Geliş Tarihi:04.03.2021 *Kabul Tarihi: 18. 07.2021*

تخصيص العام بالعرف وأثره في الفقه الإسلامي

*عبدالباري عزيز عثمان

الملخص:

يُعدّ العرف دليلا من أدلة الأحكام ، لأنه الأصل المتجدد الذي يحقق للناس مصالحهم العامة والخاصة ، ويفي بالكثير من الأحكام الفقهية ، ويمكن الاستفادة منه بكل يُسر وسهولةٍ باعتباره الأصل الذي تدعو الحاجة إليه. وقد وردت العديد من النصوص الشرعية التي كشفت بوضوح عن اعتبار العرف وأهميته بالنسبة لأحكام الشريعة، ومنزلته من المصادر . والحكم الشرعي يتأثر كثيرا بالظروف والأوضاع الاجتماعية التي ترافقه. فالنصوص التشريعية (القرآن ، السنة) يجب أن تُفهم بحسب مدلولاتها اللغوية والعرفية، وذلك في عصر نزول الوحي وصدور هذه النصوص من المشرّع . فإذا جاء نصٌ شرعي عام عن الشارع، وكان للناس عرف معين أو عادة في تعاملهم ببعض ما تناوله ذلك النص الشرعي العام، فقد اختلف العلماء في تخصيص هذا النص الشرعي العام بالعرف السائد بين الناس ، ما بين مخصص له بالعرف ومانع له من التخصيص. والمقصود بالعرف العملي الذي يُخصص به النص العام ذلك العرف الدارج في زمن النبوة.

الكلمات المفتاحية : العرف، العام، التخصيص، الأدلة، الأمثلة .

UMÛMÎ NASSLARIN ÖRF İLE TAHSÎS EDİLMESİ

Özet

Örf, halkın kamusal ve özel menfaatlerini gerçekleştiren ve sürekli yenilenen bir temel dayanak olmasından dolayı şer'î hükümlerin en önemli delillerinden biridir. Birçok fıkhî hüküm ve kararların yerine getirilmesini sağlamaktadır. Aynı şekilde ihtiyaç duyulması halinde kaynak olarak kolaylıkla kullanılabilir. Örfün, İslâm hukukunun kaynak ve hükümleri arasındaki yerini ve önemini açık bir şekilde ortaya koyan çok sayıda şer'î nass varid olmuştur. Ayrıca şer'î hükümler, kendisine eşlik eden sosyal durum ve şartlardan büyük ölçüde etkilenmektedir. Şerî nasslar (Kuran, Sünnet), vahyin nuzül dönemi ve bu nassların Şâri' tarafından ortaya konulduğu dönemde ifade ettikleri dilsel ve geleneksel anlamlarına göre yorumlanmalıdır. Şari tarafından, genel bir şerî hüküm varid olduğunda ve insanlar bu genel şer'î nassın kapsadığı hükümlerden bir kısmıyla muamele etme konusunda belirli bir gelenek veya alışkanlığa sahipse, bu genel şerî nassın insanlar arasındaki hâkim olan örf ile tahsis edilmesi hususunda âmlimler ihtilafa düşöüşlerdir: Cumhura göre: bu genel hüküm, insanlar arsında yaygın ve hâkim olan örf ile tahsis edilemez. Bu konuda örf ile tahsisi caiz görenler ve karşı çıkanlar şekilde iki görüş söz konusudur. Genel bir nassı tahsis eden pratik örften maksat, nübüvvet zamanındaki örftür.

Anahtar Kelimeler: *Örf, Umûm, Tahsîs, Deliller, Örnekler.*

*Öğr.Gör. Dr. Abdulbari Aziz Othman, Van Yüzüncü Yıl Üniversitesi, İlahiyat Fakültesi, azizosman2015@hotmail.com, ORCID: 0000-0003-1372-2961

المقدمة :

إن موضوع العام في النصوص الشرعية ـ قرآن، سنة ـ من الموضوعات المهمة في علم أصول الفقه الإسلامي، حيث حظي العام باهتمام الأصوليين من حيث معناه، ودلالته، وأنواعه، وصيغه، وقبوله للتخصيص، وأنواع أدلة التخصيص. ولعل السبب في كثرة البحث والكتابة في موضوع العام وتخصيصه يعود إلى أن القرآن الكريم وردت أغلب نصوصه التشريعية بصيغة العموم، ومن المعلوم أن أغلب هذه النصوص العامة قد دخلها التخصيص.

تحدث االعلماء عن بيان وتوضيح السنة النبوية لنصوص القرآن الكريم، لأن السنة النبوية تولت بيان وتوضيح نصوص القرآن الكريم، كما تكلم الأصوليون عن تخصيص هذه النصوص التشريعية بالمصادر التشريعية والفقهية الأخرى: كالقياس،والإجماع،والمصلحة المرسلة، والعرف.

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

أما عدم مراعاة الأعراف والعادات المنتشرة بين الناس والتي اطمأنت إليها نفوسهم، وقبلتها طباعهم السليمة يوقع الناس في الضيق، والحرج، والمشقة، وهذا لا يتناسب مع ما جاء به الإسلام من رفع الحرج "1. فالعرف هو الأصل ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾عن الناس، ودفع المشقة عنهم، قال الله تعالى: المتطور والمتجدد في كل زمان ومكان، محققا للناس مصلحتهم العامة والخاصة، فهو أقرب مصدر يمكن الاستفادة منه بسهولة ويُسر، وهو الأصل الذي يحتاجه الناس دائما، لأن حاجة الناس للعرف فطرة قديمة.

يقول ابن عاشور: " من هذا تعلم أن القضاء بالعوائد يرجع إلى معنى الفطرة، لأن شرط العادة التي يقضي بها أن لا تنافيها الأحكام الشرعية، فهي تدخل تحت أحكام الإباحة، وقد علمت أنها من الفطرة، إما لأنها لا تنافيها وحينئذ فالحصول عليها مرغوب لفطرة الناس، وإما لأن الفطرة تناسبها وهو ظاهر"2 . كما يأتي اعتبار الشارع الحكيم للعرف بأن جعل النصوص الشرعية ـ قرآن، سنة ـ وفق المعاني المعهودة والمنتشرة

1.الحج،22،78

2.ابن عاشور، محمد ، *مقاصد الشريعة الإسلامية*، (تونس، المطبعة الفنية، بدون تاريخ طبع) ، ص61

في لسان العرب وقت نزول الوحي وورود الأحاديث النبوية، فيتوجب عليهم فهم هذه النصوص التشريعية في ضوء تلك المعاني المعهودة والمألوفة عندهم زمن مجيء التشريع.

وبهذا يحتاج الفقيه إلى الاطلاع ومعرفة عادات وأعراف العرب في زمن النبوة حال نزول الوحي، ليعرف من خلالها ما أكّده الشرع من تلك الأعراف وأقرّه، كالقسامة، ومشروعية السلم والاستصناع، والكفاءة في الزواج وغيرها، وليعرف أيضا ما أنكره الشرع من تلك العادات وأبطلها كالتبني، والوأد، وتبرج الجاهلية، فمعرفة تلك العوائد في زمن النبوة تُساعد على فهم النصوص التشريعية فهما سليما. فالنصوص التشريعية يجب أن تُفهم حسب مدلولاتها اللغوية والعرفية في زمن النبوة وفي عصر صدور النص، ولكن من الممكن أن يتعارض العرف مع النص فهنا يجب النظر فيما إذا كان هذا التعارض بين العرف والنص كليا أو جزئيا، فإن كان التعارض بينهما كليا ومن جميع الوجوه بحيث إذا عملنا بالعرف تعطل النص ورُفع حكمه فالعرف في هذه الحالة فاسد لا يجوز الأخذ به والعمل بموجبه.

أما إذا كان التعارض بين العرف والنص الشرعي جزئيا، كأن يكون النص عاما وعارضه

العرف في بعض أفراده أو جزئياته، ففي هذه الحالة يكون العرف مخصصا لعموم هذا النص الشرعي.غير أن هذه المسألة طرحت إشكالا في نوع العرف أو العادة الصالحة للتخصيص، وما يلزم له من ضوابط، ومساحة زمنية يتواجد فيها. لقد حرص العلماء على بيان ماهية العرف الصالح للتخصيص وما يلزم له من شروط حتى يكون معتبرا، وذلك حتى لا تكون الأعراف البشرية ناسخة لنصوص الوحي وحاكمة عليها، بيد أنهم اختلفوا فيما بينهم في نوع العرف المخصص للنص الشرعي العام. وسنعرف هذا الأمر في ثنايا البحث ومن خلال الدراسة.

وقد سلكت في بحثي هذا المنهج الاستقرائي ، وذلك بإيراد الأدلة والأقوال والمسائل المتعلقة بتخصيص العرف للنص الشرعي العام ، مع تطبيق تلك تلك القواعد والأدلة على الفروع الفقهية وذكر الأمثلة المتنوعة عن ذلك . وقد قسّمت البحث إلى : مقدمة وأربعة مباحث والخاتمة .

المقدمة : فيها بينت أهمية العرف كمصدر من مصادر التشريع الإسلامي .

المبحث الأول : تعريف العام لغة واصطلاحا ، أنواع العام .

المبحث الثاني : تعريف العرف لغة واصطلاحا ، أقسام العرف .

المبحث الثالث : موقف العلماء من تخصيص العام بالعرف .

المبحث الرابع : أثر تخصيص النص الشرعي بالعرف في الفروع الفقهية مع ذكر الأمثلة على ذلك .

الخاتمة : ذكر أهم نتائج البحث المتعلقة بالعام والعرف والتخصيص .

أولا : العام :

تعريف العام لغة واصطلاحاً

العام لغة: هو اسم فاعل من العموم، بمعنى: الشمول3. تقول العرب: عمّهم الصلاح والعدل، أي: شملهم. وعمّ الخصب أي: شمل البلدان، أو الأعيان4.قال الخليل الفراهيدي: " وعمّ الشيء بالناس يَعُمُّ عمّا فهو عام إذا بلغ المواضع كلها" 5.

فالعام هو الذي يأتي على جميع أفراده، ومسمياته، فيشملهم ويحيطهم. قال الجرجاني: العموم في اللغة عبارة عن إحاطة الأفراد دفعة6 . والخلاصة: أن معنى العموم في اللغة هو: الشمول والإحاطة، وهو أعمُّ من مجرد كونه لفظاً، أو معنى مع اتصافه به، لكن الشمول في اللفظ من قبيل شمول الدال لمدلولاته، وفي المعنى من قبيل شمول الكلي للأفراد والكل للأجزاء7 .

العام اصطلاحاً: إن الناظر في كتب الأصول ليجِدُ كثرة التعاريف للعام، وتباين بعضها تبايناً حقيقياً، أو تبايناً لفظيًا، وليس الهدف من ذلك استقصاء تلك التعاريف والتكلم عليها، كما أنه ليس الهدف بيان سبب الخلاف. إذ إن مجال ذلك هو علم أصول الفقه، ولعل أبرز تعريف للعام هو تعريف الرازي: " فالعام: هو اللفظ المستغرق لجميع ما يصلح له بحسب وضع واحد8 .هذا تعريف العام عند جمهور الأصوليين، وهو

---

3 ابن منظور, محمد ، *لسان العرب* ، (بيروت، دار صادر، 1995) ، ط11،3/89، (مادة فتح) ؛ الجوهري، إسماعيل ، *الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية*، تحقيق أحمد عبدالغفور عطار، (بيروت، دار العلم للملايين، 1990) ط 4 ، 5/ 23 ، 1993.

4 السرخسي، محمد ، *أصول السرخسي*، تحقيق أبو الوفا الأفغاني، لجنة إحياء المعارف النعمانية(بحيدر آباد، الهند، بدون تاريخ طبع) ، 1/ 125.

5.232/3 الفراهيدي، الخليل ، *كتاب العين*، تحقيق الدكتور عبدالحميد الهنداوي ، (بيروت، دار الكتب العلمية ، 2003م) ط1،

6.132 الجرجاني، علي ، *معجم التعريفات*، تحقيق محمد صديق المشاوي، (القاهرة،، دار الفضيلة ، بدون تاريخ طبع) ص

7.193 /1, أمير، محمد ، *تيسير التحرير*، (مكة ، دار الباز ، بدون تاريخ طبع)

8 الرازي, محمد ، *المحصول في علم أصول الفقه*، تحقيق جابر فياض العلواني، (دمشق، دار الرسالة ، بدون تاريخ طبع) ، 2/309.

لفظ الرازي في المحصول، وتبعه من جاء بعده من الأصوليين**9** . ورجّحه الشوكاني فقال: وإذا عرفت ما قيل في حد العام علمت أن أحسن الحدود المذكورة هو ما قدمناه عن صاحب المحصول**10**. يقصد تعريف الرازي، ولكن مع زيادة كلمة "

دفعة " وقال الشنقيطي11: وهذا تعريف جيد. إلا أنه ينبغي أن يزاد عليه ثلاث كلمات: الأولى:

بحسب وضع واحد. والثانية: دفعةً. والثالثة: بلا حصر من اللفظ. "**12** .

