أثر الأعراف والعوائد في تغير الأحكام والفتاوى

بقلم
د/ سفيان ناول(*)

ملخص

تتناول هذه الصفحات بالدراسة أثر الأعراف والعوائد في تغير الأحكام والفتاوى؛ حيث إن الناس لا غنى لهم عن عوائدهم وأعرافهم في تسيير شؤون معاشهم، وجاءت الشريعة الإسلامية لتحصيل المصالح وتكميلها من خلال منظومة الأحكام التي تراعي مختلف الأوضاع والأحوال؛ وعلى هذا نلاحظ تغير كثير من الأحكام والفتاوى بما يراعي الأعراف والمصالح. وسوف نحاول تتبع أهم مفردات هذا الموضوع من خلال بحث النقاط التالية: تحديد المفاهيم: العرف والعادة والفتوى وتغيرها، وبيان قابلية الأعراف والعوائد للتغير من عدمه، وعرض حجية العرف، وأخيرا توضيح تغير الأحكام والفتاوى بتغير الأعراف والعوائد.

الكلمات المفتاحية: العرف، الفتوى، الأحكام، التنوع.

تمهيد

الحمد لله رب العالمين لله رب العالمين وأصلي وأسلم على المبعوث رحمة للعالمين، وعلى آله وصحبه أجمعين. وبعد،

من المعلوم من الدين بالضرورة أن الشريعة الإسلامية جاءت لتحقيق المصالح ودرء المفاسد، يقول شيخ الإسلام ابن تيمية:"إن الشريعة الإسلامية جاءت

(*) دكتوراه في الفقه المالكي وأصوله - جامعة الحسن الثاني - كلية الآداب ابن مسيك - عضو المجلس العلمي المحلي بعمالة مقاطعات ابن مسيك - الدار البيضاء - المملكة المغربية. (naoulsoufiane@gmail.com)

بتحصيل المصالح وتكميلها، وتعطيل المفاسد وتقليلها"[1]. ومما يحصّل هذه المصالح ويؤمّن المنافع العامة، والمقاصد الرئيسية التي جاءت بها الشريعة الغراء؛ مراعاة العرف والعادة لاحتياج الناس إليهما، على اعتبار أنه لب حياتهم العملية، وإليه يرجع التحاكم في كثير من المعاملات. ولقد تأملت في كتب النوازل والفتاوى، فوجدت جزءاً كبيراً من مسائلها يُحيلها أربابها إلى العادة والعرف وواقع الناس؛ فبنوا مسائلهم على عرفهم الذي عاصروه وعايشوه ودوِّنت في كتب الفقه بناء على ذلك... ثم تغيرت الأحوال وتبدلت الأعراف ونحن لا نزال نتدارس أعرافهم وعاداتهم في تطبيقاتها الفقهية المختلفة.

وهذا موضع مزلة أقدام، ومضلة أفهام، لذلك عقدت العزم على كتابة هذه الورقات التي تتناول هذا الجانب، وعنونتها بـ"أثر الأعراف والعوائد في تغير الأحكام والفتاوى". واعتمدت في هذا البحث على المنهج الاستقرائي في الجانب النظري لمفهومي العرف والعوائد والمنهج التحليلي في دراسة بعض النماذج العملية، بغية الوقوف على خصائص هذا المنهج في مجال الاجتهاد والإفتاء، ونوعية آليات الاستنباط الفقهي. ووضعت خطة قوامها مقدمة، وأربعة مباحث وخاتمة، وذيلت البحث بلائحة للمصادر والمراجع.

المبحث الأول: تحديد المفاهيم: العرف والعادة والفتوى وتغيرها.

المبحث الثاني: قابلية الأعراف والعوائد للتغير أو عدمه.

المبحث الثالث: حجية العرف.

المبحث الرابع: تغير الأحكام والفتاوى بتغير الأعراف والعوائد.

المبحث الأول
تحديد المفاهيم: العرف والعادة والفتوى وتغيرها

المطلب الأول: تعريف العرف والعادة

أولا: العرف في اللغة والفقه

أ. العرف لغة:

وردت كلمة العرف في اللغة بمعان كثيرة، منها ما هو حقيقي ومنها ما هو مجازي؛ أما معانيها الحقيقية فتنبئ عن الظهور والوضوح والارتفاع كالمعروف والموجود وما تعرفه النفس من الخير وتطمئن إليه، قال ابن منظور في اللسان[2]:"عُرفُ الرمل والجبل وكل عالٍ: ظهره أو أعاليه"، وقال:"وعرف الديك والفرس والدابة وغيرهما: منبت الشعر والريش من العنق".

وقد فسر الراغب الأصفهاني العرف: "بالمعروف من الإحسان"، وذكر أن هذا هو معنى العرف في قوله تعالى: ﴿خُذِ ٱلْعَفْوَ وَأْمُرْ بِٱلْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ ٱلْجَٰهِلِينَ﴾ [الأعراف: 199].

وذكر ابن فارس أن مادة الكلمة (ع رف) أصلان صحيحان يدل أحدهما على تتابع الشيء متصلا بعضه ببعض، والآخر على السكون والطمأنينة. وقد رد أغلب الألفاظ ذات المادة المذكورة إلى المعنيين المذكورين[3]. وعلى الجملة فإن الكلمة يغلب ورودها فيما ارتفع من المحسِّنات، وكَرُمَ من المعان. والمعنى الأخير منها يشعر بمتابعة البعض للبعض.

واستعمال العرف في الاصطلاح يوافق الأصلين المذكورين، ففيه تتابع؛ أي متابعة بعض الناس بعضا والاستمرارية على العمل به، كما أن فيه طمأنينة النفس وارتياحها للأخذ به.

ب. العرف اصطلاحا:

جاء لفظ العرف في كلام المتقدمين من الفقهاء من غير أن يتعرضوا لتحديده:

1. ذهب حافظ الدين النسفي(ت710هـ) إلى أن العرف هو:"ما استقر في النفوس

من جهة العقول، وتلقته الطبائع السليمة بالقبول"[4]، وهو من أقدم ما قيل في العرف من التعريفات.

2 . قال السيد الشريف الجرجاني (ت816هـ) إنه:"ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول، وتلقته الطبائع بالقبول"[5].

3 . وقال الكَفَوي (ت1094هـ) إنه: "ما استقر في النفوس من جهة شهادة العقول، وتلقته الطبائع السليمة بالقبول"[6].

والمتأمل في هذه التعريفات يجد معناها واحدا لكن بعضها قيّد الطبائع بالسليمة، وبعضها أطلق ذلك، والأمر في هذا هيِّن ومرجعها إلى تعريف الشيخ النسفي رحمه الله.

والذي يدقق النظر في هذه التعريفات المذكورة يجد أن العرف هو الأمر الذي اطمأنت إليه النفوس وعرفته، وتحقَّق في قرَارتها وألفته، والمستند في ذلك أن يستحسنه العقل، ولا ينكره أصحاب الذوق السليم في الجماعة. وإنما يحصل استقرار الشيء في النفوس وقبول الطباع له بالاستعمال الشائع المتكرر الصادر عن الميل والرغبة.

وجل التعريفات شاملة لكل ما استقر في النفوس سواء كان قولا أم فعلا، لكنه يخرج ما حصل اتفاقا وبطريق النُّدْرة ولم يعتده الناس؛ حيث لا يعتبر عرفا؛ إذا هو لم يستقر في النفوس، كما يخرج ما استقر لا من جهة العقول كتعاطي المسكرات وأنواع الفجور التي استقرت من جهة الأهواء والشهوات، وفساد الألسنة المستقرة في النفوس من اختلاط العرب بغيرهم، كما يخرج من التعريف ما لم تتلقه الطباع السليمة بالقبول، لكونه حينئذ نكراً لا عرفا[7].

فإذا ما تم تحقق الاستعمال المعقول، الشائع، المتكرر، الصادر عن الميل والرغبة، فحصل به الاستقرار في النفوس وقبول أصحاب الطباع السليمة له، فقد تحقق العرف قولا وعملا. ولكن ذلك لا يعني أنه معتبر من قبل الفقهاء؛ لأن الاعتبار له شروط وراء حقيقة العرف.

وإلى جانب التعريفات المتقدمة توجد تعريفات أخرى، تتضمن إضافات إلى ما ذكر في التعريفات المتقدمة، من ذلك: تعريف ابن عطية[8] (ت542هـ) الذي ذكره صاحب بلوغ السول، عند شرح قول ابن عاصم الأندلسي (ت821هـ) في منظومته "مرتقى الوصول إلى علم الأصول":

والعرف ما يعرف بين الناس ومثله العادة دون باس

العرف هو كل ما عرفته النفوس بما لا تردّه الشريعة [9].

ثانيا: العادة في اللغة والفقه

أ. العادة لغة:

العادة هي تكرار الشيء دائما أو غالبا على نهج واحد، بدون علاقة عقلية، أو هي ما استقر في النفوس من الأمور المتكررة المعقولة عند الطباع السليمة.ومادتها «ع ود» تفيد الرجوع إلى الشيء المرة بعد الأخرى؛ لأن صاحبها يعاودها أي يرجع إليها[10].وتعود الشيء وعادَه وعاوَده معاودة وعواداً واعتَاده واستعاده وأعاده، أي صار عادة له[11]. وعودته كذا فاعتاده وتعوده، صيرته له عادة، والجمع عاد وعادات[12]. وتجمع على عوائد كحوائج. وفي معجم مقاييس اللغة: والعادة الدربة والتمادي في شيء حتى يصير له سجية. ويقال للمواظب على الشيء المعاود. ويُقال: (الْزَموا تقوى الله تعالى واستعيدوها)، أي تعوّدوها[13].

وكل هذه التعاريف ترجع إلى الأعمال المتكررة التي يألفها الإنسان والحيوان إجمالا وإفرادا. ناظرين في ذلك إلى تكرار الفعل والانفعال حتى يصير سهلا تعاطيه كالطبع. ومن ثم قيل:"العادة طبيعة ثانية"[14].

ب. العادة اصطلاحا:

قِيل فيها تعاريف متعددة بعضها يقرب من تعريف الفقهاء، أو يرادفه، وبعضها يختلف عنه، ومما قيل من التعريفات:

1. قول القرافي (ت684هـ): "العادة غلبة معنى من المعاني على الناس". ثم بين أنواعها فقال: "وقد تكون هذه الغلبة في سائر الأقاليم كالحاجة إلى الغذاء والتنفس

في الهواء، وقد تكون خاصة ببعض البلاد كالنقود والعيوب، وقد تكون خاصة ببعض الفرق كالآذان للإسلام والناقوس للنصارى"[15].

2. قول الجرجاني (ت816هـ) في التعريفات:"هي ما استمر الناس عليه على حكم العقول وعادوا إليه مرة بعد أخرى"[16]. وبهذا التعريف أخذ الكفوي (ت1094هـ) في الكليات[17].

3. قول ابن عابدين (ت1252هـ):"إن العادة مأخوذة من المعاودة، فهي بتكرّرها ومعاودتها مرة بعد أخرى صارت معروفة مستقرة في النفوس والعقول، متلَقَّاة بالقبول، من غير علاقة ولا قرينة حتى صار حقيقة عرفية"[18].

وهذه التعاريف وغيرها مما يجري مجراها[19] يوحي ظاهرها بأنها لا تتناول العادات الفردية. وعلى هذا فإن التعاريف غير جامعة، وهي تلتقي مع العرف في معناها، وهذه وجهة نظر لبعض العلماء. قال ابن عابدين:"العادة والعرف بمعنى واحد من حيث المقاصد وإن اختلفا من حيث المفهوم»[20]. ونقل الأتاسي (ت1359هـ) في شرح المجلة عن النسفي (ت710هـ): "أنّ العادة ما استقر في النفوس من جهة العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول"[21]. أي أن النسفي ذكر التعريف المتقدم للعرف والعادة معا.

المطلب الثاني

تعريف الفتوى لغة واصطلاحا

أ. الفتوى في اللغة:

الفتوى: هي ما أفتى به المفتي. قال ابن منظور:"وأَفْتَى المفتي إِذا أَحدث حكماً... والفُتْيا، والفُتْوَى، والفَتْوَى: ما أَفتى به الفقيه"[22]. وقال الفيومي في المصباح المنير: الفتوى "هي اسم من أَفْتَى العالم، إذا تبين الحكم، واسْتَفْتَيْتُهُ: سألته أن يفتي"[23]. وقد نقل الزبيدي عن الراغب أن المقصود بالفتوى: هو "الجواب عمّا يُشَكُّ فيه من الأحكام"[24].

ب: الفتوى في الاصطلاح:

الفتوى في الشرع: هي بيان حكم الشرع في المسألة المعروضة، أو هي نص جواب المفتي[25]. جاء في أنيس الفقهاء:"الفتوى:جواب المفتي وكذلك الفتيا"[26]. وقال المناوي في التعاريف الفقهية:"الفتوى والفتيا: ذكر الحكم المسؤول عنه للسائل"[27]. وهذا الحكم[28] أو الجواب من المفتي للسائل، إنما يعتمد على دليل، لذلك قال ابن الصلاح:"ولذلك قيل في الفتوى: إنها توقيع عن الله -تبارك وتعالى-. وبمثله نقل النووي[29].

