العرف وتطبيقاته المعاصرة

إعداد : د. سعود بن عبد الله الورقي

بسم الله الرحمن الرحيم

العرف وتطبيقاته المعاصرة

معنى العرف في اللغة :

قال ابن فارس (عَرَف) العين والراء والفاء أصلان صحيحان يدل أحدهما على تتابع الشيء متصلاً بعضه ببعض. والآخر على السكون والطمأنينة .

فالأول: (العرف) عُرف الفرس، وسمي بذلك لتتابع الشَّعر فيه. ويقال: جاء القَّطا عرفاً عرفاً : أي بعضها خلف بعض .

وأما الثاني: (المعرفة والعرفان) تقول: عرف فلان فلاناً عِرفاناً ومعرفة، وهذا أمر معروف .

والعرف (المعروف) سمي بذلك لسكون النفوس إليه . [1]

---

[1] معجم مقاييس اللغة: ابن فارس ٤ / ٢٨١ .

وقال صاحب (لسان العرب): والعرف والمعروف الجود. وقيل هو اسم لما تبذله وتسديه، والمعروف كالعرف. وقوله تعالى: {***وصاحبهما في الدنيا معروفا***}[٢]. أي مصاحباً معروفاً.

والعرف والعارفة والمعروف ضد المنكر وهو: كل ما تعرفه النفس من الخير وتبسأ به – أي تُسَرُّ – وتطمئن إليه.

وقال الزجّاج: المعروف هنا ما يستحسن من الأفعال.

وقال ابن منظور: وعُرف الأرض ما ارتفع منها، والجمع أعراف، وأعراف الرياح والسحاب أوائلها وأعاليها، وأحدها عُرف.[٣]

وقال الفيروز آبادي في القاموس المحيط: والمعروف بالشيء الدال عليه، واعترف به أقر، وفلان سأله عن خبر ليعرفه، وتعارفوا عرف بعضهم بعضاً[٤].

لقد عرَّف علماء الأصول العرف قديماً وحديثاً بتعاريف مختلفة – وإن كانت في مجملها متقاربة – وفيما يلي أورد بعض التعاريف الاصطلاحية للعرف من حيث أهميتها:

١– قال النسفي في كتابه المستصفى[٥] بقوله: "ما استقر في النفوس من جهة العقول، وتلقته الطباع السليمة بالقبول".[٦]

---

[٢] سورة لقمان الآية ١٥.

[٣] انظر: لسان العرب ٩ / ٢٣٩ – ٢٤٢، لابن منظور.

[٤] القاموس المحيط للفيروز آبادي ٣ / ١٧٩ – ١٨٠.

[٥] المستصفي: لحافظ الدين النسفي. مخطوط بدار الكتب – ذكر ذلك في "أثر العرف في التشريع الإسلامي" ص٥٠.

٢- عرفه الجرجاني في كتابه التعريفات بقوله: "العرف ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول، وتلقته الطباعة السليمة بالقبول" .[٧]

٣- عرَّفه ابن عابدين بقوله: "العادة مأخوذة من المعاودة، فهي بتكررها ومعاودتها مرة بعد أخري صارت معروفة، مستقرة في النفوس والعقول متلقاة بالقبول من غير علاقة ولا قرينة، حتى صارت حقيقة عرفية، فالعادة والعرف بمعنى واحد من حيث الماصدق[٨]، وإن اختلفا من حيث المفهوم .[٩]

٤- وعرّفه أحد المعاصرين "هو الأمر الذي اطمأنت إليه النفوس وعرفته وتحقق في قراءتها وألفته، مستندة في ذلك إلى استحسان العقل و لم ينكره أصحاب الذوق السليم في الجماعة" .[١٠]

٥- وقيل "العرف ما تعارفه الناس وساروا عليه من قول أو فعل أو ترك، ويسمى العادة"[١١].

٦- وقيل "العرف: ما اعتاده الناس من المعاملات واستقامت عليه أمورهم" .[١٢]

---

[٦] العرف والعادة في رأي الفقهاء: أحمد أبو سنة ص٨ .

[٧] التعريفات للجرجاني ص١٩٣ .

[٨] االماصدق": مصطلح منطقي: يقصد به الفرد أو الأفراد التي ينطبق عليها اللفظ إذ يتحقق فيه مفهومه الذهني. ضوابط المعرفة، للميداني ٤٥ .

[٩] مجموعة رسائل ابن عابدي ٢ / ١١٤ / رسالة نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف.

[١٠] العرف والعادة في رأي الفقهاء : أبو سنةص٨ .

[١١] أصول الفقه، عبد الوهاب خلاف ص٨٩ .

[١٢] أصول الفقه، ص٢٧٣ .

وبالنظر إلى هذه التعاريف نجد أن بعض العلماء الذين عرفوا العرف يشترط في التعريف ما لم يشترطه الآخر ويغفل عن ما اشترطه الآخر. فنجد أن:

- أن بعض هذه التعاريف غير جامع، لعدم دخول العرف الفاسد .

- تدل التعاريف كلها غالباً على أن العرف لابد فيه من اعتياد الناس كلهم حيث جاء في التعاريف (ما اطمأنت إليه النفوس)، (ما استقر في النفوس)، (ما تعارفه الناس)، (ما اعتاده الناس). والجمع المعرف بـ(ال) يفيد العموم، وليس الأمر كذلك إذ يكفي في إثبات العرف اعتياد الأكثرية .

- أن بعض من عرف العرف قد سوَّى بين العرف والعادة .

- أن بعضهم قد قصر العرف على المعاملات، وهذا القصر غير مسلَّم لأن العرف وإن كان غالباً في المعاملات، فإنه يكون في وسائل العبادات والجنايات والعادات .

وأما التعريف اختاره، هو ما اختاره صاحب كتاب (أثر العرف في التشريع الإسلامي) د. السيد صالح عوض، وهو :

االعرف: هو ما استقر في النفوس، واستحسنته العقول، وتلقته الطباع السليمة بالقبول، واستمر الناس عليه، مما لا ترده الشريعة وأقرهم عليه".

شرح التعريف :

- (ما) تشمل كل عرف .

- (استقر في النفوس) يخرج العرف الذي لا يستقر ويزول، كالعرف الذي يحدث مرة واحدة أو أكثر، ولا يستقر في النفوس.
- (واستحسنه العقول) يخرج من الأعراف ما لا تستحسنه العقول.
- (وما تلقته الطباع السليمة بالقبول) يخرج ما لم تتلقه الطباع السليمة بالقبول، وما تلقته الطباع غير السليمة بالقبول. كاعتبار مظاهر الإباحة واللهو العابرة عرفا كما ي البلاد الأوروبية وعند من يقلدونهم دون وعي، لأنه طباع ونَّستها الأهواء والشهوات.
- (واستمر الناس عليه) يخرج العرف الذي لا يستمر العمل به ويتبدل أو يتغير.
- (مما لا ترده الشريعة) يخرج العرف الذي ترده الشريعة الإسلامية لأنه يخالف نصوصها وأحكامها، كالتعامل بالربا بكل مظاهره وألوانه في البنوك وغيرها، لأنه أعراف استقرت تبعاً للأهواء والشهوات.
- وأقرهم الشارع) يخرج من الأعراف ما كان عند ورود الشريعة و لم تقر الناس عليه، ويخرج أيضاً ما طرأ من الأعراف التي تردها الشريعة ولا تقرها.[١٣]

معنى العادة:

العادة في اللغة:

إن العادة في اللغة تطلق على تكرار الشيء مرة بعد أخرى، ويدل على ذلك ما أورده صاحب لسان العرب وكذلك صاحب القاموس المحيط، حيث يقول صاحب اللسان:

---

[١٣] أثر العرف في التشريع الإسلامي د. السيد صالح عوض ص٥٢.

العادة: الديدن يعاد إليه، معروفة وجمعها عـــاد وعـــادات وعيـــد، والأخير ليس بالقوي. والمعاودة: الرجوع للأمر الأول. يقـــال للشـــجاع: بطل معاود .[١٤]

ويقول في تأكيد هذا المعنى الفيروز آبادي صاحب القاموس المحيط:

العادة: الديدن، والمعاود المواظب والبطل، وأعاده إلى مكانه رجعـــه، والكلام كرره .[١٥]

وقال أيضاً في تأكيد هذا المعنى صاحب المفردات :

العود الرجوع إلى الشيء بعد الانصراف عنه إما انصرافاً بالـــذات أو بالقول والعزيمة .[١٦]

قال الله تعالى (***ربنا أخرجنا منها فإن عدنا فإنا ظـــالمون***)[١٧]. وقـــال أيضاً (***ولو ردوا لعادوا لما نهوا عنه***) .[١٨]

قال صاحب كتاب تيسير التحرير بأنها "الأمر المتكرر ولو من غـــير علاقة عقلية" .[١٩]

ويعترض على هذا التعريف بأنه أدخل الأمر المتكـــرر ذي العلاقـــة العقلية في مسمى العادة مع أنه ليس كذلك، ويوضح هذا صحاب (المدخل

---

[١٤] انظر: لسان العرب لابن منظور ٣ / ٣١٦ .

[١٥] انظر: القاموس المحيط للفيروزآبادي ١ / ٣٣٠ .

[١٦] انظر: المفردات للراغب الأصفهاني ٢٣٥١ .

[١٧] سورة المؤمنون الآية ١٠٧ .

[١٨] سورة الأنعام الآية ٢٨ .

[١٩] تيسير التحرير : محمد أمين الشهير بأمير بادشاه ٢ / ٢٠ .

الفقهي العام) بقوله: "وهذا من قبل التلازم العقلي، وذلك كتكرار حدوث الأثر كلما وجد مؤثره بسبب أن المؤثر علة لا يتخلف عنها معلمها كتحرك الخاتم بحركة الإصبع، وتبدل مكان الشيء بحركته، فهذا لا يسمى عادة مهما تكرر، لأنه شيء عن تلازم وارتباط في الوجود بين العلة والمعلول يقضي به العقل، وليس ناشئاً عن ميل، أو طبع، أو عامل طبيعي" .[٢٠]

وقال "العادة: ما استمر الناس عليه على حكم المعقول، وعادوا إليه مرة بعد أخرى"[٢١].

وهذا التعريف يوجه إليه الاعتراض من جهتين:

١- أنه لم يدخل العادة الفردية في التعريف إذ أنه عبر بقوله "ما استمر الناس عليه". والعادة الفردية لا تكون إلا من واحد.

٢- أنه غير جامع حيث أنه لم يشمل العادة الفاسدة، ولكن يمكن أن يتعذر له بأنه تعريف العادة الصحيحة" .[٢٢]

ولعل الراجح هو في تعريف العادي أنها: "الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية" .[٢٣]

الفرق بين العرف والعادة

---

[٢٠] المدخل الفقهي العام ٢ / ٨٣٦ .

[٢١] التعريفات للجرجاني ص١٢٧ .

[٢٢] العرف وأثره في الأحكام لمحمد جمال علي ص٢٢ .

[٢٣] التقرير والتحبير لابن أمير الحاج ٢ / ٢٨٢ .

الفرق بين العرف والعادة عند الأصوليين :

لو نظرنا إلى التعريفات السابقة للعرف والعادة؛ نرى أنه قد اشـــتُرط في العرف: "الاستقرار، وتلقي الطباع السليمة لما يعهد ويجري بين النـــاس بالقبول، وأن يقر الشارع ذلك الذي تعارفه الناس واســـتمروا عليـــه أو لا يعارضه بحال من الأحوال".

ولقد ورد أن من تعريفات العادة عند بعض الفقهاء: أنها ما تكررت مرة بعد أخرى. وذلك لأنها مأخوذة من المعاودة والتكرار .

ولقد انقسم العلماء في تحديد النسبة بين العرف والعـــادة إلى ثلاثـــة أقسام :

القسم الأول :

فريق لا يرى أن هناك فرقاً بين العرف والعادة، وأنهما مترادفان على معنى واحد، ومن هؤلاء الشيخ عبد الله بن أحمد النسفي الحنفـــي – كمـــا سبق في تعريفه لهما حيث قال: "العادة والعرف ما اســـتقر في النفـــوس، وتلقته الطباع السليمة بالقبول"[٢٤]. ومنهم أيضاً ابن عابدين الحنفي حيـــث قال في تعريفه :

افالعادة والعرف بمعنى واحد من حيث الماصدق، وإن اختلفـــا مـــن حيث المفهوم" . [٢٥]

---

[٢٤] انظر: العرف والعادة في رأي الفقهاء ص٨ .

