مكتبة البنين
قسم الدوريات

غير مصرح بإعارتها من المكتبة

حولية كلية الشريعة والدراسات الإسلامية

العدد الثاني

١٤٠٢هـ ١٩٨٢م

رعاية العرف في بناء الأحكام

عند إمام الحرمين

د. عبد العظيم الديب

قبل أن نتحدث عن مدى رعاية العرف عند إمام الحرمين ، واعتماده فى بناء الأحكام . يحسن بنا أن نقدم ببيان عن معنى العرف ، والعادة ، والفرق بينهما ، وآراء الأصوليين حول هذه القضية بإيجاز .

معنى العرف فى اللغة

ورد العرف فى اللغة على معانى عدة منها : عُرف الفرس ، وعُرف الديك ، والمكان المرتفع من الأرض .

والعرف : ضد النكر ، وهو كل ما تعرفه النفس من الخير ، وتطمئن إليه ، والعرف : المعروف ، وهو الجود ، والعطاء ، وما يستحسن من الأفعال ، والعرف : الاسم من الاعتراف . تقول : له على ألف عُرفا . أى اعترافا .

والعرف : التتابع ، وهذا المعنى الأخير ، لم يورده « الصحاح » ، وأورده « اللسان » ، على أنه من طريق المجاز ، وليس الحقيقة ، قال : « وقيل فى تفسير قوله تعالى : ﴿ **والمرسلات عُرفا** ﴾ هى : الملائكة ، أرسلت متتابعة ، يقال : هو مستعار من عرف الفرس ، أى يتتابعون كعرف الفرس ، وفى حديث بن عُجرة : « جاءوا كأنهم عُرف . أى يتبع بعضهم بعضا » ا . هـ

والذى يلفت النظر أن « الأساس » أورد هذا المعنى (التتابع) على أنه حقيقة ، وليس مجازا ، مع أن دأبه التمييز بين الحقيقة والمجاز ، قال : « وطار القطا عُرفا عُرفا أى متتابعة » ا . هـ

ومن هذا نجد أن العُرف فى اللغة يشمل المعانى الآتية : الارتفاع ، المعرفة ، الخير والحسن ، التتابع .

وهذه المعانى اللغوية كلها تدخل فى معنى العرف ، عندما يعرّفه الأصوليون والفقهاء .

وقال « الأزهرى » فى كتابه « الزاهر » فى غريب ألفاظ الشافعى : « عرف الإنسان : عادته ، وما يعرفه » [ص ١٠٨ طبعة أوقاف الكويت المحققة]

وعرفه الغزالى فى المستصفى : « ما استقر فى النفوس ، من جهة العقول ، وتلقته الطباع السليمة بالقبول » [انظر عبد العزيز الخياط : العرف . ٢٣]

ومن تعريف المحدثين : « العرف : ما اعتاده الناس ، وساروا عليه ، من كل فعل شاع بينهم ، أو لفظ تعارفوا إطلاقه على معنى خاص لا تألفه اللغة ، ولا يتبادر غيره عند سماعه ، وهو بمعنى العادة الجماعية » [انظر وهبة الزميلى الوسيط فى الفقه الإسلامي : ٣٧٩]

معنى العادة : هى الدّربة ، وهى أن يعوّد الإنسان نفسه الأمر ، حتى يصير سجية له ، أخذ من الحديث الشريف : « تعوّدوا الخير ، فإن الخير عادة ، والشرّ لجاجة » [الأساس : مادة عود]

وعرفها بعض علماء الأصول بأنها : « الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية » أى من قبيل الطبع والمعاودة فى التعاطى ، ولذلك قيل : العادة طبيعة ثانية [الخياط : العرف ص ٢٦]

الفرق بين العرف والعادة

يفرق بعض الأصوليين بين العرف والعادة ، بأن العادة تختص بالفرد ، مما يكرره ، حتى يصير تلقائيا عنده وسجية له ، على حين يطلق العرف على ما يعتاده الناس بصفة عامة ، ويكررونه ، ويتعارفونه فيما بينهم .

ولايفرق آخرون بينهما ، يقول الشيخ عبد الوهاب خلاف : « والعرف والعادة فى لسان الشرعيين لفظان مترادفان معناهما واحد » [مصادر التشريع فيما لانص فيه ص ١٤٥]

والأمر فى ذلك قريب ، فمن نظر إلى اعتياد الأمر عند العامة من الناس قال : لافرق ، ومن نظر إلى اعتياد الأمر وتكرره عند فرد ، قال : هناك فرق .

ولذلك كانت عبارة الشيخ على حسب الله فى هذه القضية موجزة محكمة ، حين قال : « وتطلق العادة على ما اعتاده كل إنسان فى خاصة نفسه ، وعلى ما اعتادته الجماعة ، وهو ما يسمى العرف ، فالعرف عادة الجماعة ، وهو أخص من العادة » [أصول التشريع : ٣٤٩]

أهمية العرف بين والتشريع

ربما كان الذى دعانا إلى هذا الموضوع ، والاهتمام به ، هو تنبيه إمام الحرمين إلى العناية بالعرف ، ودعوته صراحة إلى فهمه ، ورعايته عند النظر فى

المسائل ، جاء فى « النهاية » قوله : « . . . يجب الاعتناء بفهم العرف ، فليعلم الناظر أن كل حكم يتلقى من لفظٍ فى تعامل الخلق وللناس فى ذلك القبيل من التعامل عرفٌ ، فلن يحيط بسرّ ذلك الحكم من لم يحط بمجارى العرف ، فإن الألفاظ المطلقة فى كل صنف من المعاملة محمولة بين أهلها على العرف . . »[مخطوط رقم ٣٠٠ بدار الكتب المصرية ورقة ١١٤/و ، ١١٤/ظ]

ويعود فيؤكد ضرورة إدراك الفقيه لمجارى الأحوال فى عصره ، حتى يكون فقيها كاملا ، فيقول : « ومن لم يخرّج العرف فى المعاملات تفقها ، لم يكن على حظ كامل فيها . . . » [نهاية المطلب : ٣ ورقة ١١٠ مخطوطه بدار الكتب المصرية]

وقال معقبا على بعض مسائل الوديعة : « والتعويل فى التفاصيل على العرف ، وأعرف الناس به أعرفهم بفقه المعاملات » [نهاية المطلب : ٨/ورقة ١٢٧ وجه مخطوطة بدار الكتب المصرية برقم ٣٠٠]

