التخصيص بالعرف

وأثره في الفقه الإسلامي

إعداد

د: عبد المجيد محمدالسوسوة*

ملخص البحث

إن النصوص التشريعية يجب أن تفهم بحسب مدلولاتها اللغوية والعرفية في عصر صدور النص، وإذا تعارض العرف مع النص فيجب النظر إلى مستوى التعارض فيما إذا كان كلياً أو جزئياً، فإن كان التعارض كلياً بأن تقابل النص والعرف من جميع الوجوه بحيث يلزم من العمل بالعرف تعطيل النص ورفع حكمه ففي هذه الحالة يكون العرف فاسداً ولا يجوز العمل به، وإن كان التعارض بين النص والعرف تعارضاً جزئياً كأن يكون النص عاماً وعارضه العرف في بعض أفراده ففي هذه الحالة قد يكون العرف مخصصاً للنص العام وقد لا يكون وذلك على النحو الآتي:

- إذا ورد نص عام وكان هناك عرف قولي سابق للعام أو مقارن له في الظهور ويتعارض مع النص العام في بعض أفراده فلا خلاف بين العلماء في اعتبار العرف مخصصاً للنص العام، أي أن العرف يجعل العام مقصوراً على بعض أفراده بحيث يكون فهم ذلك النص العام في حدود معناه العرفي.

- إذا ورد عن الشارع نص عام، وكان للناس عادة في تعاملهم ببعض ما تناوله ذلك اللفظ العام فقد اختلف العلماء في تخصيص النص العام بهذا العرف العملي فذهب الجمهور إلى أنه لا يخصص العام بل يبقى العام على عمومه فيتناول ما جرت به العادة وغيرها، وذهب الحنفية وجمهور المالكية وبعض الحنابلة إلى أن هذا العرف يخصص العام.

- إن اختلاف العلماء في تخصيص العام بالعرف العملي إنما هو بالنسبة للعام في نصوص الشريعة أما العام الذي يكون من ألفاظ الناس فلا خلاف بين العلماء في جواز تخصيصه بالعرف العملي.

- إذا ورد نص عام ثم طرأ بعد ذلك عرف يخالف النص في بعض مدلولاته فإن هذا العرف لا يخصص النص بل يبقى النص على عمومه ولا يخصص بالعرف الطارئ إلا إذا أيد العرف الطارئ سنة أو إجماع فإن هذا العرف يخصص النص لكونه في حقيقة الأمر لم يعد مخصصا بذاته بل بما استند إليه من إقرار النبي ﷺأو إجماع العلماء المبني على دليل.

وختاماً فإن لتخصيص النص العام بالعرف أثر في الفقه الإسلامي وذلك في عدد من المسائل التي سيأتي بيان بعضٍ منها في هذا البحث.

مُقَدِّمَة:

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على رسول الله وعلى آله و صحبه والتابعين ومن دعا بدعوتهم إلى يوم الدين.

وبعد فإن الشارع الحكيم قد راعى مصالح الناس في عاجلهم وآجلهم، ومن ذلك أن جعل العرف أساسا يرجع إليه في كثير من الأحكام طالما كان محققا لمصالح الناس ولا يصادم نصوص الشريعة وقواعدها، وفي هذا رفع للحرج والمشقة؛ لأن عدم مراعاة أعراف الناس وعاداتهم التي اطمأنت إليها نفوسهم وقبلتها طباعهم السليمة يوقعهم في الحرج والمشقة وما جاء الإسلام إلا ليرفع الحرج ويدفع المشقة قال تعالى (وما جعل عليكم في الدين من حرج) الحج/٧٨ .

ومن اعتبار الشارع للعرف أن جعل نصوص الشريعة وفق معانيها المعهودة في لسان العرب عند نزول الآيات وورود الأحاديث، وأوجب فهم نصوص الشريعة في ضوء معانيها المعهودة عند مجيء التشريع، ومن ذلك قصر اللفظ العام على معناه المعهود عند العرب مما يعني تخصيص اللفظ العام بالعرف غير أن هذه المسألة قد أثارت إشكالا في نوع العرف الصالح للتخصيص وضوابطه والمساحة الزمنية لهذا العرف لذلك حرص علماء الإسلام على بيان العرف المخصص وشروط اعتباره حتى لا يكون العرف البشرى ناسخا لنصوص الوحي الإلهي وحاكما عليها غير أن العلماء اختلفوا في نوع العرف المخصص فبينما حصره الجمهور في العرف القولي المقارن للعام ذهب البعض إلى شموله للعرف القولي والعملي طالما كان مقارناً للعام، وأما العرف الطارئ فإنه لا يخصص النص العام وشذ عن هذا نزر قليل من العلماء حيث رأى جواز أن يكون العرف الطارئ مخصصا للعام. ومن أجل هذه الإشكالات ولبيان أقوال العلماء في تخصيص العام بالعرف وضوابطه وأثر ذلك في الفقه الإسلامي رغبت في بحث هذا الموضوع، وتقديمه في دراسة مستقلة تجمع شتاته وتحلل الأقوال والآراء. والحقيقة أن موضوع تخصيص العام بالعرف من الموضوعات الهامة في أصول الفقه التي دار حولها نقاش واسع بين العلماء، وتناولها علماء الأصول ضمن دراستهم للعرف وعند

حديثهم عن مخصصات العام كما تناولته الدراسات المعاصرة ضمن دراستها للعرف، ومن أبرز هذه الدراسات كتاب العرف والعادة للدكتور أحمد أبو سنة. وأثر العرف في التشريع الإسلامي للدكتور سيد صالح عوض، وتخصيص النصوص بالأدلة الاجتهادية للدكتور حسنين محمود حسنين وغيرها من المؤلفات المعاصرة في موضوع العرف إلا أن هذا الموضوع لا يزال بحاجة إلى إبرازه و لم شتاته وبحثه في دراسة مستقلة تستوعب كل مسائله وتحلل كل قضاياه وتبيين أثره في الفقه الإسلامي فيستبين بذلك العرف المعتبر لتخصيص النص، ويسد الباب على من تراوده نفسه في التخلص من النصوص بدعوى تخصيصها بالعرف.

وقد قسمت دراستي لهذا الموضوع إلى مقدمة و ثلاثة مباحث وخاتمة:

أما المقدمة فتتناول بيان أهمية هذا الموضوع، وسبب اختياره وخطة بحثه ومنهج دراسته.

وأما المبحث الأول فقد خصصته لبيان معنى العام ودلالته ومعنى التخصيص ووسائله ومعنى العرف وأنواعه وشروطه، وذلك بشكل موجز باعتبار هذا المبحث تمهيدا لدراسة تخصيص العام بالعرف، وقد تضمن هذا المبحث مطلبين:

المطلب الأول: تعريف العام و دلالته و تعريف التخصيص والمخصصات.

وأما المطلب الثاني: فقد جعلته لبيان معنى العرف وأنواعه والشروط اللازمة لاعتبار العرف في بناء الأحكام وتخصيص العام.

وأما المبحث الثاني فقد خصصته لبيان العرف الصالح لتخصيص العام والعرف الذي لا يصلح مفصلا في ذلك أقوال العلماء وأدلتهم، وقسمت هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول التخصيص بالعرف المقارن

المطلب الثاني التخصيص بالعرف الطارئ

و أما المبحث الثالث فقد درست فيه عددا من المسائل التي تتضمن أثر تخصص العام بالعرف مبينا بذلك أثر القواعد الأصولية في الفروع الفقهية

وأما الخاتمة فقد جاءت متضمنة نتائج البحث وخلاصته .

وقد سلكت في هذا البحث المنهج الاستقرائي وذلك بتتبع الأقوال والأدلة والمسائل المتعلقة بتخصيص العرف وقرنت ذلك بالمنهج التحليلي حيث قارنت تلك الأقوال والمسائل وأدلتها بغية الوصول إلى الرأي الراجح واتبعت ذلك بالتطبيق للقواعد الأصولية على الفروع الفقهية .

أسأل الله عز وجل أن يوفقني إلى الصواب، وأن يكلل عملي بالنجاح، وأن يجعله خالصا لوجهه الكريم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما كثيرا.....

المبحث الأول

تعريف العام والتخصيص و العرف

في هذا المبحث سأتحدث باختصار عن العام من حيث تعريفه ودلالته وتعريف التخصيص وأنواع المخصصات، وذلك في مطلب أول وفي مطلب ثان سأتحدث عن تعريف العرف وأنواعه وشروطه لأمهد بذلك للدخول في موضوع تخصيص العام بالعرف.

المطلب الأول

تعريف العام ودلالته والتخصيص وأنواعه

تعريف العام: العام في اللغة اسم فاعل من عمَّ بمعنى شمل، وهو مأخوذ من العموم أي الشمول، يقال: مطرٌ عام أي شامل إذا شمل الأمكنة كلها. وخصب عام إذا شمل الأعيان ووسع البلاد[1].

(١) انظر الصحاح للجوهري ١٩٩٣/٥، والقاموس المحيط للفيروزابادي ١٥٦/٤، ومعجم مقاييس اللغة لابن فارس ١٥/٤-١٨، مادة عم ولسان العرب لابن منظور ٤٣٣/١٢.

وأما في الاصطلاح فقد تعددت تعريفات الأصوليين للعام وجرت بينهم مناقشات حول التعريف الجامع المانع[٢] ولعل أبرز تعريف للعام هو تعريف الرازي حيث عرَف العام بأنَّه: «اللفظ المستغرق لجميع ما يصلح له بحسب وضع واحدٍ[٣]. وقد وصف الشوكاني هذا التعريف- بعد ذكره ومناقشته للتعريفات أخرى كثيرة- بأنه أحسنها إذا أضيف إليه قيد «دفعة واحدة»[٤].

أنواع العام ودلالته:

ثبت باستقراء النصوص وأساليب الخطاب فيها أن العام يتنوع- باعتبار علاقته بالخاص— إلى أنواعٍ ثلاثة[٥]:

الأول: عام أريد به العموم قطعاً وهو العام الذي صحبته قرينة تنفي احتمال تخصيصه فهذا العام يجب العمل بعمومه، ولا يجوز تخصيصه مطلقاً[٦].

الثاني: عام أريد به الخصوص قطعاً، وهو العام الذي صحبته قرينة تنفي بقائه على عمومه، وتبين أن المراد بهذا العام بعض أفراده ابتداءً من أول الأمر[٧]

(٢) انظر في تعريف العام ومناقشاته المعتمد لأبي الحسين البصري ٢٠٣/١، والمستصفى للغزالي ٣٢/٢-٣٤، والإحكام للآمدي ١٨١/٢، ومختصر المنتهى لابن الحاجب مع شرح العضد ١٠١/٢.

(٣) المحصول في علم الأصول لفخر الدين الرازي ٣٠٩/٢.

(٤) إرشاد الفحول للشوكاني ص٩٩.

(٥) تفسير النصوص للدكتور محمد أديب صالح ١٠٢/٢.

(٦) انظر الرسالة للإمام الشافعي ص٥٣-٦٢ وفواتح الرحموت مع شرح مسلم الثبوت ٢٦٥/١، وتفسير النصوص محمد أديب صالح ١٠٢/٢، وأصول الفقه لوهبة الزحيلي ٢٨٢/١. ومثاله قوله تعالى: ﴿وما من دابة في الأرض إلا على الله رزقها﴾[٦] فهذه الآية تقرر سنة إلهية خالدة لا تقبل التغيير أو التبديل، ولا تقبل التخصيص قطعاً بل يبقى العموم فيها مقطوعاً به ويكون المراد في الآية كل دابة من غير احتمال للتخصيص.

(٧) انظر المراجع السابقة. ومثاله قوله تعالى ﴿ولله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلاً﴾[٧] فلفظ ((الناس)) في هذا النص عام يشمل المكلفين وغيرهم كالأطفال والمجانين، ولكنَّ هذا العام أريد به خصوص المكلفين؛ لأن العقل يقضي بخروج الصبي والمجنون، فتخصيص العام بالعقل في النص المذكور جعل من المقطوع به أنَّ العام وهو الناس مراد منه الخصوص[٧].ومن أمثلة ذلك أيضاً قول الله تعالى: ﴿ما كان لأهل المدينة ومن حولهم من الأعراب أن يتخلفوا عن رسول الله[٧]﴾، فأهل المدينة والأعراب هنا لفظان من ألفاظ العموم ولكن أريد بهم الخصوص قطعاً. لقيام القرينة التي دلت على أنَّ هذا العموم قد أريد به الخصوص من أول الأمر. فإن المراد بأهل المدينة والأعراب خصوص القادرين دون غيرهم. وهذه القرينة عقلية كما هو واضح[٧].

الثالث: عام مطلق. وهو العام الذي لم تصحبه قرينة تنفي احتمال تخصيصه، ولا قرينة تنفي دلالته على الشمول والعموم ويوجد هذا النوع من العام في كثيرٍ من النصوص التي وردت فيها صيغ العموم مطلقةً عن القرائن اللفظية أو العقلية أو العرفية. وهذا النوع من أنواع العام ظاهر في العموم، حتى يقوم الدليل على تخصيصه[٨].

ولا خلاف بين العلماء في أنَّ العام الذي أريد به العموم قطعاً يتناول جميع أفراده قطعاً وأن العام الذي أريد به الخصوص قطعاً لا يتناول الباقي من أفراده، ولو على سبيل الظن، وإنما يراد به الخصوص فدلالته دلالة الخاص أي دلالة قطعية. ولكن العلماء اختلفوا في دلالة العام المطلق- وهو العام الذي لم يخصص وليس معه قرينة تنفي تخصيصه في كون دلالته على العموم قطعية أو ظنية وذلك على رأيين:

الرأي الأول: ذهب جمهور العلماء من الشافعية والمالكية والحنابلة وبعض الحنفية إلى أن دلالة العام على العموم ظنية بمعنى أنَّ العموم راجح من اللفظ، والخصوص محتمل احتمالاً مرجوحاً، فدلالة العام على جميع أفراده دلالة ظنية لا قطعية، فهي تحتمل الخصوص الناشئ عن دليل[٩].

الرأي الثاني: ذهب جمهور الحنفية إلى أن دلالة هذا العام على جميع أفراده دلالة قطعية لا ظنية، فهي لا تحتمل الخصوص احتمالاً ناشئاً عن دليل[١٠].

و قد استدل كل فريق على ما يراه بعدة أدلة كما ناقش كل فريق منهما الآخر فيما استدل به، وشرح تلك الأدلة ومناقشتها محله المطولات من كتب الأصول.

---

(٨) تفسير النصوص ١٠٤/٢ ويراجع إرشاد الفحول للشوكاني صـ١٤٠-١٤١ وأصول الفقه لخلاف ص١١٩ وأصول الفقه للبرديسي ص٤٠٤، وأصول الفقه للزحيلي ٢٨٢/١. ومثاله قوله تعالى: ﴿والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء﴾[٨] فإن لفظ المطلقات في الآية عام وهو ظاهر في دلالته على العموم إلى أن يظهر دليل يخصصه ويبين أن المراد به بعض أفراده[٨].

(٩) انظر أصول السرخسي ١٣٢/١ ومختصر المنتهى لابن الحاجب مع شرح العضد ١٤٨/٢-١٤٩، وشرح المحلي على جمع الجوامع ٤٠٧/١ وشرح الكوكب المنير لابن النجار ١١٤/٣-١١٦ وكشف الأسرار للبخاري ٣٠٤/١ وتفسير النصوص محمد أديب صالح ١٠٧/١-١٠٨ وتخصيص النصوص بالأدلة الاجتهادية عند الأصوليين صـ٣٣-٣٤.

(١٠) انظر أصول السرخسي ١٣٢/١ وكشف الأسرار للبخاري ٣٠٤/١، وتيسير التحرير لأمير بادشاه ٢٦٧/١، وتفسير النصوص لأديب صالح ١٠٨/٢.

تعريف التخصيص وأنواع المخصصات:

التخصيص[١١] في اللغة: الإفراد ومنه يقال خصني فلان بكذا أي أفردني به، ويقال اختص فلان بملك كذا إذا انفرد بملكيته و لم يشترك معه غيره[١٢].

وأما في الاصطلاح فقد اختلف العلماء في تعريف التخصيص على رأيين:

الأول: عرّف جمهور الأصوليين التخصيص بأنه صرف العام عن عمومه، وقصره على بعض ما يتناوله من الأفراد لدليل يدل على ذلك[١٣][١٤].

الثاني: عرف الحنفية التخصيص بأنه قصر العام على بعض أفراده بدليل مستقل مقارن[١٥].

ومن خلال تعريف التخصيص عند الجمهور والحنفية يتبين اتفاقهم على جواز صرف العام عن عمومه إلى إرادة بعض أفراده بدليل، إلا أن الخلاف وقع بينهم فيما يجب توفره في الدليل الذي يدل على هذا الصرف ليكون ذلك تخصيصاً[١٦]: فالجمهور لا يشترطون في الدليل الذي يتم به التخصيص سوى شرط عدم تأخر الدليل في الورود عن العمل بالعام، فإن تأخر كان نسخاً لا تخصيصاً؛ لأن التخصيص بيان أن العام يراد به بعض أفراده منذ البداية، والبيان لا يجوز تأخيره عن وقت الحاجة، فإذا عمل بالعام فترةً من الزمن ثم جاء الدليل الخاص بعد ذلك كان الإخراج الذي يتم بموجب النص الخاص نسخاً جزئياً لا تخصيصاً[١٧].

---

(١١) التخصيص مصدر خصص، والتكثير الذي تفيده صيغة التفعيل غير مرادٍ هنا، فخصص بمعنى خص راجع حاشية العطار على جمع الجوامع ٢٨/٢.

(١٢) راجع تاج العروس ٣٨٨/٤ ولسان العرب ٢٩٠/٨، مادة خصص والمصباح المنير للفيومي مادة خص ٢٠٥/١، والقاموس المحيط للفيروزأبادي مادة خص ٣١٢/٣.

(١٣) ومن أبرز تعريفات الجمهور للتخصيص تعريف ابن الحاجب بأنه «قصر العام على بعض مسمياته». مختصر المنتهى مع شرح العضد ١٢٩/١.

(١٤) تفسير النصوص لأديب صالح ٨٤/٢، وانظر المعتمد في أصول الفقه لأبي الحسين البصري ٢٥٢/١، ومختصر المنتهى لابن الحاجب مع شرح العضد ١٢٩/١، والإحكام للآمدي ٢٥٨/٢.

(١٥) يقول في كشف الأسرار: «فقيل: تخصيص العموم بيان ما لم يرد باللفظ العام، وقيل: هو إخراج ما تناوله الخطاب عنه، وقيل: هو تعريف أن المراد باللفظ الموضوع للعموم إنما هوالخصوص، وقيل: «هو قصر العام على بعض مسمياته» وبعد أن أورد ذلك كله قال: «وفي كل هذه العبارات كلام، والحد الصحيح على مذهبنا أن يقال: هو قصر العام على بعض أفراده بدليل مستقل مقترن». كشف الأسرار للبخاري ٣٠٦/١ وانظر مسلم الثبوت ٣٠٠/١، وانظر التقرير والتحبير لابن أمير الحاج ٢١٨/٢، وفتح الغفار لابن نجيم ٨٩/١، وتفسير النصوص لأديب صالح ٩٩/٢-١٠٠.

(١٦) تفسير النصوص لأديب صالح ٨٣/٢.

(١٧) المعتمد لأبي الحسين البصري ٢٥٧/١، ومختصر المنتهى لابن الحاجب مع شرح العضد ١٤٧/٢-١٤٨ وحاشية البناني على جمع الجوامع للسبكي ٤١/٢-٤٢ والتمهيد في أصول الفقه للكلوذاني ١٥٠/٢ وتفسير النصوص ٨٢/٢-٨٣ وتخصيص النصوص بالأدلة الاجتهادية لخليفة بابكر ص٤٦-٤٧.

وأما الحنفية فيشترطون في الدليل الصالح لتخصيص العام شرطين:

الأول: أن يكون دليل التخصيص مستقلاً، أي لا يكون جزءاً من النص العام فإن كان دليل التخصيص، غير مستقلٍ بأن كان جزءاً من النص كما في الاستثناء والشرط والغاية والصفة فلا يعتبر عندهم تخصيصاً للعام، وإنما هو قصر[١٨].

الثاني: أن يكون الدليل المخصص مقارناً للعام بمعنى صدورهما معاً في وقت واحد. وعلى ذلك لو صدر المخصص مستقلاً ولكنه غير مقارن للعام، وغير صادرٍ معه في وقتٍ واحدٍ فلا يسمى قصر العام به على بعض أفراده تخصيصاً. بل يكون نسخاً.

وبما أن دليل التخصيص عند الحنفية يجب أن يكون مستقلاً مقارناً لذلك انحصر المخصص للعام عندهم في ثلاثة أشياء هي: العقل والعرف والنص المستقل المقترن بالعام[١٩].

بينما المخصص عند الجمهور يشمل المستقل وغير المستقل، فالمخصص المستقل هو الكلام التام بنفسه، ويفيد معنى مستقلاً عن الكلام الذي خصصه، وأقسامه أربعة: العقل والحس والعرف والعادة والدليل السمعي (الكتاب والسنة والإجماع والقياس) وأما المخصص غير المستقل فهو ما كان جزءاً من النص الذي اشتمل عليه العام، ويتصل به، ولا ينفصل عنه، ولا يستقل بإفادة معنى بدونه.

وأنواع المخصص غير المستقل أربعة عند الجمهور وهي الاستثناء والشرط والصفة والغاية[٢٠]. وأضاف ابن الحاجب بدل البعض[٢١].

