مجلة الترجمة واللغات المجلد 19 العدد 2020/2، ص. 230 -249
Revue de Traduction et Langues Journal of Translation and Languages
ر ت م د :1112-3974, ر ت م د إ 2600-6235

العُرف وأثره في تغيّر الفتوى: دراسَة تحليلية تَطبيقية

Customs and its Effects of Changing the Fatwa

د. عماري بدر الدين
Dr. Amari Badreddine
جامعة وهران أحمد بن بلة -الجزائر
University of Ahmed Ben Bella oran1- Algeria
amaribadreddine@yahoo.fr
مخبر الدراسات القرءانية والمقاصدية
Laboratory of Quran and Maqasid Studies
0000-0003-3975-4793

تاريخ الاستلام: 2020/01/18; تاريخ القبول: 31 /2020/12; تاريخ النشر: 31 /12/ 2020

Abstract: *This paper consists of an attempt to highlight the importance of cultural impact in poetry, in addition to the significant part it takes during the translation process, more precisely its equivalent delivery to the target reader. To attain the sought purpose, this research paper was separated into two sections: one being theoretical and the other practical. The theoretical section starts off by defining culture and its most significant elements, then moves on to defining translation in hopes of revealing the link between this pair. This paper proceeds to shed some light on the role that these previously stated cultural elements play in facilitating or impeding the translator's task of transferring the poem's cultural impact. Moreover, the author of this paper then proposes a sample of many strategies suggested by professionals to further guide the translator and assist him in his task. As for the practical section, it consists of a study regarding Palestinian poet Mahmoud Darwish's "No More and No Less" and its translation procedures and strategies used in translated English version done by Fady Joudah, translator and poet of Palestinian origins; thus, allowing the translator's stance to be revealed: whether he was source-oriented or sought the target reader.*
Keywords: *Culture, difficulties of translating poetry, Translation strategies, reader, translator, cultural impact.*

الملخص: يتناول هذا المقال أهمية الزّنة الثقافيّة في المرسلة الشعرية على وجه التحديد والدور الذي تؤديه الثقافة في عملية الترجمة أي على صعيد نقل الوقع الثقافي عينه للقارئ الهدف. لهذه الغاية ينقسم البحث إلى قسمين الأوّل تنظيري والثاني تطبيقي. أمّا القسم التنظيري فينطلق من تعريف الثقافة أبرز عناصرها ومن ثمّ تعريف الترجمة بهدف استبيان العلاقة القائمة بين هذا

المؤلف المرسل: عماري بدر الدين

الثنائي. يتطرّق البحث بعدها إلى تسليط الضوء على الدور الذي تؤديه العناصر الثقافية آنفة الذكر في تسهيل أو تصعيب عمل المترجم عند نقل الوقع الثقافي للمرسلة الشعرية، كما يقترح الباحث عيّنة من الاستراتيجيات التي وضعها أهل الاختصاص بهدف إرشاد المترجم ومساعدته خلال عمليّة التّرجمة. أمّا الشق التطبيقي فيستهلّه الباحث بدراسة للنسخة المترجمة من قصيدة " لا أقلّ ولا أكثر" للشاعر الفلسطيني محمود درويش واستنتاج المنهج الذي اتّبعه مترجمها الشاعر والمترجم الفلسطيني الأصل فادي جودة وبالتالي تحديد موقفه هل كان من أهل المصدر أم من أهل الهدف.

الكلمات المفتاحية: الثقافة، صعوبات الترجمة الشعرية، استراتيجيات الترجمة، القارئ، المترجم، الوقع الثقافي.

1. مقدمة

لقد كانت الفتوى في عصر النبي صلى الله عليه وسلّم من حيث التشريع والإنشاء لله سبحانه وتعالى، فلا حاكم إلاّ الله، لا رادّ لحكمه ولا معقّب لقضائه، قال تعالى: يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلَالَةِ النساء/176.

وكان المفتي الموقّع عن الله في هذا العصر، هو رسول الله صلى الله عليه وسلّم، حيث كان يبلّغ الأحكام ويفسّر النصوص، ويفتي أصحابه في الوقائع والمستجدّات التي كانت تعرض لهم، واضعاً بذلك أصول الفتوى وضوابطها المحكمة، يقول ابن القيّم رحمه الله تعالى: "أوّل من قام بهذا المنصب الشريف سيّد المرسلين وإمام المتقين وخاتم النبيئين عبد الله ورسوله وأمينه على وحيه وسفيره بينه وبين عباده، فكان يفتي عن الله بوحيه المبين، وكانت فتاويه جوامع الأحكام ومشتملة على فصل الخطاب، وهي في وجوب اتباعها وتحكيمها والتحاكم إليها ثانية الكتاب، وليس لأحد من المسلمين العدول عنها ما وجد إليها سبيلاً"[1].

وإذا تقرّر هذا المعنى، فإن مقام الإفتاء في دين الله مقام عظيم، لا يجوز الاستهانة به، ولا توليته لمن ليس أهلاً له، وقد كان سلف الأمة يستنكرون أن يفتي من ليس مؤهلاً للفتوى، ويحذرون من ذلك، ويتورعون عن كثرة الإفتاء. قال عبد الرحمن بن مهدي: جاء رجلٌ إلى مالك يسأله عن شيء أياما ما يجيبه، فقال يا أبا عبد الرحمن: إني أريد الخروج وقد طال التردد إليك، فأطرق طويلاً، ثم رفع رأسه وقال: ما شاء الله يا هذا، إني إنما أتكلم فيما احتسب فيه الخير، ولست أحسن مسألتك هذه. وسئل الشافعي عن مسألة فسكت، فقيل له: ألا تجيب يرحمك الله! فقال: حتى أدري الفضل في سكوتي أو في الجواب[2] . وسئل الشعبي عن مسألة؟ فقال: لا أدري، فقيل له: ألا تستحي من قول لا أدري، وأنت فقيه العراق؟

[1] ابن قيّم الجوزية. إعلام الموقعين عن ربّ العالمين.1/8-9.

[2] ينظر: ابن قيّم الجوزية. بدائع الفوائد 3/ 793.

فقال: لكن الملائكة لم تستح حين قالوا: قَالُوا سُبْحَانَكَ لَا عِلْمَ لَنَا إِلَّا مَا عَلَّمْتَنَا إِنَّكَ أَنْتَ الْعَلِيمُ الْحَكِيمُ [البقرة32:][3].

وقال ابن أبي ليلى: أدركت مائة وعشرين من الأنصار من أصحاب رسول الله - صلى الله عليه وسلم- يُسْأل أحدهم عن المسألة، فيردها هذا إلى هذا حتى ترجع إلى الأوّل، وما منهم من أحد يحدث بحديث أو يسأل عن شيء إلا ودّ أخاه كفاه [4].

لذلك من أبرز ما ينبغي أن يهتم به المفتي، هو مراعاة موجبات تغير الفتوى، التي قد نصّ عليها المحققون من علماء الأمة، والتي بسببها تتغير الفتوى، إلى ما يناسب الزمان والمكان والعرف والحال، الذي لا يخالف الشريعة الإسلامية.

والفتوى قد تختلف وتتغير باختلاف وتَغَيُّر ما بنيت عليه، بمعنى: أن هناك من الفتاوى ما تكون مبنية على نصٍّ ثابت في كتاب الله، أو في سنة رسوله -صلى الله عليه وسلم- وهذا الحكم عامٌ لا تغيير فيه ولا تبديل، فتثبت بذلك الفتوى حينئذ؛ لأن مبناها ليس على زمانٍ أو مكانٍ أو عرفٍ أو حالٍ معين، وهناك من الفتاوى ما تكون مبنية على عرفٍ معين أو معنى معين، أو في حالٍ معينة، فإذا تغيرت هذه الأحوال والأعراف، تغيرت الأحكام، وبالتالي تتغير الفتوى إلى ما يناسب حال الناس واحتياجهم، وأعرافهم، وزمانهم ومكانهم بما لا يخالف النصوص الشرعية.