وجاء فى موضع آخر فى النهاية تأكيده على أثر العرف فى أبواب المعاملات حيث قال : « إن المعاملات تبنى على مقاصد الخلق ، لاعلى صيغ الألفاظ ، سيماّ إذا عم العرف ، فى باب ، فهو المتبع » [نهاية المطلب : ٥٠٣/٧ مخطوط بدار الكتب المصرية]

معنى العرف عند إمام الحرمين

يتضح من تتبع كلامه ـ رضى الله عنه ـ أنه يقصد بالعرف : « ما تعارفه الناس واعتادوه ، وصار لهم عادة عامة ، أو عادة لعامتهم » ومن هنا لا نراه يفرق بين العرف والعادة ، فيعبر بكل منهما مكان الآخر ، ويصرّح فى كلامه بأن العادة المعتبرة هى العادة المطردة المستقرة ، وكلامه هنا فى غاية الرشاقة ، قال : « وأما العادة ، فإنها تنقسم إلى مايطرّد ولايستراب فى اطراده ؛ وإلى ما يضطرب بعض الاضطراب .

وأما العادة المطردة ، فنعم المرجع هى فى أمثال هذه المعاملات ـ يشير إلى الوديعة ، والإجارة ، ونحوهما ـ .

وأما إذا اختلفت العادة ، وحصل الوفاق على اختلافها ، فلاحكم لها ، وقول القائل : عادة مضطربة كلام مضطرب ؛ فإن المضطرب ليس عادة .

ومن أصحابنا من يقول : إذا اختلفت العادة فيما يتعلق بمقصود العقد ، فلابد من تقييد لفظ العقد بما يقطع العادة المضطربة

وهو كلام ضعيف ، مزيف عندى ؛ فإن اللفظ إذا كان مستقلا ، فلا مبالاة بما يضطرب من أحوال الناس » [النهاية : ٢٨٤/٧ . مخطوطة بدار الكتب المصرية] .

ويؤكد هذا المعنى كثيرا ، فى أثناء إيراده للمسائل ، فيقول فى موضع آخر : « إن العادة لو اختلفت ، لأسقطناها ، وعدنا إلى تحكيم اللفظ » [نهاية المطلب : ٢٨٦/٧ . مخطوطة بدار الكتب المصرية]

التطبيق على العرف

يأخذ الفقهاء على اختلاف مذاهبهم بالعرف ، ومع أن الشائع أن الأحناف والمالكية وحدهم هم الذين يعدّون العرف أصلا من الأصول ، إلا أننا عند التأمل نجد الشافعية ، والحنابلة ، أيضا يقولون بالعرف بنفس القدر تقريبا .

يقول الإمام أبوزهرة : « والعرف أصل أخذ به الحنفية والمالكية ، فى غير موضع النص ، وقالوا : الثابت بالعرف الصحيح ثابت بدليل شرعى ، والثابت بالعرف كالثابت بالنص » [أصول الفقة : ٢١٦] ويشيع هذا القول فى كتب الأصول .

ولكنا نجد الشافعية ـ أيضا ـ يأخذون بالعرف ، على نحو ما يأخذ به الحنفية والمالكية ، حكاه عنهم الحافظ « ابن حجر » قال : « وذكر القاضى الحسين من الشافعية : أن الرجوع إلى العرف أحد القواعد الخمس التى يبنى عليها الفقه » [الفتح : ٤٠٦/٤] .

كما أكد ذلك « ابن حجر » فى موضع آخر حيث قال : « وقال القرطبى : فيه ـ إشارة إلى الحديث موضع الشرح ـ اعتبارُ العرف فى الشرعيات ، خلافا

لمن أنكره لفظا ، وعمل به معنى كالشافعية . كذا قال . والشافعية إنما أنكروا العمل بالعرف إذا عارضه النص الشرعى ، أولم يرشد النص الشرعى إلى العرف » [الفتح : ٩/٥١٠]

ويلاحظ أن القرطبى ـ وهو مالكى ـ يؤكد أن الشافعية ينكرون العرف لفظا فقط ، ويعملون به معنى ، ولعل فيما نقله الحافظ عن القاضى الحسين ، يثبت أن الشافعية لم ينكروا العرف لفظا ، ولاعملا ؛ فالقاضى الحسين أحد أعمدة المذهب ، وكذلك ما ذكرناه أنفا عن إمام الحرمين ، من دعوته إلى الاهتمام بالعرف ، وقوله : إن من لم يخرج العرف فى المعاملات تفقها ، لم يكن على حظ كامل فيها ، وغير ذلك مما قاله فى هذا المعنى .

وكذلك كان رد الحافظ « ابن حجر » على القرطبى ؛ مبينا أن العرف الذى ينكره الشافعية ، هو بعينه العرف الذى ينكره المالكية والحنفية ، أعنى : ما عارضه نص شرعى .

فلعل هذا يرفع الوهم القائل بأن الاحناف والمالكية وحدهم الذين يأخذون بالعرف .

وكذلك نقل عن الحنابلة : أنهم يأخذون بالعرف ، إذا لم يتعارض مع النصوص الشرعية . [الخياط ـ نظرية العرف : ٣٠]

أى أنه عند التحقيق لانجد الأخذ بالعرف محل خلاف بين المذاهب ، ولا المجال الذى يأخذون فيه به تقريبا .

بيان أثر العرف

ليس العرف فى حقيقته دليلا مستقلا ، تشرع الأحكام بناء عليه فى الوقائع ، وإذا دققنا النظر فيما قاله الأصوليون ، والفقهاء عن العرف ، وما

أوردوه من أمثلة ، وما جاء عنهم من أقضيه وفتاوى ، يتبين لنا أن العرف يجول فى الحدود التالية :

« فهم المراد من عبارات النصوص ، ومن ألفاظ المتعاملين ، وتخصيص العام منها ، وتقييد المطلق .

ويستند إليه في تصديق قول أحد المتداعيين ، إذا لم توجد لأحد هما بينه ، ورفض سماع بعض الدعاوى التى يكذبها العرف ، وفى اعتبار الشرط الذى جرى به العرف .

