تخصيص النصوص بالعرف
(دراسة أصولية فقهية)

إعداد: د. نور علي محمود أحمد

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة:

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف المرسلين وخاتم النبيين سيدنا محمد النبي الأمي الأمين وعلى آله وأصحابه أجمعين، **وبعد:**

فإن العرف دليل من أهم أدلة الأحكام ، بل يمكن القول بأنه الأصل المتطور الذي يفي بكثير من الفروع الفقهية ويحقق مصلحة الناس عامتهم وخاصتهم؛ لأنه أقرب مصدر يمكن الاستفادة منه بكل سهولة ويسر ، وهو الأصل الذي تدعو الحاجة إليه دائما؛ لأن حاجة الناس إلى العرف فطرة قديمة أحس بها الإنسان منذ أيامه الأولى.

وقد ورد في الكثير من النصوص ما يكشف بوضوح عن اعتبار العرف وأهميته بالنسبة لأحكام الشريعة ومنزلته من المصادر الأصيلة والتبعية؛ لأن الحكم الشرعي يتأثر كثيراً بالظروف والأوضاع الاجتماعية التي ترافقة .

وهذا الموضوع الذي جاء بعنوان (تخصيص العموم بالعرف) وبيان أثر ذلك على الفروع الفقية في باب العبادات والمعاملات والجنايات في بعض صورها ليؤكد أن التشريع الإسلامي يستطيع أن يتعاطى مع كل الظروف والأحوال مع إظهار القيمة التشريعية للعرف كمصدر من مصادر التشريع الإسلامي.

أهمية الموضوع وأسباب اختياره:

١ – إن العرف أصل عظيم من أصول الفقه.

٢ – إن الوقائع بين الناس غير منتهية والنصوص والأفعال والإقرارات متناهية ومن هنا تظهر أهمية العرف في بيان أحكام الفروع الفقهية.

٣ – لا ريب أن معظم النصوص التشريعية العامة قد خصصت، دل على ذلك الاستقراء مما نتج عن ذلك قول العلماء: (ما من عام إلا وقد خصص).

٤ – إن موضوع العرف يدخل في كثير من أبواب أصول الفقه فيمكن الوقوف على كثير من مسائل هذا العلم من خلاله.

أهم الصعوبات التي واجهتني :

١- قلة من تكلم في صلب هذا الموضوع من قبل ما عدا التعريفات التي يذكرها الأصوليون عند تعرضهم لبيان العرف وتأثيره في الأحكام .

٢- الدراسات التي تحدثت عن الواقع لم تتعرض للموضوع من جانب التأصيل و التنظير فهي لم تقدم دراسة منهجية تكشف فيها عن تفاعل القواعد الشرعية مع واقع الحياة .

منهج البحث:

اعتمدت في هذا البحث على المناهج الآتية :

أولا : المنهج التاريخي : جمعت ما ذكره أهل العلم من المصادر الأصولية الأصيلة وما ذكره العلماء من غير الأصولين، ومعرفة زمن كتابتها وأيضا التسلسل

التاريخي للأحداث وتسجيلها والوقائع التي حدثت في الماضي وتحليلها على أسس علمية بقصد التوصل إلى الحقائق التي تساعدنا في فهم الحاضر على ضوء الماضي.

ثانيا : المنهج الاستقرائي: بينت ما ورد في البحث من (الآيات القرآنية) عزوته إلي السور التي وردت فيها مع ذكر رقم الآية، واسم السورة، وما ورد من (الأحاديث النبوية) خرجته من المصادر الأصيلة من كتب السنة بادئاً بالصحيحين ما أمكن، إن لم أجد تجاوزتها إلي غيرها مبيناً اسم المصدر، ومؤلفه، واسم الكتاب والباب ورقم الجزء والصفحة، ورقم الحديث إن وجد واعتمدت في هذا البحث علي مراجع متنوعة منها ما يتصل بالمراجع الحديثة والقديمة .

ثالثا: المنهج النقدي : اعتمدت في البحث على ذكر صورة المسألة والأقوال الواردة فيها ، ومناقشة أدلة الأقوال وصولا إلى الرأي الراجح.

الدراسات السابقة:

كان من أوائل من كتب في موضوع العرف بحثاً مفرداً العلامة المحقق عمدة المتأخرين من الحنفية الفقيه محمد أمين بن عمر الشهير بابن عابدين- رحمه الله تعالى- فقد كتب فيه رسالته الرائدة: نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف وأيضاً كتاب العرف والعادة في رأي الفقهاء: عرض نظرية في التشريع الإسلامي للأستاذ الشيخ أحمد فهمي أبو سنة وهي رسالته للأستاذ به.

- والعرف في الفقه الإسلامي للأستاذ الشيخ عمر عبد الله وهو بحث قد نشر بمجلة الحقوق جامعة الأسكندرية سنة ١٩٥١م.

وأثر العرف في التشريع الإسلامي للأستاذ الدكتور السيد صالح عوض.

والعرف أثره في الشريعة والقانون للأستاذ الدكتور أحمد بن علي السير المباركي.

ونظرية العرف للأستاذ الدكتور عبد العزيز الخياط.

- والعرف في المذهب المالكي للأستاذ محمد أبو الأجفان.

هذا كل ما ظفرت به من هذه الدراسات السابقة فلعل هناك دراسات أخرى لم أقف عليها .

خطة البحث:

اقتضت طبيعة البحث أن يتكون من مقدمة وتمهيد وخاتمة ، وثلاثة فصول ، وهذا على النحو التالي:

مقدمة: وفيها بيان أهمية الموضوع ، ومنهج الدراسة ، والدراسات السابقة ، وإشكاليةالبحث .

ثم التمهيد : وهو بعنوان (مصطلح تخصيص النصوص بالعرف) وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: تخصيص العموم بالعرف وأثره في الفروع الفقهية .

المبحث الثاني: حقيقة العموم .

المبحث الثالث:حقيقة العرف .

الفصل الأول: أقوال العلماء في تخصيص العموم بالعرف ، وفيه مباحث:

المبحث الأول: العرف العملي والقولي.

المبحث الثاني: قول المانعين للتخصيص بالعرف وأدلتهم .

المبحث الثالث: الموازنة والترجيح بين الرأيين.

الفصل الثاني: تخصيص عام النص بالعرف العملي العام الطاريء .

الفصل الثالث : أثر التخصيص بالعموم بالعرف في الفروع الفقهية ، وفيه مباحث:

المبحث الأول: أثر تخصيص العموم بالعرف في العبادات .

المبحث الثاني: أثر تخصيص العموم بالعرف في المعاملات .

المطلب الأول : أثر تخصيص العموم بالعرف في الجنايات.

المطلب الثاني : السرقة بين الأزواج .

المطلب الثالث : القطع بسرقة الكفن من القبر (النبش).

وأسأل الله –تعالى– أن أكون وفقت فيه وأن ينفع به الإسلام والمسلمون، وإن كانت الأخرى فحسبي أنني طالب ما زلت أتلقى العلم، والحمد لله من قبل ومن بعد.

تمهيد

مصطلح تخصيص النصوص بالعرف

المبحث الأول

تخصيص العموم بالعرف وأثره في الفروع الفقهية

مفهوم التخصيص وطبيعته عند علماء الأصول.

أولا: التخصيص لغة واصطلاحاً:

١ – التخصيص لغة: الإفراد ومنه مصدر "خصص" بمعنى: خص، والتضعيف فيه بمعنى: أصل الفعل دون الدلالة على التكثير الذي تفيد هذه الصيغة غالباً[(١)].

٢ – أما التخصيص اصطلاحاً:

هناك اختلاف بين الجمهور والحنفية في تحديد مفهوم التخصيص ويرجع إختلافهم في ذلك إلى اختلافهم في دلالة العام على كل ما يشمله اللفظ: أهي قطعية؟ أم ظنية ؟

ثانياً: مفهوم التخصيص عند الجمهور:

عرف جمهور الأصوليين "المتكلمين" التخصيص بتعريفات كثيرة:

قال ابن السمعاني: تمييز بعض الجملة بالحكم[(٢)] أي: إخراجه كإخراج المعاهدين، من قوله –تعالى–: **(فاقتلوا المشركين)**[(٣)].

---

(١) لسان العرب لابن منظور مادة خصص ٢٦/٧ – نشر البنود لابن عابدين ٢٣٢/١.

(٢) انظر المحصول: للرازي ٣/١ – ٧، وفواتح الرحموت ١٠٠/١.

(٣) سورة التوبة الآية ٥.

وقال ابن الحاجب: "قصر العام على بعض مسمياته"[١] ، 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: كالعشيرة، والمسلمين، وضمائر الجمع.

وقد عرف أيضاً بأنه قصر العام على بعض أفراده بأن لا يراد البعض الآخر بالحكم؛ وذلك لأن القصر على بعض الأفراد لابد أن يكون باعتماد على دليل يدل على التخصيص[٢] وتخصص العام بيان ما لم يرد بلفظ العام، وفلا يقوم عندهم على أساس المعرضة بين العام والخاص؛ لأن الظني لا يعارض القطعي، وعلى هذا فالتخصيص في جوهره ليس إلا بياناً أو تفسيراً للعام الذي يستوي فيه احتمالان:

١- احتمال إرادة العموم. ٢- واحتمال إرادة الخصوص ، والبيان يرجح مراد الشارع من هذين الاحتمالين حتى إذا ورد الخاص، رجح احتمال الخصوص الذي كان قائماً ، ومختصر القول: إن التخصيص عند الجمهور يعني صرف اللفظ عن عمومه وإرادة بعض ما يتناوله بدليل من الأدلة، أو هو قصر العام على بعض ما يتناوله بدليل قطعي، دون النظن إلى نوعية الدليل من حيث كونه قطعياً أو ظنياً مستقلاً أم غير مستقل، مقارناً في الزمن أم غير مقارن.

ثالثاً: مفهوم التخصيص عند الحنفية:

عرف صاحب كشف الأسرار التخصيص بأنه: "قصر العام على بعض أفراده بدليل مستقل مقترن" حيث قال في بيان قيود هذا التعريف: واحترزنا بقولنا مستقل عن الصفة والاستثناء ونحوهما إذ لا بد عندنا للتخصيص من معنى المعارضة وليس في

(١) مختصر المنتهى مع شرحه وحاشيته لابن الحاجب ١٢٩/٢.

(٢) انظر: نشر البنود لابن عابدين ٢٣٢/١.

الصفة ذلك ولا في الاستثناء، وبقولنا: مقترن عن الناسخ فإنه إذا تراخة دليل التخصيص، يكون نسخاً ولا تخصيصاً[1].

وعلى ذلك رأي الحنفية أن التخصيص نوع من البيان تضمن معنى المعارضة وأنه ليس بياناً محضاً ولكونه بياناً، فلأنه بيان إرادة الشارع من أول الأمر. وقد قال الغزالي فيما نصه: "فإن تسمية الأدلة مخصصة تجوز فقد بينا أن تخصيص العام محال لكن الدليل يعرف المتكلم وأنه أراد باللفظ الموضوع للعموم معنى خاصاً، والتخصيص على التحقيق بيان خروج الصيغة عن وضعها من العموم إلى الخصوص[2].

وأما أنه يتضمن معنى المعارضة، إذ يقررون أن العام قطعي في دلالته كالخاص ومن ذلك الكلام تفرعت عن طبيعة التخصيص عند الحنفية، أشراط في الدليل المخصص وهي:

١ – أن الدليل الخاص لكي يثبت أنه مخصص للعام يجب أن يقترن به في الزمن وأنه إن تراخى عُدّ ناسخاً لا مخصصاً.

٢ – أن أساس التخصيص التعارض بين نصين، بمعنى أن يكون الخاص مساوياً للعام من حيث القطعية أو الظنية في قوة الدلالة.

٣ – أن يكون ذلك الدليل مستقلاً، وبذلك تكون الأدلة غير المستقلة وهي المتصلة لا يتم التخصيص بها[3].

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

---

(١) انظر: كشف الأسرار/ عبد العزيز البخاري ٣٠٦/١ – والمنار لابن ملك ٢٩٦/١ والتقرير والتحبير لابن أمير الحاج ٢٤٢/١.

(٢) انظر: المستصفى للإمام الغزالي ص٢٤٦.

(٣) انظر كشف الأسرار لعبد العزيز البخاري ٢٩١/١ – ٢٩٢.

وفكرة التخصيص في تعريف الحنفية والجمهور واحدة من حيث المبدأ، إلا أن في تعريف الحنفية تقييداً نعود إليه عند المقارنة بين المنهجين في التعريف. ولنضرب لذلك مثالاً توضيحياً لكل من المنهجين:

قوله -تعالى-: (**والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء**) [١] قد فرض الله - سبحانه- العدة على كل مطلقة لشمول اللفظ بدخول "أل" على الجميع وهي من صيغ العموم، وهذا اللفظ العام يوجب بظاهره على كل مطلقة أن تعتد بثلاثة قروء، سواء أكان طلاقها قبل الدخول أم بعده، وسواء أكانت حاملاً أم غير حامل، صغيرة أم كبيرة.

ثم جاءت آية: (**يأيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها**)[٢] فيها قصر العام وهو "المطلقات" على بعض أفراده وهن "المطلقات بعد الدخول" وبذلك أخرجت المطلقات قبل الدحول من عموم المطلقات فهذا تخصيص.

ثم جاءت آية: (**واللاتي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن**)[٣].

فجعلت عدة منقطعة الحيض والصغيرة التي لم تبلغ ثلاثة أشهر، وعدة الحامل وضع الحمل، وقصرت عموم المطلقات في آية: (والمطلقات يتربصن) على دون المذكورات.

(١) سورة البقرة من الآية ٢٢٨.

(٢) سورة الأحزاب الآية ٤٩.

(٣) سورة الطلاق الآية ٤.

رابعاً: الاختلاف بين تعريف الجمهور والحنفية للتخصيص.

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

الحنفية جوهر التخصيص – عندهم – بيان يتضمن معنى المعارضة.

وقد اشترطوا في المخصص الاستقلال في المعنى كونه بياناً؛ إذ لا يتصور أن يكون المبين غير مفهوم في ذاته وبذلك الشرط فإن الأدلة غير المستقلة – وهي المتصلة لا يتم بها التخصيص عندهم.

واشترطوا أيضاً أن يكون مقارناً للعام من حيث زمن تشريعة وإلا كان ناسخاً[(١)].

وبالنظر إلى تضمنه لمعنى المعارضة، اشترطوا أن يكون مساوياً للعام من حيث قوة الدلالة قطعية وظنية. إذ لا يعارض الظني القطعي إجماعاً[(٢)].

أما الجمهور كما هو واضح من تعريفهم للتخصيص – فلا يشترطون في المخصص ما اشترطه الحنفية؛ لأن تلك الشروط منبثقة عن مفهوم التخصيص وطبيعته فالتخصيص يتم عندهم في الجملة بأي دليل من الأدلة مطلقاً[(٣)]. ذلك لأن التخصيص عندهم بيان تفسير محض لا يقوم على أساس المعارضة، ولم يشترطوا في ذلك شرطاً[(٤)]. إلا إذا تأخر الدليل المستقل في وروده عن العمل بالعام فإن تأخر كان ناسخاً لا تخصيصاً لأن التخصيص – كما هو واضح في الفرق بين التخصيص والنسخ – هو قصر العام على بعض أفراده ابتداءً، فإذا عمل بالعام فترة من الزمن ثم

---

(١) لا يكون عند الحنفية إلا مقروناً البحر المحيط للزركشي ٣٣٨/٤ – إرشاد الفحول للشوكاني صـ١٢٦.

(٢) كشف الأسرار ٢٩١/١.

