جامعة عمار ثليجي بالأغواط

كلية العلوم الإنسانية و الإسلامية و الحضارة

قسم العلوم الإسلامية

العنوان :

المستثنيات الفقهية من قاعدة العادة محكمة

دراسـة فقهيـة تطبيقيـة

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في العلوم الإسلامية

تخصص :الفقه المقارن وأصوله

إعداد الطالبتين :

- عياد شيمـاء
- شويطر الرملية

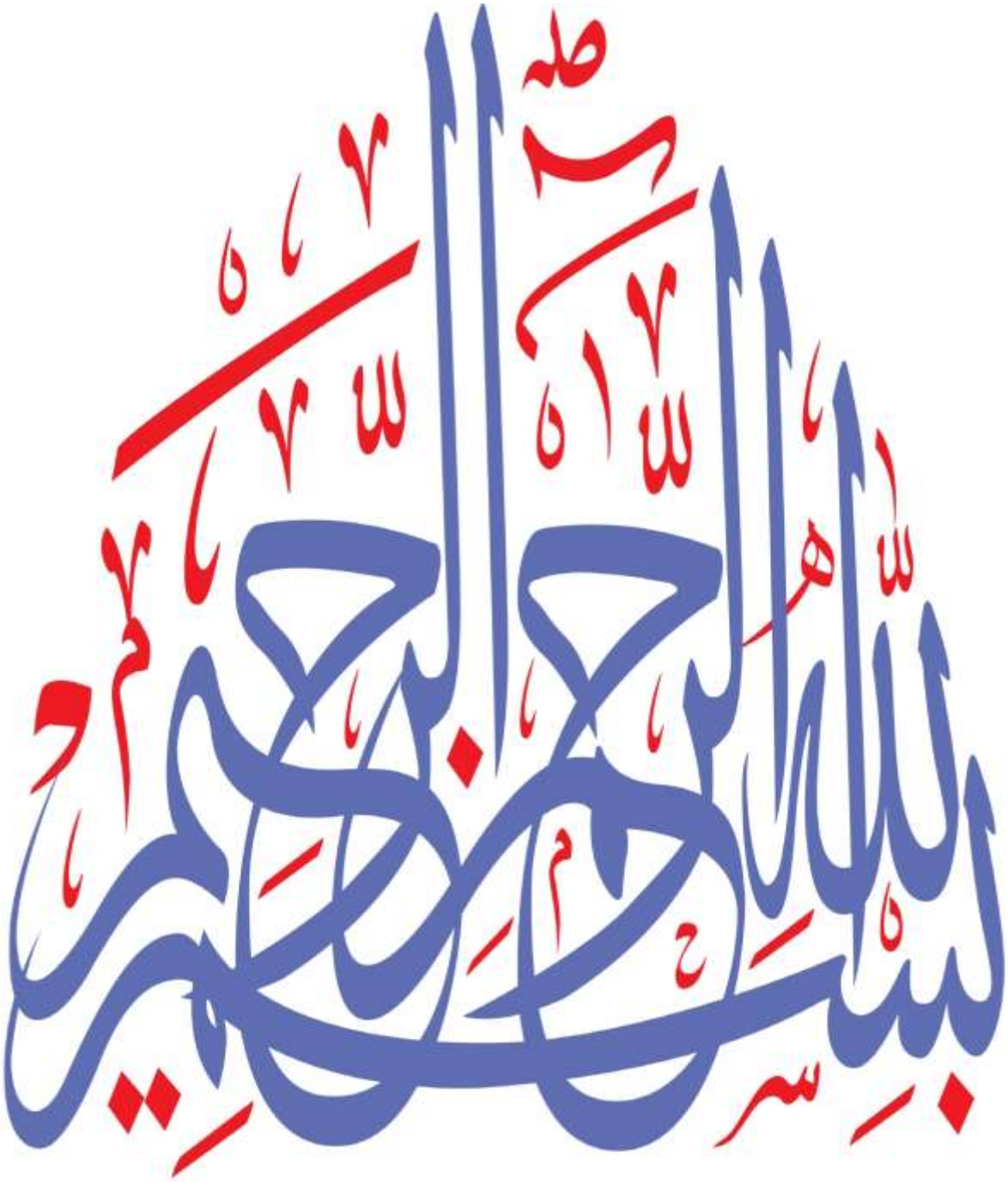
إشراف الدكتور :

د . مايدي عبد الرحمان

اللجنة المناقشة:

الإسم و اللقب	الصفة	الجامعة
الدكتور : شطة مصطفى	رئيســا	الأغواط
الدكتور: مايدي عبد الرحمان	مشرفــا ومقررا	الأغواط
الدكتور: بوفاتح الطيب	مناقشــا	الأغواط

السنة الجامعية 2020/2019م /1440-1441 هـ


بسم الله الرحمن الرحيم

شكر و تقدير

نحمد الله عز و جل حمداً يليق بجلاله، على توفيقه لنا لإتمام هذا العمل المتواضع، ومدنا بالقوة و العون لإنجاز هذا العمل كما نتقدم بجزيل الشكر و العرفان إلى الدكتور مايدي عبدالرحمان الذي فضل علينا بالإشراف على هذا البحث ، فجزاه الله عنا كل خير فله منا كل التقدير والاحترام.

إلى كافة أساتذتنا الكرام في كافة أطوار السنوات الدراسية إلى كل من وقف معنا من بعيد أو من قريب وكل من بادرنا بكلمة.

و إلى لجنة المناقشة التي تكرمت بمناقشة رسالتنا

إهـداء

إلى حكمتي وعلمي.....إلى أدبي وحلمي .....إلى ينبوع الصبر والتفاؤل.

إلى منبع البركات "أمـي" أهدي إليك ثمرة جهدي يامن أحمل إسمك بكل فخر يامن علمتني معنى الحياة

إلى أعظم رجل في الكون إلى سندي وقوتي بعد الله "أبـي"

إلى أخي وحبيبي (خير الدين)

إلى توأم روحي (هاجر ومريم)

وإلى جدتي حفظها الله و أطال في عمرها (جدلة)

وإلى رفيقتي دربي منال و مرشدتي عبير

إلى كل من ساهم في رعايتي.....إلى كل عائلة "عياد وسعد الله"

و شريكتي في الحياة والدراسة راما

إلى كل من نصحني، إلى كل من كسر إحباطي وكان سندا لي ومرشدي أهدي عملي هذا.

شيمـــاء

إهداء

الحمد لله الذي جعل اللسان عنوان الإنسان وجعل القلب منبع الإيمان ،ونسأله عز وجل أن يرفعنا في درجاته العلا، وان يحشرنا في زمرة أهل العلم عنده وان يجعل علمنا هذا شاهدا علينا، والصلاة والسلام على أثمن الخلق سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم.

اهدي ثمرة جهدي هذا إلى من وصى بهما الرحمان ،إلى والداي.

إلى الذي مدني بأصول التربية، إلى الرجل الطيب الذي عاش ليساندني ويكون لي عونا في كل حين، إليك أبي قدوتي في الحياة حفظك الله لي دوما.

إلي من عزني الله بعزها ورحمني بعطفها وألهمني بحبها ،إلى الروضة التي ترعرعت على أنامل أصابعها ،إلى التي من تكون الجنة تحت قدميها ،إليك حبيبتي أمي حفظك الله ورعاك .

إلى أغلى ما لدى في الوجود ،أخي وسندي ياسين

إلى أخواتي حفظهم الله والى كل عائلة شويطر وعائلة بربورة

إلى صديقتي وروحي شمشوم

والى كل من وسعهم قلبي ولم تسعهم ورقتي.....

راما

مقدمة:

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره ونستهديه، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا من يهديه الله فهو المهتدي، ومن يضلل فلن تجد له وليا مرشدا، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين ، وإمام المتقين، سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين أما بعد:

إن الباحث في تراث الأمة الإسلامية يلاحظ مدى التراث الكبير الذي خلفه علماء الأمة في فنون شتى، ومن هذه الفنون القواعد الفقهية التي تعبّر عن مدى جهود الفقهاء عبر قرون من البحوث وضبط العلوم، وتسهيل تطبيقها ، وهذا ما يعبر عنه تطور العقل الفقهي، وأصبح هذا العلم علما مستقلا بذاته، عبارات مختصرة ولها معان كثيرة ،ومع هذه الأهمية التي اكتسبتها هذه القواعد الكلية التي أن هناك أمر قد يشوش على طلبة العلم من حيث حجية هذه القواعد أن دخلها الاستثناء ومن هذا المنطلق جاءت دراستنا في الاستثناء في القواعد الفقهية الكليه وتأملنا في القواعد الكلية فوجدنا من أهمها وأعمقها قاعدة العادة محكمة أو القواعد التي تعتبر العرف وتقدمه.فأردنا أن نسلط الضوء على المستثنيات من هذه القاعدة العظيمة التي لا يكاد أن يخلو منها باب من أبواب الفقه.

إشكالية البحث:

مما ريب فيه ولا شك من عنده مسكة من فقه أن القواعد الفقهية الكلية مبنية على أصول قواعد مضبوطة وأدلة صحيحة صريحة ولكن الإشكال الذي يمكن طرحه في هذا المقام هل الاستثناء بصفة عامة يؤثر على القواعد الفقهية ويوهن من حجيتها؟ أم الاستثناء ظاهرة صحية تحتاجها القواعد لتمحيصها وإخراج كل دخيل عليها، ويتفرع على هذا السؤال الرئيسي أسئلة فرعية نذكر منها على سبيل المثال.

1- ما هو المقصود بالاستثناء بالقواعد الفقهية؟

2- ماهي أهم الاستثناءات الواردة على قاعدة العادة محكمة؟

أهمية الموضوع.

تكمن أهمية هذا الموضوع في النقاط الاتية.

1- الاهتمام بالقواعد الفقهية هي دعوة بالاهتمام بالفقه التي يتعبد به الله تعالى.

2- قاعدة العرف أو العادة من أهم القواعد الفقهية الكلية التي تنبي عليها مجموعة لابأس بها من الأحكام

3- الوقوف على أهم المستثنيات من قاعدة العرف والعادة تعصم الفقيه من الوقوع في الخطأ في الفتوى وغيرها.

4- أهمية جمع المستثنيات في بحوث علمية أكاديمية لضبطها وحصرها.

أهداف الموضوع:

تهدف هذه الدراسة أهم النقاط الآتية.

1- الوقوف على موضوع القواعد الفقهية الذي يعتبر من أهم المواضيع الفقهية.

2- السعي إلى إبراز أهمية قاعدة العرف والعادة في الفقه الاسلامي.

3- محاولة الوصول إلى جمع شتات مستثنيات هذه القاعدة العظيمة.

أسباب إختيار الموضوع.

سبب اختيارنا لهذه الموضوع للأسباب الاتية.

1- اقتراح مشرفنا فضيلة الاستاذ الدكتور **عبد الرحمان مايدي** الذي لم يبخل علينا طوال الوقت بتوجيهاته القيمة ونصائحه الفريدة في جميع مراحل البحث.

2- موضوع دراستنا قريب من تخصصنا العلمي وفي صلب الموضوع.

3- أن أغلب كتب القواعد الفقهية ركزت على القواعد وأغلفت الاستثناءات فيها إلا ما ندر.

4- الموضوع له علاقة بحياة المسلم ، خصوصا ما يعرض له من مسائل ومستجدات فقهية.

الدراسات السابقة:

وتنقسم الدراسات إلى عامة وخاصة

الدراسات العامة.

لم نقف في حدود علمنا على دراسة جامعة مانعة لموضوع الاستثناء في القواعد الفقهية، إلا الدراسات العامة التي لم تستوعب جميع الاستثناءات خاصة في قاعدة العرف والعادة فنجد أول من حاول من العلماء العلامة مصطفى الزرقاء في كتابه شرح القواعد الفقهية فقد جعل لكل قاعدة تطبيقات واستثناء ولكنه لم يستوعب وكل من جاء بعده كان عالة عليه في هذا الموضوع وقد زاد عليه فضلية وهبة الزحيلي بعد الاستثناءات لبعض القواعد جامعا شتاتها من كتب شتى وكذلك لاننسى أهمية كتاب المستثنياة من القواعد للشعلان وغيرها من الكتب المعاصرة.

وأما الدراسات الخاصة

1- المسائل المستثناة من القواعد العامة وأسباب استثنائها، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير، بجامعة الجزائر، للطالبة سعاد أوهاب بإشراف الدكتور عبد المجيد بيرم، وكان تركيز الطالبة على الأمور العامة دون التفصيل في الاستثناءات في جميع القواعد.

2- المستثنيات من القواعد الكلية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه ، تخصص الفقه والاصول، كلية الآداب جامعة الملك سعود،للباحث خالد بن عبد الرحمان بن عبد الله العسكر تحت اشراف الدكتور العربي محمد الادريسي، فكانت دراسة موسوعة لجميع القواعد ولكنه اكتفى بالشواهد العامة دون التفصيل في كل قاعدة بحد ذاتها.

المنهج المتبع:

طبيعة الرسالة تفرضنا علينا المنهج الاستقرائي الذي ستلزم منا تتبع جزئيات الاستثناءات من بطون الكتب وتحليلها تحليلا علميا للوصول للمادة العلمية والنتائج المنطقية، وقد تمّ الاعتماد على المنهج الاستدلالي عند الكلام على حجية القواعد الفقهية.

معوقات البحث:

- تلقينا –كأيّ باحث– صعوبات لأن تتبع جزئيات منثورة في كتب العلماء من الصعوبة.

- وكذلك صعوبة هذا الموضوع في حد ذاته، لأن دورنا كان في بعض الأحيان استنباط هذا المستثنيات من ثنايا النصوص، وهذا اقتضى مني المراجعة الطويلة مرات عديدة لعلي أظفر بشيء في ذلك.

- كذلك الوضع الاستثنائي الذي تعشيه الجزائر والعالم بأسره بسب وباء كورنا الذي قطع التواصل مع فضيلة المشرف الدكتور عبد الرحمان مايدي.

هذا فيما يخص المنهج الكلي للبحث أما بالنسبة للمنهج الشكلي فكان كما يلي:

1- عزو الأقوال إلى أصحابها من خلال ذكر اسم المؤلف، اسم الكتاب، مكان النشر، سنة النشر، الطبعة، عدد المجلدات، الجزء، الصفحة، وعندما يتكرر المرجع اكتفي باسم الشهرة، والمرجع.

2- تخريج الآيات القرآنية من خلال ذكر السورة ورقمها، معتمدا في ذلك على رواية حفص عن عاصم، مع ذكرها في الهامش تتبعا للتهميش الآلي للبحث.

3- تخريج الأحاديث النبوية من خلال كتب الحديث المشهورة، بذكر صاحب الكتاب، واسم الكتاب، والباب، ورقم الحديث، مع الجزء، والصفحة، ما أمكن ذلك، فإن كان الحديث في الصحيحين أو في أحدهما أو في الموطأ اكتفيت به، دون تعليق عليه، إن كان في غيرهما من كتب السنة، رجعت إلى كتب تخريج الحديث، للنظر في درجته، ومدى الاستدلال به.

5- توثيق المعلومات بشكل دقيق، وعزو الأقوال إلى أصحابها.

6- توضيح الألفاظ الغامضة في الهامش.

7- الترجمة للأعلام الغير مشهورين الوارد ذكرهم في البحث تراجما مختصرة.

8- ما ذكر بين قوسين فهو منقول حرفيا، وأما إذا تصرفت فيه أو نقلته بمعناه فلا أضع القوسين، وإنما اكتفي بالإحالة عليه في الهامش.

9- كما ننوه أن أغلب التطبيقات أو المستثنيات تم طرحها عن طريق السرد من كتب العلماء مع التهميش التشجيري لها في أغلب الأحيان.

9- تذييل البحث بفهارس فنية تسير الاستفادة منه ،وهي كالتالي:

فهرس الآيات القرآنية.

فهرس الأحاديث النبوية.

فهرس الأعلام المترجم لهم

فهرس المصادر والمراجع.

فهرس الموضوعات.

خطة البحث:

اشتملت الخطة على مقدمة وثلاثة فصول لكل فصل مبحثين وخاتمة متضمنة لأهم النتائج المتوصل إليها والتوصيات

الفصل الأول: القواعد الفقهية و مستثنياتها. واشتمل على مبحثين وتحت كل مبحث مطالب

المبحث الأول: ماهية القواعد الفقهية.

المطلب الأول: مفهوم القواعد الفقهية.

المطلب الثاني: مصادر القواعد الفقهية وأنواعها.

المطلب الثالث: أنواع القواعد الفقهية.

المطلب الرابع: هل القواعد مصدر من مصادر الأحكام؟.

المبحث الثاني: الاستثناء في القواعد الفقهية.

المطلب الأول: معنى الاستثناء من القواعد.

المطلب الثاني: أدوات الاستثناء وأنواعه.

المطلب الثالث: أنواع المشتثنيات في القواعد

الفصل الثاني: قاعدة العادة محكمة والقواعد المندرجة تحتها

المبحث الأول: مفاهيم حول قاعدة العادة محكمة.

المطلب الأول: تعريف القاعدة.

المطلب الثاني: أدلة القاعدة.

المطلب الثالث: تطبيقات القاعدة عند الفقهاء.

المبحث الثاني: القواعد المندرجة تحت قاعدة العادة محكمة.

المطلب الأول: المسائل التي تنضبط تحت العرف

المطلب الثاني: اعتبار العرف

المبحث الثالث :الإستثناء من قاعدة العادة المحكمة

المطلب الأول :العرف واللغة

المطلب الثاني : الإستثناء من بعض المعاملات

المطلب الثالث : الإستثناء من قاعدة الغالب يقدم على النادر

الخاتمة: متضمنة لأهم النتائج المتوصل إليها والتوصيات المقترحة.

الفصل الأول

القواعد الفقهية وظاهرة الاستثناء فيها

تمهيد:

تناولت في هذا الفصل مبحثين أما المبحث الأول كان الكلام فيه عن القواعد الفقهية من ناحية الماهية فوقفت على مفهومها القواعد لغة واصطلاحا وعرجنا عن علاقة الفقه بالقواعد إضافة إلى الكلام الضابط الفقهي والفرق بينه وبين القاعدة الفقهية كما لا يخفى أهمية المصادر التي تعتمد عليها القواعد الفقهية بداية بالمصدر الأول وهو القرآن الكريم مرورا بالسنة النبوية والإجماع وغيرها من المصادر المعتمدة في هذا الشأن كما تم الحديث عن الفروق بين القواعد الفقهية وغيرها من القواعد الأصولية وقد قسم العلماء القواعد الفقهية إلى عدة أقسام باعتبارات عدة فهناك قواعد كبرى معروفة مشهورة متفق عليها بين الفقهاء وهناك قواعد كلية وقواعد مذهبية ولكن السؤال المطروح هل تعتبر القواعد الفقهية مصدرا من مصادر التشريع وأما المبحث الثاني فكان الكلام حول الاستثناء في اللغة و الاصطلاح ولم أجد –في حدود علمي تعريفا– للاستثناء في القواعد الفقهية فحاولت أن أسوغ تعريفا مناسبا له وكما تكلمت عن أدواته وأنواعه لأنهما مهمة بالنسبة لموضوعنا هذا

المبحث الأول: ماهية القواعد الفقهية.

تكلمت في هذا المبحث عن ماهية القواعد الفقهية بتعريفها لغة واصطلاحا وتطرقت للخلاف الناشئ في القاعدة الفقهية هل كلية أو أغلبية ويكاد أن يكون الخلاف فيها لفظيا كما عرفت الضابط الفقهي والفرق بينه وبين القاعدة الفقهية

المطلب الأول: مفهوم القواعد الفقهية.

الفرع الأول: تعريف القاعدة من الجانب اللغوي والاصطلاحي.

القاعدة لغة: أصل الأساس، وقواعد البيت أساسه، وتجمع القاعدة على قواعد، وتطلق على القواعد الحسية كما في قوله تعلى: ﴿وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَٰهِيمُ ٱلْقَوَاعِدَ مِنَ ٱلْبَيْتِ وَإِسْمَٰعِيلُ﴾ [1] وقوله عز وجل:﴿فَأَتَى ٱللَّهُ بُنْيَٰنَهُم مِّنَ ٱلْقَوَاعِدِ فَخَرَّ عَلَيْهِمُ ٱلسَّقْفُ﴾[2]،[3].

1- القاعدة في الجانب الاصطلاحي.

وأما في الاصطلاح فالقاعدة: ((قضية كلية من حيث اشتمالها بالقوة على أحكام جزئيات موضوعها)) وتسمى جزئياتها فروعا.[4]

الفرع الثاني: علاقة الفقه بالقاعدة.

وقبل الولوج في تعريف القاعدة الفقهية باعتبارها مركبا إضافيا نعرف الفقه عند الفقهاء ثم نعرف القاعدة الفقهية

---

[1] – البقرة (127) .

[2] – النحل (26) .

[3] – معجم مقاييس اللغة: أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، أبو الحسين (المتوفى: 395هـ)المحقق: عبد السلام محمد هارون: دار الفكر: 1399هـ - 1979م.: 6/108-109.

[4] – الكليات – معجم في المصطلحات والفرق اللغوية: تأليف أبي البقاء أيوب بن موسى الحسيني الكغوي المتوفى سنة 1094 هـ.

قابله وأعده للطبع د/ عدنان درويش، ومحمد المصري طبع مؤسسة الرسالة – بيروت الطبعة الثانية 1413 – 1993. ص728.