وفى الترخيص بمحظور دعت إليه ضروة الناس ، وجرى به عرفهم وفى أمثال هذا ، مما يجعل اجتهاد المجتهد أو قضاء القاضي ملائما حال البيئة ، ومتفقا وإلف الناس ومصالحهم » [مصادر التشريع فيما لانص فيه ـ خلاف : ١٤٩]

فعلى هذا ينحصر مجال العرف ، فى تفسير عبارات العقود ، وألفاظ المتعاملين ، وشروطهم ، وفهم واقعهم وتواضعاتهم . وأمثال ذلك ، مما لايعارضه نص شرعى .

يقول السيوطى : « اعلم أن اعتبار العادة والعرف رجع إليه فى الفقه فى مسائل لا تعد كثرة ، فمن ذلك : سن البلوغ . . . وضابط القلة والكثرة فى الأفعال المنافية للصلاة ، والنجاسات المعفو عن قليلها . . وطول الزمان وقصره فى موالاة الوضوء ، وبين الإيجاب والقبول ، والسلام ورده . . . وفى أحراز المال المسروق ، وفى المعاطاة . . وفى وجوب السرج والإكاف فى استئجار الدابة للركوب . . . وفى إرسال المواشى نهارا وحفظها ليلاً . . » [الأشباه والنظائر : ٩٩]

ومن مثل التزام بائع السيارة بصيانتها لمدة زمنية معينة ، فهذا لايحدده إلا العرف ، ومن مثل التزام صاحب البيت (المؤجرِّ) بثمن المياه التى يستهلكها المستأجر ، وكذا صيانة المصاعد ، وأجرة الناطور ، فكل الأمثلة : قديمة ، أو حديثة ، تجول فى المجال الذى حددناه للعرف ولاتتعداه ، فهى « لاتخرج عن

دائرة المباحات ، لأنها لاتحلّ حلالا ، ولاتحرم حراماً » [حسب الله ـ أصول التشريع الإسلامي : ٣٥١]

مجال النظر في وأثره عند إمام الحرمين

ربما كان إمام الحرمين كغيره من الفقهاء ، فى المجال الذى يحكّم فيه العرف ، والمواضع التى يعتمد عليه فيها ، ولكن الذى رأيناه جديرا بالملاحظة ، ويستحق التسجيل ، هو الإدراك البصير الدقيق النافذ لمجارى العرف وأثره ، فى مفردات القضايا وآحاد المسائل ، فنراه ـ رضى الله عنه ـ يخرج برأى يخالف به الفقهاء فى المسألة ؛ لأنه أدرك سرّ العرف ومغزاه ، ولنعرض نماذج من التفاته إلى العرف والعادة وعنايته به ، ومجال تحكيمه .

جاء فى « النهاية » ـ تعقيبا على بعض فصول كتاب الإجارة ـ قوله : « . . . وهذا منتهى القواعد والأصول فى مضمون الباب ، وفيه فصول منتشرة يحسبها المبتدى متفاوته غير داخلة تحت ربط وضبط ، وهذا أوان الوفاء بما وعدنا فى صدر الفصول ؛ فنقول :

هذه المسائل بما فيها تدور على مقتضى اللفظ ، وموجب العرف فى إفادة الإعلام ، ويتعلق بعض أطرافها بتساهل معتاد فى بعض المقاصد ؛ فأما النظر فى مقتضى الألفاظ ، فلا يكاد يخفى على الفطن .

وأما العادة ؛ فإنها تنقسم إلى :

ما يطرد ولا يستراب فى اطراده .

وإلى ما يضطرب بعض الاضطراب .

وأما العادة المطردة ، فنعم المرجع هى فى أمثال هذه المعاملات ، ولها أثران :

أحدهما : تقييد اللفظ المطلق ، وهذا أمر معلوم من أثر العادة ، وبيانه فيما نحن فيه ـ يشير إلى إجارة الدواب للسير أو الحمل ـ أن السير إذا أطلق فى مسلك فيه مراحل فليس فى اللفظ تقييد فى مقدار السير ، ولافى كيفيته ، ولكن

العادة المطردة تنزل المعنى المتردد فى اللفظ على وجه واحد ، وهذا بمثابة حمل القيود المطلقة فى العقود على ما يعم فى المعاملات جريانه .

والثانى : أن العادة إذا اقتضت شيئا ، وليس فى لفظ العقد له ذكر ، لاعلى اجمال ، ولاعلى بيان فهذا موضع نظر الفقهاء .

ثم ينقسم ؛ فمنه ما تظهر العادة فيه على اطراد ، كالإعانة على وضع الحمولة ورفعها ، فى الإجارة الواردة على العين . . . (واستمر يفصل أثر العادة المطردة) .

ثم قال : « فأما إذا اختلفت العادة ، وحصل الوفاق على اختلافها ، فلا حكم لها ، فإن كان اللفظ مستقلا بإفادة المقصود فعليه التعويل » (النهاية : ٢٨٤/٧ - ٢٨٦ مخطوطة بدار الكتب المصرية رقم ٢١٢٠٩) .

فهذا بيان واضح لأثر العادة والعرف ، ومتى يعتبر ، ويؤخذ به .

أى عرف يعتبر ؟

ومن دقائق النظر فى موضوع العرف ، أن العرف يتبدل ويتغير الزمان ، فأىّ عُرفٍ يعُتبر ؟ هل العرف السابق ؟ أم يعتبر العرف اللاحق ؟

جاء فى النهاية قوله : « الأجرة إذا كانت مؤجلة فى الإجارة ، فحلّت وقد تغيرت صفة النقد ، وكان ذكر مطلقا فى العقد ، فلا شك أن الاعتبار فى صفة النقد ؛ بالنقد الذى كان غالبا يوم العقد . ولا نظر إلى نقد يوم الحلول . وكذلك القول فى الثمن إذا حل .

فأما إذا ذكر فى الجعالة مقدارا من الدراهم ، وكانت الدراهم إذ ذاك على صفة ، ثم استكمل المجعول له العمل ، وقد تغيرت صفة النقد ، فقد اختلف أصحابنا فيما حكاه القاضى :

فذهب بعضهم إلى أن الاعتبار باليوم الذى تم فيه العمل ؛ فإنه يوم استحقاق الجعل ، وهذا ضعيف لا أصل له ، والصحيح : أن الاعتبار بالنقد قيدها بالصفة العامة حالة الذكر » (جزء : ٢٨٨/٧ مخطوطة رقم ١١٢٠٩) . (دار الكتب المصرية) .