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

(٤) راجع شرح العضد على مختصر المنتهى لابن الحاجب ١٤٧/٢.

جاء الدليل الخاص بعد ذلك كان الإخراج الذي يتم بموجب النص الخاص في مثل تلك الحال نسخاً جزئياً لا تخصيصاً[١].

ومن هنا كان التخصيص عند الجمهور قصراً للعام بالدليل مطلقاً؛ لأنه بيان محض فعند الحنفية بالإشراط كما سبق فكان أضيق وأخص من مفهومه عند الجمهور الذين لا يعرفون تلك التفرقة ولا تلك الاشراط فكان أوسع وأعم عندهم.

خامساً: سبب الاختلاف بين المنهجين.

إن 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 أنهم يرون دلالة العام قطعية وهي تساوي العام والخاص في قوة الدلالة إذا ورد الخاص على العام وهنا تكون علاقة تعارض في القدر الذي يشتركان فيه؛ لأنهما متكافآن من حيث القوة والعارض لا يكون إلا إذا كان المخصص مستقلاً مفيداً بنفسه.

وأما إذا كان كلاماً غير مستقل: كالاستثناء والصفة والشرط والغاية فإنه 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 ويعلمون به فيما دل عليه ويعلمون بالعام فيما وراء ذلك، ولا يحكمون بالتعارض بينهما؛ لأن العام ظني في دلالته عندهم، فالقطعي وهو الخاص هو الذي يقضي على العام ويفسر به، ويكون العام مراداً به الخاص في القدر الذي اختلفا فيه والعام محتاج إلى مثل ذلك التفسير بحكم ظنية، وما دامت العلاقة بينهما علاقة تفسير فإن

(١) المعتمد في أصول الفقه لأبي حسين البصري ٢٥٧/١.

التخصيص عند الجمهور يتم بأي دليل مطلقاً، سواء أكان قطعياً أم ظنياً، مستقلاً أم غير مستقل، وكان قصراً[(١)].

لم يشترط الجمهور في الدليل المخصص المقارنة؛ لأن الدليل المخصص عندهم مفسر، والتفسير يمكن أن يكون مقارناً أو متراخياً[(٢)].

وهناك حالة واحدة عند الجمهور وهي: ما إذا جاء الدليل المخصص بعد العمل بالعام فترة من الزمن فإن ذلك يكون نسخاً لا تخصيصاً.

وأما الحنفية وهم يحكمون بالتعارض – فقد اشترطوا في الدليل المستقل الذي رضوه للتخصيص أن يكون مقترناً بالعام، موصولاً به دون تراخ في الزمن ولما كان العام قطعياً عندهم كالخاص، فإن دور الخاص وعمله أن يغير دلالته بالتخصيص من القطعية إلى الظنية؛ لذلك كان التخصيص عندهم بيان تغير، وبيان التغيير لا يجوز تأخيره عن وقت الحاجة إليه[(٣)].

سادساً: أثر الخلاف في هذه المسألة.

قد يترتب على ذلك الاختلاف أثر عملي كبير يتمثل في أن دائرة التخصص عند الجمهور أوسع منها عند الحنفية؛ لأن الجمهور في ضوء ما سبق من تعريف للتخصيص عندهم – وهم القائلون بظنية دلالة العام – لا يحكمون بالتعارض بين العام والخاص؛ لعدم تساويهما من حيث قوة الدلالة، فالأول ظني الدلالة، والثاني قطعيها، ولا يستوي ظني وقطعي فلا يقوى الظني على الوقوف أمام القطعي ومعارضته فيقدم القطعي – وهو الخاص مطلقاً عندهم – سواء أكان الخاص متأخراً عن العام أم متقدماً في تاريخ تشريعه، أم جهل التاريخ، ويخصصون بالدليل المستقل بنفسه قائماً

(١) مختصر المنتهى مع شرحه وحاشيته لابن الحاجب ١٢١/٢، صـ١٤٧.

(٢) فواتح الرحموت لنظام الدين الأنصاري ٣٠٢/١.

(٣) السابق ٣٠٢/١.

بذاته، ومفيداً لمعناه أم كان غير مستقل بأن جزاء من كلام سابق: كالاستثناء والصفة والغاية والشرط.

والحنفية يقتصرون في التخصيص على المستقل وحده فقد حكموا بالتعارض بينهما؛ لاستوائهما في قوة الدلالة عندهم فكلاهما قطعي(١).

كما أن الحنفية يشترطون المقارنة في الدليل المستقل وعدم التراخي عنه وأما الجمهور لا يشترطون ذلك وإنما يشترطون فقط: ورود الخاص قبل العمل بالعام سواء أكان موصولاً به أم 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 اختلف 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.

المبحث الثاني

حقيقة العموم

أولاً: تعريف العام لغة:

من عم وهو بمعنى: الشمول، شيء عميم أي تام، عمهم الخير إذا سملهم وأحاط بهم، ومنه قول العرب: عمهم بالعطية أي شملهم وتقول عمهم الصلاح والعدل أي: شملهم، ويقال خصب عام ومطر عام إذا شمل البلدان والأعيان(٢).

---

(١) التلويح على التوضيح / لصدر الشريعة ٤٢/١.

(٢) انظر لسان العرب لابن منظور مادة "عمم" ٤٢٦/١٢ – والصحاح للجواهري مادة عمم ١٩٩٢/٥ – ومقايس اللغة لابن فارس مادة عم ١٥/٤.

ومنه سميت النخلة الطويلة عميمة، والقرابة إذا اتسعت انتهت إلى العمومة، فكل لظف ينتظم جمعاً من الأسماء سمي عاماً لمعنى الشمول وذلك نحو اسم الشيء فإنه يعم الموجودات كلها.

ثانياً: الفرق بين العموم والعام:

العام هو اللفظ المتناول، في حين العموم تناول اللفظ لما صلح له، فالعموم مصدر، والعام: اسم الفاعل مشتق من هذا المصدر، وهما متغايران؛ لأن المصدر الفعل، والفعل غير الفاعل، وفرق القرافي بين الأعم والعام بأن الأعم إنما يستعمل في المعنى، والعام في اللفظ، فإذا قيل: هذا أعم تبادر الذهن للمعنى، وإذا قيل: هذا عام تبادر الذهن للفظ(١).

والأمر الوارد في التعريف اللغوي أعم من أن يكون لفظاً أو معنى.

وعلى هذا، فالعموم أو الشمول في اللغة يتصف به اللفظ والمعنى على السواء.

ثالثاً: أما تعريف العام اصطلاحاً فللعلماء عبارات متعددة لعل أشهرها ما يلي:

١ – كلام مستغرق لجميع ما يصلح له(٢).

واعترض عليه بما يلي:

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

ب – إن "عشرة" و "ألف" لفظان مستغرقان لجميع ما يصلح لهما، وليسا من العام(٣).

٢ – وقد عرفه الجويني بقوله: "العام هو القول المشتمل على شيئين فصاعداً"(٤).

---

(١) العقد المنظوم في الخاص والعموم للقرافي ص٢٥ تحقيق علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود.

(٢) المعتمد لأبي الحسين البصري ١٨٩/١ والتمهيد للأسنوي ٥/٢.

(٣) انظر: إرشاد الفحول للشوكاني ص١١٢ وبيان المختصر لشمس الدين الاصفهاني ١٠٤/٢.

(٤) التلخيص في أصول الفقه لإمام الحرمين الجويني ٥/٢.

واعترض عليه بما يلي:

أ – إن المعدوم والمستحيل لفظان عامان ولا يدخلان في التعريف؛ لأنهما يدلان على شيء.

ب – إن الصلة وموصولها من ألفاظ العموم وليس لفظاً واحداً.

ج – إن المثنى يدخل في التعريف وليس من العام وكذلك كل جمع لمعهود[١].

٣ – العام هو ما دل على مسميات باعتبار أمر اشتركت فيه مطلقاً ضربة[٢].

واعترض عليه بما يلي:

أ – عدم دخول العام المضاف إلى ما يخصصه مثل قولنا: طلاب الجامعة، لعدم إطلاقها مع أنه عام قصد به الاستغراق[٣].

ب – إن الجمع المنكر المثبت يدخل في التعريف وهو ليس من العام[٤].

ج – إن قوله: "باعتبار أمر اشتركت فيه" أورد لإخراج اسم العدد كعشرة وهو قد خرج بقوله: مسميات فيكون هذا اللفظ زائداً لا قيمة له[٥].

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

٤ – اللفظ المستغرق لجميع ما يصلح له بحسب وضع واحد دفعة واحدة بلا حصر[٦].

---

(١) إرشاد الفحول للشوكاني ص١١٢.

(٢) مختصر ابن الحاجب لشمس الدين الأصفهاني ١٠٤/٢ – التقرير والتحبير لابن أمير الحاج ١٨٠/١.

(٣) شرح العضد على مختصر المنتهى لابن الحاجب ١٠٠/٢ – إرشاد الفحول للشوكاني ص١١٣.

(٤) التحرير بشرحه التقرير والتحبير لابن أمير ١٨١/١ – إرشاد الفحول ص١٣٣.

(٥) التقرير والتحبير لابن أمير الحاج ١٨١/١.

(٦) انظر: المحصول للرازي ٣٠٩/٢ – ومذكرة الشيخ محمد الأمين الشنقطي في أصول الفقه ص٢٠٣.

شرح التعريف:

"اللفظ" قيد أخرج الأفعال، وهو جنس يشمل كل لفظ فيدخل فيه المهمل والمستعمل وقيد "الاستغراق" أخرج به النكرة في الإثبات مفردة او مثناة أو مجموعة أو اسم عدد لا من حيث الآحاد فإنها تتناول ما تصلح له على سبيل البدل لا الاستغراق وأخرج أيضاً المطلق فإنه لا يدل على شيء من الإفراد فضلاً عن استغراقها، ولأنه فرد شائع في جنسه فيدل على العموم ولكنه على سبيل البدل لا الاستغراق كقول القائل: "أنفق ديناراً فإنه يصدق على إنفاقك أي دينار من عموم الدنانير، ولا يتعلق الحكم فيه بكل دينار على سبيل الشمول والاستغراق كما هو الحال في العام.

ولذلك عبر الأصوليون عن المطلق بالعام وذلك من جهة أن المطلق عمومه عموم بدلي.

أما العام الذي نتكلم عليه فعمومه شمولي، ولهذا احترز عن العموم البدلي الذي هو المطلق، بقوله في التعريف "دفعة واحدة" فمعنى قوله: "دفعة" يعني: مرة واحدة.

أما العموم البدلي الذي هو المطلق فليس دفعة واحدة ولكن دفع هذا أو ذاك. إذا قلت: أنفق كل دينار معك، وقال آخر: أنفق ديناراً تلحظ أن قوله: أنفق كل دينار لفظه (كل) هذه من ألفاظ العموم وهي تفيد إنفاق الجميع بهذه الكلمة "دفعة" فاللفظ تناول جميع الدنانير أما لو قلت: أنفق ديناراً فإنه لا يتناولها دفعة واحدة إنما يتناول: الأول أو الثاني أو الثالث، وذلك أن هذا اللفظ لم نستفد منه دخول الأفراد فيه دفعة واحدة وإنما دخلت الأفراد على سبيل البدل.

وقوله: ما يصلح له قيد لبيان الواقع وأراد الاحتراز عن تناول ما لا يصلح له فإن اللفظ لا يستغرق إلا ما يصلح له دون غيره، وأن العموم شمول اللفظ لما صدق عليه من المعاني كالعقلاء.

وقوله: بحسب وضع واحد قيد احتراز به عما يتناوله بوضعين فصاعداً كالمشترك وهو الذي وضع لمعنيين أو أكثر.

وقوله: "بلا حصر" قيد احترز به عن أسماء العدد كمئة وألف فإنها عمت شيئين فصاعداً لكن مع الحصر، فهي ليست من ألفاظ العموم؛ لأن العام يستغرق جميع أفرادع دفعة واحدة دون حصر في عدد معين(١).

وقد أخذ جمهور ألأصوليين هذا المعنى الأخير في العام ، فكان التعريف المختار له : هو اللفظ الذي يدل بحسب وضعه اللغوي على شموله واستغراقه على جميع الأفراد التي يصدق عليها معناه من غير حصر ، كقوله- صلى الله عليه وسلم-: "**المسلم أخو المسلم لا يظلمه ولا يخذله ولا يحقره التقوى هنا هنا ويشير إلى صدره..**" (٢).

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.

وهذا هو التعريف المختار وهو تعريف جامع مانع لما يلي:

١ – سلم من الاعتراضات.

٢ – جمع جميع أفراد المعرف، ومنع من دخول غير أفراده فيه.

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

---

(١) انظر شرح التعريف: نشر البنود للشنقيطي ٢٠٦/١ ونهاية السول شرح منهاج الأصول للإسنوي ٥٧/٢ – ٥٨ – التلويح على التوضيح لصدر الشريعة ٢٠٦/١٠.

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه كتاب البر باب تحريم ظلم المسلم وخذله واحتقاره ودمه وعرضه وماله ١٩٨٦/٤ ح ٢٥٦٤.

المبحث الثالث

حقيقة العرف

أولاً – العرف لغة واصطلاحاً:

١ – العرف لغة من عرف عرفع يعرفه بالكسر معرفة وعرفاناً بالكثر ثم استعمل بمعنى الشيء المألوف المستحسن الذي تتلقاه العقول السليمة بالقبول[١].

وتطلق كلمة العرف على معاني عديدة منها تتابع الشيء متصلاً بعضه ببعض ومن ذلك عرف الديك والفرس والدابة" وهو منبت الشعر والريش من العنق سمي بذلك لتتابع الشعر فيه[٢]. وهذا المعنى في قوله –تعالى–: (**والمرسلات عرفا**)[٣].

ومنها: السكون والاطمئنان، تقول: عرف فلان فلاناً أي: ألفه وسكن إليه واطمأن.

ومنها: الظهور والوضوح كقولهم: عرف الرمل والجبل، يعنون به ظهوره وأعاليه.

ومنه قوله –تعالى–: (**وعلى الأعراف رجال**)[٤] والأعراف: السور المضروب بين الجنة والنار، ومنه قولهم أيضاً: "أعرورف البحر" إذا ارتفعت أمواجه[٥].

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

---

(١) مختار الصحاح للرازي مادة ع ر ف ١٦٩/١ – لسان العرب مادة عرف ٢٤٠/٩ – ٢٤١.

(٢) معجم مقاييس اللغة: لابن فارس مادة ع ر ف ٢٨١/٤ – المفردات في غريب القرين: مادة ع ر ف صـ٥٦٠.

(٣) سورة المرسلات: الآية ١.

(٤) سورة الأعراف الآية ٤٦.

(٥) لسان العرب لابن منظور مادة عرف ٤٤/١ وأساس البلاغة للزمخشري صـ٢٩٨.

والعرف: من المعروف ضد المنكر، والعرف ضد النكر وهو كل ما تعرفه النفس من الخير وتطمئن إليه، والعرف والعارفة والمعروف واحد، وهو بمعنى الجود، وقيل هو: كل ما تبذله وتسديه[١].

٢ – العرف في اصطلاح الأصوليين:

١ – عرفع الجرجاني: هو ما استقرت عليه بشهادة العقول، وتلقيه الطبائع السليمة بالقبول[٢].

٢ – العرف هو: "ما يغلب على الناس، من: قول، أو فعل، أو ترك"[٣].

التعريف المختار:

٣ – عرفه الزرقا: بأنه عادة جمهور قوم في قول أو فعل"[٤].

هذا الذي يقرب إلى الحد الصحيح للعرف وذلك للأسباب التالية:

أ – اشتمال التعريف على الأقوال والأفعال.

