



سلطنة عمان

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي والابتكار

كلية العلوم الشرعية

"العرف في الفقه الإسلامي مقارناً بقانون الأحوال الشخصية العماني"

بحث تخرج مقدم لاستكمال متطلبات الحصول على درجة البكالوريوس في الشريعة تخصص / الفقه

وأصوله

إعداد الطالب:

أحمد بن إدريس بن علي الفارسي

إشراف

د/ هلال بن خلفان بن محمد البطاشي

العام الجامعي

1443هـ / 2022م



سلطنة عمان

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي والابتكار

كلية العلوم الشرعية

"العرف في الفقه الإسلامي مقارناً بقانون الأحوال الشخصية العماني"

بحث تخرج مقدم لاستكمال متطلبات الحصول على درجة البكالوريوس في الشريعة تخصص / الفقه

وأصوله

إعداد الطالب:

أحمد بن إدريس بن علي الفارسي

20181059

العام الجامعي

1443هـ / 2022م

©

الإهداء

أهدي هذا البحث لتلك الأرواح التي غادرت من حياتنا وكان لها الأثر العظيم البالغ فيما وصلت

إليه (أبي وأخي) عليهم من الله شآبيب الرحمت والرضوان

وأهديه لأمي الحبيبة التي حفتني بدعواتها المباركة طيلة فترة دراستي ..

وأهديه لزوجتي العزيزة التي ما فترت ولا تخاذلت يوماً عن مساندتي والوقوف بجني ...

وأهديه لكل من ساندني ووقف بجاني طيلة فترة دراستي ..

فشكراً لكم جميعاً ..

الشكر والتقدير

الشكر لله أولاً وآخراً قال تعالى: ﴿لَيْنُ شَكَرْتُمْ لَأَزِيدَنَّكُمْ﴾ (إبراهيم:7) ..

ووجب الشكر للناس قال النبي صلى الله عليه وسلم: " لا يَشْكُرُ الله من لا يَشْكُرُ النَّاسَ " (1)...

الشكر والتقدير موصولٌ لإدارة الكلية وأعضاء التدريس من أساتذة ومدرسين فرداً فرداً ..

كما أشكر شيعي واستاذي والمشرف على بحثي الدكتور/ هلال بن خلفان البطاشي لما أولاه من

اهتمام وعناية وتوجيه ونصح ورشد وعلى كل ما بذله من جهد يشكر عليه فجزاه الله خيراً ..

والشكر موصولٌ أيضاً لفضيلة الشيخ الدكتور/ ناصر السابعي لقبوله مناقشة بحثي المتواضع، الذي

لطالما استفدنا منه ونهلنا من علمه فجزاه الله خيراً.

¹ أبي داود، سليمان بن الأشعث بن إسحاق، سنن أبي داود، رقم الحديث: 4811، ط1، تحقيق: شعيب الأرنؤوط ومحمد كامل قره بللي، (بيروت: دار الرسالة العالمية، 2009م)، ج7، ص188.

تعهد

أتعهد أنا الطالب: أحمد بن إدريس بن علي الفارسي الرقم الجامعي: 20181059

بأن بحثي المقدم إلى المناقشة، جهد فرديّ، ولم أنتحل فيه شيئاً من بحوث الآخرين،

وكل ما استفدته، ودونته، كان وفق آداب البحث وقوانينه، من الاجتهاد، والنزاهة،

والأمانة العلمية، وسائر الضوابط المنصوص عليها.

وأتحمل المسؤولية التامة في حالة ثبوت خلاف ذلك.

والله ما أقول شهيد.

التوقيع :

التاريخ :

2022 / 1443 هـ

بحث تخرج في الفقه وأصوله

أحمد بن إدريس بن علي الفارسي

ملخص البحث

عنوان البحث: العرف في الفقه الإسلامي مقارناً بقانون الأحوال الشخصية العماني.

الطالب: أحمد بن إدريس بن علي الفارسي

المشرف: د/ هلال البطاشي

المناقش: د / ناصر السابعي

أسباب اختيار الموضوع وأهميته:

من أهم أسباب اختيار هذا الموضوع: معرفة أحكام العرف في الفقه ومدى اعتماد الشارع عليها،

التعمق في القانون العماني الذي اعتمد في مسائل كثيرة على العرف، المقارنة بين العرف في نظر

الشارع وبين العرف في نظر القانون، وأما عن أهميته فتكمن فيما تناولناه في بحثنا من تغلغل العرف

في مسائل كثيرة في الفقه والقانون.

أهم النتائج التي توصل لها الباحث:

- العرف ينقسم إلى أقسام بحسب الاعتبارات التي تحيط به.
- العرف أدى لفهم بعض النصوص فهماً يليق بما بعيداً عن التصورات الخاطئة.
- العرف ساهم في صياغة مواد قانونية كثيرة.

- ربط العرف بكثير من المسائل في الفقه والقانون.
- يجب معرفة أعراف الناس وعاداتهم قبل الإفتاء أو نشر الأحكام .
- أن العرف في الفقه الإسلامي مصدر فرعي أما في القانون فهو مصدر رئيسي ثانٍ بعد الدين.

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

الحمد لله وكفى، والصلاة والسلام على نبيه المصطفى، وعلى آله وصحبه ذوي البصيرة والهدى، وعلى من تبعهم وسار على طريق الحق واهتدى.

أما بعد:

فإن شريعتنا الغراء قد استمدت تشريعاتها من الكتاب والسنة كمصدرين أساسين في التشريع، كما جعل جمهور الفقهاء القياس والاجتهاد مصدرين أساسين آخرين، ثم بعد ظهور المذاهب اتخذ أصحابها مصادر فرعية أخرى، فمال أبي حنيفة للاستحسان، وأخذ مالك بعمل أهل المدينة والمصالح المرسلة، وأخذ الشافعي بقول الصحابي وقدمه على القياس وكذلك الاستصحاب، وكذلك أحمد بن حنبل أكثر من الأخذ بأصل الذرائع وهكذا.

وهذه المصادر لا شك أن أغلبها مشترك بين المذاهب في الأخذ بها بين مقلٍ ومكثر، ومن هذه المصادر العرف، حيث أن المذاهب عملت به وجعلته مقدماً على غيره من الأصول كالقياس إذا تعارضاً، وهذا بلا شك يبين مكانة العرف عند الفقهاء وكيف أنهم أولوا العرف أهمية بالغة، بل إن الشريعة بنفسها لما جاءت أقرت بعض الأعراف وصيرتها أحكاماً يتعبد بها، وهذا ما تجده ظاهراً

في ثنايا البحث من أمثلة وتطبيقات تدل على أهمية العرف، حيث أن البحث سلط الضوء على أمر غاية في الأهمية، وباباً من أبواب الفقه وأصوله المتينة التي تمس جوانباً كثيرة من حياة المسلم العملية واليومية، ولها ارتباط كبير بشتى المجالات الحياتية، والأمثلة والتطبيقات التي ذكرت في مكنون هذا البحث ما هي إلا على سبيل المثال لا الحصر، وإلا كما أسلفنا فهي كثيرة ومتشعبة في أبواب متعددة.

ولا شك أن هناك من تكلم في هذا الموضوع، من حيث التطرق للعرف وحده ككتاب التعارف لابن بركة، ونشر العرف لابن عابدين الذي نشر ضمن مجموعة رسائل له، وكذا ذكر في مواضع متفرقة في كتب الفقه والأصول وغيرها، وأما الدراسات الحديثة فقد ظهرت كثير من هذه الدراسات التي تكلمت عن العرف كنظرية فقهية ومن أهم هذه الدراسات رسالة بعنوان "العرف والعادة في رأي الفقهاء" للشيخ أحمد فهمي أبو سنة، وكذلك رسالة بعنوان "أثر العرف في التشريع الإسلامي" للدكتور السيد صالح عوض، وأيضاً "نظرية العرف" للدكتور عبدالعزيز الخياط، وقد صنف الشيخ مصطفى أحمد الزرقا كتابه المدخل الفقهي العام وضمه نظريات ومنها "العرف"، ومن الدراسات العمانية بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي بعنوان "العمل الفقهي عند الإباضية" لشيخنا الدكتور ناصر السابعي، وهناك دراسات وبحوث كثيرة لا يسع المقام لذكرها.

وبعد هذا يتضح للقارئ الإشكالية التي سوف يدور عليها هذا البحث، حيث سوف يربط الباحث العرف كنظرية فقهية من جانب وكنظرية قانونية من جانب آخر، فسيعقد الباحث هنا مقارنة بين الفقه والقانون عن العرف، فجاء عنوان البحث "العرف في الفقه الإسلامي مقارناً بقانون الأحوال الشخصية العماني".

وحيث بقدر المستطاع وبقدر ما توفرت بين يدي من المصادر والمراجع قدمت للقارئ صورة عامة عن العرف، الذي يعد باباً مهماً من أبواب الفقه وأصوله، وركيزة أساسية بنى من خلالها الفقهاء أحكامهم الفقهية.

وقد نسقت بحثي المتواضع هذا ورتبته بحيث جعلته في مقدمة وتمهيد وفصلين ثم خاتمة ضمنيتها جملة من التوصيات، وجاء كالاتي:

- أولاً: التمهيد: العرف تعريفه والفرق بينه وبين العادة وأسباب نشوءه وأسباب تغيره، وقد ضمنته مبحثين اثنين، وهما:

المبحث الأول: ذكرت فيه تعريف العرف لغة واصطلاحاً والفرق بينه وبين العادة، وجاء في ثلاثة مطالب، وهي:

المطلب الأول: تعريف العرف لغةً.

المطلب الثاني: تعرف العرف اصطلاحاً.

المطلب الثالث: الفرق بين العرف والعادة.

المبحث الثاني: أسباب نشوء العرف وأسباب تغيره، وجعلت فيه مطلبان، وهما:

المطلب الأول: أسباب نشوء العرف.

المطلب الثاني: أسباب تغير العرف.

ثانياً: **الفصل الأول:** ذكرت فيه حجية العرف وأقسامه وشروطه، وفيه ثلاثة مباحث،

وهي:

المبحث الأول: حجية العرف، وفيه ثلاثة مطالب، وهي:

المطلب الأول: القرآن والسنة.

المطلب الثاني: المذاهب الفقهية.

المطلب الثالث: العرف واختلاف الفقهاء.

المبحث الثاني: أقسام العرف، وقد قسمته إلى ثلاثة اعتبارات، وهي:

الاعتبار الأول : أقسامه من حيث سببه.

الاعتبار الثاني : أقسامه من حيث من يصدر عنه العرف.

الاعتبار الثالث: أقسامه من حيث موافقة قواعد الشريعة أو مخالفتها.

المبحث الثالث: شروط العرف، وقد ذكرت فيه أربعة شروط، وهي:

الشرط الأول : أن يكون العرف مطّرداً أو غالباً.

الشرط الثاني : أن يكون العرف قائماً وقت إنشاء التصرف الذي يحمل عليه.

الشرط الثالث: أن لا يكون العرف مخالفاً لأدلة الشرع.

الشرط الرابع: أن لا يوجد قول أو عمل يفيد عكس مضمونه.

ثالثاً: **الفصل الثاني:** العرف عند أهل القانون تعريفه وحجتيه وتطبيقاته القانونية، وقد

احتوى على مبحثين، وهما:

المبحث الأول: تعريف العرف وحجتيه وشروطه في القانون، وجاء في ثلاثة مطالب، وهي:

المطلب الأول: تعريف العرف في القانون.

المطلب الثاني: حجية العرف في القانون.

المبحث الثاني: تطبيقات على العرف من قانون الأحوال الشخصية العماني، ذكرت فيه

ثلاثة تطبيقات، وهي:

التطبيق الأول: الكفاءة في الزواج.

التطبيق الثاني: تراخي القبول عن الإيجاب في عقد الزواج.

التطبيق الثالث: عدالة الولي.

وقد حاولت جاهداً أن أقدم للقارئ الكريم ما يفيدُه ويعينه في هذا الموضوع، فما كان من

خطأٍ أو سهوٍ أو تقصيرٍ فمن نفسي والشيطان، وما كان من صوابٍ وهدىٍ وتيسيرٍ وتوفيقٍ فمن

الله وحده سبحانه، والحمد لله رب العالمين.

تمهيد

العرف تعريفه والفرق بينه وبين العادة وأسباب نشوءه وأسباب تغيره

كما بينت في المقدمة التقسيم الذي اتبعته في تبويب هذا البحث، حيث جعلت في أوله تمهيداً أعرف فيه العرف لغة واصطلاحاً، ثم أذكر الفرق بينه وبين العادة، وأتطرق لأقوال العلماء فيه، وبعدها أذكر أسباب النشوء والتغير التي تطرق على العرف، وقد حاولت أن أمهد بهذا التمهيد قبل الشروع في مكنون البحث الذي في صدد الكتابة فيه، والشروع فيما قد عزمت عليه.

المبحث الأول

تعريف العرف

المطلب الأول: العرف لغةً :

العرف في اللغة يطلق على معانٍ عديدة منها ما هو حقيقي ومنها ما هو مجازي ، أما معانيه الحقيقية فهي كالظهور والوضوح والارتفاع كالمعروف والجود وما تعرفه النفس من الخير

وتطمئن إليه ، وأما معانيه المجازية فمنها إطلاقه على أعراف الريح والسحاب والضباب مراداً به أوائلها ، ومنها أيضاً إطلاقه على موج البحر.(2)

وقد ذكر ابن فارس⁽³⁾ في كتابه مقاييس اللغة حيث قال : " (عَرَفَ) العين والراء والفاء أصلاً صحيحان، يدل أحدهما على تتابع الشيء متصلاً ببعضه ببعض، والآخر على السكون والطمأنينة ، فالأول العُرْفُ : عُرِفُ الفرس ، وسمي بذلك لتتابع الشعر عليه ، ويقال : جاءت القطا عُرْفاً عُرْفاً، أي بعضها خلف بعض ، والأصل الآخر المعرفة والعرفان، تقول: عَرَفَ فلانٌ فلاناً عرفاناً ومعرفةً ، وهذا أمرٌ معروفٌ ، وهذا يدل على ما قلناه من سكونه إليه، لأن من أنكر شيئاً توخَّش منه ونبا عنه".(4)

وجاء في لسان العرب : " والعُرْفُ : الاسم من الاعتراف ، ومنه قولهم : له علي ألف عُرْفاً أي اعترافاً ، وهو تأكيد ، ويقال : أتيت متنكراً ثم استعرفت أي عرّفته من أنا ، والمعروف ضد المنكر ، والعرف ضد النكر ، يقال : أولاه عُرْفاً أي معروفاً ، والمعروف والعارفة خلاف النكر ،

² راجع: الفيروز آبادي، أبو طاهر محمد بن يعقوب ، القاموس المحيط، تحقيق: محمد نعيم العرقسوسي، ط8، (بيروت: مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع ، 2005م)، ج1، ص836 وما بعدها .

³ احمد بن فارس بن زكريا بن محمد الرازي أبو الحسين، توفي عام 390، وقيل : 375، من مؤلفاته: المجمل في اللغة، وحلية الفقهاء، ومعجم مقاييس اللغة. انظر: احمد بن محمد بن إبراهيم بن أبي بكر ابن خلكان، وفيات الاعيان، تحقيق: إحسان عباس، ط1، (بيروت: دار صادر، 1994م)، ج1، ص118 .

⁴ الرازي، احمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبدالسلام هارون، د.ط ، (د.م ، دار الفكر ، 1979)، ج4، ص281، مادة "ع ر ف".

والمعروف : كالْعُرْف ، وقوله تعالى: ﴿وَصَاحِبُهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾ (لقمان:15) ، أي مصاحباً

معروفاً ، قال الزجاج⁽⁵⁾: المعروف هنا ما يستحسن من الأفعال ، والعُرْف والعارفة والمعروف واحد

ضد النكر ، وهو كل ما تعرفه النفس من الخير وَتَبَسَّأَ به وتطمئن إليه".⁽⁶⁾

المطلب الثاني: العرف اصطلاحاً :

للعرف عند الفقهاء تعريفات كثيرة وهي متقاربة من بعضها البعض نذكر منها:

- العادة و العرف هو ما استقر في النفوس من جهة العقول وتلقته الطباع السليمة

بالقبول ، ذكر هذا التعريف الشيخ أبو سنة ونسبه للنسفي⁽⁷⁾ من خلال كتابه (المستصفى) وذكر

انه من اقدم ما قيل في العرف.⁽⁸⁾

⁵ إبراهيم بن محمد بن السري بن سهل الزجاج النحوي أبو إسحاق، عالم في النحو واللغة والادب، توفي 310 وقيل 311 وقيل 316، من مؤلفاته : الأمالي والاشتقاق والعروض والفرق والقوافي. انظر : احمد بن محمد بن إبراهيم بن أبي بكر ابن خلكان، وفيات الاعيان، تحقيق : إحسان عباس، ط1، (بيروت: دار صادر، 1994م)، ج1، ص49 وما بعده.

⁶ ابن منظور، ابي الفضل محمد بن مكرم، لسان العرب، ط3، (بيروت: دار صادر، 1414هـ)، ج9، ص238 وما بعده ، مادة (عرف) .

⁷ عبدالله بن احمد بن محمود ، أبو البركات ، حافظ الدين ، احد الزهاد المتأخرين صاحب التصانيف المفيدة في الفقه والأصول ، توفي عام 711هـ ، من مؤلفاته : المستصفى في شرح المنظومة ، الكافي في شرح الوافي ، كنز الدقائق وغيرها . انظر : عبدالقادر بن محمد بن نصر الله القرشي ، الجواهر المضبية في طبقات الحنفية ، تحقيق عبدالفتاح محمد الحلو ، ط2 ، (القاهرة : هجر للطباعة والنشر والتوزيع ، 1993م) ، ج2 ، ص294 وما بعده .

⁸ راجع : أبو سنة ، احمد فهمي ، " العرف والعادة في رأي الفقهاء عرض نظرية في التشريع الإسلامي " ، (رسالة لنيل درجة الاستاذية ، جامعة الازهر ، 1941م) ، ص9.

