الجامعة الإسلامية – غزة
عمادة الدراسات العليا
كلية الشريعة والقانون
قسم أصول الفقه

تخصيص العموم بالعرف

إعداد

الطالب: عطا موسى أحمد أهل

إشراف

فضيلة الدكتور/ ماهر حامد الحولي

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في أصول الفقه
من كلية الشريعة والقانون في الجامعة الإسلامية – بغزة

1428هـ - 2007م

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ
وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ﴾

(سورة الأعراف: الآية [199])

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

إهداء

إلى معلم الأمة ورحمة الله للبشرية محمد ﷺ

إلى الأكرم منا الشهداء الذين يرسمون بدمائهم

فجر الأمة المشرق

الذين ضحّوا وبذلوا وأدّوا فما بخلوا ...

إلى والديَّ الحبيبين اللذين يشرفهما مقامي هذا ...

إلى أخوتي و أخواتي الذين آزروني بالكلمة الطيبة

إلى زوجتي وأبنائي الذين أسعدهم مقامي وشاركوني طباعة حروف وكلمات هذا البحث

إلى كل من يحب أن يمشي سوياً على صراطٍ مستقيم، تأكيداً لعظمة الإسلام

إلى كلّ يد تبني، وكلّ مجاهد يرفع راية الإسلام، وكل سجين خلف القضبان ...

إلى هؤلاء جميعاً أهدي هذا العمل المتواضع؛ وفاءً وتقديراً

أهدي هذا البحث المتواضع

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

مقدمة:

أحمد الله تعالى حمداً أستفتح به أبواب الدخول إلى دراسة علم الأصول، وأستصحب منه تسديداً يصون عن الخطأ والذهول في سلوك سبيلَي المنقول والمعقول.

وأُصلِّي وأُسلِّم على نبيه ورسوله محمدٍ أكرمِ نبيٍّ وأشرفِ رسول، المبعوثِ بأرفع دليلٍ وأنفعِ مدلول، المخصوصِ حكمُ شريعته بشمول العموم وعمومِ الشمول، المنصوص عِلْمُ نبوَّتِهِ بأقلام المعجزات وبنانِ المنقول في سطور الصدور وطروس[1] النقول.

وعلى آله وأصحابه السَّادةِ البررة العدُوْل، الذين عليهم المِعْوَلُ في الهداية وإليهم العُدُول، ما حُرِّر منقولٌ وحُبِّر مقول.

ورحم الله أئمتنا وعلماءنا الفحول، الذين أدركوا بالاجتهاد مناط العلة والمعلول، وأزالوا بسَبْر الأدلة قوادح الشُّبَه عن الدليل والمدلول، وأفتوا كلَّ مُسْتَفْتٍ وسؤول، ويسَّروا الوصول إلى فقه الأصول، فشكر الله لهم ما حَقَّقَ المفهومَ قلبٌ عقول، وما لَهَج بالمنطوق لسانٌ قؤول.

أما بعد:

((فأفضل ما اكتسبه الإنسان عِلمٌ يُسعد به في عاجل معاشه وآجل معاده، ومن أفضل ذلك " علم أصول الفقه " لاشتماله على المعقول والمنقول، فهو جامع أشتات الفضائل، والواسطة في تحصيل لباب الرسائل، ليس هو من العلوم التي هي رواية صِرْفة لا حظَّ لشرف النفوس فيه، ولا من المعقول الصِّرْف الذي لم يَحُضَّ الشرعُ على معانيه، بل جمع بين الشرفين، واستولى على الطرفين، يُحْتاج فيه إلى الرواية والدراية، ويجتمع فيه معاقدُ النظر، ومسالك النظر، مَنْ جَهِلَه من الفقهاء فتحصيله أُجَاج، ومن سُلِب ضوابطُه عَدِم عند دعاويه الحِجَاج، فهو جدير بأن يُنَافس فيه، وأن يُشْتغل بأفضل الكتب في تلخيصاته ومبانيه))[2].

وبعد استحضار ما للعلم من مآثر، وتشجيعِ أهل الفضل والمفاخر، شمَّرتُ عن ساعد الجدِّ للبحث في مسألة من مسائل الأصول معقودٌ بدراسة كتب الأوائل الفحول، تطفَّلتُ على موائدهم، واكتفيتُ بالكشف عن فرائدهم. بتخصيص العرف للعموم.

---

(1) جمع طِرْس وهو الصحيفة. المصباح المنير: للفيومي، مادة "طرس" (33/2).

(2) نفائس الأصول: للقرافي (89/1–9).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

والعرف هو الأصل المتجدد المتطور الذي يفي بكثير من الأحكام الفقهيـــة، ويحقـــق مصلحة الناس عامتهم وخاصتهم، لأَنَّهُ أقرب مصدر يمكن الاستفادة منه بكل سهولة ويـــسر، وهو الأصل الذي تدعو الحاجة إليه، لأَنّ حاجة الناس إلى العرف فطرة قديمـــة أحـــس بهـــا الإنسان منذ أيامه الأولى.

يقول ابن عاشور: "من هنا تعلم أن القضاء بالعوائد يرجع إلى معنـــى الفطـــرة، لأن شرط العادة التي يقضي بها أن لا تنافيها الأحكام الشرعية، فهي تدخل تحت أحكام الإباحـــة، وقد علمت أنها من الفطرة، إما لأنها لا تنافيها، وحينئذ فالحصول عليهـــا مرغـــوب لفطـــرة الناس، وإما لأن الفطرة تناسبها وهو ظاهر"[1].

وسيأتي من النصوص ما يكشف بوضوح عن اعتبار العرف وأهميته بالنسبة للأحكام التشريعية، ومنزلته بين المصادر الأصلية والتبعية، فالحكم الشرعي يتأثر كثيـــراً بـــالظروف والأوضاع الاجتماعية التي ترافقه، قال الله تعـــالى: ﴿**خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ**﴾[2].

ولما عرض لي بحثُ **موضوعٍ** في أصول الفقه لمرحلة العالمية (الماجستير) – وبعد أن استشرت بعضَ أساتذتي وزملائي– وفقني الله إلى اختيار هـــذا البحـــث موضـــوعاً فـــي هذه المرحلة.

ونصل بعد هذا.. إلى الخطة التي سرت عليها، والمنهجية التـــي ســـلكتها فـــي هـــذه الدراسة، وأستطيع القول بأنني اخترت- في البحث- منهجاً علمياً واقعياً، سلكت في ترتيـــب أبوابه ترتيباً طبيعياً.

أولاً: أهمية الموضوع:

إن علم أصول الفقه علم عظيم الشأن وخطيره، وعظمته تكمن في أنه القواعد الكليـــة التي يتوصل بها المجتهد إلى ضبط فقهه الشرعي.

وأما خطورته فتكمن فيما أُدخل فيه من المباحـــث الكلاميـــة العقائديـــة المنحرفـــة، والفلسفية السفسطية التي حرفته عن طريق من سلف من أئمة الهدى والحق.

---

(1) مقاصد الشريعة الإسلامية: للشيخ محمد الطاهر بن عاشور (ص61).

(2) سورة الأعراف: الآية (199).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

واعتبار العرف أصل عظيم من أصول الفقه، فابن العربي يعده أصلاً من الأصول ودليلاً يجب الرجوع إليه فيقول: "إن العادة دليل أصولي بنى الله عليه الأحكام، وربط به الحلال"[1].

وقال ابن قدامة: "إن الله أحل البيع، ولم يبين كيفيته - فوجب الرجوع إلى العرف"[2].

وقال ابن نجيم: "إن اعتبار العادة والعرف يرجع إليه في الفقه في مسائل كثيرة حتى جعلوا ذلك أصلاً"[3].

ويقول ابن رشد: "إن الوقائع بين الناس غير متناهية، والنصوص والأفعال والإقرارت متناهية، ومحال أن يقابل ما لا يتناهى بما يتناهى"[4].

وهذه النصوص شهادة عالية على أهمية موضوع هذا البحث؛ فالعرف في فقه المعاملات المالية يبدأ من أول شيء فيها، من تعريف المال وحده، بل قبل ذلك، إذ العرف هو الذي ينشئ أنواع التصرف، ويصنع أوجه التعامل والمعاملات، ويتدسّس في أثنائها، إلى أعقد الأمور فيها كضابط ما يعدّ نقداً ومقياس الأموال الربوية.

ثانياً: دواعي اختيار الموضوع:

إن أهمية الموضوع سبب رئيس لاختيار هذه الدراسة، وقد دفعني إلى اختيار هذا الموضوع عِدَّةُ أسباب، منها:

1. لا ريب أن معظم النصوص التشريعية العامة قد خصصت، دل على ذلك الاستقراء، مما نتج عن ذلك "ما من عام إلا وقد خصّص".
2. العرف و علاقته بالنصوص العامة، وهل يقوى على تخصيصها؟.
3. هل النص الشرعي العام حاكم على العرف المقارن له، أو محكوم به؟.
4. أنه موضوعٌ يدخل في كثيرٍ من أبواب أصول الفقه، فيقف الطالبُ على كثير من مسائلِ هذا العلم.

---

(1) أحكام القرآن: لابن العربي (1842/4).

(2) المغني: لابن قدامة (133/6).

(3) الأشباه والنظائر: لابن نجيم (ص93).

(4) بداية المجتهد: لابن رشد (3/1).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

والبحث في (العرف) متفرقٌ في ثنايا كلامِ أهلِ العلمِ في أصولِ الفقه، لا يجمعه باب، ولا تُرشِد إلى الوقوف عليه مظانّ، وإنما يُلفَى من خلال إشاراتِ العلماءِ في مواضعَ غير مطردة وعند استطرادِ البحثِ والتأصيل، أو إيرادِ الأسئلةِ والأجوبةِ في المناقشات، على أن بعضَ موادِّ هذا الموضوع توجد كذلك متفرقة في غير المشهورِ من كتبِ أصول الفقه الخاصة مثل مؤلفاتِ ابن عابدين، وكُتُبِ ابنِ القيم وغيرِهم من العلماء رحمة الله عليهم أجمعين.

فلما بدا من ذلك ما بدا ولاح أن مما يمكن فيه البحث جمعَ ما تفرق في ذلك من كلام أهل العلم -رحمهم الله- وتأليفَ بعضه في مكان واحد، استعنت بالله مُقدماً على ذلك، عسى أن تخرج صورة قريبة لموضوع تخصيص العرف.

وقد شدّ من عزمي على اختياره ما أشار به بعض الأساتذة الفضلاء من جدّة الموضوع في بابه، وأن الكتابة في مثله صالحة في هذه المرحلة.

ثالثاً: جهود السابقين:

إن الدراسات السابقة اقتصرت _على الأقل فيما اطلعت عليه_ على ما يلي:

لا تكاد تخلو كتب أصول الفقه من ذكر هذه المسألة، إلا أن بعض الكتب الأصولية تختلف فيما بينها في طريقة عرض المسألة وتناولها لها، وذكر الأدلة والمناقشات التي دارت فيها بين الإيجاز والإطناب في بعض دون بعض، وقد وجدت بعض المؤلفات قد أفردتها بالتأليف المستقل لأهميتها في نظر مؤلفيها.

وقد اطلعت على الكثير مما كتب فيها في كتب الأصول على وجه العموم أو في الكتب التي أفردتها بالبحث:

كان من أوائل من كتب في موضوع العرف بحثاً مفرداً - العلامة المحقق عمدة المتأخرين من الحنفية الفقيه محمد أمين بن عمر الشهير بابن عابدين المتوفى سنة 1252هـ _رحمه الله_ فقد كتب فيه رسالته الرائدة: نشر العرف في بناء الأحكام على العرف.

ومن المؤلفات العصرية التي تناولت مسألتنا بالبحث ولو في ناحية منه ما يأتي:

1. العرف والعادة في رأى الفقهاء: عرض نظرية في التشريع الإسلامي، الأستاذ الشيخ أحمد فهمي أبو سنه، وهى رسالته للأستاذية، وقد نوقشت سنة 1941م.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

2. أثر العرف في التشريع الإسلامي: للأستاذ الدكتور السيد صالح عوض نوقشت سنة1951م.

رابعاً: خطة البحث:

ينقسم البحث إلى مقدمة، وفصل تمهيدي، وثلاثة فصول، ثم خاتمة.

أما المقدمة فقد اشتملت على ما ذكرنا من خطبة، وسبب اختيار الموضوع، وأهميته، وخطة البحث، ومنهج البحث، والصعوبات في البحث.

الفصل التمهيدي

مفهوم العام والخاص وأنواع المخصصات

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: حقيقة العام.

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف العام لغةً واصطلاحاً.

المطلب الثاني: ألفاظ العام وأنواعه.

المطلب الثالث: دلالة العام بين القطعية والظنيّة.

المبحث الثاني: حقيقة الخاص والتخصيص.

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: معنى الخاص، والفرق بينه وبين الخصوص.

المطلب الثاني: مفهوم التخصيص وطبيعته عند علماء الأصول.

المطلب الثالث: الفرق بين التخصيص والقصر والنسخ.

المطلب الرابع: أنواع المخصصات أو أدلة التخصيص.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفصل الأول

حقيقة العرف وحجيته

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: العرف وأقسامه.

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: حقيقة العرف.

المطلب الثاني: الألفاظ ذات الصّلة بالعرف.

المطلب الثالث: أقسام العرف.

المبحث الثاني: أقوال العلماء في اعتبار العرف.

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: دليل اعتبار العرف.

المطلب الثاني: شروط اعتبار العرف.

المطلب الثالث: قاعدة تغير الأحكام بتغير الزمان.

الفصل الثاني

موقف العلماء في التخصيص بالعرف

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: أقوال العلماء من تخصيص العموم بالعرف وصوره.

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: قول القائلين في جواز التخصيص بالعرف وأدلتهم.

المطلب الثاني: قول المانعين للتخصيص بالعرف وأدلتهم.

المطلب الثالث: الموازنة والترجيح بين الرأيين.

المبحث الثاني: صور تخصيص العرف للعموم.

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تخصيص العرف للفظ العام.

المطلب الثاني: العرف القائم بعد ورود النص.

المطلب الثالث: طرق الترجيح عند مخالفة العرف للنص العام.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفصل الثالث

أثر تخصيص العموم بالعرف في الفروع الفقهية

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: أثر تخصيص العموم بالعرف في العبادات.

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: ما يحنث به في الأيمان.

المطلب الثاني: ما يجزئ في كفارة اليمين.

المطلب الثالث: إعطاء الأجرة وأخذها على القيام بأعمال الطاعات.

المطلب الرابع: استعمال التقويم في تحديد مواقيت الصلاة.

المبحث الثاني: أثر تخصيص العموم بالعرف في المعاملات.

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تخصيص العرف لعقود الناس وتصرفاتهم.

المطلب الثاني: معيار العرف في أموال الربا.

المطلب الثالث: معيار العرف وعقد الاستصناع.

المبحث الثالث: أثر تخصيص العموم بالعرف في الجنايات وغيرها.

وفيه مطالبان:

المطلب الأول: الحرز في السرقة.

المطلب الثاني: في المنازعة عند التمليك.

ثم أردفت بخاتمة، ذكرت فيها أهم النتائج التي توصل إليها البحث، وبعض مجال البحث في العرف. وفيها بعض التوصيات.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

خامساً: منهجي في البحث:

يتبين في المنهج الذي سرت عليه في البحث بما يلي:

- في الوصول إلى مادة الموضوع جمعت ما ذكره أهل العلم من المصادر الأصولية الأصلية، وما ذكره العلماء من غير الأصوليين، حسب ما قدّر الله من الجهد في البحث والتنقيب.
- حرصت على تدعيم كتابتي بالدليل من كتاب الله وسُنَّة رسوله ﷺ .
- بيّنت مواضع الآيات من المصحف بذكر اسم السورة، ورقم الآية.
- خرّجت الأحاديث: من مصادرها الأصلية، مع ذكر الحكم على الحديث إلا ما كان في الصحيحين أو أحدهما.
- ترجمت لمن ورد في البحث من الأعلام الفقهاء والأصوليين، مع الإحالة على موطن الترجمة.
- عرفت من المصطلحات التي تدعو الحاجة إليها. وشرحت الألفاظ الغريبة.
- اعتمدت في الرسالة على ذكر صورة المسألة والأقوال الواردة فيها ومناقشة أدلة الأقوال وصولاً إلى الرأي الراجح في المسألة حسب قوة الدليل.
- دعّمت القواعد الأصولية بنماذج فرعية توضيحاً للفكرة وتذليلاً للفهم.

سادساً: الصعوبات التي واجهتني:

من الصعوبات التي واجهتها في كتابة هذا الموضوع قلة من تكلم في صلب الموضوع من قبل، ما عدا التعريفات التي يذكرها الأصوليون عند تعرضهم لبيان العرف وتأثيره في الأحكام، فكان اعتمادي في كتابة الموضوع استقراء النصوص وقواعد الأصول، وبناء تخصيص العموم على وفقها.

كما أن الدراسات التي تحدثت عن الواقع لم تتعرض للموضوع من جانب التأصيل والتنظير وربط ذلك بأمثلة، بل إن هذه الدراسات اتخذت طابع الإجمال كالتركيز على وجوب النظر في الواقع، ولم تقدم دراسة منهجية تكشف فيها عن تفاعل القواعد الشرعية مع واقع الحياة اليومية.

رغم ما يمتاز به هذا الموضوع من صعوبة تتجلى في قلة المصادر وصعوبة الاستنباط من الموجود منها لأن أحداً من الفقهاء لم يتعرض بتفصيل لقواعد العرف وأحكامه وتبيين مسائله في كتاب جامع أو بحث متكامل، وإنما هي فقرات متناثرة في بطون كتب الفقه

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

والنوازل مبعثرة في ثناياها تحتاج إلى كثير من الجهد والعناء والصبر، ولقد أدركت بعد أن سرت في البحث خطوات مدى الثقل، ووعورة المسلك، وتنوع الشعاب بما يتخوف منه كل باحث لا يزال يخطو في أول الطريق، لم تتهيأ له كل أسباب البحث ووسائله...

هذا، ولقد حاولت في البحث الاقتصار على لفظٍ موجز ومعنىً مكتنز، حتى أجعل المكتوب بمقياس المطلوب تمشياً مع المرغوب، لكنَّه أملٌ حال دونه سوء التقدير وسقم التفكير. وأحبُّ أن أعلن بصوتٍ يبلغ الغاية، بأنني لم ولن أبلغ في تحقيق الكتاب النهاية، بل إذا حسَّنتُ الظنَّ قلتُ: خطوةٌ في البداية، فلا أشكُّ أن العمل في هذه الرسالة في حاجةٍ إلى التنقيح والتهذيب، والتصحيح والتشذيب، وهكذا شأن المرء فيما يكتبه، لا يكتب شيئاً في يومه إلا ويرى فيه خللاً في غده، وهذا من أعظم العبر على استيلاء النقص على جملة البشر.

فإذا كان هذا شأن المرء مع ما يكتبه وشأنهُ التقصير، فما بال ناقده والناقدُ بصير، فليتلطَّف الناظرُ فيه مع غضِّ النظر، وليُوسِع العُذْرَ إن اللبيب من عَذَر. ولستُ أُزْجيه للناس بشرط البراءة من العيب، فإن الإنسان محلُّ النقصان بلا ريب، ويأبى الله العصمة لكتابٍ غير كتابه، والمنصف من اغتفر قليل خطأ المرء في كثير صوابه.

سامحْ أخاك إذا خَلَطْ ... منه الإصَابةَ بالغَلَطْ
وتَجَافَ عن تَعْنِيفِهِ ... إنْ زاغ يوماً أو قَسَطْ
واعْلَمْ بأنَّك إن طَلَبْـ ... ـتَ مُهذَّباً رُمْتَ الشَّطَطْ
ولو انْتَقَدْتَ بني الزَّمَا ... نِ وَجَدْتَ أكْثَرَهُمْ سَقَطْ
مَنْ ذَا الذي ما سَاءَ قَطْ ... ومَنْ له الحُسْنَى فَقَطْ
غيرَ نبيِّنا الذي ... عليه جبريلُ هَبَطْ[1]

وإني إذ أقدم هذه الدراسة المتواضعة لا أزعم أنني وفيت البحث حقه، وقلت فيها الكلمة الأخيرة، كما لا أدعي أنني أحطت بالموضوع من جميع جوانبه ولا نلت المرغوب أو بلغت المطلوب، لكنها محاولة وبذل الجهد في موضوع ما علمت أنه سبقني إلى بحثه سابق على هذا النحو، ولعلها خطوة قد يكون لها بعض المردود ويرضى عنها القارئ. . .

(1) الأبيات من مجزوء الكامل للحريري ما عدا البيت الأخير. انظر: شرح مقامات الحريري: للشريسي (213/2).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

شكر وتقدير

هذا، والحمد لله من قبلُ ومن بعدُ على فضلهِ ومَنّه، وله الشكر أبداً شكراً أرجو بـــه ما وعد الشاكرين من مزيدِ نعمه، وسوابغِ آلائِه.

أودُّ البَوْح بكلماتٍ طالما اكتظَّ بها صدري وفاءً وعرفاناً: أولى هذه الكلمات دعـــوات ضارعات إلى ربِّ البريات أن يجعل عملي هذا امتداداً لغراس والديَّ اللَّذَين ما فَتِئَا صـــابرَيْن داعِيَيْن الله أن يكتب لي التوفيق.

واعترافاً بالفضل لأهله، ووفاءً لمن قدم لي معروفاً، فإنني أتقـــدم بجزيـــل شـــكري، وخالص تقديري إلى أستاذي فضيلة **الدكتور/ ماهر حامد الحولي** _حفظه الله_ الذي تفضل عن رحابة صدر وطيب نفس، مشكوراً بقبول الإشراف على هذا البحث، وما خصني به مـــن تشجيع ونصح وتوجيه، فكان يولي هذا البحث مزيداً من الاهتمام والمتابعة، بالرغم من كثـــرة مشاغله، وتعدد مسؤولياته، ولم يبخل عليَّ بعلمه أو وقته، مما كان له عظيم الأثر في إثـــراء هذا البحث وإنجازه، أسأل الله تعالى أن يُجزل له المثوبة وحسن الجزاء، ويبارك له في علمه وصحته وذريته.

كما وأتقدم بجزيل الشكر والامتنان، وخالص التقدير والعرفان إلى أستاذيَّ الكـــريمين عضوي لجنة المناقشة:

فضيلة الدكتور/ أحمد ذياب شويدح عميد كلية الشريعة والقانون.

فضيلة الدكتور/ زياد إبراهيم مقداد نائب عميد كلية الشريعة والقانون.

على تفضلهما بقبول قراءة هذا البحث ومناقشته، وعلى ما بذلاه من جهـــد لتنقيحـــه، وتقويم اعوجاجه، أسأل الله تعالى أن يجزل لهما المثوبة وحسن الجزاء، وأن يبارك لهما فـــي علمهما، وفي صحتهما، وذريتهما.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ولا أنسى ما أغدقه عليَّ من معروفٍ شيخي ووالدي فضيلة **الدكتور/ علي محمد الشريف** _حفظه الله_ حيث كان له الفضل بعد الله عز وجل في التحاقي ببرنامج الماجستير في كلية الشريعة ولم يبخل عليَّ بشيء استطاع تقديمه، فالله أسال أن يمتعه بالصحة، وأن يقر عينه، ويدخل السرور على قلبه.

وجدير في هذا المقام بان أُقَدِّم جزيلَ الشكرِ وخالصَ العرفانِ لهذه المؤسسةِ العلميةِ المباركة، الجامعةَ الإسلاميةَ بغزة، لما تُقدمه من خدمة للإسلام والمسلمين في تعليم أبنائهم وإعدادهم للدعوة إلى الله تعالى.

وجزى الله خيراً جميعَ الأساتذة والمعلمين، وكلَّ من تعلَّم طالبٌ على يديه علماً نافعاً، وبالأخص أساتذة كلية الشريعة والقانون، الذين تتواصل جهودهم المخلصة في خدمة هذا الدين، وخدمة طلبة العلم، وعلى رأسهم عميد كلية الشريعة والقانون **الدكتور/ أحمد ذياب شويدح**، وعميد الدراسات العليا **الدكتور/ مازن إسماعيل هنية**، حفظ الله جامعتنا من كيد الخائنين، وحفظ صرح كلية الشريعة شامخاً. وشَكَرَ الله جميعَ من ساعد في هذا العمل بفكرةٍ صواب، أو إعارةِ كتاب، أو تقديم مساعدة، وأخص بالذكر **الأخ الفاضل/ مصطفى محمد البلبيسي**.

ربِّ أوزعني أن أشكرَ نعمتَك التي أنعمت عليَّ وعلى والديَّ وأن أعمل صالحاً ترضاه وأدخلني برحمتك في عبادك الصالحين.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفصل التمهيدي

مفهوم العام والخاص وأنواع المخصصات

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: حقيقة العام.

المبحث الثاني: حقيقة الخاص والتخصيص.

المنارة للاستشارات

www.manaraa.com

توطئة:

العام أو مبحث العموم والخصوص من مهمات مباحث الأصول، وذلك لأنّ كثيرًا من الأحكام إنما يدل لها ألفاظ العموم في النصوص؛ الكتاب والسُنَّة، وباب العام والخاص من المباحث التي هي ثمرةُ علم الأصول؛ وأن هذه المباحث هي التي يُستفاد منها تطبيقيا في فهم دلالات النصوص.

والقرآن الكريم هو كُلّيُ هذه الشريعة، فيه بيانها الإجمالي، والتعريف العام بها، فيه قواعدها العامة، والأحكامُ التي لا تتغير بتغير الأزمنة والأقاليم، والسُنَّة النبوية تستمدُ قوتها منه، وتبين ما يحتاج منه إلى بيان، وتفصل كل ما فيه من إجمال: مخصصة لعامه، ومقيدة لمطلقه، ومفسرة لمجمله.

وللعناية بهذا الأصل اتجه العلماءُ إلى دراسةِ نظمهِ وعباراتهِ، وبيان ما تدل عليه من أحكام، وقوة دلالتها، واحتياجها إلى معونة من القرائن وعدم احتياجها.

ووضعوا لدلالات العبارات مراتب بعضها فوق بعض، ولكل واحدة قوة في الاستلال، ووضعوا ضوابط للتفسير والتعارض، والتقييد و الإطلاق، وما تفرع عن ذلك من تخصيص العام.

فائدة:

بيد أن معظم النصوص المبيّنة للأحكام الشرعية العامة قد خصصت؛ دل على ذلك استقراء النصوص التشريعية، مما نتج عن ذلك مقولة أنه: "ما من عام إلاّ وقد خُصّص"، هذا ما نقله الشاطبي[1].

وعن ابن عباس أنه قال: ليس في القرآن عام إلا وخصص إلا قوله تعالى: ﴿**وَمَا مِنْ دَابَّةٍ فِي الأَرْضِ إلاّ عَلَى اللَّهِ رِزْقُهَا**﴾[2] وقوله تعالى: ﴿**وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ**﴾[3].

وبما أن العلماء قالوا: إن السُنَّة هي التي تتولى البيان؛ كان البحث، وهو العام والخاص في الكتاب والسُنَّة، ومقام السُنَّة من خاص الكتاب وعامّه، وهل لها قوة المبين للخاص، وقوة المخصص للعام.

---

(1) انظر: الموافقات: للشاطبي (292/1).

(2) سورة هود: من الآية (6).

(3) سورة البقرة: من الآية (282).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

هذا إلى جانب آيات كثيرة يثبت بمجموعها دليل الاستقراء، على أن أحكام الله جارية وفق مصالح العباد، فكانت تتنزل الآيات حسب تصرفاتهم وأعرافهم.

فأقرّ الشارعُ الحكيمُ جملة من الأحكامِ التي كان قد تعارف عليها العرب في جاهليتهم، كالقسامة[1] والدية على العاقلة، واشتراط الكفاءة في الزواج، والقراض[2]، وأشباه ذلك مما كان محموداً في الجاهلية ومتفقاً مع محاسنِ العوائد.

وفي مثلِ هذا قال الفقهاء: "المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً"[3] وقالوا إن الشرط في العقدِ يكون صحيحاً إذا اقتضاه العقد أو ورد به الشرعُ أو جرى به العرفُ[4].

وإذا ثبت هذا، فقد تبين أن الشارع الحكيم راعى في الشريعةِ أعراف الناسِ وعوائدِهم أو إلغائِها، ما تقتضيه مصالحهم، وما يستدعيه السبيل إلى سعادتِهم، وبذلك تكون أحكام الشريعةِ كلها قائمة على هذا الأساس[5].

ويبقى السؤال هنا: ما مدى قوة العرفِ على تقيدِ مطلق النصوص، وتخصيصِ عامّها؟.

وكان التساؤل: هل الحجة في مادةِ اللفظِ اللغوية ومعناه الوضعي؛ أو لابد من مراعاةِ العرف الذي كان قائماً، لأن الشارع قد لاحظه؟.

---

(1) **القسامة لغة**: من القسم بالفتح مصدر قسم الشيء فانقسم وبابه ضرب والموضع مقسم مثل مجلس والقسم بالكسر الحظ والنصيب من الخير مثل طحن طحنا والطحن بالكسر الدقيق وأقسم حلف. لسان العرب: لابن منظور، مادة (قسم)، (484/12)؛ مختار الصحاح: للرازي، باب (القاف)، مادة (ق س م)، (222/1).
القسامة اصطلاحاً: "أن يقسم خمسون من أولياء القتيل على استحقاقهم دية قتيلهم، إذا وجدوه قتيلاً بين قومٍ، ولم يعرف قاتله. فإن لم يكونوا خمسين رجلاً أقسم الموجودون خمسين يميناً. فإن امتنعوا وطلبوا اليمين من المتّهمين ردّها القاضي عليهم ، فأقسموا بها على نفي القتل عنهم. فإن حلف المدّعون استحقّوا الدّية. وإن حلف المتّهمون لم تلزمهم الدّية". بداية المجتهد: لابن رشد (220/2)؛ والموسوعة الفقهية الكويتية (249/7).
(2) **القراض لغة**: بمعنى المضاربة وهو من القرض. انظر: لسان العرب: لابن منظور، مادة (قرض)، (217/7)؛ مختار الصحاح: للرازي، باب (الضاد)، مادة (ض ر ب)، (159/1).
القراض اصطلاحا: شركة في الرّبح بين ربّ المال والعامل، بمعنى "أن يدفع رجل ماله إلى آخر يتّجر له فيه على أن ما حصل من الربح بينهما حسب ما يشترطانه". انظر: بداية المجتهد: لابن رشد، كتاب القراض (178/2)؛ المغني: ابن قدامة (132/7، 133)؛ والموسوعة الفقهية الكويتية (127/29).
(3) الأشباه والنظائر: لابن نجيم (ص99)؛ والأشباه والنظائر: للسيوطي (ص106).
(4) المبسوط: للسرخسي (14/13)، الأشباه والنظائر: للسيوطي (ص98).
(5) انظر: ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية: د. محمد سعيد رمضان البوطي (ص83).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وحينئذ يرد السؤال: هل النص الشرعي حاكمٌ على العرف المقارن له، أو محكوم به؟.

كل هذه التساؤلات وغيرها سوف نبينها في تفصيلات فصول ومباحث ومطالب هذا البحث.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المبحث الأول

حقيقــة العــام

ويتضمن ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف العام لغةً واصطلاحاً.

المطلب الثاني: ألفاظ العام وأنواعه.

المطلب الثالث: دلالة العام بين القطعية والظنيّة.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الأول
تَعرِيفُ العَامِّ لُغَةً وَاصطِلاَحًا

تَعريفُ العَامِّ لُغَةً: من عَمَّ وهو بمعنى الشمول، شيء عميم أي تام؛ عَمَّهُم الخَبَرُ إذا شَمِلَهُم وَأَحَاطَ بهم، ومنه قول العرب: عمَّهم بالعطية أي شملهم، و تقول عَمَّهُم الصلاح والعدل: أي شَمِلَهُم، ويقال: خِصْبٌ عَامٌّ وَمَطَرٌ عَامّ إذا شمل البلدان والأعيان[1].

ومنه سمّيت النخلة الطويلة عميمة، والقرابة إذا اتسعت انتهت إلى العمومة، فكل لفظ ينتظم جمعاً من الأسماء سمّي عاماً لمعنى الشمول، وذلك نحو اسم الشيء فإنه يعمّ الموجودات كلها.

الفَرقُ بَينَ العُمُومِ وَالعَامِّ:

فَالعَامُّ هو اللَّفظُ المُتَنَاوِلُ، وَالْعُمُومُ: تَنَاوُلُ اللَّفظِ لِمَا صَلُحَ لَهُ، فَالعُمُومُ مَصدَرٌ، وَالعَامُّ: اسمُ الفاعل مُشتَقٌّ من هذا المَصدَرِ، وَهُمَا مُتَغَايِرَانِ، لأَنَّ المصدرَ الفِعلُ، وَالْفِعلُ غير الفاعل"[2].

وفَرَّقَ القَرَافِيُّ بين الأَعَمِّ والعَامِّ، بأَنَّ الأَعَمَّ إنَّما يُستَعمَلُ في المعنى، والعَامُّ في اللَّفظِ، فإذا قيل: هذا أَعَمُّ تَبَادرَ الذِّهنُ للمعنى، وإذا قيل: هذا عَامٌّ تَبَادرَ الذِّهنُ للَّفظ[3].

والأَمرُ الوارد في التعريف اللغوي أَعَمُّ من أن يكون لفظاً أو مَعنَى.

وعلى هذا، فالعُمُومُ أو الشمُولُ في اللغةِ، يتصف به اللَّفظُ والمعنى على السواءِ.

---

(1) لسان العرب: لابن منظور، مادة (عمم)، (426/12)؛ الصحاح: للجواهري، مادة (عمم)، (1992/5)؛ القاموس المحيط: لأبي الحسين بن زكريا، مادة (عمم)، (156/4)؛ مقاييس اللغة: لابن فارس، مادة (عم)، (15/4).

(2) لسان العرب: لابن منظور، مادة (عمم)، (428/12)؛ القاموس المحيط فصل (العين)، (ص1469)؛ الموسوعة الفقهية الكويتية (ص39)، (من أعمال وزارة الأوقاف الكويتية).

(3) العقد المنظوم في الخاص والعموم: للقَرَافِي (ص25)، تحقيق علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أما تَعريفُ العَامِّ اصطِلاحاً فللعلماءِ عبارات متعددة لعل أشهرها ما يأتي:

1. كلام مستغرق لجميع ما يصلح له[1].

واعترض عليه بما يأتي:

أ- أن المشترك لفظ مستغرق لجميع ما يصلح له، ومع ذلك فهو ليس من العام.

ب- أن(عشرة) و (ألف) لفظان مستغرقان لجميع ما يصلح لهما؛ وليسا من العام[2].

2. وقد عرّفه الجويني في التلخيص بقوله: (العَامُّ هو القَولُ المُشتَمِلُ على شَيئَينِ، فَصَاعِدًا)[3].

واعترض عليه بما يأتي:

أ- أن المعدوم والمستحيل لفظان عامان ولا يدخلان في التعريف؛ لأنهما لا يدلان على شيء.

ب- أن الصلة وموصولها من ألفاظ العموم، وليسا لفظاً واحداً.

ج- أن المثنى يدخل في التعريف وليس من العام؛ وكذلك كل جمع لمعهود[4].

3. العَامُّ هُوَ مَا دل على مسميات باعتبار أمر اشتركت فيه مطلقاً ضربة[5].

واعترض عليه بما يأتي:

أ- عدم دخول العام المضاف إلى ما يخصصه مثل قولنا: طلاب الجامعة، لعدم إطلاقها؛ مع أنه عام قصد به الاستغراق[6].

ب- أن الجمع المنكر المثبت يدخل في التعريف وهو ليس من العام[7].

---

(1) المعتمد: لأبي الحسين البصري (189/1)؛ التمهيد: للإسنوي (5/2).

(2) إرشاد الفحول: للشوكاني (ص112)؛ بيان المختصر: لشمس الدين الأصفهاني (104/2).

(3) التلخيص في أصول الفقه: لإمام الحرمين الجويني (5/2).

(4) إرشاد الفحول: للشوكاني (ص112).

(5) مختصر ابن الحاجب، انظر: بيان المختصر: لشمس الدين الأصفهاني (104/2)؛ التقرير والتحبير: لابن أمير الحاج (180/1).

(6) شرح العضد على مختصر المنتهى: لابن الحاجب (100/2)؛ إرشاد الفحول: للشوكاني (ص113).

(7) التحرير بشرحه التقرير والتحبير: لابن أمير الحاج (181/1)؛ إرشاد الفحول: للشوكاني (ص113).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ج - أن قوله: (باعتبار أمر اشتركت فيه) أورد لإخراج اسم العدد كعشرة، وهو قد خرج بقوله مسميات، فيكون هذا اللفظ زائداً لا قيمة له[1].

والمراد من ذكر هذه التعريفات تصور حقيقة العام اصطلاحاً: وما ذكرته من تعريفات واعتراضات يحصل تصور هذا العام.

4. اللَّفظُ المُستَغرِقُ لِجَمِيعِ ما يَصلُحُ لَهُ، بِحَسب وَضعٍ وَاحِدٍ، دَفعةً وَاحِدةً، بلاِ حَصرٍ[2].

شرح التعريفِ:

(اللَّفظُ) قيد أخرج الأفعال، وهو جنس يشمل كل لفظ فيدخل فيه المهمل والمستعمل.

وقيد (الاستغراق) أخرج به النكرة في الإثبات مفردة أو مثناة أو مجموعة أو اسم عدد، لا من حيث الآحاد، فإنَّها تتناول ما تصلح له على سبيلِ البدلِ لا الاستغراق.

وأخرج أيضاً المطلق فإنَّهُ لا يدل على شيء من الأفراد فضلاً عن استغراقها، ولأنَّهُ فرد شائع في جنسه، فيدل على العموم، ولكنه على سبيل البدل لا الاستغراق، كقول القائل: "أنفق ديناراً" فإنَّه يصدق على إنفاقك أيَّ دينار من عموم الدنانير، ولا يتعلق الحكم فيه بكل دينار على سبيل الشمول والاستغراق كما هو الحال في العام.

ولهذا يعبر الأصوليون عن المطلق بالعام، وذلك من جهة أنَّ المطلق عمومه عموم بدلي.

أمَّا العام الذي نتكلم عليه فعمومه شمولي، ولهذا احترز عن العموم البدلي الذي هو المطلق، بقوله في التعريف (دَفعةً وَاحِدةً) فمعنى قوله (دفعة) يعني مرة واحدة.

أما العموم البدلي الذي هو المطلق فليس دفعة واحدة ولكن دفع هذا أو ذاك.

---

(1) التقرير والتحبير: لابن أمير الحاج (181/1).

(2) انظر: المحصول: للرازي (309/2)؛ ومذكرة الشيخ محمد الأمين الشنقيطي في أصول الفقه (ص203)؛ وانظر: تعار يف العام والعموم المختلفة والاعتراضات التي أوردت عليها: أصول البزدوي مع كشف الأسرار: لعبد العزيز البخاري (32/1)؛ والمنار مع كشف الأسرار: للنسفي (159/1)؛ والتحرير: للكمال ابن الهمام (مع التيسير) (190/1)؛ والمنهاج في ترتيب الحجاج؛ للباجي (ص12)؛ والعدة: لأبي يعلي الفراء (140/1)؛ والبحر المحيط: للزركشي (5/3)؛ وشرح الكوكب المنير: لابن النجار (101/3)؛ المستصفى: للإمام الغزالي (32/2)؛ والوصول: لابن برهان (202/1)؛ الإحكام في أصول الأحكام: للآمدي (413/2)؛ وجمع الجوامع: لابن السبكي (399/1)؛ المعتمد: لأبي الحسين البصري (189/1)؛ والمعونة في الجدل: للشيرازي (ص129).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

إذا قلت أنفق كل دينار معك، وقال آخر أنفق ديناراً، تلحظ أنَّ قوله أنفق كلَّ دينار لفظة (كلَّ) هذه من ألفاظ العموم، وهي تفيد إنفاق الجميع بهذه الكلمة (دَفعة)، فاللفظ يتناول جميع الدنانير، أما لو قلت أنفق ديناراً فإنَّه لا يتناولها دفعة واحدة؛ يتناول الأول أو الثاني أو الثالث، وذلك أنَّ هذا اللفظ لم نستفد منه دخول الأفراد فيه دَفعة واحدة، وإنما دخلت الأفراد على سبيل البدل.

وقوله "ما يَصلُحُ له" قَيدٌ لِبَيَانِ الوَاقِعِ، وأراد الاحتراز عن تناول ما لا يصلح له، فإنَّ اللَّفظَ لا يَستَغرِقُ إلاَّ ما يَصلُحُ له دون غيره، وأنَّ العموم شمول اللفظ لما صدق عليه من المعاني كالعقلاء.

وقوله: (بِحَسب وَضعٍ وَاحِدٍ) قيد احترز به عمَّا يتناوله بوضعين فصاعداً كالمشترك وهو الذي وضع لمعنيين أو أكثر.

وقوله: (بلاَ حَصرٍ) قيد احترز به عن أسماء العدد كمئة وألف، فإنها عمّت شَيئَين فَصَاعِدًا لكن مع الحصر، فهي ليست من ألفاظ العموم، لأن العام يستغرق جميع أفراده دفعة واحدة دون حصر في عدد معين[1].

وقد أَخذ جمهورٌ من الأُصُولِيِّينَ في حَدِّ العَامِّ هذا المعنى الأخير:

وهو اللفظ الذي يدل بحسب وضعه اللغوي على شموله واستغراقه على جميع الأفراد التي يصدق عليها معناه من غير حصر.

كقول النبي ﷺ : [المسلم أخو المسلم لا يظلمه ولا يخذله ولا يحقره التقوى ها هنا ويشير إلى صدره...][2].

فلفظ المسلم يعم كل من يشهد الشهادتين، ولفظ يظلمه يشمل جميع أنواع الظلم.

وهذا التعريف كسائر التعريفات المشهورة عند الأصوليين؛ يجري فيها خلاف وأقوال ربما تتباين أو تختلف، لكن هذا مما قيل في تعريف العام.

---

(1) انظر: شرح التعريف: نشر البنود: للشنقيطي (206/1)؛ نهاية السول شرح منهاج الأصول: للإسنوي (57/2-58)؛ التلويح على التوضيح: لصدر الشريعة (206/10)؛ شرح العبادي؛ لأحمد العبادي (ص99).

(2) رواه مسلم عن أبي هريرة: صحيح مسلم، كتاب/ البر والصلة والآداب، باب/ تحريم ظلم المسلم وخذله واحتقاره ودمه وعرضه وماله، (1986/4)، (ح2564).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وهذا هو التعريف المختار، وهو تعريف جامع مانع لما يأتي:

1- سلم من الاعتراضات.

2- جمع جميع أفراد المعرف، ومنع من دخول غير أفراده فيه.

بينما بقيت التعاريف الأخرى والمتتبع لها يجد أنها لم تخلُ من اعتراضات عليها كما ذكرنا.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الثاني
ألفاظ العُمُومِ وأنواعه

لقد تقرر عند الأُصُولِيِّينَ أنَّ العَامّ له ألفاظ تخصه، والعموم مستفاد من الألفاظ، فما هي هذه الألفاظ؟.

أولاً: ألفاظ الْعُمُومِ:

يذكر الأُصوليون لِلعُمُومِ ألفاظاً كثيرة تدل عليه، وهم المُلَقَبُونَ بأَربَابِ العُمُومِ، وفي المسألة أقوال أخرى[1]، وذكر العلائي[2] أربعة وعشرين لفظاً منها[3]:

1. لفظ كُل، وجَمِيعٌ، وكَافَّةٌ:

كقوله تعالى في الحديث القدسي: [يَا عِبَادِي كُلُّكُمْ ضَالٌّ إلاّ مَنْ هَدَيْتُهُ][4].

وكَقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿**كُلُّ مَنْ عَلَيْهَا فَانٍ**﴾[5] فإنها تشمل جميع من على الأرض.

(وجَمِيعٌ): كما في كَقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿**فَسَجَدَ الْمَلائِكَةُ كُلُّهُمْ أَجْمَعُونَ**﴾[6] فإنه لم يتخلف مَلَكٌ عن السجود، ويشمل هذا جميع الملائكة بلا استثناء.

(وَكَافَّةٌ): كما في قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا ادْخُلُوا فِي السِّلْمِ كَافَّةً**﴾[7] أي ادخلوا في شرائع الإسلام كلها، أو ادخلوا جميعكم في شرائع الإسلام.

---

(1) انظر: المحصول: للرازي (523/2/1)؛ شرح الكوكب المنير: لابن النجار (108/3)؛ البرهان في أصول الفقه: للجويني (320/1)؛ شرح العضد على مختصر المنتهى: لابن الحاجب (102/2)؛ المعتمد في أصول الفقه: لأبي حسين البصري (209/1)؛ البحر المحيط: للزركشي (17/3)؛ الإحكام في أصول الأحكام: للآمدي (200/2)؛ التبصرة: للشيرازي (ص105)؛ المسودة في أصول الفقه: لآل تيمية (ص89).

(2) أبو سعيد صلاح الدين خليل بن كيكلدي بن عبد الله العلائي الدمشقي (ت761هـ).

(3) تلقيح الفهوم في تنقيح صيغ العموم: لصلاح الدين العلائي (ص250 فما بعدها)؛ شرح العبادي؛ لأحمد العبادي (ص100).

(4) رواه مسلم: صحيح مسلم، كتاب/ البر والصلة والآداب، باب/ تحريم الظلم (1994/4)، (ح2577)، وهو حديث قدسي.

(5) سورة الرحمن: من الآية (26).

(6) سورة الحجر: الآية (30).

(7) سورة البقرة: من الآية (208).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

2. الاسم المفرد المعرف بالألف واللام أو بالإضافة[1]:

المفرد المعرف بالألف واللام نحو قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿**إِنَّ الإِنْسَانَ لَفِي خُسْرٍ إِلاَّ الَّذِينَ ءَامَنُوا**﴾[2].

فإن لفظ "الإِنْسَانَ" مفرد معرف باللام الاستغراقية، فيفيد شموله لأفراد الإنسان جميعاً.

إذا لم تكن (أل) للعهد كانت للاستغراق، سواء أكانت للتعريف أم كانت اسماً موصولاً، فإنها تفيد العموم.

كَقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿**وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ..**﴾[3] وَقَوْلِهِ: ﴿**الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ**﴾[4]. فإنها تشمل الذي سرق والتي سرقت، والتي زنت والذي زنا.

وأما المفرد المعرف بالإضافة كَقَوْلِهِ ﷺ : [هو الطهور ماؤه الحل ميتته][5].

فإنَّه يعم كُلُّ ماءٍ للبحر وكُلُّ ميتةٍ له.

---

(1) وهذا مذهب جمهور الأصوليين وهو أن الاسم المعرف بالألف واللام من ألفاظ العموم.
وذهب إمام الحرمين في البرهان (341/1)؛ وتابعه الغزالي في المنخول (ص144)؛ والمستصفى الغزالي (53/2)، إلى أن الاسم المفرد المحلّى بالألف واللام إن تميز فيه لفظ الواحد عن الجنس بالهاء كالتمرة والتمر فهو للعموم، وإن لم يتميز فلا يعم. وفي المسألة أقوال أخرى. انظر: تفصيل ذلك في كشف الأسرار: لعبد العزيز البخاري (14/2)؛ المحصول: للرازي (602/2/1)؛ تيسير التحرير: لأمير باد شاه (209/1)؛ شرح الكوكب المنير: لابن النجار (133/3)؛ المعتمد في أصول الفقه: لأبي حسين البصري (244/1)؛ الإحكام في أصول الأحكام: للآمدي (197/2)؛ شرح المحلي على جمع الجوامع: لجلال الدين المحلي (412/1)؛ البحر المحيط: للزركشي (97/3)؛ التلويح على التوضيح: لصدر الشريعة (54/1)؛ تلقيح الفهوم: لصلاح الدين العلائي الكيكلدي (ص414)؛ التبصرة: للشيرازي (115/1).

(2) سورة العصر: الآيتان (2، 3).

(3) سورة المائدة: الآية (38).

(4) سورة النور: من الآية (2).

(5) سنن الترمذي: لأبي عيسى الترمذي، كتاب/أبواب الطهارة، باب/ ما جاء في ماء البحر أنه طهور (100/1)، (ج69)، وقال أبو عيسى: أنه حديث حسن صحيح، رواه الخمسة.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

3. **النكرةُ إذا أُضيفت إلى معرفةٍ:**

كما في قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿**وَإِنْ تَعُدُّوا نِعْمَتَ اللَّهِ لا تُحْصُوهَا**﴾[1] أي نعم الله[2].

4. **الأدوات: (من، وما، وأي، وأين، وأيان، ومتى) إذا جاءت في صيغة الشرط:**

كَقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿**وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِناً خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ**﴾[3] وهي للعاقل.

وما كَقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿**وَمَا تَفْعَلُوا مِنْ خَيْرٍ يَعْلَمْهُ اللَّهُ**﴾[4] وهي لغير العاقل[5].

5. **النكرة الواقعة في سياق النَّفْيِ أو النَّهْيِ أو الشرط:**

كـ (لا إله إلا الله).. نفي لكل الآلهة، وإثبات إله واحد وهو الله سبحانه وتعالى وإذا أضيفت من قبل النكرة فإنها تكون نصاً في العموم كَقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿**وَمَا مِنْ إِلَهٍ إِلاّ اللَّهُ**﴾[6].

---

(1) سورة إبراهيم: الآية (34).

(2) وكذا اسم الجمع المعرّف بالإضافة، فإنه يعمّ كما في قوله تعالى: (يوصيكم الله في أولادكم) سورة النساء الآية [11]. وانظر: تفصيل الكلام على عموم اسم الجمع المعرّف باللام وبالإضافة في أصول السرخسي: لأبي بكر السرخسي (151/1)؛ فواتح الرحموت: لنظام الدين الأنصاري (260/1)؛ شرح الكوكب المنير: لابن النجار (130/1)؛ البرهان: للجويني (323/1)؛ الإحكام: للآمدي (197/2)؛ المستصفى: للغزالي (37/2)؛ المعتمد في أصول الفقه: لأبي حسين البصري (207/1)؛ تلقيح الفهوم: للعلائي (ص374)؛ التحقيقات: لابن قاوان (ص235-236)؛ الأنجم الزاهرات: للمارديني (ص138).

(3) سورة النساء: من الآية (92).

(4) سورة البقرة: من الآية (197).

(5) انظر: أصول السرخسي: لأبي بكر السرخسي (157/1)؛ تيسير التحرير: لمحمد أمين المعروف بأمير باد شاه (226/1، 336)؛ المحصول: للرازي (516/2/1-518)؛ البحر المحيط: للزركشي (81/3)؛ شرح الكوكب المنير: لابن النجار (121/3-122)؛ البرهان في أصول الفقه: للجويني (323/1)؛ المنخول: للغزالي (ص140)؛ شرح المحلي على جمع الجوامع: لجلال الدين المحلي (409/1)؛ الإحكام في أصول الأحكام: للآمدي (198/2)؛ المعتمد في أصول الفقه: لأبي حسين البصري (206/1)؛ إرشاد الفحول: للشوكاني (ص118)؛ المسودة في أصول الفقه: لآل تيمية (ص101)؛ التحقيقات: لابن قاوان (ص241)؛ تلقيح الفهوم: لصلاح الدين العلائي (ص351).

(6) سورة آل عمران: الآية (62).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وكذلك إذا سبقها لا النافية للجنس العاملة عمل (إنَّ)، أو مصحوبة بالحرف الجار "من" فإنَّها تكون حينئذ نصاً في العموم، كما تقول: (لا رجل في الدار) نفي لوجود مطلق الرجل[1].

كما في قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَمَا مِنْ دَابَّةٍ فِي الأَرْضِ إِلاّ عَلَى اللَّهِ رِزْقُهَا﴾[2].

وَسَوَاءٌ أكان النَّفْيِ "بِمَا"، أَو "لَنْ"، أَو "لَمْ"، أَو "لَيْسَ"، أو "لا النافية للجنس" فالحكم واحد.

والنَّهْيِ كالنَّفْيِ؛ لأنه نفي ضمني، والنكرة تعم، سَوَاءٌ أنصبَّ عليها النفي أو النهي مباشرةً، أم أنصبَّ على عاملها.

مثال: النَّفي المنصب على النكرة مباشرة، قوله تعالى: ﴿لا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾[3]، جناح نكرة انصب عليها النفي مباشرة، فيفيد العموم، بمعنى: كل أثم مرفوع عنكم.

مثال: النَّفي المنصب على عاملها، قوله تعالى: ﴿لا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْساً إِلاّ وُسْعَهَا﴾[4]، انصب النَّفي على عاملها، وهو الفعل، ومعناه: تقرير عدم تكليف كلِّ نفس بما لا تحتمله طاقتها.

وقوعها في سياق النَّهي كما في قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَلا تَقُولَنَّ لِشَيْءٍ إِنِّي فَاعِلٌ ذَلِكَ غَداً إِلاّ أَنْ يَشَاءَ اللَّهُ﴾[5].

هذا، والنكرة الواقعة في سياق النفي أو النهي ظاهرة في العموم.

---

(1) (**النكرة في سياق النفي تعم**) هو مذهب جمهور الأصوليين وأهل العربية، وذهب بعض النحويين والمتأخرين من الأصوليين إلى أنها لا تعم. انظر: الإحكام في أصول الأحكام: للآمدي (197/2)؛ شرح تنقيح الفصول: للقرافي (ص182)؛ المستصفى: للغزالي (90/2)؛ المعتمد في أصول الفقه: لأبي حسين البصري (206/1)؛ شرح الكوكب المنير: لابن النجار (136/3-137)؛ المسودة في أصول الفقه: لآل تيمية (ص101)؛ التحقيقات: لابن قاوان (ص242)؛ الأنجم الزاهرات: للمارديني (ص142)؛ تلقيح الفهوم في تنقيح صيغ العموم؛ لصلاح الدين العلائي (ص442).

(2) سورة هود: من الآية (6).

(3) سورة البقرة: من الآية (236).

(4) سورة البقرة: من الآية (286).

(5) سورة الكهف: الآية (23، 24).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وكذا وقوعها في سياق الشرط[1]، كَقَولِهِ تَعَالَى: ﴿**إِنْ امْرُؤٌ هَلَكَ**﴾[2]، وكَقَولِهِ تَعَالَى: ﴿**وَإِنْ يَرَوْا آيَةً يُعْرِضُوا وَيَقُولُوا سِحْرٌ مُسْتَمِرٌّ**﴾[3].

ذكره القاضي أبو بكر وإمام الحرمين، وابن القشيري، والغزالي في "المنخول"، ويدل له قوله تعالى أيضاً: ﴿**وَلَوْ أَنَّمَا فِي الأَرْضِ مِنْ شَجَرَةٍ أَقْلامٌ**﴾[4].

والسبب فيه أن الشرط لا اختصاص له، فأشبه النَّفي.

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

1. **إذا كانت النكرة موصوفة بصفةٍ عامة:**

كَقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿**قَوْلٌ مَعْرُوفٌ وَمَغْفِرَةٌ خَيْرٌ مِنْ صَدَقَةٍ يَتْبَعُهَا أَذىً**﴾[5]، فان هذا الوصف "معروف" عام، فتعم النكرة بعموم الوصف.

2. **إذا كان المقام مقام قرينة على العموم:**

كَقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿**عَلِمَتْ نَفْسٌ مَا قَدَّمَتْ وَأَخَّرَتْ**﴾[6]، وقَولِهِ تَعَالَى: ﴿**عَلِمَتْ نَفْسٌ مَا أَحْضَرَتْ**﴾[7]، فلفظ "نفس" عامة بقرينة هي أن الحساب يوم القيام لا يخص نفساً دون أخرى.

وفيما عدا هذه المواضع، تكون النكرة في سياق الإثبات دالة على فرد شائع في جنسه على سبيل البدل لا الاستغراق[8].

---

(1) انظر: البحر المحيط: للزركشي (163/1).

(2) سورة النساء: من الآية (176).

(3) سورة القمر: الآية (2).

(4) سورة لقمان: من الآية (27).

(5) سورة البقرة: من الآية (263).

(6) سورة الانفطار: الآية (5).

(7) سورة التكوير: الآية (14).

(8) انظر: المناهج الأصولية: د. فتحي الدريني (ص406-407).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

6. **وكذا اسم الجمع المعرّف بالإضافة[1]، فإنه يعمّ:**

كَقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿**يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلادِكُمْ**﴾[2].

7. **واسم الجمع المعرف بـــ "ال" التي للاستغراق[3]:**

كَقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿**فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ**﴾[4].

8. **والأسماء المبهمة؛ أسماء الاستفهام كـــ "من":**

كَقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿**مَنْ ذَا الَّذِي يُقْرِضُ اللَّهَ قَرْضاً حَسَناً فَيُضَاعِفَهُ لَهُ**﴾[5].

و "ماذا" في قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿**مَاذَا أَرَادَ اللَّهُ بِهَذَا مَثَلاً**﴾[6].

وَقَالَ ابْنُ السَّمْعَانِيِّ: جَمِيعُ الأَسْمَاءِ الْمُبْهَمَةِ تَقْتَضِي الْعُمُومَ[7].

---

(1) انظر: تفصيل الكلام على عموم اسم الجمع المعرّف باللام وبالإضافة في أصول السرخسي: لأبي بكـــر السرخسي (151/1)؛ فواتح الرحموت: لنظام الدين الأنصاري (260/1)؛ شرح الكوكب المنير: لابن النجار (130/1)؛ البرهان: للجويني (323/1)؛ الإحكام في أصول الأحكام: للآمدي (197/2)؛ المستصفى: للغزالي (37/2)؛ المعتمد في أصول الفقه: لأبي حسين البصري (207/1)؛ الأنجم الزاهرات: للمارديني (ص138)؛ تلقيح الفهوم: لصلاح الدين العلائي الكيكلدي (ص374)؛ التحقيقات: لابن قاوان (ص235-236).

(2) سورة النساء: الآية (11).

(3) المصادر السابقة.

(4) سورة التوبة: من الآية (5).

(5) سورة البقرة: من الآية (245).

(6) سورة البقرة: من الآية (26).

(7) انظر: تفصيل الكلام على ذلك في المحصول: للرازي (517/2/1)؛ شـــرح العـــضد علـــى مختـــصر المنتهى: لابن الحاجب (102/2)؛ شرح الكوكب المنير: لابن النجار (119/3)؛ البرهان في أصـــول الفقـــه: للجويني (322/1، 360)؛ المنخول: للغزالي (ص140)؛ الإحكام في أصول الأحكـــام: للآمـــدي (197/2)؛ المعتمد في أصول الفقه: لأبي حسين البصري (206/1)؛ المسودة: لآل تيمية (ص100)؛ تلقيح الفهوم فـــي تنقيح صيغ العموم: للعلائي (ص320).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

9. و "ما" فيما لا يعقل، نحو ما جاءني منك أخذته[1].

10. الأَسْمَاءُ الْمَوْصُولَةُ: مثل" مَا، مَنْ، أَيٍّ، الَّذِي، الَّتِي "وجموعهما مِنْ " الَّـذِينَ، وَاللاتِـي "وقد بلغ بذلك الْقَرَافِيُّ نيِّفًا وثلاثين صيغَةً، كَقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿**وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكُمْ**﴾[2].

وكَقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿**أَلَمْ تَرَ أَنَّ اللَّهَ يَسْجُدُ لَهُ مَنْ**[3] **فِي السَّمَاوَاتِ وَمَنْ فِي الأَرْضِ**﴾[4].

وكَقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿**وَالَّذِينَ يُؤْمِنُونَ بِمَا أُنْزِلَ إِلَيْكَ وَمَا أُنْزِلَ مِنْ قَبْلِكَ**﴾[5] وقَوْلِـهِ: ﴿**إِنَّ الَّذِينَ سَبَقَتْ لَهُمْ مِنَّا الْحُسْنَى**﴾[6]. ولا شكَّ أَنَّ العموم في ذلك كله مستفَادٌ من الصِّيغَة.

وتستخدم في العاقل وغيره على السواء، كما أنَّها تفيد العمـوم، سـواء أكانـت مفـردةً أو مثناةً أو جمعاً، ومثلها "التي"، "اللتين" و "اللائي".

أما بقية ألفاظ العموم التي ذكرها العلائي لا نرى فائدة من ذكرها هنا لقلـة اسـتخدامها، ولعدم وجود أمثلة عليها.

ثانياً: أنواعُ العَامِّ:

ثبت بالاستقراء أن الصيغ والألفاظ العامة الموضوعة للعموم، لـيس علـى درجـة واحدة؛ فما إن دلت القرائن على العموم بقى على عمومه، وما دلت القـرائن لحملـه علـى الخصوص خصص:

---

(1) انظر: في أصول السرخسي: لأبي بكر السرخسي (156/1)؛ شرح تنقيح الفصول: للقرافي (ص199)؛ البرهان أصول الفقه: للجويني (322/1)؛ والتلخيص: للجـويني (15/2)؛ المستـصفى: للغزالـي (36/2)؛ الإحكام في أصول الأحكام: للآمدي (198/2)؛ المسودة في أصول الفقـه: لآل تيميـة (ص101)؛ الأنجـم الزاهرات: للماردِيني (ص140)؛ التحقيقات: لابن قاوان (ص239)؛ تلقيح الفهوم في تنقيح صـيغ العمـوم: لصلاح الدين العلائي الكيكلدي (ص326)؛ شرح العبادي: لأحمد العبادي (ص102)؛ حاشـية الـدمياطي: للدمياطي (ص11).

(2) سورة النساء: من الآية (24).

(3) لفظ "من" من صيغ العموم، وضع للعاقل المبهم، ويشمل المفرد، والمثنى، والجمع، والمذكر، والمؤنث.

(4) سورة الحج: من الآية (18).

(5) سورة البقرة: من الآية (4).

(6) سورة الأنبياء: من الآية (101).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الأول: عَامٌّ يراد به العموم قطعاً:

وهو الذي اصطحب بقرينة تنفي احتمال تخصيصه، فبقي على عمومه ولم يدخله التخصيص، يقول الشافعي[1] _رحمه الله_: "هذا عَامٌّ لا خاص فيه".

كما في قول الله تعالى: ﴿**وَمَا مِنْ دَابَّةٍ فِي الأَرْضِ إِلاّ عَلَى اللَّهِ رِزْقُهَا**﴾[2].

ففي الآية تقرير سُنَّة إلهية عامة لا تتبدل ولا تتخصص.

وقوله عز وجل:﴿**وَهُوَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ**﴾[3].

وقوله تعالى: ﴿**لِلَّهِ مَا فِي السَّمَاوَاتِ وَمَا فِي الأَرْضِ**﴾[4] فكل ذلك مما علم قطعاً عمومه.

الثاني: عَامٌّ يراد به الخصوص قطعاً:

وهو الذي اصطحب بقرينة تدل على أنه يراد منه بعض الأفراد مثل قوله تعالى: ﴿**وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلاً**﴾[5].

فلفظ النَّاس عام، ولكن يراد به خصوص المكلفين؛ لأن الشرع والعقل دل على إخراج الصبيان والمجانين من هذا الحكم.

ومما دلت قرائن القطعية على عدم العموم فيه قول الله تعالى: ﴿**الَّذِينَ قَالَ لَهُمُ النَّاسُ إِنَّ النَّاسَ قَدْ جَمَعُوا لَكُمْ فَاخْشَوْهُمْ فَزَادَهُمْ إِيمَاناً وَقَالُوا حَسْبُنَا اللَّهُ وَنِعْمَ الْوَكِيلُ**﴾[6].

قال الشافعي رحمه الله: "باب بيان ما نزل من الكتاب عام الظاهر يراد به كله الخاص"، وذكر الآية السابقة، ثم قال:" فإذا كان مَن مع رسول الله ناساً غير من جَمَع لهم النَّاسُ، وكان المخبرون لهم ناساً غير من جَمَع لهم وغير من معه ممن جُمع عليه معه، وكان

---

(1) الرسالة: للإمام محمد بن إدريس الشافعي (ص53).

(2) سورة هود: من الآية (6).

(3) سورة البقرة: من الآية (29).

(4) سورة البقرة: من الآية (284).

(5) سورة آل عمران: من الآية (97).

(6) سورة آل عمران: (173).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الجامعون لهم نَّاساً - فإن الدلالة بيّنة مما وصفت من أنه إنما جَمَع لهم بعضُ النَّاس دون بعض، والعلم يحيط أنه لم يَجمَع لهم النَّاسُ كُلُّهم، ولم يخبرهم النَّاسُ كُلُّهم، ولم يكونوا هم النَّاسَ كُلَّهم ... وإنما هم جماعة غير كثير من النَّاسِ الجامعين منهم غير المجموع لهم، والمخبرون للمجموع لهم غير الطائفتين، والأكثر من النَّاسِ في بلدانهم غير الجامعين ولا المجموع لهم ولا المخبرين"[1].

فهذا مما علم بقرائن أن المراد به غير العموم، والقرينة قد تكون السياق نفسه، أو سبب النزول وقرائن الأحوال.

الثالث: العَامُّ المخصوص:

وهو العام الذي اقترن به الدليل المخصّص بالفعل نصاً أو عقلاً، فالدليل المخصص قد يكون نصاً قرآنياً مقترناً بالنص العام، أو قد يكون سنّةً مخصصة، أو مصلحةً مرسلة، أو عرفاً أو غير ذلك[2].

وقد مثّل له الإمامُ الشافعيُ بقوله تعالى: ﴿**يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوباً وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ**﴾[3].

وقال:" بأن العموم في الآية أن كل نفس مخلوقة من ذكر وأنثى وكلها شعوب وقبائل، والخصوص فيها في قوله تعالى: ﴿**إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ**﴾ من جهة أنَّ التقوى لا يوصف بها إلا من يعقل من أهلها البالغين من بني أدم.

ثم يمثّل لهذا النوع بآيات التكليف كقوله تعالى: ﴿**كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ**﴾[4].

---

(1) الرسالة: للإمام الشافعي (ص58-59)، وبيّن- رحمه الله- أن الذي سوغ استعمال (الناس) في ذلك أنه يطلق على الجمع من ثلاثة إلى جميع الناس وما بين ذلك.

(2) انظر أصول الشاشي: لأبي علي الشاشي (ص26)؛ وأصول الجصاص: لأحمد الرازي الجصاص (ص155-156)؛ وأصول السرخسي: لأبي بكر السرخسي (144/1)؛ وأصول الفقه: لمحمد أبو زهرة (ص163).

(3) سورة الحجرات: من الآية (13).

(4) سورة البقرة: من الآية (183).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وقوله تعالى: ﴿إِنَّ الصَّلاةَ كَانَتْ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ كِتَاباً مَوْقُوتاً﴾[1]، وبين أن هذه الآيات مخصوصة بالبالغين دون من يبلغ وممن بلغ ممن غلب على عقله ودون الحيض في أيام حيضهن[2].

ومن ذلك قوله تعالى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ وَلا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ﴾[3] فإنها خاصة بالأحرار. خصصها قوله تعالى في الإماء: ﴿فَإِذَا أُحْصِنَّ فَإِنْ أَتَيْنَ بِفَاحِشَةٍ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ﴾[4].

ومن ذلك قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلاثَةَ قُرُوءٍ﴾[5]، فإنها خاصة بالمدخول بهن بقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا﴾[6].

ومثال السُنَّة المخصصة للنص القرآني العام قوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ...﴾[7]، ألفاظ عامة خصصت بدليل من السُنَّة[8].

---

(1) سورة النساء: من الآية (103).

(2) الرسالة: للإمام الشافعي (ص57).

(3) سورة النور: من الآية (2).

(4) سورة النساء: من الآية (25).

(5) سورة البقرة: من الآية (228).

(6) سورة الأحزاب: من الآية (49).

(7) سورة النساء: من الآية (11).

