العرف والعادة في رأي الفقهاء

عرض نظرية في التشريع الإسلامي

بقلم

أحمد فهمي أبو سنة

المدرس بكلية الشريعة

« حصل بهذه الرسالة واضعها على شهادة العالمية »
« من درجة أستاذ في الشريعة من الجامع الأزهر »

« وهذه أول رسالة نوقشت في قسم الأستاذية »
« برياسة المغفور له الأستاذ الأكبر »
« الشيخ المراغي في ٢٠ يناير سنة ١٩٤١ »

مطبعة الأزهر

١٩٤٧

«الإهـداء»

إلى روح الأستاذ الأكبر المغفور له الشيخ محمد مصطفى المراغى

أحمـد الله إليك ، وســـلامه عليك ورحمته ومغفرته ، ورضى الله عنك فى عليين ، مع النبيين والصديقين ، والشهداء والصالحين .

أما بعد ، فهذه « نظرية العرف والعادة فى رأى الفقهاء » التى تتوجت بشرف رياستك للجنة التى ناقشتها ورضيت عنها وشهدت لها ، والتى هى باكورة طيبة من بواكير إصلاحك للأزهر ؛ أقدمها الى روحك الطاهرة ثمرا يانعا من ثمار غرسك المبارك ، وأثرا نافعا من آثار جهادك المجيد ، وتذكارا خالدا لوفاء التلميذ للعلم ، ووفائه كذلك لشيخ العلماء . نعم ، فهى وحى توجيهك يامولاى ، وإنتاج حفزك وإرشادك .

حلقة جديدة ، أضمها الى السلاسل الذهبية لسلفنا الصالح ، ليس لى فيها إلا صياغتها بعد جمع معادنها من حواضر العلم وبواديه ، واستلهام فقهها من ألسنة الكتب ، ومقالات الفقهاء .

أردت أن أعرضها على الناس فى وضوح ، ليطالعوا فيها سمو الفقه وسماحته وعدالته ، ويقفوا منها على مبلغ ما وصل اليه فقهاء المسلمين ، من نبل التفكير ، وحصافة الرأى ، وحسن الاستنباط ، ويؤمنوا بأن شريعة السماء هى وحدها التى يجب أن تتصدر للحكم بين الناس ، وهى وحدها التى يجب أن تستمد منها التشريعات المدبرة لأمر الأفراد والجماعات .

وأردت كذلك أن أجعلها مفتاحا أفتح به لنفسى ولأمثالى باب البحث فى الفقه ، على أنه نظريات وقواعد كلية ، بعد أن كان يبحث على أنه فتاوى وحلول جزئية ؛ لأنى أرى أن هـذا هو الجهاد الأكبر ، فى سبيل الدفاع عنه ، وإعلاء كلمته فى هـذا الزمن .

أسأل الله أن يهدينا سبيل الرشـاد !

أحمد فهمى أبو سنة

فاتحة الرسالة

بسم الله الرحمن الرحيم

أحمدك يا من أتممت علينا النعمة ، ورضيت لنا الاسلام دينا ، ونزهته عن الحرج والإعنات ، وصفّيته من العسر والإجهاد. سبحانك فأنت اللطيف بالعباد ، وأنت الرءوف الرحيم . وأصلى وأسلم على سيدنا محمد الذى ابتعثته رحمة للعالمين ، على حين كانوا فى ظلمات الضلالة وشقوة الكفر والجهالة ؛ أخرجتهم به من الظلمات الى النور ، وحفظت به مصالحهم فى العاجلة والآجلة . ورضى الله عن المهاجرين والأنصار ، والذين اتبعوهم باحسان ؛ فلقد جاهدوا فى الاسلام حق الجهاد ، واجتهدوا فى فهم أسراره وحسن تطبيقه على اختلاف أزمنة الناس وجنسياتهم ومنازعهم صدق الاجتهاد .

يقولون: إن الفقه الاسلامى نظام جامد عقيم لا يمكن تطبيقه فى هذا العصر ، ولا يفى بمقتضياته على وجه يحفظ مصالح الناس ، ولا يحل مشاكل هذه المدنيات الجديدة المعقدة . ويدفعهم هذا الزعم الى استحسان بعض شرائع الغرب على شرع الله ، وتحكيمه فى دماء الناس وأعراضهم وأموالهم . وباطل مايزعمون . ذلك بأن الحق الذى لا ريب فيه ، والإيمان الذى لا زيغ فيه ، أن الشريعة قائمة على رعاية مصالح العباد على اختلاف أزمنتهم ، وافية بحاجاتهم على اختلاف شعوبهم وتباعد مابينهم ، كما يشهد بذلك قول الله تعالى « وما أرسلناك إلا رحمة للعالمين : وما ارسلناك إلا كافة للناس بشيراً ونذيراً » . ويدل عليه تعليل الأحكام ، وإبداء الحكمة من تشريعها ، كما فى الطهارة ، والصلاة ، والصوم ، والحج ، والجهاد ، والقصاص ؛ قال تعالى : « مايريد الله ليجعل عليكم من حرج ولكن يريد ليطهركم وليتم نعمته عليكم » ، « إن الصلاة تنهى عن الفحشاء والمنكر » ، « كتب عليكم الصيام كما كتب على الذين من قبلكم لعلكم تتقون » ، « ليشهدوا منافع لهم ويذكروا

اسمَ اللهِ فى أيامٍ معلومات » ، « وقاتلوا فى سبيل الله الذين يقاتلونكم » ، « ولكم فى القصاص حياة » وغير ذلك مما يقطع معه بأن رائد الشريعة هو حفظ مصالح الناس ، وأنها عامة لكل زمان ومكان . وهى كذلك مبنية على أساس متين من التوسعة على المكلفين ورفع الحرج عنهم « وما جعل عليكم فى الدين من حرج » . وإن من أقوى مظاهر تلك الرعاية وهذه التوسعة ، رعاية العرف فى الأحكام التى بنيت عليه .

