تاريخ الإرسال: 2018/02/18
تاريخ القبول: 2018/04/25
تاريخ النشر: 2018/06/01

أثر تغير العرف في تغير الفتوى
فقه الأسرة أنموذجا

بقلم
د/ رشيد عمري (*)

ملخص

كثيرا ما يتعارف الناس على معاملات وعادات تقوم عليها مصالحهم وحاجاتهم، فتأتي الشريعة بأحكام مناسبة تراعي فيها الظروف والأحوال المحيطة بكل واقعة، وقد يحدث أن تتغير تلك العوائد والأعراف لأسباب ما فيعيد المفتي نظره ويغيره فتواه حسب الظروف الجديدة التي تلبست بالواقعة، لتغير المصالح التي بنيت عليها تلك المعاملات العرفية. ويلاحظ في كتب الفقه، وجود أجوبة وفتاوى قد تفهم على أنها أحكام ثابتة ومستمرة، وعند التحقيق يطلع على أنها فتاوى عرفية، جاءت في زمان ومكان معين وفي حال خاص وقد تتغير. فالفتاوى المبنية على العرف ليست ثابتة، كما أنّ الأحكام المبنية على العرف تدور معه وجودا وعدم. ومن أخص المجالات في هذا الباب والتي تراعى فيها الأعراف وقد تتغير وتتبدل فقه الأسرة، كخدمة الزوج، واشتراط البكارة، والطلاق الثلاث بفم واحد.

الكلمات المفتاحية: العرف؛ العادة؛ الفتوى؛ الأحكام؛ المصلحة؛ تغير الفتوى؛ فقه الأسرة.

مقدمة

الشريعة الإسلامية جاءت لتحكم أفعال الناس وتصرفاتهم، وتراعي مصالحهم في العاجل والآجل، وقد أتت بأحكام ثابتة ودائمة، وأخرى قابلة للتبديل والتغير، حاكمة على الحوادث المتغيرة حسب الزمان والمكان والحال والأعراف، فكثيرا ما يتعارف الناس على أشياء يرون فيها مصالحهم وحاجاتهم، فتأتي الشريعة بأحكام مناسبة لتلك الوقائع مراعية الظروف والأحوال المحيطة بها، ثم ما يلبث أن تتغير تلك العوائد والأعراف لسبب أو لآخر، فلا يسع المفتي إلا أن يعيد نظره في الحكم الأول، ويغيره فتواه حسب الظروف الجديدة التي تلبست بالواقعة.

(*) قسم الحقوق – كلية الحقوق والعلوم السياسية – جامعة معسكر – الجزائر rachidamri@yahoo.fr

ولكن المشكلة أن كثيرا ما تنقل لنا كتب الفقه مسائل وفتاوى، تفهم على أنها أحكام ثابتة، فتسحب على كل واقعة مهما اختلف الزمان والمكان والأعراف، وعند التحقيق نكتشف أنها فتاوى عرفية، جاءت وقف عوائد خاصة في زمان ومكان معين وفي حال خاص، وهنا ينبغي للمفتي التفطن أن الفتاوى العرفية ليست ثابتة، بل هي قابلة للتغير والتبديل تبعا للمصالح والمفاسد المرعية فيها جلبا ودفعا، وأن الأحكام المبنية على العرف تدور معه وجودا وعدما.

ومجال فقه الأسرة مجال واسع لإعمال العرف، لأنه لصيق بحياة الناس المتغيرة والمتطورة على الدوام. وقد جاءت هذه الدراسة لتبين، مدى بناء بعض الفتاوى على الأعراف، وكيف للمفتى أن يحول فتواه إذا تغير العرف وتبدل، وهي ما ضوابط هذا التغير، لذلك ارتأيت معالجة هذا الموضوع في ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: التعريف بمصطلحات الدراسة، وذكرت فيه معنى العرف والعادة والفرق بينهما، وما معنى مصطلح الفتوى وتغير الفتوى. المبحث الثاني: تغير الفتوى وتغير الحكم وأثرهما، وبينت فيه المراد بمصطلح تغير الفتوى وما يثار حوله من استفسارات واللبس الوارد في تغير أو تبدل الأحكام. أما المبحث الثالث:فخصصته لبيان أثر تغير العرف على مسائل من فقه الأسرة.

المبحث الأول: التعريف بمصطلحات الدراسة.

بداية يتعين عليّ تفكيك معاني المصطلحات التي ينبني عليها هذا الموضوع، وأن أبين المراد بالعرف والعادة وما الفرق بينهما، وما معنى الفتوى، وما المقصود بتغير الفتوى.

أولا: تعريف العرف والعادة

1 – تعريف العرف

أ – العرف لغة: يطلق العرف في اللّغة على معنيين:

الأول: تتابع الشّيء متصلا بعضه ببعض، ومنه عُرف الفرَس، سمي بذلك للتتابع الشعر عليه، ومنه جاء القوم عرفا عرفا، أي متتابعين بعضهم خلف بعض.

والثاني: المعرفة والعرفان، يقال: عرف فلان فلانا، عرفانا ومعرفة وعِرفة واعترفه أي علمه علما، ومنه العرف والمعروف والعارفة ضد النكر والمنكر، لأن النفس تسكن إليه، إذ من أنكر شيئا توحش منه ونبا عنه[1]. جاء في المصباح: أمرت بالعرف أي المعروف وهو الخير والرفق والإِحسان[2].

ب – العرف اصطلاحا:

المتتبع لهذا الموضوع يرى أن العلماء الأقدمين، استعملوا العرف على مدى عصور

طويلة، دون تحديد مفهومه بتعريف اصطلاحي، وأول تعريف للعرف والعادة أمكن التوصل إليه هو ما جاء في كتاب المستصفى[3] المتعلق بفروع الفقه، للفقيه الحنفي أبي بركات النّسفي المتوفى سنة **710**هـــ، حيث قال :" العادةُ والعُرْف ما استقرَّ في النفوس من جهة العقول، وتلقته الطباع السليمة بالقبول[4]. وفي فلكه دار الجرجاني فقال في تعريفاته: " العرف ما استقرت النّفوس عليه بشهادة العقول، وتلقته الطبائع بالقبول " ثم قال: وكذا العادة، وهذا في الحقيقة هو الجامع بين العادة والعرف[5]."

وقال ابن عطية:" هو كل ما عرفته النّفوس مما لا ترده الشريعة."[6] وقال ابن ظَفَر الصقلي ت **565**هـــ في الينبوع: " العرف ما عرفت العقلاء أنّه حسن، وأقرهم الشّارع عليه."[7].

وأما من المعاصرين فقد عرفه عبد الوهاب خلاف بقوله:" العُرف هو ما تعارفه الناس وساروا عليه، من قول أو فعل أو ترك، ويسمى العادة."[8] وقال الزرقا " هو عادة جمهور قوم من قول أو فعل ."[9]

وخلاصة القول: إن مجمل ما قيل في تعريفه قديما وحديثا يدل على أن العرف هو:" الأمر الذي سكنت إليه النفوس واطمأنت، وألفته، وتحقق في قرارتها، بناء على استحسان العقول والطباع السليمة في الجماعة، وهذا إنما يحصل بسبب التتابع منهم على ذلك مع ميل ورغبة[10].

2- تعريف العادة.

أ- العادة لغة: العادة، الديدن والدّربة والتّمادي في شيء حتى يصير سجية له، وجمعها عاد، وعادات وعوائد، وعيد، وقد تعود الشيء واعتاده واستعاده وأعاده[11]. وفي المخصص: هي كل ما عاد عليه النّاس وداموا عليه[12]، وسميت العادة بذالك لأن صاحبها يعاودها، أي يرجع إليها، مرة بعد أخرى[13].

ب - اصطلاحا: قال القرافي:" العادة، غلبة معنى من المعاني على النّاس[14]" وهذا موافق لمعناها لغة. قال ابن عاصم: العُرفُ ما يُعرفُ بين النّاسِ ... ومِثْلُهُ العَادةُ دون بَاسِ

قال شارحه: العرف ما يعهد ويجري بين النّاس استعماله ومثله العادة في المعنى لغةً واصطلاحاً[15]. وقال ابن أمير الحاج:" العادة وهي الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية "[16]. وقد أوضح ابن عابدين أصل العادة فقال: إن العادة مأخوذة من المعاودة فهي بتكررها ومعاودتها مرة بعد أخرى صارت معروفة مستقرة في النفوس والعقول بالقبول من غير علاقة ولا قرينة حتى صارت حقيقة عرفية، فالعادة والعرف بمعنى واحد من حيث المقاصد وإن اختلفا من حيث المفهوم[17].

3 - بين العرف والعادة: كثيرا ما يستعمل الأصوليون العادة والعرف بمعنى واحد، لأن

مؤداهما واحد، قال الشيخ أبو زهرة: فعادة الجماعة وعرفها متلاقيان في المؤدى، وإن اختلفا مفهومها، فهما يتلاقيان فيما يختص بالجماعات. وقال الأستاذ خلاف: العرف والعادة في عرف الشرعيين لفظان مترادفان معناهما واحد [18].