المطلب الثالث

تغير الفتوى وأصل مشروعيته

1. ماهية تغير الفتوى:

إن التغير في الفتوى ميدانه الأحكام الفقهية الجزئية، وهي أحكام تنزل على واقعات ينبغي وصفها قبل قيدها تحت حكم أو إدراجها في مسلك اجتهاد، أما الحكم بالمعنى الأصولي والذي هو خطاب الله المتعلق بأفعال المكلفين اقتضاء أو تخييرًا أو وضعا فهو وصف لخطاب جوهره الديمومة والبقاء، فالتغير في الفتوى هو تغير في الحكم الفقهي تفرضه سيولة المحل عبر الزمان والمكان، وهو في بعض صوره تغير في مناط الحكم يبعده عن دائرة التنزيل ولا يستبعده من مجموع الأحكام، يقول الشاطبي:"إن ما جرى ذكره من اختلاف الأحكام عند اختلاف العوائد فليس في الحقيقة باختلاف في أصل الخطاب لأن الشرع موضوع على أنه دائم أبدي، لو فرض بقاء الدنيا من غير نهاية والتكليف كذلك، لم يحتج في الشرع إلى مزيد. وإنما معنى الاختلاف لأن المصالح والعوائد إذا اختلفت رجعت كل عادة إلى أصل شرعي يحكم به عليها"[30].

والتغير يعني الانتقال من حكم إلى حكم، وهو في الفتوى تغير يفرضه تغير الأزمنة والأمكنة والأحوال والنيات والعوائد[31]، وهذا يعني التغير في الظرف فيما

يعد استثناءً، والتغير في العرف فيما يعد تبدلاً واختلافًا، وكلاهما من سنن الله التي خلت في عباده كما يقول"ابن خلدون"، والتغير هنا تغير حال وزمان ومكان وليس تغير دليل وحجة وبرهان، أما الحدث الكائن فهو في مجال علم الفتوى الحاضر الذي تحتاج واقعاته الجديدة إلى تنزيل حكم، أو تفعيل اجتهاد، والزمن في بنية الفقه يعني الماضي والحاضر والمستقبل في حركة اعتبارية متصلة لا تنفصل فيها الجغرافيا عن التاريخ .

والحقيقة أن الأحكام الشرعية التي تتغير بتغير الزمان يحكمها مبدأ شرعي أصيل يتمثل في تحقيق المصلحة لكونها غاية الشرع، وما تَغَير الأحكام إلا بسبب تغير الوسائل والأساليب الموصلة إلى هذه الغاية، لذلك لم تحدد الشريعة الإسلامية الوسائل والأساليب في الغالب لكي يختار منها الناس في كل زمان ما هو أصلح في التنظيم نتاجًا، وأنجح في التقويم علاجًا؛ وإنما جعلتها تتصل من قريب أو بعيد بالمقاصد الخمسة المعروفة.

فالتغير في الفتوى يفرضه أمران:

الأول : شمول الشريعة الإسلامية وصلاحيتها لكل زمان ومكان.

الثاني : تجدد الوقائع في زمن القادم المجهول؛ لأن المستقبل في عالم الواقعات غير معلوم.

إن تغير الفتوى تارة يستند إلى العثور على دليل شرعي أقوى من النص والقياس وما إليه، مما ليس له علاقة بالواقع، وتارة أخرى يستند إلى فعل الواقع وتأثيره، وذلك لاعتبارات مردها إلى كشف الواقع عن خطأ الفتوى جملة وتفصيلاً، أو تقدير الواقع للضرورة والمصلحة ونفي العسر، أو لاعتبارات تخص تغير الأحوال وظهور فهم آخر أرجح للنص الشرعي بالنظر إلى المصلحة المعتبرة، وفي جميع هذه الاعتبارات نلاحظ أن للواقع دورًا أساسيًا في عملية التغير وإنشاء الأحكام الجديدة.

2. مصادر مشروعية التغير:

مشروعية التغير لابد لها من دليل معتبر في مبحث أدلة الأحكام من أصول الفقه، وحسبنا هنا، الأدلة الأصلية وهي القرآن والسنة.

أ- مشروعية التغير في القرآن الكريم

كثيرة هي الآيات التي تعد مصدرًا قرآنيًا لمشروعية التغير، من ذلك قوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ حَرِّضِ ٱلْمُؤْمِنِينَ عَلَى ٱلْقِتَالِۚ إِن يَكُن مِّنكُمْ عِشْرُونَ صَٰبِرُونَ يَغْلِبُوا۟ مِاْئَتَيْنِۚ وَإِن يَكُن مِّنكُم مِّاْئَةٌ يَغْلِبُوٓا۟ أَلْفًا مِّنَ ٱلَّذِينَ كَفَرُوا۟ بِأَنَّهُمْ قَوْمٌ لَّا يَفْقَهُونَ ﴾ [الأنفال: 65]، ثم قال: ﴿ ٱلْـَٰٔنَ خَفَّفَ ٱللَّهُ عَنكُمْ وَعَلِمَ أَنَّ فِيكُمْ ضَعْفًاۚ فَإِن يَكُن مِّنكُم مِّاْئَةٌ صَابِرَةٌ يَغْلِبُوا۟ مِاْئَتَيْنِۚ وَإِن يَكُن مِّنكُمْ أَلْفٌ يَغْلِبُوٓا۟ أَلْفَيْنِ بِإِذْنِ ٱللَّهِۗ وَٱللَّهُ مَعَ ٱلصَّٰبِرِينَ ﴾ [الأنفال: 66].

وقد ذهب كثير من المفسرين إلى أن هاتين الآيتين من قبيل الناسخ والمنسوخ، إلا أن العلامة رشيد رضا في تفسيره رأى أن الآيات عند التحقيق ليست ناسخة ولا منسوخة، وإنما لكل منهما مجال تعمل فيه: فقد تمثل أحدهما جانب العزيمة والأخرى جانب الرخصة، أو تكون أحدهما للإلزام والإيجاب والأخرى للندب والاستحباب، أو أحدهما في حالة الضعف والأخرى في حالة القوة[32]. ومعنى هذا أن الآية الثانية تشرع لحالة معينة غير الحالة التي جاءت لها الآية الأولى وهذه أصل لتغير الفتوى بتغير الأحوال.

ب- مشروعية التغير في السنة النبوية

في السنة النبوية أحاديث كثيرة تؤكد ما جاء في القرآن الكريم من مشروعية تغير الأحكام بحسب تغير الأمكنة والأزمنة والنيات والمصالح والعوائد والأحوال.

منها ما جاء في سنن أبي داود عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رجلاً سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن القبلة للصائم فرخص له، وأتاه آخر فسأله فنهاه، فإذا الذي رخص له شيخ وإذا الذي نهاه شاب[33] والحديث كما ورد في مسند الإمام أحمد حديث عبد الله بن عمرو بن العاص -رضي الله عنهما- قال: «كنا عند النبي -صلى

الله عليه وسلم- فجاء شاب، فقال: يا رسول الله، أقبّل وأنا صائم؟ قال: لا، فجاء شيخ، فقال: يا رسول الله، أقبّل وأنا صائم؟ قال: نعم، فنظر بعضنا إلى بعض، فقال رسول الله: قد علمت نظر بعضكم إلى بعض، إن الشيخ يملك نفسه»[34].

وهذا الحديث أصل في باب تغير الفتوى بتغير حال الشخص، ومنها ما روي عن سلمة ابن الأكوع -رضي الله عنه- قال: قال النبي -صلى الله عليه وسلم-: «من ضحى منكم، فلا يصبحن بعد ثلاثة ويبقى في بيته منه شيء. فلما كان العام المقبل قالوا: يا رسول الله، نفعل كما فعلنا في العام الماضي؟ قال: كلوا وأطعموا وادخروا؛ فإن ذلك العام كان بالناس جهد -أي شدة وأزمة- فأردت أن تعينوا فيها»[35].

وفي بعض الأحاديث كما في الموطأ: «إِنَّمَا نَهَيْتُكُمْ مِنْ أَجْلِ الدَّافَّةِ[36] الَّتِي دَفَّتْ عَلَيْكُمْ، فَكُلُوا وَتَصَدَّقُوا وَادَّخِرُوا»[37]، وهذا الحديث أصل في باب نفي الحكم بانتفاء علته، وهو ما أشار إليه الشافعي في "الرسالة" وتابعه الإمام القرطبي في الجامع لأحكام القرآن فقال: "هو حكم ارتفع بارتفاع علته لا لأنه منسوخ، وفرق بين رفع الحكم بالنسخ ورفعه بارتفاع علته، فالمرفوع بالنسخ لا يحكم به أبدًا والمرفوع بارتفاع علته يعود بعود العلة، ولو قدم على أهل بلدة ناس محتاجون في زمان الأضحى ولم يكن عند أهل ذلك البلد سعة يسدون بها فاقتهم إلا الضحايا لتعيَّن عليهم ألا يدخروها فوق ثلاث كما فعل النبي صلى الله عليه وسلم.

وقال الحافظ بن حجر: "وَالتَّقْيِيدُ بِالثَّلَاثِ وَاقِعَةُ حَالٍ وَإِلَّا فَلَوْ لَمْ تَسْتَدَّ الْخَلَّةُ إِلَّا بِتَفْرِقَةِ الْجَمِيعِ لَزِمَ عَلَى هَذَا التَّقْرِيرِ عَدَمُ الْإِمْسَاكِ وَلَوْ لَيْلَةٌ وَاحِدَةٌ"[38].

فالرسول صلى الله عليه وسلم كما جاء في السنة أفتى في حال بمنع ادخار لحوم الأضاحي، وفي حال أخرى أفتى بالإباحة تطبيقًا لقاعدة التغير.

وهنا ينبغي التنبيه إلى أمرين:

الأول: أن التغير لم يكن حكمًا بالعقل المحض وإنما استجابة لأوامر جاءت في الكتاب والسنة.

الثاني:أن التغير ليس هدفه التيسير (وهو مبحث له أصوله وقواعده) وإنما هدفه تحقيق الأحكام لغاياتها ومقاصدها سواء كان التغير إلى التخفيف أو إلى التشديد.

المبحث الثاني
قابلية الأعراف والعوائد للتغير أوعدمه

للإمام الشاطبي جهدٌ في بيان أنواع الأعراف والعوائد التي يعتريها التغيير والتبديل، والتي لا يلحقها ذلك، بأن قسم[39] العوائد والأعراف من حيث قابليتها للتغير وعدمه إلى قسمين:

القسم الأول: عرف بين الدليل الشرعي حكمه من وجوب أو حرمة أو ندب، فهو ثابت أبدا لا يجوز خلافه كالأمر بإزالة النجاسة، وستر العورة وأخذ الزينة المباحة وسلب الشهادة عن العبيد، وجعل المرأتين كالرجل في الشهادة، والنهي عن طواف الطائف بالبيت عريانا، فهذه الأشياء وأمثالها عوائد شرعية نص عليها الشارع بخصوصها، لا يتغير حكمها بتغير عادات الناس فيها.

القسم الثاني: عوائد جارية بين الناس لم يتعرض لها دليل شرعي بنفي أو إثبات، وهي ثلاثة أنواع:

أ- ما كان منها متعلقا بأنماط السلوك وتصرفات الناس وهيئاتهم، وحكمه تابع لما تعارف عليه الناس وارتضوه ويتبدل الحكم فيه باختلاف البيئات والأعراف، فما يكون مكروها في البادية ربما يكون محمودا في المدن، والعكس صحيح، ومثل الشاطبي[40] له في عصره بكشف الرأس، فإنه يختلف بحسب البقاع، فهو قبيح لذوي الهيئات في البلاد الشرقية، وقادح للعلة، وعند أهل المغرب غير قبيح ولا قادح، فالحكم الشرعي اختلف باختلاف البلاد. أما اليوم فلم يعد كشف الرأس قادحا فقد اعتاده معظم الناس.

ب- أعراف عملية تعارف عليها الناس في معاملاتهم، كمعرفة ما يعد عيبا في المبيع وما لا يعد، وما يعتبر عيبا فاحشا أو يسيرا، وما يسمى ضرراً في المعاشرة

الزوجية وما ليس كذلك، فهذا النوع لا خلاف في اعتباره كما تقرر في العرف.

ج- أعراف تفسر مدلولات الألفاظ، وتنقل مدلول العبارة من معنى إلى معنى آخر بحسب اختلاف الجهات وأرباب الصنائع والأسواق، ويتغير الحكم تبعا لتغير الإطلاق، وأكثر ما يكون العمل بهذا العرف في الأيمان والعقود والنكاح، فمن حلف لا يجلس على بساط وجلس على الأرض، أو لا يأكل لحما وأكل سمكاً، أو: لا يدخل بيتا ودخل مسجدا، فإنه لا يحنث مع أن القرآن قد جعل الأرض بساطا، وسمى المساجد بيوتا، وما استخرج من البحر لحما طريا. وتجدر الإشارة إلى أن تغير الزمن ليس هو بذاته عاملا على تغير الأحكام، وإن ما يحدث في الزمان من تغيرات في الأعراف والمصالح هو الذي يؤثر في تغير الأحكام، أما الزمن المجرد فإنه ليس عاملا حقيقيا في تغير الأحكام، وإنما هو وعاء تتحقق فيه التغيرات، ولذلك فقاعدة: (لا ينكر تغير الأحكام لتغير الأزمان) هي جارية على أساس ما يحدث داخل الزمان من تغيرات في حياة الناس لا مجرد تغير الزمن.

وأما تغير المكان فلا شك أن له أثرا في تغير الأحكام إذ أن بعض الأماكن قد يكون فيها ما يستدعي أحكاما معينة أو مراعاة ظروف معينة، بينما أماكن أخرى ليس فيها ما يستدعي تلك الأحكام، مما يوجب مراعاة ذلك الاختلاف، وهذا ما نجده عند الإمام الشافعي حيث كان اجتهاده الجديد مختلفا عن اجتهاده القديم، وما ذلك إلا مراعاة لاختلاف البيئة، فالإمام الشافعي غير بعض اجتهاداته بعد أن جاء إلى مصر(41).

