QUARTERLY, PEER REVIEWED
al-amiR
ISSN(P): 2790-931X ISSN(E): 2790-9328
E-Mail: editor.alamir@gmail.com

تغيير الأحكام بتغيير العرف و المصلحة و الزمان

Effects of custom, expediency (Public Interest) and change of time on jurisprudential Rules

Shahbaz Khan
Doctoral Candidate, Dept. of Islamic Studies, GIFT University, Gujranwala.
Email: shahbaz2618@gmail.com

The concept of "تغيير الأحكام بتغيير العرف والمصلحة والزمان" refers to the principle in Islamic jurisprudence that laws and rulings can be modified or adapted based on changing customs, public interest, and the context of time. This principle acknowledges the flexibility within Islamic law to address evolving societal needs while remaining rooted in the core principles of justice and equity.

All of them have been described in the Qur'an and Sunnah with such importance, that by changing them, there is room in the rulings. How much and to what extent that scope is created will be reviewed in the following article and the opinions of the jurists will be presented in this regard.

Keywords: Islamic jurisprudence، customs, public interest, context of time.

البحث التمهيدى:

تعتبر قاعدة أثر الظرف في تغيير الأحكام الشرعية قاعدة تشريعية ومبدأ أصيل في الشريعة الإسلامية والتي تؤكد مدى مرونة الشريعة وخلودها وصلاحيتها لكل زمان ومكان.

فشريعة الإسلام شريعة مرنة تراعي تغيرات الظروف بكافة أنواعها المختلفة؛ لكونها نصت على المبادئ والقواعد العامة التي تعتبر الجوهر الأصيل للشريعة والذي لا يقبل التغيير والتبديل؛ ولكونها في المقابل تضمن أحكاما جزئية فرعية اجتهادية تتغير بتغير الظرف وتختلف باختلاف مصالح الناس، وأعرافهم، وحاجاتهم فتغير الأحكام في حقيقته إنما هو تغيير من الوصف الشرعي للوقائع من حالته الأولى إلى أخرى لمؤثرات خارجية تؤثر عليه، وذلك من أجل المحافظة على مقصور الشارع من تشريع الأحكام والذي هو جلب مصلحة.

في هذا البحث بينت معنى تغيير الأحكام والمعنى المقصود من هذا التغيير، وأكدت أن تغيير الأحكام لا يعني الإتيان بشرع جديد ولا نسخ للأحكام إنما هو تغيير في العنوان والشواهد وتغيير في اجتهاد النصوص التشريعية على ضوء الضرورة، وتغيير في العلل والعادات والأصل الذي بينت عليه الأحكام، أو تغيير في المصلحة التي شرع الحكم من أجلها. فالأحكام كما يؤكد علماء الأصول تدور مع عللها والأصل الذي بينت عليه وجودا، وعدما فإذا وجد الأصل أو العلة وجد الحكم، وإن تغير الحكم بحكم آخر يناسب الظرف والحال.

البحث التفصيلى:

إن الشريعة الإسلامية تُظهر مرونتها وسعتها من خلال مبدأ تبدّل الفتوى بحسب اختلاف العرف والزمان والمكان، وهذه قاعدة وضعها علماء الفقه منذ زمن بعيد.لكن القاعدة المذكورة ليست مطلقة تحتوي جميع الاحكام وانما تتناول نوعا منهاولا تتجاوزمنها لان الاحكام الشرعيه تنقسم الى قسمين:

القسم الاول:

هو الأحكام القطعية التي يُستقى مصدرها بشكل مباشر من نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة. يشمل ذلك الأحكام الواجبة بشكل قاطع كالصلاة، الصوم، الزكاة، الحج، وبر الوالدين، إضافةً إلى الأفعال المحظورة قطعيًا مثل الاعتداء على الأنفس، الأموال، الأعراض، ارتكاب الفاحشة سواء ظهرت أو بطنت، وأخذ أموال الناس بغير حق. هذا النوع من الأحكام لا يُقبل التغيير أو التبديل فيه بأي حال من الأحوال؛ نظرًا لثبوته بنصوص قطعية لا تتغير. ومن الأدلة على ذلك، قوله تعالى: (وتمت كلمة ربك صدقًا وعدلًا)، حيث فسر قتادة هذا بأنه صدق فيما قال وعدل فيما حكم.

