العرف

وأثره في التشريع الإسلامي

15 الكتاب الإسلامي يوليو 1986

العرف وأثره في التشريع الإسلامي

مصطفى عبد الرحيم أبو عجيلة

المنشأة العامة للنشر والتوزيع والاعلان
طرابلس - الجماهيرية العربية الليبية الشعبية الاشتراكية

الطبعة الأولى
1395 و . ر ـ 1986 م

الكمية المطبوعة : 10000 نسخة
رقم الإيداع : 23 - 1986
دار الكتب الوطنية ـ بنغازى

حقوق الطبع والاقتباس والترجمة محفوظة للناشر

المنشأة العامة للنشر والتوزيع والاعلان
طرابلس ـ الجماهيرية العربية الليبية الشعبية الاشتراكية

ص . ب 959 مصبرق 20235 "نيتليبيا"

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدّمه

الحمد لله الذى أنزل على عبده الكتاب ، تبياناً لكل شىء ، وأنعم على الإنسان بالعقل ـ وطلب منه التفكير ـ ليعرف الحق ويعمل بما يوافق الحق ، وسدد هذا العقل بالتوجيه والإرشاد فأرسل إليه رسله الذين اختارهم من أرجح أقوامهم عقلاً ، وأحسنهم خلقاً ، فكان اللاحق منهم يبدأ من حيث انتهى السابق فى بناء صرح العقل وتطويره ، وتقويم الأخلاق . حتى كان آخرهم الذى جاء ليتمم مكارم الأخلاق .

وصلى الله على سيدنا محمد الذى ختمت به مواكب الرسل بعد أن بلغ العقل الإنسانى : درجة من السمو كان

بها مستحقاً أن يخاطبه ربُّه بقوله : ﴿ **إقرأ باسم ربك الذى خلق خلق الإنسان من علق، إقرأ وربك الأكرم الذى علم بالقلم علم الإنسان ما لم يعلم** ﴾ .

فكانت هذه مرحلة جديدة فى مسيرة العقل يستطيع فيها مواصلة السير فى مختلف شؤون الحياة، مستغنياً عن إرسال الرسل بما أنزل على آخرهم ـ محمد بن عبد الله ـ الذى جاء إلى الناس ﴿ **يأمرهم بالمعروف وينهاهم عن المنكر ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث ويضع عنهم أصرهم والأغلال التى كانت عليهم** ﴾ .

وبعد فإنه لما كان لكل شىء سبب ـ كما يقولون ـ فإن من الأسباب التي جعلتنى أختار دراسة العرف وأثره فى التشريع الإسلامى هو : ما نتج عندى من عدم الملاءمة بين ما أخذته عن العرف أثناء دراستى الجامعية بكلية الحقوق ، وبين ما وجدت عليه أمر العرف عند الفقهاء بعد أن توسعت في دراسة الفقه الإسلامى بعض الشىء . حيث إن ما كان يقدم لنا عن العرف لا يجعل منه مصدراً للتشريع فى الوقت الذى احتفل به الفقهاء وبنوا عليه كثيراً

من الأحكام . من هنا وطنت العزم على أن أدرس هذا الموضوع بتوسع ، لأقف على الأسباب التى جعلت الفقهاء يهتمون به هذا الاهتمام الكبير .

وهناك سبب آخر ـ ربما كان أهم من الأول ـ وهو ما يتضمنه العمل بالعرف من دلالة على سماحة ويسر الشريعة الإسلامية ، وإن كان التيسير والسماحة فى هذه الشريعة من الأمور المتفق عليها بإجماع ، إلا أن إثبات صحة العمل بالعرف يوسع من دائرة هذه السماحة .

غير أننى ـ بعد أن شرعت فى الموضوع ـ كنت كلما جمعت شيئاً من المعلومات عن العرف : أشعر بالحاجة إلى المزيد وذلك بسبب اتساع الموضوع ، وتشعبه وكثرة مسائله يضاف إلى ذلك ندرة الكتب الخاصة بدراسة العرف . ومن هنا عمدت إلى دراسة أمهات كتب الشريعة الإسلامية ، كالتفاسير وشروح السنة وكتب أصول الفقه وفروعه . وأرجو أن أكون قد تمكنت ـ بحمد الله ـ من الوصول إلى نتائج طيبة حول العرف وحجيته ، وأهميته فى

التشريع الإسلامى . وسأعرض حصيلة هذه الدراسة على النحو الآتي :

نقسيم هذا البحث إلى مقدمة وتمهيد وثلاثة فصول . تناولت في التمهيد عرضاً سريعاً للعرف وملازمته للجماعات البشرية ، وبينت كيف أن الجماعات قد تُرغَم على التعامل بأعراف جائرة ، وكيف يتم التخلص منها ، ثم أتيت بلمحة بسيطة عن علاقة العرف ببقية مصادر التشريع الأخرى .

