العرف وأثره في تحديد أهلية النكاح

دراسة أصولية فقهية

د. أحلام حمدان سعيد العتيبي
معلمة بوزارة الأوقاف والشئون الإسلامية - الكويت

العرف وأثره في تحديد أهلية النكاح دراسة أصولية فقهية

أحلام حمدان سعيد العتيبي
قسم أصول الفقه بوزارة الأوقاف والشئون الإسلامية – الكويت
البريد الإلكتروني :omnwafa@hotmail.com

الملخص :
فقد وقعت اجتهادات معاصرة في أحكام النكاح، تحتاج إلى الوقوف أمامها، وإمعان النظر فيها؛ لمعرفة ما لها وما عليها، ومدى قربها من روح التشريع الإسلامي ومقاصده العامة والأحكام الاجتهادية قد تتغير من آنٍ لآخر، ومن مكان لآخر، ومن ثم فلا يجوز العمل بها في كل زمان ومكان، ولا يجوز تقليد من قال بها في واقع يختلف عن الواقع الذي صدرت من أهله فيه.
ومرد ذلك كله أن الاجتهادات منها ما بني على العرف، والعرف يتعدد، ومنه ما بني على مصلحة، والمصلحة تقوم وتسقط، ومنها ما بني على معارف بشرية، ويأتي العلم الحديث ليقرها أو لينفيها، ومنها ما يكون مناسبًا لعصر دون آخر، فكم من آراء فقهية كانت مرجوحة ثم تغيرت الأزمان وتبدلت الظروف والأحوال فظهرت رجاحة هذه الآراء ووجاهتها، ووجدت من أبرزها ما وافق مقاصد الشرع، وروح العصر، وغدت هذه الآراء الأقوال السائدة بعد طول ركود، ولهذا كله قرر الفقهاء: (أنه لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان).

الكلمات المفتاحية: العرف – تحديد – أهلية – النكاح – الاجتهادات

Custom and its effect on determining the eligibility of marriage, a jurisprudential fundamentalist study

Dreams of Hamdan Saeed Al-Otaibi
Department of Fundamentals of Fiqh at the Ministry of Endowments and Islamic Affairs – Kuwait
Email: omnwafa@hotmail.com

Abstract :
Contemporary jurisprudence has occurred in the rulings on marriage, which need to be examined and carefully considered. To know what it has and what is on it, and how close it is to the spirit of Islamic legislation and its general purposes and jurisprudential rulings may change from time to time, and from one place to another, and then it is not permissible to work with them in every time and place, and it is not permissible to imitate those who said them in a reality that differs from the reality that was issued Of his family in it.
The reason for all of this is that jurisprudence, some of which is based on custom, custom is multiplied, and from it that is built on interest, interest rises and falls, and some of it is built on human knowledge, and knowledge comes

Key words: Custom - Determination - Eligibility - Marriage - Jurisprudence

مقدمة:

إن الحمد لله نحمده ونستعين به ونستغفره ونشكره، ونثني عليه الخير كله، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمد عبده ورسوله، وبعد.

فقد وقعت اجتهادات معاصرة في أحكام النكاح، تحتاج إلى الوقوف أمامها، وإمعان النظر فيها؛ لمعرفة ما لها وما عليها، ومدى قربها من روح التشريع الإسلامي ومقاصده العامة والأحكام الاجتهادية قد تتغير من آنٍ لآخر، ومن مكان لآخر، ومن ثم فلا يجوز العمل بها في كل زمان ومكان، ولا يجوز تقليد من قال بها في واقع يختلف عن الواقع الذي صدرت من أهله فيه.

ومرد ذلك كله أن الاجتهادات منها ما بني على العرف، والعرف يتعدد، ومنه ما بني على مصلحة، والمصلحة تقوم وتسقط، ومنها ما بني على معارف بشرية، ويأتي العلم الحديث ليقرها أو لينفيها، ومنها ما يكون مناسبًا لعصر دون آخر، فكم من آراء فقهية كانت مرجوحة ثم تغيرت الأزمان وتبدلت الظروف والأحوال فظهرت رجاحة هذه الآراء ووجاهتها، ووجدت من أبرزها ما وافق مقاصد الشرع، وروح العصر، وغدت هذه الآراء الأقوال السائدة بعد طول ركود، ولهذا كله قرر الفقهاء: (أنه لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان).