أنواعُ العامّ

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

النوع الأول: عام يُراد به العموم قطعاً: وهو الذي اصطحب بقرينة تنفي احتمال تخصيصه، فبقي على عمومه ولم يدخله التخصيص، يقول الإمام الشافعي13 :هذا عامٌ لا خاص فيه. كما في قوله تعالى: ففي الآية تقرير سُنّةٍ إلهية عامة لا تتبدل ولا تتخصص. 14﴿وَمَا مِنْ دَابَّةٍ فِي الْأَرْضِ إِلَّا عَلَى اللَّهِ رِزْقُهَا﴾ 15﴿وَهُوَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيم﴾وقوله تعالى:

السلمي، عياض ، *أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله*، (الرياض، الدار التدمرية ، 2005م) ط 1، ص9.285

الشوكاني، محمد ، *إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول*، تحقيق أبو حفص سامي بن العربي الأثري، (الرياض، 10 دار الفضيلة ،2000م)، ط1 ، 1/511.

الشنقيطي: محمد الأمين بن محمد المختار بن عبدالقادر الجنكي، مفسّر ومدرّس من علماء شنقيط (موريتانيا) ولد وتعلم بها، 11 وحج سنة 1367هـــ واستقر مدرسا في المدينة المنورة، ثم الرياض، وأخيرا في الجامعة الإسلامية بالمدينة وتوفي بمكة. الزركلي، الأعلام، 6/45.

الشنقيطي، محمد ، *مذكرة أصول الفقه على روضة الناظر*، (مكة، دار عالم الفوائد ،1426ه)، ط1، ص، 12.318

الشافعي، محمد ، *الرسالة*، تحقيق أحمد محمد شاكر، (القاهرة، مطبعة مصطفى البابي الحلبي ،1938) ، ط 1 ، ص 13.53

هود، 14.6/11

البقرة،2/ 15.29

النوع الثاني: عامٌ يُراد به الخصوص قطعاً:وهو الذي أُصطحب بقرينة تدل على أنه يُراد منه بعض فلفظ النّاس عام، يُراد به 16﴿وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا﴾الأفراد مثل قوله تعالى: خصوص المكلفين؛ لأن الشرع والعقل دلا على إخراج الصبيان والمجانين من هذا الحكم17.ومما دلت قرائن الَّذِينَ قَالَ لَهُمُ النَّاسُ إِنَّ النَّاسَ قَدْ جَمَعُوا لَكُمْ فَاخْشَوْهُمْ فَزَادَهُمْ ﴿القطعية على عدم العموم فيه قوله تعالى: 18.﴾إِيمَانًا وَقَالُوا حَسْبُنَا اللَّهُ وَنِعْمَ الْوَكِيلُ

قال الشافعي رحمه الله:" باب بيان ما نزل من الكتاب عام الظاهر يراد به الخاص" وذكر الآية السابقة، ثم قال:" فإذا كان مَن مع رسول الله ناساً غير من جَمَع لهم النّاس، وكان المخبرون لهم ناساً غير من جَمَع لهم وغير من معه ممن جُمع عليه معه،وكان الجامعون لهم ناساًفإن الدلالة بيّنة مماوصفت من أنه إنما جَمَع لهم بعض النّاس دون بعض، والعلم يحيط أنه لم يجمع لهم الناسُ كلهم، ولم يخبرهم النّاسُ كُلُّهم، ولم يكونوا هم الناسَ كلهم.... وإنما هم جماعة غير كثير من الناسِ الجامعين منهم غير المجموع لهم، والمخبرون للمجموع لهم غير الطائفتين، والأكثر من الناس في بلدانهم غير الجامعين ولا المجموع لهم ولا المخبرين "19 . فهذا مما علم بقرائن أن المراد به غير العموم، والقرينة قد تكون السياق نفسه، أو سبب النزول وقرائن الأحوال.

الثالث: العام المخصوص: وهو العام الذي اقترن به الدليل المخصّص بالفعل نصاً أو عقلاً، فالدليل المخصص قد يكون نصاً قرآنياً مقترناً بالنص العام،أو قد يكون سنّة مخصصة 20.وقد مثّل له الإمام يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ ﴿الشافعي بقوله تعالى: .وقال:" بأن : " العموم في الآية أن كل نفس مخلوقة من ذكر وأنثى وكلهاشعوب 21﴾أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُم

آل عمران،3/16.97

الشافعي، الرسالة، ص53ـــ 62 ؛ الزحيلي، ، محمد وهبة *أصول الفقه الإسلامي*، (دمشق، دار الفكر 1986)، ط 1 ،1/ 17 .282

آل عمران،3/ 18.173

الشافعي، *الرسالة*، ص، 58 . 19.59

السرخسي، *أصول السرخسي*،144/1؛الشاشي، أحمد ، *أصول الشاشي*، (بيروت، دار الكتب العلمية ،2003م) ، ط1 ، ص 20 .20

الحجرات،49/ 21.13

من جهة أنّ التقوى لا يوصف بها ﴿إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُم﴾وقبائل، والخصوص فيها في قوله تعالى: إلا من يعقل من أهلها البالغين من بني آدم.

. وبين 22﴿إِنَّ الصَّلَاةَ كَانَتْ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ كِتَابًا مَوْقُوتًا﴾ثم يمثّل لهذا النوع بآيات التكليف كقوله تعالى: أن هذه الآيات مخصوصة بالبالغين دون من يبلغ وممن بلغ ممن غلب على عقله ودون الحيض في أيام حيضهن "23.

يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ ﴿ومثال السنة المخصّصة للنص القرآني العام قوله تعالى: : ﷺ:" لا يرث القاتل "25 . فقد خُصص بقولهﷺ، قوله24﴿فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ

. وقال 27﴿وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَٰلِكُمْ..﴾لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم " 26 . ومن ذلك قوله تعالى: :"لا تُنكح المرأة على عمتها، ولا على خالتها "28.ﷺالرسول

فالآية الكريمة بعمومها تفيد حِلَّ النكاح من غير المحرمات المذكورات في الآية السابقة، وظاهر الآية أنها تشمل بهذ العموم نكاح المرأة على عمتها أو خالتها، ولكن الحديث الشريف نهى عن ذلك، وعليه فيكون الحديث مخصصاً لعموم الآية. فالسنة النبوية– كما نرى– جاءت مخصصة للنص القرآني العام، ولتبين أن هذا العام مخصوص، وليس مراداً على عمومه، بل هو مقصورٌ حكمه على بعض ما يناوله من أفراده منذ بدء تشريعه.

النساء،4/ 22.103

الشافعي، الرسالة، ص 23.57

النساء،4/ 24.11

الترمذي ، محمد ، *سنن الترمذي*، تحقيق محمود محمد محمود حسن نصار، (بيروت، دار الكتب العلمية ، 1975)، برقم 25 .2109

البخاري، محمد ، *صحيح البخاري* ، (بيروت ، دار التأصيل 2012) ط1، رقم الحديث 6383 ؛ مسلم، مسلم ، *صحيح مسلم* 26 ، (بيروت ، دار طيبة ،2006) ، رقم الحديث 1614.

النساء،4/ 27.24

مسلم، النكاح، 16، برقم 28.1028

النوع الرابع: العام المُطلق: أو العام الذي يحتمل التخصيص في ذاته: وهو الذي لم تصحبه قرينة تنفي احتمال تخصصه ولا قرينة تنفي دلالته على العموم: مثل أكثر النصوص التي وردت فيها صيغ العموم مطلقة من القرائن اللفظية أو الفعلية أو العرفية، وهذا ظاهر في العموم،حتى يقوم الدليل على التخصيص .فهو عام مطلق عن القرائن المخصصة 29﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾مثل قوله تعالى: والنافة للتخصيص مع احتماله للتخصيص في ذاته.والعام المُطلق المحتمل للتخصيص في ذاته هو محل النزاع بين الأصوليين في مدى قوة دلالة العام من حيث القطعية والظنية30 .

ثانيا : العرف :

يُعد العرف من المباحث المهمة في علم القواعد الفقهية، حيث يعتمد عليه الفقهاء، ويرجعون إليه في كثير من الفروع الفقهية.يقول السيوطي– رحمه الله تعالى–:" اعلم أن اعتبار

العادة والعرف رُجع إليه في الفقه في مسائل لا تعد كثرة، فمن ذلك: سن الحيض، والبلوغ، والإنزال ,

وأقل الحيض، والنفاس، والطهر.."31.

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

وللعادات والأعراف سلطان قوي على النفوس، وتحكّم في العقول، فهي متى ترسخت وتوطّدت بين الناس صارت من ضروريات الحياة، وذلك لأن الناس– بتكرار العمل– يألفون العمل وتألفه الأعصاب والأعضاء

29.البقرة،2/228

30.الزركشي، محمد ، *البحر المحيط في أصول الفقه*، (الكويت، طبعة وزارة الشؤون الإسلامية1992)،3/415

31.السيوطي، جلال الدين ، *الأشباه والنظائر في قواعد فروع الشافعية*، (بيروت، دار الكتب العلمية، 1983) ، ص90

والطباع والعقول32. والعادات على أنواع : ما هو حسن، و ما هو قبيح، فليس كل الأعراف والعادات ناشئة عن مصالح حكيمة وضرورية، فقد يعتاد الناس عادات وأعراف تقوم على الجهل والضلالة الموروثة عن الآباء والأجداد تكون سبباً في شقاء المجتمع وليس فيها أية منفعة.

العرف لغة واصطلاحاً

يُطلق العرف في اللغة على معانٍ عدة منها:

1. التتابع:" تتابع الشيء متصلاً بعضه ببعض، ومنه عُرْف الفَرَس، وسُمي بذلك لتتابع الشعر عليه، ويقال:جاءت القطا عُرْفاً عُرْفاً، أي بعضها خلف بعض، والعرف" المعروف" سمي بذلك لسكون النفس إليه "33.

2. بمعنى السكون والطمأنينة:" ومنه المعرفة، تقول: عرف فلان فلاناً عرفاً ومعرفة، وهذا أمر معروف لسكونه إليه، لأن من أنكر شيئاً توحش منه، وسُمي المعروف بذلك لأن النفوس تسكن إليه34.

3. الظهور والوضوح كقولهم:" عرف الرمل والجبل" ويقصد به ظهوره وأعلاه، ومثال ذلك قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْأَعْرَافِ رِجَالٌ﴾ 35. وقد ، والمقصود بالأعراف في الآية الكريمة هو المضروب بين الجنة والنار. فسّر الراغب الأصفهاني في كتابه مفردات ألفاظ القرآن36العرف: " بالمعروف من الإحسان" وبيّن أن هذا فمما تقدم ذكره ﴿خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ﴾37. هو المعنى المأخوذ من قوله تعالى: نجد أن معنى"ع ر ف " بضم العين: المعروف، وهو كل ما تعرفه النفس البشرية من الخير، وتطمئن وتسكن إليه، والعرف والعارفة والمعروف واحد ضد المنكر.إذاً للعرف معانٍ كثيرة ومتعددة في اللغة، ولكن أبرز هذه المعاني وأرجحها هو التتابع، والمألوف من الأفعال دون إنكار.

الزرقا، مصطفى ، *المدخل الفقهي العام*، (دمشق، دار القلم ، 1998)، ص32.813

ابن فارس، أحمد ، معجم *مقاييس اللغة*، تحقيق عبدالسلام محمد هارون، (بيروت، دار الفكر بدون تاريخ طبع) ، 281/4، مادة 33 عرف.

ابن فارس، معجم *مقاييس اللغة*، 281/4، مادة، عرف ؛ ابن منظور، *لسان العرب*، مادة، عرف .34

الأعراف، 35.46/7

الأصفهاني، الحسين ، *مفردات ألفاظ القرآن*، (دمشق، دار القلم، 2009) ط2، ص 36.560

الأعراف، 37.199/7

تعريف العرف اصطلاحاً: عرّف الفقهاء العرف اصطلاحاً بعدة تعريفات: عرّفه الجرجاني في كتابه التعريفات بقوله:" العُرف ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول، وتلقته الطباع السليمة بالقبول"38.

ويقول الشيخ فهمي أبو سنة في شرحه لهذا التعريف في كتابه" العرف والعادة":"يعني هو الأمر الذي اطمأنت إليه النفوس وعرفته، وتحقق في قرارتها وألفته، مستندة في ذلك إلى استحسان العقل، ولم ينكره أصحاب الذوق السليم في الجماعة....وقال:" وإنما يحصل استقرار الشائع المتكرر الصادر عن الميل والرغبة"39.وكما عرّف العرف أيضاً الشيخ مصطفى الزرقا بقوله:"العُرف عادة جمهور قوم في قول أو فعل"40. والمقصود بهذا التعريف: أن العرف معتاد عند أكثر الناس وليس عند بعضهم، وهو يشمل العرف القولي والعرف العملي. وهذا التعريف هو أقرب تعريف للحد الصحيح للعرف .