ويرى الأستاذ مصطفى الزرقا: " أنَّ العادة أعمُّ من العرف، لأنَّ العادة تشمل العادة الناشئة عن عامل طبيعي، والعادة الفردية، وعادة الجمهور والتي هي العرف [19]" .

ومن تأمل في مباحث الفقهاء وجد أنَّهم يستعملون العادة والعرف استعمالًا واحدًا لا يفرّقون بينهما، وعلى كلّ فالمسألة اصطلاحية، ولا مشاحَّة في الاصطلاح.

ثانيا : تعريف الفتوى.

1 – الفتوى لغة: الفتوى في لغة العرب: اسم مصدر للفعل أفتى يفتي إفتاء، بمعنى الإبانة، قال ابن سيدة: أَفْتاهُ في الأَمْرِ: أبانَهُ له. والفتْيَا والفُتْوَى والفَتْوَى: ما أَفْتَى به الفَقِيهُ، والفتحُ في الفَتْوَى لأهلِ المَدِينَةِ[20]. والفتيا تبين المشكل من الأحكام، أصله من الفتى، وهو الشاب الحدث الذي شبّ وقويّ، فكأنه المفتي يقوي ما أشكل ببيانه[21].

وقال ابن فارس: الفاء والتاء والحرف المعتل، أصلان: أحدهما:يدل على طراوة وجدّة، والآخر على تبيين الحكم[22]. فابن فارس جعل لمادة – الفاء والتاء والحرف المعتلّ أصلين، وقد جعل الفتوى من الأصل الثاني، وهو لا يرى لها علاقة بالفتوة والشباب. أما ابن منظور فيعيد اللفظين (الفتوى والفتوى) إلى أصل واحد، ويذكر أنّ العلاقة بين الفتوى والفتوة، أن المشكل إذا ليّن قوي[23]. قال في المغرب: واشتقاق (الفتوى) من الفتى، لأنه جواب في حادثة أو إحداث حكم أو تقوية لبيان مشكل[24]. والفَتْوى والفُتْيا مَا أَفْتَى بِهِ الفَقيه، وَقد حُكِيَت الفُتْوى[25]. وجاءت الفُتيا لغة في الفتوى، لأهل المدينة خاصة[26]. وتفاتوا إليه تحاكموا، وفي الحديث:" أَنَّ أَرْبَعَةً تَفَاتَوْا إِلَيْهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ " أي تَحاكَمُوا، مِنَ الفَتْوَى[27]، كما تطلق الفتوى على السّؤال[28]، وتطلق الفتوى على الإجابة، يقال: أفتى العالم أجاب والاسم الفتوى والفتيا[29].

2 – الفتوى في الاصطلاح: لم يُعن الأصوليون بذكر حدّ جامع مانع للفتوى، وإنما اهتموا بذكر شروطها وآدابها، ولكن يمكن أخذ معناها من تعريفهم للمفتي ومن تفريقهم بين الفتوى والقضاء.

ومن ذلك ما ذكره ابن حمدان في تعريف المفتي أنه:" المخبر عن حكم الله تعالى لمعرفته بدليله " وقيل :" هو المخبر عن الله تعالى بحكمه " وقيل:" هو المتمكن من معرفة أحكام الوقائع شرعا بالدّليل مع حفظه لأكــثر الفقه .[30]"، وقد عرف القرافي الفتوى عند كلامه على الفرق بين الفتوى والحكم – القضاء قائلا:" إخبار عن – حكم – الله تعالى في إلزام أو إباحة." وقوله: أو

إباحة يريد به ما عدا الإيجاب والتحريم، فتندرج الأحكام الخمسة[31]. وقد عبر القرافي عن الاستحباب والكراهة والإباحة المستوية الطرفين بلفظ **الإباحة**، لأن كلا من هذه الأحكام فيه إباحة، ولكنها في المستحب والمكروه مرجوحة، وفي مستوي الطرفين متمحضة[32]. أما تعريف الإفتاء عند المعاصرين فقد عرفه سليمان الأشقر بقوله:" هي الإخبار بحكم الله تعالى باجتهاد عن دليل شرعي لمن سأل عنه في أمر نازل.[33]"

والفتوى: هي بيان الحكم الشرعي في واقعة من الوقائع الحادثة. والإفتاء أخص من الاجتهاد، لأن الاجتهاد استنباط الأحكام الشرعية من أدلتها التفصيلية، سواء أكان هناك سؤال في موضوعها أم لم يكن. وأما الإفتاء: فلا يكون إلا إذا كانت واقعة وقعت، ويتعرف الفقيه حكمها[34]. قال الحطاب:" والفتوى بالفتح والضم، والفتح لأهل المدينة قاله في المحكم، وهو الجاري على القياس، والفتيا بالضم، وكلها اسم لما أفتى به الفقيه، والإفتاء الإخبار عن حكم شرعي لا على وجه الإلزام.[35]

وقيل: لا حاجة إلى القيد الأخير، لأنه ذكر للاحتراز عن القضاء وهو لم يدخل في الحد، لأنه إنشاء[36] ".

ثالثا: مفهوم تغير الفتوى.

لمعرفة المقصود بتغير الفتوى، لا بد من معرفة معنى التغير ومدلوله، وأما الفتوى فقد سبق تعريفها.

1 – تعريف التغير لغة: التغيُّر: مصدر لفعل تغيَّر، يقال: تغيَّر تغيُّرُ تغيُّرا، وهو يدل على اختلاف الشيئين، يقال: تغيَر عن حاله بمعنى تحول، ويقال غيّر عليه الأمر أي حولَّه وبدَّله، وتغايرت الأحوال أي اختلفت، ويقال غيرتُ الشيء تغيرا، أي أزلته عما كان عليه فتغير[37].فمدار التغيّر في اللغة على التبدّل والتحوّل والاختلاف.

2 – تعريف التغيّر اصطلاحا. عرف الجرجاني التغيّر بقوله: انتقال الشيء من حالة لأخرى[38]. وهو قريب من المعنى اللغوي.

3 – المقصود بتغير الفتوى. أما تغير الفتوى، فقد عرفها المزيني بأنه: " أن ينـــتقل المفتي بالمسألة المعينة من حـــكم تكليفي إلى آخر.[39]" و المراد بتغير الحكم عند بعضهم أنه:" انتقال الحكم من حالة كونه مشروعا إلى حالة كونه ممنوعا، أو أن يكون ممنوعا فيصبح مشروعا، باختلاف درجة المشروعية والمنع "[40]. وقد اختار الدكتور وليد بن علي حسين أن يعرفه بقوله:" هي تحوّل الحكم إلى حكم آخر لموجب شرعي، وفقا لمقاصد الشرع. " ثم شرح تعريفه بما يأتي:

(تحوّل الحكم إلى حكم آخر) بأن يتغير الحكم ويتبدل من حكم إلى آخر، كأن يتغير من

الوجوب إلى التحريم، أو من التحريم إلى الإباحة.

(لموجب شرعي) أي أن تبدل الحكم يكون لسبب اقتضى تغيُّره، ولابد أن يكون السبب معتبرا في الشرع، فإذا تغيّر الحكم من غير سبب مشروع، فإنه يعتبر.

(وفقا لمقاصد الشرع) أن يكون التغير جاريا على وفق ما تقتضيه مقاصد التشريع، وإلا لم يقبل، والتغير يكون في ظاهر الحكم، أما في حقيقة الأمر فإنه موافق لمقاصد الشرع[41].

فالمقصود بتغير الفتوى إذاً، أن الفتوى تختلف في بيان حكم المسألة الواحدة من حال لآخر، أو شخص لآخر، أو زمان لآخر، أو عرف لآخر. فيكون جواب المفتي مختلفا في المسألة الواحدة بحسب اختلاف الأحوال والأزمنة والأمكنة والأعراف، مع اتحاد الشروط وانتفاء الموانع، فإذا اختلفت الشروط أو وجدت الموانع فلا اتحاد، بل يكون لكل مسألة حكم مستقل[42].

المبحث الثاني: حقيقة تغير الفتوى والحكم وأثرهما.

لابد من التمييز الحقيقي لمعنى تغير الفتوى وهل هذا يعنى تغير الحكم الشرعي، وما هو أثر تغير العرف على تغير الفتوى في مجال فقه الأسرة.

أولا: تغير الفتوى وتغير الحكم.

إذا كانت الفتوى هي إخبار السائل بحكم الله في المسألة بعد معرفة دليلها من غير إلزام، فإن الحكم يعني خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين " والغالب أن الحكم الشرعي هو الحكم المتعلق بأفعال العباد على وجه العموم من غير التفات إلى واقع معين يرتبط به الحكم، كالقول بوجوب الصلاة وحرمة، شرب الخمر وهكذا.

والغالب أن الفتوى هي ما كانت مرتبطة بواقع ما، فالفتوى على ذلك هي تطبيق الحكم الشرعي على الواقع، وإن كان في بعض الأحيان يأتي أحدهما بمعنى الآخر فهما مرتبطان، ولا تكون الفتوى صحيحة إلا إذا كان الحكم الشرعي منطبقاً على الواقع انطباقاً صحيحاً[43].