المبحث الثالث
حجية العرف

إن العرف في نظر الشريعة الإسلامية يعد مستندا عظيم الشأن لكثير من الأحكام العملية بين الناس في شتى شعب الفقه وأبوابه، وله سلطان واسع المدى في توليد الأحكام وتجديدها، وتعديلها وتحديدها، وإطلاقها وتقييدها.

فالعرف تولده الحاجات المتجددة المتطورة، ثم يكون نظاما حاكما تجري عليه المعاملات بين الناس، ويكشف عن معاني كلامهم ومراميه، ويرسم حدود الحقوق والالتزامات، ويُنير مَحَجّة القضاء.

ففي اعتبار العرف تسهيل كبير يغني عن كثير من النصوص التفصيلية في الأحكام التشريعية وفي عقود المعاملات، اعتمادا على ما هو معروف ومألوف في شتى الوقائع المحتملة.

والعرف لا تغني عنه نصوص التشريع والتقنين؛ لأنها لا يمكن أن تستوعب جميع التفصيلات والاحتمالات، كما أن كثيرا من أحكامها الآمرة نفسها مبنية على العرف، ويتبدل فيه الحكم بتبدل العرف، فلا يمكن ترتيب حكم ثابت فيه.

وقلما يوجد باب من أبواب الفقه لا يكون للعرف مدخل في أحكامه، حتى باب الجرائم والعقوبات.

ففي جريمة التعدي على الكرامة، إنما يعتبر من الكلام جرماً يستحق قائله العقوبة التعزيرية، ما يكون في عرف الناس شتما وإهانة. والعقوبة التعزيرية نفسها[42] إنما تكون شرعا بالقدر الذي يعتبر كافيا للمنع من الجريمة في نظر العقلاء وعرفهم بحسب درجة الجرم[43]، بحيث لا تكون أكثر مما يستدعيه الجرم فتصبح هي ظلما وجرما، ولا أقل فيكون فيها تهاون في حقوق الناس، وتنتفي منها الرهبة الزاجرة.

أولا: حجية العرف اللفظي:

إن النظر الفقهي في حكم العرف اللفظي ومدى سلطانه، يخلص إلى أن كل متكلم يحمل كلامه على لغته وعرفه، فينصرف إلى المعاني المقصودة بالعرف حين التكلم، وإن خالفت المعاني الحقيقية التي وضع لها اللفظ في أصل اللغة؛ وذلك لأن العرف الطارئ قد نَقل تلك الألفاظ إلى معان أُخرى صارت هي الحقيقة العرفية المقصودة باللفظ، في مقابل الحقيقة اللغوية[44].

فلو صُرِف كلام المتكلم إلى حقيقته اللغوية دون العرفية التي هي معناه في عرف المتكلم، لتَرَتَّبَ عليه إلزام المتكلم في عقوده، وإقراره، وحلفه، وطلاقه، وسائر تصرفاته القولية، بما لا يَعْنِيه هو ولا يفهمه الناس من كلامه[45]. ولهذا أثبت الفقهاء القاعدة القائلة: "الحقيقة تترك بدلالة العادة"[46]، ووضعوا المبدأ العام القائل: "يحمل كلام الحالف والناذر والموصي والواقف وكل عاقد على لغته وعرفه[47]، إن خالف لغة العرب ولغة الشارع[48]. فقد يكون معنى اللفظ في أصل اللغة طلاقاً، فيصبح في العرف زجراً لا دَلاَلَة له على الطلاق، أو بالعكس.

وقد يكون معنى الكلام في أصل اللغة عقداً ملزماً فيصبح في العرف وعداً غير ملزم. وقد يكون معناه بيعاً ومعاوضةً فيصبح هبةً ونحو ذلك. فالعبرة دائما إنما هي للمعنى العرفي حين التَّكلم، لتثبيت الأحكام والالتزامات على وفقه ومقتضاه.وقد نقل السجلماسي[49]: "أن الحكم فيها جرى على مقصود أهل العرف ولو كانت الألفاظ على خلافها"[50]. ذلك أن كلام الناس ينصرف إلى ما تَعَارفوه ولو خالف المعاني الحقيقية التي وضع لها اللفظ في أصل اللغة، حيث إن العرف قد نقل هذه الألفاظ من أصل معانيها اللغوية إلى هذه المعاني العرفية، بحيث لا يخطر ببال المتكلم المعنى الحقيقي اللغوي لغلبة اللفظ في الاستعمال إلى الحقيقة العرفية، بحيث لو صرف كلام المتكلم إلى حقيقته اللغوية دون العرفية لأَدى إلى إلزام المتكلم في عقوده وإقراراته وأيمانه وطلاقه وسائر تصرفاته القولية إلى ما لم يعنه ولم يخطر بباله وإلى ما لا يفهمه الناس من كلامه، ولهذا المعنى قرَّر الفقهاء قاعدةً، فقالوا: "الحقيقة تترك بدلالة العادة"، وقالوا أيضًا: يحمل كلام الحالف والناذر والموصي والواقف وكل عاقد على لغته وعرفه وإن خالف لغة العرب والشارع، وقد نقل ابن عابدين: أن ليس للمفتي ولا للقاضي أن يحكما على ظاهر المذهب ويتركا العرف[51].

ولقد سُئِل مالك عن الناكح يُلْزِمُه أهل المرأة هَديةَ العُرس، وجُل الناس تعمل به حتى إنه لَتكون الخصومة، أترى أن يُقضى به؟ قال: "إذا كان ذلك قد عرف من شأنهم وهو عملهم لم أرَ أن يَطْرَح ذلك عنهم إلا أن يتقدم فيه السلطان، لأني أراه أمرًا قد

جَرَوا عليه"[52].

وقد ذكر القرافي أن الأحكام المترتبة على العوائد تدور معها كيفما دارت وتبطل معها إذا بطلت، كالنقود في المعاملات والعيوب والأعراض والمبيعات ونحو ذلك، ولو تغيرت العادة في النقدين والسكة إلى سكة أخرى، لحمل الثمن في البيع عند الإطلاق على السكة التي تجددت العادة بها دون ما قبلها، وكذلك إذا كان الشيء عيبا في الثياب في العادة رددنا به المبيع، فإذا تغيرت تلك العادة وصار ذلك المكروه محبوبا لزيادة الثمن لم يرد به. وبهذا القانون تعتبر جميع الأحكام المترتبة على العوائد، وهو تحقيقٌ مجمع عليه بين العلماء لا اختلاف فيه، بل قد يقع الخِلاف في تحقيقه هل وُجد أم لا[53]، وكذلك نقل الونشريسي الإجماع على أن الفتاوي تختلف باختلاف العوائد[54]. قال القرافي:"وعلى هذا القانون تُراعى الفتاوى على طول الأيام فمهما تَجدَّد في العرف اعتبره، ومهما سقط أسقطه، ولا تَجْمُد على المسطور في الكتب طول عمرك، بل إذا جاءك رجل من غير أهل إقليمك يستفتيك لا تُجْره على عرف بلدك واسأله عن عرف بلده وأجره عليه، وافته به دون عرف بلدك والمقرر في كتبك ، فهذا هو الحق الواضح والجمود على المنقولات أبدا ضلال في الدين وجهل بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضين"[55].

وعلى هذا الأساس قرر الفقهاء أحكاما كثيرة منها :

1 . أنه لو حلف الإنسان أن لا يَضع قدمه في دار فلان انصرفت اليمين إلى معنى دخول الدار؛ لأنه المعنى العرفي، لا إلى مجرد وضع القدم الذي هو الحقيقة اللغوية. فلو دخلها راكباً دون أن تمس قدمه أرضها يحنث في يمينه شرعا وتجب عليه كفارة. ولو مد رجله من خارجها فوضعها فيها دون أن يدخل لا يحنث[56]. ولو حلف المرء لا يجلس على بساط فجلس على الأرض، أو حلف لا يجلس تحت سقف فجلس تحت السماء، أو لا يستضيء بسراج فاستضاء بالشمس، أو لا يأكل لحمًا فأكل سمكًا لم يحنث في كل ذلك. فالقرآن سمَّى الأرض بساطًا إذ قال تعالى: ﴿وَٱللَّهُ جَعَلَ لَكُمُ ٱلْأَرْضَ

بِسَاطًا ﴾ [نوح:19]، وقال: ﴿وَجَعَلَ ٱلشَّمْسَ سِرَاجًا﴾ [نوح: 16]، وقال: ﴿وَهُوَ ٱلَّذِى سَخَّرَ ٱلْبَحْرَ لِتَأْكُلُوا۟ مِنْهُ لَحْمًا طَرِيًّا﴾ [النحل: 14].

فهذه الأسماء التي ذكرها القرافي وإن كانت هي الحقائق اللغوية، لكن غلب استعمالها في العرف على المعاني المقصودة للمتكلم التي لا يخطر بباله حين أقسم، كأن يحلف أن لا يبيت تحت سقف أن السماء سقف أو أن الشمس سراج ولا الحيتان لحم، ولذا لم يلزم الناس الحنث بها وإن كانت ما أقسم يصدق عليها لغة.

2 – إذا شَرط الواقف في صك وقفيَّتِه تعيين "ناظر" على وقفه، وكان معنى الناظر في عرف زمانه المتَولِّي الذي يتولى إدارة الوقف من جباية وتعمير وإنفاق حمل على معنى المتَوَلي كما عليه العرف القديم، وإن كان معناه المشرف المراقب على المتولي انصرف إليه، كما عليه عرفنا الحديث(57).

وكذا لو وقف مالاً على ذريَّته وشَرط أنْ توزع الغلة بينهم على الفريضة الشرعية، فالراجح مِن رأي فقهائنا أنه يُعطى للذكر مِنهم مثل حظ الأنثيين؛ لأنَّ هذا هو المعنى العرفي بين الناس لكلمة الفريضة الشرعية التي تفسر بها إرادة الواقف، إذ المراد بها التفاضل المعروف بين الذكر والأنثى في الميراث. فيحمل هذا التعبير على هذا المعنى العرفي له، وإن كان الأحسن شرعا أن يسوّي الإنسان في العطية بين الذكور والإناث من أولاده، لأن العبرة إنما لإرادة الواقف في توزيع غلَّة وقفه. وإنّ كلامه يجب تنزيله على لغته وعرفه الذي تُعبِّر عنه إرادته المحترمة، لا على المسلك الأفضل إذا كان خلاف إرادته، ومثل حكم الوقف في هذا حكم الوصية (58). وكذلك لو شرط الواقف إعطاء دنانير أو دراهم معدودة شهرياً أو سنوياً، وكان الدينار أو الدرهم في عرف زمانه بوزن معين، ثم تبدل وزنه، فالعبرة للقدر الذي كان في زمانه.

3 – إذا تعارف الناس إيقاع الطلاق بألفاظ أو تعابير جديدة فشا استعمالها بينهم فإنها يقع بها الطلاق، ولو كانت في أصل اللغة لا تقتضي الوقوع، كلفظ: "أعطيك براتك" الذي يستعمله الرجال في هذا الزمان عند إرادة التطليق، الطلاق وصف يقع

على المرأة التي هي محله شرعا لا على الرجل[59].

ويتضح من الأمثلة السابقة البيان أن العرف اللفظي بوجه عام تُنْشر به لغة جديدة تكون هي المعتبرة في تنزيل كلام الناس عليها، وتحديد ما يترتب على تصرفاتهم القولية من حقوق وواجبات بحسب المعاني العرفية. واللغة العامية في كل مكان هي من هذا القبيل، فيحمل كلام الناس فيها على معناه المتعارف بينهم. وقد يختلف فيه بلد عن آخر، فيعتبر في كل مكان عرفه الخاص في التخاطب.

وإن ما تفيده أساليب العوام البيانية من عقد أو تعليق، أو إذن أو إجازة، أو غير ذلك هو معتبر وإن خالف مذاهب النحويين في قواعد اللغة الفصحى[60].

كل هذا يدل على أن العرف اللفظي يحدد المقصود من كلام المتكلم، قال القرافي: "الصحيح تقديم العرف اللفظي على اللغة، وهو أمر واجب متعين، لأنه ناسخ مقدم على المنسوخ فكذا ههنا"[61]، وهذا أيضاً شائع في عبارات الحنفية حيث يقولون: إن لفظ الماضي مثل: بعت واشتريت يدل على إنجاز البيع عرفاً، والعرف قاض على اللغة.وقد قرر فقهاء الحنفية والمالكية بصفة عامة في الأعراف أن: "الثابت بالعرف الصحيح غير الفاسد – شرعاً – ثابت بدليل شرعي"[62].

ثانيا: حجية العرف العملي:

إن النظر في نصوص الفقهاء ينبئ بأن العرف العملي في ميدان الأفعال العادية والمعاملات المدنية، له السلطان المطلق والسيادة التامة في فرض الأحكام وتقييد آثار العقود وتحديد الالتزامات على وفق المتعارف، وذلك في كل موطن لا يُصادم فيه العرف نصاً تشريعياً.

فالعرف عندئذ يعتبر مرجعا ومنبعا للأحكام، ودليلا شرعيا عليها حيث لا دليل سواه من النصوص التشريعية الأساسية. ففي المبسوط:"الثابت بالعرف كالثابت بالنص"[63] و"الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي"[64].

وفي هذا المعنى جاءت المادة: 45 من مجلة الأحكام بالقاعدة القائلة: "التعيين بالعرف كالتعيين بالنص".

والعرف العملي منه ما هو أفعال عادية شخصية، ومنه ما كان معاملات مدنية وهو يثبت على أهله عاما أو خاصًا، فإن من ألف شيئًا وجرى عليه في حياته أصبح لما تعود عليه سلطان وتأثير في توجيه الأحكام التي تتصل بتلك الأفعال.