(١٨) انظر فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت ٣٠٠/١ وكشف الأسرار للبخاري ٣٠٦/١، وفتح الغفار لابن نجيم ٨٩/١ والتقرير والتحبير لابن أمير الحاج ٢١٨/٢. لأنه لابد للتخصيص عند الحنفية من معنى المعارضة وليس في الاستثناء والصفة ونحوهما ذلك فلا يترتب على قصر العام بها حكم التخصيص من جعل العام ظني الدلالة بعده، ولأن غير المستقل لا يدل على معنى. وحده، بل يحتاج إلى غيره. وقد دل مجموع الكلام من العام وما اتصل به من الاستثناء أو الصفة أو الشرط على أنّ هذا العام قد قصر على بعض أفراده نطقا

(١٩) تفسير النصوص ١٠١/٢ وانظر كشف الأسرار للبخاري ٣٠٧/١، والتوضيح على التلويح ٤٢/١-٤٣.

(٢٠) انظر المعتمد للبصري ٢٧٢/١، وفواتح الرحموت ٣١٦/١، والإحكام للآمدي ٢٦٤/٢ و٢٧٧/٢، ٢٩٢ وشرح الكوكب المنير لابن النجار ٢٨١/٣، وأصول الفقه للزحيلي ٢٧٢/١-٢٦٣.

(٢١) مختصر المنتهى مع شرح العضد ١٣١/٢.

ومن خلال ما سبق فإن التخصيص بالعرف يعتبر من المخصصات المستقلة. وقد اتفق العلماء على تخصيص العام بالعرف من حيث الجملة، ولكنهم اختلفوا بعد ذلك في نوع العرف المخصص حيث يرى البعض أنه مقصور على العرف القولي المقارن بينما يراه آخرون أوسع من ذلك وسأفصل هذا الموضوع في المباحث القادمة.

المطلب الثاني

تعريف العرف وأنواعه وشروطه

تعريف العرف.

يطلق لفظ العرف في اللغة على معانٍ كثيرة(٢٢)منها.

١- العرف تتابع الشيء متصلاً بعضه ببعض يقال: عُرْف الفرس، سمي بذلك لتتابع الشعر عليه. ويقال جاءت القطا عُرْفاً عُرْفاً، أي: بعضها خلف بعض، ومنه قوله تعالى: ﴿**والمرسلات عرفاً**﴾ (المرسلات:١). أي متتابعات.

٢- والعرف: السكون والطمأنينة يقال: عرف فلان فلاناً عِرفاناً، ومعرفةً، وعرفةً وعرفاناً، عَلِمه، فهو عارفٌ. وهذا يدل على سكونه إليه لأن من عرف شيئاً سكن إليه ومن أنكر شيئاً توحش منه ونبا عنه.

٣- والعرف والمعروف: الجود، وقيل: هو اسم لما نبذله ونسديه.

٤- والعرف هو كل عال مرتفع، فعرف الأرض: ما ارتفع منها، وعرف الرمل والجبل ما ظهر وعلا منها.

(٢٢) انظر في هذه المعاني معجم مقاييس اللغة ٤/٢٨١، ومختار الصحاح: ١٧٩-١٨٠، ولسان العرب: ٩/٢٣٦-٢٤٣، وتاج العروس: ٦/١٩٢-١٩٧، والمفردات للراغب ص٥٦٠-٥٦٢.

تعريف العرف في الاصطلاح:

لقد عرف العلماء العرف بتعريفات كثيرة أشهرها تعريف النسفي بقوله: «العرف ما استقر في النفوس من جهة العقول، وتلقته الطباع السليمة بالقبول»[٢٣] ولفظة «ما» في التعريف عام يشمل العرف القولي والفعلي؛ لأنها من صيغ العموم. وجملة «ما استقر في النفوس» قيد يخرج به ما حصل بطريق الندرة، و لم يعتده الناس فلا يعد عرفاً.

وعبارة «من جهة العقول» قيد خرج به ما استقر في النفوس من جهة الأهواء والشهوات. كتعاطي المسكرات.

وعبارة «تلقته الطباع السليمة بالقبول» قيد يخرج به ما أنكرته الطباع أو بعضها، فإنه نكر لا عرف. ويخرج كذلك ما تلقته الطباع غير السليمة[٢٤].

وقد اعترض على هذا التعريف بأن اعتماده في قيام العرف على شهادة العقول أمر غير دقيق؛ إذ إنه قد يستقر في النفوس من جهة العقول بعض العقائد الفاسدة، وهي ليست عرفاً، كما أن رده للعرف إلى قبول الطباع بعامة، أو الطباع السليمة، ليصبح أمراً متعارفاً عليه أمر فيه نظر إذ لا يعد عرفاً كل ما قبلته الطباع، كما أن تحديد الطباع «بالسليمة» فيه نظر أيضاً؛ إذ إنه يحتاج إلى جهةٍ

(٢٣) هذا هو تعريف النسفي في كتابه المستصفى نقله عنه الشيخ أحمد أبو سنة في كتابه العرف والعادة ص٨و عنه انتشر بين الباحثين كما أنّ من قارن بين هذا التعريف وغيره من التعريفات يرى أن هذا هو أفضلها رغم ما يوجه إليه من اعتراضات ونقد. انظر المدخل الفقهي العام للزرقا ٨٢٨/٢، والعرف والعادة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي للدكتور حسين محمود حسنين ص١٥-٢٠ حيث بين في ص١٥ أن هذا التعريف قد أورده النسفي في كتابه المستصفى ج١ ص٢١٧ مخطوط بدار الكتب المصرية ونقله عن النسفي الشيخ أحمد فهمي أبو سنة والدكتور الطيب الخضري في كتابه الاجتهاد فيما لا نص فيه ج٢ ص١٨٣ والدكتور سيد صالح عوض في كتابه أثر العرف في التشريع الإسلامي ص٥٠. وأن بعض الباحثين قد نسب هذا التعريف إلى الإمام الغزالي في المستصفى و بالرجوع إلى هذا الكتاب لم نعثر على هذا التعريف، كذلك لا يوجد هذا التعريف في كتابه المنخول. ولعل السبب في نسبة هذا التعريف للغزالي أن كلا من النسفي والغزالي له كتاب يسمى المستصفى إلا أن مستصفى النسفي في فقه الحنفية ومستصفى الغزالي في أصول الفقه، و الأخير مطبوع و الأول مخطوط. ولقد بحثت في كتاب كشف الأسرار المصنف على المنار للنسفي لعلي أجد هذا التعريف فلم أجده.

(٢٤) انظر في شرح هذا التعريف العادة والعرف للشيخ أبي سنة ص٨ وقريب جداً من تعريف. النسفي ما عرفه به الجرجاني في تعريفاته: ص١٩٣ والشيخ زكريا الأنصاري في الحدود الأنيقة ص٧٢ ونحوه في كليات أبي البقاء: ص٦١٧ وكذا ما نقله ابن نجيم في أشباهه – مع شيء من التغاير – ص١٠١ وما ورد من نقدٍ على تعريف النسفي يرد على غيره من التعريفات المشابهة له.

تميز بين السليم منها وغير السليم والحسن والقبيح ولا جهة تعين ذلك إلا الشرع. إذ العقل متفاوت بين الأفراد، كما أن الإدراك يتأثر بحسب الأزمنة والأمكنة مما ينتج عنه اختلاف الأعراف، فلم يبق بعد ذلك إلا التحديد من قبل الشرع. وإذا جعلنا الشرع محدداً. فسيكون التعريف مقتصراً على العرف الصحيح. ولا يشمل الأعراف الفاسدة؛ لأن الشرع قبحها(٢٥).

و للخروج من النقد الذي وجه إلى هذا التعريف يمكن أن يزاد في التعريف «عدم مخالفته لنص شرعي» فيصير التعريف: «ما استقر في النفوس من جهة العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول و لم يخالف نصًّا شرعياً» فيخرج بهذه الزيادة العرف الفاسد(٢٦).

العلاقة بين المعنى اللغوي والمعنى الاصطلاحي: تتجلى هذه العلاقة في أنَّ العرف لغة التتابع وفي الاصطلاح كذلك هو التتابع لما فيه من استمرار الناس واعتيادهم عليه. كما أن العرف لغة السكون والطمأنينة وهو في الاصطلاح كذلك حيث تستقر عليه النفوس وتسكن إليه. كما أنَّ من معاني العرف لغة الظهور والعلو وهو كذلك في الاصطلاح لابد أن يكون ظاهراً معروفاً في حياة الناس وتصرفاتهم(٢٧).

أنواع العرف:

قسم العلماء العرف إلى أنواع باعتبارات مختلفة، فمن ناحية متعلق العرف وموضوعه ينقسم إلى: عرف قولي، وعرف عملي، ومن ناحية شيوع العرف ينقسم إلى: عرف عام، وعرف خاص، ومن ناحية ملاءمة العرف لقواعد الشرع ينقسم إلى: عرف صحيح، وعرف فاسد,وسنفصل هذه الأنواع على النحو الآتي:

أولاً: أنواع العرف باعتبار متعلقه وموضوعه ينقسم إلى نوعين عرف قولي وعرف عملي:

(٢٥) انظر العرف والعادة للشيخ أبي سنة ص٨-٩.
(٢٦) انظر العرف والعادة أبي سنة ص١٠ والعرف والعمل في المذهب المالكي، عمر بن عبد الكريم الجيدي ص٨٤.
(٢٧) انظر أثر العرف لسيد صالح ص٥٣ والتخصيص بالأدلة المختلف فيها لخليفة بابكر ص٩٥والعرف لعادل قوتة ١٠٤/١.

أ- العرف القولي: هو تعارف قومٍ على استعمال اللفظ في بعض أفراد المعنى المدلول للفظ, أو استعمالهم للفظ في معنى غير معناه الأصلي بحيث يتبادر إلى الأفهام ذلك المعنى عند سماعه من غير حاجةٍ إلى قرينةٍ أو علاقة عقلية(٢٨).

ومن خلال التعريف يتضح أن العرف القولي يأتي على وجهين: الأول تعارف الناس على استعمال اللفظ في بعض أفراد المعنى المدلول للفظ كتعارفهم على إطلاق لفظ الولد على الذكر فقط دون الأنثى مع أن اللفظ في اللغة يشمل النوعين كما في قوله تعالى ﴿**يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين**﴾ النساء آية: ١١. وكإطلاق لفظ الدابة على ذوات الأربع فقط، مع أن اللفظ في اللغة موضوع لكل ما يدب على الأرض كما في قوله تعالى: ﴿**وما من دابة في الأرض إلا على الله رزقها**﴾ هود آية: ٦.

ومنه أيضاً عدم إطلاق لفظ اللحم على السمك مع أنه في اللغة يطلق على السمك لحماً، وقد جاء ذلك في قوله تعالى: ﴿**وهو الذي سخر البحر لتأكلوا منه لحماً طرياً**﴾ النمل آية: ١٤(٢٩).

الوجه الثاني: تعارف الناس على استعمال اللفظ في معنى غير معناه الأصلي حتى يصير المعنى العرفي هو المتبادر إلى الذهن ويصير المعنى الأصلي كالمهجور ويسمى هذا النوع من العرف القولي بالمجاز الراجح وبالحقيقة العرفية، ويقدم على المعنى اللغوي يقول ابن فرحون «ينبغي أن تعرف أن العادة في اللفظ أن يغلب استعمال لفظ في معنى حتى يصير هو المتبادر إلى الذهن من ذلك اللفظ عند الإطلاق مع أن اللغة لا تقتضيه وهو الحقيقة العرفية والمجاز الراجح، وهو معنى قول الفقهاء: العرف يقُدم على اللغة»(٣٠).

---

(٢٨) عرَف العلماء العرف القولي بتعريفات كثيرة تلتقي عند التعريف المذكور ومن ذلك تعريف ابن أمير الحاج بقوله: «العرف القولي هوان يتعارف قوم إطلاق لفظ لمعنى، بحيث لا يتبادر عند سماعه إلا ذاك المعنى» التقرير والتحبير ٢٨٢/١ وعرفه ابن أمير بادشاه بقوله: «العرف القولي هوان يتعارف عند قوم في إطلاق لفظ إرادة بعض أفراده مثلاً، بحيث لا يتبادر عند سماعه إلاّ ذلك» تيسير التحرير ٢٠/٢ وعرف القرافي: «العرف القولي» أن تكون عادة أهل العرف يستعملون اللفظ في معنى معين، ولم يكن ذلك لغة» الفروق ١٧١/١.

(٢٩) انظر في هذه الأمثلة المراجع السابقة والمدخل الفقهي العام للزرقا ٨٤٣/٢، وأصول الفقه لشلبي صـ٣١٤ وأصول الفقه لبدران أبوالعينين بدران ص٢٢٦.

(٣٠) التبصرة ٥٧/٢.

ومثاله لفظ الغائط فهو في اللغة المنخفض من الأرض ولكنه شاع استعماله في البراز وصار أصل الوضع منسياً[٣١].

والفرق بين العرف القولي والمجاز أن العرف القولي هو في الحقيقة من قبيل اللغة الخاصة لأصحابها ولا يحتاج إلى قرينه أو علاقة عقلية أما المجاز فيحتاج فهم المعنى المقصود منه إلى قرينةٍ أو علاقةٍ عقلية [٣٢].

العرف العملي هو ما اعتاد الناس فعله في تصرفاتهم وساروا عليه في معاملاتهم[٣٣] ومثاله تعارف الناس على البيع بالتعاطي من غير صيغة لفظية بالإيجاب والقبول وذلك بأن يدفع المشتري الثمن للبائع في السلعة المعلومة الثمن، ويأخذ السلعة دون أن يقع منهما صيغة لفظية.

وكتعارف الناس على تقسيم المهر في الزواج إلى مقدمٍ ومؤخرٍ، وأن الذي يجب دفعه قبل الزفاف هو المقدم، وأما الثاني فلا يجب إلا بالموت أو الطلاق أيهما أقرب[٣٤]. وكتعارفهم على تقديم الأجرة قبل استيفاء المنفعة في إجارة المساكن مثلاً، وكتعارفهم على دخول الحمامات للاستحمام نظير أجر معين دون التلفظ بعقدٍ، ولا اتفاقٍ على مقدار مدة المكث فيه، ولا مقدار الماء المستعمل[٣٥].

ثانياً: أقسام العرف باعتبار شيوعه:

ينقسم العرف باعتبار شيوعه بين الناس إلى عرف عام وعرف خاص: فالعرف العام هو ما تعارف عليه أهل البلاد عامتهم وخاصتهم سواء كان ذلك في كل العصور كتعارفهم على إطلاق لفظ الولد على الذكر دون الأنثى، وكبيع المعاطاة، أو في عصر من العصور كتعارفهم في بعض العصور على أنَّ كشف الرأس مسقط للعدالة. وقد عرف العرف العام ابن فرحون بقوله «غلبة

(٣١) انظر في تفصيل وجهي العرف القولي، كتاب العرف والعادة للدكتور حسين محمود حسنين ص٦٧، ٦٨.
(٣٢) التبصرة لابن فرحون ٥٧/٢ والعرف والعمل للجيدى ص٩٦.
(٣٣) الفروق للقرافي ١٨٨/١ والأشباه والنظائر لابن نجيم ص٩٣ والمدخل الفقهي للزرقا ٨٤٦/٢.
(٣٤) الأشباه والنظائر للسيوطي ص٩٠.
(٣٥) المدخل الفقهي للزرقا ٨٥٧/٢ وأصول الفقه لشلبي ص٣١٤ وأصول الفقه لبدران أبوالعينين٢٢٦.

معنى من المعاني على جميع البلاد»[٣٦] وعرفه ابن عابدين بقوله هو ما تعارفه عامة أهل البلاد سواءً كان قديماً أو حديثاً»[٣٧].

و العرف الخاص هو ما تعارفه أهل بلد دون سواهم من البلدان، أو ما تعارفه طائفة أو فئة دون سواهم من الطوائف أو الفئات[٣٨] ومثاله تعارف أهل العراق إطلاق لفظ الدابة على الفرس فقط. و تعارف التجار كتابة أموالهم التي على عملائهم من حسابات جارية في دفاتر خاصة تكون حجة لهم على العملاء وإن لم يشهدوا عليها أحد. و من العرف الخاص[٣٩] المصطلحات الخاصة بأهل كل فن من الفنون أو علم من العلوم في تعارفهم على ألفاظٍ معينة ينصرف الذهن إليها عند الإطلاق[٤٠].

ثالثاً: أقسام العرف من حيث ملاءمته لقواعد الشريعة ونصوصها ينقسم إلى قسمين صحيح و فاسد:

فالعرف الصحيح هو ما تعارفه الناس، و لم يخالف نصاً شرعياً ولا إجماعاً و لم يفوت مصلحة شرعية، و لم يجلب مفسدة، وذلك كتعارف الناس إطلاق لفظٍ على معنى غير معناه اللغوي، وكتعارفهم على وقف بعض المنقول، وتعارفهم على تقديم بعض المهر وتأجيل البعض الآخر، وغير ذلك من الأعراف التي اعتادها الناس في حياتهم.

و العرف الصحيح هو الذي دار كلام العلماء حوله من حيث العمل به، وتفسيره للنصوص[٤١].

---

(٣٦) التبصرة ٢/٥٧.
(٣٧) رسائل بن عابدين ٢/١٢٥.
(٣٨) المدخل الفقهي للزرقا ٢/٨٤٨-٨٤٩.
(٣٩) أصول الفقه لشلبي ص٣١٥ وأصول الفقه لبدران ص٢٢٧.
(٤٠) الأشباه والنظائر ص١٠١.
(٤١) والعرف الصحيح يجب مراعاته في الاجتهاد والقضاء والإفتاء عملاً بما ورد عن الشارع من مراعاته للأعراف الصالحة التي كانت سارية في حياة العرب عند مجيء الإسلام، ومن ذلك وضع الدية على العاقلة، واشتراط الكفاءة في الزواج وجعل الولاية في الزواج مبنية على العصبة انظر في بيان العرف الصحيح والفاسد كتاب أثر العرف لسيد صالح ص١٤٢-١٤٤ وأصول الفقه لبدران ص٢٢٨، وأصول الفقه لشلبي ص٣١٣.

والعرف الفاسد هو ما تعارفه الناس، وكان مخالفاً لنصٍ شرعيٍ أو قاعدةٍ من قواعد الشريعة، وذلك كتعارف الناس على بعض العقود الربوية، وتعارفهم على اختلاط النساء بالرجال في الحفلات والأندية والمصايف، وتقديم الخمور فهذه أعراف فاسدة لخروجها عن أصول الشريعة، ومصادمتها لنصوص الشرع فيجب محاربتها والقضاء عليها، ولا يجوز مراعاتها في اجتهاد أو قضاء أو فتوى(٤٢).

شروط العرف:

اشترط العلماء في العرف شروطاً لابد من تحققها لكي يصير العرف بذلك معتبراً في بناء الأحكام و تخصيص العام. وهي إجمالاً تتمثل في أن يكون العرف مطرداً أو غالباً، وأن لا يعارض نصاً شرعياً، وأن يكون العرف قائماً عند نشوء التصرف، وأن لا يعارضه تصريح بخلافه. وسنعرض لهذه الشروط على النحو الآتي:

الشرط الأول: أن يكون العرف مطرداً أو غالباً: (٤٣) والمراد بالاطراد أن يكون العمل بالعرف مستمراً في جميع الحوادث لا يتخلف ومثال ذلك: أن يجرى العرف بين الناس في بلدٍ أو اقليم بتقسيم المهر إلى معجلٍ ومؤجلٍ في جميع حوادث النكاح.والمراد بكونه غالباً أن يكون العمل بالعرف بين أهله واقعاً في أكثر الحوادث(٤٤). ولا يقدح في اعتبار العرف ترك العمل به في بعض الوقائع القليلة يقول الشاطبي: «إذا كانت العوائد معتبرةً شرعاً فلا يقدح في اعتبارها انخرامها ما بقيت عادةً على الجملة»(٤٥).

وقد قرر العلماء اشتراط الاطراد أوالغلبة في العرف «لأن تقرر العرف بين الناس وتمكنه في نفوسهم إنما يتم بالغلبة أو الاطراد، ولأنهما قرينة إرادة الأمر الذي وُجِدا فيه، من تصرف المتكلم قولاً أو فعلاً»(٤٦).

(٤٢) انظر في تعريف العرف الفاسد وأمثلته وحكمه كتاب مصادر التشريع فيما لا نص فيه لعبد الوهاب خلاف ص١٤٦-١٤٧، وانظر في حكم الأعراف الفاسدة الموافقات ٢/٢٠٩.
(٤٣) وقد عبر بعض العلماء عن هذا بقوله «إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت»ابن نجيم في الأشباه والنظائر ص٤٧.
(٤٤) انظر العرف والعادة لأبي سنة ص٥٦ والمدخل للزرقا ٢/٨٧٤ وأثر العرف لسيد صالح ص١٨٩.
(٤٥) الموافقات ٢/٢٨٨.
(٤٦) العرف والعادة لأبي سنة ص٥٧.

وإذا كان العرف مضطرباً بمعنى أنه يعمل به في بعض الحوادث دون بعضٍ، أو في زمنٍ دون آخر فيسمى بالعرف المشترك؛ لأنه تساوى العمل به، وتركه ولا يعتد به؛ إذ إن العمل به أحياناً وتركه أحياناً جعله متعارضاً، والعمل بإحدى حالتيه ترجيح بغير مرجح وهو ممتنع(٤٧).

