

قاعدة العادة محكمة وتطبيقاتها في مجال
الأسرة _ باب الزواج أنموذجاً _

مذكرة مكملة لمقتضيات نيل شهادة الماستر في العلوم الإسلامية
تخصّص: فقه مقارن وأصوله

الأستاذ المشرف:

د/ سهام حمادي

إعداد الطالبتين:

- زريق مرزاق

- شوتلة رقية

لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الجامعة	الصفة
د/ مجيدي العربي	محمد بوضياف - المسيلة	رئيساً
د/ سهام حمادي	محمد بوضياف - المسيلة	مشرفاً مقررأ
د/ بوقاف جمال الدين	محمد بوضياف - المسيلة	ممتحنأ

السنة الجامعية: 2022/2023



كلية العلوم
الإنسانية والاجتماعية
FACULTY OF HUMANITIES
AND SOCIAL SCIENCES

Faculty of Humanities and Social Sciences

Vice-Deanship of the College for Studies and

Student Issues

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
People's Democratic Republic of Algeria
وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
Ministry of Higher Education and Scientific Research
جامعة محمد بوضياف بالمسيلة
University Mohamed Boudiaf of M'sila



جامعة محمد بوضياف - المسيلة
Université Mohamed Boudiaf - M'sila

كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية
نيابة العمادة للدراسات والمسائل المرتبطة بالطلبة
الرقم: 2023/

تصريح شرفي خاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز بحث

انا الممضي (ة) ادناه :

السيد(ة): زينة حرزاق

الصفة(طالب، استاذ باحث، باحث دائم): حالي

الحامل لبطاقة التعريف الوطنية رقم 1 10 000 992 001 030 000

الصادرة بتاريخ: 26 12 2022 عن دائرة: المسيلة

المسجل(ة) بكلية: العلوم الإنسانية والاجتماعية قسم: العلوم الإسلامية

تخصص: فقه مقارن واصول تحت رقم التسجيل: 181835077170

والمكلف بإنجاز اعمال بحث (مذكرة التخرج ليسانس، مذكرة ماستر، مذكرة ماجستير اطروحة

دكتوراه) .

عنوانها: قواعد العادة محكمة وتطبيقها في مجاله حوال المسحفة

اصرح بشرفي بانني التزم بالمعايير العلمية والمنهجية ومعايير الاخلاقيات المهنية والنزاهة
الاكاديمية المطلوبة في انجاز البحث المذكور اعلاه

المسيلة في: 05 جوان 2023

امضاء المعني(ة):



صبر



عن رئيس المجلس الشعبي البلدي
وبتفويض منه عون الإدارة الإقليمية
صليمة غرابي

المرجع: القرار الوزاري رقم: 933 المؤرخ في: 28-07-2016 المحدد للقواعد المتعلقة بالوقاية من السرقات العلمية ومكافحتها.



كلية العلوم
الإنسانية والاجتماعية
FACULTY OF HUMANITIES
AND SOCIAL SCIENCES

Faculty of Humanities and Social Sciences

Vice-Deanship of the College for Studies and

Student Issues

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
People's Democratic Republic of Algeria
وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
Ministry of Higher Education and Scientific Research
جامعة محمد بوضياف بالمسيلة
University Mohamed Boudiaf of M'sila



جامعة محمد بوضياف - المسيلة
Université Mohamed Boudiaf - M'sila

كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية
نيابة العمادة للدراسات والمسائل المرتبطة بالطلبة
الرقم: 2023/

تصريح شرفي خاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز بحث

انا الممضي (ة) ادناه :

السيد(ة): شوتلة رقية

الصفة(طالب، استاذ باحث، باحث دأتم): طالب

الحامل لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 1997102700385000A

الصادرة بتاريخ: 27/02/2017 عن دائرة: سبي عاصم

المسجل(ة) بكلية: العلوم الإنسانية والاجتماعية قسم: العلوم الإنسانية

تخصص: فقه عقائد وأصول تحت رقم التسجيل: 181835098031

والمكلف بإنجاز اعمال بحث (مذكرة التخرج ليسانس، مذكرة ماستر، مذكرة ماجستير، اطروحة

دكتوراه).

عنوانها: قاعدة لعادة محكمة وتطبيقاتها في المجال الأحوال الشخصية

اصرح بشرفي بانني التزم بالمعايير العلمية والمنهجية ومعايير الاخلاقيات المهنية والنزاهة

الاكاديمية المطلوبة في انجاز البحث المذكور اعلاه

المسجلة في: 05 جوان 2023

امضاء المعني (ة):

المرجع: القرار الوزاري رقم: 933 المؤرخ في: 28-07-2016 المحدد للقواعد المتعلقة بالوقاية من السرقات العلمية ومكافحتها.



وثيقة ايداع مذكرة ماستر

الموضوع: قاعدة العادة محكمة وتطبيقها في مجال الأحوال الشخصية

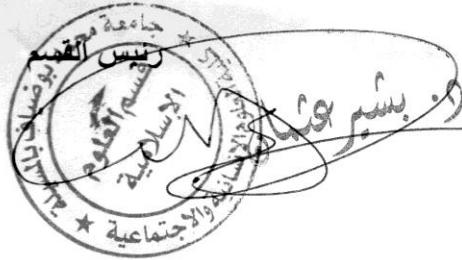
إعداد الطلبة:

1- زريق مرزاقمة رقم التسجيل: 181835077170
2- شوتلة رقية رقم التسجيل: 181835098031
القسم: العلوم الإسلامية الشريعة: شريعة التخصيص: فقه مغان وأصوله
إشراف: جهادي سهام الرتبة: أستاذ مساعد 'A'

أقر بأنني تابعت العمل المذكور أعلاه في جلسات إشرافية طيلة الموسم الجامعي: 2022-2023 وأسمح بإيداعه على مستوى ادارة القسم للمناقشة والتقييم.

رئيس فريق الاختصاص

موافقة وإمضاء الاستاذ(ة) المشرف(ة):



سهام جهادي

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

شكر وعرفان



الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات الذي وفقنا لإنجاز هذا البحث المتواضع، ثم نتوجه بالشكر والامتنان إلى الأستاذة “حمادي سهام” التي تفضلت علينا بقبول الإشراف على مذكرتنا، ولم تبخل علينا بعلمها وتوجيهاتها ونصائحها ووقتها، فجزاها الله عنا خيرا وبارك الله فيها.
دون أن ننسى أعضاء لجنة المناقشة، وأخصهم بالشكر لموافقتهم على مناقشة بحثنا المتواضع .

..كما لا ننسى إلى كل من ساهم من قريب أو من بعيد في مد يد العون

لإنجاز هذا العمل المتواضع

إهداء

الحمد لله العلي القدير، والثناء على جلاله نصلي ونسلم على خير خلق الله وخاتم الأنبياء والمرسلين سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم

- أهدي ثمرة جهدي إلى التي حملتني وهنا على وهن إلى من كانت سببا في وجودي، إلى من حرمت نفسها وأعطتني "حبيبتي أمي" حفظها الله وأطال في عمرها.

- إلى من تعجز السطور والكلمات عن الامتتان له، والذي ألهمني روح القوة والمثابرة وعلمني معنى التحدي أمام الصعاب وقهر الظروف والمحن "أبي الغالي" حفظه الله وأطال في عمره.

- إلى قرة عيني وبهجة سروري وإلى من جعلهم الله عضدا لي "إخواني وأخواتي"

وإلى من كانت سندا لي طوال حياتي فكانت مزيجا بين الصداقة والأخوة "سهيلة"

إلى من أنارا قلبي بضياء القرآن، معلمي "دراهما فاطمي" و"زيازية محمد"، جعلهم الله من زمرة خيركم من تعلم القرآن وعلمه

إهداء

أهدي ثمرة جهدي

إلى أعلى ما أملك في هذه الدنيا إلى من كانت سببا في وجودي
على هذه الأرض إلى حرمت نفسها وأعطتني

أمي حبيبتي أطال الله في عمرها

إلى من أدين له بحياتي إلى من يزيدني إنتسابي له وذكره فخرا
وإعتزازا إلى من ساندني في كل خطوة أخطوها

أبي العزيز حفظه الله ورعاه

إلى أخوتي وأحبتي

أسامة ومحمد ويوسف وعلاء

وبالخصوص من وجدته في السراء والضراء وأختص بالذكر

إلى عمي العزيز الحاج شوتلة

وإلى صديقتي وحبيبتي الغالية

بوبكر دنيا زاد

وإلى كل صديقتي حسينة ومروة وهاجر وسارة وسهام

مقدمة

مقدمة:

الحمد لله نعمده ونستعينه، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا، ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له ومن يضل فلا هادي له، ونصلي ونسلم على خير البرية سيدنا وقدوتنا محمدا -صلى الله عليه وعلى آله وسلم- أما بعد

لعل من الصفات المميزة للشريعة الإسلامية عن باقي الشرائع والقوانين التي تنظم المجتمع، مرونتها وصلاحتها للتطبيق في كل زمان ومكان؛ ذلك أن ما ورد في القرآن الكريم-الذي هو مصدرها الأول - من أحكام إنما هو من قبيل القواعد الكلية والمبادئ العامة، أما تفصيلاتها فموكلة إلى السنة النبوية ومصادر التشريع الأخرى بما يتناسب واقع الناس . ولما كانت الشريعة الإسلامية تربط بين الكليات والجزئيات في نظام بديع، فقد ظهر علم القواعد الفقهية الذي يحاول الربط بين المبدأ العام وما يحويه من تفرعات حتى يسهل الرجوع إليه عند الاحتياج، ولأن للعادات والأعراف سلطانا على النفوس وتحكم في العقول ظهرت قاعدة العادة محكمة التي تعد إحدى القواعد الفقهية الكبرى، والتي تدور حول أن أعراف الناس وعاداتهم لها اعتبار في الشريعة الإسلامية لكن الأمر ليس على إطلاقه .

ولأن مجال الأحوال الشخصية يعد من أكثر المجالات إعمالا للأعراف، جاء موضوع بحثنا "قاعدة العادة محكمة وأثرها في الأحوال الشخصية"، وخصوصا ما يتعلق بالزواج من مقدمات كالخطبة أو آثار كالنفقة وما إلى ذلك من أحكامه .

-أهمية موضوع البحث:

تتبع أهمية موضوع بحثنا من كون أن للأعراف والعادات سلطان في النفوس، فإن العادة متى ما تكررت ألفتها النفوس وأصبح من الصعب التخلي عنها؛ لذلك جاءت الشريعة الإسلامية بإقرار أعراف الناس واعتبارها في بناء الأحكام متى كانت موافقة لنصوصها ولأن مجال الأحوال الشخصية من أكثر المجالات ارتباطا بالواقع وبالحياة الشخصية للإنسان فإنه

في تغير مستمر يُحتاج معه إلى اعتبار هذا التغير في بناء الأحكام حتى تأتي متناسقة منسجمة .

هذا إن موضوع البحث يجمع بين علم الفقه وأصول الفقه والقواعد الفقهية، وهذه العلوم لا غنى لطالب العلم عنها، فيجب أن يكون عالما بها.

وأن ليست كل الأعراف تراعى ويأخذ بها الإنسان، بل تراعى الأعراف الصالحة وتلغى الأعراف الفاسدة وتهذب الأعراف التي تحتاج إلى تهذيب.

-أسباب اختيار الموضوع:

من الأسباب الداعية لاختيار هذا الموضوع جمعا بين الأسباب الذاتية والموضوعية نذكر:

- هذه القاعدة لها جانب تطبيقي كبير في حياتنا اليومية، مما أدى إلى تحريك رغبتنا في البحث ودراسة هذا الموضوع، وخصوصا أن له علاقة كبيرة بجانب الأحوال الشخصية ومسائل الأسرة.

- كثرة التساؤلات وطلب الفتيا في مجالات الأحوال الشخصية من طرف المكلفين وخصوصا ما يتعلق بعباداتهم.

- كثرة مناقشات الناس وإصابتهم بالحيرة من عدم معرفتهم الأعراف التي حولهم من حيث جوازها من عدمه.

- جعل هذا البحث بداية لي ولأمثالي من طلاب العلم للانضمام لعالم البحث العلمي .

- أهداف موضوع البحث:

نهدف من خلال دراسة هذا الموضوع إلى:

- بيان سمو الفقه وعدالته وسماحته، وأن التشريع الإسلامي هو التشريع الأفضل والوحيد الذي يجب أن يحكم بين الأفراد والجماعات.

- بيان مرونة الشريعة الإسلامية وكمالها وصلاحتها لكل زمان ومكان، ورد الشبهات على الحاقدين والمشوهين لصورة الإسلام.

- إبراز أهمية القواعد الفقهية في جمع الفروع والجزئيات الفقهية .

- بيان طبيعة قاعدة العادة محكمة وأثرها في مسائل الأحوال الشخصية .

- بيان أثر العوائد والأعراف في إنشاء الأحكام الشرعية وتغيرها .

- إشكالية موضوع البحث:

إن الشريعة الإسلامية مبناها التيسير ورفع الحرج على الناس قال تعالى: (وما جعل عليكم في الدين من حرج) [الحج: 78] ولعل من أبرز مظاهر التيسير أنها لم تلغ أعراف الناس جملة واحدة، لذلك تمحورت إشكالية بحثنا كالتالي: ما مدى اعتبار أعراف الناس وعاداتهم في بناء الأحكام الشرعية؟ وما مدى تأثيرها في مجال الأحوال الشخصية ؟

وتتفرع عن هذا الإشكال الرئيس عدة تساؤلات:

- ما طبيعة قاعدة العادة محكمة؟ وما أهميتها؟ وما أثرها في مجال الأحوال الشخصية؟

- المنهج المعتمد في البحث:

لعل من المناهج التي اعتمدها في بحثنا هذا المنهج الوصفي حيث قمنا بجمع كل المعلومات المتعلقة بقاعدة العادة محكمة إضافة إلى المنهج الاستقرائي وذلك بتتبع الجزئيات المتعلقة بالموضوع، من خلال استقراء كتب الفقه، والكتب التي تتحدث عن قاعدة العادة محكمة.

واعتمدنا على المنهج المقارن أيضا، بحيث قارننا بين آراء الفقهاء في بعض المسائل المتعلقة بمجال الأحوال الشخصية وصولا إلى الرأي الراجح..

-الدراسات السابقة:

من بين الدراسات السابقة التي وقفنا عليها في موضوع البحث نذكر:

- العرف والعادة في رأي الفقهاء عرض نظرية في التشريع الإسلامي أحمد فهمي أبو سنة حصل بهذا الرسالة على شهادة العالمية من درجة أستاذ في الشريعة في الجامع الأزهر، حيث تناول الباحث في بحثه إلى بيان مفهوم العادة والعرف من تعريفه وبيان أقسامه وحجيته وشروطه، ثم تناول مدى اعتبار الشريعة إلى العرف، ثم بين تبدل الأحكام بالعرف والعادة، ثم تناول أهم الأحكام المبنية على العرف والعادة،

وأهم النتائج التي خلص إليه في بحثه، هو إقرار التشريع بالعرف القائم في الأمة لصلاحه واستقامته، ولما في هذا من التيسير على المكلفين، جعله دليلا على مشروعية الأحكام ظاهرا، وهو في الواقع ليس بدليل، بل الدليل أصل من أصول الفقه، لكنه اكتسب اسم العرف، لأنه هو العامل على وجوده كالإجماع العملي، وبعض المصالح المرسله، وما كان مميزا ببحثنا هو أنه خصصنا الجانب التطبيقي للعرف والعادة بمسائل الزواج

أثر العرف في التشريع الإسلامي صالح عوض هذا البحث قدم إلى كلية الشريعة والقانون، بجامعة الأزهر الشريف للحصول على درجة الدكتوراه، حيث تناول الباحث في بحثه إلى بيان مفهوم العادة والعرف، من تعريفهما وبيان أقسامها وحجيتهما وشروطهما، ثم تناول القواعد المندرجة تحت قاعدة العادة محكمة، ثم ذكر بعض المسائل في شتى المجالات

وأهم النتائج التي خلص إليه في بحثه، إذا كان الناس بطبيعتهم في حاجة إلى تشريع يحقق مصالحهم التي لا غنى لهم عنها لتقسيم أمور الحياة، فإن الشريعة الإسلامية جاءت بما يحقق ذلك كله مع الشمول والمرونة، إن التشريع الإسلامي بأسسه وأصوله وقواعده، يغير القوانين الوضعية ويسمو عليها وتتضاءل دونه، وما امتاز به بحثنا هو تخصيص المسائل بما يتعلق بمسائل الزواج.

أثر العرف في مسائل الزواج في الفقه الإسلامي نواف عواد الشويعر، قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الفقه وأصوله كلية الدراسات القانونية والفقهية في جامعة آل البيت حيث تناول الباحث في بحثه إلى بيان مفهوم العرف من تعريفه وبيان أقسامه وحججه وشروطه ثم تناول أثره في مسائل الزواج .

وأهم النتائج التي خلص إليه في بحثه، أن العرف أحد المصادر التابعة التي يعتمد عليها في بناء الأحكام الشرعية عند جمهور الفقهاء، وأنه يصح العقد بالصيغة التي تدل على إنشاء عقد الزواج، إلا أن هذا بحثنا تميز عنه بذكر مفهوم القاعدة الفقهية، وتعريف العادة محكمة وذكر مسائل أكثر في مجال الأحوال الشخصية كالنفقة والمسكن ...،

العرف وأثره في حقوق الزوج في الفقه الإسلامي رهيفة سليمان حمادة، قدم هذا البحث استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الفقه المقارن من كلية الشريعة والقانون في الجامعة الإسلامية غزة، حيث ذكرت في فصلها التمهيدي مفهوم العرف وعلاقته بحقوق الزوج، ثم ذكرت في الفصل الأول لها أثر العرف في حقوق الزوج قبل الدخول وقسمتها إلى مبحثين حقوق مالية وحقوق غير مالية، ثم تابعت بحثها في الفصل الثاني بدراسة حقوق الزوج بعد الدخول وقسمته إلى مبحثين حقوق مالية وحقوق غير مالية. وأهم استخلاص في بحثها كان عبارة عن توصية بعمل دراسات وبحوث فقهية تطبيقية للمسائل والأحكام المبنية على العرف في سائر موضوعات الفقه، وإعادة النظر في مواكبتها

للعرف الواقع المعترف، ليكتسب التشريع تلاؤماً مع البيئة والعصر بما بألفه الناس، وما امتاز بحثي في هذه الدراسة بذكر لمفهوم القاعدة الفقهية، وتعريف قاعدة العادة محكمة وأضفت عنها بعض المسائل التي كان للقاعدة لها أثر كالخطبة والصيغة وغيرها ...

-الصعوبات والعوائق:

من بين الصعوبات التي واجهتنا في دراستنا لهذا الموضوع:

- تناثر المعلومات في الكتب القديمة وعدم تنظيمها بمنهجية كما في الكتب الحديثة، وبلغة يصعب على الباحث المبتدئ فهمها، فأحياناً تجدها مندرجة ضمن الكلام عن المسائل وغيرها.

- تشعب الموضوع وكثرة جزئياته ومسائله مما صعب علينا عملية ضبط المسائل .

- الكتب الحديثة التي تناولت الموضوع _ التي وقفنا عليها _ أكثرها عبارة عن نقول من بعضها البعض بشكل حرفي، مما أدى إلى ضياع الوقت .

- عدم إتاحة بعض الكتب غير المتوفرة على شبكة الانترنت مما صعب علينا عملية الحصول عليها.

خطة البحث: أما تخطيط البحث فكان كالتالي: حيث تناولنا بحثنا في مقدمة وفصلين وخاتمة خصصنا الفصل الأول لبيان طبيعة قاعدة العادة محكمة في ثلاثة مباحث، الأول حول مفهوم القاعدة الفقهية أما الثاني حول مفهوم قاعدة العادة محكمة، أما الثالث حول أهمية قاعدة العادة محكمة وشروط اعتبارها، أما الفصل الثاني فخصصناه لتطبيقات قاعدة العادة محكمة في مجال الأحوال الشخصية وذلك في ثلاثة مباحث، الأول حول: القواعد المندرجة تحت قاعدة لعادة محكمة. أما الثاني حول أثر قاعدة العادة محكمة في المسائل المتعلقة بانعقاد الزواج. أما الثالث: أثر قاعدة العادة محكمة في المسائل المتعلقة بآثار عقد الزواج.

أما الخاتمة فتضمنت أهم النتائج المتوصل إليها. والحمد لله رب العالمين

الفصل الأول

بيان طبيعة قاعدة العادة المحكمة

المبحث الأول: مفهوم القاعدة الفقهية

المبحث الثاني: مفهوم قاعدة العادة محكمة.

المبحث الثالث: أهمية قاعدة العادة محكمة وشروط اعتبارها.

تعتبر العوائد والأعراف موردا خصباً لاستنباط الأحكام ولذلك صيغت قاعدة العادة محكمة، إذ تعتبر إحدى القواعد الفقهية الكبرى والتي تندرج تحتها العديد من القواعد، وسنحاول من خلال هذا الفصل التطرق لبيان طبيعة قاعدة العادة محكمة وذلك في ثلاثة مباحث، خصصنا الأول لبيان مفهوم القاعدة الفقهية، أما الثاني فخصصناه لمفهوم قاعدة العادة محكمة، أما الثالث فتناولنا فيه أهمية قاعدة العادة محكمة وشروط اعتبارها.

المبحث الأول: مفهوم القاعدة الفقهية

ذكرنا سابقا أن قاعدة العادة محكمة هي إحدى القواعد الفقهية الكبرى، ولكي يتحدد مفهوم القاعدة بشكل أوضح يجب علينا أن نتطرق أولا لبيان مفهوم القاعدة الفقهية وهذا ما سنتناوله في هذا المبحث من خلال ثلاثة مطالب، يتناول الأول تعريف القاعدة الفقهية، أما الثاني فيتناول الفرق بين القاعدة الفقهية والمصطلحات المشابهة، أما الثالث فيدور حول خصائص القاعدة الفقهية وأهميتها.

المطلب الأول: تعريف القاعدة الفقهية.

القاعدة الفقهية مركب إضافي يتكون من القاعدة والفقهاء ولذا لا بد لبيان معناها من معرفة المعنى اللغوي والاصطلاحي لكل لفظ على حده ومن ثم بيان معنى القاعدة الفقهية كمركب إضافي وصفي على النحو التالي:

الفرع الأول: تعريف القاعدة:

لكي نوضح معنى القاعدة سنوضح مدلولها اللغوي ثم الاصطلاحي .