أ- عرف الأفعال العادية:

فالأفعال العادية - وإن كانت أفعالا شخصية حيوية، وليست من قبيل المعاملات والعلائق المدنية الحقوقية - عندما يتعارفها الناس وتجري عليها عادات حياتهم يصبح لها سلطان وتأثير في توجيه أحكام المعاملات المدنية التي تتصل بتلك الأفعال إلى وجهة تتفق مع المقاصة العرفية.

فمن الأمثلة على سلطان عرف الأفعال العادية، وتأثيره في أحكام التصرفات والعقود في الفقه الإسلامي، المسائل التالية:

1- لو كانت عادة قوم أن يأكلوا لحوم الغنم فحلف أحدهم: "أن لا يأكل لحما تنصرف يمينه إلى اللحم المعتاد أكله بينهم دون سواه. فإذا أكل لحم البقر أو الإبل أو السمك لا يحنث فلا تلزمه كفارة اليمين وإن كان ذلك يسمى أيضا لحما في لغة الحالف(65).

كذلك لو حلف "لا يركب" أو"لا يركب حيوانا" فإنه لا يحنث بركوب أي حيوان كان ولا بركوبه على إنسان وإن كان الإنسان نوعا من الحيوان، وإنما يحنث إذا ركب ما يعتاد ركوبه من البهائم(66).

ومقتضى ذلك أنه لو كان الحالف من أهل المدن في هذا العصر لا يحنث بركوب الجمل في المدينة، ويحنث بركوبه إذا كان مسافرا، كما يحنث الهندي دون العربي بركوب الفيل.

والعلة الفقهية في ذلك وأمثاله أن العرف العملي يقيد إطلاق اللفظ ويصرف اليمين إلى العمل المعتاد كالعرف اللفظي، لما تقرر في القواعد أن العادة محكمة، أي إن لها في نظر الشرع حاكمية تخضع لها أحكام التصرفات، فتثبت تلك الأحكام على وفق ما تقضي به العادة والعرف(67).

2- إن نفقة الزوجة تجب على زوجها بالقدر المتعارف والمعتاد بين أمثَالهما وبحسب حالهما غنى وفقرا. فإن كانَا من الأوساط فنفقة الوسط، وإن كانا غنيين فنفقة الأغنياء، أو فقيرين فنفقة الفقراء(68). ولا بد من مراعاة حال الغني والفقير والشريف، وليست حالة الوسط الذي يعيش فيه الأغنياء كحالة الوسط الذي يعيش فيه الفقراء، ولا عيشة الأشراف والأمراء كعيشة السوقة والضعفاء، ولهذا فالمرأة الشريفة إذا امتنعت عن إرضاع ولدها فلا يلزمها ذلك نظرًا للعرف، قال ابن العربي: "وهو أمر كان في الجاهلية في ذوي الحسب، وجاء الإسلام عليه فلم يغيره وتمادى ذوو الثروة والأحساب على تفريغ الأمهات للمتعة بدفع الرُضَعاء إلى المراضع إلى زمانه، فقال به، وإلى زماننا فحققناه شرعًا"(69).

فهذه أمثلة يسيرة في بعض الأحكام الكثيرة التي تزخر بها الفصول الفقهية من كل باب، يتجلى بها ما لعرف الأفعال العادية في الأكل والشرب واللبس والركوب والحفظ والانتفاع إلخ...كمية وكيفية من سلطان يقيد العقود، ويحدد حدود الالتزامات، ويُنشئ الضمانات في العلائق المدنية.

ب – عرف المعاملات المدنية:

عندما يكون عرف الناس منصبا على توزيع الحقوق والالتزامات بين طرفين في بعض المعاملات المدنية دون أن يُصادم نصا تشريعيا آمرا، يكون من الطبيعي، بل من البديهي احترام هذا العرف في إثبات الحقوق وانتفائها؛ لأنه عندئذ يكون في قوة العبارة المنشئة للحق، وصراحة الشروط الجائزة، إذ يعتبر أن المتعاقدين يتركان التصريح بما جرى عليه التعارف، اعتمادا منهما على العرف (70).

بل قد جاءت النصوص التشريعية من السنة النبوية ذاتها في بعض فروع الأحكام معللة بالعرف.

وعلى هذا وضعت القاعدة: "التعيين بالعرف كالتعيين بالنص"، والقاعدة الأخرى القائلة: "المعروف عرفا كالمشروط شرطا"، فقد قرر الفقهاء كثيرا من الأحكام المبنية على العرف، وأحالوا أيضا عليه المعاملات في كثير من المواطن التفصيلية التي يخضع تفصيل جزئيات الحقوق فيها لحكم هذا العرف.

فمن أمثلة ذلك، المسائل الآتية:

ما قرره الفقهاء من أنه يجوز للصديق وهو في بيت صديقه أن يأكل مما يجد أمامه، وأن يستعمل بعض الأدوات للشرب ونحوه بلا إذن صاحب البيت؛ لأن ذلك مباح له عرفا. فلو انكسرت الآنية أثناء استعماله المعتاد أو تلفت بآفة سماوية لا يكون ضامنا لها شرعا كما يضمن الغاصب؛ لأنه لم يعتبر متعديا[71]. وقد حمل الإمام السهيلي: شرب النبي صلى الله عليه وسلم من إناء قوم دون استئذان في حديث الإسراء على العرف والعادة [72]؛ حيث إن العرب في الجاهلية كان من عاداتهم المعروفة عندهم والمطردة بينهم إباحة (اللَّبَن) لابن السبيل فضلا عن شرب الماء حتى لو كسر أحدهم إناء الشراب وأتلفه فلا يلزمه ضمان ما أتلف، اعتمادا على العرف الجاري بين الناس حيث لم يتعمد تكسيره، مع أن القاعدة من أتلف شيئًا ضمنه.

وكذلك قالوا: يجوز للإنسان أن يتناول من الثمار الساقطة المتروكة تحت شجرها في أراضي البساتين بلا إذن صاحبها إذا كانت من الأنواع التي يتسارع إليها الفساد لو بقيت؛ لأن العرف على إباحة ذلك. فلا يكون ضامنا لما أكل، إلا أن ينهاه صاحبها عن التناول منها، و يكون صاحبها قائما بتتبعها وجمعها، فلابد عندئذ من الإذن. فهنا قد ورد العرف على إباحة المال واعتبره نافيا للضمان.

وقال أبو حنيفة: "لا قطع فيما يسرع إليه الفساد إذ بلغ الحد الذي يقطع في مثله

كالتين والسفرجل والرطب ونحوها من الأطعمة الرطبة، وقالا: سواء أخذت من حرم أم لا لعدم قابلية الادخار لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: «لا قَطْعَ فِي ثَمَرٍ ولاَ كَثَرٍ»[73]، قال الباجي:"ولا قطع في الثمر المعلق، وما كان في الحوائط والبساتين، فأما من سرق من ثمرة نخلة في دار رجل فهذا يقطع إذا بلغت قيمتها على الرجاء والخوف ربع دينار، فجعل للدار تأثيرًا في حرز مثل هذا ويكون صاحب الدار ساكنًا معها"[74].

وذلك لأن هذه الأشياء لا تعد مالا عادة، ولا تكون في حرز وخطرها على الناس قليل وهي في ذاتها تافهة القيمة، ولأنها معرضة للهلاك أيضا، أما ما كان في حرز أو كان مما يبقى من سنة إلى سنة فيدخر كالجوز واللوز والتمر اليابس ونحوها، فإذا بلغ قيمته الحد الذي يقطع فيه يقع القطع[75]، وعند أبي يوسف يجب القطع فيما لا يحتمل الادخار لأنه منتفع بها حقيقة والانتفاع بها مباح شرعًا، فكانت مالا فيقطع فيها كسائر الأموال[76]. وما ذهب إليه أبو يوسف هو ما جرى به العرف اليوم، لأن هذه الفواكه أصبحت من الأموال المهمة وليست من التفاهة في شيء كما كان عليه عرف الناس في الماضي.

وقد ذكرنا أن العوائد كثيرا ما تتغير بتغير الزمان والمكان، على أن المذاهب الثلاثة المالكية والشافعية والحنابلة ترى القطع في كل مُتموّل يجوز بيعه وأخذ العوض عنه، ولا فرق بين الطعام والثياب والحيوان والأحجار وغيرها لعموم قوله تعالى: ﴿ وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا ﴾ [المائدة:38]، نعم ذلك إذا اجتمعت فيه شروط السرقة كأن يكون في حرز مثله[77].

وهذا لا يمنع اتفاق العلماء على عدم القطع في الأكل من الثمرة المعلقة على الشجر، أو الحنطة في سنبلها، إذا لم يكن في حرز مما جرى به عرف الناس. لأن الشرع دل على اعتبار الحرز وليس له حد معلوم مقرر في الشرع، وإنما مرجعه إلى عرف الناس، وقد ذكر الشافعي أن حديث رافع: «لا قطع في ثمر» خرج على ما كان عليه

عادة أهل المدينة من عدم إحراز حوائطها، فإذا أحرزت بالجدران أو الأسلاك الشائكة ونحوها، كانت كغيرها.

إن العرف والعادة لهما سلطان عند مالك وأصحابه، وبنوا على ذلك النيابة العرفية التي تلزم النائب والمنُوب عَنْه في شراء شيء أو أداء خدمة وما إلى ذلك.

وقد نقل المهدي الوزاني عن الفقيه ابن عرضون[78] أن ابن أبي زيد القيرواني سئل عن رجل من قبيلة، اشترى فرسًا من ابن عمه هدية إلى رئيس القبيلة لينصرهم على من بغى عليهم وطلب البائع الثمن فأجابه: المشتري بأنك تعلم أني ما اشتريته إلا على الجماعة، فقال البائع: ما بعته إلا منك وكان العرف عندهم أن ذلك يكون على جميع القبيلة فأجاب ابن أبي زيد: "إن كان العرف عندهم أن شراء مثل هذا على الجماعة، وأن المتولي للشراء هو وكيل عرفًا فلا يلزمه إلا ما يلزمهم، وإن لم يكن كذلك فالثمن على متولي الشراء، وكما أن الوكيل صراحة له الرجوع عليهم فكذلك الوكيل عرفا له الرجوع عليهم. ومن هذا القبيل، إذا أجَّر كبير القرية إماماً للصلاة، والعادة أنه يعتبر وكيلاً عن جميع أهل القرية، فهو حين يَتكلم، يَتكلم بلسان جميعهم إذ هو وكيلهم، فإنَّهم يُطالبون بأداء حصتهم من أجرة الإمام أو المؤدب أو المعلم، فإن لم يكن لهم عادة بذلك، فالأجرة على عاقدها". ولهذا نجد من المفتين من أفتى بعدم لزوم الإجارة لغير من عقدها وأفتى بعضهم بلزومها. والحق أن لا خلاف، وإنما الخلاف في حال حيث إن المسألة تابعة للعرف والعادة فمن كانت عادتهم كذلك، لزمتهم الأجرة ووزعت عليهم، ومن لم تكن عادتهم كذلك لزمت الأجرة العاقد دون سواه [79].

كما ثبت في السنة بشأن الفتاة البكر البالغة إذا استأذنها وليها في عقد نكاحها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «إذنها صُماتها»[80] أي إن سكوتها عن الجواب دون رفض أو تفويض: يعتبر منها إذنا وتوكيلا فيسري عليها التزويج المبني عله.

وقد علل ذلك بدلالة العرف، إذ يغلب على الفتيات الأبكار في هذا المقام الخجل

من إبداء الرغبة عادة بينما لا يخجلن من إظهار الرفض.

وموضوع العرف هنا ليس عملا حيويا عاديا، بل معاملة مدنية هي الإذن بالتزويج. فقد حقق النص التشريعي عقد الوكالة بالسكوت بناء على هذا العرف المدني.

المبحث الرابع
تغير الأحكام والفتاوى بتغير الأعراف والعوائد

يتطور الزمان وتتطور معه الأفكار، حتى إن أحوال الأمم والعالم لا تبقى على حال مستقرة ولا ثابتة، ولا سائرة على نسق دائم. وقد أدرك هذه الحقيقة عالم الاجتماع، وفيلسوف التاريخ العلامة ابن خلدون فدونها في مقدمته إذ لاحظ: "أنّ أحوال العالم والأمم وعوائدهم ونحلهم لا تدوم على وتيرة واحدة ومنهاج مستقرّ إنّما هو اختلاف على الأيّام والأزمنة وانتقال من حال إلى حال"(81).

ومن خلال هذه الحقيقة الاجتماعية ندرك أن مصالح الناس تتبدل بحسب تبدل مظاهر المجتمع البشري، فمهما كانت مصالح العباد أساس كل تشريع، كان من الضروري والمنطقي أن تتبدل الأحكام وتتغير وفق تبدل الزمان وتغيره، وتتأثر بمظاهر المحيط والبيئة الاجتماعية ومن المقرر في فقه الشريعة أن لتغير الأوضاع والأحوال الزمنية تأثيرا كبيرا في كثير من الأحكام الشرعية الاجتماعية. فإن هذه الأحكام القصد منها إقامة العدل وجلب المصلحة ودرء المفسدة.

وعلى هذا الأساس بنى كثير من أهل العلم الأحكام التي أصدروها في عصرهم على العوائد والأعراف التي كانت سائدة في تلك العصور، فإذا تغيَّرت تلك العوائد، وصارت العوائد تدلُّ على ضدِّ ما كانت عليه أولا، فهل تبطل هذه الفتاوى المسطورة في كتب الفقهاء؟ وهل يفتى بما تقتضيه العوائد المتجدّدة؟ أو يقال: نحن مقلّدون، فنفتي بما في الكتب المنقولة عن المجتهدين.