وإنّ من أعظم موجبات تغيّر الفتوى، والتي يجب اعتبارها من المفتي قبل الحكم بفتواه، ما تعلّق بالأعراف والعادات التي تحيط بمكان وزمان وشخص من تعلّقت به الفتوى، والمقصود في هذه الدراسة ههنا بيان أثر العرف في تغيّر هذه الفتوى...، وحتى يتجلى المقصود تتقدح في الذهن جملة استفسارات لعلّ أظهرها: ما حقيقة الفتوى؟ وما الفرق بينها وبين الحكم والقضاء؟ ثمّ ما حقيقة العرف المعتبر شرعاً في الفتيا؟ وأين يتجلى أثره في تغيّر الفتوى الشرعية؟

الجواب عن هذه الاستفسارات يتحقّق بتقسيم الدراسة إلى قسمين:

القسم الأول: القسم التحليلي: وهذا القسم يتعلّق بالدراسة التحليلية لهذه القضية من خلال ضبط الحقائق اللغوية والاصطلاحية؛ ثمّ تحديد الفروق والموافقات بين المصطلحات اللغوية والعرفية المتقاربة كالعرف

[3] ينظر: الخطيب البغدادي. الفقيه والمتفقه. 3/ 244.

[4] الدارمي. سنن الدارمي. ط:1،ت:1995م. 1/ 65.

والعادة من جهة، والفتوى والقضاء من جهة ثانية، ثمّ نختم هذه الدراسة التحليلية ببيان الشروط المنصوص عليها لاعتبار العرف أصلاً شرعياً تنبني عليه الفتاوى.

القسم الثاني: القسم التطبيقي: وهذا القسم يتناول الجانب العملي التنزيلي في بيان الأثر العملي للأعراف والعوائد في الفتاوى والأحكام الشرعية، من خلال التنصيص أوّلا على مسالك العلماء ومداركهم الكلية التي اعتمدوها لتأصيل هذا الأصل، ثمّ نماذج فقهية تطبيقية تنبني على اعتبار العرف دليلاً شرعياً لجملة من الفتاوى والأحكام...

الدراسة التحليلية

1. حقيقة الفتوى الشرعية: اهتمّ أهل العلم سلفاً وخلفاً بالفتوى الشرعية، وحاطوها بسياج من الرعاية لأهميتها في نظر الإسلام وحياة المسلمين، فعليها تتوقف مصالح النّاس وبها يهتدون في شؤونهم الدينية والدنيوية، وتنظّم أمورهم وتصان حقوقهم، وترعى مصالحهم، وكلّ هذا يبيّن أثر الفتوى وقيمتها في حياة المسلمين. فما حقيقة الفتيا؟ وما الفرق بينها وبين القضاء أو الحكم؟

1.1 حقيقة الفتوى لغةً واصطلاحاً

1.1.1 الفتوى لغةً: مأخوذة من فَتَيَ وفَتَوَ، وهي بمعنى الإبانة، يقال: أفتاه في الأمر إذا أبانه له، وأفتى الرجل يفتيه إذا أجابه عنها وبيّن حكمها، والفتيا تبيّن المشكل من الأحكام، أصله من الفتى وهو الشاب الحدث الذي شبّ وقويَ، فكأنّه أي -المفتي- يقوي ما أشكل ببيانه، فيشبّ ويصير فتياً قوياً، والفُتيا والفُتوى والفَتوى ما أفتى به الفقيه [5].

قال ابن منظور: "وأَفْتَى المفتي إِذا أَحدث حكماً... والفُتْيا، والفُتْوَى، والفَتْوَى: ما أَفتى به الفقيه" [6]. وقال الفيومي في المصباح المنير: الفتوى "هي اسم من أَفْتَى العالم، إذا تبين الحكم، واسْتَفْتَيْتُهُ: سألته أن يفتي" [7]. وقد نقل الزبيدي عن الراغب أن المقصود بالفتوى: هو "الجواب عمّا يُشْكِلُ فيه من الأحكام" [8]. وعند التأمّل في سنن العرب فيما تعلّق بلفظ الإفتاء، نجده لا يتأتى إلاّ عن سؤال سائل، أمّا الاستفتاء فيعني السؤال عن أمر أو عن حكم مسألة، وهذا السائل يسمّى المستفتي، والمسؤول الذي يجيب هو المفتي،

[5] الزبيدي: محمّد مرتضى. تاج العروس من جواهر القاموس.38/20.

[6] ابن منظور: لسان العرب. مادة فتا.147/15-148.

[7] الفيومي. المصباح المنير 2/ 462، وينظر أيضاً: قلعة جي. أنيس الفقهاء 1/ 309.

[8] ينظر: الزبيدي. تاج ال عروس38/20-39.

وقيامه بالجواب هو الإفتاء، ونصّ ما يجيب به هو الفتوى، فالإفتاء يتضمّن وجود المستفتي والمفتي والإفتاء نفسه والفتوى [9].

2.1.1 أمّا الفتوى اصطلاحاً: فقيل فيها: هي بيان حكم الشرع في المسألة المعروضة، أو هي نص جواب المفتي [10]. وجاء في أنيس الفقهاء: "الفتوى: جواب المفتي وكذلك الفتيا" [11]. وقال المناوي في التعاريف الفقهية: "الفتوى والفتيا: ذكر الحكم المسؤول عنه للسائل" [12] وهذا الحكم أو الجواب من المفتي للسائل، إنما يعتمد على دليل، لذلك قال ابن الصلاح: "ولذلك قيل في الفتوى: إنها توقيع عن الله -تبارك وتعالى-" [13]. وبمثله نقل النووي. [14].

وعرّفها القرافي بقوله :"الفتوى إخبار عن الله تعالى في إلزام أو إباحة" [15] .أو هي الإخبار بالحكم من غير إلزام، وزيادة هذا القيد "من غير إلزام" احترازاً عن الأقضية، فإنّها ملزمة كما سيأتي. وزاد بعض العلماء قيداً آخر لتعريف الفتوى، وهو أن يكون الحكم المخبر عنه شرعياً حيث عرّفها الحطاب المالكي بقوله:" الإخبار عن حكم شرعيٍّ، لا على سبيل الإلزام" [16].

وهذا التعريف درج عليه كثير من المعاصرين، كما في نظام الإفتاء "أنّ المعنى الاصطلاحي للإفتاء هو المعنى اللغوي لهذه الكلمة، ولكن بقيد واحد وهو أنّ المسألة التي وقع السؤال عن حكمها تعتبر من المسائل الشرعية" [17].

قلت: وربّما تعريف الحطاب هو أنسب التعريفات إيجازاً وشمولاً، فيصير تعريف الفتوى أنّها:" الإخبار عن حكم شرعيّ لا على سبيل الإلزام". والأضبط لو زيد في هذا التعريف "لمن سأل عن أمر نازل"، ذلك أنّ

[9] ينظر: زيدان عبد الكريم. أصول الدعوة. ص:140.

[10] ينظر: زيدان عبد الكريم. أصول الدعوة. ص:140.

[11] أنيس الفقهاء 1/ 309.

[12] المناوي. التعاريف الفقهية. 1/ 550.

[13] ابن الصلاح. أدب المفتي ص: 72.

[14] النووي: شرف الدين. آداب الفتوى 1/ 14.

[15] القرافي: شهاب الدين. أنوار البروق في أنواء الفروق الفروق 120/4.

[16] الحطاب: محمّد بن محمّد. مواهب الجليل لشرح مختصر خليل.32/1.

[17] ينظر: زيدان عبد الكريم. نظام الإفتاء. ص:12. أصول الدعوة. ص:140.

الإخبار بحكم الله تعالى من غير سؤال-كما يقول الأشقر [18] - هو مجرّد إرشاد، أمّا الإخبار به عن سؤال في أمر غير نازل فهو تعليم لا إفتاء.

كانت هذه حقيقة الفتيا، وحتى يتجلي المقصود بها أكثر، نبيّن الفرق بينها وبين القضاء، وذلك فيما يلي:

2.1 الفرق بين الفتيا والقضاء : قبل إيضاح الفروق والموافقات بين الفتوى والقضاء، أبيّن أوّلاً حقيقة القضاء، حتى يسهل التفريق بينهما، ويتحصّل المقصود :

1.2.1 القضاء في اللغة هو: الحكم والإلزام، يقال: قضى عليه يقضي قضياً وقضاءً، وفعل قضى يدلّ على إحكام أمر وإتقانه وإنفاذه لجهته، لذلك سمّي القاضي قاضياً، لأنّه يحكم الأحكام وينفّذها. وكلمة قضى تأتي في اللغة على ضروب كلّها ترجع إلى معنى انقطاع الشيء وتمامه [19] .

