جامعة محمد خيضر بسكرة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم العلوم السياسية

مذكرة ماستر

الميدان: الحقوق والعلوم السياسية

الفرع: حقوق

تخصص : قانون أسرة

رقم: .....

إعداد الطالبتين:

– بياضي سعاد – بن فرحات رانيا

يوم: ..../..../**2022**

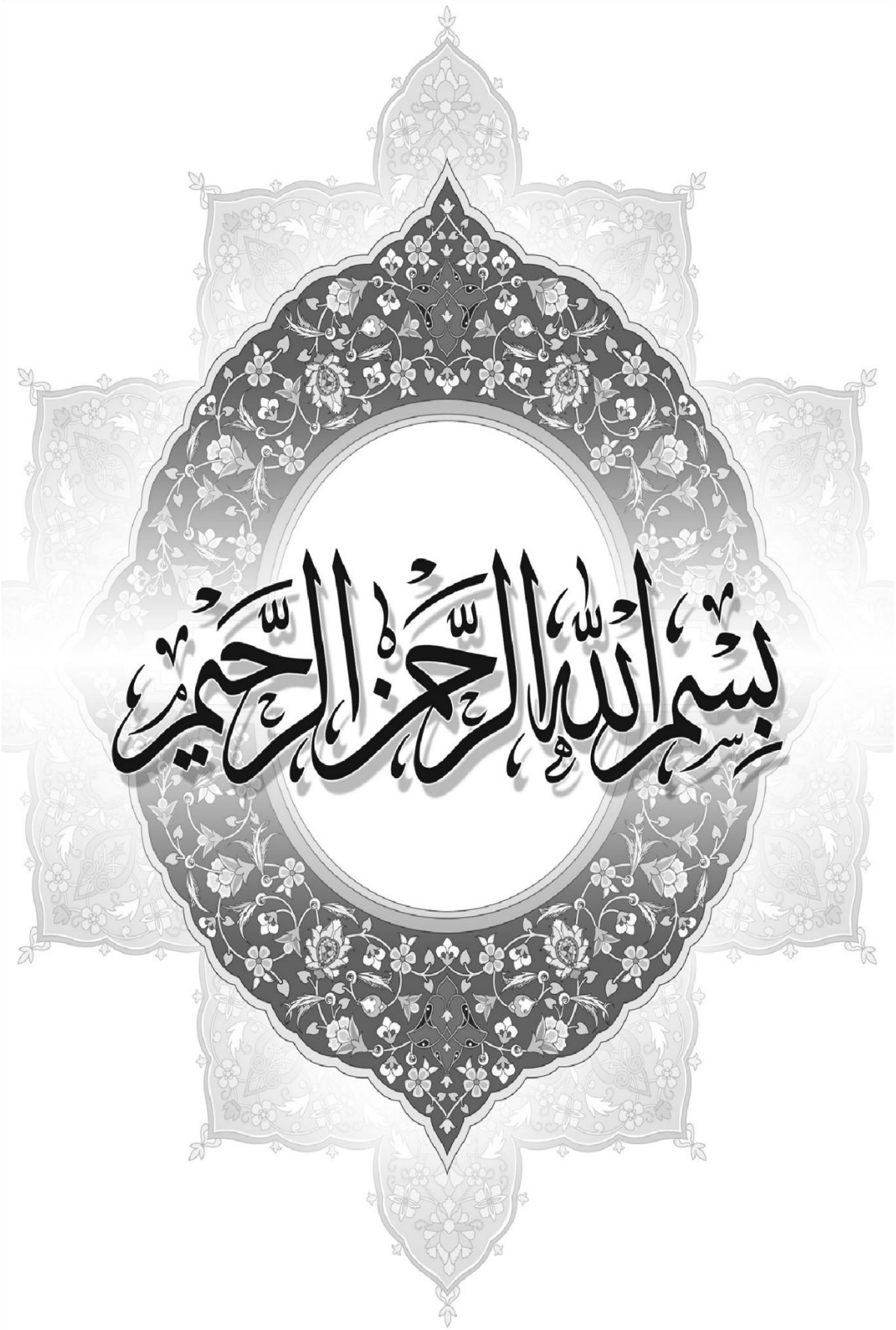
عنوان المذكرة

أحكام الأسرة في المصادر التبعية: العرف نموذجا

لجنة المناقشة:

العضو	الرتبة	الجامعة	الصفة
– مدور جميلة	أ. مح أ	جامعة بسكرة	رئيسا
– دغيش حملاوي	أ. مح أ	جامعة بسكرة	مشرفا ومقررا
– مستاوي حفيظة	أ. مح أ	جامعة بسكرة	ممتحنا

الموسم الجامعي: 2021 \ 2022


بسم الله الرحمن الرحيم

إلى الحب الأعظم في حياتي إلى قلبي وقدوتي "أبي"

إلى ملاكي وجبي الباقي، إلى من أفنت عمرها لآخر نفس

لتراني في أعلى المراتب أمي الغالية رحمة الله عليها، وأسكنها فسيح جنانه

إلى سندي وعزوتي أخي عبد الله وإلياس، إلى الصغيران هارون وزهرة

إلى من كانت تسهر معي لنجاحي جدتي رحمت الله عليها

إلى صغيري – محمد نزيم إلى كل من ساعدني ووقف إلى جانبي طيلة حياتي، ومنحني القوة ولو بكلمة طيبة.

إلى زملائي وزميلاتي تحية تقدير واحترام إلى زميلتي في هذا العمل التي حملت معي صعوباتي سعاد. إلى أساتذتي الكرام الذين أعطونا وجادوا علينا بعلمهم جزاهم الله عنا كل خير.

بن فرحات رانية

وصلت رحلتي الجامعية الى نهايتها بعد ان مرت بكثير من

العوائق ومع ذلك حاولت ان اتخطاها بثبات بفضل من الله و منه.

الى صاحب الوجه الطيب ووالافعال الحسنة، فلم يبخل علي طيلة حياته والدي العزيز

إلى من أفضلها على نفسي ولم لا فلقد ضحت من اجلي و لم تدخر جهدا في سبيل اسعادي على الدوام امي الحبيبة.

إلى اخوتي و اخواتي والى عمي مصطفى بياضي الذي وقف بجانبي وساعدني بكل ما يملك الى زملائي و زميلاتي خريجي قسم الحقوق دفعة 2022 اقدم لكم هذا البحث واتمنى ان يحوز رضاكم.

بياضي سعاد

شكر وعرفان

الحمد الله الذي بنعمته تتم الصالحات

نتقدم بشكرنا الى الاستاذ الفاضل: د غيش حملاوي الذي وافق بكل صدر رحب على الاشراف على المذكرة

كما نشكر أعضاء لجنة المناقشين الذين شرفونا بموافقتهم على مناقشة مذكرتنا و ايداء التوصيات والتوجيهات.

دون ان ننسى الاد كتور بشيري عبد الرحمان والطالب د يقش بلقاسم الذين لم يتأخروا بمدي بالمراجع والمصادر

مقدمة:

إن الشريعة الإسلامية قد قررت أن لتغير الأوضاع والأحوال الزمنية تأثيرا كبيرا في الأحكام الشرعية الاجتهادية، فهي تهدف إلى إقامة العدل، وجلب المصالح، ودرء المفاسد، واستناد التغيير للزمان وللمكان مجاز لأن الزمن لا يتغير، وإنما الناس هم الذين يطرأ عليهم التغيير في أفكارهم وصفاتهم وعاداتهم وسلوكهم، مما يؤدي إلى وجود عرف عام أو خاص، واستنادا لهذا فإن العلماء اعتبروا العرف أصلا من أصول الاستنباط لبني عليه الأحكام فيما لا إجماع ولا نسن فيه، ولقد توسع الفقهاء في الأخذ بالعرف، فقد كتب ابن عابدين رسالته الشهيرة: "نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف" ووضعوا العديد من القواعد المستنبطة من فروعهم، والدالة على اعتبار العرف في الأحكام، وبالتالي يبقى الفقه الإسلامي صالحا لكل مكان وزمان.

والعرف له أثره في جميع الاحكام المبثوثة في أبواب الفقه خاصة المعاملات والزواج، وهذا الاخير ذو مكانة جليلة يكتسي من الاهمية قدرا عظيما لأنه عقد يسمو على كل العقود حيث وصفه الله عز وجل بالميثاق الغليظ (الشديد)، قال تعالى: ﴿..**وَأَخَذْنَ مِنكُم مِّيثَاقًا غَلِيظًا**﴾[1]، ولأنه السبيل إلى كل ما تصبو إليه النفس البشرية من سكينة وأمن واطمئنان، قال تعالى: ﴿**وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً ۚ إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ**﴾[2] وسيقتصر بحثنا على أثر العرف في بعض أحكام الخطبة والزواج، لتناول قبل ذلك تعريف العرف في وحجيته في الفقه الإسلامي.

أهمية الموضوع :

تتجلى أهمية الموضوع من خلال هذا البحث في إبراز إعمال العرف في مسائل الخطبة والزواج وبيان اعتبار العرف فيها يتعلق بأحكام فقهية، وهذا لوجود دور بارز للعرف في تنظيم الكثير من هذه المسائل باعتبار الناس قد اعتادوا أحكاما استقر عليها تفكيرهم قبل صدور قانون الأسرة الجزائري والذي جاء مؤيدا لبعض هذه الأعراف أحيانا، كما أن تواتر الناس على

1- القرآن الكريم : سورة النساء، الآية 28.

2- القرآن الكريم : سورة الروم، الآية 21.

بعض السلوكات في مجال الخطبة والزواج يستدعي بيان أثرها ومدى صحتها وبالتالي ضرورة اعتبارها إذا كانت موافقة للشريعة الإسلامية أو إلغائها إذا كانت على خلاف ذلك، خاصة أن الأعراف تعكس نظرة المجتمع وتصوراته حول مسألة ما.

أسباب اختيار الموضوع :

الأسباب الموضوعية: ويتلخص جلها فيما يلي:

1- من الاسباب الرئيسية لاختيار هذا الموضوع اختلاف الأعراف وتوضيح السائد الصحيح منها في الفقه الإسلامي.
2- الدور الكبير للعرف في حياة الناس، بحيث لا تكاد تمر على موضوع من مواضيع حياتهم دون وجود أثر العرف فيه، بحيث تناول الكثير من شؤون حياتهم والكثير من الأمور الشرعية التي أحالها الشارع بحكمه إلى العرف والعادة، ليناسب حالهم وزمانهم.
3- توضيح مدى اعتبار الشريعة لأعراف الناس وعاداتهم لرفع الحرج عنهم، وأيضا تتماشى مع متطلباتهم عبر كل زمان ومكان.
4- الوصول إلى حقيقة العرف ومكانته كمصدر من مصادر الفقه الإسلامي ولمعرفة حدوده ومجال تطبيقه.

الأسباب الذاتية:

1- الرغبة الشخصية في معرفة أهمية العرف في أحكام الأحوال الشخصية الخاصة بالخطبة والزواج.
2- الميول الشخصية لدراسة مواضيع أصول الفقه.
3- الرغبة في دراسة العرف لأخذه حيزا واسعا في حياتنا.

إشكالية الموضوع:

- ما مدى حضور العرف في أحكام الأحوال الشخصية الخاصة بالخطبة والزواج ؟

أهداف البحث:

- التعرف على معنى العرف في اللغة والاصطلاح، والتفريق بين العرف والعادة والإجماع والعمل، وأقسام العرف وحجيته وشروط اعتباره وتعارض العرف مع الأدلة الشرعية.
- التعرف على أثر العرف في أحكام الأحوال الشخصية ونخص بذلك الزواج وما يسبقه من مرحلة الخطبة.
- بيان أثر العرف على أحكام الزواج (عقد النكاح) ونحو ذلك من وجهة نظر شرعية وتشريعية قانونية.
- إثراء دوائر البحث العلمي في بالمصادر الاجتهادية والاحتياطية حتى يتسنى للباحثين الرجوع إليها والاستفادة من نتائجها.

منهج البحث:

إن الاختيار السليم للمنهج المتبع يحقق النتيجة المرجوة من البحث، وقد اعتمدت في بحثي على المنهج التحليلي من خلال دراسة المتوافر من المادة العلمية سواء كانت آراء فقهاء أو مواد قانونية ومحاولة استقرائها ومن ثمة استخلاص النتائج النهائية، وكذلك اعتمدت المنهج المقارن من خلال بيان موقف الفقه من المسائل التي تعرضت لها ثم أثر العرف فيها

تقسيمات البحث:

تم تقسيم خطة البحث إلى فصلين أساسيين كالتالي:

- الفصل الأول بعنوان: "ماهية العرف" وقمنا بتقسيمه إلى مبحثين: المبحث الأول: مفهوم العرف والمبحث الثاني حجية العرف ودوره في الفقه الإسلامي.
- أما الفصل الثاني فكان بعنوان: "إعتبار العرف في الأحوال الشخصية" قمنا بتقسيمه هو الآخر إلى مبحثين: الأول بعنوان إعتبار العرف في الخطبة والثاني بعنوان: مكانة العرف في الزواج.

- أما الخاتمة فجاءت متضمنة خلاصة لأهم النتائج التي توصلت إليها من خلال البحث وكذا الاقتراحات.

الفصل الأول

ماهية العرف

تمهيد: يسير البشر وفق ضوابط تمليها عليهم معايير مجتمعاتهم وبها يقيسون العادي من الشاذ منها، يحتكمون إليها وتتعدد هذه الأعراف وفق خصوصيات كل مجتمع الدينية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية منها، وتأخذ هذه المعايير صفة الإلزام لكل الأفراد تحت هذا التنظيم الاجتماعي، ولها تأثير واضح على حياتهم، فقد لعبت دورا مهما في فهم وتطبيق الأحكام الشرعية والقوانين الوضعية، خاصة قوانين الأحوال الشخصية التي نجد أن الكثير من أحكامها مبنية على أعراف الناس، في هذا الفصل المعنون بـ"ماهية العرف" سنتطرق إلى مفهوم العرف وأقسامه وأنواعه وأركانه وشروطه، ثم حجيته في الفقه الإسلامي.