أورد هذا السؤال القرافي في كتاب "الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام"(82).

ثم أجاب عنه قائلا: "إنَّ إِجراء الأحكام التي مُدْرَكُها العوائد، مع تغيّر تلك العوائد خلاف الإجماع، وجهالة في الدّين، بل كلُّ ما هو في الشريعة يتبع العوائد: يتغيّر فيه عند تغيّر العادة إلى ما تقتضيه العادة المتجددة"(83).

وذكر القرافي في ردّه: "أن الفقهاء أجمعوا على أن المعاملات إذا أُطلِق فيها الثمن يحمل على غالب النقود، فإذا كانت العادة نقدًا معيَّنًا حملنا الإِطلاق عليه، فإذا انتقلت العادة إلى غيره عَيَّنا ما انتقلت العادة إليه، وألغينا الأول لانتقال العادة عنه.

وكذلك الإطلاق في الوصايا والأيمان وجميع أبواب الفقه المحمولة على العوائد، إذا تغيَّرت العادة تغيرت الأحكام في تلك الأبواب، وكذلك الدعاوى إذا كان القول قول من ادَّعى شيئًا لأنَّه عادة، ثم تغيَّرت العادة ولم يبقَ القول قول مُدَّعيه، بل انعكس الحال فيه(84).

والعرف بطبيعته عرضة للتغير والتبدل من زمن إلى آخر، لذلك فإن الأحكام التي تبنى على العرف مآلها إلى التغير إذا ما تغير العرف، فإن الأحكام المترتبة على العوائد تدور معها كيفما دارت وتبطل معها إذا بطلت(85). ويرى القرافي أنه لا يشترط تغيّر العادة في البلد الواحد، بل إذا انتقل العالم من بلد إلى أخرى وجب عليه مراعاة عرف البلد الذي انتقل إليه، وفي هذا يقول: "ولا يشترط تغير العادة، بل لو خرجنا نحن من ذلك البلد إلى بلد آخر عوائدهم على خلاف عادة البلد الذي كنا فيه أفتيناهم بعادة بلدهم، ولا تعتبر عادة البلد الذي كنا فيه، وكذلك إذا قدم علينا أحد من بلد عادته مضادَّة للبلد الذي نحن فيه لم نفته إلاَّ بعادة بلده دون عادة بلدنا"(86). ومَثَّل لهذه الأحكام المتغيرة بما رُوِي عن الإمام مالك أنه إذا تنازع الزوجان في قبض الصداق بعد الدخول أن القول قول الزوج مع أن الأصل عدم القبض. ومن نظر في أحوال الناس بمختلف البلدان أدرك ذلك.

قال القاضي إِسماعيل(87): "هذه كانت عادتهم بالمدينة أن الرجل لا يدخل بامرأته حتى تقبض جميع صداقها، واليوم عادتهم على خلاف ذلك، فالقول قول المرأة مع

يمينها لأجل اختلاف العوائد"[88].

ولذلك يجب مراعاة العرف المتجدد وبناء الحكم عليه يقول ابن عابدين: "اعلم أن المسائل الفقهية إما أن تكون ثابتة بضرب اجتهاد ورأي، وكثير منها ما يبنيه المجتهد على ما كان في عرف زمانه بحيث لو كان في زمان العرف الحادث لقال بخلاف ما قال أولا، ولهذا قالوا في شروط الاجتهاد: إنه لا بد فيه من معرفة عادات الناس، فكثير من الأحكام تختلف باختلاف الزمان لتغير عرف أهله أو لحدوث ضرورة أو فساد أهل الزمان، بحيث لو بقي الحكم على ما كان عليه أولا للزم عنه المشقة والضرر بالناس، ولخالف قواعد الشريعة المبنية على التخفيف والتيسير ودفع الضرر والفساد لبقاء العالم على أتمَّ نظام وأحسن إِحكام، 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"[89].

وعلى هذا فإن الأحكام المبنية على الأعراف إذا لم تتغير لتغير ما بنيت عليه يلزم عنها مشقة، وإضرار بالناس. وهذا مخالف لقواعد الشريعة المبنية على اليسر ودفع الضرر والمشقة. ومراعاة لهذا المقصد ظهر ما عرف عند المغاربة بـ"الفتوى بما جرى به العمل"[90]، وتتجلّى السمة البارزة في الأخذ بـ"ما جرى به العمل"، في نزول الفقهاء إلى أرض الواقع، والعيش فيه، بمشاكله ونوازله، لإعطاء الحلول للنوازل المعروضة عليهم، بل تعدّى ذلك أَنْ أضحى الأخذ بهذا المصطلح علاجاً اجتماعياً لبعض السلوكات المنحرفة الطارئة على المجتمع، من خلال فتاوى وأحكام، صارت أساساً تشريعياً يرجع إليه القاضي والمفتي في الأحكام، درءاً للمفسدة، أو رعياً لمصلحة، أو صدًّا لفتنة.

ومن الذين تعرضوا لهذه المسألة أيضا ابن قيم الجوزية، فإنَّه عقد في كتابه "إعلام الموقعين" فصلا كبيرًا لتغيّر الفتوى واختلافها بحسب تغيّر الأزمنة والأمكنة والأحوال والنيَّات والعوائد.

وقرَّر في هذا الفصل أن الجمود على الأحكام التي أصدرها أهل العلم في الماضي وفقًا للعرف والعادة السائدة في أيامهم أوقع الناس في الحرج والمشقة وتكليف ما لا سبيل إليه، كما نسب إلى الشريعة الإِسلامية المباركة السمحة الظلم والقسوة، وكلُّ هذا بسبب الجمود على الأحكام مع تغير العوائد والأعراف التي بنيت عليها تلك الأحكام، وفي هذا يقول:"هذا فصل عظيم النفع جدًا، وقع بسبب الجهل به غلط عظيم على الشريعة أوجب من الحرج والمشقة وتكليف ما لا سبيل إليه ما يعلم أن الشريعة الباهرة التي في أعلى رتب المصالح لا تأتي به"(91).

ثم استطرد لبيان خصائص الشريعة الإِسلامية، وكيف أن الجمود الذي أشار إليه أفقد هذه الشريعة خصائصها، استمع إليه يقول:"إن الشريعة مبناها وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد، وهي كلُّها عدل، ورحمة، ومصالح، وحكمة. فكلُّ مسألة خرجت من العدل إلى الجور، وعن الرحمة إلى ضدها، وعن المصلحة إلى المفسدة، وعن الحكمة إلى العبث فليست من الشريعة، وإِن أدْخِلت فيها بالتأويل.

فالشريعة عدل الله بين عباده، ورحمته بين خلقه، وظلُّه في أرضه، وحكمته الدالة عليه، وعلى صدق رسول صلى الله عليه وسلم أتمُّ دلالة وأصدقها. وهي نوره الذي به أبصر المبصرون، وهداه الذي اهتدى المهتدون به، وشفاؤه التام الذي به دواء كلَّ عليل، وطريقة المستقيم الذي من استقام عليه فقد استقام على سواء السبيل، فهي قرّة العيون، وحياة القلوب، ولذَّة الأرواح، فهي بها الحياة والغذاء والدواء والنور والشفاء والعصمة وكلُّ خير في الوجود فإنَّما هو مستفاد منها وحاصل بها، وكلُّ نقص في الوجود فسببه من إضاعتها، ولولا رسوم قد بقيت لخربت الدنيا، وطوي العالم وهي العصمة للناس وقوام العالم، وبها يمسك الله السموات والأرض أن تزولا، فإذا أراد الله سبحانه وتعالى خراب الدنيا وطيَّ العالم رَفَع الله ما بقي من رسومها، فالشريعة التي بعث الله بها رسوله هي عمود العالم وقطب الفلاح والسعادة في الدَّنيا والآخرة"(92) .

وإنّما أطال ابن القيم في بيان خصائص الشريعة ليبيَّن عظم جناية الذين جمدوا على الأحكام التي أصدرها الفقهاء السابقون مع تغيّر العوائد والأعراف التي بنيت عليها تلك الأحكام، وقد أطال في شرح ذلك كله وضرب له الأمثلة. وطالب ابن القيم المفتي والعالم بمراعاة العرف دائمًا اعتبارًا وإسقاطًا، وحذَّر من الجمود على المنقول في الكتب، ودعا إلى التعرف على عرف السائلين، وعوائد الذين يُفْتَى لهم في الدين، وفي هذا يقول الأمام القرافي في عبارة بليغة واضحة لا مزيد عليها:"فمهما تجدَّد من العرف؛ فاعتبره، ومهما سقط؛ أسقطه، ولا تجمد على المسطور في الكتب طول عمرك، بل إذا جاءك رجل من غير أهل إقليمك يستفتيك؛ لا تُجرِه على عرف بلدك، واسأله عن عرف بلده، وأجره عليه، وأفته به دون عرف بلدك والمذكور في كتبك"(93). وعقَّب على هذا قائلا:"فهذا هو الحقُّ الواضح، والجمود على المنقولات أبدًا ضلال في الدين، وجهل بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضيين"(94).

واستنكر ابن القيم بقوة على أولئك الذين يفتون الناس بمجرد المنقول في الكتب على اختلاف عرفهم وعوائدهم، وأزمنتهم وأمكنتهم وأحوالهم وقرائن أحوالهم. ومن فعل ذلك فقد ضلَّ وأضلَّ وكانت جنايته على الدين أعظم من جناية من طبَّبَ الناس كلَّهم على اختلاف بلادهم وعوائدهم وأزمنتهم وطبائعهم بما في كتب الطبّ على أبدانهم. بل هذا الطبيب الجاهل، وهذا المفتي الجاهل، أضرُّ ما على أديان الناس وأبدانهم(95).

وتغير الأحكام لاختلاف العوائد، أو تغير الأعراف، ليس تغيرا في أصل الخطاب الشرعي أو نسخا له، وإنما ذلك يعني أن العرف إذا تغير اقتضى حكما يلائمه تبعا لتغير مناط الحكم، وفي هذا تطبيق لقاعدة دوران الحكم مع علته وجودا وعدما(96). وهذا التغير في الظرف فيما يعد استثناءً، والتغير في العرف فيما يعد تبدلاً واختلافًا، وكلاهما من سنن الله التي خلت في عباده. والتغير هنا تغير حال وزمان ومكان وليس تغير دليل وحجة وبرهان، أما الحدث الكائن فهو في مجال علم الفتوى الحاضر الذي تحتاج واقعاته الجديدة إلى تنزيل حكم، أو تفعيل اجتهاد، والزمن في بنية الفقه

يعني الماضي والحاضر والمستقبل في حركة اعتبارية متصلة لا تنفصل فيها الجغرافيا عن التاريخ. ويشهد لذلك كلام ابن خلدون في مقدمة كتابه العبر حين قال:"وهذا ما جعل المتأخرين من الفقهاء يفتون في كثير من المسائل بخلاف ما أفتى به المتقدمون، وقد حصرنا دوافع هذا الاختلاف في ثلاث: تبدل الزمان وتباعد البلدان واختلاف الجهات والتقدم واختلاف الحضارات"(97).

ومن أبرز من تصدى لبيان ارتباط تغير الأحكام بتغير الأعراف والعوائد الإمام المقاصدي الشاطبي، الذي يعتبر العرف دليلا من جملة الأدلة وأصلا من أصول الشريعة بنى الله عليه الأحكام، وربط به الحلال والحرام و عليه تنبني معظم مسائل الشرع، وما جرى به العرف فهو بمثابة ما تمّ اشتراطه، ولشدة تمسّكه بحجية العرف واعتماده إياه جعله أحد القواعد الأساسية التي يعتمد عليها في فتاويه خاصة في نوازل الأيمان، فقد سُئل عن رجل حلف باللازمة أن لا يسكن موضعا سماه ما عاش، وشهدت عليه البيّنة بذلك...(98)، فأجاب:"كل من حلف على أن لا يسكن دارا ما عاش فإنه يحنث إن سكنها لحظة في عمره، هذا حكمه بحسب الظاهر والله يتولى السرائر. وأما حكم ما يلزمه في الحنث باللازمة، فإنه يلزمه مقتضى العرف فيما عندكم، فالطلاق الثلاث لازم عندنا، إذ قد صارت في بلدنا عرفا ظاهرا، فإن كان موضعكم كذلك فالثلاث لازمة، وإن كان غير ذلك فهو اللازم، هذا ما عندي في النازلة"(99).

فالشاطبي احتكم إلى العرف فيما يلزم من حنث باللازمة(100) في يمينه، ومقتضى العرف في غرناطة يلزم على الحانث الطلاق الثلاث، فبيّن للمستفتي إن كان عرفهم كعرف غرناطة وجب عليه نفس الحكم وهو الطلاق بالثلاث، وإن كان غير ذلك فيلزمه عرف بلده المعمول به هناك .

واستند إلى العرف في مسألة تداعي الورثة والزوجة في الشِوار(101). واعتمد عليه أيضا في مجال المعاملات وبالأخص في البيوع وبهذا يظهر أن مالكا – رحمه الله تعالى

– في قوله: "ما عده الناس بيعا فهو بيع" نظر إلى أن المدرك هو تجدد العادة والعرف[102]. لأنه ما تعارف الناس على أمر ما، إلا لما فيه من تحقيق مصلحة ودفع مضرة، ومن فتاويه في فقه البيوع لما سئل:"عن رجل يُعطي سلعته لدلاّل يصيح عليها فيعطى فيها ثمنا فيخبر الدلال صاحب السلعة بالذي أعطي فيها فيقول له: بعها له، فيخبر الدلالُ المشتري أنه يريد أكثر من ذلك، فيعطي أكثر أو يزيد غيرُه عليه، هل هذه الزيادة سائغة للبائع أم لا؟ "[103].