الشرط الثاني: أن يكون العرف عاماً:وذلك بأن يكون العمل بالعرف شائعاً في جميع البلاد، وليس خاصاً بفئةٍ معينة أو جماعة أو مهنةٍ خاصة أو مكان محدود، والعرف العام لا خلاف فيه بين الفقهاء، أما العرف الخاص فقد اختلف العلماء في اعتباره على قولين(٤٨):

القول الأول: ذهب بعض الحنفية وبعض الشافعية إلى عدم اعتبار العرف الخاص في بناء الأحكام(٤٩).

القول الثاني: ذهب المالكية(٥٠) وبعض الحنفية وبعض الشافعية إلى أن العرف الخاص معتبر في بناء الأحكام كاعتبار العرف العام(٥١).

---

(٤٧) يقول السيوطي: «إنما تعتبر العادات إذا اطردت فإن اضطربت فلا» الأشباه و النظائرص٩٢ويقول ابن عابدين: (التعامل العام يشمل: العام في جميع البلاد،مطلقاً والعام في بلدةٍ واحدةٍ، فكل منها لا يكون عاماً تبنى عليه الأحكام، حتى يكون شائعاً مستفيضاً بين أهله، أما لو كان مشتركاً فلا يبنى عليه الحكم، للتردد في أن المتكلم قصد هذا المعنى، أوالمعنى الآخر، فلا يتعين أحد المعنيين لتعارضهما بتحقق الاشتراك، والعرف المشترك لا يصح الرجوع إليه، فإن الاشتراك يقتضي تساوي المعنيين)رسائل ابن عابدين ج٢ص١٣٤ ويمثل الفقهاء للعرف المشترك: بما إذا جهز الأب ابنته بحلي أو ثياب أو نحوهما، ووجد عرف في البلد يقضي بأن ذلك على سبيل العارية، لا على سبيل التمليك، ولكن عارضه عرف آخر يقضي بأن الجهاز هدية تملكه البنت وكان العرفان متساويين، فإذا ماتت البنت وادعى الأب أن ما جهزها به كان عارية، وادعى الزوج أنه هدية، ولم يكن لأحدهما بينة على ما ادعاه، فإنه لا يقضى بالعرف، ولا يتخذ قرينة مرجحة لأحد الجانبين؛ لأنه عرف مشترك، فلو حكمنا بمقتضاه كان فيه ترجيح لأحد العرفين على الآخر بدون مرجح، وهو ممنوع، ويكون الفصل في هذه الدعوى بأن القول قول الأب مع يمينه؛ لأنه لا يُعْرَف التمليك وعدمه إلا من جهته.

(٤٨) انظر أثر العرف/ لسيد صالح ص١٩٧.

(٤٩) يقول ابن نجيم: «هل يعتبر في بناء الأحكام العرف العام أو مطلق العرف، ولو كان خاصاً؟ المذهب الأول» الأشباه والنظائر لابن نجيم ص١٠٢.ويقول ابن عابدين: «والمفهوم من كلام جمهورٍ فقهاء الحنفية أن العرف الخاص لا يعتبر، وأن القول باعتباره قول ضعيف في المذهب، اللهم إلا إذا كان العرف مقرراً بالسنة فإنه يعتبر حينئذ» رسائل ا بن عابدين ج٢ ص١٣٠ويقول ابن حجر الهيتمي: «إن اطراد العرف في جهةٍ لا يعول عليه، بناء على الأصح، في أن العرف الخاص لا يرفع اللغة ولا العرف العام، ولا يعارضه» الفتاوي الفقهية الكبرى لابن حجر الهيتمي ص٥٧.

(٥٠) نسب هذا القول الى المالكية الدكتور سيد صالح في كتابه أثر العرف في التشريع الإسلامي ص١٩٧ وقد أسنده إلى القرافي في كتابه شرح التنقيح و قد تصفحت كتب القرافي (التنقيح والتمييز والفروق) صفحة صفحة فلم أجد فيها شيئا مما ذكره سيد صالح.

(٥١) يقول السيوطي «العادة المطردة في ناحية هل تنزل عادتهم منزلة الشرط؟ فيه صور منها: لو جرت عادة قوم بقصع الحصرم قبل النضج، فهل تنزل عادتهم منزلة الشرط حتى يصح بيعه من غير شرط القطع وجهان، أصحهما: لا، وقال القفال: نعم» الأشباه والنظائر للسيوطي ص١٠٦.ويقول ابن نجيم «والحاصل: أن المذهب عدم اعتبار العرف الخاص ولكن أفتى كثير من المشايخ باعتباره».الأشباه والنظائر لابن نجيم ص١٠٣.

وبهذا فإن موقف العلماء من العرف الخاص قد سار في اتجاهين مختلفين ما بين معتبر له وناف له. إلاّ أنَّ من يتتبع المسائل التي بناها الفقهاء على العرف يجد أنهم قد نظروا إلى العرف العام والعرف الخاص باعتبار أنّ لكل منهما موضعه ومجاله المعتبر فيه. وأنّ العرف العام والعرف الخاص معتبران كل في محيطه وبين أهله الذين تعارفوه فيثبت بالعرف العام الحكم العام وبالعرف الخاص الحكم الخاص عند الذين تعارفوه(٥٢).

و التطبيق لكلٍ من العرف العام والعرف الخاص إنما هو في تحكيم العرف فيما يجري بين الناس من معاملات. أما فيما يتعلق بأثر العرف في تخصيص النص الشرعي فإنه لابد أن يكون العرف عاماً وليس خاصاً، إذ أن الشارع الحكيم إنما أتى بنصوصه وفق ما يعرفه عموم من نزل التشريع بلغتهم، ولا يمكن أن تكون نصوص التشريع وفق مفهوم البعض دون الآخر(٥٣).

الشرط الثالث: أن لا يكون العرف مخالفاً لنص شرعي، فإن خالف العرف النص الشرعي أو أصلاً قطعياً فإنه عرف فاسد لا يجوز العمل به بل يجب إلغاؤه وإلا زالت الشريعة، ودرست معالمها بمرور الزمان؛ لأن اعتبار العرف الفاسد إهمال لنصوص الشريعة، وإتباع للهوى، وإبطال للشريعة ونسخ لها بالأعراف، فالواجب ترك العرف الفاسد والعمل بالنصوص؛ لأنها هي الحاكمة التي يجب الخضوع لها، ولا يجوز إخضاع النصوص لأغراض الناس ورغباتهم(٥٤) قال تعالى: ﴿**ولو اتبع الحق أهواءهم لفسدت السموات والأرض ومن فيهنَّ**﴾ المؤمنون الآية ٧٢ يقول السرخسي: مقرراً ما اتفق عليه علماء الأمة في هذا الأمر: «كل عرفٍ ورد النصُّ بخلافه فهو غير معتبر» وقال أيضاً: «إنَّ التعامل بخلاف النص لا يعتبر، وإنما يعتبر فيما لا نص فيه»(٥٥)

---

(٥٢) انظر أثر العرف للسيد صالح ص١٩٧، وقد أورد جملة من النصوص للاستدلال على هذا الاستنتاج وانظر العرف وأثره للمباركي ص٩٥ وما بعدها.

(٥٣) المدخل الفقهي للزرقا ٨٩٣/٢. ولذلك : «لابد لمن أراد الخوض في علم القرآن والسنة من معرفة عادات العرب في أقوالها وأفعالها ومجاري عاداتها حالة التنزيل من عند الله، والبيان من رسول الله ﷺ؛ لأن الجهل بها موقع في الإشكالات التي يتعذر الخروج منها إلا بهذه المعرفة» الموافقات للشاطبي ج ٣ ص٨٩٣.

(٥٤) المبسوط للسرخسي ١٩٦/١ والأشباه لابن نجيم ص٤٧ ورسائل بن عابدين ١٢٦/٢ وفتح الباري لابن حجر ٤٢٠/٩ العرف والعادة لأبي سنة ص٦١-٦٢، وأصول الفقه لأبي زهرة ص٢٧٣ والمدخل الفقهي للزرقاء ٨٦٤/٢، ٨٧٣/٢ وما بعدها وأثر العرف لسيد صالح ٢٠٥-٢١٠.

(٥٥) المبسوط ١٩٦/١٢، ١٤٦/١٠. وكلامه يدل على أنَّ العمل بالعرف يجب أن لا يكون فيه تعطيل لنص شرعي أو أصل قطعي فإن خالف العرف نصاً شرعياً أواصلاً قطعياً فهو عرف باطل . أنظر المدخل للزرقاء٨٤٦/٢-٨٨١.

والعرف الباطل الذي لا يجوز العمل به هو الذي يخالف النص من كل وجه،وأما إذا كان العرف مخالفاً للنص من بعض الوجوه كأن يكون النص الشرعي عاماً والعرف خاصاً فإنه يعمل بالنص وبالعرف معاً ويكون العرف مخصصاً للنص العام لا مبطلاً له، ومثال ذلك نهي النبي ﷺ عن بيع الإنسان ما ليس عنده وذلك في قوله ﷺ لحكيم بن حزام ((لا تبع ما ليس عندك))[٥٦] فإن هذا النص عام ومع ذلك قال الفقهاء: بجواز الاستصناع للتعامل الجاري به بين الناس من عهد الصحابة والتابعين وغيرهم من غير نكير مع أن النص يشمله إذ يصدق على الاستصناع أنه بيع ما ليس عند الإنسان فيكون منهياً عنه بالنص، ولكن لم يلزم منه إبطال النص والقضاء عليه، بل عمل بالنص والعرف معاً فعمل بالعرف في الاستصناع وبالنص فيما عداه و لم يترك النص بالعرف كلياً[٥٧] بل بقي للنص حكمه فيما عدا عقد الاستصناع، أي أنّ العرف لم يلغ النص، ولكنه خصصه في هذا الموضوع بالذات، وأبقى الحكم لكل بيع معدوم سواه[٥٨]

الشرط الرابع: أن يكون العرف قائماً عند إنشاء التصرف، وذلك بأن يكون العرف سابقاً على التصرف أو مقارناً له، أما إذا كان العرف طارئاً بعد التصرف فلا عبرة به[٥٩] فالعرف إنما يؤثر فيما يوجد أثناءه، لا فيما مضى قبله، وكذلك لا عبرة بالعرف الذي انقضى قبل إنشاء التصرف وحل محله عرف جديد. فالعبرة بالعرف السابق على إنشاء التصرف شريطة أن يكون ذلك العرف

---

(٥٦) ولفظ الحديث فيما رواه حكيم بن حزام قال: «قلت: يا رسول الله يأتي الرجل فيسألني عن البيع ليس عندي ما أبيعه له، ثم أبتاعه من السوق، فقال: «لا تبع ما ليس عندك» هذا الحديث أخرجه الترمذي في البيوع باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك ج٥ ص ٢٤١ وقال عنه حديث حسنا . وأخرجه ابن حزم في المحلى ج٩ حر ٥٩٤ وقد صححه ولم يبين في رجاله جرحاً وقال الشوكاني في كتابه نيل الأوطار ١٧٥/٥ ما نصه: «الحديث أيضاً أخرجه ابن حبان في صحيحه وقال الترمذي حسن صحيح وقد روي عن غير وجه عن حكيم».

(٥٧) أثر العرف لسيد صالح ص٢١١ وانظر رسائل بن عابدين ١٢٩/٢.

(٥٨) أصول الفقه للدكتور عبد الرحمن الصابوني، دمشق ط٢ س١٩٦٦ ص٤٤٤ 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 ﷺوبعده و لم ينكر العمل به فكان سنة تقريرية وإجماعاً على جوازه.والثاني أن جريان العمل بالاستصناع كان عرفاً قائماً عند ورود النص العام و لم يأت بعده وبالتالي فالنص العام قد خصص بعرفٍ قائم عند مجيئه و لم يكن عرفاً طارئاً.ومن خلال الأمرين السابقين يتبين لنا أن تخصيص العام بالعرف مشروط بأن يكون العرف قائماً عند ورود النص، أما إذا كان طارئاً بعد ورود النص فلا يمكن الترجيح به إن لم يستند على سنة تقريرية أو إجماع. هناك حالات يرى بعض العلماء فيها جواز تخصيص النص العام بالعرف الطارئ وسيأتي تفصيل هذه الحالات والقائلين بها ومناقشتها وبيان الراجح فيها.

(٥٩) الأشباه والنظائر للسيوطي ص٩٨ والأشباه والنظائر لابن نجيم ص١١٠.

مستمراً أثناء هذا التصرف أي أن يكون التصرف مقارناً لذلك العرف؛ لأن من يتصرف بتصرف قولي أو عملي فإنما يتصرف بحسب ما جرى به العرف ويقصد من كلامه وألفاظه ما يتعارف عليه الناس عند القيام بالتصرف (٦٠).

الشرط الخامس: ألا يعارض العرف تصريح بخلافه.فقد اشترط العلماء لاعتبار العـــرف ألا يوجد تصريح من المتعاقدين بخلاف مضمون العرف أما إذا صرح المتعاقدان بما يخالف العرف القائم فإنه يعمل بما اتفقا عليه، ولا عبرة بالعرف في ذلك التصرف، وذلك أن اللجوء إلى العـــرف إنمـــا يكون عند انعدام ما يفيد غرض المتعاقدين صراحةً، فإذا علم المقصود صراحة فلا حاجة للعـــرف. يقول العز بن عبد السلام: «كل ما ثبت بالعرف إذا صرح المتعاقدان بخلافه، بما يوافق مقصود العقد يصح»(٦١).

ويقول الأستاذ علي حيدر في شرح المادة (٣٦) من مجلة الأحكام العدلية: «إنّ العرف حجة إذا لم يكن مخالفاً لنصٍ أو شرطٍ لأحد المتعاقدين، فلو استأجر شخص أجيراً للعمل من الظهـــر إلى العصر فقط ليس له أن يلزمه بالعمل من الصباح إلى المساء بحجة أن عرف البلد هكذا»(٦٢).

ومن الأمثلة على التصريح بخلاف العرف ما لو كان العرف يقضي بأن نفقات تسجيل العقد على المشتري ولكن المتعاقدين اتفقا على أنها على البائع، فيعمل بهذا الاتفاق ولا عبرة بالعرف.

وكذلك لو كان العرف الجاري في الزواج يقضي بتعجيل نصف المهر وتأخير نصفه ولكن الزوجة اشترطت تعجيل كل المهر ووافقها الزوج على ذلك فالعبرة بما اتفق عليه الزوجان ولا يحكم العرف في هذه الحالة(٦٣).

(٦٠) أثر العرف لسيد صالح ص٢٢٥.
(٦١) قواعد الأحكام: ١٥٨/٢.
(٦٢) المدخل الفقهي العام للزرقاء ٨٧٥/٢ والعرف والعادة لأبي سنة ص٦٧.
(٦٣) انظر في هذه الأمثلة أثر العرف لسيد صالح ص٢٢١.

وهكذا في كل تصرف صرح المتعاقدان على خلاف ما تعارف عليه النـــاس فإنـــه يعمـــل بالاتفاق ولا عبرة بالعرف، وإنما يعمل بالعرف في حالة سكوت المتعاقدين، فيكون العرف مفسراً لسكوتهما مبيناً لإرادتهما، قاضياً على ما بينهما من تصرف(٦٤).

وبناءً على هذا الشرط فإن قولهم «المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً» مقيد بعدم التـــصريح بخلافه(٦٥).

وتجدر الإشارة إلى أن شرط «عدم التصريح بخلاف العرف» مطلوب في حالة كون العرف منظماً لمعاملات الناس ومفسراً لألفاظهم، أما حالة كون العرف مخصصاً للنص العام فليس هنـــاك حاجة إلى هذا الشرط، وإنما يكتفي فيه بالشروط الأربعة السابقة، وخصوصاً شرط أن لا يعارض العرف نصاً شرعياً معارضةً كلية، فإنه يسقط العرف، أما إذا عارض العرف النص معارضةً جزئية فإن العرف يخصص النص كما سيأتي تفصيله في الحالات التي يخصص فيها العرف النص العام.

المبحث الثاني

التخصيص بالعرف

إن «مخالفة العرف للنص قد تكون كلية وقد تكون جزئية، فإذا كانت كلية كان العـــرف فاسداً فيلغي، وإن كانت جزئية خصص النص به على معنى أن يعمل بـــالنص في غـــير موضـــع العرف(٦٦)... والفرق بين العرف المعارض للنص كلياً. والمعارض له جزئياً حيث فسد الأول واعتبر الثاني صحيحاً مع اتفاقهما في المعارضة للنصوص، أن في المعارضة الكلية إلغاء النص وإبطال عملـــه وهو قريب من النسخ فلو صححنا العمل بهذا النوع من العرف لأدى إلى النسخ، ولا نسخ بعـــد عصر الرسالة بالإجماع. أما المعارضة الجزئية فهي لا تلغي النص، ولا تبطله بل يبقى العمل به فيما

(٦٤) العرف والعادة لحسين محمود حسنين ص٥٢ وأصول الفقه لبدران أبوالعينين ص٢٢٩.
(٦٥) المدخل الفقهي العام للزرقا ٨٧٩/٢.
(٦٦) وهذا نوع من أنواع الاستحسان والمخصص هنا في الحقيقة هو الأدلة الدالة على نفي الحرج والداعية إلى التيسير ا هـــ أصول الفقه لمحمد مصطفى شلبي ص٣٢٤.

عدا موضع العرف فلا يكون العمل بالعرف في هذه الحالة نسخاً، وأقصى ما فيه أن يكون تخصيصاً، والتخصيص مشروع وباق بعد عصر الرسالة»[٦٧]. وعلى هذا فإنه إذا تعارض العرف مع النص فيجب النظر إلى مستوى التعارض فيما إذا كان كلياً أو جزئياً، فإن كان التعارض كلياً بأن تقابل النص والعرف من جميع الوجوه بحيث يلزم من العمل بالعرف تعطيل النص ورفع حكمه ففي هذه الحالة يكون العرف فاسداً، ولا يجوز العمل به بأي حال من الأحوال؛ لمخالفته نصوص الشريعة[٦٨] فمثلا القرض بفائدة أمر تعارف عليه الناس حتى أصبح عرفا دوليا في عصرنا الحاضر، وهو عرف فاسد لتعارضه مع الأدلة الشرعية الصريحة في تحريم الربا مثل قوله تعالى:﴿**وأحل الله البيع وحرم الربا**﴾آية ٢٧٥ من سورة البقرة

وإن كان التعارض بين النص والعرف تعارضاً جزئياً كأن يكون النص عاماً وعارضه العرف في بعض أفراده ففي هذه الحالة قد يكون العرف مخصصاً للنص العام وقد لا يكون، وذلك بحسب نوع العرف فيما إذا كان قولياً أو عملياً، وفيما إذا كان قائماً عند ورود النص العام أو كان طارئاً، فلكل نوعٍ من هذه الأنواع حكمه وسأفصل أقوال العلماء في هذه الأنواع: وذلك في مطلبين:

المطلب الأول أعرض فيه للعرف القائم عند ورود النص، والمطلب الثاني أعرض فيه للعرف الطارئ بعد ورود النص.

المطلب الأول

التخصيص بالعرف المقارن

إذا ورد نص عام وكان هناك عرف قائم يتعارض مع ذلك النص في بعض مدلوله فا للعلماء تفصيل في تخصيص النص بذلك العرف من حيث كونه عرفاً قولياً أو عملياً وذلك على النحو الآتي:

(٦٧) أصول الفقه لمصطفى شلبي ص٣٢٤.
(٦٨) المبسوط للسرخسي ١٩٦/١٢، وانظر رسائل بن عابدين ١١٦/٢، والمدخل الفقهي العام للزرقاء ٨٩٥/٢.

أولاً التخصيص بالعرف القولي المقارن للعام:

إذا ورد نص عام وكان هناك عرف قولي سابق للعام أو مقارن له في الظهور ويتعارض مع النص العام في بعض أفراده فلا خلاف بين العلماء في اعتبار العرف مخصصاً للنص العام(٦٩).

أي أن العرف يجعل العام مقصوراً على بعض أفراده(٧٠) بحيث يكون فهم ذلك النص العام في حدود معناه العرفي وتنزيله عليه(٧١).

يقول صاحب التقرير والتحبير: «أما تخصيص العام بالعرف القولي، وهو أن يتعارف قوم على إطلاق لفظ لمعنى بحيث لا يتبادر عند سماعه إلا ذاك المعنى فاتفاق، كالدابة على الحمار والدرهم على النقد الغالب»(٧٢) ويقول القرافي: «القاعدة أن من له عرف وعادة في لفظٍ، إنما يحمل 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»(٧٣).

ويستوي في هذا النصوص العامة الشرعية والنصوص العامة الواردة في استعمالات الناس واستخداماتهم(٧٤).

وقال الأسنوي: «لا إشكال في أن العادة القولية تخصص العموم، نص عليه الغزالي وصاحب المعتمد والآمدي ومن تبعه، كما إذا كان من عادتهم إطلاق الطعام على المقتات خاصةً، ثم ورد النهي عن بيع الطعام بجنسه متفاضلاً، فإن النهي يكون خاصاً بالمقتات، لأن الحقيقة العرفية مقدمة

(٦٩) التقرير والتحبير ٢٨٢/١ تيسير التحرير ٢٠/٢ مسلم الثبوت ٢٧١/١ المنهاج ٢٣١/١ ونهاية السول للأسنوي، ٤٦٩/٢ ويراجع المعتمد ٢٧٩/١ والإحكام للآمدي ٤٨٧/٢ والمستصفى للغزالي ١١٢/٢.
(٧٠) المسودة لآل تيمية ص١٢٥.
(٧١) المدخل الفقهي العام للزرقاء ٨٨٨/٢.
(٧٢) التقرير والتحبير ٢٨٢/١.
(٧٣) تنقيح الفصول للقرافي ص٢١١.
(٧٤) العرف والعادة لأحمد فهمي أبو سنة ص٥٤ والشرح الصغير للدردير٢٢٨/٢.