[٢٥] مجموعة رسائل ابن عابدين "نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرفب ٢ / ١١٤ .

وقد سار على نهجهما في عدم التفريق بعض المعاصرين حيث قالوا: "العرف: هو ما تعارفه الناس وساروا عليه من قول أو فعل أو ترك، ويسمي العادة، وفي لسان الشرعيين لا فرق بين العرف والعادة" .[٢٦]

القسم الثاني :

وسار بعض الفقهاء على التفرقة بين العرف والعادة حيث يذكر الدكتور السيد صالح عوض أن صاحب "التحرير" يذكر أن المراد بالعادة العرف العملي، والمراد بالعرف العرف القولي .

ويذكر أن صاحب "فصول البدائع في أصول الشرائع" فيما تترك به الحقيقة يقول: وحصرها المشايخ في خمسة: ما بدلالة العرف قولاً: والعادة فعلاً .

ويذكر قول صاحب "التلويح على التوضيح": وقد يفرق بينهما باستعمال العادة في الأفعال والعرف في الأقوال .[٢٧]

نخلص إلى أن هذا القسم قد فرّق بين العرف والعادة حيث خص العرف بالقول، وخص العادة بالفعل .

القسم الثالث :

وهي أن النسبة بينهما العموم والخصوص المطلق[٢٨]، فالعادة أعم من العرف مطلقاً، حيث تطلق على العادة الجماعية – العرف – وعلى العادة

---

[٢٦] علم أصول الفقه د. عبد الوهاب بحلاف ص٩٠ .

[٢٧] أثر العرف في التشريع الإسلامي ص٦٠ .

الفردية، فكل عرف عادة ولا عكس. وقد قال بهذا الشيخ أحمد أبو سنة[٢٩]. ومصطفى الزرقا[٣٠]. وصاحب كتاب "أصول الفقه وابن تيمية" الدكتور صالح بن عبد العزيز آل منصور .[٣١]

أسباب العرف :

بالتتبع وجد أن الأعراف والعادات التي تسود في مجتمع ما ترجع إلى :[٣٢]

١- إما إلى ضرورة اجتماعية ألجأت ذلك المجتمع إلى سلوك هذا العرف أو تلك العادة، ليحقق له مطلباً من مطالب حياته، ثم يتكرر ذلك الأمر ويستمر حتي يصبح عرفاً لا يستطيع أحد أن يخالفه أو يخرج عنه .

٢- وإما إلى حاجة ماسة تؤدي عدم مراعاتها وحفظها إلى وقوع الناس في الحرج والمشقة، فيكون العرف في هذه الحالة حاجباً وما أكثر الحاجبات في كل عصر، إذ هي تتجدد بتجدد العصر وتتطور بتطوره، ولهذا نجد أن أكثر الأعراف السائدة في أي مجتمع تستند إلى كونها تلبي حاجة من حاجات المجتمع، فعرف الدولة مراعي في نظامها، وعرف

---

[٢٨] العموم والخصوص المطلق: هي النسبة بين معنى ومعنى آخر، مخالف له في المفهوم. وأحدهما ينطبق على كل ما ينطبق عليه الآخر من أفراد دون العكس. ضوابط المعرفة وأصول الاستدلال والمناظرة: للميداني ص٥٧.

[٢٩] العرف والعادة في رأي الفقهاء ص١٣ .

[٣٠] (30) المدخل الفقهي العام ٢ / ٨٤١ .

[٣١] أصول الفقه وابن تيمية ٢ / ٥١٢ .

[٣٢] انظر: العرف وأثره في الأحكام لمحمد جمال علي ص٢٧ - ٢٨.

المواطنين على اختلافهم في المهن والأعمال مراعى في تعاملهم مع بعضهم بعضاً، حتى أصبحت هذه الأعراف هي المحكَّمة والسائدة لا ينازع فيها منازع.

٣- وقد يكون السبب أمر صاحب السلطان في الجماعة، أو رغبته في شيء خاص كما هو الحال في أكثر العادات التي خلّفها الحكم الشيعي الفاطمي في مصر كالموالد.

٤- وقد يكون العرف وراثياً بحتاً، ليس للجماعة حاجة إليه، ولا عمل في خلقه سوى أنهم تلقوه عن الأسلاف، كما هو الحال في عقائد الجاهلية. قال تعالى: (**قالوا إنا وجدنا آباءنا على أمة وإنا على آثارهم مهتدون**).[٣٣]

٥- وقد يكون السبب في نشوء ذلك العرف هو التقليد المحض، وهذا التقليد يتخذ أشكالاً متعددة، وصوراً شتى، فمن ذلك تقليد الأمة لزعيم لها، في عمل عمله واستمر عليه، وتشبهها بالحكام والأكابر. ومنه أيضاً تقليد الأمة المغلوبة على أمرها لمن استعمرها أرضاً وفكراً، حيث تتلقى كل ما لديه من أعراف وعادات وتقاليد، وتحرص على تطبيقها كما جاءت، على أنها الأولى بالإتباع.

- وهذه الأسباب تختلف من مكان لآخر، ومن زمان لآخر، متأثرة بظروفها الزمانية والمكانية، ولذلك نجد ما هو معتاد في بلدة قد يختلف عما هو معتاد في بلدة أخرى سواءاً كان عرفاً قولياً أم عملياً، وهذا الاختلاف

---

[٣٣] سورة الزخرف الآية ٢٢.

قد يكون راجعاً إلى أمر طبيعي، كالاختلاف في المناخ حرارة وبـــرودة ... وغيرها .[٣٤]

تقسيم العرف إلى صحيح وفاسد :

العرف الصحيح :

اهو ما تعارف الناس و لم يخالف النص الشرعي ولا الإجماع أو يفـــوت المصلحة، ولا يجلب المفسدة"[٣٥]. والعرف الصحيح يمكن أن يكون شهد لـــه دليل الشرع بالاعتبار، ومثال ذلك وجوب النفقة والكسوة للوالدة على قـــدر حال الرجل من يسار أو إعمار، حيث قيده الله سبحانه وتعالى بـــالمعروف في قوله (***والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضـــاعة وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف***)[٣٦]، فليس من المعروف إلـــزام الفقير أكثر مما يقدر عليه، ولا إلزام الغني بالشيء الحقير .

وأيضاً يدخل تحته كل الأعراف التي كانت سائدة في المجتمـــع الجـــاهلي، وأقرها الإسلام كالدية[٣٧]، والسلم[٣٨] حيث كانا معروفين في الجاهلية .

---

[٣٤] انظر: العرف والعادة في رأي الفقهاء ص١٥ – ١٦، والعرف وأثره في الشريعة والقانون ٥٥ – ٥٦ .

[٣٥] أثر العرف في التشريع الإسلامي ص١٤٢ .

[٣٦] سورة البقرة الآية ٢٣٣ .

[٣٧] الدية: بدل النفس. وجمعها الديات، وقد وديتُ المقتول أي أديت دينه من حد ضرب. فالديـــة اســـم للمال، ومصدر أيضاً لهذا الفعل. طلبة الطلبة ص٣٣١ .

[٣٨] السَّلم: اسم لعقد يوجب المالك للبائع في الثمن عاجلاً، وللمشتري في المثمن آجلاً، فـــالمبيع: يســـمى مسلَّماً فيه، والثمن يسمى رأس المال، والبائع: يسمى مسلّماً إليه، والمشـــتري: يســـمى رب الســـلم. التعريفات ص١٦٠.

وقد يكون العرف مما لم يشهد له الشرع، لكن لم يفوت مصـــلحة، و لم يجلب مفسدة ومثالها ما عرف عند بعض الناس من تقســـيم المهـــر إلى مؤجل ومعجل .

العرف الفاسد :

اهو ما تعارفه الناس، ولكن يخالف الشرع أو يحل المحرم، أو يبطـــل الواجب" .[٣٩]

أو "ما كان مخالفاً لـــنص الشـــارع، أو يجلـــب ضـــرراً أو يـــدفع مصلحة"[٤٠]. مثل تعارف الناس كثيراً من المنكـــرات في الموالـــد والمـــآتم. وتعارفهم أكل الربا وعقود المقامرة، وأيضاً ما تُعورف عليه مـــن عقـــود التأمينات المبنية على الجهالة والغرر[٤١]، فهذه أعراف فاسدة ما أنزل الله بهـــا من سلطان، بل شهدت الأدلة الشرعية الصحيحة ببطلانها وعدم شرعيتها .

حجية العرف :

استدل القائلون بحجية العرف وأنه دليل شرعي، أصل يبنى عليه كثير من الأحكام، استدلوا بأدلة من الكتاب الكريم، والسنة المشرفّة، والإجمـــاع العملي .

أولاً: الاستدلال بالكتاب الكريم :

---

[٣٩] علم أصول الفقه: عبد الوهاب خلاف ص٩٠ .

[٤٠] الوجيز في أصول الفقه : عبد الكريم زيدان ص٢١٦ .

[٤١] الغرر: هو ما يكون مجهول العاقبة، لا يُدرى أيكون أم لا. التعريفات للجرجاني ص٢٠٨.

١- قوله تعالى (***خذ العفو وأمر بالعرف وأعرض عن الجاهلين***)[٤٢].

لقد استدل القرافي بهذه الآية في مسألة إذا اختلف الزوجان في متاع البيت. حيث يقول: "لنا قوله تعالى (***خذ العفو وأمر بالعرف***) فكل ما اشهدت به العادة قضي به لظاهر هذه الآية إلا أن يكون هناك بينة" .[٤٣]

-وجه الاستدلال :

أن الله أمر نبيه صلى الله عليه وسلم بالعرف، وهو ما تعارفه النـــاس وجرت عليه عاداتهم في تعاملاتهم، فحيث أمر الله عز وجل نبيه صـــلى الله عليه وسلم بالأمر دل ذلك على اعتباره في الشرع، وإلا لما كان للأمر بـــه فائدة .[٤٤]

٢- قول الله تعالى (***وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف***) .[٤٥]

-وجه الدلالة :

أن تحديد الرزق والكسوة ونوعيتهما تابع للعرف، إذ قد أحـــال الله إليه .[٤٦]

ويوضح هذا ما جاء في تفسير هذه الآية في كتاب "جامع البيـــان": يعني تالى ذكره بقوله (***وعلى المولود له***) وعلى آباء الصـــبيان للمراضـــع (***رزقهن***) يعني رزق والداتهن، ويعني بالرزق ما يقوتهن من طعام وما لا بدّ

---

[٤٢] سور الأعراف الآية ١٩٩ .

[٤٣] انظر: الفروق للقرافي ٣ / ١٤٩ .

[٤٤] انظر: العرف والعادة في رأي الفقهاء ص٢٣.

[٤٥] سورة البقرة الآية ٢٣٣.

[٤٦] بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع "بتصرف" للكاساني ٤ / ٢٣.

لهن من غذاء ومطعم، (***وكسوتهن***) ويعني بالكسوة: الملبس. ويعني بقوله (***بالمعروف***) بما يجب لمثلها على مثله. إذ كان الله تعالى ذكره قد علم تفاوت أحوال خلقه بالغنى والفقر وأن منهم الموسع والمقتر وبين ذلك، فأمر كلاً أن ينفق على من لزمته نفقته من زوجته وولده على قدر ميسرته .[٤٧]

فهنا نرى أن الإمام الطبري رحمه الله قد فسر المعروف في الآية بأنه ما يجب لمثلها على مثله، والمثلية هنا لا تعرف إلا من طريق العرف السائد في المجتمع .

ومن ثم نجد أن هذه الآية أوضح في الدلالة على اعتبار العرف في التشريع الإسلامي بدليل اعتباره في موضوع النفقة، ولا يوجد محل للاعتراض على معناها أو على ما تدل عليه كلمة المعروف فيها .

٣- قوله تعالى (***من أوسط ما تطعمون أهليكم***) .[٤٨]

-وجه الدلالة :

أن الله تعالى لم يقدر الوسط الواجب دفعه، بل إنه أطلقه، وأرجعه في ذلك إلى عرف الناس. والناس متفاوتون في طعامهم في بلدانهم، فكل بلد لها طعام خاص، بل إن البلد الواحد طعامهم متفاوت حسب غناهم وفقرهم، فما اعتبر في عرف الناس أنه وسط فهو الواجب، وكل مكان له حكمه .[٤٩]

---

[٤٧] انظر: جامع البيان في تأويل القرآن للطبري ٢ / ٥٠٩.