أهمية الموضوع وأسباب اختياره:

١ – افتقاد كثير من العلماء للآلية التي يتعاملون بها فى الفتوي مع النوازل.

٢– من الموضوعات الجديدة التي تخدم الفقه الإسلامي.

٣– ظهور بعض الفتاوى، والاجتهادات بصور وأشكال مستجدة في وسائل الإعلام وغيرها، بعيدة كل البعد عن منهج السلف الصالح، وأسس النظر الصحيح، ويعلل العلماء فيها الحكم الفقهي على العرف؛ حيث إن هذه الوقائع والفتاوي قد ظهرت نتيجة لعرف بلدة من البلاد.

٤- تأثر العرف بالفتوي فى الأنكحة المعاصرة، خاصة فى زواج المسيار، وزواج الفرند.

الدراسات السابقة:

من خلال البحث والإستقراء ، لم أعثر على آية دراسات قد تناولت هذا الجانب ومدى إظهار تأثير العرف فى الفتوي في الأنكحة المعاصرة، وقد جاءت الدراسات السابقة على النحو الآتي:

١- العرف والعادة في رأي الفقهاء عرض نظرية فى التشريع، للأستاذ الدكتور أحمد فهمي أبو سنة، رسالة دكتوراه طبعت سنة ١٩٤٩م.

٢- أثر العرف فى التشريع الإسلامي، للأستاذ الدكتور السيد صالح عوض، رسالة دكتوراه نوقشت سنة ١٩٦٩م.

٣- العرف وأثره فى الشريعة والقانون، للأستاذ الدكتور أحمد بن علي سير المباركي، رسالة نال بها درجة الماجستير فى المعهد العالي للقضاء بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، وقد طبعت سنة ١٤١٢ه.

٤- نظرية العرف للدكتور عبد العزيز خياط، وقد طبع الكتاب سنة ١٣٩٧هـ، ١٩٧٧م.

٥- العرف فى المذهب المالكي، للأستاذ الدكتور محمد أبي الأجفان، طبع ضمن بحوث ملتقي الإمام بن عرفة، سنة ١٩٧٧م.

٦- العرف والعمل فى المذهب المالكي، ومفهومها لدى علماء المغرب، للأستاذ عمر بن عبد الكريم الجيد، رسالة دكتوراه مقدمة إلى دار الحديث الحسنية بالمغرب الشقيق، وقد طبعت عام ١٩٨٢م.

٧- العرف وأثره فى التشريع الإسلامي، للأستاذ الدكتور مصطفي عبد الرحيم أبي عجيلة، وقد نشر عام ١٤٠٦ه/ ١٩٨٦م.

٨- العرف والعادة بين الشريعة والقانون الوضعي دراسة مقارنة، للدكتور حسنين محمود حسنين، وقد نشر سنة ١٤٠٨ه/ ١٩٨٨م.

بالإضافة لكثير من الكتب الحديثة، وأبحاث المجمع الفقهي فى دورته الخامسة، العدد الخامس، سنة ١٤٠٩ه/ ١٩٨٨م التي تناولت موضوع

العرف لا بشكل مفرد، وإنما ضمن موضوع علم أصول الفقه بشكل عـــام، فكان مبحثًا من مباحثها المختلفة.

والفرق بين هذه الدراسة والدراسات السابقة ما يلي:

١- اهتمامها بالناحية الأصولية، أما التطبيق فهو أمر ثانوي.

٢- جاء التطبيق فيها من جميع أبواب الفقه وموضوعاته، دون تخصـــيص باب معين أو موضوع معين منها، الأمر الذي يتعـــذر معـــه عمـــق، ووضح النظرة للجانب التطبيقي عند اقترانه بتلك الأصول، لا سيما وأن التطبيق فى تلك الدراسات هو من قبيل التمثيل فقط.