القسم الثاني:

فهو ان الشارع جعل فيها الاحكام مبنية على علة قد تتغير بتغير الزمان والمكان وبتغير الاخلاق والاشخاص كمقادير التعزيرات وصفاتها والمسائل التي تتعلق بصلة الارحام وبر الوالدين والاحسان للزوجة والانفاق عليها والانفاق على الذرية فتلك الأحكام قد تتغير بتغير الاخلاق والزمان والمكان بحسب العرف ويقول الامام الزركشي رحمه الله تعالى:

الحوادث تتجدد والمصالح تتغير بتغير الزمان والمكان[1]

وكذلك المسائل التي بناها العلماء على المصلحة المعتبرة:

الف: وبهذا السبب كان جمع القران الكريم في مصحف واحد

ب: وتدوين السنة بعد ان منهيا عن كتابتها

ج: تضمين الاجير المشترك كالخياط لئلا يضيع حقوق الناس على جميع الاحوال التي تمشي بتبدل الناس والدهر

[1] Badr ud-Dīn Zarkashī, Kitāb Tashnīf al-Masāmeʿ be-Jamʿi al-Jawāmʿi, Al-Kalām Fī al-Akhbār (Beirūt: Dār Ehyā al-Turāth al-ʿArbī, 1418 A.H), 44/3.

فربما كان الاستثناء من هذه الاسباب والفهم الشخصى قد يكون مختلفا بحسبه الظروف مع انقراض العصر لكن لا يمكن ان يكون اي شيء فاسد فقط بمرور العصر كما ان العلماء بيّنوا العوامل الاخرى في الكتب القديمه والحديثه۔

البحث الرئيسى:

إن التشريع الإسلامي الذي أنزل من لدن حكيم خبير،جاء لتحقيق مصالح العباد في الحال والمال في الدنيا والآخرة.وقد جاءت أصوله وكلياته ومناهجه وجزيئاته لتنظيم الحياة الإنسانية في شتى مجالاتها، السياسية منها والاقتصادية والاجتماعية،فضلاً عن العبادات،والأخلاق والفضائل والآداب،بحيث إن في اتباعها واقتفاء أثرها، وتمثلها في التطبيق،تحقيق المصالح، يجلب المنافع،ودفع الأضرار والمفاسد.ذلك أن هذا التشريع ابتني على مقاصد وغايات توخاها الشارع الحكيم عند تشريع الأحكام،ليتم تحقيقها ومراعاتها من قبل المكلفين في تصرفاتهم وسلوكهم وممارستهم العملية وحركتهم اليومية،وألا يبتغوا بهذه الأحكام العملية غير ما ابتغاه الشارع منها،منعاً للمضادة والافتئات أو التحيل على هذه الشريعة.اما اطار التغيير فيكون في الاحكام الوسائلية عموما بالاعتماد على المصالح بحسب الظروف فلولا نعرفه علة التغير فلا نصل الى الحق فلابد ان نقسم الاحكام التي تتغير في الشريعه الاسلاميه بتغير الزمان والمكان الى الأقسام التالية:

(1) الاحكام التي ظهرت على سورة متنوعة وهي نوعان

<u>الف:</u> تحديد الاحكام الجديدة وتطوير القديمة منها او تغييرها:

مثلا قد ظهرت الاحكام الجديدة لاجل انتشار الاخلاق الفاسدة وشيد بعض الدواوين خاصة للافتاء مع الحراسة عليها وجعل بعض الدواوين خاصة لظلم ايضا واتخذت كتابة التسجيلات و تعين الاحكام عن حاكم واحد نيابة وبعض الدواوين كانت لخراج وبعض كانت عن منع الشهادات في حق الاقارب و منع الحاكم من الحكم عليه بعد ما علم ولا بد ان الاستناد الى البيانات الثابتة في الحكم وكذلك أن الامام ابو يوسف رحمه الله تعالى ولإمام محمد افتيا تزكية الشهود عند ضرورة نظرا بتغير الزمان والمكان وتغير احوال الناس وظهر الكذب مع ان الامام الاعظم ابو حنيفه رحمه الله تعالى كان يرى الاكتفاء بالعدالة الظاهرة بسبب قول النبي صلى الله عليه و سلم المسلمون عدول بعضهم على بعض۔

وهذا الحكم كان مناسبا لزمانه لان زمانه كان خير الزمان وكان الاكتفاء بالعدالة الظاهرة في غير الحدود الشرعية ومن ثم كان عمر ابن عبد العزيز يقضي وهو قاضى في المدينة المنورة بشاهد واحد ويمين فلما كان بالشام فلا يقبل شاهدا واحدا ولا يقضى الا بشاهدين لان الناس كانوا متغيرين خصالهم واخلاقهم في الشام عما كان يعرفه من اهل المدينة فلذلک امير المؤمنين خليفة المسلمين بعث الى ابي موسى الاشعري رضي الله تعالى

