المملكة العربية السعودية
جامعة طيبة
كلية الآداب والعلوم الإنسانية
قسم الاستشراق

الاعتبار الدلالي للعرف في الشريعة الإسلامية من منظور استشراقي
- شاخت أنموذجا دراسة تحليلية نقدية -

إعداد

الدكتور إبراهيم بن خليل مظهر

رئيس قسم الاستشراق

بكلية الآداب والعلوم الإنسانية -جامعة طيبة

الاعتبار الدلالي للعرف في الإسلام من منظور استشراقي - شاخت أنموذجا دراسة تحليلية نقدية -

إبراهيم بن خليل محمد مظهر
قسم الاستشراق، كلية الآداب والعلوم الإنسانية، جامعة طيبة ، المدينة المنورة ،المملكة العربية السعودية
البريد الإلكتروني: imadhar@taibahu.edu.sa
ibrahim_mazhar@hotmail.com

ملخص البحث:

الحمد لله وحده والصلاة والسلام على من لا نبي بعده، وبعد:

فمن المقرر لدى الفقهاء والأصوليين أن أدلة الأحكام في الإسلام هي القرآن الكريم والسنة النبوية، والإجماع، والاجتهاد بأدواته وشروطه، وهذا ما يعلمه المسلمون وما تنطق به مؤلفات الفقهاء والأصوليين على مدى التاريخ الطويل لعلم الفقه وأصوله وما حوته المذاهب الفقهية المعتبرة عند أهل السنة سواء في المطولات والموسوعات الفقهية أم في صغار المتون والمؤلفات.

إلا أن للعديد من المستشرقين - كما يعلم المطلع على النتاج الاستشراقي المتعلق بالفقه وعلوم الشريعة الإسلامية رؤى ونظريات لا تتفق مع الرؤية الإسلامية لأدلة الأحكام ومصادرها، ومن أبرز المستشرقين الذين كان لهم اهتمام وعناية خاصة بمسائل الفقه الإسلامي وما يرتبط به من قضايا المستشرق الألماني جوزيف شاخت والذي كان عامل تأثير بالغ في الفكر الاستشراقي المتعلق بعلوم الفقه والشريعة في الإسلام، ولا يكاد أحد من المستشرقين من بعده يخرج عن دائرة تأثيره ونظرياته المتعددة حول الفقه وتاريخ التشريع.

ولعل أهم وأخطر نظريات شاخت المرتبطة بالفقه والشريعة هي نظريته حول ما أسماه (القانون العرفي) تلك النظرية التوسعية لمصادر الشريعة وأدلة الأحكام والتي سعت لإلغاء فردية مصدرية الوحي ومحاولة الوصول لحكم الشارع من خلال الاجتهاد وأدواته وتوجهت إلى مصدرية أرضية مادية تحت ذرائع مسايرة الواقع ومواكبة التطور والمستجدات، وربط الفقه والشريعة بالمجتمع ومكوناته المادية، مما يلغي التعبدية في الامتثال للأحكام، ويقصي الفقه عن الدين (الوحي) ويجعله أقرب إلى المادية الأرضية التي استل منها أحكامه من خلال بوابة (العرف) والتي عمل على توسيعها وفتح مصراعيها.

وتنبثق الغرضية التوسعية في دلالة العرف، بل جعله نظاما في حد ذاته بمسمى (القانون العرفي) كما يسميه شاخت في تحقيق وتقرير هدفين مهمين يشملان بداية الدراسات الفقهية في الإسلام ومستقبلها، وهما:

أولا: تقرير أن العرف في بداية الإسلام كان بوابة لانتقال أحكام وأنظمة من الأعراف الجاهلية، والقانون الروماني، واليوناني، والساساني، وأحكام التوراة، وغيرها إلى التشريع الإسلامي على اعتبار أن كل هذه الأنظمة كانت شائعة في الجزيرة العربية وما حولها بحيث كانت تعد أعرافا محلية فبالتالي استفاد التشريع الإسلامي من كل هذه الأنظمة على اعتبارها أعرافا محلية، وشكَّل منها أحكامه وأنظمته.

ثانيا: تقرير أن العرف باعتباره بوابة مشرعة مستدامة للاستدلال يلزم توظيفه والاستفادة منه بإدخال كل ما هو سائد في مختلف مناطق المسلمين في العالم إلى الأحكام والأنظمة الفقهية بتعليل الاستدلال أنه وفق قانون عرفي إسلامي.

وبتحقيق هذين الهدفين يذوب ماضي الفقه وعلومه في مختلف الأعراف والديانات السابقة، ويتفرق ويتشتت مستقبله، ويصبح خليطا من أعراف الأنظمة والديانات المختلفة ولا ضير في تسمية هذا المزيج بالفقه الإسلامي بعد أن تم تحريفه ومسخه.

وفي سبيل ذلك سعى شاخت لتبني رؤية أقحمها في تفسير تطور وتغير الفقه الإسلامي سماها (القانون العرفي)، وقد استعرض هذا البحث هذه الرؤية الاستشراقية، كما أبان عن مفهوم العرف في الإسلام، وأوضح مدى اختلاف العرف بين الرؤيتين، كما ناقش البحث نظرية شاخت بالأدلة والبراهين وفق منهجية علمية وموضوعية يأمل الباحث أنها أوضحت حقيقة مخالفة رؤية شاخت لواقع العرف واعتباره في الإسلام، وأن رؤيته لم تستند على أدلة صحيحة أو منهج سديد.

الكلمات المفتاحية: العرف، دلالة العرف، العرف في الإسلام، أصول الفقه، الاستشراق، الاستشراق والفقه الإسلامي، المستشرق شاخت، الدراسات الاستشراقية.

Denotative Considerations of `Urf in Islam from an Orientalist Perspective : Schacht as an Example A Critical Analytical Study

Ibrahim Khalil Mohammed Madhar
Department of Orientalism, Faculty of Arts and Humanities, Taibah University , Medina , Saudi Arabia.
E-mail : imadhar@taibahu.edu.sa

Abstract:

Praise be to Allah, and peace and blessings be upon the Last Prophet:

It is well-established among scholars of Islamic jurisprudence and its principles that the sources of Islamic legislation are the Qur'an and Sunnah, as well as the consensus of jurists and the exercising of ijtihad, with all its instruments and restrictions. This is a fact known by Muslims and stated in the literature of Islamic jurisprudence and its principles written by scholars throughout the long history of studying these sciences. It is also the opinion of official schools of Islamic jurisprudence, stated in lengthy volumes and encyclopedias as well as in other publications and manuscripts.

However, many orientalists, as evident from their works related to jurisprudence and the sciences of Islamic Shari`a, held views and theories that do not agree with the Islamic specifications regarding the sources of its legislations. One of the most prominent orientalists who gave special attention to Islamic jurisprudence and its issues is Joseph Schacht. He had a major influence on orientalist thinking regarding the study of Islamic jurisprudence and Shari`a. Hardly was there an orientalist who followed him and was not influenced by his multiple theories about jurisprudence and the history of legislation .

Schacht's most insidious and significant theory related to Shari`a and jurisprudence may be the one pertaining to what he calls "conventional law." It is an expansive theory of the sources of Shari`a, which aims at ignoring the revelation as a the ultimate source of legislation and attempting to arrive at the legal rulings intended by the Legislator through independent reasoning and its instruments. Schacht's theory is based on a materialist ground as the source of the law; the justification for this attitude is to adapt fiqh to new developments in the world and to link jurisprudence and Shari`a to society and its material components. This rules out the principle of submission in the following of Shari`a legislations. This view separates jurisprudence from religion (revelation), giving it a more materialistic basis from which tenets are derived. In fact, he derives tenets from people's `Urf (customs and tradition) freely and without restrictions.

The expansive application of the implications of `Urf, to the extent of making it a system of its own, which Schacht calls "conventional law," includes the realization of two goals that involve the beginnings of Islamic legal studies and their future:

The first one is asserting that at the onset of Islam, the application of the principle of `Urf was a bridge through which tenets and regulations from pre-Islamic pagan customs, Roman, Greek, and Sassanid laws, as well as Torah legislations, considering that all of these systems were common local conventions in the Arabian Peninsula and its surroundings, passed to the Islamic legal system. Therefore, the Islamic legislation had based its tenets and regulations on these systems because they were local conventions.

The second one is asserting that convention, being a permanent source of legislation, should be employed by taking all that is commonplace throughout the Muslim-

inhabited regions in the world and integrating it into the tenets and the regulations of the jurisprudence, justifying this practice by claiming its conformity with the conventional Islamic law .

By achieving these two goals, the history of jurisprudence and its sciences melts into past religions and conventions, and their future is lost. Moreover, jurisprudence becomes a mixture of the customs and traditions of different systems and religions. After such distortion, labelling this mixture “Islamic jurisprudence” can hardly do any further harm.

For this purpose, Schacht imposed a certain view, which he called “conventional law,” in explaining the evolution and development of Islamic jurisprudence. This study reviews this orientalist view, demonstrating the huge difference between the concept of `Urf in Islam and Schacht’s view. In addition, it discusses Schacht’s theory by providing counter evidence, following an objective and scientific method. The researcher hopes this study clarifies the fact the Schacht’s view of `Urf contradicts the Islamic position and that it is not based on correct evidence or sound methodology.

Keywords: Urf , Denotative Considerations of `Urf, Urf in Islam, the principles of jurisprudence, Orientalism, orientalism and Islamic jurisprudence, orientalist Schacht, Orientalist Perspective.

تمهيد

الحمد لله وحده والصلاة والسلام على من لا نبي بعده، وبعد:

فمن المقرر لدى الفقهاء والأصوليين أن أدلة الأحكام في الإسلام هي القرآن الكريم والسنة النبوية، والإجماع، والاجتهاد بأدواته وشروطه ([1])، وهذا ما يعلمه المسلمون وما تنطق به مؤلفات الفقهاء والأصوليين على مدى التاريخ الطويل لعلم الفقه وأصوله وما حوته المذاهب الفقهية المعتبرة عند أهل السنة سواء في المطولات والموسوعات الفقهية أم في صغار المتون والمؤلفات.

إلا أن للعديد من المستشرقين - كما يعلم المطلع على النتاج الاستشراقي المتعلق بالفقه وعلوم الشريعة الإسلامية رؤى ونظريات لا تتفق مع الرؤية الإسلامية لأدلة الأحكام ومصادرها، ومن أبرز المستشرقين الذين كان لهم اهتمام وعناية خاصة بمسائل الفقه الإسلامي وما يرتبط به من قضايا المستشرق الألماني جوزيف شاخت والذي كان عامل تأثير بالغ في الفكر الاستشراقي المتعلق بعلوم الفقه والشريعة في الإسلام.

ولا يكاد أحد من المستشرقين من بعده يخرج عن دائرة تأثيره ونظرياته المتعددة حول الفقه وتاريخ التشريع، يقول تلميذه المستشرق الإنجليزي كولسون: (ما يزال النطاق الذي تم فيه ترجمة النظر الفقهي إلى واقع أمراً غامضاً إلى الحد الذي يشكل نقصاً خطيراً في معرفتنا بتاريخ التشريع الإسلامي.. وأن مفهوم التطور التاريخي للقانون كان غريباً وأجنبياً تماماً في الفهم التقليدي للشريعة،..

وقد دعا إلى مراجعة هذا الموقف التقليدي مراجعة جذرية في القرن الحالي تطوران مختلفان في طبيعتهما.. أولهما: إصدار يوسف شاخت بحثه عن أصول التشريع الإسلامي.. والذي أثبت فيه أن النظرية التقليدية للقانون الشرعي كان نتيجة عملية تاريخية معقدة استغرقت قريباً من ثلاثة قرون.. وقد توالت بعد ذلك أبحاث المستشرقين لتؤكد تلك الصلة الوثيقة بين نمو الفقه الإسلامي، وظروف الواقع الاجتماعية والسياسية والاقتصادية) ([2])، فرأى كولسون أن شاخت وأبحاثه تُعد تطورا عالج النقص الخطير في معرفة تاريخ التشريع الإسلامي وأن أبحاث المستشرقين من بعده انتهت إلى تأكيد ما قرره ودَوَّنه في أبحاثه ودراساته.

---

[1] - انظر: الرسالة، للإمام الشافعي، باب (الاختلاف في الجد) ص١٥٨، المكتبة التجارية بمصر.
وانظر: روضة الناظر وجنة المناظر، باب (في أدلة الأحكام) لابن قدامة المقدسي، ص٣٣، المطبعة السلفية بالقاهرة ١٣٨٥هـ.
وانظر: التحرير في أصول الفقه، لكمال الدين السيواسي الشهير بابن الهمام، الباب الثاني من المقالة الثانية (أدلة الأحكام) ص٢٩٦، طبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر ١٣٥١هـ.

[2] - تاريخ التشريع الإسلامي، للمستشرق كولسون، ترجمة د.محمد أحمد سراج، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر ببيروت عام ١٩٩٢م، الطبعة الأولى.

ولعل أهم وأخطر نظريات شاخت المرتبطة بالفقه والشريعة هي نظريته حول ما أسماه (القانون العرفي) تلك النظرية التوسعية لمصادر الشريعة وأدلة الأحكام والتي سعت لإلغاء فردية مصدرية الوحي ومحاولة الوصول لحكم الشارع من خلال الاجتهاد وأدواته وتوجهت إلى مصدرية أرضية مادية تحت ذرائع مسايرة الواقع ومواكبة التطور والمستجدات، وربط الفقه والشريعة بالمجتمع ومكوناته المادية، مما يلغي التعبدية في الامتثال للأحكام، ويقصي الفقه عن الدين (الوحي) ويجعله أقرب إلى المادية الأرضية التي استل منها أحكامه من خلال بوابة (العرف) والتي عمل على توسيعها وفتح مصراعيها.

وقد عرض شاخت نظريته هذه حول العرف في العديد من مؤلفاته، فقد تناول هذه القضية في مادة (أصول) والتي كتبها ونشرها بدائرة المعارف الإسلامية وكان ذلك من أسباب انتشار ورواج نظريته حول العرف، وقد نشرت هذه المادة ككتاب مستقل بعد ذلك بعنوان: (أصول الفقه)، كما عرض نظريته حول العرف في محاضراته الثلاث في تاريخ الفقه الإسلامي والتي ألقاها بالقاهرة ونشرتها مجلة المشرق عام ١٩٣٥م، ونشرت بعد ذلك ضمن مجموع جمعه الدكتور صلاح الدين المنجد باسم: (المنتقى من دراسات المستشرقين)، بالإضافة لكتابه ذائع الصيت (أصول الفقه المحمدي) هذا الكتاب الذي كان له تأثير بالغ على الدراسات الغربية المتعلقة بأصول الفقه الإسلامي، ولا يكاد باحث غربي يستغني عن هذا الكتاب، يقول الأستاذ الدكتور محمد مصطفى الأعظمي: (نشط البروفيسور شاخت وأمضى وقتا غير قليل، بل ربما كان أكثر من عشرة أعوام في البحث والتنقيب في معادن الأحاديث الفقهية، ونشر نتيجة بحوثه في كتابه الشهير "أصول الفقه المحمدي".. وصار هذا الكتاب منذ ذلك الحين "إنجيلا ثانيا" لعالم الاستشراق) ([1]).

وتنبثق الغرضية التوسعية في دلالة العرف، بل جعله نظاما في حد ذاته بمسمى (القانون العرفي) كما يسميه شاخت في تحقيق وتقرير هدفين مهمين يشملان بداية الدراسات الفقهية في الإسلام ومستقبلها، وهما:

أولا: تقرير أن العرف في بداية الإسلام كان بوابة لانتقال أحكام وأنظمة من الأعراف الجاهلية، والقانون الروماني، واليوناني، والساساني، وأحكام التوراة، وغيرها إلى التشريع الإسلامي على اعتبار أن كل هذه الأنظمة كانت شائعة في الجزيرة العربية وما حولها بحيث كانت تعد أعرافا محلية فبالتالي استفاد التشريع الإسلامي من كل هذه الأنظمة على اعتبارها أعرافا محلية، وشكَّل منها أحكامه وأنظمته.

[1] - دراسات في الحديث النبوي وتاريخ تدوينه، أ.د.محمد مصطفى الأعظمي، ص (ي)، طبعة المكتب الإسلامي ببيروت عام ١٩٨٠.

ثانيا: تقرير أن العرف باعتباره بوابة مشرعة مستدامة للاستدلال يلزم توظيفه والاستفادة منه بإدخال كل ما هو سائد في مختلف مناطق المسلمين في العالم إلى الأحكام والأنظمة الفقهية بتعليل الاستدلال أنه وفق قانون عرفي إسلامي.

وبتحقيق هذين الهدفين يذوب ماضي الفقه وعلومه في مختلف الأعراف والديانات السابقة، ويتفرق ويتشتت مستقبله، ويصبح خليطا من أعراف الأنظمة والديانات المختلفة ولا ضير في تسمية هذا المزيج بالفقه الإسلامي بعد أن تم تحريفه ومسخه.

والنتيجة التطبيقية العملية للرؤية الاستشراقية التي تبناها شاخت ومن وافقه من المستشرقين هي جعل العرف مصدرا ماديا لأحكام الإسلام ونظمه إلى جانب مصادر التشريع الإسلامي الأخرى المتمثلة في القرآن الكريم والسنة النبوية فتنسلخ بذلك ربانية المصدر وتهبط المصدرية إلى مادية الأعراف وما تتضمنها من مختلف التقاليد والنظم الوضعية.

الدراسات السابقة:

حظي المستشرق شاخت بسمعة علمية كبيرة واهتمام بحثي واسع نظراً لكثرة الجامعات التي تنقل بينها شرقا وغربا في حياته الأكاديمية التدريسية، إضافة لإتقانه العربية ولكونه أحد أهم كتاب ومحرري دائرة المعارف الإسلامية، مما جعل لآرائه ونظرياته حول الحديث النبوي والفقه الإسلامي رواجا واسع النطاق.

وقد تناول العديد من الباحثين دراسات شاخت ومؤلفاته ونظرياته بالتحليل والمناقشة والنقد، كما تناول العديد من الدارسين أيضا قضية العرف في الفقه الإسلامي بالدراسة والتحليل، ولعل أهم هذه الدراسات ما يلي:

أولاً: الدراسات المتعلقة بشاخت ونظرياته

١-أصول الفقه المحمدي للمستشرق شاخت (دراسة نقدية) للأستاذ الدكتور محمد مصطفى الأعظمي، نشرته مكتبة الرشد بالرياض عام ٢٠١٩، وتعد هذه الدراسة مرجعاً مهما لكل من يدرس أو يحلل آراء شاخت، وقد ركزت على نظرية شاخت حول الحديث النبوي كونه أحد أهم أصول الفقه ومصادره، ومسألة الإسناد وشرعيته واستخدامه في كتب السنة النبوية، بالإضافة إلى العديد من القضايا الفقهية كمكانة القانون في الإسلام، والقانون الإسلامي في القرن الهجري الأول، كل هذه القضايا وغيرها تناولها المؤلف بتوسع وتعمق وناقش آراء شاخت حولها، إلا أن هذه الدراسة لم تتطرق لموضوع هذا البحث المتعلق بقضية العرف عند شاخت.