[٤٨] سورة المائدة الآية ٨٩.

[٤٩] أصول الفقه وابن تيمية ص٥١٣.

وجاء في "أحكام القرآن" وقد بيّنا أنه ليس تقدير شرعي، وإنما أحاله الله سبحانه على العادة، وهي دليل أصولي بنى الله عليه الأحكام، وربط به الحلا والحرام، وقد أحاله الله على العادة في الكفَّارة، فقال (***إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم***)، وقال جل شأنه (***فإطعام ستين مسكينا***)[٥٠]. [٥١]

ثانياً : الاستدلال من السنة :

١- ما رواه ابن مسعود عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "***ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن، وما رآه المسلمون قبيحاً فهو عند الله قبيح***"[٥٢]. فهذا الحديث يستدل به كثير من الفقهاء عندما يحكمون العرف في مسألة من المسائل، كما يستدل به الأصوليون في إثبات حجية الإجماع[٥٣] أو الاستحسان. [٥٤]

فهذا السيوطي في "أشباهه" يقول: القاعدة السادسة: العادة محكمة قال القاضي أصلها قوله صلى الله عليه وسلم"***ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن***". [٥٥]

-وجه الاستدلال من الحديث :

---

[٥٠] سورة المجادلة الآية ٤ .

[٥١] أحكام القرآن لابن العربي ٤ / ١٨٣٠.

[٥٢] مسند الإمام أحمد ١ / ٣٧٩.

[٥٣] انظر: الإحكام في أصول الأحكام للآمدي ١ / ١٨٢.

[٥٤] انظر: روضة الناظر وجنة المناظر لابن قدامة ١ / ٤٠٩.

[٥٥] الأشباه والنظائر للسيوطي ص٨٩.

هو أن ما اعتداه المسلمون وعرفوه، واستحسنته عقولهم وتلقته نفوسهم بالقبول أنه حسن، وإذا كان كذلك فهو عند الله حسن أي مقبول ومسلَّم بشرعيته[٥٦]. وهذا الحديث قلّما نجد أن أحداً من العلماء، قديماً أو حديثاً كتب في العرف إلا واستدل به.

-ولكن بعض العلماء طعن في دلالة هذا الحديث وأبطل الاحتجاج به. ولقد طُعِن في رفعه كما طُعِن في دلالاته.

أما الطعن في رفعه فكما يلي:

قال العلائي: لم أجده مرفوعاً في شيء من كتب الحديث أصلاً، ولا بسند ضعيف بعد طول البحث وكثرة الكشف والسؤال، وإنما هو من قول عبد الله بن مسعود رضي الله عنه موقوفاً عليه.[٥٧]

وذكر أيضاً صاحب "نصب الراية" له ثلاث طرق كلها موقوف فيها على ابن مسعود.[٥٨]

وأجيب عن ذلك من وجهين:

١- أنه وإن كان موقوفاً على ابن مسعود إلا أن له حكم الرفع، لأنه لا مدخل للرأي فيه.[٥٩]

٢- أن أدنى ما يقال فيه أنه قول صحابي، وقول الصحابي حجة.[٦٠]

---

[٥٦] العرف وأثره في الشريعة والقانون للمباركي ص١١٥.

[٥٧] الأشباه والنظائر للسيوطي ص٨٩.

[٥٨] نصب الراية للزيلعي ٤ / ١٣٣ – ١٣٤.

[٥٩] شرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقا ص١٦٥.

وأما الطعن في دلالته على المطلوب: فبيانه :

أن المراد بالمسلمين في الحديث "المجتهدون" لا المطلق الشامل للعوام، بدليل كلمة (ما رآه) وذلك لأن "رأى" من الرأي، والرأي في عرف الصحابة كما قال ابن القيم: "ما يراه القلب بعد فكر وتأمل وطلب لوجه الصواب مما تتعارض فيه الأمارات"، ثم إن كلمة "المسلمون" صيغة عموم، واللام فيها للاستغراق الذي هو المعنى الحقيقي لها عند عدم قرينة العهد، فالمعنى ما رآه جميع المجتهدين، وحينئذ يكون الحديث وارداً في إجماع أهل الحل والعقد .

فمجمل القول أن الحديث إما وارد في الإجماع أو في الصحابة، وعلى كل لا ينتهض دليلاً على اعتبار العرف .[٦١]

الإجابة عن هذا الطعن :

١- أن الحديث وإن كان فيه دلالة على حجية الإجماع، فإن هذا لا يمنع أن يدل ذلك على اعتبار العرف وبخاصة ما رجع إلى الإجماع العملي، فما رآه أهل الإجماع من الأعراف حسناً فهو عند الله حسن، وما رآه قبيحاً فهو عند الله قبيح .[٦٢]

---

[٦٠] بحوث في الاجتهاد فيما لا نص فيه: د. الطيب خضري السيد ص٢١٩.

[٦١] انظر: العرف والعادة ص٢٥-٢٦.

[٦٢] انظر: أثر العرف في التشريع الإسلامي ص١٨١.

فمما سبق يظهر أن دلالة الحديث على حجية العرف محتملة، وليس معنى هذا أنه غير معتبر .

٢- حديث هند بنت عتبة، فيما روته عائشة رضي الله عنها: "أن هنداً بنت عتبة قالت: يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح، وليس يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم، فقال: ***خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف***" .[٦٣]

-وجه الاستدلال :

أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ردها إلى المعروف، وهو ما عُرف أنه يكفيها من الطعام وغيره عُرفاً .

إن هذه العبارة فيها تصريح ودلالة على اعتبار العرف في التشريع فيما جاء من الأحكام مطلقاً لم يفصّل. فكأنه قال: لقد وجب على الزوج نفقة الزوجية وترك أمر تقديرها إلى ما يجري به العرف بينكم بحسب الأحوال والأشخاص والأماكن والأزمان .[٦٤]

وقال النووي في هذا الحديث فوائد. وذكر منها: اعتماد العرف في الأمور التي ليس فيها تحديد شرعي .[٦٥]

ثالثاً: الإجماع العملي :

---

[٦٣] سبق تخريجه.

[٦٤] أثر العرف في التشريع الإسلامي ص١٨٢.

[٦٥] صحيح مسلم شرح النووي ١٢ / ٩.

إن العرف قد يستند إلى الإجماع العملي، وذلك بأن يكون الـــدليل هو الإجماع، ويكون هو مستند اعتبار العرف وملاحظته في القضية، وذلك فما إذا تعارف الناس في عصر من العصور على عمل، واستمروا عليه، و لم يُنكر ذلك. ومن أمثلته الاستصناع فقد عمل به الناس في سائر العصور من غير نكير، فمستند الاستصناع هو الإجماع على ما تعارف عليه الناس.[٦٦]

شروط اعتبار العرف:

١- ألا يعارض العرف نص شرعي أو أصل قطعـــي في الشـــريعة، بحيث يكون العمل بالعرف تعطيلاً له.

إن العلماء -رحمهم الله تعالى- حين يقررون: أن العرف أصل ظاهر من أصول الاستنباط، يقولون: إنه إنما يكون كذلك حيث لا يعارضه نص من كتاب أو سنة، أو أصل قطعي مستفاد منهما، فمتى صح النص أو ثبت الأصل عن الشارع - العليم بمصالح الناس، الحكيم في تدبير شؤونهم - فهو حق وحجة قائمة.

أما العرف الذي يحل الحرام، ويحرم الحلال، ويناقض الشريعة لا يجوز أن يصير العباد إليه، وهو ليس من المعروف، بل من المنكر الـــذي تجـــب محاربته مثل: ما اعتاده الناس من أكل الربا والتبرج ومنكـــرات الأفـــراح

---

[٦٦] انظر: أصول مذهب الإمام أحمد - دراسة أصولية مقارنة د. عبد الله بن عبدالمحسن التركـــي ص٦٠٣-٦٠٤.

والمآتم، وعقود المقامة وحرمان النساء من الإرث في بعض البلاد، وأخذ الرشوة، ولبس الرجال الذهب والحرير .[٦٧]

والعرف الذي لا يعد مخالفاً لأدلة الشرع له حالتان :

الأولى: أن يكون مما لا يعارض الشرع أصلاً، كتعارف الناس كثيراً من العوائد التجارية، والخطط السياسية، والإجراءات القضائية، والأنظمة الاجتماعية، مما هو ملائم لطبيعة الشرع، وتقتضيه حوائج الناس، وتدفع إليه ضرورة التدبير والاستصلاح .

الثانية: أن يكون بين العرف وأدلة الشرع ظاهر تعارض، يمكن معه التوفيق بينهما بوجه من أوجه التوفيق المعتبرة عند أهل العلم، أو يمكن تنزيل النص الشرعي على العرف، بأن كان النص نفسه معللاً بالعرف فللعرف حينئذ مجال لتأمله، والبحث في اعتباره والاعتداد به .[٦٨]

يقول أبو سنة: "أما إن كانت بينهما معارضة فلا يعتبر العرف إلا إذا توفر فيه أمران: أن يكون عاماً، أو خاصاً قد قررته السنة، فلا عبرة بالخاص الذي لم تقرره إلا على قول البلخيين ومن وافقهم، وأن يمكن رده إلى دليل من الأدلة .

---

[٦٧] الأعراف البشرية في مزيان الشريعة الإسلامية للأشقر ص٥٥.

[٦٨] العرف وأثره في فقه المعاملات المالية عند الحنابلة، لقوته ١ / ٢٤٤.

وإنما يعتبر في هذه الحالة، لأن حاصل الأمر تعارض دليلين من أدلة الشرع فيتخلص من هذا لاتعارض بالتخصيص إن كان النص عاماً، والتقييد إن كان مطلقاً، والمصير إلى الاستحسان إن كان قياساً. وليس في هذا التخلص إبطال للنص بالعرف، ولا قضاء عليه، بل هو إعمال الدليلين بقدر الإمكان، لأنه حمل للنص على حالة خاصة وعمل بالعرف فيما عداها. نعم فيه إبطال للقياس، ولا مانع منه، لأن العرف أقوى حجة، ورعايته أقرب إلى الحكمة، إذ التعامل أمارة الحاجة" .[٦٩]

ثم نسخ الشيخ أبو سنة لذلك بالحديث الذي رواه أصحاب السنن أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لحكيم بن حزام: "***لا تبع ما ليس عندك***"[٧٠]. فهذا الحديث عام ترك في الاستصناع بالتعامل .

وكذلك الحديث الذي أخرجه الإمام مسلم في صحيحه أن النبي صلى الله عليه وسلم ***نهى عن بيع الحصاة، وعن بيع الغرر*** .[٧١]

فإن هذا الحديث يستفاد منه فساد كل بيع جهل منه قدر المبيع، وقد ترك في شربة السقاء، فإن البيع صحيح مع جهالة قدرها للعرف، وهو في

---

[٦٩] العرف والعادة في رأي الفقهاء ص٨٣.

[٧٠] أخرجه ابن ماجة في سننه، كتاب التجارات، باب النهي عن بيع ما ليس عندك وعن ربح ما لم يضمن ٢ / ٧٣٧ حديث رقم ٢١٨٧، وأبو داود في سننه، كتاب الإجارة باب في الرجل يبيع ما ليس عنده ٣ / ٢٨١ حديث رقم ٣٥٠٣، وصححه الألباني في صحيح سنن ابن ماجة ٢ / ١٣، حديث رقم ١٧٨٠.

[٧١] أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب البيوع، باب بطلان بيع الحصاة ٤ / ١٠ / ١٥٦، بشرح النووي.

الفرعين راجع إلى الإجماع[٧٢]. فالحقيقة أن العرف ليس هو المخصص والمقيد، بل المخصص والمقيد الإجماع الذي استند عليه العرف.

٢- أن يكون العرف مطرداً أو غالباً:

أي أن يكون العمل به - لدى متعارفيه - مستمراً في جميع الحوادث لا يتخلف في واحدة منها، وهذا هو معنى الاطراد. أو أن يكون العمل به جارياً في أكثر الحوادث إذا لم يكن في جميعها، وهذا هو معنى الغلبة.[٧٣]

يقول السيوطي في أشباهه: إنما تعتبر العادة إذا اطردت، فإن اضطربت فلا. وإن تعارضت الظنون في اعتبارها فخلاف.