أقسام العرف :

ينقسم العرف عند الأصوليين إلى عدة أقسام، وذلك بالنظر إلى سببه ومتعلقه، وإلى الجهة التي يصدر عنه،أو باعتبار المعنى اللغوي للعرف. فبحسب النظر الموجّه إليه ينقسم العرف باعتبار سببه وموضوعه إلى عرف قولي وعرف عملي، وينقسم حسب من يصدر عنه وانتشاره وشيوعه وخصوصه إلى عرف عام وإلى عرف خاص، وينقسم العرف حسب موافقته لنصوص الشريعة أو مصادمته لها إلى عرف صحيح وإلى عرف فاسد، وينقسم باعتبار ثبوته واستقراره وعدمه إلى عرف ثابت وعرف متبدل .

القسم الأول: العرف القولي والعرف العملي: وذلك حسب سببه ومتعلقه ينقسم إلى نوعين هما: **النوع الأول: العرف القولي:** وموضوعه هو استعمال بعض الألفاظ في معان منتشرة بين الناس، وتعارف الناس على استعمالها في هذه المعاني المنتشرة، وذلك مثل أن ينتشر بين الناس استعمال بعض الألفاظ والتراكيب التي تدل على معنى معين بحيث يتبادر إلى أذهان الناس المفهوم المتبادر من هذه الألفاظ عند إطلاقها دون قرينة أو دلالة عقلية. ولا يتبادر إلى أذهان الناس عند سماع هذه الألفاظ والمصطلحات إلا المعنى المعروف والمنتشر والمألوف لديهم41.واصطلح الأصوليون على تسمية هذا النوع من العرف: بالحقيقة العرفية.

---

38. الجرجاني، معجم *التعريفات*، ص125

39. أبو سنة، أحمد ، *العرف والعادة في رأي الفقهاء*، (القاهرة ،مطبعة الأزهر، 1947)،ص 8

40. الزرقا، مصطفى ، *المدخل الفقهي العام*، (دمشق، دار القلم ، 1998)، 2/872

41. البغا، مصطفى ، *أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي*، (دمشق، دار الإمام البخاري، بدون تاريخ طبع)، ص446

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

النوع الثاني: العرف العملي: العرف العملي هو كما عرفه الإمام الزرقا بقوله:" ما اعتاده الناس من الأفعال العادية، أو المعاملات المالية.42.فالمقصود بالأفعال العادية: أي أفعال وتصرفات الناس الشخصية،في حياتهم اليومية. والتي لا تقوم على تبادل المصالح والمنافع، أو إنشاء الحقوق، كالطعام والشراب، واللباس، والمركب، والحرث، والزرع، وغير ذلك من الأمور الشخصية.أما المقصود بالمعاملات المالية: فهي التصرفات والأعمال التي يقُصد منها بناء وإنشاء الحقوق بين الناس، أو إسقاطها، كالبيع، والشراء، والنكاح.فمثال العرف في أفعال الناس: كاعتيادهم على التعطيل في أيام مخصوصة من كل أسبوع عن العمل، واعتياد بعضهم الآخر على تناول نوع معين من اللحم،كلحم الماعز ،أو الضأن،أو البقر أو نوع معين من اللباس، والأدوات.ومثال العرف العملي في المعاملات: كعادة الناس في بيع بعض الأشياء الثقيلة: كالفحم، والقمح، والحطب، والشعير وغيرها شرط أن يكون على البائع أمر توصيلها إلى بيت المشتري.أيضاً: عادة الناس في تقسيط أجرة السكن أو الدكاكين السنوية إلى أقساط معدودة. وأيضاً كتعارف الناس في النكاح على تعجيل قسم من المهر، وتأجيل القسم الآخر43.

القسم الثاني: العرف العام والعرف الخاص: حيث ينقسم العرف باعتبار مَنْ يصدر عنه إلى نوعين هما عام وخاص. فالنوع العام: هو كما عرّفه ابن عابدين بقوله:" ما تعامله عامة الناس، سواء أكان قديماً أو حديثاً" 44. أي أن هذا العرف يكون منتشراً وفاشياً في جميع البلدان الإسلامية وبين مختلف الشعوب.

مثال ذلك: عقد الاستصناع: الذي تعارف عليه الناس في كثير من احتياجاتهم اليومية والحياتية، من أثاث وألبسة، وأدوات وغيرها. فالناس قد احتاجوا إليه ودرجوا عليه وذلك من قديم الزمان، فأصبح الاستصناع منتشراً في أغلب الحالات والأمور.

42.846 الزرقا، *المدخل الفقهي العام*،2/

43.877 الزرقا، *المدخل الفقهي العام*،2/

44 ابن عابدين، محمد أمين ، مجموعة رسائل ابن عابدين، رسالة: نشرُ العَرف في بناء بعض الأحكام على العُرف، بدون دار نشر وتاريخ طبع، ص، 115.

أما النوع الخاص: فهو:" الذي يكون منتشراً في بلد من البلدان، أو لدى طائفة من الناس "45. كانتشاره بين التجار والزراع وغيرهم. وهذا النوع متنوع ومتجدد له صور كثيرة ليس لها حدود. وبيان ذلك أن مصالح الناس والسُبل الموصلة إليها، وحوائجهم وارتباطاتهم وعلاقاتهم متجددة أيضاً. مثال ذلك: التعارف بين التجار على إثبات ديونهم التي هي في ذمم الناس في دفاتر خاصة من غير شهود عليها، ثم تكون هذه الكتابة في هذه الدفاتر وثيقة قطعية يحتجون بها لإثبات الديون46. وهذا العرف خاص بالتجارفيما بينهم.

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

1. العرف الصحيح: وهو المقصود به العرف الشرعي: وهو عبارة عن مجموعة من الاصطلاحات الشرعية التي أُهملت معناها اللغوي واستعملت في المعنى الشرعي كالصلاة، والزكاة، والحج، أو هو ما تعارفه الناس وليس في هذا التعارف مخالفة لنص من نصوص الشريعة، أو تفويت لمصلحة، أو جلب لمفسدة. يقول الإمام الشاطبي في هذا الصدد عندما يتكلم عن الأعراف والعوائد:" العوائد المستمرة ضربان: أحدهما العوائد الشرعية التي أقرها الدليل الشرعي أو نفاها، ومعنى ذلك أن يكون الشارع أمر بها إيجاباً أو ندباً، أو نهى عنها كراهة أو تحريماً، أو أذن فيها فعلاً وتركاً. والضرب الثاني: العوائد الجارية بين الخلق بما ليس في نفيه ولا إثباته دليل شرعي"47.ومن أمثلة ذلك:الصلاة التي تعني في اللغة الدعاء، ولكن الشرع استعملها على أنهاعبادة مخصوصة تبدأ بالتكبير وتنتهي بالتسليم، وما فيها من أركان وشروط.

أقر الإسلام الكثير من العوائد والأعراف الجاهلية لعدم مخالفتها لمبادئه وأحكامه ومقاصده، كالدية التي كانت منتشرة قبل الإسلام في أيام الجاهلية، وجاء الإسلام وأقرّها، فهي–أي الدية–من الأعراف التي شهد لها الشارع.وكتعارف الناس على أن المهر مقدم ومؤخر، وكتعارف الناس على أن يقدم الخطيب لخطيبته الهدايا والتي لا تعتبر من المهر48.وقد فصل العلماء في الشروط التي يجب توافرها ليكون العرف

45.125 أبوسِنّة، *العرف والعادة*، ص،19 ؛ ابن عابدين، *نشر العرف* ص

46.505 أمير عبدالقادر، *أصول الفقه*، ص،

47.28 /2 الشاطبي، *الموافقات*، 2/

48 أسماء الموسى، *العرف حجيته وآثاره الفقهية*، ص21،؛ *الموسوعة الفقهية الكويتية*،3/ 56؛ رقية طه العلواني، أثر *العرف في فهم النصوص (قضايا المرأة نموذجا)* ، (دمشق ، دار الفكر، 2012) ، ص34.

معتبراً ومقبولاً شرعاً، أن يكون مطرداً غاباً، ومستمراً في العمل به، ولا يخالف نصوص الشريعة، وأن يكون قائماً وقت نشوء التصرفات التي يُراد فيها تحكيم العرف.

2. العرف الفاسد: وهو العرف المخالف لنصوص الشريعة، أو فيه ضرر، أو يدفع مصلحة،أو يعارض من الأحكام ما هو ثابت لا يتغير بتغير الأمكنة والأزمنة، أو ما أحلّ حراماً، أو حرّم حلالاً، كتعارف الناس على التعامل بالربا، والاختلاط بين الرجال والنساء في الحفلات والأعراس وغيرها، وتقديم الخمور في المناسبات. يقول عبدالوهاب خلاف:" وأما العرف الفاسد فلا تجب مراعاته، لأنه في مراعاته معارضة دليل شرعي، أو إبطال حكم شرعي، فإذا تعارف الناس عقداً من العقود الفاسدة كعقد ربوي، أو عقد فيه غرر وخطر، فلا يكون لهذا العرف أثر في إباحة هذا العقد"49. وقال ابن عابدين:" إذا خالف العرف الدليل الشرعي، فإن خالفه من كل وجه بأن لزم منه ترك النص فلا شك في رده"50.والعرف الفاسد ليس مجال بحثنا في هذه الرسالة، لأنه باطل في ذاته وأصله وذلك لمصادمته لنص أو أصل شرعي، أو مقصد شرعي . فمعيار العرف صحة وفساداً هو الشرع ومقاصده في التشريع. فالشرع الإسلامي هو المعيار الفاصل بين العدل والظلم، والمصلحة الحقيقية والمصلحة الفاسدة51. ويستثنى من هذه الحالة إذا كان النص الخاص يعتمد على علة عرفية، فإذا ذهبت وزالت تلك العلة، زال معها الحكم، بحيث إذا تبدل وتغير العرف تغير الحكم. ومن هنا جاء كلام الأصوليين وتقريرهم لمبدأ" تغير الأحكام بتغير الأزمان".

موقف العلماء من تخصيص العام بالعرف :

إن العرف الذي يتم به تخصيص النص العام أو بعض ما اشتمل عليه العام: إما أن يكون عرفاً قولياً أو عرفاً فعلياً، وهذان النوعان من العرف إما أن يكونا سابقاً أو مقارناً لنزول النص العام، أو أنهما حدثا بعد نزوله.

فالعرف القولي: هو استعمال اللفظ في معنى هو غير تمام مدلوله، بحيث إذا أطلق انصرف إليه من غير قرينة52. وطريقة تكوين العرف القولي: أن يُتّفقَ على هجر المعنى الأصلي للفظ، ونقل هذا اللفظ

خلاف، عبدالوهاب ، *علم أصول الفقه*،ص،49.89

ابن عابدين، *نشر العرف*،ص118،.50

أبو سنة، ، *العرف والعادة في رأي الفقهاء*، (القاهرة ،مطبعة الأزهر، 1947) ، ص51.94

ينظر: *الغزالي*، محمد، *المستصفى من علم الأصول* ،347/1فما بعدها .52

بواسطة الاستعمال الشائع المتكرر إلى المعنى الثاني. ومثال ذلك: إطلاق الدرهم على النقد الغالب، مع أنه في الأصل كان يطلق على كل فرد من أفراد الدراهم53. ولكل قسم من هذه الأقسام حكمه عند الفقهاء والأصوليين. والعلماء مُجمِعون على أن العرف القولي يقضي على النص العام ويخصصه إن كان هذا النص عاماً، وهذا هو قول عامة الأصوليين والفقهاء54، ففي قوله تعالى: ﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا ﴾ البيع بالمعنى اللغوي هو المبادلة في المال وغيره، وبالمعنى الشرعي مبادلة المال بالمال، فحين يراد تفسير هذا النص يؤخذ البيع على المعنى الذي هو في عرف الشارع، لا المعنى اللغوي، فيخصص به العموم. وفي الدراهم: قال العلماء: إذا ذكر لفظ الدراهم في عقد من العقود ينصرف إلى النقد الغالب للبلد، لا إلى كل فرد من أفراد تلك الدراهم، وذلك حملًا للفظ على معناه العرفي، فيخصص العام بالعرف55.

ومن أمثلة ذلك في أقوال الناس وألفاظهم وتخاطبهم: فيما لو أوقف شخص مالاً على العلماء بحيث إن العرف في زمن الواقف يجري على علماء الشريعة دون غيرهم، فالعرف هنا مخصص لعبارته وقوله. وبناءً على العرف يُدرك قصد الواقف من كلامه، فيتمُّ صرف المال الموقوف على علماء الشرع فقط56.