٢-المستشرق شاخت والسنة النبوية، للأستاذ الدكتور محمد مصطفى الأعظمي، نُشر ضمن إصدار بعنوان: (مناهج المستشرقين في الدراسات العربية والإسلامية) أصدرته المنظمة العربية للتربية والثقافة والفنون عام ١٩٨٥م المجلد الأول،

وتقع هذه الدراسة في ٣٧صفحة، وقد تناول الدكتور الأعظمي في هذا البحث نشأة المدارس الفقهية القديمة، ونشأة حزب المعارضة حسب وصف شاخت، وموقف المعتزلة وموقف العراقيين وموقف المدنيين من السنة وفق تصور شاخت، ونظرية شاخت حول نمو الأحاديث الفقهية في عهد التدوين، وناقش كل ذلك بالأمثلة والتفصيل، إلا أنه لم يتطرق لقضية العرف ودلالته.

٣-المستشرقون ومصادر التشريع الإسلامي للدكتور عجيل النشمي، صدر عن المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب بدولة الكويت عام ١٤٠٤هـ، وقد تناول المؤلف في كتابه مصادر التشريع الإسلامي من وجهة النظر الاستشراقية، كما تناول ما سماه المصادر المادية للتشريع، يشير بذلك إلى المنظور الاستشراقي الذي يرى وجود مصادر مادية للشريعة، وجعل (العرف) أولى هذه المصادر المادية وقد تناول قضية العرف بشكل موجز من خلال منظور ثلاثة من المستشرقين هم شاخت وبيرل وجولدتسيهر، إلا أن حديثه عن المنظور الاستشراقي للعرف كمصدر مادي للشريعة من المنظور الاستشراقي داخله حديث عن العديد من القضايا الأخرى كقضية نظام الحسبة، ونظام المظالم، إضافة إلى دمجه قضية التوضيح والتأصيل للعرف في المنظور الإسلامي مع مناقشة المفهوم الاستشراقي للعرف، فضلا عن عدم الحديث عن العديد من القضايا المهمة التي بنى عليها شاخت نظريته للعرف في الإسلام، فعلى أهمية ما طرحه المؤلف إلا أن الموضوع يحتاج إلى التبويب والتوضيح كما يحتاج إلى التعمق في رؤية شاخت للعرف وتحليل الكثير من نصوصه التي تتحدث عن العرف ولم يتطرق لها هذا الكتاب.

٤-الزكاة عند شاخت والقراض عند يودفيتش دراسة وتقويم، للدكتور محمد أنس الزرقاء، نشر ضمن إصدار بعنوان: (مناهج المستشرقين في الدراسات العربية والإسلامية) أصدرته المنظمة العربية للتربية والثقافة والفنون عام ١٩٨٥م المجلد الثاني، وهو بحث في حوالي ٦٥ صفحة، وهو متعلق بمناقشة مقال شاخت حول الزكاة والذي نشر ضمن دائرة المعارف الإسلامية، كما ناقش منهجية شاخت في التعامل مع مسألة الزكاة، لكنه لم يتطرق لقضية العرف عند شاخت.

٥-الرد على مزاعم المستشرقين جولدتسيهر وشاخت ومن أيدهما من المستغربين، للدكتور عبدالله عبدالرحمن الخطيب، وهو بحث قُدم في ندوة مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف بعنوان: عناية المملكة العربية السعودية بالسنة والسيرة النبوية عام ١٤٢٥هـ، وقد تناول نظريات وآراء كل من جولدتسيهر وشاخت حول الحديث النبوي ولم يتطرق للقضايا الفقهية ولا لنظرية العرف لدى شاخت.

٦-آراء المستشرق جوزيف شاخت حول حجية السنة النبوية من خلال كتابه "أصول الشريعة المحمدية" لمحمد إبراهيم الخليفة بحث مكمل لدرجة الماجستير قُدم بقسم الاستشراق، بكلية الدعوة جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالمدينة المنورة عام ١٤١٧هـ والبحث في ٢٠٢ صفحة، وقد ركز على قضية حجية السنة متناولا آراء شاخت حولها والرد عليها، كما تطرق إلى بعض القضايا الفقهية كمسألة شمولية الشريعة، ودلالة السنة في تقرير الأحكام وغيرها، إلا أنه لم يتطرق لمسألة (العرف).

٧-العيوب المنهجية في كتابات المستشرق شاخت المتعلقة بالسنة النبوية، للدكتور خالد الدريس، تم نشره ضمن أبحاث ندوة مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف بعنوان: عناية المملكة العربية السعودية بالسنة والسيرة النبوية عام ١٤٢٥والبحث في ٦٩ صفحة، عرض فيه لأهم آراء شاخت المتعلقة بالسنة النبوية، كما تحدث عن أهم أخطائه وعيوبه المنهجية، ولم يتطرق لموقفه من العرف.

٨-منهجيتا شاخت وكولسون في دراسة الفقه الإسلامي دراسة تحليلية مقارنة، أ.أسماء فيصل مسلاتي وهو مشروع بحثي قُدم لنيل درجة الماجستير عام ١٤٤٢هـ بقسم الإستشراق بجامعة طيبة، وقد تناولت الباحثة المنطلقات المنهجية لشاخت، وطريقته في التعامل مع الأدلة المؤيدة والمعارضة بالإضافة للحديث عن منهجية كولسون، دون التعرض للحديث عن قضية العرف عند أحدهما.

٩- محاولات المستشرقَين شاخت وكولسون نزع الأصالة عن مصادر التشريع الإسلامي (دراسة نقدية مقارنة) للباحث دخيل الله سفر المطيري وهو مشروع بحثي قُدم لنيل درجة الماجستير عام ١٤٤٣هـ بقسم الاستشراق بجامعة طيبة، وقد أشرفت على هذا البحث ونال درجة التخصص، وقد تناول الباحث في بحثه مفهوم كلٍ من شاخت وكولسون لمصادر التشريع (القرآن الكريم، السنة النبوية، الإجماع، القياس) ولم يتطرق إلى غيرها من المسائل الفقهية كما لم يتناول في بحثه ما يتعلق بنظرية شاخت حول العرف.

١٠-الرؤية الاستشراقية للفقه الإسلامي في دور الإنشاء والتكوين عرض ونقد، د.مصطفى العماري الزائدي، نشرته مجلة الجامعة الأسمرية في يونيو ٢٠١٦ المجلد ٢٦ ويقع البحث في ٢٩ صفحة تناول فيه آراء مجموعة من المستشرقين حول الفقه الإسلامي في طور الإنشاء والتكوين وابتدأ بعرض رؤية شاخت لكنه لم يتطرق لقضية العرف.

ويلاحظ من الدراسات السابقة التي تعلقت بدراسة شاخت ونظرياته، أنها عنيت بنظرياته حول الحديث النبوي بالدرجة القصوى، وكانت عنايتها واهتمامها بنظرياته المتعلقة بالفقه وأصوله بدرجة أقل من عنايتها بنظرياته المتعلقة بالحديث النبوي، وبعض

دراسات نظرياته الفقهية كان من خلال الحديث عن أحاديث الأحكام التي تطرق لها شاخت.

ثانياً: الدراسات المتعلقة بقضية العرف في الفقه الإسلامي

وقد صدرت العديد من الدراسات التي تناولت العرف في الفقه الإسلامي، كموضوع بحثي دون التطرق إلى رأي شاخت أو غيره من المستشرقين ومن أهم هذه الدراسات ما يلي:

١١-العرف والعادة في رأي الفقهاء عرض نظرية في التشريع الإسلامي، وهي رسالة حصل بها مقدمها د.أحمد فهمي أبوسنة على درجة الدكتوراة بالأزهر، وطبعت بالأزهر عام ١٩٤٧، وقد جمع في هذه الرسالة العديد من التفصيلات الفقهية وفروع المسائل المتعلقة بالعرف في الفقه الإسلامي من مختلف مؤلفات الفقهاء، وعرضها بشكل تفصيلي، وتبويب وتنسيق جمع متفرقات فروع المسألة من كتب المذاهب الفقهية، إلا أنه لم يتطرق للمنظور الاستشراقي على أي شكل.

١٢-المدخل الفقهي العام، للدكتور مصطفى الزرقاء، وقد نشره دار القلم بدمشق، وهو كتاب يتحدث عن أصول الفقه والتشريع، وقد عقد في كتابه بابا خاصا سماه (نظرية العرف) زاد على ٨٠ صفحة، وضح فيه منشأ العرف وتعريفه وتقسيماته وشرائطه وأحكامه، وكيفية العمل إذا ما اصطدم بدليل شرعي، وتغير العرف بتغير الزمان والأحوال، إلا أنه لم يتطرق للمنظور الاستشراقي بوجه.

١٣- العرف وأثره في الفقه الإسلامي، للأستاذ الدكتور حسنين محمود حسنين الأستاذ بكلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات، ولم أقف على جهة نشر البحث، وقد تحدث في بحثه عن حجية العرف عند الفقهاء وتفصيل المقصود من ذلك وآراء العلماء في هذه المسألة وأدلتهم، ولم يتطرق أيضا للمنظور الاستشراقي.

١٤-أثر العرف في التشريع الإسلامي، للدكتور السيد صالح عوض، نشره دار الكتاب الجامعي بالقاهرة، والكتاب في ٦٤٩ صفحة، وقد تناول العرف في دراسته بتفصيل وتفريع وفق المنظور الإسلامي كما تناول اعتباره في الشريعة بالتفصيل، ولم يتطرق للمنظور الاستشراقي.

١٥-نظرية العرف، للدكتور عبدالعزيز الخياط ، نشر عام ١٩٧٧بمكتبة الأقصى بعمان، وهو بحث في ١٥١ صفحة تناول فيها العرف بتفصيل دقيق كما تناول تطبيقات العرف في الفقه الإسلامي، دون الإشارة للمنظور الإستشراقي.

١٦-العرف وأثره في الأحكام الفقهية (فقه العبادات في المذهب الحنبلي) دراسة تأصيلية تطبيقية، للأستاذ حمد يوسف المزروعي، نشرته مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الشرعية والقانونية بغزة عام ٢٠١٧، وهي دراسة في ٢٤

صفحة عني فيها الباحث بشكل مركز على التطبيقات الفقهية للعرف في كتب القواعد الفقهية وأثر ذلك في الأحكام الفقهية، دون الإشارة للمنظور الاستشراقي.

١٧-حقيقة العرف وحجيته بين الاستقلال والتبعية، علي محمد الجهيمي، نشر عام ٢٠٢٠ بمجلة البحوث الأكاديمية بجامعة مصراته، وهو بحث في ٢٥ صفحة، وقد تحدث فيه عن مفهوم العرف من منظور إسلامي والعلاقة بين العرف وما يشبهه كالعلاقة بينه وبين المصلحة، والعلاقة بينه وبين ما جرى عليه العمل، إضافة لحجية العمل بالعرف والآراء التفصيلية في ذلك، ولم يتطرق أيضا للمفهوم الاستشراقي.

١٨- نظرية ابن عابدين حول العرف وتغير الأحكام الفقهية للدكتور، د.وائل حلاق وهو فصل ضمن كتابه مقالات في الفقه، ترجمة د. فهد الحمودي، طبعته الشبكة العربية للأبحاث والنشر ببيروت عام ٢٠١٤، وتقع هذه الدراسة في حوالي ٣١ صفحة، وقد سعى د.حلاق فيها إلى تبني نفس وجهة شاخت على نطاق أضيق وأسلوب أقل صراحة، ملصقا ذلك بابن عابدين من خلال توظيف بعض نصوصه وتحميلها ما لا تحتمله، فدراسته هي نوع من الترديد لوجهة نظر شاخت.

جوزيف شاخت وحياته العلمية: (١٩٠٢-١٩٦٩)

ولد المستشرق الألماني جوزيف شاخت Joseph Schacht عام ١٩٠٢ في راتيبور Ratibor بألمانيا، ودرس الفيلولوجيا الكلاسيكة واللاهوت واللغات الشرقية في جامعتي برسلاو وليبتسك، وحصل من جامعة برسلاو على الدكتوراة الأولى عام١٩٢٣.

وبعد أن حصل على دكتوراة في التأهيل للتدريس بالجامعة عين مدرساً في جامعة فرايبورج (جنوب غرب ألمانيا) عام ١٩٢٥، وفي عام ١٩٢٩ صار أستاذ كرسي، وفي عام ١٩٣٢ انتقل إلى جامعة كينجسبرج، ثم في عام ١٩٣٤ انتدب للتدريس في الجامعة المصرية (جامعة القاهرة حاليا) واستمر بها إلى عام ١٩٣٩ حيث انتقل إلى بريطانيا وهناك عاد وحصل على الماجستير عام ١٩٤٨، ثم الدكتوراة عام ١٩٥٢ من جامعة أكسفورد.

ثم ترك بريطانيا عام ١٩٥٤ حيث عين أستاذا في جامعة ليدن بهولندا واستمر بها إلى عام ١٩٥٩ وهناك اشترك في الإشراف على الطبعة الثانية من (دائرة المعارف الإسلامية)، وفي خريف عام ١٩٥٩ انتقل إلى نيويورك حيث عين أستاذا في جامعة كولومبيا واستمر في هذا المنصب إلى أن توفي عام ١٩٦٩م.

أما مؤلفاته وأبحاثه فهي كثيرة ومتنوعة، ومنها ما هو دراسة مخطوط، ومنها ما هو تحقيق علمي، ومنها ما هو دراسة علمية، ومنها المقال، ومنها النشرة ونحو ذلك، وقد تنوعت أيضا في مختلف العلوم والفنون، وأبرزها ما يلي:

أولا: في العلوم التطبيقية

كان له إسهام في العلوم التطبيقية فقد تعاون مع مايرهوف في نشر: "رسالة جالينوس في الأسماء الطبية" من ترجمة حنين بن إسحاق، و"مناظرة طبية فلسفية بين ابن بطلان البغدادي وابن رضوان المصري" ١٩٣٧، كما له مقال بعنوان: "موسى بن ميمون في مواجهة جالينوس" ١٩٣٧، وآخر بعنوان: "ابن النفيس وسرفت وكولمبو" ١٩٥٧، وغيرها.

ثانيا: في العقائد والعلوم الدينية

ألف في العقائد "الإسلام" عام ١٩٣١ ضمن مجموعة باسم: "متون في تاريخ الأديان"، كما نشر رسالة "رد موسى بن ميمون القرطبي على جالينوس في الفلسفة والعلم الإلهي" عام ١٩٤٩، ومقالا بعنوان: "مصادر جديدة تتعلق بتاريخ علم الكلام الإسلامي" عام ١٩٥٣، كما كتب "الإسلام في شمال نيجيريا" عام ١٩٥٧، و"مغزى المنبر" عام ١٩٥٧، و"تعبير عن سنة محمد" نشرت ضمن منوعات هنري باسه عام ١٩٦٣، وكتاب "العالم والمتعلم" عام ١٩٦٤، و"الإسلام في شرق إفريقيا" عام ١٩٦٥، كما نشر بالتعاون مع مايرهوف "الرسالة الكاملية في السيرة النبوية" لابن النفيس.

ثالثا: في الفقه والشريعة

نشر كتاب "الحيل والمخارج" للخصاف عام ١٩٢٣، وكتاب "الحيل في الفقه" لأبي حاتم القزويني عام ١٩٢٤، وكتاب "إذكار الحقوق والرهون" في الفترة بين عامي ١٩٢٦-١٩٢٧، وكتاب "الشفعة" للطحاوي بين عامي ١٩٢٩-١٩٣٠، وكتاب "المخارج في الحيل" للشيباني عام ١٩٣٠، و"اختلاف الفقهاء" للطبري هام ١٩٣٣، وبوّب أحكام الشريعة الإسلامية على المذهب الحنفي لبرجشتراسر عام ١٩٣٥، و"ثلاث محاضرات في تاريخ الفقه الإسلامي" عام ١٩٣٥، كما كتب مقالاً بعنوان: "الشريعة والقانون في مصر الحديثة: إسهام في مسألة التجديد الإسلامي" ومقالاً بالفرنسية بعنوان: "التطور الحديث للشريعة الإسلامية في مصر" في الفترة بين عامي ١٩٣٥-١٩٤٠، ونشر "إعادة النظر في أحاديث الأحكام" عام ١٩٤٩، و"الأحكام الصحيحة في الدور الأول للفقه الإسلامي" عام ١٩٥٠، و"الأحكام العجمية في الدور الأول للفقه الإسلامي"، و"الفقه الإسلامي وعلم الاجتماع"، و"ملاحظات في أحكام الوقف القديمة"، كما كتب مقالات عديدة في مسائل جزئية في الفقه الإسلامي.

كما له كتاب "أصول الفقه المحمدي" وقد دون في مقدمته أنه كتبه عام ١٩٤٨، وقد نُشر بالعربية بترجمة أ.رياض الميلادي و أ.وسيم كمّون ومراجعة د.عبدالمجيد الشرفي عام ٢٠١٨ بدار المدار الإسلامي ببيروت.

ويرى د. د.عبدالرحمن بدوي أن الميدان الحقيقي الذي برز فيه شاخت هو تاريخ الفقه الإسلامي، وأهم أعماله في هذا الباب كتابه الرئيسي "بداية الفقه الإسلامي" أكسفورد ١٩٥٠ ويقع في ٣٥٠ صفحة، ويتلوه في الأهمية كتيب صغير بعنوان: "مخطط تاريخ الفقه الإسلامي" نشر في باريس بالفرنسية ١٩٥٣، كما ألف (مدخلا إلى الفقه الإسلامي" في ٣٠٤ صفحة ([1]).

وفي دائرة المعارف الإسلامية أسندت له كتابة العديد من المواد الفقهية فكتب مادة شريعة، ومادة قتل، وميراث، نكاح، طلاق، زكاة، أصول، وقد نشرت مادة (أصول) بالعربية بعنوان: (أصول الفقه) بترجمة أ.إبراهيم خورشيد ود.عبدالحميد يونس وأ.حسن عثمان وتعليقات الأستاذ أمين الخولي عام ١٩٨١ بدار الكتاب اللبناني، وقد تضمنت هذه المادة أهم وأبرز أقوال ونظريات شاخت المتعلقة بالعرف في الفقه الإسلامي، إضافة لمحاضراته الثلاث التي نشرتها مجلة المشرق عام ١٩٣٥كما سبق الإشارة إليه بنوع من التفصيل في التمهيد.

قال عنه الدكتور عبدالرحمن بدوي: (كان شاخت حريصا على الدقة العلمية في عرض المذاهب الفقهية، وفي دراسة أمور الفقه بعامة، مبتعداً عن النظريات العامة والآراء الافتراضية.. ولهذا كانت دراسات ومؤلفات شاخت أبقى أثراً وأقرب إلى التحقيق العلمي، وأوثق وأجدى) ([2]) إلا أن العديد من الباحثين الذين ناقشوا نظرياته يختلفون مع الدكتور بدوي في ذلك، كما هو حال هذا البحث.

وقد ساهم تنقله بين مختلف جامعات العالم، إضافة لكثرة مؤلفاته وأعماله العلمية في ذيع صيته وانتشار آرائه انتشارا واسعاً ([3]).

