المحتوى

مقدمة 4

1. العرف والعادة 8

1.1. تمهيد 8

2.1. العرف لغة واصطلاحاً 9

3.1. نشأة العرف وسلطانه على الناس 11

4.1. الألفاظ المتعلقة بالعرف 12

5.1. أقسام العرف 17

6.1. أقوال العلماء في اعتبار العرف 25

7.1. حجية العرف واعتباره 34

8.1. شروط اعتبار العرف 35

2.1. القواعد الفقهية المبنية على العرف 38

1.2.1. القاعدة الأولى: العادة محكمة 39

2.2.1. القاعدة الثانية:" لا يُنكر تغير الأحكام بتغير الأزمان " 42

3.2.1. القاعدةالثالثة:"استعمال الناس حجة يجب العمل بها" 46

4.2.1. القاعدة الرابعة: الحقيقة تترك بدلالة العادة 48

5.2.1. القاعدة الخامسة: المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً 49

6.2.1. القاعدة السادسة: التعيين بالعرف كالتعيين بالنص 50

7.2.1. القاعدة السابعة: العبرة للغالب الشائع لا للنادر 51

2.العام 53

2.2. ألفاظ العموم 55

3.2. مذاهب العلماء في صيغ العموم 60

4.2. أنواعُ العامِّ 64

5.2. دلالة العام بين القطعية والظنية 70

3. الخاص 83

1.3. الخاص لغة واصطلاحاً 83

3.3. مفهوم التخصيص..... 84

4.3. الفرق بين التخصيص والقصر والنسخ والتقييد 88

5.3. أنواع المخصصات أو أدلة التخصيص 91

4. موقف العلماء من تخصيص العام بالعرف..... 107

1.4. قول القائلين بأن العرف العملي مخصص للنص العام وأدلتهم.....108

3.4. قول المانعين للتخصيص بالعرف وأدلتهم.....115

4.4. العرف الحادث بعد ورود النص الشرعي 121

1.1.5. المثال الأول:تخصيص قوله تعالى (والوالدات يرضعن أولادهن) بالعرف العملي :135

2.1.5. المثال الثاني :عقد الاستصناع.....138

3.1.5. المثال الثالث : تخصيص قاعدة" البينة على المدعي واليمين على من أنكر " في اختلاف الزوجين على المهر بعد الدخول: 143

4.1.5. المثال الرابع :الحيازة.....145

5.1.5. المثال الخامس :الأحاديث الناهية عن الغرر وبيع المعدوم 147

6.1.5. المثال السادس :إحياء الموات 150

7.1.5. المثال السابع :حديث ولوغ الكلب في الإناء 151

8.1.5. المثال الثامن : تخصيص العرف لعقود الناس وتصرفاتهم.....153

9.1.5.المثال التاسع : عدمُ سماعِ الدعوى المستحيلةِ عرفاً وعادةً.....156

10.1.5. المثال العاشر :الحمار الأهلي 157

11.1.5. المثال الحادي عشر : حديث:" الطعام بالطعام".....158

1.2.5. مسائلُ في الحلف 159

2.2.5. التصرف في ملك الغير 162

3.2.5. في الوصية والوقف والتوكيل 164

4.2.5. في الدعوى واللباس 165

3.5. مسائل قِيل إنَّ فيها تخصيصًا: 166
1.3.5. مقياس العرف في الأموال الربوية 166
2.3.5. عدم قبول الشهادة من القاذف أبداً 168
3.3.5. الحرز في السرقة 169
6.الخاتمـة 171
7.المصادر والمراجع 175
ملخص: ..... Hata! Yer işareti tanımlanmamış.

مقدمة

الحمد لله رب العالمين، وأفضل الصلاة والسلام على مُعلم البشرية الخير والعلم، سيدنا محمد وعلى آله وصحبه ومن تبع هداهم إلى يوم الدين وبعد:

من خلال الاطلاع على التشريع الإسلامي نرى المراعاة من الشارع الحكيم لمصالح الناس في دنياهم وآخرتهم، في عاجلهم وآجلهم، حيث جعل العرف أساسا يُرجع إليه في كثير من الأحكام، لأن العرف والعادة أصبحتا من ضرورات حياة الناس، والرجوع إلى العرف ـ عندما لا يصادم النصوص التشريعية ـ يحقق مصالح الناس،ويرفع عنهم المشقة والحرج.

أما عدم مراعاة الأعراف والعادات المنتشرة بين الناس والتي اطمأنت إليها نفوسهم، وقبلتها طباعهم السليمة توقع الناس في الضيق، والحرج، والمشقة، وهذا لا يتناسب مع ما جاء به الإسلام من رفع الحرج عن الناس، ودفع المشقة عنهم، قال الله تعالى: [وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ]"(1).

فالعرف هو الأصل المتطور والمتجدد في كل زمان ومكان، محققا للناس مصلحتهم العامة والخاصة، فهو من أقرب المصادر يمكن الاستفادة منه بسهولة ويُسر، وهو الأصل الذي يحتاج إليه الناس دائما، لأن حاجة الناس يحتاجون للعرف .

يقول ابن عاشور: " من هذا تعلم أن القضاء بالعوائد يرجع إلى معنى الفطرة، لأن شرط العادة التي يقضي بها أن لا تنافيها الأحكام الشرعية، فهي تدخل تحت أحكام الإباحة، وقد علمت أنها من الفطرة، إما لأنها لا تنافيها وحينئذ فالحصول عليها مرغوب لفطرة الناس، وإما لأن الفطرة تناسبها وهو ظاهر"(2).

كما يتوجب اعتبار الشارع الحكيم للعرف بأن جعل النصوص الشرعية ـ القرآن، السنة ـ وفق المعاني المعهودة والمنتشرة في لسان العرب وقت نزول الوحي وورود الأحاديث النبوية، فيتوجب عليهم فهم هذه النصوص التشريعية في ضوء تلك المعاني المعهودة والمألوفة عندهم زمن مجيء التشريع.

ولهذا يحتاج الفقيه إلى الاطلاع ومعرفة عادات وأعراف العرب في زمن النبوة حال نزول الوحي، ليعرف من خلالها ما أكّده الشرع من تلك الأعراف وأقرّه، كالقسامة، ومشروعية السلم والاستصناع،

---

1 الحج،22/78.

2 ابن عاشور، محمد بن الطاهر، *مقاصد الشريعة الإسلامية*، المطبعة الفنية، تونس، بدون تاريخ طبع، ص،61.

والكفاءة في الزواج وغيرها، وليعرف أيضا ما أنكره الشرع من تلك العادات وأبطلها كالتبني، والوأد، وتبرج الجاهلية، فمعرفة تلك العوائد في زمن النبوة تُساعد على فهم النصوص التشريعية فهما سليما.

إذا فالعرف أصل عظيم من أصول الفقه الإسلامي. يقول ابن عربي:" إن العادة دليل أصولي بنى الله عليه الأحكام، وربط به الحلال"(3). وقال ابن نجيم:" إن اعتبار العادة والعرف يرجع إليه في في مسائل كثيرة حتى جعلوا ذلك أصلا"(4).

فالنصوص التشريعية يجب أن تُفهم حسب مدلولاتها اللغوية والعرفية في زمن النبوة وفي عصر نزول الوحي، ولكن من الممكن أن يتعارض العرف مع النص فهنا يجب النظر فيما إذا كان هذا التعارض بين العرف والنص كليا أو جزئيا، فإن كان التعارض بينهما كليا ومن جميع الوجوه بحيث إذا عملنا بالعرف تعطل النص ورُفع حكمه فالعرف في هذه الحالة فاسد لا يجوز الأخذ به والعمل بموجبه.

أما إذا كان التعارض بين العرف والنص الشرعي جزئيا، كأن يكون النص عاما وعارضه العرف في بعض أفراده أو جزئياته، ففي هذه الحالة يكون العرف مخصصا لعموم هذا النص الشرعي.غير أن هذه المسألة طرحت إشكالا في نوع العرف أو العادة الصالحة للتخصيص، وما يلزم له من ضوابط، ومساحة زمنية يتواجد فيها.

لقد حرص العلماء على بيان ماهية العرف الصالح للتخصيص وما يلزم له من شروط حتى يكون معتبرا، وذلك حتى لا تكون الأعراف البشرية ناسخة لنصوص الوحي وحاكمة عليها، بيد أنهم اختلفوا فيما بينهم في نوع العرف المخصص للنص الشرعي العام: فالجمهور حصروا هذا النوع بالعرف القولي المقارن لنزول النص العام، وذهب آخرون إلى أن العرف المخصص يشمل القولي والعملي معا ما دام أنهما مقارنان للنص.

أما العرف الطارئ فأغلب العلماء والفقهاء قالوا بأنه لا يخصص النص العام، وإن شذّ عن هذا الرأي نَزْر قليل من العلماء الذين قالوا بجواز تخصيص العام بالعرف الطارئ.

---

3 ابن عربي، أبو بكر محمد بن عبدالله ، *أحكام القرآن*, ط الثالثة،، دار الكتب العلمية،بيروت،2003،184/4.

4 ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد ، *الأشباه والنظائر*، تحقيق زكريا عميرات،طالأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 1999،ص،93.

ففي هذا البحث سنتطرق ـ إن شاء الله تعالى ـ لهذه الإشكالات المتعلقة بالعرف مع بيان أقوال العلماء والفقهاء في تخصيص النص الشرعي العام بالعرف، مع بيان شروطه، وضوابطه وما لذلك التخصيص من أثر في الفقه الإسلامي.

وفي الحقيقة أن هذا الموضوع ـ تخصيص العام بالعرف ـ من الموضوعات المهمة في علم أصول الفقه الإسلامي، حيث دار حوله نقاش وجدال واسع بين العلماء، فقد تناول علماء أصول الفقه هذا الموضوع عند تعرضهم للعرف وحديثهم عن المخصصات التي يتم بها تخصيص النص العام.

وجاء اختياري لهذا البحث بسبب ما للأعراف والعادات من أثر بالغ وكبير في حياة الناس، ومعاملاتهم، وعقودهم، وأن العرف يدخل في كثير من أبواب الفقه الإسلامي تاركا فيها الأثر الواضح، أيضا عدم وجود دراسات مستقلة قديمة بهذا الخصوص، وإنما ذكره العلماء ضمن دراستهم للعرف، أو عند حديثهم عن مخصصات العموم.

فالمسائل المتعلقة بتخصيص العام بالعرف متناثرة في ثنايا كلام أهل العلم في كتب أصول الفقه، غير مجتمعةٍ في باب واحد، أو في كتب الفقه كما في رسائل ابن عابدين الذي أفرد رسالة خاصة بالعرف بعنوان"*نَشرُ العَرف في بناء بعض الأحكام على العرف*"، وكذلك ما فعله العز بن عبد السلام حيث جعل فصلا في كتابه قواعد الأحكام تحت عنوان " تنزيل دلالة العادات وقرائن الأحوال منزلة صريح الأقوال في تخصيص العام" .

لذلك أحببت أن أقف على خفايا هذا الموضوع، للسبْرِ في أغواره، والوصول إلى حقيقته قدر المستطاع. فتخصيص النصوص العامة بالعرف موضوع في غاية الأهمية، وذلك لأهمية العرف في حياة الناس. كما أن هذا الموضوع لم أجده قد دُرس في تركبا، لذلك كان اخياري له.وقد قسمت البحث إلى: مقدمة، وخمسة مباحث، وخاتمة، وهي كالآتي:

ـ المقدمة: تضمنت بيان أهمية العرف في حياة الناس، وأثره في الفقه الإسلامي، وتخصيص العرف للنص العام، وسبب اختيار البحث.

1 : فقد خصصته لبيان معنى لفظ العام، وأنواعه، ودلالته بين القطعية والظنية.

2 : تناولت فيه العرف مبينا حقيقته، وأقسامه، وشروط اعتباره، وأقوال العلماء فيه.

3: تناولت فيه حقيقة الخاص والتخصيص، ومفهوم التخصيص وطبيعته عند علماء أصول الفقه، وبيان أنواع التخصيص والأدلة المخصصة للعام.

4: تضمن موقف العلماء من التخصيص بالعرف، مع ذكر أقوال العلماء، سواءً في ذلك قول القائلين بجواز التخصيص بالعرف، وقول المانعين للتخصيص بالعرف، مع بيان صور التخصيص بالعرف للعام.

5 : تضمن هذا المبحث أثر تخصيص العام بالعرف في الفروع الفقهية، مع ذكر أمثلة على ذلك من المعاملات، والجنايات، والأحوال الشخصية وغيرها.

الخاتمة: أتممت البحث بخاتمة احتوت على أهم النتائج التي وصلت إليها في البحث .وقد سلكت في بحثي هذا المنهج الاستقرائي، وذلك بإيراد الأقوال والأدلة وكذلك المسائل المتعلقة بتخصيص العام بالعرف، ثم المقارنة بين تلك الأقوال والأدلة مع بيان الراجح منها.

وأخيراً: أسأل الله تعالى التوفيق والسداد في عملي هذا، وأن يكلله الله بالنجاح والتوفيق إنه على ما يشاء قدير وبالإجابة جدير، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

1. العرف والعادة

1.1. تمهيد

يُعد العرف من المباحث المهمة في علم القواعد الفقهية، حيث يعتمد عليه الفقهاء، ويرجعون إليه في كثير من الفروع الفقهية.يقول السيوطي– رحمه الله تعالى–:" اعلم أن اعتبار العادة والعرف رُجع إليه في الفقه في مسائل لا تعد كثرة، فمن ذلك: سن الحيض، والبلوغ، والإنزال، وأقل الحيض، والنفاس، والطهر.."(5).

ومُعظم العادات والأعراف إنما تنشأ بسبب الحاجة، إذ يأتي على الناس ظرف خاص يدعوهم إلى العمل أو التصرف على وجه ما أو القيام بعمل خاص، وبتكرار هذا العمل يُصبح عرفاً دارجاً بين الناس.وتختلف الحاجات باختلاف البيئات الطبيعية ومرافقها، وأيضا بحسب البيئات الاجتماعية وما فيها من أنظمة وقوانين ومعتقدات وأخلاق، وآداب، وغيرها.وقد تكون الأعراف والعادات موروثة عن الأجداد والآباء دون حاجة حقيقية إليها، وإنما تكون محض وراثة، كما في كثير من عادات وتقاليد الجاهلية المتصلة بعقائدهم الدينية والدنيوية في بلاد العرب قبل الإسلام.

وللعادات والأعراف سلطان قوي على النفوس، وتحكّم في العقول، فهي متى ترسخت وتوطّدت بين الناس صارت من ضروريات الحياة، وذلك لأن الناس– بتكرار العمل– يألفون العمل وتألفه الأعصاب والأعضاء والطباع والعقول(6). والعادات منها ما هو حسن، ومنها ما هو قبيح، فليس كل الأعراف والعادات ناشئة عن مصالح حكيمة وضرورية، فقد يعتاد الناس عادات وأعراف تقوم على الجهل والضلالة الموروثة عن الآباء والأجداد تكون سبباً في شقاء المجتمع وليس فيها أية منفعة.

إذاً فالعرف دليل مهم من أدلة الأحكام، بل هو الأصل المتجدد والمتطور الذي يفي بكثير من الأحكام الفقهية، ومن خلاله يتم تحقيق مصالح الناس ومنافعهم عامتهم وخاصتهم،وهذا الأصل تدعو الحاجة إليه فهو أقرب مصدر يمكن الاستفادة منه بسهولة ويسر.ومن اعتبار الشارع للعرف والعادة أن جعل نصوص الشريعة الإسلامية وفق المعاني المنتشرة والمعهودة بين الناس عند نزول الآيات القرآنية

---

5 السيوطي، جلال الدين عبدالرحمن ، *الأشباه والنظائر في قواعد فروع الشافعية*، ط الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 1983،ص90.

6 الزرقا، مصطفى أحمد الزرقا، *المدخل الفقهي العام*، ط الأولى، دار القلم،دمشق، 1998، ص813.

وورود الأحاديث النبوية، وأوجب فهم نصوص الشريعة حسب معاني العرف عند مجيء التشريع، ومن ذلك قصر العام بالعرف.

بيد أن هذه المسألة أثارت إشكالاً وخلافاً عند العلماء والفقهاء في نوع العرف الصالح للتخصيص، وشروط اعتباره، حتى لا يكون العرف البشري ناسخاً لنصوص القرآن الكريم وحاكماً عليها، غير أن الفقهاء اختلفوا في نوع العرف المخصص:

فذهب الجمهور إلى حصره في العرف القولي المقارن، بينما ذهب آخرون إلى شمول العرف للقولي والعملي معاً ما دام مقارناً للعام.وفيما يلي سنتناول المقصود بالعرف، وأنواعه، وموقف العلماء من التخصيص بالعرف، القائلين بالجواز والمانعين، وصوراً من تخصيص العرف للعام، وبيان أثر التخصيص بالعرف في الفروع الفقهية.

2.1. العرف لغة واصطلاحاً

يُطلق العرف في اللغة على معانٍ عدة منها:

1. التتابع:" تتابع الشيء متصلاً بعضه ببعض، ومنه عُرْف الفَرَس، وسُمي بذلك لتتابع الشعر عليه، ويقال:جاءت القطا عُرْفاً عُرْفاً، أي بعضها خلف بعض، والعرف" المعروف" سمي بذلك لسكون النفس إليه "(7).

2. بمعنى السكون والطمأنينة:" ومنه المعرفة، تقول: عرف فلان فلاناً عرفاً ومعرفة، وهذا أمر معروف لسكونه إليه، لأن من أنكر شيئاً توحش منه، وسُمي المعروف بذلك لأن النفوس تسكن إليه(8).

3. الظهور والوضوح كقولهم:" عرف الرمل والجبل" ويقصد به ظهوره وأعلاه، ومثال ذلك قوله تعالى: [وَعَلَى الْأَعْرَافِ رِجَالٌ.](9)، والمقصود بالأعراف في الآية الكريمة هو المضروب بين الجنة والنار. وقد فسّر الراغب الأصفهاني في كتابه مفردات ألفاظ القرآن (10)العرف: " بالمعروف من

---

7 ابن فارس، أحمد بن فارس بن زكريا، معجم *مقاييس اللغة*، تحقيق عبدالسلام محمد هارون، دار الفكر،بيروت، بدون تاريخ طبع، 281/4، مادة عرف.

8 ابن فارس، معجم *مقاييس اللغة*، 281/4، مادة،عرف ؛ ابن منظور، *لسان العرب*،مادة،عرف .

9الأعراف، 46/7.

10الأصفهاني، الحسين بن محمد المفضل، مفردات ألفاظ القرآن، ط4، تاريخ الطبع 2009، دار القلم، دمشق، ص 560.

الإحسان" وبيّن أن هذا هو المعنى المأخوذ من قوله تعالى:[خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ.](11) فمما تقدم ذكره نجد أن معنى"ع ر ف " بضم العين: المعروف، وهو كل ما تعرفه النفس البشرية من الخير، وتطمئن وتسكن إليه، والعرف والعارفة والمعروف واحد ضد المنكر.إذاً للعرف معانٍ كثيرة ومتعددة في اللغة، ولكن أبرز هذه المعاني وأرجحها هو التتابع، والمألوف من الأفعال دون إنكار.

تعريف العرف اصطلاحاً: عرّف الفقهاء العرف اصطلاحاً بعدة تعريفات:

عرّفه الجرجاني في كتابه التعريفات بقوله:" العُرف ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول، وتلقته الطباع السليمة بالقبول"(12).

ويقول الشيخ فهمي أبو سنة في شرحه لهذا التعريف في كتابه" العرف والعادة":"يعني هو الأمر الذي اطمأنت إليه النفوس وعرفته، وتحقق في قرارتها وألفته، مستندة في ذلك إلى استحسان العقل، ولم ينكره أصحاب الذوق السليم في الجماعة....وقال:" وإنما يحصل استقرار الشائع المتكرر الصادر عن الميل والرغبة"(13).وكما عرّف العرف أيضاً الشيخ مصطفى الزرقا بقوله:"العُرف عادة جمهور قوم في قول أو فعل"(14).

والمقصود بهذا التعريف: أن العرف معتاد عند أكثر الناس وليس عند بعضهم، وهو يشمل العرف القولي والعرف العملي. وهذا التعريف هو أقرب تعريف للحد الصحيح للعرف وذلك لعدة أسباب:

أ. اشتمال هذا التعريف على لفظ الأقوال والأفعال. بقلة الإعتراضات عليه. جـ يخرج من التعريف ما حصل بين الناس بطريق الاتفاق نادراً، أي ما لم يعتده الناس فلا يُعتبر من العُرف(15).

العلاقة بين المعنى اللغوي والمعنى الاصطلاحي: تتضح هذه العلاقة في أن معنى العرف لغة هو التتابع، وفي الاصطلاح أيضاً هذا المعنى موجود، وذلك لاستمرار ومداومة الناس عليه، واعتيادهم عليه.كما أن العرف في اللغة يعني السكون والاطمئنان، وهذا المعنى نجده في الاصطلاح أيضاً، حيث تستقر النفوس إلى العرف وتسكن وتطمئن إليه.ومن معاني العرف لغة العلو والظهور، وهذا

---

11 الأعراف، 199/7.

12 الجرجاني، معجم *التعريفات*، ص125.

13 أبو سنة، أحمد فهمي ، *العرف والعادة في رأي الفقهاء*، مطبعة الأزهر، 1947،ص 8.

14 الزرقا، *المدخل الفقهي العام*،872/2.

15 عطا موسى، *تخصيص العموم بالعرف*، ص83.

المعنى نجده ونلمسه في المعنى الاصطلاحي أيضاً، حيث يكون العرف ظاهراً ومعلوماً في حياة الناس وتصرفاتهم(16). فالعلاقة بين المعنيين اللغوي والاصطلاحي واضحة جداً، والمعاني مترادفة في التعريف اللغوي والاصطلاحي.

3.1. نشأة العرف وسلطانه على الناس

ينشأ العرف عادة من ارتياح واطمئنان الإنسان إلى فعل من الأفعال، أو عمل من الأعمال التي تميل إليها النفس الإنسانية، وهذا الفعل أو العمل بتكراره ومعاودته يُصبح عُرفاً وعادة لدى الناس، فتنتشر هذه العادة بين الناس ويقلد بعضهم بعضاً فيها .

فكل عمل يقوم به الإنسان ويفعله لا بد له من باعث وسبب يدعوه إلى القيام به، وهذا الباعث إما أن يكون خارجياً، كشخص تشعر باحترامه وتقديره، ومن ثم تعتقد أن طاعته واجبة، أو أمراً داخلياً يرجع للإنسان نفسه وما تعتريه من مشاعر وأحاسيس كحب الإنتقام، والحياء الشديد، والحجاب للمرأة وغيرها من الأمور.

فهذا الباعث يُوجد رغبة في النفس على العمل، وميلاً إليه. فعندما يُنفّذ الإنسان هذه الرغبة ويقوم بما مالت إليه نفسه، ويكرر هذا العمل مرة بعد مرة عندها تصبح عادة لديه، فالذي يكوّن العادة هو التكرار والمعاودة للفعل أو القول(17).فهذا العمل أو الفعل الصادر والمتكرر من الشخص قد تصادفه نفوس مستعدة لقبوله من أشخاص آخرين، فيقلدون ويفعلونه بدافع حب التقليد، عندها ينتشر هذا الفعل أو القول بين الناس، ويتكون عندئذ به أي" التقليد " العرف الذي هو في الحقيقة عادة جماعة من الناس.

والذي يجري في الأفعال والأعمال يجري أيضاً في الأقوال، فالناس يتفاهمون فيما بينهم بالكلام، والأقوال، فيلجأ الناس إلى استعمال أقوال وكلمات،ومصطلحات معينة فيما بينهم بسبب تعاملاتهم الاجتماعية، والإقتصادية وغيرها، فتنتشر هذه المصطلحات بين الناس حتى تكون عرفاً متداولاً فيما بينهم.وهذه الأعراف إنما تنشأ عن الحاجة إليها، بسبب ظروف خاصة تنزل بالناس فيقومون بعمل خاص، ويتكرر هذا العمل وينتشر حتى يُصبح عرفاً دارجاً ومنتشراً.وهذه الحاجات تختلف من بيئة إلى بيئة، وما تحتويه كل بيئة من أنظمة اجتماعية، ومعتقدات، وشعائر دينية،وأخلاق وآداب..

---

16 قوته، عادل بن عبدالقادر ، *أثر العرف وتطبيقاته المعاصرة في المعاملات المالية*، قسم الدراسات الإسلامية، كلية الآداب، جامعة الملك عبدالعزيز، جدة، ص31. 32.

17 أسماء بنت عبدالموسى، *العرف حجيته وآثاره الفقهية*، بحث منشور في المجلة العربية للدراسات الأمنية، المجلد 21، العدد 41، تاريخ النشر محرم 1427 هـ .ص 10 / 12.

وفي هذا الصدد يقول ابن عابدين:"واعلم أن اعتبار العادة والعُرف رُجع إليه في مسائل كثيرة، حتى جعلوا ذلك أصلاً: فقالوا في الأصول في باب ما تترك به الحقيقة: تترك الحقيقة بدلالة الاستعمال والعادة"، ويقول أيضاً:"والعرف في الشرع له اعتبار، لذا عليه الحكم قد يُدار"(18).

وذكر ابن عابدين أيضاً: أن كثيراً من الأحكام تختلف بسبب اختلاف الزمان والمكان، وذلك لتغير عُرف أهله، أو لحدوث ضرورة، أو تغير أخلاق الناس أو لفساد أهل الزمان، بحيث لو بقي الحكم على ما كان عليه سابقاً للزم منه المشقة والضرر بالناس ولكان مخالفاً لقواعد ومقاصد الشريعة المبنية على التيسير والتخفيف، ورفع الحرج ودفع الضرر والفساد(19).

ويقول عبد العزيز الخياط:" وسيبقى العرف واحداً من المصادر الفرعية للتشريع، ومعتبراً من الأحكام الشرعية العملية بين الناس، لما له من تأثير واضح واسع في استباط الأحكام والاجتهاد فيها، سواء كان ذلك في معاني الكلمات وعبارات الناس، أو في معاملاتهم وعقودهم الجارية في البيع والتجارة والإجارة والزراعة "(20).

وبهذا نرى أن سلطان العرف عظيم وكبير على الأحكام الشرعية، حيث يدخل العرف في جميع أبواب الفقه، سواءً أكان في المعاملات، أو العبادات، أو الأحوالالشخصية،والعقوبات. لذلك راعت الشريعة الإسلامية العُرف وقت نزول الوحي، حيث نزلت الأحكام مقرة للعرف ومؤكدة له.

4.1. الألفاظ المتعلقة بالعرف

هناك عدة ألفاظ تشتبه بالعرف ولكنها تختلف عنه مضموناً وهي:

1. العلاقة بين العرف والعادة: يقاطع مع مفهوم العرف مفهوم العادة، فما هي العادة ؟ وما علاقتها بالعرف؟ يُعرّف العلماء العادة بأنها:" الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية"(21). وهي مأخوذة من المعاودة أي تكرار الأمر مرة بعد أخرى، وهذا التكرار من غير سبب عقلي لها ينتهي بها إلى الإلتقاء بالعرف والإتفاق معه إذا اعتادت الناس عليها.

---

18 ابن عابدين، محمد أمين أفندي ، مجموعة رسائل ابن عابدين، *رسالة: نشرُ العَرف في بناء بعض الأحكام على العُرف*، بدون دار نشر وتاريخ طبع،2/ 114.

19 ابن عابدين، *نشرُ العَرف في بناء بعض الأحكام على العُرف*، 2/ 114وما بعدها .

20 أسماء عبدالله،*العرف حجيته وآثاره الفقهية*، ص،9.

21 عطا موسى، *تخصيص العموم بالعرف*، ص71.

العادة لغة: العادة مأخوذة من:" تعوّد الشيء وعَاوَده مُعاودة وعواداً، واعتاده واستعاده وأعاده، أي: صار عادة له، وعاد إليه: رجع، واستعادهُ الشيء فأعاده، وسأله أن يفعله ثانياً، والمعاودة: الرجوع إلى الأمر الأول .

وتعني" الديدن " وهو الدأب والاستمرار على الشيء، سُميت بذلك لأن صاحبها يعاودها أي يرجع إليها مرة بعد أخرى، وجمعها عادات وعوائد(22).

أما العادة اصطلاحاً: فيقول ابن عابدين:" العادة مأخوذة من المعاودة، فهي بتكررها ومعاودتها مرة بعد أخرى صارت معروفة مستقرة في النفوس والعقول، متلقاة بالقبول من غير علاقة ولا قرينة حتى صارت حقيقة عُرفية، فالعادة والعُرف بمعنى واحد من حيث الما صدق وإن اختلفا من حيث المفهوم"(23).

فالعادة هي ما استمر عليه الناس وعادوا إليه مرة بعد أخرى، أي هو الأمر المتكرر منهم من غير علاقة عقلية. وقد تكون العادة مخصوصة بمجموعة من الناس أو قد تكون مخصوصة بفرد واحد، كعادة شخص في النوم، والطعام، والشراب. فإذا تعددت هذه العادة الفردية عند مجموعة من الناس صارت عندها مرادفة لمعنى العرف، فالعلاقة بين العرف والعادة هي العموم والخصوص المطلق؛ لأن العادة أعمُّ وهي غير مقيدة بخلاف العرف فإنه مقيد(24). والأصوليون كثيراً ما يأتون بالعرف والعادة معاً بمعنى واحد، لأن نتيجتهما واحدة. فنرى من يُعرّف العادة كما عرّف العرف فيقول:"العُرف والعادة ما استقر في النفوس من جهة العقول..." (25).وقال أبو الحسن البصري في المعتمد:"باب تخصيص العموم بالعادات: حيث يقسم العادة إلى عادة في الفعل وعادة في الإستعمال" (26). وللعلماء في بيان الفرق بين العرف والعادة ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن العرف والعادة لفظان مترادفان، أي أن معناهما واحد، لا فرق بينهما وهذا رأي كثير من العلماء(27).وعليه فإن النسبة بين لفظ العرف ولفظ العادة هي التساوي، وذكر اللفظين معاً هو من

---

22 ابن منظور، *لسان العرب*، 54/10، مادة عَوَدَ.

23 ابن عابدين، *نشرُ العَرف في بناء بعض الأحكام على العُرف*، 2/ 114.

24 الزرقا، *المدخل الفقهي العام*، 2/ 841 وما بعدها.

25 الغزالي، *المستصفى*، 111/2؛ فهمي أبو سنّة، *العرف والعادة*، ص 12. 13.

26 أبو الحسن البصري، *المعتمد في أصول الفقه*، 1/ 278.

27 الجرجاني، *التعريفات*،ص193؛ابن عابدين، *نشر العرف* ص114؛ ابن نجيم، *الأشباه والنظائر*، ص93؛ خلاف، عبدالوهاب خلاف، *أصول الفقه*،بدون تاريخ طبع،أو دار طبع، ص89.

باب الترادف، وفي هذا الصدد يقول عبدالوهاب خلاف: " ... وفي لسان الشرعيين: لا فرق بين العُرف والعادة"(28).

القول الثاني: أن العرف خاص بالأقوال، والعادة خاصة بالأفعال،أي العرف العملي(29)، وقد نقد الأستاذ فهمي أبو سنة هذا القول بقوله:" وهذا القصر لا معنى له، لأن الفقهاء من السلف والخلف أجروا العادة في الأقوال وفي الأفعال معاً"(30).وبناءً على هذا الرأي المنتقد تكون النسبة بين العادة والعرف هي العموم والخصوص، بل العرف أعم وأشمل.

القول الثالث: أن العادة أعم من العرف، وذلك لأن العادة تتضمن: العادة الفردية، والجماعية التي هي العرف، وعليه فالنسبة بين العادة والعرف تكون العموم والخصوص، فالعادة أعم، بينما العرف أخص.فكل عُرف عادة، وليس كل عادةٍ عرف. فالعادة قد تكون فردية خاصة، أو مشتركة بين عدة أفراد أو مجموعة من الأفراد.وإلى هذا الرأي مال الأستاذان مصطفى الزرقا وفهمي أبو سنة(31).

فخُلاصة القول في العلاقة بين العرف والعادة إنما هي العموم والخصوص المطلق، وذلك بأن العادة أعم وأشمل، لأنها تشمل العادة الفردية، أو الناشئة عن سبب طبيعي، وعادة الجمهور أيضاً والتي هي العرف. فالعادة تنشأ وتتكون بسبب تكرار الأمر مرة بعد مرة، فإذا استمر الأمر واستقر في النفوس، ثم تلقته الطباع السليمة بالقبول، واستحسنته العقول فيما بعد، وجرى عمل الناس عليه حتى صار عرفاً قائماً ومتداولاً ومعتبراً بين الناس.

2. العلاقة بين العرف والإجماع: قد يقع اشتباه أو تداخل عند البعض بين معنى العرف والإجماع: فالإجماع لغة:" يُطلق على معنيين: الأول: العزم على الشيء والإمضاء ومنه قوله تعالى:[فَأَجْمِعُوا أَمْرَكُمْ ...](32) أي اعزموا،والثاني:الاتفاق،ومنه أجمع القوم، إذا صاروا ذوي جمع"(33).واصطلاحاً

---

28 خلاف،*أصول الفقه*، ص89.

29 عبدالعزيز البخاري، *كشف الأسرار عن أصول فخر الدين البزدوي*، 96/2 ؛ قوتة، عادل عبدالقادر محمد قوتة، *العرف حجيته وأثره في المعاملات المالية عند الحنابلة*، ط الأولى، المكتبة المكية، مكة، 1997، 1/ 110.

30 أبو سِنّة، *العرف والعادة*، ص11،.

31 أبو سِنّة، *العرف والعادة*، ص13، ؛ الزرقا، *المدخل الفقهي* العام،2/ 743.

32 يونس، 10/ 71.

33 ابن منظور، *لسان العرب*، 432/3، مادة جمع .

هو:" اتفاق المجتهدين من أمة محمد ρ خاصة على أمر من الأمور الدينية وذلك بعد وفاتهρ على حكم شرعي لا نص فيه "(34) .

إذا الإجماع هو الاتفاق من قبل علماء أهل العصر المسلمين على حكم الحادثة الشرعية الطارئة، فلا يدخل في هذا الاتفاق رأي العوام، لأن المقصود بالعلماء هم الفقهاء. وإجماع الأمة الإسلامية حجة دون غيرها من الأمم لقوله ρ:" لاتجتمع أمتي على ضلالة"(35)، وبهذا يكون الإجماع حُجة على العصر الثاني ومن بعده، ويكون ذلك من عصر الصحابة ومن بعدهم(36).وبناء على تعريف الإجماع نجد بعض الفروق بين العرف والإجماع وهي كالتالي:

1. الإجماع لا يتكون ولا يصح إلا من اتفاق الفقهاء والعلماء المجتهدين خاصة، ولا يصح من غيرهم، أما العرف فيتكون من توافق أغلب الناس على ما تعارفوا عليه من قول أو فعل، ولا يشترط فيه أن يكون بين الناس مجتهدون، فيشمل هذا التوافق العامة والخاصة، والقارئين والأميين، والعلماء والعوام(37) .

2. قد يكون الإجماع أحياناً على تفسير نصٍ دلالته ظنية، أي لا بد للإجماع من مستند، وهذا المستند قد يكون قرآناً أو سنة نبوية، أو غيرهما من مصادر التشريع الإسلامي، أما العرف فهو أمر باعثه وسببه حوائج الناس وتحقيق مصالحهم، أي يكون العرف في غير مورد النص.

3. يكون حكم الإجماع مُلزِماً لمن أجمعوا عليه ولغيرهم، وحجة لمن يأتي من بعدهم مطلقاً، أما العرف فلا يكون مُلزماً إلا لمن تعارفوا عليه.فالعرف منه ما هو عام ومنه ما هو خاص، فلا يكون مُلزماً إلا لمن تعارفوا عليه فقط(38) .

4. الإجماع ثابت لا يتغير إلا إذا كان مستنده ودليله المصلحة المرسلة، أو عرف، ثم تغيرت المصلحة فيتغير الحكم، أما العرف فهو قابل للتغيير والتبديل من زمن لزمن،فمنه ما هو ثابت لا يتغير كإطلاق لفظ الولد على الذكور والإناث فهو ملزم، ومنه ما يكون متغيراً، وهذا القسم القابل للتغيير ليس ملزماً إلا لمن تعارفوا عليه.

---

34 الآمدي، *الإحكام في أصول الأحكام*، 195/1.

35 الترمذي، *الفتن*، 465 .

36 الآمدي، *الإحكام في أصول الأحكام*، 230/2.

37 الآمدي، *الإحكام في أصول الأحكام*، 322/1.

38 عطا موسى، *تخصيص العموم بالعرف*، ص94.

5. العرف قد يكون فاسداً، بحيث لو تعارف الناس على محرّم مضاد للنص والشريعة كتعارفهم على الربا، وشرب الخمر، بخلاف الإجماع الذي لا يكون فاسداً، لأن الأمة الإسلامية لاتجتمع على الضلالة(39) .

3. **العلاقة بين العرف والعمل:** مصطلح" العمل" يتكرر ويرد في كلام الفقهاء كثيراً نحو قولهم:" هذا عليه العمل"، أو" جرى عليه العمل" أو" العمل عليه" وما شابه هذه العبارات، فلهذا المصطلح دلالته الخاصة ومفهومه المعين(40)، ويحتاج إطلاق هذا المصطلح "هذا العمل عليه" إلى شروط عدة وهي:

أ. أن يستند هذا المصطلح أو الحكم إلى رأي فقهي– وإن كان هذا الرأي مرجوحاً– وموافقاً لقواعد الشريعة، وأن لا يكون هذا الرأي منكراً.

ب استقرار الفتوى على هذا الرأي في الغالب، وأن يلتزم القضاة به، ومن ثم تجري عليه أحكام القضاء.

جـ السبب في اختيار هذا الحكم وبعده"العمل عليه" دون غيره من الأحكام وجعل جريان الفتوى والقضاء به هو من أجل حفظ مصلحةٍ من المصالح المعتبرة، أو لحفظ العرف المعتبر.وقد يعبّر بما"عليه العمل"أي بما أُفتي به وحكم لرجحانه، وليس من أجل العرف أو المصلحة(41).فاختيار قولٍ لأحد العلماء المعتبرين الثقات– غير منكر– والاقتداء بهذا الرأي والحكم به والإفتاء حسب مقتضاه، وسيْرُ العلماء– بعد اختيار القول– على العمل به لسبب اقتضى ذلك يكون هو مفهوم العمل. ومما تقدم يظهر لنا الفرق بين العرف والعمل في أمرين اثنين هما: 1. مصطلح العمل خاص بالعلماء والفقهاء، بينما العرف يشمل الناس جميعاً العلماء منهم والعوام.

2. أن مصطلح العمل خاص بمسائل فيها الخلاف، فيكون الترجيح بينها، بخلاف العرف الذي هو أشمل وأعمُّ بسبب اختلاف وتنوع حاجات الناس ومتطلباتهم(42).ويظهر مما سبق أن العرف والعمل قد يتداخلان، لأن سبب العمل وباعثه الفتوى أو الحكم الذي جرى عليه العرف، أو بسبب اطّراد التزام العمل، وانتشار القول بهذه الفتوى والعمل بها حتى يصير عُرفاً بين الناس.

---

39 محمد قوتة، *العرف حجيته و أثره في فقه المعاملات المالية عند الحنابلة*، 1/ 117.

40 الجيدي، عمر بن عبدالكريم الجيدي، *العرف والعمل في المذهب المالكي ومفهومهما لدى علماء المغرب*، مطبعة فضالة، المحمدية المغرب، 1982، ص346/345.

41 الجيدي،*العرف والعمل في المذهب المالكي ومفهومهما لدى علماء المغرب*، ص380.

42 محمد قوتة، *العرف حجيته و أثره في فقه المعاملات المالية عند الحنابلة*، 1/ 115.

4 . العلاقة بين العرف والاستحسان: الاستحسان لغة:" من الحُسن ضد القبح، والجمع محاسن، وحَسُنَ الشيء بالضم، ويستحسنه: أي يعده حسناً، والمحاسن ضد المساوئ، وهو عدُّ الشيء حسناً وضده الاستقباح"(43).

والاستحسان اصطلاحاً:" هو العدول بالمسألة عن حكم نظائرها إلى حكم آخر، لوجه أقوى يقتضي هذا العدول"(44).أو" هو: العدولعن موجب قياس إلى قياس أقوى منه "(45).

ووجه الارتباط بين العرف والاستحسان: هو أن يستقر عُرف الناس وعادتهم على حكم يُخالف القياس، فيترك الناس القياس ويأخذون بالعرف استحساناً، لأن العرف سبب من أسباب الاستحسان الذي هو العدول عن مقتضى القياس في هذه المسألة إلى حكم آخر لسبب يستدعي هذا العدول، وذلك لجريان عرف الناس به واعتيادهم العمل عليه دون نكير.

مثال ذلك: لو حلف شخص بقوله: والله لا دخلت بيتاً مع فلان، فهو يحنث بدخول كل بيت وكل ما يسمى لغة بيتاً، والمسجد أيضاً يسمى بيتاً لغة، فيحنث بدخوله، ولأنه خرج لفظ المسجد بالعرف من مقتضى الحلف فلا يحنث(46).

وأيضا: لو استعار شخص سيارة،أو دابة من شخص آخر فاستعملها ثم قام بردها إلى المستودع أو الاصطبل فإن هذا الفعل يُعدُّ رداً وإن كان يُخالف القياس الذي يقتضي بتسليم ورد الأمانة، فجوِّز ذلك بسبب تعارف الناس عليه.ومثال ذلك أيضاً:ترك تقدير الماء الذي يستعمله الناس في الحمام، أو مدة المكثِ خشية إزعاج الناس ومضايقتهم(47).

5.1. أقسام العرف

ينقسم العرف عند الأصولين إلى عدة أقسام، وذلك بالنظر إلى سببه ومتعلقه، وإلى الجهة التي يصدر عنه،أو باعتبار المعنى اللغوي للعرف. فبحسب النظر الموجِّه إليه ينقسم العرف باعتبار سببه وموضوعه إلى عرف قولي وعرف عملي، وينقسم حسب من يصدر عنه وانتشاره وشيوعه وخصوصه إلى عرف عام وإلى عرف خاص، وينقسم العرف حسب موافقته لنصوص الشريعة أو مصادمته لها

---

43 الرازي، محمد بن أبي بكر بن عبدالقادر الرازي، *مختار الصحاح*، مكتبة لبنان، 1986،مادة حَسَنَ،

44 الآمدي، *الإحكام في أصول الأحكام*، ج4، ص190؛ الزرقا، *المدخل الفقهي العام*، 1/ 87.

45 الآمدي، *الإحكام في أصول الأحكام*، ج4، ص192؛ أمير عبدالعزيز، *أصول الفقه*، 1/ 444.

46 عطا موسى، *تخصيص العموم بالعرف* ص،75.

47 السمعاني، *قواطع الأدلة*،2/ 269؛ الآمدي، *الإحكام في أصول الأحكام*، 4/163. 164.

إلى عرف صحيح وإلى عرف فاسد، وينقسم باعتبار ثبوته واستقراره وعدمه إلى عرف ثابت وعرف متبدل .

القسم الأول: العرف القولي والعرف العملي: وذلك حسب سببه ومتعلقه ينقسم إلى نوعين اثنين هما:

النوع الأول: العرف القولي: وموضوعه هو استعمال بعض الألفاظ في معان منتشرة بين الناس، وتعارف الناس على استعمالها في هذه المعاني المنتشرة، وذلك مثل أن ينتشر بين الناس استعمال بعض الألفاظ والتراكيب التي تدل على معنى معين بحيث يتبادر إلى أذهان الناس المفهوم المتبادر من هذه الألفاظ عند إطلاقها دون قرينة أو دلالة عقلية. ولا يتبادر إلى أذهان الناس عند سماع هذه الألفاظ والمصطلحات إلا المعنى المعروف والمنتشر والمألوف لديهم(48).واصطلح الأصوليون على تسمية هذا النوع من العرف: بالحقيقة العرفية.

وينقسم العرف القولي باعتبارين اثنين هما: الأول من حيث ذاته، والثاني من حيث مصدره. أما الأول من حيث ذاته فيتنوع إلى نوعين: أ- عرف قولي في المفردات، بـ وعرف قولي في المركبات.

النوع الأول: العرف القولي في المفردات: فالأمثلة عليه كثيرة منها:

لفظ" الدراهم" فإن هذا اللفظ يُطلق ويراد به النقود الفضية المسكوكة بوزن معين، وقيمة محدودة، ولكن يستعمل هذا اللفظ عند الإطلاق بمعنى النقود الدارجة والشائعة بين الناس في البلد، مهما كان نوعها أو قيمتها، ويشمل الأوراق الورقية التي تستعمل في عصرنا(49).

مثال ذلك أيضاً: لفظ اللحم لا يُطلق عُرفاً على السمك، فإذا سألت رجلاً قد أكل السمك: هل أكلت لحماً ؟ فسيرد عليك بالنفي، مع أنه أكل السمك، والقرآن الكريم أطلق لفظ اللحم على السمك ولكن المتعارف بين الناس أن لفظ اللحم لا يطلق على السمك.

النوع الثاني: العرف القولي في المركبات:والمقصود بالمركبات أي الجمل، ومن أمثلته:مسألة تقليد الوالي لشخصٍ عملاً ما، وفي هذا العمل شخص آخر، حيث يقول الماوردي في هذا الصدد:" وإن كان في العمل ناظر قبل تقليده، نظر في العمل: فإن كان مما لايصح الاشتراك فيه كان تقليده الثاني عزلاً للأول، وإن كان مما يصح فيه الاشتراك روعي العُرف الجاري فيه، فإن لم يجر العرف

48 البغا، مصطفى ، *أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي*، دار الإمام البخاري، دمشق، بدون تاريخ طبع، ص،446 .

49 المباركي، أحمد بن علي ، *العرف وأثره في الشريعة والقانون*، ط الثانية،، مكتبة العبيكان، الرياض، السعودية،1993،ص،70.

بالاشتراك فيه كان عزلاً للأول، وإن جرى العرف بالاشتراك فيه لم يكن تقليد الثاني عزلاً للأول، وكانا عاملين عليه وناظرين"(50).

ومن أمثلة ذلك أيضاً: أن الأحكام المضافة إلى الأعيان في الشريعة، فإن مقتضى ما ورد في هذه الآيات لغة أن يكون المقصود بها الأعيان ذاتها. ولكن أهل العرف نقلوا وأخذوا تلك الأحكام من الأعيان إلى ما يتعلق بها من أفعال وتصرفات كقوله تعالى:[حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ. .](51) فالمقصود من الآية الكريمة هو الاستمتاع بالأمهات.

والعرف القولي من حيث مصدره ينقسم إلى قسمين أيضاً: عرف شرعي، وعرف استعمالي.أما العرف الشرعي فهو: اللفظ الذي وضعه الشارع لمعنى معين، ولا فرق بين أن يكون هذا اللفظ والمعنى مجهولين عند أهل اللغة أو معلومين لديهم.مثال ذلك الصلاة: فالصلاة تعني في اللغة الدعاء، ولكنها شرعاً عرفت وصارت تطلق على الأقوال والأفعال والحركات والسكنات التي تبدأ بالتكبير وتنتهي بالتسليم، أي الصلاة المعروفة، وينطبق هذا القول على الزكاة والحج والصيام وغيرها من الألفاظ(52).

أما العرف الاستعمالي: فهو أيضاً قسمان: الأول: أن يكون الاسم قد وُضع لمعنى عام في اللغة، ولكن العرف العملي خصصه ببعض أفراده، مثال ذلك: لفظ الدابة التي تطلق في اللغة على كل ما يدب ويتحرك على الأرض، إلا أن العرف قد خصص هذا اللفظ بذوات الأربع(53).

ويبدو للباحث أن هذا ليس بتخصيص على الحقيقة؛ لأن الناس لما تعارفوا استعماله في الفرس صار حقيقة فيه، وصار كالمجاز فيما وضع له بالأصل.

فلو حلف شخصاً أنه لن يأكل الرؤوس، فهذا الشخص لا يحنث إلا في رؤوس الغنم، لخروج اللفظ بالعرف من عموم الاسم، لأنلفظ الرؤوس عام ينطبق على كل مأكول لحمه، ولكن العرف خصص هذا اللفظ برؤوس بهيمة الأنعام (54).

---

50 الماوردي، أحمد مبارك البغدادي، *الأحكام السلطانية*، تحقيق أحمد مبارك البغدادي،ط الأولى،، دار ابن قتيبة، الكويت، 1989،ص 276.

51 النساء، 4/ 23.

52 أسماء الموسى، *العرف حجيته وآثاره الفقهية*، ص13.

53 الطوفي، نجم الدين بن عبد القوي بن سعيد ، *شرح مختصر الروضة*، تحقيق عبدالمحسن التركي، ط الثانية، توزيع وزارة الشؤون الإسلامية، السعودية، 1998، 1/ 486.

54 ينظر: *بذل النظر في الأصول* للإسمندي، ص،247.

النوع الثاني: العرف العملي: العرف العملي هو كما عرفه الإمام الزرقا بقوله:" ما اعتاده الناس من الأفعال العادية، أو المعاملات المالية. (55).فالمقصود بالأفعال العادية: أي أفعال وتصرفات الناس الشخصية،في حياتهم اليومية. والتي لا تقوم على تبادل المصالح والمنافع، أو إنشاء الحقوق، كالطعام والشراب، واللباس، والمركب، والحرث، والزرع، وغير ذلك من الأمور الشخصية.

أما المقصود بالمعاملات المالية: فهي التصرفات والأعمال التي يقُصد منها بناء وإنشاء الحقوق بين الناس، أو إسقاطها، كالبيع، والشراء، والنكاح.فمثال العرف في أفعال الناس: كاعتيادهم على التعطيل في أيام مخصوصة من كل أسبوع عن العمل، واعتياد بعضهم الآخر على تناول نوع معين من اللحم،كلحم الماعز،أو الضأن،أو البقر أو نوع معين من اللباس، والأدوات.ومثال العرف العملي في المعاملات: كعادة الناس في بيع بعض الأشياء الثقيلة: كالفحم، والقمح، والحطب، والشعير وغيرها شرط أن يكون على البائع أمر توصيلها إلى بيت المشتري.أيضاً: عادة الناس في تقسيط أجرة السكن أو الدكاكين السنوية إلى أقساط معدودة. وأيضاً كتعارف الناس في النكاح على تعجيل قسم من المهر، وتأجيل القسم الآخر (56).

ويرى الباحث والمتأمل في الفروع الفقهية، وفي كلام الفقهاء مدى سلطان العرف العملي وسيادته الكبيرة في فرض الأحكام، وإصدار الفتاوى، وتقييد آثار العقود، وتحديد الالتزامات بين الناس– حسب المتعارف بينهم– وذلك في كل موضع لا يُصادم فيه العرف أو يعارض نصاً شرعياً. وقد ذكر الإمام الشاطبي هذين النوعين من العرف وذلك عند ذكره أنواع العوائد المتبدلة فقال:" ومنها ما يختلف في التعبير عن المقاصد، فتنصرف العبارة عن معنى إلى معنى عبارة أخرى: إما بالنسبة إلى اختلاف الأمم كالعرب مع غيرهم، أو بالنسبة إلى الأمة الواحدة، كاختلاف العبارات بحسب اصطلاح أرباب الصنائع في صنائعهم مع اصطلاح الجمهور، أو بالنسبة إلى غلبة الاستعمال في بعض المعاني، حتى صار ذلك اللفظ إنما يسبق منه الفهم معنىما، وقد كان يُفهم منه قبل ذلك شيء آخر، أو كان مشتركاً فاختص، وما أشبه ذلك....وقال أيضاً: ومنها ما يختلف في الأفعال والمعاملات ونحوها، كما إذا كانت العادة في النكاح قبض الصداق قبل الدخول، أو في البيع الفلاني أن يكون بالنقد لا بالنسيئة، أو العكس، أو إلى أجل كذا دون غيره "(57).

---

55 الزرقا، *المدخل الفقهي العام*،2/ 846.

56 الزرقا، *المدخل الفقهي العام*،2/ 877.

57 الشاطبي، *الموافقات*،2/ 489.490.

القسم الثاني: العرف العام والعرف الخاص: حيث ينقسم العرف باعتبار مَنْ يصدر عنه إلى نوعين هما عام وخاص. فالنوع العام: هو كما عرّفه ابن عابدين بقوله:" ما تعامله عامة الناس، سواء أكان قديماً أو حديثاً"(58). أي أن هذا العرف يكون منتشراً وفاشياً في جميع البلدان الإسلامية وبين مختلف الشعوب.

مثال ذلك: عقد الاستصناع: الذي تعارف عليه الناس في كثير من احتياجاتهم اليومية والحياتية، من أثاث وألبسة، وأدوات وغيرها. فالناس قد احتاجوا إليه ودرجوا عليه وذلك من قديم الزمان، فأصبح الاستصناع منتشراً في أغلب الحالات والأمور.ومثال ذلك أيضاً:تعارف الناس على إطلاق لفظ" الولد" على الذكور فقط دون الإناث، مع أن هذا اللفظ يُطلق في اللغة على الذكور و الإناث معاً، وجاء في القرآن الكريم بهذا المعنى في قوله تعالى:[يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ ۖ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ.](59)، ولكن انتشر لفظ الولد بين الناس وتعارفوا عليه على أنه للذكر فقط.

وكإطلاق اللحم على لحوم الأنعام دون السمك، مع أن القرآن الكريم قد سمّى السمك باللحم توافقاً مع المعنى اللغوي حيث قال الله تعالى:[وَهُوَ الَّذِي سَخَّرَ الْبَحْرَ لِتَأْكُلُوا مِنْهُ لَحْمًا طَرِيًّا.](60).وكذلك تعارف الناس على إطلاق لفظ الطلاق من أجل إزالة العلاقة الزوجية. واشترط الحنفية للعرف العام أن يستمر العمل به بين الناس(61).

أما النوع الخاص: فهو:" الذي يكون منتشراً في بلد من البلدان، أو لدى طائفة من الناس "(62). كانتشاره بين التجار والزراع وغيرهم. وهذا النوع متنوع ومتجدد له صور كثيرة ليس لها حدود. وبيان ذلك أن مصالح الناس والسُّبل الموصلة إليها، وحوائجهم وارتباطاتهم وعلاقاتهم متجددة أيضاً.

مثال ذلك: التعارف بين التجار على إثبات ديونهم التي هي في ذمم الناس في دفاتر خاصة من غير شهود عليها، ثم تكون هذه الكتابة في هذه الدفاتر وثيقة قطعية يحتجون بها لإثبات الديون(63). وهذا العرف خاص بالتجارفيما بينهم.ومثال ذلك أيضاً: ما هو متعارف عليه أهل العراق

---

58 ابن عابدين، *نشر العرف*، ص، 115.

59 النساء، 11/4.

60 النحل، 16/ 14.

61 عطا موسى، *تخصيص العموم بالعرف*، ص،88.

62 أبوسِنّة، *العرف والعادة*، ص،19 ؛ ابن عابدين، *نشر العرف* ص125.

63 أمير عبدالقادر، *أصول الفقه*،ص، 505.

في إطلاق لفظ الدابة على الفرس. وأيضاً عرف التجار فيما هو عيب في البضاعة ما يستوجب إنقاص ثمن البضاعة المبيعة أو لا يعد عيباً ذلك(64).

قال العلامة ابن نجيم بهذا الصدد:"العرفية الخاصة، كاصطلاح كل طائفة مخصوصة، كالرفع للنحاة، والفرق والجمع والنقض للنظّار"(65).إذا فكل من العرف العام والعرف الخاص إنما يعتبر إذا كان شائعاً ومنتشراً بين متعارفيه، متبادراً لهم عند إطلاقه.فالعرف العام إنما يثبت به الحكم العام على كافة الناس الذين تعارفوه وهو منتشر بينهم، أما العرف الخاص فيثبت حكمه على من انتشر وشاع بينهم فقط، من أهل إقليم، أو مدينة،أو بلدة أو فئة معينة من الناس، وأن الرجوع إلى أهل الخبة والاختصاص وطلبُ تحكيمهم فيما هو من شأنهم، واستناداً إلى خبراتهم ومعارفهم، إنما هو رجوع وعود إلى العرف الخاص(66).

القسم الثالث: العرف الصحيح والعرف الفاسد: ينقسم العرف من حيث ملائمته لقواعد الشريعة ونصوصها إلى قسمين هما:

1. العرف الصحيح: وهو المقصود به العرف الشرعي: وهو عبارة عن مجموعة من الاصطلاحات الشرعية التي أُهملت معناها اللغوي واستعملت في المعنى الشرعي كالصلاة، والزكاة، والحج، أو هو ما تعارفه الناس وليس في هذا التعارف مخالفة لنص من نصوص الشريعة، أو تفويت لمصلحة، أو جلب لمفسدة.

يقول الإمام الشاطبي في هذا الصدد عندما يتكلم عن الأعراف والعوائد:" العوائد المستمرة ضربان: أحدهما العوائد الشرعية التي أقرها الدليل الشرعي أو نفاها، ومعنى ذلك أن يكون الشارع أمر بها إيجاباً أو ندباً، أو نهى عنها كراهة أو تحريماً، أو أذن فيها فعلاً وتركاً. والضرب الثاني: العوائد الجارية بين الخلق بما ليس في نفيه ولا إثباته دليل شرعي"(67).ومن أمثلة ذلك:الصلاة التي تعني في اللغة الدعاء، ولكن الشرع استعملها على أنهاعبادة مخصوصة تبدأ بالتكبير وتنتهي بالتسليم، وما فيها من أركان وشروط.

---

64 بغا، *أثر الأدلة المختلف فيها* ، ص،248،؛ الزرقا، *المدخل الفقهي العام*، 2/838.

65 ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص ،101.

66 الزرقا، *المدخل الفقهي العام*، 2/ 849؛ محمد قوتة، *العرف وأثره في المعاملات المالية*، ص،263.

67 الشاطبي، *الموافقات*، 2/ 283. Selahattin Kıyıcı *İslam Hukukunda Örf ve Adet,* Ekev Yayınları, Erzurum2002, s, 146-147

أقر الإسلام الكثير من العوائد والأعراف الجاهلية لعدم مخالفتها لمبادئه وأحكامه ومقاصده، كالدية التي كانت منتشرة قبل الإسلام في أيام الجاهلية، وجاء الإسلام وأقرّها، فهي–أي الدية–من الأعراف التي شهد لها الشارع.وكتعارف الناس على أن المهر مقدم ومؤخر، وكتعارفهم على أن تقديم الهدايا من الخطيب لخطيبته لا تعتبر من المهر(68).

وقد فصل العلماء في الشروط التي يجب توافرها ليكون العرف معتبراً ومقبولاً شرعاً، أن يكون مطرداً غاباً، ومستمراً في العمل به، ولا يخالف نصوص الشريعة، وأن يكون قائماً وقت نشوء التصرفات التي يُراد فيها تحكيم العرف.

2. العرف الفاسد: وهو العرف المخالف لنصوص الشريعة، أو فيه ضرر، أو يدفع مصلحة،أو يعارض حكماً ثابتاً لا يتغير هذا الحكم بتغير الأمكنة والأزمنة، أو ما أحلّ حراماً، أو حرّم حلالاً، كتعارف الناس على التعامل بالربا، والاختلاط بين الرجال والنساء في الحفلات والأعراس وغيرها، وتقديم الخمور في المناسبات. يقول عبدالوهاب خلاف:" وأما العرف الفاسد فلا تجب مراعاته، لأنه في مراعاته معارضة دليل شرعي، أو إبطال حكم شرعي، فإذا تعارف الناس عقداً من العقود الفاسدة كعقد ربوي، أو عقد فيه غرر وخطر، فلا يكون لهذا العرف أثر في إباحة هذا العقد"(69).

وقد يتعارف الناس على ما فيه ضرر لهم ومفسدة عليهم من حيث يعلمون أو لا يعلمون، فإن توارد العرف والنص على حكم ما وكان بينهما تصادم فيُطرح العرف لفساده وبطلانه، ويتم العمل بالنص لأن إرادة المشرّع في النص هي المفسرّة(70).وهذا التصادم هو من باب تصادم العرف العام مع النص الخاص، وليس من باب التعارض بين النص العام والعرف العام، وقد أشار إلى هذا الشاطبي والسيوطي(71).

---

68 أسماء الموسى، *العرف حجيته وآثاره الفقهية*، ص21،؛ *الموسوعة الفقهية الكويتية*،3/ 56؛ رقية طه العلواني، أثر *العرف في فهم النصوص (قضايا المرأة نموذجا)*، ط الأولى، دارالفكر،دمشق، 2003،ص51. SelahattinKıyıcı*İslamHukukundaÖrfveAdet,* EkevYayınları, Erzurum 2002, s, 146-147

69 خلاف، *علم أصول الفقه*،ص،89.

70 الزرقا، *المدخل الفقهي العام*، 884/2.

71 *الشاطبي، الموافقات*، 283/2؛ السيوطي، *الأشباه والنظائر*،ص103،.

وقال ابن عابدين:" إذا خالف العرف الدليل الشرعي، فإن خالفه من كل وجه بأن لزم منه ترك النص فلا شك في رده"(72).والعرف الفاسد ليس مجال بحثنا في هذه الرسالة، لأنه باطل في ذاته وأصله وذلك لمصادمته لنص أو أصل من أصول الشريعة، أو لمقصد من مقاصد الشريعة. فمعيار العرف صحة وفساداً هو الشرع ومقاصده في التشريع. فالشرع الإسلامي هو المعيار الفاصل بين العدل والظلم، والمصلحة الحقيقية والمصلحة الفاسدة(73).

ويستثنى من هذه الحالة إذا كان النص الخاص يعتمد على علة عرفية، فإذا ذهبت وزالت تلك العلة، زال معها الحكم، بحيث إذا تبدل وتغير العرف تغير الحكم. ومن هنا جاء كلام الأصوليين وتقريرهم لمبدأ" تغير الأحكام بتغير الأزمان".

القسم الرابع: باعتبار ثبوت العرف واستقراره أو عدمه: فينقسم هذا النوع إلى عرف ثابت، وعرف متبدل.

1. العرف الثابت: وهذا النوع من العرف ثابت لايتغير بتغير الأزمان أو الأماكن أو الأشخاص والأحوال، لأنه راجع إلى طبيعة الإنسان وأصل خلقته وفطرته. يقول الإمام الشاطبي بهذا الصدد:"العوائد أيضاً ضربان بالنسبة إلى وقوعها في الوجود، أحدهما: العوائد العامة التي لا تختلف بحسب الأعصار والأمصار والأحوال، كالأكل والشرب، والفرح، والحزن، والنوم،واليقظة، والميل إلى الملائم، والنفور عن المنافر، وتناول الطيبات والمستلزات واجتناب المؤلمات الخبائث وما أشبه ذلك. والثاني: العوائد التي تختلف باختلاف الأعصار والأمصار والأحوال، كهيئات اللباس والمسكن، واللين في الشدة، والشدة فيه، والبطء والسرعة في الأمور والأناة والاستعجال، وما كان نحو ذلك "(74).

ومن أمثلة عرف الناس الثابت: إطلاق لفظ الولد على المذكر فقط دون الأنثى، وعدم إطلاق لفظ البيت على المسجد مع أنه بيت الله تعالى، ويُعرف هذا النوع من العرف بالاستقراء والتتبع(75).

2. العرف المتبدل: وهو النوع الذي يختلف ويتغير باختلاف الأزمان والبيئات وأحوال الناس، فأمر ما قد يكون حسناً ومقبولاً في مكان ما، بينما يُعتبر قبيحاً في مكان آخر.فمثلاً كشف الرأس أمر

---

72 ابن عابدين، *نشر العرف*،ص118،.

73 أبو سنة، *العرف والعادة*، ص،94.

74 الشاطبي، *الموافقات*، 297/2.

75 حبنكة، عبدالرحمن حسن الميداني، *ضوابط المعرفة وأصول الاستدلال والمناظرة*، ط الرابعة،دار القلم، دمشق، 1993،ص188.

قبيح عند أصحاب المروءات في البلاد المشرقية– أي في بلاد الشام والعراق–، وهذا الأمر غير قبيح في البلاد المغربية– أي في بلاد المغرب العربي– وهذا النوع من العرف قد يكون في الأقوال أو في الأفعال(76).

6.1. أقوال العلماء في اعتبار العرف

وينقسم هذا البحث على ثلاثة أقسام وهي:

1. دليل اعتبار العرف 2. شروط اعتبار العرف 3. القواعد المتعلقة بالعرف .

أولا: دليل اعتبار العرف:

اعتبر الفقهاء والعلماء على اختلاف مذاهبهم وآرائهم العرف وجعلوا منه أصلاً يُبنى عليه قسم عظيم من أحكام الفقه الإسلامي، وقد راعى الشارع الحكيم العرف في كثير من الأحكام والفروع الفقهية، لأن إغفال العرف وعادات الناس وما لها من دور مهم وبارز في حياة الناس والمجتمع، يوقعهم في ضيق وحرج.

وعند التحقيق والمتابعة نجد أن العلماء جميعهم اتفقوا على حجية العرف واعتباره دليلاً من أدلة الأحكام والتشريع عند عدم وجود نص. ويكمن خلافهم في بعض الجزئيات المتعلقة بالعرف, وتطبيقه، وأنواعه وليس في أصل الاحتجاج به.لذا فالعرف الصحيح يُعدُّ حجة في التشريع، ودليل قائم على النص العام يتم به التخصيص والإخراج بالنص من العموم إلى الخصوص. فالعرف الصحيح– وبما يرتد إلى أصل عام من أصول الشريعة بحيث يشهد له هذا الأصل بالاعتبار– يعلو بحكمه إلى درجة وقوة النص، فالشريعة لم تُهمل أعراف وعادات الناس الصحيحة .

قال الإمام القرافي– رحمه الله–:" .. أما العرف فمشترك بين المذاهب، ومن استقرأها وجدهم يصرحون بذلك فيها "(77). ولبيان ومعرفة كثرة المسائل والفروع الفقهية التي بُنيت على العرف والتي عُللت بالعوائد، قال الإمام السيوطي رحمه الله:" اعلم أن اعتبار العرف والعادة رجع إليه في الفقه في مسائل لا تُعدُّ كثيرة "(78).

---

76 الزرقا، *المدخل الفقهي* العام، 2/ 914.

77 القرافي، أحمد بن إدريس شهاب الدين، *شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الفصول*، دار الفكر،بيروت، بدون تاريخ طبع،ص، 488.

78 السيوطي، *الأشباه والنظائر* , ص90،.

فاعتبار الشرع لأعراف الناس وعوائدهم هو أن هذه الأعراف والعوائد هي وليدة حاجات الناس، وتعبر عن مصالحهم، وفي نزعها وإبطالها حرج ومشقة للناس. ورفع الحرج من الأصول الثابتة في الشريعة الإسلامية ومن مقاصدها. ويتضح ذلك من خلال ما يلي:

1. الاعتماد على العرف في كثير من المسائل الاجتهادية التي لم يرد فيها نص شرعي: كتقدير النفقات، وفي الأموال الربوية التي لا يُعرف هل هي من المكيل أم من الموزون, حيث لم يرد فيها نص. فالمرجع في مقياسها هو العرف(79).

2. يُعد العرف أساساً في تفسير وبيان عقود الناس وتصرفاتهم في كل الأمور. فألفاظ المتكلم إنما تحمل على المعاني التي قصدها، والمتعارفة والمنتشرة بين الناس، بسبب أن لغة التخاطب بينهم هي التي تحدد المعاني المقصودة لذلك. فإرادته قد انصرفت إليها، وعليها– الإرادة– تُبنى الالتزامات والحقوق في العقود والإقرار والحلف وغيرها(80).

3. العرف مرجع مهم في مسائل عديدة وكثيرة، كالبلوغ، وأقل الحيض، وفي دخول الحمام، والقبض وغير ذلك.وعند حصول خلاف بين بعض الناس في الحقوق يكون العرف مرجّحاً في هذا التنازع ويُرجع إليه. فإذا اختلف الزوجان في متاع وأشياء البيت فالحكم يكون لمن يشهد له العرف بيمينه، فما هو من شأن النساء يحكم لها مع اليمين: كالحلي والملابس الخاصة بالنساء. وما يقضي العرف به أنه من عائد وشأن الرجال كالسلاح، وسلع التجارة يحكم له مع اليمين(81).

والعرف يحكم أحياناً على الدعوى من أساسها، فلا تُسمع إن كانت مخالفة ومناقضة للعرف والعادة، مثال ذلك: إذا ادّعى رجل فقير محتاج بأنه قد أقرض فلاناً من الناس– وهو مشهور بالغنى– مبلغاً كبيراً من المال فلا تُسمع ولا تقبل دعواه لمخالفتها للعرف والعادة .

يعتبر العرف معيناً تستقى منه الأحكام، وذلك عند عدم وجود نص في المسألة، بل جعلوه أصلا عند عدم وجود نص قطعي، ورتب العلماء والفقهاء والأصوليون على العرف والعادة قواعد كثيرة منها:

---

79 ابن نجيم، *الأشباه والنظائر*، ص، 93. 94 ؛ عطا موسى، *تخصيص العموم بالعرف* ،ص، 93.

80 الشاطبي، *الموافقات*، 2/ 283 ؛ الزرقا، *المدخل الفقهي العام*، 2/ 489 ؛ أبو سنة، *العرف والعادة*، ص95،.

81 عطا موسى، *التخصيص بالعرف*، ص،94.

ـ "العادة محكمة". " الثابت بالعرف كالثابت بالنص". " الحقيقة تُترك بدلالة الاستعمال والعادة". " المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً" "لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان"(82). وسنتطرق بشيء من التفصيل لهذه القواعد وما يندرج تحتها من فروع فقهية وأحكام لاحقاً.والعرف عند الاعتماد عليه في ذلك ليس لأنه مصدر اجتهادي مستقل، وإنما يرجع إلى باب العمل بالمصالح، فما تعارف عليه الناس يكشف عن حاجاتهم ويعبر عن مصالحهم.

ثانيا: دليل اعتبار العرف من حيث اعتباره في الأحكام:

ينقسم العرف إلى ثلاثة أقسام من حيث اعتباره وقبوله أو نفيه في الأحكام الشرعية:

القسم الأول: وهو ما قام الدليل الشرعي على قبوله واعتباره، ولا فرق بين ايجاده من قبل الشرع ابتداءً،أو ما كان متداولاً ومتعارفاً عليه بين الناس فدعا إليه الشرع وأكّده وأمثلة ذلك كثيرة منها: مُراعاة الكفاءة بين الزوجين في الزواج، وتحميل الدية للعاقلة، وغيرها، فهذه الأمور التي تعارفها الناس وأكّدها الشرع يجب اعتبارها والأخذ بها .

