الفصل الثالث

التخصيص بالعرف

١ ـ المراد بالعرف :

تطلق كلمة « العرف » فى اللغة على معان عديدة منها : تتابع الشىء متصلا بعضه ببعض ، ومن ذلك : « عرف الفرس » وهو منبت الشعر والريش من العنق ، سمى بذلك لتتابع الشعر فيه[١] .

وقد استخدمها القرآن الكريم فى هذا المعنى فى قوله تعالى : ﴿ **والمرسلات عرفا** ﴾[٢] حيث وصف المرسلات وهى الرياح المرسلة لعذاب المكذبين بأنها متتابعة متلاحقة كعرف الفرس فى تتابعه[٣] .

ومنها : السكون والاطمئنان تقول : عرف فلان فلانا ـ أى ألفه وسكن اليه واطمأن[٤] .

ومنها : الظهور والوضوح سواء أكان فى المحسوسات أم فى المعانى ؟ ومن استخدامها فى المحسوسات قولهم: «عرف الرمل والجبل»[٥] يعنون به ظهره وأعاليه ، والأعراف وهى السور المضروب بين الجنة والنار فى قوله تعالى : ﴿ **وعلى الأعراف رجال** ﴾[٦] ، ومنه قولهم أيضا : « أعورف البحر » اذا ارتفعت أمواجه[٧] .

---

(١) معجم مقاييس اللغة لابن فارس جـ ٤ ص ٢٨١

(٢) المرسلات : ١

(٣) مختصر تفسير ابن كثير ـ اختصار وتحقيق الشيخ محمد على الصابونى جـ ٣ ص ٥٨٦ ، ٥٨٧

(٤) معجم مقاييس اللغة جـ ٤ ص ٢٨١

(٥) لسان العرب جـ ١ ص ١٤٤

(٦) اساس البلاغة للزمخشرى ص٢٩٨ ـ والآية من سورة الأعراف : ٤٦

(٧) حاشية الرهاوى على شرح المنار جـ ١ ص ٤٢٣ ، والأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٨٥ ورسائل ابن عابدين جـ ٢ ص ١١٤

ومن استخدامها فى المعانى استخدامها فى الجود والكرم لظهور صـاحبه فيه ، وفى ذلك جاء قول الشاعر :

ومن يفعل الخير لا يعدم جوازيه لا يذهب «العرف» بين الله والناس

وبالجملة فان لهذه الكلمة معان عديدة فى اللغة كمـا تعكس ذلك المعاجم اللغوية أبرزها أنها للتتابع ، ولمـا ظهر من الأمور حسـيا كان أو معنويا ، وللمألوف غير المنكور من الأفعال .

أما فى اصطلاح الأصوليين .. فان العرف يعنى : « الأمر المستقر فى النفوس من جهـة العقول وتلقى الطباع السليمة له بالقبول »[1] .

وبعبارة أوضح : هو ما اعتاده الناس وتعارفوه فى حياتهم فى القول أو الفعل أو الترك ، واعتيادهم له ـ كما يشير التعريف ـ ناتج عن الف نفوسـهم له بعـد استقراره فيها اثر ركون عقولهم اليه لحاجة تحمل على ذلك ثم تتلاءم الطباع معه بعـد ذلك ـ قابلة له وهاضمة أياه غير نافرة منه ، وبذلك يغدو أمرا مألوفا فى حيـاة الناس ظاهرا معروفا فيها[2] .

* * *

● **العـلاقة بين المعنى اللغوى والاصـطلاحى :**

هذا والعلاقة بين المعنيين اللغوى والاصطلاحى واضحة فهما يلتقيان فى التتابع الذى هو معنى من معانى العرف فى اللغـة من جهة أن العرف فى الاصطلاح الأصولى لا بد من أن يكون متتابعا فى حياة الناس غالبا عليها ـ كما سـوف يتضح من شروطه الآتية ..

ويلتقيان فى السكون والطمأنينة ، لأن العرف فى الاصطلاح لا بد أن يسكن الناس اليه ويستقر فى نفوسهم .

---

(١) حاشية الرهاوى على شرح المنـار جـ ١ ص ٤٢٣ ، والاشـباه والنظائر لابن نجيم ص ٨٥

(٢) راجع : الأدلة المختلف فيها عند الاصوليين ـ للمؤلف ص ٤٠

وفى الظهور والوضوح ، لأن العرف لا بد من أن يظهر فى حياة الناس ويتضح فى تصرفاتهم حتى يكون عرفا لهم[1] .

* * *

٢ ـ العرف والعادة :

من المصطلحات التى تقرب من العرف بل وتلتقى معه أحيانا «العادة» ، الأمر الذى يحتم بيان المراد بها فى اللغة والاصطلاح ومن ثم ادراك علاقتها بالعرف .

وفى ذلك نجد أن العادة فى اللغة تعنى « الديدن » والديدن الدأب والاستمرار على الشىء سميت بذلك لأن صاحبها يعاودها ـ أى يرجع اليها مرة بعد أخرى ـ وجمعها : عادات وعوائد[2] .

أما عند الأصوليين فان كلمة العادة ترد ـ وبخاصة عند المتقدمين منهم ـ بمعنى يرادف العرف ، بل ان مصطلح العادة هو الشائع فى استعمالاتهم ، وقد لاحظت ذلك من خلال تتبعى لآرائهم فى التخصيص بالعرف فوجدتهم ـ وبخاصة أصولى المتكلمين ـ يعبرون بالعادة ويقسمونها الى نوعين : عادة فى الفعل وعادة فى الاستعمال .

فأبو الحسين البصرى فى المعتمد يبوب للتخصيص بقوله : « باب فى تخصيص العموم بالعادات » ثم يبدأ حديثه عنها فيقسمها الى عادة فى الفعل وعادة فى الاستعمال[3] .

والغزالى فى المستصفى حينما يتناول التخصيص بالعرف يتناوله بقوله : « عادة المخاطبين »[4] ومثل ذلك جاء عن الآمدى حيث قال وهو

---

(١) راجع : أثر العرف فى التشريع الاسلامى للأستاذ الدكتور السيد صالح عوض ص ٥٣

(٢) لسان العرب جـ ٤ ص ٣٠٩ وما بعدها .

(٣) المعتمد جـ ١ ص ٢٧٨

(٤) المستصفى جـ ٢ ص ١١١

يتناول ذلك الموضـوع : « اذا كان من عادة المخاطبين تناول طعـام خاص »[1] ... الخ .

وعلى نفس النسق سار القاضى البيضاوى فى المنهاج[2] . وصاحب المسـودة[3] والعدة[4] وابن السبكى فى جمع الجوامع[5] .

كما أن من الحنفيـة من يعبر بنفس التعبير كصدر الشريعـة فى التنقيح[6] والنسـفى فى المنار[7] .

ولم أجد من الأصوليين من يستخدم كلمة العرف الا بعض أصولى الحنفية كالكمال بن الهمام فى التحرير [8] ومحب الله بن عبد الشـكور فى مسلم الثبوت[9] .

أما الفقهاء .. فانهم يستخدمون المصطلحين[10] .

وعلى كل حال فان العادة تأتى عنـدهم جميعا بمعنى يرادف العرف سواء استخدموها بدلا من العرف ، أو استخدموا المصطلحين مجتمعين.

ولهذا نجدهم يعطفـونها على العرف أو يعطفـون العرف عليهـا فيقولون ـ مثـلا ـ : العادة والعرف ما استقر فى النفوس من جهـة

---

(١) الاحكام للآمدى جـ ٢ ص ٤٨٧
(٢) المنهاج مع الاسنوى ومسلم الوصول جـ ٢ ص ٤٧٩
(٣) المسـودة ص ١٢٣ (٤) العـدة جـ ٢ ص ٥٩٣
(٥) جمع الجوامع جـ ٢ ص ٧٠.
(٦) التنقيح مع شرح التلويح على التوضيح جـ ١ ص ٤٢
(٧) المنـار مع شرحه وحواشيه جـ ١ ص ٤٢٣
(٨) التحرير مع شرحه التبيين جـ ١ ص ٣١٧
(٩) مسلم الثبوت بهامش المستصفى جـ ١ ص ٣٤٥
(١٠) راجع الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٨٩ ؛ ٩٠ ، ولابن نجيم ص ٨٥ ، والفروق للقرافى جـ ١ ص ١٧١ ، ورسائل ابن عابدين جـ ٢ ص ١١٤

العقول ... الخ ، على أن منهم من يحمل العـادة على العرف العملى خاصة ، والعرف على الاستعمال القولى[1] .

كما أن منهم من يفرق بينهما بالتعريف حين يعرف العـادة بأنهـا « الأمر المتكرر من غير علاقة عقليـة »[2] .

ومن يتجه هـذا الاتجاه الأخير يجعل العادة أعم من العرف فى شمولها كل أمر متكرر سـواء أكان تكراره على مسـتوى الفرد كعادة الانسـان فى أكله وشربه ونومه ، وهى العـادة الفردية ، وهـذه لا تسـمى عرفا .

أو كان تكرره على مسـتوى الجماعة ، وهذا التكرر أيضا قـد يكون ناشـئا عن سـبب طبيعى كاسراع بلوغ الأشخاص وتبكير نضج الثمار فى بعض الأقاليم دون بعضها الآخر ، وهذا أيضا لا يسمى عرفا .

أو ناشئا عن الأهواء والشهوات كتفشى الكذب والفسق والظلم ، وأكل أموال الناس بالباطل ، وهذا لا يسمى هو الآخر عرفا ، وان سمى فهو من باب العرف الفاسـد ، يبقى ـ بعد ذلك ـ الأمر المتكرر على مسـتوى الجماعة ولكنه ناشىء عن اتجاه عقلى وتفكير ، وهـذه هى العادة المرادفة للعرف[3] .

فالعلاقة ـ اذن ـ بين العرف والعادة على هـذا الاتجاه الأخير هى العموم والخصوص المطلق ، لأن العادة أعم مطلقا لشمولها العـادة الفردية والعادة الناشـئة عن عامل طبيعى ، وعادة الجمهور التى هى « العرف » .