وبعد أخذ ورَدّ بين المفتي والمستفتي، أجاب الأول قائلا:" أعدتم السؤال في مسألة البيع وفرضتموها والبائع إذا قال له الدلال: أعطيت في سلعتك كذا، أو لم تَسْوَ إلا كذا، فقال البائع: أعطه إياها، فإنما معناه في عرف الناس: أعطه إياها إن لم يوجد من يزيد على المسمى، فإذا زاد عليه أحد فالزيادة مقبولة حكما، حلال للبائع لقضاء العرف بذلك، اللّهمّ إلا أن يقول البائع: إنما قصدت بيعها بذلك لا بزيادة عليه، فإذ ذاك لا تحل له الزيادة إلا أن يتراضى المتبايعان"[104].

فالبائع إذا أخبر الدلاّل أن السلعة أعطى فيها المشتري ثمنا معيّنا، قَبِل البيع وطلب منه أن يعطيه إياها خاصة إذا لم يوجد من يزيد على الثمن المسمى، أما إذا زاد أحدهم في الثمن فهذه الزيادة لا بأس بها والبيع جائز بمقتضى العرف. وفي فتوى أخرى أجاز انعقاد البيع بين المتبايعين بمجرد المعاطاة أو بالكلام من أحدهما دون الآخر، وهو عقد حسبما يفهمه أهل العرف[105].

وفي إحدى الفتاوى يذكر الشاطبي أنه خالف أصل المذهب واتبع الذي عمل به الناس فترَكهم على ما هم عليه لرفع الحرج عنهم، وفي هذا يقول:"الذي يظهر لي أن يُعمل على ذلك النص بناءً على أنها تمييز حق لا بيع، وإن كان أصل المذهب غير ذلك؛ أن القسم بيع، فلا يُطلب الشريك في الطعام المكيل أو الموزون بحضور شريكه، ولا بانتجاز قبضه، وهو الذي عمل به الناس، فيتركون وما هم عليه"[106].

وفي مسألة كراء الأرض بجزء مما تنبته، ذهب مالك إلى عدم جواز كراء الأرض

بشيء مما يخرج منها طعاما كان أو غيره، وسواء كان ذلك مما تنبته أو لا [107].

أما في الأندلس فقد جرى العمل على جواز كراء الأرض بالجزء منها، فأفتى الشيخ بجواز ذلك[108] حتى وإن خالف المذهب.ويبيّن لنا الشاطبي في فتوى أخرى سبب اعتداده بالعرف و تمسّكه به فيقول:"والأولى عندي في كل نازلة يكون فيها لعلماء المذهب قولان فيعمل الناس فيها على موافقة أحدهما، وإن كان مرجوحا في النظر، أن لا يُعرض لهم، و أن يجروا على أنهم قلّدوه في الزمان الأول وجرى به العمل، فإنهم إن حُملوا على غير ذلك كان في ذلك تشويش للعامة و فتح لأبواب الخصام، وربما يخالفني في ذلك بعض الشيوخ و لكن ذلك لا يصدني عن القول به، ولي فيه أسوة" [109].

والمتتبّع لكلام الشاطبي في موضوع تغيّر الأحكام بتغير العادات [110] يجده يؤكّد أن علاقة الأحكام الشرعية بالعوائد أقوى من علاقتها بالعقل، ومرد ذلك إلى مراعاة مصالح الناس.

ويؤكّد الشاطبي أن قاعدة: اختلاف الأحكام باختلاف العوائد، ليس المراد منها الاختلاف في أصل الخطاب الشرعي، وإنما العادة إذا تبدّلت رجعت إلى أصل شرعي يُحكم عليها به، وكل عادة حدثت يجتهد الفقيه في إلحاقها بأصلها، فتغيّر العادة يؤدي إلى تغيّر حكمها، و هذا ليس تغيّرا في أصل الحكم؛ لأن العادة التي استجدّت تحتاج فقط إلى أصل شرعي آخر تدخل في إطاره[111].

وهذا يعني أن تغير الأحكام لتغير ما بنيت عليه من أعراف ليس نسخا للأحكام بأحكام أخرى، وإنما هو تغير في الحكم لتغير المناط الذي بني عليه الحكم؛ لأن الحكم المبني على مناط معين يدور مع ذلك المناط وجودا وعدما، فيوم أن كان العرف يقضي بحكم معين فإن هذا الحكم يتغير إذا ما تغير العرف[112] وهو ما تعنيه القاعدة الفقهية:"لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان"[113].

ويبيّن الشاطبي -بعد ذلك- أن اعتبار العوائد الجارية أمر ضروري[114]؛ لأنها لو

لم تعتبر لأدى ذلك إلى التكليف بما لا يطاق وهذا غير جائز.

باعتماد الشاطبي على هذا الأصل أثبت أن الشريعة صالحة لكل زمان ومكان؛ لأنها راعت ظروف الناس وعوائدهم المتجددة، ولم تقف جامدة عند دلالة النصوص بعيدة عن واقع المكلّفين.

ولقد طبق العلماء قاعدة تغير الأحكام لتغير الأعراف في كثير من المسائل التي بنيت عليها تلك الأحكام ومن ذلك ما روي عن الإمام الشافعي أنه بعد انتقاله من العراق إلى مصر سنة (199هـ) غير رأيه في المسائل التي استند فيها إلى العرف، والسبب في هذا التغير يعزى إلى اختلاف البيئات والأقطار، وقد اشتهر ذلك عنه[115]. ولو استمر الحال بكثير من الفقهاء ورأوا ما رأى المتأخرون لقالوا بمثل ما قالوا ولعدلوا عن كثير من أقوالهم التي أفتوا بها في زمنهم [116]. ومن هنا جاء قولهم:"هذا اختلاف حال لا اختلاف حكم"[117]. وحُكي عن ابن أبي زيد القيرواني أن حائطاً انهدم من داره، وكان يخاف على نفسه، فاتخذ كلباً للحراسة وربطه في داره، فلما قيل له: إن مالكاً يكره ذلك، قال لو أدرك مالكٌ زمننا لاتخذ أسداً ضارياً[118].

كما روي أن أبا يوسف ومحمدا قد خالفا أبا حنيفة في كثير من المسائل تبعا لتغير الأزمنة، كما في مسألة تعديل الشهود فقد كان أبو حنيفة يرى الاكتفاء في عدالة الشهود بظاهر العدالة، ولم يكن يشترط تزكية الشهود؛ لأن العدالة كانت غالبة في زمن أبي حنيفة، فهو أدرك الزمن الذي شهد له الرسول صلى الله عليه وسلم بالخيرية بينما صاحباه كانا في زمن فشا فيه الكذب، فلما رأيا فساد الناس اشترطا لقبول الشهادة تزكية الشهود ولم يكتفيا بظاهر العدالة. وقد ذكر ابن عابدين أن العلماء قد نصوا على أن هذا الاختلاف اختلاف عصر و أوان، لا اختلاف حجة وبرهان[119].

وقد سلك المتأخرون من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة نفس المسالك في المخالفة فأفتوا بأحكام تخالف المروي عن أئمتهم معللين ذلك بالحاجة، واختلاف الزمن وتغير الأحوال[120].

ولذا نرى القرافي يقول في إيقاع الطلاق الثلاث، بقول الزوج "علي الحرام": "وإياك أن تقول إنا لا نفهم منه إلا الطلاق الثلاث لأن مالكا قال ذلك، أو لأنه مسطور في كتب الفقه، لأن ذلك غلط، بل لا بد أن يكون ذلك الفهم حاصلا لك من جهة الاستعمال والعادة كما يحصل لسائر العوام...فإن النقل إنما يحصل باستعمال الناس لا بتسطير ذلك في الكتب بل المسطر تابع لاستعمال الناس". وقال في موضع آخر: "ومن أفتى بغير ذلك- يقصد مراعاة العادة-كان خارقا للإجماع، فإن الفتيا بغير مستند مجمع على تحريمها... ومتى تغيرت فيه العادة تغير الحكم بإجماع المسلمين وحرمت الفتيا بالأولى، وفي موضع ثالث يقول: الجمود على المنقولات أبدا ضلال في الدين، وجهل بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضين"[121].

كما أفتى فقهاء الحنفية في كثير من المسائل بغير ما أفتى به الإمام أبو حنيفة وصاحباه، وما ذلك إلا مجاراة منهم للعرف الجاري في زمانهم، الذي لو كان في زمن الأئمة لأفتوا به، للحاجة واختلاف الأزمان وتغير الأحوال، ومن ذلك إفتاؤهم بجواز الاستئجار على تعليم القرآن لانقطاع عطايا المتعلمين التي كانت في الصدر الأول، ولو اشتغل المعلمون بالتعليم بلا أجرة لزم ضياعهم وضياع عيالهم، ولو اشتغلوا بالاكتساب في حرفة وصناعة يلزم ضياع القرآن والدين. فأفتوا بجواز أخذ الأجرة على تعليم القرآن، مع أن هذا مخالف لما اتفق عليه الإمام أبو حنيفة وصاحباه وهو عدم جواز الاستئجار على ذلك وأخذ الأجرة عليه؛ لأنه طاعة من الطاعات كالصلاة والحج وقراءة القرآن ونحو ذلك[122].

ومن خلال ما سبق يتجلى لنا مدى اهتمام العلماء وتطبيقهم لقاعدة: "تغير الأحكام لتغير الأزمان"[123]، ومهدوا لذلك بكلم حول بناء الشريعة على مصالح العباد، وضربوا أمثلة كثيرة على قاعدة تغير الفتوى واختلافها لاختلاف أحوال الناس وعاداتهم وظروفهم.

– مسألة تغيّر مذهب الشافعي في العراق عنه في مصر:

اشتهر عن الإمام الشافعي أن له مذهباً يسمى (القديم)، ويراد به الكتاب الذي صنفه بالعراق عام (195هـ)، واسمه "الحجة" وهو مجلد ضخم، وكذلك ما أفتى به، ويتسم هذا المذهب في عمومه بموافقته لمذهب الإمام مالك.

كما أن له مذهباً آخر يسمى "الجديد"، ويراد به ما صنفه، وأفتى به في مصر عام (199هـ) حيث أعاد النظر في كتابه"لحجة"، فألّف بدله كتابه "المبسوط" الذي اشتهر فيما بعد بكتاب "الأم" وهو يشتمل على كتبٍ كثيرة[124]. وأما الأسباب التي كانت وراء تغيّر اجتهاد الإمام الشافعي رحمه الله فأهمها:

أولاً: اطلاعه على أحاديث جديدة لم يسمع بها قبل دخوله مصر تُشكِّلُ أدلةً قوية أمام الأحاديث التي احتج بها في العراق مثل أحاديث توقيت المسح على الخفين، فقد كان يرى رأي مالك في عدم التوقيت[125]، أما في مذهبه الجديد فقد رجع إلى القول بالتوقيت فيمسح المقيم يوماً وليلة، والمسافر ثلاثة أيام بلياليها للأحاديث الواردة في ذلك[126].

ثانياً: تغيّر عادات الناس وطرق معيشتهم في الحياة وأحوالهم بتغير المكان والزمان، وذلك كما في صناعة دباغة الجلود مثلاً التي كانت متطورة في مصر عندما قدم إليها، وكانت تُشكِّل دعامة اقتصادية مهمة بعكس بلاد الحرمين، مما دعا الشافعي إلى القول في مذهبه الجديد ببيع الجلد المدبوغ [127].

ومن الأمثلة على تأثير البيئة في تغير الأحكام اختلاف البلوغ في الأقطار الحارة عن الأقطار الباردة، فالصبي في سن الرابعة عشرة في بلد ما يبلغ الحلم فيتعلق به التكليف، ونظيره في بلد آخر لا يبلغ فلا يكون مكلفا. فسقوط التكليف عن أحدهما وقيامه بالآخر ليس باختلاف الخطاب الموجه إليهما، بل الخطاب واحد، ولكن مُتَعلَّقه وقوع التكليف على من عاش في بلد حار وظهرت عليه أمارات البلوغ، وعدم التكليف على من عاش في بلد آخر ولم تظهر عليه الأمارات نفسها.

ومن ذلك تتبين لنا العلاقة الوثيقة بين تغير الأحكام وتغير العوائد، الشيء الذي جعل ابن عابدين يؤلف رسالة في العرف صرح فيها مرارًا بوجوب مراعاة عرف الناس وعوائدهم من قبل المفتين والفقهاء والحكام، ولام الذين جمدوا على الأحكام التي أصدرها سلفهم إذا كانت مبنية على عوائد زالت وعرف تغير، وأتى بنقول نفيسة تؤكد هذا الارتباط بين الأحكام والعوائد من حيث التغير. وأنقل بعض نصوص كلامه الدالة على ذلك: قال ابن عابدين: "ليس للمفتي ولا للقاضي أن يحكما على ظاهر المذهب ويتركا العرف"[128]. وقال: "ليس للمفتي الجمود على المنقول في كتب ظاهر الرواية من غير مراعاة الزمان وأهله، وألاّ يُضيّع حقوقًا كثيرة، ويكون ضرره أعظم من نفعه"[129]. وقال: "النُقول ونحوها دالّة على اعتبار العرف الخاص، وإن خالف المنصوص عليه في كتب المذهب ما لم يخالف النصَّ الشرعيَّ"[130]. وقال أيضًا: "المفتي لا بدَّ له من ضرب اجتهاد ومعرفة بأحوال الناس"[131]. وقال: "من لم يكن عالمًا بأهل زمانه فهو جاهل"[132]. وقال: "اعلم أن المتأخرين الذين خالفوا المنصوص في كتب المذهب في المسائل السابقة لم يخالفون إلاَّ لتغيّر الزمان والعرف، وعلمهم أن صاحب المذهب لو كان في زمنهم لقال بما قالوه"[133]. ونقل عن بعض علماء الحنفية قوله: من لم يكن عالمًا بأهل زمانه فهو جاهل"[134]. ويذكر ابن عابدين أن الإِمام محمد بن الحسن صاحب أبي حنيفة كان يذهب إلى الصباغين ويسأل عن معاملتهم وما يديرونه فيما بينهم[135].