---

١ - موسوعة المستشرقين، عبدالرحمن بدوي، ص٣٦٦، المؤسسة العربية للدراسات والنشر ببيروت عام ٢٠١٥، الطبعة الخامسة.

٢ - موسوعة المستشرقين، عبدالرحمن بدوي، ص٣٦٦ "مرجع سابق".

٣ - انظر في ترجمته: موسوعة المستشرقين، عبدالرحمن بدوي، ص٣٦٦ "مرجع سابق".
المستشرقون، للعقيقي (٤٦٩/٢) دار المعارف، الطبعة الرابعة.
وانظر في آثاره ومؤلفاته آخر ما نشره شاخت في مجلة المشرق عام ١٩٣٥ المجلد(٣٣) بعنوان: "ثلاث محاضرات في تاريخ الفقه الإسلامي" ونشر أيضا ضمن مجموع بعنوان: المنتقى من دراسات المستشرقين، جمع د.صلاح الدين المنجد، دار الكتاب الجديد ببيروت، دون الإشارة لتاريخ النشر.

المبحث الأول

العرف في الشريعة والفقه الإسلامي

العرف لغة:

ذكر أصحاب المعاجم اللغوية للعرف في اللغة معانٍ عديدة، تقود المطالع إلى المعنى الاصطلاحي وتقربه إليه، فمن ذلك يقول ابن منظور: (العرف الاسم من الاعتراف، والمعروف ضد المنكر، والعرف ضد النُّكر.. والمعروف كالعرف.. وهو كل ما تعرفه النفس من الخير وتطمئن إليه) ([1]).

ويقول صاحب المصباح المنير: (أمرت بالعرف أي بالمعروف وهو الخير والرفق والإحسان) ([2]).

كما جاء في معجم ألفاظ القرآن الكريم الصادر عن مجمع اللغة العربية بالقاهرة: (المعروف والعرف أي المستحسن ضد المنكر) ([3]).

العرف اصطلاحاً:

ذكرت نصوص الكتاب والسنة العرف ومعانيه في مواضع عديدة، فمن ذلك قوله تعالى: ﴿خُذِ ٱلۡعَفۡوَ وَأۡمُرۡ بِٱلۡعُرۡفِ وَأَعۡرِضۡ عَنِ ٱلۡجَٰهِلِينَ ١٩٩﴾ [سورة الأعراف الآية١٩٩]، يقول الزمخشري رحمه الله في تفسير هذه الآية: (والعرف المعروف والجميل من الأفعال) ([4])، كذلك قوله سبحانه: ﴿وَعَلَى ٱلۡمَوۡلُودِ لَهُۥ رِزۡقُهُنَّ وَكِسۡوَتُهُنَّ بِٱلۡمَعۡرُوفِۚ لَا تُكَلَّفُ نَفۡسٌ إِلَّا وُسۡعَهَاۚ﴾[سورة البقرة الآية ٢٣٣]، يقول ابن الجوزي رحمه الله في تفسير هذه الآية: (وفي الآية دليل على تسويغ اجتهاد الرأي في أحكام الحوادث، إذ لا يتوصل إلى تقدير النفقة بالمعروف إلا من جهة غالب الظن، إذ هو معتبر بالعادة) ([5]).

---

[1] - لسان العرب، ابن منظور (١٤٤/١١) الطبعة الميرية بمصر عام ١٣٠١هـ، الطبعة الأولى.

[2] -المصباح المنير، أحمد المقري الفيومي، ص٤٨١، الطبعة الأميرية بمصر عام ١٩٠٣م، الطبعة الأولى.

[3] - معجم ألفاظ القرآن الكريم الصادر عن مجمع اللغة العربية بالقاهرة، (٢١٤/٤) طبع الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية ١٩٩٦م.

[4] - الكشاف عن حقائق التنزيل، الزمخشري (٥٢٢/١) المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق عام ١٣١٨هـ، الطبعة الثانية.

[5] - زاد المسير في علم التفسير، لابن الجوزي (٢٧٢/١) طبع المكتب الإسلامي ببيروت عام١٩٨٧م، الطبعة الرابعة.

كما ورد في السنة النبوية حديث هند بنت عتبة عندما قالت للنبي ﷺ: إن سفيان رجل شحيح، فهل علي جناح أن آخذ من ماله سرا؟ قال: (خذي أنت وبنوك ما يكفيك بالمعروف) ([١]) قال القسطلاني في شرح الحديث: (وهو عادة الناس) ([٢])

وكذلك حديث جابر بن عبدالله رضي الله عنه المطول وقد ذكر فيه قول النبي ﷺ: (ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف) ([٣]).

وقد عَرَّف الفقهاء العرف بالعديد من التعريفات، كما عرف الفقه الإسلامي (العُرف) في العديد من المسائل الفقهية المدونة في كتب الفقه الإسلامي، ومن أقدم ما ورد في تعريف العرف بمفهومه العام عند الفقهاء تعريف حافظ الدين عبدالله النسفي (ت٧١٠)، فيقول: (العرف والعادة: ما استقر في النفوس من جهة قضايا العقول، وتلقته الطباع السليمة بالقبول)([٤]).

كما عرف الجرجاني (ت٨١٦) العرف بقوله: (العرف ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول وتلقته الطبائع بالقبول وهو حجة أيضا لكنه أسرع إلى الفهم وكذا العادة، وهي ما استمر الناس عليه على حكم العقول وعادوا إليه مرة بعد أخرى) ([٥]).

ويعرفه د.أحمد فهمي أبو سنة بأنه: (الأمر الذي اطمأنت إليه النفوس وعرفته وتحقق في قرارتها وألفته مستندة في ذلك إلى استحسان العقل، ولم ينكره أصحاب الذوق السليم في الجماعة)([٦])، ويرى أبو سنة أن بين العرف والعادة عموم وخصوص، فالعادة

---

[١] - الجامع الصحيح، للبخاري، كتاب البيوع، باب (٩٥) من أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون بينهم، حديث ٢٢١١، ص٤٥٥، دار الأرقم ببيروت، دون الإشارة لتاريخ نشر.

[٢] - إرشاد الساري لشرح صحيح البخاري، للقسطلاني (١٠٨/٤) طبعة بولاق عام ١٢٨٨هـ، الطبعة الرابعة.

[٣] - صحيح مسلم، كتاب الحج، باب (١٩) حجة النبي ﷺ، حديث ١٢١٨، ص٤٩٠، دار الكتاب العربي ببيروت ٢٠٠٤م، الطبعة الأولى.

سنن أبي داود، كتاب المناسك، باب (٥٧) صفة حجة النبي ﷺ، حديث ١٩٠٥، ص٣٠٨، دار الكتب العلمية ببيروت ٢٠٠١م، الطبعة الأولى.

[٤] - المستصفى، حافظ الدين النسفي، باب الأذان (٤٢٥/١) تحقيق أحمد بن محمد سعد الغامدي، رسالة دكتوراه بكلية الشريعة بجامعة أم القرى عام ١٤٣١هـ.

٥ - التعريفات، للجرجاني، ص١٤٩، طبع دار الكتب العلمية ببيروت عام ١٩٨٣م، الطبعة الأولى.

[٦] - العرف والعادة في رأي الفقهاء، د.أحمد فهمي أبو سنة، ص٨، مطبعة الأزهر ١٩٤٧م.

أعم والعرف أخص على تفصيل استند فيه لرأي القرافي ورأي ابن أمير حاج لا يسع المقام لتفصيله ([1]).

منشأ العرف:

إن أي عمل يعمله الإنسان لابد له من باعث يبعث للقيام به ويحفزه نحوه، فإذا ما أنفذ الإنسان هذا الباعث الذي يراه ملحاً وملبياً لحاجته، ثم كرره مرة بعد مرة، ثم اعتاد على هذا التكرار وشاهده آخرون فاستحسنوه وقلدوا وكرَّروا ذلك كلما عرض عليهم ذات الباعث، فإن هذا العمل يصبح عادة وعرفا يتعارفه الناس، ويصبح لهذا العرف قوة ومكانة في النفوس تقدره وتلجأ إليه سواء كان ما تعارفوا عليه صحيحا أم باطلاً.

وهذا أمر شهده التاريخ الإنساني عند مختلف الأمم، وأصبح لديها أعراف يعتدون بها، وهي لديهم بمثابة القانون العام الذي لا حياد عنه، فهي سلطان على النفوس وحكم على العقول، متى ما ترسخت فإنه يصعب مخالفتها أو إزالتها، بل إن الرسل عليهم الصلاة والسلام عانوا من أقوامهم أشد المعاناة في سبيل إزالة بعض الأعراف الفاسدة، كعبادة الأصنام أو التعلق بالنجوم أو الذبح لغير الله، وكذلك وأد البنات عند بعض الأمم.

والناس على مر العصور في حاجة ملحة لقانون ينظم علاقاتهم وتصرفاتهم ويوضح حقوقهم وواجباتهم، وبدون قانون أو نظام لا يستقيم الأمر لأي مجتمع إنساني، وجميع المجتمعات الإنسانية أقرت العمل بالعرف إما اتفاقا وإما قانونا وتشريعاً، ولأن الشريعة الإسلامية جاءت لتلبي حاجة الإنسان للنظام ولتنظم حياته وعلاقاته، كما يقول الشاطبي رحمه الله: (ثبت أن الشارع قد قصد بالتشريع إقامة المصالح الأخروية والدنيوية، وذلك على وجه لا يختل لها به نظام.. [إلى أن يقول] المصالح المجتلبة شرعا والمفاسد المستدفعة إنما تعتبر من حيث تُقام الحياة الدنيا للحياة الأخرى، لا من حيث أهواء النفوس في جلب مصالحها العادية) ([2])، لذلك كان للعرف في الفقه الإسلامي مكانة واعتبار، إلا أن هذا الاعتبار كان له ضوابط وشروط للأخذ به كأن لا يخالف ما دعت إليه الشريعة وألا يعطل نصا صريحا وأن يكون عرفا صحيحاً لا فاسداً، ونحو ذلك مما سيأتي بيانه وتفصيله ([3]).

---

[1] - العرف والعادة في رأي الفقهاء، د.أحمد فهمي أبو سنة، ص١٣ "مرجع سابق"، كما ذهب الدكتور مصطفى الزرقاء لنفس الرأي، انظر: المدخل الفقهي العام، د.مصطفى الزرقاء (٨٧٤/٢) دار القلم بدمشق عام ٢٠٠٤م، الطبعة الثانية.

[2] - الموافقات، للشاطبي، (كتاب المقاصد، النوع الأول في بيان قصد الشارع في وضع الشريعة) (٣٧/٢) المكتبة التجارية بمصر عام ١٩٧٥م، الطبعة الثانية.

[3] - انظر: المدخل الفقهي العام، د.مصطفى الزرقاء، (٨٦٧/٢) "مرجع سابق"، وانظر: نظرية العرف، د.عبدالعزيز الخياط، ص٣، مكتبة الأقصى بالأردن عام١٩٧٧م، وانظر كذلك: أثر العرف في التشريع الإسلامي، د.السيد صالح عوض، ص١٦، دار الكتاب الجامعي بالقاهرة دون الإشارة إلى تاريخ نشر.

ولاعتبار العرف في الإسلام نهج يختلف عن سائر القوانين والأنظمة إذ للإسلام أصول يستمد منها أحكامه، وهذه الأصول تمثل مصادر الاستدلال، وهي: القرآن الكريم وهو وحي من عند الله لفظا ومعنى، والسنة النبوية وهي وحي من الله واللفظ من النبي ﷺ، لقوله سبحانه: ﴿وَمَا يَنطِقُ عَنِ ٱلْهَوَىٰٓ ۝٣﴾ [سورة النجم الآية٣]، فهذين المصدرين وحي من عند الله صاحب الشريعة، وبذلك اكتسبت الشريعة سمة ربانية المصدر.

كما أن من مصادر الأحكام الفقهية الإجماع والقياس وهي عمل بشري لكنه في ضوء المصدرين السابقين وضمن هديهما، يقول ابن قدامة رحمه الله: (الأصول أربعة: كتاب الله وسنة رسوله ﷺ والإجماع ودليل العقل المبقي على النفي الأصلي.. وأصل الأحكام كلها من الله سبحانه، إذ قول الرسول ﷺ إخبار عن الله بكذا، والإجماع يدل على السنة) ([1]).

وللعرف في الفقه الإسلامي اعتبار في كثير من الأحكام الشرعية العملية بين الناس في مختلف الأبواب الفقهية، لما له من سلطان في الاجتهاد والاستنباط، وقلما يوجد باب من أبواب الفقه لا يكون للعرف فيه تأثير في تفصيلات أحكامه، ففي باب الجرائم والعقوبات على سبيل المثال إنما يعتبر من القول جرما وتعديا ما كان في عرف الناس إهانة وتعدياً، والعقوبة التعزيرية ذاتها إنما تقدر بالقدر الذي يقع في عرف العقلاء رادعا وزاجرا.

وكذلك في أبواب العقود والإقرار والحلف والطلاق إنما يحمل كلام المتكلم على لغته وعرفه، فيرتبط الحكم بالمعاني المقصودة في العرف حين التكلم وإن خالفت المعاني الحقيقية التي وضع لها اللفظ في أصل اللغة ([2])، يقول ابن القيم رحمه الله: (كل دعوى يكذبها العرف وتنفيها العادة فإنها مرفوضة غير مسموعة، قال الله تعالى: (وأمر بالعرف) وقد أوجبت الشريعة الرجوع إليه عند الاختلاف في الدعاوى كالنقد والحمولة والسير وفي الأبنية، ومعاقد القمط ووضع الجذوع على الحائط وغير ذلك، قالوا ومثل ذلك أن تأتي المرأة بعد سنين متطاولة تدعي على الزوج أنه لم يكسها في شتاء ولا صيف ولا أنفق عليها شيأً ألبتة فهذه الدعوى لا تُسمع لتكذيب العرف والعادة لها) ([3]).

---

[1] - روضة الناظر وجنة المناظر، ابن قدامة المقدسي، (باب في أدلة الأحكام) ص٣٣ "مرجع سابق".

[2] - انظر: المدخل الفقهي العام (٨٧٩/٢)، وانظر: نظرية العرف، د.عبدالعزيز الخياط ص٣٩ "مرجع سابق".

[3] - الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، ابن قيم الجوزية، (فصل في مذهب أهل المدينة في الدعاوى) ص٨٨، مطبعة الآداب والمؤيد بمصر عام ١٣١٧هـ.

وكل ذلك إنما هو امتثال لما ورد في الشرع من نصوص تؤكد مراعاة العرف واعتباره في تقدير الأحكام والواجبات والحقوق، فمن ذلك قوله تعالى: ﴿ لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُ ﴾ [سورة الطلاق من الآية٧]، يقول القرطبي رحمه الله في شرح هذه الآية: (تقدر النفقة بحسب الحالة من المنفق والحاجة من المنفق عليه بالاجتهاد على مجرى العادة) ([1]).

كذلك قوله سبحانه: ﴿ وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِى عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾ [سورة البقرة من الآية٢٢٨]، يقول الشيخ السعدي رحمه الله: (ومرجع الحقوق بين الزوجين إلى المعروف، وهو: العادة الجارية في ذلك البلد، وذلك الزمان من مثلها لمثله) ([2]).

كذلك حديث هند بنت عتبة -المتقدم ذكره- عندما قالت للنبي ﷺ: إن سفيان رجل شحيح، فهل علي جناح أن آخذ من ماله سرا؟ قال: (خذي أنت وبنوك ما يكفيك بالمعروف) ([3]) قال القسطلاني في شرح الحديث: (وهو عادة الناس) ([4])

يقول الشاطبي رحمه الله: (العوائد الجارية ضرورية الاعتبار شرعاً، كانت شرعية في أصلها أو غير شرعية، أي سواء كانت مقررة بالدليل شرعاً أمراً أو نهياً أو إذناً أم لا.

أما المقررة بالدليل فأمرها ظاهر، وأما غيرها فلا يستقيم إقامة التكليف إلا بذلك، فالعادة جرت بأن الزجر سبب الانكفاف عن المخالفة، كقوله تعالى: (ولكم في القصاص حياة) فلو لم تعتبر العادة شرعا لم ينحتم القصاص ولم يشرع، إذ يكون شرعاً لغير فائدة) ([5]).

ويقول السيوطي رحمه الله: (قال الفقهاء: كل ما ورد به الشرع مطلقا، ولا ضابط له فيه، ولا في اللغة، يُرجع فيه إلى العرف.

---

[1] - الجامع لأحكام القرآن، القرطبي (١٧٠/١٨) دار الكتب المصرية ١٩٤٩م، الطبعة الأولى.

[2] - تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان، الشيخ عبدالرحمن بن ناصر آل سعدي، ص٧٨، المكتبة العصرية بصيدا ٢٠٢٠م.

[3] - الجامع الصحيح، للبخاري، كتاب البيوع، باب (باب من أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون بينهم في البيوع والإجارة والمكيال والوزن الخ) حديث ٢٢١١، ص٤٥٥ "مرجع سابق".

[4] - إرشاد الساري لشرح صحيح البخاري، للقسطلاني، (باب من أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون بينهم في البيوع والإجارة والمكيال والوزن الخ) (١٠٨/٤) "مرجع سابق".

[5] - الموافقات في أصول الشريعة، للشاطبي، (المسألة الخامسة عشرة: العوائد الجارية) (٢٨٦/٢) "مرجع سابق".

ومثلوه بالحرز في السرقة وتفرق البيع، والقبض، ووقت الحيض وقدره، والإحياء، والاستيلاء في الغصب..) ([١]).

فنجد الفقهاء في جميع المذاهب قد اعتبروا العرف وصرحوا بالأخذ به، يقول القرافي رحمه الله: (أما العرف فمشترك بين المذاهب، ومن استقرأها وجدهم يصرحون بذلك فيها) ([٢]).

إلا أن اعتبارهم للعرف لم يكن بابا مشرعاً قائما بذاته في الاستدلال، وإنما اعتبروا العرف في مثل تقرير ضوابط ما أجمله النص، أو تفسير المراد من النص، أو بيان مقدار ما ورد في نص شرعي، وقعدوا في مسألة العرف بعض القواعد الفقهية التي تعتبر سلطانا وحجة بناء على النص ومقاصد الشريعة، فمن تلك القواعد: العادة محكمة، والمعروف عرفاً كالمشروط شرطا، والمعروف بين التجار كالمشروط بينهم، وغيرها مما ورد في كتب القواعد الفقهية والأصول ([٣]).

لكنهم لم يعتبروا العرف دليلا قائما بذاته، ولا بابا مشرعاً للاستدلال، وإنما اعتبروه مستنِدا لنص، أو مقصد شرعي، أو إجماع، يقول د. فهمي أبو سنة رحمه الله عن حجية العرف: (لم تقم من الشرع حجة على اعتباره، وهو لا يكون دليلا على الأحكام إلا باعتبار الشارع له.. ومن القضايا التي لا يختلف فيها مسلمان أنه لا حاكم إلا الله رب العالمين، فليس العقل بحاكم، وليس العرف منشئاً للأحكام) ([٤]).