أمّا العرف العملي: فهو ما تعارف عليه الناس وجرى عليه العمل عندهم، سواء أكان ذلك عامًّا كاستصناع الأواني والأحذية، ودخول الحمام من غير تعيين زمن ولا أجرة، أو خاصًّا ببلد ، كتعارف أهل البادية على اعتبار الأنعام رأس المال عندهم، وسبب هذا العرف هو التعامل57. إلا أن الفقهاء اختلفوا في العرف العملي الموجود وقت نزول النص الشرعي، هل هو مخصص للعام أم لا ؟ فبعضهم أجاز ذلك، وبعضهم الآخر منعوا التخصيص.

قول القائلين بأن العرف العملي مخصص للنص العام :

ذهب الحنفية" باستثناء أبي يوسف " وجمهور المالكية إلى عدم التفريق بين العرف القولي والعملي، فكلا النوعين يخصصان النص الشرعي العام، بحيث يحمل العام على ما يقضي به العرف ، ومن المحدثين

---

53. ينظر: أمير الحاج، شمس الدين ، *التقرير والتحبير* ، (بيروت ، دار الفكر، 1993) ، ص/282 فما بعدها.

54. أبو سنة، *العرف والعادة*، ص، 122 فما بعدها

55. ينظر: الإسنوي ، عبدالرحيم ، *نهاية السول في شرح منهاج الأصول*، (القاهرة، عالم الكتب، بدون تاريخ طبع)،2/ 469

56 الغزالي، *المستصفى*، 2 / 111 ؛ السيد صالح، عوض، *أثر العرف في التشريع الإسلامي*، (بيروت، مكتبة الرسالة ، بدون تاريخ طبع) ، ص 364.

57.19 ابن عابدين ، *نشر العرف* مجموعة الرسائل 115/2 فما بعدها ، *العرف والعادة* لأحمد فهمي أبو سنة

الذين قالوا بذلك أيضاً: الشيخ أحمد الزرقا، وأبو زهرة، وفتحي الدريني، وشلبي، وفهمي أبو سنة58. وقد ورد عن الإمام أبي يوسف:" إذا تعارض النص والعرف يُنظر فيما إذا كان النص مبنياً على العرف والعادة أم لا؟ فإذا كان النص مبنياً على العرف والعادة ترجح العادة ويترك النص، وإذا كان النص غير مستند إلى عرف وعادة يعمل بالنص ولا عبرة بالعادة"59.

قال ابن عابدين معلقاً على كلام أبي يوسف:" فإن قلت: قد روي عن أبي يوسف اعتبار العرف في هذه الأشياء المنصوصة– حتى جوّز التساوي بالكيل في الذهب، وبالوزن في الحنطة إذا تعارفه الناس– فهذا اتباع العرف اللازم منه ترك النص، فيلزم أن يجوز عنده ما شابهه من تجويز الربا ونحوه للعرف وإن خالف النص"60. ثم يكمل ابن عابدين قوله:" حاشا لله أن يكون مراد أبي يوسف ذلك وإنما أراد تعليل النص بالعادة بمعنى: أنه إنما نصّ على البر والشعير والتمر والملح بأنه مكيلة، وعلى الذهب والفضة بأنها موزونة، لكونهما كانا في ذلك الوقت كذلك، فالنص في ذلك الوقت إنما كان للعادة، حتى لو كانت العادة في ذلك الوقت وزن البر وكيل الذهب لورد النص على وفقهما، فحيث كانت العلة هي المنظور إليها، فإذا تغيرت تغير الحكم، فليس في اعتبار العادة المتغيرة الحادثة مخالفة للنص، بل فيه اتباع للنص"61. وقد رجح الإمام الزرقا– رحمه الله– قول أبي يوسف حيث قال:" ورأي أبي يوسف هذا كما ترى أقوى حجة، وأقوم محجة رغم انفراده به"62.

كما نُقل عن علماء المالكية أقوال عديدة تؤيد في محتواها قول الحنفية من أن العرف العملي يخصص النص العام. فيقول الإمام المقري في قواعده:" إن العادة عند مالك كالشرط تقيد المطلق وتخصص العام"63. ويتفق مع الحنفية والمالكية ابن رجب الحنبلي، وذلك بجواز تخصيص العام بالعرف، حيث ذكر ذلك في

---

58. الزركشي، *البحر المحيط*، 2 / 521 ؛ الزرقا، *المدخل الفقهي العام*، 2 / 265

59. ابن الهمام، محمد ، *فتح القدير شرح فتح القدير على الهداية*، (بيروت، دار الكتب العلمية ،2003)، 283/5

60. ابن عابدين، *نشر العرف*، ص 118 ؛ الزرقا، *المدخل الفقهي العام*، 1 / 910 ؛ أبو سنة، *العرف والعادة*، ص 61 ـ 75

61. ابن عابدين، *نشر العرف*، ص، 118

62. الزرقا، *المدخل الفقهي العام*، 2 / 910

63 الونشريسي، أحمد ، *إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك*، تحقيق الصادق بن عبدالرحمن الغرياني، (بيروت، دار ابن حزم ،2006) ،القاعدة 117، ص، 168.

قواعده أنه الصحيح في مذهبهم فيقول:"ويخصص العموم بالعادة على المنصوص"64. واتفق السبكي مع أصحاب هذا الرأي في كتابه المجموع حيث يقول:" وأما العوائد الفعلية: فإن كانت خاصة فلا اعتبار لها، وإن عمت واطردت فقد اتفق الأصحاب على اعتمادها، وذكروا لها أمثلة"65.

العرف العملي المخصص هل يشترط فيه العموم أم لا ؟

تختلف نظرة الفقهاء إلى العرف العملي القائم هل يجب أن يكون عاماً أو خاصاً، فإذا كان العرف العملي عاماً فإن أبا يوسف من الأحناف يرى جواز تخصيص النص العام به، وهذا القول هو القول الراجح من مذهبهم، وعليه أيضاً محققوا المالكية. وذلك لأن العمل بالعرف العملي العام ليس فيه تعطيل للنص، وإنما يُطبق النص في مشمولاته الأخرى . ويرجع السبب في إعمال العرف وعدم إهماله هو التوسيع والتيسير على الناس، وذلك بعد اشتمال النص العام لكل ما تناوله، وإنما يكون العمل بالنص من خلال مشمولاته التي يتناولها عمومه فيكون العمل بهما معاً. ومثال ذلك الحديث الذي روي عن حكيم بن حزام: قال أتيت فقلت:" يأتيني الرجل يسألني من البيع ما ليس عندي، أبتاع له من السوق ثم أبيعه قال: لا ﷺرسول الله تبع ما ليس عندك"66، ولكن الشرع استثنى من هذا المنع عقد الاستصناع67، وذلك لأن الناس اعتادوه ويتعاملون به دون نكير .

أما إذا كان العرف العملي خاصاً وعارض النص العام، بحيث يكون العرف الخاص خاصاً ببلدة دون أخرى، أو بمكان دون آخر، أو هو خاص بمجموعة من الناس كأصحاب المهن المختلفة من صُناع أو تُجار أو زُراع أو غيرهم، أو هو خاص ببعض البلدان دون غيرها68. فهذا النوع الخاص من العرف العملي لا يقوى عند الحنفية على تخصيص النص العام69، لأن هذا النوع من العرف خاص.

64.122 ابن رجب، عبدالرحمن ، *القواعد في الفقه الإسلامي*،(بيروت، دار الفكر، بدون تاريخ طبع)،ص 276، القاعدة

65. 125 / 11،(2008 السبكي، *تقي الدين السبكي* ، *تكملة المجموع*، (دمشق ، دار الفكر،

66. 1232 الترمذي، البيوع،12، برقم

67.84 / 6 الاستصناع: هو عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل. انظر: الكاساني، *بدائع الصنائع*،

68.898 . 893 / 2 الزرقا، *المدخل الفقهي العام*،

69. 87 ابن نجيم، زين الدين ، *الأشباه والنظائر*، ط1 ، (بيروت ، دار الكتب العلمية ، 1999)، ص

قول المانعين للتخصيص بالعرف :

الذين ذهبوا إلى هذا القول هم الشافعية حيث قالوا:" بأن العرف العملي لا يقوى على تخصيص النص الشرعي العام"70. ويوافق الشافعية من المالكية القرافي الذي يقول بأن العرف العملي لا يصلح أن يخصص اللفظ أو يقيده71. وقال بذلك أيضاً الحنابلة وجمهور المعتزلة72.

ومن أشهر ممن يتزعمون هذا القول الإمام الغزالي الذي ذهب إلى تفريق العرف القولي عن العرف العملي، وهو يجيز تخصيص النص الشرعي العام بالعرف القولي دون العرف العملي، حيث ذكر في باب العام والخاص في الباب الثامن:" عادة المخاطبين فإذا قال لجماعة من أمته حرّمت عليكم الطعام والشراب مثلا، وكانت عادتهم تناولهم جنساً من الطعام فلا يقتصر النهي على معتادهم، بل يدخل فيه لحم السمك والخيل والطير وما لا يعتاد في أرضهم، لأن الحُجة في لفظه وهو عام، وألفاظه غير مبنية على عادة الناس في معاملاتهم حتى يدخل فيه شربُ البول وأكل التراب، وابتلاع الحصاة والنواة، وهذا بخلاف لفظ الدابة فإنها تُحمل على ذوات الأربع خاصة لعرف أهل اللسان في تخصيص اللفظ، وأكل النواة والحصاة يُسمى أكلاً في العادة وإن كان لا يُعتاد فعله، ففرّق بين أن لا يعتاد الفعل وبين أن يُعتاد اطلاق الاسم على الشيء. وعلى الجملة: فعادة الناس تؤثر في تعريف مُرادهم من ألفاظهم، حتى إن الجالس على المائدة يطلب الماء فيُفهم منه العذب البارد، لا يؤثر في تغيير خطاب الشارع إياهم "73. وعند الحنابلة ذهب ابن تيمية إلى عدم تخصيص النص العام بالعرف العملي، فيقول في المسودة:" لا يجوز تخصيص العموم بالعادات عندنا"74. كما ذهب الشوكاني في الإرشاد إلى عدم التخصيص بالعادة.

أثر تخصيص النص الشرعي العام بالعرف في الفروع الفقهية

إن موضوع التخصيص بالعرف ذو أهمية بالغة وكبيرة، لا تنقضي هذه الأهمية بل ستستمر إلى يوم القيامة، وبيان ذلك: أن الشريعة الإسلامية دائمة ومستمرة أبداً إلى قيام الساعة، وهي– الشريعة الإسلامية–

---

70. الآمدي، علي ، *الإحكام في أصول الأحكام*، (بيروت، المكتب الإسلامي، بدون تاريخ طبع), 2 / 486.

71. القرافي، أحمد، *أنوار البروق في أنواء الفروق*، تحقيق خليل المنصور ، (بيروت، دار الكتب العلمية، 1998) ،1 / 173.

72. الغزالي، *المستصفى*، 2 / 111.

73. الغزالي، *المستصفى* 2 / 123.

74 ابن تيمية، أحمد ، *المسودة في أصول الفقه*، تحقيق محمد محي الدين عبدالحميد، (بيروت، دار الكتاب العربي ، بدون تاريخ طبع)،ص 123 .

مبنية على قواعد وأسس قابلة للتعامل والتكيف مع الأمكنة المختلفة والأزمنة المتعاقبة، وقد انحصرت النصوص الشرعية بانقضاء نزول القرآن الكريم وانتهاء عصر النبوة، إلا أن الوقائع المتجددة والنوازل الجديدة مع تشابهها حيث تبرز أهمية تلك النصوص وما يتعلق بها، وأهمية التأصيل الوارد في موضوع ما, وارتباط ذلك بما يكون من تطبيقه في حياتهم المعاصرة. ويتمثل تخصيص النص الشرعي العام بالعرف في الفقه الإسلامي في صور متعددة، وحالات كثيرة عند الفريق الذي أجاز التخصيص بالعرف- والنظر هنا- في هذا المبحث يتعلق بعدة أبواب هي في العبادات والأحوال الشخصية والمعاملات والجنايات.

المثال الأول:**تخصيص قوله تعالى (والوالدات يرضعن أولادهن) بالعرف** العملي :

قال الله تعالى في سورة البقرة: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ۖ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ ۚ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ..﴾ 75. هذه الآية خصصها الإمام مالك- رحمه الله تعالى- بالعرف، حيث خصص لفظ " الوالدات " الذي هو لفظ عام في هذا النص ويتناول جميع الوالدات بوجوب الإرضاع لأولادهن بالعرف، فأخرج الإمام مالك-رحمه الله تعالى- المرأة الحسيبة ومن هي ذات الشرف، والمكانة والقدر التي ليست من عادة مثيلاتها إرضاع أولادهن، وذلك إن كان الولد يقبل ثدي غيرها وذلك للمصلحة العرفية76.