- وعرفه الجرجاني في التعريفات : "العرف هو ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول وتلقته الطبائع بالقبول".⁽⁹⁾

- وذكر صاحب نيل السؤل بعض التعريفات نقلاً عن بعض أهل العلم ، فذكر عن ابن عطية تعريفه للعرف فقال : "العرف هو كل ما عرفته النفوس مما لا تردده الشريعة".

- وذكر ايضاً تعريفاً آخر لابن ظفر فقال : "العرف ما عرفت العقلاء أنه حسن وأقرهم الشارع عليه".⁽¹⁰⁾

- وعرفه الدكتور السيد صالح عوض فقال : "العرف هو ما استقر في النفوس واستحسنته العقول وتلقته الطبائع السليمة بالقبول ، واستمر الناس عليه ، مما لا تردده الشريعة وأقرتهم عليه".

فشرح هذا التعريف قائلاً :

((ما يشمل كل عرف ، وتقييده بالاستقرار في النفوس يخرج العرف الذي لا يستقر ويزول ، كالعرف الذي يحدث مرة واحدة أو أكثر ولا يستقر في النفوس واستحسنته العقول يخرج من الأعراف ما لا تستحسنه العقول.

⁹ الجرجاني ، علي بن محمد بن علي ، التعريفات ، تحقيق : محمد علي أبو العباس ، ط 1 ، (القاهرة : دار الطلائع :، 2013) ، ص 150 ، باب العين / فصل الراء .

¹⁰ الولائي ، محمد بن يحيى ، نيل السؤل على مرتقى الوصول ، تصحيح وتدقيق ومراجعة : بابا محمد عبد الله محمد يحيى الولائي ، دط ، (الرياض : دار عالم الكتب ، 1992م) ، ص 198.

" وتلقته الطباع السليمة بالقبول " يخرج ما لم تتلقاه الطباع السليمة بالقبول وتلقته الطباع غير السليمة بالقبول ، كاعتبار مظاهر الإباحة واللهو العابث عرافاً كما في البلاد الأوربية وعند من قلدوهم دون وعي عرفاً لأنها طباع دنستها الأهواء والشهوات.

" مما لا تردده الشريعة " يخرج العرف الذي تردده الشريعة الإسلامية لأنه يخالف نصوصها وأحكامها ، كالتعامل بالربا بكل مظاهره وألوانه في البنوك وغيرها ، لأنها أعراف استقرت تبعاً للأهواء والشهوات.

" وأقرهم الشارع " يخرج من الأعراف ما كان عند ورود للشريعة ولم تقر الناس عليه ، ويخرج أيضاً ما يطرأ من الأعراف التي ترددها الشريعة ولا تقرها ((.⁽¹¹⁾

المطلب الثالث: الفرق بين العرف والعادة:

أولاً سوف نعرف العادة لغة واصطلاحاً ثم نوضح هل هما مترادفين او مختلفين في المعنى ثم نتطرق للحديث عن الفرق بينهما وخلاف العلماء في ذلك .

العادة في اللغة : جاء في لسان العرب "العادة : الديدن يعاد إليه ، معروفةٌ وجمعها عادٌ وعاداتٌ، وتعود الشيء وعاده وعاولده معاودةٌ وعِوادةٌ واعتاده واستعاده وأعاده أي صار عادةً له، أنشد ابن الأعرابي :

¹¹ عوض، السيد صالح، اثر العرف في التشريع الإسلامي، دط، (القاهرة : دار الكتاب الجامعي ، دت)، ص52 .

لم تزل تلك عادة الله عندي ** والفتى آلف لما يستعيد

وقال أيضاً : تعود صالح الأخلاق إني ** رأيت المرء يألف ما استعدا

وقال أبو كبير الهذلي : إلا عواسل كالمراط معيدة ** بالليل مورد أيم متغصّف (12)

وأما في الاصطلاح ، فقد عرف الجرجاني العادة بأنها "ما استمر الناس عليه على حكم المعقول، وعادوا إليه مرة بعد أخرى". (13)

ويلاحظ من تعريف العادة اشتراط الاستمرار ومما سبق في تعريف العرف أنهم اشتراطوا الاستقرار، لأن العادة لا تسمى عرفاً إلا اذا استقرت كما يشترط العود إلى الشيء مرة بعد أخرى . وبعد أن عرّفنا العرف والعادة وبيننا مفهوم كلاً منهما، وعند النظر لهذه التعريفات تظهر بعض الفروقات جعلت العلماء تظهر لهم وجهات نظر مختلفة حول ترادف العرف والعادة أو انفصالهما وأن كلاً منهما مستقل عن الآخر، وقد سلكوا في ذلك مسالك نوردّها هنا :

المسلك الأول : سلك هذا المسلك النسفي كما بينا سابقاً ، وتبعه في ذلك أيضاً ابن

عابدين⁽¹⁴⁾ حيث قال في رسائله: "العادة مأخوذة من المعاودة فهي بتكررها ومعاودتها مرة بعد

¹² ابن منظور ، لسان العرب ، مرجع سابق ، ج 3 ، ص 316 وما بعده .

¹³ الجرجاني ، التعريفات ، مرجع سابق ، ص 149 .

¹⁴ محمد أمين بن عمر بن عبدالعزيز عابدين الدمشقي، فقيه الديار الشامية، ومفتي الحنفية في عصره، ولد سنة 1198هـ ، وتوفي سنة 1252هـ، من مؤلفاته: رد المختار على الدر المختار، العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية، نسيمات الأسحار

أخرى صارت حقيقة عرفية، فالعادة والعرف بمعنى واحد من حيث الماصدق وإن اختلفا في المفهوم".⁽¹⁵⁾

ومن ذهب هذا المذهب وسلكه الشيخ الخلاف حيث قال : " وفي لسان الشرعيين لا فرق بين العرف والعادة "⁽¹⁶⁾، وأيضاً كثير من شراح المجلة كعلي حيدر⁽¹⁷⁾، وسليم رستم باز، والأتاسي⁽¹⁸⁾ وغيرهم.

ونخلص من كلام الإمام النسفي وابن عابدين والشيخ الخلاف وشراح المجلة وغيرهم أن العرف والعادة مترادفان لا ينفك أحدهما عن الآخر .

المسلك الثاني: وهو ما سلكه بعض العلماء أن العادة هي عرف عملي، وهذا واضح من تعريف ابن الهمام⁽¹⁹⁾، حيث حصر العادة في الجانب العملي، أما العرف فهو أعم فيشمل القول والعمل، فيكون كل عادة عرف ولا يصح العكس، وعليه يكون بينهما عموم وخصوص مطلق.

على شرح المنار وغيرها. انظر: خير الدين بن محمود بن محمد بن علي بن فارس الزركلي، الأعلام، ط15، (بيروت: دار العلم للملايين، 2002م)، ج6، ص42.

¹⁵ ابن عابدين، محمد امين افندي، مجموعة رسائل ابن عابدين ، د.ط، (د.م: دن، د.ت)، ج2، ص114.

¹⁶ الخلاف، عبد الوهاب، علم أصول الفقه، ط1، (الرياض : مكتبة الرشد ، 2010م)، ص165.

¹⁷ انظر: حيدر، علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تعريب: فهمي الحسيني، طبعة خاصة، (الرياض: دار عالم الكتب، 2003م)، ج1، ص44.

¹⁸ انظر: الباحسين، يعقوب بن عبد الوهاب، العادة محكمة، ط2، (الرياض: مكتبة الرشد، 2012م)، ص50.

¹⁹ انظر: ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد، التحرير، د.ط، (مصر: مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، 1351هـ)، ص125.

المسلك الثالث: أن العادة مخصوصة بالفعل، والعرف مخصوص بالقول، أي أنهما متباينان، وقد نسب هذا الرأي إلى شمس الدين الفناري، ونقل عنه قوله في فصول البدائع حيث قال: "حصر المشايخ قرينة المجاز في خمسة، ما بدلالة العرف قولاً، والعادة فعلاً" (20).

وقيل غير ذلك إلا أنه ما تميل له النفس وما تضافرت عليه أقوال العلماء قديماً وحديثاً أن العرف والعادة هما واحد وليس بينهما فرق أو اختلاف، كمن قال بينهما خصوص وعموم أو أن العادة تقتصر على الجانب العملي وغير ذلك من الأقوال.

المبحث الثاني

أسباب نشوء العرف وتغيره

عند الرجوع لتحليل وسبر الأسباب التي أدت لنشوء الأعراف وتغيرها في المجتمعات، فإنه يصعب تحديد هذه الأسباب لأنها تعتربها الغموض، إلا أنه قد لاحظ العلماء جملة من الأسباب التي تؤدي وتؤثر لنشأة هذا الأعراف والعادات وتغيرها، وسوف نتطرق هنا لذكر بعض أهم هذه الأسباب التي عليها مدار نشأة هذه الأعراف والعادات وأسباب تغيرها كذلك، وذكر هذه الأسباب ليس من قبيل الحصر لها بل ذكراً للأهم منها والشائع.

²⁰ الفناري، شمس الدين محمد بن حمزة بن محمد، فصول البدائع في أصول الشرائع، تحقيق: محمد حسين محمد حسن إسماعيل، ط1، (بيروت: دار الكتب العلمية، 2006م)، ج2، ص177.

المطلب الأول: أسباب نشوء العرف:

كما أسلفنا أن هناك طائفة من الأسباب التي أدت لنشوء هذه الأعراف، وقد يختلف بعضها عن بعض، وهذه الأعراف سواء كانت فردية أو جماعية، أو على مستوى طبقات المجتمعات والأقاليم، وسوف اقتصر على ذكر أهم وأكثر الأسباب شيوعاً، وهذه الأسباب هي:

1) السبب الأول: الضرورة أو الحاجة:

رغبة الناس وحاجتهم في البحث عن كل ما يعود عليهم باليسر والسهولة ورفع المشقة عنهم، وذلك لحفظ حقوقهم بالوسائل المناسبة لعصرهم، وهذا هو السبب الأبرز والأهم فيما يتعلق بنشوء هذا العادات والأعراف، ومن ثمَّ جريان العرف فيها حتى تتحقق المقاصد وتعمَّ الطمأنينة والراحة بين الناس، وما لا شك فيه أن هذا يسري في جميع تعاملات الناس وفي جميع مجالات حياتهم من تعليم، وصناعة، واقتصاد، وزراعة، فكل أصحاب مهنة من المهن تنشأ بينهم أعراف وعادات يرتاحون إليها ويرون فيها تيسير أمورهم وحفظ حقوقهم، وكذلك رجوعهم وتحاكمهم إليها عند اختلافهم وتخاصمهم، وذلك كتعارفهم على طريقة البيع والشراء وصياغة العقود وتسليم البضائع ودفع الثمن والرسوم، والجمارك والشحن، والتعامل مع البنوك المحلية والخارجية، وكذلك الوسيط (السمسار) الذي جرى العرف بإعطائه نسبة معينة من قيمة العقار المباع أو المؤجر، وأنها على المشتري أو المستأجر، وذلك بسبب حاجة المتعاملين إلى ذلك؛ لما يقوم به الوسيط من مهمة

التسويق والبحث عن مشترين أو بائعين وإبرام العقود وغير ذلك، ولعل هذا السبب وهو دفع الضرورة أو الحاجة القائمة إلى التحاكم إلى العرف يأتي في مقدمة أسباب نشوء العرف، والضرورات والحاجات تتجدد بتجدد العصور.

(2) السبب الثاني: التقليد والمحاكاة للغير:

وهذا السبب مما يكثر التأثير في تكوين الأعراف والعادات، ويتجلى ذلك في بعض الصور منها:

1- المجتمعات الخاضعة: حيث أن المجتمعات الخاضعة أو المغلوبة على أمرها، هي التي تنحو هذا المنحى لتقليد من تغلب عليها، وذلك ظناً منها أن لهذه الأعراف والسلوك الأثر في تفوقه عليهم، وغلبتهم على بلدهم، وقد أورد ابن خلدون في مقدمته عن هذا فقال: "ولذلك ترى المغلوب يتشبه أبداً بالغالب"⁽²¹⁾، ويعود ذلك لاعتقاد المتشبه بكمال الغالب وعظمته، وأنه ما تغلب عليه إلا لما اتخذه من العوائد والمذاهب، فيتشبه به في كل شؤون حياته، وهذا يفسر لنا كثيراً من الأعراف والعادات التي نشأت في بلاد المسلمين وذلك نتيجة إعجابهم بالحضارة الغربية، واعتقاداً منهم أن لمثل عاداتهم أثراً في تطوّرهم وتقدّمهم، نتيجة لتغلغل مثل هذه العادات والأعراف

²¹ ابن خلدون، ولي الدين عبدالرحمن بن محمد، المقدمة، تحقيق: عبدالله محمد الدرويش، ط1، (دمشق: دار يعرب، 2004م)، ج1، ص283.

الدخيله على مجتمعاتنا ظهر ما يسمى بتحرر المرأة، من مخالطتها بالرجال وتبرجها، وكذلك تقليد الشباب لهم في ملابسهم وهياتهم.

2- المساواة بالغير: ويقصد بها رغبة بعض الناس أن يساوا غيرهم في كثير من الأمور، كحفلات الزواج التي صار البعض يتنافس في إقامتها في أغلى الأماكن، وولائم الأعراس التي أصبح الناس يقدمون فيها أصناف مختلفة من المأكولات والأطعمة.

3- التقليد الديني: وعادة ما تظهر مثل هذا المحاكاة في المجتمعات التي تختلط فيها الفرق الدينية أو الديانات الأخرى، سواء كانوا من أهل الكتاب أو غيرهم، ومن هذا التقليد مشاركة المجتمعات الإسلامية للنصارى في بعض أعيادهم، وكذلك مشاركة السنة وغيرهم للشيعة في مواسم العزاء والاحتفالات الخاصة بهم، وأيضاً تأثرهم ببعض الأعياد المشتهرة عند الفرس، كما أنه لا زالت شريحة كبيرة من المسلمين في بعض المجتمعات الاحتفال بأعياد ميلادهم تقليداً للغرب.

(3) السبب الثالث: الموروث عن الآباء والأجداد:

لا شك في تأثير هذا السبب في نشوء الأعراف والعادات، وشدة تعلق الناس بهما، فللعرف من هذا الجانب سلطان واضح على النفوس لا تجرؤ على تخطيه ومخالفته، وغالباً ما يعبر الناس عن ذلك بالعادات والتقاليد، ويقصد بذلك ما ألفه الآباء والأجداد واعتادوه يبقى تأثيره

على من بعدهم مدة من الزمن، وهذه العادات منها الصالح ومنها الطالح⁽²²⁾، وقد قال المولى عز وجل : ﴿وَكَذَلِكَ مَا أَرْسَلْنَا مِنْ قَبْلِكَ فِي قَرْيَةٍ مِنْ نَذِيرٍ إِلَّا قَالَ مُتْرَفُوهَا إِنَّا وَجَدْنَا آبَاءَنَا عَلَى أُمَّةٍ وَإِنَّا عَلَى آثَارِهِمْ مُقْتَدُونَ﴾ (زخرف: 23)، ومن هذه الموروثات زيارة قبور الأولياء والأضرحة والذبح على سبيل النذر لها، فهذه الموروثات عن الآباء والأجداد تمكنت في النفوس حتى أصبحت كالعقيدة يفعلها الناس ولا يجدون لها تفسيراً ولا سبباً لوجودها، وقد يتصورون أنها الحق الذي لا حق غيره.⁽²³⁾

المطلب الثاني: أسباب تغير العرف:

كما أن للأعراف أسباب تؤدي لنشأتها وتكونها، فإن هناك أسباب أيضاً لتغير هذه الأعراف وتحولها وبالتالي تؤدي إلى تغير الأحكام الاجتهادية، حيث أن بعض أسباب النشوء هي نفسها أسباب لتغير الأعراف، وحيث أن أسباب التغير كثيرة ويصعب حصرها، فسنورد أهم هذه الأسباب، وهي:

1) السبب الأول: تغير الحاجات:

²² انظر: المشعل، عبدالعزيز بن عبدالرحمن، "أثر العرف والعادة في دراسة النوازل الفقهية مع تطبيقات فقهية معاصرة"، (بحث

نشر في مجلة الإمام محمد بن سعود، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، 201م)، ص19.

²³ انظر: الباحسين، قاعدة العادة محكمة، مرجع سابق، ص90.

قد سبق وذكرنا في أسباب نشوء العرف الضرورة والحاجة، ونوردها هنا أيضاً حيث أن للحاجات أثر في تغير الأعراف وتبدلها، وحاجة الناس تتغير وتتبدل بحسب الأوضاع الاجتماعية، وتطور المعاملات بين الناس وأساليب حياتهم.

ومن أمثلة تغير حاجات الناس وتبعها تغير أعرافهم، تعارف الناس سابقاً على بيع الحبوب والأرز بالكيل، إلا أنه مع تطور الأوضاع وتغير المعاملات بين الناس أصبحت تباع بالوزن أو بالأكياس المعبأة الموزونة بالأجهزة الحديثة.