وقد أثرت في دراستي تجنب الدراسة المذهبية التي لا تعطي صـــورة واضحة لتأثر الفتوي بالعرف، لا سيما أن الجانب النظري في جميع الكتب يدرس العرف كأصل فى المذاهب، لكنني سأقوم ببيان أثر العرف فى الفتوي فى الأنكحة المعاصرة ومدي ملائمة الفتاوي وهذه القضايا للعرف باعتباره مصدر من مصادر التشريع فى الفقه الإسلامي من عدمه.

منهج البحث:

سأعتمد- بمشيئة الله تعالي- على المـــنهج التحليلـــي، والاستشـــهاد بالنماذج المعاصرة التي توضح تأثير العرف في الفتوى، والاستشهاد بالآراء التي انعكس فيها التصور الخاطئ والمصيب للعرف فى الفتوي.

خطة البحث:

المقدمة، وفيها أسباب اختيار الموضـــوع، وأهميتـــه، والصـــعوبات التـــي واجهتني، ومنهجي فى البحث.

المبحث الأول: حول تحديد مصطلحات وعنوان الدراسة، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف العرف والعادة والعلاقة بينهما.

المطلب الثاني: تعريف الفتوى.

المطلب الثالث: المراد بالأنكحة المعاصرة.

المطلب الرابع: حاجة المفتي والمستفتي إلى العلم بالعرف.

المبحث الثاني: الأصول العرفية لفقه النكاح .

المطلب الأول: حرية العقد وشروطه.

المطلب الثاني: صيغة العقد، وإشهاره.

المطلب الثالث: العبرة فى العقود للمقاصد والمعاني ، لا للألفاظ والمباني.

المبحث الثالث : حكم تحديد أهلية النكاح بالسن

المطلب الأول: المراد بأهلية تحديد النكاح.

المطلب الثاني: آراء الفقهاء المعاصرين .

المطلب الثالث: الترجيح .

الخاتمة وبها أهم النتائج والتوصيات

وثبت بالمراجع والمصادر.

المبحث الأول: حول تحديد مصطلحات وعنوان الدراسة، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف العرف والعادة والعلاقة بينهما:

أولًا: العرف لغة: العين، والراء، والفاء كما يقول صاحب مقاييس اللغة، ترجع إلى أصلين صحيحين: يدل أحدهما على تتابع الشيء متصلًا بعضه ببعض، والآخر على السكون والطمأنينة، تقول العرب: جاءت القطا عرفًا، أي بعضها خلف بعض[١].

وجاء ذكر العرف في القرآن الكريم في قوله تعالى (وَالْمُرْسَلَاتِ عُرْفًا)[٢] قيل: هي الملائكة أرسلت متتابعة فهي مستعار من عرف الفرس: أي يتتابعون كعرف الفرس[٣].

ويأتي العرف أيضا بمعني المعرفة والعرفان[٤]، الإقرار[٥]، والرائحة الطيبة، ولكن أجمع علماء اللغة أن الكلمة تطلق على الرائحة طيبة كانت أم نتنة، بينما يرجح ابن فارس أنها الرائحة الطيبة، ويرى أنه القياس؛ لأن النفس تسكن إليه بدليل قوله تعالى (وَيُدْخِلُهُمُ الْجَنَّةَ عَرَّفَهَا لَهُمْ)[٦] أي طيبها.

ثانيًا: العرف اصطلاحًا: تعددت تعريفات الأصوليين- القدماء والمعاصرين للعرف- تبعًا لاختلاف النظر إلى مدلول هذه الكلمة، فمن الأصوليين من اقتصر على بيان ماهية العرف وحقيقته، ومنهم من أضاف الإشارة إلى بعض أقسامه، ومنهم من أشار إلى بعض شروطه، ومنهم من أضاف تقييده بالصحيح، والفاسد، وليس المجال مجال سرد لتعريفات

---

١) انظر: مقاييس اللغة، ابن فارس (٢٨١/٤)، معجم مفردات ألفاظ القرآن، الراغب الأصفهاني (ص٣٧١).

٢) سورة المرسلات آية (١)

٣) انظر: لسان العرب، ابن منظر (٢٣٩/٩)، مختار الصحاح، الجوهري (٤١٠/٤).