أولا - لغة: بعد النظر في قواميس اللغة العربية وجدنا أن لفظ القاعدة مصدر للفعل قعد يقعد قعودا وجمعها قواعد وهي تعني أصل الأس والقواعد الأساس وقواعد البيت أساسه¹ قَالَ تَعَالَى: ﴿وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَاهِيمُ الْقَوَاعِدَ مِنَ الْبَيْتِ وَإِسْمَاعِيلُ رَبَّنَا تَقَبَّلْ مِنَّا إِنَّكَ أَنْتَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ﴾ [البقرة: 126]

وأيضاً قَالَ تَعَالَى: ﴿قَدْ مَكَرَ الَّذِينَ مِنْ قَبْلِهِمْ فَأَتَى اللَّهَ بُدْعُهُمْ مِنَ الْقَوَاعِدِ فَخَرَّ عَلَيْهِمُ السَّقْفُ مِنْ فَوْقِهِمْ وَأَتَاهُمُ الْعَذَابُ مِنْ حَيْثُ لَا يَشْعُرُونَ﴾ [سورة النحل: آية 26]

¹ابن منظور، لسان العرب، دار المعارف، القاهرة، د ط، ، د ت ن، ج 5، ص 3689

وجاء في معجم مقاييس اللغة: من معاني القاعدة الأس وهو الشيء الوطيد الثابت وجمعه إساس بالكسر وقاعدة البيت أساسه¹

ويقال: قواعد الهودج خشبات أربع تحته²

من خلال هذه التعريفات اللغوية يتضح لنا أن معنى القاعدة لا يخرج عن الأساس لأن الأحكام تبنى عليه.

ثانيا - اصطلاحا: وردت عبارات متعددة ومختلفة في تحديد مصطلح القاعدة، فكل علم وفن تعريفه الخاص ومن هذه التعريفات نذكر:

- عرفها الجرجاني بقوله: "هي قضية كلية منطبقة على جميع جزئياتها"³.

- عرفها الفيومي بقوله: "هي الأمر الكلي المنطبق على جميع جزئياته"⁴

ما يلاحظ على هذين التعريفين أنهما يتفقان في التعبير عن معنى القاعدة، لذلك يمكننا القول أن القاعدة قضية كلية تدخل تحتها العديد من الجزئيات.

الفرع الثاني: تعريف الفقه.

سننطلق لتعريف الفقه لأن القاعدة تنسب إليه فنقول القاعدة الفقهية ولكي نوضح معنى الفقه سنوضح مدلوله اللغوي ثم الاصطلاحي.

أولا - لغة: الفقه في اللغة بالكسر يأتي على معان ثلاث وهي: العلم بالشيء، والفهم له⁵والفطنة⁶

¹معجم مقاييس اللغة لابن فارس، دار الفكر، دمشق، د ط، دس ن، الجزء الخامس، ج 1، ص 14

²الفيروزآبادي: مجد الدين محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، دار الحديث، القاهرة، د ط، 1429 هـ_2008م، ص 1344.

³ الجرجاني: علي بن محمد السيد الشريف، معجم التعريفات، دار الفضيلة، مصر، د ط، د ت ن، ص 143

⁴الفيومي أحمد بن محمد بن علي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المكتبة العلمية، بيروت، د ط، د ت ن، ص

510

⁵ابن منظور، المرجع السابق، ص 3450

⁶الفيروزآبادي، المرجع السابق، ص 1260

قَالَ تَعَالَى: ﴿ وَمَا كَانَ الْمُؤْمِنُونَ لِيَنْفِرُوا كَافَّةً فَلَوْلَا نَفَرْنَا مِنْ كُلِّ فِرْقَةٍ مِّنْهُمْ طَائِفَةٌ لِّيَتَفَقَّهُوا فِي الدِّينِ وَلِيُنذِرُوا قَوْمَهُمْ إِذَا رَجَعُوا إِلَيْهِمْ لَعَلَّهُمْ يَحْذَرُونَ ﴾ [التوبة: 123]

ودعاء النَّبِيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لابن عباس-رضي الله عنه- بقوله: (اللَّهُمَّ عَلِّمْنَا الدِّينَ وَفَقْهَهُ فِي التَّأْوِيلِ)¹ أي فهمه وتأويله ومعناه²

إذن الفقه في معناه العام هو الفهم ثم اختص به علم الشريعة .

ثانيا - اصطلاحا: التعريف الأضبط والأشهر للفقه عند علماء الأصول، هو: " العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية"³

الفرع الثالث - تعريف القاعدة الفقهية باعتبارها مركبا إضافيا (علما):

عرفت بتعريفات عديدة، نذكر أهمها:

- عرفها علي الندوي بأنها: "حكم شرعي في قضية أغلبية يتعرف منها أحكام ما دخل تحتها"⁴

- وعرفها أحمد الزرقا بقوله: " هي أصول فقهية كلية في نصوص موجزة دستورية، تتضمن أحكاما تشريعية عامة في الحوادث التي تدخل تحت موضوعها"⁵

من خلال التعريفين يمكننا القول أن القواعد الفقهية تختص بالفقه تمييزا لها عن غيرها من العلوم الأخرى وهي قضية كلية لإخراج الأحكام الجزئية الخاصة بمسألة معينة، كما أنها

¹ أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الوضوء، باب وضع الماء في الخلاء، رقم الحديث 143، صحيح البخاري، دار البشري، باكستان، د ط، الجزء 1، 1434هـ_ 2014 م، ص 210

² ابن حجر العسقلاني، فتح الباري في شرح صحيح البخاري، كتاب الوضوء، باب وضع الماء في الخلاء، دار المعرفة، بيروت، دط، 1879 م، ج7، ص100

³ تاج الدين ابن السبكي، الإبهاج في شرح المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1404هـ_ 1984م، ج 2، ص72

⁴ الندوي علي احمد، القواعد الفقهية، دار القلم، دمشق، د ط، 1414هـ_ 1994م ص43

⁵ أحمد بن محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، دار القلم، دمشق، ط3، 1414هـ_ 1994م، ص34

أغلبية وغير مطردة أي يندرج تحتها مجموعة كبيرة من الصور الفقهيّة، واستثنى من هذه القواعد صور أخرى لمسائل كان من الواجب أن ينطبق عليها عموم القاعدة، لكنّها أخرجت من هذا العموم وأدرجت تحت قاعدة أخرى على سبيل الاستثناء، ويكون السبب في ذلك عمل الفقيه في بعض المسائل الفقهيّة المندرجة تحت ما تشمله أي قاعدة فقهيّة أخرى استحساناً منه، وذلك لدرء مفسدة أو تحقيق مصلحة¹.

المطلب الثاني: الفرق بين القاعدة الفقهيّة والمصطلحات المشابهة.

بعد تحديد مدلول القاعدة الفقهيّة ولأجل زيادة توضيحها سنحاول في هذا المطلب بيان الفروق بينها وبين الألفاظ الأخرى المشابهة لها، فننتقل للفرق بين القاعدة الفقهيّة وبين القاعدة الأصوليّة في الفرع الأول، ثم للفرق بين القاعدة الفقهيّة وبين الضابط الفقهيّ في الفرع الثاني، ثم بين القاعدة الفقهيّة وبين النظريّة الفقهيّة في الفرع الثالث .

الفرع الأول: الفرق بين القاعدة الفقهيّة والقاعدة الأصوليّة:

القواعد الفقهيّة تشبه القواعد الأصوليّة من ناحية وتخالفها من نواح عدة، ولكن قبل التّطرق لمواضع التّشابه والاختلاف يجب أن نبيّن أولاً معنى القاعدة الأصوليّة.

أولاً – تعريف القاعدة الأصوليّة: عرفت القاعدة الأصوليّة على أنها " قضية كليّة يتوصل بها الفقيه إلى استنباط الأحكام الشرعيّة من أدلتها التفصيليّة"².
فالقاعدة الأصوليّة يرجع إليها الفقيه أو المجتهد في استنباط الأحكام الشرعيّة من أدلتها التفصيليّة بحيث تُبنى عليها المسائل الجزئيّة³.

¹ عبد العزيز محمد عزام، القواعد الفقهيّة، دار الحديث، القاهرة، د ط، 1426 هـ _2005م، ص 12

² أيمن حمزة إبراهيم، القواعد الأصوليّة وتطبيقاتها الفقهيّة عند شيخ الإسلام ابن تيمية، دار الكتب المصريّة، القاهرة، ط 1433 هـ _2012م، ص 34

³ عبد العزيز محمد عزام، المرجع السابق، ص 12

ومن أمثلتها "الأمر بعد الحظر يفيد الإباحة" فإنّ هذه القاعدة تكشف عن الحكم الشرعيّ لكثير من الأفعال التي خاطب بها الشارع المكلفين بصيغة الأمر، قال تعالى: ﴿فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانْتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ وَابْتَغُوا مِنْ فَضْلِ اللَّهِ وَاذْكُرُوا اللَّهَ كَثِيرًا لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾ [الجمعة: الآية 10] فالأمر بالانتشار في طلب الرزق جاء بعد النهي عن البيع وقت النداء للصلاة
قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَىٰ ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ ذَلِكُمْ خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾ [الجمعة: 9] يفيد الأمر "فانتشروا" بعد الحظر 'ذروا' الإباحة.

ثانيا- أهم الفروق بين القاعدة الفقهية والقاعدة الأصولية:

تتفق القواعد الفقهية مع القواعد الأصولية في أنّ كلاّ منهما تندرج تحتها جزئيات أما من جهة الافتراق فلها نواح عدة، نذكرها في النقاط التالية:

1_ **الاختلاف في الحقيقة:** تختلف حقيقة القواعد الأصولية والقواعد الحقيقية، أن حقيقة القواعد الفقهية هي بيان لحكم شرعيّ كليّ تتفرع عنه الكثير من الأحكام الجزئية، أمّا القواعد الأصولية فليست بيانا لحكم شرعيّ كليّ وإنّما قواعد استدلالية لتبين الحكم الشرعي¹ وبهذا القواعد الفقهية تعبر عن أحكام شرعية كلية، والقواعد الأصولية بيان لأحكام استدلالية كلية يتوصل من خلالها إلى الكشف عن الأحكام الشرعية.

فمثلا: قاعدة الاجتهاد لا ينقض بمثله، ينظر إليها الأصولي من حيث كونها دليلا يعتمد عليه في بيان عدم جواز نقض أحكام القضاة وفتاوى المفتين إذا تعلق بها أحكام على سبيل العموم والإجمال، وينظر إليها الفقيه من حيث تعليل فعل من أفعال المكلفين فيبين حكمه من خلالها، فإذا حكم حاكم أو قاض بنقض حكم في مسألة مجتهد فيها كالخلع

¹ عبد العزيز محمد عزام، المرجع نفسه، ص 16

هل هو فسخ للعقد أو طلاق، وقد كان حكم الحاكم في المسألة بعينها بأن الخلع طلاق فيقال له: لا يجوز الك لأن الاجتهاد لا ينقض بمثله.¹

2_ الاختلاف من حيث المصدر²: إن مصدر القاعدة الفقهية يختلف عن مصدر القاعدة الأصولية، إذ أن القاعدة الأصولية _ كما يقرر علماء الأصول _ تستمد من علوم ثلاثة: علم الكلام، علم الفقه، علم العربية، أما القواعد الفقهية فتتنوع مصادرها، إذ يكون مصدرها نصاً شرعياً، سواء أكان من الكتاب كما في قاعدة الضرورات تبيح المحظورات فإنها مستفادة **قَالَ تَعَالَى: ﴿إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخِزْيِرِ وَمَا أَهَلَ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ فَمَنْ أَضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ [البقرة: 172]**
أم من السنة النبوية كما في قاعدة الأمور بمقاصدها فإن الأصل فيها قوله صلى الله عليه وسلم: **(إِنَّمَا الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ)**².

3_ الاختلاف في الأسبقية: إن القواعد الأصولية متقدمة في وجودها على القواعد الفقهية، لأن معرفة الجزئيات متوقف على وجود القاعدة الأصولية الاستدلالية، فمن البديهي أن تكون القاعدة الأصولية أسبق في الوجود من القاعدة الفقهية، وبهذا يظهر أن القواعد متأخرة في وجودها الذهني والواقعي عن الفروع لأنها جمع لأشتاتها وربط بينها وجمع لمعانيها، أما الأصول فالفرض الذهني يقتضي وجودها قبل الفروع، لأنها القيود التي أخذ الفقيه نفسه بها عند استنتاجه ككون ما في القرآن مقدماً على ما جاءت به السنة، وأن نص القرآن أقوى من ظاهره³

¹ محمد صدقي بن أحمد البورنو أبو الحارث الغزي، موسوعة القواعد الفقهية، دار ابن حزم، رياض، د ط، د ت ن، المجلد الأول، ص 21- 22

¹ أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الأيمان، باب قول النبي صلى الله عليه وسلم، الدين النصيحة لله، رقم الحديث 54،

² صحيح البخاري، دار البشري، باكستان، د ط، د ت ن، الجزء الأول، 1434 هـ - 2014 م، ص 157

³ صالح بن غانم لسدلان، القواعد الفقهية الكبرى، وما تفرع عنها، دار بلنسية، الرياض، ط 1، 1417 هـ، ص 21

4_الاختلاف في الاطراد والعموم: القاعدة الأصولية أكثر اطرادا وعموما من القاعدة الفقهية حيث ترد على القاعدة الفقهية عدة استثناءات تجعل من القاعدة الفقهية أغلبية، وهذا مما لا يوجد في القاعدة الأصولية التي تتسم بالاطراد والعموم فهي قواعد كلية تنطبق على جميع جزئياتها وموضوعاتها¹.

الفرع الثاني: الفرق بين القاعدة الفقهية والضابط الفقهي .

قبل توضيح أهم الفروق بين القاعدة الفقهية والضابط الفقهي سنعرض لتعريف الضابط الفقهي أولا.

أولا - تعريف الضابط الفقهي:

الضابط في اللغة: هو لزوم الشيء وحبسه، وضبط الشيء حفظه بالحزم². أما الضابط الفقهي: فهو ما انتظم صورا متشابهة في موضوع واحد من أبواب الفقه، يكشف عن حكم الجزئيات التي تدخل تحت موضوعه³.

ثانيا- أهم الفروق بين القاعدة الفقهية والضابط الفقهي:

ذهب جمع من أهل العلم أن القاعدة والضابط الفقهي بمعنى واحد وأنهما على سبيل الترادف، فأصحاب هذا القول لا يفرقون بين القاعدة والضابط⁴، حيث قال الفيومي: (والقاعدة في الاصطلاح بمعنى الضابط وهي: الأمر الكلي المنطبق على جميع جزئياته)⁵.

واتجه جمع من أهل العلم إلى أن القاعدة والضابط بينهما فارق وذلك على النحو

التالي:

¹انظر: عبد العزيز عزام، المرجع السابق، ص 20 - الكيلاني عبد الرحمن، قواعد المقاصد عند الإمام الشاطبي، المعهد

العالمي للفكر الإسلامي، عمان، الأردن، دار الفكر، دمشق، سوريا، ط1، 1/1421/2000 ص 33.

²ابن منظور، المرجع السابق، ص 2549

³الكيلاني، قواعد المقاصد، المرجع السابق، ص 42

⁴علي بن خضر بن محمد الغامدي، (القواعد والضوابط الفقهية التعريف بهما، التفريق بينهما، أهميتهما ونشأتهما)، مجلة

الدراسات الإسلامية، والبحوث الأكاديمية، مصر العدد 80، ص 28

⁵الفيومي، المرجع السابق، ج 2، ص 510

1- أن القاعدة تشمل فروعاً من أبواب متعددة من أبواب الفقه مثل: قاعدة الأمور بمقاصدها، فإنها تطبق على أبواب العبادات، والجنايات، والعقود، وغيرها من أبواب الفقه.

أما الضابط فيشمل فروعاً من باب واحد من أبواب الفقه مثاله: "أيما إيهاب دبغ فقد طهر" فهذا يطبق على باب الطهارة فقط، وبناء على ما سبق فمجال الضابط الفقهي أضيق من مجال القاعدة الفقهية¹.

2- القواعد يكثر فيها الاستثناء بخلاف الضوابط، لأن الضوابط تضبط موضوعاً واحد في باب واحد فلا يتسامح فيها بشذوذ كبير².

3 - القاعدة في الأعم الغالب متفق عليها بين المذاهب الفقهية أو أكثرها، أما الضابط يختص بمذهب معين إلا ما ندر، بل منه ما يكون وجهة نظر فقيه معين في مذهب معين، قد يخالفه فيه فقهاء آخرون من نفس المذهب³.

الفرع الثالث: الفرق بين القاعدة الفقهية والنظرية الفقهية.

من أجل الوصول إلى بيان الفرق بين القاعدة الفقهية والنظرية الفقهية ينبغي أولاً أن نعرف النظرية ثم نأتي إلى بيان أهم الفروق .

أولاً - تعريف النظرية الفقهية:

- النظرية في اللغة: لا يوجد لفظ النظرية في لغة العرب، فهي في الأصل مشتقة من النظر، فيقال: نظره كنصره وسمعه واليه نظراً ومنظراً ومنظراً ومنظراً وتنتظراً، تأمله بعينه.

والنظر محرّكة: الفكر في الشيء تقدره وتقيسه⁴

- النظرية في الاصطلاح: "عبارة عن طائفة من الآراء تفسر بها بعض الوقائع العلمية

أو الفنية"¹.

¹ عبد القادر بن خليفة مهاوات، القواعد الفقهية الخمس الكبرى، مطبعة الرمال، الوادي، ط2، 2017م، ص 10

² عبد العزيز عزام، المرجع السابق، ص30

³ عبد العزيز عزام، المرجع السابق، ص29

⁴ الفيروز آبادي، المرجع السابق، ص1623

فيكون مرد النظرية العلم بجملة أحكام فرعية يجمعها معنى واحد مشترك لموضوع يتم بحثه، فتكون النظرية ثمرة لأحكام فقهية متفرقة أمكن تتبعها، والربط بين جزئياتها برباط واحد في نظرية تجمعها²

- تعريف النظرية الفقهية العامة: هي موضوعات فقهية أو موضوع يشتمل على مسائل فقهية أو قضايا فقهية حقيقتها أركان وشروط وأحكام، تقوم بين كل منها صلة فقهية، تجمعها وحدة موضوعية تحكم هذه العناصر جميعا، كنظرية العقد أو نظرية الملكية أو نظرية الإثبات، فمثلا نظرية الإثبات في الفقه الجنائي الإسلامي تألفت من عدة عناصر: حقيقة الإثبات - الشهادة - شروط الشهادة - كيفية الشهادة وغيرها...³

ثانيا - الفرق بين القاعدة الفقهية والنظرية الفقهية العامة:

بعد تعريفنا لكلا المصطلحين القاعدة الفقهية والنظرية الفقهية نصل إلى استخلاص بعض الفروق بينهما كالتالي⁴:

1- أن القاعدة الفقهية تتضمن حكما فقهيا في ذاتها، وهذا الحكم الذي تتضمنه القاعدة ينتقل إلى الفروع المندرجة تحتها.

2- القاعدة الفقهية لا تشتمل على أركان وشروط بخلاف النظرية الفقهية فلا بد لها من ذلك، فيمكن أن تُدرج مجموعة من القواعد الفقهية باختلاف فروعها وجزئياتها وآثارها تحت نظرية معينة مثل: العادة محكمة، واستعمال الناس حجة يجب العمل بها، ولا ينكر تغير

¹ السدلان، المرجع السابق، ص15

² عبد العزيز محمد عزام، المرجع السابق، ص 30 - 31

³ علي أحمد النذوي، المرجع السابق، ص62

² علي أحمد النذوي، المرجع نفسه، ص 63 وما بعدها .

الأحكام بتغيّر الزّمان، فهذه القواعد المعروفة بالرّغم من اختلافها إلى أنّه يمكن أن نضعها تحت عنوان نظريّة العرف.

-النّظرية أشمل من القاعدة، فالقواعد بالنّسبة إلى النّظرية بمثابة الضّابط، فقد ترد قاعدة من القواعد الفقهيّة ضابطاً بناحية من النّواحي في تلك النّظرية وعليه فإنّ الباحث في النّظرية لا يستغني عن القواعد الفقهيّة لتأصيل مبدأ من المبادئ النّظرية التي يُبحث فيها، فالقاعدة تُوظّف لخدمة النّظرية وليس العكس¹.

المطلب الثالث: خصائص القاعدة الفقهيّة وأهميتها.

نتطرق في هذا المطلب بحول الله إلى بيان خصائص القاعدة الفقهيّة ومميّزاتها في الفرع الأول، وبعد ذلك نذكر أهميّتها في الفقه الإسلاميّ في الفرع الثاني .

الفرع الأول: خصائص القاعدة الفقهيّة.

للقواعد الفقهيّة خصائص عديدة تميّزها عن غيرها من القواعد والضّوابط، نذكر أهمّها في النقاط الآتية:

1- تمتاز بإيجاز عباراتها مع عموم معناها وسعة استيعابها للمسائل الجزئيّة، إذ تصاغ القاعدة في جملة مفيدة مكونة من كلمتين أو بضع كلمات من ألفاظ العموم مثل: العادة محكمة، والمشقة تجلب التيسير².

2- تمتاز بأنّ كلاً منها ضابط يضبط فروع الأحكام العمليّة ويربط بينها برابطة تجمعها وإن اختلفت موضوعاتها وأبوابها³.

¹ عبد العزيز محمد عزام، المرجع السابق، ص 31-32.

² السدلان، المرجع السابق، ص 33

³ محمد صدقي بن أحمد البورنو أبو الحارث الغزي، المرجع السابق، ص 29.

3- تمتاز القواعد الفقهية بالعموم والتجريد، فالقاعدة لا توجه إلى شخص أو أشخاص بذواتهم ولا وقائع معينة، فالعبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب إلا ما ورد به نص يدفع هذه الحقيقة وهي العموم والتجريد¹.

الفرع الثاني: أهمية القاعدة الفقهية .

إنّ للقواعد الفقهية أهمية كبيرة وخاصة لدى طلاب العلم والفقهاء من بينها:

1- إنّ قواعد الفقه بمختلف أنواعها ماثورة في كتب الفقه وكتب أصول الفقه، فهي شيء أساسي للدارس والمفتي والقاضي؛ فالقاضي إذا خالف قواعد الفقه في حكمه نقض حكمه.

2- وهي كذلك تقف إلى جانب النص الصريح، والقياس الجليّ، فمثلا القاضي يراعي في حكمه النص الصريح يجب عليه عند الاقتضاء أن يعمل بمقتضى قواعد الفقه، لأنّ بمخالفتها مخالفة لروح الفقه وحكمته، وهذا يؤكد الأهمية القصوى لقواعد الفقه كعلم وفن مستقل بنفسه لا يستغنى عنه عالم ولا باحث في ميدان الدراسات الفقهية والقضائية والتشريعية².

3- في دراستها يسلم طالب العلم من التناقض الناشئ عن تتبع الجزئيات دون ربطها ومعرفته بالقواعد الكلية، يقول الإمام القرافي³: (القواعد مهمة في الفقه عظيمة النفع، بقدر الإحاطة بها يعلو قدر الفقيه ويشرف، ويظهر رونق الفقه ويعرف، وتتضح مناهج الفتاوى

¹ صالح بن غانم السدلان، المرجع السابق، ص34

² المقرئ أبو عبد الله محمد بن أحمد، قواعد الفقه، دار الأمان، الرباط، د ط، ، 2012 م، ص49، 50.