(8) أي سواء كانت السنة متواترة أو آحاداً، أما المتواتر فبالإجماع، وأما الآحاد فقال مالك والشافعي وأحمد وجمهور أصحابهم بذلك ونسب هذا القول أيضاً إلى أبي حنيفة وإن كان الحنفية على خلاف ذلك وفي المسألة أقوال أخرى. انظر تفصيل ذلك: المحصول: لفخر الدين الرازي (131/3/1)؛ كشف الأسرار: لعبد العزيز البخاري (294/1)؛ أصول السرخسي: لأبي بكر السرخسي (133/1)؛ شرح الكوكب المنير: لابن النجار (362/3)؛ شرح تنقيح الفصول: للقرافي (ص208)؛ شرح العضد على مختصر المنتهى: لابن الحاجب (149/2)؛ المعتمد في أصول الفقه: لأبي حسين البصري (275/1)؛ البرهان في أصول الفقه: للجويني (426/1)؛ الإحكام: للآمدي (322/2)؛ المستصفى: للغزالي (114/2)؛ شرح المحلي على جمع الجوامع: لجلال الدين المحلي (27/2)؛ إرشاد الفحول: للشوكاني (ص57)؛ شرح العبادي: لأحمد العبادي: (ص115).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

بقوله ﷺ : "لا يرث القاتل"[1] وخصص بقوله ﷺ : "لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم"[2].

ومن ذلك قوله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكُمْ﴾[3]. وقال رسول الله ﷺ : "لا تُنكح المرأةُ على عمّتها، ولا على خالتها"[4].

فالآية الكريمة بعمومها تفيد حِلَّ النكاح من غيرِ المحرمات المذكورات في الآيةِ السابقة، وظاهر أنها تشمل بهذا العموم نكاح المرأة على عمّتها أو خالتها، ولكن الحديث الشريف نهى عن ذلك، وعليه فيكون الحديث مخصصاً لعموم الآية[5].

فالسُنّةُ _كما نرى_ جاءت مخصّصة للنصّ القرآني العام؛ ولتبين أن هذا العام مخصوص، وليس مراداً على عمومه، بل هو مقصورٌ حكمُه على بعض ما يتناوله من أفراده، منذ بدء تشريعه.

وإذا كان المخصص غير مقترن في الزمان مع العام عُدَّ ناسخاً، ولا يُعَدُّ مخصصاً.

فالفرق بين النسخ والتخصيص: أنَّ النسخ إخراج لبعض أفراد العامِّ من حكمه بعد أن دخلوا، أما التخصيص فهو بيان أن بعض أفراد العامِّ لم تدخل في الحكم ابتداءً، وأنَّ إطلاق العام كان على بعض إفراده.

وأنَّ العامَّ المخصوص منذ بدء تشريعه، مقصورٌ حُكمُه على بعضِ أفرادِه، وأنَّ الأفراد الأخرى التي قام الدليل على تخصيصها، لم تدخل في حكمِ العامِّ ابتداءً.

والحنفيَّةُ يقولون: إنَّ المخصص العام هو اللفظ المستقل المقترن به في الزمنِ الذي

---

(1) رواه الترمذي: كتاب/ الفرائض، باب/ ما جاء في إبطال ميراث القاتل (288/3)، (ح2109)، قال أبو عيسى: هذا حديث لا يصح إلا من هذا الوجه.

(2) صحيح البخاري: كتاب/ الفرائض، باب/ لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم وإذا أسلم قبل أن يقسم الميراث فلا ميراث له (2484/6)، (ح6383)؛ صحيح مسلم: كتاب/ الفرائض، باب: ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فلأولى رجل ذكر (1233/3)، (ح1614).

(3) سورة النساء: من الآية (24).

(4) صحيح مسلم: كتاب/ النكاح، باب/ تحريم الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها في النكاح (1408/2)، (ح1028).

(5) انظر: دراسات أصولية في السنة النبوية: د.محمد إبراهيم الحفناوي (ص49).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

يكون في قوةِ العامِّ من حيثُ القطعية والظنية.

الفرقُ بين العَامِّ المخصوص و العَامِّ الذي أُريد به الخصوص:

قال ابن دقيق العيد في شرح العنوان: "يجب أن يتنبه للفرق بين قولنا هذا عام أريد به الخصوص وبين قولنا هذا عام مخصوص فإنَّ الثَّاني أعم من الأول، ألا ترى أنَّ المتكلم إذا أرادَ باللفظِ أولاً ما دل عليه ظاهرُ العموم ثم اخرج بعد ذلك بعض ما دل عليه اللفظ كان عاماً مخصوصاً ولم يكن عاماً أريد به الخصوص"[1].

وقال الزركشي[2]: وفرَّق بعضُ الحنابلة بينهما بأمرين:

الأول: إنَّ المتكلمَ إذا أَطلقَ اللفظَ العام فإن أراد به بعضاً معيناً فهو العام الذي أريدَ به الخصوص، وإن أرادَ سلبَ الحكم عن بعض منه فهو العام المخصوص. مثاله: (قام الناس) فإذا أردت إثبات القيام لزيد مثلاً لا غير، فهو عام أريد به الخصوص، وإن أردت به سلب القيام عن زيد فهو عام مخصوص.

والثاني: إن العام الذي أريد به الخصوص إنما يحتاج إلى دليل معنوي يمنع إرادة الجميع فيتعين له البعض، والعام المخصوص يحتاج إلى تخصيص اللفظ غالباً كالشرط والاستثناء والغاية[3].

وقد فرَّق بعضُ المتأخرين من الأصوليّن بينهما _كما قال الزركشي_ من أبرزها:

1. أَنَّ العام الذي أريد به الخصوص ما كان المراد باللفظ أقل، وما ليس بمراد باللفظ هو الأكثر، أي تقصر دلالة العام نفسها على الخاص، والعام المخصوص المراد به هو الأكثر وما ليس بمراد هو الأقل[4].
2. أَنَّ التخصيص في العام الذي أريد به الخصوص متقدم على اللفظ، وفيما أريد به العموم وهو العام المخصوص متأخر عن اللفظ أو مقترن به.
3. وشرط الإرادة في العام الذي أريد به الخصوص أن تكون مقارنة لأول اللفظ، وأما العام المخصوص فلا يشترط مقارنتها لأول اللفظ، ولا تأخرها عنه بل يكفي كونها في أثنائه، كالمشيئة في الطلاق.

---

(1) شرح العنوان: لابن دقيق العيد (ص23).

(2) انظر: البحر المحيط: للزركشي (336/4).

(3) إرشاد الفحول: للشوكاني (241/1).

(4) نشر البنود: لابن عابدين (236/2)؛ حاشية العطار على شرح المحلى: لحسن العطار (32/2).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

4. أَنَّ العام الذي أريد به الخصوص هو ما كان مصحوباً بالقرينة عند التكلم به على إرادة المتكلم به بعض ما يتناوله بعمومه، وهذا لا شك في كونه مجازاً لا حقيقة، لأنه استعمال اللفظ في بعض ما وضع له سواء كان المراد منه أكثره أو أقله، وأما العام المخصوص فهو الذي لا تقوم قرينة عند تكلم المتكلم به على أَنَّه أراد بعض أفراده، فيبقى متناولاً لأفراده على العموم، وهو عند هذا التناول حقيقة[1].

الرابع: العَامّ المُطلق: أو العام الذي يحتمل التخصيص في ذاته:

وهو الذي لم تصحبه قرينة تنفي احتمال تخصصه ولا قرينة تنفي دلالته على العموم: مثل أكثر النصوص التي وردت فيها صيغ العموم مطلقة من القرائن اللفظية أو الفعلية أو العرفية، وهذا ظاهر في العموم، حتى يقوم الدليل على التخصيص مثل قوله تعالى: ﴿**وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلاثَةَ قُرُوءٍ**﴾[2] فهو عام مطلق عن القرائن المخصصة والنافية للتخصيص مع احتماله للتخصيص في ذاته.

والعام المُطلق المحتمل للتخصيص في ذاته هو محل النزاع بين الأصوليين في مدى قوة دلالة العام من حيث القطعية والظنية[3].

الفرقُ بين العَامِّ المطلق والعَامِّ الذي أُريدَ به الخصوص:

العام الذي أريد به الخصوص هو العام الذي صاحبته عند النطق به قرينة دالة على أن المراد به الخصوص لا العموم مثل قوله تعالى: ﴿**تُدَمِّرُ كُلَّ شَيْءٍ بِأَمْرِ رَبِّهَا**﴾[4]، فالمراد كل شيء يقبل التدمير.

وأما المطلق العام هو الذي لم تصاحبه قرينة دالة على أَنَّ المراد به بعض الأفراد، وهذا ظاهر في دلالته على العموم حتى يقوم دليل على التخصيص.

---

(1) انظر: دراسات أصولية في السنة النبوية: د. محمد إبراهيم الحفناوي (ص49).

(2) سورة البقرة: من الآية (228).

(3) انظر: البحر المحيط: للزركشي (415/3)؛ فواتح الرحموت: لنظام الدين الأنصاري (363/3).

(4) سورة الأحقاف: من الآية (25).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

فائدتان: الأولى: العموم من صفات الألفاظ والفعل لا عموم له:

العموم من صفات النطق.ولا يجوز دعوى العموم في غيره من الفعل وما يجري مجراه[1]، أي أنَّ الأفعال لا يصح فيها دعوى العموم؛ لأنَّها تقع على صفة واحدة وكذا لا عموم لما أجري مجرى الفعل كما في جمعه ﷺ بين الصلاتين في السفر فيما رواه البخاري[2]، فإنَّه لا يعم السفر الطويل والقصير، فإنَّه إنَّما يقع في واحد منهما، فلا يستدل بهذا الفعل أن هذا يعم السفر القصير والطويل، أو يعم سفر الطاعة وسفر المعصية، أو يعم السفر الذي قصد به النسك والسفر الذي لم يقصد به النسك، وذلك لأنَّه فعل، والفعل لا يدل على العموم، لأنَّه إنَّما فَعَل واحدة من تلك الحالات[3].

وكذلك قضاؤه عليه الصلاة والسلام، فإنَّه لا يؤخذ من قضائه عليه الصلاة والسلام في واقعة، أنَّ هذه تشمل كل الوقائع؛ لأنَّه قضى في حالة خاصة، فلا يدعى العموم في أنواع أقضيته عليه الصلاة والسلام، مثل قضائه ﷺ بالشفعة للجار، فإنَّه لا يعم كل جار، لاحتمال خصوصية في ذلك الجار الشريك[4]. أي أنَّ العموم لا يكون إلا في اللفظ فيستغرق الجنس بلفظه كالألفاظ التي ذكرت سابقاً.

الثانية: أحكام العام:

1. يجب العمل باللفظ العام على عمومه، ولا يجوز تخصيصه إلا إذا جاء ما يخصصه.
2. إذا ورد اللفظ العام على سبب خاص فإن العبرة تكون بعموم اللفظ لا بخصوص السبب، كما جاء في حكم السرقة بعد أن سرقت المخزومية، وحكم اللعان بعد أن اتهم عويمر العجلاني، وهلال بن أمية زوجتيهما، وحكم الزواج من الزانية بعد أن سأل مرثد بن أبي مرثد

---

(1) انظر: شرح العضد على مختصر المنتهى: لابن الحاجب (118/2)؛ التلخيص: لإمام الحرمين (7/2-8)؛ المستصفى: للإمام الغزالي (32/2)؛ المعتمد: للبصري (20/1،5)؛ اللمع: للشيرازي (ص92)؛ التحقيقات: لابن قاوان (ص249)؛ الأنجم الزاهرات: للمارديني (ص142).

(2) روى البخاري أحاديث الجمع في عدة مواضع من صحيحه، كتاب/ الصلاة، باب/ الجمع في السفر (373/1)، (ح1055، 1056).

(3) انظر: اللمع: للشيرازي (ص92-93)؛ الأنجم الزاهرات: للمارديني (ص142-143).

(4) انظر: حاشية ابن عابدين (217/6)؛ الإنصاف: للمرداوي (255/6)؛ أعلام الموقعين: لابن القيم (149/2)؛ المغني: لابن قدامة (230/5).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الغنوى رسول الله عن زواجه من (عناق) وهي بغي بمكة، والعبرة في كل ذلك بألفاظ العموم لا بخصوص الأسباب التي نزلت فيها الأحكام.

ويدل على هذا الأصل ما يلي:

1. أن الوضع اللغوي للعموم يقتضي إعماله، والإعمال أولى من الإهمال.
2. أن قضاء الرسول ﷺ وأمره ونهيه لواحد من المسلمين هو لكل المسلمين ما لم يدل دليل على هذه الخصوصية كقوله ﷺ لأبي بردة لما استشاره بالجذعة من الضأن [اذبحها ولن تجزي عن أحد بعدك][1].
3. أن ألفاظ العموم لو اقتصرت على السبب الخاص الذي نزل فيه لتعطلت عامة أحكام الشريعة فإن غالبها نزل لأسباب خاصة.

(1) صحيح البخاري: كتاب/ الأضاحي، باب/ سنة الأضحية (2109/5)، (ح5225).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الثالث

دلالة العام بين القطعية والظنية

يراد بهذه المسألة: هل دلالة العام غير المخصوص على الأفراد الداخلة فيه ظنية أو قطعية؟

فمعنى قطعية العام هي: التيقن أن اللفظ العام مجردا شاملٌ لجميع ما يصلح له، أم أن شموله لذلك على سبيل الظهور والرجحان دون اليقين والقطع.

مثال العام قوله تعالى: ﴿**وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا**﴾[1] فإنَّ حَدَّ القطع شامل لكل سارق استناداً إلى حجية العموم عند جميع القائلين بحجيته، والخلاف في القطعية بعد ذلك معناه:

هل يقطع بدخول كل سارق في هذا الحدّ استناداً إلى مجرد لفظ (والسارق) مع فرض خلوِّه من جميع القرائن المبينة، أم أن ذلك معمول به مع احتمال التخصيص بالنسبة لأي فرد من أفراد السارقين.

اختلف العلماء في ذلك على قولين:

القول الأول: <u>أن دلالة العام على أفراده قطعية</u>: أي العلم القطعي بشموله كلَّ فرد من أفراده. وهذا مذهب جمهور الحنفيَّة[2]، ومن تبعهم[3].

---

(1) سورة المائدة: من الآية (38).

(2) انظر: أصول الشاشي: لأبي علي الشاشي (ص20)؛ وأصول الجصاص: لأحمد الرازي الجصاص (ص59، 102-103، 155) وأصول السرخسي: لأبي بكر السرخسي (132/1)؛ وكشف الأسرار مع أصول البزدوي: لعبد العزيز البخاري (291/1)؛ والتحرير مع التقرير والتحبير: لابن الهمام (238/1)؛ ومسلم الثبوت مع فواتح الرحموت: للأنصاري (265/1).

(3) ونقل ذلك عن الإمام الشافعي، وحمله الزركشي على أن الناقل ربما استند إلى أن الإمام الشافعي قد يسمي الظواهر نصوصاً؛ فيقول في العام: أنه (نص)، ولا يكون ذلك بمعنى أنه قطعي، لأن اصطلاح الشافعي في (النص) أعم من القطع. انظر: نهاية السول: للآسنوي (342/2-343)؛ والبحر المحيط: للزركشي (27/3-28).==

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أدلة هذا القول:

الدليل الأول: أنَّ اللفظ العام غير المخصوص لا يمتنع أحد من المسلمين من إطلاق حكمه على جميع أفراده[1].

== ونقل إمام الحرمين أَنَّ مذهب الشافعي قطعية العموم حيث كان نفي قرينة الخصوص قطعياً، وذلك واضح؛ فَإنَّ عدم القطعية سببه احتمال الخصوص، فإذا قطعنا بنفي ما يخصص العام كانت دلالته على أفراده قطعية. انظر: البرهان للجويني (222/11).

قال الجصاص: "وعموم القرآن يوجب العلم بجميع ما تحته". انظر: الفصول: للجصاص (59/1، 162، 163).

وقال السرخسي: "المذهب عندنا أَنَّ العام موجب للحكم فيما تناوله قطعاً". انظر: أصول السرخسي: لأبي بكر السرخسي (132/1).

وقال الخبازي: "العام...عندنا يوجب الحكم فيما يتناوله يقيناً". انظر: المغني: لموفق الدين بن أحمد بن قدامة (ص99).

وقال النسفي عن العام: "حكمه قبل الخصوص: اعلم أنه يوجب الحكم فيما يتناوله قطعاً". كشف الأسرار: للنسفي (161/1، 115/2).

وقال البخاري: "العام الخالي من قرينة الخصوص يوجب العلم والعمل قطعاً عندنا". انظر: كشف الأسرار: للبخاري (128/1، 587/1). واختار هذا القول: السجستاني في الغنية (ص66)؛ وصدر الشريعة في التوضيح (22/1).

وليعلم بأَنَّ القول بإفادة العموم للقطع ليس مذهب جميع الحنفيَّة بل إنَّ علماء سمرقند من الحنفيَّة يرون أنَّ العموم لا يفيد إلا الظن، فهم لا يرون دلالته على القطع. انظر: ميزان الأصول: لعلاء الدين السمرقندي (ص279)؛ كشف الأسرار للنسفي (164/1)؛ شرح المغني: للقاءاني (448/2).

وقال الشاطبي: "ولقد أدى إشكال هذا الموضوع إلى شناعة أخرى، وهي أن عمومات القرآن ليس فيها ما هو معتد به في حقيقته من العموم –وإن قيل بأنه حجة بعد التخصيص- وفيه ما يقتضي إبطال الكليات القرآنية، وإسقاط الاستلال به جملة؛ إلاّ بجهة من التساهل وتحسين الظن، لا على تحقيق النظر والقطع بالحكم، وفي هذا -إذا تؤمل- توهين الأدلة الشرعية وتضعيف الاستناد إليها... وجميع ذلك مخالف لكلام العرب ومخالف لما كان عليه السلف الصالح من القطع بعموماته التي فهموها تحقيقا بحسب قصد العرب في اللسان، وبحسب قصد الشارع في موارد الأحكام. انظر: الموافقات: للشاطبي (290/3)؛ وقد يفهم هذا القول مما ينسب للشافعي أنه قال عن العام: أنه نص. انظر: المحصول: للرازي (ص348)؛ قواطع الأدلة في الأصول: للسمعاني (475/2)؛ وفي الرسالة: للشافعي (ص341)، وصف العام من السنة بأنه ظاهر، ويحتمل أنه لم يرد به المعنى الاصطلاحي المتعارف عليه. وقد نسب الجو يني هذا القول له صراحة في البرهان: للجويني (321/1).

(1) انظر: أصول السرخسي: لأبي بكر السرخسي (137/1)؛ والتحرير لابن الهمام مع التقرير والتحبير: لابن أمير الحاج (239/1).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الدليل الثاني: أنَّ إرادة المتكلم بكلامه ما هو موضوع له حقيقة أمر معلوم وهو الأصل، وأرادته به لا يعارض المعلوم؛ لأنَّه موهوم لعدم الدليل عليه، ومراده غيب على غيره، فلو لم يدل عليه لكان في طلب معرفته حرج ومشقة، وذلك مرفوع عن المسلمين[1].

واعترض بأنَّ الاحتمال هو في إرادة المتكلم كل ما يتناوله لفظه وضعاً، ودليله كثرة التخصيص.

الدليل الثالث: أنَّ صيغة العموم موضوعة للاستغراق، فكانت الصيغة حقيقة فيه، وحقيقة الشيء ثابتة بثبوته قطعاً[2].

الدليل الرابع: لو لم يكن قطعياً لجاز أرادة بعض ما يتناوله اللفظ في العرف بلا دليل صارف، وذلك يؤدي إلى ارتفاع الأمان عن الألفاظ الشرعية، وفي تجويز أرادة الخصوص بالعام نسبة اللبس والإيهام للغة والشرع. ويلزم منه التلبيس، والتجهيل، والتكليف بالمحال[3].

واعترض على هذا بما يلي:

أولاً: أنَّ الأمان لن يرتفع بذلك، لأنَّ العمل لازم حتى على القول بعدم القطعية، فإنَّ الحجية مسلمة لرجحان إرادة العموم وظهورها، فالحجية ثابتة وكذا وجوب العمل، وإنما المنفي هو أن تكون إرادة الكل مقطوعاً بها.

ثانياً: أنَّ الجهل يتأتى على ما سبق في حق من قطع بإرادة الكل؛ لا في حق من لا يقطع بذلك؛ لأن المطلوب على القول بنفي القطعية اعتقاد رجحان العموم مع الاحتمال، فإن قطع قاطع مع ذلك، ثم انكشف الأمر عن عدم إرادة الكل، كان هو المُجهِّل نفسه بنفسه، والملبس عليها[4].

---

(1) الغنية في الأصول: للسجستاني (ص66)؛ أصول السرخسي: لأبي بكر السرخسي (137/1)؛ المغني: لموفق الدين بن قدامة (ص99).

(2) المراجع السابقة.

(3) شرح المنار: لابن ملك (ص288)؛ التحرير لكمال بن الهمام مع التقرير والتحبير: لابن أمير الحاج (239/1)؛ ومسلم الثبوت وشرحه: للأنصاري (266/1)، وذكر أن المقصود برفع الأمان المترتب على القول بعدم القطعية أنه يجوز إرادة بعض ما يتناوله العام عرفاً دون صارف، ولكن على القول بالقطعية تكون إرادة الكل هو الظاهر حتى يأتي صارف.

(4) انظر: المستصفى: للإمام الغزالي (155/2-156).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

القول الثاني: أنَّ دلالة العام على أفراده ظنيّة: بمعنى أنَّ دلالة العام على كل فرد من أفراده غير قطعية، فكل عام يحتمل أن يكون المراد به بعض أفراده دون بعض، ما لم يدل دليل خاص على كل الأفراد أو بعضها.

وهذا مذهب الجمهور، وبعض الحنفيَّة[1].

---

(1) انظر: مذهب الجمهور في العدة: لأبي يعلي الفراء (555/2-558، 568)؛ وإحكام الفصول: للباجي (ص155، 264)، جعل العام من قسم (المحتمل) المقابل للنص، (ص178-189، 230)؛ وشرح اللمع: للشيرازي (354/1)؛ ومختصر ابن الحاجب مع شرح العضد على مختصر المنتهى: لابن الحاجب (148/2)؛ وشرح الفصول: للقرافي (ص209)؛ والبحر المحيط: للزركشي (28/3)؛ والبرهان: للجويني (222/1)؛ والمستصفى: للإمام الغزالي (116/2)؛ والوصول: لابن برهان (261/1)؛ والإحكام: للآمدي (528/2، 532-533).

ونسبه العلائي إلى الجمهور، تلقيح الفهوم في تنقيح صيغ العموم: للعلائي (ص181)؛ وكذا الكمال بن الهمام: التحرير مع التقرير والتحبير (238/1)؛ وفي مسلم الثبوت: لابن عبد الشكور (266/1)، نسبه ابن عبد الشكور إلى الأكثر.

وانظر: مذهب بعض الحنفية في أصول السرخسي: لأبي بكر السرخسي (132/1)؛ وكشف الأسرار: لعبد العزيز البخاري (291/1) ومسلم الثبوت مع فواتح الرحموت للأنصاري 265/1، وانظر ميزان الأصول لعلاء الدين السمرقندي ص277-280 فقد أيد مذهب الجمهور هذا وذكر أنه مذهب مشايخه من سمرقند.

ووردت أقوال العلماء الدالة على أن دلالة العام على أفراده ظنية حيث قال أبو الحسن البصري:" لو كان العموم مقطوعاً به... لم يخصه بخبر الواحد؛ وكان العلم لا يرتفع بالظن". انظر: المعتمد في أصول الفقه: لأبي حسين البصري (156/2).

وقال أبو يعلى: "كل عموم ظاهر؛ وليس كل ظاهر عموما؛ لأن العموم يحتمل البعض إلا أن الكل أظهر". العدة: لأبي يغلي لبفراء (141/1)، (555/2). وقال الشيرازي: "عموم القرآن مقطوع بمورده وليس بمقطوع بظننا؛ لأنه يحتمل أن يتناول ما ورد فيه خاص السُنَّة... إن أراد بقوله: عموم القرآن مقطوع به في ما يتناوله فليس كذلك بالإجماع"، وقال عن العموم: "إنما هو مقطوع به في وروده؛ فأما ما يتناوله فهو غير مقطوع به، بل هو مظنون فيه". انظر: شرح اللمع: للشيرازي (254/1، 389)؛ وانظر: التبصرة للشيرازي (ص135، 152)؛ وقال الجويني: "اللفظ العام يغلب على الظن حمله على مقتضى شموله". البرهان في أصول الفقه: للجويني (1، 195/2).

وقال الغزالي: "العموم يفيد ظن الاستغراق عند القائلين به". المستصفى: الغزالي (116/2)، (132/3)؛ والمنخول: للغزالي (ص139).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أدلة هذا القول:

الدليل الأول: أنَّ العام يحتمل تخصيص أي فرد من الأفراد الداخلة فيه أو ورود المخصص له، بدليل أن العام قد يراد به الخصوص، وإذا كان كذلك فدلالته غير قطعية[1].

واعترض على هذا: بأن مجرد الاحتمال لا ينفي القطعية بدليل أن الخاص يحتمل المجاز، ومع ذلك فهو قطعي[2].

الدليل الثاني: أنَّ العام يصح تأكيده كما في قوله تعالى: ﴿**فَسَجَدَ الْمَلَائِكَةُ كُلُّهُمْ أَجْمَعُونَ**﴾[3]، ولو كان قطعياً لما صح تأكيده[4].

واعترض على هذا: بأن القطعيات قد تؤكد كما في قوله تعالى: ﴿**تِلْكَ عَشَرَةٌ كَامِلَةٌ**﴾[5]، فأكد العدد وهو قطعي الدلالة بقوله كاملة.

وأجاب المانعون للقطعية عن هذا الاعتراض بتأويل التأكيد إلى غير العدد، كالثواب[6].

الدليل الثالث: أنَّ العام يجوز تخصيصه بما هو ظني كالقياس وخبر الواحد ودليل العقل، ولو كان العموم كالنص على كل فرد لم يُجِزْ تخصيصه بما ذكر؛ لعدم جواز أخراج ما تيقن دخوله في الحكم بما لا يفيد اليقين بخروجه منه[7].

---

(1) انظر: إحكام الفصول: للباجي (ص155)؛ التبصرة: للشيرازي (ص135)؛ التمهيد: للآسنوي (124/2)؛ روضة الناظر: لابن قدامة (737/2).

(2) أصول السرخسي: للسرخسي (139/1)؛ التلويح على التوضيح: لصدر الشريعة (39/1)؛ المغني: لابن قدامة (ص9).

(3) سورة الحجر: الآية (30).

(4) تلقيح الفهوم في تنقيح صيغ العموم: لصلاح الدين العلائي الكيكلدي (ص183).

(5) سورة البقرة: من الآية (196).

(6) انظر: تلقيح الفهوم بتنقيح صيغ العموم: للعلائي (ص183-184)؛ وتخريج الفروع على الأصول: للزنجاني (ص326-327).

(7) ميزان الأصول: لعلاء الدين السمرقندي (ص360)؛ وانظر: الاستدلال على عدم القطعية بجواز التخصيص مطلقاً في الوصول إلى الأصول: لابن برهان (94/1-95)؛ والمستصفى: للإمام الغزالي (126/2).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

واعترض على هذا بأشياء:

أولاً: أنَّ الخاص يصرف عن حقيقته بدليل ظني ومع ذلك فهو قطعي؛ فكذلك العام.

ثانياً: أنَّ أكثر الحنفيَّة يقولون بعدم جواز تخصيص العام بدليل ظني، ما لم يخصص من قبل بدليل موجب للتخصيص؛ فيكون القياس وخبر الواحد حينئذ مرجحين لإدخال الفرد المخصوص بهما في جملة دليل الخصوص الموجب[1].

الدليل الرابع: استدل القائل بعدم القطعية بأنَّ التخصيص بالمتراخي لا يكون نسخاً، ولو كان العام قطعياً في تناوله جميع أفراده نصاً لكان إخراج بعضها منه بعد قطعية التناول - نسخاً[2].

وأُجيب عن هذا بالتزام كون إخراج فرد من أفراد العام منه على نحو ما ذُكر - نسخاً غير تخصيص؛ لأنَّ التخصيص عندهم إنما يكون بمقارنٍ مستقلٍ مساوٍ للمخصوص في دلالته[3].

الدليل الخامس: أنَّ عموم القرآن لو كان مقطوعاً به في كل ما يتناوله لوجب إذا روي خبر واحد في معارضته أن يقطع بكذب راويه كما في مخالفة الإجماع، ولما لم يقطع بكذبه دل على أنَّ تناول العموم لما يتناوله غير مقطوع به بل هو ظني[4].

وقد يجاب بأنَّ خبر الواحد المخالف للإجماع لا يقطع بكذب راويه، وإنما يقال هذا منسوخ بدليل اطلع عليه أهل الإجماع.

أساس الخلاف في قطعية العموم:

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

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

---

(1) انظر: أصول السرخسي: لأبي بكر السرخسي 1/ 141-142.

(2) انظر: شرح الكوكب المنير: لابن النجار 114/3- 115.

(3) انظر: التحرير مع التقرير والتحبير (242/1)؛ ومسلم الثبوت مع شرحه: للأنصاري (266/1)؛ التلويح على التوضيح: لصدر الشريعة (40/1-41).

(4) شرح اللمع: للشيرازي (354/1)؛ التمهيد: للآسنوي (111/2).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

- ومن أهم ما يرد على دعوى كثرة التخصيص أن اللفظ العام له اعتباران: قياسي واستعمالي:

أما الاعتبار الاستعمالي فلا يشمل اللفظ فيه إلا ما يمكن دخوله في الاستعمال عادة، فإذا قال قائل: "أكرمت الناس"، فلفظ (الناس) عام يشمل على الاعتبار الأول جميع بني آدم، ثم يخص منه من يستحيل أن يلقاهم القائل من الموتى والمفقودين ومن أشبههم...

أما على الاعتبار الثاني فلا يدخل في لفظ (الناس) ابتداء إلا من يصح عادة أن يلقاهم القائل. وإذا قال:" من دخل داري أكرمته" لم يدخل فيه نفسه؛ لأنه خلاف العادة[1].

- ثم إن الخلاف في قطعية العام له تعلق بالخلاف في الاعتداد بالاحتمال الذي لا يعضده دليل في رفع القطعية؛ لأن الحنفيَّة يعترفون بورود الاحتمال، لكنهم لا يعتدون به إذ لم يستند إلى دليل.

- ولعل مبنى هذه المسألة هو الاختلاف في منافاة الاحتمال للقطع، فمتى قلنا: الاحتمال ينافي القطع، فإنَّ دلالة العام على أفراده ظنية لورود احتمال التخصيص، ومتى قلنا: إن مجرد الاحتمال لا ينافي القطع، فإنَّ دلالة العام على أفراده تكون قطعية[2].

الموازنة بين الاتجاهين:

بعد النظر في أقوال الفريقين وأدلتهما لا يسع الباحث؛ المستدل الناظر في الدليل؛ إلا أن يؤيّد رأي الجمهور _وهم القائلون بظنيّة دلالة العام_ في مذهبهم حيث إنَّ العام وإن كان يدل على استغراق كل أفراده لغة _وهو من المقرر اتفاقاً بين الفريقين_ إلا أنَّ استخدامات الشارع التي دل عليها الاستقراء لابد من أن يكون لها اعتبار في دلالات النصوص، وأنَّ منطق اللغة وحده لا يكفي، بل لابد من عرف المشرع في استعمال العام في التشريع. وأنَّ المشرع غالباً ما يخالف عن مدلول اللغة، فيقصره على بعض أفراده بالحكم، وبذلك يكون مدلول العام لغة، غير مراد للمشرع غالباً في التشريع.

---

(1) انظر: الموافقات: للشاطبي (3/268-271).

(2) انظر: المستصفى: للإمام الغزالي (2/122)؛ وشرح مختصر الروضة: لابن بدران (2/188-202)؛ وشرح الكوكب المنير: لابن النجار (2/481-490)، إرشاد الفحول: للشوكاني (1/244-249)؛ ونزهة الناظر: لابن حجر العسقلاني (ص144-146).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وإنَّما اللغة تسمد _بعد أن جدَّ التشريع عليها_ حياة جديدة من التشريع تعطيه ويعطيها بالقدر الذي ينم عن مقصد الشارع ويكشف عن مراده. فكان ذلك قرينة قوية أورثت الاحتمال في الدلالة، فزالت معه قطعيتها اللغوية.

والخلاصة: أَنَّ منطق اللغة وحده لا يستلزم منطق التشريع دائماً، وإلاّ فلم وجد التأويل؟.

وعليه فإنَّ العام حجته ظنيَّة، ودليل كثرة التخصيصات في عمومات الكتاب والسُنَّة، حتى قيل "ما من عام إلا وقد خصص". وأَنَّ العام ليس بَيِّناً في نفسه ما دام محتملاً غير قاطع؛ لكنَّ ذلك كله لا يؤثر على وجوب العمل بالعام على عمومه حتى يرد المخصص فعلاً. وعلى هذا، فموقف جمهور الأصوليين من قوة دلالة العام في التشريع الإسلامي خاصة يتفق والمنهج العلمي الأصولي في الاجتهاد[1].

ثمرة الخلاف في دلالة العام وأثره:

وقد كان الخلاف في هذه المسألة سبباً للخلاف في مسائل أخرى، أصولية وفقهية:

فمن المسائل الأصولية: مسألة تخصيص العام بالقياس غير القطعي وخبر الواحد غير القطعي، فإنَّ القول بقطعية العام يمنع تخصيصه ابتداء بما ليس بقطعي.

ومنها: مسألة العمل عند ورود العام والخاص في حكم، هل يتعارضان إذا جهل تاريخ الورود وينسخ المتقدم منهما المتأخر إذا علم التاريخ، أم أنَّ العام يحمل على الخاص ويخصص به مطلقاً؛ لأنَّ العام إذا كان قطعياً ضاهى الخاص في قوة تناوله لما تحته من الأفراد، فيتعارضان ويرجح أحدهما على الآخر[2].

وأما المسائل الفقهية فالخلاف فيها مفرع على الخلاف في المسألتين الأصوليتين:

---

(1) انظر المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي: د.محمد فتحي الدّريني (ص427).

(2) أصول السرخسي: للسرخسي (142/1)؛ وميزان الأصول: للسمرقندي (ص691-692)؛ وأصول البزدوي مع كشف الأسرار: للبخاري (294/1)؛ وكشف الأسرار: للنسفي (161/1)؛ والتحرير مع التقرير والتحبير (240/1)؛ ومختصر ابن الحاجب مع بيان المختصر: للأصفهاني (318/2-324)؛ والبحر المحيط: للزركشي (29/3)؛ الإحكام: للآمدي (520/2-523، 525)؛ والتمهيد: للآسنوي (ص409)؛ وتلقيح الفهوم: للعلائي (ص182)؛ وأثر الاختلاف في القواعد الأصولية: لمصطفى سعيد الخن (ص204-223).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ومما تفرع على المسألة الأولى: الخلاف في مباح الدم خارج الحرم إذا التجأ إلى داخله، فهل يعصمه التجاؤه إلى الحرم أم أنَّه يقتصّ منه داخل الحرم، فإن عموم قوله تعالى: ﴿**وَمَنْ دَخَلَهُ كَانَ آمِناً**﴾[1] يمنع القصاص، وقد يجوز ذلك بقياسه على من جنى داخل الحرم، الجائز قتله بقوله تعالى: ﴿**وَلا تُقَاتِلُوهُمْ عِنْدَ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ حَتَّى يُقَاتِلُوكُمْ فِيهِ فَإِنْ قَاتَلُوكُمْ فَاقْتُلُوهُمْ**﴾[2].

ومما ذكر من الخلاف المتفرع على المسألة الثانية جواز بيع العرايا: وهو بيع الثمر على النخل بخرصه تمراً؛ لأن عموم قول النبي ﷺ : "والتمر بالتمر... مثلاً بمثل سواء بسواء يداً بيد"[3] يمنع من ذلك للجهل بالمثلية، ولكن ذلك جائز بخصوص الأحاديث المرخصة لذلك مثل ما روى أنه ﷺ : "رخص بعد ذلك في بيع العرايا بالرطب أو التمر"، وفي لفظ: أنَّ رسول الله ﷺ : "ارخص لصاحب العرية بالرطب بخرصها"[4].

وثمرة الخلاف الذي دار بين الفريقين في دلالة العام ترك أثراً واضحاً في مباحث العام والخاص من الناحية النظرية كما كان له تأثير كبير من الناحية العملية ويتضح ذلك من الأتي:

1. أَنَّ الحنفيَّة الذين يقولون بقطعية العام يعتقدون عمومه وبالتالي يجيزون العمل به قبل البحث عن المخصص، وفي هذا يقول عبد العزيز البخاري: "وثمرة الخلاف تظهر في وجوب الاعتقاد وجواز تخصيصه بالقياس وخبر الواحد ابتداء فعند الذين يقولون بظنيَّة

---

(1) سورة آل عمران: من الآية (97).

(2) سورة البقرة: من الآية (191)؛ وانظر: كشف الأسرار: للبخاري (296/1-297)؛ وتخريج الفروع على الأصول: للزنجاني (ص332).

(3) رواه مسلم عن عبادة بن الصامت: صحيح مسلم، كتاب/ المساقاة، باب/ الصرف وبيع الورق بالذهب نقداً (1211/3)، (ح1587).

(4) صحيح البخاري: كتاب/ البيوع، باب/ بيع المزابنة (763/2)، (ح2076)؛ وانظر: صحيح البخاري مع فتح الباري (383/3-384)؛ وصحيح مسلم: كتاب/ البيوع، باب/ تحريم بيع الرطب بالتمر إلا في العرايا (1169/3)، (ح1539).

والحنفية يجعلون العام والخاص في بيع العرايا متعارضين، ثم يقوون العام ويرجحونه على الخاص، أما الجمهور فيحملون العام على الخاص مطلقا لعدم التعارض بينهما. المبسوط: للسرخسي (192/12)؛ الكافي في فقه أهل المدينة المالكي: لابن عبد البر (654/2)؛ ونهاية المحتاج: لأبي العباس الشافعي الصغير (157/4)؛ وشرح الزركشي على مختصر الخرقي: للزركشي (473/3).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

دلالته لا يجوز اعتقاد العموم فيه و يجوز تخصيصه بالقياس وخبر الواحد، وعند الفريق الثاني على العكس"[1].

أما الذين يقولون بظنيَّتة وهم الجمهور فإنَّهم لا يعملون به قبل البحث عن المخصص كما تدل على ذلك عبارة البخاري وهو ما جاء في مصنفات المتكلمين بشكل واضح وصريح فإنهم يقررون فيها عدم جواز العمل بالعام قبل البحث عن المخصص بل إنَّ بعضهم كالغزالي والآمدي وابن الحاجب يحكون الإجماع على ذلك[2].

2. الجمهور يجيزون تخصيص العام بالقياس وخبر الآحاد ابتداءً، أي إذا كان خبر الآحاد خاصاً وعارض عام القرآن خصصه، فيصير العام غير دال على كل ما يشتمل عليه لفظه، بل على بعض ما يشتمل عليه، وذلك لأنَّ عام القرآن وإن كان قطعياً في سنده؛ هو ظني في دلالته، وخاص السُنَّة إذا كانت خبر آحاد فهو ظنّي في سنده، ولكنه قطعي في دلالته؛ والظنّي يخصص الظنّي. وإنَّ أصحاب هذا النظر يعتبرون السُنَّة، ولو أخبار آحاد مبيّنة للقرآن، وإنَّ من بيان القرآن تخصيص عامه.

والحنفيَّةُ الذين يعتبرون العام قطعياً في دلالته فلا تخصص أخبار الآحاد والقياس لعام القرآن إلاّ إذا كان خصص من قبل. لأنَّ الظنّي لا يخصص القطعي، وهما ظنيَّان، والتخصيص عندهم ليس بياناً، ولكنَّه إبطال للعمل ببعض العام، وهم يقررون أَنَّ العام بمقتضى عمومه مبين لا يحتاج إلى بيان[3].

3. أَنَّ الجمهور _وهم القائلون بظنيَّة دلالة العام_ يحكمون بتقديم الخاص على العام مطلقاً عندهم إما بتخصيصه له أو بنسخه نسخاً جزئياً إن لم تتوافر شروط التخصيص، ولا يمكنون العام من التسلط على الخاص مطلقاً بأَن ينسخ العام الخاص؛ لعدم تساويهما من حيث قوة

---

(1) كشف الأسرار للنسفي (204/1).

(2) راجع المستصفى: للإمام الغزالي (157/2)؛ وإرشاد الفحول: للشوكاني (ص123).

(3) راجع مختصر المنتهى مع شرحه وحاشيته: لابن الحاجب (149/2-151)؛ والإحكام في أصول الأحكام: للآمدي (476/2-491)؛ وانظر: أثر الاختلاف في القواعد الأصولية مصطفى سعيد الخن (ص220-225)؛ وأصول الفقه: للإمام محمد أبو زهرة (ص159)؛ المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي: د.محمد فتحي الدّريني (ص429).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الدلالة، إذ العام ظنّي عندهم، والخاص قطعي، والظنّي لا يكون حاكماً على القطعي بل محكوماً به.

فالخاص متعين العمل به مطلقاً، فيجب تقديمه، وتفسير العام على أساسه.

أما الحنفيَّةُ القائلون بقطعية دلالة العام فان العام والخاص عندهم متساويان من حيث قوة الدلالة، فقد حكموا بالتعارض بينهما _في القدر الذي اشتركا في تناوله_ لا في القدر الذي تفرد العام بتناوله، فإن حكمه قائم حيث لم يقابله معارض. وعلى هذا، لا يقدم الخاص على العام بإطلاق كما هو عند الجمهور.

وعند التعارض بين العام والخاص فإن منهج الحنفيَّة له صور كما يلي:

أ- إذا كان الخاص هو المتأخر عن العام، دون تراخ في الزمن أي موصولاً بالعام مقترناً له، كان مخصصاً، وأما إذا تراخى الخاص بأن جاء تشريعه بعد أن استقر حكم العام، وعمل به فترة من الزمن، فيكون ناسخاً لا مخصصاً.

ب- أن يتعارضا مع العلم بتاريخ ورودهما، فإذا تراخى العام بأن جاء تشريعه بعد أن استقر حكم الخاص، وعمل به، كان العام ناسخاً للخاص _في القدر الذي تناولاه_؛ لأنَّ المتأخر ينسخ المتقدم إذا تساويا في قوة الدلالة.

خلافاً للجمهور فإنَّ العام عندهم مراداً به الخاص، إذا توارد الخاص والعام، لأنَّ الخاص أقوى، فيقدّم لذلك في الاعتبار والعمل.

ج- أن يجهل التاريخ فيثبت التعارض الفعلي بينهما، بحيث لم يعلم تأخر الخاص، ولا مقارنته للعام في زمن التشريع، وهنا إما أن يثبت رجحان أحدهما على الآخر فيعمل بالراجح منهما، أو لا يثبت ذلك فيتساقطا ولا يعمل بواحد منهما_ في القدر الذي اشتركا فيه_؛ لأنَّ الترجيح بدون دليل تحكم[1].

وأما الجمهور عندهم الخاص أقوى، فيقدَّم العمل به مطلقاً.

(1) انظر: التوضيح مع التلويح: لصدر الشريعة (41/1)؛ وشرح العضد على مختصر المنتهى: لابن الحاجب (148/2)؛ والمناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي: د.محمد فتحي الدّريني (ص439).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

هذا وقد كان لهذا الاختلاف في التصور المبني على الاختلاف في طبيعة دلالة العام بين الفريقين أثر كبير في الفروع الفقهية من الناحية العملية[1].

ونضرب لذلك مثالاً توضيحياً لكلٍ من المنهجين: وهو قوله ﷺ : "ما سقته السماء ففيه العشر"[2]، وقوله ﷺ : "ليس فيما دون خمسة أوسق[3] صدقة"[4].

فالشافعي وجمهور الفقهاء عَدّوا الحديث الثاني مبيناً للحديث الأول، إذ الأول عام بيَّن أصل الوجوب ومقدار الخارج من الزكاة، والثاني خاص بيّن النصاب، فما دون ذلك لا تجب الزكاة، فقدَّموا العمل بالخاص، ولم يحكموا بالتعارض، جرياً على منهجهم في التخصيص[5].

ولكنَّ أبا حنيفة يقول كما خرج الحنفيَّةُ إنَّه ينسخ الثاني الأول إذ عَدّوه متأخراً عنه، وعلى ذلك ليس عند أبي حنيفة نصاب لزكاة الزرع. وعلى ذلك فمنهج الحنفيَّة الحكم بالتعارض بين الحديثين ظاهراً، وتاريخ ورودهما مجهول _وهما متساويان في الدلالة قوة، وليس أحدهما أرجح من الآخر_ فاقتضى البحث عن دليل مرجّح، فرجَّحوا العمل بالعام، لأنَّ ذلك أنفع للفقير، وأيسر على مصارف الزكاة[6].

---

(1) انظر: أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء: للدكتور مصطفى سعيد الخن (ص220-225).

(2) صحيح البخاري: كتاب/ الزكاة، باب/ العشر فيما يسقى من ماء السماء (540/2)، (ح1412).

(3) الأوسق جمع وسق بفتح الواو وكسرها كما قال النووي في تهذيب الأسماء واللغات (191/2/2)، والوسق ستون صاعاً ويساوي الصاع في زماننا 2176 غرام، فالخمسة أوسق وهي ثلاثمئة صاع تعادل 652، 8كغم الإيضاح والتبيان في معرفة المكيال والميزان: لابن الرفعة (ص56-57)؛ طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية: نجم الدين النسفي (ص233).

(4) صحيح البخاري: كتاب/ الزكاة، باب/ ليس فيما دون خمسة أوسق صدقة (540/2)، (ح1413).

(5) تخصيص الحديث الثاني للأول هو مذهب جمهور علماء المسلمين، فلذلك لا تجب الزكاة عندهم في شيء من الزروع والثمار حتى يبلغ خمسة أوسق، وخالف في ذلك أبو حنيفة فأوجب الزكاة في القليل والكثير من الزروع والثمار لعموم قوله تعالى: (وآتوا حقه يوم حصاده) سورة الأنعام الآية [141]، وقوله تعالى: (يا آيها الذين آمنوا أنفقوا من طيبات ما كسبتم ومما أخرجنا لكم من الأرض) سورة البقرة الآية [267].

(6) وأجاب أبو حنيفة عن الحديث بأجوبة، انظرها في بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: للكاساني (180/2-181)؛ كشف الأسرار على أصول فخر الإسلام: للشيخ عبد العزيز البخاري (292/1).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وكل فريق صار على أَصله فالجمهور عَدّوه مبيناً، لأنَّهم يحملون العام على الخاص مطلقاً لعدم التعارض بين خاص وعام، فكان الأَقوى في اجتهادهم، أَما الحنفيَّةُ عَدّوا التعارض بينهما، فكان الترجيح قائماً على أَساس المصلحة العامة، كما ترى.

أثر اختلاف المنهج في المسألة:

النظر في هذه المسألة إلى الوضع القياسي والوضع الاستعمالي ينبه على أمر مهم في بحث العموم، بل المباحث الأصولية عموماً؛ وهو تعدد مناهج البحث في الأدلة والقواعد الأصولية، فمنهج يبحث في الدليل أو القاعدة مفردة عن القرائن وجميع ما يمكن أن يؤثر فيه، ومنهج النظر الشامل للقاعدة ومقاصد الشريعة والقرائن المؤثرة من واقع الشريعة.

فعلى الأول يدخل في اللفظ العام كل ما يحتمله حساً وعقلاً وعادةً وشرعاً، مع فرض اللفظ العام مطلقاً من كل قرينة تبين المراد من تعزيز للعموم أو بيان وجه للخصوص، وعلى الثاني لا يدخل في اللفظ العام إلا ما اعتاده الناس عند استعمالهم له في العرف، ولا يدخل فيه إلا ما يناسب المقاصد والكليات الشرعية في استعمال الألفاظ الشرعية.

ويكون الفرق بين اللفظين في المنهجين: أنَّ اللفظ على الأول ضَعُف لثقل ما احتمل من الممكنات الحسية والعقلية والشرعية، وأن اللفظ على الثاني قَوِي إذ لم يحتمل إلا ما يمكن دخوله فيه في الاستعمال العادي في اللغة والمقاصد الشرعية.

والأول هو المنهج السائد في أصول الفقه عند الجمهور، والثاني هو المنهج الذي سار عليه الإمام أبو إسحاق الشاطبي[1].

أما الحنفيَّةُ فهم _وإن كانوا يقولون بالقطعية_ يقرون بورود الاحتمال في اللفظ العام، ثم يطرحونه لعدم الدليل المؤيد له، على مسلكهم في الاعتداد بالاحتمال، فهم يتفقون مع جمهور الأصوليين في أصل ورود الاحتمال في اللفظ العام، لكنهم يلغونه في الاعتبار بعد ذلك لعدم الدليل المؤيد، وقد عرف من منهجهم النظر في الحصيلة الفقهية لأئمتهم عند البحث في القواعد الأصولية[2].

---

(1) انظر: الموافقات: للشاطبي (3/268-271)؛ وانظر: الثبات والشمول في الشريعة: د. عابد بن محمد السفياني (ص320-330).

(2) انظر: مرتقى الوصول إلى تاريخ علم الأصول: للدكتور موسى بن محمد القرني (ص29-30).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المبحث الثاني
حقيقة الخاص والتخصيص

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: معنى الخاص، والفرق بينه وبين الخصوص.

المطلب الثاني: مفهوم التخصيص وطبيعته عند علماء الأصول.

المطلب الثالث: الفرق بين التخصيص والقصر والنسخ.

المطلب الرابع: أنواع المخصصات أو أدلة التخصيص.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الأول
معنى الخَاصِّ، والفرقُ بينه وبين الخُصوص

تَعْرِيفُ الْخَاصِّ لُغَةً: خصه بالشيءِ يَخُصُه: أفرده به دون غيره، ويقال: خاص أي: بيّن الخصوصية[1].

وللعلماء في حدِّه الاصطلاحي تعريفات متعددة أشهرُها ما يأتي:

1. أَنَّ الخَاصَّ هو اللفظُ الدال على الواحد عيناً[2].
2. أَنَّ الخَاصَّ هو اللفظُ الموضوعُ لمعنى (أو لمسمى) معلوم على الانفراد[3].
3. أَنَّ الخَاصَّ هو القولُ الذي يندرج تحته معنى لا يتوهم اندراج غيره معه تحت مطلق ذلك اللفظ[4].
4. أَنَّ الخَاصَّ هو اللفظُ الدالُ على مسمى واحد، وما دل على كثرة مخصوصة[5].

وعلى كل من هذه التعريفات اعتراضات، ولبعض هذه الاعتراضات أجوبة لا أطيل بذكرها، إذ المراد هو تصور معنى الخاص، وبإيراد هذه التعريفات يحصل تصور معنى الخاص، كما أنه بتصور معنى العام يحصل نوع تصور للخاص.

والخاص يقابل العام، فيقال فيه "ما لا يتناول شيئين فصاعداً من غير حصر" نحو رجل ورجلين وثلاثة رجال[6].

---

(1) لسان العرب: لابن منظور، مادة (خصص) (7/24-25).

(2) الإيضاح: لنجم الدين بن الرفعة (ص18)؛ المسودة في أصول الفقه: لآل تيمية (ص571).

(3) أصول السرخسي: لأبي بكر السرخسي (1/124)؛ وانظر: المغني: لابن قدامة (ص93).

(4) المنخول: للغزالي (ص162).

(5) البحر المحيط: للزركشي (3/240)؛ وانظر: إرشاد الفحول (ص141).

(6) عرّف إمام الحرمين الخاص في البرهان (1/400) بقوله: (هو الذي يتناول واحداً فحسب)، وعرّفه في التلخيص (2/7)، بقوله: (هو القول المختص ببعض المسميات التي قد شملها مع غيرها اسم) وانظر: تعريف الخاص اصطلاحاً في التعريفات: للجرجاني (ص51)؛ كشف الأسرار: لعبد العزيز البخاري (1/30)؛ شرح الكوكب المنير: لابن النجار (3/104)؛ شرح العضد على مختصر المنتهى: لابن الحاجب (2/129)؛ المعتمد في أصول الفقه: لأبي حسين البصري (1/251)؛ الإحكام في أصول الأحكام: للآمدي (2/196)؛ إرشاد الفحول: للشوكاني (ص141)؛ المسودة في أصول الفقه: لآل تيمية (ص571)؛ وشرح مختصر الروضة: لابن بدران (2/550).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

والخُصُوصُ: هو كون اللفظ كذلك[1] كألفاظ العدد، أي كون اللفظ متناولاً لبعض ما يصلح له لا لجميعه، وقد يقال: خصوص في كون اللفظ متناولاً للواحد المعين الذي لا يصلح إلا له، كتناول كل اسم من أسماء الله تعالى المختصة به له تبارك وتعالى[2].

والخُصُوصُ من عوارض الألفاظ حقيقة، وفي المعاني الخلافُ السابق في العموم.

وفرق العسكري بين الخاص والخصوص، فقال:

الخاص يكون فيما يراد به بعض ما ينطوي عليه لفظه بالوضع، والخصوص ما اختص بالوضع لا بإرادة.

وقيل: الخاص ما يتناول أمراً واحداً بنفس الوضع، والخصوص أن يتناول شيئاً دون غيره، وكان يصح أن يتناوله ذلك الغير.

ولا خلاف في قطعية الخاص من حيث كان العام غير قطعي، فيتفق العلماء على جواز إطلاق القطعية على الخاص، لكن قطعية اللفظ الخاص هي بالنظر إلى مقابلته للفظ العام، لأن الخاص لا يحتمل التخصيص من حيث هو خاص والعام قد يحتمله، أما إذا كان اللفظ خاصاً من وجه وعام من وجه آخر فالقطعية فيه من حيث هو خاص، والخلاف في قطعية العام جار فيه من حيث هو عام[3].

وذلك كلفظ (المسلمين)، هو عام بالنسبة لأفراد المسلمين خاص بالنسبة لأفراد بني آدم، فإذا قيل: "أكْرِم المسلمين" كان قطعياً في عدم شموله لغير المسلم، ولم يكن في ذلك احتمال مطلقاً، بل كان الأمر بالإكرام خاصاً بالمسلمين قطعاً، ولكنه ظاهر في دخول جميع المسلمين في الأمر، فيجري فيه الخلاف في قطعية العام، هل شمول لفظ (المسلمين) لكل فرد مسلم يقطع به أم لا؟[4] والله تعالى أعلم.

---

(1) انظر: مختصر ابن الحاجب وشرحه: لابن الحاجب (108/2)؛ وشرح مختصر الروضة: لابن بدران (550/2)؛ والتعريفات: للجرجاني (ص95).

(2) البحر المحيط: للزركشي (240/3).

(3) انظر: التحرير: للكمال ابن الهمام (267/1)؛ وذكر الأمير بادشاه أن قطعية الخاص هي بالمعنى الأعم الذي لا ينفي إلا الاحتمال الناشئ عن الدليل، وعلل ذلك بأن الخاص يحتمل المجاز فيما هو خاص فيه. انظر: تيسير التحرير: محمد أمين المعروف بأمير باد شاه (268/1)، ويكون الأمر على اصطلاح من لا يطلق القطع بالمعنى الأعم أن القطع هنا هو بالنظر إلى قطع احتمال معين وهو احتمال التخصيص.

(4) انظر: البحر المحيط: للزركشي (29/3) مع زيادة وتفصيل.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الثاني
مفهوم التخصيص وطبيعته عند علماء الأصول

التخصيص لُغَةً:

الإفراد ومنه الخَاصَّة. وهو مصدر "خصص" بمعنى خص، والتضعيف فيه بمعنى أصل الفعل دون الدلالة على التكثير الذي تفيده هذه الصيغة غالباً[1].

أما التخصيص اصطلاحاً:

هنالك اختلاف بين الجمهور والحنفية في تحديد مفهوم التخصيص ويرجع اختلافهم في ذلك إلى اختلافهم في دلالة العام على كل ما يشمله اللفظ، أهي قطعية أم ظنية على النحو الذي بيناه، وبينا نتائجه وأشار البحث إلى أنها كانت ذات أثر بعيد في كثير من جوانب مباحث العام والخاص، ومن بين تلك الآثار الاختلاف في تعريف التخصيص وطبيعته وشروطه وأدلته.

وهذا يقتضينا البحث في مفهوم التخصيص عند كل فريق:

- **مفهوم التخصيص عند الجمهور:**

عرف جمهور الأصوليين (المتكلمين) التخصيص بتعريفات كثيرة:

قال ابن السمعاني: تمييز بعض الجملة بالحكم[2]، أي إخراجه كإخراج المعاهدين[3] من

(1) لسان العرب: لابن منظور، مادة (خصص) (26/7)؛ نشر البنود: لابن عابدين (232/1).

(2) انظر: المحصول: للرازي (7/3/1)؛ فواتح الرحموت: لنظام الدين الأنصاري (100/1)؛ البحر المحيط: للزركشي (241/3)؛ شرح الكوكب المنير: لابن النجار (267/3)؛ اللمع: للشيرازي (ص100)؛ شرح المحلي على جمع الجوامع: لجلال الدين المحلي (2/2)؛ الإحكام في أصول الأحكام: للآمدي (281/2)؛ المعتمد في أصول الفقه: لأبي حسين البصري (250/1)؛ قواطع الأدلة في الأصول: لأبي مظفر: للسمعاني (ص283)؛ وعرّف إمام الحرمين التخصيص في البرهان (401/1)، بقوله (تبيين المراد باللفظ الموضوع ظاهره للعموم).

(3) المعاهدين بفتح الهاء وبكسرها أيضاً وهم أصحاب العهد الذين يعقدون العهد مع المسلمين ويؤدون الجزية للمسلمين، وهم في الغالب من أهل الكتاب. انظر: شرح العبادي: لأحمد العبادي (ص107).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

قوله تعالى: ﴿فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ﴾[1].

وقال ابن الحاجب: "قصر العام على بعض مسمياته"[2] ورد بأن لفظ القصر يحتمل القصر في التناول أو الدلالة أو الحمل أو الاستعمال. وذكر ابن الحاجب أن التخصيص يطلق على قصر اللفظ على بعض مسمياته، وإن لم يكن عاماً، كما يطلق العام على اللفظ بمجرد تعدد مسمياته، كالعشرة، والمسلمين، وضمائر الجمع.

وقد عُرف أيضاً بأنه "قصر العام على بعض أفراده بأن لا يراد البعض الآخر بالحكم" وذلك؛ لأن القصر على بعض الأفراد لابد من أن يكون باعتماد على دليل يدل على التخصيص[3].

وتخصيص العام بيان ما لم يرد بلفظ العام، فلا يقوم عندهم على أساس المعارضة بين العام والخاص، لأن الظني لا يعارض القطعي؛ وعلى هذا، فالتخصيص في جوهره ليس إلا بياناً أو تفسيراً للعام الذي يستوي فيه احتمالان: احتمال إرادة العموم واحتمال إرادة الخصوص.

والبيان يرجح مُراد الشارع من هذين الاحتمالين.

حتى إذا ورد الخاص، رجح احتمال الخصوص الذي كان قائماً.

ومختصر القول، فالتخصيص عند الجمهور يعني صرف اللفظ عن عمومه وإرادة بعض ما يتناوله بدليل من الأدلة، أو هو قصر العام على بعض ما يتناوله بدليل قطعاً، دون النظر إلى نوعية الدليل من حيث كونه قطعياً أو ظنياً، مستقلاً أم غير مستقل، مقارناً في الزمن أم غير مقارن.

- **مفهوم التخصيص عند الحنفية:**

يعرف صاحب كشف الأسرار التخصيص بأَنَّهُ "قَصرُ العَامِّ على بعض أَفراده بدليلٍ مستقلٍ مقترن" ويقول في بيان قيود هذا التعريف: "واحترزنا بقولنا مستقل عن الصِّفَةِ والاستثناء ونحوهما إذ لا بُدَّ عندنا للتخصيص من معنى المعارضة وليس في الصِّفَةِ ذلك ولا في الاستِثناءِ، وبقولنا مُقترِنٌ عن الناسخ فإِنَّهُ إذا تراخى دليلُ التخصيصِ يكون نسخاً لا تخصيصاً"[4].

---

(1) سورة التوبة: الآية (5).

(2) مختصر المنتهى مع شرحه وحاشيته: لابن الحاجب (129/2).

(3) انظر نشر البنود: لابن عابدين (232/1).

(4) انظر: كشف الأسرار: عبد العزيز البخاري (306/1)؛ والمنار: لابن ملك (296/1)؛ والتقرير والتحبير: لابن أمير الحاج (242/1).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وعلى هذا، يرى الحنفية أَنَّ التخصيص نوع من البيان يتضمن معنى المعارضة، و أَنَّه ليس بياناً محضاً، ولكونه بياناً، فلأَنَّه بيان إرادة الشارع من أول الأمر. ويقول الغزالي فيما نصه "فإِنَّ تسمية الأدلة مخصصة تجوز فقد بينا أن تخصيص العام محال لكن الدليل يعرف إرادة المتكلم و أَنَّه أراد باللفظ الموضوع للعموم معنى خاصاً، والتخصيص على التحقيق بيان خروج الصيغة عن وضعها من العموم إلى الخصوص"[1].

وأما أَنَّه يتضمن معنى المعارضة، إذ يقررون أَنَّ العام قطعي في دلالته كالخاص.

ومن هذا الكلام تفرّع عن طبيعة التخصيص عند الحنفية، شروط في الدليل المخصص وهي:

1. أن الدليل الخاص لكي يثبت أَنَّه مخصص للعام يجب أن يقترن به في الزمن، وإِنَّهُ إن تراخى عُدَّ ناسخاً لا مخصصاً.
2. أن أساس التخصيص التعارض بين نصين، بمعنى أن يكون الخاص مساوياً للعام من حيث القطعية أو الظنية في قوة الدلالة.
3. أن يكون ذلك الدليل مستقلاً، وبذلك تكون الأدلة غير المستقلة وهي المتصلة لا يتم التخصيص بها[2].

وعلى هذا، فالتخصيص عند الحنفية، هو قصر العام المطلق على بعض أفراده بدليل مستقل مقارن مساوٍ له من حيث القطعية والظنية أو قوة الدلالة.

وفكرة التخصيص في تعريف الحنفية والجمهور واحدة _من حيث المبدأ_ على أَنَّ في تعريف الحنفية تقييداً نعود إليه عند المقارنة بين المنهجين في التعريف.

ولنضرب لذلك مثالاً توضيحاً لكل من المنهجين:

قوله تعالى: ﴿**وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلاثَةَ قُرُوءٍ**﴾[3] قد فرض الله سبحانه العدة على كل مطلقة لشمول اللفظ بدخول "ال" على الجميع وهي من صيغ العموم، وهذا اللفظ العام يوجب بظاهره على كل مطلقة أن تعتد بثلاثة قروء، سواء أكان طلاقها قبل الدخول أو بعده، وسواء أكانت حاملاً أو غير حامل، صغيرة أو كبيرة.

(1) انظر: المستصفى: للإمام الغزالي (ص246).

(2) انظر: كشف الأسرار: عبد العزيز البخاري (1/291-192).

(3) سورة البقرة: من الآية (228).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ثم جاءت آية: ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا**﴾[1] فيها قصر العام وهو "المطلقات" على بعض أفراده وهن "المطلقات بعد الدخول"، وبذلك أخرجت المطلقات قبل الدخول من عموم المطلقات فهذا تخصيص.

ثم جاءت آية: ﴿**وَاللاَّئِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللاَّئِي لَمْ يَحِضْنَ وَأُولاتُ الأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ**﴾[2] فجعلت عدة منقطعة الحيض والصغيرة التي لم تبلغ ثلاثة أشهر، وعدة الحامل وضع الحمل، وقصرت عموم المطلقات في آية: ﴿**وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ...**﴾ على من عدا المذكورات.

- **الاختلاف بين تعريف الجمهور والحنفية للتخصيص:**

عند المقارنة بين تعريف الجمهور والحنفية للتخصيص نجد أنَّهما يتفقان في أنَّ التخصيص قصر العام على بعض أفراده بدليل، غير أنَّهما يختلفان في شروط ذلك الدليل الذي يتم به التخصيص.

الحنفية جوهر التخصيص _عندهم_ بيان يتضمن معنى المعارضة.

اشترطوا في المخصص الاستقلال في المعنى، كونه بياناً، إذ لا يُتَصوَّر أن يكون المُبيِّن غير مفهوم في ذاته، وبهذا الشرط فإنَّ الأدلة غير المستقلة _وهي المتصلة_ لا يتم بها التخصيص عندهم.

واشترط أيضاً أن يكون مقارناً للعام من حيث زمن تشريعه، وإلا كان ناسخاً[3].

وبالنظر إلى تضمنه لمعنى المعارضة، اشترط أن يكون مساوياً للعام، من حيث قوة الدلالة، قطعية وظنّية. إذ لا يعارض الظنّي القطعي إجماعاً[4].

أما الجمهور _كما هو واضح من تعريفهم للتخصيص_ لا يشترطون في المخصص

---

(1) سورة الأحزاب: من الآية (49).

(2) سورة الطلاق: من الآية (4).

(3) لا يكون عند الحنفية إلا مقارناً. البحر المحيط: للزركشي (338/4)؛ المعتمد: للبصري (234/1)؛ إرشاد الفحول: للشوكاني (ص126).

(4) كشف الأسرار: عبد العزيز البخاري (291/1 وما بعدها).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ما اشترطه الحنفية؛ لأن هذه الشروط منبثقة عن مفهوم التخصيص وطبيعته، فالتخصيص يتم عندهم في الجملة بأي دليل من الأدلة مطلقاً[1]، ذلك لأَنَّ التخصيص عندهم بيان تفسير محض، لا يقوم على أساس المعارضة.

ولم يشترطوا في ذلك شرطاً[2]، إلا إذا تأخر الدليل المستقل في وروده عن العمل بالعام فإن تأخر كان ناسخاً لا تخصيصاً؛ لأنَّ التخصيص _كما هو واضح في الفرق بين التخصيص والنسخ_ هو قصر العام على بعض أفراده ابتداءً، فإذا عمل بالعام فترة من الزمن ثم جاء الدليل الخاص بعد ذلك كان الإخراج الذي يتم بموجب النص الخاص في مثل هذه الحال نسخاً جزئياً لا تخصيصاً[3].

ومن هنا، كان التخصيص عند الجمهور قصراً للعام بالدليل مطلقاً؛ لأنه بيان محض.

وعند الحنفية هو قصر العام بدليل مستقل مقارن مساوٍ للعام في قوة الدلالة[4].

وبذلك تكون المقارنة لاختلاف الفريقين في تحديد مفهوم التخصيص:

فعند الحنفية بالشروط كما سبق، فكان أضيق وأخص من مفهومه عند الجمهور؛ الذين لا يعرفون هذه التفرقة، ولا هذه الشروط، فكان أوسع وأعم عندهم.

سبب الاختلاف بين المنهجين:

إنَّ أساس التخصيص عند الفريقين هو سبب الاختلاف في تحديد مفهوم التخصيص كما سبق؛ فالتخصيص عند الحنفية – يقوم على أساس المعارضة، بالإضافة إلى كونه بياناً، ومنشأ المعارضة أَنَّهم يرون دلالة العام قطعية؛ وهو تساوي العام والخاص في قوة الدلالة _إذا ورد الخاص على العام_ وهنا تكون علاقة تعارض في القدر الذي يشتركان فيه_؛ لأَنَّهما متكافآن من حيث القوة، والعارض لا يكون إلا إذا كان المخصص مستقلاً مفيداً بنفسه.

---

(1) سواء أكانت مستقلة أو متصلة بحكم طبيعتها اللغوية، وسواء أكانت مقترنة بالعام أو متراخية عنه، ولا في قوة الدلالة.

(2) تنبيه: أن إمام الحرمين والقاضي من الجمهور يوافقان الحنفية ذلك - راجع شرح العضد على مختصر المنتهى: لابن الحاجب (147/2)؛ شرح المحلي على جمع الجوامع: لجلال الدين المحلي (ص78)؛ البرهان: للجويني (400/1)؛ كما يوافقهم الشاطبي في الموافقات (182/2).

(3) المعتمد في أصول الفقه: لأبي حسين البصري (257/1).

(4) انظر: المناهج الأصولية د. فتحي الدريني (ص438).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وأما إذا كان كلاماً غير مستقل _كالاستثناء والصفة والشرط والغاية_ فإنَّه لا يفيد بنفسه إلا بمقارنته لما سبق من الكلام فلا يقع التعارض بينه وبين العام.