٤) انظر: المرجع السابق

٥) لسان العرب (٢٣٩/٩)، الصحاح، الجوهري (١٤٠٢/٢)

٦) سورة محمد (آية ٦)

الأصوليين؛ حيث أشبعت العديد من الدراسات ببيان هذه التعريفات تفصيلا وتقسيما، ومناقشة لماهية كل تعريف، ولكن الأقوى فى نظري ما عرفه ابن عاشور: بأنه ما يغلب على الناس من قول، أو فعل، أو ترك"[١].

ومن المعاصرين عرفه الدكتور السيد صالح – رحمه الله – فقال: " العرف هو ما استقر فى النفوس، واستحسنته العقول، وتلقته الطباع السليمة بالقبول، واستمر الناس عليه مما لا ترده الشريعة، وأقرتهم عليه"[٢].

وعرفه الدكتور حسين حامد حسان الذي عرفه فقال: " ما تعارف عليه الناس واعتادوا من قول، أو فعل لا يخالف نصًا من كتاب، أو سنة"[٣].

ولولا خلو التعريف الأول من التلميح لشرط العرف وأقسامه، والدور الذي فى التعريف الثاني لتعريفه العرف بما تعارف عليه الناس، ولولا خلوه من التلميح لشروط العرف، لكان كل منهما أجمع تعريف له.

لذلك أرى من خلال ما عرضناه وبحثته واستقرأته فى كتب الأصول أستطيع أن أقول إن العرف هو: ما استقر عليه النفس، واستحسنه العقل، وتلقته الطباع السليمة بالقبول بين جميع الناس أو غالبهم فى جميع البلاد أو بعضها من قول أو فعل، مما لا ترده الشريعة وأقرتهم عليه.

العادة فى اللغة: إن العادة فى اللغة تطلق على تكرار الشيء مرة بعد أخرى، ويدل على ذلك ما أورده ابن منظور أن العادة: الديدن يعاد إليه، معروفة وجمعها عاد وعادات وعيد، والأخير ليس بالقوي. والمعاودة: الرجوع للأمر الأول. يقال للشجاع: بطل معاود.[٤]

قال الله تعالى **(رَبَّنَا أَخْرِجْنَا مِنْهَا فَإِنْ عُدْنَا فَإِنَّا ظَالِمُونَ)**[٥].

---

١) حاشية التوضيح (٢٤٨/١).

٢) أثر العرف فى التشريع الإسلامي، د. السيد صالح، دار الكتاب الجامعي، ص ٥٢

٣) المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، حسين حامد حسان، شركة الطوبجي، القاهرة، الطبعة الأولى، ص ٢١٣

٤) انظر: لسان العرب لابن منظور ٣ / ٣١٦.

٥) سورة المؤمنون الآية ١٠٧.

وقال أيضاً **(وَلَوْ رُدُّوا لَعَادُوا لِمَا نُهُوا عَنْهُ)**[١]

وقال صاحب كتاب تيسير التحرير بأنها:" الأمر المتكرر ولو من غير علاقة عقلية"[٢].

العادة اصطلاحًا:

اختلفت تعريفات العلماء القدامى والمعاصرين لمصطلح العادة، وهذا الخلاف ناتج عن اختلافهم أنظارهم إلى العلاقة التي تربط العرف بالعادة.

فمن العلماء من عرفها بتعرف العرف ذاته ولم يفرق بينهما؛ لما يفضيه التلازم بينهما من بدوهما بمعنى واحد، ومن أمثلة ذلك ما ذكره ابن قدامة: بأنه ما يستقر فى النفوس من الأمور المتكررة، المقبولة عند الطباع السليمة"[٣]، وسار على هذا النهج الإمام الجرجاني، والنسفي، وابن عابدين الحنفي، والشيخ محمد أبو زهرة، والدكتور عبد الكريم زيدان والدكتور حسين حامد حسان؛ حيث عرفوا العرف بما اعتاده الناس[٤].