(2) السبب الثاني: أوامر الحاكم:

لأوامر الحاكم أثر في إنشاء الأعراف، وكذلك لها أثر في تغير هذه الأعراف وتبدلها، وكما هو معلوم أن للحاكم سلطة وقوة في فرض الأوامر وسن القوانين التي سوف تتحول فيما بعد إلى أعراف وعادات يسير عليها الناس، وإن التطور في شتى المجالات التنموية والاقتصادية، والعلاقات بين الدول، وظهور المصانع الكبرى والموانئ، واتساع التجارة ووجود ما يسمى بالشركات العابرة للقارات وغيرها من الأمور، اقتضى ذلك وجود قوانين وتنظيمات كونت شكلاً جديداً لأحوال الناس وأوضاعهم، وغيّرت لديهم عادات وأعراف كثيرة، وأوجدت هذه القوانين والتنظيمات عرفاً عاماً أثر في حياة الناس، وأدى إلى استنباط أحكام جديدة، ومن ذلك إلزام الناس بحمل جواز سفر لا يستطيع الفرد دخول أي بلد إلا به، ويلحق بذلك استخراج تأشيرة لدخول بعض الدول

التي لا يسمح للفرد بدخول بعض الدول إلا باستخراجها، وكذلك تسجيل السيارات باختلاف أنواعها وأحجامها في دائرة التراخيص أو المرور، وكذلك في بعض الدول يتطلب تأمين على السيارات وذلك إلزاماً حتى يتم تسجيلها في المرور، على خلاف بين العلماء في جواز التأمين، حيث الأصل فيه عدم الجواز لمشابته المقامرة، وذهب البعض لجوازه قياساً على عقد الموالاة، أو الحراسة⁽²⁴⁾، أو بيع الوفاء الذي أباحه الحنفية إعتماًداً على العرف، ونفوا أن يكون فيه غرر أو جهالة مقضية إلى نزاع.⁽²⁵⁾

(3) السبب الثالث: اختلاط الناس وتغير أفكارهم وتأثرهم بالأوضاع والعادات الجديدة:

قد تتغير أفكار الناس نتيجة لتأثرهم بأفكار غيرهم واختلاطهم بهم ومطالعاتهم لكتبهم، وقد تتغير أوضاعهم أيضاً تبعاً لهذه المخالطة، ونتيجة للفتوحات والتداخل والتزاوج بينهم، ولوسائل الإعلام الحديثة كالإذاعة والتلفاز ومواقه التواصل الاجتماعي وغيرها.⁽²⁶⁾

وهذا كله يؤثر على أعراف الناس، وأثر هذا ينتقل إلى الأحكام والقوانين، إلا أن الإسلام قد تميز بوضع قواعد وحدود وقيم وأخلاق، حددها ووضحها بالقرآن والسنة، وهما نصان ثابتان لا يتغيران، وهناك صور كثيرة لأعراف تغيرت بسبب تغير أوضاع الناس وأحوالهم، كالنكاح الذي كان

²⁴ انظر: الخياط، نظرية العرف، مرجع سابق، ص 94.

²⁵ انظر: الحماد، حمد بن حماد بن عبدالعزيز الحماد، عقود التأمين حقيقتها وحكمها، (بحث نشر في مجلة الجامعة الإسلامية، الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، 1405هـ)، ص 83 وما بعده.

²⁶ انظر: الخياط: نظرية العرف، مرجع سابق، ص 92.

يتم بالصيغة والشهود أو إشهار النكاح، إلا أنه مع تطور الحياة وفساد بعض الناس ولما خربت
الذمم أوجبت المحاكم تسجيل عقود النكاح في المحاكم وتوثيقها واستخراج وثيقة رسمية تثبت ذلك.

الفصل الأول

حجية العرف وأقسامه وشروطه

بعد هذا التمهيد وجب الشروع في ذكر الأدلة التي جعلت من العرف حجة للعلماء حتى يستندوا عليه في صياغة الأحكام الفقهية، وكذلك ذكر تقسيمات العرف التي اعتمدها الفقهاء وساروا عليها، وعليها اعتمدوا في أخذ احكامهم وبنوا عليها اجتهاداتهم، ولا شك أن هذه المصادر حتى تصبح مصدر أساسي لابد أن تتوفر فيها جملة من الشروط حتى تكون معتبرة عند الفقهاء ويمكن العمل بها والأخذ بها.

المبحث الأول

حجية العرف

المطلب الأول : القرآن والسنة:

جُلُّ الفقهاء اعتبروا العرف حجة في استمداد بعض الأحكام ، وإن اختلفوا في بعض الشروط والتفاصيل والأنواع.

وقد استدلل الفقهاء ببعض الأدلة استروحوا منها اعتبار العرف الصالح في الشرع ومدى حجيته في الدين ، ومن هذه الأدلة القرآنية قوله تعالى: ﴿خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ...﴾ (الأعراف: 199) ، قال ابن كثير في تفسير هذه الآية : العرف هو المعروف وهو تفسير ابن عباس ، وهو قول البخاري نقله عن عروة والسدي وقتادة وابن جرير⁽²⁷⁾ ، وفي صفوة التفاسير : العرف هو المعروف والجميل المستحسن من الأقوال والأفعال.⁽²⁸⁾

وجاء في تفسير البغوي قال : وأمر بالعرف أي المعروف ، وهو كل ما يعرفه الشرع ، وقال عطاء : وأمر بالعرف يعني بلا إله إلا الله.⁽²⁹⁾

وفي الكشف قال : العرف هو المعروف والجميل من الأفعال⁽³⁰⁾ ، وقال ابن عطية : وقوله "وأمر بالعرف" معناه بكل ما عرفته النفوس مما لا ترده الشريعة.⁽³¹⁾

²⁷ ابن كثير ، إسماعيل بن عمر ، محمد علي الصابوني ، مختصر تفسير ابن كثير ، تحقيق : محمد علي الصابوني ، ط 7 ، (بيروت : دار القرآن الكريم ، 1981) ، ج 2 ، ص 76 .

²⁸ الصابوني ، محمد علي ، صفوة التفاسير ، ط 1 ، (القاهرة : دار الصابوني للطباعة والنشر والتوزيع ، 1997) ، ج 1 ، ص 453 .

²⁹ البغوي ، الحسين بن مسعود ، معالم التنزيل في تفسير القرآن ، تحقيق : عبدالرزاق المهدي ، ط 1 ، (بيروت : دار احياء التراث العربي ، 1420هـ) ، ج 2 ، ص 260 .

³⁰ الزمخشري ، محمود بن عمرو بن أحمد ، الكشف عن حقائق غوامض التنزيل ، ط 3 ، (بيروت : دار الكتاب العربي ، 1407هـ) ، ج 2 ، ص 190 .

³¹ ابن عطية ، عبدالحق بن غالب بن عبد الرحمن ، المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز ، تحقيق : عبد السلام عبدالشافي ، ط 1 ، (بيروت : دار الكتب العلمية ، 1420هـ) ، ج 2 ، ص 491 .

وجاء في التفسير الميسر للكندي : "وأمر بالعرف" أي هو خصلة يرتضيها العقل ويقبلها

الشرع . (32)

ومما احتج به أيضاً قول الله تعالى : ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ۚ لَا

تُكَلِّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا﴾ (البقرة: 233)، والمعروف الوارد في الآية هو ما تعارف الناس عليه ، قال

الخصاص : " فإذا اشتطت المرأة وطلبت من النفقة أكثر من المعتاد لمثلها لم تعط ، وكذلك إذا قصر

الزوج عن مقدار نفقة مثلها في العرف والعادة لم يحل ذلك وأجبر على نفقة مثلها" (33)، وقال ابن

العربي : " المسألة الخامسة (بالمعروف) ، ثم قال : وحمل على العرف والعادة في مثل ذلك العمل

ولولا أنه معروف ما أدخله الله تعالى في المعروف" (34).

وما يتوافق مع هذه الآية قول النبي صلى الله عليه وسلم لهند أم معاوية : "خذي أنتِ

وبنوك ما يكفيك بالمعروف" (35)، وقد أورد البخاري هذا الحديث في باب "من أجرى أمر الأمصار

على ما يتعارفون بينهم" ، قال مصطفى البغا معلقاً على كلمة (بالمعروف) : "حسب عادة الناس

32 الكندي، سعيد بن أحمد بن سعيد ، التفسير الميسر، ط3، (مسقط: الناشر مكتب المستشار الخاص لجلالة السلطان للشؤون الدينية والتاريخية ، 1436هـ)، ج1، ص472.

33 الخصاص، أحمد بن علي، أحكام القرآن، تحقيق: محمد صادق القمحاوي، د.ط، (بيروت : دار الكتاب العربي ، 1405)، ج2، ص106 .

34 ابن العربي، محمد بن عبد الله، أحكام القرآن، تحقيق وتخرىج وتعليق: محمود عبد القادر عطا، ط3، (بيروت: دار الكتب العلمية، 1424هـ)، ج1، ص274 .

35 البخاري، محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، رقم الحديث: 2211، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، ط1، (د.م : دار طوق النجاة ، 1422هـ)، ج3، ص79 .

في نفقة أمثالك وأمثال أولادك"، وعلى ما قررناه هنا أن العادة والعرف هما بمعنى واحد وليس بينهما فرق.

ومن الأدلة أيضاً مما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه موقوفاً عليه قوله: "ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن" (36)، أي أن كل أمرٍ اجتمع المسلمون على استحسانه فهو حسنٌ ومقبولٌ عند الله، وما كان عكس ذلك فهو مردود وغير مقبول.

ومن الأدلة التي احتج بها الفقهاء ما ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم في حجة الوداع بشأن الزوجات قوله: ﴿فلهن رزقهن وكسوتهن بالمعروف﴾ (37)، وقد فسر المعروف في الحديث

³⁶ رواه أحمد في كتاب السنة وليس في مسنده كما وهم عن ابن مسعود بلفظ: "إن الله نظر في قلوب العباد فاختر محمدًا صلى الله عليه وسلم فبعثه برسالته، ثم نظر في قلوب العباد فاختر له أصحاباً فجعلهم أنصار دينه ووزراء نبيه، فما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن، وما رآه المسلمون قبيحاً فهو عند الله قبيح"، وهو موقف حسن. وأخرجه البزار والطيالسي والطبراني وأبو نعيم والبيهقي في الاعتقاد عن ابن مسعود أيضاً. وفي شرح الهداية للعيني روى أحمد بسنده عن ابن مسعود قال: "إن الله نظر في قلوب العباد بعد قلب محمد صلى الله عليه وسلم فوجد قلوب أصحابه خير قلوب العباد، فجعلهم وزراء نبيه يقاتلون على دينه، فما رآه المؤمنون حسناً فهو عند الله حسن وما رآه سيئاً -وفي رواية قبيحاً- فهو عند الله سيء".

وقال الحافظ ابن عبد الهادي روي مرفوعاً عن ابن إسنادٍ ساقط، والأصح وقفه على ابن مسعود. انظر: إسماعيل بن محمد بن عبد الهادي العجلوني، كشف الخفاء ومزيل الإلباس، تحقيق: عبد الحميد هنداوي، ط1، (د.م: المكتبة العصرية، 2000م)، ج2، ص221.

³⁷ ابن هشام، عبد الملك بن هشام بن أيوب، السيرة النبوية، تحقيق: مصطفى السقا وإبراهيم الأبياري وعبد الحفيظ الشلبي، ط2، (مصر: مطبعة ومكتبة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، 1955)، ج2، ص604.

بالأمر المعتاد عند الناس، أي القدر الذي علم بالعرف والعادة أنه يكفي الزوجة ويقوم بحاجتها حسب المؤلف المعروف⁽³⁸⁾.

المطلب الثاني : المذاهب الفقهية:

وقد اختلفت المذاهب الفقهية في مدى أخذها بالعرف بين مكثّر ومقل ، وسنورد هنا بعضاً من أقوال العلماء كلاً في مذهبه ومدى إلزام كل مذهب بالأخذ بحجية العرف.

حيث اعتبر الإباضية العرف والعادة حجة لإثبات الأحكام الشرعية، وقد صار حجة بالنص، وتعامل الناس به من غير نكير أصل من الأصول، ويؤكد الوارجلاني هذا الأمر فيقول: "ومناهي المسلمين مقتبسة من مناهي الرسول صلى الله عليه وسلم ومن قوله عليه السلام وما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن، وما رآه المسلمون سيئاً فهو عند الله سيء، فإن حجر المسلمون على مباح كان محظوراً، وإن أهملوه رجع إلى الإباحة"⁽³⁹⁾.

ويشير ابن بركة⁽⁴⁰⁾ إلى اعتماده على مدلول هذا الحديث واعتباره دليلاً شرعياً - أي حديث ما رآه المسلمون حسن - على المسائل والنوازل المستجدة إذا اعوزه الدليل من القرآن أو

³⁸ راجع: الباحثين، يعقوب بن عبد الوهاب، العادة محكمة، ط2، (الرياض: مكتبة الرشد، 2012م)، ص124.

³⁹ الوارجلاني ، يوسف بن إبراهيم أبو يعقوب ، العدل والإنصاف ، د.ط ، (سلطنة عمان: وزارة التراث القومي والثقافة ، 1984) ، ج 1 ، ص97.

⁴⁰ عبد الله بن محمد بن بركة السليمي، أبو محمد ، البهلوي، الشهير بابن بركة، من علماء القرن الرابع، من مؤلفاته: الجامع وهو من أشهر مؤلفاته، وكتاب التقييد، وكتاب الموازنة، وكتاب المبتدأ، وكتاب التعارف. انظر: سيف بن حمود بن حامد

السنة أو الإجماع أو القياس، فيقول: "ويدل أيضاً أن الله تعالى تعبد عباده بما يتعارفون فيما بينهم، ويتجاوزونه فيما جرت به عاداتهم، ما لم يقم على تحريمه دليل من كتاب أو سنة أو إجماع من الأمة، لأن جواز ذلك حسن في العقل"⁽⁴¹⁾.

وأما عند الحنفية فقال أبو زهرة: "والعرف الذي اعتبره أبو حنيفة وصاحبا حجة، وقال المخرجون في مذهبه من بعده إن التعارف والتعامل حجة يترك بها القياس ويخص بها الأثر.

ولقد أخذ أبو حنيفة إذن بهذا المنهج الذي اعتبر العرف العام دليلاً حيث لا نص، بل مخصصاً لعموم الآثار الظنية التي تكون بعض صورها منافية للعرف العام الذي يتطابق عليه المسلمون في كل الأقطار الإسلامية، فكان في مذهبه مرونة وقوة".⁽⁴²⁾

وقال ابن عابدين في رسائله:

والعرف في الشرع له اعتبار لذا عليه الحكم قد يدار⁽⁴³⁾

البطاشي، إتحاف الأعيان في تاريخ بعض علماء عمان، ط4، (سلطنة عمان: الناشر مكتب المستشار الخاص لجلالة السلطان للشؤون الدينية والتاريخية، 2016م)، ج1، ص295 وما بعده.

⁴¹ ابن بركة، عبدالله بن محمد بن بركة السليمي، التعارف، تحقيق: بدر بن سيف الراجحي، ط1، (سلطنة عمان: مكتبة مسقط، 2013م)، ص83.

⁴² أبو زهرة، محمد بن أبو زهرة، أبو حنيفة حياته وعصره - آراؤه وفقهه، ط2، (د.م: دار الفكر العربي، د.ت)، ص398 وما بعده.

⁴³ ابن عابدين، رسائل ابن عابدين، مرجع سابق، ج1، ص44.

ومن القاعدة الكلية " العادة محكمة " فرّعوا عليها قواعد أخرى مثل: الحقيقة تترك بدلالة العادة، والتعيين بالعرف كالتعيين بالشرط، والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، واستعمال الناس حجة يجب العمل بها، ولا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان وغيرها من القواعد.

أما عن الفقه المالكي، قال أبو زهرة: " والفقه المالكي كالفقه الحنفي يأخذ بالعرف، ويعتبره أصلاً من الأصول الفقهية فيما لا يكون فيه نص قطعي، بل إنه أوغل في احترام العرف أكثر من المذهب الحنفي، لأن المصالح دعامة الفقه المالكي في الاستدلال، ولا شك أن مراعاة العرف الذي لا فساد فيه ضرب من ضروب المصلحة لا يصح أن يتركه الفقيه، بل يجب الأخذ به، ولقد وجد أن المالكية يتكون القياس إذا خالفه العرف". (44)

وقد كان مالك كثيراً ما يعبر في الموطأ بقوله " وليس لهذا عندنا حد معروف، ولا أمر معمول به فيه " (45)، قاله مالك في تعليقه على حديث خيار المجلس، وقد خالف مالك في هذا ولم يعمل بهذا الحديث، والذي يفهم من كلام مالك أنه إذا كان هذا الأمر متعارف به عند أهل المدينة لعملوا به واشتهر بينهم ولعمل هو به ، وكذلك في باب القراض قول مالك " لا ينتفع

44 أبو زهرة، محمد أبو زهرة، مالك حياته وعصره — آراؤه وفقهه، ط2، (د.م: دار الفكر العربي، د.ت)، ص448.

45 الأصبحي، مالك بن أنس، الموطأ، تحقيق: بشار عواد معروف، ط2، (بيروت: دار الغرب الإسلامي، 1997م)، ج2، ص201.

بإنكاره بعد إقراره أنه عنده، ويؤخذ بإقراره على نفسه، إلا أن يأتي على هلاك ذلك المال بأمرٍ يُعرف به قوله ، فإن لم يأت بأمرٍ معروفٍ، أخذ بإقراره ولم ينفعه إنكاره". (46)

أما المذهب الشافعي من أقل المذاهب أخذاً بالعرف، وإن الإمام الشافعي لم يصرح بالعرف صراحة كباقي المذاهب إلا أن هناك إشارات من بعض الباحثين تدل على أخذه بالعرف ولكن ليست بتلك الكثرة كباقي المذاهب.

وهنا تثار مسألة وهي تغير أقوال الإمام الشافعي بعد انتقاله إلى مصر وهو ما يعرف بالمذهب الجديد وما كان قبل انتقاله يعرف بالمذهب القديم، فقليل أن الإمام الشافعي غير أقواله بسبب بيئة المجتمع المصري وأعرافه المختلفة عن أعراف أهل العراق والحجاز، وقد تعددت الأقوال في أسباب تحول الإمام الشافعي عن بعض آرائه ليس هنا محلها والكلام فيها فلتطالع في مظانها.

ومما لا شك فيه أن أصحاب الإمام الشافعي وأتباعه أخذوا بالعرف ولم يردوه بالكلية، ومن هؤلاء الأئمة العز بن عبد السلام حين قال في معرض كلامه عن التعاقد بين المستأجر والأجير: "كل ما يثبت في العرف إذا صرح المتعاقدان بخلافه بما يوافق مقصود العقد صح....". (47)

⁴⁶ المرجع نفسه، ج2، ص235.