أما الجمهور: لما كان التفاوت بين العام والخاص من حيث قوة الدلالة قائماً، فلا تتصور المعارضة أساساً للتخصيص في منهجهم، فهم يقدمون الخاص، وهو الأقوى، ويعملون به فيما دل عليه، ويعملون بالعام فيما وراء ذلك، ولا يحكمون بالتعارض بينهما؛ لأنَّ العام ظنّي في دلالته عندهم، فالقطعي وهو الخاص هو الذي يقضي على العام، ويفسَّر به، ويكون العام مراداً به الخاص في القدر الذي اختلفا فيه، والعام محتاج إلى مثل ذلك التفسير بحكم ظنيّته، ومادامت العلاقة بينهما علاقة تفسير، فإنَّ التخصيص عند الجمهور يتم بأي دليل مطلقاً سواء كان قطعياً أو ظنياً مستقلاً أو غير مستقل، وكان قصراً[1].

لم يشترط الجمهور في الدليل المخصص المقارنة؛ لأنَّ الدليل المخصص عندهم مفسر كما قررنا، والتفسير يمكن أن يكون مقارناً أو متراخياً[2].

وهناك حالة واحدة عند الجمهور؛ وهي ما إذا جاء الدليل المخصص بعد العمل بالعام فترة من الزمن فإنَّ هذا يكون نسخاً لا تخصيصاً.

وأما الحنفية _وهم يحكمون بالتعارض_ فقد اشترطوا في الدليل المستقل الذي رضوه للتخصيص أن يكون مقترناً بالعام موصولاً به، دون تراخٍ في الزمن.

ولما كان العام قطعياً عندهم كالخاص؛ فإنَّ دور الخاص وعمله أن يغير دلالته بالتخصيص من القطعية إلى الظنيّة، لهذا كان التخصيص عندهم بيان تغيير، وبيان التغيير لا يجوز تأخيره عن وقت الحاجة إليه[3].

أثر الخلاف في هذه المسألة:

وقد ترتب على هذا الاختلاف أثر عملي كبير يتمثل في أن دائرة التخصيص عند الجمهور أوسع منها عند الحنفية؛ لأنَّ الجمهور في ضوء ما سبق من تعريف للتخصيص عندهم _وهم القائلون بظنيّة دلالة العام_ لا يحكمون بالتعارض بين العام والخاص، لعدم تساويهما

(1) انظر: مختصر المنتهى مع شرحه وحاشيته: لابن الحاجب (121/2، 147).
(2) راجع في هذا المعنى: فواتح الرحموت: لنظام الدين الأنصاري (302/1).
(3) انظر: فواتح الرحموت: لنظام الدين الأنصاري (302/1) مطبوع مع المستصفى.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

من حيث قوة الدلالة، فالأول ظنّي الدلالة، والثاني قطعيها، ولا يستوي ظنّي وقطعي، فلا يقوى الظنّي على الوقوف أمام القطعي ومعارضته، فيقدَّم القطعي – وهو الخاص- مطلقاً عندهم، سواء أكان الخاص متأخراً عن العام، أم متقدماً في تاريخ تشريعه، أم جهل التاريخ، ويخصصون بالدليل المستقل بنفسه، قائماً بذاته، مفيداً لمعناه، أم كان غير مستقل، بأن كان جزءاً من كلام سابق، كالاستثناء والصفة، والغاية والشرط.

والحنفية يقتصرون في التخصيص على المستقل وحده، فقد حكموا بالتعارض بينهما _كما بينت_ لاستوائهما في قوة الدلالة عندهم، فكلاهما قطعي[1].

كما أن الحنفية _كما ظهر_ يشترطون المقارنة في الدليل المستقل وعدم التراخي عنه، وأما الجمهور لا يشترطون ذلك وإنَّما يشترطون فقط - ورود الخاص قبل العمل بالعام سواء أكان موصولاً به أو غير موصول.

وعلى هذا، يقدم الخاص على العام بإطلاق _كما ذهب إلى ذلك الجمهور_ فالخاص متعين العمل به مطلقاً، فيجب تقديمه، وتفسير العام على أساسه.

وبذلك تكون الأدلة المستقلة _غير المتصلة_ عند الفريقين متفقاً على العمل بها، وإن اختلفت شروطهم في ذلك، أما الأدلة غير المستقلة _المتصلة_ عند الجمهور مخصصة، بخلاف الحنفية فليست بمخصصة، وإنما مقيدة فقط لعدم استقلالها في إعطاء المعنى، وتعلقها بما سبقها من كلام.

(1) انظر: التلويح على التوضيح: لصدر الشريعة (42/1).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الثالث

الفرق بين التخصيص والقصر والنسخ

وقبل بيان المقارنة بين تعريف الجمهور والحنفية للتخصيص يحسن بنا أن نبيّن الفرق بين التخصيص والقصر وكذلك الفرق بين التخصيص والنسخ:

أولاً: الفرق بين التخصيص والقصر: هذه التفرقة تظهر في منهج الحنفية.

إذ لا يفرق جمهور الأصوليين بين التخصيص والقصر، فهما مترادفان.

وذلك من خلال تعريفهم للتخصيص بأنه قصر شمول العام على بعض أفراده بدليل خاص مطلقاً.

وأما الحنفية فقد فرقوا بين القصر والتخصيص، فان كان الدليل غير مستقل في معناه فهو عندهم قصر لا تخصيص، وهم يطلقون لفظ القصر على التخصيص لا العكس، وبذلك كان القصر أعم، فكل تخصيص قصر، وليس كل قصر تخصيصاً.

ولذلك فالتخصيص عند الحنفية لابد أن يتوفر فيه شروط منها:

1. استقلاله في المعنى.
2. مقارنته للعام في زمن تشريعه.
3. مساواته للعام في قوة الدلالة.

وهذه الشروط هي محل اتفاق بين الأصوليين إذا توافرت في الدليل كان تخصيصاً، وذلك أن فكرة التخصيص في تعريف الحنفية والجمهور واحدة[1]. ولذلك اكتفينا بالمثال السابق في قوله تعالى: ﴿**وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلاثَةَ قُرُوءٍ**﴾ لتوضيح فكرة التخصيص عند الفريقين[2].

---

(1) كشف الأسرار: لعبد العزيز البخاري (306/1)؛ وانظر: فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت: للأنصاري (300/2).

(2) سورة البقرة: من الآية (228)؛ انظر (ص44) من هذا البحث.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ثانياً: الفرق بين التخصيص والنسخ:

والنسخ معناه لغة: الإزالة، يقال نسخت الشمس الظل إذا أزالته ورفعته بانبساطها. وقيل معناه النقل من قولهم نسخت ما في هذا الكتاب إذا نقلته بأشكاله كتابته[1].

وحدّه شرعًا: الخطاب الدال على رفع الحكم الثابت بالخطاب المتقدم على وجه لولاه لكان ثابتاً مع تراخيه عنه.

واعلم أَنَّ التخصيص شديد الشبه بالنسخ لاشتراكهما في اختصاص الحكم بنقض ما يتناوله اللفظ، وذلك أَنَّ في النسخ إخراجاً وفي التخصيص إخراجاً، كما أَنَّ تعريف النسخ يصاحب التخصيص، كما أَنَّ مصطلح النسخ يصاحب التخصيص في مباحث التخصيص مما يستدعي التفرقة بينهما[2].

غير أننا نقصر المقارنة بين التخصيص والنسخ، على النسخ الجزئي وحده، لأَنَّ هذا النوع هو الذي يقع اللبس بينه وبين التخصيص، وإن كان الأقدمون من الأصوليين يوردون المقارنة بشكل عام[3].

وقد فرقوا بينهما من وجوه:

1. أَنَّ التخصيص بيان ما أريد بالعموم، بمعنى أَنَّ الشارع لم يرد من العام شموله منذ بدء تشريع حكمه، بل أراد قصر التكليف على البعض ابتداءً.

أما النسخ الجزئي فهو بيان ما لم يرد بالمنسوخ، فيدل على أَنَّ البعض المنسوخ كان مراداً ابتداءً زمناً ما، ثم بين الناسخ إنهاء أمد العمل به.

2. أَنَّ التخصيص لابد أن يكون مقترناً بالعام في زمن تشريعه، مقدماً عليه، أو متأخراً عنه،

---

(1) لسان العرب: لابن منظور، مادة (نسخ) (121/14)؛ تاج العروس: للزبيدي، مادة (نسخ) (433/4)؛ المصباح المنير: للفيومي، مادة (نسخ) (602/2).

(2) انظر: تعريف النسخ اصطلاحاً في المحصول: للرازي (423/3/1)؛ أصول السرخسي: لأبي بكر السرخسي (54/2)؛ فواتح الرحموت: لنظام الدين الأنصاري (53/2)؛ تيسير التحرير: لأمير باد شاه (178/3)؛ شرح الكوكب المنير: لابن النجار (526/3)؛ المستصفى: للغزالي (107/1)؛ الإحكام: للآمدي (105/3)؛ الإبهاج: للسبكي (227/2)؛ المعتمد: لأبي حسين البصري (396/1)؛ إرشاد الفحول: للشوكاني (ص184)؛ المسودة: لآل تيمية (ص195).

(3) انظر: هذه الفروق: البرهان: لإمام الحرمين (40/1 وما بعدها)؛ الإحكام: للآمدي (401/1)؛ وإرشاد الفحول: للشوكاني (ص126).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

لأنَّه بيان للإرادة ابتداءً. أي لا يجوز تأخيره عن وقت العمل بالمخصوص[1].

أما النسخ الجزئي لا يجوز أن يكون الناسخ متقدماً على المنسوخ، ولا مقترناً به، بل يجب أن يتأخر عنه. أي يجوز تأخير النسخ عن وقت العمل بالمنسوخ.

3. أَنَّ التخصيص قد يكون بالنص من القرآن والسنة، وقد يكون بأدلة العقل والعرف والمصلحة المرسلة وسائر أدلة السمع، ويقع التخصيص بالإجماع والقياس.

أما النسخ الجزئي لا يكون إلا بقول وخطاب موحى به[2].

- **المقارنة بين تعريف الجمهور والحنفية للتخصيص:**

عند المقارنة بين تعريف الجمهور والحنفية للتخصيص نجد أَنَّهما يتفقان في أَنَّ التخصيص قصر العام على بعض أفراده بدليل، كما هو في المثال السابق، غير أَنَّهما يختلفان في شروط ذلك الدليل الذي يتم به التخصيص.

الحنفية جوهر التخصيص _عندهم_ بيان يتضمن معنى المعارضة.

اشترطوا في المخصص الاستقلال في المعنى، كونه بياناً، إذ لا يُتَصَوَّر أن يكون المُبيِّن غير مفهوم في ذاته، وبهذا الشرط فإنَّ الأدلة غير المستقلة _وهي المتصلة_ لا يتم بها التخصيص عندهم.

واشترط أيضاً أن يكون مقارناً للعام من حيث زمن تشريعه، وإلا كان ناسخاً.

وبالنظر إلى تضمنه لمعنى المعارضة، اشترط أن يكون مساوياً للعام، من حيث قوة الدلالة، قطعية وظنّية. إذ لا يعارض الظنّي القطعي إجماعاً[3].

أما الجمهور _كما هو واضح من تعريفهم للتخصيص_ لا يشترطون في المخصص ما اشترطه الحنفية، لأن هذه الشروط منبثقة عن مفهوم التخصيص وطبيعته، فالتخصيص يتم

(1) لا يكون عند الحنفية إلا مقارناً أما عند غيرهم فلا يشترط.

(2) انظر: البحر المحيط: للزركشي (338/4)؛ المعتمد: لأبي حسين البصري (234/1)؛ إرشاد الفحول: للشوكاني (ص126).

(3) كشف الأسرار: لعبد العزيز البخاري (291/1 وما بعدها).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

عندهم في الجملة بأي دليل من الأدلة مطلقاً[1]، ذلك لأَنَّ التخصيص عندهم بيان تفسير محض، لا يقوم على أساس المعارضة.

ولم يشترطوا في ذلك شرطاً[2]، إلا إذا تأخر الدليل المستقل في وروده عن العمل بالعام فإن تأخر كان ناسخاً لا تخصيصاً، لأَنَّ التخصيص _كما هو واضح في الفرق بين التخصيص والنسخ_ هو قصر العام على بعض أفراده ابتداءً، فإذا عمل بالعام فترة من الزمن ثم جاء الدليل الخاص بعد ذلك كان الإخراج الذي يتم بموجب النص الخاص في مثل هذه الحال نسخاً جزئياً لا تخصيصاً[3].

ومن هنا، كان التخصيص عند الجمهور قصراً للعام بالدليل مطلقاً، لأنه بيان محض.

وعند الحنفية هو قصر العام بدليل مستقل مقارن مساوٍ للعام في قوة الدلالة[4].

وبذلك تكون المقارنة لاختلاف الفريقين في تحديد مفهوم التخصيص؛ فعند الحنفية بالشروط كما سبق، فكان أضيق وأخص من مفهومه عند الجمهور؛ الذين لا يعرفون هذه التفرقة، ولا هذه الشروط، فكان أوسع وأعم عندهم.

والخلاف عند الحنفية بأنهم يفرقون بين التخصيص والتقييد.

- **ثالثاً: الفرق بين التخصيص والتقييد:**

التخصيص والتقييد يختلفان عند الحنفية.

فالتقييد عندهم نوع من قصر العام على بعض أفراده، لكنهم يسمون التقييد بالدليل غير المستقل قصراً وهو مصطلح عندهم، ولا يسمونه تخصيصاً لعدم استقلاله في المعنى، وتعلقه بما سبقه من كلام.

---

(1) سواء أكانت مستقلة أو متصلة بحكم طبيعتها اللغوية، وسواء أكانت مقترنة بالعام أو متراخية عنه، ولا في قوة الدلالة.

(2) تنبيه: أن إمام الحرمين والقاضي من الجمهور يوافقان الحنفية ذلك - راجع شرح العضد على مختصر المنتهى: لابن الحاجب (147/2)؛ شرح المحلي على جمع الجوامع: للمحلي (ص78)؛ البرهان: للجويني (400/1)؛ كما يوافقهم الشاطبي في الموافقات (182/2-184).

(3) المعتمد في أصول الفقه: لأبي حسين البصري (257/1).

(4) انظر: المناهج الأصولية: د. فتحي الدريني (ص438).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ولذلك يفرقون بينهما بناء على هذا الاختلاف في مفهوم التخصيص والتقييد بما يلي:

1. التخصيص تصرف في المعنى الذي تناوله اللفظ العام لغة، وبيان لعدم شموله اللغوي.

أما التقييد فهو تصرف فيما سكت عنه اللفظ. مثل قوله تعالى: ﴿**فَمِنْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مِنْ فَتَيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ**﴾[1] الوصف بالمؤمنات تقييد عندهم من جهة أن لفظ الفتيات وحده لا يدل لغة على المؤمنات أو الكافرات بل هو ساكت عن ذلك، فلما جاء عليه وصف المؤمنات كان هذا الوصف تقييداً أي تصرف في أمر سكت عنه اللفظ وبيان لما يتناوله هذا اللفظ بحسب وضعه اللغوي.

2. التخصيص يعمل فيه بالأصل، وهو العام بعد تخصيصه.

أما التقييد فلا يعمل فيه بالأصل المطلق مستقلاً وإنما يعمل به مع قيده.

3. التخصيص جملة مفيدة ذات معنى مستقل. أما التقييد فهو مفرد[2].

وبناءً على هذه التفرقة عند الحنفية وعدمها عند الجمهور الذين لا يفرقون بين القصر والتخصيص لعدم تمييزهم في المخصصات بين مستقلة وغير مستقلة، نشأ الخلاف في عدد المخصصات عند الفريقين.

---

(1) سورة النساء: من الآية (25).

(2) كشف الأسرار شرح أصول البزدوي: لعبد العزيز البخاري (312/1 وما بعدها)؛ المدخل إلى علم أصول الفقه: للدواليبي (ص192).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الرابع
أنواع المخصصات أو أدلة التخصيص

المُخَصَّصات: جمع مُخَصَّص، و الْمُخَصَّصُ يُطلق على معانٍ مُختلفةٍ.

أحدها: يُوصَفُ المُتَكَلِّمُ بكونه مُخَصِّصًا للعَامِّ بمعنى أَنَّهُ أَراد به بعض ما يتناولُهُ، والمخصص في الحقيقة هو إرادة المتكلم؛ لأنها المؤثرة[1].

والثاني: أنه الدليل على الإرادة. يُوصفُ الدَّلِيلُ بأَنَّه مُخَصِّصٌ، يقال السُّنَّةُ تَخصيصُ الكتاب، والدليل حظه أن يكشف عن أن العموم مخصوص؛ لأن التخصيص وقع به.

والحق أن المخصص حقيقة هو المتكلم، لكن لما كان المتكلم يخصص بالإرادة أسند التخصيص إلى إرادته، فجعلت الإرادة مخصصة، ثم جعل ما دل على إرادته وهو الدليل اللفظي أو غيره مخصصاً في الاصطلاح، والمراد هنا إنما هو الدليل[2].

وبذلك يقصد بالمخصصات الأدلة التي تخرج العام عن عمومه إلى الخصوص سواء أكان الدليل المخصص نصاً أم كان غير ذلك.

أقسام المخصص:

فنقول: الأدلة المخصصة التي يتم بها تخصيص العام وقصره على بعض أفراده؛ تتنوع في جملتها عند الأصوليين:

1. إما أن يستقل بنفسه في إفادة المعنى المراد ولا يكون جزءاً من النص العام فهي أدلة مستقلة، وتسمى عند الأصوليين "المخصص المنفصل"[3].
2. وإما ألا يستقل، بل يتعلق معناه باللفظ الذي قبله، وهو مالا يستقل بنفسه في إفادة التخصيص،

---

(1) المحصول في أصول الفقه: لفخر الدين الرازي (102/3/1).

(2) انظر: البحر المحيط: للزركشي (355/3)؛ المعتمد: لأبي حسين البصري (283/1).

(3) المخصص المنفصل: هو ما يستقل بنفسه بأن لم يكن مرتبطاً بكلام آخر، قاله ابن النجار أيضاً في شرح الكوكب المنير (277/3)؛ وانظر: فواتح الرحموت: لنظام الدين الأنصاري (316/1)؛ البحر المحيط: للزركشي (355/3)؛ المعتمد: لأبي حسين البصري (283/1)؛ شرح المحلي على جمع الجوامع: للمحلي (24/2)؛ المستصفى: للإمام الغزالي (99/2)؛ إرشاد الفحول: للشوكاني (ص156).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وإنما يأتي ضمن النص العام بحسبانه جزءاً منه، فهو كلام غير تام بنفسه ولا يفيد معنى وحده إلا بوصله بالكلام الذي قبله. ويطلق عليه الأصوليون "المخصص المتصل"[1].

الأول: المخصص المتصل:

وقسمه الجمهور إلى أربعة أنواع: الاستثناء والشرط والصفة، والغاية. وهذه الأربعة من المخصصات غير المستقلة يتفق في عدها جمهور الأصوليين (المتكلمون)[2]، وزاد ابن الحاجب، والقرافي: بدل البعض من الكل[3]، ونسب بعض الأصوليون هذا القول أيضاً إلى الإمام الشافعي.

أما أصوليو الحنفية فلا يتعرضون لها باعتبارها مخصصة؛ لأنها ليست من المخصصات عندهم _كما سلف بيانه_ وإنما مقيدة، وقد تم بيان الفرق بين التخصيص والتقييد.

أولاً : الاستثناء وشروطه:

الاستثناء لغةً: من الثني وهو العطف والردّ، تقول ثنيته عن مراده إذا صرفته عنه، وهو إخراج ما لولاه لدخل في الكلام، نحو جاء القوم إلا زيداً[4].

الاستثناء اصطلاحاً: إخراج ما لولاه لدخل في الكلام وإنما يبقى من المستثنى منه شيء ومن شرطه أن يكون متصلاً بالكلام[5]. ومثاله قوله تعالى: ﴿**مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيمَانِهِ إِلاَّ مَنْ**

(1) المخصص المتصل: هو ما لا يستقل بنفسه بل مرتبط بكلام آخر كما قاله ابن النجار في شرح الكوكب المنير لابن النجار (281/3)؛ وانظر: فواتح الرحموت: لنظام الدين الأنصاري (316/1)؛ المعتمد: لأبي حسين البصري (283/1)؛ شرح المحلي على جمع الجوامع: للمحلي (9/2).

(2) انظر: المعتمد: لأبي الحسين البصري (239/1)؛ والمستصفى: للإمام الغزالي (163/2)؛ والإحكام في أصول الأحكام: للآمدي (416/2).

(3) راجع مختصر المنتهى مع شرحه وحاشيته: لابن الحاجب (131/2).

(4) المصباح المنير: للفيومي، مادة (ثنى) (85/1).

(5) وانظر: تعريف الاستثناء اصطلاحاً في كشف الأسرار: لعبد العزيز البخاري (121/1)؛ المحصول في أصول الفقه: لفخر الدين الرازي (38/3/1)؛ شرح تنقيح الفصول: للقرافي (ص256)؛ شرح الكوكب المنير: لابن النجار (282/3)؛ الإحكام: للآمدي (287/2)؛ البحر المحيط: للزركشي (275/3)؛ المعتمد: لأبي حسين البصري (260/1)؛ المستصفى: للإمام الغزالي (163/2)؛ شرح المحلي على جمع الجوامع: للمحلي (9/2)؛ الإبهاج: للسبكي (144/2)؛ مفتاح الوصول: للتلمساني (ص530).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

﴿أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالإِيمَانِ﴾[1].

فإنَّ الاستثناء هنا خصص العموم في الآية وجعله مقصوراً على من كفر عن اختيار ورضا ولولا الاستثناء لكان شاملاً لكل كافر....، وهذا تخصيص عند جمهور الأصوليين.

الاستثناء له شروط:

الأول: يصح الاستثناء بشرط أن يبقى من المستثنى منه شيء، نحو له عليَّ عشرة إلا تسعة، فلو قال إلا عشرة، لم يصح، وتلزمه العشرة[2].

الثاني: ومن شرطه أن يكون متصلاً بالكلام[3]، فلو قال جاء الفقهاء، ثم قال بعد يوم إلا زيداً، لم يصح.

ثانياً: الشرط:

الشّرط لغةً: بسكون الرّاء إلزام الشّيء والتزامه، ويجمع على شروط، وبمعنى الشّرط الشّريطة وجمعها الشّرائط. والشّرَط بفتح الرّاء معناه العلامة ويجمع على أشراط ومنه أشراط السّاعة أي علاماتها[4].

الشّرط اصطلاحاً: ما يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته. وعرّفه البيضاويّ في المنهاج بأنّه: ما يتوقّف عليه تأثير المؤثّر لا وجوده، ومثّل له بالإحصان، فإنّ تأثير الزّنا في الرّجم متوقّف عليه كما ذكر الإسنويّ، وأمّا نفس الزّنا فلا؛ لأنّ البكر قد تزني[5].

---

(1) سورة النحل: من الآية (106).

(2) انظر: فواتح الرحموت: لنظام الدين الأنصاري (323/1)؛ التبصرة: للشيرازي (ص168)؛ اللمع: للشيرازي (ص128)؛ المعتمد: لأبي حسين البصري (363/1)؛ التلخيص: للجويني(74/2)؛ البرهان: للجويني (396/1)؛ المستصفى: للغزالي (171/1-173)؛ المنخول: للغزالي (ص158)؛ الإحكام: للآمدي (297/2)؛ قواطع الأدلة: للسمعاني (ص347)؛ المسودة في أصول الفقه: لآل تيمية (ص155).

(3) وهذا مذهب جمهور أهل العلم من الأصوليين وأهل اللغة وغيرهم، ذكره البزدوي في أصوله (117/3)؛ التلخيص: للجويني (63/2)؛ والغزالي في المستصفى (165/2)؛ والبيضاوي في المنهاج، والإبهاج: للسبكي (145/2).

(4) تاج العروس، مادة (شرط) (305/10-306)؛ المصباح المنير: للفيومي، مادة (شرط) (309/1)؛ لسان العرب: لابن منظور، مادة (شرط) (332/7)؛ مختار الصحاح باب (الشين) مادة (ش ر ط) (141/1).

(5) شرح الكوكب المنير: لابن النجار (342/3)؛ المنهاج: البيضاوي (173/1)؛ التمهيد: للإسنوي (223/1).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ويجوز أن يتقدم على المشروط نحو إن جاءك بنو تميم فأكرمهم[1].

ومثاله قوله تعالى: ﴿**وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْساً فَكُلُوهُ هَنِيئاً مَرِيئاً**﴾[2].

منطوق الآية أن ما طاب به نفس الزوجة من المهر فهو حلال للزوج، أخذاً من الشرط، وهو قوله: ﴿**فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ**﴾ مفهوم الآية أن المرأة إذا لم تطب نفسها بشيء من المهر، فليس للزوج أن يأخذ منه شيئاً.

ثالثاً: الصفة:

الصّفة لغةً: الحلية، والوصف: وصفك الشّيء بحليته ونعته، واتّصف الشّيء: أمكن وصفه[3].

الصّفة اصطلاحاً: تقييد لفظ مشترك المعنى بلفظ آخر مختصّ ليس بشرط ولا غاية، ولا يريدون بها النّعت فقط كالنّحاة، ويشهد لذلك تمثيلهم بمطل الغنيّ ظلم[4]. والصفة هي ما أشعر بمعنى يتصف به أفراد العام، سواء كان الوصف نعتاً أو عطف بيان أو حالاً[5].

---

(1) قال الإمام الرازي (لا نزاع في جواز تقديم الشرط وتأخيره، إنما النزاع في الأولى، ويشبه أن يكون الأولى هو التقديم خلافاً للفراء). المحصول في أصول الفقه: لفخر الدين الرازي (97/3/1)؛ وانظر: تفصيل المسألة في اللمع في أصول الفقه: للشيرازي (ص130)؛ البحر المحيط: للزركشي (332/3)؛ شرح الكوكب المنير: لابن النجار (343/3)؛ شرح تنقيح الفصول: للقرافي (ص264)؛ المعتمد: للبصري (260/1).

(2) سورة النساء: الآية (4).

(3) مختار الصحاح: باب (الواو)، مادة (و ص ف) (202/1).

(4) صحيح البخاري: كتاب/ الاستقراض وأداء الديون، باب/ مطل الغني ظلم (845/2)، (ح2270)؛ وصحيح مسلم: كتاب/ المساقاة، باب/ مطل الغني ظلم وإذا أتبع أحدكم على ملئ فليتبع (1197/3)، (ح1564).

(5) انظر: شرح الكوكب المنير: لابن النجار (347/3)؛ وانظر مسألة التخصيص بالصفة في اللمع: للشيرازي (ص132)؛ المحصول في أصول الفقه: لفخر الدين الرازي (105/3/1)؛ فواتح الرحموت: للأنصاري (344/1)؛ البحر المحيط: للزركشي (341/3)؛ المعتمد: للبصري (257/1)؛ المستصفى: للإمام الغزالي (204/2)؛ الإحكام: للآمدي (313/2)؛ الأنجم الزاهرات: للمارديني (ص158).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

والمقيد بالصفة يحمل عليه المطلق[1]، كالرقبة قيدت بالإيمان في بعض المواضع، كما في كفارة القتل.

ومثاله قوله تعالى: ﴿**وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِناً إِلاّ خَطَأً وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِناً خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ**﴾[2] فإن"رقبة" في الآية عامة بالإضافة فتشمل المؤمنة وغيرها، والوصف بالمؤمنة الذي اتصل بالعام يفيد قصر ذلك العموم على الوصف بالإيمان دون غيرها، فالرقاب المحررة هي المؤمنة دون غيرها.

رابعاً: الغاية:

من معاني الغاية في اللّغة: المدى والمنتهى، يقال: غايتك أن تفعل كذا، أي نهاية طاقتك أو فعلك. وقالوا: هذا الشّيء غاية في الحسن، أو في القيمة، أي بلغ الحدّ الأقصى[3].

أمّا في الاصطلاح: فالغاية عند الأصوليّين تطلق على معنيين:

الأول: المنتهى، كما يقولون: « إلى » للغاية، أي دالّة على أنّ ما بعدها منتهى حكم ما قبلها.

الثاني: نهاية الشّيء من طرفيه، أي أوّله وآخره كما يقولون: لا تدخل الغايتان في الحكم، قال ابن الهمام: تطلق الغاية بالاشتراك عرفاً بين المنتهى ونهاية الشّيء من طرفيه. والمراد بالغاية هنا هو المعنى الأوّل وسمّيت غايةً لأنّ الحكم ينتهي إليها، كما في قوله تعالى: ﴿**ثُمَّ أَتِمُّواْ الصِّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ**﴾[4] فاللّيل غاية للصّيام؛ لأنّ حكمه ينتهي إليه. والتخصيص بالغاية المراد به أن يأتي بعد اللفظ العام حرف من أحرف الغاية كاللام، وإلى، وحتى. وهي نهاية الشئ المقتضية لثبوت الحكم قبلها وانتفاءه بعدها[5]. نحو قولك: أكرم بني تميم حتى يدخلوا.

---

(1) المطلق: ما دلّ على شائع في جنسه. انظر: فواتح الرحموت: لنظام الدين الأنصاري (360/1)؛ كشف الأسرار: لعبد العزيز البخاري (286/2)؛ الإحكام: للآمدي (4/3)؛ إرشاد الفحول: للشوكاني (ص164).

(2) سورة النساء: من الآية (92).

(3) لسان العرب: لابن منظور، مادة (غيا) (143/15)؛ مختار الصحاح: للرازي، باب (الغين)، مادة (غ ي ا) (204/1).

(4) سورة البقرة: من الآية (187).

(5) قاله ابن النجار في شرح الكوكب المنير (349/3)؛ انظر: التخصيص بالغاية المحصول: للرازي (102/1)؛ البحر المحيط: للزركشي (344/3)؛ شرح العضد: للإيجي (132/2)؛ المستصفى: للغزالي (208/2)؛ الإحكام: للآمدي (313/2)؛ إرشاد الفحول: للشوكاني (ص154).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

مثال "اللام" قوله تعالى: ﴿**سُقْنَاهُ لِبَلَدٍ مَيِّتٍ**﴾[1]. ومثال "إلى" قوله تعالى: ﴿**فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ**﴾[2]، فالأيدي عامة، وبملاحظة الغاية التي ربطت بها بقصر الحكم وهو وجوب الغسل فيما دون المرفق وينتفي بعده. ومثال "حتى" قوله تعالى: ﴿**وَقَاتِلُوهُمْ حَتَّى لا تَكُونَ فِتْنَةٌ**﴾[3] فإنَّ قتال المشركين في الآية عام، ويستمر وجوب القتال إلى غايته، وهي انتهاء الفتنة والاضطهاد.

خامساً: بدل البعض من الكل:

والتخصيص ببدل البعض، الذي اختارَهُ ابنُ الحَاجِب، نحو أَكرَمُ بني تميم فلانٌ وفلانٌ، ونحو أَكرَمُ القَومِ الفُضَلاءُ، ونحو أَكرَمُ الناس العلماء فإنَّ العُلَمَاءُ بدل بعض من كل وهو الناس؛ لأنَّ العلماء بعض الناس[4].

الثاني: المخصصات المستقلة وهو التخصيص المنفصل:

ويُعنى بالمخصص المنفصل عند الأصوليين ما كان في كلام مستقل عن العموم، وكما سبق في تعريفه هو ما يستقل بنفسه في إفادة التخصيص.

وقد اختلف الأصوليون في عدد المخصصات المستقلة.

ونشير بأنَّ المخصص عند الحنفية لابد أن يكون بدليل مستقل مقارن، نصاً كان المخصص أم عقلاً أم عرفاً.

أما الجمهور فيرون أنَّ المخصص يشمل _إلى ذلك_ الدليل غير المستقل.

فمن المخصصات المنفصلة العرف، كما يذكر صاحب "المعتمد" في باب "تخصيص العموم بالأدلة المنفصلة"، أن الأدلة المنفصلة هي أدلة العقل والكتاب والسنة والإجماع وفي

---

(1) سورة الأعراف: من الآية (57).

(2) سورة المائدة: من الآية (6).

(3) سورة البقرة: من الآية (193).

(4) قال الأَصفهاني في شرح المَحصول: "ولا نعرفه لغيره، أَنَّ التخصيص إنْ كان متصلاً، فَإِنْ كان بالاستثناء أَو البَدل جاز إلى الواحد". انظر: التخصيص ببدل البعض فواتح الرحموت: للأنصاري (344/1)؛ تيسير التحرير: لأمير باد شاه (282/1)؛ البحر المحيط: للزركشي (350/3)؛ شرح العضد: للإيجي (132/2)؛ إرشاد الفحول: للشوكاني (ص154).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

باب لاحق يتحدث عن التخصيص بالعادات. كما أنَّه في التخصيص بالسنة يتحدث عن التخصيص بفعل النبي ﷺ ويجعله مخصصاً منفصلاً[1].

ومع ملاحظة أن الأدلة المخصصة _كما أجرى عليها الأصوليون قديما التقسيم إلى متصلة ومنفصلة_ يمكن تقسيم الأدلة المنفصلة منها إلى مخصصات نصية ومخصصات اجتهادية.

- **الأدلة النصية المخصصة**: الكتاب، والسنة، الإجماع.

1. **الكتاب**: تخصيص الكتاب بالكتاب[2]، نحو قوله تعالى: ﴿**وَلا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ**﴾[3]، خصَّ بقوله تعالى: ﴿**وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ**﴾[4] أي حلٌ لكم.

وتخصيص الكتاب بالسنة[5]، نحو قوله تعالى: ﴿**يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلادِكُم**﴾[6] إلى آخر الآية الشامل للولد الكافر بحديث: (لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم)[7].

---

(1) المعتمد في أصول الفقه: لأبي حسين البصري (252/1).

(2) انظر: المحصول: للرازي (117/3/1)؛ فواتح الرحموت: للأنصاري (345/1)؛ البحر المحيط: للزركشي (361/3)؛ شرح الكوكب المنير: لابن النجار (359/3)؛ شرح تنقيح الفصول: للقرافي (ص202)؛ المعتمد في أصول الفقه: للبصري (247/1)؛ الإحكام: للآمدي (319/2)؛ شرح المحلي على جمع الجوامع: للمحلي (26/2)؛ إرشاد الفحول: للشوكاني (ص157)؛ شرح العبادي: لأحمد العبادي (ص114).

(3) سورة البقرة: من الآية (221).

(4) سورة المائدة: الآية (5).

(5) أي سواء كانت السنة متواترة أو آحاداً. انظر: المحصول: للرازي (131/3/1)؛ التبصرة: للشيرازي (ص132)؛ كشف الأسرار: لعبد العزيز البخاري (294/1)؛ أصول السرخسي: لأبي بكر السرخسي (133/1)؛ شرح الكوكب المنير: لابن النجار (362/3)؛ شرح تنقيح الفصول: للقرافي (ص208)؛ شرح العضد: للإيجي (149/2)؛ المعتمد: لأبي حسين البصري (275/1)؛ التلخيص: للجويني (106/2)؛ الإحكام: للآمدي (322/2)؛ المستصفى: للغزالي (114/2)؛ الإبهاج: للسبكي (171/2)؛ إرشاد الفحول: للشوكاني (ص157)؛ المسودة (ص119).

(6) سورة النساء: من الآية (11).

(7) صحيح البخاري: كتاب/ الفرائض، باب/ لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم (2484/6)، (ح6383)؛ صحيح مسلم: كتاب/ الفرائض، باب/ ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فلأولى رجل ذكر (1233/3)، (ح1614).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

2. **السنة**: وتخصيص السنة بالكتاب[1]، كتخصيص حديث[2]: (لا يقبل الله صلاة أحدكم إذا أحدث حتى يتوضأ)، بقوله تعالى: ﴿**وَإِنْ كُنْتُمْ مَرْضَى.. إلى قوله..فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا**﴾[3] وإن وردت السنة بالتيمم أيضاً بعد نزول الآية[4].

وتخصيص السنة بالسنة[5] كتخصيص حديث[6]: (فيما سقت السماء العشر) بحديث[7]: (ليس فيما دون خمسة أوسق صدقة).

3. **الإجماع**: ويلحق بالكتاب والسنة؛ إذ لا خلاف بين المحققين من الأصوليين في أن الإجماع دليل يخصص النص العام؛ لأنه حجة قطعية إذا ثبت وقوعه، ونقل إلينا بطريق يقيني.

وفي هذا يقول الشاطبي – بعد أن قسم الأدلة القطعية إلى نقلية وعقلية: (فأما الضرب الأول فالكتاب والسنة، وأما الثاني فالقياس والاستدلال)، ثم يعقب فيقول: "ويلحق بكل واحد منها وجوه إما باتفاق وإما باختلاف، فيلحق بالضرب الأول الإجماع على أي وجه قيل به"[8].

والإجماع كمخصص لم يكن محل نزاع بين الأصوليين، وفي هذا يقول الآمدي: (لا أعرف فيه خلافاً) وما قرره الأصوليون وهو الإجماع على جواز التخصيص به، لسبب

---

(1) انظر: المحصول: للرازي (123/3/1)؛ فواتح الرحموت: لنظام الدين الأنصاري (349/1)؛ التبصرة: للشيرازي (ص136)؛ البحر المحيط: للزركشي (363/3)؛ شرح الكوكب المنير: لابن النجار (363/3)؛ شرح العضد: للإيجي (149/2)؛ الإبهاج: للسبكي (171/2)؛ الإحكام: للآمدي (321/3)؛ الأنجم الزاهرات: للماردينى (ص163)؛ التحقيقات: لابن قاوان (ص291)؛ شرح العبادي: لأحمد العبادي (ص115).

(2) صحيح البخاري: كتاب/ الصلاة، باب/ باب في الصلاة (2551/6)، (ح6554).

(3) سورة المائدة: الآية (6).

(4) نزلت آية التيمم في غزوة بني المصطلق _غزوة المريسيع_ وقد اختلف العلماء في سنة حدوثها على ثلاثة أقوال: الأول: أنها في شعبان سنة 4 هـ، الثاني: أنها في شعبان سنة 5 هـ، الثالث: أنها في شعبان سنة 6 هـ. انظر: فتح الباري (448/1)؛ صحيح السيرة النبوية (ص245-246).

(5) وهذا مذهب جمهور العلماء، ومنعت طائفة تخصيص السنة بالسنة منهم داود الظاهري. انظر: شرح الكوكب المنير: لابن النجار (366/3)؛ المعتمد في أصول الفقه: لأبي حسين البصري (275/1)؛ شرح العضد: للإيجي (148/2)؛ الإحكام: للآمدي (321/2).

(6) صحيح البخاري: كتاب/ الزكاة، باب/ العشر فيما يسقى من ماء السماء (540/2)، (ح1412).

(7) صحيح البخاري: كتاب/ الزكاة، باب/ ليس فيما دون خمسة أوسق صدقة (540/2)، (ح1413).

(8) انظر: الموافقات: للشاطبي (24/3).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

بسيط، هو أنَّ الإجماع تفسير قاطع لإرادة المشرع، فيقدر بعضهم أنَّه أقوى من النص الخاص؛ لأنَّ النص محتمل للنسخ، الإجماع لا ينسخ؛ لأنَّه بعد انقطاع الوحي[1].

وسنفرد مطلباً خاصاً عن الإجماع لصلته بالتخصيص وعلاقته بالعرف.

- **الأدلة الاجتهادية المخصصة:**

الأدلة الاجتهادية المخصصة وهي من المخصصات المستقلة تشمل:

1. العقل.
2. العرف.
3. القياس.
4. المصلحة المرسلة.

أما "الحس" فهناك من لا يورده بين المخصصات منهم أبو الحسين البصري في المعتمد وابن الحاجب في مختصره؛ ويكتفون بذكر العقل[2].

وأما اللذين يعدونه بين المخصصات منهم الإمام الغزالي والآمدي والقاضي البيضاوي وابن السبكي[3].

وقد أجمع كافتهم على ذكر العقل بين المخصصات.

وسنتناول في البحث من بين الأدلة الاجتهادية الحديث عن التخصيص بالعرف وهو موضوع بحثنا، إن شاء الله تعالى.

(1) انظر: الإحكام: للآمدي (477/2)؛ المستصفى: للغزالي (102/2)؛ إرشاد الفحول: للشوكاني (ص141).

(2) مختصر المنتهى مع شرحه وحاشيته: لابن الحاجب (147/2)؛ المعتمد في أصول الفقه: لأبي حسين البصري (239/1).

(3) الإحكام: للآمدي (464/2)؛ المستصفى: للغزالي (99/2)؛ جمع الجوامع مع شرحه وحواشيه (60/2).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفصـل الأول

حقيقة العرف وحجيته

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: العرف وأقسامه.

المبحث الثاني: حجية العرف وأقوال العلماء فيه.

المنارة للاستشارات

www.manaraa.com

توطئة:

العرف دليل من الأدلة الشرعية عند الفقهاء، وقد بنيت عليه كثير من الفروع الفقهية في المذاهب المختلفة، ونشأت عنه كوكبة من القواعد الفقهية، ونحن إذا استقصينا مذاهب الأئمة المجتهدين نجد فيها الكثير من الأحكام التي روعي فيها العرف، ولهذا اختلفت مناهج الفقهاء تبعاً لاختلاف أعراف بيئاتهم والمواطن التي نشأوا فيها، فكانت مدرسة الحجاز ومدرسة العراق.

وها هم الحنيفة يراعون العرف في كثير من الأحكام، بل فوق هذا نرى الحنفية يختلفون بينهم في حكم المسألة الواحدة تبعاً لاختلاف الأعراف.

وها هو مذهب الإمام مالك تراه يبني الكثير من الأحكام على عمل أهل المدينة.

ثم كان بعد ذلك الإمام الشافعي يغير بعض الأحكام التي ذهب إليها، وآية ذلك اختلاف مذهبه في مصر عن مذهبه في العراق.

ولأهمية العرف وتأثيره البالغ في الفقه الإسلامي، فإنَّ بعض الأحكام الشرعية قد يكون مبنياً على عرف الناس وعاداتهم، قال فيه ابن عابدين الحنفي:

والعرف في الشرع له اعتبار لذا الحكم عليه قد يدار[1]

وقال ابن عابدين: ولهذا قالوا في شروط الاجتهاد: أنه لابد فيه من معرفة عادات الناس، فكثير من الأحكام يختلف باختلاف الزمان، بتغير عرف أهله، أو لحدوث ضرورة، أو لفساد أهل الزمان، بحيث لو بقي الحكم على ما كان عليه أولاً للزم منه المشقة والضرر بالناس، وخالف قواعد الشريعة المبنية على التخفيف والتيسير ودفع الضرر والفساد لبقاء العالم على أتم نظام وأحسن إحكام. ولهذا ترى مشايخ المذهب خالفوا ما نص عليه المجتهد في مواضع كثيرة بناءً على ما كان في زمنه، لعلمهم بأنَّه لو كان في زمنهم لقال بما قالوا به أخذاً من قواعد مذهبه[2].

والتخصيص بالعرف لا يعدو أن يكون وجهاً من معارضته.

---

(1) نشر العرف في بناء بعض الأحكام: لابن عابدين (114/2).

(2) شرح الأتاسي للمجلة (ص82-83)؛ مجموعة رسائل ابن عابدين (125/2).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ومن هنا تبدو أهمية هذا البحث، ووعورة مسلكه التي تقتضي شدة الاحتياط والحـــذر والدقة في التطبيق، ودراسة ما يحتف به من ظروف وملابسات.

وقد ضبط الفقهاء أخيراً هذا العرف وَعَدّوه بعضهم دليلاً مستقلاً من الأدلة الشرعية، فما هذا العرف؟، وما أقسامه؟، وما مدى حجيته؟، وما القواعد الفقهية التي نشأت في كنفـــه؟، هذا ما سنبسط القول فيه بإذن الله تعالى.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المبحث الأول

العـرف وأقسـامه

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: حقيقة العرف.

المطلب الثاني: الألفاظ ذات الصّلة بالعرف.

المطلب الثالث: أقسام العرف.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الأول
حقيقـــة العـــرف

العرف لغةً: من عرف عَرَفَهُ يعرِفه بالكسر مَعْرِفةً وعِرْفاناً بالكسر، ثم استعمل بمعنى الشيء المألوف المستحسن، الذي تتلقاه العقول السليمة بالقبول[1].

وتطلق كلمة العرف على معان عديدة منها: تتابع الشيء متصلاً بعضه ببعض، ومن ذلك "عرف الديك والفَرَس والدابة" وهو مَنْبتُ الشعر والريش من العُنق، سمي بـــذلك لتتـــابع الشعر فيه[2]، وهذا المعنى في قوله تعالى: ﴿**وَالْمُرْسَلاتِ عُرْفاً**﴾[3].

ومنها: السكون والاطمئنان تقول: عرف فلان فلاناً: أي ألفه وسكن إليه واطمأن[4].

ومنها: الظهور والوضوح كقولهم: "عرف الرمل والجبل" يعنون به ظهوره وأعاليـــه، ومنه قوله تعالى: ﴿**وَعَلَى الأَعْرَافِ رِجَالٌ**﴾[5] والأعراف السور المضروب بين الجنة والنار، ومنه قولهم أيضاً: "أعرورف البحر" إذا ارتفعت أمواجه[6]. وهذا المعنى يستخدم في المحسوسات.

أما في المعاني تستخدم في الجود والكرم لظهور صاحبه فيه، ومنه قول الشاعر:

ومن يفعل الخير لا يعدم جوازيه لا يذهب "العرف" بين الله والناس

والعرف: من المَعْرُوف ضدّ المنْكر، والعُرْفُ ضدّ النّكر وهو كلُّ ما تَعْرِفـــه الـــنّفس من الخير وتَطمئنُّ إليه، والعرف والعارفة والمعروف واحد: وهو بمعنى الجود. وقيـــل: هـــو

(1) مختار الصحاح: للرازي، مادة (ع ر ف) (179/1)؛ لسان العرب: لابن منظور، مادة (عرف) (240/9، 241).
(2) معجم مقاييس اللغة: لابن فارس، مادة (ع ر ف) (281/4)؛ المفردات: للراغب، مادة (ع ر ف) (560).
(3) سورة المرسلات: الآية (1).
(4) معجم مقاييس اللغة: لابن فارس (281/4).
(5) سورة الأعراف: من الآية (46).
(6) لسان العرب: لابن منظور، مادة (عرف) (144/1)؛ وأساس البلاغة: للزمخشري (ص298)؛ حاشـــية الرهاوي على شرح المنار: لابن ملك (423/1)؛ الأشباه والنظائر: لابن نجيم (ص85).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

كل ما تبذله وتسديه[1].

العرف في اصطلاح الأصوليين:

1. عرفه الجرجاني: هو ما استقرّت النّفوس عليه بشهادة العقول، وتلقّته الطّبائع السليمة بالقبول[2].

شرح التعريف يقول أبو سنة: يعني هو الأمر الذي اطمأنت إليه النفوس وعرفته، وتحقق في قرارها وألفته، مستندة في ذلك إلى استحسان العقل، ولم ينكره أصحاب الذوق السليم في الجماعة.

وقال: وإنما يحصل استقرار الشيء في النفوس، وقبول الطباع له، بالاستعمال الشائع المتكرر، الصادر عن الميل والرغبة. غير أن هذا التعريف ترد عليه مآخذ، لما فيه من غموض وإبهام[3].

2. العرف هو: "ما يغلب على الناس، من قول، أو فعل، أو ترك"[4].

شرح التعريف: هو ما اعتاده الناس وتعارفوه في حياتهم في القول أو الفعل الترك واعتيادهم له ناتج عن ألف نفوسهم له بعد استقراره فيها. وهذا أيضاً لا يسلم من الاعتراض عليه[5].

وهناك تعريفات أخرى لا تسلم من الملاحظات والاعتراضات[6].

التعريف المختار:

3. عرفه الزرقاء: بأنه "عادة جمهور قوم في قول أو فعل"[7].

هذا الذي يقرب إلى الحد الصحيح للعرف _في نظر الباحث_ وذلك للأسباب التالية:

---

(1) لسان العرب: لابن منظور، مادة (عرف) (144/1)؛ الموسوعة الفقهية الكويتية (220/29)، من أعمال وزارة الأوقاف الكويتية.

(2) التعريفات: للجرجاني (193/1)؛ حاشية الرهاوي على شرح المنار: لابن ملك (423/1)؛ الأشباه والنظائر: لابن نجيم (ص85)؛ العرف والعادة: للشيخ أبو سنة (ص8)، نقله عن المستصفى للنسفي.

(3) انظر: العرف والعادة: للشيخ أحمد فهمي أبو سنة (ص8-9).

(4) نسب هذا التعريف للشيخ محمد الطاهر بن عاشور في حاشيته على تنقيح الفصول للقرافي، المسماة: حاشية التوضيح والتصحيح لمشكلات كتاب التنقيح (248/1).

(5) انظر: شرح التعرف: الشريعة الإسلامية: للشيخ محمد الخضر حسين (ص33،)؛ المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي: د. فتحي الدريني (ص579).

(6) انظر: أثر العرف في التشريع الإسلامي: السيد عوض (ص52)؛ ومصادر التشريع فيما لا نص فيه: لعبد الوهاب خلاف (ص145).

(7) انظر: المدخل الفقهي العام: للأستاذ مصطفى الزرقاء (840/2)، التعريف والشرح.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أ- اشتمال التعريف على الأقوال والأفعال.

ب- يخرج من التعرف ما حصل بطريقة الاتفاق نادراً ما لم يعتده الناس حيث يعتبره عرفاً.

ج- قلة الاعتراضات عليه.

شرح التعريف: هو ما اعتاده الناس وتعارفوه في حياتهم في القول أو الفعل أو الترك، واعتيادهم له ناتج عن ألف نفوسهم له بعد استقراره فيها أثر ركون عقولهم إليه لحاجة تحمل على ذلك ثم تتلاءم الطباع معه بعد ذلك، وبذلك يغدو أمراً مألوفاً في حياة الناس ظاهراً معروفاً فيها. وعلى هذا فالعرف يشتمل على الأقوال والأفعال جميعاً.

قوله: "في قول أو فعل" أخرج عن معنى العرف: ما كان ناشئاً بسبب عادي من عوامل الطبع كالحيض ومدته، وإسراع البلوغ، ونضج الثمار في البلاد الحارة وأشباه ذلك، فمثل هذا لا يسمى عرفاً.

العلاقة بين المعنى اللغوي والاصطلاحي:

من الثابت أنَّ لكل تشريع عرفاً خاصاً في استعماله لكثير من الألفاظ يخالف به عن حقائقها اللغوية، فيجب حمل تلك الألفاظ على معانيها العرفية في لسان الشرع، ولو كانت في أصل وضعها اللغوي أوسع مدلولاً، وهي ما تسمى بالاصطلاحات.

هذا والعلاقة بين المعنيين اللغوي والاصطلاحي واضحة فهما يلتقيان في التتابع الذي هو من معاني العرف في اللغة من جهة أنَّ العرف في الاصطلاح الأصولي لابد من أن يكون متتابعاً في حياة الناس غالباً عليها.

ويلتقيان في السكون والطمأنينة؛ لأنَّ العرف في الاصطلاح لابد أن يسكن الناس إليه ويستقر في نفوسهم.

وفي الظهور والوضوح؛ لأن العرف لابد من أن يظهر في حياة الناس ويتضح في تصرفاتهم حتى يكون عرفاً لهم[1].

وعليه فالعلاقة بين المعنى اللغوي والاصطلاحي تقرب من التساوي، إن لم تكن هي إياها

(1) انظر: أثر العرف في التشريع الإسلامي: السيد صالح عوض (ص53).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

فتأمل قيمة هذه الكلمة "العرف" وكرم هذه المعاني التي تدل عليها، وصحّتها، ودلالة ذلك كله على جلال هذه اللغة الجميلة.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الثاني
الألفاظ ذات الصّلة بالعرف

1. العرف والعادة:

ومما يتصل بالعرف العادة؛ ويعرفها الفقهاء بأنها: "الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية" مأخوذة من المعاودة وهي تقتضي تكرار الأمر مرة بعد أخرى، حتى يخرج عن كونه واقعاً بطريق الاتفاق، وواضح أن العادة وإن بدأت معتمدة على التكرار من غير أن يكون هناك حامل عقلي، فإنها تنتهي إلى الالتقاء بالعرف والاتفاق معه إذا اعتادها الناس، ولهذا نستطيع القول بأن العرف والعادة العامة لكل الناس بمعنى واحد، وعطفهما على بعضهما من تعاطف المترادفات لإفادة التأكيد[1].

الأمر الذي يحتم بيان المراد بها في اللغة والاصطلاح ومن ثم إدراك علاقتها بالعرف.

العادة في اللّغة: العادة مأخوذة من تَعَوَّدَ الشيءَ وعادَه وعَاوَدَه مُعاوَدَةً وعِواداً واعتادَه واستَعَادَه وأعادَه، أي: صار عادَةً له، وعَادَ إليه: رجع، واستَعَادَهُ الشيء فَأَعَادهُ سأله أن يفعله ثانياً ، والمُعَاوَدَةُ: الرجوع إلى الأمر الأول أنشد ابن الأعرابي:

لم تَزَل تلكَ عادَةَ الله عندي والفَتى آلف لما يَستَعيد

وتعني "الدّيدن" وهو الدأب والاستمرار على الشيء، سمّيت بذلك لأَنَّ صاحبها يعاودها أي يرجع إليها مرّةً بعد أخرى - وجمعها: عادات وعوائد[2]. فكأن العادة شيء يقتضي التكرار.

العادة في الاصطلاح: هي ما استمرّ النّاس عليه على حكم المعقول، وعادوا إليه مرّةً بعد أخرى. أو هي: الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية[3].

ومن هذا التعريف نستنبط أن العادة أمر مخصوص بمجموعة معينة من الناس، وقد تكون لفرد واحد منهم، كعادته في نومه وأكله وشربه، وإذا تعدت العادة الفردية لمجموعة من

(1) انظر: غمز عيون البصائر: للحموي (295/1)؛ العرف والعادة: للشيخ احمد فهمي أبو سنة (ص12).
(2) لسان العرب: لابن منظور، مادة (عود) (317/3)؛ مختار الصحاح: للرازي، مادة (عود) (193/1)؛ غمز عيون البصائر: للحموي (295/1).
(3) كتاب التقرير والتحبير: لابن أمير الحاجّ (350/1)؛ المدخل الفقهي العام: للأستاذ مصطفى الزرقاء (838/2).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الناس؛ فإنها تكون مرادفة لمعنى العرف في هذه الحالة، فالعلاقة بينهما العموم والخصوص المطلق؛ لأن العادة أعم، وهي غير مقيدة بخلاف العرف فإنه مقيد[1].

ومن الجدير بالذكر: أن الأصوليين كثيراً ما يستعملون العادة والعرف بمعنى واحد؛ لأن مؤداهما واحد، ولذا نجد من يعرفها بما عرف به العرف فقال: العرف والعادة ما استقر في النفوس من جهة العقول...الخ[2].

قال ابن عابدين: العادة مأخوذة من المعاودة، فهي بتكررها ومعاودتها مرة بعد أخرى صارت معروفة مستقرة في النفوس والعقول، متلقاة بالقبول من غير علاقة ولا قرينة، حتى صارت حقيقة عرفية، فالعادة والعرف بمعنىً واحد من حيث المقاصد وإن اختلفا من حيث المفهوم[3].

وقال أبو الحسين البصري في المعتمد: "باب في تخصيص العموم بالعادات" ثم يقسمها إلى عادة في الفعل وعادة في الاستعمال[4].

والغزالي في المستصفى يتناول التخصيص بالعرف فيقول: "عادة المخاطبين"، وكذلك الآمدي حيث قال وهو يتناول ذلك الموضوع: "إذا كان من عادة المخاطبين تناول طعام خاص..الخ"[5].

وبالجملة فإن المتتبع لآراء الأصوليين في التخصيص بالعرف يجدهم يعبرون بالعادة _بخاصة أصوليي المتكلمين_ ويقسمونها إلى نوعين: عادة في الفعل وعادة في الاستعمال[6].

كما أن من الحنفية من يعبر بنفس التعبير كصدر الشريعة في التنقيح، والنسفي في المنار[7].

---

(1) المدخل الفقهي العام: للأستاذ مصطفى الزرقاء (841/2، وما بعدها).
(2) انظر: المستصفى: للغزالي (111/2)؛ العرف والعادة: للشيخ أحمد فهمي أبو سنة (ص12-13).
(3) نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف: لابن عابدين (ص3).
(4) المعتمد في أصول الفقه: لأبي حسين البصري (278/1).
(5) انظر: المستصفى أبو حامد: الغزالي (111/2)؛ الإحكام في أصول الأحكام: للآمدي (487/2).
(6) انظر: ابن السبكي في جمع الجوامع (70/2)؛ المسودة في أصول الفقه: لآل تيمية (ص123)؛ العدة: لأبي علي الفراء (593/2).
(7) المنار مع شرحه وحواشيه: للنسفي (423/1)؛ التنقيح مع شرح التلويح على التوضيح: لصدر الشريعة (42/1).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وهناك بعض الأصوليين من الحنفية من يستخدم كلمة العرف فقط، مثل كمال بن الهمام في التحرير، ومحب الله بن عبد الشكور في مسلم الثبوت[1].

أما الفقهاء.. فإنهم يستخدمون المصطلحين كما تقدم ذكره[2].

قال الشيخ أبو زهرة: وإذا اعتادت الجماعة أمراً صار عرفاً لها، فعادة الجماعة وعرفها متلاقيان في المؤدى، وإن اختلف مفهومهما، فهما يتلاقيان فيما يختص بالجماعات[3].

وقال الأستاذ خلاف: والعرف والعادة في لسان الشرعيين لفظان مترادفان معناهما واحد[4].

وفرّق بعض الأصوليين بين العرف والعادة في التعريف: بأنَّ العادة هي "الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية"[5].

وبهذا يجعلون العادة أعم من العرف في شمولها كل أمر متكرر سواء أكان تكراره بالعادة الفردية كعادة الشخص في أكله وشربه ونومه فهي عادة لا تعتبر ولا تسمى عرفاً.

أو كان تكراره بالعادة الجماعية، وهذا التكرار قد يكون ناشئاً عن سبب طبيعي كإسراع بلوغ الأشخاص، أو ناشئاً عن الأهواء كتفشي الكذب وأكل أموال الناس بالباطل وغيرها من العادات المستنكرة، فهذا لا يسمى عرفاً، وإن سمي فهو عرف فاسد.

أما الأمر المتكرر على مستوى الجماعة والناشئ عن اتجاه عقلي، فهذه هي العادة المرادفة للعرف[6].

فالعادة تختلف عما فيه تلازم عقلي كعلاقة اللازم والملزوم والعلة والمعلول، كتحرك جسم معين بحركة اليد، بل هي أمر طبيعي محض لا دخل للعقل فيه. ومن ذلك مثلاً عادة بعض الناس من حصول البلوغ عندهم في سن مبكرة في بعض البلدان، ونضج الثمار في الأقاليم

---

(1) التحرير مع شرحه التبيين: لابن الهمام (317/1)؛ مسلم الثبوت بهامش المستصفى: لابن عبد الشكور (345/1).

(2) انظر: الأشباه والنظائر: لابن نجيم (ص85)؛ ومجموعة الرسائل: لابن عابدين (114/2)؛ والفروق: لشهاب الدين القرافي (171/1)؛ والأشباه والنظائر: للسيوطي (ص89-90).

(3) انظر: كتاب الإمام مالك: للشيخ محمد أبو زهرة (ص420).

(4) مصادر التشريع الإسلامي: للأستاذ عبد الوهاب خلاف (ص145)؛ وانظر المدخل الفقهي العام: للأستاذ مصطفى الزرقاء (829/1-834)؛ العرف والعادة؛ للشيخ أحمد فهمي أبو سنه (ص7-13).

(5) التقرير والتحبير: لابن أمير الحاج (282/1).

(6) المدخل الفقهي العام: للأستاذ مصطفى الزرقاء (841/2).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الحارة وبطئه في الأقاليم الباردة، وكل ما ينشأ عن سبب خاص كفشو اللحن لاختلاط العرب بالعجم.

ومن الأمثلة على العرف التوكيل في البيع المطلق؛ فإنه يتقيد بثمن المثل، وبيع الثمار قبل بدو صلاحها؛ فإنه يجب إبقائها إلى أوان جذاذها والتمكن من سقيها بمائها؛ لأن هذين مشروطان عرفاً. وكذلك استصناع الصناع الذين جرت عادتهم بأنهم لا يعملون إلا بالأجرة إذا استصنع من غير تسمية أجرة، كالدلال والحلاق والحجام والنجار والحمال والقصار؛ فالأصح أنهم يستحقون من الأجرة ما جرت به العادة لدلالة العرف على ذلك[1].

الخلاصة: العلاقة بين العرف والعادة: هي العموم والخصوص المطلق، لأن العادة أعم مطلقاً لشمولها العادة الفردية، والعادة الناشئة عن عامل طبيعي، وعادة الجمهور الذي هو"العرف". فالعادة تنشأ بتكرار الأمر مرة بعد أخرى، فإذا استمر استقر في النفوس، وتلقّته الطباع السليمة بالقبول، واستحسنته العقول، وجرى عمل الناس به، وصار عرفاً قائماً.

وبناءً على ذلك - كل عرف عادة، وليست كل عادة عرفاً، ولعل هذا هو الأنسب والأصوب في العلاقة بين المصطلحين[2]. وهما بمعنى واحد في كلام الفقهاء، ولا وجه للتفرقة بينهما في بناء الأحكام.

2. العرف والاستحسان:

الاستحسان في اللّغة: من الحُسن ضد القبح، والجمع مَحَاسِنُ، وحَسُنَ الشيء بالضم، ويستحسنه أي يعده حَسَناً، والمَحَاسِنُ ضد المساوئ، وهو عدّ الشّيء حسناً وضده الاستقباح[3].

---

(1) قواعد الأحكام في مصالح الأنام: لابن عبد السلام (2/107-117)؛ أعلام الموقعين عن رب العالمين: لابن قيم الجوزية (3/82).

(2) المدخل الفقهي العام: للأستاذ مصطفى الزرقاء (2/841، 844)؛ والقواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها: د. صالح السدلان (ص336).

(3) مختار الصحاح: للرازي، مادة (ح س ن) (1/58)؛ القاموس المحيط: للفيروز آبادي، مادة (حسن) (1/10638).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ومن معانيه في الاصطلاح:

1. هو العدول بالمسألة عن حكم نظائرها إلى حكم آخر، لوجه أقوى يقتضي هذا العدول[1].
2. هو العدول عن موجب قياس إلى قياس أقوى منه[2].
3. هو العدول عن حكم الدّليل إلى العادة للمصلحة [3].

قال ابن العربيّ: الاستحسان: إيثار ترك مقتضى الدّليل على طريق الاستثناء والتّرخيص، لمعارضة ما يعارض به في بعض مقتضياته، وينقسم إلى أقسام منها: ترك الدّليل للعرف، وتركه للمصلحة، وتركه للتّيسير لرفع المشقّة وإيثار التّوسعة[4].

وجه العلاقة بين الاستحسان والعرف: وهو أن ينتهي عرف الناس إلى حكم يخالف القياس، فيترك القياس ويؤخذ بالعرف استحساناً. والعرف سبب من أسباب الاستحسان، وهو العدول عن مقتضى القياس إلى حكم آخر يخالفه، لجريان العرف بذلك أو عملاً بما اعتاده الناس من غير نكير. الأمثلة على ذلك :

- وقف المنقول عند الحنفية؛ فإن الأصل فيه عدم الجواز لتسارع الفساد إليه، وعدم قبوله للتأبيد وصلاحيته للدوام، غير أن فقهاء الحنفية أجازوه لتعامل الناس به وان كان في القياس لا يجوز، فقد نقل عن محمد بن الحسن الشيباني أنه أجاز وقف ما جرى به العرف من النقولات المستقلة؛ كالكتب بطريق الاستحسان لتعاملهم به[5].
- ترك الدليل للعرف كقوله: والله لا دخلت مع فلان بيتاً، فهو يحنث بدخول كل ما يسمى بيتاً في اللغة، والمسجد يسمى بيتاً فيحنث بدخوله، إلا ألّا يطلقوا هذا اللفظ عليه، فخرج بالعرف عن مقتضى اللفظ؛ فلا يحنث[6].

---

(1) شرح التلويح للتفتازاني على شرح التوضيح لمتن التنقيح: لصدر الشريعة (81/1)؛ والتبيين: لابن أمير عمر الأتقاني (47/2)؛ شرح العضد على مختصر المنتهى: لابن الحاجب (288/2)؛ والإحكام في أصول الأحكام: للآمدي (137/4).

(2) الإحكام في أصول الأحكام: للآمدي (137/4)؛ وأكثر كتب الأصول.

(3) العضد على مختصر: ابن الحاجب (288/2).

(4) الموافقات: للإمام للشاطبي (208/4)؛ والاعتصام: للشاطبي (138/2).

(5) أصول السرخسي: لأبي بكر السرخسي (207/2).

(6) الاعتصام: للشاطبي (141/2)؛ الهداية شرح بداية المبتدي: للمرغيناني (52/4).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

- ومن ذلك لو استعار رجل سيارة أو دابة من رجل آخر فاستعملها ثم ردها إلى المستودع أو الأصطبل؛ فإن ذلك يُعَدّ رداً مع أنه مخالف للقياس الذي يقتضي تسليم الأمانة، فشرع ذلك لتعامل الناس به.

- ومن ذلك أيضاً ترك تقدير الماء المستعمل في الحمام وتقدير المكث؛ خشية المضايقة على الناس[1].

3. العرف والمصلحة:

المصلحة لغة: من الصّلاح، ضد الفساد، صَلَح يَصلَحُ ويَصلُح صَلاحاً وصُلُوحاً، والمصلحة: الصّلاحُ، جمعها مصالح، وأصلَح الشيءَ بعد فساده: أقامه. وأَصلحَ الدابَّة: أحسن إليها فَصلَحَت[2].

المصلحة اصطلاحاً: قال الغزالي: هي عبارة في الأصل عن جلب منفعة أو دفع مضرة[3].

تقسم المصالح من حيث قيام الدليل على اعتبارها وعدمه إلى ثلاثة:

أ- المصالح المعتبرة: وهي التي اعتبرها الشارع، وقام الدليل منه على رعايتها.

ب- المصالح الملغاة: وهي التي ليس لها شاهد اعتبار من الشارع، بل ردها وجعلها ملغاة.

ج- المصالح المرسلة: وهي التي لم يقم الدليل من الشارع على اعتبارها ولا على إلغائها، فإذا حدثت واقعة لم يشرع الشارع لها حكماً، ولم تتحقق فيها علة اعتبرها الشارع لحكم، ووجد فيها أمر مناسب لتشريع حكم _أي إن تشريع الحكم فيها من شأنه أن يدفع ضرراً أو يحقق نفعاً_ فهذا الأمر المناسب في هذه الواقعة يسمى: المصلحة المرسلة.

أي هي: كل منفعة داخلة في مقاصد الشارع دون أن يكون لها شاهد بالاعتبار أو الإلغاء.

---

(1) قواطع الأدلة في الأصول لأبي مظفر: للسمعاني (269/2)؛ والإحكام في أصول الأحكام: للآمدي (163/4، 164).

(2) لسان العرب: لابن منظور، مادة (صلح) (516/2، 517).

(3) المستصفى: للغزالي (174/1).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ووجه أنها مصلحة: هو أن بناء الحكم عليها مظنة دفع ضرر أو جلب نفع، وإنما سميت مرسلة؛ لأن الشارع أطلقها، فلم يقيدها باعتبار ولا إلغاء[1].

وجه العلاقة بين المصلحة المرسلة والعرف:

الناظر إلى المعاني والبواعث _التي شرعت من أجلها الأحكام_ باتفاق الفقهاء يجد أن التكليفات في هذه الأمور إنما كانت لتكوين مجتمع إسلامي فاضل أساسه العدل والفضيلة وهذا إنما يكون بتشريع كل ما من شأنه رعاية المصالح المتفقة مع مقاصد الشارع.

ولقد استدل الشاطبي لهذه المعاني بثلاثة أدلة هي:

أ- الاستقراء: فإنا وجدنا الشارع قاصداً لمصالح العباد، والأحكام العادية تدور معها حيث دارت. فترى الشيء الواحد يمنع في حال لا تكون فيه مصلحة، فإذا كان فيه مصلحة جاز، كالدرهم بالدرهم إلى أجل، يمتنع في المبايعة ويجوز في القرض. وبيع الرطب باليابس يمتنع حيث يكون مجرد غرر ورباً، من غير مصلحة، ويجوز إذا كان فيه مصلحة راجحة، ولم نجد هذا في باب العبادات مفهوماً كما فهمناه في العادات. قال تعالى: ﴿**وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الأَلْبَابِ**﴾ وقوله: ﴿**وَلا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ**﴾[2].