وهناك من العلماء من رأى فرقًا بين العرف والعادة؛ إذ من الفقهاء من يرى أن بين العرف والعادة عمومًا وخصوصًا مطلقًا، وأن العرف أعم وأشمل من العادة، فإذا ذكر لفظ العرف شمل ذلك العرف القولي، والفعلي، وإذا أطلق لفظ العادة شمل ذلك العرف العملي فقط، ومن أمثلة ذلك ما ذكره ابن الهمام الحنفي فقال:" العادة: العرف العملي"[٥].

وقد ذهب عدد من العلماء المعاصرين من جعل العادة أعم من العرف؛ حيث تطلق على العادة الجماعية، والعادة العرفية بينما لا يطلق العرف إلا على العادة الجماعية ومن هذا المنطلق يكون كل عرف عادة، ولا

---

١) سورة الأنعام الآية ٢٨.

٢) تيسير التحرير : محمد أمين الشهير بأمير بادشاه ٢ / ٢٠.

٣) العدة فى أصول الفقه

٤) الوجيز فى أصول الفقه، عبد الكريم زيدان (ص ٢٥٢)

٥) التقرير والتحبير (١-٣٤٠)

تكون كل عادة عرفًا، وممن قال بذلك الشيخ مصطفي الزرقا، وأبـــو ســـنة، ووهبه الزحيلي، وصلاح السدلان.

ورغم هذا الخلاف إلا أن الفقهاء جعلوا العرف والعادة بمعنى واحـــد فى الأقوال والأفعال، وفي بناء الأحكام عليهما عند التفريع؛ لأن العادة تنشأ بتكررها مرة بعد أخرى، واستمرارها يجعلها تستقر فى النفـــوس فتســـمي عرفًا.

فعدما يقولون:" العادة محكمة "، أو " العرف كالشرط" فمرادهم العادة والعرف الذي يعتبر فى بناء الأحكام الشرعية وحمل ألفاظ التصرفات عليه.

وحينما يقولون: " هذا ثابت بالعرف والعادة"، لا يعنون أن العادة غير العرف، وإنما عطفها من قبيل التأكيد لا التأسيس.

وقد قرر الشيخ عبد الوهاب خلاف – رحمه الله – أن فى لسان علماء الشرع لا فرق بين العرف والعادة [١].

المطلب الثاني: تعريف الفتوى:

الفتوى لغة: هي اسم مصدر بمعنى الإفتاء، والجمع الفتاوِي، والفتاوَى، يقال أفتاه فى الأمر أي أبانه له، وأفتاه فى المسألة إذا أجابه عنهـــا، وأفتـــى المفتي أي أحدث حكمًا.

والفتوى والفتيا: تبيين المشكل من الأحكام، أصله من الفتـــي، وهـــو الشاب القوي الحدث الذي شب وقوي، فكأن المفتي يقوي ما أشـــكل وأبهـــم ببيانه وقوته العلمية فيشب ويصير فتيا قويًا[٢].

وقد وردت هذه الكلمة بتصاريف مختلفة فى القرآن الكريم وكلها تدور حول معنى الإبانة والتوضيح ومنه قوله تعالى: ﴿وَيَسْتَفْتُونَكَ فِي النِّسَاءِ قُـــلِ

(١) انظر: علم أصول الفقه، عبد الوهاب خلاف (ص٨٩)

٢) انظر: تهذيب اللغة، أبو نصور أحمد الأزهري، تحقيق محمد عوض، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الأولي (٢٣٤/١٤)، ٢٠٠١م.

اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِيهِنَّ)[١]، قال ابن عطية فى تفسير هذه الآية (قــل الله يفتــيكم فيهن) أي يبين لكم حكم ما سألتم عنه)[٢].

الفتوي اصطلاحًا: تحدث الأصوليون عن تعريفات كثيرة للفتوي نذكر هنا من أهمها:

قال القرافي: " الفتوي إخبار عن الله تعالى فى إلزام أو إباحة"[٣].