فقهُ هذا شأنه ، وتلك غايته ، كيف يرضى بهذه الفرية الآثمة ؟! لو أن هؤلاء الزاعمين ثقفت عقولهم بمقصد الشريعة النبيل ، وطبيعتها الهيّنة الرحيمة ، لأحلوها من أنفسهم محل العقيدة ، ولرضوا بها دون غيرها قسطاسا مستقيما لإظهار عدل الله بين الناس .

ونحن إذ نريد أن ندعو إلى سبيل الله بالحكمة ، فعقيدتى القوية أنّ أهدى طريق هو أن نعرض على الناس نظريات هذا الفقه التى لم يصل إليها أى تشريع مهما ادُّعى له من الرقى والسداد ، ونطالعهم بمحاسنه التى لا تنفد ، وجديده الذى لا يبلى ، لتثبت أمام العالم أنه دين الله الذى « لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه ، تنزيل من حكيم حميد » ، وأنه ليس لعقول الناس مهما بلغت من السلامة وأوتيت من الرشد أن تُخرج مثله ولو كان بعضهم لبعض ظهيراً .

ولما كانت رعاية العرف الصحيح ، والعادات ، فى الاستنباط من الأدلة ، وتطبيق أحكام الله على المكلفين ، والتخريج على قواعد الأئمة ، والترجيح بين أقوالهم فى كل زمان ، قاعدة محكمة ، ونظرية صحيحة سامية ، فيها تحقيق لمقصد الشرع ، وفيها صيانة للحقوق وحفظ للعدالة ـ استخرت الله تعالى أن أبحث العرف والعادة ، وأثرهما فى الفقه الإسلامى ، والتصرفات الجارية على قواعده ، تجليدا لمظهر سام من مظاهر غنى الشريعة وقيامها بمصالح الناس ، وتفنيدا لهذا الباطل الذى يؤثرون به اقتراحات الناس على شرع السماء ، ونشراً لصفحة من أمجد صفحات الفقه والفقهاء .

فتشت فى طيات العرف وسبرت غوره ، فوجدته صعب المورد ، متعدد النواحى ، كثير الشعاب ؛ لأن اجتلاء أمره محوج إلى البحث عن معناه ، ونشأته ، وأسبابه ، وقوته ، وتقسيماته ، وهل يصلح دليلا على الأحكام أولا ، والأصل الشرعى الذى يرجع إليه ، والبحث عن اعتباره الفقهى ، ومعناه ، ودليله ، وشروط هذا الاعتبار ، ومبلغ مراعاة الشريعة له ، ومنزلته منها ، وتبدل الأحكام به ، وحكم معارضته لأدلة الشرع ونصوص الفقهاء ، وموقف المجتهدين منه فى استنباط الأحكام ، والمفتين والقضاة منه فى أخذ الحكم من نصوص المذهب ، وتحكيمه فى النوازل ، وحكم معارضته للغة ، وذكر بعض المسائل التى ظهر أثره فيها ، توضيحا للبحث ، وإتماما له .

بحوث ما أكثرها ، وما أشدها تعقيدا ، على عزة مصادرها ، والصعوبة فى استنباطها من مظانها ، وانتثارها فى بطون الكتب المختلفة وثنايا مسائل التشريع المبعثرة ! لأن أحدا من الفقهاء لم يتعرض لتفصيل قوانين العرف وأحكامه وتبيين مشتبهاته فى كتاب . اللهم إلا الفقيه الناضج ابن عابدين عليه رحمة الله ؛ كتب رسالة ضمنها عجالة عن بعض ما يتعلق به ؛ الأمر الذى دعانى إلى شىء من الإفاضة فى البحث والاحتجاج لكل ما قلت بأدلة الدين وعبارات الثقات من فقهاء المسلمين ، مما يقدم لى العذر عند القارىء الكريم إن أحسّ ببعض الإطالة .

ومهما يكن من شىء ، فإنى لم أدّع العصمة فيما كتبت ، ولم أقل فى هذا الموضوع كلمته الأخيرة ؛ فإن أك قد أصبت فى شىء منه فما توفيقى إلا بالله ، وإن أك قد أخطأت أو قصرت ، فأرجو أن أكون قد وفقت إلى إثارة الناقدين إلى نقده وتصحيح خطئه ، وحملت الباحثين على توسيع مباحثه .

اللهم اجعله خالصا لوجهك الكريم ، ووفق المصلحين من هذه الأمة إلى نصرة صراطك المستقيم ، وثبتنا بالقول الثابت فى الحياة الدنيا وفى الآخرة !

المقال الاول

المقدمات

يحتاج الباحث عن العرف والعادة من الناحية الفقهية ، إلى دراسة ما يتصل بهما من جهة المعنى ، والنشأة ، والأسباب ، والقوة ، والتقسيم ، ليكون على بيّنة من أمره ، وتسهل عليه مهمته .

معنى العرف والعادة لغة وفقها

وردت كلمة العرف فى اللغة بمعان كثيرة ، منها ماقال ابن منظور فى اللسان(١) : « عرف الرمل والجبل وكل عال : ظهره وأعاليه . قال : وعرف الديك والفرس والدابة وغيرها : منبت الشعر والريش من العنق . قال : والعرف والعارفة والمعروف واحد ضد النكر ، وهو كل ما تعرفه النفس من الخير وتبسأ به وأى تأنس به » وتطمئن إليه . وقال : العرف والمعروف : الجود ، وقيل هو اسم ماتبذله وتسديه . قال : والعرف بالضم والعرف بالكسر : الصبر ، قال أبو دهبل الجمحى :

قل لابن قيس أخى الرقيات ما أحسن العرف فى المصيبات

قال : والعرف اسم من الاعتراف ، ومنه قولهم : له علىّ ألف عرفا أى اعترافا . قال : وطار القطا عرفا عرفا : بعضها خلف بعض . وعلى الجملة فان الكلمة يغلب ورودها فيما ارتفع من المحسات وكرم من المعانى ، والمعنى الأخير منها يشعر بمتابعة البعض للبعض .