وفي الحديث: (لا يحكم أحد بين اثنين وهو غضبان)[3]. وقال ﷺ في منع القاتل من الميراث: (القاتل لا يرث)[4]. ونهى ﷺ عن بيع الغرر[5].

---

(1) المستصفى: للغزالي (175/1)؛ الاعتصام: للشاطبي (113/2-115)؛ المحصول: للرازي (239/2-242)؛ انظر: ضوابط المصلحة: د. رمضان سعيد البوطي (221)؛ ومصادر التشريع الإسلامي: للأستاذ عبد الوهاب خلاف (ص86).

(2) سورة البقرة: من الآية (179)، ومن الآية (188).

(3) صحيح البخاري: كتاب/ الأحكام، باب/ هل يقضي القاضي أو يفتي وهو غضبان (2616/6)، (ح6739)؛ وصحيح مسلم: كتاب/ الأقضية، باب/ يحكم أحد بين اثنين وهو غضبان (1342/3)، (ح1717).

(4) سنن الترمذي: كتاب/ الفرائض، باب/ ما جاء في إبطال ميراث القاتل (425/4)، (ح2109)، قال أبو عيسى: هذا حديث لا يصح لا يعرف إلا من هذا الوجه، والعمل على هذا عند أهل العلم أن القاتل لا يرث كان القتل عمدا أو خطأ وقال بعضهم إذا كان القتل خطأ فإنه يرث وهو قول مالك.

(5) صحيح مسلم: كتاب/ البيوع، باب/ بطلان بيع الحصاة والبيع الذي فيه غرر (1153/3)، (ح1513).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

إلى غير ذلك مما لا يحصى. وجميعه يشير_بل يصرح_ باعتبار المصالح للعباد، وأن الإذن دائر معها أينما دارت.

ب- أن الشارع توسع في بيان العلل والحكم في تشريع باب العادات وبيان أحكام المعاملات بين الناس، وأكثر ما علل به الحكم المناسبة التي تتصل بالمصالح، والتي تتلقاها العقول بالقبول، ففهمنا من ذلك أن الشارع قصد فيها إتباع المعاني، لا الوقوف مع النصوص، بخلاف باب العبادات، فإن الثابت فيها خلاف ذلك، فلا تثبت عبادة إلا بنص.

ج- أن الالتفات إلى المعاني _وهي المصالح_ كان قائماً في أزمان لم يكن فيها رسل، أي في الفترات بين رسول ورسول، حتى جرت بذلك مصالحهم فاستقامت معايشهم في الجملة، إلا أنهم قصروا في جملة من التفاصيل، فجاءت الشريعة لتتمم مكارم الأخلاق، وأكمل العادات، ولهذا أقرت الشريعة جملة من الأحكام التي جرت في الجاهلية: كالدية، والقسامة، والقراض، وكسوة الكعبة وأشباه ذلك مما كان عند أهل الجاهلية محموداً، وما كان من محاسن العادات، ومكارم الأخلاق التي تقبلها العقول، وهي كثيرة.

هذا على أن العادات والمعاملات لا تخلو عن جهة تعبد في الجملة، بل إن المكلف مأمور أن يقوم بالفعل أو الترك امتثالاً لأمر الله.

يقول الشاطبي: لو كانت أوامر الله من حيث هي، حقاً للعبد، لصح الثواب بدون النية؛ لأن حق العبد حاصل بمجرد الفعل من غير نية لكن الثواب مفتقر في حصوله إلى نية[1].

كما أن النظر في الحكم المترتب على العادة والعرف يحتاج إلى معرفة المصلحة الشرعية والحاجة العامة والخاصة والتي لابد فيها من مجتهد، ولا يمكن إجراء الحكم على خلاف المعهود إلا بنفي تعلق المناط بالحكم المتقدم.

يقول الدكتور الزحيلي: (ويلاحظ أن تغير الأحكام بسبب العرف مبني في الغالب على مراعاة الحاجة والمصلحة، ودفع الحرج والمشقة، وبقصد التيسير في أداء التكاليف الشرعية.

والواقع أن التغير ليس من صميم تغير العرف، بل بسبب تغير المصالح، بل هو تطبيق لمبدأ المصالح المرسلة)[2].

---

(1) الموافقات: للإمام الشاطبي (2/305-307).

(2) تجديد الفقه الإسلامي: للدكتور الزحيلي بالمشاركة (ص183، 184).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وما ذكره في الحقيقة هو نوع واحد، فتغير الحكم الشرعي إنما يكون بسبب تركيب جديد في العرف، ولولا ذلك التغير في العرف ما احتجنا إلى النظر بالمصلحة المرسلة ولا غيرها.

وعلى سبيل المثال جمع الصحابة رضي الله عنهم للمصحف كان نظراً بالمصلحة، لكن المبرر لهذه المصلحة هو: العرف، وهو أن القرآن كان محفوظاً بوجود النبي ﷺ والقراء الذين كانوا يراجعون ويكتبون عليه القرآن.

فبعد وفاة النبي ﷺ استحر[1] القتل بالقراء في حروب الردة خشي على القرآن من الضياع؛ لأنه لم يبق أصل القرآن وهو النبي ﷺ ، وبسبب ما وقع للقراء جمعوا القرآن؛ عملاً بالمصلحة المرسلة، وفائدة هذا الكلام تقوية حجة من قال بالعمل بالمصلحة المرسلة؛ لأن أكثر الفقهاء يقولون بحجية العرف.

فإذا وجدت علاقة خفية بين العرف والمصلحة ازدادت الحاجة إليها في التشريع، إضافة إلى أن المصلحة المرسلة حجة عند أكثر الفقهاء من الناحية العملية.

وابن القيم رحمه الله أول من أشار إشارة واضحة إلى تغيير الفتوى بسبب تغيير العرف، واستهل الكلام بمقدمة بين فيها قيام الأحكام على جلب المصالح ودرئ المفاسد[2].

4. العرف والإجماع:

الإجماع لغةً: يطلق بمعنيين: أحدهما: العزم على الشَّيْءِ والإمضاءُ، ومنه قوله تعالى: ﴿**فَأَجْمِعُوا أَمْرَكُمْ**﴾[3] أي اعزموا، والثَّاني: الاتِّفاق، ومنه أَجمع القوم: إذا صاروا ذوي جمعٍ[4].

اصطلاحاً: هو اتفاق المجتهدين من أمة محمد بعد وفاته، في عصر من العصور على حكم شرعي لا نص فيه[5].

---

(1) استَحَرَّ القتلُ وحَرَّ، بمعنى: اشتدَّ: لسان العرب: لابن منظور، مادة (حر) (179/4).

(2) أعلام الموقعين: لابن قيم الجوزية (53/3 -58).

(3) سورة يونس: من الآية (71).

(4) انظر: تاج العروس، مادة (جمع) (75/11)؛ لسان العرب: لابن منظور، (مادة: جمع)358/2. الآية من (سورة يونس: من الآية71).

(5) شرح العضد على مختصر المنتهى: لابن الحاجب (29/2)؛ جمع الجوامع مع شرح المحلى (394/3)؛ روضة الناظر: لابن قدامة (439/2).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

فهو اتفاق علماء أهل العصر على حكم الحادثة[1] فلا يعتبر وفاق العوام لهم ونعني بالعلماء الفقهاء[2]. ونعني بالحادثة الحادثة الشرعية[3]؛ لأنها محل نظر الفقهاء بخلاف اللغوية مثلاً، فإنما يجمع فيها علماء اللغة. وإجماع هذه الأمة حجة دون غيرها لقوله ﷺ : (لا تجتمع أمتي على ضلالة)[4].

والإجماع حجة على العصر الثاني ومن بعده وفي أي عصر كان من عصر الصحابة ومن بعدهم[5].

وبناءاً على هذا التعريف فإنَّ الفرق بين العرف والإجماع كما يأتي:

أ- أَنَّ الإجماع لا يتكون إلا من اتفاق المجتهدين خاصة، دون غيرهم في عصر من العصور.

أما العرف فهو اتفاق الناس على الفعل أو القول لا فرق بين مجتهديهم وغيرهم من العامة.

ب- أَنَّ الإجماع قد يكون في بعض الحالات على تفسير نص ظني في دلالته.

أما العرف فيكون دائماً في غير مورد النص.

ج- أَنَّ الإجماع حكمه الإلزام للمجمعين وغيرهم مطلقاً.

أما العرف فلا يكون ملزماً إلا إذا كان عاماً أما الخاص فيكون ملزماً فقط لمن تعارفوه ولا

---

(1) انظر: كشف الأسرار: لعبد العزيز البخاري (226/3)؛ فواتح الرحموت: لنظام الدين الأنصاري (211/2)؛ اللمع: للشيرازي (ص245)؛ المعتمد في أصول الفقه: لأبي حسين البصري (3/2)؛ شرح تنقيح الفصول: للقرافي (ص322)؛ العدة: لأبي علي الفراء (157/4)؛ المستصفى: للغزالي (173/1)؛ الإحكام في أصول الأحكام: للآمدي (195/1)؛ شرح المحلي على جمع الجوامع: للمحلي (176/2).

(2) والمراد بهم الفقهاء المجتهدون المستنبطون: للأحكام الشرعية بالأدلة؛ انظر: أصول السرخسي: للسرخسي (313/1)؛ اللمع: للشيرازي (ص257)؛ شرح الكوكب المنير: لابن النجار (224/2)؛ التلخيص: للجويني (42/3)؛ الإحكام: للآمدي (228/1)؛ المسودة: لآل تيمية (ص331).

(3) قاله العبادي: لأحمد العبادي في شرحه (ص166)؛ الأنجم الزاهرات: للمارديني (ص202).

(4) سنن الترمذي: كتاب/ الفتن، باب/ ما جاء في لزوم الجماعة (465/4)، (ح7)، قال أبو عيسى: هذا حديث غريب من هذا الوجه.

(5) وهذا مذهب جمهور العلماء وهو أن الإجماع المحتج به غير مختص بإجماع الصحابة، بل إجماع أهل كل عصر حجة، قاله الآمدي في الإحكام (230/2)؛ انظر: أصول السرخسي: لأبي بكر السرخسي (313/1)؛ شرح العضد على مختصر المنتهى: لابن الحاجب (34/2)؛ المعتمد: للبصري (483/2)؛ التلخيص: للجويني (53/3)؛ المستصفى: للغزالي (185/1)؛ إرشاد الفحول: للشوكاني (ص81).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

يمتد أثره إلى غيرهم.

د- أَنَّ العرف عرضة للتغيير والتبديل. أما الإجماع فلا يتغير إلا إذا كان مستنده مصلحة مرسلة ثم تغيرت[1].

5. علاقة العرف برفع الحرج:

الحرج في اللغة: بفتح الراء وكسرها المكان الضيق الكثير الشجر لا تصل إليه الراعية[2].

معنى رفع الحرج: كل ما أدى إلى مشقة زائدة في البدن أو النفس أو المال حالاً أو مآلاً[3].

ووجه علاقة العرف برفع الحرج هو أننا نلاحظ مدى ارتباط الناس بما ألفوه، وكان من حاجاتهم ومنافعهم ومتمشياً مع مصالحهم؛ والشريعة الإسلامية لم تغفل هذا الجانب في حياة الناس؛ لأن في نزع الناس عما ألفوه وتعارفوا عليه من الأمور المعتادة المستحسنة لدى الطباع السليمة حرجاً شديداً، إذ قد استقامت عليه أمورهم وصلحت به أحوالهم فيصعب عليهم الإقلاع عما اعتادوه والابتعاد عما ألفوه وقد قيل "إن العادة طبيعة ثانية".

وفي هذا يقول القرافي:" إنه ينبغي أن تراعي الفتاوى على طول الأيام فمهما تجدد في العرف اعتبره ومهما سقط أسقطه.

وقال: ولا تجمد على المسطور في الكتب طول عمرك، بل إذا جاءك رجل من غير أهل إقليمك يستفتيك لا تجره على عرف بلدك واسأله عن عرف بلده وأجره عليه وافته به دون عرف بلدك والمقرر في كتبك فهذا هو الحق الواضح، والجمود على المنقولات أبداً ضلال في الدين وجهل بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضين"[4].

ويقول العلامة ابن القيم رحمه الله في أعلام الموقعين:

"ومن أفتى الناس بمجرد المنقول في الكتب على اختلاف عرفهم وعوائدهم وأزمنتهم وأمكنتهم وأحوالهم وقرائن أحوالهم فقد ضل وأضل وكانت جنايته على الدين أعظم من جناية

---

(1) أصول الفقه: د. محمد مصطفى شلبي (ص328).

(2) القاموس المحيط: للفيروز آبادي، مادة (حرج) (182/1)؛ مختار الصحاح: محمد بن أبي بكر الرازي، مادة (ح ر ج) (305/1).

(3) الأشباه والنظائر: للسيوطي (ص92)؛ والموافقات: للشاطبي (231/1).

(4) الفروق: لشهاب الدين القرافي (176/1-177).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

من طبب الناس كلهم على اختلاف بلادهم وعوائدهم وأزمنتهم وطبائعهم بما في كتاب من كتب الطب على أبدانهم، بل هذا الطبيب الجاهل وهذا المفتي الجاهل أضر ما على أديان الناس وأبدانهم والله المستعان"[1].

ووجه ذلك أن كثيراً من أعمال الناس وأقوالهم ومعاملاتهم وشؤون حياتهم تقوم على ما اعتادوه وتعارفوا عليه، فلابد من النظر إلى هذا المألوف المتعارف حين استخراج الحكم الشرعي واستنباطه للمسائل المستحدثة أو المشكلات الناشئة بين الناس. وفهم أعراف الناس يساعد في الاجتهاد ويعين المجتهد على تفهم الواقعة وتطبيق الحكم الشرعي المناسب عليها سواء أكان ذلك في معاني الألفاظ وتعاضد الأقوال أم في المعاملات والعقود.

فبمراعاة العرف فيما ينبغي أن يراعي فيه يتبين مظهر من مظاهر رفع الحرج والتيسير في هذا الشرع المطهر وإظهار مرونة في الشريعة وخصوبة في الفقه. ومرجع كل ذلك إلى مراعاة حاجات الناس ومصالحهم ورفع الحراج عنهم. فالإسلام جاء للإصلاح وإقرار كل ما فيه صلاح سواء كان راجعاً إلى شرائع سابقة أو عادات مستحسنة، فلم يكن من طريقته نسخ عادات صالحة ولا هدم شرائع عادلة ولا استنكار مدنيات فاضلة، بل ما كان منها كفيلاً بالمصالح أقره واعتبره من شريعته ودبر به أمر الناس لكن لا على أنه عادة بل بهذا الإقرار أصبح شريعة تتحقق بها مصالح العباد في المعاش والمعاد؛ لأن الشارع لما أقر الأخذ بالعرف فقد شرعه للناس وبهذا أخذ الصفة الشرعية.

وهذا يجرى في كل ما كان للعرب من أعراف راشدة في المعاملات المالية والأحوال الشخصية والعقوبات.

هذا ما يتعلق بالأعراف حين نزول الوحي في حياة الرسول عليه أفضل الصلاة والسلام.

وقد سار على نهجه الخلفاء الراشدون والأئمة المجتهدون حين النظر إلى أعراف البلاد المفتوحة واتساع رقعة ديار الإسلام من فرس ورومان وبربر وهنود، فأقروا ما كان صالحاً متمشياً مع قواعد الإسلام ومنسجماً مع مقاصده، من جلب المصالح ودرء المفاسد وتحقيق اليسر ورفع الحرج مع تهذيب ما يحتاج إلى تهذيب، لأن الفقهاء يدركون أن الأحكام التي أنزلها الله صالحة لكل زمان ومكان، وأن من أغراضها رفع الحرج عن الناس، فلو لم تتأثر

(1) أعلام الموقعين: لابن القيم (89/3).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الأحكام المبنية على العادات في استنباطها ببيئة الناس، ولو لم تكن مناسبة لظروفهم مس الناس الضيق وصارت الشريعة مجافية للغرض الذي بنيت عليه[1].

6. علاقة العرف بعموم البلوى:

عموم البلوى يُعَدّ سبباً في نشوء العادة والعرف؛ إذ إنه قائم على تكرر وقوع الحادثة وشيوعه وانتشاره، كما أنه قائم على الاحتياج العام إلى التعامل بمعاملة ما، أو الاضطرار إلى الشيء، وكل هذا فيه تكرار، والتكرار هو سبب نشوء العادة، فتبيّن بذلك أن العمل بما تعم به البلوى يعتبر عملاً بالعادة والعرف، وإذا كان العمل بما تعم به البلوى معتبراً من قبيل العمل بالعادة والعرف، فإن هذا داخل تحت تحكيم العادة والعرف متمثلاً في قاعدة من القواعد الكبرى، وهي قاعدة "العادة محكمة".

حقيقة عموم البلوى في الاصطلاح:

اختلفت عبارات الفقهاء في التعبير عن حقيقة عموم البلوى، يمكن أن نفهم من تلك العبارات أن المراد: هي الضرورة العامة، أو الضرورة الماسّة، أو حاجة الناس، ونحو ذلك مما يفيد عسر الاستغناء، ومسيس الحاجة في تلك الحادثة.

وفي الغالب أن هذا يفهم من كلام الفقهاء في موضوعات كثيرة[2].

ووجه العلاقة بين العرف وعموم البلوى:

هناك أدلة كثيرة تدل على علاقة عموم البلوى إذا كان عادةً وعرفاً من قبيل العادة المحكّمة، وهذه الأدلة منها ما يتعلق بالسنّة، ومنها ما يتعلق بالإجماع العملي، ومنها ما يتعلق بالمصلحة[3].

---

(1) العرف والعادة: للشيخ أحمد فهمي أبو سنة (ص69-77) باختصار شديد.

(2) انظر: فتح القدير: لابن الهمام (6/282-285)؛ الأشباه والنظائر: لابن نجيم (88-90)؛ المنثور في القواعد: للزركشي (2/24-26)؛ ونهاية المحتاج إلى شرح المنهاج: لشمس الدين الرملي (5/245، 265)؛ الأشباه والنظائر: للسيوطي (164-167)؛ الأشباه والنظائر: لابن الملقن (2/346-348)؛ المغني: لابن قدامة (6/385).

(3) انظر: العرف وأثره في الشريعة: د.أحمد بن علي سير المباركي (120-129).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

فأما دلالة السنة على اعتبار عموم البلوى إذا كان عادةً وعرفاً، فيمكن أن نجدها في مجموعة من الحوادث الجزئية التي يدل العمل بها على هذه العلاقة، ومن ذلك:

1. ما ورد عن ابن عباس قال: قدم النبي ﷺ المدينة وهم يسلفون في الثمار السنة، والسنتين، والثلاث، فقال:" من أسلف في شيءٍ ففي كيلٍ معلومٍ، ووزن معلومٍ، إلى اجلٍ معلومٍ"[1].

ووجه الاستدلال: أن التعامل بالسَّلَم مما يحتاج إليه الناس حتى عمّت به البلوى، وكان التعامل به عند أهل المدينة معروفاً ومعتاداً قبل هجرة النبي ﷺ إليها، وقد أقرّهم ﷺ على هذا التعامل، فدل هذا على ما تعم به البلوى من قبيل العادة والعرف.

2. ما ورد عن جابر بن عبد الله قال: كنا نعزل والقرآن ينزل[2]. وفي لفظ: كنا نعزل على عهد رسول الله ﷺ ، فبلغه ذلك فلم ينهنا[3].

ووجه الاستدلال: أن العزل مما شاع حتى عمّت به البلوى، وكان عادةً وعرفاً للصحابة، وقد أُقرّوا على هذا العمل، فدل هذا على ما تعم به البلوى من قبيل العادة والعرف[4].

وأما دلالة الإجماع العملي على اعتبار عموم البلوى إذا كان عادةً وعرفاً، فإنا نجد في وقائع كثيرة عَمَلَ الناس في شيء تعم به البلوى، واستمرارهم على ذلك حتى يصبح عادةً وعرفاً، ولم ينكر عليهم أحد من العلماء مع علمهم بذلك العمل، بل ربما عملوا به، وهذا إجماع عملي على صحة هذا العمل[5]. ويمكن أن نجد هذا في حوادث منها:

أ- أنَّ التعامل بالاستصناع مما يحتاج إليه الناس حتى عمّت به البلوى، فتعارف الناس على التعامل به من غير نكيرٍ من أحدٍ، فحصل بذلك الإجماع على جواز التعامل به، فدل هذا على ما تعم به البلوى من قبيل العادة والعرف[6].

---

(1) رواه البخاري عن ابن عباس: صحيح البخاري، كتاب/ السّلم، باب/ السّلم في وزن معلوم (781/2)، (ح2125)، واللفظ له؛ ومسلم عن ابن عباس: صحيح مسلم، كتاب/ المساقاة، باب/ السلم (1226/3)، (ح1604).

(2) صحيح البخاري مع فتح الباري: كتاب/ النكاح، باب/ العزل (215/9)، (ح5208).

(3) صحيح مسلم بشرح النووي: كتاب/ النكاح، باب/ حكم العزل (265/10)، (ح138/1440).

(4) انظر العرف والعادة في رأي الفقهاء: لأحمد فهمي أبو سنة (40).

(5) العرف والعادة في رأي الفقهاء: لأحمد فهمي أبو سنة (41، 42).

(6) انظر: المبسوط: للسرخسي (138/12، 139)؛ وبدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: للكاساني (2/5، 3).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ب- أنَّ التعامل بالمضاربة مما يحتاج إليه الناس، حتى عمّت البلوى، فتعارف الناس على العمل بها من غير نكيرٍ من احدٍ، فحصل بذلك الإجماع على جواز التعامل بها، فدل هذا على ما تعم به البلوى إذا كان عادةً وعرفاً[1].

وأما دلالة المصلحة على اعتبار عموم البلوى إذا كان عادةً وعرفاً، فإن ما تعم به البلوى إذا كان عادةً وعرفاً قد يستند على المصلحة، بأن تكون الضرورة والحاجة من الدواعي التي تدعو إلى هذا العمل، ثم يستمر الأمر عليه حتى يصبح هذا العمل عرفاً متأصلاً لدى الناس يصعب عليهم التخلي عنه[2]، ومعلوم أن رعاية مصالح العباد ترجع _في الغالب_ إلى مراعاة ضرورات الناس وحاجياتهم فيما لم يشهد الشرع بإلغائه، فكان في اعتبار عموم البلوى إذا كان عادةً وعرفاً مراعاة لمصالح العباد حينئذ.

ثم إن عدم اعتبار العمل بما تعم به البلوى باعتباره عادةً وعرفاً يؤدي إلى إلحاق الحرج والمشقة بالناس، إذ إن في نزع الناس عن عاداتهم حرجاً وعسراً، وقد جاءت الشريعة الإسلامية برفع الحرج عن الناس[3].

7. العلاقة بين العرف والعمل والفرق بينهما:

مصطلح "العمل" وما يرد ويتكرر في كلام أهل العلم، نحو قولهم: "هذا عليه العمل"، أو "جرى به العمل"، أو "العمل عليه"، وأشباه هذه العبارات – هذا المصطلح له مفهومه المعين ودلالته الخاصة[4].

والذي يبدو من تأمل جملة مما قيل في بيانه _أنه لا يقال في مسألة ما أو حكم بعينه: "هذا العمل عليه"_ إلا بعد توفر أمور:

أ- أن يستند هذا الحكم إلى رأى فقهي _ولو كان مرجوحاً_ موافقاً لقواعد الشرع، وألا يكون هذا الرأي منكراً.

ب- أن تستقر الفتوى عليه في الغالب، ويلزم القضاة به، وتجرى به أحكام القضاء.

---

(1) انظر: المغني: لابن قدامة (133/7، 134)؛ ونيل الأوطار: للشوكاني (394/5).

(2) انظر: العرف وأثره في الشريعة والقانون: د. أحمد المباركي (ص128).

(3) انظر: العرف والعادة في رأي الفقهاء: لأحمد فهمي أبو سنة (ص38، 37).

(4) انظر: العرف والعمل في المذهب المالكي ومفهومهما لدى علماء المغرب: لعمر عبد الكريم الجيدي (ص345-349).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ج- أن الباعث على اختيار هذا الحكم وجعل "العمل عليه" دون غيره، وسبب جريان الفتوى والقضاء به – هو حفظ مصلحة من المصالح المرعية، أو لحظ العرف المعتبر.

ومفهوم العمل على هذا النحو يشبه أن يكون فرداً ومثالاً للعرف الخاص، ثم إن معناه قد يتقدم _مع التزام القول به، ومعرفة الناس له_ ليكون بعد ذلك عرفاً عاماً متبادراً لدى الكافة.

ويظهر مما تقدم الفرق بين العرف والعمل في أمرين:

1. أن العمل خاص بالعلماء، بخلاف العرف فانه يشمل عامة الناس، علماء وغيرهم.
2. أن العمل خاص بالترجيح في مسائل مختلف فيها، بخلاف العرف، فهو أعم و أشمل من ذلك؛ لمقتضي اختلاف وتنوع حوائج الناس.

ويظهر أيضاً: أن العرف والعمل قد يتداخلان؛ بأن يكون باعث العمل الفتوى أو الحكم بما العرف جار به[1]، أو اطراد التزام العمل، وشيوع القول به، حتى يصير عرفاً.

وعلى هذا يحمل ما جاء من نقول عن العلماء في تعبيرهم عن أحدهما بما هو مفهوم الآخر، من ذلك، قال في المغني: "وقد جاء في الحديث: "العرب بعضهم لبعض أكفّاء إلا حائكاً أو حجاماً" قيل للإمام أحمد _رحمه الله_ وكيف تأخذ به وأنت تضعفه؟ قال: العمل عليه". قال الإمام الموفق : "أي أنه يوافق أهل العرف"[2].

(1) انظر: شرح منتهى الإرادات: لمنصور بن يونس البهوتي (319/2).

(2) المغني: لموفق الدين بن أحمد بن قدامة (377/7)؛ ونقله في شرح المنتهى: لابن الحاجب (27/3)؛ وقال: "أي أنه يوافق العرف"، وهذا النص ذكره القاضي في العدة قال: "وقوله: والعمل عليه. معناه: على طريقة الفقهاء". انظر: العدة في أصول الفقه: للبغدادي (938/3-941)؛ انظر: المسودة في أصول الفقه: لآل تيمية (ص273–274).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الثالث

أقسام العرف

يذكر الأصوليون أن العرف ينقسم إلى أقسام متعددة باعتبارات مختلفة، وذلك بالنظر إلى سببه ومتعلقة أو إلى من يصدر عنه، وشيوعه وخصوصه، أو باعتبار المعنى اللغوي، وباعتبار موافقته أو مصادمته للنص. ونظراً لهذه الاعتبارات ينقسم إلى التقسيمات التالية:

1. من حيث سببه ومتعلقة:

ينقسم العرف بحسب استعمال الألفاظ المتعارف عليها في بعض المعاني، أو بحسب الأعمال الّتي يقوم بها النّاس إلى قسمين؛ قال ابن عابدين: عرف قوليّ (لفظيّ)، وعرف عمليّ (فعليّ).

أ- **العرف القوليّ**: أن يتعارف الناس إطلاق لفظ على معنىً، بحيث لا يتبادر عند سماعه إلاّ ذلك المعنى، كالدّرهم على النّقد الغالب. فمعنى العرف في اللّفظ: أن ينقل إطلاق لفظ، ويستعمل في معنىً، حتّى يصير هو المعتاد من ذلك عند الإطلاق، مثال ذلك إطلاق لفظ الدّابّة على ذوات الأربع مع أنّها في اللّغة لكلّ ما يدبّ.

وكما ينقل العرف اللّفظ المفرد ينقل المركّب، فالعرف القوليّ لا يكون إلاّ إذا نقلت الألفاظ عن معناها اللّغويّ، أو خصّصت ببعض أفرادها، أمّا إذا استمرّ المعنى اللّغويّ متعارفاً، فلا يسمّى عرفاً قوليّاً أو حقيقةً عرفيّةً، وإنّما هو حقيقة لغويّة مشهورة.

وقد اعتبر الفقهاء العرف القوليّ، فحملوا عليه ألفاظ التّصرّفات، ولاحظوا ذلك في القضاء والفتوى ونصّوا على أنّ كلّ متكلّم إنّما يحمل لفظه على عرفه، فإذا كان المتكلّم باللّفظ هو الشّارع فإنّه يحمل على الحقيقة الشّرعيّة، وإذا كان المتكلّم من أهل اللّغة فإنّه يحمل كلامه على عرفه، وتحمل ألفاظ النّاس الّتي تدور عليها العقود والتّصرّفات على عرفهم في مخاطبتهم، ويجري ما يترتّب على ذلك من التزامات على حسب ما يفيده اللّفظ في العرف.

ب- **العرف العمليّ**: هو ما جرى عليه النّاس وتعارفوه في معاملاتهم وتصرّفاتهم، بعبارة أخرى: هو ما جرى عليه العمل.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

- كتعارف النّاس البيع بالتّعاطي، و كتعارف قوم على أكل البرّ ولحم الضّأن، فإذا قال: اشتر لي طعاماً أو لحماً انصرف إلى البرّ ولحم الضّأن عملاً بالعرف العمليّ.
- تعارف الناس في عقد الزواج: أن المسمى من المهر عند العقد، والذي يدفع معجلاً، إنما هو قسم من كامل المهر _نصفه أو ثلثاه حسب التعامل_ وأن يكون الباقي مؤجلاً إلى ما بعد الوفاة أو الطلاق[1].

2. **باعتبار من يصدر عنه: وينقسم بهذا الاعتبار إلى:**

العرف العامّ والعرف الخاصّ:

أ- **العرف العامّ**: هو كما قال ابن عابدين: ما تعامله عامّة النّاس، سواء أكان قديماً أو حديثاً[2].

أي هو الذي يكون فاشياً في جميع البلاد بين الناس في أمر من الأمور.

واشترط الحنفيّة في العرف العامّ استمرار العمل به بين النّاس.

- كمن حلف لا يضع قدمه في دار فلان، فهو في العرف العامّ بمعنى الدّخول، سواء دخلها ماشياً أو راكباً.
- كالاستصناع: في كثير من الحاجيات واللوازم، من أحذية وألبسة وأدوات وغيرها، فإن احتاجوا إليه ودرجوا عليه من قديم الزمان، ولا يخلو اليوم من التعامل به مكان.
- وكذلك: تعارف استعمال لفظ الطلاق في إزالة الزوجية.

ب- **العرف الخاصّ**: هو ما لم يتعارفه عامّة النّاس بل بعضهم، كالألفاظ المصطلح عليها في عرف الشّرع أو عرف التّخاطب، أو في عرف طائفة خاصّة.

- ومن ذلك اصطلاح الرّفع عند النّحاة، وعرف أهل العراق في إطلاق لفظ الدابة على الفرس.

---

(1) انظر: نشر العرف: لابن عابدين (ص3)؛ الموافقات: للشاطبي (284/2)؛ المدخل الفقهي العام: للأستاذ الزرقاء (835/1-838)؛ العرف والعادة: للشيخ احمد فهمي أبو سنة (ص17-19).

(2) نشر العرف: لابن عابدين (ص4).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

- عرف التجار فيما يعد عيباً ينقص الثمن في البضاعة المبيعة أو لا يعد عيباً، وكجريان العرف بينهم على اعتبار الدفاتر التي تقيد بها الديون حجة في إثبات تلك الديون وهكذا[1].

ج- ينقسم العرف إلى صحيح وفاسد:

ينقسم العرف أيضاً إلى عرف صحيح وعرف فاسد، وانقسامه هذا من جهة موافقته لنصوص الشريعة وقواعدها أو مناقضته لها.

- **فالصّحيح وهو العرف الشرعي**: هو عبارة عن الاصطلاحات الشرعية كالصلاة والزكاة والحج، فاستعمالها في المعنى الشرعي أهمل معناها اللغوي.

أو هو اللفظ الذي استعمله الشرع مريداً منه معنى خاصاً. ومثال ذلك:

الصلاة، فإنه في الأصل الدعاء، واستعملها الشارع مريداً بها العبادة المخصوصة، ذات الركوع والسجود. وكالحج، فإنه في اللغة القصد، واستعمله الشارع في زيارة الكعبة في أشهر معلومة، وبأفعال مخصوصة[2].

ومنه ما تعارفه النّاس وليس فيه مخالفة لنصّ شرعيّ، ولا تفويت لمصلحة ولا جلب لمفسدة. كتعارفهم تقديم الهدايا من الخطيب لخطيبته وعدم اعتبارها من المهر.

- **العرف الفاسد**: ما خالف بعض أدلّة الشّرع أو بعض قواعده، أو هو الذي يصطدم بنصوص الشريعة وأحكامها، ومثال ذلك أن يصادم عرف عام نصاً خاصاً آمراً، فيحل حراماً، أو يسقط واجباً.

كتعارفهم على بعض العقود الرّبويّة، وتعارفهم الاختلاط في الأفراح والأندية والمصايف، وألبسة النساء اللائي لا تستر مواضع زينتهن، وكالتبني وشرب الخمر.. ومن المعلوم أن الناس قد يتعارفون على ما فيه ضرر لهم ومفسدة؛ من حيث يعلمون أو لا يعلمون[3].

---

(1) انظر: المدخل الفقهي العام: للأستاذ مصطفى الزرقاء (1/838-840)؛ العرف والعادة: للأستاذ أحمد فهمي أبي سنة (ص19- 20).

(2) المراجع السابقة.

(3) مصادر التشريع الإسلامي: لخلاف (ص146-147)؛ وانظر: ضوابط المصلحة: د. رمضان سعيد البوطي (ص281-286).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

فقد توارد العرف والنص معاً على موضوع واحد، وتصادما في حكمهما، فيطّرح العرف، لفساده وبطلانه، ويعمل بالنص الخاص؛ لأن إرادة المشرّع فيه مفسّرة[1].

وهذا من باب تصادم العرف العام مع النص الخاص الآمر، وليس من باب تعارض العرف مع النص العام الذي يكون موضوع العرف فيه بعض أفراده. وقد أشار إلى ذلك الشاطبي والسيوطي[2].

قال ابن عابدين: إذا خالف العرف الدليل الشرعي، فإن خالفه من كل وجه _بأن لزم منه ترك النص_ فلا شك في رده[3].

وليس للعرف الفاسد مجال في بحثنا؛ ذلك لأنه باطل في ذاته لمصادمته لنص خاص أو لأصل من أصول الشريعة، أو لنظامها الشرعي العام الذي لا يجعل الشارع فيه مجالاً للإرادة الإنسانية عامة أم خاصة.

وإنما ضربناه مثلاً؛ للتدليل على فساد العرف وبطلانه. فمعيار العرف _صحة وفساداً_ إذن هو ميزان الشرع، ومقاصده في التشريع؛ لأنها فيصل التفرقة بين العدل والظلم والمصلحة الحقيقة والمفسدة[4].

ويستثنى من ذلك ما إذا كان النص الخاص نفسه قائماً على علة عرفية؛ فإذا زالت تلك العلة زال حكمها، بأن تبدل العرف، ومن هنا قرر الأصوليون مبدأ "تغير الأحكام بتغير الأزمان".

مثال ذلك: أن سكوت البنت البكر في أمر زواجها؛ يدل بالضرورة على الرضا، لغلبة الحياء في الأبكار عرفاً، فاعتبر سكوتها بياناً وقبولاً لضرورة الحياء.

حتى إذا تبدل هذا العرف؛ وأصبحت الفتاة لا يستنكر منها التصريح برضاها في عقد الزواج، تبدل الحكم، وأضحى واجباً عليها التصريح؛ لأنه الأصل، وعلى هذا فلا ينعقد الزواج إلا بناءً على رضا طرفيه صراحة[5].

---

(1) انظر: المدخل الفقهي العام: للأستاذ الزرقاء (884/2).

(2) الموافقات: للشاطبي (283/2)؛ الأشباه والنظائر: للسيوطي (ص103).

(3) نشر العرف: لابن عابدين (ص4).

(4) العرف والعادة: للأستاذ أحمد فهمي أبي سنة (ص94).

(5) انظر: المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي: د. فتحي الدريني (ص453).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

د - باعتبار ثبوته واستقراره وعدمه:

ينقسم العرف باعتبار ثبوته واستقراره وعدمه إلى: عرف ثابت، وعرف متبدّل.

العرف الثّابت: هو الّذي لا يختلف باختلاف الأزمان والأماكن والأشخاص والأحوال؛ لأنّه يعود إلى طبيعة الإنسان وفطرته، كشهوة الطّعام والشّراب والحزن والفرح.

ومن العرف الثّابت العرف الشّرعيّ: وهو ما كلّف به الشّرع وأمر به أو نهى عنه أو أذن فيه.

العرف المتبدّل: هو الّذي يختلف باختلاف الأزمان والبيئات والأحوال، وهو أنواع: فمنه ما يعود إلى اعتبار البقاع، والبيئات من حسن شيء أو قبحه، فيكون في مكان حسناً، وفي مكان آخر قبيحاً، مثل: كشف الرّأس فهو لذوي المروءات قبيح في البلاد المشرقيّة، وغير قبيح في البلاد المغربيّة[1].

وقد قسم الشاطبي رحمه الله العوائد إلى شرعية وأخرى جارية بين الخلق؛ فقال: العوائد المستمرة ضربان:

- أحدهما: العوائد الشرعية التي أقرها الدليل الشرعي أو نفاها، ومعنى ذلك: أن يكون الشرع أمر بها إيجاباً أو ندباً، أو نهى عنها كراهة أو تحريماً، أو أذن فيها فعلاً وتركاً.
- والضرب الثاني: هي العوائد الجارية بين الخلق بما ليس في نفيه ولا إثباته دليل شرعي.

وقسمها أيضاً باعتبار وقوعها في الوجود إلى: عوائد ثابتة، وعوائد متبدلة.

فقال: العوائد أيضاً ضربان بالنسبة إلى وقوعها في الوجود:

أحدهما: العوائد العامة التي لا تختلف بحسب الأعصار والأمصار والأحوال، كالأكل والشرب والفرح والحزن، والنوم واليقظة، والميل إلى الملائم والنفور عن المنافر، وتناول الطيبات والمستلذات واجتناب المؤلمات والخبائث، وما أشبه ذلك.

والثاني: العوائد التي تختلف باختلاف الأعصار والأمصار والأحوال، كهيئات اللباس والمسكن، واللين في الشدة، والشدة فيه، والبطء والسرعة في الأمور، والأناة والاستعجال، وما كان نحو ذلك[2].

---

(1) انظر: المدخل الفقهي العام: للأستاذ الزرقاء (914/2)؛ وضوابط المصلحة: د. رمضان سعيد البوطي (ص280).

(2) الموافقات: للإمام الشاطبي (283/2، 297).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المبحث الثاني

أقوال العلماء في اعتبار العرف

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: دليل اعتبار العرف.

المطلب الثاني: شروط اعتبار العرف.

المطلب الثالث: قاعدة تغير الأحكام بتغير الزمان.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الأول
دليل اعتبار العرف

يُعَدُّ العرف الصحيح حجة في التشريع، ودليل على النص العام، يخرجه من العموم إلى الخصوص، فيجعل حكمه سارياً على غير موضوع العرف؛ لأن هذا الموضوع من بعض مشمولات العام، ذلك؛ لأن العرف الصحيح _بما يرتد إلى أصل عام من أصول الشريعة يشهد له بالاعتبار_ يرتقي بحكمه إلى قوة النص؛ ولم تهمل الشريعة الإسلامية أعراف الناس الصحيحة وعاداتهم التي درجوا عليها في جملتهم _إذا كانت لا تصطدم بنصوص الشرع_ واعتبرتها مستنداً في كثير من الحالات، انطلاقاً من أن أعراف الناس وليدة حاجاتهم، ومعبرة عن مصالحهم، وفي نزعها عنهم حرج ومشقة، ورفع الحرج من الأصول الثابتة قطعاً في التشريع الإسلامي؛ وذلك يتضح بالمعنى الآتي:

1. الاعتماد عليه في كثير من المسائل الاجتهادية التي لم يرد فيها نص كتقدير النفقات، وفي الأموال الربويّة التي لم يرد فيها نص بكونها من المكيل أو الموزون، فإن المرجع في مقياسها هو العرف[1].

2. العرف يعتبر أساساً في تفسير عقود الناس وتصرفاتهم في الأمور كلها، فلا تحمل ألفاظ المتكلم إلا على التي قصدها من تلك الألفاظ، والتي تعارف عليها الناس، لسبب بسيط هو أن لغة تخاطبهم هي التي تحدد معانيها، فإرادته قد انصرفت إليها، وإرادته هي أساس التزامه وإلزامه في عقوده وإقراره وحلفه[2].

3. يرجع في الفقه إلى اعتبار العادة والعرف في مسائل كثيرة: كالبلوغ، أقل الحيض، في القبض والأقباض ودخول الحمام... وغير ذلك.

ويكون مرجحاً عند التنازع في الحقوق: فإذا اختلف الزوجان مثلاً في متاع البيت، فالحكم لمن يشهد له العرف بيمينه، فالذي من شأن الزوجات يحكم لها مع اليمين كالحلي

(1) الأشباه والنظائر: لابن نجيم (ص93-94).

(2) الموافقات: للشاطبي (283/2)؛ المدخل الفقهي العام: مصطفى الزرقاء (849/2)؛ العرف والعادة: للشيخ أحمد فهمي أبو سنة (ص95).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وما يناسبهن من الملابس، وما يقضي به العرف أنه من شأن الأزواج كالسلاح وسلع التجارة يحكم له مع اليمين[1].

بل إن العرف يحكم على الدعوى من أساسها فلا تسمع إذا كانت مخالفة له، فلو ادعى شخص فقير محتاج أنه أقرض رجلاً غني مبلغاً من المال لا تسمع دعواه لمخالفتها للعرف.

وإذا ترك شخص حقه الذي يدعيه مدة طويلة من دون عذر لا تسمع دعواه في ذلك؛ لأن العادة جرت بألا يسكت عن المطالبة بحقه مدة طويلة مع تمكنه من ذلك[2].

4. اعتبر العرف معيناً تستقى منه الأحكام عند عدم وجود النص على المسألة، حتى جعلوا ذلك أصلاً، فيما لا يكون فيه نص قطعي، فرتب الفقهاء الأصوليون على العرف القواعد الفقهية الآتية[3]:

- استعمال الناس حجة يجب العمل به.
- العادة محكمة.
- الثابت بالعرف كالثابت بالنص.
- الحقيقة تترك بدلالة الاستعمال والعادة.
- المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً.
- لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان[4].

هذا والعرف حينما يعتمد عليه في ذلك لا يعتمد عليه بحسبانه مصدراً اجتهادياً مستقلاً، وإنما هو راجع إلى باب العمل بالمصالح؛ لأن ما يتعارفه الناس كاشف عن حاجتهم ومعبر عن مصالحهم.

---

(1) الشرح الصغير: للدردير (2/496-479)، (3/538).

(2) أصول الفقه: د. محمد مصطفى شلبي (ص340-341).

(3) نشر العرف: لابن عابدين (ص3)؛ أعلام الموقعين: لابن القيم (3/89)؛ وكتاب الإمام أبو حنيفة: لمحمد أبو زهرة (ص350)؛ والإمام مالك (ص420) لمحمد أبو زهرة؛ انظر: المدخل الفقهي العام: للأستاذ مصطفى الزرقاء (1/110).

(4) انظر: شرح رستم باز على مجلة الأحكام العدلية (ص36).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أما دليل اعتبار العرف من حيث اعتباره في الأحكام:

ينقسم العرف من حيث اعتباره في الأحكام إلى ثلاثة أقسام:

أ- ما قام الدّليل الشّرعيّ على اعتباره _سواء أوجده الشرع ابتداءً، أو كان متعارفاً بين الناس فدعا إليه وأكده_ كمراعاة الكفاءة في النّكاح، ووضع الدّية على العاقلة، فهذا يجب اعتباره والأخذ به.

وقد أشار الشاطبي إلى هذا عند تقسيمه العوائد إلى شرعية وأخرى جارية بين الخلق، وأشار السيوطي إلى ذلك؛ عند الكلام عن تعارض العرف مع الشرع[1].

ومؤدى كلام الشاطبي والسيوطي: أن العرف الشرعي إذا كان فيه حكم شرعي وجب العمل به، ولا يمكن أن يغيره شيء مهما اختلفت الأمصار والأزمان[2].

ب- ما قام الدّليل الشّرعيّ على نفيه، وهو ما يتعارفه الناس على أمرٍ نص الشارع على تحريمه، أو كان فيه إهمال واجب ثبت بنص لا يقبل التخصيص، كعادة أهل الجاهليّة في التّبرّج، وطوافهم عراةً، والجمع بين الأختين، فهذه أعراف لا تعتبر، ولا يؤخذ بها، بل هو – كما قال ابن عابدين: لا اعتبار للعرف المخالف للنص[3].

ج- ما لم يقم الدّليل الشّرعيّ على اعتباره أو نفيه، وهو ما يتعارفه الناس ويجري بينهم، من وسائل التعبير وأساليب الخطاب، وما يعتادونه من شؤون المعاملات، مما ليس في نفيه ولا إثباته دليل شرعي. وهذا هو موضع نظر الفقهاء.

وقد ذهب الفقهاء _على اختلاف مذاهبهم_ إلى اعتباره ومراعاته وبنوا عليه الكثير من الأحكام.

---

(1) الموافقات: للشاطبي (283/2).

(2) الأشباه والنظائر: للسيوطي (ص103)؛ وانظر: ضوابط المصلحة: د. رمضان سعيد البوطي (ص281-286).

(3) نشر العرف: ابن عابدين (ص4)؛ وانظر: الإمام مالك (ص421)؛ والإمام أبو حنيفة: للشيخ محمد أبو زهرة (ص421).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وقد قام الدّليل من الكتاب والسنّة والإجماع على اعتبار العرف:

أولاً: من الكتاب:

قوله تعالى: ﴿**خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ**﴾[1].

استدل الفقهاء على اعتبار العرف وحجيته بهذه الآية؛ ووجه الاستدلال: أن الآية تدل على اعتبار العرف، إذا كان العرف الوارد فيها مفسراً بهذا المعنى، أو ما يستلزمه.

ومن الذين استدلوا بها الإمام القرافي في كتابه الفروق وقد بنى استدلاله هذا بناء على أن المراد بالعرف في الآية: عادات الناس وما جرى تعاملهم به، فحيث أمر الله نبيه بالأمر، دل على اعتباره في الشرع، وإلا لما كان للأمر به فائدة.

ويقول الإمام القرافي في حديثه عن اختلاف الزوجين في متاع البيت، وأن القول لمن شهدت له العادة، وترجيح ذلك قال: "لنا قوله تعالى: ﴿**خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ**﴾ فكل ما شهدت به العادة قضي به، لظاهر هذه الآية، إلا أن يكون هناك بيّنة"[2].

وقال ابن عابدين[3]: واعلم أن بعض العلماء استدل على اعتبار العرف بقوله تعالى: ﴿**خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ**﴾.

ويقول الأستاذ الزرقاء[4]: ولا يخفى أن العرف في هذه الآية واقع على معناه اللغوي، وهو الأمر المستحسن المألوف، لا على معناه الاصطلاحي، ولكن توجيه هذا الاستدلال هو: أن العرف _وإن لم يكن مراداً به في الآية المعنى الاصطلاحي_ قد يستأنس به في تأييد اعتبار العرف بمعناه الاصطلاحي؛ لأن عرف الناس في أعمالهم ومعاملاتهم هو مما استحسنوه وألفته عقولهم، والغالب أن عرف القوم دليل على حاجتهم إلى الأمر المتعارف، فاعتباره يكون من الأمور المستحسنة.

---

(1) سورة الأعراف: الآية (199).

(2) الفروق: للإمام لشهاب الدين القرافي (149/3).

(3) نشر العرف: لابن عابدين (ص3).

(4) المدخل الفقهي العام: للأستاذ مصطفى الزرقاء (109/1).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ثانياً: ومن السّنّة:

كَقَوْلِهِ ﷺ : (ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن)[1]. الحديث يدل بعبارته على أن الأمر الذي يجري المسلمون على اعتباره من الأمور الحسنة؛ يكون عند الله أمراً حسناً، يرجع إليه ويعمل به.

قال الأستاذ أبو سنة[2]: استدل به جلال الدين السيوطي في أشباهه، وزين الدين بن نجيم في أشباهه أيضاً، وكثير من الفقهاء في بعض الفروع التي استند فيها على العرف، كوقف المنقول والاستصناع.

وقال: ووجه الأخذ لاعتبار العرف من الحديث: أنه إذا كان كل ما رآه المسلمون مستحسناً قد حكم بحسنه عند الله فهو حق لا باطل فيه؛ لأن الله لا يحكم بحسن الباطل، فإذا كان العرف من أفراد ما استحسن المسلمون كان محكوماً بحقيته واعتباره.

أدلة أخرى أغفلها المستدلون على العرف:

تبين من خلال البحث من يعارض الاستدلال بالآية والحديث على اعتبار العرف؛ ولكننا نرى لو لم يدلا بظاهرهما على المراد، فهما يصلحان دليلين للاحتجاج والاستدلال، ولهما ما يقويهما من الأدلة الأخرى، كتاباً وسنةً وإجماعاً ورأياً:

1. فمن الآيات: قوله تعالى: ﴿**لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْساً إِلا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْراً**﴾[3].

---

(1) قال الزيلعي في نصب الراية: غريب مرفوعاً، ولم أجده إلا موقوفاً عن ابن مسعود، وله طرق أحدهما: رواه أحمد في مسنده عن ابن مسعود: (3601/5) بلفظ: "إن الله نظر في قلوب العباد فوجد قلب محمد ﷺ خير قلوب العباد فاصطفاه لنفسه فابتعثه برسالته ثم نظر في قلوب العباد بعد قلب محمد فوجد قلوب أصحابه خير قلوب العباد فجعلهم وزراء نبيه يقاتلون على دينه، فما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وما رأوا سيئا فهو عند الله سيء" وهو موقوف حسن، نصب الراية (132/4)؛ وأخرجه البزار والطيالسي والطبراني وأبو نعيم والبيهقي في الاعتقاد. وقال الحافظ ابن عبد الهادي: روى مرفوعاً عن أنس بإسناد ساقط، والأصح وقفه على ابن مسعود [كشف الخفاء ومزيل الإلباس 263/2].

(2) العرف والعادة: للشيخ أحمد فهمي أبو سنة (ص24).

(3) سورة الطلاق: من الآية (7).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

قال أبو بكر بن العربيّ: إنّ الإنفاق ليس له تقدير شرعيّ، وإنّما أحاله اللّه تعالى على العادة، وهي دليل أصوليّ، بنى اللّه تعالى عليه الأحكام، وربط به الحلال والحرام[1].

قال ابن قدامة: والصّحيح ردّ الحقوق المطلقة في الشّرع إلى العرف فيما بين النّاس في نفقاتهم، في حقّ الموسر والمعسر والمتوسّط، كما رددناهم في الكسوة إلى ذلك[2].

وقوله تعالى فيما يجب للزوجات على الأزواج من النفقة والكسوة: ﴿**وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ**﴾[3] فقد قيدت الآية الإنفاق بما تعارفه الناس واعتادوه.

وقوله تعالى: ﴿**وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ**﴾[4] فالآية صريحة في أن الكسوة والرزق والإنفاق يرجع في ذلك كله إلى المعتاد من أمر الناس.

وقوله تعالى: ﴿**وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ**﴾[5]؛ لأن في معارضة المتعارف دون ضرورة مخالفة لنص أو حكم مجمع عليه، ضيقا بالناس وحرجا[6].

ووجه الاستدلال بهذه الآيات، التأكيد على أن معناها يدور كله على العرف بمعناه الواسع الذي يقضي به في المعاملات إطلاقاً، ما لم يخالف النص الصريح، والحكمة في ذلك ظاهرة، وهو أن الله لا يخاطب عباده إلا بما يعرفون، فما عرفوه من طريق النص فأمره واضح، وما لم يرد فيه نص فالمصير إلى الأمر المعروف محتم ومؤكد، وهذه الآيات كلها تعزز آية الأعراف التي استدل بها الفقهاء على العرف الشرعي، وتصلح حجة للرد على من أنكر الاستدلال بها.

2. أما من الحديث: فقد ثبت أنه ﷺ نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان فقال: "يا حكيم بن حزام، لا تبع ما ليس عندك"[7].

---

(1) أحكام القرآن: لابن العربيّ في تفسير قوله تعالى: ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ﴾.

(2) المغني: لابن قدامة كتاب النفقات (159/8).

(3) سورة البقرة: من الآية (228).

(4) سورة البقرة: من الآية (233).

(5) سورة الحج: من الآية (78).

(6) انظر: المدخل للفقه الإسلامي: لمحمد سلام مدكور (ص230).

(7) سنن الترمذي: كتاب/ البيوع، باب/ ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك (535/3)، (ح1232)، قال أبو عيسى: حديث حكيم بن حزام حديث حسن قد روي عنه من غير وجه.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وعندما قدم المدينة وجدهم يتعاملون بالسلف "السلم" وهو نوع من بيع ما ليس عند الإنسان فأقرهم عليه بعد أن نظمه لهم، مراعياً في ذلك عرف العرب.

وفي هذا يروى البخاري وغيره عن ابن عباس أنه قال: "من أسلف فليسلف في كيل معلوم إلى أجل معلوم"[1].

فقد اعتبر العرف أولاً، ثم صار بعد إذنه سنة واجبة الاتباع[2].

ومن ذلك ما روى أيضاً عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ يوم فتح مكة "إن هذا البلد حرام، لا يعضد شوكة، ولا يختلي خلاه ولا ينفر صيده، ولا تلتقط لقطته، إلا لمعرف". فقال العباس: "إلا الذخر[3] فإنه لابد لهم منه، فإنه للقبور والبيوت "فقال: "إلا الأذخر"[4]. فاستثناه ﷺ إلا الأذخر فيه مراعاة لما اعتاد الناس وألفوه، ومن العسير عليهم ترك عاداتهم، فرخص لهم في ذلك دفعاً للحرج عنهم.

وقد ثبت أن الشارع راعى في تشريعه عرف العرب في بعض أحكامه من مثل: وضع الدية على العاقلة، واشتراط الكفاءة في الزواج وبنى الولاية في الزواج على العصبية وكذلك الإرث[5].

---

(1) صحيح البخاري: كتاب/ السلم، باب/ السّلم في وزن معلوم، عن ابن عباس (781/2) (ح2125، 2126)، واللفظ له؛ وصحيح مسلم: كتاب/ المساقاة، باب/ ما جاء في السلف في الطعام والتمر، عن ابن عباس (1226/3)، (ح1604).

(2) نقل أبو الوليد الباجي في "المنتقى" (300/4)، أن الإمام مالك قال: لا يجوز إلا إلى الأجل الذي تختلف في مثله الأسواق.
قال الباجي: إذا ثبت ما قلناه فالذي قال إن تغير الأسواق في ذلك لا يخص بمدة من الزمان، وإنما هو على حسب عرف بلده، نص رسول الله على اشتراط الأجل وقدروه بالمدة التي تتغير فيها الأسواق وذلك مردود إلى العرف.

(3) الأذخر: نبت طيب الرائحة. انظر: أحكام الأحكام: لابن دقيق العيد (75/2)؛ وزاد المعاد: لابن القيم (203/2). وفي الحديث: كان رسول الله يسلت ثوبه بعرق الأذخر ثم يصلي فيه. أخرجه أحمد في مسنده، وتمامه: "ويحته من ثوبه يابساً ثم يصلي فيه"، مفتاح الوصول (ص199). وفي بعض الروايات: إلا الأذخر فانه لقينهم وبيوتهم، والقين: الحداد.

(4) صحيح البخاري (14/3)، كتاب/ في اللقطة، باب/ كيف تعرف لقطة أهل مكة (1164/3)، (ح30172).

(5) مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه: للأستاذ عبد الوهاب خلاف (ص146).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وقوله ﷺ لهند بنت عتبة: "خذي من ماله ما يكفيك وولدك بالمعروف"[1].

ثالثاً: الاحتجاج بالعرف عند الفقهاء:

إن كل المذاهب الفقهية الرئيسية حكّمت العرف واعتبرته مصدراً من مصادر التشريع، ويعبر القرافي عن هذا الموقف بوضوح فيقول: (نقل عن مذهبنا إن من خواصه اعتبار العادات والمصلحة المرسلة وسد الذرائع، وليس كذلك، أما العرف فمشترك بين المذاهب، ومن استقرأها وجدهم يصرحون بذلك فيها. وقول القرافي هذا يؤيده الدليل والواقع، فنظرة عابرة في كتب المذاهب الفقهية تثبت ذلك[2].

1. فالحنفية اعتبروا العرف أصلاً من الأصول يرجع إليه في كثير من الأحكام. فعند أبي حنيفة أنه يأخذ بالعرف مصدراً من مصادر الاستنباط، وأصلاً من الأصول يرجع إليه إن لم يكن سواه.

قال ابن عابدين: "واعلم أن اعتبار العادة والعرف رجع إليه في مسائل كثيرة، حتى جعلوا ذلك أصلاً، فقالوا في الأصول في باب ما تترك به الحقيقة: تترك الحقيقة بدلالة الاستعمال والعادة". وقال ابن نجيم: (إن اعتبار العادة والعرف يرجع إليه في الفقه في مسائل كثيرة حتى جعلوا ذلك أصلاً)[3].

2. أما المالكية اعتبروه نوعاً من المصلحة، وتوسعوا فيه، واعتمدوا عليه كأصل هام في أصول الفقه.

وقد لاحظ أبو زهرة هذه الحقيقة فقال: (والفقه المالكي كالفقه الحنفي، يأخذ بالعرف ويعتبره أصلاً من الأصول الفقهية، فيما لا يكون فيه نص قطعي. بل إنه أوغل في احترامه أكثر من المذهب الحنفي؛ لأن المصالح دعامة الفقه المالكي في الاستدلال. ولاشك أن مراعاة العرف الذي لا فساد فيه ضرب من ضروب المصلحة لا يصح أن يتركه الفقيه)[4].

---

(1) صحيح البخاري: كتاب/ البيوع، باب/ من أجرى أمر الأنصار على ما يتعارفون بينهم في البيوع والإجارة والمكيال والوزن (9-89)، (ح2097).

(2) شرح تنقيح الفصول: لشهاب الدين القرافي (ص76).

(3) رسالة نشر العرف ضمن مجموع رسائل ابن عابدين (ص3)؛ المبسوط: للسرخسي (196/12)؛ الأشباه والنظائر: لابن نجيم (ص93)؛ الإمام أبو حنيفة: للشيخ محمد أبو زهرة (ص350).

(4) كتاب الإمام مالك: للشيخ محمد أبو زهرة (ص420).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وقال القرافي: "وما ليس فيه معيار شرعي اعتبرت فيه العادة العامة، هل يكال أو يوزن؟ فإن اختلفت فعادة أهل البلد، فإن جرت العادة بالوجهين خير فيهما"[1].

ويقول المقري: "كل متكلم له عرف فإن لفظه يحمل على عرفه في الشرعيات والمعاملات والإقرارات وسائر التصرفات"وقال أيضا:"من تقررت له عادة عمل عليها"[2].

3. أما الشافعية: فالإمام الشافعي لما نزل مصر غير الكثير من مذهبه القديم، ولا شك أن للأعراف المصرية أثراً في ذلك[3] نقل عن القاضي حسين[4] أن مبنى الفقه الشافعي على خمس قواعد وعد منها العرف[5].

ذكر ابن القيم أقوال الأئمة في العرف: "قالوا: وبهذا تعتبر جميع الأحكام المترتبة على العوائد، وهذا مجمع عليه بين العلماء لا خلاف فيه، وإن وقع الخلاف في الحقيقة هل وجد أم لا؟ ... قالوا: وعلى هذا أبداً تجيء الفتاوى في طول الأيام، فمهما نجدد في العرف فاعتبره ومهما سقط فألغه، ولا تجمد على المنقول في الكتب طول عمرك"[6].

وقال السيوطي: "اعلم أن اعتبار العادة والعرف رجع إليه في الفقه في مسائل لا تعد كثرة، وقال: قال الفقهاء: كل ما ورد به الشرع مطلقاً ولا ضابط له فيه ولا في اللغة يرجع فيه إلى العرف"[7].

ونظرة إلى كتاب "نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج" وهو من خيرة كتب الشافعية في الفروع تثبت مدى اعتماد الشافعية على العرف[8].

---

(1) الفروق: لشهاب الدين القرافي (265/3).

(2) قواعد المقري: لأبي عبد الله محمد المقري القاعدة رقم (459، 117).

(3) أصول التشريع الإسلامي: لعلي حسب الله (ص312).

(4) أبو علي الحسن بن محمد المردودي الشهير بقاضي حسين من كبار فقهاء الشافعية (ت462هـ). انظر: طبقات الشافعية: للحسيني (ص57)؛ ملحق بطبقات الفقهاء: للشافعية، وطبقات الشافعية: للسبكي (155/3-160).

(5) فتح الباري: لابن حجر (276/4)، وبقية القواعد: اليقين لا يرفع بالشك، والضرر يزال، والمشقة تجلب التيسير، والأمور بمقاصدها.

(6) أعلام الموقعين: لابن القيم (77/2-78).

(7) الأشباه والنظائر: للسيوطي (ص99-109).

(8) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج: لشمس الدين الرملي (ص40، 109، 134، 156، 176، 190).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

4. أما الحنابلة حكموا العرف في كثير من الأحكام رغم ما عرف عن هذا المذهب من تشبثه بالنصوص، فقد استدل ابن قدامة بالعرف في قضايا عديدة منها، الرجوع إليه في تقدير النفقة الواردة في قوله تعالى: ﴿فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ﴾[1].

وقد أورد ابن رجب في قواعده أنه لو استأجر أحد أجيراً يعمل له مدة معينة، حمل على ما جرت العادة بالعمل فيه من الزمان دون غيره بغير خلاف[2].

بل إن ابن القيم يقرر أن "نكارة العادات لا معنى لها" ويرى الأخذ بالعرف واجب[3]. وقد أورد في أعلام الموقعين: عدة أمثلة جرى الحكم فيها تبعاً للعرف. واعتبر أن إهمال قصد المتكلم ونيته وعرفه جناية عليه وعلى الشريعة[4].

5. أما الشاطبي يقول: "فقد تكون العوائد ثابتة وقد تتبدل، ومع ذلك فهي أسباب لأحكام تترتب عليها؛ والعوائد الجارية ضرورية الاعتبار شرعاً، كانت شرعية في أصلها أو غير شرعية".

وأنه لا يستقيم إقامة التكاليف إلا باعتبار العوائد الجارية، وذكر أربعة وجوه للدلالة على ذلك:

أ- أن الشارع قد اعتبر العادات _التي هي وقوع المسببات عن أسبابها العادية_ ورتب عليها أحكاماً، فشرع القصاص، والنكاح، والتجارة، وغيرها، فقال:

فالعادة جرت بأن الزجر سبب الإنكفاف عن المخالفة كقوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ﴾[5]. فلو لم تعتبر العادة شرعاً لم يتحتم القصاص ولم يشرع، إذ كيف يكون شرعاً لغير فائدة، وذلك مردود بالآية. وكذلك البذر سبب لنبات الزرع، والنكاح سبب للنسل، والتجارة سبب لنماء المال عادة، كقوله تعالى: ﴿وَابْتَغُوا مَا كَتَبَ اللَّهُ لَكُمْ﴾[6]، ﴿وَابْتَغُوا مِنْ فَضْلِ اللَّهِ﴾[7]، ﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَبْتَغُوا فَضْلاً مِنْ رَبِّكُمْ﴾[8]

(1) سورة المائدة: من الآية (89)؛ انظر: المغني: لابن قدامة (133/6).
(2) قواعد ابن رجب (ص92)؛ انظر: العرف والعادة: للشيخ أحمد فهمي أبو سنة (ص52).
(3) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية: لابن القيم الجوزية (ص107).
(4) انظر: أعلام الموقعين: لابن القيم الجوزية (44/3).
(5) سورة البقرة: من الآية (179)
(6) سورة البقرة: من الآية (187).
(7) سورة الجمعة: من الآية (10).
(8) سورة البقرة: من الآية (198).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وما أشبه ذلك مما يدل على وقوع المسببات عن أسبابها دائماً، فلو لم تكن المسببات مقصودة للشارع في مشروعية الأسباب لكان خلافاً للدليل القاطع، فكان ما أدى إليه باطلاً.

وقد علق الأستاذ دراز على ذلك: "أي فلو لم تكن هذه العادات معتبرة شرعاً، لما رتب الشارع عليها شرعية الأسباب التي نيطت بها تلك العادات، لكن هذه الآيات دليل قاطع على أنه رتب الأحكام عليها، فتكون معتبرة شرعاً"[1].

ب- لو لم يعتبر الشارع العادات في التكاليف، لما كان هناك مانع من اختلاف التشريع واختلاف الخطاب، فقال: "ووجه ثان وهو ما تقدم في مسألة العلم بالعاديات؛ فإنه جار ههنا".

وهو قوله: "أن الشرائع بالاستقراء إنما جيء بها على ذلك، ولنعتبر بشريعتنا، فإن التكاليف الكلية فيها بالنسبة إلى من يكلف من الخلق موضوعة على وزان واحد، وعلى مقدار واحد، وعلى ترتيب واحد، لا اختلاف فيه بحسب متقدم ولا متأخر، وذلك واضح في الدلالة على أن موضوعات التكاليف _وهي أفعال المكلفين_ كذلك. وأفعال المكلفين: إنما تجرى على ترتيبها إذا كان الوجود باقياً على ترتيبه، ولو اختلفت العوائد في الموجودات لاقتضى ذلك اختلاف التشريع، واختلاف الترتيب، واختلاف الخطاب، فلا تكون الشريعة على ما هي عليه وذلك باطل"[2].

ج- أن مصالح العباد لا تتحقق إلا باعتبار عاداتهم المطردة.

قال: "ووجه ثالث، وهو أنه لما قطعنا بأن الشارع جاء باعتبار المصالح لزم القطع بأنه لابد من اعتباره العوائد؛ لأنه إذا كان التشريع على وزان واحد، دل على جريان المصالح على ذلك؛ لأن أصل التشريع سبب المصالح، والتشريع دائم كما تقدم؛ فالمصالح كذلك، وهو معنى اعتباره للعادات في التشريع"[3].

(1) الموافقات: للإمام الشاطبي تحقيق عبد الله دراز (287/2).
(2) المرجع السابق، (286/2).
(3) المرجع السابق، (279/2).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

د- أن التكاليف إذا لم تعتبر فيها العادات، كان تكليفاً بما لا يطاق وذلك باطل شرعاً. قال: "ووجه رابع، وهو أن العوائد لو لم تعتبر لأدى إلى تكليف ما لا يطاق، وهو غير جائز أو غير واقع، وذلك أن الخطاب: إما أن يعتبر فيه العلم والقدرة على المكلف به وما أشبه ذلك من العاديات المعتبرة في توجه التكليف أو لا، فإن اعتبر فهو ما أردنا، وإن لم يعتبر فمعنى ذلك أن التكليف متوجه على العالم والقادر وعلى غير العالم والقادر، وعلى من له مانع ومن لا مانع له، وذلك عين تكليف ما لا يطاق، والأدلة على هذا المعنى واضحة كثيرة"[1].

6. وقال الأستاذ الزرقاء: "اعتبر الفقهاء _على اختلاف مذاهبهم_ العرف، وجعلوه أصلاً ينبني عليه الحكم"[2].

7. وذكر الأستاذ أبو سنة الاستدلال بالعرف، وحصر استعمالات الفقهاء للعرف بأربعة أنواع، وذكر دليل اعتبار كل نوع منها، وهذه الأنواع هي:

أ- العرف الذي يكون دليلاً على مشروعية الحكم ظاهراً: ودليل اعتباره الأدلة الشرعية الصحيحة مثل السنة التقريبية، أو الإجماع العملي، أو المصلحة المرسلة.

ب- العرف القولي: ودليل اعتباره؛ الاتفاق على التخصيص والتقييد بالعرف ومرجعه إلى استعمال اللفظ في معنى جديد وهجر الحقيقة، وأن المتكلم أراد باللفظ المعنى الذي وضع له.

