٣- من قواعد العرف عند إمام الحرمين الجويني قاعدة: (العرف العام قرينُ اللفظ)، وهي تعني أن اللفظ إذا أطلق ولم يكن له ثم ما يقيده فإنه يحمل شرعا على العرف.

٤- إذا تعارض العرف واللغة فقد اختلف فيه فقهاء الشافعية أيهما المقدم، العرف أو اللغة؟ والراجح أن الاختلاف بينهم إنما هو في فروع القاعدة، وليس في القاعدة، فأحيانا يقدمون العرف على اللفظ، وأحيانا أخرى يقدمون اللفظ على العرف.

٥- من قواعد العرف: (إذا عم العرف فهو في حكم الشرط)، وهي تعني أن المعروف المعتاد بين الناس، وإن لم يذكر صريحًا؛ فهو بمنزلة الصريح؛ لدلالة العرف عليه، لأن المعروف عرفًا كالمشروط شرعًا.

٦- اختلف فقهاء الشافعية في هذه القاعدة، فإذا عم العُرف بشيءٍ، فهل نجعل عمومَ العرف في حكم الشرط؟ الراجح عند الشافعية -كما ذكر السيوطي- أن العادة تنزل منزلة الشرط.

٧- من قواعد العرف أيضا: (إشارة الأخرس تقوم مقام اللفظ)، وهي تعني أن إشارة غير القادر على الكلام بالكف، أو بالعين، أو بالحاجب، ونحو ذلك إذا كانت مفهمة أومعهودة فهي كصريح المقال في الدلالة على المقصود.

٨- من شروط قبول إشارة الأخرس: أن تكون إشارته مفهومة، وأن لا يكون قادرًا على الكتابة، وأن كل مقصود لا يختص بصيغة فلا يمنع إقامة الإشارة مقام العبارة، وما يختص بصيغة مخصوصة فيعسر إعراب الإشارة عنها.

فهرس المصادر والمراجع

١- **الأشباه والنظائر**، لابن الملقن (٨٠٤هـ)، تحقيق ودراسة: مصطفى محمود الأزهري، (دار ابن القيم للنشر والتوزيع، الرياض – المملكة العربية السعودية)، (دار ابن عفان للنشر والتوزيع، القاهرة – جمهورية مصر العربية)، الطبعة: الأولى، ١٤٣١ هـ – ٢٠١٠ م.

٢- **الأشباه والنظائر**، لابن الوكيل، المحقق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل، دار الكتب العلمية بيروت، ١٤٢٣هـ- ٢٠٠٢م.

٣- **الأشباه والنظائر**، لتاج الدين السبكي دار الكتب العلمية (١٤١١هـ-١٩٩١م).

٤- **الأشباه والنظائر**، للسيوطي، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤١١هـ – ١٩٩٠م.

٥- **بحث القاعدة الفقهية حجيتها وضوابط الاستدلال بها**. رياض منصور الخليفي، مجلة الشريعة والقانون العدد ٥٥لسنة ١٨ شوال ١٤٢٤هـ- ديسمبر ٢٠٠٣م.

٦- **البحر المحيط**، للزركشي، دار الكتبي، الطبعة: الأولى، ١٤١٤هـ – ١٩٩٤م.

٧- **البرهان في أصول الفقه**، للجويني، المحقق: صلاح بن محمد بن عويضة، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان، الطبعة الأولى ١٤١٨ هـ – ١٩٩٧ م.

٨- **بغية الملتمس في تاريخ رجال أهل الأندلس**، أحمد بن يحيى بن أحمد بن عميرة، أبو جعفر الضبي (المتوفى: ٥٩٩هـ)، الناشر: دار الكاتب العربي – القاهرة، عام النشر: ١٩٦٧ م.

٩- **التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد**، لابن عبد البر (٤٦٣هـ)، تحقيق: مصطفى بن أحمد العلوي ، محمد عبد الكبير البكري، الناشر: وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية – المغرب، عام النشر: ١٣٨٧ هـ.