ويظهر أن استعماله فى كل هذه المعانى ، بطريق الحقيقة . كما يفهم من صنيع صاحب تاج (٢) العروس حيث لم يورد من الاستعمال المجازى إلا أعراف الريح

---

(١) ج ١١ ص ١٤٤ .

(٢) ج ٦ ص ١٩٣ .

والسحاب والضباب لأوائلها ، والعرف بمعنى موج البحر . واقتصر فى الأساس على الأول . قال فى اللسان : وقد حرك الشاعر ثانيه فقال :

إن ابن زيد لا زال مستعملا للخير يفشى فى مصره العُرُفا

وقد وردت كلمة العرف فى القرآن : قال تعالى « وأمرْ بالعُرْف » . قال الزمخشرى : العرف هو المعروف الجميل من الأفعال . وفى لباب التأويل كما فى الألوسى : وأمر بكل ما أمر الله تعالى به وعرفته بالوحى . اه وقال تعالى : « وعلى الأعراف رجالٌ » . قال الزجاج : أى أعالى السور بين الجنة والنار . وقال تعالى: « والمرسلات عُرْفا » يجوز والله أعلم أن يكون المراد : والملائكة المرسلات متتابعة كشعر عنق الفرس . ويجوز أن يكون المراد : والمرسلات بالمعروف والإحسان . كذا يفهم من الألوسى .

والعادة كما فى اللسان (١) هى الديدن اه . والديدن : الدأب والاستمرار على الشىء ، سميت بذلك لأن صاحبها يعاودها أى يرجع اليها مرة بعد أخرى ، جمعها عادات وعوائد .

المعنى الفقهى : جاء لفظ العرف فى كلام المتقدمين من الفقهاء من غير أن يتعرضوا لتحديده : وأول تحديد وقفت عليه هو لعبد الله بن أحمد النسفى المتوفى سنة عشر وسبعمائة للهجرة ، وتبعه من بعده الكثير من كتاب الفقه والأصول : قال فى المستصفى : العرف : ما استقر فى النفوس من جهة العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول . ولم أظفر بمن تعرض لهذا التعريف ولا التعريفات الآتية للعادة بالبيان . فأقول بتوفيق الله : يعنى هو الأمر الذى اطمأنت إليه النفوس وعرفته وتحققت فى قرارتها وألفته مستندة فى ذلك إلى استحسان العقل ولم ينكره أصحاب الذوق السليم فى الجماعة . وإنما يحصل استقرار الشىء فى النفوس وقبول الطباع له بالاستعمال الشائع المتكرر الصادر عن الميل والرغبة .

فلفظ «ما» عام يشمل القول والفعل . وقوله : « ما استقر فى النفوس » يخرج عنه ما حصل بطريق الندرة ولم يعتده الناس فإنه لا يعد عرفا . وقوله : « من جهة العقول » يخرج به ما استقر فى النفوس من جهة الأهواء والشهوات ، كتعاطى

(١) ج ٤ ص ٣١١ .

المسكرات واعتياد كثير من أنواع الفجور ، وما استقر فى النفوس بسبب حادث خاص كفساد الألسنة الناشىء من اختلاط الأعاجم بالعرب إبان الفتوحات الإسلامية ، أو بسبب أمر اتفاق كتفاؤل قوم من بعض الأعمال لاقترانها مصادفة بنفع لهم فدعاهم ذلك إلى تعارف فعلها ، أو تشاؤمهم من بعض الأعمال لاقترانها مصادفة بضرر لحقهم فجرهم ذلك إلى تعارف تركها . وقوله : « تلقته الطباع » الخ ، يخرج به ما أنكرته الطباع أو بعضها فإنه نكر لا عرف .

فالناس كلهم أو أهل إقليم خاص أو واضعو فن خاص أو أهل صناعة خاصة أو أهل الشرع ، إذا تعارفوا عند إطلاق لفظ أن يريدوا معنى خاصا ويفهموه إذا سمعوه حتى استقر فى نفوسهم وقبلته الطباع السليمة فيهم ، يسمى عرفا . والمسلمون إذا تعاملوا استصناع الثياب وأثاث المنزل أو وقف بعض المنقولات أو شرطاً خاصاً فى البيع ، سمى عرفا . والمصريون إذا تواضعوا على قبض نصف الصداق قبل العقد ، سمى عرفا . وأهل المغرب إذا اعتادوا كشف الرأس ولم تستقبحه الطباع السليمة فيهم ، سمى عرفا . والعرب فى جاهليتهم إذا تعارفوا عقود الربا ، والهندوكيون البراهمة إذا اعتادوا إحراق الموتى ، سمى كل من تينك عرفا .

فقد رأينا أن العرف جرى فى الأقوال والأفعال التعاملية والخلقية ، وعرفنا قبل ذلك أن كيانه يقوم على استقرار الأمر فى النفوس وقبول الطباع السليمة له . متى توفر ذلك فقد وجدت حقيقة العرف ، وإن كان اعتباره عند الفقهاء مشروطاً بشروط وراء هذا .

وقد يعترض : كيف يقال إن الطباع السليمة تقبل عقود الربا ، وإحراق الموتى ؟

والجواب عن ذلك : أن الطباع السليمة ليست منبعاً للخير دائماً ، وليست معصومة عن القبيح ، بل هى العقول تخطىء وتصيب ؛ إنما العصمة للأديان والشرائع المنزلة من السماء . وسيأتى لهذا الكلام وفاء إن شاء الله . وقد سبق نقل كلام عن اللسان بمعنى هذا التعريف ، وعليه فيتساوى المعنى اللغوى والفقهى للعرف .