---

(١) راجع : العرف والعادة للشيخ أحمد فهمى أبو سنة ص ١١
(٢) التقرير والتحبير لابن أمير الحاج جـ ١ ص ٢٨٢
(٣) راجع : المدخل الفقهى العام للأستاذ الزرقا جـ ٢ ص ٨٤١

فيغـدو ـ بنـاء على ذلك ـ كل عرف عادة ، وليست كل عادة عرفا ، ولعـل هذا هو الأنسب والأصوب فى العلاقة بين المصطلحين[1] .

* * *

٣ ـ العرف والاجمـاع :

الاجماع عنـد الأصـوليين هو اتفاق المجتهدين من أمة محمـد صلى الله عليه وسلم فى عصر من العصـور بعد وفاة الرسول صلى الله عليـه وسلم على حكم شرعى لا نص فيه[2] ، وترتيبا على هذا التعريف له فان الفرق بينه وبين العرف يتم على الوجه الآتى :

(أ) أن الاجماع لا يكون الا من المجتهدين فى عصر من العصور أما العرف فهو اتفاق جمهور الناس على الفعل أو القـول لا فرق بين مجتهديهم وغيرهم ومن غير اشتراط لأهلية الاجتهاد فيـه .

(ب) أن الاجماع قـد يكون فى بعض الحالات على تفسـير نص ظنى فى دلالته ، أما العرف فيكون دائما فى غير مورد النص .

(جـ) أن الاجمـاع حكمـه الالزام للمجمعين وغيرهم مطلقـا ، أما العرف فلا يكون ملزما الا اذا كان عاما أما اذا كان خاصا بأهـل اقليم معين أو حرفة خاصـة فيكون ملزما فقط لمن تعارفوه ولا يمتـد أثره الى غيرهم .

(د) أن العرف عرضـة للتغيير والتبديل ، أما الاجماع فلا يتغير الا اذا كان مسـتنده مصلحة مرسلة ثم تغيرت تلك المصلحة[3] .

* * *

٤ ـ اقسـام العرف :

ينقسم العرف الى أقسام مختلفة باعتبارات مختلفة فهو من جهـة موضـوعه ينقسم الى عرف قولى وعرف عملى (فعلى) ، وكل منهما

---

(١) راجع : المدخل الفقهى العام ـ المرجع السابق والصفحة نفسها.
(٢) شرح العضد على مختصر المنتهى جـ ٢ ص ٢٩
(٣) أصول الفقه لفضيلة الدكتور محمد مصطفى شلبى ص٣٢٨ ، ٣٢٩

ينقسم ـ من جهة العموم والخصوص ـ الى عام وخاص ، ومن ناحية الصحة والفساد الى عرف صحيح وعرف فاسد .

(أ) العرف القولى والعملى :

العرف القولى هو أن يجرى عرف الناس على استعمال بعض الألفاظ والتراكيب فى معان غير معانيها التى وضعت لها فى أصل اللغة بطريقة يضحى معها ذلك المعنى العرفى مفهوما أو متبادرا الى الأذهان بلا قرينة ولا علاقة عقلية .

وذلك كاستعمال لفظ « الولد » للدلالة على الذكر دون الأنثى مع أنه فى أصل الوضع اللغوى شامل للنوعين قال تعالى فى شأن ميراث الأبناء : ﴿ **يوصيكم الله فى اولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين** ﴾(١) .

وكاطلاق لفظ «اللحم» على ما عدا السمك مع أن السمك يسمى لحما فى اللغة قال تعالى : ﴿ **وهو الذى سخر البحر لتأكلوا منه لحما طريا** ﴾(٢) ، وقال تعالى : ﴿ **ومن كل تأكلون لحما طريا وتستخرجون حلية تلبسونها** ﴾(٣) .

أما العرف العملى .. فهو اعتياد الناس على شىء من الأفعال وجريانهم عليها كتعارف قوم أكل البر بطريقة يكون معها هو طعامهم الغالب ، أو الأرز ، أو لحم الضأن ، وكتعارف الناس على البيع بالتعاطى بأن يعطى المشترى الثمن للبائع ويأخذ السلعة من غير أن يستخدم فى ذلك صيغة الايجاب والقبول ، وكتعارف الناس أن تكون الأجرة مشاهرة أو مياومة وهكذا .

---

(١) النساء : ١١ (٢) النحل : ١٤
(٣) فاطر : ١٢

(ب) العرف العام والخاص :

العرف العام هو العرف الذى يجرى عليه الناس فى جميع البلاد فى زمن من الأزمان سواء أكان ذلك فى الفعل أو القول ، وذلك كالتعارف على الاستصناع ، وحقيقته : أن يتفق شخص مع صانع لكى يصنع له شيئا كالاتفاق مع النجار على صناعة دولاب ـ مثلا ـ فان هذا النوع من التعامل من العرف الفاشى العام الذى دعت اليه الحاجة من قديم الزمان .

وكتقسيم مهور النساء الى معجل ومؤجل ، فان هذا من باب العرف العام فى جميع البلاد الاسلامية وان حدث اختلاف ففى الى متى يؤجل ؟ وما المقدار المؤجل والمعجل ؟ أما أصل تقسيم المهر فهو من باب العرف العام .

والعرف الخاص هو ما جرى عليه أهل اقليم أو بلد أو أهل صناعة بحيث يكون عرفا محصورا بينهم كتعارف أهل العراق سابقا على اطلاق لفظ « الدابة » على الفرس ، وكجريان العرف بين التجار على اعتبار الدفاتر التى تقيد بها الديون حجة فى اثبات تلك الديون وهكذا .

(جـ) العرف الصحيح والفاسد :

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

والعرف الصحيح ـ فى ضوء منشأ التقسيم ـ هو الذى لا يناقض أدلة الشريعة ونصوصها وان لم يرد به نص خاص .

والعرف الفاسد هو العرف الذى يصطدم بنصوص الشريعة وأحكامها كتعارف الناس ـ اليوم ـ التعامل بالفائدة ، وتعارفهم الاختلاط فى الأندية والمصايف .. الى غير ذلك من المظاهر التى لا يقرها الشرع .

ومثل هذا العرف عرف مرفوض لخروجه عن الأصول ، وعدم انسجامه مع أحكام الملة ، وقيم الدين الحنيف .

* * *

٥ ـ سلطان العرف وحجيته :

لم تهمل الشريعة الاسلامية أعراف الناس الصحيحة وعاداتهم التى درجوا عليها فى جملتهم اذا كانت لا تصطدم بنصوص الشرع ونظامه ، واعتبرتها مستندا فى كثير من الحالات انطلاقا من أن أعراف الناس وليدة حاجاتهم ، ومعبرة عن مصالحهم ، وفى نزعهم عنها حرج ومشقة ، ورفع الحرج من الأصول الثابتة قطعا فى الدين .

ويتضح سلطان العرف فى الفقه الاسلامى فى المظاهر الآتية :

(أ) الاعتماد عليه فى كثير من المسائل الاجتهادية التى لم يرد فيها نص كتقدير النفقات ، وتحديد نوع وقدر ما يحمل على الدابة المستأجرة، وفى تقدير المسافة والمنازل التى يتم النزول بها ، وفى الزاملة ـ وهى ما يضع المسافر فى حاجته كخرج وكيس ونحوها ـ وفى فراش المحمل هل هو على رب الدابة أو على المكترى[1] . وفى الأموال الربوية التى لم يرد عن الشارع بشأنها نص بكونها من المكيل أو الموزون فان المرجع فى مقياسها الى ما جرى عليه العرف[2] . وهكذا فان العرف يرجع اليه فى الفقه فى مسائل كثيرة .

هذا والعرف حينما يعتمد عليه فى ذلك لا يعتمد عليه بحسبانه مصدرا اجتهاديا مستقلا ، وانما هو راجع الى باب العمل بالمصالح لأن ما يتعارفه الناس كاشف عن حاجتهم ومعبر عن مصالحهم[3] .

(ب) الاعتماد عليه فى تفسير أيمان الحالفين وعبارات المتعاقدين ، وبالجملة فان أى متكلم يحمل كلامه ويفسر وفق المعانى التى درج عليها الناس فى تعارفهم اللفظى وان كان فى ذلك مخالفة لأصل الوضع اللغوى.

---

(١) راجع : الشرح الصغير للدردير جـ ٤ ص ٣٩ وما بعدها .
(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٩٣ ، ٩٤
(٣) راجع : الأدلة المختلف فيها للمؤلف ص ٤٧

ذلك أننا لو حملنا الكلام على معناه اللغوى وأعرضنا عن العرف فى التخاطب الموجود حين التلفظ بالعبارة فان ذلك يعنى الخروج عن مقصد المتكلم ، وبالتالى الزامه فى عقوده واقراره وحلفه بما لا يعنيه من كلامه وبما لا يفهمه منه الناس أيضا[1] ، وفى ذلك ـ بلا ريب ـ حرج ، والحرج فى الشريعة مرفوع فى كل حال .

(جـ) الرجوع اليه ليكون مرجحا عند التنازع فى الحقوق ، فاذا اختلف الزوجان ـ مثلا ـ فى متاع البيت ولا بينة لواحد منهما ، فالقول قول من يشهد له العرف بيمينه فما يقضى العرف أنه من شأن الزوجات يحكم به لهن مع اليمين كالحلى والأخمرة وما يناسبهن من الملابس ، وما يقضى به العرف أنه من شأن الأزواج كالسيف والمصحف وكتب العلم وسلع التجارة يحكم لهم به مع اليمين[2] .

بل ان العرف يحكم الدعوى من أساسها فلا تسمع اذا كانت مخالفة له ، فلو ادعى شخص فقير محتاج أنه أقرض رجلا من أهل اليسار مبلغا كبيرا من المال لا تسمع دعواه لمخالفتها للعرف ، واذا ترك شخص حقه الذى يدعيه مدة طويلة من دون عذر لا تسمع دعواه فى ذلك لأن العادة جرت بأن الانسان لا يسكت عن المطالبة بحقه مدة طويلة مع تمكنه من ذلك [3] .