وعرفها ميارة الفاسي المالكي بأنها: " الإخبار بالحكم الشــرعي مــن غير إلزام"[٤]

المطلب الثالث: الأنحكة العاصرة:

أولاً: النكاح في اللغة:

والنكاح في اللغة هو: الضم والجمع[٥]، يقال: نكح فلان امرأة ينكحها نكحاً إذا تزوجها، ونكحها ينكحها: باضعها أيضاً، وأصل النكاح في الكــلام العرب الوطء[٦].

ثانياً: النكاح في الاصطلاح: عرفه الحنفية بأنه: عقد يفيد ملك المتعة قصداً، أي حل استمتاع الرجل من امرأة لم يمنع نكاحها مانع شرعي بالعقد مباشرة، أو عقد وضع لتمليك منافع البضع [٧].

---

١) سورة النساء، آية ١٢٧

٢) المحرر الوجيز فى تفسير الكتاب العزيز، أبو محمد عبد الحق بن غالب بن عطية الأندلسي، تحقيق عبد السلام عبد الشافي، دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولي ١٤١٣ه ،١٩٩٣م (١١٨/٢*)،

٣) أنوار البروق في أنواء الفروق، المشهور باسم الفروق، شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس القرافي المالكي (٥٣/٤)، عالم الكتب، بيروت.

٤) الإتقان والإحكام فى شرح تحفة الحكام، المعروف بشرح ميارة، محمد بن أحمد بن محمد بن ميارة، دار المعرفة، بيروت، د.ت (٧/١)

٥) أنيس الفقــــهاء في تعريف الألفــــاظ المتداولة بين الفقهاء: قاسم القانوي ، الناشر: دار الوفاء، جدة ، الطبعة الثانية، ١٩٨٧م. تحقيق الدكتور أحمد الكبيسي، ص ١٤٩

٦) لسان العرب : ٢/ ٦٢٥

٧) الدر المختار: ٣/ ٣ .

المراد بالمعاصرة: الفتوى اليوم قد يكون في مسألة أو حادثة جديدة كل الجدة ليس فيها قول لأحد من السابقين، وقد يكون مسألة عرف فيها أقوال ويكون اجتهاد المفتي في اختيار الصواب أو الأنسب أو الأقرب لتحقيق مقاصد الشرع ومصالح الخلق.

وقد ورد الحديث: (إذا اجتهد الحاكم فأصاب فله أجران، وإن اجتهد فأخطأ فله أجر)[١].

قال ابن القيم – رحمة الله–: (وهذا يعم ما اجتهد فيما لم يعرف فيه قول من قبله وما عرف فيه أقوال واجتهد في الصواب فيها)[٢].

فالاجتهاد لحاجات الناس المتجددة مما لم يرد فيه قول للسابقين أمر لابد منه، وهو دور المجتهدين في كل مصر حتى لا توصم الشريعة – جهلاً– بعدم صلاحيتها للعصر حين يعجز فقهاؤها عن تقديم حلول لمشكلاتهم للإجابة عن استفساراتهم .

وقد كان الأئمة (يسألون عن حوادث لم تقع قبلهم فيجتهدون فيها ... وعلى هذا درج السلف، والخلف، والحاجة داعية إلى ذلك لكثرة الوقائع اختلاف الحوادث، ومن له مباشرة لفتاوى الناس يعلم أن المنقول وإن اتسع غاية الاتساع فإنه لا يفي بوقائع العالم جميعاً، وأنت إذا تأملت الوقائع رأيت مسائل كثيرة واقعة وهى غير منقولة، ولا يعرف فيها كلام لأئمة المذاهب، ولا لأتباعهم)[٣].

وقد يكون الاجتهاد انتقائياً ترجيحياً في مسالة قديمة للفقهاء أقوال، فلا يتصور أحد من الناس أن إطلاق لفظ المعاصرة أننا نقصد به القضايا المستحدثة فقط والمسائل الجديدة كل الجدة التي لم يكن للسابقين فيها رأي.

---

١) أخرجه البخاري: في كتاب الاعتصام (باب أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ)،٦/٢٦٧٥ ،

٢) إعلام الموقعين عن رب العالمين: ٤/ ٢٦٦ .

٣) المرجع السابق.