المبحث الأول: مفهوم العرف

في هذا المبحث سنحدد مفهوم العرف في كل من أصول الفقه الإسلامي بالإضافة إلى أركانه وشروطه.

المطلب الأول: تعريف العرف

الفرع الأول: العرف في اللغة:

1. العرف: كل ما تعرفه النفس من الخير وتطمئن إليه، وما تعارف عليه الناس في عاداتهم ومعاملاتهم، وهو ضد النكر، والعرف والمعروف: الجود، أو هو المعرفة والمعروف، والخير والرفق والإحسان، والمعروف ضد المنكر أيضًا،[1]
2. الصبر، قال أبو دهبل الجمحي: (قل لابن قيس أخي الرقيات ما أحسن العرف في المصيبات).[2]

وترجع هذه المعاني عند بن فارس في معجم مقاييس اللغة إلى أصلين، وإليك ذلك:

1- المصباح المنير: 1 ص 553، القاموس المحيط: 3 ص 173.

2- خير الدين بن محمود الدمشقي: الأعلام، دار العلم للملايين، الطبعة الخامسة عشر، 2002، ج8، ص125.

(عرف) العين والراء والفاء أصلان صحيحان، يدل أحدهما على تتابع الشيء متصلا بعضه ببعض، والآخر على السكون والطمأنينة.

فالأول العرف: عرف الفرس، وسمي بذلك لتتابع الشعر عليه. ويقال: جاءت القطا عرفاً عرفاً، أي بعضها خلف بعض. [1]

والأصل الآخر المعرفة والعرفان، تقول: عرف فلان فلاناً عرفاناً ومعرفة، وهذا أمر معروف، وهذا يدل على ما قلناه من سكونه إليه، لأن من أنكر شيئا توحش منه ونبا عنه[2].

الفرع الثاني : العرف في الاصطلاح

عند الوقوف على تعريفات الأصوليين للعرف، نجد أن أقدم تعريف له هو تعريف الشيخ حافظ الدين النسفي، فنجد أن الكثير من العلماء والباحثين اعتمدوا هذا التعريف، حيث عرف الإمام النسفي العرف بأنه "ما استقر في النفوس من جهة العقول، وتلقته الطباع السليمة بالقبول".[3]

كما عرف الشيخ أبو سنة العرف بقوله: "الأمر الذي اطمأنت إليه النفوس وعرفته وتحقق في قرارتها وألفته مستندة في ذلك إلى استحسان العقل، ولم ينكره أصحاب الذوق السليم في الجماعة، وإنما يحصل استقرار الشيء في النفوس وقبول الطباع له بالاستعمال الشائع المتكرر والصادر عن الميل والرغبة".[4]

1- محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري، لسان العرب، ، الطبعة الأولى، (دار صادر، بيروت)، ج9، ص236.

2- معجم مقاييس اللغة، أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، ج4، ص281، دار الفكر، 1399هـ - 1979م، المحقق: عبد السلام محمد هارون.

3- مصطفى ودندا. حجية العرف عند الأصوليين: دراسة أصولية، بحث تكميلي مقدم لنيل درجة ماجستير الآداب في الدراسات الإسلامية تخصص أصول الفقه، جامعة الأزهر، القاهرة مصر، 2017، ص20.

4- أحمد فهمي أبو سنة. العرف والعادة في رأي الفقهاء عرض نظرية في التشريع الإسلامي، رسالة لنيل شهادة العالمية جامعة الأزهر، مصر، 1947، ص8.

بينما عرفه الدكتور صالح عوض: "العرف ما استقر في النفوس واستحسنته العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول واستمر الناس عليه بما لا ترده الشريعة وأقرتهم عليه".[1]

نصت المادة (01) من التقنين المدني الجزائري على ما يلي "يسري القانون على جميع المسائل التي تناولها نصوصه في لفضها أو فحواها وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية فإذا لم يوجد بمقتضى العرف ...".[2]

ويتضح من هذا النص أن العرف هو المصدر الاحتياطي الثالث بعد مبادئ الشريعة الإسلامية، طالما أن القاضي لا يرجع إليه إلا إذا لم يجد نصا تشريعيا، ولا بد من مبادئ الشريعة.

"اعتياد الناس على متابعة سلوك معين واستقراء الاعتياد في نفوسهم بأن هذا السلوك قد صار ملزما لهم في معاملاتهم"[3] أو هو " اعتياد الناس على سلوك معين في مسألة من المسائل مع اعتقادهم بلزوم هذا السلوك وبأن مخالفته تتبع توقيع الجزاء المادي".[4]

فالعرف إذا هو قانون غير مكتوب نشأ تلقائيا من ضمير الجماعة داخل المجتمع دون تدخل أي سلطة خارجية من العادات، مثلا: الطريقة التي يرحب بها الناس بعضهم البعض، كالمصافحة بالأيدي وقد تتحول أنواع معينة من القواعد أو العادات إلى قانون وربما يتم إدخال تشريع تنظيمي لصياغة أو إنقاذ العرف، مثلا: القوانين التي تحدد جانب الطريق الذي ينبغي أن تسير فيه المركبات، وهو أيضا من أول الصور التي ظهر بها القانون الوضعي للوجود كما يعرفه حسن كيره "مصدر فطري"[5] أي ارتباط المجتمعات التقليدية بالعادات والتقاليد.

1- صالح عوض. أثر العرف في التشريع الإسلامي، دار الكتاب الجامعي، دون طبعة، ص1965
نسخة رقمية: تم الإطلاع يوم 2022\04\29 https://archive.org/details/a1138n/mode/2up?view=theater
2- المادة الأولى من القانون المدني الجزائري الصادر بأمر رقم 75-58 لسنة 1975.
3- عباس صراف، المدخل إلى علم القانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط1: 2008، ص47.
4- محمد حسين قاسم، مبادئ القانون، الدار الجامعية، (د، ب)، 1998، ص202.
5- حسن كير، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط6: 1993، ص272.

المطلب الثاني: تمييز العرف عن بعض المصطلحات

إن تمييز العرف عن باقي المصطلحات تطلب الإطلاع على أكثر المفاهيم التي يتداخل معها وهي العادة والإجماع والعمل، وهذا ما تم تقسيمه من خلال ثلاث فروع كالآتي:

الفرع الأول: الفرق بين العرف والعادة

1- تعريف العادة: لغة تطلق على تكرار الشيء مرة بعد مرة،[1] ويقول في تأكيد هذا المعنى الفيروز آبادي صاحب القاموس المحيط:

- العادة: هي الديدن، والمعاودة والمواظبة والبطل، وأعاده إلى مكانه رجعه، والكلام كرره.[2]
- قال صاحب كتاب تسيير التحرير بأنها: "الأمر المتكرر ولو من غير علاقة عقلية".[3]

اصطلاحا تعرف العادة بعدة تعريفات المختار منها هو تعريف الأصوليين: الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية، وقد رجع هذا التعريف بعض العلماء والباحثين حيث لم يخص العادة بكونها موافقة للعقل أو الشرع فهي عادة وإن خالفت ذلك.

2- الفرق بين العرف والعادة:

أ- **عند علماء الشريعة:** العلماء فرقوا بين العرف والعادة وبيان النسبة بينهما إلى 03 اتجاهات، هل يشمل التعبير بالعرف والعادة، أم هي تشمله، أم هما مترادفان؟

***الاتجاه الأول:**

1- عمرو سهام، عطوي جميلة. العرف دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، مذكرة تخرج ماستر علوم إسلامية، جامعة المسيلة -الجزائر، 2018\2019، ص12: نقلا عن ابن منظور، لسان العرب، دار الفكر، لبنان (د.ت)، (م3158/9).

2- ابن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط2: 1408هـ، ص330.

3- محمد أمين الشهير بأمير بادشاه، تسيير التحرير، (د.ت)، (م20/2).

– إن العرف والعادة لفظان مترادفان معناهما واحد واختياره جملة من أهل العلم، قال الأستاذ عبد الوهاب خلاف (رحمه الله تعالى) معبرا عن هذا الاتجاه: "العرف والعادة في لسان شرعيين لفضا مترادفان معناهما واحد"،[1] والشاطبي عبر في كتابه الموافقات على أن العوائد والعادات عما يسمى في الاصطلاح بالعرف مما يدل على أن العرف والعادة بمعنى واحد.[2]

*** الاتجاه الثاني:**

– إن العرف مخصوص بالقول والعادة مخصوصة بالفعل أي العرف عملي.

– وقد نقد أبو سنة هذا الاتجاه بقولين "وهذا القصد لا معنى له، لأن الفقهاء من السلف والخلف أجروا العادة في الأقوال والأفعال معا".[3]

– وعلى هذا الرأي المنتقد تكون النسبة بين العادة والعرف العموم والخصوص والعرف أعم.

***الاتجاه الثالث:**

– إن العادة أعمر من العرف لأن العادة تشمل: العادة الناشئة عن عامل طبيعي والعادة الفردية وعادة الجمهور التي هي العرف.

وعليه: تكون النسبة بين العادة والعرف العموم والخصوص المطلق، لأن العادة أعم مطلقا وأبدا والعرف أخص إذ هو عادة مقيدة فكل عرف هو عادة، ولا تعد كل عادة عرف لأن العادة قد تكون فردية أو مشتركة.[4]

ب– عند رجال القانون:

– أما رجال القانون فإنهم يعتبرون العادة أخص ويفرقون بين العرف والعادة بالفروق الآتية:

1– إن أحكام العرف تلزم الطرفين ولو كانا يجهلانه، اما العادة فلا تلزمها إلا إذا قصد الإحالة عليها صراحة او دلالة.

1– عبد الوهاب خالف، علم أصول الفقه، مكتبة الدعوى الإسلامية، القاهرة، ص502.

2– فاديغا موسى، أصول فقه الإمام مالك وأدلته العقلية، دار التدمرية، الرياض، 2007م، ص490.

3– أحمد فهمي أبو سنة، العرف والعادة في رأي الفقهاء، مطبعة الأزهر، القاهرة، 1947م، ص11.

4– أحمد فهمي مصطفى الزرقا، المدخل الفهمي العام، مطابع الألف باء الأديب، دمشق، 1968م، ص7.

2- على من يريد التمسك بالعادة أن يثبتها، بخلاف العرف فلا محل لإثباته إذ أن معرفته كمعرفة القانون المفروض من مهمة القاضي.

3- يجب على القاضي أن يراعي العرف حتما وإلا تعرض حكمه لرقابة سلطة أعلى منه بخلاف العادة التي لا تخرج على أن تكون واقعة يكيف القاضي الحكم معها ولا تثير لديه أكبر اهتمام.

4- للحاكم أن يطبق العرف من تلقاء نفسه، أما العادة يجب على صاحب القضية التمسك بها.

5- العرف التجاري قد يلغي القانون ولو كان متعلقا بأمر لا يتصل بإحدى مصالح الدولة الأساسية ولا يمكن أن يكون للعادات مثل الأثر إذ أن مهمتها قاصرة على تفسير وتكميل نية المتعاقدين غير الظاهرة.

- وبناءً على ما سبق يمكن القول: أن رجال القانون ينظرون إلى العرف من منظور آخر حيث أنهم يشترطون أن يتوافر في العرف ركنان: المادي المعنوي بينما علماء الأصول يشترطون فيها الركن المعنوي، وهو استقرار النفوس بقبوله أما الركن الإلزامي فلم يتطرقوا إليه ولذا يقول الفاسي:" ويطلق العرف في العصر الحديث على مجموعة من القواعد التي تنشأ عن مضي الناس عليها يتوارثوها خلفا عن سلف بشرط أن يكون لها جزاء قانوني كالتشريع سواء بسواء".[1]

وفرّق العلماء بين العرف والعادة وبيان النسبة والعلاقة بينهما ثلاث اتجاهات:

الاتجاه الأول: يرى أصحابه أن العرف والعادة بمعنى واحد، فهما لفظان مترادفان، وبالتالي تكون النسبة بين العرف والعادة هي التساوي ويكون عطف أحدهما على الآخر من باب الترادف، ومن أصحاب هذا الاتجاه النسفي، والجرجاني،[2] كما مر سابقا، وهو اختيار الدكتور حسنين حسنين[3] في بحثه (مفهوم العرف في الشريعة الإسلامية).

1- علال الفاسي، مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط1: 1991م، ص156. ذكره عمرو سهام، عطوي جميلة، مرجع سابق.

2- الجرجاني، التعريفات، ص193.

3- حسنين محمود حسنين، العرف والعادة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، وغيرها. موقع افتاء

الاتجاه الثاني: يرى أصحابه أن العرف أعم من العادة، فالعرف ما استقر في النفوس، وتلقته الطباع قولاً كان أو فعلاً، بينما تختص العادة بالعرف العملي فقط، فبينهما العموم والخصوص المطلق، ومن أصحاب هذا الاتجاه الكمال بن الهمام[1] في التحرير.[2]

الاتجاه الثالث: يرى أصحابه أن العادة أعم من العرف، وهذا هو الراجح، لأن العادة تشمل: العادة الناشئة عن عامل طبيعي، والعادة الفردية، وعادة الجمهور التي هي العرف. وبالتالي تكون النسبة بين العرف والعادة هي العموم والخصوص المطلق، ومن أصحاب هذا الاتجاه الأستاذ الزرقا، والأستاذ أبو سنة.

الفرع الثاني: التمييز بين العرف والإجماع

1- تعريف الإجماع :

أ) **لغة:** يطلق الإجماع في اللغة على العزم والتصميم أو الالتفاف على الأم أو الاتفاق عليه.[3]

ب) اصطلاحا: هو اتفاق المجتهدين من أمة محمد صلى الله عليه وسلم بعد وفاته في عصر من العصور على حكم شرعي،[4] وعرفه أيضا:

- اتفاق علماء العصر من أمة محمد صلى الله عليه وسلم بعد وفاته على أمر من أمور الدين.[5]
- والمراد باتفاقهم: اتحاد اعتقادهم.