³ القرافي: (ت 684 هـ . 1285 م) أحمد ابن إدريس بن عبد الرحمان، أبو العباس، شهاب الدين الصنهاجي، وهو من علماء المالكية، نسبته إلى قبيلة صنهاجة، وإلى القرافة بالقاهرة وهو مصري، وله مصنفات جليلة وعظيمة في الفقه والأصول منها أنوار البروق في أنواء الفروق . أربعة أجزاء، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الحكام وتصرف القاضي والإمام، الذخيرة في فقه المالكية، ستة مجلدات (خير الدين الزركلي، الأعلام قاموس التراجم، دار العلم للملايين، بيروت، ط 7، 1986م، ج1، ص94 - 95)

وتكشف، فيها تنافس العلماء، وتفاضل الفضلاء... ومن جعل يخرج الفروع بالمناسبات الجزئية، دون القواعد الكلية، تناقضت عليه الفروع واختلفت واحتاج إلى حفظ الجزئيات التي لا تنتهي، وانتهى العمر ولم تقض نفسه من طلب مناهها، ومن ضبط الفقه بالقواعد استغنى عن حفظ أكثر الجزئيات لاندراجها في الكليات....)¹

4- وكذلك يتضح لنا أن قواعد الفقه تُساعد على ضبط جزئيات الفقه، وتغني الفقيه عن حفظ الجزئيات لاندراجها تحت القواعد²، أي أن القواعد الفقهية سهلة الحفظ، بعيدة عن النسيان غالباً، بخلاف الفروع والجزئيات وإذا ذكرت مسألة للفقيه فإنه سرعان ما يتذكر القاعدة³.

5_ تكوين الملكة الفقهية لدى طالب العلم الشرعي، وضبط أصول ما يدرسه من الفقه، وذلك بالاطلاع على مناهج الفتوى، ومآخذ النظر والاستدلال والاستنباط⁴.

6_ اختصار الوقت والجهد لكون المسائل الفقهية كثيرة ومتنوعة فيتمكن الفقيه والعالم من خلالها من التعرف على مسائل جديدة⁵.

7_ تسهل القواعد الفقهية على رجال التشريع غير المتخصصين فرصة الاطلاع على الفقه بروحه ومضمونه، وأساسه وأهدافه، وتقدم العون لهم لاستمداد الأحكام منه ومراعاة الحقوق والواجبات⁶.

¹ القرافي: شهاب الدين أبي العباس أحمد إدريس، الفروق، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1424 هـ _ 2003م، ج1، ص62

²المقري، المرجع السابق، ص50.

³ إبراهيم رحمانى، القواعد الفقهية، مطبعة مزوار، الوادي، ط1، 1435هـ. 2014 م، ص21

⁴ علي الغامدي، المرجع السابق، ص 82

⁵ علي بن خضر بن محمد الغامدي، المرجع السابق، ص82

⁶ إبراهيم رحمانى، المرجع السابق، ص21

المبحث الثاني: مفهوم قاعدة العادة محكمة.

إن من مظاهر يسر الشريعة الإسلامية أنها تراعي أعراف الناس وعاداتهم، لذلك تعتبر قاعدة العادة محكمة إحدى القواعد الفقهيّة الكبرى، وهي مصطلح مركب يعبر بمجمله على أنّ عادات الناس وأعرافهم لها مكانة في بناء الأحكام الشرعيّة، وسنحاول في هذا المبحث بيان معنى قاعدة العادة محكمة وذلك من خلال ثلاثة مطالب، خصصنا الأول لتعريف العادة محكمة، أما الثاني فيتناول أنواع العرف والعادة أما الثالث فخصصناه لحجية العرف.

المطلب الأول: تعريف العادة محكمة.

العادة محكمة مصطلح مركب من لفظين ولأجل تجلية معناه نتناول كل لفظ على حده

الفرع الأول: تعريف العادة .

أولاً - لغة: العادة في اللغة من العود وهو الرجوع وتعني الدّين يعاد إليه، معروفة وجمعها عوائد وعادات، وتعود الشيء وعاده وعاوده معاودة وعودا واعتاده واستعادته وأعادته أي صار عادة له، وجعله من عاداته، ويقال عاوده المسألة أي: سأله مرة بعد أخرى، وعود الشيء جعله يعتاده، والمعاودة المواظبة¹.

ثانياً - اصطلاحاً: عرفها كثير من العلماء بعدة تعريفات نذكر من بينها الآتي:

- عرفها الجرجاني بقوله: "هي ما استمر الناس عليه على حكم العقول وعادوا إليه مرة

بعد أخرى"²

¹ انظر ابن منظور، المرجع السابق، ج4، ص3158 - الفيروز آبادي، المرجع السابق، ص6591

² الجرجاني، المرجع السابق، ص125

– أما ابن نجيم فيرى: " أن العادة عبارة عما يستقر في النفوس من الأمور المتكررة المقبولة عند الطباع السليمة"¹

– وعرفها ابن عابدين: "العادة مأخوذة من المعاودة فهي بتكررها ومعاودتها مرة بعد أخرى صارت معروفة مستقرة في النفوس والعقول متلقاة بالقبول من غير علاقة ولا قرينة حتى صارت حقيقة عرفية"²

ما يمكن استنتاجه من هذه التعريفات أن العادة هي الامر المتكرر المستقر في النفوس حتى يكون متقبلا عند ذو الطباع السليمة بالقبول.

الفرع الثاني: تعريف "مُحَكِّمَة":

أولاً- لغة: مُحَكِّمَة في اللغة اسم مفعول من الحُكْم والتحكيم والمُحَكِّم هو الذي يُحَكِّم في نفسه ومعنى التحكيم القضاء والفصل. وحكّم فلانا في الشيء أو الأمر جعله حكماً ومنه قال تعالى: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا﴾ ﴿٦٥﴾ [النساء: آية 65] وحكّمه في الأمر أمره أن يحكم³

ثانياً - اصطلاحاً: لا يخرج المعنى الاصطلاحي لفظ "مُحَكِّمَة" عن معناها اللغوي، فالحُكْم والتحكيم في الاصطلاح يعني الفصل في النزاعات، أي اتخاذ الخصمين آخر حاكماً

¹ ابن نجيم: زين الدين ابن إبراهيم، الأشباه والنظائر، دار الفكر، دمشق، ط4، 1426هـ. 2005م، ص101

² ابن عابدين: محمد أمين أفندي، مجموعة رسائل ابن عابدين، عالم الكتب، رياض، د ط، د ت ن، ج2، ص 114
انظر: ابن منظور، المرجع السابق، ص902 والزبيدي: محمد بن عبد الرزاق، تاج العروس من جواهر القاموس، تحقيق:

³ عبد العليم الطحاوي، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، الكويت، ط1، 1421هـ، 2000م، ج31، ص511

برضاها لفصل خصومتها¹، ومنه سُميت المحكمة بهذا الاسم لأنها تختص في الفصل بين الناس.

الفرع الثالث: تعريف العادة المحكمة.

عرفها مصطفى أحمد الزرقا بقوله: "إنَّ القاعدة تعني أنَّ العادة عامة كانت أو خاصة تُجعل حَكماً لإثبات حُكم شرعيّ، لم ينص على خلافه بخصوصه، فلو لم يرد نص يخالفها أصلاً أو ورد ولكن عاماً، فإنَّ العادة تعتبر"²

ويراد بهذا أنَّ عادات النَّاس الجارية بينهم معتبرة، ومرجوع إليها في أهلها إذا لم يرد نص بخلافه، فيقضى بها وتكون حاكمة على أقوال أصحابها وأفعالهم وسائر تصرفاتهم، كتفسير كلام مجمل، أو اختلاف في عقد، أو تنازع في حق، أو تقدير أمر لم يرد في الشرع تقديره، ونحو ذلك من الأمور، والواجب على الفقهاء والمجتهدين مراعاتها وإعمالها قبل إصدار أحكامهم وإلا خرجت هذه الأخيرة مجانبة للصواب.³

فالعادة تُجعل حَكماً لإثبات حكم شرعيّ وبالتالي فلها في نظر الشارع حاكمية تخضع لها أحكام التصرفات، فتثبت تلك الأحكام على وفق ما تقتضي به العادة أو العرف إذا لم يكن هناك نص شرعيّ مخالف لتلك العادة.⁴

والمقصود من هذا الكلام كله أن ما اعتاده الناس واستقر في نفوسهم وتلقته طبائعهم السليمة بالقبول يعتبر حجة يعمل بها أي تثبت به الأحكام الشرعية.

¹ اللجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، مجلة الأحكام العدلية، تحقيق: نجيب هوويني، نور محمد آرام

باغ، كراتشي، دط، دت ن، المادة 1790، ص 365

² أحمد بن محمد الزرقا، المرجع السابق، ص 219

³ إبراهيم رحمانى، المرجع السابق، ص 121 . 122

⁴ إبراهيم رحمانى، المرجع نفسه، ص 122

الفرع الرابع: الفرق بين العادة والعرف .

قبل الحديث عن ما اذا كانت هناك فروق بين العادة والعرف سنخرج أولاً على تعريف العرف.

أولاً - تعريف العرف:

— في اللغة: العرف في اللغة له معان عدة، فقد جاء في لسان العرب العرف بمعنى العرفان وهو العلم، وبمعنى المعروف ضد المنكر، والعرف ضد النكر¹ قَالَ تَعَالَى: ﴿وَصَاحِبُهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾ [سورة لقمان: الآية 15]، وبمعنى التتابع قَالَ تَعَالَى: ﴿وَالْمُرْسَلَاتِ عُرْفًا﴾ [سورة المرسلات: الآية: 1]²

— في الاصطلاح: أما العرف في الاصطلاح فله تعريفات عديدة نذكر منها:

ورد في كتاب العرف والعادة أن العرف هو " الأمر الذي اطمأنت إليه النفوس وعرفته، وتحقق في قراراتها وألفته، مستندة في ذلك على استحسان العقل ولم ينكره أصحاب الذوق السليم في الجماعة، وإنما يحصل استقرار الشيء في النفوس وقبول الطباع له باستعمال الشائع المتكرر الصادر عن الميل والرغبة"³.

وعرّف كذلك بأنه: " عادة جمهور قوم في قول أو فعل"⁴

¹ ابن منظور، المرجع السابق، ص 2899

² ابن منظور، المرجع نفسه، ص 2900

³ أحمد فهمي أبو سنة، العرف والعادة في رأي الفقهاء عرض نظرية التشريع الإسلامي، مطبعة الأزهر، القاهرة، د ط، د ت ن، ص 8

⁴ مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، ط 2، 1425 هـ. 2004 م، ج 2، ص 872

وعرّف بأنّه: "ما استقر في النفوس واستحسنته العقول وتلقته الطّباع السّليمة بالقبول، واستمر النّاس عليه بما لا ترده الشّريعة وأقرتهم عليه"¹.

لا تختلف هذه التعريفات في تحديد مدلول العرف فكلها تتفق على ان العرف سلوك استقر عند مجموعة من الناس واستمروا عليه .

ثانيا - أهم الفروق بين العادة والعرف في رأي الفقهاء .

ذهب بعض الفقهاء إلى عدم التفريق بين العرف والعادة وأنهما لفظان مترادفان، وهو رأي من جمع بين العرف والعادة بتعريف واحد، كالنّسفي وابن عابدين وعلي حيدر²، غير أن هناك من فرق بينهما وتكمن أهم الفروق في النقاط الآتية:

_ العرف أعم من العادة، لأنّ العرف يكون قولياً وعملياً، والعادة عرف عملي فعلى هذا تكون كل عادة عرفاً، وليس كل عرف عادة، فبينهما العموم والخصوص المطلق والعرف هو الأعم مطلقاً.³

_ أنّ العادة مخصوصة بالفعل، والعرف مخصوص بالقول أي أنّهما متباينان.⁴

_ أنّ العادة قد تكون فردية، والعرف لا يكون إلاّ من الجماعة، فبينهما على هذا العموم والخصوص المطلق، فكل عرف عادة وليس العكس.⁵

إلاّ أنّ أغلب الفقهاء اعتبروا أنّ العرف والعادة سواء، وأنّه لا مشاحة في الاصطلاح، وفي الحقيقة يصعب التفريق بينهما.

¹ صالح عوض، أثر العرف في التشريع الإسلامي، دار الكتاب الجامعي، القاهرة، د ط، د ت ن، ص 52

² يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين، قاعدة العادة محكمة دراسة نظرية تأصيلية تطبيقية، مكتبة الرشد، الرياض، ط 2، 1433 هـ . 2012 م، ص 49.

³ فهمي أبوسنة، المرجع السابق، ص 13 .

⁴ يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين، العادة محكمة، ص 60

⁵ يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين، المرجع نفسه، ص 60

المطلب الثاني: أنواع العرف والعادة:

هناك من قسّم العرف والعادة بتقسيم يجمعهما باعتبارهما مسمى واحد فلا مشاح في الاصطلاح، أما من اعتبر أن هناك وجه اختلاف بينهما فخص كل مصطلح بتقسيماته الخاصة، ونحن ذكرنا الوجهين ليكون مطالبنا متكاملًا.

الفرع الأول: أنواع العرف.

ينقسم العرف إلى أربع تقسيمات باعتبارات مختلفة، باعتبار سببه، وباعتبار من يصدر عنه، وباعتبار مدى إقرار الشارع له وعدم إقراره، وآخر تقسيم من حيث موافقته للمعنى اللغويّ أو عدمه.

أولاً - باعتبار سببه .

ينقسم العرف بهذا الاعتبار إلى عرف قولي وعرف عملي

1- العرف القولي: وهو "اللفظ المتفق على أن يراد منه غير تمام مدلوله بحيث إذا أُطلق انصرف إليه من غير قرينة"¹، كتعارفهم إطلاق لفظ لمعنى بحيث لا يتبادر عند سماعه غيره²، وهذا العرف قد يكون في المفردات، وقد يكون في الجمل، ففي المفردات قد يكون المتبادر بعض المدلول اللغوي، أو أعم منه³، ومثاله: كإطلاق لفظ الولد على الذكر على بني الإنسان، مع أنّه في اللّغة يشمل الذكر والأنثى، وكإطلاق البيت على الغرفة في بعض البلدان.

¹أحمد فهمي أبو سنة، المرجع السابق، ص18

²ابن عابدين، المرجع السابق، ص115

³يعقوب بن عبد الوهاب الباحثين، العادة محكمة، ص 37

وطريق تكوين العرف القولي يكون بالتّخلي عن المعنى الأصلي إلى معنى آخر وذلك بسبب الاستعمال المتكرر له، فإذا أطلقوه في مخاطباتهم كان حقيقة عرفية، وفي حالة ما إن كان اللفظ لم يهجر معناه الحقيقي وتكرر استعماله في معنى آخر مجازا كالأسد في الشّجاعة، فهذا الأخير ليس عرفا قوليا بل مجازا مشهورا.¹

2- العرف العملي: هو ما جرى عليه العمل، سواء أكان ذلك عاما كدخول الحمام من غير تعيين زمن ولا أجرة، أم كان خاصا ببلد ككون رأس المال لأهل البوادي هو الأنعام، أو بملة كجعل العيد الأسبوعي للمسلمين يوم الجمعة²، أو تعارف قوم أكل البرّ ولحم الضّأن.³

التقسيم الثاني: باعتبار من يصدر عنه العرف.

والعرف بهذا الاعتبار ينقسم إلى ثلاثة أقسام:

1- العرف العام: هو ما تعامله عامة أهل البلاد سواء أكان قديما أو حديثا.⁴

والمقصود من أهل البلاد هو البلاد الإسلامية إذ غيرها لا يبحث الإسلام عن أحكامه، ولا يعول على عرفه والمراد بقوله قديما: أي في عصر الرّسالة والاجتهاد وقوله حديثا: أي في عصر التقليد.⁵

ومثاله: تعارف استعمال لفظ الطّلاق في إزالة العلاقة الزوجية، وتعارف أنّ دخول المساجد بالأحذية تحقيرا لها.⁶

¹ محمد مصطفى الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي، دار الخير للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، سوريا، ط2،

1428هـ، 2006م، ج1، ص 266

² محمد مصطفى الزحيلي، المرجع نفسه، ص266.

³ ابن عابدين، المرجع السابق، ص114

⁴ ابن عابدين، المرجع نفسه، ص117

⁵ أحمد فهمي أبو سنة، المرجع السابق، ص19

⁶ أحمد فهمي المرجع نفسه، ص 19

2- العرف الخاص: هو الذي يكون مخصوصا ببلد أو مكان دون آخر، أو بين فئة من الناس دون الأخرى¹.

وهذا العرف الخاص متنوع كثيرا ومتجدد، لا تحصى صورته ولا تقف عند حد، لأن مصالح الناس وسبلهم إليها وإلى تسهيل احتياجاتهم وعلاقاتهم متجددة أبدا².

ومثاله: كعرف التجار فيما يعد عيبا ينقص الثمن في البضاعة المباعة أولا يعد عيبا³.

3- العرف الشرعي: هو اللفظ الذي استعمله الشرع مريدا به معنى خاصا، وهو داخل تحت أقسام العرف الخاص، لأنّ نقل هذه الألفاظ التي تقدمت أصبحت معانيها اللغوية غير مرادة ومهجورة في عرف الشرع، فمثلا لو أطلق لفظ الصلاة عند الفقهاء أريد به العبادة المعهودة المعروفة شرعا، ويتبادر هذا المعنى الشرعي إلى الذهن ولا يفهم منها غيره، وأصبح المعنى الأوّل وهو الدعاء غير مراد لهجره في اصطلاح الشرع الذي أصبح بمثابة وضع جديد لهذه الألفاظ⁴.

التقسيم الثالث: باعتبار إقرار الشارع له وعدمه:

وقد يعبر عن هذا المعيار بقولهم " من حيث موافقة أو مخالفة قواعد الشريعة، أو نصوصها"

1- العرف الصحيح: هو ما تعارفه الناس ولم يخالف النصّ الشرعي، ولا الإجماع أو يفوت مصلحة ولا يجلب مفسدة⁵.

¹مصطفى أحمد الزرقا، المرجع السابق، ج 1، ص 878

² مصطفى أحمد الزرقا، المرجع نفسه، ص 878

³ مصطفى أحمد الزرقا، المرجع نفسه، ص 878

⁴ صالح عوض، المرجع السابق، ص 141

⁵ صالح عوض، المرجع نفسه، ص 142

مثاله: تعارف الناس إطلاق لفظ، أو تعارفهم تقديم بعض المهر وتأجيل البعض
وكتقديم الخطيب هدايا لخطيبته¹ وغير ذلك...

2- العرف الفاسد: وهو ما كان مخالفا لقواعد الشريعة أو مبطلا لنصوصها، ولقد ألغى
التشريع الإسلامي كثيرا من أعراف العرب الفاسدة التي تعارفوا عليها قبل الإسلام.²

مثاله: الطواف بالبيت وهم عراة، وزواج المقت (وهو زواج الرجل امرأة أبيه إذا طلقها) وغير
ذلك.³

ومن ذلك أيضا ما نراه في زماننا الحالي، ما تعارف عليه الناس اليوم من خروج النساء
كاسيات عاريات، وكذلك إذا تعارف الناس بعض العقود الفاسدة كالربا وغير ذلك.⁴

التقسيم الرابع: من حيث موافقته للمعنى اللغوي أو عدمها:⁵

تنقسم الأعراف حسب هذا المعيار إلى قسمين: مقرر للمعنى اللغوي وقاض عليه ونأتي
لبيان هذا التقسيم بإيجاز.

1- الأعراف المقررة للمعنى اللغوي: وهي الأعراف التي تستعمل الألفاظ بالمعنى اللغوي
نفسه، فتكون مقررة لها أو مؤكدة كالتعارف على إطلاق الورد على أوراق زهرته.

2- الأعراف القاضية على المعنى اللغوي: وهي الأعراف المغيرة لحقيقة اللفظ، وهذه
الأعراف قاضية على المعنى اللغوي بأنها غالبية وراجعة على الحقيقة .

¹الباحسين، المرجع السابق، العادة محكمة، ص 44

²الباحسين، المرجع السابق، ص 45

³صالح عوض، المرجع السابق، ص 142

⁴صالح عوض، المرجع نفسه، 143

⁵الباحسين، المرجع السابق، ص 46

الفرع الثاني: أقسام العادة.

لقد قسم الشاطبي العادات في كتابه الموافقات إلى قسمين رئيسيين هما: العادات الشرعية والعادات غير الشرعية، وقسم غير الشرعية إلى العادات المتبدلة والعادات الثابتة¹، وفيما يلي تفصيل لذلك .

التقسيم الأول: من حيث شمولها بالدليل الشرعي .

تنقسم العادة بحسب هذا الاعتبار إلى عادات شرعية وأخرى غير شرعية

1 – العادات الشرعية: وهي العوائد التي أقرها الدليل الشرعي أو نفاها، ومعنى ذلك أن يكون الشرع أمر بها إيجاباً أو ندباً، أو نهى عنها كراهة أو تحريماً أو أذن فيها فعلاً أو تركاً² مثاله: الأمر بإزالة النجاسة، وستر العورة .

2 – العادات غير الشرعية: هي العوائد الجارية بين الخلق بما ليس في نفيه ولا إثباته دليل شرعي، كالمدة التي يحكم فيها بموت الشخص أو مدة الحيض وغير ذلك.³

التقسيم الثاني: من حيث الثبات والتبدل.

وهذا التقسيم خاص بالعادات غير الشرعية حيث تنقسم إلى قسمين:

1 – العادات الثابتة: كوجود شهوة الطعام والشراب والوقاع والنظر، فإذا كانت هذه العادات أسباباً لمسببات تحكم بها الشارع، فلا إشكال في اعتبارها وبناء عليها الأحكام.⁴

¹الباحسين، العادة محكمة، المرجع نفسه، ص 29

²الشاطبي: أبو إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد، الموافقات، دار ابن عفان، المملكة العربية السعودية، ط1، 1417هـ
1997 م، ج 2، ص 488،

³الشاطبي، المرجع نفسه، ص 488

⁴الباحسين، العادة محكمة، مرجع سابق ص 30 وما بعدها

2- العادات المتبدلة: وهي التي تختلف بحسب أماكنها وأزمانها وأممها، فهي العادات التي تتبدل من الحسن أو القبح أو العكس¹، ومثاله: كشف الرأس، فإنه يختلف حسب البقاع في الواقع، فهو في البلاد الشرقية قبيح لذوي المروءات، أما في البلاد المغربية فلا يعد قبيحا، وبذلك الحكم الشرعي هنا يختلف حسب المكان².

التقسيم الثالث: بحسب النظر إلى أصحابها أو من ترد عنهم وتنسب إليهم.