وتناولت فى الفصل الأول الحديث عن كيفية نشأة العرف واندثاره ، كما تحدثت عن أقسامه وشروطه وتعريفه ، وشمل حديثى : العادة والقرائن العرفية .

أما الفصل الثانى فقد خصصته للحديث عن حجة العرف واستدللت عليه من الكتاب والسنة ونقلت تبعاً لذلك أقوال العلماء فى الآيات والأحاديث المستدل بها على حجية العرف مع أمثلة من قول الصحابة والتابعين وكبار الأئمة وعملهم بالعرف والعادة ، ثم نقلت رأى الأصوليين فيه .

وأخيراً خصصت الفصل الثالث لأثر العرف . وتناولت فيه بعض أبواب الفقه ليكون فى هـذا على أثـر العرف فى مختلف شؤون الحياة ثم أنهيت هذا البحث بخاتمة لخصت فيها أهم ما توصلت إليه .

تمهيـــد

الأعراف والعادات من صنع الجماعات البشرية ، فهى أداة طيعة تستخدمها الجماعـات بالقـدر وللغرض الـذى تـريد . ويتم كـل ذلـك بـطريقـة آليـة ممـا يجعلهـا ـ أى الأعراف ـ مقبولة من الجميع « لأن العمـل الآلى هو : أنسب طـريقة يستجيب بهـا الإنسان للمثـير الخارجى »[1] وهذا من جملة ما تختلف فيـه الأعراف عن بقيـة الشرائـع والقوانين التى تفرض ـ فى الغالب ـ عـلى الناس فـرضاً ، بينما تعتبر الأعراف والتقاليد من « نتاج الانتخاب الطبيعى لألوان السلوك التى تثبت صلاحيتها فى المجتمع »[2] .

---

(1) , (2) ول ديورانت : قصة الحضارة تعريب الدكتور نجيب محمود ج 1 ص 49, 50 الطبعة الرابعة مطابع النجوى 1973 م .

ولهذا كان الإنسان أكثر ميلاً إلى عاداته وأكثر نزوعاً إليها ، إلى درجة أنه خضع لأحكامها حتى فى المسائل الهامة مثل : المساس بالشرف وقتل النفس ونحو ذلك . .

فالأعراف من خصائص الجماعات البشرية منذ أن تكونت هذه الجماعات وسارت فى طريق الحضارة ، بل لعل الأعراف والعادات كانت : من وسائل تقدم[1] الإنسان ذاته حيث إن الأعراف ما هى فى الحقيقة إلا نوع من التجربة ، ومظهر خارجى لبعض جوانب الفكر ، حتى لقد اعتبرت من معايير تقدم الجماعة ومن عناوين حضارتها ، وذلك لما فى الأعراف وقيمها الذاتية ، ونوعية هذه القيم من الدلالة على ما تمارسه الجماعة من ألوان النشاط وأنماط السلوك .

ولعل من البديهى القول إن المقصود من الأعراف إنما هو : نوعها أو جنسها لا أفرادها المتغيرة . فالأعراف فى هذا تشبه الكائنات الحية من حيث التعاقب إذ تذهب

---

(1) جبريل تارد : قوانين التقليد . انظر تراث الإنسانية بحوث ودراسات الدار المصرية للتأليف د/ت .

الأفراد ويبقى النوع ، وهذا من مزايا الأعراف أيضاً . إذ ما تكاد الجماعة تشعر بأن فرداً من أفراد العرف قد أصبح يشل حركتها حتى تترك العمل به فيندثر تلقائياً ، وتفرز الجماعة غيره من الأعراف ما يكون : أكثر استجابة لحاجاتها وأقرب إلى روح عصرها .

وهكذا يتعاقب الهدم والإيجاد كلما اقتضت مصلحة الجماعة ذلك ، إذ يفترض أن الجماعة لا تبقى إلا على الأعراف الصالحة ، على أنه لا مفر من القول بأن صلاحية الأعراف هذه أمر نسبى ، أعنى أنها لا تكون بذات الدرجة من الصلاحية عند كل فرد ، من أفراد الجماعة فى جميع الأوقات ، بل لعل الصحيح أنها لا تخلو من تفاوت ، ومع ذلك فلا مناص من اعتبار التعامل دليلاً ، حتى ولو كان نسبياً على صلاح العرف وهذا فى الظاهر ، أما فى الحقيقة فإنه يجب ـ لكى يجزم بصلاح العرف ـ أن يخضع لأحد أمرين هما : الوحى أو إلى العقل الجمعى .