والمتتبع لكلام الفقهاء يرى أنهم قالوا: إنه يجوز للمجتهد أن يغير اجتهاده، كما يجوز للمفتي أن يغيره فتواه على حسب ما يراه من المصلحة الشرعية الدافعة للمشقة والمحققة للعدل، لكن بعضهم عبر عن ذلك يتغير الأحكام، وبعضهم بتغير الفتوى، ووقع من بعضهم تشنيع على من قال: الأحكام تتغير بتغير الزمان والمكان والأحوال.

فمن النّصوص المصرحة بتغير الأحكام، قول القرافي:" والقاعدة أن اللفظ متى كان الحكم فيه مضافا لنقل عادي، بطل ذلك الحكم عند بطلان تلك العادة، وتغير إلى حكم آخر، إن شهدت له عادة أخرى. [44]". وقال:" لأن الأحكام المترتبة على العوائد تدور معها كيفما دارت، وتبطل معها إذا بطلت .[45]" ولأن انتقال العوائد يوجب انتقال الأحكام[46]. وقال ابن عابدين:" فكثير من

الأحكام تختلف باختلاف الزمـــان، لتغير عرف أهله أو لحدوث ضرورة أو فـــساد أهل الزّمان.[47]"، فهو يرى أن الحكم يتغير عند تغير العرف الذي جاء من أجله. ومن القواعد التي ذكرها جملة من الفقهاء، قاعدة " لَا يُنكر تغير الْأَحْكَام بِتَغَيُّر الْأَزْمَان.[48]".

فإذا قلنا بأن تغير الزمان والمكان والعوائد قد تؤثر في تغير الحكم، فهل يعني القول بنسخ الأحكام الشرعية الثابتة، وهل فمن أطلق هذا العبارة من العلماء قد قصد ذلك، خاصة إذا رأينا أن بعض الباحثين قد أبعدوا النُّجْعَة في مثل هذه النّصوص وأخذوا بظواهرها من غير تأمل، فقالوا: إن الأحكام تتغير بتغير الأعراف والزمان والمكان وفق ما تقتضيه المصلحة مطلقا، ولو أدى ذلك إلى مخالفة نصوص الكتاب والسنة[49] .

والظاهر أن القائلين بجواز تغير الأحكام، لم يقصدوا نسخ الأحكام، وإلا فإن النسخ يعني رفع حكم شرعي سابق بنص بمثله، وهذا يختص به الشارع الحكيم دون سواه. ورغم أن الدكتور أبو سنة، اختار التعبير بتبدل الأحكام بالعرف والعادة، إلا أنه ردّ على من فهم أن التبدل نسخا فقال: قد يظن بعض الناس أن تبدل الأحكام لاختلاف العوائد نسخ لها، لأن النسخ رفع لمتعلق الحكم الشرعي، والواقع في تبدل الفتوى كذلك، لأن العادة عندما تتغير يرفع حكمها، ويجيء حكم آخر يناسب العادة الثانية.

واعتبر هذا الظن زائف، لأنه ليس لمجتهد تغير شيء من الشريعة، لأن الأحكام أبدية، وقال: الواقع أن الحكم المبني على العادة يكون مناسبا لأحوال خاصة للحادثة، فإذا طرأ عرف آخر على الحادثة وتغيرت طبيعتها، وتلبست بأحوال جديدة، احتاجت عند ذلك إلى حكم آخر، وهكذا فالأحكام باقية وهي مناسبة لحوادثها لا تبديل فيها، وإنما الرفع والتبديل إذا تغيرت الأحوال وجاء عرف آخر.

وإذا كان في تبدل الأحكام رفع، فإنه رفع تطبيق الحكم لعدم مناسبته، لا رفع الحكم المشروع، فالواقعة الواحدة قد يكون لها أكثر من حكم بحسب الأحوال والملابسات المحتفة بها، لكل حكم تطبيقه في ظرفه الذي يختص به، بخلاف النسخ فإن حكم الحادثة فيه يرفع، بحيث لا يبقى له وجود أصلا[50].

وقد حاول بعض الفقهاء تحديد إطار الأحكام القابلة للتغير، وخصها بالأحكام الاجتهادية، في حين صرح بعض من كتب في القواعد الفقهية بضرورة ضبط وإعادة صياغة قاعدة :" لَا يُنكر تغير الْأَحْكَام بِتَغَيُّر الْأَزْمَان " لأن ظاهرها موهم، واقترح عبارة:" لا ينكر تغير الأحكام المبنية على المصلحة والعرف، بتغير الأزمنة والأمكنة والأحوال والأعراف والعوائد [51]" والدافع إلى هذا الاجتهاد هو رغبتهم في قصر التغير والتبديل على الأحكام التي ليست نصية، فأبعدوا الأحكام

الثابتة بالكتاب والسنة والإجماع، وجعلوا الأحكام التي تشملها هذه القاعدة هي الأحكام الاجتهادية القائمة على القياس والمصلحة والاستحسان.

وقد تحرى البعض الدّقة في انتخاب المصطلح المناسب فعبروا بتغير الفتوى بدل تغير الحكم، ومن ذلك قول ابن القيم:" فصل في تغير الفتوى واختلافها بحسب تغير الأزمنة والأمكنة والأحوال والنيات والعوائد[52]. وقال ابن الشاط" وما قاله – أي القرافي – من لزوم تغير الفتوى عند تغير العرف صحيح ."[53] وقد أنكر بعض المعاصرين لفظ تغير الأحكام وشددوا النكير على من قال بذلك، وقالوا: لا تغير في أحكام الشريعة، وإن التغير الحاصل هو بسبب خصائص الحادثة الثانية، وأنها غير الأولى[54].

والحقيقة أنّ تغير الفتوى ليس تغيرا لحكم شرعي، ولا يعني تغير أصل الشريعة، فإن أحكام الشريعة ثابتة، ولا يمكن أن تتغير، وإنما الذي تغير هو اجتهاد المجتهد عند تطبيقه الحكم الشرعي على الواقعة، ولس الحكم ذاته الذي تغير، وعند التأمل في هذا التغير نرى أنه ليس تغيرا في أصل الحكم، لأن الذي تغير ارتبط بسبب جديد أوجب تغيره، لكونه مبنيا على اختلاف المحال بحسب ما تقتضيه الواقعة وما يقترن بها، فإن الأحوال المحيطة بالواقعة هي التي تغيرت، وبناء عليه تتغير الفتوى توخيا للمصلحة[55].

يقول الإمام الشاطبي في تغير الأحكام بتغير العوائد:" إن اختلاف الأحكام عند اختلاف العوائد ليس اختلافا في الخطاب، لأن الشرع موضوع على أنه دائم أبدي... إنما الاختلاف أن العوائد إذا اختلفت رجعت كُلُّ عَادَةٍ إِلَى أَصْلٍ شَرْعِيٍّ يُحكمُ بِهِ عليها. "[56]

فتغير الفتوى لا يعني تغير الشريعة الثابتة، لأن من خصائصها الثّبوت من غير زوال، قال الشاطبي:" لذلك لا تجد فيها بعد كمالها نسخا، ولا تخصيصا لعمومها، ولا تقييدا لإطلاقها، ولا رفعا لحكم من أحكامها، لا بحسب عموم المكلفين، ولا بحسب خصوص بعضهم، ولا بحسب زمان دون زمان، ولا حال دون حال."[57]

كما أن تغير الفتوى وإن ما كان مبنيّا على تغير الزمان والمكان والأحوال و العوائد، إلا أنه ليس مبنيا عليها لذاتها، وإنما مبنيّ على تحقيق مقاصد الشريعة الكلية وعدم مناقضتها، ومناط الحكم يتغير بتغير أحد هذه الأسباب، فالحالة الثانية التي تغيرت فيها الفتوى تختلف عن الحالة الأولى، فتغيرت الفتوى لتغير مناط الحكم، فإذا تغير العرف عما كان عليه في السابق، فإن الفتوى تتغير عمّا كانت عليه، فهو تغير في الظاهر، وأما في حقيقة الأمر، فإن تغير الفتوى قد جرى على وفق مقاصد الشريعة، لرجوعه إلى اعتبار مقاصد التشريع[58]. فالحكم الشرعي لمسألة من المسائل ثابت لا يتغير، طالما أن المسألة لم تتغير صورتها، فمثلا لا يقال: إن الميتة يمكن أن

تكون محرمة في زمان، مباحة في زمان آخر، إلا أن تتغير صورة المسألة التي قلنا بحرمتها فيها[59].

والذي أراه هو أن الخلاف بين القائلين بتغير الأحكام وتغير الفتوى، خلاف لفظي، لأن السائل عند يسأل المفتي، إنما يريد أن يعرف حكم الله تعالى في المسألة، فإذا غَيَّر المفتي اجتهاده لتغير مناط الحكم أو لضعف مدركه في الأول، تغيّر بذلك الحكم في الظاهر بناء على أن الفتوى قد تغيرت، وإن كان في نفس الأمر أن الحكم لم يتغير لاختلاف صورة المسألة في الفتوى، عن صورتها في الفتوى الجديدة، وإنما هو حكم جديد لمسألة جديدة، مع بقاء حكم الأصل. ومهما كان من خلاف، فالأولى أن نتمسك بلفظ تغير الفتوى بدل تغير الأحكام، لأنه أضبط وأوضح، وحتى لا يكون ذريعة لمن أراد تعطيل النصوص الشرعية، على أساس أن الأحكام الشرعية قابلة للتغير، لتبدل الزمان والمكان والعوائد والأعراف.