فهو يرى أن المعتبر العرف السابق ، أى المقارن للعقد ، وليس العرف اللاحق الذى تعارفه الناس والمتعاملون فيما بعد .

وقد أكد ذلك ماحكاه عنه السيوطى فى «الأشباه والنظائر » فيما إذا أقرّ مُقِرٌّ بدراهم ، أو ادعى مدع ، فلا تنزل على العادة الجارية ، بل لابد من الوصف ، لأن الدعوى والإقرار إخبار عما تَقَدّم ، فلا يقيده العرف المتأخر ، بخلاف العقد ، فإنه أمر باشره فى الحال فقيده العرف (ص ١٠٦ وترى السيوطى يطلق على إمام الحرمين : الإمام هكذا مطلقا .)

ولعل هذه النظرة الدقيقة ، التى تلفتنا إلى تمييز العرف السابق من اللاحق ، تنبهنا إلى ماشاع على ألسنة الأصوليين من أن « للعرف قوة تخصيص العام » وتترك العبارة هكذا بدون تقييد ، مما قديتوهم معه : أن سلطان العرف قائم على النصوص بصفة دائمة ، وأنه يخصص العام منها ولو كان لاحقا عليها .

ولعل الخوف من هذا الوهم الذى جعل « الرازى » فى « المحصول » ينكر أن يكون العرف أو العادة من المخصصات ، وهذا نص كلامه :

« والحق أن نقول : العادات : إما أن يعلم من حالها أنها كانت حاصلة فى زمان الرسول ﷺ وأنه ـ عليه الصلاة والسلام ـ ما كان يمنعهم منها ؛ أو يعلم انها ماكانت حاصلة ، أو لايعلم واحد من هذين الأمرين .

فإن كان الأول : صح التخصيص بها ، لكن المخصص ـ فى الحقيقة ـ هو تقرير الرسول ﷺ عليها ؛

وإن كان الثانى : لم يجز التخصيص بها ، لأن أفعال الناس لاتكون حجة على الشرع ؛

وإن كان الثالث : كان محتملا للقسمين الأوليين ـ ومع احتمال كونه غير مخصص لايجوز القطع بذلك . والله أعلم » ا.هـ (الجزء الأول ـ القسم الثالث : ١٩٨ ، ١٩٩ بتحقيق طه جابر العلوانى) .

فكما نرى يجعل « الرازى » إسناد التخصيص إلى العادة والعرف من قبيل المجاز ؛ لأن الحقيقة أن المخصص هو إقرار الرسول ﷺ على هذا الفهم للنص ، وتخصيص عمومه .

وضربوا لهذا مثلا : تخصيص عموم قوله تعالى : ﴿ **والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة** ﴾ البقرة ٢٣٣ ، فالآية خبر يفيد معنى الأمر ؛ لأن ورود الأمر بصيغة الخبر آكد من وروده بصيغة الإنشاء ، ولفظ (الوالدات) ـ المأمورات هنا ـ عام .

وقد ذهب مالك ـ رضى الله عنه ـ إلى أن الوالدة الرفيعة القدر ، التى ليس من عادة مثيلاتها إرضاع أولادهن ، خارجه من هذا العموم ، وغير مأمورة بإرضاع ولدها إذا قبل ثدى غيرها ، فخصص بذلك العرف عموم القرآن الكريم . (انظر أحكام القرآن لابن العربى : ١/٢٠٤ وأيضا : أحمد بك إبراهيم . علم أصول الفقه : الموضع السابقة . ص ٦٧) .

وفيما قرأت من كتب الأصول المحدثة بدءا من الشيخ « الخضرى » ـ رحمه الله و « احمد إبراهيم » ومن بعدهم ، لم أجد من تنبه لهذا التفريق بين العرف السابق المقارن للنص ، وبين العرف اللاحق ، مثلما تنبه إمام الحرمين ، إلا أستاذنا الجليل الشيخ « على حسب الله » ـ رحمه الله ـ وذلك فى عبارته الدقيقة المحكمة الموجزة ، التى يقول فيها ـ وهو يعدد مايقصر العام على بعض أفراده ، مما هو ليس بكلام ـ : « العادة والعرف : وإنما يُخصص النصّ العام بالعرف إذا كان عرفا عاما ، وقائما عند ورود النص » (انظر أصول التشريع الإسلامى : ٢٨) .

كما تنبه أيضا لهذا المعنى الأخ الكريم ، العالم المحقق الدكتور محمد أديب صالح ، فى كتابه القيم « تفسير النصوص فى الفقه الإسلامى » حيث يقول ـ وهو يتحدث عن تخصيص العام بالعرف ـ : « وعلى أية حال ، فسواء أكان العرف قوليا أم عمليا ، لابد أن يكون موجودا عند صدور العام ، الذى يراد حمله عليه ، وبيانه به ، ولذلك كان من الأهمية بمكان معرفة معهودات العرب ، فى أساليب كلامهم فى بيئتهم ، التى كانت مهبط الوحى ومتنزل الشريعة .

أما إذا كان العرف طارئا ، فلا يمكن تخصيص العام به ، إلا إذا كان عاما ، وأمكن رده إلى أصل من الأصول الشرعية ، كالإجماع السكوتى ، بأن يجرى العرف فى عصر المجتهدين بفعل شىء أو تركه ، ويُقَرُّ منهم ، وكالسنة التقريرية ، بحيث يجرى عرف بأمر فى عصر النبى ﷺ ، فيرد إليه العرف ، ونسبة التخصيص إليه تجوُّز » (تفسير النصوص : ١/٩٠ - ٩١) .

من مظاهر فقه الإمام للنصوص

عندما ننظر فى فقه إمام الحرمين ، نجده ذا بصرٍ وبصيرة فى اعتبار « العرف » وطريقة تحكيمه ، فهو لايحكم العرف هزواً - على حد تعبيره - بل يرى أن من آحاد المسائل ما لاينطبق عليها العرف ، وليس له فيها مجال :

من ذلك . . مسألة المصلى على مرتفع ، بحيث يرى الناس سوأته ، وخلافه للأئمة فى هذه المسألة ، وهاك نص كلامه ، قال :

« ونص أئمتنا : أن من كان يصلى فى قميص واحد ، على طرف السطح ، فإدراك سوأته هين على من هو تحت السطح ، فصلاته صحيحة ؛ وهذا عندى : فيه للفكر مجال ، فإن من وقف هكذا فوق مكان مطروق ، وكان الريح تعبث بثوبه ، فلست أستجيز إطلاق القول : بأنه يحل له ذلك ، وهو معرض للنظر .