وقد وضع الفقهاء للعرف شروطا وضوابط لابد من تحقيقها حتى يصح اعتبار الأخذ بالعرف، وهي:

١-أن يكون العرف مطرداً أو غالباً.
٢-أن يكون العرف المراد تحكيمه في التصرفات قائماً عند إنشائها.

---

[١] - الأشباه والنظائر، للسيوطي، (المبحث الخامس كل ما ورد به الشرع مطلقا..) ص٩٨، مطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر عام ١٩٥٩م.

[٢] - تنقيح الفصول، للقرافي، (الباب العشرون: في جمع أدلة المجتهدين وتصرفات المكلفين) ص٣٥٣، دار الفكر ببيروت ٢٠٠٤م.

وقد رأى بعض الفقهاء عدم اعتبار العرف كأبي الحسين البصري في كتابه المعتمد، والآمدي في الإحكام، وابن الحاجب في مختصر المنتهى، إلا إنهم يعتبرون العرف لا على أساس أنه حجة وإنما يأخذون به في مباحث التخصيص والقواعد الفقهية. انظر العرف وأثره في الفقه الإسلامي، أ.د.حسنين محمود حسنين، ص١٨ "مرجع سابق"، وانظر المعتمد لأبي الحسين البصري، بعناية وتحقيق محمد حميد الله (٣٠١/١) طبعة المعهد العلمي الفرنسي للدراسات العربية بدمشق عام ١٩٦٤ ، والإحكام في أصول الأحكام للآمدي (٤٠٧/٢) دار الصميعي بالرياض عام ٢٠٠٣م، الطبعة الأولى، ومختصر المنتهى الأصولي، لابن الحاجب، ص١٣٦، مطبعة كردستان العلمية بمصر عام ١٣٢٦هـ.

[٣] - انظر: نظرية العرف، د.عبدالعزيز الخياط، ص٤٤ "مرجع سابق"،

[٤] - العرف والعادة في رأي الفقهاء، د.فهمي أبو سنة، ص٣٠ "مرجع سابق".

٣-ألا يعارض العرفَ تصريحٌ بخلافه.
٤-ألا يعارض العرفَ نصٌ شرعي بحيث يكون العمل بالعرف تعطيلاً له()[١].

فلم يكن اعتبار الفقهاء للعرف سداً لفراغ تشريعي، لأن الشريعة بمبادئها وأصولها وقواعدها وتفصيلات أحكامها شاملة جميع أحوال حياة الإنسان وعلاقاته وحقوقه وواجباته، كما أخبر سبحانه: ﴿ٱلْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ﴾ [سورة المائدة من الآية ٣]، وإنما كان اعتبار العرف في نحو تعيين المراد من النص، أو بيان مقدار ما ورد في نص شرعي، أو إقرار ضوابط ما أجمله النص، ونحو ذلك.

وقد أكد الفقهاء والأصوليون من المعاصرين والمتقدمين أن أي عرف يتعارض من النص الشرعي فإنه لا يعتد به، يقول د.مصطفى الزرقا: (إذا كان العرف مخالفاً لبعض الأدلة الشرعية من نصوص الشريعة أو قواعدها أو أصولها، فالمبدأ العام الذي يُستخلص من كلام الفقهاء الباحثين إجمالاً هو أنه: إذا ترتب على العمل بالعرف تعطيل لنص شرعي أو أصل قطعي في الشريعة لم يكن عندئذٍ للعرف اعتبار، لأن نص الشارع مقدم على العرف.

وأما إذا لم يترتب على العرف هذا التعطيل، بل كان العرف مما يمكن تنزيل النص الشرعي عليه أو التوفيق بينهما فالعرف عندئذ معتبر، وله سلطان محترم) ([٢]).

وعلى هذه الشروط والضوابط أخذ الفقهاء باعتبار العرف الصحيح -وسيأتي بيان تقسيم العرف إلى صحيح وفاسد- في المجالات المشار إليها وما يماثلها، وهذا الاعتبار الدلالي في ضوء ما أشارت له نصوص الشريعة يعد من التيسير الذي تقصد إليه الشريعة، كما هو عامل مواءمة واستدامة لتحقيق متطلب المتغيرات والمستجدات في حياة الإنسان.

أقسام العرف:

للعرف أقسام متعددة لاعتبارات مختلفة، فيقسم إلى عرف عام وعرف خاص، أو إلى عرف قولي وآخر فعلي، أو عرف صحيح وآخر فاسد.

فالعرف باعتبار العموم والخصوص ينقسم إلى عام وهو ما يشترك فيه غالب الناس في جميع البلاد على اختلاف أزمانهم وبيئاتهم مثل بيع المعاطاة والاستصناع

---

[١] - المدخل الفقهي العام، د.مصطفى الزرقا، (٨٩٧/٢) "مرجع سابق"، وانظر: نظرية العرف عند الفقهاء، د.عبدالعزيز الخياط، ص٥٢ "مرجع سابق"، وانظر كذلك: العرف والعادة في رأي الفقهاء، د.أحمد فهمي أبو سنة، وقد زاد عليها شرط أن يكون العرف عاما في جميع بلاد الإسلام، وشرط أن يكون العرف ملزما، وأن لا يوجد عمل أو قول يفيد عكس مضمونه، ص٥٦"مرجع سابق".

[٢] - المدخل الفقهي العام، د.مصطفى الزرقا (٩٠٢/٢) "مرجع سابق".

وتأجيل جانب من مهر النساء، ومثل السماح بشرب الإنسان والدواب من جداول المياه المملوكة.

أما الخاص فهو العرف الذي يختص ببلد أو فئة من الناس دون أخرى مثل عرف التجار فيما يعد عيبا في السلع وما لا يعد عيب، ومثل انطباق أجرة عمل اليوم من طلوع الشمس لغروبها أو على ساعات محددة، ومثل اعتبار سَنة التأجير بالهجرية أو الميلادية.

كذلك ينقسم العرف بحسب استعمال الألفاظ المتعارف عليها في بعض المعاني إلى عرف قولي وعرف فعلي.

فالعرف القولي أو اللفظي هو ما شاع بين الناس في استعمال ألفاظ في معانٍ خاصة تختلف عن مدلولاتها اللغوية، كإطلاق لفظ (الولد) على المذكر بينما تطلق في اللغة على المذكر والمؤنث، وكاستعمال لفظ (الدراهم) عل جميع النقود الرائجة كالدنانير والقروش وأنواع الفلوس بينما هي في اللغة تقتصر على المسكوك بالفضة.

أما العرف الفعلي فهو ما اعتاده الناس من الأفعال العادية والمعاملات، كالتعارف على أن يكون توصيل الأغراض إلى البيت على البائع، وتعيين أوقات الراحة للعامل، وتقسيط الأجور السنوية ([1]).

كما أن العرف باعتبار الصحة والفساد نوعان، عرف صحيح وعرف فاسد

فالعرف الصحيح هو ما تعارفه الناس، ولا يخالف دليلا شرعيا ولا يحل محرماً، كتعارف الناس عقد الاستصناع، وتعارفهم تقسيم المهر إلى مقدم ومؤخر، وتعارفهم أن ما يقدمه الخاطب إلى خطيبته من حلي وثياب أنه هدية وليس من المهر.

أما العرف الفاسد فهو ما تعارفه الناس، ولكنه يخالف الشرع كأن يحل المحرم أو يبطل الواجب، مثل تعارف الناس كثيراً من المنكرات في الأعراس أو المآتم، وتعارفهم في أكل أشكال من الربا وعقود المقامرة ونحو ذلك ([2]).

ولمعرفة أقسام العرف في نظر الشرع أهمية بالغة في مناقشة وتحليل مفهوم العرف عند شاخت لاسيما فيما يتعلق بتقسيمه إلى صحيح وفاسد كما سيتبين ذلك.

---

[1] - انظر: نظرية العرف، د.عبدالعزيز الخياط، ص٣٠ "مرجع سابق".

[2] - انظر: علم أصول الفقه، عبدالوهاب خلاف، ص٨٩، دار القلم ١٩٨٨ الطبعة الثانية، وانظر كذلك: أثر العرف في التشريع الإسلامي، د.السيد صالح عوض، ص٩٣، وقد قسم العرف أيضا إلى عرف ثابت وعرف متبدل، كما عرض لتقسيمات أخرى "مرجع سابق".

المبحث الثاني

مفهوم العرف عند شاخت (القانون العرفي)

لمسألة العرف ودلالته عند شاخت عناية خاصة واهتمام بالغ فقد تناول العرف في المنظور الإسلامي بشكل واسع، كما تحدث عن تطبيقاته الفقهية مستشهدا ومستندا إلى العديد من الوقائع والأحكام التي وردت في مؤلفات الفقهاء محاولا أن يربط ذلك بتقسيم زمني للفقه الإسلامي أو ما يسمى بالتحقيب لفترات نشأة الفقه وتطوره، بحيث يستند حديثه عن العرف في زمن معين عما دخل للفقه الإسلامي عبر بوابة العرف من أعراف وقوانين الأمم الأخرى.

وبالتالي فإنه يدرس العرف وحجيته الفقهية كما تدرس قضايا علم الاجتماع بالبحث عن المؤثرات الزمنية والتكيف المجتمعي ونحو ذلك، وسوف أسلط الضوء في هذا البحث على مسألة الاعتبار الدلالي للعرف عند شاخت فهو موضوع البحث وحتى لا أتشعب في أمور أخرى.

يرى شاخت أن العرف هو الأساس والقوام الرئيس الذي استمدت الشريعة أي أدلة الكتاب والسنة مادتها وأحكامها منه، فهو يعزل الشريعة عن قضية الوحي، ويتناولها تناولا ماديا بحتاً، فيقول: (إن أولى المسائل الخاصة التي سأعالجها تتعلق بالقانون العرفي عند العرب في زمن الجاهلية، وهو كالأرض التي كانت تنمو عليها شجرة الشريعة العظيمة) ([1])، فجعل القانون العرفي عند العرف زمن الجاهلية أرضا استزرعها الإسلام لتنمو عليها شجرة شريعته، ولتستمد هذه الشجرة غذائها الذي سيورق أحكاما وأنظمة من عناصر هذه الأرضية العربية الجاهلية.

ثم يُفصِّل حديثه عن العرب زمن الجاهلية فيقول: (لم يكن فطريا سوى أحوال البدو، يشهد بذلك الشعر القديم وأحوال القبائل.. أما المدن ومنها مكة التي كانت مركزا تجاريا ذا صلة باليمن وسورية وبيزنطة والعراق الساساني، والمدينة التي كانت مركز زراعة النخيل ومركزا يضم جالية كبيرة من اليهود.. فكان لها بلا ريب قانون أكثر نموا لا يمكن إلا أن يتأثر بالعوامل الخارجية.. فكل هذه العناصر لم تبق بمعزل بل اتسع تداخلها بتأثير العلاقات التجارية التي تساعد على نموها الأشهر الحرم والأسواق الكبرى، حتى إن بلاد العرب كانت في القرن السادس بعد الميلاد محكومة بقانون عرفي متشعب الأطراف، وهذا ما يطرح مسألة تحليل هذا القانون تحليلا مفصلا) ([2]).

فهذه هي الأرضية الجاهلية التي نمت عليها شجرة الشريعة كما نص على ذلك كلامه، ولم تكن حتى عربية خالصة بل امتزج بها أخلاط متعددة بيزنطية وساسانية

---

[1] - ثلاث محاضرات في تاريخ الفقه الإسلامي، ص٩٢ "مرجع سابق".

[2] - المرجع نفسه، ص٩٢.

ويهودية وغيرها مماجاور الأراضي العربية، وبالتالي فإن شجرة الشريعة إنما نمت وتشكلت من خلال كل هذه العناصر والأخلاط التي حوتها الأرض التي نبتت عليها وهذا هو ما يؤكده حديثه بطريقة أخرى أكثر وضوحا، فيقول: (ظل القانون العرفي العربي القديم -الذي تضمن كثيراً من العناصر الدخيلة من رومية إقليمية وبابلية ويمنية- يسير في الإسلام سيره الطبيعي، ودخلت عليه بعض التغيرات لتلائم بينه وبين الظروف الإقليمية للبدو وأهل مكة وهي مدينة تجارية، وأهل المدينة وهي مركز زراعي) ([1]).

فجعل شاخت من العرف بوابة مشرعة لكل هذه العناصر المختلفة والمتباينة بل والمتناقضة، فمنها ما هو وضعي ومنها ما هو سماوي منسوخ أو محرف، إلا أنه لم يدع فرصة لأي عنصر محلي أو دخيل إلا أن يكون مكونا من مكونات الشريعة التي استقت منها.

ويعلم المطلع على نتاج العديد من المستشرقين، وبخاصة المستشرقين من أمثال جولدزيهر، ومارغليوث، وشاخت مدى حرصهم وسعيهم في محاولة إثبات اقتباس الإسلام من اليهودية والنصرانية بشكل أساس بالإضافة إلى محاولة إثبات اقتباسه من غيرهما، وذلك نتيجة لمنهج التأثير والتأثر الذي جعله المتعصب الفرنسي رينان نظرية أصبحت منهجا للتفكير الأوروبي في كل ما يتعلق بالإسلام الذي جاء متأخرا تاريخيا عن اليهودية والنصرانية وبالتالي فإن كل متشابه ومتقارب فهو قبس من ديانات الماضي أو وضعياته وجهالاته ولا يكاد يسلم من ذلك إلا النادر من المستشرقين والمستعربين ([2]).

كما يرى شاخت أن للنبي ﷺ نفسه رغبة وحرص في أن يجعل للعادة أو العرف مكانة تشريعية عظيمة وسلطانا في الإسلام لكن على نحو خاص غير تأسيسي، بحيث لا يكون ذلك قاعدة عامة، يقول شاخت: (وضع النبي [ﷺ] قواعد قليلة فحسب، ولم يكن يراد بحال إزالة العادة عن عرشها، وإن كان النبي عليه الصلاة والسلام لم يقرر هذا بحيث يجعله مبدأً) ([3]).

وإذا كان هذا موقف شاخت في قضية العرف مع الأصول التي هي من وجهة النظر الإسلامية (وحي) أي إرادة الله وشرعه الذي ارتضاه، فموقفه من العرف مع الفقه والاستدلال لم يقل جرأة وتماديا، فهو يرى أن العرف مصدر قائم بذاته مثله مثل مصادر الفقه الأخرى، يقول شاخت: (أما القانون العرفي الذي أصبح له صبغة إسلامية تختلف قوةً وضعفاً، فقد اعتبر ذا أساس قائم بذاته وبخاصة في المسائل التي لا تثير الريب

---

[1] - أصول الفقه، لشاخت، ص٥٠ "مرجع سابق".

[2] - انظر: الاستشراق بين الموضوعية والافتعالية، د.قاسم السامرائي، ص١٥، دار الرفاعي ١٩٨٣م، الطبعة الأولى.

[3] - دائرة المعارف الإسلامية، لمجموعة من المستشرقين، مادة (شريعة) وقد كتبها المستشرق شاخت (٦٢١٤/٢٠) مركز الشارقة للإبداع الفكري ١٩٩٨م، الطبعة الأولى.

والشكوك من الوجهة الدينية وتعتبر سنة الصالحين أحياناً شاهداً له قيمته كالسنة النبوية) ([1]).

بل صرح بادعاء اعتبار العرف أصلا خامسا للفقه الإسلامي، وأن الفقهاء وصلوا في اعتباره أصلا ومصدرا إلى درجة أنهم يحرصون ألا يستنبطوا من القرآن والسنة ما يخالف العرف، تقديرا لمكانة هذا (القانون العرفي)، يقول شاخت: (وكانوا يحاولون في بعض المواضع جعل العرف أصلاً خامساً إلى جانب الأصول الأربعة المعترف بها، نجد هذا حتى في القرن الخامس الهجري، وكان يعتبر من المندوب إليه على وجه عام ألا تجعل القوانين المأخوذة من الكتاب والسنة متعارضة مع العرف المتبع، وأن يصبغ ذلك العرف بالصبغة الشرعية ما أمكن للتخلص من الوقوع في الإثم) ([2])، وبهذه الطريقة حكَّم العرفَ على الأصلين الكتاب والسنة وجعله مُقيما لهما، ومَقصدا يسترضيه الفقهاء على حساب النصوص مع سعيهم في صبغه بصبغة شرعية على حد تعبيره.

ثم نجده يتحدث عن تعليلات وتفسيرات لأحكام ومسائل فقهية استطاع الفقهاء من خلالها أن يبرروا ويعللوا مخالفة الأحكام بقصد موافقة القانون العرفي، وأنها كانت مسوغات مشروعة لمواقف تتطلب المخالفة للأحكام الشرعية، فيقول: (الناس تحققوا وجود قانون عرفي يعارض كثيراً من الأحكام الشرعية، وأنهم فسروا هذا من الوجهة التاريخية بأن الأجيال المتأخرة لم تبلغ شأن السلف الصالح، ومن الوجهة الأخلاقية بمبدأ الضرورة التي أغنت عن العمل بالأحكام الشرعية) ([3]) فجعل متابعة (القانون العرفي) وعدم مخالفته ضرورة ملحة تُسوِّغ مخالفة الأحكام الشرعية.

ولا يجد ضيرا في أن يلجأ الفقهاء إلى الأخذ بأسباب الحيل للتوفيق بين أحكام الشريعة الإلهية والعرف القانوني الأرضي، حتى وإن كانت قواعد الفقه لا تسلم بها بشكل مباشر، فيقول: (ومنذ الزمن القديم كانت حاجة الشريعة محسوسة إلى أن يندمج العرف القانوني وأن تتيح لمن يهمهم الأمر الوسائل لعقد تصرفات تقتضيها العادة مع مراعاة أحكام الشريعة الإلهية التي تجمع بين المخارج البسيطة والطرق الفقهية الأوروبية، فبهذه الحيل يصل المرء من طريق تصرفات شرعية إلى نتائج تطابق الحاجات العملية، ولكن لا تسلم بها قواعد الفقه رأساً، فهي من جهة الفقه مخارج ومواضعات، ومن جهة العرف جهود في جعل العرف مقبولاً موافقاً للشرع) ([4]).

---

[1] - أصول الفقه، شاخت، ص ٦٤ "مرجع سابق".
[2] - أصول الفقه، شاخت، ص٩٦ "مرجع سابق".
[3] - ثلاث محاضرات في تاريخ الفقه الإسلامي، شاخت، ص١١٣.
[4] - المرجع نفسه، ص١١٣.

ومع ذلك أيضًا تظل هذه التعليلات والمسوغات والحيل في نظره ليست إلا أعمالاً شكلية للتقريب بين الشريعة والقانون العرفي (الواقع)، وإلا فإنه يرى أن حقيقة الأمر أن المسافة بين الشريعة والواقع بعيدة رغم جهود الفقهاء، يقول: (أما العمل العرفي فكثيراً ما حاول أصحابه أن يحتفظوا بمظاهر المطابقة للشريعة على الأقل، في حين أن حقائق الأمور كانت بعيدة عنها بعداً شاسعاً) ([1]).