ويؤنس هذه التسوية أن صاحب أقرب الموارد (١) ذكر من معانى العرف هذا المعنى الذى اصطلح عليه الفقهاء . وعلماء الاجتماع أطلقوا العرف على كل ما يتابع الناس فيه بعضهم بعضا ، سواء أكان مصدره العقل أو الغريزة أو الصدفة والاتفاق ؛ ولهذا الإطلاق أصل لغوى أيضاً كما مر فى قولهم : طار القطا عرفا عرفا أى بعضها يتبع بعضا . والسر فى اقتصار الفقهاء فى معنى العرف على ما كان مصدره العقل ومخالفتهم الاجتماعيين فى التعميم ، أن الفقهاء يبحثون عن العرف من حيث إنه قاعدة تبنى عليها الأحكام العملية ، والاجتماعيين يبحثون عنه من حيث تأثيره فى الجماعة .

معنى العادة

قال ابن أمير حاج فى شرح التحرير (٢) : العادة : الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية . فالأمر شامل للقول والفعل . وتكرر الشىء : حصوله مرة بعد أخرى. فخرج بالمتكرر ما حصل مرة ، فإنه فى الأصل لا تثبت به العادة ؛ وإن ثبتت به فى بعض المواضع ، كما فى الحائض ، فلمقتض خاص وهو عدم التخلف غالبا بعد حصوله مرة . وخرج بقوله : من غير علاقة عقلية ، ما كان عنها كتكرار حدوث الأثر مع المؤثر بعلاقة العلية . مثالها : اعتياد كيل البر وثمنية النحاس والغش فى البياعات .

يتبين من التعريف أن باب العادة واسع ، يشمل كل متكرر من الأقوال والأفعال ، سواء أكان صادرا عن الفرد أو الجماعة ، وسواء أكان مصدره أمراً طبيعيا كحرارة الإقليم وبرودته اللتين نشأ عنهما عادة إسراع البلوغ وإبطاؤه ، وطبيعة الأرض التى تقتضى غلبة نوع من الأموال فى الإقليم وصناعة أهله ؛ وسواء أكان مصدره العقل وتلقى الطباع له بالقبول وهو العرف المتقدم ، أو كان مصدره الأهواء والشهوات كالقاعد عن الخيرات وقصد الضرر وأكل المال بالباطل والغش والظلم ، وهذا يسميه الفقهاء بفساد الزمان ، أو كان مصدره حادثا خاصا

---

(١) ج ٢ ص ٧٦٩ .

(٢) ج ١ ص ٢٨٢ .

كفساد الألسنة الناشيء من اختلاط العرب بالأعاجم . كل هذه الحالات شهدت بها استعمالات الفقهاء ، وبنيت الأحكام عليها ، وراعاها المجتهد فى الاستنباط ، والمفتى فى الجواب عما يعرض عليه من الأحداث ، والقاضى عند الحكم فيما يرفع اليه من الدعاوى . وقد شرحت العادة بشروح رغبت عنها لتقصيرها عن الجادة ، كما يتضح ذلك مما يأتى :

فإن الهام فى التحرير قصرها على العرف العملى ، أى ما جرى عليه العمل عند الناس . وبهذا المعنى يشعر كلام فخر الدين البزدوى فى أصوله حيث قال : تترك الحقيقة بدلالة الاستعمال والعادة ؛ فإن شارحه ذكر احتمالات فى معنى الاستعمال والعادة أحسنها تفسير الاستعمال بالعرف القولى ، والعادة بالعرف العملى ، حملا للكلام على التأسيس والإفادة .

وقد صرح بهذا شمس الدين الفنارى (١) فى فصول البدائع حيث قال : حصر المشايخ قرينة المجاز فى خمسة : ما بدلالة العرف قولا والعادة فعلا اه .

وهذا القصر لا معنى له ؛ لأن الفقهاء من السلف والخلف أجروا العادة فى الأقوال والأفعال معا . قال فى المبسوط من كتاب الإيمان : سئل محمد عن وجه الحلف بأمانة الله ، فقال : لا أدرى . فكأنه وجد العرب يحلفون بأمانة الله عادة فجعله يمينا اه . ومثّل السراج الهندى فى شرح المغنى وغيره من الأصوليين للعادة العامة والخاصة بقول الشخص : لا يضع قدمه فى دار فلان المستعمل فى الدخول ؛ وبالنقض فى اصطلاح الأصوليين المستعمل فى تخلف الحكم عن العلة . وقال فى الموافقات (٢) فى ذكر العادات المتبدلة : ومنها ما يختلف فى التعبير عن المقاصد ، فتنصرف العبارة الى معنى عبارة أخرى بالنسبة الى اختلاف الأمم كالعرب مع غيرهم ، أو بالنسبة الى الأمة الواحدة ، كاختلاف العبارات بحسب اصطلاح أرباب الصنائع فى صنائعهم ، مع اصطلاح الجمهور اه . اللهم إلا أن يكون القصر اصطلاحا لبعض الناس كما تشعر به عبارة التلويح (٣) . قال : قوله :

---

(١) ـ ٢ ص ١٥٩ .
(٢) ـ ٢ ص ٢٨٤ .
(٣) ـ ١ ص ١٧٥ .

أوعادة، يشمل العرف العام والخاص. وقد يفرق بينها باستعمال العادة فى الأفعال، والعرف فى الأقوال، وقد عرفت العادة بما يجعلها مرادفة للعرف، كما تقدم عن المستصفى، العادة والعرف ما استقر فى النفوس الخ، حيث جمعهما فى تعريف واحد.