فإن قال قائل : العرف هو المرعى فى الستر ، والناس يستترون من فوق ومن الجوانب .

قيل : هذا كلام عرىّ عن التحصيل ؛ فإن العرف لايطرد بين العقلاء هزلا فى شىء ، وأهل العرف إنما يرعَوْا الستر من أسفل من جهة أن التطلع من تحت القميص والإزار غير ممكن إلا بمعاناه وتكلف ، فإذا فرض الموقف على شخص - أى مرتفع - والأعين تبتدر إدراك السوأة ، فهذا لايعدّ فى العرف ستراً أصلا ، إلا أن يكون الذيل ملتفا بالساق » (النهاية : ٤ ورقة ١٣٨) .

فهو يرى : أنى العرف لا يمكن أن يسلمّ بأن هذا ستر ، ويخالف الأئمة فى ذلك ؛ ناظراً إلى المعنى فى انعقاد العرف ، وكأنه - رضى الله عنه - رأى أن هذا

الواقف على مرتفع ، قد خرج عن العرف فى الوقوف ، فخرج ستره عن العرف فى الستر .

نماذج وصور أخرى

والحق أن المسائل التى تشهد لرعاية إمام الحرمين للعرف والأخذ به ، لاتقع تحت حصر ، ولكنا نختار منها نماذج فيها ملاحظ أخرى مثل أن يعتمد العرف فى الانفراد بها ، أو المخالفة فيها ، أو نرى فيها دقةً فى التفريع ، وتناهيا فى التقنين ، أو إشارة لمصدر الأخذ بالعرف والتوجيه إليه ، ونحو ذلك ، فمن هذا :

١ ـ مسألة نية الصلاة ، ومقارنتها لتكبيرة الإحرام : فقد اختلفت الأقوال فى كونها قبل تكبيرة الإحرام ؛ أو مقارنة لها ؛ أو يجوز السبق والمقارنة ، وطوّل المختلفون أنفاسهم ، فى تصوير المقارنة والسبق ، ولكن إمام الحرمين ينظر إلى روح الشرع ، فيرى المقارنة « العرفية » كافية .

حكى النووى فى « المجموع » ذلك عن إمام الحرمين ، وتلميذه الغزالى ، قال : « واختار إمام الحرمين ، والغزالى فى « البسيط » وغيره : أنه لايجب التدقيق المذكور ، فى تحقيق مقارنة النية ، وأنه تكفى **المقارنة العرفية العامة** ، بحيث يعد مستحضرا لصلاته غير غافل عنها ، اقتداء بالأولين فى تسامحهم فى ذلك » ثم يعقب النووى ـ رحمه الله ـ قائلا : « وهذا الذى اختاره هو المختار . والله أعلم » (انظر المجموع : ٣/٢٢٤ . طبعة المطيعى) .

وهذا الذى نقله النووى فى جملة واحدة ، هو خلاصة ما أبدعه قلم إمام الحرمين فى نحو ثمانى صفحات كبيرة من مخطوطة : (النهاية : ٤/٣٨ ـ ٤١ وجه وظهر) .

ونوجز ماذكره فى « النهاية » ونشير إلى عيون كلامه مجرد إشارة ، حتى نرى كيف ناقش المخالفين ، ورد أدلتهم ، وانتهى إلى تحكيم « العرف » فى هذا الإشكال :

جاء فى النهاية قوله : « فأما وقت النية ، وهو أغمض نواحيها ، فليعتن الناظر به ، ونحن ننقل مقالات الأصحاب فيه مرسلا ، ثم ننبه على مدرك

الحق ـ إن شاء الله تعالى ـ ؛ فمن أئمتنا من قال : ينبغى أن تقترن النية بالتكبير ، وينبسط عليها ، فينطبق أولها على أول التكبير ، وآخرها على آخره ، وهذا ما كان يراه شيخنا ؛ وذهب بعض أئمتنا : إلى أنه يقدم النية على التكبير ، وإذا تمت افتتح بعده التكبير متصلا بآخر النية ، ولوقرن بالتكبير لم يجز .

وقال العراقيون والصيدلانى : إنه لو قدم كما ذكره المقدِّمون ، أو قرن كما ذكره الأولون جاز .

ثم ذكر أصحاب هذه المذاهب وجوه مذاهبهم مرسلة (جـ٤ : ٣٧ ب) ، وأخذ بعد ذلك يذكر أدلة مذاهبهم ، ووجوهها ، ثم عقب عليها قائلا : « وهذه المذاهب ووجوهها مختبطة لاحقيقة لها ، ونحن نقول : قد سبق أن النية لايتصور انبساطها ، وإنما الذى يترتب ذكر العلوم بصفات المنوى كما سبق ، فمن تقدم إنما يقدم إحضار العلوم ، وإذا اجتمعت ولم يقع الذهول عن أوائلها وقع القصد إلى المعلوم بصفاتها ، مع أول التكبير (نفس المصدر السابق)

ويستمر فى مناقشة المذاهب ـ التى ذكرها أصحابها مرسلة كما قال ـ فيذكر وجوهها ، ومأخذها ومنشأها ، بالصورة التى قدمنا نموذجا لها ، وبعد أن يطوّل أنفاسه فى بيان سر هذه المذاهب ، ومعتمدها المنطقى والفكرى ، يعقب عليها قائلا :

« فهذا منتهى النقل والتحقيق ، ووراء ذلك كله عندى كلام : وهو أن الشارع ما أراه مؤاخذ بهذا التدقيق . والغرضُ المكتفى به أن تقع النية بحيث تعد مقترنة بعقد الصلاة عرفا ، ثم تمييز الذكر عن الإنشاء والعلم بالمنوى عنهما عسر ، سيما على عامة الخلق ، وكان السلف الصالحون لايرون المؤاخذة بهذه التفاصيل .

والقدر المعتبر دينا انتفى بذكر النية حالة التكبير ، مع بذل المجهود فى رعاية الوقت ؛ فأما التزام الحقيقة مصادفة الوقت الذى يذكره الفقيه ؛ فمما لاتحويه القُدَر البشرية » (جـ٤ : ١/٤١) .