وأشار الإمام الشاطبي إلى هذا النوع عند تقسيمه العوائد إلى نوعين: وهي شرعية،وأخرى جارية بين الخلق. وذكر الإمام السيوطي ذلك أيضاً عند كلامه عن تعارض العرف مع الشرع الشرع(83).المقصود من كلام الشاطبي والسيوطي: هو أن العرف الشرعي يجب العمل به إذا احتوى على حكم شرعي، وهذا النوع لا يمكن أن يتغير بتغير الأزمان والأمصار(84).

القسم الثاني: وهو ما تعارف عليه الناس، ولكن جاء الشرع بتحريمه ونفيه، وقام الدليل الشرعي بإبطاله، وذلك كعادة أهل الجاهلية في التبرج، والطواف حول الكعبة عراة، وجمعهم بين الأختين في الزواج، فمثل هذه الأعراف لا تعتبر ولا يُبنى عليها حكم، ولا تؤخذ بعين الاعتبار، بل هي كما قال ابن عابدين:" لا اعتبار للعرف المخالف للنص"(85).

القسم الثالث: وهو الذي لم يقم الدليل على اعتباره أو إبطاله. وهذا النوع هو ما يتعارفه الناس فيما بينهم ويجري العمل به من وسائل التعبير وأساليب الخطاب واستعمال الألفاظ في أمور معينة،

---

82 ابن عابدين، نشر العرف، ص3، ؛ *الزرقا، المدخل الفقهي العام*، 110/1.

83 الشاطبي، *الموافقات*، 2/ 283؛ السيوطي، *الأشباه والنظائر* ص103.

84 الشاطبي، *الموافقات*، 2/ 283؛ السيوطي، *الأشباه والنظائر*، ص،103؛ والبوطي، محمد سعيد رمضان، *ضوابط المصلحة*، ط الرابعة، دار الفكر،دمشق، 2005،ص ،292 ـ 294.

85 ابن عابدين، *نشر العرف*، ص،118.

وما يعتادونه ويسيرون عليه في معاملاتهم وشؤون حياتهم مما ليس فيه إثبات ولا نفي من قبل الشرع،فهذا النوع هو موضع نظر الفقهاء والعلماء.وقد قام الدليل من القرآن والسنة والإجماع على اعتبار العرف:

أ . الأدلة من القرآن الكريم: وردت آيات عديدة تدل على العرف واعتباره كقوله تعالى:[خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ.] (86). ووجه الاستدلال في هذه الآية: إن الله تعالى أمر رسوله ρ بالعرف، فدلّ هذا الأمر على اعتبار العرف في الشرع، وإلا لما كان للأمر به في الآية فائدة تُذكر.ومن الذين استدلوا بهذه الآية الإمام القرافي في كلامه عن حجية العرف حيث يقول بعد ذكر هذه الآية:" فكل ما شهدت به العادة قُضي به لظاهر هذه الآية"(87).

وقال ابن عابدين(88):"واعلم أن بعض العلماء استدل على اعتبار العرف بقوله تعالى:[خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ]".ويقول الأستاذ مصطفى الزرقا عن هذه الآية:" ولا يخفى أن العرف في هذه الآية واقع على معناه اللغوي، وهو الأمر المستحسن المألوف على معناه الاصطلاحي، ولكن توجيه هذا الاستدلال هو: أن العرف– وإن لم يكن مراداً به في الآية المعنى الاصطلاحي– قد يُستأنس به في تأييد اعتبار العرف بمعناه الاصطلاحي، لأن عرف الناس في أعمالهم ومعاملاتهم هو ما استحسنوه وألفته عقولهم، والغالب أن عرف القوم دليل على حاجتهم إلى الأمر المتعارف، فاعتباره يكون من الأمور المستحسنة(89).

قوله تعالى:[وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا..](90)، ووجه الاستدلال من هذه الآية: أن الله تعالى قد أوجب على الآباء النفقة والكسوة وذلك على الوجه المستحسن شرعاً وعرفاً، مع الأخذ بعين الاعتبار حال الزوجين في اليسار والإعسار، كما صرح بذلك بعض المفسرين منهم

---

86 الأعراف، 7/ 199.

87 القرافي، أبو العباس بن إدريس الصنهاجي ، *أنوار البروق في أنواء الفروق*، تحقيق خليل المنصور، دار الكتب العلمية،بيروت،1998، 276/3.

88 ابن عابدين، *نشر العرف*، ص117.

89 الزرقا، *المدخل الفقهي العام*،1/ 143.

90 البقرة، 2/ 233.

الجصاص(91) والطبري(92). وقوله تعالى:[... وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ..](93) وقوله تعالى:[وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ](94).ووجه الاستدلال في هاتين الآيتين: أن الله تعالى قد أرشد الزوجين لحسن المعاشرة وأداء الحقوق الزوجية المترتبة على بعضهم البعض، وذلك بالمعروف المعتاد الذي يقبله العقل ويرتضيه القلب. وكل هذا يتغير بتغير واختلاف المناطق وأحوال الناس حسب الأعراف والعادات(95).

قوله تعالى:[لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ ۖ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ ۚ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا ۚ سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا] (96). قال أبو بكر بن العربي:" إن الإنفاق ليس له تقدير شرعي، وإنما أحاله الله تعالى على العادة، وهي دليل أصولي بنى الله تعالى عليه الأحكام وربط به الحلال والحرام"(97).

وقال ابن قدامة:" والصحيح رد الحقوق المطلقة في الشرع إلى العرف فيما بين الناس في نفقاتهم في حق الموسر والمعسر والمتوسط،كما رددناهم في الكسوة إلى ذلك"(98).

وقوله تعالى:[وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ] (99) فالآية صريحة وواضحة في ردِّ أمور الكسوة والإنفاق إلى العرف والعادة المنتشرة بين الناس.وقوله تعالى:[هُوَ اجْتَبَاكُمْ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ] (100) لأن معارضة أعراف الناس وعاداتهم فيه ضرر وضيق وحرج عليهم إن لم يكن ذلك مخالفاً لنص أو حكم مجمع عليه.

---

91 الجصاص،أحمد بن علي الرازي ، *أحكام القرآن*،تحقيق محمد الصادق قمحاوي، دار إحياء التراث العربي،بيروت، 1405 هـ،105/2.

92 الطبري، محمد بن جرير الطبري بن يزيد بن كثير أبو جعفر، *جامع البيان عن تأويل آي القرآن*، تحقيق أحمد محمد شاكر، ط الأولى، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2000، 44/5.

93 البقرة، 2/ 228.

94 النساء، 19/4.

95 عبداللطيف، عبدالرحمن بن صالح ، *القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير*، ط الأولى، منشورات الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، 2003، 302/1.

96 الطلاق، 65/ 7.

97 ابن عربي، *أحكام القرآن*,4 /290.

98 ابن قدامة، *المغني*،159/8.

99 البقرة، 2/ 233.

100 الحج، 78/22.

ووجه الاستدلال في هذه الآيات هو التأكيد على أن معناها يُقصد بها العرف بمعناه الواسع الذي يتم به في المعاملات اطلاقاً، ما لم يخالف نصاً صريحاً أو إجماعاً.والحكمة في كل هذا ظاهرة: وهو أن الله تعالى يخاطب عباده بما يعرفونه ويألفونه، فما عرفوه عن طريق النص فأمره واضح وظاهر، وما لم يرد فيه نص فيُحال إلى الأمر المتعارف بينهم .

ب . الأدلة من السنة النبوية: قوله ρ: "ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن"(101). فهذا الحديث يدل بعبارته على أن المسلمين إذا اعتبروا أمراً ما يجري بين المسلمين بأنه حسن، فهو عند الله أيضاً حسن، فيرجع لهذا الأمر ويُعمل به.

ويقول الأستاذ فهمي أبو سنة (102):"بأن هذا الحديث قد استدل به السيوطي في الأشباه والنظائر، وكذلك ابن نجيم في أشباهه، وكثير من الفقهاء في بعض الفروع التي تستند على العرف، كوقف المنقول والاستصناع وغيره، وبيّن بأن اعتبار العرف المأخوذ من الحديث هو أن المسلمين إذا رأواً أمراً ما مستحسناً وجميلاً قد حكم بحسنه عند الله فهو حق لا باطل فيه، لأن الله تعالى لا يرضى بالباطل، فما استحسنه المسلمون من عرف وعادة كان محكوماً بحقيته واعتباره.

عن عائشة رضي الله عنها قالت: قالت هند أم معاوية لرسول الله ρ " إن أبا سفيان رجل شحيح، فهل عليّ جُناح أن آخذ من ماله سراً ؟ قال:خذي أنت وبنوك ما يكفيك بالمعروف "(103)، فيستدل بهذا الحديث على اعتبار العرف في بيان وتقدير النفقة إذا لم يكن هناك نص شرعي.قولهρ " الوزن وزن أهل مكة، والمكيال مكيال أهل المدينة "(104) ووجه الاستدلال في هذا الحديث: أن أهل مكة كانوا من التجار وأهل متاجر فاعتبرت عادتهم في الوزن.

أما أهل المدينة فكانوا أهل زرع ونخيل فاعتبرت عادتهم في المكيال ومقاديره، وذلك فيما يتقدر شرعاً. وليس المقصود حمل الناس في معاملاتهم على وزن أهل مكة أومكيال أهل المدينة، بل يكون هذا الأمر في الزكاة والكفارات ونحوها. أمّا ما يخص معاملات الناس فإنه يحمل على عرف

---

101 قال الزيلعي في نصب الراية: غريب مرفوع، ولم أجده إلا مرفوعاً عن ابن مسعود، والأصح وقفه على ابن مسعود.

الزيلعي، جمال الدين أبو محمد عبدالله يوسف، نصب الراية لأحاديث الهداية وبغية الألمعي في تخريج الزيلعي، تحقيق محمد عوامة، دار القبلة للثقافة الإسلامية،جدة،بدون تاريخ طبع،132/4.

102 أبو سنة، *العرف والعادة*، ص24،.

103 البخاري،*النفقات*،69، برقم، 5049.

104 أبو داود، *البيوع والإجارات*، 22،برقم، 3340.

البلد وعادة الناس في المكان والبلد الذي هو به(105).ثبت عنه ρ: أنه نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان فقال لحكيم بن حزام:" ياحكيم بن حزام لا تبع ما ليس عندك"(106).

وعندما هاجر الرسولρ إلى المدينة وجد الناس يتعاملون بالسلف" السلم" وهو أيضاً نوع من أنواع البيع مما ليس عند الإنسان، فأقر الرسولρ أهل المدينة على هذا البيع بعد أن نظمه لهم مراعاة لعرف العرب آنذاك.فقال ρ فيما أخرجه البخاري عن ابن عباس:" من أسلف فليسلف في كيل معلوم إلى أجل معلوم"(107). فهنا اعتبر الرسول العرف المنتشر آنذاك بين الناس، ثم صار بعد إذنه وتجويزه سنة واجبة الإتباع. وقد ثبت أن الإسلام راعى في تشريعاته عرف العرب وعاداتهم في بعض أحكامه مثل: تحمل العاقلة للدية، واشتراط الكفاءة بين الزوجين في الزواج(108).

ج . الأدلة من المعقول: إن المتتبع لفروع الشريعة الإسلامية يجد أن كثيراً من النصوص الشرعية قد أقرت بعض الأعراف والعادات التي كانت سائدة قبل الإسلام، مثل بيع العرايا، والسّلم، والمضاربة، فأقرت الشريعة كثيراً من الأعراف التي كانت صالحة،وألغت وأبطلت منها ما كان منافياً لأصولها كالربا وغيره. ومن العلماء الذين ظهروا واستدلوا على حجية العرف واعتباره بالأدلة العقلية الإمام الشاطبي. ويقول الأستاذ الزرقا:" اعتبر الفقهاء– على اختلاف مذاهبهم–العرف وجعلوه أصلاً ينبني عليه الحكم"(109).

أما الأستاذ فهمي أبو سنة فقد ذكر الاستدلال بالعرف، وبيّن أن الفقهاء استعملوا العرف في أربعة أنواع. وذكر دليل كل نوع منها وهي كالآتي:

النوع الأول: العرف الذي هو دليل على مشروعية الحكم ظاهراً،ويستند هذا النوع على الأدلة الشرعية الصحيحة كالسنة النبوية التقريرية، أو الإجماع العملي، أو المصلحة المرسلة.

النوع الثاني: العرف القولي: ويستند هذا النوع على دليل الاتفاق على التخصيص والتقييد بالعرف، ومرجع ذلك هو استعمال اللفظ في معنى جديد مع هجر الحقيقة، وأن المتكلم قصد باللفظ المعنى الذي وضع له.

---

105 عبداللطيف، *القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير*، 1/ 306.

106 الترمذي، *البيوع*، 1232.

107 البخاري، *السلم*،35،برقم، 2125؛ مسلم، *المساقاة*، 22، برقم، 1604.

108 خلاف، عبدالوهاب خلاف، *مصادر التشريع فيما لا نص فيه*، دار القلم، الكويت، بدون تاريخ طبع،ص،23.

109 الزرقا، *المدخل الفقهي العام*، 110/1.

النوع الثالث: وهو العرف الذي يُرجع إليه عند تطبيق الأحكام المطلقة على ما يطرأ من حوادث ووقائع، ودليل اعتبار هذا النوع هو النصوص الشرعية، مثل قوله تعالى:[فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُم] (110) ففي هذه الآية أحال الله سبحانه وتعالى في إطعام المساكين الطعام من الوسط الذي هو متعارف عليه بين الناس، فكانت إحالته للبيان والتوضيح في هذا الحكم المطلق إلى العرف والعادة.وقوله تعالى:[وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ](111) فالمقصود بالمعروف في هذه الآية ما يكفي الأمهات عرفاً من القوت والملبس مع مراعاة حال الأزواج عُسراً أو يُسراً.

النوع الرابع: العرف الذي ينزل منزلة التلفظ والنطق بالأمر المتعارف، ويستند هذا النوع على حديث عروة بن أبي الجعد:" أن النبي ρ أعطاه ديناراً ليشتري به شاة، فاشترى به شاتين، فباع إحداهما بدينار، وجاء بدينار وشاة"(112)، ففي هذا الحديث اعتمد عروة في تصرفه على الإذن العرفي(113).هذه الأنواع الأربعة هي ما اعتبرها الأستاذ فهمي أبو سنة في استعمالات العرف، وأدلة اعتبارها .

ثالثا: الاحتجاج بالعرف عند الفقهاء: ذهب معظم الفقهاء والعلماء- على اختلاف مذاهبهم- إلى اعتبار الأعراف وعادات الناس، وبنوا عليها الكثير من الأحكام الفقهية. ومن يتتبع أقوال الفقهاء يجد لهم الكثير من الأقوال الدالة على اعتبارهم للأعراف والعادات في بناء الأحكام عليها.

ويعبر القرافي عن هذا الأمر بوضوح فيقول:"نقل عن مذهبنا أن من خواصه اعتبار العادات والمصلحة المرسلة وسد الذرائع....أما العرف فمشترك بين المذاهب، ومن استقرأها وجدهم يصرحون بذلك فيها"(114).ويؤيد قول القرافي هذا الدليل والواقع، فنظرة سريعة في كتب الفقه للمذاهب الأربعة تثبت ذلك، وفيما يلي بعض أقوال العلماء:

1. الحنفية: حيث اعتبروا العرف أصلاً من الأصول يرجعون إليه في كثير من الأحكام ويأخذون بالعرف مصدراً من مصادر الاستنباط، وأصلاً من الأصول يرجع إليه إن لم يكن سواه. قال ابن

---

110 المائدة، 89/5.

111 البقرة، 2/ 233.

112 البخاري، *المناقب*،61، برقم ، 3443.

113 أبو سنة، *العرف والعادة*، ص ،26- 55.

114 القرافي، *شرح تنقيح الفصول*، ص،76.

عابدين:" واعلم أن اعتبار العادة والعرف رجع إليه في مسائل كثيرة، حتى جعلوا ذلك أصلاً، فقالوا في الأصول في باب ما تترك به الحقيقة: تترك الحقيقة بدلالة الاستعمال والعادة"(115).وقال ابن نجيم:" إن اعتبار العادة والعرف يرجع إليه في الفقه في مسائل كثيرة حتى جعلوا ذلك أصلاً"(116).

2. أما المالكية: فيعتبرون العرف نوعاً من المصلحة، حتى توسعوا فيه، واعتمدوا عليه كأصل هام من أصول الفقه.وقد لاحظ الإمام أبو زهرة هذه الحقيقة عن المذهب المالكي فقال:" والفقه المالكي كالفقه الحنفي يأخذ بالعرف ويعتبره أصلاً من الأصول الفقهية فيما لا يكون فيه نص قطعي،بل إنه أوغل في احترامه أكثر من المذهب الحنفي، لأن المصالح دعامة الفقه المالكي في الاستدلال، ولا شك أن مراعاة العرف الذي لا فساد فيه ضرب من ضروب المصلحة لا يصح أن يتركه الفقيه"(117).

وقال القرافي:" وما ليس فيه معيار شرعي اعتبرت فيه العادة العامة،هل يُكال أو يوزن؟ فإن اختلفت فعادة أهل البلد، فإن جرت العادة بالوجهين خيّر فيهما"(118).

3 ـ وعند الشافقعية: فقد غيّر الإمام الشافعي الكثير من مذهبه القديم بعد أن نزل مصر، لأن للأعراف المصرية أثر في ذلك.والعرف والعادة لهما اعتبار وحضور في أقوال بعض علماء الشافعية، رغم ورود بعض الأقوال والعبارات التي تقول بعدم اعتبارهم للعرف والعادة.

فقد ورد عن الإمام النووي في المجموع في أثناء حديثه عما ينبغي أن يقوم به المفتي فقال:"...لا يجوز أن يفتي في الأيمان والإقرار ونحوهما وما يتعلق بالألفاظ إلا أن يكون من بلد اللافظ، أو متنزلاً منزلتهم في الخبرة بمرادهم من ألفاظهم وعرفهم فيها"(119).

وجاء عن الإمام السيوطي أيضاً قوله:" اعلم أن اعتبار العادة والعرف رُجع إليهما في الفقه في مسائل لا تُعد كثيرة".وقال:" .. قال الفقهاء: كل ما ورد به الشرع مطلقاً ولا ضابط له فيه ولا في اللغة يرجع إلى العرف"(120).

---

115 ابن عابدين، *نشر العرف*، ص،117.

116 ابن نجيم، *الأشباه والنظائر*،ص، 93.

117 أبو زهرة، محمد، *الإمام مالك، حياته وعصره*، ط الأولى، دار الفكر العربي، بيروت، 1946،ص ،420.

118 القرافي، *الفروق*، 3/ 265.

119 النووي، يحيى بن شرف محي الدين، *المجموع شرح المهذب*، تحقيق محمد نجيب المطيعي، مكتبة الإرشاد،جدة، السعودية، بدون تاريخ طبع،80/1.

120 السيوطي، *الأشباه والنظائر*،ص90،.

4 ـ أما عند الحنابلة: فقد عرف عنهم تشبثهم بالنصوص، فقد حكّموا العرف في كثير من الأحكام. فقد استدل الإمام ابن قدامة(121) بالعرف في مواضع وقضايا كثيرة منها: الرجوع للعرف والعادة في تقدير النفقة الواردة في قوله تعالى:[فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ] (122).وذكر أبو سنة نقلاً عن عن ابن رجب:" أنه لو استأجر أحداً أجيراً يعمل له مدة معينة، حُمّل على ما جرت به العادة فيه من الزمان دون غيره بغير خلاف"(123).

7.1. حجية العرف واعتباره:

بعد الذي تقدم من أدلة العرف وآراء العلماء فيه، يتبادر للذهن سؤال وهو: هل العرف دليل أصلي مستقل؟ أي هل يجوز للعوائد والأعراف أن تكون سبباً لإنشاء وتكوين أحكام جديدة، وأن يكون العرف دليلاً مستقلاً قائماً بنفسه كنصوص القرآن والسنة والإجماع؟ ويجاب عن هذا التساؤل بما يلي:

أ. ليس العرف دليلاً مستقلاً بنفسه كالنص والإجماع، ولكنه–أي العرف–دليل كاشف ومظهر للحكم، والدليل هو ما يُعتمدعليه من السنة أو الإجماع أو المصلحة أو الاستصلاح أو رفع الحرج. فالعرف دليل ظاهر على الحكم الشرعي فقط، والدليل الحقيقي هو ما اعتمد عليه العرف ورجع إليه(124).

فالعرف هنا يشبه القياس في كشف الحكم وإظهاره، والمثبت له على الحقيقة إنما هو الدليل الشرعي لحكم الأصل(125).

ب . العرف يُنشىء أحكاما جديدة وذلك إذا كان في دائرة مجاله وحدوده، وكان العرف مستوفياً لشروط اعتباره. فيكون آنذاك في دائرة العفو والإباحة، حيث يكون قد أذن الشرع للعرف بملء فراغها، وتطبيق جزئيات الحوادث فيها، كإنشاء العقود والشروط وغيرها.

إذاً فحجية العرف ومعنى اعتباره– في مجالات التطبيق– ما هو إلا أنه كاشف عن مناطات الأحكام، وليس له القوة في إنشاء الأحكام، وهو في هذا المجال لا يخرج عن حدود الملاءمة الشرعية(126). وعلى هذا الرأي المحقق في كيفية العرف وقيمته وحجيته جاءت أغلب أقوال أهل العلم(127).

---

121 ابن قدامة، *المغني*،6/ 133.

122 المائدة، 5/ 89.

123 أبو سنة، *العرف والعادة*، ص52،.

124 أبو سنة، *العرف والعادة*، ص،39 ـ 40.

125 الباحسين، يعقوب عبدالوهاب ، *رفع الحرج في الشريعة الإسلامية*، ط الرابعة، مكتبة الرشد،الرياض، 2001،ص377،.

ويقول الأستاذ أبو سنة:" إن العرف في النصوص ليس دليلاً على الحقيقة، وإنما هو دليل ظاهر فقط، وبإمعان النظر يُرى على الدوام مردوداً إلى دليل آخر من الأدلة الصحيحة"(128).ويقول الأستاذ عبد الوهاب خلاف:" والعرف عند التحقيق ليس دليلاً شرعياً مستقلاً"(129).

8.1. شروط اعتبار العرف

إن العرف المعتبر لدى الفقهاء والذي يصلح لبناء الأحكام عليه إنما هو العرف الذي توفرت فيه شرائط اعتباره، وتحققت فيه ضوابط العمل به. فإذا تخلف شرط واحد من تلك الشروط أو اختل لم يعد العرف صالحاً للتحكيم، أو الاعتداد به أو البناء عليه. فاعتبار العرف ليس مطلقاً أو بدون شروط،وتتلخص هذه الشروط فيما يلي(130):

الشرط الأول: أن يكون العرف مطّرداً أو غالباً: ويقصد بالاضطراد: أن يُعمل بالعرف في جميع الحوادث دون تخلف، أي أنه ينطبق على الحوادث كلها. وأما معنى غلبته: أي أن يكون شائعاً ومنتشراً بين أهله كثيراً وفي أكثر الحوادث، فالعرف الذي يُعمل به في الحوادث ويكون غالباً ومنتشراَ يجري العمل به حينئذ، ويعترف به شرعاً.فالاضطراد والغلبة يجعلان من العرف مقطوعاً بوجوده(131). ويقول الإمام السيوطي:" إنما تعتبر العادة إذا اطردت، فإذا اضطربت فلا، وإن تعارضت الظنون في اعتبارها فخلاف"(132).وقال ابن نجيم:" إنما تعتبر العادة إذا اطّردت أوغلبت "(133). وقال الشاطبي:" وإذا كانت العوائد معتبرة شرعاً فلا يُقدح في اعتبارها انخراقها ما بقيت عادة في الجملة"(134).

---

126 الباحسين، *رفع الحرج في الشريعة الإسلامية*،ص،377.

127 أبو سنة، *العرف والعادة*، ص 300؛أبو زهرة، محمد ، *الإمام أبو حنيفة*، ط الثانية، دار الفكر العربي،القاهرة،1946،ص400 ـ 404 .

128 أبو سنة، *العرف والعادة*، صـ 32.

129 خلاف، *أصول الفقه*،ص،91.

130 للتوسع في هذه الشروط انظر : *الزرقا،المدخل الفقهي العام*، 873/2؛ الباحسين، *رفع الحرج في الشريعة الإسلامية*،ص349. 353؛ أبو سنة،العرف والعادة،ص56.68.

131 الزرقا، *المدخل الفقهي العام*، 873/2. 881.

132 السيوطي، *الأشباه والنظائر*،ص،101.

133 ابن نجيم، *الأشباه والنظائر*،ص،133.

134 الشاطبي، *الموافقات*، ج2/ص495.

وبهذا الشرط قد يعبر عنه– أحيانا– بالعموم فيقال: أن يكون العرف عاماً، والعموم هنا أن يكون شائعاً مستفيضاً بين أهله، بحيث يعرفه جميع الناس في البلاد كلها أو في بلد خاص، ولا يكون المراد بالعموم العرف العام، لأن هذه الشريطة واردة في العرف العام والخاص على السواء.

وقال ابن عابدين:"اعلم أن كلاً من العرف العام والخاص إنما يعتبر إذا كان شائعاً بين أهله يعرفه جميعهم"(135). فلو باع شخص شيئاً بدراهم وأطلق ولم يبين أو يعين، تعين اللفظ على النقد الغالب لأنه هو المتعارف بين الناس، أما إذا اضطربت العادة في البلد توجب عليه البيان والتعيين وإلا يبطل البيع(136).

الشرط الثاني: أن يكون العرف موجوداً عند إنشاء التصرف: والمقصود بذلك هو أن يكون العرف المراد تحكيمه على مسألة ما سائداً حالة عقد أو إنشاء أي تصرف من التصرفات ومعمولاً به: أي أن يقارن الفعل دون تأخير، فإذا كان العرف طارئاً فلا يُعتد به، سواء أكان التصرف قولاً أو فعلاً(137). وهنا يخرج أمران: الأول: إذا كان العرف طارئاً على التصرف أو حاصلاً بعده.الثاني: إذا كان العرف سابقاً على التصرف غير أنه تغير قبل إنشاء هذا التصرف،فإنه لا يحمل هذا التصرف على أي نوع منهما.

يقول الإمام السيوطي:"العرف الذي تُحمل عليه الألفاظ إنما هو المقارن السابق دون المتأخر"(138). وزاد ابن نجيم على قول السيوطي:" ولذا قالوا: لا عبرة بالعرف الطارئ"(139) فالعرف إذاً لا يعمل به إلا في الحوادث والتصرفات التي نشأت عند وجوده، أما التصرفات والأفعال التي سبقت العرف في النشوء فلا يكون العرف حاكماً عليها لعدم وجوده وقت ظهورها.فلو أوقف شخص غلة عقاره على طلبة العلم والمشهور من العرف وقت إنشاء الوقف هو أن يصرف المال على طلاب العلم الشرعي، فإن هذا المال يُصرف عليهم دون غيرهم، وإن كان غيرهم من الطلاب يدخلون تحت الوقف بعرف طارئ(140).

---

135 ابن عابدين، *نشر العرف*، ص134،.

136 السيوطي، *الأشباه والنظائر*،ص،92؛ ابن نجيم،*الأشباه والنظائر*، ص،117.

137 السيوطي، *الأشباه والنظائر*،ص،92؛ ابن نجيم،*الأشباه والنظائر*، ص،117.

138 السيوطي، *الأشباه والنظائر*،ص،96.

139 ابن نجيم،*الأشباه والنظائر*، ص،86.

140 ابن نجيم،*الأشباه والنظائر*، ص،101؛ السيوطي،*الأشباه والنظائر*، ص،96؛ الزرقا، *المدخل الفقهي العام*، 871/2.

الشرط الثالث: ألا يُعارض العرفَ تصريح مشروع بخلافه: فعند إنشاء عقد ما وسكوت المتعاقدين على ما هو متعارف فسكوتهم هو دليل على إقراره والرضا به، أما إذا صرّح المتعاقدان بخلاف ما هو متعارف كان هذا التصريح ناقضاً لهذه الدلالة، ومُبطلاً لهذا العرف، لأن اللفظ أقوى دلالة من العرف و" لا عبرة بالدلالة في مقابل النص"(141).

وجاء في شرح الأحكام العدلية:" أن العرف والعادة يكون حجة إذا لم يكن مخالفاً لنص أو شرط لأحد المتعاقدين، كما لو استأجر شخص آخر لأن يعمل له من الظهر إلى العصر فقط بأجرة معينة، فليس للمستأجر أن يُلزم الأجير العمل من الصباح إلى المساء بداعي أن عرف البلدة كذلك، بل يتبع المدة المعينة بينهما"(142).وقال العز بن عبدالسلام:" كل ما يثبت في العرف إذا صرح المتعاقدان بخلافه مما يوافق مقصود العقد ويمكن الوفاء به صح"(143).

الشرط الرابع: ألا يخالف العرف النصوص الشرعية،أو أصلا قطعيا في الشريعة:أي أن لا يكون العرف الشائع بين الناس مخالفاً للأحكام الشرعية المنصوص عليها من الكتاب والسنة والإجماع، وإلا فلا اعتبار لهذا العرف، وتكون المخالفة بإبطال العرف للنص الشرعي كلياً وتؤدي إلى إبطال العمل بالنص، وهذه مسألة مهمة وخطيرة؛ لأنها تتصل بالتشريع الإسلامي وتحكيمه والعمل به، وتكون مخالفة العرف للنص الشرعي على وجهين:

1. أن يخالف العرفُ النص الشرعي من كل وجه، فهنا يعمل بالنص ولا اعتبار أو قيمة للعرف، لأن النص أقوى في دلالته من العرف، ولا فرق بين العرف العام أو الخاص، فهذا العرف فاسد لا قيمة له، والحالات التي بيّنٌ تحديد الأحكام فيها على وجه الإلزام لا يعتد فيها بالأعراف والعادات، وأمثلة ذلك كثيرة منها: شرب الخمر الذي أصبح عادة في كثير من البلدان وعرفاً متعارفاً ومتداولاً، بيْد أن هذا العرف معارض للنص القرآني القطعي الوارد في تحريمها، فهنا لا قيمة لهذا العرف ولا يجوز تحكيمه(144).

---

141 الدّعاس،عزت عبيد ، *القواعد الفقهية*، ط الثالثة، دار الترمذي،حمص،سورية، 1989،ص،22.

142 علي حيدر، *درر الحكام شرح مجلة الأحكام*، طبعة خاصة،دار عالم الكتب، الرياض، 2003،ص، 47.

143 العز بن عبد السلام، عزالدين بن عبدالسلام السلمي، *قواعد الأحكام في مصالح الأنام*،ط الأولى، بدون دار النشر، 2،1991/186.

144 ابن عابدين، *نشر العرف*، ص116؛ أبو سنة، *العرف والعادة*،ص،80.

كشف المرأة لبعض عوراتها، وخروجها متبرجة التي أصبحت عادة وعرفاً بين الناس، ولكن هذا الكشف للعورات مخالف لنص القرآن الذي يدعو إلى ستر العورات والحشمة، وتحريم كشفها لغير الضرورة، فهنا لا يجوز تحكيم هذا العرف لأنه فاسد(145).قال الإمام السرخسي:" كل عرف ورد النص بخلافه فهو غير معتبر" وقال أيضاً:" إن التعامل بخلاف النص لا يعتبر،وإنما يعتبر فيما لا نص فيه"(146). إذاً يجب ألا يترتب على إعمال العرف تعطيل لنص شرعي أو أصل قطعي ثابت من أصول الشريعة الإسلامية، فإذا خالف العرف نصاً شرعياً أو أصلاً قطعياً فهو عرف باطل.

2. أن يخالف العرف النص الشرعي في بعض جزئياته، أوفي بعض الوجوه، أي أن المعارضة جزئية وليست كلية، وهذا الذي سنبينه في مبحث التخصيص بالعرف .

2.1. القواعد الفقهية المبنية على العرف

يتبين لنا من خلال ما تم عرضه عن العرف والعادة، أن الفقهاء على اختلاف مذاهبهم قد اتفقوا على الأخذ بالعرف واعتباره ولكن على اختلاف فيما بينهم على التوسع أو القلة في الأخذ بالعرف والعادة, وقد نُقلت عنهم قواعد فقهية قامت في أساسها على اعتبار العرف والعادة. والقاعدة الفقهية هي:"قضية كلية من حيث اشتمالها بالقوة على أحكام جزئيات موضوعها"(147).

وعرف الشيخ الزرقا القاعدة الفقهية بأنها:" أصول فقهية في نصوص موجزة دستورية تتضمن أحكاماً تشريعية عامة في الحوادث التي تدخل تحت موضوعها"(148).وتعتبر القواعد الفقهية التي تستند إلى أصل من القرآن أو السنة بمثابة دليل شرعي، حيث يمكن الاستناد على هذه القواعد في استباط الأحكام منها وإصدار الفتاوى بموجبها، وإلزام القضاء بناء عليها (149).وسنتناول بعضاً من هذه القواعد الفقهية بالشرح وذكر أمثلة عليها.

---

145 أبو سنة، *العرف والعادة*،ص،80؛ أمير عبدالعزيز، *أصول الفقه*،516/2.

146 السرخسي، كتاب المبسوط، 146/10، 196/12.

147 السدلان، صالح بن غانم ، *القواعد الفقهية الكبرى،ط الأولى*،،دار بلنسية،الرياض،السعودية، 1417هـ،ص،12.

148 الزرقا، *المدخل الفقهي العام*، 2/ 946.

149 السدلان، *القواعد الفقهية الكبرى*، ص، 35.

1.2.1. القاعدة الأولى: العادة محكمة

تعتبر هذه القاعدة من أشهر القواعد المبنية على العرف، وتنسب هذه القاعدة إلى الإمام أبي طاهر الدباس الحنفي(150).وقد جاءت هذه القاعدة بصيغ متعددة منها: العادة كالشرع " وأيضاً" العادة شريعة محكمة" وتعتبر هذه القاعدة من القواعد الأربع التي يرجع إليها أصول المذهب الشافعي(151).

وقد علّق الشيخ الزرقا على هذه القاعد بقوله:"أصل هذه القاعدة قول ابن مسعود رضي الله عنه " ما رآه المسلمون حسناً فهوعند الله حسن، وما رآه المسلمون قبيحاً فهو عند الله قبيح" وهو حديث حسن وإن كان موقوفاً عليه فله حكم المرفوع لأنه لا مدخل للرأي فيه .

والعادة: الاستمرار على شيء مقبول للطبع السليم، والمعاودة إليه المرة بعد الأخرى, وهي المرادة بالعرف العملي. وقد نقل ابن عابدين:"أن العادة إحدى حجج الشرع فيما لا نص فيه"(152).و عند التأمل في هذه القاعدة يتضح لنا ما يلي:

1.الأصل الشرعي لهذه القاعدة هو كلام الصحابي ابن مسعود رضي الله عنه، في حين أن أكثر القواعد الفقهية الكبرى الأخرى يرجع أصلها إلى آية قرآنية أو حديث نبوي صحيح.وهذا الأمر لا يقلل من قيمة هذه القاعدة، ولكن تؤخذ بعين الاعتبار عند المقارنة بين هذه القاعدة وغيرها من القواعد الأساسية(153).

2. جملة التطبيقات لهذه القاعدة والتي ذكرها العلماء تنحصر في مجال البيوع والمعاملات التجارية، وأيضاً ألفاظ وعبارات المتعاقدين... وغيرها من المسائل التي تتعلق بهذا المجال، ومع أن هذه القاعدة تعتبر من إحدى القواعد الأساسية الخمس المعروفة(154) والتي يرجع إليها الفقهاء في مسائل الفقه عامة، حيث أن الفقه يُعتد به ويُبنى عليه في جميع مسائل الفقه(155).

---

150 الزحيلي، محمد ، *القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة*، ط الأولى، دار الفكر، دمشق،2006،ص،54.

151 ابن رجب، القواعد لابن رجب،ص 230؛ الزحيلي، *القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة*، ص،61.

152 الزرقا، أحمد بن الشيخ محمد ، *شرح القواعد الفقهية*، ط الثانية، دار القلم، دمشق، 1989،ص،219.

153 العلواني، *أثر العرف في فهم النصوص*، ص، 76.

154 القواعد الأساسية الخمس هي:

أ. الأمور بمقاصدها. ب . اليقين لا يزول بالشك. ج . المشقة تجلب التيسير. د . الضرر يزال. هـ . العادة محكمة .

انظر: الزحيلي، *القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة*،1/ 32.

إلا أن أغلب التطبيقات لهذه القاعدة تنحصر في قسم المعاملات من بيوع وعقود ونحو ذلك(156).

ولعل في هذا الأمر إشارة إلى أن صياغة العلماء لهذه القاعدة جاء بعد النظر والاجتهاد في تلك الفروع، لأن القواعد الفقهية كما هو معلوم ما تم التوافق عليها إلا بعد النظر في تلك الفروع المتعددة، وبعدها يكون استنباط القاعدة الفقهية من خلال تتبع واستقراء تلك الفروع والجزئيات(157).

وقد بينت مجلة الأحكام العدلية أن أساس العادة سواء أكانت عامة أو خاصة فإنها تجعل حكماً لإثبات حكم شرعي بالعرف والعادة، وذلك عند عدم وجود نص في ذلك الحكم المراد إثباته، وعند ورود النص لا يجوز ترك النص والعمل بالعرف والعادة، وذلك لأنه لا يجوز للعباد أن يغيروا النصوص، والنص أقوى من العرف.

ومستند النص لا يجوز أن يكون مبنياً على باطل بخلاف العرف الذي قد يكون مبنياً على باطل، لذلك لا يمكن أن يترك القوي لأجل الضعيف(158).ونذكر بعض الأمثلة التطبيقية وبعض المسائل الفقهية التي بنيت على قاعدة" العادة محكمة" حيث أن المسائل التطبيقية لهذه القاعدة كثيرة جداً، ولا يمكن حصرها، ويصعب استقصائها وحسابها، سواء أكانت في باب المعاملات أو العقوبات أو في مباحث الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي.فمن ذلك العمل المفسد للصلاة مفوض إلى العرف، حيث لو كان رآه راء يظن أنه خارج الصلاة (159).ومنها: ثبوت المالية، فيتخذ بالعرف والعادة ما هو مال شرعاً أو ليس مالاً.

---

155 حسنين، حسنين محمود حسنين، *العرف والعادة*، ط الأولى، دار القلم، دبي،1998،ص،76.

156 الشرواني،عبدالحميد،*حواشي الشرواني على تحفة المحتاج بشرح المنهاج*، دارالفكر ،بيروت، بدون تاريخ طبع،150/6؛ ابن عابدين، *الدر المختار*، ط الثانية،، دار الفكر، بيروت، 1386هـ،372/4؛ السيوطي، *الأشباه والنظائر*، ص،7.

157 السدلان، *القواعد الفقهية الكبرى*،ص325؛ محمد البورنو، *موسوعة القواعد الفقهية*، ط الثانية،، مكتبة التوبة، الرياض، 1418هـ،/19.

158 علي حيدر، *درر الحكام في شرح مجلة الأحكام*، 40/1.

159 الحموي، أحمد بن محمد الحنفي ، *غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر لابن نجيم*، ط الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 1،1985/ 296.

ويرجع اختلاف الفقهاء في اعتبار ما يكون وما لايكون إلى العرف، فكل شيء لا ينتفع به لا يعد مالاً، أما الذي يجري فيه البذل والمنع وينتفع به الناس ولو بعد حين فهو مال.فمقياس المالية عند الناس مردّه العرف والعادة، وهذا الأمر متجدد ومتغير على مرّ العصور والأزمان (160).

ومنها أيضاً: حق الجوار وهذا الحق ينشأ من مجاورة وملاصقة الحدود في الأرض والمنازل والطريق الخاص وغيرها، حيث أن هذه الحقوق قد ثبتت بالقرآن والسنة، حيث أن للجار على جاره حقوق أخلاقية كالإعانةوالمساواة والإعارة وحقوق أخرى تتعلق بالحدود والمسكن، فلا يجوز للجار أن يلحق بجاره ضرراً كبيراً أو فاحشاً من أجل انتفاعه هو بملكه: كحجب ضوء الشمس ومنع الهواء عنه، أو أن يبني بناءً في دار تسد به نوافذ جاره, وغير ذلك مما ينبني تحديد الضرر والأذى فيه على أعراف الناس وعاداتهم(161).

ومن البيوع التي بنيت على هذه القاعدة وعلى العرف: بيع السلم، وبيع الاستصناع، وبيع الوفاء.أما في الأحوال الشخصية فقد تم الاعتماد على العرف والعادة في كثير من أبواب الزواج والطلاق، والنفقة والوصية وغيرها كهدايا الخطبة، والكفاءة في الزواج والوصية بالمنافع.وتتفرع عن قاعدة" العادة محكمة"قواعد كثيرة من أهمها:

1. قاعدة: استعمال الناس حجة يجب العمل بها .
2. قاعدة: تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت .
3. قاعدة: العبرة للغالب الشائع لا بالقليل النادر.
4. قاعدة: لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان والأمكنة والأحوال.
5. المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً .
6. قاعدة: المعروف بين التجار كالمشروط بينهم .
7. قاعدة التعيين بالعرف كالتعيين بالنص.8. قاعدة:لا عبر بالعرف الطارئ .
9. قاعدة: الكتاب كالخطاب.10قاعدة:الإشارة المعهودة للأخرس كالبيان باللسان .

فهذه هي أهم القواعد المندرجة تحت قاعدة" العادة محكمة". وسأتناول شرح بعض من هذه القواعد المبنية على العرف والعادة.

---

160 أبو سنة، *العرف والعادة*، ص، 136 ـ 137.

161 الزحيلي، *الفقه الإسلامي وأدلته*، 5/ 610؛ السدلان، *القواعد الفقهية الكبرى*،ص،376.

2.2.1. القاعدة الثانية:" لا يُنكر تغير الأحكام بتغير الأزمان "

تتفرع هذه القاعدة عن قاعدة" العادة محكمة "وهي لا تقل أهمية عنها. وهذه القاعدة لا يُعرف لها نسبة إلى عالم معين، وإنما تناقلها العلماء على شكل عبارات وصيغ مختلفة، ولكنها تتفق جميعاً في المعنى المقصود والمراد منها.

وعند التحقيق في أصل هذه القاعدة ونشأتها نجد أن العلماء لم يذكروا أصلاً لهذه القاعدة من كتاب أو حديث نبوي كغيرها من القواعد الكلية(162).فالزمان يتطور وتتطور معه الأفكار والأحوال، وإن أحوال الناس والأمم غير ثابتة وليست مستقرة، ولا تسير على نسق معين دائم، بل إن الناس ينشدون الأفضل والأحسن دوماً ومتطلعين للمستقبل، ليدركوا أسرار هذه الكون وملابساته(163).فالفقه هو فهم للنص القرآني أو من النص من السنة النبوية، وعليه فهذا الفهم أمر قابل للتغيير والتبدل، أما نصوص الكتاب والسنة الصحيحة فهي غير قابلة للتغيير أو التبدل، بل إن هذه النصوص حاكمة على كل قول أو اجتهاد بشري في كل زمان ومكان وعلى مرّ العصور.

إذاً فمراعاة تغير العادات والأعراف من أهم أسباب تغير الأحكام، وهذا النوع أصل عظيم وباب واسع من أبواب تبدل وتغير الفتاوى والأحكام، حيث نشأ من أجل هذا النوع ما يعرف بفقه النوازل(164).والأحكام التي تتغير هي الأحكام الاجتهادية المبنية على القياس،أو الاستصلاح، أو الاستحسان، أما الأحكام الثابتة بنصوص القرآن الكريم أو بالسنة النبوية: كالربا، والسرقة، والغصب، وموالاة الكفار، والتولي يوم الزحف، وأحكام الميراث، وغيرها من الأحكام الثابتة،وقد جاءت الشريعة الإسلامية وافية بمصالح العباد.

ومن الاعتبار لمصالح الناس مراعاة أسباب تغير الأحكام بتغير العادات والأعراف المستحسنة، فحاجات الناس وأحوالهم في تغير مستمر. فقد تحدث للناس حاجات وتتبدل أحوالهم فيكون في بقاء الحكم الأول إلحاق الضرر والمفسدة بهم، لذلك تقتضي أصول الشريعة الإسلامية بتبديل هذا الحكم

---

162 القواعد الكلية الخمس تعود في أصل نسبتها إلى نصوص القرآن الكريم أو السنة النبوية .

163 الجيدي، *العرف والعمل في المذهب المالكي*، ص،143.

164 السدلان، *القواعد الفقهية الكبرى*، ص،435.

النوازل: المقصود بفقه النوازل: هو استنباط واستخراج الأحكام الفقهية لما يجدُّ من الحوادث والأمور المستحدثة التي لم يرد في شأنها حكم عن العلماء والفقهاء المتقدمين.

بحكم جديد آخر يناسب أحوال وأوضاع الناس بعد تغيره من أجل جلب المصلحة لهم ودرءالمفسدة عنهم(165).

وقد ورد عن بعض العلماء والفقهاء: أن الفتوى تتغير وتتبدل بتغير الأزمنة والأمكنة وأعراف الناس وعاداتهم وأحوالهم(166).فابن الجوزية أوضح:" أن الفتوى تتغير وتتبدل بتغير الزمان والمكان والعوائد والأحوال، وذلك كله من دين الله "(167). وعقد ابن القيم لهذا الموضوع فصلاً كاملاً تحت عنوان:" تغير الفتوى واختلافها بحسب تغير الأزمنة والأمكنة والأحوال والنيات والعوائد" حيث أوضح أن الجهل بهذا الباب يوقع صاحبه في الحرج والضيق والمشقة،وتكليف ما لا سبيل إليه(168).

ولقد خالف كثير من علماء الحنفية المتأخرون علمائهم المتقدمين وذلك نظراً لتغير العرف من جهة،ولأن الأحكام والفتاوى التي أصدروها كانت مبنية في أساسها على العرف والعادة(169).وقال القرافي:" الجمود على المنقولات أبداً ضلال في الدين وجهل بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضيين"(170).

وقال ابن عابدين:" فكثير من الأحكام تختلف باختلاف الزمان لتغير عرف أهله، أو لحدوث ضرورة،أو لفساد أهل الزمان، بحيث لو بقي الحكم على ما كان عليه أولاً للزم منه المشقة والضرر بالناس، وخالف قواعد الشريعة المبنية على التخفيف والتيسير ودفع الضرر والفساد ولبقاء العالم على أتمّ نظام وأحسن إحكام، ولهذا ترى مشايخ المذهب خالفوا ما نص عليه المجتهد في مواضع كثيرة بناء على ما كان في زمنه، لعلم بأنه لو كان في زمنهم لقال بما قالوا به أخذاً من قواعد مذهبه"(171).

---

165 ابن عابدين، *نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف* ص،125؛ أبو سنة، *العرف والعادة*،ص،83؛ الزرقا، المدخل الفقهي العام، 923/2.

166 القرافي، *الفروق*، 1/ 176. 177؛ الشاطبي،*الموافقات*،226/2 ؛ ابن القيم،*إعلام الموقعين*، 3/ 5؛ابن عابدين، *نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف* ص125.

167 ابن القيم ،*إعلام الموقعين*، 205/4.

168 ابن القيم،*إعلام الموقعين*، 4/ 205.

169 ابن عابدين، *نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف*، ص123،.

170 القرافي، *الفروق*، 177/1.

171 ابن عابدين، *نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف*، ص125، ؛ حيدر، *درر الحكام شرح مجلة الأحكام*، 47/1. 48.

أما الأستاذ مصطفى الزرقا فإنه يقول:" إن عوامل تغير الزمان وتبدل الأحكام تنقسم إلى قسمين: إما لفساد الزمان بفقد الورع والتقوى وهو فساد الأخلاق العامة والعادات العامة،وإما لتغير طراز الحياة وشكلها ووسائل العيش، وهو تطور الأحوال التنظيمية المحققة لمقصد الشريعة"(172).

ويؤكد الشيخ الزرقا على نوعية الأحكام التي يعتريها التغيير وفق هذه القاعدة حيث ينقل في ذلك اتفاق قول فقهاء المذاهب أجمع على أن الأحكام التي تتغير وتتبدل بتبدل الزمان واختلاف الناس فيها هي:"الأحكام الاجتهادية من قياسية ومصلحية، وهي المعنية بالقاعدة الآنفة الذكر، أما الأحكام الأساسية التي جاءت الشريعة لتأسيسها وتوطيدها بنصوصها الأصلية فهي ثابتة لا تتبدل بتبدل الأزمان، بل هي الأصول التي جاءت بها الشريعة لإصلاح الأزمان والأجيال"(173).

وإذا كان الحكم المبني على العرف والعادة يتغير ويتبدل من زمن إلى آخر، ومن مكان لمكان آخر بسبب تغير أعراف الناس وعاداتهم، فإن هذا التغير ليس متروكاً له العنان، وإنما هذا التغير مضبوط بضوابط وقواعد معينة تكاد لا تخرج عن ثلاث صور وهي:

الصورة الأولى: أن يكون ما تعارف عليه الناس وصار عندهم عرفاً وعادة هو بعينه حكم شرعي أيضاً، بأن أوجده الشارع الحكيم، أو أنه كان موجوداً سابقاً فدعا إليه الإسلام وأكده، ومثال ذلك: ارتداء الحجاب للنساء المسلمات، فإن هذا الأمر شاع وانتشر بينهن حتى صار عرفاً وعادة، فثبت العمل به بحكم شرعي يستوجب هذا الحكم العمل به وعدم تركه.وكذلك الطهارة للصلاة من النجس والحدث وستر العورة، وأيضاً القصاص في الجنايات والحدود التي أقرها الإسلام للزنا، والسرقة، والخمر وغيرها، فكل هذه أعراف وعادات المسلمين، ولكنها في نفس الوقت هي أحكام شرعية ثبتت بموجب نصوص القرآن والسنة، يستوجب فعلها الثواب والأجر ويترتب على تركها العقاب.

ولا فرق بين هذه الأحكام إن كانت متعارفة بين الناس قبل الإسلام: كالدية، والطواف بالبيت، ثم جاء الإسلام وأكدها أو أوجدها الإسلام ابتداءً كأحكام الطهارة والحجاب، فهذه الأحكام ثابتة لا يجوز أن يتطرق التغيير والتبديل إليها مهما تغير الزمان أو المكان، أو تغيرت عادات الناس وأعرافهم(174).

الصورة الثانية: ما ينتشر بين الناس من وسائل التعبير وأساليب الكلام والخطاب، وما يتعارفون عليه ويعتادونه مما لا يشمل على حكم شرعي فيه، من أنواع المعاملات المالية، وكعادة قبض المهر قبل

---

172 الزرقا، *المدخل الفقهي العام*،914/2.

173 الزرقا، *المدخل الفقهي العام*،941/2. 942.

174 الشاطبي، *الموافقات*، 215/2؛ البوطي، *ضوابط المصلحة*،ص،281. 282.

الدخول، وكيفية قبض المبيعات وما يطرأ ويجدُّ من أساليب توثيق وإثبات العقود والمعاملات، وما تفرضه قوانين الخلق والحياة: كاختلاف عادات وأعراف البلدان فيما بينها مما لا مدخل فيها للإرادة والتكليف كسنِّ البلوغ، والحيض، والنفاس ....فهذه الأمور ليست أحكاماً شرعية وإنما هي متعلق ومناط للأحكام الشرعية.فالحكم يدور مع مناطه، فصورة الحكم تتغير بتغير المناط، وهذه الصورة هي التي عناها الفقهاء بقولهم "العادة محكمة "(175).

الصورة الثالثة: أن لا يكون مما اعتاده في حياتهم ومعاشهم من عادات وأعراف حكماً شرعياً، ولا تأسس عليه حكم شرعي ولا تخلو هذه الحالة عن إحدى حالتين:

الأولى: أن يكون العرف ضمن المباحات والحريات الشرعية للناس، إذ أن للناس حق حرية ممارسة عاداتهم وأعرافهم ما دامت لاتعارض أمراً من أمور الشريعة، ولهم أن يطوّروا ويجددوا عاداتهم وأعرافهم هذه حسب مقتضيات الزمان والمكان .

الثانية: أن يتعارض العرف مع نصوص الشريعة، فهو إما مقارن للنص أو متأخر عنه، فإن كان مقارناً للنص بحيث يكون عرفاً قولياً فهو حجة، وإن كان العرف فعلياً ففيه خلاف: حيث الحنفية قالوا: بأنه حجة. أما الجمهور فقالوا: بأن العام لا يخصص به ويبقى النص على عمومه.أما إذا نشأ العرف متأخراً عن النص المعارض له، فهذا العرف لاقيمة له سواء أكان عرفاً قولياً أم عرفاً فعلياً خاصاً أو عاماً(176). ومن أمثلة تغير الأحكام بتغير الأزمان:

عند الأحناف: الواجبات الشرعية على الشخص لا يجوز له أن يأخذ عليها الأجرة، كالقيام بالعبادات والأعمال الدينية المختلفة الواجبة: كالإمامة، وتعليم القرآن، وخطبة الجمعة، فهذه الواجبات لا يجوز أخذ الأجرة عليها عند أبي حنيفة وصاحبيه.بل تجب على المقتدر مجاناً، لأن ذلك واجب ديني.غير أن المتأخرين أباحوا للناس أخذ الأجرة على هذه الأعمال نظراً لضعف الهمم وتغير أحوال الناس الإيمانية والمعيشية(177).

175البوطي،*ضوابطالمصلحة*،ص، 283 ؛ أبو سنة، *العرف والعادة*، ص ،87 ـ 89.

176 البوطي،*ضوابط المصلحة*،ص، 287 ـ 288 ؛ الزرقا، *المدخل الفقهي العام*، 2/ 924ـ 925؛ السدلان، *القواعد الفقهية الكبرى*، ص،430 ـ 431.

177 أبو سنة، *العرف والعادة*،ص87،.

ـ ضمان الأجير المشترك لما يُفسد بين يديه وذلك بسبب شيوع الفساد،وإن كان هذا مخالفاً لقاعدة اليد الأمينة لا تضمن إلا بالتعدي. (178).

ـ لا يجوز للوصي أن يضارب في مال اليتيم والوقف، وعدم الإجازة في الدور بأكثر من سنة، وثلاث سنين في الأراضي، مع أن المذهب أصلاً لا يضمن ولا يحدد بمدة .

ـ منع النساء من حضور الجماعة في المسجد. ـ بيع الوفاء وعقد الاستصناع .

ـ جاء في صحيح البخاري(179): أن الإبل الضالة حكم فيها رسول الله ρ بتركها حتى يجدها صاحبها، أما عثمان رضي الله عنه فأمر ببيعها. ـ قضاء القاضي بعلمه يجوز عند الحنفية، أما عند المتأخرين فمنعوا ذلك .

ـ اختلاف شروط العدالة عند المتقدمين وعند المتأخرين، حيث تنازل المتأخرون عن شرط العدالة المطلقة، بل اكتفوا بالعدالة النسبية(180).

3.2.1. **القاعدةالثالثة:"استعمال الناس حجة يجب العمل بها"**

المقصود باستعمال الناس هو نفس المراد والمقصود من العرف والعادة، وهو أحد القولين في تفسير استعمال الناس، ومعنى القاعدة: " أن عادة الناس إذا لم تكن مخالفة لنصٍ من نصوص الشريعة من كتاب أو سنة فهي حجة ودليل يجب العمل بها لأن العادة محكمة(181) وقيل بأن الاستعمال هو: نقل اللفظ من معناه الأصلي إلى المعنى المجازي شرعاً، وغلبة استعماله فيه.وإذا أُريد باستعمال الناس العرف العملي، فيكون موضوع هذه القاعدة غير داخل تحت الخلاف وهو أولى.

وحينئذ تكون هذه القاعدة تأكيداً لقاعدة" العادة محكمة ". وإذا تعارض العرف مع الشرع، فيتم تقديم عرف الاستعمال بين الناس وخاصة في الأيمان، لأن أساس الأيمان ومبناه هو على العرف والعادة، وليس على نفس اطلاق الاسم،ومثال ذلك: كالفراش، والبساط، والبيت، مع أن الله سبحانه وتعالى

---

178 الكاساني، بدائع الصنائع،310/4؛ الشربيني، مغني المحتاج، 540/2؛ ابن قدامة ، المغني ،415/7.

179 البخاري، كتاب اللقطة،45، برقم ، 2296..

180 السرخسي، *المبسوط*، 59/9؛ ابن عابدين، *نشر العرف*،ص،126 ؛ أبو سنة، *العرف والعادة*، ص،85ـ 88؛ عطا، تخصيص *العموم بالعرف*، ص،116.

181 الزحيلي،*القواعد الفقهية وتطبيقاته في المذاهب الأربعة*،1/ 321 ؛ الزرقا، *شرح القواعد الفقهية*، ص،223.

سمّى الكعبة والمسجد بيتاً، وسمّى الأرض فراشاً وبساطاً(182).واستعمال الناس إن كان عاماً فهو حجة في حق عموم الناس، أما إذا كان خاصاً ببلدة فإنه لا يكون حجة، خلافاً لأهل بلخ الذين يرون بأن الاستعمال الخاص يُعدُّ عرفاً لأهل تلك البلدة، ويكون في حكم العرف الخاص(183).

من تطبيقات هذه القاعدة:

ـ لو قال شخص لشخص آخر من أهل الصنعة: اصنع لي الشيء الفلاني،وقال له أن السعر هو كذا، وقَبِل الصانع هذا القول، انعقد البيع استصناعاً(184).

ـ لو تقاول شخص مع نجار ليصنع له زورقاً، ثم بيّن الشخص مواصفات الزورق من طول وعرض وغيرها من الأوصاف، ثم قبلالنجار، كان هذا العقد استصناعاً(185).

ـ لو استأجر شخص أجيراً للعمل لديه لمدة معينة، فإن هذه الاستئجار يُحمل على العادة والعرف المتبع والجاري بين الناس دون غيره بلا خلاف(186).

ـ لو استعان شخص بشخص آخر من أجل شراء بيت أو سيارة أو عقار، وبعد أن تم البيع طلب المستعان به من الذي استعان به أجرة لقاء عمله، فيُنظر: إن كان تعامل الناس في هذا الخصوص معتاداً أخذ الأجرة في هكذا أحوال، فله أن يأخذ أجرة المثل، وإن لم تكن هذه العادة موجودة فلا شيء له(187).

ـ إعطاء الأجرة للسماسرة والدلالين من أصحاب المكاتب العقارية، والذين يسعون بين الناس للبيع والشراء، فقد جرت العادة والعرف في بعض البلاد أن يدفع البائع الأجرة فقط، أما في بلاد أخرى يلزم المشتري بذلك، وفي بعض البلاد تؤخذ الأجرة من البائع والمشتري، فالعرف في هذه المسألة يختلف

---

182 الزحيلي،*القواعد الفقهية وتطبيقاته في المذاهب الأربعة*،1/ 321 ؛ علي حيدر، *درر الحكام شرح مجلة الأحكام*، 46/1.

183 علي حيدر، *درر الحكام شرح مجلة الأحكام*، 46/1.

184 الزحيلي، *القواعد الفقهية وتطبيقاته في المذاهب الأربعة*،1/ 322؛ الدّعاس، *القواعد الفقهية*، ص48،.

185 الزحيلي، *القواعد الفقهية وتطبيقاته في المذاهب الأربعة*،ج1/ص 322؛ الدّعاس، *القواعد الفقهية*،، ص49.

186 ابن رجب، زين الدين عبدالرحمن بن أحمد الحنبلي، *تقرير القواعد وتحرير الفوائد*، دار ابن عفان، الرياض، بدون تاريخ طبع،2/ 570؛ الزحيلي، *القواعد الفقهية وتطبيقاته في المذاهب* الأربعة،1/ 322.

187 الزحيلي، *القواعد الفقهية وتطبيقاته في المذاهب الأربعة*،1/ 322؛ السدلان، *القواعد الفقهية الكبرى*،ص،395.

من بلد لبلد، فيُعمل بما جرت عليه عادة الناس وعرفهم في البلد الذي جرت فيه عملية البيع والشراء(188).

4.2.1. القاعدة الرابعة: الحقيقة تترك بدلالة العادة

الأصل في الكلام هو الحقيقة، وينوب عن الحقيقة المجاز، وعند عدم وجود قرينة تدل على المجاز ينصرف الكلام إلى الحقيقة و يستثنى من هذا إذا تعذر إرادة المعنى الحقيقي للكلام، أو أن هذا المعنى مهجور وغير معمول به عرفاً وعادة، فيأخذ حكم المتعذر فتترك هنا الحقيقة ويصار بدلاً عنها إلى العرف والعادة.

كما تترك الحقيقة اللغوية بدلالة العرف والعادة، لأن استعمال الناس وتعارفهم على اطلاق لفظ ما على ما تعارفوا عليه هو حقيقة في استعمالهم، واطلاقه على معناه الأصلي الذي وُضع له مجازاً في نظرهم. فالأمر إذا دار بين الحقيقة والمجاز يكون الترجيح للحقيقة، وهي هنا العادة والعرف، ويُترك المجاز، وهو المعنى الأصلي في الوضع لقولهم:" مطلق الكلام محمول على المعتاد" فالمقصود بالحقيقة في القاعدة المذكورة هي الحقيقة المهجورة، أما الحقيقة المستعملة

فهي معتبرة عند الإمام أبي حنيفة دون المجاز(189).ولهذه القاعدة تطبيقات كثيرة منها: حلف شخص أنه لن يأكل من هذه الشجرة، فينصرف كلام الحالف إلى ثمر الشجرة إذا كان لها ثمر، وإلا فلثمنها، ويُصان كلام العاقل عن الإلغاء، وذلك لتعذر المعنى الحقيقي من الأكل من الشجرة(190).

لو أقسم شخص أنه لن يضع قدمه في دار فلان من الناس، فينصرف حلفه إلى الدخول للدار بأي وجه كان، راكباً أو ماشياً حافياً أو لابساً للحذاء، لأن هذا الأمر هو المتعارف بين الناس، لا المعنى الحقيقي وهو وضع القدم ومباشرته في الدخول لدار ذلك الشخص أو عدم دخوله، لأن هذا المعنى مهجور في عرف الناس وعاداتهم(191).

---

188 السدلان، *القواعد الفقهية الكبرى*،ص،395 ؛ الزحيلي، *القواعد الفقهية وتطبيقاته في المذاهب الأربعة*،1/ 322.

189 الزحيلي، *القواعد الفقهية وتطبيقاته في المذاهب الأربعة*،1/ 322؛ الدعاس، *القواعد الفقهية*، ص،51؛ الزرقا، *شرح القواعد الفقهية*، ص،231؛ علي حيدر، *درر الحكام شرح مجلة الأحكام*، 48/1.

190 الزحيلي، *القواعد الفقهية وتطبيقاته في المذاهب الأربعة*،1/ 322؛ علي حيدر، *درر الحكام شرح مجلة الأحكام*، 48/1.

191 الزحيلي، *القواعد الفقهية وتطبيقاته في المذاهب الأربعة*،1/ 322؛ الدعاس، *القواعد الفقهية*، ص،51.

القيود والمكتوبات التي هي مكتوبة ومقيدة في دفاتر التجار المعتد بها، تكون من قبيل الإقرار بالكتابة، فإذا قيّد التاجر وكتب في دفتره أن له ديناً بمقدار كذا على فلان من الناس، فهذا القيد يعتبر كإقراره الشفهي.لو استأجر شخص أجيراً للعمل لديه مدة معينة، حُمّلت هذه المدة على ما جرت به العادة من العمل فيه من الزمان، دون غيره من الأزمنة دون خلاف في ذلك (192).

5.2.1. القاعدة الخامسة: المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً

المقصود من هذه القاعدة: أن الأمر المعتاد والمتداول بين الناس، وإن لم يذكر صريحاً عند التعاقد بين المتعاقدين، فهو بمرتبة الصريح وذلك لدلالة العادة والعرف عليه، لأن الأمر المعروف عرفاً هو كالمشروط شرطاً، وفي كل محل يُراعى ويعتبر فيه الشرط الصريح المتعارف شرعاً، وذلك أن لا يكون هذا الشرط مصادماً لنص شرعي بخصوصه، وذلك إذا تعارفه الناس وجرت عاداتهم بالتعامل به دون اشتراط صريح، فُيراعى ويُعتدُّ به، وهو كالشرط الصريح والمعلن عنه لأن العادة محكمة، وهذا هو رأي الجمهور من السادة الحنفية والشافعية والحنابلة(193).

أما إذا كان الشرط الذي تعارفه الناس وكان صريحاً غير معتبر شرعاً، بأن كان مصادماً لنصٍ شرعي بخصوصه، فهذا الشرط لا يُعتدُّ به ولا يكون معتبراً إذا تعارف الناس عليه بدون اشتراط مسبق. فلو تعارف الناس على تضمين المستعير لحاجة ما، أو المستأجر للعين المأجورة بدون تعدٍ منه أو تقصير، فهذا العرف لا يعتد به و لا يُراعى لأنه مصادم للنص وللشرع. ولهذه القاعدة تطبيقات عديدة منها: توابع وملحقات العقود التي تجري بين المتعاقدين من الناس التي لم تُذكر في العقود تُحمل على عادة كل بلد كالإجارة وغيرها(194).

الدعاوى التي هي بخلاف المشروط صريحاً مما تعارف عليه واعتاده الناس، لا تسمع ولا يؤخذ بها، أيضاً لا تسمع الدعوى التي هي بخلاف المشروط صريحاً مما تعارف عليه واعتاده الناس. فلو ادّعى

---

192 ابن رجب، *تقرير القواعد وتحرير الفوائد*، 570/2؛الزحيلي، *القواعد الفقهية وتطبيقاته في المذاهب الأربعة*،1/ 322؛ الزرقا، *شرح القواعد الفقهية*،ص231،؛ حيدر، *درر الحكام شرح مجلة الأحكام*، 48/1.

193 السدلان، *القواعد الفقهية الكبرى*،ص،443- 446؛الزحيلي، *القواعد الفقهية وتطبيقاته في المذاهب الأربعة*،1/ 322؛ الدعاس، *القواعد الفقهية*، ص،54.

194 االزحيلي، *القواعد الفقهية وتطبيقاته في المذاهب الأربعة*،1/ 346؛ *الدعاس، القواعد الفقهية*، ص،55.

نازل الخان، أو الفندق في زماننا، أو من دخل الحمام، الغصب ولم يكن معروفاً به، فهذا الرجل لا يُصدّق في دعواه بل يلزمه الأجر(195).

لو دفع رجل ابنه إلى معلم الحرفة مدة معلومة ليتعلم منه الحرفة، ثم حصل خلاف بين الرجل والمعلم، فطلب كل واحد منهما من الآخر بالأجر، فالأجر يكون لمن شهد له العرف المتداول في البلدة(196).

يُرجع للعرف في الحمل الذي يحمله الحمال هل يدخله إلى داخل البيت أو لا ؟ (197).

عقود التعاطي دون سؤال، والشراء من المحلات والدكاكين التي تكون فيها البضائع مسعّرة، ومكتوب عليها الثمن، فالمشتري يدفع عن طريق الصندوق أو المحاسب، وذلك حسب ما تعارف عليه الناس واعتادوا عليه(198).

لو استأجر رجلٌ سيارة شحن فلا يجوز له أن يحمّلها أكثر من طاقتها، أو مما هو متعارف ومعتاد عليه، وكذلك السيارة المخصصة للركوب، تستعمل حسب العرف والعادة، وإن خالف ذلك فهو ضامن لأنه متعد(199).

6.2.1. القاعدة السادسة: التعيين بالعرف كالتعيين بالنص

المقصود من هذه القاعدة هو: أن ما تم تعيينه بالعرف وأثبتته العادة فهو كالمنصوص عليه في العقد، والمقصود بالنصوص، نصوص القرآن والسنة النبوية، والنص في تعريفه: "هو اللفظ الدال على معنى لا يحتمل غيره ". فكل حكم يترتب على التعيين بالنص، يترتب على التعيين بالعادة والعرف(200).

قال ابن عابدين:" الثابت بالعرف كأنه منصوص في العقد، كالانتفاع بالأعيان الؤجرة والمستعارة التي لم يتبين في العقد كيفية الانتفاع بها فإن ذلك يتعين بالعرف" (201). ولهذه القاعدة تطبيقات عديدة: إذا قال شخص: "عليّ الطلاق " فهذا اللفظ في حقه يقوم مقام: "أنت طالق " لأن هذين اللفظين متساويين في العرف والعادة (202).

---

195 الزحيلي، *القواعد الفقهية وتطبيقاته في المذاهب الأربعة*،1/ 346؛ *الزرقا، شرح القواعد الفقهية*، ص،237.

196 الزرقا، *شرح القواعد الفقهية*، ص،238؛ الزحيلي، *القواعد الفقهية وتطبيقاته في المذاهب الأربعة*،1/347.

197 الزرقا، *شرح القواعد الفقهية*، ص،238.

198 السدلان، *القواعد الفقهية الكبرى*،ص،457.

199 السدلان، *القواعد الفقهية الكبرى*،ص، 456 ؛ الزحيلي، *القواعد الفقهية وتطبيقاته في المذاهب الأربعة*،1/ 347.

200 الزحيلي، *القواعد الفقهية وتطبيقاته في المذاهب الأربعة*،1/ 349؛ الدعاس، *القواعد الفقهية*،ص،55.

201 ابن عابدين، *نشر العرف*،ص،115.

202 الدعاس، *القواعد الفقهية*، ص، 55.

من أقسم بأنه لن يأكل اللحم، ثم أكل السمك، فهذا الشخص غير حانث بأكله السمك، إذا كان المتعارف بين الناس في بلده لحم الضأن أو غيره دون السمك(203).

كذلك إذا استأجر شخص بيتاً أو دكاناً بلا بيان وتوضيح من يسكن فيه، أو بيان نوع العمل الذي سيقام فيه، فللمستأجر حق الانتفاع بجميع أنواع الانتفاع المباحة، غير أنه لا يجوز له أن يُسكن فيه حداداً أو قصاباً أو طحاناً، لأن ذلك يحتاج إلى إذن المؤجر، لما في هذه الأمور من الأذية والضرر(204).

7.2.1. القاعدة السابعة: العبرة للغالب الشائع لا للنادر

معنى هذه القاعدة أنه إذا بُني حكم شرعي على أساس أمر شائع ومنتشر بين الناس وغالب، فإنه يكون للجميع، أي أن هذا الحكم يكون عاماً، ولا يؤثر في عموميته تخلف بعض الأشخاص، أو في بعض الأزمان، لأنه لا تُبنى الأحكام الشرعية على الأمر القليل أو النادر، بل على الذائع والمنتشر كثيراً بين الناس،وقد أشار لهذه القاعدة العلماء في كتبهم:

يقول القرافي:" الأصل اعتبار الغالب وتقديمه على النادر، وهو شأن الشريعة كما يقدم الغالب في طهارة المياه وعقود المسلمين، ويقصر في السفر، ويفطر بناء على غالب الحال وهو المشقة، ويمنع شهادة الأعداء والخصوم، لأن الغالب منهم الحيف"(205).