⁴⁷ العز بن عبد السلام، عبدالعزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم، قواعد الأحكام في مصالح الأنعام، تحقيق: طه عبدالرؤوف سعد، د. ط ، (القاهرة: مكتبة الكليات الأزهرية، 1991م)، ج2، ص186.

وقد كان الإمام الغزالي اعتمد العرف من قبل العز بن عبدالسلام حيث قال : "ويحوز بيع الباقلاء الرطب في قشرته للحاجة ويتسامح ببيع الفقاع لجريان عادة الأولين به "، ولا يخفى هنا أن الغزالي أجرى العادة وجعلها كالحكم الثابت، ونرى أيضاً أن الإمام السيوطي عند ذكره لقاعدة ((العادة محكمة)) فقال: "اعلم أن اعتبار العادة والعرف رجع إليه في الفقه في مسائل لا تعد كثرة"، وهذا يدل على أن الشافعية اخذوا بالعرف ولكن ليس بتلك الكثرة كباقي المذاهب.⁽⁴⁸⁾

أما المذهب الحنبلي فهو أيضاً كالمذهبين الحنفي والمالكي يخضع الفتوى للعرف حيث لا نص ولا أثر، ويراعي في فتواه أعراف الناس ولا يطبق عليهم علم الكتب ويجعل أعرافهم بعيدة عن ناظره فيضل هو ويضل الناس معه، وفي هذا السياق يقول ابن القيم : "بل إذا جاءك رجل من غير إقليمك يستفتيك فلا تُجِرْهُ على عرف بلدك، وَسَلْهُ عن عرف بلده فَأَجِرْهُ عليه وَأَفْتِهِ به، دون عرف بلدك والمذكور في كتبك"، ثم قال: " وهذا محض الفقه، ومن أفتى الناس بمجرد المنقول في الكتب على اختلاف عرفهم وعوائدهم وأزمنتهم وأمكنتهم وأحوالهم وقرائن أحوالهم فقد ضل وأضل، وكانت جنايته على الدين أعظم من جناية من طبب الناس كلهم على اختلاف بلادهم وعوائدهم

⁴⁸ السيوطي، عبدالرحمن بن أبي بكر بن محمد، الأشباه والنظائر، تحقيق: محمد عبدالرحمن الشاغل، د.ط، (القاهرة: المكتبة الأزهرية للتراث، 2013)، ص126.

وأزمنتهم وطبائعهم بما في كتابٍ من كتب الطب على أبدانهم بل هذا الطبيب الجاهل والمفتي الجاهل أضر ما على أديان الناس وأبدانهم والله المستعان". (49)

المطلب الثالث: العرف واختلاف الفقهاء:

بعد أن عرّفنا العرف، وسقنا الأدلة على حجّيته، وجب الآن أن نعرّج على مدى تأثير العرف في اختلاف الفقهاء، وكيف تعامل الفقهاء مع هذه النصوص مع وجود أعراف تتجانس مع هذه النصوص، وكثير من الأحكام قد بنيت على العرف، وقد ذكرنا سابقاً أن العرف قد يخصص العام ويقيد المطلق، وقد أجازوا أمور كثيرة استحساناً وتحقيقاً للمصلحة نظراً للتعامل الجاري في المجتمع دفعاً للضرر والمشقة. (50)

وحتى تتضح لنا الإجابة على ذلك يستدعي ذكر كلمة مجملة عن عصور التشريع حتى عصر انتشار المذاهب.

أولاً العصر النبوي: فقد كان التشريع في عهد النبوة يؤخذ من الكتاب والسنة، ولم يكن في ذلك الوقت تدوينٌ للفقهاء، وكان المسلمون في عهد النبوة يرجعون للنبي صلى الله عليه وسلم في

⁴⁹ ابن القيم، محمد بن أبي بكر بن أيوب، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: محمد عبدالسلام إبراهيم، ط1، (بيروت:

دار الكتب العلمية، 1991م)، ج3، ص66.

⁵⁰ انظر: عوض، أثر العرف في التشريع الإسلامي، مرجع سابق، ص583.

الوقائع والحوادث التي تحدث معهم، وكانت الأحكام تنزل حسب تطور الأحداث والأحوال وما يدور من وقائع، هكذا حتى اكتملت الشريعة واستقرت لتعمل في جميع أمور الحياة.

ثانياً عصر الصحابة والتابعين: بعد انتقال النبي صلى الله عليه وسلم للرفيق الأعلى انقطع الوحي، وبدأت الدولة الإسلامية في نفذ سيطرتها على بقاع كثيرة حتى طالت العراق ومصر والشام وفارس وغيرها، ودخل خلق كثير في الإسلام، وبسبب هذه الفتوحات واجه المسلمون مسائل ووقائع كثيرة في شتى شؤون الحياة لم تكن قد ظهرت عندما كان الإسلام حكراً على أهل الجزيرة العربية فقط، وبسبب اختلاف أعراف الناس وعاداتهم تطلب الأمر من العلماء البحث في المسائل بما يوافق كل مجتمعٍ وبقعةٍ وبما يتوافق مع أعرافهم وعاداتهم، وهذا ما أدى إلى اختلاف الفقهاء فيما لم تنص عليها الشريعة، وبعد تعدد الآراء ظهر ما يسمى فقه الرأي، وكان هذا له أثر في ظهور مدرستي الرأي والحديث فيما بعد.

ثالثاً عصر المذاهب: بعد الاتساع الكبير للدولة الإسلامية وانتشار الإسلام، واستقرار الدولة وانتشار المدارس الفقهية، من هنا بدأت إدخال الأعراف في الأحكام والفتاوى الشرعية، حيث أصبح للعرف دور بلورت هذه الأحكام وذلك لأن الشرع لم يهمل هذا الجانب من أعراف الناس وعاداتهم بل بنى عليه الأحكام وجعل له اعتبار شرعي.

وكما أسلفنا سابقاً أن الأئمة اعتمدوا على العرف ومن أشهرهم الإمام مالك الذي عُرف عنه الأخذ بعمل أهل المدينة، وكذلك الإمام أبي حنيفة فقد عرف عنه الأخذ بالعرف، واشتهر عنه القول بالاستحسان الذي ترجع كثير من مسائله إلى العرف أو استحسان العرف.

المبحث الثاني

أقسام العرف

من خلال ما مر بنا من تعريفات نستنتج أن العرف إما أن يتعلق ببعض الألفاظ التي يستعملها الناس بمعانٍ يتعارفون على استعمالها بينهم، وإما أن يتعلق باعتياد بعض الأفعال أو المعاملات، ومن هنا قسم العلماء العرف باعتبارات مختلفة إلى أقسام، ونذكر بعضاً من هذه الاعتبارات وأهمها:

الاعتبار الأول : أقسامه من حيث سببه، وينقسم هذا الاعتبار الى قسمين، قولي (لفظي)

وعملي ، وسوف يأتي بيان كل قسم :

1- العرف القولي :

عرف الجرجاني القول بأنه " اللفظ المركب في القضية الملفوظة، أو المفهوم المركب العقلي في القضية المعقولة"⁽⁵¹⁾، وعرفه ابن عابدين فقال: "إطلاق لفظ لمعنى بحيث لا يتبادر عند سماعه غيره".⁽⁵²⁾

والعرف القولي هو الذي يسميه علماء الأصول بالحقيقة، وكذلك يسميه بعض الفقهاء بالعادة في اللفظ، والإشارة إلى هذا القسم بالقول يدل على أن الاعتماد فيه يكون على اللفظ أو القول، فهذا القسم يختلف باختلاف الألفاظ التي تصدر من الناس ويعبرون عما يريدون قوله، وهذا يرجع إلى اختلاف الأمم والشعوب سواء كان هذا الاختلاف بالنسبة للجماعات أو الطوائف أو شيوع هذه الألفاظ لكثرة استعمالها في الغالب حتى يصبح هذا المعنى المستعمل هو الذي يتبادر للذهن، دون تبادر الذهن لأصل الوضع اللغوي، أو كان هذا اللفظ مشتركاً وأصبح مستعملاً في معنى من معانيه، أو كان عاماً فخصصه العرف أو كان مطلقاً فقيده، وهذا كله ينزل منزلة ما أصبح متعارف به في الاستعمال وشاع استعماله في الأيمان والعقود والطلاق صراحةً أو كنايةً.⁽⁵³⁾

⁵¹ الجرجاني، التعريفات، مرجع سابق، ص 179.

⁵² ابن عابدين، مجموع رسائل ابن عابدين، مرجع سابق، ج 2، ص 115 .

⁵³ انظر: عوض، أثر العرف في التشريع الإسلامي، مرجع سابق، ص 97 .

وجاء في المدخل الفقهي: "وهذا النوع من العرف هو في الحقيقة من قبيل اللغة الخاصة لأصحابه، فإذا احتاج فهم المعنى المقصود إلى قرينة أو علاقة عقلية لم يكن ذلك عرفاً بل هو من قبيل المجاز.

ومثال القرينة: ما لو حصل إنسان عصاً صغيرة وحلف ليقتلن فلاناً بها، فإنه يفهم بهذه القرينة أن مراده بالقتل الضرب المؤلم.

ومثال العلاقة العقلية: حكمت المحكمة على فلان فإن المراد أنه قد حكم الحاكم؛ إذ المحكمة هي المكان". (54)

ومن الأمثلة على العرف القولي:

- استعمال لفظ الدراهم للدلالة على النقود الرائجة في البلد، مهما اختلفت قيمتها ونوعها، وتشمل كذلك الأوراق النقدية، وكذلك الدنانير، مع أن الأصل تطلق الدراهم على النقود الفضية المسكوكة ، وتطلق الدنانير على النقود الذهبية المسكوكة.

2- العرف العملي :

⁵⁴ الزرقاء، مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام، ط2 ، (دمشق: دار القلم، 2004م)، ج2، ص867.

وهذا القسم يعتمد على ما جرى عليه عمل الناس وتعارفوا عليه فيما بينهم في معاملاتهم وتصرفاتهم، وهذا النوع أطلق عليه بعض الفقهاء "وما جرى عليه العمل"، والاعتقاد هذا يكون على شيء من الأفعال العادية أو المعاملات المدنية.

والمراد بالأفعال العادية : أفعال الناس الشخصية في شؤونهم الحيوية مما لا يقوم على تبادل المصالح وإنشاء الحقوق، وذلك كالأكل والشرب واللبس والركب ونحو ذلك.

وأما المراد بالمعاملات المدنية : التصرفات التي يقصد منها إنشاء الحقوق بين الناس، أو تصفيتها وإسقاطها، سواء أكانت تلك التصرفات عقوداً أم غيرها، كالنكاح والبيع والإبراء، وكالغصب والقبض والأداء.

وهناك أفعال اعتاد الناس عليها وشاعت بينهم، ومن الأمثلة على ذلك اعتيادهم تعطيل العمل بعض أيام الأسبوع، وكذلك اعتيادهم أكل بعض أنواع اللحوم كالضأن أو البقر أو المعز وهذا يختلف باختلاف الأماكن، وكذا يتبعها أنواع الملابس والأدوات ونحوها⁽⁵⁵⁾.

الاعتبار الثاني : أقسامه من حيث من يصدر عنه العرف، وهذا القسم ينقسم إلى عام وخاص، وإليك أيها القارئ بيانها :

1 - العرف العام :

⁵⁵ المرجع نفسه.

العام في اللغة هو الشامل، وعم الشيء عموماً: أي شمل الجماعة⁽⁵⁶⁾، وأما عند الأصوليون فقد ذكروا له تعريفات كثيرة، لعل من أفضل هذه التعريفات ما ذكره الرازي في المحصول فقال: "هو اللفظ المستغرق لجميع ما يصلح له بحسب وضع واحد"⁽⁵⁷⁾، ونقل الشوكاني في إرشاد الفحول عن أبي الحسين البصري فقال: "العام هو اللفظ المستغرق لما يصلح له"⁽⁵⁸⁾.

وأما اصطلاحاً فقد عرّف العلماء العرف العام بأنه: "هو ما تعامله عامة أهل البلد قديماً أو حديثاً"⁽⁵⁹⁾، والمراد بعامة أهل البلاد، البلاد الإسلامية، بناء على أن (أل) في البلاد للعهد، والمعهود البلاد الإسلامية، إذ غيرها لا يبحث الإسلام عن أحكامه ولا يعول على عرفه، والمراد بقوله "قديماً" أي في عصر الرسالة والاجتهاد، وقوله "حديثاً" أي في عصر التقليد، كما فسرها الشيخ أبو سنّة.⁽⁶⁰⁾

ووفق ما ذكر فإن العرف العام من الممكن أن يكون حادثاً، وغير موجود في زمن الصحابة، ولا مستمراً من عهدهم حتى زماننا، وقد استدلل ابن عابدين على ذلك بذكر طائفة من

⁵⁶ راجع: الفيروز آبادي، محمد بن يعقوب مجد الدين، القاموس المحيط، ضبط وتوثيق: يوسف الشيخ محمد البقاعي، د. ط، (بيروت، دار الفكر، 2010)، ص 1029، مادة "ع م م".

⁵⁷ الفخر الرازي، أبو عبدالله عمر بن محمد بن الحسين، المحصول، تحقيق: طه جابر فياض، ط 3، (بيروت: مؤسسة الرسالة، 1997م)، ج 2، ص 309.

⁵⁸ الشوكاني، محمد بن علي بن محمد، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، تحقيق: أحمد عزو عناية، ط 1، (دمشق: دار الكتاب العربي، 1999)، ج 1، ص 285.

⁵⁹ ابن عابدين، مجموع رسائل ابن عابدين، مرجع سابق، ج 2، ص 126.

⁶⁰ انظر: أبو سنّة، العرف والعادة في رأي الفقهاء، مرجع سابق، ص 20.

الأعراف التي صرح الفقهاء بالأخذ بها، استثناء من النصوص⁽⁶¹⁾، كالنهي عن بيع وشرط، وصرح الفقهاء بأن الشرط المتعارف لا يفسد البيع كسواء نعل على أن يقطعها ، او على ثوب يرقعه ويخرزه ويسلمه، وعلى هذا جرت البيوع المعاصرة والاشتراط فيها ضمان التصليح والصيانة لمدة معينة⁽⁶²⁾.

وقد عرف ابن عابدين العرف العام في رسالته (شفاء العليل ووبل الغليل)، فقال : " ما تعامله المسلمون من عهد الصحابة على زماننا، وأقره المجتهدون وعملوا به بناء على التعارف، وإن خالف القياس، ولم يرد به نص، ولا قام عليه دليل"⁽⁶³⁾، ثم قال : " فهذا أخذ به الفقهاء وأثبتوا به الأحكام الشرعية، وقد قالوا أن العرف بمنزلة الإجماع عند عدم النص"⁽⁶⁴⁾، وقد ذكر قريب من هذا التعريف كمال حيدر في شرحه المادة (36) من شرحه لمجلة الأحكام العدلية حيث قال: " العرف العام هو العرف الجاري منذ عهد الصحابة حتى زماننا، والذي قبله المجتهدون وعملوا به ولو كان مخالفاً للقياس"⁽⁶⁵⁾، هذا الشرط الذي ذكره ابن عابدين وعلي حيدر وهو إقرار المجتهدين وقبولهم وهو ما تمت الإشارة إليه في تعريف العرف ، وهو: " أن تقره الشريعة ولا ترده " ، وتحقيق هذا

⁶¹ انظر: الباحثين، قاعدة العادة محكمة، مرجع سابق، ص40.

⁶² ابن عابدين، مجموع رسائل ابن عابدين، مرجع سابق، ج2، ص125.

⁶³ ابن عابدين، مجموع رسائل ابن عابدين، مرجع سابق، ج1، ص186.

⁶⁴ المرجع نفسه.

⁶⁵ حيدر، درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، مرجع سابق، ج1، ص45.

الشرط لا يتأتى إلا بقبول الفقهاء للعرف الذي جرى عليه تعامل الناس ولم يكن فيه ما يخالف الشريعة ونصوصها عموماً، وإن خالف القياس⁽⁶⁶⁾.

ومن الأمثلة على العرف العام :

- عقد الإستصناع الذي يدخل في كثير من الحاجات واللوازم كالأحذية والألبسة والأدوات وغيرها، وهذا من قديم الزمان فقد درجوا الناس عليه واحتاجوا إليه، وما زال الناس يتعاملون به ليومنا هذا، وقد شمل جميع الحاجات، حتى شمل استصناع المعامل والبواخر والأبنية⁽⁶⁷⁾.
- ومنها تأجيل جانب من مهر النساء وتقسيم المهر إلى مؤجل ومعجل، ومن الأعراف الجديدة العامة أن ما تزود به السيارات وتكون تابعة لها في البيع مثل الرافعة والمفكات، ومثل تحميل الطائرة عشرين كيلو غراماً لراكب الطائرة من الدرجة الأولى، ومثل دعوة الضيف إلى الطعام تكريماً له، ومثل تقديم الإكرامية للخدم في الفنادق والمطاعم⁽⁶⁸⁾.

2- العرف الخاص :

⁶⁶ انظر: عوض، اثر العرف في التشريع الإسلامي، مرجع سابق، ص 137.

⁶⁷ انظر: الزرقا، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ج 2، ص 878.

⁶⁸ انظر: الخياط، عبدالعزيز الخياط، نظرية العرف، د. ط، (عمان: مكتبة الأقصى، 1977م)، ص 33.

الخاص في اللغة يقال خصّه بالشيء يخصّه أي أفرد به دون غيره، وتخصّص له إذا انفرد⁽⁶⁹⁾، وأما تعريفه عند علماء الأصول وهو ما ناسب ووافق لما نحن بصددّه، قال بعضهم: هو ما دلّ على كثرة مخصوصة⁽⁷⁰⁾.