خاتمة

أحبُّ أن أختم هذه النّقول القيمة من كلام ابن عابدين بهذا النَّقل الذي يُبين أهمية معرفة الحكام والمفتين بأعراف الناس وعاداتهم، يقول رحمه الله في ذلك: "قال بعض العلماء المحقّقين: لا بدَّ للحاكم من فقهٍ في أحكام الحوادث الكلّية، وفقهٍ في نفس الواقع وأحوال الناس، يُميِّز به بين الصادق والكاذب، والمحقّ والمبطل، ثمَّ يطابق بين هذا وهذا، فيعطي الواقع حكمه من الواجب، ولا يجعل الواجب مخالفا للواقع. والمفتي الذي يفتي بالعرف لا بدَّ له من معرفة الزمان وأحوال أهله ومعرفة أن هذا

العرف خاصٌّ أو عامٌّ، وأنه مخالف للنصَّ أولا، ولا بدَّ له من التخرُّج على أستاذ ماهر، ولا يكفيه مجرد حفظ المسائل والدلائل، فإنَّ المجتهد لا بدَّ له من معرفة عادات الناس، فكذا المفتي، ولذا قال في آخر"منية المفتي"[136]:لو أن رجلا حفظ جميع كتب أصحابنا لا بدَّ أن يتتلمذ للفتوى حتى يهتدي إليها؛ لأنَّ كثيرًا من المسائل يجاب عنها على عادات أهل الزمان فيما لا يخالف الشريعة"[137].

تحقيقاً لشمول الشريعة جاءت أحكامها متَّسمة بالثبات والمرونة لتواكب حياة البشر التي تقوم على أمور ثابتة وأخرى متغيرة: فالثابت في حياة الناس نظمه الشارع بأحكام ثابتة، والمتغير نظمه بأحكام مرنة تتلاءم مع ما يحدث في حياة الناس من تغيرات.

إن الثبات والمرونة في أحكام الشريعة يمثل إحدى خصائص التشريع في تيْسيره على الناس ورعاية مصالحهم الثابتة والمتغيرة في جميع المجتمعات وعلى مرّ العصور.

بما أن الأصل في الأحكام الشرعية هو الثبات، والتغير هو الاستثناء، لذلك كان لا بد من ضبط هذا الاستثناء وتحديد مجاله حتى لا يكون مبررا لمن يريد التَّفلُّت من أحكام الشريعة بدعوى تغير الأحكام.

- **المصادر والمراجع**

1. القرآن الكريم
2. أثر العرف في التشريع الإسلامي: السيد صالح عوض محمد النجار، نشر دار الكتاب الجامعي، مصر، القاهرة، المطبعة العالمية بالقاهرة، 1399هـ، 1979م.
3. الاجتهاد فيما لا نص فيه، الدكتور الطيب خضري السيد، نشر مكتبة الحرمين، الرياض، 1403هـ، 1983م.
4. أحكام القرآن، لأبي بكر محمد بن عبد الله ابن العربي (ت543هـ)، تحقيق: علي محمد البجادي، دار الفكر، بيروت.
5. الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام: شهاب الدين أحمد بن إدريس، أبو العباس القرافي (ت684هـ)، اعتناء عبد الفتاح أبو غدة، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ط. 1416هـ، 1995م.

6. اختلاف الاجتهاد وتغيره، محمد عبد الرحمن المرعشلي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2003م.
7. أدب الفتوى وشروط المفتي وصفة المستفتي وأحكامه وكيفية الفتوى والاستفتاء: ابن الصلاح الشهر زوري، ت:فوزي عبد المطلب، القاهرة، مكتبة الخانجي، ط: الأولى، 1992م.
8. الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار فيما تضمنه الموطأ من معاني الرأي والآثار وشرح كله بإيجاز والاختصار، يوسف بن عمر، أبو عمر ابن عبد البر القرطبي (ت463هـ)، تعليق: عبد المعطي أحمد قلعجي، الطبعة الأولى، دمشق، دار قتيبة، دار الوعي، 1421هـ / 1993م.
9. أصول الدعوة، عبد الكريم زيدان، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط2، 1407هـ، 1987م.
10. أصول الفقه الإسلامي، محمد أبو زهرة، دار الفكر العربي، القاهرة، طبعة 1997م .
11. إعلام الموقعين عن رب العالمين، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن قيم الجوزية، تعليق وضبط: محمد المعتصم بالله البغدادي، دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الأولى، 1416هـ.
12. بدائع الفوائد، محمد بن أبي بكر الدمشقي، أبو عبد الله ابن قيم الجوزية – بيروت : دار الفكر [19؟].
13. بداية المجتهد ونهاية المقتصد، محمد بن أحمد، أبو الوليد بن رشد، مطبعة المعاهد، مصر، 1353هـ، 1935م.
14. تاج العروس، الزبيدي، ت: عبد السلام هارون، الكويت، طبعة وزارة الإرشاد، 1970م.
15. تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام: إبراهيم بن علي بن محمد، برهان الدين ابن فرحون (ت799هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، 1301هـ.
16. التعريفات: علي بن محمد بن الشريف، الجرجاني (ت740هـ)، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، 1357 هـ، 1968م.
17. تهذيب الأسماء واللغات: محيي الدين يحيى بن شرف بن مري بن حسن بن حسين، أبو زكريا بن حزام النووي، دار الفكر بيروت، الطبعة الأولى 1996م.
18. حاشية المهدي الوزاني على شرح التاودي على لامية الزقاق، طبعة حجرية، بدون

تاريخ.
19. الدر المختار شرح تنو ير الأبصار، محمد علاء الدين بن علي الحصفكي (ت1088هـ)، طبعة الأستانة 1329هـ.
20. درر الحكام شرح مجلة الأحكام، علي حيدر أفندي، تعريب فهمي الحسين المحامي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
21. رد المحتار على الدر المختار حاشية ابن عابدين. ط. الثانية 1407هـ، 1987م، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
22. الروض الأنف في شرح السيرة النبوية لابن هشام ومعه السيرة النبوية لابن هشام: عبد الرحمن السهيلي (ت581هـ)؛ تحقيق وتعليق وشرح عبد الرحمن الوكيل، القاهرة: دار الكتب الحديثة، 1967م.
23. شرح العمل الفاسي، لأبي عبد الله السجلماسي، طبعة حجرية، بدون تاريخ.
24. شرح الكوكب المنير في أصول الفقه: محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن علي الفتوحي الحنبلي المعروف بابن النجار، تحقيق: محمد الزحيلي، ونزيه حماد، مكتبة العبيكان، الرياض 1416هـ/1993م.
25. شرح المجلة: سليم رستم بن إلياس بن طنور باز (ت1338هـ)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الثالثة.
26. شرح المجلة: محمد خالد بن محمد عبد الستار الأتاسي (ت1326هـ)، المكتبة الحبيبية كانسي رود. باكستان
27. الصحاح، إسماعيل بن حماد الجوهري، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، ط الثانية، دار العلم للملايين، بيروت، 1399هـ/1979م.
28. العرف والعادة في رأي الفقهاء، الشيخ أحمد فهمي أبو سنة، الطبعة الأولى، دار البصائر، 1425هـ/2004م.مصر.
29. العرف والعمل في المذهب المالكي ومفهومهما لدى علماء المغرب، عمر عبد الكريم الجيدي، منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، مطبعة الفضالة المحمدية، المغرب، 1982هـ.
30. الفتاوى للشاطبي، مقدمة المحقق: محمد أبو الأجفان، حقق هذا الكتاب الأستاذ الصادق الحلوي، ونال به دكتوراه الحلقة الثالثة في الفقه والسياسة الشرعية من الكلية الزيتونية للشريعة وأصول الدين في تونس بإشراف: محمد الشاذلي سنة 1402هـ.

31. فتح الباري شرح صحيح البخاري: أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي، تحقيق، محمد فؤاد عبد الباقي، محب الدين الخطيب، دار المعرفة، بيروت 1379هـ.
32. كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون، مصطفى بن عبد الله القسطنطيني الحنفي حاجي خليفة (ت1067هـ)، ط.1414هـ، 1994م، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت.
33. الكليات، أيوب بن موسى الحسيني أبو البقاء الكفوي (ت1094هـ)، مؤسسة الرسالة، بيروت 1412هـ، 1992م.
34. لسان العرب، محمد بن مكرم الأفريقي المصري: أبو الفضل جمال الدين ابن منظور، طبعة دار صادر، بيروت لبنان .
35. المبسوط، محمد بن أحمد الحنفي، أبو بكر السرخسي (ت490هـ)، ط. الأولى بدون تاريخ، دار الكتب العلمية، بيروت
36. مجلة الأحكام العدلية، أحمد باشا جودت، مطبعة شعاركو، دون طبعة.
37. المجموع على شرح المهذّب، أبو زكريا يحيى بن شرف النووي، تحقيق محمد نجيب المطيعي، ط. الأولى 1415هـ، 1995م، دار النفائس، الرياض.
38. مجموعة رسائل ابن عابدين، محمد أمين ابن عابدين، دار الإحياء التراث العربي، بيروت.
39. المدخل الفقهي العام، الشيخ مصطفى أحمد الزرقا، الطبعة الأولى 1418هـ، 1998م، دار القلم دمشق، بيروت.
40. مصادر التشريع فيما لا نص فيه، عبد الوهاب خلاف، دار القلم، الكويت، الطبعة السادسة، 1993م.
41. المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، أحمد بن محمد بن علي المقري، الفيومي (ت 770هـ)، ط. الثانية 1418هـ، 1997م، المكتبة العصرية.
42. معجم مقاييس اللغة، أحمد بن فارس بن زكريا أبو الحسين الرازي، تحقيق عبد السلام هارون، ط. الأولى 1411هـ، 1991م، دار الجيل، بيروت.
43. المعيار المعرب والجامع المغرب في فتاوى أهل افريقية والأندلس والمغرب، أحمد بن يحيى، أبو العباس الونشريسي (ت914هـ)، بدون طبعة، 1401هـ1981م، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب.

44. المغني على مختصر الخرقي، أحمد بن محمد، أبو عبد الله بن قدامة المقدسي (ت630هـ) تحقيق الدكتور محمد شرف الدين الخطاب والدكتور السيد محمد السيد، دار الحديث، القاهرة.
45. مقدمة ابن خلدون، عبد الرحمن بن خلدون، تحقيق درويش الجويدي، ط. الثانية، 1420هـ/2000م، المكتبة العصرية، بيروت.
46. المنتقى شرح موطأ الإمام مالك: سليمان بن خلف الأندلسي، أبو الوليد الباجي (ت774هـ)، مطبعة السعادة، مصر، الطبعة الثالثة 1332هـ.
47. الموافقات في أصول الشريعة، إبراهيم بن موسى، أبو إسحاق اللخمي الغرناطي المالكي الشاطبي، تحقيق: عبد الله دراز، نشر الكتبة التجارية الكبرى، القاهرة، مصر، أوفست دار المعرفة، بيروت.
48. نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف، محمد أمين بن عمر بن عابدين، مكتب صنايع، 1286هـ.

- الحواشي والإحالات:

[1]-مجموع الفتاوى/ لشيخ الإسلام أحمد بن تيمية (265/1)، (136/30، 193،234)، طبعة وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد- السعودية.
[2] – لسان العرب لابن منظور مادة: (ع ر ف) 9/ 236.
[3] – معجم مقاييس اللغة، لابن فارس 281/4.
[4] – العرف والعادة في رأي الفقهاء، للشيخ أحمد فهمي أبو سنة، ص: 28.
[5] – التعريفات، للجرجاني ص:130.
[6] – الكليات، للكفوي، ص: 617.
[7] – العرف والعادة في رأي الفقهاء ص: 29.
[8] – ابن عطية: هو عبد الحق بن غالب، أبو محمد، من أهل غرناطة، كان عارفًا بالأحكام والحديث والتفسير، (ت542هـ) من تصانيفه:"المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز". انظر: وتاريخ قضاة الأندلس ص: 109؛ والأعلام للزركلي: 4 / 53 و239/3.
[9] – شرح الكوكب المنير لابن النجار «448/4».
[10] – لسان العرب 316/2
[11] – المصباح المنير 39/2 ، تاج العروس 439/2.
[12] – اللسان 326/3.
[13] – معجم مقاييس اللغة 183/4.
[14] – العرف والعمل في المذهب المالكي، للجيدي ص:36.
[15] – شرح تنقيح الفصول، ص:338
[16] – التعريفات، ص: 130