وخضوع الأعراف للوحى الإلهى يتمثل فى عدم مخالفتها لمبادئه ، وعدم تعارضها مع أهدافه ، وسواء تم

ذلك بالإقرار إبَّان نـزول ذلك الـوحى ، أو باتفـاقها مـع نصوصه إذا حدثت هذه الأعراف فى ما بعد .

أما خضوع الأعراف للعقل الجمعى فمعناه : أن توجد الأعراف أو تختفى بدون تدخل أو قبـل بدون أن تفـرض على الجماعة فرضا .

والعقل الجمعى هذا له صورتان ، الأولى هى : العقل الجمعى التلقائى أو العفوى وهو الذى لا يتسبب فى إيجاده أحد معروف .

أما الصورة الثانيـة فهى : ما يمكن أن نسميـه بالعقـل الجمعى المتعمد أو المثار وهو الذى ينتج عن تفاعل الجماعة استجابة لدعوة أحد أفرادها عند تبنيه لفكرة معينة .

وبـديهي أن الصورة الأولى إنمـا تـوجـد عندما تتـرك الجماعة وشأنها فى استحداث أو إلغاء أيَّ عرف أرادت ، وعنـدها يكـون التعامـل بـأي عـرف دليـلاً حقيقيـاً عـلى صلاحيته فى نطاق النسبية التى أشرنا إليها ، كما أن إبطال أيَّ عرف يكون دليلاً على فساده .

غير أن الجماعة قد لا تترك وشأنها ، بل قد ترغم أحياناً

على التعامل بأعراف غير ملائمة لها ، ويحصل هذا بطبيعة الحال نتيجة تدخُّل بعض العوامل ، وهى كثيرة ولعل من أخطرها : الغزو الخارجى ، الذى يأتى فى الغالب بأعراف جديدة يحاول بثَّها فى الجماعة المغلوبة ليقطع الصلة بينها وبين تقاليدها ، وكل ما تعتزُّ به من تراثها . . هذا فضلاً عن أن المغلوب ذاته يتعلق بالغالب ، ويحاول محاكاته ، كما يحصل بين الدول المتجاورة عندما تطمع إحداهما فى التغلُّب على الأخرى .

وهذا ما لاحظه ابن خلدون عندما تحدَّثَ عن تقليد الأندلسيين لأمم الجلالقة على حد تعبيره الذى جاء فيه : « فإنك تجدهم يتشبَّهون بهم فى ملابسهم وشاراتهم والكثير من عوائدهم وأحوالهم ، حتى فى رسم التماثيل على الجدران وفى المصانع والبيوت ، حتى لقد يشعر من ذلك الناظر بعين الحكمة أنه : من علامات الاستيلاء »[1] .

وإلى جانب الغزو الخارجى هناك : تسلُّط الحكام

---

(1) مقدمة ابن خلدون ص 147 .

وذوى النفوذ فى الجماعة الذين ينشئون أعرافاً جديدة ، أو يدافعون عن أعراف قديمة تحقق لهم هذه أو تلك مكاسب مادية أو معنوية ، وينتج عن كل ذلك حصول أحد أمور ثلاثة ، وهى : إمَّا أن تبقى الجماعة ترزح تحت أعراف جائرة ، وإمَّا أن يتصدَّى المصلحون من تلك الجماعة لمحاربتها وهدمها وإما أن يتدخل الوحى الإلهى لهدم هذه الأعراف .

غير أن هذا الأخير قد انتهى بنزول آخر وحى ، بعد أن واكب ـ هذا الوحى ـ تطوُّر العقل البشرى فى مسيرته الطويلة ، مرشداً إلى الخير وهادياً إلى الرقىِّ والتقدم حتى إذا بلغ هذا العقل درجة كبيرة من النضج أنزل الله على محمد ﷺ ﴿ **اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتى ورضيت لكم الإسلام دينا** ﴾[1] .

وحصول هذه الحالات الثلاث إنما تكون من لوازم ظروف ووقائع معينة ، حيث يتوقف حصول الصورة

---

(1) الآية رقم 4 من سورة المائدة .

الأولى على قوة نفـوذ القِلَّة المستفيدة من تلك الأعـراف ، وضعف وتخاذل الكثرة المغلوبة على أمرها . وأكثر ما يكون ذلك عند انخفاض مستوى تفكير الجماعـة وما ينتـج عن ذلك من التفكك والضعف العام .