ثانيا : أثر تغير العرف والعادة في الفتوى.

هناك أسباب كثيرة تفضي إلى تغير العرف والعادة، ومعلوم أن العرف يتغير بتغير الزمان والمكان، فقد تطرأ أعراف جديدة تحل محل الأعراف السابقة لسبب ما، فمن الواجب أن يعيد المجتهد نظره في تلك المسائل، خاصة المبنية منها على الأعراف والعوائد إذ مظنة للتغير والتبديل. وقد نص الأصوليون على أن الفتوى تتغير بتغير الأعراف، وأن الأحكام تدور مع العادات، وأنه يجب على المفتي أن يراعي عرف السائل وبلده عند الفتوى، وتغير العرف راجع في الجملة إلى مراعاة المصلحة ورفع الحرج.

قال القرافي:" الأحكام المرتبة على العوائد تتبع العوائد، وتتغير عند تغيرها.[60]" وقال: الأحكام المترتبة على العوائد تدور معها كيفما دارت، وتبطل معها إذا بطلت، كالنّقود في المعاملات والعيوب في الأعراض في البياعات ونحو ذلك، فلو تغيرت العادة في النقد والسكة إلى سكة أخرى لحمل الثمن في البيع عند الإطلاق على السكة التي تجددت العادة بها دون ما قبلها... وبهذا القانون تعتبر جميع الأحكام المرتبة على العوائد، وهو تحقيق مجمع عليه بين العلماء لا خلاف فيه، بل قد يقع الخلاف في تحقيقه...وعلى هذا القانون تراعى الفتاوى على طول الأيام، فمهما تجدد في العرف اعتبره، ومهما سقط أسقطه، ولا تجمد على المسطور في الكتب طول عمرك، بل إذا جاءك رجل من غير أهل إقليمك يستفتيك لا تجره على عرف بلدك، واسأله عن عرف بلده، واجره عليه وأفته به دون عرف بلدك والمقرر في كتبك، فهذا هو الحق الواضح، والجمود على المنقولات أبدا ضلال في الدين، وجهل بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضين.[61]"

وينبغي على المفتي إذا ورد عيه سؤال لا يعلم حال صاحبه وهو غريب عن بلده، فلا يفتيه، بما استقر عليه أهل بلده حتى يسأل عن حال السائل وبلده ويقيمه على عرفه لا عرف المفتي،

قال القرافي: وهذا أمر متعين واجب لا يختلف فيه العلماء[62]. فلا يصح الاعتماد على فتاوى الأئمة المسطورة في الكتب والقائمة على أعراف مرعية في زمانهم، دون مراعاة للأعراف والعوائد المتجددة، لأن الفقهاء قد بنوا أحكامهم على ما كان في زمانهم، فجاءت فتاواهم وقف أعرافهم، ولكل بلد عاداته، فيتغير الحكم من بلد إلى بلد ومن زمان إلى زمان، وفقا لتغير العرف.

والعوائد لا يجب فيها الاشتراك بين البلدان، فعلى المفتي في كل زمان، أن يتفقد حال العرف، هل هو مستمر أن تبدل، فإن وجده باقيا أتى به، وإلا غيَّر فتواه أو توقف عن الفتوى، وقد غفل كثير من الفقهاء لما وجدوا سلفهم من الأئمة قد أفتوا في مسائل وضمنوها كتبهم بناء على عوائد قائمة في زمانهم، ثم وقف المتأخرون على تلك الفتاوى، فأفتوا بها كما هي وقد تغيرت أو زالت الأعراف والعوائد التي بنيت عليها تلك الفتاوى، فحادوا عن الصواب ووقعوا في الخطأ. قال القرافي: وهو خرق للإجماع، فإن الفتيا بالحكم المبني على مدرك بعد زوال مدركه، خلاف الإجماع [63]. وقد عدّ ابن القيم التعويل على الفتاوى المنقولة من كتب الأئمة والتي بنيت على الأعراف، وقد تغيرت تلك الأعراف، بسبب اختلاف الزمان أو المكان أو الحال، ضلال وإضلال، وأن جنايته على الدين أعظم من جناية من تطبب الناس كلهم[64].

فعلى المفتي عند يحكم في واقعة ألا يقصر نظره على ما ذكره الفقهاء المتقدمون، ويغيّب واقع الناس وأحوالهم، وهو مجال تطبيق الفتوى، كالزواج بنية الطلاق مثلا، فإن صورته وما تعارف عليه الناس اليوم يتخلف في حقيقته عما نصّ عليه الفقهاء، وكان في زمانهم، كما أن آثاره المترتبة عليه مختلفة، وعند النظر في الزواج بنية الطلاق الواقع اليوم، يجد أنه في صور كثيرة صار مخصوصا بوقت معين، وأنه لا يراد للدوام، فصار شبيها بنكاح المتعة.

كما أنه أبيح للضرورة، فهو رخصة لأغراب، لئلا يقعوا في الزنا، فلا يطلب لذاته، فكم من شخص يسافر إلى بلاد غريبة، وهو لا يقصد إلا التمتع بالزواج ثم الطلاق، ومنهم من يتزوج أكثر من مرة في سفر واحد، كما أنه قد يكون محدد الزمان كمدة الانتهاء من الدراسة أخذ الشهادة، أو إنهاء صفقة تجارية وهو في حكم المتعة.

وتغيّر الأعراف والعوائد يوجب بطلان الفتوى التي بنيت عليهما لعدم مدركها، بل الفتاوى تابعة للعوائد كيفما تغيرت وتقلبت.

ويقول ابن عابدين: "كثير من المسائل الفقهية الثابتة بضرب اجتهاد ورأي يبنيه المجتهد على ما كان في عرف زمانه، بحيث لو كان في زمان العرف الحادث لقال بخلاف ما قاله أولًا، ولهذا

قالوا في شروط الاجتهاد: إنه لا بدّ فيه من معرفة عادات الناس، فكثير من الأحكام تختلف باختلاف الزمان، لتغيّر عرف أهله، أو لحدوث ضرورة أو فساد أهل الزمان بحيث لو بقي الحكم على ما كان عليه أولًا للزم منه المشقَّة والضرر بالناس، ولخالف قواعد الشريعة المبنية على التخفيف والتيسير ودفع الضرر والفساد لبقاء العالم على أتمِّ نظام وأحسن إحكام، ولهذا ترى مشايخ المذهب خالفوا ما نصَّ عليه المجتهد في مواضع كثيرة بناها على ما كان في زمنه، لعلمهم بأنّه لو كان في زمنهم لقال بما قالوا به أخذًا من قواعد مذهبه. [65]"

لذا اشترط الأصوليون في المفتي معرفة أعراف الناس وعوائدهم، قال ابن عابدين: "والتحقيق أن المفتي في الواقع لابد له من ضرب اجتهاد، ومعرفة بأحوال الناس.[66]" ومن هنا رأينا العوائد الجارية ضرورية الاعتبار شرعا، كما قال الشاطبي[67]، ولا يكفي التعويل على العوائد وبناء الفتاوى عليها، بل لا بد من التأكد من استمرارها أو تغيرها، والحذر كل الحذر من الجمود على المنقولات مع أن الفتاوى فيها بنيت على أعراف متغيرة.

فالعرف يقبل التغير والتبديل، إذ إن عادة الناس تتغير من استحسان إلى استقباح، أو من استقباح إلى استحسان، فتتغير الفتوى تبعا لتغير العرف، ولأن الأعراف قد تكون أسباب لأحكام تترتب عليها، فمثلا كشف الرأس يعد فعلا قبيحا في بعض البلدان، خلافا لبلاد أخرى[68]. والأكل في السوق، قد عدّ من خوارم المروءة قديما، حتى قال ابن العربي:" إن ذلك إسقاط للمروءة وهدم للحشمة.[69]"، بل منهم من عدّه كبيرة لغير السوقي[70]، وقد أصبح أمرا عاديا مألوفا في هذا العصر.

ربما تغَيَّر العرف بسبب تغير الأنظمة التي يصدرها وليّ الأمر، والتي يقصد بها تنظيم شؤون الحياة العامة، وتحقيق مصالح الناس، وضبط تزاحمهم على الحقوق[71].

ولقد عدّ السيوطي ما يقرب من خمسين مسألة مبنية على العرف، وقال:" اعلم أن اعتبار العرف رجع إليه في الفقه في مسائل لا تعدّ كثرة [72]، ونصوص العلماء الذين قالوا بتغير الأحكام، إنما تدور في غالبها على الأحكام التي مدركها العرف والعادة.