وقال أبو إسحاق الشيرازي في المهذب: " باب من تقبل شهادته ولا تقبل.....ولا يمكن قبول الشهادة مع الكثير من الصغائر لأن من استجاز الإكثار من الصغائر، استجاز أن يشهد بالزور، فعلقنا الحكم على الغالب من أفعاله، لأن الحكم للغالب،والنادر لا حكم له"(206).

ومن تطبيقات هذه القاعدة: القصر من الصلاة أثناء السفر هو رخصة مباحة ومشروعة، وتكمن الحكمة من هذه الرخصة هو دفع أذى ومشقة السفر عن الناس، غير أن المشقة غير منضبطة لاختلافها من شخص لآخر، أو حسب الأحوال والأزمان، فأُقيم السفر علة بدلا عن المشقة. فمتى وجد السفر يكون القصر موجوداً. لأن السفر فيه غالباً المشقة والتعب، ولا يؤخذ في تخلف بعض المترفين في ذلك ولا عبرة بحالهم. لذلك يكون مراعاة الحكم في الجنس والنوع، لا في الأشخاص والأفراد، فلذلك

---

203 الدعاس، *القواعد الفقهية*، ص، 55.

204 الزحيلي، *القواعد الفقهية وتطبيقاته في المذاهب الأربعة*،350/1؛ الزرقا، *شرح القواعد الفقهية*، ص241،.

205 القرافي، *الفروق*، 4/ 104.

206 الشيرازي، *المهذب في فقه الإمام الشافعي*، 499/5.

يجوز قصر الصلاة في حق الجميع، لأن العبرة للغالب الشائع والكثير المنتشر، لا القليل والنادر(207).

يجوز لصاحب الدين في زماننا أن يأخذ بدلاً عن دينه من غير جنس الدين، والسبب في ذلك كثرة العقوق، وأكل الحقوق وغيرها(208). أفتى المتأخرون بعدم جواز أن يقضي القاضي بعلمه، والسبب في ذلك فساد أحوال القضاة غالباً(209).

رجل مفقود مرّ على فقدانه قرابة التسعين عاماً، فيحكم بموته، والمستند لهذا الحكم هو الغالب والشائع بين الناس من أن الغالب من الناس لا يعيشون أكثر من التسعين، مع أن البعض ممكن أن يعيش أكثر من ذلك، ولكن هذا نادر وقليل فلا يُبنى الحكم عليه(210).

207 الزحيلي، *القواعد الفقهية وتطبيقاته في المذاهب الأربعة*،326/1؛ الدعاس، *القواعد الفقهية*، ص، 51.

208 الزحيلي، *القواعد الفقهية وتطبيقاته في المذاهب الأربعة*،326/1؛ الزرقا،*شرح القواعد الفقهية*، ص،235.

209 الزحيلي، *القواعد الفقهية وتطبيقاته في المذاهب الأربعة*،326/1؛ الزرقا،*شرح القواعد الفقهية*، ص،235.

210 الزحيلي، *القواعد الفقهية وتطبيقاته في المذاهب الأربعة*،326/1؛ الزرقا،*شرح القواعد الفقهية*، ص،235.

2.العام

1.2. تعريف العام لغة واصطلاحاً

العام لغة: اسم فاعل من العموم، بمعنى: الشمول(**211**). تقول العرب: عمّهم الصلاح والعدل، أي: شملهم. وعمّ الخصب أي: شمل البلدان، أو الأعيان(**212**).قال الخليل الفراهيدي: وعمّ الشيء بالناس يَعُمُّ عمّا فهو عام إذا بلغ المواضع كلها(213).

فالعام هو الذي يأتي على جميع أفراده، ومسمياته، فيشملهم ويحيطهم. قال الجرجاني: العموم في اللغة عبارة عن إحاطة الأفراد دفعة(214). والخلاصة: أن معنى العموم في اللغة هو: الشمول والإحاطة، وهو أعمُّ من مجرد كونه لفظاً، أو معنى مع اتصافه به، لكن الشمول في اللفظ من قبيل شمول الدال لمدلولاته، وفي المعنى من قبيل شمول الكلي للأفراد والكل للأجزاء(**215**).

تعريف العام اصطلاحاً: إن الناظر في كتب الأصول ليجِدُ كثرة التعاريف للعام، وتباين بعضها تبايناً حقيقياً، أو تبايناً لفظيًا، وليس الهدف من ذلك استقصاء تلك التعاريف والتكلم عليها، كما أنه ليس الهدف بيان سبب الخلاف. إذ إن مجال ذلك هو علم أصول الفقه، ولعل أبرز تعريف للعام هو تعريف الرازي: " فالعام: هو اللفظ المستغرق لجميع ما يصلح له بحسب وضع واحد (216).

---

211 ابن منظور, محمد بن مكرم بن علي أبو الفضل جمال الدين الأنصاري الرويفعي الإفريقي، *لسان العرب*، ط،الثالثة،دارصادر،بيروت، 1995،89/11، (مادة فتح) ؛ الجوهري، إسماعيل بن حماد ا، *الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية*،تحقيق أحمد عبدالغفور عطار، ط الرابعة، دار العلم للملايين، بيروت، 1990، 5/ 1993.

212 السرخسي، أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل ، *أصول السرخسي*، تحقيق أبو الوفا الأفغاني، لجنة إحياء المعارف النعمانية بحيدر آباد، الهند، بدون تاريخ طبع، 1/ 125.

213 الفراهيدي، الخليل بن أحمد بن عمرو بن تميم البصري، *كتاب العين*، تحقيق الدكتور عبدالحميد الهنداوي، ط الأولى،دار الكتب العلمية،بيروت، 2003م، 232/3.

214 الجرجاني،علي بن محمد السيد ، *معجم التعريفات*،تحقيق محمد صديق المشاوي،بدون تاريخ طبع، دار الفضيلة، القاهرة،، ص 132.

215 محمد أمين، المعروف بأمير بادشاه، *تيسير التحرير*،بدون تاريخ طبع، دارالباز ،مكة، 1/ 193.

216 الرازي, فخر الدين محمد بن عمر بن الحسين ، *المحصول في علم أصول الفقه*، تحقيق جابر فياض العلواني،بدون تاريخ طبع،مؤسسةالرسالة،دمشق، 309/2.

هذا تعريف العام عند جمهور الأصوليين، وهو لفظ الرازي في المحصول، وتبعه من جاء بعده من الأصوليين(**217**). ورجّحه الشوكاني فقال: وإذا عرفت ما قيل في حد العام علمت أن أحسن الحدود المذكورة هو ما قدمناه عن صاحب المحصول(**218**). يقصد تعريف الرازي، ولكن مع زيادة كلمة " دفعة " وقال الشنقيطي(219): وهذا تعريف جيد. إلا أنه ينبغي أن يزاد عليه ثلاث كلمات: الأولى: بحسب وضع واحد. والثانية: دفعةً. والثالثة: بلا حصر من اللفظ. "(**220**).

شرح التعريف:

" اللفظ ": قيد يُخرج غير اللفظ كالفعل، والمفهوم، والقياس(**221**) والمقصود باللفظ هو :اللفظ المستعمل دون المهمل، وعبّرعنه بعضهم بالكلمة(**222**).

" المستغرق":قيد يخرج ما لا استغراق فيه كالعَلَمِ **والمُضمر**(**223**) والنكرة في سياق الإثبات(**224**).

" لما يصلح له":قيد يخرج ما لا يصلح له كالجمع المنكرفي سياق الاثبات مثل : " رجال" لأنه غيرُ مستغرق للجميع، بخلاف المُعرّف بلام الاستغراق(**225**).

" بحسب وضع واحد": قيد يخرج المشترك اللفظي " كالعَين "، فالعام يستغرق شيئاً واحداًبوضع واحد، أما المشترك فيستغرق عدة أشياء بأوضاع كثيرة (**226**).

---

217 السلمي،عياض بن نامي ، *أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله*، ط الأولى، دار التدمرية، الرياض، 2005م، ص285.

218 الشوكاني،محمد بن علي ،*إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول*، تحقيق أبو حفص سامي بن العربي الأثري،طالأولى، دار الفضيلة، الرياض،2000م، 511/1.

219 الشنقيطي: محمد الأمين بن محمد المختار بن عبدالقادر الجنكي، مفسّر ومدرّس من علماء شنقيط (موريتانيا) ولد وتعلم بها، وحج سنة 1367هـ واستقر مدرسا في المدينة المنورة، ثم الرياض، وأخيرا في الجامعة الإسلامية بالمدينة وتوفي بمكة. الزركلي،الأعلام، 45/6.

220 الشنقيطي،محمد بن مختار ، *مذكرة أصول الفقه على روضة الناظر*، ط الأولى، دار عالم الفوائد، مكة، 1426هـ، ص، 318.

221 البدخشي، محمد بن الحسن ، *مناهج العقول*، بدون تاريخ طبع، مطبعة محمد صبيح وأولاده، القاهرة،، 56/2.

222 المرداوي، علاء الدين أبو الحسن علي بن علي بن سلمان الحنبلي، *التحبير شرح التحرير في أصول الفقه*، بدون تاريخ طبع،مكتبة الرشد، الرياض،، 2312/5.

223 المُضمر أو الضمير: ما وُضع لمتكلم أو مخاطب أو غائب.الجرجاني،معجم التعريفات، ص،279.

224 البدخشي، *مناهج العقول*، 56/2.

225 البدخشي، *مناهج العقول*، 56/2.

" دفعة" : قيد يخرج به المطلق؛ لأن استغراقه بدليل على سبيل التناوب لا دفعة واحدة، أما العام فاستغراقه شمولي يشمل جميع أفراده في آن واحد(227).

" بلا حصر":قيد يخرج أسماء العدد(228) فإنها محصورة، فقولنا: خمسة يصلح لكل خمسة، ولا يستغرقه، لأنه عم مع الحصر (229) أما العام فاستغراقه لا حد له و لا حصر(230).

إن العلاقة بينهما ظاهرة بيّنة، فكما أن المعنى اللغوي فيه الشمول والإحاطة والاتساع، نرى المعنى الاصطلاحي اشتمل على تلك المعاني، حتى غدت من شروط حدّه، واعتباره شموله على تلك المعاني. ففي العام شروط لا بدّ منها أهمها:الاستغراق، وعدم الحصر،وشموله لأفراده، وهي نفسها المعنى اللغوي للعام.

الفرق بين العموم والعام:

العام هو اللفظ المتُناول، في حين العموم هو تناول اللفظ لما صَلُح له، فالعموم مصدر والعام اسم الفاعل مشتق من هذا المصدر وهما متغايران، لأن المصدر الفِعْلُ، والفِعْلُ غيرُ الفاعل(231). وفرّق القرافيُّ بين الأعمّ والعام: بأن الأعمّ إنما يستعمل في المعنى، والعام في اللفظ ، فإذا قيل: هذا أعمُّ تبادر الذِّهنُ للمعنى، وإذا قيل: هذا عام تبادر الذّهنُ للفظ(232). والأمر الوارد في التعريف اللغوي أعمّ من أن يكون لفظاً أو معنى. وعلى هذا فالعموم أو الشمول في اللغة يتصف به اللفظ والمعنى على السواء.

2.2. ألفاظ العموم

إن للعموم صيغا تعارف عليها العرب للتعبير بها عما يريدونه، وهذه الصيغ وُضِعت للتعبير عن العموم حقيقة، وهذا القرآن إنما نزل بلسانهم وعلى سننهم في الكلام، فوُجدت فيه صيغ العموم كما هي

---

226 الجيزاني،محمد بن حسين بن حسن ، *معالم أصول الفقه عند أهل السنة والجماعة*، ط الأولى،دار بن الجوزي،الرياض، 1996، ص418،.

227 الجيزاني، *معالم أصول الفقه عند أهل السنة والجماعة*، ص420 ؛الشنقيطي، *مذكرة أصول الفقه*،ص ،320.

228 اسم العدد:هو اللفظ الدال على بعض وحدات ماهية مدلوله. المرداوي، *التحبير شرح التحرير* ،ج5 /ص2313.

229 الشوكاني، *إرشاد الفحول*، 1/ 510.

230 الجيزاني، *معالم أصول الفقه عند أهل السنة والجماعة*، ص،414.

231 الزركشي، البحر المحيط، 180/2.

232 القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس ، *العقد المنظوم في الخصوص والعموم*، تحقيق أحمد الختم عبدالله، ط الأولى، دارالكتبي،القاهرة، 1999،202/1.

موجودة في كلام الله ،وقد تكلم العلماء عن صيغ العموم في اللغة بما لامزيد عليه حتى أوصلها القرافي في كتابه العقد المنظوم إلى مئتين وخمسين صيغة استوعب جُلّ الصيغ إن لم تكن كلها(233). يذكر الأصوليون للعموم ألفاظاً تدل عليه، وهم المُلقبون بأرباب العموم، وذكر العلائي(234) أربعة وعشرين لفظاً منها (235):

1. لفظ كُلّ، وجميعٌ، وكافةٌ:

كُلّ: هي من أقوى صيغ العموم في الدلالة عليه، ولا فرق بين أن تقع مبتدأ بها أو مؤكدة، وهي تشمل العاقل والحيوان والجماد، والمذكر والمؤنث والمفرد، والمثنى والجموع، فلذلك كانت من أقوى صيغ الجموع.كقوله تعالى:[كُلُّ مَنْ عَلَيْهَا فَانٍ](236)، وقوله تعالى: [كُلُّ امْرِئٍ بِمَا كَسَبَ رَهِينٌ](237) . وكقوله تعالى في الحديث القدسي:" يا عبادي كُلكم ضالٌّ إلا من هديته"(238).

جميع: وما يتصرف منه: كأجمع وجَمْعاء وأجمعين وجُمع. كقوله تعالى:[فَسَجَدَ الْمَلَائِكَةُ كُلُّهُمْ أَجْمَعُون] (239) فإنه لم يتخلف ملك عن السجود، ويشمل هذا جميع الملائكة بلا استثناء. وقوله تعالى:[وَإِنْ كُلٌّ لَمَّا جَمِيعٌ لَدَيْنَا مُحْضَرُونَ](240).

كافة:كما في قوله تعالى:[يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا ادْخُلُوا فِي السِّلْمِ كَافَّةً وَلَا تَتَّبِعُوا خُطُوَاتِ الشَّيْطَانِ](241). أي ادخلو في شرائع الإسلام كلها،أو ادخلوا جميعكم في شرائع الإسلام.

2. الاسم المفرد المعرّف بالألف واللام أو بالإضافة(242):

---

233 القرافي، *العقد المنظوم*،202/1.

234 العلائي: أبو سعيد صلاح الدين خليل بن عبدالله الدمشقي المتوفى سنة 761هـ.طبقات الشافعية: 35/10.

235العلائي، ، *تلقيح الفهوم في تنقيح صيغ العموم*، تحقيق علي معوّض، ط الأولى، دار الأرقم، بيروت، 1997،ص،250.

236 الرحمن،55/ 26.

237 الطور،52/ 21.

238مسلم،مسلم بن الحجاج، *صحيح مسلم*،البر واالصلة والآداب،45، 2577 .

239 الحجر، 15/ 30.

240يس، 36/ 32.

241 البقرة، 2/ 208.

242 وهذا مذهب جمهور الأصوليين وهو أن الاسم المعرّف بالألف واللام من ألفاظ العموم، وذهب إمام الحرمين في البرهان وتابعه الغزالي إلى أن الاسم المفرد المحلّى بالألف واللام إن تميز فيه لفظ الواحد عن الجنس بالهاء كالتمرة والتمر فهو للعموم، وإن لم يتميز فلا يعم.

=

المفرد المعرّف بالألف واللام نحو قوله تعالى: [إِنَّ الْإِنْسَانَ لَفِي خُسْرٍ * إِلَّا الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ وَتَوَاصَوْا بِالْحَقِّ وَتَوَاصَوْا بِالصَّبْرِ](243). فإن لفظ الإنسان مفرد معرّف باللام الاستغراقية فيفيد شموله لأفراد الإنسان جميعاً. إذا لم تكن "أل" للعهد كانت للاستغراق، سواء أكانت للتعريف أم كانت اسماً موصولاً، فإنها تفيد العموم كقوله تعالى:[وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا....](244) وقوله تعالى:[الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ](245). فإنها تشمل الذي سرق والتي سرقت، والتي زنت والذي زنا.وأما المفرد المعرّف بالإضافة كقوله ρ" هو الطهور ماؤه الحلّ ميتته"(246) فإنه يعم كلَّ ماء للبحر وكُلّ ميتة له.

3. النكرة إذا أُضيفت إلى معرفة: كما في قوله تعالى:[وَإِنْ تَعُدُّوا نِعْمَتَ اللَّهِ لَا تُحْصُوهَا...](247) أي نعم الله(248).

4 ـ الأدوات" من، وما، وأي، وأين، وأيان، ومتى": إذا جاءت في صيغة الشرط كقوله تعالى: [وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَّدَّقُوا..](249) وهي للعاقل.وما كقوله تعالى:[وَمَا تَفْعَلُوا مِنْ خَيْرٍ يَعْلَمْهُ اللَّهُ.](250) وهي لغير العاقل(251).

5 . النكرة الواقعة في سياق النفي أو النهي أو الشرط:"لا إله إلا الله". نفي لكل الآلهة وإثبات إله واحد وهو الله سبحانه وتعالى, وإذا أُضيفت من قبل النكرة فإنها تكون نصاً في العموم كقوله تعالى:[وَمَا مِنْ

إمام الحرمين، عبدالملك بن عبدالله بن يوسف البرهان في أصول الفقه، تحقيق عبدالعظيم الديب، ط الأولى، طبع على نفقة أمير قطر. 341/1.

243 العصر،2/103.

244 المائدة، 5/ 38.

245 النور،24/ 2.

246 الترمذي، محمد بن عيسى بن سورة بن موسى الضحاك أبو عيسى، *سنن الترمذي*، تحقيق محمود محمد محمود حسن نصار، ط الثانية، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 1975، كتاب أبواب الطهارة، 1 برقم:69.

247 إبراهيم، 14/ 34.

248 وكذا اسم الجمع المعرّف بالإضافة فإنه يعمُّ كما في قوله تعالى[يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ] [النساء، 11/4].
انظر تفصيل الكلام على عموم اسم الجمع المعرف باللام أوبالإضافة في أصول السرخسي 125/1.

249 النساء، 92/4.

250 البقرة، 197/2 .

251 السرخسي، *أصول السرخسي*،157/1؛ الرازي، *المحصول في أصول الفقه*،ج1/ص516؛ الشوكاني،*إرشاد الفحول*،ص118؛ الآمدي، علي بن محمد الآمدي،*الإحكام في أصول الأحكام* ،ط الأولى،المكتب الإسلامي،الرياض، 1378هـ، 198/2.

إِلَٰهٍ إِلَّا اللَّهُ](252) وكذلك إذا سبقها لا النافية للجنس العاملة عمل "إن" مصحوبة بالحرف الجار "من" فإنها تكون حينئذ نصاً في العموم، كما تقول:" لا رجل في الدار" نفي لوجود مطلق الرجل(253) وكما في قوله تعالى:[وَمَا مِنْ دَابَّةٍ فِي الْأَرْضِ إِلَّا عَلَى اللَّهِ رِزْقُهَا وَيَعْلَمُ مُسْتَقَرَّهَا وَمُسْتَوْدَعَهَا..](254) وسواءٌ أكان النفي بما,أو لن,أو لم,أو ليس, فالحكم واحد والنهي كالنفي لأنه نفي ضمني، والنكرة تعُمّ سواء اِنصبّ عليها النفي أو النهي مباشرة أم اِنصبّ على عاملها.

مثال النفي المنصبّ على النكرة مباشرة قوله تعالى:[لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً](255) جُناح اِنصبّ عليها النفي مباشرة، فيفيد العموم بمعنى: كل إثم مرفوع عنكم.

مثال النفي منصبّ على عاملها قوله تعالى: [لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا](256) اِنصبّ النفي على عاملها وهو الفعل ومعناه: تقرير عدم تكليف كل نفس بما لا تحتمله طاقتها. ووقوعها في سياق النهي كما في قوله تعالى:[وَلَا تَقُولَنَّ لِشَيْءٍ إِنِّي فَاعِلٌ ذَٰلِكَ غَدًا *إِلَّا أَنْ يَشَاءَ اللَّهُ..](257)،هذا والنكرة الواقعة في سياق النفي أو النهي ظاهرة في العموم، وكذلك وقوعها في سياق الشرط(258) كقوله تعالى:[إِنِ امْرُؤٌ هَلَكَ](259) وكقوله تعالى: [وَإِنْ يَرَوْا آيَةً يُعْرِضُوا وَيَقُولُوا سِحْرٌ مُسْتَمِرٌّ] (260) ذكره

---

252 آل عمران، 62/3 .

253 النكرة في سياق النفي تعم، هذا مذهب جمهور الأصوليين وأهل العربية. وذهب بعض النحويين والمتأخرين من الأصوليين إلى أنها لاتعم،الآمدي، الإحكام في أصول الأحكام،ج2/ص197؛ العلائي، *تلقيح الفهوم في تنقيح صيغ العموم* ص 442.

254هود، 11/ 6.

255 البقرة، 2/ 236.

256 البقرة، 2/ 286.

257 الكهف، 23/18،24.

258 الزركشي، بدر الدين محمد بن بهادر بن عبدالله الشافعي, *البحر المحيط في أصول الفقه*، ط الثانية، طبعة وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية, الكويت، 1،1992/163.

259*النساء،4/176.*

260 القمر، 2/54.

القاضي أبو بكر وإمام الحرمين، وابن القشيري والغزالي(261)،ويدل عليه قوله تعالى:[وَلَوْ أَنَّمَا فِي الْأَرْضِ مِنْ شَجَرَةٍ أَقْلَامٌ] (262) والسبب فيه أن الشرط لا اختصاص له، فأشبه النفي.

وإن كانت النكرة مثبتة لم تَعُمّ إلا بقرينة، فيستثنى صور تعم فيها مع الإثبات لقرينة منها:

1. إذا كانت النكرة موصوفة بصفة عامةٍ كقوله تعالى:[قَوْلٌ مَعْرُوفٌ وَمَغْفِرَةٌ خَيْرٌ مِنْ صَدَقَةٍ يَتْبَعُهَا أَذًى](263) فإن هذا الوصف "معروف" عام،فتعم النكرة بعموم الوصف.

2. إذا كان المقام مقام قرينة على العموم، كقوله تعالى:[عَلِمَتْ نَفْسٌ مَا قَدَّمَتْ وَأَخَّرَتْ](264) وقوله تعالى:[عَلِمَتْ نَفْسٌ مَا أَحْضَرَتْ](265) فلفظ" نفس" عامة بقرينة هي أن الحساب يوم القيامة لا يخص نفساً دون أخرى. وفيما عدا هذه المواضع تكون النكرة في سياق الإثبات دالة على فرد شائع في جنسه على سبيل البدل لا الاستغراق(266).

5. اسم الجمع المعرّف بالإضافة فإنه يَعمُّ (267): كقوله تعالى:[يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ](268).

6. اسم الجمع المعرّف بأل التي للاستغراق(269) كقوله تعالى:[فَإِذَا انْسَلَخَ الْأَشْهُرُ الْحُرُمُ فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ] (270).

7. الأسماء المبهمة، أسماء الاستفهام كـ من: كقوله تعالى:[مَنْ ذَا الَّذِي يُقْرِضُ اللَّهَ قَرْضًا حَسَنًا فَيُضَاعِفَهُ لَهُ أَضْعَافًا كَثِيرَةً](271).

---

261 العلائي، تلقيح الفهوم في تنقيح صيغ العموم، ص 450 . 451.

262 لقمان، 27/31.

263 البقرة، 2/ 263.

264 الانفطار، 5/82.

265 التكوير،14/81.

266 فتحي الدريني ، *المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي*، ط الثالثة،مؤسسة الرسالة، بيروت،2013، ص406/407.

267 السرخسي، أصول السرخسي،151/1؛ الآمدي، الإحكام في أصول الأحكام 197/2؛ العلائي،*تلقيح الفهوم في تنقيح صيغ العموم* ص374.

268 النساء،4/ 11.

269 السرخسي، *أصول السرخسي*،151/1؛ الآمدي، *الإحكام في أصول الأحكام* ، 2/ص197؛ العلائي،*تلقيح الفهوم في تنقيح صيغ العموم* ص374.

270 التوبة،5/9.

وماذا كقوله تعالى:[وَأَمَّا الَّذِينَ كَفَرُوا فَيَقُولُونَ مَاذَا أَرَادَ اللَّهُ بِهَٰذَا مَثَلًا..](272) قال ابن السمعاني: جميع الأسماء المُبهمة تقتضي العموم(273).

8. ما: فيما لايعقل، نحو ما جاءني منك أخذته(274).

9. الأسماء الموصولة مثل: ما، من، أي، الذي، التي، وجموعها من: الذين واللاتي، وقد بلغ بذلك القرافي نيّفا وثلاثين صيغة كقوله تعالى:[وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَٰلِكُمْ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ..](275) وكقوله تعالى:[أَلَمْ تَرَ أَنَّ اللَّهَ يَسْجُدُ لَهُ مَنْ فِي السَّمَاوَاتِ وَمَنْ فِي الْأَرْضِ] **(276)**. فلفظ"مَن"من صيغ العموم، وُضع للعاقل المُبهم، ويشمل المفرد والمثنى،والجمع، والمذكر ،والمؤنث. وكقوله:[وَالَّذِينَ يُؤْمِنُونَ بِمَا أُنْزِلَ إِلَيْكَ وَمَا أُنْزِلَ مِنْ قَبْلِكَ](277) وقوله تعالى:[إِنَّ الَّذِينَ سَبَقَتْ لَهُمْ مِنَّا الْحُسْنَىٰ أُولَٰئِكَ عَنْهَا مُبْعَدُونَ] (278) ولا شك أنّ العموم في ذلك كله مستفاد من الصيغة، وتستخدم في العاقل وغيره على السواء. كما أنها تفيد للعموم سواء أكانت مفردة أو مثناة أو جمعاً، ومثلها: التي واللتين واللائي.

3.2. مذاهب العلماء في صيغ العموم

لقد اختلف العلماء في النظر إلى العموم من حيث صيغته على مذاهب:

المذهب الأول: من يقول بأن للعموم صيغاً تخصُّه: وهو مذهب السلف الصالح من الأئمة الأربعة، وغيرهم(279)، ويسمى بمذهب أرباب العموم(280). وقد ذكر ابن تيمية أنه لم ينكره أحد في القرون

---

271 البقرة،2/ 245.

272 البقرة,2/ 26.

273 انظر تفصيل ذلك: الآمدي، *الإحكام في أصول الأحكام*،197/2؛ الرازي، *المحصول*، 517/2؛

274 السرخسي، *أصول السرخسي*، 156/1؛ الآمدي، *الإحكام*، 2/ 198.

275 النساء،4/ 24.

276 الحج، 18/22.

277 البقرة،2/ 4.

278 الأنبياء،101/21.

279الشوكاني، *إرشاد الفحول*، 291/1؛ الزركشي، *البحر المحيط* ، 189/2؛الشنقيطي، *مذكرة الشنقيطي* ص232؛ السمعاني، *قواطع الأدلة*،154/1.

280 وهو مذهب الجمهور. الجصّاص، أحمد بن علي أبو بكر الرازي الحنفي، *الفصول في الأصول*، ط الثانية، نشر وزارة الأوقاف الكويتية، 1994م،99/1.

الثلاثة، وأنه إنّما حدث إنكاره بعد المئة الثانية وظهر بعد المئة الثالثة،(281). وقد دل على صحة هذا القول دلائل منها:

الأول: عمل الصحابةψ المطرد في التعامل مع ألفاظ القرآن الكريم، وذلك أنهم كانوا يجرونها على العموم حتى يأتي ما يخصص العموم، وكانوا يفهمون العموم من صيغته الموضوعة له في اللغة، وهم العرب الأقحاح، فكان هذا إجماعا منهم(282) ومن صور ذلك:

أ. ما رواه البخاري عن زيد بن ثابتτ أن رسول اللهρ أملى عليه قوله تعالى:[لَا يَسْتَوِي الْقَاعِدُونَ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ وَالْمُجَاهِدُونَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ](283) قال: فجاءه ابن أم مكتوم، وهو يُملُّها عليَّ فقال يا رسول الله: لو أستطيع الجهاد لجاهدت، وكان رجلا أعمى؛ فأنزل الله تبارك وتعالى على رسولهρ وفخذه على فخذي؛ فثقلت عليَّ حتى خفتُ أن تَرُضَّ، ثم سُرّيَ عنه؛ فأنزل الله عز وجل: [غَيْرُ أُولِي الضَّرَرِ](284). فابن أم مكتومτ فهم من الصيغة في" القاعدون" العمومَ، وهي التي تفيد الاستغراق، والشمول، وتفيد دخوله وغيره من أولي الضرر في هذا العموم، فكان لابد من مخصِّص، وأقرّه رسول اللهρ على هذا الفهم.

ب . ما رواه البخاري ومسلم عن ابن عمرτ أن النبي ρ لما رجع من الأحزاب قال: " لا يصلين أحد العصر إلا في بني قريظة "؛ فأدرك بعضهم العصر في الطريق فقال بعضهم: لا نصلي حتى نأتيها، وقال بعضهم: بل نصلي لم يرد منا ذلك، فذُكر ذلك للنبيρ فلم يُعنّف واحداً منهم(285). إن الصحابةψ فهموا من النكرة في سياق النهي العموم، وأنَّ المراد بذلك الجميع فلم ينكر عليهمρ فهمهم هذا، كما أنّه لم ينكر عليهم ما فهموه من النهي فهو إقرار منه ρ.

---

281 ابن تيمية, تقي الدين أحمد الحرّاني، *مجموع الفتاوى*، ط الثانية، دار الوفاء، المنصورة، مصر،2001م، 264/6.

282الجيزاني، *معالم أصول الفقه عند أهل السنة*،ص422،.

283 النساء،4/ 95.

284 البخاري،،كتاب الجهاد والسير، 56،برقم2677.

285 البخاري، كتاب صلاة الخوف، باب مرجع النبيρ من الأحزاب ومخرجه إلى بني قريظة ومحاصرته إياهم، رقم الحديث(4119) ؛ مسلم،، كتاب الجهاد والسير، باب المبادرة بالغزو وتقديم أهم الأمرين المتعارضين. رقم الحديث (1770).

جـ – ما قاله عثمان بن مظعون τ لما سمع قول لبيد بن ربيع τ: ألا كل شيء ما خلا الله باطل.قال عثمان: صدقت، فقال لبيد: وكل نعيم لا محالة زائل. قال عثمان: كذبت؛ نعيم الجنة لا يزول(286). وغير هذا كثير مما يدل على أنّ عمل الصحابة في العموم أن له صيغة به يُعرف.

الثاني: إنكار أنّ للعموم صيغة؛ يؤدي إلى تعطيل أوامر الشرع ونواهيه، ويبطل بذلك دلالة الكتاب والسنة، ويكفي في فساد هذا اللازم تصوره إذ قد يحتج كل من في قلبه زيغ بأنه غير مراد بهذا اللفظ العام(287).

الثالث: أنّ صيغ العموم يحتاج إليها في كل لغة، ولا تختص بلغة العرب فيبعد جداً أنْ يغفل عنها جميع الخلق، فلا يضعونها مع الحاجة إليها(288).

القول الثاني: أنّ العموم ليس له صيغة تخصه، وأنّ ما ذكر من الصيغ موضوعة للخصوص، وهو أقل الجمع: إما اثنان، أو ثلاثة على الخلاف في أقل الجمع (289)، ولا يقتضي العموم إلا بقرينة(290) ويسمى بمذهب أرباب الخصوص(291). قال الشوكاني:(ولا يخف لك أنّ قولهم موضوع للخصوص مجرد دعوى ليس عليها دليل، والحجة قائمة عليهم لغة، وشرعاً، وعرفاً، وكل من يفهم لغة العرب، واستعمالات الشرع لا يخفى عليه هذا)(292).

---

286 ابن حجر, أبو الفضل أحمد بن العسقلاني، *الإصابة في تمييز الصحابة*، تحقيق عبدالله بن عبدالمحسن التركي،ط الأولى، مركز هجر للبحوث والدراسات العربية والإسلامية، القاهرة،2008م،110/7.

287 ابن قدامة، موفق الدين عبدالله بن أحمد ، *روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه*، ط الأولى، المكتبة المكية، مكة،1998م،24/2.

288المصدر السابق.

289الآمدي، *الإحكام في أصول الأحكام*،2/ 242؛ الجويني، *البرهان في أصول الفقه*، 239/1.

290الشوكاني، *إرشاد الفحول*،291/1؛السبكي،علي بن عبد الكافي، *الإبهاج في شرح المنهاج*، بدوننتاريخ، دار الكتب العلمية،بيروت، 1995، 108/2.

291حُكي هذا القول عن محمد بن المنتاب من المالكية، والبلخي، وجماعة من المعتزلة.المرداوي، *التحبير شرح التحري*،2329/5.

292الشوكاني، *إرشاد الفحول*،293/1.

القول الثالث: من قال بأن العموم ليس له صيغة موضوعة في اللغة، وأن الألفاظ تحتمل العموم والخصوص(293) ويسمى هذا بمذهب الواقفية(294). والوقفُ هو: عدم الحكم بشيء مما قيل في الحقيقة في العموم، أو الخصوص، أو الإشتراك(295).

واحتج القائلون بالوقف: بأنهم سبروا اللغة ووضعها فلم يجدوا في وضع اللغة صيغة دالة على العموم سواء وردت مطلقة، أو مقيدة بالقرائن، فإن الصيغة لا تشعر بالجمع، بل تبقى على التردد بين العمومالخصوص(296).قال أبو بكر السرخسي:" قال بعض المتأخرين ممن لا سلف لهم في القرون الثلاثة: حكمه الوقف فيه– أي العام– حتى يتبين المراد منه بمنزلة المشترك، أو المجمل، ويسمى هؤلاء بالواقفية"(297).واختلف القائلون بالوقف في أي محل يكون الوقف على تسعة أقوال أشهرها: القول به على الإطلاق من غير تفصيل(298) في الأوامر، والنواهي، والأخبار.ولكن يقال: إنّ أصحاب هذا المذهب ليس لهم دليل فيما ذهبوا إليه، وأن سبرهم للغة مُنْتَقِضٌ بما سبق ذكره من أدلة على صحة قول أصحاب المذهب الأول؛ فإنّ نصوص الوحي من كتابٍ، وسنةٍ، وعملٍ للصحابة مع ألفاظ العموم، يقتضي وجوبَ القول بأنّ للعموم صيغة بها يُعرف. قال الشوكاني:" وقد علمتَ اندفاع مذهب الوقف على الإطلاق بعدم توازن الأدلة التي تمسك بها المختلفون في العموم، بل ليس بيد– غير أهل المذهب الأول–شيء مما يصح إطلاق اسم الدليل عليه، فلا وجه للتوقف ولا مُقتضِي له"(299).

وخلاصة هذا المطلب: القول بأن للعموم صيغة، وأنه المذهب الحق الذي دلت عليه دلائل كثيرة من الكتاب والسنة، وإجماع الصحابة، وعمل علماء الأمة من السلف الصالح، وأنه ما ظهر إنكار صيغ العموم إلا بعدهم كردة فعل لمن احتج بعموم آيات الوعد والوعيد.قال ابن دقيق العيد عند شرحه لقوله

---

293 السمعاني، منصور بن محمد بن عبدالجبار الشافعي، *قواطع الأدلة في أصول الفقه*، تحقيق عبدالله بن حافظ الحكمي، طالأولى،مكتبةالتوبة،الرياض، 1998، 284/1.

294 الآمدي، *الإحكام*،222/2؛ السبكي، *الإبهاج في شرح المنهاج*،108/2.

295 الآمدي، *الإحكام*،222/2.

296 السبكي، *الإبهاج في شرح المنهاج*،108/2؛ الشوكاني، *إرشاد الفحول*، 1/ 293؛

297 السرخسي، *أصول السرخسي*، 1/ 132.

298 للتوسع في ذكر الأقوال ومناقشتها ينظر: الزركشي، *البحر المحيط* 1/ 193 ؛ الشوكاني، *إرشاد الفحول*، 1/ 294.

299 الشوكاني، *إرشاد الفحول*، 1/ 294.

ρ:" فإنه إذا قال ذلك أصابت كل عبد صالح في السماء والأرض)(300) قال:(وفي قوله دليل على أن للعموم صيغة، وأن هذه الصيغة للعموم كما هو مذهب الفقهاء خلافاً لمن توقف في ذلك من الأصوليين، وهو مقطوعٌ به من لسان العرب، وتصرفاتِ ألفاظ الكتاب والسنة عندنا، ومن تتبع ذلك وجده "(301).

4.2. أنواعُ العامِّ

ثبت بالاستقراء أن الصيغ والألفاظ العامة الموضوعة للعموم، ليس على درجة واحدة، فمإن دلت القرائن على العموم بقي على عمومه، وما دلت القرائن لحمله على الخصوص خُصص:

النوع الأول: عام يُراد به العموم قطعاً: وهو الذي اصطحب بقرينة تنفي احتمال تخصيصه، فبقي على عمومه ولم يدخله التخصيص، يقول الإمام الشافعي(302). رحمه الله :هذا عامٌ لا خاص فيه. كما في قوله تعالى: [وَمَا مِنْ دَابَّةٍ فِي الْأَرْضِ إِلَّا عَلَى اللَّهِ رِزْقُهَا](303) ففي الآية تقرير سُنّةٍ إلهية عامة لا تتبدل ولا تتخصص. وقوله تعالى:[وَهُوَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيم](304) وقوله تعالى: [لِلَّهِ مَا فِي السَّمَاوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ](305) فكل ذلك مما علم قطعاً عمومه.

النوع الثاني: عامٌ يُراد به الخصوص قطعاً:وهو الذي أُصطحب بقرينة تدل على أنه يُراد منه بعض الأفراد مثل قوله تعالى: [وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا](306) فلفظ النّاس عام، يُراد به خصوص المكلفين؛ لأن الشرع والعقل دل على إخراج الصبيان والمجانين من هذا الحكم(307).

---

300 البخاري، كتاب الأذان، 10،برقم831؛ مسلم، كتاب الصلاة، 4، برقم 402 .

301 ابن دقيق، تقي الدين بن دقيق العيد،*إحكام الأحكام شرح عمد الأحكام*، تحقيق محمد حامد الفقي، مكتبة السنة المحمدية، القاهرة، 1953، 1/ 286.

302 الشافعي، محمد بن إدريس ، *الرسالة*، تحقيق أحمد محمد شاكر، ط الأولى،مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، القاهرة، 1938، ص ،53.

303 هود، 6/11.

304 البقرة،2/ 29.

305 البقرة،284/2.

306 آل عمران،97/3.

307 الشافعي، الرسالة، ص53 . 62 ؛ الزحيلي، أصول الفقه، 1/ 282.

ومما دلت قرائن القطعية على عدم العموم فيه قوله تعالى: [الَّذِينَ قَالَ لَهُمُ النَّاسُ إِنَّ النَّاسَ قَدْ جَمَعُوا لَكُمْ فَاخْشَوْهُمْ فَزَادَهُمْ إِيمَانًا وَقَالُوا حَسْبُنَا اللَّهُ وَنِعْمَ الْوَكِيلُ](308).

قال الشافعي رحمه الله:" باب بيان ما نزل من الكتاب عام الظاهر يراد به الخاص" وذكر الآية السابقة، ثم قال:" فإذا كان مَن مع رسول الله ناساً غير من جَمَع لهم النّاس، وكان المخبرون لهم ناساً غير من جَمَع لهم وغير من معه ممن جُمع عليه معه،وكان الجامعون لهم ناساًفإن الدلالة بيّنة مماوصفت من أنه إنما جَمَع لهم بعض النّاس دون بعض، والعلم يحيط أنه لم يجمع لهم الناسُ كلهم، ولم يخبرهم النّاسُ كُلُّهم، ولم يكونوا هم الناسَ كلهم.... وإنما هم جماعة غير كثير من الناسِ الجامعين منهم غير المجموع لهم، والمخبرون للمجموع لهم غير الطائفتين، والأكثر من الناس في بلدانهم غير الجامعين ولا المجموع لهم ولا المخبرين "(309). فهذا مما علم بقرائن أن المراد به غير العموم، والقرينة قد تكون السياق نفسه، أو سبب النزول وقرائن الأحوال.

الثالث: العام المخصوص: وهو العام الذي اقترن به الدليل المخصّص بالفعل نصاً أو عقلاً، فالدليل المخصص قد يكون نصاً قرآنياً مقترناً بالنص العام،أو قد يكون سنّة مخصصة، (310).وقد مثّل له الإمام الشافعي بقوله تعالى: [يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا ۚ إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُم](311).وقال:" بأن العموم في الآية أن كل نفس مخلوقة من ذكر وأنثى وكلهاشعوب وقبائل، والخصوص فيهافي قوله تعالى: [إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُم] من جهة أنّ التقوى لا يوصف بها إلا من يعقل من أهلها البالغين من بني آدم.

ثم يمثّل لهذا النوع بآيات التكليف كقوله تعالى: [يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ](312). وقوله تعالى: [إِنَّ الصَّلَاةَ كَانَتْ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ كِتَابًا

---

308 آل عمران،3/ 173.

309 الشافعي، *الرسالة*، ص، 58 ـ 59.

310 السرخسي، *أصول السرخسي*،144/1؛الشاشي، نظام الدين أحمد بن محمد بن إسحاق الشاشي، *أصول الشاشي*، ط الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت،2003م، ص، 20.

311 الحجرات،49/ 13.

312 البقرة،2/ 183.

مَوْقُوتًا](313) وبين أن هذه الآيات مخصوصة بالبالغين دون من يبلغ وممن بلغ ممن غلب على عقله ودون الحيض في أيام حيضهن "(314).

ومن ذلك قوله تعالى:[الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ](315) فإنها خاصة بالأحرار، خصصها قوله تعالى في الإماء:[فَإِذَا أُحْصِنَّ فَإِنْ أَتَيْنَ بِفَاحِشَةٍ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ..](316).ومن ذلك قوله تعالى:[وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ..](317)، فإنها خاصة بالمدخول بهن بقوله تعالى:[يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا](318).

ومثال السنة المخصّصة للنص القرآني العام قوله تعالى:[يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ](319)، ألفاظ عامة خُصصت بدليل من السنة(320).بقولهρ: لا يرث القاتل(321) وخُصص بقولهρ: لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم (322).ومن ذلك قوله تعالى:[وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَٰلِكُمْ..](323). وقال الرسول ρ:"لا تُنكح المرأة على عمتها، ولا على خالتها "(324).

---

313 النساء،4/ 103.

314 الشافعي،الرسالة، ص 57.

315 النور،24/ 2.

316 النساء،4/ 25.

317 البقرة،228/2.

318 الأحزاب،49/33.

319 النساء،4/ 11.

320 أي سواء كانت السنة متواترة أو آحاد، أما المتواتر فبالإجماع، وأما الآحاد فقال مالك والشافعي وأحمد وجمهور من أصحابهم بذلك ونُسب هذا القول إلى أبي حنيفة وإن كان الحنفية على خلاف ذلك وفي المسألة أقوال أخرى.
انظر تفصيل ذلك: السرخسي، *أصول السرخسي*،133/1؛ الجويني، *البرهان في أصول الفقه*،1/ 426؛ الآمدي،*الإحكام في أصول الأحكام*،322/2؛ الشوكاني،*إرشاد الفحول* ص 57.

321 الترمذي،الفرائض،27، برقم 2109.

322 البخاري، الفرائض،85، برقم6383 ؛ مسلم،الفرائض، 23، برقم 1614.

323 النساء،4/ 24.

324 مسلم،النكاح، 16، برقم 1028.

فالآية الكريمة بعمومها تفيد حِلَّ النكاح من غير المحرمات المذكورات في الآية السابقة، وظاهر الآية أنها تشمل بهذ العموم نكاح المرأة على عمتها أو خالتها، ولكن الحديث الشريف نهى عن ذلك، وعليه فيكون الحديث مخصصاً لعموم الآية.

فالسنة النبوية– كما نرى– جاءت مخصصة للنص القرآني العام، ولتبين أن هذا العام مخصوص، وليس مراداً على عمومه، بل هو مقصورٌ حكمه على بعض ما يناوله من أفراده منذ بدء تشريعه.

الفرق بين العام المخصوص والعام الذي أُريد به الخصوص :الفرق بين العام المخصوص والعام الذي أريد به الخصوص: أن الأول أعم من الثاني، فالعام المخصوص المراد به الأكثر، وما ليس بمراد هو الأقل، والذي أُريد به الخصوص: ما كان المرادُ أقل،وما ليس بمراد هو الأكثر.فالمتكلم إذا أراد باللفظ أولاً ما دل عليه ظاهر العموم، ثم أخرج بعد ذلك بعض ما دل عليه اللفظ، كان عاماً مخصوصاً، ولم يكن عاماً أريد به الخصوص(325).وقال الزركشي(326) : وفرّق بعض الحنابلة بينهما بأمرين:

الأول: إن المتكلم إذا أطلق اللفظ العام فإن أراد به بعضاً معيناً فهو العام الذي أريد الخصوص، وإن أراد سَلب الحكم عن بعض منه فهو العام المخصوص. مثاله:" قام الناس"فإذا أردت إثبات القيام لزيد مثلاً لاغير، فهو عام أريد به الخصوص، وإن أردت به سلب القيام عن زيد فهو عام مخصوص.

الثاني: إن العام الذي أريد به الخصوص إنما يحتاج إلى دليل معنوي يمنع إرادة الجميع فيتعين له البعض، والعام المخصوص يحتاج إلى تخصيص اللفظ غالباً كالشرط والاستثناء والغاية(327).وقد فرّق بعضُ المتأخرين من الأصوليين بينهما كما قال الزركشي من أبرزها:

1 . أنّ العام الذي أريد به الخصوص ما كان المراد باللفظ أقل، وما ليس بمراد باللفظ هو الأكثر،أي تقصردلالة العام نفسها على الخاص، والعام المخصوص المراد به هو الأكثر وما ليس بمراد هو الأقل(328).

---

325 المصدر السابق.

326 الزركشي، *البحر المحيط*،/ 336.

327 الشوكاني، *إرشاد الفحول*، 241/1.

328 العطار، حسن العطار، *حاشية العطار على جمع الجوامع*، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون تاريخ طبع، 2/ 32.

2 ـ أنّ التخصيص في العام الذي أريد به الخصوص متقدم على اللفظ، وفيما أريد به العموم وهو العام المخصوص متأخر عن اللفظ أو مقترن به.

3. وشرط الإرادة في العام الذي أريد به الخصوص أن تكون مقارنة لأول اللفظ، وأما العام المخصوص فلا يشترط مقارنتها لأول اللفظ، ولا تأخرها عنه بل يكفي كونها في أثنائه، كالمشيئة في الطلاق.

4. أن العام الذي أريد به الخصوص هو ما كان مصحوباً بالقرينة عند التكلم به على إرادة المتكلم به بعضما يتناوله بعمومه، وهذا لاشك في كونه مجازاً لا حقيقة، لأنه استعمال اللفظ في بعض ما وضع له سواء أكان المراد منه أكثره أو أقله، وأما العام المخصوص فهو الذي لا تقوم قرينة عند تكلم المتكلم به على أنه أراد بعض أفراده، فيبقى متناولاً لأفراده على العموم، وهو عند هذا التناول حقيقة(329).

النوع الرابع: العام المُطلق: أو العام الذي يحتمل التخصيص في ذاته: وهو الذي لم تصحبه قرينة تنفي احتمال تخصصه ولا قرينة تنفي دلالته على العموم: مثل أكثر النصوص التي وردت فيها صيغ العموم مطلقة من القرائن اللفظية أو الفعلية أو العرفية، وهذا ظاهر في العموم،حتى يقوم الدليل على التخصيص مثل قوله تعالى:[وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ](330).فهو عام مطلق عن القرائن المخصصة والنافية للتخصيص مع احتماله للتخصيص في ذاته.والعام المُطلق المحتمل للتخصيص في ذاته هو محل النزاع بين الأصوليين في مدى قوة دلالة العام من حيث القطعية والظنية(331).

الفرق بين العام المُطلق والعام الذي أريد به الخصوص: العام الذي أريد به الخصوص هو العام الذي صاحبته عند النطق به قرينة دالة على أن المراد به الخصوص لا العموم مثل قوله تعالى: [تُدَمِّرُ كُلَّ شَيْءٍ بِأَمْرِ رَبِّهَا..](332)، فالمراد كل شيء يقبل التدمير.وأما العام المطلق هو الذي لم تصاحبه قرينة

329 الحفناوي، محمد إبراهيم الحفناوي، *دراسات أصولية في السنة النبوية*، ط الأولى،دارالوفاء للطباعة للنشر والتوزيع، المنصورة، مصر، 1998، ص،49.

330 البقرة،228/2.

331 الزركشي، *البحر المحيط*، 415/3.

332 الأحقاف،25/46.

دالة على أن المراد به بعض الأفراد، وهذا ظاهر في دلالته على العموم حتى يقوم دليل على التخصيص.

فائدتان: الأولى: العموم من صفات الأسماء والفعل لا عموم له . العموم من صفات النطق، ولا يجوز دعوى العموم في غيره من الفعل وما يجري مجراه(333)

أي أن الأفعال لايصح فيها دعوى العموم،لأنها تقع على صفة واحدة وكذا لا عموم لما أُجري مجرى الفعل كما في جمعهρ بين الصلاتين في السفر فيما رواه البخاري(334)، فإنه لا يعم السفر الطويل والقصير، فإنه يقع في واحد منهما، فلا يستدل بهذا الفعل أن هذا يعم السفر القصير والطويل، أو يعم سفر الطاعة وسفر المعصية، أو يعم السفر الذي قصد به النسك والسفر الذي لم يقصد به النسك، وذلك لأنه فعل، والفعل لا يدل على العموم، لأنه إنما فعل واحد من تلك الحالات(335).وكذلك قضاؤه ρ، فإنه لا يؤخذ من قضائه عليه الصلاة والسلام في واقعة، أن هذه تشمل كل الوقائع،لأنه في حالة خاصة، فلا يدعى العموم في أنواع أقضيته عليه الصلاة والسلام، مثل قضائهρ بالشفعة للجار، فإنه لا يعم كل جار، لاحتمال الخصوصية في ذلك الجار الشريك(336).أي أن العموم لايكون إلا في اللفظ فيستغرق الجنس بلفظه كالألفاظ التي ذكرت سابقاً.

الثانية: أحكام العام:

1 . يجب العمل باللفظ العام على عمومه، ولا يجوز تخصيصه إلا إذا جاء ما يخصصه.

2 . إذا ورد اللفظ العام على سبب خاص فإن العبرة تكون بعموم اللفظ لا بخصوص السبب، كما جاء في حكم السرقة بعد أن سرقت المخزومية، وحكم اللعان بعد أن اتهم عويمر العجلاني وهلال بن أمية

333الغزالي، محمد بن محمد الغزالي، *المستصفى من علم الأصول*، تحقيق حمزة بن زهير حافظ، بدون تاريخ طبع،3/ 275؛ الايجي،عبدالرحمن بن أحمد الإيجي، *شرح العضد على مختصر المنتهى الأصولي لإبن الحاجب*، ط الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 2000م،ص182.الشيرازي، إبراهيم بن علي الفيروزأبادي الشيرازي، *اللُّمع في أصول الفقه*، تحقيق عبدالقادر الخطيب الحسني، ط الأولى،دارالحديث،طنجة، المغرب، 2013م،ص 117.

334البخاري،الصلاة، 1056/1055.

335 الشيرازي، *اللمع*،ص 118؛الماردیني، محمد بن عثمان بن علي الشافعي، *الأنجم الزاهرات على حلّ ألفاظ الورقات*، تحقيق عبدالكريم بن محمد النملة، ط الثانية، دار الرشد، الرياض، 1996، ص142.143.

336 المرداوي، علاء الدين علي بن سليمان ، *الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل*، ط1، تاريخ الطبع1955، 255/6؛ ابن قدامة، موفق الدين محمد عبدالله بن أحمد بن محمد ، *المغني*، تحقيق عبدالله بن عبدالمحسن التركي، طالثالثة، دار عالم الكتب، الرياض، 1997، 436/7.

زوجتيهما، وحكم الزواج من الزانية بعد أن سأل مرثد بن أبي مرثد الغنوي رسول الله عن زواجه من "عناق" وهي بغي بمكة، والعبرة في كل ذلك بألفاظ العموم لا بخصوص الأسباب التي نزلت فيها الأحكام(337).ويدل على هذا الأصل ما يلي:

1. أن الوضع اللغوي للعموم يقتضي إعماله، والإعمال أولى من الإهمال.

2. أن قضاء الرسولρ وأمره ونهيه لواحد من المسلمين هو لكل المسلمين ما لم يدل دليل على هذه الخصوصية، كقولهρ لأبي بردة لما استشاره بالجذعة من الضأن اذبحها ولن تجزي عن أحد بعدك(338).

3. أن ألفاظ العموم لو اقتصرت على السبب الخاص الذي نزلت فيه لتعطلت عامة أحكام الشريعة،فإن غالبها نزل لأسباب خاصة.

5.2. دلالة العام بين القطعية والظنية

اتفق العلماء جميعاً على أن العام الذي صاحبته قرينة تنفي احتمال تخصيصه باق على عمومه، وأنه يتناول ما يصدق عليه من الأفراد قطعًا.كما اتفقوا على أن العام المخصوص، وهو الذي دلت القرينة على أنه لا يراد به كل أفراده تكون دلالته على ما تبقى ظنية، وذلك لاحتمال أن تخرج منه أفراد أخرى بدليل آخر وعليه فيجوز أن يخصص بماهو ظني الدلالة كخبر الواحد والقياس عند جميع العلماء(339).فقوله تعالى:[وَقَاتِلُوهُمْ حَتَّىٰ لَا تَكُونَ فِتْنَةٌ](340) عام خص الذمي والمستأمن بالإجماع، فصح بعد ذلك أن يخصص بقولهρ لخالد بن الوليد رضي الله عنه:" لا تقتلن امرأة ولا عسيفا"(341) مع أنه خبر واحد.وصح أن يخصص بالقياس، فإذا قلنا: المشلول كالمرأة بجامع أن كلا ليس من أهل الحرابة، فكما لا تقتل المرأة لا يقتل المشلول،كان القياس مخصصاً لعموم قوله

---

337 موسى،عطاموسى أحمد , *تخصيص العموم بالعرف*،جامعة غزة، 2007،ص، 25.

338 البخاري،الأضاحي،73، برقم 5225،.

339 المحلاوي، محمد عبدالرحمن عيد ، *تسهيل الوصول إلى علم الأصول*، مطبعة مصطفى البابي وأولاده، مصر، تاريخ الطبع1341هـ،ص 71؛ الحفناوي، محمد إبراهيم ، *إتحاف الأنام بتخصيص العام*، ط الأولى،دار الحديث، القاهرة، 1997،ص 137.

340 البقرة،2/ 193.

341 العسيف: الأجير. أبو داوود،الجهاد، 5453.

تعالى[وَقَاتِلُوهُمْ حَتَّىٰ لَا تَكُونَ فِتْنَةٌ](342)،وبذلك يخرج من عموم هذا النص المرأة والمشلول: أما المرأة فبالخبر الواحد، وأما المشلول بالقياس(343).

أما العام الذي خلا من القرينتين فقد اتفقوا على أنه يتناول جميع أفراده، وأن الحكم الثابت له ثابت لها جميعاً غير أنهم اختلفوا في صفة هذه الدلالة هل هي قطعية كدلالة الخاص على معناه،أو ظنية كدلالة العام بعد التخصيص؟.يراد بهذه المسألة: هل دلالة العام غير المخصوص على الأفراد الداخلة فيه ظنية أو قطعية؟.فمعنى قطعية العام هي: التيقن أن اللفظ العام المجرد شاملٌ لجميع ما يصلح له، أم أن شموله لذلك على سبيل الظهور والرجحان دون اليقين والقطع.

مثال العام قوله تعالى:[وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا..](344) فإن حد القطع شامل لكل سارق استناداً إلى حجية العموم عند جميع القائلين بحجيته، والخلاف في القطعية بعد ذلك معناه:هل يقطع بدخول كل سارق في هذا الحد استناداً إلى مجرد لفظ" والسارق"مع فرض خلوّه من جميع القرائن المبينة، أم أن ذلك معمول به مع احتمال التخصيص بالنسبة لأي فرد من أفراد السارقين.اختلف العلماء في ذلك على قولين:

القول الأول: أن دلالة العام على أفراده قطعية: أي العلم القطعي بشموله كلّ فرد من أفراده. وهذا مذهب جمهور الحنفية(345)، ومن تبعهم(346).وأدلة هذا القول:

الدليل الأول: أن اللفظ العام غير المخصوص لا يمتنع أحد من المسلمين من إطلاق حكمه على جميع أفراده(347).

---

342 البقرة،2/ 193.

343 الحفناوي،*إتحاف الأنام بتخصيص العام*، ص 137.

344 المائدة، 38/5.

345 الشاشي، *أصول الشاشي*، ص20؛ السرخسي، *أصول السرخسي*، 132/1؛الأنصاري، محمد بن نظام الدين محمد السهالوي الأنصاري اللكنوي، *مسلم الثبوت مع فواتح الرحموت*، ط الأولى،دار الكتب العلمية، بيروت،2002م،165/1.

346 ونقل ذلك عن الإمام الشافعي، وحمله الزركشي على أن الناقل ربما استند إلى أن الإمام الشافعي قد يسمي الظواهر نصوصا، فيقول في العام: أنه (نص) , ولا يكون ذلك بمعنى أنه قطعي، لأن اصطلاح الشافعي في (النص) أعم من القطع. انظر: الزركشي: *البحر المحيط*, 27/3.

347 السرخسي، *أصول السرخسي*،ج1/ص137؛ الزحيلي، *أصول الفقه*، 1/ 250.

الدليل الثاني: أن إرادة المتكلم بكلامه ما هو موضوع له حقيقة أمر معلوم وهو الأصل، وإرادته به لا يعارض المعلوم؛ لأنه موهوم لعدم الدليل عليه، ومراده غيب على غيره، فلو لم يدل عليه لكان في طلب معرفته حرج ومشقة، وذلك مرفوع عن المسلمين(348). واعترض: بأن الاحتمال هو في إرادة المتكلم كل ما يتناوله لفظه وضعاً، ودليله كثرة التخصيص.

الدليل الثالث: أن صيغة العموم موضوعة للاستغراق، فكانت الصيغة حقيقة فيه، وحقيقة الشيء ثابتةبثبوته قطعاً(349).

الدليل الرابع: لو لم يكن قطعياً لجاز إرادة بعض ما يتناوله اللفظ في العرف بلا دليل صارف، وذلك يؤدي إلى ارتفاع الأمان عن الألفاظ الشرعية، وفي تجويز إرادة الخصوص بالعام نسبة اللبس والإيهام للغة والشرع. ويلزم منه التلبيس، والتجهيل، والتكليف بالمحال(350).واعترض على هذا بما يلي:

أولا: أنّ الأمان لن يرتفع بذلك؛ لأنّ العمل لازم حتى على القول بعدم القطعية، فإن الحجية مسلمة لرجحان إرادة العموم وظهورها، فالحجية ثابتة وكذا وجوب العمل، وإنما المنفي هو أن تكون إرادة الكل مقطوعاً بها.

ثانيا: أنّ الجهل يتأتى على ما سبق في حق من قطع بإرادة الكل؛ لا في حق من لا يقطع بذلك؛ لأن المطلوب على القول بنفي القطعية اعتقاد رجحان العموم مع الاحتمال، فإن قطع قاطع مع ذلك ثم انكشف الأمر عن عدم إرادة الكل، كان هو المُجهِّل نفسه بنفسه، والملبس عليها(351).

القول الثاني:أنّ دلالة العام على أفراده ظنية: بمعنى أن دلالة العام على كل فرد من أفراده غير قطعية، فكل عام يحتمل أن يكون المراد به بعض أفراده دون بعض،ما لم يدل دليل خاص على كل الأفراد أو بعضها،وهذا مذهب الجمهور وبعض الحنفية(352).أدلة هذا القول:

---

348 السرخسي، *أصول السرخسي*،137/1؛ ابن قدامة، *المغني*، 2/ 155.156،

349 السرخسي، *أصول السرخسي*،137/1؛ ابن قدامة، *المغني*، 2/ 155.156 .

350 مسلم الثبوت وشرحه للأنصاري، 266/1.

351 الغزالي، *المستصفى*،275/3؛ الحفناوي، *إتحاف الأنام بتخصيص العام*، ص139. 140.

352 انظر: مذهب الجمهور:أبو يعلى الفرّاء، محمد بن الحسين الفراء البغدادي الحنبلي المعروف بالقاضي، العدة في أصول الفقه، تحقيق أحمد بن علي سير المباركي، طباعة جامعة الشارقة، ط1،تاريخ الطبع 1980،ج2/ص555؛ الباجي، أبو الوليد ، إحكام الفُصول في أحكام الأصول،ط الأولى،دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1986،ص 255 .256؛الشيرازي، اللمع،ج354/1؛ الزركشي، البحر المحيط،3/ ص28؛ الآمدي،الإحكام،528/2 ـ 532.

=

الدليل الأول: أنّ العام يحتمل تخصيص أي فرد من الأفراد الداخلة فيه أو ورود المخصص له، بدليل أن العام قد يُراد به الخصوص،وإذا كان كذلك فدلالته غير قطعية(353).واعترض على هذا: بأن مجرد الاحتمال لا ينفي القطعية بدليل أن الخاص يحتمل المجاز، ومع ذلك فهو قطعي(354).

الدليل الثاني: أن العام يصح تأكيده كما في قوله تعالى:[فَسَجَدَ الْمَلَائِكَةُ كُلُّهُمْ أَجْمَعُونَ..](355) ولو كان قطعياً لما صح تأكيده(356).واعترض على هذا: بأن القطعيات قد تؤكد كما في قوله تعالى:[تِلْكَ عَشَرَةٌ كَامِلَةٌ..](357) فأكد العدد وهو قطعي الدلالة بقوله كاملة.وأجاب المانعون للقطعية عن هذا الاعتراض بتأويل التأكيد إلى غير العدد كالثواب(358).

الدليل الثالث: أنّ العام يجوز تخصيصه بما هو ظني كالقياس وخبر الواحد ودليل العقل, ولو كان العموم كالنص على كل فرد لم يُجزْ تخصيصه بما ذكر؛ لعدم جواز إخراج ما تيقن دخوله في الحكم بما لا يفيد اليقين بخروجه منه(359).

واعترض على هذا بأمرين:

أولاً: أن الخاص يُصرف عن حقيقته بدليل ظني ومع ذلك فهو قطعي؛ فكذلك العام. ثانياً: أن أكثر الحنفية يقولون بعدم جواز تخصيص العام بدليل ظني، ما لم يخصص من قبل بدليل موجب

وانظر مذهب بعض الحنفية: السرخسي، أصول السرخسي،132/1؛السمرقندي، محمد بن أحمد ، ميزان الأصول في نتائج العقول، تحقيق محمد زكي عبد البر،طالأولى،تاريخ الطبع1984،ص277-280.فقد أيد السمرقندي مذهب الجمهور هذا وذكر أنه مذهب مشايخه منسمرقند.ووردت أقوال العلماء الدالة على أن دلالة العام على أفراده ظنية حيث قال أبو الحسن البصري: لو كان العموم مقطوعا به ..لم يخصه خير الواحد، وكان العلم لايرتفعبالظن.البصري، 156/2.

353 الباجي، *إحكام الفصول*، ص155؛ الشيرازي، إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزآبادي،*التبصرة في أصول الفقه*, ط الأولى، دار الفكر، دمشق، 1980،ص،135.

354السرخسي، *أصول السرخسي*،139/1.

355 الحجر,30/15.

356العلائي،*تلقيح الفهوم في تنقيح صيغ العموم*،ص،183.

357 البقرة،196/2.

358العلائي،*تلقيح الفهوم في تنقيح صيغ العموم*،ص183.الزنجاني، شهاب الدين محمود بن أحمد ، *تخريج الفروع على الأصول*، تحقيق محمد أديب صالح،ط الرابعة،مؤسسة الرسالة، بيروت، ط4، 1982،ص326. 327.

359 السمرقندي، *ميزان الأصول*، ص،360؛ الغزالي، *المستصفى*، 3/ 340.

للتخصيص؛ فيكون القياس وخبر الواحد حينئذ مرجحين لإدخال الفرد المخصوص بهما في جملة دليل الخصوص الموجب(360).

الدليل الرابع: استدل القائل بعدم القطعية بأن التخصيص بالمتراخي لا يكون نسخاً، ولو كان العام قطعياً في تناوله جميع أفراده نصاً لكان إخراج بعضها منه بعد قطعية التناول نسخا(361).وأُجيب عن هذا بالتزام كون إخراج فرد من أفراد العام منه على نحو ما ذُكر نسخاً غير تخصيص؛ لأن التخصيص عندهم إنما يكون بمقارن مستقل مساوٍ للمخصوص في دلالته(362).

الدليل الخامس: أنّ عموم القرآن لو كان مقطوعاً به في كل ما يتناوله لوجب إذا روي خبر واحد في معارضته أن يقطع بكذب راويه كما في مخالفة الإجماع، ولما لم يقطع بكذبه دلّ على أن تناول العموم لما يتناوله غير مقطوع به بل هو ظني(363).وقد يجاب بأنَّ خبر الواحد المخالف للإجماع لا يقطع بكذب راويه، وإنما يقال هذا منسوخ بدليل اطلع عليه أهل الإجماع.

أساس الخلاف في قطعية العموم:الخلاف في قطعية العام على الكيفية التي يقع البحث بها في كتب الأصول يرجع إلى أمر وهو:

هل كثرة التخصيص في العمومات الشرعية على وجه يوجب ورود احتمال التخصيص في كل عام شرعي عند المستدل الناظر في الدليل العام، وإن لم يقف على القرينة الخاصة بالتخصيص في ذلك العام.

ومن أهم ما يرد على دعوى كثرة التخصيص أن اللفظ العام له اعتباران: قياسي واستعمالي، أما الاعتبار الاستعمالي فلا يشمل اللفظ فيه إلا ما يمكن دخوله في الاستعمال عادة، فإذا قال قائل: أكرمت الناس،فلفظ"الناس" عام يشمل على الاعتبار الأول جميع بني آدم، ثم يخص منه من يستحيل أن يلقاهم القائل من الموتى والمفقودين ومن أشبههم....أما على الاعتبار الثاني فلا يدخل في لفظ "الناس" ابتداءً إلا من يصح عادة أن يلقاهم القائل.

---

360 السرخسي، *أصول السرخسي*،1/ 141. 142.

361 ابن النجار، محمد بن أحمد بن علي الفتوحي، *الكوكب المنير المسمى مختصر التحرير*، تحقيق محمد الزحيلي، من إصدارات وزارة الشؤون الإسلامية، السعودية، 114/3.

362 الأنصاري، *مسلم الثبوت* مع شرحه، 266/1.

363 الشيرازي، *اللمع*، 354/1.

وإذا قال:" من دخل داري أكرمته" لم يدخل فيه نفسه، لأنه خلاف العادة(**364**). ثم إن الخلاف في قطعية العام له تعلق بالخلاف في الاعتداد بالاحتمال الذي لا يعضده دليل في رفع القطعية، لأنّ الحنفية يعترفون بورود الاحتمال، لكنهم لا يعتدون به إذا لم يستند إلى دليل.ولعل مبنى هذه المسألة هو الاختلاف في منافاة الاحتمال للقطع، فمتى قلنا: الاحتمال ينافي القطع، فإن دلالة العام على أفراده ظنية لورود احتمال التخصيص، ومتى قلنا إن مجرد الاحتمال لا ينافي القطع فإنَّ دلالة العام على أفراده تكون قطعية(**365**).

الموازنة بين الاتجاهين:

بعد النظر في أقوال الفريقين وأدلتهما لا يسع الباحث، المستدل الناظر في الدليل إلا أن يؤيد رأي الجمهور–وهم القائلون بظنية دلالة العام– في مذهبهم حيث إنّ العام وإن كان يدل على استغراق كل أفراده لغة– وهذا موضع اتفاق بين الفريقين– إلا أنّ استخدامات الشارع التي دل عليها الاستقراء لا بد أن يكون لها اعتبار في دلالات النصوص، وأن منطق اللغة وحده لا يكفي، بل لا بد من عرف المشرع في استعمال العام في التشريع. وأنّ المشرع غالباً ما يخالف عن مدلول العام لغة، غير مراد للمشرع غالباً في التشريع.

وتكتسب اللغة قوة وحياة جديدة بسبب التشريع الذي أعطاها وأخذ منها، بالقدر الذي يَنُمُّ عن مقصد الشارع ويكشف عن مراده، فيكون ذلك قرينة قوية أورثت الاحتمال في الدلالة، وبذلك زالت القطعية اللغوية منها.إذاً منطق اللغة فقط لا يستلزم منطق التشريع دائماً، وإلا فلم وجد التأويل؟.وبناء على ذلك فإن العام حجته ظنية، ودليله كثرة التخصيصات في القرآن الكريم والسنة النبوية،إنّ العام ليس بيّنا في نفسه ما دام محتملاً غير قاطع، وهذا لا يؤثر على وجوب العمل بالعام على عمومه حتى يأتي المخصص.فموقف جمهور الأصوليين من قوة دلالة العام في التشريع الإسلامي خاصة يتفق مع المنهج العلمي الأصولي في الاجتهاد(366).

---

364 الشاطبي، إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي أبو إسحاق ،*الموافقات في أصول الشريعة*، ط الثانية، دار الفكر العربي، بيروت، 1975م،3/268.272.

365الشوكاني،*إرشاد الفحول*،1/244.249.

366 فتحي الدريني، *المناهج الأصولية*، ص،427،.

ثمرة الخلاف في دلالة العام وأثره: ترتب على الاختلاف في دلالة العام اختلاف في مسألتين فرعيتين لهما أهمية كبيرة في استنباط الأحكام وهاتان المسألتان هماتخصيص العام القطعي الثبوت بالدليل الظني , والتعارض بين العام والخاص .