ج- العرف الذي يرجع إليه في تطبيق الأحكام المطلقة على الحوادث: ودليل اعتباره النصوص الشرعية مثل: قوله تعالى: ﴿**فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ**﴾[3] فقد أحال سبحانه في بيان إطعام المساكين على الوسط من الطعام المتعارف، فكانت إحالته للبيان في هذا الحكم المطلق على العرف.

وقوله تعالى: ﴿**وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ**﴾[4] المراد بالمعروف: ما يكفي الوالدات في العرف من القوت والملبس، مع رعاية حالة الأزواج.

---

(1) الموافقات: للإمام أبو إسحاق الشاطبي (288/2).

(2) انظر: المدخل الفقهي العام: للأستاذ مصطفى الزرقاء (110/1).

(3) سورة المائدة: من الآية (89).

(4) سورة البقرة: من الآية (233).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وحديث عائشة رضي الله عنها قوله ﷺ لهند بنت عتبة: "خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف"[1]. ومعنى المعروف في الحديث: هو القدر الذي علم بالعادة أنه الكفاية.

د- العرف الذي ينزل منزلة النطق بالأمر المتعارف: ودليل اعتباره حديث عروة بن أبي الجعد:

أن النبي ﷺ أعطاه ديناراً ليشتري به شاةً، فاشترى به شاتين، فباع إحداهما بدينار وجاءه بدينار وشاة[2]. ففي هذا التصرف اعتمد عروة على الإذن العرفي.

صحة بعض التصرفات اعتماداً على ما جرى به العرف، كتناول الضيف الطعام المقدم له، واعتبار البكر بسكوتها، فهذا اتفاق من الأئمة على أصل اعتبار هذا النوع من العرف.

هذا ما اعتبره الأستاذ أبو سنة في استعمالات العرف، وأدلة اعتباره[3].

8. قال الأستاذ عبد الوهاب خلاف: إن الدليل على اعتبار العرف الصحيح أمران:

أ- أن الشارع قد راعى في تشريعه عرف العرب في بعض أحكامه: فوضع الدية على العاقلة، واشترط الكفاءة في الزواج، وبنى الولاية في الزواج على العصبية، وكذلك الإرث.

ب- أن ما يتعارفه الناس من قول أو عمل يصير من نظام حياتهم ومن حاجاتهم، فإذا قالوا أو كتبوا فإنما يعنون المعنى المتعارف لهم، وإذا عملوا فإنما يعملون على وفق ما تعارفوه واعتادوه، وإذا سكتوا عن التصريح بشيء فهو اكتفاء بما يقتضي به عرفهم[4].

- **معنى حجّية العرف واعتباره، وهل هو دليل أصلي مستقل؟**

بعد كل ما تقدم نقله وتقريره، والاستدلال له والاحتفاء به، من أدلة كلية، ونصوص شرعية، ونقول عن أهل العلم – يأتي السؤال المبادر:

هل العرف دليل أصلي مستقل؟ بمعنى: هل يمكن للعوائد أن تكون منشئة ومؤسسة لأحكام جديدة، وأن يكون العرف دليلاً قائماً برأسه كالنص والإجماع؟.

---

(1) صحيح البخاري: كتاب/ البيوع، باب/ من أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون بينهم في البيوع والإجارة والمكيال والوزن (89/9)، (ح2097).

(2) صحيح البخاري: كتاب/ المناقب، باب/ سؤال المشركين أن يريهم النبي ﷺ آية فأراهم انشقاق القمر (1330/3)، (ح3443).

(3) العرف والعادة: للشيخ أحمد فهمي أبو سنة (ص26-55).

(4) مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه: للأستاذ عبد الوهاب خلاف (ص146).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وجواب ذلك:

أ- أما أَنَّ العرف يكون دليلاً برأسه، قائماً بنفسه، كالنص والإجماع – فلا، بلا موارية ولا تردد، لكنه يكون دليلاً كاشفاً عن الحكم، ومظهراً له، والدليل في الحقيقة هو ما رجع إليه؛ من السنَّة والإجماع، أو رفع الحرج، أو الاستصلاح، أو أصل الإباحة، مما تقدم بحثه وتقريره.

فالعرف إذاً: دليل ظاهر فقط على الحكم الشرعي، والدليل في الحقيقة ما رجع إليه[1]. فهو _في هذا_ كالقياس، يكشف عن الحكم ويظهره، والمثبت له على الحقيقة هو الدليل الشرعي الذي ثبت به حكم الأصل[2].

ب- وأما أنَّ العرف ينشىء أحكاماً جديدة، فنعم. إذا كان ذلك في دائرة مجاله، وحدود مداه، وتحققت شرائط اعتباره؛ إذ هو آنئذ في دائرة العفو والإباحة، التي أذن الشرع للعرف بملء فراغها، وتطبيق جزئيات الحوادث فيها، من نحو إنشاء العقود والشروط وطرائق التوثق.

أو يكون العرف _فيها_ مناطا للحكم الشرعي، وليس حكماً شرعياً بذاته، كما يجرى في المعاملات من كيفية القبض، ووسائل حفظ الأمانات، والأحكام تتغير بتغير مناطها، والعرف في هذا وذاك داخل حمى الشريعة، موافق لنصوصها، ملائم لقواعدها العامة.

وبكل حال: "فحجّية العرف ومعنى اعتباره، لا يعدو _في مجالات التطبيق_ أن يكون كاشفاً عن مناطات الأحكام، وهو في مجال إنشاء الأحكام لا يخرج عن حدود الملائمة الشرعية"[3].

وعلى هذا الرأي المحقَّق في قيمة العرف وحجّيته ومعنى اعتباره – جاءت عامة أقوال أهل العلم[4].

من ذلك: قول العلامة ابن النجار _رحمه الله: "ومن أدلة الفقه أيضاً: تحكيم العادة، وهو معنى قول الفقهاء: إن العادة محكّمة، أي: معمول بها شرعاً"[5].

---

(1) العرف والعادة: للشيخ أحمد فهمي أبو سنة (ص39-40).

(2) رفع الحرج: د. يعقوب الباحسين (ص519).

(3) المرجع السابق، (ص517).

(4) انظر: أبو حنيفة: للشيخ محمد أبو وهرة (ص357)؛ العرف والعادة: للشيخ أحمد فهمي أبو سنة (ص30-33، 81-82).

(5) شرح الكوكب المنير المسمى بمختصر التحرير: لمحمد بن أحمد عبد العزيز الفتوحي المعروف بابن النجار (448/4).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وقد كان قبل_ في فاتحة كلامه عن القواعد: "إنها" تشبه الأدلة، وليست بأدلة، لكن ثبت مضمونها بالدليل، فصار يقضي بها في جزئياتها، كأنها دليل على ذلك الجزئي، فلما كانت كذلك ناسب ذكرها في باب الاستدلال".

وقال الأستاذ أبو سنة:"... إن العرف في النصوص ليس دليلاً على الحقيقة، وإنما هو دليل ظاهر فقط، وبإمعان النظر يرى على الدوام مردوداً إلى دليل آخر من الأدلة الصحيحة"[1].

وقال الأستاذ عبد الوهاب خلاف: "والعرف عند التحقيق ليس دليلاً شرعياً مستقلاً"[2].

وفي معنى ذلك قول د. السيد صالح:"... إن العرف ليس مصدراً من مصادر التشريع، ولا دليلاً، بالمعنى الذي تطلق عليه كلمة مصدر أو دليل"[3].

(1) العرف والعادة: للشيخ أحمد فهمي أبو سنة (ص32).

(2) علم أصول الفقه: لعبد الوهاب خلاف (ص91)؛ ومصادر التشريع فيما لا نص فيه: لعبد الوهاب خلاف (ص149).

(3) أثر العرف في التشريع الإسلامي: د.السيد صالح عوض (ص617)؛ أسباب اختلاف الفقهاء: لعلي الخفيف (ص255).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الثاني
شرائط اعتبار العرف

يشترط الأصوليون والفقهاء ليكون للعرف اعتبار _حسب ما ذكرناه_ شروطاً لابد من أن نتعرض لها ونحن نقدم للحديث عن التخصيص به؛ لأن هذه الشروط لابد من توافرها في العرف؛ سواء أكان معالجاً لحالة مبتدئة، أو كان مخصصاً لنص عام، فلو تخلف شرط منها، أو اختل لم يصح تحكيم العرف، ولم يكن صالحاً للاعتداد به أو التخصيص به، وتتلخص هذه الشرائط بما يلي[1]:

الشّرط الأوّل: أن يكون العرف مطّرداً أو غالباً:

معنى الاطّراد: أن يكون العرف مستمرّاً بحيث لا يتخلّف في جميع الحوادث.

ومعنى الغلبة: أن يكون العمل بالعرف كثيراً، وجارياً في أكثر الحوادث إذا لم يكن في جميعها، ذلك أنّ الاطّراد أو الغلبة يجعل العرف مقطوعاً بوجوده[2].

قال السّيوطيّ: "إنّما تعتبر العادة إذا اطّردت، فإذا اضطربت فلا، وان تعارضت الظنون في اعتبارها فخلاف"[3].

وقال ابن نجيم: "إنّما تعتبر العادة إذا اطّردت أو غلبت"[4].

وقال الشّاطبيّ: "وإذا كانت العوائد معتبرةً شرعاً فلا يقدح في اعتبارها انخراقها ما بقيت عادةً في الجملة. وبهذا الشّرط قد يعبر عنه _أحياناً_ بالعموم فيقال: أن يكون العرف عامّاً، والعموم هنا؛ أن يكون شائعاً مستفيضاً بين أهله بحيث يعرفه جميع الناس في البلاد

---

(1) المدخل الفقهي العام: للأستاذ مصطفى الزرقاء (873/2-881)؛ ورفع الحرج: د. يعقوب الباحسين (ص349-353)؛ والعرف وأثره في الشريعة والقانون: د. أحمد المباركي (ص89-102).

(2) المدخل الفقهي العام للأستاذ مصطفى الزرقاء (874/2)؛ والعرف وأثره في الشريعة والقانون: د. أحمد المباركي (ص89).

(3) الأشباه والنظائر: للسيوطي (ص101).

(4) الأشباه والنظائر: لابن نجيم (ص133).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

كلها أو في بلد خاص. ولا يكون المراد بالعموم العرف العام؛ لأن هذه الشريطة واردة في العرف العام والخاص على السواء"[1].

وقد يعبّر عن هذا الاطراد بالعموم، أي: الشيوع والاستفاضة بين أهله، بحيث يعم به جميع الناس في البلاد كلها، أو في إقليم خاص.

قال ابن عابدين: "اعلم أن كلاً من العرف العام والخاص إنما يعتبر إذا كان شائعاً بين أهله يعرفه جميعهم"[2].

الشّرط الثّاني: أن يكون قائماً عند إنشاء التّصرّف:

عند تحكيم العرف في مسألة من المسائل فلا بد أن يكون سائداً حالة عقد أي تصرف من التصرفات، والذي يحمل عليه التصرف، موجوداً ومعمولاً به وقت إنشاء هذا التصرف، وذلك بأن يكون حدوث العرف سابقاً أو مقارناً للتّصرّف عند إنشائه؛ لأنّ كلّ من يقوم بتصرّف _سواء كان قوليّاً أو فعليّاً_ إنّما يتصرّف بحسب ما جرى به العرف، ليصحّ الحمل على العرف القائم، فلا عبرة بالعرف الطّارئ بعد التّصرّف[3].

ومعنى ذلك أن العرف لا يعمل به في حالتين:

الأولى: أن يكون العمل به من قبيل العرف السابق، ثم تغيّر قبل إنشاء التصرف.

الثانية: أن يكون من قبيل العرف الطارئ على التصرفات[4].

ويعني هذا الشرط أن العرف لا يعمل به إلا في الحوادث والتصرفات التي نشأت وهو موجود، أما التي سبقت العرف في نشوئها فلا يكون حاكماً عليها؛ لأنه لم يكن موجوداً

---

(1) الموافقات: للشاطبي (288/2).

(2) نشر البنود: لابن عابدين (ص28)؛ ورسالة نشر العرف ضمن مجموع رسائل ابن عابدين (134/2)؛ والعرف والعادة في رأي الفقهاء: للشيخ أحمد فهمي أبو سنة (ص56)؛ والقواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها: د. صالح السدلان (ص353).

(3) رفع الحرج: د. يعقوب الباحسين (ص352)؛ العرف وأثره في الشريعة والقانون: د. أحمد المباركي (ص99، 100).

(4) العرف والعادة في رأي الفقهاء: للشيخ أحمد أبو سنة (ص65)؛ والقواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها: د. صالح السدلان (ص356).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وقت ظهورها حتى يكون حاكماً عليها، وفي هذا يقول الفقهاء: "لا عبرة بالعرف الطارئ"[1].

قال السّيوطيّ: العرف الّذي تحمل عليه الألفاظ، إنّما هو المقارن السّابق دون المتأخّر[2].

الشّرط الثالث: ألاّ يعارض العرف تصريحٌ بخلافه:

ومقتضى هذا الشرط عدم العمل بالعرف إذا عارضه تصريح، فإذا وجد تصريح بخلافه، سواء بالقول أو الفعل فإنه لا عبرة بهذا العمل حينئذ[3]؛ فإذا صرّح العاقدان مثلاً بخلاف العرف فلا اعتبار للعرف.

وهذا الشرط يختص بالعرف الذي ينزل منزلة النطق بالأمر المتعارف، والذي تعبر عنه القاعدة المشهورة "المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً"، كما أن العرف دلالة تساعد في كشف المراد، ولا عبرة للدّلالة في مقابلة التّصريح[4].

قال العزّ بن عبد السّلام: "كلّ ما يثبت في العرف إذا صرّح المتعاقدان بخلافه ممّا يوافق مقصود العقد ويمكن الوفاء به صحّ"[5].

الشّرط الرابع: ألاّ يخالف النّصوص الشّرعيّة:

بمعنى أن لا يكون ما تعارف عليه النّاس مخالفاً للأحكام الشّرعيّة المنصوص عليها، وإلاّ فلا اعتبار للعرف، والمخالفة الممنوعة هي المخالفة المفضية إلى إبطال العرف للنص كلية بطريقة تفضي إلى عدم العمل بالنص. وهذه قضية مهمة ذات خطر؛ لأنها تتصل بالتشريع وتحكيمه، وقد كان النظر الفقهي إلى هذه القضية نظراً حكيماً جمع فيه بين التطور والتغير لأحوال المكلفين، والمحافظة على التعاليم الأساسية الثابتة للتشريع.

ثمّ إنّ مخالفة العرف للنّصّ تأتي على وجهين:

فإذا خالف العرف النّصّ الشّرعيّ من كلّ وجه، فإنّه يعمل بالنّصّ، ولا اعتبار للعرف؛ لأنّ النّصّ أقوى من العرف، سواء كان العرف عامّاً أو خاصّاً، وكان ذلك العرف

---

(1) انظر: الأشباه والنظائر: لابن نجيم (ص101).

(2) انظر: الأشباه والنظائر: للسيوطي (ص106).

(3) انظر: المدخل الفقهي العام: للأستاذ مصطفى الزرقاء (879/2)؛ رفع الحرج: د. يعقوب الباحسين (ص353).

(4) مجلة الأحكام العدلية مع شرحها درر الحكام (28/1)، مادة (13).

(5) قواعد الأحكام: العزّ بن عبد السّلام (186/2).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

عرفاً فاسداً يجب طرحه وعدم العمل به، والحالات التي تولى الشرع تحديد الأحكام فيها على سبيل الإلزام لا يعمل فيها بالأعراف، وإلا لقلبت الأعراف أسس التشريع، وأصبحت أثراً بعد عين[1]، ومن أمثلة هذا:

- أن شرب الخمر قد يصبح عادة وعرفاً في بعض البلاد، إلا أن هذا مما يعارض النص القطعي الوارد في خصوص تحريم شرب الخمر، فلا يجوز تحكيم هذا العرف[2].
- ومثله كشف المرأة بعض عورتها قد يصبح عادة وعرفاً في بعض البلاد، إلا أن هذا مما يعارض النص القطعي الوارد في خصوص تحريم كشف العورة لغير الضرورة، فلا يجوز تحكيم هذا العرف[3].

ويستثنى من الحكم هنا ما إذا كان حكم النص حين وروده دائراً مع العرف القائم، باعتباره عرفاً متغيراً، ومن أمثلة هذا:

أن اعتبار سكوت البكر رضى لها في النكاح قد ورد النص باعتباره، وهذا عرفاً قائماً، فالظاهر أن النص دائر مع العرف القائم، إلا أن هذا مما يتغيّر بتغيّر الأحوال، فان سكوتها قبولاً في النكاح إنما هو في الزمن السابق الذي عرفت فيه الفتاة باستحيائها من التصريح بالقبول، أما إذا تغير العصر وقد غلبت جرأتها على التصريح بقبول من ترغب فيه، ورفض من ترغب عنه، فلا بد من بيانها بالإذن حتى يعتبر ذلك في تزويجها[4]، ولا يعتبر هذا من مصادمة العرف للنّصّ.

وإذا خالف العرف النّصّ في بعض الوجوه، أي مخالفة جزئية لا كلية _كأن يكون النّصّ عامّاً والعرف خاصّاً_ فهذا محل البحث الذي نحن بصدده.

---

(1) انظر: المدخل الفقهي العام: للأستاذ مصطفى الزرقاء (2/882-884).

(2) انظر: رسالة نشر العرف ضمن مجموع رسائل ابن عابدين (2/116)؛ العرف والعادة في رأي الفقهاء: للشيخ أحمد أبو سنة (ص61)؛ والقواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها: د. صالح السدلان (ص358).

(3) انظر: العرف والعادة في رأي الفقهاء: للشيخ أحمد أبو سنة (ص80).

(4) انظر: المدخل الفقهي العام: للأستاذ مصطفى الزرقاء (2/889)؛ والقواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها: د. صالح السدلان (ص358).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الثالث

قاعدة تغير الأحكام بتغير الزمان

تعتبر مراعاة تغير العوائد والأعراف من أهم أسباب تغير الأحكام، وهذا أصل عظيم، وباب واسع من أبواب التغير في الفتاوى والأحكام، نشأ لأجله ما يعرف بفقه النوازل[1].

ومن المعلوم قطعاً أن الأحكام التي تتغير هي الأحكام الاجتهادية: القياسية والاستصلاحية والاستحسانية.

أما الثابتة بالنصوص فلا يمكن تغيرها أبداً؛ كحرمة المحرمات والخلوات والمصافحة والربا والغصب ومماألأة الظالمين وموالاة الكفار والتولي يوم الزحف ومحاربة المؤمنين وتقريب المنافقين بطانة وحاشية.

والشريعة الإسلامية جاءت وافية بمصالح العباد، ومما به حفظ هذه المصالح مراعاة أسباب تغير الأحكام ومن ذلك تغير الأعراف والعادات المستحسنة بتغير العمل بها، فقد تحدث للناس حاجات، وتتبدل الأحوال فيكون في بقاء الحكم الذي روعي فيه العادة إلحاق الضرر والمفسدة بالمكلفين، فتنعدم الملائمة بين الحكم والحال الداعية إلى تشريع ذلك الحكم، وتقتضي أصول الشريعة تبديله بحكم آخر يناسب أحوال العباد بعد تغيره، من أجل درء تلك المفسدة[2].

ولهذا ذكر جماعة من الفقهاء أن الفتوى تتغيّر بتغيّر الأزمنة والأمكنة والأعراف وأحوال الناس[3].

---

(1) انظر: القواعد الفقهية الكبرى: للسدلان (ص435) والمراد بفقه النوازل: استنباط الأحكام لما يجد من حوادث، لم يؤثر عن الفقهاء المتقدمين حكم بخصوصها.

(2) انظر: رسالة نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف مجموعة رسائل ابن عابدين (125/2)؛ والعرف والعادة في رأي الفقهاء: للشيخ أحمد فهمي أبو سنة (ص83)؛ المدخل الفقهي العام: للأستاذ مصطفى الزرقاء (923/2).

(3) انظر: رسالة نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف مجموعة رسائل ابن عابدين (125/2)؛ الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام (ص73)؛ الفروق: لشهاب الدين القرافي (176/1، 177)؛ والموافقات: للشاطبي (226/2)؛ أعلام الموقعين: لابن القيم (5/3).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

- قال القرافي: الجمود على المنقولات أبداً ضلال في الدين وجهل بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضين[1].
- وقال ابن القيم: تغير الفتوى واختلافها بحسب تغير الأزمنة والأمكنة والأحوال والنيات والعوائد[2].
- قال ابن عابدين: "فكثير من الأحكام تختلف باختلاف الزمان، لتغير عرف أهله، أو لحدوث ضرورة، أو لفساد أهل الزمان، بحيث لو بقي الحكم على ما كان عليه أولاً للزم منه المشقة والضرر بالناس، وخالف قواعد الشريعة المبنية على التخفيف والتيسير، ودفع الضرر والفساد لبقاء العالم على أتم نظام وأحسن إحكام. ولهذا ترى مشايخ المذهب خالفوا ما نص عليه المجتهد في مواضع كثيرة بناء على ما كان في زمنه، لعلمهم بأنه لو كان في زمنهم لقال بما قالوا به أخذاً من قواعد مذهبه"[3].
- ويري الأستاذ الزرقاء أن عوامل تغير الزمان وتغير الأحكام نوعان:إما لفساد الزمان بفقدان الورع والتقوى وهو فساد الأخلاق العامة والعادات العامة، وإما لتغير طراز الحياة وشكلها ووسائل العيش وهو تطور الأحوال التنظيمية المحققة لمقصد الشريعة[4].

وإذا كان العمل بمقتضى الحكم قد يتغيّر من زمن إلى آخر، ومن مكان لآخر باعتباره من قبيل العادة والعرف، فإن تغير الأحكام بناءً على ذلك التغير لأسبابها مضبوط بضوابط معينة؛ إذ إن الأحكام بالنسبة إلى اختلافها باختلاف العمل بالعرف لا تخرج عن ثلاث صور[5]:

الأولى: أن يكون الحكم بالعرف والعادة هو بعينه عمل بحكم شرعي، بأن حَكَم به الشرع، أو كان العمل به موجوداً في الناس فدعا إليه الشرع وأكّده. ومثاله: ارتداء الحجاب لدى نساء المسلمين، فإن ذلك مما شاع وانتشر بينهنّ، وصار عادةً وعرفاً، والعمل به ثبت بحكمٍ شرعيٍ يستوجب العمل به وعدم تركه.

---

(1) الفروق: لشهاب الدين القرافي (177/1).

(2) أعلام الموقعين: لابن القيم (3/3).

(3) رسالة نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف مجموعة رسائل ابن عابدين (125/2)؛ شرح الأتاسي: للمجلة (ص82-83).

(4) المدخل الفقهي العام: للأستاذ مصطفى الزرقاء (914/2).

(5) انظر: ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية: للبوطي (ص245)؛ وأصل هذا التقسيم ذكره الشاطبي في الموافقات (215/2).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

والحكم في مثل هذا أنه لا يجوز تغيير هذه الأحكام، أو تبديلها مهما تبدّلت الأزمنة وتغيّرت الأحوال، فهذه أحكام ثابتة لا تتغيّر.

الثانية: أن لا يكون الحكم بالعرف والعادة حكماً شرعياً، ولكن تعلق الحكم الشرعي بأن يكون مناطاً للحكم الشرعي. ومثاله: ما تعامل به الناس من أساليب التعبير والخطاب في المعاملات، وتعاملوا به من قبض الصداق قبل الدخول، وما عملوا به من الشؤون المخلّة بالمروءات والآداب، وما تعاملوا به في قبض المبيعات، وما يجد من وسائل توثيق العقود والمعاملات، وهذا مما يشيع وينتشر وصار عرفاً، وهو ليس حكماً شرعياً، بل تعلق به الحكم الشرعي.

والحكم هنا يدور مع مناطه، والحكم هنا لا يتغيّر، ولا يختلف بل هو واحد، والمناط هو الذي يتغيّر.

الثالثة: أن لا يكون الحكم بالعرف والعادة حكماً شرعياً، ولا مناطاً لحكم شرعي، وهذه الصورة يدخل تحتها ما شاع وانتشر العمل به بين الناس في مظاهر حياتهم المختلفة مما لم يصبح حكماً شرعياً، ولا تعلق به حكم شرعي.

والحكم هنا: أن للناس أن يمارسوا ذلك، ويطوروا أنماط حياتهم؛ ويغيّروا مظاهرها، حسبما يرونه من مقتضيات الزمن، ما دام لا يعارض أمراً من أمور الشريعة الثابتة[1].

نضيف إلى هذه القاعدة أمرين:

الأول: أن الحكم الشرعي الذي نزل زمن الوحي إذا كانت له علاقة بالعرف العملي الموجود، فقد يكون لاختلاف العرف تأثير على استمرار الحكم، فيكون الحكم في هذه الحالة مبنيا عليه، فإذا تغير إلى عرف جديد يتبدل الحكم بتغيره ولو كان النص خاصاً بالموضوع، ومن الأمثلة على ذلك: ما ورد في حديث النبي صلى الله عليه وسلم في الأصناف الستة[2] التي يجري فيها ربا الفضل وربا النسيئة؛ فإن الحديث نص على البر والشعير أنها مكيلة لكونهما كانا في ذلك الوقت، كذلك فالنص في ذلك الوقت كان للعادة، حتى لو كان في ذلك الوقت وزن البر، لورد النص على وفقه، فحيث كانت العلة للنص على الكيل في البر هي العادة؛ تكون العادة

(1) انظر: المدخل الفقهي العام: للأستاذ مصطفى الزرقاء (924/2، 925)؛ ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية: للبوطي (ص245-246، 249-250)؛ والقواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها: د. صالح السدلان (ص430، 431).

(2) الذهب والفضة والحنطة والشعير والملح والتمر.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

هي المنظور إليها، فإذا تغيرت تغير الحكم، فليس في اعتبار العادة المتغيره الحادثة مخالفة للنص بل فيه إتباع النص، فما كان كيليّاً عرفاً وجب فيه الكيل، وما كان وزنيّاً عرفاً وجب فيه الوزن.

وإذا تبدل العرف فالنصوص صرحت في مبادلة القمح بالقمح _مثلاً_ بوجوب التساوي كيلاً ووزناً، ولو تعارف الناس في زمننا ببيعه بالوزن فالنص قضى في هذا الميزان الربوي على ألا يتعدى إلى غيره ولو تغير العرف فلا عبرة به[1].

الثاني: أن النص إذا كان معللاً بعلة ينفيها العرف الجديد قد لا يصلح مناطاً لتنزيله على ذلك الواقع، سواء كانت العلة مصرحاً بها أو كانت مستنبطة بالاجتهاد.

ومثال ذلك: اقتراض الخبز عدداً من عند الجيران، وهو من الطعام الذي يجري فيه الربا؛ لأنه يشترط فيه الوزن، فيجوز ذلك ولو كان رغيف الوفاء يزيد على رغيف القرض، وهو رأي الجمهور ومحمد صاحب أبي حنيفة، وهو المفتى به في مذهبهم باعتبار أن الناس قد تعارفوا على التعامل بالعدد لعدم وجود نص يمنع من الاقتراض عدداً. ومنعه أبو حنيفة رحمه الله[2].

من الأمثلة على تغير الأحكام بتغير الزمان:

1. في المذهب الحنفي: العمل الواجب شرعاً على شخص لا يجوز له أخذ أجرة عليه عند أبي حنيفة والصاحبين. فالقيام بالعبادات والأعمال الدينية الواجبة كالإمامة وخطبة الجمعة وتعليم القرآن والعلم لا يجوز أخذ الأجرة عليه في أصل المذهب. بل على المقتدر أن يقوم بذلك مجاناً؛ لأنه واجب ديني، إلا أن المتأخرين أباحوا أخذ الأجرة نظراً لقعود الهمم، وانقطاع عطاء المعلمين التي كانت في الصدر الأول. مع أن هذا مخالف لما اتفق عليه الإمام والصاحبان من عدم أخذ الأجرة عليه كبقية الطاعات.

2. تضمين الأجير المشترك حيث شاع الفساد، وإن هذا مخالف لقاعدة اليد الأمينة لا تضمن إلا بالتعدى.

---

(1) انظر: المدخل الفقهي العام: للأستاذ مصطفى الزرقاء (889/2، وما بعدها).

(2) حاشية ابن عابدين (162/5)؛ البحر الرائق شرح كنز الدقائق: لابن نجيم (147/6)؛ وحاشية الدسوقي: لشمس الدين الدسوقي (225/3)؛ المغني: لابن قدامة (210/4)؛ انظر: المدخل الفقهي العام: للأستاذ مصطفى الزرقاء (889/2–893).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

3. إن الوصي ليس له أن يضارب في مال اليتيم والوقف، وبعدم إجارته أكثر من سنه في الدور، ومن ثلاث سنين في الأراضي، مع أن المذهب أصلا لا يضمن ولا يحدد بمدة.
4. منع النساء من حضور الجماعة.
5. بيع الوفاء وعقد الاستصناع.
6. في صحيح البخاري ضوال الإبل حكم فيها النبي ﷺ بالترك حتى يلقاها صاحبها، وأما عثمان فأمر ببيعها.
7. قضاء القاضي بعلمه جائز عند الحنفية ومنعه المتأخرون.
8. شروط العدالة عند المتقدمين غيرها عند المتأخرين، ولذا تنازل المتأخرون من اشتراط العدالة المطلقة إلى العدالة النسبية.
9. منع كتابة الحديث ثم دون زمن عمر بن عبد العزيز[1].

- ومن الأحكام الشرعية المتغيرة ما يظنه بعضهم أنه إجماع وليس كذلك، ومن هذا مثلاً ما لو أجمع أهل الحل والعقد على استرقاق الأسرى _مثلاً_ ثم تغير الاجتهاد فيه بعدم الاسترقاق، وكما لو أجمع المسلمون على عقد صلح بينهم وبين الكافرين لمصلحة تستدعي ذلك ثم رأى من جاء بعدهم غير ذلك. فمثل هذا لا يسمى إجماعاً ولا يعتبر تغيراً للحكم الثابت على الأصل؛ بل هو تغير من باب التصرف بموجب الإمامة والفتوى[2].

والخلاصة: أن تغيير الأحكام بتغيير الزمان ليس المراد منه تغير ذات الأحكام، وإنما تتغير تبعا لما تعلق بها من الأحكام الوضعية من أسباب وشروط وموانع ورخص وعزائم. قال الزرقاء رحمه الله وليس تبدل الأحكام إلا بتبدل الوسائل والأساليب الموصولة إلى غاية الشارع فإن تلك الوسائل والأساليب في الغالب لم تحددها الشريعة الإسلامية، بل تركتها مطلقة لكي يختار منها في كل زمان ما هو أصلح في التنظيم نتاجاً وأنجح في التقويم علاجاً[3].

---

(1) المبسوط: للسرخسي (59/9)؛ ومجموعة رسائل ابن عابدين (126/2).

(2) رسالة نشر العرف ضمن مجموع رسائل ابن عابدين (126/2-131)؛ والعرف والعادة في رأي الفقهاء: للشيخ أحمد فهمي أبو سنة (ص84-89)؛ انظر غير ذلك من الأمثلة في: ضوابط المصلحة: د. رمضان سعيد البوطي (ص280).

(3) انظر المدخل الفقهي العام: للأستاذ مصطفى الزرقاء (925/2).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفصل الثاني
موقف العلماء في التخصيص بالعرف

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: أقوال العلماء من تخصيص العموم بالعرف وصوره.

المبحث الثاني: صور تخصيص العرف للعموم.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

توطئة:

الظاهر أن المذاهب الفقهية متفقة على اعتبار العرف _بالمعنى الذي حررناه_ على وجه الإجمال، وإن كان بينها شيء من التفاوت في حدود هذا الاعتبار ومداه.

ومن خلال النظر إلى المسائل الفقهية العديدة، والنصوص الفقهية لدى المذاهب الأربعة المذكورة في كتبهم، يتضح لدينا أن العرف معتبر _على الجملة_ في بناء الأحكام الشرعية لدى الفقهاء جميعاً.

وهذا اتفاق منهم على العمل بالعرف على وجه الإجمال، حيث وجدت مسائل فرعية كثيرة مبناها العرف، ومع ذلك وجد لهم اختلاف فيها، وهذا الاختلاف إما لاختلافهم في بعض مسائل العرف ومدى سلطانه، أو لاختلاف العرف نفسه، أو لاختلافهم في وجوده وعدمه، أو اطراده واضطرابه[1].

ولعل وجوه الاختلاف هذه، هي السبب في اعتبار هذا الدليل الشرعي؛ من الأدلة المختلف فيها عند الأصوليين والفقهاء. وهذه بعض الفروع التي لها صلة بموضوع تخصيص العموم بالعرف، ولم تكن محل وفاق بين العلماء:

أ- تعارض العرف واللغة:

من الثابت أن لكل تشريع عرفاً خاصاً في استعماله لكثير من الألفاظ يخالف به عن حقائقها اللغوية، فيجب حمل تلك الألفاظ على معانيها العرفية في لسان الشرع، ولو كانت في أصل وضعها اللغوي أوسع مدلولاً؛ تلك قاعدة أساسية في تفسير النص وهي: "الحقيقة الشرعية مقدمة على الدلالة اللغوية"[2]، لتبيّن إرادة المشرّع التي اتجهت إلى هذا المعنى العرفي الذي أصبح يتبادر إلى الذهن عند إطلاقه.

فألفاظ الصلاة، والصيام، والحج، والزكاة، وغيرها ذات مفاهيم وحقائق شرعية كعرف خاص قصدها المشرّع، فوجب أن تصرف هذه الألفاظ إلى تلك المعاني العرفية، تحقيقاً لمراد الشارع منها، ومن المناقضة لإرادة المشرّع صرفها إلى معانيها اللغوية المنقولة إلا بدليل، فالحقيقة الشرعية مقدمة[3].

---

(1) العرف والعادة: للشيخ أحمد فهمي أبو سنة (ص23)؛ انظر: المدخل الفقهي العام: للأستاذ مصطفى الزرقاء (110/2).

(2) حاشية اللنكوي على كشف الأسرار: للنسفي (182/1)؛ والفروق: للقرافي (171/1).

(3) انظر: المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي: د. محمد فتحي الدريني (ص457).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

والمعنى العرفي الشرعي الخاص للفظ ليس هو تمام مدلوله اللغوي، بل قد يقيده إذا كان مطلقاً، أو يخصصه إذا كان عاماً، أو بعبارة أخرى يقوم المعنى العرفي للمشرّع على هجر المعنى اللغوي الأصلي والإتيان بمفهوم جديد بقصد المشرع[1].

وقد فرق الفقهاء بين العرف القولي والعرف العملي في تعارض العرف واللغة.

العرف القولي:

لا نزاع بين الأصوليين في أن العرف القولي يقضي على النص، فيقيده إن كان مطلقاً، ويخصصه إن كان عاماً. ذكر الأستاذ أبو سنة أن الأصوليين حكوا الاتفاق على أن العرف القولي يخصص العام ويقيد المطلق، وتترك له حقيقة اللفظ إذا كان عرفاً قولياً[2]. فهذا قول الجمهور ومنهم الحنفية:

فقد ذكر القرافي: "بأن من له عرف وعادة في لفظه، إنما يحمل لفظه على العرف"[3].

أما الشافعية منهم: السيوطي ذكر في أشباهه "فصل في تعارض العرف واللغة" أن بعضهم يميل إلى تقديم اللغة؛ وبعضهم يميل إلى تقديم العرف، وذكر أمثلة: منها ما اعتبر فيه العرف تارة، ومنها ما قدمت فيه اللغة[4].

قال النووي: "فاعتبار العرف العام لا شك فيه في تقيد اللفظ المطلق"[5]. وهذا القول يدل على أن العرف إذا لم يضطرب وكان عاماً فإنه يقدم على اللغة مطلقاً. وبذلك يكون فقهاء الشافعية متفقون مع جمهور الأصوليين بتقديم العرف القولي على اللغة.

ويعقب أبو سنة على ما نقله السيوطي بقوله: (فهذا النقل يدل على أن حكاية الإجماع من الأصوليين قد لا تسلم لهم، لكن لما كان العمل باللغة وترك العرف عند الشافعية غير

---

(1) شرح المنار: لابن ملك (ص118).

(2) انظر: تبصرة الحكام، باب/ القضاء بالعرف والعادة: لابن فرحون المالكي (57/2)؛ العادة والعرف: للشيخ أحمد أبو سنة (ص122).

(3) شرح تنقيح الفصول: للقرافي (ص211).

(4) الأشباه والنظائر: للسيوطي (93، 94)؛ انظر: أثر العرف في التشريع الإسلامي: د. سيد صالح عوض (ص75).

(5) المجموع: للإمام النووي (326/11).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

مطرد بل هو قليل ومعظمه ذو وجهين، أمكن الأصوليون أن يحكوا الاتفاق فيؤول بالنسبة للشافعية بأنه على القول المشهور لهم)[1].

العرف العملي:

اتفق الأصوليون على أن العرف العملي يقدم على اللفظ ويقيد المطلق؛ ولكنهم اختلفوا في تخصيص العام بالعرف العملي؛ فقد ذكر الشيخ أبو سنة: أن علماء اللغة والأصول اتفقوا على أن العرف القولي والعملي يقضيان على اللفظ إذا كان مطلقاً، وذكر لذلك أمثلة[2]. ثم فصل المسألة بعد ذلك.

ذهب الحنفية والمالكية إلى أنه لا فرق بين العرف القولي والعملي، فكلاهما يخصص العام[3].

وخالفهم في ذلك الشافعية، فذهبوا إلى أن العرف العملي لا يقوى على تخصيص العام[4].

ومما يتعلق بتعارض اللغة والعرف موضوع الأيمان حيث اشتهر: أن الأيمان مبناها على العرف، وما ذكر من خلاف في تعارض العرف واللغة ينطبق - على العموم[5].

ب- **تنزيل العرف منزلة الشرط:**

- ذهب الحنفية ووافقهم المالكية والحنابلة: إلى هذا المعنى وجعلوه قاعدة ثابتة، وعبروا عنها بألفاظ مختلفة، وقالوا أن الشيء المتعارف لدى الناس في المعاملات يلزم المتعاقدين، كما لو نص عليه نصاً صريحاً في العقد، فقالوا: "الثابت بالعرف كالثابت النص"، وقالوا: "المعلوم بالعرف كالمشروط بالنص"، إلى غير ذلك من الألفاظ التي تدل على تقعيد هذا المعنى وتقريره عندهم، وبنوا عليها الفروع: كبيع المعطاة، واستصناع الصناع دون شرط الأجرة وغيرها[6] وقد سئل الإمام مالك عن الناكح يلزمه أهل المرأة هدية العرس، وجلّ الناس

---

(1) انظر: العادة والعرف: للشيخ أحمد فهمي أبو سنة (ص122).

(2) المرجع السابق.

(3) التقرير والتحبير: لابن أمير حاج (282/1)؛ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: لشمس الدين الدسوقي (140/2)؛ أثر العرف في التشريع الإسلامي: د. السيد صالح عوض (ص352).

(4) الإحكام في أصول الأحكام: للآمدي (486/2)؛ المستصفى: للغزالي (111/2، 112).

(5) انظر: العادة والعرف: للشيخ أحمد فهمي أبو سنة (ص157).

(6) نشر العرف: لابن عابدين (134/2)؛ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: للدسوقي (63/4)؛ العرف والعادة: للشيخ أبو سنه (ص169).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

تعمل به، حتى أنه لتكون فيه الخصومة أترى أن يقضى به؟، قال: "إذا كان ذلك من عرفهم"[1]. وبذلك أنه قد نزل عرفهم في هدية العرس منزلة اشتراطها على الزوج في عقد الزواج.

- وأما الشافعية فعندهم الأمر قولان؛ أصحهما أن العرف لا ينزل منزلة الشرط: إذا كان خاصاً، وأما إذا كان عاماً: فالظاهر أنه يعتبر كالمشروط بالنص كما أشار السيوطي والنووي[2].

ج- تعارض العرف والنص:

التعارض هنا من باب تعارض العرف مع النص العام الذي يكون موضوع العرف فيه بعض أفراده، وليس من باب تصادم العرف العام مع النص الخاص فهذا عرف فاسد. والمعارضة هنا ليست معارضة كلية وإنما معارضة جزئية. أي لم يكن التعارض من كل وجه، كما إذا كان النص مطلقاً، أو عاماً. أما إذا كان التعارض من كل وجه، كأن يكون النص مقيداً أو خاصاً: فالجمهور على اعتبار العرف أن لا يكون مخالفاً لأدلة من كل وجه[3].

ولبيان حكم العرف الذي يعارض النص العام في بعض ما اشتمل عليه معارضة جزئية، لابد من أن نقرر أن هذا العرف إما أن يكون عرفاً قولياً أو عرفاً فعلياً، وفي الحالين إما أن يكون مقارناً لورود العام أو حادثاً بعده، ولكل حالة منهما حكمها عند الأصوليون والفقهاء فذكروا:

1. أن يكون العرف قائماً حال ورود النص، وهنا يجري الخلاف في تقييد مطلق النص وتخصيص عامه بالعرف على ما ذكر قي تعارض اللغة والعرف؛ لأنه يعم ألفاظ اللغة، سواء أكانت نصوص شرعيه أم غيرها.
2. أن يكون المعارض للنص حادثاً بعد وروده، وفي هذه الحالة _إذا لم يكن رد العرف إلى أصل من أصول الشرع_ اتفق على عدم اعتباره[4].

---

(1) تبصرة الحكام: لابن فرحون (2/61-62).

(2) الأشباه والنظائر: للسيوطي (106)؛ المجموع: للإمام النووي (11/324-227).

(3) المعتمد في أصول الفقه: لأبي حسين البصري (1/279)؛ الإحكام في أصول الأحكام: للآمدي (2/487)؛ المستصفى: للغزالي (2/112)؛ المسودة: لابن تيمية (ص125)؛ انظر: المدخل الفقهي العام: للأستاذ مصطفى الزرقاء (2/888).

(4) رسالة نشر العرف ضمن مجموع رسائل ابن عابدين (ص8)؛ المدخل الفقهي العام: للأستاذ مصطفى الزرقاء (1/871)؛ والعرف والعادة في رأي الفقهاء: للشيخ أحمد فهمي أبو سنة (ص61، 90-101)؛ ضوابط المصلحة: د. رمضان سعيد البوطي (ص286).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المبحث الأول
أقوال العلماء من تخصيص العموم بالعرف وصوره

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: قول القائلين في جواز التخصيص بالعرف وأدلتهم.

المطلب الثاني: قول المانعين للتخصيص بالعرف وأدلتهم.

المطلب الثالث: الموازنة والترجيح بين الرأيين.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

العرف الذي يخصص النص العام في بعض ما اشتمل عليه، إما أن يكون عرفاً قولياً أو عرفاً فعلياً، وفي الحالين إما أن يكون سابقاً أو مقارناً للفظ العام لورود العام أو حادثاً بعده ولكل حالة من هذه الحالات حكمها عند العلماء.

وذكرنا أنه لا يوجد خلاف بين العلماء في أن العرف القولي يقضي على النص ويخصصه إن كان عاماً وهذا هو رأى عامة الفقهاء والأصوليين[1]. إلا أن السيوطي ذكر اختلافاً في بعض الفروع منها ما اعتبر فيه العرف، ومنها ما قدمت فيه اللغة[2].

وكذلك اتفقوا على تخصيص العام بالعرف القولي العام والخاص[3]. كتخصيص عموم ألفاظ الناس.

ومن صور ذلك في تخاطب الناس ما إذا أوقف إنسان مالاً على العلماء، وكان العرف في زمنه يجري على علماء الشرع دون غيرهم، فان العرف يخصص عموم عبارته، وفي ضوء ذلك يدرك قصده فيصرف وقفه لعلماء الشرع[4]... وهكذا.

ولكنهم اختلفوا في تخصيص العام بالعرف العملي القائم عند ورود النص الشرعي؛ فمنهم من أجاز ومنهم من منع.

وقد استدل كل فريق من أصحاب الاتجاهين على مذهبه بأدلة، فكان البحث.

---

(1) المعتمد في أصول الفقه؛ لأبي حسين البصري (279/1)؛ الإحكام في أصول الأحكام: للآمدي (487/2)؛ المستصفى: للغزالي (112/2)؛ انظر: المدخل الفقهي العام: للأستاذ مصطفى الزرقاء (888/2).

(2) انظر: (ص102) من هذا البحث (العرف القولي عند تعارض اللغة مع العرف).

(3) الشرح الصغير: للدردير (228/2)؛ العرف والعادة في رأي الفقهاء: للشيخ أحمد فهمي أبو سنة (ص54).

(4) انظر المستصفى: للإمام الغزالي (111/2)؛ أثر العرف في التشريع الإسلامي: د. السيد صالح عوض (ص364).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الأول
قول القائلين في جواز التخصيص بالعرف وأدلتهم

ذهب الحنفية والمالكية إلى أنه لا فرق بين العرف القولي والعملي، فكلاهما يخصص العام.

ذكر أبو يوسف رحمه الله: فيما إذا كان النص الشرعي مبنياً على العرف، فإنه يعتبر العرف ولو صادم النص؛ لأنه لا يعد مصادماً له، بل هو عمل به وإتباع.

قال ابن عابدين: "فان قلت: قد روى عن أبي يوسف اعتبار العرف في هذه الأشياء المنصوصة _حتى جوز التساوي بالكيل في الذهب، وبالوزن في الحنطة إذا تعارفه الناس_ فهذا إتباع العرف، اللازم منه ترك النص، فيلزم أن يجوز عنده ما شابهه من تجويز الربا ونحوه، للعرف، وإن خالف النص؟.

قلت (ابن عابدين): حاشا لله أن يكون مراد أبي يوسف ذلك، وإنما أراد تعليل النص بالعادة، بمعني أنه إنما نص على البر والشعير والتمر والملح بأنها مكيلة، وعلى الذهب والفضة بأنها موزونة، لكونهما كانا في ذلك الوقت كذلك، فالنص في ذلك الوقت إنما كان للعادة، حتى لو كانت العادة في ذلك الوقت وزن البر وكيل الذهب لورد النص على وفقها، فحيث كانت العلة هي المنظور إليها، فإذا تغيرت تغير الحكم، فليس في اعتبار العادة المتغيرة الحادثة مخالفة للنص، بل فيه إتباع النص"[1].

وقد رجح الشيخ الزرقاء رأي أبي يوسف هذا ورآه أقوى حجة، وأقوم محجة رغم انفراده به[2].

ويؤيد رأي أبي يوسف هذا الواقع المعاش، فمن منا الآن يشتري التمر كيلاً؟.

---

(1) انظر: رسالة نشر العرف ضمن مجموع رسائل ابن عابدين (ص8)؛ الإمام مالك: للشيخ محمد أبو زهرة (ص421)؛ المدخل الفقهي العام: للأستاذ مصطفى الزرقاء (871/1)؛ العرف والعادة في رأي الفقهاء: للشيخ أحمد فهمي أبو سنة (ص61–101)؛ ضوابط المصلحة: د. رمضان سعيد البوطي (ص286).

(2) المدخل الفقهي العام: للأستاذ الزرقاء (892/2).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

يقول ابن أمير حاج: "العرف العملي لقوم مخصص للعام الواقع في مخاطبتهم عند الحنفية خلافاً للشافعية كحرمة الطعام وعادتهم أكل البر انصرف إليه وهو _أي قول الحنفية_ الوجه.

وأما تخصيص العام بالعرف القولي وهو أن يتعارف قوم إطلاق لفظ لمعنى فباتفاق كالدابة على الحمار والدرهم على النقد الغالب"[1].

ويقول أبو زهرة: العرف ومقامه في الفقه الإسلامي في نظر أبي حنيفة وأصحابه، والمخرجين في مذهبه من بعدهم، يأخذون بالعرف فيما لا نص فيه، من كتاب أو سنة، ويخصصون النصوص العامة من الآثار، إن خالفت عرفاً عاماً ويوائمون بين القياس الظني والعرف ما أمكن الملائمة. فإن لم تكن الملائمة وكان العرف ملزماً بضرورة المخالفة أخذ بالعرف، والعرف الخاص يؤخذ به إذا لم يكن ثمة دليل سواه[2].

وقد نقل عن جمهور فقهاء المالكية ما يؤيد الحنفية على أن العرف يخصص العام[3].

قال شمس الدين الدسوقي[4] في حاشيته على الشرح الكبير: (وذكر ابن عبد السلام أن ظاهر مسائل الفقهاء: اعتبار العرف وان كان فعلياً، ونقل الوانوغي[5] عن الباجي[6] أنه صرح بأن العرف الفعلي يعتبر مخصصاً أيضاً، وفي القلشاني: لا فرق بين القولي والفعلي في ظاهر مسائل الفقهاء)[7].

ويقول المقري في قواعده: "إن العادة عند مالك كالشرط تقيد المطلق وتخصص العام"[8].

---

(1) التقرير والتحبير: لابن أمير الحاج (282/1).

(2) الإمام أبو حنيفة: للشيخ محمد أبو زهرة (ص314).

(3) شرح تنقيح الفصول: للقرافي (ص76)؛ العرف والعادة في رأي الفقهاء: للشيخ أحمد فهمي أبو سنة (ص91-124).

(4) شمس الدين أبو عبدا لله محمد بن عرفة الدسوقي الأزهري (ت1230هـ). الأعلام: للزركشي (242/9).

(5) أبو مهدي عيسى الوانوغي من أصحاب ابن عرفة. انظر: شجرة النور الزكية (ص243).

(6) أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي التميمي (ت474هـ). الديباج المذهب (ص123)؛ الأعلام: للزركشي (186/3).

(7) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: لشمس الدين الدسوقي (140/2).

(8) إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك: للونشريسي، رقم القاعدة (111).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

والقرطبي من المالكية يميل إلى تخصيص عموم النصوص بالعرف العملي[1].

ويؤيد الحنفية والمالكية بعض الحنابلة في جواز تخصيص العام بالعرف؛ منهم ابن رجب الحنبلي في قواعده أنه الصحيح في المذهب، حيث يقول: "ويخصص العموم بالعادة على المنصوص"[2].

وذكر النووي وهو شافعي في كتابه المجموع بقوله: وأما العوائد الفعلية: فإن كانت خاصة فلا اعتبار بها، وإن عمت واطردت فقد اتفق الأصحاب على اعتمادها، وذكروا لها أمثلة[3].

ويفهم من ذلك: "أن العرف العملي إذا كان عاماً قيد المطلق وخصص العام، أما إذا كان خاصاً فلا اعتبار به في تخصيص ولا تقييد.

الأدلة:

أ- استدل الحنفية ومن وافقهم من المجيزين لتخصيص نصوص الشارع بالعرف العملي بالدليل الآتي:

أن الاتفاق قد جرى على أن العرف العملي يقيد المطلق فكذلك يخصص العام.

ويتضح ذلك من أنه لو قال شخص لآخر موكلاً إياه: اشتر لي لحماً _وكان ذلك في بلد اعتاد أهله أكل لحم الضأن_ فإنه يتقيد في ذلك بشراء لحم الضأن دون غيره من أنواع اللحوم بحيث لو اشترى غيره يكون مخالفاً لإرادة الموكل مع أن كلمة "لحم" في عبارة الموكل مطلقة؛ إلا أن ذلك الإطلاق مقيد بالعرف العملي الذي جري عليه أهل البلد في أكلهم فتنصرف إرادة الموكل إليه دون غيره، والعام في ذلك مثل المطلق لاتحاد الموجب وهو تبادر ما جرى عليه العرف من اللفظ دون غيره[4].

(1) انظر: أثر العرف في التشريع الإسلامي: د. سيد صالح عوض (ص264).

(2) قواعد ابن رجب (ص276)، القاعدة رقم (122).

(3) المجموع: للنووي (326/11، 327).

(4) انظر: فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت بهامش المستصفى: للأنصاري (345/1).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وقد ناقش الشافعية هذا الدليل فقالوا:

1. إن هناك فرقاً بين المطلق _الذي يلحقه التقييد بالعرف العملي باتفاق، والعام المتنازع في تخصيص العرف العملي له_ من جهة أن المطلق ينزل على المقيد بقرينه ميلهم إليه بحسب عادتهم في أكلهم مع عدم ترك المطلق، فالمطلق مع التقييد قائم ولكن لأن العرف جرى بأكل لحم خاص ينزل 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[1].

وقد ردّ الحنفية على هذا الاعتراض:

بأن ما ذكر من الفارق بين تقييد المطلق وتخصيص العام ملغى؛ لأن مناط التخصيص والتقييد واحد وهو التبادر عند غلبة الاستعمال، فإذا تبادر التقييد في المطلق يتبادر التخصيص في العام[2].

2. أن قياس المطلق على العام قياس في اللغة والقياس في اللغة ممنوع[3].

ورد الحنفية على هذا: بأن إعطاء العام حكم المطلق في المسألة ليس من باب القياس في اللغة، وإنما دليله قاعدة الاستقراء التي دلت على أن العام مثل المطلق من جهة تبادر ما يفهم منه في ضوء العرف العملي[4].

ب- ثم إن الحنفية ومن وافقهم فصّلوا في ذلك بين أن يكون العرف عاماً أو خاصاً:

فإن كان عاماً فإن العمل بالعرف في موضوعه لا يكون تعطيلاً للنص. بل يبقى النص معمولاً به في مشمولاته الأخرى التي يتناولها عمومه. فليس في تخصيص النص بالعرف عندئذ إهمال للنص، بل هو إعمال للعرف والنص معاً، طبقاً للقاعدة: "إعمال النصين معاً خير من إهمال أحدهما"[5].

---

(1) شرح العضد على مختصر المنتهى: لابن الحاجب (152/2).

(2) فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت بهامش المستصفى: للأنصاري (345/1).

(3) المرجع السابق.

(4) المرجع السابق.

(5) شرح القواعد الفقهية: للشيخ أحمد محمد الزرقا (ص315، 316).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

مثال ذلك: أنه قد ثبت عن النبي ﷺ أنه نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم[1]. فهذا نص عام في منع كل أنواع البيع التي لا يكون الشيء المبيع فيها موجوداً في ملك البائع ما عدا السلم المستثنى لما فيه من مصلحة.

وكذلك عقد الاستصناع يشمله عموم النص المانع، ولكنه عقد تعارفه الناس لاحتياجهم إليه، ولذلك أقر الفقهاء جوازه للعرف الجاري، واعتبر مخصصاً لعموم النص، فيعمل بالنص في غير الاستصناع من أنواع بيع المعدوم، ويعمل بالعرف في الاستصناع، ويجمع بين العرف والنص معاً[2].

وكذلك استثناء المرأة الشريفة من عموم قوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ﴾[3]، فقد أخرجت المرأة الشريفة من هذا العموم بأنها لا يجب عليها الإرضاع؛ لأن عادة العرب أن المرأة الشريفة القدر لا ترضع عندهم، وهذه العادة ثبتت في زمن النبي ﷺ وأقرهم عليها ولذلك كانت مخصصة لعموم الآية[4].

وكذا ثمار البساتين إذا بدا صلاح بعضها قال بجواز بيعها الإمام مالك، لجريان التعامل به، مع أن بعض المبيع معدوم، وبيع المعدوم لا يجوز كما هو معروف في باب البيع[5].

فرع: هل يشترط العموم في العرف العملي المخصص؟

ذكرنا أنه إذا كان العرف القائم عرفاً عملياً، فإن نظرة الفقهاء إلى ذلك قد اختلفت بين أن يكون العرف خاصاً أو عاماً:

فإذا كان عاماً فان المذهب الحنفي يرى جواز تخصيص النص بالعرف وهذا هو الراجح من مذهبهم وعليه محققوا المالكية؛ لأن العمل بالعرف لا يكون فيه تعطيل للنص، بل

---

(1) السلم: اسم لعقد يوجب الملك للبائع في الثمن عاجلا، وللمشتري فبي الثمن آجلا. فالمبيع يسمى مسلما فيه، والثمن يسمى رأس المال، والبائع يسمى مسلما إليه، والمشترى يسمى رب السلم. التعريفات: للجرجاني (160/1).

(2) إرشاد الفحول: للشوكاني (ص143).

(3) سورة البقرة: من الآية (233).

(4) الجامع لأحكام القرآن: للقرطبي (161/3)؛ وأحكام القرآن: لابن العربي (204/1)؛ انظر: الضياء اللامع: لأبي العباس حلولو على هامش نشر البنود (49/2).

(5) تيسير أصول الفقه: للشيخ منصور محمد الشيخ (ص112).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

يبقى النص معمولاً به في مشمولاته الأخرى، وسبب إعمال العرف هنا التوسيع على النـــاس بعدم شمول النص لكل ما تناوله؛ بل يعمل بالنص في مشمولاته التي يتناولها عمومه فيكـــون العمل بهما معاً.

ومثال ذلك ما روى حكيم بن حزام قال: أتيت رسول الله فقلت: يأتيني الرجل يسألني من البيع ما ليس عندي أبتاع له من السوق ثم أبيعه قال: "لا تبع ما ليس عندك"[1].

فقد استثني منه عقد الاستصناع[2] لتعامل الناس به من غير نكير، لاسيما في الأحذية التي تحتـــاج إلى مقاييس ونحو ذلك. فقد استثني عقد الاستصناع صراحة ولذلك وقع الإجماع على جوازه.

أما العرف الخاص إذا عارض النص العام؛ بأن كان هذا العرف خاصاً بمكـــان دون أخر، أو بفئة من الناس دون غيرها. كعرف بعض أرباب المهن دون سواهم، كعرف التجـــار أو الصناع أو بعض البلدان[3] فلا يقوى على الراجح في الاجتهاد الحنفي علـــى تخـــصيص النصوص الشرعية[4]؛ لأنه إذا كان عرف بعض البلاد، أو الناس يقتضى تخصيص الـــنص، فإن عدم هذا العرف لدى بقية الأماكن والناس لا يقتضيه، فلا يثبت التخصيص بالشك، كمـــا أن التخصيص _كما سلف بيانه_ بيان لإرادة الشارع الحكيم من النص العـــام، ومثـــل هـــذه الإرادة لا تعرف من جهة الفئة القليلة من الناس أو الرقعة المحدودة من الأرض[5].

أما المالكية يجيزون تخصيص النص العام بالعرف دون تفريق فيما: إذا كان العـــرف عاماً أو خاصاً، قولياً كان أم عملياً، فلم يرد ما يدل على التفريق بين العرف العام والخـــاص عند من أجاز تخصيص العام بالعرف العملي منهم[6].

---

(1) سنن الترمذي: كتاب/ البيوع، باب/ ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك (535/3)، (ح1232)، قـــال أبو عيسى: حديث حكيم ابن حزام حديث حسن قد روي عنه من غير وجه. ورواه ابن حبان وصـــححه في ذكر الخبر الدال على أن كل شيء بيع سوى الطعام. صحيح ابن حبان (358/11)، (ح4983).

(2) الاستصناع: هو عقدٌ على مبيعٍ في الذّمّة شرط فيه العمل. انظر: بدائع الصنائع في ترتيـــب الـــشرائع: للكاساني (2/5).

(3) المدخل الفقهي العام: للأستاذ الزرقاء (893/2-898).

(4) الأشباه والنظائر: لابن نجيم (ص102).

(5) المدخل الفقهي العام: للأستاذ الزرقاء (892/2).

(6) المدخل الفقهي العام: للأستاذ الزرقاء (892/2)؛ العرف والعادة في رأي الفقهاء: للشيخ أحمـــد فهمـــي أبو سنه (ص91).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الثاني
قول المانعين للتخصيص بالعرف وأدلتهم

ذهب الشافعية إلى أن العرف العملي لا يقوى على تخصيص العام[1].

ويتزعم هذا القول الإمام الغزالي فيفرق بين العرف القولي والعرف العملي، حيث يجيز التخصيص بالعرف القولي ويمنع التخصيص بالعرف الفعلي، وقد ذكر في باب العام والخاص: "الثامن: عادة المخاطبين فإذا قال لجماعة 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 حتى يدخل فيه شرب البول وأكل التراب وابتلاع الحصاة والنواة، وهذا بخلاف لفظ الدابة فإنها تحمل على ذوات الأربع خاصة لعرف أهل اللسان في تخصيص اللفظ، وأكل النواة والحصاة يسمى أكلاً في العادة وإن كان لا يعتاد فعله، ففرق بين أن لا يعتاد الفعل وبين أن يعتاد إطلاق الاسم على الشيء، وعلى الجملة فعادة الناس تؤثر في تعريف مرادهم من ألفاظهم، حتى أن الجالس على المائدة يطلب الماء يفهم منه العذب البارد، لكن لا تؤثر في تغيير خطاب الشارع إياهم"[2].

ويوافق الشافعية في ذلك القرافي وقد خالف جمهور المالكية: من أن العرف العملي لا يصلح لتخصيص اللفظ أو تقييده[3].

وتبعه في ذلك الونشريسي حيث ذكر أن العادة الفعلية لا تخصص العام[4].

ومن الحنابلة من يمنع التخصيص بالعرف العملي كابن تيمية في المسودة يقرر: "بأنه لا يجوز تخصيص العموم بالعادات عندنا"[5].

---

(1) الإحكام في أصول الأحكام: للآمدي (486/2).
(2) المستصفى: للغزالي (112/2).
(3) الفروق: لشهاب الدين القرافي (173/1).
(4) المنهج الفائق والمنهل الرائق والمغني اللائق باداب المواثق واحكام الوثائق: للونشريسي المالكي (ص6).
(5) المسودة في أصول الفقه: لآل تيمية (ص123).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الأدلة:

استدل الشافعية ومن معهم من المانعين للتخصيص بالعرف العملي بالآتي:

1. بأن الصيغة المستعملة _وإن صاحبها العرف العملي_ صيغة عامة بحسب اللغة ولا مخصص لها فتبقي على عمومها[1].

وقد اعترض الحنفية على دليل الشافعية بمنع عدم وجود المخصص:

فإن العادة الفعلية مخصصة للصيغة، كما أن العادة القولية مخصصة باتفاق، والقول بالتخصيص بالعرف القولي دون العملي تحكّم، من جهة أن غلبة العادة الفعلية تؤدي إلى غلبة الاسم كتقييد الدراهم _مثلاً_ بالنقد الغالب فإن أساسه عرف عملي أدى إلى عرف قولي، ومن هنا فإن العرف العملي يؤدى إلى عرف قولي، فالقول بالتخصيص بالعرف القولي ومنع التخصيص بالعرف العملي تحكم صريح لا يسمع[2].

2. أن العادة الفعلية ليست بحجة؛ لأن الناس يعتادون الحسن كما يعتادون القبيح، وإنما الحجة في النصوص ولو كانت عامة، وهى الحاكمة على العوائد فلا تكون العوائد حاكمة عليها[3].

الاعتراض على هذا الدليل: بأن العادة القبيحة التي لا يقرها الشارع ليست واردة هنا؛ لأن الكلام في عرف عملي، الشأن فيه عدم الاصطدام بالشرع، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن تخصيص النصوص العامة بالأعراف العملية فيما تعارضا فيه، لا يلغى 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 به يعتمد على مشروعية العرف التي يستمدها هي الأخرى من نصوص كثيرة في الشريعة، وهى النصوص التي دلت على حجيته سواء أكانت نصوص خاصة مباشرة، أو كانت تتمثل في مبادئ اليسر ورفع الحرج.

---

(1) شرح العضد على مختصر المنتهى: لابن الحاجب (152/2)؛ مسلم الثبوت مطبوع مع المستصفى: لابن عبد الشكور (345/1).

(2) مسلم الثبوت مطبوع مع المستصفى: لابن عبد الشكور (345/1)؛ انظر العرف والعادة في رأي الفقهاء: للشيخ أحمد أبو سنه (ص92).

(3) المعتمد في أصول الفقه: لأبي حسين البصري (278/1).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الثالث

الموازنة والترجيح بين الرأيين

الواقع أن علة التخصيص محققة في كل من العرف القولي والعملي؛ ذلك لأن مناط التخصيص هو ما يوجب تبادر الذهن إلى المعنى غير الموضوع له، والتبادر أمارة الحقيقة، وهي هنا الحقيقة العرفية قولاً وعملاً فيتعين إرادتها. ولا شك أن ما يوجب تبادر المعنى العرفي إلى الذهن هو "التعامل" وهو متحقق في العرف العملي والقولي على سواء، فوجب اعتبار هذا المعنى العرف المتبادر أنه المراد، لتحقق علته[1].

والقاعدة العامة في هذا الصدد: "أنه يجب إجراء الكلام على حقيقته المتبادرة، ولا يحمل على المجاز إلا بدليل". كما تقضي قاعدة تفسيرية أخرى في هذا الموضوع بأن "العادة محكّمة"[2].

وكما تقرر أن العرف اللفظي يخصص العام باتفاق سواء أكان ذلك النص العام نصاً من نصوص الشريعة قرآناً وسنة، أو كان من نصوص الناس في عقودهم واستعمالاتهم، وسواء أكان العرف القولي المخصص عاماً أم خاصاً، كما انتهى البحث إلى أن ذلك؛ ليس من باب التخصيص _على الحقيقة_ وإنما من باب حمل اللفظ على المعنى المتبادر منه بحسب ما جرى عليه العرف القولي. ومن هنا قرر الأصوليون أن "مطلق الكلام فيما بين الناس ينصرف إلى المتعارف"[3].

وهذا ما قال به الشيخ أبو سنه[4] وقد ذكر اتفاق الفقهاء على أنه يقضي على اللفظ المطلق ويقيده ويقدم عليه، وذكر أيضاً اتفاق علماء اللغة والأصول على أن العرف القولي والفعلي يقضيان على اللفظ إذا كان مطلقاً، وذكر لذلك أمثلة.

حيث فصل المسألة بعد ذكر أدلة الفريقين، ثم فسر مذهب الحنفية في ذلك:

---

(1) مسلم الثبوت بهامش المستصفى: لابن عبد الشكور (345/1)؛ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: لشمس الدين الدسوقي (140/2).

(2) انظر: رسالة نشر العرف ضمن مجموع رسائل ابن عابدين (116/2).

(3) أصول الفقه: للأستاذ محمد مصطفى شلبي (ص186).

(4) انظر: العرف والعادة في رأي الفقهاء: للشيخ أحمد فهمي أبو سنه (ص93، 94).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

فذكر أن الحنفية يقولون بتخصيص العرف للعام، ويخالفهم في ذلك الجمهور، وناقش أدلة القائلين والمانعين، ورجح القول بتخصيص العرف للعام.

وأما إذا كان اللفظ عاماً: فقد ذكر الشيخ أبو سنه في تقييد المطلق و تخصيص العام بالعرف، دون تفريق فيما: إذا كان العرف عاماً أو خاصاً.

وهذا ما ذكره أبو سنه عند مناقشته: مذهب المالكية في تخصيص العام بالعرف، ونقل عن فقهائهم ما يؤكد العمل به، وبعد أن ذكر قول القرافي في عدم التخصيص بالعرف قال: ولكن جمهور فقهاء المالكية على أن العرف العملي يخصص ويقيد، قال شمس الدين الدسوقي في حاشيته على الشرح الكبير: وذكر ابن عبد السلام أن ظاهر مسائل الفقهاء اعتبار العرف وإن كان فعلياً، ونقل الوانوغي عن الباجي: أنه صرح بأن العرف الفعلي يعتبر مخصصا أيضاً. وفي القلشاني: لا فرق بين القولي والفعلي في ظاهر مسائل الفقهاء[1].

وقد رد ابن غازي على القرافي _فيما ذهب إليه من منع التخصيص بالعرف العملي_ بأن مسائل المدونة وغيرها دالة على تخصصه بالفعلي كالقولي[2].

والذي يؤخذ من كلام النووي: أن العرف العملي _إذا كان عاماً_ قيد المطلق وخصص العام، أما إذا كان خاصاً: فلا اعتبار به في تخصيص ولا تقييد.

حيث قال في المجموع[3]: وقد أطلق الأصوليون أن العادة الفعلية لا تعتبر، فلا تخصص عاماً ولا تقيد مطلقاً كما إذا حلف لا يأكل خبزاً، ولا يلبس ثوباً، فيحنث بأكل خبز الشعير ولبس الكتان، وإن كانت عادته أن لا يأكل إلا القمح ولا يلبس إلا الحرير. والمراد هنا العادة الخاصة.

ويوضح ذلك قوله: وأما العوائد الفعلية: فإن كانت خاصة فلا اعتبار بها، وإن عمت واطردت فقد اتفق الأصحاب على اعتمادها، وذكروا لها أمثلة، منها:

---

(1) العرف والعادة في رأي الفقهاء: للشيخ أحمد فهمي أبو سنه (ص93، 94).