ب – يخرج من التعريف ما حصل بطريقة الإتفاق نادراً ما لم يعتده الناس حيث يعتبره عرفاً.

ج – قلة الاعتراض عليه.

شرح التعريف: هو ما اعتاده الناس وتعارفوه في حياتهم في القول: أو الفعل أو الترك، واعتبارهم له ناتج عن ألف نفوسهم له بعد استقراره فيها، أثر ركون عقولهم إليه لحاجة تحمل على ذلك ثم تتلائم الطباع معه بعد ذلك، وبذلك يغدوا أمراً مألوفاً في حياة الناس ظاهراً معروفاً فيها.

وعلى هذا فالعرف يشتمل على الأقوال والأفعال جميعاً.

---

(١) لسان العرب مادة عرف ١٤٤/١ – والموسوعة الفقهية الكويتية ٢٢٠/٢٩.

(٢) التعريفات للجرجاني ١٩٣/١ – وحاشية الرهاوي على شرح المنار لابن ملك ٤٢٣/١.

(٣) حاشية التوضيح والتصحيح ٢٤٨/١.

(٤) المدخل الفقهي العام للأستاذ مصطفى الزرقاء.

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.

ثانياً: العلاقة بين المعنى اللغوي والإصطلاحي:

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

هذا، والعلاقة بين المعنيين اللغوي والاصطلاحي واضحة فهما يلتقيان في التتابع الذي هو من معاني العرف في اللغة من جهة أن العرف في الاصطلاح الأصولي لا بد من أن يكون متتابعاً في حيان الناس غالباً عليها.

ويلتقيان في السكون والطمأنينة؛ لأن 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، كي يكون عرفاً لهم(١).

وعليه، فالعلاقة بين المعنى اللغوي والاصطلاحي تقرب من التساوي، إن لم تكن هي إياها فتأمل قيمة هذه الكلمة "العرف" وكرم هذه المعاني التي تدل عليها، وصحتها، ودلالة ذلك كله على جلال هذه اللغة الجميلة.

(١) انظر أثر العرف في التشريع الإسلامي – السيد صالح عوض ص٥٣.

الفصل الأول
أقوال العلماء في تخصيص العموم بالعرف

المبحث الأول
العرف العملي والقولي

أولا : العرف الذي يخصص النص العام في بعض ما اشتمل عليه.

وهو إما أن يكون عرفاً قولياً وإما عرفاً فعلياً، وفي الحالين إما أن يكون سابقاً وإما مقارناً للفظ العام لورود العام وإما حادثاً بعده ولكل حالة من هذه الحالات حكمها عند العلماء.

ولا يوجد خلاف بين العلماء في أن العرف القولي يقضي على النص ويخصصه إن كان عاماً وهذا هو رأي عامة الفقهاء والأصوليين(١). إلا أن السيوطي ذكر اختلافاً في بعض الفروع منها ما اعتبر فيه العرف ومنها ما قدمت فيه اللغة.

وكذلك اتفقوا على تخصيص العام بالعرف القولي والخاص(٢). 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 فإن العرف يخصص عموم عبارته وفي ضوء ذلك يدرك قصده فيصرف وقفه لعلماء الشرع(٣) وهكذا.

ولكنهم اختلفوا في تخصيص العام بالعرف العملي القائم عند ورود النص الشرعي، فمنهم من أجاز ومنهم من منع.

---

(١) المعتمد في أصول الفقه لأبي حسين البصري ٢٦٩/٢ والإحكام في أصول الأحكام للآمدي ٤٨٧/٢ – والمستصفى: للغزالي ١١٢/٢.

(٢) الشرح الصغير للدرديري ٢٢٨/٢ وأثر العرف في التشريع الإسلامي: د/ السيد صالح عوض ص٣٦٤.

(٣) المستصفى للإمام الغزالي ١١/٢ – وأثر العرف في التشريع الإسلامي ص٣٦٤.

وقد استدل كل فريق من أصحاب الاتجاهين على مذهبه بأدلة فذهب الحنفية والمالكية: إلى أنه لا فرق بين العرف القولي والعملي فكلاهما يخصص العام.

الأدلة:

أ – استدل الحنفية ومن وافقهم من المجيزين لتخصص نصوص الشارع بالعرف العملي بالدليل التالي:

إن الاتفاق قد جرى على أن العرف العملي يقيد المطلق فكذلك يخصص العام ويتضح ذلك من أنه لو قال شخص لآخر موكلاً إياه: اشتر لي لحما. 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 إن ذلك الإطلاق مقيد بالعرف العملي الذي جرى عليه أهل البلد في أكلهم فتنصرف إرادة الموكل إليه دون غيره، والعام في ذلك مثل المطلق لاتحاد الموجب وهو تبارد ما جرى عليه العرف من الفظ دون غيره[1].

وقد ناقش الشافعية ذلك الدليل فقالوا:

١ – إن هناك فرقا بين المطلق الذي يلحقه التقييد بالعرف العملي باتفاق، والعام المتنازع في تخصيص العرف العملي له، من جهة أن المطلق ينزل على المقيد بقرينة 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[2].

(١) انظر فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت بهامش المستصفى ٣٤٥/١.

(٢) شرح العضد على مختصر المنتهى: لابن الحاجة ١٥٢/٢.

وقد رد الحنفية على ذلك الاعتراض: بأن ما ذكر من الفارق بين تقييد المطلق وتخصيص العام ملغي؛ لأن مناط التخصيص والتقيد واحد وهو التبادر عند غلبة الاستعمال فإذا تبادر التقييد في المطلق ويتبادر التخصيص في العام[١].

أ – إن قياس المطلق على العام قياس في اللغة والقياس في اللغة ممنوع[٢].

وقد رد الحنفية على ذلك: بأن إعطاء العام حكم المطلق في المسالة ليس من باب القياس في اللغة، وإنما دليلة قاعدة الاستقراء التي دلت على أن العام مثل المطلق من جهة تبادر ما يفهم منه في ضوء العرف العملي[٣].

ب – ثم إن الحنفية ومن وافقهم فصلوا في ذلك بين أن يكون العرف عاماً أو خاصاً: فإن كان عاماً فإن العمل بالعرف في موضوعة لا يكون تعطيلاً للنص. بل يبقى النص معمولاً 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[٤].

مثل ذلك: أنه قد ثبت عن النبي– صلى الله عليه وسلم– أنه نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم[٥]، فهذا نص عام في منع كل أنواع البيع التي لا يكون المبيع فيها موجوداً في ملك البائع ما عدا السلم المستثنى، لما فيه من مصلحة.

وكذلك استثناء المرأة الشريفة من عموم، قوله –تعالى–: **(والوالدات يرضعن أولادهن)**[٦].

---

(١) انظر فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت بهامش المستصفى ١/٣٤٥.

(٢) المرجع السابق.

(٣) انظر المرجع السابق.

(٤) شرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد محمد الزرقا صـ٣١٥ ٣١٦.

(٥) أخرجه ابن ماجه في سننه كتاب التجارات باب النهي عن بيع ما ليس عندك ٢/٧٣٧ ح ٢١٨٧.

(٦) سورة البقرة الآية ٢٣٣.

فقد أخرجت المرأة الشريفة من هذا العموم بأنها لا يجب عليها الإرضاع؛ لأن عادة العرب أن المرأة الشريفة من هذا العموم بأنها لا يجب عليها الإرضاع؛ لأن عادة العرب أن المرأة الشريفة القدر لا ترضع عندهم، وتلك العادة ثبتت في زمن النبي – صلى الله عليه وسلم– وأقرهم عليها؛ ولذلك كانت مخصصة لعموم الآية[1].

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[2].

ثانيا : هل يشترط العموم في العرف العملي المخصوص ؟

ذكرنا أنه إذا كان العرف القائم عرفاً عملياً فإن نظرة الفقهاء إلى ذلك قد اختلفت بين أن يكون العرف خاصاً أو عاماً:

فإذا كان عاما فإن المذهب الحنفي يرى جواز تخصيص النص بالعرف وهذا هو الراجح من مذهبهم وعليه محققوا المالكية؛ لأن العمل بالعرف لا يكون فيه تعطيل للنص، بل يبقى النص معمولاً به في مشمولاته الأخرى وسبب إعمال العرف هنا التوسيع على الناس بعدم شمول النص لكل ما تناوله، بل يعمل بالنص في مشمولاته التي يتناولها عمومه فيكون العمل بها معاً.

ومثال ذلك: ما روى حكيم بن حزام قال: أتيت رسول الله فقلت: يأتيني الرجل يسألني من البيع ما ليس عندي ابتاع له من السوق ثم أبيعه قال: "**لا تبع ما ليس عندك**"[3].

---

(١) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ١٦١/٣، وأحكام القرآن لابن العربي ٢٠٤/١.

(٢) تيسير أصول الفقه للشيخ منصور محمد الشيخ صـ١١٢.

(٣) أخرجه الترمذي في سننه كتاب البيوع باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك ٥٢٥/٣ ح ١٢٣٢ وقال أبو عيسى هذا حديث حسن وصححه ابن حبان في صحيحة ٣٥٨/١١ ح ٤٩٨٣.

فقد استثنى منه عقد الاستضاع[١]؛ لتعامل الناس به من غير نكير، لا سيما في الأحذية التي تحتاج إلى مقاييس ونحو ذلك. فقد استثنى عقد الاستضاع صراحة ولذلك وقع الإجماع على جوازه.

أما العرف الخاص إذا عارض النص العام، بأن كان ذلك العرف خاصاً بمكان دون آخر أو بفئة من الناس دون غيرها. كعرف بعض أرباب المهن دون سواهم: كعرف التجار أو الصناع أو بعض البلدان[٢] فلا يقوى على الراجح في الاجتهاد الحنفي على تخصيص النصوص الشرعية[٣]؛ لأنه إذا عرف بعض البلاد أو الناس يقتضى تخصيص النص فإن عدم ذلك العرف لدى بقية الأماكن والناس لا يقتضيه فلا يثبت التخصيص بالشك كما أن التخصيص كما سلف بيانه – بيان لإرادة الشارع الحكيم من النص العام ومثل تلك الإرادة لا تعرف من جهة الفئة القليلة من الناس أو الرقعة المحدوة من الأرض[٤].

أما المالكية: فيجيزون تخصيص النص العام بالعرف دون تفريق فيما: إذا كان العرف عاماً أو خاصاً، قولياً كان أم عملياً فلم يرد ما يدل على التفريق بين العرف العام والخاص عند من أجاز تخصيص العام بالعرف العملي منهم[٥].

ثالثا : موقف الأصوليين من تخصيص عام النص بالعرف الخاص.

يرى جمهور الأصوليين عدم جواز تخصيص عام النص بالعرف الخاص، ويرى بعض العلماء ولا سيما الحنفية والمالكية أمثال: ابن نجيم ونصير بن يحي ومحمد بـــن

(١) الاستضاع هو عقد مبيع في الذمة شرط فيه العمل: انظر بدائع الصنائع للكاساني ٢/٥.

(٢) المدخل الفقهي العام للأستاذ الزرقاء ٢/٨٩٣ – ٨٩٨.

(٣) الأشباه والنظائر لابن نجم ١٠٢.

(٤) المدخل الفقهي العام ٢/٨٩٢.

(٥) العرف والعادة في رأي الفقهاء للشيخ أحمد فهمي أبو سنة ص٩١.

سلمة جواز التخصيص به[١].

ومن المعاصرين الذين أجازوا تخصيص عام النص بالعرف الخاص: أبو زهرة ومحمد مصطفى شلبي، والدريني والسيد صالح النجار.

يقول الدريني: "نرى أن المدار في ذلك على تحقيق مناط التخصيص فحيثما تحقق وجب القول بوجوب التخصيص ولا فرق بين عام وخاص أو قولي أو عملي"[٢].

ويقول السيد النجار: إذا كان النص معللاً بعلة مثل حديث "نهى- صلى الله عليه وسلم- عن بيع وشرط" قالوا: إن الحديث معلل بوقوع النزاع المخرج للعقد عن المقصود به وهو قطع المنازعة والعرف بفض النزاع فكان موافقاً لمعنى الحديث واعتبر ذلك استثناء من القاعدة العامة وهنا يستوي العرف العام مع الخاص في تخصيص العام[٣].

وقد ذكر بعض الفقهاء أمثلة لا بأس بها على تخصيص عام النص بالعرف العملي الخاص ومن بين هذه الأمثلة:

يرى ابن نجيم أن ما يقع في بعض أسواع القاهرة من خلو الحوانيت لازم ويصير الخلو في الحانوت حقاً له فلا يملك صاحب الحانوت إخراجه منها ولا إجارتها لغيره ولو كانت وقفاً. وقد وقع في حوانيت الجملون بالغورية أن السلطان الغوري لما بناها أسكنها للتجار بالخلو وجعل لكل حانوت قدراً أخذه منهم وكتب ذلك بمكتوب الوقف[٤].

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجم صـ١١٢ – ١١٣، شرح القواعد لأحمد الزرقاء صـ٢٢.

(٢) المناهج الأصولية للدريني صـ٥٩٣.

(٣) أثر العرف للنجار صـ٣٦١.

(٤) ابن نجيم في الأشباه والنظائر صـ١١٤.

تعارف الفقهاء بالقاهرة في عصر ابن نجيم النزول عن الوظائف بمال يعطى لصاحبها فينبغي الجواز، وأنه لن نزل له وقبض منه المبلغ ثم أراد الرجوع عليه فليس من حقه ذلك[١].

أفتى فقهاء القاهرة بدخول السلم في البيت المبيع في القاهرة دون سواها ويرجع السبب في ذلك؛ لأن بيوتهم طبقات يتعذر الانتفاع بها إلا بالسلم[٢].

ويرى بعض الفقهاء ومنهم السيوطي أنه لو جرت عادة المقترض برد زيادة على ما اقترضه فإن هذا يكون بمنزلة الشرط فلا يحرم إقراضه[٣].

لو اعتاد شخص بيع العينة بأن يشتري مؤجلاً بأقل مما باعه نقداً فإن ذلك لا يكون محرماً عند بعض الفقهاء[٤].

ونحن بدورنا نتفق مع القائلين بجواز تخصيص عام النص بالعرف العملي الخاص لوقوع التخصيص به فمثله مثل العرف القولي العام والعرف العملي العام؛ ولأنه من الأعراف الصحيحة التي قبلتها الناس كونها تسهل عليهم حياتهم وتبعد عنهم المشتقة والحرج ومن ناحية أخرى فإن علة التخصيص متحققة فيه تماماً كالعرف العملي العام فلا مانع من القول بالتخصيص به ما دام أنه لا يصطدم مع النصوص الشرعية القطعية.

(١) انظر المصدر السابق.

(٢) المصدر السابق.

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي صـ٩٦.

(٤) انظر المصدر السابق.

المبحث الثاني

قول المانعين للتخصيص بالعرف وأدلتهم.

ذهب الشافعية إلى أن العرف لا يقوى على تخصيص العام[١].

ويوافق الشافعية في ذلك القرافي وقد خالف جمهور المالكية: من أن العرف العملي لا يصلح لتخصيص اللفظ أو تقييده[٢].

وتبعه في ذلك الونشريسي حيث ذكر أن العادة الفعلية لا تخصص العام[٣].

ومن الحنابلة من يمنع التخصيص بالعرف كإبن تيمية في المسودة حيث قرر بأنه لا يجوز تخصيص العموم بالعادات عندنا[٤].

الأدلة:

استدل الشافعية ومن معهم من المانعين للتخصيص بالعرف العملي بالتالي:

أ – إن الصيغة المستعملة وإن صاحبها العرف العملي – صيغة عامة بحسب اللغة لا مخصص لها فتبقى على عمومها[٥].