أولا: تعريف الفقه

الفقه لغة: الفهم مطلقا، سواء ما ظهر أو خفي. وهذا ظاهر عبارة القاموس والمصباح المنير. واستدلوا على ذلك بقوله تعالى – حكاية عن قوم شعيب ﴿ قَالُواْ يَٰشُعَيۡبُ مَا نَفۡقَهُ كَثِيرٗا مِّمَّا تَقُولُ ﴾ [1] وقوله تعالى ﴿ وَإِن مِّن شَيۡءٍ إِلَّا يُسَبِّحُ بِحَمۡدِهِۦ وَلَٰكِن لَّا تَفۡقَهُونَ تَسۡبِيحَهُمۡ ﴾[2] فالآيتان تدلان على نفي الفهم مطلقا.

وذهب بعض العلماء إلى أن الفقه لغة هو فهم الشيء الدقيق، يقال: فقهت كلامك، أي ما يرمي إليه من أغراض وأسرار، ولا يقال: فقهت السماء والأرض. والمتتبع لآيات القرآن الكريم يدرك أن لفظ الفقه لا يأتي إلا للدلالة على إدراك الشيء الدقيق، كما في قوله تعالى: ﴿ وَهُوَ ٱلَّذِيٓ أَنشَأَكُم مِّن نَّفۡسٖ وَٰحِدَةٖ فَمُسۡتَقَرّٞ وَمُسۡتَوۡدَعٞۗ قَدۡ فَصَّلۡنَا ٱلۡأٓيَٰتِ لِقَوۡمٖ يَفۡقَهُونَ ﴾[3] وأما الآيتان السابقتان فليس المنفي فيهما مطلق الفهم، وإنما المنفي في قول قوم شعيب – عليه السلام – إدراك أسرار دعوته، وإلا فهم فاهمون لظاهر قوله، والمنفي في آية الإسراء إدراك أسرار تسبيح كل شيء لله تعالى، وإلا فإن أبسط العقول تدرك أن كل شيء يسبح بحمد الله طوعا أو كرها؛ لأنها مسخرة له. وأيا ما كان فالذي يعنينا إنما هو معنى الفقه في اصطلاح الأصوليين والفقهاء؛ لأن هذا هو الذي يتصل ببحثنا.

والفقهية: نسبة إلى الفقه. والفقه لغة: فهم الشيء والعلم به.[4]

وفي الاصطلاح الشرعي: عرفه أبو حنيفة رحمه الله تعالى بأنه «معرفة النفس مالها وما عليها»[5] والمعرفة: (هي إدراك الجزئيات عن دليل). والمراد بها هنا سببها: وهو الملكة الحاصلة من تتبع القواعد مرة بعد أخرى.

---

[1] – سورة هود / 91.

[2] – سورة الإسراء / 44.

[3] – سورة الأنعام / 98

[4] – الصحاح 2243/6.

[5] – مرآة الأصول:44/ 1، التوضيح لمتن التنقيح: 10/ 1.

– وهذا تعريف عام يشمل أحكام الاعتقاديات، كوجوب الإيمان ونحوه، والوجدانيات أي الأخلاق والتصوف، والعمليات كالصلاة والصوم والبيع ونحوها، وهذا هو الفقه الأكبر. وعموم هذا التعريف كان ملائما لعصر أبي حنيفة الذي لم يكن الفقه فيه قد استقل عن غيره من العلوم الشرعية، ثم استقل، فأصبح علم الكلام (التوحيد) يبحث في الاعتقاديات، وعلم الأخلاق والتصوف كالزهد والصبر والرضا وحضور القلب في الصلاة ونحوها، يبحث في الوجدانيات. وأما الفقه المعروف حاليا فموضوعه أصبح مقصورا على معرفة ما للنفس وما عليها من الأحكام العملية، وعندئذ زاد الحنفية في التعريف كلمة (عملا) لتخرج الاعتقاديات والوجدانيات.

– وعرف الشافعي رحمه الله الفقه بالتعريف المشهور بعده عند العلماء بأنه: العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية.[1]

– والمقصود بالعلم هنا: هو الإدراك مطلقا الذي يتناول اليقين والظن؛ لأن الأحكام العملية قد تثبت بدليل قطعي يقيني، كما تثبت غالبا بدليل ظني.

– والأحكام: جمع حكم، وهو مطلوب الشارع الحكيم، أو هو خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين اقتضاء أو تخييرا أو وضعا والمراد بالخطاب عند الفقهاء: هو الأثر المترتب عليه، كإيجاب الصلاة، وتحريم القتل، وإباحة الأكل، واشتراط الوضوء للصلاة.

– واحترز بعبارة (العلم بالأحكام) عن العلم بالذوات والصفات والأفعال.

– و (الشرعية): المأخوذة من الشرع، فيحترز بها عن الأحكام الحسية مثل: الشمس المشرقة، والأحكام العقلية مثل: الواحد نصف الاثنين، والكل أعظم من الجزء، والأحكام اللغوية أو الوضعية، مثل: الفاعل مرفوع، أو نسبة أمر إلى آخر إيجابا أو سلبا مثل زيد قائم، أو غير قائم.

[1] – شرح جمع الجوامع للمحلي: 32/ 1 وما بعدها، شرح الإسنوي:24/ 1، شرح العضد لمختصر ابن الحاجب: 18/ 1، مرآة الأصول: 50/ 1، المدخل إلى مذهب أحمد: ص58.ي

– و (العملية): المتعلقة بالعمل القلبي كالنية، أو غير القلبي مما يمارسه الإنسان مثل القراءة والصلاة ونحوها من عمل الجوارح الباطنة والظاهرة. والمراد أن أكثرها عملي، إذ منها ما هو نظري، مثل اختلاف الدين مانع من الإرث. واحترز بها عن الأحكام العلمية والاعتقادية، كأصول الفقه، وأصول الدين كالعلم بكون الإله واحدا سميعا بصيرا. وتسمى العملية أحيانا: (الفرعية) والاعتقادية: (الأصلية).

– و (المكتسب) صفة للعلم: ومعناه المستنبط بالنظر والاجتهاد، وهو احتراز عن علم الله تعالى، وعلم ملائكته بالأحكام الشرعية، وعلم الرسول صلى الله عليه وسلم الحاصل بالوحي، لا بالاجتهاد، وعلمنا بالبديهيات أو الضروريات التي لا تحتاج إلى دليل ونظر، كوجوب الصلوات الخمس، فلا تسمى هذه المعلومات فقها، لأنها غير مكتسبة.

– والمراد بالأدلة التفصيلية: ما جاء في القرآن، والسنة، والإجماع، والقياس. واحترز بها عن علم المقلد لأئمة الاجتهاد، فإن المقلد لم يستدل على كل مسألة يعملها بدليل تفصيلي، بل بدليل واحد يعم جميع أعماله، وهو مطالبته بسؤال أهل الذكر والعلم، فيجب عليه العمل بناء على استفتاء منه. هذا .. وقد أصبح الفقه أخيرا كما في قواعد الزركشي: هو معرفة أحكام الحوادث نصا واستنباطا، على مذهب من المذاهب.

– وموضوع الفقه: هو أفعال المكلفين من حيث مطالبتهم بها، إما فعلا كالصلاة، أو تركا كالغصب، أو تخييرا كالأكل.

– والمكلفون: هم البالغون العاقلون الذين تعلقت بأفعالهم التكاليف الشرعية. وباعتبار ما سبق يكون تعريف الفقه : "العلم بالأحكام الشرعية العلمية المكتسب من أدلتها التفصيلية"[1].

أما تعريف القاعدة الفقهية باعتبارها عَلما على علم معين نجد تباينت تعاريف العلماء بين المتقدمين والمتأخرين فأغلب تعاريف القدماء لم تتعدّ التعريف اللغوي للقاعدة وهذا راجع

[1] – التعريفات الفقهية محمد عميم الإحسان المجددي البركتي: دار الكتب العلمية (إعادة صف للطبعة القديمة في باكستان 1407هـ – 1986م) الطبعة: الأولى، 1424هـ – 2003م : 168.

بطبيعة الحال إلى أصل كل علم يحتاج في نشأته إلى مراحل يمر عليها النشأة ثم التقعيد فالاستقرار.

فقد اختلف الفقهاء في تعريفها بناء على اختلافهم في مفهومها هل هي قضية كلية أو قضية أغلبية؟.

فمن نظر إلى أن القاعدة هي قضية كلية عرفها بهذا التعريف بأنها كلية والعكس بالعكس.

ومن تعاريف المتقدمين تعريف السبكي[1] حيث قال –رحمه الله– :" فالقاعدة: الأمر الكلي عليه جزئيات كثيرة يفهم أحكامها منها"[2]. فابن السبكي عبر بشمول القاعدة على أغلب جزئياتها وهناك تعريف أدق منه حيث قال صاحبه :" "القاعدة حكم كليّ ينطبق على جميع جزيئاته لتعرف أحكامها منه"[3]

وقال الخامدي[4]: "القاعدة في اصطلاح: حكم كلي ينطبق على جميع جزيئاته ليُتَعرَّف به أحكام الجزئيات والتي تندرج تحتها من الحكم الكلي".[5]

---

[1] – هو: عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي الأنصاري السبكي (تاج الدين) ولد في القاهرة سنة 727هـ، وتوفى سنة 771هـ. له مؤلفات عديدة منها: [جمع الجوامع] في أصول الفقه، و [طبقات الشافعية الكبرى] . ا الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة: أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني (المتوفى: 852هـ)المحقق: مراقبة / محمد عبد المعيد ضان: مجلس دائرة المعارف العثمانية – صيدر اباد/ الهند الطبعة: الثانية، 1392هـ/ 1972م : 3/39–41، و حسن المحاضرة في تاريخ مصر والقاهرة: عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي (المتوفى : 911هـ)المحقق : محمد أبو الفضل إبراهيم: دار إحياء الكتب العربية – عيسى البابي الحلبي وشركاه – مصر الطبعة : الأولى 1387 هـ – 1967 م.328/1.

[2] – الأشباه والنظائر: تاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي (المتوفى: 771هـ): دار الكتب العلمية الطبعة: الأولى 1411هـ– 1991م : 111

[3]– ابن خطيب الدهشة:: أبو الثناء محمود بن أحمد بن محمد الهمذاني الشافعي وشهرته (ابن خطيب الدهشة) ؛ لأن والده كان خطيبا لجامع الدهشة..، ولد سنة 750هـ وتوفى سنة 834هـ. من مؤلفاته [إغاثة المحتاج] في الفقه، و [تحفة ذوي الأرب في مشكل الأسماء والنسب] وهو في ضبط رجال الصحيحين والموطأ. انظر: الضوء اللامع لأهل القرن التاسع: شمس الدين أبو الخير محمد بن عبد الرحمن بن محمد بن أبي بكر بن عثمان بن محمد السخاوي (المتوفى: 902هـ): منشورات دار مكتبة الحياة – بيروت: 320/4.

[4] – هو: أبو سعيد محمد بن محمد بن مصطفى الخامدي، أورده عمر رضا كحالة مرة بهذا الاسم، ومرة باسم، محمد بن مصطفى، ولد سنة 1113هـ. من مؤلفاته: [مجامع الحقائق وشرحه منافع الدقائق] في أصول الفقه، و [حاشية على درر الحكام] . انظر: الأعلام 68/7، ومجمع المؤلفين 301/11، 31/12.

[5] – هكذا لفظه. خاتمة مجامع الحقائق ص305.

ولم تسلم تعريفات هذا الفريق من الاعتراضات التي من أهمها:

1- أن تعريفات المتقدمين عرفت القاعدة عموما دون القاعدة الفقهية التي لها من الأحكام الخاصة بها

2- كذلك من بين الاعتراضات التي وجهت لهم أن تعاريفهم غير دقيقة بحيث ثبت بالتتبع والاستقراء أن جل القواعد أغلبية وليست كلية وهذا من صميم بحثنا الذي الاستثناء من القواعد كما أنه يمكن – من جهة أخرى – أن يقال: إنه لا يمتنع أن يطلق على القاعدة الفقهية وصف الكلية[1] وإن كانت في واقعها أغلبية من حيث أنها كلية بالقوة. أي أنها من حيث الصيغة صالحة لشمول جميع جزئياتها، وإنما يستثنى منها ما دل الدليل على خروجه عن حكمها ليدخل في قاعدة أخرى غالبا.[2]

وكما عرّفها المتقدمون عرفها المتأخر وبتعريفات متقاربة محاولين اصابة التعريف الحقيقي للقاعدة الفقهية محاولين تفادي بعض الاعتراضات التي قد ترد عليهم ولعلنا نختار تعريف الدكتور أحمد بن حميد:" لها بأنها: "حكم أغلبي يتعرف منه حكم الجزيئات الفقهية مباشرة"[3] وعبر بأنها حكم أغلبي وليست كلي لأن لكل قاعدة استثناء.

الفرع الثالث: الضابط الفقهي

ولا يكاد يخلو بحث تكلم عن القاعدة الفقهية إلا وتكلم عن الضابط الفقهي والفرق بينهما.

أولا: تعريفه.

تعريفه لغة:

اسم فاعل من ضَبَطَ، والضبط لزوم الشيء وحسبه، وضَبْطُ الشيء حفظه بالحزم، والرجل ضابط أي حازم.[4]

---

[1] – الكلية: لغة نسبة إلى الكل وقد تقدم معناه قريبا. وفي الاصطلاح: هي الحكم على كل فرد من أفراد الموضوع الداخلة تحت العنوان كقولك كل إنسان حيوان. انظر: آداب البحث والناظرة 21/1.

[2] – الكليات ص728.

[3] – مقدمة تحقيق القواعد للمقري 106/1-107.

[4] – الصحاح 1139/3، ولسان العرب 15/8-16 (ضبط)

وأما في الاصطلاح: فيمكن تعريفه بأنه حكم أغلبي يتعرف منه أحكام الجزئيات الفقهية المتعلقة بباب واحد من أبواب الفقه مباشرة[1]، فهو يشترك – في معناه الاصطلاحي – مع القاعدة الفقهية في أن كلا منهما يجمع جزئيات متعددة يربط بينها رابط فقهي.

ثانيا: الفرق بينهما:

من أشهر وأظهر ما فُرّق به بين القاعدة الفقهية، والضابط الفقهي، أن القاعدة تشمل فروعا من أبواب متعددة من أبواب الفقه.

أما الضابط فيشمل فروعا من باب واحد من أبواب الفقه[2]على أن من العلماء من يطلق على الضابط قاعدة، وقد يطلق العكس[3]؛ لتقارب معنييهما؛ ولأنه ليس لإطلاق مصطلح ((القاعدة)) ، أو ((الضابط)) على صيغة ما تأثير في قوة استنباط الحكم منها أو ضعفه، والتفرقة بينهما إنما هي تفرقة اصطلاحية.

المطلب الثاني: مصادر القواعد الفقهية وأنواعها.

الفرع الأول: مصادر القواعد الفقهية.

لابد على كل باحث أن يعلم أن علم القواعد الفقهية علم متين مبيني على قواعد صحيحة وأصول متينة وهي نتيجة عصارة جهود فقهائنا رحمة الله عليهم ومن تلك المصادر التي بنيت عليها القواعد الفقهية.

1 – **القرآن الكريم**

قال في الأشباه والنظائر:" لقد جاء القرآن الكريم بمبادئ عامة، وقواعد كلية، وضوابط شرعية، في آياته ونصوصه، لتكون مناراً وهداية للعلماء في وضع التفاصيل التي تحقق

[1] – مستقاد من تعريف سابق للقاعدة.

[2] – الأشباه والنظائر لابن النجيم ص166

[3] – القواعد الفقهية للندوي ص50–51.

أهداف الشريعة، وأغراضها العامة، وتتفق مع مصالح الناس، وتطور الأزمان، واختلاف البيئات".[1]

2 – السنة النبوية

لقد أعطي رسول الله – صلى الله عليه وسلم – جوامع الكلم، واختصر له الكلام اختصاراً، وكان عليه الصلاة والسلام ينطق بالحكمة القصيرة التي تخرج مخرج المثل، وتكون قاعدة كلية. فبعض القواعد الفقهية هي عبارة عن نصوص شرعية كقولهم لاضرر ولاضرار.[2]

3 – الاجتهاد

وذلك باستنباط القواعد الكلية من الأصول الشرعية السابقة، ومن مبادئ اللغة العربية، ومسلمات المنطق، ومقتضيات العقول، وتجميع الفروع الفقهية المتشابهة في علة الاستنباط، فالعالم الفقيه يرجع إلى هذه المصادر، ويبذل جهده فيها، ويجمع بين الأحكام المتماثلة، والمسائل المتناظرة، ويستخرج قاعدة كلية منها، تشمل كل ما يدخل تحتها أو أغلبه، وكما فعل علماء الأصول في وضع القواعد الأصولية، سار الفقهاء في القواعد الفقهية.

ومثل قاعدة "الضرر يزال " المأخوذة من حديث " لا ضرر ولا ضرار"[3]

الفرع الثاني: الفرق بين القواعد الفقهية والقواعد الأصولية.

علم الفقه وعلم أصول الفقه علمان مرتبطان ارتباطا وثيقا بحيث يكاد المرء يجزم جزما قاطعا أنهما شيئا واحد ولا فرق بينما ، وكيف لا يكون ذلك وأحدهما أصل والآخر فرع لذلك الأصل، كأصل الشجرة وفرعها، فالأصولي ينبغي أن يكون فقيهاً، والفقيه ينبغي أن يكون أصولياً وإلا كيف يمكنه استنباط الحكم من الدليل؟ وكيف يكون مجتهداً من لم يتبحر في علم الأصول؟.

---

[1] – القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة. محمد مصطفى الزحيلي: دار الفكر – دمشق الطبعة: الأولى، 1427 هـ – 2006 م: 29/1.

[2] – وأصل هذه القاعدة حديث نبوي شريف ، أخرجه ابن ماجه في سننه: تح: محمد فؤاد عبد الباقي: دار إحياء الكتب العربية – فيصل عيسى البابي الحلبي 2/ 784، في باب من بنى في حقه ما يضر بجاره، رقم:2340

[3] –سبق تخريجه.

ومع ذلك يمكن أن يقال: إنهما علمان متمايزان فأحدهما مستقل عن الآخر من حيث موضوعه واستمداده وثمرته والغاية من دراسته.

وبالتالي فإن قواعد كل علم منهما تتميز عن قواعد الآخر تبعاً لتمايز موضوعي العلمين: فموضوع علم أصول الفقه هو أدلة الفقه الإجمالية والأحكام وما يعرض لكل منها، وأما موضوع علم الفقه فهو أفعال المكلفين وما يستحقه كل فعل من حكم شرعي عملي. وبالتالي فإن قواعد علم أصول الفقه تفترق وتتميز عن قواعد علم الفقه.

وإن من أول من فرَّق بين قواعد هذين العلمين وميَّز بينهما الإمام شهاب الدين القرافي[1] في مقدمة كتابه – الفروق – حيث قال: أما بعد فإن الشريعة المعظمة المحمدية زاد الله منارها شرفاً وعلواً اشتملت على أصول وفروع، وأصولها قسمان: أحدهما المسمى بأصول الفقه وهو في غالب أمره ليس فيه إلا قواعد الأحكام الناشئة عن الألفاظ العربية خاصة وما يعرض لتلك الألفاظ من النسخ والترجيح ونحو: الأمر للوحوب، والنهي للتحريم، والصيغة الخاصة للعموم ونحو ذلك، وما خرج عن هذا النمط إلا كون القياس حجة وخبر الواحد وصفات المجتهدين.[2]

والقسم الثاني: قواعد كلية فقهية جليلة كثيرة العدد عظيمة المدد مشتملة على أسرار الشرع وحِكَمِه، لكل قاعدة عن الفروع في الشريعة ما لا يحصى، ولم يذكر منها شيء في أصول الفقه وإن اتفقت الإشارة إليه هنالك على سبيل الإجمال فبقي تفصيله لم يتحصل، وهذه القواعد مهمة في الفقه عظيمة النفع – .. إلخ ما قال.[3]

---

[1] – الإمام شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي الشهير بالقرافي من علماء المالكية. ولد ونشأ وتوفي بالقاهرة كان بارعاً في كثير من العلوم والفنون، له كتاب الفروق والإحكام والذخيرة وغيرها توفي سنة 684 هـ. الأعلام جـ 1 صـ 94 – 95 مختصراً.

[2] – موسوعة القواعد الفقهية:7/1.

[3] – الفروق ج 1 ص 2 – 3.

وقال في موضع آخر: إن القواعد ليست مستوعبة في أصول الفقه بل للشريعة قواعد كثيرة جداً عند أئمة الفتوى والفقهاء لا توجد في كتب أصول الفقه أصلاً .[1]

وإذا دققنا النظر في قواعد الأصول وقواعد الفقه لرأينا أن فروقاً عدة تميز بينهما منها:

1 – أن قواعد الأصول إنما تتعلق بالألفاظ ودلالاتها على الأحكام في غالب أحوالها، وأما قواعد الفقه فتتعلق بالأحكام ذاتها.

2 – أن قواعد الأصول إنما وضعت لتضبط للمجتهد طرق الاستنباط واستدلاله وترسم للفقيه مناهج البحث والنظر في استخراج الأحكام الكلية من الأدلة الإجمالية، وأما قواعد الفقه فإنما تراد لتربط المسائل المختلفة الأبواب برباط متحد وحكم واحد هو الحكم الذي سيقت القاعدة لأجله.