وأما اصطلاحاً فإنّ العرف الخاص عند الفقهاء ما ذكره مصطفى الزرقا حيث قال: "هو الذي يكون مخصوصاً ببلد أو مكان دون آخر، أو بين فئة من الناس دون أخرى"⁽⁷¹⁾، وأضاف أن هذا العرف متنوع وكثير التجدد وله صور لا تحصى وليس لها حد معين؛ لأن مصالح الناس وسبلهم إليها وإلى تسهيل احتياجاتهم وعلائقهم متجددة أبداً⁽⁷²⁾، وعرفه بعضهم: "هو العرف الذي يختص ببلد أو فئة من الناس دون أخرى، كأن يكون خاصاً بأهل بلدة معينة، أو أهل مهنة خاصة"⁽⁷³⁾.

ومن الأمثلة على العرف الخاص :

- كعرف التجار فيما يعد عيباً ينقص الثمن في البضاعة المباعة أو لا يعد عيباً،
وكعرفهم في بعض البلاد أن يكون ثمن بعض البضائع المباعة بالجملة مقسماً إلى عدد معلوم من

⁶⁹ لسان العرب، ابن منظور، مرجع سابق، ج7، ص24.

⁷⁰ الشوكاني، إرشاد الفحول، مرجع سابق، ج1، ص350.

⁷¹ الرزقا، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ج2، ص878.

⁷² المرجع نفسه.

⁷³ انظر: الخياط، نظرية العرف، مرجع سابق، ص33.

الأقسام، وعرفهم أن لا تقبل المبالغ الكبيرة من أجزاء النقود الصغيرة في الصفقة الواحدة إلا بنسبة معينة.

- وأيضاً من ذلك استعمال كثير من الألفاظ، وإعطائها معنى خاصاً بأهل بلدة أو فئة من الناس كأصطلاحات أصحاب المطاعم أو التجار.

- وكذلك أعراف المحامين اليوم على أن جانباً معلوماً من أجور الدعاوى التي يتقبلونها كالنصف مثلاً يكون مؤجلاً ومعلقاً على ربح الدعوى، وما يتعلق بها من استخراج الحكم وتنفيذه وغيرها.

ومما يجدر ذكره هنا أن بعض الباحثين أفردوا العرف الشرعي بالكلام، وجعلوه أحد الأقسام الداخلة في الحيثية التي قسم بها العرف إلى عام وخاص، ولا يظهر لذلك وجه، وهو مخالف لشروط القسمة الصحيحة، إذ هو داخل في الأعراف الخاصة⁽⁷⁴⁾.

الاعتبار الثالث: أقسامه من حيث موافقة قواعد الشريعة أو مخالفتها، فنقسم هذه

الأعراف من خلال هذه الحيثية إلى صحيحة وفاسدة، سنورد ذكرها والتفصيل فيها:

1- العرف الصحيح:

⁷⁴ انظر: عوض، أثر العرف في التشريع الإسلامي، مرجع سابق، ص141/ الباحثين، قاعدة العادة محكمة، مرجع سابق، ص43.

أولاً المراد من الصحيح هو "ما اجتمع أركانه وشرائطه حتى يكون معتبراً في حق الحكم"⁽⁷⁵⁾، وقيل هو "ما يتعلق به النفوذ ويعتد به"⁽⁷⁶⁾

والعرف الصحيح هو ما تعارف عليه الناس ولم يخالف نصاً شرعياً ولا إجماعاً أو يفوت المصلحة ولا يجلب مفسدة، وعلى هذا تدخل جميع الأعراف التي نشأت بسبب ما فيها من المصالح المرسله، أو التي ليست مخالفة لقواعد الشريعة، أو نصوصها سواء كانت جالبة لمصلحة، أو دافعة لمفسدة.⁽⁷⁷⁾

وهذا العرف يجب أن يراعيه المجتهد في اجتهاده والقاضي في حكمه وقضائه، ومما يؤيد هذا أن المشرع راعى عرف العرب في بعض أحكامه، فوضع الدية على العاقلة، واشترط الكفاءة في الزواج وبني الولاية في الزواج على العصبه.⁽⁷⁸⁾

والأمثلة عليه كثيرة ويمكن معرفتها من خلال ما مر من ذكرٍ للأنواع السابقة من العرف فكلها تدخل تحت العرف الصحيح اذا لم يخالف نصاً أو قاعدة شرعيةً أو إجماعاً.

2- العرف الفاسد:

⁷⁵ الجرجاني، التعريفات، مرجع سابق، ص135.

⁷⁶ المناوي، محمد عبدالرؤوف بن تاج العارفين بن علي، التوقيف على مهمات التعاريف، ط1، (القاهرة: عالم الكتب، 1990م)، ص212.

⁷⁷ الباحسين، قاعدة العادة محكمة، مرجع سابق، ص44.

⁷⁸ انظر: عوض، أثر العرف في التشريع الإسلامي، مرجع سابق، ص142.

العرف الفاسد هو الذي خالف أصلاً من أصول الشريعة، وعليه فإنه لا يتوجب على المجتهد أو المفتي أو القاضي أن يراعوا هذا العرف؛ لأن الشرع ترك وألغى العمل بالأعراف التي كانت عند العرب قبل الإسلام، وذلك كالطواف حول الكعبة عراً، وخروج النساء كاسيات عاريات، على الشواطئ، وكفتح حانات الخمر، وكالتعامل بالربا بصورة متنوعة وغيرها. وعليه فإن هذا النوع ليس معمولاً به وقد أهملته الشريعة ولم ترى العمل به لمخالفته الشريعة ونصوصها وقواعدها.

المبحث الثالث

شروط اعتبار العرف

حتى يكون العرف معتبراً عند الفقهاء وضعوا له شروط محددة، متى ما توافرت هذه الشروط صار هذا العرف له اعتبار عند الفقهاء وعُمل به، وقد ذكر الفقهاء عدة شروط سنقتصر هنا على ذكر أهم هذه الشروط مع بيانها وشرحها وتفصيلها والتمثيل عليها إن وجد، وهذه الشروط هي:

1) الشرط الأول: أن يكون العرف مطّرداً أو غالباً.

قال السيوطي في الأشباه: "إنما تعتبر العادة إذا اطردت فإن اضطربت فلا"⁽⁷⁹⁾، ومعنى الاطراد هو أن تكون العادة كلية بمعنى أنها لا تتخلف؛ وقد يعبر عنه بالعموم، وأن تكون شائعة مستفيضة بحيث يعرفها جميع الناس، في البلاد كلها، أو في الإقليم الخاص، أو بين أصحاب المسلك أو الحرفة المعينة، وقد فسر بعض القانونيون معنى المعرفة فقالوا بأنه متابعة الناس سلوكاً بصفة متكررة ومنتظمة أي أن يتبعه الأفراد المعنيون به بانتظام، فلا يلتزمونه حيناً ويهملونه حيناً آخر، فإن جريان العرف على تقسيم المهر إلى مقدّم ومؤخر فإنه لا يكون مطرداً إلا إذا كان أهله يجرون عليه في جميع حالات النكاح.⁽⁸⁰⁾

والمقصود بالغلبة هو أن تكون معروفة في الأكثرية؛ بمعنى أنها لا تتخلف كثيراً، وأن يكون جريان أهل العرف عليها حاصلاً في أكثر الحوادث، فاشتراط الاطراد أو الغلبة في العرف معناه اشتراط الأغلبية العملية فيه لأجل اعتباره حاكماً في الحوادث.⁽⁸¹⁾

والاطراد أو الغلبة لا يستلزمان أن يكون العرف عاماً، فإن عموم العرف غير اطراده، فالعرف العام هو الذي يكون منتشراً في جميع البلاد، والخاص هو الذي يكون متعارف بين أهل بلدٍ أو إقليمٍ أو أهل حرفة أو صناعة مخصوصة دون سواها، فكل من العرف العام والخاص يشترط

⁷⁹ السوطي، الأشباه والنظائر، مرجع سابق، ص 128.

⁸⁰ انظر: أبو سنة، العرف والعادة، مرجع سابق، ص 57 / الباحسين، قاعدة العادة محكمة، مرجع سابق، ص 64.

⁸¹ انظر: الزرقا، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ج 2، ص 898.

لاعتباره وتحكيمه في المعاملات المطلقة أن يكون في محيطه مطرداً أو غالباً على أعمال أهله، لأن العرف وإن كان عاماً قد يكون غالباً في أعمال الناس بالمعنى المذكور.⁽⁸²⁾

فالعادة المعتبرة التي تبنى عليها الأحكام الشرعية إنما هي المطردة أو الغالبة، وإن الشيوخ في الأكثر كافٍ؛ إذ لا عبرة للأقل، والعادة المعتبرة تنزل منزلة الشرط، وقد يعبر عن الاطراد بالعموم والشيوع بين الناس ولو بالأغلبية، ولا يضر انخراقها أحياناً.⁽⁸³⁾

ويؤكد الشاطبي هذا المعنى فيقول: "وإذا كانت العوائد معتبرة شرعاً فلا يقدح في اعتبارها إنخراقها، ما بقيت عادة على الجملة، وإنما ينظر في إنخراقها، ومعنى إنخراقها أنها تنزل بالنسبة إلى جزئي، فيخلفها في الموضع حالة إما من حالات الأعذار المعتادة في الناس، أو من غير ذلك، فإن كانت منخرقة بعذر فالموضع للرخصة؛ وإن كانت من غير ذلك فإما إلى عادة أخرى دائمة بحسب الوضع العادي".⁽⁸⁴⁾

والغلبة والاطراد في جميع البلاد أو في بلد واحد كما ذكر الفقهاء، هو ما اشتهر عند أهل العرف لا في كتب الفقهاء، فالاشتجار في الكتب غيره في العرف؛ لأن ما دون في كتب الفقهاء

⁸² المرجع نفسه.

⁸³ انظر: الزحيلي، وهبة الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، ط1، (دمشق: دار الفكر، 2006م)، ج1، ص323.

⁸⁴ الشاطبي، أبي إسحاق إبراهيم بن موسى، الموافقات في أصول الشريعة، تحقيق: مشهور بن حسن آل سلمان: ط1، (المملكة العربية السعودية: دار بن عفان، 1997م)، ج2، ص495.

كان عرفاً سائداً في زمانهم فإذا تغير العرف كلاً أو بعضاً منه واطرد أو غلب عمل بمقتضى ذلك.⁽⁸⁵⁾

وأما إذا اضطربت العادة وصارت مشتركة بين العمل بها والعمل بغيرها فلا تعتبر، كما نقل ذلك ابن عابدين حيث قال : " ولا يصلح - أي العرف المشترك - مقيداً، لأنه لما كان مشتركاً صار متعارضاً "⁽⁸⁶⁾، وقد علل ابن عابدين بعدم العمل بالعرف إذا صار مشتركاً حيث قال : " أما لو كان مشتركاً فلا يبنى عليه الحكم للتردد في أن المتكلم قصد هذا المعنى أو المعنى الآخر فلا يتقيد أحد المعنيين لتعارضهما بتحقيق الاشتراك ".⁽⁸⁷⁾

2) الشرط الثاني : أن يكون العرف قائماً وقت إنشاء التصرف الذي يحمل عليه.

ومعناه بأن يكون حدوثه سابقاً على وقت التصرف، ثم يستمر إلى زمانه فيقارنه سواء كان ذلك التصرف قولاً أو فعلاً، فيخرج بهذا أمران: الأول ما إذا كان العرف طارئاً على التصرف وحادثاً بعده وإن قارن العمل بمقتضاه، والثاني ما إذا كان سابقاً على التصرف وتغير قبل إنشائه فإنه لا يحمل على كل منهما.

⁸⁵ انظر: عوض، أثر العرف في التشريع الإسلامي، مرجع سابق، ص192.

⁸⁶ ابن عابدين، نشر العرف، مرجع سابق، ج2، ص134.

⁸⁷ المرجع نفسه.

قال السيوطي : " العرف الذي تحمل عليه الألفاظ إنما هو المقارن السابق دون المتأخر"⁽⁸⁸⁾، ونص غير واحد من العلماء على مثل هذا كابن نجيم⁽⁸⁹⁾ والحصني⁽⁹⁰⁾، وذكر ابن نجيم أنهم قالوا : "لا عبرة بالعرف الطارئ"⁽⁹¹⁾، وما ذهب إليه الثلاثة خصّوا الكلام بالعرف الذي تحمل عليه الألفاظ، مع أن هذا الشرط يشمل الأقوال والأفعال على السواء، وذلك كبيع المعاطاة، ودخول الحمام من دون تعيين الأجرة⁽⁹²⁾، وقال الشاطبي : "وأما الثاني - يقصد العادات التي تختلف باختلاف الأعصار والأمصار والأحوال - فلا يصح أن يقضي به على من تقدم البتة؛ حتى يقوم الدليل على الموافقة من خارج، فإذا ذاك يكون قضاء على ما مضى بذلك الدليل لا بمجرى العادة، وكذلك في المستقبل، ويستوي في ذلك أيضاً العادة الوجودية الشرعية"⁽⁹³⁾، وبناء على هذا الشرط فإنّ عبارات الواقفين وشروطهم في حجج الوقف والوثائق المتعلقة بالعقود والالتزامات

⁸⁸ السيوطي، الأشباه والنظائر، مرجع سابق، ص134.

⁸⁹ ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم، الأشباه والنظائر، تحقيق: محمد مطيع الحافظ، ط4، (دمشق: دار الفكر، 2005م)، ص110.

⁹⁰ الحصني، ابوبكر بن محمد، القواعد، تحقيق: عبدالرحمن الشعلان و جبريل البصيلي، ط1، (المملكة العربية السعودية: دار الرشد، 1997م)، ج1، ص387.

⁹¹ ابن نجيم، الأشباه والنظائر، مرجع سابق، ص110.

⁹² انظر: أبو سنة، العرف والعادة في رأي الفقهاء، مرجع سابق، ص66.

⁹³ الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، مرجع سابق، ج2، ص509.

وحجج الوصايا وغيرها، ينبغي أن تفسر بالأعراف التي كانت موجودة وقت صدور العقود وإنشاء التصرفات، دون الالتفات إلى الأعراف الحادثة فيما بعد.⁽⁹⁴⁾

(3) الشرط الثالث: أن لا يكون العرف مخالفاً لأدلة الشرع.

ومعنى هذا أن تكون الأعراف والعادات التي جرى عليها الناس موافقة للأحكام التي أفادتها الأدلة، فلو خالفت هذه الأعراف الأدلة بطل اعتبارها ولم يعمل بها، ومن ذلك كتعارف الناس على شرب الخمر، ولعب الميسر، ومشى النساء خلف الجنائز، وإضاءة الشموع على المقابر، وكشف بعض العورة، وغير ذلك مما تعارف عليه الناس في الجاهلية، وقد أفق أحد العلماء بجواز كشف ما فوق المنابت من عورة الرجل احتجاجاً بالعرف؛ إلا أن ذلك يخالف ما ورد في السنة من حديث أبي أيوب قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: " ما فوق الركبتين من العورة، وما أسفل من السرة من العورة"⁽⁹⁵⁾، ومخالفة العرف للأدلة الشرعية تقع في أربع حالات مختلفة النتائج:

1. إما أن يصطدم العرف اصطداماً بنص تشريعي خاص، من نصوص القرآن أو

السنة الثابتة، أمر بخلاف ما جرى عليه العرف.

⁹⁴ انظر: الباحثين، قاعدة العادة محكمة، مرجع سابق، ص 70 / أبو سنة، العرف والعادة في رأي الفقهاء، مرجع سابق، ص 66.

⁹⁵ الدارقطني، علي بن عمر بن أحمد، سنن الدارقطني، رقم الحديث: 890، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وآخرون، ط 1، (بيروت: مؤسسة الرسالة، 2004م)، ج 1، ص 432.

2. وإما أن يصطدم العرف المقارن لورود النص العام المعارض له.

3. وإما أن يصطدم العرف الحادث بعد النص العام المعارض له.

4. وإما أن يخالف الآراء الاجتهادية، أي الأحكام التي قررها الفقهاء تخريجاً وتفقهاً

بطريق القياس أو الاستحسان أو الاستصلاح في المسائل الحادثة التي لم يرد عليها نص صريح في

الشريعة.⁽⁹⁶⁾

واصطدام العرف بنص شرعي خاص يكون بتعارف الناس على عمل من الأعمال العادية

أو المدنية، وكان هذا العمل الذي تعارفوا عليه قد أوردت الشريعة فيه النهي والمنع بنص خاص، أي

بنص وارد عن الشارع لمنع هذا الأمر بخصوصه، ومن ذلك ما تعارف في عصر الجاهلية من جواز

التبني وإجراء حكم البنوة فيه، فقد نهى القرآن بخصوصه، فصار هذا العرف عندها لا قيمة له ولا

اعتبار، وعليه فإنه مرفوض ويجب تغييره لا إقراره، ولا يجوز القضاء به بحال، سواء أكان هذا العرف

خاصاً أو عاماً، وسواء أكان حادثاً بعد ورود النص، أو قائماً قبله.⁽⁹⁷⁾

وعندما صادم العرف ما أرادته الشريعة على وجه خاص أصبح الفقيه بين أمرين اثنين في

تطبيق الشرع:

⁹⁶ انظر: الزرقا، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ج2، ص904.

⁹⁷ المرجع نفسه، ج2، ص905.

- إما أن يعمل بالعرف، فيكون قد أهمل النص الشرعي إهمالاً تاماً، وذلك غير مقبول
إلا ما كان في أحوال اضطرارية طارئة.

- وإما أن يعمل بالنص ويترك العرف، وهذا ما يجب أن يصير إليه.⁽⁹⁸⁾

وأما عند اصطدام العرف بالنص العام سواء كان عند مقارناً أو حادثاً لورود النص العام
فقد فرّق العلماء بين هاتين الحالتين:

الحالة الأولى: وهو أن يكون العرف مقارن للنص حالة وروده، فإن كان العرف قولياً فإن
جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية⁽⁹⁹⁾ اتفقوا على أنه يقيّد المطلق ويخصص العام، وقد
خالف الحنابلة في ذلك فلم يروا تخصيص العام ولا تقييد المطلق به⁽¹⁰⁰⁾.