يقول النابغة الغلاوي

والعرفُ مـــا يَغلبُ عند النـــاسِ ومثـــلُه العـــادةُ دون بـــاسِ
وكلُّ ما انبنى على الـــعرفِ يَدورْ مَعْهُ وجودًا عَدَما دَورَ البُـــدورْ
فاحذرْ جمودَك على ما في الكُتُبْ فيما جرى عرفٌ به بلْ من تُبْ
لأنـــّه الضَّـــلـــالُ والإضْـــلالُ إذ قد خَلتْ من أهلها الأطلالُ
وكل ما في الشّـــرع فَهْوَ تـــابعُ إلـــى الـــعوائدِ لهـــا يُجـــامعُ

فما اقتضته عادةٌ تجددتْ تَعيَّنُ الحكم بها إذا بدتْ
وهذه قاعدةٌ فيها اجتَهَدْ كلٌّ وأجمَعَ عليها للأبدْ
لذاك قالوا من أتى مستفتيًا سُئِلَ عن عَادته فأفْتِيَا
بما اقتضته عادةُ المُستفتِي وإن يكنْ خَالفَ عُرفَ المُفتي[73]

المبحث الثالث: أثر تغير العرف في فقه الأسرة.

ذكرنا في ما سبق أن الأحكام المبنية على العرف والعادة، تدور معه وجودا وعدما، ومن هنا نرى أن مسائل كثيرة في فقه الأسرة قد بنيت على أعراف قائمة زمن اجتهاد المفتين، ولاشك أن هذا الفتاوى، تتغير إذا تغيرت الأعراف التي بنيت رعيا لمقاصد الشارع ورفعا للحرج على الناس في معاملاتهم وتصرفاتهم، وهذا بعض الأمثلة الفقهية التي بنيت على الأساس العرف، وهي عرضة للتغير إذا تغيرت تلك الأعراف.

1 – اشتراط البكارة والعذرية.

البكر هي البنت التي لم يسبق لها الزواج، أو هي التي لم تزل بكارتها بنكاح صحيح أو فاسد جار مجراه، وأما العذراء هي الباقية كما خلقها الله، أو هي التي لم تزل بكارتها بمزيل[74]. فمن تزوج امرأة يظنها بكرا فوجدها ثيبا، فإن لم يكن شرط فلا رد مطلقا علم الولي بثيوبتها أم لا، وإن شرط العذارة فله الرد مطلقا، وكذلك إن اشترط البكارة وكان زوالها بنكاح، وإن شرط البكارة وكان زوالها بوثبة أو زنا، فإن علم الولي وكتم على الزوج كان له الرد، وإن لم يعلم الولي ففيه يردد[75].

قال الدردير: إذا جرى العرف، أن البكر تساوي العذراء، فله الرد مطلقا كما عليه العرف عندنا بمصر[76]. قال التسولي: أي إذا اشترط البكارة، وكان العرف إطلاق البكر على العذراء، كما عندنا اليوم فوجدها ساقطة العذرة بنكاح أو غيره من وثبة ونحوها كان له الرد على المشهور خلافا للقابسي، والعرف كالشرط[77]. وقال ميارة الفاسي: إنّ اشترط البكارة كاشتراط كونها عذراء ولا فرق بينهما في عرفنا – أهل فاس – لأنهم يعنون بالبكارة كونها عذراء لا غير فللزوج الرد إذا وجدها ثيبا سواء قالوا بكرا، أو عذراء[78]. وإنما كان لا يرجع إذا اشترط البكارة ولا عرف في إطلاقها على العذراء، لأنه من حيث لا عرف ينصرف اللفظ إلى معناه لغة. وقد تكون الزوجة بكرا، وليست عذراء بأن أزيلت بكرتها بتدفق الحيض أو سقوط قوي أو مرض. فالعرف له دور في عدّ البكر مساوية للعذراء عند اشتراط البكارة وهو يقصد العذرية، فله الرد في هذه الحالة.

2 – قبض الصّداق. من مسائل الصداق المبنية على العرف، ما أفتى به المتأخرون من علماء الحنفية، من عدم تصديق الزوجة بعد الدخول بها بأنها لم تقبض المشروط تعجيله من

المهر، مع أنها منكرة للقبض، والقاعدة إن القول للمنكر مع يمينه، لكنها في العادة لا تسلم نفسها قبل قبضه[79]. ومن هذا الباب ما روي عن مالك: إذا تنازع الزوجان في قبض الصداق بعد الدخول، فإن القول قول الزوج مع أن الأصل عدم القبض. قال القاضي إسماعيل: هذه كانت عادتهم بالمدينة، أن الرجل لا يدخل بامرأته حتى تقبض جميع صداقها، واليوم عادة المدينة خلاف ذلك، فالقول قول المرأة مع يمينها لأجل اختلاف العوائد[80].

3 – تجهيز بيت العروس.

ذهب الجمهور من الفقهاء، الحنفية والشافعية والحنبلية، إلى أنه لا يجب على الزوجة أو وليها تجهيز البيت الزوجي أو تأثيثه، وأن صداقها ملك خالص لها تتصرف كما تشاء، لا دخل للتجهيز فيه، وأنّ الزوج هو المكلف وحده بأن يجهز البيت ويهيأه. وأما المالكية فقالوا: الجهاز واجب على الزوجة إذا أمهرها الزوج صداقا، يكفي للشراء ما تحتاج مثله من أثاث، قال خليل في المختصر:" ولزِمَها التَّجهيزُ على العادِة بما قبضته[81]" أي أن الزوجة يلزمها التجهيز على العادة في جهاز مثلها بما قبضته من مهرها، إن سبق القبض قبل البناء، ولو كان العرف شراء خادم أو منزل لزمها ذلك[82]". قال أحمد الشنقيطي: هذا الفرع أشكل عليَّ غاية الإشكال، ووجه ذلك أنه يلزم المرأة أن تصرف من مهرها لمصلحة الزوج، ومعلوم الإلزام هو الفرض والواجب، وقد أعطاها الله مهرها خاصا لها، وحض على دفعه لها قال تعالى " **وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً** "النساء: ٤ أي تدينا بدفعه، والله تعالى أذن للزوج فيما تنازلت عنه المرأة عن طيب نفس، هبة له:" **فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا** " النساء: ٤. والله ينهى الأزواج عن أخذ شيء من الصداق، إلا بطيب نفس من النساء، ومعلوم أنه إذا ألزمها بشراء جهاز بيتها، وربما اشترت به كله، فأين الرضا والطواعية وطيب النفس مع الإلزام[83]. قال الغرياني معلقًا على إلزام المالكية المرأة بتجهيز البيت من مال الصَّدَاق: " هذا ما يقرره علماؤنا – أي المالكية – ولعله مبني على عرفهم في ذلك الوقت، أما اليوم فقد صار عرف الناس في بلدانهم، أن معظم جهاز البيت عند الزفاف مطالب به الزوج، ومثل هذا من الأمور التي تُطبَّقُ فيها قاعدة :" المعروفُ عرفًا كالمشروطِ شرطاً ". وقد ذكر الونشريسي أن هذا الفرع ليس له أصل في المذهب فقال: هذه المسألة لا أصل لها في المذهب إلا الجري على حكم العرف، وجلّ الناس يخالفوننا فيها، وقد كان بعض من تقدم من المالكيين بالأندلس لا يفتي بلزومها، ومذهبي في ذلك أنه لا يلزم المرأة من ذلك إلا من غلب تعارفه، حتى أنه قد ثبت تواصفه[84].

4 – خدمة الزوجة لزوجها.

اختلف الفقهاء في وجوب خدمة الزوجة لزوجها، فذهب الجمهور إلى أنه لا يجب عليها

ذلك، وذهب بعض أهل العلم إلى الوجوب. جاء في الموسوعة الفقهية الكويتية: " لا خلاف بين الفقهاء في أن الزوجة يجوز لها أن تخدم زوجها في البيت، سواء أكانت ممن تخدم نفسها أو ممن لا تخدم نفسها، إلا أنهم اختلفوا في وجوب هذه الخدمة :

فذهب الجمهور من الشافعية والحنابلة وبعض المالكية إلى أن خدمة الزوج لا تجب عليها لكن الأولى لها فعل ما جرت العادة به. وذهب جمهور المالكية وأبو ثور، وأبو بكر بن أبي شيبة وأبو إسحاق الجوزجاني، إلى أن على المرأة خدمة زوجها في الأعمال الباطنة التي جرت العادة بقيام الزوجة بمثلها[85].