3 – إن قواعد الأصول إنما تبنى عليها الأحكام الإجمالية وعن طريقها يستنبط الفقيه أحكام المسائل الجزئية من الأدلة التفصيلية.

وأما قواعد الفقه فإنما تعلل بها أحكام الحوادث المتشابهة وقد تكون أصلاً لها.

4 – إن قواعد الأصول محصورة في أبواب الأصول ومواضعه ومسائله، وأما قواعد الفقه فهي ليست محصورة أو محدودة العدد بل هي كثيرة جداً منثورة في كتب الفقه العام والفتوى عند جميع المذاهب ولم تجمع للآن في إطار واحد، وكان هذا هو الدافع لتأليف هذه الموسوعة التي أرجو الله سبحانه أن يعينني على إتمامها بمنَّه وكرمه.

5 – إن قواعد الأصول إذا اتفق على مضمونها لا يستثني منها شيء فهي قواعد كلية مطردة – كقواعد العربية – بلا خلاف.

[1] – الفروق: ج2 ص 110.

المطلب الثالث: مكانة هذه القواعد وميزتها وصيغها

الفرع الأول: مكانة هذه القواعد.

وهذه القواعد مهمة في الفقه، عظيمة النفع، بقدر الإحاطة بها يعظم قدر الفقيه ويشرف، ويظهر رونق الفقه ويعرف، وتتضح مناهج الفتوى وتكشف، فيها تنافس العلماء، وتفاضل الفضلاء، وبرّز القارح على الجذع[1] ، وحاز قصب السبق من فيها برع.

ومن جعل يخرج الفروع بالمناسبات الجزئية، دون القواعد الكلية، تناقضت عليه الفروع واختلفت، وتزلزت خواطره فيها واضطربت، وضاقت نفسه لذلك وقنطت، واحتاج إلى حفظ الجزئيات التي لا تتناهى، وانتهى العمر ولم تقض نفسه من طلب مناها.[2]

ومن ضبط الفقه بقواعده استغنى عن حفظ أكثر الجزئيات، لاندراجها في الكليات، واتحد عنده ما تناقض عند غيره، وأجاب الشاسع البعيد وتقارب، وحصل طلبته في أقرب الأزمان، وانشرح صدره لما أشرق فيه من البيان.

فبين المقامين شأو بعيد، وبين المنزلتين تفاوت شديد .[3]

الفرع الثاني: ميزة القواعد الفقهية.

للقواعد ميزات كثيرة ومن أهمها أن قواعد الفقه كثيرة غيرة محصورة وقد حاول بعض العلماء في القديم والحديث أن يؤلف كتابا يجمع فيه قواعد الفقه ولكنه لم يستطع إلى ذلك سبيلا يقول العلامة القرافي في هذا الشأن :" إن القواعد ليست مستوعبة في أصول الفقه بل للشريعة قواعد كثيرة جدا عند أئمة الفتوى والفقهاء لا توجد في كتب أصول الفقه أصلا"[4]

هذه المقولة الصادقة من عالم مدقق فاحص تعطينا ميزات عظيمة من ميزات القواعد الفقهية وهي كونها قواعد كثيرة جدا غير محصورة بعدد، وهي منثورة في كتب الفقه العام والفتاوى

[1] – القارح من الإبل ما أكمل خمس سنين والجذع ما قبل الثني ومن الإبل ما لم يكملها والمعنى غلب القوي الضعيف.

[2] – موسوعة القواعد الفقهية:7/1.

[3] – الفروق ج 1 ص 1 – 2.

[4] – الفروق للقرافي ج 2 صـ 115 وتهذيب الفروق ج 2 صـ 124 على هامش الفروق.

والأحكام، وهو رحمه الله قد أراد من تأليف كتابة الفروق سمع هذه القواعد في كتاب واحد يجمع شتاتها ويكشف أسرارها وحكمها، ولكنه – رحمه الله – ما استوعب ولا قارب.[1]

والميزة الثانية من ميزات القواعد أنها تمتاز بإيجاز عبارتها مع عموم معناها وسعة استيعابها للمسائل الجزئية إذ تصاغ القاعدة في جملة مفيدة مكونة من كلمتين أو بضع كلمات من ألفاظ العموم، مثل قاعدة "العادة محكمة" وقاعدة: "الأعمال بالنيات" أو "الأمور بمقاصدها" وقاعدة: "المشقة تجلب التيسير" فكل من هذه القواعد تعتبر من جوامع الكلم إذ يندرج تحت كل منها ما لا يحصى من المسائل الفقهية المختلفة.

والميزة الثالثة من ميزات القواعد أنها تمتاز بأن كلا منها ضابط يضبط فروع الأحكام العملية ويربط بينها برابطة تجمعها وإن اختلفت موضوعاتها وأبوابها، قال الأستاذ مصطفى الزرقا": لولا هذه القواعد لبقيت الأحكام الفقهية فروعا مشتتة قد تتعارض ظواهرها دون أصول تمسك بها وتبرز من خلالها العلل الجامعة".[2]

الفرع الثالث: صيغ القواعد الفقهية.

يلاحظ الدارس للقواعد الفقهية أنها من حيث الأسلوب الذي صيغت به تلك القواعد ووردت به أنه إما أن يكون أسلوبا خبريا [3]. وإما أن يكون أسلوبا إنشائيا[4]. وقد تجد قاعدة واحدة صاغها فقهاء مذهب ما بالأسلوب الخبري، وصاغها فقهاء مذهب آخر بأسلوب إنشائي، فعلام يدل ذلك الاختلاف في صيغ هذه القواعد؟.

من خلال الدراسة لعدد من هذه القواعد تبين أن القاعدة الفقهية إذا وردت بصيغة الأسلوب الخبري فيكون ذلك إشارة إلى ان هذه القاعدة متفق على مضمونها بين العلماء، فمثلا قاعدة:

[1] – موسوعة القواعد الفقهية: 30/1.

[2] – المدخل الفقهي العام للأستاذ الزرقا فقرة 559 بتصرف.

[3] – الخبر – ما يصح السكوت عليه، وهو الكلام المحتمل للصدق والكذب لذاته" التعريفات صـ 101.

[4] – الإنشاء هو الكلام الذي ليس لنسبته خارج تطابقه أولا تطابقه. التعريفات صـ 40 والمراد به هنا ما كان مصدرا بأداة استفهام أو دل على استفهام.

"الأمور بمقاصدها" وقاعدة: "اليقين لا يزول بالشك". وأمثالها متفق على مضمونها بين علماء مختلف المذاهب.

وقد يكون الاتفاق على مضمون القاعدة بين علماء مذهب معين، فمثلا قاعدة: "العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني" وردت عند الحنفية بهذا الأسلوب الخبري، فدل ذلك على أن مضمونها متفق عليه بينهم، وقد أوردها الشافعية بهذا النص "هل العبرة بصيغ العقود أو بمعانيها؟ "[1] . كما أوردها الحنابلة بهذه الصيغة "إذا وصل بألفاظ العقود ما يخرجها عن موضوعها فهل يفسد العقد بذلك أو يجعل كناية عما يمكن صحته على ذلك الوجه؟ فيه خلاف يلتفت إلى أن المغلب هل هو اللفظ أو المعنى؟ " [2] ثم من خلال المسائل التي أوردوها تمثيلا رأينا أن مضمون هذه القاعدة ليس متفقا عليه بينهم. بخلاف الحنفية والمالكية.

ولهذا نقول: إن القاعدة إذا وردت بالأسلوب الخبري فيكون ذلك دليلا على أن مضمون هذه القاعدة ومدلولها متفق عليه بين العلماء سواء أكانوا علماء مذهب واحد أم أكثر. وأن القاعد إذا وردت بالأسلوب الإنشائي فيكون ذلك دليلا على أن مضمون القاعدة ليس متفقا عليه بين العلماء سواء أكانوا علماء مذهب واحد أم أكثر.[3]

وهذه المسألة كما ترد في القواعد ترد في الضوابط الفقهية، فمنها ما هو متفق على مدلوله فورد بالأسلوب الخبري، ومنه ما هو مختلف فيه فورد بالأسلوب الإنشائي.

المطلب الرابع: أنواع القواعد الفقهية.

إن تعريف القاعدة السابقة يشمل جميع القواعد، ولكن القواعد الفقهية على درجات في العموم والشمول، والاتفاق عليها بين المذاهب الفقهية عامة، أو الاختلاف فيها بين المذاهب، ولكنها شاملة في المذهب الواحد، وبعضها قواعد مختلف فيها في المذهب الواحد، لذلك كانت القواعد الفقهية على أنواع وسنعرفها في الفروع التالية.

[1] – أشباه السيوطي ص 166.

[2] – قواعد ابن رجب القاعدة الثامنة والثلاثون.

[3] – موسوعة القواعد الفقهية:97/1.

الفرع الأول: القواعد الفقهية الأساسية الكبرى: وهي القواعد التي تدور معظم مسائل الفقه حولها، حتى رد بعض العلماء الفقه كله إليها، وهي متفق عليها بين جميع المذاهب، وهي:[1]

أ – الأمور بمقاصدها.

ب – اليقين لا يزول بالشَّك.

جـ – المشقة تجلب التيسير.

د – الضرر يزال.

هـ – العادة مُحكمة .[2]

الفرع الثاني: القواعد الكلية:

وهي قواعد كلية مُسَلَّم بها في المذاهب، ولكنها أقل فروعاً من القواعد الأساسية، وأقل شمولاً من القواعد السابقة، مثل قاعدة: "الخراج بالضمان "، وقاعدة "الضرر الأشد يُدفَعُ بالضرر الأخف ".

وكثير من هذه القواعد تدخل تحت القواعد الأساسية الخمس، أو تدخل تحت قاعدة أعم منها، ومعظمها نصت عليها مجلة الأحكام العدلية، وقد يدخل تحتها قواعد فرعية أيضاً، وأكثرها متفق عليها بين المذاهب.[3]

الفرع الثالث: القواعد المذهبية:

وهي قواعد كلية في بعض المذاهب دون بعض، وهي قسمان، الأول: قواعد مقررة ومتفق عليها في المذهب، والثاني: قواعد مختلف فيها.[4]

---

[1] –القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة. محمد مصطفى الزحيلي:32/1.

[2] – نفس المصدر السابق:32/1.

[3] – الموافقات: إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي (المتوفى: 790هـ)المحقق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان: دار ابن عفان، الطبعة: الطبعة الأولى 1417هـ/ 1997م ،353/3.

[4] – الأشباه والنظائر لابن النجيم ص166

الفرع الرابع: القواعد المختلف فيها:

ويكون الاختلاف في المذهب الواحد، فتطبق في بعض الفروع دون بعض، وهي مختلف فيها في فروع المذهب الواحد.

مثل: قاعدة "هل العبرة بالحال أو بالمآل "؟!

فهي قاعدة مختلف فيها في المذهب الشافعي، ولها أمثلة كثيرة، ولذلك تبدأ غالباً بكلمة " هل؛ "، وقاعدة "هل النظر إلى المقصود أو إلى الموجود "؟!

عند المالكية، وقاعدة "القسمة، هل هي إفراز، أم بيع؛ "عند الشافعية والحنابلة.

وقد راعى العلماء هذا التنويع للقواعد في تقسيم الدراسة.[1]

المطلب الخامس: هل القواعد مصدر من مصادر الأحكام؟.

وصدرت هذا المطلب بصيغة السؤال إشارة للخلاف الحاصل هل تعتبر القاعدة دليل شرعي يستند عليها عند فَقد الدليل؟ وانقسم العلماء في هذه المسألة إلى مذهبين بناء على الخلاف السابق في تعريف القواعد الفقهية.

الفرع الأول: رأي المانعين

جاء في التقرير الذي صدِّرت به مجلة الأحكام العدلية قالوا: "فأحكام الشرع ما لم يقفوا على نقل صريح لا يحكمون بمجرد الاستناد إلى واحدة من هذه القواعد. إلا أن لها فائدة كلية في ضبط المسائل، فمن اطلع عليها من المطالعين يضبط المسائل بأدلتها، وسائر المأمورين يرجعون إليها في كل خصوص.

وبهذه القواعد يمكن للإنسان تطبيق معاملاته على الشرع الشريف أو في الأقل التقريب .[2]

وقالوا: أيضاً في المقالة الأولى من المقدمة وهي المادة الأولى من مواد المجلة: إن المحققين من الفقهاء قد أرجعوا المسائل الفقهية إلى قواعد كلية، كل منها ضابط وجامع لمسائل كثيرة،

[1] – القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة. محمد مصطفى الزحيلي:33/1.

[2] – درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: علي حيدر خواجه أمين أفندي (المتوفى: 1353هـ)تعريب: فهمي الحسيني الناشر: دار الجيل الطبعة: الأولى، 1411هـ – 1991م، ص10.

وتلك القواعد مُسَلَّمة معتبرة في الكتب الفقهية تتخذ أدلة لإثبات المسائل وتفهمها في بادئ الأمر، فذكرها يوجب الاستئناس بالمسائل ويكون وسيلة لتقررها في الأذهان.[1]

ومن بين الحجج التي ذكرها العلماء أن القواعد أغلبية وليست كلية وقد يدخل الفقيه أو القاضي في القاعدة ماليس منها . يقول صاحب غمز العيون: "ليست كلية بل أغلبية، خصوصاً وهي لم تثبت عن الإمام بل استخرجها المشايخ من كلامه ".[2]

ولما كان بحثنا حول المستثنيات استدل بعض العلماء على أن القواعد ليست مصدرا للأحكام والقضاء ولكن مصدرا للتفقيه لكثرة الاستثناءات فيها ومن ذلك قال الأستاذ الجليل الشيخ مصطفى الزرقا:"ولذلك كانت تلك القواعد الفقهية قلما تخلو إحداها من مستثنيات في فروع الأحكام التطبيقية خارجة عنها، إذ يرى الفقهاء أن تلك الفروع المستثناة من القاعدة هي أليق بالتخريج على قاعدة أخرى، أو أنها تستدعي أحكاماً استحسانية خاصة، ومن ثمَّ لم تسوِّغ المجلة أن يقتصر القضاة في أحكامهم على الاستناد إلى شيء من هذه القواعد الكلية فقط دون نص آخر خاص أو عام يشمل بعمومه الحادثة المقضي فيها، لأن تلك القواعد الكلية على ما لها من قيمة واعتبار هي كثيرة المستثنيات، فهي دساتير للتفقيه لا نصوص للقضاء.[3]

فهذه النقول وأمثالها تفيد أنه لا يسوغ اعتبار القواعد الفقهية أدلة شرعية لاستنباط الأحكام لسببين:

الأول: أن هذه القواعد ثمرة للفروع المختلفة وجامع ورابط لها، وليس من المعقول أن يجعل ما هو ثمرة وجامع دليلاً لاستنباط أحكام الفروع.

---

[1] – المرجع السابق ، ص15

[2] – غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر: أحمد بن محمد مكي، أبو العباس، شهاب الدين الحسيني الحموي الحنفي (المتوفى: 1098هـ) : دار الكتب العلمية ،الطبعة: الأولى، 1405هـ – 1985م:37/1.

[3] – المدخل إلى دراسة المذاهب الفقهية: على جمعة محمد عبد الوهاب: دار السلام – القاهرة ،الطبعة: الثانية – 1422 هـ – 2001 م، 2 / 934 – 935.

الثاني: أن معظم هذه القواعد لا تخلو عن المستثنيات، فقد تكون المسألة المبحوث عن حكمها من المسائل والفروع المستثناة.

ولذلك لا يجوز بناء الحكم على أساس هذه القواعد، ولا يسوغ تخريج أحكام الفروع عليها، ولكنها تعتبر شواهد مصاحبة للأدلة يستأنس بها في تخريج الأحكام للوقائع الجديدة قياساً على المسائل الفقهية المدوَّنة.

الفرع الثاني: رأي المجيزين

سبق الكلام عن الخلاف في تعريف القواعد وانسحب هذا الخلاف على كثير من أجزاء هذا البحث ولا تعدوا كثير من الخلافات الناشئة بين العلماء أن تكون خلافات لفظية وبيان ذلك:

أن من عرفّ بأن القاعدة الفقهية كلية رأى ما خرج عنها من فروع ليسن منطوي تحتها وإنما يندرج تحت قاعدة خرى

والذي قال أنها أغلبية نظر لكثرة الاستثناءات الواردة على القاعدة التي لا يراها أصلا أصحاب الاتجاه الأول تتدرج تحت القاعدة الأصلية كما أنه يمكن – من جهة أخرى – أن يقال: إنه لا يمتنع أن يطلق على القاعدة الفقهية وصف الكلية[1] وإن كانت في واقعها أغلبية من حيث أنها كلية بالقوة. أي أنها من حيث الصيغة صالحة لشمول جميع جزئياتها، وإنما يستثنى منها ما دل الدليل على خروجه عن حكمها ليدخل في قاعدة أخرى غالبا.[2]

ومن خلال ما سبق يمكن القول: هذا الذي قالوه لا يؤخذ على إطلاقه حيث إن القواعد الفقهية تختلف من حيث أصولها ومصادرها أولاً، ثم من حيث وجود الدليل على حكم المسألة المبحوث عنها ثانياً.

- فمن حيث أصول القواعد ومصادرها فقد عرفنا في المقدمة السابقة أن من القواعد الفقهية ما كان أصله ومصدره من كتاب الله سبحانه وتعالى أو من سنة رسوله صلى الله عليه وسلم. أو يكون مبنياً على أدلة واضحة من الكتاب والسنة المطهرة، أو مبنياً على دليل

[1] – الكلية: لغة نسبة إلى الكل وقد تقدم معناه قريبا. وفي الاصطلاح: هي الحكم على كل فرد من أفراد الموضوع الداخلة تحت العنوان كقولك كل إنسان حيوان. انظر: آداب البحث والناظرة 21/1.

[2] – والكليات ص728.

شرعي من الأدلة المعتبرة عند العلماء، أو تكون القاعدة مبنية على الاستدلال القياسي وتعليل الأحكام.

فإذا كانت القاعدة نصاً قرآنياً كريماً فهي قبل أن تكون قاعدة أو تجري مجرى القواعد فهي دليل شرعي بالاتفاق فهل إذا جرى النص القرآني مجرى القاعدة خرج عن كونه دليلاً شرعياً معمولاً به، ولا يجوز تقديم غيره عليه؟.

من أمثلة ذلك:

قوله سبحانه وتعالى ﴿ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ ﴾[1] فهذا النص الكريم دليل شرعي يفيد حل البيع وحرمة الربا، وهو في نفس الوقت يصلح قاعدة فقهية تشمل أنواع البيوع المختلفة ومسائل الربا المتعددة، كما يستثني منها بعض أنواع البيوع المحرمة، وبعض مسائل الربا إما بالنص وإما بالتخريج. ومن السنة حديث "لا ضرر ولا ضرار" وحديث "الخراج بالضمان".[2]

وكذلك حديث ": لاضرر ولاضرار."[3]

فهذه أدلة شرعية وقواعد فقهية يمكن الاستناد إليها في استنباط الأحكام وإصدار الفتاوى والزام القضاء بها.

ولعل هذا لم يفت الفقهاء الذين وضعوا المجلة حيث قالوا: "فحكام الشرع ما لم يقفوا على نقل صريح" فلعلهم أشاروا بذلك إلى تلك القواعد التي هي في الأصل نصوص تشريعية،

وكذلك ما أشار إليه الأستاذ الزرقا مد الله في عمره في الخير حين قال: ومن ثم لم تسوِّغ المجلة أن يقتصر القضاة في أحكامهم على الاستناد إلى شيء من هذه القواعد الكلية فقط دون نص آخر خاص أو عام".

---

[1] – الآية 275 من سورة البقرة.

[2] – الحديث سبق تخريجه.

[3] – وأصل هذه القاعدة حديث نبوي شريف ، أخرجه مالك في الموطأ: 2/ 745، في باب القضاء في المرفق، من كتاب الأقضية، برقم (1429).

ولكن الإجمال هنا موهم والتفصيل مطلوب.

وأما ما ذكر في المقالة الأولى من المقدمة وما نقله الحموي عن ابن نجيم في الفوائد الزينية فهو عام في عدم جواز الفتوى بما تقتضيه هذه القواعد. ومما ينبني على أدلة واضحة من الكتاب والسنة والإجماع:

قاعدة: اليقين لا يزول بالشك. وقاعدة: الضرر يزال.

وقاعدة: الأمور بمقاصدها.[1]

وقاعدة: المشقة تجلب التيسير.[2]

وأمثال هذه القواعد فهي تشبه الأدلة وقوتها بقوة الأدلة المعتمدة عليها، فلا يمنع من الاحتكام إليها.

وأما إذا كانت القاعدة مبنية على دليل شرعي من الأدلة التي اختلف في اعتبارها فيجب الرجوع أولاً إلى الأدلة المتفق عليها فإذا وجد الحكم بأحدها يستأنس بالقاعدة ولا يحكم بها، وإلا نظر إلى الدليل الذي بنيت عليه القاعدة فإن أمكن إعطاء المسألة حكماً بموجبه – عند من يعتبرونه دليلاً – كان بها واعتبرت القاعدة دليلاً تابعاً يستأنس به.

وأما من حيث عدم وجود دليل شرعي لمسألة بعينها أو نص فقهي، أو دليل أصولي، ووجدت القاعدة الفقهية التي تشملها، فحينئذٍ هل تعتبر القاعدة الفقهية الاجتهادية دليلاً شرعياً يمكن استناد الفتوى والقضاء إليه؟.