الأمر الأول: جواز تخصيص العام القطعي كالكتاب والسنة المتواترة بالدليل الظني كخبر الواحد والقياس: إذا جاء نص عام قطعي الثبوت في القرآن الكريم أو السنة النبوية المتواترة، فهل يجوز تخصيص هذا النص بدليل ظني مثل خبر الواحد أو القياس؟.لأن دلالة الجميع– العام وخبر الواحد والقياس– دلالة ظنية (367).

فرأي السادة الأحناف القائلون بأن دلالة العام قطعية بعدم جواز تخصيص النص العام من الكتاب والسنة المتواترة بخبر الواحد أو القياس لأن دلالتهما ظنية، والظني عندهم لا يعارض القطعي، وإنما يقدم القطعي عليه. ولأن التخصيص عند الأحناف تغيير ومغير القطعي لا يكون ظنياً.أما الجمهور فقد أجازوا هذا التخصيص، لأن دلالة العام على أفراده ظنية، فيجوز عندهم التخصيص بالدليل الظني من خبر الواحد أو القياس ومن نتائج هذه الثمرة:

1. عدم قتل المسلم بالكافر، حيث يرى جمهور العلماء أن المسلم لايقتل بالذمي عملاً بقولهρ" لا يقتل مسلم بكافر"(368).واعتبروا هذا الحديث مخصصاً للعموم في قوله تعالى: [وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ ..](369).فالآية قطعية الثبوت ظنية الدلالة، لذلك جاز تخصيصها بخبر الواحد الذي يفيد الظن عند كثير من العلماء(370).أما الأحناف فيقولون بقتل المسلم بالذمي(371)لأنه نفس بنفس والله تعالى يقول:[وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْس] (372). فالأحناف يقدمون العمل بالآية لأن دلالة العام عندهم قطعية، ولا يخصصون الآية بالحديث المذكور لأنه خبر آحاد يفيد الظن.وأيضاً

---

367 الزحيلي،*أصول الفقه الإسلامي*،252/1؛ الحفناوي، محمد إبراهيم ، *إتحاف الأنام بتخصيص العام*،ط الأولى،1997دار الحديث، القاهرة، ص،140.

368 البخاري، الديات،78، برقم 6517.

369 المائدة، 5/ 45.

370 الزحيلي،*أصول الفقه الإسلامي*،252/1؛ الحفناوي، *إتحاف الأنام بتخصيص العام*، ص141.

371 الجصاص، أحمد بن علي الرازي ،*أحكام القرآن*،حقيق محمد الصادق قمحاوي، دار إحياء التراث العربي،بيروت،بدون تاريخ طبع،1/ 173.

372 المائدة، 5/ 45.

يرون أنه يتساوى الذمي مع المسلم في الحرمة أي حرمة الدم الثابتة على التأييد في القصاص، فالذمي محقون الدم على التأييد،وكذلك المسلم، وكلاهما من أهل دار الإسلام.

2- عدم حِلّ الأكل من ذبيحة المسلم إذا ترك التسمية عمداً تمسكاً منهم بعموم الآية الكريمة:[وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ وَإِنَّهُ لَفِسْقٌ](373) حيث إن هذه الآية الكريمة تدل بعمومها على تحريم الأكل من لحم كل حيوان ذُبح ولم يذكر اسم الله تعالى عليه, ولم يخصصوا عموم الآية بقوله ρ": ذبيح المسلم حلال، ذكر اسم الله عليها، أم لم يذكره " (374) لأن هذا الحديث آحاد وهو ظني الدلالة.وأجاز الشافعية الأكل من ذبيحة المسلم إذا ترك التسمية عليها عمداً(375) ، لأنهم خصصوا عام القرآن الظني بهذا الحديث الظني، والظني يجوز تخصيصه بالظني(376).

3. أوجب الحنفية(377) السكنى والنفقة للمطلقة بائناً بينونة كبرى عملاً بقوله تعالى:[أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ] (378). ولم يخصصوه بحديث فاطمة بنت قيس، حيث ذكرت أن رسول الله ρ لم يجعل لها سكنى ولا نفقة(379)وأيدوا رأيهم بقول عمر بن الخطارب- رضي الله عنه-: لا نترك كتاب ربناً، وسنة نبينا ρ لقول امرأة لا ندري لعلها حفظت أو نسيت، لها السكنى والنفقة(380) وخصص الجمهور عام القرآن الكريم بخبر الآحاد، عملاً بفعل الصحابة، فإنهم خصصوا قوله تعالى:[وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَٰلِكُمْ](381) بحديث النهي عن الجمع بين المحارم بقوله ρ" لا تنكح المرأة على عمتها ولا خالتها"(382).وخصوا آيات المواريث بحديث الرسولρ" لا يرث القاتل شيئا"(383).

---

373 الأنعام، 121/6.

374 أبو داود، سليمان بن الأشعث السجستاني، *المراسيل مع الأسانيد*، تحقيق عبدالعزيز عزالدين السيروان، دار القلم،بيروت،بدون تاريخ طبع،ص 197.

375 الماوردي، الحاوي،15/ 95.

376 الزحيلي،*أصول الفقه الإسلامي*،252/1؛ الحفناوي، *إتحاف الأنام بتخصيص العام*، ص143.

377 الكاساني، علاء الدين بن مسعود الحنبلي، *بدائع الصنائع وترتيب الشرائع*، ط الثانية،در الكتب العلمية،بيروت،،16/4.

378الطلاق،1986، 65/5.

379 البخاري، الطلاق،68، برقم 5018.

380 مسلم،الطلاق،18، برقم1480 .

381 النساء، 4/ 24. 6

382 البخاري،النكاح، 67، برقم، 5108.

383 الشوكاني، *نيل الأوطار*، كتاب الفرائض،باب أن القاتل لايرث، رقم الحديث (2581) .

الأمر الثاني: اختلاف العلماء في الحكم بالتعارض بين العام والخاص إذا اختلف حكمهما:فالأحناف يحكمون بالتعارض بين العام والخاص في القدر الذي دل عليه الخاص لتساويهما في القطعية،ثم يبينون بطريقتهم في دفع التعارض، فيقررون بأن الخاص يخصص العام بشرط عدم التراخي عنه في المجيء، فإن تراخى عنه وعلم تأخر أحدهماوتقدم الآخر كان ناسخاً له، أولم يعلموا بذلك فيعملون بالراجح منهما(384).

أما الجمهور فلا يحكمون بالتعارض بينهما، فيقدمون الخاص على العام لقطعية دلالة الخاص على ما تناوله، وظنية دلالة العام عليه، فلا تعارض عندهم بين الظني والقطعي.ونتج عن ذلك اختلافهم في مسائل عديدة منها:

1- اختلاف الحنفية والجمهور في اشتراط النصاب في زكاة ما أخرجته الأرض، فرأي الجمهور هو اشتراط النصاب وهو خمسةأوسق، فلا تجب الزكاة عندهم فيما لم يبلغ هذا المقدار مما تخرجه الأرض(385).أما الأحناف فذهبوا إلى عدم اشتراط النصاب، فعندهم تجب الزكاة في القليل والكثير الذي يخرج من الأرض، ومنشأ الاختلاف بين الجمهور والأحناف هو ورود حديثين، أحدهما عام والآخر خاص.أما الحديث الذي جاء عاماً فهو قوله ρ" ما سقته السماء ففيه العشر"(386). فهذا الحديث عام يتناول بعمومه ما بلغ خمسة أوسق وما لم يبلغها ويوجب في الجميع الزكاة.

وأما الحديث الذي جاء خاصاً فهو قولهρ" ليس فيما دون خمسة أوسق صدقة"(387). فهذا الحديث يختص بما لم يبلغ خمسة أوسق وينفي عنه الزكاة فنظراً لمذهب الجمهور إذ الأصل عندهم هو تخصيص العام بالخاص، وبنائه عليه مطلقاً عند ورودهما، وتقديم الخاص على العام لقطعية دلالة الخاص على ما تناوله، وظنية العام عليه، ذهب الجمهور إلى تخصيص حديث:"ما سقته السماء" بحديث:" الأوسق" فاختص الحديث الأول بغير ما لم يبلغ هذا المقدار، فلم يوجبوا الزكاة فيما لم يبلغ النصاب عملاً بالحديث الثاني(388).

384الزحيلي،*أصول الفقه الإسلامي*،253/1؛ الشيلخاني، *مباحث التخصيص عند الأصوليين*،ص، 21.

385الشيرازي، أبو إسحاق ، *المهذب*، تحقيق محمد الزحيلي، ط الأولى، دار القلم،دمشق،1992، 508/1؛ ابن قدامة، *المغني*،154/4.

386البخاري،الزكاة،24، برقم 1412.

387البخاري،الزكاة،24، برقم 1430.

388الشيلخاني، *مباحث التخصيص عند الأصوليين*،ص، 22.

ونظراً لعدم معرفة تاريخ الحديثين وعدم العلم بالمتقدم والمتأخر منهما، جعل العام متأخراً احتياطاً، كما هو الأصل عند الأحناف، وجعلوه ناسخاً للخاص، لذلك لم يشترطوا النصاب بل أوجبوا العُشر فيما أخرجته الأرض سواء أكان قليلاً أو كثيرًا(389).فكل فريق صار على أصله، فالجمهور عدّوه مبيناً لأنهم يحملون العام على الخاص مطلقاً لعدم التعارض بين خاص وعام، فكان الأقوى في اجتهادهم. أما الحنفية عَدّوا التعارض بينهما، فكان الترجيح قائماً على أساس المصلحة العامة.

2 اختلاف العلماء في جواز التداوي ببول ما يؤكل لحمه، فذهب الشافعية إلى جواز التداوي به (390). وذهب الحنفية إلى عدم الجواز(391).وسبب الخلاف في هذا الأمر مجيء حديثين في موضوع واحد،أحدهما عام، والآخر خاص.

أما العام فهو قوله ρ"استنزهوا من البول "392) فإن البول الوارد في الحديث عام لكونه اسم جنس وهو محلى بالام فيفيد العموم، وهو بهذا العموم يتناول كل الأبوال من إبل وغيرها، فهنا تندرج أبوال الإبل تحت عموم البول المأمور بالاستنزاه عنه على وجه العموم، سواء أكان للتداوي أوغيره. وأما الحديث الخاص فهو حديث العرنيين وإباحته- صلى الله عليه وسلم- لهم بشرب أبوال الإبل(393) فهذا الحديث خاص بسبب وروده في أبوال الإبل.

فذهب الشافعية إلى تخصيص عموم حديث" الاستنزاه" بحديث" العرنيين" لظنية الأول لعمومه، وقطعية الثاني لخصوصه في أبوال الإبل فأجازوا التداوي بها.وأما الحنفية فإنهم نسخوا حديث العرنيين بحديث الاستنزاه بناء على قولهم بقطعية العام ومماثلته للخاص ومساواته له في الدلالةولِما ثبت لديهم من تقدم حديث العرنيين، أو لعدم معرفة تأريخهما، ومن ثم جعل العام متأخراً للاحتياط (394).

---

389 الشيلخاني، *مباحث التخصيص عند الأصوليين*،ص، 22.

390 الشربيني،شمس الدين محمد بن محمد الخطيب، *مغني المحتاج*، دار الكتب العلمية،بيروت،2000، 233/1.

391 ابن عابدبين،محمد أمين ، *رد المحتار على الدرالمختار*، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود، طبعة خاصة، دار الكتب العلمية، الرياض، 2003، 523/1.

392 الدارقطني، علي بن عمر ، *سنن الدار قطني*، ط الأولى دار ابن حزم،بيروت، 2011، باب نجاسة البول والأمر بالتنزه منه، ص108.

393 مسلم،القسامة، 1671/1.

394 أحمد البخاري، علاء الدين عبدالعزيز ، *كشف الأسرار عن أصول فخر الدين البزدوي*، ط الثانية،، الناشر الفاروق الحديثة، القاهرة،1،1995/291.

حكم العام بعد تخصيصه:

أي ماذا يكون حكم العام بعد التخصيص،هل يكون حجة أم لا ؟ هذه المسألة موضع اختلاف الفقهاء فيما إذا كان المخصص مبيناً، أما إذا خُصص بمبهم فإنه لا يُحتج به على أي من الأفراد بغير خلاف. فقد اختلف العلماء فيما إذا كان المخصص بمبيّن على أقوال:

القول الأول: أن العام بعد تخصيصه يكون حجة في الباقي، وهذا قول الجمهور(395).، واختاره الآمدي وابن الحاجب وآخرون. واستدلوا على ذلك من عدة وجوه:

الوجه الأول: أن الباقي بعد التخصيص من لفظ العام يقع تحت تسمية العام، والتسمية تشمله، فيصح الاستدلال به وكأنه باقٍ على عموميته أي كأنه لم يُخصص. فلفظ العام يتناول كل أفراده، لذلك يكون حجة في كل جُزء من أجزاء ذلك الكل، لأن نسبةاللفظ إلى كل الأقسام على السّويّة، فإذا أخرجنا بعضها بالتخصيص لايعني إبطال دلالة اللفظ فيما بقي(396).

ويقول الفيروزآبادي في ذلك:"إن اللفظ اقتضى استغراق الجنس أجمع، فإذا دل دليل على أن بعض الجنس غير مرادٍ بقي الباقي على مقتضى اللفظ، فوجب أن يكون حقيقة فيه"(397).

الوجه الثاني: من المعلوم أنه إذا أُطلق الاسم فإنه يشمل كل ما تحته، وما خرج منه بالتخصيص فهو غيرُ مُراد من هذا الاسم، ولولا التخصيص لقلنا أنه مراد به.فخرج هذا القسم بالتخصيص، والباقي بقي مُراداً بالاسم، وهذا القسم لا تبطل الدلالة فيه(398).

الوجه الثالث: إجماع الصحابة على التسويغ لفاطمة رضي الله عنها التي احتجت على سيدنا أبي بكر رضي الله عنه في ميراثها من أبيها ρ بقوله تعالى: [يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ ۖ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ](399) مع أن هذه الآية خُصت منها الكافر والعبد والقاتل، وكذلك موقف الصحابة مع سائر العمومات المخصوصة.وتمسك الصديق رضي الله عنه في عدم إعطائها رضي الله عنها بقولهρ" نحن معاشر الأنبياء لا نورث ما تركناه صدقة"(400).

---

395 السرخسي،*أصول السرخسي*، 148/1.

396 الشوكاني، *إرشاد الفحول*، ص137؛البصري،*المعتمد*،267/1؛ السرخسي،*أصول السرخسي*، 148/1.

397 الشيرازي، إبراهيم بن علي بن يوسف ، *التبصرة في أصول الفقه*، تحقيق محمد حسن هيتو، ط الأولى، دار الفكر دمشق، 1980،ص124.

398 أمير عبدالقادر، *أصول الفقه*، 588/2.

399 النساء،4/ 11.

400 البخاري،،الفرائض،85،برقم 6346.

الوجه الرابع: من المعروف أنه ما من خاص إلا وقد خُصص، ولا يوجد عام غير مخصوص.فإذا قلنا: إنه غير حجة في الباقي فيلزم من ذلك إبطال كل عموم، وغالب نصوص الشريعة الإسلامية هي من العمومات(401).

القول الثاني: أنه ليس حجة فيما بقي بعد التخصيص، وأن العموم إذا خُصص فلا يجوز الاحتجاج به، وهذا قول عيسى بن أبان وأبي ثور (402)، أي أن العموم إذا صار بالتخصيص مجازاً، فإنه يلحق بذلك سائر المجازات التي لا يصح أن يُعلم المراد به من ظاهر اللفظ. وأُجيب عن هذا القول بما يلي: بأنه لا يمتنع الاستدلال بالمجاز وذلك عند معرفة معناه(403).مثال ذلك الاستدلال بقوله تعالى:[..أَوْ جَاءَ أَحَدٌ مِنْكُمْ مِنَ الْغَائِطِ ..](404).

القول الثالث: إذا خُص العموم بمخصص متصل – كالاستثناء، والشرط، والصفة–فهو ليس مجازاً وإنما يكون حجة،أما إذا كان المخصص مستقلاً فيكون مجازاً وليس حجة بل يصير مُجملاً(405).وقال السرخسي في أصوله: أن أبا الحسن الكرخي كان يقول من عند نفسه وليس حكاية عن السلف:"العام إذا لحقه خصوص لا يبقى حجة، بل يجب التوقف فيه إلى البيان، سواء أكان دليل الخصوص معلوماً أو مجهولاً،إلا أنه يجب به أخصُّ الخصوص إذا كان معلوماً "(406).

غاية تخصيص العموم: اختلف العلماء القائلون بتخصيص العام في الغاية التي ينتهي التخصيص إليها، أي الغاية التي تكون نهاية التخصيص. ولهم في ذلك عدة أقوال وهي:

القول الأول: جواز انتهاء التخصيص إلى الواحد في جميع ألفاظ العموم، واحتج أصحاب هذا القول بالنص القرآني الذي يقول فيه الله تعالى: [إِنَّا نَحْنُ نَزَّلْنَا الذِّكْرَ وَإِنَّا لَهُ لَحَافِظُونَ] (407).هنا أراد الله سبحانه وتعالى نفسه وحده .

وبالاطلاق: قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه لسعد بن أبي وقاص عندما أرسل إليه الصحابي القعقاع مع ألف فارس فقال عمر: أنفذت إليك ألفي رجل، فثمة ألف فارسٍ، ومعهم ألف آخرُ. ذكر

401 الشوكاني، *إرشاد الفحول*، ص 137.

402 الشوكاني، *إرشاد الفحول*، ص 137 ؛ أمير عبدالقادر، *أصول الفقه*، 590/2.

403 الشيرازي، *التبصرة في أصول الفقه*، ص 122. 123؛البصري، *المعتمد في أصول الفقه*، 1/ 268.

404 النساء،4/ 43.

405 الشيرازي، *التبصرة في أصول الفقه*، ص 122 ؛أمير عبدالقادر، *أصول الفقه*، 590/2.

406 السرخسي، *أصول السرخسي*، 144/1.

407 الحجر، 9/15.

ذلك مطلقاً، أي الألف الثانية المراد بها القعقاع(408).وأما بالمعنى: فهو أن التخصيص يُخرج من النص العام ما لولاه أي" التخصيص" لدخل فيه، فيجوز أن يطرأ التخصيص على العام حتى يُبقيَ منه واحداً كالاستثناء، وهذا القول لأكثر الشافعية والحنابلة، وبعض الأحناف(409).

القول الثاني: يجوز التخصيص للعموم حتى يبقى منه ثلاثة، ولا يجوز بعدها التخصيص، وهذا قول القفال من الشافعية(410).

القول الثالث: يجب أن تكون نهاية التخصيص للعام جمعاً كثيراً، يُعرف بالمدلول لفظاً وإن لم يكن محدداً. والمقصود بذلك: بقاءُ جمعٍ قريب من مدلول العام. وذهب لهذا القول أكثر العلماء، وحكاه الآمدي عن أكثر الشافعية حيث قال:" وإليه مال إمام الحرمين وقال الإمام الرازي في المحصول، وهو منسوب إلى المعتزلة، واختاره الإمام الغزالي"(411)

408 أمير عبدالقادر، *أصول الفقه*، 582/2.

409 العطار، *حاشية العطار على جمع الجوامع للسبكي*،33/2.

410 الآمدي، *الإحكام في أصول الأحكام*،188/2.

411 الرازي، *المحصول*، 326/1 ؛ الآمدي، *الإحكام في أصول الأحكام*،188/2.

3. الخاص

1.3. الخاص لغة واصطلاحاً

تعريف الخاص لغة: الخاص مشتق من الخصوص وهو الانفراد، وقطع الاشتراك. فالخصوص يوجب الانفراد الذي ينافي العموم والاشتراك(412)، ويقال خاص: أي بيّن الخصوصية. واختص فلان بالأمر وتخصص له إذا انفرد له.

تعريف الخاص اصطلاحاً: "هو اللفظ الموضوع للدلالة على معنى واحد على سبيل الانفراد"(413) .

الخاص يقابل العام، فيُقال فيه: ما لا يتناول شيئين فصاعداً من غير حصر، نحو رجل، ورجلين، وثلاثة رجال(414) . فالمراد بالواحد أعمّ من أن يكون:

1. واحدا بالشخص مثل: علي، أحمد، إبراهيم، وسائر أسماء الأعلام.
2. أو واحدا بالنوع مثل: رجل، امرأة، منزل، سيارة، قلم، جندي.
3. أو واحدا بالجنس مثل: إنسان، حيوان.

دلالة الخاص: الخاص يدل على معنى منفردٍ وعلى اسم منفرد، فهو يدخل على المسميات، والمعاني عند بعض العلماء، ودلالته على معناه دلالة قطعية، ولا يُصرف عن معناه إلا بصارف(415). مثال ذلك:

1. قوله تعالى::[الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ ۖ وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ۖ وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَائِفَةٌ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ] (416) فلفظ "مائة" لفظ خاص لا يحتمل الزيادة أو النقصان، وهو حد الزاني البكر البالغ العاقل.

وقوله تعالى:: [وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا ۚ وَأُولَٰئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ] (417) فالألفاظ التالية: "أربعة" و" ثمانين" و"فاجلدوهم" و" أبداً "

---

412 ابن منظور، *لسان العرب*، 56/5، مادة خصص.

413 السرخسي، *أصول السرخسي*، 124/1؛ الدريني، *المناهج الأصولية*،ص،502.

414 الجرجاني، التعريفات،ص،51.

415 العمري،نادية محمد شريف العمري، العموم والخصوص في التشريع الإسلامي، ط الأولى،مؤسسة الرسالة،دمشق،2010،ص،136.

416 النور، 2/24.

417 النور، 24/ 4.

ألفاظ خاصة دالةٌعلى معناها بصفة قاطعة، فلا تجوز الزيادة ولا النقصان عليها. وهي لا تقبل الزيادة ولا النقص لأنها موضوعة للدلالة على معناها الخاص.

2.3. التخصيص لغة واصطلاحاً

التخصيص لغة:بمعنى الإفراد، ومنه الخاصّة، وهو مصدر" خصص" بمعنى خصّ. والتكثير الذي تفيده صيغة التفعيل غير مُرادهنا. تقول: فلان خصني بكذا، أي أفردني به. واختص فلان بملكية كذا إذا انفرد بملكيته ولم يشترك معه غيره (418).

التخصيص اصطلاحاً: عرّف الأصوليون " التخصيص" بتعريفات كثيرة:

1. قال ابن السمعاني في قواطع الأدلة:" هو تمييز بعض الجملة بالحكم"(419). وتخصيص العام: هو بيان ما لم يرد بلفظ العام. وقيل: هو بيان أن المراد باللفظ الموضوع للعموم إنما هو الخصوص(420).

2. وعرّفه الآمدي: " بأنه صرف اللفظ من جهة العموم إلى جهة الخصوص"(421).

3. وعرّفه الرازي في المحصول فقال:"التخصيص اخراج بعض ما يتناوله الخطاب منه، والعام المخصوص: هو أن العام استعمل في بعض ما وضع له"(422).

3.3. مفهوم التخصيص

1. مفهوم التخصيص عند الجمهور (423):

التخصيص عند الجمهور لا يقوم على أساس المعارضة بين العام والخاص،لأن الظني لا يُعارض القطعي. فالتخصيص في جوهره عندهم ليس إلا بياناً أوتفسيراً للعام الذي يستوي فيه احتمالان: احتمال إرادة العموم، واحتمال إرادة الخصوص.

فالعام مع استواء هذين الاحتمالين فيه ليس مبيناً أو مفسراً في ذاته، بل هو مفتقر إلى بيان يرجح مراد الشارع من هذين الاحتمالين. لأن التخصيص لا يبدل شيئاً أو يغيره، وإنما يرجح أحد الاحتمالين على

---

418 ابن منظور، *لسان العرب*، 56/5،مادة خصص؛ السرخسي، *أصول السرخسي*،125/1.

419 ابن السمعاني، *قواطع الأدلة*،174/1.

420 الزركشي، *البحر المحيط*، 7/3.

421 الآمدي، *أحكام في أصول الأحكام*،282/2.

422 الرازي، *المحصول*،3/ 7.

423 الدريني، *المناهج الأصولية*، ص،423.

الآخر، ويفسّر العام كالمجمل. لذلك يجب العمل بالعام قبل ظهور المخصص على الصحيح، وفعل المجتهد أن يبحث عن المخصص احتياطاً.

وعلى هذا فالتخصيص عند الجمهور: هو قصر العام على بعض ما يتناوله بدليل مطلقاً، دون النظر إلى نوعية الدليل هل هو قطعي أم ظني،مستقل، أم مقارن في الزمن أوغير مقارن(424).

2. مفهوم التخصيص عند الحنفية:

التخصيص عند الحنفية هو كما يقول صاحب كشف الأسرار بأنه هو:" قصر العام على بعض أفراده بدليل مستقل مقترن"(425). ولكن الحنفية يشترطون بأن يكون المخصص مستقلاً احترازاً بذلك عن الاستثناء، والصفة، لأنه يجب أن يتضمن التخصيص معنى المعارضة عندهم، وهذا المعنى لا يتوافر في الصفة والاستثناء. ويشترطون أيضاً أن يكون الدليل مقترناً، لأنه إذا تراخى الدليل كان هذا الدليل المتراخي نسخاً وليس تخصيصاً.

فالتخصيص عند الحنفية نوع من البيان يتضمن معنى المعارضة، وأنه ليس بيانا محضاً. ومن هذا الكلام يتفرع عن طبيعة التخصيص عند الحنفية عدة شروط يجب توافرها في الدليل المخصص وهي كالتالي:

1. الدليل الخاص الذي يُخصص به العام يجب فيه أن يكون مقترناً بالعام في الزمن،أما إذا تراخى وتأخر عنه فلا يكون مخصصاً بل ناسخاً له.

2. أن أساس التخصيص هو التعارض بين النصين،أي أن يكون نص الخاص مساوياً لنص العام من حيث قوة دلالتهما القطعية أو الظنية.

3. يجب في الدليل أن يكون مستقلاً، وهذا الشرط يُخرج الأدلة غير المستقلة أي المتصلة، بحيث لا يتم بها التخصيص(426).

إذاً التخصيص عند الحنفية هو قصر العام المطلق على بعض الأفراد ويكون ذلك بدليل مستقل مقارن ومساوٍ له من حيث قوة الدلالة في القطعية والظنية. ونذكر هنا مثالاً لبيان وتوضيح منهج الجمهور ومنهج الأحناف:

---

424 الدريني، *المناهج الأصولية*، ص،423.

425 علاء الدين، *كشف الأسرار عن أصول البزدوي*، 306/2.

426 علاء الدين، *كشف الأسرار*،192/2؛ الدريني، *المناهج الأصولية*،ص،425.

قوله تعالى:[وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ](427)، في هذه الآية قد فرض الله تعالى العدة على كل مطلقة، وذلك لشمول لفظ" المطلقات" ولدخول "ال" عليها،وهي من صيغ العموم. ويفهم من هذا اللفظ العام أنه يجب على كل مطلقة العدة ثلاثة قُروء، لا فرق بين الطلاق قبل الدخول أو بعد الدخول،سواءً أكانت المطلقة حاملاً أم لا، صغيرة أم كبيرة.

ثم جاءت آية: [يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا](428)، ففي هذه الآية قصر كلمة المطلقات وهي لفظ عام على بعض الأفراد وهن المطلقات بعد الدخول وبهذا القيد تخرج المطلقات قبل الدخول من العموم فيكون هذا تخصيصاً.

ثم جاءت آية: [وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ ۚ وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ](429)، حيث بينت هذه الآية أن عدة الحامل والصغيرة والتي انقطع عنها الحيض ثلاثة أشهر، وعدة الحامل تكون بالوضع. فقصّرت هذه الآية عموم الآية السابقة: [وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ ..].على من عدا المذكورات(430).

الاختلاف بين تعريف الجمهور وتعريف الحنفية للتخصيص:

عند الاطلاع على تعريف الجمهور للتخصيص وتعريف الأحناف له نجد أن الفريقين يتفقان في أن التخصيص هو قصر العام على بعض أفراده أو صرف العام عن عمومه ويكون ذلك بدليل، ولكن الطرفان يختلفان في شروط الدليل الذي يتم به التخصيص. فالتخصيص يقوم عند الأحناف على أساس المعارضة، وأصل المعارضة هو التساوي بين العام والخاص في الدلالة وقوتها، ومن ثم يتفرع عنها شروط التخصيص.

أما عند الجمهور: فالتخصيص هو قصر العام بالدليل مطلقاً، فهو عندهم بيان محض ولا يتصور المعارضة عندهم، لأن الخاص قطعي الدلالة يقضي على العام ويفسر به.

فمنهج الجمهور في التنسيق بين العام والخاص إذا تواردا: هو تقديم الخاص على العام عند تعارضهما، لأن الخاص أقوى من العام كون الخاص قطعي الدلالة، بينما العام ظني الدلالة، فيعملون

---

427 البقرة،2/ 228.

428ا لأحزاب، 49/33.

429 الطلاق، 4/65.

430 الدريني، *المناهج الأصولية*،ص،427؛ عطا موسى، *تخصيص العام بالعرف*، ص،45.

بالخاص فيما دلّ عليه، ولا يعملون بالتعارض بين العام والخاص،بل يعملون بالعام فيما وراء ذلك(431). أما الحنفية الذين يحكمون بالتعارض فمنهجهم في التنسيق هو كما يلي:

1. إذا جاء الخاص بعد العام بدون فاصل زمني أو تراخٍ، كان هذا الخاص مخصصاً كقوله تعالى:[..وَحَرَّمَ الرِّبَا..](432)بعد قوله تعالى مباشرة:[..وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ..](433)، فلفظ البيع هنا عام، لأنه لفظ مفرد محلى بلام الاستغراق، وهذا اللفظ يشمل البيوع الربوية. فحكم البيع وهو الحلُّ مقصور على بعض الأفراد منذ نزول الآية بالإرادة الأولى للمشرّعن وذلك لمجيء دليل التخصيص المستقل المقارن لهذا وهو قوله تعالى:[..وَحَرَّمَ الرِّبَا..].

مثال ذلك أيضا: دليل التخصيص في قوله تعالى:[..وَمَنْ كَانَ مَرِيضًا أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ..](434) الذي أتى مقارنا للنص العام في قوله تعالى:[فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ...](435). فحكم العام هنا وهو–الوجوب– مقصور على كل مسلم عدا المسافر والمريض. ففي هذه الأمثلة جاء المخصص بعد العام مباشرة.

2. إذا جاء الخاص متأخراً عن العام، بحيث جاء تشريعه بعد استقرار حكم العام، فهنا يكون ناسخاً في القدر أو الجزء الذي وقع فيه التعارض وليس مخصصاً له.

كذلك لو جاء الخاص أولا وبعده جاء العام بفاصل زمني، كان العام ناسخاً للخاص. فالمتأخر عندهم ينسخ المتقدم عند استوائهما في قوة الدلالة.

3. إذا كان تاريخ ورود النص غير معلوم، هل هو مقارن أم متأخر له في زمن التشريع، فلا يُعمل بأحدهما ويتساقطا(436). أما عند الجمهور فيُقدم الخاص على العام لقوته كونه قطعي الدلالة. مثال ذلك: قوله ρ"ما سقت السماء ففيه العُشر "(437)، فهذا الحديث شامل للزروع والثمار سواءً أكانت قليلة أم كثيرة. وذلك بوجوب الزكاة فيها،ويكون ذلك بمقدار العُشر من الناتج مطلقاً كما هو صريح ومفهوم من الحديث.

---

431 الدريني، *المناهج الأصولية*،ص428؛ عطا موسى، *تخصيص العام بالعرف*، ص،45.

432 البقرة، 2/ 275.

433 البقرة، 2/ 275.

434 البقرة، 2/ 185.

435 البقرة، 2/ 185.

436 الدريني، *المناهج الأصولية*،ص،428.

437 مسلم، *كتاب الزكاة*،12، برقم، 981.

وجاء حديث آخر يحدد النصاب وهو قوله ρ" ليس فيما دون خمسة أوسق صدقة "(438)، فهذا الحديث يحدد النصاب بخمسة أوسق فصاعداً، أما دون ذلك فلا زكاة فيه. فهنا تعارض الحديثان فيما هو دون خمسة أوسق، فقدّم الأحناف العمل بالعام من باب المصلحة العامة(439). أما الجمهور فقدّموا الخاص ولم يحكموا بالتعارض، وذلك حسب منهجهم في التخصيص، فعندهم لا تجب الزكاة فيما دون خمسة أوسق الذي هو النصاب(440).

4.3. الفرق بين التخصيص والقصر والنسخ والتقييد

أولا: الفرق بين التخصيص والقصر: لا يفرق الجمهور بين اللفظين، فهما أي التخصيص والقصر مترادفان، ويتجلى ذلك من خلال تعريفهم للتخصيص، حيث قالوا: بأنه قصر شمول العام بدليل خاص على بعض أفراده(441). أما الأحناف فعندهم يوجد فرق بين التخصيص والقصر. فالدليل المخصص إذا كان كلاماً– حسب اجتهادهم– يجب فيه ثلاثة شروط:

1. استقلاله في المعنى: أي أن يكون هذا المخصص نصاً مفيداً كامل المعنى في ذاته.
2. أن يقارن الدليل المخصص العام في زمن تشريعه.
3. أن يساوي الدليل العام في قوة الدلالة، أي من حيث القطعية والظنية(442).

فهذه الشروط الثلاثة هي محل اجماع الأصوليين إذا وجدت في الدليل كان هذا تخصيصاً، وذلك أن فكرة التخصيص عند الحنفية والجمهور واحدة(443). فالحنفية قد فرقوا بين التخصيص والقصر، حيث يُطلقون لفظ القصر على التخصيص،ولا يجوز العكس عندهم، فالقصر أعم من التخصيص. فكل قصر ليس تخصيصاً، وإنما كل تخصيص قصر.

ثانيا: الفرق بين التخصيص والنسخ:

---

438 البخاري، كتاب الزكاة، 24، برقم ،1390.

439 ابن الهمام، محمد بن عبدالواحد كمال الدين ابن الهمام، *فتح القدير شرح فتح القدير على الهداية*، ط الأولى،دار الكتب العلمية،بيروت، 2،2003/248.

440 الشيرازي، أبو إسحاق الشيرازي، *المهذب في فقه الإمام الشافعي*، تحقيق محمد الزحيلي، ط الأولى، دار القلم،دمشق،1،1992/506؛ ابن قدامة، المغني،4/155.

441 علاء الدين، *كشف الأسرار*،2/192؛ الدريني، *المناهج الأصولية*،ص،425.

442 الدريني، *المناهج الأصولية*،ص،429.

443 علاء الدين، *كشف الأسرار*،1/306؛ الدريني، *المناهج الأصولية*،ص،425.

النسخ لغة: بمعنى الإزالة، يقال: نسخت الشمس الظل بمعنى أزالته ورفعته، وأيضاً بمعنى النقل، فتقول نسخت هذا الكتاب: أي نقلته كما هو في الكتاب من شكل الكتابة(444).

أما النسخ اصطلاحاً: فهو كما عرفه ابن الحاجب بأنه:"رفع الحكم الشرعي بدليل شرعي متأخر " (445).

ودليل النسخ في التشريع هو قوله تعالى:[مَا نَنْسَخْ مِنْ آيَةٍ أَوْ نُنْسِهَا نَأْتِ بِخَيْرٍ مِنْهَا أَوْ مِثْلِهَا أَلَمْ تَعْلَمْ أَنَّ اللَّهَ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ قَدِير.](446) . فالتخصيص كثير الشبه بالنسخ لاشتراكهما في اختصاص الحكم، وذلك بنقض ما يتناوله اللفظ. فالنسخ والتخصيص كلاهما فيه إخراج، وعند المقارنة بين النسخ والتخصيص نقتصر على النسخ الجزئي وحده، لأن هذا النوع هو محل الإشكال واللبس بينه وبين التخصيص، أما الأصوليون القدماء فكانوا يأتون بالمقارنة بشكل عام(447). وقد فرّق العلماء بينهما من عدة وجوهٍ أهمها:

1. التخصيص هو بيان مراد العام، فالشارع لم يُرد العموم والشمول من العام في بداية تشريعه ونزول حكمه، بل المقصود هو قصر التكليف على البعض بداية .

أما النسخ الجزئي فيكون بيان ما لم يرد بالمنسوخ، أي القسم والجزء المنسوخ كان مقصوداً ومُراداً في الزمن الأول، أو وقت نزوله،ثم بيّن الناسخ إنهاء صلاحية العمل به.

2. يجب في الدليل المخصص أن يقارن العام في زمن التشريع، سواءً تقدم عليه أو تأخر عنه، لأن المخصص بيان للإرادة ابتداءً فلا يجوز أن يتأخر عن وقت العمل بالمخصوص(448). أما النسخ الجزئي فلا يجوز أن يتقدم الناسخ على المنسوخ، ولا أن يقترن به، بل يجب أن يتأخر عنه، فيجوز أن يتأخر النسخ عن وقت العمل بالمنسوخ.

---

444 ابن منظور، *لسان العرب*،345/14، مادة نسخ.

445 الإيجي، *شرح العضد على مختصر المنتهى الأصولي لابن الحاجب*،ص،267.

446 البقرة، 2/ 106.

447 الآمدي، *الإحكام في أصول الأحكام*،401/1؛ الشوكاني،*إرشاد الفحول* ص126،.

448 عند الحنفية يجب أن يكون مقارنا، ولا يشترط هذا الشرط عند غيرهم.

3. يجوز في التخصيص أن يكون بنص من القرآن أو السنة،أو بدليل عقلي، أو بدليل من العرف أو المصلحة المرسلة،أو من غيرها من الأدلة. كما يقع التخصيص بالاجماع والقياس،أما النسخ الجزئي فلا يكون إلا بنص من القرآن الكريم وحياً من الله تعالى(449).

4. التخصيص يكون لبعض الأفراد، أما النسخ فيكون بإزالة الحكم ونسخه عن جميع الأفراد. مثال ذلك قوله تعالى:[وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ.](450) فهذه الآية مخصصة لقوله تعالى:: [وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ۖ فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ ۗ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ.](451).

فآية الطلاق خصصت آية البقرة، وخرجت بالدليل المخصص بالنساء الحاملات، فالحامل عدتها تكون بوضع الحمل، ولا فرق في ذلك من أن تكون مطلقة أو متفى عنها زوجها.

أما النسخ فحكمه يشمل المسلمين جميعاً بالدليل المنسوخ، وبالدليل الناسخ أيضاً. مثاله: تحويل القبلة إلى المسجد الحرام في مكةمن المسجد الأقصى في القدس، فهذا الحكم يشمل جميع المسلمين.

ثالثا: الفرق بين التخصيص والتقييد: يفرّق الحنفية بين التخصيص والتقييد:

فالتقييد عند الأحناف هو نوع من قصر العام على بعض أفراده، وينفرد الأحناف بتسمية التقييد بالدليل غير المستقل: قصراً. وليس بتخصيص عندهم، وذلك لعدم استقلاله في المعنى، ولأنه متعلق بما قبله من الكلام. فالتخصيص والتقييد يختلف مفهومهماعند الأحناف بما يلي:

1. الخصيص يكون تصرّفاً في المعنى الذي تناوله اللفظ العام لغة، مبيناً عدم شموله اللغوي، أما التقييد فهو تصرف في المسكوت عنه في اللفظ، مثال ذلك قوله تعالى:[وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلًا أَنْ يَنْكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِنْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مِنْ فَتَيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ.](452) فوصف الفتيات بالمؤمنات هنا تقييد عند الحنفية من جهة أن لفظ الفتيات فقط لا يدل على المقصود منه، هل هم المؤمنات، أم الكافرات، فهو قد سكت عن ذلك. ولكن عندما جاء وصف المؤمنات كان الوصف تقييداً وبياناً لم يتناوله هذا اللفظ بحسب وضعه اللغوي.

---

449 الزركشي، *البحر المحيط*،338/4 ؛ الشوكاني، *إرشاد الفحول*،ص،126.

450 الطلاق، 65/ 4.

451 البقرة، 2/ 234.

452 النساء، 4/ 24.

2. التخصيص يعمل فيه بالأصل، أي العام الذي خُصص، أما التقييد فلا يُعمل فيه مستقلاً بالأصل المطلق، وإنما يكون العمل به مع القيد.

3. التخصيص جملة مفيدة يحمل معنى مستقلاً، لكن التقييد مفرد(453). وبناءً على هذه التفرقة عند الأحناف، وعدم وجودها عند الجمهور الذين لا يفرقون بين التخصيص والقصر، ولا يميزون في المخصصات بين ما هو مستقل أو غير مستقل نشأ الخلاف في عدد من المخصصات عند الطرفين.

5.3. أنواع المخصصات أو أدلة التخصيص

المخصصات:جمع مخصص، والمقصود بالمخصص معان مختلفة:

1. المقصود بالمخصص: هو وصف المتكلم بكونه مخصصاً للعام،أي أنه أراد بذلك بعض ما يتناوله، والمخصص هو إرادة المتكلم في الحقيقة، لأنها أي الإرادة هي المؤثرة(454).

2. المخصص هو الدليل على الإرادة، فالدليل يُوصَف بالمخصص، فيقال: السنة تخصص الكتاب. ويقول الآمدي في كتابه الإحكام: " التخصيص على ما يناسب مذهب أرباب العموم: هو تعريف أنّ المراد باللفظ الموضوع للعموم حقيقة إنما هو الخصوص. وعلى ما يناسب مذهب أرباب الاشتراك: تعريف أن المراد باللفظ الصالح للعموم والخصوص إنما هو الخصوص، والمعرِّف لذلك بأي طريق كان يسمى مخصصاً. واللفظ المصروف عن جهة العموم إلى الخصوص مخصصاً "(455).

أقسام المخصصات:

الأدلة المخصصة أي التي يتم بها تخصيص العام وقصر معناه على بعض الأفراد تتنوع عند الأصوليين:

1. قسم منها يستقل بنفسه في إفادة المعنى المراد، وهذه لاتكون جزءاً من النص العام بل تكون أدلة مستقلة، وهي ما تعرف عند الأصوليين بالمخصصات المنفصلة(456).

---

453 علاء الدين، *كشف الأسرار*،312/1.

454 الرازي، *المحصول*، 102/1.

455 الآمدي، *الإحكام في أصول الأحكام*،282/2.

456 البصري، *المعتمد في أصول الفقه*،283/1؛ اللكنوي،عبدالعلي محمد بن نظام الدين الأنصاري اللكنوي، *فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت*، ط الأولى،، دار الكتب العلمية، بيروت،2002، 316/1 ؛ الزركشي، *البحر المحيط*،355/3؛ الشوكاني، *إرشاد الفحول*،ص156،.

2. وإما لا يستقل المخصص بنفسه بل يتعلق بما قبله من اللفظ، فهذا النوع لا يستقل بنفسه في إفادة التخصيص، ولكنه يأتي ضمن النص على أنه جزء منه، بحيث لا يكون كلاماً تاماً بنفسه، وليس له معنى لوحده إلا إذا تم وصله بما قبله من الكلام. فهذا النوع يُعرف عند الأصوليين بالمخصص المتصل(457).

القسم الأول: المخصص المتصل:

وهو ما يكون جزءاً من النص الشرعي المشتمل على لفظ العام، وأهمه أربعة أنواع وهي: الاستثناء، والشرط، والصفة، والغاية. وهذه المخصصات المتصلة الأربعة هي محل اتفاق جمهور الأصوليين(458).

وزاد ابن الحاجب والقرافي نوعاً آخر وهو بدل البعض من الكل(459)،ويُنسب هذا القول للإمام الشافعي. أما أصوليو الحنفية فلا يعتبرون بدل البعض من الكل من المخصصات وإنما مقيدة.

النوع الأول: الاستثناء:

وهو إخراج بعض الكلام من الجملة بأداة الاستثناء" إلا " أو غيرها من أدوات الاستثناء مثل: سوى، وعدا، وخلا، وحاشا. وعرّفه الغزالي بقوله:" قول ذو صيغ مخصوصة محصورةٍ، دال على أن المذكور فيه لم يُرد بالقول الأول، ففيه احتراز عن أدلة التخصيص؛ لأنها قد لا تكون قولاً وتكون فعلاً وقرينة ودليل عقل"(460). ومثال الاستثناء قوله تعالى:[مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيمَانِهِ إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ.](461).

فإن الاستثناء في هذه الآية قد خصص عموم الآية وجعله مقتصراً على من كفر طواعية وعن رضا، ولولا الاستثناء لكان النص شاملاً لكل كافر عن رضاً أو مكره، وللاستثناء شروط هي:

1. أن يتصل المستثنى بالمستثنى منه حقيقة من غير فاصل، أو أن يكون في حكم المتصل. ولا مانع إذا تخلله فاصل بانقطاع النفس أو سُعال مانع من وصل الكلام حقيقة. وهذا هو قول الجمهور، ومثال

---

457 البصري، *المعتمد في أصول الفقه*،283/1؛ الأنصار اللكنوي، *فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت*،316/1.

458 البصري، *المعتمد في أصول الفقه*،239/1؛ الآمدي، *الإحكام في أصول الأحكام*،416/2.

459 ابن الحاجب، عثمان بن الحاجب المالكي، *شرح مختصر المنتهى الأصولي*، تحقيق محمد حسن محمد حسن، ط الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت،2004، 13/1.

460 الغزالي، *المستصفى*، 36/2.

461 النحل، 106/16.

ذلك قولهρ " إذا حلفت على يمين فرأيت غيرها خيراً منها، فأت الذي هو خير ولتُكفر عن يمينك"(462).

فلو كان الاستثناء المنفصل صحيحاً لدلّ وأرشد إليه الرسولρ، فحيث لم يُرشد إليه دل أنه غير صحيح. كذلك عند أهل اللغة الذين لا يستعملون الاستثناء منفصلاً في الكلام، بل متصلاً، وإن تأخر فلا فائدة فيه.

2. عدم الاستغراق، فالاستثناء المستغرق يمتنع فيه الاستثناء، كقولك: له عليّ عشرة دراهم إلا عشرة، فالاستثناء هنا باطل لأنه مستغرق له. أما إذا قال: له عليّ عشرة دراهم إلا تسعة صح الاستثناء ويلزمه درهم واحد. وهناك آراء أخرى لا مجال لذكرها.

3. أن يكون المستثنى والمستثنى منه من جنس واحد كقولك: رأيت الناس إلا خالداً, وأخذت الدراهم إلا درهماً. فهنا خالد ودرهم من جنس المستثنى منه(463).

النوع الثاني الشرط:

وهو بمعنى إلزام الشيء والتزامه، وعرّفه ابن السبكي بقوله:" الشرط هو ما يلزم من عدمه العدم،ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته"(464). وينقسم الشرط إلى أربعة أقسام وهي: عقلي، وشرعي، ولغوي، وعادي.

فالشرط العقلي: كقولنا: الحياة للعلم،فالعقل يحكم على هذا القول بأن العلم يوجد حيث توجد الحياة، وأن العلم يتوقف وجوده بوجود الحياة عقلاً. والشرط الشرعي: كالطهارة للصلاة، فالشرع هو الذي حكم بأن الصلاة باطلة بدون طهارة، فوجود الصلاة وصحتها متوقف على وجود الطهارة شرعاً.

والشرط اللغوي: مثل التعليق: إن تجلس أجلس، أو إن تقُم أقم، فالشرط هو ما دخلت عليه أداة والجزاء هو المعلق. والشرط العادي: كضرورة وجود السلم من أجل الصعود أعلى السطح، فالعادة تقتضي وجود السلم ليتم الصعود(465).

وللشرط صيغ عديدة منها: إنْ المخففة، وإذا،وما،ومهما، وحيثما،وحينما،ومَنْ،وأينما،والأساس من بين هذه الصيغ هي إن الشرطية لأنها حرف، وسواها من أدوات الشرط أسماء.

---

462 البخاري، الأيمان والنذور، 83، برقم،2443 ؛ مسلم، الأيمان والنذور،27، برقم ، 1273.

463 أمير عبدالقادر، *أصول الفقه*، 592/2 وبعدها .

464 العطار،*حاشية العطار على جمع الجوامع للسبكي*، 5655/2.

465 الشوكاني،*إرشاد الفحول* ص، 153؛الآمدي،*الإحكام في أصول الأحكام*،140/2.

النوع الثالث: الصفة:

الصفة من الوصف، كما العِدة من الوعد، وتجمع على صفات. والمقصود بالصفة إنما هي الحال المتنقلة أي المعنوية، والنعت ما كان في خَلْق أو خُلقٍ. والنحاة يريدون بها النعت أي اسم الفاعل، والمفعول وما يرجع إليهما عن طريق المعنى(466).

مثال ذلك قوله تعالى:[وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلًا أَنْ يَنْكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِنْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مِنْ فَتَيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ.](467). فالصفة جعلت إثبات الحل وهو حكم المنطوق للفتيات المؤمنات .

ومثال ذلك أيضا قوله تعالى:[وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً ۚ وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ ...](468) فكلمة رقبة في الآية عامة، تشمل المؤمنة وغير المؤمنة، أما وصفها بالمؤمنة فيفيد قصر عموم اللفظ على الوصف بالإيمان، ولا يشمل غير المؤمنة. فالرقاب التي يشملها التحرير هي المؤمنة فقط دون غيرها.

والصفة قد تأتي عقب جملة واحدة،أو عدة جملٍ. فإن جاء عقب جملة واحدة كقولك: أكرم الطلاب المجتهدين، فإنه يقتضي اختصاص الإكرام بالمجتهدين منهم، ولولا ذلك لكان الإكرام شاملا للمجتهدين وغيرهم من الكسالى. فالصفة أخرجت بعض ما كان داخلا تحت اللفظ.

وإذا جاءت الصفة بعد جمل كقولك: أكرم المعلمين والطلاب الطوال، فالكلام في عود الصفة إلى ما يليها أو إلى الجميع(469).

وقد فصل فخر الدين الرازي في المحصول الكلام في هذه المسألة فقال: "الصفة إما أن تكون مذكورة عقيب شيء واحد كقولنا: رقبة مؤمنة، ولا شك في عودها إليه،أو عقيب شيئين، وها هنا: إما أن يكون أحدهما متعلقاً بالآخر كقولك: أكرم العرب والعجم المؤمنين، فها هنا تكون الصفة عائدة إليهما، وإما ألا تكون كذلك كقولك: أكرم العلماء،وجالس الفقهاء الزهاد، فها هنا الصفة عائدة إلى الجملة الأخيرة"(470).

---

466 الفيومي، أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقري، *المصباح المنير*، دارالحديث،القاهرة، 2003،مادة وصف.

467 النساء، 4/ 25.

468 النساء، 4/ 92.

469 أمير عبدالقادر، *أصول الفقه*، 613/2. 614.

470 الرازي، *المحصول*، 67/3.

النوع الرابع: الغاية:

تأتي الغاية في اللغة بمعنى" المدى والمنهى"، ويقال: غايتك أن تفعل كذا،أي نهاية طاقتك، وقالوا: هذا الشيء غاية في الحسن أو القيمة، أي بلغ الحد الأقصى(471).

والغاية عند الأصوليين كما عرّفها الآمدي بأنها: "أن يكون حكم ما بعدها مخالفاً لحكم ما قبلها "(472). وعند الزركشي هي نهاية كل شيء ومُنْقَطَعُهُ، فيقول في تعريفها: "أنها حدٌّ لثبوت الحكم قبلها وانتفائه بعدها"(473). فالتعريفان يدلان على أن الغاية هي حدٌّ فاصل لإنهاء العمل بعموم النص، وبذلك تكون الغاية من مخصصات النص العام.

وللغاية حرفان فقط هما "حتى"، و "إلى" وتكون الغاية من المخصصات حيث تبين الحد الذي ينتهي إليها الغاية.وقيد بعض الأصوليين هذا القول وذلك إذا تقدمها لفظ يشملها، ولو لم يكن هناك حرف الغاية، مثال ذلك قوله تعالى: [قَاتِلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلَا بِالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلَا يُحَرِّمُونَ مَا حَرَّمَ اللَّهُ وَرَسُولُهُ وَلَا يَدِينُونَ دِينَ الْحَقِّ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَتَّىٰ يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ.] (474).

فوجه الدلالة في هذه الآية هو أنها ذكرت موجبات قتال أهل الكتاب من اليهود والنصارى حتى يدفعوا الجزية، فإن أعطوا الجزية يتوقف عندها القتال. ومفهوم الغاية هو مدٌّ الحكم الثابت من قبل حرف الغاية إلى هذا الحد، ولا يدخل ما بعد حرف الغاية في حكم ما قبله. ويعرف ما قبل حرف الغاية بالمغيا ومثال ذلك قوله تعالى:[وَكُلُوا وَاشْرَبُوا حَتَّىٰ يَتَبَيَّنَ لَكُمُ الْخَيْطُ الْأَبْيَضُ مِنَ الْخَيْطِ الْأَسْوَدِ مِنَ الْفَجْرِ ۖ ثُمَّ أَتِمُّوا الصِّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ ...](475). ففي هذه الآية جاء حرفاً الغاية "حتى " و"إلى" وهذه الآية تبين الصوم المشروع والذي يعني: الإمساك عن المفطرات من الفجر إلى غروب الشمس.

---

471 ابن منظور، *لسان العرب*،564/11. مادة غيا.

472ا لآمدي، *الإحكام في أصول الأحكام*، 313/3.

473 الزركشي، *البحر المحيط*، 3/ 344.

474 التوبة، 9/ 29.

475 البقرة، 2/ 187.

القسم الثاني: المخصص المنفصل:

المخصص المنفصل أو المستقل، وهذا النوع لا يكون جزءاً من النص العام الذي جاء به اللفظ، فهو ما كان في كلام مستقل عن العموم، وهو ما يستقل بنفسه في إفادة التخصيص. وأهم أنواعه هي: العقل،العرف والعادة،الإجماع،النص، وقول الصحابي.

وهذه الأدلة المخصصة يمكن تقسيمها إلى قسمين اثنين هما: مخصصات نصية وهي الكتاب والسنة والإجماع، ومخصصات اجتهادية وهي: العقل،والقياس، والمصلحة المرسلة، والعرف والعادة.

أولا: المخصصات النصية: وهي الكتاب والسنة والإجماع .

أ **. الكتاب:** يجوز تخصيص القرآن الكريم بالقرآن، سواء أكان النص المخصص متصلاً أو غير متصل بالنص العام. مثال النص المتصل بنص العام قوله تعالى:[.وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ..](476) وخُص من هذا النص الربا بعده مباشرة بقوله تعالى:[وَحَرَّمَ الرِّبَا...](477).

ومثالا لتخصيص بالنص المنفصل قوله تعالى:[وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ] (478)فهذا النص يشمل الحوامل وغير الحوامل، ثم خُص منه الحوامل بنص آخر وهو قوله تعالى:[وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ.](479) وخُص أيضا المرأة المطلقة قبل الدخول وذلك بقوله تعالى:[ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا ۖ فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا.](480).

فإذا اجتمع نصان من القرآن, وكان أحدهما عاماً، والثاني خاصاً، ولا يمكن الجمع بين حكميهما، فإما أن نعمل بالعام فقط، أو بالخاص فقط،فإن عُمل بالعام لزم منه إبطال الدليل الخاص،وإن عُمل بالخاص فلا يلزم منه إبطال العام، وذلك لإمكان العمل به فيما خرج عنه.

فالعمل بالخاص أولى، ولأنه أقوى في دلالته ولبُعده عن احتمال التخصيص بخلاف العام(481).

---

476 البقرة، 2/ 275.

477 البقرة، 2/ 275.

478 البقرة، 2/ 228.

479 الطلاق، 4/65.

480 الأحزاب، 33/ 49.

481 أمير عبدالقادر، *أصول الفقه*، 617/2.

بـ السنة النبوية: يجوز تخصيص القرآن الكريم بالسنة النبوية المتواترة إجماعاً، قال الآمدي بخصوص ذلك:" إذا كانت السنة متواترة فلم أعرف فيه خلافاً"(482). وهذا لأن الحديث المتواتر يوجب العلم، وكذلك ظاهر القرآن يوجب العلم، فيُخصص الكتاب بالسنة المتواترة، سواء أكانت قولية، أم فعلية.

مثال ذلك قولا: قوله تعالى:[يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ ۖ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ.](483) فقد خُصت هذه الآية بقولهρ " لا يرث القاتل شيئا"(484). ومثال السنة الفعلية: قوله تعالى:[الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ.](485) حيث خُصصت هذه الآية بفعله ρ من رجم المحصن، حيث رجم ماعزاً.

أما تخصيص القرآن بخبر الواحد ففيه خلاف بين العلماء: حيث ذهب الجمهور إلى جواز ذلك مطلقاً، وذهب بعض الحنابلة وبعض فقهاء العراق إلى عدم جواز ذلك. أما الحنفية فقد قالوا: إذا كان العموم قد دخله التخصيص اتفاقاً فيجوز تخصيصه بخبر الواحد، أما إذا لم يكن قد دخله التخصيص فلا يجوز. فالكتاب إذا لم يخصص بقطعي لا يجوز تخصيصه بخبر الواحد(486). ويجوز تخصيص السنة بالسنة، وكذلك تخصيص السنة المتواترة بالقرآن.

ج الإجماع: يجوز تخصيص النص الشرعي بالإجماع، لأن الإجماع بمثابة نص قطعي شرعي،والعام يُفيد الظن عند الجمهور دون الحنفية، فإذا اجتمع القطعي والظني قُدِّم القطعي على الظني، والإجماع كمخصص ليس محل نزاع بين الأصوليين. وفي هذا يقول الآمدي:"لا أعرف فيه خلافاً"(487)،وقال السمعاني صاحب كتاب قواطع الأدلة:" هو جائز لأن الإجماع حجة قاطعة"(488).

فمثال تخصيص الإجماع للنص القرآني قوله تعالى:[يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَىٰ ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ ۚ ذَٰلِكُمْ خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ.](489)، فإن العلماء أجمعوا على عدم وجوب صلاة الجمعة على العبيد والنساء.

---

482 الآمدي، *الإحكام في أصول الأحكام*، 322/3.

483 النساء، 11/4.

484 أبو داود، الديات،38، برقم ، 4564.

485 النور، 2/24.

486 الزحيلي، *أصول الفقه الإسلامي*،260/1.

487 الآمدي، *الإحكام في أصول الأحكام*، 327/3.

488 السمعاني، *قواطع الأدلة*، 378/1.

489 الجمعة، ا 62/ 9.

وأيضا إجماع العلماء على تنصيف حد القذف على العبد، فكان هذا الإجماع مخصصاً لقوله تعالى:[وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا ۚ وَأُولَٰئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ.](490).قال الشوكاني:" وفي الحقيقة يكون التخصيص بدليل الإجماع لا بنفس الإجماع"(491).

ثانيا: المخصصات الاجتهادية:

وهي: العقل، والقياس، والمصلحة المرسلة، والعرف والعادة، ومذهب الصحابي .

أ. التخصيص بالعقل: التخصيص هو:"إرادة" والدليل المخصص هو الكاشف عن هذه إرادة الخصوص هذه، ومبين للإرادة، وأيضاً علامة عليها. والشارع يُقرّ حجية العقل(492) في التخصيص. فخلاف المعقول غير مُرادٍ له قطعاً، فيكون دلالة العقل أو حكمه القاطع تفسيراً وبياناً لهذه الإرادة. فالنصوص الشرعية العامة التي تحتوي على التكالف الشرعية يحكم العقل بعدم شمولها قطعاً لمن ليس أهلا لها عند صدور تشريعها فيتم إخراج الصغار والمجانين منها.

فالعقل يحكم بالبداهة والضرورة بتخصيص الله تعالى من عموم الآية الكريمة: [اللَّهُ خَالِقُ كُلِّ شَيْءٍ.](493) ضرورة أن الله سبحانه وتعالى لم يخلق ذاته، والأدلة العقلية تؤيد ذلك.

مثال ذلك أيضاً قوله تعالى:[مَا كَانَ لِأَهْلِ الْمَدِينَةِ وَمَنْ حَوْلَهُمْ مِنَ الْأَعْرَابِ أَنْ يَتَخَلَّفُوا عَنْ رَسُولِ اللَّهِ وَلَا يَرْغَبُوا بِأَنْفُسِهِمْ عَنْ نَفْسِهِ](494) وقوله تعالى:[وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا.](495).

فهاتان الآيتان تخصصان البالغين العاقلين، والعقل يحكم بعدم دخول الصغار والمجانين تحت إرادة المشرع وحكمه منذ تشريعه في عموم هذه النصوص الشرعية. فليس من المعقول مخاطبة من هو فاقد للأهلية أوهي ناقصة عنده؛ لأن العقل والبلوغ هما مناط التكليف بالأوامر الشرعية، فكل ما هو خلاف

---

490 النور، 4/24.

491 الشوكاني، *إرشاد الفحول*، ص،141.

492 لا خلاف بين العلماء في حجية العقل كدليل مخصص، وإنما يوجد خلاف في تسميته تخصيصا، فلا مُشاحة في الاصطلاح، لأن النتيجة التشريعية العملية واحدة.فالمراد بالعقل هو" حكم العقل" ودلالته، فيوجد للعقل حاكمية على النص العام، والعقل يُخرج النص العام إلى الخصوص. انظر: الغزالي، *المستصفى*، 1/ 256.

493 الزمر، 62/39.

494 التوبة,120/9.

495 آل عمران، 97/3.

المعقول لا يدخل تحت حكم النص الشرعي العام منذ صدوره، ولا تصح عقلا إرادته من المشرع ابتداءً، وإن كان اللفظ يشمله لغة.

وحكم العقل مؤيد بالشرع، فالدليل قائم على اشتراط الأهلية الكاملة، والوعي التام لقوله ρ " رفع القلم عن ثلاث:" عن النائم حتى يستيقظ، وعن المُبتلى حتى يبرأ، وعن الصبي حتى يكبر"(496) ورفع القلم بمعنى عدم وجود المسؤولية ورفع المؤاخذة التي تقتضي إسقاط التكليف ورفعه(497). هذا وقد منع الإمام الشافعي بتسمية العقل مخصصاً، فكل تخصيص بالعقل لا تصح إرادته من حيث الحكم، لأن التخصيص هو فرع لصحة الإرادة. فالخلاف هو لفظي عائد إلى اللفظ والتسمية لأن اللفظ متناول لما نفاه العقل(498).

بـ التخصيص بالقياس:

القياس هو حجة عند العلماء، ولم يخالفهم إلا أهل الظاهر والشيعة وبعض المعتزلة. فقال العلماء بصحة الاستدلال بالقياس في الأحكام الشرعية. وبناءً على ذلك يجوز تخصيص النص العام من الكتاب والسنة المتواترة بالقياس مطلقاً(499). فإذا كان القياس قطعياً جاز التخصيص به بدون إشكال، أما القياس الظني فيحتمل التخصيص. وللعلماء أقوال في تخصيص القياس للنصوص العامة في القرآن الكريم.

القول الأول: جواز تخصيص القياس لعموم الكتاب والسنة المتواترة، وهذا هو قول الشافعي وأبي حنيفة والإمام مالك وأبي الحسن البصري، سواءً أكان القياس قطعياً أم ظنياً. يقول الآمدي:" ذهب الأئمة الأربعة والأشعري وجماعة من المعتزلة إلى الجواز"(500).

القول الثاني: عدم الجواز، وهذا القول منقول عن المعتزلة وبعض الفقهاء. قال الآمدي:" ذهب الجبائي وجماعة من المعتزلة إلى تقديم العام على القياس، ورجع عن هذا القول أبو هاشم من المعتزلة ووافق الجمهور"(501).

---

496 أبو داود، الحدود،37، برقم 4398.

497 فتحي الدريني، *المناهج الأصولية*، ص440.

498 الزحيلي، *أصول الفقه الإسلامي*، 256/1.

499 الرازي، *المحصول*، 436/1.

500 الآمدي، *الإحكام في أصول الأحكام*،337/2.

501 الآمدي، *الإحكام في أصول الأحكام*،337/2.

ومثال تخصيص العام بالقياس قوله تعالى:[وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبا...](502) فالحكم المستفاد من الآية الكريمة هو الحِلُّ العام في البيوع، ويستثنى من هذا الأصل العام ربا الديون، وذلك من خلال النص المقارن وهو قوله تعالى:[وَحَرَّمَ الرِّبا]واستثنى الرسولρ من عموم النص هذا ربا النسيئة والتفاضل في الأصناف الربوية الستة من الأموال في قوله ρ "الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ، وَالْفِضَّةُ بِالْفِضَّةِ، وَالْبُرُّ بِالْبُرِّ، وَالشَّعِيرُ بِالشَّعِيرِ، وَالتَّمْرُ بِالتَّمْرِ، وَالْمِلْحُ بِالْمِلْحِ مِثْلًا بِمِثْلٍ سَوَاءً بِسَوَاءٍ يَدًا بِيَدٍ، فَإِذَا اخْتَلَفَتْ هَذِهِ الْأَصْنَافُ، فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ إِذَا كَانَ يَدًا بِيَدٍ "(503). فاتفق العلماء على تحريم الربا في مبادلة هذه الأموال الستة إلا بشرط التماثل بينها في المقدار، والتقابض في المجلس فوراً وحالاً.

فالحديث النبوي خصص عموم الآية الكريمة، واتفق الجمهور– ما عدا الظاهرية– على تحريم الربا أيضاً بالتفاضل أو النسيئة في بيع الأموال المطعومة التي يُقتات بها وتكون صالحة للادخار، والتي لم تذكر في الحديث الشريف مثل:الأرز، والسكر،والزيت،والعدس وغيرها، وذلك قياساً على ما ورد في نص الحديث الذي يتناول أصناف الأموال والحكم في هذه المواد الغذائية الذي هو تحريم الربا فيها, فيخصص من عموم الآية أيضاً هذه المواد الغذائية قياساً على الأموال الستة المذكورة في الحديث النبوي(504).

ج . التخصيص بالمصلحة المرسلة:

المقصود بالمصلحة المرسلة: هي التي لم يأتي من الشرع دليل خاص على اعتبارها أو إلغائها، أو يشهد لها بالمشروعية أو عدمها. ومفهوم المصلحة في الشريعة الإسلامية هو: كل ما يجلب منفعة أو يدفع ضرراً في إطار القواعد العامة للشريعة. وأحكام الشريعة الإسلامية إنما شُرعت لحماية وحفظ مصالح الناس الأساسية، وهذا ما يطلق عليه بمقاصد الشريعة. والمقاصد ثبتت بالاستقراء على أنها ثلاثة أنواع وهي:

أ. المقاصد الضرورية: وهي التي تتعلق بحفظ دين الناس وأرواحهم وأموالهم وعقولهم وأعراضهم.

---

502 البقرة، 2/ 275.

503 مسلم، المساقاة،22، برقم 2978.

504 ابن رشد، بداية المجتهد، 1168/3.

بالمقاصد الحاجية: وهي التي تدفع الحرج عن الناس،وترفع المشقة عنهم، ولا سيما في المعاملات، وهذا المقصد هو المَعْنيُّ به في هذا البحث، حيث يُخصص به العام ويقدم في الاعتبار على ما تقتضي به القواعد الأساسية عند التطبيق على مسألة معينة(505)

ج . المقاصد التحسينية: وهي التي تتعلق بالأخلاق الرفيعة، والآداب العامة، والكمالات النفسية، وتزين الحياة وتجملها في حدود الشرع(506). غير أن المصلحة المرسلة لا تستند على التعليل الفعلي فقط، أو الفكري وحده، وإنما ثبتت مشروعيتها بتعليل متعلق بأصل من أصول الشريعة العامة، حتى لا تكون غريبة عن مقاصد الشريعة الإسلامية.

والمقصود في البحث عن التخصيص هو المصلحة الحاجية الظنية، لأنها مبنية على الاجتهاد بالرأي وهي تُماثل العام في ظنيته. وذهب الأصوليون إلى أن التخصيص لا يكون بالمصلحة المرسلة ذاتها، وإنما بما تستدل عليه هذه المصلحة من أصل عام(507). ومن شواهد ذلك:

1. إباحة عقد السّلم، وذلك استثناءً من القاعدة العامة التي تقول "ببطلان بيع المعدوم" وهذا الأمر ثابت بالسنة النبوية، وذلك مُراعاةً للواقع الاقتصادي الذي كان يعيشه الناس آنذاك في قوله ρ " من أسلف فليُسلف في كيلٍ معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم "(508). فالمبيع في عقد السلم هذا مُعيّن بالوصف، ولكنه غير موجود عند العقد.

2. الطلاق التعسفي:" أي الطلاق البائن الذي يكون في مرض الموت" لا يمنع توريث المطلقة. وطبقاً للقاعدة العامة إذا انتهت الزوجية بالطلاق البائن، فلا توارث بين الزوجين، لكن عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان– رضي الله عنهما– حكما بتوريث المطلقة بائناً التي يقع طلاقها في مرض الموت وذلك استثناءً من هذه القاعدة. واستنداً في ذلك على العدالة وصون الحق، لأن الطلاق في هذه الظروف قرينة على قصد الزوج عدم توريث زوجته من ماله وهضم حقوقها بدون وجه عدل أو حق(509). ولهذا رجح عمر وعثمان– رضي الله عنهما– استثناءً هذه المسألة من القاعدة العامة وحكما للمطلقة بالميراث.

---

505 الشاطبي، *الموافقات*، 2/7؛الدريني، *المناهج الأصولية*، ص،467 ـ 468.

506 الشاطبي، *الموافقات*، 3/ 236؛الدريني، *المناهج الأصولية*، ص،467 ـ 468.

507 الشاطبي، *الموافقات* 3/ 350.

508 البخاري،السلم،35، برقم ، 2126.

509 الدريني، *المناهج الأصولية*، ص،479.

د . التخصيص بمذهب الصحابي:

التخصيص بمذهب الصحابي محل خلاف بين العلماء:

1. مذهب الجمهور: وهو أن قول الصحابي لا يصلح لتخصيص العام، وهذا القول للشافعي وكثير من اتباعه، وهو قول بعض الحنفية،وأيضاً مذهب داود الظاهري، والمعتزلة،وأحمد بن حنبل في إحدى الروايتين عنه، وهو اختيار الغزالي والآمدي (510).

فقد ذهب هؤلاء إلى القول بعدم حجية قول الصحابي في تخصيص العام، وأن القياس يُقدم عليه فلا يُخصص العام به، ودليلهم على ذلك أن الحجة تكون في العموم، وقول الصحابي ليس بحجة لذلك لا يجوز التخصيص به.

2. وذهب آخرون إلى جواز التخصيص بمذهب الصحابي، وهو قول أكثر الحنفية والحنابلة،وبعض الشافعية، ودليلهم أن الصحابي لا يترك ما سمعه من الرسولρ ويعمل بخلاف ما سمعه إلا بدليل قد ثبت عنده يَصلح للتخصيص. والصحيح عدم التخصيص بمذهب الصحابي إلا إذا كانوا جماعة، وإجمعوا على ذلك،عندها يكون التخصيص بالإجماع(511).