عنه بان لا يسمع مجرب عليه شهادة الزور في حد او في بلاء او في قرابة لان القران الكريم لم يمنع من شهادة الاقارب اصلا.[2]

ب:زياده التسعير في الاثمان:

فهو ممنوع حقيقة لان النبي صلى الله عليه واله وسلم نهى عن التسعير فما نقله الامام ابو داود رحمه الله تعالى في تاليفه ان رسول الله صلى الله عليه واله وسلم قال:" ان الله هوالمسعر القابض الباسط الرازق."[3]

وبين ابن القيم علة نهى رسول الله صلى الله عليه واله وسلم عن التسعير بانه عدم وجود ما يقضي ولو كان لفعله اوكمثل ما كان في احكام الوصية بقرار الحاكم لأن سوء استعمال الحقوق كثرت بكثرة الفساد او كمثل تحديد ساعات العمل بسبب فساد الاخلاق و ميل الناس الى الاستغلال.

تخصيص الحريات على المديون(2)

وهذا بمقتضى القواعد القياسية اللتى استقر العمل بها في الزمن الاول ثم عندما فسدت عهود العوام وذممهم وغلبت حيلهم وكثير من الناس يتكئون الى نقل اموالهم عن دائنهم بوقفها اواعطائها لمن يتقون بهم على اساس الهبة فغير المتاخرون من الفقهاء الاحكام السابقة بسبب حيلهم و افتوا بعد م نفاذ تلك التصرفات الفاسدة من قبل المدين الى فيما يزيد عن مقدار الدين لانه ليس من حقه أن يقصر من مال غيره

فا مثل هنا مثالا واحدا من الامثلة وهو منع النساء من المساجد كما كل واحد يعرف ان النساء كن يذهبن الى مساجد المؤمنين وذهابهن كان مسموحا و جائزا لكن حينما رائ الفقهاء الى توصية النبي ﷺ على الخروج الى المساجد راؤا ان العلة كانت المحافظة على مصلحة المراة في سعيها الى المساجد وخروجه هنا الى المساجد في زمن رسول الله صلى الله عليه واله وسلم لم يكن مفسدا يقتضي المنع[4]

فاذا تعرضت السفلة من الرجال للنساء وظهرت الفتن وانتشرت وقائع يظهر منها ان الدين الاسلام اصبح ضعيفا والاخلاق الفاضلة تنزلت من نفوس الناس وتغير حال خروج المراه الى المساجد من حال الذي يوجد في زمن النبي ﷺ انتشار الفساد من خروج المراه ويجدد للمجتهد ان يحقق هذا الفساد ويقبسه بالاصلاح ليعرف هل هو ارجح في الوزن ام لا ثم يرجع الى اصول الاحكام والتشريعات ويستخرج لها حكما يراعى فيه الحاله الحديثه والجديدةليصل الى النتيجه مثل ما كان في قول سيدتنا عائشة رضي الله تعالى عنه" لو كان رسول الله صلى الله عليه واله وسلم حيا لمنع النساء من المساجد"[5]

---

[2] Burhān ud-Dīn ʻAlī bin abī bakr al-Murghinānī, Al-Hidāyah Fī Sharh al-Bidāyah al-Mubtadī (Egypt: Matbaʻ Muṣtafā Muhammad), 118/3.

[3] Abū Bakr bin ʻAbdul Razzaq al-Ṣighānī, Muṣannaf ʻAbdul Razzaq, Kitāb al-Buyuʻ, Bāb hal Yasʻar (Beirūt: Al-Maktab al-Islāmī, 1403 A.H), Hadith No: 14898, 205/8.

[4] Abū al-Barkāt Ahmad bin Muhammad al-Darīr, Al-Sharh al-Ṣaghīr Alā Aqrab al-Masālik, Takhrīj Muṣtafā Kamāl (Egypt: Dār al-Maʻārif), 259/4.

[5] ʻAbdul Munʻim al-Namr, Al-Sunnah wa al-Tashrīʻ (Egypt: Dār al-Kutub al-Islāmiyah), 48.