قلت سابقاً: إن القواعد الاجتهادية استنبطها العلماء المجتهدون من معقول النصوص والقواعد العامة للشريعة، أو بناء على مصلحة رأوها أو عرف اعتبروه، أو استقراء استقراؤه فعلى من تعَرَّض لمثل هذه المسائل أن يكون على جانب كبير من الوعي والإدراك والإحاطة بالقواعد الفقهية وما بنيت عليه كل قاعدة أو استنبطت منه، وما يمكن أن يستثنى من كل قاعدة حتى لا يدرج تحت القاعدة مسألة يقطع أو يظن خروجها عنها.

[1] –موسوعة القواعد الفقهية:29/1.

[2] – القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة. محمد مصطفى الزحيلي:33/1.

وأما اعتلالهم بأن القواعد الفقهية ثمرة للأحكام الفرعية المختلفة وجامع لها ولذلك لا يصح أن تجعل دليلاً لاستنباط أحكام هذه الفروع، أقول: إن كل قواعد العلوم إنما بنيت على فروع هذه العلوم وكانت ثمرة لها، وأقرب مثال لذلك قواعد الأصول وخاصة عند الحنفية حيث استنبطت من خلال أحكام المسائل الفرعية المنقولة عن الأئمة الأقدمين، ولم يقل أحد إنه لا يجوز لنا أن نستند إلى تلك القواعد لتقرير الأحكام واستنباطها.[1]

وكذلك قواعد اللغة العربية التي استنبطها علماء اللغة من خلال ما نطق به العرب الفصحاء قبل أن تشوب ألسنتهم المعجمة واللحن، وهي القواعد التي يستند إليها في استنباط أحكام اللغة والبناء عليها.[2]

ولم يقل أحد إن هذه القواعد لا تصلح لاستنباط أحكام العربية لأنها ثمرة للفروع الجزئية.

وقد قال القرافي رحمه الله في حديثه عن أدلة مشروعية الأحكام – قال:– الاستدلال: هو محاولة الدليل المفضي إلى الحكم الشرعي من جهة القواعد لا من جهة الأدلة المنصوبة وفيه قاعدتان: قال: القاعدة الثانية: "إن الأصل في المنافع الإذن، وفي المضار المنع" بأدلة السمع لا بأدلة العقل – خلافاً للمعتزلة – وقد تعظم المنفعة فيصحبها الندب أو الوجوب مع الإذن، وقد تعظم المضرة فيصحبها التحريم على قدر رتبتها. فيستدل على الأحكام بهذه القاعدة إلى أن قال: يعلم ما يصحبه الوجوب أو الندب أو التحريم أو الكراهة من الشريعة وما عهدناه في تلك المادة .[3]

[1] – مُوْسُوعَة القَواعِدُ الفِقْهِيَّة: محمد صدقي بن أحمد بن محمد آل بورنو أبو الحارث الغزي: مؤسسة الرسالة، بيروت – لبنان الطبعة: الأولى، 1424 هـ – 2003 م: 47/1.

[2] – مُوْسُوعَة القَواعِدُ الفِقْهِيَّة: محمد صدقي بن أحمد بن محمد آل بورنو أبو الحارث الغزي: مؤسسة الرسالة، بيروت – لبنان الطبعة: الأولى، 1424 هـ – 2003 م: 47/1.

[3] – شرح تنقيح الفصول 450 – 451

المبحث الثاني: الاستثناء في القواعد الفقهية.

قبل الولوج في هذا الموضوع في معرفة الاستثناء من القواعد يستحسن الوقوف على التعريف اللغوي قبل التعريف الاصطلاحي لإدراك العلاقة بين التعريفين ومما يساعد على فهم المعنى الاصطلاحي وأنواعه وأدواته.

المطلب الأول: معنى الاستثناء من القواعد

الفرع الأول: الاستثناء في اللغة.

الاستثناء في اللغة مصدر استثنى ، يقال: استثنى يستثنى استثناءا

والألف والسين والتاء فيه زائدة، فحروفه الأصلية هي الثاء والنون والياء، فمصدره "الثني" وماضيه "ثني" يقال ثنى يثني ثنياً، وقد بين ابن فارس[1] معنى الثني فقال: ثني :الثاء والياء والنون أصل واحد، وتكرير الشيء مرتين أو جعله شيئين متوالين أو متباينين، وذلك قولك ثنيت الشيء ثنياً.[2]

والمتأمل فيما سبق من التعاريف اللغوية يلاحظ أن من بعض معاني الثني الإخراج كما سبق معنا في قول ابن فارس في معجمه "جعل شيئين متوالين أو متباينين" كأن عندما تستثني من القاعدة الفقهية جعلت هذا الفرع الذي استثنيته بائن عن القاعدة الأصلية العامة.

الفرع الثاني: الاستثناء من القواعد في الاصطلاح.

لم نقف في حدود علمنا على تعريف خاص في موضوع الاستثناء من القواعد وهذا راجع لأسباب نذكر منها.

---

[1] – هو: أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكرياء بن محمد بن حبيب الرازي اللغوي؛ كان إماماً في علوم شتى، وخصوصاً اللغة فإنه أتقنها، وألف كتابه المجمل في اللغة، وهو على اختصاره جمع شيئاً كثيراً، وله كتاب حلية الفقهاء، وله رسائل أنيقة، ومسائل في اللغة، وتوفي سنة تسعين وثلثمائة – رحمه الله تعالى – بالري، ودفن مقابل مشهد القاضي علي بن عبد العزيز الجرجاني. وقيل: إنه توفي في صفر سنة خمس وسبعين وثلثمائة بالمحمدية، والأول أشهر. أنظر وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان: أبو العباس شمس الدين أحمد بن محمد بن إبراهيم بن أبي بكر ابن خلكان البرمكي الإربلي (المتوفى: 681هـ): إحسان عباس: دار صادر – بيروت الطبعة: الجزء: 1 – الطبعة: 0، 1900."1/118-119".

[2] – معجم مقاييس اللغة: أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، أبو الحسين (المتوفى: 395هـ)المحقق: عبد السلام محمد هارون: دار الفكر: 1399هـ – 1979م: 391/1.

– موضوع الاستثناء من المواضيع التي لم تعط حقها من البحوث والكتابة فيها.

– بالرغم من أن المتقدمين من العلماء ذكروا الاستثناء في كتبهم ولكنهم لم يحدوا الاستثناء بتعريف خاص وإنما كان جل كتاباتهم عبارة عن تطبيقات فقهية في هذا الموضوع

– اعتقاد بعض الباحثين أن موضوع الاستثناء هو حد ذاته استثناء فلا داعي للخوض فيه وسبر جزئياته

ولكن من خلال ما سبق يمكن لنا القول كاجتهاد منا في تعريف الاستثناء من القواعد الفقهية نقول بعون الله وتوفيقه" **هو إخراج فرع فقهي في الحكم بأي عبارة تدل على ذلك من قاعدة كلية يظهر اندراجه فيها بدليل**".

ويمكن التعليق على ما جاء في هذا التعريف.

– وعبرنا بلفظ "**الإخراج**" لأنه هو اللفظ الأقرب للاستثناء من الناحية اللغوية وهو اللفظ المتفق عليه بين الفقهاء.

– "**الفرع الفقهي**" وهذا قصد منا الجنس فقد يكون الاستثناء في أكثر من فرع واحد.

– "**في الحكم** " الإخراج هنا في الحكم يعني يعطى لهذا الفرع حكما مباينا لحكم القاعدة الفقهية لا شيء آخر لأن مايهم الفقيه هو الحكم الشرعي.

– "**بأي عبارة تدل على ذلك**" وقصدنا بهذا القيد أن يكون الاستثناء بأي عبارة تدل على الاستثناء بخلاف مذهب الأصوليين الذين يشترطون الاستثناء بعبارات معينة مثل "إلا" وأخواتها وماشابه ذلك وعند كلامنا عن أدولت الاستثناء سنتطرق لهذا الموضوع المهم.

– "**قاعدة كلية**" واخترنا هذه العبارة بناء على الخلاف السابق في تعريف القاعدة الفقهية هل هي كلية أو أغلبية فاخترنا أنها كلية .

– "**يظهر اندراجه فيها**" واخترت لفظ الظهور لأنه يحتمل التأويل، ويدل على معناه دلالة ظنية راجحة، فإخراج الفرع الفقهي من قاعدة كلية بحيث لا يبقى من الفروع إلا من اندراجه حقية في القاعدة الفقهية.

– "**بدليل**" والمقصود بها الأدلة المعتبرة شرعا.

المطلب الثاني: أدوات الاستثناء وأنواعه في اللغة.

إذا كان الاستثناء هو إخراج الثاني من الأول ب (إلاَّ) أو إحدى أخواتها وله أنواع فماهي أخوات (إلاَّ) وما هي أنواع الاستثناء.

الفرع الأول: أدوات الاستثناء.

وهي: غير، سوى، خلا، عدا، حاشا، ليس، لا يكونُ.

إلاً: حرف. غير وسوي: اسمان. خلا وعدا وحاشا: مترددة بين الفعل والحرف. وليس ولا يكون: فعلان. وهي مختلفة في الأحكام[1]

الفرع الثاني: أنواع الاستثناء في اللغة.

المستثنى "بإلا" : ثلاثة أنواع: متصل ومنقطع ومفرغ.

- **المتصل:** هو ما كان من جنس المستثنى منه نحو: انصرف الناس إلا زيداً.
- **المنقطع:** هو أن يكون المستثنى من غير جنس المستثنى منه.
- **المفرغ:** هو أن يكون الكلام ناقصاً غير موجب أي خاليا من ذكر المستثنى منه ومنفياً.[2]

المطلب الثالث: أنواع الاستثناء في القواعد الفقهية.

سنتناول في هذا المطلب أنواع الاستثناءات في القواعد باعتبارات عدة كالاتفاق على الاستثناء من عدمه وباعتبار الشبه من عدمه .

الفرع الأول: الاتفاق على الاستثناء من عدمه.

الاستثناء يكون محل اتفاق بين العلماء وقد يكون محل اختلاف وعادة ما يكون الاختلاف في القواعد المذهبية كما سبق التنبيه عليه في أنواع القواعد

[1] – اللباب في قواعد اللغة وآلات الأدب النحو والصرف والبلاغة والعروض واللغة والمثل: محمد علي السَّراج: دار الفكر – دمشق الطبعة: الأولى، 1403 هـ – 1983 م: ص98.

[2] – متن الآجرومية: ابن آجُرُّوم، محمد بن محمد بن داود الصنهاجي، أبو عبد الله (المتوفى: 723هـ): دار الصميعي الطبعة: 1419هـ–1998م، ص20.

فالاستثناء من القواعد يعتبر فقها كما هو معلوم عند الفقهاء فالجمع بين المسائل في أصل واحد أو إخراج فرع فقهي من القاعدة الكلية ، هذا هو الفقهيه الحقيقي الذي قصده الإسلام الحنيف.

أولا: الاستثناء المتفق عليه.

والمتأمل في الاستثناءات التي كانت محل اتفاق بين العلماء مسندها الوحي أو الإجماع

ومن أمثلة ذلك القاعدة المشهورة والمعروفة عند العلماء "الغُرْمُ بالغُنْم" – الغنم بالغرم.

– الغرم: هو ما يلزم المرء لقاء شيء، من مال أو نفس.

– والغنم: هو ما يحصل له من مرغوبه من ذلك الشيء.

وأفادت هذه القاعدة أن التكاليف والخسارة التي تحصل من الشيء تكون على من يستفيد منه شرعاً ولا فرق في الغرم بين أن يكون مشروعاً.[1]

ولكن هذه القاعدة يستثنى منها فرعا فقهيا وهو ما يسمى عند الفقهاء بالشاة المصراة جاء عند الترمذي – رحمه الله – عن أبي هريرة – رضي الله عنه – قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ((مَن اشترى مصرَّاة فهو بالخيار إذا حلبها، إن شاء ردها ورد معها صاعًا من تمر))[2].

فكل الفقهاء اتفقوا أنه لا يمكن أن يغرم المشتري ما غنمه من حليب هذه الشاة .[3]

وقال المالكية يستثنى من هذه القاعدة عند المالكية ما ثبت بالنص في المصراة، وهي الشاة أو الناقة التي يجمع في ضرعها اللبن إيهاماً للمشتري أنها حلوب وكثيرة اللبن، فإذا ردّت للبائع فإنها تردّ مع صاع من تمر، لقوله – صلى الله عليه وسلم –: " لا تصرّواً الإبل والغنم، فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها، إن رضيها أمسكها، وإن سخطها ردّها وصاعاً من تمر".

---

[1] – لقواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة. محمد مصطفى الزحيلي:543/1.

[2] – رواه الترمذي، أبواب البيوع، باب ماجاء فغي المصراة، رقم الحديث:1251 "545/3".

[3] – بداية المجتهد:226/3.

وهذا الاستثناء محصور بالتصرية للحديث، دون سائر العيوب فيها.[1]

ثانيا: الاستثناء المختلف فيه.

وهذا النوع كثير نجد أن بعض المذاهب تستثني فرعا معينا من قاعدة كليه ولا يسلم لها بقية المذاهب في ذلك وهذا كثير في كتب الفقهاء وخاصة الفقه العالي.

وأسباب الخلاف الاستثناء في القواعد الفقهية يرجع للنقاط الاتية.

1- عدم التسليم أصلا أن هذا الفرع المستثنى مندرج ضمن القاعدة حتى يستثنى منها

2- الاختلاف في تحقيق المناط بعضهم يرى أن هذا الفرع مندرج ضمن القاعة وغيره يخالفه في ذلك.

3- الاختلاف في الموانع في الحاق الفرع بالقاعدة بعض الأحيان يرى مذهبا معين أن هناك معانا يمنع من ادراج الفلرع ضمن القاعدة ويرى غيرهم أنه لا يوجد ما يمنع من اندراجه ضمن القاعدة.

4- الاختلاف كذلك في حدود التطبيق الفقهي للقاعدة فمنهم الموسع ومنهم المضيق.

وهناك أسباب كثيرة تؤدي الى الخلاف في الاستثناء من القاعدة لا يمكن حصرها وسنكتفي ببعض الأمثلة عن موقف بعض المذاهب من بعض القواعد الفقهية في لاستثناء منها للأسباب السابقة.

- ومن امثلة ذلك قاعدة" العبرة في العقود للمقاصد والمعاني، لا للألفاظ والمباني تشير هذه القاعدة إلى أنَّ عقود البيع والشراء وإن كانت تتم بالألفاظ والمباني، فإنَّ المعتبر في هذه العقود هو المقصد والنية للمتعاقدين، لا مجرد ألفاظهما "فالعبرة بما أُضمر لا بما أُظهر[2].

واعتبر بعض العلماء أن هذه القاعدة مختلفاً فيها، ووضع هذه القاعدة بصيغة الاستفهام الذي يشعر بالخلاف، فقال: "فيما إذا وصل بألفاظ العقود ما يخرجها عن موضوعها، فهل

[1] – مواهب الجليل في شرح مختصر خليل: شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرُّعيني المالكي (المتوفى: 954هـ): دار الفكر الطبعة: الثالثة، 1412هـ - 1992م "439/4".

[2] – المباني: هي الجمل التامة التي تفيد معنى، الأشباه والنظائر؛ لابن الملقن (1/ 325).

يفسد العقد بذلك، أو يجعل كناية عما يمكن صحته على ذلك الوجه؛؟فيه خلاف يلتفت إلى أن المغلب هل هو اللفظ أو المعنى"

وعند الشافعية اختلاف في القاعدة، ولذلك وضعوها في صيغة الاستفهام.

واختلف الترجيح في الفروع، وأن الأصح عندهم أن العبرة بصيغ العقود غالباً، وفي خلاف الغالب العبرة بمعانيها، لذلك ستأتي أمثلة الشافعية في الاستثناء من القاعدة، وهذا قول لأصحاب الإمام أحمد. [1]

- ومثاله: البيع بلا ثمن باطل، ولا ينعقد هبة، بلا خلاف عند الحنفية.[2]

- الإجارة بلا بدل لا تنعقد عارية في الأصح عند الحنفية إلا على قول عندهم.

- ووجه عدم الانعقاد في الفرعين السابقين أن الأمر فيهما دار بين عقد محظور.

- وهو البيع بلا ثمن، والإجارة بلا بدل، وكلاهما فاسد، وهو محظور، وبين عقد مباح، وهو الهبة والعارية، فغلب الحظر، بخلاف التطبيقات السابقة على[3] القاعدة، فإن الأمر دار في جميعها بين أمرين مباحين، فاعتبر فيهما القصد والمعنى.[4]

- مثاله عند الحنابلة :إذا قال: قارضتك على أن كل الربح لك، فالأصح عند الشافعية أنه قراض فاسد رعاية للفظ، وفي قول: قراض صحيح رعاية للمعنى.

يقول العلامة مصطفى الزرقا كلاما بديعا في هذا الشأن سأنقله برمته لأهميته ومتانته:" إن اعتبار المقاصد والمعاني في العقود مقيد بما إذا لم يعارضه مانع شرعي يمنع اعتبار المقصد والمعنى، ويصرفه إلى جهة أخرى، فلو عارضه تعتبر تلك الجهة وإنقصد غيرها، كالمشتري شراء فاسداً لو رد المبيع على بائعه انفسخ البيع السابق على أي وجه كان ردّه، سواء كان ببيع جديد، أو بهبة أو صدقة، أو عارية، أو وديعة لأن فسخ البيع الفاسد ورد

[1] – القواعد لابن رجب: زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب بن الحسن، السَلامي، البغدادي، ثم الدمشقي، الحنبلي (المتوفى: 795هـ): دار الكتب العلمية، ص49.

[2] –(الزرقا ص 76) .

[3] –الزرقا ص 76 .

[4] –المصدر نفسه.76

المبيع واجب شرعاً، فعلى أي وجه ردّه يقع عن الواجب، ويبرأ عن ضمانه، فقد ألغي القصد في هذه التصرفات، واعتبر تسليم المبيع للبائع رداً بحكم الفسخ للعقد الفاسد السابق ومثل ذلك لو كان المهر ديناً في ذمة الزوج كالدراهم والدنانير، فوهبته الزوجة كله أو نصفه قبل أن تقبضه منه، أو كان المهر عرضاً معيناً، فوهبته منه، ولو بعد قبضها له، ثم طلقها الزوج قبل الدخول، فإنه لا يرجع عليها بشيء، ويجعل ما وصل إليه بالهبة واصلاً إليه بحكم استحقاق نصف المهر بالطلاق قبل الدخول، وغاية الأمر

أنه اختلف سبب وصوله إليه، ولا يبالي باختلاف الأسباب بعد سلامة القصد".[1]

[1] -الزرقا ص 73.

الفصل الثاني

قاعدة العادة محكمة والقواعد المندرجة تحتها

تمهيد

قاعدة العادة محكمة إحدى القواعد الخمس الكبرى المعروفة عند الفقهاء بل حتى الأصوليين تكلموا عنها وهو قاعدة جامعة مانعة لكل ما يتعلق بالمسائل التي مرجعها للعرف ولها صيغ كثية ذكرها العلماء ولكن أشهرها العادة محكمة ولأهمية هذه القاعدة ومتانتها ألف فيها بعض العلماء كتب مستقلة تتبع لفروعها ولكن المتأمل في هذه القاعدة يلاحظ أن لكل قاعدة استثناء وهذه القاعدة لم تشذ عن سابقيها في ولوج الاستثناء فيها وحاولنا تناول موضوع الاستثناء في المبحث الثاني لأهميته.

المبحث الأول: مفاهيم حول قاعدة العادة محكمة.

المطلب الأول: تعريف القاعدة.

الفرع الأول: العادة والعرف

اختلف العلماء في تعريف العادة والعرف والسبب في معنى العادة ومعنى العرف تقارب وتداخل.

1- فمن العلماء من قال: هما بمعنى واحد.

2- ومنهم من فرق بينهما من حيث أن العرف متعلق بالقول، والعادة متعلقة بالفعل،

3- ومنهم من قال: إن بينهما عموم وخصوص مطلق فالعادة أعم من العرف مطلقا حيث تطلق على العرف (الذي هو عادة الجماعة) ، وعلى العادة الفردية فيكون كل عرف عادة ولا عكس. [1]

الفرع الثاني: معنى قاعدة العادة محكمة.

العادة في اللغة مأخوذة من المعاودة، بمعنى التكرار، فهي بتكرارها ومعاودتها مرة بعد أخرى صارت معروفة مستقرة في النفوس والعقول، متلقات بالقبول من غير علاقة ولا قرينة حتى صارت حقيقة عرفية.

وقولهم العادة محكمة فمعنى هذه القاعدة

العادة وقد تقدم بيانها

محكمة: اسم مفعول من حُكِّم يُحَكَّم يقال: حُكّم فلان في كذا، إذا جُعل أمره إليه، والحُكم: القضاء، وأصل مادته تدل على المنع.[2]

والعادة أيضاً: هي الاستمرار على شيء مقبول للطبع السليم، والمعاودة إليه مرة بعد أخرى وهي المرادة بالعرف العملي.

---

[1] – انظر: رسالة نشر العرف ضمن رسائل ابن عابدين 114/2، وكتاب الإمام مالك لأبي زهرة ص353، وأصول مذهب الإمام أحمد ص523، والعرف وأثره في الشريعة والقانون ص48–50.

[2] – مقاييس اللغة 91/2، ولسان العرب 270/3 (حكم).