تتنوع العادة بحسب هذا الاعتبار إلى ثلاثة أنواع: عادة بشرية وعادة حيوانية وعادة طبيعية، وهذا التقسيم تقريبي لتداخل بعض العادات، أو لأنها تشترك في بعض الأوصاف³.

1- العادة البشرية: هي العادات التي تصدر عن الإنسان الفرد، وهي عادات بشرية وقد تكون إلى جانب ذلك طبيعية في بعض الأحيان كما في العادة الشهرية عند المرأة⁴.

2- العادة الحيوانية: هي ما تتعده الحيوانات سواء بطريق التعلّم كجوارح الصيد، أو ما تعاده تلك الحيوانات تلقائياً كما في الكلب العقور (وهو الكلب الشرس المتوحش)⁵.

3- العادة الطبيعية: وهي العادات المتأتية من مصادر خارجية كحرارة الإقليم وتعاقب

الفصول المؤثرة في الإسراع بالبلوغ⁶.

¹ الشاطبي، المرجع السابق، ص490، الباحسين، المرجع السابق، ص 30

² الشاطبي، المرجع السابق، ص489

³ مصطفى عبد الرحيم أبو عجيبة، العرف وأثره في التشريع الإسلامي، المنشأ العامة، طرابلس، ط1، 1395 هـ. 1986م، ص 79

⁴ مصطفى عبد الرحيم أبو عجيبة، المرجع نفسه، ص79، الباحسين، المرجع نفسه، ص 31

⁵ مصطفى عبد الرحيم أبو عجيبة، المرجع نفسه، ص 80،

⁶ مصطفى عبد الرحيم أبو عجيبة، المرجع السابق، ص 80، الباحسين، المرجع السابق، ص31

المطلب الثالث: حجية العرف .

إنّ العلماء رغم اختلاف مذاهبهم، إلا أنّهم متفقون على اعتبار العرف حجة لاستنباط الأحكام الشرعيّة، ذلك أن الكثير من النصوص الشرعية أكدت على حجّيّة العرف، سواء من الكتاب أو السنّة، وسنتناول في هذا المطلب الأدلة على اعتبار العرف . من الكتاب والسنّة والمعقول:

الفرع الأول: من الكتاب.

من الآيات التي تدل على اعتبار العرف نذكر:

﴿قَالَ تَعَالَى: ﴿قَالَ هِيَ رَاوَدَتْنِي عَنْ نَفْسِيَّ وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ كَانَ قَمِيصُهُ وَقُدَّ مِنْ قُبُلٍ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ الْكَاذِبِينَ ﴿٢٦﴾ وَإِنْ كَانَ قَمِيصُهُ وَقُدَّ مِنْ دُبُرٍ فَكَذَبَتْ وَهُوَ مِنَ الصَّادِقِينَ ﴿٢٧﴾﴾

[سورة يوسف: 26_27] وفي تفسير القرطبي لهذه الآية على أنّهم ذهبوا إلى العرف لتبيين من الصادق منهما، وكذلك بالنظر إلى قميص النبي يوسف "عليه السلام" إن كان قد مرّق من قُبُل فهي الصادقة، ودلّ هذا على مرادته لها وإن قدّ دبر فهو الصادق، ودلّ هذا على امتناعه، وهنا نرى أنّهم ذهبوا لتبيين الحق بالعرف والعادة.¹

﴿قَالَ تَعَالَى: ﴿خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ ﴿١٩٩﴾﴾ [سورة الأعراف: 199]

واستدل بعض العلماء بهذه الآية على اعتبار العرف حجة، فالأمر بالعرف في الآية يدل على وجوب الرجوع إلى عادات الناس وما جرى تعاملهم به²

الفرع الثاني: من السنّة.

وردت عدة أحاديث تدل على اعتبار العرف نذكر منها على سبيل المثال:

¹ابن عابدين، المرجع السابق، ص 115

²الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي، المرجع السابق، الج1، ص 267

– عن عائشة رضی الله عنها (إنّ هند بنت عتبة قالت: يارسول الله إنّ أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم، فقال: خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف)¹، وهذا دل على أنّ النبيّ أقرها بالأخذ من ماله سرّاً بقدر ما تحتاجه تقديراً بالعرف دون مجاوزة لهذا العرف²

– من السنّة التقريرية: وهي سكوت النبيّ "صل الله عليه وسلم" عند علمه بأمر ليس معتقداً لكافر، ولا سبق له إنكاره وهذا يدل على الجواز، والعرف الذي كان موجوداً في زمن النبيّ "صل الله عليه وسلم" من هذا القبيل، وقد تعارف الناس في زمن النبيّ - عليه الصلاة والسلام - أموراً تتعلق بشؤون الحياة فلم يحرمها أو ينهى عنها فدل على جوازها، كما تعارفوا أموراً جاء ما يفيد أنّ النبيّ - عليه الصلاة والسلام - أقرها عليها أو شاركهم في فعلها فهذا أيضاً يدل على جوازها كعقود الإجارة والشركة والمضاربة والسلم، ووضع لها قواعد وشروط ليكون الغرض منها تحقيق المصلحة.³

الفرع الثالث: من المعقول.

إنّ في اعتبار العرف رفع للحرّج عن الناس وتيسيراً عليهم، وفي عدم اعتباره تكليف لهم بما لا يطاق وهذا ينافي ما جاءت به الشريعة الإسلامية من التيسير ورفع الحرّج ومراعاة مصالح الناس، طبعاً ما لم يناقض هذا العرف أحكام الشريعة الإسلامية أو يخالف نصوصها.⁴

¹ أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب النفقات، باب إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها وولدها بالمعروف، رقم الحديث: : 5364، صحيح البخاري، المرجع السابق، ج3، ص 2440

² ابن حجر العسقلاني فتح الباري شرح صحيح البخاري كتاب النفقات باب إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها وولدها بالمعروف، دار المعرفة، بيروت، دط، 1379م، ج9 ص418 .

³ السيد صالح - عوض، المرجع السابق، ص 183، 183

⁴ إيمان يوسف أحمد المرزوق، أثر العرف والعادة في ولاية المرأة القضاء وشهادتها وارثتها في الفقه الإسلامي، باحث دراسات إسلامية بقسم الفقه وأصوله، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الكويت، ص 520_ 525

من خلال سوق هذه الأدلة يمكننا القول أن للعرف اعتبارا ومكانة في الشريعة الإسلامية في صياغته للأحكام الشرعية، وهذا ما يكسبها المرونة التي تجعلها صالحة للتطبيق في كل زمان ومكان.

المبحث الثالث: أهمية قاعدة العادة محكمة وشروط اعتبارها.

سنتطرق في هذا المبحث لبيان أهمية قاعدة العادة محكمة في المطلب الأول، ثم بيان الشروط التي وضعها الفقهاء لاعتبار العادة والعرف مصدرا للأحكام الشرعية .

المطلب الأول: أهمية قاعدة العادة محكمة¹

تعتبر قاعدة العادة محكمة إحدى القواعد الفقهية الكبرى فأهميتها تنبع من أهمية القواعد الفقهية في حد ذاتها؛ من حيث أنها جمع لشتات الفروع والمسائل الفقهية حتى يسهل على القاضي أو الدارس الاطلاع عليها بيسر وسهولة، غير أن أهميتها بوجه خاص تتمثل فيما يلي:

- 1- تعتبر القاعدة دليلا على يسر الشريعة ورعايتها لمصالح المجتمع المسلم، كما أنها من الشواهد على رفع الحرج في الشريعة الإسلامية.
- 2- تناولتها أغلب كتب القواعد الفقهية وبينت العديد من أحكامها وتطبيقاتها وسائر القواعد المتفرعة عنها وهذا دليل على أهميتها.
- 3- يجب على المفتي معرفة العوائد وسؤال المستفتي عن عادات قومه قبل أن يفتي في مسألته، وفي هذا دليل على أهميتها.

¹الباحسين، العادة محكمة، مرجع سابق، ص 21، 22

4- نظرا لأهميتها أخذت بها أكثر المذاهب الفقهية، وربما كان المالكية هم الأكثر أخذًا وإعمالًا لها، وهناك من العلماء من عدها أصلاً ودليلاً يجب الرجوع إليه وبناء الأحكام عليه. - للقاعدة دور في تفسير النصوص، وحسم الخلافات والمنازعات بين الناس، وضبط ما ليس له في الشرع ضابط إلى غير ذلك من الأمور.

وبوجه عام للقاعدة دور كبير في مجال القضاء والفتوى والأحكام الشرعية .

المطلب الثاني: شروط اعتبار قاعدة العادة محكمة .

حتى يكون للعرف أو العادة سلطان في ميدان الأحكام العمليّة بين النَّاس، فإنه يجب أن تتوفر مجموعة من الشروط ويمكن تلخيص هذه الشروط في النقاط الآتية:

1_ أن يكون العرف مطرداً أو غالباً:

أي أن يكون هذا العرف شائعاً ومستعملاً بكثرة وليس نادر الحدوث، فالمراد من اطرد العرف بين متعارفيه، أن يكون عملهم به مستمراً في جميع الحوادث لا يتخلف، فالعرف مثلاً على تقسيم المهر في النكاح إلى معجل ومؤجل إنّما يكون مطرداً في البلد إذا كان أهله يجرون على هذا التقسيم في جميع حوادث النكاح.¹

والغلبة والاطراد إنّما يعتبران إذا وجدا عند أهل العرف من أهل البلاد أو الطوائف، أمّا الشهرة في كتب الفقه فلا عبرة بها، حتى لو ورد على المفتي من يستفتيه في واقعة عرفية كان عليه أن ينظر في عوائد بلده، فيبني حكمه عليها لا على ما اشتهر في كتب المذاهب.²

¹ أحمد مصطفى الزرقا، المرجع السابق، ص 898

² أحمد فهمي، المرجع السابق، ص 56

2_ ألا يكون في العرف تعطيل لنص ثابت، أو لأصل قطعي في الشريعة:

إذا كان العرف مخالفا لبعض الأدلة الشرعية من نصوص الشريعة أو من قواعدها أو أصولها، فالمبدأ العام الذي يستخلص من أقوال الفقهاء الباحثين إجمالا هو أنه: إذا ترتب على العمل بالعرف تعطيل لنص شرعي أو أصل قطعي في الشريعة لم يكن عندئذ للعرف اعتبار، لأنّ الشرع مقدم على العرف، وأما إذا لم يترتب على العرف هذا التّعطيل، بل كان العرف ممّا يمكن تنزيل النصّ الشرعيّ عليه أو توفيق بينهما، فالعرف عندئذ معتبر، وله سلطان محكم.¹

وخلاصة القول: أن لا يكون العرف مخالفا لأدلة الشرع؛ بأن تكون عادات الناس موافقة للأحكام التي أفادتها الأدلة، فلو خالفها بطل اعتباره، كتعارف الناس مشي النساء وراء الجنائز، وإضاءة الشموع على المقابر، وكشف لبعض العورة، وكثيرا مما خالف الشرع² والناظر إلى واقعنا اليوم يلاحظ انتشار الكثير من الأعراف التي لا صلة لها بالشرع والتي لا يسع البحث لذكرها.

3_ أن يكون العرف مقترنا بالتصرف أو سابقا عليه:

فالعرف المعتبر الذي يحكم فيه العرف المقرون بإنشاء التصرف أو السابق عليه إذا لم يتغير العمل به، وبناء عليه فالعرف المتأخر عن التصرف لا عبرة به في إثبات الحكم، فمثلا لو وقف رجل وقفا على أن ينظر فيها قاضي شافعي، فإنه لا ينظر فيها إلا القاضي الشافعي حتى ولو تغير ذلك فيما بعد إذ لا عبرة بالعرف الذي يطرأ بعد إنشاء التصرف كما لا عبرة

¹ مصطفى الزرقا، المرجع السابق، ص 902

² أحمد فهمي، المرجع السابق، ص 61

بالعرف الذي انقضى قبل إنشاء التصرف وحل محله عرف جديد، وإنما يراعى العرف القائم وقت إنشاء التصرف، لأنه هو الذي انصرفت إليه إرادة صاحب التصرف.¹

4_ ألا يعارض بتصريح بخلافه:

ألا يعارض العرف تصريح بخلافه، فإذا تعارف الناس على شيء ما، ووقع الطرفين المتعاقدين نصا على أمر يخالف المتعارف عليه، فالمصير حينئذ لما اتفقا عليه، لا إلى العرف الجاري.²

إذ أن تحكيم العرف يعود إلى أن سكوت المتعاقدين عن الأمر المتعارف وعدم اشتراطهما إياه صراحة يعتبر إقرارا منهما إياه، فإثبات الحكم العرفي لهذه الحالة هو من قبيل الدلالة، فإذا وقع تصريح بخلافه أصبحت الدلالة باطلة لكون دلالة العرف أضعف من دلالة اللفظ، فيترجح جانبه أي اللفظ عند المعارضة، فإذا كان العرف والعادة بين الناس على أن تكون مصاريف تسجيل العقد على المشتري واتفق العاقدان على أن يكون ذلك على البائع عمل بهذا الاتفاق ولا عبرة للعرف.³

¹ محمد عزام، المرجع السابق، ص173

² عبد القادر بن خليفة مهاوات، المرجع السابق، ص89

³ الباحثين، العادة محكمة، ص68_69

ملخص الفصل الأول

تطرقنا في هذا الفصل لبيان طبيعة القاعدة الفقهية "العادة محكمة" وذلك من خلال ثلاثة مباحث تناولنا في الأول طبيعة القاعدة الفقهية من حيث تعريفها وبيان خصائصها وأهميتها ثم تحديد الفروق بينها وبين ما يشابهها من مصطلحات، والتي قد يظن طالب العلم للوهلة الأولى أن لهما نفس المدلول والمتمثلة في القاعدة الأصولية والضابط الفقهي والنظرية الفقهية، أما المبحث الثاني فتناولنا فيه بيان مفهوم العادة محكمة إذ تعد قاعدة لإثبات حكم شرعي لم ينص الشرع على خلافه، ومرجعها أعراف الناس وعاداتهم حيث تدور في مضمونها حول سلطان العرف في بناء الأحكام الشرعية ثم عرجنا إلى بيان أقسام العرف والعادة فللعرف تقسيمات عديدة، وكل فقيه قام بتصنيفها بحسب اعتبارات عدة ومنهم من رأوا أن هناك فرقا بين العرف والعادة فخصصوا العادة بتقسيم خاص بها، وصولا إلى حجية العرف وأن العلماء متفقون على اعتبار العرف حجة يجب العمل به لكن بشروط قد حددها له.

أما المبحث الثالث فتناولنا فيه أهمية قاعدة العادة محكمة في مطلب أول، وشروط اعتبارها في مطلب ثان. إذ تعتبر هذه القاعدة دليلا على أهمية أعراف الناس ووجوب اعتبارها ولكن وفق شروط حددها العلماء لعل أهمها أن لا يصادم العرف النص الشرعي.

الفصل الثاني:

تطبيقات قاعدة العادة محكمة

في مجال الأحوال الشخصية

المبحث الأول: القواعد المندرجة تحت قاعدة العادة محكمة:

المبحث الثاني: تطبيقات قاعدة العادة محكمة في المسائل المتعلقة

بانعقاد الزواج

المبحث الثالث: تطبيقات قاعدة العادة محكمة في المسائل المتعلقة

بآثار عقد الزواج

لا خلاف بين الفقهاء على اعتبار العرف ومكانته في الشريعة الإسلامية، وذلك إذا ما تحققت فيه شروط اعتباره، والمتصفح لكتب الفقهاء يجدها مليئة بالنصوص الدالة على ذلك، وهذا فيه دلالة على أن لقاعدة العادة محكمة تطبيقات في جميع مجالات الفقه الإسلامي، ولكن أثرها يبرز بشكل كبير في مجال الأحوال الشخصية، فلا تكاد تخلو مسألة من مسائلها إلا وللعرف والعادة حاكمية في بناء الحكم الشرعي لها، وهذا ما سنتطرق له بالبحث في هذا الفصل وذلك ضمن ثلاثة مباحث، ذكرنا في المبحث الأول القواعد الفرعية المندرجة تحت قاعدة العادة محكمة، ومن ثمّ كان المبحث الثاني أثر قاعدة العادة محكمة في المسائل المتعلقة بانعقاد الزواج، وأما المبحث الثالث فاخترنا أن يضم أثر قاعدة العادة محكمة في المسائل المتعلقة بآثار الزواج، ونظرا لتشعب الموضوع وكثرة فروعه وجزئياته فقد اقتصرنا على بعض الأمثلة فقط .

المبحث الأول: القواعد المندرجة تحت قاعدة العادة محكمة:

سنتطرق في هذا المبحث إلى القواعد الفرعية التي تندرج تحت قاعدة العادة محكمة، ولقد قُسمت هذه القواعد على أربعة مطالب، فالمطلب الأول يتكلم عن القواعد التي تعبر عن العرف القولي، أما الثاني فيتناول القواعد التي تعبر عن العرف العملي، أما المطلب الثالث فسنتطرق فيه إلى القواعد التي تعبر عن شروط اعتبار العرف، وفي المطلب الرابع نتطرق للقواعد الأخرى المختلفة المندرجة تحت هذه القاعدة.

المطلب الأول: القواعد التي تعبر عن العرف القولي:

القواعد التي تعبر عن العرف القولي تشمل ثلاث قواعد وهي: " الحقيقة تترك بدلالة العادة"، و"الكتاب كالخطاب"، و"الإشارة المعهودة للأخرس كالبيان باللسان" وسنتناولها في الفروع الآتية تباعا:

الفرع الأول: قاعدة الحقيقة تترك بدلالة العادة .

وتأتي هذه القاعدة بصيغة أخرى وهي: يُحمل كلام الناس على ما جرت به عادتهم في خطابهم¹.

ومعنى هذه القاعدة أنّ دلالة اللفظ الحقيقيّة تترك ولا تعتبر إذا دل العرف والعادة على استعمال هذه اللفظة استعمالا مغايرا لمعناها الحقيقي، ويُبنى الحكم على المعنى الذي دلّ عليه العرف والعادة،² وتترك الحقيقة بدلالة العادة والعرف لأنّ الاستعمال والتعارف يجعل إطلاق اللفظ على ما تُعورف استعماله فيه حقيقة بالنسبة إلى المستعملين، ويجعل إطلاقه على معناه الوضعي الأصل في نظرهم مجازا، ومن المعلوم أنّ الأمر إذا دار بين الحقيقة

¹ محمد الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، دار الفكر، دمشق، ط1، 1427 هـ، 2002 م، ج1، ص 335

² محمد صدقي، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، الرسالة العالمية، بيروت، ط4، 1416 هـ، 1992 م، ص 300

والمجاز تترجح الحقيقة، وهي هنا العرف والعادة¹، فيتبين أنّ الحقيقة المقصودة في التّرك هي الحقيقة المهجورة، ومثال ذلك: لو حلف شخص ألا يأكل لحماً فأكل لحم السمك، فلا يحنث²، لأنّ الناس اعتادوا على عدم إطلاق اسم اللحم على السمك والطيور.

ومثاله أيضاً: إذا وُكِّل شخص آخر بشراء دابة وكان معروفاً بينهم أنّ لفظ الدّابة يصرف إلى نوع معيّن من الدواب كذوات الحوافر أو الفرس، فينبغي على الموكّل ألا يشتري إلا ذلك النوع المتعارف عليه بينهم³.

الفرع الثاني: قاعدة الكتاب كالخطاب.

وتأتي هذه القاعدة بألفاظ أخرى: "البيان بالكتاب بمنزلة البيان باللسان"⁴، وكذا "البيان بالكتاب كالبيان باللسان"⁵، ومفاد هذه القاعدة أنّ العبارات المكتوبة كالألفاظ المنطوق بها عند المخاطبة، فما يترتب على المكالمات الشفويّة يترتب على المكالمات الكتابيّة⁶، لأنّ الكتابة بين الغائبين كالنّطق بين الحاضرين⁷، لكن يشترط في قبول الكتابة حتى تثبت بها الأحكام شرطان⁸:

ـ أن تكون الكتابة مستبينة أي: مكتوبة على شيء تظهر وتثبت عليه فمثلاً لا عبرة بالكتابة على سطح الماء أو في الهواء.

¹ أحمد بن محمد الزرقا، مرجع سابق، ص 231

² إبراهيم رحمانى، المرجع السابق، ص 128

³ عبد القادر بن خليفة مهاوات، المرجع السابق، ص 95

⁴ انظر: محمد الزحيلي، المرجع السابق، ص 399، محمد صدقي، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، مرجع سابق، ص 301

⁵ محمد الزحيلي، المرجع السابق، ص 339

⁶ الباحسين، العادة محكمة، المرجع السابق، ص 208

⁷ محمد الزحيلي، المرجع السابق، ص 339

⁸ انظر: الباحسين، العادة محكمة، مرجع سابق، ص 209. محمد الزحيلي، المرجع السابق، ص 399،

ـ أن تكون الكتابة مرسومة أي مكتوبة بالطريقة المعتادة بين الناس بأن يكون معنونا ومصدرا باسم المرسل والمرسل إليه.

ومثاله: كما لو كان رجل في مكة فكتب إلى آخر في دمشق: بعتك داري الكائنة في دمشق وذكر أوصافها، وحدودها، والمبلغ الذي سيبيعها به، فكتب إليه الآخر: اشتريت منك الدار المذكورة، فيعقد البيع بينهما كالمشاهدة¹.

والحاصل أنّ كل كتاب يحزر على الوجه المتعارف بين الناس يكون حجة على كاتبه كالنطق باللسان².

الفرع الثالث: قاعدة الإشارة المعهودة للأخرس كالبيان باللسان.

الألفاظ الأخرى للقاعدة: ³ ـ الإشارات المعهودة للأخرس كالبيان باللسان

ـ إشارة الأخرس كعبارة التّاطق.

ـ إشارة الأخرس المفهومة كالنّطق.

ـ إشارة الأخرس أقيمت مقام العبارة.

ومعنى القاعدة: أن من ذهب كلامه وانعقد لسانه وكانت له عادة في التعبير بإشارات معينة يعرف منها مراده، فإن إشاراته هذه تقوم مقام التعبير والبيان باللسان، ذلك أن الإشارة المعهودة المعلومة المعتادة للأخرس الأصلي، بعضو من أعضائه، كيده، أو رأسه، أو عينه، أو حاجبه، معتبرة كالبيان باللسان وهي بمنزلة نطقه فتعتبر⁴.

¹ محمد صدقي، المرجع السابق، ص 301

² محمد صدقي، المرجع نفسه، ص 302

³ محمد الزحيلي، المرجع السابق، ص 342

⁴ انظر: الباحثين، العادة محكمة، مرجع سابق، ص 210، محمد الزحيلي، المرجع السابق، ص 342

ويشترط لصحة اعتبار إشارة الأخرس أن تكون مفهومة ومعهودة يفهما كل من وقف عليها كتحرك رأسه طولا للموافقة وعرضا للرفض.