٢ ـ **ومن طريف المسائل ودقيقها** : ماذكره عن الباعة (المتنقلين) فى الاختصاص بمكانهم فى السوق ؛ وحقهم فى الاحتفاظ بمقعدهم ، والمسافة التى تترك بين كل منهم ، ومتى يزاحم صاحب المقعد فى مكانه ويؤخذ منه ، وسنعرض طرفا من هذه المسألة . قال :

« . . . ومن تخير بقعة ـ وجعلناه أولى بها ـ فإنه يزايلها ليلا ، وهو أولى بها إذا كان ينتابها ، ولايسوغ لسابق أن يسبق إلى مجلسه لتخلل قيامه . . فمبنى المقاعد على الاختصاص ، ثم المتبع فيه « الاعتياد » ، ومن يتخير مقعدا يبيع فيه ويشترى ، أو يحترف ، فغرضه الأظهر أن يظهر مكانه حتى يعرفه المعاملون ، وهو الركن الأعظم فى المكاسب ، فإذا كان هو المقصود فى تعين المقاعد ، فلا بد من الوفاء به (جزء : ٧/٣٨٤) .

فهو يحكم العادة فى اختصاص البائع بمكانه ، ولايرى مزاحمته ، وحرمانه حق الاختصاص به ، ولكن متى يعُد صاحب المقعد مضربا عنه ، ويسقط حقه فى الاختصاص به ؟؟ « . . لو استأخر يوما أو يومين ، لم ينقطع حقُّه عن المقعد ، سواء كان معذورا ، أو غير معذور ؛ وإن طال الزمان ، وتمادى الفصل لم يعطل المقعد ، وكان للغير السبق إليه ، وكذلك إذا غاب غيبة بعيدة . وهذا ما أطلقه الأصحاب ـ يعنى أئمة الشافعية ـ (جزء : ٧/٢٨٥) .

وبعد أن حكى رأى أئمة الشافعية فيما يعد إضرابا من صاحب المقعد ، يبطل اختصاصه به قال : « هذا ما أطلقه الأصحاب ، وماذكروه كلام مرسل ، . . . ولم يهتم به أئمة المذهب ، ولم يعملوا فيه ، وفى أمثاله القرائح الذكية ، واكتفى الناقلون عنهم بظواهر الأمور ، وانضم إليه قلة الاعتناء بالبحث ، فصار أمثال ذلك عماية عمياء ، والموفق من يهتدى إلى المأخذ الأعلى » نفس المصدر السابق .

وبعد أن يرفض كلام الأئمة ، ويعلن برمه وضيقه بالتهاون ، وعدم إعمال القرائح ، يقول : « وأنا أقول مستعينا بالله : إن أضرب صاحب المقعد ،

وتبين إضرابه بطل حقه على قرب من الزمان . ذلك . . بأن يبذل مجلسه لغيره ، أو يتخذ مقعدا آخر ، وأخذ ينتابه ؛ فتبين بهذا إضرابه عن المقعد الأول . هذا مسلك فى بطلان اختصاصه بالمقعد الذى تخيره .

وإن لم يظهر ذلك ، ولكن وجد يتخلف بعذر أو بغير عذر ، فالذى ذكره الأصحاب ، فيما لا يُبطل حقَّه : اليومَ واليومين ، ولو روجعوا فى الثلاثة والأربعة لاسترسلوا عليها .

ولايمكننا أن نقول : المعتبر الزمن الذى يدل مثله على الإضراب ؛ فإن المريض المعذور إذا طال زمانه ، غير مضرب فيبطل حقُّه ، وكذلك من استقره سفر لم يجد منه بدا ، فحاله يُظهر عدمَ إضرابه .

فالوجه أن يقال : لاحق فى تعلّق المقعد إلا أن يعُرف ، فيتعامل ، وإلا فمقعد كمقعد ، فكل زمان يظهر فيه انخرام هذا الغرض ، ففيه سقوط حقه ، فإذا طال انقطاعُه انقطع أُلآفُه ، واستفتحوا المعاملة مع غيره ؛ فينقطع غرضُه فى تعيين المقعد ؛ ولهذا لم نفصل بين المعذور وغير المعذور ، وإذا عاد كان كمن يتخير مقعدا على الابتداء .

وإذا كان ينتاب تلك البقعة ، فاتفق استئخاره مدة لاينقطع بمثلها حقُّه ، فلوجلس جالس على مقعده ، بانيا على أن ينزعج إذا عاد ، ويسلم له مقعده ، فظاهر المذهب أنه لايُمنع ، ويحتمل أن يقال : يُمنع ؛ لأن هذا يُظهر لُألّافه ما يظهره الزمان الطويل فى الانقطاع ؛ فأما القعود فى غير أوقات المعاملة ، فلا بأس به لغير المعاملة هذا هو الممكن فى ضبط ذلك » (النهاية : ٧/٢٨٥ - ٢٨٦) .

فها هوذا - رضى الله عنه - يخالف الأئمة فيما يزول به استحقاق صاحب المقعد لمقعده ، ناظرا لمعنى دقيق بنى عليه الاستحقاق ، فلوزال زال الاستحقاق ، ولو تأملنا ، لرأينا « العادة » وراء ذلك ، فمن اعتاد المكان واعتاده المتعاملون ، فقد أصبح مختصا به ، صاحب حق فيه ؛ ومن تخلف حتى اعتاد المتعاملون غيره ، وتفرّقوا عنه ، زال اختصاصه بالمقعد ، ولاعبرة فى ذلك بالعذر أو بغير العذر .

ومع هذه الدقة المتناهية فى إدراك سر المسألة ، فإننا نلمح أيضا الاتجاه إلى تأصيل المسائل ، ووضع ضابط لها ترجع إليه ثم إننا مع كل ذلك نشعر بثلج الصدر ، وبرد اليقين ، بالرأى الذى اختاره ـ رضى الله عنه ـ!

ثم ألا تروعنا تلك الدقة القانونية ، وذلك الحس الاجتماعى المرهف ، الذى لايفوته أن ينظر لمجتمعه فى مجالس البائعين ، كيف تكون ؟ وكيف يستحقونها ؟ .

٣ ـ العرف والإجماع :

لن نتحدث تحت هذا العنوان عن الفرق بين الإجماع والعرف كما هو المتبادر ؛ فلسنا لذلك الآن .