واستند الإمام مالك في تخصيصه لهذه الآية بالعرف الدارج آنذاك قبل الإسلام، والذي استمر بعد مجيء الإسلام، في أن العرب كانوا يرضعون أولادهم من غير الأم، وكانوا يحضنون ويربون أولادهم عند مرضعات وحاضنات غير أمهاتهم أو جداتهم. وكان هذا الأمر أكثر جلياً عند الشريفات ذوات القدر والمكانة والمنزلة الرفيعة، وذلك لتحافظ هذه المرأة على نضارتها وجمالها، أو حتى لا تُعاب في خدمة ولدها. وكما هو معلوم بأن الرسول- صلى الله عليه وسلم- أرسلته أمه إلى بني سعد عند حليمة السعدية للرضاعة77. فلفظ " الوالدات " وهو لفظ عام أصبح قاصراً على الأم غير الحسيبة، أما الحسيبة وذات القدر والمنزلة

البقرة، 75.233/2

الدريني، *المناهج الأصولية*،ص 454؛ السوسوة، عبدالمجيد السوسوة، *التخصيص بالعرف وأثره في الفقه الإسلامي*، مجلة 76 الشريعة و والقانون، العدد 32، تاريخ النشر 2007، الأردن، ص، 395.

ابن هشام، محمد ، *تهذيب سيرة ابن هشام*، ط14، (بيروت، مؤسسة الرسالة 1985) , 77.37/1

فإنها لا ترضع وليدها بنفسها، إذا كان ولدها يقبل ثدي غيرها من النساء، بل على الزوج أن يأتي بمن يرضع لها ولدها78.

وقد أثبت نسبة هذا الكلام إلى الإمام مالك– رحمه الله تعالى– ابن العربي في تفسيره حيث قال:" ولمالك في الشريفة رأي خصص به الآية، فقال إنها لا ترضع إذا كانت شريفة، وهذا من باب المصلحة التي مهدناها في أصول الفقه"79. وذكر ابن القاسم في المدونة في تأكيد هذا القول للإمام مالك وصحة نسبته إليه فقال:" وسألت مالكاً عن المرأة ذات الزوج أيلزمها إرضاع ابنها ؟ قال: نعم، يلزمها إرضاع ابنها على ما أحبت أو كرهت إلا أن تكون لا تكلف ذلك، فقلت لمالك" ومن التي لا تكلف ذلك؟ قال:" المرأة ذات الشرف واليسارِ الكثير التي ليست مثلها تُرضع وتُعالج الصبيان، فأرى ذلك على أبيه وإن كان لها لبن"80.

وبهذا نرى بأن الإمام مالكًا– رحمه الله– قد اتخذ من العرف العملي– الذي كان سائداً في المدينة المنورة خاصة وعند العرب عموماً– قرينة على قصر عموم النص القرآني وشموله" الوالدات" على ما سوى ما هو متعارف عليه عملياً.

المثال الثاني :**عقد الاستصناع**

مرّ معنا في مبحث العرف أن العرف الباطل الذي لا يجوز العمل به، هو الذي يكون مخالفاً للنص الشرعي من كل وجه، أما إذا كان العرف مخالفاً للنص الشرعي في بعض الوجوه مثاله إذا كان النص الشرعي عاماً والعرف المخالف له خاصاً، ففي هذه الحالة يُعمل بالنص والعرف معاً، بحيث يكون العرف مخصصاً للنص العام هذا لا مبطلاً له، ومثال هذه الحالة" ما رواه حكيم بن حزام قال: قلت يا رسول الله يأتي الرجل فيسألني عن البيع ليس عندي ما أبيعه له، ثم أبتاعه من السوق، فقال– صلى الله عليه وسلم– :" لا تبع ما ليس عندك"81.

---

78 ابن عربي، محمد ، *أحكام القرآن*, (بيروت، دار الكتب العلمية ,2003)1 ، ط3،/204؛ القرافي، *الفروق*، 187/1؛ الزحيلي، *أصول الفقه*، 257/1.

79.204/1 ابن عربي، *أحكام القرآن*،

80.98/5 مالك، مالك بن أنس، *المدونة الكبرى*، (الرياض ، مؤسسة السعادة ،1324هـ),

81 الترمذي، البيوع، 1232؛ وعلّق الترمذي على الحديث بأنه حديث حسن؛ وقال عنه الشوكاني بأنه حديث صحيح، الشوكاني، محمد ، *نيل الأوطار*، تحقيق محمد صبحي بن حلاّق، (الرياض، دار ابن الجوزي،1427هـ) ،10/ 53.

هذا النص عام في النهي عن بيع ما ليس موجوداً لدى الإنسان، ومع ذلك أجاز الفقهاء التعامل بالاستصناع وجوازه، وذلك بسبب تعامل الناس بهذا البيع من عهد الصحابة وبعدهم دون أن ينكر أحد على الناس هذا البيع، مع أن هذا النص يشمل في نهيه الاستصناع ويصدق عليه أيضاً، لأنه بيع المعدوم وما هو غير موجود لدى الإنسان . فالفقهاء هنا لم يبطلوا النص ويقضوا عليه، بل عملوا بالنص والعرف الذي يخالفه في جزء منه معاً، فعملوا بالاستصناع وبالنص أيضاً فيما عدا الاستصناع، ولم يتركوا النص كلياً أو يلغوه من أجل العرف82. بل بقي للنص حكمه في النهي ولكن فيما عدا عقد الاستصناع. فالعرف هنا لم يُلغ النص ولكنه خصصه في هذا الموضوع بالتحديد، وبقي الحكم في النهي لكل بيع معدوم سواه. يقول الشيخ عبدالرحمن الصابوني في كتابه أصول الفقه:" ولكن ينبغي ملاحظة أن مثال الاستصناع الذي ساقه العلماء لبيان جواز تخصيص النص العام بالعرف قد اكتمل فيه أمران: الأول: أن الاستصناع كان سارياً في عهد الرسول– صلى الله عليه وسلم– وبعده ولم ينكر العمل به، فكان سنة تقريرية وإجماعاً على جوازه، والثاني: أن جريان العمل بالاستصناع كان عرفاً قائماً عند ورود النص العام ولم يأت بعده وبالتالي فالنص العام قد خُصص بعرف قائم عند مجيئه ولم يكن طارئا"83.

فالاستصناع لغة: مصدر من استصنع الشيء، أي طلب صنعه، فيقال اصطنع فلان باباً: أي طلب من رجل أن يصنع له باباً. أو طلب من آخر أن يصنع له حذاءً 84.

أما الاستصناع اصطلاحاً: فقد عرّفه بعض الحنفية بقولهم: عقدٌ على مبيع في الذمة شُرط فيه العمل85. وصورة الاستصناع أن يقول شخص لآخر من اهل الصنعة" نجار، حدّاد، خيّاط.." اصنع لي الشيء الفلاني" باب، شباك، قميص.." بكذا من الدراهم مع بيان صفة الشيء ومقداره وغيرها من المواصفات، ثم قَبل الصانع بذلك، فالصانع يبيع ما يصنعه موصوفا في الذمة، ولكن يقبض ثمنه حالا، فهذا الأمر ينعقد استصناعا عند الحنفية86. فالاستصناع هو من نوع العرف العام، ويكون العمل به من قبيل تخصيص النص العام بالعرف. وقد ورد الحديث النبوي بالنهي عن بيع الإنسان ما ليس عنده في وقت كان التعامل

---

82. السيد صالح، *أثر العرف*، ص211؛ ابن عابدين، *نَشر العرف*، ص129؛ سوسوة، *التخصيص بالعرف*،ص371.

83. الصابوني، عبدالرحمن ، *أصول الفقه*، (دمشق، دار الفكر، 1966), ص444.

84. ابن منظور، *لسان العرب*، 231/8،مادة: صنع؛ الرازي، *مختار الصحاح*، باب الصاد، مادة صنع.

85. الكاساني، علاء الدين ، *بدائع الصنائع وترتيب الشرائع* ، (بيروت،دار الكتب العلمية ، 1986)،2/5.

86. السرخي، *المبسوط*،138/12.

بالاستصناع مما يحتاجه الناس، فصار العمل به عادة وعرفاً، فيُعمل هذا في عمومه ويخصص منه التعامل بالاستصناع87. فالاستصناع مشروعٌ لسدّ احتياجات الناس ومتطلباتهم، لا سيما في ظل التطور الصناعي والحياتي للناس.

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

هذه القاعدة هي نص لحديث نبوي شريف ورد بروايات متعددة منها ما روي عن ابن عباس– رضي الله عنهما– أن رسول الله– صلى الله عليه وسلم– قال:" لو يعطى الناس بدعواهم لادّعى رجل أموال قوم ودماءَهم، لكن البينة على المدعي واليمين على من أنكر"88.

ففي هذا الحديث قاعدة مهمة ومحكمة في باب القضاء وفض المنازعات بين الناس وردّ الحقوق لأصحابها، فالحاكم أو القاضي يجب عليه أن يستمع إلى كل دعوى ترفع إليه، ثم يقضي بموجبها إما للمدعي أو للمدعى عليه بحسب ما يتوفر لديه ويثبت من أدلة وبراهين يقدمها كل طرف.

واتفق الفقهاء على أن زفاف المرأة لزوجها قرينة ودلالة على قبضها المهر المخصص لها أو جزءً منه، وذلك استناداً للعادة المطردة والشائعة بين الناس، كما اتفقوا على وجوب الصداق بالدخول أو الموت، وَإِنْ أَرَدْتُمُ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنْطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا ﴿أما بالدخول فلقوله تعالى: .أما 89 وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا* أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُبِينًا وجوب المهر بالموت فبالإجماع المنعقد على ذلك90.

87. ابن عابدين، *نَشر العرف*، ص،116؛ أبوسنة ، *العرف والعادة*،ص64؛ الزرقا، *المدخل الفهي العام*، 2/897،896

88. مسلم،الأقضية، 30، برقم 447؛ الترمذي،*الأحكام*، 13، برقم 1341

89. النساء، 4، 20/21

90 . ابن رشد، محمد ، *بداية المجتهد ونهاية المقتصد*، تحقيق ماجد الحموي، (بيروت، دار ابن حزم 1995), 3/ 972.

أما إذا اختلف الزوجان في المهر هل قُبض أم لا؟ وذلك بعد دخول الزوج بزوجته، فيحكم بينهما حسب القاعدة التي مرت بأن المدعي عليه أن يقدم الأدلة والإثباتات على ذلك، ويجب الحلف على المنكر منهما وهذا هو رأي الجمهور 91.

قال الحنفية: إذا كان الخلاف قبل الدخول فالقول حينئذ للزوجة بيمينها، وعلى الزوج أن يثبت دعواه بالأدلة، أما إذا كان الخلاف بينهما بعد الدخول فإذا لم يكن هناك عرف سائد أو عادة متبعة بتقديم شيء من المهر فالقول قول الزوجة بيمينها، أما إذا كان هناك عرف منتشر يقضي بتقديم شيء من المهر، فيكون العرف هنا مكذباً للزوجة92.

فالعموم في هذه القاعدة المأخوذة من الحديث الشريف: بأنه يجب على المدعي تقديم الأدلة، وأنه يجب على المنكر الحلف واليمين فقد خصصه المالكية بعرف أهل المدينة حيث كان سائداً آنذاك أن الرجل يدفع المهر لزوجته أو جزءً من المهر قبل الدخول بزوجته، فجعل المالكي القول للزوج وعدم اعتبار قول الزوجة بناءً على العرف الذي كان منتشراً وسائداً في المدينة المنورة93. فالعرف العملي الذي كان منتشراً في المدينة جعله الإمام مالك مخصصاً لعموم القاعدة السابقة.يقول الإمام مالك في المدونة:" أرأيت إذا تزوج الرجل المرأة فدخل بها، فادّعت أنها لم تقبض من مهرها شيئاً، وقال الزوج قد دفعت إليك جميع الصداق، قال: القول قول الزوج. وقال مالك: وليس يكتب الناس في الصداق البراءات. قال ابن القاسم: لأنها مكنته من نفسها"94.

وقد فسّر ابن رشد في بداية المجتهد هذا الأمر قائلاً:" قال أصحاب مالك: إنما قال ذلك مالك لأن العرف بالمدينة كان عندهم أن لا يدخل الزوج بزوجته حتى يدفع المهر"95.

ولكن جمهور الفقهاء تمسكوا بالحديث الذي هو نص هذه القاعدة، وقالوا: أن القول هو قولها سواءً في ذلك قبل الدخول وبعده في ادعاء مهر مثلها، إلا أن يأتي الزوج ببينة تبرئه من هذا الادعاء. قال ابن قدامة

---

91 الجويني، عبدالملك ، *نهاية المطلب في دراية المذهب*، تحقيق محمد عثمان، (بيروت، دار الكتب العلمية، بدون تاريخ طبع)، 10/ 108؛ ابن عابدين، *نشر العرف*، ص126؛ الزحيلي، *الفقه الإسلامي وأدلته*، 9/295.