قال الإمام - إمام الحرمين - في باب الأصول والثمار: كل ما ينضح فيه اطراد العادة، فهو المحكم، ومضمره كالمذكور صريحاً. وكل ما تعارض الظنون بعض التعارض في حكم العادة فيه فهو مثار الخلاف.[٧٤]

ولا يقدح في اعتبار العرف إذا ترك العمل به في بعض الحوادث القليلة؛ لأنه لا يزال يعتبر غالباً .. ويؤكد هذا المعنى الإمام الشاطبي بقوله:

اوإذا كانت العوائد معتبرة شرعاً فلا يقدح في اعتبارها انخراقها، ما بقيت عادة على الجملة"[٧٥]. وإلى هذا أيضاً تشير القاعدة الفقهية: "العبرة بالغالب، والنادر لا حكم له".[٧٦]

---

[٧٢] العرف والعادة في رأي الفقهاء ص٨٣.

[٧٣] أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي، البغا، مصطفى ص٢٨٠.

[٧٤] الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية للسيوطي ص١٨٥.

[٧٥] الموافقات في أصول الشريعة الإسلامية للشاطبي ١ / ٢ / ٥٧٥.

[٧٦] القواعد الفقهية للندوي ص١٣٠، ٢٢٧.

وحصر العرف المعتبر فيما إذا كان غالباً أو مطرداً؛ لأن تقرر العرف بين الناس وتمكنه في نفوسهم إنما يتم بالغلبة أو الاطراد، ولأنهما قرينة إرادة الأمر الذي وجدا فيه من تصرف المتكلم قولاً أو فعلاً، فإذا تبايعا سلعة بدراهم، وكانت الدراهم مختلفة في الرواج والمالية أو أحدهما، حمل الثمن على الغالب الشائع، وكانت الغلبة قرينة إرادته، وهما كذلك قرينة على الاحتياج إلى الأمر المتعارف، فيشرع له من الأحكام ما يناسبه. فخرج بهذا الحصر في الأمرين العرف المشترك، وهو ما تساوى فيه الجري على العادة والتخلف عنها، كالتبايع بالدراهم المتساوية في الرواج والمالية؛ فإن العرف المشترك فاسد لا يصح الرجوع إله، ولا يبنى عليه حكم، للتردد في مراد المنصرف: أهو هذا العرف أو مقابله ؟! ولهذا قالوا في هذه الحالة: لو باع سلعة بدراهم مطلقة، يفسد البيع لجهالة الثمن، و لم يحكموا العرف المشترك فيما إذا اختلف الأب وابنته بعث إليها من المتاع عند الزفاف أهو تمليك أو عارية .[٧٧]

٣- أن يكون العرف عاماً في جميع ا لبلاد، لا خاصاً .

إن عموم العرف غير اطراده، لأن العرف قد يكون عاماً، ولكن العمل به لا يكون مستمراً في جميع الحوادث، فلا يكون مطرداً، وكذلك العرف قد يكون خاصاً بطائفة أو مهنة أو أهل بلد خاص، وقد يكون غير

[٧٧] العرف والعادة في رأي الفقهاء ص٧٤، بتصرف يسير.

مطرد بالمعنى المذكور، فالعام قد يكون غير مطرد، والمطرد قد يكون غير عام[٧٨]. وهذا الشرط ليس متفقاً عليه.

٤- أن يكون العرف المراد تحكيمه والعمل به في التصرفات قائماً وموجوداً عند إنشائها:

أي أن يكون العرف المراد تحكيمه، والذي يحمل عليه التصرف، موجوداً ومعمولاً به وقت إنشاء هذا التصرف، وذلك بأن يكون حدوث العرف سابقاً على حدوث التصرف، ثم يستمر إلى زمانه فيقارن حدوثه، لأن العرف إنما يؤثر فيما يوجد بعده، لا فيما مضى قبله، ويستوي في ذلك العرف القولي والعملي.

وفي ذلك يقول السيوطي في أشباهه: "العرف الذي تحمل عليه الألفاظ إنما هو المقارن السابق دون المتأخر".[٧٩]

ويؤكد هذا المعنى ابن نجيم بقوله: "ولذا قالوا: لا عبرة بالعرف الطارئ، فلذا اعتبر العرف في المعاملات، ولم يعتبر في التعليق، فيبقى على عمومه، ولا يخصصه العرف"[٨٠].

وبين الإمام الشاطبي أن العوائد التي تختلف باختلاف الأعصار والأمصار والأحوال، لا يصح أن يقضي به على من تقدم البتة، حتى يقوم دليل على الموافقة من خارج، فإذا ذاك يكون قضاء على ما مضى بذلك

---

[٧٨] أثر العرف في التشريع الإسلامي ص١٩٦.

[٧٩] الأشباه والنظائر للسيوطي ص١٩٣.

[٨٠] الأشباه والنظائر لابن نجيم ص١٠١.

الدليل، لا بمجرى العادة، وكذلك في المستقبل، ويستوي في ذلك أيضاً العادة الوجودية والشرعية .[٨١]

إذا تأملنا في كلام العلماء السابق الذكر نجد أنه يدل دلالة صريحة على أن العرف لابد أن يكون جارياً وق وقوع ما يحكم فيه، ولهذا فلا يحكم بالعرف على من تقدم حتي يقوم الدليل على أنه عرف ذلك التقدم، كما لا يحكم به في المستقبل، حتي يكون ثابتاً ومستقراً فيه .

٥- ألا يعارض العرف تصريح بخلافه .

أي لا يوجد قول يصرح بخلاف العرف أو عمل يفيد عكس مضمونه، إذ أن تحكيم العرف يعود إلى أن سكوت المتعاقدين عن الأمر المتعارف وعدم اشتراطهما إياه صراحة يعتبر إقراراً منهما له، فإثبات الحكم العرفي في هذه الحالة هو من قبيل الدلالة، فإذا وقع تصريح بخلافه أصبحت هذه الدلالة باطلة؛ لكون العرف أضعف من دلالة اللفظ، فيترجح جانبه عند المعارضة[٨٢]. إذ لا عبرة بالدلالة في مقابلة التصريح .

وفي معنى ذلك يقول الإمام العز بن عبد السلام: "كل ما يثبت في العرف إذا صرح المتعاقدان بخلافه بما يوافق مقصود العقد ويمكن الوفاء به صح، فلو شرط المستأجر على الأجير أن يستوعب النهار بالعمل من غير أكل وشرب يقطع المنفعة لزمه ذلك .. ولو شرط عليه أن يعمل شهراً في

---

[٨١] الموافقات في أصول الشريعة ١ / ٢ / ٥٨٣.

[٨٢] العرف وأثره في الأحكام، علي، محمد ص٥٥ وما بعدها.

الليل والنهار بحيث لا ينام ليلاً ولا نهاراً، فالذي أراه بطلان هذه الإجـــارة لتعذر الوفاء به، فكان ذلك غرراً لا تمس الحاجة إليه" .[٨٣]

وهذا الشرط يعتبر من القيود الأساسية للقاعدة الفقهية المشـــهورة: "المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً"، حيث إن علة تنزيل الأمـــر المعـــروف منزلة المشروط هي أن سكوت المتعاقدين عن الأمـــر المتعـــارف وعـــدم اشتراطهم إياه صراحة يعتبر واقعاً منهم اعتماداً على العرف الجاري .

فإثبات الحكم المتعارف في هذه الحال إنما هو من قبيل الدلالة، فـــإذا صرح بخلافه بطلت هذه الدلالة، إذ من القواعد الفقهية المقررة أنه "لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح"[٨٤]، [٨٥] .

فالعرف يكون حجة إذا لم يكن مخالفاً لنص أو شرط لأحد العاقدين .

٦- أن يكون العرف ملزماً .

إذا اجتمعت الشروط الخمسة المتقدمة في العرف أصبح ملزماً ومعتبراً في التشريع. ومعنى كونه ملزماً: أن يتحتم العمل بمقتضاه في نظر النـــاس. وهذا المعنى يشير إليه قول الفقهاء: المعروف عرفاً كالمشـــروط شـــرطاً، و"المعروف بين التجار كالمشروط بينهم"، و"العادة محكمة"[٨٦]. فهذا الشرط يعتبر نتيجة لتحقق شرائط العرف السابقة؛ إذ تقدم؛ أن مما قيـــل في حـــد

---

[٨٣] قواعد الأحكام في مصالح الأنام، للعز بن عبد السلام ٢ / ٣٢٥.

[٨٤] المدخل الفقهي العام، للزرقا ٢ / ٨٧٩.

[٨٥] شرح المجلة لسليم رستم ١ / ٢٥، المادة ١٣، المشقة تجلب التيسير للباحسين ص٣٧٧.

[٨٦] الأشباه والنظائر للسيوطي ص١٨٢، شرح القواعد الفقهية ص٣٥، ٤٢، ٤٣، القواعد الفقهية للندوي ص٢٥٦، ٥٦، نظرية العرف للخياط ص٩٤-١٠٢، أثر العرف في التشريع الإسلامي ص١٥١.

العرف الاصطلاحي: كون العرف ما استقر في النفوس من جهة العقـــول، وتلقته الطباع السليمة بالقبول، وما استقراره وتلقيـــه بـــالقبول إلا دليـــل الشعور بكونه ملزماً.[٨٧]

إن الناظر في الفروع المبنية على العرف يرى أن العرف الذي يأخـــذ صفة الإلزام ليس مطلق عرف، بل هو العرف الذي يتضـــمن حقـــاً مـــن الحقوق على وجه الإلزام.

التطبيقات المعاصرة للعرف:

وفيما يلي نستعرض الأمثلة والتطبيقات المعاصرة على أصل العرف:

الحقوق المعنوية "حقوق الابتكار".

إن أحداً من الفقهاء القدامى، أو أئمة المذاهب الفقهية، لم يتنـــاول هذه المسألة بالبحث الموضوعي المحرر، تعمقاً واستقصاء.

والسر في ذلك: أن هذه المسألة لم تكن موجودة في عهـــد الفقهـــاء القدامى بهذا الشكل الواسع الذي نراه اليوم، بما تمخض عنه التطور العلمي والصناعي والاقتصادي، من وسائل النشر والتوزيع، إذ كان العلم يدون في مخطوط من نسخ معدودة، فضلاً عن أن الابتكار العلمي، لم يكن له مـــن الأثر والنضوج على النحو الذي نراه اليوم في الجامعات، والمراكز الثقافيـــة، والمختبرات العلمية، وفي التطبيق العلمي، في العالم أجمع.[٨٨]

---

[٨٧] العرف وأثره في فقه المعاملات المالية عن الحنابلة، لقوته ١ / ٢٤٦.

[٨٨] بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، للدريني ٢ / ٥.

حقوق الابتكار في ميزان الشريعة الإسلامية :

بإمعان النظر في أنواع حقوق الابتكار نجد أنها تطلق على كثير من الصور مثل: الملكية الأدبية والفنية والصناعية، والحقوق الذهنية والفكرية، والحقوق المتعلقة بالعملاء؛ كالاسم التجاري والعلامة التجارية وغيرها .

وسيتمحور حديثنا – إن شاء الله تعالى – عن أنواع ثلاثة فقط من أنواع حقوق الابتكار، وذلك لصلتها وعلاقتها الماسة بأصل من الأصول المختلف فيها وهو: أصل العرف .

وفيما يلي توضيح لتلك الحقوق وأحكامها في الشريعة الإسلامية :

النوع الأول: حق التأليف :

التأليف لغة: من الفعل الثلاثي "ألف، يقال: ألفت بينهم تأليفاً، إذا جمعت بينهم بعد تفرق، وألفت بينهم تأليفاً إذا وصلت بعضه ببعض؛ ومنه تأليف الكتاب. والتأليف هو جمع الأشياء المتناسبة .[٨٩]

وقد جمع ابن خلدون مقاصد التأليف في مقدمته، وحصرها في سبعة مقاصد ينبغي اعتمادها وإلغاء ما سواها، وهي كالتالي :

١– استنباط العلم بموضوعه وتقسيم أبوابه وفصوله، وتتبع مسائله او استنباط مسائل ومباحث تعرض للعالم المحقق، ويحرص على إيصالها لغيره لتعم المنفعة به، فيودع ذلك بالكتاب في الصحف، لعل المتأخر يظهر على تلك الفائدة. كما وقع في الأصول في الفقه. تكلم الشافعي أولاً في الأدلة

---

[٨٩] لسان العرب لابن منظور ٩ / ١٠، الكليات للكفوي ص٢٨٨، التعريفات للجرجاني ص٧١.

الشرعية اللفظية ولخصها، ثم جاء الحنفية فاستنبطوا مسائل القياس واستوعبوها، وانتفع بذلك من بعدهم إلى الأبد.