(د) هذا وقد ترتب على اعمال العرف وفق النظر السابق المتمثل فيما سلف من المظاهر امتداد أثره الى قواعد الفقه الكلية ، وفى ذلك جاءت القواعد التالية :

١ ـ الثابت بالعرف كالثابت بالنص [4] .

---

(١) المدخل الفقهى العام للأستاذ مصطفى الزرقا جـ ٢ ص ٨٤٩

(٢) الشرح الصغير جـ ٢ ص ٤٩٦ ، ٤٩٧ ، جـ ٣ ص ٥٣٨

(٣) أصول الفقه لفضيلة الدكتور محمد مصطفى شلبى ص ٣٤٠، ٣٤١

(٤) مادة (٤٥) مجلة الأحكام العدلية ـ راجع شرح رستم باز على المجلة ص ٣٨

٢ ــ المعروف عرفا كالمشروط شرطا[١] .

٣ ــ العادة محكمة[٢] .

٤ ــ تترك الحقيقة بدلالة العادة[٣] .

٥ ــ لا ينكر تغير الأحكام بتغيير الأزمان[٤] .

* * *

٦ ــ شروط العرف :

يشترط الأصوليون والفقهاء ليكون للعرف سلطان ــ حسب التحديد السالف ــ شروطا لا بد من أن نتعرض لها ونحن نقدم للحديث عن التخصيص به ، لأن هذه الشروط لا بد من توافرها فى العرف ــ سواء أكان معالجا لحالة مبتدئة أو كان مخصصا لنص عام .

وهذه الشروط هى :

١ ــ أن يكون العرف مطردا أو غالبا : ويراد باطراد العرف أن يكون عمل الذين تعارفوه مستمرا به فى جميع الحوادث أو يغلب استعمالهم له فى أكثرها بحيث يعرفه جميع الناس فى البلاد كلها أو أغلبهم ــ اذا كان عرفا عاما ــ أو يعرفه أهل الاقليم الخاص أو الحرفة المعينة أو أغلبهم ــ اذا كان عرفا خاصا .

٢ ــ أن يكون قائما عند نشوء التصرفات التى يراد تحكيمه فيها، ويعنى هذا الشرط أن العرف لا يعمل به الا فى الحوادث والتصرفات التى نشأت وهو موجود ، أما الحوادث التى سبقت العرف فى نشوئها

---

(١) مادة (٤٣) مجلة الأحكام العدلية ــ راجع شرح رستم باز على المجلة ص ٣٧

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٨٥ ، والأشباه والنظائر للسيوطى ص ٨٩

(٣) مادة (٤٠) مجلة الأحكام العدلية ــ راجع شرح رستم باز على المجلة ص ٣٦

(٤) مادة (٣٩) مجلة الأحكام العدلية ــ راجع شرح رستم باز على المجلة ص ٣٦

فلا يكون حاكما عليها ، لأنه لم يكن موجودا وقت ظهورها حتى يكون حاكما عليها وفى هذا يقول الفقهاء : « لا عبرة بالعرف الطارىء »[1] .

٣ ــ ألا يعارض العرف تصريح بخلافه ، ومقتضى هذا الشرط عدم العمل بالعرف اذا عارضه تصريح ، وذلك لأن العرف دليل تنزل عليه الحوادث ، ويطلب تفسيره نهـا عند عـدم الشرط المصرح ، ولهـذا قالوا : « المعروف عرفا كالمشروط شرطا » كما أن العرف دلالة تساعد فى كشف المراد ، ولا عبرة للدلالة فى مقابلة التصريح[2] .

٤ ــ ألا يكون العرف مخالفـا للنص أو لأصل قطعى من أصول الشريعة ، والمخالفة الممنوعة هى المخالفة المفضية الى ابطال العرف للنص كلية بطريقة تفضى الى عدم العمل بالنص أو الأصل القطعى ، فاذا كان هذا شـأن العرف مع النص لم يكن له حينئذ اعتبار لأن نص الشارع مقدم على العرف .

ذلك أن العرف مستند بديل لا يصار اليه الا عند فقدان النص فاذا وجـد النص ووجد العرف مخالفا له مخالفة كلية كان ذلك العرف عرفا فاسدا يجب طرحه وعـدم العمل به ، ويمكن التمثيل لذلك بتعـارف البنوك التجارية التعامل بالفـائدة فان هذا العرف يعـارض النصوص القطعية الواردة فى حرمة الربا فيغدو عرفا فاسـدا ملغيا ، ويعول على النصوص التى قضت بحرمة الربا .

أما اذا كانت مخالفة العرف للنص مخالفة جزئية لا كلية ــ كأن يكون النص عاما والعرف خاصـا ــ فهذا هو محل البحث .

* * *

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٠١

(٢) مجلة الأحكام العـدلية مادة (١٣) وراجـع شرح على حيـدر بالمجلة ص ٢٨

٧ ـ التعارض بين النص العام والعرف :

ينشأ التعارض بين النص العام والعرف ، حينما يرد نص عام يشتمل على موجب العرف وغيره فيغدو العرف معارضا لذلك النص العام فى بعض ما اشتمل عليه ، فهنا معارضة بين النص العام والعرف ، غير أن تلك المعارضة ليست معارضة كلية كالتقابل الواقع بين النص الخاص والعرف بشكل مباشر والذى يؤدى الى طرح العرف واعتباره عرفا فاسدا لا يعمل به كما تم بيانه قبل قليل ، وانما المعارضة هنا معارضة جزئية .

هذا ولبيان حكم تلك المعارضة الجزئية لا بد من أن نقرر أن العرف الذى يعارض النص العام فى بعض ما اشتمل عليه ، اما أن يكون عرفا قوليا أو عرفا عمليا ، وفى الحالين اما أن يكون سابقا أو مقارنا لورود العام أو حادثا بعده ، ولكل حالة من هذه الحالات حكمها عند الأصوليين والفقهاء .

١ ـ العرف القولى المقارن للعام :

اذا كان العرف الذى حدث التعارض بينه وبين العام عرفا قوليا وكان سابقا أو مقارنا للفظ العام فقد اتفقت كلمة الأصوليين على تخصيص العرف للنص العام[١] .

ويراد بتخصيص العرف للعام قصره على بعض أفراده عن طريق العرف[٢] أو بعبارة أخرى فهم النص العام فى حدود معناه العرفى وتنزيله عليه[٣] تستوى فى ذلك النصوص العامة الشرعية والعمومات

---

(١) راجع : المعتمد جـ ١ ص ٢٧٩ ، والاحكام فى اصول الأحكام للآمدى جـ ٢ ص ٤٨٧ ، والمستصفى للغزالى جـ ٢ ص ١١٢

(٢) المسودة لابن تيمية ص ١٢٥

(٣) المدخل الفقهى العام للأستاذ مصطفى الزرقا جـ ٢ ص ٨٨٨

الواردة فى استعمالات الناس واستخداماتهم كما يستوى فى الصلاحية التخصيص العرف القولى العام والخاص[1] .

فلفظ الدابة ــ مثلا ــ يطلق فى اللغة على كل ما يدب على الأرض غير أن العرف جرى على استعماله فى ذوات الأربع كالخيل وغيرها فمتى أمرنا الله سبحانه وتعالى فى الدابة بشىء حملناه على ذلك المدلول العرفى دون غيره مخصصين بالعرف الاستعمالى عموم اللفظ فى أصل وضعه اللغوى[2] .

وكذلك كلمة « النقد » اذا وردت فى نص من نصوص الشارع فانها تحمل على النقد الشائع تداوله بين الناس مع أنه فى أصل اللغة عام يشمل كل نقد[3] .

وكلمة « البيع » فى قوله تعالى : ﴿ **واحل الله البيع** ﴾[4] فى أصل اللغة عامة تطلق على مطلق التبادل بالمال وغيره ، وفى العرف الشرعى : البيع « تبادل مال بمال » ولهذا يخصص العرف القولى عموم كلمة «البيع» فتنصرف الى البيع المصطلح عليه وهو مبادلة مال بمال دون غيره[5] .

ومن صور ذلك فى تخاطب الناس ما اذا أوقف انسان ــ مثلا ــ ماله على العلماء وكان العرف فى زمنه يجريها على علماء الشرع دون غيرهم ، فان العرف يخصص عموم عبارته ، وفى ضوء ذلك يدرك قصده فيصرف وقفه لعلماء الشرع ... وهكذا .

---

(١) راجع : العرف والعادة لفضيلة الشيخ أحمد فهمى أبو سنة ص ٥٤ والشرح الصغير للدردير جـ ٢ ص ٢٢٨

(٢) المعتمد جـ ١ ص ٢٧٩ ، الأحكام للآمدى جـ ٢ ص ٤٨٧

(٣) الأحكام للآمدى جـ ٢ ص ٤٨٧

(٤) البقرة : ٢٧٥

(٥) العرف والعادة للشيخ أبو سنة ص ٩١

هذا وتخصيص العرف القولى المقارن للنص العـام عند التعارض بينهما على الوجه المذكور هو رأى عامة الأصوليين والفقهاء ، ولم أر فيه خلافا الا عند السيوطى فى الأشباه والنظائر حيث حكى عن الشـافعية اختلافا فى المسـألة[1] وأن بعضهم يميل الى تقديم الحقيقة اللغوية على العرفية ويورد ـ فى ضوء ذلك ـ فروعا منها :

١ ـ أن من حلف لا يأكل الخبز حنث بخبز الأرز وان كان من قوم لا يتعارفون ذلك لاطلاق الاسم عليه لغة .

٢ ـ من أوصى للقراء ، هل يدخـل فيهم من لا يحفظ ويقرأ فى المصحف أو لا ؟ وجهان ينظر فى أحدهما الى الوضع ، وفى الثـانى الى العرف وهو الأظهر[2] .

ويبـدو من خلال عرض السيوطى للخلاف فى المسـألة أن منشأ الخـلاف عند بعض الشـافعية وتقديمهم للغـة على العرف اضطراب العرف أحيـانا وأن ذلك ليس أمرا مطلقا عندهم حيث حكى السـيوطى عن بعضهم فقال : قال ابن عبد السـلام : قاعدة الأيمان البنـاء على العرف اذا لم يضطرب فان اضطرب فالرجوع الى اللغـة[3] .