ومثال تقييد المطلق عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "يأيها الناس قد
فرض الله عليكم الحج فحجوا"⁽¹⁰¹⁾، فالمراد هنا بالحج هو الاصطلاح الشرعي، وهو قصد الكعبة

98 المرجع نفسه.

99 انظر: الانصاري، عبدعلي محمد بن نظام الدين، فواتح الرحموت، ط1، (مصر: المطبعة الأميرية-بولاق، 1322هـ)،
ج1، ص345/ القرائي، أحمد بن إدريس بن عبدالرحمن، شرح تنقيح الفصول، تحقيق: طه عبدالرؤوف سعد، ط1، (د.م.:
شركة الطباعة الفنية المتحدة، 1973م)، ص211/ الإسنوي، جمال الدين عبدالرحيم بن الحسن، نهاية السؤل شرح منهاج
الوصول، ط1، (بيروت: دار الكتب العلمية، 1999م)، ص217/

100 ابن النجار، محمد بن أحمد بن عبدالعزيز الحنبلي، مختصر التحرير شرح الكوكب المنير، تحقيق: محمد الزحيلي و نزيه حماد،
ط2، (المملكة العربية السعودية: مكتبة العبيكان، 1997م)، ج3، ص388.

101 النيسابوري، مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، رقم الحديث: 412، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، د.ط، (بيروت: دار
احياء التراث العربي، د.ت)، ج2، ص975.

في أشهر معلومة لأداء فريضة بعينها وهي الحج، وليس المقصود مطلق الحج منا في اللغة أنه القصد إلى شيء معظم.⁽¹⁰²⁾

ومثال العام المخصص بالعادة، أنه لو كان من عاداتهم إطلاق الطعام على المقتات خاصة، ثم ورد النهي عن بيع الطعام بجنسه متفاضلاً، فإن النهي يكون خاص بالمقتات؛ لأن الحقيقة العرفية مقدمة على الحقيقة اللغوية.⁽¹⁰³⁾

وأما ما كان قائماً حال ورود النص أي العرف وكان عملياً فإن جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية⁽¹⁰⁴⁾ اتفقوا على أنه يقيد المطلق، كقول ابن عمر: "فرض رسول الله زكاة الفطر من رمضان صاعاً من تمر أو صاعاً من شعير على العبد والحر، والذكر والأنثى، والصغير والكبير من المسلمين"⁽¹⁰⁵⁾، وخالف في ذلك الشافعية والحنابلة⁽¹⁰⁶⁾.

¹⁰² انظر: الباحثين، قاعدة العادة محكمة، مرجع سابق، ص71.

¹⁰³ انظر: الإسنوي، نهاية السؤل، مرجع سابق، ص217.

¹⁰⁴ انظر: أبو سنة، العرف والعادة في رأي الفقهاء، مرجع سابق، ص92.

¹⁰⁵ البخاري، صحيح البخاري، رقم الحديث: 1503، مرجع سابق، ج2، ص130، واللفظ له / وأخرجه مسلم، صحيح مسلم، رقم الحديث: 984، مرجع سابق، ج2، ص677.

¹⁰⁶ انظر: ابن النجار، مختصر التحرير شرح الكوكب المنير، مرجع سابق، ج3، ص388.

وأما إذا كان النص عاماً فقد اختلفوا في تخصيصه بالعرف العملي، فذهب الحنفية إلى تخصيصه به، وذهب الجمهور إلى عدم جواز ذلك، وإلى أنه يقضي على العادات بالألفاظ الشرعية.⁽¹⁰⁷⁾

الحالة الثانية: وهي حالة العرف الحادث بعد النص والمعارض له، وفي هذا وجهات نظر مختلفة، سنورد بعضاً منها:

الرأي الأول: خلاصة القول فيه إن خالف العرف النص من كل وجه، بأن لزم منه ترك النص فلا شك في رده، كتعارف الناس كثيراً من المحرمات من الربا وشرب الخمر ولبس الحرير والذهب وغير ذلك مما ورد تحريمه نصاً.

الرأي الثاني: خلاصته أن العرف الطارئ يصح تخصيصه وتقييده إن كان عاماً إذا أمكن رده إلى أصل من أصول الشريعة سواء إلى نص أو إجماع أو ضرورة، أما إذا لم يمكن رده فلا يصح تقييده وتخصيصه وسواء كان قولياً أو فعلياً.⁽¹⁰⁸⁾

الرأي الثالث: وخلاصة الأمر فيه أن العرف متى ما كان حادثاً ومعارضاً للنص وجب رده وعدم اعتباره إلا في حالتين، وهما:

¹⁰⁷ انظر: الباحسين، قاعدة العادة محكمة، مرجع سابق، ص72.

¹⁰⁸ انظر: الباحسين، قاعدة العادة محكمة، مرجع سابق، ص73 وما بعده.

الأولى: تعليل النص التشريعي نفسه بالعرف أي معداً به، أي أنه مبنياً على عرفٍ عملي قائم عنده ووروده، فعندها يتبدل حكم النص بتبدل العرف تبعاً له، ولو كان خاصاً - أي النص -، وقد تفرد أبو يوسف بهذا خلافاً لما عليه الجمهور.⁽¹⁰⁹⁾

الثانية: أن النص التشريعي كان قد علل بعله قد نفاها العرف الحادث، وعلة النص هذه سواء كانت صراحة في النص أو استنباطاً بالاجتهاد.⁽¹¹⁰⁾

وأما إذا خالف العرف الآراء الاجتهادية التي يثبتها الفقهاء المجتهدون استنباطاً وتخريجاً عند عدم النص الشرعي عليها، وهذه الآراء إما أن تكون ثابتة من طريق القياس النظري على حكم أوجب بالنص من الشارع، وإما تكون ثابتة بالاستحسان أو الاستصلاح عند عدم وجود حكم مشابه يقاس عليه.⁽¹¹¹⁾

والاجتهادات الإسلامية تكاد تكون متفقة على أن الحكم القياسي يترك للعرف ولو كان حادثاً، لأن المفروض عندئذ أن هذا العرف لا يعارضه نصٌ خاص ولا عام معارضة مباشرة، والعرف غالباً دليل الحاجة، فهو أقوى من القياس، فيترجح عليه عند التعارض.⁽¹¹²⁾

4) الشرط الرابع: أن لا يوجد قول أو عمل يفيد عكس مضمونه.

¹⁰⁹ انظر: الزرقا، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ج2، ص932.

¹¹⁰ المرجع نفسه.

¹¹¹ انظر: المرجع نفسه.

¹¹² انظر: ابن عابدين، نشر العرف، مرجع سابق، ج2، ص116.

أي ألا يعارض العرف تصريح بخلافه، أو ألا يعارض العرف شرطاً للعاقدين أو أحدهما بعد العمل بها، وهذا الشرط ينزل منزلة النطق بالأمر المتعارف؛ لأن العرف والعادة المطردين مع قوم تنزل منزلة الشرط، فإثبات العرف أو الأمر المتعارف في هذه الحالة إنما هو من قبيل الدلالة، فإذا صرح العاقدان بخلاف ذلك بطلت هذه الدلالة، لأنه من المقرر في القواعد الفقهية " لا عبرة للدلالة في مقابلة الصريح". (113) (114)

وجاء في شرح مجلة الأحكام العدلية: " إن العرف حجة إذا لم يكن مخالفاً لنص أو شرط لأحد العاقدين، كما لو استأجر شخصاً آخر لأن يعمل له من الظهر إلى العصر فقط بأجرة معينة، فليس للمستأجر أن يلزم الأجير العمل من الصباح إلى المساء بداعي أن عرف البلدة كذلك، بل يتبع المدة المعينة بينهما" (115)، وقال العز بن عبد السلام: "كل ما يثبت في العرف إذا صرح المتعاقدان بخلافه بما يوافق مقصود العقد صح" (116).

وبعد ما تقدم من ذكر الشروط اللازم توافرها في العرف حتى يصبح معتبراً وملزماً نخلص بنتيجة وهي أنه متى ما اجتمعت هذه الشروط فإن العرف يصبح وقتها ملزماً ومعتبراً في التشريع، وإلى هذا الكلام يشير الفقهاء فيقولون: (المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً)، (والمعروف بين التجار

¹¹³ لجنة من كبار علماء الدولة العثمانية، مجلة الأحكام العدلية، تحقيق: نجيب هوايني، د.ط، (كراتشي: نور محمد كارخانه تجارت كتب، د.ت)، ج1، ص17، مادة: 13.

¹¹⁴ انظر: عوض، أثر العرف في التشريع الإسلامي، مرجع سابق، ص223.

¹¹⁵ علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، مرجع سابق، ج1، ص47، مادة: 37.

¹¹⁶ العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام، مرجع سابق، ج2، ص186.

كالمشروط بينهم)، (والعادة محكمة)، فالعرف يصبح ملزم إذا كان لفظ الإنسان أو عمله موافق لما
جرى به العرف أو الاستعمال.

الفصل الثاني

العرف عند أهل القانون تعريفه وحجته وتطبيقاته القانونية

في التمهيد والفصل الأول تعرضت للعرف من الجانب الفقهي، حيث بسطت القول قدر المستطاع في تعريفه وحجته وشروطه وأقسامه من المنظور الفقهي التشريعي، ووجب أن أربط بين الجانب الفقهي والجانب القانوني، وحيث أنني أفردت ما سبق للجانب الفقهي تحتم الآن أن أتطرق للجانب القانوني الذي هو الآخر قد أولى العرف أهمية ليست بالقليلة فقد جعله في مرتبة ثانية بعد التشريع، لأن أعراف الناس وعاداتهم المنتشرة بينهم هي بمثابة أمرٍ ملزم، وكذلك القاعدة القانونية المستمدة من العرف فإنها تكتسي ثوب الإلزام بعد إنزال الشكل القانوني عليها، وسوف أذكر تعريف العرف وحجته في القانون، وبعدها آتي بتطبيقات من قانون الأحوال الشخصية العماني وأدلل على مدى أخذ القانون العماني بالعرف.

المبحث الأول

تعريف العرف وحجته

المطلب الأول: تعريف العرف في القانون:

سبق وقد عرّفنا العرف لغةً، وكذلك على اصطلاح الفقهاء، وبما أننا ربطنا في بحثنا هذا بين الفقه الإسلامي والقانون فإننا سوف نعرف العرف على اصطلاح أهل القانون، حيث جاء في أصول القانون للسنهوري وأبي ستيت : " العرف مجموعة من القواعد التي تنشأ من درج الناس عليها يتوارثونها جيلاً بعد جيل والتي لها جزاء قانوني كالقانون سواء بسواء".⁽¹¹⁷⁾

وعرّف الرفاعي العرف بأنه: " اعتياد الناس أو اطرادهم على سلوك معين مع شعورهم بالزام هذا السلوك، فهو عبارة عن عادة يتبعها الناس مع شعورهم بالزامها إلزاماً قانونياً، فالعرف هو اطراد العمل بين الناس وفقاً لسلوك معين، اطراداً مقترناً بإحساسهم بوجود جزاء قانوني يكفل احترام هذا السلوك".⁽¹¹⁸⁾

⁽¹¹⁷⁾ السنهوري ، عبدالرزاق ، احمد حشمت أبو ستيت ، أصول القانون ، دط ، (القاهرة : مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، 1950م) ، ص 87 .

⁽¹¹⁸⁾ الرفاعي ، احمد محمد ، المدخل للعلوم القانونية ، دط ، (مصر : جامعة بنها — كلية الحقوق ، 2008/2007م) ، ص 165.

العرف هو مصدر من مصادر القانون وهو عبارة عن قواعد لم تفرضها السلطة التشريعية إلا أنها ناتجة عن ممارسة عامة وطويلة في المجتمع والعرف لا يزال له المركز الأول في بعض المجتمعات كالبدو وسكان الصحاري.

وتتكون القاعدة العرفية من سلوك معين أو موقف محدد يصدر عن شخص أو عن مجموعة من الأشخاص بمناسبة معينة ثم يتكرر ذلك في مناسبات أخرى إلى الحد الذي يتولد معه الاعتقاد لدى العامة بضرورة احترامه.⁽¹¹⁹⁾

المطلب الثاني: حجية العرف في القانون:

للأعراف والعادات دور كبير في صياغة بعض القوانين، حيث استمدت أغلب القوانين الوضعية موادها القانونية من الأعراف والعادات السائدة بين الأفراد في كل مجتمع أو إقليم أو حرفة أو غير ذلك.

حيث جاء في أصول القانون: "ولكل قانون مصدر أو مصادر متعددة، والمصادر الرسمية هي: التشريع، والعرف، والقانون الطبيعي، وقواعد العدالة، وأحياناً الدين"، وقال أيضاً: "وبلاحظ

⁽¹¹⁹⁾ انظر: الهاشمي ، احمد بن عبدالعزيز ، "العرف كمصدر من مصادر التشريع" ، تاريخ النشر : 10 ابريل 2019م.

<https://ae.linkedin.com/pulse/> (تمت الزيارة في 11 فبراير 2022 م) .

أن أول المصادر ظهوراً هو العرف، إذ هو الطريق الذي توحى به الفطرة، وعنه أنشأت المجتمعات الأولى قواعدها القانونية".⁽¹²⁰⁾

وجاء في قانون المعاملات المدنية العماني المادة (1): " تسري أحكام هذا القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها ومعناها، ولم تنظمها قوانين خاصة، فإذا لم يوجد نص في هذا القانون حكمت المحكمة بمقتضى أحكام الفقه الإسلامي، فإذا لم توجد فبمقتضى المبادئ العامة للشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد فبمقتضى العرف".⁽¹²¹⁾

المبحث الثاني

تطبيقات على العرف من قانون الأحوال الشخصية العماني

يجدر الإشارة هنا أن هذه التطبيقات خست بالذكر لأن القانون راعى فيها الجانب العرفي ونظرة المجتمع لها ولم يهملها، بل جعل تقدير الأمر للعرف الذي عليه بنى القانون مادته القانونية وجعل الإلزام فيها على أفراد المجتمع، ولكن هناك لا شك تطبيقات كثيرة أولى القانون فيها الجانب العرفي ولم يهمله بل كما أسلفنا جعله المقياس لصياغة المادة القانونية.

⁽¹²⁰⁾ السنهوري و أبو ستيت، أصول القانون، مرجع سابق، ص81.

⁽¹²¹⁾ قانون المعاملات المدنية الصادر برقم (29 / 2013م)، المادة: (1).

التطبيق الأول: الكفاءة في الزواج:

الفرع الأول: تعريف الكفاءة لغةً واصطلاحاً:

الكفاءة في اللغة: الكفاء والكفوء على وزن فُعْلٍ وفُعُولٍ، والمصدر الكفاءة، والكفاء هو النظر والمساوي، ومنه الكفاءة في الزواج وهو أن يكون الزوج مساوياً للمرأة في حسبها ودينها ونسبها وغير ذلك.⁽¹²²⁾

أما الكفاءة اصطلاحاً: فهي كما ذكرها ابن منظور وهو أن يكون الزوج مساوياً للمرأة في حسبها ودينها ونسبها وغير ذلك⁽¹²³⁾، وجاء في تعريف الكفاءة في الدر المختار: "مساواة مخصوصة بين الرجل والمرأة".⁽¹²⁴⁾

والكفاءة يقصد بها المساواة بين الزوجين في أمور مخصوصة معروفة؛ وذلك حتى لا تعير الزوجة ولا أولياءها، وبلا شك فإن هذا كله يخضع للعرف السائد والمتعارف بين الناس.

الفرع الثاني: أقوال الفقهاء في اشتراط الكفاءة في الزواج:

اختلف الفقهاء في اشتراط الكفاءة في الزواج هل هي شرط صحة أو شرط لزوم على

قولين:

¹²² انظر: ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ج 1، ص 139، مادة: كفاء.

¹²³ المرجع نفسه.

¹²⁴ انظر: الحصكفي، علاء الدين محمد بن علي بن محمد الحصني، تحقيق: عبدالمنعم خليل إبراهيم، ط 1، (بيروت: دار الكتب العلمية، 2002م)، ص 186.

القول الأول: ذهب جمهور الفقهاء من الإباضية⁽¹²⁵⁾ والحنفية⁽¹²⁶⁾ والمالكية⁽¹²⁷⁾

والشافعية⁽¹²⁸⁾ والحنابلة⁽¹²⁹⁾ في رواية عنهم إلى أن الكفاءة شرط لزوم وليست شرط صحة، فإذا

فقدت الكفاءة لا يبطل العقد ولا يفسد وإنما يعطى الحق لمن له مصلحة في وجوده الخيار في طلب

الفسخ أو إمضائه، واستدلوا على ذلك:

- قوله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ

لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ﴾ (13) (الحجرات: 13).

احتج مالك بهذه الآية على أن الكفاءة تكون في الدين.⁽¹³⁰⁾

- عَنْ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا: "أَنَّ أَبَا حُذَيْفَةَ بْنَ عُتْبَةَ بْنَ رَبِيعَةَ بْنَ عَبْدِ شَمْسٍ، وَكَانَ مِمَّنْ

شَهِدَ بَدْرًا مَعَ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، تَبَتَّى سَالِمًا، وَأَنْكَحَهُ بِنْتُ أَخِيهِ هِنْدَ بِنْتُ

الْوَلِيدِ بْنِ عُتْبَةَ بْنَ رَبِيعَةَ وَهُوَ مَوْلَى لِمَرْأَةٍ مِنَ الْأَنْصَارِ".⁽¹³¹⁾

¹²⁵ انظر: المعولي، المعتصم بن سعيد، المعتمد في فقه النكاح، ط2، (بيروت: الشيبعة - واحة الإيمان، 2012م)، ج4، ص57.

¹²⁶ انظر: الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد، بدائع الصنائع، ط2، (بيروت: دار الكتب العلمية، 1986م)، ج2، ص317.

¹²⁷ انظر: الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، د.ط، (بيروت: دار الفكر، د.ت)، ج2، ص284 وما بعده.