٢- أن يقف على كلام الأولين وتواليفهم، فيجدها مستغلقة على الأفهام، ويفتح الله له في فهمها. فيحرص على إبانة ذلك لغيره ممن عساه يستغلق عليه، لتصل الفائدة لمستحقها، وهذه هي طريقة الابيان لكتب المعقول والمنقول، وهو فصل شريف.

٣- أن يعثر المتأخر على غلط أو خطأ في كلام المتقدمين ممن اشتهر فضله وبعد في الإفادة صيته ويستوثق من ذلك بالبرهان الواضح الذي لا مدخل للشك فيه، ويحرص على إيصال ذلك لمن بعده، إذ قد تعذر محوه، ونزعه بانتشار التأليف في الآفاق والأعصار وشهرة المؤلف ووثوق الناس بمعارفه؛ فيودع ذلك الكتاب ليقف الناظر على بيان ذلك.

٤- أن يكون الفن الواحد قد نقصت منه مسائل أو فصول بحسب انقسام موضوعه، فيقصد المطلع على ذلك أن يتمم ما نقص من تلك المسائل، ليكمل الفن بكمال مسائله وفصوله، ولا يبقى للنقص فيه مجال.[٩٠]

٥- أن تكون مسائل العلم قد وقعت غير مرتبة في أبوابها ولا منتظمة؛ فيقصد المطلع على ذلك أن يرتبها ويهذبها ويجعل كل مسألة في بابها، كما وقع في المدونة من رواية سحنون عن ابن قاسم، وفي العتبية من رواية العتبي عن أصحاب مالك. فإن مسائل كثيرة من أبواب الفقه منها قد وقعت في غير بابها. فهذب ابن أبي زيد المدونة، وبقيت العتبية غير مهذبة؛

---

[٩٠] المقدمة لابن خلدون ٤ / ١٢٢٧-١٢٢٨.

فنجد في كل باب مسائل من غيره. واستغنوا بالمدونة وما فعله ابن أبي زيد فيها، والبرادعي من بعده.

٦- أن تكون مسائل العلم مفرقة في أبوابها من علوم أخرى: فيتنبه بعض الفضلاء إلى موضوع ذلك الفن وجمع مسائله، فيفعل ذلك، ويظهر به فن ينظمه في جملة العلوم التي ينتحلها البشر بأفكارهم. كما وقع في علم البيان - علوم البلاغة - فإن عبد القاهر الجرجاني وأبا يوسف السكاكي وجدا مسائل متفرقة في كتبا لنحو. وقد جمع منها الجاحظ في كتاب "البيان والتبيين" مسائل كثيرة تنبه الناس فيها لموضوع ذلك العلم وانفراده عن سائر العلوم. فكتبت في ذلك تواليفهم المشهورة، وصارت أصولاً لفن البيان، ولقنها المتأخون فأربوا فيها على كل متقدم.

٧- أن يكون الشيء من التواليف التي هي أمهات للفنون مطولاً مسهباً، فيقصد بالتأليف تلخيص ذلك بالاختصار والإيجاز وحذف المتكرر إن وقع، مع الحذر من حذف الضروري لئلا يخل بمقصد المؤلف الأول.[٩١]

ثم ختم ابن خلدون هذه المقاصد بقوله: "فهذه جماع المقاصد التي ينبغي اعتمادها بالتأليف ومراعاتها، وما سوى ذلك ففعل غير محتاج إليه، وخطأ عن الجادة التي يتعين سلوكها في نظر العقلاء، مثل انتحال ما تقدم لغيره من التواليف بأن ينسبه إلى نفسه ببعض تلبيس من تبديل الألفاظ، وتقديم المتأخر وعكسه، أو يحذف ما يحتاج إليه في الفن، أو يأتي بما لا

---

[٩١] المصدر نفسه ٤ / ١٢٢٩.

يحتاج إليه، أو يبدل الصواب بالخطأ، أو يأتي بما لا فائدة فيه. فهـذا شـأن الجهل والقبحة" .[٩٢]

وحق التأليف صورة من الحقوق المعنوية أو حقـوق الابتكـار، ولم تكن حقوق المؤلفين والمترجمين في العالم العربي والإسلامي منظمة بقـوانين إلى عهد قريب، ولذلك كانت الأحكام في الملكية الأدبية تصدر استناداً إلى قواعد العدل، مع أن الأمم المتحدة أصدرت الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في ١٠ ديسمبر ١٩٤٨م، ونصت في مادته السابعة والعشرين على أن لكل فرد الحق في حماية المصالح الأدبية والمادية المترتبة على إنتاجـه العلمـي أو الأدبي أو الفني، ومعاهدة برن الدولية لحماية حقوق المؤلف أبرمـت عـام ١٨٨٦م، ثم عدلت عدة مرات، كان آخرها في استوكهولم عام ١٩٦٧م .

وهيئة اليونسكو نظمت عقد اتفاق دولي في جنيـف في ٦ سـبتمبر ١٩٥٢ عن حقوق التأليف .. .[٩٣]

وقصارى القول إن حق التأليف يعني أن يعطـى المؤلـف الحـق في الاحتفاظ بثمرة جهده الفكري، ونسبة هذا الجهد إليه، واحتجاز المنفعـة المالية التي يمكن الحصول عليها من نشره وتعميمه .

حق التأليف في الفقه الإسلامي :

---

[٩٢] المقدمة لابن خلدون ٤ / ١٢٢٩-١٢٣٠، فصل في المقاصد التي ينبغي اعتمادها بالتأليف.

[٩٣] ملاحظات حول حقوق التأليف والنشر، خليل، عماد الدين ص١٦٢، ضمن كتاب: حق الابتكـار في الفقه الإسلامي المقارن للدريني وفئة من العلماء.

هذه المسألة وليدة التطور العلمي، حيث لم يرد فيها أي نص خاص من الكتاب أو السنة أو الإجماع، أو اجتهادات قديمة؛ ولهذا اختلف فيها عند المعاصرين على قولين :

القول الأول :

عدم اعتبار حق التأليف، وإليه ذهب القلة من العلماء المعاصرين؛ مثل: الدكتور أحمد الكردي، والشيخ تقي الدين النبهاني[٩٤]، ويترتب على قولهم هذا عدم حل المقابل المالي لهذا الحق .

واستدلوا على ذلك بما يلي :

أ- إن اعتبار هذا الحق قد يؤدي إلى حبس المؤلف لمصنفه العلمي عن الطبع والتداول إلا في مقابل مالي يحصل عليه، وهذا يعتبر من قبيل كتمان العلم الذي نهى عنه الشارع، في قوله تعالى (***إن الذين يكتمون ما أنزلنا من البينات والهدى من بعد ما بيناه للناس في الكتاب أولئك يلعنهم الله ويلعنهم اللاعنون***) .[٩٥]

ويجاب عن ذلك أن كتمان العلم إنما يكون إذا منع المؤلف الناس من الاستفادة بما ألفه قراءة وتعليماً وتبليغاً! ولكن الذي يحتفظ بحق الطباعة لا يمنع أحداً من قراءة الكتاب ولا دراسته ولا تعليمه ولا تبليغ ما فيه، حتى

---

[٩٤] ملاحظات حول حقوق التأليف والنشر ص١٦٢.

[٩٥] سورة البقرة الآية ١٥٩.

أنه لا يمنع من بيعه والتجارة فيه، ولكنه يمنع من أن يطبعه الآخر بغير إذن منه، ليكسب بذلك الأرباح، فليس ذلك من كتمان العلم في الشيء.[٩٦]

ب- إن العلم يعد قربة وطاعة، وليس من قبيل التجارة أو الصناعة، والقربة لا يجوز الحصول على أجر مالي في أدائها، ومن ثم فإنه يجب على العالم أن يتصرف لعلمه تحصيلاً وتدريساً دون مقابل، وعلى الأمة بعد ذلك أن تكفي أمور معيشته من بيت المال.[٩٧]

ويجاب عن ذلك: أن هذا غير مسلم؛ لأن المتأخرين من الفقهاء أفتوا بجوزا أخذ الأجرة على فعل الطاعات، كالإمامة وتعليم القرآن.[٩٨]

ج- أن الاحتفاظ بحقوق الطباعة يضيق دائرة انتشار الكتاب، ولو كان لكل أحد حق في طبع الكتاب ونشره، لكان انتشاره أوسع، وإفادته أعم وأشمل.

ويجاب عن ذلك: أن هذا الدليل ينقلب إذا نظرنا من ناحية أخرى؛ وهي أن المبتكرين للو منعوا حق أسبقيتهم بالاسترباح مما ابتكروه لفشلت هممهم عن اقتحام المشاريع الكبيرة من أجل الاختراعات الجديدة حينما يرون أن ذلك لا يدر إلا ربحاً بسيطاً.[٩٩]

والقصد من إقرار هذه الحقوق إنما هو تشجيع الاختراع والابداع، كي يعلم من يبذل جهده فيهما أنه سيختص باستثمارهما، وسيكون محمياً

---

[٩٦] بحوث في قضايا فقهية معاصرة، للعثماني ص١٢٥.

[٩٧] المعاملات المالية في الفقه الإسلامي ص٦١.

[٩٨] المصدر نفسه ص٦٥.

[٩٩] بحوث في قضايا فقهية معاصرة ص١٢٥.

من الذين يحاولون أن يأخذوا ثمرة ابتكاره وتفكيره، وزاحموه في استغلالها.[100]

القول الثاني:

اعتبار حق التأليف، وإليه ذهب ثلة من العلماء المعاصرين، منهم الأستاذا لشيخ مصطفى الزرقاء، والدكتور محمد عثمان شبير، والدكتور محمد فتحي الدريني، والدكتور محمد سعيد البوطي، والدكتور وهبة ال زحيلي، والأستاذ محمد تقي العثماني، ومجموعة من علماء القارة الهندية، مثل: الشيخ فتح محمد اللكنوي، والشيخ المفتي محمد كفاية الله، والشيخ نظام الدين، والشيخ عبدا لرحيم اللاجبوري، وأيضاً ذهب إلى القول باعتبار حق التأليف: الدكتور عماد الدين خليل، والأستاذ وهب غاوجي، والأستاذ عبدا لحميد طهماز وغيرهم[101]. ويترتب على هذا القول حل المقابل المالي. واستدلوا على ذلك بما يلي:

١- أن المنافع أموال في نظر جمهور أهل العلم من المالكية والشافعية والحنابلة[102]، وهي - أي المنافع - من الأمور المعنوية، ومما لا شك فيه أن

---

[100] المدخل الفقهي العام ٣ / ٢١.

[101] المعاملات المالية المعاصرة ص٦٢، المدخل الفقهي العام ٣ / ٢١، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي للدريني ٢ / ٢٩، قضايا فقهية معاصرة للبوطي ص٨٦، بحوث في قضايا فقهية معاصرة ص١٢٣.

[102] حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣ / ٤٤٢، مغني المحتاج للشربيني ٢ / ٢٨٦ المغني لابن قدامة ٧ / ٣٦٤، الموافقات للشاطبي ٢ / ٣ / ١٥١ وما بعدها.

الانتاج الذهبي يمثل منفعة من منافع الإنسان، فيعد مالاً تجوز المعاوضة عنه شرعاً.[١٠٣]

وإطلاق لفظ المال عليها أحق من إطلاقه على العين، لأنها لا تسمى مالاً إلا لاشتمالها على المنافع، ولا تقصد وتقوم إلا لها، ولذلك لا يصح بيعها بدونها ... والشريعة في إجازتها لعقد الإجارة حكم بأن المنفعة موجودة متقومة في ذاتها يدفع في م قابلتها الأجر، كما يدفع الثمن في مقابلة العين في عقد البيع.[١٠٤]

ورأي الجمهور باعتبار المنافع أموالاً متقومة هو الراجح؛ لأنه يتلاءم مع العرف وأغراض الناس ومعاملاتهم، ولأن المنافع هي المقصودة من الأعيان، لا أنفس الذوات، فذات الدار أو الأرض أو الثواب ... لا نفع فيها ولا ضرر من حيث هي ذوات، وإنما تطلب ويحصل المقصود بها من حيث إن الدار تسكن مثلاً، والأرض تزرع، والثوب يلبس.