ولكنا نذكر هنا أن أوضح مايشهد باهتمام إمام الحرمين بالعرف ، واعتماده عليه ، هو اتخاذه دليلا فى إثبات الإجماع ، واستناده عليه فى ذلك .

فهو يرى الإجماع الأصلَ الثانى ، بعد أن جعل القرآن والسنة أصلا واحداً ، سماه : « مانطق به الشارع ﷺ » (البرهان : فقرة ٧٦) والإجماع عنده « عصام الشريعة ، وعمادها ، وإليه استنادها » (البرهان فقرة : ٦٢٧) .

« وعليه مدار معظم الأحكام فى الفرْق والجمع ، وإليه استناد المقاييس والعبر ، وبه اعتضادُ الاستنباط فى طرق الفكر » (الغياثى ـ فقرة ٥٣) .

وهو يردّ على منكرى الإجماع ، ويسفه رأيهم ، ثم يردّ فى نفس الوقت استدلال القائلين بالإجماع ، والآخذين بحجيته ، فلا يرضى باستدلال الشافعى ـ رضى الله عنه ـ على إثبات الإجماع ، بقوله تعالى : ﴿ **ومن يشاقق الرسول من بعد ماتبين له الهدى ، ويتبعْ غيرَ سبيل المؤمنين ، نولِهِ ما تولىَّ ، ونُصلْه جهنم وساءت مصيرا** ﴾ النساء : ١١٥ .

ويرى أنه لادليل فيها على الإجماع ، فالمراد بذلك من أراد الكفر ، وتكذيب المصطفى ﷺ والحيد عن سنن الحق . . (البرهان ـ فقرة ٦٢٥) .

كما يرد استدلال من يستدل بحديث الرسول ﷺ : « لاتجتمع أمتى على ضلالة » بأنه : « نقله معدودون محدودون ، معرضون لإمكان الهفوات ، والزلات ، على أنه يتطرّق إليه سبيل التأويلات ، فلا يبعد أن يقال : المعنى بقوله ـ عليه السلام ـ: لاتجتمع أمتى على الضلالة : أنها لاتنسلخ عن الايمان ، ملابسة عماية الجهالة » (الغياثى ـ فقرة ٥٢) .

إثبات الإجماع بمقتضى العادات

بعد أن يرد الاستدلال بالآية والحديث على إثبات الإجماع ، يبدأ بإثبات الإجماع قائلا : « الإجماع حجة قاطعة . . . ولامطمع فى إسناده إلى العقل ، وكذلك لامطمع فى اسناده إلى دليل قاطع سمعى هجوما عليه ، من غير اعتبار واسطة . . والواسطة التى هى العمدة : « النظر فى قضية اطراد العادات » (البرهان فقرة : ٦٢٧ ، ٦٢٩)

ويقول فى الغياثى : « مدار الكلام فى إثبات الإجماع على « العرف واطراده » ، وبيان استحالة جريانه حائدا عن مألوفه ، ومعتاده » (الغياثى ـ فقرة : ٥٩) .

ونوجز ما قاله ، وأطنب فيه ، عند شرحه إثبات الإجماع باطراد العادات : « إن العادة وقرائن الحال تحيل إجماع المجمعين ، من غير أن يكون معتصمهم دليلا شرعيا ، فإذا صادفنا علماء الأمة مجمعين على حكم من الأحكام ، فنعلم والحالة هذه أن اتفاقهم لايحمل على وفاق اعتقاداتهم ، وجريانها على منهاج واحد ؛ فإن ذلك مع تطرق وجوه الإمكان ، واطراد الاعتياد مستحيل ، بل يستحيل اجتماع العقلاء على معقول مقطوع به فى أساليب العقول ، إذا كان لايتطرق إليه إلا بإنعام نظر وتسديد فكر ، وذلك لاختلاف الناظرين فى نظرهم .

فإذا كان حكم « العادة » هذا فى النظر القطعى ، فما الظن بالنظر الظنى ؟؟ الذى لايفرض فيه قطع ؟

فإذا ، تقرر : أن اطراد الاعتياد يحيل اجتماعهم على فن من النظر ، فإذا ألفيناهم قاطعين بالحكم لايرجعون فيه رأيا ، ولا يرددون قولا ، فنعلم قطعا أنهم أسندوا الحكم إلى شيء سمعى ، قطعى عندهم ، ولايبعد سقوط النقل فيه » (انظر البرهان ـ فقرة : ٦٢٧ . والغياثى ـ فقرة : ٥٤) .

وهو يعلن أن هذه الطريقة فى إثبات الإجماع لم يسبق إليها ، ويباهى بها ، فيقول : « . . . افتتحنا فى إثبات الإجماع قاعدة لم نسبق إليها ، ولم نزحم عليها . . . فى صيغة هى السحر الحلال . . . » (الغياثى ـ فقرة : ٦٢)

٤ ـ اعتماد العرف والعادة فى إثبات التواتر :

يظهر أيضا إدراك سلطان « العرف . . والعادة » عند إمام الحرمين ، فى كلامه عن الحديث المتواتر ، وتحديد العدد الذى يكون به التواتر ، وسنعرض لرأيه فى هذه القضية ، لنرى كيف نظر إلى العرف والعادة فى ذلك . قال :

« ومما يُشترط فى الخبر المتواتر ، الذى يفضى إلى العلم ، صدوره عن عدد ، وقد اضطرب الناس فى ذلك اضطرابا فاحشا . . . فلم يغادروا ـ على اختلاف الآراء ـ عددا فى الشرع ، هو مرتبط حكم ، أوجارٍ وفاقا فى حكاية حال ، إلا مال ذاهبون بالاعتقاد إليه . . . » (البرهان ـ فقرة : ٤٩٤ ، ٤٩٥) .

ثم يعرض هذه الآراء ، والأعداد التى اعتبرتها ، واحدا . . واحدا ، ثم يعقب عليها قائلا : « والذى أراه أن هذه المذاهب منقسمة : فمنها ماهو مصروف عن مدرك الحق ، ومنها ما هو محوّم وليس بوارد ، ونحن نتتبع جميعها بالنقض ، فإذا بطلت ، لاح من منتهى بطلانها الحقُّ المبين » (البرهان ـ فقرة : ٤٩٧) .