92 ابن عابدين، *نشر العرف*، ص،126.

93 ابن رشد، *بداية المجتهد*، 3/973،972.

94 مالك، *المدونة الكبرى*، 4/ 89.

95 ابن رشد, *بداية المجتهد*، 3/97.

في المغني:" وجملة ذلك أن الزوج إذا أنكر صداق زوجته وادعت ذلك عليه، فالقول قولها فيما يوافق مهر مثلها، سواءً ادعى أنه وفى لها أو أبرأته منه أو قال لا تستحق علي شيئاً، وسواءً في ذلك قبل الدخول أو بعده، وبه قال سعيد بن جبير والشعبي وابن شبرمة، وابن أبي ليلى والثوري والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي... ولنا أن النبي– صلى الله عليه وسلم– قال: اليمين على المدعى عليه، ولأنه ادعى تسليم الحق الذي عليه فلم يُقبل بغير بينة، كما لو ادعى تسليم الثمن أو كما قبل الدخول"96. وتمسك الشافعية باستصحاب العدم الأصلي كما جاء في المجموع:" إذا اختلف الزوجان في قبض المهر فادعى الزوج وقال: اقبضتكِ مهرك، فأنكرت وقالت: لم أقبضه، فالقول قولها مع يمينها أنها لم تقبضه، لأن الأصل عدم القبض سواءً كان ذلك قبل الدخول أو بعده"97. أما الجمهور فخالفوا هذا وقالوا: البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه، يدل على أن من ادعى شيئاً كان عليه البينة ولا يمين عليه وإن شهد له العرف98. فيتبين لنا مما تقدم أن الإمام مالكًا– رحمه الله– قد خصص عموم القاعدة المأخوذة من الحديث الشريف" البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه" بالعرف العملي الذي كان سائداً ومنتشراً ومعلوماً في المدينة المنورة: أن الرجل لا يدخل بزوجته إلا وقد دفع لها المهر أو جزءاً منه، بينما الجمهور: فأخذوا الحديث على ظاهره بأن المدعي تجب عليه البينة، والمدعى عليه الحلف.

المثال الرابع :**الحيازة**

الحيازة لغة: هي وضع الشيء وجمعه، يقال حزت الشيء وأحوزه حوزاً وحيازة، ضممته وجمعته، وكل من ضم إلى نفسه شيئاً فقد حازه99.

والحيازة اصطلاحاً: هي وضع اليد على الشيء والاستيلاء عليه100. وتُعرف الحيازة أيضاً بوضع اليد. واتفق الفقهاء على أن وضع اليد دليل المُلك101.

ا بن قدامة، موفق الدين ، المغني، تحقيق عبدالله بن عبدالمحسن التركي، (الرياض، عالم الكتب،1997), 8/ 44،43.96

المطيعي، *تكملة المجموع*، 18/159.97

الشيرازي، إبراهيم ، *المهذب*، تحقيق محمد الزحيلي، (دمشق، دار القلم، 1992), 2/335؛ أبو سنة، *العرف والعادة*، ص157،.98

الفيومي ، أحمد ، *المصباح المنير*، (القاهرة، دار الحديث،2003) , مادة وضع.99

الدسوقي، شمس الدين ، *حاشية الدسوقي على الشرح الكبير*، (القاهرة، دار إحياء الكتب العلمية، بدون تاريخ طبع) ، 4/233.100

ابن عابدين، *حاشية ابن عابدين*، 3/256؛ السبكي، *فتاوى السبكي*، 2/488.101

فقد صرّح المالكية بأن وضع اليد– أي الحيازة– إذا طال الزمان ولم يوجد له منازع وهو أي الحائز يتصرف فيه تصرف المالك دلّ على المُلك. قال سحنون:" الشهادة بالمُلك أن تطول الحيازة وهو يفعل ما يفعل الملاّك لا منازع له، وإن لم تطل الحيازة لم يثبت الملك"102.

وقال المالكية: بأن من حاز عقاراً لمدةٍ تُقدّر بعشر سنوات وتصرّف فيه هذه المدة تصرف الملاّك من هدم أو بناء أو ترميم أو زرع أو غرس أو قطع شجر وسوى ذلك من الأعمال التي تشير على أنه هو المالك لهذا العقار، ثم ادّعى عليه شخص حاضر– ولكنه ساكت طيلة هذه الفترة بلا مانع– أن هذا العقار له وأقام على دعواه بيّنة، فإنه لا تُسمع دعواه وذلك لأن العرف العملي يقضي بأن المالك الحقيقي لا يرضى ولا يسكت عادة إذا رأى غيره يتصرف في ملكه هذه المدة الطويلة103.

فهذا العرف العملي الرافض لقبول دعوى الثاني فيه تخصيص للنص العام في الحديث النبوي الذي يقول فيه:" البينة على المدعي واليمين على من أنكر"104. فالعرف العملي هنا خصص القاعدة العامة في الادعاء في الحديث النبوي، فلم تُقبل دعوى الثاني الذي سكت طيلة هذه الفترة، ثم بعد زمن ادّعى أنه صاحب الملك، فلا تسمع هذه الدعوى التي أقامها، بل يستحقها الحائز. ومن هنا تكون العلاقة بين الحائز والشخص المدّعي لملكية ذلك الشيء المحوز لها تأثير حسبماً يشهد ويُقرّ به العرف من التسامح أو المنازعة، وتعتبر الحيازة كدليل على التملك والملكية105.

والحيازة تكون دليلاً على الملكية للحائز إذا توفرت فيها ما يلي من الشروط:

---

102 الحطاب، محمد ، *مواهب الجليل في شرح مختصر خليل*، (بيروت، دار الكتب العلمية ،بدون تاريخ طبع)، 221/2؛ ابن فرحون، *تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الحكام*، 81/2.

103 الدردير، أحمد ، *الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك*، (القاهرة، دار المعارف، بدون تاريخ طبع)، 321/4،319 .

104 سبق تخريجه ص، 22.

105 ابن نجيم، *الأشباه والنظائر*، ص272؛ الكاساني، *بدائع الصنائع*، 255/6؛ ابن عابدين، *حاشية ابن عابدين*، 4/ 344 ابن قدامة، *المغني*، 275/9.

أ. أن يتصرف الحائز في الشيء المحوز، والتصرف المعتبر والمجمع عليه يكون بالهدم والبناء والتغيير فيما لا ضرورة داعية له، أما السكن فمختلف فيه والمشهور أنه حيازة. يقول ابن رشد:"وأما حيازة الأجنبيين فيما لا شركة بينهم فيه فالمشهور في المذهب أن الحيازة تكون بينهم في العشرة أعوام"106.

ب ـ أن يكون المدّعي حاضراً غير غائب وعالماً بما يجري ويرى ويشاهد.

ج أن يكون المحوز عنه الموجود طيلة هذه المدة ولا يقول شيئاً ولا يطالب بحقه ولا ينكر ذلك107.

وذهب الحنابلة والأحناف إلى أن الذي يدّعي شيئا في يد غيره وأنكر الآخر وكان لدى كل طرف منهما بينة فبينة المدّعي" الخارج" تقدّم على بينة المدّعى عليه" الداخل" واستدلوا بالحديث الذي مرّ معنا آنفاً" البينة على المدعي واليمين على من أنكر". وقال الشافعية: بأن الحيازة أو وضع اليد تنقل الملكية للشيء المحوز عليه إلى الحائز ولكنها تدل عليه، فيكون القول عند المنازعة للحائز أنه يملك المحوز عليه بيمينه108.

المثال الخامس :**الأحاديث الناهية عن الغرر وبيع المعدوم**

وردت أحاديث عديدة تنهى عن الغرر وبيع المعدوم، ففي حديث أبي هريرة– رضي الله عنه– أن رسول الله– صلى الله عليه وسلم–:" نهى عن بيع الغرر"109. وحديث حكيم بن حزام عندما قال له الرسول– صلى الله عليه وسلم–:" لا تبع ما ليس عندك"110. وكذلك ما روي عن عبد الله بن عمر– رضي الله عنهما– أن رسول الله– صلى الله عليه وسلم–:" نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها نهى البائع والمبتاع"111.

فهذه الأحاديث تقضي بمنع أن يبيع الإنسان ما هو مجهول وفيه غرر، أو معدوم غير موجود. ولكن هذه الأحاديث خُصصت بالعرف العملي للناس في زمن النبوة وذلك بجواز شراء وبيع ما لم يظهر من

106.ابن رشد، *بداية المجتهد*، 2/44

107.ابن رشد، محمد، *البيان والتحصيل*، تحقيق محمد العرايشي, (بيروت، دار الغرب الإسلامي، 1985)، 11/147

108.الشيرازي، *المهذب*، 2/311

109.مسلم،البيوع،21، برقم 1513

110.الترمذي، البيوع،12، برقم 1232

111.البخاري، البيوع،34، برقم 2082

الثمار أو الزروع التي تظهر تباعاً ويوجد بعضه بعد بعض كالبطيخ والقرع والباذنجان والقثاء وغير ذلك، مع ما ظهر وبدا استحساناً للضرورة ولحاجة الناس إلى ذلك.

وأيضاً تخصيصاً لها من العام الذي تدل عليه الأحاديث الناهية عن الغرر وعن بيع المعدوم، وذلك بسبب تعارف الناس لهذه البيوع وتعاملهم بها. وقد أفتى بجواز هذا البيع بعض علماء الحنفية، حيث تعارف الناس واعتادوا على بيع ثمار الكروم بهذه الصفة، وعللوا هذا الجواز بأن عادة الناس وعرفهم هو التعامل به، وفي نزع الناس عن عادتهم وعرفهم المألوف في المبادلات المالية والتجارية حرج وضيق شديد. فهذه الإجازة بهذا النوع من البيوع فيها تخصيص بالعرف العملي لعموم الأحاديث التي مرت بنا والتي تنهى عن بيع الغرر والمعدوم112.

وكذلك في إجازة الكثير من فقهاء الحنفية والمالكية بيع الثمار على الأشجار إذا ظهر بعضها ولم يظهر البعض الآخر ويسمى" البطون المتلاحقة" كالعنب،والبطيخ،والباذنجان، والخيار، وذلك لتعامل الناس بهذا البيع عرفاً مع أن بعضها بيع لمعدوم113. فالتخصيص بالعرف والعادة هنا سائغ ومقبول، إذ كيف يشترط الشارع وجود محل للعقد ولا يمكن تصور وجوده إلا متلاحقاً شيئاً فشيئاً. فعلة النهي في الأحاديث المذكورة هي عدم القدرة على تسليم المبيع أو عدم الهيمنة عليه114.

يقول الكاساني مفصلاً الأمر بقوله: وما يوجد من الزرع بعضه بعد بعض كالبطيخ والباذنجان فيجوز بيع ما ظهر منه ولا يجوز بيع ما لم يظهر وهذا قول عامة العلماء– رضي الله عنهم–، وقال مالك– رحمه الله–: إذا ظهر في الخارج الأول يجوز بيعه لأن فيه ضرورة لأنه لا يظهر الكل دفعة واحدة بل على التعاقب بعضها بعد بعض، فلو لم يجز بيع الكل عند ظهور البعض لوقع الناس في الحرج"115.

ففي مخالفة الإمام مالك للجمهور بجواز هذا البيع، فالظاهر أن عمدته في ذلك عمل أهل المدينة والعرف السائد. وقال الإمام مالك في الموطأ:" والأمر– في بيع البطيخ والقثاء والجزر– أن بيعه إذا بدا صلاحه حلال جائز، ثم يكون للمشتري ما ينبت حتى ينقطع ثمره ويهلك، وليس في ذلك وقت يؤقّت، وذلك

---

112. السرخسي، *المبسوط*، 197/12؛ الكاساني، *بدائع الصنائع*، 139/5

113. ابن عابدين، *نشر العرف*، ص،137

114. الدريني، *المناهج الأصولية*، ص،650؛ الغرايبة، *تخصيص عام النص الشرعي بالعرف*، ص،14

115. الكاساني، *بدائع الصنائع*، 139/5

أن وقته معروف عند الناس"116. وفي هذا الذي قاله الإمام مالك أفتى به المتأخرون من فقهاء الحنفية كالحلواني، والفضلي، وعمدتهم في هذا أنه جرى العرف وعادة الناس به، وفي نزع الناس عن عادتهم وعرفه حرج وضيق117.

قال ابن عابدين:" وأفتى الحلواني بالجواز، وزعم أنه مروي عن أصحابنا، وكذا حُكي عن الإمام الفضلي" أبو بكر بن الفضل" ونقل عنه أنه قال: أستحسن فيه لتعامل الناس، فإنهم تعاملوا بيع ثمار الكرم بهذه الصفة، ولهم في ذلك عادة ظاهرة وفي نزع الناس عن عادتهم حرج"118.