.http://islam.gov.kw/eftaa/Fatwa/CurrentFatwa/Pages/CurrentFatwa11.aspx

1- عبد الحي بن أحمد بن محمد العكري الحنبلي، ج7، ص298، دار بن كثير، 1406هـ، دمشق، تحقيق: عبد القادر الأرنؤوط، ومحمود الأرناؤوط. الأعلام، الزركلي، ج6، ص255.

2- محمد بن محمد بن أمير الحاج، التقرير والتحبير علي تحرير الكمال بن الهمام ط-أخرى، بيروت، 1996، ص11.

3- القيومي، المصباح المنير، المكتبة العلمية، لبنان، (د ت)، ص109. ذكره عمرو سهام، عطوي جميلة، مرجع سابق.

4- وهبة الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه، دار الفكر للنشر، دمشق، 1986م، ج1، ص46.

5- محمد الأمين الشنقيطي، مذكرة في أصول الفقه، دار الإنقاذ، الإسكندرية، القاهرة، (د ت)، ص169.

يرى بعضهم أن العرف والإجماع بمعنى واحد، نقل ذلك عبد العزيز الخياطة، ولم يعزه لأحد بعينه، ولعله تخريج على القول بأن قول أكثر العلماء إجماع، وحجتهم في ذلك: أن العرف اتفاق طائفة من الأمة أو جميعها على أمر فيكون إجماعاً.

ويمكن أن يناقش: بأن اشتراكهما في كون كل منهما فيه نوع اتفاق، لا يسيغ تفسير أحدهما بالآخر، لاختلاف حقيقة الاتفاق في كل منهما، أما الإجماع فمبناه على اتفاق جميع المجتهدين ومخالفة واحد أو أكثر تمنع انعقاده، بخلاف العرف فإن مبناه على سلوك الأكثرية، سواء أكانوا مجتهدين أم لا، ولا يلزم فيه الاتفاق التام، فافترقا لهذا المعنى.[1]

جدول (01): الفرق بين العرف والإجماع

وجه المقارنة	العرف	الإجماع
الانعقاد	ينعقد باتفاق غالب الأمة على أمر من الأمور سواء كان فيهم مجتهدون أم لا.	لا ينعقد إلا باتفاق جميع مجتهدي الأمة دون غيرهم.
المخالفة	لا يؤثر فيه شذوذ طائفة عن العمل به.	لا ينعقد عند مخالفة أحد المجتهدين
التحقق	لا يتحقق إلا بعد استمرار والدوام عليه، حتى يقع التواطؤ عليه والعمل به	يتحقق بمجرد اتفاق المجتهدين على أمر دون حاجة لتكريره.

1- أحمد رشاد عبد الهادي أبو حسن. أثر العرف في الأحوال الشخصية -دراسة فقهية قانونية، قدمت هذه الرسالة استكمالا لمتطلبات الماجستير في القضاء الشرعي، جامعة الخليل -فلسطين، 1435\2013، ص11.

الفساد	من الجائر أن يكون فاسدا بأن يتعارف الناس على ما هو مخالف لنصوص الشرع أو مقاصده: كالتبرج والنذور وتعاطي الربا	لا يكون فاسدا أو باطلا متى تحقق لأنه مبني أساسا على دليل شرعي.
الإلزام	لا إلزام فيه ما لم يكن مستندا إلى دليل شرعي معتد به من نص أو إجماع	متى ما تحقق فهو ملزم وحجة قطعية على حكم ما أجمع عليه.
المستند	محله وسنده والباعث عليه حوائج الناس+ وتحقيق مصالحهم والرفع الحرج عنهم	لابد أن يكون له مستند في الأدلة الشرعية
الحكم	يتغير بتغير العرف ولا يكون ملزما إلا من تعارفوا عليه	لا مجال لتغيير أو تبديله حجة على من بعد عصر المجتمعين.

المصدر: أحمد رشاد عبد الهادي أبو حسن. مرجع سابق، ص11.

الفرع الثالث: التمييز بين العمل والعرف

1-تعريف العمل : يتكرر مصطلح "العمل" في كالم أهل الفقه الإسلامي، كقولهم: "هذا عليه العمل" أو: "جرى به العمل"، إن مفهوم العمل قريب جدا إلى مفهوم العرف الخاص، حيث أنه عند المالكية خاص، فيكون مفهوم العمل عند الإمام مالك:" وهذا الأمر هو الذي أدركت عليه الناس وأهل العلم ببلدنا، وعرفه بعض المعاصرين بقوله" ما اتفق عليه العلماء والفضلاء بالمدنية كلهم أو أكثرهم في زمن مخصوص، سواء أكان سنده نقلا أو اجتهادا".[1]

1- مشعل بن حمود بن نافع النفيعي، المسائل الفقهية المبينة على العرف عند شيخ الإسلام بن تيمية (دراسة تأملية تطبيقية موازية)، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الفقه، المملكة العربية السعودية، 1436هـ، ص79.

فالعمل إذا ما يشاع بين الناس وما كان ملزما لكل فرد بعينه دون تفضيل ضوابط لا يجب الخروج عنها، وللإمام الشاطبي في هذا المجال نظرية رائعة تستوجب التقدير والإكبار فقد فصل هذا الموضوع وبينه أحسن بيان فقال : إن على الأمة الإسلامية ممثلة في ولي الأمر أن تقوم بكل المصالح العامة الحرف والصناعات والولايات والوظائف كولاية القضاء والحسبة والمظالم ووظيفة الفتوى والتعليم، والصنائع والتجارات والزراعة والأمة الإسلامية ممثلة في ولي الأمر مطالبة بأن تعد لهذه المصالح من يصلح لتوليها ويحسن القيام بها ويؤديها على الوجه الأكمل، فعليها أن تعد القضاة والمدرسين والأطباء، والمهندسين، والزراع والتجاريين، والجنود والمحاربين والقادة والعسكريين والكتاب وسعاة البريد والسائقين، وكل من تحتاج إليهم الأمة في مهنة أو حرفة أو صناعة أو ولاية.

2- الفرق بين العمل والعرف : ومما تقدم تبين أن الفرق بين العرف والعمل في أمرين :

1- أن العمل خاص بالعلماء وبخلاف العرف فإنه يشمل عامة الناس العلماء وغيرهم.

2- إن العمل خاص بالترجيح في المسائل المختلفة فيها بخلاف العرف فهو أعّم وأشمل من ذلك بمقتضى اختلاف وتنوع حوائج الناس.

ويظهر أيضا أن العرف والعمل قد يتداخلان بأن يكون باعث العمل الفتوى أو الحكم بها عرف جار به أو إطراء إلتزام العمل وشيوع العمول به حتى يصير عرفا،[1] وعليه نستخلص مما سبق بأن العرف كتصرف أو سلوك جماعي متفق عليه يختلف عن مضمون العمل فهذا الأخير لا يكون إلزاما ومحددا إلا على فئة مخصصة متخصصة تسير وفق ضوابط وتشريعات وقوانين تؤطرهم فيما بينهم داخل نشاطهم الموحد أو المتكامل، فيما يتميز العرف بشموليته واستحضاره أكثر في أذهان أفراد المجتمع الواحد باختلاف فئاتهم وأعمالهم ويمكن الاستدلال على ذلك من خلال قراراتهم واستجاباتهم إزاء المواقف العامة أو المواضيع والإشكالات المشتركة.

1- عادل بن عبد القادر محمد علي قوته، العرف وحجته في فقه المعاملات المالية عند الحنابلة، السعودية، ط1: 1997م، ج1، ص121.

المطلب الثالث: أنواع العرف في الفقه الإسلامي

إن العرف كما يتضح من تعريفه قد يكون قولياً أو عملياً، خاصّاً أو عاماً، صحيحاً أو فاسداً.

الفرع الأول: أقسامه من حيث القول

وينقسم بهذا الاعتبار إلى قسمين، عرف قولي وعرف عملي، وفيما يأتي بيان وتوضيح القسمان:

1. العرف القولي: وهو ما تعارف عليه الناس في بعض ألفاظهم، بأن يريدوا بها معنى معيناً غير الموضوع لها. والمثال عليه: إطلاق الولد على الذكر وليس الأنثى وإطلاق اسم اللحم على غير السمك.[1]

2. العرف العملي: وهو ما اعتاده الناس من فعل وجرى عليه عملهم. والمثال عليه: اعتياد الناس اليوم البيع والشراء بالمعاطاة، وتقسيمِ المهر إلى معجل ومؤجل.[2]

الفرع الثاني : أقسامه من حيث من يصدر عنه العرف

وينقسم بهذا الاعتبار إلى قسمين عرف عام، وعرفٍ خاص، وفيما يلي توضيح هذين القسمين:

1. العُرف العام: وهو ما انتشر دون نكير، سواء كان قولياً أم فعلياً أو حديثاً أو قديماً. ومثاله: التوسع في النفقة في الأعياد والأعراس، وكتعاملِ الناس بالاستصناع.

2. العُرف الخاص: هو ما انتشر في بلدٍ أو قبيلةٍ أو طائفة من الناس دون غيرهم. ومثاله: عرف التجار فيما بينهم في العيوب التي تنقص الثمن في البضاعة المبيعة.[3]

1- شادي سالم الكفارنه. دية النفس في الشرع الإسلامي والعرف القبلي، قدمت هذه الرسالة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الفقه المقارن من كلية التربية بجامعة الأزهر غزة فلسطين، 2013، 117.

2- محمد حجي: الذخيرة (للقرافي) ، دار الغرب الإسلامي- بيروت الطبعة: الأولى، 1994، ص246.

3- شادي سالم الكفارنه. مرجع سابق، ص117.

الفرع الثالث : أقسام العرف من حيث الاعتبار في الشرع

وينقسم هذا الاعتبار إلى قسمين: العُرف الصحيح والعُرف الفاسد، وفيما يلي بيان هذين القسمين:[1]

1. العُرف الصحيح: وهو ما تعارفهُ أكثرية الناس من قول أو فعل، شهد له دليل الشرع بالاعتبار. والمثال على هذا الأمر: وجوب النفقة والكسوة بالمعروف، كما في قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾[2]

2. العُرف الفاسدُ: ما يتعارف الناس عليه بما يُخالف الشرع، أو ما يجلب الضر أو يُفوت النفع. ومثاله: القروض الربوية.

الفرع الرابع: أقسام العُرف من حيث الثبوت والاستقرار وعدمه

وينقسم بهذا الاعتبار إلى قسمين: العُرف الثابت، العُرف المتبدل، وفيما يلي بيان هذين القسمين:

1. **العُرف الثابت:** وهو الذي لا يختلف باختلاف الأزمان والأماكن والأشخاص والأحوال، لأنه يعود إلى طبيعة الإنسان وفطرته، ومثاله: هي شهوة الطعام والشراب والحزن والفرح.
2. **العرف المتبدل:** وهو الذي يختلف باختلاف الأزمان والبيئات والأحوال، ومثاله: كان كشف الرأس للرجال في البلاد الشرقية قبيح، وغير قبيح في البلاد الغربية.[3]

المطلب الرابع: أركان وشروط العرف في الفقه الإسلامي

1- مصطفى أبو بكر مصطفى. العرف الإسلامي ونموذجه عند الشعب الكانوري دراسة في ضوء أصول الفقه الإسلامي، كلية الشريعة، جامعة ولاية يوبي -نيجيريا، 2013 ص4

2- القرآن الكريم: سورة البقرة، الأية 233.

3- مصطفى أبو بكر مصطفى. نفس المرجع، ص5.

الركن هو ما لابد منه لتصور العرف ووجوده، سواء أكان جزءًا منه أم متعلقًا به،[1] أو هو: ما يقوم به ذلك الشيء، من التقويم إذ قوام الشيء بركنه، لا من القيام، فما جعله الشارع ركناً لشيء يكون جزءًا من ذلك الشيء، وينعدم وجوده شرعًا إذا انعدم الركن فلا تحقق له من دونه، كالإيجاب والقبول فهما ركنان في عقد الزواج، وجزء من حقيقته شرعًا، ينعدم العقد بانعدام أحدهما، ولا وجود له من دونهما.[2]

الفرع الأول: أركان العرف

لم يتطرق الفقهاء إلى ذكر أركان العرف، وإنما ذكروا طائفة من شروط العمل بها، لكن بعض العلماء المعاصرين مثل الدكتور يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين، تكلموا عن ذلك، وجعلوا تعريف العرف أساسًا لبيان ركنه، وقد رتبوا على تعريفه أن للعرف ركنين، وهما:

1. الاستعمال المتكرر، تضاف إليه المعقولية، وفق وجهة من أدخل ذلك في معنى العرف أو العادة.
2. رضا وقبول أصحاب الطباع السليمة في المجتمع.[3]

الفرع الثاني: شروط العرف

الشرط هو ما يلزم من عدمه عدم المشروط، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته،[4] فهو ما يتوقف وجود الحكم على وجوده وجودا شرعيا، ويكون خارجا عن حقيقته، ويلزم من عدمه عدم الحكم.[1]

1- الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، دار الفكر العربي، بيروت، دون سنة، 89/1.

2- أبو العينين بدران. أصول الفقه الإسلامي، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية -مصر، 1405 \ 1984، ص290.

3- يعقوب عبد الوهاب الباحسين. قاعدة العادة محكمة دراسة نظرية تأصيلية تطبيقية، مكتبة الرشد، ط2، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2012، ص 57-58.

4- ناجي شفيق عجم. الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، مطبعة دار الكتب العربية، دون سنة، جامعة الملك عبد العزيز جدة، السعودية، 12 / ص585.