¹²⁸ انظر: الشرييني، شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب، مغني المحتاج، ط1، (بيروت: دار الكتب العلمية، 1994م)، ج4، ص270.

¹²⁹ انظر: ابن قدامة، موفق الدين عبدالله بن أحمد بن محمد، المغني، د.ط، (القاهرة: مكتبة القاهرة، 1968م)، ج7، ص33.

¹³⁰ انظر: ابن العربي، أحكام العربي، مرجع سابق، ج4، ص159.

- عَنْ أَبِي نَضْرَةَ حَدَّثَنِي مَنْ سَمِعَ خُطْبَةَ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فِي وَسْطِ أَيَّامِ التَّشْرِيقِ فَقَالَ: " يَا أَيُّهَا النَّاسُ، أَلَا إِنَّ رَبَّكُمْ وَاحِدٌ، وَإِنَّ آبَاءَكُمْ وَاحِدٌ، أَلَا لَا فَضْلَ لِعَرَبِيٍّ عَلَى عَجَمِيٍّ، وَلَا لِعَجَمِيٍّ عَلَى عَرَبِيٍّ، وَلَا أَحْمَرَ عَلَى أَسْوَدَ، وَلَا أَسْوَدَ عَلَى أَحْمَرَ، إِلَّا بِالتَّقْوَى الحديث "(132).

القول الثاني: ذهب الحنابلة في رواية⁽¹³³⁾، ورواية عند الحنفية¹³⁴، إلى أن الكفاءة شرط لصحة النكاح، واستدلوا بعدة أدلة منها:

- عَنْ عَائِشَةَ قَالَتْ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "تَخَيَّرُوا لِنُطْفِكُمْ وَأَنْكِحُوا الْأَكْفَاءَ وَأَنْكِحُوا إِلَيْهِمْ". (135)

وجه الدلالة: (وأنكحوا الأكفاء) ففيه إشارة للأولياء على أنهم ملزمون بتزويج الكفاء واختيار الرجل الصالح لموليتهم.

- قَالَ عُمَرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: "لَا يَنْبَغِي لِدَوَاتِ الْأَحْسَابِ تَزْوُجُهُنَّ إِلَّا مِنْ الْأَكْفَاءِ". (136)

¹³¹ البخاري، محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، رقم الحديث: 5088، ط1، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، (بيروت: دار طوق النجاة، 1422هـ)، ج7، ص7.

¹³² أحمد بن حنبل، أحمد بن محمد بن حنبل، مسند الإمام أحمد، رقم الحديث: 23489، ط1، تحقيق: شعيب الارناؤوط وآخرون، (بيروت: مؤسسة الرسالة، 2001م)، ج38، ص474.

¹³³ انظر: المغني، أبو قدامة، مرجع سابق، ج7، ص33.

¹³⁴ انظر: بدائع الصنائع، الكاساني، مرجع سابق، ج2، ص317.

¹³⁵ ابن ماجه، محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، رقم الحديث: 1968 ط1، تحقيق: شعيب الارناؤوط وآخرون، (بيروت: دار الكتب العلمية، 2009م)، ج3، ص142.

الذي يظهر أن الكفاءة شرط لزوم لا شرط صحة حيث أن العقد مع انعدام الكفاءة مكتمل الشروط والأركان، وما ورد من الأحاديث والآثار فهو في الجملة حق للمرأة متى ما طلبته فهو لها ويحق الفسخ إن لم ترضى.

الفرع الثالث: حكم الكفاءة في قانون الأحوال الشخصية العماني:

جاء في قانون الأحوال الشخصية العماني في المادة رقم (20):

أ - "الكفاءة حق خاص بالمرأة والولي".

ب - "تراعى الكفاءة حين العقد، ويرجع في تقديرها إلى الدين ثم العرف". (137)

قال أحمد نصر: "ما يشير إليه النص أن المرأة من حقها أن تعترض على الزوج غير الكفء، وكذلك الولي له أن يعترض على الزوج غير الكفء مع ملاحظة أن القانون لما أباح للولي أن يعترض على الزوج بغير الكفء، لم يبح ذلك انطلاقاً من فكرة استبدادية، وإنما نظر إلى المصلحة". (138)

وقد قيد القانون الكفاءة بقيدتين حتى لا يكون الاعتراض من أجل الكفاءة مجالاً مفتوحاً أمام المرأة ووليها:

¹³⁶ البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي، سنن الكبرى، رقم الحديث: 13762، ط3، تحقيق: محمد عبدالقادر عطا، (بيروت: دار الكتب العلمية، 2003م)، ج7، ص215.

¹³⁷ قانون الأحوال الشخصية الصادر برقم (1997/32م)، مادة: 20/أ.

¹³⁸ الجندي، احمد نصر، شرح قانون الأحوال الشخصية العماني، د.ط، (القاهرة: دار الكتب القانونية، 2008م)، ص52-

اولاً: تراعى الكفاءة حين العقد، بحيث أن الكفاءة تطلب عند ابتداء العقد، ولا عبرة باستمرارها، لان الرجل الكفء وقت العقد ثم يطرأ على هذه الكفاءة ما ينقصها بعد الزواج فلا ينظر ليها ولا تكون سبباً للاعتراض.

ثانياً: أن الكفاءة تقدر على أساس الدين ثم العرف، فالكفاءة في الدين يقصد بها الصلاح والتقوى والاستقامة كم ورد في قوله تعالى ﴿إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ﴾ (الحجرات:13).
وأما من ناحية العرف فهناك أمور كثيرة تراعيها الأعراف، ويدخل تحتها أمور كثيرة كالنسب والمال وغيرها، وأعراف الناس تختلف باختلاف مجتمعاتهم، وعلى القاضي أن يكون محيطاً بأعراف الناس وعاداتهم في المحيط الذي يعيشون فيه.

التطبيق الثاني: تراخي القبول عن الإيجاب في عقد الزواج:

الفرع الأول: المقصود بالإيجاب والقبول:

اتفق الفقهاء على أن عقد النكاح ينعقد بالإيجاب والقبول ولكنهم اختلفوا في المقصود به:

فعند الحنفية الإيجاب هو ما يصدر أولاً من أحد العاقلين دالاً على رضاه بالعقد، سواء كان الزوج أو الزوجة، والقبول عندهم هو ما يصدر مؤخراً أي عقب الإيجاب دالاً على موافقته لما أبداه الطرف الأول، وسواء أكان صدوره من الزوج أم كان من الزوجة أو وليها.⁽¹³⁹⁾

أما عند الجمهور⁽¹⁴⁰⁾ فالإيجاب هو اللفظ الصادر من قبل الولي أو من يقوم مقامه كوكيل، لأن القبول إنما يكون للإيجاب، فإذا سبقه لم يعتد به ولم يكن مقبولاً، وأما القبول عندهم فهو اللفظ الدال على الرضا بالزواج الصادر من الزوج أو وكيله.

الفرع الثاني: حكم تراخي القبول عن الإيجاب:

صورة المسألة هي اشتراط أن يكون الإيجاب والقبول في مجلس واحد، ولأنهما شرط انعقاد، ولأن الأصل الموالاة بينهما، فلا يصح أن يتراخى القبول عن الإيجاب، وقد اختلف العلماء في هذه المسألة إلى قولين:

القول الأول : اشتراط تقدم القبول على الإيجاب، وهو مذهب الحنابلة، فاليجوز عندهم تقدم الإيجاب على القبول، وإن تراخى عنه صح ما دام في المجلس ولم يتشاغل عنه بما يقطعه عرفاً.⁽¹⁴¹⁾

¹³⁹ انظر: ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، البحر الرائق، ط2، (القاهرة: دار الكتاب الإسلامي، د.ت)، ج3، ص87.

¹⁴⁰ انظر: الشربيني، مغني المحتاج، مرجع سابق، ج4، ص226 / البهوتي، منصور بن يونس بن صلاح الدين، الروض المربع شرح زاد المستقنع، د.ط، خرج أحاديثه: محمد نذير عبد القدوس، (بيروت، دار المؤيد - مؤسسة الرسالة، د.ت)، ص511 / الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مرجع سابق، ج2، ص216.

¹⁴¹ انظر: البهوتي، الروض المربع شرح زاد المستقنع، مرجع سابق، ص512.

القول الثاني: وهو عدم اشتراط تقدم احدهما على الآخر، وهو مذهب الجمهور⁽¹⁴²⁾، إلا أن الحنفية⁽¹⁴³⁾ يعتبرون ما تقدم هو وصدر أولاً هو الإيجاب، وما صدر لاحقاً هو القبول.

الفرع الثالث: حكم التراخي في قانون الأحوال الشخصية العماني:

في قانون الأحوال الشخصية نصت المادة (17) على: "مع مراعاة أحكام المادة (19) من هذا القانون ينعقد الزواج بإيجاب من أحد المتعاقدين وقبول من الآخر صادرين عن رضا تام، بألفاظ تفيد معناه لغة أو عرفاً"⁰

لا شك أن المادة واضحة تبين صورة التعاقد المتمثلة في الركن الأساسي وهو الإيجاب والقبول أو ما يسميه البعض الصيغة، وقد تطرق القانون لهذه المسألة فبين أنه يجب أن يكون هناك متعاقدين، وأنه إذا صدر من أحد الطرفين الإيجاب وجب صدور قبول من الآخر، وقد أسند القانون هذه المهمة إما أولاً للغة أو للعرف على الترتيب بينهما، وهذه إشارة صريحة من القانون لاهتمامه البالغ في صياغة مواده القانونية على ما تقتضيه الأعراف بين الناس بما لا يتنافى مع الشرع أو القانون صراحةً.

¹⁴² انظر: الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مرجع سابق، ج2، ص216

¹⁴³ انظر: البحر الرائق، ابن نجيم، مرجع سابق، ج3، ص87.

التطبيق الثالث: عدالة الولي:

الفرع الأول: مفهوم العدالة والولي:

العدالة هي "من له ملكة تحمله على ملازمة التقوى والمروءة، والمراد بالتقوى هي اجتناب الأعمال السيئة من شرك أو فسق أو بدعة".⁽¹⁴⁴⁾

أما الولي فهو "الذي يتوقف عليه صحة العقد فلا يصح بدونه، وهو الأب أو وصيه، والقريب العاصب، والمعتق، والسلطان".⁽¹⁴⁵⁾

الفرع الثاني: اشتراط العدالة في الولي عند الفقهاء:

وقد اختلف الفقهاء في اشتراط العدالة في الولي إلى مذهبين:

المذهب الأول: ذهب الحنفية⁽¹⁴⁶⁾، والمشهور عند المالكية⁽¹⁴⁷⁾ إلى عدم اشتراط العدالة في الولي، وعليه تكون ولاية الفاسق عندهم في النكاح صحيحة.

ومن أدلتهم قوله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ﴾ (النور: 32).
وجه الاستدلال:

¹⁴⁴ ابن حجر، أحمد بن علي العسقلاني، نزهة النظر شرح نخبة الفكر، ط1، تحقيق: عبدالله بن ضيف الله الرحيلي، (الرياض: مطبعة سفير، 1422هـ)، ص69.

¹⁴⁵ الجزيري، عبدالرحمن بن محمد عوض، الفقه على المذاهب الأربعة، ط2، (بيروت: دار الكتب العلمية، 2003م)، ج4، ص29.

¹⁴⁶ انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج2، ص239.

¹⁴⁷ انظر: البغدادي، عبد الوهاب بن علي بن نصر، الإشراف على مسائل الخلاف، ط1، تحقيق: الحبيب بن طاهر، (بيروت: دار ابن حزم، 1999م)، ج2، ص691.

أولاً: هذا خطاب لعامة المؤمنين، ولم يفرق فيه بين العدل والفساق.

ثانياً: أن الناس على مر العصور من زمن التشريع إلى يومنا هذا يزوجون بناتهم من غير أن ينكروا على أحد مع وجود فساق فيهم.

ثالثاً: أن الفاسق من على نفسه من أهل الولاية فيكون أيضاً من أهل الولاية على غيره كذلك كالعدل.⁽¹⁴⁸⁾

أما المذهب الثاني: فقد ذهب الشافعية⁽¹⁴⁹⁾ والحنابلة¹⁵⁰ إلى أنه يشترط أن يكون الولي عدلاً.

وقد اعتمدوا على مجموعة من الأدلة منها:

حديث ابن عباس قال: قال النبي صلى الله عليه وسلم: "لا نكاح إلا بإذن ولي مرشد أو سلطان"

¹⁵¹ وفي رواية أخرى عن ابن عباس قال: "لا نكاح إلا بولي مرشد وشاهدي عدل"⁽¹⁵²⁾.

ووجه الدلالة في الحديث (ولي مرشد)، ولأن المراد بالمرشد في الحديث هو العدل.

¹⁴⁸ انظر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، مجموعة من المؤلفين، الموسوعة الفقهية الكويتية، ط2، (الكويت: وزارة الأوقاف

والشؤون الإسلامية، 1404-1427هـ)، ج41، ص253.

¹⁴⁹ انظر: الشربيني، مغني المحتاج، مرجع سابق، ج4، ص243.

¹⁵⁰ انظر: الحجاوي، موسى بن أحمد بن موسى، الإقناع، تحقيق: عبداللطيف محمد موسى السبكي، د.ط، (بيروت: دار

المعرفة، د.ت)، ج3، ص173.

¹⁵¹ الطبراني، سليمان بن أحمد بن أيوب، المعجم الأوسط، رقم الحديث: 512، د.ط، تحقيق: طارق عوض الله و عبدالمحسن

الحسيني، (الرياض: مكتبة المعارف، 1407هـ)، ج1، ص166.

¹⁵² البيهقي، السنن الكبرى، رقم الحديث: 13650، مرجع سابق، ج7، ص182.

وكذلك أن الولاية من باب الكرامة، والفسق سبب الإهانة، ولهذا لم نقبل شهادته ولا ولايته، وأن
الفسق نقص يقدر في الشهادة فيمنع الولاية كالرق.

الذي يظهر لي بعد ذكر أقوال العلماء أن القول بعدم اشتراط العدالة لعدة أسباب، مشددين على
أن متى ما وجد الولي العدل فهو الأولى، لأنه لا يستوي الفاسق والعاقل وليسوا سواء في دين الله،
إلا أنه في زمننا أصبح هذا الأمر صعباً من جهة الأفراد وكذلك من جهة القضاء، فسوف يثقل
الأمر على القضاء إذا أراد تحديد من هو العدل، ولا يعني هذا أن الفاسق لا يتحلى بالرحمة
والشفقة على موليته.

الفرع الثالث: حكم اشتراط العدالة في قانون الأحوال الشخصية العماني:

جاء في قانون الأحوال الشخصية المادة (16) :

أ - الإيجاب والقبول.

ب - الولي.

ج - الصداق.

د - البينة.

ونصت المادة (19): " يتولى ولي المرأة عقد زواجها برضاها ".

لم يشترط القانون العدالة في الولي ترجيحاً لمذهب الأحناف والمالكية، ولعله في هذه المسألة أوكل
الأمر للعرف حيث أنه من المتعارف بين الناس أن يكون الولي عدل، ولأن المروءة المشروطة في

العدالة تختلف اختلافاً كثيراً بحسب البقاع والأماكن والحال والزمان؛ لأنها من الأمور العرفية التي تختلف بذلك غالباً.

الخاتمة

وبعد هذه الرحلة الطويلة الماتعة بين الكتب، وبين رفوف المكتبات وجنبااتها، أضع قلمي جانباً لأضع بين أيديكم بحثي المتواضع، الذي أرجو من الله أن يكتب فيه الخير والصلاح والتوفيق، وأن تعم به الفائدة، وأن ينفع به من أراد الانتفاع به، إنه ولي ذلك والقادر عليه.

وهناك جملة من التوصيات لابد من ذكرها والأخذ بها بعين الاعتبار لما لها من أهمية في هذا الباب:

- إعادة صياغة بعض الأحكام الفقهية لتناسب مع أعراف الناس في وقتنا هذا.
- تقديم العرف بشكل أكبر على غيره من المصادر والأصول لكونه أكثر المصادر تغلغلاً بين الناس.
- إعادة صياغة بعض المواد القانونية التي أساسها العرف وجعل العرف مرجعاً أساسياً فيها.
- كتابة بحوث معمقة ومحكمة وأكثر غزارة وربطها بالقانون الوضعي بشتى مجالاته.
- دحض الأعراف والعادات التي لا تتناسب مع التشريع الإسلامي والتنصيص عليها بأنها ليست من التشريع بل هي خرافات وخزعבלات وأساطير.