وفي هذا الصدد يقول الشيخ أبو سنة:" وكون هذا من بيع المعدوم المنهي عنه وتصريح ظاهر المذهب ببطلانه لا يمنع ما أفتوا به، لأن العرف كما علمنا يخصص الأدلة ويعدل به عن ظاهر المذهب"119.

وقد خلُص بعض العلماء بعد عرض أقوال الفقهاء ومناقشتها في هذه المسألة إلى ترجيح ما ذهب إليه الإمام مالك– رحمه الله–، وبعض أصحاب الأمام أحمد، وبعض الحنفية، وابن القيم، وهو ما يتوافق مع ما ذهب إليه الشافعي وإن اختلف التعبير عن المستند في هذه المسألة إلى أن الضرورة والعرف مخصصان للأدلة، وهما مستند الحكم والفتوى في هذه المسألة، حيث يتلائم القول بهذا الرأي مع مقاصد الشريعة التي تدعو إلى التيسير ورفع الحرج120. فنخلص إلى القول بأن في عمل أهل المدينة وعرفهم وعادتهم التي درجوا عليها تخصيص لعموم النهي الوارد في هذه الأحاديث التي مرت معنا .

المثال السادس :**حديث ولوغ الكلب في الإناء**

روى أبو هريرة– رضي الله عنه– عن النبي– صلى الله عليه وسلم–أنه قال:" إذا ولغ الكلب في إناء أحدكم فلْيُرِقه ثم ليغسله سبع مرات"121. في هذا الحديث الشريف جاءت كلمة" إناء" وهي كلمة عامة تشمل كل

---

116. مالك، الموطا، 2/ 619

117. البغا، *أثر الأدلة المختلف فيها*، ص،296

118. ابن عابدين، *نشر العرف*، ص،140،139؛ البغا، *أثر الأدلة المختلف فيها*، ص،297

119. أبو سنة، *العرف والعادة*، ص،30

120. السيد صالح، *أثر العرف*، ص،510 وما بعدها

121. مسلم،الطهارة،1، برقم 91

إناء سواء أكان فيه الماء أو الطعام أو سوى ذلك من المائعات. فالأمر في الحديث الشريف بالغسل ظاهر في تنجيس الإناء، فهل يختص الغسل بما إذا ولغ الكلب في إناء فيه ماء؟ أم يشمل كل الآنية التي تحوي الطعام وغيره من المائعات أو السوائل؟. قال ابن قدامة:" لا يختلف أن نجاسة الكلب يجب غسلها سبعاً، إحداهن بالتراب"122. وقال النووي في المجموع:" وقد اختلف العلماء في ولوغ الكلب، فمذهبنا أنه ينجس ما ولغ فيه، ويجب غسل إنائه سبع مرات إحداهن بالتراب، وبهذا قال أكثر العلماء"123. ومال المازري124 إلى أن المقصود بالإناء في الحديث الشريف هو ذاك الذي يحوي على الماء، فخصص العموم الوارد في لفظ" إناء" بالعادة والعرف العملي المنتشر بين الناس آنذاك، إذ الغالب عندهم كان الماء في الآنية وليس الطعام، ولكنه– المازري– تردد بين أنها عادة قولية أو عادة فعلية. ولكنه فضّل أنها عادة قولية125. ولا مانع من أن يكون المخصص لهذا الحديث الأمران– العرف القولي والعرف العملي– معاً126.

إلا أن القرافي جزم بأنها عادة قولية فقال:" وتوقف– أي المازري– في موضع التوقف، بل المخصص عادة قولية، لأنهم لم يكونوا يضعون في الآنية التي تصلها الكلاب غير الماء. وكان غالبا نطقهم بصيغة" ولغ" في الماء خاصة، فكان ذلك كغلبة نطقهم بلفظ" الدابة" في الفرس، لا أن مدرك التخصيص العقل"127.

قال ابن القيم في تهذيب السنن:" إذا كان لا بد من تقييد الحديث وتخصيصه ومخالفة ظاهره: كان أسعد الناس به مَنْ حمله على الولوغ المعتاد في الآنية المعتادة التي يمكن إراقتها، قلت: وهو يشبه قول الرسول– صلى الله عليه وسلم– في حديث أبي هريرة أن النبي– صلى الله عليه وسلم– قال:" إذا وقع الذباب في إناء أحدكم فَليَغْمِسه كُله ثم ليطرحه"128. والمراد: الإناء المعتاد– والله أعلم– وهو ولوغ متتابع في آنية

122.73/1 ابن قدامة، *المغني*،

123.598/2 النووي، *المجموع*،

124 المازري: (453ـــ 536 هـــ) هو محمد بن عمر التيمي المازري أبو عبدالله، محدث من فقهاء المالكية، نسبته إلى مازر بجزيرة صقلية، له من المصنفات: إيضاح المحصول في الأصول. الزركلي، الأعلام، 277/6.

125 الحطاب، شمس الدين محمد بن محمد بن عبدالرحمن الطرابلسي المعروف بالحطاب الرّعيني، *مواهب الجليل في شرح مختصر خليل*،(بيروت، دار الفكر،1992)، 175/1.

126.24 العروسي، خالد العروسي، بحث بعنوان: تخصيص العموم بالعرف والعادة، جامعة أم القرى، ص

127.2236/5 القرافي، شهاب الدين ، *نفائس الأصول في شرح المحصول*، (القاهرة، مكتبة مصطفى البار،1995)،

128.5445 البخاري، الطب،

صغار يتحلل من فم الكلب في كل مرة ريق ولعاب نجس يخالط الماء ولا يخالف لونُه لونَه، فيظهر فيه التغيير، فتكون أعيان النجاسة قائمة بالماء وإن لم تُرَ.

فأمر الرسول– صلى الله عليه وسلم– بإراقته وغسل الإناء، فهذا المعنى أقرب إلى الحديث وألصق به، وليس في حمله عليه ما يخالف ظاهره، بل الظاهر أنه أراد الآنية المعتادة التي تتخذ للاستعمال فيلغ فيها الكلاب"129. يتضح لنا مما تقدم أن لفظ" الإناء" الوارد في الحديث الشريف لفظ عام يشمل آنية الماء وآنية الطعام وغيرها من الآنية التي يوضع فيها السوائل والمائعات، فخصص المالكية هذا اللفظ العام بالعرف القولي الذي كان شائعاً عند العرب آنذاك بأن المقصود بالإناء إذا أطلق هو الإناء المملوء ماءً عادة، ولا يشمل الآنية الأخرى المملوءة طعاماً أو سائلاً غير الماء.

المثال السابع :الحمار الأهلي

ورد عن النبي– صلى الله عليه وسلم– قوله:" يقطع الصلاة المرأة والحمار والكلب"130.

وقد ترجّح عند الحنابلة من أن المقصود بالحمار في حديث رسول الله– صلى الله عليه وسلم–، هو الحمار الأهلي، وليس الوحشي كما جاء ذلك في رواية عن الإمام أحمد، والتخصيص هنا في هذه المسألة هو العرف القولي131.

---

129. ابن القيم، محمد ، *تهذيب السنن*، تحقيق إسماعيل بن غازي، (الرياض، مكتبة المعارف، 2007), 1/188.

130. مسلم،الصلاة،4، برقم 266

131. العروسي، *تخصيص العموم بالعرف والعادة*، ص، 137

يقول ابن مفلح132:" واسم الحمار إذا أُطلق إنما ينصرف إلى المعهود المألوف في الاستعمال وهو الأهلي"133. وهذا ما ذكره ابن رجب الحنبلي في قواعده:"إذا حلف لا يركب حماراً فركب حماراً وحشياً هل يحنث أم لا؟ لا يحنث لأن الركوب إنما يراد به الحمار الأهلي"134.

---

132 ابن مفلح، محمد بن مفلح بن محمد المقدسي الحنبلي، شمس الدين أبو عبدالله، صاحب" الفروع" و" أصول الفقه" توفي سنة 763هـــ. الزركلي، الأعلام، 107/7؛ ابن العماد، شهاب الدين ، *شذرات الذهب في أخبار من ذهب*، تحقيق عبدالقادر الأرناؤوط، (دمشق، دار ابن كثير ،1992) ، 340/8.

133 ابن مفلح، إبراهيم ، *النكت والفوائد على مشكل المحرر لمجد الدين ابن تيمية*، (الرياض، مكتبة المعارف ، 1404 هـ) ،1/ ـــ 76.

ابن مفلح، تصحيح الفروع، تحقيق رائد ين صبري، (بيروت، مؤسسة الرسالة ، 2003), 258/2.

134 ابن رجب، *القواعد في الفقه الإسلامي*، القاعدة 121، ص،275.

الخاتمـة

بعد الذي تقدم من موضوع تخصيص العام بالعرف نُدرك أن التشريع الإسلامي هو تشريع حيّ متجدد وليس جامداً، بل هو قابل للحركة والتطور والتجديد. وإن كثرة هذه الحوادث والنوازل تتطلب أحكاماً وفتاوى، فالمطلوب من العلماء والفقهاء في كل زمان ومكان أن يوافقوا بين أعراف الناس في كل إقليم وبين أحكام التشريع الإسلامي.وفيما يلي أهم نتائج البحث :

1 ـ النصوص الشرعية– القرآن، السنة– يجب أن تفهم بحسب مدلولاتها اللغوية والعرفية، وذلك في زمن نزول هذه النصوص– أي في عصر النبوة– لأنها هي مقصد ومراد الشارع الحكيم، أي بمعنى أن تفهم هذه النصوص الشرعية حسب الشائع في زمن التشريع، ولا عبرة بالأعراف والمفاهيم التي تغيرت وتبدلت بعد عصر النبوة .

2 ـ إذا تعارض نص شرعي مع العرف فيُنظر إلى درجة التعارض بينهما هل هي كلية أو جزئية؟. فإن كان التعارض كلياً بحيث يستوجب العمل بالعرف تعطيل النص الشرعي ففي هذه الحالة يكون العرف فاسداً لا يجوز العمل به. أما إذا كان العرف يتعارض مع النص جزئياً، بأن يكون النص عاماً، وعارضه العرف المقارن في بعض أفراده، هنا يكون التخصيص لهذا النص الشرعي العام بالعرف.

3 ـ اتفق العلماء على أن العرف القولي الذي يُخصص به النص الشرعي العام إنما هو العرف العام وليس الخاص، لأن تخصيص النص العام يكون بالعرف المنتشر السائد بين جميع الناس الذين نزل القرآن بلغتهم وحسب ما تعارفوه من معانٍ جرت عليها عاداتهم وتقاليدهم.

4 ـ من شروط التخصيص بالعرف: أن يكون هذا العرف مقارناً للنص زمن وروده، أما العرف الطارئ المخالف للنص في بعض مدلولاته فإنه لا يخصص به النص إلا إذا أيّد هذا العرف الطارئ سُنّة أو إجماع . إذاً القول بتخصيص النص الشرعي العام بالعرف لا يُعتبر نسخاً للنص أو هدماً له، بل هو إعمال للدليلين معاً. فالتخصيص بالعرف يحقق التوفيق بين النص الشرعي العام والعرف القائم، ويزيل التعارض الموجود بينهما.

المصادر والمراجع :

ــ ابن العماد، شهاب الدين ، *شذرات الذهب في أخبار من ذهب*، تحقيق عبدالقادر الأرناؤوط، ط 1، دار ابن كثير، دمشق، 1992 .

ــ ابن عاشور، محمد ، *مقاصد الشريعة الإسلامية*، المطبعة الفنية، تونس، بدون تاريخ طبع . الحطاب، شمس الدين ، *مواهب الجليل في شرح مختصر خليل*، ط3، دار الفكر بيروت، 1992

ـ ابن منظور, محمد بن مكرم ، *لسان العرب*، ط،3، دار صادر، بيروت، 1995 .

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

ــ الجرجاني، علي ، معجم *التعريفات*، تحقيق محمد صديق المشاوي، دار الفضيلة، القاهرة ، بدون تاريخ طبع .

ـــ الرازي, فخر الدين ، *المحصول في علم أصول الفقه*، تحقيق جابر فياض العلواني، بدون تاريخ طبع، مؤسسة الرسالة، دمشق .

ـ الزرقا، مصطفى ، *المدخل الفقهي العام*، ط 1، دار القلم، دمشق، 1998..

ـــــ مالك، مالك بن أنس، *المدونة الكبرى*، اصدار وزارة الشؤون الإسلامية، مطبعة السعادة، السعودية، 1324هـ .

صالح ،محمد ، *تفسير النصوص*، ط4،المكتب الإسلامي، بيروت، 1993. ـ

ـ أمير ،محمد أمين، ، *تيسير التحرير*، بدون تاريخ طبع، دارالباز، مكة .