فالشرط وصف يتوقف عليه وجود الحكم، ولا يتحقق الحكم الشرعي إلا بوجود الشرط، فحصول الخلل في الشرط يترتب عليه خلل في وصف العقد أو التصرف؛ لأنه أمر خارج عن حقيقته، وحقيقته أن عدمه يستلزم عدم الحكم، كحضور الشاهدين شرط في صحة عقد الزواج، يلزم من عدم وجود الشاهدين عدم صحة عقد الزواج، ولا يلزم من وجود الشاهدين وجود عقد الزواج، والزوجية من شروط إيقاع الطلاق، فإن لم تتحقق لا يوجد الطلاق، ولا يلزم من وجود الزوجية وجود الطلاق.

والعرف الذي لا يعد مخالفاً لأدلة الشرع له حالتان:

الأولى: أن يكون مما لا يعارض الشرع أصلاً، كتعارف الناس كثيراً من العوائد التجارية، والخطط السياسية، والإجراءات القضائية، والأنظمة الاجتماعية، مما هو ملائم لطبيعة الشرع، وتقتضيه حوائج الناس، وتدفع إليه ضرورة التدبير والاستصلاح.

الثانية: أن يكون بين العرف وأدلة الشرع كعارض ظاهر، يمكن معه التوفيق بينهما بوجه من أوجه التوفيق المعتبرة عند أهل العلم، أو يمكن تنزيل النص الشرعي على العرف، بأن كان النص نفسه معللاً بالعرف فللعرف حينئذ محال لتأمله، والبحث في اعتباره والاعتداد به.[2]

يقول أبو سنة: "أما إن كانت بينهما معارضة فلا يعتبر العرف إلا إذا توفر فيه أمران: أن يكون عاماً، أو خاصاً قد قررته السنة، فلا عبرة بالخاص الذي لم تقرره إلا على قول البلخيين ومن وافقهم، وأن يمكن رده إلى دليل من الأدلة.[3]

وقد اشترط الفقهاء عدة شروط للعمل بالعرف، لا يصح العرف إلا بهذه الشروط، وهي:

الشرط الأول- أن يكون العرف مطردًا أو غالبًا

1- سيد الجميلي: الإحكام في أصول الأحكام (بن محمد الآمدي)، دار الكتاب العربي، بيروت، 1419هـ\1984، ص125.
2- سعود بن عبد الله الورقي. العرف وتطبيقاته المعاصرة، المكتبة الشاملة الذهبية، المملكة العربية السعودية، 2019، ص21
3- أحمد فهمي أبو سنة، مرجع سابق، ص71.

وذلك بأن يستمر العمل به في جميع الحوادث، أو أغلبها بين الذين تعارفوه دون تخلف، ويكون هذا العرف شائعًا ومشتهرًا بين أهله، حتى إذا أطلق التصرف ذهبت أذهانهم إلى المعنى العرفي، وأن يكون العمل بالعرف كثيرًا، ولا يتخلف إلا قليلا، بأن يكون جريان أهل العرف عليها حاصلا في أكثر الحوادث،[1] كما لو جرى العرف بين الناس في بلد، أو إقليم بتعجيل المهر قبل الدخول، أو تقسيمه إلى معجل ومؤجل؛ فإنه يكون مطردًا في هذا البلد، أو الإقليم إذا كان أهله يجرون على الحالة المتعارفة من التعجيل. وقد عبرَّ بعضهم عن هذا الشرط بالقول: (إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت).[2]

الشرط الثاني- أن يكون العرف قائمًا وموجودًا وقت إنشاء التصرف المراد تحكيم العرف فيه

وذلك بأن يكون العرف سابقًا أو مقارنًا للتصرف عند إنشائه، لأن كل من يقوم بتصرف من التصرفات القولية أو العملية إنما يتصرف بحسب ما جرى به العرف، ويُقصد من كلامه ولفظه ما تعارف عليه الناس عند القيام بالتصرف، ليصح الحمل على العرف القائم.[3]

وبذلك لا يعتبر العرف المتأخر في التصرفات، ولا يقضى به على من سبق؛ لأن العرف إنما يؤثر فيما يوجد بعده لا فيما مضى قبله. ولكن لا يكفي تقدم العرف، لأنه لابد من استمراره ومقارنته للتصرف عند إنشائه، فبذلك يخرج العرف السابق الذي تغيرَّ قبل إنشاء التصرف.[4]

كما لو عقد على امرأة دون التصريح بتعجيل بعض المهر وتأجيل بعضه، فإن الرجوع إلى العرف الشائع هو الفاصل في ذلك؛ فإن كان العرف يقضي بعدم التأجيل وقت إنشاء العقد، ثم حصل نزاع بين الزوجين بسبب تغير العرف في ذلك إلى تعجيل بعض المهر وتأجيل بعضه،

1- محمد الزحيلي، علم أصول الفقه، مركز البحث العلمي، كلية الشريعة، مكة المكرمة، ص148.

2- زين الدين بن نجيم، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، 1420هـ \ 2000، ص94.

3- خليل بن كيكلدي العلائي، المجموع المذهب في قواعد المذهب، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، السعودية، 1414هـ \ 1994م، 428/2.

4- بدر الدين محمد بن بهادر الزركشي، المنثور في القواعد، ط2، تحقيق تيسير فائق، دار الكويت للصحافة، الكويت، 1405\1985، 364/2.

فإنه يحكم بالعرف السابق الذي كان موجودًا وقت إنشاء العقد وهو تعجيل المهر كله، ولا يلتفت إلى العرف الجديد.

الشرط الثالث- ألا يعارض العرف تصريحاً بخلافه

إذا تم التعاقد بين شخصين مع سكوتهما عن العرف القائم في مثل هذه المعاملة، حيث لم يتعرضا له بنفي ولا إثبات، فإنه يُطبقَّ في حقهما ويلزم كل واحد منهما به؛ لأنه لا يرجع إلى العرف وتفسيره إلا في حال سكوت أطراف التصرف، فإذا صرح العاقدان بخلاف العرف فلا اعتبار للعرف، لأن من القواعد الفقهية المقررة (لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح).[1]

فلو كان العرف الجاري في بلد ما عند عقد الزواج أن يعجل نصف المهر ويؤخر النصف الآخر إلى أجل، وسكت الزوج وولي الزوجة عن المهر، فإنه يرجع إلى العرف الساري، ولكن لو اشترطت الزوجة أو ولي أمرها تعجيل مهرها كله، ووافق الزوج على هذا الشرط، فإنَّ العرف لا يعتبر ولا يُحَكَّم في هذه الحالة.

الشرط الرابع- ألا يخالف العرف نصاً شرعياً

يُشترط في اعتبار العرف موافقة الشريعة، وعدم تعارضه مع نص من نصوص الكتاب، أو السنة، أو قاعدة من قواعده، تعارضًا ينهي الحكم الشرعي، أو يلغيه، أو يكون فيه تعطيل لنص ثابت، أو لأصل قطعي. فإذا كان كذلك فلا اعتبار عندئذ للعرف؛ لأنه يكون عرفاً فاسداً فلا يعتبر؛ لأن نص الشارع مقدم على العرف.

وإذا خالف العرف النص في بعض الوجوه دون بعض، بأن كان النص عامًا أو مطلقًا، وخالفهما العرف، فالعرف والحالة هذه: إما أن يكون خاصًا أو عامًا؛ فإن كان خاصًا فلا تعتبر

1- علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، دار الجليل، بيروت، ط1، 1411هـ/ 1991م، 28/1.

هذه المعارضة، لأن العرف الخاص لا يخصص العام، ولا يقيد المطلق. أما إن كان عامًا فإنه يخصص العام ويُقيدّ المطلق، بل المخصص والمقيد هو الإجماع الذي استند عليه العرف.[1]

المبحث الثاني : حجية العرف ودوره في الفقه الإسلامي

اختلفت وجهات نظر الفقهاء حول الاستدلال بالعرف وكذا حول إثبات حجيته، لكنهم أقروا أهميته كمصدر للتشريع الإسلامي وبالرغم من اختلاف طريقة احتجاجهم بالعرف إلا أنهم اتفقوا في المجمل على حجيته واعتباره.[2]

فبالرجوع إلى كلام الفقهاء على اختلاف مذاهبهم، نجد أنهم اعتبروا العرف دليلا من أدلة التشريع الإسلامي متى كان صحيحا وتوافرت فيه شروط صحته واعتباره، وسنذكر أقوال وآراء بعض الفقهاء وأصحاب المذاهب كما يلي:

قال الإمام ابن عابدين رحمه الله "... والعرف في الشرع له اعتبار لذا عليه الحكم قد يدار..."[3]

كما ذكر ابن نجيم في كتابه الأشباه والنظائر: "... وأعلم أن اعتبار العادة والعرف يرجع إليه في الفقه في مسائل كثيرة حتى جعلوا ذلك أصلا، فقالوا في الأصول في باب ما تترك به الحقيقة، تترك الحقيقة بدلالة الاستعمال والعادة"...[4]

1- أحمد بن علي سير المباركي، العرف وأثره في الشريعة والقانون، مؤسسة فؤاد بعينو، بيروت، 1992، ص 98-99.

2- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 07، ط 02، دار الفكر، سوريا، 1985، ص 831.

3- محمد أمين أفندي ابن عابدين، رسائل ابن عابدين، ج .2، د.ر.ط، د. س.ن، د. ب. ن، ص 114نسخة رقمية: تم الإطلاع يوم 19\04\2022

https://ia803102.us.archive.org/29/items/ktp2019-bskn1823/ktp2019-bskn1823.pdf

4- زين العابدين بن محمد (بن نجيم)، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، ط 1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1999، ص 79.

أما الشاطبي عن مذهب المالكية فقد ذكر في كتابه "الموافقات" في المسألة الخامسة عشرة "العوائد الجارية ضرورية الاعتبار شرعا، كانت شرعية في أصلها أو غير شرعية، أي: سواء كانت مقررة بالدليل شرعا أمرا أو نهيا أو إذنا أم لا... ووجه رابع وهو أن العوائد لو لمعتبر لأدى إلى تكليف ما لا يطاق، وهو غير جائز أو غير واقع..."[1]

أما مذهب الشافعية فقد ورد عن السيوطي رحمه الله قوله " اعلم أن اعتبار العادة والعرف رجع إليه في الفقه، في مسائل لا تعد كثيرة".[2]
وقد قال ابن النجار وهو فقيه من مذهب الحنابلة في كتابه شرح الكوكب المنير" ومن أدلة الفقه أيضا: (تحكيم العادة) وهو معنى قول الفقهاء: "إن العادة محكمة" أي معمول بها شرعا..."[3]

ولقد استدل هؤلاء الفقهاء وغيرهم حول اعتبار العرف من الأدلة الشرعية بأدلة من القرآن الكريم، ومن السنة النبوية الشريفة، ومن الإجماع ونوردها حسب ترتيبها السابق كما يلي:

المطلب الأول: حجية العرف

موضوع العُرْف من المواضيع التي اختلف الأصوليون فيها من حيث الحجية وعدمها وأصلها، لذلك سنذكر حجيته عبر ثلاث فروع وهي القرآن الكريم والسنة النبوية والإجماع بين أهل العلم كالتالي:

الفرع الأول: العرف في القرآن الكريم

1- قوله تعالى : ﴿ خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ ﴾.[4]

1- أبو إسحاق الشاطبي، الموافقات، ط 1، مج 2، دار ابن عفان، 1997، ص 493-494.
2- جلال الدين السيوطي، الأشباه والنظائر في فقه الشافعية، ط 1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1983، ص 90.
3- محمد الفتوحي الحنبلي (ابن النجار)، شرح الكوكب المنير، تح: محمد الزحيلي ونزير حماد، مج 4، د.د.ن، السعودية، 1993، ص 448.
4- سورة الأعراف، الآية 199.

ووجه الاستدلال في هذه الآية الكريمة، أن الله تعالى أمر نبيه بالعرف وهو ما دل على اعتباره شرعا ولو لم يكن معتبرا شرعا ما لزم الأمر هنا،[1] كما أن العلماء فسروا العرف الوارد في الآية الكريمة أنه كل ما أمرك الله تعالى به، وتارة أنه المعروف من الإحسان، وتارة أخرى أنه أمر إلهي كامل يعني بلا إله إلا الله، وقيل أنه كل خصلة ترتضيها العقول وتطمئن لها النفوس.[2]

2- قوله تعالى: ﴿ **وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ۖ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ ۚ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ۚ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا ۚ لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ ۚ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ ۗ فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَنْ تَرَاضٍ مِنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا ۗ وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَنْ تَسْتَرْضِعُوا أَوْلَادَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُمْ مَا آتَيْتُمْ بِالْمَعْرُوفِ ۗ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ** ﴾ [3]

ووجه الاستدلال من الآية أن الله أوجب النفقة والكسوة على الأب على ما هو مستحسن شرعا وعرفا، مع اعتبار حالة الزوجين في اليسار والإعسار.[4]

الفرع الثاني: العرف في السنة النبوية الشريفة

1- ما ورد عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه: أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (ما رآه المسلمون حسن فهو عند الله حسن)[5]، ويدور معنى الحديث على أن ما رآه الناس في عاداتهم وحسب عقولهم مستحسنا فهو كذلك في الواقع، وكل ما هو على حق فهو عند الله حسن.[6]

1- جلال الدين السيوطي، الدر المنثور في التفسير المأثور، ج3، د.ر.ط، دار الفكر، لبنان ،2011، ص 628.

2- أبو عبد الله القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، تح: هشام سمير البخاري، ج1، ط2، دار عالم الكتب، السعودية، 2003، ص346.

3- القرآن الكريم : سورة البقرة، الآية 233.

4- أحمد رشاد عبد الهادي، أثر العرف في الأحوال الشخصية- دراسة فقهية قانونية- رسالة ماجيستير في القضاء الشرعي، جامعة الخليل، فلسطين، 2013، ص 20.