[17] – الكليات، ص: 617
[18] – نشر العرف، ص: 3
[19] – انظر: درر الحكام لعلي حيدر1/40، وشرح المجلة للأتاسي 1/79، وشرح المجلة لسليم رستم باز، ص: 34.
[20] – نشر العرف، ص3
[21] – شرح المجلة، 1/79
[22]– لسان العرب، 15/ 145.
[23]– المصباح المنير 2/ 462، وانظر: أنيس الفقهاء 1/309، وانظر: كتاب العين 8/ 137.
[24]– تاج العروس 1/ 8531.
[25]– انظر: أصول الدعوة ص: 166.
[26]– أنيس الفقهاء 1/ 309.
[27]– التعاريف 1/ 550.
[28]– وكلمة (الأحكام) المقصودة بالتغيير مخصوصة بالأحكام المبنية على العرف والعادة والاجتهاد، فهذه هي التي تتغير بتغير الزمان والمكان والحال. جاء في درر الحكام شرح مجلة الأحكام: (إنَّ الْأَحْكَامَ الَّتِي تَتَغَيَّرُ بِتَغَيُّرِ الْأَزْمَانِ هِيَ الْأَحْكَامُ الْمُسْتَنِدَةُ عَلَى الْعُرْفِ وَالْعَادَةِ؛ لِأَنَّهُ بِتَغَيُّرِ الْأَزْمَانِ تَتَغَيَّرُ احْتِيَاجَاتُ النَّاسِ, وَبِنَاءً عَلَى هَذَا التَّغَيُّرِ يَتَبَدَّلُ – أَيْضاً – الْعُرْفُ وَالْعَادَةُ، وَبِتَغَيُّرِ الْعُرْفِ وَالْعَادَةِ تَتَغَيَّرُ الْأَحْكَامُ حَسْبَمَا أَوْضَحْنَا آنِفاً بِخِلَافِ الْأَحْكَامِ الْمُسْتَنِدَةِ عَلَى الْأَدِلَّةِ الشَّرْعِيَّةِ الَّتِي لَمْ تُبْنَ عَلَى الْعُرْفِ وَالْعَادَةِ فَإِنَّهَا لَا تَتَغَيَّرُ. مِثَالُ ذَلِكَ: جَزَاءُ الْقَاتِلِ الْعَمْدِ الْقَتْلُ. فَهَذَا الْحُكْمُ الشَّرْعِيُّ الَّذِي لَمْ يَسْتَنِدْ عَلَى الْعُرْفِ وَالْعَادَةِ لَا يَتَغَيَّرُ بِتَغَيُّرِ الْأَزْمَانِ) 1/47.
[29]– أدب الفتوى وشروط المفتي 1/14.
[30]– الموافقات في أصول الشريعة، للإمام الشاطبي: ج 2، ص: 217.
[31]– إعلام الموقعين عن رب العالمين، لابن القيم، ج 3، ص: 11.
[32]– تفسير القرآن الحكيم (تفسير المنار)، محمد رشيد بن علي رضا، ج 10، ص:65.
[33]. سنن أبي داود، كتاب الصيام، باب كراهيته للشباب، ح: 2387.
[34]– مسند أحمد بن حنبل 2/ 220، برقم: 7054. وصححه الألباني في السلسلة الصحيحة 4/138، برقم: 1606.
[35]– صحيح البخاري 5/ 2115، برقم: 5249.
[36]– يَعْنِي بِالدَّافَّةِ قَوْمًا مَسَاكِينَ قَدِمُوا الْمَدِينَةَ. انظر شرح الزرقاني على الموطأ 3/76.
[37]– أخرجه مسلم (6/80) وأبو داود (2812) والنسائي (2/209) والبيهقي (9/293) (وأحمد (6/51) كلهم عن مالك وهو في "الموطأ" (2/484/7) عن عبد الله بن أبى بكر عن عمرة بنت عبد الرحمن عنها، والدارمي (2/79).
[38]– فتح الباري شرح صحيح البخاري، لابن حجر ج10 ص:28.
[39] – الموافقات 2 / 283.
[40] – المصدر نفسه 2 / 284.
[41] – مصادر التشريع فيما لا نص فيه، ص: 148.
[42] – العقوبة التعزيرية في الإسلام هي التي لم يحدد الشرع لها مقداراً ولا نوعا، وإنما تركها مفوضة لآراء

الحكام وأنظارهم بحسب المصلحة في كل زمن، كما تقد م في نظرية المؤيدات.

[43] – المدخل الفقهي للزرقاء 2 /848؛ ، العرف والعادة لأبي سنة، ص: 45.

[44] – المدخل الفقهي للزرقاء 2/848.

[45] – المدخل الفقهي للزرقاء 2/849.

[46] – مجلة الأحكام العدلية، المادة: 40.

[47] – إعلام الموقعين لابن قيم الجوزية 3 /46؛ الأشباه والنظائر لابن نجيم 1/130

[48] – رسائل ابن عابدين 2/ 133.

[49] – هو أبو عبد الله محمد بن أبي قاسم الفيلالي السجلماسي، الإمام المتقن، له شرح على العمل الفاسي ونظم العمل المطلق وشرحه فرغ منه سنة 1196هـ، توفي سنة 1214هـ. انظر: إتحاف المطالع 1/ 92، شجرة النور الزكية 1 / 539.

[50] – شرح العمل الفاسي، لأبي عبد الله السجلماسي 1 /62.

[51] – رسالة نشر العرف مجموعة رسائل ابن عابدين 2/115.

[52] – التبصرة 2/62.

[53] – الفروق للقرافي، الفرق الثامن والعشرين: 1 /223 .

[54]– المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى إفريقية والأندلس والمغرب، لابن العباس أحمد الونشريسي: 8 /290.

[55] – الفروق للقرافي: 1/224.

[56] – الدر المختار 3 /84.

[57] – المدخل الفقهي العام للزرقاء 2/ 881.

[58] – رسائل ابن عابدين 2/ 145.

[59] – رد المحتار 2/ 432، وبهجة المشتاق لأحكام الطلاق، لمحمد بن عبد الرحمن المحلاوي، ص: 16 – 17.

[60] – رسائل ابن عابدين 2 / 137 ، 138.

[61] – الإحكام في تمييز الفتاوى عن الإحكام، ص 73.

[62] – أصول الفقه للشيخ محمد أبو زهرة، ص 273.

[63] – غمز عيون الأبصار للحموي 1/ 295.

[64] – رسائل ابن عابدين 2/115.

[65] – المدخل الفقهي 2/ 885.

[66] – رد المحتار 3/ 90 – 91.

[67] – رد المحتار 3 / 86 ، 90 ، 91.

[68] – المدخل الفقهي 2/ 886.

[69] – أحكام القرآن، لابن العربي: 1/87.

[70] – المدخل الفقهي 2/ 888.

[71] – المدخل الفقهي 2/889.

[72] – الروض الأنف، لأبي القاسم عبد الرحمن الخثعمي السهيلي، ط الجمالية بمصر: 1/246. انظر حديث الإسراء عند البخاري، باب المعراج، ح: 3887، وأطرافه: أطرافه 3207، 3393، 3430.

وصحيح مسلم، كتاب الإيمان، باب الإسراء برسول الله صلى الله عليه وآله وسلم، ح: 264.

[73] – رواه مالك في الموطأ، كتاب المدبِّر، باب ما لا قطع فيه، ح: 1528، وابن حبان في صحيحه، كتاب الحدود، باب حد السرقة، ح: 4530. والدارمي في السنن، كتاب الحدود، باب ما لا يقطع فيه من الثمار، ح: 2266.

[74] – المنتقى لأبي الوليد الباجي: 7 / 182.

[75] – المبسوط للسرخسي 9 /153.

[76] – بدائع الفوائد:7/69.

[77] – بداية المجتهد للحفيد ابن رشد: 2 / 441، المذهب: 2 /277 المغني، لابن قدامة: 8 /260.

[78] – ابن عرضون: أبو العباس أحمد بن الحسين بن عرضون، العمدة الفقيه الموثق، أخذ عن المنجور والسراج، ألف اللائق في الوثائق، تأليفا في الأنكحة، توفي سنة 992هـ-. انظر: الفكر السامي 320/2، جذوة الاقتباس 1/ 160، سلوة الأنفاس 268/2.

[79] – حاشية المهدي الوزاني على شرح التاودي على لامية الزقاق: ص 178

[80] – أخرجه البخاري، في كتاب الحيل باب في النكاح، ح 6587، ومسلم في كتاب النكاح باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق، ح2623. وفي رواية "سكاتها إذنها" وفي لفظ للبخاري " قال إذنها صماتها".

[81]– مقدمة ابن خلدون، ص: 37.

[82]– الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام: ص:231.

[83]– نفسه.

[84]– نفسه.

[85] – الفروق للقرافي 1 / 176.

[86]– الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام: ص 233.

[87] – القاضي إسماعيل: هو إسماعيل بن إسحاق بن إسماعيل القاضي، أبو إسحاق. ولد في البصرة. فقيه على مذهب مالك، تفقه بابن المعذل، وتفقه به النسائي وابن المنتاب وآخرون. شرح مذهب مالك ولخصه واحتج له. ولي قضاء بغداد، ثم ولي قضاء القضاة إلى أن توفي فجأة ببغداد سنة 284 أو 283هـ-. من تصانيفه: "المبسوط" في الفقه؛ "والأموال والمغازي"؛ و"الرد على أبي حنيفة"؛ و"الرد على الشافعي" في بعض ما أفتيا به. انظر: تاريخ قضاة الأندلس ص: 33-36؛ الديباج المذهب ص:151 - 155 ؛ وشجرة النور الزكية 1/ 97- 98؛ الفكر السامي 2/ 123 - 125.

[88] – الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام: ص 233.

[89]– رسائل ابن عابدين 2 /123-125.

[90]– ويراد به بعض المسائل التي يقع فيها خلاف بين فقهاء المذهب، فيعمد بعض القضاة والمفتين إلى الحكم والإفتاء بقول يخالف المشهور لدرء مفسدة أو لخوف فتنة، أو جريان عرف في الأحكام التي مستندها العرف لا غيرها، أو نوع من المصلحة، أو نحو ذلك، فيأتي من بعده ويقتدي به مادام السبب الذي من أجله خولف الرأي المشهور موجودًا في مثل تلك البلد، وذلك الزمن، وهذا مبني على أصول المذهب المالكي، فإذا كان العمل بالضعيف لدرء مفسدة فهو على أصل سد الذرائع، أو جلب مصلحة فهو على أصله في المصالح المرسلة... ويشترط في الفتوى بما جرى به العمل أن لا تصادم نصًا من نصوص الشريعة ولا مصلحة أقوى منها، وما جرى به العمل يقبل التخصيص بمكان أو أشخاص.

[91]– إعلام الموقعين: 5/3

[92]- المصدر نفسه: 5/3.
[93]- الفروق، للقرافي 177/1، الفرق الثامن والعشرون.
[94]- المصدر نفسه 177/1.
[95]- إعلام الموقعين 100/3.
[96]- أثر العرف في التشريع الإسلامي للنجار ص: 99.
[97]- مقدمة ابن خلدون، ص: 37.
[98]- الفتاوى للشاطبي، تحقيق أبو الجفان، ص: 135 .
[99]- المصدر نفسه، ص: 136 .
[100]- المراد باللازمة: هو من حلف بلزوم طلاق الثلاث عليه إن سكن موضعا معينا أو فعل أمرا ما.
[101]- الفتاوى، ص: 140 .
[102]- الفروق، للقرافي 51/1.
[103]- الفتاوى، ص: 143 .
[104]- المصدر نفسه، ص: 144 .
[105]- المصدر نفسه، ص: 148، 158، 213.
[106]- المصدر نفسه، ص 162 .
[107]- التمهيد لابن عبد البر، 374/2؛ المنتقى للباجي، 142/5 وما بعدها.
[108]- الفتاوى، ص:154 .
[109]- الفتاوى، ص:150.
[110]- الموافقات، 214/2 .
[111]- الموافقات 282/2.
[112]- المدخل الفقهي العام للزرقاء، ص:925.
[113]- مجلة الأحكام العدلية العثمانية لأحمد باشا، ص: 20.
[114]- الموافقات 218/2 وما بعدها.
[115]- مصادر التشريع فيما لا نص فيه لخلاف، ص: 138، المقاصد العامة للشريعة ليوسف حامد العالم، ص: 182.
[116]- المدخل الفقهي العام، 2/ 942.
[117] - انظر: حاشية ابن الخياط على شرح الخرشي لفرائض خليل، ط عاطف بمصر، ص:51.
[118] - اختلاف الاجتهاد وتغيره، المرعشلي، ص 137.
[119] - رسائل ابن عابدين 2/ 124.
[120] - المقاصد العامة للشريعة، ص: 183.
[121] - الفروق 1/ 176،43.
[122] - المقاصد العامة للشريعة، ص: 183.
[123] - إعلام الموقعين 3 / 3 - 58.
[124] - كشف الظنون لحاجي خليفة 1285/2، تهذيب الأسماء واللغات للنووي 48/1، اختلاف الاجتهاد وتغيره لمحمد المرعشلي ص:383.
[125] - الاستذكار لابن عبد البر 221/1، قال ابن عبد البر: وقد روي عن مالك التوقيت في المسح في

رسالته إلى بعض الخلفاء، وأنكر ذلك أصحابه.

126 – المجموع شرح المهذّب للنووي 545/1. البيان في مذهب الإمام الشافعي، لأبي الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني اليمني الشافعي 1/ 149.

127 – المجموع شرح المهذّب للنووي 240/9، اختلاف الاجتهاد وتغيّره 384.

128 – نشر العرف مجموعة رسائل ابن عابدين 2/ 113.

129 – المصدر نفسه 2 /129.

130 – نشر العرف مجموعة رسائل ابن عابدين 2 /131.

131 – المصدر نفسه 2 /127.

132 – نشر العرف مجموعة رسائل ابن عابدين 2 /128.

133 – المصدر نفسه 2 /126.

134 – المصدر نفسه 2 /128.

135 – المصدر نفسه 2 /128.

136 – مخطوط "خاص"، وهو ليوسف بن أحمد (أو ابن أبي سعيد ابن أحمد) السجستاني، فقيه حنفي، (كان حيا سنة 638 هـ).اشتهر بكتابه "منية المفتي".انظر: الأعلام، للزركلي8/214.

137 – نشر العرف، مجموعة رسائل ابن عابدين 2 /127.