على اللغوية»[٧٥] ويقول ابن عابدين: «العرف القولي مخصص للعام اتفاقاً»[٧٦] كما حكى الاتفاق على ذلك ابن أمير الحاج[٧٧] وابن عبد الشكور[٧٨] ومن المتأخرين أبو سنة[٧٩] ومصطفى الزرقاء[٨٠] والسيد صالح عوض[٨١].

وقد مثلوا للتخصيص بالعرف القولي بكلمة «البيع» في قوله تعالى ﴿وأحل الله البيع﴾[٨٢] إذ إنها في الأصل اللغوي عامة فهي تعني مطلق التبادل بالمال وغيره، بينما ((البيع)) في العرف الشرعي يقصد به «تبادل مال بمال» وبهذا يخصص عموم كلمة البيع فتنصرف إلى البيع المصطلح عليه وهو مبادلة مال بمال دون غيره[٨٣].

ومثاله لفظ ((الصلاة)) فإنها في اللغة الدعاء ومنه قوله تعالى ﴿وصلِّ عليهم﴾[٨٤] أي: ادع لهم وقد خصصها العرف الشرعي بالهيئة المعروفة المشتملة على الدعاء فيفهم من قول الله تعالى:﴿إن الصلاة كانت على المؤمنين كتاباً موقوتا﴾[٨٥] المعنى الشرعي لا اللغوي ومثاله الحج: فإنه في اللغة يطلق على كل قصدٍ، وقد خصصه الشارع بقصد مكة لأداء النسك المعروف حتى إذا قال الله تعالى: ﴿ولله على الناس حج البيت﴾[٨٦] فهم منه ذلك لا غير[٨٧].

---

(٧٥) نهاية السول ١١٥/٢.
(٧٦) مجموعة رسائل بن عابدين ١١٥/٢.
(٧٧) التقرير والتحبير ٢٨٢/٢.
(٧٨) مسلم الثبوت ٣٤٥/١.
(٧٩) العرف والعادة لأبي سنة ص٩١.
(٨٠) أثر العرف في التشريع الإسلامي لسيد صالح ص٢٥١.
(٨١) المدخل الفقهي العام للزرقاء ٨٨٨/٢، ٨٨٩.
(٨٢) البقرة ٢٧٥.
(٨٣) العرف والعادة لأبي سنة ص٩١.
(٨٤) سورة التوبة الآية ١٠٣.
(٨٥) سورة النساء الآية ١٠٣.
(٨٦) سورة آل عمران الآية ٩٧.
(٨٧) راجع هذا المثال والذي قبله في القاموس مادة (صلى) ومادة (حج) وكتاب كشف الأسرار للبزدوي ٤١٥/٢، ٤١٦ وكتاب تيسير التحرير ٢١/٢ وكتاب التقرير والتحبير ٢٨٢/٢ وكتاب مسلم الثبوت ٣٤٥/١ وكتاب العرف والعادة لأبي سنة ص٩١ وكتاب المدخل الفقهي العام للزرقاء ٨٨٩/٢. والحقيقة أن العام في هذه الأمثلة أريد به الخصوص؛ إذ ليس هناك تخصيص بالمعنى المعروف لدى الأصوليين، بل كل ما فيه أن اللفظ العام استعمله الشارع في بعض أفراده حتى صار حقيقة عرفية له، وإن كان الأصوليون يطلقون عليه تخصيصاً من باب التسامح في التعبير انظر العرف وأثره للمباركي ص١٤٥-١٤٦

كما مثلوا لتخصيص العام بالعرف القولي بلفظ الدابة فإنه يطلق في اللغة على كل ما يدب على الأرض غير أن العرف جرى على استعماله في ذوات الأربع كالخيل وغيرها، وعليه فإنه إذا جاء لفظ الدابة فإنه يحمل على معناه العرفي دون غيره، وهذا تخصيص لعموم اللفظ في أصل وضعه اللغوي بالعرف الاستعمالي(٨٨).

وكذلك كلمة «النقد» إذا وردت في نص من النصوص فإنها تحمل على النقد الشائع تداوله بين الناس مع أنه في أصل اللغة عام يشمل كل نقدٍ(٨٩).

وقد فرع العلماء على قاعدة تخصيص العام بالعرف أنه لو حلف شخص أن لا يأكل لحماً فأكل سمكاً فإنه لا يحنث؛ لأن السمك في العرف القولي لا يندرج تحت معنى اللحم الذي منه السمك كما جاء في القرآن قوله تعالى: ﴿ومن كل تأكلون لحماً طرياً﴾(٩٠) بجميع أنواعه.و يكون التخصيص بالعرف القولي في يمين الحالف في أنه لا يقصد المعنى اللغوي العام، وإنما يقصد المعنى العرفي الخاص فيكون بهذا مخصصاً للمعنى العام بالعرف القولي. ومثاله لو قال رجل والله لا أدخل مع فلانٍ بيتاً فدخل مسجداً، أو قال: والله لا أجلس على بساط فجلس على الأرض فإنه لا يحنث في هاتين الصورتين عملاً بالعرف على خلاف النص فإن القرآن الكريم قد سمى المساجد بيوتاً كما في قوله تعالى:﴿في بيوت أذن الله أن ترفع ويذكر فيها اسمه﴾(٩١) وسمى الأرض بساطاً كما في قوله تعالى:﴿والله جعل لكم الأرض بساطاً﴾(٩٢) فالعرف في هاتين الصورتين بين إرادة الحالف وأظهرها(٩٣).

(٨٨) المعتمد ٢٧٩/١ الإحكام للآمدي ٤٨٧/٢.
(٨٩) الإحكام ٤٨٧/٢.
(٩٠) سورة فاطر الآية: ١٢.
(٩١) سورة النور الآية: ٣٦.
(٩٢) سورة نوح الآية: ١٩.
(٩٣) ولكن ليس هناك علاقة بين دلالة الألفاظ القرآنية التي هي عامة وبين إرادة الحالف المعنى العرفي فيظل النص القرآني عاماً في ما يتناوله، ويكون المعنى العرفي خاصا بإطاره المتمثل في تعاملات الناس ومقاصدهم في الأقوال العرفية. وبذلك فوظيفة العرف هنا تخصيص المعنى اللغوي. في تخاطب الناس وليس تخصيص عموم اللفظ القرآني، وتبين من هذا أن العلماء حينما قالوا بأن العرف يخصص النص إنما أرادوا المعنى اللغوي وليس النص القرآني أو النبوي أي أن عرف الناس اللفظي لا يخصص النص القرآني ولا يقضي عليه وإنما يفسر كلام الناس ويقضي عليه،وقد بين هذا القرافي في الفروق ج١ص١٧٣

وبالتأمل في هذه الأمثلة نجد أنها تمثل تخصيصاً للمعنى اللغوي العام بالعرف القولي الخاص. فلفظ الدابة مثلاً عام يتناول كل ما يدب على الأرض، واستعماله عرفاً في ما يمشي على أربع هو قصر للدلالة اللغوية العامة على معناها العرفي الخاص. وفي هذا بيان لإرادة المتكلم بما يعنيه من كلامه،ويرى بعض العلماء أن هذه الأمثلة ليس فيها ما يمكن أن يسمى تخصيصاً بالمعنى الأصولي الذي هو إخراج بعض أفراد العام من حكم العام أو قصر العام على بعض أفراده، وإنما هي أمثلة لحمل الألفاظ على معانيها المقصودة لدى المتكلمين حيث يقصدون بهذه الألفاظ معانيها المعهودة في عرفهم، وقد أدرك هذا المعنى بعض الأصوليين فنبهوا إليه، ومن ذلك ما قاله أبو الحسين البصري بعد أن قرر التخصيص بالعرف القولي وأورد فيه مثال الدابة السابق ثم قال: «وليس هذا بتخصيص على الحقيقة؛ لأن اسم الدابة لا يصير مستعملاً في العرف إلا في الخيل فيصير كأنه ما استعمل إلا فيه»(٩٤) وابن تيمية يقول: «وليس هذا تخصيصا على الحقيقة وإنما هو تخصيص بالنسبة إلى اللغة»(٩٥).

ثانياً: التخصيص بالعرف العملي المقارن:

وصورته أن يرد عن الشارع لفظ عام وكان للناس عادة في تعاملهم ببعض ما تناوله ذلك اللفظ العام فهل هذه العادة تخص العام بذلك البعض، وتقصره عليه أوأن يبقى ذلك العام على عمومه يتناول ذلك الذي يتعامل به الناس وغيره مما يندرج تحت ذلك اللفظ، ومثال ذلك لو اعتاد صحابة رسول الله ﷺ أكل طعام معين ثم نهاهم رسول الله ﷺ عن تناوله بلفظٍ عام يشمل ما يأكلونه وغيره كأن يقول: نهيتكم عن أكل الطعام؟ فهل يكون النهي مقتصراً على ذلك الطعام بخصوصه أم يجري على عمومه ولا تكون العادة مخصصة لذلك العموم(٩٦).

(٩٤) المعتمد ٢٧٩/١

(٩٥) المسودة ١٢٣

(٩٦) أثر العرف، لسيد صالح ص٣٤٩ ومثاله لو تعارف الناس الربا في البر وغيره، فهل يكون الربا المنهي عنه مقتصراً على البر بخصوصه أم يجري اللفظ على عمومه ولا تكون العادة مخصصة لذلك العموم. الصورة.

ويجاب على هذا بأن العلماء قد اختلفوا في هذه المسألة على قولين فذهب الجمهور إلى أنه لا يخصص العام بل يبقى العام على عمومه فيتناول ما جرت به العادة وغيرها، فالعبرة بعموم اللفظ ولا تخصصه العادة[٩٧]. وذهب الحنفية وجمهور المالكية وبعض الحنابلة إلى أن هذا العرف يخصص العام[٩٨]، وقد استدل كل فريقٍ على مذهبه بأدلة وذلك على النحو الآتي:

أدلة الجمهور القائلين بأن العرف العملي لا يخصص النص العام:

١- إن العبرة بعموم اللفظ الوارد عن الشارع حيث جاء عاماً، و لم يرد من الشارع ما يخصصه فيجب بقاؤه على عمومه[٩٩] ولا تقوى العادات على تخصيصه، يقول أبو بكر الصيرفي(الاعتبار بعموم اللسان، ولا اعتبار بعموم ذلك الاسم على ما اعتادوه؛ لأن الخطاب إنما يقع بلسان العرب على حقيقة لغتها فلو خصصناه بالعادة للزم تناوله بعض ما وضع له وحق الكلام العموم، ولسنا ندري هل أراد الله ذلك الحكم أم لا؟ فالحكم للاسم حتى يأتي دليل يدل على التخصيص وهذا كله بالنسبة إلى خطاب الله وخطاب رسوله ﷺ)[١٠٠].

وقد نوقش هذا الاستدلال بأنه مادام وقد ثبت باتفاق العلماء، أن العادة القولية تخصص العام فكذلك يجب أن يخصص العام بالعادة الفعلية، والقول بتخصيص العام بالعرف القولي دون العملي تحكم من جهة أن غلبة العادة الفعلية تؤدي إلى غلبة الاسم كتقييد الدراهم -مثلا - بالنقد الغالب

(٩٧) المستصفى للغزالي ١١١/٢-١١٢ والإحكام للآمدي ٤٨٦/٢ والفروق للقرافي ١٧٣/١-١٧٤، والمعتمد لأبي الحسين البصري ٣٠١/١ وإرشاد الفحول ص١٦١، والمسودة لابن تيمية ١٢٣ ونهاية السول للأسنوي ٤٦٩/٢ والتقرير والتحبير ٢٨٢/١. والعرف والعادة للشيخ أحمد أبو سنة ٩١-٩٤ وكشف الأسرار على أصول البزدوي ٧٠/٢ وتيسير التحرير ٣١٧/١.

(٩٨) راجع التقرير والتحبير ٢٨٢/١ والموافقات ١٥١/٣ وحاشية الدسوقي على الشرح ١٤٣/٢ وراجع أثر العرف في التشريع الإسلامي للدكتور سيد صالح عوض ٣٥٢ ويرى ابن رجب الحنبلي في قواعده أنه الصحيح في المذهب حيث يقول: «ويخصص العموم بالعادة على المنصوص» راجع القاعدة ١٢٢ من قواعد ابن رجب ص٢٧٦ طبعة دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت، ويوافق الشافعية – فيما ذهبوا إليه من عدم جواز تخصيص العام بالعرف العملي – القرافي من المالكية حيث يقرر «أن العرف القولي يؤثر في اللفظ اللغوي تخصيصا وتقيدا وإبطالا، وأن العرف الفعلي لا يؤثر في اللفظ اللغوي تخصيصا ولا تقييدا ولا إبطالا لعدم معارضة الفعل وعدمه لوضع اللغة ومعارضة غلبة استعمال اللفظ في العرف للوضع اللغوي الفروق القرافي ١٧٣/١-١٧٤ وعند الحنابلة اتجاه يوافق الشافعية في عدم جواز التخصيص بالعرف العملي فابن تيمية في المسودة ١٢٣ يقرر أنه لا يجوز تخصيص العموم بالعادات ويراجع في هذا كتاب التخصيص بالأدلة الاجتهادية لخليفة بابكر ص١٠٩.

(٩٩) الإحكام للآمدي ٣٣٤/٢.

(١٠٠) البحر المحيط ج٣ص٣٩٣.

فإن أساسه عرف عملي أدى إلى عرف قولي، أي أن العرف العملي يؤدي إلى عرف قولي، وبذالك فإن القول بتخصيص العام بالعرف القولي،ومنع التخصيص بالعرف العملي تحكم صريح لا يسمع [١٠١].

٢- إن النص العام هو الحكم على الأعراف العملية والعوائد التي ورد عليها، ولو قلنا بتخصيص العرف العملي للنص العام للزم أن تكون العوائد حاكمة على النصوص وهو باطل[١٠٢]، وعلى هذا لو تعارف الناس على نوع من الطعام، ثم ورد خطاب الشارع بتحريمه، وكانوا لا يتناولون غيره والنهي عام فإنه لا يختص بالمعتاد دون غيره، بل يجب الأخذ بخطاب الشارع واطراح تلك العادة؛ لأن الخبر الذي جاء به الشارع إنما ورد لينقل الناس عما اعتادوه، ولا يخضع لما اعتاده الناس.

وقد نوقش هذا الاستدلال بأنه لاشك في أن النصوص هي الحاكمة على الأعراف و العوائد، ولكنه قد ثبت مراعاة الشارع وإقراره للكثير من الأعراف والقواعد، فدل على أن العرف العملي الذي يخالف النص العام في بعض مدلولاته يخصص النص مادام لم يرد إنكار له من الشارع؛ إذ إنه قد ورد شواهد على تخصيص النص العام بالعرف العملي ومن ذلك ما حدث من تخصيص لقوله ﷺ "لا تبع ماليس عندك" [١٠٣]بجواز الاستصناع حيث سار العرف بين المسلمين منذ عهد الصحابة على التعامل به مع أنه بيع للمعدوم وسيأتي تفصيل لهذه لمسألة في المبحث الثالث.

يقول الإمام الغزالي: – وهو بصدد تناول المخصصات في باب العام والخاص: «الثامن عادة المخاطبين، فإذا قال لجماعةٍ من أمته حرمت عليكم الطعام والشراب مثلاً، وكانت عادتهم تناولهم جنساً من الطعام، فلا يقتصر بالنهي على معتادهم بل يدخل فيه لحم السمك والطير، وما لا يعتاد في أرضهم؛ لأن الحجة في لفظه وهو عام، وألفاظه غير مبنية على عادة الناس في معاملاتهم»[١٠٤].

(١٠١) مسلم الثبوت ٣٤٥/١ والعرف والعادة لأبي سنة ص ٩٢.
(١٠٢) الإحكام للآمدي ٣٣٤/٢ والمختصر مع شرح العضد ١٥٢/٢ ومسلم الثبوت مع شرحه ٣٤٥/١.
(١٠٣) سبق تخريجه ص ١٣ .
(١٠٤) المستصفى ١١١/٢-١١٢.

٣- إنَّ العادة الفعلية ليست بحجة؛ لأن الناس يعتادون الحسن كما يعتادون القبح، وإنما الحجة في النصوص ولو كانت عامة، وهي الحاكمة على العوائد، ولا تكون العوائد حاكمة على النصوص[١٠٥]، فالنص حاكم على العوائد؛ لأنه الذي يقرر اعتبار العرف أو فساده، وليس ذلك للعرف. وقد نوقش هذا الاستدلال بأن العادة القبيحة التي لا يقرها الشارع ليست واردة هنا؛ لأن الكلام إنما هو عن العرف العملي الذي لا يصطدم بالنص. «هذا من جهة ومن جهةٍ أخرى فإن تخصيص النصوص العامة بالأعراف العملية فيما تعارضا فيه لا يلغي حاكمية النصوص العامة، وإنما يفسرها بحسب ما جرى عليه عمل الناس، ففي التخصيص بالعرف إعمال للعرف والنص معاً، ولا شك أن العمل بهما أولى من إهمال أحدهما هذا فضلاً عن أن العمل بالعرف عن طريق التخصيص يعتمد على مشروعية العرف المستمدة من نصوص الشريعة التي دلت على حجية العرف[١٠٦].

أدلة الحنفية:

استدل الحنفية على جواز تخصيص العام بالعرف العملي بالأدلة الآتية:

الدليل الأول: قياس العرف العملي على العرف القولي. فكما جاز تخصيص العام بالعرف القولي باتفاق الجميع فيجوز كذلك تخصيص العام بالعرف العملي؛ إذ إن المقتضي للتخصيص في كل منهما واحد وهو التبادر إلى الذهن، فكما أن العرف القولي ينتج عنه معنى يتبادر إلى الذهن عند سماع اللفظ الذي جرى العرف على استعماله في ذلك المعنى فإن هذا التبادر بعينه موجود في العملي؛ وبالتالي فقد اتحد العرف القولي والعملي في موجب التخصيص فيلزم من ذلك أن يؤدي العرف العملي إلى تخصيص العام كما يؤديه العرف القولي وإلاَّ لزم الترجيح بلا مرجح[١٠٧].

(١٠٥) المعتمد ٢٧٩/١ والإحكام للآمدي ٤٨٦/٢.

(١٠٦) ويراجع التخصيص بالأدلة الأجتهادية لخليفة بابكر ص١١٢.

(١٠٧) يراجع المختصر مع شرح العضد ١٥٢/٢، ومسلم الثبوت مع شرحه ١/ ٣٤٥ وقد بحثت في عدد من مصادر الحنفية لأوثق هذا الاستدلال من كتبهم واستغني عن المختصر وشرحه فلم أجد فيها، ومن كتب الحنفية التي بحثت فيها أصول السرخسي كشف الأسرار للبخاري والفصول في الأصول للجصاص .

وقد نوقش هذا الدليل بأنه قياس في اللغة، والقياس في اللغة باطل، وأيضا فإن قياس التخصيص بالعرف العملي على التقييد بالعرف العملي قياس مع الفارق؛ لأن العرف القولي صار بالاستعمال حقيقة عرفية تتبادر إلى الذهن عند إطلاق اللفظ بخلاف العرف العملي فإنه لم يخرج اللفظ عن معناه اللغوي وبيان ذلك أن العرف العملي يتمثل في أن تطرد العادة على اعتياد أكل طعامٍ مخصوص لا في تخصيص اسم الطعام، وبهذا لا يكون العرف العملي قاضياً على عموم اللفظ[١٠٨] «فلفظ العيش مثلاً يطلق على الأرز. في بلاد الخليج العربي، وفي مصر على الخبز، فلو قال: والله لا آكل عيشاً فإنه يحنث بأكل الأرز في بلاد الخليج، وبأكل الخبز. في مصر لا لأنه اعتاد أكله وإنما لأنه أطلق الاسم عليه. والشارع إنما يخاطب الناس بلغتهم وما فهموه منها[١٠٩]. ومنه يفهم أن غلبة العادة قد جرت إلى غلبة الاسم أما إذا لم تجر إلى غلبة الاسم فإنها لا تخصص[١١٠].

الدليل الثاني:

استدل الحنفية على جواز تخصيص العام بالعرف العملي بالقياس على جواز تقييد المطلق بالعرف العملي فرأوا أنه كما جاز تقييد المطلق بالعرف العملي فيجوز كذلك تخصيص العام بالعرف العملي، وذلك لاتحاد الموجب في كل من التخصيص والتقييد وهو تبادر المعنى الذي جرى عليه العرف من اللفظ دون غيره[١١١]. أي أن المناط في تقييد المطلق بالعرف العملي هو التبادر إلى الفهم، وهذا المناط متحقق في تخصيص العام بالعرف العملي كما هو متحقق في تقييد المطلق بالعرف العملي فكما يفهم من المطلق في قوله: «اشتر اللحم» المقيد الذي هو لحم الضأن المعتاد أكله كذلك يفهم من العام في قوله: «لا تشتر لحماً» الخاص الذي هو لحم الضأن الذي اعتاد أكله فهما متساويان من هذه الجهة أيضاً[١١٢]؛ لذلك وجب تخصيص العام بالعرف العملي، كما يجب تقييد المطلق بالعرف العملي، وإلا لزم الترجيح بلا مرجح[١١٣].