والمراد بها حينئذ ما لا يكون مغايراً لما عليه أهل الدين والعقل المستقيم، ولا منكراً في نظرهم، 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، وهو ما جاء في القاعدة: "إنما تعتبر العادة إذا اطَّردت أو غلبت" وقاعدة "العبرةُ للغالب الشائع لا النادر"[1]

الفرع الثالث: معنى القاعدة إجمالا وصيغها

- معنى القاعدة:

لفهم هذه القاعدة المهمة لابد من الوقوف على معناها الإجمالي و يعني الفقهاء بهذه القاعدة أنه يُرجع في تحديد المراد من بعض الألفاظ الشرعية، والألفاظ التي يتعامل بها الناس، وبناء الأحكام الشرعية عليها إلى عادة الناس وما تعارفوا عليه، وذلك إذا لم يرد الشرع بتحديده، ولم يتضمن المعنى اللغوي للفظ تحديدا وتقديرا له.

قال السبكي: "وقد اشتهر عند الفقهاء أن ما ليس له ضابط في اللغة ولا في الشرع يرجع فيه إلى العرف، وعند الأصوليين أن العرف مقدم على اللغة".[2]

وما ذكره – هنا – من أقوال الأصوليين ليس على عمومه فقد قال بعضهم بما قال به الفقهاء، ثم إنه قد جمع بين قول الفقهاء، وقول الأصوليين بأنهما لم يتواردا على محل واحد فمراد الأصوليين بتقديم العرف على اللغة أنه إذا تعارض المعنيان في اللغة وفي العرف قدّم المعنى العرفي، ومراد الفقهاء بتقديم اللغة على العرف أنه إذا عُرف معناه لغة ولم ينص على حدّه رُجع في ذلك إلى العرف؛ ولذا فهم يقولون: كل ما ليس له حدّ في اللغة، أو ما ليس له ضابط ... ، ولا يقولون: ما ليس له معنى فيكون المراد أنه يُرجع إلى اللغة في معرفة المعنى ويستدل بالعرف على معرفة حدّه.[3]

---

[1] – القواعد الفقهية وتطبيقاتها:300/1.

[2] – الأشباه والنظائر للسبكي مع حاشية محققه 51/1.

[3] – القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير: عبد الرحمن بن صالح العبد اللطيف: عمادة البحث العلمي بالجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية الطبعة: الأولى، 1423هـ/2003م" 299/1"

وقيدت العادة المعتبرة بألا تخالف نصا شرعيا، وبأن تطرد وتغلب، وقيد العرف بأن يكون سابقا لإنشاء التصرف، أو مقارنا له، واشترط بعضهم أن يكون العرف عاما كما اشترط فيه – فيما يجري بين الناس من المعاملات – ألا يُصرّح بخلافه.[1]

– صيغ القاعدة .

ويندرج تحت هذه القاعدة الكبرى عدد من القواعد، منها ما هو بمعناها، ومنها ما هو كالقيد لها، ومن ذلك القواعد التالية:

1) ((استعمال الناس حجّة يجب العمل بها)) .

2) ((الممتنع عادة كالممتنع حقيقة)) .

3) ((المعروف عرفا كالمشروط شرطا)) .

4) ((إنما تعتبر العادة إذا طردت أو غلبت)).[2]

الفرع الرابع: أنواع العرف.

قسم العلماء العرف إلى عام وخاص ولكل نوع من هذه الأنواع أحكام خاصة به تختلف عن غيره.

العرف الخاص: هو ما كان مخصوصاً ببلد، أو مكان دون مكان آخر، أو بين فئة من الناس دون أخرى، كعرف التجار فيما يُعَدّ عيباً، وكعرفهم في بعض البلاد أن يكون ثمن البضاعة مقسطاً إلى عدد معلوم من الأقساط، وغير ذلك.

والعرف العام: هو ما كان فاشياً في جيع البلاد بين الناس كالاستصناع في كثير من الحاجات واللوازم، وكتأجيل جانب من مهور النساء في البلاد الإسلامية، وغير ذلك.

والعرف إن صادم النص من كل الوجوه فهو العرف المردود كما سبق، وإن لم يخالفه من كل وجه كان له تأثير في بناء الأحكام الشرعية عليه، فيترك به القياس، ويخصص به العام كدخول الحمام، والاستصناع، وغيرهما من المسائل الفقهية الكثيرة، ولذلك قال ابن عابدين:

---

[1] – العرف وأثره في الشريعة والقانون ص89–104، والوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية ص217.

[2] – القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير:298/1.

والعرف في الشرع له اعتبارُ. . . لذا عليه الحكمُ قد يُدار

والقاعدة المذكورة من جملة القواعد الخمس الأساسية، ويتفرع عليها قواعد كثيرة، وإن اعتبار العرف والعادة رجع إليه في الفقه في مسائل لا تعدّ كثرة، وتعسر الإحاطة بها.

المطلب الثاني: أدلة القاعدة.

لهذه القاعدة العظيمة جملة من الأدلة من القرآن والسنة والإجماع وهي من القواعد المجمع عليها من جهة الإقرار وإن كان فيها خلاف من جهة التنزيل على بعض الفروع كما سيأتي معنا .

الفرع الأول: أدلتها من القرآن الكريم.

يدل على هذه القاعدة ما ورد من الآيات تصريحا باعتبار العرف والعادة في بناء الإحكام الشرعية ومنها:

1) قول الله تعالى ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِي عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾[1]

2) قوله سبحانه﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾[2]

3) قوله تعالى ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾[3]

فقد فُسر المعروف بالمتعارف في عرف الشرع أو ما تعارف عليه الناس.[4]

4) قوله تعالى ﴿فَكَفَّٰرَتُهُۥٓ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَٰكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ﴾[5]

قال ابن تيمية: الراجح في هذا أن يرجع فيه إلى العرف بعد أن نقل الخلاف في كون ذلك مقدرا بالشرع أو العرف.[6]

---

[1] – البقرة (228) .

[2] – النساء (19) .

[3] – البقرة (233)

[4] – الجامع لأحكام القرآن 163/3.

[5] – المائدة (89) .

[6] – مجموع الفتاوى 113/26–114.

5) قوله عز وجل﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لِيَسۡتَـٔۡذِنكُمُ ٱلَّذِينَ مَلَكَتۡ أَيۡمَٰنُكُمۡ وَٱلَّذِينَ لَمۡ يَبۡلُغُواْ ٱلۡحُلُمَ مِنكُمۡ ثَلَٰثَ مَرَّٰتٖۚ مِّن قَبۡلِ صَلَوٰةِ ٱلۡفَجۡرِ وَحِينَ تَضَعُونَ ثِيَابَكُم مِّنَ ٱلظَّهِيرَةِ وَمِنۢ بَعۡدِ صَلَوٰةِ ٱلۡعِشَآءِۚ ﴾[1]

ذلك أن الله تعالى أوجب الاستئذان في هذه الأوقات التي اعتاد الناس فيه وضع ثيابهم.[2]

الفرع الثاني: أدلتها من السنة النبوية

وقد وردت بعض الأحاديث التي تتحدث عن مراعاة الشرع للعرف في أحكامه الشرعية ومن أمثلة تلك النصوص.

1- حديث عائشة رضي الله عنها: "أن هندا [3] بنت عتبة قالت لرسول الله صلى الله عليه وسلم: إن أبا سفيان [4]رجل شحيح، وليس يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم، فقال: خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف".[5]

قال ابن حجر: "وفيه اعتماد العرف في الأمور التي لا تحديد فيها من قبل الشرع".[6]

2- ما روي عن عبد الله بن مسعود [7]رضي الله عنه أنه قال: "إن الله نظر في قلوب العباد فوجد قلب محمد صلى الله عليه وسلم خير قلوب العباد فاصطفاه لنفسه، فابتعثه برسالته، ثم نظر في قلوب العباد بعد قلب محمد صلى الله عليه وسلم فوجد قلوب أصحابه خير قلوب العباد فجعلهم وزراء نبيه، يقاتلون على دينه، فما رأى المسلمون حسنا فهو عند الله حسن،

---

[1] – النور (58) .

[2] – الجامع لأحكام القرآن 305/12.

[3] – هي: هند بنت عتبة بن ربيعة القرشية الهاشمية رضي الله عنها، أسلمت يوم الفتح بعد إسلام زوجها، وحسن إسلامها، توفيت في خلافة عمر بن الخطاب رضي الله عنه. انظر: أسد الغابة 562/5-563، والإصابة 155/8-156.

[4] – هو: أبو سفيان صخر بن حرب القرشي، الأموي رضي الله عنه ويكنى أيضا أبا حنظلة، ولد قبل الفيل بعشر سنين، أسلم ليلة الفتح وحسن إسلامه، توفي في خلافة عثمان رضي الله عنه سنة 32هـ، وقيل: غيره. انظر: أسد الغابة 216/5، والإصابة 412/3-415.

[5] – أخرجة البخاري، كتاب المظالم والغصب، باب قصاص المظلوم إذا وجد المه ، رقم:2460 "131/3".

[6] – فتح الباري 420/9.

[7] – هو: الصحابي الجليل عبد الله بن مسعود بن غافل الهذلي (أبو عبد الرحمن) رضي الله عنه أسلم قديما، وهاجر الهجرتين، وشهد بدرا، وسائر المشاهد، توفي رضي الله عنه بالمدينة، وقيل: بالكوفة سنة 32هـ، وقيل سنة 33هـ قال ابن حجر: والأول أثبت. انظر: أسد الغابة 256/3-260، والإصابة 233/4-236.

وما رأى المسلمون سيئا فهو عند الله سيء"[1] وقد اعتبره عدد من العلماء أصلا لهذه القاعدة على اعتبار رفعه إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم.[2]

3- حديث حمنة بنت جحش[3] رضي الله عنها التي كانت تستحاض، فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صلاتها، وصيامها، والحديث طويل وفيه قوله صلى الله عليه وسلم: " ... وكذلك فافعلي كما تحيض النساء وكما يطهرن لميقات حيضهن وطهرهن ...".[4] والحديث واضح الدلالة على اعتبار العادة فيما لا تحديد فيه فقد أحالها رسول الله صلى الله عليه وسلم في تحديد ذلك على عادة النساء.[5]

4- حديث: "الوزن وزن أهل مكة، والمكيال مكيال أهل المدينة".[6]

[1] – أخرجه الإمام أحمد بهذا اللفظ موقوفا على عبد الله بن مسعود رضي الله عنه، وقال الخافظ ابن حجر: "أسناده حسن". مسند الإمام أحمد 379/1، وانظر موافقة الخُبْر الخَبَر في تخريج أحاديث المختصر 435/2.

[2] –قال الشيخ أحمد الزرقاء: "وإن كان موقوفا فله حكم المرفوع؛ لأنه لا مدخل للرأي فيه" انظر: شرح القواعد الفقهية ص165.

[3] –هي: حَمْنة بنت جحش الأسدية رضي الله عنها أخت زينب بنت جحش أو المؤمنين رضي الله عنها، وكانت حمنة عند طلحة بن عبيد الله رضي الله عنهما. انظر: أسد الغابة 428/5، و132/3، والإصابة 586/7.

[4] –أخرجه أبو داود، والترمذي واللفظ له، وقال: "هذا حديث حسن صحيح"، وحسنه الألباني. سنن أبي داود مع عون المعبود 325/1، (الطهارة / إذا أقبلت الحيضة تدع الصلاة) . وسنن الترمذي مع التحفة 395/1-399، (الطهارة / ما جاء في المستحاضة أنها تجمع بين الصلاتين بغسل واحد) ، وانظر: إرواء الغليل 202/1-203.

[5] –عون المعبود 330/1، وتحفة الأحوذي 400/1-401، ونيل الأوطار 340/1

[6] –أخرجه أبو داود، والنسائي، وصححه الشيخ ناصر الدين الألباني. سنن أبي داود مع عون المعبود 135/9 (البيوع / قول النبي صلى الله عليه وسلم: المكيال مكيال المدجينة) . وسنن النسائي مع شرح السيوطي 54/5 (الزكاة / كم الصاع؟) ، وانظر: السلسة الصحيحة 107/1-109.

5- قال العلائي: "وجه الدلالة منه أن أهل المدينة لما كانوا أهل نخيل وزع، فاعتبرت عادتهم في مقدار الكيل، وأهل مكة كانوا أهل متاجر فاعتبرت عادتهم في الوزن، وذلك فيما يتقدر شرعا ... " الخ كلامه.[1]

المطلب الثالث: تطبيقات القاعدة عند الفقهاء.

الفرع الأول: مقاصد القاعدة.

مما لا شك فيه أن هذه القاعدة العظمية قد أجمع الفقهاء قاطبة على العمل بها وذلك لأنها تضمنت تسيرا على المكلفين في شتى أحكام الدين الحنيف و تعتبر هذه القاعدة من قواعد التيسير في الشريعة، حيث راعى الشارع أحوال الناس، فأسند تحديد بعض الأمور التي لم يرد بتحديدها نص شرعي، ولم تقتض اللغة تحديدها بحد معلوم إلى أعرافهم التي عهدوها، وإلى العادة الغالبة عند كل فئة، وشمل ذلك تقدير بعض الأمور المتعلقة بالعبادات مما يكون للعرف والعادة فيه مدخلا، وكذلك ما يقع بين الناس من معاملات، وفي هذا توسعة عظيمة؛ لأن هذه الأعراف والعادات قد استقرت في أذهلن الناس، وأصبحت معلومة للغالب منهم، فإقرارهم عليها واعتبارها في إثبات الأحكام يدفع عنهم مشقة التحديد بغير ما يألفونه ويعلمونه[2]؛ ولذا فقد كان مما قرره العلماء أنه لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان وذلك بسبب تبد الأعراف والأحوال.[3]

---

[1] – قوله: وذلك فيما يتقدر شرعا أي أنه ليس المراد حمل الناس في معاملاتهم على وزن أهل مكة، ومكيال أهل المدينة بل إن هذا في الزكاة والكفارات ونحوها. أما في المعاملات فإنهما يحملان على عرف البلد وعادة الناس في المكان الذي هو به. انظر: المجموع المذهب 399/1، ومعالم السنن 60/3-64، وبذل المجهود 303/14-304، وانظر مجموع الأدلة السابقة، ومزيدا عليها في: قواعد الأحكام 71/1، والمجموع المذهب (رسالة) 395/1-400، والقواعد الفقهية للندوي ص256-264، وشرح الكوكب المنير 448/4-452.

[2] – كتاب المشقة تجلب التيسير ص269.

[3] –انظر أعلام الموقعين 3/3، والعرف وأثره في الشريعة والقانون ص 90- 91.

وبعض التطبيقات التي تجسد معان بالتيسير والتوسيع على خلق الله تعالى ومن أمثلة ذلك:

1 – لو بعثه إلى ماشيته، فركب المبعوث دابة الباعث، برئ لو كان بينهما انبساط، وإلا ضمن.[1]

2 – يجوز التقاط الثمار التي يتسارع إليها الفساد من البساتين والرساتيق، على المعتمد، ما لم توجد دلالة المنع.[2]

3 – اعتبار الكيل أو الوزن فيما تعورف كيله أو وزنه، مما لا نص فيه من الأمور الربوية، كالزيتون وغيره، وأما ما نص عليه فلا اعتبار للعرف فيه عند الطرفين.[3]

4 – اعتبار عرف الحالف أو الناذر إذا كان العرف مساوياً للفظ أو أخص، فلو حلف لا يأكل رأساً، أو لا يركب دابة، أو لا يجلس على بساط، لا يحنث برأس عصفور، ولا بركوب إنسان، ولا بجلوسه على الأرض؛ لأن العرف خص الرأس بما يباع للأكل في الأسواق، والدابة بما يركب عادة، والبساط بالمنسوج المعروف الذي يفرش ويجلس عليه.[4]

5 – أقل الحيض والنفاس والطهر، وغالبها وأكثرها حسب العرف وعادة النساء.[5]

6 – يجوز استعمال الذهب أو الفضة في الضئة إذا كانت قليلة، وتحرم الكثيرة، والضابط في القلة والكثرة العادة والعرف.[6]

7 – الأفعال المنافية للصلاة إذا كانت قليلة فلا تؤثر، وإن كانت كثيرة فتبطلها، والعبرة في ذلك العادة والعرف.[7]

---

[1] – شرح القواعد، الزرقا: ص 221.

[2] – نفس المصدر:ص221.

[3] – نفس المصدر:ص221.

[4] – شرح القواعد، الزرقا: ص 221.

[5] – إيضاح القواعد الفقهية: عبدالله بن سعيد اللحجي (1344 – 1410هـ (عناية : د/ أحمد بن عبد العزيز الحداد ،ط1: 1438– 2017ص45.

[6] – نفس المصدر:45.

[7] – نفس المصدر:45.

8 – يُعفى عن النجاسات القليلة دون الكثيرة، والعبرة في ذلك العرف والعادة .[1]

9 – يجوز البناء في الصلاة في الجمع لفاصل قليل، ويمنع الكثير، وكذا في الخطبة، والجمعة، والعبرة في ذلك العرف والعادة.[2]

10 – لا يؤثر الفاصل القليل بين الإيجاب والقبول، ويؤثر الكثير، والعبرة للعادة .[3]

11 – لا قطع في السرقة إلا إذا أخذ المال من الحرز، والعبرة في حرز المال العرف والعادة[4]

12 – يحرم قبول القاضي للهدية، إلا ممن له عادة في إهدائه.[5]

13 – إذا اختلف الراهن والمرتهن في قدر الحق، فالقول قول المرتهن إلى قيمة الرهن عند المالكية، وقال أبو حنيفة والشافعي: القول قول الراهن من كل وجه، واستند المالكية إلى قاعدة العرف والعادة، بأن العرف يرجع إليه في التخاصم إذا لم يكن هناك ما هو أولى منه، والعرف جار بأن الناس لا يرهنون إلا ما يساوي ديونهم أو يقاربها، فمن ادعى خلاف ذلك فقد خرج عن العرف.[6]

14 – إذا اختلف الواهب والموهوب له في الهبة، هل هي للثواب؟.

(للمقابلة والعوض) فادّعى الواهب أنها للثواب، وادّعى الموهوب له أنها ليست للثواب، فيرجع حينئذ للفصل بينهما إلى العرف الجاري عندهم.[7]

15 – اختلاف الزوجين في قبض المهر أو عدم قبضه، فيحسم هذا الخلاف

---

[1] – نفس المصدر:45.

[2] – نفس المصدر:46.

[3] – نفس المصدر:46.

[4] – نفس المصدر:46.

[5] – إيضاح القواعد الفقهية: عبدالله بن سعيد اللحجي:ص46.

[6] – القواعد الفقهية:الروقي:317.

[7] – المصدر نفسه :318.

بالرجوع إلى العرف الجاري في بلدهما في هذه المسألة، فإن كان العرف جارياً بأن الزوج ينقد الصداق قبل الدخول، ثم اختلفا في قبضه بعد الدخول، فالقول للزوج احتكاماً للعرف.[1]

16 – الأجرة في دخول الحمام حسب العادة.[2]

17 – العادة في ركوب سفينة الملاح أنها بأجرة، وكذا العادة في أجرة[3] الدابة

18 – يلزم حفظ الوديعة فيما تحفظ فيه عادة.[4]

19 – الاستصناع؛ أجازه جمهور الفقهاء، لأنه تعارفه الناس، وجرى عليه التعامل فجاز استحساناً مبنياً على العرف.[5]

20 – بيع الوفاء: أجازه المتأخرون من الحنفية من باب الاستحسان اعتباراً للعرف ولحاجة الناس إليه فراراً من الربا، ومنعه الجمهور.[6]

21 – هدايا الخطبة التي يقدمها الرجل لخطيبته من الهدايا العينية وغير العينية، المستهلكة وغير المستهلكة، ثم يقع العدول عن الخطبة لسبب ما، فقال بعض الفقهاء في أحكام الهدايا بالرجوع إلى العرف والعادة، فإن كان العدول من الرجل فيمنع من استرداد ما أهداه إليها، وإن كان العدول منها فله حق استرداد ما قدمه إليها إن كان قائماً بعينه، فإن كان مستهلكاً استرد مثله أو قيمته، ويرجع في ذلك إلى العرف، ويتبع عادة الناس ما لم يكن هناك شرط.[7]

22 – جواز وقف المنقول مستقلاً عن العقار إن جرى العرف بوقفه.[8]

23 – الفعل الواحد يبنى بعضه على بعض مع الاتصال المعتاد، ولا ينقطع بالتفرق اليسير، كالوضوء، والصلاة، والسفر، والطواف، والأكل، والرضاع، والإخراج من الحرز.

---

[1] – القواعد،الروقي ص 318.

[2] – القواعد، ابن عبد الهادي ص 99 .

[3] – ابن عبد الهادي ص 99 .

[4] –المصدر نفسه ص 99.

[5] – القواعد، السدلان ص 378 .

[6] – المصدر نفسه:380.

[7] المصدر نفسه:383.

[8] – المصدر نفسه:386.

وسيأتي تفصيل ذلك في قاعدة كلية خاصة عند الحنابلة.[1]

24 – إن جواب السؤال يجري على حسب ما تعارف كل قوم في مكانهم، كما أن السؤال والجواب يمضي على ما عمَّ وغلب، لا على ما شذ وندر.