قد يلاحظ فى بادىء الرأى تباين بين هذا التعريف وما قبله، حيث أخذ فى جنس الأول تكرر الأمر، وفى الثانى الاستقرار؛ ولكن لا تباين فى الواقع؛ لأن العادة مأخوذة من المعاودة، فهى بمعاودتها مرة بعد أخرى وتكررها صارت معروفة مستقرة فى النفوس.

إيضاح ذلك: أن العادة يوجد فيها أمران: تكرر الأمر، واستقراره فى النفوس، والثانى لازم للأول: فمن عرَّف بالأمر المتكرر لاحظ الأول، ومن عرف بما استقر فى النفوس الخ، لاحظ الثانى. نعم هو غير جامع، لأنه لم يشمل العادة الفردية، ولا ما صدر عن غير العقول، فهو كما قال هبة الله فى شرح الأشباه: إن كثيراً من أمثلة العادة لا يصدق عليه هذا التعريف.

قال القرافى فى التنقيح (١)، وابن فرحون فى التبصرة، والطرابلسى فى معين الحكام: العادة: غلبة معنى من المعانى على جميع البلاد أوبعضها.

أخذ فى جنس هذا التعريف الغلبة، بمعنى أن المعتادين للأمر قولا أو فعلا أكثر من غيرهم، فى جميع البلاد أوبعضها. وقد يقال عن هذا: إن الغلبة من أركان العادة، وإن إغفالها فى التعريفات السابقة نقص. والواقع أن لا نقص؛ لأنها ليست ركناً فى العادة، بل شرطاً فى اعتبارها مبنى للأحكام، بدليل أنهم يطلقون على العادة المشتركة عادة ولا غلبة فيها، وبدليل أنهم يقولون: عادة غالبة وعادة مطردة، والوصف غير الموصوف، وبدليل أنهم يشرطون فى اعتبار العادة الغلبة، أو الاطراد؛ قال صاحب الأشباه: إنما تعتبر العادة إذا اطردت، أو غلبت اهـ. ومعلوم أن الشرط زائد على المشروط، فالتعريفات السابقة لشرح مطلق العادة، سواء أكانت مطردة أو غالبة أو مشتركة، أى سواء كانت معتبرة لبناء الأحكام أولا. أما القرافى فإنه

(١) ص ٢٠٠ ومعين الحكام ص ١٢٥ والتبصرة ج ٢ ص ٥٣.

يعرف عادة الجماعة التى اعتبرها الفقهاء لبناء الأحكام عليها ، وهى التى توفر فيها شرط الغلبة . والمراد بها فى التعريف ما يشمل الاطراد . لكن يرد على هذا التعريف أنه غير جامع ؛ لأنه لم يشمل عادة الفرد . وإنما اخترت التعريف الأول من بين هذه التعريفات ، لأن ما عداه لم يسلم من الطعن كما رأيت .

النسبة بين العرف والعادة

وبناء على تعريف ابن أمير حاج الذى اخترته ، وتعريف القرافى أيضاً ، تكون النسبة بين العرف والعادة العموم والخصوص المطلق ؛ والعادة هى الأعم . وعلى رأى ابن الهمام ومن وافقه تكون النسبة العموم والخصوص أيضاً ؛ والعرف الأعم . وعلى رأى صاحب المستصفى تكون بينهما المساواة . والتوجيه ظاهر ؛ ومنه يتبين نوع العطف فى قولهم : العرف والعادة .

نشأة العرف والعادة

وإذ استبان معناهما ، فلنمض قدماً إلى الحديث عن نشأتهما ، فنقول : كل عمل يأتيه الإنسان باختياره لابد له من باعث يدعو إليه ، وذلك الباعث إما خارجى كأمر من يشعر باحترامه ويعتقد أن طاعته واجبة ، وكظهور مصلحة من شىء أثبتتها التجربة أو البحث العلمى ، وكالأعمال التى تدعو إليها البيئة الطبيعية ، أو الاجتماعية .

وإما داخلى ، وهو ما يرجع إلى الفاعل نفسه ، كحب الانتقام ، والحياء الشديد ، الداعيين إلى الأخذ بالثأر ، والحجاب .

ذلك الباعث يوجد فى النفس رغبة فى العمل ، وميلا إليه ؛ فإذا أنفذ الإنسان هذه الرغبة ، وأتى بما مال إليه ، وكرره مرة بعد أخرى ، فقد أصبح عادة . فالذي يكوّن العادة هو تكرار العمل الصادر عن الميل .

ثم إن هذا العمل إذا صادفته نفوس مستعدة ، تأثرت بمحاكته وقلدت فيه ، إذ الجماعة مفطورة على التقليد فيما تهوى وتحب ، مطبوعة على الاقتداء بمن

تستهديه فى شئونها لاعتقاد الكمال فيه ؛ إلا أن هذه المحاكاة قد تكون سريعة ، وقد تكون بطيئة ، بحسب شدة الحاجة إلى العمل وقوة محبته وضعفهما .

فإذا تكررت هذه المحاكاة ، وذلك التقليد ، صار العمل أمراً شائعاً بينهم ومتعارفاً فيهم ، وعندئذ يتم تكوُّن العرف والعادة ، أى عادة الجماعة .

فالأطوار التى يمر بها هى : الميل ، فالعمل ، فالتقليد ، فالتكرار . ويلاحظ هنا أنه ليس بضرورى ليصير الأمر عرفا ، أن يطرد العمل به ، أو يكون غالبا ؛ فقد يتعارف الناس أمرين متضادين : كأن يتعارف بعضهم قبض الصداق قبل الدخول ، ويتعارف البعض غير ذلك ، من غير غلبة لأحدهما ؛ ويسمى إذ ذاك عرفا مشتركا .