ومثاله: تصح إشارة الأخرس في الحلف، وكيفية تحليفه أن يقول له القاضي: عليك عهد الله وميثاقه إن كان كذا، فإذا أوماً برأسه: نعم، يصير حالفا.¹

المطلب الثاني: القواعد التي تعبر عن العرف العملي:

بعد الانتهاء عن الحديث عن القواعد التي تعبر عن العرف القولي وبيان معانيها، سنتطرق في مطلبنا الآتي إلى القواعد التي تعبر عن العرف العملي وهي ثلاثة: "المعروف عرفا كالمشروط شرطا"، "والتعيين بالعرف كالتعيين بالنص"، و"المعروف بين التجار كالمشروط بينهم"، وذلك في الفروع الآتية .

الفرع الأول: قاعدة المعروف عرفا كالمشروط شرطا:

الألفاظ الأخرى للقاعدة²: _المشروط عرفا كالمشروط شرعا.

_ العرف كالشرط .

_ المعلوم بالعادة كالمشروط بالنص.

ومعنى القاعدة أنّ ما جرى به العرف من الأمور التي لا نص فيها ولا يوجد نص يعارضها أو يقيدها، يراعى ويعتبر من دون حاجة لاشتراطه في عقود الناس وتصرفاتهم، فالعرف يجعل المسكوت عنه كالمشروط³، ومثال ذلك توابع العقود التي لا ذكر لها في

¹محمد الزحيلي، المرجع السابق، ص 343

²محمد الزحيلي، المرجع السابق، ص 345

³إبراهيم رحمانى، المرجع السابق، ص 130

العقود تحمل على عادة كل بلد، فلو أجر رجل عاملا عنده من غير تحديد الأجرة فيجبر صاحب العمل على دفع الأجرة المتعارف عليها.¹

الفرع الثاني: قاعدة التّعيين بالعرف كالتّعيين بالنّص.

الألفاظ الأخرى للقاعدة²: المعلوم بالعادة كالمشروط بالنّص.

الثّابت عرفا كالثّابت نصا.

الثّابت بالعادة كالثّابت بالنّص.

وتفيد هذه القاعدة أنّ ما كان ثابتا ومعهودا بين النّاس وجرى عليه التّعامل فيما بينهم، وما تعارفوا عليه من أقوال وأفعال في عقودهم ومعاملاتهم والتزاماتهم وسائر تصرفاتهم فهو كالمصرّح به، والمنصوص عليه من حيث اعتباره وبناء الأحكام الشرعيّة عليه³، ومثال ذلك: من أحاط أرضه بسياج فلا يجوز لغيره استعمالها بغير إذن مالكيها؛ لأنّ تسييج الأرض المملوكة يدل على منع استعمال الغير لها عرفا⁴.

الفرع الثالث: قاعدة المعروف بين التّجار كالمشروط بينهم .

وتدخل هذه القاعدة تحت العرف الخاص أي الخاص ببلد معين أو طائفة معينة، ومعناها أنّ ما كان شائعا ومعروفا بين التّجار في معاملاتهم يكون كالمشروط بينهم والمنصوص عليه عند الإطلاق، وإن لم يُنص عليه أو يُنطق به، فيُحكّم هذا العرف في عقودهم وتفسر أقوالهم وتصرفاتهم على أساسه، وتُرد أي دعوى بخلافه، ولكن بشرط أن لا

¹ محمد الزحيلي، المرجع السابق، ص، 347

² محمد صدقي، المرجع السابق، ص 306

³ انظر: إبراهيم رحمانى، المرجع السابق، ص 136، الباحثين، القواعد الفقهيّة، مرجع سابق، ص 459 .

⁴ إبراهيم رحمانى، المرجع السابق، ص 137

يكون هذا العرف مخالفا للنص، وكذلك يجب أن يكون هذا العرف مطردا وغالبا عند كل التّجار.¹

ومن أمثلته: عرف التّجار فيما يُعد عيبا ينقص الثّمّن في البضاعة المبّعة، وكعرفهم أن لا تقبل المبالغ الكبيرة من أجزاء النّقود الصغيرة في الصفقة الواحدة إلاّ بنسبة معيّنة.²

المطلب الثالث: القواعد التي تعبر عن شروط اعتبار العرف .

بعد تفصيل وبيان القواعد التي تعبر عن العرف العملي، الآن نتناول القواعد التي تعبر عن شروط اعتبار العرف وهي ثلاثة: "إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت"، و"العبرة للغالب الشائع لا للنادر"، و"العرف الذي تحمل عليه الألفاظ إنّما هو المقارن السابق دون المتأخر اللاحق"، وسنحاول بيانها في الفروع الآتية:

الفرع الأول: إنّما تعتبر العادة إذا اطردت أو غُلبت

الألفاظ الأخرى للقاعدة³: _ تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت.

_ إنّما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت، فإذا اضطربت فلا.

هذه القاعدة تعبر عن شرط من شروط العرف ولكي يكون العرف صحيحا معتبرا فيشترط فيها الاطراد والشّيوع وإذا ندر فلا يراعى.⁴

ومثاله: لو أنّ رجلا باع بدراهم أو دنانير وكان في بلد اختلفت فيه النّقود في المائنة والروّاج انصرف البيع إلى الثّمّن الأغلب، لأنّه المتعارف فينصرف إليه.⁵

¹ إبراهيم رحمانى، المرجع نفسه، ص 887.

² مصطفى أحمد الزرقا، المرجع السابق، ص 878

³ انظر: الباحثين، العادة محكمة، مرجع سابق، ص 199 وما بعدها . محمد الزحيلي، المرجع السابق، ص 323

⁴ محمد الزحيلي، المرجع السابق، ص 323

⁵ عبد العزيز محمد عزام، المرجع السابق، ص 182 .

ومثال آخر: لو جهز الأب ابنته من ماله في زواجها ثم اختلف وإياها في أن ما أخرجها لها كان على سبيل العارية له استرداده أو كان على سبيل التملك فهو لها، وكذلك لو ماتت البنت والحالة هذه فوق الاختلاف في ذلك بين الأب والزوج من أجل نصيبه الإرثي فالذي استقر عليه رأي الفقهاء في هذا المقام هو تحكيم العرف بالنظر إلى عادة الناس والغالب عندهم¹.

الفرع الثاني: قاعدة العبرة للغالب الشائع لا للنادر.

الألفاظ الأخرى للقاعدة²: _لأكثر حكم الكل.

_الأصل إلحاق الفرد بالأعم الأغلب دون النادر.

_العبرة بالغالب الشائع لا بالقليل النادر.

هذه القاعدة لها صلة وثيقة بالقاعدة التي قبلها لأنه بالاطراد والغلبة تكون العادة مقطوعاً بوجودها ولا يقدر في اعتبارها ترك العمل بها في بعض الوقائع القليلة لأن العبرة للغالب الشائع لا للقليل³، ومعنى هذه القاعدة أن الحكم الشرعي إذا بني على الأمر الغالب الشائع فإنه يبني عاماً للجميع ولا يؤثر على عمومها واطرادها، وتختلف ذلك الأمر في بعض الأفراد أو في بعض الأوقات وتفيد أيضاً أن الأحكام لا تبني على الشيء القليل النادر تبني على الغالب الشائع والكثير⁴.

مثال ذلك: أن الفقهاء قدروا مدة اليأس من الحيض بخمس وخمسين سنة لأجل أن تعتد، لأن المرأة إذا بلغت هذه السن، ففي الغالب ينقطع حيضها، والأشهر عند الشافعية أن

¹ مصطفى أحمد الزرقا، مرجع سابق، ج 1 ص 892.

² محمد الزحيلي، المرجع السابق، ص 325.

³ صالح بن غانم السدلان، المرجع السابق، ص 398.

⁴ الباحثين، العادة محكمة، المرجع السابق، ص 201.

سن اليأس اثنتان وستون سنة، والأظهر أن بلوغ هذه السن يعتبر أقصى يأس نساء العالم وإليه ذهب الأكثرون¹.

الفرع الثالث: قاعدة العرف الذي تحمل عليه الألفاظ إنما هو المقارن السابق دون المتأخر اللاحق.

ولذلك قالوا لا عبرة بالعرف الطارئ².

هذه القاعدة كذلك تعبر عن شرط آخر من شروط اعتبار العرف، كونه سابقا للحكم في الوجود لا تاليا له متأخرا عنه، وأن يحمل الحكم على العرف الموجود وقت التلّفظ فلا يجوز أن يحمل حكم حدث سابقا على عرف حدث متأخرا، لأنّ النصوص التشريعية يجب أن تفهم مدلولاتها اللغوية والعرفية في عصر صدور النصّ لأنّها هي مراد الشارع أو العاقد ولا اعتبار بتبديل مفاهيم اللفظ في الأعراف المتأخرة³.

من أمثلته: " لو تبدل عرف الناس مثلا فيما يعد عيبا في المبيع، أو فيما يدخل في البيع تبعا للمبيع، أو تقسيط أجرة العقارات المأجورة، أو في كون سنة الإيجار شمسية أو قمرية، أو في تقسيم المهر في النكاح إلى معجل ومؤجل ذلك إلى غير ذلك من الشؤون، فإنّ العرف الحادث لا يسري على التصرفات السابقة ولا يبطل شيئا من أحكامها والتزاماتها وإنما تخضع له التصرفات الجديدة الواقعة في ظله⁴

وكذلك تعتبر قاعدة "المعروف عرفا كالمشروط شرطا" من القواعد التي تعبر عن شروط العرف وقد سبق شرحها.

¹ عبد العزيز محمد عزام، المرجع السابق، ص 189

² ابن نجيم، الأشباه والنظائر، المرجع السابق، ص 133.

³ محمد صدقي، المرجع السابق، ص 297.

⁴ مصطفى أحمد الزرقا، مرجع سابق، ج 1، ص 901..

المطلب الرابع: قواعد أخرى مندرجة تحت قاعدة العادة محكمة.

ما بقي من القواعد الفرعية ولم تكن ضمن التقسيمات المذكورة أعلاه، فقد أدرجت تحت هذا المبحث، وهي عبارة عن ثلاث قواعد هي "استعمال النَّاس حجة يجب العمل بها"، و"الممتنع عادة كالممتنع حقيقة"، و"لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان" وسنتناولها في الفروع الآتية تباعا .

الفرع الأول: قاعدة استعمال النَّاس حجة يجب العمل بها.

ذكر العلماء أن من المعاني التي يدور عليها لفظ الاستعمال أنه مرادف لمعنى العادة، والظاهر أن المراد باستعمال النَّاس هو نفس المراد بالعادة؛ لأنَّ عادة النَّاس للشرع حجة ودليل يجب العمل بموجبها، لأنَّ العادة محكمة واستعمال النَّاس إن كان غير مخالف للشرع ولا لنصوص الفقهاء يعد حجة كبيع السلم وعقد الاستصناع، فقاتفق الفقهاء على جوازهما لما مسَّت الحاجة إليهما مع أنَّهما في الأصل بيع معدوم غير جائز¹.

الفرع الثاني: قاعدة الممتنع عادة كالممتنع حقيقة.

الممتنع حقيقة هو المستحيل الذي لا يمكن وقوعه، أما الممتنع عادة فهو الذي لم يعهد وقوعه وإن كان فيه احتمال عقلي بعيد .

فكما أنَّ الممتنع حقيقة لا تُسمع دعواه ولا تُقام البيِّنة عليه للتَّيقن بكذب مدعيه، كقوله لمن لا يولد مثله لمثله هذا ابني كذلك الممتنع عادة، وكدعوى معروف بالفقر على آخر أموالا جسيمة لم يعرف عنه أنَّه أصاب مثلها بإرث أو بغيره،².

¹ انظر: محمد صدقي بن أحمد البورنو، المرجع السابق، ص292. ومصطفى أحمد الزرقا، المرجع السابق، ص900.

² أحمد بن محمد الزرقا، مرجع سابق، ص125.

الفرع الثالث: قاعدة لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان¹.

هي قاعدة تعبر عن تغير الأحكام تبعاً لتغير العرف والعادة وتغير الأزمان والأحوال، وقد نظر الفقهاء إلى الأحكام المبنية على العرف وقالوا إذا تغير العرف تغير الحكم المبني عليه لتغير مناطه، المبدأ الشرعي الذي يحكم ذلك كله هو تحقيق المصلحة وإحقاق الحق، وهذا المبدأ لا يختلف مهما طال الزمن واختلفت الأحوال والبيئات، وإنما الذي يتبدل هو الوسيلة التي تحقق ذلك، والأسلوب الموصل إلى مقصد الشريعة من التشريع، وتلك الوسائل والأساليب لم تحددها الشريعة في غالب أحكامها لكي يختار منها أهل كل زمان ومكان ما هو أصح وأوفق بالنسبة لهم.

أمام الأحكام الأساسية التي جاءت الشريعة لتأسيسها كوجوب التراضي في العقود، والتزام الإنسان بما تعاقده عليه، وكحرمة الخمر إلى غير ذلك من الأحكام والمبادئ الأساسية فإنها لا تتبدل ولا تتغير بتغير الأزمان.

¹انظر: صالح العوض، أثر العرف في التشريع الإسلامي، دار الكتاب الجامعي، القاهرة، د ط، 1399 هـ 1979 م، ص 458.

²الباحسين، العادة محكمة، مرجع سابق، ص 217 - السدلان، مرجع سابق، ص 426 .

المبحث الثاني: تطبيقات قاعدة العادة محكمة في المسائل المتعلقة بانعقاد الزواج

إن حياة الناس في تغير دائم تماشياً مع تغير الزمان والمكان ولأن معاملاتهم فيما بينهم تعتبر مورداً خصباً لتشكيل العادات والأعراف واعتبارها، وكتب الفقهاء مليئة بالنصوص الدالة على اعتبارهم للعرف، ولعل من بين هذه المعاملات عقد الزواج الذي يعتبر من أخطر العقود التي يقدم الإنسان على إبرامها في حياته ذلك أنه الطريق الوحيد السليم لبناء الأسرة التي هي أساس المجتمع، وذلك للقدسية التي حباه إياها الخالق سبحانه وتعالى ونظراً لكثرة التطبيقات المتعلقة بانعقاد الزواج فقد قصرنا الدراسة على بعض المسائل التي يظهر أثر العرف فيها بشكل جلي فكان عنوان المبحث: أثر قاعدة العادة محكمة في المسائل المتعلقة بانعقاد الزواج وسنتاوله في أربعة مطالب الأول يتناول أثر القاعدة في الخطبة، والثاني يتناول أثر القاعدة في الكفاءة، والثالث أثر القاعدة في الصيغة، والرابع: أثر القاعدة في المهر أو الصداق .

المطلب الأول: تطبيقات قاعدة العادة محكمة في الخطبة.

تعد الخطبة من مقدمات الزواج، فهي عبارة عن وعد بالزواج، ولقد بنى الفقهاء أحكامها بمقتضى العرف والعادة، وسنتكلم في هذا المطلب عن بعض أحكام الخطبة التي بنيت على عادات الناس وأعرافهم .

الفرع الأول: اقتران الخطبة بالفاتحة .

الفاتحة هي إجراء يتم بحضور وليّ الزوجة والزّوج أو وليّه، وبإيجاب وقبول وحضور شهود وذكر الصداق. وهي تختلف عن الخطبة ويختلف شكلها من منطقته لأخرى يطلق عليها تسمية الفاتحة بعد الاتفاق على قبول الخطبة حيث نجد أنّ شكل الفاتحة في وسط ولاية المسيلة عبارة عن حفلة خاصة تقام لوحدها قبل العرس والمقصد منها تعيين الفتاة حتى لا يتقدم لها رجل آخر، وكذا حتى يُمنح المهر للفتاة قبل الدخول بفترة لتجهيز نفسها

وشراء ما يلزمها، وهناك بعض المناطق أين تكون الفاتحة قبل يوم من العرس أو مصاحبة له . إن وما نشاهده في واقعنا اليوم من إطلاق لفظ الفاتحة على العقد الشرعي كامل الأركان، فالفاتحة في الأعراف هي إبرام عقد زواج شفهي وهو ما يسمى بالزواج العرفي، يحدد فيه الصداق، فكثير من مناطق المجتمع تعتبر الفاتحة عقدا شرعياً، ولكن يبقى في نظرهم غير كاف لترتيب آثاره، كما أن هناك من لا يقرن الفاتحة بكل أركان ومقومات العقد الشرعي وبهذا تبقى المرأة أجنبية عنه وبالرغم من ذلك فإنه يظن أن الفاتحة تكسبه كل الحقوق كزوج فيتصرف مع زوجته دون قيود وهذا ما تنجر عنه عواقب وخيمة¹ .

الفرع الثاني: هدايا الخطبة ومصيرها عند العدول².

لقد جرى العرف بين الناس أن يقدم الخاطب لمخطوبته بعض الهدايا، وقد تقدم المخطوبة لخطيبها شيئاً من الهدايا، والهدف من ذلك تحقيق التآلف والتحاب والتقارب بينهما وبين

أسرتيهما، وقد لعب العرف دوراً كبيراً في تحديد هذه الهدايا، فهي تختلف من مكان إلى آخر، ومن زمن إلى آخر، ومثاله: أن يقدم لها بعض الهدايا العينية المستهلكة وغير المستهلكة، كالحلوى وبعض الثياب، وهي تختلف من مكان لآخر ففي دول الخليج مثلاً، تكون الهدايا قيمة جداً، فنجد الخاطب يقدم لمخطوبته سيارة فاخرة، ونجد المخطوبة هي أيضاً تقدم هدية فاخرة كساعة غالية الثمن، وكذا في السودان نجد أن الهدايا ثمينة فهي تتعدى الكيلوغرام من الذهب ويقدم مثله لأهلها مع سيارة، أما في مجتمعنا الجزائري فنجد الهدايا تكون عادية كعلبة شيكولاتة أو قارورة عطر أو هاتف، ومن زمن إلى آخر فنجد

¹ بلحاج العربي، "شرح قانون الأسرة الجزائري أحكام الزواج"، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، العدد 6، 2010، ص 146

² ابن رشد: أبو وليد محمد بن أحمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار المعرفة، بيروت، ط6، 1982 م، ص 411 - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج9، ص 6510، زيدان عبد الكريم، المفصل في أحكام المرأة وبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى، 1412 هـ، 1992 م، ج6، ص 74 وما بعدها.

في مجتمعنا الجزائري قديماً أنّ الهدايا تكون بسيطة جداً لدرجة لو يقدمه الخطيب لخطيبته في زماننا الحالي لا تقبله ولا تعتبره من الهدايا. فهذه الهدايا المقدّمة أثناء فترة الخطبة سواء كانت من الخاطب أو المخطوبة وسواء بمناسبة أو بغير مناسبة، فإذا عدل أحد الطرفين عن الخطبة فإنها تترتب آثار تتعلق بالهدايا المقدمة.

فإذا تم العدول عن الخطبة فلفقهاء تفصيل في ذلك، منهم من بناه على العرف والعادة وبالتالي منع الخاطب من استرداد ما أهداه إلى مخطوبته إن كان العدول منه، أما إن كان العدول منها فله حق استرداد ما قدمه إليها، فإن كان قائماً استرده بعينه وإلا استرده بقيمته، أو مثله ويرجع ذلك إلى العرف ويتبع عادة الناس ما لم يكن هناك شرط، لأنّ المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً وهذا ما ذهب إليه الحنابلة والمالكية ويرى الحنفية الرجوع بما بقي من الهدايا، أمّا عند الشافعية يرجع عليها بما بقي وتضمن قيمة ما استهلك¹.

المطلب الثاني: تطبيقات قاعدة العادة محكمة في صيغة النكاح.

تعرف الصيغة على أنها اللفظ الدال على توافق إرادة أحد المتعاقدين مع الآخر على شيء²، سواء كانت صريحة في الدلالة عليه، أو كانت مجازية، تضمنت قرينة أصبح الكلام معها صريحاً في إرادة الزواج.

وتتكون الصيغة من شقين: هما الإيجاب والقبول.

وعند جمهور فقهاء المسلمين، الإيجاب ما صدر ممن يكون منه التملك، والقبول ما صدر ممن يؤول إليه الملك، فعبرة الزوجة هي الإيجاب عندهم سواء صدرت أولاً أم أخيراً، لأنّ

¹ وهبة زحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج9، ص 26

² عبد الكريم زيدان المرجع السابق، ص 80_ 82

تمليك العصمة صادر من جهتهم وعبارة الزّوج هي القبول. فالإيجاب هو ما صدر أولاً من أحد العاقدين والقبول ما صدر ثانياً من العاقد الآخر¹.

يقول شيخ الإسلام ابن تيمية: "ينعقد النكاح بما عده الناس نكاحاً"².

أي أن عقد النكاح ينعقد بالألفاظ التي تعارف عليها الناس من أنها تدل على الزواج، والعلماء متفقون على أن الألفاظ التي ينعقد بها عقد الزواج هي النكاح والزّواج، واختلفوا فيما عدا ذلك من ألفاظ وسبب اختلافهم هو العرف.

فذهب الحنفية³ والمالكية⁴ إلى أن عقد الزّواج ينعقد بكل لفظ يدل على تمليك الأعيان في الحال بغير عوض كلفظ الهبة، بأن تقول المرأة للرجل، وهبتك نفسي وبلغت التّمليك بأن تقول له ملكتك نفسي، واستدلوا على رأيهم قال تعالى: ﴿وَأَمْرًا مُّؤَمَّنَةً إِنْ وَهَبْتَ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا خَالِصَةً لَّكَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ﴾ [سورة الأحزاب: 50] وكذلك استدلوا أنّ بقاعدة "العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني"، يجوز لكل من الأمم أن تعقد عقد النكاح بالألفاظ المستعملة في لغتها.

وذهب الشافعية⁵ والحنابلة⁶ إلى أن الزّواج ينعقد بلفظي النكاح والزّواج ولا ينعقد بغيرهما، واستدلوا أنّ هذين اللفظين هما اللفظان اللذان ورد استعمالهما في القرآن دون غيرهما،

¹ صالح العوض، المرجع السابق، ص 486

² تقي الدين ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، دار الكتب العلمية، بيروت ط1، ج 5، ص 450

³ الكاساني: علاء الدين أبو بكر بن مسعود، بدائع الصنائع، في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، مصر، ط1، 1367هـ، ج2، ص230

⁴ القاضي عبد الوهاب، الاشراف على نكت مسائل الخلاف، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 1420هـ _ 1999م، ج2، ص699

⁵ الشربيني: شمس الدين محمد بن محمد، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، مصر، ط1، 1415هـ _ 1994م، ج4، ص460

⁶ ابن قدامة: أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد، المغني، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن، دار عالم الكتب، رياض، ط3، 1417هـ _ 1997م، ج9، ص460

قَالَ تَعَالَى: ﴿فَلَمَّا قَضَى زَيْدٌ مِّنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَاكَهَا لِكَيْ لَا يَكُونَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ حَرَجٌ فِي أَزْوَاجِ أَدْعِيَائِهِمْ إِذَا قَضَوْا مِنْهُنَّ وَطَرًا﴾ [سورة الأحزاب: 37]

ونذكروا أن التزويج بغير هذين اللفظين كناية والكناية لا تعلم إلا بالنية ولا يمكن للشهود الاطلاع عليها، والشهادة شرط في صحة النكاح، فلا ينعقد بغير لفظي النكاح والتزويج.