(2) انظر: تكميل التقييد: لأبي عبد الله محمد المكناسي مخطوط رقم (584) غير مرقم الصفحات.

(3) المجموع: للنووي (326/11، 327).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

تنزيل الدراهم المرسلة في العقود على النقد الغالب، فإن هذه العادة أوجب إطرادها فهم أهل العرف ذلك النقد من اللفظ، فالرجوع في ذلك إلى ما يفهمه أهل العرف من اللفظ إلى العادة.

وكذلك يفهم من كلام السيوطي في الأشباه[1]: أن العرف العملي الخاص إذا كان مستمراً مطرداً فالظاهر اعتباره كالعام في تقييد المطلق وتخصيص العام.

وهذا ما قاله السيوطي: "إنما تعتبر العادة إذا اطردت، فإن اضطربت فلا، وإن تعارضت الظنون في اعتبارها فخلاف" وما ساقه من أمثلة ثم ذكر فروعا منها:

المدارس الموقوفة على درس الحديث، ولا يعلم مراد الواقف فيها؛ هل يدرس فيها علم الحديث الذي هو معرفة المصطلح، كمختصر ابن الصلاح ونحوه، أو يقرأ متن الحديث كالبخاري ومسلم ونحوهما ويتكلم على ما في الحديث من فقه وغريب ولغة ومشكل واختلاف، كما هو عرف الناس الآن وهو شرط المدرسة الشيخونية كما رأيته في شرط واقفها؟.

ويعقب السيوطي على ذلك فيقول: "وقد سأل شيخ الإسلام ابن حجر شيخه الحافظ أبا الفضل العراقي عن ذلك فأجاب: بأن الظاهر إتباع شروط الواقفين فإنهم يختلفون في الشروط"[2].

ومن حصيلة كلام النووي والسيوطي: أن العرف العملي إذا كان عاماً أو خاصاً مطرداً قيد المطلق وخصص العام عند الشافعية أيضاً.

ونرى أن المدار في ذلك على تحقيق مناط التخصيص؛ فحيثما تحقق وجب القول بوجوب التخصيص، ولا فرق بين عام وخاص، أو قولي وعملي[3].

وبهذا نرى أن رأي القائلين وهم الحنفية والمالكية ومن وافقهم بجواز تخصيص العام بالعرف هو الصواب، والله أعلم.

---

(1) الأشباه والنظائر: لجلال الدين السيوطي (ص101، 102).

(2) المرجع السابق، (ص102).

(3) أصول الفقه: للأستاذ محمد مصطفى شلبي (ص186)؛ المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي: د. فتحي الدريني (ص461).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المبحث الثاني

صور تخصيص العرف للعموم

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تخصيص العرف للفظ العام.

الطلب الثاني: العرف القائم بعد ورود النص.

المطلب الثالث: طرق الترجيح عند مخالفة العرف للنص العام.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الأول
تخصيص العرف للنص العام الاجتهادي

رأينا فيما سبق أن العرف المعارض للنص الشرعي لا يؤثر عليه إذا كان خاصاً، إلا إذا كان النص وارداً على عرف أو معللاً به، كما رأينا أن العرف الوارد قبل ورود النص العام يخصصه إذا كان قولياً، وحكينا الخلاف في العرف العملي بين من يقول بتخصيصه، ومن لا يرى ذلك، كما عرفنا أن العرف الحادث بعد ورود النص لا يؤثر على النص ولا يعمل به بحال.

أما إذا كان الحكم مستفاداً بطريق القياس في الحكم الذي لم ينص عليه الشارع، أو بأحد الأدلة الفرعية الأخرى المعتمدة عند بعض المذاهب كالاستحسان والاستصحاب والمصالح المرسلة وغيرها، فان العرف حينئذ يعتبر إذا تعارض مع الحكم الاجتهادي ويؤخذ به ويترك به القياس ويرجع عليه عند التعارض، وهذا هو الرأي السائد لدى الفقهاء، فالحكم إن كان عن طريق القياس، فإن العرف أولى منه، ولو كان عرفاً حادثاً ويعتبر هذا عند الفقهاء من قبيل الاستحسان، فابن العربي عندما قسم الاستحسان جعل النوع الأول منه، ترك الدليل للعرف[1].

وإذا ترجح العرف على القياس وهو يستند إلى نص تشريعي _في الجملة باعتبار الأصل المقيس عليه_ فيترجح على الاستحسان، والمصلحة المرسلة التي لا تستند إلى نص من باب أولى..

ومن أمثلة هذا النوع ما يلي:

إن الأصل القياسي يقضي بأن الحاكم له أن يستمع إلى كل دعوى ترفع إليه ثم يقضي للمدعي أو عليه بحسب ما يثبت لديه، ولكن الفقهاء تركوا هذا القياس فيما إذا ادعت الزوجة المدخول بها أن زوجها لم يدفع إليها شيئا من معجل مهرها، وطلبت القضاء عليه بجميع المهر المعجل، فقالوا لا تسمع دعواها هذه، بل يردها القاضي دون أن يسأل عنها الزوج، وعللوا ذلك بالعرف؛ لأن عادة الناس مطردة لا تكاد تتخلف أن المرأة لا تزف إلى زوجها

(1) الاعتصام: للشاطبي (324/2).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ما لم يدفع بعضاً من مهرها المعجل، أو كله، فتكون دعواها هذه مما يكذبها ظاهر الحال بعد الدخول، فلا تسمع.

نقل القرافي عن مالك، أن الزوجة إذا ادعت بعد الدخول بها عدم قبض صداقها، فالقول للزوج، مع أن الأصل القياسي عدم القبض[1].

إن القواعد القياسية تقضي بأنه لا يجوز دفع الدين لغير صاحبه، ولا ينفذ قبضه على الدائن ما لم يكن للقابض نيابة عن الدائن من ولاية أو وكالة، ولكن الفقهاء تركوا القياس في البنت البكر البالغ إذا قبض أبوها مهرها من زوجها حين زواجها، واعتبروا هذا القبض نافذاً عليها ومبرئاً لذمة الزوج للعرف والعادة، وكذا مسألة دعوى المرأة على زوجها بعد أن تثبت الخلوة بينهما وبعد طلاقه لها أنه وطئها وأنكر هو ذلك، فان الزوجة شهد لها العرف والزوج شهد له الأصل، وهو براءة الذمة، ولكن رجح العرف فكانت الزوجة مدعى عليها والزوج مدعياً يطالب بالإثبات[2].

واستثنوا صورة واحدة يقدم فيها الأصل على العرف، هي إذا ادعى رجل صالح أتقى الناس في وقته على رجل فاسق بدين فأنكره، فالأصل براءة الذمة، والعرف أن الرجل الصالح لا يكذب ولا يظلم أحداً فالفاسق مدعى عليه لترجع الأصل على العرف، والرجل الورع مدع يؤمر بالإثبات، وقد نظم هذه الصورة الصنهاجي فقال:

والأصل والغالب إن تعارضا فقدم الغالب فهو المرتضي
إلا في دعوى صالح على سواه بالدين فالعكس جميعهم يراه[3]

ثم إن القياس إذا كان مستنداً إلى علة عرفية، فان الأحكام القاسية تتبدل في الحكم تبعاً لتبدل العرف، وفي ذلك يذكر القرافي أن الإفتاء بالأحكام التي مستندها العوائد بعد تغير تلك العوائد هو خلاف الإجماع، ووصف ذلك بأنه جهالة في الدين، مبيناً أن تغير تلك الأحكام _وفقاً للعوائد المتجددة_ ليس إنشاء اجتهاد ينقض اجتهاد المجتهدين، بل هو تطبيق لقاعدة أجمع عليها المجتهدون في الشريعة وأوجبوا السير في ظلها[4].

(1) الأحكام في تمييز الفتاوى: لشهاب الدين القرافي (ص27).
(2) مواهب الخلاف على شرح التاودي للامية الزقاق: لأبي الشتاء الصنهاجي (108/2).
(3) المرجع السابق، (108/2).
(4) الأحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام: لشهاب الدين القرافي (ص68).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الثاني
العرف القائم بعد ورود النص

إذا كان العرف المعارض للنص العام حادثاً بعد ورود النص، فإن هذا لا يعتبر، ولا يصلح مخصصاً للنص الشرعي باتفاق، ولو كان عرفاً عاماً؛ لأن العرف العام هو طارئ بعد أن حدد مفهوم النص الشرعي مراد الشارع وأصبح نافذاً منذ صدوره عن الشارع، فإذا خصصه كان ذلك نسخاً للنص بالعرف وهذا غير جائز؛ لأن من شروط اعتبار العرف الذي تحمل عليه الألفاظ أن يكون موجوداً حال صدورها كما تقدم في شروط العرف، فبعد ورود نصوص الكتاب والسنة إذا تبدل عرف الناس في معاني الألفاظ الواردة في نصوصها فلا عبرة بهذا التبديل، وتبقى النصوص محترمة؛ لأن العرف اللفظي القائم عند ورود النص الشرعي، هو الذي يحدد مراد الشارع من كلامه[1].

وفي ذلك يقول الشنقيطي في "نشر البنود" وهو بصدد الحديث عن التخصيص بالعرف: "إن نصوص الشريعة لا تخصصها من العوائد إلا ما كان مقارناً لها في الوجود عند النطق بها، أما الطارئة بعدها فلا تخصصها"، إلى أن يقول: "وكذلك تخصص غير النصوص الشرعية فإذا وقع البيع حمل على العادة الحاضرة في النقد لا على ما يطرأ من العادة بعده، قال في شرح التنقيح: وكذلك النذر والإقرار والوصية إذا تأخرت العائد عنها لا تعتبر"[2].

ولكن هناك حالات يستثنى العرف الطارئ فيكون مخصصاً فيها كما يرى الإمام الشوكاني وابن عابدين:

بأن العرف القائم بعد ورود النص وهو العرف العملي الطارئ بعد ورود النص العام يمكن تصوره في أكثر من حالة:

1. أن يكون عرفاً ولكن وروده كان في زمن النبي ﷺ وعلمه وأقره، فهذا يعتبر مخصصاً باتفاق؛ لأنه من باب الإقرار، والمخصص في مثل هذه الحالة هو السنة التقريرية[3].

---

(1) انظر: شرح تنقيح الفصول: لشهاب الدين القرافي (ص194)؛ والفروق: للقرافي (6/1)؛ وكتاب الإمام مالك: محمد أبو زهرة (ص250).

(2) نشر البنود: للشنقيطي (258/2).

(3) نهاية السول في شرح منهاج الأصول: للإسنوي ومعه سلم الوصول (471/2).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

2. أن يأتي عرفاً طارئاً بعد ورود النص لكن تبعه إجماع عليه للعمل به، فمثل هذا العرف يعتبر أيضاً مخصصاً والمخصص حقيقة هو الإجماع[1].

ومثال هذا النوع "الاستصناع" وهو أن عرف الناس قد جرى عملاً على ممارسة هذا النوع من المعاملات لحاجتهم إليه ثم انعقد الإجماع على ذلك فيعتبر من باب التخصيص بالعرف.

وفي التخصيص بمثل هاتين الحالتين يقول الشوكاني: "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"[2].

3. أن يكون عرفاً طارئاً مجرداً، وفي تخصيص وعدم تخصيص هذا النوع من العرف للنص العام آراء:

يرى ابن عابدين[3] أن العرف الطارئ إذا كان عرفاً عاماً فإنه يخصص النصوص، وذكر جملة من الأعراف كانت مخصصة للعمومات، وقال: "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 أن القياس عدم جوازه لكنا تركنا القياس بالتعامل به من غير نكير من أحد 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 نعل على أن يخرزها البائع، ومنه لو شرى ثوباً خلقاً أو خفاً على أن يرقعه البائع ويسلمه، فإنهم قالوا: يصح للعرف، فقد خصصوا الأثر بالعرف"[4].

فهذا النص من ابن عابدين يدل على أن العرف الطارئ يخصص النصوص التشريعية العامة عنده وقد استنتج ذلك من فروع لفقهاء مذهبه بنوا الحكم فيها على أعراف طارئة مع وجود أحاديث تخالفها.

---

(1) نهاية السول في شرح منهاج الأصول: للإسنوي ومعه سلم الوصول (470/2).
(2) إرشاد الفحول: للشوكاني (ص143).
(3) انظر: رسالة نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف: مجموعة رسائل ابن عابدين (125/2).
(4) انظر: أثر العرف في التشريع الإسلامي: للدكتور السيد صالح عوض (ص363).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

عارض الشوكاني هذا؛ وقال: "والعجب ممن يخصص كلام الكتاب والسنة بعادة حادثة بعد انقراض زمن النبوة تواطأ عليها قوم وتعارفوا بها، ولم تكن كذلك في العصر الذي تكلم فيه الشارع فان هذا الخطأ البين والغلط الفاحش"[1].

وكذلك انتقد الشيخ أبو سنة فيما استند إليه ابن عابدين في المسألة، وهو ما جاء في التحرير للكمال ابن الهمام حينما قال: "العادة العرف العملي مخصص عند الحنفية خلافا للشافعية كحرمة الطعام وعادة المخاطبين أكل البر انصرف الطعام إليه"[2] لا يفيد؛ لأن كلام صاحب التحرير في العرف السابق المقارن وليس الطارئ.

هذا والشيخ أبو سنة بعد نقده لابن عابدين، قرر أن العرف الطارئ: أما أن يمكن رده إلى أصل من أصول الشرع كالسنة التقريرية والإجماع والضرورة والحاجة، وهذا يجوز التخصيص به، والتخصيص في مثل هذه الحال _كما سلف عرضه_ ليس بالعرف وإنما بالأدلة المذكورة.

وأما لا يتأتى رده لأصل من الأصول المذكورة، ومثل هذا لا يؤخذ به ولا يخصص النصوص العامة؛ لأن فيه نسخاً للشرع بالأعراف الطارئة، فالعرف الذي يخصص النصوص هو العرف السابق المقارن.

وبالجملة فإن الأعراف الطارئة التي لا ترد إلى أصل لا تخصص بها النصوص؛ لأن في ذلك فساداً كبيراً يفتح المجال للعادات المرذولة المنتشرة في المواسم والأفراح والمآتم والمقابر مما مكانه كتب البدع[3].

ذكر الأستاذ الزرقا وهو لا يختلف كثيرا عما ذكره ابن عابدين؛ أن العرف الطارئ لا يخصص النصوص العامة إلا في حالتين:

الأولى: إذا كان النص التشريعي العام نفسه معللاً بعرف عملي قائم عند وروده ثم تغير ذلك العرف فحينئذ يتبدل حكم النص مع تبدل العرف.

---

(1) إرشاد الفحول: للشوكاني (ص142).

(2) التحرير: للكمال بن الهمام مع شرحه التيسير (317/1).

(3) العرف والعادة في رأي الفقهاء: للشيخ أحمد فهمي أبو سنه (ص99)؛ رفع الحرج في الشريعة الإسلامية: د. يعقوب عبد الوهاب الباحسين (ص489).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وهذا الرأي هو رأي الإمام أبي يوسف من أئمة الحنفية الذي خالف به جمهور الفقهاء؛ فذهب إلى أن مقياس الكيل والوزن الوارد في الأموال الربوية _أي اعتماد الكيل والوزن_ مقياس عرفي حيث جرى العرف في زمن النبي ﷺ على أن القمح والشعير والملح والتمر كل ذلك مقياسه الكيل، أما الذهب والفضة فمقياسهما الوزن، وبذلك فإنه عرضة للتغير بتغير ذلك العرف فإذا غدا القمح موزوناً مثلاً بعد أن كان كيلياً مقياسه يغير تبعاً لذلك؛ لأن مبناه على العرف وقد تغير[1].

الثانية: إذا كان النص العام معللاً بعلة ثم نفي تلك العلة العرف الطارئ فحينئذ يؤخذ بالعرف الطارئ، مثال ذلك: النهي عن كل بيع تبعه شرط غير أن الحنفية استثنوا من ذلك:

الشرط الذي ورد بجوازه نص شرعي، والشرط الذي تعارف الناس 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 تؤدى إلى النزاع فلا تكون داخلة في المنع.

هذا ولا يفرق فقهاء الحنفية في مثل هذا العرف الطارئ بين العرف العام والخاص فكل منهما يمكن الاعتماد عليه ما دام أنه لا يتنافى مع روح النص ومقصوده[2].

وقد قرر الأستاذ الزرقا أن هاتين الصورتين لا تدخلان تحت التخصيص بالعرف حتى تتخذ من ذلك دليلاً على جواز التخصيص بالعرف الطارئ، وذلك لاعتبارين:

1. أن التخصيص _عند الحنفية_ القائلين بالتخصيص بالعرف العملي في عمومه يشترطون في المخصص _كما سبق بيانه_ المقارنة، والعرف الطارئ ليس بمقارن للعام قطعاً يكون مخصصاً.
2. أن فقهاء الحنفية الذين يرون التخصيص في هاتين الصورتين من صور العرف الطارئ لا يفرقون في ذلك بين العرف العام والخاص، مع اشتراطهم في العرف المقارن المخصص أن يكون عاماً.

وكل ذلك يدل على أن التخصيص في هاتين الصورتين ليس من باب التخصيص بالعرف، وإنما يرجع الأمر في أولاهما إلى دوران الحكم مع علته وجوداً وعدماً[3].

---

(1) فتح القدير شرح الهداية مع التكملة: كمال الدين بن الهمام (16/7، 17).

(2) المدخل الفقهي العام: للأستاذ مصطفى الزرقاء (899/2-907).

(3) انظر: رسالة نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف: مجموعة رسائل ابن عابدين (118/2).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وفي ثانيتهما إلى التخصيص بالعلة نفيها لا بالعرف الحادث.

فإن النهي عن البيع والشرط مخصوص بعلته، وهي الشرط الذي يقضي إلى المنازعة، لا مطلق الشرط بطريقة تنتهي بنا إلى أنه لا مكان للقول مطلقاً بتخصيص العرف الطارئ للنصوص الشرعية العامة.

أما إذا عضد العرف بسنة تقريرية أو إجماع أو غيرهما، فالتخصيص _كما سلف_ لتلك الأدلة لا للعرف الطارئ بأي حال من الأحوال، ومثل النصوص الشرعية العامة في ذلك النصوص العامة في استعمال الناس في صكوكهم ووصاياهم وسائر عقودهم فان العمومات فبها وفي شروطها، وكافة مقتضياتها تفسر وفق العرف السائد وقت صدور تلك العقود، ولا مجال لتفسيرها بالعرف الطارئ عن طريق تخصيصها به[1].

الخلاصة:

1. أن العرف اللفظي الطارئ لا عبرة به، ولا سبيل إلى تخصيص العام به سواء أكان ذلك العام من نصوص الشارع أو من نصوص الناس في استعمالاتهم.
2. أن العرف العملي الطارئ لا يخصص العموم مطلقاً سواء أكان ذلك العموم في نصوص الشارع أو في ألفاظ الناس إلا ما حمل منه على دليل أخر، وهنا يكون التخصيص للدليل الذي حمل عليه العرف لا للعرف.

(1) المدخل الفقهي العام: للأستاذ مصطفى الزرقاء (2/899-907).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الثالث

طرق الترجيح عند مخالفة العرف للنص العام

العرف كما يحكم في القضايا عند عدم النص، كذلك يحكم مع وجوده، أما تحكيمه في غيبة النص فذلك ظاهر، فيصار إليه كلما عدم النص، وأما تحكيمه مع وجود النص فيظهر دوره في تحديد هذا النص بأن كان عاماً، أو مطلقاً، أو كان معللاً بالعرف، أو دعت إلى تحكيم العرف وترك النص ضرورة قصوى. وهذا تقدم بيانه...

وأما دوره في توجيه النصوص أو أثره عليها، فهو أن يخصص عمومها ويبين مجملاتها، ويقيد مطلقاتها.

وسواء كانت هذه النصوص ألفاظاً للشارع، بأن كان النص قرآناً أو سنة، أو كان صادراً عن مجتهد، كانت هذه النصوص فعلية أو قولية، فعمومات ألفاظ الشارع من آيات وأحاديث يبين منها المجمل ويقيد منها المطلق، وإن كان المقيد أو المبين في الحقيقة في قسمي العرف الفعلي إنما هو إقرار الشارع، ودليل الإجماع.

وقد نص الفقهاء على أن العرف على قسمين: تارة يرجح به القول ولو ضعيفاً إذا كان موافقاً له، وتارة يبنى عليه الحكم، كالاختلاف في متاع البيت، إذا شهد العرف أنه لأحد الزوجين[1] وسنوجز هذا المطلب في طرائق أربع:

الطريقة الأولى: عرف الشارع القولي:

يعتبر عرف الشارع القولي محكماً بالاتفاق؛ لأنه ناسخ للغة - كما تقدم عن القرافي حيث قال: "وعندنا أن العوائد مخصصة للعموم" وفسرها في شرح التنقيح بالعوائد القولية حيث ذكر القاعدة: أن من له عرف وعادة في لفظه إنما يحمل لفظه على عرفه".

فإن كان المتكلم هو الشارع حمل لفظه على عرفه، وخصصنا به عموم لفظه، إن اقتضى العرف تخصيصاً، وحملناه على المجاز إن اقتضى العرف المجاز وترك الحقيقة.

(1) انظر: الفروق: للإمام لشهاب الدين القرافي (149/3)؛ الشرح الصغير: للدردير (496/2-479)، (538/3).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وبالجملة، فدلالة العرف مقدمة على دلالة اللغة، لأن العرف ناسخ للغة، والناسخ مقدم على المنسوخ[1].

والعوائد القولية تؤثر في الألفاظ تخصيصاً ومجازاً وغيرهما[2] مثال: تبين عادة الشارع القولية للمجمل قوله ﷺ : "لا صلاة إلا بطهور"[3] فإن لفظ الصلاة مشترك بين الأركان المخصوصة والدعاء بخير، وقد بين عرف الشارع القولي أن المراد به الأركان المخصوصة؛ لأنها هي المحتاجة للطهارة.

أما الدعاء بخير فلا يحتاج إليها اتفاقاً، وكذا لفظ الطهارة فإنه مشترك بين الطهارة المخصوصة والنظافة، وقد بين عرف الشارع القولي إن المراد به العبادة المخصوصة؛ لأنها هي المشترطة في صحة الصلاة، وأما مطلق النظافة، فليس بشرط في صحة الصلاة اتفاقاً[4].

ومثال تقييدها للمطق: حمل قوله ﷺ : "من حلف واستثنى عاد كمن لا يحلف"[5] على اليمين بالله خاصة، وقالوا إن الاستثناء لا يندفع إلا بها دون غيرها من سائر الأيمان؛ لأن عرف الشارع القولي نقل لفظ الحلف عن معناه اللغوي – وهو مطلق اليمين بالله حتى صار حقيقة عرفية فيها، بحيث إذا أطلق لفظ الحلف أو اليمين في كلام الشارع لا يتبادر إلى الذهن منه إلا اليمين بالله[6].

قال ابن فرحون _مبيناً حديث من حلف واستثنى وعاد كمن لم يحلف_: إن الحلف بالطلاق والعتاق جعله الشرع من أيمان الفساق، فلا ينصرف إلا إلى اليمين بالله خاصة[7].

---

(1) شرح تنقيح الفصول: لشهاب الدين القرافي (ص211).

(2) المرجع السابق.

(3) سنن الترمذي: كتاب/ أبواب الطهارة، باب/ لا تقبل صلاة بغير طهور (5/1)، (ح1)، رواه الخمسة، قال أبو عيسى: هذا الحديث أصح شيء في هذا الباب.

(4) شرح تنقيح الفصول: لشهاب الدين القرافي (ص211).

(5) رواه الترمذي عن ابن عمر: سنن الترمذي، كتاب/ الأيمان، باب/ ما جاء في الاستثناء في اليمين (108/4)، (ح1531)، وقال الترمذي: حديث حسن.

(6) حسام العدل والإنصاف القاطع لكل مبتدع بإتباع الأعراف للشيخ محمد يحي الولاتي (ص3).

(7) انظر: تبصرة الحكام (باب القضاء بالعرف والعادة): لابن فرحون المالكي (72/2).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الطريقة الثانية: عرف الشارع الفعلي: ينقسم عرف الشارع الفعلي إلى قسمين:

أولاً: ما تقرر منه قبل ورود العام أو المطلق أو المجمل[1] ولم يستمر بعده، فليس يحكم فيه على الراجح.

ثانياً: ما تقرر بعد وروده بترك بعض المأمور به، أو فعل بعض المنهي عنه فيه، أو بتفصيل بعض محتملات المجمل، أو تقيد المطلق وقد اطلع عليه النبي ﷺ وأقره، أو أقره المجتهدون من الصحابة، أو التابعين، أو من بعدهم، فهذا يخصص العام ويقيد المطلق ويبين المجمل.

هذا عن عرف الشارع، أما عرف العوام فكحقيقة عرف الشارع، وهو على قسمين: قولي وفعلي:

أ- العرف القولي هو أن يغلب استعمالهم للفظ في معنى غير معناه اللغوي حتى يصير هو المتبادر إلى الذهن منه عند الإطلاق، وهو على قسمين: عام وخاص، فالعام كلفظ الدابّة، فقد نقله العرف العام في معناه اللغوي _وهو كل ما يدب على وجه الأرض_ إلى معنى خاص وهو ذوات الأربع، والخاص كلفظ الدابّة أيضاً، إذا نقله العرف الخاص في بلد من البلدان إلى الحمار خاصة، وكلفظ مائة مثقال في عقد النكاح: نقله العرف الخاص في بلد (شنقيط) عن معناه اللغوي وهو العدد المخصوص من الذهب إلى عشرة أثواب حتى صار اللفظ إذا أطلق في عقد النكاح بهذه البلاد (شنقيط) لا يتبادر إلى الذهن منه إلاّ الأثواب العشرة[2]. وقد نص الأصوليون على أن العرف الخاص كالعرف العام في التحكيم[3].

ب- و أما العرف الفعلي: فهو أن يغلب معنى من المعاني على جميع البلاد أو بعضها.

مثال المعنى الغالب على جميع البلاد: تملك الرجل لآلة الحرب، وتملك النساء للفرش والوسائد، فإن هذا المعنى غالب على جميع البلاد أو جلها، ومثال المعنى الغالب على بعض البلاد ترك الإيصاء وتقديم القضاة على اليتامى، وجريان العرف بقيام الأكابر على الصغار في الولاية، فإن هذا المعنى غالب على أهل بعض أقاليم المغرب حتى صار قيام الأكابر على الأصاغر قائما مقام الإيصاء، وتقديم القاضي عرفاً.

---

(1) يقصد بالعام والمطلق والمجمل النص الموصوف بها.

(2) حسام العدل والإنصاف القاطع لكل مبتدع بإتباع الأعراف: للشيخ محمد يحي الولاتي (ص4).

(3) نشر البنود: للشنقيطي (210/1).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وأما ما يحكم فيه كل منهما من الأحكام الشرعية، فالقولي جعل له الشرع التحكيم في ألفاظ الناس في الأيمان والمعاملات من العقود والإقرار والشهادات والدعاوى يخصص عمومها ويقيد إطلاقها ويبين إجمالها.

وكذلك الفعلي: قد جعل له شرع التحكيم في مسائل متفرقة منها معرفة أسباب الأحكام من العقوبات الإضافية والتقادير الشرعية كتقدير نفقات الزوجات والأقارب وكسوتهم، ومنها المناسبات كتخيير ما هو الأنسب للرجال من متاع البيت، وما هو الأنسب للنساء منه، وما أشبه ذلك كأقل الحيض وأكثره، وما العادة فيه من المبيعات النقد، وما العادة فيه التأجيل، وما يعد عيباً وما لا يعد كذلك[1] قال في الضياء اللامع: "ومتى انتقل العرف تبعه الحكم، وحكى المقري الإجماع على ذلك"[2].

وأما كيفية تحكيم كل منهما فيما حكم فيه، فكتخصيص العرف العام القولي ليمين من حلف لا أركب دابة بذوات الأربع، فلا يحنث بركوب غيرها من كل ما يدب على وجه الأرض، وكتخصيص العرف الخاص بأهل بلد معين ليمين من حلف من أهلها لا أركب دابة بالحمار؛ لأن الدابة حقيقة عرفية في الحمار عند أهل هذا البلد، متى اصطلحوا على ذلك وتعارفوا عليه، وكحمل العرف في بعض الجهات من المغرب الولي الخاص بلا إيصاء ولا تقديم قاض بمنزلة الوصي يمضي تصرفه في مال الصبي في القليل والكثير؛ لأن إهمال الإيصاء وقيام الأكابر على الأصاغر في هذه البلاد جرى به العرف، حتى صار بمنزلة الإيصاء، ولأن الآباء إنما يهملون الإيصاء اتكالاً على أولياء بنيهم، بأنهم يقومون عليهم ويحضنونهم، وهذا مما استحسنه المتأخرون؛ لأن العرف الجاري بين الناس، كأهل البوادي والأرياف وغيرهم يموت الواحد منهم ولا يوصي على أولاده اعتماداً على أخ أو جد أو عم لهم، يعرف بالشفقة عليهم، ينزل منزلة التصريح بإيصائه عليهم، وهى مسألة كما يقول الصنهاجى: "نافعة كثيرة الوقوع"[3].

---

(1) حسام العدل والإنصاف القاطع لكل مبتدع بإتباع الأعراف: للشيخ محمد يحي الولاتي (ص4)؛ الضياء اللامع: لأبي العباس حلولو على هامش نشر البنود (157/3).

(2) الضياء اللامع: لأبي العباس حلولو على هامش نشر البنود (49/2).

(3) التدريب على تحرير الوثائق العدلية: لأبي الشتاء الصنهاجي (256/1)؛ وأصل هذه المسألة هي رواية ابن غانم عن مالك أن الكافل بمنزلة الوصي، ونقل عن أبي الفضل راشد أن أبا محمد صالح قال: هذه الرواية جيدة لأهل البوادي لإهمالهم الإيصاء والتقديم.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

فتبين من هذا أن عرف العوام القولي إنما يحكم في ألفاظهم في الأيمان والمعاملات، وعرفهم الفعلي إنما يحكم في أمور معلومة عند العلماء، أحالها الشرع عليه، غير أن عادة العوام لا يعمل بها، ولا يحكم بها إذا صادمت ألفاظ الشارع وأفعاله وتقريراته؛ لأن ألفاظ الشارع وأفعاله حق وصواب، وإرشاد إلى سبل النجاة بنى أساسها على جلب المصالح الدنيوية للعباد ودرء المفاسد عنهم، بخلاف عرف العوام فإن فيه الكثير من الضلال والباطل؛ لأنه في الكثير منه مؤسس على الهوى وتزيينات النفس وترهات الشيطان، والباطل لا يعارض الحق ولا يحكم فيه، قال تعالى: ﴿**وَلَوِ اتَّبَعَ الْحَقُّ أَهْوَاءَهُمْ لَفَسَدَتِ السَّمَاوَاتُ وَالأَرْضُ وَمَنْ فِيهِنَّ**﴾[1].

فبان مما سبق أن أثر العرف على النصوص أنه يخصص العام ويقيد المطلق ويفسر ما أبهمه المتعاقدان[2] وسواء كان هذا العرف قولياً أم فعلياً[3] ليس هذا فحسب، بل إنه يرجح الأقوال الضعيفة.

نقل صاحب المعيار أن "نصوص المتأخرين من أهل المذهب متواطئة على أن العرف مما يرجح به"[4] ويعتمد عليه أيضاً في إنشاء أحكام جديدة يبنيها المجتهدون عليه...

الطريقة الثالثة: نوع النصوص التي تتأثر بالعرف:

غير أن العرف ولو أن له هذه القوة في توجيه النصوص والتأثير عليها، فإنه يجب أن نلاحظ أن العرف لا يؤثر إلا في النصوص الظنيّة، أما القطعية فلا يقوى على التأثير فيها، بأن يخصصها مثلاً؛ لأن التخصيص فرع التعارض والتعارض يستلزم التساوي، والعرف على أية صورة وقع لا يرقى إلى مرتبة النصوص القطعية حتى يعارضها فيخصصها.

وبعبارة أخرى، فإنه لا يقوى على معارضة النصوص التي أتت بأحكام لا تتغير مصالحها بتغير الأيام كالنصوص الربا والخمر والميراث والحدود والقصاص وما شابهها.

---

(1) سورة المؤمنون: من الآية (71).

(2) المعيار شرح السجلماسي: لعمل فاس (123/1).

(3) سبق أن بينا رأي القرافي في العرف الفعلي لا يساير رأي جمهور المالكية.

(4) المعيار شرح السجلماسي: لعمل فاس (123/1).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أما النصوص التي أتت بأحكام تحتمل مصالحها التغيير، أو أنها بنيت على مصلحة العرف القائم حين ورودها، فإنه يقوى على معارضتها كما سبق أن بينا.

ومن يستقرئ النصوص التي قيل إنها خصصت بالعرف، يجدها كلها نصوصاً ظنية؛ لأنها أحاديث ثبتت بطريق الظن الغالب لا بطريق القطع، فوق أن دلالتها قد تكون ظنية لاحتمالها لأكثر من معنى، ومن هنا لا يعتبر العرف المخالف للإجماع الصحيح المفيد للحكم القطعي، وإذا تعارض مع القياس قدم عليه؛ لأن المصلحة الثابتة بالعرف محققة، ومصلحة القياس محتملة لكونه لا يفيد إلا الظن[1].

ولكن هناك من يذهب إلى أن مذهب الإمام يقول بتخصيص العرف للنص القطعي، غير أن هذا مشروط بأن يكون هذا النص ظني الدلالة، فآية الوالدات يرضعن أولادهن التي قيل إن الإمام مالك خصصها بالعرف، فهي وإن كانت قطعية الثبوت إلا أنها ظنية الدلالة؛ لأنها تحتمل معنيين كما يقول ابن العربي في الأحكام[2] يقول القرطبي في تفسيره: "واختلف الناس في الرضاع، هل هو حق للأم أم هو حق محتمل عليها، واللفظ محتل؛ لأنه لو أراد التصريح بكونه عليها لقال: وعلى الوالدات رضاع أولادهن كما قال تعالى: ﴿**وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ**﴾[3] ولكن هو عليها في حال الزوجية وهو عرف يلزم إلا أن تكون شريفة ذات ترفه، فعرفها ألا ترضع وكذلك كالشرط[4].

الطريقة الرابعة: تعارض العرف مع اللغة:

ذكرنا فيما سبق أنه اختلف الأصوليون في تقديم العرف أو اللغة عند التعارض، فبعضهم مال إلى ترجيح الحقيقة اللفظية عملاً بالوضع اللغوي، وذهب آخرون إلى ترجيح العرف باعتباره محكماً في كثير من التصرفات، لاسيما فيما يتعلق بتعارض اللغة والعرف موضوع الأيمان حيث اشتهر في أقوال الفقهاء أن الأيمان مبناها على العرف، وما ذكر من خلاف في تعارض العرف واللغة ينطبق _على العموم_ على ما يذكر من خلاف في بناء الأيمان على العرف. على أنهم أجمعوا على أن النية لها تأثير في صرف اللفظ عن ظاهره في الأيمان.

---

(1) أصول الفقه: د. محمد مصطفى شلبي (ص325).

(2) أحكام القرآن: لابن العربي (204/1).

(3) سورة البقرة: من الآية (233).

(4) الجامع لأحكام القرآن: للقرطبي (161/3).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

والجمهور على أن العرف مقدم على اللغة؛ لأن القوم متى اعتادوا شيئاً خالفوا فيه اللفظ الأصلي، اعتبر ناسخاً له، وهذا الرأي ذهب إليه القرافي، فقد صرح في الأحكام أنه ينبغي "أن يعلم أن معنى العادة في اللفظ أن ينقل إطلاق لفظ واستعماله في معنى حتى يصير هو المتبادر من ذلك اللفظ عند الإطلاق، مع أن اللغة لا تقتضيه، فهذا هو معنى العادة في اللفظ، وهو الحقيقة العرفية، وهو المجاز الراجح في الأغلب، وهو معنى قول الفقهاء إن العرف يقدم على اللغة عند التعارض[1] ويضيف قائلاً: "ينبغي أن يدور لفظ الفتيا فيها مع اشتهارها في العرف وجوداً وعدماً، ففي أي شيء اشتهرت حملت عليها بغير نية، وما لم تشتهر لم تحمل عليها إلا بالنية[2].

وأطال الكلام في هذا الموضوع في الفروق؛ ومما ورد فيه قوله: "إذا ظهر لك أن العرف كما ينقل أهله اللفظ المفرد فينقلون المركب أيضاً، فمثل هذا النقل العرفي يقدم على موضوع اللغة؛ لأنه ناسخ للغة، والناسخ يقدم على المنسوخ، فهذا معنى قولنا أن الحقائق العرفية مقدمة على الحقائق اللغوية[3].

مثال ما رجح فيه القرافي الحقيقة العرفية على الحقيقة اللغوية، قوله ﷺ : "لا يقبل الله صلاة بغير طهور"[4] إن حملناه على اللغوي وهو الدعاء لزم أن لا يتقبل الله دعاء بغير طهارة، ولم يقل به أحد، فيحمل على الصلاة في العرف، وهي العبادة المخصوصة فيستقيم[5].

ونفس الرأي ذهب إليه العقباني[6] إذ ورد في كلامه أن كثيراً من مسائل الفقه يجرى الحكم فيها على مقصود أهل العرف وإن كانت الألفاظ تدل على خلاف ذلك[7].

---

(1) الأحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام: لشهاب الدين القرافي (ص68، 89)؛ تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام: للقاضي برهان الدين بن فرحون (68/2).

(2) الأحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام: لشهاب الدين القرافي (ص89).

(3) الفروق: لشهاب الدين القرافي (172/1).

(4) سنن ابن ماجه: كتاب/ الطهارة، باب/ لا يقبل الله صلاة بغير طهور (100/1)، (ح273)؛ صحيح ابن حبان: كتاب/ الطهارة، باب/ لا يقبل الله صلاة بغير طهور (604/4)، (ح1705)، صححه ابن حبان.

(5) شرح تنقيح الفصول: لشهاب الدين القرافي (ص114).

(6) أبو الفضل قاسم بن سعيد العقباني التلمساني توفى سنة (854هـ).

(7) المعيار (30/4)؛ شرح السجلماسي: لعمل فاس (146/1).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وهو ما عبر عنه الإمام الشاطبي عندما أكد بأنه "لابد في فهم الشريعة من إتباع معهودة الأميين وهم العرب الذين نزل القرآن بلسانه فإن كان للعرب في لسانهم عرف مستمر، فلا يصح العدول عنه في فهم الشريعة، وإن لم يكن ثمة عرف، فلا يصح أن يجري في فهمها على ما لا تعرفه، وهذا جار في المعاني والألفاظ والأساليب"[1].

إلا أن المقري اتجه اتجاهاً آخر، ومال إلى تقديم اللغة على العرف، والرأي أن ذلك هو مشهور مذهب مالك، حيث أورد في القاعدة (464) من قواعده "أن العرف لا يقدم على اللغة على مشهور مذهب مالك"[2] وتقديم الحقيقة العرفية على الحقيقة اللغوية، هو الرأي السائد لدى المذهبين الحنفي والشافعي، فقد ورد في الأشباه والنظائر لابن نجيم الحنفي أن الأيمان مبنية على العرف لا على الحقائق اللغوي[3].

وحكى الحافظ السيوطي الاختلاف الموجود في مذهبه، مصرحاً بأن القاضي الحسين رجح الحقيقة اللغوية إذ الأصل في الكلام الحقيقة ومتى أمكن العمل بالحقيقة سقط العمل بالمجاز لكونه خلفاً عنها[4].

في حين مال البغوي[5] إلى تقديم الدلالة العرفية على الوضع اللغوي أو عرف اللغة؛ لأن العرف يحكم في التصرفات من بيع وشراء ونفقات وغير ذلك مما يدور بين الناس من معاملات، وعلى وجه الخصوص في الإيمان والنذور[6]. ونبه السيوطي إلى أن الخلاف في تقديم العرف أو اللغة إنما في العربي، أما العجمي فيعتبر عرفه قطعاً إذ لا وضع يحمل عليه[7].

---

(1) الموافقات: للشاطبي (80/2).

(2) قواعد المقري (ص61).

(3) الأشباه والنظائر: لابن نجيم (ص97).

(4) شرح المنار: لابن ملك (ص108).

(5) أبو الحسن بن مسعود الفراء البغوي الشافعي المتوفى سنة (516هـ). الأعلام: للزركشي (284/2)؛ ابن الأثير (105/6).

(6) حاشية اللنكوي على كشف الأسرار: للنسفي (182/1)؛ والفروق: لشهاب الدين القرافي (171/1)؛ والأشباه والنظائر: لجلال الدين السيوطي (ص66).

(7) الأشباه والنظائر: لجلال الدين السيوطي (ص66).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وقد بنى الفقهاء كثيراً من الأحكام على هذه القاعدة، فذكر القرافي "أنه لو قال البائع بعتك بوضيعة العشرة أحد عشر أو بوضيعة العشرة عشرين أو أكثر من ذلك، قال الأصحاب هذا اللفظ يقتضي عادة أن يأخذ بكل أحد عشرة عشرة، ويحط نصف الثمن في اللفظ الأخر، ويلزمون ذلك المتعاقدين من الجانبين لمجرد هذا اللفظ؛ لأنه العادة، وهذه العادة قد بطلت ولم يبق هذا اللفظ يفهم منه اليوم هذا المعنى البتة، بل أكثر الفقهاء لا يفهمه فضلاً عن العامة؛ لأنه لا عادة فيه، ولا يفهم منه شيء معين باعتبار اللغة أيضاً، فينبغي إذا وقع هذا العقد بين العامة في المعاملات أن يكون العقد باطلاً، فإنه ليس عادتهم استعماله البتة؛ لأن طول أعمارنا لم نسمعه إلا في كتب الفقه، أما المعاملات فلا، وإذا لم يكن الثمن معلوماً بالعادة ولا باللغة كان العقد باطلاً"[1].

كذا ورد في المدونة إذا قال الرجل لامرأته أنت حرام، أو وهبتك لأهلك، يلزمه الطلاق الثلاث (مدخول بها) ولا تنفعه البينة أنه أراد أقل من الثلاث، وهذا بناء على أن هذا اللفظ في عرف الاستعمال اشتهر في إزالة العصمة، واشتهر في العدد الذي هو الثلاث[2].

ولو قال شخص لامرأته هذه أختي ونوى أخته في الدين لم تحرم بذلك ولم يكن مظاهراً لجريان اللفظ على لسانه اختياراً، فإذا ظهر قصده بخلاف معناه اعتبر قصده[3].

(1) الأحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام: لشهاب الدين القرافي (ص69).
(2) الفروق: لشهاب الدين القرافي (287/3)؛ الأشباه والنظائر: لجلال الدين السيوطي (ص104)؛ أثر العرف في التشريع الإسلامي: د. السيد صالح عوض (ص75).
(3) الفروق: لشهاب الدين القرافي (172/1).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفصل الثالث

أثر تخصيص العموم بالعرف في الفروع الفقهية

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: أثر تخصيص العموم بالعرف في العبادات.

المبحث الثاني: أثر تخصيص العموم بالعرف في المعاملات والأحوال الشخصية.

المبحث الثالث: أثر تخصيص العموم بالعرف في الجنايات وغيرها.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

توطئة:

إن تحقيق التخصيص بالعرف من الأهمية بمنزلة فلا ينقضي إلى يوم القيامة، وبيان ذلك أن الشريعة دائمة أبدية فاستلزم أن تكون مبنية على قواعد قابلة للتعامل مع اختلاف الأمكنة والأزمنة، وقد انقضى نزولها وانحصرت نصوصها والوقائع المتجددة وإن شابه بعضها بعضاً، فذلك مع وجود فارق صغير أو كبير. وتبرز تلك الأهمية بصورة أكبر عندما يكون التطبيق مرتبطاً بما يجدّ للناس من حوادث، فمن خلال ذلك يلمس الناس أهمية التأصيل الوارد في موضوع ما، لارتباط تطبيقه بما يقع لهم في حياتهم المعاصرة. ولذلك أثبت العلماء بالاستقراء دوام هذا النوع من التأصيل وبقائه مع الشريعة، وقد ازدادت النوازل نوعاً وعدداً بسبب التطور العلمي واتساع الرقعة التي يعيش فيها المسلمون واختلاطهم بغيرهم، ولا شك أن الأمة في حاجة إلى من يحيط بأسرار هذا العالم فيحل ألغازه من حيث الموافقة والمخالفة للشريعة. فالنظر في عصرنا لا يتوقف عند الإحاطة بالأحكام الشرعية التي صنف فيها المتقدمون والمتأخرون، وإنما يجب إدامة الاطلاع على ما يحدث في الساحة العالمية من أحداث في المجال السياسي ومن اختراعات في المجال العالمي ثم تحليل ذلك وفق المنظور الشرعي.

قال ابن القيم رحمه الله في هذا المضمار: (ولا يتمكن المفتي ولا الحاكم من الفتوى والحكم بالحق إلا بنوعين من الفهم: أحدهما: فهم الواقع والفقه فيه واستنباط علم حقيقة ما وقع بالقرائن والأمارات والعلامات حتى يحيط به علماً، والنوع الثاني: فهم الواجب في الواقع وهو فهم حكم الله الذي حكم به في كتابه أو على لسان رسوله في هذا الواقع ثم يطبق أحدهما على الآخر)[1].

وهذا سبيل الرسل عليهم السلام؛ ما بعثوا إلا لتحقيق العدل والحكم بين الناس في قضاياهم، وإذا كانت النبوة قد ختمت ودورة الحياة مستمرة؛ فإن العلماء ورثة الأنبياء في بيان الرسالة. وقد تكفل الله سبحانه وتعالى بحفظ الدين لهذه الأمة في الجملة فجعل لها بعد نبيها عليه الصلاة والسلام من يجدد لها أمر دينها من العلماء العاملين، كما ورد بذلك حديث النبي ﷺ : (إن الله يبعث لهذه الأمة على رأس كل مائة سنة من يجدد لها دينها)[2].

---

(1) أعلام الموقعين: لابن القيم (88/1).

(2) سنن أبي داود: كتاب/ الملاحم، باب/ ما يذكر في قرن المائة (109/4)، (ح4291)؛ والحاكم في المستدرك على الصحيحين (567/4)، (ح8592). قال العجلوني: وقد اعتمد الأئمة هذا الحديث. انظر: كشف الخطأ ومزيل الإلباس: للعجلوني (282/1).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

والقضايا المعاصرة معقدة للغاية، وقد وقع الزلل في الفتاوى في مطلع هذا القرن في مسائل كالربا[1] نظراً لوجود قضايا احتال فيها الناس على المفتين، وسواء كان الاحتيال من عوام الناس أو من المؤسسات

العلمانية التي غلبت على معاملاتها القوانين الوضعية والأعراف غير الإسلامية.

وكان سبب ظهور الزلل في الفتوى عدم إدراك حقيقة بعض القضايا المعاصرة، وربما كان ذلك بسب جرأة وعدم إعطاء الواقعة حقها من تثبت وبحث.

ومن الأسباب أيضاً ضعف التمكن العلمي عند المتأخرين، فمن المعلوم أن الصحابة رضي الله عنهم كانوا أفقه من التابعين والتابعون أفقه من تابعيهم، هكذا كلما جاء قرن كان ما سبقه من القرون خيراً وأحسن منه؛ مصداقاً لقول النبي ﷺ : (لا يأتي عليكم زمان إلا الذي بعده شر منه حتى تلقوا ربكم)[2]، والمقصود من الحديث أن الذي بعده شر منه الصدق مع الله والصدق مع الناس وليس المقصود عدم وجود التقدم الحضاري والبحث العلمي وتحسن معيشة الإنسان.

وقد حرصنا في هذا الفصل على تنويع البحث في تلك القضايا بأن تكون راجعة إلى أبواب فقه متعددة، كالعبادات والمعاملات وشؤون الأسرة والجنايات وغيرها، وما تلك القضايا إلا أمثلة فقط، وإلا فغيرها مما يمكن أن يلحق بها كثير يصعب حصره؛ إذ إن الحياة تتطور، وأمور الناس تتغيّر، وما يجدّ للناس في حياتهم من أمور ضرورية، أو حاجية يدخلها ذلك التطّور والتغيّر من زمن إلى آخر، ويبرز ذلك بصورة أكبر في هذا العصر الحديث الذي كثرت فيه الاختراعات العلمية، وتطورت فيه أساليب الحياة، وتطورت مع ذلك ضروريات الإنسان وحاجياته، وصلاحية الشرع للتطبيق في كل عصر، وأيّ مكان تفرض على علمائه الاستعداد لبيان الأحكام المناسبة لما جدّ من حوادث.

ويتمثل التخصيص بالعرف في الفقه في صور كثيرة عند الذين أجازوا التخصيص به، والنظر هنا يتعلق بثلاثة مباحث:

---

(1) أفتى بجواز الربا الشيخ طنطاوي مفتي الأزهر سابقاً. انظر: الاقتصاد الإسلامي: للدكتور علي السالوس (356/1، 487).

(2) رواه البخاري في باب لا يأتي زمان إلا الذي بعده شر منه: صحيح البخاري (2591/6)، (ح6657).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المبحث الأول
أثر تخصيص العموم بالعرف في العبادات

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: ما يحنث به في الأيمان.

المطلب الثاني: ما يجزئ في كفارة اليمين.

المطلب الثالث: إعطاء الأجرة وأخذها على القيام بأعمال الطاعات.

المطلب الرابع: استعمال التقويم في تحديد مواقيت الصلاة.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الأول
ما يحنث به في الأيمان

مما يتعلق بتخصيص العرف موضوع الأيمان حيث اشتهر في أقوال الفقهاء أن الأيمان مبناها على العرف. على أنهم أجمعوا على أن النية لها تأثير في صرف اللفظ عن ظاهره في الأيمان.

وقال الأستاذ أبو سنة: وبناؤها عند الحنفية مشروط بأمرين: أحدهما: أن لا ينوي الحالف ما يحتمله كلامه فإن نوى صدق ديانة. قال الزيلعي وغيره: بأن الأيمان مبنية على العرف لا على الحقائق اللغوية فمثلاً:

لو حلف لا يأكل الخبز حنث بما يعتاده أهل بلده، ففي البلاد المقدسة يحنث بخبز القمح، وفي الصين واليابان يحنث بخبز الأرز، ولا يحنث بأكل الحلويات وإن كانت من الطحين[1].

قال الشافعي: وإنما جوابنا في هذه الأيمان كلها إذا حلف لا نية له، إنما خرجت منه بلا نية، فأما إن كانت اليمين بنية فاليمين على ما نوى[2].

وذكر المالكية والحنابلة أمراً آخر يقيد اللفظ ويخصصه في الأيمان سموه بساط اليمين وهو السبب المثير لليمين. قال ابن قدامة فإن لم ينوِ شيئاً رجع إلى سبب اليمين وما هيجها[3].

وقال في الشرح الكبير: وخصصت نية الحالف لفظه العام وقيدت لفظه المطلق. ثم إن عدمت النية أو لم تضبط خصص وقيد بساط يمينه وهو السبب الحامل على اليمين إذ هو مظنة النية[4].

---

(1) انظر: العرف والعادة: للشيخ أحمد فهمي أبو سنة (ص157).

(2) كتاب الأم: للشافعي (65/7).

(3) المغني: لابن قدامة (564/9).

(4) الشرح الكبير: للدردير مع حاشية الدسوقي: لابن عرفة العدوي (136/2-140).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ويتفرع عن هذا الأصل مسائل:

أ- ما يحنث به في الحلف على البيت:

اختلف الفقهاء فيمن حلف لا يدخل أو لا يسكن بيتاً، فدخل أو سكن بيت شعر أو حماماً أو مسجداً، هل يحنث أو لا؟.

- اتفق الحنفية والشافعية على أنه لا يحنث بالمسجد ولا بالحمام أو ما شابههما: وعمدتهم في ذلك: أنها لا تسمي بيوتاً في العرف، وإطلاق البيت عليها لغة ليس ظاهراً، أو على سبيل المجاز.

قال ابن الهمام: أن الأصل في الأيمان أنها مبنية على العرف عندنا، وقال: فالكعبة وإن أطلق عليها بيت في قوله تعالى: ﴿**إِنَّ أَوَّلَ بَيْتٍ وُضِعَ لِلنَّاسِ لَلَّذِي بِبَكَّةَ مُبَارَكاً وَهُدىً لِلْعَالَمِينَ**﴾[1]، وكذا المسجد في قوله تعالى: ﴿**فِي بُيُوتٍ أَذِنَ اللَّهُ أَنْ تُرْفَعَ**﴾[2]. وكذا بيت العنكبوت وبيت الحمام، ولكن إذا أطلق البيت في العرف فإنما يراد به ما يبات فيه عادة[3].

وقال في الهداية: ومن حلف لا يدخل بيتاً فدخل الكعبة أو الكنيسة أو البيعة لم يحنث؛ لأن البيت ما أعد للبيتوتة، وهذه البقاع ما بنيت لها[4].

قال في مغني المحتاج: ولا يحنث _على المذهب_ بمسجد وكعبة وبيت حمام ورحى وكنيسة وغار جبل؛ لأنها لا تسمي بيتاً عرفاً[5].

واختلفوا في بيت الشعر وما شابهه:

- فرق الحنفية فقالوا: إن كان من أهل البادية حنث، وان كان حضرياً لم يحنث، عملاً بالعرف على أصلهم في الأيمان.

قال ابن الهمام: ولو حلف لا يدخل بيتاً فدخل بيت شعر أو فسطاطاً: إن كان من أهل البادية حنث، وإلا لا يحنث[6].

---

(1) سورة آل عمران: الآية (96).

(2) سورة النور: من الآية (36).

(3) فتح القدير: لابن الهمام (330/5).

(4) الهداية شرح بداية المبتدي: للمرغيناني وشروحها مطبوع مع فتح القدير: لابن الهمام (29/4-33).

(5) مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج: للشربيني (334/4).

(6) فتح القدير: لابن الهمام (330/5).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

- وذهب الشافعي: إلى أنه يحنث به مطلقاً، سواء أكان حضرياً أو بدوياً، ترجيحاً للحقيقة اللغوية؛ لأنها ظاهرة في ذلك.

قال في الأم: وإن حلف الرجل أن لا يسكن بيتاً، وهو من أهل البادية أو أهل القرية، لا نية له، فأي بيت _شعر أو أدم أو خيمة، أو ما وقع عليه اسم بيت، أو حجارة أو مدر_ سكن، حنث[1].

وقال في مغني المحتاج: لأن اسم البيت يقع على ذلك كله، وهو حقيقة في اللغة[2].

- وأما المالكية: قالوا يحنث بالحمام وبيت الشعر إلا إذا نوى الحالف بيتاً مخصوصاً، أو جرى عرف يحدد المراد باللفظ. وأما المسجد فقالوا لا يحنث به؛ لأنه مطالب بالدخول إليه شرعاً، أو لأنه لا يراد باللفظ عرفاً كما جاء في الشرح الكبير: وحنث بالحمام _أي بدخوله_ في حلفه على ترك دخول البيت إلا لنية أو عرف، و بيت شعر _بدوياً كان أو حضرياً_ إلا لنية أو بساط، لا بمسجد؛ لأنه لما كان مطلوباً بدخوله شرعاً صار كأنه غير مراد للحالف[3].

قال الشاطبي: "إن مالك بن أنس من مذهبه أن يترك الدليل للعرف، فإنه رد الأيمان إلى العرف، مع أن اللغة تقتضي في ألفاظها غير ما يقتضيه العرف، كقوله: والله لا دخلت مع فلان بيتاً، فهو يحنث بدخول كل موضع يسمي بيتاً في اللغة، والمسجد يسمي بيتاً فيحنث على ذلك، إلا أن عرف الناس أن لا يطلقوا هذا اللفظ عليه، فخرج بالعرف عن مقتضي اللفظ، فلا يحنث"[4].

وقال الدسوقي في الكلام عن بيت الشعر: العرف الآن يقتضي عدم الحنث فيه، إذ لا يقال للشعر في العرف الآن أنه بيت، وإن كان يقال له لغة، والمدلول العرفي يقدم على اللغوي[5].

---

(1) الأم: للشافعي (65/7).
(2) راجع: مغني المحتاج على متن منهاج الطالبين: للنووي (88/2).
(3) الشرح الكبير: للدردير (145/2).
(4) الاعتصام: للشاطبي (141/2).
(5) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (145/2).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

- وافق الإمام أحمد الإمام الشافعي: بأنه يحنث بالدخول أو السكنى في ذلك كله؛ لأنها تسمى بيتاً على الحقيقة، وقد سماها الشارع كذلك، وبعضها _كبيت الشعر_ يسمى بيتاً في العرف أيضاً، وهذا من النوع الذي يحتمل حمله على ما اشتهر به، ويحتمل الحمل على الحقيقة.

قال ابن قدامة: وإن حلف لا يدخل بيتاً فدخل مسجداً أو حماماً فإنه يحنث، نص عليه أحمد، ويحتمل أن لا يحنث _وهو قول أكثر الفقهاء_؛ لأنه لا يسمى بيتاً في العرف[1].

ب- ما يحنث به في الحلف على اللحم:

لو حلف لا يأكل "لحماً" كان قاصراً على ما دون السمك؛ لأنه لا يطلق عليه لفظ "اللحم" عرفاً؛ على الرغم من أن لفظ اللحم يطلق على لحم الأنعام أو الطيور أو السمك لغة، بل وفي لسان الشرع كقوله تعالى: ﴿**وَهُوَ الَّذِي سَخَّرَ الْبَحْرَ لِتَأْكُلُوا مِنْهُ لَحْماً طَرِيّاً**﴾[2].

- ذهب أبو حنيفة والشافعي إلى أنه لا يحنث. وعمدتهم في هذا أنه لا يسمي لحماً في العرف، وإطلاق اللحم عليه في القرآن إنما هو مجرد تسمية.

قال في الهداية: ومن حلف لا يأكل لحماً فأكل لحم السمك لا يحنث، والقياس أن يحنث؛ لأنه يسمي لحماً في القرآن[3].

قال ابن الهمام: وظهر أن تمسك أبي حنيفة إنما هو بالعرف، لا بما ذكره المصنف في وجه الاستحسان: أن التسمية التي وقعت في القرآن مجازية لا حقيقية؛ لأن اللحم منشؤه من الدم ولا دم في السمك، لسكونه في الماء، ولذا حل بلا ذكاة... ولا يحنث بأكلها، لمكان العرف، وهو أنه لا يسمي لحماً، ولا تذهب أوهام أهل العرف إليه عند إطلاق اسم اللحم[4].

- وقال الشافعي: إذا حلف الرجل أن لا يأكل لحما حنث بلحم الإبل والبقر والغنم والوحوش والطير كله؛ لأنه كله لحم ليس له اسم دون اللحم، ولا يحنث في الحكم بلحم الحيتان؛ لأن اسمه غير اسمه، فالأغلب عليه الحوت، وان كان يدخل في اللحم ويحنث في الورع به[5].

---

(1) المغني: لابن قدامة (608/9-611).

(2) سورة النحل: من الآية (14).

(3) الهداية شرح بداية المبتدي: للمرغيناني وشروحها (47/4).

(4) فتح القدير: لابن الهمام (331/5).

(5) الأم: للشافعي (72/7).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

قال في مغني المحتاج: لأنه لا يسمي لحماً في العرف، وإن سماه الله تعالى لحماً[1].

وقال السيوطي: فلو حلف لا يأكل لحماً، فأكل سمكاً لم يحنث وإن سماه الله لحماً. أو لا يجلس على بساط أو تحت سقف أو في ضوء سراج لم يحنث بالجلوس على الأرض وأن سماها الله بساطاً، ولا تحت السماء وإن سماها الله سقفاً، ولا في الشمس وإن سماها الله سراجاً.

فيقدم العرف في جميع ذلك؛ لأنها استعلمت في الشرع تسمية بلا تعلق حكم وتكليف، وكذا لو حلف لا يركب دابة لم يحنث بركوب الكافر وان سماه الله دابة[2].

ولو كان اللفظ يقتضي العموم والشرع يقتضي التخصيص اعتبر خصوص الشرع على الأصح. فلو حلف لا يأكل لحماً لم يحنث بالميتة، أو أوصى لأقاربه لم تدخل ورثته عملاً بتخصيص الشرع إذ لا وصية لوارث. ولو حلف لا يصلي، لم يحنث إلا بذات الركوع والسجود، أولا يصوم لم يحنث بمطلق الإمساك، أو لا ينكح حنث بالعقد[3].

- والظاهر أن متأخري المالكية يرجعون في هذا إلى العرف.

قال الدسوقي: وما ذكر من الحنث بلحم الحوت إذا حلف لا آكل لحماً عرف مضى، وأما عرف زماننا _خصوصاً بمصر_ فلا يحنث بأكل لحم الحوت؛ لأنه لا يسمى لحماً عرفاً، قاله شيخنا[4].

(1) مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج: للشربيني (336/4).
(2) انظر الأشباه والنظائر: للسيوطي (ص102).
(3) انظر الأشباه والنظائر: لابن نجيم (ص96).
(4) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: للدسوقي (142/2).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الثاني
ما يجزئ في كفارة اليمين

اختلف الفقهاء بتخصيص العرف في مقدار ما يجزئ من الكسوة في كفارة اليمين:

- ذهب أبو حنيفة وأبو يوسف: إلى أنّ أقل ما يجزئ هو ما يستر عامة بدنه، ولا يجزئه السراويل، وان كان يستر عورته و تجزئ به الصلاة [1].

اعتمدوا في ذلك على العرف، قال في الهداية في توجيه قول الشيخين: "وهو الصحيح؛ لأن لابسه يسمى عرياناً في العرف"[2].

- ذهب مالك وأحمد ومحمد – من أصحاب أبي حنيفة: أن الكسوة تتقدر بما تجزئ به الصلاة، ولا يجزئ دون ذلك.

قال مالك: أحسن ما سمعت في الذي يكفر عن يمينه بالكسوة: أنه إن كسا الرجال كساهم ثوباً ثوباً، وإن كسا النساء كساهن ثوبين ثوبين درعاً وخماراً، وذلك أدنى ما يجزئ كلاً في صلاته[3].

وقال ابن قدامة: وتتقدر الكسوة بما تجزئ الصلاة فيه، فإن كان رجلاً فثوب تجزئه الصلاة فيه، وإن كانت امرأة فدرع و خمار[4].

وقال في بداية المبتدي: وإن شاء كسا عشرة مساكين، كل واحد ثوباً فما زاد، وأدناه ما يجوز فيه الصلاة. قال في الهداية: المذكور في الكتاب في بيان أدنى الكسوة مروي عن محمد[5].

---

(1) الهداية شرح بداية المبتدي: للمرغيناني (4/18-19).
(2) الهداية و شروحها: للمرغياني (4/18-19).
(3) الموطأ: للإمام مالك (2/480).
(4) المغني: لابن قدامة (9/545).
(5) الهداية شرح بداية المبتدي: للمرغيناني (4/18-19).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

عمدتهم بأقل ما يجزئ في الصلاة:

حمل الاسم على المعنى الشرعي فإنّ الكسوة بالمعنى الشرعي هو ما يستر العورة وتجوز به الصلاة وقياس الكسوة على الإطعام، فإنه لا يجزئ فيه أقل ما يقع عليه الاسم، بل هو مقدر، فكذلك الكسوة.

والعرف: وذلك أن الذي يلبس مالا يستر عورته إنما يسمي عرياناً لا مكسياً، وكذلك الذي يلبس السراويل وحده أو مئزراً لا يستر عورته يسمي عرياناً[1].

(1) وفتح القدير: لابن الهمام (19/4)؛ بداية المجتهد: لابن رشد القرطبي (405/1)؛ المغني: لابن قدامة (545/9).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الثالث

إعطاء الأجرة وأخذها على القيام بأعمال الطاعات

الأصل أن كل طاعة أو عبادة لله تعالى يختص فاعلها أن يكون من أهل القربة[1]، أن لا يجوز الاستئجار على القيام بها، ولا أخذ الأجرة كذلك، وذلك كالإمامة والأذان والحج وتعليم القرآن والجهاد، وهذا هو مذهب الإمام أبي حنيفة[2]، والإمام أحمد في رواية عنه[3].

- ففي المذهب الحنفي: العمل الواجب شرعاً على شخص لا يصح استئجاره فيه، ولا يجوز له أخذ أجرة عليه عند الحنفية، فالقيام بالعبادات والأعمال الدينية الواجبة كالإمامة وخطبة الجمعة وتعليم القرآن لا يجوز أخذ الأجرة عليه في أصل المذهب. بل على المقتدر أن يقوم بذلك مجاناً؛ لأنه واجب ديني[4].

وحينئذ فإن إعطاء الأجرة وأخذها هنا مفسدة لذلك لم يجز. إلا أن التكليف بعدم جواز إعطاء الأجرة وأخذها هنا يلحق المفسدة بالمكلفين، حيث يعسر استغناؤهم عن تلك الطاعات، ويكون في ذلك تضييع إقامة تلك الشعائر، فإما أن يقوم الناس بها بلا أجرة فيلزم منه ضياعهم وضياع عياله، وإما أن يشغلوا بالاكتساب من حرفة أو صناعة، فيلزم منه ضياع تلك الشعائر، ولا شك أن المفسدة في حال القول بعدم الجواز أعظم من المفسدة في حال القول بجواز إعطاء الأجرة وأخذها على القيام بالطاعات.

لذلك أفتى المتأخرون من علماء المذهب الحنفي بجواز إعطاء الأجرة وأخذها على القيام بذلك[5] مع أن هذا مخالف لما اتفق عليه الإمام والصاحبان من عدم جواز الاستئجار وأخذ الأجرة عليه كبقية الطاعات، من الصوم والصلاة والحج وقراءة القرآن.

---

(1) أي: يشترط أن يكون فاعلها مسلماً. انظر: المغني: لابن قدامة (136/8).

(2) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: الزيلعي (124/5).

(3) المغني: لابن قدامة (136/8).

(4) مجموعة رسائل ابن عابدين (126/2)؛ المدخل الفقهي العام: للأستاذ مصطفى الزرقاء (547 ف)، (191/2).

(5) الهداية مع فتح القدير: لابن الهمام (40/8)؛ والاختيار لتعليل المختار: للموصلي (59/2)؛ وتبين الحقائق: للزيلعي (125/5).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وذكروا أن القول بمنع الاستئجار على القيام بالطاعات، وأخذ الأجرة عليها، إنما هو في الزمن الماضي عندما كان للقائمين بتلك الأعمال أعطيات من بيت المال، وكان للناس رغبة فيهم، فيجازون الإحسان بالإحسان من غير شرط، فيعينونهم على معاشهم ومعادهم، إلا أنه لما كانت أعمال الطاعات مما شاع بين المسلمين وانتشر، بحيث لو كلفوا بعدم إعطاء الأجرة وأخذها على القيام بها لعسر استغنائهم عن تلك الأعمال، خاصة مع تقاعس الهمم عن القيام بهذه الأعمال حسبة، وترتب على ذلك تضيع إقامة تلك الشعائر الدينية، لما كان الأمر كذلك أفتى المتأخرون بالجواز، لما رأوا من تغيّر الحال[1].

وفي هذا مراعاة لأعظم المفسدتين بارتكاب أخفهما عند التعارض، وهذه المسألة التي صارت عادةً وعرفاً، كان الضرر في التيسير عندها أقل من ضرر عدم التيسير.

(1) انظر: رسالة العرف ضمن مجموع رسائل ابن عابدين (125/2، 126)؛ ورد المحتار على الدر المختار: لابن عابدين (34/5، 35).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الرابع
استعمال التقويم في تحديد مواقيت الصلاة

ممّا هو متّفق عليه بين أهل العلم أنّ دخول الوقت من شروط صحّة الصّلاة، وقد أجمع المسلمون على أن الصلوات الخمس مؤقتة بمواقيت معلومة محدودة[1]، ودليل ذلك من الكتاب قوله تعالى: ﴿**إِنَّ الصَّلاَةَ كَانَتْ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ كِتَابًا مَّوْقُوتاً**﴾[2]، وكذلك قوله تعالى: ﴿**أَقِمِ الصّلاةَ لِدُلوكِ الشَّمْسِ إلى غَسَقِ اللّيل وَقُرْآنَ الفجرِ إنّ قُرْآنَ الفجرِ كان مَشْهوداً**﴾[3]. وقوله تعالى: ﴿**فَسُبْحَانَ اللّهِ حينَ تُمْسُونَ وحين تُصْبِحُون وله الحمدُ في السماوات والأرضِ وَعَشِيّاً وحين تُظْهرون**﴾[4].