الفرع الثاني: فروع القاعدة

هذه القاعدة هي إحدى القواعد الكبرى المتفق عليها، وقد عدّ جملة من فقهاء المذاهب الأربعة من أصول أئمتهم اعتبار العرف والعادة في بناء الأحكام وتحديد ما لم يرد تحديده في الشرع.[2]

من فروع القاعدة:

المسائل المفرعة على هذه القاعدة كثيرة جدا منها:

1– تحديد أقل سن تحيض فيه المرأة بناءً على عادة النساء.[3]

وكذا معرفة الحيض من الاستحاضة بعادة المرأة إن كانت معتادة.[4]

4- تحديد ما يُعد حرزا للمال المسروق.[5]

5- الحالات التي يستلزم فيها العرف اعتبار السكوت رضاً، كحالة سكوت البكر قبولاً للخاطب.

6- قد ينسب إلى الساكت قول في غير معرض الحاجة للبيان، أو ضرورة دفع الضرر والغرر، وذلك فيما يبنى من الأحكام على العرف، كمسائل الأيمان فمن ذلك: ما لو حلف: لا يظهر سرَّ فلان، أو ليكتمنه، أو حلف: لا يدل على فلان، فسئل: هل كان سرُّه كذا؟ أو

---

[1] – القواعد لابن رجب406/2.

[2] –شرح تنقيح الفصول ص448، والمدخل إلى مذهب الإمام أحمد ص298، وكتاب (مالك) لأبي زهرة ص216، وكتاب (أبو حنيفة) للمؤلف نفسه ص564، ومدخل إلى أصول الفقه المالكي لمحمد المختار ص92، والمدخل إلى أصول الفقه المالكي لمحمد الباجقني ص136، وأصول مذهب الإمام أحمد ص532، وكتاب الاستدلال لعلي العميريني ص127–128، وما تقدم ذكره من كتب القواعد الفقهية.

[3] –الهداية 319/3، والقوانين الفقهية ص204، والتنبيه ص12، والمغني 211/11

[4] –الهداية 34/1، وشرح الخرشي 204/1–205، والتنبيه ص22، والمغني 399/1–400.

[5] –الهداية 214/2، والقوانين الفقهية ص308، والتنبيه ص245، والمغني 427/12.

هل فلان بمكان كذا؟ فأشار برأسه – أي: نعم – حنث في يمينه وكذا لو حلف: لا يستخدم فلاناً، فأشار إليه بشيء من الخدمة، حنث في يمينه، سواء خدمه أو لم يخدمه.

والحنث في جميع ذلك لأن الأيمان تبنى على العرف، وهو في العرف يكون بذلك مفشياً سرَّ فلان، ومُعْلِماً به، ومستخدماً له.[1]

7- اعتبار عرف الناس في كثير من المواطن، ما دام لا يصادم أسس الشريعة لأن في عدم رعاية العرف وعدم اعتبار سلطانه حرجاً عظيماً على الناس.[2]

المبحث الثاني: القواعد المندرجة تحت قاعدة العادة محكمة.

تندرج تحت قاعدة العادة محكمة قواعد عظيمة متينة تندرج تحتها مجموعة معتبرة من الفروع ولذا وجب على الباحثين المهتمين خوض غمار البحر العميق من أجل إحكام أحكام الشرع من خلال هذه القواعد المهمة.

المطلب الأول: المسائل التي تنضبط تحت العرف

الفرع الأول: كل اسم ليس له حد فالمرجع فيه إلى العرف

لهذه القاعدة الفقهية عبارات أخرى عند الفقهاء منها ما لم يقدره الشارع فإنه يرجع فيه إلى العرف.

– ما أطلقه الشارع يعمل بمقتضى مسماه ووجوده.

ولم يَجْرِ تقديره وتحديده بمدة.

أولا: شرحها:

إن الله تعالى أنزل شرعه في الحلال والحرام بنصوص اللغة العربية ومفرداتها.

وبعض الأسماء والكلمات لها دلالة لغوية محددة كالشمس والقمر والسماء والأرض والبر والبحر، ويقف العلماء عند دلالتها اللغوية، وبعضها حدد الشرع لها معنى ودلالة خاصة، وهي الألفاظ الشرعية أو المصطلحات الشرعية كالصلاة، والزكاة، والصيام، والحج،

[1] –شرح القواعد: للزرقا :344.

[2] – القواعد الفقهية الكبرى، صالح بن غانم السدلان ،ص271.

والأيمان، والإسلام، [1]والتقوى، والكفر، والنفاق، وهذا ما بينه الله ورسوله فيجب الالتزام بدلالتها الشرعية، وبعض الألفاظ والكلمات يرجع

الناس في دلالتها إلى العادة والعرف، كالبيع، والنكاح، والقبض، والدرهم، والدينار، فليس لها حدّ في الشرع، ولا حد واحد في اللغة، ويختلف الناس في قدرها وصفتها باختلاف عاداتهم في الزمان والمكان، ولذلك تبقى دلالتها بحسب العرف والعادة، ويرجع في تحديد معناها إلى العرف الذي هو عادة جمهور قوم في قول أو فعل والدليل على ذلك هو الأدلة الواردة في القاعدة الأصلية "العادة محكمة" مما يؤكد الاعتماد عليها من القرآن والسنة.[2]

ثانيها: تطبيقاتها.

1 – الأذى، والسب، والشتم، يرجع فيه إلى العرف، فما عدَّه أهل العرف سبًّا وانتقاصاً، أو عيباً أو طعناً، ونحو ذلك فهو من السب.[3]

2 – عموم الولايات وخصوصها، وما يستفيده المتولي بالولاية، يتلقى من الألفاظ والأحوال والعرف، وليس لذلك حد في الشرع، ولا في اللغة، فقد يدخل في ولاية القضاء في بعض الأمكنة والأزمنة ما يدخل في ولاية الحرب، أو وزارة أخرى، في زمان ومكان آخر، وبالعكس، وكذلك الحسبة، وولاية المال، وإثبات الأهلة، والنظارة على الوقف.[4]

3 – تنعقد العقود بما دل على مقصودها من قول أو فعل، فما عدّه الناس بيعاً فهو بيع، وما عدُّوه إجارة فهو إجارة، وما عدوه هبة فهو هبة، وما عدُّوه وقفاً فهو وقف، وما عدُّوه ضماناً فهو ضمان، ولا يعتبر في ذلك لفظ معين، وليس له حد مستمر في الشرع ولا في اللغة، بل يتنوع بحسب عادات الناس وعرفهم، وينعقد العقد عند كل قوم بما يفهمونه من الصيغ والأفعال، وهذا عام في جميع العقود، لأن الشارع لم يحد في ألفاظ العقود حداً معيناً، بل

[1] –القواعد الفقهية، الزحيلي:314/1.

[2] – المصدر نفسه:315/1.

[3] – الحصين ، ابن تيمية 106/2.

[4] – المصدر نفسه:156/2.

ذكرها مطلقة، وليس لها حد في اللغة منضبط، فيرجع في تحديدها إلى عرف الناس وعاداتهم.[1]

4 – المرجع في الأجور والأثمان إلى العرف، فيجوز البيع بثمن المثل، وبما يبيع به الناس، ويجوز الشراء بالعوض المعروف، والاستئجار بالعوض المعروف، دون تحديد سعر معين، ويرجع في تقدير العوض إلى العرف، وذلك لأن الله لم يشترط في البيع إلا التراضي، ولم يحد له حداً يرجع الناس إليه، فكان مرجع ذلك إلى عرف الناس، وغالب الناس يرضون بالسعر العام، وبما يبيع به عموم الناس.[2]

5 – أجرة المثل ليست شيئاً محدداً، كأنما هي ما يساوي الشيء في نفوس أهل الرغبة، وهي تختلف باختلاف الأحوال، والبلدان، والعادات، والمهن، والأعمال.[3]

6 – القبض في العقود يرجع في تحديده إلى عرف الناس، فما عدّه الناس قبضاً فهو قبض، وما لم يعدوه قبضاً فليس بقبض.[4]

7 – العقد المطلق يحمل على عرف الناس وعاداتهم، ويرجع في موجَبه إلى العرف إذا لم يكن هناك تحديد لفظي من الطرفين، كالالتزامات الناشئة عن العقد، يرجع في تحديدها، ومن تجب عليه إلى العرف، كنفقة المضارب، وأجرة السمسار، وكتابة الصك، وأجرة إخراج البضاعة المبيعة من مستودعها، وأجرة كيلها أو وزنها من أجل تسليمها، كل ذلك يرجع إلى عرف المتبايعين إذا لم يكن هناك تحديد لفظي من

قبلهما، والعقد المطلق يقتضي السلامة من العيوب في الثمن والمثمن بحسب العرف، فإذا اكتشف أحد المتبايعين في نصيبه عيباً كان له الحق في الرجوع على صاحبه.[5]

---

[1] – الحصين، ابن تيمية: 110/2.

[2] – المصدر نفسه:11/2.

[3] – المصدر نفسه:111/2.

[4] – المصدر نفسه:113/2.

[5] – الحصين، ابن تيمية:112/2.

8 – الجائحة التي ينفسخ العقد بحدوثها يرجع في تقديرها إلى عرف الناس وعاداتهم كالجراد، أو ما يأكله الطير من الزرع.[1]

9 – رؤية المبيع، ليس من شرط المبيع أن يرى جميعه، بل ما جرت العادة برؤيته، مما يتعرف به على المبيع، – بحيث يتمكن المشتري من تصور المعقود عليه تصوراً سليماً، ويرجع في ذلك إلى العرف.[2]

الفرع الثاني: العقد العرفي كالعقد اللفظي

كما هو معروف عند العلماء لكل عبارات مشهورة ومن عبارات هذه القاعدة مثل العقد المطلق يحمل على عرف الناس وعادتهم ومثل العقد المطلق يرجع في موجبه إلى العرف.

أولا: شرح القاعدة.

إن العقد العرفي عقد مطلق من كل قيد أو شرط، فيحمل على عرف الناس، لأن العقد المتعارف عليه يعقد بناء على أمر تقرر عند الطرفين العلمُ به، بحيث يعرف كل منهما مقصود صاحبه من العقد، وأنه ليس بمطلق، بل مقيد بأشياء متعارف عليها في هذا العقد، فتكون في قوة المنطوق في تحديد المراد به، فإن العرف كاللفظ، ويتقيد العقد بما جرى عليه العرف.

وهذه القاعدة فرع عن قاعدة "تنعقد العقود بكل ما دل على مقصودها من قول أو فعل " وتلتقي جزئياً مع القاعدة الآتية "العروف عرفاً كالمشروط شرطاً".[3]

وهذا يدل على سلطان العرف والعادة في تحديد موجبات العقود، والرجوع لهما عند عدم النص المخالف، وعند الاختلاف.[4]

---

[1] – المصدر نفسه:113/2.

[2] – المصدر نفسه:113/2.

[3] – القواعد الفقهية: للزحيلي317/1.

[4] – المصدر نفسه : 317/1.

ثانيا: تطبيقات القاعدة.

1 – إذا ضارب شخص بمال شخص آخر، ثم أهدى العامل لمالك المال هدية، أو عمل له عملاً آخر – غير ما اتفقا عليه من المضاربة – بلا أجر، أو بأجرة زهيدة لا تساوي قيمة العمل (وهو ما يجري كثيراً اليوم)

فإن هذا العقد يكون رباً، ويكون عقد المضاربة محرماً، لأنه اشتمل على عقدين في عقد واحد، وهما وإن لم يصرحا بذلك، لكن العامل إنما أهدى الهدية لأجل المال الذي عنده، وقبل الآخر بذلك.

والعقد العرفي كالعقد اللفظي.[1]

2 – يجوز بيع الشيء بقيمته وبسعره الذي استقر عليه وبرقمه (وهو السعر المكتوب عليه) وإن لم يعلمه المشتري حال الشراء، لأن العقد العرفي كاللفظي، وموجب العقد المطلق في العرف البيع بثمن المثل، فإن الناس في العادة يرضون به، وإذا حصل غبن في ثمن المبيع كان له الخيار في الفسخ والإمضاء.[2]

3 – إذا قدم شخص لأحد الأكابر هدية، والعادة جارية أنه إذا قدم يُعطى ثمنه أو نظير الثمن، والعادة جارية على التعويض، وإنما أعطاه على هذا الشرط، فإنه يستحق أحد الأمرين: إما التعويض، وإما الرجوع في الموهوب.[3]

4 – الإجارة المطلقة تحمل على المنفعة المعتادة، هما تناوله لفظ الإجارة، أو العرف المعتاد كان للمستأجر؛ لأن العقد العرفي كاللفظي، فإذا تعارفا على شيء، وعقدا العقد مطلقاً من قيد أو شرط، تقيد بالمتعارف بينهم، كإجارة الأرض لينتفع بها انتفاع مثله بمثلها.[4]

---

[1] – القواعد والضوابط، الحصين:217/2.

[2] – المصدر نفسه:217/2.

[3] – المصدر نفسه:218/2.

[4] – ا القواعد والضوابط، الحصين:218/1.

الفرع الثالث: الممتنع عادة كالممتنع حقيقة.

أولا: شرح القاعدة.

الممتنع حقيقة: هو الذي لا يمكن وقوعه، كاجتماع النقيضين، فهذا لا يقبل الادعاء به، ولا تسمع الدعوى فيه، ولا تقام البينة عليه، بل يرد، للتيقن بكذب مدعيه، كمن ادعى لمن يساويه سناً أنه ابنه أو أبوه، وكقوله لمن لا يولد مثله لمثله: هذا ابني.

والممتنع عادة: هو الذي لا يعهد وقوعه، وإن كان فيه احتمال عقلي بعيد.

كدعوى معروف بالفقر على آخر أموالاً جسيمة لا يعرف أنه أصاب مثلها بإرث أو غيره، فلا تسمع دعواه، ولا تقبل بينته، ما لم يثبت مصدراً لهذا المال.

ثانيها: تطبيقات القاعدة.

يدخل في هذه القاعدة كل شيء مستبعد في العادة، وهو كثير، ومنه:

1 – لو ادعى المتولي أو الوصي أنه أنفق أموالاً عظيمة على عقار الوقف، أو القاصر، كذبه فيها ظاهر الحال، فلا يصدق ولا تقبل بينته.[1]

2 – إذا ادَّعت الزوجة بعد الدخول بها بأنها لم تقبض المشروط تعجيله من المهر فلا تصدق؛ لأن العادة أنها لا تُسلم نفسها قبل قبضه.[2]

3 – إذا ادَّعى المدعي إقرار المدّعى عليه بعد أن طالت الخصومة بينهما فلا تقبل دعواه.[3]

4 – لو ادَّعى القريب أو أحد الزوجين ملك ما باعه وسلمه الآخر باطلاعه، أو أن له حصة فيه، فلا تقبل دعواه.[4]

---

[1] – القواعد الفقهية: الزرقاء، ص22.

[2] – الدعاس ص 21 .

[3] – الزرقا ص 225 .

[4] –المصدر نفسه: ص 225.

5 – لو ادَّعى الأجنبي على المشتري أن المبيع ملكه، أو أن له فيه حصة بعدما رآه يتصرف في المبيع تصرف الملاك في أملاكهم بالهدم أو البناء أو الغراس، فلا تسمع دعواه.[1]

6 – لو ادعى الولد الذي في عائلة أبيه، وصنعتهما واحدة أن الذي تحت يد والده ملكه أو له فيه حصة فلا يسمع له.

فكل ذلك، وكذا تكذيب التواتر، لا تسمع الدعوى بشيء منه، ولا تقام البينة عليه[2].

الفرع الرابع: استعمال الناس حجَّة يجب العمل بها.

أولا: شرح القاعدة.

تكون هذه القاعدة تأكيداً لقاعدة "العادة محكمة"

وما قيل في تلك يقال في هذه.

وإذا تعارض العرف مع الشرع قدم عرف الاستعمال خصوصاً في الأيمان، لأن مبنى الأيمان على العرف والعادة، لا على نفس إطلاق الاسم، كالفراش والبساط والبيت، مع أن الله سمى الكعبة والمسجد بيتاً.

ثانيا: تطبيقات القاعدة.

1 – لو قال شخص لأحد من أهل الصنائع: اصنع لي الشيء الفلاني بكذا قرشاً، وقبل الصانع ذلك، انعقد البيع استصناعاً.[3]

2 – لو تقاول مع نجار لصنع زورق، وبين الطول والعرض وباقي الأوصاف، وقبل النجار، انعقد ذلك استصناعاً.[4]

[1] – القواعد الفقهية،الزرقا ص 225.

[2] – المصدر نفسه:ص225–226.

[3] – القواعد،الدعاس ص 36.

[4] – المصدر نفسه: ص37.

3 – لو استأجر أجيراً يعمل له مدة معينة، حمل على ما جرت العادة بالعمل فيه من الزمان دون غيره بلا خلاف.[1]

4 – لو استعان شخص بآخر على شراء عقار أو سيارة، وبعد وقوع البيع طلب المستعان به من المستعين أجرة، فينظر إلى تعامل الناس، فإن كان معتاداً في مثل هذه الحال أخذ الأجرة فللمستعان به أخذ أجرة المثل وإلا فلا.[2]

5 – إعطاء الأجرة لأصحاب المكاتب العقارية من السماسرة والدلالين والسعاة، فقد جرى العرف والعادة في بعض البلاد على إلزام البائع بالأجرة، وفي بعض البلاد يلتزم المشتري بدفع الأجرة، وفي بعض البلاد تؤخذ من الطرفين.

وقد يختلف العرف والعادة بحسب المبيع في بلاد أخرى.

فيعمل بما جرت عليه عادة الناس.[3]

المطلب الثاني: اعتبار العرف

الفرع الأول: إنما تُعتبر العادة إذا اطردت أو غَلَبت

ولهذه القاعدة عبارات أخرى مثل تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت ومثل أيضا إنما تعتبر العادة إذا اطردت، فإذا اضطربت فلا.

أولا: شرح القاعدة.

هذه القاعدة قيد لقاعدة "العادة محكَّمة" وقيد لقاعدة "استعمال الناس حجّة يجب العمل بها" لأن ظاهر القاعدتين أن العادة مرعية على الإطلاق، فجاءت هذه القاعدة لتفيد التقييد بما إذا اطردت العادة أو غلبت، أما إذا ساوت أو ندرت فلا تراعى. فالعادة المعتبرة التي تبنى عليها الأحكام الشرعية إنما هي المطردة أو الغالبة، وإن الشيوع في الأكثر كافٍ؛ إذ لا عبرة للأقل،

[1] – ابن رجب 2/ 570 .

[2] – القواعد، السدلان ص 359 .

[3] – المصدر نفسه: ص395.

والعادة المعتبرة تنزل منزلة الشرط، وقد يعبر عن الاطراد بالعموم والشيوع بين الناس، ولو بالأغلبية، ولا يضر انخراقها أحياناً.[1]

ولا تراعى العادة النادرة؛ لذلك أفتى الأكابر من فقهاء الحنفية بفساد الإجارة المتعارفة عند خواص أهل بخارى فيما لو استقرض ألفاً مثلاً، واستأجر المقرض لحفظ ملعقة أو ما شاكلها مدة معلومة بأجرة تزيد على قيمة الملعقة، توصلاً لحل المرابحة في القرض، وذكر بعضهم أن فسادها هو الصواب، وعلله بأن هذا الشيء لم تعرفه عامتهم، بل تعارفه خواصهم، والعرف لا يثبت بهذا القدر.[2]

ولهذا قال السيوطي رحمه الله تعالى: "إنما تعتبر العادة إذا اطردت، فإذا اضطربت فلا".[3]

ثانيا: تطبيقات القاعدة.

أ – لو باع بدراهم، أو بدنانير، وكانت مختلفة في المالية والرواج، ينصرف البيع إلى أغلبها رواجاً، وإذا كانت متساوية في الرواج، والمسألة بحالها، فسد العقد؛ لأنه يؤدي إلى التنازع.[4]

2 – لو باع التاجر في السوق شيئاً بثمن، ولم يصرح بحلول أو تأجيل، وكان المتعارف قيما بينهم أن البائع يأخذ الثمن كل جمعة قدراً معلوماً، انصرف إليه بلا بيان، لأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً.[5]

3 – لو جهز الأب ابنته جهازاً ودفعه لها، ثم ادعى أنه عارية، ولا بينة، فإن كان العرف أن الأب يدفع ذلك ملكاً لا عارية، لم يقبل قوله.[6]

---

[1] – القواعد الفقهية، الزحيلي، ص323/1

[2] – القواعد الفقهية، الزحيلي، ص323/1.

[3] – الأشباه والنظائر: عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي (المتوفى: 911هـ): دار الكتب العلمية الطبعة: الأولى، 1411هـ – 1990م، ص،90.

[4] –الزرقا ص 223 .

[5] – القواعد، الدعاس ص 37.

[6] – المصدر نفسه:37.

4 – من أوقف على درس الحديث، ولم يعرف مراد الواقف، هل هو من يدرس مصطلح الحديث، أو يقرأ الحديث، فيتبع اصطلاح البلد وعُرْفه.[1]

الفرع الثاني: العبرة للغالب الشائع لا للنادر.

وهناك ألفاظ وعبارات أخرى لهذه القاعدة العظيمة نذكر منها على سبيل المثال منها: للأكثر حكم الكل ومنها الأصل إلحاق الفرد بالأعم الأغلب دون النادر ومنها الأقل يتبع الأكثر، ومنها الحكم للأغلب. وغيرها كثير

أولا: شرح القاعدة.

إذا بني حكم شرعي على أمر غالب وشائع فإنه يبنى عاماً للجميع، ولا يؤثر على عمومه واطراده تخلف ذلك الأمر في بعض الأفراد، أو في بعض الأوقات، وهذه القاعدة وثيقة الصلة بالقاعدة السابقة

"إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت"

ولأن الأصل اعتبار الغالب في الفقه الإسلامي.