والقول الراجح: هو القول الأول بأن ينعقد الزواج بلفظ النكاح والزواج وبكلا لفظ يدل عليهما وذلك يتحقق بوجود العرف أو بوجود القرينة فإذا لم يوجد شيء من ذلك لم يصح الزواج¹

ومعلوم أن دلالات الأحوال في النكاح معروفة من اجتماع الناس لذلك والتحدث بما اجتمعوا له، فإذا قال بعد ذلك ملكتها لك بألف درهم، علم الحاضرون بالاضطرار أن المراد به النكاح، وقد شاع هذا اللفظ في عرف الناس حتى سموا عقده إملاكا وملاكا².

مسألة: انعقاد النكاح بالألفاظ المصحفة.

النكاح بالألفاظ المصحفة وباللهجة العامية، مثل: نجد في الشرق الجزائري يستعملون لفظ تزوزت الذي جرى العرف على استعماله حتى أصبح هذا الاستعمال كثيرا وشائعا بين الناس، بحيث يدل على إرادة معنى الزواج.

فإذا قال أحد العاقدين: جوزت بتقديم الجيم أوزوزت بالزاي بدل الجيم، فقال الآخر: قبلت تجويزها أو تزويجها أو تزويزها، قاصدا بذلك معنى النكاح يصح، ولا شك أن لفظ جوزت أو زوزت لا يفهم منه العاقدان الشهود إلا أنه عبارة عن التزويج ولا يقصد منه إلا

¹ إبراهيم عبد الرحمان إبراهيم، العرف ودوره في أحكام الزواج، كلية الشريعة والقانون جامعة الزعيم الأزهرى، ص 32-33

² عبد الله جاسم كردي الجناني العادة محكمة وتطبيقاتها في فقه الزواج مجلة ديالي، كلية التربية الاصمعي، العدد 44،

2010، ص 67

ذلك المعنى العرفي، ولأن من يتلفظ بهذه الألفاظ في حكم العاجز عن الألفاظ الموضوعية للعقد شرعا فصح منه¹.

أما في ولاية المسيلة فيستعملون بعض الألفاظ التي تدل على طلب الزواج مثل: "جيتك بالحسب والنسب" أو "جيت طالب يد بنتك على سنة الله ورسوله" فهذه الألفاظ يفهم منها إرادة النكاح لأن العرف جرى بذلك .

المطلب الثالث: تطبيقات قاعدة العادة محكمة في مسألة الكفاءة

اشتراط بعض الفقهاء الكفاءة في عقد الزواج، بأن يكون الزوج كفئا للزوجة وملائما لها، وكان للعرف دور في تحديد الصفات والمعايير التي تعتبر من الكفاءة أو ليست من صفاتها وقبل الكلام على تطبيقات القاعدة والعرف في مسألة الكفاءة ارتأينا ان نعرض على تعريف الكفاءة والمعايير التي تكون فيها

الفرع الأول: تعريف الكفاءة والصفات المعتبرة فيها .

سنتناول في هذا الفرع تعريف الكفاءة لغة ثم في اصطلاح الفقهاء ثم نتكلم على الصفات المعتبرة فيها.

أولا - تعريف الكفاءة:

- لغة: هي المماثلة² قَالَ تَعَالَى: ﴿وَلَمْ يَكُنْ لَهُ كُفُوًا أَحَدٌ﴾ [الإخلاص: 4]، وأيضا

التساوي³ لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: (المسلمون تتكافأ دماؤهم)⁴

¹ أحمد رشاد عبد الهادي أبو حسين، أثر العرف في الأحوال الشخصية، مذكرة ماجستير، في القضاء الشرعي، كلية الدراسات العليا، جامعة الخليل، 1435 هـ 2013 م، ص 65.

² أحمد بن فارس، المرجع السابق، ص 189

³ أحمد بن فارس، المرجع نفسه، ص 189

⁴ أخرجه ابن ماجه في سننه، كتاب الديات، باب المسلمون تتكافأ دماؤهم، رقم الحديث 2682، سنن ابن ماجه، تحقيق فؤاد عبد الباقي، دار الكتب العربية، مصر الجزء الثاني، ص 895

ومنه الكفاءة في النكاح، وهو أن يكون الزوج مساويا للمرأة في حسبها ودينها ونسبها ودينها وغير ذلك¹.

– اصطلاحاً:

الكفاءة في الاصطلاح تعني "المماثلة بين الزوجين في خصوص أمور"²

– وعرفها وهبة الزحيلي: (المماثلة بين الزوجين دفعا للعار في أمور مخصوصة، وهي عند الملكية الدين والحال، وعند الجمهور الدين، النسب، الحرية والحرفة وزاد الحنفية والحنابلة اليسار)³

ثانياً :- الخصال المعتبرة في الكفاءة

اختلف العلماء في في الخصال او الصفات المعتبرة في الكفاءة بين مضيق مكتف بشرط التدين والخلق وبين موسع في خصالها فاعتبر فيها الحرية والنسب ويسار ويسار المال والحرفة إضافة إلى الخصال الحديثة كاشتراط السن والتحصيل العلمي والمستوى الثقافي ومراعاة البلد والجمال وسنحاول الكلام على كل صفة على حده:

– الدين: ويقصد به التقوى والصلاح والعفة ويذكره الفقهاء في مقابل الفسوق والفجور وشرط التدين متفق عليه بين الفقهاء⁴

جاء في المذهب للشيرازي: " والكفاءة في الدين معتبرة فالفاسق ليس بكفاء للعفيفة"⁵

¹ابن منظور، المرجع السابق، ص 3892

²ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1997م، ج3، ص 255

³وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، الطبعة الرابعة، ج9، ص162

⁴ابن رشد، المرجع السابق، ص 16

⁵الشيرازي، المذهب، دار القلم، دمشق، ط1، 1996، ج4، ص 131

– النسب: وهو ان يكون نسب الانسان معلوم الاب وليس لقيطا وقد اختلف الفقهاء في اعتباره فذهب الجمهور من الحنفية والشافعية والحنابلة الى اعتباره اما المشهور من مذهب المالكية فهو عدم اعتباره¹ يقول وهبة الزحيلي والحق ان اعتبار الكفاءة في النسب ليس صحيحا والصحيح قول المالكية لان مزية الاسلام الجوهرية هي الدعوة الى المساواة ومحاربة التمييز العرقي والعنصري ودعوات الجاهلية القبلية والنسبية فلا فضل بين عربي ولا عجمي إلا بالتقوى²

– الحرية: وبالرغم من اندثار الرق في وقتنا الحالي الا ان الفقهاء قديما اعتبروا صفة الحرية في الكفاءة يقول الإمام النووي وأما الحرية فهي معتبرة فالحررة ليست بكفاء للعبد والحر لا يكافئ الأمة³

– المال: يقصد بالكفاءة في المال من حيث اليسار فاختلف الفقهاء بين معتبر ليسار المال في الكفاءة ومنكر له وحتى من اعتبر اليسار ركز على قدرة الزوج على أداء المهر والنفقة⁴، ذلك أن الأرزاق بيد الله سبحانه وتعالى فهو الذي يقسمها كيف يشاء

– الصنعة أو الحرفة: أي أن يكون توافق بين حرفة الزوج وولي الزوجة وقد اختلف الفقهاء حول اعتبارها من عدمه غير معظمهم ارجعوا ذلك الى العرف

¹ابن رشد، المرجع السابق، ج2ص16

²وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج7، ص 245

³النووي يحيى بن شرف، المجموع شرح المهذب، تحقيق محمد نجيب المطيعي، مكتبة الارشاد، مصر، دط، دت، ن ج17، ص 286

⁴الكاساني أبو بكر بن مسعود، المرجع السابق، ص 580 – ابن جزير محمد بن أحمد الغرناطي القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية، ط1، 1434هـ، 2013، ص 132، النووي، منهاج الطالبين، ت محمد طاهر شعبان، دار المنهاج، لبنان، ط1، 2005، ج2، ص380

"لا ما نع من مراعاة الزوجة او وليها صنعة الخاطب ويرد ضابطها الى عرف البلد واحوال الناس في ذلك لكن لا يمكن الجزم بشرطية تحقق الكفاءة في الصنعة لأنها ليست بنقص في الدين ولا من لوازمه"¹

- **السلامة من العيوب:** ويقصد بذلك السلامة من العيوب التي توجب الخيار وهذا الشرط معتبر عند المالكية²والشافعية³

الفرع الثاني: دور العادة والعرف في التوسيع من خصال الكفاءة .

الكفاءة هي أن لا يتصف الزوج بما يلحق العار بالزوجة وأولياؤها عرفاً، وعليه فتحديد الصفات هو عرف الناس في الصفات التي يعظمونها ويفخرون بها، أو يحقرونها ويعيرون بها، لأنّ المعنى من مشروعية الكفاءة هي دفع المذلة عن الزوجة والعار عن الأولياء، وخلاف بعضهم في بعض الصفات⁴، لأنّه لا يراها مما يتعيّر به كما يدلّ على ذلك تعليلهم في هذا الباب فلقد قال ابن الهمام في الفتح: (فإذا ثبت اعتبار الكفاءة بما قدمناه، فيمكن ثبوت تفصيلها أيضا بعرف الناس فيما يحقرونه ويعيرون به، فيستأنس بالحديث الضعيف في ذلك)⁵

¹وهبة الزحيلي الفقه الاسلامي وادلته ج7 ص 247

²القرافي أحمد بن إدريس، الذخيرة، تحقيق: محمد بوخبزة وآخرون دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1994م، ج4، ص214

³محمد بن أبي بكر الأسدي، بداية المحتاج في شرح المنهاج، تحقيق: انور الداغستاني، دار المنهاج، جدة، ط1، 1432هـ، 2011م، ج3، ص64

⁴أحمد فهمي أبو سنة، المرجع نفسه، ص175، 178

⁵كمال ابن الهمام: كمال الدين بن محمد بن عبد الواحد، فتح القدير دار الفكر، لبنان، ط1، 1389 هـ 1970 م، ج3، ص296

ويظهر اثر العرف والعادة جليا في مسألة التوسيع في خصال الكفاءة، ولعل من الخصال التي أصبحت معتبرة بشكل واضح في زماننا نجد السن، والجمال، والمستوى العلمي والثقافي.

- **السن:** أي أن يكون سن الزوجين متقاربا بحيث لا يكبر أحدهما الآخر بفارق كبير¹.

- **الجمال:** حيث أصبح معيار الجمال معتبرا في أعراف الناس بشكل كبير، فيسعى كل طرف إلى الارتباط بمن يوازيه، فمن كان على قدر من الجمال لا يتطلع إلا لمن هي بنفس المستوى².

- **المستوى العلمي والثقافي:** حيث أصبح التكافؤ في المستوى التعليمي من ضمن الصفات التي تراعى في اختيار الزوجين، يقول سليمان الأشقر "ولعل من أشق الأمور على المرأة اليوم أن تجبر على الزواج من جاهل إذا كانت حاصلة على شهادة جامعية"³ لا شك أن مراعاة التكافؤ ادعى إلى تحقيق الألفة والمودة، غير أن الملاحظ في مجتمعنا اليوم التركيز على المال والجمال والمستوى العلمي حتى وان كان على حساب الدين والخلق.

المطلب الرابع: تطبيقات قاعدة العادة محكمة في مسائل المهر

المهر أو الصداق هو أحد مقومات عقد الزواج التي لا يتم إلا بها، وهو "ما يجعل للزوجة في نظير الاستمتاع"⁴، وبالرغم من عده أثرا من آثار عقد الزواج إلا أن وجوده

¹ محمد مستوري، " الكفاءة في الزواج ودور العرف في التوسعة من مجالاتها "، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، بليدة، الجزائر، العدد الأول، أفريل 2010، ص325

² محمد مستوري، المرجع السابق، ص 326

³ عمر سليمان الأشقر الكفاءة في النكاح، دار الكتب العلمية، مصر، دط، دت ن، ص 93

⁴ أحمد الصاوي، لغة السالك لأقرب المسالك، دار المعارف، بيروت، د ط، د ت ن، ج2، ص 428

مرتبط ببداية تكوين العقد لذلك وضعناه ضمن المسائل الخاصة بانعقاد عقد الزواج، وقد اختلف الفقهاء¹ في تقديره وموعد سداذه، ولعل السبب في ذلك يرجع إلى اختلاف العرف والعادة حسب المكان والزمان، وسنتناول في هذا المطلب مسألة تحديد المهر في الفرع الأول ومسألة موعد سداذه في الفرع الثاني .

الفرع الأول: تحديد مقدار المهر.

اتفق الفقهاء على أنه لا حد لأكثر المهر² واستدلوا قَالَ تَعَالَى: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَهُنَّ قِطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُّبِينًا﴾ [النساء: 20]، واختلف الفقهاء في تحديد أقل المهر فالحنفية³ قدروه بعشرة دراهم أو ما كان في قيمته أما المالكية الفقه المالكي فقدروه بربع دينار أما الشافعية والحنابلة⁴ فيرون أنه لا حد لأقل المهر⁵،

وتحديد مقدار المهر يرجع فيه إلى العادة والعرف، لأنه لم يرد نص في القرآن الكريم ولا في السنة ما يفيد أن للمهر حد معين، بل ذلك متروك لأعراف الناس وعاداتهم، فيعطي كل واحد منهم بحسب حاله وحال من يرغب في الزواج بها، وهو يختلف من زمن إلى آخر، ومن مكان إلى آخر بحسب أعراف الناس وعاداتهم، وبما يتراضى عليه الأهل⁶

وعلى سبيل المثال في ولاية المسيلة نجد كثيرا من المناطق أقدمت على تحديد المهر بمقدار معين يتناسب مع ما تحتاجه العروس من تجهيزات، ومن أراد أن يمهر زوجته أكثر

¹وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج7، ص 256 وما بعدها

²رهيفة سليمان حمادة، العرف وأثره في حقوق الزوج في الفقه الإسلامي، ماجستير قسم الفقه المقارن،: الجامعة الإسلامية،

غزة، كلية الشريعة والقانون، 1434 هـ . 2014، ص 50

³الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج2، ص275

⁴شمس الدين، محمد بن محمد، المرجع السابق، ج3، ص220، ابن قدامة، المرجع السابق، ج6، ص680

⁵إبراهيم عبد الرحمان إبراهيم، العرف ودوره في أحكام الزواج، مجلة العدل، مصر، العدد الخامس، السنة الثالثة،

ص41_42

⁶نواف عواد الشويعر، المرجع السابق، ص119

الفصل الثاني: تطبيقات قاعدة العادة محكمة في مجال الأحوال الشخصية

من ذلك فليقدمه لها خارج مسمى المهر في عقد الزواج وهذا المبلغ المحدد يتغير حسب تقدم الزمن لان احتياجات العروس متغيرة .

الفرع الثاني: موعد سداد المهر.

نصت الشريعة الإسلامية على أنّ المهر حق الزوجة يدفعه لها الزوج، إلاّ أنّه لا توجد قاعدة لتحديد موعد الوفاء بالمهر، وكل ذلك أمره متروك للعرف، لذلك ذهب عامّة الفقهاء إلى القول بأنّه يجوز أن يكون المهر معجلاً كله أو مؤجلاً كلّه، ويجوز أن يكون معجلاً بعضه ومؤجلاً بعضه الآخر إلى أجل معلوم¹.

لذلك نجد عندنا في الجزائر المهر كله معجل ويدفع عند إبرام العقد الشرعي أو كما يسمونها الفاتحة، أما في دول المشرق العربي وكذا في مصر فالمتعارف عندهم أن يقسم المهر إلى معجل يدفع عند العقد، ومؤجل يستحق بحلول أجله،

فالقاعدة في تعجيل المهر وتأجيله ترجع إلى عرف الناس، فالثابت عرفاً كالمشروط

شرطاً².

¹د جمال فخري، أحكام المهر في ضوء العرف، جرش للبحوث والدراسات، الأردن، ، المجلد العاشر، العدد الثاني،

8/15: 2006 ص 66

²عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، دار النفائس، عمان، الاردن، ط3، 1424هـ، 2004م،

ص 262

المبحث الثالث: تطبيقات قاعدة العادة محكمة في المسائل المتعلقة بآثار عقد الزواج

إن أي عقد من العقود إذا أبرم صحيحا ترتبت عنه آثاره وكذلك عقد الزواج عند إبرامه صحيحا، فإنه يترتب آثارا كالنفقة والمسكن وخدمة الزوجة لزوجها وغيرها وكل هذا مرجعه العادة المنتشرة في كل بلد، وقد يحصل نزاع بين الزوجين في هذه الآثار فيرجع إلى العرف في حلها، وسنتناول في هذا المبحث تطبيقات القاعدة في هذه المسائل تباعا، حيث سنتناول في المطلب الأول تطبيقات قاعدة العادة محكمة في تقدير النفقة ومشمولاتها، أما المطلب الثاني فخصصناه لتطبيقات القاعدة فيما يتعلق بالمسكن، أما الثالث فحوى أثر القاعدة في مسألة خدمة الزوجة لزوجها، .

المطلب الأول: تطبيقات قاعدة العادة محكمة في تقدير النفقة ومشمولاتها .

تعتبر النفقة الزوجية أحد أهم آثار عقد الزواج وهي مظهر من مظاهر القوامة التي يتفرد بها الزوج، ومما لا خلاف فيه أن النفقة واجبة على الزوج لزوجته بموجب عقد الزوجية الصحيح، وسنتناول هذا المطلوب في فرعين الأول أثر القاعدة في تقدير النفقة والثاني أثر القاعدة في تحديد مشمولات النفقة .

الفرع الأول: أثر قاعدة العادة محكمة في تقدير النفقة

قبل الكلام على أثر العادة والعرف في تقدير النفقة سنخرج أولا إلى بيان معنى النفقة

- تعرف النفقة في اللغة: على أنها مأخوذة من النُفوق¹، وهو الهلاك والموت كقول

نفقت الدابة نفوقا: ماتت². وهي مأخوذة من النِّفاق وهو الزّواج وضده الكساد³.

¹ابن منظور، المرجع السابق، ص4507

²ابن فارس، المرجع السابق، 404

³ابن منظور، المرجع السابق، ص4507

ومن معانيه أيضا النقص والقلة والفناء والذهاب، ومن قولهم نفق ماله ودرهمه وطعامه نفقا ونفاق ونفق أي نقص وقل¹، وقيل فنى وذهب، ومنه قَالَ تَعَالَى: ﴿إِذَا لَأَمَسْتُمْ خَشْيَةَ

الْإِنْفَاقِ﴾ [الإسراء: 100]، ومنها النفقة ما أنفقت واستنفقت على نفسك والعيال²

- أما في الاصطلاح: فقد عرفها الفقهاء بتعريفات عدة سنقتصر على بعضها:

- عرفها الحنفية بأنها: (عبارة عن الإدرار على الشيء بما به بقاؤه)³

- عرفها المالكية بأنها: (ما به قوام معتاد حال الأدمي دون سرف)⁴

- عرفها الشافعية: (كل ما يحتاجه الإنسان، من طعام وشراب وكسوة ومسكن)⁵

- عرفها الحنابلة: (هي كفاية من يمونه طعاما وكسوة وسكني)⁶.

أما الفقهاء المعاصرون فقد عرفوا نفقة الزوجة على انها " ما تحتاج اليه الزوجة في معيشتها من طعام وكسوة ومسكن وخدمة وكل ما يلزم لها حسبما تعارفه الناس"⁷

وتأسيسا على هذه التعريفات فإن نفقة الزوجة هي كل ما يلزمها لحفظ نفسها من طعام وكسوة ومسكن وغير ذلك بحسب المتعارف عليه بين الناس مما هو من ضروريات الحياة .

¹ ابن منظور المرجع نفسه، ص 4508

² ابن منظور المرجع نفسه، ص 4508

³ بدر الدين العيني: محمود بن أحمد بن موسى، كتاب البناية شرح الهداية، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1420هـ .

2000م ج5، ص 659

⁴ ابن عرفة: محمد بن محمد، كتاب المختصر الفقهي، مؤسسة خلف أحمد الخبتور، الامارات، ط1، 1435هـ . 2014م،

ج5، ص 5

⁵ الدكتور مصطفى الخز وآخرون، المرجع السابق، ص 169

⁶ البهوتي منصور بن يونس، الروض المربع شرح زاد المستتقع مع حاشية ابن عثيمين، دار المؤيد، الرياض، مؤسسة

الرسالة، بيروت، ط1، ، 1417هـ، 1996م ص619.

⁷ مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، ص437

المعتبر في تحديد النفقة: لقد أفادت الأدلة وجوب نفقة الزوجة على زوجها، قَالَ تَعَالَى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: 231]، من هذا المنطلق لجأ الفقهاء في ضبطهم لأحكام النفقة إلى ما جرت به العادة والعرف، لذلك يعتبر باب النفقات من أكثر الأبواب التي استمدت أحكامها من العرف، والمعتبر في مقدار النفقة الواجبة هو الكفاية بالمعروف بقدر حال الزوج وحال الزوجة.

فعن عائشة -رضي الله عنها- قالت: دخلت هند بنت عتبة امرأة أبي سفيان على رسول الله -صلى الله عليه وسلم- فقالت: يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح، لا يعطيني من النفقة ما يكفيني وبني إلا ما أخذت من ماله بغير علمه، فهل علي في ذلك جناح، فقال رسول الله -صلى الله عليه وسلم-: (خذي من ماله ما يكفيك وولدك بالمعروف)¹

الذي اتفق عليه الجمهور أن مقدار النفقة الواجبة هو ما يكفي الزوجة عرفاً من الطعام خبزها وإدامه، والشرب والكسوة... وغيرها من الأشياء التي تستقر بها الحياة، وذلك يختلف باختلاف البلاد والفصول والزمان والمكان واليسار والإعسار والتوسط، فإن لكل مكان عرفه وعاداته حسب اليسار والإعسار والتوسط. فالمقصود من النفقة الكفاية²، فالثابت بالعرف كالثابت بالنص.