هـ ـ التخصيص بالعرف والعادة:

ومن المخصصات المنفصلة أيضاً التخصيص بالعرف والعادة، والذي هو موضوع بحثنا. ولا شك أن اعتبار العرف لهو من القواعد الأساسية و المهمة في الشريعة الإسلامية التي جاءت مُراعيةً لمصالح العباد في أمور دينهم ودنياهم.

ويُعد العرف ضابطاً مُهماً لتحقيق المنافع الدنيوية والأُخروية للناس، وذلك في غيرِ مُصادمةٍ لنصوص الشرع أو إجماع أو أصل كليلذلك جاءت الشريعة الإسلامية مرنةً وميّسرةً بحسب الأحوال والأمكنة, والأزمنة, والأعراف، والعادات, تُراعي في أحكامها وقوانينها التيسير ورفع الحرج عن العباد, وتُلبي حاجات الناس، وتُوائم المستجدات والحوادث النازلة، مما يجعلها صالحة لكل زمان ومكان. وهذا التيسير ورفع الحرج ومراعاة مصالح العباد يجعل آلية الفتوى مواكبةوملائمة للتطور الحاصل في

---

510 الشوكاني، *إرشاد الفحول*، ص 161ـ 162؛ الآمدي، *الإحكام في أصول الأحكام*،156/2؛ أمير عبدالقادر، *أصول الفقه الإسلامي*،632/2.

511 الشوكاني، *إرشاد الفحول*، ص 161ـ 162؛ الآمدي، *الإحكام في أصول الأحكام*،156/2؛ أمير عبدالقادر، *أصول الفقه الإسلامي*،632/2.

الحياة من كافة النواحي السياسية، والإجتماعية، والإقتصادية وغيرها، فبتغير العادات والأعراف تتغير الفتاوى و الأحكام.

وفي هذا البحث سنتناول إن شاء الله ما يتعلق بتخصيص العام بالعرف، وأقوال العلماء في اعتبار العرف دليلاً مستقلاً يُخصص به العام القرآني، وموقف العلماء في جواز التخصيص به أو عدمه، والأمثلة على ذلك.

بعد الاطلاع على العرف وما يتعلق به، نجد أن العلماء في المذاهب الفقهية متفقون على اعتبار العرف والأخذ به، وذلك كما بيناه في مبحث العرف، وإن كان هناك بعض التفاوت والاختلاف في حدود اعتبار العرف ومداه. فمن خلال استقراء كتب المذاهب الفقهية الأربعة نجد الكثير من المسائل والنصوص الفقهية التي ترد في هذه الكتب. ويتضح لنا أن العرف معتبر إجمالاً في بناء الأحكام الشرعية عليه لدى الفقهاء جميعاً.

وهذا الاتفاق من الفقهاء على العمل بالعرف إجمالاً، حيث إن هناك الكثيرَ من المسائل الفرعية التي بُنيت على العرف، وحدث خلاف بين الفقهاء فيها، وهذا الاختلاف مردُّه إلى اختلافهم في بعض مسائل العرف، وأيضاً مدى سلطان العرف والعادة على الناس، أو أن يكون سبب الاختلاف مردُّه إلى اختلاف العرف نفسه، أو اختلاف الفقهاء في اعتبار العرف ووجوده أو عدمه، أو في عدم ثبات العرف وذلك باضطرابه(512).

والاختلاف في بعض المسائل الفرعية المبنية على العرف هي السبب في اعتبار العرف من الأدلة المختلف فيها عند الأصوليين والفقهاء. وفيما يلي بعض الفروع المتعلقة بموضوع تخصيص العام بالعرف والتي هي محل خلاف بين العلماء:

أولا: تعارض العرف واللغة:

من المعلوم أن للتشريع الإسلامي عرف خاص في استعماله للكثير من الألفاظ التي يُخالف به عن الحقائق اللغوية لها، فيجب في هذه الحالة حمل تلك الألفاظ على المعنى العرفي لها كما جاء في لسان الشارع، ولا ضير في أن تكون تلك الألفاظ في أصل وضعها اللغوي أوسع مدلولاً، لأن ذلك قاعدة أساسية في تغير النصوص، والقاعدة هي:" الحقيقة الشرعية مقدمة على الحقيقة اللغوية"(513).

---

512 أبو سنة، *العرف والعادة*، ص، 23 ؛ الزرقا، *المدخل الفقهي العام*، 2 / 112 ؛ عطا موسى، *تخصيص العموم بالعرف* ص،118.

513 القرافي، *الفروق*،1 /171.

فيتبادر إلى الذهن هذا المعنى العرفي للفظ عند إطلاقه، وبأن إرادة المشرع تتجه إلى هذا المعنى العرفي، مثال ذلك: ألفاظ العبادات، والزكاة والصيام، فهي مفاهيم وحقائق شرعية قصد الشرع منها الحقيقة العرفية كعُرف خاص، فينبغي صَرفُ هذه الحقائق والألفاظ إلى المعنى العرفي المقصود منها، وذلك تحقيق لمراد المشرع لها. وإن تم صرف هذه الألفاظ إلى المعاني اللغوية فقط يكون ذلك مُناقضاً لإرادة الشارع إلا إذا كان هناك دليل على ذلك. إذاً فالحقيقة الشرعية مقدمة على الدلالة اللغوية(514).

ويقول الدريني أيضاً:" وكما يكون للمشرع عرف خاص في الألفاظ يكون له عرف خاص في" الجملة المركبة" أيضاً، حيث تضاف الأحكام فيها إلى الأعيان، ولكن إرادة المشرع منصرفة إلى إضافة الأحكام إلى الأفعال المقصودة من تلك الأعيان"(515).وقد ثبت هذا العرف الاستعمالي للمشرع بالاستقراء .

وتوضيح ذلك أن" الحكم" الذي هو تكليف عقلاً يستقيم تعلقه بالفعل لا بالعين المذكورة. ومثال ذلك قوله تعالى: [أُحِلَّتْ لَكُمْ بَهِيمَةُ الْأَنْعَامِ إِلَّا مَا يُتْلَىٰ عَلَيْكُمْ غَيْرَ مُحِلِّي الصَّيْدِ وَأَنْتُمْ حُرُمٌ](516). وقوله تعالى: [حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ ...](517). وقوله ρ أيضاً:" ألا إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام"(518).

فالحقيقة الشرعية التي هي مقصود الشارع من استعمال هذه الألفاظ والجمل في استعماله العرفي الخاص، إنما هو الانتفاع من بهيمة الأنعام حلُّ الأكل من لحمها، وتحريم الزواج من الأمهات، ومقصود الحديث الشريف هو تحريم كافة أنواع الظلم والاعتداء من سفكٍ للدماء، واعتداء على الأموال والأنفس بكل صنوفه، وما يتعلق بهتك الأعراض والخوض فيها (519).

فالمتبادر إلى الذهن من هذه الألفاظ هي الحقيقة العرفية لا اللغوية. وقد فرّق العلماء بين نوعي العرف القولي والعملي في تعارضهما مع اللغة:

---

514 الدريني، *المناهج الأصولية*،، ص 477؛ عطا موسى، *تخصيص العموم بالعرف*،ص 118.

515 الدريني، *المناهج الأصولية*، ص، 448.

516 المائدة، 1/5 .

517 النساء، 4/ 23.

518 البخاري، كتاب الحج،25، برقم 1652.

519 أبو سنة، *العرف والعادة*، ص،109 وما بعدها ؛ الدريني، *المناهج الأصولية*، ص،448.

ـ العرف القولي: لا خلاف بين العلماء في أن العرف القولي يقضي على النص الشرعي، فإن كان مطلقاً قيّده، وإن كان عاماً خصصه. يقول الشيخ فهمي أبو سنة:" حكى الأصوليون الاتفاق على التخصيص والتقييد بالعرف القولي وترك الحقيقة له، لأن المتكلم أصبح لا يقصد المعنى اللغوي، فلا يكون مخاطباً به ولا ملتزماً له. لا فرق في ذلك بين العرف العام والخاص
والشرعي"(520). وهذا القول هو للجمهور والحنفية أيضاً.

يقول القرافي:" أن من له عرف وعادة في لفظ إنما يحمل لفظه على عرفه "(521). وذكر السيوطي في الأشباه والنظائر فصلاً تحت عنوان:" فصل في تعارض العرف واللغة" فيقول:" إن بعضهم يميل إلى تقديم اللغة، وبعضهم يميل إلى تقديم العرف. وذكر أمثلة منها مما أُعتبر فيه العرف تارة، ومنها ما قدمت فيه اللغة"(522).

وقال النووي– رحمه الله–:"فاعتبار العرف العام لا شك فيه في تقييد اللفظ المطلق"(523). فقول النووي يدل على أن العرف إن كان عاماً ولم يضطرب فإنه في هذه الحالة يُقدم على اللغة، وهذا محل اتفاق فقهاء الشافعية مع جمهور الأصوليين في تقديم العرف القولي على اللغة.

ويوضح أبو سنة بعد نقله لقول السيوطي بالاجماع فيقول:" فهذا النقل يدل على أن حكاية الاجماع من الأصوليين قد لا تسلم لهم، لكن لما كان العمل باللغة وترك العرف عند الشافعية غير مطرد بل هو قليل ومعظمه ذو وجهين، أمكن الأصوليين أن يحكموا الاتفاق، فيؤول بالنسبة للشافعية بأنه على القول المشهور"(524).

ثانيا: تنزيل العرف منزلة الشرط:

وهذا هو مذهب الجمهور من الحنابلة والمالكية والأحناف أي أن العرف ينزل منزلة الشرط بين الناس، وجعلوا ذلك قاعدة ثابتة. وقالوا بأن الأمر المتعارف عليه بين الناس وخاصة في المعاملات يلزم المتعاقدين بذلك، كما لو كان ذلك العرف نصاً صريحاً مثبتاً في العقد. ومن قولهم:" الثابت بالعرف

---

520 أبو سنة، *العرف والعادة*، ص، 123 .

521 القرافي، شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس ، *تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول*، دار الفكر، بيروت، 2004،ص، 165.

522 السيوطي، *الأشباه والنظائر*، ص، 93.

523 السبكي، *المجموع شرح المهذب*،11 / 122. 123 .

524 أبو سنة، *العرف والعادة*، ص، 122 وما بعدها .

كالثابت بالنص" وقالوا أيضاً" المعلوم بالعرف كالمشروط بالنص". وبنى الفقهاء على هذه القواعد الكثير من الفروع الفقهية، مثاله: كبيع الاستصناع وغيرها دون تحديد شرط الأجرة(525).

وسئل الإمام مالك– رحمه الله تعالى– عن الناكح يُلزمه أهل العروس هدية العرس، وجُلُّ الناس تعمل به حتى أنه لتكون فيه الخصومة، أترى أن يُقضى به ؟ قال:" إذا كان ذلك من عرفهم"(526). فالإمام مالك أنزل عرف الناس في هدية الزواج منزلة الشرط في العقد على الزوج. أما عند الشافعية فلهم قولان في المسألة: الأَولى أن العرف لا ينزل منزلة الشرط وذلك إذا كان العرف خاصاً، أما إذا كان العرف عاماً: فإنه يعتبر كالمشروط بالنص كما أشار لذلك السيوطي(527).

ثالثا: تعارض النص مع العرف:

المقصود بالتعارض هنا هو تعارض العرف مع النص العام، أي الذي يتناول العرفُ بعض أفراده، وليس المقصود هو تعارض العرف العام مع النص الخاص، لأن هذا العرف هو عرف فاسد، والمعارضة هنا جزئية وليست كلية، أي أن التعارض ليس من كل الوجوه، كما إذا كان النص عاماً أو مطلقاً... ولكن إذا كان التعارض بين العرف والنص من كل الوجوه، كأن يكون النص خاصاً أو مقيداً، فالعرف هنا معتبر عند الجمهور بشرط أن لا يكون مخالفاً للأدلة من كل الوجوه(528).

فالعرف الذي يعارض النص العام في بعض جزئياته لا بُدّ من بيان نوع العرف هنا، هل هو عرف قولي أم عرف فعلي، وفي كلتا الحالتين لا بُدّ إما أن يكون العرف مقارناً لمجيء النص العام أم أنه ناشيء بعده، ولكل حالة منهما حكمها عند الأصوليين والفقهاء:

ـ أن يكون العرف موجوداً وقائماً عند مجيء النص، وفي هذه الحالة يكون تقييد النص المطلق، وتخصيص العام بالعرف كما ذُكر في تعارض العرف مع اللغة لأنه يشتمل على ألفاظ اللغة، ولا فرق بين النصوص الشرعية وغيرها.

---

525 ابن عابدين، نشر العرف، ص، 134؛ الدسوقي، *حاشية الدسوقي*، 4 / 63 ؛ أبو سنة، *العرف والعادة*، ص، 169.

526 ابن فرحون، برهان الدين محمد بن فرحون اليعمري المالكي، *تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام*، طبعة خاصة، تاريخ الطبع2003، دار الكتب العلمية، بيروت، 2 / 70.

527 السيوطي، *الأشباه والنظائر*، ص، 96 .

528الآمدي، *الإحكام في أصول الأحكام*، 2 / 487 ؛ الغزالي، *المستصفى*، 2 / 112 ؛ الزرقا، *المدخل الفقهي العام*، 2 / 888؛ عطا موسى، *تخصيص العموم بالعرف*، ص، 121 .

ـ إذا جاء العرف المعارض للنص بعد نزول النص ففي هذه الحالة: إذا لم يكن مستند العرف دليل شرعي أو أصل من أصول الشرع فالاتفاق على عدم اعتباره وقبوله(529).

4. موقف العلماء من تخصيص العام بالعرف

قبل أن ندخل في اختلاف العلماء في العرف المخصص للنص العام وبيان أقوالهم، نشير إلى أن العرف الذي يتم به تخصيص النص العام أو بعض ما اشتمل عليه العام: إما أن يكون عرفاً قولياً أو عرفاً فعلياً، وهذان النوعان من العرف إما أن يكونا سابقاً أو مقارناً لنزول النص العام، أو أنهما حدثا بعد نزوله.

فالعرف القولي: هو استعمال اللفظ في معنى هو غير تمام مدلوله، بحيث إذا أطلق انصرف إليه من غير قرينة(530).

وطريقة تكوين العرف القولي: أن يُتّفقَ على هجر المعنى الأصلي للفظ، ونقل هذا اللفظ بواسطة الاستعمال الشائع المتكرر إلى المعنى الثاني.

ومثال ذلك: إطلاق الدرهم على النقد الغالب، مع أنه في الأصل كان يطلق على كل فرد من أفراد الدراهم(531). ولكل قسم من هذه الأقسام حكمه عند الفقهاء والأصوليين:

والعلماء مُجمِعون على أن العرف القولي يقضي على النص العام ويخصصه إن كان هذا النص عاماً، وهذا هو قول عامة الأصوليين والفقهاء(532)، ففي قوله تعالى: ﴿ **وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا** ﴾ البيع بالمعنى اللغوي هو المبادلة في المال وغيره، وبالمعنى الشرعي مبادلة المال بالمال، فحين يراد تفسير هذا النص يؤخذ البيع على المعنى الذي هو في عرف الشارع، لا المعنى اللغوي، فيخصص به العموم. وفي الدراهم: قال العلماء: إذا ذكر لفظ الدراهم في عقد من العقود ينصرف إلى النقد الغالب

---

529 البصري، *المعتمد في أصول الفقه*، 2 / 112 ؛ الآمدي، *الإحكام في أصول الأحكام*، 2 / 847 ؛ الغزالي، *المستصفى*، 2 / 112 ؛ الزرقا، *المدخل الفقهي العام*، 2 / 888؛ الحولي، ماهر الحولي، بحث بعنوان، تخصيص العموم بالعرف، منشورات مجلة الجامعة الإسلامية بغزة،ص 12.-ISSN1726 .680http://www.iugaza.edu.ps/ara/research

530 ينظر:*الغزالي*، *المستصفى* 347/1فما بعدها،عبدالشكورالهندي البهاري، *مسلم الثبوت* 345/1، *محمد أديب صالح تفسير النصوص في الفقه الإسلامي* ،87/2.

531 ينظر: *التقرير والتحبير* 282/1 فما بعدها.

532 أبو سنة، *العرف والعادة*، ص، 122 فما بعدها .

للبلد، لا إلى كل فرد من أفراد تلك الدراهم، وذلك حملًا للفظ على معناه العرفي، فيخصص العام بالعرف(533).

وذكر السيوطي في الأشباه والنظائر مسائل عديدة، واختلافاً في بعض الفروع، حيث بيّن أنه يُرجع للعرف فيها تارة وللغة تارة أخرى(534).

كما اتفق الفقهاء على أن النص العام يُخصص بالعرف القولي سواءً أكان عاماً أو خاصاً. ويقول أبو سنة عن العرف القولي:" وهو معتبر باتفاق الفقهاء جميعاً إلا من شذّ في بعض الفروع، بمعنى أن كل متكلم يُحمل كلامه على عرفه، سواء أكان ذلك في خطاب الشارع أو تصرفات الناس"(535).

ومن أمثلة ذلك في أقوال الناس وألفاظهم وتخاطبهم: فيما لو أوقف شخص مالاً على العلماء بحيث إن العرف في زمن الواقف يجري على علماء الشريعة دون غيرهم، فالعرف هنا مخصص لعبارته وقوله. وبناءً على العرف يُدرك قصد الواقف من كلامه، فيتمُّ صرف المال الموقوف على علماء الشرع فقط(536).

أمّا العرف العملي: فهو ما تعارف عليه الناس وجرى عليه العمل عندهم، سواء أكان ذلك عامًّا كاستصناع الأواني والأحذية، ودخول الحمام من غير تعيين زمن ولا أجرة، أو خاصًّا ببلد ، كتعارف أهل البادية على اعتبار الأنعام رأس المال عندهم، وسبب هذا العرف هو التعامل(537).

إلا أن العلماء اختلفوا في العرف العملي الموجود وقت نزول النص الشرعي، هل هو مخصص للعام أم لا ؟ فبعضهم أجاز ذلك، وبعضهم الآخر منعوا التخصيص. وقد استدل كل فريق وطرف من أصحاب الاتجاهين بأدلة تُثبت صحة مذهبه.

1.4. قول القائلين بأن العرف العملي مخصص للنص العام وأدلتهم

ذهب الحنفية" باستثناء أبي يوسف " وجمهور المالكية إلى عدم التفريق بين العرف القولي والعملي، فكلا النوعين يخصصان النص الشرعي العام، بحيث يحمل العام على ما يقضي به العرف ، ومن

---

533 ينظر:الإسنوي، *نهاية السول شرح منهاج الأصول* 2/ 469فما بعدها، *التحرير مع التقرير والتحبير* 282/1، المدخل للدكتور مصطفى الزرقا 282/2.

534 السيوطي، *الأشباه والنظائر*، ص، 93 فما بعدها .

535 أبو سنة، *العرف والعادة*، ص، 24 .

536 الغزالي، *المستصفى*، 2 / 111 ؛ السيد صالح، عوض، *أثر العرف في التشريع الإسلامي*، بدون تاريخ طبع،مكتبة الرسالة، بيروت، ص، 364.

537 ينظر: *نشر العرف* لابن عابدين من مجموعة الرسائل 115/2 فما بعدها، *العرف والعادة* لأحمد فهمي أبو سنة 19.

المحدثين الذين قالوا بذلك أيضاً: الشيخ أحمد الزرقا، وأبو زهرة، وفتحي الدريني، وشلبي، وفهمي أبو سنة(538). وقد ورد عن الإمام أبي يوسف:" إذا تعارض النص والعرف يُنظر فيما إذا كان النص مبنياً على العرف والعادة أم لا؟ فإذا كان النص مبنياً على العرف والعادة ترجح العادة ويترك النص، وإذا كان النص غير مستند إلى عرف وعادة يعمل بالنص ولا عبرة بالعادة"(539).

قال ابن عابدين معلقاً على كلام أبي يوسف:" فإن قلت: قد روي عن أبي يوسف اعتبار العرف في هذه الأشياء المنصوصة– حتى جوّز التساوي بالكيل في الذهب، وبالوزن في الحنطة إذا تعارفه الناس– فهذا اتباع العرف اللازم منه ترك النص، فيلزم أن يجوز عنده ما شابهه من تجويز الربا ونحوه للعرف وإن خالف النص"(540). ثم يكمل ابن عابدين قوله:" حاشا لله أن يكون مراد أبي يوسف ذلك وإنما أراد تعليل النص بالعادة بمعنى: أنه إنما نصّ على البر والشعير والتمر والملح بأنه مكيلة، وعلى الذهب والفضة بأنها موزونة، لكونهما كانا في ذلك الوقت كذلك، فالنص في ذلك الوقت إنما كان للعادة، حتى لو كانت العادة في ذلك الوقت وزن البر وكيل الذهب لورد النص على وفقهما، فحيث كانت العلة هي المنظور إليها، فإذا تغيرت تغير الحكم، فليس في اعتبار العادة المتغيرة الحادثة مخالفة للنص، بل فيه اتباع للنص"(541). وقد رجح الإمام الزرقا– رحمه الله– قول أبي يوسف حيث قال:" ورأي أبي يوسف هذا كما ترى أقوى حجة، وأقوم محجة رغم انفراده به"(542).

ويقول ابن أمير الحاج في "التقرير والتحبير:" العرف العملي لقوم مخصص للعام الواقع في مخاطبتهم خلافاً للشافعية، كحرمة الطعام، وعادتهم أكل البر انصرف إليه وهو– أي قول الحنفية–

---

538 الزركشي، *البحر المحيط*، 2 / 521 ؛ الآمدي، *الإحكام في أصول الأحكام*، 2 / 534 ؛ الدريني، *المناهج الأصولية*، ص، 595، الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص 22 ؛ أبو زهرة، أصول الفقه، ص، 274 ؛ الزرقا، *المدخل الفقهي العام*، 2 / 265 .

539 ابن الهمام، فتح القدير، 283/5؛علي حيدر، *درر الحكام شرح مجلة الأحكام*، 1 / 44.

540 ابن عابدين، *نشر العرف*، ص 118 ؛ الزرقا، *المدخل الفقهي العام*، 1 / 910 ؛ أبو سنة، *العرف والعادة*، ص 61 ـ 75 .

541 ابن عابدين، *نشر العرف*، ص، 118 .

542الزرقا، *المدخل الفقهي العام*، 2 / 910 .

الوجه، أما تخصيص العام بالعرف القولي وهو أن يتعارف قوم اطلاق لفظ لمعنى فباتفاق، كالدابة على الحمار والدرهم على النقد الغالب"(543).

ويقول الزرقا:" إن النظر في نصوص الفقهاء يُنْبِئُ بأن العرف العملي في ميدان الأفعال العادية والمعاملات المدنية، له السلطان المطلق والسيادة التامة في فرض الأحكام وتقييد آثار العقود، وتحديد الالتزامات على وفق المتعارف، وذلك في كل موطن لا يصادم فيه العرف نصاً تشريعياً"(544).

كما أشار الإمام ابن القيم– رحمه الله– إلى مدى الأثر الفعال للعرف العملي فقال:" وقد أُجري العرف مجرى النطق في أكثر من مئة موضع ..... ثم قال: وهذا أكثر من أن يُحصر"(545).

ويقول الإمام أبو زهرة:" العرف ومقامه في الفقه الإسلامي في نظر أبي حنيفة وأصحابه والمخرجين في مذهبه من بعدهم، يأخذون بالعرف فيما لا نص فيه من كتاب أو سنة، ويخصصون النصوص العامة من الآثار إن خالفت عرفاً عاماً، ويوائمون بين القياس الظني والعرف ما أمكن الملائمة، فإن لم تكن الملائمة وكان العرف ملزماً بضرورة المخالفة أخذ بالعرف، والعرف الخاص يؤخذ به إذا لم يكن ثمة دليل سواه"(546).

كما نُقل عن علماء المالكية أقوال عديدة تؤيد في محتواها قول الحنفية من أن العرف العملي يخصص النص العام. فيقول الإمام المقري في قواعده:" إن العادة عند مالك كالشرط تقيد المطلق وتخصص العام"(547).

وقال الدسوقي في حاشيته على الشرح الكبير للدردير:" وذكر ابن عبدالسلام أن ظاهر مسائل الفقهاء: اعتبار العرف إن كان فعلياً، ونقل الوانوغي عن الباجي أنه صرح بأن العرف الفعلي يعتبر مخصصاً أيضاً، وفي القلشاني: لا فرق بين القولي والفعلي في ظاهر مسائل الفقهاء"(548).

---

543 ابن أمير الحاج، شمس الدين محمد بن محمد المعروف بابن الحاج، *التقرير والتحبير*، ط الثانية، دار الكتب العلمية، بيروت،1983، 1 / 282؛ المرداوي الحنبلي، علاء الدين أبي الحسن عليبن سليمان، *التحبير شرح التحرير*، مكتبة الرشيد، الرياض، بدون تاريخ طبع،ص، 2694.

544 الزرقا، *المدخل الفقهي* العام، 2 / 883.

545 ابن القيم، *إعلام الموقعين*، 2 / 393 ـ 394 .

546 أبو زهرة، *أبو حنيفة حياته وعصره*،ص، 298 ـ 299.

547 الونشريسي، أحمد بن يحيى الونشريسي، *إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك*، تحقيق الصادق بن عبدالرحمن الغرياني، ط الأولى، دار ابن حزم، بيروت، 2006،القاعدة 117، ص، 168.

ويتفق مع الحنفية والمالكية ابن رجب الحنبلي، وذلك بجواز تخصيص العام بالعرف، حيث ذكر ذلك في قواعده أنه الصحيح في مذهبهم فيقول:"ويخصص العموم بالعادة على المنصوص"(549). واتفق السبكي مع أصحاب هذا الرأي في كتابه المجموع حيث يقول:" وأما العوائد الفعلية: فإن كانت خاصة فلا اعتبار لها، وإن عمت واطردت فقد اتفق الأصحاب على اعتمادها، وذكروا لها أمثلة"(550).

نستنتج من هذه الأقوال التي تقدمت: أن العرف العملي يقيد المطلق ويخصص النص العام وذلك إذا كان عاماً، أما إذا كان خاصاً فلا يُعتدّ به في تخصيص أو تقييد، ولهذا الفريق بعض الأدلة التي استدلوا بها لبيان صحة مذهبهم وهي:

أ ـ بما أن العرف يقيد المطلق– وهذا موضع اتفاق بين الفقهاء– فكذلك هو مخصص للعام أيضاً، ومثال ذلك: إذا طلب شخص من آخر موكلاً إياه بشراء لحم– وكان عادة ذلك البلد أكلهم للحم الضأن– فطلب الرجل لموكله يتقيد بشراء لحم الضأن فقط دون غيره من أنواع اللحوم. فإذا جاء الوكيل بلحم آخر كان ذلك مخالفاً لإرادة الموكل، مع أن كلمة" لحم" مطلقة، ولكن اللفظ قُيّد بالعرف العملي لأهل البلد الذي جَروا عليه في تناول لحم الضأن. كذلك اللفظ العام يُقام مقام المطلق وذلك لاتحاد الموجب بينهما وهو ما يتبادر للذهن أولاً دون غيره بسبب جريان العرف عليه(551).

وردّ الشافعية على هذا الدليل بقولهم: يوجد فرق بين المطلق الذي يناله التقييد بالعرف العملي باتفاق العلماء، والعام الذي هو موضع تنازع وخلاف في أنه هل يُخصصُ بالعرف العملي أم لا ؟. وذلك من جهة أن المطلق يقيّد بقرينة ميلهم إليه وذلك بحسب عادتهم وعرفهم في أكلهم مع عدم ترك المطلق، إذ أن المطلق على الرغم من تقييده قائم، لأن العادة جرت بتناول لحم معين وخاص، فينزل اللفظ المطلق على ذلك العرف ويفهم النص في ضوئه، بينما تخصيص اللفظ العام بالعرف فيعني أن

---

548 الدسوقي، شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، *حاشية الدسوقي على الشرح الكبير*، دار إحياء الكتب العلمية، القاهرة، بدون تاريخ طبع،2 / 140 .

549 ابن رجب، عبدالرحمن بن رجب الحنبلي، *القواعد في الفقه الإسلامي*، دار الفكر، بيروت، بدون تاريخ طبع،ص 276، القاعدة 122.

550 السبكي، *تكملة المجموع*، 11 / 125 .

551 اللكنوي، *فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت*،1 / 358 ؛ عطا موسى، *تخصيص العموم بالعرف*، ص، 126 ؛ خالد العروسي، بحث بعنوان: تخصيص العموم بالعرف والعادة، جامعة أم القرى، ص، 16، http://www.feqhweb.com/vb/showthread.php?t=3811&page .

نترك المعنى الظاهر من النص في اشتماله لكل الأفراد، وقصر ذلك اللفظ على بعض الأفراد، ومن هنا يتغير عن حالته الأولى(552).

وأجاب الحنفية عن اعتراض الشافعية بقولهم: أن ما ذُكر من الفارق بين تخصيص العام وتقييد المطلق ملغى، وذلك لأن المناط في التخصيص والتقييد واحد وهو ما يتبادر للذهن عند غلبة الاستعمال، فإن ما يتبادر للذهن في التخصيص بالعام هو ما يتبادر في التقييد المطلق أيضا (553).

يُعدّ قياس المطلق العام من باب القياس في اللغة وهذا ممنوع في اللغة. أجاب الحنفية عن ذلك: إن منح العام حكم الاطلاق في المسألة لا يُعدّ من باب القياس لغة، وإنما يستند إلى دليل وهو أن الاستقراء التي بنيت على اللفظ العام مثل اللفظ المطلق من جهة ما يتبادر للذهن منه، وذلك في ضوء العرف العملي(554).

يُفرِّق الحنفية ومن معهم بين أن يكون العرف عاماً أو خاصاً فقالوا: إذا كان العرف عاماً فالعمل به في موضوعه لا يسبب تعطيلاً للنص، وإنما يبقى النص مُطبّقاً في مشمولاته البقية التي يتناولها في عمومه، فتخصيص النص العام بالعرف هنا ليس إهماله، وإنما هو من باب إعمال العرف والنص الشرعي العام معاً، وذلك طبقاً للقاعدة الفقهية:" إعمال الكلام أولى من إهماله"(555).

ج ـ بما أن تخصيص العام بالعرف القولي هو مكان إجماع واتفاق بين العلماء، فيقاس على ذلك العرف العملي أيضاً، وذلك لاتحاد الموجب بينهما أي ما يتبادر للذهن من اطلاقه. فالعرف القولي يقصد منه: أن يتعارف قوم أو جماعة اطلاق لفظ ما لمعنى معين بحيث لا يفهم عند اطلاقه سوى المعنى المتعارف عندهم: كاطلاق لفظ الدابة على الحمار، وهذا ما ينطبق على العرف العملي. فاطلاق لفظ الدراهم يُقصد منها الغالب الذي يكثر استعماله بين الناس حتى أنه لايعرف سواه، فالقول بتخصيص العرف القولي دون العرف العملي تحكّم صريح لا يستند إلى دليل(556).

---

552 الإيجي، *شرح العضد على مختصر المنتهى*،ص، 235.

553 الأنصاري، *فواتح الرحموت*، 1 / 345.

554 الأنصاري، *فواتح الرحموت*،1 / 345 ؛ عطا موسى، *تخصيص العموم بالعرف*، ص، 127.

555 الزرقا، *شرح القواعد الفقهية*، ص ،315، 316.

556 الأنصاري، *فواتح الرحموت*، 1 / 345؛ ابن أمير الحاج، *القرير والتحبير*، 1 / 282؛ خالد العروسي، *تخصيص العموم بالعرف* ص، 16 .

وفي هذا الصدد يقول القرافي:" القاعدة أن من له عرف وعادة في لفظ، إنما يُحمل لفظه على عرفه، فإذا كان المتكلم هو المشرع حملنا لفظه على عرفه وخصصنا لفظه في ذلك العرف إن اقتضى العرف تخصيصاً. وبالجملة دلالة العرف مقدمة على دلالة اللغة، لأن العرف ناسخ للغة، والناسخ مقدم على المنسوخ(557). ويستوي في هذا النصوص العامة الشرعية وأيضاً النصوص الواردة في استخدامات الناس واستعمالاتهم(558).

مثال ذلك: فقد ثبت عن الرسول ρ النهي عن بيع ما ليس موجوداً لدى الإنسان، بينما رخّص في السّلم(559). فهذا النص الوارد عن رسول اللهρ عام في منع كافة أنواع البيوع التي يكون فيها المبيع غير موجود لدى البائع، ويستثنى من ذلك السلم لما فيه من مصلحة للناس.

وكذلك يدخل تحت عموم النص المانع عقد الاستصناع، لأن الناس قد تعارفوا على هذا العقد لحاجتهم إليه، لذلك أجاز العلماء هذا العقد وذلك للعرف الشائع بين الناس، فيكون ذلك تخصيصاً للنص. فيُطبّق النص في كل البيوع باستثناء الاستصناع، حيث يُعمل بالعرف في عقد الاستصناع ويعمل بالنص والعرف معاً(560).

مثال ذلك قوله تعالى: [وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ](561). فقد ذهب الإمام مالك– رحمه الله– إلى تخصيص كلمة" الوالدات: بالعرف الجاري العملي بين الناس، فجعل الإرضاع هنا مقتصراً على من جرى العرف بإرضاع الولد، أما إذا كان عند من لم تجر العادة بالإرضاع لعلو المنزلة أو الحسب أو النسب الرفيع فتكون مستثناة من عموم لفظ الوالدات(562).

---

557 القرافي، *تنقيح الفصول*، ص، 211.

558 أبو سنة، *العرف والعادة*، ص، 54.

559 السّلم: لغة: التقديم والتسليم، وفي الشرع: اسم لعقد يُوجب الملك في الثمن عاجلا، وفي المثمّن آجلا، فالمبيع يُسمّى مُسلّما فيه، والثمن رأس المال، والبائع يُسمذى مسلِّما إليه والمشتري ربُّ السلم .انظر: الجرجاني، علي بن محمد السيد الشريف الجرجاني، معجم *التعريفات*،تحقيق محمد صديق المنشاوي، دار الفضيلة، القاهرة، بدون تاريخ طبع،ص 104، باب السين.

560 الشوكاني، *إرشاد الفحول*، ص، 143.

561 البقرة، 233/2.

562 القرطبي، *الجامع لأحكام القرآن*، 1 / 161؛ ابن العربي، *أحكام القرآن*،1 / 204 ؛ الدريني، *المناهج الأصولية* ص، 593.

ومثال ذلك أيضا قوله ρ:" البيّنة على من المدّعى واليمين على من أنكر"(563). يرى العلماء أن هذا الحديث مخصوص ومعني به العرف العملي. فعند المذهب المالكي إذا أخذ شخص عقاراً مدة تقدر بعشر سنين وكان يتصرف فيه مثل المالك، ثم رفع شخص آخر دعوى بأنه صاحب العقار، فإن هذا الرجل لا تقبل دعوته إلا إذا قدّم عذراً واضحاً على سكوته طيلة هذه الفترة كغيابه مثلاً، وذلك لأن العرف جرى بأن المالك لا يسكت عن مُلك إذا رأى غيره يتصرف فيه(564).

د. هناك العديد من القواعد الفقهية التي بُنيت على العرف مثل:" العادة محكمة" و" المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً" و" الثابت بالعرف كالثابت بالنص" و" استعمال الناس حجة يجب العمل به" و" الحقيقة تُترك بدلالة العادة"(565). والقواعد الفقهية يرى كثير من العلماء بأنها تُعدُّ من الأدلة المستقلة التي تُبنى عليها الأحكام(566). كما أن القول بعدم جواز تخصيص النص العام بالعرف فيه تضييق على الناس، ونزع لهم عن أعرافهم وعاداتهم، ومن ثم إيقاعهم في الحرج والمشقة، لأن الأعراف والعادات أصبحت طبعاً لهم وملازمة لحياتهم وشؤونهم .

2.4.العرف العملي المخصص هل يشترط فيه العموم أم لا ؟

تختلف نظرة الفقهاء إلى العرف العملي القائم هل يجب أن يكون عاماً أو خاصاً، فإذا كان العرف العملي عاماً فإن أبا يوسف من الأحناف يرون جواز تخصيص النص العام به، وهذا القول هو القول الراجح من مذهبهم، وعليه أيضاً محققوا المالكية. وذلك لأن العمل بالعرف العملي العام ليس فيه تعطيل للنص، وإنما يُطبق النص في مشمولاته الأخرى .

ويرجع السبب في إعمال العرف وعدم إهماله هو التوسيع والتيسير على الناس، وذلك بعد اشتمال النص العام لكل ما تناوله، وإنما يكون العمل بالنص من خلال مشمولاته التي يتناولها عمومه فيكون العمل بهما معاً.

---

563 الترمذي، *الأحكام* ,13، برقم 1340.

564 مالك، المدونة ، 13/191- 192؛ ابن عابدين، *نشر العرف*، ص، 125 ؛ الدريني، *المناهج الأصولية*، ص، 593؛ محمد الغرايبة، بحث: *تخصيص عام النص الشرعي بالعرف*، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، العدد 15، 2005،1ص، https://www.google.com.tr/search?safe.

565السيوطي، *الأشباه والنظائر*، ص، 89 ؛ ابن نجيم، *الأشباه والنظائر*، ص، 107 .

566 شبير، محمد عثمان ، *القواعد الكلية والضوابط الفقهية*، ط الثانية،، دار النفائس، لبنان، 2007،ص، 244.

ومثال ذلك الحديث الذي روي عن حكيم بن حزام: قال أتيت رسول الله ρ فقلت:" يأتيني الرجل يسألني من البيع ما ليس عندي، أبتاع له من السوق ثم أبيعه قال: لا تبع ما ليس عندك" (567)، ولكن الشرع استثنى من هذا المنع عقد الاستصناع(568)، وذلك لأن الناس اعتادوه ويتعاملون به دون نكير .

أما إذا كان العرف العملي خاصاً وعارض النص العام، بحيث يكون العرف الخاص خاصاً ببلدة دون أخرى، أو بمكان دون آخر، أو هو خاص بمجموعة من الناس كأصحاب المهن المختلفة من صُناع أو تُجار أو زُراع أو غيرهم، أو هو خاص ببعض البلدان دون غيرها(569). فهذا النوع الخاص من العرف العملي لا يقوى عند الحنفية على تخصيص النص العام(570)، لأن هذا النوع من العرف خاص.

أما إذا استدعى تخصيص النص الشرعي بعرف بلدة أو فئة معينة، وهذا العرف نفسه غير معتبر في أماكن أخرى فلا يقتضي التخصيص، فالتخصيص هنا لا يثبت بالشك، لأن التخصيص هو توضيح لإرادة المشرع الحكيم وبيان لمقصوده من النص العام، وتلك الإرادة لا تُعرف من قبل جهة أو فئة قليلة من الناس، أو بقعة محددة أو صغيرة من الأرض(571). أما المالكية فلا فرق عندهم في أنواع العرف عاماً كان أو خاصاً، قولياً أو عملياً، فلم يرد عندهم ما يدل على التفريق بين أنواع العرف من عام أو خاص، قولي أو عملي(572).

3.4. قول المانعين للتخصيص بالعرف وأدلتهم

الذين ذهبوا إلى هذا القول هم الشافعية حيث قالوا:" بأن العرف العملي لا يقوى على تخصيص النص الشرعي العام"(573). ويوافق الشافعية من المالكية القرافي الذي يقول بأن العرف العملي لا يصلح أن يخصص اللفظ أو يقيده (574). وقال بذلك أيضاً الحنابلة وجمهور المعتزلة (575).

---

567 الترمذي، البيوع،12، برقم 1232 .

568 الاستصناع: هو عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل. انظر: الكاساني، بدائع الصنائع،6 / 84.

569 الزرقا، *المدخل الفقهي العام*،2 / 893 ـ 898.

570 ابن نجيم، *الأشباه والنظائر*، ص، 87 .

571 الرزرقا، *المدخل الفقهي العام*، 2 / 892.

572 أبو سنة، *العرف والعادة*، ص، 91 ؛ الزرقا، *المدخل الفقهي العام*، 2 / 892.

573 الآمدي، *الإحكام في أصول الأحكام*، 2 / 486.

574 القرافي، *الفروق*، 1 / 173.

ومن أشهر ممن يتزعمون هذا القول الإمام الغزالي الذي ذهب إلى تفريق العرف القولي عن العرف العملي، وهو يجيز تخصيص النص الشرعي العام بالعرف القولي دون العرف العملي، حيث ذكر في باب العام والخاص في الباب الثامن:" عادة المخاطبين فإذا قال لجماعة من أمته حرّمت عليكم الطعام والشراب مثلا، وكانت عادتهم تناولهم جنساً من الطعام فلا يقتصر النهي على معتادهم، بل يدخل فيه لحم السمك والخيل والطير وما لا يعتاد في أرضهم، لأن الحُجة في لفظه وهو عام، وألفاظه غير مبنية على عادة الناس في معاملاتهم حتى يدخل فيه شربُ البول وأكل التراب، وابتلاع الحصاة والنواة، وهذا بخلاف لفظ الدابة فإنها تُحمل على ذوات الأربع خاصة لعرف أهل اللسان في تخصيص اللفظ، وأكل النواة والحصاة يُسمى أكلاً في العادة وإن كان لا يُعتاد فعله، ففرّق بين أن لا يعتاد الفعل وبين أن يُعتاد اطلاق الاسم على الشيء. وعلى الجملة: فعادة الناس تؤثر في تعريف مُرادهم من ألفاظهم، حتى إن الجالس على المائدة يطلب الماء فيُفهم منه العذب البارد، لا يؤثر في تغيير خطاب الشارع إياهم "(576).

وعند الحنابلة ذهب ابن تيمية إلى عدم تخصيص النص العام بالعرف العملي، فيقول في المسودة:" لا يجوز تخصيص العموم بالعادات عندنا"(577). كما ذهب الشوكاني في الإرشاد إلى عدم التخصيص بالعادة(578) واستدل هذا الفريق الذي يمنع تخصيص العام بالعرف بما يلي من الأدلة وهي:

1. الصيغة التي تستعمل- وإن كانت مصاحبة للعرف العملي- هي صيغة عامة بحسب الوضع اللغوي لها، ولا مخصص لها فتبقى هذه الصيغة على عمومها(579).

غير أن الحنفية اعترضوا على دليل الشافعية هذا بمنع عدم وجود هذا المخصص حيث قالوا: بأن العادة العملية مخصصة للصيغة، مثلها مثل العادة القولية التي تخصص النص العام باتفاق، والقول بأن العرف القولي هو فقط من يخصص العام دون العملي فهذا تحكّم من جهة أن غلبة العادة

---

575 الغزالي، *المستصفى*، 2 / 111؛ القرافي،*شرح تنقيح الفصول*، ص ،211؛ الزرقا، *المدخل الفقهي العام*، 2 / 900.

576 الغزالي، *المستصفى* 2 / 123.

577 ابن تيمية، أحمد بن تيمية، *المسودة في أصول الفقه*، تحقيق محمد محي الدين عبدالحميد، دار الكتاب العربي، بيروت، بدون تاريخ طبع،ص 123 .

578 الشوكاني، *إرشاد الفحول*،2 / 697.

579 ابن عبدالشكور، محب الله ، *مسلم الثبوت*،المطبعةالأميرية،القاهرة،بدون تاريخ طبع، 1 / 345.

والعرف تؤدي إلى غلبة الاسم، مثال ذلك: تقييد الدراهم– مثلاً– بالنقد الدارج، فإن أساس ذلك هو العرف العملي الذي أدّى إلى العرف القولي. إذاً فالعرف العملي يؤدي إلى العرف القولي، فالقول بأن هذا النوع لا يخصص العام تحكّم صريح لا يُقبل(580).

2 ـ عدمُ حجية العادة العملية، لأن الناس قد يعتادون على العادات الحسنة والقبيحة أيضاً، بينما تكون الحجة في النصوص عند عمومها، وهي التي تكون حاكمة على العوائد والأعراف ولا تكون العادات والأحكام حاكمة عليها(581).

واعترض أصحاب القول الأول على هذا الدليل: بأن العادة القبيحة التي لا يعترف الشارع بها ولا يُقرّها ليست واردة هنا، فالكلام هنا عن عرف عملي مشروط بعدم مصادمته للنصوص الشرعية هذا من جهة، ومن جهة ثانية فإن تخصيص النصوص الشرعية العامة بالعادات والأعراف العامة العملية فيما تعارضا فيه، هذا التخصيص لا يلغي حاكمية النصوص العامة، وإنما يكون بتفسيرها حسب عادة الناس وعُرفهم، وما جرى عليه العمل لديهم.

فالتخصيص بالعرف والعادة ليس فيه إبطال للنص، وإنما هو عمل للعرف والنص معاً، فالعمل بهما معاً خير وأفضل من إهمال أحدهما أو إبطاله، أيضاً لا بُدّ أن يُعلم العمل بالعرف من خلال التخصيص به يستمد مشروعيته من نصوص عديدة في الشريعة دلت على حجيته واعتباره، ولا فرق في ذلك بين أن تكون تلك النصوص خاصة مباشرة، أو من خلال مقاصد الشريعة الإسلامية التي تتمثل في مبادئ اليسر والتيسير ورفع الحرج(582).

ولا بد من التنويه بأن القائلين بعدم جواز تخصيص النص الشرعي العام بالعرف العملي وهم الشافعية والحنابلة، يُلاحظ أن عدداً من علمائهم البارزين خالفوهم وقالوا بتخصيص عام النص الشرعي بالعرف العملي. فالإمام العز بن عبدالسلام أفرد في كتابه" قواعد الأحكام" فصلاً تحت عنوان" فصل في تنزيل دلالة العادات وقرائن الأحوال منزلة صريح الأقوال في تخصيص العموم وتقييد المطلق

---

580 ابن عبد الشكور، *مسلم الثبوت*، 1 / 345؛ أبو سنة *العرف والعادة*، ص، 92؛ عطا موسى، *تخصيص العموم بالعرف*، ص، 131.

581 أبو الحسين البصري، *المعتمد في أصول الفقه*، 3/ 278.

582 المرجع السابق.

وغيرها"(583). وذكر في هذا الفصل ثلاثاً وعشرين مثالاً لذلك، وبعده عقد فصلا آخر بعنوان:" فصل في محل الألفاظ على ظنون مستفادة من العادات لمسيس الحاجات إلى ذلك"(584).

الموازنة بين الرأيين والترجيح بينهما:

بعد الاطلاع على آراء الفريقين نجد أن علة التخصيص للنص العام موجودة في كُلٍّ من العرف القولي والعرف العملي معاً، لأن مناط التخصيص هو الذي يوجب ما يتبادر إلى الذهن من المعنى المطلوب غير الذي وُضع له اللفظ الشرعي، والتبادر إلى الذهن دليل على الحقيقة، وهي هنا الحقيقة المقصودة بالعرف القولي والعملي فيتعين إرادتها وقبولها.

ومن المؤكد أن الذي يجعل أن يتبادر المعنى العرفي للأذهان هو" التعامل" أي ما يتعامل به الناس ويجري بينهم، وهو أي" التعامل" متحقق وموجود في كل من النوعين للعرف القولي والعملي على حدٍ سواء، فوجب اعتبار ذلك المعنى المتبادر للذهن على أنه المُراد وذلك لتحقق علته(585).

ويُستدل أيضاً بالقاعدة العامة في هذا الصدد:" أنه يجب إجراء الكلام على حقيقته المتبادرة ولا يُحمل على المجاز إلا بدليل" وأيضاً قاعدة أخرى تفسِّر ذلك بأن" العادة مُحكمة" (586)، وبما أن الاتفاق حاصل على أن العرف القولي يخصص النص العام سواء في ذلك النص العام إن كان من نصوص الشريعة" قرآن أو سنة" أو من نصوص الناس التي يستعملونها في مبايعاتهم وعقودهم واستعمالاتهم اليومية، ولا فرق في العرف ذا كأن يكون عاماً أو خاصاً، فهو ليس من باب التخصيص على الحقيقة، وإنما من باب ما يتبادر للذهن، فيتم حمل اللفظ على المتبادر حسب ما هو متعارف عليه، ويجري العمل به بالعرف القولي، وبناءً على هذا الأمر قرر الأصوليون: أن" مطلق الكلام فيما بين الناس ينصرف إلى المتعارف"(587).

وذهب أبو سنة(588) إلى هذا الرأي، حيث ذكر اتفاق الفقهاء بأنه يقضي على اللفظ المطلق ثم يقييده ويُقدم عليه. وذكر أبو سنة أيضاً أن علماء اللغة والأصول اتفقوا على أن العرف والعادة سواءً

---

583 العز بن عبدالسلام، *قواعد الأحكام*، 2/ 126.

584 المصدر السابق، 2 / 139.

585 ابن عبد الشكور، *مسلم الثبوت*، 1 / 345؛ الدسوقي، *حاشية الدسوقي على الشرح الكبير*، 2 / 141.

586 ابن عابدين، *نشر العرف*، ص، 116؛ شبير، *القواعد الكلية والضوابط الفقهية*، ص، 244.

587 شلبي، محمد مصطفى شلبي، *أصول الفقه الإسلامي*، الدار الجامعية للطباعة، بيروت، بدون تاريخ طبع،ص، 340.

588 أبو سنة، *العرف والعادة*، ص، 93 ـ 94.

أكانت قولية أو فعلية يقضيان على اللفظ، وذلك إذا كان مطلقاً. وفصّل الشيخ أبو سنة في ذلك مع ذكر أدلة الفريقين، وبعدها فسّر مذهب الحنفية، حيث بيّن بأن الحنفية يقولون بأن العرف مخصص للنص العام، وهو بخلاف الجمهور القائلين بعدم التخصيص، ثم أورد أدلة الفريقين وناقشها، ورجح قول الأحناف بأن العرف مخصص للنص العام.

وإذا كان اللفظ عاماً، فقد أورد الشيخ أبو سنة بأن العرف يقيد المطلق ويخصص العام دون تفريق بين العرف العام أو الخاص، ثم يخلص أبو سنة إلى القول:" فالقول بالتخصيص هو الذي يناسب قصد الشارع من وضع الشريع للأفهام..... ومقصد الشارع فهم الناس لها بطريق سهلة لا تعسف فيها ولا إلغاز"(589).

وذكر أبو سنة عند مناقشته مذهب المالكية في تخصيص النص العام بالعرف، حيث نقل أقوال فقهائهم التي تؤكد العمل بالعرف، وبعدها ذكر قول الإمام القرافي في عدم التخصيص بالعرف فقال:" ولكن جمهور فقهاء المالكية مع أن العرف العملي يخصص ويقيد، قال شمس الدين الدسوقي في حاشيته على الشرح الكبير: وذكر ابن عبدالسلام أن ظاهر مسائل الفقهاء اعتبار العرف وإن كان فعلياً، ونقل الوانوغي عن الباجي: أنه صرّح بأن العرف الفعلي يعتبر مخصصاً أيضاً. وفي القلقشاني: لا فرق بين القولي والفعلي في ظاهر مسائل الفقهاء" (590).

ويؤخذ على السبكي الذي قال في المجموع:" العوائد الفعلية فإن كانت خاصة فلا اعتبار لها، وإن عمت واطردت فقد اتفق الأصحاب على اعتمادها"(591). فيُفهم من هذا الكلام للسبكي: أن العرف العملي– إذا كان عاما– فإنه يقيد المطلق ويخصص العام، أما إذا كان العرف من النوع الخاص فلا اعتبار له في تقييد أو تخصيص. فقال في المجموع:" وقد أطلق الأصوليون أن العادة الفعلية لا تعتبر، فلا تخصص عاماً ولا تقيد مطلقاً، كما إذا حلف لا يأكل خبزاً و لا يلبس ثوباً، فيحنث بأكل خبز الشعير ولبس الكتان، وإن كانت عادته أن لا يأكل إلا القمح ولا يلبس إلا الحرير، والمراد هنا العادة الخاصة"(592).

---

589 أبو سنة، *العرف والعادة*، ص، 93 .

590 أبو سنة، *العرف والعادة*، ص، 124؛ الدسوقي، *حاشية الدسوقي*، 2 / 142.

591 السبكي، *المجموع*، 11 / 124 .

592 السبكي، *تكملة المجموع*،11 / 125 .

ثم ذكر السبكي في المجموع أمثلة على ذلك منها: تنزيل الدراهم المطلقة في العقود بين الناس على النقد الغالب والدارج بين الناس، فهم أهل العرف ويفهون من الدراهم اللفظ الشائع عندهم على عادتهم وعرفهم، فالرجوع في ذلك إلى ما يفهمه الناس أهل العرف من اللفظ إلى عادتهم وعرفهم"(593).

وهذا المعنى يُفهم أيضاً من كلام السيوطي كما جاء في الأشباه والنظائر:" أن العرف العملي الخاص إذا كان مستمراً مطرداً فالظاهر اعتباره كالعام في تقييد المطلق وتخصيص العام"(594). فالعادة عند السيوطي معتبرة إذا اطردت، أما إذا اضطربت العادة فلا اعتبار لها، وإن تعارضت الظنون في اعتبار العرف ففيه خلاف. ثم ذكر السيوطي لذلك أمثلة وفروعاً منها: حيث قال: ومنها المدارس الموقوفة على درس الحديث ولا يُعلم مُراد الواقف فيها، هل يدرس فيها علم الحديث الذي هو معرفة المصطلح، كمختصر ابن الصلاح ونحوه، أو يقرأ متن الحديثين كالبخاري ومسلم ونحوهما، ويتكلم على ما في الحديث من فقه وغريب ولغة ومشكل واختلاف، كما هو عرف الناس الآن وهو شرط المدرسة الشيخونية كما رأيت في شروط واقفها ثم يُعقّب السيوطي قائلاً: وقد سأل شيخ الإسلام أبو الفضل ابن حجر العسقلاني شيخه الحافظ أبا الفضل العراقي عن ذلك فأجاب: بأن الظاهر اتباع شروط الواقفين فإنهم يختلفون في الشروط"(595). ويُفهم من كلام السيوطي أن العرف العملي سواء أكان عاماً أم خاصاً، مطرداً غالباً، فإنه يقيد المطلق ويخصص النص العام عند الشافعية أيضاً.

والمدار في هذه القضية إنما هو على تحقيق مناط التخصيص، فإذا تحقق المناط وجب القول بتخصيص العام بالعرف ولا فرق في ذلك بين العرف العام أو الخاص قولياً كان أم عملياً (596).

والذي يبدو للباحث أن رأي القائلين بتخصيص العام بالعرف وهم الحنفية والمالكية ومن وافقهم من العلماء هو الصواب؛ لأن العرف سواء أكان قوليا أو عمليا، لا بد أن يكون موجودًا عند صدور العام الذي يراد حمله عليه وبيانه به، أما إذا كان العرف طارئًا فلا يمكن تخصيص العام به، إلّا إذا كان عامًّا وأمكن رده إلى أصل من الأصول الشرعية، كالإجماع السكوتي بأن يجري العرف في عصر

593 السبكي، *تكملة المجموع*، 11 / 124.

594 السيوطي، *الأشباه والنظائر*، ص، 94 ـ 95.

595 السيوطي، *الأشباه والنظائر*، ص، 93. 94 .

596 شلبي، *أصول الفقه*، ص 186 ؛ الدريني، *المناهج الأصولية*، ص، 461.

المجتهدين بفعل شيءٍ أو تركِهِ ويقر منهم، وكالسنة التقريرية بحيث يجري عرف بأمر في عصر النبي صلى الله عليه وسلم فيخصص به العام.

والتخصيص بالعرف بنوعيه هو من تمام الاستدلال، ووضع اللفظ على مدلوله، فأمر الشارع بإطعام الطعام مخصوص بالعادة؛ فإذا أعطيت المسكين قبضة من الفجل مثلا، لا تسمى أطعمت الطعام، وإن كان هو طعاما، بل لو أعطيته قبضة من التمر في كثير من البلاد لاتكون قد أطعمته، لأن عادة هذه البلاد عدم الاكتفاء بالتمر، بخلافه في بلاد الحجاز، فلفظ الإطعام عام مخصوص بالعادة[597]، والله تعالى أعلم.

4.4. العرف الحادث بعد ورود النص الشرعي

في القسم السابق فصّلنا القول عن تخصيص النص العام بالعرف القائم الموجود حين نزول النص، سواء أكان هذا العرف قولياً أو فعلياً. وفيما يلي سنبين القول في تخصيص النص العام بالعرف الحادث أو الطارئ بعد نزول النص الشرعي قولياً كان أو فعلياً.

أولا: تخصيص العام بالعرف القولي الطارئ:

إذا جاء نص عام وهناك عرف قولي للناس في دلالة الألفاظ، فهذا النص العام يُخصص بالعرف القائم والساري المفعول بين الناس عند نزول الآيات القرآنية أو ورود الأحاديث النبوية، ولكن إذا حدث العرف القولي وطرأ بعد نزول النص العام ومجيئه فإنه لا يخصص العام، ولا يصلح أيضاً أن تُحمل عليه معاني الألفاظ ودلالتها، وبالأخص نصوص القرآن والسنة النبوية.

يجب تفسير هذه النصوص العامة حسب مدلولات الألفاظ المعروفة والمنتشرة بين الناس حسب أعرافهم وعاداتهم عند نزول القرآن الكريم، أو عند ورود الأحاديث النبوية، لأن مراد الشارع هو المعنى من إنزال تشريعه وفق المعاني والألفاظ المعهودة والمعروفة لدى الناس وقت صدور النص، ولا عبرة بتغيير الألفاظ والمعاني في الأعراف المتأخرة، وإلا فالنصوص الشرعية لن تكون مستقرة في المعنى. وبهذا الصدد يقول مصطفى الزرقا:" فالنصوص التشريعية يجب أن تُفهم بحسب مدلولاتها اللغوية والعرفية في عصر صدور النص، لأنها مُراد الشارع و لا عبرة لتبدل مفاهيم الألفاظ في الأعراف الزمنية المتأخرة، وإلا لم يستقر للنص الشرعي معنى"(598).

---

597 ينظر: *در الغمام* الرقيق للشيخ أحمد الغماري ،ص،12.

598 الزرقا، *المدخل الفقهي العام*، 2/ 900.

ومثال ذلك: لفظ" في سبيل الله" في الآية الكريمة التي تذكر مصارف الزكاة، له معنى ومدلول عرفي معين لدى الناس، إذ المقصود به هو ما يتعلق بمصالح الجهاد الشرعي في سبيل الله تعالى، أو في سبيل الخيرات مطلقاً على ما هو مختلف فيه بين الناس.

كذلك لفظ" ابن السبيل" في نفس آية مصارف الزكاة تدل في عرف الناس على كل من تقطّعت به السُّبُل، فإذا تغير عرف الناس وعاداتهم في هذه الألفاظ مثلاً حيث يكون المقصود من" في سبيل الله" طلب العلم الشرعي خاصة، وأصبح المعنى العرفي" لابن السبيل" اللقيط فقط الذي ليس له أهل ولا يُعرف له أحد، فالنص التشريعي العام يظل محمولاً على المعنى العرفي الأول عند نزول النص الشرعي وصدوره، ويُعمل به على المعنى الأول، لأن هذا المعنى هو المقصود وهو مراد الشارع، أما المعاني العرفية المتجددة، والاصطلاحات الطارئة أو الحادثة بعد ورود النص فلا عبرة لها، ولا يؤخذ بها(599).

إذن يجب فهم النصوص الشرعية على حسب المعاني العرفية التي تكون سائدة وقت نزول النص الشرعي، أما الأعراف والعادات التي تطرأ أو تظهر بعد ورود النص الشرعي فهذه لا عبرة لها، ولا مدخل لها في فهم النصوص وتفسيرها. يقول الإمام الشاطبي بهذا الخصوص:" لا بُدّ في فهم الشريعة من اتباع معهود الأميين– وهم العرب– الذين نزل القرآن بلسانهم، فإن للعرب في لسانهم عرف مستمر فلا يصح العدول عنه في فهم الشريعة، وإن لم يكن ثم عرف فلا يصح أن يجري في فهمها على ما لا تعرفه" وقال أيضاً:"وهذا جار في المعاني والألفاظ والأساليب"(600).

ومثال ذلك لفظ" اليمين" الواردة في الآية الكريمة[لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَٰكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَّدْتُمُ الْأَيْمَانَ](601). فلفظ الأيمان يحمل على القسم والحلف بالله– تعالى– الذي كان متعارفاً عليه زمن نزول النص، ولا يجوز أن يُحمل لفظ اليمين هذا على الأيمان المستحدثة فيما بعد: كالحلف بالطلاق، والعتاق وغيرها، لأنها لم تكن معروفة لدى الناس سابقاً، فهذه الألفاظ ليست مقارنة للنص التشريعي.

يقول الشنقيطي في معرض حديثه عن التخصيص بالعرف:" إن نصوص الشريعة لا تخصصها من العوائد إلا ما كان مقارناً لها في الوجود عند النطق بها، أما الطارئة بعدها فلا تخصصها...

---

599 الزرقا، *المدخل الفقهي العام*، 2/ 878.

600 الشاطبي، *الموافقات*، 2/ 82؛ القرافي، *الفروق*، 1/ 6 ؛ القرافي، *شرح تنقيح الفصول*، ص194،.

601 المائدة، 5/ 89.

وكذلك تخصص غير النصوص الشرعية، فإذا وقع البيع حُمِل على العادة الحاضرة في النقد لا على ما يطرأ من العادة بعده. قال في شرح التنقيح: وكذلك النذر والإقرار والوصية إذا تأخرت العائد عنها لا تعتبر"(602).

هذا حال العرف القولي الحادث والطارئ بعد ورود النص، فإنه لا يخصص النص الشرعي، كذلك الألفاظ العامة التي يُطلقها الناس فإنها لا تخصص العام، إلا ما كان منها ساريا وقت نزول النص وورود، أما ما طرأ بعده فلا يُعتبر(603).

يقول السيوطي: "العرف الذي تُحمل عليه الألفاظ إنما هو المقارن السابق دون المتأخر"(604). كما يقول ابن نجيم:" العرف الذي تُحمل عليه الألفاظ إنما هو المقارن السابق دون المتأخر، ولذا قالوا لا عبرة بالعرف الطارئ"(605).

ويقول القرافي في شرحه على التنقيح:" القاعدة أن من له عرف أو عادة في لفظه إنما يحمل على عرفه.

أما العادات الطارئة بعد النطق فلا يقضي بها على النطق، فإن النطق سالم عن معارضتها على اللغة ونظيره: إذا وقع عقد البيع فإن الثمن يُحمل على العادة الحاضرة في النقد الغالب، وما يطرأ بعد ذلك من العادات في النقود لا عبرة به في هذا البيع المتقدم، وكذلك النذور والإقرار والوصية إذا تأخرت العادة عليها لا تعتبر وإنما يعتبر من العادات ما كان مقارناً لها"(606).

وعلى هذا لو أوقف رجل عقاراً على العلماء وكان المقصود في زمانه من العلماء هم علماء الشريعة الإسلامية، ثم بعد زمن تغير هذا العرف ليشمل لفظ العلماءِ العلماءَ في مجالات أخرى كالرياضيات والطب والفيزياء .. وغيرها، فعندما يُراد توزيع هذا الوقف فالوثيقة المتضمنة للوقف تُفسّر على العرف السائد آنذاك ولا عبرة للعرف الطارئ.

ثانيا: تخصيص العام بالعرف العملي الطارئ:

---

602 الشنقيطي، عبدالله بن إبراهيم العلوي الشنقيطي، *نشر البنود على مراقي السعود*،مطبعة فضالة، المغرب، بدون تاريخ طبع،1 / 258.

603 الزرقا، *المدخل الفقهي العام*، ص، 895.

604 السيوطي، *الأشباه والنظائر*، ص92،.

605 ابن نجيم، *الأشباه والنظائر*، ص، 101.

606 القرافي، *شرح تنقيح الفصول*، ص،211.

لتوضيح وبيان هذا القسم لا بُدّ من التفصيل والبيان فيه على ثلاث حالات وهي كالتالي:

الحالة الأولى: أن يأتي النص الشرعي ثم يتبعه العرف الطارئ أي الحادث المستند إلى تقرير الرسولρ حيث تطرد العادة وتغلب في ترك بعض أفراد ما أمر به أو فعل بعض أفراد ما نُهي عنه، وبلغ ذلك رسول الله ρ فأقرهم على هذا الأمر. فإن هذا النوع من العرف الطارئ هو مخصص للعام، لأن المخصص في هذه الحالة ليس هو العرف بحد ذاته وإنما المخصص للعام هو إقرار الرسولρ أي أن التخصيص في هذه الحالة تمَّ بالسنة التقريرية(607).

وقد ضرب الأصوليون مثالاً افتراضياً لهذه الحالة ألا و هو:" لو نهى رسول الله ρ عن بيع الطعام بالطعام متفاضلاً، وجرت العادة بيع بعضه متفاضلاً،ثم أقرّه النبيρ فهذه العادة تكون مخصصة، والمخصص في الحقيقة هو الإقرار"(608).

الحالة الثانية: أن يأتي النص الشرعي العام، ثم بعد فترة يلحقه عرف عملي ويغلب العمل به ويطرد فعله حتى يصبح إجماعاً عملياً، فهذا النوع من العرف العملي الطارئ هو مخصص للعام الشرعي، والمخصص في هذه الحالة ليس هو العرف الطارئ بذاته وإنما هو الإجماع الذي حصل على ذلك العرف(609).

إذا قلنا هنا في هذه الحالة بأن الإجماع هو المخصص، فينبغي التنبيه إلى أن الإجماع لا يتم بإخراج مسألة ما عن مقتضى نص شرعي عام إلى غيرها إلا بدليل شرعي نصي تطلّب ذلك، وفي هذه الحالة لا يمكن أن يكون العرف الحادث هو المستند للإجماع، بل العرف الحادث الذي أجمع عليه العلماء هو بالتالي نتيجة لنص شرعي وليس العرف بحد ذاته.

وخير مثال على هذه الحالة الاستصناع: وهو الاتفاق بين من يريد صناعة ما مع صانع يصنع له هذه الصناعة بمواصفات وميزات معينة على أن يتحمل الصانع كل المواد اللازمة لهذه الصناعة، فهذا التعامل هو من أنواع بيع ما ليس لدى الإنسان، لأن الصناعة المُراد صنعها غير موجودة في

---

607 البيضاوي، عبدالله بن عمر البيضاوي، *منهاج الوصول إلى علم الصول*، تحقيق مصطفى شيخ مصطفى، ط الأولى، دار الرسالة، دمشق، 2006،ص،58؛ السبكي، علي عبدالكافي السبكي، *الإبهاج شرح المنهاج*، تحقيق شعبان محمد إسماعيل، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، 1981،2 / 194- 195؛ عبدالمجيد سوسة، بحث: التخصيص بالعرف، ص، 38.

608 السيد صالح، *أثر العرف في التشريع الإسلامي*، ص، 360- 361.

609 السبكي، علي عبدالكافي السبكي، *جمع الجوامع مع شرح البناني*، بدون دار نشر أو تاريخ طبع،2/ 32؛ عبدالمجيد سوسة، *بحث التخصيص بالعرف*، ص، 38.

الحاضر إلا بعد العقد. فالاستصناع هنا يندرج تحت نهي الرسولρ الذي قاله لحكيم بن حزام:" لا تبع ماليس عندك"(610). فالحديث هو نص عام في النهي عن البيع لما لا يملكه الإنسان أو البائع، ولكن عرف الناس وعاداتِهم جرى بهذا النوع بين الناس من المعاملات لاحتياج الناس إليه، ونتيجة للتعامل انعقد الإجماع عليه، فهذه الحالة هي من باب تخصيص العام بالإجماع، وليس بالعرف والعادة، ومستند الإجماع هذه هو إقرار الرسول ρ لهذا النوع من المعاملات وهو الاستصناع الذي كان معروفاً قبل مجيء الإسلام.

وعن التخصيص بهاتين الحالتين يقول الرازي– كما نقل عنه الإسنوي–:" اختلفوا في التخصيص بالعادات، والحق: أنها إن كانت موجودة في عصره عليه الصلاة والسلام وعلم بها وأقرها .... فإنها تكون مخصصة، لكن المخصص في الحقيقة هو التقرير وإن لم تكن بهذه الشروط فإنها لا تخصص لأن أفعال الناس لا تكون حجة على الشرع، نعم إن أجمعوا على التخصيص لدليل آخر فلا كلام"(611).

ويقول الشوكاني أيضا:" إن عُلِمَ جريان العادة في زمن النبيρ مع عدم منعه عنها فيخصص بها، والمخصص في الحقيقة هو تقريره ρ، وإن علم عدم جريانه لم يخصص بها إلا أن يجمع على فعلها فيكون تخصيص بالإجماع "(612).

الحالة الثالثة: وهي أن يرد النص الشرعي العام ثم حدث بعده عرف عملي ويخالف النص الشرعي العام في بعض أفراده، ولم يؤيد هذا العرف بتقرير نبوي أو إجماع، فهذا النوع من العرف الطارئ لا يخصص العام وليس له أي تأثير في دلالة العام وذلك باتفاق العلماء، لأن مراد الشارع قد حُدد ثم ظهر وبان هذا العرف، فإذا قلنا جدلاً بأن هذا النوع من العرف يخصص العام فيكون عنده نسخاً للنص وهذا غير مقبول لأنه سيؤدي إلى إبطال الشريعة بالكامل، وإحلال الأعراف بدلاً منها، ومن ثم تكون أعراف الناس وعاداتهم مقدمة وقاضية على نصوص الشرع(613).

---

610 سبق تخريجه في الصفحة 55.

611 الإسنوي،جمال الدين عبدالرحيم الإسنوي الشافعي، *نهاية السول في شرح منهاج الأصول*، عالم الكتب، القاهرة، بدون تاريخ طبع،2 /472.

612 الشوكاني، *إرشاد الفحول*، ص، 143.

613 الشوكاني، *إرشاد الفحول*، ص، 143؛ عبدالمجيد سوسة، *بحث التخصيص بالعرف*، ص،39.

وقد شدد الشوكاني على من يقول بتخصيص العام بهذا النوع من العرف العملي الطارئ الذي لا مستند له من كتاب أو سنة أو إجماع فيقول:"والحق أن تلك العادة إن كانت مشتهرة في زمن النبوة بحيث يُعلم أن اللفظ إذا أُطلق كان المراد ما جرت عليه دون غيره فهي مخصصة، لأن النبي ρ إنما يخاطب الناس بما يفهمون، وهو لا يفهمون إلا ما جرى عليه التعارف بينهم، وإن لم تكن العادة كذلك فلا حكم لها ولا التفات إليها، والعجب ممن يخصص كلام الكتاب والسنة بعادة حادثة بعد انقراض زمن النبوة تواطأ عليها قوم وتعارفوا بها ولم تكن كذلك في العصر الذي تكلم فيه الشارع , فإن هذا من الخطأ البيّن والغلط الفاحش"(614).