وقد اعترض الحنفية على دليل الشافعية بمنع عدم وجود المخصص. بأن العادة الفعلية مخصصة للصيغة كما أن العادة القولية مخصصة باتفاق والقول: بالتخصيص بالعرف القولي دون العملي تحكم من جهة أن غلبة العادة الفعلية تؤدي إلى غلبة الاسم كتقييد الدراهم مثلاً بالنقد الغالب فإن أساسه عرف عملي أدى إلى عرف

---

(١) الأحكام في أصول الأحكام للآمدي ٤٨٦/٢.

(٢) الفروق لشهاب الدين القرافي ١٦٣/١.

(٣) المنهج الفائق والمنهل الرائق والمغني اللائق للونشريسي المالكي صـ٦.

(٤) المسودة في أصول الفقه لآل تيمية ص١٢٣.

(٥) شرح العضد على مختصر المنتهى لابن الحاجب ١٥٢/٢.

قولي، ومن هنا فإن العرف العملي يؤدي إلى عرف قولي، فالقول: بالتحصيص بالعرف القولي ومنع التخصيص بالعرف العملي تحكم صريح لا يسمع[١].

ب – أن العادة الفعلية ليست بحجة؛ لأن الناس يعتادون الحسن كما يعتادون القبيح، وإنما الحجة في النصوص ولو كانت عامة، وهي الحاكمة على العوائد فلا تكون العوائد حكامة عليها[٢].

الاعتراض على ذلك الدليل: إن العادة القبيحة التي يقرها الشارع ليست واردة هنا؛ لأن الكلام في عرف عملي "خال من الفساد بالكلية" وعليه فإن 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 وهي النصوص التي دلت على حجيته سواء أكانت نصوص خاصة مباشرة، أما كانت تتمثل في مبادئ اليسر ورفع الحرج.

المبحث 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

(١) انظر: مسلم الثبوت مطبوع مع المستصفى لابن عبد الشكور ٣٤٥/١، وانظر: العرف والعادة في رأي الفقهاء لأحمد أبو سنة ص٩٢.

(٢) المعتمد في أصول الفقه لأبي حسين البصري ٢٧٨/١.

تبادر المعنى العرفي إلى الذهن هو (التعامل) وهو متحقق في العرف العملي والقولي على سواء، فوجب اعتبار هذا المعنى المتبادر أنه المراد لتحقق علته[١].

والقاعدة العامة في هذا الصدد: "أنه يجب إجراء الكلام على حقيقته المتبادرة ولا يحمل على المجاز إلا بدليل" كما تقضي قاعدة تقسيرية أخرى في هذا الموضوع بأن "العادة محكمة"[٢].

وكما تقرر أن العرف اللفظي يخصص العام باتفاق سواء أكان ذلك النص العام نصاً من نصوص الشريعة قرآناً وسنة، أم 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 "مطلق الكلام فيما بين الناس ينصرف إلى المتعارف"[٣] وهذا ما قال به الشيخ أبو سنة[٤] ، وقد ذكر اتفاق الفقهاء على أنه يقضي على اللفظ المطلق ويقيده ويقدم عليه، وذكروا 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: فذكر أن الحنفية يقولون بتخصيص العرف للعام، ويخالفهم في ذلك الجمهور، وناقش أدلة القائلين والمانعين، ثم رجح القول بتخصيص العرف للعام.

---

(١) مسلم الثبوت بهامش المستصفى لابن عبد الشكور ٣٤٥/١ وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير لشمس الدين الدسوقي ١٤٠/٢.

(٢) انظر: رسالة نشر العرف ضمن مجموع رسائل ابن عابدين ١١٦/٢.

(٣) أصول الفقة للأستاذ محمد مصطفى شلبي ص١٨٦.

(٤) انظر العرف والعادة في رأي الفقهاء للشيخ أحمد فهمي أبو سنة ص ٩٣ – ٩٤.

وأما إذا كان اللفظ عاماً: فقد ذكر الشيخ أبو سنة في تقييد المطلق وتخصيص العام بالعرف، دون تفريق فيما: إذا كان العرف عاماً أو خاصاً.

وهذا ما ذكره أبو سنة 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 مخصصاً أيضاً". وفي القلشاني: "لا فرق بين القولي والفعلي في ظاهر مسائل الفقهاء"[(١)].

وقد رد ابن غازي على القرافي، فيما ذهب إليه من منع التخصيص بالعرف العملي، بأن مسائل المدونة وغيرها دالة على تخصصة بالفعلي كالقولي[(٢)].

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: "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 ألا يأكل إلا القمح ولا يلبس إلا الحرير. والمراد هنا العادة الخاصة"[(٣)].

ويوضح ذلك قوله: "وأما العوائد الفعلية: فإن كانت خاصة، فلا اعتبار بها، وإن عمت واطردت فقد اتفق الأصحاب على اعتمادها" وذكروا لها أمثلة، منها:

---

(١) انظر العرف والعادة في رأي الفقهاء ص٩٣ – ٩٤.

(٢) انظر: تكميل التقييد لأبي عبد الله محمد المكناسي مخطوط رقم ٥٨٤.

(٣) انظر: المجموع للنووي ٣٢٦/١١ – ٣٢٧.

تنزيل الدراهم المرسلة في العقود على النقد الغالب، فإن تلك العامة أوجب اطرادها 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 أطردت، فإن اضطربت فلا، وإذا تعارضت الظنون في اعتبارها فخلاف" وما ساقه من أمثلة ثم ذكر فروعاً 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 وافقها؟

وقد عقب السيوطي على ذلك فقال: "وقد سأل شيخ الإسلام ابن حجر شيخه الحافظ أبا الفضل العراقي عن ذلك فأجاب: بأن الظاهر اتباع شروط الواقفين فإنهم يختلفون في الشروط[2].

ومن حصيلة كلام النووي والسيوطي: أن العرف العملي إذا كان عاماً أو خاصاً أو 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].

---

(١) الأشباه والنظائر لجلال الدين السيوطي ص١٠١ – ١٠٢.

(٢) السابق ص١٠١ – ١٠٢.

(٣) أصول الفقه للاستاذ محمد مصطفى شلبي ص١٨٦، المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي د/ فتحي الدريني ص٤٦١.

وبهذا نرى: أن رأي القائلين وهم الحنفية والمالكية ومن وافقهم بجواز تخصيص العام بالعرف هو الصواب، والله أعلم.

الفصل الثاني
تخصيص عام النص بالعرف العملي العام الطارئ

كما اختلف الأصوليون في تخصيص عام بالعرف القولي الطارئ اختلفوا أيضاً في تخصيص عام النص بالعرف العملي الحادث، فمنهم من يرى تخصيص عام النص بالعرف العملي، ومنهم من يرى عدم الجواز.

والذين ذهبوا إلى القول بتخصيص عام النص بالعرف العملي الطارئ جمهور الحنفية، والقرافي من المالكية وجمهور المعتزلة[١]. ومن المحدثين مصطفى الزرقاء وخليفة الحسن.

أدلة القائلين بجواز تخصيص عام النص بالعرف العملي العام:

استدل القائلون بتخصيص عام النص بالعرف العملي الطارئ بعدة أدلة وهذه الأدلة لا نجدها في كتاب واحد، وإنما جاءت مبعثرة في كتب الأصول، قمت بجمعها وترتيبها، ويمكن إجمالها على النحو التالي:

الأدلة النقلية: وأهمها قوله -تعالى-: (**خذ العفو وأمر بالعرف وأعرض عن الجاهلين**)[٢] ، وقد فسر كثير من العلماء كلمة "العرف" الواردة في الآية بالعادة وقوله -صلى الله عليه وسلم-: "**ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن**"[٣].

---

(١) المستصفى للغزالي ١١١/٢ – وشرح تنقيح الفصول للقرافي صـ٢١١ والإبهاج للسبكي ١٨١/٢ والمدخل للزرقاء ٩٠٠/٢.

(٢) سورة الأعراف الآية ١٩٩.

(٣) أخرجه الإمام أحمد في مسنده ١٧٩/١ عن عبد الله بن مسعود وأخرجه الحاكم في المستدرك كتاب معرفة الصحابة ٨٣/٣ – ٨٤ وصححه الحاكم.

الأدلة العقلية: وأهم هذه الأدلة، أن العرف بمنزلة الإجماع عند عدم وجود النص، ثم إن العرف من مصادر الفقه الإسلامي، وهو حجة فيما لا نص فيه، واستنبط منه قواعد فقهية كثيرة في مقدمتها "العادة محكمة"(١).

كما أن أعراف الناس وعوائدهم فيها تحقيق مصالح لهم في الدنيا، مما يدفع عنهم الحرج والمشقة، وهذا مما ينسجم مع مقاصد الشريعة الإسلامية.

العادة والعرف رجع إليهما الفقهاء في مسائل كثيرة حتى جعلوا ذلك أصلاً ووضعوا عدة قواعد منها: "تترك الحقيقة بدلالة الاستعمال والعادة" وقالوا أيضاً: الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي والثابت بالعرف كالثابت بالنص(٢).

إذا قال شخص لآخر: غشتر لحماً، فلو اشترى غيره لم يكن ممتثلاً إذا كانت العادة أكله، وما ذلك إلا لتبادر الخصوص وهو متحقق في العرف العملي كالعرف القولي(٣)؛ لأن علة التخصيص متحققة فيهما، ذلك أن مناط التخصيص هو ما يوجب تبادر الذهن إلى المعنى غير الموضوع له والتبادر أمارة الحقيقة وهي هنا العرفية قولاً أو عملاً فتجب إرادتهما(٤).

كثير من الأحكام تختلف باختلاف الزمان لتغير عرف وعادات أهله، أو لحدوث ضرورة أو لفساد أهل الزمان بحيث لو بقى الحكم على ما كان عليه أولاً للزم من المشقة والضرر بالناس، ولخالف قواعد الشريعة المبنية على التيسير والتخفيف ودفع الضرر والمشقة والفساد(٥).

---

(١) الأشباه والنظائر صـ٨٩.

(٢) نشر العرف لابن عابدين صـ١١٣.

(٣) فواتح الرحموت لابن نظام الدين ٢/٣٤٥.

(٤) المناهج الأصولية للداريني صـ٥٩٢.

(٥) المدخل لشلبي صـ٢٦٩.

علماء المذهب الحنفي وغيرهم من علماء المذاهب الأخرى خالفوا ما نص عليه أئمتهم في مواضع كثيرة بنوها على ما كان في زمنهم لعلمهم بأنهم لو كانوا في زمنهم لقالوا بما قالوا به أخذاً من قواعد مذهبهم، والإمام الشافعي نفسه عندما استقر في مصر تراجع عن كثير من فتاويه في العراق، وذلك بسبب تغيير العرف.

أدلة القائلين بعدم جواز تخصيص عام النص بالعرف العام: استدل القائلون بعدم جواز تخصيص عام النص بالعرف العملي الحادث بعدة أدلة أهمها: الصيغة المستعملة مع العرف العملي عامة لغة ولا مخصص فيبقى على عمومه[١].

العرف الحادث هو طارئ بعد أن حدد مفهوم النص التشريعي ومراد الشارع منه وأصبح نافذاً منذ صدوره عن الشارع فإذا ساع تخصيصه بعد ذلك بعرف طارئ له كان ذلك نسخاً للنص التشريعي بالعرف وهذا غير جائز؛ إذ لو جاز لأدى إلى تبديل معظم أحكام الشريعة بأعراف طارئة تلغيها وتحل محلها فلا يبقى للشرع معنى[٢].

الأمثلة التي أوردها القائلون بجواز تخصيص عام النص بالعرف العملي المخصص فيها ليس العرف العملي وإنما الحاجة التي حملت عليه والحاجة ترجع إلى قاعدة رفع الحرج التي تستند إلى نصوص كثيرة من القرآن والسنة[٣].

رأينا في المسألة:

بعد النظر في أقوال القائلين بجواز تخصيص عام النص بالعرف العملي الطارئ والقائلين بعدم الجواز وأدلة كل منهما يمكننا القول بجواز تخصيص عام النص بالعرف العملي الحادث لما يلي:

---

(١) فواتح الرحموت ٢/٣٤٥.

(٢) المدخل الفقهي العام للزرقاء ٢/٩٠٠.

(٣) تخصيص النصوص لخليفة الحسن ص١٣٨ – ١٣٩.

الأدلة التي استند إليها القائلون بتخصيص عام النص بالعرف العملي كثيرة وقوية في نفس الوقت ثم إن العرف يعد من مصادر الفقه الإسلامي الهامة مثله مثل القياس والمصلحة المرسلة وسد الذرائع والإجماع وغيره من الأدلة الأخرى.

العرف الصحيح يستند إلى أصل عام من أصول الشريعة يشهد له بالاعتبار وبذلك يرتقي بحلمه إلى قوة النص التشريعي الملزم؛ لذا جار تخصيص عام النص به[١] العرف بمثابة الإجماعي السكوتي والإجماع السكوتي حجة قاطعة عند كثير من الفقهاء ولا سيما الحنفية[٢].

ولما جاز تخصيص عام النص بالإجماع جاز تخصيصه بالعرف، إذ العرف يدخل فيه المجتهد وغير المجتهد[٣].

التخصيص إعمال الدليلين معاً، وهذا من شأنه أن يحقق التوفيق ويزيل التعارض الظاهري بين عام النص والعرف القائم.

يقول ابن العربي: "العادة دليل أصولي، بنى الله عليه الأحكام وربط به الحلال والحرام"[٤].

الاجتهاد بالعرف تعبير عن إرادة المشرع بموجب السنة والآثار[٥] كقوله- صلى الله عليه وسلم-: "**ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن**"[٦].

---

(١) المناهج الأصولية للدريني صـ٥٨٢.

(٢) المصدر السابق صـ٥٨٦.

(٣) المصدر السابق.

(٤) أحكام القرآن لابن العربي في تفسيره للآية "لينفق ذو سعة من سعة" سورة الطلاق آية ١١٩.

(٥) المصدر السابق صـ٦٤٢.

(٦) حديث تقدم تخريجه قريباً.

العرف له دور مهم في تفسير النصوص الشرعية المطلقة والتي لم يرد تفسير لها في الشرع واللغة، فإن أي لفظ ليس له ضابط ولا حد في الشرع أو في اللغة فالمرجع في بيانه إلى العرف[١]؛ لذا فإن العرف يقوى على تخصيص عام النص.

قواعد فقهية كثيرة بنيت على العرف مثل "العادة محكمة" والمعروف عرفاً كالمشروط شرعاً، والثابت بالعرف كالثابت بالنص، واستعمال الناس حجة يجب العمل به. والحقيقة تترك بدلالة العادة[٢] وغيرها من القواعد الأخرى. والقواعد الفقهية كما يرى كثير من الفقهاء تعد دليلاً مستقلاً تبنى عليه الأحكام الشرعية[٣]؛ لذا جاز تخصيص عام النص بالعرف.

الأحكام الفقهية – كما يقول الدريني – يجب ألا تصدر من أبراج عاجية تحلق في أفق من التفلسف النصري المحض البعيد عن واقع حياة الناس ومشاكلهم، وما تقتضيه استقامة أمورهم وتحقيق مصالحهم المشروعة في كل مصر[٤]؛ لذا كان تخصيص عام النص بالعرف نوعاً من معارضة النص بالرأي، ولكن هذا الرأي يستند إلى دليل أقوى من مقتضى النص العام في ظرف معين ومن هنا صانت الشريعة مجتمعها عن طريق منهج التخصيص القائم على الاجتهاد بالرأي كالتخصيص بالمصلحة المرسلة وسد الذرائع والعرف[٥].