وهـذا القول يدل على أن العرف اذا لم يضطرب فانه يقدم على اللغـة مطلقا وبذلك يكون فقهاء الشـافعية متفقين مع جمهور الأصوليين والفقهـاء على تقـديم العرف اللفظى المقارن على العمـوم عن طريق تخصيصه به ، لأن العرف المضطرب ليس محلا للنظر أساسا ذلك أن من شروط العمل بالعرف كما سلف بيانه اطراده أو غلبته سواء أكان معالجا لحالة مبتدأة أو مخصصا .

---

(١) راجع الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٩٣ ، ٩٤
(٢) المرجع السابق ص ٩٤ (٣) نفس المرجع ص ٩٥

هـذا ولأستاذنا الكبير محمـد فهمى أبو سنة وجه فى التوفيق بين خلاف بعض الشـافعية ورأى الجمهور حيث عقب ـ بعـد ايراده النقل السابق عن السيوطى ـ فقال : « فهذا النقل يدل على أن حكاية الاجماع من الأصوليين قد لا تسـلم لهم لكن لمـا كان العمل باللغـة وترك العرف عند الشـافعية غير مطرد بل هو قليل ومعظمه ذو وجهين ، أمكن الأصوليون أن يحكوا الاتفاق فيؤول بالنسبة للشـافعية بأنه على القول المشـهور لهم »[1] .

* * *

٢ ـ العرف القولى الطارىء بعد العـام :

اذا كان العرف القولى المعارض للعـام طارئا بعـده ، فلا يصلح مخصصا له وذلك لأن نصوص القرآن والسـنة انما يتم فهمها فى ضوء المعانى العرفية التى كانت سـائدة فى التخاطب ابان نزولها ، أما ما يطرأ ـ بعد ذلك ـ من أعراف فلا مدخل لهـا بأى حال من الأحوال فى فهمها وتفسيرها ، وفى هـذا يقول ابن نجيم فى الأشـباه والنظائر : « العرف الذى تحمل عليه الألفاظ انما هو المقارن السـابق دون المتأخر ولذا قالوا : لا عبرة بالعرف الطارىء »[2] .

ومثل عمومات النصـوص الشرعية ، العمومات فى ألفاظ النـاس واستخداماتهم فان العرف القولى الطارىء لا يخصصها[3] .

* *

● **تعقيب على التخصيص بالعرف القولى :**

ان المدقق فى تخصيص النصـوص العامة بالأعراف اللفظية يدرك بلا كبير عنـاء أن ذلك ليس من بـاب التخصيص على التحقيق ، لأن التخصيص فرع التعارض بين النص العام والدليل المخصص ، وليس ثمة تعارض بين العرف القولى والنص العام لأن الحقائق العرفية مقدمة على

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ١٢٣

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٠١

(٣) راجع : المدخل لفقهى العام للأستاذ الزرقا ص ٨٩٥

الحقائق اللغوية كما هو مقرر[1] وانما هو من باب حمل اللفظ على معناه الحقيقى عند عدم القرينة الصارفة له عن ذلك : فألفاظ الصلاة والصيام والحج والبيع وغير ذلك من الألفاظ التى غدت حقائق شرعية فى معانيها الجديدة التى نقلها الشرع لها تحمل على معانيها الشرعية لأن الحقيقة الشرعية أو العرف الشرعى مقدم دائما فى الاستعمال .

وقد أدرك ذلك كثير من الأصوليين فنبهوا اليه فأبو الحسين البصرى فى المعتمد يقول ـ بعد أن قرر التخصيص بالعرف القولى وأورد فيه مثال الدابة السابق : « وليس هذا بتخصيص على الحقيقة لأن اسم الدابة لا يصير مستعملا فى العرف الا فى الخيل فيصير كأنه ما استعمل الا فيه »[2] وابن تيمية فى المسودة يقول : « وليس هذا بتخصيص على الحقيقة وانما هو تخصيص بالنسبة الى اللغة »[3] .

* * *

٣ ـ العرف العملى المقارن للعام :

اذا كان العرف الذى حدث التعارض بينه وبين النص العام عرفا عمليا وكان مقارنا للنص العام فان كلمة الأصوليين والفقهاء قد اختلفت فى صلاحيته لتخصيص النص العام .

فذهب جمهورهم الى عدم جواز تخصيص عموم ألفاظ الشارع به[4] .

ومن الجمهور الذين يرون ذلك : الشافعية ، يقول الامام الغزالى ـ وهو بصدد تناول المخصصات فى باب العام والخاص : « الثامن عادة المخاطبين ، فاذا قال لجماعة من أمته : حرمت عليكم الطعام والشراب

---

(١) راجع : المنهاج مع شرح الأسنوى جـ ١ ص ٣٠٩ ، ٣١٠ ؛ التمهيد للأسنوى ص ٢٢٨

(٢) المعتمد جـ ١ ص ٢٧٩ (٣) المسودة ص ١٢٣

(٤) الأحكام للآمدى جـ ٢ ص ٤٨٦

مثلا ، وكانت عادتهم تناولهم جنسا من الطعام ، فلا يقتصر بالنهى على معتادهم بل يدخل فيه لحم السمك ، والطير ، وما لا يعتاد فى أرضهم ، لأن الحجة فى لفظه وهو عام وألفاظه غير مبنية على عادة الناس فى معاملاتهم حتى يدخل فيه شرب البول ، وأكل التراب ، وابتلاع الحصاة والنواة ، وهذا بخلاف لفظ الدابة فانها تحمل على ذوات الأربع خاصة لعرف أهل اللسان فى تخصيص اللفظ ، وأكل الحصاة والنواة يسمى آكلا فى العادة وان كان لا يعتاد فعله ففرق بين أن لا يعتاد الفعل وبين أن يعتاد اطلاق الاسم على الشىء ، وعلى الجملة فعادة الناس تؤثر فى تعريف مرادهم من ألفاظهم حتى ان الجالس على المائدة يطلب الماء يفهم منه العذب البارد لكن لا تؤثر فى تغيير خطاب الشارع اياهم »[1].

فالامام الغزالى ـ وهو شافعى فوق أنه أصولى ـ يفرق بوضوح بين العرف اللفظى فيجيز التخصيص به ، والعرف العملى فلا يجيز التخصيص به ، ويجعل أعراف الناس العملية محكومة بنصوص الشارع العامة لا محكومة بها ، ويحتج فى ذلك بأن التخصيص بالعرف لا يؤثر فى خطاب الشارع العام وانما قصارى ما هناك أن هذا اللفظ العام يفهم منزلا على عرف الناس ، أما العرف العملى فلا يؤثر فى النص العام بتخصيصه له ، لأن الحجة ـ ابتداء ـ للفظ الشارع وان كان عاما ، وألفاظ الشارع غير مبنية على أعراف الناس فى معاملاتهم والا ترتب على ذلك ـ حسبما يصور الامام الغزالى ـ جواز شرب البول وأكل التراب وابتلاع الحصاة اذا جرى عرف الناس بها وجعلنا ذلك العرف مخصصا لعموم النصوص ، ويوافق الشافعية فى ذلك القرافى من المالكية حيث يقرر : « أن العرف القولى يؤثر فى اللفظ اللغوى تخصيصا وتقييدا وابطالا ، وأن العرف الفعلى لا يؤثر فى اللفظ اللغوى تخصيصا ولا تقييدا ولا ابطالا لعدم معارضة الفعل وعدمه لوضع اللغة ومعارضة غلبة استعمال اللفظ فى العرف للوضع اللغوى »[2] .

---

(١) المستصفى جـ ٢ ص ١١١ ، ١١٢

(٢) الفروق للقرافى جـ ١ ص ١٧٣ ، ١٧٤

وعنـد الحنابلة اتجاه يوافق الشافعية فى عـدم جواز التخصيص بالعرف العملى فابن تيمية فى المسـودة يقرر « بأنه لا يجوز تخصيص العمـوم بالعادات عندنا »[1] .

وهنـاك اتجاه آخر يجيز تخصيص العـام بالعرف العملى ويرى ابن رجب الحنبلى فى قواعـده أنه الصحيح فى المذهب حيث يقول : « ويخص العموم بالعـادة على المنصوص »[2] .

أما الحنفية فانهم يجيزون تخصيص النصـوص العـامة بالعرف العملى ، يقول ابن أمير حاج فى التقرير والتحبير : العرف العملى لقوم مخصص للعام الواقع فى مخاطبتهم عنـد الحنفيـة خـلافا للشـافعية كحرمة الطعام وعادتهم أكل البر انصرف اليه وهو ـ أى قول الحنفية ـ الوجه ، وأما تخصيص العام بالعرف القولى وهـو أن يتعارف قـوم اطلاق لفظ لمعنى فباتفاق كالدابة على الحمـار والدرهم على النقـد الغالب[3] .

ويؤيد الحنفية فى هذا الاتجاه جمهور المـالكية ، جاء فى حاشية الدسـوقى على الشرح الكبير : « وذكر ابن عبد السـلام أن ظاهر مسـائل الفقهـاء اعتبار العرف ان كان فعليـا ، ونقل الوانوغى عن البـاجى : انه صرح بأن العرف الفعلى يعتبر مخصصـا أيضا ، وفى القلشـانى : لا فرق بين القولى والفعلى فى مسائل الفقهاء »[4] .

ويقول المقرى فى قواعـده : ان العادة عند مالك كالشرط تقيـد المطلق وتخصيص العـام[5] .

---

(١) المسـودة ص ١٢٣

(٢) راجع القاعدة رقم (١٢٢) من قواعد ابن رجب ص ٢٧٦ طبعة دار المعرفة للطباعة والنشر ببيروت .

(٣) التقرير والتحبير لابن أمير الحاج جـ ١ ص ٢٨٢

(٤) الدسوقى على الشرح الكبير جـ ٢٠ ص ١٤٠ طبعة البابى الحلبى.

(٥) راجع : ايضـاح المسـالك الى قواعد الامام مالك للونشريسى القاعدة رقم (١١١) « العادة هل هى كالشاهد أو كالشاهدين » .