قال بعض المفسّرين: إنّ المراد بالتّسبيح الصّلاة، أي: صلّوا حين تمسون، أي حين تدخلون في وقت المساء، والمراد به المغرب والعشاء، (وحين تصبحون) المراد به صلاة الصّبح، والمراد بقوله تعالى: (وعشيّاً) صلاة العصر، وبقوله تعالى: (وحين تظهرون) صلاة الظّهر.

ومن السنّة حديث ابن عبّاسٍ رضي الله عنهما أنّ النّبيّ ﷺ قال: "أمّني جبريل عليه السلام عند البيت مرّتين، فصلّى الظهر في الأولى منهما حين كان الفيء مثل الشّراك، ثمّ صلّى العصر حين كان كل شيء مثل ظلّه، ثمّ صلّى المغرب حين وجبت الشّمس وأفطر الصّائم، ثمّ صلّى العشاء حين غاب الشّفق، ثمّ صلّى الفجر حين برق الفجر وحرم الطّعام على الصّائم، وصلّى المرّة الثّانية الظهر حين كان ظل كلّ شيء مثله لوقت العصر بالأمس، ثمّ صلّى العصر حين كان ظل كلّ شيء مثليه، ثمّ صلّى المغرب لوقته الأوّل، ثمّ صلّى العشاء الآخرة حين ذهب ثلث اللّيل، ثمّ صلّى الصبح حين أسفرت الأرض، ثمّ التفتَ إليّ جبريل فقال: يا محمّد، هذا وقت الأنبياء من قبلك، والوقت فيما بين هذين الوقتين"[5].

---

(1) المغني: لابن قدامة، كتاب الصلاة (8/2).

(2) سورة النساء: من الآية (103).

(3) سورة الإسراء: الآية (78).

(4) سورة الروم: الآية (17).

(5) سنن الترمذي: كتاب/ الصلاة، باب/ مواقيت الصلاة (113/1)، (ح149)، وقال أبو عيسى: هذا حديث حسن.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وأوقات الصّلاة هي: الأزمنة الّتي حدّدها الشّارع لفعل الصّلاة أداءً، فالوقت سبب وجوب الصّلاة فلا تصحّ قبل دخوله، وتكون "قضاءً" بعد خروجه.

وقد صار التقويم هو الوسيلة للناس في معرفة مواقيت الصلاة بالساعة والدقيقة[1].

ولما كان المعوّل عليه في تحديد مواقيت الصلاة هو حركة الشمس الظاهرية نظراً لتعيين الشرع، ومع التطوّر في الأخذ بما يعين على تحديد الأوقات من حساب وآلات مما يفيد في تحديد أوقات الصلاة، كان لفقهاء المسلمين وقفة مع الأخذ بذلك، فإنه لابد من الربط بين ذلك التعيين والفلك والحساب، ويتم ذلك وفق معادلات رياضية معينة يقوم بحسابها مختصون بمعرفة تلك العمليات الحسابية[2].

- **تصوير المسألة وبيان تاريخ النشأة:**

تحديد مواقيت الصلاة عن طريق الحساب كان معروفاً لدى متقدمي المسلمين، إلا أن استعمال هذا الحساب قد تطوّر عبر العصور بتطوّر الآلات المستخدمة في العمليات الحسابية، وصارت تستخدم في ذلك الرسوم البيانية، أو الحاسبات الالكترونية في حل المعادلات المذكورة، ومع ظهور آلات الطباعة وجد ما يعرف بالتقويم اليومي، وهو يعتمد على عمليات حسابية دقيقة، يقوم بها بعض المختصين عن طريق الربط بين حركة الشمس، التي هي المعتمد في تحديد أوقات الصلاة، وحساب ساعات النهار والليل في عدد من المدن المختلفة المواقع، ويعتبر في ذلك فروق التوقيت في كل وقت، وكل يوم، ويمكن بعمليات حسابية إضافية تحديد أوقات الصلوات في سائر المدن والقرى، ويتمّ إصدار مثل هذا التقويم بصورة سنوية، مبيّناً فيه أوقات الصلوات الخمس في عدد من المدن بالتوقيت الغروبي والزوالي أو بأحدهما[3].

ومع وجود الحاسبات الآلية فإنه يمكن بعملية حسابية إصدار تقويم زمني يحدّد فيه مواقيت الصلوات لسنوات عديدة قادمة.

---

(1) قرارات مجلس المجمع الفقهي الإسلامي (ص89)؛ مجلة البحوث الفقهية المعاصرة (222/1).

(2) كتاب التوقيت والتقويم: للدكتور/ علي حسن موسى (ص95،77، 96).

(3) انظر: بحث تعيين مواقيت الصلاة في أي زمان ومكان على سطح الأرض (1380-1403): د. حسين كمال الدين في مجلة البحوث الإسلامية، العدد الثالث، 1397هـ.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

- **علاقة المسألة بتخصيص العرف:**

تبرز علاقة هذه المسألة بقاعدة العادة محكّمة، ويتمثل ذلك في أن من أجاز العمل بالحساب في تحديد مواقيت الصلاة، قد احتج بأن الناس في سائر الأعصار والأمصار يعتمدون في حال ما إذا حال دون الشمس غيم على الحساب بالرمل والماء ونحوهما[1]، وحاصل ذلك راجع إلى العمل بالعادة والعرف، حيث شاع وانتشر العمل بالحساب بالرمل والماء ونحوهما إذا حال دون الشمس غيّم ونحوه، حتى عسر استغناؤهم عن ذلك، وصار عادةً وعرفاً، والعمل بالتقويم في تحديد مواقيت الصلاة من هذا القبيل؛ إذ شاع وانتشر بين المسلمين العمل بالتقويم في تحديد مواقيت الصلاة وعسر استغناؤهم عن العمل به، حتى صار عادةً وعرفاً، فتحكّم هذه العادة، وذلك العرف، وما العمل بالتقويم في تحديد مواقيت الصلاة إلا امتداد للعمل بالحساب الذي كان معروفاً لدى المتقدمين، والحاجة إلى العمل بالتقويم في الزمان الحاضر أشدّ من الحاجة إلى العمل بالحساب في الأزمان الماضية، لصعوبة الاعتماد على حركة الشمس في هذا الزمان؛ لوجود ما يعيق الرؤية في بعض الأوقات، أو يجعلها صعبة في هذا الزمان الذي كثر فيه العمران وعلا، وكثرت فيه الإضاءات في الشوارع، وعلى رؤوس البنايات[2].

(1) وعلى ذلك أكثر الفقهاء. انظر: الفروق: للقرافي (2/178-179)؛ العلم المنشور في إثبات الشهور: لتقي الدين السبكي (ص7).

(2) انظر فتاوى ورسائل الشيخ محمد إبراهيم (2/130-132)؛ لقاء الباب المفتوح مع الشيخ محمد ابن صالح العثيمين، إعداد: د. عبد الله ابن محمد بن أحمد الطيار (7/39-41)، (16/24).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المبحث الثاني
أثر تخصيص العموم بالعرف
في المعاملات

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تخصيص العرف لعقود الناس وتصرفاتهم.

المطلب الثاني: معيار العرف في أموال الربا.

المطلب الثالث: معيار العرف وعقد الاستصناع.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الأول

تخصيص العرف لعقود الناس وتصرفاتهم

- **بيع الثمر إذا بدا صلاحه مع شرط بقائه:**

يحتاج الناس إلى التعامل ببيع الثمر إذا بدا صلاحه مع شرط بقائه[1]، ومثل ذلك بيع الزرع بشرط الترك وعسر استغنائهم عنه حتى صار عادةً وعرفاً للناس[2]. وهذا خلافاً للقاعدة العامة؛ فقد نهى رسول الله ﷺ عن "بيع وشرط"[3] قطعاً للمنازعة، وتحقيقاً للتوازن في مضمون العقد والتزاماته.

---

(1) فسر الحنفية بدو الصلاح بأن تؤمن العاهة والفساد. انظر: رد المحتار على الدر المختار: لابن عابدين (38/4)؛ وفسره غيرهم من المالكية والشافعية والحنابلة بظهور مبادئ النضج والحلاوة، وذلك يختلف باختلاف الثمرة. انظر: قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية: لابن جُزي (264)؛ بداية المجتهد: لابن رشد (150/2)؛ وروضة الطالبين: للنووي (555/3)؛ والمغني: لابن قدامة (158/6).

(2) تتبين الحقائق شرح كنز الدقائق: الزيلعي (12/4)؛ والهداية مع فتح القدير: لابن الهمام (489/5)؛ فتح القدير: لابن الهمام (490/5).

(3) أخرجه الزيلعي من طريق أبي حنيفة – عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، في كتاب/ البيع، باب/ البيع الفاسد. انظر: نصب الراية: للزيلعي (17/4)، وقال: "قال ابن القطان: وعلته ضعف أبي حنيفة في الحديث" (18/4).

وأخرجه ابن حجر عن عتاب بن أسيد في كتاب البيوع، باب ما نهي عنه من البيوع. انظر: المطالب العالية (398/1)، برقم (133).

قال ابن قدامة: "ولم يصح أن النبي ﷺ نهى عن بيع وشرط، إنما الصحيح أن النبي ﷺ نهى شرطين في بيع". المغني: لابن قدامة (165/6، 166).

وحديث النهي عن شرطين في بيع أخرجه الإمام أحمد في مسنده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده (179/2).

وأخرجه أبو داود عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده في كتاب البيوع، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده. انظر: سنن أبي داود مع شرحها عون المعبود (219/9-193)، برقم (3499).

وأخرجه الترمذي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده في أبواب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك. انظر: جامع الترمذي مع شرحه تحفة الأحوذي (360/4، 361)، وقال: "وهذا حديث حسن صحيح"(361/4).==

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

فذهب مالك والشافعي وأحمد وبعض فقهاء الحنفية إلى جواز التعامل بذلك، إذا بدا صلاح الثمر، واشترط محمد بن الحسن أن يكون الثمر قد تناهى عظمه[1].

وقد علل محمد بن الحسن جواز ذلك بأن الناس يحتاجون إلى هذه المعاملة، وتعاملوا بها وصار ذلك عادةً وعرفاً لهم؛ لذلك كانت هذه المعاملة جائزة[2].

وقد أجاز الحنفية اقتران العقد بالشرط استثناء، إذا جرى به العرف لسببين:

الأول: لأن الشرط إذا كان مما جرى به العرف، لا يكون سبباً للنزاع، فتنتفي علت حكم القاعدة.

الثاني: أن المتعاقدين يكونان على بيّنة من هذا الشرط مسبقاً، فلا بد أن يكون له اعتبار في حساب الثمن عند تعاقدهما، فيحصل التوازن في التزامات العقد، لانتفاء الغبن المتوقع حدوثه حالة عدم جريان العرف بهذا الشرط. ولذا، أجاز الحنفية بيع الثمار على الشجر مع شرط بقائها حتى يتم نضجها، على الرغم من أنه شرط زائد لا يقتضية العقد؛ لأنه يشغل ملك الغير، أجازوه استثناء من النص العام، بالعرف العملي[3].

وكذلك أجاز الإمام محمد بن الحسن الشيباني وبعض فقهاء الحنفية ومنهم شمس الأئمة الحلواني ومحمد ابن الفضل البخاري لبيع ما لم يظهر _من الثمر والزرع الذي يوجد بعضه بعد بعض كالبطيخ والقثاء والباذنجان والقرع_ مع ما ظهر استحساناً لتعامل الناس وللضرورة، قال أبو بكر محمد بن الفضل: "اجعل الموجود أصلاً في العقد وما يحدث بعد ذلك تبعاً، واستحسن هذا لتعامل الناس، فإنهم تعاملوا بيع ثمار الكرم بهذه الصفة ولهم في ذلك عادة ظاهرة وفي نزعهم عن عادتهم حرج بيّن[4].

== وأخرجه النسائي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده في كتاب البيوع، باب سلف وبيع، وهو أن يبيع السلعة على أن يسلفه سلفا، وباب شرطان في بيع. انظر: سنن النسائي مع شرح السيوطي وحاشية السندي (295/7).

(1) فتح القدير: لابن الهمام (489/5)؛ بداية المجتهد: لابن رشد القرطبي (150/2)؛ تكملة المجموع شرح المهذب: لتقي الدين السبكي (435/11)؛ المغني: لابن قدامة (155/6-156).

(2) انظر: المبسوط لشمس الدين السرخسي (196/12)؛ الهداية مع فتح القدير: لابن الهمام (489/5)؛ تتبين الحقائق شرح كنز الدقائق الزيلعي (12/4، فتح القدير: لابن الهمام (489/5، 490).

(3) المبسوط: للسرخسي (196/12)؛ والهداية مع فتح القدير: لابن الهمام (489/5)؛ وتبين الحقائق شرح كنز الدقائق: الزيلعي (12/4)؛ ورد المختار على الدر المختار: لابن عابدين (39/4)؛ انظر: المناهج الأصولية: د. فتحي الدريني (ص467).

(4) انظر: المبسوط: لشمس الدين السرخسي (197/12)؛ بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: للكاساني (139/5).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ورجح ابن عابدين جوازه، عملاً بمدلول العرف الذي أجاز بيع الثمار بعد ظهور بعضها[1].

قال ابن رشد: وأما شراء الثمر بعد الزهو فلا خلاف فيه، والإطلاق فيه عند جمهور فقهاء الأمصار يقتضي التبقيه[2].

وقال النووي: يجوز بيع الثمر بعد بدو صلاحه مطلقاً، وبشرط قطعه وبشرط إبقائه[3].

قال الشافعي: "فإن قيل: فقد يترك الثمر بعد أن يبدو صلاحه؟ قيل: الثمرة تخالفه في هذا الموضع، فيكون الثمر إذا بدا صلاحه لا يخرج منه شيء من أصل شجرته لم يكن خرج، إنما يتزيد في النضج[4].

وهذه الإجازة فيها تخصيص بالعرف العملي لعموم الأحاديث التي نهت عن بيع الغرر.

أدلة القائلين بالجواز:

ما رواه ابن عمر أن النبي ﷺ : (نهى عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها)[5].

وجه الاستدلال بالحديث:أن النهى وارد على بيع الثمار قبل بدو الصلاح بشرط التبقية؛ لأن الجوائح قد تعتريه، فيأخذ البائع الثمن بدون مثمن، والجوائح إنما تطرأ في الأكثر على الثمار قبل بدو الصلاح، وهذا يتحقق إذا تركت، أما إذا قطعت فلا جوائح.

قال في الأم: "وفي سنن رسول الله ﷺ دلائل، منها إذ قال: (إذا منع الله الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه)[6] أنه إنما نهى عن بيع الثمرة التي تترك حتى تبلغ غاية إبانها، لا أنه نهى عما يقطع منها، وذلك أن ما يقطع منها لا آفة عليه تمنعه، إنما منع ما يترك مدة تكون فيه الآفة.

---

(1) نشر العرف: لابن عابدين (556).

(2) بداية المجتهد: لابن رشد القرطبي (149/2).

(3) مغني المحتاج على متن منهاج الطالبين: للنووي (88/2).

(4) الأم: للإمام الشافعي (41/3-42).

(5) صحيح البخاري: كتاب/ البيوع، باب/ من باع ثماره أو نخله أو أرضه أو زرعه (100/3)، (ح1416)؛ صحيح مسلم: كتاب/ البيوع، باب/ النهي عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها بغير شرط القطع (1165/3)، (ح1534).

(6) صحيح البخاري: كتاب/ البيوع، باب/ إذا باع الثمار قبل بدوها (766/2)، (ح2086)؛ صحيح مسلم: باب/ وضع الجوائح (1190/3)، (ح1555).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وإذا كان النهي عن البيع قبل بدو الصلاح وبشرط التبقية دل الحديث بمفهومه على جواز بيعه بهذا الشرط بعد بدو الصلاح، وإلا لم يكن بدو الصلاح غاية ولا يكون لذكره فائدة.

ويؤيد هذا الاستدلال ما روي في رواية أخرى: أن النبي ﷺ : (نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها وتأمن العاهة)[1] فتعليله بأمن العاهة يدل على التبقية؛ لأن ما يقطع في الحال لا يخاف عليه العاهة، وإذا بدا الصلاح فقد أمنت العاهة"[2].

قال الشيخ أبو سنة: ويمكن أن يقال: إن العرف الذي جعل ترك الثمار والرطبة شرطاً صريحاً في البيع، هو بعينه يجعل هذا الشرط متعارفاً، فيكون بيعاً بشرط متعارف، فيصح استحساناً، وتحل الزيادة، أذن البائع أم لم يأذن[3].

(1) سنن أبو داود: كتاب/ البيوع، باب/ في بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها، ولفظه: نهى عن بيع النخل حتى تزهو وعن السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة. (تزهو: يحمر أو يصفر) (227/2)، (ح3368)؛ سنن الترمذي: كتاب/ البيوع، باب/ ما جاء في كراهية بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها (529/3)، (ح1227)، قال أبو عيسى: حديث بن عمر حديث حسن صحيح.

(2) بداية المجتهد: لابن رشد القرطبي (149/2)؛ الأم: للإمام الشافعي (41/3-42)؛ مغني المحتاج على متن منهاج الطالبين: للنووي (88/2)؛ المغني: لابن قدامة (67/4).

(3) العرف والعادة: للشيخ أحمد فهمي أبو سنة (ص165).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الثاني
معيار العرف في أموال الربا

لفظ الربا الوارد في القرآن الكريم، يحمل على ما كان متعارفاً في الجاهلية[1] وهو ربا النسيئة أو ربا الديون، وإن السنّة قد تناولت نوعاً آخر من الربا يختلف عن نوع الربا الذي ورد في القرآن الكريم، وهو ربا البيوع أو ربا الأموال المتماثلة جنساً وقدراً، في قوله ﷺ : (الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والحنطة بالحنطة، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح، مثلاً بمثل، سواءً بسواء، يداً بيد، فإذا اختلفت هذه الأصناف، فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد)[2]. أي بالتقايض الفوري في العوضين.

ومعنى الحديث: أن المعاوضة في هذه الأصناف، لا يجوز فيها التفاضل ولا التأجيل[3]، إذا كان العوضان من جنس واحد، كالحنطة بالحنطة.

أما إذا اختلف العوضان جنساً، كبيع الحنطة بالشعير، فإنه يجوز التفاضل في القدر، ولكن لا يجوز التأخير في التقابض، فيجوز بيع مائة كيلو من الحنطة بمائة وخمسين كيلو من الشعير بشرط التقابض فوراً، دون تأجيل التسليم في أحدهما[4].

قال الشيخ أبو سنة: "الأصل أن المعقود عليه تجب مساواته للبدل إن كانا من الأموال الربوية واتحد جنسهما. والمساواة إنما تكون بالمعيار الشرعي، وهو الكيل فيما يكال، والوزن

---

(1) التفسير الكبير: للإمام الفخر الرازي (357/2).

(2) رواه مسلم عن عبادة بن الصامت، صحيح مسلم: كتاب/ المساقاة، باب/ الصرف وبيع الذهب بالورق نقداً (1211/3)، (ح1587) ومعنى الحديث: بيعوا الذهب بالذهب..الخ.

(3) أي لا يجوز بيع طن من الحنطة بطن ونصف؛ لأن هذا تفاضل، ولا مقابل للزيادة، فهي ربا، وهما من جنس واحد، ويقدران بالوزن. كما لا يجوز بيع طن من الحنطة بطن مثله إلى أجل، أي على أن يوفى المشتري الطن بعد شهر مثلا، وهنا لا يوجد تفاضل في الوزن والقدر، ولكن البيع لم يتم فيه تقابض العوضين، أي أن المعاوضة لم تتم فور التعاقد، وهذا ما يطلق عليه "ربا النسيئة" أي التأخير ومحل البيع متحد الجنس، فلا يجوز إذا بيع جنس بجنسه متفاضلاً، ولا مؤجلاً إذا لم يكن هناك تفاضل، وذلك سداً لذريعة الاحتكار.

(4) انظر المناهج الأصولية: د. فتحي الدريني (ص462).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

فيما يوزن. فلا يجوز التساوي بالوزن فيما يكال، ولا بالكيل فيما يوزن. وهذا مما لا خلاف فيه بين الأئمة الأربعة"[1].

ولكن العلماء اختلفوا في كون هذه الأصناف الستة واردة في الحديث على سبيل المثال أو الحصر، أو بعبارة أخرى اختلفوا في تعيين الضابط أو المعيار في كل مال من أموال الربا:

- ذهب مالك وأبو حنيفة ومحمد بن الحسن وأبو يوسف _في رواية عنه_ إلى: أن ما نص الشارع على أنه مكيل فهو مكيل أبداً، وما نص على أنه موزون فهو موزون أبداً. وما لم ينص الشارع عليه فالمعتبر فيه ما جرى به عرف الناس في الأسواق في كل بلد[2].

قال في الشرح الكبير: واعتبرت المماثلة المطلوبة في الربويات بمعيار الشرع، فما ورد عنه في شيء أنه كان يكال _كالقمح_ فالمماثلة فيه بالكيل لا بالوزن، وما ورد عنه في شيء أنه كان يوزن _كالنقد_ فالمماثلة فيه بالوزن لا بالكيل، فلا يجوز بيع قمح بقمح وزناً، ولا نقد بنقد كيلاً، وإن لم يرد عن الشرع معيار معين في شيء من الأشياء فبالعادة العامة: كاللحم فإنه يوزن في كل بلد، أو الخاصة: كالسمن واللبن والزيت والعسل، فإنه يختلف باختلاف البلاد، فيعمل في كل محل بعادته[3].

وقال في الهداية: وكل شيء نص رسول الله ﷺ على تحريم التفاضل فيه كيلاً فهو مكيل أبداً، وإن ترك الناس الكيل فيه، مثل: الحنطة والشعير والتمر والملح. وكل ما نص على تحريم التفاضل فيه وزناً فهو موزون أبداً، وان ترك الناس الوزن فيه، مثل الذهب والفضة، قال: وما لم ينص عليه فهو محمول على عادات الناس[4].

حجة الجميع في المواطن التي قالوا يرجع فيها إلى العرف _ما عدا الرواية الثانية عن أبي يوسف_ أن المعهود من الشرع في كل ما لم يرد فيه حد معين أنه يرجع إلى العرف، كالقبض والإحراز والتفريق وغيره؛ لأن العرف يكون بمنزلة الإجماع عند عدم النص، ولاسيما إذا كان عاماً [5].

---

(1) انظر: العرف والعادة: للشيخ احمد فهمي أبو سنة (ص140).

(2) الهداية شرح بداية المبتدي: للمرغيناني (282/5)؛ الشرح الكبير: للدردير (53/3).

(3) الشرح الكبير: للدردير (53/3).

(4) الهداية شرح بداية المبتدي: للمرغيناني (282/5-283).

(5) الشرح الكبير: للدردير (53/3)؛ الهداية شرح بداية المبتدي: للمرغيناني (282/5-283).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

- وذهب أبو يوسف رحمه الله _في الرواية الثانية عنه_ إلى أن المعتبر هو عرف الناس في المنصوص عليه وغيره.

قال في الهداية: "وعن أبي يوسف أنه يعتبر العرف على خلاف المنصوص عليه أيضاً". وحجته: أن العرف الطارئ إنما يترك لو قام النص على خلافه، وما هنا ليس كذلك؛ لأن نصه ﷺ على المعيار مبني على العرف الذي كان، ومعلول به، حتى لو كان العرف هو الوزن في المكيل، والمكيل في الموزون لورد النص على وفقه، ولو تغير في حياته ﷺ لتغير النص، وحيث كان معلولاً بالعرف فهو مدار المعيار أبداً، فإذا تبدل وجب أن يثبت الحكم على وفاقه[1].

- وذهب الشافعي وأحمد: إلى أن ما غلبت عادة الحجاز بكيله أو وزنه في عهد رسول الله ﷺ فهو كذلك أبداً، وإن أحدث الناس عرفاً على خلافه وما لم يكن فيه عادة بالحجاز على عهده ﷺ _أو كان ولم يعرف_ ففيه وجهان:

أحدهما: أنه يردّ إلى أقرب الأشياء شبهاً به في الحجاز.

الثاني: أنه يراعى فيه عادة بلد البيع. وهذا هو الأرجح لدى الشافعية [2].

واحتج الشافعي وأحمد رحمهما الله فيما فيه للحجاز عرف:

أ- بما رواه أبو داود عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما عن النبي ﷺ أنه قال: (الميزان ميزان أهل مكة والمكيال مكيال أهل المدينة)[3].

ووجه الاستدلال به: أن الرسول ﷺ إنما بعث لبيان الأحكام فيحمل كلامه على ذلك، وليس المراد أنه لا يكال إلا بكيل المدينة ولا يوزن إلا بوزن مكة، وإنما المراد أن المرجع في كون الشيء مكيلاً أو موزوناً إلى هذين البلدين، ولأن ما كان مكيلاً أو موزوناً في هذين البلدين في زمن النبي ﷺ انصرف التحريم في التفاضل إليه، فلا يجوز أن يتغير بعد ذلك.

---

(1) الهداية شرح بداية المبتدي: للمرغيناني وشروحها مطبوع مع فتح القدير: لابن الهمام (283/5)؛ العرف والعادة: للشيخ أحمد فهمي أبو سنة (ص141).

(2) كتاب الأم: للإمام الشافعي (70/3)؛ المجموع شرح المهذب: للنووي (215/10-223)؛ منهاج العقول: للبدخشي على منهاج البيضاوي (24/2)؛ المغني: لابن قدامة (16/4-17).

(3) رواه أبو داود عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما، سنن أبي داود: كتاب/ البيوع، باب/ في قول النبي ﷺ المكيال مكيال المدينة (246/3)، (ح3340)، وصححه ابن حبان.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ب- أن ما ورد به الشرع مطلقاً، وليس له حد في الشرع ولا في اللغة، يرجع فيه إلى العرف والعادة، وأولى العادات ما كان زمنه ﷺ. والظاهر أنه ﷺ اطلع على ما كان في زمنه من المعيار _في هذين البلدين_ وأقره، فأصبح عرف الحجاز ثابتاً بالسنة القولية والتقريرية، ولا عبرة بعرف الناس على خلاف السنة[1].

وحجة القول برد ما لا عرف فيه في الحجاز إلى أقرب الأشياء شبهاً به:

أن هذا هو المرجع في الأمور التي يقع فيها الاشتباه، فالقياس أن ترد إلى أشبه المنصوص عليه بها، كما يحكم في جزاء الصيد _فيما لم يحكم به الصحابة_ بأشبه الأشياء بما حكمت فيه. وإذا ثبت أن المرجع إلى الحجاز في المعيار، وليس له فيها أصل فنعتبر ما يشبهه، محافظة على ذلك، ولو اعتبرناه ببلده لفات ذلك بالكلية[2].

(1) المجموع شرح المهذب: للنووي (213/10-216)؛ المغني: لابن قدامة (16/4-17).

(2) المراجع السابقة.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الثالث

معيار العرف في عقد الاستصناع

الاستصناع في اللّغة: مصدر استصنع الشّيء: أي دعا إلى صنعه، ويقال: اصطنع فلانٌ باباً: إذا سأل رجلاً أن يصنع له باباً، كما يقال: اكتتب أي أمر أن يكتب له[1].

وفي الاصطلاح: عرّفه بعض الحنفيّة: عقدٌ على مبيعٍ في الذّمّة شُرط فيه العمل[2]. فإذا قال شخصٌ لآخر من أهل الصّنائع: اصنع لي الشّيء الفلانيّ بكذا درهماً، ويبين له صفته ومقداره، وقبل الصّانع ذلك، أو يبيع ما يصنعه موصوفاً في الذمة، ويقبض ثمنه حالاً، انعقد استصناعاً عند الحنفيّة[3].

والاستصناع من قبيل العرف العام، والعمل به من باب تخصيص العام بالعرف، وقد ورد النص بنهي الإنسان عن بيع ما ليس عنده[4]، وكان التعامل بالاستصناع مما يحتاج إليه الناس، حتى صار العمل به عادة وعرفاً، فيُعمل بالنص في عمومه، ويُخصّ منه التعامل بالاستصناع استحساناً[5].

---

(1) لسان العرب: لابن منظور، مادة (صنع)، (308/8)؛ ومختار الصحاح: محمد بن أبي بكر الرازي، باب/ الصاد، مادة (ص ن ع) (123/1).

(2) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: للكاساني (2/5).

(3) كشف الأسرار: لعبد العزيز البخاري (5/4)؛ المبسوط: للسرخسي (138/12)؛ فتح القدير: لابن الهمام (354/5).

(4) أخرجه الترمذي عن حكيم بن حزام من ثلاث طرق، سنن الترمذي: كتاب/ أبواب البيوع، باب/ ما جاء في كراهية بيع ما ليس عنده. انظر: جامع الترمذي مع شرحه تحفة الأحوذي (360/4-363)، برقم (1250، 1251، 1252، 1253)، وقال بعد ذكره الطريق الثاني لرواية حكيم بن حزام: هذا حديث حسن صحيح. رواه الخمسة.

(5) انظر: رسالة نشر العرف ضمن مجموع رسائل ابن عابدين (116/2)؛ العرف والعادة: للشيخ أحمد فهمي أبو سنة (ص64)؛ المدخل الفقهي العام: للأستاذ مصطفى الزرقاء (896/2، 897)؛ القواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها: د. صالح السدلان (ص371).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ووجه الاستحسان: استصناع الرسول ﷺ الخاتم[1]، والإجماع من لدن رسول اللّـه ﷺ دون نكيرٍ، وتعامل النّاس بهذا العقد والحاجة الماسّة إليه[2].

حكمة مشروعيّة الاستصناع:

الاستصناع شرع لسدّ حاجات النّاس ومتطلّباتهم؛ نظراً لتطـوّر الـصّناعات تطـوّراً كبيراً، فالصّانع يحصل له الاتفاق ببيع ما يبتكر من صناعةٍ هي وفق الشّروط الّتـي وضـع عليها المستصنع في المواصفات والمقاييسات، والمستصنع يحصل له الاتفاق بـسدّ حاجيّاتـه وفق ما يراه مناسباً لنفسه وبدنه وماله، أمّا الموجود في السّوق مـن المـصنوعات الـسّابقة الصّنع فقد لا تسدّ حاجات الإنسان. فلا بدّ من الذّهاب إلى من لديه الخبرة والابتكار[3].

- ذهب الحنفية إلى صحة عقد الاستصناع باعتباره عقداً مستقلاً على سبيل الاستحسان.

أدلة القائلين بالجواز:

استدل الحنفية على ذلك هو تخصيص العرف، وهو ما جرى به التعامـل، ومـضى العرف به. واعتبروا القول به نوعاً من الاستحسان الثابت بالإجماع العملي[4].

قال السمرقندي في تفسير الاستصناع: هو عقد على مبيع في الذمة، وشـرط عملـه على الصانع والقياس: أن لا يجوز، وفي الاستحسان: جائز لتعامل الناس، فلا جرم اخـتص جوازه بما فيه تعامل، كما في الخف والقلنسوة والأواني ونحوها، بعد بيان القدر والصفة والنوع"[5].

---

(1) صحيح البخاري: كتاب/ اللباس، باب/ الخاتم في الخنـصر (2205/5)، (ح5536)؛ انظـر: اصـطناع الرسول للخاتم في الأيمان والنذور: فتح الباري (454/11)؛ وقال صاحب الاعتبـار (ص187): هـذا الحديث صحيح ثابت، وله في الصحاح طرق عدة.

(2) ذكر بعض العلماء أن التعامل بالاستصناع قد جرى فيما بين الناس من لدن عهد النبي ﷺ إلى يومنا هذا. انظر: المبسوط: لشمس الدين السرخسي (138/12)؛ تتبين الحقائق شرح كنز الدقائق الزيلعي (123/4).

وإذا كان كذلك فإنه سيكون من قبيل الاستحسان المستند على دليل من السنة يتضمن العرف؛ لأن ذلـك يعتبر من قبيل السنة التقريرية وأيا كان فإن المقصود بثبوت الحكم سواء أثبت بالسنة، أم بالإجماع. انظـر: رفع الحرج: د. يعقوب الباحسين (ص312).

(3) انظر: المبسوط: للسرخسي (139/12).

(4) المبسوط: لشمس الدين السرخسي (138/12)؛ بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: للكاساني (2/5)؛ فتح القدير: لابن الهمام (354/5).

(5) تحفة الفقهاء: للسمرقندي (5389/2).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وقال صاحب الهداية: "ولا بأس بالسلم في طست أو قمقمة أو خفين أو نحو ذلك إذا كان يعرف، وإن كان لا يعرف فلا خير فيه. ثم قال: وإن استصنع شيئاً من ذلك بغير أجل جاز استحساناً، للإجماع الثابت بالتعامل. قال صاحب العناية: فإن الناس في سائر الأعصار تعارفوا الاستصناع فيما فيه تعامل من غير نكير، والقياس يترك بمثله كدخول الحمام"[1].

ويشترط الحنفية أن يكون العرف الجائز للاستصناع عرفاً عاماً؛ لأنه مخصص للنص الشرعي[2].

وقد اشترط أبو حنيفة في عقد الاستصناع خلوّه من الأجل، فإذا ذكر الأجل في الاستصناع صار سلماً ويعتبر فيه شرائط السّلم، وخالفه في ذلك أبو يوسف ومحمّدٌ ليس بشرط؛ لأن العادة جارية بتحديد الأجل في الاستصناع[3]. ونرى أن قولهما هو المتمشي مع ظروف الحياة العملية، فهو أولى بالأخذ.

- أمّا المالكيّة والشّافعيّة: فقد ألحقوه بالسّلم، فيؤخذ تعريفه وأحكامه من السّلم، عند الكلام عن السّلف في الشّيء المسلم للغير من الصّناعات، فالمشهور عنهم أنهم لا يقولون بصحة هذا العقد. وعند الرجوع إلى كتبهم يتبين أنهم يوافقون الحنيفة على وجه الإجمال وان خالفوهم في المسلك وبعض الشروط.

فعند المالكية: يجوز أن يستصنع السيف أو السرج وما شابهه، ويشترط في ذلك ما يشترط في السلم عندهم. فقد جاء في الشرح الكبير و حاشية الدسوقي: "أنه يجوز الشراء من الحداد والنجار والحباك وهو سلّم، يشترط فيه ما يشترط في السّلم: من تعجيل رأس المال، وضرب الأجل، وعدم تعيين العامل والمعمول منه، وكذلك استصناع السيف والسرج سلّم، كأن تقول لإنسان: اصنع لي سيفاً، أو سرجاً صفته كذا بدينار فلا بد من تعجيل رأس المال وضرب الأجل، وأن لا يعين العامل ولا المعمول منه"[4].

---

(1) الهداية وشروحها: للمرغيناني (5/354-3550).

(2) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: للكاساني (5/3)؛ فتح القدير: لابن الهمام (5/355)؛ العرف والعادة: للشيخ أحمد فهمي أبو سنة (ص133).

(3) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: للكاساني (5/3)؛ المبسوط: للسرخسي (12/139)؛ رد المحتار على الدر المختار: لابن عابدين (4/223).

(4) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: للدسوقي (3/217).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

- وعند الشافعي رحمه الله: فإنه يصح عنده في كل ما ينضبط المقصود منه بالوصف، سواء أكان حالاً أم مؤجلاً، وإنما يشترط فيه تسليم رأس المال في المجلس؛ لأنه سلّم[1].
- وكذلك الأمر عند الحنابلة: يصح عندهم بلفظ البيع، حيث يستفاد من كلامهم أنّ الاستصناع: بيع سلعةٍ ليست عنده على غير وجه السّلم، فيرجع في هذا كلّه عندهم إلى البيع وشروطه عند الكلام عن البيع بالصّنعة [2].

قال ابن قدامة: "وهو أن يسلم عوضاً حاضراً في عوض موصوف في الذمة إلى أجل، وهو نوع من البيع ينعقد بما ينعقد به البيع، وبلفظ السلم والسلف، ويعتبر فيه من الشروط ما يعتبر في البيع"[3].

وعلى هذا نجد جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة يرون أن عقد الاستصناع _على الصفة التي ذكرناها لدى كل منها_ قسم من أقسام السّلم، وأدلته أدلة السلم، بينما جعله الحنفية عقداً مستقلاً له اعتباره الذي يميّزه عن عقد السلم[4].

ويقول أبو زهرة: "لقد وجدنا الفقهاء يقولون في الاستصناع: إن القياس عدم جوازه، لكنا تركنا القياس بالتعامل به من غير نكير من أحد من الصحابة، ولا من التابعين، ولا من علماء كل عصر، هذا حجة يترك بها القياس، ويقول أبو زهرة بل إنهم يصرحون بأن تعامل الناس يخصص النص العام، وذلك إذا كان العرف عاماً، فمثلاً ورد النهي عن بيع الإنسان ما ليس عنده، ولكن جرى تعامل الناس به من أقدم العصور على جواز الاستصناع، فكان ذلك التعامل مخصصاً للنص، فكان النهي فيما عداه"[5].

---

(1) كتاب الأم: للشافعي (85/2)؛ انظر: مغني المحتاج على متن منهاج الطالبين: للنووي (102/2-109)؛ الأشباه والنظائر: للسيوطي (ص89)؛ العادة والعرف: للشيخ أحمد أبو سنة (ص131، وما بعدها).

(2) كشاف القناع عن متن الإقناع: لمنصور البهوتي (132/3)؛ الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف: لعلاء الدين المرداوي (300/4)؛ الفروع وتصحيح الفروع: لمحمد بن مفلح المقدسي (458/2).

(3) المغني: لابن قدامة (207/4، 209، 219).

(4) المدونة الكبرى: للإمام مالك (18/9)؛ الشرح الصغير: للدردير (287/3)؛ روضة الطالبين للنووي (26/4)؛ المهذب: للشيرازي (297/1)؛ كشاف القناع عن متن الإقناع: لمنصور البهوتي (132/3)؛ الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف: لعلاء الدين المرداوي (300/4)؛ العرف والعادة: للشيخ أحمد فهمي أبو سنة (ص131).

(5) كتاب الإمام أبو حنيفة: لمحمد أبو زهرة (ص309).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الآثار المترتبة لعقد الاستصناع:

هو عقدٌ غير لازمٍ عند أكثر الحنفيّة، سواءٌ تمّ أم لم يتمّ، وسواءٌ أكان موافقاً للصّفات المتّفق عليها أم غير موافق. وذهب أبو يوسف إلى أنّه إن تمّ صنعه _وكان مطابقاً للأوصاف المتّفق عليها_ يكون عقداً لازماً؛ لأنه مبيع بمنزلة المسلم فيه فليس له خيار الرؤية، لدفع الضرر عن الصانع في إفساد المواد المصنوعة التي صنعها وفقا لطلب المستصنع، وربما لا يرغب غيره في شرائه على تلك الصفة[1].

وفي تقديرنا أن هذا الرأي سديدٌ منعاً من وقوع المنازعات بين المتعاقدين ودفعاً للضرر عن الصانع إذ أن أغراض الناس تختلف باختلاف الشيء المصنوع حجماً ونوعاً وكيفية، ولأن هذا الرأي يتفق مع مبدأ القوة الملزمة للعقود بصفة عامة في الشريعة، ويتناسب مع الظروف الحديثة التي يتفق فيها على صناعة أشياء خطيرة وغالية الثمن كالسفن والطائرات والمركبات، فلا يعقل أن يكون عقد الاستصناع فيها غير لازم[2].

صور من التعامل التي جرى العرف بها:

- إجازة الحنفية للشروط التي يجري بها العرف كشراء القفل على أن يثبته البائع في الباب أو الحذاء على أن يضع له نعلا، وهذه الإجازة أساسها العرف، وفي هذا تخصيص لعموم نهي النبي ﷺ : "عن بيع وشرط"[3].

- أن يتفق إنسان مع أحد النجارين أن يصنع له نجارة معينة من خشب أو ألمنيوم، والمادة من الصانع، وقد يدخل فيها الزجاج وغيره من أقفال ومفاتيح ومغاليق.

- أن يتقاول شخص مع صاحب مصنع لصنع الأثاث أو المفروشات وغيرها على صنع غرفة نوم أو مقاعد، وما يتركب منه المصنوع كله من الصانع حسب نموذج معين يطلع

---

(1) المبسوط: للسرخسي (139/12)؛ بدائع الصنائع: للكاساني (3/5)؛ فتح القدير: لابن الهمام (356/5)؛ رد المحتار على الدر المختار: لابن عابدين (223/4).

(2) فتح القدير: لابن الهمام (355/5، 356)؛ مجلة الأحكام العدلية، المادة (392)، واللجنة ترجح رأي أبي يوسف الذي أخذت به المجلة، وترى لزوم عقد الاستصناع، لما يترتب على استقلال أحد الطرفين بفسخه من المضمار إلا إذا جاء على خلاف الوصف المتفق عليه.

(3) تقدم تخريج الحديث (ص169).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المستصنع عليه ويحصل الاتفاق على هذا، إلى غير ذلك من الأمثلة، والحكم بصحة هـذا التعامل تيسيراً على الناس إذ أن الحاجة ماسّة إليه، والناس يتعاملون به فكان جائزاً تحقيقاً للمصلحة ودفعاً للحرج والمشقة عنهم[1].

(1) القواعد الفقهية: د. عبد العزيز عزام (ص168).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المبحث الثالث
أثر تخصيص العموم بالعرف
في الجنايات وغيرها

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: الحرز في السرقة.

المطلب الثاني: في المنازعة عند التمليك.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الأول
الحـرز فـي السرقـة

الحرز في اللّغة: الموضع الّذي يحفظ فيه الشّيء، والجمع أحراز، تقول: أحرزت الشّيء أحرزه إحرازاً إذا حفظته وضممته إليك وصنته عن الأخذ. وللحرز معان أخرى منها الموضع الحصين يقال: هذا حرز حريز، للتّأكيد، كما يقال: حصن حصين[1].

الحرز اصطلاحاً: الحرز ما يوضع فيه المتاع للحفظ، أو هو ما نصب عادة لحفظ أموال النّاس، كالدّار، والحانوت، والخيمة، والشّخص[2].

السّرقة في اللّغة: السّرقة أخذ الشّيء من الغير خفيةً[3].

السّرقة في الاصطلاح: هي أخذ العاقل البالغ نصاباً محرزاً، أو ما قيمته نصاب، ملكاً للغير، لا شبهة له فيه، على وجه الخفية[4].

اتفق العلماء على أنه لا يجب القطع في السرقة إلا اذا أخذ المتاع المسروق من حرزه. ومتّفقون على أنّ تحديد الحرز مرجعه إلى العرف والعادة.

---

(1) لسان العرب: لابن منظور، مادة (حرز) (333/5).

(2) فتح القدير: لابن الهمام (142/5)؛ بداية المجتهد: لابن رشد (440/2)؛ الشرح الصغير: للدردير (477/4)؛ المغني: لابن قدامة (249/8)؛ القوانين الفقهية: لابن جزي (ص352)؛ روضة الطالبين: للنووي (121/10).

(3) لسان العرب: لابن منظور، مادة (سرق) (156/10)؛ مختار الصحاح: لأبي بكر الرازي، باب/السين، مادة (س ر ق) (125/1).

(4) زاد المالكية: أخذ مكلف طفلاً حراً لا يعقل لصغره. انظر: الاختيار لتعليل المختار لعبد الله الموصلي (102/4)؛ فتح القدير: لابن الهمام (219/4)؛ انظر: لابن نجيم تعريفاً مفصلاً في البحر الرائق شرح كنز الدقائق: لابن نجيم (55/5)؛ وبداية المجتهد: لابن رشد (372/2)؛ المهذب: للشيرازي (277/2)؛ وقريب منه: نهاية المحتاج: لشمس الدين الرملي (439/7)؛ والإقناع: للحجاوي (274/4)؛ كشاف القناع: للبهوتي (129/6)؛ الفتاوى الهندية: لمجموعة من علماء الهند (170/2).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

قال ابن الهمام: الحرز ما عد عرفاً حرزاً للأشياء؛ لأن اعتباره ثبت شرعاً من غير تنصيص على بيانه فيعلم به أنه رد إلى عرف الناس فيه[1].

وقال الشافعي: وانظر إلى المسروق، فإن كان في الموضع الذي سرق منه تنسبه العامة إلى أنه في مثل ذلك الموضع محرز فأقطع فيه، وإن كانت العامة لا تنسبه إلى أنه في مثل ذلك الموضع محرز فلا يقطع فيه[2].

قال الغزالي: والحرز ما لا يعدّ المالك أنّه مضيّع لماله إذا وضعه فيه. ومرجعه العرف؛ لأنّه ليس له ضابط لغةً ولا شرعاً، كالقبض في المبيع والإحياء في الموات، والعرف يتفاوت، ولذلك فهو يختلف باختلاف الأحوال، والأوقات[3].

وقال ابن قدامة: والحرز ما عدّ حرزاً في العرف، فإنه لما ثبت اعتباره في الشرع من غير تنصيص على بيانه، علم أنه ردّ ذلك إلى أهل العرف؛ لأنه لا طريق إلى معرفته إلا من جهته، فيرجع إليه[4].

والأصل في اشتراط الحرز ما روي في الموطّأ عن النّبيّ ﷺ أنّه قال: "لا قطع في ثمر معلّق ولا في حريسة جبل، فإذا آواه المراح أو الجرين، فالقطع فيما بلغ ثمن المجنّ"[5].

الحرز نوعان: حرز بالمكان، وحرز بالحافظ:

الحرز بالمكان: هو كلّ بقعة معدّة للإحراز ممنوع الدّخول فيها أو الأخذ منها إلاّ بإذن كالدّار والبيت.

الحرز بالحافظ: ويكون في كلّ مكان غير معدّ للإحراز، يدخل إليه بلا إذن، كالمسجد والسّوق[6].

---

(1) فتح القدير: لابن الهمام (238/4).

(2) كتاب الأم: الشافعي (135/6).

(3) المستصفى: للغزالي (196/2).

(4) المغني: لابن قدامة (111/9).

(5) الموطأ: للإمام مالك باب ما يجب فيه القطع (831/2)، (ح1518)، من حديث عبدا لله المكي مرسلاً. قال ابن عبد البر: "لم يختلف رواة الموطأ في إرساله ويتصل معناه من حديث عبد الله بن عمر وغيره.

(6) المغني: لابن قدامة، كتاب الحدود (112/9).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

والفرق بين النّوعين:

أنّ القطع لا يجب بالأخذ من الحرز بالمكان إلاّ بالإخراج منه عند جمهور الفقهاء؛ لأنّ يد المالك قائمة ما لم يخرجه، فلم تتمّ السّرقة.

وأمّا المحرز بالحافظ فيجب القطع بمجرّد أخذه؛ لأنّ يد المالك تزال بمجرّد الأخذ، فتمّت السّرقة.

ولمّا كان ضابط الحرز وتحديد مفهومه يرجع إلى العرف، وهو يختلف باختلاف الزّمان والمكان ونوع المال المراد حفظه، فقد اختلف الفقهاء في بعض المواضع ليكون الحرز تامّاً، وبالتّالي يقام الحدّ على من يسرق منه؟، وذلك إما لأن العرف يتفاوت و يختلف، فينشأ عن ذلك اختلاف، وإما لدليل آخر يقدم العمل به على العرف[1].

من هذه المواطن التي اختلف الأئمة في اعتبارها حرزاً وعدم اعتبارها:

1. **الدار المشتركة في السكنى:**

اختلفوا فيما إذا كانت الدار مشتركة، وأخرج السارق المتاع من البيت إلى صحن الدار هل يقطع؟، وكذلك إذا سرق من يسكن أحد هذه البيوت من بيت آخر في الدار نفسها؟.

- اشترط الحنيفة: أن يكون كل بيت مستقلا بمنافعه عن الآخر. وقد ذكر في فتح القدير عن محمد بن الحسن أنه قال: أن تكون الدار عظيمة _فيها بيوت وكل بيت يسكنه أهل بيت على حدتهم_ بحيث يستغني أهل كل بيت ببيتهم عن صحن الدار، ولا ينتفعون به إلا كانتفاع أهل المنازل بالطريق[2].

قال في الهداية: فإن كانت دار فيها مقاصير، فأخرجها من المقصورة[3] إلى صحن الدار قطع؛ لأن كل مقصورة باعتبار ساكنها حرز على حدة، وإن أعار إنسان من أهل المقاصير

(1) حاشية ابن عابدين (194/3)؛ المبسوط: للسرخسي (147/9)؛ فتح القدير: لابن الهمام (144/5)؛ بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: للكاساني (73/7)؛ الاختيار لتعليل المختار لعبد الله الموصلي (104/4)؛ بداية المجتهد: لابن رشد (485/2)؛ روضة الطالبين: للنووي (121/10)؛ المغني: لابن قدامة (249/8).

(2) فتح القدير: لابن الهمام (241/4).

(3) المقصورة: الدار المحصنة التي هي أصغر من الدار الواسعة التي تضمها، وجمعها مقاصر ومقاصير، انظر: لسان العرب: لابن منظور، مادة (قصر) (100/5).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

على مقصورة فسرق منها قطع. وبناءً على قول الحنفية هذا يمكننا القول أنه يشترط _الآن_ أن يكون كل بيت مستقلاً بمنافعه عن الآخر[1].

- ذهب مالك والشافعي: إلى أن البيت في الدار المشتركة حرز، يقطع بإخراج المتاع منه ولو لم يخرجه من جميع الدار.

قال مالك: "الأمر عندنا أنه إذا كانت دار رجل مغلقة عليه ليس معه فيها غيره، فإنه لا يجب على من سرق منها شيئاً القطع حتى يخرج به من الدار كلها، وذلك أن الدار كلها هي حرزه. فإن كان معه في الدار ساكن غيره، وكان كل إنسان منهم يغلق عليه بابه، وكانت حرزاً لهم جميعاً: فمن سرق من بيوت تلك الدار شيئاً يجب فيه القطع، فخرج به إلى الدار، فقد أخرجه من حرزه إلى غير حرزه، ووجب عليه فيه القطع". وهذا هو عمل أهل المدينة وهو حجة عند مالك[2].

وقال الشافعي: لو كانت الدار مشتركة، وأخرج السرقة من البيت والحجرة إلى الدار قطع؛ لأن المشتركة ليست بحرز لواحد من السكان دون الآخر. وقال: ولو أسكن رجل رجلاً في بيت، أو أكراه إياه فكان يغلقه دونه، ثم سرق رب البيت منه قطع، وهو مثل الغريب يسرق منه[3].

- ذهب أحمد: إلى أنه إذا أخرج المتاع من البيت إلى الدار يقطع، واشترط: أن يكون باب البيت مغلقاً، فإن كان مفتوحاً لم يقطع حتى يخرجه من الدار.

قال ابن قدامة: "وإذا أخرج المتاع من بيت في الدار أو الخان إلى الصحن، فإن كان باب البيت مغلقاً ففتحه أو نقبه فقد أخرج المتاع من الحرز، وإن لم يكن مغلقاً فما أخرجه من الحرز"[4].

2. السّرقة بين الأزواج:

اتّفق جمهور الفقهاء على عدم إقامة الحدّ إذا سرق أحد الزّوجين من مال الآخر وكانت السّرقة من حرز قد اشتركا في سكناه، لاختلال شرط الحرز، وللانبساط بينهما في الأموال

(1) الهداية شرح بداية المبتدي: للمرغيناني (243/4).
(2) الموطأ: للإمام مالك (837/2).
(3) الأم: للشافعي (136/6، 139).
(4) المغني: لابن قدامة (117/9).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

عادةً، أمّا إذا كانت السّرقة من حرز لم يشتركا في سكناه، أو اشتركا في سكناه ولكنّ أحدهما منع من الآخر مالاً أو حجبه عنه، فقد اختلف الفقهاء في حكم السّرقة منه:

- فيرى الحنفيّة وهو قول عند الشّافعيّة والرّواية الرّاجحة عند الحنابلة: أنّه لا قطع على واحد منهما، لما بين الزّوجين من الانبساط في الأموال عادةً ودلالةً، وقياساً على الأصول والفروع؛ لأنّ بينهما سبباً يوجب التّوارث من غير حجب[1].

قال صاحب الهداية: وإذا سرق أحد الزوجين من الآخر، أو العبد من سيده أو من امرأة سيده، أو من زوج سيدته لم يقطع، لوجود الإذن بالدخول عادة، وإن سرق أحد الزوجين من حرز لآخر خاصة لا يسكنان فيه، فكذلك عندنا[2].

قال في الفتح: وجه قولنا أن بينهما بسوطة في الأموال عادة ودلالة، فإنها لما بذلت نفسها _وهي أنفس من المال_ كانت بالمال أسمح. وقال: ولأن بينهما سبباً يوجب التوارث من غير حجب حرمان كالوالدين[3].

- أمّا المالكيّة: فإنّهم يوجبون الحدّ على السّارق _وهو الرّاجح عند الشّافعيّة، والرّواية الثّانية عند الحنابلة_ في هذه المسألة، لعموم آية السّرقة؛ لأنّ الحرز هنا تامّ، وربّما لا يبسط أحدهما للآخر في ماله، فأشبه سرقة الأجنبيّ[4].

- ذهب مالك رحمه الله إلى أنه يقطع، والظاهر: أن عمدته في ذلك عمل أهل المدينة.

جاء في الموطأ: "والأمر عندنا في العبد يسرق من متاع سيده ... إلى أن قال: وكذلك الرجل يسرق من متاع امرأته، أو المرأة تسرق من زوجها ما يجب فيه القطع: إن كان الذي سرق كل واحد منهما من متاع صاحبه في بيت سوى البيت الذي يغلقان عليهما، وكان في

---

(1) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: للكاساني (75/7)؛ وفتح القدير: لابن الهمام (239/4)؛ الفتاوى الهندية: لمجموعة من علماء الهند (181/2)؛ المدونة الكبرى: للإمام مالك (76/16)؛ شرح الزرقاني (100/8)؛ بداية المجتهد: لابن رشد (377/2)؛ مغني المحتاج: للنووي (162/4)؛ نهاية المحتاج: لشمس الدين الرملي (424/7)؛ مختصر المزني بهامش الأم (172/5)؛ المهذب: للشيرازي (281/2)؛ المغني: لابن قدامة (287/10).

(2) الهداية شرح بداية المبتدي: للمرغيناني (239/4).

(3) فتح القدير: لابن الهمام: (141/4).

(4) فتح القدير: لابن الهمام (241/4)، مغني المحتاج على متن منهاج الطالبين: للنووي (162/4)؛ المغني: لابن قدامة (117/9).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

حرز سوى البيت الذي هما فيه، فإن من سرق منهما من متاع صاحبه ما يجب فيه القطع، فعليه القطع فيه"[1].

- وهناك قول ثالث للشّافعيّة وهو: وجوب قطع الزّوج إذا سرق من مال زوجته ما هو محرز عنه ولا تقطع الزّوجة إذا سرقت من مال زوجها ولو كان محرزاً عنها؛ لأنّ الزّوجة تستحقّ النّفقة على زوجها، فصار لها شبهة تدرأ عنها الحدّ، بخلاف الزّوج فلا تقوم به شبهة تدرأ عنه الحدّ إذا سرق من مالها المحرز عنه[2].

هذا، والذي يظهر من أقوال الشافعي ترجيح القول بعدم القطع مطلقاً. فإنه ذكر في الأم مالاً يقطع فيه من جهة الخيانة، ثم ذكر قول مالك وقال: وهذا مذهب، ثم قال: فأرى _والله تعالى أعلم_ على الاحتياط أن لا يقطع الرجل لامرأته، ولا المرأة لزوجها، ولا عبد واحد منهما سرق من متاع الآخر شيئاً، للأثر والشبهة فيه[3].

3. القطع بسرقة الكفن من القبر (النّبش):

يقال: نبشته نبشاً، أي استخرجته من الأرض، ونبشت الأرض: كشفتها. ومنه نبش الرّجل القبر[4]. والنّبّاش: هو الّذي يسرق أكفان الموتى بعد دفنهم في قبورهم[5].

وقد اختلف الفقهاء في حكمه وفي اعتباره سارقاً، وهل يقطع أو لا؟.

فذهب جمهور الفقهاء "المالكيّة والشّافعيّة والحنابلة وأبو يوسف" من الحنفيّة إلى اعتبار النّبّاش سارقاً، لانطباق حدّ السّرقة عليه إذا أخرج من القبر ما يجب فيه القطع[6].

---

(1) الموطأ: للإمام مالك (837/2-838).

(2) مغني المحتاج على متن منهاج الطالبين: للنووي (162/4).

(3) الأم: للإمام الشافعي (139/6).

(4) لسان العرب: لابن منظور، مادة (نبش) (350/6)؛ مختار الصحاح: محمد بن أبي بكر الرازي، باب/ النون (268/1).

(5) البحر الرائق شرح كنز الدقائق: لابن نجيم (60/5).

(6) المبسوط: للسرخسي (156/9-160)؛ فتح القدير: لابن الهمام (374/5)؛ بداية المجتهد: لابن رشد (338/3)؛ حاشية الدسوقي (340/4)؛ تكملة المجموع شرح المهذب: لتقي الدين السبكي (321/18)؛ وكشاف القناع: للبهوتي (138/6).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

قال مالك: والأمر عندنا في الذي ينبش القبور أنه إذا بلغ ما أخرج من القبر ما يجب فيه القطع، وذلك أن القبر حرز لما فيه كما أن البيوت حرز لما فيها، وهذا القول هو عمل أهل المدينة[1].

وقال الشافعي: ويقطع النباش إذا أخرج الكفن من جميع القبر؛ لأن هذا حرز مثله، وإن أخذ قبل أن يخرجه من جميع القبر لم يقطع، ما دام لم يفارق جميع حرزه[2].

وجاء في المغني: "قال الخرقي: وإذا أخرج النباش من القبر كفنا قيمته ثلاثة دراهم قطع، وقال ابن قدامة: فلابد من إخراج الكفن من القبر؛ لأنه الحرز[3].

وقال في الهداية: (وقال أبو يوسف والشافعي القطع لقوله عليه الصلاة والسلام: "من نبش قطعناه"، ولأنه مال متقوم محرز مثله فيقطع فيه)[4].

أدلة الجمهور:

استدلوا بوجوب القطع بأنه مال متّقوم محرز في حرز مثله، ولعموم قوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾[5].

ولما روى البراء بن عازب رضي الله عنه أنّ النّبيّ ﷺ قال: "من حرّق حرّقناه، ومن غرّق غرّقناه، ومن نبش قطّعناه"[6].

ولما روي عن عائشة رضي الله عنها قالت: "سارق أمواتنا كسارق أحيائنا"[7]؛ لأنّ القبر حرز للكفن، وإن كان الكفن زائداً على كفن السّنّة أو دفن في تابوت فسرق التّابوت لم يقطع؛ لأنّ ما زاد على المشروع في الكفن لم يجعل القبر حرزاً له وكذلك التّابوت[8].

---

(1) الموطأ: للإمام مالك (838/2).

(2) كتاب الأم: للإمام الشافعي (137/6)؛ مغني المحتاج على متن منهاج الطالبين: للنووي (169/4).

(3) المغني: لابن قدامة (131/9).

(4) الهداية شرح البداية: للمرغيناني (234/4).

(5) سورة المائدة: من الآية (38).

(6) رواه البيهقي عن البراء بن عازب في كتاب/ المعرفة، السنن الكبرى: للبيهقي (270/8)، وفيه من يجهل حاله كبشر بن حازم. انظر: نصب الراية: للزيلعي (367/3)، وقال ابن حجر: "وفي الإسناد بعض من يجهل" كذا في التلخيص الحبير (19/4).

(7) أخرجه الدارقطني من حديث عمرة عن عائشة رضي الله عنها، سنن الدارقطني (188/3)، وفيه من يجهل حاله كبشر بن حازم. انظر: نصب الراية: للزيلعي (367/3)؛ والدراية في أحاديث الهداية (110/2).

(8) الهداية شرح البداية: للمرغيناني وشروحها (234/4).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

- وقال أبو حنيفة ومحمّد: لا قطع على النّبّاش مطلقاً، لعدم اعتبار النّبّاش سارقاً؛ لأنّه يأخذ ما لا مالك له وليس مرغوباً فيه، واشتراط الخفية الحرز لا يجعل هذا النّوع من الأخذ سرقةً[1].

أدلة هذا القول:

قوله ﷺ "لا قطع على المختفي"[2] _وهو النّبّاش بلغة أهل المدينة_، ولأنّ الشّبهة تمكّنت في الملك وهي دارئة للحد؛ لأنّه لا ملك للميّت حقيقة، لأنه ليس أهلا للملك، ولا للوارث لتقدّم حاجة الميّت، لأنه لا يملك من التركة إلا ما يفضل عن حاجة الميت، وعلى هذا إذا صح أنه لا ملك فيه لأحد لم يقطع في سرقته، فتمكّنت الشّبهة المسقطة للقطع[3]. ووافقهما الشّافعيّة إذا كان الميّت مدفوناً في بريّة لعدم الحرز[4].

ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: "ليس على النباش قطع"[5]، وما روي عن الزهري قال: "أخذ نباش في زمن معاوية، وكان مروان على المدينة، فسأل من بحضرته من الصحابة والفقهاء، فأجمع رأيهم على أن يضرب ويطاف به"[6].

ثبوت الخلل في المقصود من شرعية الحد، وذلك أن الحد قد شرع للانزجار، والحاجة إليه فيما يكثر وجوده، فأما ما يندر وجوده فلا يشرع فيه؛ لوقوعه في غير محل الحاجة؛ لأن الانزجار حاصل طبعاً. وهذا مما يندر وجوده فلا يشرع فيه الحد[7].

وفي هذا تخصيص للنص العام الذي قرره اختلافهم في القبر هل هو حرز حتى يجب القطع على النباش أو ليس بحرز، والخلاف في هذا كله آيل إلى العرف.

---

(1) شرح البداية: للمرغناني وشروحها (4/234-235).

(2) مصنف عبد الرواق، باب/ المختفي وهو النباش (10/213)؛ انظر: نصب الراية: للزيلعي (2/367)؛ وقال حديث غريب. والمختفي هو النباش في لغة أهل المدينة؛ انظر: الهداية شرح البداية: للمرغيناني (4/234).

(3) الهداية شرح البداية: للمرغيناني وشروحها (4/234-235).

(4) مغني المحتاج على متن منهاج الطالبين: للنووي (4/169).

(5) مصنف ابن أبي شيبة: باب/ ما جاء في النباش يؤخذ ما حده (5/523)، (ح28623)؛ انظر: نصب الراية: للزيلعي (2/367)، وقال: حديث غريب.

(6) الفتح القدير: لابن الهمام (4/234)، وقال ابن الهمام بعد ذكره هذه الآثار: وحينئذ لا شك في ترجيح مذهبنا من جهة الآثار.

(7) الهداية شرح البداية للمرغيناني وشروحها (4/234-2350).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الثاني
في المنازعة عند التمليك

الأصل أنّ الإنسان يتصرّف فيما يملكه بوجه شرعيّ، فساكن الدّار، وسائق السّيّارة، أو الدّرّاجة وصاحب الدّكّان الغالب أنّهم يملكون ما يتصرّفون فيه، ولكن قد يمكّن المالك غيره من التّصرّف، إمّا بعوض أو بدون عوض _وقد يكون المتصرّف متعدّياً كالغاصب والسّارق_ فاحتمال الفصل بين الملكيّة والتّصرّف احتمال قائم، ولكن كلّما طالت مدّة التّصرّف دلّ ذلك على أنّ المتصرّف مالك إلى أن يحصل الاطمئنان بملكيّة الحائز للشّيء حسبما يشهد به العرف[1].

ومن هنا كانت علاقة الحائز بمدّعي ملكيّة الشّيء المحوز لها تأثير حسبما يشهد به العرف من التّسامح أو المنازعة، وتعتبر الحيازة كدليل على الملكيّة.

فالعرف يشهد أنّ الأجنبيّ لا يسكت عن تصرّف الأجنبيّ في عقاره عشر سنوات وأكثر وهو حاضر ساكت، بينما يشهد العرف أنّ الأب يتسامح مع ابنه في تصرّفه في مال الأب عشرين سنةً أو أكثر.

فكانت الصّلة بين الحائز وبين مدّعي الملكيّة مؤثرةً في مدّة الحيازة كما أنّ حضور مدّعي الملكيّة وبعده والمسافة الفاصلة بين المتنازع فيه وبين القائم بالحقّ لها تأثيرها، وكذلك الشّيء المحوز فحيازة الدّور والأراضي ليست كحيازة الثّياب والحيوان، فإذا كان المالك قد يتسامح في سكنى داره الخمس سنوات مثلاً فإنّه لا يتسامح في استعمال دابّته مثل هذه المدّة.

كما أنّ أنواع التّصرّف مختلفة فهناك التّصرّف بالسّكنى، وأقوى منها التّصرّف بالهدم والبناء وقلع الشّجر وغراسة الأرض، وأقوى من ذلك التّصرّف بالبيع والهبة والصّدقة من وجوه التّفويت فكانت أحكام الحيازة تتأثّر بهذه الاعتبارات.

---

(1) حاشية ابن عابدين (344/4)؛ الأشباه والنظائر: لابن نجيم (ص272)؛ رد المحتار على الدر المختار: لابن عابدين (223/4)؛ شرح مجلة الأحكام العدلية: للأتاسي، المادة رقم (1660).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

- وذهب الحنفيّة وأحمد _في الرّواية المشهورة عنه_ إلى أنّ من ادّعى شيئًا في يد غيره فأنكره وكان لكلّ واحد منهما بيّنة، فبيّنته على المدّعي "الخارج" تقدّم على بيّنة المدّعى عليه "الدّاخل"[1].

واستدلّوا بقول النّبيّ ﷺ : "البيّنة على المدّعي واليمين على المدّعى عليه"[2].

- وذهب المالكيّة والشّافعيّة إلى أنّ الحيازة لا تنقل الملك عن المحوز عليه إلى الحائز باتفاق ولكنّها تدلّ عليه، فيكون القول معها قول الحائز: إنّه يملكه بيمينه[3].

فإذا كانت للمدّعي بيّنة وللمدّعى عليه بيّنة قدّم صاحب اليد ببيّنته، لأنّهما استويا في إقامة البيّنة وترجّحت بيّنته بيده كالخبرين اللّذين مع أحدهما قياس، فيقضى له بها. لما روي عن جابر بن عبد اللّه "أنّ النّبيّ ﷺ اختصم إليه رجلان في دابّة أو بعير، فأقام كلّ واحد منهما البيّنة بأنّها له أنتجها فقضى رسول اللّه ﷺ للّذي هي في يده"[4].

- ويرى المالكية: إن حاز أجنبيّ غير شريك عقاراً وتصرّف فيه تصرف الملاك، ثمّ ادّعى حاضر ساكت بلا مانع عشر سنين استحقاق هذا العقار، وأقام البينة التي تثبت له أصل الملك لم تسمع دعواه، ولا بيّنته إلاّ أن يقدم عذراً مقبولاً يبرر سكوته هذه المدة الطويلة، كغيابه، أو عدم علمه بهذه الحيازة.

ذلك، لأن العرف يحكم بأن المالك لا يسكت عادة إذا رأى غيره يتصرف في ملكه هذه المدة الطويلة[5].

---

(1) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: للكاساني (255/6)؛ المغني في فقه الإمام أحمد: لابن قدامة (344/4، 345).

(2) رواه الترمذي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، سنن الترمذي: كتاب/ الأيمان، باب/ البيّنة على المدّعي واليمين على المدّعى عليه (262/3)، (ح1341)، وقال الترمذي: حديث حسن صحيح.

(3) حاشية الدسوقي (233/4)؛ مغني المحتاج على متن منهاج الطالبين: للنووي (480/4)؛ المهذب: للشيرازي (311/2).

(4) سنن البيهقي الكبرى: كتاب/ الدعوى والبينات، باب/ المتداعيين يتنازعان شيئاً في أيديهما معاً ويقيم كل واحد منهما بينة بدعواه (258/10)، (ح21023)، وضعفه ابن حجر في التلخيص الحبير (210/4).