5 مسند الإمام أحمد، تح: مجموعة من علماء الحديث، ط 1، دار السلام للنشر والتوزيع، السعودية، 2013، ص271.

6- يعقوب الباحسين، مرجع سابق، ص 123.

2- حديث هند بنت عتبة الذي رواه الجماعة إلا الترمذي، عن عائشة رضي الله عنها أن هند بنت عتبة قالت لرسول يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم، فقال : (خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف).[1]

ووجه الدلالة في هذا الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بالمعروف، والمقصود به الأمر المعتاد المتعارف عند الناس، بمعنى القدر المعلوم عرفا وعادة أنه يكفي الزوجة وولدها ويقوم بحاجتهم، وهو ما يؤكد على اعتبار العرف في الأمور التي لم يرد نص شرعي بشأنها.[2]

الفرع الثالث: العرف في الإجماع

إن الإجماع هو اتفاق أهل الحل والعقد من هذه الأمة في أمر من الأمور، فالاتفاق هو الاشتراك في القول أو الفعل أو الاعتقاد، وأهل الحل والعقد هم المجتهدون في الأحكام الشرعية، أما الإجماع فهو إجماع العلماء على اعتبار عرف ما وموافقتهم عليه، ويكون في حالتين: إما بإقرارهم عرفا جرى عليه الناس وعدم إنكارهم له من أي أحد منهم وهو الإجماع السكوتي، وإما يكون بممارسة أهل الإجماع لهذا العرف مع الناس، وهذا هو الإجماع العملي.[3]

والإجماع السكوتي حجة عند أكثر الحنفية قطعا، أما ما تكرر من الأمور ومعه السكوت فيقول بحجيته، وأرجع المالكية عرف أهل المدينة إلى الإجماع العملي لأهل المدينة وقد قال الإمام مالك رضي الله عنه لأبي يوسف رضي الله عنه لما ذهب إلى المدينة وبين له مقدار الصاع عند أهل المدينة بحضور جماعة منهم ذكروا أنهم توارثوا العمل به من عهد رسول :

1- شهاب الدين العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، تح: شعيب الأرنؤوط وعادل مرشد، ط 1، دار الرسالة العلمية، سوريا، 2013، كتاب النفقات، ب 5 /ح 5360/5359، ص 349.

2- مشعل النفيعي، المسائل الفقهية المبنية على العرف عند شيخ الإسلام بن تيمية، رسالة دكتوراه في الفقه الإسلامي كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، السعودية، 2005، ص127.

3- صالح عوض، أثر العرف في التشريع الإسلامي، د.ر.ط، دار الكتاب الجامعي، مصر، 1972، ص185.

"أتراهم يجمعون على باطل" وكذا تثنية الأذان وإفراد الإقامة فرجع أبو يوسف إلى قوله وقال: "لو أرى صاحبي- يقصد أبا حنيفة – ما أريت لقال به".[1]

المطلب الثاني: دور العرف في الفقه الإسلامي

إن دور العرف في الفقه الإسلامي يحتمل وجهان في الشرع وهما، تعارض العرف مع الأدلة الشرعية أو تعارض العرف مع الأحكام الاجتهادية، كما سنسردها كالتالي:

الفرع الأول: تعارض العرف مع الأدلة الشرعية

قد يتعارض العرف مع النصوص الشرعية الموجودة مسبقا، وقد تكون هذه المعارضة من جميع الوجوه وحينئذ يعمل بالنص والاعتبار للعرف ويعتبر العرف في هذه الحالة باطلا، لأن النص الشرعي أقوى من العرف، وهو ملزم للجميع في جميع الأزمنة والأمكنة، ومثال ذلك تعارف الناس على شرب الخمر وتبرج النساء والتعامل بالربا...الخ. [2]

كما قد تكون معارضة العرف للنص الشرعي من بعض الوجوه وهنا نفرق بين العرف الخاص والعرف العام.

فإذا كان العرف خاصا، كأن يتعلق بفئة معينة أو بلد معين، فال عبرة بمخالفته للنص، لأن العرف الخاص لا يخصص عاما ولا يقيد مطلقا وهذا الرأي الراجح عند أصحاب المذهب الحنفي، أما المالكية فلم يفرقوا بين العرف العام والخاص في تخصيص العموم، وأصح القولين عند الشافعية أنهم ال يعتبرون العرف الخاص في تخصيص النص.

أما إذا كان العرف عاما، فيختلف هنا الحكم حسب نوع العرف ما إذا كان قوليا أو فعليا فإن كان العرف القولي فال اختلاف بين الفقهاء في اعتباره وينزل النص الشرعي على حدود المعنى

1- صالح عوض، المرجع نفسه، ص 187-188.

2- عجال هاجر، بن سني خديجة. الاعتبار في مسائل الطالق وآثاره بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، تخصص: قانون الأسرة، جامعة أكلي محند أولحاج . البويرة، 2019\2020، ص25.

ما لم توجد قرينة تدل على أن الشارع أراد بهذا اللفظ معنى أوسع، ويتحقق ذلك في حالتين: الأولى تعارف الناس على لفظ يقتصر استعماله على بعض أفراده، حتى أصبح مستقرا في الذهن كلفظ الدابة الذي ينصرف حسب تعارف الناس إلى كل من تمشي على أربع أو إلى حيوانات معينة بينما معناها أوسع من ذلك في تنصرف إلى كل ما يدب في الأرض، أما الحالة الثانية؛ أن يصبح اللفظ شائعا في غير ما وضع له أولا، ويصبح ما وضع له أولا مجازا فيه وما كلفظ الغائط ومعناه الحقيقي المطمئن من الأرض نقل إليه حقيقة متعارفة بين الناس واستعمل عرفا على الخارج المستقذر (أعزكم الله). [1]

رد العرف وإنما يعتبر عرفا مخصصا أما إذا كان العرف المخالف للنص العام فعليا فهنا لا يرد للعموم الموجود في النص وهذا ما قال به الحنفية والمالكية، مثل عقد الاستصناع الذي هو بيع المعدوم وهو منهي عنه ومع ذلك أجازه العلماء فحديث الرسول صلى هللا عليه وسلم: (لَا تَبِعْ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ)[2] هو حديث عام في النهي عن بيع ما ليس عند الإنسان، وبقي في الاستصناع لتسهيل التعامل بين الناس، أما الشافعية والحنابلة فقد ذهبوا إلى أن العرف العملي لا يخصص العام ولا يقيد المطلق، باعتبار أن عامة الناس يعتادون الحسن والقبيح.[3]

وبالنسبة للعرف الحادث بعد صدور النص، أي العرف الذي ظهر بعد وجود النص الشرعي، ولذلك لا يعتبر ولا يصلح لتخصيص النص الشرعي وهذا باتفاق العلماء، وليس هناك فرق في هذه الحالة بين العرف العام أو الخاص ولا بين العرف اللفظي أو العملي، فالعرف هنا تكو بعد أن حدد النص الشرعي مفهومه ومراد الشارع منه وإن تم تخصيص النص بعد ذلك بهذا العرف

1- عجال هاجر، بن سني خديجة. الاعتبار في مسائل الطالق وآثاره بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص26.

2- رواه الترمذي (1232) والنسائي (4613) وأبو داود (3503) وابن ماجه (2187) وأحمد (14887). وصححه الألباني في "إرواء الغليل.(1292) "

3- عماد شريفي، إعتبار العرف في مسائل الزواج وآثاره في قانون الأسرة الجزائرية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير تخصص قانون الأسرة، جامعة المسيلة، 2015، ص 26.

الطارئ المخالف له، يعتبر نسخا للنص الشرعي بالعرف وهذا لا يجوز لأن تطبيق هذه القاعدة سيؤدي إلى نسخ وتبديل أغلب أحكام الشريعة بأعراف طارئة. [1]

الفرع الثاني : تعارض العرف مع اللغة

قدم الكثير من الفقهاء العرف على اللغة عند التعارض ومنهم الغزالي والقرافي وابن عبد السلام والبغوي وابن عابدين وغيرهم.

قال السيوطي في الأشباه: "...والإمام والغزالي يريان: اعتبار العرف وقال في الأيمان ما معناه إن عمت اللغة قدمت على العرف وقال غيره: إن كان العرف ليس له في اللغة وجه البتة، فالمعتبر اللغة، وإن كان له فيه استعمال ففيه خالف، وإن هجرت اللغة حتى صارت نسيا منسيا قدم العرف..."

أما القرافي فقد قال: "...إنما اختلف العلماء في العرف واللغة هل يقدم العرف على اللغة أم لا؟ والصحيح تقديمه، لأنه ناسخ والناسخ مقدم على المنسوخ إجماعا..."

وقد أورد البهوتي في كشاف القناع ما يفيد تقديم العرف على اللغة "...وإن كان الذي اعتادوه مخالفا لحقائقها الأصلية اللغوية..."

وقال بن الشاط: "...ففي الفتوى المعتبر: النية فإن لم تكن فالوقتي، فإن لم يكن فاللغوي العرفي، فإن لم يكن فاللغوي الأصلي، فإن اجتمع في اللفظ الأصلي والعرفي والشرعي والوقتي، فالمعتبر: الوقتي، وفي الحكم لا نعتبر النية ويعتبر عداها..."

الفرع الثالث : تعارض العرف مع الاجتهاد

1- عجال هاجر، بن سني خديجة. الاعتبار في مسائل الطالق وآثاره بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص26.

اتفق الاجتهاد الإسلامي على أن الحكم القياسي يترك للعرف ولو كان عرفا حادثا، لأنه يفترض أن هذا العرف لا يعارضه نص خاص ولا عام معارضة مباشرة، والعرف مصدره رجح بذلك العرف عند التعارض الحاجة لذلك هو أقوى من القياس، في وبما أن العرف يترجح على القياس الذي يستند إلى نص شرعي فهو يترجح على الاستصلاح الذي لا يستند إلى نص، أما إذا كانت علة القياس مستندة هي نفسها على العرف فهذا يعني أن تبدل الأحكام القياسية تتبدل بتبدل العرف، فتبدل الحكم هنا يكون تبعا لتبدل العرف تماشيا معه.[1]

خلاصة الفصل:

كخالصة لما سبق: العرف عند الأصوليين والفقهاء هو كل قول أو فعل تعارف عليه الناس وساروا عليه مدة معينة مع الاعتقاد بإلزاميته، سواء كان عاما أو خاصا أو شرعيا، وسواء كان صحيحا أو فاسدا، فهو مصدر من المصادر التبعية للتشريع الإسلامي اتفق الفقهاء والأصوليون على حجيته واعتباره.

1- عجال هاجر، بن سني خديجة. مرجع سابق، ص28.

الفصل الثاني

إعتبار العرف في الأحوال الشخصية

تمهيد: لقد شغلت الأعراف حيزا واسعا في نطاق التشريع لاسيما في مجال الأحوال الشخصية بل أن الفقه لم يكن بعيدا عن التأثر بالأعراف والتقاليد فيما قرر من أحكام كثيرة بصورة واضحة بالأعراف كمسألة الخطبة والزواج وغيرها من المسائل وهذا ما سيتم التطرق إليه في هذا الفصل فقد تم تقسيمها إلى مبحثين أولهما اعتبار العرف في الخطبة وثانيهما مكانة العرف في الزواج، وفيما يلي نورد أهم ما ورد بالموضوع من خلال المباحث التالية:

المبحث الأول: إعتبار العرف في الخطبة

تعتبر الخطبة في تقاليد وأعراف المجتمع الجزائري إجراء أوليا وتمهيدها من الإجراءات التي يقوم بها الخاطب وأقاربه للاتصال بالمخطوبة أو وليها، هدف التعرف على المخطوبة وأسرتها من أجل تبادل الرضا والقبول مع أسرة المخطوبة بشأن المصاهرة، وقد يكون هذا الرضا والقبول مصحوب بالفاتحة للتبرك، حيث جرى العرف خلال عقد الزواج قراءة الفاتحة للتبرك في نهايته، مما رسخ الاعتقاد بأن العقد دون الفاتحة لا يتم، إلا أن فقهاء الشريعة الإسلامية اعتبروا الفاتحة ليست ركنا من أركان عقد الزواج، ولا شرطا من شروطه، بل مستحبة لأن العرف جرى فاتحة لا بقراءتها للتبرك، وذلك للمكانة العظيمة لعقد الزواج وقدسيته، كما ترتب على ذلك أن لكل من طرفيها حق العدول عنها وفسخها متى شاء ذلك، مما اثار مسألة اقتران الخطبة بالفاتحة والعدول عن الخطبة الى وقوع الكثير من الاشكالات، وهدا ما سيتم التطرق اليه في المطلبين الاول اعتبار العرف في فاتحة الخطبة و الثاني دور العرف في اثر العدول عن الخطبة:

المطلب الأول : إعتبار العرف في فاتحة الخطبة

اتفق معظم الفقهاء على ان الخطبة هي ليست عقد وإنما وعد بعقد، وقد يحدث في بعض الاحيان ان تقترن الخطبة بالفاتحة كما هو جار العمل به في مجتمعاتنا باعتبار الخطبة اعراف وعادات وطقوس اجتماعية تصحبها حسب البيئات، وتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين وهما

المقصود بفاتحة الخطبة وهو تعريف للخطبة، أما الفرع الثاني فهو اعتبار العرف في اقتران الخطبة بالفاتحة.

الفرع الأول: المقصود بفاتحة الخطبة

تختلف الخطبة عن "الفاتحة في مفهوم شعبنا الجزائري من حيث أن الفاتحة هي عبارة عن مجلس، أو اجتماع يحضره عادة أولياء الزوج والزوجة أو من يمثلهما شرعا وقانونا، كما يحضره جمع من الناس من أقارب وأصدقاء الخطيبين ومن أعيان المنطقة، ويقع فيه إبرام عقد زواج شفهي. بعد تعريف الخاطب والمخطوبة، وتحديد الصداق، وينتهي بقراءة سورة الفاتحة قراءة متبوعة بالدعاء للعروسين بالسعادة والهناء.