القول مع تخصيص عام النص بالعرف فيه نزع للناس عن أعرافهم وعاداتهم ويوقعهم في الحرج والمشقة؛ لأنه أصبح طبعاً لهم[٦].

---

(١) القواعد الكلية لتسبير صـ٢٤٤.

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي صـ٨٩.

(٣) القواعد الكلية صـ٨٥.

(٤) المناهج الأصولية للدريني صـ٦٣٩.

(٥) المصدر السابق.

(٦) نشر العرف لابن عابدين صـ١١٥، والقواعد الكلية لشسبير صـ٢٤٧.

إن القول بتخصيص عام النص بالعرف يبعد عن الشريعة صفة الجمود ويجعلها قادرة على مواكب التطور في كل العصور[1].

القول بتخصيص عام النص بالعرف لا يؤدي – كما يرى البعض – إلى نسخ النص الشرعي ولا إلى تعطيله وهدمه ولا إلى تبديل أحكام الشريعة؛ لأن العرف الذي يخصص عام النص هو العرف الصحيح الذي لا يصطدم مع النصوص الشرعية القطعية فالتعارف على شرب الخمرة ولعب القمار وخروج النساء حاسرات عن رؤوسهن وسيقانهم ورقص الرجال مع النساء وغيرها لا تعد أعرافاً صحيحة فليس لها أي اعتبار فالمحرمات والمنكرات منعت وحرمت لما فيها من مساوئ ومفاسد تفتك بالمجتمع، وتخرج الناس عن سبيل الكمال والصلاح الذي تدعو الشريعة الإسلامية إليه. إن اعتياد الناس بعضاً من المنكرات والمحرمات لا يزيل علة تحريمها لا يستند إلى عدم اعتيادها بل إلى مفاسد وخبث نتائجها وهذا يكثر باعتيادها ولا ينقص.

القول بعدم تخصيص عام النص بالعرف لا يصح – كما يرى البعض – لأن سنده الحاجة فتكون الحاجة هي المخصصة. هذا القول لا يستقيم؛ لأن الحاجة سند لمصادر فقهية كثيرة كالاستحسان وسد الذرائع والمصلحة المرسلة فهل نعطل كل هذه المصادر ونقول أنها لا تخصص عام النص ؟ ولماذا أتعب الأصوليون والفقهاء قديماً وحديثاً أنفسهم في الحديث عن حجية هذه المصادر ؟

القائلون بعدم جواز تخصيص عام النص بالعرف العملي كالشافعية والحنابلة يلاحظ أن عدداً من علمائهم البارزين قالوا بتخصيص عام النص بالعرف العملي.

فالعز بن عبد السلام يفرد في كتابه "قواعد الأحكام" فصلاً بعنوان: "فصل في تنزيل دلالة العادات وقرائن الأحوال منزلة صريح الأقوال في تخصيص العموم وتقييد

(١) قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام جـ٢ صـ١٠٧ – ١٠٨.

المطلق وغيرها"[١] وذكر ثلاثاً وعشرين مثالاً[٢] كما عقد فصلاً آخر بعنوان: فصل في حمل الألفاظ على ظنون مستفادة من العادات لمسي الحاجات إلى ذلك[٣].

ويقول ابن رجب الحنبلي: "ويخص العموم بالعادة" ولا شك أنه يقصد العرف العملي[٤].

علة التخصيص متحققة في كل من العرف القولي والعملي، ولما جاز تخصيص عام النص بالعرف القولي جاز أيضاً تخصيص عام النص بالعرف العملي.

فمناط التخصيص هو ما يوجب تبادر الذهن إلى المعنى غير الموضوع له، والتبادر أمارة الحقيقة، وهي هنا الحقيقة العرفية قولاً أو عملاً فتجب إرادتها[٥]. الأمثلة التي أوردها الفقهاء من مختلف المذاهب على تخصيص عام النص بالعرف المتأمل فيها يلاحظ أن النص الشرعي إما أن يكون معللاً بالعرف أي: مبنياً على عرف عملي واقع عند مجيئه، فإذا تغير العرف تغير تبعاً له حكم النص، وهذا ما قاله أبو يوسف وأيده بعض الفقهاء. وإما أن يكون النص معللاً بعلة بنفيها العرف الطارئ سواء أكانت علة النص مصرحاً بها أم غير مصرح بها كأن تكون مستنبطة بالاجتهاد، وفي هذه الحالة يعتبر العرف الطارئ وإن عارض النص؛ لأن مثل هذه المعارضة تكون ظاهرية غير حقيقية ما دامت علة النص تنتفي بوجود العرف، فالمعروف لدى الأصوليين أن الحكم الشرعي يدور مع علته يوجد بوجودها وينتفي بانتفائها[٦].

---

(١) قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ١٠٧/٢ – ١٠٨.

(٢) المصدر السابق.

(٣) المرجع نفسه.

(٤) أثر العرف للنجار ص٤٦٦.

(٥) التقرير والتحبير لابن أمير الحاج ٣٥٠/١ والمناهج الأصولية للدريني ص٥٩٢.

(٦) المدخل الفقهي للزرقاء ٩٠٥/٢.

فنهى الرسول- صلى الله عليه وسلم- عن بيع وشرط، النهي عن الشرط هنا معلل بأن لا يقع منازعة بين أطراف العقد، فإذا تم بيع وكان هناك شرط أو شروط بناء على العرف، فإن العرف يقطع النزاع بين طرفي العقد، فيكون موافقاً لمعنى الحديث وليس مخالفاً له(١).

وفي مثل هذه الحالة وما شابهها قال كثير من العلماء المعاصرين بتخصيص عام النص بالعرف، كأبي زهرة وأحمد الزرقاء ومصطفى الزرقاء ومحمد مصطفى شلبي ومحمد أديب الصالح والسيد صالح النجار(٢)، وغيرهم.

وخير دليل على تخصيص عام النص بالعرف العملي الطارئ أن الفقهاء من مختلف المذاهب الإسلامية بما فيهم الذين أنكروا تخصيص عام النص العرف العملي، بنوا كثيراً من أحكامهم على تخصيص عام النص الشرعي بالعرف العملي، ونذكر فيما يلي بعضاً من هذه الأمثلة.

أمثلة على تخصيص عام النص بالعرف العملي العام:

يقول -تعالى-: (**والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين**)(٣) فقد ذهب الإمام مالك إلى تخصيص عموم الوالدات بالعرف العملي، فجعله قاصراً على من جرى عرف قومها بإرضاع ولدها، أما من لم تجر عادة قومها بذلك لعلو منزلتها ورفعة حسبها وقدرها، فقد استثناها من عموم الوالدات(٤).

يقول ﷺ: "**البينة على من ادعى واليمين على من أنكر**"(٥).

---

(١) أثر العرف للنجار ص٣٦١.

(٢) أصول الفقة أبو زهرة ص٢٧٤ وشرح القواعد الفقهية ص٢٢ وتفسير النصوص للصالح ٢/٩٠ – ٩١.

(٣) سورة البقرة الآية ٢٣٣.

(٤) تعليل الأحكام لشلبي ص٣٦٨ والمناهج الأصولية ص٥٩٣.

(٥) أخرجه الترمذي في سننه كتاب الأحكام باب ما جاء في أن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه ٣/١١٧ – ١١٨ ح ١٣٤٢ وقال أبو عيسى حديث حسن.

يرى كثير من العلماء من مختلف المذاهب أن هذا الحديث مخصوص بالعرف العملي، فعند المالكية أنه إذا حاز شخص عقاراً مدة عشر سنوات وكان يتصرف فيه تصرف الملاك، ثم قام آخر برفع دعوى مطالباً بحقه في هذا العقار، فإنه لا تقبل بينته إذا لم يقدم عذراً مقبولاً يبرر فيه سكوته كل هذه المدة كغيابة أو عدم علمه بهذه الحيازة؛ وذلك لأن العرف جرى بأن لا يسكت المالك إذا رأى غيره يتصرف في ملكه(١).

ويرى الشافعية أيضاً أن الحديث خص بالعرف العملي، وقالوا: لو ادعى السوقة على الخليفة، أو على أمير أنه استأجره لكنس داره وسياسة دوابه فإن دعواه لا تقبل. وقالوا أيضاً من ادعت على زوجها بعد عشرة طويلة أنه لم ينفق عليها ولم يكسها شيئاً لا يقبل قولها لمخالفته العرف(٢).

ورد في السنة أن النبي- صلى الله عليه وسلم- "**نهى عن بيع الثمر حتى يبدو صلاحه**"(٣) و"**نهى عن بيع المعدوم**"(٤) و"**نهى عن بيع الغرر**"(٥).

وعلى الرغم من هذا النهي إلا أن كثيراً من الفقهاء ولا سيما من الحنفية والمالكية أجازوا بيع الثمار على الأشجار إذا ظهر بعضها ولم يظهر البعض الآخر "البطون المتلاحقة" كالبطيخ والباذنجان والتين والعنب وغيره، وذلك للتعامل به عرفاً مع أن بعضها بيع لمعدوم(٦). والتخصيص بالعرف هنا سائغ، إذ كيف يشترط الشارع وجود

(١) نشر العرف لابن عابدين صـ١٢٥ والمناهج الأصولية صـ٥٩٣.

(٢) قواعد الأحكام ١٠٦/٢.

(٣) موطأ مالك كتاب البيوع باب النهي عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها ٤٨١/٢.

(٤) المرجع السابق.

(٥) المرجع نفسه.

(٦) نشر العرف لابن عابدين صـ١٣٧.

محل للعقد إذا كان لا يتصور وجوده إلا شيئاً فشيئاً فعلة النهي في هذه الأحاديث هي عدم القدرة على تسليم المبيع، وعدم الهيمنة عليه(١).

ورد في السنة النبوية أن النبي- صلى الله عليه وسلم-: "**نهى عن عسب الفحل**"(٢) أفتى الحنابلة بجواز إجارة الفحل للضرائب؛ لأنه انتفاع مباح والحاجة تدعو إليه(٣).

يقول النبي- صلى الله عليه وسلم-:"**اتقوا الله واعدلوا بين أولادكم في العطية**"(٤).

يرى الحنابلة جواز تخصيص بعض الأولاد بالهبة لتعارف الناس للحاجة أو لزمانه أو مرض أو كثرة عياله أو لطلب العلم أو صرف عطيته عن بعض ولده لفسقه أو بدعته أو لكونه يستعين بما أخذه على معصية الله أو ينفقه فيها(٥).

القاعدة العامة: أن الأمين لا يضمن ما في يده من مال أخذه من الغير لإصلاحه إذا هلك بدون تعد منه أو تقصير في الحفظ ولكن الفقهاء من مختلف المذاهب أفتوا بتضمين الأجير المشترك وهذا استثناء من عموم القاعدة لجريان العرف بذلك من أجل المحافظة على أموال الناس من التلف والضياع(٦).

---

(١) المناهج الأصولية للدريني صـ٦٥٠.

(٢) أخرجه الترمذي في سننه كتاب البيوع باب كراهية عسب الفحل ٥٦٣/٣ ح ١٢٧٣ وقال أبو عيسى حديث حسن صحيح.

(٣) تعليل الأحكام شلبي صـ٣٨٠.

(٤) أبو داود في سننه كتاب البيوع باب الرجل يفضل بعض ولده ٢٩١/٣ ح ٣٥٤٤.

(٥) تعليل الأحكام صـ٣٧٩، صـ٣٨٠.

(٦) شرح مختصر الروضة ١٩٦/٣.

يقول النبي- صلى الله عليه وسلم-: "**المسلمون عدول بعضهم على بعض**" أفتى بعض الفقهاء ولا سيما من الحنفية كأبي يوسف ومحمد بعدم الاكتفاء بظاهر العدالة في الشهادة لفشو الكذب بين الناس واعتيادهم له(١).

ورد أن النبي- صلى الله عليه وسلم-: "**نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان**" ولكن الفقهاء من مختلف المذاهب الإسلامية خصصوا هذا النص بعقد الاستضاع لتعارف الناس عليه(٢).

أفتى كثير من الفقهاء ولا سيما من الحنفية كالإمام محمد بن الحسن بجواز اقتراض الخبز عدداً بين الجيران لتعارف الناس عليه مع أن الخبز مال ربوي من صنف الموزونات والنصوص العامة في الشريعة الإسلامية توجب التساوي في مبادلة الأموال الربوية بجنسها وزناً في الموزونات وكيلاً في المكيلات، وتعتبر الفضل الزائد في أحدها عن الآخر ربا محرماً وعقده باطلاً(٣).

أفتى الإمام محمد بن الحسن بجواز وقف المنقول، ووافقه العلماء فيما بعد من مختلف المذاهب على فتواه، على الرغم من أن هذه الفتوى مخالفة لمقتضى القاعدة العامة التي تقضي بتأبيد الوقف، ويرجع السبب في ذلك لتعارف الناس على وقف المنقول(٤).

ورد عن النبي- صلى الله عليه وسلم- أنه: "نهى عن بيع وشرط" و"نهى عن بيع الثمار قبل بدء صلاحها" إلا أن كثيراً من الفقهاء ولا سيما الحنفية أفتوا بجواز بيع الثمر مع شرط بقاءه على الشجر حتى يتم نضجه لجريان عرف الناس بذلك، والأصل

---

(١) نشر العرف لابن عابدين ص١٢٤.

(٢) أصول السرخسي ٢٠٣/٢.

(٣) المدخل ص٢٦٧، والمدخل الفقهي العام للزرقاء ٩٠٨/٢.

(٤) المناهج الأصولية ص٥٩٩.

أن لا يصح هذا البيع؛ لأن هذا الشرط لا يقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير، أو صفقتين في صفقة لأنه إما أن يكون إعارة أو إجارة في بيع[١].

من استأجر جملاً ليحمل عليه متاعاً إلى بلد معين جاز وإن كان المتاع مجهولاً، ومثل هذا يفسد الإجارة لجهالته ولكن الناس تعارفوا على ذلك انتفت الجهالة المؤدية إلى النزاع[٢].

أفتى كثير من الفقهاء بجواز الشرب وسقي الدواب من الجدول والأنهار المملوكة بدون إذن مالكها إذا كان ذلك لا يضر بمالكها وذلك لجريان العرف[٣].

زفاف العروس إلى زوجها مع كونه لا يعرضها فإنه يجوز له وطؤها؛ لأن زفافها شاهد على أنها امرأته لبعد التدليس في ذلك في عادات الناس[٤].

من استعار دابة فردها إلى مالكها فهلكت لم يضمن لتعارف الناس الرد على هذه الحالة، والأصل في المال المستعار أن يرد إلى مالكه في يده كالثوب والإناء وغيره[٥].

لم يجز أبو حنيفة بيع النحل ودود القز؛ لأنهما ليسا من الأموال باعتبارهما من هوام الأرض ولكن تلميذه محمد بن الحسن أفتى بجواز بيعهما لجريان التعامل به[٦].

إذا استأجر أكثر أهل السوق حراساً ولم يقبل الباقون، فقد أفتى الفقهاء ولا سيما من الحنفية بأن الأجرة تؤخذ من الكل لتعارف الناس على ذلك[٧].

---

(١) تعديل الأحكام لشلبي صـ٣٥٤.

(٢) تعديل الأحكام صـ٣٥٥.

(٣) قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام صـ١١٣.

(٤) المرجع السابق.

(٥) تعليل الأحكام لشلبي صـ٣٥٤.

(٦) المدخل لشلبي صـ٢٦٧.

(٧) الأشباه والنظائر لابن نجيم صـ١١٠.

إذا جهز الأب ابنته جهازاً ودفعه إليها ثم ادعى أنه عارية ولا بينة لديه، فلا يقبل قوله إذا كان العرف جاريا بأن الأب يدفع ذلك الجهاز ملكاً لا عارية[١].