ويظهر من قول المؤمنين عائشة رضي الله تعالى عنه فساد الاخلاق وتغيرها وتغيير الاحكام ايضا لانه خروج النساء الى بيت الله تعالى من بيوته يتسبب الى الفساد اغلب من مصالح النساء في المساجد مثلا استفادتهن من القراءه او اخذ العلم۔

(2) تغييرالاحكام من المكروه الى الجائزاو من الجائزالى المكروهة

وكذلك من الحل الى الحرام او عكسه كمارو ي عن ابن ابي زيد القيرواني عندما سئل عن الكلب لماذا اتخذت كلبا مع ذلك ان الصحابي مالك منع عن اتخاذ الكلب في غير ثلاثه مواضع وهي حفظ الماشية او الزرع في الصحراء او للصيد لاللهو.

فاجاب لو ادرك مالك زمننا لا تخذ اسدا ضاريا[6]فنحن نجد الكثير من الامثلة في عهد رسول الله صلى الله عليه واله وسلم ان الامر كان مباحا في زمنه ولكن بعد ذلك تغير حكمه بتغير الاخلاق والزمان فانا اذكر هنا مثالا واحدا عن الهدية وهو ان الهدية في عصر سيدنا محمد صلى الله عليه واله وسلم افضل التسليمات كانت محمودة ولكن بتغير الاخلاق اصبحت مضمومةكما نقل عن عمر بن عبد العزيز رحمه الله تعالى فقال كانت الهدية في زمن الرسول هدية واليوم رشوة وفي الحقيقة كان النبي ﷺ وابو بكر وعمر يقبلون الهدية ولكنه رفضها وعد اخذها مضموما باعتبارها رشوةبعد فساد الاخلاق و تغييرها.

(3) تحديد الافضل

قراءة جميع القران في صلاة التراويح سنة لكن الأفضل في زمننا هذا بقدر ما يستطيع الناس و لا يثقل عليهم لذا لا يكره قراءة اية او بعض من السورة بعد سورة الفاتحة، ومن لم يكن عالما باهل زمانه فهو جاهل لان كثرة الناس في الجماعة اولى وافضل من قلة الناس مع الجماعة الى اختتام القران الكريم في صلاه التراويح۔

(4) التقصيرفي الحدود

و روى ان عمر رضي الله تعالى عنه ترك النفى في حدالزنا لان ربيعة بن امية بن خلف التحق بهرقل بعد نفيه بسبب الخمر لان الالتحاق كان فتنة للمسلمين ولذلك تنازل عمر عن النفي لان النفى عقوبة للبكر ولم يكن حدا[7]

(5) تكثيرالحدود اي عكس الخامس

مثل ما كان في حد شرب الخمر قدروي ان النبي صلى الله عليه واله وسلم لما اتي اليه بشارب الخمر فقال" اضربوه" و روى ايضا اضربوه باربعين جلدة وامره بالتبكيت لذلك لما بدء الامر يشيعه فامر عمر بن الخطاب

---

[6] Muhammad Yusra Ibrāhīm, Kitāb Fiqh al-Nawāzil lil Aqliyāt al-Musallamah (Cairo: Dār al-Yusr, 1434 A.H), 215/1.

[7] Muhammad Sa'īd Ramzān al-Bawtī, Zawābiṭ al-Maşlihat Fī al-Shariyah al-Islāmiyah (Damishq: Maktabah Umviyyah, 1384 A.H), 358.

بثمانين(80) جلدة ولما راى ان شربه فزاد عليه حلق الراس والنفي، وكان كل ذلک على اساس المصلحة وسد اللذريعة[8]

تغيير الاحكام بالعرف و العادة:

واعلم أن اعتبار العادة والعرف يرجع إليه في مسائل كثيرة، حتى جعلوا ذلك أصلاً، فقالوا: "تترك الحقيقة بدلالة الاستعمال والعادة". ثم ذكر في "الأشباه": أما العادة إنما تعتبر إذا اطردت أو غلبت، ولذا قالوا في البيع لو باع بدراهم أو دنانير في بلد اختلف فيها النقود مع الاختلاف في المالية والرواج انصرف البيع إلى الأغلب. قال في "الهداية": لأنه هو المتعارف، فينصرف المطلق إليه. وفي "شرح البيري" عن "المبسوط": الثابت بالعرف كالثابت بالنص.[9]

ثم اعلم أن كثيرا من الأحكام التي نص عليها المجتهد صاحب المذهب بناء على ما كان في عرفه و زمانه قد تغيرت بتغير الأزمان بسبب فساد أهل الزمان، أو عموم الضرورة، كما قدمناه من إفتاء المتأخرين بجواز الاستئجار على تعليم القرآن، وعدم الاكتفاء بظاهر العدالة، مع أن ذلك مخالف لما نص عليه أبو حنيفة.