والفاتحة بهذا المعنى تكون عبارة عن إبرام عقد زواج شفهي وفقا لقواعد الشريعة الإسلامية يعبر فيه المتعاقدان عن ركن الرضا بواسطة ممثليهما وحضور ولي كل منهما والشهود وتحديد الصداق، وتجتمع فيه العلانية والإشهار، في حين أن الخطبة لا تتعدى حدود إجراءات تحضيرية تقتصر على مجرد إعلان الرغبة في الزواج والمصاهرة ثم إبرام عقد الزواج في وقت لاحق وفقا للقواعد المدنية.[1]

الفرع الثاني: اعتبار العرف في اقتران الخطبة بالفاتحة

أولا: اقتران الخطبة بالفاتحة

قد يحدث في بعض الأحيان أن تقترن الخطبة بالفاتحة، جاء في معنى المحتاج : ويستحب للخاطب أو تسأله تقاسم خطبة وهي الكلام المفتح باسم الله والصلاة والسلام على رسول الله □

1- عبد العزيز سعد: قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد (أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل)، ط3، دار هومة، 2011، ص16.

المحتم بالوصية والدعاء، ولم يعتبر الفقهاء الفاتحة من ماهية عقد الزواج ولا من شروطه فهي مشروعة للتبرك القدسية عقد الزواج"[1]

ثانيا: اعتبار العرف في اقتران الخطبة بالفاتحة :

جرى العرف في المجتمع الجزائري، على تلاوة الفاتحة بعد تبادل الإيجاب والقبول في مجلس العقد ، بين الزوج وولي الزوجة، والتفاهم على الصداق بحضور الشهود، أي أن الفاتحة تقرأ بعد إبرام عقد الزواج بقصد التبرك"،[2] مما رسخ اعتقادا سائدا في مجتمعنا مفاده أن العقد دون فاتحة لا يتم، وهذا اعتقاد خاطئ لكون قراءة الفاتحة ليست من أركان عقد الزواج ولا من شروطه، ولكنها مستحبة في اعتبار الفقهاء من باب التبرك، وعليه لا يترتب عن تخلفها بطلان الزواج.[3]

المطلب الثاني : اعتبار العرف في العدول عن الخطبة

إن العدول عن الخطبة إشكال طرح الكثير من التفصيل في الأدبيات السابقة، لكن ما تم اعتماده في هذا المطلب فرعان أساسيان نظرا لطبيعة الموضوع وهما تعريف العدول عن الخطبة واعتبار العرف فيها.

الفرع الأول : تعريف العدول عن الخطبة

لغة: من الفعل عدل، وعدل عن الشيء يعدل عدلا وعدولاً: والعدل أن تعدل الشيء عن وجهه، نقول: عدلت فلان عن طريقه، فالعدول يأتي بمعنى الرجوع.[4]

1- مقاتل إيمان. اعتبار العرف في مقدمات عقد الزواج (الخطبة)، مجلة التراث، المجلد09، العدد01، جامعة عنابة، الجزائر، 2019، ص261.

2- أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، د، ر، ط، دار الكتب القانونية، مصر، 2009، ص 24.

3- محفوظ بن صغير، أحكام الزواج، ط 1، دار الوعي، الجزائر، د.س، ص 87

4- ابن منظور، لسان العرب، مج 11، مادة (عدل)، المصدر السابق، ص 434-435

اصطلاحا: هو تراجع أحد المخطوبين عن مشروع الزواج بالخاطب الآخر والتوقف تماما عن السير في متابعة الأعمال والإجراءات المؤدية إلى تحقيق مشروع الزواج ، كما كان مخططا له في بادئ الأمر بعد إتمام الخطبة[1].

الفرع الثاني: مدى اعتبار العرف في العدول

يترتب على العدول عن الخطبة آثار تتعلق بالمهر والهدايا والمتمثلة في:

أولا: حكم المهر لقد اتفق الفقهاء على أنه إذا لم يتم عقد الزواج فإن المخطوبة لا تستحق أي جزء من المهر، لذا فإنه حال العدول عن الخطبة منه أو منها يسترد الخاطب ما دفع على حساب المهر، قليلاً كان أو كثيراً، فإن كان ما دفع موجوداً إسترده بعينه، وإذا هلك أو استهلك يرجع الخاطب على مخطوبته بمثل المهر إن كان مثلياً، أو يرجع بقيمته عليها إن كان قيميا[2].

ثانيا: حكم الهدايا

مذهب الحنفية الذي يعتبر القانون الواجب التطبيق على منازعات الأحوال الشخصية فيما لم يرد بشأنه نص خاص : يرى أن ما قدمه الخاطب من الهدايا هو في معنى الهبة، فعند العدول عن الخطبة له أن يرجع عن هبته ويسرد هداياه ما دامت باتية، أما إن هلكت أو استهلكت، أو حصل فيها أي مانع من مواقع الرجوع في الهبة، فليس للخاطب حق الرجوع، فما هلك أو استهلك بعد قبضه، يمتنع الرجوع فيه، وكذلك ما زاد زيادة متصلة، أو خرج من يد المعطوبة فلو كان ما أحدى باقيا في يدها على حاله كعقد أو عالم أو سوار أو ساعة، حاز للخاطب استزداده، وإن باعت السوار أو ضاع منها العقد، لو كانت الفنية قماشاً، فخاطته ثوبا لم يرد الخاطب شيئاً من ذلك تطبيقاً لأحكام الهبة، وهذا الحكم يستوى فيه كون فسخ الخطبة من جانبهما معاً، أو من جانب الرجل وحده، أو من جانب المرأة وحدها.

1- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط 3، دار هومة، الجزائر، 1996، ص85

2- أحمد محمد علي داود: الأحوال الشخصية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2009، ج1، ص50

وذهب المالكية في قول الفترة كثير من فقهائهم ولكنه الأرجح والأصح أن امتداد المنايا بعد فسخ الخطبة يكون على التفصيل الآتي:

إذا وجد شرط بين الطرفين أو عرف بين الناس عمل به إذا كان العدول عن الخطبة من الخاطب لا يسترد شيئاً مما لمداه إليها، ولو كان موجوداً في يدها ما دام لا يوجد عرف بين المنالى يقضى بخلافه.

إذا كان العدول عن الخطبة من المخطوبة استرد الخاطب ما دفعه إليها من الهدايا فإن كان قائما استرده بعينه، وإن كان هالكا أو مستهلكا رجع عليها مثله أو قيته ما لم يكن شرط أو عرف يقضى بغير ذلك ، فيتبع الشرط أو العرف لأن المعروف عرفا كالمشروط شرطاً".[1]

المبحث الثاني: مكانة العرف في الزواج

إن الهدف من وراء الزواج هو الاحصان وتكوين أسرة قائمة على المودة والرحمة والتآلف والتعاون بين أفراد الأسرة الواحدة، والمحافظة على استمرارية النوع الانساني وبقائه، ونظرا لأهميته احيط بجملة من الأركان والشروط والتي جاءت في بعض أحكامها معتبرة للاعراف السائدة في المجتمع للتيسير ورفع الحرج عنهم وهذا ما جاء به الاسلام لقوله تعالى " **هُوَ اجْتَبَاكُمْ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ** "[2] فقد اقتصر هذا المبحث على مطلبين مفصلين كالتالي:

المطلب الأول: اعتبار العرف في أركان الزواج

1- أحمد فراج حسين: أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، د.ط، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2004، ص74-75.

2- القرآن الكريم: سورة الحج، الآية 78.

باعتبار عقد الزواج ميثاق غليظ خطير الأثر كونه مرتبط بذات الإنسان ومستقبل حياته الاجتماعية ولأنه عقد من خصوصياته الديمومة ومتعلق بأعراض ومرتبط بالشرف، توجب أن تسبقه أركان أولها الإيجاب والقبول الصحيحين اللازمين للانعقاد وصحة العقد.

الفرع الأول: تعريف الايجاب والقبول

تعريف الايجاب والقبول:

لقد اختلف الفقهاء في اعطاء تعريف لهما فالإيجاب عند الجمهور هو اللفظ الصادر من الولي أو من يقوم مقامه كوكيل، وعند الحنفية هو ما يصدر أولا من أحد المتعاقدين، أما القبول فهو عند الجمهور اللفظ الدال على الرضا بالزواج الصادر من الزوج وعند الحنفية هو ما يصدر ثانيا من المتعاقد الآخر.[1]

الفرع الثاني: اعتبار العرف في الايجاب والقبول

لقد وضع الفقه تعريفا للرضا ومن بين تلك التعريفات التعريفات نجد السيد سابق يعرفه " بأنه توافق إرادة الطرفين في الإرتباط بواسطة التعبير الدال على التصميم على إنشاء الإرتباط وإيجاده، وأنه ما صدر من الأول يعتبر إيجابا وما صدر من الثاني يعتبر قبولا"[2] ويعرفه الدكتور بدران أبو العينين بدران بأنه " الإيجاب والقبول الصادرين من التعاقدين الذين يرتبط أحدهما بالآخر فيفيدان تحقق المراد من صدورهما.[3]

يقف العرف موقفا مسايرا لما ذهبت إليه الشريعة الإسلامية في ضرورة توافر الرضا في الزواج وهو ما اعتبره المشرع أيضا وخاصة رضا المرأة حيث أوكلت مهمة التعبير عن رضاها لوليها والذي جرت به الأعراف أن الأولياء لا يقبلون على مثل هذا العقد الخطير إلا باعتبار رضا

1- الزحيلي وهية، الفقه الإسلامي وأدلته، ط4، دار الفكر، دمشق، سوريا، (د.ت.ن)، ص65

2- السيد سابق. فقه السنة. المجلد الثاني، دار الفتح. مصر 2000، ص 34.

3- الدكتور بدران أبو العينين، الزواج والطلاق في الشريعة الاسلامية والقانون سوسة شبان الجامعة، الإسكندرية، ص 56.

المرأة خاصة في أيامنا الحالية أين انعدم التمييز بين إرادة المرأة والرجل فلا ينعقد الزواج بمجرد الطلب وإعلان الرغبة فيه من جانب واحد دون اعتبار لرضا المرأة".[1]

المطلب الثاني: اعتبار العرف في شروط الزواج

يثير موضوع الولاية والصداق كشرطين من شروط صحة الزواج في الوسط الاجتماعي العديد من الاختلافات، ترجع الى تعدد الاعراف في المجتمع الجزائري حسب كل منطقة، وهدا ما سنتطرق اليه عن تأثر الولاية والصداق بالعرف.

الفرع الأول: اعتبار العرف في الولي

أولا : تعريف الولاية

لغة: من الفعل ولي والاسم الولي وله معان كثيرة منها: المحب وهو ضد العدو ومنها الصديق والنصير، وولي الشيء وولي عليه ولاية وولاية بالكسر والفتح وهي بالكسر السلطان وبالفتح هي النصرة.

اصطلاحا: الولاية هي تنفيذ القول على الغير"، وعرفت أيضا بأنها قدرة الشخص شرعا على إنشاء التصرف الصحيح النافذ على نفسه أو ماله أو على نفس الغير وماله.[2]

وتنقسم الولاية إلى ثلاثة أقسام: ولاية على النفس، وولاية على المال، وولاية على النفس والمال معا، والولاية على النفس هي التي تهمنا في هذا الشأن، باعتبارها سلطة إنشاء عقد الزواج، وتكون للأب والجد وسائر الأولياء.

1- غرابي عادل. مكانة العرف في المنظومة التشريعية الأسرية في الجزائر، مذكرة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون الأسرة، جامعة الجلفة، 2019\2020، ص17.

2- عزوز فاطمة الزهراء، إعتبار العرف في أحكام الخطبة والزواج في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة مكملة لمقتضيا نيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص أحوال شخصية، جامعة المسيلة، الجزائر، 2015\2016، ص58.

ويقسم الفقهاء في الزواج إلى قسمين أساسيين: ولاية إجبار، وولاية اختيار، أما ولاية الاجبار فهي ولاية الأب أو الجد على الفتاة البكر، والصغير والمجنون، وفيها يستند الولي انشاء العقد على المولي عليه ولا يشاركه أحد، لعدم توفر في الولي عليه شرط العقل والبلوغ في أهلية الزواج.

وأما ولاية الاختيار وتسمى ولاية المشاركة، وهي تثبت للولي على المرأة البالغة العاقلة. فالخيار لها، غير أنه يستحسن أن تستشير وليها وأن يقوم هو بإجراء عقد زواجها حتى لا توصف المرأة بالخروج عن التقاليد والأعراف.[1]

ثانيا: اعتبار العرف في الولي كشرط لزواج المرأة

من المتعارف عليه أن المرأة سواء كانت بكرا أو ثيبا فإنها تولي أمر زواجها لأبيها أو أخيها أو قريب لها ممن هو أجدر منها في ذلك وأعلم بحال الرجال، فلا يوجد عبر القطر الوطني عرف يقضي بانفراد المرأة بإبرام زواجها في غياب ولي أمرها فالعرف في مسألة الولي يقف موقفا مسايرا لما ذهبت إليه المذاهب الفقهية، كما أن النساء في حد ذاتهن يرفضن فكرة تولية أمرهن لغير الأب أو الأخ.. لأن المرأة يعرف عنها الحياء في مختلف المواقف خاصة بحضور الرجال فما بالك بعقد النكاح في غياب أحد من أهلها بل وهناك من الرجال من يستحي في مثل هذه المواقف.[2]

الفرع الثاني : اعتبار العرف في الصداق

أولا : المقصود بالصداق

---

1 بلحاج العربي: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط1، الجزائر، 2002، ج1، ص118-119.

2- شريفي عماد، اعتبار العرف في مسائل الزواج وآثاره، رسالة ماجستير، جامعة محمد بوضياف-المسيلة-، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2014-2015، ص135.