١٠- **الجامع لمسائل أصول الفقه**، عبد الكريم النملة، مكتبة الرشد - الرياض - المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى، ١٤٢٠ هـ - ٢٠٠٠ م.
١١- **الجمل على شرح المنهج**، سليمان بن عمر بن منصور العجيلي الأزهري، المعروف بالجمل (المتوفى: ١٢٠٤هـ) دار الفكر.
١٢- **جمهرة تراجم الفقهاء المالكية**، د. قاسم علي سعد، الناشر: دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، الطبعة: الأولى، ١٤٢٣ هـ - ٢٠٠٢ م.
١٣- **حاشيتا قليوبي وعميرة**، أحمد سلامة القليوبي وأحمد البرلسي عميرة، دار الفكر - بيروت، ١٤١٥هـ-١٩٩٥م.
١٤- **درر الحكام شرح مجلة الأحكام**، محمد بن فرامرز بن علي الشهير بملا - أو منلا أو المولى - خسرو (المتوفى: ٨٨٥هـ)، الناشر: دار إحياء الكتب العربية.
١٥- **ذيل التقييد في رواة السنن والمسانيد**، محمد بن أحمد بن علي، تقي الدين، أبو الطيب المكي الحسني الفاسي (المتوفى: ٨٣٢هـ)، المحقق: كمال يوسف الحوت، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤١٠هـ-١٩٩٠م.
١٦- **ذيل طبقات الحنابلة**، لابن رجب الحنبلي (ت٧٩٥هـ)، المحقق: د. عبد الرحمن بن سليمان العثيمين، الناشر: مكتبة العبيكان - الرياض، الطبعة: الأولى، ١٤٢٥ هـ - ٢٠٠٥ م.
١٧- **سلم الوصول إلى طبقات الفحول**، لحاجي خليفة (ت ١٠٦٧هـ)، تحقيق: محمود الأرناؤوط، مكتبة إرسيكا، إستانبول - تركيا، عام النشر: ٢٠١٠م.
١٨- **سير أعلام النبلاء**، شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي (ت٧٤٨هـ) ، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وحسين الأسد، مؤسسة الرسالة بيروت ط٩(١٤١٣هـ- ١٩٩٣م).

١٩- **شرح مختصر الروضة**، سليمان بن عبد القوي بن الكريم الطوفي الصرصري، أبو الربيع، نجم الدين (المتوفى : ٧١٦هـ)، المحقق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، الناشر: مؤسسة الرسالة، الطبعة: الأولى، ١٤٠٧ هـ / ١٩٨٧م.

٢٠- **طبقات الشافعية الكبرى**، للسبكي، المحقق: د. محمود محمد الطناحي، د. عبد الفتاح محمد الحلو، الناشر: هجر للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة: الثانية، ١٤١٣هـ.

٢١- **طبقات الشافعية**، ابن قاضي شهبة، تحقيق: الحافظ عبد العليم خان، عالم الكتب، بيروت (١٤٠٧هـ)، الطبعة الأولى.

٢٢- **طبقات الشافعيين**، أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي البصري ثم الدمشقي (المتوفى: ٧٧٤هـ)، تحقيق: د أحمد عمر هاشم، د محمد زينهم محمد عزب، مكتبة الثقافة الدينية، ١٤١٣ هـ - ١٩٩٣م.

٢٣- **العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير**، عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم، أبو القاسم الرافعي القزويني (المتوفى: ٦٢٣هـ)المحقق: علي محمد عوض - عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤١٧ هـ - ١٩٩٧ م.

٢٤- **غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر**، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن محمد مكي الحسيني الحموي الحنفي، دار الكتب العلمية (١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م).

٢٥- **غياث الأمم في التياث الظلم**، إمام الحرمين الجويني، المحقق: عبد العظيم الديب، الناشر: مكتبة إمام الحرمين، الطبعة: الثانية، ١٤٠١هـ ص ٤٢٩.

٢٦- **قواطع الأدلة في الأصول** للسمعاني، أبو المظفر، (المتوفى: ٤٨٩هـ)، المحقق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤١٨هـ/١٩٩٩م.

٢٧- **القواعد الفقهية**، (المبادئ، المقومات، المصادر، الدليلية، التطور): دراسة نظرية، تحليلية، تأصيلية، تاريخية. ليعقوب الباحسين، مكتبة الرشد بالرياض، عام ١٤١٨هـ/ ١٩٩٨م.

٢٨- **كتاب القواعد الفقهية**، للمقري، تحقيق الدكتور أحمد بن حميد، أصل الكتاب رسالة جامعية بجامعة أم القرى.

٢٩- **المجموع شرح المهذب**، للنووي، دار الفكر.

٣٠- **المستصفى**، للغزالي، تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م.

٣١- **الموافقات**، للشاطبي تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، الطبعة الأولى (١٤١٧هـ- ١٩٩٧م).

٣٢- **مواهب الجليل في شرح مختصر خليل**، المؤلف: شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرُّعيني المالكي (المتوفى: ٩٥٤هـ)، الناشر: دار الفكر، الطبعة: الثالثة، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.

٣٣- **موسوعة القواعد الفقهية**، للبورنو، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى،١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣ م.

٣٤- **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج**، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي (المتوفى: ١٠٠٤هـ) دار الفكر، بيروت، ط أخيرة - ١٤٠٤هـ/١٩٨٤م.

٣٥- **نهاية المطلب في دراية المذهب**، إمام الحرمين أبو المعالي الجويني، تحقيق: الدكتور عبد العظيم الديب، دار المنهاج، الطبعة: الأولى، ١٤٢٨هـ-٢٠٠٧م.