فإنه سبحانه وتعالى أوجب النفقة بحسب الوسع مطلقة لم يقيدتها بصنف ولا بقدر، بل رد ذلك إلى العرف والعادة، فكل تقدير على خلاف العرف تقيد القرآن بلا دليل، ومخالفة

¹ رواه مسلم في صحيحه كتاب الاقضية باب قضية هند، رقم الحديث 1714، صحيح مسلم، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1374 هـ _ 1955 م، ج3، ص1714

² انظر: أحمد فهمي، المرجع السابق، ص، 177 . 178، عبد المنعم نعيمي، توظيف العرف في تقدير النفقة الزوجية في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة البحوث الأسرية الصادرة عن مخبر قانون الأسرة، جامعة الجزائر، العدد الأول، السنة 2021 ص.34

صريحة للسنة، وإضرار بأحد الزوجين: لأن كفايتها إن كانت بأكثر من التقدير كان إضراراً بها، وإن كانت بالأقل كان إضراراً به، ولا ضرر ولا ضرار في الإسلام¹.

والناظر للمجتمع اليوم يجد الأعراف قد تغيرت، حتى أن النفقة أصبحت شراكة بين الزوجة وزوجها نظراً لتغير الوضع الاجتماعي والاقتصادي.

ثانياً: أثر قاعدة العادة محكمة في تحديد مشتملات النفقة .

المقصود بمشتملات النفقة الأمور التي تلزم الزوجة والتي يجب على الزوج أن يوفرها لها، وهي في مجملها تدور حول الطعام والكسوة والمسكن والعلاج والخادم، وقد اتفق الفقهاء² على وجوب نفقة الطعام والكسوة والمسكن، وما يتبعه من خادم وأدوات تزيين وتنظيف، واختلفوا في نفقة العلاج³، غير أن الفقهاء المعاصرين ذهبوا إلى وجوبها وتبريرهم لأقوال الفقهاء القدامى: أن مداواة في زمانهم لم تكن أساسية، وليست من الضروريات حيث تميزت الحياة بالبساطة وعدم التعقيد، ولم تكن هناك حاجة ماسة لطلب العلاج، فاجتهاد الفقهاء مبني على عرف موجود في عصرهم، أما الآن فقد أصبحت الحاجة إلى العلاج كالحاجة إلى الطعام والغذاء⁴

¹ أحمد فهمي، المرجع السابق، ص 178

² انظر الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج4، ص 23، أحمد بن محمد الدردير، اقرب المسالك لمذهب الامام مالك، مكتبة ايوب كانو، نيجيريا، ط، 1420هـ، 2000م، ص83، الشرييني شمس الدين الخطيب، مغني المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج، تحقيق: عادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية، مصر، ط1، 1415هـ، 1994م، ج5، ص151 وما بعدها، ابن قدامة المقدسي: أبو محمد عبد الله بن أحمد، المغني، تحقيق طه الزيني، مكتبة القاهرة، مصر، ط 1، 1388 هـ _ 1968 م، ج8، ص196

³ عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، دار الكتب العلمية بيروت، ط2، 1424هـ، 2003م، ج4، ص488 وما بعدها

⁴ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج 10 ص7381.

إن المرجع في تحديد هاته المشتملات إنما هو العرف والعادة جاء في القوانين الفقهية
قَالَ تَعَالَى: ﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ﴾ [سورة الطلاق: 7] في الآية دليل على ان النفقة تختلف
باختلاف احوال الناس¹

فهذه المشتملات من طعام وشراب وكسوة ومسكن وعلاج وغيرها تختلف بحسب
المكان والزمان، وبحسب عادات كل مجتمع، فقد أرجع الفقهاء تحديدها إلى أعراف الناس
وعاداتهم لأنها مقترنة بالكفاية، والكفاية تختلف من مجتمع إلى آخر ومن امرأة إلى أخرى،
وما يعد ضروريا في مجتمع قد لا يكون كذلك في مجتمع آخر، وقد رأينا أن نفقة العلاج لم
تكن من المشتملات عند الفقهاء القدامى ولكن عند الفقهاء المعاصرين أصبحت من
الضروريات وهذا راجع لتغير الأعراف .

المطلب الثاني: تطبيق قاعدة العادة محكمة في مسألة مسكن الزوجية .

المقصود بالمسكن هنا هو بيت الزوجية سواء ملكه الرجل واشتراه أو أجره واكتراه،²

ولقد اتفق الفقهاء على أنه من حق الزوجة على الزوج أن يكون لها سكن³ وذلك
تصديقا قَالَ تَعَالَى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِّن حَيْثُ سَكَنْتُمْنَ وَجَدِكُمْ﴾ [الطلاق: 6] فإذا وجبت السكنى
للمطلقة فمن باب أولى أن تجب للزوجة⁴.

قَالَ تَعَالَى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [النساء: 19] ومن المعروف أن يسكنها في مسكن
لائق ونزى في نصوص الفقهاء ما يشترطونه على الزوج في السكن .

¹ ابن جزيء محمد بن احمد الغرناطي، التسهيل لعلوم التنزيل، تحقيق: عبد الله الخالدي، دار الأرقم بن أبي الأرقم، بيروت،
ط1، 1416هـ، ج2، ص387

² عبد المنعم نعيمة، توظيف العرف في تقدير النفقة الزوجية في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة البحوث
الأسرية، جامعة الجزائر، العدد الأول، 2021، 28

³ انظر اثر العرف على مشتملات النفقة ص 52 من هذا البحث،

⁴ محمد علي الصابوني، تفسير الأحكام من القرآن، دار القرآن الكريم، بيروت، ط1، 1420هـ_1999م، ج2، ص442

يقول النسفي الحنفي: (والسكنى في بيت خال عن أهله وأهلها)¹، وقال القرافي المالكي: (عليه إسكانها ما يليق بها، إما بعارية أو إجارة أو ملك)²، أما زكريا الأنصاري الشافعي فيقول: (ومسكن يليق بها عادة من دار أو حجرة أو غيرها... وإن لم يملكه، كأن يكون مكترى أو معارا)³، وقال ابن قدامة الحنبلي: (ومن المعروف أن يسكنها في مسكن، ولأنها لا تستغني عن المسكن للاستتار عن العيون، وفي التصرف، والاستمتاع، وحفظ المتاع، ويكون المسكن على قدر يسارهما وإعسارهما)⁴

ومن الشروط التي يجب مراعاتها في مسكن الزوجية⁵

- ملائمة لحال الزوج المالية والاجتماعية قال تعالى: ﴿أَسْكُونُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ﴾
[الطلاق: 6]

- أن يشتمل على كل ما يلزم السكن من أثاث وفرش ومواد منزلية متعارف عليها

لقد جرى العرف بين الناس على أن يسكن الزوج زوجته مسكنا يليق بها، إما بملك أو إجارة، وأن يكون هذا البيت يجب أن تتوفر فيه الأشياء التي تدعو إليها الحاجة بالنظر إلى العرف الجاري وحال الزوج، وهنا يسقط ويستبعد كماليات الحياة التي يمكن الاستغناء عنها، والتي يتطلبها التحسين والتكميل إلا إذا تطلبتها العوائد المحكمة والأعراف السائدة⁶

النسفي: : عبد الله بن أحمد، كنز الدقائق، دار السراج، مصر، ط1 1432 هـ . 2011م، ص 314¹

²القرافي: شهاب الدين أحمد بن إدريس، الذخيرة، مرجع سابق، ج4، ص 470

³زكريا الأنصاري: زكريا بن محمد بن أحمد، فتح الوهاب بشرح منهاج الطلاب، دار الفكر، دمشق، الطبعة الأولى،

1414 هـ . 1994 م، الجزء الثاني، ص143

⁴ابن قدامة، المرجع السابق، ص200

⁵الجناني، العادة محكمة وتطبيقاتها في فقه الزواج، مرجع سابق، ص 35

⁶عبد المنعم نعيمي، المرجع السابق، ص28

وما هو سائد اليوم من عرف بخصوص السكن هو أن يتخذ الزوج لزوجته سكنا منفردا لدرجة أنها تضعه ضمن الشروط، ولا مراعاة في ذلك لحالة الزوج المالية، ولجريان العرف بذلك أصبح الزوج هو من يتخذ من البداية سكنا خاصا.

المطلب الثالث: تطبيقات قاعدة العادة محكمة في مسألة خدمة الزوجة لزوجها.

المرأة الصالحة يجب عليها أن تهيب كل ما تستطيعه من أسباب المعيشة الطيبة للزوج حتى تكون له عوناً في حياته، ولا خلاف بين الفقهاء في جواز خدمة الزوجة في البيت سواء كانت ممن تخدم نفسها أولم تكن كذلك ولكن وقع الخلاف بينهم في وجوب هذه الخدمة، على قولين:

القول الأول: لا يجب على المرأة خدمة زوجها.

ذهب جمهور أهل العلم من الشافعية¹ والحنابلة وبعض المالكية² والصحيح عند الحنابلة³ والظاهرية⁴ من أنه لا يجب على المرأة خدمه زوجها لا في عجن ولا خبز ولا طبخ ولا نحوه، ككنس الدار أو ملئ الماء من البئر أو الطحن وأشباهه، فهؤلاء يرون منع وجوب خدمه الزوج على زوجته في أي شيء، قالوا إن المعقود عليه من جهتها الاستمتاع، ومنفعة البضع فلا يلزمها بذل غيره ولا يملك الزوج من منافع الزوجة شيء غير الاستمتاع بها، لأن عقد النكاح إنما اقتضى الاستمتاع لا الاستخدام وبذل المنافع فلا يملك غيره من منافعها⁵

¹ الشيرازي، المهذب، مرجع سابق، ج3، ص 153

² مالك بن أنس، المدونة الكبرى، دار الكتب العلمية، مصر، ط1، 1415 هـ _ 1994م، ج2، ص188

³ ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج10، ص252

⁴ ابن حزم الأندلسي: أبو محمد علي بن أحمد، المحلى بالآثار، عبد الغفار سليمان البنداري، دار الفكر، بيروت، دط، دت

ن، ج 9، ص277

⁵ عبد الحميد بن صالح الكراني، خدمة المرأة زوجها دراسة فقهية ووقفات تربوية، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، ط 1،

1435 هـ ص 26

واستدلوا بحديث أسماء بنت أبي بكر الصديق رضي الله عنهما قالت: (تزوجني الزبير وماله في الأرض من مال ولا مملوك، ولا شيء غير ناضح وغير فرسه، فكنت أعلف فرسه وأستقي الماء وأُخْرِزُ غَزْبَهُ وأعجن، ولم أكن أحسن أخبز، وكان يخبز جارات لي من الأنصار، وكنّ نسوة صدق، وكنت أنقل النوى من أرض الزبير، التي أقطعه رسول الله - صلى الله عليه وسلم - على رأسي، وهي مني على ثلثي فرسخ: فجئت يوماً والنوى على رأسي فلقيت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ومعه نفر من الأنصار، فدعاني، ثم قال: (إخ إخ) ليحملني خلفه، فاستحييت أن أسير مع الرجال، وذكرت الزبير وغيرته، وكان أغير الناس، فعرف رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أنني قد استحييت فمضى، فجئت الزبير فقلت: لقيني رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وعلى رأسي النوى، ومعه نفر من أصحابه، فأناخ لأركب، فاستحييت منه وعرفت غيرتك فقال: والله، لحملك النوى كان أشد علي من ركوبك معه. قالت: حتى أرسل إلي أبو بكر بعد ذلك بخادم تكفيني سياسة الفرس، فكأنما اعتقني¹. وهنا دل الحديث على أن خدمتها لزوجها الزبير كانت تبرعا وإحسانا، ولم يكن ذلك واجبا عليها.²

القول الثاني: وجوب خدمه المرأة لزوجها بالمعروف .

ذهب الحنفية³ وجمهور المالكية⁴ إلى وجوب خدمه المرأة لزوجها بالمعروف، وقالوا إذا امتنعت المرأة عن الطحن والخبز، إن كانت ممن لا تخدم، أو كان بها علة فعليه أن يأتيها

¹ أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب النكاح، باب الغيرة، حديث رقم 5224، صحيح البخاري، دار البشائر، باكستان، د ط، ج3، 1434 هـ 2014 م، ص 2376.

² بدر الدين العيني، عمدة القارئ شرح صحيح البخاري، كتاب فضائل القرآن، باب الغيرة، دار احياء التراث العربي، بيروت، دط، د ت ن، ج20، ص209

³ الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج4، ص24

⁴ ابن جزىء، القوانين الفقهية، مرجع سابق، ص282

بطعام مهياً، وإلاّ بأن كانت ممّن تخدم نفسها وتقدر على ذلك لا يجب عليه، ولا يجوز لها أخذ أجره على ذلك، لوجوبه عليها ديانة.¹

قال شيخ الإسلام ابن تيمية²: (ويجب على المرأة خدمه زوجها بالمعروف من مثلها لمثله، ويتنوع ذلك بتنوع الأحوال فخدمة البدويّة ليست كخدمة القرويّة وخدمة القويّة ليست كخدمة الضّعيفة)³.

وفي حديث الإمام البخاري في صحيحه، من حديث سهل بن سعد رضي الله عنه قال: (لما عرس أبو أسيد الساعدي دعا النبيّ -صلى الله عليه وسلم- وأصحابه،، فما صنع لهم طعاماً ولا قربه إليهم إلا إمّرتهم أم أسيد، بلت تمرات في تور (نوع من الأواني) من حجارة من الليل، فلما فرغ النبيّ صلى الله عليه وسلم من الطعام أمّنته له فسقته تحفة بذلك).⁴

وفي هذا الحديث دليل على أن أم أسيد رضي الله عنها هي التي قامت بالخدمة في بيت زوجها، إذا لم يصنع الطعام إلا هي وما قربه سواها.⁵

فهذه خدمة الزوجة لا للزوج ذاته، بل لأضيافه، فقصرها الخدمة على زوجها من باب أولى وأخص.

¹ عبد الحميد بن صالح الكراني، خدمة المرأة لزوجها دراسة فقهية ووقفات تربوية، المرجع السابق، ص 35 .

¹ ابن تيمية: (590، 602 هـ _ 1194، 1254م) عبد السلام بن عبد الله بن الخضر بن محمد، ابن تيمية الحراني، أبو البركات، مجد الدين فقيه حنبلي، محدث مفسر، ولد بجرّان وحّدث بالحجاز والعراق والشام، ثم ببلده حرّان، وتوفي بها، كان فرد زمانه في معرفة المذهب الحنبلي، من كتبه " تيسير القرآن العظيم "، "المنتقى في أحاديث الأحكام"، "المحرر" في الفقه (الزركلي، المرجع السابق، ج4، ص6)

² ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط 1، 1408 هـ 1987م المجلد الثالث، ج 3، ص232.

³ أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب النفقات، باب عمل المرأة في بيت زوجها، رقم الحديث 5361، المرجع السابق، ج3، ص 2355.

ابن حجر العسقلاني، فتح الباري، كتاب النكاح باب قيام المرأة على الرجال في العرس وخدمتهم بالنفس، ج9، ص160⁴

الرجح:

والذي يترجح -والعلم عند الله- القول بأنّ وجوب الخدمة خاضع لعادات الناس وأعرافهم، فإن تُعروف في مجتمع على أن المرأة تخدم ولا يطلب الزوج بإخدامها فالمحكم هو العرف.

وان أُعتيد أنّ الزّوجة لا تخدم إلّا بعد إنجابها طفلين أو ثلاثة أو أكثر فالعرف هو المحكم كذلك، وذلك لأنّ أدلة القول بالوجوب مطلقا معارض بكون ذلك مما تقع فيه الخدمة غالبا والقول الذي لا يوجب الخدمة مطلقا معارض بمثل قال تعالى: ﴿وَعَايَشُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [سورة النساء: 19]، والخدمة من المعاشرة بالمعروف.¹

عند التأمّل في أقوال المذاهب في حكم خدمه المرأة لزوجها يظهر أنّ القائلين بوجوب الخدمة مطلقا أو بقيود، وكذا القائلين بعدم الوجوب كلهم يجعلون لعادة المرأة في خدمة نفسها أثرا فيما يتبنونه من أقوال²، وقد صرح كثير منهم بذلك، وقد قال صاحب الفتاوى ابن تيمية: "تجب الخدمة بالمعروف وهذا هو الصواب فعليها أن تخدمه الخدمة المعروفة من مثلها لمثله، ويتنوع ذلك بتنوع الأحوال، فخدمة البدوية ليست كخدمه القروية، وخدمه القوية ليست كخدمه الضعيف³".

والعرف السائد في المجتمع اليوم أن خدمة الزوجة لزوجها واجبة عليها، لأن العادة جرت عدم اتخاذ خادم وإنما يجب أن تخدم نفسها وزوجها وأولادها بنفسها وحتى أهل زوجها .

¹ عبد الله بن عبد الرحمان بن عبد الحمدا، أثر العرف في كتاب النكاح، مذكرة ماجستير في الفقه المقارن، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، السعودية، 1425 هـ 1426 هـ، ص 153 .

² عبد الله بن عبد الرحمان بن عبد الحمدا، المرجع نفسه، ص 154 .

³ تقي الدين بن تيمية، الفتاوى الكبرى، المرجع السابق، ص 232

ملخص الفصل الثاني:

تناولنا في هذا الفصل الثاني تطبيقات العادة محكمة واقتصرنا على مجال الأحوال الشخصية كنموذج للدراسة، وكان ذلك على ثلاث مباحث، المبحث الأول تناولنا فيه القواعد الفرعية المندرجة تحت القاعدة الفقهية الكبرى " العادة محكمة "، بإعطاء تعريفات توضيحية لكل قاعدة فرعية والأمثلة على ذلك، ثم في المبحث الثاني تناولنا أثر القاعدة في المسائل المتعلقة بانعقاد الزواج واخترنا أربعة مسائل وهي الخطبة والمهر والصيغة والكفاءة، واخترنا المسائل التي تتجلى بوضوح فيها أثر العادات والأعراف، وكيف تكون العادة مرجعا يرجع إليه لمعرفة الحكم الشرعي لهذه المسائل، ثم في المبحث الثالث والأخير ذكرنا أثر هذه القاعدة في المسائل المتعلقة بآثار عقد الزواج، واخترنا بعض المسائل المتعلقة بالأحكام التي تترتب على عقد الزواج لدراسة أثر القاعدة فيها؛ كالمسكن، وخدمة الزوجة للزوج والنفقة، واخترنا هذه المسائل بعناية كالنظر للتساؤلات التي تطرح في حياتنا اليومية، وإبراز أثر العادة محكمة فيها .

الخاتمة

الخاتمة:

الحمد لله الكريم الجواد الوهاب، الذي منّ علينا بإتمام هذا البحث الموسوم بـ "قاعدة العادة محكمة وتطبيقاتها في الأحوال الشخصية"، وفي ختامه وبعد البحث والتحليل والاستنتاج نصل الى تقرير مجموعة من النتائج والتوصيات:

النتائج:

_ "العادة محكمة" قاعدة من القواعد الفقهية الكبرى، التي جمعت شتات الفروع الفقهية المبنية على العرف.

_ أنّ العادات والأعراف لما كانت ذات صلة شديدة بنفوس البشر، فإنّ الشارع راعاها في الأحكام التي يترتب عليها رفع الحرج وتحقيق مصالح العباد.

_ أنّ الأعراف والعادات لما كانت عائدة إلى ما تستحسنه العقول لم يكن من الصواب القول بتحكيما فيما عدا ذلك مطلقا.

_ اختلاف الفقهاء في وجود الفرق من عدمه بين العرف والعادة، الذي نتج عنه اختلافهم في تقسيم العرف والعادة بين جامع لهما في تقسيم مشترك، وبين مفرق بينهم.

_ الفقهاء متفقون على اعتبار العرف حجة، فينبغي للمفتي والقاضي مراعاته عند إصدار الأحكام الشرعية.

_ أن للعرف سلطانا في بناء الأحكام الشرعية ولا يكون ذلك إلا إذا توفرت فيه الشروط التي وضعها الفقهاء له. لمنع أصحاب الهوى من العبث بالشرعية بحجة العادات والأعراف.

_ قاعدة العادة محكمة من القواعد الفقهية الكبرى، وبذلك تندرج تحتها قواعد فرعية كثيرة التي تضبط مسائل جزئية عديدة في شتى مجالات الفقه.

_ لقاعدة العادة محكمة تطبيقات عديدة تمس كل المجالات ولعل مجال الأحوال الشخصية، خاصة فيما يتعلق بمسائل الزواج، أكثر المجالات التي تبنى على العادات والأعراف .

_ سبب اختلاف الفقهاء في بناء الأحكام الشرعية لمسائل الزواج، راجع لاختلافهم في الأعراف والعادات، فلكل بيئة عاداتها الخاصة بها والمختلفة عن غيرها.

_ يظهر أثر قاعدة العادة محكمة في باب الخطبة في مسألة العدول وكيفية التصرف مع الهدايا إذ بناها الفقهاء على العرف.

_ تعتبر صيغة عقد النكاح ركنا من أركانه وإذا لم تكن صريحة فيرجع إلى العرف لتحديد المراد منها .

_ يعتبر باب الكفاءة من أكثر الأبواب إعمالا للعادات والأعراف إذ كلما تغير الزمن وتغيرت الأعراف كلما ازدادت معايير الكفاءة اتساعا .

_ تأثير العادات والأعراف في تقدير المهر وموعد تسليمه يظهر جليا إذ كل ذلك متروك لعرف كل بلد .

_ اوجب الشارع على الزوج أن ينفق على زوجته، غير أنه ترك أمر تقديرها وبيان ما تشتمله لأعراف الناس .

_ من واجب الزوج أن يؤمن مسكنا ملائما لزوجته، ومن واجب الزوجة أن تخدم زوجها وكل ذلك مبناه العرف السائد .

التوصيات:

_ ضرورة احترام الموروث الفقهي والوقوف منه موقف التقدير للجهود الهائلة التي بذلها العلماء السابقون _ رحمهم الله _ مع الإيمان ببذلهم كافة الوسع وإمكانية جريان الصواب والخطأ عليه.

_ نلتمس من الجهات الوصيّة بتحكيم القواعد الفقهية عند إصدار الأحكام في القضاء بين المتنازعين بدل القوانين الوضعية، لامتلاكها المميزات التي تسمح لها بالتشريع كالإيجاز والعموم، أو تقنين القواعد الفقهية بما يتناسب والصبغة التقنية حتى يسهل تطبيقها .

_ ضرورة التصدي للأعراف التي تخالف نصوص الشريعة والتي انتشرت بشكل ملفت وبيان فسادها، خاصة الأعراف المستوردة التي لا تتناسب ومجتمعنا المسلم.

_ على المفتي أن يراعي تغيير الأعراف والعادات، وعدم جموده على عرف سابق معين، وذلك لتغيير الأزمان وأحوال الناس .