وبهذا نجد في المنافع مجالاً واسعاً في عرف الناس في أسواقهم ومعاملاتهم المالية، فالدور تبنى للاستغلال بسكناها، وكذلك الفنادق والحوانيت في الأسواق والحمامات والعربات، وإنشاء السكك الحديدية والبواخر وغير ذلك مما هو معد لاستغلال بالاستعاضة عن منافعه، ولأن الشارع أجاز أن تكون المنفعة مهراً في النكاح، كما لو تزوجها على سكنى داره مثلاً فإنه يصح، ومن المعلوم أن الأصل في المهر أن يكون مالاً بدليل

---

[١٠٣] المعاملات المالقي المعاصرة في الفقه الإسلامي ص٦٢.

[١٠٤] تخريج الفروع على الأصول، الزنجاني ص١١١.

قوله تعالى بعد تعداد المحرمات من النساء: (***وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين***)[١٠٥]. فتكون المنفعة مالاً.

ب- أن العرف العام جرى على اعتبار حق المؤلف في تأليفه وإبداعه. فأقر التعويض عنه، والجائزة عليه. ولو كان هذا الحق لا يصلح محلاً للتبادل والكسب الحلال لعدت الجائزة والتعويض عنه كسباً محرماً.[١٠٦]

ومن المعلوم أن العرف العام يعد أصلاً من أصول الأدلة إذا لم يتصادم مع نص شرعي أو أصل عام في الشريعة الإسلامية.

يقول الدكتور الزحيلي: "ولا شك أن حق المؤلف أصبح معترفاً به في القوانين والأعراف، وأن الطبع أو التصوير بغير حق عدوان وظلم على حق المؤلف، وأن فاعل ذلك يتهرب عادة من المسؤولية، ولا يجرؤ على الاعتراف بفعله الآثم، مما يدل على أن عمله ظلم موجب لتعويض صاحب الحق، والمسلم أولى الناس برعاية الحقوق والوفاء بالعهود".[١٠٧]

ويؤكد الدكتور الدريني على أن منشأ حق الابتكار هو العرف حيث يقول: "حق الابتكار منشؤه العرف والمصلحة المرسلة المتعلقة بالحق الخاص أولاً، وبالحق العام ثانياً، لأن إقرار الشارع للحق، إنما يكون بحكم، والحكم مستمد من مصادر التشريع التي منها العرف والمصلحة".[١٠٨]

---

[١٠٥] سورة النساء الآية ٢٤.

[١٠٦] المعاملات المالية المعاصرة ص٦٣.

[١٠٧] حق التأليف والنشر والتوزيع للزحيلي ص١٩١.

[١٠٨] بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله ٢ / ٢٩.

وبهذا تكون مسألة حق التأليف من المسائل التطبيقية المعاصرة على أصل العرف. كما أن العرف يعتبر من الأمور الأساسية في مالية الأشياء، فمقياس المالية تعارف الناس أن هذا الشيء مرغوب فيه ومنتفع به، أو عدم تعارفهم. ذلك – ولا ريب – أن هذا أمر يتجدد على مر العصور واختلاف الأمكنة، فكثير من الأشياء – مثل حق التأليف – لم تكن له في القديم أدنى معرفة، بل نجد أن بعضها أثبتت التجارب أو الكشف العلمي أن له منافع الطعام أو في الطب أو الصناعة، أو الزراعة .. فتموله الناس وقابلوه بالأثمان، وأحياناً نرى الشيء في مكان تافهاً لا ينتفع به، ولا قيمة له، وفي مكان آخر من العزة والنفاسة بمقدار .

ثم إن العرف العام والخاص في تعريف المالية سواء؛ ولهذا قال البخاري في كشف الأسرار: وتثبت المالية بتمول الناس كافة أو بتمويله البعض. وهذا لأن العرف المثبت للمالية من العرف الذي يرجع إليه في تطبيق الأحكام الكلية .[١٠٩]

ج- الإبداع الذهني أصل للوسائل المادية من سيارة وطائرة ومذياع وغير ذلك مما له صفة المالية، فلابد من اعتبار الأصل له صفة المالية .[١١٠]

النوع الثاني: حق براءة الاختراع :

---

[١٠٩] العرف والعادة في رأي الفقهاء ص١٨١

[١١٠] المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي ص٦٤، وانظر أيضاً: المعاملات المالية المعاصرة، لقلعه جي ص١٣٠.

إن الاختراع كالتأليف، كلاهما إبداع عقلي، ولذلك كانت أحكامهما واحدة. وقد عرفت براءة الاختراع بأنها: "سند رسمي عام تمنحه سلطة إدارية مختصة لمن يطلبه بشروط شكلية وموضوعية معينة، وتتضمن البراءة وصفاً للاختراع، ويترتب على منحها لمستحقيها وخلفائه لمدة معينة حق قاصر حاجز تحميه دعوى التقليد والغش، وهذا الحق هو عبارة عن الترخيص باستغلال الاختراع الذي تغطيه البراءة ما لم يصدر بخلاف ذلك حكم قضائي" .[١١١]

فهذه البراءة تمنح المخترع عدة حقوق منها :

الأول: حق استغلال المخترع لاختراعه واستغلال الورثة له بعد وفاته بمدة معينة تقدرها قوانين البراءة بحيث يسقط هذا الحق بعدها، ويصبح من جملة الثروة العامة، وهذه المدة في قانون براءة الاختراع العراقي هي خمسة عشر عاماً تبدأ من تاريخ طلب البراءة .

الثاني: حق المخترع في أن ينسب إليه من البراءة التي تصدر باسم صاحب العمل .[١١٢]

حق براءة الاختراع في الشريعة الإسلامية :

إن في الإسلام متسعاً لهذا الحق، حيث يعتبر من الحقوق الخاصة لأصحابها وأصبح لحق براءة الاختراع في العرف المعاصر قيمة مالية معتبرة

---

[١١١] المعاملات المالية المعاصرة ، لشبير ص٦٧، والمعاملات المالية المعاصرة لقلعة جي ص١٣١.

[١١٢] المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي ص٦٨.

لتمول الناس لها، وهذا الحق من الحقوق المصونة شرعاً، ولأصحابها حق التصرف فيها، ولا يجوز الاعتداء عليها.

ويمكن تخريج هذا الحق أيضاً على قاعدة المصالح المرسلة، ووجه المصلحة في حماية هذا الحق تشجيع الاختراع والإبداع، كي يعلم من يبذل جهده في الاختراع أنه سيختص باستئثاره، وسيكون محمياً من الذين يحاولون أن يأخذوا ثمرة ابتكاره وتفكيره، ويزاحموه في استغلالها.[١١٣]

النوع الثالث: حق الاسم التجاري:

نشأت مسألة الاسم التجاري والعلامة التجارية منذ أن ازدادت التجارات حجماً وضخامة، وصار التاجر الواحد، أو الشركة الواحدة تنتج وتصدر أمواله الضخمة إلى عدد كبير من الناس والبلاد، وتنوعت المنتجات من جنس واحد باختلاف أوصافها، وصارت هذه الأوصاف تعرف باسم المنتج، فلكما رأى المستهلك أن البضاعة أنتجتها الشركة الفلانية التي عرفت بسمعتها الحسنة في السوق، اشتراها بمجرد سماع اسم الشركة أو وجود علامتها التجارية على وجه البضاعة.[١١٤]

هكذا صار الاسم التجاري أو العلامة التجارية سبباً لكثرة إقبال المشترين على المنتجات وقلته، فصار الاسم التجاري أو العلامة التجارية لهما قيمة في أنظار التجار، فكل اسم حاز سمعة حسنة بين الناس يمثل كثرة

---

[١١٣] المصدر نفسه ص٦٩، المدخل الفقهي العام ٣ / ٢١، وانظر أيضاً قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي ٤٣، في العدد الخامس ٣ / ٢٢٦٧.

[١١٤] بحوث في قضايا فقهية معاصرة ص١١٧.

رغبة المشترين في بضاعة واردة في السوق بذلك الاسم، ويسبب كثرة الأرباح لتاجر يرد السوق بذلك الاسم.

ولما ظهر أن بعض الناس شرعوا يستعملون أسماء المنتجين الذي لهم شهرة حسنة فيما بين المستهلكين لتروج بضاعتهم بهذا الاسم، وخيف إلتباس الأمر على عامة الناس، ظهرت قوانين من قبل الحكومات لتسجيل الأسماء التجارية والعلامات التي سجلها غيرهم.

فصارت هذه الأسماء والعلامات بعد التسجيل لها قيمة مادية في عرف التجار. وشرع التجار يبيعون هذه الأسماء ويشترونها بأثمان غالية وأموال طائلة، لما يرجون من شهرتها كثرة إقبال الناس ورغبتهم في شراء ما ينتجونه.[١١٥]

ما المراد بالاسم التجاري ؟

الاسم التجاري اصطلاح يمكن أن يستعمل في التعبير عن أحد المضامين الثلاثة التالية :

أ- الشعار التجاري للسلعة، وهو ما قد يسمى اليوم "الماركة" المسجلة .. إذ يصبح هذا الشعار تعبيراً عن الصنف المتميز عن غيره في كثير من الخصائص والسمات.

ب- الاسم الذي غدا عنواناً علي محل تجاري نال شهرة مع الزمن، بحيث تتجسد هذه الشهرة في الاسم المعلن عليه. وقد يكون اسماً أو وضعاً

---

[١١٥] المصدر نفسه ص١١٨، المعاملات المالية المعاصرة لقلعة جي ص١١١.

اصطلاحياً لقب به المحل، وربما أطلقت على المضمون الثاني كلمة "الشهرة التجارية" .

ج- الوصف الذي يتمتع به المحل التجاري بحد ذاته، أي من حيث إنه موقع ومكان، لا من حيث الجهد أو الشهرة التي نسجها له عمل صاحب المحل .[١١٦]

فأما الحديث عن هذا المضمون الثالث، فليس داخلاً فيما نحن بصدده، بل هو راجع إلى ما يسمى اليوم "الخلو". وهو اصطلاح على المال الذي يدفع علاوة على قيمة العقار أو أجرته، مقابل ما يمتاز به من أهمية ذاتية وموقع تجاري .[١١٧]

وأما المضمون الأول والثاني، فهما اللذان يمكن أن يردا بالاسم التجاري في هذا البحث. وإذن فإن ما يتناوله حديثنا هو :

بيان حكم الشريعة الإسلامية في بيع التاجر الشعار التجاري الذي كان قد اتخذه عنواناً لسلعة تجارية له حتى عرفت به، أو بيع التاجر للاسم الذي اتخذه عنواناً ولقباً لمحله التجاري الذي عرف واشتهر به .[١١٨]

إن حق الاسم التجاري والعلامات التجارية، وإن كان في الأصل حقاً مجرداً غير ثابت في عين قائمة، ولكنه بعد التسجيل الحكومي الذي

---

[١١٦] قضايا فهقية معاصرة ص٩٦.

[١١٧] لقد طرح مجمع الفقه الإسلامي موضوع "بدل الخلو" في دورته الرابعة المنعقدة في جدة بالمملكة العربية السعودية من ١٨ - ٢٣ جمادي الآخرة ١٤٠٨هـ الموافق ٦-١١ فبراير ١٩٨٨، وقدمت فيه عدة أبحاث.

[١١٨] قضايا فقهية معاصرة ص٩٦.

يتطلب جهداً كبيراً، وبذل أموال جمة والذي تحصل له بعد ذلك صفة قانونية تمثلها شهادات مكتوبة بيد الحامل، وفي دفاتر الحكومة، أشبه الحق المستقر في العين، والتحق في عرف التجار بالأعيان، فينبغي أن يجوز الاعتباض منه على وجه البيع أيضاً، ولا شك أن للعرف العام مجالاً في إدراج بعض الأشياء في الأعيان، لأن المالية تثبت بتمول الناس. وهذا مثل القوة الكهربائية أو الغاز التي لم تكن في الأزمان السالفة تعد من الأموال والأعيان المتقومة، لأنها ليست عيناص قائمة بذاته، و لم يكن إحرازها في الوسعة البشرية، ولكنها صارت الآن من أعز الأموال المتقومة التي لا شبهة في جواز بيعها وشرائها، وذلك لنفعها البالغ، ولإمكان إحرازها، ولتعارف الناس بماليتها وتقومها .