ويذهب شاخت في اعتبار العرف مسافة أبعد من كل ما سبق، إذ يرى أن العرف عند العلماء المسلمين هو السنة، فإذا ما أطلق الفقهاء كلمة السنة باعتبارها دليلا للحكم في مسألة فإن ذلك ينصرف إلى العرف وفق قوله: (فمعنى السنة في كتاب الموطأ هو العرف والعادة المسنونة في المدينة، لا سنة رسول الله فقط) ([2]).

وبهذه الأقوال ينصب شاخت (القانون العرفي) مصدرا تشريعيا مادياً للفقه على نحو يضاهي مصدري الوحي (القرآن والسنة) بل يرى أنه أحد مكوناتها وعناصرها، وأن الفقهاء عملوا على تقديره ومراعاته بحيث لا يتعارض الاستنباط من النصوص مع العرف، فإن تعارض معها فإن على الفقهاء السعي قدر الإمكان لإيجاد المسوغات أو المخارج ولو بشكل ظاهري لا حقيقة له لأنه يرى أن الواقع يعكس صورة من التباعد ما بين الشريعة و(القانون العرفي).

[1] - ثلاث محاضرات في تاريخ الفقه الإسلامي، شاخت، ص١١٣.
[2] - المرجع نفسه، ص٩٧.

المبحث الثالث

مناقشة وتحليل مفهوم العرف عند شاخت

بعد استعراض مفهوم العرف في الإسلام ونشأته وتقسيماته وشروطه وسلطان اعتباره، ثم استعراض مفهوم العرف عند شاخت (القانون العرفي) يتبين للمطلع مدى الاختلاف بينهما، وأن ما رسمه شاخت من تصور للعرف في الإسلام لا ينطبق بل لا يقارب حقيقته في الفقه الإسلامي.

لقد سعى شاخت لجعل العرف بوابة مشرعة بلا شرط أو قيد لتكون مستندا وحجة لإدراج مختلف أعراف الأمم في الإسلام وأحكامه ونظمه، ولتُكوِّن مادة أصول الشريعة (الكتاب والسنة)، كما سعى لجعل العرف أصلا مستقلا للاستنباط وحجة للاستدلال حتى وإن خالف نصوص التشريع، بل وادعى أن الفقهاء المسلمين عملوا بشتى الوسائل والحيل والمخارج لجعل الاستنباط من أدلة التشريع مراعيا للعرف ومسترضيا له، وفيما يلي بيان دلائل وأوجه عدم صحة ما ذهب إليه:

١- أن شاخت لم يأت في أي من ادعاءاته بأدلة أو شواهد صحيحة تبين صحة ما ذهب إليه، فلم يأت بشاهد على أن نُصوص الشريعة تضمنت أحكاما وأعرافا جاهليةٍ أو شيئًا من أعراف الأمم التي خالطت العرب في مكة والمدينة زمن التشريع، كما لم يأت بشاهد من اجتهاد الفقهاء استند إلى العرف وكان مخالفا للنص، فضلاً عن استرضاء الأعراف المخالفة للنص باتخاذ الحيل.

وجميع ما استند إليه شاخت من أدلة قادته إلى بناء نظريته حول العرف (القانون العرفي) هو أحد طريقين، الطريق الأول تقصي التشابه، والطريق الثاني هو الإقرار أو الاستصواب كما يسميه شاخت.

فأما الطريق الأول (تقصي التشابه) وهو تتبع ما يوجد في العادات والتقاليد العربية القديمة زمن الجاهلية وتتبع ما يشابهها في الإسلام، فقد أجهد نفسه في تقصي المتشابهات بين ما كان موجودا من أعراف في الجزيرة العربية وما حولها قبل ظهور الإسلام وبين ما يشابهه أو يقاربه في الشريعة والفقه الإسلامي، ليستنتج من ذلك أن اللاحق إنما أخذ عن السابق.

فمما ذكره من أمثلة هذه الطريقة قوله: (الحالة في الشرع الإسلامي هي أن العنصر الجوهري في كافة العقود يتألف من الإيجاب والقبول اللذين يعبران عن تراضي المتعاقدين، وهذا التركيب القانوني للعقود من إيجاب وقبول تُجمع مذاهب الفقه الإسلامي على التسليم به كأنه أمر طبيعي دون أن يناقض بعضها مع بعض، وهو لابد أن يكون سابقاً تلك المذاهب، فضلاً عن أنه لا صلة له بالمبادئ الإسلامية المحضة كمنع الربا ومنع الغرر التي تبنى عليها كافة الأبواب المتعلقة بأحكام العقود من الشريعة، وهذا كله

ودلائل أخرى تحمل على الاعتقاد بأن تلك العبارة القانونية عن طبيعة العقود ترجع إلى القوانين العرفية فيما قبل الإسلام) ([1]).

فعندما نتتبع عبارات شاخت في النص السابق نجد أنه يقدم للقارئ نتائج حتمية يفترض أنها مُسلمة، دون دليل على صحتها أو ثبوتها كنتائج مسلمة، فقوله عن الإيجاب والقبول: (لابد أن يكون سابقاً تلك المذاهب) هو ادعاء لم يأت بما يحتمه ويجعله حقيقة بين عليها نتائجه، كذلك قوله: (هذا كله ودلائل أخرى تحمل على الاعتقاد بأن تلك العبارة القانونية عن طبيعة العقود ترجع إلى القوانين العرفية فيما قبل الإسلام) فما أشار إليه بقوله (هذا كله) لم يأت عليه بدليل كما أن قوله: (ودلائل أخرى) ادعاء دون بيان أو تفصيل ما هي هذه الدلائل التي يريد أن يجعل القارئ يُسلِّم له بها حجة دون ذكرها.

وحتى لو سلمنا بصحة أسبقية وجود التركيب القانوني للعقود من الإيجاب والقبول في القوانين العرفية قبل الإسلام وأنه وفق الطريقة التي يعنيها فإن ذلك لا يجعل هذا العرف أو غيره مصدرا للشريعة أو الفقه الإسلامي، وأن الشريعة والفقه كانا يهدفان لعدم الاصطدام مع الأعراف القديمة، وأن العرف مهيمن على الشريعة، وأن الفقهاء سعوا بمختلف الوسائل إلى استرضاء النصوص في سبيل التمسك بالعرف كما انتهى إليه من نتائج تم عرضها في المبحث السابق.

ولا تعد المشابهة من المتأخر للسابق اقتباسا ولا مصدرية للسابق، لأن من مقاصد جميع النظم والقوانين تحقيق ما تراه العدالة والسعي إلى انتظام أمور الناس سواء النظم والتشريعات السماوية أم النظم والقوانين الوضعية، فلا يعد التشابه الشكلي في المقاصد أو حتى في بعض تفاصيل الأحكام اقتباسا، خاصة إذا ما نظرنا لحجم الاختلاف ومدى التباين بين الشريعة والقوانين والنظم الأخرى، والاستدلال في الفقه الإسلامي إنما قام متابعة للنص الشرعي والاجتهاد في تحقيقه وتحقيق مقاصده، ولا يوجد في الفقه الإسلامي متابعة للأعراف في الاستدلال إلا على النحو الذي تم توضيحه وتوضيح ضوابطه في المبحث الأول.

وقد عُرفت هذه النظرية الاستدلالية في الفكر الاستشراقي بنظرية الأثر والتأثر، والتي تهدف لتعددية مصادر التشريع الإسلامي وجعله خليطا من مكونات التشريع السابقة سواء الديانات كاليهودية والنصرانية وغيرها، أم القوانين كقانون الرومان ومدونة جستنيان، أم الأعراف كالتقاليد العربية القديمة والبابلية والساسانية والرومانية وغيرها، وقد أوضح العديد من الباحثين والمتخصصين بطلان هذه النظرية وعدم

[1] - ثلاث محاضرات في تاريخ الفقه الإسلامي، شاخت، (٩٢/١) "مرجع سابق".

صحتها ([1])، أو على أقل تقدير عدم ثبوتها، يقول المستشرق الإيطالي نللينو: (لو فكرنا أن هناك تسرب للقانون الهليني إلى القانون الساساني كما أن من الممكن أن يكون له أثر في القانون العربي الجاهلي وأن ذلك القانون نفذ من طريق القانون الساساني إلى الفقه الإسلامي، ولكن ليس هذا غير ظن يسير ادعاؤه، عسير إثباته.

المماثلات بين أحكام معينة من القانون الروماني من عهد جوستنيان وبين تلك الأحكام من القانون الإسلامي عديدة ووافرة، وفي بعض الأحيان مدهشة، ولكن لا حاجة أن أذكركم أن من الضلال المماثلة الظاهرية الخارجية التي لا تؤيدها العناصر الداخلية ولا الوثائق التاريخية، إذا أردنا أن نبين علاقة نظام قانون بنظام قانون آخر، ففي الأمر الذي يشغلنا نجد أن الذين جمعوا المتشابهات لكي يثبتوا أن قسماً عظيماً من الفقه الإسلامي مأخوذ من القانون الروماني قد أهملوا ثلاث نقاط أساسية في المسألة:

أ-إنهم أهملوا الاختلافات التي توجد بين مذهب ومذهب، وهي أحياناً ذات أهمية حتى فيما بين مذاهب أهل السنة الأربعة، فإذا كانت هناك مماثلة في بعض المسائل بين رأي مذهب وبين القانون الروماني، فقد لا يكون تشابه بين رأي المذاهب الثانية في بعض المسائل وبين القانون الروماني..

ب- إنهم يصطادون بكل جهد المتشابهات، ويهملون الإشارة إلى الاختلافات التي تصير محكاً بين قيمة المتشابهات وقدرها.

ج-إنهم أهملوا الفرق العظيم الذي يوجد بين الغرب القديم وبين العالم الإسلامي في تصور القانون ومصادره، فقد توجد أمثلة من الأفكار والمؤسسات التي كانت راسخة ومنتشرة في العالم الهلّيني الذي فتحه العرب، هذا العالم الذي قيل إن حضارة المسلمين مبنية عليه ومع ذلك هذه الأفكار والمؤسسات لم تنجح أن تنفذ في الفقه الإسلامي) ([2]).

فهذا المنهج في الاستدلال باطل ولا أساس له من الصحة ولو تتبعنا دائرة الاختلاف لوجدناها أوسع بمراحل من دائرة التشابه الشكلي، فضلا عما تضمنته الأحكام الشرعية من أحكام العبادات التي لا وجود لها في غير الإسلام ونظامه الفقهي، إضافة

---

[1] - انظر: مناهج البحث في الإسلاميات لدى المستشرقين وعلماء الغرب، محمد البشير مغلي، ص٩٧، طبع مركز الملك فيصل للبحوث والدراسات الإسلامية٢٠٠٢م، الطبعة الأولى.
وانظر: أخطاء المنهج الوافد، أنور الجندي، ص٩٧، دار الكتاب اللبناني ببيروت ١٩٧٤م، الطبعة الأولى.

[2] - نظرات في علاقات الفقه الإسلامي بالقانون الروماني، كارلو نللينو، ترجمة أ.د.محمد حميد الله، ضمن مجموع باسم: المنتقى من دراسات المستشرقين، د.صلاح الدين المنجد (٥١/١) دار الكتاب الجديد ببيروت.

لما وجهت له النصوص الشرعية من مخالفة الكثير من العادات والأعراف الجاهلية السيئة، كالتطير، والقسم بغير الله، وإتيان العرافين ونحوه، كما وجهت بمخالفة أعراف الديانات السابقة ومن ذلك قوله ﷺ: (إن اليهود والنصارى لا يصبغون فخالفوهم) ([1]) فالشريعة هي الحاكم على الأعراف وليس العكس.

أما الطريق الثاني: (الاستصواب) ويَقصِد به الاستدلال بأدلة الإقرار التي وردت في النصوص الشرعية، يقول شاخت: (كثير من تلك الأحاديث لا يذكر قول النبي ﷺ وأفعاله التي كانت تصير قواعد جديدة، بل يذكر أن النبي [ﷺ] قرر وأجاز عادات أصحابه باستصوابها صريحاً أو ضمنياً دون أن يستنكرها، وهذا هو البرهان المباشر لما نسميه استمرار السنن القانونية السابقة في الشرع الإسلامي) ([2]).

ومن المقرر عند الفقهاء أن طرق استنباط الأحكام عن النبي ﷺ ثلاثة، فهي إما استدلال من قوله، أو استدلال من فعله، أو استدلال بإقراره ﷺ، يقول ابن رشد رحمه الله: (إن الطرق التي منها تُلقيت الأحكام عن النبي عليه الصلاة والسلام بالجنس ثلاثة: إما لفظ، وإما فعل، وإما إقرار... [إلى أن يقول] وأما الإقرار فإنه يدل على الجواز فهذه أصناف الطرق التي تُتلقى منها الأحكام أو تستنبط) ([3])، فهو أمر معلوم في الفقه الإسلامي، والاستدلال عن طريق إقرار النبي ﷺ في حقيقة الأمر دليل على أن نصوص الشريعة هي المُقيِّمة للعرف والحاكمة عليه سواء بالتحريم أو الإباحة أو غير ذلك.

فالإقرار من النبي ﷺ هو محل الاعتبار في الحكم وليس الفعل السابق، سواء كان الفعل السابق عرفا أو عملا مستقلا أو حتى فعلا مخالفا للعرف، وليس كما وظف شاخت العرف بأن جعله باباً مشرعا لاستمرار السنن القانونية السابقة في التشريع الإسلامي، والأمثلة والشواهد على ذلك كثيرة جدا فعندما نزل قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِنَّمَا ٱلۡخَمۡرُ وَٱلۡمَيۡسِرُ وَٱلۡأَنصَابُ وَٱلۡأَزۡلَٰمُ رِجۡسٞ مِّنۡ عَمَلِ ٱلشَّيۡطَٰنِ فَٱجۡتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمۡ تُفۡلِحُونَ ٩٠﴾ [سورة المائدة الآية٩٠] كان شرب الخمر حينها قبل نزول الآية عرفا مباحا في المدينة، يقول سعد بن أبي وقاص: (أتيت على نفر من الأنصار، فقالوا: تعال نطعمك

---

[1] - رواه البخاري، كتاب اللباس، باب (٦٧) الخضاب، حديث ٥٨٩٩، ص١٢٧٣ "مرجع سابق".
ورواه مسلم، كتاب اللباس والزينة، باب (٢٤) في مخالفة اليهود في الصبغ، حديث٢١٠٣، ص٨٩٦ "مرجع سابق".

[2] - ثلاث محاضرات في تاريخ الفقه الإسلامي، شاخت، (٩٥/١) "مرجع سابق".

[3] - بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لأبي الوليد محمد بن رشد القرطبي، خطبة الكتاب، (٢/١)، مطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر ١٩٦٠م، الطبعة الثالثة.

ونسقيك خمرا وذلك قبل أن تحرم الخمر) ([1]) يقول القرطبي رحمه الله: (هذه الأحاديث تدل على أن شرب الخمر كان إذ ذاك مباحا معمولا به معروفا عندهم بحيث لا يُنكر ولا يُغير، وأن النبي ﷺ أقر عليه، وهذا ما لا خلاف فيه) ([2]) ومع ذلك أصبح هذا العرف الشائع محرما بمجرد نزول الآية الكريمة، وانتهى المسلمون عن شرب الخمر مع أنه كان مما اعتاد الناس عليه وألفوه وذاع في مجتمعهم قبل التحريم وكانت الخمر من أموالهم وتجاراتهم لكنهم سفكوها مباشرة في طريق المدينة امتثالا لأمر الله ([3]).

كذلك كان من الأعراف السائدة في الجاهلية مسألة التبني حيث كان من العرف السائغ أن يُدعى إنسان إلى إنسان آخر انتساباً إليه ويرثه إن توفي ويعتبر من المحارم كالابن الحقيقي، إلى أن نزل قوله تعالى:﴿وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَلِكُمْ قَوْلُكُم بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ ۝ ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ اللَّهِ﴾ [سورة الأحزاب من الآيتين ٤،٥] فقد كان عرفا سائدًا حتى أن النبي e تبنى زيد بن حارثة رضي الله عنه، وكان زيد يُدعى زيد بن محمد، يقول عبدالله بن عمر رضي الله عنهما: (زيد بن حارثة مولى رسول الله e ما كنا ندعوه إلا زيد بن محمد حتى نزل القرآن (ادعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله)) ([4]).

فهذه الأعراف وغيرها أُبطلت بحكم النص، فكيف يترك اعتبار النص الحاكم ويؤخذ باعتبار العرف وهو المحكوم عليه.

وكل ما استند عليه من أدلة من غير هذين الطريقين إنما هو وقائع أحوال، أو أنظمة محلية في بعض بلاد المسلمين استقصى ما في وسعه محاولا جمعها ليثبت من خلالها أنها أعراف معتبرة وأنها هي الحكم في الإسلام، وقد صرح بذلك في قوله: (وثمة مصدر ثالث لدراسة القانون العرفي هو التشريع المدني الدنيوي في بلاد الإسلام.. وتلك التشريعات المدنية حتى في أوائل العصور الحديثة لم تزعم أكثر من أن تكون ملحقات بالشريعة في الدائرة التي سمحت لها بها، والواقع أن تلك التشريعات كثيرا ما جاوزت

---

[1] - رواه مسلم كتاب فضائل الصحابة، باب (٥) في فضل سعد بن أبي وقاص، حديث رقم١٧٤٨، ص١٠١٠ "مرجع سابق".

[2] - الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي (٢٨٧/٦) "مرجع سابق".

[3] - انظر: حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه حيث ورد فيه: (فاستقبل الناس بما كان عنده منها [أي الخمر] في طريق المدينة فسفكوها) رواه مسلم كتاب المساقاة، باب (١٢) تحريم بيع الخمر، حديث رقم ١٥٧٨، ص٦٥٥ "مرجع سابق".

[4] - رواه البخاري كتاب التفسير -سورة الأحزاب-٣٣ باب (٢) ادعوهم لآبائهم، حديث رقم (٤٧٨٢) ص١٠٣٠ "مرجع سابق".
ورواه مسلم كتاب فضائل الصحابة، باب (١٠) من فضائل زيد بن حارثة، حديث رقم (٢٤٢٥) ص١٠١٤ "مرجع سابق".

هذه الحدود) ([١])، بل ويستشهد بالعادة في مناطق الأقليات المسلمة فيقول: (وفي جزائر الهند الشرقية الهولندية مثلا يعترف للعادة حتى من الناحية النظرية بمكانها إلى جانب الشريعة في دوائر المسلمين ذات النفوذ) ([٢]).

بينما حقيقة الأمر أن ما يحصل في أي بلد من بلاد المسلمين قد يكون موافقا لأحكام الشريعة وقد يكون مخالفا، فلا يثبت الحكم الشرعي بفعل أحد أو جماعة من المسلمين له، وإنما يثبت وفق ما قرره علماء الأصول من أصول الاستدلال والنظر في النصوص والاجتهاد في ضوئها وإن خالف ذلك فعل الكثير من المسلمين ([٣]).