2.2.1 أمّا من حيث الاصطلاح: فقد قيلت فيه تعاريف كثيرة، لعلّ أوضحها تعريف ابن فرحون في كتابه التبصرة، بأنّه :"الإخبار عن حكم شرعيّ على سبيل الإلزام" [20] .وإذا كانت هذه حقيقة القضاء فإنّ الفقهاء قد ذكروا ثلاثة فروق بين الفتوى التي تصدر عن المفتي، وبين الحكم الذي يصدر عن القاضي أو الحاكم، وممن بيّن هذه الفروق: الإمام القرافي في كتابه الفروق [21] ، والإمام ابن القيم في كتابه إعلام الموقعين [22] ، وهذه الفروق مُلَخّصها كالتالي:

- الفرق من حيث اللزوم من عدمه، فالمفتي لا يُلْزِم بفتواه، وإنما يخبر بها من استفتاه، فإن شاء قَبل قوله، وإن شاء تركه، وأما القاضي فإنه يُلزِم بقوله للمحكوم بما تضمنه الحكم. قال القرافي: "المفتي مخبرٌ محض، والحاكم منفِّذٌ ومُمضٍ" [23] .

[18] الأشقر. الفتيا. ص:13-14.

[19] تنظر معاني كلمة القضاء: ابن منظور. لسان العرب.15/186-187.-الرازي. مختار الصحّاح. ص:255-256.- الفيروزآبادي القاموس المحيط.4/431-432.

[20] ابن فرحون. تبصرة الحكام. ص:09.

[21] ينظر: القرافي: أنوار البروق في أنواع الفروق 7/ 179.

[22] ينظر: ابن القيّم. إعلام الموقعين عن رب العالمين 38/1 وما بعدها.

[23] أنوار البروق في أنواع الفروق 7/ 190.

- الفرق من حيث المتعلّق به، فالفتوى شريعة عامة، تتناول المستفتي وغيره، وأما الحاكم فحكمه جزئيٌ خاص بمن له الحكم أو عليه، ولا يتعدى إلى الغير [24].
- الفرق من حيث التوسع في الأحكام من عدمه، فالفتوى تعتبر أوسع دائرة من الحكم، ولذلك تجري في العبادات، وليس للحاكم أن يحكم بصحة التيمم أو فساده، وطهارة الماء أو نجاسته، وقد قالت المالكية: لو أن حاكماً أمر بإعلان وقت دخول رمضان، بناءً على شهادة ممن رأى هلال رمضان، فإعلانه ذلك يعتبر فتوى وليس بحكم. وكذلك إذا قال حاكم: ثبت عندي أن الدين يسقط الزكاة أو لا يسقطها أو ملك نصاب من الحلي المتخذ لاستعمال مباح سبب وجوب الزكاة فيه أو أنه لا يوجب، وبهذا يظهر أن الإمام لو قال: لا تقيموا الجمعة إلا بإذني لم يكن ذلك حكما [25]. وقد قال شريح: أنا أقضي ولا أفتي [26]. وقال ابن القيم: "فتيا الحاكم ليست حكماً منه، ولو حكم غيره بخلاف ما أفتى به لم يكن نقضاً لحكمه، ولا هي كالحكم" [27].

على أنّ ثمّة بعض الفروق التي تتعلّق بمنهج الفتيا والقضاء، والتي من أشهرها:

- أنّ الفتوى تحصل من جهة الفعل والقول والإقرار، أمّا القضاء فلا يكون إلاّ بالقول [28].
- حكم الحاكم والقاضي لا يجوز نقضه في المسائل الاجتهادية، وأمّا الفتوى فيجوز نقضها والمخالفة فيها [29].
- عمدة المفتي هي الأدلة الشرعية، أمّا القاضي فيعتمد على الحجاج كالبيّنة والإقرار ونحوهما. يقول القرافي:" الحاكم يتبّع الحجاج [30] ؛ والمفتي يتبّع الأدلة [31] ؛ والأدلة هي الكتاب والسنة وغيرها، والحجاج البيّنة والإقرار ونحوهما" [32].

---

[24] ينظر: ابن القيّم. إعلام الموقعين عن رب العالمين 38/1.

[25] القرافي. المصدر السابق 7/ 191.

[26] آداب الفتوى والمفتي والمستفي 1/ 7.

[27] إعلام الموقعين عن رب العالمين38/1

[28] الشاطبي. الموافقات في أصول الشريعة.203/4.

[29] القرافي. الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام. ص:180.

[30] عدّد الإمام القرافي الحجاج في كتابه الفروق 232/1 عند الفرق السابع عشر فبلغت العشر.

[31] عدّد الإمام القرافي الأدلة في كتابه الفروق 234/1-235 عند الفرق السادس عشر فبلغت العشرين دليلا.

[32] القرافي. الإحكام. ص:44.

كانت هذه حقيقة الفتوى من حيث النظر الشرعي، والفرق بينها وبين ما قد يلتبس بها من الحقائق والمصطلحات، والسؤال: ما حقيقة العرف المعتبر شرعاً في مقام الفتيا؟ وأين يتجلّى أثره في تغيّر الفتيا؟ الجواب فيما يلي:

2. حقيقة العرف : والمقصود من هذا المبحث ههنا بيان حقيقة العرف المعتبر شرعاً لغةً واصطلاحاً، ثمّ بيان الشروط التي لا بدّ من توفرها ليعتدّ به، لنختم المبحث ببيان الفرق بين العادة والعرف، وذلك فيما يلي :

1.2 مفهوم العرف لغةً واصطلاحاً

1.1.2 مفهوم العرف لغة: للعرف في اللغة أوجه شتى يختلف معناها بحسب اختلاف موقعها من السياق، ففي اللسان:" العُرف والعَارفة والمعروف واحد ضد المنكر ؛ وهو كل ما تعرفه النفس من الخير وتسبق به وتطمئن إليه" [33] . وفي معجم مقاييس اللغة : "العُرف هو الأمر المعروف بين الناس والفعل المستحسن الغالب على تصرفاتهم، الذي إذا رأوه لا ينكرونه وسمي معروفا لأنّ النفوس تسكن إليه" [34] . ومن معاني العرف الظهور والوضوح سواء أكان في المحسوسات أم في المعاني، ومن استخدامهم في المحسوسات: عرف الرمل والجبل يعنون به ظهره وأعاليه.

2.1.2 مفهوم العرف اصطلاحا: نظرا لأهمية العرف ودوره الفعال في مجال التشريع، فقد اعتنى به الفقهاء قديما وحديثا ـ عناية كبيرة ووردت فيه تعاريف عديدة تدور كلها في حلقة واحدة وتهدف إلى مقصد موحد.

جاء في تعريف الغزالي" العادة والعرف ما استقر في النفوس من جهة العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول." [35] .ومعنى هذا التعريف: أنّ العرف ما اطمأنت إليه النفوس وألفته، ولم ينكره أصحاب الذوق السليم، وهذا مُخرج لما لم يستقرّ في النفوس كأن يحصل اتفاقاً وبطريق الندرة ممّا لم يعتده النّاس، فإنّه لا يعتبر عرفاً، كما يخرج ما يستقرّ من جهة العقول، كأن يستقرّ من جهة الاهواء والشهوات، كالفجور وفساد الألسنة وغيرهما [36] .

[33] ابن منظور. لسان العرب.239/9.

[34] أحمد ابن فارس. مقاييس اللغة –تحقيق عبد السلام محمد هارون.4/ 281.

[35] ابن عابدين رسالة نشر العرف .2/ 112.

[36] الباحسين. قاعدة العادة محكّمة.ص:35.