ولا تبنى الأحكام على الشيء النادر القليل، بل تبنى على الغالب الشائع الكثير، إلا في بعض الحالات استثناء، وسيرد الخلاف عند الشافعية والمالكية في حكم النادر، فهل يلحق بنفسه، وهل يلحق بالغالب؟[2].

ثانيا: تطبيقات القاعدة.

1 – إن قصر الصلاة في السفر هو رخصة مشروعة، والحكمة في ذلك دفع مشقة السفر، ولكنها لم تنضبط لاختلافها بحسب الأشخاص والأحوال والأزمان، فأقيم السفر علة مقامها بحيث متى وجد السفر وجد القصر؛ لأن السفر يلازم المشقة غالباً، وتخلفها في بعض

[1] – القواعد، الدعاس ص 38.

[2] – القواعد الفقهية:الزحيلي.325/1.

المترفين لا عبرة له؛ لأن الحكم يراعى في الجنس لا الأفراد، فيجوز قصر الصلاة في حقهم؛ لأن العبرة للغالب الشائع لا للنادر.[1]

2 – جوّز المتأخرون للدائن في هذا الزمن استيفاء دينه من غير نجس حقه، لغلبة العقوق وأكل الحقوق.[2]

3 – ليس للزوج أن يجبر زوجته على السفر من وطنها إذا كان نكحها فيه، وإن أوفاها معجل مهرها، لغلبة الإضرار في الأزواج، في العصور المتأخرة.[3]

4 – قال المتأخرون: ليس للقاضي أن يقضي بعلمه، لفساد حال القضاة غالباً.

5 – صحح المتأخرون الاستئجار على الإمامة والأذان والتعليم، لتكاسل الناس عن القيام بها مجاناً غالباً.

6 – قدر الفقهاء في الحضانة استغناء الصبي بالسبع، وحد الشهوة للأنثى بالتسع، لأنه الغالب.

وأصبح الغالب في عصرنا التقدير بأكثر من ذلك.

7 – منع العلماء من سماع دعوى الزوجة بكل المهر المعجل على زوجها بعد الدخول بها، بل يقال لها: إما أن تقري بما تعجلت، وإلا قضينا عليك بالمتعارف تعجيله، والقول للورثة في قدر ذلك، والقول للزوجة فيما زاد على المعجل إلى تمام مهر مثلها، وذلك لأنها لا تسلم نفسها عادة من غير أن تقبض.

وقد تغيرت هذه العادة في عصرنا فيجب مراعاة ما استقر وشاع في ذلك.

8 – قدّر الفقهاء مدة الإياس من الحيض للمرأة بخمس وخمسين سنة لأجل أن تعتد؛ لأن المرأة إذا بلغت هذه السن ففي الغالب ينقطع حيضها.

وعند الشافعية الأشهر أن سن الياس اثنتان وستون سنة، والراجح الأظهر أنه يعتبر أقصى يأس نساء العالم، وإليه ميل الأكثرين، وقيل: يعتبر إياس أقاربها.

---

[1] – القواعد، الدعاس ص 38 .

[2] – القواعد، الزرقا ص 235 .

[3] –المصدر نفسه: 235.

وجعل الفقهاء كلل ذلك أحكاماً عامة، مع أنه لا شك لا التخلف في بعض الأفراد وفي بعض الأوقات، ولكن لم ينظروا له، وجعلوا العبرة للكثير الغالب.[1]

9 – إن الغالب على الأطفال عدم جودة الصرف، فلا يصح منهم التصرف، وإن وجد من بعضهم جودة التصرف فهو نادر.

10 – إن سباع البهائم الغالب فيها الناب، وما وجد منها لا ناب له فهو نادر.

11 – إن الغالب على الناس أن من منع الطعام والشراب عشرة أيام يموت، وما وجد بخلاف ذلك فهو نادر.

12 – إن سن البلوغ كما قدره الفقهاء خمس عشرة سنة للذكر، وتسع سين للأنثى؛ لأنها السن الذي يبلغ الأولاد فيها غالباً، فمن شذ منهم عن هذه السن كان نادراً لا عبرة له.

13 – قدر الفقهاء سنّ الإياس من الحيض للمرأة خمسين سنة، أو ستة وخمسين سنة، لأجل أن تعتد، لأن المرأة إذا بلغت هذه السنّ ففي الغالب ينقطع عنها الحيض عند الحنابلة.[2]

14 – يحكم بموت المفقود لمرور تسعين سنة من عمره، لأنه الشائع الغالب بين الناس، مع أن البعض يعيش أكثر من ذلك إلا أنه نادر، والنادر لا حكم له.

15 – لو باع بدراهم وأطلق حمل على النقد الغالب، ولو اضطربت العادة في البلدة وتعددت النقود وجب البيان، وإلا بطل البيع.

16 – يصح الاستئجار على الأذان والإمامة وتعليم القرآن لقعود همم الناس عن القيام بها مجاناً في الغالب الشائع، مع وجود من يقوم بها محتسباً، لكنه نادر، والنادر لا حكم له عند الحنابلة.[3]

17 – يعمل بغلبة الظن في الحكم بطهارة الماء الساقط من بيوت المسلمين.

18 – تحمل عقود المسلمين على الصحة؛ لأن الغالب فيها كذلك.

---

[1] – القواعد، لزرقا ص 236 .

[2] – السدلان ص 402–401 .

[3] – السدلان: ص 402–403.

19 – الغالب في السفر المشقة، فتقصر فيه الصلاة، ويفطر الصائم في السفر، عملاً بالغالب، دون الالتفات إلى النادر كسفر الملك المرفه.

20 – ترد شهادة العدو على عدوه، والصديق الملاطف لصديقه؛ لأن الغالب في الأول الحَيْف وعدم الإنصاف، وفي الثاني الميل والمحاباة، وقد لا يكون في شهادة العدو حيف، ولا في شهادة الصديق ميل، لكن ألغي لندرته وعمل بالغالب.[1]

21 – إذا نُظم الحلي بالجواهر، وكان في نزعه فساد، فالمشهور من مذهب مالك أن الأقل يتبع الأكثر، والزكاة بحسب الأكثر بزكاة النقد أو عروض التجارة، وقيل لكل حكم نفسه.[2]

22 – المرأة إذا وُجدت حبلى، ولم يكن لها زوج، ولم تدّع شبهة، فاحتمال أن تكون حملت مكرهة، أو بوطء شبهة، احتمالات نادرة، واحتمال أن تكون حبلت بزقً هو الأغلب والأكثر، والأصل إلحاق الفرد بالأعم الأغلب، دون النادر، فيحكم عليها بالحد..

23 – المستحاضة إذا لم يكن لها عادة، ولا تمييز، فإنها تجلس كالب عادة النساء ستة أيام، أو سبعة، لأن الست أو السبع أغلب الحيض، فيلحق المشتبه به بالغالب، إذ الأصل إلحاق الفرد بالأعم الأغلب، دون النادر..

24 – إذا اختلف الزوجان في قبض المهر، فالمتوجه إن كانت العادة الغالبة جارية بحصول القبض في هذه الديون أو الأعيان، كما كان في سابق الأيام، فالقول قول من يوافق العادة..

25 – يغتفر ما قد يوجد في المعاملة من كرر يسير، إذا كان الغالب فيها السلامة من ذلك، لأن علة تحريم الغرر هو ما قد ينشأ عنه من نزاع وخصام، وأكل للمال بالباطل، فإذا كان الغرر يسيراً فاحتمال وقوع النزاع نادر، فيجري الحكم على الأغلب؛ لأن الأصل إلحاق الفرد بالأعم الأغلب دون النادر، كما سنفصله في المثالين التاليين.[3]

---

[1] – تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية من خلال كتابي إيضاح المسالك للونشريسي وشرح المنهج المنتخب للمنجور، عبد الرحمان الصادق الغرياني، دار البحوث للدراسات الاسلامية، الامارات، الطبعة الاوللا،2002م ،ص382.

[2] – القواعد،المقري 2/ 511..

[3] –القواعد، الحصين 2/ 95 .

26 – جواز بيع ثمر النخل إذا بدا صلاح بعضه، فإنه بعد بدو الصلاح يأمن من العاهة في الغالب، وإن كان احتمال إصابته بالعاهة وارداً، لكنه نادر، فيبنى الحكم على الأعم الأغلب دون النادر.[1]

27 – يجوز بيع المغيبات في الأرض، كالجزر واللفت وغيره، وإن كان باطنها لا يرى؛ لأن أهل الخبرة يستدلون بظاهرها على باطنها، وصدق هذا الاستدلال غالب، واحتمال عدم التوافق بين الظاهر والباطن نادر، فيلحق الفرد بالأعم الأغلب..[2]

28 – جواز اقتراض ما سوى المكيل والموزون من الحيوان ونحوه، ويثبت في الذمة مثله تقريباً، فوجود مثل الحيوان من كل وجه متعذر، لكن الاتفاق في أكثر الصفات يمكن، وهو الغالب، واحتمال وجود حيوان لا مثيل له نادر، فيلحق الحكم بالأعم الغالب دون النادر..

29 – يجوز بيع الأعيان الغائبة بالصفة، إذا وصفت وصفاً كافياً مشتملاً على ما تختلف القيمة باختلافه، وذلك أن المعتبر في معرفة المعقود عليه هو التقريب، واحتمال عدم القدرة على إعطاء الوصف المطلوب نادر، فبلحق الحكم بالأغلب..

30 – الأصل فيما بيد المسلم أنه ملكه، وأنه حلال، وهذا بناء على أن الغالب كذلك، والا فقد يوجد بيد المسلم ما ليس ملكاً له، وما ليس بحلال، لكن ذلك نادر، الأصل إلحاق الفرد بالأعم الأغلب..

31 – الغالب في أموال المسلمين أنها حلال، والحرام الموجود فيها من مغصوب أو رباً، أو نحو ذلك فهو قليل، لذلك يجوز البيع والشراء دون حاجة إلى بحث وسؤال، هل هذا المال مأخوذ بطريق حلال، أو أنه مأخوذ بطريق محرمة لأن الغالب في الأموال الحل، والحرام قليل، فيبنى الحكم على الأعم الأغلب.

[1] – القواعد، الحصين 2/ 95.

[2] –المصدر نفسه: 2/ 96.

وتجوز معاملة من في ماله حلال وحرام، إذا كان الغالب على أمواله الحل، وإن كان الورع ترك معاملته.[1]

الفرع الثالث: الحقيقة تترك بدلالة العادة .

وللقاعدة عبارات متقاربة نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر

- يحمل كلام الناس على ما جرت به عادتهم في خطابهم.
- تخصيص العموم بالعرف.
- يخص العموم بالعادة.

أولا: شرح القاعدة.

إن الأصل في الكلام الحقيقة، والمجاز خلف عنه، وعند عدم القرينة ينصرف اللفظ إلى معناه الحقيقي، إلا إذا تعذر إرادة المعنى الحقيقي، أو كان مهجوراً عادة وعرفاً فيأخذ حكم المتعذر، فتترك الحقيقة ويصار إلى العرف والعادة.

والحقيقة اللغوية تترك بدلالة العادة والعرف؛ لأن الاستعمال والتعارف يجعل إطلاق اللفظ على ما تعورف استعماله فيه حقيقة بالنسبة إلى المستعملين، ويجعل إطلاقه على معناه الوضعي الأصلي في نظرهم مجازاً.

ومن المعلوم أن الأمر إذا دار بين الحقيقة والمجاز تترجح الحقيقة، وهي هنا العرف والعادة، ويترك المجاز، وهو المعنى الوضعي الأصلي، لقولهم: "مطلق الكلام محمول على المعتاد".[2]

والعمل باستعمال الناس إنما يكونان حيث لم تعارضهما الحقيقة، وذلك بأن لم يكن بإزائهما حقيقة أصلاً، كمسألة التقاط الثمار الساقطة، المتقدمة تحت قاعدة "استعمال الناس حجة "، أو كان بإزائهما حقيقة، ولكنها كانت

[1] – المصدر نفسه:96/2.

[2] – القواعد الفقهية، الزحيلي، 335/1-336.

ثانيا: تطبيقات القاعدة.

1 – حلف لا يأكل من هذه الشجرة، فينصرف إلى ثمرها إن كان لها ثمر، وإلا فلثمنها، صوناً لكلام العاقل عن الإلغاء؛ لأنه يتعذر إرادة المعنى الحقيقي .[1]

2 – لو حلف ألاَّ يضع قدمه في دار فلان، فينصرف إلى الدخول بأي وجه كان، راكباً، أو ماشياً، أو حافياً أو منتعلاً؛ لأنه هو المتعارف لا المعنى الحقيقي، وهو مباشرة القدم، دخل أم لم يدخل؛ لأنه مهجور عرفاً، والعرف قاضٍ على الوضع حتى لو تكلف ووضع قدمه ولم يدخل لا يُعدّ شيئاً، ولا يحنث؛ لأنه لم يتعذر المعنى الحقيقي هنا، لكنه مهجور عرفاً وعادة فيأخذ حكم المتعذر، وتترك الحق 3 – كتبت شخص على قرطاس بخطه أن الدين الذي لي على فلان أبرأته منه، فيقبل ويسقط الدين؛ لأن الإقرار بالكتابة كالإقرار باللسان.

4 – أمر شخص آخر بكتابة سند بدين عليه لفلان بكذا، وأمضاه وختمه، كان ذلك حجة عليه عند الحاكم، لأنه من قبيل الإقرار بالكتابة، والأمر بكتابة الإقرار إقرار حكماً.

5 – القيود التي هي في دفاتر التجار المعتد بها هي من قبيل الإقرار بالكتابة، فلو كتب التاجر في دفتره أنه مدين لفلان بكذا، فتعتبر كتابته كإقراره الشفاهي.

6 – إن سند الدين الذي يكتبه الرجل، أو يستكتبه، ويعطيه لآخر ممضىً بإمضائه أو مختوماً بختمه يعتبر إقراراً بالكتابة، ويكون معتبراً ومرعياً كتقريره الشفاهي .[2]

7 – من كتب سنداً، أو استكتبه، وأعطاه ممضى، أو مختوماً، إذا أقر بأنه له، ولكنه أنكر الدين الذي حواه فلا يعتبر إنكاره، ويلزمه أداء ذلك الدين

8 – إذا أعطى إنسان سند دين، ثم توفي، يلزم ورثته قضاء الدين من التركة إذا أقروا بأن السند للمتوفى، لأنه حجة عليه

[1] – القواعد، الدعاس ص 38 .

[2] – القواعد،الزرقا: ص 349 .

9 – إذا ظهر في تركة المتوفى كيس مملوء بالنقود، وقد كتب عليه بخط الميت: إن هذا الكيس مال فلان، وهو عندي أمانة، يأخذه ذلك الرجل من التركة، ولا يحتاج إلى الإثبات بوجه آخر .

10 – الأيمان تتصرف إلى ما يعرفه الخاطب بلغته، وإن كان اللفظ يستعمل في غيره حقيقة أيضاً، كما إذا حلف؛ لا يأكل الرؤوس، فإما أن يراد رؤوس الأنعام، أو رؤوس الغنم، أو الرأس الذي يؤكل في العادة، وكذلك لفظ البيض الذي يعرفونه.

فأما رأس النمل والبراغيث ونحو ذلك فلا يدخل في اللفظ، ولا يدخل بيض السمك، في اليمين.

11 – إذا تزوج امرأة على ألف دينار، وكانت العادة جارية بتنصيف الصداق، 12 – البيع بعشرة دراهم أو دنانير، ينصرف عند الإطلاق إلى ما يعرفه الناس من مسمى الدرهم، أو الدينار..

13 – إذا شرط الواقف للناظر أو غيره ستة، والريع مئة، فإن العادة إذا زاد ريع وإيراد الوقف أن تزيد أجرة الناظر، ويحمل كلامه على ما جرت به عادة الناس.

14 – إذا وكله بشراء دابة، وكان معروفاً بينهم أنه الفرس، أو ذات الحوافر، لم ينصرف هذا المطلق إلا إلى المتعارف بينهم.[1]

15 – حلف ألا يأكل شواء، اختصت يمينه باللحم المشوي دون البيض وغيره مما يشوى، وكذا لفظ الدابة والسراج والوتد.

16 – حلف لا يأكل اللحم، فأكل لحم سمك، فلا يحنث.

17 – حلف لا يتكلم، فقرأ، أو سبح، فالمشهور أنه لا يحنث.[2]

[1] –القواعد، الحصين 2/137 .

[2] – القواعد لابن رجب:1/255–270.

18 – لو استأجر أجيراً يعمل له مدة معينة حمل على ما جرت العادة بالعمل فيه من الزمان دون غيره بلا خلاف.[1]

المبحث الثالث: الاستثناء من القاعدة العادة محكمة.

المطلب الأول: العرف واللغة

والمقصود بهذا المطلب إذا العرف زائدا عن اللفظ أو موافقا للغة فإن هذه الفروع مستثناة من القاعدة الأم من ذلك:

1 – العرف الزائد على اللفظ لا عبرة به، كما لو قال لأجنبية: إن دخلتُ بكِ فأنتِ كذا، فنكحها ودخل بها لا تطلق، وإن كان يراد في العرف من هذا اللفظ دخوله بها عن ملك النكاح؛ لأن هذه زيادة على اللفظ بالعرف، [2]والعرف لا يجعل غير الملفوظ ملفوظاً، فقد قال الإمام محمد رحمه الله تعالى: "بالعرف يخصّ، ولا يُزاد".[3]

لكن هذا إذا لم يجعل اللفظ في العرف مجازاً عن معنى آخر، ولم يهجر المعنى الأصلي، فإن هجرت حقيقته، واستعمل في معناه المجازي، كمسألة وضع القدم، ففي مثلها يعتبر المعنى العرفي دون الحقيقي اللفظي.[4]

2 – الموصي والواقف يحمل كلام كل على لغته وعرفه، وإن خالف لغة الشرع وعرفه، إلا في مسائل استثناها ابن نجيم في (الأشباه) فالعمل فيها على عرف الشرع.

وهي: لو حلف لا يصلي، أو لا يصوم، أو لا ينكح فلانة وهي أجنبية، فإنه لا يحنث إلا بالصلاة والصوم الشرعيين، وفي النكاح بالعقد، وهذا في الحقيقة لا استثناء فيه، فإن العرف فيها موافق للشرع.[5]

---

[1] – القواعد لابن رجب:1/255–270.

[2] –القواعد ، الزرقا، ص 222.

[3] –المصدر نفسه: ص222.

[4] – المصدر نفسه: ص222.

[5] – المصدر نفسه: ص222.

المطلب الثاني: الاستثناء من بعض المعاملات

الأصل في المعاملات أنها خاضعة للعرف والعادة ولكن بعض العلماء استثنوا بعض المعاملات بحيث قالوا إنها لا تخضع للعرف وأخرجوا بطريق الاستثناء منها :

1- قال الزركشي الشافعي رحمه الله تعالى: لم يعتبر الشافعي العادة في صورتين:

الأولى: استصناع الصناع الذين جرت عادتهم بأنهم لا يعملون إلا بأجرة.

قال الشافعي: إذا لم يجر استئجار لهم لا يستحقون شيئاً.[1]

الثانية: عدم صحة البيع بالمعاطاة على المنصوص، وإن جرت العادة بعد الشافعي بفعل المعاطاة، وإن كان المختار خلافه في الصورتين.[2]

فالمعاطاة على أصل المذهب لا يصح البيع بها، ولو اعتبرت، ولكن النووي قال: المختار الراجح دليلاً الصحة؛ لأنه لم يصح في الشرع اعتبار لفظ، فوجب الرجوع إلى العرف كغيره.

ومن أمثلة الحالة الأولى: أن يدفع ثوباً إلى خياط ليخيطه، أو قصار ليقصره، أو جلس بين يدي حلاق فحلق رأسه، أو دخل سفينة بإذن، وسار إلى الساحل، فلا يستحقون شيئاً إذا لم يشرط عليه شيئاً من المال، وإن جرت عادتهم بالعمل بالأجرة.

والمختار خلافه كما قاله الشارح رحمه الله تعالى.[3]

المطلب الثالث: الاستثناء من قاعدة الغالب يقدم على النادر.

قد يقدم النادر على الغالب في الفقه لأمر يقتضي ذلك، كطلب التيسير[4] على العباد، أو الرحمة بهم، أو التخفيف عليهم، ودفعاً للمشقة ورفع العنت، أو إبقاءً لمصالحهم وحفظاً على حقوقهم، أو صوناً لكرامتهم وحفظاً لأنسابهم، أو لدفع الرعب عن نفوسهم، أو أخذاً باليقين وعدم اعتبار الأمر الطارئ لقلته، أو عدم إمكان التحرز وهذا يعني أن العمل بالنادر أحياناً

[1] – القواعد، اللحجي ص 46.

[2] – المصدر نفسه:ص46.

[3] – المصدر نفسه:46-50.

[4] – القواعد، الزحيلي، ص335/1.

لا يتم جزافاً، ولا يكون مصادفة، وليس هو مما يوكل إلى رغبة الإنسان ويساير هواه، بل وفق قواعد شرعية معتبرة وضوابط معروفة، فمن ذلك:

1 – تصح صلاة من يمشي حافياً أو لابساً خفاً أو منتعلاً، مع أنه يغلب على الطرقات مصادفة النجاسات، فيقدم النادر، وهو الطهارة، على الغالب، وهو النجاسة.