التوكيل في البيع المطلق بتقييد بثمن المثل وغالب نقد بلد البيع لتعارف الناس على ذلك، فالعرف هنا ينزل منزلة اللفظ الصريح[٢].

عدم تصديق المرأة إذا دخل بها زوجها ثم أنكرت أنه أعطاها شيئاً من مهرها ولا يطالب الزوج بإثبات الأداء مع أن القاعدة المقررة أن البينة على من ادعى واليمين على من أنكر؛ وذلك لشيوع الكذب وإنكار الحقوق[٣].

أفتى كثير من الفقهاء بمنع النساء من الذهاب إلى صلاة الجماعة على الرغم من أن النبي- صلى الله عليه وسلم- أذن لهن بذلك، وذلك لتغير عرف الناس[٤].

أفتى كثير من الفقهاء بجواز دخول الحمامات على الرغم من أن مدة المكث فيها وقدر الماء المستهلك مجهولاً، وذلك لتعارف الناس على ذلك[٥].

أفتى بعض الفقهاء بجواز استقراض الدراهم بالعدد على الرغم من تفاوتها في الوزت لتعارف الناس على ذلك[٦].

---

(١) المرجع السابق.

(٢) قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ١٠٧/٢.

(٣) أصول الفقه لأبي زهرة صـ٢٧٦.

(٤) نشر العرف لابن عابدين صـ١٢٤.

(٥) الإبهاج للسبكي ١٨١/٢، الأحكام للآمدي ٣٩١/٤، نشر العرف لابن عابدين صـ١٢٥.

(٦) نشر العرف صـ١١٦.

الفصل الثالث
أثر تخصيص العموم بالعرف في الفروع الفقهية

المبحث الأول
أثر تخصيص العموم بالعرف في العبادات

استعمال التقويم في تحديد مواقيت الصلاة:

مما هو متفق عليه بين أهل العلم أن دخول الوقت من شروط صحة الصلاة وقد أجمع المسلمون على أن الصلوات الخمس مؤقتة بمواقيت معلومة محدودة(١).

ودليل ذلك في كتاب الله في قوله -تعالى-: (**إن الصلاة كانت على المؤمنين كتاباً موقوتا**)(٢).

وكذا قوله -تعالى-: (**أقم الصلاة لدلوك الشمس إلى غسق الليل وقرآن الفجر إن قرآن الفجر كان مشهودا**)(٣).

وقوله -تعالى-: (**فسبحان الله حين تمسون وحين تصبحون وله الحمد في السماوات والأرض وعشياً وحين تظهرون**)(٤). قال بعض المفسرين: إن المراد بالتسبيح "الصلاة" أي: صلوا حين تمسون أي: حين تدخلون في وقت المساء، والمراد به المغرب والعشاء "وحين تصبحون" المراد به صلاة الصبح، والمراد بقوله -تعالى-: (وعشياً) صلاة العصر، وبقوله -تعالى-: (وحين تظهرون) صلاة الظهر.

ومن السنة حديث ابن عباس- رضي الله عنهما- أن النبي- صلى الله عليه وسلم- قال: "**أمني جبريل- عليه السلام- عند البيت مرتين، فصلى الظهر في**

(١) المغني لابن قدامة كتاب الصلاة ٢/٨.

(٢) سورة النساء الآية رقم ١٠٣.

(٣) سورة الإسراء الآية ٧٨.

(٤) سورة الروم الآيات ١٧ – ١٨.

الأولى منهما، حين كان الفيء مثل الشراك ثم صلى العصر حين كان كل شيء مثل ظله ثم صلى المغرب حين وجبت الشمس وأفطر الصائم ثم صلى العشاء حين غاب الشفق، ثم صلى الفجر حين برق الفجر وحرم الطعام على الصائم، وصلى المرة الثانية الظهر حين كان ظل كل شيء مثله لوقت العصر بالأمس ثم صلى العصر حين كان ظل كل شيء مثليه ثم صلى المغرب لوقته الأول، ثم صلى العشاء الآخرة حين ذهب ثلث الليل ثم صلى الصبح حين أسفرت الأرض، ثم التفت إلى جبريل فقال يا محمد هذا وقت الأنبياء من قبلك، والوقت فيما بين هذين الوقتين"[(١)].

وأوقات الصلاة هي: الأزمنة التي حددها الشارع لفعل الصلاة أداءً، فالوقت سبب وجوب الصلاة، فلا تصح قبل دخوله وتكون – قضاء – بعد خروجه.

وقد صار التقويم هو الوسيلة للناس في معرفة مواقيت الصلاة بالساعة والدقيقة[(٢)].

ولما كان المعول عليه في تحديد مواقيت الصلاة هو حركة الشمس الظاهرية نظراً لتعيين الشرع، ومع التطور في الأخذ بما يعين على تحديد الأوقات من حساب وآلات مما يفيد في تحديد أوقات الصلاة، كان لفقهاء المسلمين وقفة مع الأخذ بذلك، فإنه لا بد من الربط بين ذلك التعيين والفلك والحساب، ويتم ذلك وفق معادلات رياضية معينة يقوم بحسابها مختصون بمعرفة تلك العمليات الحسابية[(٣)].

---

(١) أخرجه الترمذي في سننه كتاب الصلاة باب ما جاء في مواقيت الصلاة عن النبي صلى الله عليه وسلم ٢٧٨/١ ح ١٤٩ بسنده عن ابن عباس رضي الله عنهما مرفوعاً وقال أبو عيسى حديث ابن عباس حديث حسن صحيح.

(٢) انظر قرارات مجلس المجمع الفقهي الإسلامي ص٨٩، ومجلة البحوث الفقهية المعاصرة ٢٢٢/١.

(٣) انظر كتاب التوقيت والتقويم للدكتور علي حسن موسى ص٩٥ – ٩٧.

تصوير المسألة وبيان تاريخ النشأة.

تحديد مواقيت الصلاة عن طريق الحساب كان معروفاً لدى متقدمي المسلمين إلا أن إستمعال ذلك الحساب قد تطور عبر العصور بتطور الآلات المستخدمة في العمليات الحسابية، فصارت تستخدم في ذلك الرسوم البيانية، أو الحسابات الإلكترونية 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، وتعتبر في ذلك فروق التوقيت في كل وقت وكل يوم، ويمكن بعمليات حسابية إضافية تحديد أوقات الصلوات في سائر المدن والقرى، ويتم إصدار مثل ذلك التقويم بصورة سنوية، مبيناً فيه أوقات الصلوات الخمس في عدد من المدن بالتوقيت العزوبي والزوالي أو بأحدهما[1].

ومع وجود الحسابات الآلية فإنه يمكن بعملية حسابية إصدار تقويم زمني يحدد فيه مواقيت الصلوات لسنوات عديدة قادمة.

*** علاقة المسألة بتخصيص العرف.**

تبرز علاقة هذه المسألة بقاعدة العادة محكمة، 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[2]، وحاصل ذلك راجع إلى العمل بالعادة والعرف حيث شاع وانتشر العمل بالحساب بالرمل والماء ونحوهما؛ إذا حال دون الشمس غيم ونحوه، حتى عسر

(١) انظ بحث تعيين مواقيت الصلاة في أي زمان ومكان على سطح الأرض "١٣٨٠ – ١٤٠٣" للدكتور حسين كمال الدين في مجلة البحوث الإسلامية العدد الثالث سنة١٣٦٧هـ.

(٢) انظر: الفروق للقرافي ١٧٨/٢ – ١٧٩، والعلم المنشور لتقي الدين السبكي صـ٧.

استغناؤهم عن العمل به حتى صار عادة وعرفاً فتحكم تلك 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 أشد 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(١).

المبحث الثاني

أثر تخصيص العموم بالعرف في المعاملات

معيار العرف في عقد الاستصناع:

الاستصناع في اللغة: مصدر استصنع الشيء، أي: دعا إلى صنعه ويقال: اصطنع فلاناً بابا، إذا سأل رجلاً أن يضع له بابا كما يقال: اكتتب، أي أمر أن يكتب له(٢).

وفي الاصطلاح: عرفه بعض الحنفية: عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل(٣).

فإذا قال شخص لآخر من أهل الضائع: اصنع لي الشيء الفلاني بكذا درهماً، وبين له صفته ومقداره وقبل الصانع ذلك، أو يبيع ما يصنعه موصوفاً في الذمة ويقبض ثمنه حالاً؛ انعقد استصناعا عند الحنفية(٤).

والاستصناع من قبيل العرف العام، والعمل به من باب تخصيص العام بالعرق وقد ورد النص بنهي الإنسان عن بيع ما ليس عنده(٥)، وكان التعامل بالاستصناع مما يحتاج

(١) انظر: فتاوى ورسائل الشيخ محمد إبراهيم ١٣٠/٢ – ١٣٢.

(٢) لسان العرب لابن منظور مادة صنع ٣٠٨/٨ – ومختار الصحاح لمحمد بن أبي بكر الرازي باب الصاد مادة صنع ١٢٣/١.

(٣) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني ٥/٢.

(٤) كشف الأسرار لعبد العزيز البخاري ٥/٤.

(٥) حديث صحيح تقدم تخريجه.

إليه الناس حتى صار العمل به عادة وعرفاً فيعمل بالنص في عمومه، ويخص منه التعامل بالاستصناع استحساناً[1].

ووجه الاستحسان: استصناع الرسول- صلى الله عليه وسلم – الخاتم[2]، والاجتماع من لدن رسول الله- صلى الله عليه وسلم- دون نكير وتعامل الناس بذلك العقد والحاجة الماسة إليه[3].

حكمة مشروعية الاستصناع: الاستصناع: شرع لسد حاجات الناس ومتطلباتهم، نظراً لتطور الصناعات تطوراً كبيراً، فالصانع يحصل له الاتفاق ببيع ما يبتكر من صناعة هي وفق الشروط التي وضع عليها المستصنع في: المواصفات والمقايسات، والمستصنع يحصل له الاتفاق بسد حاجياته وفق ما يراه مناسباً: لنفسه وبدنه وماله، أما الموجود في السوق من المصنوعات السابقة الصنع فقد لا تسد حاجات الإنسان فلا بد من الذهاب إلى ما لديه الخبرة والابتكار[4].

– ذهب الحنفية إلى صحة عقد الاستصناع، باعتباره عقداً مستقلاً على سبيل الاستحسان، استدل الحنفية على ذلك هو تخصيص العرف، وهو ما جرى به التعامل، ومضى العرف به. واعتبروا القول به نوعاً من الاستحسان الثابت بالإجماع العملي[5].

وقال السمرقندي في تفسير الاستصناع: هو "عقد على مبيع الذمة، وشرط عمله على الصانع والقياس: ألا يجوز، وفي الاستحسان: جائز لتعامل الناس، فلا جرم

(١) انظر: رصالة نشر العرف ضمن مجموع رسائل ابن عابدين ١١٦/٢ والعرف والعادة صـ٦٤.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحة كتاب اللباس باب الخاتم في الخنصر ٥٦/٤ ح ٥٨٧٤.

(٣) انظر: المبسوط لشمس الدين السرخسي ١٣٨/١٢ وتبيين الحقائق للزيلعي ١٢٣/٤.

(٤) المبسوط ١٣٩/١٢.

(٥) المبسوط للسرخسي ١٣٨/١٢، بدائع الصنائع للكاساني ٢/٥ – فتح القدير ٣٥٤/٥.

اختص جوازه بما فيه تعامل، كما في الخف والقلنسوة والأواني ونحوها بعد بيان القدر والصفة والنوع[١].

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 بترك بمثله كدخول الحمام"[٢].

ويشترط الحنفية أن يكون العرف الجائز للاستصناع عرفاً عاماً؛ لأنه مخصص للنص الشرعي[٣].

وقد اشترط أبو حنيفة في عقد الاستصناع خلوه من الأجل، فإذا ذكر الأجل في الاستصناع صار سلما وتعتبر فيه شرائط السلم وقد خالفه في ذلك أبو يوسف ومحمد ليس بشرط؛ لأن العادة جارية بتحديد الأجل في الاستصناع[٤].

ونرى أن قولهما هو المتمشى مع ظروف الحياة العملية، فهو أولى بالأخذ.

أما المالكية والشافعية: فقد ألحقوه بالسلم فيؤخذ تعريفه وأحكامه من السلم عند الكلام عن السلف في الشيء المسلم للغير من الصناعات فالمشهور عنهم أنهم لا يقولون بصحة ذلك العقد. وعند الرجوع إلى كتبهم يتبين أنهم يوافقون الحنفية على وجه الإجمال وإن خالفوهم في المسلك وبعض الشروط.

---

(١) تحفة الفقهاء للسمرقندي ٥٣٨٩/٢.

(٢) الهداية وشروحها للمرغيناني ٣٣٥٤/٥ -٣٥٥.

(٣) بدائع الصنائع ٣/٥ وفتح القدير ٣٥٥/٥ – والعرف والعادة صـ١٣٣.

(٤) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ٣/٥ – والمبسوط ١٣٩/١٢ – رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين ٢٢٣/٤.

فعند المالكية: يجوز أن يستصنع السيف أو السرح وما شابهه، ويشترط في ذلك ما يشترط في السلم عندهم فقد جاء في الشرح الكبير وحاشية الدسوقي أنه يجوز الشراء من: الحداد والنجار والحباك وهو سلم يشترط فيه ما يشترط في السلم من: تعجيل رأس المال، وضرب الأجل، وعدم تعيين العامل والمعمول منه وكذلك استصناع السيف والسرج سلم كأن تقول لإنسان: اصنع لي سيفاً أو سرجاً صفته كذا بدينار، فلابد من تعجيل رأس المال وضرب الآجال، وألا يعين العامل ولا المعمول منه(١).

- 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 سلم(٢).

- وكذلك الأمر عند الحنابلة: يصح عندهم بلفظ البيع حيث يستفاد من كلامهم أن الاستصناع: بيع سلعة ليست عنده على غير وجه السلم فيرجع في هذا كله عندهم إلى البيع وشروطه عند الكلام عن البيع بالصنعة(٣) وقال ابن قدامة: وهو أن يسلم عوضاً حاضراً في عوض موصوف في الذمة إلى أجل وهو نوع من البيع ينعقد به البيع وبلفظ السلم والسلف ويعتبر فيه من الشروط ما يعتبر في البيع(٤).

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢١٧/٣.

(٢) الأم للشافعي ٨٢/٢ – ومغني المحتاج على متن منهاج الطالبين للنووي ١٠٢/٢ – ١٠٩ – والأشباه والنظائر للسيوطي ص٨٩.

(٣) كشف القناع عن متن الإقناع لمنصور البهوتي ١٣٢/٣ – الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف لعلاء الدين المرداوي ٣٠٠/٤.

(٤) المغني لابن قدامة ٢٠٧/٤، ٢٠٩، ٢١٩.

وعلى هذا نجد جمهور الفقهاء من: المالكية والشافعية والحنابلة يرون أن عقد الاستصناع على الصفة التي ذكرناها لدى كل منها – قسم من أقسام السلم وأدلته أدلة السلم بينما جعله الحنفية عقد مستقلاً له اعتباره الذي يميزه عن عقد السلم(١).

وقد قال أبو زهرة: لقد وجدنا الفقهاء يقولون في الاستصناع: إن القياس عدم جوازه لكنا تركنا القياس بالتعامل به من غير مكير من أحد من الصحابة ولا من التابعين ولا من علماء كل عصر، ذلك حجة يترك بها القياس، وقال 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(٢).