وهناك تعاريف أخرى كلها تفيد أنّ العرف هو ما كان شائعا وساريا بين فئات الناس عامتهم وخاصتهم وأنه قد يكون مخالفته عندهم بشروط إن اختل أحدها كان فاسدا لا يؤخذ به ولا يلتفت إليه. ومن ثم فإنّ العرف ينقسم من حيث الصحة إلى صحيح وفاسد.

2.2 أقسام العرف من حيث الاعتبار وعدمه:

1.2.2 العرف الصحيح المعتبر: وهو الذي أقره الشارع بأن يأتي الحكم وفقه وعلى مقتضاه، سواء يأمر به أمر إيجاب أو ندب أو سكوت عنه على سبيل التقرير.

يقول الإمام الشاطبي في سياق حديثه عن الأعراف و العوائد:" العوائد المستمرة ضربان: أحدهما العوائد الشرعية التي أقرها الدليل الشرعي أو نفاها، و معنى ذلك أن يكون الشارع أمر بها إيجابا أو ندبا أو نهى عنها كراهة أو تحريما أو أذن فيها فعلا أو تركا، و الضرب الثاني العوائد الجارية بين الخلق بما ليس في نفيه ولا إثباته دليل شرعي" [37] .

2.2.2 العرف الملغى غير المعتبر: وهو العرف الذي ألغاه الشارع بأن بنى الأحكام والتشريعات على خلافه أو نهى عنه صراحة بالتحريم أو بالكراهة. ومن أمثلة ذلك: العادات التي كانت منتشرة في الجاهلية وأتى الإسلام على خلافها ومن ذلك الأنكحة الفاسدة في الجاهلية كالشغار والبدال ونحوها ووأد البنات.

فالأحكام هنا قضت بالتحريم و المنع قطعا، و العرف الفاسد الذي كان سائدا ألغاه الإسلام إلى الأبد [38] . وعلى هذا فالعرف الفاسد ما كان مخالفاً لنصّ الشارع أو يجلب ضرراً، أو يدفع مصلحة كتعارف النّاس استعمال العقود الباطلة، كالاستقراض بالربا من المصارف أو من الأفراد، أو مثل اعتيادهم الميسر كاليانصيب وسباق الخيل والورق والنرد، ونحو ذلك [39] .

وحتى ينجلي المقصود أكثر في حقيقة العرف المعتبر شرعاً، نصّ أهل العلم على جملةٍ من الشروط التي لابدّ من توفرها حتى يعتبر العرف صحيحاً معتدّا به في الفتاوى والأحكام، من هذه الشروط:

- أن يكون مطردا أو غالبا أي أن يكون شائعا معروفا و معمولا به عند الناس في كل الأحداث والقضايا المتشابهة، يقول السيوطي" إنما تعتبر العادة إذا اطردت، فان اضطربت فلا" [40] . ومعنى

[37] الشاطبي –الموافقات في أصول الشريعة،2/ 273.

[38] الباحسين، المرجع السابق، ص:53.

[39] زيدان عبد الكريم، الوجيز في أصول الفقه، ص:253.

[40] السيوطي، الأشباه والنظائر،87/2.

الاطراد أن يكون العرف كلياً، بمعنى أنّه لا يتخلّف، وقد يعبّر عنه بالعموم أي يكون العرف مستفيضاً شائعاً بين أهله، معروفاً عندهم معمولاً به من قبلهم، ومعنى الغلبة أن تكون أكثرية أي لا تتخلّف إلا قليلاً، والغلبة أو الاطّراد إنّما يعتبران إذا وجدا عند أهل العرف، لا في الكتب الفقهية لاحتمال تغيّرها [41].

- أن لا يخالف نصا شرعيا: وهو شرط جوهري أوضح وأكبر من أن نذكره. قال تعالى: وَلَوِ اتَّبَعَ الْحَقُّ أَهْوَاءَهُمْ لَفَسَدَتِ السَّمَاوَاتُ وَالْأَرْضُ وَمَن فِيهِنَّ سورة المؤمنون/ 71. ومثال الأعراف التي ينجم عن اعتبارها تعطيل النص أو العمل بخلافه كالشغار وحرمان النساء من الإرث. والمقصود بالعرف المخالف للنصّ ما كان مخالفاً له من كلّ وجه، بحيث يترتب على الأخذ به إبطال العمل بالنصّ بالكليّة، أمّا إذا لم يكن بهذه الكلية فلا يعدّ مخالفاً للنصّ، فيعمل به في دائرته، ويعمل بالنص فيما عدا ما قضى به العرف، كما في عقد الاستصناع فهو في الحقيقة بيع معدوم، وبيع المعدوم في الشريعة لا يجوز، ولكن جاز الاستصناع لتعامل النّاس بدون إنكار، فيعمل به للعرف، ويمنع ما عداه أخذاً بقاعدة بيع المعدوم لا يجوز [42].
- أن لا يعارضه تصريح مخالف: من المقرر أنه لا عبرة بعرف وجد نص على خلافه لأن العرف لا يلجأ إليه إلا إذا لم يكن هناك ما يفيد مقصود العاقدين صراحة، " فإثبات الحكم المتعارف في هذه الحال إنما هو من قبيل الدلالة، فإذا صرح بخلافه بطلت هذه الدلالة إذ من القواعد الفقهية المقررة أنه لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح". فلو كان العرف السائد في النكاح تعجيل نصف الصداق وتأجيل النصف ولم يكن هناك شرط أو تصريح، فالسكوت عندئذ يعد بمثابة الإحالة على دلالة العرف، وأما إذا اشترطت الزوجة تعجيل كل المهر وحصل القبول من الزوج، فلا عبرة حينئذ بالعرف. وقد صرّح العزّ ابن عبد السلام بهذا الشرط بقوله:" ما يثبت بالعرف بدون ذكرٍ، لا يثبت إذا نصّ على خلافه" [43].
- أن يكون قائما عند إنشاء التصرف: أي أن يكون العرف الذي تبنى عليه الفتاوى والأحكام موجوداً وقت إنشائه، بأن يكون حدوث العرف سابقاً على وقت التصرّف، ثمّ يستمرّ إلى زمانه

[41] زيدان عبد الكريم. الوجيز. ص:256.

[42] زيدان عبد الكريم. المرجع السابق. ص:256.

[43] العزّ ابن عبد السلام. قواعد الأحكام في مصالح الأنام.187/2.

فيقارنه. وهذا الشرط يفيد أن العرف المراد الاحتكام إليه لا بد فيه من أن يكون قديما أي سابقا ومقارنا لزمن حدوث الفعل أو القول المحتكم فيه إلى العرف." [44] .

والحاصل من هذا: أنّ العرف بحقيقته الشرعية الثابتة، وبالشروط التي ذكرناها آنفاً هو دليل معتبر في الشرع، يصحّ ابتناء الأحكام والفتاوى عليه، ولا يصحّ للناظر في أحكام الله ومراده أن ينظر فيما يعرض له من الفتاوى والأحكام دون أن يتعلّق فكره وحكمه بالنّظر إلى العرف السائد في الواقعة التي تعرض عليه. بقي لنا أن نعرض إلى مسألة مهمّة، لا يتمّ تحصيل مُسمّى العرف إلاّ بها، وهي حقيقة العادة، وهل تختلف عن العرف؟ أم أنّ مسمّاهما واحد؟ الجواب فيما يلي:

3.2 العلاقة بين العادة والعرف: لتحديد العلاقة بين العادة والعرف، نضبط أوّلا مُسمّى العادة لغة واصطلاحا، ثمّ نعرض بعد ذلك لبيان الفرق بينهما.

1.3.2 العادة لغة: مأخوذة من المعاودة و هي تكرير الشيء مرة بعد أخرى على وتيرة واحدة حتى يصير سهلا إتيانه، ففي التاج:" العادة تكرير الشيء دائما أو غالبا على نهج واحد بلا علاقة عقلية، وقيل ما يستقر في النفوس من الأمور المتكررة المعقولة عند الطباع السليمة" [45]

2.3.2 أمّا العادة اصطلاحا:" فهي الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية" [46] . ويتضح من هذا التعريف أنّ العادة أيضا صالحة لأن تكون لفظا أو فعلا، وذلك ما يستفاد من لفظة الأمر الدالة على الشمول وأن هذه العادة من قول أو فعل هي التي تتكرر مرة بعد أخرى، ولا يعتبر ما حدث بطريق الندرة أو الصدفة.