الصداق أو المهر هو ما يعطيه الزوج للزوجة في عقد النكاح، وهو حق من حقوقها كرمز للمودة والتكريم، وسمي المهر صداقا ليبين صدق رغبة الزوج في التزوج بالمرأة، وهو عطية أو هدية لازمة من الرجل للمرأة تكريما لها، وليحقق بذلك نوعا من التقارب بين القلوب، وليس الصداق في مقابلة الانتفاع بالبضع، فقضاء الشهوة وإنجاب الأولاد مشترك بين الزوجين.[1]

ثانيا: اعتبار العرف في مقدار الصداق كشرط للزواج

إن الصداق في العرف غير مقدر بحد أدنى ولا أعلى إذ تركت الأعراف تقدير الصداق إلى الأطراف فلهم أن يتفقوا على المقدار الذي يناسب كل طرف دون إحراج لأحد وإن كانت بعض الأعراف في مناطق معينة تحدد مقدارا للصداق فلا يكون لطرفي العقد النزول عن ذلك القدر ويبقى الاتفاق بين الأطراف هو المعمول به بغض النظر عن العرف فمثلا في المناطق الصحراوية يصل المهر إلى 100 مليون سنتيم ولا يقل عن 20 مليون أما في الغرب الجزائري فلا يقل المهر عن 10 ملايين سنتيم إضافة إلى الهدايا التي يلزم بها العريس في المناسبات،[2] أما في منطقة الوسط فإن قيمة المهر وإن تفاوتت تتراوح ما بين 10 إلى 15 مليون وذلك حسب ما سيقدمه الرجل لزوجته، فإن كان المهر 10 ملايين يلزم بتقديم شيء من الذهب غير محدد القيمة كسلسلة أو ما شابه وإن كان المهر 15 مليون فلا يقدم الرجل إلا خاتما لزوجته في يوم يسبق يوم العرس كذلك فإنه حسب اطلاعي تعد منطقة القبائل أيسر المناطق مهرا أما أكثرها غلاءً فهي منطقة الشرق أين تصل قيمة المهر إلى 25 مليون سنتيم زيادة على ما يلزم به الزوج من ذهب ليوم" الحنة "كما يسمى.[3]

الفرع الثالث: اعتبار العرف في الشروط الجعلية

1- العربي بختي: أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013، ص37.

2- شريفي عماد، اعتبار العرف في مسائل الزواج وآثاره، رسالة ماجستير، جامعة محمد بوضياف-المسيلة-، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2014-2015، ص219.

3- غراسي عادل، مكانة العرف في المنظومة التشريعية الأسرية في الجزائر، مذكرة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجلفة- الجزائر، 2019\2020، ص27.

أولا: المقصود بالشروط الجعلية

هي الشروط التي أباح الشارع فيها للعاقدين أن يشترطها في العقود لتترتب أحكامها عليها، وهي شروط تثبت لتحقق الأحكام التي تبطت بالعقود، فهي شروط في أحكام وضعية، كاشتراط معجل المهر في الزواج ، فهذا النوع من الشروط ينشئها الإنسان بتصرفه وإرادته، فيجعل بعض عقوده أو التزاماته معلقة عليه ومرتبطة به، بحيث إنه إذا لم يتحقق ذلك الأمر لا تتحقق تلك العقود والالتزامات، فمصدر هذه الشروط هي إرادة الشخص، وقد سميت "جعلية"، لأن الأمر الذي صار شرطا للالتزام لم تكن له هذه الصفة شرعا، وإنما جعله الشخص شرطا معلقا عليه في أمر كان له فيه حق التنحيز والتعليق، وهذا النوع من الشروط له شبه بالسبب من حيث ارتباط مشروطه به وجودا وعدما، وهذه الشروط الجعلية التي تكون بعمل العاقدين بإباحة من الشارع تنقسم إلى قسمين:

القسم الأول: شروط تتصل بوجود العقد، فهي شروط مكملة للسبب كتعليق العقد على شرط، وهذا كان يكفل شخصا آخر إذا عجز عن الأداء، فإن شرط المعجز عن الأداء شرط لتحقيق الكفالة، فهو شرط مكمل للسبب، وهو عقد الكفالة.

القسم الثاني: شروط تكمل المسبب، وهي التي تقترن بالعقد فتزيد في إلتزاماته، أو تقوي هذه الالتزامات، كالبيع بشرط أن يقدم المشتري كفيلا بالثمن، أو يقدم البائع كفيلا بضمان رد الثمن، إذا استحق المبيع، أي يتبين أن المبيع لم يكن ملكا للبائع، فإن هذين الشرطين نابشان في المسبب وهو أثر العقد.[1]

ثانيا: اعتبار العرف في الاشتراط في عقد الزواج

1- سي ناصر بوعلام، الاشتراط في عقد النكاح وأثره بين الشريعة والقانون دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض التشريعات العربية، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في الشريعة والقانون، جامعة وهران-الجزائر، 2012\2011، ص26-27.

يأخذ الاشتراط في عقد الزواج مكانة هامة في العرف حيث أنه يقضي ومنذ زمن بعيد بجواز الاشتراط وأنه للطرفين أن يضعا ما يشاءان من الشروط عند العقد سواء بصفة مسبقة أو بصفة لاحقة عنه، كما يجري العرف حاليا بهذا، خاصة وأن الشروط وليدة الأعراف ومع مضي الزمن فقد استحدثت شروط أخرى مواكبة لتغير الأعراف والطبائع وبتطور التفكير وتغير الأعراف باستمرار تظهر أنواع من الشروط غير أن العرف يقر بها دائما.[1]

1- سي ناصر بوعلام، الاشتراط في عقد النكاح وأثره بين الشريعة والقانون دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض التشريعات العربية، مرجع سابق، ص75.

خاتمـــة:

تعتبر الخطبة في شرع الله تعالى وعدا بالزواج، حيث يتعرف الخطيبين على بعضهما البعض ويعترفا أو يبينا اللازم، يباح فيها النظر حيث أجازته الشريعة لكل من الخطيبين فهي مرحلة تمهيدية تسبق عقد الزواج، وتتيح للخطيبين فرصة البحث والتحري للإقتناع بالآخر، ويجب على الخطيبين مراعاة أحكام الشريعة الإسلامية والمتعلقة بالخطبة قبل الإقبال على الزواج، وذلك من خلال النظر إلى المخطوبة في حدود الشرع.

وبما أن الخطبة مجرد وعد أي أنها ليست لها قوة اقترنت بمظاهر الإلزام حتى وإن اقترنت بمظاهر أخرى كقراءة الفاتحة أو تقديم بعض الهدايا للمخطوبة أو دفع المهر كله أو جزء منه، فقراءة الفاتحة لا تعد زواجا ولا تغير في مضمون العقد، وهذا باتفاق جميع مذاهب الفقه الاسلامي ومنه يجوز لكل من الخاطبين التخلي نهائيا عن الزواج وذلك بالعدول عن الخطبة، فالخطيبين غير ملزمين بإتمام العقد، فإذا لم يتفقا الخاطب والمخطوبة فإن لكليهما حق العدول عن الخطبة وعدم إتمام الزواج، ذلك لأن الخطبة مقدمة وتمهيد لعقد الزواج وليست زواجا، ولأن حق العدول حق مقرر بالشرع وبالقانون، بحيث يحق لكليهما ممارسته.

وعقد الزواج أو النكاح هو حق و واجب شرعي ملزم بنص القرآن الكريم والسنة النبوية لكل من الزوجين تجاه الآخر وذلك وفقا لعقد زواج مستوفي لكل الشروط والأركان، بجعل رضا الزوجين الإيجاب والقبول من الطرفين الأساس الصحيح للزواج والركن الرئيس الذي يقف على صلاحه عقد الزواج، والذي لا يكتمل إلا بضرورة إتمام شروطه المتمثلة في مجلس العقد، المتكون من الزوج والشهود وولي المرأة، وكذا التأكد من خلو المرأة من الموانع الشرعية كل هذا من أجل إنتاج عقد زواج صحيح، فالزواج نظام إلهي شرعه الله تعالى للتواصل والبقاء بطريقة، ينتج عنه أسرة صحيحة متكاملة فكل ما سبق كان دف الحفاظ على هذا الناتج والذي هو أسرة متكاملة مترابطة مبنية على أسس قانونية وشرعية قوية.

وفي خاتمة هذا البحث يمكن تدوين النتائج التالية:

- أن العرف يلعب دورا بارزا في حياة الفرد الجزائري، إذ يعتمد عليه في الكثير من المسائل خاصة ما تعلق منها بالجانب الشخصي.
- اعتبر الشرع العرف أحد المصادر الاحتياطية ما توفرت فيه شروط عدم التعارض مع حكم آخر ورد فيه نص أو إجماع.
- العدول عن الخطبة جائز وهو حق مقرر لكل من الخاطب والمخطوبة.
- الصداق أثر من آثار النكاح ويسقط في حق المرأة بمجرد العدول عن الخطبة.
- أن الشريعة الإسلامية أقرت بدورها بالأعراف الصحيحة وسمحت باعتمادها.
- يظهر دور العرف في الخطبة والزواج في عدة جوانب منها:
- اقتران الخطبة بالفاتحة والتي فصل فيها المشرع باعتبار توافر الأركان والشروط.
- حكم الهدايا والصداق عند العدول عن الخطبة، حيث تقر مذاهب الشريعة اعتبار العرف في رد الهدايا ولم يتطرق لحكم الصداق.
- ضرورة توافر الرضا في عقد الزواج.
- ضرورة وجود الولي والصداق كشرطين لازمين لعقد الزواج.

هذا ما وسعني جمعه من نتائج من خلال رحلتي في هذا البحث، وفي الأخير ما كان فيه من صواب فمن الله تعالى وحده، وما كان فيه من خطأ فمني ومن الشيطان، وأرجو من الله تعالى السداد والهدى والرشاد، هو ولي ذلك والقادر عليه.

قائمة المصادر والمراجـــــع

قائمة المصادر والمراجع:

المصادر :

أولا : القرآن الكريم

ثانيا : كتب الحديث والتفسير

1- أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السِّجِسْتاني: سنن أبي داود، المحقق: شعيب الأرناؤوط وآخرون، دار الرسالة العالمية، صيدا – بيروت، د.ط، 1430 – 2009.

2- أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني النسائي: سنن النسائي (السنن الصغرى للنسائي، المجتبى من السنن)، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، مكتب المطبوعات الإسلامية – حلب، ط2، 1406 – 1986.

3- أبو عبد الرحمن محمد ناصر الدين: إرواء الغليل في تخرج أحاديث منار السبيل، المكتب الإسلامي –دمشق، سوريا، ط1، 1399هـ – 1979.

4- أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني: مسند أحمد، المحقق: شعيب الأرنؤوط، عادل مرشد، وآخرون، مؤسسة الرسالة، ط1، 1421هـ – 2001.

5- محمد بن إسماعيل البخاري: صحيح البخاري، دار بن كثير –لبنان، بيروت، طبعة 2018.

6- محمد بن عيسى بن سورة بن موسى السلمي البوغي الترمذي، أبو عيسى: سنن الترمذي (الجامع الكبير)، المحقق: بشار عواد معروف، ط1، دار الغرب الإسلامي–لبنان، بيروت، 1996.

7- محمد بن يزيد الربعي القزويني أبو عبد الله ابن ماجة: سنن بن ماجه، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، مصر، 2009.

ثالثا: كتب الفقه

8- أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن (القرافي): الذخيرة، تحقيق: محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي -بيروت، لبنان، ط1، 1994.
9- زين الدين بن إبراهيم بن محمد بن نجيم، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، وضع حواشيه وخرج أحاديثه: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط1، 1419- 1999.
10- عبد الرحمن بن أبي بكر جلال الدين السيوطي، الأشباه والنظائر في فقه الشافعية، ط1، دار الكتب العلمية -بيروت، لبنان، ط1، 1411هـ - 1990.
11- عبد الرحمن بن أبي بكر جلال الدين السيوطي، الدر المنثور في التفسير المأثور، دار الفكر للنشر والتوزيع -دمشق، سوريا، د.ط، 2011 - 1432.
12- علي حيدر خواجه أمين أفندي: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، دار الجليل، تعريب: فهمي الحسيني، دار الجيل -بيروت، لبنان، ط1، 1411- 1991.
13- محمد الفتوحي الحنبلي (ابن النجار): شرح الكوكب المنير، تحقيق: محمد الزحيلي - نزيه حماد، وزارة الأوقاف السعودية، ط1، 1993 - 1413.

المعاجم:

14- أحمد بن محمد بن علي الفيومي: المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، تحقيق: عبد العظيم الشناوي، دار المعارف - القاهرة، مصر، د.ط، 2016.
15- علي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني: التعريفات، تحقيق: الناشر، دار الكتب العلمية بيروت -لبنان، ط1، 1403. -1983.
16- محمد بن مكرم بن على، أبو الفضل جمال الدين ابن منظور: لسان العرب، دار صادر - بيروت، لبنان، ط3، 1414 هـ.
17- محمد بن يعقوب الفيروز آبادي مجد الدين: القاموس المحيط، تحقيق: محمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة، ط1، 1426-2005.