وكما جرى ذلك فى الأفعال يجرى فى الأقوال ؛ ذلك أن الإنسان مدنى بطبعه ، محتاج إلى أن يوجد فى مجتمع يعاونهم ويعاونونه ، ويكون فى حاجتهم ويكونون فى حاجاته ؛ لهذا نراه مضطرا إلى التعبير عن مراده ، وإلى أن يفهم عنهم ويفهمون عنه . ولذلك طريقان : طريق وعرة شائكة ، وأخرى سهلة معبّدة .

أما الأولى فهى التفهيم بالعقد ، والنصب ، والإشارة ، والمثال ، والكتابة ، وغير ذلك من الأمور المحسة . ووجه صعوبة هذه الطريقة أنها تستنفد الوقت الطويل وتتطلب العمل الكثير ؛ ومع ذلك فهى لا يمكن التعبير بها عن الأمور المعقولة التى هى معظم المرادات النفسية .

أما الطريق الثانية ، فهى التعبير بالألفاظ . ووجه سهولتها أنها خفيفة المؤنة ، فلا تبتغى عملا ولا زمنا ، شاملة النفع ؛ إذ يمكن التعبير بها عن المحس والمعقول . ومن هنا كان من إحسان الله تعالى الإرشاد إلى اللغات ،

لكن ما دام الناس يتقدمون على مر الزمان فى الصناعات والعلوم والمدنية ، وما دامت حاجاتهم تزداد جيلا بعد جيل ، فالتعبير باللغة الأصلية العامة يحدث اشتباها واختلاطا وعسرا فى فهم الغرض . لذلك جرت سنة الناس من أهل الأقاليم أو الحرف أو الدين أو العلوم أن يصطلحوا على ألفاظ خاصة يريدون بها معانى خاصة ، حتى تصبح حقائق مستعملة ، يسهل بها الإفادة والاستفادة فيما بينهم . وليس بضرورى فى هذا الاصطلاح أن يصرح أهل العرف بالوضع أو ما فى معناه ؛ بل قد يكون كذلك ، وقد يكون يتداول فهم المراد من اللفظ .

فمن القسم الأول قوله صلى الله عليه وسلم : « أتدرون ما العقيم ؟ قالوا : الذي لا يولد له . قال صلى الله عليه وسلم : ليس بذاك ، وإنما العقيم الذي لم يقدم من ولده شيئا » . ومن ذلك أيضا قوله صلى الله عليه وسلم : « الإثم ما حاك في صدرك وكرهت أن يطلع عليه الناس » .

وكثيرا ما يكون أصل الألفاظ العرفية مجازات لغوية تصرف إلى المراد بقرينة ، ثم يتكرر استعمالها فتصير مجازات مشهورة ، ثم يزداد الاستعمال ويشيع حتى يفهم منها المراد من غير قرينة ، وتهجر حقائقها فلا تفيد معناها إلا بقرينة ؛ وعند هذا ينعكس الأمر ؛ فما كان مجازا لغويا أصبح حقيقة عرفية ، وما كان حقيقة لغوية أصبح مجازا عرفيا .

أسباب العرف

العادات التي تشيع بين أهل البلاد أو بعضها أو بين الطائفة ، ليست كلها متحدة الغرض ، متفقة الداعية : بل لها أسباب شتى تستوحيها وتدفع إليها ، يقوم معظمها على الحاجة وعموم البلوى ؛ إذ كثيرا ما يعرض للناس ظرف خاص فيدعوهم إلى عمل خاص ، فيتكرر ذلك منهم ويتعاملون ، فيصير عرفا ، كما هي الحال في بيع الوفاء ، ووقف بعض المنقولات ، وفي بيع السلع بشرط تسليمها في متجر المشتري . وهذه الحاجات الداعية تختلف بحسب البيئات الطبيعية ، أي ما يحيط بالجماعة من مناخ الاقليم ، ومعدن أرضه ، وموقعه ، وما فيه من بحار وأنهار ، وغير ذلك من المرافق ؛ والبيئة الاجتماعية ، وهي النظم الاجتماعية التي تحيط بالجماعة من الأخلاق ، والمعتقدات ، والشعائر الدينية ، ونظام الحكم ، ومعاهد العلم ، والصناعات ، والفنون ، والأفكار .

وقد يكون السبب أمر صاحب السلطان في الجماعة ، أو رغبته في شيء خاص ، كما هو الحال في أكثر العادات التي خلفها لنا الحكم الشيعي الفاطمي ، كالموالد .

وقد يكون العرف وراثيا بحتا ، ليس للجماعة حاجة إليه ، ولا عمل في خلقه ، سوى أنهم تلقوه عن الأسلاف ، كما هو الحال في عقائد الجاهلية « قال أو لو جئتكم بأهدى مما وجدتم عليه آباءكم ؟ » ، « قالوا إنا وجدنا آباءنا على أمة وإنا على آثارهم مهتدون » .

وقد يكون السبب إقامة بعض الشعائر الدينية القديمة ، ثم يتناسى هذا السبب ويتعاطى الناس العمل على أنه عرف لا أكثر ولا أقل ، كما هو الحال فيما نسميه بعيد « شم النسيم » فان الاصل فيه على ما يقال ، شعيرة من شعائر الدين المصرى القديم . وعلى الجملة فان العرف وإن كان عن الميل من جهة العقل ، إلا أنه تختلف نوازعه ، وتتعدد دوافعه ، مما سيتبين أثره ، إن شاء الله .