٢- أن دعواه نمو شجرة الشريعة على أرضية الأعراف المادية الأرضية غير صحيحة ومخالف للواقع، بل إن الشريعة جاءت بنصوص واضحة صريحة أبطلت الكثير من الأعراف الأرضية الفاسدة، كوأد البنات والتبني، وكذلك التسمي بأسماء فيها تعبد لغير الله، كما حرمت التطير والتشاؤم، وسائر العقود الربوية وعقود الغرر ونحوها مما كان سائدا قبل الإسلام، وإنما أجازت الشريعة والفقه فقط الأعراف التي لا تتعارض مع النصوص كتقسيم الصداق إلى مقدم ومؤخر لما فيه من تيسير وتسهيل لمقصد الزواج، كذلك قُرر من الأعراف أن ما يقدمه الخاطب من هدايا وذهب لا يعد من الصداق، كذلك في معاملات البيع والشراء أجازت الشريعة السَّلَم بينما حرمت الربا، كل ذلك وغيره مما تقدم بيانه في المبحث الأول دليل واضح على أن الشريعة هي السلطان على العرف وهي من يقيم صحيح العرف من فاسده وليس العكس كما زعم شاخت.

فالعرف منه الصحيح ومنه الفاسد وكما أن الشريعة أقرت أعرافا قديمة فإنها أبطلت أيضا أعرافاً قديمة مما يجعل الشريعة هي المهيمن على العرف والمقيم له، وما أقرته الشريعة من الأعراف فإن ذلك ليس تعظيما أو تقديساً للعرف أو متابعة له وإنما لانطباقه وموائمته مع الأصول ومقاصد التشريع.

٣- أن ما توسع فيه شاخت من اعتبار العرف وحجيته يتعارض مع الشروط التي وضعها الفقهاء لاعتبار العرف والاستدلال به، ومن أهم ما ورد في الشروط التي ذكرها الفقهاء، كما تقدم بيان تفاصيله: (أن لا يعارض العرفَ تصريحٌ بخلافه، وأن لا يعارض العرفَ نصٌ شرعي بحيث يكون العمل بالعرف تعطيلاً له) ([٤])، بينما نجد شاخت يصرح بخلاف ذلك مما لم يقل به أحد من الفقهاء، ويجعل المرجعية والاعتبار للعرف وإن

---

١ - ثلاث محاضرات في تاريخ الفقه الإسلامي، شاخت، ص١١٧"مرجع سابق".

[٢] - دائرة المعارف الإسلامية، لمجموعة من المستشرقين، مادة (شريعة) وقد كتبها المستشرق شاخت (٦٢١٤/٢٠) "مرجع سابق".

[٣] - انظر: المستشرقون ومصادر التشريع الإسلامي، د.عجيل النشمي، ص١٨٢، طبع المجلس الوطني للثقافة بالكويت١٩٨٤م، الطبعة الأولى.

[٤] - انظر: في شروط اعتبار العرف عند الفقهاء المبحث الأول: العرف في الشريعة والفقه الإسلامي.

خالف النص الشرعي، يقول شاخت: (أما العمل العرفي فكثيراً ما حاول أصحابه أن يحتفظوا بمظاهر المطابقة للشريعة على الأقل، في حين أن حقائق الأمور كانت بعيدة عنها بعداً شاسعاً) ([1]).

فحاول أن يُظهر أن العمل بالعرف ضرورة وحاجة ماسة اقتضت من الفقهاء أن يخالفوا أحكام الشريعة أي النصوص، وأن الفقهاء حاولوا استرضاء النصوص بشيء من الموافقة الظاهرية بينما أن الحقيقة -وفق رأيه- تقتضي المخالفة، ولو رجعنا إلى شروط الفقهاء لاعتبار العرف لوجدنا أن جميع الفقهاء اشترطوا: (ألا يعارض العرفَ تصريحٌ بخلافه) كما تقدم بيانه، ولم يذكر شاخت أحدا من الفقهاء قال بمثل دعواه بل لم يورد شاهدا واحدا على ذلك.

ثم تطور شاخت في دعواه فلجأ إلى أن يقرر نسبة حيل ومخارج للفقه الإسلامي لمحاولة الالتفاف على النصوص، فيقول: (ومنذ الزمن القديم كانت حاجة الشريعة محسوسة إلى أن يندمج العرف القانوني وأن تتيح لمن يهمهم الأمر الوسائل لعقد تصرفات تقتضيها العادة مع مراعاة أحكام الشريعة الإلهية التي تجمع بين المخارج البسيطة والطرق الفقهية الأوروبية، فبهذه الحيل يصل المرء من طريق تصرفات شرعية إلى نتائج تطابق الحاجات العملية، ولكن لا تسلم بها قواعد الفقه رأساً، فهي من جهة الفقه مخارج ومواضعات، ومن جهة العرف جهود في جعل العرف مقبولاً موافقاً للشرع) ([2]).

ولا شك أن الحيل بهذا المعنى الذي يتضمن -وفقا لكلامه- جعل ما هو مخالف للشرع موافق له أنها محرمة في الشريعة بل قد حذر القرآن الكريم منها كما في قصة أصحاب السبت الذين خالفوا أمر الله بتجنب الصيد يوم السبت بحيلة هي في ظنهم جعلت العمل المنهي عنه موافقا للشرع ([3]) وفق تصور شاخت للحيل المشروعة، يقول تبارك وتعالى:﴿ وَسْـَٔلْهُمْ عَنِ ٱلْقَرْيَةِ ٱلَّتِى كَانَتْ حَاضِرَةَ ٱلْبَحْرِ إِذْ يَعْدُونَ فِى ٱلسَّبْتِ إِذْ تَأْتِيهِمْ حِيتَانُهُمْ يَوْمَ سَبْتِهِمْ شُرَّعًا وَيَوْمَ لَا يَسْبِتُونَ لَا تَأْتِيهِمْ ۚ كَذَٰلِكَ نَبْلُوهُم بِمَا كَانُوا۟ يَفْسُقُونَ ﴿١٦٣﴾﴾ [سورة الأعراف الآية ١٦٣].

فالأصل في الحيل التحريم والنهي، أما السعي إلى عمل مأذون به بصورة غير صورته فإن ذلك ليس تحيلا ولكنه يسمى عند الفقهاء تدبيرًا كما ذكر ابن عاشور رحمه

[1] - ثلاث محاضرات في تاريخ الفقه الإسلامي، شاخت، ص١١٣ "مرجع سابق".
[2] - المرجع نفسه، ص١١٣.
[3] - انظر: في قصة أصحاب السبت: الجامع لأحكام القران، للقرطبي (٣٠٥/٧) "مرجع سابق".

الله ([١])، ويسميه ابن القيم رحمه الله بالمخارج، فيقول: (ونسميه وجوه المخارج من المضائق، ولا نسميه بالحيل التي ينفر الناس من اسمها) ([٢])، ويقول ابن تيمية رحمه الله مفرقا بين الحيل المحرمة وبين ما هو من قبيل التدبير أو المخارج المشروعة: (بين أحمد أن اتباع الطرق الجائزة المشروعة ليس هو من الحيلة المنهي عنها، ولا يسمى حيلة على الإطلاق، وإن سمي في اللغة حيلة) ([٣]).

فمثال المخارج أو التدابير المشروعة ما فعله أبو بكر رضي الله عنه كما في حديث أنس بن مالك رضي الله عنه قال: (أقبل نبي الله ﷺ إلى المدينة وهو مردف أبا بكر.. قال فيلقى الرجل أبا بكر فيقول يا أبا بكر من هذا الرجل الذي بين يديك؟ فيقول: هذا الرجل يهديني السبيل، قال فيحسب الحاسب أنه إنما يعني الطريق، وإنما يعني سبيل الخير) ([٤])، ومثاله أيضًا لبس الخف لإسقاط غسل الرجلين في الوضوء، فهو ينتقل إلى المسح لأنه أرفق به في حالة تتطلب مثل ذلك ([٥])، وكذلك ما ذكره ابن القيم بقوله: (وقالوا: لا يصح استئجار الشجرة المثمرة، والحيلة في ذلك أن يؤجره الأرض ويساقيه على الثمرة من كل ألف جزء جزء مثلاً) ([٦]).

وقد فصل الفقهاء فيما يسوغ العمل به من هذه التدابير وقسموها إلى حيل فاسدة، ومخارج سائغة، واشترطوا شروطا وضوابط فيما يسوغ العمل به منها، ومن أهم هذه الشروط ألا تتضمن إسقاط حق، أو تحليل حرام، أو تحريم حلال، مما يؤكد قداسة النص الشرعي وعدم تجاوزه بأي صورة، يقول ابن القيم رحمه الله: (وهكذا الحيلة في جميع هذا الباب، وهي حيلة جائزة، فإنها لا تتضمن إسقاط حق، ولا تحريم حلال، ولا تحليل حرام) ([٧]) ولا يسع المقام في هذا البحث لبيان تفصيل الشروط وأقسام الحيل ونحوه، إلا أن حديث شاخت عن الحيل يقع فيما أجمع العلماء على تحريمه، يقول ابن القيم رحمه الله في مثل الحيل التي يرمي إليها شاخت: (كل من له معرفة بالآثار وأصول الفقه

---

[١] - مقاصد الشريعة الإسلامية، لابن عاشور، ص٢٧٥، دار لبنان للطباعة والنشر، ٢٠١١ الطبعة الثانية.

[٢] - إعلام الموقعين، ابن القيم، (فصل: حجج الذين جوزوا الحيل) (١١٣/٥) دار ابن الجوزي ١٤٢٣هـ، الطبعة الأولى.

[٣] - بيان الدليل على بطلان التحليل، ابن تيمية، (فصل: الحيلة الجائزة هي اتباع المخلص فيها بمسلك شرعي) ص ٢٨١، طبعة المكتب الإسلامي ١٩٨٨م.

[٤] - رواه البخاري كتاب مناقب الأنصار، باب (٤٥) هجرة النبي e وأصحابه إلى المدينة، حديث رقم (٣٩١١) ص٨١٩ "مرجع سابق".

[٥] - انظر: مقاصد الشريعة الإسلامية، لابن عاشور (باب التحيل على إظهار العمل بصورة مشروعة) ص٢٧٩ "مرجع سابق".

[٦] - إعلام الموقعين، ابن القيم، (باب الحيل عند الحنابلة)، (١٣١/٥) "مرجع سابق".

[٧] - إعلام الموقعين، ابن القيم، (حكم المساقاة والمزارعة والمضاربة)، (٤١٩/٥) "مرجع سابق".

ومسائله ثم انصف لم يشك أن تقرير هذا الإجماع منهم على تحريم الحيل وإبطالها ومنافاتها للدين أقوى من تقرير إجماعهم على العمل بالقياس وغير ذلك) ([1]).

وقد تحدث شاخت عن الحيل كحقيقة مطلقة مُسلَّم بها عند الفقهاء، دون أن يفصل ويوضح موقف الفقه الإسلامي منها، وهذا تشويه للفقه الإسلامي وتحايل في عرض الحيل لا يمت للموضوعية والنزاهة العلمية بصلة، ولا أوضح من ذم الشريعة للحيل من قوله ﷺ عندما سئل عن شحوم الميتة فقال: (لا هو حرام، ثم قال: قاتل الله اليهود إن الله لما حرم شحومها جملوه، ثم باعوه، فأكلوا ثمنه) ([2])، وقوله: (جملوه) أي أذابوه([3]).

والعجيب هنا أن شاخت في ظل كل ما عرف عن اليهود من الحيل والتحايل لا يدعي هذه المرة اقتباس الإسلام عن اليهودية أو الأمم السابقة في أمر (الحيل) وإنما ينسب نشأتها لما يسميه (حاجة الشريعة)!!

٤-أن دعواه استقلالية العرف في الحكم والاعتبار لا صحة لها في الفقه الإسلامي، يقول شاخت: (أما القانون العرفي الذي أصبح له صبغة إسلامية تختلف قوةً وضعفاً، فقد اعتبر ذا أساس قائم بذاته وبخاصة في المسائل التي لا تثير الريب والشكوك من الوجهة الدينية، وتعتبر سنة الصالحين أحياناً شاهداً له قيمته كالسنة النبوية) ([4])، فنجد أن شاخت هنا قد مارس عملية تغيير الأدوار حيث جعل (العرف) (ذا أساس قائم بذاته) بينما جعل (السنة النبوية) (شاهدا) وهذا ما لم يقل به أحد من الفقهاء، وهو واضح البطلان إذ لا يوجد في مصنفات الفقه الإسلامي ما يستند على هذا الفهم المغلوط.

فالعرف عند جمهور الفقهاء ليس دليلا مستقلا بذاته، فلابد أن يصحبه إجماع كعقد الاستصناع، أو مصلحة مرسلة، ولو جاز استقلاله بذاته لما جاز تدخل الشارع بإلغاء بعض الأعراف وإقرار بعضها، يقول الشاطبي رحمه الله: (الأدلة العقلية إذا

---

[1] - المرجع نفسه، (فصل: إجماع الصحابة على تحريم الحيل)، (٩٣/٥).
وانظر أيضًا في تفصيل كلام الفقهاء عن الحيل وأقسامها كتاب: بيان الدليل على بطلان التحليل، ابن تيمية، ص١٦١ "مرجع سابق".
وإعلام الموقعين عن رب العالمين، لابن القيم، (فصل: قاعدة في أقسام الحيل)، (٢٩٤/٥) "مرجع سابق".
ومقاصد الشريعة الإسلامية، لابن عاشور، ص ٢٧٥ "مرجع سابق".

[2] - رواه البخاري كتاب البيوع، باب (١١٢) بيع الميتة والأصنام، حديث رقم (٢٢٣٦)، ص٤٦١ "مرجع سابق".
ورواه مسلم كتاب المساقاة، باب (١٣) تحريم بيع الخمر والميتة، حديث رقم (١٥٨١) ص٦٥٦ "مرجع سابق".

[3] - شرح صحيح مسلم، للنووي، كتاب المساقاة، باب (١٣) تحريم بيع الخمر والميتة، (٩/١١) دار القلم ببيروت ١٩٨٧م، الطبعة الأولى.

[4] - أصول الفقه، شاخت، ص ٦٤ "مرجع سابق".

استعملت في هذا العلم فإنما تستعمل مركبة على الأدلة السمعية، أو معينة في طريقها، أو محققة لمناطها، أو ما أشبه ذلك، لا مستقلة بالدلالة، لأن النظر فيها نظر في أمر شرعي، والعقل ليس بشارع) ([1])، وقد تقدم في المبحث الأول (العرف في الشريعة والفقه الإسلامي) ما يوضح ذلك.

٥-أن المناهج البحثية التي طبقها شاخت لإثبات تأثر الشريعة بالحياة الاجتماعية عند المسلمين وتحكيم أعرافها وسد حاجة التشريع من مخازن الأعراف الاجتماعية هي مناهج مادية لا تتناسب مع الشريعة التي هي وحي من عند الله.

فالفقهاء والأصوليون في استنباطهم للأحكام يتجهون مباشرة لأصلين اثنين لا ثالث لهما وهما القرآن الكريم والسنة النبوية، وطريقتهم في الاستنباط مبنية على أسس وطرق موضحة ومفصلة في كتب أصول الفقه، فقد وضع علماء الأصول معالم واضحة ومناهج للاستنباط تتناسب مع مصادر التشريع التي هي وحي من عند الله، وجرى على ذلك عمل وطريقة الفقهاء منذ نشأة الفقه الإسلامي إلى اليوم، أما شاخت فبدل أن يتجه لمصدري التشريع وفق المنهجية الأصولية التي وضعها علماء الأصول نجده يذهب بعيدا عن الوحي إلى مصادر أرضية مادية تكمن في أرضية الأعراف وتقاليد مختلف الأمم التي عاشت في جزيرة العرب وفي بلاد المسلمين أزمنة ما قبل الإسلام وأزمنة تطور الفقه الإسلامي ويستعين بمناهج مادية وضعية يطبقها على الشريعة والفقه ليبرهن أنهما اعتمدا على الأعراف في اتخاذ الأحكام.

فعلى سبيل المثال يرى شاخت أن الأحكام المتعلقة بالقصاص الواردة في القرآن الكريم والسنة النبوية إنما هي أعراف مستمدة من حياة العرب زمن الجاهلية أي قبل ظهور الإسلام، ويصرح بالمنهج الأوروبي الذي اتبعه وقاده لهذه النتيجة، يقول شاخت: (لنضرب مثلا واحداً وهو القصاص، فإن مبادئه التي عدلها القرآن والسنة ترجع إلى القوانين العرفية عند العرب قبل الإسلام، فالعلم الأوروبي يبحث فيما يسمى بالعلاقات بين الشريعة والشرائع التي سبقتها بهذا المعنى التاريخي المحض -ذلك المعنى الذي لا يضير ما في علم أصول الفقه الإسلامي من الحقائق-... هذه المدرسة الأوروبية لا تقف عند حدود الشريعة التي تلتزم غايتها الأساسية بطبيعة الحال بل تتجاوز أبحاثها إلى وجهات عدة، فتتناول القوانين الأخرى المتصلة بالشرع الإسلامي اتصالا مباشراً، سواء أكان ذلك باندماج سنن تلك القوانين في الشريعة الإسلامية بالمعنى الذي أسلفنا بيانه، أم كان بتأثير الشريعة في تلك القوانين والسنن، والمقصود بذلك قوانين العرب أيام الجاهلية من جهة وقوانين الشعوب التي دخلت في دولة الإسلام من جهة أخرى... [إلى أن يقول]

[1] - الموافقات في أصول الشريعة، الشاطبي، (المقدمة الثالثة) (٣٥/١) "مرجع سابق".

وشرح تاريخ هذا العرف وبيان علاقته بالشريعة أمر لا غنى عنه في تفهم جملة الحياة التشريعية عند الأمم الإسلامية تفهماً صحيحاً) ([1]).

وهو يشير بذلك إلى المناهج البحثية التي تبحث في علاقة القانون مع المجتمع وتأثر الأول بالأخير وما يرتبط بهذه المناهج من نظريات وفلسفات نشأت في أوروبا في القرنين الثامن عشر والتاسع عشر تَعتَبِر القانون مظهرًا اجتماعيًا للمجتمع، كمذهب القانون الطبيعي ومذهب التطور التاريخي، ومذهب الغاية الاجتماعية، وكانت هذه المذاهب الفلسفية الأسس التي بُني عليها علم الاجتماع القانوني، وبعض هذه النظريات قد هُدمت وأُبطلت من قبل الأوروبيين أنفسهم، والبعض الآخر تم تعديله وتطويره ليتناسب مع تطورات البحث العلمي ()[2].

وهذه الطريقة التي استخدمها شاخت بإقحام مناهج مادية قائمة على التجربة والحس على الوحي المتمثل في أصول الشريعة، وعلى جهود الفقهاء في استنباط الأحكام من هذه الأصول مخالفة لأصول المنهجية العلمية التي تتطلب أن يُستخدم مع كل علم ما يناسبه من المناهج ويتفق معه، وهذه المناهج إن لم تكن مناسبة للعلم الذي يُبحث فيه أدى ذلك إلى نتائج لا صلة لها بالحقيقة والعلم، يقول أ.د.حلمي صابر: (إن لكل موضوع من المعرفة منهجاً يناسبه، فالبحث في الطبيعة واكتشاف السنن والقوانين الإلهية في الظواهر الطبيعية يلائمه المنهج التجريبي، والبحث في استنباط الأحكام وتقعيد الضوابط الشرعية يلائمه المنهج الاستدلالي، والبحث في إثبات الأخبار والمرويات يلائمه المنهج التاريخي.