وقد أجاب عبد الله بن جبرين عن هذا الفتوى قائلا: هذه الفتوى – أي عدم الخدمة – غير صحيحة ولا عمل عليها، فقد كانت النساء صحابيات يخدمن أزواجهن ...ولم يزل عرف المسلمين على أن الزوجة تخدم زوجها الخدمة المعتادة لهما في إصلاح الطعام وتغسيل الثياب والأواني وتنظيف الدور ونحوه، كلٌّ بما يناسبه، وهذا عرف جرى عليه العمل من العهد النبوي إلى عهدنا هذا من غير نكير، ولكن لا ينبغي تكليفها بما فيه مشقة وصعوبة وإنما ذلك حسب القدرة والعادة. وقال الشيخ محمد مختار الشنقيطي: وللنساء حقوق كما أن للرجال عليهن حقوقاً بالمعروف، والمعروف إما أن يكون العرف كما يقول جماهير العلماء فيرجع إليه ويحتكم إليه فعرف الصالحين وعرف المسلمين في كل زمان ومكان أن المرأة تخدم بيت زوجها. أقول: ويتأكد القول بلزوم الخدمة على المرأة إذا جرت العادة به، وتزوجت دون أن تشترط ترك الخدمة، لأن زواجها كذلك يعني قبولها الخدمة، لأن المعروف عرفا كالمشروط شرطا .

وقد رجح جماعة من أهل العلم القول بوجوب خدمة الزوجة لزوجها وذكروا أدلة ذلك، قال شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله :"وتجب خدمة زوجها بالمعروف من مثلها لمثله، ويتنوع ذلك بتنوع الأحوال، فخدمة البدوية ليست كخدمة القروية، وخدمة القوية ليست كخدمة الضعيفة[86]. قال القرطبي: قال بعض أصحابنا: عليها خدمة مثلها، فإن كانت شريفة المحل ليسار أبو ة أو ترفه فعليها التدبير للمنزل وأمر الخادم، وإن كانت متوسطة الحال فعليها أن تفرش الفراش ونحو ذلك، وإن كانت دون ذلك فعليها أن تقم البيت وتطبخ وتغسل. وإن كانت من نساء الكرد والدّيلم والجبل في بلدهنّ، كلِّفت ما يكلفه نساؤهم[87]. وقال: وهذا أمر دائر على العرف الذي هو أصل من أصول الشريعة، فإن نساء الأعراب وسكان البوادي يخدمن أزواجهن حتى في استعذاب الماء وسياسة الدواب، ونساء الحواضر يخدم المقل منهم زوجته فيما خف ويعينها، وأما أهل الثروة فيخدمون أزواجهم ويترفهن معهم إذا كان لهم منصب ذلك[88].

5 – وجوب توفير الخادم للزوجة

ذهب الجمهور إلى أنه يجب على الزوجة أن يوفر لزوجته خادما، إذا كان الزوج موسرا، وكانت الزوجة من ذوات الأقدار ممن لا يخدمن بأنفسهن في عادة بلدهنّ وأهلهنّ ويجدن في ذلك حرج ومشقة.

و اختلفوا في هل لها أن تطالب بأكثر من خادم، فالجمهور على أنه ليس للزوجة أن تطالب بأكثر من واحد، مهما علا قدرها. في حين ذهب المالكية والإمام أبو يوسف من الحنفية إلى أنه يفرض لها أكثر من خادم إن احتاجت إليه. ونقل عن مالك أنه قال: لا يجب لها أكثر من خادم واحد وهو ما قاله ابن القاسم في الموازية[89]. وقد خص مالك رحمه الله في رواية هذا الفتوى بأهل المدينة فقط، وعلل ذلك بأن فيهم من القناعة ما ليس في غيرهم من أهل الأمصار[90]. فكأنه كان يريد أن أهل المدينة من عادتهم اكتفاء المرأة بخادم واحد، إلا لأنه لا يمنع أهل الأمصار الأخرى إن اعتادوا خدمة أكثر من ذلك واحتاجت المرأة إليه، فإنه يلزم الزوج[91].

6 – أجرة الطبيب وثمن الدواء.

إذا كان الزوج ملزما شرعا بأن ينفق على زوجته، ويوفر له كل ما تحتاجه من مطعم وملبس، ومسكن، فهل يلزم شرعا بدفع نفقة علاج زوجته، وشراء الأدوية لها أم لا ؟

ذهب جمهور الفقهاء بما فيهم أصحاب المذاهب الأربعة[92]، إلى عدم وجوب أجرة الطبيب ولا ثمن العلاج على الزوج، وخالف آخرون فأوجبوا ذلك على الزوج. ويجب أن يعلم أولاً أن المسألة ليس فيها نصوص خاصة، وإنما هي مسألة اجتهادية وللعرف فيها اعتبار. وقال ابن عبد الحكم الفقيه المالكي بوجوب تحمل الزوج لنفقات علاج زوجته وهو قول الزيدية[93]، وهذا قول وجيه يؤيده عموم النصوص الواردة بالإنفاق على الزوجة بالمعروف وحسن معاشرتها بالمعروف. وقد مشت معظم قوانين الأحوال الشخصية على هذا الرأي وأفتى به جماعة كبيرة من أهل العلم المعاصرين. وقد علل الجمهور مذهبهم،بأن شراء الأدوية وأجرة الطبيب إنما تراد لإصلاح الجسم، فلا تلزم الزوج[94]. أقول: النفقة الواجبة للحفظ على الجسد، وأجرة والدواء لإصلاحه، فلا يفترقان. ولا شك أن للعرف سلطان في بناء هذه الفتوى، خاصة في بيئات بسيطة كان الطب لا زال فيها تقليديا، وربما تداوي الزوجة نفسها عند الضرورة، وقد يساعدها في ذلك أقاربها، كما يمكنها أن تستغني عن الطبيب إن وجد، وحتى على الدواء مكتفة بما في يدها من أدوية بسيطة.

قال الدكتور حسام الدين عفانة: ولعل جمهور الفقهاء الذين قالوا بعدم وجوب أجرة العلاج على الزوج، بنوا هذا الحكم على ما كان معروفاً في زمانهم، وخاصة أن الناس كانوا يعتنون

بصحتهم ويتعالجون بأدوية طبيعية غير مكلفة، وأما في زماننا فقد اختلفت الأمور كثيراً وصار العلاج مكلفاً[95].

7 – التمليك والتخيير.

التخيير جعل إنشاء الطلاق ثلاثا صريحا أو حكما، حقا لغيره، ومثال الحكمي: اختاريني أو اختاري نفسك. وأما التمليك فهو جعل إنشاء الطلاق حقا لغيره راجحا في الثلاث، يخص فيما دونها، بنية أحدهما، مثاله: جعلت أمرك أو طلاقك بيدك[96]. وللزوج مناكرتها، ويصدق فيما زاد على واحدة، بخلاف التخيير،ولا بد من النية في التمليك وإلا فلا مناكرة له. قال مالك: ومن قال لامرأته بعد البناء: اختاري نفسك، فقالت: قد اخترت نفسي، فهي ثلاث ولا مناكرة للزوج[97].

وله أن يناكر الزوجة المملكة فيما فوق الواحدة، أما المخيرة فيقع ثلاثا وليس له المناكرة، وليس لها في التخيير أن تقضي إلا بالثلاث، ومن هنا أن المالكية فرقوا بين لفظ التمليك ولفظ التخير، رغما تشابهما.

والتفريق بين التخيير والتمليك أمر عرفي لا دخل للغة فيه، فقولهم: إن للزوج البقاء على العصمة والذهاب لمناكرة المملكة دون المخيرة، إنما نشأ من العرف، وعلى هذا ينعكس الحكم بانعكاس العرف[98].

قال القرافي: إن مالكا بنى ذلك على عادة كانت في زمانه، أوجبت نقل اللفظ عن مسماه اللغوي إلى هذا المفهوم، فصار صريحا في الطلاق، وليس من الكنايات – فيحتاج إلى نية – كما قال الأئمة الثلاثة، ثم قال: وهذا هو الذي يتجه وهو سر الفرق بين قاعدة التخيير والتمليك غير أنه يلزم عليه أن هذا الحكم قد بطل وتغيرت الفتيا، ويجب الرجوع إلى اللغة كما قاله الأئمة، وتصير كناية محضة بسبب أن العرف قد تغير حتى لم يصر أحد يستعمل هذا اللفظ إلا في غاية الندرة، فضلا عن كثرة الاستعمال التي تصيره منقولا. والقاعدة أن اللفظ متى كان الحكم فيه مضافا لنقل عادي بطل ذلك الحكم عند بطلان تلك العادة وتغير إلى حكم آخر، إن شهدت له عادة أخرى، فهذا هو الفقه المتجه[99].

ثم وقفت على فتوى لابن سريج في تحريم الزوجة، فبعد أن نقل مجموعة أقوال في المسألة منها قول في المدونة: وأنها ثلاث في المدخول بها ولا ينوّى، وفي غير المدخول بها له نيته من واحدة أو غيرها.

وكذا ما ذكره ابن خويز منداد عن مالك في رواية عنه: أنها واحدة في المدخول بها وغيرها. قال ابن سريج: وكان بعض شيوخنا ممن له الفتوى ببلدنا هذا – الأندلس – يعتمد هذه الرواية ويُفتي بها، ويرى أن ذلك جارٍ على مذهب المدونة المتقدم ذكره، لأنه إنما فرق فيها بين

المدخول بها وغيرها، لأن البينونة لم تكن عندهم إلا بالثلاث في المدخول بها، أما عندنا فإنها تبين بالواحدة. فالمدخول بها اليوم نظير غير المدخول بها إذاك فحكمها واحد[100]. فالخلاف إذاً ناشئٌ في تغير مدلول البينونة من زمان إلى زمان ومن عرف لآخر، فقد كان المقصود بها في بيئة مالك الثلاث، وفي الأندلس قصد بها طلقة واحدة، فعلى هذا تغيرت الفتوى.