سلطان العرف

مجموعة المصطلحات والتقاليد التى تعتادها كل أمة وتتخذها منهاجا للسير عليها ، لها فى نفوس الأفراد احترام عظيم ، بل لها عليهم السلطان القوى ، حتى إنهم ليعدونها من ضروريات الحياة التى لا يستغنى عنها ، ومن المفاخر التى يسر بها ؛ وقد ترتفع قداستها عند بعضهم إلى مرتبة الدين ، فيرون أنفسهم ملزمين باعتناقها والجرى على سَننها ، ويرون الخروج عليها إثما عظيما يستجلب الاستياء ويدعو إلى الثورة ؛ ذلك كما قال علماء النفس : لأن العمل بكثرة تكراره تتكيف به الأعصاب والأعضاء ، فيأخذ مكانه من النفوس ، كالسيل بقوة انحداره يحتفر طريقه فى الجبل ، فكما أنه يصعب تحويله عن طريقه ، فكذلك العرف يرسخ فى النفوس بحيث يعسر زحزحتها عنه ، وبخاصة إذا اقتضته الحاجة .

ومن هنا قالوا : العادة طبيعة ثانية ؛ يريدون بذلك أن لها ما يقرب من قوة الطبيعة ، أى ما فطر الناس عليه منذ خروجهم من بطون أمهاتهم : يد تبطش ، ورجل تمشى ، وعين تبصر ، وأذن تسمع ؛ فلو حاول إنسان أن يسمع بعينيه ، أو يمشى بيديه ، ما استطاع إلى ذلك سبيلا . كذلك العرف له ما يقرب من هذه القوة . فالأعراف التى تصطلح الأمم عليها هى فيما بعد ، أسيرة لها مطبوعة على انتهاجها .

وقال الفقهاء : فى نزع الناس عن عاداتهم حرج عظيم . يعنون لما لها من القوة والتغلغل فى الرءوس .

ولذلك نرى الأنبياء والداعين إلى الشرائع يقاسون كثيراً من المصاعب ، ويتحملون شديداً من المتاعب فى نشر دعوتهم ، والإقلاع عن مساوىء العادات ؛ فتراهم يأخذون الناس بحد السيف تارة ، وبسياسة التشريع والتدرج فى الدعوة طوراً . أخرج البخارى عن عائشة رضى الله عنها ، قالت « إنما نزل أول ما نزل

سورة من المفصل فيها ذكر الجنة والنار حتى إذا ثاب الناس إلى الإسلام نزل الحلال والحرام، ولو نزل أول شيء: لا تشربوا الخمر، لقالوا: لا ندع الخمر أبداً. ولو نزل: لا تزنوا، لقالوا: لا ندع الزنا أبداً».

ولذلك أيضا نرى دعاة الإصلاح فى كل أمة يلقون صنوفا من المقاومات الشديدة، وضروبا من الحملات العنيفة، ولو كانت أعرافهم خرافات وأباطيل. وأكثر ما تكون هذه المقاومات من المسنين، فإنا نراهم يرفضون كل جديد، ويثورون على كل حديث، ولو أيده الشرع أو شهد بصلاحيته العلم. هذا لأنهم ألفوا نوعا خاصا من التقاليد والعادات، فأصبحوا ينقمون من المصلحين كل ما عداه.

فإذا كان العرف له هذه القوة، فالواجب علينا أن نعم النظر إليه فى حين نشأته، فإن كان صحيحا تقره قواعد الشرع نميناه وساعدنا على ذيوعه، وإن كان فاسدا يمقته الدين أمتناه وشهرنا كل سلاح لمكافحته. وكما أن الشجرة إن عنينا بها فأحسنا لها التربية والتغذية فى أيامها الأولى عنيت بنا فى مستقبلنا فقدمت لنا أحسن الثمار وأظلتنا بأطيب الظلال، فكذلك العرف إن عنينا باختياره كما يوافق الشرع والخلق الكريم وأبعدنا عنه شوائب الابتداع والإفساد، عنى بنا فى مستقبلنا، وجلبنا للإسلام الراحة والإسعاد، وأسسنا للمسلمين قومية مجيدة نباهى بها، وأرحنا المفتين والقضاة والمرشدين من كثير مما يعانونه فى تطبيق الأحكام ومكافحة المنكرات، وذلك واجب البيت والمعهد والحكومة (١).

تقسيم العرف والعادة

ينقسم العرف إلى ثلاثة تقسيمات باعتبارات: الأول باعتبار سببه. الثانى باعتبار من يصدر عنه. الثالث باعتبار المعنى اللغوى.

---

(١) مراجع هذا الموضوع والذى قبله: التقرير شرح التحرير ١٠٠٠٠٠٠٠٠٠، مقدمة ابن خلدون ص ١٢٨، كتب علم الاجتماع فى بحث العرف، علم النفس فى بحث العادة، المبسوط فى مباحث مختلفة.

التقسيم الأول ينقسم إلى قولى وعملى ، فالقولى هو اللفظ المتفق على أن يراد منه غير تمام مدلوله بحيث إذا أطلق انصرف إليه من غير قرينة . وهذا يشمل الاتفاق على إرادة بعض المدلول وإرادة غير المدلول : فالأول كإرادة بعض أفراد العام منه بعد أن كان دالا على كل أفراده ، كالدرهم بعد أن كان يطلق على كل أفراد الدراهم صار مقصوراً على النقد الغالب . والثانى كالاتفاق على إرادة فرد معين من المطلق بعد أن كان دالا على فرد شائع ، والاتفاق على إرادة معنى آخر للمركب غير معناه الأصلى : فمثال المطلق : لفظ امرأة ، فى قول الموكل : وكلتك بتزويجى امرأة ، فإن اللغة تطلقها على الأنثى من بنى آدم ، والعرف قيدها بالحرة ، كما هو رأى أبى يوسف ومحمد : ومثال المركب ، قول الحالف : لا يضع قدمه فى دار فلان ، وقوله : علىّ المشى إلى بيت الله : فان العرف استعمل الأول فى المنع من دخول الدار على أى حال ، واستعمل الثانى فى إيجاب أحد النسكين : الحج ، أو العمرة . ومن أمثلة المركب الأحكام المضافة إلى الأعيان ، نحو « حرمت عليكم أمهاتكم » ، « أحلت لكم بهيمة الأنعام » ، « الا إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام » ، فإن المعنى الحقيقى بها لغة تعلق الحكم بالأعيان الواردة فيها ، وقد استعملها العرف فى التكليف بالأفعال المقصودة منها بشهادة الاستقراء ، حتى كان متبادراً إلى الأفهام عرفا من هذه الأمثلة تحريم منكحات الأمهات ، وأكل بهيمة الأنعام ، وسفك الدماء ، وظلم الأعراض .