قلت: عند التأمّل في معنى العادة ومحترزاتها، نجدها أقرب لمعنى العرف وحقيقته، لذا ذهب كثير من الفقهاء إلى أنّ العرف والعادة بمعنى واحد، فقولهم هذا ثابت بالعرف والعادة لا يعني أنّ العادة عندهم غير العرف، وإنّما هي نفسه، وإنّما ذكرت للتأكيد لا للتأسيس.

بينما يعمد البعض إلى التفرقة بينهما على اعتبار أنّ العادة أعمّ من العرف. فيطلق مُسمّى العادة على كلّ عرفٍ معتبراً كان أم غير معتبر، صحيحاً كان أم فاسداً، قولاً كان أم فعلاً، بينما يختصّ مسمّى العرف بالثابت في عرف الشارع مطلقاً هذا وجهٌ ووجهٌ ثان-ظهر لي: هو أنّ العرف إنّما يختصّ بمسمّى الدليل، فيقال دليل العرف يدلّ على كذا، بل جاز عند أرباب التحقيق إضافته للشارع، حيث قالوا:

[44] عمر الجيدي. العرف والعمل في المذهب المالكي. ص:104

[45] الزبيدي. تاج العروس. 439/2.

[46] مصطفى أحمد الزرقاء –المدخل الفقهي العام. 338/2.

والصحيح في عرف الشارع كذا، بينما العادة لا يجوز نسبتها للدليل؛ فلا يُقال دليل العادة يدلّ على كذا، وإن جاز إطلاق مسمّى القاعدة على العادة؛ حتى اشتهر على ألسنة الفقهاء قاعدة: العادة محكّمة".

ومهما قيل من الموافقات والفروق بين العرف والعادة؛ فإنّ عرف الفقهاء قد جرى على اعتبارهما في مقام واحد من حيث التقرير والتنزيل ليبقى القصد المهمّ الذي ينبغي أن نتعلّق به- بعد أن بيّنا حقيقة كلّ من العرف والفتوى في نظر الشرع القويم-هو أين يتجلّى أثر العرف المقصود شرعاً في تغيّر الفتوى الشرعية؟ الجواب فيما يلي:

الدراسة التطبيقية

2. أثر العرف في تغيّر الفتوى الشرعية:

احتل العرف مكانة بارزة في المباحث الفقهية والأصولية قديما وحديثا، وتجلّى اهتمام علماء الأصول بالعرف من ناحية موقعه بوصفه دليلاً من الأدلة التبعية المختلف فيها. وتناولت المباحث الفقهية العديد من القواعد المبنية على اعتبار الشارع للعرف.

فالعرف كمصدر للتشريع الإسلامي ظل معتبرا في نظر الشارع من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم والصحابة والتابعين والفقهاء والمجتهدين في كل عصر، ولا يزال إلى الآن يعتبر منارا للسالكين والباحثين في استخراج أحكام الفتاوى واستنباطها من الأصول، يطبقونه على جزئياتها ما دام لا يعارض أصلا أو يهدم مبدأ من مبادئ الشريعة، ومراعاة العرف من مرونة الشريعة الإسلامية ومما يكفل توافقها مع البيئات الاجتماعية المتعددة. وتحكيمه من تيسير الشريعة وتمشيها مع الفطرة السليمة التي لا تحيد ولا تزيغ عن الحق. والعرف تولده الحاجات المتجددة المتطورة ثم يغدو نظاما معتبرا في نظر الشرع تدور عليه الأحكام والفتوى فيما يعرض للناس ويكشف عن مقصودهم ونيّاتهم وعموم كلامهم؛ وهو يشمل حيّزا كَبيرا في مجال التشريع؛ وعليه تدور كثير من الأحكام، سواء في الأحوال الشخصية أو المعاملات، ولا يكاد يخلو باب من أبواب الفقه ليس للعرف فيه تأثير.

وتأسيساً على هذا النّظر كرّس الأصوليون والفقهاء قاعدة العرف تكريساً كليّا أبدياً عامًّا؛ وجعلوا مناط الفتاوى والأحكام على اعتبار العوائد والأعراف؛ بل الأعظم من هذا أنّهم قرّروا العرف تطبيقاً في الأصول قبل الفروع؛ فقنّنوا كليات شرعية ناطقة باسم العرف شاهدةً عليه من أشهرها قاعدة العادة محكّمة؛ وقاعدة تغير الأحكام بتغيّر الزمان والمكان؛ ثمّ قاعدة تعارض العرف مع اللغة...؛ وهذا الآن بيان لأشهر التطبيقات الأصولية والفقهية:

1.2 التطبيق الأوّل: قاعدة العادة محكّمة:

ولقد قرّر الفقهاء في هذا المقام قاعدة عظيمة، اعتبرت من كليات التشريع، هي قاعدة "**العادة محكّمة**"، وانطلاقا من هذه القاعدة نصّبوا أعراف الناس- بشروط قبولها- محكمة لإثبات الأحكام الشرعية، وما دامت أعرافهم متطورة -بتطور الأزمان وفساده- فلا بد أن تكون الأحكام الشرعية متغيرة أيضا، وبهذا فالفتاوى المبنية على العرف تتغير بتغيره زمانا ومكانا ما دامت لا تحل حراما ولا تحرم حلالا. ولا تخرج عن دائرة المباحات، فعندما تكون العادة علة حكم ما، فإنّ ذلك الحكم يدور مع العرف.

قال ابن القيم بعد أن ذكر أن الفتوى تختلف باختلاف الزمان والمكان والعوائد والأحوال، ما نصه: "هذا فصل عظيم النفع جدا، 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، فإن الشريعة مبناها وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد، وهي عدل كلها، ورحمة كلها، ومصالح كلها، وحكمة كلها" [47].

ويقول القرافي" فهذه قاعدة تغير الفتوى بتغير العادة، لا بد من ملاحظتها وبالإحاطة بها؛ حتى يظهر لك غلط كثير من الفقهاء المفتين؛ فانهم يجرون المسطورات في كتب أئمتهم على أهل الأمصار في سائر الاعصار" [48]. ويقول في موضع آخر:" إنّ الأحكام المترتبة على العوائد تدور معها كيفما دارت، وتبطل معها إذا بطلت، كالنقود في المعاملات، والعيوب في الأعواض في البياعات ونحو ذلك؛ فلو تغيّرت العادة في النقد والسكة إلى سكة أخرى، لحمل الثمن في البيع على السكة التي تجددت العادة بها دون ما قبلها، **وبهذا القانون تعتبر جميع الأحكام المترتبة على العوائد، وهو تحقيق مجمع عليه بين العلماء، وعلى هذا القانون تراعى الفتاوى على طول الأيام، فمهما تجدّد العرف فاعتبره، ومهما سقط فأسقطه،** والجمود على المنقولات أبداً ضلال في الدين وجهل بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضين، وعلى هذه القاعدة تتخرج أيمان الطلاق والعتاق وصيغ الصرائح والكنايات، فقد يصير الصريح كناية يفتقر إلى النية" [49] ونجده في موضع آخر يصرّح بأنّ تغيّر الأحكام بتغيّر الأعراف قد صار في مقام المجمع عليه فيقول:" "إن إجراء الأحكام التي مدركها العوائد ،مع تغير تلك العوائد، خلاف الإجماع وجهالة في الدين، بل كل ما هو في الشريعة يتبع العوائد، يتغير الحكم فيه عند تغير العادة إلى ما تقتضيه العادة المتجددة، وليس هذا تجديداً للاجتهاد من المقلدين

[47] ينظر: ابن القيّم. إعلام الموقعين.09/3.

[48] ينظر: القرافي: شهاب الدين. الفروق.176/1.

[49] نفس المصدر.176/1-177.

حتى يشترط فيه أهلية الاجتهاد، بل هذه قاعدة اجتهد فيها العلماء وأجمعوا عليها فنحن نتبعهم فيها من غير استئناف اجتهاد" [50].