فكذلك الاسم التجاري أو العلامة التجارية أصبحت بعد التسجيل الحكومي ذات قيمة بالغة في عرف التجار، ويصدق عليها أنها تحرز بإحراز شهادتها المكتوبة من قبل الحكومة، وإحراز كل شيء بما يلائمه، ويصدق عليها أيضاً أنها تدخر لوقت الحاجة، فالعناصر اللازمة التي تمنح الشيء صفة المالية متوفر فيها، سوى أنها ليست عيناً قائمة بنفسها، فيبدو أنه لا مانع شرعاً من أن يسلك بها مسلك الأموال في جواز بيعها وشرائها، وذلك بشرطين :

الأول: أن يكون الاسم التجاري أو العلامة التجارية مسجلة عند الحكومة بصفة قانونية، لأن ماليس بمسجل لا يعد مالاً في عرف التجار .

الثاني: أن لا يستلزم هـــذا البيـــع الإلتبـــاس أو الخديعـــة في حـــق المستهلكين، وذلك بأن يقع الإعلان من قبل المشتري أن منتج هذه البضاعة غير المنتج السابق، وإنما يستعمل هذا الاسم أو العلامة بعد شرائهما بنية أنه سيحاول بقدر الإمكان أن يكون إنتاجه بمستوى الإنتاج السابق أو أحسن منه .

وأما بغير هذا الإعلان، فإن انتقال الاسم أو العلامة إلى منتج آخـــر يسبب اللبس والخديعة للمستهلكين. واللبس والخديعـــة حـــرام لا يجـــوز بحال .[١١٩]

وقصارى القول إن العرف اعتبر الاسم التجاري أو العلامة التجارية من الحقوق المالية، والعرف هنا لا يتعارض مـــع النصـــوص الشـــرعية، أو القواعد الكلية في الشريعة الإسلامية .

رأي مجمع الفقه الإسلامي في الحقوق المعنوية :

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقـــد في دورة مـــؤتمره الخـــامس بالكويت من ١-٦ ديسمبر ١٩٨٨م، بعد اطلاعه على البحوث المقدمة من الأعضاء والخبراء في موضوع الحقوق المعنوية، واستماعه للمناقشات الـــتي دارت حوله، قرر ما يلي :

---

[١١٩] بحوث في قضايا فقهية معاصرة ص١١٩-١٢٠، وانظر أيضاً: قضايا فقهية معاصرة للبـــوطي ص٩٧-١٠٨، المعاملات المالية المعاصرة في ضوء الفقه والشريعة ص١٣٢.

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

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

ثالثاً: حقوق التأليف والاختراع أو الابتكار مصونة شرعاً، ولأصحابها حق التصرف فيها، ولا يجوز الاعتداء عليها.[١٢٠]

الاستصناع المتوازي:

لعل من أهم شروط عقد الاستصناع أن يكون مما يجري فيه التعامل بين الناس في أي عصر من العصور، وبهذا لو تعارفوا في أي وقت على أشياء لم تكن معروفة في الأزمنة التي سبقتهم فلا مانع والحالة هذه من اعتباره عرفاً وإلحاقه بالاستصناع دون الوقوف بالاستصناع عند مسائل معينة قال بها الفقه السابق فقط، وهذا ما اتجه إليه بعض الفقهاء المعاصرين، حيث أدخل بعضهم الثياب ضمن عقد الاستصناع، وقد كان الفقهاء

---

[١٢٠] مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الخامس ٣ / ٢٢٦٧، وانظر أيضاً: قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي المنبثق من منظمة المؤتمر الإسلامي بجدة – الدورات ١ – ١٠ ، القرارات ١ – ٩٧ ص٩٤.

السابقون لا يرون الاستصناع في الثياب، لأنها لم تكن عندهم مما تعورف عليه بعد.[١٢١]

يقول أبو سنة: "فالفقه أن ما جرى العرف به صح استصناعه كالخفاف والأحذية، والأواني، وأثاث المترل، وعدد الحرب والثياب وأما تصريح فقهائنا - أي الحنفية - بأنه لا يجوز استصناع الثياب فذلك مبني على عرفهم، لأن الناس ما كانوا يتعاملون هذا النوع، أما الآن فقد فشا هذا التعامل بين التجار والصناع في البلدان، ويشترط في العرف المجوز للاستصناع أن يكون عاماً".[١٢٢]

ومعلوم أن الفقهاء القدامى عللوا ذلك بتعامل الناس، وما كان كذلك يتغير بتغير التعامل، فمعلوم أن الأحكام التي تبنى على العرف تتغير بتغيره كالحرز والنفقة، تتغير حسب العرف، وقد اتضح لك أن الفقهاء ذكروا الأشياء التي يصح فيها التعامل على سبيل التمثيل لا على سبيل الحصر، فإذا جرى التعامل بشيء آخر لم يكن يتعامل به ثبت له الحكم، وكذلك لو تغير العرف وتعامل الناس بما لم يكن فيه تعامل كاستصناع الثياب في عصرنا الحاضر، وغيرها كالطائرات والسيارات، وأدوات الإنارة، والمعامل التحليلية، والمصانع، والسفن، وآلات الكتابة والتصوير إلى آخر ما

---

[١٢١] مناهج الباحثين في الاقتصاد الإسلامي، الجنيدل ١ / ٢١٣، تأصيل الاقتصاد الإسلامي، النجار ص١٧١.

[١٢٢] العرف والعادة في رأي الفقهاء ص١٧٦.

توصلت إليه العقول البشرية كسفن الفضاء، والأقمار الصناعية يجوز استصناعها إذا أمكن ضبطها على وجه تنتفي المنازعة معه.

فكما هو معلوم أن الأشياء التي يجيزها الشرع في الجملة و لم يكن فيه ولا في لغة العرب ما يحددها يرجع في تحديدها إلى العرف وتتغير بتغيره.[١٢٣]

فالاستصناع عقد فيه مرونة تيسر للمصارف الإسلامية استخدامه في تعاملها مع الجمهور، لما فيه من إمكانية تعجيل الثمن أو تقسيطه، ويمكن للمصرف أن يدخل هذا المجال على أساس أنه مستصنع، أو على أساس أنه صانع:

١- أما على أساس كون المصرف مستصنعاً، فإن ذلك يمكنه من أن يلبي حاجة الصناعيين إلى التمويل المبكر، أو المجزأ، ويمكنهم ذلك من شراء الخامات أو الأجهزة أو قطع الغيار، ومن تذليل كل عقبة مالية تحول دون

---

[١٢٣] الاستصناع "تعريفه - تكييفه - حكمه - شروطه"، الشبيتي، سعود، ص٧٦، والاستصناع لغة: من الفعل الثلاثي صنع. يقول ابن فارس في معجم مقاييس اللغة ٣ / ٣١٣ : الصاد والنون والعين أصل صحيح واحد، وهو عمل الشيء صنعاً وامرأة صناع ورجل صنع، إذا كانا حاذقين فيما يصنعان. قال:

خرقاء بالخير لا تهدي لوجهته وهي صناع الأذى في الأهل والجار

والاستصناع في الاصطلاح هو: أن يقول إنسان لصانع خفاف أو صغار أو غيرهما: اعمل لي خفاً أو آنية من أديم، أو نحاس من عندك بثمن كذا، ويبين نوع ما يعمل، وقدره، وصفته فيقول الصانع: نعم. وقيل هو: عقد على مبيع في الذمة، وشرط عمله على الصانع والقياس أن لا يجوز، وفي الاستحسان جائز لتعامل الناس، فلا جرم اختص جوازه بما فيه تعامل، كما في الخف والقلنسوة والأواني ونحوها، بعد بيان القدر والصفة والنوع. انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٦ / ٢٦٧٧، تحفة الفقهاء للسمرقندي ٢ / ٥٣٨ العناية شرح البداية للبابرتي ٥ / ٣٥٤ وما بعدها.

المباشرة في الإنتاج. وفي تعاملهم مع المصرف الإسلامي بهذا الأسلوب يحلون أيضاً مشكلة تسويق مصنوعاتهم، لأنهم يضمنون مسبقاً مشترياً ملتزماً بأخذ المصنوع عند تمامه.

بالاضافة إلى أن الأجل لا يجب أن يكون محدداً في الاستصناع، بيوم أو يومين أو شهر أو شهرين، فيمكن أن يتفقا على أجل معين للتسليم، عن أن لا يزيد عن المدة الكافية فعلاً لصناعة المطلوب، وفي ذلك يسر في صياغة العقود، ليست متوفرة في صيغة السلم.[١٢٤]

والمصرف الإسلامي إذ يوصي على السلع ذات الرواج يحصلها بأسعار منخفضة، ثم يستطيع بيعها بالسعر الحاضر، أو الموجل، أو المقسط، وهذا يتيح له أرباحاً جيدة.[١٢٥]

٢- أما أن يكون المصرف صانعاً، فإنه يتمكن على أساس عقد الاستصناعمن دخول عالم الصناعة وعالم المقاولات بآفاقهما الرحبة، كصناعة السفن والطائرات والآليات ونحوها، ومشاريع الإسكان، والعمائر الضخمة، وإنشاء الطريق وشقها وتعبيدها، وإنشاء سكك الحديد

---

[١٢٤] تتجلى أهم الفوارق الجوهرية بين السلم والاستصناع عند الحنفية فيما يلي:

١- يرى جمهور الحنفية أن المبيع في السلم دين تحتمله الذمة، أما في الاستصناع فيرى جمهورهم أن المعقود عليه عين المستصنع وله تعلق بالذمة.

٢- الثمن في السلم يدفع في مجلس العقد عندهم. أما في الاستصناع فقد يدفع كله أو بعضه، وقد لا يدفع منه شيء، بل يكون ديناً حتى يسلم المصنوع.

٣- التأجيل في السلم للاستمهال، وفي الاستصناع للاستعجال.

٤- السلم يكون في المثليات فقط، والاستصناع في المثلي وغير المثلي. انظر: الاستصناع ص٨١.

[١٢٥] عقد الاستصناع للأشقر ١ / ٢٣٩.

والمطارات وتزويدها بتجهيزاتها المختلفة. فيقوم المصرف بتنفيذ ذلك، وذلك بأجهزة إدارية ضمن أقسام منفصلة عن دوائر العمل المصرفي في المصرف نفسه، وتقوم تلك الأجهزة بإدارة العمليات الصناعية لإنتاج ما طلب منه صنعه، أو إعادة استصناعه.

الاستصناع المتوازي:

قد عملت بعض المصارف الإسلامية بأسلوب (الاستصناع المتوازي):

أ- فيتعاقد المحتاج للسلع الصناعية، سواء كان تاجراً، أو مستهلكاً، مع المصرف بطريقة الاستصناع، ليقوم المصرف بإنتاجها فيكون المصرف في هذه الخطوة بائعاً، ويمكن أن يكون الثمن هنا مؤجلاً.

ب- ثم يتعاقد المصرف مع المختصين بصناعة ذلك النوع من السلع على إنتاج سلع على أساس المواصفات والتصاميم المطلوبة المبينة في العقد الأول، ويمكن أن يكون الثمن هنا معجلاً، وهذكا تكون مدة التمويل مضاعفة، مما يتيح للمصرف الإسلامي أن يحصل على ربح وافر.

ج- ثم إذا تسلم المصرف السلع من الصناعيين بعد تمامها، يقوم بتسليمها إلى طالبيها.[١٢٦]

ثم يحذر الدكتور محمد الأشقر من مجموعة من المحاذير التي ينبغي تجنبها في أسلوب الاستصناع المتوازي، حيث يقول: "لكن ينبغي الحذر في

---

[١٢٦] عقد الاستصناع ١ / ٢٤٠.

أسلوب الاستصناع المتوازي من الربط بين العقدين، أو من توكيل المشتري طالب السلعة بالتعاقد على استصناعها أو قبضها، أو الإشراف على صناعتها أو قيامه بشيء من الأدوار التي تقلص دور المصرف في العملية، مما يحول العملية إلى مجرد قرض بفائدة .

ويجب الحذر من تحول الاستصناع المتوازي إلى عملية إقراض بالفائدة. يجب أن لا ينتظر المصرف الإسلامي حتى يأتيه شخصان قد اتفقا فيما بينهما أحدهما صانع والآخر مستصنع يريد تمويلاً، ليدفع للصانع مقدماً، فيدخل المصرف بينهما مقرضاً بالفائدة ملتفاً بعباءة الاستصناع المتوازي .

بل نرى أنه يجب على المصرف أن يأخذ بزمام المبادرة، بأن يكون لديه دائرة خاصة بالعمليات الاستصناعية، يأتي إليها المحتاجون لبناء المباني، أو لصيانتها، أو تعبيد الطرق، أو مد سكك الحديد، أو إنشاء المطارات، أو غير ذلك، فيطلبوا منه هذه الأعمال استصناعاً .