١- ومن ذلك: تحقق الإكراه من غير السلطان مع مخالفته لقول الإمام، بناء على ما كان في عصره أن غير السلطان لا يمكنه الإكراه، ثم كثر الفساد فصار يتحقق الإكراه من غيره، فقال محمد باعتباره وأفتى به المتأخرون.

٢- ومن ذلك تضمين الساعي مع مخالفته لقاعدة المذهب من أن الضمان على المباشر دون المتسبب، ولكن أفتوا بضمانه زجراً؛ لفسادالزمان، بل أفتوا بقتله زمن الفترة.

3-ومنه تضمين الأجير المشترك.

٤- وقولهم: إن الوصي ليس له المضاربة بمال اليتيم في زماننا.

٥،٦ - وإفتاؤهم بتضمين الغاصب عقار اليتيم والوقف، وعدم إجارته أكثر من سنة في الدور، وأكثر من ثلاث سنين في الأراضي، مع مخالفته لأصل المذهب من عدم الضمان، وعدم التقدير بمدة.

7-ومنعهم القاضي أن يقضي بعلمه.

8-وإفتاؤهم بمنع الزوج من السفر بزوجته وإن أوفاها المعجل الفساد الزمان.

9-وعدم سماع قوله: إنه استثنى بعد الحلف بطلاقها إلا ببينة، مع أنه خلاف ظاهر الرواية، وعللوه بفساد الزمان.

١٠ - وعدم تصديقها بعد الدخول بها، بأنها لم تقبض ما اشترط لها تعجيله من المهر، مع أنها منكرة للقبض، وقاعدة المذهب: أن القول للمنكر، لكنها في العادة لا تسلم نفسها قبل قبضه.

---

[8] Muhammad bin Ahmad al-Ghazzālī, Kitāb al-Waṣīṭ fī al-Mazhab, Research: Ahmad Mahmūd (Cairo: Dār al-Salām, 1st Edition: 1417 A.H), 509/4.

[9] Muhammad Amīn al-Shāmī, Sharha ʻAqūd Rasm al-Muftī (Karachī: Maktaba al-Bushrā, 1ST Edition: 1430 A.H), 75.

١١- وكذا قالوا في قوله: "كل" حل علي حرام" يقع به الطلاق للعرف. قال مشايخ بلخ: وقول محمد: "لا يقع إلا بالنية"، أجاب به على عرف ديارهم، أما في عرف بلادنا فيريدون به تحريم المنكوحة، فيحمل عليه نقله العلامة قاسم ونقل عن "مختارات النوازل": أن عليه الفتوى؛ لغلبة الاستعمال بالعرف ثم قال: "قلت: ومن الألفاظ المستعملة في هذا في مصرنا الطلاق يلزمني والحرام يلزمني، وعلي الطلاق، وعلي الحرام".

١٢ - وكذا مسألة دعوى الأب عدم تمليكه البنت الجهاز، فقد بنوها على العرف مع أن القاعدة: أن القول للمملك في التمليك وعدمه.

١٣ - وكذا جعل القول للمرأة في مؤخر صداقها، مع أن القول للمنكر.

١٤، ١٥- وكذا قولهم: المختار في زماننا قولهما في المزارعة والمعاملة والوقف المكان الضرورة والبلوى.

١٦- وقول محمد بسقوط الشفعة إذا أخر طلب التملك شهراً؛ دفعا للضرر عن المشتري.

١٧- ورواية الحسن بأن الحرة العاقلة البالغة لو زوجت نفسها من غيركفو لا يصح.

١٨ - وإفتاؤهم بالعفو عن طين الشارع للضرورة.

١٩ ، ٢٠ - وببيع الوفاء، والاستصناع.

٢١ - والشرب من السقاء بلا بيان مقدار ما يشرب.

٢٢ - ودخول الحمام بلا بيان مدة المكث، ومقدار ما يصب من الماء.

٢٣ - واستقراض العجين والخبز بلا وزن وغير ذلك مما بني على العرف. وقد ذكر من ذلك في "الأشباه" مسائل كثيرة.