أما الصورة الثانية، فإنها تحصل عندما يكون فى الجماعة أفراد لا ينطلى عليهم زيف الأعراف الفاسدة ولا أباطيـل الداعين لها ، ويكون لهم مع ذلك من القوة ما يمكنهم من محاربتها ، ويتوقف نجاحهم على مدى تأثيرهم فى الجماعة وتأثر الجماعة بهم ، فإذا استجابت لهم الجماعة وتفاعلت معهم حصل ما أسميناه بالعقل الجمعى المتعمَّد .

وأخيراً الصورة الثالثة ، التي كانت تحصل عندما تعجز الجماعة عن دفع الأعراف الجائرة ، ويشاء الله أن يكشف عنها هذا الكـابوس ، فيختـار من بينها من يكـون : أكثر قـدرة على تحمـل أعباء الـرسالـة وما تتـطلبه من صفـات الكمال البشرى ﴿ **الله أعلم حيث يجعل رسالاته** ﴾[1] ومن

---

(1) الآية 156 من سورة الأنعام .

ثم يتولَّى ذلك النبيُّ : تطهير المجتمع ، بعرض ما يجده من الأعراف السائدة في المجتمع على شريعته ، فما وجده منها صالحاً : أبقاه ، وما وجده منها فاسداً : ألغاه وزرع فيهم بدلها أعرافاً صالحة وعادات خيِّرة ﴿ **يأمرهم بالمعروف وينهاهم عن المنكر ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث** ﴾[1] فالدين بهذا الاعتبار « احتواء للعرف »[2] أو للصالح منه على الأصح .

وهذه الصور أو الحالات التى ذكرتها ليست من قبيل التزيُّد أو الخيال ، وإنما هى حقائق ووقائع تاريخية لا جدال فيها . فكم من مجتمعات قاست ـ وبعضها لا زال يقاسى ـ من الظلم نتيجة تقديس الأعراف والحفاظ عليها ، وكم تعرض المصلحون وما زال بعضهم وسيظل يتعرض لأذى الجبابرة وويلات المستفيدين من بقاء بعض الأعراف .

كثير من المجتمعات وكثير من المصلحين ذاقوا الأمرين

---

(1) الآية رقم 124 من سورة الأعراف .

(2) معمر القذافى : الكتاب الأخضر الفصل الأول .

بسبب وقوفهم ضد تزييف الحقائق وإضفاء القدسية على بعض الأعراف والأعمال المنافية للصالح العام .

* * *

ولعل من أهم الأسباب التى ساعدت على ذلك : عدم وجود ضوابط أو شروط للعرف فى تلك المجتمعات تضبط سيره فى الاتجاه الذى يحقق مصلحة الجماعة ويمنع حصول البلبلة حوله والاختلاف عليه ، وهذا نقص كبير تفادته الشريعة الإسلامية باشتراطها شروطاً للعرف سيأتى بيانها فى ما بعد .

غير أن هذه الشروط تصبح عديمة الفائدة إذا لم يكن هناك تصميم من الجماعة على إخضاع الأعراف لها ، لأنه بدون هذا التصميم تصبح هذه الشروط لا تساوى شيئاً إذ يظل الباب مفتوحاً أمام الوصوليين فيتمسكون بأعراف بالية إذا كانت فى صالحهم أو يحاولون بثّ أعراف أخرى من ذلك النوع . وهكذا يتوصَّل المغرضون إلى تحقيق مآربهم عن طريق المغالطة .

على أن العرف ليس بدعاً فى هـذا إذ قد يتفق فى هـذه الناحية مع بعض الشرائـع والقوانـين فقد يتجـاوز الزمن بعض نصوصها وتصير غير ملائمة للجماعة ، فمن أجـل هذا يحاول المصلحون تطوير بعض الأعراف وهدم فاسدها والإبقاء على ما يصلح منها ، وينسخ الله عن طريق الرسل بعض أحكـام الشـرائـع التى لا تتنـاسب وتــطور الـزمن واختلاف الظروف ﴿ **ويضع عنهم إصرهم والأغلال التي كــانت عليهم** ﴾[1] ويتعــرض هؤلاء وأولئــك لــلأذى والمعاناة . .

* * *

فالرسل لم يحاربوا الأعراف لمجرد أنها أعراف ، كما أنهم لم ينسخـوا ما نسخـوا من أحكام الشـرائع التى وجـدوها تعصباً أو استكباراً ، بل فعلوا ذلك بأمر الله ، لأن ما نسخ منها لم يعد ملائماً للجماعة الحاضرة ، وذلك لفوات ما كان

---

(1) الآية رقم 156 من سورة الأعراف .