نستنتج مما سبق أن العرف الحادث أو الطارئ بعد ورود النص الشرعي إذا لم يكن هذا العرف مستنداً إلى دليل شرعي أو إجماع فإنه لا يخصص النص الشرعي العام، لأن في ذلك نسخ للشريعة بالأعراف والعادات الطارئة، ولو تم ذلك لفُتح الباب على مصراعيه للخروج من الدين، وسيؤدي ذلك إلى انتشار المزيد من العادات والتقاليد السيئة والمحرمة في الأفراح والأتراح وغيرها مما هو من البدع والمعاصي المختلفة .

فالعرف الطارئ لا يخصص النص الشرعي العام عند العلماء، ولكن ابن عابدين عكس ذلك فقال بأن هذا العرف مخصص للعام، وذكر في معرض كلامه عن جملة من الأعراف والعادات التي خُصصت بها العمومات فيقول:" فإن قلنا إن ما قدمته من أن العرف العام يصلح مخصصا للأثر ويُترك به القياس إنما هو فيما إذا كان عاماً منذ عصر الصحابة– رضي الله عنهم– ومن بعدهم بدليل ما قالوا في الاستصناع إن القياس عدم جوازه، ولكن تركنا القياس بالتعامل به من غير نكير من أحد من الصحابة ولا من التابعين ولا من علماء كل عصر، وهذا حُجة يُترك به القياس، قلت: من نظر إلى فروعهم عرف أن المراد به ما هو أعم من ذلك، ألا ترى أنه نهى عن بيع وشرط وقد صرح الفقهاء بأن الشرط المتعارف لا يفسد البيع، كشراء نعل على أن يخرزها البائع، ومنه لو اشترى ثوباً خرقاً أو خفاً خرقاً على أن يرقعه البائع ويخرزه ويسلمه، فإنهم قالوا يصح للعرف, فقد خصصوا الأثر بالعرف"(615).

---

614 الشوكاني، *إرشاد الفحول*، ص 161؛ أبو سنة، *العرف والعادة*، ص،99؛ خليفة بابكر، *التخصيص بالأدلة الاجتهادية*، ط الأولى،،مكتبة وهبة، القاهرة، 1993،ص، 117.

615 ابن عابدين، *نشر العرف*،ص، 124.

وإذا عدنا إلى كتاب ابن عابدين الذي هو بعنوان:" نشر العَرف في بناء بعض الأحكام على العرف" نجد أنه ذكر مجموعة من الأمثلة قبل ذكر هذا النص تتحدث عن تخصيص العام بالعرف، فيوضح ابن عابدين أن التخصيص يكون بالعرف القائم زمن ورود النص، ويكون أيضاً بالعرف الطارئ بعد نزول النص. واستدل على قوله بتخصيص العلماء عن البيع والشرط المنهيان عنهما وأن هذا كان بعد مجيء النص بفترة .

وتعقيباً على قول ابن عابدين بيّنَ الشيخ أبو سنة خطأ ابن عابدين في هذه المسألة، وبأن رأيه هذا إنما هو ناتج عن وهم وقع فيه، حيث وجد بعض المسائل حول التخصيص بالعرف في كتب الحنفية، فظن أنه يمكن تخصيص النص العام بالعرف الطارئ أيضاً(616).

والشيخ أبو سنة بعد نقده لابن عابدين يبين بأن العرف الطارئ: إما أن يكون مستنداً لأصل شرعي كالسنة التقريرية أو الإجماع أو الحاجة أو الضرورة، فهذا النوع من العرف يجوز التخصيص به، والتخصيص في هذه الحالة ليس بالعرف وإنما بمستند العرف، أي الأدلة الشرعية المذكورة. وإما أن لا يكون له مستند شرعي، فهذا النوع لا يؤخذ ولا يُعتدُّ به ولا يجوز التخصيص به للعام، وإلا فهو نسخ للشريعة بالأعراف الطارئة(617).

أما رأي الأستاذ الزرقا(618) فهو قريب من رأي ابن عابدين، وذكر أن العرف الطارئ لا يتم التخصيص به إلا في حالتين هما: الأولى: إذا كان النص الشرعي العام معللاً نفسه بالعرف العملي القائم عند نزوله، ومن ثم تغير هذا العرف، فعندئذ يتغير حكم هذا النص بسبب تبدل وتغير العرف، وهذا الرأي للشيخ الزرقا سبقه إليه الإمام أبو يوسف من علماء الحنفية حيث خالف برأيه جمهور الفقهاء حيث قال بأن اعتماد الكيل والوزن الوارد في الأموال الربوية هو مقياس راجع للعرف، لأن الناس قد تعارفوا ذلك في زمن الرسولρ، فكل من القمح والشعير والتمر والملح هذه الأصناف مقياسها الكيل، أو النقدين الذهب والفضة فمقياسهما الوزن، ولكن هذا الأمر قابل للتغيير إذا تغير العرف، فإذا

616 أبو سنة، *العرف والعادة*، ص،99.

617 أبو سنة، *العرف والعادة*، ص،99.

618 الزرقا، المدخل الفقهي، ص 923.

أصبح فيما بعد القمح يوزن مثلاً بعد أن كان يُكال فالمقياس في ذلك يتغير تبعاً لذلك، لأن مبناه على العرف والعادة وقد تغير (619).

الثانية: أن يكون النص الشرعي العام معللاً بعلةٍ، ثم أتى العرف الحادث ونفى تلك العلة وأبطلها، فإن العرف الحادث في هذه الحالة يكون مخصصاً للنص الشرعي العام، ومثال ذلك: ما ورد عن النبيρ أنه نهى عن بيع وشرط. فظاهر الحديث يدل على النهي عن كل بيع فيه شرط، ولكن السادة الحنفية استثنوا من هذا النهي المشروط الشرط الذي جاء بجوازه الشرع، أو الشرط الذي اعتاده الناس وتعارفوا عليه. واستدل الأحناف بأن علة النهي في منع البيع المشروط هو قطع المنازعات والخلافات بين الناس، ولكن إذا جرى العرف ببعض الشروط وتعارفها الناس فيما بينهم دلّ ذلك على أن هذه الشروط لا تؤدي إلى نزاع ومصادمة، فهي حينئذ لا تكون داخلة تحت حكم المنع الذي جاء به الحديث الشريف.

وإذا تأملنا في هاتين الحالتين نجد أنهما ليستا من باب تخصيص النص الشرعي العام بالعرف الطارئ، وإنما هو شيء آخر. ففي الحالة الأولى يكون الأمر فيها إلى دوران الحكم مع علته في حال الوجود والعدم. أما في الحالة الثانية: فيكون التخصيص فيها بالعلة الموجودة في المسألة لا بالعرف الطارئ، فالبيع المنهي عنه مع الشرط مخصوص ومقيد بعلته، وهي ذلك الشرط الذي يؤدي إلى المنازعة والاختلاف لا مطلق الشرط، ويتضح لنا من هذا الشرط أن العرف الطارئ لا يخصص النص الشرعي العام(620). وبعد هذا التبيان يتضح لنا أن:

ـ العرف اللفظي الحادث لا عبرة به، ولا يتم به التخصيص للنص الشرعي العام أو من نصوص استعمالات الناس فيما بينهم.

ـ أن العرف العملي الحادث لا يتم به التخصيص للنص العام إلا إذا ما حُمِل منه على دليل آخر وهنا لا يُخَصص العام بالعرف وإنما بهذا الدليل الذي حُمِل عليه العرف وبُني عليه.

---

619 ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبدالواحد السيواسي ، *شرح فتح القدير*، ط الأولى،دار الكتب العلمية، بيروت، 2003، 7 / 17 ـ 18.

620 بابكر الحسين، *التخصيص بالأدلة المختلف فيها* ، ص120، ؛ السوسوة، عبدالمجيد السوسوة، *التخصيص بالعرف وأثره في الفقه الإسلامي*، مجلة الشريعة و والقانون، العدد 32، تاريخ النشر 2007، الأردن،ص،42؛ عطا موسى، *تخصيص العموم بالعرف*، ص 141؛ الزرقا، *المدخل الفقهي العام*، 2 / 899ـ 907.

6.4. كيفية الترجيح عند معارضة العرف للنص الشرعي العام

من المعلوم بأن الأعراف والعادات تكون مرجعاً للناس عند عدم وجود نص يَفْصل بينهم، وكذلك يكون في وجود النص الشرعي أيضاً، فتحكيم العرف بين الناس في حال غياب النص أمر واضح لا غموض فيه، يلجأ إليه الناس في حل خلافاتهم وفضّ منازعاتهم وبيان المُراد من ألفاظهم وأقوالهم.

أما تحكيم العرف في وجود النص فيكون دور العرف بعد تحديد النص الشرعي هل هو عام أم مطلق، أو أنه معلل بالعرف أو أن الحاجة اقتضت تحكيم العرف وترك النص، وكلٌّ هذا تقدم بيانه، فدور العرف في توجيه النصوص الشرعية أو تأثيره عليها يكون بتخصيص العموم وبيان المجمل فيها وتقييد المطلق منها، ولا فرق في تلك النصوص سواء أكانت من نصوص الشريعة كالقرآن والسنة، أو من أقوال المجتهدين، قولية كانت هذه النصوص أو عملية وفعلية، فالعرف يبين المجمل ويقيد المطلق من عمومات ألفاظ الشارع من قرآن أو سنة.

وقد نص العلماء على أن العرف يكون قسمين: قسم يُرجّح به القول، وإن كان ضعيفاً، وذلك إذا كان موافقاً له. وقسم يُبنى عليه الحكم، مثال ذلك: الاختلاف في أشياء ومتاع البيت لمن يكون من أحد الزوجين؟ فالعرف هو من يحكم بذلك(621). فالترجيح بمخالفة العرف للنص يكون على أربعة طرق هي:

الطريقة الأولى: العرف القولي للشارع: يُعدُّ العرف القولي للشارع محكماً بالاتفاق، فهو ناسخ للغة كما تقدم القول في هذا عن الإمام القرافي الذي قال:"وعندنا أن العوائد مخصصة للعموم" حيث فسّر القرافي قوله هذا في شرح التنقيح:" بالعوائد القولية" حيث أورد القاعدة التي تقول:" أن من له عرف أو عادة في لفظه إنما يحمل لفظه على عرفه". فاللفظ إذا صدر من الشارع حُمِّل على عرفه، ويتم به تخصيص العموم إذا تطلب العرف تخصيصه، ويحمل اللفظ على المجاز إذا تطلب العرف المجاز وتترك الحقيقة. إذاً الدلالة العرفية مقدمة على الدلالة اللغوية، أيضاً لأن العرف ناسخ للغة، والناسخ يُقدّم على المنسوخ(622).

---

621 القرافي، الفروق، 3/ 149؛الدردير، أحمد بن محمد الدردير، *الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك*،،دار المعارف، القاهرة، بدون تاريخ طبع،496/2؛ عطا موسى، *تخصيص العموم بالعرف*،ص،142.

622 القرافي، *شرح تنقيح الفصول*، ص، 211.

والعادات والأعراف القولية تؤثر في الألفاظ الشرعية من ناحية تخصيصها أو تقييدها أو إحالتها إلى المجاز وغيرها. فقولهρ " لا صلاة إلا بطهور "(623). فلفظ الصلاة في الحديث الشريف مشترك بين معنيين هما الأركان المخصوصة من قيام وركوع وسجود في الصلاة المعروفة، أو الدعاء بالخير والإحسان, ولكن عرف الشارع بيّن وأكد أن الصلاة المعروفة بالقيام والركوع والسجود هي المقصودة والمراد بها لأنها هي التي تحتاج للطهارة .

أما لفظ الصلاة أي الدعاء بالخير فلا يحتاج إلى طهور، وكذلك الطهارة لفظ مشترك بين الطهارة أي النظافة المخصصة لعبادة الصلاة من غسل الوجه واليدين... وبين مطلق النظافة، ولكن عرف الشارع بيّن أن المراد من لفظ الطهارة هو النظافة المخصوصة، لأنها هي التي تشترط لصحة أداء عبادة الصلاة، أما مطلق النظافة والطهارة فليست بشرط في صحة الصلاة بالاتفاق(624).

ومثال تقييد العرف للنص المطلق قوله ρ:" من حلف واستثنى عاد كمن لا يحلف" (625). فقد حمَل العلماء اليمين بالله وحده وليس بسواه، وقالوا بأن الأيمان ثم الاستثناء فيها لا يندفع إلا بالحلف بالله دون غيرها من الأيمان، فعرف الشارع القولي أخذ لفظ الحلف من المعنى اللغوي له، وهو أي الحلف بالله مطلق اليمين بالله إلى الحقيقة العرفية منها، فعندما يُطلق لفظ الحلف أو القسم في كلام الشارع فالمقصود المتبادر للذهن أولاً هو الحلف بالله– تعالى–(626). وقال ابن فرحون عن حديث من حلف واستثنى:" إن الحلف بالطلاق والعتاق جعله الشرع من أيمان الفُسّاق، فلا ينصرف إلا إلى اليمين بالله خاصة"(627).

الطريقة الثانية: العرف العملي للشارع ينقسم إلى قسمين:

أ. ما تقرر من العرف العملي قبل ورود النص الشرعي العام أو النص المطلق أو المجمل، وهذا النوع لم يستمر بعد نزول النص فلا يحكم في هذا النوع على الراجح.

---

623 مسلم، الطهارة،2، برقم، 224؛ الترمذي، الطهارة،1، برقم 1.

624 القرافي، *شرح تنقيح الفصول*، ص، 211.

625 الترمذي،، *الأيمان*،38،برقم،1531.

626ا لولاتي، محمد يحيى بن محمد المختار بن الطالب عبدالله الولاتي، *حسام العدل والإنصاف القاطع لكل مبتدع باتباع الأعراف*، تحقيق عبدالرحمن محمد بلحاج علي، نُشر في جريدة الشعب وجريدة الصحيفة وجريدة الأخبار بنواكشوط، موريتانيا، 2007، ص، 59 ـ 60.

627 ابن فرحون، *تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام*، 72/2.

ب . ما تقرر من العرف بعد ورود النص وذلك بترك بعض ما أمر به الشارع، أو فعل بعض ما نهى عنه الشارع، أو أنه حوى بعض تفصيلات المجمل، أو تقييد المطلق، وهذا الحال اطّلع عليه الرسول ρ وأقرّه، أو أن هذا الأمر أقرّه المجتهدون من الصحابة– رضي الله عنهم–، أو من جاء بعدهم من التابعين، فهذا النوع هو مخصص للعام ومقيد للمطلق ومبيّن للمجمل. وهذا الكلام ينطبق على أعراف الناس أيضاً وهو بدوره ينقسم إلى قسمين قولي وعملي: فالعرف القولي: يقصد به أن يغلب على الناس استعمالهم للفظ في غير معناه اللغوي، حيث يصير يتبادر للذهن المعنى المتعارف للفظ عند إطلاقه وهو على نوعين: خاص وعام. مثال العام: لفظ الدابة حيث تعني في اللغة كل ما يدبُّ على الأرض من حيوان، ثم نقل هذا اللفظ واستعمل لذوات الأربع أرجل. والخاص أيضاً لفظ الدابة التي يقصد بها كل ذي أربع أرجل إلى الحمار فقط في بعض البلدان، فالمتبادر إلى الذهن هو المقصود والمعنيُّ به(628).

أما العرف العملي: فقد تقدم أنه غلبة معنى من المعاني على كل البلاد أو بعضها، مثاله تقسيم المهر إلى مؤجل ومعجل بين الناس، وترك الإيصاء من قبل الأولياء وتقديم القضاء على اليتامى، وانتشار العرف والعادة بأن يكون الكبار قوّامين على الصغار في الولاية. وقد جعل الشرع من العرف القولي حاكماً في ألفاظ الناس وتعبيراتهم لا سيما في الأيمان والمعاملات والعقود والإقرار والشهادات والدعاوى حيث يخصص العرف القولي هذا عموماً، ويقيد إطلاقها كما يبيّن المجمل منها. وهذا الكلام ينطبق على العرف العملي أيضاً، حيث جعل الشرع له التحكيم في مسائل عديدة، منها معرفة أسباب الأحكام المأخوذة من العقوبات الإضافية وكذلك التقادير الشرعية التي يُرجع إلى العرف في بيانها وتقديرها، مثاله: نفقات الزوجة والأقارب وما يحتاجون إليه من كسوة، وتقدير الحيض أقله وأكثره، والمقصود بالنقد في المعاملات والتعاملات المالية والعقود بين الناس،وما يُعدُّأو لا يُعدُّ في المبيعات، وما يكون فيه عادة التأجيل أو التقديم وغير ذلك (629).

وأما كيفية تحكيم هذا العرف: ففي العرف القولي تخصيصه ليمين شخص حلف أن لا يركب دابة من ذوات الأربع، فهو لا يحنث إن ركب غيرها مما يدُبُّ على الأرض من الحيوانات، أو تخصيص

---

628 الولاتي، *حسام العدل والإنصاف القاطع لكل مبتدع باتباع الأعراف*،ص 4؛ عطا موسى، *تخصيص العموم بالعرف*، ص،145؛ الطوفي، *شرح مختصر الروضة*،،1 / 486.

629 يحيى الولاتي، *حسام العدل والإنصاف*،ص 4؛ عطا موسى، *تخصيص العموم بالعرف*، ص146.

هذا العرف القولي لعرف أهل بلدةٍ معروف عندهم الدابة بالحمار. إذا عرف الناس القولي يحكم في ألفاظهم وتعبيراتهم في الأيمان والمعاملات، أما عرفهم العملي فيحكم به في أمور معلومة لدى العلماء.

أما إذا صادمت هذه الأعراف ألفاظ الشرع ونصوصه وتقريراته فلا يُحكم بها، لأن ألفاظ الشارع وتقريراته حق وصواب، وهي تهدي الناس إلى جادة الصواب وطريق الحق، وإلى سبل النجاة حيث مبناها جلبُ المصالح ودرء المفاسد عن الناس، وذلك بخلاف أعراف الناس وعاداتهم حيث إن الكثير منها باطل ومبني على الضلال وهوى النفس وتُرّهات الشيطان، ولا يُقام للباطل سلطان ولا يحكم فيه، قال الله تعالى:[وَلَوِ اتَّبَعَ الْحَقُّ أَهْوَاءَهُمْ لَفَسَدَتِ السَّمَاوَاتُ وَالْأَرْضُ وَمَنْ فِيهِنَّ](630).

الطريقة الثالثة: نوعية النصوص التي يؤثر فيها العرف: العرف له قوة وتأثير على النصوص الشرعية والتأثير عليها، ولكن علينا أن نلاحظ أن العرف لا يؤثر إلا على النصوص الظنية دون القطعية؛ لأن القطعية ليس بإمكان العرف التأثير على النصوص الشرعية القطعية، فمثلا: ليس بإمكان العرف أن يخصصها، لأن التخصيص هو فرع التعارض، والتعارض يستدعي التساوي، والعرف في أي صورة كان لا يرتفع إلى درجة ومستوى النصوص القطعية حتى يعارضها ومن ثم يخصصها.

فالعرف ليس له سلطان على معارضة النصوص القطعية التي جاءت بأحكام ثابتة وغير قابلة للتغيير بتغير الأزمنة والأمكنة، كالنصوص المتعلقة بالربا، والميراث، والخمر، والقصاص، والحدود وغيرها. أما النصوص الشرعية التي جاءت بأحكام تحتمل مصالحَ تحتمل التبديل والتغيير، أو أنها أخذت بعين الاعتبار العرف القائم زمن ورودها، فإن هذا العرف له أن يعارضها.

ومن خلال استقراء النصوص الشرعية التي قيل عنها أنها خُصصت بالعرف تجدها نصوصاً ظنية في دلالتها، أو أنها أحاديث ثبتت بطريق الظن، ولم تثبت بطريق القطع. وظنية دلالتها كونها تحتمل أكثر من معنى فلا يُعتبر العرف الذي خالف إجماعاً صحيحاً يفيد حكماً قطعياً، أما إذا اختلف العرف مع القياس وتعارض معه فإنه– أي العرف– يُقدم عليه، لأن المصلحة المحققة بالعرف والثابتة به تقدم على المصلحة المحتملة بالقياس لأنها لا تفيد إلا الظن(631).

ولكن هناك من يقول بأن الإمام مالكًا قال بتخصيص العرف للنص القطعي، بيد أن هذا الأمر مشروط بأن يكون النص هذا ظني الدلالة، واستدلوا بآية الإرضاع بأن الوالدات يرضعن أولادهن قد

---

630 المؤمنون، 23/ 71.

631 شلبي،*أصول الفقه الإسلامي*،ص، 335- 337.

خصصها الإمام مالك بالعرف، هذه الآية قطعية الثبوت ولكنها ظنية الدلالة، فهي تحتمل معنيين اثنين كما يقول في ذلك ابن العربي في أحكام القرآن حيث يقول: " يقول القرطبي في تفسيره: واختلف الناس في الرضاع هل هو حق للأم أم هو حق محتمل عليها ؟ واللفظ محتمل، لأنه لو أراد التصريح بكونه عليها لقال:وعلى الوالدات إرضاع أولادهن كما قال الله تعالى: [وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ](632). ولكن هو عليها في حال الزوجية وهو عرف ملزم إلا أن تكون شريفة ذات ترّفه فعرفها ألا ترضع وكذلك كالشرط(633).

الطريقة الرابعة: وهي تعارض العرف مع اللغة: فيما سبق بيّنا اختلاف الأصوليين عندما يتعارض العرف مع اللغة، حيث إن بعض العلماء ذهب إلى ترجيح الحقيقة اللغوية حسبما وضعت له لغةً، وذهب آخرون إلى تقديم العرف على الحقيقة اللغوية لأن العرف له سلطان على كثير من التصرفات وخصوصاً في هذا المجال أي موضوع الأيمان، حيث اشتهر عند العلماء أن الأيمان أساسها العرف، وأجمعوا أن النية في الأيمان لها تأثير كبير في المراد من الأيمان و صرف اللفظ عن ظاهره.

ولكن الجمهور قالوا بتقديم العرف على اللغة، لأن الناس يخالفون اللفظ الأصلي بسبب اعتيادهم شيئاً ما، فالذي جرى بينهم وتعارفوه يُعتبر ناسخاً للغة، وهذا الرأي صرّح به القرافي في الأحكام حيث قال:" ينبغي أن يُعلم أن معنى العادة في اللفظ أن ينقل إطلاق لفظ واستعماله في معنى العادة في اللفظ وهو الحقيقة العرفية، وهو المجاز الراجح في الأغلب، وهو معنى قول الفقهاء:" إن العرف يُقدم على اللغة عند التعارض"(634).

ويضيف قائلاً:" ينبغي أن يدور لفظ الفتيا فيها مع اشتهارها في العرف وجوداً وعدماً، ففي أي شيء اشتهرت حملت عليها بغير نية، وما لم تُشتهر لم تُحمل عليها إلا بالنية"(635).

هذا وقد أطال القرافي الكلام في خصوص هذا الموضوع في كتابه الفروق، حيث ورد عنه:"إذا ظهر لك أن العرف كما ينقل أهله اللفظ المفرد فينقلون المركب أيضاً، فمثل هذا النقل العرفي يقدم على موضوع اللغة، لأنه ناسخ للغة، والناسخ يقدم على المنسوخ، فهذا معنى قولنا أن الحقائق العرفية مقدمة

---

632 البقرة، 2/ 233.

633 ابن عربي، *أحكام القرآن*،375/1؛ القرطبي،*الجامع لأحكام القرآن*،3 / 161.

634 القرافي، *الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام*، ص، 75. 85.

635 القرافي، *الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام*، ص، 77؛ ابن فرحون، *تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام*، 2/ 68 وما بعدها.

على الحقائق اللغوية"(636). ومثال ما رجح به القرافي الحقيقة العرفية على اللغوية قولهρ " لا يقبل الله صلاة بغير طهور"(637).

فإذا قلنا بتقديم الحقيقة اللغوية وجب أن نقول هو الدعاء، أي أن الله لا يتقبل دعاءً بغير طهارة وهذا القول لم يقل به أحد، إذا يُحمل لفظ الصلاة في الحديث على الحقيقة العرفية وهي الصلاة، أي العبادة المعروفة والمخصوصة فيستقيم الأمر بذلك. وبهذا المعنى عبّر الإمام الشاطبي حيث قال:" لا بُدّ في فهم الشريعة من اتباع معهود الأميين وهم العرب الذين نزل القرآن بلسانهم، فإن كان للعرب في لسانهم عرف مستمر فلا يصح العدول عنه في فهم الشريعة، وإن لم يكن ثمة عرف فلا يصح أن يجري في فهمها على ما لا تعرفه، وهذا جار في المعاني والألفاظ والأساليب"(638).

ونبّه الإمام السيوطي إلى أن الخلاف الموجود في تقديم العرف أو اللغة إنما هو في لغة العرب، أما العجمي فإن عرفه يعتبر قطعاً إذ لا يوجد وضع يحمل عليه(639). في حين ذهب البغوي إلى تقديم العرف على اللغة، أو تقديم الدلالة العرفية على عرف اللغة، وذلك لأن العرف يحكم بين الناس في تصرفاتهم الدنيوية من بيع وشراء ونفقات وغيرها من المعاملات وخصوصاً في الأيمان والنذور(640). فلو قال شخص عن زوجته بأنها أخته وهو ينوي أنها أخته في الإسلام، لم تحرم بذلك ولم يكن مظاهراً وذلك لجريان اللفظ على لسانه دون إجبار وإنما اختياراً، ولكن إذا بدى قصده وظهر بخلاف معناه اعتبر قصده(641). كذلك إذا قال شخص لزوجته أنت حرام، أو وهبتك لأهلك، يلزمه الطلاق إن كانت مدخول بها، ولا تنفعه البينة أنه أراد وقصد أقل من ثلاث طلقات، وهذا بسبب تعارف الناس على أن هذا اللفظ إنما يقصد به إزالة العصمة بين الزوجين، وهو مشهور بالعدد الذي هو ثلاث(642).

---

636 القرافي، *الفروق*، 172/1.

637 ابن ماجة،الطهارة،1، برقم 273.

638 الشاطبي، *الموافقات*، 131/2.

639 السيوطي، *الأشباه والنظائر*، ص، 66.

640 القرافي، *الفروق*، 172/1؛ السيوطي، *الأشباه والنظائر*، ص، 66.

641 القرافي، الفروق، 172/1.

642 السيوطي، الأشباه والنظائر، ص،104؛ القرافي، *الفروق*، 287/3؛السيد صالح، *أثر العرف في التشريع الإسلامي*، ص، 75.

5. أثر تخصيص النص الشرعي العام بالعرف في الفروع الفقهية

1.5. توطئة:

إن موضوع التخصيص بالعرف ذو أهمية بالغة وكبيرة، لا تنقضي هذه الأهمية بل ستستمر إلى يوم القيامة، وبيان ذلك: أن الشريعة الإسلامية دائمة ومستمرة أبداً إلى قيام الساعة، وهي- الشريعة الإسلامية- مبنية على قواعد وأسس قابلة للتعامل والتكيف مع الأمكنة المختلفة والأزمنة المتعاقبة، وقد انحصرت النصوص الشرعية بانقضاء نزول القرآن الكريم وانتهاء عصر النبوة، إلا أن الوقائع المتجددة والنوازل الجديدة مع تشابهها حيث تبرز أهمية تلك النصوص وما يتعلق بها، وأهمية التأصيل الوارد في موضوع ما, وارتباط ذلك بما يكون من تطبيقه في حياتهم المعاصرة. ويتمثل تخصيص النص الشرعي العام بالعرف في الفقه الإسلامي في صور متعددة، وحالات كثيرة عند الفريق الذي أجاز التخصيص بالعرف- والنظر هنا- في هذا المبحث يتعلق بعدة أبواب هي في العبادات والأحوال الشخصية والمعاملات والجنايات.

1.1.5. المثال الأول:تخصيص قوله تعالى (والوالدات يرضعن أولادهن) بالعرف العملي :

قال الله تعالى في سورة البقرة: [وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ۖ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ ۚ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ..](643).

هذه الآية خصصها الإمام مالك- رحمه الله تعالى- بالعرف، حيث خصص لفظ " الوالدات " الذي هو لفظ عام في هذا النص ويتناول جميع الوالدات بوجوب الإرضاع لأولادهن بالعرف، فأخرج الإمام مالك-رحمه الله تعالى- المرأة الحسيبة ومن هي ذات الشرف، والمكانة والقدر التي ليست من عادة مثيلاتها إرضاع أولادهن، وذلك إن كان الولد يقبل ثدي غيرها وذلك للمصلحة العرفية(644).

واستند الإمام مالك في تخصيصه لهذه الآية بالعرف الدارج آنذاك قبل الإسلام، والذي استمر بعد مجيء الإسلام، في أن العرب كانوا يرضعون أولادهم من غير الأم، وكانوا يحضنون ويربون أولادهم عند مرضعات وحاضنات غير أمهاتهم أو جداتهم.

---

643 البقرة، 233/2.

644 الدريني، *المناهج الأصولية*،ص 454؛ السوسوة، عبدالمجيد السوسوة، *التخصيص بالعرف وأثره في الفقه الإسلامي*، مجلة الشريعة و والقانون، العدد 32، تاريخ النشر 2007، الأردن، ص، 395.

وكان هذا الأمر أكثر جلياً عند الشريفات ذوات القدر والمكانة والمنزلة الرفيعة، وذلك لتحافظ هذه المرأة على نضارتها وجمالها، أو حتى لا تُعاب في خدمة ولدها. وكما هو معلوم بأن الرسول– صلى الله عليه وسلم– أرسلته أمه إلى بني سعد عند حليمة السعدية للرضاعة(645).

فلفظ " الوالدات " وهو لفظ عام أصبح قاصراً على الأم غير الحسيبة، أما الحسيبة وذات القدر والمنزلة فإنها لا ترضع وليدها بنفسها، إذا كان ولدها يقبل ثدي غيرها من النساء، بل على الزوج أن يأتي بمن يرضع لها ولدها(646).

وقد أثبت نسبة هذا الكلام إلى الإمام مالك– رحمه الله تعالى– ابن العربي في تفسيره حيث قال:" ولمالك في الشريفة رأي خصص به الآية، فقال إنها لا ترضع إذا كانت شريفة، وهذا من باب المصلحة التي مهدناها في أصول الفقه"(647).

وذكر ابن القاسم في المدونة في تأكيد هذا القول للإمام مالك وصحة نسبته إليه فقال:" وسألت مالكاً عن المرأة ذات الزوج أيلزمها إرضاع ابنها ؟ قال: نعم، يلزمها إرضاع ابنها على ما أحبت أو كرهت إلا أن تكون لا تكلف ذلك، فقلت لمالك" ومن التي لا تكلف ذلك؟ قال:" المرأة ذات الشرف واليسارِ الكثير التي ليست مثلها تُرضع وتُعالج الصبيان، فأرى ذلك على أبيه وإن كان لها لبن"(648).

وبهذا نرى بأن الإمام مالكًا– رحمه الله– قد اتخذ من العرف العملي– الذي كان سائداً في المدينة المنورة خاصة وعند العرب عموماً– قرينة على قصر عموم النص القرآني وشموله" الوالدات" على ما سوى ما هو متعارف عليه عملياً.

وحصل خلاف في آية" والوالدات يرضعن.." هل الإرضاع هو حق للأم أو حق عليها. يقول القرطبي في تفسيره:" واختلف الناس في الرضاع هل هو حق للأم أو حق عليها واللفظ محتمل.... ثم قال: ولكن هو عليها في حال الزوجية وهو عرف ملزم إذ قد صار كالشرط إلا أن تكون شريفة ذات

---

645 ابن هشام، محمد بن عبدالملك بن هشام بن أيوب الحميري، *تهذيب سيرة ابن هشام*، ط14، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1985، 37/1.

646 ابن عربي، *أحكام القرآن*، 204/1؛ القرافي، *الفروق*، 187/1؛ محمد أديب صالح، *تفسير النصوص*، ط4،الالمكتب الإسلامي، بيروت، 1993، 90/2؛ الزحيلي، أصول الفقه، 257/1.

647 ابن عربي، *أحكام القرآن*، 204/1.

648 مالك، مالك بن أنس، *المدونة الكبرى*، اصدار وزارة الشؤون الإسلامية،مطبعة السعادة، السعودية، 1324هـ، 98/5.

ترفّه، فعرفها ألا ترضع وذلك كالشرط . فقوله تعالى" والوالدات يرضعن" يحتمل أن يكون الإرضاع حقاً على الأم، ويحتمل أيضاً أن يكون حقا لها"(649).

وهذا الاختلاف في فهم الآية جعل المالكية يحملون النص القرآني على معنى حقٌ عليهن أي أن الإرضاع واجب على الأم، ولكنهم خصصوا هذا الوجوب بالعرف المنتشر آنذاك فاستثنوا المرأة الحسيبة ذات الشرف واليسار التي عادةً لا يُرضع مثلها ولدها، فليس من الواجب عليها إرضاع ولدها، وإنما يجب على والد الولد أن يستأجر مُرضعة لولده(650).

وقد أورد ابن العربي توضيحاً وبياناً لهذه المسألة في اختلاف الناس في معنى الآية ورجّح أنها للوجوب فقال:"اختلف الناس هل هو حق لها أم عليها؟ واللفظ محتمل، لأنه لو أراد التصريح بوجوبه عليها لقال:" وعلى الوالدات إرضاع أولادهن حولين كاملين" كما قال الله تعالى:" وعلى المولود له رزقهن"، ثم رجح ابن عربي الوجوب في رحالات معينة فقال:" لكن هو حق عليها في حال الزوجية وهو عليها إن لم يقبل غيرها، وهو عليها إذا عَدِم الأب لاختصاصها به"(651).

ويقول القرطبي عن تخصيص الإمام مالك لهذه الآية بالعرف:" وهذا أصل لم يتفطّن له إلا مالك، والأصل البديع فيه أن هذا الأمر كان في الجاهلية في ذوي الحسب، وجاء الإسلام فلم يغيره، وتحادى ذوو الثروة والأحساب على تفريغ الأمهات للمتعة، بدفع الرضعاء للمراضع إلى زمانه فقال به، وإلى زماننا فتحققناه شرعاً "(652).

غير أن باقي العلماء ذهبوا إلى حمل الآية على معنى أن الإرضاع حق للأم، وهم لا يرون في الآية دلالة على وجوب الرضاعة على الأم، وعندهم أن هذه المسألة ليست من باب التخصيص بالعرف، لأن التخصيص بالعرف في هذه الآية لا يكون إلا إذا كانت الرضاعة حقاً واجباً على الأمهات– دون التفريق بين المرأة الشريفة أو الحسيبة أو غيرها– وليس في هذه الآية دلالة على الوجوب.

---

649 القرطبي، *الجامع لأحكام القرآن*، 161/3.

650 البغدادي، عبدالوهاب البغدادي، *المعونة*، تحقيق خميس عبدالحق، المكتبة التجارية، مكة، بدون تاريخ طبع، 935/2.

651 ابن العربي،*أحكام القرآن*، 204/1.

652 القرطبي، *الجامع لأحكام القرآن*، 75/3.

وفي هذا الصدد يقول الإمام أبو جعفر الطبري في معرض كلامه حول تفسير قوله- تعالى-" والوالدات يرضعن.." فيقول:" يعني بذلك أنهن أحق برضاعهم من غيرهم، وليس ذلك بإيجاب من الله- تعالى- ذكره عليهن رضاعهم إذا كان المولود له حياً موسراً، لأن الله- تعالى- قال في سورة النساء:" وإن تعاسرتم فسترضع له أخرى" فأخبر جل ذكره أن الوالدة والمولود له إن تعاسروا في الأجرة التي ترضع بها المرأة ولدها، أنّ أُخرى سواها سترضعه فلم يوجب عليها فرضاً رضاع ولدها، فكان معلوماً بذلك أن في قوله- تعالى-:" والوالدات يرضعن.." دلالة على مبلغ غاية الرضاع متى اختلف الوالدان في رضاع المولود، بعده جعل حداً يفصل بينهما لا دلالة على أن فرضاً على الوالدات رضاع أولادهن"(653).

ويقول الشيخ فتحي الدريني معلقاً على موقف الإمام مالك:" ونحن نرى أن هذا العرف يستند إلى مصلحة، لعلها المحافظة على النضرة والجمال، أو دفع أذى التعيير بخدمة الولد، وأيا ما كان فإنها مصلحة" كمالية" لا ترقى إلى مستوى الرضيع" الضرورية"؛ لأن رضاعه من أمه يكسبه صحة بدنية ونفسية معاً، بل قد تتوقف عليه حياته في تلك الظروف، ومن المقرر عقلاً وشرعاً أنه إذا تعارضت مصلحتان: إحداهما ضرورية والأخرى كمالية، قُدّمت الأقوى بداهة"(654).

والذي يبدو لي- والله أعلم- أن الإمام مالك مُحق في تخصيصه لهذه الآية بالعرف العملي الذي كان سائداً آنذاك بين العرب، وهي لفتةٌ جميلة, وأصل بديع تنبّه إليه الإمام مالك- رحمه الله تعالى-.

2.1.5. المثال الثاني :عقد الاستصناع

مرّ معنا في مبحث العرف أن العرف الباطل الذي لا يجوز العمل به، هو الذي يكون مخالفاً للنص الشرعي من كل وجه، أما إذا كان العرف مخالفاً للنص الشرعي في بعض الوجوه مثاله إذا كان النص الشرعي عاماً والعرف المخالف له خاصاً، ففي هذه الحالة يُعمل بالنص والعرف معاً، بحيث يكون العرف مخصصاً للنص العام هذا لا مبطلاً له، ومثال هذه الحالة" ما رواه حكيم بن حزام قال:

653 الطبري، محمد بن جرير بن يزيد بن كثير أبو جعفر ، *تفسير الطبري*،تحقيق محمود شاكر، ط2،مكتبة ابن تيمية،القاهرة،بدون تاريخ طبع، 31/5.

654 الدريني، *المناهج الأصولية*، ص، 454.

قلت يا رسول الله يأتي الرجل فيسألني عن البيع ليس عندي ما أبيعه له، ثم أبتاعه من السوق، فقال- صلى الله عليه وسلم-:" لا تبع ما ليس عندك"(655).

هذا النص عام في النهي عن بيع ما ليس موجوداً لدى الإنسان، ومع ذلك أجاز الفقهاء التعامل بالاستصناع وجوازه، وذلك بسبب تعامل الناس بهذا البيع من عهد الصحابة وبعدهم دون أن ينكر أحد على الناس هذا البيع، مع أن هذا النص يشمل في نهيه الاستصناع ويصدق عليه أيضاً، لأنه بيع ما ليس عند الإنسان.

فالفقهاء هنا لم يبطلوا النص ويقضوا عليه، بل عملوا بالنص والعرف الذي يخالفه في جزء منه معاً، فعملوا بالاستصناع وبالنص أيضاً فيما عدا الاستصناع، ولم يتركوا النص كلياً أو يلغوه من أجل العرف(656). بل بقي للنص حكمه في النهي ولكن فيما عدا عقد الاستصناع. فالعرف هنا لم يُلغ النص ولكنه خصصه في هذا الموضوع بالتحديد، وبقي الحكم في النهي لكل بيع معدوم سواه.

يقول الشيخ عبدالرحمن الصابوني في كتابه أصول الفقه:" ولكن ينبغي ملاحظة أن مثال الاستصناع الذي ساقه العلماء لبيان جواز تخصيص النص العام بالعرف قد اكتمل فيه أمران: الأول: أن الاستصناع كان سارياً في عهد الرسول- صلى الله عليه وسلم- وبعده ولم ينكر العمل به، فكان سنة تقريرية وإجماعاً على جوازه، والثاني: أن جريان العمل بالاستصناع كان عرفاً قائماً عند ورود النص العام ولم يأت بعده وبالتالي فالنص العام قد خُصص بعرف قائم عند مجيئه ولم يكن طارئا"(657).

فالاستصناع لغة: مصدر من استصنع الشيء، أي طلب صنعه، فيقال اصطنع فلان باباً: أي طلب من رجل أن يصنع له باباً. أو طلب من آخر أن يصنع له حذاءً (658).

أما الاستصناع اصطلاحاً: فقد عرّفه بعض الحنفية بقولهم: عقدٌ على مبيع في الذمة شُرط فيه العمل(659).

---

655 الترمذي، البيوع، 1232؛ وعلّق الترمذي على الحديث بأنه حديث حسن؛ وقال عنه الشوكاني بأنه حديث صحيح، الشوكاني، محمد علي الشوكاني، *نيل الأوطار*، تحقيق محمد صبحي بن حلاّق، ط الأولى، دار ابن الجوزي، الرياض، 1427هـ،10/ 53.

656 السيد صالح، *أثر العرف*، ص211،؛ ابن عابدين، *نَشر العرف*، ص129،؛ سوسوة، *التخصيص بالعرف*،ص371،.

657 الصابوني، عبدالرحمن الصابوني، *أصول الفقه*، ط2، دار الفكر،دمشق، 1966، ص444.

658 ابن منظور، *لسان العرب*، 231/8،مادة: صنع؛ الرازي، *مختار الصحاح*، باب الصاد، مادة صنع.

659 الكاساني، بدائع الصنائع،2/5؛ البغا، أثر الأدلة المختلف فيها، ص،307.

وصورة الاستصناع أن يقول شخص لآخر من اهل الصنعة" نجار، حدّاد، خيّاط،.." اصنع لي الشيء الفلاني" باب، شباك، قميص.." بكذا من الدراهم مع بيان صفة الشيء ومقداره وغيرها من المواصفات، ثم قَبل الصانع بذلك، فالصانع يبيع ما يصنعه موصوفا في الذمة، ولكن يقبض ثمنه حالا، فهذا الأمر ينعقد استصناعا عند الحنفية(660).

فالاستصناع هو من نوع العرف العام، ويكون العمل به من قبيل تخصيص النص العام بالعرف. وقد ورد الحديث النبوي بالنهي عن بيع الإنسان ما ليس عنده في وقت كان التعامل بالاستصناع مما يحتاجه الناس، فصار العمل به عادة وعرفاً، فيُعمل هذا في عمومه ويخصص منه التعامل بالاستصناع(661). فالاستصناع مشروعٌ لسدّ احتياجات الناس ومتطلباتهم، لا سيما في ظل التطور الصناعي والحياتي للناس.

وهناك خلاف في صحة هذا العقد بين الفقهاء: فالحنفية أجازوا عقد الاستصناع باعتباره عقداً مستقلاً على سبيل الاستحسان.

واستدلوا: بأن الاستصناع هو تخصيص العرف الذي جرى التعامل به واعتاده الناس في تعاملاتهم، واعتبروا القول بالاستصناع نوعاً من الاستحسان الذي ثبت بالإجماع العملي(662).

وقال السمرقندي:" ثم تفسير الاستصناع: هو عقد على مبيع في الذمة وشرط عمله على الصانع، والقياس: أن لا يجوز، وفي الاستحسان: جائز لتعامل الناس، فلا جرم اختص جوازه بما فيه تعامل، كما في الخف، والقلنسوة، والأواني ونحوها بعد بيان القدر والصفة والنوع"(663).

ويشترط الحنفية في العرف المجيز للاستصناع: أن يكون عرفاً عاماً، وبالتالي يكون هذا العرف مخصصاً للنص الشرعي، واشترطوا في عقد الاستصناع أن يكون خالياً من الأجل أو المدة، فإذا ذُكر الأجل تحول إلى السّلم، ومن ثم يشترط فيه شرائط السّلم.

---

660 السرخي، *المبسوط*، 138/12؛ ابن الهمام*فتح القدير*،354/5.

661 ابـن عابـدين، *نَشـر العـرف*، ص،116؛ أبوسـنة، *العـرف والعـادة*،ص64؛ البغـا، *أثـر الأدلـة المختلـف فيهـا*، ص310/308؛ الزرقا، *المدخل الفهي العام*، 896،897/2؛ السدلان، *القواعد الفقهية الكبرى*، ص371،.

662 السرخسي، *المبسوط*،138/12؛ الكاساني، *بدائع الصنائع*،2/5؛ ابن الهمام، *فتح القدير*، 354/5؛ عطا موسى، *تخصيص العموم بالعرف*، ص،178.

663 السمرقندي، علاء الدين السمرقندي، *تحفة الفقهاء*، ط الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 2،363/1984.

وخالف محمد وأبو يوسف من أصحاب أبي حنيفة هذا الشرط وقالا: بأن الأجل ليس بشرط لأن عادة الناس مستمرة بتحديد الأجل في عقد الاستصناع(664).

والذي يظهر للباحث أن قول صاحبي أبي حنيفة هو الصواب، لأنه يتمشى مع ظروف حياة الناس ومعاملاتهم العملية، كما أنه ليس فيه تشديد على الناس بل فيه من التيسير عليهم، فهو أولى بالأخذ والعمل به، والله أعلم.

أما الشافعية والمالكية(665).: فعقد الاستصناع عندهم مُلحق ببيع السَّلَم، ويعامل معاملة السَّلَم في أحكامه وتعريفه وبيانه، والصحيح عندهم عدم صحة هذا العقد عندهم، بيد أنهم عملياً يوافقون الحنفية في عقد الاستصناع وإن خالفوهم في المسلك وبعض الشروط، فعند المالكية يجوز عندهم أن يستصنع الرجل السيف أو السرج وغير ذلك، ويشترط فيه ما يشترط في السلم.

يقول الدسوقي في حاشيته على الشرح الكبير:" أنه يجوز الشراء من الحداد والنجار والحبّاك وهو سلم يشترط فيه ما يشترط في السّلم من تعجيل رأس المال، وضرب الأجل، وعدم تعيين العامل والمعمول منه، وكذلك استصناع السيف والسرج سلم، كأن تقول لإنسان: اصنع لي سيفاً أو سرجاً صفته كذا بدينار، فلا بُدّ من تعجيل رأس المال وضرب الأجل، وأن لا يعينالعامل ولا المعمول منه"(666).

ويوضح الشافعي الأمر بأنه يصح عنده ما ينضبط به المقصود منه بالوصف، سواءً أكان حالاً أم مؤجلاً، وإنما يشترط فيه تسليم رأس المال في المجلس لأنه سلم(667).

أما الحنابلة: فيصح عقد الاستصناع عندهم إذا كان بلفظ البيع، ويُفهم من كلامهم: أن الاستصناع هو بيع سلعة غير موجودة ولكن على غير وجه السّلم، ويطبق على هذا شروط البيع بالصنعة(668). قال ابن قدامة في تعريف السّلم:" وهو أن يسلم عوضاً حاضراً في عوض موصوف

---

664 الكاساني، *بدائع الصنائع*، 3/5؛ السرخسي، *المبسوط*، 139/12؛ ابن عابدين، *رد المحتار على الدر المختار*، 223/4.

665 الشيرازي، المهذب، 1، 392.

666 الدسوقي، *حاشية الدسوقي على الشرح الكبير*، 217/3.

667 الشافعي، *الأم*، 85/2؛ السيوطي، *الأشباه والنظائر*، ص89؛ أبو سنة، *العرف والعادة*، ص 131 وما بعدها .

668 البهوتي،منصور بن يونس بن إدريس البهُتي، *كشف القناع عن متن القناع*، دار الكتب العلمية، بيروت، 157/1983،3؛ المرداوي، علي بن سليمان المرداوي، *الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف*،تحقيق محمد حامد الفقي، ط1، مطبعة السنة المحمدية، الرياض، 300/1956،4.

في الذمة إلى أجل، وهو نوع من البيع فينعقد به البيع وبلفظ السّلم والسلف ويعتبر فيه ما يعتبر في البيع"(669).

وبناءً على ما ذكرناه نرى بأن جمهور الفقهاء– عدا الحنفية– يرون أن عقد الاستصناع على الهيئة التي ذكرناها لدى كل مذهب ما هو إلا قسم من أقسام السّلم، وينطبق عليه أدلة السّلم وشروطه. بينما الحنفية جعلوا عقد الاستصناع عقداً مستقلاً له اعتباره ويتميز عن عقد السلم(670).

يقول الإمام محمد أبو زهرة:" لقد وجدنا الفقهاء يقولون في الاستصناع: إن القياس عدم جوازه، لكنا تركنا القياس بالتعامل به من غير نكير من أحد من الصحابة، ولا من التابعين ولا من علماء كل عصر، هذا حجة يترك بها القياس. ويقول أيضاً: بل إنهم يصرّحون بأن تعامل الناس يُخصص النص العام وذلك إذا كان العرف عاماً، فمثلاً: ورد عن النهي عن بيع الإنسان ما ليس عنده، ولكن جرى تعامل الناس به من أقدم العصور على جواز الاستصناع، فكان ذلك التعامل مخصصاً للنص، فكان النهي فيما عداه"(671).

ويترتب على خلاف الفقهاء في عقد الاستصناع: حيث قال الحنفية بأنه عقد غير لازم سواءً تم هذا العقد أم لا، وسواء جاء الشيء مطابقاً للصفات المتفق عليها أو غير موافقة.

غير أن أبا يوسف قال: بأن الشيء الذي تم العقد عليه وجاء مطابقاً للمواصفات والأوصاف التي اتفقا عليه يكون عقداً لازماً، لأنه مبيع بمنزلة المسلّم فيه، وجعل العقد لازماً لدفع الضرر عن الصانع حيث أفسد المواد المصنوعة، ولأنه صنع وفق طلب المستصنع، وربما لايرغب شخص آخر في شرائه على تلك الصفة(672).

وفي تقديري: أن رأي أبي يوسف هو الصواب، ويمنع من حصول المنازعات والمشاكل بين الناس، كما أنه يدفع الضرر عن الصانع لأن حاجات الناس وأغراضهم تختلف باختلاف الشيء المصنوع من حيث الشكل والنوع والكيفية، وهذا الرأي موافق للقوة الملزمة للعقود في الشريعة

---

669 ابن قدامة، *المغني*، 209/4،207، 219.

670 مالك، *المدونة الكبرى*، 18/9؛ الدردير، *الشرح الصغير*، 287/3؛ النووي، *روضة الطالبين*،26/4؛المرداوي، *الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف*،300/4؛ أبو سنة، *العرف والعادة*، ص131،؛ عطا موسى، *تخصيص العموم بالعرف*، ص،194.

671 أبو زهرة، *الإمام أبو حنيفة*، ص، 309.

672 السرخسي، *المبسوط*، 139/12؛ الكاساني، *بدائع الصنائع*، 3/5؛ ابن الهمام، *فتح القدير*، 356/5.

الإسلامية، كما أنه يتناسب مع ظروف الحضارة الحديثة التي يتفق الناس على أشياء كبيرة ومهمة وغالية الثمن كالسفن والآلات واليخوت والمصانع وغيرها، فلا يُعقل أن يكون العقد غير لازم(673).

3.1.5. المثال الثالث : تخصيص قاعدة" البينة على المدعي واليمين على من أنكر " في اختلاف الزوجين على المهر بعد الدخول:

هذه القاعدة هي نص لحديث نبوي شريف ورد بروايات متعددة منها ما روي عن ابن عباس– رضي الله عنهما– أن رسول الله– صلى الله عليه وسلم– قال:" لو يعطى الناس بدعواهم لادّعى رجل أموال قوم ودماءَهم، لكن البينة على المدعي واليمين على من أنكر"(674).

ففي هذا الحديث قاعدة مهمة ومحكمة في باب القضاء وفض المنازعات بين الناس وردّ الحقوق لأصحابها، فالحاكم أو القاضي يجب عليه أن يستمع إلى كل دعوى ترفع إليه، ثم يقضي بموجبها إما للمدعي أو للمدعى عليه بحسب ما يتوفر لديه ويثبت من أدلة وبراهين يقدمها كل طرف.

واتفق الفقهاء على أن زفاف المرأة لزوجها قرينة ودلالة على قبضها المهر المخصص لها أو جزءً منه، وذلك استناداً للعادة المطردة والشائعة بين الناس، كما اتفقوا على وجوب الصداق بالدخول أو الموت، أما بالدخول فلقوله تعالى:[وَإِنْ أَرَدْتُمُ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنْطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا ۚ أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُبِينًا* وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا] (675).أما وجوب المهر بالموت فبالإجماع المنعقد على ذلك(676).

أما إذا اختلف الزوجان في المهر هل قُبض أم لا؟ وذلك بعد دخول الزوج بزوجته، فيحكم بينهما حسب القاعدة التي مرت بأن المدعي عليه أن يقدم الأدلة والإثباتات على ذلك، ويجب الحلف على المنكر منهما وهذا هو رأي الجمهور(677).

---

673 علي حيدر، *مجلة الأحكام العدلية*، المادة 392.

674 مسلم،الأقضية، 30، برقم 447؛ الترمذي،*الأحكام*، 13، برقم 1341.

675 النساء، 4، 21/20.

676 ابن رشد، محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي، *بداية المجتهد ونهاية المقتصد*، تحقيق ماجد الحموي، ط1، دار ابن حزم، بيروت، 1995، 3/ 972.

677 الجويني، عبدالملك بن عبدالله بن يوسف الجويني، *نهاية المطلب في دراية المذهب*، تحقيق محمد عثمان، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون تاريخ طبع، 10/ 108؛ ابن عابدين، نشر العرف، ص126؛ الزحيلي، *الفقه الإسلامي وأدلته*، 295/9.

قال الحنفية: إذا كان الخلاف قبل الدخول فالقول حينئذ للزوجة بيمينها، وعلى الزوج أن يثبت دعواه بالأدلة، أما إذا كان الخلاف بينهما بعد الدخول فإذا لم يكن هناك عرف سائد أو عادة متبعة بتقديم شيء من المهر فالقول قول الزوجة بيمينها، أما إذا كان هناك عرف منتشر يقضي بتقديم شيء من المهر، فيكون العرف هنا مكذباً للزوجة(678).

فالعموم في هذه القاعدة المأخوذة من الحديث الشريف: بأنه يجب على المدعي تقديم الأدلة، وأنه يجب على المنكر الحلف واليمين فقد خصصه المالكية بعرف أهل المدينة حيث كان سائداً آنذاك أن الرجل يدفع المهر لزوجته أو جزءً من المهر قبل الدخول بزوجته، فجعل المالكي القول للزوج وعدم اعتبار قول الزوجة بناءً على العرف الذي كان منتشراً وسائداً في المدينة المنورة(679). فالعرف العملي الذي كان منتشراً في المدينة جعله الإمام مالك مخصصاً لعموم القاعدة السابقة.

يقول الإمام مالك في المدونة:" أرأيت إذا تزوج الرجل المرأة فدخل بها، فادّعت أنها لم تقبض من مهرها شيئاً، وقال الزوج قد دفعت إليك جميع الصداق، قال: القول قول الزوج. وقال مالك: وليس يكتب الناس في الصداق البراءات. قال ابن القاسم: لأنها مكنته من نفسها"(680).

وقد فسّر ابن رشد في بداية المجتهد هذا الأمر قائلاً:" قال أصحاب مالك: إنما قال ذلك مالك لأن العرف بالمدينة كان عندهم أن لا يدخل الزوج بزوجته حتى يدفع المهر"(681).

ولكن جمهور الفقهاء تمسكوا بالحديث الذي هو نص هذه القاعدة، وقالوا: أن القول هو قولها سواءً في ذلك قبل الدخول وبعده في ادعاء مهر مثلها، إلا أن يأتي الزوج ببينة تبرئه من هذا الادعاء. قال ابن قدامة في المغني:" وجملة ذلك أن الزوج إذا أنكر صداق زوجته وادعت ذلك عليه، فالقول قولها فيما يوافق مهر مثلها، سواءً ادعى أنه وفى لها أو أبرأته منه أو قال لا تستحق علي شيئاً، وسواءً في ذلك قبل الدخول أو بعده، وبه قال سعيد بن جبير والشعبي وابن شبرمة، وابن أبي ليلى والثوري والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي... ولنا أن النبي– صلى الله عليه وسلم– قال: اليمين على

678 ابن عابدين، *نشر العرف*، ص،126.

679 ابن رشد، *بداية المجتهد*، 3/973،972.

680 مالك، *المدونة الكبرى*، 4/ 89.

681 ابن رشد, *بداية المجتهد*، 3/97.

المدعى عليه، ولأنه ادعى تسليم الحق الذي عليه فلم يُقبل بغير بينة، كما لو ادعى تسليم الثمن أو كما قبل الدخول"(682).

وتمسك الشافعية باستصحاب العدم الأصلي كما جاء في المجموع:" إذا اختلف الزوجان في قبض المهر فادعى الزوج وقال: اقبضتكِ مهرك، فأنكرت وقالت: لم أقبضه، فالقول قولها مع يمينها أنها لم تقبضه، لأن الأصل عدم القبض سواءً كان ذلك قبل الدخول أو بعده"(683).

واحتج القرافي في فروعه على عدم مخالفة الإمام مالك للحديث الذي هو نص القاعدة فأجاب في تهذيب الفروق بالفرق بين المدعي والمدعى عليه: "بأن المدعي من كان قوله على خلاف أصل أو عرف، والمدعى عليه من كان قوله على وفق أحدهما، ويقرب من هذا قول بعض فقهائنا: المدعي من يتمسك بخلاف الظاهر، والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر، وعليه فلا مخالفة للحديث، لأن من ادعى شيئاً وشهد له العرف ثبت له يد اختصاص وصار مدعى عليه"(684).

أما الجمهور فخالفوا هذا وقالوا: البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه، يدل على أن من ادعى شيئاً كان عليه البينة ولا يمين عليه وإن شهد له العرف(685).

فيتبين لنا مما تقدم أن الإمام مالكًا– رحمه الله– قد خصص عموم القاعدة المأخوذة من الحديث الشريف" البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه" بالعرف العملي الذي كان سائداً ومنتشراً ومعلوماً في المدينة المنورة: أن الرجل لا يدخل بزوجته إلا وقد دفع لها المهر أو جزءاً منه، بينما الجمهور: فأخذوا الحديث على ظاهره بأن المدعي تجب عليه البينة، والمدعى عليه الحلف.

4.1.5. المثال الرابع :الحيازة

الحيازة لغة: هي وضع الشيء وجمعه، يقال حزت الشيء وأحوزه حوزاً وحيازة، ضممته وجمعته، وكل من ضم إلى نفسه شيئاً فقد حازه(686).

682ا بن قدامة، *المغني*، 8/ 43،44.

683 المطيعي، *تكملة المجموع*، 159/18.

684 القرافي، *الفروق*، 189/1.

685 الشيرازي، *المهذب*، 335/2؛ السيوطي، *الأشباه والنظائر*،ص،177؛ علي حيدر، *مجلة الأحكام العدلية*، المادة 47؛ ابن رجب، *القواعد الفقهية*،ص84؛ أبو سنة، *العرف والعادة*، ص157،.

686 الفيومي،*المصباح المنير*، مادة وضع.

والحيازة اصطلاحاً: هي وضع اليد على الشيء والاستيلاء عليه(687). وتُعرف الحيازة أيضاً بوضع اليد. واتفق الفقهاء على أن وضع اليد دليل المُلك(688).

فقد صرّح المالكية بأن وضع اليد– أي الحيازة– إذا طال الزمان ولم يوجد له منازع وهو أي الحائز يتصرف فيه تصرف المالك دلّ على المُلك. قال سحنون:" الشهادة بالمُلك أن تطول الحيازة وهو يفعل ما يفعل الملاّك لا منازع له، وإن لم تطل الحيازة لم يثبت الملك"(689).

وقال المالكية: بأن من حاز عقاراً لمدةٍ تُقدّر بعشر سنوات وتصرّف فيه هذه المدة تصرف الملاّك من هدم أو بناء أو ترميم أو زرع أو غرس أو قطع شجر وغير ذلك من الأعمال التي تدل على أنه هو المالك لهذا العقار، ثم ادّعى عليه شخص حاضر– ولكنه ساكت طيلة هذه الفترة بلا مانع– أن هذا العقار له وأقام على دعواه بيّنة، فإنه لا تُسمع دعواه وذلك لأن العرف العملي يقضي بأن المالك الحقيقي لا يرضى ولا يسكت عادة إذا رأى غيره يتصرف في ملكه هذه المدة الطويلة(690).

فهذا العرف العملي الرافض لقبول دعوى الثاني فيه تخصيص للنص العام في الحديث النبوي الذي يقول فيه:" البينة على المدعي واليمين على من أنكر"(691). فالعرف العملي هنا خصص القاعدة العامة في الادعاء في الحديث النبوي، فلم تُقبل دعوى الثاني الذي سكت طيلة هذه الفترة، ثم بعد زمن ادّعى أنه صاحب الملك، فلا تسمع هذه الدعوى التي أقامها، بل يستحقها الحائز. ومن هنا تكون العلاقة بين الحائز والشخص المدّعي لملكية ذلك الشيء المحوز لها تأثير حسبماً يشهد ويُقرّ به العرف من التسامح أو المنازعة، وتعتبر الحيازة كدليل على التملك والملكية(692).

والحيازة تكون دليلاً على الملكية للحائز إذا توفرت فيها ما يلي من الشروط:

---

687 الدسوقي، *الشرح الكبير*، 233/4.

688 ابن عابدين، *حاشية ابن عابدين*، 256/3؛ السبكي، *فتاوى السبكي*، 488/2.

689 الحطاب، محمد بن محمد بن عبدالرحمن المالكي المغربي الحطاب، *مواهب الجليل في شرح مختصر خليل*، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون تاريخ طبع، 221/2؛ ابن فرحون، *تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الحكام*، 81/2.

690 الدردير، *الشرح الصغير*، 321/4،319؛سوسوة، *التخصيص بالعرف*، ص،400.

691 سبق تخريجه ص، 145.

692 ابن نجيم، *الأشباه والنظائر*، ص272؛ الكاساني، *بدائع الصنائع*، 255/6؛ ابن عابدين، *حاشية ابن عابدين*، 4/ 344 ابن قدامة، *المغني*، 275/9.

أ. أن يتصرف الحائز في الشيء المحوز، والتصرف المعتبر والمجمع عليه يكون بالهدم والبناء والتغيير فيما لا ضرورة داعية له، أما السكن فمختلف فيه والمشهور أنه حيازة. يقول ابن رشد:"وأما حيازة الأجنبيين فيما لا شركة بينهم فيه فالمشهور في المذهب أن الحيازة تكون بينهم في العشرة أعوام"(693).

بـ أن يكون المدّعي حاضراً غير غائب وعالماً بما يجري ويرى ويشاهد.

ج أن يكون المحوز عنه الموجود طيلة هذه المدة ولا يقول شيئاً ولا يطالب بحقه ولا ينكر ذلك(694).

وذهب الحنابلة والأحناف إلى أن الذي يدّعي شيئا في يد غيره وأنكر الآخر وكان لدى كل طرف منهما بينة فبينة المدّعي" الخارج" تقدّم على بينة المدّعى عليه" الداخل" واستدلوا بالحديث الذي مرّ معنا آنفاً" البينة على المدعي واليمين على من أنكر".

وقال الشافعية: بأن الحيازة أو وضع اليد تنقل الملكية للشيء المحوز عليه إلى الحائز ولكنها تدل عليه، فيكون القول عند المنازعة للحائز أنه يملك المحوز عليه بيمينه(695).

5.1.5. المثال الخامس :الأحاديث الناهية عن الغرر وبيع المعدوم

وردت أحاديث عديدة تنهى عن الغرر وبيع المعدوم، ففي حديث أبي هريرة- رضي الله عنه- أن رسول الله- صلى الله عليه وسلم-:" نهى عن بيع الغرر"(696). وحديث حكيم بن حزام عندما قال له الرسول- صلى الله عليه وسلم-:" لا تبع ما ليس عندك"(697). وكذلك ما روي عن عبد الله بن عمر- رضي الله عنهما- أن رسول الله- صلى الله عليه وسلم-:" نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها نهى البائع والمبتاع"(698).

فهذه الأحاديث تقضي بمنع أن يبيع الإنسان ما هو مجهول وفيه غرر، أو معدوم غير موجود. ولكن هذه الأحاديث خُصصت بالعرف العملي للناس في زمن النبوة وذلك بجواز شراء وبيع ما لم

---

693 ابن رشد، *بداية المجتهد*، 44/2.

694 ابن رشد، أبو الوليد ابن رشد القرطبي، *البيان والتحصيل*، تحقيق محمد العرايشي، ط الأولى، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1985، 147/11.

695 الشيرازي،*المهذب*، 311/2.

696 مسلم،البيوع،21، برقم 1513.

697 الترمذي، البيوع،12، برقم 1232.

698 البخاري، البيوع،34، برقم 2082.

يظهر من الثمار أو الزروع التي تظهر تباعاً ويوجد بعضه بعد بعض كالبطيخ والقرع والباذنجان والقثاء وغير ذلك، مع ما ظهر وبدا استحساناً للضرورة ولحاجة الناس إلى ذلك.

وأيضاً تخصيصاً لها من العام الذي تدل عليه الأحاديث الناهية عن الغرر وعن بيع المعدوم، وذلك بسبب تعارف الناس لهذه البيوع وتعاملهم بها. وقد أفتى بجواز هذا البيع بعض علماء الحنفية، حيث تعارف الناس واعتادوا على بيع ثمار الكروم بهذه الصفة، وعللوا هذا الجواز بأن عادة الناس وعرفهم هو التعامل به، وفي نزع الناس عن عادتهم وعرفهم المألوف في المبادلات المالية والتجارية حرج وضيق شديد.

فهذه الإجازة بهذا النوع من البيوع فيها تخصيص بالعرف العملي لعموم الأحاديث التي مرت بنا والتي تنهى عن بيع الغرر والمعدوم(699).

وكذلك في إجازة الكثير من فقهاء الحنفية والمالكية بيع الثمار على الأشجار إذا ظهر بعضها ولم يظهر البعض الآخر ويسمى" البطون المتلاحقة" كالعنب،والبطيخ،والباذنجان، والخيار، وذلك لتعامل الناس بهذا البيع عرفاً مع أن بعضها بيع لمعدوم(700).

فالتخصيص بالعرف والعادة هنا سائغ ومقبول، إذ كيف يشترط الشارع وجود محل للعقد ولا يمكن تصور وجوده إلا متلاحقاً شيئاً فشيئاً. فعلة النهي في الأحاديث المذكورة هي عدم القدرة على تسليم المبيع أو عدم الهيمنة عليه(701).

يقول الكاساني مفصلاً الأمر بقوله: وما يوجد من الزرع بعضه بعد بعض كالبطيخ والباذنجان فيجوز بيع ما ظهر منه ولا يجوز بيع ما لم يظهر وهذا قول عامة العلماء– رضي الله عنهم–، وقال مالك– رحمه الله–: إذا ظهر في الخارج الأول يجوز بيعه لأن فيه ضرورة لأنه لا يظهر الكل دفعة واحدة بل على التعاقب بعضها بعد بعض، فلو لم يجز بيع الكل عند ظهور البعض لوقع الناس في الحرج"(702).

---

699 السرخسي، *المبسوط*، 197/12؛ الكاساني، *بدائع الصنائع*، 139/5؛ بابكر الحسن، *التخصيص بالأدلة المختلف فيها*، ص،124؛ سوسوة، *التخصيص بالعرف*، ص،399.

700 ابن عابدين، *نشر العرف*، ص،137.

701 الدريني، *المناهج الأصولية*، ص،650؛ الغرايبة، *تخصيص عام النص الشرعي بالعرف*، ص،14.

702 الكاساني،*بدائع الصنائع*، 139/5.

ففي مخالفة الإمام مالك للجمهور بجواز هذا البيع، فالظاهر أن عمدته في ذلك عمل أهل المدينة والعرف السائد.

وقال الإمام مالك في الموطأ:" والأمر- في بيع البطيخ والقثاء والجزر- أن بيعه إذا بدا صلاحه حلال جائز، ثم يكون للمشتري ما ينبت حتى ينقطع ثمره ويهلك، وليس في ذلك وقت يؤقّت، وذلك أن وقته معروف عند الناس"(703).

وفي هذا الذي قاله الإمام مالك أفتى به المتأخرون من فقهاء الحنفية كالحلواني، والفضلي، وعمدتهم في هذا أنه جرى العرف وعادة الناس به، وفي نزع الناس عن عادتهم وعرفه حرج وضيق(704).

قال ابن عابدين:" وأفتى الحلواني بالجواز، وزعم أنه مروي عن أصحابنا، وكذا حُكي عن الإمام الفضلي" أبو بكر بن الفضل" ونقل عنه أنه قال: أستحسن فيه لتعامل الناس، فإنهم تعاملوا بيع ثمار الكرم بهذه الصفة، ولهم في ذلك عادة ظاهرة وفي نزع الناس عن عادتهم حرج"(705).

وفي هذا الصدد يقول الشيخ أبو سنة:" وكون هذا من بيع المعدوم المنهي عنه وتصريح ظاهر المذهب ببطلانه لا يمنع ما أفتوا به، لأن العرف كما علمنا يخصص الأدلة ويعدل به عن ظاهر المذهب"(706).

وقد خلُص بعض العلماء بعد عرض أقوال الفقهاء ومناقشتها في هذه المسألة إلى ترجيح ما ذهب إليه الإمام مالك- رحمه الله-، وبعض أصحاب الأمام أحمد، وبعض الحنفية، وابن القيم، وهو ما يتوافق مع ما ذهب إليه الشافعي وإن اختلف التعبير عن المستند في هذه المسألة إلى أن الضرورة والعرف مخصصان للأدلة، وهما مستند الحكم والفتوى في هذه المسألة، حيث يتلائم القول بهذا الرأي مع مقاصد الشريعة التي تدعو إلى التيسير ورفع الحرج(707).

فنخلص إلى القول بأن في عمل أهل المدينة وعرفهم وعادتهم التي درجوا عليها تخصيص لعموم النهي الوارد في هذه الأحاديث التي مرت معنا .

---

703 مالك،الموطا، 2/ 619.

704 البغا، *أثر الأدلة المختلف فيها* ، ص،296.

705 ابن عابدين، *نشر العرف*، ص،140،139؛ البغا، *أثر الأدلة المختلف فيها* ، ص،297.

706 أبو سنة، *العرف والعادة*، ص،30.

707 السيد صالح، *أثر العرف*، ص،510 وما بعدها .

6.1.5. **المثال السادس :إحياء الموات**

الإحياء لغة: جعل الشيء حياً، أي ذا قوة حساسة أو نامية. والموات: ما لاروح فيه، ويقصد بها الأرض التي لا مالك لها، أو الأرض الخراب الدارسة. وشرعاً: الإحياء هو: إصلاح الأرض الموات بالبناء أو الغرس أو الكراب(708).