والقرطبى من المالكية يميل الى تخصيص عموم النصوص بالعرف العملى[1] مع حكايته للقولين فى المذهب .

وهذا الخلاف كله فى تخصيص العرف لعمومات النصوص الشرعية ، أما العرف العملى المقارن لعمومات ألفاظ الناس فلا خلاف فى جواز تخصيصه لعموم تلك الألفاظ .

وفى هذا يقول الامام الغزالى فى المستصفى : « وعلى الجملة فعادة الناس تؤثر فى تعريف مراد الناس من ألفاظهم ولكن لا تؤثر فى خطاب الشارع اياهم »[2] .

ويقول الزركشى : فأما خطاب الناس فيما بينهم من المعاملات وغيرها فيتنزل على موضوعاتهم كنقد البلد فى الشراء والبيع وغيره اذا أرادوه ، والا عمل بالعام ولا يحال اللفظ عن وجهه الا بدليل[3] .

هذا وقد استدل كل فريق من أصحاب الاتجاهين السابقين على مذهبه بأدلة .

* * *

● **دليل المانعين للتخصيص بالعرف العملى :**

استدل الجمهور المانعون للتخصيص بالعرف العملى :

١ ـ بأن الصيغة المستعملة ـ وان صاحبها العرف العملى ـ صيغة عامة بحسب اللغة ولا مخصص لها فتبقى على عمومها[4] وقد رد عليهم الحنفية بمنع عدم وجود المخصص فان العادة الفعلية مخصصة

---

(١) راجع : اثر العرف فى التشريع الاسلامى للدكتور السيد صالح عوض ص ٣٥٢

(٢) المستصفى جـ ٢ ص ١١١

(٣) اثر العرف فى التشريع الاسلامى للدكتور سيد صالح عوض ص ٣٦٤

(٤) شرح العضد على مختصر المنتهى لابن الحاجب جـ ٢ ص ١٥٢ ومسلم الثبوت مطبوع مع المستصفى جـ ١ ص ٣٤٥

الصيغة ، كما أن العادة القولية مخصصة باتفاق ، والقول بالتخصيص بالعرف القولى دون العملى تحكم ، من جهة أن غلبة العادة الفعلية تؤدى الى غلبة الاسم كتقييد الدراهم ـ مثلا ـ بالنقد الغالب فان أساسه عرف عملى أدى الى عرف قولى ، ومن هنا فان العرف العملى يؤدى الى عرف قولى فالقول بالتخصيص بالعرف القولى ومنع التخصيص بالعرف العملى تحكم صريح لا يسمع[1] .

٢ ـ أن العادة الفعلية ليست بحجة لأن الناس يعتادون الحسن كما يعتادون القبيح ، وانما الحجة فى النصوص ولو كانت عامة وهى الحاكمة على العوائد فلا تكون العوائد حاكمة عليها[2] .

ويمكن مناقشة هذا الدليل بأن العادة القبيحة التى لا يقرها الشارع ليست واردة هنا ، لأن الكلام فى عرف عملى الشأن فيه عدم الاصطدام بالشرع ، هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فان تخصيص النصوص العامة بالأعراف العملية فيما تعارضا فيه لا يلغى حاكمية النصوص العامة ، وانما يفسرها بحسب ما جرى عليه عمل الناس ، ففى التخصيص بالعرف اعمال للعرف والنص معا ، ولا شك أن العمل بهما أولى من اهمال أحدهما ، هذا فضلا عن أن العمل بالعرف عن طريق التخصيص به يعتمد على مشروعية العرف التى يستمدها هى الأخرى من نصوص كثيرة فى الشريعة وهى النصوص التى دلت على حجيته سواء أكانت نصوص خاصة مباشرة ، أو كانت تتمثل فى مبادىء اليسر ورفع الحرج .

* * *

● **دليل الحنفية ومن وافقهم فى جواز التخصيص بالعرف العملى :**

استدل الحنفية ومن وافقهم من المجيزين لتخصيص نصوص الشارع العامة بالعرف العملى بالدليل الآتى :

---

(١) مسلم الثبوت جـ ١ ص ٣٤٥ ، والعرف والعادة للشيخ أبو سنة ص ٩٢

(٢) المعتمد جـ ١ ص ٢٧٩ ، والأحكام للآمدى جـ ٢ ص ٤٨٦

ان الاتفاق قد جرى على أن العرف العملى يقيد المطلق فكذلك يخصص العام ، ويتضح ذلك من أنه لو قال شخص لآخر موكلا اياه : اشتر لى لحما ــ وكان ذلك فى بلد اعتاد أهله أكل لحم الضأن ــ فانه يتقيد فى ذلك بشراء لحم الضأن دون غيره من أنواع اللحوم بحيث لو اشترى غيره يكون مخالفا لارادة الموكل مع أن كلمة « لحم » فى عبارة الموكل مطلقة الا أن ذلك الاطلاق مقيد بالعرف العملى الذى جرى عليه أهل البلد فى أكلهم فتنصرف ارادة الموكل اليه دون غيره ، والعام فى ذلك مثل المطلق لاتحاد الموجب وهو تبادر ما جرى عليه العرف من اللفظ دون غيره[1] .

وقد ناقش الجمهور دليل الحنفية هذا فقالوا :

(أ) ان هناك فرقا بين المطلق ــ الذى يلحقه التقييد بالعرف العملى باتفاق ، والعام المتنازع فى تخصيص العرف العملى له ــ من جهة أن المطلق ينزل على المقيد بقرينة ميلهم اليه بحسب عادتهم فى أكلهم مع عدم ترك المطلق ، فالمطلق مع التقييد قائم ولكن لأن العرف جرى بأكل لحم خاص ينزل المطلق على ذلك العرف الخاص ويفهم فى ضوئه ، أما تخصيص العام بالعرف فيعنى ترك ظاهر اللفظ فى شموله لكل أفراده وقصره على البعض فقط ومن هنا يتغير عن حالته الأولى[2].

وقد رد الحنفية على هذه المناقشة بأن ما ذكر من الفارق بين تقييد المطلق وتخصيص العام ملغى لأن مناط التخصيص والتقييد واحد وهو التبادر عند غلبة الاستعمال فاذا تبادر التقييد فى المطلق يتبادر التخصيص فى العام[3] .

---

(١) مسلم الثبوت بهامش المستصفى جـ ١ ص ٣٤٥

(٢) شرح العضد على مختصر المنتهى جـ ٢ ص ١٥٢

(٣) مسلم الثبوت وشرح فواتح الرحموت بهامش المستصفى جـ ١ ص ٣٤٥

(ب) ان قياس المطلق على العام قياس فى اللغة والقيـاس فى اللغة ممنوع[1] .

ورد الحنفية على هـذه المناقشة بأن اعطاء العام حكم المطلق فى هـذه المسـألة ليس من باب القيـاس فى اللغة ، وانما دليله قاعـدة الاسـتقراء التى دلت على أن العـام مثل المطلق من جهة تبادر ما يفهم منه فى ضـوء العرف العملى[2] .

* * *

● **اشتراط العموم فى العرف العملى المخصص :**

هذا ولا بد من التنبيه هنـا الى أن العرف العملى المقارن الذى يتم تخصيص النصوص الشرعية به عنـد الحنفية لا بد من أن يكون عرفا عاما ، أما العرف الخـاص كعرف بعض البلدان دون غيرها وعرف بعض أرباب المهن دون سـواهم فلا يقوى على الراجـح فى الاجتهاد الحنفى على تخصيص النصوص الشرعية[3] لأنه اذا كان عرف بعض البلاد أو الناس يقتضى تخصيص النص ، فان عـدم هـذا العرف لدى بقيـة الأماكن والناس لا يقتضيه ، فلا يثبت التخصيص بالشك ، كمـا أن التخصيص ـ كما سـلف بيانه ـ بيان لارادة الشـارع الحكيم من النص العام ، ومثل هـذه الارادة لا تعرف من جهة الفئـة القليلة من الناس أو الرقعة المحدودة من الأرض[4] .

أما المـالكية فلم يرد ما يدل على التفريق بين العرف العام والخاص عنـد من أجاز تخصيص العام بالعرف العملى منهم[5] .

* * *

(١) مسلم الثبوت ـ المرجع السابق والصفحة نفسها .
(٢) المرجع السابق والصفحة نفسها .
(٣) هـذا على الراجح من مذهب الحنفية والا فان بعض مشائخهم أفتوا باعتبار العرف الخاص ـ راجع الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٠٢
(٤) المدخل الفقهى العام للأستاذ الزرقا جـ ٢ ص ٨٩٣
(٥) المرجع السابق والصفحة نفسها .

٤ ـ العرف العملى الطارىء بعد ورود اللفظ العام :

العرف العملى الطارىء بعد ورود النص العام يمكن تصوره فى أكثر من حالة :

(أ) أن يكون عرفا ولكن طروءه كان فى زمن النبى صلى الله عليه وسلم وعلمه وأقره فهذا يعتبر مخصصا باتفاق لأنه من باب السنة التقريرية ، والمخصص فى مثل هذه الحالة حقيقة ليس العرف الطارىء وانما المخصص السنة التقريرية[1] .

(ب) أن يكون عرفا طارئا لكن تبعه اجماع عليه فمثل هذا العرف يعتبر أيضا مخصصا والمخصص حقيقة ليس العرف وانما الاجماع[2] .

ومثال هذا النوع « الاستصناع » وهو أن يتفق راغب فى مصنوع ما مع الصانع أن يصنعه له بحسب صفة معينة على أن تكون مادة الشيء المصنوع على الصانع فمثل هذا التعامل الشأن فيه المنع لقوله صلى الله عليه وسلم لحكيم بن حزام : « لا تبع ما ليس عندك »[3] . والمنع فى الحديث عام يشمل كل شيء لا يكون عند البائع غير أن عرف الناس قد جرى عملا على ممارسة هذا النوع من المعاملات لحاجتهم اليه ثم انعقد الاجماع على ذلك فيعتبر من باب التخصيص بالاجماع لا التخصيص بالعرف .