8 – الطلاق الثلاث بلفظ واحد.

الطلاق يقع مرة فمرة، وللزوج بعد أن يراجع زوجته فإن طلقها الثالثة لا تحل له حتى تنكح زوجًا غيره،فإذا قال الرجل لزوجته: " **أنت طالق ثلاثًا** " كان مرتكبًا لإثم بلغ مداه أن أغضب النبي صلى الله عليه وسلم حتى قال:" **أيلعب بكتاب الله وأنا بين أظهركم** " ولكن هذه الصيغة لم يكن يقع بها في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم وفي خلافة أبي بكر وسنتين من خلافة عمر، إلا طلقة واحدة رجعية، فلما تتابع الناس بعد ذلك في الطلاق، قال عمر: إن الناس قد استعجلوا في أمر قد كانت لهم فيه أناة فلو أمضيناه عليهم، فأمضاه عليهم، وألزمهم الثلاث، وقد تابع عمر في هذا كثير من الصحابة، وجمهور التابعين، وأئمة المذاهب الأربعة.

غير أن بعض الصحابة والتابعين وأصحاب المذاهب الأخرى وعدد من الفقهاء ظلوا على ما كان عليه الأمر من قبل، فلم يوقعوا بلفظ الثلاث إلا طلقة رجعية، وهذا هو السائد اليوم في قوانين الأحول الشخصية. وأيا ما كان الأمر، فلا خلاف في أن هنا تغير كان تبعا لتبدل العادات، سواء ذهبنا إلى أن الحكم بإيقاع الثلاث مطابقة لعادة النّاس في قصودهم وطواياهم، أو من باب السياسة الشرعية عقوبة لهم على تعاطي المحرم[101].

فإمضاء الطلاق الثلاث بفم واحد، كان سببه الأعراف المعمول بها في زمن الرسول صلى الله عليه وسلم وأبي بكر، لأن العرف السائد زمانهم أنهم لم يقصدوا بذلك البينونة، فلما قصدوها وتتايعوا عليها زمن عمر، أمضاه عليهم.

خاتمة: لا يمكن للمفتي أن يتصدى للفتوى، حتى يكون له زيادة على علمه بالشريعة ومقاصدها، إلمام بواقع الناس، حتى يستطيع تنزيل أحكام ونصوص الشرع على واقع حقيقي، فلا يصادم مقاصد الشارع من تشريع الأحكام للعباد، كما يجب على المفتي ألا يغتر بما في كتب من فتاوى منقولة عن الأئمة، وعليه أن يفرق بين الأحكام الثابتة والفتاوى المتغير، وخاصة تلك كان يراعى فيها أعراف وعوائد الناس، فلا شك أن الأحكام المبنية على الأعراف ليست ثابتة بل تدور مع الأعرف والعوائد وجودا وعدما، وإلا أوقعنا الناس في حرج ومشقة، وهذا ضلال وإضلال كما قال ابن القيم.

- **الهوامش والإحالات:**

1 – ابن فارس أحمد الرازي / معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، طبعة 1399هـ، ج04، ص 281، وابن المنظور/ لسان العرب،ج9، ص 239، ومحمود صالح جابر/القواعد الأصولية الحاكمة لإعمال العرف في التشريع الإسلامي،ص 06

2 – أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي، أبو العباس (المتوفى: نحو 770هـ / المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، دار الكتب العلمية، بيروت، ج02، ص 402.

3 – المستصفى في شرح النافع المستوفى في الفروع – فقه حنفي –، لأبي حفص عمر النّسفي ت 537هـ، ثم اختصره في المصفى.

4 – ابن عابدين / رسائل ابن عابدين، ج02، ص 114

5 – الجرجاني علي بن محمد الشريف / التعريفات، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، ط01/1403هـ، ص149.

6– ابن عطية، أبو محمد عبد الحق / المحرر الوجيز في شرح الكتاب العزيز، دار الكتب العلمية، ج02، ص 491، والولاتي / نيل السول، ص 320.

7 – الولاتي / نيل السول، ص 321.

8 – عبد الوهاب خلاف / علم أصول الفقه، مطبعة المدني، ص89.

9– الزرقا، مصطفى أحمد / المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، ط01/1998، ج02، ص 872

10 – عبد العزيز بن الرحمن المشعل / أثر العرف والعادة في دراسة النوازل الفقهية، مع تطبيقات فقهية معاصرة، نشر مركز التميز البحثي في فقه القضايا المعاصرة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، سنة 1431هـ، ص 160.

11 – ابن سيده / المحكم، ج03، ص326.

12 – ابن سيده / المخصص، ج03، ص 326.

13 – الفيومي / المصباح المنير، ج02، ص 436، والزبيدي / تاج العروس، ج08، ص 443.

14 – القرافي / شرح تنقيح الفصول، طبعة دار الفكر، ص352، و الرجراجي الشوشاوي / رفع النقاب عن تنقيح ابن شهاب، تحقيق: أحمد محمد السراح و عبد الرحمن **بن** عبد الله الجبرين، مكتبة ابن رشد، الرياض، ج06، ص 187.

15 – الولاتي محمد يحيى المختار/ نيل السّول على مرتقى الوصول لابن عاصم، المطبعة المولوية بفاس، سنة1327هـ، ص 320.

16 – الكمال بن الهمام / التقرير والتحبير علي تحرير، دار الكتب العلمية، ط 03/ 1403هـ ج01، ص 282

17 – رسائل ابن عابدين، ج02، ص 114.

18 – البغا مصطفى / أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي، دار الإمام البخاري، دمشق، ص 243. أبو زهرة محمد/ الإمام مالك، ص 420، وعبد الوهاب خلاف/ مصادر التشريع المختلف فيها، دار القلم، الكويت، ص 145.

19 – الزرقا / المدخل الفقهي العام، ج02، ص 874.

20 – ابن سيده، أبو الحسن بن إسماعيل / المحكم والمحيط الأعظم، دار الكتب العلمية بيروت، ط01/ 1421 هـ،

ج09، ص 524.

21 – ابن منظور محمد بن مكرم / لسان العرب، طبعة دار صادر، ج15، ص 145 – 148.

22 – ابن فارس أبو الحسن أحمد / معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السم هارون، ط1402/03هـ، ص 473 – 474.

23 – عياض بن نامي السّلمي / الفتوى وأهميتها، مؤتمر الفتوى وضوابطها، المجمع الفقه الإسلامي، مكة، سنة 2009، ص 09.

24 – المُطَرِّزِي ناصر بن عبد السيد، برهان الدين / المغرب في ترتيب المعرب، دار الكتاب العربي، بيروت، د ت ط، ص 315.

25 – ابن سيدة، أبو الحسن علي بن إسماعيل / المخصص المحقق: خليل إبراهم جفال، دار إحياء التراث العربي، ط01/ 1417هـ، ج04، ص 458.

26 – الخليل أحمد الفراهدي / العين، تحقيق: عبد الله درويش، مكتبة الشباب، ج05، ص 187.

27 – ابن الأثير مجد الدين أبو السعادات / النهاية في غريب الحديث والأثر، تحقيق: طاهر أحمد الزاوى – محمود محمد الطناحي، المكتبة العلمية، بيروت، طبعة 1399هـ، ج03، ص 411.

28 – الزمخشري، أبو القاسم محمود، جار الله / أساس البلاغة، تحقيق:محمد باسل عيون السود، دار الكتب العلمية، بيروت ط01/ 1419 هـ، ج02، ص 07.

29 – ابن منظور / لسان العرب، ج15، ص 147، وابن القطاع الصّقلي، أبو القاسم علي بن جعفر السعدي / كتاب الأفعال، عالم الكتب، ط01 / 1403هـ، ج02، ص469.

30 – الإمام أحمد بن حمدان الحراني / صفة الفتوى والمفتي والمستفتي، خرج أحاديثه وعلق عليه: محمد ناصر الدين الألباني، منشورات المكتب الإسلامي، ط1380/01هـ دمشق، ص 04.

31 – القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس / الذخيرة، تحقيق: محمد بوخبزة، دار الغرب الإسلامي، ط1994/01، أنوار البروق في أنواء الفروق – طبعة عالم الكتاب، د ت ط،ج01، ص 121. والفروق –، ج04، ص 53.

32 – عياض بن نامي السلمي / الفتوى وأهميتها، ص11.

33 – الأشقر، محمد سليمان / الفتيا ومناهج الإفتاء – بحث أصولي – مكتبة المنار الإسلامية، الكويت، ط1396/01هـ، ص 9.

34– الزحيلي / بحث الفتوى في العصور الإسلامية الأولى بين أهل الرأي وأهل الحديث، ندوة تطور العلوم الفقهية في عُمان، فقه النوازل وتجديد الفتوى في الفقه العُماني، ص 03.

35 – عليش ممد بن أحمد / منح الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر، د ت ط، ج01، ص 20.