فالمقصود بالموات هو: تلك الأرض التي لا مالك لها، وهي الأرض المنفكة عن الاختصاصات ومُلك معصوم، ويقصد بالاختصاصات: كمجاري السيول، ومواضع الحطب، ومناطق الرعي، أو ما يستخد للمصالح العامة كالحدائق والمقابر.

فقد ورد عن النبي– صلى الله عليه وسلم– في الحديث الذي روته السيدة عائشة– رضي الله عنها– قالت:" من أعمر أرضاً ليست لأحدٍ فهو أحق بها"(709). ورُوي عن جابر بن عبدالله– رضي الله عنه– بلفظ:" من أحيا أرضاً ميتة فهي له"(710).

ففي هذين الحديثين بيان لمشروعية التملك بإحياء الأرض المشاع، والمقصود بإحياء الموات هو استصلاح الأراضي الزراعية، أو جعلها صالحة للزراعة، وذلك برفع العوائق التي تعيق عملية الزراع من أحجار وأعشاب، واستخراج الماء، وتوفير التربة الصالحة للزراعة، وتشييد البناء وحراثة الأرض وإقامة الأسوار عليها(711).

وقد ورد لفظ" الإحياء" مطلقاً وعاماً عن الشارع، وما كان كذلك فالواجب الرجوع في بيانه ومعرفة ماهيته إلى العرف والعادة السائدة بين الناس، لأن لهذه الأشياء من حراثة واستصلاح وبناء وبذر وكراب وغيرها صور كثيرة، ولكن خُصص العموم في الإحياء بما يُعدُّ في العرف إحياءً(712).

وفي هذا الصدد يقول الشافعي– رحمه الله–:" وإنما يكون الإحياء ما عرفه الناس إحياء لمثل المحيا، إن كان مسكناً فأن يبني مثل ما يُبنى به مثله من بنيان حجر أو لبن أو مدر يكون مثله بناء وهكذا"(713).

---

708 الشربيني، *مغني المحتاج*، 36/2؛ الزحيلي، *الفقه الإسلامي وأدلته*، 450/5،449.

709 البخاري،المزارعة،41، برقم 132.

710 أبو داود، الخراج والإمارة والفيء،19، برقم 3073؛ الترمذي، الأحكام،13، برقم 1378.

711 الزحيلي، *الفقه الإسلامي وأدلته*، 5/ 550.

712 البهوتي، *كشاف القناع*، 205/4؛ الشربيني، *مغني المحتاج*،361/2؛ الزحيلي، *الفقه الإسلامي وأدلته*، 5/ 549.

713 الشافعي،الأم، 3/ 265.

فالعرف العملي السائد بين الناس هنا هو المخصص لعموم الإحياء الوارد في الحديثين الشريفين، لأن كلمة الإحياء واسعة المدلول وتتضمن أموراً كثيرة، فكان للعرف والعادة دور في تخصيص هذا العموم، وبيان ما يكون إحياءً للموات أو لا يكون، فليس كل أرض تصلح للإحياء، فمنها ما يصلح ومنها ما لا يقبل الإحياء.

قال الشافعية في الإحياء الذي يُملك به:" بأنه يختلف بحسب الغرض المقصود من الأرض ويُرجع فيه إلى العرف، والعرف يمثل المصلحة عادة، لأن الشرع أطلقه"(714).

يتضح لنا مما تقدم أن العرف والعادة المنتشرة بين الناس مخصصة لعموم لفظ الإحياء الذي جاء في الحديثين اللذين مرّا معنا، فلفظ الإحياء قد ورد مطلقاً، وما كان كذلك فمردّه إلى العرف والعادة لبيانه وتوضيحه وتخصيصه.

فالإحياء يتضمن معانيَ كثيرة، ويكون للعرف الدور في بيان المقصود منه حسب حاجة المحيي للأرض هل هي للسكن أو للزراعة، أو لتجفيف الثمار... فيقوم المحيي بما يدل على الإحياء من بناء جدار منيع مما جرت به العادة، أو بإجراء ماءٍ أو بحفر بئرٍ فيها، أو يقوم بغرس أشجارٍ فيها، فيُرجع في كل ذلك إلى العرف في كل زمان ومكان، فما عدّهُ الناس إحياء فإنه تُملّك به الأرض الموات.

إذا الإحياء الذي تثبت به الملكية قد قصّره العلماء على ما تعارفه الناس فيما بينهم واعتادوا عليه، وما لا يُعد في عرف الناس إحياء فلا تثبت به الملكية.

هذا وقد أقطع الرسول صلى الله عليه وسلم بلال بن الحارث العقيق أجمع، فلما كانت خلافة عمر– رضي الله عنه– قال لبلال: إن رسول الله– صلى الله عليه وسلم– لم يقطعك لتحيزه عن الناس، إنما أقطعك لتعمر، فخُذ منها ما قدرت على عمارته ورُدّ الباقي(715).

7.1.5. المثال السابع :حديث ولوغ الكلب في الإناء

روى أبو هريرة– رضي الله عنه– عن النبي– صلى الله عليه وسلم–أنه قال:" إذا ولغ الكلب في إناء أحدكم فلْيُرِقه ثم ليغسله سبع مرات"(716).

---

714 الشربيني، *مغني المحتاج*، 365/4؛ الشيرازي، *المهذب*، 424/1.

715 الطبراني، *المعجم الكبير*، 1140؛ البيهقي، أحمد بن الحسين علي بن موسى البيهقي، *السنن الكبرى*، تحقيق محمد عبدالقادر عطا،ط3، دار الكتب العلمية،بيروت، 2003، 4/ 152؛ ابن الملقن، سراج الدين عمر بن علي بن أحمد الأنصاري الشافعي، *البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير*، تحقيق أسامة بن أحمد،دارالهجرة،الرياض،بدون تاريخ طبع، 588/5.

في هذا الحديث الشريف جاءت كلمة" إناء" وهي كلمة عامة تشمل كل إناء سواء أكان فيه الماء أو الطعام أو غير ذلك من المائعات. فالأمر في الحديث الشريف بالغسل ظاهر في تنجيس الإناء، فهل يختص الغسل بما إذا ولغ الكلب في إناء فيه ماء؟ أم يشمل كل الآنية التي تحوي الطعام وغيره من المائعات أو السوائل؟.

قال ابن قدامة:" لا يختلف أن نجاسة الكلب يجب غسلها سبعاً، إحداهن بالتراب"(717). وقال النووي في المجموع:" وقد اختلف العلماء في ولوغ الكلب، فمذهبنا أنه ينجس ما ولغ فيه، ويجب غسل إنائه سبع مرات إحداهن بالتراب، وبهذا قال أكثر العلماء"(718).

ومال المازري(719) إلى أن المقصود بالإناء في الحديث الشريف هو ذاك الذي يحوي على الماء، فخصص العموم الوارد في لفظ" إناء" بالعادة والعرف العملي المنتشر بين الناس آنذاك، إذ الغالب عندهم كان الماء في الآنية وليس الطعام، ولكنه– المازري– تردد بين أنها عادة قولية أو عادة فعلية. ولكنه فضّل أنها عادة قولية(720). ولا مانع من أن يكون المخصص لهذا الحديث الأمران– العرف القولي والعرف العملي– معاً(721).

إلا أن القرافي جزم بأنها عادة قولية فقال:" وتوقف– أي المازري– في موضع التوقف، بل المخصص عادة قولية، لأنهم لم يكونوا يضعون في الآنية التي تصلها الكلاب غير الماء. وكان غالبا نطقهم بصيغة" ولغ" في الماء خاصة، فكان ذلك كغلبة نطقهم بلفظ" الدابة" في الفرس، لا أن مدرك التخصيص العقل"(722).

---

716 مسلم،الطهارة،1، برقم 91.

717 ابن قدامة، *المغني*، 73/1.

718 النووي، *المجموع*،598/2.

719 المازري: (453. 536 هـ) هو محمد بن عمر التيمي المازري أبو عبدالله، محدث من فقهاء المالكية، نسبته إلى مازر بجزيرة صقلية، له من المصنفات: إيضاح المحصول في الأصول. الزركلي، الأعلام، 277/6.

720 الحطاب، شمس الدين محمد بن محمد بن عبدالرحمن الطرابلسي المعروف بالحطاب الرّعيني، *مواهب الجليل في شرح مختصر خليل*، ط3، دار الفكر بيروت، 1992، 175/1.

721 العروسي، *تخصيص العموم بالعرف*، ص،24.

722 القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، *نفائس الأصول في شرح المحصول*،ط الأولى، مكتبة نزار مصطفى البار، القاهرة، 1995، 2236/5.

قال ابن القيم في تهذيب السنن:" إذا كان لا بد من تقييد الحديث وتخصيصه ومخالفة ظاهره: كان أسعد الناس به مَنْ حمله على الولوغ المعتاد في الآنية المعتادة التي يمكن إراقتها، قلت: وهو يشبه قول الرسول– صلى الله عليه وسلم– في حديث أبي هريرة أن النبي– صلى الله عليه وسلم– قال:" إذا وقع الذباب في إناء أحدكم فَليَغْمِسه كُله ثم ليطرحه"(723).

والمراد: الإناء المعتاد– والله أعلم– وهو ولوغ متتابع في آنية صغار يتحلل من فم الكلب في كل مرة ريق ولعاب نجس يخالط الماء ولا يخالف لونُه لونَه، فيظهر فيه التغيير، فتكون أعيان النجاسة قائمة بالماء وإن لم تُرَ.

فأمر الرسول– صلى الله عليه وسلم– بإراقته وغسل الإناء، فهذا المعنى أقرب إلى الحديث وألصق به، وليس في حمله عليه ما يخالف ظاهره، بل الظاهر أنه أراد الآنية المعتادة التي تتخذ للاستعمال فيلغ فيها الكلاب"(724).

يتضح لنا مما تقدم أن لفظ" الإناء" الوارد في الحديث الشريف لفظ عام يشمل آنية الماء وآنية الطعام وغيرها من الآنية التي يوضع فيها السوائل والمائعات، فخصص المالكية هذا اللفظ العام بالعرف القولي الذي كان شائعاً عند العرب آنذاك بأن المقصود بالإناء إذا أطلق هو الإناء المملوء ماءً عادة، ولا يشمل الآنية الأخرى المملوءة طعاماً أو سائلاً غير الماء.

8.1.5. **المثال الثامن : تخصيص العرف لعقود الناس وتصرفاتهم**

المثال الأول: مثال ذلك ما جاء عن النبي– صلى الله عليه وسلم– في نهيه عن بيع وشرط في الحديث الذي رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي– صلى الله عليه وسلم–:" نهى عن بيع وشرط"(725).

---

723 البخاري، الطب، 5445.

724 ابن القيم، محمد بن أبي بكر بن أيوب الزرعي، *تهذيب السنن، تحقيق* إسماعيل بن غازي، ط1،مكتبة المعارف، الرياض، 2007، 188/1.

725 الزيلعي، جمال الدين أبو محمد عبدالله بن يوسف الزيلعي الحنفي، *نصب الراية لأحاديث الهداية وبغية الألمعي في تخريج الزيلعي*، تحقيق محمد عوامة، دار القبلة للثقافة، جدة، 17/4، رقم الحديث 6286؛ الهيثمي، مجمع الزوائد،85/4 ؛ ورواه الترمذي بلفظ"لا يحل سلف وبيع ولا شرطان في البيع" أبو داود، البيوع،3504؛ الترمذي، البيوع، 1234.

وتطبيق هذا الحديث يكون على بيع الثمر إذا بدا صلاحه مع اشتراط بقاء الثمر على الأشجار فالناس يحتاجون في معاملاتهم إلى بيع الثمر عند بدو صلاحه، ويشترطون أن تبقى الثمار على الأشجار(726).

وإبقاء الثمار على الأشجار صار عند الناس عرفاً وعادة لا يستطيعون الاستغناء عن ذلك وهذا الأمر– شرط إبقاء الثمر على الشجر– جاء خلافاً للقاعدة العامة المأخوذة من الحديث السابق الذي ينهى عن بيع وشرط، وهذا النهي مُعلل بأن لا يقع أو يحدث منازعة وخلاف بين أطراف العقد.

أما إذا تم العقد بين المتعاقدين وكان هناك شرط أو شروط مبنية على العرف– لم تذكر في العقد– فالعرف هنا يكون قاطعاً للنزاع والخلاف الذي قد يحدث بين طرفي العقد، فإذا وفّق العرف بين المتعاقدين لم يكن مخالفاً لمعنى الحديث، بل هو موافق له(727).

وذهب الشافعي ومالك وأحمد وبعض فقهاء الحنفية إلى جواز التعامل بذلك، وذلك إذا بدا صلاح الثمر. واشترط محمد بن الحسن:" أن يكون الثمر قد تناهى عظمه"(728).

وعلل الجمهور جواز هذا البيع بسبب احتياج الناس إلى هذا الأمر في معاملاتهم، واعتيادهم على التعامل بهذا النوع حتى غدت عرفاً وعادة لهم، لذلك كانت هذه المعاملة جائزة وإن احتوت على شرط(729).

أما الحنفية فقد أجازوا هذا النوع من العقود المشترطة وذلك إذا كان العرف بها جارياً وذلك لسببين اثنين:

أ. إذا كان الشرط الموجود في العقد مما تعرفه الناس وجرت به عادتهم فلن يكون سبباً للشقاق والنزاع فيما بينهم، فتنتفي عِلة حكم القاعدة المأخوذة من الحديث الشريف في النهي عن البيع وشرط.

---

726 اختلف الفقهاء في بدو الصلاح: فعند الأحناف: فسروا بدوا الصلاح بأن تؤمن العاهة والفساد. انظر: ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، 38/4.

أما الجمهور: ففسروا بدو الصلاح بظهور مبادئ النضج والحلاوة، وذلك يختلف من نوع إلى نوع من الثمار. ابن رشد،بداية المجتهد،150/2؛ النووي، *روضة الطالبين*،555/3؛ ابن قدامة، *المغني*، 158/6.

727 الزرقا، *المدخل الفقهي*، 905/2؛ الغرايبة، محمد الغرايبة، *تخصيص عام النص الشرعي بالعرف*، ص،14؛ عطا موسى، *تخصيص العموم بالعرف*، ص،169.

728 ابن رشد، *بداية المجتهد*، 150/2؛ ابن الهمام، *فتح القدير*، 489/5، ابن قدامة، *المغني*، 155/6؛ السبكي، *تكملة المجموع*، 11/ 435.

729 السرخسي، *المبسوط*، 196/12؛ ابن الهمام*فتح القدير*، 489/5.

بـ وضوح هذا الشرط للمتابيعين وعلمهما به مسبقاً يكون السبب في اعتباره في حساب الثمن وصحة العقد عند التعاقد، فَبِه– أي الشرط المعلوم مسبقاً– يكون التوازن في التزامات العقد، وينتفي الغُبن المتوقع حدوثه.

لذلك أجاز الحنفية هذا النوع من البيع أي بيع الثمر مع اشتراط البقاء على الشجر حتى يتم نضجها، مع أن هذا الشرط زائد على العقد ولا يقتضيه، لأنه السبب في بقاء ملك الغير مشغولاً، ولكنهم أجازوا هذا العقد بسبب العرف العملي للناس به(730).

فهذا الشرط قد جرى تعامل الناس به خلفاً عن سلف دون أي نكير من أحد، وذلك لشدة احتياج الناس إليه. فهذا الأمر ما دام قد جرى التعامل به وتعارفه الناس فيما بينهم واعتادواعليه فلا يكون سبباً للنزاع والخلاف الذي عُلل به النهي في الحديث النبوي الشريف .

يقول العز بن عبدالسلام:" إذا باع ثمرة قد بدا صلاحها، فإنه يجب إبقاؤها إلى أوان جذاذها والتمكين من سقيها بمائها، لأن هذين مشروطان بالعرف، فصار كما لو شرطاهما بلفظه"(731).

وقد بنى القائلون بأن هذا الشرط المتعارف عليه في العرف مخصص للنهي الموجود في الحديث السابق على أن الثابت بالعرف كالثابت بالنص، فما ثبت بالعرف والعادة يكون عادة معتمداً على دليل شرعي دلّ على اعتباره وقبوله.

فالشرط الذي اعتاده الناس وتعارفوا عليه يكون كالشرط الذي جاء النص باعتباره، فحينئذ يجب العمل والوفاء به، وعندما يقطع هذا الشرط النزاع ويحسم الخلاف بين الناس فلا يكون معنيّا بالنهي، لذلك يُخصص به الأثر(732).

وقد مثّل الفقهاء لهذا الشرط المتعارف عليه والذي يخرج من دائرة النهي في الحديث" عن بيع وشرط" كمن اشترى" قفلاً" مشترطاً على البائع أن يثبّته في الباب، فهذا الشرط إن كان متعارف به بين الناس جاز لتعامل الناس به كما تعاملوا بالاستصناع أيضاً(733).

---

730 السرخسي، *المبسوط*، 196/12؛ ابن عابدين، *رد المحتار*، 39/4؛ الكاساني، *بدائع الصنائع*، 3066/7؛ الدريني، *المناهج الأصولية*، ص467؛ عطا موسى، *تخصيص العموم بالعرف*، ص170.

731 العز بن عبدالسلام، *قواعد الأحكام*، 127/2.

732 ابن عابدين،*ردالمحتار*، 126/4؛ سوسوة، *التخصيص بالعرف*،ص398؛ شلبي، محمد مصطفى شلبي، *تعليل الأحكام*، مطبعة الأزهر، القاهرة، 1947،ص،355.

733 ابن عابدين، *نشر العرف*، ص،125؛ سوسوة، *التخصيص بالعرف*، ص398.

يقول الشيخ أبو سنة:" ويمكن أن يقال: إن العرف الذي جعل ترك الثمار والرطبة شرطاً صريحاً في البيع،هو بعينه يجعل هذا الشرط متعارفاً، فيكون بيعاً بشرط متعارف فيصح استحساناً وتحل الزيادة، أَذِن البائع أم لم يأذن"(734).

إذاً ما تعارفه الناس من شروط تؤخذ بعين الاعتبار في العقود والبيوع، وإن كان قد جاء النهي عن البيع المتضمن لشرط مخافة أن يؤدي هذا الشرط إلى الخلاف والنزاع بين المتعاقدين لأن ما تعارفه الناس وصارت من عاداتهم تؤخذ في العقود بعين الاعتبار ويكون لها قوة النص فما تعارفه الناس ودرجوا عليه في بيوعهم ومعاملاتهم يخصص النهي الوارد في الحديث الذي ينهى عن بيع وشرط، فكل بيع مشروط منهي عنه إلا الشرط المتعارف به بين الناس وهو الذي قد اعتادوا عليه.

9.1.5.المثال التاسع : عدمُ سماعِ الدعوى المستحيلةِ عرفاً :

الدعوى: كما جاءت في مجلة الأحكام العدلية هي:"طلب أحد حقه من آخر في حضور الحاكم"(735).

والدعوى هي إخبار عن وجوب حق لشخص على غيره وذلك عند الحاكم أو القاضي، وتتضمن الدعوى إضافة الإنسان لنفسه استحقاق وملكية شيء في يد غيره أو في ذمته(736).

واتفق الفقهاء على أن الدعوى منها ما هي صحيحة وأخرى غير صحيحة، فالصحيحة ما يترتب عليها الحكم القضائي، أما الدعوى غير الصحيحة فهي على أنواع: منها الدعاوى المستحيلة. فقد ذهب بعض العلماء إلى أن من شروط قبول الدعوى من المدعي أن يكون المدعى به ممكناً عرفاً وعادةً وعقلاً، لذلك فالدعوى المستحيلة في العرف والعادة وعدم إمكانها عرفاً وعادةً وعقلاً لا تُسمع ولا تُقبل(737).

---

734 أبو سنة، *العرف والعادة*، ص،165.

735علي حيدر، *مجلة الأحكام العدلية*، المادة 1613، 173/4.

736 ابن قدامة، *المغني*، 271/9؛ العليوي، سليمان بن أحمد العليوي، *الدعوى القضائية بين الشريعة والقانون*، ط1، مكتبة التوبة، الرياض، 2012، ص،52.

737 شرط أن تكون الدعوى ممكنة عرفا وعقلا، هذا الشرط تحمّس له السادة المالكية أكثر من غيرهم.

انظر: ابن فرحون، تبصرة الحكام ، 119/2 .

وأيّد العز بن عبد السلام الشافعي في كتابه قواعد الأحكام هذا الرأي مخالفا بذلك رأي الشافعي في التساهل به، حيث قال:"لو ادّعى السوقة على الخليفة أو على عظيم من الملوك أنه استأجره لكنس داره وسياسة دوابه، فإن الشافعي يقبله =

ومثال الدعوى المستحيلة: كمن يدّعي نسب شخص لا يولد مثله لمثله، كمن يقول عن شخص أكبر منه بأنه ابنه، أو يدّعي شخص معروف بين الناس بالفقر الشديد على رجل مشهور بالغنى بأنه أقرضه مبلغاً كبيراً من المال(738).

فأمثال هذه الدعاوى لا تقبل عرفاً ولا تصدق عادة، وعدم سماعها في هذه الحالات يعتبر تخصيصاً لعموم القاعدة التي تعتمد على الحديث النبوي الشريف:" البينة على المدعي واليمين على من أنكر"(739).

فالقاعدة المستفادة من هذا الحديث هي عموم قبول أي دعوى تُرفع للقاضي أو الحاكم ولكن الدعوى المستحيلة تخرج منها بالعرف والعادة فلا يُسأل الحاكم المُدعى عليه ولا يطلب جوابه، وذلك لاقترانه بما يكذبها في العرف والعادة، فهذه القرينة تدل على أن المدعي ليس له حق في دعواه وفي ما يدعيه على المدعى عليه ظاهراً.

10.1.5. المثال العاشر :الحمار الأهلي

ورد عن النبي– صلى الله عليه وسلم– قوله:" يقطع الصلاة المرأة والحمار والكلب"(740).

وقد ترجّح عند الحنابلة من أن المقصود بالحمار في حديث رسول الله– صلى الله عليه وسلم–، هو الحمار الأهلي، وليس الوحشي كما جاء ذلك في رواية عن الإمام أحمد، والتخصيص هنا في هذه المسألة هو العرف القولي(741).

يقول ابن مفلح(742):" واسم الحمار إذا أُطلق إنما ينصرف إلى المعهود المألوف في الاستعمال وهو الأهلي"(743).

وهذا في غاية البُعد ومخالفة الظاهر، وخالفه بعض أصحابه في ذلك، وخلافه متجه لظهور كذب المدّعي" العز بن عبد السلام، *قواعد الأحكام في مصالح الأنام*، 125/2.

738 سوسوة، *التخصيص بالعرف*، ص400؛ علي حيدر، *مجلة الأحكام العدلية*، 4/ 188.

739سبق تخريجه، ص، 145.

740 مسلم،الصلاة،4، برقم 266؛ ابن ماجة، الصلاة،2، برقم 167.

741 العروسي، *تخصيص العموم بالعرف والعادة*،ص، 137.

742 ابن مفلح، محمد بن مفلح بن محمد المقدسي الحنبلي، شمس الدين أبو عبدالله،صاحب"الفروع" و"أصول الفقه" توفي سنة 763هـ. الزركلي، الأعلام، 107/7؛ ابن العماد،شهاب الدين أبي الفلاح عبدالحي بن أحمد بن محمد العكربالحنبلي الدمشقي، شذرات الذهب في أخبار من ذهب، تحقيق عبدالقادر الأرناؤوط، ط الأولى،دار ابن كثير، دمشق، 1992، 340/8.

وهذا ما ذكره ابن رجب الحنبلي في قواعده:"إذا حلف لا يركب حماراً فركب حماراً وحشياً هل يحنث أم لا؟ لا يحنث لأن الركوب إنما يراد به الحمار الأهلي"(744).

11.1.5. **المثال الحادي عشر : حديث:" الطعام بالطعام"**

ورد عن معمر بن عبدالله أنه أرسل غلامه بصاع قمح وقال له: بِعه ثم اشتر به شعيراً. فذهب الغلام فأخذ صاعاً وزيادة بعض صاع، فلما جاء معمراً أخبره بذلك، فقال له معمر: لم فعلت ذلك ؟. انطلق فردّه ولا تأخذ إلا مثلاً بمثلٍ، فإني كنت أسمع رسول الله- صلى الله عليه وسلم- يقول:" الطعام بالطعام مثلاً بمثل"، قال: وكان طعامنا يومئذ الشعير، قيل له: فإنه ليس بمثله، قال: إني أخاف أن يُضارع(745).

هذا الحديث ثابت وموجود في صحيح مسلم، وهو أصل يقتضي في وجوب التماثل عند بيع ومبادلة الطعام بجنسه، والضابط في حُكم ذلك الطعام الذي إذا بيع أو تم مبادلته بطعام آخر فلا يجوز إلا أن يكون يداً بيد، ولا يجوز فيه أيضاً التأخير سواءً بيع بجنسه أو بغير جنسه، ربوياً كان ذلك الجنس أم لا.

فالعموم المستفاد من لفظ" الطعام" يُخصص بالعرف العملي الشائع آنذاك وهو الشعير، كما أخبر راوي الحديث" وكان طعامنا يومئذ الشعير"، فطعام الشعير هو العرف العملي في زمن النبوة عندما أخبرهم- صلى الله عليه وسلم- بأنه يشترط في الطعام المماثلة، فمن يرى بأن علة الطعام هي غير الطعم(746) خصص عموم الطعام في هذا الحديث بالشعير للعرف المقارن للخطاب(747)، فجاء تخصيص الحديث بالطعام الذي كان متعارفاً عليه وقت التشريع وفي زمن النبوة(748).

---

743 ابن مفلح، إبراهيم بن محمد بن عبدالله بن محمد بن مفلح أبو إسحاق برهان الدين، النكت والفوائد على مشكل المحرر لمجد الدين ابن تيمية، ط2، مكتبة المعارف، الرياض،1404هـ،1/ 76.

ابن مفلح، تصحيح الفروع، تحقيق رائد ين صبري، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2003، 258/2.

744 ابن رجب، *القواعد في الفقه الإسلامي*، القاعدة 121، ص،275.

745 مسلم، المساقاة،22، برقم 1592.

يُضارع: يُشابه ويُشارك. أي أخاف أن يكون في معنى المماثل فيكون له حكمه في تحريم الربا. واحتج الإمام مالك بهذا الحديث في كون الشعير والحنطة من صنف واحد لا يجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلا. الدردير، الشرح الصغير، 74/3.

أما عند الجمهور: فالبر والشعير صنفان مختلفان. ابن قدامة، المغني، 6/ 54.

746 علة الربا: اختلف الفقهاء في العلة الربوية:

=

2.5.أمثلةٌ للتخصيصِ بالعام من كلام الناس

من خلال ما تقدم من الأمثلة التي عرضناها من تخصيص العرف للنص الشرعي العام نجد أن هناك الكثير من الألفاظ العامة التي يخصصها العرف من كلام الناس في معاملاتهم وعقودهم وتجارتهم(749).

لقد أفرد العز بن عبدالسلام في أعراف الناس وأقوالهم فصلاً كاملاً وعنّونه بعنوان:" فصل في تنزيل دلالة العادات وقرائن الأحوال منزلة صريح الأقوال في تخصيص العام وتقييد المطلق وغيرهما"(750). والأمثلة على تخصيص العام من أقوال الناس بالعرف العملي والقولي كثيرة منها:

1.2.5. مسائلُ في الحلف

من أمثلة التخصيص بالعرف من أقوال الناس ما ذكره الفقهاء: ألفاظ الأيمان التي تصدر عن الناس، فهذه الألفاظ يخصصها العرف ويقصرها على بعض مشمولاتها، وليس على الكل.

قال العز بن عبدالسلام:" قاعدة الأيمان البناء على العرف إذا لم يضطرب، فإن اضطرب بالرجوع إلى اللغة"(751).

ويقول فقهاء الحنفية:" إن الأيمان تُبنى على العرف لا على الحقائق اللغوية، لأن العرف إذا اشتهر في الاستعمال وتبادر المعنى المراد من اللفظ، فإنه معتبر وتُبنى عليه ألفاظ التصرفات، ولذا

فالحنفية والمشهور عند الحنابلة: أن العلة هي الكيل والوزن في الجنس الواحد، وبناءً عليه يجري الربا في كل ما يكال مع اتحاد الجنس، كالأرز ونحوه، وإن لم يكن مطعوما كاحناء لأنها مكيلة. الكاساني، بدائع الصنائع، 5/ 183؛ ابن عابدين/ حاشية ابن عابدين، 182/5؛ ابن قدامة، المغني، 55/6، 58.

أما الشافعية وأحمد: أن العلة هي الطعم، فيحرم الربا في كل مطعوم، سواء كان مما يكال أو يوزن، ولا يحرم في غير المطعوم. النووي، روضة الطالبين، 379/3 ؛الشربين، مغني المحتاج، 31/2 ؛ ابن قدامة، المغني، 55/6.

وأما عند المالكية وابن القيم: العلة هي القوت والادخار، فكل ما يقتات مما يُدخر يجري فيه الربا. الدسوقي، حاشية الدسوقي، 47/3 ؛ ابن القيم، إعلام الموقعين،137/2.

747 الشنقيطي، مذكرة *أصول الفقه*، ص220؛ ابن التمين، محمد عبدالله بن التمين، *إعمال العرف في الأحكام والفتاوى في المذهب المالكي*، ط1، نشر دائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري، دبي، 2009، ص،97.

748 خلاف،*أصول الفقه*، ص، 188.

749 يقول ابن القيم:"وقد أُجري العرف مجرى النطق في أكثر من مئة موضع"حيث ذكر الكثير من الأنواع، ثم يقول:"وهذا أكثر من أن يُحصر"ابن القيم، *إعلام الموقعين*، 316/4.

750 العز بن عبدالسلام، *قواعد الأحكام*، 126/2.

751 المصدر السابق؛ السيوطي، *الأشباه والنظائر*، ص،93.

صرحوا: بأن الأيمان مبنية على العرف لا على الحقائق اللغوية"(752). فمن حلف أنه لا يركب دابة ذوات الأربع، فإن هذا الشخص لا يحنث بركوب غيرها مما يدب على الأرض كالإنسان والنعامة، مع أن لفظ الدابة يشمل الإنسان والنعامة أيضاً، ولكن هذا الحلف خُصص بالعادة القولية(753).

المثال الأول: إذا حلف شخص أنه لن يأكل رأساً، فهذا القول ينصرف إلى ما هو متعارف عليه بين الناس أكله من الرؤوس، وليس كل رأس يدخل في كلامه العام.

فالحالف لا يقصد بقسمه رأس كل شيء له رأس، فمثلاً: العصفور له رأس، والجراد له رأس، وهذا الكلام حقيقة في جميع الرؤوس، فالحالف لا يريد بحلفه الحقيقة فيصار إلى العرف، وما هو متعارف بين الناس من الرؤوس(754).

يقول صاحب كشف الأسرار في شرحه لأصول البزدوي:" فيمن حلف لا يأكل رأساً، وكان أبو حنيفة– رحمه الله– يقول أولاً: يدخل فيه رأس الإبل والبقر والغنم لما رأى أهل الكوفة يفعلون ذلك في هذه الرؤوس الثلاثة، ثم تركوا هذه العادة في الإبل فرجع أبو حنيفة وقال: يحنث في رأس البقر والغنم.

ثم إن أبا يوسف ومحمدًا– رحمهما الله– شاهدا عادة أهل بغداد وسائر البلدان أنهم لا يفعلون ذلك إلا في رؤوس الغنم فقالا: لا يحنث إلا في رأس الغنم، فعلم أن الاختلاف اختلاف عرف وزمان، لا اختلاف حجة وبرهان، والعرف الظاهر أصل في مسائل الأيمان"(755).

لذا قيل: فإن الرأس في العرف هو اسم لما يوضع ويُكبس في التنور ويُباع في الأسواق، وهو رأس الغنم وليس رأس العصفور(756).

المثال الثاني: لو حلف شخص أنه لن يأكل لحماً، فأكل سمكاً، فإن الحالف لا يحنث وإن كان الله– تعالى– قد سماه في القرآن الكريم لحماً حيث قال: [وَهُوَ الَّذِي سَخَّرَ الْبَحْرَ لِتَأْكُلُوا مِنْهُ لَحْمًا

752 السيد صالح، *أثر العرف*، ص،89.

753 الولاتي، محمد بن يحيى بن محمد المختار الولاتي، *إيصال السالك إلى أصول مذهب الإمام مالك*، ط الأولى، دار ابن حزم، بيروت، 2006، ص،200.

754 السيد صالح، *أثر العرف*، ص،86.

755 البزدوي، *كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي*،97/2.

756 ابن عابدين، *رد المحتار*، 744/3؛ ابن رجب، *القواعد في الفقه الإسلامي*، ص،93.

طَرِيًّا..](757) فلفظ اللحم عام ولكنه خصص بالعرف القولي للناس، حيث اعتادوا على اطلاق لفظ" اللحم"على لحم الحيوان من غنم أو ماعز أو إبل الذي يعيش على اليابسة دون الماء(758).

المثال الثالث: من حلف أنه لن يدخل أو يسكن بيتاً: فمن حلف أنه لن يدخل بيتاً، أو أنه لن يسكن بيتاً، فدخل بيت شَعْرٍ أو مسجداً أو حماماً فهل يحنث؟

قال ابن قدامة: "وإن دخل بيتاً من شعر أو غيره حنث- سواء أكان الحالف حضرياً أو بدوياً- فإن اسم البيت يقع عليه حقيقة وعرفاً"(759).

وعند المالكية: يحنث الحالف في الحمام وبيت الشعر إلا إذا كان لدى الحالف نيةٌ ببيت مخصوص، أو هناك عرف يحدد المراد من لفظه. أما المسجد عندهم فلا يحنث الحالف به لأنه مطلوب منه الدخول إليه للصلاة، ولا يراد باللفظ عرفاً(760).

أما الشافعية والحنفية: فهم متفقون على أن الحالف لا يحنث بدخوله إلى المسجد أو الحمام أو غيرهما، ودليلهم في ذلك: أنها لا تُسمى في العرف بيوتاً. قال صاحب مغني المحتاج:" ولا يحنث- على المذهب- بمسجد أو كعبة وبيت حمام ورحى وكنيسة وغار جبل، لأنها لا تسمى بيتاً عرفاً"(761).

واختلفوا في بيت الشعر، فعند الشافعي يحنث مطلقاً، لا فرق في ذلك بين بدوي أو حضري. بينما فرّق الحنفية بين البدوي والحضري، فالبدوي يحنث بخلاف الحضري عملاً بالعرف على أصلهم في الأيمان(762). فلفظ البيت عام يشمل لغة: المسجد والحمام وبيت الشعر ولكن خُصص هذا اللفظ" بيت" بالعرف السائد بين الناس، فيُحمل لفظ الحالف على ما هو متعارف عليه بين الناس بما يُسمى بيتاً أو لايسمى بذلك.

---

757 النحل،19، 14.

758 السيوطي، *الأشباه والنظائر*، ص93؛ ابن أمير الحاج، *التقرير والتحبير*، 351/1؛ الغرايبة، *تخصيص عام النص الشرعي بالعرف*، ص، 10.

759ابن قدامة، المغني، 608،611/9 ؛ البغا، أثر الأدلة المختلف فيها، ص328.

760 الدردير، *الشرح الكبير*،145/2؛ الشاطبي، *الاعتصام*، 141/2.

761 الشربيني، *مغني المحتاج*، 334/4.

762 البغا، *أثر الأدلة المختلف فيها*، ص،330.

المثال الرابع: حلف أنه لن يأكل من هذه الشجرة: من حلف أنه لن يأكل من هذه الشجرة، فالعرف العملي يخصص معنى الأكل بما يؤكل عادة وهي الثمار، ولا يحنث الحالف إن أكل الورق أو الخشب لأنهما عادة لا يؤكلان(763).

المثال الخامس: من حلف أنه لن يجلس على الفراش، ثم جلس على الأرض، فالحالف لا يحنث وإن سمّى الله الأرض فراشاً في القرآن الكريم حيث قال:[الَّذِي جَعَلَ لَكُمُ الْأَرْضَ فِرَاشًا وَالسَّمَاءَ بِنَاءً.](764) لأن الأرض في العرف القولي للناس لا تُسمى فراشاً، لذلك لا يحنث الحالف(765).

كذلك إذا حلف شخص أنه لن يأكل خبزاً، فكلمة الخبز عامة، فهناك خبز البُرّ والشعير والذرة... فإن الحالف يحنث بما هو معتاد في بلده من نوع الخبز، ولا يحنث بغيره من أنواع الخبز(766).

كذلك إذا حلف بأنه لن يأكل البيض، فإنه لا يحنث إذا أكل بيض السمك أو الجراد، لأن لفظ البيض عام، ولكنه بالعرف يطلق على بيض الدجاج أو البط(767).

2.2.5. **التصرف في ملك الغير**

المثال الأول: التصرف في ملك الغير ممنوع شرعاً، ففي التصرف بدون إذن اعتداء على حق المالك، وعدم الجواز هنا يشمل جميع أنواع التصرف من استعمال،أو إجارة،أو هبة،أو بيع... ففي حالة التصرف الفعلي دون إذنٍ من المالك يكون معنى عدم الجواز المنع الموجب للضمان، ولكن هذا المنع يُخصص بما جرى به العرف والعادة حيث يكون في ذلك تحقيق مصلحة، أو دفع ضرر أو مفسدة.

ومثّل الفقهاء لهذه الحالة: إذا رأى شخص شاةً لغيره تموت فقام بذبحها حفظاً لماليتها على صاحبها كان هذا الفعل" الذبح" أولى من تركها تموت وتذهب ضياعاً وهدراً وذلك اعتماداً على الإذن العرفي في التصرف في مثل هذه الأمور والحالات.

---

763 ابن رجب، *القواعد في الفقه الإسلامي*، ص277،.

764 البقرة،2، 22.

765 ابن نجيم، *الأشباه والنظائر*، ص105،.

766المصدر السابق.

767 ابن رجب، *القواعد في الفقه الإسلامي*، ص375؛ السيوطي، *الأشباه والنظائر*، ص،94.

يقول ابن القيم بعد ذكره لهذا المثال:" وإن كان من جامدي الفقهاء من يمنع من ذلك ويقول: هذا تصرف في ملك الغير، ولم يعلم هذا اليابس أن التصرف في ملك الغير إنما حرمه الله- تعالى- لما فيه من الإضرار به، وتركُ التصرف هنا هو الإضرار"(768).

كما يجوز لمن رأى في دار غيره ناراً وحريقاً، فله أن يدخل البيت دون إذن المالك، ويجوز أيضاً له أن يتصرف بما فيه وسيلة لإخماد النيران وإطفاء الحريق من أجل حفظ ملك غيره من التلف، فهنا عدم التدخل لإطفاء الحريق هو بعينه الإضرار(769).

ففي هذه الأمثلة عدم جواز التصرف في ملك الغير عام، ولكن العموم في ذلك خُصص بالعرف العملي السائد والمنتشر بين الناس ألا وهو جوار التصرف في حالة الضرورة والحاجة من أجل الحفاظ على ملك الغير من التلف والهدر والإضاعة.

ومثال ذلك ما ذكره الفقهاء في أن الانتفاع بالعين المؤجرة ليس عاماً بل مخصص بالعرف السائد في استعمال تلك العين، فمثلاً: إجارة الأراضي من أجل الزراعة فإنها مخصصة بما مثله تزرع في العادة من أصناف، وكذلك إذا كانت العين المؤجرة دابة لم يجز له ضربها أو تحميلها فوق طاقتها أو يسير بها أكثر من المعروف والعادة، أو أن يسافر بها خارج بلده.

وكذلك إذا استأجر داراً فلا يجوزر له أن يتصرف فيها تصرفاً يُضرّ بها من حيث الأساسات والجدران مما يُنكر في العرف والعادة. فإذا تجاوز الشخص المؤجر للدار أو الدابة أو الأرض العرفَ السائد والعادة المنتشرة كان متعدياً.

فالعرف يخصص له عمله وتصرفه، وما يجوز له وما لا يجوز له فعله، فالمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً(770).

ومن ذلك أيضاً: الثمرة المؤبرة التي هي للبائع إن لم يستثنها المشتري من العقد، فالثمار تُبقّى إلى حين الانتفاع بها أو الوقت المعتاد لذلك ولا يجوز للمشتري لأن يكلف البائع قطعها في الحال، ففي

---

768 ابن القيم، *إعلام الموقعين*، 394/2.

769 السيد صالح، *أثر العرف*، ص،161.

770 ابن قدامة، *المغني*، 389/5؛ الكاساني، *بدائع الصنائع*، 183/4؛ الزحيلي، *الفقه الإسلامي*،763/4؛ سوسوة، *التخصيص بالعرف*،ص،406.

هذه التبقية أي إبقاء الثمر حتى حين الانتفاع به مخصص بالعرف العملي والعادة الشائعة بين الناس، فالعرف هنا مقدم على مقتضى العقد(771).

3.2.5. في الوصية والوقف والتوكيل

ومثال ذلك إذا أوصى شخص بوصية لآخر بدابة، فيُعطى للموصى له فرساً أو حماراً أو بغلاً، مع أن لفظ الدابة عام في أصل اللغة، وهو يشمل كل ما يدب على الأرض وكل ما فيه حركة، ولكن هذا اللفظ العام يخصص بالعرف القولي المتعارف عليه بين الناس من معنى الدابة، وهذا العرف القولي الشائع بين الناس فيه تخصيص للآية الكريمة: [وَمَا مِنْ دَابَّةٍ فِي الْأَرْضِ إِلَّا عَلَى اللَّهِ رِزْقُهَا وَيَعْلَمُ مُسْتَقَرَّهَا وَمُسْتَوْدَعَهَا ۚ كُلٌّ فِي كِتَابٍ مُبِينٍ](772).

ومثال ذلك: فيما إذا وكّل شخصاً في البيع المطلق، فإن هذا البيع يتقيد عرفاً بثمن المثل وبنقد البلد المتعارف عليه، وذلك للعادة الجارية في معاملات الناس وتنزيلها منزلة صريح القول أو اللفظ.

فلو وكّل شخص آخر ببيع منزلٍ له مثلاً، فباعه بأقل من ثمن مثله أو باعه بنقدٍ مخالف لنقد البلد، فإن هذا البيع غير موافق للعرف والعادة، وهو غير مُراد من التوكيل ولا يدخل تحت لفظه في الإذن له بالبيع، بل البائع في هذه الحالة يُعتبر فضولياً، ويتوقف بيعه على رضا الموكل(773).

يقول العز بن عبدالسلام:" التوكيل في البيع المطلق يتقيد بثمن المثل وغالب نقود البلد، تنزيلا للغلبة منزلة صريح اللفظ"(774).

وعليه فإن جميع تصرفات الوكيل تكون محكومة ومشروطة بالعرف السائد ما لم يتفق على خلافه. فالتوكيل يحمل العموم، بيد أن هذا العموم يُخصص بالعرف والعادة السائدة والمتعارفة بين الناس.

ومثال ذلك: فيما أوقف شخص قطعة أرض على أولاده، فيكون الوقف للذكور فقط دون الإناث، وذلك للعرف، لأن لفظ" الولد" يُطلق على الذكور فقط في العرف الجاري بين الناس، ولا يشمل هذا

---

771 القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، *الذخيرة*، تحقيق محمد بو خبزة، ط1، دار الغرب العربي، بيروت، 1994، ص 183؛ ابن التمين، *إعمال العرف في المذهب المالكي*، ص،105.

772 هود،11، 6. الغزالي، *المستصفى*، 112/2؛ الأسنوي، *التمهيد*، ص،223.

773 العز بن عبدالسلام، قواعد الأحكام، 107/2؛ ابن قدامة، المغني، 124/2؛ الشربيني، مغني المحتاج، 223/2؛ سوسوة، التخصيص بالعرف،ص،53؛ الزحيلي،الفقه ٱسلامي، 4/ 156.

774 العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام، 107/2.

اللفظ الإناث من ولد الواقف، مع أن هذه الكلمة" ولد" تشمل الذكر والأنثى معاً(775). ومصداق ذلك قوله تعالى:[يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ ۖ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ](776). فلفظ الولد في الآية الكريمة عام يشمل الذكور والإناث معاً، ولكن هذا اللفظ خُصص بالعرف والعادة السائدة والجارية بين الناس بتخصيص الذكور فقط لهذا اللفظ دون الإناث.

4.2.5. في الدعوى واللباس

ومن أمثلة التخصيص بالعرف من كلام الناس أيضاً ما ذكره الفقهاء أنه يجب على القاضي عند سماع الدعوى من الخصوم أن ينزل كلام المتخاصمين في دعاويهم وإجاباتهم وأقوالهم على مقتضى العرف والعادة الشائعة في كلامهم، أي حسب عرف زمانه، ويجب عليه أن يكون مطلعاً على العرف والعادة المنتشرة في زمنه، ولا يجوز له أن يعتمد فقط على منقولات الفقهاء الذين سجلوا الفتاوى والأقوال في كتبهم القديمة(777).

ومن أمثلة ذلك ما ذكره القرطبي في تفسيره لقوله تعالى: [وَهُوَ الَّذِي سَخَّرَ الْبَحْرَ لِتَأْكُلُوا مِنْهُ لَحْمًا طَرِيًّا وَتَسْتَخْرِجُوا مِنْهُ حِلْيَةً تَلْبَسُونَهَا] (778) على أن من حلف أنه لن يلبس حُلياً فلبس حُلي البحر" اللؤلؤ" لم يحنث لأنه مقيد بالعرف القولي، ثم قال ابن خُوَيْزِ مَنْداد:" لأن هذا وإن كان الاسم اللغوي يتناوله، فلم يقصده باليمين، والأيمان تخصص بالعرف. ألا ترى أنه لو حلف ألا ينام على الفراش، فنام على الأرض لم يحنث، وكذلك لا يستضيء بسراج فجلس في الشمس لا يحنث، وإن كان الله قد سمى الأرض فراشاً والشمس سراجاً"(779).

وقال الشافعي وصاحبا أبي حنيفة– أبو يوسف ومحمد– من حلف ألا يلبس حلياً ولبس اللؤلؤ فإنه يحنث لقوله تعالى" [وَهُوَ الَّذِي سَخَّرَ الْبَحْرَ لِتَأْكُلُوا مِنْهُ لَحْمًا طَرِيًّا وَتَسْتَخْرِجُوا مِنْهُ حِلْيَةً تَلْبَسُونَهَا] (780) والذي يخرج من البحر اللؤلؤ والمرجان(781).

---

775 الدريني، المناهج الأصولية، ص،453.

776 النساء، 4، 11.

777 سوسوة، التخصيص بالعرف، ص،405.

778 النحل،14،15.

779 القرطبي، *تفسير القرطبي*، 12/ 302.

780 النحل،15، 14.

781 القرطبي، *تفسير القرطبي*، 12/ 302؛ ابن العربي، *أحكام القرآن*، 136/3.

3.5. مسائل قِيل إنَّ فيها تخصيصًا:

من خلال البحث والدراسة في موضوع تخصيص العام بالعرف وردت في بعض الأبحاث والدراسات مسائل وأمثلة قال عنها أصحابها بأنها من باب تخصيص العام بالعرف، بيد أنني لم أرَ فيها ما يدلُّ على أنها من التخصيص، وسأذكر بعضاً من هذه الأمثلة مع التعليق والرد عليها.

1.3.5. مقياس العرف في الأموال الربوية

الربا عند الفقهاء نوعان هما: ربا النسيئة، وربا الفضل. ولفظ الربا الوارد في الآيات القرآنية يُحمل على المتعارف عليه في الجاهلية وهو ربا النسيئة أو ربا الديون(782).

غير أن السنة النبوية أضافت نوعاً آخر من الربا غير الذي ورد في القرآن الكريم ألا وهو ربا البيوع، أو الأصناف الستة والتي تُسمى بربا الفضل. وقد نصَّ الرسول- صلى الله عليه وسلم- عليها كما جاء في الحديث الشريف عن عبادة بن الصامت- رضي الله عنه- قال: قال رسول الله- صلى الله عليه وسلم-:"الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبُرُّ بالبُرِّ، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح، مثلاً بمثلٍ، سواءً بسواء، يداً بيدٍ، فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد"(783).

ومعنى الحديث أنه لا يجوز مبادلة صنف بصنف مفاضلاً أو مؤجلاً لزمن، فإذا كان الصنفان متشابهان وجب التساوي والفورية، أما إذا اختلف الصنفان فيجوز التفاضل دون التأجيل، بل يكون حالاً(784).

فالأصل أن يكون المعقود عليه مساويًا ومماثلًا للبدل إن كان من الأموال الربوية واتّحد جنسهما، والمساواة إنما تكون متحققة ومعتبرة بالمعيار الشرعي لها ألا وهو: الكيل فيما يكال كالقمح والشعير، والوزن فيما يوزن: كالذهب والفضة، ولا يجوز تغيير هذا المقياس(785).

ومرجع الكيل والوزن في هذه الأصناف الستة هو العرف السائد في زمن النبوة، فالكيل كيل أهل المدينة، والوزن لأهل مكة كما قال- عليه الصلاة والسلام-:" الوزن وزن أهل مكة والمكيال مكيال أهل المدينة"(786).

---

782 الرازي، محمد فخر الدين ضياء الدين عمر، *تفسير الرازي*، ط1، دار الفكر العربي، بيروت، 1981، 7/91-92.

783 مسلم، المساقاة،22، برقم 1587.

784 الدريني، *المناهج الأصولية*، ص،465.

785 ابن رشد، *بداية المجتهد*، 2/129؛ ابن قدامة، *المغني*،6/69-70 ؛ أبو سنة، *العرف والعادة*، ص141،.

ولكنَّ الإمامَ أبا يوسف ذهب إلى القول بأن المقياس في هذه الأصناف الستة وغيرها هو المقياس العرفي وأنه يتبدل بتبدل العرف، وأن هذا النص الوارد في حق هذه الأصناف الستة إنما هو مُعلل بالعرف، بمعنى أنه ورد بلزوم التساوي فيها كيلاً أو وزناً؛ لأن هذا المقياس كان هو المتعارف عليه في عهد الرسول- صلى الله عليه وسلم-، ولو كان العرف فيها على مقياس آخر لورد النص معتبراً فيه ذلك المقياس الآخر(787).

فهذه الأحكام مبنية على العرف القائم في زمن النبوة، وإذا تغيرت الأعراف في زمن لاحق ينبغي أن يُعاد النظر في الأحكام المبنية على العرف بناءً على العرف الجديد. يقول القرافي:" إن إجراء الأحكام التي مُدْركها العوائد مع تغيير تلك العوائد خلاف الإجماع، وجهالة في الدين، بل كل ما هو في الشريعة يتبع العوائد يتغير الحكم فيه عند تغير العادة إلى ما تقتضيه العادة المتجددة"(788).

واختلف الفقهاء في كون الأصناف الستة الواردة في الحديث النبوي هل هي على سبيل المثال أو الحصر؟، بل إنهم اختلفوا في الضابط والمعيار لكل نوع من أنواع الربا:

فذهب الإمام أبو حنيفة ومالك ومحمد بن الحسن إلى أن: ما نص الشارع على أنه مكيل فهو مكيل أبداً، وما نص على أنه موزون فهو موزون أبداً، وما لم ينص الشارع عليه فالمعتبر فيه العرف السائد بين الناس في أسواقهم ومعاملاتهم في كل بلد(789).

قال صاحب الشرح الكبير:" واعتبرت المماثلة المطلوبة في الربويات بمعيار الشرع، فما ورد عنه في شيء أنه يُكال" كالقمح" فالمماثلة فيه بالكيل لا بالوزن, وما ورد عنه في شيء أنه كان يوزن"كالنقد" فالمماثلة فيه بالوزن لا بالكيل.... وإن لم يرد عن الشرع معيار معين في شيء من الأشياء فبالعادة العامة"(790).

وذهب الشافعي وأحمد: إلى أنه يُنظر إلى عادة الحجاز في الكيل والوزن في عهده- صلى الله عليه وسلم-، فما كان مكيلاً أو موزوناً فهو كذلك وإن أحدث الناس عرفاً بخلاف ذلك، وما لم يكن فيه عادة

---

786 أبو داود، البيوع، 3340.

787 السرخسي،*المبسوط*، 141/12؛أبو سنة، *العرف والعادة*، ص،140؛ قوتة،عادل عبدالقادر محمد ولي قوتة،*العرف،حجيته وأثره في فقه المعاملات المالية عند الحنابلة*، ط الأولى, المكتبة المكية،مكة،1997، ص480.

788 القرافي، *الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات االقاضي والإمام*، ص،218.

789 الدردير، *الشرح الكبير*، 53/3؛ عطا موسى، *تخصيص العموم بالعرف*،ص،174.

790 الدردير، *الشرح الكبير*، 53/3 .

لأهل الحجاز ففيه قولان: الأول: أنه يُرد إلى أقرب الأشياء شبها في الحجاز، والثاني: أنه يُراعى فيه عادة بلد البيع وهذا هو الأرجح لدى الشافعية(791).

وبناءً على ما تقدم نرى بأن أنظار الفقهاء تختلف فيما إذا كان النص مبنياً على العرف أو كان حكماً مستقلاً لا علاقة له بالعرف والتعامل، فمن ذهب إلى أن المناط هو العرف" كأبي يوسف" فعنده يتغير الحكم حسب التعامل الحادث، ومن ذهب إلى أنه حكم مستقل أفتى بأن النص يُتّبع بلفظه ولا يتغير الحكم بتغير العرف وهذا رأي الجمهور(792).

و لا أرى في هذه المسألة ما يدل على أنه تخصيص للنص العام، وإنما هو اعتبار للعرف الذي كان سائداً في زمن النبي– صلى الله عليه وسلم–، فكان الناس يتعاملون بالكيل والوزن لتلك الأصناف الستة فجاء قوله صلى الله عليه وسلم" الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبُرُّ بالبُرِّ، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح، مثلاً بمثلٍ، سواءً بسواء، يداً بيدٍ، فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يدا بيد"(793) أي حسب الذي كان متعارفاً عليه ومتداولاً بينهم في اعتبار الكيل في المكيلات والوزن في الموزونات، وإن تغير العرف فيما بعد يتغير الحكم المبني على هذا العرف كما أشار إلى ذلك الإمام أبو يوسف، فيكون الأمر من قبيل تغير الأحكام بتغير الأزمان والأعراف.

2.3.5. عدم قبول الشهادة من القاذف أبداً

عدم قبول الشهادة من القاذف لغيره بالزنا والفاحشة كما جاء ذلك في قوله تعالى في سورة النور:[وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا ۚ وَأُولَٰئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ](794).

فقد جاء لفظ" أبداً" عاماً، وهو عام في كل الأزمنة القادمة والمستقبلة، غير أن العرف والعادة يدلان على أن الإنسان لا يعيش أبداً، وأن القاذف لا بُدّ وأن يموت في يوم من الأيام، فهو ليس بمخلّدٍ

791 الشافعي، *الأم*، 70/3؛ السبكي، *تكملة المجموع*،215/10 ـ 23؛ ابن قدامة، *المغني*،16/4 ـ 17.

792 تقي العثماني، *أصول الإفتاء وآدابُهُ*، مكتبة معارف القرآن، كراتشي، باكستان، 2011، ص257.

793 سبق تخريجه، ص،171.

794 النور،24، 4.

في الحياة، فالعادة– على قول من قالوا بالتخصيص في هذه المسألة– هنا مخصصة للفظ "الأبد" وتبيّن أن المراد منه" أبداً" أي مدة الحياة التي سيعيشها القاذف(795).

فلفظ العام في هذه الآية هو لفظ نكرة في صيغة النهي ويدل على عدم جواز الشهادة أبداً في الدنيا والآخرة.

ولعل هذا المثال هو من باب التخصيص بالعقل وليس من باب التخصيص بالعرف، لأن الأعراف والعادات قابلة للتغيير والتبديل حسب الأزمنة والأمكنة أي أنها ليست ثابتة، والحقيقة المتضمنة في هذا المثال وهي" موت الإنسان" حسب رأي حقيقة عقلية ثابتة لا استثناء فيها لأحد من البشر، فكل شخص على هذه الأرض سيموت في يوم من الأيام، طال به العمر أو قصّر، ولن يُخلّد عليها أبداً، فهي حقيقة عقلية وليست عرفية– والله أعلم–.

3.3.5. **الحرز في السرقة**

إن الإسلام احترم المال لأنه عصب الحياة، وكذلك احترام ملكية الأفراد له، حيث جعل الإسلام للأفراد حقهم في المال مقدساً لا يجوز لأحد من الناس أن يعتدي عليه بأي وجه من الوجوه. لهذا حرّم الإسلام السرقة وحكم بقطع يد السارق التي تباشر السرقة فقال الله تعالى:[وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِنَ اللَّهِ ۗ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ](796)، والحكمة في تشديد العقوبة على السارق لصيانة الأموال من الاعتداء عليها.

ولجريمة السرقة شروط عديدة يجب توافرها حتى ينفذ حد القطع بحق السارق ومن هذه الشروط" الحرز"، فما هي السرقة لغة واصطلاحا؟ وما هو الحرز الذي هو من شروط السرقة؟.

السرقة في اللغة: هي أخذ الشيء من الغير خُفية(797). أما السرقة اصطلاحاً: فهي أخذ البالغ العاقل نصاباً محرزاً أو ما قيمته نصاب، مُلكاً للغير لا شُبهة له فيه على وجه الخفية(798).

أما الحرز لغة فهو: ما يطلق على المكان الذي يُحفظ فيه الشيء، وجمعه أحراز. فتقول أحرزت الشيء إحرازاً وذلك إذا حفظته وضمنته إليك وصُنته عن الأخذ، ويقال للحرز: الموضع

---

795 ابن التمين، *إعمال العرف في الأحكام والفتاوى*،ص،103.

796 المائدة،38،5.

797 ابن منظور، *لسان العرب*، 4/ 546 ،مادة"حرز".

798 ابن همام، *فتح القدير*،219/4؛ ابن رشد، *بداية المجتهد*، 372/2؛ الشيرازي، *المهذب*، 277/2؛ الرملي، *نهاية المحتاج*، 439/7.

الحصين(799). أما الحرز اصطلاحاً: فهو ما يوضع فيه المتاع للحفظ، أو هو ما نصب عادة لحفظ أموال الناس: كالدار، والحانوت، والخيمة، والشخص...(800).

واتفق الفقهاء على أن حد السرقة لا ينطبق على السارق إلا إذا أخذ المتاع المسروق من حرزه، كما اتفقوا على أن بيان وتحديد الحرز مَردُّه إلى العرف والعادة بين الناس، والأصل في اعتماد الحرز واشتراطه قول الرسول– صلى الله عليه وسلم–:" لا قطع في ثمر معلق ولا في حريسة جبل، فإذا آواه المراح أو الجرين، فالقطع فيما بلغ ثمن المجن"(801). قال ابن همام:" الحرز ما عُدّ عُرفاً حرزاً للأشياء، لأن اعتباره ثبت شرعاً من غير تنصيص على بيانه، فيُعلم به أنه رُدَّ إلى عرف الناس"(802).

وقال الإمام الشافعي:" وانظر إلى المسروق فإن كان في الموضع الذي سرق منه تَنْسبهُ العامة إلى أنه في مثل ذلك الموضع محرز فأقطع فيه، وإن كانت العامة لا تنسبه إلى أنه في مثل ذلك الموضع محرز فلا يقطع فيه"(803).

وقال الغزالي:" والحرز ما لا يعدُّ المالك أنه مضيع لماله إذا وضعه فيه، ومرجعه إلى العرف، لأنه ليس له ضابط لغة ولا شرعاً، كالقبض في المبيع والإحياء في الموات والعرف يتفاوت، ولذلك فهو يختلف باختلاف الأحوال والأوقات"(804).

وقال ابن قدامة الحنبلي:" والحرز ما عُدّ حرزاً في العرف، فإنه لما ثبت اعتباره في الشرع من غير تنصيص على بيانه عُلم أنه رُدّ إلى أهل العرف، لأنه لا طريق إلى معرفته إلا من جهته فيرجع إليه"(805).

من خلال ما تقدم من أقوال العلماء في بيان ماهية الحرز نرى أن الحرز ليس له حقيقة معلومة أو ثابتة، وإنما يكون العرف هو المُحكّم في بيان حقيقته وماهيته وأوصافه. وهذا المثال قد ساقه

---

799 ابن منظور، *لسان العرب*، 546/4، مادة"حرز".

800 ابن همام، *فتح القدير*،142/5؛ النووي،*روضة الطالبين*،121/10؛ ابن قدامة، *المغني*، 249/8. ابن رشد، *بداية المجتهد*،440/2.

801 مالك،الحدود، 1518.

802 ابن الهمام، *فتح القدير*، 238/4.

803 الشافعي،*الأم*، 135/6.

804 الغزالي، *المستصفى*، 196/2.

805 ابن قدامة، *المغني*، 9/ 111.

البعض على أنه من باب تخصيص العام بالعرف، والذي يبدو لي– والله أعلم– بأن بيان حقيقة الحرز وتعريفه بالرجوع إلى ما هو منتشر بين الناس ومعروف عندهم لا علاقة له بتخصيص العام بالعرف، فأين العام في هذه المسألة؟ وكيف يخصص العرف هذا الحديث؟.

وما أراه أن هذه المسألة هي من باب تحكيم العرف في بيان حقيقة الحرز ولا علاقة له بالتخصيص، لأن الحديث النبوي قد ذكر مكانين يجمع فيهما الناس أشياءَهم ومحاصيلهم وحيواناتهم، وهذان المكانان لا يدلان على العموم .

وقد تكون هناك أماكن أخرى تدل على الحرز؛ لأن الحرز قابل للتغيير والتبديل من مكان إلى مكان آخر، ومن زمان إلى زمان، كما تختلف أساليب الناس في حفظ الأموال والأشياء.

6. الخاتمـة

بعد الذي تقدم من موضوع تخصيص العام بالعرف نُدرك أن التشريع الإسلامي هو تشريع حيّ متجدد وليس جامداً، بل هو قابل للحركة والتطور والتجديد، ويأتي تجديده وتطويره بسبب طبيعة الحياة المتجددة والمتغيرة .لأن التشريع متعلق بأفعال المكلفين، فالتغير والتبدل من حال إلى حال بسبب تطور الحياة وتقدم الحضارة، وبالتالي إيجاد الحلول للنوازل والأحداث الفقهية في كل زمان ومكان .

وإن كثرة هذه الحوادث والنوازل تتطلب أحكاماً وفتاوى، وكان المطلوب من العلماء والفقهاء في كل زمان ومكان أن يوافقوا بين عادات الناس وأعرافهم في كل إقليم وبين أحكام التشريع الإسلامي، لا يعني هذا أن الشريعة الإسلامية فيها قصور ونقص، لا، بل الشريعة الإسلامية كاملة وشاملة،فهي قد جاءت بقوانين شاملة لأمور الدين والدنيا، في العبادات والمعاملات وغيرها، وذلك في المبادئ والأصول. إلا أن أمر التفاصيل والجزئيات فقد ترك الشرع الحنيف أمر بيانها وتنفيذها للعلماء والفقهاء والمجتهدين، حيث يستنبطون من نصوص الشريعة ما ليس منصوصاً فيه.

ونرى من خلال الاطلاع على التاريخ الإسلامي في عهد الصحابة والتابعين أنهم– رضوان الله عليهم– لم يقفوا مكتوفي الأيدي من القضايا المستجدة والأحداث والنوازل الجديدة موقف العاجز الحيران، بل تصدوا لها بالاجتهاد والفتوى، وأعطوا لهذه النوازل الحلول المناسبة.

وقد سار علماء الإسلام على هذا النهج فكانوا ينظرون لما جاء وورد عن الصحابة الكرام أو التابعين أولاً، ثم ما أصّله الفقهاء والعلماء في عصر الاجتهاد ثانياً، ثم ما أضافه أصحاب المذاهب

الفقهية من آراء ومبادئ وتخريجات واستنباطات ثالثاً، مبرهنين بذلك أن الشريعة الإسلامية فيها من المبادئ والأصول بما يتناسب مع كل زمان ومكان.

هذا وقد كان للعرب عادات وتقاليد ساروا عليها وجعلوها حكماً في الكثير من أمور حياتهم فلما جاء الإسلام أقرّ الكثير من تلك العوائد والأعراف التي كانت منتشرة بينهم، وألغى بعضها، وعدّل في بعضها الآخر.

فقد أقرّ النبي– صلى الله عليه وسلم– الكثير من تلك الأعراف والعادات، لا سيما ما كانت منها موافقة للشريعة الإسلامية، وكذلك سار الصحابة على نهج النبوة وذلك في الأخذ بالأعراف والعادات وتحكيمها في القضايا والمعاملات التي تُعرض عليهم، ما دامت لا تناقض أو تصادم نصاً ولا تتعارض مع مقاصد الشريعة الإسلامية.

ومن يستقصي كتب المذاهب الإسلامية، وأقوال المجتهدين يرى فيها الكثير من الأحكام والفروع الفقهية التي روعي فيها العرف الصحيح، وخاصة عند الأحناف والمالكية أكثر من الشافعية والحنابلة.

وفي بحثنا هذا المعنّون بـ" حجية العرف و تخصيص العام به" تعرضنا للعرف وأنواعه وشروطه، ثم بيان موقف العلماء والفقهاء من تخصيص النص الشرعي العام بالعرف وخلاف العلماء في ذلك مع ذكر أدلتهم، والوصول إلى أهم النتائج المترتبة على البحث، وفيما يلي أهم تلك النتائج:

1 ـ النصوص الشرعية– القرآن، السنة– يجب أن تفهم بحسب مدلولاتها اللغوية والعرفية، وذلك في زمن نزول هذه النصوص– أي في عصر النبوة– لأنها هي مقصد ومراد الشارع الحكيم، أي بمعنى أن تفهم هذه النصوص الشرعية حسب الشائع في زمن التشريع، ولا عبرة بالأعراف والمفاهيم التي تغيرت وتبدلت بعد عصر النبوة، أو فيما بعدها من الأزمان المتأخرة، لأن هذا الأمر إذا أخذ بعين الاعتبار– أي الأعراف المتبدلة– لما استقر النص التشريعي ولم يكن له معنى. فالعبرة بالأعراف والمفاهيم المقارنة لنزول النص التشريعي فقط دون غيره.

2 ـ العرف والعادة لفظان مترادفان على الأغلب وبمعنى واحد، وهذا هو الذي سار عليه أكثر الناس واعتادوه في جميع البلدان، أو في بعضها في جميع العصور أو في عصر معين،حيث نشأت الأعراف والعادات بين الناس بسبب ارتياحهم إلى فعل من الأفعال، أو عمل من الأعمال تميل إليه نفوسهم، ثم يتكرر هذا الفعل أو العمل منهم حتى عادة. وانتشار العادة بين الناس وتقليد بعضهم للبعض فيها يكون عرفاً.

3 ـ للأعراف سلطان على النفوس، وتتحكم في العقول. فالعرف أو العادة إذا ما ترسخت عند الناس اعتبرت من الضرورات الحياتية التي لا يستغني عنها الناس. فيجب مراعاة هذهالأعراف المنتشرة بين الناس، لأن في نزع الناس عنها حرج وضيق ومشقة عليهم.

فالعرف يُؤخذ به في كثير من الأحكام الشرعية لا سيما العملية منها، فيدخل في كثير من أبواب الفقه كالمعاملات، والجنايات، والأحوال الشخصية وغيرها .

4 ـ إذا تعارض نص شرعي مع العرف فيُنظر إلى درجة التعارض بينهما هل هي كلية أو جزئية؟. فإن كان التعارض كلياً بحيث يستوجب العمل بالعرف تعطيل النص الشرعي ففي هذه الحالة يكون العرف فاسداً لا يجوز العمل به.

أما إذا كان العرف يتعارض مع النص جزئياً، بأن يكون النص عاماً، وعارضه العرف المقارن في بعض أفراده، هنا يكون التخصيص لهذا النص الشرعي العام بالعرف، وذلك حسب نوع العرف هل هو قولي أو عملي، قائماً عند نزول النص الشرعي أو طارئاً عليه، لأن لكل نوع من هذه الأنواع حكمه الذي بيناه في ثنايا بحثنا هذا .

5 ـ اتفق العلماء على أن العرف القولي الذي يُخصص به النص الشرعي العام إنما هو العرف العام وليس الخاص، لأن تخصيص النص العام يكون بالعرف المنتشر السائد بين جميع الناس الذين نزل القرآن بلغتهم وحسب ما تعارفوه من معانٍ جرت عليها عاداتهم وتقاليدهم، والمتبادرة لأذهانهم وفهمهم عند اطلاق تلك الألفاظ والمعاني.

6 ـ إذا جاء نص شرعي عام عن الشارع، وكان للناس في تعاملاتهم وعقودهم عادة خاصة بهم في بعض ما تناوله ذلك النص الشرعي العام، كان هذا موضع اختلاف العلماء في هذا العرف العملي هل يُخصص به هذا النص الشرعي العام أم لا؟.

فالجمهور من الحنفية والمالكية وبعض الحنابلة قالوا: أن هذا العرف يخصص العام. أما الشافعية والحنابلة قالوا: بعدم تخصيص هذا العرف العملي للعام. هذا الخلاف في العرف العملي إنما هو في النصوص الشرعية، أما في عموم ألفاظ الناس فلا خلاف بين العلماء في جواز تخصيص كلامهم وألفاظهم بالعرف العملي.

7 ـ من شروط التخصيص بالعرف: أن يكون هذا العرف مقارناً للنص زمن وروده، أما العرف الطارئ المخالف للنص في بعض مدلولاته فإنه لا يخصص به النص إلا إذا أيّد هذا العرف الطارئ

سُنّة أو إجماع، عندها لا يكون العرف الطارئ هو المخصص بذاته، وإنما بما استند إليه من إقرار النبي– صلى الله عليه وسلم–، أو إجماع العلماء الذي بُني على دليل شرعي.

8 ـ من خلال البحث تبين لي أن العرف قد أخذ به جميع الفقهاء في المذاهب كلها، وإن اُشتهر به أكثر الأحناف والمالكية دون غيرهم من الشافعية والحنابلة. وإن كان هناك خلاف بين المذاهب إلا أنه ليس في أصل اعتبار العرف، وإنما هو في مدى التوسع في الأخذ بالعرف أو التقليل منه. فالعرف كان معتبراً منذ زمن الرسول– صلى الله عليه وسلم–، مروراً بعهد الصحابة والتابعين وبعدهم الأئمة المجتهدين في كل عصر.

إذاً القول بتخصيص النص الشرعي العام بالعرف لا يُعتبر نسخاً للنص، أو هدماً له، أو إبطاله. فالعرف المخصص للنص إنما هو العرف الصحيح المستوفي للشروط والذي لا يصطدم مع النص، بل هو إعمال للدليلين معاً. فالتخصيص بالعرف يحقق التوفيق بين النص الشرعي العام والعرف القائم، ويزيل التعارض الموجود بينهما.