الآثار المترتبة لعقد الاستصناع:

هو عقد غير لازم عند أكثر الحنفية سواء أتم أم لم يتم وسواء أكان موافقاً للصفات المتفق عليها أم غير موافقة وذهب أبو يوسف إلى أنه إن تم صنعه – وكان مطابقاً للأوصاف المتفق عليها يكون عقداً لازما؛ لأنه مبيع بمنزلة المسلم فيه فليس له خيار الرؤية لدفع الضرر عن الصانع في إفساد المواد المصنوعة التي صنعها وفقاً لطالب المستصنع وربما لا يرغب غيره في شرائه على تلك الصفة(٣).

وفي تقديرنا: أن ذلك الرأي سديد منعاً من وقوع المنازعات بين المتعاقدين ودفعاً للضرر عن الصانع؛ إذ إن أغراض الناس تختلف باختلاف الشيء المصنوع حجماً

(١) المدونة الكبرى للإمام مالك ١٨/٩ – الشرح الصغير للدرديري ٢٨٧/٣ روضة الطالبين للنووي ٢٦/٤، المهذب للشيرازي ٢٩٧/١ –كشف القناع عن متن الإقناع لمنصور البهوتي ١٣٢/٣.

(٢) كتاب الإمام أبو حنيفة لمحمد أبو زهيرة ص٣٠٩.

(٣) المبسوط للسرخسي ١٤٩/١٢ – بدائع الصنائع للكاساني ٣/٥ – فتح القدير لابن الهمام ٣٥٦/٥ – رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين ٢٢٣/٤.

ونوعاً وكيفية ولأن ذلك 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(١).

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 نعلاً وتلك الإجازة أساسها العرف، وفي ذلك تخصيص لعموم نهي النبي– صلى الله عليه وسلم– عن بيع وشرط(٢).

– 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 أنموذج معين يطلع المستصنع عليه ثم يحصل الاتفاق على ذلك، إلى غير ذلك من أمثلة، والحكم بصحة ذلك التعامل تيسير على الناس؛ إذ إن الحاجة ماسة إليه، والناس يتعاملون به فكان جائزاً، تحقيقاً للمصلحة ودفعاً للحرج والمشقة عنهم(٣).

---

(١) انظر فتح القدير ٥/٣٥٥ – ٣٥٦، ومجلة الأحكام العدلية المادة "٣٩٢" واللجنة ترجح رأي أبي يوسف.

(٢) الحديث تقدم تخريجه.

(٣) انظر القواعد الفقهية للدكتور عبد العزيز عزام صـ١٦٨.

المطلب الأول : أثر تخصيص العموم بالعرف في الجنايات

الحرز في السرقة:

الحرز في اللغة: الموضوع الذي يحفظ فيه الشيء، والجمع أحراز، تقول: أحرزت الشيء أحرزه إحرازاً إذا حفظته وضممته إليك وصنته عن الأخذ. وللحرز معان أخرى منها: الموضوع الحصين يقال: هذا حرز حريز، للتأكيد كما يقال حصن حصين[١].

الحرز اصطلاحاً: الحرز ما يوضع فيه المتاع؛ للحفظ أو هو ما نصب عادة لحفظ أموال الناس: كالدار، والحانوت والخيمة، والشخص[٢].

السرقة في اللغة: السرقة أخذ الشيء من الغير خفية[٣].

السرقة في الاصطلاح: هي أخذ العاقل البالغ نصاباً محرزاً أو ما قيمته نصاب ملكاً للغير، لا شبهة له فيه على وجه الخفية[٤].

اتفق العلماء على أنه لا يجب القطع في السرقة إلا إذا أخذ المتاع المسروق من حرزع. ومتفقهون على أن تحديد الحرز مرجعة إلى العرف والعادة.

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[٥].

وقال الشافعي: وانظر إلى المسروق فإن كان في الوضع 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 يقع فيه"[٦].

---

(١) لسان العرب لابن منظور مادة "حرز" ٣٣٣/٥.

(٢) فتح القدير لابن الهمام ١٤٢/٥ – بداية المجتهد لابن رشد ٤٤٠/٢ القوانين الفقهية لابن جزي صـ٣٥٢.

(٣) لسان العرب لابن منظور مادة "سرق" ١٥٦/١٠ – مختار الصحاح لأبي بكر الرازي اب السين مادة س ر ق جـ١ صـ١٢٥.

(٤) انظر الاختيار لتعليل المختار لعبد الله الموصلي ١٠٢/٤، فتح القدير لابن الهمام ٢١٩/٤.

(٥) فتح القدير لابن الهمام ٢٣٨/٤.

(٦) كتاب الأم للشافعي ١٣٥/٦.

قال الغزالي: "والحرز ما لا يعد المالك أنه مضيع لماله إذا وضعه فيه. ومرجعه العرف؛ لأنه ليس له ضابط لغة ولا شرعاً كالقبض في المبيع والإحياء في الموات والعرف يتفاوت، ولذلك فهو يختلف باختلاف الأحوال، والأوقات"(١).

وقال ابن قدامة: "والحرز ما عدَّ حرزاً في العرف فإنه لما ثبت اعتباره في الشرع من غير تنصيص على بيانه، علم أنه رد ذلك إلى أهل العرف لأنه لا طريق إلى معرفته إلا من جهته؛ فيرجع إليه"(٢).

والأصل في اشتراط الحرز ما روى في الموطأ عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "لا قطع في ثمر معلق ولا في حريسة جبل فإذا آواه المراح أو الجرين فيما بلغ ثمن المجن"(٣).

الحرز نوعان: حرز بالمكان وحرز بالحافظ:

الحرز بالمكان: هو كل بقعة معدة للإحراز ممنوع الدخول فيها أو الأخذ منها إلا بإذن: كالدار والبيت.

الحرز بالحافظ: ويكون في كل مكان غير معد للإحراز يدخل إليه بلا إذن: كالمسجد والسوق(٤).

والفرق بين النوعين:

أن القطع لا يجب بالأخذ من الحرز بالمكان إلا بالإخراج منه عند جمهور الفقهاء؛ لأن يد المالك قائمة ما لم يخرجه، فلم تتم السرقة.

---

(١) المستصفى للغزالي ١٩٦/٢.

(٢) المغني لابن قدامة ١١١/٩.

(٣) أخرجه مالك في الموطأ كتاب الحدود باب ما لا قطع فيه ٦٣٩/٢ – ٦٤٠ ح ٣٢ – وأخرجه الترمذي في سننه كتاب الحدود باب ما جاء لا قطع في ثمر ولا كثر ٥٢/٤ – ٥٣ ح ١٤٤٩.

(٤) المغني لابن قدامة كتاب الحدود ١١٢/٩.

وأما المحرز بالحافظ فيجب القطع بمجرد أخذه؛ لأن يد المالك تزال بمجرد الأخذ فتمت السرقة.

ولما كان ضابط الحرز وتحديد مفهومه يرجع إلى العرف، وهو يختلف باختلاف الزمان والمكان ونوع المال المراد حفظه فقد اختلف الفقهاء في بعض المواضع ليكون الحرز تاماً، والتالي يقام الحد على من يسرق منه وذلك إما لأن العرف يتفاوت ويختلف فينشأ عن ذلك اختلاف وإما لدليل آخر يقدم العمل به على العرف(١).

ومن تلك المواطن التي اختلف الأئمة في اعتبارها حرزاً وعدم اعتبارها:

١ – الدار المشتركة في السكنى.

فقد اختلفوا فيما إذا كانت الدار مشتركة، وأخرج السارق المتاع من البيت إلى صحن الدار هل يقطع؟ وكذلك إذا سرق من يسكن أحد تلك البيوت من بيت آخر في الدار نفسها.

– اشترط الحنفية: أن يكون كل بيت مستقلاً بمنافعه عن الآخر. وقد ذكر في "فتح القدير" عن محمد بن الحسن: أن تكون الدار عظيمة – فيما بيوت وكل بيت يسكنه أهل بيت على حدتهم بحيث يستغنى أهل كل بيت ببيتهم عن صحن الدار، ولا ينتفعون به إلا كانتفاع أهل المنازل بالطريق"(٢).

قال في الهداية: فإن كانت دار فيها مقاصير فاخرجها من المقصورة إلى صحن الدار قطع؛ لأن كل مقصورة باعتبار ساكنها حرز على حدة، وإن أعار إنسان من أهل المقاصير على مقصورة فسرق منها قطع.

(١) حاشية ابن عابدين ١٩٤/٣، وفتح القدير ١٤٤/٥، وبدائع الصنائع ٧٣/٧.

(٢) فتح القدير ٢٤١/٤.

وبناءً على قول الحنفية ذلك يمكننا القول: إنه 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 كان 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].

قال 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 أيها 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].

---

(١) الهداية للمرغيناني ٢٤٣/٤.

(٢) الموطأ للإمام مالك ٨٣٧/٢.

(٣) الأم للشافعي ١٣٦/٦ – ١٣٩.

(٤) المغني: لابن قدامه ١١٧/٩.

المطلب الثاني : السرقة بين الأزواج.

اتفق جمهور الفقهاء على عدم إقامة الحد إذا سرق أحد الزوجين من مال الآخر وكانت السرقة من حرز قد اشتركا في سكناه؛ لاختلال شرط الحرز، وللانبساط بينهما في الأموال عادةً، أما إذا كانت السرقة من حرز لم يشتركا في سكناه، أو اشتركا في سكناه ولكن أحدهما منع من الآخر مالاً أو حجبه عنه، فقد اختلف الفقهاء في حكم السرقة منه.

– فيرى الحنفية وهو قول عند الشافعية والرواية الراجحة عند الحنابلة: أنه لا قطع على واحد منهما، لما بين الزوجين من الانبساط في الأموال عادة ودلالة، وقياساً على الأصول والفروع؛ لأن بينهما سبباً يوجب التوارث من غير حجب(١).

قال صاحب الهداية: "وإذا سرق أحد الزوجين من الآخر، أو العبد من سيده أو من إمرأة سيده، أو من بعل سيدته لم يقطع، لوجود الإذن بالدخول عادة، وإن سرق أححد الزوجين من حرز لآخر خاصة لا يسكنان فيه فكذلك عندنا"(٢).

قال في الفتح: "وجه قولنا: إن 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"(٣).

– أما المالكية: فإنهم يوجبون الحد على السارق، وهو الراجح عند الشافعية والرواية الثانية عند الحنابلة في هذه المسألة، لعموم آية السرقة؛ لأن الحرز هنالك تام، وربما لا يبسط أحدهما للآخر في ماله، فأشبه سرقة الأجنبي(٤).

---

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ٧٥/٧ والفتاوى الهندية لمجموعة علماء الهند ١٨١/٢ والمدونة الكبرى للإمام مالك ٧٦/١٦ وشرح الزرقاني ١٠٠/٨.

(٢) الهداية شرح بداية المبتدى ٢٣٩/٤.

(٣) فتح القدير لابن الهمام ١٤١/٤.

(٤) مغني المحتاج للنووي ١٦٢/٤ وفتح القدير ٢٤١/٤ والمغني لابن قدامة ١١٧/٩.

– 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 بعلها ما يجب فيه القطع: إن كان الذي سرق كل واحد منهما من متاع صاحبه في بيت سوى البيت الذي يغلقان عليهما، وكان في حرز سوى البيت الذي هما فيه، فإن من سرق منهما من متاع صاحبه فيه القطع، فعليه القطع فيه[1].

وهناك قول ثالث للشافعية وهو: "وجوب قطع البعل إذا سرق من مال زوجه ما هو محرز عنه ولا تقطع الزوجة إذا سرقت من مال بعلها ولو كان محرزاً عنها؛ لأن الزوجة تستحق النفقة على بعلها، فصار لها شبهة تدرأ عنها الحد، بخلاف البعل فلا تقوم به شبهة تدرأ عنه الحد إذا سرق من مالها المحرز عنه"[2].

هذا، والذي يظهر من أقوال الشافعي ترجيح القول بعدم القطع مطلقاً. فإنه ذكر في الأم مالا يقطع فيه من جهة الخيانة، ثم ذكر قول مالك وقال: "وهذا مذهب" ثم قال: "فأرى، والله –تعالى– أعلم، على الاحتياط ألا يقطع الرجل لامرأته، ولا المرأة لبعلها، ولا عبد واحد منهما سرق من متاع الآخر شيئاً، للأثر والشبهة فيه"[3].

المطلب الثالث:القطع بسرقة الكفن من القبر "النبش".

يقال: نبشته نبشاً، أي: استخرجته من الأرض، ونبشت الأرض: كشفتها. ومنه نبش الرجل القبر[4]. والنباش: هو الذي يسرق أكفان الموتى بعد دفنهم في قبورهم[5].

(١) الموطأ للإمام مالك ٨٣٧/٢ – ٨٣٨.

(٢) مغني المحتاج للنووي ١٦٢/٤.

(٣) الأم للشافعي ١٣٩/٦.

(٤) لسان العرب لابن منظور مادة نبش ٣٥٠/٦ ومختار الصحاح لمحمد بن أبي بكر الرازي باب النون ٢٦٨/١.

(٥) البحر الرائق لابن نجيم ٦٠/٥.

وقد اختلف الفقهاء في حكمه وفي اعتباره سارقاً، وهل يقطع أو لا ؟

ذهب جمهور الفقهاء: "المالكية والشافعية والحنابلة وأبو يوسف" من الحنفية إلى اعتبار النباش سارقاً، لانطباق حد السرقة عليه إذا أخرج من القبر ما يجب فيه القطع(١).

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"(٢).

وقال الشافعي: "ويقطع النباش إذا أخرج الكفن من جميع القبر؛ لأن ذلك حرز مثله، وإن أخذ قبل أن يخرجه من جميع القبر لم يقطع؛ ما دام لم يفارق جميع حرزه"(٣).

وجاء في المغني: قال الخرقي: "وإذا أخرج النباش من القبر كفناً قيمته ثلاثة دراهم قطع". وقال ابن قدامة: "فلابد من إخراج الكفن من القبر لأنه الحرز"(٤).

وقال في الهداية: "وقال أبو يوسف والشافعي القطع لقوله عليه الصلاة والسلام: من نبش قطعناه" ولأنه مال متقوم محرز مثله فيقطع فيه(٥).

أدلة الجمهور:

استدلوا بوجوب القطع بأنه مال متقوم محرز في حرز مثله، ولعموم قوله -تعالى-: **(والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما)**(٦).

---

(١) المبسوط للسرخسي ١٥٦/٩ – ١٦٠ وفتح القدير ٣٧٤/٥ وبداية المجتهد ٣٣٨/٣.

(٢) الموطأ لمالك ابن أنس ٨٣٨/٢.

(٣) الأم للإمام الشافعي ١٣٧/٦ ومغني المحتاج على متن منهاج الطالبين للنووي ١٦٩/٤.

(٤) المغني لابن قدامة ١٣١/٩.

(٥) الهداية شرح البداية للمرغيناني ٢٣٤/٤.

(٦) سورة المائدة الآية ٣٨.

ولما روى البراء بن عازب- رضي الله عنه- أن النبي- صلى الله عليه وسلم- قال: "**من حرق حرقناه ومن غرق غرقناه ومن نبش قطعناه**"(١).

ولما روى عن عائشة- رضي الله عنها- قالت: "سارق أمواتنا كسارق أحيائنا(٢) ؛ لأن القبر حرز للكفن، وإن كان الكفن زائداً على كفن السنة أو دفن في تابوت فسرق التابوت لم يقطع؛ لأن ما زاد على المشروع في الكفن لم يجعل القبر حرزاً له وكذلك التابوت"(٣).

- وقال أبو حنيفة ومحمد: "لا قطع على النباش مطلقاً؛ لعدم اعتبار النباش سارقاً؛ لأنه يأخذ ما لا مالك له وليس مرغوباً فيه، واشتراط الخفية الحرز لا يجعل ذلك النوع من الأخذ سرقة"(٤).