وهذا فقيه المقاصد الشاطبي يشير إلى مقصد الشارع في اعتبار العرف فيقول:" قد يكون التزام العرف الواحد والحالة الواحدة أو العادة الواحدة، تعبا ومشقة لاختلاف الأخلاق والأزمنة والبقاع والأحوال، و الشريعة تأبى التضييق و الحرج فيما دل الشرع على جوازه و لم يكن ثم معارض" [51]. والتغير الذي يحدث في الفتوى، إنما هو للأحكام المبنية على العرف والعادة، فإذا كان العرف والعادة يستدعيان حكماً ثم تغيرا إلى عرفٍ وعادةٍ أخرى، فإنّ الحكم يتغير إلى ما يوافق ما انتقل إليه عرفهم وعادتهم، وبتغير الأزمان كذلك تتغير احتياجات الناس وأعرافهم، فيتبع هذا التغير اختلاف الفتوى. فقد بين السبكي في فتاواه، أن هذا التغير، إنما هو باختلاف الصورة الحادثة، فإذا حدثت صورة على صفة خاصة، علينا أن ننظر فيها، فقد يكون مجموعها يقتضي الشرع له حكما [52]

2.2 التطبيق الثاني: قاعدة تغيّر الأحكام بتغيّر الزمان والمكان:

وعندما نقول: إن الفتوى تتغير، فليس المعنى، أنّ أحكام الشريعة كلها قابلة للتغيّر، وذلك لتغير الزمان والمكان والعرف، لأن أحكام الشريعة، منها: ما هو ثابت دائم لا مجال فيه للتغير والاختلاف، مهما تغيّرت الظروف والأحوال كوجوب الواجبات، والحدود المقررة بالشرع على الجرائم، ونحو ذلك، فهذا لا يتطرق إليه تغيير ولا اجتهاد يخالف ما وضع عليه. ومنها: ما يتغير بحسب اقتضاء المصلحة له، زمانا ومكانا، وحالاً، كمقادير التعزيرات وأجناسها وصفاتها، فإنّ الشرع ينوِّع فيها بحسب المصلحة، وهذا يدلّ على مرونة الشريعة وسعتها. قال في درر الحكام شرح مجلة الأحكام: "إن الأحكام التي تتغير بتغير الأزمان هي الأحكام المستندة على العرف والعادة، لأنه بتغير الأزمان تتغير احتياجات الناس، وبناء على هذا التغير يتبدل أيضا العرف والعادة وبتغير العرف والعادة تتغير الأحكام" [53].

وقد نقل الزركشي عن العز ابن عبد السلام أنّه قال: "يحدث للناس في كل زمانٍ من الأحكام ما يناسبهم. قال: وقد يتأيد هذا بما في البخاري عن عائشة أنها قالت: لَو عَلِمَ النَبيّ -صلّى اللّٰهُ عَلَيهِ وَسلّم- مَا

[50] المصدر نفسه.

[51] الشاطبي. الموافقات.285/2.

[52] ينظر: السبكي. فتاوى السبكي. 5/ 29.

[53] درر الحكام 1/ 47، وينظر: القواعد الفقهية على المذهب الحنفي والشافعي. للدكتور محمد الزحيلي ص: 319. -زيدان. الوجيز. ص:259.

أَحدَثتهُ النّسَاء [54] بَعدَه لَمَنَعَهُن منَ المسَاجِد [55] "، وقول عمر بن عبد العزيز: "يحدث للناس أقضية على قدر ما أحدثوا من الفجور [56] ، أي يجدون أسبابا يقضي الشرع فيها أمورا لم تكن قبل ذلك؛ لأجل عدمه منها قبل ذلك، لا لأنها شرع مجدد" [57] والذي يجعل الفتوى تتغير، هو ما إذا كان الحكم الشرعي مبنيّا على عرف بلدٍ معين، ثم تغير هذا العرف، إلى ما لا يخالف النص الشرعي، أو كان هذا الحكم مبنيّا على مكانٍ معين، أو حالٍ معينة، ثم حدث تغيُّرٌ في ذلك المكان أو الحال، فعندئذٍ تتغير الفتوى بتغير المدرك الذي كان قد وُضع عليه الحكم سابقاً، وهذه الأسباب التي بها تتغير الفتوى قد نص عليها الفقهاء في كتبهم [58] ، واعتبروها من موجبات تغير الفتوى. فمعنى تغير العادات إذن: هو اختلافها من بلد إلى آخر، فإن الفتوى التي بنيت على عادةٍ معينة، تتغير إذا تغيرت تلك العادة؛ لأن مدرك الحكم إنما كان عليها، وعلى هذا الأساس اختلفت الفتاوى والأحكام؛ من ذلك ما ذهب إليه أبو حنيفة من الاكتفاء بالعدالة الظاهرة؛ فلم يشترط تزكية الشهود فيما عدا الحدود والقصاص لغلبة الصلاح على النّاس وتعاملهم بالصدق، ولكن في زمان أبي يوسف ومحمّد كثر الكذب؛ فصار في الأخذ بظاهر العدالة مفسدة وضياع الحقوق، فقالا بلزوم تزكية الشهود. وقال الفقهاء عن هذا الاختلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه: إنّه اختلاف حال وزمان؛ لا اختلاف حجّة وبرهان [59] .وقد توسع المذهب المالكي في الأخذ بالعرف واعتبره أصلا أصيلا تبنى عليه الأحكام؛ ويرجع إليه الفقيه والقاضي والمفتي في معرفة الأحكام الشرعية وتطبيقها على الواقع والجزئيات؛ حيث لا يوجد نصّ من الشارع. ومن ثمّ فإنّ المفتي يراعي تغيّر العرف و تجدّده و لا يجمد على المسطور، هذا محض الفقه و من أفتى الناس لمجرد المنقول في الكتب على اختلاف عرفهم و عوائدهم وأزمنتهم و أمكنتهم و أحوالهم وقرائن أحوالهم فقد ضلّ و أضلّ و كان جناية على الدين [60] .وقد علّق ابن القيم على ما ذهب إليه المالكية في اعتبارهم للعرف المتجدد، فقال: "وهذا محض الفقه، ومن أفتى الناس بمجرد

[54] أحدثته النساء: يعني من الزينة والطيب وحسن الثياب، شرح صحيح مسلم 1/ 329.

[55] صحيح مسلم 1/ 329، برقم: 445.

[56] الموطأ- رواية محمد بن الحسن 3/ 275.

[57] الزركشي. البحر المحيط. 1/ 194.

[58] ينظر هنا: الفروق 3/ 321، - الزرقاء. المدخل 1/ 449. - البحر المحيط في أصول الفقه 131/1. - العرف وأثره في الشريعة والقانون، د/ أحمد المباركي ص: 178.

[59] ينظر: الجصاص. أحكام القرآن.176/1. زيدان. الوجيز. ص:258.

[60] الشاطبي. الموفقات.286/2. عمر الجيدي. العرف والعمل في المذهب المالكي. ص:104.

المنقول في الكتب على اختلاف عرفهم وعوائدهم وأزمنتهم وأمكنتهم وأحوالهم وقرائن أحوالهم فقد ضل وأضل، وكانت جنايته على الدين أعظم من جناية من طبّب النّاس كلّهم على اختلاف بلادهم وعوائدهم وأزمنتهم وطبائعهم بما في كتاب من كتب الطب على أبدانهم، بل هذا الطبيب الجاهل وهذا المفتي الجاهل أضر على أديان الناس وأبدانهم" [61] .

3.2 التطبيق الثالث: قاعدة تعارض العرف مع اللغة:

ولعلّ من أعظم شواهد ابتناء الفتاوى والأحكام على الأعراف المتغيّرة؛ ما صرّح به الفقهاء-في مسألة تعارض العرف مع اللغة- من أنّ النقل العرفي يغير الحكم المبني على وضع لغوي، ذلك أنّ تأثير الأعراف القولية في تغيّر الأحكام ليس قاصرا على الأحكام التي بناها الشارع على أعراف زمن النبوة؛ بل يشمل الأحكام التي بناها على نطق الناس بألفاظ واستعمالهم إياها في معانيها اللغوية؛ إذا أصبحوا بعد ذلك يستعملونها في معان عرفية. و ذلك أنّ الحكم يتغيّر أيضا إذا كان قد بني على وضع لغوي للفظ ثم حدث فيه نقل عرفي وفي هذا يقول القرافي: **"النقل العرفي مقدم على اللغة إذا وجد"** [62] .