(١٠٨) الإحكام للآمدي ٤٨٦/٢.
(١٠٩) المرجع السابق ٤٨٦/٢.
(١١٠) فواتح الرحموت ٣٤٥/١.
(١١١) تيسير التحرير ٢١/٢، والتقرير والتحبير ٢٨٢/٢، ومسلم الثبوت ٣٤٥/١.والعرف والعادة لأبي سنه ص٩٢
(١١٢) راجع حاشية السعد التفتازاني على المختصر ١٥٢/٢.
(١١٣) راجع المختصر مع شرح العضد ١٥٢/٢ ومسلم الثبوت مع شرحه ٣٤٥/١. وبذلك فالحنفية يرون أنه ما دام قد ثبت أن العرف العملي يقيد المطلق فلم لا يخصص العام بالعرفٍ العملي حيث لا فرق بينهما ولذلك يقولون بأنه لو كانت العادة في بلد أكل لحم الضأن ثم قال شخص لآخر موكلاً إياه اشتر لي لحماً فإنه يفهم منه لحم الضأن بخصوصه ويقصر

وعلى هذا لو ورد خطاب الشارع عاماً بأن قال حرمت عليكم الطعام فإنه يحمل على ما يأكلونه فقط دون غيره من الأطعمة تخصيصاً للعام بالعرف العملي؛ لأنه هو الذي يتبادر إلى الفهم ويسبق إليه دون غيره والشريعة راعت في خطابها مفهوم العرب فيما بينهم في لغتهم فموجب التخصيص والتقييد واحد(١١٤).

نوقش دليل الحنفية هذا بما يلي:

١- إن قياس العام على المطلق في كون العرف العملي يقضي على كلٍ منهما قياس في اللغة، والقياس في اللغة مردود(١١٥).

وأجاب الحنفية على هذا بأن تخصيص العام بالعرف العملي كما هو شأن تقييد المطلق بالعرف العملي، لم يكن ذلك عن طريق القياس في اللغة وإنما دل عليه الاستقراء في أن التبادر أمارة الحقيقة «وأن ما يوجب تبادر الذهن إلى معنى غير الموضوع له اللفظ لغةً يوجب إرادته، والمطلق المقيد بالعرف العملي، والعام المخصوص به ليسا إلا فردين لهذه القاعدة، فلا أصل ولا فرع حتى يأتي القياس. ثم الذي يوجب التبادر في كل من العرف القولي والعملي هو العادة.. وإذا ثبت هذا فلا ريب في أنه يسبق إلى الفهم ما جرت به العادة من أفراد العام فتجب إرادته(١١٦).

٢- لا يلزم من تقييد العرف العملي للمطلق تخصيصه للعام، وذلك للفرق بينهما حيث إنَّ دلالة العام على أفراده من دلالة الكل على الجزء، وهي دلالة قوية، أما دلالة المطلق على المقيد فهي من دلالة الجزء على الكل وهي دلالة ضعيفة، ولا يلزم من تأثير العرف العملي فيما دلالته ضعيفة تأثيره فيما دلالته قوية(١١٧).

الأمر بشراء اللحم عليه بحيث لواشترى غيره يكون مخالفاً لإرادة الموكل مع أن كلمة (لحم) في عبارة الموكل مطلقة إلا أن هذا الإطلاق مقيد بالعرف العملي الذي جرى عليه أهل البلد في أكلهم فتنصرف إرادة الموكل إليه دون غيره وإذا كان هذا هو حال المطلق وجب أن يكون العام مثل ذلك مخصصاً بالعرف العملي، وذلك لاتحاد الموجب للتخصيص والتقييد وهو تبادر ما جرى عليه العرف من معنى للفظ دون غيره

(١١٤) يراجع أثر العرف لسيد صالح ص٣٥٣.

(١١٥) الإحكام للآمدي ٤٨٧/٢ وشرح المختصر للعضد ١٥٢/٢.

(١١٦) مسلم الثبوت وشرحه فواتح الرحموت ٣٤٥/١ والعرف والعادة لفهمي أبو سنة ص٩٢.

(١١٧) انظر التقرير والتحبير ٢٨٢/١ وتيسير التحرير ٢٠/٢-٢١ والعرف والعادة ص٩٢.

وأجاب الحنفية على هذا الاعتراض بأن الفارق- الذي ذكره الجمهور- بين تقييد المطلق بالعرف العملي وتخصيص العام به فارق ملغي بعد أن اشترك العام والمطلق في تحقيق مناط التخصيص والتقييد وهو تبادر الخاص من اللفظ عند الاستعمال(١١٨).

٣- إن تسوية الحنفية بين تقييد المطلق بالعرف العملي وتخصيص العام بالعرف العملي تسوية غير صحيحة، وذلك أن تقييد المطلق بالعرف العملي ليس فيه ترك للمطلق ولا طروء تغيير عليه بخلاف تخصيص العام بالعرف العملي فإنَّ فيه ترك العموم وطروء التغيير عليه بترك ظاهره فهما موضوعان مختلفان لا يحتج بأحدهما على الآخر(١١٩)، ألا ترى أن المطلق في قولهم اشتر لحماً يترل على المقيد بقرينة ميلهم إليه بحسب عادتهم في أكلهم، وليس فيه ترك للمطلق، فالمطلق مع التقييد قائم، ولكن لأنَّ العرف جرى بأكل لحمٍ خاص فيترل المطلق على ذلك العرف الخاص ويفهم في ضوئه، أما تخصيص العام بالعرف فيعني ترك ظاهر اللفظ في شموله لكل أفراده وقصره على البعض فقط، ومن هنا يتغير عن حالته الأولى(١٢٠).

وقد أجاب الحنفية على هذا الاعتراض بأنه غير صحيح، وذلك أن تقييد المطلق وتخصيص العام ملتقيان متساويان، ولا فرق بينهما، وذلك أن ترك الظاهر كما هو موجود في تخصيص العام فإنه كذلك موجود في تقييد المطلق لما في تقييد المطلق من ترك لظاهر الإطلاق، فظاهر قوله: «اشتر اللحم» يقتضي أن يكون ممتثلاً بشراء أي لحمٍ سواء كان لحم ضأنٍ أو غيره، ولكن اعتياد أكل لحم الضأن غير هذا الظاهر بحيث لا يعد ممتثلاً إذا اشترى لحماً غير الضأن، وهذا دليل تغير المطلق وترك ظاهره، وبهذا فإن ترك الظاهر موجود في تقييد المطلق كما هو موجود في تخصيص العام فهما متساويان من هذه الجهة(١٢١).

(١١٨) المراجع السابقة.
(١١٩) شرح العضد على مختصر المنتهى ١٥٢/٢.
(١٢٠) المرجع السابق الصفحة نفسها.
(١٢١) راجع مسلم الثبوت ٣٤٥/١.

الدليل الثالث: إنَّ غلبة العادة في الاستعمال القولي هي الباعث على تخصيص العام بالعرف القولي المتفق على تخصيص العام به، وغلبة الاستعمال موجودة في العرف العملي أيضاً، وهذا يقتضي تخصيص العام به ويعتبر خصوص العادة لا عموم اللفظ؛ لأن القولي والعملي اشتركا واستويا فيما نيط به التخصيص وهو غلبة العادة، فالتخصيص بأحدهما دون الآخر تحكم.

فإذا اعتاد المخاطبون أكل طعامٍ خاص كالبر مثلاً وورد خطاب عام بتحريم الطعام مثل حرمت عليكم الطعام، فإنّ هذا التحريم يتعلق بالبر، ويكون العرف العملي مخصصاً لعموم هذا الخطاب(١٢٢).

وبعد أن ذكرنا أدلة الفريقين يمكن القول بأن رأي الجمهور في المنع من التخصيص بالعرف العملي هو الراجح؛ إذ إن النص الشرعي إذا جاء عاماً و لم يرد عن الشارع ما يخصصه فيجب بقاؤه على عمومه، ولا تقوى العادات على تخصيصه؛ لأن النص هو الحكم على الأعراف العملية و العوائد التي ورد عليها ولو جاز تخصيص النص العام بالعرف العملي للزم أن تكون العوائد حاكمة على النصوص وهو باطل، وأما استدلال الحنفية بالاستصناع في كون العرف العملي قد خصص النص فليس استدلالاً صحيحا؛ إذ إن تخصيص النص في هذا المثال لم يكن بمجرد العرف، وإنما لكون الاستصناع قد ثبت بالسنة التقريرية ثم إجماع العلماء على جوازه وليس مجرد العرف . وأما قياس الحنفية العرف العملي على العرف القولي في جواز التخصيص فقد ثبت بطلان هذا القياس كما بينا في المناقشة بين الفريقين.

وأما ما أجاب به الحنفية على اعتراضات الجمهور فإنها إجابات لا تغني شيئاً فالقياس في اللغة لا يزال منعه وارداً عليهم كما أن دعواهم بالملازمة بين العرف القولي والعرف العملي ثبت عدم صحتها وتحقق الفرق بينهما كما ثبت عدم الملازمة والفرق بين تقييد المطلق وتخصيص العام. وما قالوه من ملازمةٍ دعوى لا دليل عليها(١٢٣).

(١٢٢) راجع المختصر مع شرح العضد ١٥٢/٢ ومسلم الثبوت مع شرحه ٣٤٥/١.
(١٢٣) العرف واثره للمباركي ص١٥٢.

هذا وقد ترتب على اختلاف العلماء في مسألة تخصيص النص العام بالعرف العملي آثار في الفقه الإسلامي ومن ذلك ما حدث في مسألة تخصيص المرأة الشريفة بعدم وجوب إرضاعها لابنها وكذلك مسألة جواز البيع مع الشرط، وغيرها من المسائل التي سنوضحها في المبحث الثالث

ومع ذلك تجدر الإشارة إلى أن اختلاف العلماء في تخصيص العام بالعرف العملي إنما هو بالنسبة للعام في نصوص الشريعة أما العام الذي يكون من ألفاظ الناس فلا خلاف بين العلماء في جواز تخصيصه بالعرف العملي، وفي هذا يقول الغزالي: «وعلى الجملة فعادة الناس تؤثر في تعريف مراد الناس من ألفاظهم ولكنها لا تؤثر في خطاب الشارع إياهم»[١٢٤] ويقول أبو بكر الصيرفي: فأما خطاب الناس فيما بينهم من المعاملات وغيرها فيتزل على موضوعاتهم كنقد البلد في الشراء والبيع وغيره إذا أرادوه وإلا عمل بالعام ولا يحال اللفظ عن وجهه إلا بدليل»[١٢٥].

المطلب الثاني

التخصيص بالعرف الطارئ

في المطلب السابق فصلت القول عن تخصيص العام بالعرف القائم قولياً كان أو عملياً وفي هذا المطلب سأفصل القول عن تخصيص العام بالعرف الطارئ قولياً كان أو فعلياً وسأعرض ذلك على النحو الآتي:

أولاً: تخصيص العام بالعرف القولي الطارئ:

إذا ورد نص عام وللناس عرف قولي في دلالة الألفاظ فإنّ العام يُخصص بذلك العرف الساري والمعهود عند نزول الآيات أو ورود الأحاديث، أما إذا طرأ العرف القولي بعد ورود العام فإنه لا يخصص العام ولا يصلح أن تحمل عليه دلالات الألفاظ وخصوصاً نصوص القرآن والسنة فإنه يجب فهمها وتفسيرها حسب مدلولاتها في أفهام الناس وأعرافهم عند نزول القرآن وورود

(١٢٤) المستصفى ١١١/٢.
(١٢٥) البحر المحيط للزركشي ج٣ ص٣٩٣.

الأحاديث، لأنها هي مراد الشارع الذي أنزل تشريعه وفق معانيه المعروفة عند الناس وقت صدور النص ولا عبرة بتعديل معاني الألفاظ في الأعراف المتأخرة. وإلاَّ لم يستقر للنص التشريعي معنى. يقول الشيخ مصطفى الزرقا «فالنصوص التشريعية يجب أن تفهم بحسب مدلولاتها اللغوية والعرفية في عصر صدور النص؛ لأنها هي مراد الشارع ولا عبرة لتبدل مفاهيم الألفاظ في الأعراف الزمنية المتأخرة، وإلا لم يستقر للنص التشريعي معنى»(١٢٦) فمثلا لفظ «في سبيل الله» من آية مصارف الزكاة له معنى عرفي إذ ذاك هو مصالح الجهاد الشرعي، أو سبيل الخيرات مطلقاً على اختلاف بين العلماء في ذلك. ولفظ «ابن السبيل» فيها أيضاً معناه العرفي من ينقطع من الناس في السفر، فإذا تبدل عرف الناس في شيء من هذه التعابير وأصبح مثلاً معنى «سبيل الله» طلب العلم خاصة، واصبح معنى «ابن السبيل» الطفل اللقيط الذي لا يعرف له أهل. فإن النص التشريعي يظل محمولاً على معناه العرفي الأول عند صدوره ومعمولاً به في صدور ذلك المعنى؛ لأنه هو مراد الشارع ولا عبرة للمعاني العرفية أو الاصطلاحية الحادثة بعد ورود النص(١٢٧). وعلى هذا فإن نصوص الشريعة يجب فهمها في ضوء المعاني العرفية السائدة في التخاطب عند نزول النصوص أما ما يطرأ بعد ذلك من أعراف فلا مدخل لها بأي حال من الأحوال في فهم النصوص وتفسيرها يقول الشاطبي: «لابد 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 ثم عرف فلا يصح أن يجري في فهمها على ما لا تعرفه» وقال: «وهذا جارٍ في المعاني والألفاظ والأساليب»(١٢٨).فمثلا لفظ اليمين الوارد في قوله تعالى :(لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان) الآية ٨٩ من سورة المائدة، فإنه يحمل على الحلف بالله المتعارف عليه عند نزول الآية ولا يصح حمل لفظ اليمين على اليمين المستحدثة بالطلاق والعتاق؛ لأنها لم تكن معروفة في الجاهلية فليست مقارنة للنص التشريعي .

(١٢٦) المدخل للزرقا ٨٧٧/٢.
(١٢٧) المدخل للزرقاء ٨٧٨/٢.
(١٢٨) الموافقات ٨٢/٢.

وإذا كان هذا هو حال العرف القولي الطارئ في عدم تخصيصه للنص الشرعي فإنه كذلك في حاله مع الألفاظ العامة من كلام الناس حيث لا تخصص تلك الألفاظ ولا تحمل في معانيها إلا على ما كان سارياً من أعرافٍ بين الناس عند تخاطبهم وتعاملهم بتلك الألفاظ لا ما طرأ بعدها من معانٍ مستحدثة(١٢٩).

يقول السيوطي: «العرف الذي تحمل عليه الألفاظ إنما هو المقارن السابق دون المتأخر»(١٣٠) و يقول ابن نجيم: «العرف الذي تحمل عليه الألفاظ إنما هو المقارن السابق دون المتأخر ولذا قالوا لا عبرة بالعرف الطارئ" فزاد ابن نجيم على عبارة السيوطي قوله: «ولذا قالوا ولا عبرة بالعرف الطارئ»(١٣١) وذكر الإمام الشاطبي: «أن العوائد تختلف باختلاف الأعصار والأمصار والأحوال وغير ذلك من الأمور التي تتغير من زمن إلى زمن ومن بلد إلى آخر، ولذا فإنه لا يقضى بها البتة على من تقدم حتى يقوم دليل على موافقة العرف الجاري اليوم لما سبقه فيكون الدليل هو الذي جعلنا نقضي به على الماضي لا بمجرد العادة، وكذلك في المستقبل لا يحكم فيه بالعادة الماضية أو العرف السابق لأنها غير مستقرة في ذاتها وحيث كانت غير مستقرة لا يتأتى الحكم بها إلا على التصرف الحادث وقت قيامها»(١٣٢).

ويقول القرافي في شرح التنقيح: «القاعدة أنَّ من له عرف أو عادة في لفظة إنما يحمل على عرفه. أما العادات الطارئة بعد النطق فلا يقضي بها على النطق فإن النطق سالم عن معارضتها فيحمل على اللغة: ونظيره إذا وقع عقد البيع فإن الثمن يحمل على العادة الحاضرة في النقد 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»(١٣٣).

(١٢٩) يراجع المدخل الفقهي العام للزرقا ص٨٩٥.
(١٣٠) الاشباه والنظائر للسيوطي ص٩٢.
(١٣١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص١٠١.
(١٣٢) الموافقات ٢/٢٢٠.
(١٣٣) شرح تنقيح الفصول ص٢١١.

وعلى هذا لو وقف شخص عقاراً على العلماء وكان المتعارف عليه وقت إنشاء التصرف إطلاق لفظ العلماء على علماء الشريعة الإسلامية، ثم تغير هذا العرف بعد ذلك وأصبح لفظ العلماء يطلق على المتخصصين في المعارف الأخرى كالرياضيات والطب والكيمياء..الخ فإذا أريد توزيع الوقف، فإن وثيقة الوقف إنما تفسر بالعرف الذي كان موجوداً أثناء إنشائها ولا عبرة بالعرف الطارئ. وهكذا فإنه يجب أن يراعي في أي تصرف من التصرفات العرف القائم وقت إنشاء التصرف؛ لأنه هو الذي انصرفت إليه إرادة صاحب التصرف.

كما أنه لا يراعي العرف الذي تغير وانقضى فلو أن عرفاً كان قائماً في بلد ما وكان يقضى بأن تأثيث بيت الزوجية على الزوجة، ثم تغير هذا العرف، وأصبح التأثيث على الزوج وحدث أن تزوج رجل بامرأةٍ بعد قيام العرف الجديد وحصل بينهما تنازع حول أثاث البيت، فإنه لا عبرة بالعرف الذي انقضى قبل العقد وإنَّما العبرة بالعرف الذي كان موجوداً أثناء العقد. وبناء على هذا الشرط يجب أن تفسر وثائق العقود من أنكحة وأوقافٍ وبيوعٍ ووصايا وهباتٍ وغيرها وفقاً لمدلولات الأعراف التي كانت قائمةً وقت إنشاء هذه التصرفات ولا عبرة بالعرف الحادث في تفسير التصرفات الواقعة في ظل العرف القديم(١٣٤).

ثانياً تخصيص العام بالعرف العملي الطارئ:

للحديث عن التخصيص بالعرف الطارئ يلزم تفصيل القول فيه على ثلاث حالات وذلك عل النحو الآتي:

الحالة الأولى أن يرد النص العام ثم يلحقه عرف طارئ يستند إلى تقريرٍ نبوي كأن تطرد العادة في ترك بعض أفراد المأمور به أو فعل بعض أفراد المنهي عنه، وعلم بذلك النبي صلى الله عليه وسلم وأقرهم على ذلك فإن هذا العرف يخصص العام، والحقيقة أن المخصص في هذه الحالة ليس

(١٣٤) انظر العرف والعادة لأبي سنة ص٦٥ والمدخل للزرقا ٢/٨٧٦-٨٧٩ والعرف والعادة لحسين محمود حسنين ص٥١.

هو العرف في ذاته وإنما هو اقرار النبي ﷺ أي أن التخصيص للعام تم بالسنة التقريرية[١٣٥]. وقد مثل الأصوليون لهذه الحالة بمثال افتراضي فقالوا: «ومثال ذلك لو نهى النبي ﷺ عن بيع الطعام بالطعام متفاضلاً وجرت العادة بيع بعضه متفاضلاً وأقرها النبي ﷺ فهذه العادة مخصصة والمخصص في الحقيقة هو الإقرار»[١٣٦].

الحالة الثانية: أن يرد النص العام ثم يلحقه عرف، ويطرد العمل به حتى يصير إجماعاً عملياً فهذا العرف يخصص العام، والحقيقة أنّ المخصص في هذه الحالة ليس هو العرف بذاته، وإنما هو الإجماع على ذلك العرف[١٣٧].

ومع قولنا هنا بأن المخصص في حقيقة الأمر هو الإجماع فإنه ينبغي الإشارة إلى أن الإجماع لا يمكن أن يتم- بإخراج مسألةٍ عن مقتضى نص عام إلى غيرها إلا بدليل نصي اقتضى ذلك، ولا يمكن أن يكون مستند الإجماع في هذه الحالة مجرد عرف طارئ، وبالتالي فإن تخصيص العام بالعرف الطارئ المجمع عليه إنما هو نتاج لنصٍ شرعي، وليس لمجرد العرف. ومثال ذلك مسألة الاستصناع.وهو أن يتفق راغب في مصنوع ما مع صانعٍ على أن يصنعه له بمواصفات معينة وتكون مادة الشيء المصنوع على الصانع فمثل هذا التعامل يصدق عليه أنه بيع ماليس عند الإنسان؛ إذ إن الشيء المراد صناعته لا يوجد إلا بعد العقد وبهذا فإن الاستصناع يندرج أصله في بيع المعدوم المنهي عنه بقول الرسول ﷺ لحكيم بن حزام: «لا تبع ما ليس عندك»[١٣٨] وهو نص عام يشمل النهي عن بيع كل شيء لا يكون عند البائع غير أن عرف الناس قد جرى عملياً بممارسة هذا النوع من المعاملات لحاجتهم إليه، ثم انعقد الإجماع على ذلك، فهذا يعتبر من باب تخصيص العام بالإجماع، وليس من باب التخصيص بالعرف، ولعل الإجماع هنا قد استند على إقرار الرسول ﷺ للاستصناع

(١٣٥) انظر المنهاج للبيضاوي وشرحه نهاية السول للأسنوي ١١٥/٢ والإبهاج شرح المنهاج للسبكي ١١٥/٢، ١١٦ وجمع الجوامع وشرحه للبناني ٣٢/٢.
(١٣٦) أثر العرف للسيد صالح ص٣٦٠-٣٦١.
(١٣٧) انظر الأسنوي على المنهاج ١١٥/٢، وجمع الجوامع مع حاشية البناني عليه ٣٢/٢.
(١٣٨) سبق تخريجه في ص١٤.