وفى التخصيص بمثل هاتين الحالتين يقول الشوكانى : «ان علم جريان العادة فى زمن النبى صلى الله عليه وسلم مع عدم منعه عنها فيخصص

---

(١) الأسنوى على المنهاج ومعه سلم الوصول جـ ٢ ص ٤٧١

(٢) المرجع السابق جـ ٢ ص ٤٧٠

(٣) رواه الترمذى وقال عنه : حديث حسن ـ راجع صحيح الترمذى بشرح ابن العربى « ابواب البيوع » باب : ما جاء فى كراهة بيع ما ليس عندك جـ ٥ ص ٢٤١

بهـا ، والمخصص فى الحقيقة هو تقريره صلى الله عليه وسلم وان علم عـدم جريانها لم يخصص بها الا أن يجمع على فعلها فيكون تخصيصا بالاجمـاع »[1] .

(جـ) أن يكون عرفا طارئا مجردا ، وفى تخصيص وعدم تخصيص هـذا النوع من العرف للنص العام آراء :

١ ــ رأى ابن عابدين(٣) :

يذهب العـلامة ابن عابدين الى أن العرف الطارىء اذا كان عرفا عاما فانه يخصص النصـوص حيث جاء عنه بعـد أن ذكر جمـلة من الأعراف كانت مخصصة للعمومات قال : « فان قلت : ان ما قدمته من أن العرف العام يصلح مخصصا للأثر ويترك به القياس انما هو فيما اذا كان عاما منذ عصر الصحابة ــ رضى الله عنهم ــ ومن بعدهم بدليل ما قالوا فى الاستصناع أن القيـاس عـدم جوازه لكنا تركنا القياس بالتعامل به من غير نكير من أحـد من الصحابة ولا من التابعين ولا من علماء كل عصر وهـذا حجة يترك به القياس .

قلت : من نظر الى فروعهم عرف أن المراد به ما هو أعم من ذلك ، ألا ترى أنه نهى عن بيع وشرط وقد صرح الفقهاء بأن الشرط المتعارف لا يفسـد البيع كشراء نعل على أن يخرزها البائع ، ومنه لو شرى ثوبا خلقا أو خفا خلقا على أن يرقعه البائع ويخرزه ويسلمه فانهم قالوا : يصح للعرف ، فقـد خصصوا الأثر بالعرف »[2] .

فهذا النص من ابن عابدين يدل على أن العرف الطارىء يخصص

---

(١) ارشاد الفحول ص ١٤٣

(٢) هو محمد أمين بن عمر بن عابدين الدمشقى ، فقيـه الديـار الشامية ، وامام الحنفية فى عصره ، توفى سنة ١٢٥٢ هـ .

(٣) رسـائل ابن عابدين جـ ٢ ص ١٢٤ ، وأثر العرف فى التشريع الاسلامى للدكتور السيد صالح عوض ص ٣٦٣

النصـــوص التشريعية العامة عنـــده ، وقد استنتج ذلك من فروع لفقهاء مذهبـــه بنوا الحكم فيها على أعراف مع وجـــود أحاديث تخالف تلك الأعراف كما أن الأعراف التى ذكرها أعراف حادثة طارئة كما هو واضح من الأمثلة التى ســـاقها .

وما انتهى اليه ابن عابدين فى هذا الموضع رفضه الشوكانى قبله حيث قال : « والعجب ممن يخصص كلام الكتاب والسنة بعادة حادثة بعـــد انقراض زمن النبـــوة تواطأ عليها قوم وتعارفوا بها ، ولم تكن كذلك فى العصر الذى تكلم فيه الشـــارع فان هـــذا الخطـــأ البين والغلط الفاحش »[1] .

كما أن فضيلة الشـــيخ أحمد فهمى أبو ســـنة انتقد ابن عابدين فيه ، وبين أن ما استند اليه ابن عابدين فى المسألة ، هو ما جـــاء فى التحرير للكمال بن الهمام حينما قال : « العادة العرف العملى مخصص عنـــد الحنفية خلافا للشـــافعية كحرمة الطعام وعادة المخاطبين أكل البر انصرف الطعام اليه »[2] لا يفيـــده لأن كلام صاحب التحرير فى العرف الســـابق المقارن وليس الطارىء والعرف الذى يتكلم عنه ابن عابدين هو الطارىء على النص والقيـــاس كما يفهم من تمثيله ، ثم عقب بأن التفصيل الذى ذكره ابن عابدين منقوض ومن الخير العدول عنه ... وأنه يترتب عليـــه كثير من المفاســـد المؤدية الى تغيير الشرع فليـــس المذهب المنهى عنه عام أفراده التختم وغيره ومع ذلك لو تعارف الرجال التختم لا يجوز تخصيص النص به ، وأن الربا عام أفراده المضـــاعف وغيره ومع ذلك لو تعارف الناس الربا غير المضاعف لا يصح تخصيص النص به[3] .

* *

(١) ارشاد الفحول ص ١٤٢

(٢) التحرير مع شرحه التيسير جـ ١ ص ٣١٧

(٣) العرف والعـــادة لفضيلة الشيخ ابو سنة ص ٩٩ ورفع الحرج فى الشريعة الاسلامية للزميل الدكتور يعقوب عبد الوهاب الباحسين ص٤٨٩

٢ ـ رأى الشيخ ابو سنة :

هذا والشيخ أبو سنة بعد نقده لابن عابدين ، ذكر رأيه فى التخصيص بالعرف الطارىء فقرر أن العرف الطارىء اما أن يمكن رده الى أصل من أصول الشرع كالسنة التقريرية والاجماع والضرورة والحاجة ، وهذا يجوز التخصيص به ، والتخصيص فى مثل هذه الحال ـ كما سلف عرضه ـ ليس بالعرف وانما بالأدلة المذكورة فهو خارج عن الباب .

واما لا يتأتى رده لأصل من الأصول المذكورة ، ومثل هذا العرف لا يؤخذ به ولا يخصص النصوص العامة ، لأن فيه نسخا للشرع بالأعراف الطارئة والمستحدثة ، فالعرف الذى يخصص النصوص هو العرف السابق المقارن ، وبهذا خصص الربا الممنوع فى القرآن بربا النسيئة لأنه الذى كان متعارفا آنذاك ، أما ربا الفضل فقد تم تحريمه بالسنة .

وكالأيمان الواردة فى الكتاب والسنة فان المراد بها الأيمان بالله وليست الأيمان بالطلاق والعتاق لأن الاخيرة حادثة ولهذا كان اللغو بها غير مؤاخذ به دون الطلاق .

وبالجملة فان الأعراف الطارئة التى لا ترد الى أصل لا تخصص بها النصوص ، لأن فى ذلك فسادا كبيرا يفتح المجال للعادات المردولة المنتشرة فى المواسم والأفراح والمآتم والمقابر مما مكانه كتب البدع[1] .

* *

٣ ـ رأى الأستاذ الزرقا :

أورد الأستاذ الزرقا فى كتابه « المدخل الفقهى العام » تفصيلا فى التخصيص بالعرف الطارىء : خلاصته أن العرف الطارىء لا يعتد به وبالتالى لا يخصص النصوص التشريعية العامة الا فى حالتين :

---

(١) المرجع السابق ص ٩٥

١ ــ اذا كان النص التشريعى العام نفسه معللا بعرف عملى قائم عند وروده ثم تغير ذلك العرف فحينئذ يتبدل حكم النص مع تبدل العرف ، وهذا الرأى هو رأى الامام أبى يوسف من أئمة الحنفية الذى ذهب الى أن مقياس الكيل والوزن الوارد فى الأموال الربوية ــ أى اعتماد الكيل فى القمح والشعير والملح والتمر ، والوزن فى الذهب والفضة ــ مقياس عرفى حيث جرى العرف فى زمن النبى صلى الله عليه وسلم على أن القمح والشعير والملح والتمر كل ذلك مقياسه الكيل ، أما الذهب والفضة فمقياسهما الوزن ، وما دام أن هذا المقياس أساسه العرف فانه عرضة للتغير بتغير ذلك العرف فاذا غدا القمح موزونا مثلا بعد أن كان كيليا فان مقياسه يتغير تبعا لذلك لأن مبناه على العرف وقد تغير[1] .

هذا وجمهور الفقهاء يخالف الامام أبا يوسف فى ذلك ويرى أن الأشياء الستة التى ورد فيها النص يظل المقياس فيها ما جاء به النص أبدا فالمكيل مكيل والموزون موزون من غير التفات لتغير المقياس بحسب أعراف الناس فى ذلك ، الا فيما سوى المنصوص عليه من الأموال الربوية فان المرجع فى قياسه الى العرف[2] .

٢ ــ اذا كان النص العام معللا بعلة ثم نفى تلك العلة العرف الطارىء فحينئذ يؤخذ بالعرف الطارىء ، مثال ذلك ما جاء عن النبى صلى الله عليه وسلم من النهى عن بيع وشرط[3] فان هذا الحديث يدل ظاهره على النهى عن كل بيع تبعه شرط غير أن الحنفية استثنوا من ذلك : الشرط الذى ورد بجوازه نص شرعى ، والشرط الذى تعارف الناس

---

(١) راجع راى ابى يوسف فى فتح القدير جـ ٧ ص ١٦ ، ١٧
(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٩٤
(٣) راجع فى الحديث : صحيح الترمذى بشرح ابن العربى « ابواب البيوع » جـ ٥ ص ٢٤٥

اشتراطه ، ومستندهم فى ذلك أن العلة فى منع الشرط فى البيع هى قطع المنازعة فاذا جرى العرف على بعض الشروط دل ذلك على أنها لا تؤدى الى النزاع فلا تكون داخلة فى المنع الذى جاء فى الحديث .

هذا ولا يفرق فقهاء الحنفية فى مثل هذا العرف الطارىء بين العرف العام والخاص فكل منهما يمكن الاعتماد عليه ما دام أنه لا يتنافى مع روح النص ومقصوده .

هذا هو التفصيل الذى أورده الأستاذ الزرقا[1] .