فهذه كلها قد تغيرت أحكامها لتغير الزمان، إما للضرورة، وإما للعرف، وإما لقرائن الأحوال، وكل ذلك غير خارج عن المذهب؛ لأن صاحب المذهب لو كان في هذا الزمان لقال بها، ولو حدث هذا التغير في زمانه لم ينص على خلافها. وهذا الذي جرأ المجتهدين في المذهب وأهل النظر الصحيح من المتأخرين على مخالفة المنصوص عليه من صاحب المذهب في كتب ظاهر الرواية، بناء على ما كان في زمنه، كما مر تصريحهم به، في مسألة "كل حلّ علي حرام" من أن محمدا بني ما قاله على عرف زمانه وكذا ما قدمناه في الاستئجار على التعليم.

الاعتبار في التغيير بالعرف عرف الحادث لا القديم:

فإن قلت:العرف يتغير مرة بعد مرة، فلو حدث عرف آخر لم يقع في الزمان السابق، فهل يسوغ للمفتي مخالفة المنصوص واتباع العرف الحادث؟ قلت: نعم! فإن المتأخرين الذين خالفوا المنصوص في المسائل المارة لم يخالفوه إلا لحدوث عُرف بعد زمن الإمام، فللمفتي اتباع عرفه الحادث في الألفاظ العرفية، وكذا في الأحكام التي بناها المجتهد على ماكان في عرف زمانه، وتغير عرفه إلى عرف آخر، اقتداء بهم. لكن بعد أن يكون المفتي ممن له رأي ونظر صحيح، ومعرفة بقواعد الشرع حتى يميز بين العرف الذي يجوز بناء الأحكام عليه وبين غيره؛ فإن المتقدمين شرطوا في المفتي الاجتهاد، وهذا مفقود في زماننا، فلا أقل من أن يشترط فيه معرفة المسائل بشروطها وقيودها التي كثيرا ما يسقطونها، ولا يصرحون بها اعتمادا على فهم المتفقه.

وكذا لا بد له من معرفة عرف زمانه وأحوال أهله، والتخرج في ذلك على أستاذ ماهر، ولذا قال في آخر "منية المفتي": لو أن الرجل حفظ جميع كتب أصحابنا لا بد أن يتلمذ للفتوى، حتى يهتدي إليه؛ لأن كثيرامن المسائل يجاب عنه على عادات أهل الزمان فيما لا يخالف الشريعة. وفي "القنية": ليس للمفتي ولا للقاضي أن يحكما على ظاهر المذهب ويتركا العرف ونقله منها في خزانة الروايات". وهذا صريح فيما قلنا من أن المفتي لا يفتي بخلاف عرف أهل زمانه. ويقرب منه ما نقله في "الأشباه" عن "البزازية" من أن المفتي يفتي بما يقع عنده من المصلحة.وكتبت في "رد المحتار" في باب القسامة فيما لو ادعى الولي على رجل من غير أهل المحلة، وشهد اثنان منهم عليه، لم تقبل عنده، وقالا : تقبل إلخ. نقل السيد الحموي عن العلامة المقدسي أنه قال: توقفت عن الفتوى بقول الإمام، ومنعت من إشاعته؛ لما يترتب عليه من الضرر العام، فإن من عرفه من المتمردين يتجاسر على قتل النفس في المحلات الخالية من غير أهلها، معتمداً على عدم قبول شهادتهم عليه، حتى قلت: ينبغي الفتوى على قولهما، لا سيما والأحكام تختلف باختلاف الأيام.[10]

وتوضيح ذلك أن أن النصوص في نظر المجتهد على نوعين: معللة وغير معللة: أي مقصودة بذاتها، وتحديد راجع لنظر المجتهد، ففي نص الأصناف الستة الربوية اختلفت الأنظار عند أصحابنا، فأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله جعلا النص في هذه الأصناف الستة مقصود بذاته وغير معلل وفي غيرها من الأصناف معلل، وأما أبو يوسف رحمه الله فجعل النص معللاً في الأصناف الستة وغيرها.

فيكون معنى قول صاحب الهداية:لأن النص أقوى من العرف، خاص بهذه المسألة وأمثالها من المسائل التي بنيت على نص غير معلل، وبالتالي لا يلتفت فيها إلى العرف، والنص هو الحاكم فيها، وهو أقوى من العرف؛لأنها لم تبن على العرف حتى يلتفت فيها، وهذا كله راجع لنظر المجتهد، بخلاف غيره من المجتهدين الذي نظروا في نفس المسألة ورأوا أنها معللة فإنهم يراعون العرف فيها، ويجعلونه مفسراً وموضحاً للعلة الموجودة في النص، كما ذكر صاحب الهداية في تعليل قول أبي يوسف رحمه الله يعتبر العرف على خلاف المنصوص عليه أيضاً؛ لأن النص على ذلك لمكان العادة، فكانت هي المنظور إليها، وقد تبدلت، فجعل نظر أبي يوسف رحمه الله إلى النص معلل، وقد تبدلت العلة كما أخبرنا العرف.