فقد كان معروفا قبل الإسلام حيث كان العرب يتعارفون صناعة السيوف مثلا وسكوت الرسول ﷺ يعتبر إقرارا للاستصناع.

وفي التخصيص بالحالتين السابقتين يقول الرازي- كما نقل عنه الأسنوي: «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 حجةً على الشرع، نعم إن أجمعوا على التخصيص لدليل آخر فلا كلام»(١٣٩) ويقول الشوكاني عن التخصيص بالعرف في الحالتين السابقتين - «إن علم جريان العادة في زمن النبي ﷺ مع عدم منعه عنها فيخصص بها، والمخصص في الحقيقة هو تقريره ﷺ وإن علم عدم جريانها لم يخصص بها إلا أن يجمع على فعلها فيكون تخصيصاً بالإجماع»(١٤٠).

الحالة الثالثة للعرف الطارئ يمكن تصورها بأن يكون النص العام قد ورد عن الشارع ثم طرأ بعده عرف يخالف العام في بعض أفراده، و لم يؤيد هذا العرف تقرير نبوي أو إجماع فإن هذا العرف لا يخصص العام، ولا يؤثر في دلالته باتفاق العلماء؛ لأن هذا العرف طرأ بعد أن حدد النص الشرعي مراد الشارع، وأصبح نافذاً منذ صدوره عن الشارع، فلو خُصِصَ النصُ بذلك العرف لكان هذا نسخاً للنص بالعرف، وهذا غير جائز، وسيؤدي إلى إلغاء الشريعة وإحلال الأعراف محلها، وسيجعل عادات الناس وأفعالهم قاضيةً على الشرع(١٤١).

ورحم الله الشوكاني فقد اشتد في الإنكار على من خصص العام بالعرف العملي الطارئ الذي لا يستند إلى نص أو إجماع فقال: (والحق أن تلك العادة إن كانت مشتهرة في زمن النبوة بحيث يعلم أن اللفظ إذا أطلق كان المراد ما جرت عليه دون غيره فهي مخصصة؛ لأن النبي ﷺ إنما

(١٣٩) نهاية السول للأسنوي ١١٥/٢.
(١٤٠) إرشاد الفحول ١٤٣.
(١٤١) انظر شرح تنقيح الفصول ص١٩٤، والفروق ٦/١.

يخاطب الناس بما يفهمون، وهم 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 بعادةٍ حادثةٍ بعد انقراض زمن النبوة تواطأ عليها قوم، وتعارفوا بها، و لم تكن كذلك في العصر الذي تكلم فيه الشارع، فإن هذا من الخطأ البين، والغلط الفاحش»(١٤٢).

ثالثاً: نخلص مما سبق إلى أن العرف الطارئ الذي لا يستند إلى أصل من أصول الشرع- كالسنة أوالإجماع- فإنه لا يخصص النص العام، لما فيه من نسخٍ للشرع بالأعراف الطارئة وفتح المجال للخروج عن الدين وانتشار العادات المرذولة في المواسم والأفراح والمآتم والمقابر وغيرها مما هو بدع ومعاص(١٤٣).

ومع تقرير العلماء بأن العرف الطارئ المجرد لا يخصص النص فإن العلامة ابن عابدين قد ذهب إلى أن العرف الطارئ يخصص النص العام، وذلك عندما ذكر جملة من الأعراف التي خصصت بها العمومات ثم قال: «فإن قلت إن ما قدمته من أن العرف العام يصلح مخصصاً للأثر ويترك 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 ولكنا تركنا القياس بالتعامل به من غير نكير من أحدٍ من الصحابة ولا من التابعين ولا من علماء كل عصر وهذا حجة يترك 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 نعلٍ على أن يخرزها البائع، ومنه لو شرى ثوباً خلقاً أو خفاً خلقاً على أن يرقعه البائع ويخرزه ويسلمه فإنهم قالوا يصح للعرف فقد خصصوا الأثر بالعرف»(١٤٤).

(١٤٢) إرشاد الفحول ص١٦١.
(١٤٣) العرف والعادة للشيخ أحمد أبو سنة ص٩٩ والتخصيص بالأدلة الإجتهادية لخليفة بابكر الحسن ص١١٧.
(١٤٤) رسائل ابن عابدين ٢: ١٢٤ وأثر العرف في التشريع الإسلامي للدكتور سيد صالح عوض ص٣٦٣.

وبالعودة إلى كتاب رسائل ابن عابدين وجدت أن الأمثلة التي ساقها قبل هذا النص تتحدث عن التخصيص بالعرف بشكل عام ثم جاء تعقيبه بعد تلك الأمثلة لينبه إلى أن هذا التخصيص قد يفهم على أنه محصور في العرف الذي كان موجودا عند مجيء النص و هذا ليس صحيحا- في نظر ابن عابدين- بل إن التخصيص بالعرف كما يكون بالعرف القائم فإنه يكون بالعرف الطارئ بعد مجيء النص، واستدل لهذا بأن تخصيص العلماء لنص النهي عن بيع وشرط لم يكن ذلك إلا بعد مجيء النص بفترة .

و قد بين الشيخ أحمد فهمي أبو سنة[١٤٥] أن رأي بن عابدين نتج عن وهم وقع فيه عندما وجد بعض المسائل في بعض كتب الحنفية حول تخصيص العام بالعرف فتوهم أنه يمكن التخصيص بالعرف الطارئ على مجيء النص .

والحقيقة أن المثال الذي ارتكز عليه ابن عابدين وهو تخصيص النهي عن بيع وشرط بالعرف لا يعني - كما فهمه ابن عابدين- أن العرف الطارئ خصص النص العام وإنما النهي عن بيع وشرط قام على علة وهي مخافة ما ينتجه الشرط مع البيع من تنازع بين الأطراف، وهذا يعني أن الشرط لو جرى العرف على التعامل به وارتضى به الناس و لا يثير بينهم تنازع لم يعد منهيا عنه، وهذا يعني أن العلماء قد فهموا أن للنهي علة وهو التنازع فيبقى النهي ما بقيت علته، وينتفي النهي إذا انتفت العلة، فليس العرف هنا مخصصاً للنص، وإنما هو مظهر أن علة النهي لم تعد موجودة في الشرط الذي تعارف الناس عليه بل إن هذا الشرط يكون مقويا للتعامل بين الناس وموافقا لمقتضى عقد البيع و مصلحته.

(١٤٥) العرف والعادة للشيخ أحمد أبو سنية ص٩٩ وقد انتقد الشيخ أحمد أبو سنة ما ذهب إليه العلامة ابن عابد وبين أن ما استند إليه ابن عابدين في هذه المسألة هو فهم خاطئ لما جاء في التحرير للكمال ابن الهمام حينما قال: العادة (العرف العملي) مخصص عند الحنفية خلافاً للشافعية وعادة المخاطبين أكل البر انصرف الطعام إليه فنص الكمال هذا[١٤٥] لا يفيد ابن عابدين لأن كلام صاحب التحرير في العرف السابق المقارن وليس الطارئ الذي يتكلم عنه ابن عابدين كما يفهم من تمثيله، ثم عقب أبو سنة بأن التفصيل الذي ذكره ابن عابدين منقوض ومن الخير العدول عنه... وأنه يترتب عليه كثير من المفاسد المؤدية إلى تغيير الشرع فمثلاً لبس الذهب المنهي عنه عام أفراده التختم وغيره ومع ذلك لو تعارف الرجال التختم لا يجوز تخصيص النص به، وأن الربا عام أفراده المضاعف وغيره، ومع ذلك لو تعارف الناس الربا غير المضاعف لا يصح تخصيص النص به. انظر التحرير مع شرح التيسير ج١ص٣١٧ والعرف والعادة لأبي سنة ص٩٩.

وإذا كان رأي ابن عابدين قد تعرض لنقدٍ كبير فإن الأستاذ مصطفى الزرقاء قدَّم تفصيلاً في التخصيص بالعرف الطارئ حيث بين أن العرف الطارئ لا يعتد به في تخصيص النصوص التشريعية العامة إلا في حالتين:

الحالة الأولى: إذا كان النص التشريعي العام معللاً بعرف عملي قائم عند ورود النص ثم تغير ذلك العرف فحينئذ يتغير حكم النص لتغير العرف، وقد نسب هذا الرأي إلى أبي يوسف الذي ذهب إلى أن مقياس الكيل والوزن الوارد في الأموال الربوية مقياس عرفي حيث جرى العرف في زمن النبي ﷺ على أن مقياس القمح والشعير والملح والتمر هو الكيل وأن مقياس الذهب والفضة هو الوزن، وما دام هذا المقياس أساسه العرف فإنه عرضة للتغير بتغير ذلك العرف فإذا صار القمح موزوناً مثلاً بعد أن كان مكيلاً فإن مقياسه يتغير تبعاً لذلك لأنَّ مبناه على العرف وقد تغير[١٤٦][١٤٧].

وقد خالف أبو يوسف جمهور العلماء في رأيه هذا حيث ذهب الجمهور إلى أن الأشياء الستة التي ورد فيها النص[١٤٨] يظل المقياس فيها ما جاء به النص أبداً فالمكيل مكيل والموزون موزون من غير التفات لتغير المقياس بحسب أعراف الناس في ذلك، أما الأصناف غير المنصوص عليها من الأموال الربوية فإن المرجع في قياسها إلى العرف[١٤٩].

الحالة الثانية إذا كان النص العام معللاً بعلةٍ ثم جاء العرف الطارئ ونفى تلك العلة فإن العرف الطارئ يكون بذلك مخصصاً للنص ومثاله ما جاء عن النبي ﷺ من النهي عن بيع وشرطٍ[١٥٠] فإن

---

(١٤٦) راجع المدخل الفقهي العام للاستاذ الزرقا ٢: ٨٩٩-٩٠٧.

(١٤٧) راجع رأي أبي يوسف في فتح القدير ج ٥ ص٢٨٢.

(١٤٨) النص المشار إليه هو حديث عبادة بن الصامت رضي الله عنه قال: « سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهى عن بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح إلا سواء بسواء عيناً بعين، فمن زاد أوازداد فقد أربى» أخرجه مسلم في باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقدا من كتاب المساقاة صحيح مسلم (مع شرح النووي) ج ١١ ص ١٥-١٦.

(١٤٩) يراجع رأي الجمهور هذا في المغني لابن قدامة ج٤ ص٢١ -٢٢ طبعة دار إحياء التراث العربي بيروت، و مغني المحتاج للشربيني ج٢ ص٣٣ طبعة دار المعرفة بيروت ط١، ١٤١٨ هـ ١٩٩٧ م، و نهاية المحتاج للرملي ج٣ ص ٤٣٣ طبعة مصطفى الحلبي ١٣٨٦ هـ١٩٦٧ م، و الفروق للقرافي ج٣ ص ٢٦٤ طبعة عالم الكتب بيروت و الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٩٤.

(١٥٠) حديث النهي عن بيع و شرط رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ ((نهى عن بيع و شرط)) وقد أخرجه الخطابي في معالم السنن ١٥٤/٥ و الحاكم في معرفة علوم الحديث في النوع التاسع و العشرين و الهيثمي في

هذا الحديث يدل ظاهره على النهي عن كل بيع تبعه شرط غير أن الحنفية استثنوا من ذلك الشرط الذي ورد بجوازه نص شرعي، والشرط الذي تعارف الناس على اشتراطه، ومستندهم في ذلك أن العلة في منع الشرط في البيع هي قطع المنازعة فإذا جرى العرف على بعض الشروط دل ذلك على أنها لا تؤدي إلى التراع فلا تكون داخلةً في المنع الذي جاء في الحديث.

وبالتأمل في هاتين الحالتين يتبين أنهما ليستا من باب تخصيص النص بالعرف الطارئ، وإنما هما شيء آخر، وذلك أن الحالة الأولى يرجع الأمر فيها إلى دوران الحكم مع علته وجوداً وعدماً. وفي الحالة الثانية يرجع الأمر فيها إلى التخصيص بالعلة نفسها لا بالعرف الحادث فإن النهي عن البيع والشرط مخصوص بعلته وهي الشرط الذي يفضي إلى المنازعة لا مطلق الشرط. وبهذا ينتهي بنا القول إلى أن العرف الطارئ لا يخصص النص العام(١٥١).

المبحث الثالث

أثر التخصيص بالعرف في الفقه الإسلامي

في هذا المبحث سأعرض لعددٍ من المسائل التي تتضمن تخصيصاً للعام بالعرف، لتكون نماذج لأثر التخصيص بالعرف في الفقه الإسلامي وذلك على النحو التالي:

١- مسألة عدم إرضاع الشريفة لابنها تخصيصاً لها من عموم قوله تعالى: ﴿**والوالدات يرضعن أولادهنَّ حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة**﴾(١٥٢) فلفظ الوالدات في هذا النص عام يتناول جميع الوالدات بإيجاب إرضاعهن لأولادهنَّ، ولكنَّ الإمام مالك خصص هذا النص العام

مجمع الزوائد ٨٥/٤ و قال الهيثمي : في طريق عبد الله بن عمرو مقال و الحديث هو من رواية عمر بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ ((نهى عن بيع و شرط))و في فتح الباري لابن حجر ج٥ ص٣١٤-٣١٥ في باب الشروط في البيوع قال : و أما حديث النهي عن بيع و شرط ففي إسناده مقال . و أما ابن تيمية فيقول في مجموع الفتاوى ٦٣/١٨ فصل يبين أحاديث يحتج بها بعض الفقهاء على أشياء و هي باطلة منها قولهم أنه نهى عن بيع و شرط فإن هذا الحديث باطل ليس في شيء من كتب المسلمين و إنما يروى في حكاية منقطعة))اهـ و الحديث قد روى بلفظ ((لا يحل سلف و بيع، و لا شرطان في البيع)) أخرجه أبو داود في البيوع، باب في الرجل يبيع ماليس عنده برقم ٣٥٠٤ و الترمذي في البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك برقم ١٢٣٤ و قال عنه حسن صحيح .

(١٥١) التخصيص بالأدلة المختلف فيها ص١٢٠.

(١٥٢) سورة البقرة الآية: ٢٣٣.

بالعرف حيث أخرج من عموم النص الوالدة الرفيعة القدر التي ليس من عادة مثيلاتها إرضاع أولادهن إن كان يقبل ثدي غيرها للمصلحة العرفية فهذه الأم لا يجب عليها الرضاعة. وبذلك أصبح العام وهو الوالدات قاصراً على غير الوالدة الحسيبة التي جرى العرف بأن لا ترضع وليدها بنفسها إن كان يقبل ثدي غيرها، بل يأتي لها الزوج بمن يرضع لها ولدها[١٥٣].

و قد أثبت نسبة هذا القول إلى الإمام مالك ابن العربي في تفسيره فقال: «ولمالك في الشريفة رأي خصص به الآية فقال إنها لا ترضع إذا كانت شريفة، وهذا من باب المصلحة التي مهدناها في أصول الفقه»[١٥٤].

كما ذكر ابن القاسم في المدونة ما يفيد صحة نسبة هذا القول إلى مالك فقال: «وسألت مالكاً عن المرأة ذات الزوج أيلزمها إرضاع ابنها (قال) نعم يلزمها إرضاع ابنها على ما أحبت أو كرهت إلاّ أن تكون لا تكلف ذلك (قال) فقلت لمالك ومن التي لا تكلف ذلك (قال) المرأة ذات الشرف واليسار الكثير التي ليس مثلها ترضع وتعالج الصبيان فأرى ذلك على أبيه وإن كان لها لبن»[١٥٥].

ويقول 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 يلزم إذ قد صار كالشرط إلاّ أن تكون شريفة ذات ترفه فعرفها ألا ترضع وذلك كالشرط»[١٥٦].

وبما أن قوله تعالى:﴿**والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين**﴾ يحتمل أن الرضاع حق على الأم ويحتمل أن الرضاع حق للأم[١٥٧] لذلك اختلف العلماء، فالمالكية حملوه على معنى حق

(١٥٣) راجع أحكام القرآن لابن العربي ٢٠٤/١ والفروق للقرافي ١٨٧/١ وتفسير النصوص محمد أديب صالح ٩٠/٢ وأصول الفقه لمحمد مصطفى شلبي ص٣٢١ وأصول الفقه لوهبة الزحيلي ٢٥٧/١.
(١٥٤) أحكام القرآن لابن العربي ٢٠٤/١.
(١٥٥) المدونة ٤١٦/٥.
(١٥٦) الجامع لأحكام القرآن ١٦١/٣.
(١٥٧) انظر المرجع السابق تفسير القرطبي.

عليهنّ فأوجبوا على الأم الرضاعة خصصوا هذا الوجوب بالعرف فاستثنوا المرأة ذات الشرف واليسار التي لا يرضع مثلها فليس عليها أن ترضع وإنما على أبي الطفل أن يستأجر مرضعةً لطفله(١٥٨).

بينما ذهب آخرون إلى حمل الآية على معنى أن الأم أحق برضاعة ابنها من غيرها وبذلك لم يروا في الآية دلالة على إيجاب الرضاعة على الأم، وهذا يعني أن المسألة ليست من باب تخصيص العرف لعموم الآية لأن التخصيص لا يكون إلا إذا كانت الآية قد أوجبت الرضاع على الأم- شريفةً أو غيرها- ابتداءً وليس في الآية دلالة على الوجوب، وفي هذا يقول أبو جعفر الطبري وهو يتناول تفسير ﴿**يرضعن أولادهن**﴾ «يعني بذلك أنهنّ 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 القصرى ﴿**وإن تعاسرتم فسترضع له أخرى**﴾ فأخبر جل ذكره أن الوالدة والمولود له إن تعاسروا في الأجرة التي ترضع بها المرأة ولدها أن أخرى سواها ترضعه فلم يوجب عليها فرضاً رضاع ولدها فكان معلوماً بذلك أن في قوله «والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين» دلالة على مبلغ غاية الرضاع متى اختلف الوالدان في رضاع المولود بعده جعل حداً يفصل به بينهما لا دلالة على أن فرضاً على الوالدات رضاع أولادهن(١٥٩).

المثال الثاني ما جاء في تخصيص حديث(النهي عن بيع وشرطٍ»(١٦٠) فالحديث يدل على عموم النهي عن كل شرطٍ مقترن بالبيع قطعاً للمنازعة ولكن بعض العلماء ومنهم الحنفية استثنوا من عموم هذا النهي الشرط الذي جرى العرف على العمل به فإنه لا يندرج تحت عموم النهي بل

(١٥٨) وقد بين ابن العربي في أحكام القرآن اختلاف الناس في معنى الآية ورجح أنها للوجوب فقال اختلف الناس هل هو حق لها أم حق عليها؟ واللفظ محتمل، لأنه لو أراد التصريح بوجوبه عليها لقال ((وعلى الوالدات إرضاع أولادهنّ حولين كاملين)) كما قال تعالى: ((وعلى المولود له رزقهنّ» ثم رجح الوجوب في حالات معينة فقال: «لكن هو عليها في حال الزوجية وهو عليها إن لم يقبل غيرها، وهو عليها إذا عدم الأب لاختصاصها به» راجع أحكام القرآن لابن العربي ٢٠٤/١ طبعة الحلبي.

(١٥٩) تفسير الطبري ٣١/١ طبعة دار المعارف تحقيق محمود محمد شاكر.

(١٦٠) سبق تخريجه في صفحة ٣١.

هو جائز [١٦١] مخصصين بذلك عموم النهي في النص بالعرف، وعليه فإنه يجوز عند الحنفية بيع الثمر مع شرط بقائه على شجره حتى يتم نضجه على الرغم من أن هذا الشرط زائد لا يقتضيه العقد؛ لأنه يشغل ملك الغير ولكن الحنفية أجازوه استثناءً من النص العام بالعرف العملي، وذلك أن هذا الشرط جرى عليه العرف خلفاً عن سلف دون نكيرٍ لشدة حاجة الناس إليه ولأن هذا الشرط ما دام قد جرى به العرف فإنه لا يكون سبباً للتراع الذي علل به النهي في الحديث[١٦٢].

ويذكر العز بن عبد السلام في هذا المثال أن بقاء الثمر على الشجر إلى أوان جذاذه والتمكن من سقيه مشروط بالعرف، فصار كما لو شرط باللفظ، وذلك استثناءً من القواعد تحصيلاً لمصلحة العقد ولأن الحاجة ماسة إليه ولو لم يجز ذلك لتعذر على الناس أكل الثمار رطبةً، وذلك ضرر عظيم لم ترد الشريعة بمثله[١٦٣].

والقائلون بأن الشرط المتعارف عليه مخصص لحديث النهي عن بيع وشرط قد بنوا ذلك على أن الثابت بالعرف كالثابت بالنص؛ لأن ما ثبت بالعرف يكون معتمداً على الدليل الشرعي الذي دل على اعتبار العرف. ولأن الشرط الذي تعارف الناس عليه يكون كالشرط الذي ورد النص باعتباره فيجب العمل بموجبه والوفاء به، وحيث قطع التراع وحسم الخلاف بين الناس فلا يكون مقصوداً بالنهي، ولذا يخصص به الأثر[١٦٤] وقد ضربوا مثالاً لهذا الشرط الذي يخرج بالعرف من دائرة النهي (عن بيع وشرط) بما إذا اشترى حذاءً على أن يخرزها البائع أو يضع لها نعلاً أواشترى قفلاً على أن يثبته البائع في الباب فهذا الشرط جائز بالعرف؛ لأن الناس تعاملوا به كما تعاملوا بالاستصناع[١٦٥].