وبعد أن يتتبعها بالنقض ، يجمل الرد عيها قائلا : « وبالجملة الأعداد التى تمسك بها هؤلا منقسمة إلى ما تقدر معتبرة فى أقاصيص وحكاية أحوال على وفاق ، وكان لايمتنع أن يقع أقل من تلك المبالغ أو أكثر ؛ وإلى ماورد فى أحكام لاتعلق لها بالصدق والكذب ؛ فلا معنى للتمسك بها » (البرهان ـ فقرة : ٥٠٠) .

وبعد أن ينقض هذه المذاهب ، يقف متسائلا : « فإن قيل : فماذا ترضَوْن فى ذلك ؟

قلنا : الخوض فيما نؤثره يستدعى تقديم أمر ، وهو أن العلوم الحاصلة على حكم « العادات » وجدناها مرتبة على قرائن الأحوال ، وهى لاتنضبط انضباط المحدودات بحدودها ، ولاسبيل إلى جحدها إذا وقعت ، وهذا كالعلم بخجل الخجل ، ووجل الوجل ، ونشط الثمل ، وغضب الغضبان ، ونحوها . .

فإذا ثبت هذه القرائن ، وترتب عليها علوم لايأباها إلاجاحد ، ولورام واجد العلوم ضبط القرائن ووصفها بما تتميز به عن غيرها ، لم يجد إلى ذلك سبيلا ، فكأنها تدق عن العبارات ، وتأبى على من يحاول ضبطها » (البرهان ـ فقرة : ٥٠٣) .

ثم يضرب أمثلة للعلوم الناشئة عن القرائن والعادات ويبين كيف لاتساعد العبارة أن تعبر عنها ، فلا يستطيع أذكى عباد الله قريحة ، وأحدُّهم ذهنا أن يفصل بين حمرة الخجل ، وحمرة الغضب ، وحمرة المرعوب ، فلن تساعده عبارة على ذلك .

وبعد هذا التمهيد يقول : « فإذا تمهد ذلك قلنا : لايتوقف حصول العلم بصدق المخبرين على حدّ محدود ، وعدد معدود ، ولكن إذا ثبتت قرائن الصدق ، ثبت العلم به » (البرهان ـ فقرة ٥٠٤) .

ويضرب مثالا للواحد يخبر صادقا ، تؤيده القرائن ، وبالجماعة تجمعها إيالة وسياسة ، فتخبر كاذبة مخادعة ، ثم يقول : « وأنا الآن أنخل للناظر جميع مصادر المذاهب ليحيط بها ، ويقضى العجب من الاطلاع عليها ، ويتنبه لسبب أختلاف الآراء فيها ، ويجعل جزاءَنا منه دعوة بخير » (البرهان ـ فقرة : ٥٠٦) ، ويستمر فى عرض مأخذ الآراء التى نقضها ، مبينا وجهة نظر أصحابها ، وكأنه يعتذر عنهم ، بل هو بالتأكيد يعتذر عنهم ، إذ يقول : « وليس من الإنصاف نسبةُ رجل من المذكورين إلى الخروج عن المعقول من

غير غرض » (البرهان ـ فقرة : ٥٠٤) فهو ينبه أن هذه الآراء ، غير المعقولة ـ عنده ـ والتى نقضها ، لها وجهٌ عند أصحابها ، ولها أصل ومأخذ ، فمثل هؤلاء ـ أصحابها ـ لايخرجون عن المعقول من غير سبب .

ثم يختم الحديث عن المسألة كلها قائلا : « والجملة فى ذلك أن التواتر من أحكام « العادات » ولامجال لتفصيلات الظنون فيها ، فليتخذ الناظر« العادة » محكمة » (البرهان ـ فقرة : ٥١٥) .

والذى يعنينا هنا ـ ونحن له الآن ـ هو موقف إمام الحرمين من تحكيم العادة والعرف ، وقد صار ذلك بينا بما لايحتاج بعد إلى كلام .

٥ ـ معنى الإحياء للأرض :

وهذه من المسائل التى نظر فيها ـ رضى الله عنه ـ إلى سلطان العرف ، ولكنها تميزت عن غيرها ، بتنبيهه إلى أن الشرع يحيل إلى العرف ، ويدعو لمراعاته وتحكيمه .

قال فى كتاب « إحياء الموات » : « والأصل فيه : السنة والإجماع ؛ قال رسول الله ﷺ : « من أحياء أرضا ميتة ، فهى له » . ثم قال : وليس يكاد يخفى أن صفة الإحياء تختلف باختلاف المقصود فى المحيا ، فما المتبع إذاً ؟ لاشك أنه « العرف » فمنه نأخذ معنى الإحياء ، وما يكون إحياء فى كل محيا . . .

ثم قال : وقد مهدنا فى « الأساليب » ـ أحد كتبه المفقودة للآن ـ وغيرها ، أن ما ورد فى الشرع . غير محدود ، وهو مما يختلف تفصيله ، فالرجوع فيه إلى « العرف » وسبب اقتصار الشرع على الإطلاق : الإحالةُ على مايفهمه « أهل العرف » فى الفن الذى ورد الخطاب فيه » (النهاية : ٣٧٣/٧ ومابعدها) .

فكأنه ـ رضى الله عنه ـ يشير إلى أن مراعاته للعرف واعتباره ، وبناء الأحكام عليه ، ليس من عنده ، ولايهواه ، وإنما بإشارة الشرع وتوجيهه . حيث يقتصر الشرع على الإطلاق ، محيلا للمكلفين على ما يفهمه أهل العرف .

وإذا كان لابد من كلمة الختام ، فإننا نقول : إننا فى حاجة إلى بعث تراث أئمتنا ، ونفض غبار الإهمال والنسيان عنه ، وسنرى أن كثيرا من القضايا العلمية والفكرية فى حاجة إلى إعادة نظر ، بل إلى تصحيح ؛ فقد وضح الآن مثلا أن « الشافعية » لايرفضون الأخذ بالعرف .

كذلك نقول : إن « إمام الحرمين » واحد من علماء هذه الأمة ومفكريها ، الذين لم ينالوا حظهم بعد من الدراسة والتقدير ، وإتاحة مؤلفاتهم ، وثمرات أفكارهم أمام الدارسين والباحثين .

والله سبحانه ! نسأل : أن يلهمنا الصواب ، وبجنبنا الزلل ، وينسأ فى الأجل حتى نؤدى واجبنا إزاء « مكتبة إمام الحرمين » التى نذرنا نفسنا لها ، وهو المستعان ـ جل وعلا ـ .