وقد استخلصه من فتاوى فقهاء الحنفية ومن شتات آرائهم فى مسألة التخصيص بالعرف الطارىء وهو تفصيل ـ فى نظرى ـ لا يختلف كثيرا عما ذكره سلفه العلامة ابن عابدين فابن عابدين أشار الى ذات الفروع التى استشهد بها الأستاذ الزرقا فى الحالتين اللتين صحح فيهما التخصيص بالعرف الطارىء ، كما أن تلك الفروع من جهة أخرى هى التى حملت ابن عابدين على القول بجواز التخصيص بالعرف الطارىء كما هو واضح من عبارته السابقة ، الا أن ابن عابدين عمم فى جواز التخصيص بالعرف الطارىء ، ومن هنا جاءه النقد ولو ألحق كلامه بالتفصيل الذى ورد عن الأستاذ الزرقا وهو مقصوده فيما أرى لسلم كلامه من النقد[2] .

وفى كل الأحوال فان هاتين الصورتين لا تدخلان تحت التخصيص بالعرف حتى تتخذ من ذلك دليلا على جواز التخصيص بالعرف الطارىء ، وقد قرر ذلك الأستاذ الزرقا نفسه وذلك لاعتبارين :

---

(١) راجع : المدخل الفقهى العام للأستاذ الزرقا جـ ٢ ص ٨٩٩ـ٩٠٧

(٢) راجع : رسائل ابن عابدين جـ ٢ ص ١١٨ ، ١٢١ تجد عنده نفس التعليل الذى جاء عن الأستاذ الزرقا وان كان الأستاذ الزرقا قد أورد هذا التفصيل بشكل واضح .

١ ــ أن التخصيص ــ عند الحنفية ــ القائلين بالتخصيص بالعرف العملى فى عمومه يشترطون فى المخصص ــ كما سبق بيانه ــ المقارنة ، والعرف الطارىء ليس بمقارن للعام قطعا فلا يكون مخصصا .

٢ ــ أن فقهاء الحنفية الذين يرون التخصيص فى هاتين الصورتين من صور العرف الطارىء لا يفرقون فى ذلك بين العرف العام والخاص ــ كما تم بيانه ــ مع اشتراطهم فى العرف المقارن المخصص ــ وهو أقوى من الطارىء ــ أن يكون عاما .

وكل ذلك يدل على أن التخصيص فى هاتين الصورتين ليس من باب التخصيص بالعرف ، وانما يرجع الأمر فى أولاهما الى دوران الحكم مع علته وجودا وعدما[1] .

وفى ثانيتهما الى التخصيص بالعلة نفسها لا بالعرف الحادث ، فان النهى عن البيع والشرط مخصوص بعلته وهى الشرط الذى يفضى الى المنازعة لا مطلق الشرط بطريقة تنتهى بنا الى أنه لا مكان للقول مطلقا بتخصص العرف الطارىء للنصوص الشرعية العامة ، أما اذا عضد العرف بسنة تقريرية أو اجماع أو غيرهما فالتخصيص ــ كما سلف ــ لتلك الأدلة لا للعرف الطارىء بأى حال من الأحوال ، ومثل النصوص الشرعية العامة فى ذلك النصوص العامة فى استعمال الناس فى صكوكهم ووصاياهم وسائر عقودهم فان العمومات فيها وفى شروطها ، وكافة مقتضياتها تفسر وفق العرف السائد وقت صدور تلك العقود ، ولا مجال لتفسيرها بالعرف الطارىء عن طريق تخصيصها به[2] وفى ذلك يقول الشنقيطى فى «نشر البنود» وهو بصدد الحديث عن التخصيص بالعرف : « ان نصوص الشريعة لا تخصصها من العوائد الا ما كان

---

(١) راجع فى هذا المعنى : رسائل ابن عابدين جـ ٢ ص ١١٨

(٢) المدخل الفقهى العام للأستاذ الزرقا جـ ٢ ص ٨٩٧ ، وراجع فى المعنى أيضا ص ١٢١

مقارنا لها فى الوجود عند النطق بها ، أما الطارئة بعدها فلا تخصصها » الى أن يقول : « وكذلك تخصص غير النصوص الشرعية فاذا وقع البيع حمل على العادة الحاضرة فى النقد لا على ما يطرأ من العادة بعده ، قال فى شرح التنقيح : وكذلك النذر والاقرار والوصية اذا تأخرت العوائد عنها لا تعتبر »[1] .

* * *

٨ ــ تلخيص وتعقيب :

يتضح مما تقدم عرضه :

١ ــ أن العرف اللفظى المقارن للعام يخصص العام باتفاق سواء أكان ذلك النص العام نصا من نصوص الشريعة قرآنا وسنة ، أو كان من نصوص الناس فى صكوكهم واستعمالاتهم وسواء أكان العرف القولى المخصص عاما ، أم خاصا ، كما انتهى البحث الى أن ذلك ليس من باب التخصيص ــ على الحقيقة ــ وانما من باب حمل اللفظ على المعنى المتبادر منه بحسب ما جرى عليه العرف القولى .

٢ ــ أن العرف اللفظى الطارىء لا عبرة به ، ولا سبيل الى تخصيص العام به كان ذلك العام من نصوص الشارع أو من نصوص الناس فى استعمالاتهم .

٣ ــ أن العرف العملى المقارن للعام حدث اختلاف بين العلماء فى صلاحيته لتخصيص عموم نصوص الشارع الحكيم ، فذهب جمهورهم الى عدم جواز التخصيص به بينما ذهب الحنفية وجمهور المالكية الى جوازه مع اشتراط الحنفية فيه أن يكون عاما على الراجح ، وعدم ظهور ذلك الشرط عند جمهور المالكية مع اتفاقهم جميعا على تخصيصه للعمومات الواردة فى نصوص الناس واستعمالاتهم عاما كان أو خاصا .

---

(١) نشر البنود جـ ٢ ص ٢٥٨

٤ ــ أن العرف العملى الطارىء لا يخصص العموم مطلقا كان ذلك العموم فى نصوص الشارع أو فى ألفاظ الناس الا ما حمل منه على دليل آخر ، وهنا يكون التخصيص للدليل الذى حمل عليه العرف لا للعرف .

هذا ومن خلال هذا التلخيص يظهر لنا أن مجال تخصيص نصوص الشارع ــ على وجه التحديد ــ بالعرف محدود وبخاصة بعد استبعاد العرف القولى فى جملته من باب التخصيص ، واستبعاد العرف العملى الطارىء من أن يكون مخصصا بطريقة لا يبقى معنا الا « العرف العملى المقارن » وحتى هذا لم يجمع العلماء على جواز التخصيص به وانما انحصر المجيزون لذلك فى الحنفية وجمهور المالكية .

وهؤلاء لا نكران فى أنهم يرون التخصيص بالعرف العملى المقارن ، يؤيد ذلك أنهم يأخذون بـ « الاستحسان » من المصادر الاجتهادية ومن أنواعه استحسان العرف ، وهو ضرب من تخصيص القواعد العامة بالعرف . هذا والذى يمعن النظر فى التخصيص بالعرف ــ فى الجوانب التى أجازه فيها فقهاء الحنفية والمالكية ــ يجد أن المخصص حقيقة ليس العرف حتى يستنكف البعض من أن تكون أعراف الناس مخصصة لعمومات النصوص الشرعية ، وانما المخصص « الحاجة »[1] التى حملت عليه .

والعرف دائما وليد حاجة دفعت اليه وأغرت به ، والمتتبع لأقوال الفقهاء يجد الصلة بين العرف والحاجة واضحة فى أقوالهم ، يقول الكاسانى[2] وهو يعلل لجواز خيار التعيين : « ولأن الناس تعاملوا هذا البيع لحاجتهم الى ذلك »[3] .

---

(١) الحاجة هى ما لا يؤدى الى الهلاك لكنه يؤدى الى الجهد والمشقة ـ راجع الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٨٥ ــ القاعدة الرابعة .

(٢) هو علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاسانى ، الفقيه الحنفى المشهور صاحب بدائع الصنائع ، توفى سنة ٥٨٧ هـ .

(٣) بدائع الصنائع جـ ٥ ص ١٥٧

ويقول الكمال بن الهمام فى عدم جواز اجارة الأشجار المجردة : « أصل الاجارة مقتضى القياس فيها البطلان الا أن الشرع أجازها للحاجة فيما فيه تعامل ، ولا تعامل فى اجارة الأشجار المجردة فلا تجوز[1] كما أن الحاجة أصل من الأصول التى تؤدى الى الترخيص كالضرورة ، وفى هذا يقول الفقهاء : «الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة أو خاصة»[2] وبناء على ذلك أجيزت كثير من الأحكام على سبيل الاستثناء من النصوص والقواعد العامة التى يدل ظاهرها على منعها كالاجارة والسلم والجعالة وخيار الشرط[3] ، فكذلك ما يجرى عليه عرف الناس عملا يخصص النص العام على سبيل الاستثناء منه استنادا الى الحاجة التى تداعى اليها العرف لا الى العرف نفسه ، ولعل مما يؤكد ذلك أن الحنفية يقولون بقطعية العام ، وبالتالى لا يجيزون تخصيصه بالقياس وخبر الواحد ، لأنهما ظنيان ومع ذلك يجيزون تخصيصه بالعرف مع أن العرف ظنى باتفاق مما ينبىء أن الأمر أعمق من التخصيص بذات العرف، وأنه يمتد الى الحاجة التى حملت عليه ، والحاجة ترجع الى قاعدة رفع الحرج فى الشريعة وهى قاعدة مسنودة بنصوص خاصة كثيرة فى القرآن والسنة ، وفى هذا المعنى يقول الشيخ المراغى[4] وهو يتحدث عن حجية العرف فى عمومه : « وأرى أن العمل به عمل بالأدلة الشرعية وعمل بما يستفاد من مدارك التشريع فى مواطن كثيرة ، وان شئت فقل : انه الكتاب ، ففى الكتاب الكريم : ﴿ **يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر** ﴾(٥) ، ﴿ **وما جعل عليكم فى الدين من حرج** ﴾(٦) .