أدلة ذلك القول:

قوله – صلى الله عليه وسلم -: "**لا قطع على المختفي**"(٥)، وهو النباش بلغة أهل المدينة، ولأن الشبهة تمكنت في الملك وهي دارئة للحد؛ لأنه لا ملك للميت حقيقة؛ لأنه ليس أهلاً للملك ولا للوارث؛ لتقدم حاجة الميت، لأنه لا يملك من التركة إلا ما يفضل عن حاجة المبيت، وعلى هذا إذا صح أنه لا ملك فيه لأحد لم يقطع في سرقته، فتمكنت الشبهة المسقطة للقطع"(٦).

---

(١) أورده ابن حجر في تلخيص الحبير باب ما يجب من القصاص ١٠/٥ ح ١٨٨٣ ونسبه إلى البيهقي في المعرفة.

(٢) أخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار باب النباش ٧٨/١٤ ح ٥٤١٦.

(٣) الهداية شرح البداية للمرغيناني ٢٣٤/٤.

(٤) شرح البداية للمرغيناني وشروحها ٢٣٤/٤ – ٢٣٥.

(٥) انظر المصنف لعبد الرزاق كتاب الجامع باب المختفي وهو النباش ٢١٣/١٠ – ٢١٤ – ونصب الراية ٢٦٧/٣.

(٦) الهداية للمرغيناني ٢٣٤/٤ – ٢٣٥.

ووافقهما الشافعية إذا كان الميت مدفوناً في برية لعدم الحرز[١].

ما روى عن ابن عباس- رضي الله عنهما- أنه قال: "ليس على النباش قطع"[٢].

وما روى 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"[٣].

ونكتفي بهذا القدر من المسائل الفقهية التي كان وراءها تخصيص العموم بالعرف القولي أو العملي أو كانت أثرا من آثار هذا التخصيص ، وهو ماقصدته بالدراسة في هذا البحث ، والحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات .

(١) مغني المحتاج للنووي ١٦٩/٤.

(٢) انظر نصب الراية للزيلعي ٣٦٧/٢، وقال حديث غريب.

(٣) فتح القدير لابن الهمام ٢٣٤/٤.

الخاتمة وأهم نتائج البحث

أولاً: يعد العرف مصدرا مهما من مصادر الفقه الإسلامي وقد بنيت عليه قواعد فقهية كثيرة.

ثانياً: يؤدي العرف دوراً مهما في تفسير النصوص الشرعية المطلقة التي لا يوجد لها تفسير في الشرح واللغة، فأي لفظ ليس له حد في الشرع أو في اللغة فمرجعه العرف.

ثالثاً: العام من حيث قبوله للتخصيص يقسم إلى: عام لا يقبل التخصيص على الإطلاق، وعام يقبل التخصيص، وهو إما أن تصحبه قرينة مخصصة وإما أن لا تصحبه قرينة، ويطلق على هذا النوع العام المطلق وهو الذي اختلف الأصوليون في دلالته على استغراقه لأفراده هل هي دلالة قطعية أو ظنية ؟

رابعاً: اختلف الأصوليون في تخصيص عام النص بالعرف القولي غير المقارن للعام، وتوصلت الدراسة إلى ترجيح الرأي القائل بجواز عام النص بالعرف القولي الطارئ فالحقائق العرفية مقدمة على الحقائق اللغوية.

خامساً: يجوز تخصيص عام النص بالعرف العملي الطارئ؛ لأن علة التخصيص متحققة فيه كالعرف القولي، فالحقيقة العرفية متبادرة فيها فتجب إرادتها.

سادساً: القول بتخصيص عام النص بالعرف لا ينسخ النص الشرعي ولا يهدمه؛ لأن العرف الذي يخصص عام النص هو العرف الصحيح الذي لا يصطدم مع النصوص الشرعية القطعية.

سابعاً: الرافضون لتخصيص عام النص بالعرف ناقضوا أنفسهم فكثيراً من أحكامهم مبنية على تخصيص عام النص بالعرف.

ثامناً: العرف الخاص مثله مثل العرف العام في تخصيص عام النص؛ لأن علة التخصيص متحققة فيه كالعرف العملي العام.

تاسعاً: القول بعدم تخصيص عام النص بالعرف فيه نزع للناس عن أعرافهم وعاداتهم ويوقعهم في الحرج والمشقة؛ لأنه أصبح طبعاً لهم.

عاشراً: القول بتخصيص عام النص بالعرف فيه إعمال للدليلين معاً كونه يحقق التوفيق بين العرف القائم وعام النص ويزيل التعارض بينهما.

فهرس المصادر والمراجع

م	اسم الكتاب	اسم المؤلف	الطبعة
١	الأشباه والنظائر	ابن نجيم زين الدين إبراهيم	دار الفكر دمشق سنة١٩٨٣م تحقيق محمد مطيع
٢	الأشباه والنظائر	جلال الدين السيوطي	دار الكتب العلمية بيروت ١٩٩٠م
٣	الإبهاج في شرح المنهاج	علي بن عبدالكافي وولده تاج الدين عبد الوهاب السبكي	دار الكتب العلمية بيروت١٩٩٥م
٤	شرح القواعد الفقهية	أحمد الزرقا	دار القلم دمشق ١٩٩٦م
٥	نشر العرف في بناء بعض الأحكام	علي الحرف محمد أمين أفندي ابن عابدين	إحياء التراث العربي بيروت
٦	المناهج الأصولية	فتحي الدريني	الشركة المتحدة دمشق ١٩٨٥م
٧	تعليل الأحكام	شلبي	دار النهضة العربية بيروت ١٩٨١م
٨	قواعد الأحكام	للعز بن عبد السلام	طبعة جديدة منقحة ١٤١٤هـ ١٩٩١م
٩	أصول الفقه	أبو زهرة	دار الفكر العربي القاهرة
١٠	المدخل الفقهي العام	مصطفى الزرقا	دار الفكر دمشق ١٩٦٨م
١١	أصول السرخي	محمد بن أحمد السرخسي	دار الكتب العلمية بيروت ١٩٩٣م تحقيق أبو الوفا الأفغاني

م	اسم الكتاب	اسم المؤلف	الطبعة
١٢	القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية	محمد عثمان شبير	دار الفرقان عمان ٢٠٠
١٣	القواعد في الفقه الإسلامي	عبد الرحمن بن شهاب الدين "ابن رجب"	مكتبة الكليات الأزهرية
١٤	أحكام القرآن	محمد عبد الله بن العربي	عيسى البابي الحلبي مصر
١٥	لسان العرب	ابن منظور	لسان العرب بيروت
١٦	فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت في أصول الفقه	ابن نظام الدين عبد العلي	هامش المستطفى دار الفكر بيروت
١٧	العرف والعادة	أحمد فهمي أبو سنه	مطبعة القاهرة ١٩٤٧م
١٨	الإحكام في أصول الأحكام	علي بن محمد الآمدي	دار الكتب العلمية بيروت ١٩٨٥م
١٩	البحر المحيط	للزركشي	دار الكتب العلمية بيروت ٢٠٠٠م تحقيق محمد تامر
٢٠	إرشاد الفحول	محمد علي الشوكاني	دار الفكر بيروت ١٩٩١م تحقيق محمد سعد البدري
٢١	المستصفى	للإمام الغزالي	دار الفكر بيروت

م	اسم الكتاب	اسم المؤلف	الطبعة
٢٢	الهداية شرح البداية	المرغيناني	سنة النشر ١٤١٧
٢٣	معنى المحتاج	الخطيب الشربيني	دار الفكر
٢٤	كتاب الأم	أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي	دار المعرفة بيروت ١٤١٠هـ ١٩٩٠م
٢٥	المغني لابن قدامة	عبد الله بم محمد بن قدامة المقدسي	دار الفكر بيروت الطبعة الأولى ١٤٠٥
٢٦	مغني المحتاج على متن منهاج الطالبين	النووي	دار القلم دمشق الطبعة الأولى ١٤٠٨
٢٧	البحر الرائق شرح كنز الدقائق	زين الدين بن إبراهيم "ابن نجيم"	دار الكتاب الأسلمي الطبعة الثانية
٢٨	المبسوط للسرخسي	محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي	دار المعرفة بيروت ١٤١٤هـ ١٩٩٣م
٢٩	مختار الصحاح	زين الدين أبو عبد الله الرازي	المكتبة العصرية الطبعة الخاصة١٤٢٠
٣٠	فتح القدير	كمال الدين بن الهمام	دار الفكر
٣١	بداية المجتهد ونهاية المقتصد	أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد	دار الحديث القاهرة ١٤٢٥هـ
٣٢	بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع	الإمام علاء الدين الكاساني	دار الكتاب العربي
٣٣	الفتاوى الهندية	لجنة علماء برئاسة نظام الدين البلخي	دار الفكر الطبعة الثانية ١٣١٠
٣٤	**الهداية شرح بداية المبتدي**	**للمرغيناني**	**الطبعة الأولى**

م	اسم الكتاب	اسم المؤلف	الطبعة
٣٥	القوانين الفقهية	أبو القاسم محمد بن أحمد بن جزي	
٣٦	المدونة	مالك بن أنس	دار الكتب العلمية الأولى ١٤١٥هـ ١٩٩٤م
٣٧	الشرح الصغير	للدرديري	دار المعارف القاهرة
٣٨	المهذب في فقه الإمام الشافعي	أبو إسحاق الشيرازي	دار الكتب العلمية
٣٩	كشف القناع عن متن الإقناع	منصور البهوتي	تحقيق إبراهيم أحمد عبد الحميد
٤٠	حاشية الدسوقي على الشرح الكبير	محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي	إحياء الكتب العربية
٤١	الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف	علي الدين أبو الحسن علي ابن سليمان المرادي	دار إحياء التراث العربي
٤٢	تحفة الفقهاء	محمد بن أحمد علاء الدين السمرقندي	دار الكتب العلمية بيروت الثانية ١٤١٤هـ
٤٣	تبيين الحقائق	الزيلعي	بولاق القاهرة ١٣١٣هـ
٤٤	الفروق	أبو العباس شهاب الدين القرافي	عالم الكتب
٤٥	العلم المنشور في إثبات الشهور	تقي الدين السبكي	مطبعة مكتبة الإمام

م	اسم الكتاب	اسم المؤلف	الطبعة
٤٦	تكميل التقييد	أبي عبد الله محمد المكناسي	مخطوط رقم ٥٨٤
٤٧	المجموع شرح المهذب	أبو زكريا محي الدين النووي	دار الفكر
٤٨	أصول الفقه	الأستاذ محمد مصطفى شلبي	الدار الجامعية للطباعة والنشر بيروت ط الرابعة ١٤٠٣هـ
٤٩	المسودة في أصول الفقه	آل تيمية مجد الدين عبد السلام ابن تيمية	دار الكتاب العربي تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد
٥٠	المعتمد في أصول الفقه	لأبي الحسين البصري	دار الكتب العلمية بيروت
٥١	المنعج الفائق والمنهل الرائق والمغني اللائق	للونشريسي المالكي	دار الكتب العلمية بيروت
٥٢	الجامع لأحكام القرآن	القرطبي	دار الكتب المصرية ١٣٥٣هـ
٥٣	تيسير أصول الفقه	للشيخ منصور محمد الشيخ	القاهرة
٥٤	شرح العصد على مختصر المنتهى	ابن الحاجب	الطبعة الأولى
٥٥	التعريفات	علي بن محمد بن علي الجرجاني	دار الكتاب العربي بيروت

م	اسم الكتاب	اسم المؤلف	الطبعة
٥٦	حاشية الرهاوي	الرهاوي	الطبعة الأولى ٤٠٥
٥٧	مقاييس اللغة	أبو الحسين أحمد بن فارس	إتحاد الكتاب العربي ١٤٢٣
٥٨	المحصول للرازي	محمد بن عمر بن الحسين الرازي	جامعة الإمام محمد بن سعود الرياض الطبعة الأولى ١٤٠٠
٥٩	العقد المنظوم في الخاص والعموم	للقرافي	تحقيق علي محمد معوض وعادل أحمد ‘بد الموجود
٦٠	التمهيد في تخريج الفروع على الأصول	عبد الرحيم بن حسن الإسنوي	مؤسسة الرسالة
٦١	بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب	شمس الدين الأصفهاني	دار المدني السعودي الطبعة الأولى ١٤٠٦
٦٢	التلخيص في أصول الفقه	عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني	دار البشائر الإسلامية بيروت تحقيق عبدالله جولم
٦٣	كشف الأسرار من أثول فخر الإسلام	عبد العزيز بن أحمد البخاري	دار الكتب العلمية بيروت الطبعة الأولى ١٤١٨هـ
٦٤	صحيح البخاري	محمد بن إسماعيل البخاري	مكتبة الإيمان بالمنصورة
٦٥	صحيح مسلم	مسلم بن الحجاج القشيري	عيسى الحلبي تحقيق محمد فؤاد

م	اسم الكتاب	اسم المؤلف	الطبعة
٦٦	سنن الترمذي	لأبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذي	دار الحديث القاهرة تحقيق أحمد محمد شاكر وغيره
٦٧	سنن أبي داود	سليمان بن الأشعث السجستاني	دار الريان للتراث
٦٨	سنن ابن ماجه	للحافظ محمد بن يزيد القزويني ابن ماجه	دار إحياء الكتب العربية عيسى الحلبي تحقيق محمد فؤاد
٦٩	سنن النسائي بشرح الحافظ جلال الدين السيوطي وحاشية السندي	الحافظ أبي عبدالرحمن أحمد ابن شعيب النسائي	دار الريان للتراث
٧٠	المسند للإمام أحمد بن حنبل	أحمد بن حنبل	دار الفكر وأيضاً مطبعة مؤسسة الرسالة
٧١	الموطأ	لإمام الأئمة وعالم المدينة مالك بن أنس	دار الحديث تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي
٧٢	سنن الدارمي	للإمام الحافظ عبد الله بن عبد الرحمن الدارمي	دار التراث تحقيق فواز أحمد زمرلي وغيره
٧٣	صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان	محمد بن حبان	مؤسسة الرسالة الطبعة الثانية ١٤١٤هـ ١٩٩٣م
٧٤	المعجم الكبير	أبو القاسم الطبراني	الطبعة الثانية تحقيق حمدي السلفي

فهرس الموضوعات

	الموضوعات	رقم الصفحة
	المقـــــــــــــــدمة	
	منهـــــــــــــــج البحث	
	التمهيد : مصطلح تخصيص النصوص بالعرف	
	المبحث الأول:تخصيص النصوص بالعرف وأثره في الفروع الفقهية	
	المبحث الثاني : حقيقة العموم	
	المبحث الثالث : حقيقة العرف	
	الفصل الأول : أقوال العلماء في تخصيص العموم بالعرف	
	المبحث الأول : العرف العملي والقولي	
	المبحث الثاني : قول المانعين للتخصيص بالعرف وأدلتهم	
	المبحث الثالث: الموازنة والترجيح بين الرأيين	
	الفصل الثاني:تخصيص عام النص بالعرف العملي العام الطاريء	
	الفصل الثالث:أثر تخصيص العموم بالعرف في الفروع الفقهية	
	المبحث الأول : أثر تخصيص العموم بالعرف في العبادات	
	المبحث الثاني : أثر تخصيص العموم بالعرف في المعاملات	
	المطلب الأول : أثر تخصيص العموم بالعرف في الجنايات	
	المطلب الثاني : السرقة بين الأزواج	
	المطلب الثالث : القطع بسرقة الكفن من القبر (النبش)	
	الخاتمـــــــــــــــة	
	المصادر والمراجع	
	فهرس الموضوعات	