(١٦١) انظر بدائع الصنائع ٣٠٦٦/٧ والمجموع ٤٠٥/٩ وفتح القدير ٤٤٣/٦ وكشاف القناع ٧٧/٤.
(١٦٢) يراجع رسائل بن عابدين ١٢٥/٢ ويراجع أثر العرف في التشريع الإسلامي ص٤٠٤. وأصول الفقه لشلبي ص٢٧٧ ويراجع المدخل الفقهي العام للزرقا ٨٩٩/٢-٩٠٧
(١٦٣) قواعد الأحكام ١٢٧/٢، ١٤٥.
(١٦٤) يراجع المبسوط ١٤/١٣ وما بعدها وتبيين الحقائق ٥٧/٤ ورد المحتار على الدر المختار، ٤/ ١٢٦ ورسائل بن عابدين ١٢٥/٣ وفتح القدير ٢١٥/٥، وبهامشه العناية شرح الهداية.
(١٦٥) رسائل بن عابدين ١٢٥/٢.

المثال الثالث ما جاء في تخصيص عموم الأحاديث الناهية عن الغرر[١٦٦] والناهية عن بيع المعدوم[١٦٧] بجواز شراء بيع ما لم يظهر- من الثمر والزرع الذي يوجد بعضه بعد بعض كالبطيخ والقثاء والباذنجان والقرع- مع ما ظهر استحساناً للضرورة وتخصيصا لها من عموم النهي عن الغرر والنهي عن بيع المعدوم لتعامل الناس بها وقد أفتى بجوازه بعض علماء الحنفية حيث تعورف عليه وتعامل به الناس في بيع ثمار الكروم بهذه الصفة، وعللوا ذلك بأن عادة الناس التعامل به وفي نزع الناس عن عادتهم المألوفة في المبادلات المالية حرج بين وعسر شديد وهذه الإجازة فيها تخصيص بالعرف العملي لعموم الأحاديث التي نهت عن بيع الغرر والتي نهت عن بيع المعدوم[١٦٨]

وأما الكاساني فيفصل الأمر بقوله: «وما يوجد من الزرع بعضه بعد بعضه 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»[١٦٩].

وذكر ابن القيم: أن جواز بيع الثمار على الأشجار إذا بدا صلاحها دفعة واحدة لتعامل الناس به هو مذهب الليث بن سعد- رحمه الله تعالى- وفي إجازة هذا البيع تخفيف على الناس ومصلحة وتيسير لمعاملاتهم ومبادلتهم التجارية[١٧٠] ويقول الشيخ أحمد فهمي أبو سنة في هذا الصدد: «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»[١٧١].

(١٦٦) رواه مسلم انظر شرح النووي ٥/٤.
(١٦٧) سبق تخريجها.
(١٦٨) راجع المبسوط ١٩٧/١٢ وبدائع الصنائع ١٣٩/٥ والغرر وأثره في العقود للدكتور الصديق الضرير ١٣٢ والتخصيص بالأدلة المختلف فيها لخليفة با بكر الحسن ١٢٤.
(١٦٩) بدائع الصنائع ١٣٩/٥.
(١٧٠) يراجع إعلام الموقعين ٣٦٠/١.
(١٧١) العرف والعادة لأبي سنة ص١٣٠

وقد انتهى بعض العلماء بعد مناقشته للأقوال في هذه المسألة إلى ترجيح ما ذهب إليه الإمام مالك وبعض أصحاب الإمام أحمد وابن القيم وبعض الحنفية كشمس الأئمة الحلواني ومحمد بن الفضل، وهو ما ذهب إليه الإمام الشافعي– وإن اختلف التعبير عن المستند في هذه المسألة فإن كلاً من الضرورة والعرف يخصصان الأدلة وهما مستند الفتوى والحكم في هذه المسألة، ويؤيد القول بهذا الرأي ملاءمته لمقاصد الشريعة لما فيه من التيسير ورفع الحرج(١٧٢).

المثال الرابع: مسألة الحيازة فقد ذهب المالكية إلى أن من حاز عقاراً لمدة عشر سنوات وتصرف فيه تصرف الملاك بهدم أو بناء أو زرعٍ أو غرسٍ أو قطع شجر ونحوه ثم ادعى عليه حاضر– ساكت طيلة تلك المدة بلا مانع– استحقاق هذا العقار، وأقام بينة فإنه لا تسمع دعوى المدعى. وذلك لأن العرف يقضي بأن المالك لا يسكت عادة إذا رأى غيره يتصرف في ملكه هذه المدة الطويلة(١٧٣). وفي هذا القول تخصيص للنص العام الذي قرره الحديث الشريف «البينة على المدعى واليمين على من أنكر»(١٧٤) بالعرف العملي(١٧٥).

المثال الخامس: عدم سماع الدعوى المستحيلة عرفاً فقد ذهب بعض العلماء إلى أن من شروط قبول الدعوى أن يكون المدعى به مما يحتمل الثبوت عقلاً أو عادة ولذلك لا تسمع الدعوى المستحيلة عرفاً أو عقلاً(١٧٦). كمن يدعي نسب شخص لا يولد مثله لمثله أو أن يدعي فقير على

(١٧٢) أثر العرف لسيد صالح ص٥١١.
(١٧٣) انظر الشرح الصغير للدردير ٣١٩/٤–٣٢١ والشريعة الإسلامية للشيخ محمد الخضري حسين ص٣٤.
(١٧٤) الحديث بهذا اللفظ من رواية البيهقي في السنن الكبرى ٢٥٣/١٠ وقد عنون بها البخاري ٨٨٨/٢ كتاب الرهن باب إذا اختلف الراهن والمرتهن ونحوه فالبينة على المدعي واليمين على من أنكر) وحسنها النووي في الأربعين، وابن الصلاح كما جاء في جامع العلوم والحكم ٢٢٦/٢ ت أرناؤوط) وحسنها الحافظ ابن حجر في فتح الباري ٣٣٤/٥ والحديث في صحيح البخاري ١٦٥٦/٤ رقم ٤٢٧٧ بلفظ: «لو يعطى الناس بدعواهم لادعى رجال دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه» أما رواية البيهقي سالفة الذكر ولكن البينة على المدعي واليمين على من أنكر».
(١٧٥) انظر الشرح الصغير للذردير ٣١٩/٤–٣٢١ والشريعة الإسلامية للشيخ محمد الخضري حسين ص٣٤.
(١٧٦) هذا الشرط تحمس له المالكية أكثر من غيرهم انظر تبصرة الحكام ١١٩/٢، وأيد العز بن عبد السلام الشافعي ذلك مخالفاً رأي الشافعية في التساهل به انظر قواعد الأحكام له ١٢٥/٢ وانظر كتاب فقه القضاء والدعوى والإثبات للدكتور محمد الزحيلي ص٢٠٢ونظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية و التجارية د.محمد نعيم ياسين طبعة دار النفائس عمان ط ٢، ١٤٢٠هـ ١٢٠٠م

غني بأنه أقرضه مبلغاً كبيراً من المال لا يعهد له بمثله أو يدعي رجل عادي على مسئول أنه استأجره لخدمةٍ أو لعمل في بيته.

وعدم سماع الدعوى في هذه الحالات يعتبر مخصصاً لعموم النص «البينة على المدعي واليمين على من أنكر»[١٧٧] حيث أخرج منه الدعوى المستحيلة عرفاً وعقلاً فلا تسمع الدعوى ولا بينتها. فقد قال بعض العلماء: إنه يمتنع القاضي من سماع الدعوى بمعنى أنه لا يسأل المدعي عليه ولا يطلب جوابه عنها عند اقترانها بما يكذبها في العادة لأن هذه القرينة تدل على أن المدعى ليس له حق فيما يدعيه ظاهراً.

المثال السادس: ما جاء في خيار العيب وهو قوله ﷺ:(المسلم أخو المسلم و لا يحل لمسلم باع من أخيه بيعاً وفيه عيب إلا بينه له"[١٧٨] وروي :" أن رجلاً ابتاع غلاماً فأقام عنده ما شاء الله أن يقيم ثم وجد به عيباً, فخاصمه إلى النبي ﷺ فرده عليه فقال الرجل : يا رسول الله قد استغل غلامي, فقال رسول الله ﷺ:" الخراج بالضمان")[١٧٩].

ففي هذين الحديثين بيان لمشروعية خيار العيب، و المقصود به أن المشتري له إمضاء العقد أو رد المبيع وأخذ ما دفعه من ثمن ,وذلك لوجود عيب في المبيع . و العيب جاء في الحديث عاماً مما يجعل إمكانية الرد للمبيع وفسخ العقد بأي عيب ولكن العلماء بينوا أن هذا العموم مخصص بالعرف وذلك بقصر العيب الوارد في الحديث بما يعتبر في عرف الناس منقصاً لقيمة الشيء المبيع أو مفوتاً

(١٧٧) سبق تخريجه.

(١٧٨) أخرجه الحاكم في المستدرك كتاب البيوع ج٢ص١٠وقال هذا حديث صحيح على شرط الشيخين و لم يخرجاه.وابن ماجة في كتاب التجارات باب من باع عيبا فليبينه ج٢ص ٧٥٥ .والبيهقي في سننه كتاب البيوع باب ما جاء في التدليس وكتمان العيب بالمبيع ج٥ص٣٢٠.

(١٧٩) أخرجه أبو داود في البيوع عن عائشة رضي الله عنها، باب فيمن اشتري عبدا فاستعمله ثم وجد به عيبا يرقم ٢٥١٠، وقال : هذا إسناد ليس بذاك وأخرجه أحمد في المسند ٢٣٧/٦ والحاكم في المستدرك ١٥/٤ وصححه ووافقه الذهبي،وابن حبان في صحيحه٢١١/٧ من الإحسان وقال الحافظ في التلخيص ٢٢/٣ وصححه ابن القطان،وقال ابن حزم :لا يصح .وللحديث شاهد من حديث عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ قضى أن الخراج بالضمان"أخرجه الترمذي في البيوع باب ما جاء فيمن يشتري العبد ويستغله ثم يجد به عيبا برقم ١٢٨٥ وقال عنه:حسن صحيح .

لمنفعته فهذا هو العيب الذي يكون من شأنه الخيار للمشتري بإمضاء العقد أو رد المبيع وفسخ العقد، أما العيب الذي يغتفر مثله في العرف فلا يجعل للمشتري الخيار[١٨٠].

المثال السابع: ما جاء في خيار المجلس وهو قوله ﷺ:(البيعان بالخيار ما لم يتفرقا أو يقول أحدهما لصاحبه اختر)[١٨١] ففي هذا الحديث بيان مشروعية خيار المجلس,و المقصود بخيار المجلس أن يكون لكل من العاقدين- في عقود المعاوضات المالية-حق إمضاء العقد أو فسخه في مجلس العقد وينتهي هذا الخيار بالتفرق بين العاقدين[١٨٢] . و التفرق الوارد في الحديث جاء عاما فهو يشمل التفرق بالأقوال، والتفرق بالأبدان، كما يشمل جميع صور التفرق بالأقوال وصور التفرق بالأبدان لذلك فإن كثيراً من العلماء القائلين بخيار المجلس خصصوا التفرق بما يعتبر في العرف تفرقا أي أن ما عده الناس تفرقا فهو تفرق يلزم به البيع، و ما لا يعدوه تفرقا فلا ينقطع به الخيار، ولا يلزم به البيع[١٨٣], وبهذا فإن ما يعده العرف تفرقا فهو المعتبر سواء أكان التفرق بالأبدان على مذهب الشافعية والحنابلة، أو بالأقوال على ما ذهب إليه بعض المالكية[١٨٤]

قال النووي في المجموع :(وقال أصحابنا:والرجوع في التفرق إلى العادة،فما عده الناس تفرقا،فهو تفرق ملزم للعقد،وما لا فلا)[١٨٥] .

---

(١٨٠) انظر بدائع الصنائع ٢٧٤/٥ فتح القدير ١٥١/٥ رد االمحتار ٧٤/٤ و مغني المحتاج ٥١/٢ والروض المربع بشرح زاد المستقنع للبهوتي١٧٥/٢ المطبعة السلفية بالقاهرة وغاية المنتهى ٣٥/٢،جاء في الهداية:"وكل ما أوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب لأن الضرر بنقصان المالية وذلك بانتقاص القيمة،والمرجع في معرفته عرف أهله " الهداية ج٣ ص٢٧ وقال الشيرازي :"العيب الذي يرد به المبيع هو ما يعده الناس عيبا" المهذب ج١ ص٢٩٣ وقال صاحب البداية وهو يتحدث عن العيب:" والمرجع في معرفته :عرف أهله"بداية المبتدي وشرحها للمرغناني ج٣ ص٣٦ وفي المبسوط "والرجوع في معرفة العيب إلى العرف"المبسوط للسرخسي ج١٣ /ص٥١.

(١٨١) الحديث من رواية ابن عمر رضي الله عنهما وقد أخرجه البخاري في البيوع،باب إذا لم يوقت في الخيار هل يجوز البيع برقم ٢١٠٩ ومسلم في البيوع، باب ثبوت خيار المجلس برقم ٤٣(١٥٣١

(١٨٢) المجموع للنووي ١٨٦/٩.

(١٨٣) انظر المجموع للنووي ١٨٦/٩ ومغني المحتاج ٤٥/٢ والمغني لابن قدامه ٤٨٤/٣

(١٨٤) انظر نيل الأوطار ٢٩١/٥ والشرح الصغير ١٣٤/٣ وتجدر الإشارة إلى أن جمهور المالكية والحنفية يرون أنه إذا وجبت الصفقة فلا خيار انظر نيل الأوطار ٢٩٣/٥ البدائع ١٢٤/٥ وفتح القدير ٧٨/٥ وبداية المجتهد ١٦٩/٢ و الشرح الكبير مع الدسوقي ٨١/٣

(١٨٥) المجموع ١٧٨/٩.

كما قال ذلك محمد الخطيب الشربيني الشافعي في شرحه للمنهاج قوله:(ويعتبر في التفرق العرف) فما يعده الناس تفرقا يلزم به العقد،وما لا فلا، لأن ما ليس له حد شرعا ولا لغة يرجع فيه إلى العرف)[١٨٦].

وبهذا صرح الحنابلة،فقد جاء على لسان ابن قدامة في المغني ما نصه:(والمرجع في التفرق إلى عرف الناس،وعادتهم فيما يعدونه تفرقا،لأن الشارع علق عليه حكما،ولم يبينه،فدل على أنه أراد ما يعرفه الناس كالقبض والإحراز).[١٨٧]

وقال الشوكاني: (وقد اختلف القائلون بأن المراد بالتفرق: تفرق الأبدان هل له حد ينتهي إليه أم لا ؟ والمشهور الراجح من مذاهب العلماء على ما ذكره الحافظ :أن ذلك موكول إلى العرف،فكل ما عد في العرف تفرقاً حكم به، وما لا فلا).[١٨٨]

المثال الثامن: ماجاء في إحياء الأرض الموات، وذلك في الحديث الذي روته عائشة رضي الله عنها قالت قال رسول الله ﷺ: (من أعمر أرضا ليست لأحد فهو أحق بها[١٨٩] وروي عن جابر بلفظ :(من أحيا أرضا ميتة فهي له[١٩٠] ففي هذين الحديثين بيان لمشروعية التملك بإحياء الأرض، والإحياء يشمل أشياء كثيرة فقد يكون بالزرع والحرث و البناء و التسوير وحفر البئر ووضع علامات وغيرها وهذه الأشياء لها صور كثيرة و قد خصص هذا العموم بما يعد في العرف إحياء[١٩١]، أي أن الإحياء الذي يثبت به الملكية قد قصره العلماء على ما يعد في أعراف الناس

(١٨٦) مغني المحتاج ٢/٤٥.
(١٨٧) المغني ٣/٤٨٤ .
(١٨٨) نيل الأوطار٥/٢١١.
(١٨٩) بهذا اللفظ رواه البخاري في كتاب المزارعة والحرث، باب من أحيا أرضاً مواناً٣/١٣٢.
(١٩٠) بهذا اللفظ رواه الترمذي ٦/١٤٩ وقال :"حديث حسن صحيح" ورواه الإمام أحمد في مسنده ٣/٣٨١،٣٦٣ ورواه النسائي، وابن ماجه،وابن أبي شيبة كما في نصب الراية ٤/٢٨٩ وقد رواه عن سعيد بن زيد بزيادة :"وليس لعرق ظالم حق" أبو داود في سننه ٣/١٧٨ و الترمذي في سننه ٦/١٤٦ وقال :"حديث حسن غريب" ورواه النسائي في سننه، والبزار في مسنده، ومالك في موطئه كما في نصب الراية ٤/٢٨٩.
(١٩١) انظر في الإحياء وما يكون به الشرح الكبير ٤/٦٦ ومغني المحتاج ٢/٣٦١ وكشاف القناع ج ٤ ص٢٠٥و سبل السلام ٣/٨٢ وص٣٣٩ ونظر في كون العرف هو المعيار لما يكون به الإحياء كتاب الفقه الإسلامي وأدلته لوهبة الزحيلي ج٥ ص٥٤٩ -٥٥٠.

وعاداتهم إحياء ومالا يعد في أعراف الناس إحياء فلا تثبت به الملكية. قال الشافعي–رحمه الله تعالى: (وإنما يكون الإحياء ما عرفه الناس إحياء لمثل المحيا: إن كان مسكناً فأن يبني مثل مايبنى به مثله من بنيان حجر،أولبن أو مدر يكون مثله بناء وهكذا[١٩٢].

و قال ابن قدامة في المغني :وقال القاضي في صفة الإحياء روايتان: إحداهما:ما ذكرنا. والثانية: الإحياء.

ما تعارفه الناس إحياء،لأن الشرع ورد بتعليق الملك على الإحياء و لم يبينه ولا ذكر كيفيته، فيجب الرجوع فيه إلى ما كان إحياء في العرف[١٩٣]).

أمثلة أخرى لتخصيص العام بالعرف:

إذا كنا في الأمثلة السابقة قد سقنا عدداً من النماذج لتخصيص العام من النصوص الـــشرعية بالعرف فإنَّ لتخصيص العام من كلام الناس بالعرف أمثلة كثيرة جداً[١٩٤] وقد كتب العز بن عبد السلام في ذلك فصلاً عنوانه: «فصل في تنزيل دلالة العادات وقرائن الأحوال منزلة صريح الأقوال في تخصيص العام وتقييد المطلق وغيرهما»[١٩٥].

ومن الأمثلة على تخصيص العام بالعرف العملي ما لو حلف شخص على أن لا يأكل رأساً فإنه ينصرف إلى المتعارف أكله من الرؤوس فيقصر على المتعارف عليه وليس أي رأس؛ لأن الحالف لم يقصد رأس كل شيءٍ له رأس فإن رأس العصفور والجراد لا يدخل تحته وهو حقيقة في جميـــع الرؤوس، فإذا علم أن الحالف لم يرد به الحقيقة وجب اعتبار العرف[١٩٦].

(١٩٢) الأم ٢٦٥/٣ .
(١٩٣) المغني ٨/ ١٧٧ طبيعة هجر.
(١٩٤) يقول ابن القيم: «وقد أجرى العرف مجرى النطق في أكثر من مائة موضع» وقد ذكر أنواعاً كثيرة ثم قال وهذا أكثر من أن يحصر، انظر أعلام الموقعين ٢٩٣/٢.
(١٩٥) قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ١٢١/٢.
(١٩٦) كشف الأسرار شرح أصول البزدوي ٩٧/٢، وانظر أثر العرف ص٨٦.

ومن الأمثلة على التخصيص بالعرف ما ذكره الفقهاء[١٩٧] من أن التوكيل في البيع المطلق يتقيد بثمن المثل و نقد البلد تنزيلاً للعادة الجارية في المعاملات منزلة صريح اللفظ، ولذلك لو وكل شخصٌ آخر في بيع متاع فباعه بأقل من ثمن مثله أو بنقد غير نقد البلد فإن هذا في العرف والعادة غير مرادٍ ولا داخل تحت لفظه في الإذن.ويعتبر الوكيل في هذه الحالة فضوليا في تصرفه و توقف نفاذه على رضا الموكل.

وكذلك حمل الإذن في النكاح على الكفء ومهر المثل لأنه المتبادر إلى الأفهام في من وكله آخر بتزويج ابنته أو وليته.

وفي الاستصناع إذا استصنع الإنسان شيئاً فإنه يحمل على صناعة المثل والاستئجار في الدور والحوانيت فإنه ينصرف على ما يراد له في العرف. وفي حمل الودائع والأمانات على حرز المثل فتحفظ الجواهر والذهب والفضة فيما تحرز فيه عادةً، ولا تحفظ فيما تحرز فيه الثياب تنزيلاً للعرف منزلة تصريحه بحفظها في حرزها.

ومن الأمثلة على التخصيص بالعرف ما ذكره العلماء من أن التصرف في ملك الغير بغير إذنه ممنوع إلا إذا جرى العرف بذلك لتحقيق مصلحة أو دفع مفسدة ومثال ذلك: «من رأى شاة غيره تموت فذبحها حفظاً لماليتها عليه كان ذلك أولى من تركها تذهب ضياعاً اعتماداً على الإذن العرفي في التصرف في مثل هذه الأمور. قال ابن القيم بعد أن ذكر هذا المثال: وإن كان من جامدي الفقهاء من يمنع ذلك ويقول هذا تصرف في ملك الغير إنما حرمه الله تعالى لما فيه من الإضرار وترك التصرف هاهنا هو الإضرار»[١٩٨].