الفهارس

فهرس سور وآيات القرآن الكريم

رقم الآية	رقم الصفحة	السورة والآية
سورة البقرة		
9	126	﴿وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَاهِيمُ الْقَوَاعِدَ مِنَ الْبَيْتِ وَإِسْمَاعِيلُ رَبَّنَا تَقَبَّلْ مِنَّا إِنَّكَ أَنْتَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ﴾
14	172	﴿إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالْدَّمَ وَلَحْمَ الْخِزْيِيرِ وَمَا أُهْلَ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ عَفُورٌ رَحِيمٌ﴾
65	231	﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾
النساء		
22	65	﴿فَلَا وَرِيكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا﴾
61	20	﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونََهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُّبِينًا﴾
72، 67	19	﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾
الأعراف		
32	199	﴿خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ﴾
التوبة		
123		﴿﴿ وَمَا كَانَ الْمُؤْمِنُونَ لِيَنْفِرُوا كَافَّةً فَلَوْلَا نَفَرَ مِنْ كُلِّ فِرْقَةٍ مِّنْهُمْ طَائِفَةٌ لِّيَتَفَقَّهُوا فِي الدِّينِ وَلِيُنذِرُوا قَوْمَهُمْ إِذَا رَجَعُوا إِلَيْهِمْ لَعَلَّهُمْ يَحْذَرُونَ﴾﴾
يوسف		
32	26	﴿قَالَ هِيَ رَأودَتِي عَن نَّفْسِي وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدَّ مِنْ قُبُلٍ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ الْكَاذِبِينَ﴾
32	27	﴿وَإِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدَّ مِنْ دُبُرٍ فَكَذَبَتْ وَهُوَ مِنَ الصَّادِقِينَ﴾
سورة النحل		
9	26	﴿قَدْ مَكَرَ الَّذِينَ مِنْ قَبْلِهِمْ فَأَتَى اللَّهَ بُدْيَانُهُمْ مِنَ الْقَوَاعِدِ فَخَرَّ عَلَيْهِمُ السَّقْفُ مِنْ فَوْقِهِمْ وَأَتَاهُمُ الْعَذَابُ مِنْ حَيْثُ لَا يَشْعُرُونَ﴾
سورة الاسراء		
64	100	﴿إِذَا لَأَمْسَكْتُمْ خَشْيَةَ الْإِنْفَاقِ﴾
سورة لقمان		
24	15	﴿وَصَاحِبُهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾
سورة الأحزاب		

55	37	﴿ فَلَمَّا قَضَى زَيْدٌ مِّنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَاكَهَا لِكَيْ لَا يَكُونَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ حَرَجٌ فِي أَزْوَاجِ أَدْعِيَائِهِمْ إِذَا قَضَوْا مِنْهُنَّ وَطَرًا ﴾
54	50	﴿ وَأَمْرًا مُّؤْمِنَةً إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا خَالِصَةً لَّكَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ ﴾
الجمعة		
13	09	﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَى ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ ذَلِكُمْ خَيْرٌ لَّكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ ﴿١﴾
13	10	﴿ فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانْتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ وَابْتَغُوا مِنْ فَضْلِ اللَّهِ وَاذْكُرُوا اللَّهَ كَثِيرًا لَّعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ ﴿١٢﴾
سورة الطلاق		
68-67	07	﴿ لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّنْ سَعَتِهِ ﴾
67	06	﴿ أَسْكُوهُمْ مِّنْ حَيْثُ سَكَنُوا مِنْ وَجْدِكُمْ ﴾
سورة المرسلات		
24	01	﴿ وَالْمُرْسَلَاتِ عُرْفًا ﴿١﴾ ﴾
سورة الإخلاص		
56	04	﴿ وَلَمْ يَكُنْ لَهُ كُفُوًا أَحَدٌ ﴿١﴾ ﴾

فهرس الأحاديث النبوية	
رقم الصفحة	الحديث
11	اللَّهُمَّ علمه الدين وفقهه في التأويل
14	إنَّما الأعمال بالنيات
65، 33	... خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف...
56	المسلمون تتكافأ دماؤهم
70	تزوجني الزبير وماله في الأرض من مال...
71	لَمَّا عرس أبواسيد الساعدي دعا النَّبِيَّ صلى الله عليه وسلم...

فهرس الموضوعات

.....	شكر وعرفان
.....	إهداء
أ	مقدمة:
<p>الفصل الأول ح</p> <p>بيان طبيعة قاعدة العادة المحكمة</p>	
9	المبحث الأول: مفهوم القاعدة الفقهيّة.
10	المطلب الأول: تعريف القاعدة الفقهيّة.
10	الفرع الأول: تعريف القاعدة:.
11	الفرع الثاني: تعريف الفقه.
12	الفرع الثالث - تعريف القاعدة الفقهيّة باعتبارها مركبا إضافيا (علما):
13	المطلب الثاني: الفرق بين القاعدة الفقهيّة والمصطلحات المشابهة.
13	الفرع الأول: الفرق بين القاعدة الفقهيّة والقاعدة الأصولية:
16	الفرع الثاني: الفرق بين القاعدة الفقهيّة والضابط الفقهي .
17	الفرع الثالث: الفرق بين القاعدة الفقهيّة والنظرية الفقهيّة.
19	المطلب الثالث: خصائص القاعدة الفقهيّة وأهميتها.
19	الفرع الأول: خصائص القاعدة الفقهيّة.
20	الفرع الثاني: أهمية القاعدة الفقهيّة ..
22	المبحث الثاني: مفهوم قاعدة العادة محكمة.
22	المطلب الأول: تعريف العادة محكمة.
22	الفرع الأول: تعريف العادة .
23	الفرع الثاني: تعريف "مُحكِّمة":.
24	الفرع الثالث: تعريف العادة المحكمة.
25	الفرع الرابع: الفرق بين العادة والعرف .
27	المطلب الثاني: أنواع العرف والعادة:.

27	الفرع الأول: أنواع العرف.
31	الفرع الثاني: أقسام العادة .
33	المطلب الثالث: حجية العرف
33	الفرع الأول: من الكتاب.
33	الفرع الثاني: من السنة.
34	الفرع الثالث: من المعقول.
35	المبحث الثالث: أهمية قاعدة العادة محكمة وشروط اعتبارها.
35	المطلب الأول: أهمية قاعدة العادة محكمة .
36	المطلب الثاني: شروط اعتبار قاعدة العادة محكمة .

الفصل الثاني:

تطبيقات قاعدة العادة محكمة في مجال الأحوال الشخصية

40	المبحث الأول: القواعد المندرجة تحت قاعدة العادة محكمة:
42	المطلب الأول: القواعد التي تعبر عن العرف القولي:
42	الفرع الأول: قاعدة الحقيقة تترك بدلالة العادة .
43	الفرع الثاني: قاعدة الكتاب كالخطاب.
44	الفرع الثالث: قاعدة الإشارة المعهودة للأخرس كالبيان باللسان.
45	المطلب الثاني: القواعد التي تعبر عن العرف العملي:
45	الفرع الأول: قاعدة المعروف عرفا كالمشروط شرطا:
46	الفرع الثاني: قاعدة التعيين بالعرف كالتعيين بالنص.
46	الفرع الثالث: قاعدة المعروف بين التجار كالمشروط بينهم .
47	المطلب الثالث: القواعد التي تعبر عن شروط اعتبار العرف
47	الفرع الأول: إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت .
48	الفرع الثاني: قاعدة العبرة للغالب الشائع لا للنادر.
49	الفرع الثالث: قاعدة العرف الذي تحمل عليه الألفاظ إنما هو المقارن السابق دون المتأخر اللاحق.
50	المطلب الرابع: قواعد أخرى مندرجة تحت قاعدة العادة محكمة.
50	الفرع الأول: قاعدة استعمال الناس حجة يجب العمل بها.

50	الفرع الثاني: قاعدة الممتنع عاده كالممتنع حقيقة.
51	الفرع الثالث: قاعدة لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان.
52	المبحث الثاني: تطبيقات قاعدة العادة محكمة في المسائل المتعلقة بانعقاد الزواج.
52	المطلب الأول: تطبيقات قاعدة العادة محكمة في الخطبة.
52	الفرع الأول: اقتران الخطبة بالفتحة.
53	الفرع الثاني: هدايا الخطبة ومصيرها عند العدول.
54	المطلب الثاني: تطبيقات قاعدة العادة محكمة في صيغة النكاح.
57	المطلب الثالث: تطبيقات قاعدة العادة محكمة في مسألة الكفاءة.
57	الفرع الأول: تعريف الكفاءة والصفات المعتبرة فيها.
60	الفرع الثاني: دور العادة والعرف في التوسيع من خصال الكفاءة.
61	المطلب الرابع: تطبيقات قاعدة العادة محكمة في مسائل المهر.
62	الفرع الأول: تحديد مقدار المهر.
63	الفرع الثاني: موعد سداد المهر.
64	المبحث الثالث: تطبيقات قاعدة العادة محكمة في المسائل المتعلقة بآثار عقد الزواج.
64	المطلب الأول: تطبيقات قاعدة العادة محكمة في تقدير النفقة ومشمولاتها.
64	الفرع الأول: أثر قاعدة العادة محكمة تقدير النفقة.
68	المطلب الثاني: تطبيق قاعدة العادة محكمة في مسألة مسكن الزوجية.
70	المطلب الثالث: تطبيقات قاعدة العادة محكمة في مسألة خدمة الزوجة لزوجها.
76	الخاتمة:
79	فهرس سور وآيات القرآن الكريم.
82	فهرس الأحاديث النبوية.
83	فهرس الموضوعات.
87	قائمة المصادر والمراجع:
	ملخص البحث:

قائمة

المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع:

1. الأشقر عمر سليمان ، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة ، دار النفائس، عمان، الأردن، ط 3، 1425هـ، 2004م .
2. الأنصاري: زكريا بن محمد بن أحمد،فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، دار الفكر، دمشق، ط 1، 1414هـ، 1994م .
3. أيمن حمزة إبراهيم، القواعد الاصولية وتطبيقاتها الفقهية عند شيخ الاسلام ابن تيمية، دار الكتب المصرية، القاهرة، ط 1، 1433هـ، 2012م
4. الباحثين يعقوب بن عبد الوهاب، قاعدة العادة محكمة دراسة نظرية تأصيلية تطبيقية، مكتبة الرشد، الرياض، ط 2، 1433هـ، 2012م .
5. الباحثين يعقوب بن عبد الوهاب، القواعد الفقهية ، مكتبة الرشد، الرياض، ط 1، 1418 هـ 1998 م .
6. البخاري محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، دار البشري، باكستان، د ط، 1434 هـ 2014 م .
7. ابن تيمية تقي الدين، الفتاوى الكبرى، دار الكتب العلمية، لبنان، ط 1، 1408 هـ، 1987 م .
8. ابن جزئ : محمد بن أحمد الغرناطي، التسهيل لعلوم التنزيل، تحقيق : عبد الله الخالدي، دار الأرقم، بيروت، ط 1، 1416 هـ .
9. الجرجاني عبد القاهر، معجم التعريفات، دار الفضيلة، مصر، د ط، د ت ن .
10. الجزيري عبد الرحمان، الفقه على المذاهب الأربعة، دار الكتب العلمية، بيروت ، ط 2، 1424 هـ، 2003 م .
11. ابن حزم الأندلسي: ابو محمد علي بن احمد بن سعيد، المحلى بالآثار، تحقيق : عبد الغفار سليمان البنداري،، دار الفكر، بيروت د ط، د ت ن .
12. الخن مصطفى، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، دار القلم ، لبنان، ط 3، 1413 هـ 1992 م .

13. الدردير أحمد، أقرب المسالك لمذهب الامام مالك، مكتبة أيوب، كانو، نيجيريا، د ط، 1421 هـ، 2000م .
14. رحمانى إبراهيم، القواعد الفقهية، مطبعة مزاور، الوادي، ط 1435، 1 هـ 2014 م .
15. ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار المعرفة، بيروت، ط 1982، 6م.
16. الزبيدي: محمد بن عبد الرزاق، تاج العروس من جواهر القاموس، تحقيق : عبد العليم الطحاوي، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، الكويت، ط 1421، هـ 2000 م .
17. الزحيلي وهبة بن مصطفى، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، ط 4، د ت ن .
18. الزحيلي محمد، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، دار الفكر ، دمشق ، ط 1، 1423 هـ، 2002 م .
19. الزحيلي محمد مصطفى، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي، دار الخير، دمشق، سوريا، ط 2، 1428 هـ 2006 م
20. الزرقا أحمد بن محمد، شرح القواعد الفقهية، دار القلم، دمشق، ط 2، 1409 هـ 1989 م .
21. الزرقا مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام ، دار القلم ، دمشق ، ط 2، 1425 هـ 2004 م .
22. الزركلي خير الدين، الأعلام قاموس التراجم، دار العلم للملايين، بيروت، ط 7، 1986 م .
23. أبو زهرة محمد، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، بيروت .
24. زيدان عبد الكريم، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 1، 1413 هـ، 1993 م .
25. زيدان عبد الكريم ، الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية ، مؤسسة الرسالة ، لبنان ، ط 1 1422 هـ 2001 م

26. السبكي تاج الدين، الإبهاج في شرح المنهاج، دار الكتب العلمية، لبنان، ط 1، 1404، هـ 1984 م .
27. السدلان صالح بن غانم، القواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها، دار بلنسية ، الرياض، ط 1، 1417، هـ .
28. أبو سنة أحمد فهمي، العرف والعادة في رأي الفقهاء، مطبعة الأزهر ، مصر، د ط، د ت ن .
29. الشاطبي : أبو إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد، الموافقات في أصول الشريعة، دار بن عفان، المملكة العربية السعودية، ط 1، 1417 هـ 1997 م .
30. الشربيني الخطيب : شمس الدين محمد بن محمد، مغني المحتاج الى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، تحقيق وتعليق : علي محمد معوض - عادل أحمد عبد الموجود ، دار الكتب العلمية، ط 1، 1415 هـ، 1994 م .
31. الشيرازي أبو اسحاق، المذهب، دار القلم، دمشق، ط 1، 1996 م .
32. العوض صالح، أثر العرف في التشريع الإسلامي، دار الكتاب الجامعي ،مصر، د ط، د ت ن .
33. الصابوني محمد علي، تفسير آيات الأحكام من القرآن، دار القرآن الكريم، بيروت، ط 1، 1420 هـ_1999 م،
34. الصاوي أحمد، بلغة السالك لأقرب المسالك، دار المعارف، لبنان، د ط ، د ت ن .
35. ابن عابدين محمد أمين، مجموعة رسائل ابن عابدين ، عالم الكتب، الرياض ،المملكة العربية السعودية، د ط، د ت ن .
36. أبو عجيبة مصطفى عبد الرحيم، العرف وأثره في التشريع الإسلامي ،المنشأ العامة، طرابلس، ط 2، 1395 هـ 1986 م .
37. ابن عرفة : محمد بن محمد، المختصر الفقهي، مؤسسة خلف أحمد الخبتور، الإمارات، ط 1، 1435 هـ 2014 م .
38. عزام عبد العزيز محمد، القواعد الفقهية، دار الحديث،مصر، د ط، 1426 هـ 2005 م .

39. العيني: بدر الدين محمود بن أحمد، البناية شرح الهداية، دار الكتب العلمية، لبنان، ط 1، 1420 هـ، 2000 م .
40. العيني: بدر الدين محمود بن أحمد، عمدة القارئ شرح صحيح البخاري، دار التراث إحياء العربي، بيروت، د ط، د ت ن .
41. ابن فارس، مقاييس اللغة، دار الفكر، دمشق، د ط، د ت ن .
42. الفيروزآبادي مجد الدين، القاموس المحيط، دار الحديث، القاهرة، د ط، 1429 هـ 2008 م .
43. الفيومي محمد بن علي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المكتبة العلمية، لبنان، د ط، د ت ن .
44. القاضي عبد الوهاب، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، دار ابن حزم، ط 1، د م ن، 1420 هـ 1999 م .
45. ابن قدامة : موفق الدين ابو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد، المغني، تحقيق : عبد الله بن عبد المحسن التركي واخرون، دار عالم الكتب، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط 3، 1417 هـ، 1997 م .
46. القرافي : شهاب الدين أحمد بن إدريس، الذخيرة ، دار الغرب الإسلامي ، لبنان، ط 1، 1994 م .
47. القرافي : شهاب الدين أبي العباس أحمد إدريس ، الفروق، مؤسسة الرسالة ، لبنان، ط 1، 1424 هـ، 2003 م .
48. الكاساني : أبو بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، ط 2، 1424 هـ 2003 م .
49. الكراني عبد الحميد بن صالح، خدمة المرأة لزوجها دراسة فقهية ووقفات تربوية، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، ط 1، 1435 هـ .
50. الكيلاني عبد الرحمان، قواعد المقاصد عند الإمام الشاطبي، المعهد العالمي للفكرة الإسلامي، عمان، الأردن، دار الفكر، دمشق، سوريا، ط 1، 1421 هـ 2000 م .

51. ابن ماجة أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجة، تحقيق فؤاد عبد الباقي، دار الكتب العربية، مصر، د ط، د ت ن .
52. ابن منظور أبو الفضل محمد بن مكرم، لسان العرب، دار المعارف، القاهرة، د ط، د ت ن.
53. مهاوات عبد القادر بن خليفة، القواعد الفقهية الخمس الكبرى، مطبعة الرمال، الوادي، ط 2، 2017 م .
54. ابن نجيم : زين الدين بن إبراهيم، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية ، د م ن، د ط، 1999 م .
55. ابن نجيم زين الدين بن إبراهيم، الأشباه والنظائر ، دار الفكر، دمشق، ط 1426، 4 هـ 2005 م .
56. ابن نجيم زين الدين بن إبراهيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1997 م .
57. الندوي علي أحمد، القواعد الفقهية ، دار القلم ، دمشق ، ط 1414، 3 هـ 1994 م .
58. النسفي: عبد الله بن أحمد، كنز الدقائق، دار السراج، مصر، 1432 هـ 2011 م
59. النووي : يحيى بن شرف، المجموع شرح المذهب، تحقيق: محمد نجيب المطيعي، مكتبة الإرشاد، د ط، د ت ن .
60. مالك بن أنس، المدونة الكبرى، دار الكتب العلمية، القاهرة، ط 1، 1415 هـ، 1994 م .
61. المقرئ أبو عبد الله، قواعد الفقه ، دار الأمان، الرباط، د ط، 2012 م .
62. محمد صدقي بن أحمد آل بورنو، موسوعة القواعد الفقهية ، دار بن حزم، الرياض ، د ط، د ت ن
63. محمد صدقي آل بورنو، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية ، الرسالة العالمية ، لبنان، ط 1413، 4 هـ 1992 م.

64. ابن الهمام: كمال الدين بن محمد بن عبد الواحد، فتح القدير، دار الفكر، لبنان، ط 1، 1389 هـ 1970 م .

البحوث الأكاديمية

1. أحمد راشد عبد الهادي أبو حسين، أثر العرف في الأحوال الشخصية، مذكرة ماجستير، القضاء الشرعي، كلية الدراسات العليا، جامعة الخليل، 1435 هـ، 2013 م .

2. إيمان يوسف أحمد المرزوق، أثر العرف والعادة في ولاية المرأة القضاء وإرثها في الفقه الإسلامي، باحث دراسات إسلامية بقسم الفقه وأصوله كلية الشريعة، جامعة الكويت .

3. رهيفة سليمان حمادة، العرف وأثره في حقوق الزوج في الفقه الإسلامي ، ماجستير قسم الفقه المقارن، الجامعة الإسلامية، غزة، كلية الشريعة والقانون، 1434 هـ، 2014 م .

4. عبد الله بن عبد الرحمان بن عبد الحمدان، أثر العرف في كتاب النكاح، مذكرة ماستر في الفقه المقارن، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، السعودية، 1425 هـ، 1426 هـ .

5. نواف عواد الشويعر، أثر العرف في مسائل الزواج في الفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير في الفقه وأصوله، تخصص القضاء الشرعي، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، بجامعة آل البيت، 2006 م .

المجلات العلمية :

1. إبراهيم عبد الرحمان إبراهيم، العرف ودوره في أحكام الزواج، كلية الشريعة والقانون، جامعة الزعيم الأزهرى .

2. بلحاج العربي، شرح قانون الأسرة الجزائري أحكام الزواج، ج 1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، العدد 06، 2010 .

3. جاسم الكردي جنابي، العادة محكمة وتطبيقاتها في فقه الزواج، مجلة ديالي، كلية التربية الأصمعي، العدد 44، 2010 .

4. جمال فخري، أحكام المهر في ضوء العرف، جرش للبحوث والدراسات ، الأردن ،المجلد 10، العدد 02، 15 / 08 / 2006 .
5. عبد المنعم نعيمي، توظيف العرف في تقدير النفقة الزوجية، في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة البحوث الأسرية ، جامعة الجزائر، العدد الأول، 2022م .
6. علي بن خذر محمد الغامدي، القواعد والضوابط الفقهية التعريف بهما، التفريق بينهما، أهميتهما، ونشأتهما ، مجلة الدراسات الإسلامية والبحوث الأكاديمية، مصر، العدد 80 .
7. محمد مستوري، الكفاءة في الزواج ودور العرف في التوسعة من مجالاتها، كلية الحقوق والعلوم السياسية، مجلة الحقوق والعلوم الانسانية، جامعة البليدة -2- الجزائر،المجلد 13 ،العدد 01، 2020 .

ملخص البحث:

إن للعرف مكانة عظيمة وأهمية بالغة في الشريعة الإسلامية؛ إذ اعتبرته مصدرا من مصادر التشريع، وقد بنى عليه الفقهاء الكثير من الأحكام الفقهية، لذلك جاءت هذه الدراسة لبيان أثر العادات والأعراف في بناء الأحكام الشرعية فيما تعلق بباب الأسرة

إذ حوت الدراسة فصلين فضلا عن مقدمة وخاتمة، تناولنا في الفصل الأول طبيعة قاعدة العادة محكمة من خلال تعريفها وبيان أهميتها وشروط اعتبارها، من أجل إعطاء تصور كامل عنها، أما الفصل الثاني فخصصناه لتطبيقات القاعدة في مجال الأحوال الشخصية، من خلال بيان أثر العرف والعادة في أحكام انعقاد الزواج وآثاره، إذ يعد هذا المجال موردا خصبا لإعمال العادات والأعراف، وقد أسفرت الدراسة على أن العرف في الشريعة معتبر ومعمول به ما لم يصادم نصا شرعيا .

الكلمات المفتاحية: العادة، العرف، محكمة، الأحوال الشخصية، الزواج .

Abstract:

Custom has a great place and importance in Islamic Law, so it is considered as a source of legislation. The jurists built a lot of jurisprudence rule on it. This study came to show the impact of habits and traditions in building legal rulings in relation to the family issues. The study contained two chapters as well as an introduction and a conclusion. In the first chapter, in order to give a complete perception, we dealt with the nature of the rule of custom, by explaining its definition, its importance, and the conditions for considering it. As for the second chapter, we devoted it to the applications of the rule in the field of personal status, by showing the impact of custom and habit in convening marriage and its effects, this field is a fertile resource for the implementation of customs and traditions. The study concluded that the custom is considered and applied in Islamic law, unless it contradicts a legal text.

Key Word: habit, custom, ruling, personal status, marriage.