---

(١) فتح القدير جـ ٥ ص ١٠٣ وراجع الغرر وأثره فى العقود لأستاذنا الأستاذ الدكتور الصديق محمد الأمين الضرير ص ٦١٠

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٨٨ ، والأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٩١ والمادة (٣٢) مجلة الأحكام العدلية .

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٨٨ ، وشرح المجلة لعلى حيدر ص ٣٣

(٤) هو محمد مصطفى بن محمد عبد المنعم المراغى تتلمذ للشيخ محمد عبده ، وتولى مشيخة الأزهر فى زمنه كما عمل قاضيا للقضاة بالسودان فترة طويلة ، توفى سنة ١٣٦٣ هـ (١٩٤٥ م) .

(٥) البقرة : ١٨٥ (٦) الحج : ٧٨

وهذان النصان يجب أن تبقى سيطرتهما تامة على جميع التشريع ، فاذا وجدنا أن العمل بالنصوص الخاصة يوقع فى الحرج لحدوث ضرر ما ، أو لحدوث عرف عام يوجب تركه الحرج ، وجب أن تقف النصوص الخاصة عن عملها فى تلك المواطن ، وأن يعمل بالنص القاطع الموجب لنفى الحرج ، ومن ذلك نعلم أن العرف ليس دليلا ، وأنه لم يعمل به لاعتباره دليلا وانما يعمل به امتثالا للدليل العام القاطع الموجب لنفى الحرج[1] .

* * *

٩ ـ أمثلة التخصيص بالعرف :

يتمثل التخصيص بالعرف فى الفقه فى صور كثيرة عند الذين أجازوا التخصيص به من الحنفية وجمهور المالكية منها :

١ ـ اجازة الحنفية للشروط التى يجرى بها العرف كشراء القفل على أن يثبته البائع فى الباب أو الحذاء على أن يخرزه أو يضع له نعلا ، وهذه الاجازة أساسها العرف ، وفى هذا تخصيص لعموم نهى النبى صلى الله عليه وسلم « عن بيع وشرط »[2] ولم يخالف فى اجازة مثل هذه الشروط من فقهاء الحنفية الا زفر[3] .

٢ ـ اجازة الامام محمد بن الحسن الشيبانى وبعض فقهاء الحنفية ومنهم شمس الأئمة الحلوانى ومحمد بن الفضل البخارى لبيع ما لم يظهر ـ من الشر والزرع الذى يوجد بعضه بعد بعض كالبطيخ والقثاء والباذنجان والقرع ـ مع ما ظهر استحسانا لتعامل الناس

---

(١) الاجتهاد فى الاسلام للشيخ محمد مصطفى المراغى ص ٥١ ، ورفع الحرج فى الشريعة الاسلامية للزميل الدكتور يعقوب عبد الوهاب الباحسين ص ٥١٥ ، ٥١٦

(٢) تقدم تخريج الحديث .

(٣) راجع الفقه الاسلامى وأدلته للدكتور وهبة مصطفى الزحيلى جـ ٤ ص ٤٨٠

وللضرورة ، قال أبو بكر محمد بن الفضل : « اجعل الموجود أصلا فى العقـد وما يحدث بعد ذلك تبعا ، واستحسن هذا لتعامل الناس ، فانهم تعاملوا بيع ثمار الكرم بهذه الصـفة ولهم فى ذلك عادة ظاهرة وفى نزعهم عن عادتهم حرج بين .

وهذه الاجازة أيضا فيها تخصيص بالعرف العملى لعموم الأحاديث التى نهت عن بيع الغرر »[1] .

٣ ــ يرى المـالكية أن من حاز عقارا وتصرف فيه تصرف الملاك بهـدم أو بنـاء أو زرع أو غرس أو قطع شجر أو نحو ذلك ثم ادعى عليه حاضر ساكت مدة عشر سنين بلا مانع استحقاق هذا العقار لا تسمع دعوى المدعى[2] وذلك لأن العرف يقضى بأن المـالك لا يسكت عادة اذا رأى غيره يتصرف فى ملكه هذه المدة الطويلة .

وفى هذا تخصيص لعموم حديث : « البينة على المدعى واليمين على من أنكر » بالعرف العملى[3] .

هذا ومن الأمثلة التى يذكرها بعض الكاتبين للتخصيص بالعرف العملى فتوى الامام مالك فى عـدم الزام الزوجة الشريفة ارضاع ولدها أن كان يقبل ثدى غيرها لأن العرف جرى على أن الشريفات لا يرضعن أولادهن وانما يستأجرن لهم المرضعات[4] .

---

(١) راجع : المبسوط جـ ١٢ ص١٩٧ ، وبدائع الصنائع جـ ٥ ص١٣٩ والغرر وأثره فى العقود لأستاذنا الدكتور الصـديق محمد الأمين الضرير ص ١٣٢

(٢) الشرح الصغير للدردير جـ ٤ ص ٣١٩ ــ ٣٢١

(٣) راجع : مناهج الأصوليين فى الاجتهاد بالرأى للأستاذ الدكتور فتحى الدرينى ص ٥٩٨ ، ٥٩٩

(٤) راجع : المدخل الفقهى العام للأستاذ مصطفى الزرقا جـ ٢ ص٨٩٤

وذكر هذا المثال ضمن التخصيص بالعرف عند المالكية له أصل عند المتقدمين فابن العربى[1] فى تفسيره يقول : « ولمالك فى الشريفة رأى خصص به الآية فقال : انها لا ترضع اذا كانت شريفة ، وهذا من باب المصلحة التى مهدناها فى أصول الفقه »[2] .

كما أن الفتوى نفسها صحيحة عن الامام مالك : قال ابن القاسم فى المدونة : « وسألت مالكا عن المرأة ذات الزوج أيلزمها ارضاع ابنها ؟ قال : نعم يلزمها ارضاع ابنها على ما أحبت أو كرهت الا أن تكون لا تكلف ذلك . قال : فقلت لمالك : ومن التى لا تكلف ذلك ؟ قال : المرأة ذات الشرف واليسار الكثير التى ليس مثلها ترضع وتعالج الصبيان فأرى ذلك على أبيه وإن كان لها لبن »[3] .

غير أن الفتوى مع صحتها ليست من باب تخصيص العرف أو المصلحة لعموم الآية ، لأن التخصيص لا يكون الا اذا كانت الآية قد أوجبت الرضاع على الأم ـ شريفة أو غيرها ـ ابتداء ، وليس فى الآية دلالة على الوجوب ، وفى هذا يقول أبو جعفر الطبرى وهو يتناول تفسيرها : «يرضعن أولادهن» : يعنى بذلك أنهن أحق برضاعهم من غيرهم وليس ذلك بايجاب من الله تعالى ذكره عليهن رضاعهم اذا كان المولود له حيا موسرا لأن الله تعالى قال فى سورة النساء القصرى : ﴿ **وان تعاسرتم فسترضع له اخرى** ﴾[4] فأخبر جل ذكره : أن الوالدة والمولود له ان تعاسرا فى الأجرة التى ترضع بها المرأة ولدها أن أخرى سواها ترضعه فلم يوجب عليها فرضا رضاع ولدها فكان معلوما بذلك أن قوله : ﴿ **والوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين** ﴾[5] دلالة على مبلغ

---

(١) محمد بن عبد الله بن محمد المعافرى الاشبيلى المالكى ، أبو بكر بن العربى ، قاضى ومن حافظى الحديث ، صنف فى الحديث والفقه والأصول والتفسير والأدب ، توفى سنة ٥٤٣ هـ .

(٢) أحكام القرآن لابن العربى جـ ١ ص ٢٠٤ طبعة الحلبى .

(٣) المدونة جـ ٥ ص ٤١٣ (٤) الطلاق : ٦

(٥) البقرة : ٢٣٣

غاية الرضاع متى اختلف الوالدان فى رضاع المولود بعده جعل حدا يفصل به بينهما لا دلالة على أن فرضا على الوالدات رضاع أولادهن [1] .

وقد يقول قائل : ان فى فتوى الامام مالك دلالة على أن الرضاع واجب على الأم حيث قال : « نعم يلزمها ارضاع ابنها على ما أحبت أو كرهت » ... الخ ، وفى هذا نقول : ان الآية وان لم تكن موجبة للارضاع على الأم حتى يكون استثناء الشريفة من هذا الوجوب تخصيصا لها فانها محتملة لهذا الوجوب [2] ولهذا احتاط الامام مالك فيها فجعلها من باب المجمل ــ الذى يحتمل الوجوب وغيره ــ واعتمد على العرف فى ترجيح أحد الاحتمالين على الآخر فجعل الوجوب فى غير الشريفة وعدم الوجوب فى الشريفة التى جرى العرف بأنها لا تكلف ذلك[3] وصنيعه هذا من باب الترجيح لا من باب التخصيص . والله أعلم .

* * *

---

(١) تفسير الطبرى جـ ١ ص ٣١ طبعة دار المعارف تحقيق محمود محمد شاكر .

(٢) هذا وابن العربى نفسه على أن الآية محتملة للوجوب اذ قال فى أحكام القرآن : « اختلف الناس هل هو حق لها أم هو حق عليها ؟ واللفظ محتمل ، لأنه لو اراد التصريح بوجوبه عليها لقال : « وعلى الوالدات ارضاع اولادهن حولين كاملين » كما قال تعالى : ﴿ **وعلى المولود له رزقهن** ﴾ ثم رجح الوجوب فى حالات معينة فقال : « لكن هو عليها فى حال الزوجية وهو عليها ان لم يقبل غيرها ، وهو عليها اذا عدم الأب لاختصاصها به » وترجيحه للوجوب فى حالات معينة يقتضى بأن الأصل عنده عدم الوجوب غير أنه ــ رضى الله عنه ــ ختم كلامه السابق بقوله : « ولمالك فى الشريفة راى خصص به الآية .. » الخ ، مع أن التخصيص لا يتأتى الا اذا قلنا ان الوجوب عام كما ذكرنا ، راجع : أحكام القرآن لابن العربى جـ ١ ص ٢٠٤ طبعة الحلبى .

(٣) راجع : ضوابط المصلحة لأستاذنا الدكتور محمد سعيد رمضان البوطى ص ٣٤٠