(١٩٧) انظر هذه الأمثلة في كتاب قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ج ٢ ص ١٠٧. وفي القاعدة التاسعة و العشرين من القواعد الفقهية لابن رجب ذكر أنه لو وكل شخص آخر البيع مع الإطلاق فإن الوكيل يملك البيع بثمن المثل وبدونه مما يتغابن بمثله عادة. انظر قواعد ابن رجب طبعة دار الفكر ص٣٩ والشرح الكبير ج ٣ ص٣٨٢ ومغني المحتاج ج ٢ص٢٢٣- ٢٢٩ وبدايت المجتهد ج٢ ص٢٨ والمغني ج٥ ص١٢٤ والفقه الإسلامي وأدلته لوهبة الزحيلي ج٤ ص١٥٦

(١٩٨) إعلام الموقعين ٣٩٤/٢.

ومن ذلك لو رأى شخصٌ حريقاً في دار غيره فإن له أن يدخل بغير إذنه ويتصرف بما يكون وسيلةً لإخماد النيران وحفظ ملك غيره من التلف[١٩٩].

ومن أمثلة التخصيص بالعرف ما ذكره العلماء في أن الانتفاع بالعين المؤجرة مخصص بما يجوز استعمال تلك العين مثله في العرف، ومثال ذلك إجارة الأراضي لزراعتها فإنها مخصصة بما مثله تزرع في العادة من أصناف. وكذلك يلزم التقيد بالعرف في استعمال العين المؤجرة فمثلا لو كانت العين المؤجرة دابة لم يجز له أن يضربها أو يحملها أو يسير بها أكثر مما جرى به العرف . وإذا كانت العين المؤجرة دارا فلا يجوز أن يباشر فيها أعمالا توهن بناءها أو أن يستعمل فيها ما ينكر مثله في العرف، فإذا تجاوز العرف كان معتديا؛ لأن المعروف بالعرف كالمشروط[٢٠٠]

ومن أمثلة التخصيص بالعرف ما ذكره الفقهاء من أنه يجب على القاضي أن يترل كلام المتخاصمين في دعواهم وإجاباتهم على مقتضى عرفهم وعاداتهم في كلامهم، ولا يجوز له أن يجمد على منقولات الفقهاء التي قد سجلوها في كتبهم[٢٠١].

(١٩٩) أثر العرف لسيد صالح ص١٦١.
(٢٠٠) المغني ٣٨٩/٥، ويراجع تكملة فتح القدير ١٦٦/٧ وما بعدها، والبدائع١٨٣/٤، ٢٠٧، وتبيين الحقائق للزيلعي ١١٢/٥، ورد المحتار على الدر المختار ١٩/٥-٥٥، والمقنع وحاشيته ٢١٨/٢، والفقه الإسلامي وأدلته ٧٦٣/٤.
(٢٠١) الروض المربع شرح زاد المستقنع ٣٩٨/٣.

الخاتمة

وبعد أن من الله علي بتمام البحث أود أن أختمه بخلاصة تمثل نتائج هذه الدراسة وذلك على النحو الآتي:

- إن النصوص التشريعية يجب أن تفهم بحسب مدلولاتها اللغوية والعرفية في عصر صدور النص؛ لأنها هي مراد الشارع ولا عبرة لتبدل مفاهيم الألفاظ في الأعراف الزمنية المتأخرة، وإلا لم يستقر للنص التشريعي معنى.
- إذا تعارض العرف مع النص فيجب النظر إلى مستوى التعارض فيما إذا كان كلياً أو جزئياً فإن كان التعارض كلياً بأن تقابل النص والعرف من جميع الوجوه بحيث يلزم من العمل بالعرف تعطيل النص ورفع حكمه ففي هذه الحالة يكون العرف فاسداً ولا يجوز العمل به بأي حال من الأحوال لمخالفته نصوص الشريعة، وإن كان التعارض بين النص والعرف تعارضاً جزئياً كأن يكون النص عاماً وعارضه العرف في بعض أفراده ففي هذه الحالة قد يكون العرف مخصصاً للنص العام وقد لا يكون وذلك بحسب نوع العرف فيما إذا كان قولياً أو عملياً وفيما إذا كان قائماً عند ورود النص العام أو كان طارئاً فلكل نوعٍ من هذه الأنواع حكمه
- إذا ورد نص عام وكان هناك عرف قولي سابق للعام أو مقارن له في الظهور ويتعارض مع النص العام في بعض أفراده فلا خلاف بين العلماء في اعتبار العرف مخصصاً للنص العام، أي أن العرف يجعل العام مقصوراً على بعض أفراده بحيث يكون فهم ذلك النص العام في حدود معناه العرفي
- إن العرف القولي الذي اتفق العلماء على جواز تخصيصه للنص للعام يقصد به العرف العام وليس العرف الخاص؛ لأن التخصيص للنص العام إنما يكون بالعرف العام المنتشر

بين جميع الناس الذين نزل القرآن بلغتهم وفق ما عرفوه من معان جرت عليها أفهامهم وعاداتهم وتقاليدهم ولذلك: «لابد لمن أراد الخوض في علم القرآن والسنة من معرفة عادات العرب في أقوالها وأفعالها ومجاري عاداتها حالة التنزيل من عند الله، والبيان من رسول الله ﷺ؛ لأن الجهل بها موقع في الإشكالات التي يتعذر الخروج منها إلاَّ بهذه المعرفة»(٢٠٢).

- إذا ورد عن الشارع نص عام، وكان للناس عادة في تعاملهم ببعض ما تناوله ذلك اللفظ العام فقد اختلف العلماء في تخصيص النص العام بهذا العرف العملي فذهب الجمهور إلى أنه لا يخصص العام بل يبقى العام على عمومه فيتناول ما جرت به العادة وغيرها، وذهب الحنفية وجمهور المالكية وبعض الحنابلة إلى أن هذا العرف يخصص العام، والراجح أن العرف العملي لا يخصص النص العام إذ إن العبرة بعموم اللفظ الوارد عن الشارع حيث جاء عاما و لم يرد عن الشارع ما يخصصه فيجب بقاؤه على عمومه ولا تقوى العادات على تخصيصه، و لأن النص العام هو الحكم على الأعراف العملية والعوائد التي ورد عليها ولو جاز تخصيص النص العام بالعرف العملي للزم أن تكون العوائد حاكمة على النصوص وهو باطل.

- إن اختلاف العلماء في تخصيص العام بالعرف العملي إنما هو بالنسبة للعام في نصوص الشريعة أما العام الذي يكون من ألفاظ الناس فلا خلاف بين العلماء في جواز تخصيصه بالعرف العملي، وفي هذا يقول الغزالي: «وعلى الجملة فعادة الناس تؤثر في تعريف مراد الناس من ألفاظهم ولكنها لا تؤثر في خطاب الشارع إياهم»(٢٠٣)

- إذا ورد نص عام ثم طرأ بعد ذلك عرف يخالف النص في بعض مدلولاته فإن هذا العرف لا يخصص النص بل يبقى النص على عمومه، ولا يخصص بالعرف الطارئ إلا إذا أيد

(٢٠٢) الموافقات ١٥٢/٣.
(٢٠٣) المستصفى ١١١/٢.

العرف الطارئ سنة أو إجماع، فإن هذا العرف الطارئ يخصص النص لكونه في حقيقة الأمر لم يعد مخصصا بذاته بل بما استند إليه من إقرار النبي ﷺأو إجماع العلماء المبني على دليل.

- لتخصيص النص العام بالعرف أثر في الفقه الإسلامي ومن ذلك جواز عدم إرضاع المرأة الشريفة لابنها تخصيصاً لها من عموم النص الموجب على الأمهات إرضاع الأبناء. وكذلك تخصيص النهي عن بيع وشرط لجواز الشرط المتعارف عليه. وتخصيص عموم النهي عن بيع المعدوم بجواز بيع ما لم يظهر مع ما ظهر وكذلك جواز الاستصناع. وتخصيص عموم حديث البينة على المدعي واليمين على من أنكر بعدم سماع الدعوى المستحيلة عرفاً وغير ذلك من المسائل التي ذكرها العلماء في حديثهم عن تخصيص النص العام بالعرف.

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً كثيراً.

المصادر والمراجع

١- أثر العرف في التشريع الإسلامي للدكتور السيد صالح عوض، طبعة دار الكتب الجامعي.

٢- أحكام القرآن للعلامة أبي بكر محمد بن عبد الله بن محمد المعروف بابن العربي ت٥٤٣هـ، الطبعة الثانية- الحلبي.

٣- الإحكام في أصول الأحكام للإمام سيف الدين أبي الحسن علي بن أبي بكر بن علي بن محمد الآمدي ت٦٣١هـ، طبعة دار الكتب العلمية بيروت ١٤٠٣-١٩٨٣م.

٤- إرشاد الفحول في تحقيق الحق من علم الأصول للإمام محمد بن علي بن محمد الشوكاني ت ١٢٢٥هـ، طبعة محمد علي صبيح بالقاهرة.

٥- الأشباه والنظائر لزين العابدين بن إبراهيم بن نجيم ت٩٧٠هـ، طبعة الحلبي ١٣٨٧هـ-١٩٥٩م.

٦- الأشباه والنظائر، للإمام جلال الدين عبد الرحمن السيوطي ت٩١١هـ، طبعة الحلبي ١٣٧٨هـ١٩٥٩.

٧- أصول التشريع الإسلامي للشيخ علي حسب الله، الطبعة الثالثة ١٣٨٣هـ١٩٦٤م دار المعارف بمصر.

٨- أصول السرخسي لأبي بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي ت٤٩٠هـ، طبعة دار المعرفة للطباعة والنشر.

٩- أصول الفقه للشيخ محمد أبو زهرة، القاهرة، دار الفكر العربي بدون تاريخ.

١٠- أصول الفقه للشيخ محمد الخضري المطبعة التجارية.

١١- أصول الفقه الإسلامي للدكتور وهبة مصطفى الزحيلي طبعة دار الفكر.

١٢- أصول الفقه للدكتور/ عبد الرحمن الصابوني،دمشق ط-٢ سنة ١٩٦٦م

١٣- أصول الفقه الإسلامي للدكتور محمد مصطفى شلبي الطبعة الرابعة الدار الجامعية للطباعة والنشر بيروت.

١٤- إعلام الموقعين عن رب العالمين لشمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية (ت٧٥١هـ) ط٢، دار الكتب العلمية بيروت ١٩٩٣م.

١٥- البحر المحيط: لبدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي (ت٧٩٤هـ)، ط٢، وزارة الأوقاف، الكويت ١٩٩٢.

١٦- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع لعلاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني ت٥٨٧هـطبعة الجمالية بمصر.

١٧- تاج العروس، لمحمد مرتضى الحسيني الزبيدي، ط: دار الهداية، تحقيق مجموعة من المحققين.

١٨- التبصرة في أصول الفقه لأبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروأبادي الشيرازي ت٤٧٦هـ، تحقيق الدكتور حسن هيتو طبعة دار الفكر.

١٩- التحرير لكمال الدين بن عبد الواحد الشهيربابن الهمام ت١٣٥٠هـ، مطبعة مصطفى الحلبي وأولاده.

٢٠- تخصيص النصوص بالأدلة الاجتهادية عند الأصوليين للدكتور خليفة بابكر الحسن، مكتبة وهبة (١٤١٣هـ-١٩٩٣م) القاهرة.

٢١- تفسير النصوص في الفقه الإسلامي للدكتور محمد أديب صالح، طبعة المكتب الإسلامي.

٢٢- التقرير والتحبير على تحرير الكمال بن الهمام للعلاّمة ابن أمير الحاج ت ٨٧٩ هـ طبعة الأميرية ببولاق.

٢٣- التلويح على التوضيح للعلامة سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني الشافعي ت ٧٩٢هـطبعة صبيح.

٢٤- التنقيح في أصول الفقه للعلامة عبيد الله بن مسعود البخاري الحنفي ت ٧٤٧هـ، طبعة صبيح.

٢٥- جامع البيان عن تأويل آي القرآن للإمام محمد بن جرير الطبري، ت٣١٠هـ، تحقيق شاكر.

٢٦- الجامع لأحكام القرآن الكريم للعلامة محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي تحقيق أحمد البردوني، القاهرة: دار الشعب ط٢ ١٣٧٣هـ.

٢٧- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، للعلامة محمد بن عرفة الدسوقي، ت١٢٣٠هـ، طبعة البابي الحلبي.

٢٨- حاشية العطار على جمع الجوامع، للشيخ حسن العطار ت٩٩٦هـ، مطبعة مصطفى محمد.

٢٩- رسائل ابن عابدين للعلامة محمد أمين بن عابدين ت١٢٥٢هـ، طبعة الأستانة.

٣٠- الرسالة للإمام أبي عبد الله محمد بن أدريس الشافعي ت٢٠٤هـ، بتحقيق وشرح أحمد محمد شاكر.

٣١- رفع الحرج في الشريعة الإسلامية للدكتور يعقوب عبد الوهاب الباحسين، مطبعة جامعة البصرة.

٣٢- روضة الناظر وجنة المناظر لموفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، ت٦٢٠هـ) مكتبة المعارف بالرياض ط٢، ١٩٨٤م.

٣٣- شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول لشهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس القرافي ت٦٨٤هـ، مكتبة الكليات الأزهرية الطبعة الأولى ١٣٩٣هـ-١٩٧٣م.

٣٤- الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك للعلامة أحمد ابن محمد بن أحمد الدرديرت ١٢٠١هـ، تحقيق الدكتور محمد مصطفى كمال وصفي طبعة دار المعارف بمصر.

٣٥- شرح العضد على مختصر المنتهى لابن الحاجب للعلامة عبد الرحمن ابن أحمد الإيجي ت٧٥٦هـ، طبعة مكتبة الكليات الأزهرية.

٣٦- صحيح البخاري للإمام أبي عبد الله محمد محمد بن إسماعيل البخاري ت٢٥٦هـ، طبعة دار إحياء التراث العربي.

٣٧- صحيح الترمذي للإمام أبي عيسى محمد بن عيسى السلمى ت٢٧٩هـ، طبعة دار الكتاب العربي.

٣٨- العرف حجيته وأثره في فقه المعاملات المالية عند الحنابلة للدكتور عادل بن عبد القادر قوته، طبعة المكتبة المكية، مكة المكرمة ط، ١٩٩٧م.

٣٩- العرف والعادة في رأي الفقهاء للدكتور أحمد فهمي أبو سنة، مطبعة الأزهر ١٩٤٧م.

٤٠- العرف والعادة بين الشريعة والقانون الوضعي، للدكتور حسين محمود حسنين، مطبعة دار القلم دبي، ط١، ١٩٨٨.

٤١- العرف والعمل في المذهب المالكي للدكتور عمر بن عبد الكريم الحيدي طبعة لجنة إحياء التراث بالإمارات والمغرب.

٤٢- العرف وأثره في الشريعة والقانون، للدكتور أحمد بن علي سير المباركي ط١الرياض١٤١٢هـ١٩٩٢ .

٤٣- علم أصول الفقه، للشيخ عبد الوهاب خلاف، ط دار القلم.

٤٤- الغرر وأثره في العقود للدكتور/ الصديق محمد الأمين الضرير ط-١،١٣٨٦هـ١٩٦٧م .

٤٥- الفتاوي الفقهية الكبرى لشهاب الدين أحمد بن محمد بن حجر الهيتمي، طبعة الميمنية

٤٦- الفتاوي الكبرى لشيخ الإسلام تقي الدين بن تيمية الحراني، ط١، دار القلم (١٩٨٧) بيروت.

٤٧- فتح الباري شرح صحيح البخاري للإمام الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (ت٨٥٢هـ) ط١، دار الديان للتراث، القاهرة ١٩٦٨م.

٤٨- فتح الغفار بشرح المنار المعروف بمشكاة الأنوار في أصول المنار لزين الدين بن إبراهيم الشهير بابن نجيم ت٩٧٠هـ، طبعة مصطفى البابي، الحلبي سنة ١٣٥٥هـ-١٩٣٦م.

٤٩- فتح القدير شرح الهداية مع التكملة لكمال الدين بن الهمام ت٨٦١هـ) طبعة دار الفكر.

٥٠- الفروق للإمام شهاب الدين أبي العباس أحمد ابن إدريس ابن عبد الرحمن الصنهاجي الشهير بالقرافي ت٦٨٤هـ، الطبعة الأولى دار إحياء الكتب العربية ١٣٤٤هـ.

٥١- الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور وهبة مصطفى الزحيلي، طبعة دار الفكر.

٥٢- فقه القضاء والدعوى والإثبات للدكتور محمد الزحيلي طبعة جامعة الشارقة ٢٠٠٢.

٥٣- فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت للعلامة عبد العلي محمد بن نظام الدين الأنصاري، مطبوع مع المستصفى- الطبعة الأولى الأميرية ببولاق ١٣٢٣هـ.

٥٤- القاموس المحيط للعلامة محمد بن يعقوب مجد الدين الفيروز آبادي ت٨١٧هـ، الطبعة ط٢،طبعة الحلبي وأولاده بمصر.

٥٥- قواعد الأحكام في مصالح الأنام للإمام عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام السلمي ت٦٦٠هـ، طبعة دار الكتب العلمية.

٥٦- القواعد للعلامة عبد الرحمن بن أحمد بن رجب السلامي البغدادي الدمشقي ت٧٩٥هـ، طبعة دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت لبنان.

٥٧- كشاف القناع عن متن الإقناع للعلامة منصور بن يونس بن إدريس البهوتي (ت١٠٥١هـ)، تحقيق: إبراهيم أحمد عبد الحميد ط٢: مكتبة نزار الباز مكة، الرياض، ١٩٩٧م.

٥٨- كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي للعلامة عبد العزيز ابن أحمد بن محمد البخاري ت٧٣٠هـ، طبعة الشركة العثمانية.

٥٩- شرح الكوكب المنير للعلامة محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن علي الفتوحي المعروف بابن النجار (ت٩٧٢هـ، تحقيق محمد الزحيلي ونزيه حماد ط مكتبة العبيكان الرياض ١٩٩٣م.

٦٠- لسان العرب، محمد بن مكرم جمال الدين بن منظور ت٧١١ه، المؤسسة المصرية للطباعة والنشر مصورة عن طبعة بولاق.

٦١- المبسوط لشمس الأئمة أبي بكر بن أحمد إسماعيل ابن سهل ت٤٨٣هـ، طبعة السعادة ١٣٢٤هـ.

٦٢- المجموع شرح المهذب، للإمام يحيى بن شرف النووي (ت٦٧٦هـ) تحقيق محمود مطرجي، ط١، دار الفكر بيروت ١٩٩٦م.

٦٣- المحصول في علم أصول الفقه للإمام فخر الدين محمد بن عمر ابن الحسين الرازي ت٦٠٦هـ، مطبعة جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية- تحقيق دكتور طه جابر العلواني الطبعة الأولى ١٩٨١م.

٦٤- مختار الصحاح، للعلامة محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، المكتبة العصرية بيروت صيدا، طبعة جديدة ١٩٩٧ بتحقيق، يوسف الشيخ.

٦٥- مختصر المنتهى عثمان بن أبي بكر بن الحاجب ت٦٤٦هـ، طبعة مكتبة الكليات الأزهرية.

٦٦- المدخل الفقهي العام للدكتور مصطفى أحمد الزرقا، الطبعة السابعة ١٣٨٣هـ- ١٩٦٣م.

٦٧- المدونة الكبرى- رواية سحنون عن عبد الرحمن بن القاسم- للإمام مالك بن أنس الأصبحي ت١٧٩هـ، مطبعة السعادة.

٦٨- المستصفى للإمام أبي حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي ت٥٠٥هـ، الطبعة الأولى الأميرية ببولاق.

٦٩- المسودة في أصول الفقه لآل تيمية- جمعها شهاب الدين أبوالعباس الحنبلي الحراني الدمشقي ت٧٤٥هـ، تحقيق وتعليق الدكتور محمد محي الدين عبد الحميد، طبعة دار الكتاب العربي، بيروت لبنان.

٧٠- مصادر التشريع فيما لا نص فيه للعلامة عبدالوهاب خلاف، طبعة دار القلم الكويت ط-٦، ١٤١٤هـ-١٩٩٣م.

٧١- المصباح المنير للعلامة أحمد بن محمد الفيومي ت٧٧٠هـ، طبعة دار المعارف تحقيق الدكتور عبد العظيم الشناوي.

٧٢- المعتمد في أصول الفقه للعلامة أبي الحسين محمد بن علي بن الطيب البصري المعتزلي ت٤٣٦هـ، طبعة دار الكتب العلمية.

٧٣- معجم مقاييس اللغة للعلامة أحمد بن فارس زكريا ت٣٩٥هـ، الطبعة الثالثة طبعة الخانجي بالقاهرة.

٧٤- المغني- للعلامة أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي ت٦٢٠هـ، طبعة دار الكتاب العربي بيروت ١٩٨٣م.

٧٥- منهاج الأصول للعلامة ناصر الدين عبد الله بن عمر البيضاوي ت٦٨٥هـ، مع شرحيه طبعة صبيح.

٧٦- الموافقات للعلامة إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي الغرناطي ت٧٩٠هـ، تحقيق دراز المطبعة الرحمانية وطبعة صبيح بتحقيق محمد محي الدين عبد الحميد.

٧٧- نهاية السول في شرح منهاج الأصول للعلامة جمال الدين عبد الرحيم ابن الحسين الأسنوي ت٧٧٢هـ، طبعة صبيح.