2 – رجح أكثر العلماء جواز صلاة من حمل صبياً، مع أن الصبيان الصغار لا يتحرزون عن النجاسات، والغالب على ملابسهم ملامسة النجاسات، ويندر أن تسلم منها.

3 – اتفق العلماء على صحة صلاة من أصاب ثوبه أو بدنه شيء من وحل الشوارع إذا كان يسيراً يعفى عنه، مع أن الغالب على هذا الوحل النجاسة، إذ الشوارع تدوسها الدواب، ويلعب فيها الأطفال، وذلك توسعة ورحمة بالعباد فتجوز الصلاة عن غير غسل الثوب أو البدن.

4 – يباح استعمال أواني الكفار التي يستعملونها، مع أن الغالب عدم تحرزهم عن النجاسات وكثرة مخالطتهم لها.

ورجح أكثر العلماء استعمال أوانيهم، والصلاة في ثيابهم التي يستعملونهما.[1]

وتصل للمسلمين عن طريق التبرعات بواسطة هيئة الإغاثة الدولية، أو عن طريق الغنائم، أو عن طريق الشراء من الأسواق، والنادر طهارتها، إلا إذا علمت نجاستها فلا تصح الصلاة فيها.

ويلحق بذلك حكم الصلاة في ثياب الفساق من المسلمين كشاربي الخمر، ما لم يعلم إصابة الخمر لثيابهم.[2]

5 – أجاز الشارع كل طعام أهل الكتاب توسعة على العباد ورحمة، إذ يندر طهارة ما يصنعونه بأيديهم وفي أوانيهم، ويغلب عليهم ملابسة النجاسات من الخمر والخنزير والميتة.

ويلحق بهذا جواز أكل طعام وذبائح بعض المسلمين الذين لا يحتاطون عن

[1] – القواعد، السدلان،ص406.

[2] – القواعد، السدلان ص 457 .

ملامسة النجاسات والقاذورات، ويغلب عليهم عدم التحفظ منها كالصبي والمجنون والسكران على الراجح من قولي العلماء.[1]

6 – إذا أقام رجل صالح دعوى على رجل فاجر، فإن القاضي يطالب المعروف بالصلاح بالبينة، ويكتفي من الفاجر باليمين، مع أن الغالب صدق الصالح، وكذب الفاجر.

7 – طلب الشرع الزواج بقصد الإنجاب والذرية مع أن الغالب على الأولاد الجهل بالله تعالى والإقدام على المعاصي، والنادر صلاحهم.

8 – منع جمهور الفقهاء إقامة الحد على السارق بناء على القرائن وشواهد الأحوال دون الإقرار الصحيح أو البيِّنة المعتبرة، مع أن الغالب مصادفة القرائن للصواب والنادر مخالفتها له، صوناً للأعراض والأطراف عن القطع [2].

والأمثلة على ذلك كثيرة.

9 – الغالب على المرأة أن تلد بعد تسعة أشهر، فإذا ولدت المرأة بعد الطلاق بخمس سنين على أقصى تقدير، أو ولدت بعد زواجها بستة أشهر، جاز أن يكون الولد من زنا، وهو الغالب، أو من وطء الزوج، وهو نادر، فألغي الغالب، وألحق الولد بالزوج، رحمة بالعباد تحصيلاً للستر، وصوناً للأعراض من الهتك.[3]

10 – الطين ومياه الطرقات المختلطة التي تصيب الثياب والنعال، الغالب نجاستها، لما يصيبها من أرواث الدواب ومياه المراحيض، والنادر سلامتها، فألغي الغالب، وحكم بطهارتها، رفعاً للحرج.[4]

11 – لباس الصبيان، وما يصنعه الكفار من الثياب والأطعمة، وكذلك ما يصنعه المسلمون الذي لا يصلون، والحصر والبسط التي قد اسودت من طول ما لُبِست وابتذلت، الغالب فيها النجاسة؛ لأن الصبيان والكفار والذين لا يصلون لا يتوقون النجاسة، ولا يحسنون التطهر

---

[1] – المصدر نفسه:ص41.

[2] – الفروق، القرافي 4/ 110.

[3] – القرافي 4/ 105

[4] – القواعد، الغرياني ص 383،

والنادر سلامتها من النجاسة، فحكم بطهارتها تغليباً للنادر، توسعة ورحمة بالعباد، أما ما يلبسه الكافر وغير المصلي فلا تجوز الصلاة فيه، لما جاء في قاعدة "هل الغالب كالمحقق"[1]

12 – المتهمون ممن اشتهروا بالسرقة والإجرام، لا يجوز أخذهم بالتهمة دون بينة أو إقرار، مع أن الغالب صواب اتهامهم، والنادر عدمه، فألغي الغالب صوناً للأعراض والدماء.[2]

13 – ليس للحاكم أن يحكم لمن أتاه متظلماً باكياً شاكياً من خصم مشهور بالفساد والظلم دون بينة، مع أن الغالب في حاله الصدق، فألغي الغالب سداً لباب التهاون في الأحكام دون بينات، ولا يضر الحاكم ضياع حق لا بينة عليه.[3]

14 – الغالب على من وجد مع امرأة متجرداً في لحاف واحد أنه قد أولج، والنادر عدمه، وألغي الغالب، فلا يثبت الزنا. بمجرد ذلك، بل لا بدَّ من رؤية الإيلاج، حفاظاً على الأعراض.[4]

15 – الاشتغال بالعلم مأمور به، مع أن الغالب في الناس الرياء، والنادر الإخلاص، ومقتضى الغالب النهي، لأن وسيلة المعصية معصية، فلم يعتبر الشارع الغالب، وأثبت حكم النادر.[5]

16 – المتداعيان أحدهما كاذب قطعاً، والغالب أن أحدهما يعلم كذب نفسه، والنادر أن يكون قد وقعت له شبهة فلا يعلم، وعلى التقدير الأول يكون تحليف أحدهما لصاحبه سعياً في يمين فاجرة، فيكون حراماً، وقد ألغي هذا الغالب، فجاز تحليفه عملاً بالنادر، لطفاً بالعباد في تخليص حقوقهم، وهذا مثال استثنائي لقاعدة " ما حرم فعله حرم طلبه ".[6]

---

[1] – القواعد، ص 384

[22] – القواعد .ص 384.

[3] – القواعد، ص384.

[4] – القواعد، الغرياني ص 358 .

[5] – القواعد، الغرياني، ص 358.

[6] – المصدر نفسه، ص358.

17 – شهادة العدل لنفسه، أو لولده، أو والده، أو على خصمه، أو حكم الحاكم العدل بعلمه، أو شهادته على فعل نفسه بعد عزله، الغالب في ذلك كله الصدق.

وقد ألغاه الشارع احتياطاً للحقوق، وسداً لباب التساهل في الأحكام.

18 – أهمل الغالب والنادر معاً، فلم يؤخذ بهما في كثير من مسائل الشهادة والرواية، ومنها شهادة الصبيان في الأموال، وشهادة الجمع الكثير من النساء في الحدود، وشهادة الجمع الكثير من الفسقة في الأموال وغيرها، وشهادة ثلاثة عدول في الزنا، ومنها عدم قبول رواية الحديث من الجمع الكثير الذي لم يبلغ حد التواتر ممن يغلب على الظن صدقهم، وعدم استحلالهم الكذب إما تديُّناً كالرهبان المعتقدين لتحريم الكذب، وإما طبعاً كالفسقة والعصاة الذين رأسهم أقوامهم وعرفوا بتوقيهم الكذب عادة، فلم تقبل شهادةُ ولا رواية مَنْ ذكر، مع أن الغالب[1] عليهم الصدق، والنادر الكذب، سدّاً لباب قبول المجروحين في الشهادة والرواية، حفظاً للشريعة، ورحمة بالعباد أن تنالهم دعاوى الكذَّابين، وقد ألغي النادر هنا أيضاً، ولو عمل به لحكم على من ذكر بأنه شاهد زور، ويؤدب، لكن ألغيت شهادتهم وروايتهم دون الحكم عليهم بذلك، فهو من إلغاء الغالب والنادر معاً، وجلد الثلاثة في شهادة الزنا ليس لأنهم شهود زور، وإنما للقذف.[2]

[1] – القواعد، الغرياني ص 386.

[2] – الفروق، القرافي 4/ 109 .

خاتمـــــــة

خاتمة

الحمد لله الذي بنعمته تتمّ الصالحات، والصلاة والسلام على سيدنا محمد صاحب المعجزات ،وعلى آله وأصحابه الأطهار ما دام ملك ربنا الغفار.

نحمد الله على توفقيه وامتنانه على وصولنا إلى ختام هذه الرسالة المتواضعة التي نسأل الله أننا استطعنا تحقيق بعض مقاصدها ونتائجها نذكر منها.

نتائج البحث.

1- علم القواعد الفقهية من أفضل العلوم التي ينبغي لطلبة والباحثين الاهتمام بها لأنها متعلقة بعلم الأحكام الذي تتعلق بأفعال المكلفين.

2- من القواعد الفقهية الكلية قاعدة العادة والعرف التي تعتبر من أهم القواعد الفقهية التي تدخل في جميع أبواب الفقه.

3- كما تعتبر قاعدة العرف من القواعد المجمع عليها بين الفقهاء فدليلها ثابت بالكتاب والسنة والإجماع.

4- رغم الاتفاق في قاعدة العرف إلا أن العلماء اختلفوا في تطبيقاتها .

5- يعتبر الاستثناء في القواعد من البحوث المهمة التي ينبغي للدراسين الاهتمام بها أكثر لأنها تعتبر من العلوم التي تساعد على صناعة الفقهية المجتهد.

6- يدخل الاستثناء في الغالب الأعمّ في جميع قواعد الشرع فقد قيل ما من قاعدة إلا وفيها استثناء.

7- قاعدة العرف أو العادة تعتبر من القواعد التي دخلها الاستثناء ولكنه لا يؤثر على حجيتها ولا قوتها في الاستدلال.

8- للاستثناء أسباب تجعل بعض الفروع تخرج من القاعدة فيجب ربط على العلماء ربط الاستثناءات أسبابها لمعرفة تميزيها عند الفقيه المجتهد.

9- للاستثناء مقاصد شريعة يحققها فهو أقرب لروح الشريعة الاسلامية.

10- ضبط موضوع الاستثناء في قاعدة العرف يسهل على المجتهد تنزيل تخريج الفروع عليها ولا يعكر الاستثناء صفو القاعدة الفقهية.

التوصيات :

1- موضوع الاستثناء مزال غضا طريا يحتاج إلى كثير من الجهود لحصرها وضبطها في موسوعات علمية وتسهيل الرجوع إليها في جميع القواعد الفقهية.

2- ضرورة ربط موضوع الاستثناء في القواعد الفقهية بمقاصد الشريعة الاسلامية من التيسير على الناس ورفع الحرج عليهم.

3- نهيب بالجامعات والمعاهد الاسلامية لعقد ملتقيات علمية لوضع ضوابط وأسس للاستثناء من القواعد الفقهية.

وفي الأخير يمكن القول أننا استفدنا من البحث استفادة عظيمة وكانت من أفضل أيام العمر نتقلب فيها بين كتب العلماء، فقد ذهب التعب بمجرد وصولنا لخاتمة هذا البحث المتواضع فنقول ما كان فيه من صواب فمن الله وحده، وما كان فيه من خطأ أو نسيان فمنا ومن الشيطان والله ورسوله صلى الله عليه وسلم منه بريئان، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين، وصلى الله وسلم وبارك على نبينا محمد وعلى آله وأصحابه أجمعين.

الفهارس

فهرس الآيات

الرقم	طرف الآية	رقم الآية	السورة	الصفحة
1	﴿ وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَٰهِيمُ ٱلْقَوَاعِدَ مِنَ ٱلْبَيْتِ وَإِسْمَٰعِيلُ ﴾	126	البقرة	9
2	﴿ فَأَتَى ٱللَّهُ بُنْيَٰنَهُم مِّنَ ٱلْقَوَاعِدِ فَخَرَّ عَلَيْهِمُ ٱلسَّقْفُ ﴾	26	النحل	9
3	﴿ قَالُوا۟ يَٰشُعَيْبُ مَا نَفْقَهُ كَثِيرًا مِّمَّا تَقُولُ ﴾	91	هود	10
4	﴿ وَإِن مِّن شَىْءٍ إِلَّا يُسَبِّحُ بِحَمْدِهِۦ وَلَٰكِن لَّا تَفْقَهُونَ تَسْبِيحَهُمْ ﴾	44	الاسراء	10
5	﴿ وَهُوَ ٱلَّذِىٓ أَنشَأَكُم مِّن نَّفْسٍ وَٰحِدَةٍ فَمُسْتَقَرٌّ وَمُسْتَوْدَعٌ قَدْ فَصَّلْنَا ٱلْءَايَٰتِ لِقَوْمٍ يَفْقَهُونَ ﴾	98	الأنعام	10
6	﴿ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰا۟ ﴾	275	البقرة	26
7	﴿ وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِى عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾	228	البقرة	41
8	﴿ وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾	19	النساء	41
9	﴿ وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾	233	البقرة	41
10	﴿ فَكَفَّٰرَتُهُۥٓ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَٰكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ ﴾	228	البقرة	41
11	﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لِيَسْتَـْٔذِنكُمُ ٱلَّذِينَ مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ ﴾	58	النور	42

فهرس الأحاديث

الرقم	الحديث	راوي	الصفحة
1	لا ضرر ولا ضرار	البخاري	26
2	مَن اشترى مصرَّاة فهو بالخيار إذا حلبها، إن شاء ردها ورد معها صاعًا من تمر	الترمذي	32
3	خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف	البخاري	42
4	إن الله نظر في قلوب العباد فوجد قلب محمد صلى الله عليه وسلم.....	عبدالله بن مسعود	42
5	وكذلك فافعلي كما تحيض النساء وكما يطهرن	أبو داود	43
6	الوزن وزن أهل مكة، والمكيال مكيال أهل المدينة	أبو داود	43

فهرس المصادر و المراجع

1. إبراهيم بن موسى ، الموافقات تج: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، الطبعة: الطبعة الأولى 1417هـ/ 1997م.
2. إبراهيم بن موسى ، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ، تع: فهمي الحسيني الناشر دار الجيل الطبعة: الأولى، 1411هـ - 1991م.
3. ابن آجُرُّوم ، متن الآجرومية ، دار الصميعي ، 1419هـ-1998م.
4. ابن منظور، يوسف خياط، لسان العرب، ، دار لسان العرب، مادة: قصد، ابن فارس معجم مقاييس اللغة، تح: عبد السلام هارون، ، دار الفكر، بيروت لبنان، 1979، ج 5.
5. أبو العباس شمس الدين ، وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان، دار صادر – بيروت الطبعة: الجزء الاول – الطبعة الاولى، 1900.
6. أبو الفضل أحمد ، الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة ،مجلس دائرة المعارف العثمانية – صيدر اباد، الهند الطبعة: الثانية، 1392هـ/ 1972م .
7. أبي العباس أحمد ، الفروق ،دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان ، ج1،ط1 ،1996.
8. أحمد بن ادريس ، تهذيب الفروق ، دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان ، ج1،ط1 ،1996.
9. أحمد بن اسماعيل ، درر اللوامع في شرح الجوامع ،تح : سعيد بن غالب ، الجامعة الإسلامية للنشر ،2008 ، السعودية ،م5.
10. أحمد بن فارس ، معجم مقاييس اللغة ، تح: عبد السلام محمد هارون: دار الفكر: 1399هـ - 1979م.
11. أحمد بن فارس ، معجم مقاييس اللغة ، تح: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، 1399هـ - 1979م.
12. أحمد بن محمد مكي ، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية ،الطبعة: الأولى، 1405هـ - 1985م.
13. أيوب بن موسى ، الكليات ، معجم في المصطلحات والفرق اللغوية ، طبع مؤسسة الرسالة ، بيروت الطبعة الثانية 1413 - 1993.
14. البخاري، كتاب المظالم والغصب، باب قصاص المظلوم إذا وجد المه .

15. تاج الدين عبد الوهاب الأشباه والنظائر : دار الكتب العلمية الطبعة: الأولى 1411هـ- 1991م .

16. رجب عبد الجواد ، الكليات معجم المصطلحات للكفوي ، تق:محمود فهمي الحجازي ، دار الأفاق العربية ، القاهرة ، ط1 ،2002.

17. زين الدين عبد الرحمن ، زين الدين عبد الرحمن ، القواعد ، دار الكتب العلمية.

18. شمس الدين أبو الخير محمد ، الضوء اللامع لأهل القرن التاسع، منشورات دار مكتبة الحياة د.س.ن.

19. شمس الدين أبو الخير محمد ، الضوء اللامع لأهل القرن التاسع، منشورات دار مكتبة الحياة – بيروت.

20. شمس الدين أبو عبد الله ، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر ، الطبعة الثالثة، 1412هـ - 1992م.

21. عبد الرحمان الصادق الغرياني ، تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية من خلال كتابي إيضاح المسالك للونشريسي وشرح المنهج المنتخب للمنجور، دار البحوث للدراسات الاسلامية، الامارات، الطبعة الاولى،2002م.

22. عبد الرحمن بن أبي بكر ، جلال الدين السيوطي الأشباه والنظائر ، دار الكتب العلمية الطبعة الأولى، 1411هـ - 1990م.

23. عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي ، حسن المحاضرة في تاريخ مصر والقاهرة: تج : محمد أبو الفضل إبراهيم، دار إحياء الكتب العربية – عيسى البابي الحلبي وشركاه – مصر الطبعة : الأولى 1387 هـ - 1967 م.

24. عبد الرحمن بن صالح العبد اللطيف ، القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير، عمادة البحث العلمي بالجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية ، الطبعة: الأولى، 1423هـ/2003م.

25. عبدالله بن سعيد اللحجي ، إيضاح القواعد الفقهية: (1344 - 1410هـ) ط1: 1438- 2017.

26. عبيدالله بن مسعود ، شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح في أصول الفقه ، تح : زكريا عميرات ، دار الكتب العلمية للنشر ،1996، بيروت ،ج2.

27. على جمعة محمد عبد الوهاب ، المدخل إلى دراسة المذاهب الفقهية، دار السلام – القاهرة ،الطبعة: الثانية – 1422 هـ – 2001 م.

28. علي أبو البصل ، المشقة تجلب التيسير ، مجلة علمية شرعية ، العدد 17 ، دار الحكمة ، 1419.

29. عمر بن علي بن حمد ، الأشباه والنظائر ،تح :حمد بن عبدالعزيز ، دار القرآن والعلوم الإسلامية ، باكستان ، ج1 ، ط1 ، 1417.

30. محمد بن احمد ، بداية المجتهد و نهاية المقتصد ، دار بن حزم للطباعة والنشر و التوزيع ، بيروت لبنان ، ج1، ط1 ، 1995.

31. محمد صدقي ، مُوْسُوعَة القَواعِدُ الفِقْهِيَّة ، مؤسسة الرسالة، بيروت – لبنان الطبعة: الأولى، 1424 هـ – 2003 م.

32. محمد علي السَّراج ، اللباب في قواعد اللغة وآلات الأدب النحو والصرف والبلاغة والعروض واللغة والمثل، دار الفكر – دمشق الطبعة: الأولى، 1403 هـ – 1983 م.

33. محمد عميم، التعريفات الفقهية ، دار الكتب العلمية (إعادة صف للطبعة القديمة في باكستان 1407هـ – 1986م) الطبعة: الأولى، 1424هـ – 2003م.

34. محمد مصطفى الزحيلي ، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، دار الفكر – دمشق الطبعة: الأولى، 1427 هـ – 2006 م.

35. يوسف ضياء الدين ، مرآة الأصول ، مطبعة سي ، 1321هـ.

فهرس الموضوعات

الموضوعات	الصفحة
شكر اهداء	
مقدمة	أ
الفصل الأول: القواعد الفقهية و مستثنياتها	
تمهيد	8
المبحث الأول: ماهية القواعد الفقهية	9
المطلب الأول: مفهوم القواعد الفقهية	9
المطلب الثاني: مصادر القواعد الفقهية وأنواعها	15
المطلب الثالث: أنواع القواعد الفقهية	19
المطلب الرابع: هل القواعد مصدر من مصادر الأحكام؟	21
المبحث الثاني: الاستثناء في القواعد الفقهية	29
المطلب الأول: معنى الاستثناء من القواعد	29
المطلب الثاني: أدوات الاستثناء وأنواعه	31
المطلب الثالث: أنواع المستثنيات في القواعد	31
الفصل الثاني: قاعدة العادة محكمة والقواعد المندرجة تحتها	
تمهيد	37
المبحث الأول: مفاهيم حول قاعدة العادة محكمة	38
المطلب الأول: تعريف القاعدة	38
المطلب الثاني: أدلة القاعدة	41
المطلب الثالث: تطبيقات القاعدة عند الفقهاء	44
المبحث الثاني: القواعد المندرجة تحت قاعدة العادة محكمة	49
المطلب الأول: المسائل التي تنضبط تحت العرف	49
المطلب الثاني: اعتبار العرف	56

المبحث الثالث: الاستثناء من القاعدة العادة محكمة	66
المطلب الأول: العرف واللغة	66
المطلب الثاني: الاستثناء من بعض المعاملات	67
المطلب الثالث: الاستثناء من قاعدة الغالب يقدم على النادر	67
خاتمة	73
فهرس الآيات	76
فهرس الأحاديث	77
قائمة المصادر و المراجع	78
فهرس الموضوعات	81