ــ ابن تيمية، أحمد ، *المسودة في أصول الفقه*، تحقيق محمد محي الدين عبدالحميد، دار الكتاب العربي، بيروت ، بدون تاريخ طبع .

ـ ابن رجب، عبدالرحمن ، *القواعد في الفقه الإسلامي*، بدون تاريخ طبع دار الفكر، بيروت.

ـــــ ابن رشد، محمد، *البيان والتحصيل*، تحقيق محمد العرايشي، ط 1، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1985.

ـــ ابن رشد، محمد ، *بداية المجتهد ونهاية المقتصد*، تحقيق ماجد الحموي، ط1، دار ابن حزم، بيروت، 1995 .

ـــــ ابن فارس، أحمد ، *معجم مقاييس اللغة*، تحقيق عبدالسلام محمد هارون ، دار الفكر، بيروت، بدون تاريخ طبع .

ـــــ ابن مفلح، إبراهيم ، *النكت والفوائد على مشكل المحرر لمجد الدين ابن تيمية*، ط2، مكتبة المعارف، الرياض،1404هـ .

ـ ابن مفلح، إبراهيم ، *تصحيح الفروع*، تحقيق رائد ين صبري، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2003.

ـ ابن هشام، محمد ، *تهذيب سيرة ابن هشام*، ط14، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1985 .

ـ أبو سنة، أحمد ، *العرف والعادة في رأي الفقهاء* ، مطبعة الأزهر، 1947 .

ـ الأصفهاني، الحسين ، *مفردات ألفاظ القرآن*، ط4، دار القلم، دمشق ، 2009 .

ـــ الجوهري، إسماعيل ، *الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية*، تحقيق أحمد عبدالغفور عطار، ط 4، دار العلم للملايين، بيروت، 1990 .

ـــــــ الجويني، عبدالملك ، *نهاية المطلب في دراية المذهب*، تحقيق محمد عثمان، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون تاريخ طبع .

ـــ السرخسي، محمد ، *أصول السرخسي*، تحقيق أبو الوفا الأفغاني، لجنة إحياء المعارف النعمانية بحيدر آباد، الهند، بدون تاريخ طبع .

ـ السلمي، عياض ، *أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله*، ط 1، دار التدمرية، الرياض، 2005م .

ـــــ السوسوة، عبدالمجيد ، *التخصيص بالعرف وأثره في الفقه الإسلامي*، مجلة الشريعة و والقانون، العدد 32، الأردن ، تاريخ النشر 2007.

ـــــ السيد صالح، عوض، *أثر العرف في التشريع الإسلامي*، بدون ،مكتبة الرسالة، بيروت ، بدون تاريخ طبع .

ـــ السيوطي، جلال الدين ، *الأشباه والنظائر في قواعد فروع الشافعية*، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1983 .

ـ الشاشي، أحمد ، *أصول الشاشي*، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت،2003 .

ـــــ الشافعي، محمد ، *الرسالة*، تحقيق أحمد محمد شاكر، ط 1، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، القاهرة، 1938 .

ـ الشنقيطي، محمد ، *مذكرة أصول الفقه على روضة الناظر*، ط 1، دار عالم الفوائد، مكة، 1426هـ .

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

ـــــ الشوكاني، محمد ، *نيل الأوطار*، تحقيق محمد صبحي بن حلاّق، ط 1، دار ابن الجوزي، الرياض، 1427 هـ .

ـ الصابوني، عبدالرحمن ، *أصول الفقه*، ط2، دار الفكر، دمشق، 1966 .

ـ الفراهيدي، الخليل ، *كتاب العين*، تحقيق الدكتور عبدالحميد الهنداوي، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003 .

ـــــــ القرافي، أحمد ، *نفائس الأصول في شرح المحصول*، ط 1، مكتبة نزار مصطفى البار، القاهرة، 1995.

ـ الونشريسي، أحمد ، *إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك*، تحقيق الصادق بن عبدالرحمن الغرياني، ط 1، دار ابن حزم، بيروت، 2006 .

ـــ رقية طه العلواني، أثر *العرف في فهم النصوص (قضايا المرأة نموذجا)*، ط 1 دارالفكر، دمشق ، بدون تاريخ طبع .

GENİŞLETİLMİŞ ÖZET

İslam şeriatının temel kaynakları, Kur'an, Sünnet, icma ve kıyastır. Bu kaynaklar konusunda âlimler ittifak etmişlerdir. Ancak âlimlerin ihtilaf ettikleri bazı kaynaklar vardır. Bunlar da mesâlih-i mürsele, istihsan, örf ve öncekilerin şeriatı gibi kaynaklardır. Örf, geçmişten günümüze kadar fıkıh ve fıkıh usulü araştırmalarında büyük bir öneme sahiptir. Âlimlerin örfe olan ilgileri, ihtilaf konusu delillerden feri bir delil olmasından kaynaklanır ve bu konumu bakımından belirgindir. Örfün dikkate alınmasını gerektiren en önemli özelliği, İslam hukukunun bütün zaman ve mekânlarda salahiyet ve geçerliliğini sağlamasıdır.

Örf, fakihler nezdinde şeri delillerden bir delil olarak sayılmaktadır. Onun üzerine farklı mezheplerde birçok fıkhi meseleler terettüp etmektedir ve ondan birçok fıkhi kaide doğmuştur. Müçtehit ve fakihlerin mezheplerine baktığımızda kendisinde örfün uygulandığı birçok meseleyi görürüz.İslam, örfün insanların çıkarlarını sağladığı ve şeriatın herhangi bir hükmüne aykırı olmadığı sürece, insanlara menfaati sağlamak amacıyla onu hükümlerin verilmesinden esas bir merci kılmıştır. Bu bakımdan, insanlar üzerindeki zorluk ve sıkıntıların kaldırılmasını sağlar, çünkü zorluk ve sıkıntılar insanların geleneğine uymadığı gibi Şeriatın amaçlarına da aykırıdır. Fakat gelenek ve görenekler tek tip bir formda değildir, iyi ve kötü olmak üzere ikiye ayrılır. Fıkhi hükümleri etkileyen örf, şeriatın maksatlarını gerçekleştiren örftür. Kötü ve fasit örflerin hükümler üzerinde hiçbir etkisi yoktur. Dolaysıyla iyi örfün önemi hukukçu, hâkim ve müftü tarafından tahsis edildiğinde veya kısıtlandığı zamanda ortaya çıkar.

Hukukçu ve âlimlerde örfün hiçbir zaman Allah ile şari olmadığına dikkat edilmelidir. Şeriatın gelenek ve göreneklere uyması, ümmet için bir kolaylaştırma ve merhamet meselesidir. Aksi takdirde, hükmün kaynağı şeriatı indiren yüce Allah'tandır; yoksa hükmü içeren nassa muvafık gelen örf değildir. Eğer yüce Allah örfü tanıtmaya ve onunla ilgili hükümlerin oluşturulmasına izin vermişse, Allahtan alınan bu izin kaynaktır, örfün bizzat kendisi değil. İslam hukuku hükümlerinin bazılarıyla uyuşmazsa, insanların alışkanlıkları ve gelenekleri geçerli değildir.

Örf, nefis ve akılları etkilemekte büyük bir rol oynar. Eğer insanın nefsi ve aklında yerleşmişse, artık yaşamın bir gereği olarak kabul edilir. Psikologların ifade ettikleri gibi, bir işi tekrar etmek ve onu sürekli uygulamakla özellikle bu örfün kaynağı hacet ise, sinir, nefis, akıl ve organlar bu işe alışmış bir hale gelir. Şariin örfe olan değeri, Kur'ân-ı Kerîm ve hadis-i şeriflerin naslarının, vahinin indiği zamandaki Araplar nezdinde yaygın kavram ve onlar tarafından bilinen manalara uygun olmasında açığa kavuşmaktadır. Usulculara göre örf, sebep, alaka düzeyini, metnin mastarı veya örfün dilsel anlamının ışığında, birkaç bölüme ayrılır. Zira örf, sebep ve alaka düzeyi ışığında kavli ve ameli olmak üzere ikiye ayrılır. Ameli örfün, hüküm, fetva verme ve sözleşmelerin etkilerini kısıtlama gibi bir yetkiye sahiptir. Aynı zamanda örf, kaynak olarak has ve umuma ayrılır. Şeriat kurallarına ve metinlerine uygunluğu açısından ise, sahih ve fasit şeklinde ikiye ayrılır.

Örf, Kuran'ın metni, Sünnet veya icma gibi kendi başına var olan bağımsız bir kanıt değildir, ancak kuralın bir tezahürüdür. Fakihler arasında örfün dikkate alınması, aşağıdakileri içeren birtakım şartlar gerektirir: galip ve yaygın olması, eylem ve işlemlerin oluşturulduğu zamanda var olması, kanun ve yasalara kesinlikle aykırı olmaması gibi şartlara uymalı. Örfün önemine gelince, Fakihlerin örfe dayalı birçok hükmü verdikleri nakledilir. Bir kısmı, (Muhkem örf) ve (zaman geçimiyle hükümlerin değişmemesi inkâr edilmez) hükümleridir. Şeriat ayrıca, bu şeri metinlerin, teşrin geldiği zamandaki olağan anlamları ışığında anlaşılmasını gerekli kılmıştır. Bu durumun gereği olarak, o zamanda Araplarda yaygın olan yaygın olan örfle umumun tahsisinin yapılmasıdır. Bunula birlikte, bu mesele, tahsise salahiyeti olan örfün türü, kriterleri ve coğrafi sahası gibi bazı sorunları yaratmıştır. Bu nedenle, âlimler

umama tahsis olacak örfün türü ve dikkate alabilmesi için gerekli olan şartları belirletmişler. Böylece, beşerî örfler İslam şeriat metinlerinin nasihi olmayacaktır.

Âlimler tahsis edilebilecek örfün türünde ihtilaf etmişlerdir. Cumhur, tahsisi sadece semavi vahyin nüzulüyle paralel olan örf ile sınırlandırmıştır Diğerlerine göre ise, tahsis edilecek olan örf, vahiy nüzul zamanında umumun nassına karşılaştırmalı olduğu sürece kavli ve ameli örfü birlikte değerlendirmesi gerektiğini belirtmişlerdir. Ancak fakihler, nübüvvet zamanından sonra meydana gelen örfün umuma tahsis etmediği konusunda ittifak etmişlerdir. Buna binaen, şariden umuma has bir şeriat nassı geldiği sırada insanlara has bir örfü varsa veya umumun metininde birbirleriyle olan ilişkilerinde belirli bir örfe sahipse, cumhura göre, umumun nassı bu yaygın olan örfle tahsis edilemez. Hanefi ve Maliki âlimlerine göre ise, bu tür örfün umumun nassını tahsis edilebileceği görüşündeler. Aynı zamanda fakihler, insanlar arasındaki konuşmalarında olan umumun kavli örfle ve insanlar arasında yaygın olan ameli örfle tahsis edildiğine ittifak etmişler.

Örfün umumla tahsisi, İslam hukukunun önemli kaidelerinden biri olarak sayılır. Öte yandan, Hanefi ile cumhur arasında görülen ihtilaf, aslında cumhurla aynı mezhebinin âlimleri arasında bir ihtilaftır. Örfün meşru bir metinle çeliştiği zaman, bu çelişki derecesi külli veya cüzi olması dikkate alınmalıdır. Çelişki külli olduğunda, bu örfle amel edildiği zaman şeri nassı geçersiz olacağından dolayı bu örfle amel etmek batıldır. Böylece, şeri nassa aykırı olmasından dolayı o örfle amel etmek caiz değildir. Ancak çelişki cüzi derecedeyse, zira nas umumlu örfte cüzi olup nasla bir cüzinde ihtilaflı oluyorsa, bu durumda örf umumun nassına tahsis edilip edilmeye de bilir. Çünkü örfün hükmü bu durumda türüne göre değişir. Kavli, ameli, nassın indiği zamanda var mıydı yoksa sonradan ortaya çıkan türü üzerinde değerlendirilir.

Şeri bir nassın umumunu örf ile tahsis etmek için, fıkhın çeşitli bölümlerinde çeşitli uygulamaları vardır. Annenin çocuğunu emzirmemesi buna örnek olarak verilebilir. Annelerin çocuklarını emzirmesini gerektiren Kur'an metninin umumi bir tahsisidir. Bunun nedeni ise, cahiliye dönemin ve hatta İslam'ın gelişinden sonraki zamanlarda Arapların çocuklarını bir sütanneye vermeleridir. Buna benzer bir şekilde, sende olmayan bir şeyi satma hadisine tahsis etmek, şartlı satışın nehyinin insanlar arasında yaygın bir şartı içeren satışın cevazı ile tahsisi ve âlimlerin umumu örfle tahsis etme konusuna buna benzer verdikleri örnekler gibi.