شروط العرف العادة فى القانون العملى:

يشترط علماء القانون للعمل بالعرف خمسة شروط، منها أربعة متفق عليها عندهم، وفي الخامس خلاف، وإليك هي :

[10] Muhammad Amīn al-Shāmī, Sharha ʻAqūd Rasm al-Muftī, 75.

الشرط الأول:أن يكون العرف عاماً، ومعنى العموم هنا : أن يكون صادراً من الأغلبية، وليس معنى ذلك أن يكون العرف عاماً، وشاملاً لجميع الأقاليم في الدولة، بل يكون كذلك، ويكون خاصاً بإقليم أو بلدة، وهو ما يسمونه بالعرف المحلي، كما يكون أيضاً عرفاً مهنياً كعرف أهل الصناعات والحرف المختلفة .

الشرط الثاني: أن يكون قديماً، والمقصود بذلك : أن يمضي على العرف زمن طويل يكفي للدلالة على أن هذا العرف متأصل في النفوس ونابع من حاجة المجتمع. إلا أن هذه المدة لا يمكن تحديدها بزمن معين ؛ لأنها تختلف من عرف لآخر، فمثلاً : العرف الزراعي يحتاج في تكوينه إلى مدة أطول من العرف التجاري، والحكم في ذلك هي المحكمة القضائية، التي تتولى الحكم في القضية المستند حكمها على العرف، فمتى رأت أن العرف قديم حكمت بموجبه ومتى رأت خلاف ذلك ضربت به عرض الحائط .

الشرط الثالث: أن يكون ثابتاً ومطرداً، ومعنى ذلك : أن يكون العرف عند نشوئه متبعاً باستمرار وانتظام ، بحيث لم ينقطع في فترة من الفترات. وهذا الاستمرار والثبوت إنما يعتبر بجمهور الناس، أما الأقلية فلا أثر لها في الثبوت .

الشرط الرابع : أن يكون هناك اعتقاد سائد بضرورة احترام العرف واعتباره ملزماً للجماعة شأنه في ذلك شأن القاعدة القانونية، فإذا ما وجد هذا الشرط ارتفعت العادة إلى درجة العرف، أما إذا لم يتوفر الشرط فلا يعتبر عرفاً، وتبقى العادة قاصرة عنه .

وهذه الشروط الأربعة لم أجد بين علماء القانون خلافاً فيها، وإنما الخلاف في الشرط الخامس الآتي .

الشرط الخامس : أن يكون العرف موافقاً للآداب العامة، والقواعد الأساسية التي يقوم عليها التقنين في الدولة، فالعرف لا يعتبر، ولا يكون مصدراً من مصادر القانون إذا لم يراع أخلاق البلاد وآدابها الاجتماعية، كما لا يعتبر إذا خالفه فإنه لا يلتفت إليه، ويكون الحكم والسلطة للقانون.[11]

النتائج التى تم الحصول عليها من المناقشة :

وبعد أن أتيت على نهاية الموضوع،أرى من الواجب علي أن أسجل أهم النتائج التي انتهت إليها الدراسة، وذلك من خلال العرض السريع لأهم ما تضمنه البحث، حتى يتمكن القارئ من جمع أطراف الموضوع والوقوف عليه وقفة إجمالية، وذلك على النحو التالي:

(١) ان الأحكام الشرعية على نوعين :النوع الذى لايتغير بتغير الزمان والنوع الثانى من الأحكام الذى يتغير بتغييرالزمن-

(2) من القواعد المسلم بها عند كل مسلم، صلوح الشريعة الإسلامية لكل زمان ومكان، وصلوحها كامن في

[11]Ahmad bin Alī Mubārīhī, Al-'Urf wa Athruhu Fī al-Shariah wa al-Qānūn (Riyad: Dār al-'Izzat lil Nashr, 1st Edition: 1412 A.H), 106.

الخصائص التي تميزت بها الشريعة عن غيرها من الشرائع ولطبيعة نصوصها التي اتصفت بأنها مرنة، إلا أنها مرونة غير سيالة إذ حوت في حناياها :

(الف) الأحكام والقواعد الكلية التي تمثل الجوهر الأصيل للشريعة والتي لو فرض تغيرها لأدى هذا إلى الإتيان بشرع جديد.