وقال في إيجاب لفظ الطلاق لزوال العصمة:" إذا كان الموجب هو الوضع اللغوي وجب الثبوت معه وإلزام الطلاق به؛ حتى تطرأ عادة ناسخة لاقتضاء ذلك؛ فيكون اللزوم هو الأصل حتى يطرأ الناسخ المبطل، وإذا قلنا إنها توجب بالعادة كان الأصل هو عدم اللزوم من قبل اللغة حتى يثبت اللزوم من جهة العرف..." [63] .

4.2 التطبيق الرابع: نماذج فقهية

من خلال التطبيقات السابقة ظهر أنّ للعرف قيمة تشريعية كبرى حيث يعد مستندا قويا وعظيما لكثير من الفتاوى العملية بين الناس في شتى مجالاتهم الحياتية، كما أن له سلطانا واسعا في إصدار الفتاوى وتجددها وتعديلها وتحديدها إطلاقا أو تقييدا، وهذا في الفتاوى لا يتناول إلاّ الأحكام المبنية على العرف كما قلنا؛ كما أنّ هذا التغيّر لا يعدّ نسخاً للشريعة؛ لأنّ الحكم باقٍ؛ وإنّما لم تتوافر له شروط التطبيق، فطبّق غيره. يوضّحه أنّ العادة إذا تغيّرت، فمعنى ذلك أنّ حالة جديدة قد طرأت تستلزم تطبيق حكم آخر، أو أنّ

[61] إعلام الموقعين عن رب العالمين 3/ 255.

[62] ينظر: القرافي. أنوار البروق في أنواع الفروق 1/ 176.

[63] – نفس المصدر.177/1.

الحكم الأصلي باق، ولكن تغيّر العرف والعادة استلزم توافر شروط معيّنة لتطبيقه، ولله درّ أبي اسحاق الشاطبي إذ يقول: "إنّ العوائد إذا اختلفت رجعت كلّ عادة إلى أصل شرعيّ، يحكم به عليها" [64].

فمن الأمثلة على **قاعدة العادة محكّمة:** ما روي عن مالك أنه قال: إذا تنازع الزوجان في قبض الصداق بعد الدخول، فالقول قول الزوج، مع أن الأصل عدم القبض. وعلق القاضي إسماعيل -من فقهاء المالكية- على ذلك بقوله: هذه كانت عادتهم بالمدينة: أنّ الرجل لا يدخل بامرأته حتى تقبض جميع صداقها، واليوم عادتهم على خلاف ذلك، فالقول قول المرأة مع يمينها، لأجل اختلاف العادات. [65]

ومن الأمثلة على **قاعدة تغيّر الأحكام بتغيّر الزمان:** أنه لما كان لون السواد في زمن أبي حنيفة يعد عيباً. قال: بأن الغاصب إذا صبغ الثوب أسودا يكون قد عيّبه، ثم بعد ذلك لما تغيّر عرف الناس وصاروا يعدونه زيادة، قال صاحباه: إنه زيادة. وكذلك الدُّور، لما كانت تبنى بيوتها على نمط واحد، قال المتقدمون -غير زفر- يكفي لسقوط خيار الرؤية رؤية بيت منها، ولما تبدلت الأزمان وصارت بيوت الدور تبنى على كيفيات مختلفة، رجّح المتأخرون قول زفر، من أنّه لا بد من رؤية كل البيوت ليسقط الخيار. [66] ومن الأمثلة كذلك: تقدير النفقات، فإن من المسلّم به، أن لكلِّ مجتمع في أي زمان ومكان مستواه الاقتصادي غنى وفقراً، وتبعا لهذا فيختلف تقدير النفقة من مجتمع إلى مجتمع آخر، والسبب في هذا تغير الحاجات. [67]

وكذا من أمثلة قاعدة تعارض العرف مع اللغة ما ذكره القرافي هنا إن قول القائل: أنت حرام بعدما كان يمينا في عهد التشريع يوجب كفارة يمين صار بالنقل العرفي، كما لاحظ مالك، يفيد الطلاق الثلاث، قال القرافي: قال مالك:" ومن وافقه من العلماء بأن القائل: أنت حرام، أو البتة، أو غير ذلك من الألفاظ، لا ينوى في أقل من الثلاث بناء على أنّ اللفظ نقل إلى العدد المعين و هو الثلاث من جملة أسماء الأعداد لا يدخلها المجاز فلا تسمع فيها النية...والجمهور على أن العرف مقدم على اللغة لأن القوم متى اعتادوا شيئا خالفوا فيه اللفظ الأصلي اعتبر ناسخا له" [68].

---

[64] الشاطبي. الموافقات.286/2.

[65] -ينظر: القرافي. أنوار البروق في أنواع الفروق 1/ 154، - شرح القواعد الفقهية 1/ 228.

[66] - شرح القواعد الفقهية 1/ 227، وينظر: درر الحكام 1/ 47.

[67] - ينظر: القرافي. أنوار البروق في أنواع الفروق 1/ 154، - شرح القواعد الفقهية 1/ 228.

[68] - نفس المصدر.177/1.

4. خـاتمة

وفي الأخير، وفي خاتمة هذا البحث، فإنّه يمكن استخلاص النتائج التالية:

أوّلاً: إنّ حقيقة الفتوى هي الإخبار عن حكم شرعيّ لا على سبيل الإلزام، لمن سأل عن أمر نازل.

ثانياً: وهي بهذا المعنى تختلف عن القضاء لأنّه: الإخبار عن حكم شرعيّ على سبيل الإلزام.

ثالثاً: إنّ الفقهاء قد ذكروا ثلاثة فروق بين الفتوى التي تصدر عن المفتي، وبين الحكم الذي يصدر عن القاضي أو الحاكم، أوّلها ما تعلّق باللزوم من عدمه، والثاني من حيث المتعلّق به، وأمّا الثالث: فمن حيث التوسع في الأحكام من عدمه.

رابعاً: تتجلى حقيقة العرف في كونه عادة جمهور قوم في قول أو فعلٍ، وهو ما كان شائعا وساريا بين فئات الناس عامتهم وخاصتهم.

خامساً: نصّ أهل العلم على جملةٍ من الشروط التي لابدّ من توفرها حتى يعتبر العرف صحيحاً معتدّا به في الفتاوى والأحكام، أوّلها أن يكون مطردا أو غالبا، والثاني أن لا يخالف نصا شرعيا، والثالث أن لا يعارضه تصريح مخالف وأخيرا أن يكون قائما عند إنشاء التصرف.

سادساً: إنّ العرف بحقيقته الشرعية الثابتة، وبالشروط التي ذكرناها هو دليل معتبر في الشرع، يصحّ ابتناء الأحكام والفتاوى عليه، ولا يصحّ للناظر في أحكام الله ومراده أن ينظر فيما يعرض له من الفتاوى والأحكام دون أن يتعلّق فكره وحكمه بالنّظر إلى العرف السائد في الواقعة التي تعرض عليه.

سابعاً: إنّ مراعاة العرف في الفتاوى والأحكام هو مظهر من مظاهر مرونة الشريعة الإسلامية ومما يكفل توافقها مع البيئات الاجتماعية المتعددة. وتحكيمه من تيسير الشريعة وتماشيها مع الفطرة السليمة التي لا تحيد ولا تزيغ عن الحق.

ثامناً: إنّ الفتاوى المبنية على العرف تتغير بتغيره زمانا ومكانا ما دامت لا تحل حراما ولا تحرم حلالا. ولا تخرج عن دائرة المباحات، فعندما تكون العادة علة حكم ما، فإنّ ذلك الحكم يدور مع العرف وجوداً وعدماً.

تاسعاً: إنّ تأثير الأعراف القولية في تغيّر الفتاوى ليس قاصرا على الأحكام التي بناها الشارع على أعراف زمن النبوة، بل يشمل الأحكام التي بناها على نطق الناس بألفاظ واستعمالهم إياها في معانيها اللغوية، إذا أصبحوا بعد ذلك يستعملونها في معان عرفية.