ويكون لتلك الدائرة الخاصة بالاستصناع علاقات مع الصناعيين، والمقاولين ممن يستطيع تنفيذ مثل هذه الأعمال، فيساومهم عليها ويعقد معهم، على مسؤوليته الخاصة .

يجب أن لا يتعثر الاستصناع المتوازي كما تعثرت المرابحة في المصارف الإسلامية. وعلى هيئات الرقابة وضع الضوابط العملية التي تحول دون ذلك. وهذا يتدعي قيام الجهات المسؤولة عن الفتوى الشرعية الإسلامية بوضع خطوات تفصيلية، وضوابط محددة تقلل جداً من إمكانية الخطأ في التطبيق، آخذة بعين الاعتبار أن الموظف العادي لم يصل في بعض

المصارف الإسلامية إلى درجة معرفة التصرف الممنوع شرعاً، ووجه منعه، ليوكل إليه أمر التمييز بين الممنوع والجائز في هذا الميدان وأمثاله.

ويستدعي أيضاً قيام المصارف الإسلامية ببذل مزيد من العناية للبلوغ بموظفيها إلى درجة عالية في الفقه المتعلق بخصوص أعمالهم، مع التدريب العملي المنضبط بإشراف هيئات الرقابة الشرعية.[١٢٧]

استصناع العملات الورقية:

إذا احتاج البنك المركزي إلى طباعة ١٠ ملايين ورقة نقدية مثلاً، وكلف بذلك إحدى الشركات على أساس عقد الاستصناع فلا فرق بين ذلك وبين طباعة ١٠ ملايين بطاقة مثلاً، كلاهما جائز دون تحفظ. وليس هنا ربا، لأن هذه الأوراق النقدية ليس لها أية قوة ثمنية قبل أن يتسلمها البنك المركزي ممن قام بطبعها لأن قوتها الثمنية إنما تأخذها من اعتراف البنك المركزي بها، وهو لا يعترف لها بقيمة قبل استلامها وإدخالها في سجلاته وخزائنه تمهيداً لطرحها للتداول، فمتى فعل ذلك أصبح لها قوة ثمنية ودخلتها أحكام الربا.[١٢٨]

قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم ٦٥ / ٢ / ٧ بشأن الاستصناع:

---

[١٢٧] عقد الاستصناع ١ / ٢٤٢.

[١٢٨] عقد الاستصناع ١ / ٢٤٤.

لقد طرح مجمع الفقه الإسلامي موضوع "عقد الاستصناع" في دورته السابعة المنعقدة في جدة بالمملكة العربية السعودية من ٧ - ١٢ ذي القعدة ١٤١٢هـ، الموافق ٩-١٤ مايو ١٩٩٢م، وبعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع عقد الاستصناع، وبعد استماعه للمناقشات التي دارت حوله، ومراعاة لمقاصد الشريعة في مصالح العباد والقواعد الفقهية في العقود والتصرفات، ونظراً لأن عقد الاستصناع له دور كبير في تنشيط الصناعة، وفي فتح مجالات واسعة للتمويل والنهوض بالاقتصاد الإسلامي :

وقد قرر المجلس مايلي :

أولاً: إن عقد الاستصناع - وهو عقد وارد على العمل والعين في الذمة - ملزم للطرفين إذا توافرت فيه الأركان والشروط .

ثانياً: يشترط في عقد الاستصناع ما يلي :

أ- بيان جنس المستصنع ونوعه وقدره وأوصافه المطلوبة .

ب- أن يحدد فيه الأجل .

ثالثاً: يجوز في عقد الاستصناع تأجيل الثمن كله، أو تقسيطه إلى أقساط معلومة لآجال محددة .

رابعاً: يجوز أن يتضمن عقد الاستصناع شرطاً جزائياً بمقتضى ما اتفق عليه العاقدان ما لم تكن هناك ظروف قاهرة.[١٢٩]

المصادر والمراجع

التفسير :

[١٢٩] "مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع ٢ / ٢٢٣، وانظر أيضاً: قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي المنبثق من منظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، للدورات ١-١٠، القرارات ١-٩٧، ص١٤٤.

- أحكام القرآن: لأبي بكر بن العربي، طبعة دار إحياء الكتب العربية، بيروت، الطبعة الأولى .
- الجامع لأحكام القرآن: للإمام محمد بن أحمد القرطبي، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى ١٤٠٨ - ١٩٨٨ .
- جامع البيان في تأويل القرآن: لأبي جعفر محمد بن جرير الطبري، دار الكتب العلمية، بيروت الطبعة الأولى ١٤١٢ - ١٩٩٢ .
- المفردات: للراغب الأصفهاني، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة .

الحديث :

- سبل السلام شرح بلوغ المرام: للشيخ محمد بن إسماعيل الصنعاني، دار الريان للتراث، القاهرة، دار الكتاب العربي، بيروت، ط الرابعة ١٤٠٧ .
- سنن أبي داود: للإمام أبي داود سليمان بن الأشعث، دار الحديث، حمص الطبعة الأولى ١٣٨٩ - ١٩٦٩ .
- سنن ابن ماجة: للحافظ أبي عبدا لله محمد بن يزيد القزويني، دار الريان للتراث، مطبعة دار الكتاب العربي، القاهرة .
- سنن النسائي: بشرح الحافظ جلال الدين السيوطي، دار الريان للتراث، القاهرة .
- شرح صحيح مسلم: للنووي أبي زكريا محيي الدين، الطبعة الأولى ١٣٤٧ - ١٩٢٩ .

- فتح الباري بشرح صحيح البخاري: للإمام أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، دار الريان للتراث، المكتبة السلفية الطبعة الثالثة ١٤٠٧ بالقاهرة .
- المسند: للإمام أحمد بن حنبل الشيباني، دار صادر، المكتب الإسلامي، بيروت .
- مسند الإمام أحمد بترتيب الفتح الرباني: أحمد بن عبد الرحمن البنا، مطبعة الإخوان المسلمين الطبعة الأولى بالقاهرة .
- نصب الراية: لعبد الله بن يوسف الزيلعي، الطبعة الأولى .
- نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار شرح منتقى الأخبار: للإمام محمد بن علي الشوكاني، دار الكتب العلمية، بيروت .

أصول الفقه :

- الإبهاج شرح المنهاج: تقي الدين السبكي وتاج الدين السبكي، مطبعة التوفيق الأدبية .
- الأدلة المختلف فيها وتطبيقاتها المعاصرة: مصلح النجار، مكتبة الرشد، الرياض .
- إرشاد الفحول إلى تحقيق علم الأصول: للإمام محمد بن علي بن محمد الشوكاني، مؤسسة الكتب الثقافية، بيروت، الطبعة الأولى ١٤١٢ - ١٩٩٢ .

- الإحكام في أصول الأحكام: سيف الدين أبو الحسن علي بن أبي علي بن محمد الآمدي، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى ١٤٠٥ - ١٩٨٥ .
- أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي: مصطفى ديب البغا، دار البخاري، دمشق .
- أثر العرف في التشريع الإسلامي: د. السيد صالح عوض، دار الكتاب الجامعي، القاهرة .
- أصول الفقه: محمد أبو زهرة، دار الفكر العربي .
- أصول الفقه وابنت تيمية: د. صالح بن عبد العزيز آل منصور، دار النصر للطباعة الإسلامية، مصر، الطبعة الثانية ١٤٠٥ - ١٩٨٥ .
- أصول مذهب الإمام أحمد بن حنبل، دراسة أصولية مقارنة: للدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثالثة ١٤١٠ - ١٩٩٠ .
- بحوث في الاجتهاد فيما لا نص فيه: د. الطيب الخضري السيد، دار الطباعة المحمدية، الطبعة الأولى .
- التقرير والتحبير: ابن أمير الحاج، طبعة بولاق .
- تيسير التحرير: محمد أمين الشهير بأمير بادشاه، طبعة محمد علي صبيح .
- حاشية البناني على جمع الجوامع: للعلامة البناني، طبعة دار إحياء الكتب العربية، بيروت .

- روضة الناظر وجنة المناظر بشرح نزهة الخاطر العاطر: لموفق الدين عبد الله بن أحمد قدامة المقدسي، دار الفكر العربي .
- شرح الكوكب المنير: للشيخ محمد بن أحمد المعروف بابن النجار، مطابع جامعة الإمام، الطبعة الثانية .
- ضوابط المعرفة وأصول الاستدلال والمناظرة: لعبد الرحمن حسن حبنكة الميداني، دار القلم، دمشق الطبعة الثالثة ١٤٠٨ - ١٩٨٨ .
- العرف وأثره في الشريعة والقانون: أحمد بن علي المباركي، الطبعة الأولى ١٤١٢ .
- العرف والعادة في رأي الفقهاء: أحمد فهمي أبو سنة، مطبعة الأزهر ١٩٤٢ .
- العرف وأثره في الأحكام: محمد جمال علي، دار لقمان، مصر .
- علم أصول الفقه: عبد الوهاب خلاف، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة العشرون ١٤٠٦ - ١٩٨٦ .
- قواعد الأحكام في مصالح الأنام: أبو محمد عز الدين عبد العزيز ابن عبد السلام السلمي، دار الجيل، بيروت، الطبعة الثانية ١٤٠٠ - ١٩٨٠ .
- كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي: لعلاء الدين عبد العزيز أحمد البخاري، طبعة الأستانة .
- المدخل الفقهي العام: مصطفى بن أحمد الزرقا، دار الفكر، بيروت .
- مصادر التشريع فيما لا نص فيه: د. عبد الوهاب خلاف، دار القلم للطباعة والنشر، الطبعة الثانية .

- نهاية السول بشرح منهاج الوصول إلى علم الأصول: جمال الدين عبد الرحمن بن الحسن الأسنوي، طبعة محمد علي صبيح .
- الوجيز في أصول الفقه: د. عبد الكريم زيدان، مطبعة سليمان الأعظمي، الطبعة الثانية .

الفقه وقواعده :

- الأشباه والنظائر: لزين العابدين إبراهيم بن نجيم الحنفي، طبعة الحلبي .
- الأشباه والنظائر: للإمام جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، الطبعة الأخيرة ١٣٧٨ - ١٩٥٩ .
- إعلام الموقعين عن رب العالمين: لشمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر، المعروف بابن قيم الجوزية، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة .
- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: للإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثانية ١٤٠٦ - ١٩٨٦ .
- بداية المجتهد ونهاية المقتصد: لابن رشد الحفيد، دار الكتب الإسلامية، الطبعة الثانية ١٤٠٣ - ١٩٨٣ .
- تبيين الحقائق: لأبي محمد فخر الدين الزيلعي، طبعة بولاق .
- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: لمحمد بن عرفة الدسوقي طبعة المطبعة الأزهرية .
- شرح القواعد الفقهية: للشيخ أحمد الزرقاء، مطبعة المتوسط، الطبعة الأولى .

- الفتاوى الكبرى: لابن حجر الهيثمي، طبعة مطبعة عبد الحميد الحنفي .
- الفروق: لأحمد بن إدريس القرافي، طبعة إحياء الكتب العربية، بيروت .
- فتح القدير شرح الهداية: لكمال الدين محمد بن عبد الواحد المعروف بابن الهمام، مطبعة مصطفى محمد بالقاهرة .
- القواعد: لأبي الفرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلي، مطبعة الصدق الخيرية، بمصر .
- القوانين الفقهية: لابن جزي، مطبعة النهضة بفاس .
- المبسوط: لشمس الدين السرخسي، طبعة دار السعادة .
- المجموع شرح المهذب: لأبي زكريا محيي الدين النووي، دار الفكر، بيروت .
- مجموعة رسائل ابن عابدين: لمحمد أمين أفندي الشهير بابن عابدين، دار إحياء التراث العربي .
- المغني والشرح الكبير: للإمامين موفق الدين وشمس الدين بن قدامة، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى .
- المقنع: لموفق الدين بن قدامة المقدسي، الطبعة السلفية .

اللغة :

- التعريفات: لعلي بن محمد الجرجاني، دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الثانية ١٤١٣ - ١٩٩٢ .
- القاموس المحيط: لمجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، المؤسسة العربية للطباعة والنشر، الطبعة الثانية .

- لسان العرب: للإمام أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، مؤسسة الكتب العلمية، دار صادر، بيروت .
- المصباح المنير: لأحمد بن محمد بن علي الفيومي المقرئ، دار المعارف .
- معجم مقاييس اللغة: لأبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، دار الفكر، بيروت .