فهرس الآيات

الآية	السورة	الصفحة
حُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ	الأعراف	21
لَعْنُ شَكَرْتُمْ لَأَزِيدَنَّكُمْ	إبراهيم	4
وَأَنكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنكُمْ	النور	72
وَصَاحِبُهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا	لقمان	15
وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ	البقرة	22
وَكَذَلِكَ مَا أَرْسَلْنَا مِنْ قَبْلِكَ فِي قَرْيَةٍ مِنْ نَذِيرٍ	الزخرف	55
يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ	الحجرات	66

فهرس الأحاديث

الحديث	الراوي الأعلى	الصفحة
تَحَيَّرُوا لِطُفِكُمْ وَأَنْكِحُوا	عائشة	67
خذي أنتِ وبنوكِ ما يكفيكِ بالمعروف	هند أم معاوية	23
لا نكاح إلا بإذن ولي مرشد أو سلطان	ابن عباس	73
لا يَشْكُرُ الله من لا يَشْكُرُ النَّاس	أبي هريرة	4
ما فوق الركبتين من العورة، وما أسفل من السرة من العورة	أبي أيوب	45
يَا أَيُّهَا النَّاسُ، أَلَا إِنَّ رَبَّكُمْ وَاحِدٌ	أبي نظرة	67
يأيها الناس قد فرض الله عليكم الحج فحجوا	أبي هريرة	47

فهرس الآثار

الصفحة	الراوي	الأثر
23	ابن مسعود	ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن
66	عائشة	أَنَّ أَبَا حُذَيْفَةَ بْنَ عُثْبَةَ بْنَ رِبْعَةَ بْنَ عَبْدِ شَمْسٍ
48	ابن عمر	فرض رسول الله زكاة الفطر من رمضان
73	ابن عباس	لا نكاح إلا بولي مرشد وشاهدي عدل
67	عمر	لَا يَنْبَغِي لِدَوَاتِ الْأَحْسَابِ

فهرس الأشعار

شطر البيت	الصفحة
إلا عواسل كالمراط معيدةً	18
تعود صالح الأخلاق إني	18
لم تنزل تلك عادة الله عندي	18

فهرس المصادر والمراجع

- الولاتي ، محمد بن يحيى ، نيل السؤل على مرتقى الوصول ، تصحيح وتدقيق ومراجعة : بابا محمد عبدالله محمد يحيى الولاتي ، دط ، الرياض: دار عالم الكتب ، 1992م.
- وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، مجموعة من المؤلفين، الموسوعة الفقهية الكويتية، ط2، الكويت: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، 1404-1427هـ.
- الوارجلاني ، يوسف بن إبراهيم أبو يعقوب ، العدل والإنصاف ، د.ط ، سلطنة عمان: وزارة التراث القومي والثقافة ، 1984م.
- النيسابوري، مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبدالباقي، د.ط، بيروت: دار احياء التراث العربي، د.ت.
- المعولي، المعتصم بن سعيد، المعتمد في فقه النكاح، ط2، بيروت: الشبيبة - واحة الإيمان، 2012م.
- المشعل، عبدالعزيز بن عبدالرحمن، "أثر العرف والعادة في دراسة النوازل الفقهية مع تطبيقات فقهية معاصرة"، بحث نشر في مجلة الإمام محمد بن سعود، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، 201م.
- لجنة من كبار علماء الدولة العثمانية، مجلة الأحكام العدلية، تحقيق: نجيب هوايني، د.ط، كراتشي: نور محمد كارخانه تجارت كتب، د.ت، ج1، ص17، مادة: 13.
- الكندي، سعيد بن أحمد بن سعيد ، التفسير الميسر، ط3، مسقط: الناشر مكتب المستشار الخاص لجلالة السلطان للشؤون الدينية والتاريخية ، 1436هـ.
- الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد، بدائع الصنائع، ط2، بيروت: دار الكتب العلمية، 1986م.

- القراني، أحمد بن إدريس بن عبدالرحمن، شرح تنقيح الفصول، تحقيق: طه عبدالرؤوف سعد، ط1، د.م: شركة الطباعة الفنية المتحدة، 1973م.
- قانون المعاملات المدنية الصادر برقم 29 / 2013م.
- قانون الأحوال الشخصية الصادر برقم 32/1997م.
- الفيروز آبادي، محمد بن يعقوب مجد الدين، القاموس المحيط، ضبط وتوثيق: يوسف الشيخ محمد البقاعي، د.ط، بيروت، دار الفكر، 2010م.
- الفيروز آبادي، أبو طاهر محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، تحقيق: محمد نعيم العرقسوسي، ط8، بيروت: مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، 2005م.
- الفناري، شمس الدين محمد بن حمزة بن محمد، فصول البدائع في أصول الشرائع، تحقيق: محمد حسين محمد حسن إسماعيل، ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، 2006م.
- الفخر الرازي، أبو عبدالله عمر بن محمد بن الحسين، المحصول، تحقيق: طه جابر فياض، ط3، بيروت: مؤسسة الرسالة، 1997م.
- عوض، السيد صالح، اثر العرف في التشريع الإسلامي، دط، القاهرة: دار الكتاب الجامعي، دت.
- العز بن عبدالسلام، عبدالعزيز بن عبدالسلام بن أبي القاسم، قواعد الأحكام في مصالح الأناس، تحقيق: طه عبدالرؤوف سعد، د.ط، القاهرة: مكتبة الكليات الأزهرية، 1991م.
- الطبراني، سليمان بن أحمد بن أيوب، المعجم الأوسط، د.ط، تحقيق: طارق عوض الله و عبدالمحسن الحسيني، الرياض: مكتبة المعارف، 1407هـ.
- الصابوني، محمد علي، صفوة التفاسير، ط1، القاهرة: دار الصابوني للطباعة والنشر والتوزيع، 1997م.
- الشوكاني، محمد بن علي بن محمد، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، تحقيق: أحمد عزو عناية، ط1، دمشق: دار الكتاب العربي، 1999م.
- الشربيني، شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب، مغني المحتاج، ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، 1994م.

- الشاطبي، أبي إسحاق إبراهيم بن موسى، الموافقات في أصول الشريعة، تحقيق: مشهور بن حسن آل سلمان: ط1، المملكة العربية السعودية: دار بن عفان، 1997م.
- السيوطي، عبدالرحمن بن أبي بكر بن محمد، الأشباه والنظائر، تحقيق: محمد عبدالرحمن الشاغول، د.ط، القاهرة: المكتبة الأزهرية للتراث، 2013 م.
- سيف بن حمود بن حامد البطاشي، إتحاف الأعيان في تاريخ بعض علماء عمان، ط4، سلطنة عمان: الناشر مكتب المستشار الخاص لجلالة السلطان للشؤون الدينية والتاريخية، 2016م.
- السنهوري، عبدالرزاق، احمد حشمت أبو ستيت، أصول القانون، دط، القاهرة : مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، 1950م.
- الزمخشري ، محمود بن عمرو بن أحمد ، الكشف عن حقائق غوامض التنزيل ، ط3 ، بيروت: دار الكتاب العربي ، 1407هـ.
- الزرقا، مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ط2، دمشق: دار القلم، 2004م
- الزحيلي، وهبة الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، ط1، دمشق: دار الفكر، 2006م.
- الرفاعي ، احمد محمد ، المدخل للعلوم القانونية ، دط ، مصر: جامعة بنها – كلية الحقوق ، 2008/2007م.
- الرازي، احمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبدالسلام هارون، د.ط ، د.م: دار الفكر، 1979 .
- الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، د.ط، بيروت: دار الفكر، د.ت.
- الدارقطني، علي بن عمر بن أحمد، سنن الدارقطني، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وآخرون، ط1، بيروت: مؤسسة الرسالة، 2004م.
- خير الدين بن محمود بن محمد بن علي بن فارس الزركلي، الأعلام، ط15، بيروت: دار العلم للملايين، 2002م.
- الخياط، عبدالعزيز الخياط، نظرية العرف، د.ط، عمان: مكتبة الأقصى، 1977م.

- الخلاف، عبد الوهاب، علم أصول الفقه، ط1، الرياض : مكتبة الرشد ، 2010م.
- حيدر، علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تعريب: فهمي الحسيني، طبعة خاصة، الرياض: دار عالم الكتب، 2003م.
- الحصني، ابوبكر بن محمد ، القواعد، تحقيق: عبدالرحمن الشعلان و جبريل البصيلي، ط1، المملكة العربية السعودية: دار الرشد، 1997م.
- الحصكفي، علاء الدين محمد بن علي بن محمد الحصني، تحقيق: عبدالمنعم خليل إبراهيم، ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، 2002م.
- الحجاوي، موسى بن أحمد بن موسى، الإقناع، تحقيق: عبداللطيف محمد موسى السبكي، د.ط، بيروت: دار المعرفة، د.ت.
- الجندي، احمد نصر، شرح قانون الأحوال الشخصية العماني، د.ط، القاهرة: دار الكتب القانونية، 2008م.
- الجصاص، أحمد بن علي، أحكام القرآن، تحقيق: محمد صادق القمحاوي، د.ط، بيروت : دار الكتاب العربي ، 1405هـ.
- الجزيري، عبدالرحمن بن محمد عوض، الفقه على المذاهب الأربعة، ط2، بيروت: دار الكتب العلمية، 2003م.
- الجرجاني ، علي بن محمد بن علي ، التعريفات ، تحقيق : محمد علي أبو العباس ، ط1 ، القاهرة : دار الطلائع :، 2013.
- البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي، سنن الكبرى، رقم الحديث: 13762، ط3، تحقيق: محمد عبدالقادر عطا، بيروت: دار الكتب العلمية، 2003م.
- البهوتي، منصور بن يونس بن صلاح الدين، الروض المربع شرح زاد المستقنع، د.ط، خرج أحاديثه: محمد نذير عبد القدوس، بيروت، دار المؤيد — مؤسسة الرسالة، د.ت.
- البغوي ، الحسين بن مسعود ، معالم التنزيل في تفسير القرآن ، تحقيق : عبدالرزاق المهدي ، ط1 ، بيروت : دار احياء التراث العربي ، 1420هـ.

- البغدادي، عبد الوهاب بن علي بن نصر، الإشراف على مسائل الخلاف، ط1، تحقيق: الحبيب بن طاهر، بيروت: دار ابن حزم، 1999م.
- البخاري، محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، ط1، بيروت: دار طوق النجاة، 1422هـ.
- الباحثين، يعقوب بن عبد الوهاب، العادة محكمة، ط2، الرياض: مكتبة الرشد، 2012م.
- الهاشمي، أحمد بن عبدالعزيز، "العرف كمصدر من مصادر التشريع"، تاريخ النشر: 10 أبريل 2019م.
- الحماد، حمد بن حماد بن عبدالعزيز الحماد، عقود التأمين حقيقتها وحكمها، بحث نشر في مجلة الجامعة الإسلامية، الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، 1405هـ.
- الانصاري، عبد العلي محمد بن نظام الدين، فواتح الرحموت، ط1، مصر: المطبعة الأميرية-بولاق، 1322هـ.
- الأصبحي، مالك بن أنس، الموطأ، تحقيق: بشار عواد معروف، ط2، بيروت: دار الغرب الإسلامي، 1997م، ج2، ص201.
- الإسنوي، جمال الدين عبد الرحيم بن الحسن، نهاية السؤل شرح منهاج الوصول، ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، 1999م.
- إسماعيل بن محمد بن عبد الهادي العجلوني، كشف الخفاء ومزيل الإلباس، تحقيق: عبد الحميد هنداي، ط1، د.م: المكتبة العصرية، 2000م.
- أحمد بن حنبل، أحمد بن محمد بن حنبل، مسند الإمام أحمد، ط1، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وآخرون، بيروت: مؤسسة الرسالة، 2001م.
- أبي داود، سليمان بن الأشعث بن إسحاق، سنن أبي داود، ط1، تحقيق: شعيب الأرنؤوط ومحمد كامل قره بللي، بيروت: دار الرسالة العالمية، 2009م.
- أبو سنة، أحمد فهمي، "العرف والعادة في رأي الفقهاء عرض نظرية في التشريع الإسلامي"، رسالة لنيل درجة الاستاذية، جامعة الأزهر، 1941م.

- أبو زهرة، محمد بن أبو زهرة، أبو حنيفة حياته وعصره - آراؤه وفقهه، ط2، د.م: دار الفكر العربي، د.ت.
- أبو زهرة، محمد أبو زهرة، مالك حياته وعصره - آراؤه وفقهه، ط2، د.م: دار الفكر العربي، د.ت.
- ابن هشام، عبد الملك بن هشام بن أيوب، السيرة النبوية ، تحقيق: مصطفى السقا وإبراهيم الأبياري وعبد الحفيظ الشلي، ط2، مصر: مطبعة ومكتبة مصطفى الباي الحلبي وأولاده، 1955م.
- ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم، الأشباه والنظائر، تحقيق: محمد مطيع الحافظ، ط4، دمشق: دار الفكر، 2005م.
- ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، البحر الرائق، ط2، القاهرة: دار الكتاب الإسلامي، د.ت.
- ابن منظور، أبي الفضل محمد بن مكرم، لسان العرب، ط3، بيروت: دار صادر، 1414هـ.
- ابن ماجه، محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، ط1، تحقيق: شعيب الارناؤوط وآخرون، بيروت: دار الكتب العلمية، 2009م.
- ابن كثير ، إسماعيل بن عمر ، محمد علي الصابوني ، مختصر تفسير ابن كثير ، تحقيق : محمد علي الصابوني ، ط7 ، بيروت : دار القرآن الكريم ، 1981م.
- ابن قدامة، موفق الدين عبدالله بن أحمد بن محمد، المغني، د.ط، القاهرة: مكتبة القاهرة، 1968م.
- ابن عطية، عبدالحق بن غالب بن عبد الرحمن، المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، تحقيق: عبد السلام عبد الشافي، ط1، بيروت: دار الكتب العلمية ، 1420هـ.
- ابن عابدين، محمد امين افندي، مجموعة رسائل ابن عابدين ، د.ط، د.م: د.ن، د.ت .
- ابن خلدون، ولي الدين عبد الرحمن بن محمد، المقدمة، تحقيق: عبدالله محمد الدرويش، ط1، دمشق: دار يعرب، 2004م.

- ابن حجر، أحمد بن علي العسقلاني، نزهة النظر شرح نخبة الفكر، ط1، تحقيق: عبدالله بن ضيف الله الرحيلي، الرياض: مطبعة سفير، 1422هـ.
- ابن بركة، عبدالله بن محمد بن بركة السليمي، التعارف، تحقيق: بدر بن سيف الراجحي، ط1، سلطنة عمان: مكتبة مسقط، 2013م.
- ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبدالواحد بن عبد الحميد، التحرير، د.ط، مصر: مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، 1351هـ.
- ابن النجار، محمد بن أحمد بن عبدالعزيز الحنبلي، مختصر التحرير شرح الكوكب المنير، تحقيق: محمد الزحيلي و نزيه حماد، ط2، المملكة العربية السعودية: مكتبة العبيكان، 1997م.
- ابن القيم، محمد بن ابي بكر بن أيوب، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: محمد عبدالسلام إبراهيم، ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، 1991م.
- ابن العربي، محمد بن عبدالله، أحكام القرآن، تحقيق وتخرير وتعليق: محمود عبدالقادر عطا، ط3، بيروت: دار الكتب العلمية، 1424هـ.
- المناوي، محمد عبدالرؤوف بن تاج العارفين بن علي، التوقيف على مهمات التعاريف، ط1، القاهرة: عالم الكتب، 1990م.

فهرس المحتويات

الإهداء.....	أ.
الشكر والتقدير	ب.
تعهد.....	ج.
ملخص البحث	هـ.
المقدمة	1-6
تمهيد : العرف تعريفه والفرق بينه وبين العادة وأسباب نشوءه وأسباب تغيره	1.
المبحث الأول : تعريف العرف	1.
المطلب الأول: العرف لغةً	1.
المطلب الثاني: العرف اصطلاحاً	3.
المطلب الثالث: الفرق بين العرف والعادة	5.
المبحث الثاني : أسباب نشوء العرف وتغيره.....	8.

9.....	المطلب الأول: أسباب نشوء العرف
9.....	السبب الأول: الضرورة أو الحاجة
10.....	السبب الثاني: التقليد والمحاكاة للغير
11.....	السبب الثالث: الموروث عن الآباء والأجداد
12.....	المطلب الثاني: أسباب تغير العرف
12.....	السبب الأول: تغير الحاجات
13.....	السبب الثاني: أوامر الحاكم
14.....	السبب الثالث: اختلاط الناس وتغير أفكارهم وتأثرهم بالأوضاع والعادات الجديدة
16.....	الفصل الأول : حجية العرف وأقسامه وشروطه
16.....	المبحث الأول : حجية العرف
16.....	المطلب الأول : القرآن والسنة
20.....	المطلب الثاني : المذاهب الفقهية
25.....	المطلب الثالث: العرف واختلاف الفقهاء
27.....	المبحث الثاني : أقسام العرف
27.....	الاعتبار الأول : أقسامه من حيث سببه
27.....	1- العرف القولي
29.....	2- العرف العملي
30.....	الاعتبار الثاني : أقسامه من حيث من يصدر عنه العرف

1 - العرف العام	30
2- العرف الخاص	33
الاعتبار الثالث: أقسامه من حيث موافقة قواعد الشريعة أو مخالفتها	35
1- العرف الصحيح	35
2- العرف الفاسد	36
المبحث الثالث : شروط اعتبار العرف	37
الشرط الأول: أن يكون العرف مطّرداً أو غالباً	37
الشرط الثاني : أن يكون العرف قائماً وقت إنشاء التصرف الذي يحمل عليه.	40
الشرط الثالث: أن لا يكون العرف مخالفاً لأدلة الشرع	42
الشرط الرابع: أن لا يوجد قول أو عمل يفيد عكس مضمونه	47
الفصل الثاني : العرف عند أهل القانون تعريفه وحجتيه وشروطه وتطبيقاته القانونية	50
المبحث الأول : تعريف العرف وحجتيه	51
المطلب الأول: تعريف العرف في القانون	51
المطلب الثاني: حجية العرف في القانون	52
المبحث الثاني : تطبيقات العرف في قانون الأحوال الشخصية العماني	53
التطبيق الأول: الكفاءة في الزواج.....	54
الفرع الأول: تعريف الكفاءة لغةً واصطلاحاً	54

54.....	الفرع الثاني: أقوال الفقهاء في اشتراط الكفاءة في الزواج
57.....	الفرع الثالث: حكم الكفاءة في قانون الأحوال الشخصية
58.....	التطبيق الثاني: تراخي القبول عن الإيجاب في عقد الزواج
58.....	الفرع الأول: المقصود بالإيجاب والقبول
59.....	الفرع الثاني: حكم تراخي القبول عن الإيجاب
60.....	الفرع الثالث: حكم التراخي في قانون الأحوال الشخصية
61.....	التطبيق الثالث: عدالة الولي
61.....	الفرع الأول: مفهوم العدالة والولي
61.....	الفرع الثاني: اشتراط العدالة في الولي عند الفقهاء
63.....	الفرع الثالث: حكم اشتراط العدالة في قانون الأحوال الشخصية
65.....	الخاتمة
66.....	فهرس الآيات
67.....	فهرس الأحاديث
68.....	فهرس الآثار
69.....	فهرس الأشعار
70.....	فهرس المصادر والمراجع
77.....	فهرس المحتويات