المراجع:

أولا: الكتب:

18- ابن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط2: 1408هـ.
19- أبو إسحاق الشاطبي، الموافقات، ط 1، مج 2، دار ابن عفان، 1997.
20- أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا: معجم مقاييس اللغة، دار الفكر، 1399هـ - 1979م، ج4، المحقق: عبد السلام محمد هارون.
21- أبو العينين بدران. أصول الفقه الإسلامي، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية -مصر، 1405 \ 1984.
22- أبو عبد الله القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، تح: هشام سمير البخاري، ج1، ط2، دار عالم الكتب، السعودية، 2003.
23- أحمد بن علي سير المباركي، العرف وأثره في الشريعة والقانون، مؤسسة فؤاد بعينو، بيروت، 1992.
24- أحمد فراج حسين: أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، د.ط، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2004.
25- أحمد فهمي أبو سنة. العرف والعادة في رأي الفقهاء عرض نظرية في التشريع الإسلامي، رسالة لنيل شهادة العالمية جامعة الأزهر، مصر، 1947.
26- أحمد فهمي مصطفى الزرقا، المدخل الفهمي العام، مطابع الألف باء الأديب، دمشق، 1968م.
27- أحمد محمد علي داود: الأحوال الشخصية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2009، ج1.
28- أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، د، ر، ط، دار الكتب القانونية، مصر، 2009.
29- بدر الدين محمد بن بهادر الزركشي، المنثور في القواعد، ط2، تحقيق تيسير فائق، دار الكويت للصحافة، الكويت، 1405\1985.
30- بدران أبو العينين، الزواج والطلاق في الشريعة الاسلامية والقانون سوسة شبان الجامعة، الإسكندرية.
31- بلحاج العربي: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط1، الجزائر، 2002، ج1.
32- حسن كير، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط6: 1993.

33- خليل بن كيكلدي العلائي، المجموع المذهب في قواعد المذهب، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، السعودية، 1414هـ \ 1994م.
34- خير الدين بن محمود الدمشقي: الأعلام، دار العلم للملايين، الطبعة الخامسة عشر، 2002، ج8.
35- الزحيلي وهية، الفقه الإسلامي وأدلته، ط4، دار الفكر، دمشق، سوريا، (د.ت.ن).
36- سعود بن عبد الله الورقي. العرف وتطبيقاته المعاصرة، المكتبة الشاملة الذهبية، المملكة العربية السعودية، 2019.
37- سيد الجميلي: الإحكام في أصول الأحكام (بن محمد الآمدي)، دار الكتاب العربي، بيروت، 1419هـ\1984.
38- السيد سابق: فقه السنة. المجلد الثاني، دار الفتح. مصر 2000.
39- شهاب الدين العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، تح: شعيب الأرنؤوط وعادل مرشد، ط 1، دار الرسالة العلمية، سوريا، 2013، كتاب النفقات، بـ 5/ح.
40- صالح عوض، أثر العرف في التشريع الإسلامي، د.ر.ط، دار الكتاب الجامعي، مصر، 1972.
41- الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، دار الفكر العربي، بيروت، دون سنة.
42- عادل بن عبد القادر محمد علي قوته، العرف وحجته في فقه المعاملات المالية عند الحنابلة، السعودية، ط1: 1997م، ج1.
43- عباس صراف، المدخل إلى علم القانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط1: 2008.
44- عبد الحي بن أحمد بن محمد العكري الحنبلي، دار بن كثير، 1406هـ، دمشق، تحقيق: عبد القادر الأرنؤوط، ومحمود الأرناؤوط. الأعلام، الزركلي. ج7.
45- عبد العزيز سعد: قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد (أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل)، ط3، دار هومة، 2011.
46- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط 3، دار هومة، الجزائر، 1996.
47- عبد الوهاب خالف، علم أصول الفقه، مكتبة الدعوى الإسلامية، القاهرة-مصر، د.س.

48- العربي بختي: أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013.

49- علال الفاسي، مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط1: 1991.

50- فاديغا موسى، أصول فقه الإمام مالك وأدلته العقلية، دار التدمرية، الرياض، 2007.

51- محفوظ بن صغير، أحكام الزواج، ط 1، دار الوعي، الجزائر، د. س.

52- محمد الأمين الشنقيطي، مذكرة في أصول الفقه، دار الإنقاذ، الإسكندرية، القاهرة، (د ت).

53- محمد الزحيلي، علم أصول الفقه، مركز البحث العلمي، كلية الشريعة، مكة المكرمة.

54- محمد أمين الشهير بأمير بادشاه: تسيير التحرير، (د.ت).

55- محمد بن محمد بن أمير الحاج، التقرير والتحبير على تحرير الكمال بن الهمام ط- أخرى، بيروت، 1996.

56- محمد حسين قاسم، مبادئ القانون، الدار الجامعية، (د، ب)، 1998.

57- ناجي شفيق عجم. الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، مطبعة دار الكتب العربية، دون سنة، جامعة الملك عبد العزيز جدة، السعودية، 12.

58- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 07، ط 02، دار الفكر، سوريا، 1985.

59- وهبة الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه، دار الفكر للنشر، دمشق، 1986م، ج1.

60- يعقوب عبد الوهاب الباحسين. قاعدة العادة محكمة دراسة نظرية تأصيلية تطبيقية، مكتبة الرشد، ط2، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2012.

الرسائل والأطروحات

61- مشعل النفيعي، المسائل الفقهية المبنية على العرف عند شيخ الإسلام بن تيمية، رسالة دكتوراه في الفقه الإسلامي كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، السعودية، 2005.

المذكرات :

62- أحمد رشاد عبد الهادي أبو حسن. أثر العرف في الأحوال الشخصية -دراسة فقهية قانونية، قدمت هذه الرسالة استكمالا لمتطلبات الماجستير في القضاء الشرعي، جامعة الخليل -فلسطين، 1435\2013.

63- سي ناصر بوعلام، الاشتراط في عقد النكاح وأثره بين الشريعة والقانون دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض التشريعات العربية، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في الشريعة والقانون، جامعة وهران-الجزائر، 2011\2012.

64- شادي سالم الكفارنه. دية النفس في الشرع الإسلامي والعرف القبلي، قدمت هذه الرسالة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الفقه المقارن من كلية التربية بجامعة الأزهر غزة فلسطين، 2013.

65- شريفي عماد، اعتبار العرف في مسائل الزواج وآثاره، رسالة ماجستير، جامعة محمد بوضياف-المسيلة-، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2014-2015.

66- عجال هاجر، بن سني خديجة. الاعتبار في مسائل الطالق وآثاره بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، تخصص: قانون الأسرة، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2019\2020.

67- عزوز فاطمة الزهراء، إعتبار العرف في أحكام الخطبة والزواج في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة مكملة لمقتضيا نيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص أحوال شخصية، جامعة المسيلة، الجزائر، 2015\2016.

68- عماد شريفي، إعتبار العرف في مسائل الزواج وآثاره في قانون الأسرة الجزائرية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير تخصص قانون الأسرة، جامعة المسيلة، 2015.

69- عمرو سهام، عطوي جميلة. العرف دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، مذكرة تخرج ماستر علوم إسلامية، جامعة المسيلة -الجزائر، 2018\2019.

70- غرابي عادل. مكانة العرف في المنظومة التشريعية الأسرية في الجزائر، مذكرة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون الأسرة، جامعة الجلفة، 2019\2020.

71- غراسي عادل، مكانة العرف في المنظومة التشريعية الأسرية في الجزائر، مذكرة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجلفة- الجزائر، 2019\2020.

72- مصطفى ودندا. حجية العرف عند الأصوليين: دراسة أصولية، بحث تكميلي مقدم لنيل درجة ماجستير الآداب في الدراسات الإسلامية تخصص أصول الفقه، جامعة الأزهر، القاهرة مصر، 2017.

المجلات:

73- مصطفى أبو بكر مصطفى. العرف الإسلامي ونموذجه عند الشعب الكانوري دراسة في ضوء أصول الفقه الإسلامي، كلية الشريعة، جامعة ولاية يوبي -نيجيريا، 2013.

74- مقاتل إيمان. اعتبار العرف في مقدمات عقد الزواج (الخطبة)، مجلة التراث، المجلد09، العدد01، جامعة عنابة، الجزائر، 2019.

القوانين:

75- المادة الأولى من القانون المدني الجزائري الصادر بأمر رقم 75-58 لسنة 1975.

المواقع الإلكترونية:

76- حسنين محمود حسنين، العرف والعادة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، وغيرها. موقع افتاء
http://islam.gov.kw/eftaa/Fatwa/CurrentFatwa/Pages/CurrentFatwa11.aspx

الفهرسة

العنـــــــــــــــوان	الصفحة
إهداء	
إشكالية الدراسة	04
أسباب اختيار الموضوع	05
أهمية الموضوع	05
المنهج المتبع	06
الفصل الأول : ماهية العرف	
تمهيد	08
المبحث الأول : مفهوم العرف	08
المطلب الأول : تعريف العرف	08
الفرع الأول : العرف في اللغة	08
الفرع الثاني : العرف في الاصطلاح	09
المطلب الثاني : تمييز العرف عن بعض المصطلحات	11
الفرع الأول : الفرق بين العرف والعادة	11
الفرع الثاني : التمييز بين العرف والإجماع	14
الفرع الثالث : التمييز بين العمل والعرف	16
المطلب الثالث : أنواع العرف في الفقه الإسلامي	18
الفرع الثاني : أقسامه من حيث من يصدر عنه العرف	18
الفرع الثالث : أقسام العرف من حيث الاعتبار في الشرع	19
الفرع الرابع : أقسام العُرف من حيث الثبوت والاستقرار وعدمه	19
المطلب الرابع : أركان وشروط العرف في الفقه الإسلامي	20
الفرع الأول : أركان العرف	20
الفرع الثاني : شروط العرف	21
المبحث الثاني : حجية العرف ودوره في الفقه الإسلامي	24

المطلب الأول : حجية العرف	26
الفرع الأول : العرف في القرآن الكريم	26
الفرع الثاني : العرف في السنة النبوية الشريفة	27
الفرع الثالث : العرف في الإجماع	27
المطلب الثاني : دور العرف في الفقه الإسلامي	28
الفرع الأول : تعارض العرف مع الأدلة الشرعية	28
الفرع الثاني : تعارض العرف مع اللغة	30
الفرع الثالث : تعارض العرف مع الاجتهاد	31
الفصل الثاني : إعتبار العرف في الأحوال الشخصية	
تمهيد	33
المبحث الأول : إعتبار العرف في الخطبة	33
المطلب الأول : إعتبار العرف في فاتحة الخطبة	33
الفرع الأول : المقصود بفاتحة الخطبة	34
الفرع الثاني : اعتبار العرف في اقتران الخطبة بالفاتحة	34
المطلب الثاني : اعتبار العرف في العدول عن الخطبة	35
الفرع الأول : تعريف العدول عن الخطبة	35
الفرع الثاني : مدى اعتبار العرف في العدول	36
المبحث الثاني : مكانة العرف في الزواج	37
المطلب الأول : اعتبار العرف في أركان الزواج	38
الفرع الأول : تعريف الايجاب والقبول	38
الفرع الثاني : اعتبار العرف في الايجاب والقبول	38
المطلب الثاني : اعتبار العرف في شروط الزواج	39
الفرع الأول : اعتبار العرف في الولي	39
الفرع الثاني : اعتبار العرف في الصداق	41
الفرع الثالث : اعتبار العرف في الشروط الجعلية	42

خاتمة 43

قائمة المصادر والمراجع

ملخص الدراسة:

يتمحور موضوع دراستنا حول العرف كمصدر تشريعي في مسائل الخطبة والزواج، والذي تناولنا في الإشكالية التالية، ما مدى حضور العرف في أحكام الأحوال الشخصية الخاصة بالخطبة والزواج؟ وللإجابة عن الإشكالية المطروحة تم تقسيم البحث إلى فصلين تطرقت حيث تم التعرض في أول الفصول لمفهوم العرف وشروطه وأركانه وكل ما يتصل بتفصيل ما هيته، كخطوة استباقية لتسليط الضوء على إعمال العرف في مسألتي الخطبة والزواج وذلك في الفصل الثاني، وتوصلت الدراسة إلى أن للعرف دور كبير ومهم، بحيث يعد دليل يستعين الفقه الإسلامي به في التعرف على مقاصد الناس ونياهتم والأهم من ذلك للفصل فيها، كما أن أهميته تمس جميع مجالات الحياة خاصة فيما يتعلق بمسائل الخطبة والزواج، فقد تأثرت بصورة واضحة بالأعراف، فبالنسبة للمهر (الصداق) مثال تظهر لنا سيطرة العرف فيه وبالنظر للعرف نجد أن العرف المعتمد في المهر هو التعجيل في الخطبة، أما فيما يتعلق بسألة الزواج فمن الضروري توافر الرضا والقبول وجوب الولاية في العقد وهذا ما سارت عليه أعرافنا، كما تخضع أحكام المتعة والنفقة في تقديرها لظروف إحلال، وتوصلنا في هذه الدراسة إلى أن للعرف الدور البارز فيما يتعلق بالجانب الشخصي للفرد خاصة في مسائل الخطبة والزواج، والأساس فيه هو الدور التنظيمي للفصل فيما تركه الشرع والفقه دون نص قطعي ملزم به.

الكلمات المفتاحية: الفقه الإسلامي – العرف – الأحوال الشخصية – الخطبة – الزواج.

SUMMARY:

The topic of our study revolves around custom as a legislative source in the issues of engagement and marriage, which we dealt with in the following problem. To answer the problem raised, the research was divided into two chapters that touched on the first chapters of the concept of custom, its conditions and pillars and everything related to the detail of what it was, as a proactive step to highlight the realization of custom in the issues of the engagement and marriage in the second chapter, and the study concluded that custom has a major role It is important, so that evidence that Islamic jurisprudence uses to identify the purposes of people and interested and most importantly to separate it, and its importance affects all areas of life, especially with regard to the issues of the engagement and marriage, as it was clearly affected by the norms, As for the dowry, an example shows us the control of the custom in it. Given the custom, we find that the custom adopted in the dowry is the acceleration in the sermon, but with regard to the issue of marriage it is necessary to have contentment and acceptance that the jurisdiction is obligatory in the contract and this is what our customs have followed, and the provisions of the help and alimony are subject to Its appreciation for the circumstances of replacement, and we concluded in this study that the custom has the prominent role in relation to the personal aspect of the individual, especially in the issues of the engagement and marriage, and the basis in it is the organizational role of the separation in what the Sharia and jurisprudence left without a definitive text binding on it.

Key words: Islamic jurisprudence - custom - personal status - engagement - marriage.