36 – الحطاب أبو عبد الله محمد / مواهب الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر، ط1414/03هـ، ج01، ص 32.

37 – ابن منظور / لسان العرب،دار صادر،ط1414/03هـ، ج05، ص 40. وابن فارس / معجم مقاييس اللغة، ج04، ص 403.

38 – الجرجاني علي بن محمد الشريف / كتاب التعريفات، دار الكتب العلمية بيروت، ط01/ 1403هـ، ص63، والمناوي زين الدين محمد عبد الرؤوف / التوقيف على مهمات التعاريف، عالم الكتب، القاهرة، ط1410/01هـ، ص103.

39 – المزيني / الفتيا المعاصرة، ص 358 – 359، نقلا من وليد بن علي حسين / تغير الفتوى، ص 212.

40 – عابد بن محمد السفياني / معالم طريقة السلف في أصول الفقه الثبات والشمول في الشريعة الإسلامية "، مكتبة المنارة، ط01/1988، ص449.

41 – وليد بن علي حسين / تغير الفتوى، ص213 – 214.

42 – أحمد بن عبد العزيز الحداد / تغير الفتوى، أسبابه وضوابطه، مؤتمر الفتوى وضوابطها، مجمع الفقه الإسلامي، مكة، ص 5.

43 – محمد بن شاكر الشريف / ثبات الأحكام الشرعية، وضوابط تغيُّر الفتوى، مجلة البيان، نشر المنتدى الإسلامي، السنة 19، أبريل 2004، العدد 198، ص 08.

44 – القرافي / الفروق، ج03، ص 177.

45 – القرافي / الفروق، ج01، ص 176.

46 – المرجع نفسه، ج01، ص 45.

47 – رسائل ابن عابدين، رسالة نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف، ج02، ص 125.

48 – مجلة الأحكام العدلية، رقم 39، ص 91. وأحمد الزرقا / شرح القواعد الفقهية، تحقيق: مصطفى الزرقا، دار القلم دمشق، ط02/ 1409هـ، ص 227. وعلي جمعة / المدخل إلى دراسة المذاهب الفقهية، دار السلام القاهرة، ط02/1422هـ، ص 336. ومحمد صدقي بن أحمد آل بورنو أبو الحارث / الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط04/ 1416هـ، ص 310 ومحمد مصطفى الزحيلي / القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، دار الفكر – دمشق ط01/1427هـ، ج01، ص 353.

49 – للاطلاع على بعض الأمثلة، راجع: السفياني / الثبات والشمول، ص 488، والقرضاوي / فقه الزكاة، ص602، طبعة الرسالة. وراجع أيضا: عبد الله الغطيمل / تغير الفتوى، مفهومه وضوابطه وتطبيقاته في الفقه الإسلامي، ص05.

50 – أبو سنة أحمد فهمي / العرف والعادة في رأي الفقهاء، ط02/1412هـ، ص 108، ص116.

51 – صالح بن غانم السدلان / القواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها، دار بلنسية، ط01/ 1414هـ، ص434.

52 – ابن القيم شمس الدين / إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، دار الكتب العلمية، ج03، ص 38.

53 – ابن الشاط / إدرار الشروق على أنواء الفروق، مطبوع بهامش الفروق، ج03، ص 175.

54 – السفياني / الثبات والشمول في الشريعة، ص 449.

55 – وليد بن علي حسين / تغير الفتوى، ص 222.

56 – الشاطبي / الموافقات، تحقيق: عبد الله دراز، دار الكتب العلمية، بيروت، ج02، 258. والعبارة فيها بعض اختلاف في نسخ الموافقات المطبوعة.

57 – الموافقات، ج01، ص 78.

58 – وليد حسين / تغير الفتوى، ص 221.

59 – السفياني / الثبات والشمول، ص 449، وعبد الله الغطيمل / تغير الفتوى مفهومه وضوابطه، ص 07.

60 – القرافي / الفروق، ج03، ص 29.

61 – القرافي / الفروق، ج01، ص 176 – 177.

62 – القرافي، أحمد بن إدريس شهاب الدين أبو العباس / الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، تحقيق: محمود عرنوس، مطبعة الأنوار، ط01 /1357هـ ص 68.

63 – القرافي / الفروق، ج03، ص 162.

64 – ابن قيم الجوزية محمد بن أبي بكر / إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت، ط01 / 1411هـ، ج03، ص 66.

65 – ابن عابدين / رسائل ابن عابدين، ج02، ص 125.

66 – ابن عابدين المرجع السابق، ج02، ص 117.

67 – الشاطبي / الموافقات، ج02، ص 286.

68 – الشاطبي / الموافقات، ج02، ص 571.

69 – ابن العربي أبو بكر الإشبيلي / أحكام القرآن، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، ط02 /14124هـ، ج03، ص 434.

70 – علاء الدين محمد ابن عابدين / قرة عين الأخيار لتكملة رد المحتار، دار الفكر، بيروت، ج07، ص 527.

71 – وليد بن علي حسين / تغير الفتوى، ص232.

72 – السيوطي / الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، ط1414/01هـ، ص 90.

73 – محمد النابغة بن عمر الغلاوي / بوطليحية، تحقيق: يحى بن البراء، المكتبة المكية، ط1422/02هـ، ص129–130.

74 – الدسوقي الحاشية على الشرح الكبير للدردير، ج02، ص 281، وسعدي أبو حبيب / القاموس الفقهي، ص 245.

75 – الدردير / الشرح الكبير، ج02، ص285، وحاشية الصاوي على الشرح الصغير، ج02، ص 472.

76 – الشرح الكبير، ج02، ص 281.

77 – التسولي علي بن عبد السلام / البهجة في شرح التحفة، تحقيق: محمد عبد القادر شاهين دار الكتب العلمية، بيروت، ط1414/01هـ، ج01، ص 509.

78 – ميارة أبو عبد الله، محمد الفاسي / الإتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام، دار المعرفة، ج01، ص 206.

79 – البورنو / الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، ص310.

80 – القرافي / الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، ص 223. وابن فرحون إبراهيم بن علي برهان الدين / تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، مكتبة الكليات الأزهرية، ط1406/01، ج02، ص 75.

81 – خليل بن إسحاق المالكي الجندي / المختصر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط01 /1995، ص 112.

82 – أحمد بن أحمد الجنكي الشنقيطي / مواهب الجليل من أدلة خليل، المكتبة العلمية، بيروت، ط01، 2004، ج03 ص 110. والدردير أبو البركات أحمد / حاشية الشرح الكبير، دار الفكر، بيروت، ج02، ص321.

83 – أحمد الشنقيطي / مواهب الجليل من أدلة خليل، ج03، ص 112 – 114.

84 – الصادق الغرياني / مدونة الفقه المالكي وأدلته، مؤسسة الريان، بيروت، ط2 / 2002، ج02، ص 643.

85 – الموسوعة الفقهية، ج19، ص 44.ج24، ص 59. ج30، ص 126. ج41، ص 316.

86 – ابن تيمية / الاختيارات، ص 352

87 – القرطبي / الجامع لأحكام القرآن،ج03، ص154.

88 – المرجع نفسه، ج10، ص 145

89 – حاشية الصاوي على الشرح الصغير، ج02، ص 734.

90 – عبد الوهاب البغدادي / عيون المجالس، ج03، ص 1397.

91 – إلهام عبد الله باجنيد / أثر العرف في الفرق ومتعلقاتها من أحكام فقه الأسرة، ص 422.

92 – الماوردي / الحاوي الكبير، تحقيق: علي معوض وعادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية، ط01/ 1419 هـ، ج11، ص 436

93 – حسن صديق خان / الروضة الندية شرح الدرر البهية، طبعة دار المعرفة، ج02، ص 79.

94 – ابن قدامة / المغني، ج09،ص 235،والبهوتي / كشاف القناع، ج05، ص463، والشربيني/ مغني المحتاج، ج03، ص 431.

95 – حسام الدين عفانة / فتاوى يسألونك، مكتبة دنديس، الضفة الغربية، فلسطين، ط1428/01هـ، ج10، ص 430.

96 – الرصاع / شرح حدود ابن عرفة، ص 197.

97 – البرداعي / تهذيب المدونة، ج02، ص 282.

98 – الحطاب / مواهب الجليل، ج04، ص 91.

99 – القرافي / الفروق، ج03، ص 177.

100 – فتاوى ابن سريج، ص 143.

101 – أحمد فهمي أو سنة / العرف والعادة في رأي الفقهاء، ص111 – 112.

Custom and Change the fatwa

" Personal Status"

Bay **Dr. Rachid AAmri**
Mascara University
rachidamri@yahoo.fr

Abstract

People's transactions and customs take account of their interests, And it has provisions in Islamic law, If the customs change, the judgment changes, and The Mufti changes his judgment according to changing circumstances Because the interests of people also change , We must be aware of the existence of fatwas that we consider permanent, based on customs, and may change according to the change of interest.

Keywords:

Custom; Habit; Fatwa; Provisions; interest; Change the fatwa; Personal Status.