9 ـ نجد من خلال البحث أن لتخصيص العام بالعرف أثرٌ في الفقه الإسلامي في أبواب كثيرة من معاملات وعبادات وأحوال شخصية وجنايات وغيرها كما مرّ معنا في البحث: كجواز عدم إرضاع المرأة الشريفة ولدها تخصيصا لها من عموم آية الإرضاع وذلك للعرف السائد آنذاك، وكذلك النهي عن بيع المعدوم وجواز بيع ما ظهر مع ما لم يظهر من الخضروات وغيرها، وكذلك جواز الاستصناع استثناءً من عموم النهي العام عن بيع المعدوم وغيرها من الأمثلة التي مرت في البحث.

وأخيراً:

فإن عملي المتواضع في هذا البحث المعنّون بعنوان:" تخصيص العام بالعرف" لا أنزّهه عن النقصان والتقصير فالكمال لله وحده، بيْد أني بذلت ما بوسعي لأحيط بجوانب الموضوع حسب استطاعتي، فلا أزعم الإحاطة والشمول، وإنما كان بحثي هذا مجهوداً متواضعًا، أردت من خلاله بيان وماهية العرف ومن ثم التخصيص به للنص الشرعي العام وذلك حسب طاقتي ومعرفتي المحدودة، فما كان صواباً فمن الله– تعالى– وتوفيقا منه وبفضله، وإن كان هناك نقص أو تقصير فمني .

والحمد لله رب العالمين راجياً منه التوفيق والسداد.

7. المصادر والمراجع

- ابن الملقن، سراج الدين عمر بن علي بن أحمد الأنصاري الشافعي(1402/804)، البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير، تحقيق أسامة بن أحمد،دار الهجرة،الرياض،بدون تاريخ طبع.

- ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبدالواحد السيواسي (1457/861)، شرح فتح القدير، ط الأولى،دار الكتب العلمية، بيروت، 2003.

- ابن رشد، محمد بن أحمد بن محمد القرطبي (1199/590)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تحقيق ماجد الحموي، ط الأولى، دار ابن حزم، بيروت، 1995.

- ابن عربي، أبو بكر محمد بن عبدالله (1148/543)، أحكام القرآن,ط الثالثة،، دار الكتب العلمية،بيروت، 2003.

- الأنصاري اللكنوي، عبدالعلي محمد بن نظام الدين (1810/1225)، فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت، ط الأولى،، دار الكتب العلمية، بيروت،2002.

- البوطي،محمد سعيد رمضان (20134/1434)، ضوابط المصلحة، ط الرابعة،،دار الفكر،دمشق، 2005.

- الجرجاني، علي بن محمد السيد الشريف (1413/816)، معجم التعريفات،تحقيق محمد صديق المنشاوي، دار الفضيلة، القاهرة، بدون تاريخ طبع.

- الزيلعي، جمال الدين أبو محمد عبدالله بن يوسف الزيلعي الحنفي(1361/762)، نصب الراية لأحاديث الهداية وبغية الألمعي في تخريج الزيلعي، تحقيق محمد عوامة، دار القبلة للثقافة، جدة،بدون تاريخ طبع.

- السبكي، علي عبدالكافي (1370/771)، لإبهاج شرح المنهاج، تحقيق شعبان محمد إسماعيل،مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة،1981 .

- الشوكاني، محمد علي الشوكاني(1835/1250)، نيل الأوطار، تحقيق محمد صبحي بن حلاّق، ط الأولى، دار ابن الجوزي، الرياض 1427هـ.

- الشيرازي، إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزآبادي الشيرازي(1083/476)،التبصرة في أصول الفقه, ط الأولى،دار الفكر، دمشق، 1980.

ـ القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي(1285/684)، نفائس الأصول في شرح المحصول،ط الأولى، مكتبة نزار مصطفى البار، القاهرة، 1995.

ـ ابن التمين، محمد عبدالله بن التمين، إعمال العرف في الأحكام والفتاوى في المذهب المالكي، ط الأولى،نشر دائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري،دبي،2009.

ـ ابن الحاجب، عثمان بن الحاجب المالكي،(1249/646) شرح مختصر المنتهى الأصولي، تحقيق محمد حسن محمد حسن، ط الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت،2004.

ـ ابن القيم، محمد بن أبي بكر بن أيوب الزرعي(1350/751)، تهذيب السنن، تحقيق إسماعيل بن غازي،ط الأولى،مكتبة المعارف، الرياض، 2007.

ـ ابن النجار، محمد بن أحمد بن علي الفتوحي المعروف بابن النجار(1565/972)، الكوكب المنير المسمى مختصر التحرير، تحقيق محمد الزحيلي،من إصدارات وزارة الشؤون الإسلامية، السعودية، بدون تاريخ طبع.

ـ ابن الهمام، محمد بن عبدالواحد كمال الدين ابن الهمام(1457/861)، فتح القدير شرح فتح القدير على الهداية، ط الأولى،دار الكتب العلمية،بيروت، 2003.

. ابن أمير الحاج، شمس الدين محمد بن محمد المعروف بابن الحاج(1474/879) التقرير والتحبير، ط الثانية،، دار الكتب العلمية، بيروت،1983.

ـ ابن تيمية، أحمد بن تيمية (1328/728)، المسودة في أصول الفقه، تحقيق محمد محي الدين عبدالحميد، دار الكتاب العربي، بيروت، بدون تاريخ طبع.

ـ ابن تيمية,تقي الدين أحمد بن تيمية الحرّاني(1328/728)، مجموع الفتاوى،ط الثانية،دار الوفاء،المنصورة،مصر،2001م.

ـ ابن حجر,أبو الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني(1448/852)، الإصابة في تمييز الصحابة، تحقيق عبدالله بن عبدالمحسن التركي، ط الأولى،مركز هجر للبحوث والدراسات العربية والإسلامية، القاهرة،،2008.

ـ ابن دقيق، تقي الدين بن دقيق العيد(1303/702)،إحكام الأحكام شرح عمد الأحكام، تحقيق محمد حامد الفقي، مكتبة السنة المحمدية، القاهرة، 1953.

ـ ابن رجب، عبدالرحمن بن رجب الحنبلي (1393/795)، القواعد في الفقه الإسلامي، دار الفكر، بيروت، بدون تاريخ طبع.

- ابن رجب، زين الدين عبدالرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي(1393/795)، تقرير القواعد وتحرير الفوائد، دار ابن عفان، الرياض، بدون تاريخ طبع.
- ابن رشد، أبو الوليد ابن رشد القرطبي(1126/520)، البيان والتحصيل، تحقيق محمد العرايشي، ط الأولى، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1985.
- ابن عابدبين،محمد أمين الشهير بابن عابدين(1836/1252)، رد المحتار على الدرالمختار، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود، طبعة خاصة، دار الكتب العلمية، الرياض،2003.
- ابن عابدين،محمد أمين أفندي الشهير بابن عابدين(1836/1252)، مجموعة رسائل ابن عابدين، رسالة: نشرُ العَرف في بناء بعض الأحكام على العُرف، بدون دار نشر وتاريخ طبع.
- ابن عبدالشكور، محب الله ابن عبدالشكور(1707/1119)، مسلم الثبوت،المطبعة الأميرية، القاهرة،بدون تاريخ طبع.
- ابن فارس ا، أحمد بن فارس بن زكريا(1005/395)، معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبدالسلام محمد هارون،دار الفكر، بيروت،بدون تاريخ طبع .
- ابن فرحون، برهان الدين محمد بن فرحون اليعمري المالكي (1396/799)، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، طبعة خاصة،دار الكتب العلمية، بيروت، 2003.
- ابن قدامة، موفق الدين محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة(1223/620)، المغني، تحقيق عبدالله بن عبدالمحسن التركي، ط الثالثة،دار عالم الكتب، الرياض، 1997.
- ابن قدامة،موفق الدين عبدالله بن أحمد بن قدامة (1223/620)،روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه،ط الأولى، المكتبة المكية، مكة،،1998.
- ابن مفلح، إبراهيم بن محمد بن عبدالله بن محمد بن مفلح أبو إسحاق برهان الدين(1362/763)، النكت والفوائد على مشكل المحرر لمجد الدين ابن تيمية، ط الثانية،مكتبة المعارف، الرياض،1404هـ
- ابن منظور,محمد بن مكرم بن علي أبو الفضل جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي(1311/711)لسان العرب،ط،الثالثة،دار صادر، بيروت، 1995 .
- ابن هشام، محمد بن عبدالملك بن هشام بن أيوب الحميري(833/218)، تهذيب سيرة ابن هشام،ط الرابعة عشر، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1985.
- أبو الحسن البصري، محمد بن علي الطيب أبو الحسين البصري المعتزلي،(1044/436) المعتمد في أصول الفقه، ط الأولى،، دار الكتب العلمية بيروت، 11403 هـ .

ـ أبو داود، سليمان بن الأشعث السجستاني(889/275)، المراسيل مع الأسانيد، تحقيق عبدالعزيز عزالدين السيروان، دار القلم، بيروت،بدون تاريخ طبع .

ـ أبو داود،سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني(888/275)، سنن أبي داود، طبعة خاصة،دار الرسالة العالمية، 2009.

. أبو زهرة، محمد أبو زهرة(1974/1394)، الإمام أبو حنيفة، ط الثانية، دار الفكر العربي،القاهرة،1946.

ـ أبو زهرة، محمد أبو زهرة(1974/1394)، الإمام مالك،حياته وعصره، ط الأولى،دار الفكر العربي، بيروت، 1946.

ـ أبو سنة، أحمد فهمي أبو سنة(2003/1424)، العرف والعادة في رأي الفقهاء، مطبعة الأزهر، 1947.

ـ أحمد البخاري، علاء الدين عبدالعزيز البخاري(1330/730)، كشف الأسرار عن أصول فخر الدين البزدوي،ط الثانية،، الناشر الفاروق الحديثة، القاهرة،1995.

. الأسنوي،جمال الدين عبدالرحيم الأسنوي الشافعي(1370/772)، نهاية السول في شرح منهاج الأصول، عالم الكتب، القاهرة، بدون تاريخ طبع.

ـ الأنصاري، محمد بن نظام الدين محمد السهالوي الأنصاري اللكنوي(1810/1225)، مسلم الثبوت مع فواتح الرحموت، ط الأولى،دار الكتب العلمية، بيروت،2002م.

ـ الإيجي، عبدالرحمن بن أحمد الإيجي(1355/756)، شرح العضد على مختصر المنتهى الأصولي لابن الحاجب، ط الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 2001.

ـ الايجي،عبدالرحمن بن أحمد الإيجي(1355/756)، شرح العضد على مختصر المنتهى الأصولي لإبن الحاجب، ط الأولى،دار الكتب العلمية، بيروت، 2000.

ـ الباجي، أبو الوليد الباجي(1081/474)، إحكام الفُصول في أحكام الأصول، ط الأولى،دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1986.

ـ الباحسين، يعقوب عبدالوهاب الباحسين، رفع الحرج في الشريعة الإسلامية،ط الرابعة، مكتبة الرشد،الرياض، 200.

ـ الباحسين، يعقوب عبدالوهاب الباحسين،الاستحسان،حقيقته، أنواعه،حجيته، ط الأولى،مكتبة الراشد، الرياض،2007.

ـ الباحسين، يعقوب عبدالوهاب الباحسين،الاستحسان،حقيقته، أنواعه، حجيته، ط الأولى، مكتبة الراشد،الرياض،2007.

ـ البدخشي، محمد بن الحسن البدخشي(1516/922)، مناهج العقول،مطبعة محمد صبيح وأولاده، القاهرة، بدون تاريخ طبع.

ـ البزدوي، عبدالعزيز أحمد بن محمد البخاري علاء الدين(1330/730)، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي وبهامشه أصول البزدوي، مطبعة الشركة الصحافية العثمانية، 1308 هـ .

ـ البغا، مصطفى البغا، أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي، دار الإمام البخاري، دمشق، بدون تاريخ طبع.

ـ البغدادي، عبدالوهاب البغدادي(1031/422)، المعونة، تحقيق خميس عبدالحق، المكتبة التجارية، مكة، بدون تاريخ طبع.

ـ البهوتي،منصور بن يونس بن إدريس البهُتي(1641/1051)، كشف القناع عن متن القناع، دار الكتب العلمية، بيروت، 1983.

ـ البيضاوي، عبدالله بن عمر البيضاوي(1286/685)، منهاج الوصول إلى علم الصول، تحقيق مصطفى شيخ مصطفى، ط الأولى، دار الرسالة، دمشق، 2006.

ـ البيهقي، أحمد بن الحسين علي بن موسى البيهقي(1066/458)، السنن الكبرى، تحقيق محمد عبدالقادر عطا،ط الثالثة، دار الكتب العلمية،بيروت، 2003.

ـ الترمذي، محمد بن عيسى بن سورة بن موسى الضحاك أبو عيسى (892/279)، سنن الترمذي، تحقيق محمود محمد محمود حسن نصار، ط الثانية،دار الكتب العلمية،بيروت لبنان،1975.

ـ الجرجاني، علي بن محمد السيد الشريف الجرجاني(1078/471)، معجم التعريفات، تحقيق محمد صديق المنشاوي، دار الفضيلة، القاهرة، بدون تاريخ طبع.

ـ الجرجاني،علي بن محمد السيد الجرجاني(1078/471)،التعريفات،تحقيق محمد صديق المشاوي،دار الفضيلة، القاهرة،بدون تاريخ طبع.

ـ الجصاص،أحمد بن علي الرازي الجصاص(981/370)، أحكام القرآن،تحقيق محمد الصادق قمحاوي، دار إحياء التراث العربي،بيروت، 1405 هـ .

ـ الجوهري، إسماعيل بن حماد الجوهري(1003/393)،الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية،أحمد عبدالغفور عطار، ط، الرابعة،دار العلم للملايين،،بيروت، 1990.

ـ الجويني، عبدالملك بن عبدالله بن يوسف الجويني(1086/478)، نهاية المطلب في دراية المذهب، تحقيق محمد عثمان، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون تاريخ طبع.

ـ الجيدي، عمر بن عبدالكريم الجيدي، العرف والعمل في المذهب المالكي ومفهومهما لدى علماء المغرب، مطبعة فضالة، المحمدية المغرب، 1982 .

ـ الجيدي، عمر بن عبدالكريم الجيدي، العرف والعمل في المذهب المالكي، مطبعة فضالة، المغرب، بدون تاريخ طبع.

ـ الجيدي، عمر عبدالكريم الجيدي، العرف والعمل في المذهب المالكي، مطبعة فضالة، المحمدية،المغرب،بدون تاريخ طبع .

ـ الجيزاني،محمد بن حسين بن حسن الجيزاني، معالم أصول الفقه عند أهل السنة والجماعة، ط الأولى،دار بن الجوزي،الرياض، 1996.

ـ الحسن البصري، أبو الحسن محمد بن علي بن الطيب البصري المعتزلي(728/110)، المعتمد في أصول الفقه، تحقيق محمد حميد الطيب، سنة الطبع 196بدون اسم المكتبة .

ـ الحطاب، محمد بن محمد بن عبدالرحمن المالكي المغربي الحطاب(1547/954)، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الكتب العلمية، بيروت،بدون تاريخ طبع.

ـ الحفناوي، محمد إبراهيم الحفناوي، إتحاف الأنام بتخصيص العام، ط الأولى،دار الحديث، القاهرة،1997.

ـ الحفناوي، محمد إبراهيم الحفناوي، دراسات أصولية في السنة النبوية، ط الأولى،دارالوفاء للطباعة للنشر والتوزيع، المنصورة، مصر، 1998.

ـ الحموي، أحمد بن محمد الحنفي الحموي(1687/1098)، غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر لابن نجيم، ط الأولى، دار الكتب العلمية،بيروت، 1985.

ـ الدارقطني، علي بن عمر (995/385)، سنن الدار قطني، ط الأولى،دار ابن حزم،بيروت، 2011.

ـ الدردير، أحمد بن محمد (1457/861)، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك،،دار المعارف، القاهرة، بدون تاريخ طبع.

ـ الدريني،فتحي الدريني، المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي(2013/1434)،ط الثالثة،مؤسسة الرسالة، بيروت،، 2013.

ـ الدسوقي، شمس الدين محمد عرفة الدسوقي (1815/1230)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العلمية، القاهرة،بدون تاريخ طبع.

ـ الدّعاس،عزت عبيد الدعاس(2001/1422)، القواعد الفقهية،ط الثالثة، دار الترمذي،حمص،سورية، 1989.

ـ الرازي, فخر الدين محمد بن عمر بن الحسين (1209/606)، المحصول في علم أصول الفقه، تحقيق جابر فياض العلواني، مؤسسة الرسالة،دمشق، بدون تاريخ طبع.

ـ الرازي، محمد بن أبي بكر بن عبدالقادر (1268/666)، مختار الصحاح، مكتبة لبنان، 1986.

ـ الزحيلي، محمد (2015/1437)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة،ط الأولى،، دار الفكر ،دمشق،2006.

ـ الزحيلي، محمد وهبة (2015/1436)،أصول الفقه الإسلامي،ط الأولى،دار الفكر، دمشق، 1986.

. الزرقا، أحمد بن الشيخ محمد (1999/1420)،شرح القواعد الفقهية، ط الثانية، دار القلم، دمشق، 1989.

ـ الزرقا، مصطفى أحمد (1999/1420)، المدخل الفقهي العام،ط الأولى،، دار القلم،دمشق، 1998.

ـ الزركشي، بدر الدين محمد بن بهادر بن عبدالله الشافعي(794/ 1392), البحر المحيط في أصول الفقه،ط الثانية،طبعة وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية, الكويت، 1992.

ـ الزنجاني، شهاب الدين محمود بن أحمد (1258/656)، تخريج الفروع على الأصول، تحقيق محمد أديب صالح، ط الرابعة،مؤسسة الرسالة، بيروت،1982.

ـ الزيلعي، جمال الدين أبو محمد عبدالله يوسف (1360/762)، نصب الراية لأحاديث الهداية وبغية الألمعي في تخريج الزيلعي، تحقيق محمد عوامة، دار القبلة للثقافة الإسلامية،جدة،بدون تاريخ طبع.

ـ السبكي، علي عبدالكافي (1370/771)، الإبهاج شرح المنهاج، تحقيق شعبان محمد إسماعيل، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة،1981.

ـ السبكي، علي عبدالكافي (1370/771)، جمع الجوامع مع شرح البناني، بدون دار نشر أو تاريخ طبع .

ـ السبكي، علي عبدالكافي السبكي(1370/771)، جمع الجوامع مع شرح البناني، بدون دار نشر أو تاريخ طبع.

ـ السبكي،علي بن عبد الكافي (1383/785)،الإبهاج في شرح المنهاج،دار الكتب العلمية،بيروت، 1995.

ـ السدلان، صالح بن غانم ،القواعد الفقهية الكبرى،ط الأولى،،دار بلنسية،الرياض،السعودية، 1417هـ .

ـ السرخسي، شمس الدين أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل (1090/483)، كتاب المبسوط، دار المعرفة،بيروت،بدون تاريخ طبع.

ـ السرخسي،أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل (1090/483)،أصول السرخسي،تحقيق أبو الوفا الأفغاني، نشر لجنة إحياء المعارف النعمانية بحيدر آباد، الهند، بدون تاريخ طبع.

ـ السلمي،عياض بن نامي ، أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله، ط الأولى، دار التدمرية، الرياض، 2005م.

. السمرقندي، علاء الدين السمرقندي(1146/540)، تحفة الفقهاء، ط الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 1984.

ـ السمرقندي، محمد بن أحمد السمرقندي(1145/539)، ميزان الأصول في نتائج العقول، تحقيق محمد زكي عبد البر، ط الأولى، 1984.

ـ السمعاني،منصور بن محمد بن عبدالجبار الشافعي(1096/489)،قواطع الأدلة في أصول الفقه،تحقيق عبدالله بن حافظ الحكمي، ط الأولى،مكتبة التوبة،الرياض، 1998.

. السيد صالح عوض، أثر العرف في التشريع الإسلامي،مكتبة الرسالة، بيروت، بدون تاريخ طبع.

ـ السيوطي، جلال الدين عبدالرحمن (1505/911)، الأشباه والنظائر في قواعد فروع الشافعية،ط الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 1983.

ـ الشاشي،نظام الدين أحمد بن محمد بن إسحاق (956/344)،أصول الشاشي،ط الأولى،دار الكتب العلمية، بيروت،2003.

ـ الشاطبي، إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي أبو إسحاق (1194/590)،الموافقات في أصول الشريعة،ط الثانية،دار الفكر العربي،بيروت، 1975.

ـ الشافعي،محمد بن إدريس (820/204)،الرسالة، تحقيق أحمد محمد شاكر، ط الأولى،مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، القاهرة، 1938.

ـ الشربيني،شمس الدين محمد بن محمد الخطيب (1570/977)، مغني المحتاج، دار الكتب العلمية،بيروت،2000.

ـ الشرواني،عبدالحميد الشرواني،حواشي الشرواني على تحفة المحتاج بشرح المنهاج،دار الفكر،بيروت، بدون تاريخ طبع .

ـ الشنقيطي، عبدالله بن إبراهيم العلوي ، نشر البنود على مراقي السعود،مطبعة فضالة،المغرب،بدون تاريخ طبع.

ـ الشنقيطي،محمد بن مختار الشنقيطي(1974/1393)، مذكرة أصول الفقه على روضة الناظر، ط الأولى،دار عالم الفوائد، مكة، 1426هـ.

ـ الشوكاني، محمد بن علي (1835/1250) إرشاد الفحول، تحقيق سامي بن العربي الأثري، ط الثانية،دار الفضيلة،الرياض، 2000.

ـ الشوكاني،محمد بن علي (1839/1255)،إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، تحقيق أبو حفص سامي بن

ـ الشيرازي، إبراهيم بن علي الفيروزأبادي (1083/476)، اللُّمع في أصول الفقه، تحقيق عبدالقادر الخطيب الحسني، ط الأولى،دار الحديث،طنجة، المغرب، 2013م.

ـ الشيرازي، أبو إسحاق الشيرازي(1084/476)، المهذب، تحقيق محمد الزحيلي، ط الأولى،دار القلم،دمشق،1992.

ـ الطبري، محمد بن جرير بن يزيد بن كثير أبو جعفر الطبري(923/310)، جامع البيان في تأويل القرآن،تحقيق أحمد محمد شاكر،ط الأولى، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2000.

ـ الطبري، محمد بن جرير بن يزيد بن كثير أبو جعفر (923/310)، تفسير الطبري،تحقيق محمود شاكر، ط2،مكتبة ابن تيمية، القاهرة،بدون تاريخ طبع.

ـ الطوفي، نجم الدين بن عبد القوي بن سعيد الوفي(1316/716)، شرح مختصر الروضة، تحقيق عبدالمحسن التركي، ط الثانية،توزيع وزارة الشؤون الإسلامية، السعودية، 1998.

ـ الطوفي، نجم الدين سليمان بن عبدالقوي (1316/716)، شرح مختصر الروضة، تحقيق عبدالله بن عبدالمحسن التركي، ط الثانية، طبع وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف، السعودية، 1998 .

. العز بن عبد السلام، عزالدين بن عبدالسلام (1262/660)، قواعد الأحكام في مصالح الأنام،ط الأولى، بدون دار النشر, 1991.

ـ العز بن عبدالسلام، عزالدين عبدالعزيز بن عبدالسلام (1262/660)، قواعد الأحكام، مراجعةطه عبدالرؤوف سعد، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، 1991.

ـ العطار، حسن العطار(1762/1175)، حاشية العطار على جمع الجوامع، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون تاريخ طبع.

ـ العلائي،صلاح الدين أبو سعيد خليل بن كيكلدي الدمشقي761/ 1359)، تلقيح الفهوم في تنقيح صيغ العموم، تحقيق علي معوّض، ط الأولى،دار الأرقم، بيروت، 1997.

ـ العليوي، سليمان بن أحمد ، الدعوى القضائية بين الشريعة والقانون،ط1، مكتبة التوبة،الرياض، 2012.

ـ العمري،نادية محمد شريف ، العموم والخصوص في التشريع الإسلامي، ط الأولى،مؤسسة الرسالة،دمشق،2010.

ـ الغزالي، محمد بن محمد ، المستصفى من علم الأصول (1111/505)، تحقيق حمزة بن زهير حافظ، بدون تاريخ طبع .

ـ الفراهيدي،الخليل بن أحمد بن عمرو بن تميم البصري(786/170)،كتاب العين، تحقيق الدكتور عبدالحميد الهنداوي، ط، الأولى،دار الكتب العلمية،بيروت، 2003م.

ـ الفيروز آبادي، إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي(1084/476)، التبصرة في أصول الفقه، تحقيق محمد حسن هيتو،ط الأولى، دار الفكر دمشق، 1980.

ـ الفيومي، أحمد بن محمد بن علي المقري(1368/770)، المصباح المنير،دار الحديث،القاهرة، 2003.

ـ القرافي، أبو العباس بن إدريس الصنهاجي (1285/684)، أنوار البروق في أنواء الفروق،تحقيق خليل المنصور، دار الكتب العلمية،بيروت،1998.

ـ القرافي، أحمد بن إدريس شهاب الدين (1285/684)، شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الفصول،دار الفكر،بيروت، بدون تاريخ طبع .

ـ القرافي، شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس (1285/684)، تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول، دار الفكر، بيروت، 2004.

ـ القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس (684/ 1285)، العقد المنظوم في الخصوص والعموم، تحقيق أحمد الختم عبدالله، ط الأولى،دار الكتبي،القاهرة، 1999.

ـ القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس (1285/684)، الذخيرة، تحقيق محمد بو خبزة، ط الأولى، دار الغرب العربي، بيروت، 1994.

. القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس المصري المالكي(1285/684)، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، تحقيق عبدالفتاح أبو غدة،ط الثانية،،دار البشائر،بيروت، 1995.

ـ الكاساني، علاء الدين بن مسعود الحنبلي(1191/587)، بدائع الصنائع وترتيب الشرائع، ط الثانية،در الكتب العلمية،بيروت،1986.

ـ الماردیني، محمد بن عثمان بن علي الشافعي(1467/871)، الأنجم الزاهرات على حلِّ ألفاظ الورقات، تحقيق عبدالكريم بن محمد النملة، ط الثانية،دار الرشد، الرياض، 1996.

ـ الماوردي، أحمد مبارك البغدادي (1058/450)، الأحكام السلطانية، تحقيق أحمد مبارك البغدادي،ط الأولى،، دار ابن قتيبة، الكويت، بدون تاريخ طبع.

ـ المباركي، أحمد بن علي ، العرف وأثره في الشريعة والقانون،ط الثانية،،مكتبة العبيكان، الرياض، السعودية،1993.

ـ المحلاوي، محمد عبدالرحمن عيد (000/000)، تسهيل الوصول إلى علم الأصول، مطبعة مصطفى البابي وأولاده، مصر، 1341هـ.

ـ المرداوي الحنبلي، علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان (1480/885) التحبير شرح التحرير، مكتبة الرشيد، الرياض، بدون تاريخ طبع.

ـ المرداوي، علاء الدين أبو الحسن علي بن علي بن سلمان الحنبلي(1480/885)، التحبير شرح التحريرفي أصول الفقه، بدون مكتبة الرشد، الرياض، بدون تاريخ طبع.

ـ المرداوي، علاء الدين علي بن سليمان (1480/885)،، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، ط1، تاريخ الطبع1955.

ـ المرداوي، علي بن سليمان (1480/885)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف،تحقيق محمد حامد الفقي، ط الأولى، مطبعة السنة المحمدية، الرياض، 1956.

ـ النووي، محمي الدين شرف الدين (1277/676)، المجموع شرح المهذب، تحقيق محمد نجيب المطيعي، مكتبة الإرشاد،جدة، السعودية، بدون تاريخ طبع.

ـ الولاتي، محمد بن يحيى بن محمد المختار (1912/1330)، إيصال السالك إلى أصول مذهب الإمام مالك،ط الأولى، دار ابن حزم، بيروت، 2006.

ـ الولاتي، محمد يحيى بن محمد المختار بن الطالب عبدالله (1912/1330)، حسام العدل والإنصاف القاطع لكل مبتدع باتباع الأعراف، تحقيق عبدالرحمن محمد بلحاج علي، نُشر في جريدة الشعب وجريدة الصحيفة وجريدة الأخبار بنواكشوط، موريتانيا،2007.

ـ الونشريسي، أحمد بن يحيى (1509/914)، إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك، تحقيق الصادق بن عبدالرحمن الغرياني، ط الأولى، دار ابن حزم، بيروت، 2006.

ـ بن عربي، محمد بن عبدالله المعروف (1149/543)، أحكام القرآن، دار الكتب العلمية، بيروت،بدون تاريخ طبع.

ـ حبنكة، عبدالرحمن حسن الميداني(2004/1425)، ضوابط المعرفة وأصول الاستدلال والمناظرة، ط الرابعة،دار القلم، دمشق، 1993.

ـ حيدر، علي حيدر(1934/1353)،درر الحكام شرح مجلة الأحكام، طبعة خاصة،دار عالم الكتب، الرياض، 2003.

ـ خلاف، عبدالوهاب خلاف(1956/1375)، أصول الفقه،بدون تاريخ طبع،أو دار طبع.

ـ خلاف، عبدالوهاب خلاف(1956/1375)،مصادر التشريع فيما لا نص فيه، دار القلم، الكويت، بدون تاريخ طبع.

ـ خليفة بابكر، التخصيص بالأدلة الاجتهادية، ط الأولى،،مكتبة وهبة، القاهرة، 1993.

ـ خليفة بابكر، التخصيص بالأدلة الاجتهادية، ط الأولى،مكتبة وهبة، القاهرة، 1993.

ـ خير الدين الزركلي(1976/1396)، الأعلام، تعليق وترتيب زهير ظاظا،،دار الأرقم، دمشق، بدون تاريخ طبع.

ـ رقية طه العلواني، أثر العرف في فهم النصوص (قضايا المرأة نموذجا)ط الأولى،دار الفكر،دمشق، 2003.

ـ شبير،محمد عثمان شبير، القواعد الكلية والضوابط الفقهية، ط الثانية،، دار النفائس، لبنان، 2007.

ـ شلبي، محمد مصطفى ، أصول الفقه الإسلامي، الدار الجامعية للطباعة،بيروت، بدون تاريخ طبع .

ـ شلبي، محمد مصطفى ، تعليل الأحكام، مطبعة الأزهر، القاهرة، 1947.

ـ شلبي، محمد مصطفى ،أصول الفقه الإسلامي، الدار الجامعية، بيروت، بدون تاريخ طبع.

ـ عبداللطيف، عبدالرحمن بن صالح ، القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير، ط الأولى، منشورات الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، 2003.

ـ عطا موسى، تخصيص العموم بالعرف، قسم الدراسات العليا، الجامعة الإسلامية، غزة، تاريخ 2007.

ـ علاء الدين، عبدالعزيز أحمد بن محمد البخاري(1329/730)، كشف الأسرار عن أصول البزدوي، دار الكتاب العربي، بيروت، 1308 هـ.

ـ قوتة، عادل عبدالقادر محمد قوتة، العرف حجيته وأثره في المعاملات المالية عند الحنابلة،ط الأولى، المكتبة المكية، مكة، 1997.

ـ قوته، عادل بن عبدالقادر قوته، أثر العرف وتطبيقاته المعاصرة في المعاملات المالية، قسم الدراسات الإسلامية، كلية الآداب، جامعة الملك عبدالعزيز ،جدة،1428 هـ .

ـ مالك، مالك بن أنس(795/179)، المدونة الكبرى، اصدار وزارة الشؤون الإسلامية،مطبعة السعادة، السعودية، 1324هـ .

ـ محمد أديب صالح، تفسير النصوص، ط الرابعة، المكتب الإسلامي، بيروت، 1993.

ـ محمد البورنو، موسوعة القواعد الفقهية،ط الثانية،،مكتبة التوبة، الرياض، 1418هـ.

ـ محمد أمين، محمد أمين المعروف بأمير بادشاه(1565/972)، تيسير التحرير ،دار الباز ،مكة، بدون تاريخ طبع.العربي الأثري، ط الأولى،دار الفضيلة، الرياض،2000م.

ـ SelahattinKıyıcı*İslamHukukundaÖrfveAdet,* EkevYayınları, Erzurum 2002

الأبحاث:

ـ السوسوة، عبدالمجيد السوسوة، التخصيص بالعرف وأثره في الفقه الإسلامي، مجلة الشريع و والقانون، العدد 32، تاريخ النشر 2007، الأردن.

ـ الغرايبة، محمد الغرايبة، تخصيص عام النص الشرعي بالعرف، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، العدد الأول،2005.

ـ الحولي، ماهر الحولي، بحث بعنوان، تخصيص العموم بالعرف، منشورات مجلة الجامعة الإسلامية،http://www.iugaza.edu.ps/ara/research, ISSN 1726-6807

خالد العروسي، بحث بعنوان: تخصيص العموم بالعرف والعادة، جامعة أم القرى، ص 16، http://www.feqhweb.com/vb/showthread.php?t=3811&page

ـ أسماء بنت عبدالموسى، العرف حجيته وآثاره الفقهية، بحث منشور في المجلة العربية للدراسات الأمنية، المجلد 21، العدد 41، تاريخ النشر محرم 1427 هـ.

VAN YÜZÜNCÜ YIL ÜNİVERSİTES
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
LİSANSÜSTÜ TEZ ORİJİNALLİK RAPORU

Tez Başlığı / Konusu: 11/042019/
İSLAM HUKUKUNDA ÖRFÜN DELİL DEĞERİ VE ÂM LAFIZLARIN ÖRFLE TAHSİSİ

Yukarıda başlığı/konusu belirlenen tez çalışmamın Kapak sayfası, Giriş, Ana bölümler ve Sonuç bölümlerinden oluşan toplam 185 sayfalık kısmına ilişkin, 11/ 04 /2019 tarihinde şahsım/tez danışmanım tarafından turnıtın intihal tespit programından aşağıda belirtilen filtreleme uygulanarak alınmış olan orijinallik raporuna göre, tezimin benzerlik oranı % 8 'tür.

Uygulanan Filtreler Aşağıda Verilmiştir:

- Kabul ve onay sayfası hariç,
- Teşekkür hariç,
- İçindekiler hariç,
- Simge ve kısaltmalar hariç,
- Gereç ve yöntemler hariç,
- Kaynakça hariç,
- Alıntılar hariç,
- Tezden çıkan yayınlar hariç,
- 7 kelimeden daha az örtüşme içeren metin kısımları hariç (Limit match size to 7 words)

Yüzüncü Yıl Üniversitesi Lisansüstü Tez Orijinallik Raporu Alınması ve Kullanılmasına İlişkin Yönergeyi inceledim ve bu yönergede belirtilen azami benzerlik oranlarına göre tez çalışmamın herhangi bir intihal içermediğini; aksinin tespit edileceği muhtemel durumda doğabilecek her türlü hukuki sorumluluğu kabul ettiğimi ve yukarıda vermiş olduğum bilgilerin doğru olduğunu beyan ederim.

Gereğini bilgilerinize arz ederim.

11/04/2019
ABDULBARI AZIZ OTMAN

Adı Soyadı : ABDULBARI AZIZ OTMAN
Öğrenci No: 159203064

Anabilim Dalı : Temel İslam Bilimleri

Programı : Doktora

Statüsü : Y. Lisans ☐ Doktora ☒

DANIŞMAN
Prof. Dr. SAHIP BEROJE
11/04/2019

ENSTİTÜ ONAYI
UYGUNDUR
/ /2019
Doç. Dr. Bekir KOÇLAR
Enstitü Müdürü

ÖZGEÇMİŞ

KişiselBilgiler

Soyadı,Adı :ABDULBARI AZIZ OTMAN
Uyruğu : Süriye
DoğumTarihiveYeri :1970-Haseka
Telefon :05531210017
E-mail : azizosman2015@hotmail.com

Eğitim

Derece	**Eğitim Birimi**	**Mezuniyettarihi**
Doktora	Van Yüzüncü Yıl Ün. Sosyal Bil. Enst	……
Yükseklisans	Van Yüzüncü Yıl Ün. Sosyal Bil. Enst	2015
Lisans	Libya Üniversitesi İslâmî Davet Fakültesi	1996

İş Deneyimi

Yıl	**Yer**	**Görev**
2013-	Van Yüzüncü Yıl Üniversitesi İlahiyat Fakültesi	Öğretim Görevlisi

Yabancı Dil

Arapça

Yayınlar

Makaleler:

1. Abdulbari Aziz OTHMAN, "İslam Hukukunda Örfe Dayanan Fıkhî Kâideler", *Van Yüzüncü Yıl Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi,* Sayı: 8-9, 2018.

Bildiriler:

1. Abdulbari Aziz OTHMAN, "Molla Halil es-Siirdî'ye Göre Kıyas", Uluslararası Molla Halil es-Siirdî Sempozyumu, Siirt, 2018.
2. Abdulbari Aziz OTHMAN, "Kadınların Mirastan Mahrum Olmasının Sebepleri", International Symposium on Hüman and Social Sciences, Antalya, 2018,
3. Abdulbari Aziz OTHMAN**,** "Fıkıh Usûlcüsü Mustafa İbrahim ez-Zelmî", **I. Uluslararcas Zap Havzası Uleması Sempozyumu,** Hakkari, 2018.
4. Abdulbari Aziz OTHMAN, "İslam'da Miras Felsefesi", USBIK Uluslararası Sosyal Bilimler Kongresi, Kayseri, 2018.

Hobiler

Futbol Oynamak , seyahat .

4. ALİMLERİN AMMIN ÖRF İLE TAHSİSİNDEKİ KONUMU.....106

4.1. AMELİ ÖRFÜN AMM NASSI TAHSİS ETTİĞİNİ SÖYLEYEN ALİMLER VE DELİLLERİ.....108

4.2. ÖRF İLE TAHSİSİN OLAMAYACAĞINI SÖYLEYENLERİN SÖZÜ VE DELİLLERİ.....114

4.3. ÖRFÜN AMMI TAHSİS ŞEKİLLERİ.....120

4.4. ŞER'İ NASS VARİD OLDUKTAN SONRA YENİ ORTAYA ÇIKMIŞ ÖRF.....122

5. FURU FIKIHTA GENEL ŞER'İ NASSIN ÖRF İLE TAHSİSİNİN ETKİSİ.....126

5.1.1. ALLAH(CC)'IN "ANNELER ÇOCUKLARINI EMZİRSİN) SÖZÜNÜN ÖRF İLE TAHSİSİ.....126

5.1.2. İSTİNA AKDİ.....139

5.1.3. "BEYYİNE MÜDDEÎYE VE YEMİN MÜNKİR ÜZERİNEDİR" KAİDESİNİN DUHUL OLDUKTAN SONRA EŞLERİN MEHİR ÜZERİNE İHTİLAF ETMELERİNE OLAN ETKİSİ.....143

5.1.4. HİYAZET.....146

5.1.5. MA'DUMUN BEY'İNİ VE ĞARARI YASAKLAYAN HADİSLER.....148

5.1.6. ÖLÜ TOPRAĞI İHYA ETMEK.....150

5.1.7. KÖPEĞİN TABAĞA DİLİNİ SOKMASI HADİSİ.....152

5.1.8. İNSANLARIN AKİTLERİ VE TASARRUFLARININ ÖRFLE TAHSİSİ.....154

5.1.9. ÖRFEN VE ADETEN MUSTAHİL OLAN DAVAYA KULAK ASMAMAK.....157

5.1.10. EHLÎ EŞEK.....158

5.1.11. 'TAAMIN TAAMLA DEĞİŞMESİ' HADİSİ.....159

5.2.1. YEMİN HAKKINDA BAZI MESELELER.....160

5.2.2. BAŞKASININ MALINDA TASARRUFTA BULUNMAK.....162

5.2.3. VASİYET, VAKIF VE TEVKİL.....165

5.2.4. DAVA VE LİBAS.....166

5.3. İÇİNDE TAHSİSİN OLDUĞU KONULAR.....167

5.3.1. RİBEVİ MALLARDA ÖRFÜN ÖLÇÜSÜ.....167

5.3.2. EBEDİ OLARAK İFTİRADA BULUNAN KİŞİDEN ŞAHİTLİĞİN KABUL EDİLMEMESİ.....169

5.3.3. HIRSIZLIKTA MALI ALMAK.....170

6. SONUÇ.....172

7. KAYNAKLAR.....176

ÖZET.....189

ABSTRACT.....189

İçindekiler Tablosu

ÖZET.....ii

ÖNSÖZ.....vı

GİRİŞ.....3

1. ÖRF VE GELENEK.....7

1.1. GİRİŞ.....7

1.2. ÖRF KAVRAMININ SÖZLÜK VE TERİM ANLAMI.....9

1.3. ÖRFÜN ORTAYA ÇIKIŞI VE İNSANLAR ÜZERİNDEKİ ETKİSİ.....11

1.4. ÖRFLE İLGİLİ KAVRAMLAR.....12

1.5. ÖRFÜN ÇEŞİTLERİ.....17

1.6. ÖRFÜN DİKKÂTE ALINMASI KONUSUNDA ÂLİMLERİN GÖRÜŞLERİ.....25

1.7. ÖRFÜN DİKKATE ALINMASI VE MÜSTAKİL BİR KANIT OLUP OLMAMASI KONUSUNDAKİ GÖRÜŞLER.....34

1.8. ÖRFÜN DİKKATE ALINMASI ŞARTLARI.....35

1.9. ÖRF ÜZERİNE KURULU FIKHİ KAİDELER.....38

1.9.1. BİRİNCİ KAİDE: ÂDET MUHAKKEMDİR 38

1.9.2. İKİNCİ KAİDE: "ZAMANIN DEĞİŞİMİYLE HÜKÜMLERİN DEĞİŞTİĞİ İNKÂR EDİLEMEZ" 41

1.9.3. ÜÇÜNCÜ KAİDE: 46

1.9.4. DÖRDÜNCÜ KAİDE: GELENEĞİN DELALETİYLE HAKİKAT TERKEDİLİR.....47

1.9.5. BEŞİNCİ KAİDE: ÖRFEN KABUL EDİLEN, ŞART KOŞULMUŞ GİBİDİR.....48

1.9.6. ALTINCI KAİDE: ÖRFLE BELİRLEME NASLA BELİRLEME GİBİDİR.....50

1.9.7. YEDİNCİ KAİDE: NADİR OLANA DEĞİL YAYGIN OLANA İTİBAR EDİLİR.....50

2. ÂMM 52

2.1. UMUMİYET SÖZCÜKLERİ.....55

2.2. ÂLİMLERİN UMUMİYET KALIPLARI HAKKINDAKİ GÖRÜŞLERİ.....60

2.3. UMUMİYET ÇEŞİTLERİ.....63

2.4. UMUMİYET KALIPLARININ ZAN VE KESİNLİK BİLDİRİMİ.....70

3.HÂS.....82

3.1. HÂS KAVRAMININ SÖZLÜK VE TERİM ANLAMI.....82

3.2. TAHSÎS KAVRAMININ ANLAMI.....84

3.3. TAHSİS, KASR, NESH VE TAKYİD'İN ARASINDAKİ FARK.....87

3.4. MUHASSİSLERİN ÇEŞİTLERİ VE TAHSİSİN DELİLLERİ.....90

TEŞEKKÜR SAYFASI

Tez araştırmamın ve yazımının gerçekleşmesinde büyük katkıları bulunan Danışmanım Prof. Dr. SAHIP BEROJE hocama, ayrıca süreç boyunca görüşlerini benimle paylaşan Doç. Dr. Mehmet Selim ASLAN'a, jüri üyesi olarak tezle ilgili değerli geri bildirimlerini paylaşan ve kendisi ile böyle bir araştırma yapma düşüncemi paylaştığımda beni cesaretlendiren ve araştırmalarını paylaşmaktan çekinmeyen, araştırmaya maddi ve manevi destek sağlayan ve kurumlarına ve bu süreçte her zaman yanımda olan, desteklerini esirgemeyen biricik ailem ve sevdiklerime teşekkür ederim.

ABDULBARI AZIZ OTMAN

An example is that the mother does not breastfeed her child. It is a general allocation of the text of the Qur'an that requires mothers to breastfeed their children. The reason for this is that after the arrival of the Islamic period and even after the arrival of Islam, the Arabs gave their children to a non biological breastfeeding mother.

Keywords: Customs, Evidence, The Words of General Public, Peculiarization

Pages: 185

Supervisor: Professor Sahip Beroje

Thus, the human customs will not prevent the proper understanding of Sharia texts. Scholars have disputed the type of customs that can be applied. The majority of scholars limited this practice to the customs, which was parallel with the emergence of heavenly revelation. According to others, the customs to be allocated should be evaluated with verbal and operational custom as long as the revelation is comparable to that of the general public at the time of the revelation. However, the jurors have allied with the fact that they are not specific to the customs that occurred after the time of prophecy On the other hand, if there is a customs specific to the people when it comes to a general shari'ah provision from the scholars, or if they have a certain customs understanding in their relations with each other in the text of the general, according to the majority of scholars, general terms cannot be allocated to the commoncustoms. According to the Hanafi and Maliki scholars, these customs can be allocated to the general public. At the same time, the allies agreed that the words of the general public emerged in their speeches were in agreement with the customs and the common among the people. The general concept of customs is considered as one of the important principles of Islamic law. On the other hand, the dispute between Hanafi and the general scholars is a conflict between the scholars of the same sect and the majority of scholars

When the concept of customs contradicts with a legitimate text, it must be taken into account that the degree of this contradiction is holistic or partial. When it is done with contradiction, it will be null and void because the sherry will be invalid. Thus, it is not permissible to act with the customs because it is against the sharia. However, if the contradiction is low, it may not be adapted to the opinion of the customs general if it is low in the relevant customs and how it is in dispute. Because the concept of the customs concept varies according to the type in this case. The verbal, operational, was present at the time of prophesy or if it was evaluated on the type that emerged later. There are various applications in various parts of the jurisprudence to allocate a sharia law understood by the general public with customs

.

Shariah's compliance with traditions and customs is a matter of facilitation and compassion for the ummah. Otherwise, the source of the provision is from Allah Almighty, who reduces the law; otherwise, the nassa that contains the provision is not the corresponding customs. If Allah Almighty has allowed to introduce the concept of customs and the creation of the provisions concerning it, this permission from God is the main source, not the concept of customs itself. People's habits and traditions are not valid if they do not agree with some of the provisions of Islamic law. Customs play a great role in influencing the minds and minds. If custom is located in the human mind and mind, it is considered a necessity of life. As psychologists say, the repetition of a work and the continuous application of it, especially if the source of this custom concept is needed, brain, yummy, mind and other organs become accustomed to this work. The valuable interpretations of scholars about the understanding of customs are revealed in the way that the Qur'an and the Hadith-i Sharifs are compatible with the commonly known meanings of the Arabs at the time of the revelation. according to the methodologists, customs, reason, relevance, the text or customs in the light of the linguistic meaning of the concept is divided into several parts. Because customs, reason and relevance in the light of the verbal and operational are divided into two. It has the authority to designate the concept of operational custom, its provision, the issuance of a fatwa and the restriction of the effects of contracts. At the same time, customs are divided into two as speciality and generality. In terms of conformity with the Sharia rules and texts, it is divided into two types: solid and damaged. Customs is not an independent proof of its own, such as the text of the Qur'an, Sunnah or Ijma, but it is an image of the rule. Considering the concept of customs among the poor, it requires a number of conditions: it must comply with the prevailing conditions such as prevailing and widespread, existence and the existence of actions and transactions at the time of establishment and absolutely no violation of laws and laws. When it comes to the importance of the concept of Customs, they are said to have given many provisions based on the concept of customs. Some are the provisions of (the prominent customs) and (not to be denied that the provisions change over time).

Sharia has also made it necessary to understand these ordinary texts in the light of their usual meanings. As a requirement of this situation, the idea of customs, which is common in Arabs at that time, and general public opinion, is to declare. However, this issue has created some problems, such as type, criteria and geographic area, of the concept of customs, which has the power of allocation. For this reason, the scholars have determined the conditions necessary for the type of customs that will be specific to the general.

ABSTRACT SAYFASI

(M. Sc / ph .D. Thesis)

ABDULBARI AZIZ OTMAN

VAN YÜZÜNCÜ YIL UNIVERSITY

INSTITUTE OF SOCIAL SCIENCES

APRIL, 2019

EVALUATION OF THE EVIDENCE OF THE EXCURSION IN ISLAMIC LAW

ABSTRACT

The main sources of Islamic sharia are Qur'an, Sunnah, Ijma and Qiyah. The scholars agree on these resources. However, there are some sources that the scholars do not agree with. These are sources such as mesalih-i mürsele ” “istihsan”. The concept of custom is of great importance in its researches from the past to the present methodology of jurisprudence. The relationship of custom with tradition is due to the fact that there is evidence from the historical experience leading to the dispute, and this is evident in its position. The most important feature that requires the consideration of custom concept is that it provides the authority and validity of Islamic law in all times and places. Customs are considered as evidence of the Sharia amon gsome people . In THIS situation many religious issues can arise in different sects, and from this many lawyer rule was born. When we look at the denominations of the law makers and the poor, we see many issues that the tradition applies to. Islam has given it a fundamental authority to provide provisions for the benefit of the people, unless the tradition provides the interests of the people and is contrary to any provision of the sharia. In this respect, it provides for the elimination of difficulties and troubles on human beings, because the difficulties and troubles do not conform to the traditions of the people, but against the aims of the Sharia. However, traditions and customs are not in a uniform form, they are divided into good and bad. Fiqhi is the custom which affects the provisions, is the custom concept that fulfills the objectives of sharia. Bad and corrupt custom understanding has no effect on the provisions. Thus, the importance of a good custom application occurs when it is applied or restricted by jurist, judge and mufti.

AnahtarKelimeler : ÖRF – DELİL- ÂM LAFIZ - TAHSİS

Sayfa Adedi : 185
Tez Danışmanı : Prof. Dr. SAHIP BEROJE

Âlimler tahsis edilebilecek örfün türünde ihtilaf etmişlerdir. Cumhur, tahsisi sadece semavi vahyin nüzulüyle paralel olan örf ile sınırlandırmıştır

Diğerlerine göre ise, tahsis edilecek olan örf, vahiy nüzul zamanında umumun nassına karşılaştırmalı olduğu sürece kavli ve ameli örfü birlikte değerlendirmesi gerektiğini belirtmişlerdir. Ancak fakihler, nübüvvet zamanından sonra meydana gelen örfün umuma tahsis etmediği konusunda ittifak etmişlerdir. Buna binaen, şariden umuma has bir şeriat nassı geldiği sırada insanlara has bir örfü varsa veya umumun metininde birbirleriyle olan ilişkilerinde belirli bir örfe sahipse, cumhura göre, umumun nassı bu yaygın olan örfle tahsis edilemez. Hanefi ve Maliki âlimlerine göre ise, bu tür örfün umumun nassını tahsis edilebileceği görüşündeler. Aynı zamanda fakihler, insanlar arasındaki konuşmalarında olan umumun kavli örfle ve insanlar arasında yaygın olan ameli örfle tahsis edildiğine ittifak etmişler.

Örfün umumla tahsisi, İslam hukukunun önemli kaidelerinden biri olarak sayılır. Öte yandan, Hanefi ile cumhur arasında görülen ihtilaf, aslında cumhurla aynı mezhebinin âlimleri arasında bir ihtilaftır.

Örfün meşru bir metinle çeliştiği zaman, bu çelişki derecesi külli veya cüzi olması dikkate alınmalıdır. Çelişki külli olduğunda, bu örfle amel edildiği zaman şeri nassı geçersiz olacağından dolayı bu örfle amel etmek batıldır. Böylece, şeri nassa aykırı olmasından dolayı o örfle amel etmek caiz değildir. Ancak çelişki cüzi derecedeyse, zira nas umumlu örfte cüzi olup nasla bir cüzinde ihtilaflı oluyorsa, bu durumda örf umumun nassına tahsis edilip edilmeye de bilir. Çünkü örfün hükmü bu durumda türüne göre değişir. Kavli, ameli, nassın indiği zamanda var mıydı yoksa sonradan ortaya çıkan türü üzerinde değerlendirilir.

Şeri bir nassın umumunu örf ile tahsis etmek için, fıkhın çeşitli bölümlerinde çeşitli uygulamaları vardır. Annenin çocuğunu emzirmemesi buna örnek olarak verilebilir. Annelerin çocuklarını emzirmesini gerektiren Kur'an metninin umumi bir tahsisidir. Bunun nedeni ise, cahiliye dönemin ve hatta İslam'ın gelişinden sonraki zamanlarda Arapların çocuklarını bir sütanneye vermeleridir. Buna benzer bir şekilde, sende olmayan bir şeyi satma hadisine tahsis etmek, şartlı satışın nehyinin insanlar arasında yaygın bir şartı içeren satışın cevazı ile tahsisi ve âlimlerin umumu örfle tahsis etme konusuna buna benzer verdikleri örnekler gibi.

hukuku hükümlerinin bazılarıyla uyuşmazsa, insanların alışkanlıkları ve gelenekleri geçerli değildir.

Örf, nefis ve akılları etkilemekte büyük bir rol oynar. Eğer insanın nefsi ve aklında yerleşmişse, artık yaşamın bir gereği olarak kabul edilir. Psikologların ifade ettikleri gibi, bir işi tekrar etmek ve onu sürekli uygulamakla özellikle bu örfün kaynağı hacet ise, sinir, nefis, akıl ve organlar bu işe alışmış bir hale gelir.

Şariin örfe olan değeri, Kur'ân-ı Kerîm ve hadis-i şeriflerin naslarının, vahinin indiği zamandaki Araplar nezdinde yaygın kavram ve onlar tarafından bilinen manalara uygun olmasında açığa kavuşmaktadır.

Usulculara göre örf, sebep, alaka düzeyini, metnin mastarı veya örfün dilsel anlamının ışığında, birkaç bölüme ayrılır. Zira örf, sebep ve alaka düzeyi ışığında kavli ve ameli olmak üzere ikiye ayrılır. Ameli örfün, hüküm, fetva verme ve sözleşmelerin etkilerini kısıtlama gibi bir yetkiye sahiptir. Aynı zamanda örf, kaynak olarak has ve umuma ayrılır. Şeriat kurallarına ve metinlerine uygunluğu açısından ise, sahih ve fasit şeklinde ikiye ayrılır.

Örf, Kuran'ın metni, Sünnet veya icma gibi kendi başına var olan bağımsız bir kanıt değildir, ancak kuralın bir tezahürüdür.

Fakihler arasında örfün dikkate alınması, aşağıdakileri içeren bir takım şartlar gerektirir: galip ve yaygın olması, eylem ve işlemlerin oluşturulduğu zamanda var olması, kanun ve yasalara kesinlikle aykırı olmaması gibi şartlara uymalı. Örfün önemine gelince, Fakihlerin örfe dayalı birçok hükmü verdikleri nakledilir. Bir kısmı, (Muhkem örf) ve (zaman geçimiyle hükümlerin değişmemesi inkâr edilmez) hükümleridir.

Şeriat ayrıca, bu şeri metinlerin, teşrin geldiği zamandaki olağan anlamları ışığında anlaşılmasını gerekli kılmıştır. Bu durumun gereği olarak, o zamanda Araplarda yaygın olan yaygın olan örfle umumun tahsisinin yapılmasıdır. Bunula birlikte, bu mesele, tahsise salahiyeti olan örfün türü, kriterleri ve coğrafi sahası gibi bazı sorunları yaratmıştır. Bu nedenle, âlimler umama tahsis olacak örfün türü ve dikkate alabilmesi için gerekli olan şartları belirletmişler. Böylece, beşeri örfler İslam şeriat metinlerinin nasihi olmayacaktır.

ÖZET SAYFASI

(Doktora Tezi)

Tezi Hazırlayan Öğrenci: ABDULBARI AZIZ OTMAN

YÜZÜNCÜ YIL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

NİSAN, 2019

İSLAM HUKUKUNDA ÖRFÜN DELİL DEĞERİ VE ÂM LAFIZLARIN ÖRFLE TAHSİSİ

İslam şeriatının temel kaynakları, Kur'an, Sünnet, icma ve kıyastır. Bu kaynaklar konusunda âlimler ittifak etmişlerdir. Ancak âlimlerin ihtilaf ettikleri bazı kaynaklar vardır. Bunlar da mesâlih-i mürsele, istihsan, örf ve öncekilerin şeriatı gibi kaynaklardır.

Örf, geçmişten günümüze kadar fıkıh ve fıkıh usulü araştırmalarında büyük bir öneme sahiptir.Âlimlerin örfe olan ilgileri, ihtilaf konusu delillerden feri bir delil olmasından kaynaklanır ve bu konumu bakımından belirgindir. Örfün dikkate alınmasını gerektiren en önemli özelliği, İslam hukukunun bütün zaman ve mekânlarda salahiyet ve geçerliliğini sağlamasıdır.

Örf, fakihler nezdinde şeri delillerden bir delil olarak sayılmaktadır. Onun üzerine farklı mezheplerde birçok fıkhi meseleler terettüp etmektedir ve ondan birçok fıkhi kaide doğmuştur. Müçtehit ve fakihlerin mezheplerine baktığımızda kendisinde örfün uygulandığı birçok meseleyi görürüz.İslam, örfün insanların çıkarlarını sağladığı ve şeriatın herhangi bir hükmüne aykırı olmadığı sürece, insanlara menfaati sağlamak amacıyla onu hükümlerin verilmesinden esas bir merci kılmıştır. Bu bakımdan, insanlar üzerindeki zorluk ve sıkıntıların kaldırılmasını sağlar, çünkü zorluk ve sıkıntılar insanların geleneğine uymadığı gibi Şeriatın amaçlarına da aykırıdır.

Fakat gelenek ve görenekler tek tip bir formda değildir, iyi ve kötü olmak üzere ikiye ayrılır. Fıkhi hükümleri etkileyen örf, şeriatın maksatlarını gerçekleştiren örftür. Kötü ve fasit örflerin hükümler üzerinde hiçbir etkisi yoktur. Dolaysıyla iyi örfün önemi hukukçu, hâkim ve müftü tarafından tahsis edildiğinde veya kısıtlandığı zamanda ortaya çıkar.Hukukçu ve âlimlerde örfün hiçbir zaman Allah ile şari olmadığına dikkat edilmelidir. Şeriatın gelenek ve göreneklere uyması, ümmet için bir kolaylaştırma ve merhamet meselesidir. Aksi takdirde, hükmün kaynağı şeriatı indiren yüce Allah'tandır; yoksa hükmü içeren nassa muvafık gelen örf değildir. Eğer yüce Allah örfü tanıtmaya ve onunla ilgili hükümlerin oluşturulmasına izin vermişse, Allahtan alınan bu izin kaynaktır, örfün bizzat kendisi değil. İslam

ولتخصيص النص الشرعي العام بالعرف آثار فقهية متنوعة في أبواب الفقه المتنوعة، منها: عدم إرضاع المرأة الشريفةِ لابنها،وذلك تخصيصا لها من عموم النص القرآني الذي يوجب على الأمهات إرضاع أولادهن ، وذلك لأن عادة العرب في الجاهلية وبعد مجيء الإسلام أنْ تُعطي هذه المرأة ولدها للمرضعة من أجلِ إرضاعه، وكذلك جواز الاستصناع تخصيصا للحديث القائل: لا تبع ما ليس عندك. وتخصيص النهي عن بيع وشرطٍ لجواز البيع المتضمن للشرط المُتعارف عليه بين الناس. وغير ذلك من المسائل التي ذكرها العلماء في مَعْرِضِ حديثهم عن تخصيص النص العام بالعرف.

الكلمات المفتاحية: العام، التخصيص، الدليل، العرف.

عدد الصفحات: 185

المشرف: صاحب بروجه

كما أن العلماء اختلفوا في نوع العرف المُخصِّص : فالجمهور من العلماء حصروا وقيّدوا هذا التخصيص في العرف القولي المُقارن لنزول الوحي السماوي. بينما ذهب آخرون إلى شمول العرف المُخصِّص للقولي منه والعملي معا، ما دام أنه مقارنٌ للنص العام زمن نزول الوحي. واتفق الفقهاء على أن العرف الطارئَ أو الناشئَ بعد زمن النبوة : أنه لا يُخصص النص العام.

وبناءً على الذي تقدم: إذا جاء نصٌ شرعي عام عن الشارع،وكان للناس زمن نزوله عرف معين ،أو عادة ما في تعاملهم ببعضِ ما تناوله ذلك النص الشرعي العام: فالجمهور على أنه لا يُخصّصُ العام بهذا العرف السائدِ. أما الحنفية والمالكية قالوا: بأن هذا العرف يُخصِّص النص العام هذا. كما اتفق الفقهاء على أن العام من كلام الناس يجوز فيه التخصيص بالعرف القولي والعملي المنتشر بين الناس.

وتُعدُّ قاعدة تخصيصِ العام بالعرف من قواعد أصول الفقه الإسلامي العظيمة. والخلاف الذي يبدو بين الحنفية من جهة والجمهور من جهة أخرى إنما هو خلاف بين الجمهور والفقهاء من أتباع المذهب الواحد.

فإذا تعارض العرف مع نص شرعي فيجب النظر إلى درجةِ هذا التعارض، هل هو كُليّ أو جُزئيّ. فإذا كان التعارض كُليّا: بأن تقابل النص والعرف من جميع الأوجه، بحيث إذا تم العمل بالعرف تعطّل النص ورُفِعَ حُكمه، ففي هذه الحالة يكون العرف باطلا، ولا يجوز الأخذ به أو العمل بموجبه، وذلك لمخالفته النص الشرعي. أما إذا كان التعارض بين النص والعرف جُزئيا، بأن يكون النص عاما، وعارضه العرف في بعض أجزائه، ففي هذه الحالة قد يكون العُرف مُخصصا للنص العام أو لا . وذلك حسب نوع العرف: هل هو قولي أو عملي ؟ وهل هو قائمٌ وقت نزول النص، أو طارئٌ عليه.

ولكن الأعراف والعادات ليست على نوع واحد ، أو شكل موحّدٍ، بل هي على أشكال وأنواع مختلفة، فمنها ما هو حَسنٌ ، ومنها ما هو قبيح و سيّء. فالعرف الحَسَنُ الذي يُحقق مقاصد الشريعة الإسلامية هو المقصود بالتأثير على الأحكام الفقهية. أما العرف السيء والفاسد فلا تأثير له على الأحكام والنصوص مطلقا. ومن هنا تظهر أهمية العرف الحَسنِ والصحيح بالنسبة للفقيهِ و القاضي و المفتي في بيان النصوص ، أو ضبطها، أو تخصيصها، أوتقييدها.

وينبغي التنويه إلى أن العرف لم يكن أبداً عند الفقهاء والعلماء مُشرِّعا مع الله ، و لا من دون الله . وإن مُراعاة الشريعة للأعراف والعادات إنما هو من باب التخفيف ، والتيسير ،والرحمة بالأمة، وإلا فإن مصدر الحُكم هو الله تعالى الذي أنزل الشريعة السمحاءَ، وليس العرف الذي جاء النص المُتضمن للحُكم مُوافقا له.

وإذا أَذِن الله سبحانه وتعالى في الأَخذِ بالعرف وبناء الأحكام عليه، فهذا الإذنُ من الله هو المصدر، وليس العرف بحد ذاته، فلا تكون عادات الناس وأعرافهم حاكمةً إذا صادمت شيئا من نصوص الشريعة الإسلامية.

وللأعراف سُلطان على النفوس، وتحكّمٌ في العقول، فهي إذا ما رسخَت واستقرّت أُعتبرت من ضرورات الحياة. فالعمل ـ كما يقول علماء النفس ـ بتكراره وممارسته تألَفه الأعصاب، والأعضاء ، والنفوس، والعقول، و لا سيّما إذا كان منبع هذه الأعراف الحاجة.

ويتضح اعتبار الشارع للعرف أنْ جعل نصوص الشريعة من القرآن والسنّة وَفق المعاني المعهودة ، والمفاهيم المنتشرة لدى العرب زمن نزول الوحي، وصُدور الأحاديث عن الرسول صلى الله عليه وسلم. حيث أوجبتِ الشريعة فهم هذه النصوص الشرعية في ضوء معانيها المعهودة زمن مجيء التشريع. وكان من ذلك قصْرُ العام على المعنى السائد عند العرب ، مما يعني تخصيصه بالعرف السائد آنذاك. بَيْد أن هذه المسألة أثارت إشكالاً في نوع العرف الصالح للتخصيص وضوابط ذلك والمِساحة الزمنية لهذا العرف المُخصِّص. لهذا فإن العلماء قد حرصوا على بيان نوعية العرف المُخصِّص للعام، وبيّنوا الشروط اللازمة لاعتباره. وذلك حتى لا تكون الأعراف البشرية ناسخةً لنصوصِ التشريع الإسلامي وحاكما عليها.

ملخص الرسالة

(رسالة الدكتوراه)

الباحث: عبد الباري عزيز عثمان
جامعة وان يوزنجوييل
قسم العلوم الإسلامية
2019 , نيسان

حجية العرف وتخصيص العام به

مصادر التشريع الإسلامي هي : القرآن ، والسنة النبوية، والإجماع، والقياس. وهذه المصادر هي محل إجماع العلماء. غير أن هناك بعض المصادر التي اختلف العلماء فيها وهي: المصلحة المرسلة، والاستحسان، والعرف، وشرع من قبلنا، وغيرها. وقد احتل العرف مكانة بارزة في المباحث الفقهية والأصولية منذ القِدم وحتى اليوم ويظهر اهتمام علماء الأصول بالعرف من ناحية موقعه ، كونُه دليلا من الأدلة التبعية المختلف فيها، وإن من أبلغِ موجبات رعاية العرف والأخذ به والرجوع إليه كونُه من أهم أدلة تحقيق صلاحية الشريعة الإسلامية لكل زمان ومكان.

فالعرف دليل من الأدلة الشرعية لدى الفقهاء، وقد بُنيت عليه الكثير من الفروع الفقهية عند المذاهب المختلفة، ونتج عنه الكثير من القواعد الفقهية. وإذا تتبعنا مذاهب الفقهاء والمجتهدين نجد الكثير من الأحكام التي تمّ مُراعاة العرف فيها.

وقد راعى الإسلام مصالح الناس أنْ جعل العُرف أساسا يُرجع إليه في كثير من الأحكام ما دام هذا العرف يحقق مصالح الناس ، ولا يُعارض أي نصٍ من نصوص الشريعة وقواعدها، وفي هذه المراعاة رفع للحرج والمشقّة عن الناس، لأن عدم مُراعاة أعراف الناس التي اطمأنت إليها نفوسهم وتلقتها طباعهم السليمة يُوقعهم في الحرج والضّيقِ، وهذا الأمر يتنافى مع مقاصد الشريعة السمحاء التي تدعو إلى رفع الحرج والمشقة عن الناس.

ETİK BEYAN SAYFASI

Van Yüzüncü Yıl Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü **Tez Yazım Kurallarına uygun olarak hazırladığım bu tez çalışmasında;**

- Tez içinde sunduğum verileri, bilgileri ve dokümanları akademik ve etik kurallar çerçevesinde elde ettiğimi,
- Tüm bilgi, belge, değerlendirme ve sonuçları bilimsel etik ve ahlak kurallarına uygun olarak sunduğumu,
- Tez çalışmasında yararlandığım eserlerin tümüne uygun atıfta bulunarak kaynak gösterdiğimi,
- Kullanılan verilerde herhangi bir değişiklik yapmadığımı,
- Bu tezde sunduğum çalışmanın özgün olduğunu

bildirir, aksi bir durumda aleyhime doğabilecek tüm hak kayıplarını kabullendiğimi beyan ederim.

(İmza)

ABDULBARI AZIZ OTMAN

11/04/2019

KABUL VE ONAY SAYFASI

Abdulbari Aziz OTHMAN tarafından hazırlanan "**İSLAM HUKUKUNDA ÖRFÜN DEİL DEĞERİ VE ÂM LAFIZLARIN ÖRFLE TAHSİSİ**" adlı tez çalışması aşağıdaki jüri tarafından OY BİRLİĞİ / OY ÇOKLUĞU ile Van Yüzüncü Yıl Üniversitesi Temel İslam Bilimleri / İslam Hukuku Anabilim Dalında DOKTORA TEZİ olarak kabul edilmiştir.

Başkan (Danışman) : Prof. Dr. Sahip BEROJE Temel İslam Bilimleri, Van Yüzüncü Yıl Üniversitesi Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Doktora Tezi olduğunu onaylıyorum/~~onaylamıyorum~~	S. Beroje
Üye: Doç. Dr. Mehmet Selim ASLAN Temel İslam Bilimleri, Van Yüzüncü Yıl Üniversitesi Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Doktora Tezi olduğunu onaylıyorum/~~onaylamıyorum~~	
Üye: Dr. Öğr. Üyesi Bedri ASLAN Temel İslam Bilimleri, Batman Üniversitesi Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Doktora Tezi olduğunu onaylıyorum/~~onaylamıyorum~~	
Üye: Öğr. Üyesi Mustafa Harun KIYLIK Temel İslam Bilimleri, Iğdır Üniversitesi Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Doktora Tezi olduğunu onaylıyorum/~~onaylamıyorum~~	
Üye: Dr. Öğr. Üyesi Mahmut DÜNDAR Felsefe ve Din Bilimleri, Van Yüzüncü Yıl Üniversitesi Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Doktora Tezi olduğunu onaylıyorum/~~onaylamıyorum.~~	
Yedek Üye: Dr. Öğr. Üyesi Yusuf EŞIT Temel İslam Bilimleri, Batman Üniversitesi Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Doktora Tezi olduğunu onaylıyorum/onaylamıyorum	
Yedek Üye: Doç. Dr. Mehmet KESKİN Temel İslam Bilimleri, Van Yüzüncü Yıl Üniversitesi Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Doktora Tezi olduğunu onaylıyorum/onaylamıyorum	
TezSavunmaTarihi: 19/04/2019	

Jüri tarafından kabul edilen bu tezin Doktora Tezi olması için gerekli şartları yerine getirdiğini onaylıyorum.

Doç. Dr. Bekir KOÇLAR
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü

T. C
VAN YÜZÜNCÜ YIL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEMEL İSLAM BİLİMLERİ ANA BİLİM DALI
İSLAM HUKUKU BİLİM DALI

İSLAM HUKUKUNDA ÖRFÜN DELİL DEĞERİ VE ÂM LAFIZLARIN ÖRFE TAHSİSİ

DOKTORA TEZİ

Hazırlayan
Abdulbari AZİZ OTHMAN

DANIŞMAN
Prof. Dr. SAHİP BEROJE

VAN-2019