وهكذا يصبح لكل نوع من المعرفة منهج يلائمه، بحيث تتولد المعرفة الصحيحة من تطبيق المنهج المناسب لكل مجال من مجالات المعرفة، وعدم التناسب بين المنهج والموضوع يؤدي إلى فساد كبير في مجال العلم، وهذا ما وقع فيه الفكر الغربي الحديث، حيث حَكَّم العلماء هناك مناهج في مجالات لا تناسبها، مثلما حكم أصحاب الاتجاه المادي المنهج التجريبي المادي -والذي مجاله علوم الطبيعة والمحسوسات- في قضايا ما وراء المادة، ورأينا أصحاب هذا الاتجاه ينكرون الغيبيات ويحصرون العلم فيما يخضع للحس والتجربة، وما لا يخضع للتجربة فليس بعلم..

ومثلما حكم الماركسيون العامل الاقتصادي في حركة التاريخ الإنساني وأرجعوا مسيرة الجنس البشري وتطوراته إلى التغيرات الاقتصادية وحدها، فجعلوا كل تطور في حياة البشر مرده إلى العامل الاقتصادي.

---

[1] - ثلاث محاضرات في تاريخ الفقه الإسلامي، شاخت (٩١/١) "مرجع سابق".

[2] - انظر: علم الاجتماع القانوني والضبط الاجتماعي، د.إبراهيم أبو الغار، ص٦٣، مكتبة نهضة الشرق بالقاهرة ١٩٨٥م، وانظر: علم أصول القانون، للسنهوري، ص٢١، مطبعة فتح الله إلياس نوري وأولاده بمصر عام ١٩٣٦م.

ومثلما حكم الفرويديون العامل الجنسي في العلاقات الإنسانية، وجعلوا العلاقة بين البشر تقوم على الرباط الجنسي دون سواه.. [إلى أن يقول] رأينا كيف أن الاشراقيين حكموا منهجهم الروحي في عالم المادة فأنتج ذلك شططا عن الإسلام مثلما فعل أصحاب مذهب الاتحاد والحلول ووحدة الوجود) ([1])، وسواء صحت طريقة شاخت باستخدام المناهج التي أشار إليها أم لم تصح فإن مجرد عرض نتائج خاصة به على أنها تُعبر عن المفهوم الإسلامي يتعارض والأمانة العلمية في البحث العلمي.

٦- أن العرف لا ضابط له فهو مختلف بين بيئة وأخرى، بل إن البيئة الواحدة قد يختلف فيها العرف من زمن لآخر، فلو كان للعرف هذا السلطان على الشريعة وهذه الحجية التي يراها شاخت لما استقام للإسلام تشريع ولاختلفت أصول الأحكام من مكان لآخر ومن زمن لآخر ولأصبحت بلا ضابط.

يقول الأستاذ أنور الجندي: (هنالك المحاولة التي تقول إن الشريعة أحكام متطورة بتطور الزمان والمكان والبيئات وتحاول أن تلتمس ملتقطات تقول بتغير الأحكام، أو جواز ترك النص واتباع العادة، وهي محاولة خطيرة تحاول أن تركز على القول بقابلية الشريعة للتطور، دون تقدير لمدى الأصول الثابتة التي لا تتغير ولا تتطور، وذلك من أجل استخدام الشريعة في تبرير أنماط الغرب الفكرية والاجتماعية.

والمنهج العلمي الإسلامي يختلف في هذا مع الفكر الغربي فهو لا يقر التطور المطلق، ولكنه يؤمن بالأصول الثابتة، ومن داخلها الفروع المتغيرة) ([2]).

فالشريعة لم تبن أحكامها على الأعراف، وإنما هي محض إرادة الشارع وحده كما أخبر سبحانه: ﴿إِنِ ٱلۡحُكۡمُ إِلَّا لِلَّهِۚ أَمَرَ أَلَّا تَعۡبُدُوٓاْ إِلَّآ إِيَّاهُۚ ذَٰلِكَ ٱلدِّينُ ٱلۡقَيِّمُ﴾ [سورة يوسف من الآية٤٠]، وكان من كمال حكمة الله وكمال تشريعه وصلا حيته لكل زمان ومكان أن أرشد عباده إلى اعتبار أعراف مجتمعاتهم في بيان ومعرفة المراد من حكم الله في بعض المسائل والتفاصيل الفقهية، كما في قوله تعالى في بيان كفارة اليمين: ﴿فَكَفَّٰرَتُهُۥٓ إِطۡعَامُ عَشَرَةِ مَسَٰكِينَ مِنۡ أَوۡسَطِ مَا تُطۡعِمُونَ أَهۡلِيكُمۡ﴾[سورة المائدة من الآية ٨٩] فجعل الرجوع للوسطية في مقدار الإطعام لما عليه عرف كل قوم، ولو ألزم قوما بحال أقوام آخرين أيسر حالا منهم أو أقل حالا منهم لحصل عنت ومشقة على كثير من الناس أو لما حصل مقدار مغنٍ في الإطعام بمتابعة قوم أقل يسرا، فكان ذلك من محاسن الشريعة

[1] - مناهج البحث العلمي وضوابطه في الإسلام، أ.د.حلمي عبدالمنعم صابر، ص١٦، طبعة إيجيبت ستار بالقاهرة عام ٢٠٠٠م، الطبعة الثانية.

[2] - أخطاء المنهج الوافد، أنور الجندي، ص٩٣، دار الكتاب اللبناني ببيروت ١٩٧٤م، الطبعة الأولى.

وقصدها لتحقيق المصالح والتيسير على العباد ([1])، ولا يعني هذا الاعتبار للعرف أن يكون من مصادر الشريعة وأصولها.

٧- أن الأحكام في الشريعة والفقه الإسلامي هي أحكام تعبدية، يمتثلها المكلف تعبداً وطاعة لصاحب الشريعة، ولو جاز للعرف أن يكون مُقِيما للحكم، أو مستندا مستقلا له لأصبح في درجة أعلى من الشريعة، ولأنصرف التعبد حينئذ لمرجعية العرف والمجتمعات التي أقامت هذه الأعراف ذات القدرة على التشريع، فأصبح التعبد للمجتمعات والمخلوقين عوضا عن الخالق وهو ما لا يتفق مع أسس ومبادئ الإسلام، كما لم يقل به أحد من الفقهاء، وقد حرم الله تبارك وتعالى في كتابه الكريم تتبع أحكام الجاهلية وترك حكمه تعالى، يقول الله عز وجل: ﴿أَفَحُكْمَ ٱلْجَٰهِلِيَّةِ يَبْغُونَ ۚ وَمَنْ أَحْسَنُ مِنَ ٱللَّهِ حُكْمًا لِّقَوْمٍ يُوقِنُونَ ۝٥٠﴾ [سور المائدة الآية٥٠] يقول الطبري رحمه الله في تفسير قوله تعالى: (لقوم يوقنون) أي (إن كنتم موقنين بأن لكم ربا وكنتم أهل توحيد وإقرار به) ([2]) فالمسألة في هذه الحالة خرجت من كونها مجرد قضية فقهية استدلالية إلى أن تكون قضية إيمان وعدم إيمان، فكيف يأتي من يقول بأن القرآن الذي نهى عن تتبع أحكام الجاهلية هو ذاته تضمن أعراف الجاهلية التي حوت أيضًا أعراف الأمم المجاورة والديانات السابقة.

٨- أن ما يدعيه شاخت للعرف من قِوامة وسلطان على التشريع والفقه، لم يقل به مع التشريعات الأخرى كاليهودية والنصرانية، ولم يتناول تلك التشريعات وفق المناهج المادية التي تقصي الوحي وتتعامل وفق المادية البحتة كفرضية التأثير والتأثر، وسلطة المجتمع على القوانين ونحو ذلك.

يقول الدكتور صلاح الجابري: (والحق أن الفكر الغربي الحديث استخدم المنهج العلمي التاريخي في تقييم التراث الديني للغرب، وقدم دراسات نقدية وتصحيحية للكتب المقدسة وللأحداث التاريخية المحيطة بها، لكن هذه الدراسات النقدية لم تمس -بشكل مباشر- الأصل الإلهي لتلك الكتب المقدسة، وإنما اقتصرت على الظروف المحيطة بها، وعلاقة الإنسان بها، ولذلك لم ينته الفكر الغربي إلى إنكار الأصل السماوي للمسيحية واليهودية، وبقي المجتمع الغربي معتقداً بالأصل السماوي لدينه...

---

[1] - وقد تقدم في (المبحث الأول: العرف في الشريعة والفقه الإسلامي) أمثلة لما اعتبرته الشريعة من الأعراف.

[2] - جامع البيان في تفسير القرآن، للطبري (١٧٧/٦) الطبعة الأميرية بمصر عام ١٣٢٥هـ، الطبعة الأولى.

ولكنه عندما تناول الإسلام.. انزلق إلى إنكار الأصل الإلهي للقرآن، فراح يفتش عن علامات يهتدي من خلالها إلى إثبات ذلك.. وكان عليه أن يوفر جهده، ولا يجنح إلى أحكام خارج إطار المنهج...

فإذا كان سبب إنكار الأصل الإلهي للوحي الإسلامي هو المحافظة على روح العقلانية العلمية المبنية على الترابط الحتمي بين الأحداث التاريخية.. فلماذا لا يفكك الاعتقاد بسماوية المسيحية واليهودية ذلك الترابط؟) ([1]).

وإننا بهذه المقارنة لا نريد نفي سماوية الكتب السابقة والتي أثبت القرآن سماويتها باستثناء ما تضمنته من تحريف، وإنما نقصد إلى بيان عوار المسلك الاستشراقي الذي يدعي الموضوعية ويتعامل بأحادية عنصرية مقيته، فيسلك في دراسة وتحليل الوحي في الإسلام مناهج مادية تاريخية لا يرتضيها مسلكا لدراسة وتحليل كتب دياناته وما تضمنته من الأحكام والتشريعات.

٩- أن جميع المصادر والدراسات السابقة الفعلية التي شكلت رأي شاخت هي دراسات غربية استشراقية، وأن دراسات شاخت وأبحاثه هي في حقيقتها نسخة مطورة جاءت نتيجة تلك الدراسات الاستشراقية السابقة التي شكلت موقفه ورأيه، وأن ما استشهد به في قضايا أصول الفقه من مؤلفات العلماء المسلمين إنما هو بمثابة الشواهد التي يرى مواءمتها وقابليتها للاستشهاد وفق الآراء التي تبناها مسبقا من كلام المستشرقين السابقين.

وقد ذكر في مقدمة كتابه "أصول الفقه المحمدي" ما يؤكد أن مصادره التي صاغت نظريته حول أصول الفقه إنما هي المؤلفات والمصادر الغربية فقط، يقول شاخت: (إنني أدرك تمام الإدراك وجوب الثناء على الجيل الأخير من أعلام الدراسات الإسلامية، فعلى الرغم من ندرة ذكر اسم سنوك هورغرونيه Snouvk Hurgronje في هذا الكتاب، إننا الآن مدينون له بفهم طبيعة الشريعة المحمدية.

كما أننا سنجد الفرصة لنستشهد بمقولات غولدزيهر Goldziher في عدد من المناسبات، إلا أنني أرجو ألا يعد هذا الكتاب مجرد مواصلة هامشية لا قيمة لها للدراسات التي وضع أسسها بنفسه، وكان مارغليوث Margoliouth أول من سبقني من الدارسين.. فعند مراجعة المجال الذي نحن بصدد دراسة تفاصيله، كانت ملاحظات مارغليوث الأقرب إلى ما وصلنا إليه من حيث المقارنة العامة للمصادر ومن حيث عدة تفاصيل مهمة أخرى، وعلى الرغم من أن كتابات لامنس Lammens نادرا ما تلامس

[1] - الاستشراق قراءة نقدية، د.صلاح الجابري، ص١٩٠، دار الأوائل بدمشق ٢٠٠٩م، الطبعة الأولى.

الشريعة والفقه المحمدي بصورة مباشرة فإنه يتعين علينا ذكره في توطئة كتاب يهتم إلى حد كبير بتقويم تاريخي للأحاديث النبوية) ([1]).

فهذه هي المصادر التي شكلت مفهوم شاخت والتي يرجوا ألا يكون كتابه مجرد مواصلة أو تكرار لما ورد فيها، وأن تكون آراؤه ونظرياته أكثر تقدما وتطورا لما ورد في هذه المصادر، ونتيجة لذلك فإن مفهوم شاخت لأصول الفقه عموماً لا يعبر إلا عن تطور لوجهة النظر الغربية، وليس له علاقة بالمفهوم الإسلامي عند علماء الشريعة والأصول الذي يختلف عن المنظور الغربي.

١٠- ادعاؤه أن معنى السنة هو العرف في موطأِ الإمام مالك، وفق قوله: (فمعنى السنة في كتاب الموطأ هو العرف والعادة المسنونة في المدينة، لا سنة رسول الله فقط) ([2]) غير صحيح، فلم يذكر للقارئ أين موضع ذلك في الموطأ، ولا كيف استنتج ذلك من الموطأ، فكيف يُسلَّم له بصحة هذه الدعوى التي لا يعلم القارئ لكلامه كيف توصل لها.

لكن شاخت بعد أن ذكر دعواه بترادف مصطلح العرف مع مصطلح السنة في الموطأِ تحدث عن معنى الإجماع في الموطأ فقال: (أما الإجماع فمقتضاه في كتاب الموطأِ غالباَ أن سنة من السنن القانونية لم يستنكرها واحد من الأئمة لأسباب دينية أخلاقية) ([3])، وبغض النظر عن صحة كلامه عن الإجماع فإنه وضح هذه المرة منهجيته في فهم معاني المصطلحات ونسبتها للموطأ، والتي وضحها قوله: (فمقتضاه في كتاب الموطأ) أي أنه لم يعتمد على نص يُعَيِّن المعنى الذي ذكره ونسبه للموطأ سواء لمصطلح (السنة) أو مصطلح (الإجماع)، وإنما هو استنباط وفهم منه لما هو في الموطأ، وكان المفترض والمنهج العلمي أن يوضح أن ذلك إنما هو فهم منه ولا ينسبه لموطأِ الإمام مالك بما يفيد القطع، ثم كيف يدعي أن معنى السنة هو العرف في الموطأ بينما نجد أن جميع ما في الموطأ هو أحاديث مسندة إلى النبي e سواء في العبادات أو المعاملات، ولا يوجد فيه ذكر أو تتبع للأعراف، فلا يتأتى للعقل المجرد عن الغرضية أن يصل لهذا الفهم حيث لا يوجد ما يبرر الوصول لهذه النتيجة حتى لو عن طريق الخطأ.

وبعد تبين حقيقة عدم صحة نسبة هذا المعنى للسنة إلى الموطأ يتضح أن شاخت إنما هو متابع لما توصل إليه سلفه المستشرق الإنجليزي مارغليوث والذي أجهد نفسه في كتابه The Early Development of Mohammedanism بتتبع الشواهد والنصوص العربية التي جاء فيها مصطلح (سنة) مفيدا معنى التقاليد القديمة والأعراف السابقة، دون أن يعي أن هذا المصطلح اللغوي يكتسب معناه بحسب ما يضاف إليه،

---

[1] - أصول الفقه المحمدي، شاخت، ص١٠، ترجمة رياض الميلادي ووسيم كمون ومراجعة عبدالمجيد الشرفي، دار المدار الإسلامي ببيروت ٢٠١٨م.

[2] - ثلاث محاضرات في تاريخ الفقه الإسلامي، شاخت، ص٩٧ "مرجع سابق".

[3] - ثلاث محاضرات في تاريخ الفقه الإسلامي، شاخت، ص٩٧ "مرجع سابق".

فعندما نضيف مصطلح (سنة) إلى كلمة (الأجداد) أو (السابقين) فإن ذلك فعلا يكسبها معاني مثل التقاليد والعادات، أما عندما نضيفها إلى النبي e فإنها تكتسب معنى اصطلاحيًا آخر غير ما يدعيه ([1])، وقد سبق إيراد كلام شاخت الذي ذكره في مقدمة كتابه "أصول الفقه المحمدي" عن أهمية دراسات مارجليوث في رأيه، يقول: (وكان مارغليوث Margoliouth أول من سبقني من الدارسين.. فعند مراجعة المجال الذي نحن بصدد دراسة تفاصيله، كانت ملاحظات مارغليوث الأقرب إلى ما وصلنا إليه من حيث المقارنة العامة للمصادر ومن حيث عدة تفاصيل مهمة أخرى) ([2]).

ومن خلال جميع ما تم ذكره يتضح عدم صحة ما ذهب إليه شاخت وأن تصوره للعرف مختلف عن حقيقة العرف واعتباره في الإسلام، وقد كان لرؤية شاخت هذه صدى واسع وتأثير على كثير ممن جاء بعده، ولازال يتردد هذا الصدى وتتسع دائرة التأثير إلى اليوم، فعلى سبيل المثال يقول أستاذ القانون الإسلامي بجامعة مكغيل بكندا الدكتور وائل حلاق مرددا نفس حديث شاخت بربط العرف بقضية الحيل: (من المقرر دون أدنى شك أن إدراج تطبيقات العرف تحت أصول أخرى كالاستحسان والإجماع بنوع من التحايل يعد رفضا قاطعا لدخول أي عنصر غير شرعي في الفقه.. هناك صعوبة بالغة في استيعاب كل المسائل المتعلقة بالعرف عن طريق الحيل الشرعية، فدائماً ما يعامل العرف في الفقه والكتب الفقهية كعرف بكل سهولة وبساطة، وهذا يدل دلالة واضحة على عدم قدرة الفقهاء على إدخاله في الفقه كأداة منهجية مقررة) ([3]).

وقد سعى الدكتور حلاق في رسالته المسماة (نظرية ابن عابدين حول العرف وتغير الأحكام الفقهية) -وهي فصل ضمن كتابه (مقالات في الفقه)- إلى تبني نفس وجهة شاخت على نطاق أضيق وأسلوب أقل صراحة ملصقا ذلك بابن عابدين من خلال توظيف بعض نصوصه وتحميلها ما لا تحتمله، فدراسته هي ترديد لوجهة نظر شاخت بشكل أقل حدة وتصريحا.

فيرى الدكتور وائل حلاق أن ابن عابدين يقرر أنه من الممكن الاستدلال بالعرف على حكم معين وإن كان معارضاً لدلالة ظاهر النص إن كان هذا العرف خاصا وفي نطاق محلي، يقول الدكتور حلاق: (يتبين مما سبق إمكانية التعليل على حكم معين بالعرف الخاص في نطاق محلي، حيث يسود ذلك العرف، حتى وإن كان معارضاً لدلالة ظاهر النص، والأمر الذي يتبقى إيضاحه هو العلاقة بين العرف وتلك الآراء المشتقة من

---

[1] - انظر في دعوى مارجليوث وما استند عليه من نصوص والرد عليها إلى: أصول الفقه المحمدي للمستشرق شاخت، أ.د.محمد مصطفى الأعظمي، ص٤١، مكتبة الرشد ٢٠١٩م، الطبعة الأولى.