References

[1] Al-Qur'ān al-Karīm bi-riwāyat Ḥafṣ ‘an ‘Āṣim. Maṭba‘at al-Malik Fahd. al-Riyāḍ.

[2] Ibrāhīm al-Laqā'ī 2002 M. Manār uṣūl al-Fatwá. Wizārat al-Shu'ūn al-dīnīyah. al-Maghrib.

[3] Aḥmad al-Mubārakī. 1992. al-‘urf wa-atharuhu fī al-sharī‘ah wa-al-qānūn. Maktabat al-Ma‘had al-‘Ālī. Al-Riyāḍ.

[4] Al-Azharī Abū Manṣūr Aḥmad. 2001. Tahdhīb al-lughah. Dār Iḥyā' al-Turāth al-‘Arabī. Bayrūt.

[5] Aḥmad ibn Fāris 1979. M. Maqāyīs al-lughah – taḥqīq ‘Abd al-Salām Muḥammad Hārūn. Dār al-Fikr.

[6] Al-Bāḥusayn Ya‘qūb. 2005m. Qā‘idat al-‘ādah mḥkkmh. Maktabat al-Rushd. al-Riyāḍ .

[7] Al-Jaṣṣāṣ Abū Bakr. 1405 H. Aḥkām al-Qur'ān. Dār Iḥyā' al-Turāth al-‘Arabī – Bayrūt.

[8] Al-Ḥaṭṭāb Muḥammad ibn Muḥammad. 1992. Mawāhib al-Jalīl li-sharḥ Mukhtaṣar Khalīl. Dār al-Fikr Ṭ : 3.

[9] Al-Khaṭīb al-Baghdādī. 1996. al-Faqīh wālmtfqh. Dār Ibn al-Jawzī.

[10] Al-Dārimī 2000. Sunan al-Dārimī. Dār al-Mughnī, al-Mamlakah al-‘Arabīyah al-Sa‘ūdīyah Ṭ : 1.

[11] Al-Rāzī Abū Bakr. 1999. Mukhtār alṣḥḥāḥ. Al-Maktabah al-‘Aṣrīyah-al-Dār al-Namūdhajīyah, Bayrūt – Ṣaydā. Al-Ṭab‘ah al-khāmisah.

[12] Al-Zubaydī Muḥammad Murtaḍá. 1414 H. Tāj al-‘arūs min Jawāhir al-Qāmūs. Dār al-Fikr – Bayrūt. Al-Ṭab‘ah al-ūlá.

[13] Al-Zuḥaylī Muḥammad. 2006 M. al-qawā‘id al-fiqhīyah ‘alá al-madhhab al-Ḥanafī wa-al-Shāfi‘ī. Dār al-Fikr – Dimashq al-Ṭab‘ah al-ūlá.

[14] Al-Zarkashī : 1994. Al-Baḥr al-muḥīṭ fī uṣūl al-fiqh. Dār al-Kutubī Ṭ : 1.

[15] Al-Zarqā : Muṣṭafá Aḥmad. 2004. al-Madkhal al-fiqhī al-‘āmm. Dār al-Qalam Dimashq.

[16] Zaydān ‘Abd al-Karīm. 2001. uṣūl al-Da‘wah. Mu'assasat al-Risālah al-Ṭab‘ah al-tāsi‘ah.

[17] Zaydān ‘Abd al-Karīm. 1999. al-Wajīz fī uṣūl al-fiqh Mu'assasat Qurṭubah. Ṭ : 1.

[18] Zaydān ‘Abd al-Karīm. 2001. Niẓām al-Iftā'. Mu'assasat al-Risālah. Bayrūt. Ṭ : 1.

[19] Mālik. : 2005. almwṭ'-riwāyah Muḥammad ibn al-Ḥasan. al-Maktabah al-‘Ilmīyah. Ṭ : 1.

[20] Al-Munāwī. 1990. al-ta‘ārīf al-fiqhīyah. ‘Ālam al-Kutub-ālqāhrh Ṭ : 1.

[21] Ibn manẓūr : 1995. Lisān al-‘Arab. Dār Ṣādir – Bayrūt. Lubnān. Ṭ : 1.

[22] Al-Nawawī : Sharaf al-Dīn. 1408h. ādāb al-Fatwá. Dār al-Fikr Dimashq al-Ṭab‘ah al-ūlá.

[23] Al-Nawawī : Sharaf al-Dīn. 1408h. ādāb al-Fatwá. Dār al-Fikr Dimashq al-Ṭab‘ah al-ūlá.

[24] Ibn al-Ṣalāḥ. 1987. adab al-Muftī. Maktabat al-‘Ulūm wa-al-Ḥikam al-Ṭab‘ah al-ūlá.

[25] Ibn ʻĀbidīn. Risālat Nashr al-ʻurf.
[26] Alʻzz Ibn ʻAbd al-Salām. 1991. Qawāʻid al-aḥkām fī maṣāliḥ al-anām. Maktabat al-Kullīyāt al-Azharīyah – al-Qāhirah.
[27] ʻUmar al-Jīdī. 1984. al-ʻurf wa-al-ʻamal fī al-madhhab al-Mālikī. Maṭbaʻat fḍālt-ālmghrb.
[28] Ibn Farḥūn. 2003. Tabṣirat al-ḥukkām. Dār ʻĀlam al-Kutub lil-Nashr wa-al-Tawzīʻ.
[29] Al-Fayrūz Ābādī. 2005. al-Qāmūs al-muḥīṭ. Muʼassasat al-Risālah.
[30] Al-Qarāfī : Shihāb al-Dīn. 2003. Anwār al-burūq fī anwāʻ al-Furūq. Dār Ibn Ḥazm. Bayrūt.
[31] Al-Qarāfī. 1995. al-Iḥkām fī Tamyīz al-Fatāwá ʻan al-aḥkām wtṣrfāt al-Qāḍī wa-al-Imām. Dār al-Bashāʼir al-Islāmīyah, Bayrūt – Lubnān al-Ṭabʻah al-thāniyah.
[32] Ibn Qayyim al-Jawzīyah. 1991. Iʻlām al-muwaqqiʻīn ʻan rbb al-ʻālamīn Dār al-Kutub al-ʻIlmīyah – Bayrūt. Al-Ṭabʻah al-ūlá.
[33] Al-Subkī. 1424 H. Fatāwá al-Subkī Dār al-Maʻārif Lubnān – Bayrūt.
[34] Al-Suyūṭī. 1990. al-Ashbāh wa-al-naẓāʼir. Dār al-Kutub al-ʻIlmīyah al-Ṭabʻah al-ūlá.
[35] Al-Shāṭibī. 2004. al-Muwāfaqāt fī uṣūl al-sharīʻah. Dār al-Kutub al-ʻIlmīyah.
[36] Serrar, Salīm. 2016. maṣādir Qāʻidat al-tarjīḥ bayna al-tanzīl wa-al-taʼwīl wāltbdyl, Majallat al-tarjamah wa-al-lughāt 15 (1), 43-22.
[37] Al-Zubaydī, M. A. 1414. Tāj al-ʻarūs min Jawāhir alqāmws1st ed. Bayrūt : Dār al-Fikr.
[38] Manṣūrī Khayrah. 2012. al-Qurʼān wa al-taṣawwuf, Majallat al-tarjamah wa-al-lughāt, 11(1), 40-27.
[39] ʻAlī, ʻAshshī. 2019. Qāʻidat murāʻāt al-ʻurf fī al-Fatwá al-Mālikīyah wa-atharuhā fī Khuṣūṣīyat al-nawāzil al-fiqhīyah fī al-Gharb al-Islāmī al-Miʻyār al-Muʻarrab llwnshrysy namūdhajan. Majallat al-ʻibar lil-Dirāsāt al-tārīkhīyah wa-al-atharīyah fī Shamāl Afrīqiyā, 21, 116 – 136.
[40] ʻUmarī, R. 2018. Athar al-ʻurf fī Taghayyur al-Fatwá » fiqh al-usrah anmūdhajan ". Majallat al-Buḥūth wa-al-Dirāsāt, 15 (1), 449 – 470.