(ب) الأحكام الجزئية التفصيلية التي تتغير بتغير الظروف، وذلك تحقيقا لمقصود الشارع من تشريع الأحكام، فشريعة الإسلام قائمة على مبدأ رفع الحرج ومراعاة مصالح العباد في الآجل والعاجل ومراعاة الضرورات والأعذار والظروف، فتتغير أحكامها تبعا لذلك .

(3)إن المعنى الذي أقصده من تغير الأحكام إنما هو تغيير الوصف الشرعي للوقائع من حالته الأولى إلى حالة أخرى لمؤثرات خارجية أثرت عليه،

(4)الحكم الشرعي هو خطاب الله، وخطاب الله ثابت لا يتغير لأنه وضع ليكون أبدي. فالذي يتغير هو الوصف الشرعي للوقائع والوصف الشرعي في حقيقته أقسام الحكم الشرعي، فالحرمة والوجوب والندب والإباحة هي أوصاف الأفعال المكلفين وتصرفاتهم القولية والفعلية .

(5) بينت خلال البحث أنني لا أقصد بقولي تغير الأحكام الإتيان بشرع جديد ولا أقصد نسخا للأحكام الشرعية، وبينت الفرق بين نسخ الأحكام وتغييرها، فتغيير الأحكام غير خارج عن نطاق الشريعة، وإنما هو تغيير في الأصل الذي بنيت عليه الأحكام من علل وعادات ومصلحة بناءً على الضرورة والحاجة، وذلك من أجل المحافظة على غاية الشارع من تشريع الأحكام من درء مفسدة أو جلب مصلحة .

(6) إن قاعدة تغير الأحكام بتغير الظرف قاعدة ومبدأ أصيل في الشريعة الإسلامية وقد قامت الأدلة من القرآن والسنة على تأكيدها. وإنكار هذه القاعدة فيه من الجمود ما يخالف روح الشريعة ومرونتها وصلوحها لكل زمان ومكان.

(7) أن كلاً من الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي لا يعتبر العرف إذا عارض نصوصه، اللهم إلا إذا كان العرف موجودا في عهد الرسول - ﷺ - كما مضى الحديث عن ذلك في تعارض العرف مع النصوص الشرعية. وكذلك ما سارت عليه بعض الدول من جعل العرف في منزلة التقنين.

(8) يشترط للعرف في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي : أن يكون مطرداً وثابتاً، وموجوداً عند إنشاء التصرف، حتى يتمكن الفقيه والقانوني من الإلزام به، وبناء الحكم عليه .

(9) أن كلا من الفقيه في الشريعة الإسلامية، والقانوني في القانون الوضعي في حاجة ماسة إلى العلم بالعرف حتى يتمكنا من إجراء الحكم على الوجه السليم.

(10) إن الأحكام الشرعية التي تتبدل بتبدل الزمان مهما تغير بتغيره، فإن المبدأ الشرعي فيها واحد وهو إحقاق الحق وجلب المصالح ودرء المفاسد وتحقيق ما فيه نفع المجتمع الإسلامي في ضوء مبادىء الإسلام وقواعده العامة. وعلى هذا فإن المبدأ الشرعي باقي لا يتغير. وليس في النهاية تبدل الأحكام إلا بتبدل الوسائل التي يتحقق بها مراد الله في الأرض. وذلك لأن الأساليب لم تضبطها الشريعة ضبطاً كاملاً، بل بقيت مطلقة وعامة حتى يبقى

للعقل البشري مجال يعمل فيه ويكون متجاوباً مع زمانه ومع ظروفه. إذ ليس هو من أساسه إلا تطبيقاً لأوجه متعددة لحكم ثابت. وأيضاً يكون الثبات في الأصول والكليات، وأما التغير ففي الفروع والجزئيات.

(11) اتفق الجمهور على أن التغير موجود في الشريعة الإسلامية. لكنهم اختلفوا في حدوده وإطاره. وكان هذا على الرغم من عدم احتواء المصادر الشرعية شيئاً باسم التغير إلى زمن القرافي، بل حتى إلى زمن أبي سعيد الخادمي . لكن الأحكام تغيرت في أزمانهم، مثل سقوط سهم المؤلفة قلوبهم . لأنهم رأوا أن هذا الموضوع يقع في إطار الأدلة الشرعية التي لا تتغير حقائقها على الزمن.