[2] - أصول الفقه المحمدي، شاخت، ص١٠ "مرجع سابق".

[3] - مقالات في الفقه، د.وائل حلاق، ص١٦٣، الشبكة العربية للأبحاث والنشر ببيروت ٢٠١٤م، الطبعة الأولى.

نصوص ظاهر الرواية بطريقة استنتاجية، وربما يعتبر هذا الأمر هو أهم الأهداف الرئيسة لرسالة نشر العرف) ([1]).

فإن كان هذا الأمر صحيحا وهو أهم أهداف رسالة نشر العرف فلماذا لم ينقل من كلام ابن عابدين نصاً يوضح ذلك؟ فهذا ما لم يحدث، بل نجد من كلام ابن عابدين رحمه الله ما يؤكد خلاف ذلك.

يقول ابن عابدين رحمه الله مؤكدا قوة النص وهيمنته على العرف في أحد المسائل التي ذكرها: (ولا يُلتفت إلى التساوي في الوزن دون الكيل حتى لو باع حنطة بحنطة وزنا لا كيلا لم يجز، والذهب والفضة موزونة أبدا للنص على وزنهما، فلابد من التساوي في الوزن حتى لو تساوى الذهب بالذهب كيلا لا وزنا لم يجز، وكذا الفضة بالفضة لأن طاعة رسول الله e واجبة علينا لأن النص أقوى من العرف فلا يترك الأقوى بالأدنى، وما لم ينص عليه فهو محمول على عادات الناس لأنها دلالة على جواز الحكم)([2])، فأكد بكل وضوح على أن النص في درجة قوية لا يمكن تركها والأخذ بدرجة العرف التي هي أدنى منها.

ولعل الدكتور حلاق فهم من كلام آخر لابن عابدين تحدث فيه عن مخالفة روايات المذهب لظاهر رواية في المذهب أن المقصود بـ (ظاهر الرواية) هو ظاهر رواية نص شرعي، كقول ابن عابدين: (وقد صرحوا بأن قراءة الختم في صلاة التراويح سنة، قال في الدر المختار لكن في الاختيار الأفضل في زماننا قدر ما لا يثقل عليهم.. وفي فضائل رمضان للزاهدي أفتى أبو الفضل الكرماني والوبري أنه إذا قرأ في التراويح الفاتحة وآية أو آيتين لا يكره، ومن لم يكن عالما بأهل زمانه فهو جاهل انتهى وصرحوا في المتون وغيرها من كتب ظاهر الرواية بأن رمضان يثبت بخبر عدل إن كان في السماء علة وإلا فلابد من جمع عظيم... فهذا كله وأمثاله دلائل واضحة على أن المفتي ليس له الجمود على المنقول في كتب ظاهر الرواية من غير مراعاة الزمان وأهله...

فإن قلت إذا كان على المفتي اتباع العرف وإن خالف المنصوص عليه في كتب ظاهر الرواية فهل هنا فرق بين العرف العام والعرف الخاص) ([3]) انتهى.

ويقول الدكتور حلاق مشيرا لما ورد في آخر كلام ابن عابدين السابق: (وبوصول ابن عابدين إلى هذه النتيجة باستقراء دقيق لمسائل الفقه فقد مضى إلى القول

---

[1] - المرجع نفسه، ص١٧٨.

[2] - رسالة نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف، لابن عابدين، ضمن مجموع رسائله (١١٨/٢) طبعة نظارة المعارف ١٣٢٥هـ.

[3] - المرجع نفسه (١٣٠/٢).

إن على الفقيه أن يعامل العرفين العام والخاص معاملة سيان من حيث تقديمهما على ظاهر الرواية)([1]).

ولا يخفى على المطلع أن حديث ابن عابدين عن (ظاهر الرواية) متعلق بروايات المذهب الفقهي، وليس برواية نص شرعي، ويدرك ذلك كل من تأمل النص بتجرد وموضوعية، ويؤكده أيضًا نص ابن عابدين المتقدم الذي نص فيه على أن (النص أقوى من العرف فلا يترك الأقوى بالأدنى)، فما ذهب إليه الدكتور حلاق هو أحد الشواهد التي تمثل امتدادا لما توصل إليه شاخت، ورواجا لنظريته (القانون العرفي).

كذلك نجد المستشرق الفرنسي جون بول شارناي Jean-Paul Charnay (1928-2013)الأستاذ الفخري بجامعة باريس (السربون) تطرق في كتابه (روح الشريعة الإسلامية) إلى العرف وسطوة النظام العرفي مرات عديدة متبنيا نفس رؤية شاخت، فيقول متحدثا عن دور تشريعي للعرف في ظل ما يصفه بغياب الشريعة: (وفي غياب أحكام تشريعية، يمكن الاعتماد تباعًا وبالدرجة الأولى على العرف) ([2]).

كما يسوغ اعتبار العرف في ظل تعارضه مع النص، فيقول: (التعارض الأولي بين غائيتين ، دنيوية (الضمان الفوري للفعل)، وأخروية (التقيد بأحكام النص)، والذي ينعكس في تنوع المذاهب، يؤكد الأدوار المختلفة الممنوحة للعرف (استمرارية السلوكيات الاجتماعية، والنفع العام... ذلك أن الالتزام بمبدأ التقيد بالنص هو في المقام الأول موقف عاطفي والتزام أخلاقي، قبل أن يكون عنصرا من عناصر الفن الاجتماعي، فالشريعة الإسلامية تحقق انخراط الإنسان في المجتمع الإسلامي على مستوى القيم المؤكدة) ([3]).

كذلك يردد نفس مقولة شاخت بتضمن الشريعة أعراف الأمم السابقة، كما يطالب بنفس الأدوات التي طالب بها شاخت لحل إشكالات التعارض بين النص والعرف التي يراها والتي تكمن في استخدام الحيل، فيقول: (وبما أن الشريعة مشوبة بالعديد من الرواسب (الأعراف) غير الإسلامية (التي لا ندركها دائما)، فإن القرار القضائي الإسلامي لا يطرح على نفسه مهمة خلق سوابق ثابتة.. ومن هنا وصفنا لهذا الوجه من الفقه بأنه "فقه وجودي": فالقواعد دقيقة وشكلانية، ولكنها متقطعة وشاملة، وهي خارجية وسابقة على من يصوغها...

---

[1] - مقالات في الفقه، د.وائل حلاق، ص١٨٠"مرجع سابق".

٢ - روح الشريعة الإسلامية، جون بول شارناي، ترجمة د.محمد الحاج سالم، ص٢٠٣، مركز نهوض للدراسات والنشر ببيروت ٢٠١٩م، الطبعة الأولى.

٣ - المرجع نفسه، ص١٤٤.

ومن هنا أخيرا، اعتماد الحيل: التي يتم بمقتضاها.. احترام القاعدة الشرعية في نصها وظاهرها، لا في روحها ومقصدها) ([1]).

ويلحظ القارئ مدى تطابق مقولة شاراناي هذه مع أفكار شاخت والتي تضمنها قوله المنقول سابقا، وهو: (أما العمل العرفي فكثيراً ما حاول أصحابه أن يحتفظوا بمظاهر المطابقة للشريعة على الأقل، في حين أن حقائق الأمور كانت بعيدة عنها بعداً شاسعاً) ([2])، وكذلك مقولة شاخت السابقة في استخدام الحيل: (فبهذه الحيل يصل المرء من طريق تصرفات شرعية إلى نتائج تطابق الحاجات العملية، ولكن لا تسلم بها قواعد الفقه رأساً، فهي من جهة الفقه مخارج ومواضعات، ومن جهة العرف جهود في جعل العرف مقبولاً موافقاً للشرع) ([3]).

ولا حاجة إلى تكرار النقاش بالوقوف على أقوال شاراناي حيث لم تخرج عن مشروع شاخت، وقد ختمت البحث بذكر أقوالٍ من المعاصرين حتى نتبين منشأ قصة (النظام العرفي) وصداها العالمي الذي لازال مستمرا إلى اليوم، وسأكتفي من الشواهد المعاصرة بما تم ذكره إذ لا يتسع المقام إلى ذكر مزيد من الشواهد.

---

١ - المرجع نفسه، ص١٥٤.

[2] - ثلاث محاضرات في تاريخ الفقه الإسلامي، شاخت، ص١١٣.

[3] - المرجع نفسه، ص١١٣.

الخاتمة:

إن للفقه الإسلامي أصولا ومصادر يستمد منها أحكامه ونظمه، وهذه الأصول - القرآن الكريم والسنة النبوية- هي ما تمنح للفقه الوصف (إسلامي)، وإن من أهم وأبرز خصائص الفقه الإسلامي مواكبته وملاءمته تغير الأزمنة ومستحدثات المسائل، وتاريخ هذا الفقه خير شاهد على ذلك.

وقد تطور هذا الفقه وواكب المُمَكِّنات وراعى المتطلبات في كل عصر وفي كل مصر، ولازال التطور ملازم له مع تقدم العلوم والمكتشفات وتعدد المسائل والتفريعات، إلا أنه متمسك بأصوله وملتزم بمنهجيته لا يحيد عنها، فهو لا يستهدف التطوير المطلق المبدل للأصول والمرجعية كباقي القوانين والأنظمة، وإنما يطبق التطوير في مجالاته السائغة ومساحاته المحددة.

وقد سعى شاخت لتبني رؤية أقحمها في تفسير تطور وتغير الفقه الإسلامي سماها (القانون العرفي)، وقد استعرض هذا البحث هذه الرؤية الاستشراقية كما أبان عن مفهوم العرف في الإسلام، وأوضح مدى اختلاف العرف بين الرؤيتين، كما ناقش البحث نظرية شاخت بالأدلة والبراهين وفق منهجية علمية وموضوعية يأمل الباحث أنها أوضحت حقيقة مخالفة رؤية شاخت لواقع العرف واعتباره في الإسلام.

والله أسأل أن يجعل هذا العمل في رضاه، وأن يوفقنا جميعا لصالح القول والعمل، وصلى الله وسلم وبارك على سيدنا ونبينا محمد وعلى آله وصحبه.

قائمة المراجع:

١-القرآن الكريم.
٢-أثر العرف في التشريع الإسلامي، د.السيد صالح عوض، دار الكتاب الجامعي بالقاهرة دون الإشارة إلى تاريخ نشر.
٣-الإحكام في أصول الأحكام، للآمدي، دار الصميعي بالرياض عام ٢٠٠٣ الطبعة الأولى.
٤-أخطاء المنهج الوافد، أنور الجندي، دار الكتاب اللبناني ببيروت عام ١٩٧٤ الطبعة الأولى.
٥-إرشاد الساري لشرح صحيح البخاري، للقسطلاني، طبعة بولاق عام ١٢٨٨ الطبعة الرابعة.
٦-الاستشراق بين الموضوعية والافتعالية، د.قاسم السامرائي، دار الرفاعي عام ١٩٨٣ الطبعة الأولى.
٧-الاستشراق قراءة نقدية، د.صلاح الجابري، دار الأوائل بدمشق عام ٢٠٠٩ الطبعة الأولى.
٨-الأشباه والنظائر، للسيوطي، مطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر عام ١٩٥٩.
٩-أصول الفقه، شاخت، ترجمة إبراهيم خورشيد ود.عبدالحميد يونس، ود.حسن عثمان، دار الكتاب اللبناني ببيروت عام ١٩٨١، وأصله مادة (أصول) بدائرة المعارف الإسلامية.
١٠-أصول الفقه المحمدي، شاخت، ترجمة رياض الميلادي ووسيم كمون ومراجعة عبدالمجيد الشرفي، دار المدار الإسلامي ببيروت عام ٢٠١٨.
١١-أصول الفقه المحمدي للمستشرق شاخت، أ.د.محمد مصطفى الأعظمي، مكتبة الرشد عام ٢٠١٩ الطبعة الأولى.
١٢-إعلام الموقعين، ابن القيم، دار ابن الجوزي عام ١٤٢٣ الطبعة الأولى.
١٣-بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لأبي الوليد محمد بن رشد القرطبي، مطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر ١٩٦٠ الطبعة الثالثة.
١٤-بيان الدليل على بطلان التحليل، ابن تيمية، طبع المكتب الإسلامي ١٩٨٨.
١٥-التحرير في أصول الفقه، لكمال الدين السيواسي الشهير بابن الهمام، طبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر ١٣٥١هـ.
١٦-تاريخ التشريع الإسلامي، للمستشرق كولسون، ترجمة د.محمد أحمد سراج، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر ببيروت عام ١٩٩٢م الطبعة الأولى.
١٧-تنقيح الفصول، للقرافي، طبع دار الفكر ببيروت ٢٠٠٤.
١٨-تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان، الشيخ عبدالرحمن بن ناصر آل سعدي، المكتبة العصرية بصيدا عام ٢٠٢٠.

١٩-ثلاث محاضرات في تاريخ الفقه الإسلامي، شاخت، ضمن مجموع باسم: المنتقى من دراسات المستشرقين، جمعها وعلق عليها د.صلاح الدين المنجد، دار الكتاب الجديد ببيروت، وقد نشرت الأصل مجلة المشرق بلبنان (م٣٣/ص٢٦٢، ٣٦١، ٥٤٧) عام ١٩٣٥.
٢٠-جامع البيان في تفسير القرآن، للطبري، الطبعة الأميرية بمصر عام ١٣٢٥هـ الطبعة الأولى.
٢١-الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي، دار الكتب المصرية ١٩٤٩ الطبعة الأولى.
٢٢-الجامع الصحيح، للبخاري، دار الأرقم ببيروت دون الإشارة لتاريخ نشر.
٢٣-دائرة المعارف الإسلامية، لمجموعة من المستشرقين، مركز الشارقة للإبداع الفكري ١٩٩٨ الطبعة الأولى.
٢٤-دراسات في الحديث النبوي وتاريخ تدوينه، أ.د.محمد مصطفى الأعظمي، طبعة المكتب الإسلامي ببيروت عام ١٩٨٠.
٢٥-الرسالة، للإمام الشافعي، المكتبة التجارية بمصر.
٢٦-رسالة نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف، لابن عابدين ضمن مجموع رسائله، طبعة نظارة المعارف ١٣٢٥.
٢٧-روح الشريعة الإسلامية، جون بول شارناي، ترجمة د.محمد الحاج سالم، مركز نهوض للدراسات والنشر ببيروت ٢٠١٩ الطبعة الأولى.
٢٨-روضة الناظر وجنة المناظر، ابن قدامة المقدسي، المطبعة السلفية بمصر عام ١٣٨٥هـ.
٢٩-زاد المسير في علم التفسير، لابن الجوزي، طبع المكتب الإسلامي ببيروت عام١٩٨٧ الطبعة الرابعة.
٣٠-سنن أبي داود، دار الكتب العلمية ببيروت عام ٢٠٠١ الطبعة الأولى.
٣١-شرح صحيح مسلم، للنووي، دار القلم ببيروت عام ١٩٨٧ الطبعة الأولى.
٣٢-صحيح مسلم، دار الكتاب العربي ببيروت ٢٠٠٤ الطبعة الأولى.
٣٣-الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، ابن قيم الجوزية، مطبعة الآداب والمؤيد بمصر عام ١٣١٧هـ.
٣٤-العرف وأثره في الفقه الإسلامي، أ.د.حسنين محمود حسنين، دون الإشارة لدار نشر.
٣٥-العرف والعادة في رأي الفقهاء، د.أحمد فهمي أبو سنة، مطبعة الأزهر ١٩٤٧.
٣٦-علم الاجتماع القانوني والضبط الاجتماعي، د.إبراهيم أبو الغار، مكتبة نهضة الشرق بالقاهرة ١٩٨٥.
٣٧-علم أصول الفقه، عبدالوهاب خلاف، دار القلم ١٩٨٨ الطبعة الثانية.
٣٨-علم أصول القانون، للسنهوري، مطبعة فتح الله إلياس نوري وأولاده بمصر عام ١٩٣٦.
٣٩-الكشاف عن حقائق التنزيل، الزمخشري، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق عام ١٣١٨هـ الطبعة الثانية.

٤٠-لسان العرب، ابن منظور، الطبعة الميرية بمصر عام ١٣٠١ الطبعة الأولى.
٤١-مختصر المنتهى الأصولي، لابن الحاجب، مطبعة كردستان العلمية بمصر عام ١٣٢٦.
٤٢-المدخل الفقهي العام، د.مصطفى الزرقاء، دار القلم بدمشق عام ٢٠٠٤ الطبعة الثانية.
٤٣-المستشرقون، للعقيقي، دار المعارف، الطبعة الرابعة.
٤٤-المستشرقون ومصادر التشريع الإسلامي، د.عجيل النشمي، المجلس الوطني للثقافة بالكويت عام ١٩٨٤ الطبعة الأولى.
٤٥-المستصفى، حافظ الدين النسفي، تحقيق أحمد بن محمد سعد الغامدي، رسالة دكتوراه بكلية الشريعة بجامعة أم القرى عام ١٤٣١.
٤٦-المصباح المنير، أحمد المقري الفيومي، الطبعة الأميرية بمصر عام ١٩٠٣ الطبعة الأولى.
٤٧-المعتمد لأبي الحسين البصري، بعناية وتحقيق محمد حميد الله، طبعة المعهد العلمي الفرنسي للدراسات العربية بدمشق عام ١٩٦٤.
٤٨-معجم ألفاظ القرآن الكريم الصادر عن مجمع اللغة العربية بالقاهرة، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية عام ١٩٩٦.
٤٩-مقالات في الفقه، د.وائل حلاق، الشبكة العربية للأبحاث والنشر ببيروت عام ٢٠١٤ الطبعة الأولى.
٥٠-مقاصد الشريعة الإسلامية، لابن عاشور، دار لبنان للطباعة والنشر عام ٢٠١١ الطبعة الثانية.
٥١-مناهج البحث العلمي وضوابطه في الإسلام، أ.د.حلمي عبدالمنعم صابر، طبعة إيجيبت ستار بالقاهرة عام ٢٠٠٠ الطبعة الثانية.
٥٢-مناهج البحث في الإسلاميات لدى المستشرقين وعلماء الغرب، محمد البشير مغلي، طبع مركز الملك فيص للبحوث والدراسات الإسلامية عام ٢٠٠٢ الطبعة الأولى.
٥٣- الموافقات في أصول الشريعة، الشاطبي، المكتبة التجارية بمصر عام ١٩٧٥ الطبعة الثانية.
٥٤-موسوعة المستشرقين، عبدالرحمن بدوي، المؤسسة العربية للدراسات والنشر ببيروت عام ٢٠١٥ الطبعة الخامسة.
٥٥-نظرات في علاقات الفقه الإسلامي بالقانون الروماني، كارلو نللينو، ترجمة أ.د.محمد حميد الله، ضمن مجموع باسم: المنتقى من دراسات المستشرقين د.صلاح الدين المنجد، دار الكتاب الجديد ببيروت.
٥٦-نظرية العرف، د.عبدالعزيز الخياط، مكتبة الأقصى بالأردن عام١٩٧٧.