(5) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: للكاساني (255/6)؛ تكملة فتح القدير (156/6)؛ حاشية الدسوقي: لشمس الدين الدسوقي (233/4)؛ تهذيب الفروق بهامشه: للقرافي (130/4)؛ مغني المحتاج: للنووي (480/4)؛ المهذب: للشيرازي (311/2)؛ المغني: لابن قدامة (275/9)؛ انظر: الشريعة الإسلامية: للشيخ محمد الخضر حسين (ص34).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

والحيازة عند المالكيّة تكون دالةً على ملك الحائز إذا توفّر ما يلي:

أولاً: أن يتصرّف الحائز: والتّصرّف المجمع عليه هو ما كان كالهدم والبناء فيما لا ضرورة داعية إليه. أمّا السّكنى ونحوها، فقد اختلف فيها والمشهور أنّه حيازة. يقول ابن رشد: وأمّا حيازة الأجنبيّين بعضهم على بعض فيما لا شركة بينهم فيه، فالمشهور في المذهب أنّ الحيازة تكون بينهم في العشرة أعوام[1].

ثانياً: أن يكون المدّعي حاضراً عالماً.

ثالثا: أن يسكت المحوز عنه الحاضر طوال المدّة ولا يطالب بحقّه.

وفي هذا تخصيص للنص العام الذي قرره الحديث الشريف: "البينة على من ادعى، واليمين على من أنكر"[2] بالعرف العملي[3].

(1) بداية المجتهد: لابن رشد (440/2).

(2) سبق تخريجه (ص193).

(3) البيان والتحصيل: لابن رشد القرطبي (147/11)؛ انظر: مناهج الأصوليين في الاجتهاد بالرأي: للدكتور فتحي الدريني (ص466).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الخاتمة

إن أي دارس للتشريع الإسلامي دراسة فاحصة، يدرك أنه تشريع حي، قابل للحركة والنماء والتطور، ويدرك أن تطوره نابع من طبيعة الحياة؛ لأنه يتعلق بأفعال المكلفين، وهي تتغير من حال إلى حال، وتنمو وتتسع على مر الأزمان بما يأتي به من وقائع ونوازل وأحداث.

ولعلنا نلمس تطوره ونماءه إذا نحن ألقينا نظرة عابرة على التشريع في بداية عصر الرسالة، والعصور اللاحقة مروراً بعصر الصحابة والتابعين رضوان الله عليهم، وعصر الأئمة المجتهدين، إذ ذاك سنلحظ البون شاسعاً بين ما كان عليه التشريع في العصر الأول، والحالة التي استقر عليها فيما بعد...

والأمر في ذلك راجع إلى اختلاف الحياة التي كان يحياها رسول الله ﷺ والصحابة معه، والحياة التي عاشها المسلمون فيما بعد، حيث امتدت رقعة الإسلام، وشملها حكمه ... حتى إذا مددنا المقارنة بين تلك العصور وبين الحياة التي نعيشها الآن، نرى الفرق قد عظم واتسع.

حيث قضى رسول الله ﷺ حياته كلها في الجزيرة العربية، وكان المسلمون في هذه الفترة قلة، يعيشون في محيط ضيق لم يختلفوا كثيراً في عاداتهم وأعرافهم وتقاليدهم، إلا ما كان من اختلاف يسير بين حياة مكة وحياة المدينة، لاحظه التشريع الإسلامي فأعطى لكل بيئة ما يناسبها من الأحكام. فأهل مكة لم يكونوا يتعاملون بعقد "السلم" بينما تعامل به أهل المدينة كما يروى الشيخان فأقرهم رسول الله ﷺ على هذه المعاملة مراعياً في ذلك عرفهم وعادتهم...

وتمضى السنون، ويلتحق رسول الله ﷺ بربه، ويجيء عصر الخلفاء وينتشر الإسلام شرقاً وغرباً بفتح بلاد فارس والروم، فيعثر المسلمون على أعراف وعادات مختلفة وقوانين متنوعة كان لها أثرها في تنوع الرأي، واختلاف التفكير، فحصل أن كثرت الحوادث والنوازل التي تتطلب أحكاماً، وغدا ما أثر عن رسول الله ﷺ من تشريعات وأحكام وأقضية، نصوصاً محصورة ومحدودة بهذه الحوادث والمعاملات التي تكثر يومياً، وتتجدد في كل آن، فكان لهذا كله أثره في مرونة التشريع، إذ كان العلماء والمفتون مدعوين للتوفيق بين عادات كل إقليم، وبين أحكام التشريع الإسلامي وهذا لا يعنى _بحال_ أن هناك نقصاً أو قصوراً في

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ميدان التشريع، فالشريعة الإسلامية كاملة شاملة، جاءت بقانون شامل لأمور الدين والدنيا عبادة ومعاملة. إلاّ أنّ ذلك في المبادئ والأصول.

أما التفاصيل والجزئيات فقد ترك أمرها للقائمين على تنفيذ الشريعة، يستلهمون روحها، ويستنبطون منها ما ليس فيها منصوصاً. ولقد أوضح هذه الحقيقة رسول الله حين قال للصحابة: "أنتم أعلم بأمور دنياكم"[1].

وهذا منه ﷺ إذن صريح للصحابة، ولمن سيأتي بعدهم بالاجتهاد فيما يتصل بشؤون المعاملات التي تجد وتتكاثر وتتغير في هذه الدنيا، وذلك ما حدث فعلاً، بحيث أن الصحابة والتابعين رضوان الله عليهم لم يقفوا من القضايا والأحداث موقف العاجز الحيران، وإنما اجتهدوا رأيهم، وأعطوا الحلول الملائمة لكل القضايا والنوازل التي طرأت على مجتمعهم، انطلاقاً من النصوص، وقياساً عليها.

وعلى هذا النهج سار فقهاء الإسلام فيما بعد؛ فقد كانوا ينظرون إلى النصوص بعقل متفتح ملاحظين عمل الصحابة أولاً، وما أصّله الفقهاء في عصر الاجتهاد ثانياً، وما أضافه أصحاب المذاهب من تخريج واستنباط ثالثاً، فبرهنوا بذلك على أن الشريعة الإسلامية بما تحتوي عليه من مبادئ وأصول قابلة للتطبيق في كل عصر، وتستوعب كل ما يجد وما يطرأ.

وإن من يزعم أن الشريعة الإسلامية لا تصلح من حيث التطبيق لمسايرة العصر، فزعمه قائم على الجهل والافتراء، وليس له سند من الواقع الملموس.

فصلاحية الشريعة الإسلامية تقرره مبادؤها الثابتة التي تتسم بالصلاح والاستمرار، وهي قائمة على رعاية مصالح البشر جميعاً على اختلاف منازعهم ومشاربهم، وتتسع لكل طارئ، وتقبل كل جديد نافع، وهي بذلك لا يدانيها أي تشريع مهما بلغ من الدقة والشمول، ومهما ادعى له من الرقى والسداد...

ولو أن الفقهاء المتأخرين وقفوا وقفة سابقيهم في التخريج والاستنباط وعدم الاكتفاء بما هو منصوص عن السلف، واستعملوا عقولهم وأفكارهم مثل ما فعل سابقوهم، وارتفعوا إلى الآفاق التي ارتفعوا إليها.

---

(1) صحيح مسلم: كتاب/ الفضائل، باب/ وجوب امتثال ما قاله شرعا دون ما ذكره ﷺ من معايش الدنيا على سبيل الرأي (1835/4)، (ح2363).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

لأمكن علاج مشاكل الزمان، ولما احتاج العالم الإسلامي إلى تحكيم القانون الأجنبي في رقاب المسلمين ولكنهم نسوا ما ذكروا به، وذهلوا عما يزخر به تراثهم.

وفي ختام هذا البحث يمكن أن أُلخصّ بعض ما توصلت إليه من نتائج فيما يأتي:

1. أن العرف كان _وما يزال_ وسيظل باباً واسعاً لنمو التشريع وتطوره؛ لأنه يتفق مع ملابسات الناس، ومقتضيات الزمان، وملاحقة التطور البشرى، يمد الفقهاء والمفتين بأحكام مناسبة لعصرهم، ويرشدهم إلى مقاصد الناس في تصرفاتهم...

2. أن العرف لم يكن معروفاً عند فقهاء المذاهب إلا بكونه قرينة يرجعون إليها كلما أعوزهم النص، أو أعياهم الدليل. فعلى الر غم من أنهم أحالوا عليه في معظم الأحكام، إلا أنهم لم يوضحوا مدلوله أو يبنوا قواعده وأصوله، بحيث لم يقدموا عنه دراسة تأصيلية شاملة لأنواعه وشروطه، وحجيته، والعلاقة بينه وبين غيره من المصادر، ومنزلته بينها بالنظر إلى الاستنباط والتطبيق، ومن حيث تعارضه معها أو توافقه ...

وفي سبيل توضيح هذه الحقيقة، كان لابد من أن أمهد للعرف بدراسة تحدده لغةً واصطلاحاً، وتوضح العلاقة بين العرف والعادة، والعلاقة بينه وبين الإجماع، والاستحسان، والمصالح المرسلة، ورفع الحرج، وعموم البلوى، مستعرضاً الأدلة الشرعية لتحكيمه وحجيته من القرآن والسنة والأثر وفعل الصحابة والتابعين والأئمة المجتهدين ...

3. اتضح لي من خلال البحث: بطلان ما زعمه بعضهم من أن العرف أخذ به المذهب الحنفي أو المالكي وحده، مثبتاً بالدليل أن العرف مشترك بين جميع المذاهب الإسلامية.

4. إذا كان هناك خلاف بين المذاهب فليس في أصل اعتبار العرف، وإنما في مدى التوسع في الأخذ به، أو التضييق فيه، ودللت على أن العرف ظل معتبراً في نظر الشارع من لدن رسول الله ﷺ ، وعصر الصحابة والتابعين والأئمة المجتهدين في كل عصر، ولا يزال إلى الآن يعتبر مناراً للباحثين في استخراج الأحكام واستنباطها من الأصول....

5. بعد أن استعرضت أنواع العرف، تراءى لي أن التقسيم الطبيعي للعرف ليس هو ما درج عليه جلّ الفقهاء في تقسيمهم له إلى عام وخاص وقول وفعل، وإنما هو نوعان: لأن العرف إما أن يكون مناقضاً لما جاءت به الشريعة الإسلامية من أصول ومبادئ، أو لا يكون كذلك، فإن كان الأول، فهو فاسد يجب إلغاءه لا اعتباره، وإن كان الثاني فهو صحيح...

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

6. عندما تحدثت عن شروطه لاحظت أن العرف لكي يصبح له قوة الإلزام والنفوذ والاعتبار لا بد له من توافرها فيه، من حيث اطراده وغلبته وعدم مخالفته للنص الشرعي وقدم العرف المراد تحكيمه ...

7. ثبت أن العرف كان قبل الإسلام أساساً لكل مظهر من مظاهر العرف في حياتهم من ديانة وأخلاق وتجارة ومعاملات أقرّ الإسلام منه ما كان صالحاً وأبطل منه ما كان فاسداً...

8. أن تغير الأحكام بتغير العادات ونوعية الأحكام التي يدخلها التغير، وأثر العرف على النصوص ومنزلته بينها، وأن هذه المرتبة تأتي مباشرة بعد الكتاب والسنة؛ لأنه يرجع إلى المصلحة، وحيث كان راجعاً إليها يكون في رتبتها، في كثير من القضايا.

9. أننا في حاجة إلى تبيان ما للتشريع الإسلامي من أهمية وخطر في وقت استحل الناس فيه الحرام، وتكالبت على قوانين الشرع الإسلامي قوى الشر والإلحاد وانتهاك شرع الله وأحل حرامه، ولم نعثر على التمييز بين الحلال والحرام إلا في بطون الكتب، واندفعت الحكومات الإسلامية وراء القانون الوضعي الجائر تحكمه في رقاب المسلمين تاركة شرع الله ...

ولا يملك المسلم إزاء هذا إلا أن يقف منادياً: أما آن لهذه الحكومات أن تعود إلى رشدها، وسالف عهدها، فتحكم شرع الله وتحتكم إليه في شؤون حياتها .. ألا أنها لو فعلت لأرضت الله ورسوله، وحققت العدل بين الناس وأشاعت النظام والطمأنينة في كل مكان ..

10. إن التشريع الإسلامي قانون الفطرة، ومن شأنه أن يجد الطريق إلى كل قلب، وهو صالح للحياة والأحياء جميعاً، فهلا أعطوه فرصة واحدة؟.

وفي الأخير قدمت فصلاً مطولاً عن تخصيص العرف في الأحكام الشرعية من خلال التطبيقات... ولا أجدني في حاجة إلى إبراز كل النتائج التي توصل إليها هذا البحث والجديد الذي اكتشفه، ليقيني أن هذا البحث جديد كله، إذ لم يسبق لدراسته سابق، ولا تعرض إليه باحث، وكفاه ذلك...

❁ ويمكن بعد ذلك أن أختم ببعض التوصيات:

1. ضرورة اهتمام الباحثين بالتأصيل والتقعيد في القضايا الفقهية؛ للحاجة إلى ذلك في هذا العصر على وجه الخصوص، فبذلك تنضبط أحكام كثير من الجزئيات.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

2. يعتبر تغير الفتاوى واختلاف الأحكام في الشريعة الإسلامية من الأمور البارزة في مجال التفريع الفقهي، ولا شك أن التأصيل والتقعيد لهذا الموضوع يحتاج إلى المزيد، وإن وجد فيه بعض الرسائل العلمية والكتابات القليلة التي تناولت بعض جوانبه .

وأخيراً: فإن هذا العمل المتواضع لا أنزهه عن نقص، ولا أبرئه من خطأ أو عيب، ولا أدعي له الكمال، ولا أزعم له الإحاطة والشمول، وإنما هو مجهود متواضع أردت به تبيان حقيقة العرف حسب طاقتي ومعرفتي المحدودة، فإن وفقت إلى ما أردت فبفضل الله وعونه، وما توفيقي إلا بالله عليه توكلت واليه أنيب.

وصلى اللهم على نبيا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً،،،

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفهارس العامة

1. فهرس الآيات.
2. فهرس الأحاديث والآثار.
3. فهرس المصادر والمراجع
4. فهرس الموضوعات

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

فهـــرس الآيـات

م	الآية الكريمة	رقم الآية	الصفحة
	❁ سورة البقرة:		
.1	﴿وَالَّذِينَ يُؤْمِنُونَ بِمَا أُنْزِلَ إِلَيْكَ وَمَا أُنْزِلَ .....﴾	4	17
.2	﴿وَأَمَّا الَّذِينَ كَفَرُوا فَيَقُولُونَ مَاذَا أَرَادَ اللَّهُ .....﴾	26	20 ،16
.3	﴿وَهُوَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ .....﴾	29	18
.4	﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الأَلْبَابِ .....﴾	179	102 ،77
.5	﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ.....﴾	183	19
.6	﴿وَابْتَغُوا مَا كَتَبَ اللَّهُ لَكُمْ.....﴾	187	102
.7	﴿وَلا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ.....﴾	188	77
.8	﴿وَلا تُقَاتِلُوهُمْ عِنْدَ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ حَتَّى يُقَاتِلُوكُمْ فِيهِ...﴾	191	34
.9	﴿وَقَاتِلُوهُمْ حَتَّى لا تَكُونَ فِتْنَةٌ وَيَكُونَ الدِّينُ لِلَّهِ .....﴾	193	59
.10	﴿تِلْكَ عَشَرَةٌ كَامِلَةٌ.....﴾	196	30
.11	﴿وَمَا تَفْعَلُوا مِنْ خَيْرٍ يَعْلَمْهُ اللَّهُ.....﴾	197	13
.12	﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَبْتَغُوا فَضْلاً مِنْ رَبِّكُمْ.....﴾	198	102
.13	﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا ادْخُلُوا فِي السِّلْمِ كَافَّةً .....﴾	208	11
.14	﴿وَلاَ تَنكِحُواْ الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَّ.....﴾	221	60
.15	﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلاثَةَ قُرُوءٍ.....﴾	228	20، 23، 44، 49، 98
.16	﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ.....﴾	233	98، 104، 128، 148
.17	﴿لا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنّ.....﴾	236	14
.18	﴿مَنْ ذَا الَّذِي يُقْرِضُ اللَّهَ قَرْضاً حَسَناً فَيُضَاعِفَهُ.....﴾	245	16
.19	﴿ قَوْلٌ مَعْرُوفٌ وَمَغْفِرَةٌ خَيْرٌ مِنْ صَدَقَةٍ يَتْبَعُهَا .....﴾	263	15
.20	﴿يا أيها الذين آمنوا أنفقوا من طيبات ما كسبتم .....﴾	267	37
.21	﴿وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ.....﴾	282	2
.22	﴿لِلَّهِ مَا فِي السَّمَاوَاتِ وَمَا فِي الأَرْضِ.....﴾	284	18

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

م	الآية الكريمة	رقم الآية	الصفحة
23.	﴿لا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْساً إِلا وُسْعَهَا لَهَا مَا كَسَبَتْ .....﴾	286	14
	❁ سورة آل عمران:		
24.	﴿وَمَا مِنْ إِلَهٍ إِلاّ اللَّهُ.....﴾	62	13
25.	﴿إِنَّ أَوَّلَ بَيْتٍ وُضِعَ لِلنَّاسِ لَلَّذِي بِبَكَّةَ مُبَارَكاً .....﴾	96	157
26.	﴿وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ .....﴾	97	34 ،18
27.	﴿وَمَنْ دَخَلَهُ كَانَ آمِناً .....﴾	97	34
28.	﴿الَّذِينَ قَالَ لَهُمُ النَّاسُ إِنَّ النَّاسَ قَدْ جَمَعُوا .....﴾	173	18
	❁ سورة النساء:		
29.	﴿وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحلَةً فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ .....﴾	4	57
30.	﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ .....﴾	11	60 ،20 ،16
31.	﴿وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكُمْ .....﴾	24	21 ،17
32.	﴿فَإِذَا أُحْصِنَّ فَإِنْ أَتَيْنَ بِفَاحِشَةٍ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ .....﴾	25	53 ،20
33.	﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِناً خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ .....﴾	92	58 ،13
34.	﴿إِنَّ الصَّلاةَ كَانَتْ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ كِتَاباً مَوْقُوتاً .....﴾	103	165 ،20
35.	﴿إِنْ امْرُؤٌ هَلَكَ .....﴾	176	15
	❁ سورة المائدة:		
36.	﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ .....﴾	5	60
37.	﴿فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ .....﴾	6	61 ،59
38.	﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا .....﴾	38	190 ،26 ،12
39.	﴿فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ .....﴾	89	104 ،102
	❁ سورة الأنعام:		
40.	﴿وَآتُوا حَقَّهُ يَوْمَ حَصَادِهِ .....﴾	141	37
	❁ سورة الأعراف:		
41.	﴿وَعَلَى الأَعْرَافِ رِجَالٌ يَعْرِفُونَ كُلاًّ بِسِيمَاهُمْ .....﴾	46	67
42.	﴿سُقْنَاهُ لِبَلَدٍ مَيِّتٍ .....﴾	57	59
43.	﴿خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ .....﴾	199	ج، 96
	❁ سورة التوبة:		
44.	﴿فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ .....﴾	5	43 ،16

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

م	الآية الكريمة	رقم الآية	الصفحة
	❁ سورة يونس:		
45.	﴿فَأَجْمِعُوا أَمْرَكُمْ .....﴾	71	79
	❁ سورة هود:		
46.	﴿وَمَا مِنْ دَابَّةٍ فِي الأَرْضِ إِلاّ عَلَى اللَّهِ .....﴾	6	2، 14، 18
	❁ سورة إبراهيم:		
47.	﴿وَإِنْ تَعُدُّوا نِعْمَتَ اللَّهِ لا تُحْصُوهَا .....﴾	34	13
	❁ سورة الحجر:		
48.	﴿فَسَجَدَ الْمَلائِكَةُ كُلُّهُمْ أَجْمَعُونَ .....﴾	30	11، 30
	❁ سورة النحل:		
49.	﴿وَهُوَ الَّذِي سَخَّرَ الْبَحْرَ لِتَأْكُلُوا مِنْهُ لَحْماً طَرِيّاً .....﴾	14	159
50.	﴿مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيمَانِهِ إِلاّ مَنْ أُكْرِهَ .....﴾	106	56
	❁ سورة الإسراء:		
51.	﴿أَقِمِ الصّلاةَ لِدُلوكِ الشَّمْسِ إِلى غَسَقِ اللّيل .....﴾	78	165
	❁ سورة الكهف:		
52.	﴿وَلا تَقُولَنَّ لِشَيْءٍ إِنِّي فَاعِلٌ ذَلِكَ غَداً إِلاّ .....﴾	23،24	14
	❁ سورة الأنبياء:		
53.	﴿إِنَّ الَّذِينَ سَبَقَتْ لَهُمْ مِنَّا الْحُسْنَى .....﴾	101	17
	❁ سورة الحج:		
54.	﴿أَلَمْ تَرَ أَنَّ اللَّهَ يَسْجُدُ لَهُ مَنْ فِي السَّمَاوَاتِ .....﴾	18	17
55.	﴿فَسَجَدَ الْمَلائِكَةُ كُلُّهُمْ أَجْمَعُونَ .....﴾	30	16، 30
56.	﴿وَجَاهِدُوا فِي اللَّهِ حَقَّ جِهَادِهِ هُوَ اجْتَبَاكُمْ .....﴾	78	98
	❁ سورة المؤمنون:		
57.	﴿وَلَوِ اتَّبَعَ الْحَقُّ أَهْوَاءَهُمْ لَفَسَدَتِ السَّمَاوَاتُ .....﴾	71	147
	❁ سورة النور:		
58.	﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ .....﴾	2	12، 20
59.	﴿فِي بُيُوتٍ أَذِنَ اللَّهُ أَن تُرْفَعَ وَيُذْكَرَ فِيهَا .....﴾	36	157

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

م	الآية الكريمة	رقم الآية	الصفحة
	❁ سورة الروم:		
60.	﴿فَسُبْحَانَ اللّهِ حِينَ تُمْسُونَ وحِين تُصْبِحُون .....﴾	17	165
	❁ سورة لقمان:		
61.	﴿وَلَوْ أَنَّمَا فِي الأَرْضِ مِن شَجَرَةٍ أَقْلامٌ وَالْبَحْرُ .....﴾	27	15
	❁ سورة الأحزاب:		
62.	﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ .....﴾	49	45 ،20
	❁ سورة الأحقاف:		
63.	﴿تُدَمِّرُ كُلَّ شَيْءٍ بِأَمْرِ رَبِّهَا فَأَصْبَحُوا لا يُرَى .....﴾	25	23
	❁ سورة الحجرات:		
64.	﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى .....﴾	13	19
	❁ سورة القمر:		
65.	﴿وَإِنْ يَرَوْا آيَةً يُعْرِضُوا وَيَقُولُوا سِحْرٌ مُسْتَمِرٌّ.....﴾	2	15
	❁ سورة الرحمن:		
66.	﴿كُلُّ مَنْ عَلَيْهَا فَانٍ .....﴾	26	11
	❁ سورة الجمعة:		
67.	﴿فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلاةُ فَانتَشِرُوا فِي الأَرْضِ .....﴾	10	102
	❁ سورة الطلاق:		
68.	﴿وَاللاَّئِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ .....﴾	4	45
69.	﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ .....﴾	7	97
	❁ سورة المرسلات:		
70.	﴿وَالْمُرْسَلاتِ عُرْفاً .....﴾	1	67
	❁ سورة التكوير:		
71.	﴿عَلِمَتْ نَفْسٌ مَا أَحْضَرَتْ .....﴾	14	15
	❁ سورة الانفطار:		
72.	﴿عَلِمَتْ نَفْسٌ مَا قَدَّمَتْ وَأَخَّرَتْ .....﴾	5	15
	❁ سورة العصر:		
73.	﴿إِنَّ الإِنسَانَ لَفِي خُسْرٍ .....﴾	3 ،2	12

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

فهرس الأحاديث الشريفة والآثار

م.	الحديث الشريف أو الأثر	رقم الصفحة
.1	اختصم إليه رجلان في دابّة أو بعير، فأقام كلّ	193
.2	إذا منع الله الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه	171
.3	اذبحها ولن تجزي عن أحد بعدك	25
.4	الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والحنطة بالحنطة	173
.5	ارخص لصاحب العرية بالرطب بخرصها	34
.6	استصناع الرسول ﷺ الخاتم	178
.7	أعطاه ديناراً ليشتري به شاةً، فاشترى به شاتين، فباع	102، 105
.8	أنتم أعلم بأمور دنياكم	196
.9	أمَّني جبريل عليه السلام عند البيت مرّتين، فصلَّى الظهر	165
.10	إن هذا البلد حرام، لا يعضد شوكة، ولا يختلي خلاه	99
.11	إن الله يبعث لهذه الأمة على رأس كل مائة سنة من	153
.12	أنه نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في	177، 129، 177
.13	البيّنة على المدّعي واليمين على المدّعى عليه	193
.14	التمر بالتمر... مثلاً بمثل سواء بسواء يداً بيد	34
.15	خذي من ماله ما يكفيك وولدك بالمعروف	100، 105
.16	جمع ﷺ بين الصلاتين	24
.17	رخص بعد ذلك في بيع العرايا بالرطب أو التمر	34
.18	سارق أمواتنا كسارق أحيائنا	190
.19	فأراهم انشقاق القمر	90
.20	فيما سقته المساء العشر	61

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

م.	الحديث الشريف أو الأثر	رقم الصفحة
.21	كان رسول الله يسلت ثوبه بعرق الأذخر ثم يصلي فيه	86
.22	كنا نعزل على عهد رسول الله ﷺ ، فبلغه ذلك فلم ينهنا.....	84
.23	كنا نعزل والقرآن ينزل	84
.24	لا تجتمع أمتي على ضلالة	80
.25	لا تُنكح المرأةُ على عمّتها، ولا على خالتها	21
.26	لا صلاة إلا بطهور	144
.27	لا قطع على المختفي	191
.28	لا قطع في ثمر معلّق ولا في حريسة جبل، فإذا آواه	185
.29	لا يأتي عليكم زمان إلا الذي بعده شر منه حتى تلقوا	154
.30	لا يحكم أحد بين اثنين وهو غضبان	77
.31	لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم	21، 60
.32	لا يرث القاتل	21، 77
.33	لا يقضي القاضي وهو غضبان	69
.34	لا يقبل الله صلاة أحدكم إذا أحدث حتى يتوضأ	61
.35	لا يقبل الله صلاة بغير طهور	149
.36	ليس على النباش قطع	191
.37	ليس فيما دون خمسة أوسق	37، 61
.38	ليس لقاتل شيء	69
.39	ما سقته السماء ففيه العشر	37، 61
.40	المسلم أخو المسلم لا يظلمه ولا يخذله ولا يحقره	9
.41	من أسلف في شيءٍ ففي كيلٍ معلومٍ، ووزن معلومٍ.....	84، 99
.42	من حرّق حرّقناه، ومن غرّق غرّقناه، ومن نبش قطّعناه	190

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

م.	الحديث الشريف أو الأثر	رقم الصفحة
.43	من حلف واستثنى عاد كمن لا يحلف	144
.44	مطل الغني ظلم	57
.45	من نبش قطعناه	157
.46	الميزان ميزان أهل مكة والمكيال مكيال أهل المدينة	175
.47	نهى رسول الله ﷺ عن "بيع وشرط"	169
.48	نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها وتأمن العاهة	172
.49	نهى عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها	171
.50	نهى عن بيع الغرر	77
.51	يا حكيم بن حزام، لا تبع ما ليس عندك	98، 129
.52	هو الطهور ماؤه الحل ميتته	12
.53	يَا عِبَادِي كُلُّكُمْ ضَالٌّ إِلاَّ مَنْ هَدَيْتُهُ	11

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

فهرس المصادر والمراجع

أولاً: القرآن الكريم والتفسير:

1. **القرآن الكريم**/ برواية حفص عن عاصم.
2. **أحكام القرآن**/ **لأبي بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي** (ت543هـ)/ تحقيق علي محمد البجاوي/ دار إحياء الكتب العربية/ الطبعة الأولى.
3. **أحكام القرآن للجصاص**/ أحمد بن علي أبو بكر الرازي المعروف بالجصاص (305ـ370هـ)/ تحقيق محمد الصادق قمحاوي/ ط 1405هـ/ دار إحياء التراث العربي بيروت.
4. **الجامع لأحكام القرآن**/ محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرج القرطبي (ت671)/ دار الشعب/ تحقيق أحمد عبد العليم البردوني/ الطبعة الثانية.
5. **الجامع لأحكام القرآن**/ محمد بن أحمد بن أبي بكر أبو عبد الله القرطبي، (ت671هـ)/ تحقيق أحمد عبد العليم البردوني/ دار الشعب القاهرة/ الطبعة الثانية.

ثانياً: الحديث الشريف والسنن:

6. **إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام**/ تقيّ الدِّين أبو الفتح المعروف بابن دقيق العيد (ت 702هـ)/ دار الكتب العلمية بيروت.
7. **تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير**/ أبو الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (ت 852هـ)/ تحقيق عبد الله هاشم اليماني المدني(ت1384هـ)/ ط1382هـ 1964م/ دار المعرفة بيروت.
8. **التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد**/ أبو عمر يوسف بن عبد الله محمد ابن عبد البر (ت 463هـ)/ تحقيق سعيد أحمد إعراب/ مكتبة المؤيد.
9. **دراسات أصولية في السنة النبوية**/ د. محمد إبراهيم الحفناوي/ دار الطباعة والنشر والتوزيع المنصورة/ الطبعة الأولى.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

10. **الدراية في تخريج أحاديث الهداية/** الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (ت852هـ)/ طبعة دار المعرفة/ تحقيق عبد الله هاشم اليماني المدني.

11. **سنن أبي داود/** سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي (ت 275هـ)/ دار الحديث القاهرة.

12. **سنن ابن ماجة/** أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني المعروف بابن ماجة (ت 275هـ)/ تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي/ دار إحياء الكتب العربية القاهرة.

13. **سنن الترمذي (الجامع المختصر من السنن)/** أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة بن موسى الترمذي (ت 279هـ) تحقيق/ أحمد شاكر، ومحمد فؤاد عبد الباقي/ ط. 1414هـ/ دار الفكر بيروت.

14. **سنن الدارقطني/** علي بن عمر الدارقطني (ت 385هـ)/ ومعه التعليق المغني على الدارقطني: أبو الطيب محمد شمس الحق العظيم/ مكتبة المتنبي القاهرة، عالم الكتب بيروت.

15. **سنن الدارمي/** أبو محمد عبد الله بن بهرام الدارمي السمرقندي (ت 255هـ)/ ط. 1414هـ 1994م/ دار الفكر بيروت.

16. **السنن الكبرى/** أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي (ت 458هـ)/ تحقيق محمد عبد القادر عطا/ دار الكتب العلمية بيروت/ الطبعة الأولى.

17. **سنن النَّسائي** بشرح جلال الدين السيوطي/ أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي (ت 303هـ)/ ط 1414هـ 1995م/ دار الفكر بيروت.

18. **شرح العنوان/** تقيّ الدِّين أبو الفتح المعروف بابن دقيق العيد (ت 702هـ)/ دار الكتب العلمية بيروت.

19. **صحيح ابن حبان (الإحسان)/** علاء الدين علي بن بلبان/ تحقيق شعيب الأرناؤوط/ مؤسسة الرسالة الطبعة الأولى.

20. **صحيح الجامع الصغير/** محمد ناصر الدين الألباني/ المكتب الإسلامي/ الطبعة الثانية.

21. صحيح السيرة النبوية/ إبراهيم العلي/ دار النفائس الطبعة الأولى.

22. **صحيح سنن أبي داود/** محمد ناصر الدين الألباني/ المكتب الإسلامي/ الطبعة الأولى.

23. **صحيح البخاري/** أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري (ت256هـ)/ تحقيق عبد العزيز بن عبد الله بن باز/ ط.1414هـ 1994م/ دار الفكر بيروت.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

24. **صحيح مسلم/** أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري (ت261هـ)/ تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي/ مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه ــ مصر/ الطبعة الأولى.

25. **صحيح مسلم بشرح النووي/** أبو زكريا يحيى بن شرف النووي (ت 676هـ)/ تحقيق عصام الصبابطي وحازم محمد ، وعماد عمر/ دار الحديث القاهرة/ الطبعة الأولى .

26. فتح **الباري شرح صحيح البخاري/** أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (ت852هـ)/ تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ، وعبد العزيز بن باز/ دار الفكر .

27. **كشف الخفاء ومزيل الإلباس عما اشتهر من الأحاديث على ألسنة الناس/** إسماعيل ابن محمد العجلوني/ مكتبة التراث الإسلامي.

28. **مسند أحمد بن حنبل/** أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني (ت 240هـ)/ تحقيق محمد عبد السلام عبد الشافي/ دار الكتب العلمية بيروت/ الطبعة الأولى.

29. **المنتقى شرح الموطأ/** أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث الباجي (ت474هـ)/ دار الكتاب الإسلامي القاهرة/ الطبعة الثالثة.

30. **الموطأ/**الإمام مالك بن أنس (ت179هـ)/تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي/دار التراث العربي بيروت

31. **نصب الراية لأحاديث الهداية/** أبو محمد عبد الله بن يوسف الحنفي الزيلعي (ت 762هـ)/ دار الحديث القاهرة

32. **الهداية في تخريج أحاديث البداية/** أحمد بن محمد بن الصديق الغماري/ عالم الكتب.

ثانياً : أصول الفقه والقواعد الفقهية:

33. **الإبهاج في شرح المنهاج/** علي بن عبد الكافي السبكي (ت756هـ)، وولده تاج الدين عبد الوهاب (ت771هـ)/ تحقيق د. شعبان محمد إسماعيل/ دار الكتب العلمية.

34. **إحكام الفصول في أحكام الأصول/** أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي (ت474هـ)/ تحقيق عبد الله الجبوري/ مؤسسة الرسالة ببيروت/ الطبعة الأولى.

35. **الإحكام في أصول الأحكام/** سيف الدين أحمد بن علي الآمدي (ت630هـ)/ تحقيق د. سيد الجميلي/ دار الكتاب العربي/ الطبعة الثانية.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

36. **الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام/** شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي (ت684هـ)/ تحقيق عبد الفتاح أبو غدة/ الطبعة الثانية/ مكتب المطبوعات الإسلامية/ حلب .

37. **أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء/** د. مصطفى سعيد الخن/ مؤسسة الرسالة.

38. **أثر العرف في التشريع الإسلامي/** للأستاذ الدكتور السيد صالح عوض/مؤسسة الرسالة.

39. **إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول/** محمد بن علي بن محمد الشوكاني (ت1250هـ)/ تحقيق محمد البغدادي/ الناشر مؤسسة الكتب الثقافية ببيروت/ الطبعة الثانية.

40. **الأشباه والنظائر/** لزين الدين بن إبراهيم المعروف بابن نجيم الحنفي (ت970هـ)/ تحقيق وتقديم محمد مطيع الحافظ/ دار الفكر بدمشق/ الطبعة الأولى.

41. **الأشباه والنظائر في قواعد وفروع الشافعية/** لجلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي (ت911هـ)/ تحقيق وتقديم محمد المعتصم بالله البغدادي/ دار الكتاب العربي ببيروت/ الطبعة الأولى.

42. **أصول البزدوي/** لأبي الحسن علي بن محمد البزدوي، الملقب بفخر الإسلام (ت 482هـ)/ مطبوع مع شرحه كشف الأسرار/ لعبد العزيز البخاري (ت730هـ)/ تحقيق وتقديم محمد المعتصم بالله البغدادي/ دار الكتاب العربي ببيروت/ الطبعة الثانية.

43. **أصول الجصاص، أصول الفقه المسمى بالفصول/** لأحمد بن علي الرازي الجصاص/ تحقيق عجيل جاسم النشمي/ الطبعة الأولى.

44. **أصول السرخسي/** أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي (ت490هـ)/ تحقيق أبو الوفا الأفغاني/ الناشر لجنة إحياء المعارف النعمانية بالهند.

45. **أصول الشاشي/** أبو علي الشاشي (ت344هـ)/ دار الكتاب العربي ببيروت/ الطبعة الأولى.

46. **أصول الفقه/** محمد أبو زهرة/ دار الفكر العربي.

47. **أصول الفقه الإسلامي/** وهبة الزحيلي/ دار الفكر دمشق/ الطبعة الأولى.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

48. **أصول الفقه الإسلامي/** محمد مصطفى شلبي/ دار النهضة العربية .

49. **الاعتصام/** للإمام أبو إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد الغرناطي الشهير بالشاطبي (ت 790هـ)/ دار ابن عفان للنشر والتوزيع بالسعودية/ الطبعة الأولى. مطبعة المنار.

50. **إعلام الموقعين عن رب العالمين/** أبو عبد الله شمس الدين محمد بن أبي بكر، المعروف بابن قيم الجوزية (ت 751هـ)/ تحقيق طه عبد الرؤوف سعد/ دار الجيل بيروت/ الطبعة الأولى .

51. **الأنجم الزاهرات على حل ألفاظ الورقات في أصول الفقه/** شمس الدين محمد بن عثمان المارديني/ تحقيق د. عبد الكريم النملة/ مكتبة الرشد/ الطبعة الثانية.

52. **البحر المحيط في أصول الفقه/** بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي (ت794هـ)/ تحقيق عبد الستار أبي غدة/ طبع بدار الصفوة بالقاهرة/ الناشر وزارة الأوقاف الكويتية/ الطبعة الأولى.

53. **البرهان في أصول الفقه/** لإمام الحرمين أبي المعالي عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني (ت478هـ)/ حققه وقدمه ووضع فهارسه د. عبد العظيم الديب/ الطبعة الثالثة.

54. **بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب/** لشمس الدين أبو الثناء محمود بن عبد الرحمن بن أحمد الأصفهاني (ت749هـ)/ تحقيق محمد مظهر بقا/ دار المدني للطباعة والنشر بجدة/ الطبعة الأولى .

55. **التبصرة في أصول الفقه/** أبو اسحق إبراهيم بنعلي بن يوسف الفيروزآبادي الشيرازي (ت476هـ)/ تحقيق د. محمد حسن هيتو/دار الفكر بدمشق/ الطبعة الأولى

56. **التبيين/** قوام الدين أمير كاتب بن أمير عمر أبو حنيفة الإتقاني (ت758هـ)/ تحقيق صابر نصر مصطفى عثمان/ الطبعة الأولى.

57. **التحرير في علم الأصول الجامع بين اصطلاحي الحنفية والشافعية/** لكمال الدين محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد بن مسعود السيواسي، الشهير بابن الهمام الإسكندري (ت861هـ)/مطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر.

58. **تحفة المحتاج إلى أدلة المنهاج/** ابن الملقن/ تحقيق عبد الله اللحياني/ دار حراء/ الطبعة الأولى.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

59. **التحقيقات في شرح الورقات/** حسين بن أحمد الكيلاني المعروف بابن قاوان/ تحقيق د. الشريف سعد بن عبد الله بن حسين/ دار النفائس الطبعة الأولى .

60. **تخريج الفروع على الأصول/** شهاب الدين محمود الزنجاني (ت656هـ)/ تحقيق د. محمد أديب صالح/ مؤسسة الرسالة بيروت/ الطبعة الثالثة .

61. **تخصيص العام وأثره في الأحكام الفقهية/** إعداد علي عباس الحكمي/دراسة مقارنة.

62. **التدريب على تحرير الوثائق العدلية/** لأبي الشتاء الصنهاجي/ مطبعة الآمنية الرباط.

63. **تفسير فتح القدير/** محمد بن علي الشوكاني/ مطبعة مصطفى الحلبي/ الطبعة الثانية .

64. **التقرير والتحبير/** لابن أمير الحاج (ت879هـ)/ على تحرير الكمال ابن الهمام (ت761هـ) في علم الأصول الجامع بين اصطلاحي الحنفية والشافعية/دار الكتب العلمية بيروت/ الطبعة الثانية.

65. **التقرير والتحبير على تحرير الكمال بن الهمام في علم الأصول الجامع بين اصطلاحي الحنفية والشافعية/** محمد بن محمد بن أمير الحاج (ت 879هـ)/ دار الكتب العلمية بيروت/ الطبعة الثانية.

66. **تكملة شرح فتح القدير** (نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار)/ قاضي زادة أفندي/ دار إحياء التراث العربي.

67. **تكميل التقييد/** لأبي عبد الله محمد بن احمد بن غازي العثماني المكناسي/ مخطوط الخزانة الملكية رقم 584 غير مرقم الصفحات.

68. **التلخيص في أصول الفقه/** إمام الحرمين الجويني/ تحقيق د. عبد الله النيبالي، د. شبير العمري/ دار البشائر الإسلامية/ الطبعة الأولى.

69. **تلقيح الفهوم في تنقيح صيغ العموم/** خليل بن كيكلدي العلائي/ دار الأرقم/ الطبعة الأولى.

70. **التمهيد في تخريج الفروع على الأصول/** جمال الدين عبد الرحيم بن الحسن الإسنوي (ت772هـ)/تحقيق د. محمد حسن هيتو/ مؤسسة الرسالة بيروت/ الطبعة الثانية .

71. **التلويح في كشف حقائق التنقيح/** لسعد الدين التفتازني/مكتبة محمد علي صبيح/ وهو مطبوع مع التوضيح والتنقيح لصدر الشريعة.

72. **التوضيح شرح التنقيح/** صدر الشريعة عبيد الله بن مسعود المحبوبي/ دار الكتب العلمية.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

73. **تيسير أصول الفقه/** للشيخ منصور محمد الشيخ.

74. **تيسير التحرير/** محمد أمين المعروف بأمير باد شاه الحسيني الحنفي الخرساني البخاري المكي(ت987هـ)/ على كتاب التحرير في أصول الفقه الجامع بين اصطلاحي الحنفية والشافعية/لكمال الدين ابن الهمام (ت861هـ)/ دار الكتب العلمية بيروت.

75. **الثبات والشمول في الشريعة/** د. عابد بن محمد السفياني.

76. **حاشية الجرجاني على شرح العضد/** علي بن محمد الشريف الجرجاني/ مكتبة الكليات الأزهرية.

77. **حاشية الدمياطي على شرح المحلي على الورقات/** أحمد بن محمد الدمياطي/ مطبعة مصطفى البابي الحلبي/ الطبعة الثالثة .

78. **حاشية العطار على شرح المحلى/** حسن بن محمد بن محمود العطار/ دار الكتب العلمية.

79. **حسام العدل والإنصاف القاطع لكل مبتدع بإتباع الأعراف/** للشيخ محمد يحي الولاتي/ طبعة مصورة.

80. **جمع الجوامع/** لتاج الدين عبد الوهاب بن علي بن السبكي (ت771هـ)/ دار الكتب العلمية بيروت/ الطبعة الأولى.

81. **الرسالة/** الإمام محمد بن إدريس الشافعي (ت204هـ)/ تحقيق أحمد محمد شاكر/ المكتبة العلمية.

82. **رفع الحرج في الشريعة الإسلامية/** د. يعقوب عبد الوهاب الباحسين/ دار النشر الدولي/ الطبعة الثانية.

83. **روضة الناظر في أصول الفقه/**لموفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي أبو محمد (541 ــ 620هـ)/ تحقيق د. عبد العزيز عبد الرحمن السعيد/ جامعة الإمام محمد بن سعود الرياض/ الطبعة الثانية.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

84. **شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول/** شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي(ت684هـ)/ تحقيق طه عبد الرؤوف سعد/ مكتبة الكليات الأزهرية ودار الفكر/ الطبعة الأولى.

85. **شرح التلويح على التوضيح/** سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني الشافعي، (ت791هـ)/ دار الكتب العلمية بيروت.

86. **شرح العبادي على شرح المحلي على الورقات/** أحمد بن قاسم العبادي/ دار المعرفة/ مطبوع بهامش إرشاد الفحول.

87. **شرح العضد/** عضد الملة والدين الإيجي (ت 756هـ)/ **على مختصر ابن الحاجب** (ت 646هـ)/مطبوع مع حاشية سعد الدين التفتازاني (ت791هـ)/ دار الكتب العلمية بيروت/ الطبعة الثانية.

88. **شرح الكوكب المنير/** محمد بن أحمد الفتوحي المعروف بابن النّجار(ت792هـ)/ تحقيق د. محمد الزحيلي، د. نزيه حماد/ دار الفكر.

89. **شرح المحلي/** جلال الدين محمد بن أحمد المحلي (ت 881هـ)/ **على جمع الجوامع/**لابن السبكي (771هـ)/دار الكتب العلمية بيروت/ الطبعة الأولى.

90. **شرح مختصر الروضة/** نجم الدين سليمان الطوفي (ت716هـ)/ تحقيق د. عبد الله التركي/ مؤسسة الرسالة/ الطبعة الأولى.

91. **شرح المنار وحواشيه من علم الأصول/** لعز الدين عبد اللطيف بن عبد العزيز بن الملك (ت801هـ).

92. **ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية/** د. محمد سعيد رمضان البوطي/ طبعة مؤسسة الرسالة.

93. **الضياء اللامع شرح جمع الجوامع/** أحمد بن عبد الرحمن الزليطني/ الطبعة الأولى.

94. **الضياء اللامع/**لأبي العباس حلولو على هامش نشر البنود/ الطبعة الأولى.

95. **العدة في أصول الفقه/**القاضي أبو يعلى محمد بن الحسين الفراء البغدادي الحنبلي (ت458هـ)/ تحقيق د. أحمد بن علي المباركي/ الطبعة الثانية.

96. **العرف وأثره في الشريعة والقانون/** د. أحمد بن علي سير المباركي/الطبعة الأولى.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

97. **العرف وحجيته/** عبد الكريم زيدان/ الطبعة الأولى.

98. **العرف والعادة في رأى الفقهاء/** عرض نظرية في التشريع الإسلامي، الأستاذ الشيخ أحمد فهمي أبو سنه/ وهى رسالته للأستاذية/ وقد نوقشت سنة 1941م/ وطبعت بمطبعة الأزهر سنة 1947م.

99. **العقد المنظوم في الخاص والعموم/** شهاب الدين أحمد بن إدريس القَرَافِي (ت684هـ)/ تحقيق غلي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود.

100. **غمز عيون البصائر/** أحمد بن محمد الحنفي الحموي (ت1098هـ)/وهو شرح كتاب الأشباه والنظائر لابن نجيم الحنفي (ت970هـ)/ دار الكتب العلمية بيروت/ الطبعة الأولى.

101. الغنية في الأصول/لأبي صالح منصور بن إسحاق بن أحمد أبي جعفر السجستاني (ت290هـ)/ تحقيق محمد صدقي بن أحمد البورنو/ الطبعة الأولى.

102. **الفروق/** أسعد بن محمد بن الحسين النيسابوري الكرابيسي (490 ـ 570هـ)/ تحقيق د. محمد طموم/ الطبعة الأولى 1402هـ،/ وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية ـ الكويت.

103. **الفروق/** شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي المشهور بالقرافي (ت684هـ)/ دار المعرفة بيروت.

104. **الفصول في الأصول/** أحمد بن علي الرازي الجصاص (305 ـ 370هـ)/ تحقيق عجيل جاسم النشمي/ وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية ـ الكويت/ الطبعة الأولى.

105. **فواتح الرحموت/** عبد العلي محمد بن نظام الدين الأنصاري (ت1225هـ)/ **شرح مسلم الثبوت في أصول الفقه/** لمحب الدين بن عبد الشكور(ت1119هـ)/**مطبوع مع المستصفى من علم الأصول/** لأبي حامد الغزالي(ت505هـ)/ المطبعة الأميرية ببولاق مصر/ الطبعة الأولى.

106. **قواطع الأدلة في الأصول/** أبو المظفر منصور بن محمد بن عبد الجبار السمعاني (ت489هـ)/ تحقيق د. محمد حسن هيتو/ مؤسسة الرسالة/ الطبعة الأولى.

107. **قواعد الأحكام في مصالح الأنام/** عز الدين عبد العزيز ابن عبد السلام السلمي (ت660هـ)/ طبعة دار الكتب العلمية.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

108. **قواعد في الفقه الاسمي/** للحافظ أبي الفرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلي/ طبعة الكليات الأزهرية.

109. **القواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها/** د. صالح بن غانم السدلان/ دار بلنسية للنشر والتوزيع بالرياض/الطبعة الأولى.

110. **قواعد المقري/** لأبي عبد الله محمد المقري التلمساني/ مصورة سعيد اعراب الغماري.

111. **القواعد الفقهية/** د. عبد العزيز محمد عزّام/ دار الحديث القاهرة.

112. **كشف الأسرار على أصول فخر الإسلام البزدوي/** علاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخاري (ت730هـ)/ضبط وتعليق محمد المعتصم بالله البغدادي/ دار الكتاب العربي بيروت/ الطبعة الثانية.

113. **اللمع في أصول الفقه/** أبو إسحاق إبراهيم الشيرازي (ت476هـ)/ دار الغرب الإسلامي/ حققه عبد المجيد التركي/ الطبعة الأولى

114. **المحصول في علم أصول الفقه/** فخر الدين محمد بن عمر بن الحسين الرازي (ت 606هـ)/تحقيق طه جابر فياض العلواني/ لجنة البحوث والتأليف والترجمة جامعة محمد بن سعود الإسلامية/ الطبعة الأولى.

115. **مختصر ابن الحاجب/** جمال الدين عثمان بن عمر بن أبي بكر المشهور بابن الحاجب (ت646هـ)/ مطبوع مع شرحه بيان المختصر/ لشمس الدين أبي الثناء محمود ابن عبد الرحمن الأصفهاني (ت749هـ)/ تحقيق محمد مظهر بقا/طبع بدار المدني، وإحياء التراث الإسلامي بمكة.

116. **المدخل إلى علم أصول الفقه/** للدواليبي

117. **مذكرة أصول الفقه/** محمد الأمين الشنقيطي/ طبع الجامعة الإسلامية .

118. **مرتقى الوصول إلى تاريخ علم الأصول/** د. موسى بن محمد القرني/ الطبعة الأولى.

119. **مرآة الأصول شرح مرقاة الأصول/** محمد بن فراموز بن علي ملا خسرو/ مطبعة الحج محرم أفندي البوسن.

120. **مرتقى الوصول إلى تاريخ علم الأصول/** د. موسى بن محمد القرني.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

121. **المستصفى في علم الأصول/** محمد بن محمد الغزالي أبو حامد (450 ــ 505هـــ)/ تحقيق محمد عبد السلام عبد الشافي/ الطبعة الأولى/ دار الكتب العلمية بيروت.

122. **المسودة في أصول الفقه/** عبد السلام ، وعبد الحليم ، وأحمد بن عبد الحليم آل تيمية/ تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد/ طبعة المدني.

123. **مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه/** عبد الوهاب خلاف/ دار القلم الكويتيـــة/ الطبعة الثانية.

124. **المعتمد في أصول الفقه/** أبو الحسين محمـــد بـــن علـــي بـــن الطيـــب البـــصري (ت436هـــ)/ تحقيق محمد حميد الله/ دار الكتب العلمية بيروت/ الطبعة الأولى.

125. **معراج المنهاج شرح منهاج الوصول إلى علم الأصول/** شمس الدين محمد بن يوسف الجزري/ تحقيق د. شعبان محمد إسماعيل/ مطبعة الحسين الإسلامية .

126. **المعونة في الجدل/** أبو إسحاق إبراهيم الشيرازي(ت476هـــ)/ دار الغرب الإسلامي/ الطبعة الأولى

127. **المعيار العرب والجامع المغرب عن فتاوى علماء أفريقا والأندلس والمغـــرب/** أبـــي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي (ت914هـــ)/ طبعة دار الغرب الإسلامي.

128. **مفتاح الوصول في علم الأصول/** لأبي عبد الله محمد الشريف التلمساني/مكتبة الوحدة العربية الدار البيضاء.

129. **مقاصد الشريعة الإسلامية/** للشيخ محمد الطاهر بن عاشور/ المطبعة الفنية تونس.

130. **المنار مع كشف الأسرار/** نجم الدين أبو حفص عمر بـــن محمـــد النـــسفي الحنفـــي (ت537هـــ)/ دار الكتب العلمية بيروت/ الطبعة الأولى.

131. **المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التـــشريع الإســـلامي/** د. محمـــد فتحـــي الدريني/ مؤسسة الرسالة/ الطبعة الثالثة.

132. **المنخول من تعليقات الأصول/** أبو حامد الغزالي/ تحقيق د. محمد حـــسن هيتـــو/ دار الفكر/ الطبعة الأولى .

133. المنهاج في ترتيب الحجاج / أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي (ت474هـــ)/ الطبعة الأولى.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

134. **الموافقات في أصول الشريعة/** للإمام أبو إسحاق الشاطبي تحقيق عبد الله دراز/ دار المعرفة.

135. **ميزان الأصول** / لعلاء الدين محمد بن أحمد بن أبي أحمد السمرقندي (ت539هـ).

136. **نزهة الخاطر العاطر شرح روضة الناظر/** عبد القادر بن بدران/ مكتبة المعارف .

137. **نشر البنود/** محمد أمين بن عمر الشهير بابن عابدين (ت1252هـ)/ الطبعة الأولى.

138. **نشر البنود على مراقي السعود/** لعبد الله الشنقيطي/ مطبعة فضالة المغرب.

139. **نفائس الأصول/** شهاب الدين أحمد بن إدريس القَرَافِي (ت684هـ)/ الطبعة الأولى.

140. **نهاية السول/** جمال الدين عبد الرحيم بن الحسن الإسنوي (ت772هـ)/ شرح منهاج الأصول/ للقاضي ناصر الدين عبد الله بن عمر البيضاوي (ت685هـ)/ دار الكتب العليمة/ الطبعة الثانية.

141. **الورقات في أصول الفقه/** لإمام الحرمين عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني النيسابوري (ت 478هـ).

142. **الوصول إلى الأصول/** أحمد بن علي بن برهان البغدادي (ت518هـ)/ تحقيق د. عبد الحميد أبو زنيد/ مكتبة المعارف بالرياض/ الطبعة الأولى.

143. **الإيضاح والتبيان في معرفة المكيال والميزان/**نجم الدين بن الرفعة/تحقيق د. محمد الخاروف/ دار الفكر.

رابعاً : الفقه:

أ ــ الفقه الحنفي:

144. **الاختيار لتعليل المختار/** عبد الله بن محمود الموصلي الحنفي (ت683هـ)/تعليق محمود أبو دقيقة/ دار المعرفة/ الطبعة الثالثة.

145. **البحر الرائق شرح كنز الدقائق/** زين الدين إبراهيم بن نجيم (ت970هـ)/ دار المعرفة بيروت/ الطبعة الثانية

146. **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع/** علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني (ت 587هـ)/ دار الحديث بيروت.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

147. **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق/** فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي (ت 743هـ)/ دار الكتاب الإسلامي القاهرة/ الطبعة الثانية .

148. **تحفة الفقهاء/** محمد بن أحمد بن أبي أحمد السمرقندي (ت539هـ)/ دار الكتب العلمية بيروت/ الطبعة الأولى.

149. **أبو حنيفة حياته وعصره – آراؤه وفقهه/** محمد أبو زهرة/ دار الفكر العربي .

150. **دُرَر الحكّام شرح غرر الحكام/** محمد بن فرموزا (منلا خسرو)/ دار إحياء الكتب العربية.

151. **دُرَر الحكّام شرح مجلة الأحكام/** علي حيدر/ تعريب فهمي الحسيني/ ط 1411هـ 1991م/ دار الجيل بيروت .

152. **ردّ المحتار على الدّر المختار/** محمد أمين المعروف بابن عابدين/ تحقيق عادل أحمد عبد الموجود وغيره/ ط 1415هـ 1994م/ دار الكتب العلمية بيروت

153. **رسالة نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف مجموعة رسائل/** محمد أمين بن عمر الشهير بابن عابدين (ت1252هـ)/ مطبعة مصطفى البابي الحلبي/ الطبعة الثانية.

154. **شرح العناية على الهداية/** أكمل الدين محمد بن محمود البابرتي (ت 786هـ)/ وهو مطبوع بهامش شرح فتح القدير.

155. **شرح فتح القدير على الهداية/** كمال الدين محمد بن عبد الواحد، السيواسي، السكندري، المعروف بابن الهمام (ت 681هـ)/ دار الفكر/ الطبعة الثانية.

156. **العناية شرح الهداية/** محمد بن محمد بن محمود البابرتي/ دار الفكر.

157. **الفتاوى الهندية (الفتاوى العالمكيرية في مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان)/** الشيخ نظام، ومجموعة من علماء الهند/ دار إحياء التراث العربي بيروت/ الطبعة الرابعة.

158. **فتح القدير/** كمال الدين بن عبد الواحد بن الهمام/ دار إحياء التراث العربي.

159. **المبسوط/** أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي (ت490هـ)/ دار المعرفة بيروت/ الطبعة الثالثة.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

160. **مجلة الأحكام العدلية/** تأليف جمعية المجلة/ طبعة كارخانه تجارت كتب/ تحقيق نجيب هواوينى.

161. **الهداية شرح البداية/** برهان الدين علي بن عبد الجليل أبي بكر المرغيناني (ت 593هـ)/ مطبوع مع فتح القدير لكمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام(ت861هـ)/ وتكملته نتائج الأفكار قي كشف الأسرار لشمس الدين أحمد المعروف بقاضي زاده(ت988هـ)/والكفاية لجلال الدين الخوارزمي الكرلاني/ دار إحياء التراث العربي بيروت.

ب ــ الفقه المالكي :

162. **بداية المجتهد ونهاية المقتصد/** القاضي أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الأندلسي (ت595هـ)/ الناشر دار الكتب العلمية ببيروت/ الطبعة العاشرة.

163. **البهجة في شرح التحفة/** أبو الحسن علي بن محمد بن عبد السلام التسولي، (ت 1258هـ)/ دار المعرفة بيروت/ الطبعة الثالثة.

164. **البيان والتحصيل/** تأليف أبو الوليد بن رشد القرطبي (ت520هـ)/ تحقيق د. محمد حجي/ دار الغرب الإسلامي ببيروت/ الطبعة الثانية.

165. **تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام/** (هامش فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب مالك لأحمد عليش)/ القاضي برهان الدين بن فرحون(ت799هـ)/ مطبعة العامرة الشرفية بمصر/ الطبعة الأولى.

166. **حاشية الدسوقي/** أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي (ت 1230هـ)/ **على الشرح الكبير/** لأبي البركات سيدي أحمد الدردير (ت1201هـ)/ وبالهامش الشرح المذكور مع تقريرات محمد عليش/ دار الفكر.

167. **الشرح الكبير/** سيدي أحمد الدردير أبو البركات/ تحقيق محمد عليش/ دار الفكر بيروت.

168. **القوانين الفقهية/** محمد بن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي المالكي (693 ــ 741هـ)/ دار القلم.

169. **الكافي في فقه أهل المدينة المالكي/** أبو عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر القرطبي (463هـ)/ دار الكتب العلمية بيروت/ الطبعة الأولى..

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

170. **مالك حياته وعصره – آراؤه وفقهه/** محمد أبو زهرة/ دار الفكر العربي.

171. **المدونة الكبرى/** الإمام مالك بن أنس (ت 179هـ) رواية سحنون بن سعيد التنوخي عن عبد الرحمن بن القاسم/ دار الفكر/ الطبعة الثانية .

ج ــ الفقه الشافعي:

172. **الأم/** الإمام محمد بن إدريس الشافعي (ت204هـ)/ دار المعرفة ببيروت/ الطبعة الثانية.

173. **تحفة المحتاج في شرح المنهاج/** أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي/ دار إحياء التراث العربي/ الطبعة الأولى.

174. **تكملة المجموع بشرح المهذب/** (التكملة الأولى) علي بن عبد الكافي السبكي/ **والثانية:** محمد نجيب بن حسين المطيعي (ت 1354هـ)/ وكلاهما مطبوع مع المجموع للنووي.

175. **روضة الطالبين وعمدة المفتين/** أبو زكريا يحيى بن شرف النووي (ت 676هـ)/ إشراف زهير الشاويش/المكتب الإسلامي بيروت/ الطبعة الثانية.

176. **الفتاوى الكبرى الفقهية/** أبو العباس أحمد شهاب الدين بن حجر الهيثمي (ت 974هـ)/ دار الفكر.

177. **المجموع شرح المهذب/** أبو زكريا يحيى بن شرف النووي/ المكتبة السلفية المدينة المنورة.

178. **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج/** محمد بن أحمد المعروف بالشربيني الخطيب (ت977هـ)/ دار إحياء التراث العربي بيروت.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

179. **المهذب في فقه الإمام الشافعي/** أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي (ت 476هـ)/ دار الفكر/ الطبعة الأولى.

180. **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج/** شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شِهاب الدين الرملي الشهير بالشافعي الصغير (ت 1004هـ)/ ط. 1404هـ 1984م/ دار الفكر.

د ــ الفقه الحنبلي:

181. **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام المبجل أحمد بن حنبل/** علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي (ت 885هـ)/ دار إحياء التراث العربي، بيروت/ الطبعة الثانية.

182. **شرح الزركشي على مختصر الخرقي في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل/** شمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي المصري، الحنبلي، (ت 772هـ)، تحقيق/ عبد الله بن عبد الرحمن بن عبد الله الجبرين/ مكتبة العبيكان، الرياض/ الطبعة الأولى.

183. **شرح منتهى الإرادات/** منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، (ت 1051هـ)/ دار الفكر.

184. **الفروع/** شمس الدين المقدسي أبو عبد الله محمد بن مفلح (ت 763هـ)/ الطبعة الرابعة/ عالم الكتب.

185. **الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل/** موفق الدين أبو محمد عبد الله بن قدامة (ت 620هـ)/ تحقيق زهير الشاويش/ ط2 ، 1399هـ 1979م، المكتب الإسلامي، دمشق، بيروت.

186. **كشاف القناع على متن الإقناع/** لمنصور بن يونس بن إدريس البهوتي/ (ت1051هـ)/ تحقيق هلال مصيلحي، ومصطفى هلال/ طبعة دار الفكر.

187. **المغني على مختصر الخرقي/** عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي/ مطبعة الفجالة الجديدة.

188. **المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني/** أبو محمد موفق الدين عبد الله ابن قدامة (ت 620هـ) تحقيق/ عبد الله بن عبد المحسن التركي، وعبد الفتاح محمد الحلو/ دار هجر، القاهرة/ الطبعة الثانية.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ح ــ كتب الفقه العام:

189. **تفسير النصوص في الفقه الإسلامي/** د. محمد أديب صالح/ المكتب الإسلامي/ الطبعة الثالثة.

190. **المدخل الفقهي العام (الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد)/** مصطفى أحمد الزرقا/ طبعة 1967م/ دار الفكر.

191. **المدخل للفقه الإسلامي/** لمحمد سلام مدكور/ الطبعة الأولى.

192. **الموسوعة الفقهية/** وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية الكويتية/ ذات السلاسل الكويت/ الطبعة الثانية.

خامساً: كتب اللغة والمعاجم:

193. **تاج العروس من جواهر القاموس/** محمد مرتضى الزبيدي (ت 1205هـ)/ دار مكتبة الحياة بيروت.

194. **التعريفات/** علي بن محمد بن علي الجرجاني (ت 816هـ) تحقيق/ إبراهيم الإبياري/ دار الكتاب العربي.

195. **سير أعلام النبلاء/** محمد بن أحمد الذهبي/ تحقيق شعيب الأرناؤوط/ مؤسسة الرسالة/ الطبعة التاسعة.

196. **الصحاح/** إسماعيل بن حمّاد الجوهري/ دار العلم للملايين/ الطبعة الثانية.

197. **طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية/** نجم الدين أبو حفص عمر بن محمد النسفي الحنفي (ت537هـ) تحقيق/ أبي عبد الله محمد حسن إسماعيل الشافعي/ دار الكتب العلمية بيروت/ الطبعة الأولى.

198. **القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً/** سعدي أبو جيب/ دار الفكر دمشق/ الطبعة الثانية .

199. **القاموس المحيط/** مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي الشيرازي (ت 817هـ)/ المطبعة الحسينية المصرية/ الطبعة الثانية.

200. **لسان العرب/** أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الأنصاري (ت 711هـ) تحقيق/ عبد الله علي الكبير وغيره/ دار المعارف القاهرة.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

201. **مختار الصحاح/** محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي/ دار الفكر بيروت.

202. **المصباح المنير/** أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقرئ (ت 770هـ)/ المكتبة العصرية صيدا بيروت/ الطبعة الأولى.

203. **معجم مقاييس اللغة/** أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا (ت 395هـ)/ تحقيق عبد السلام محمد هارون/ دار الجيل بيروت/ الطبعة الأولى.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

فهرس الموضوعات

م	الموضوع	رقم الصفحة
54.	إهداء	أ
55.	المقدمة	ب
56.	شكر وتقدير	ك
❁ الفصل التمهيدي: مفهوم العام والخاص وأنواع المخصصات.		
	المبحث الأول: حقيقة العام.	
57.	المطلب الأول: تعريف العام لغةً واصطلاحاً.	6
58.	المطلب الثاني: ألفاظ العام وأنواعه.	11
59.	المطلب الثالث: دلالة العام بين القطعية والظنية.	26
	المبحث الثاني: حقيقة الخاص والتخصيص.	
60.	المطلب الأول: معنى الخاص، والفرق بينه وبين الخصوص.	40
61.	المطلب الثاني: مفهوم التخصيص وطبيعته عند علماء الأصول.	42
62.	المطلب الثالث: الفرق بين التخصيص والقصر والنسخ.	49
63.	المطلب الرابع: أنواع المخصصات أو أدلة التخصيص.	54
❁ الفصل الأول: حقيقة العرف وحجيته.		
	المبحث الأول: العرف وأقسامه.	
64.	المطلب الأول: حقيقة العرف.	67
65.	المطلب الثاني: الألفاظ ذات الصلة بالعرف.	71
66.	المطلب الثالث: أقسام العرف.	87
	المبحث الثاني: أقوال العلماء في اعتبار العرف.	
67.	المطلب الأول: دليل اعتبار العرف.	93
68.	المطلب الثاني: شروط اعتبار العرف.	108
69.	المطلب الثالث: قاعدة تغير الأحكام بتغير الزمان.	112

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

م	الموضوع	رقم الصفحة
❁	**الفصل الثاني: موقف العلماء في التخصيص بالعرف.**	
	المبحث الأول: أقوال العلماء من تخصيص العموم بالعرف وصوره.	
70.	المطلب الأول: قول القائلين في جواز التخصيص بالعرف وأدلتهم.	124
71.	المطلب الثاني: قول المانعين للتخصيص بالعرف وأدلتهم.	130
72.	المطلب الثالث: الموازنة والترجيح بين الرأيين.	132
	المبحث الثاني: صور تخصيص العرف للعموم.	
73.	المطلب الأول: تخصيص العرف للفظ العام.	136
74.	الطلب الثاني: العرف القائم بعد ورود النص.	138
75.	المطلب الثالث: طرق الترجيح عند مخالفة العرف للنص العام.	143
❁	**الفصل الثالث: أثر تخصيص العموم بالعرف في الفروع الفقهية.**	
	المبحث الأول: أثر تخصيص العموم بالعرف في العبادات.	
76.	المطلب الأول: ما يحنث به في الأيمان.	156
77.	المطلب الثاني: ما يجزئ في كفارة اليمين.	161
78.	المطلب الثالث: إعطاء الأجرة وأخذها على القيام بأعمال الطاعات.	163
79.	المطلب الرابع: استعمال التقويم في تحديد مواقيت الصلاة.	165
	المبحث الثاني: أثر تخصيص العموم بالعرف في المعاملات والأحوال الشخصية.	
80.	المطلب الأول: تخصيص العرف لعقود الناس وتصرفاتهم.	169
81.	المطلب الثاني: معيار العرف في أموال الربا.	173
82.	المطلب الثالث: معيار العرف وعقد الاستصناع.	177
	المبحث الثالث: أثر تخصيص العموم بالعرف في الجنايات وغيرها.	
83.	المطلب الأول: الحرز في السرقة.	184
84.	المطلب الثاني: في المنازعة عند التمليك.	192
85.	**الخاتمة.**	195

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

❁ الفهارس العامة.		
.86	فهرس الآيات.	201
.87	فهرس الأحاديث النبوية الشريفة والآثار.	205
.88	فهرس المصادر والمراجع.	208
.89	فهرس الموضوعات.	226

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com