وطريق تكوين العرف القولى أن يتفقوا على هجران المعنى الأصلى ، ويجعلوا اللفظ بواسطة الاستعمال المتكرر الشائع إلى المعنى الثانى ، وهذا الاستعمال يعتبر وضعاً ، والمستعملون واضعون للفظ ، حتى إنهم إذا أطلقوه فى مخاطباتهم كان حقيقة عرفية ، لأنه لفظ مستعمل فيما وضع له فى عرف التخاطب . فمرجع العرف القولى إلى هجران المعنى الأصلى للعام ، والمطلق ، والمركب ، ونقله إلى المعنى الجديد : وسببه الاستعمال . أما إذا لم تهجر الحقيقة ، وتكرر استعمال اللفظ فى غير مدلوله مجازا ، كالأسد فى الشجاع ، والغيث فى السخى ، فليس بعرف قولى ، بل هو مجاز مشهور فقط

قال فى شرح التحرير فى تعريف العرف القولى : وهو أن يتعارف عند قوم فى إطلاق لفظ إرادة بعض أفراده اه . وقد عدلت عن هذا التعريف ، لأنه كما يرى غير جامع ؛ إذ لا يتناول العرف المقيد للمطلق ، والعرف فى المركبات وقد يجاب بأنه يشرح العرف المخصص للعام .

وقال القرافى فى الفروق ، وهو يتكلم عن التخصيص بالعرف : وذلك أن العرف القولى أن تكون عادة أهل العرف يستعملون اللفظ فى معنى معين ، ولم يكن ذلك لغة اه . وهذا تعريف صحيح لا اعتراض عليه .

العرف العملى : هو ما جرى عليه العمل ، سواء أكان ذلك عاما ، كاستصناع الأوانى والخفاف ودخول الحمام من غير تعيين زمن ولا أجرة ، أو خاصا ببلد ، ككون رأس المال لأهل البوادى ، هو الأدنام : أو بملة ، كجعل العيد الأسبوعى للمسلمين يوم الجمعة الخ . وسبب هذا العرف هو التعامل .

التقسيم الثانى

ينقسم العرف باعتبار من يصدر عنه الى : عام ، وخاص ، وشرعى .

فالعرف العام كما قال ابن عابدين : هو ما تعامله عامة أهل البلاد سواء أكان قديما أو حديثا اه . وأل فى البلاد للعهد ، والمعهود البلاد الاسلامية ، إذ غيرها لا يبحث الاسلام عن أحكامه ولا يعول على عرفه . والمراد بقوله قديما : أى فى عصر الرسالة والاجتهاد . وقوله حديثا أى فى عصر التقليد .

مثاله : تعارُفُ استعمال لفظ الطلاق فى إزالة الزوجية ، وتعارف أن دخول المساجد بالأحذية تحقير لها ، وتعارف أن وضع اليد المدة الطويلة دليل الملك ، والعرف فى إهداء طعام فى إناء أو عنب فى سلة أنه يرد الوعاء فى الأول دون الثانى . ولا يتعين الواضع لهذا العرف فى الغالب .

العرف الخاص

هو ما لم يتعامله أهل البلاد جميعا ، كتعامل أهل بلد أو حرفة أو دين ، كتعارف أهل العراق إطلاق لفظ الدابة على الفرس ، وكتعارف أهل بلخ

وخوارزم جواز دفع الغزل الى حائك لينسجه بثلثه ، وكتارف أهل القاهرة قديما دخول السلم المنفصل فى بيع الدور ، لأن بيوتهم طبقات لا ينتفع بها إلا باستعماله ، كما فى فتح القدير . ومن هذا الباب الاصطلاحات الفقهية ، كالحكم والصفة والفرض والواجب والشرط والسبب ، وكذا اصطلاحات سائر العلوم والصناعات . وواضع هذا العرف يمكن تعيينه .

العرف الشرعى

هو اللفظ الذى استعمله الشرع مريدا منه معنى خاصا ؛ مثل المنقولات الشرعية ، كالصلاة : نقلت عن الدعاء الى العبادة المخصوصة ، والحج نقل من القصد الى زيارة الكعبة فى أشهر معلومة ، وكالوقف نقل من مطلق الحبس الى حبس العين والتصدق بالمنفعة . والناقل فى هذا القسم هو الشارع .

هذا والواقع أن العرف الشرعى من العرف الخاص ، إلا أنهم أفردوه باسم لشرفه والتنويه به .

التقسيم الثالث

ينقسم باعتبار المعنى اللغوى الى مقرر له وقاض عليه . وقد استنبطت هذا التقسيم من كلام الفقهاء .

قال فى الهداية : « ولو حلف لا يشترى بنفسجا ولا نية له ، فهو على دهنه ، اعتبارا للعرف ؛ ولهذا يسمى بائعه بائع البنفسج ، والشراء ينبنى عليه . وقيل فى عرفنا يقع على الورق . وإن حلف على الورد فاليمين على ورقه ، لأنه حقيقة فيه ، والعرف مقرر له ، وفى البنفسج قاض عليه » . قال فى فتح القدير عن البنفسج « وأما فى عرفنا فيجب أن لا ينعقد إلا على نفس النبات » اهـ

يرى من هذا النص أن المعنى اللغوى لكل من البنفسج والورد هو الورق ذو الرائحة ، والمعنى العرفى للبنفسج عند القدماء هو الدهن ، وللورد الورق