بل كما ذكر الدكتور القرضاوي نعنى بذلك إعادة النظر في تراثنا الفقهي، والاختيار من بين مذاهبه، وأقواله ما يصلح للتشريع، والقضاء والفتوى به في عصرنا[١]

المطلب الرابع: حاجة المفتي والمستفتي إلي العلم بالعرف:

أولًا: حاجة المفتي إلى العلم بالعرف قبل الإفتاء:

أشار الأصوليون إلى أهمية إحاطة المفتي بالعرف ومعرفة الناس عند النظر فى تفسير النصوص والفتوي، فمن شروط المفتي معرفته للناس وأعرافهم وعوائدهم، نقل الإمام ابن القيم – رحمه الله – عن الإمام أحمد أنه ذكر أهم خصال المفتي ومنها: معرفة الناس[٢]

لذلك كان لابد بعلم المفتي بأحوال الناس قبل بيان الحكم، وترجيح بعض الآراء على بعض، ومدي اعتبار العرف من عدمه، فلابد للمفتي أن ينظر إلى العرف والبحث عنه قبل الحكم فى النازلة، لأن هذا شرط من شروط الافتاء.

قال السرخسي:" وأقرب ما قبل فى حق المجتهد: أن يكون قد حوي علم الكتاب ووجوه معانيه، وعلم السنة بطرقها ومتونها، ووجوه معانيها، وأن يكون مصيبًا فى القياس عالمًا بعرف الناس"[٣].

وبين ابن القيم– رحمه الله– إلى أهمية وعظم ذلك فقال:" فإياك أن تهمل قصد المتكلم، ونيته، وعرفه، فتجني عليه وعلى الشريعة، وتنسب إليها ما هي بريئة منه"[٤].

وقد راعت الشريعة الإسلامية عوائد الناس فى تشريع كثير من الأحكام، فينبغي للمفتي أن ينتبه إلى ذلك، ويعتبر ذلك فى استنباط الأحكام .

---

١) انظر: شريعة الإسلام صالحة للتطبيق في كل زمان ومكان، تأليف دكتور يوسف القرضاوي، ص٧٩، الناشر مكتبة وهبة ط٥/ ١٤١٧ هـ – ١٩٩٧ .

٢) إعلام الموقعين (٤– ١٩٩)

٣) المبسوط للسرخسي (١٦-٦٢)

٤) إعلام الموقعين (٣-٦٩)

قال ابن الهمام الحنفي: " والتحقيق أن المفتي فى الوقائع لابد له من ضرب اجتهاد، ومعرفة بأحوال الناس"[١]

كما أشار ابن عابدين الحنفي بذلك وبين أن المفتي الذي يفتي بالعرف لابد له من معرفة الزمان وأحوال أهله، ومعرفة أن هذا العرف خاص أو عام، وأنه مخالف للنص أو لا، ولابد له من التحرج على استاذ ماهر، ولا يكفيه مجرد حفظ المسائل والدلائل[٢].

وحيث تقرر ذلك فيجب على المفتي في النوازل تأمل الأحوال المحيطة بالنازلة قبل أن يستنبط حكمها، فإذا كان الحكم يتعلق بفرد من الأمة فيجب على المجتهد معرفة حاله أولاً، فرب حكم يفتى به لزيد لا يفتى به لعمرو، لاختلاف حالهما، ورب فتوي لبلد معين لا تناسب البلد الآخر، ورب حكم يناسب مجتمعاً إسلامياً خالصاً لا يناسب أقلية من الأقليات التي تعيش في بلد غير الإسلامي، فلابد للمجتهد أن يستحضر هذه المعاني فإنها كفيلة بمقاربة الصواب.

ثانيًا: حاجة المفتي إلى العلم بعرف المستفتي:

ولابد أن يعلم أن ذكر الدليل في الفتوى يرجع إلى حال السائل، وطبيعة الفتوى، أو النازلة ؛ فإذا كان السائل له علم بالشرع، ودراية في معاني الأدلة، أو طلب معرفة الدليل، فينبغي للمفتي أو الناظر ذكر الدليل والحجة، أو الحكمة من المشروعية، تطميناً لقلب السائل، وزيادة في علمه وتوثيقاً لفهمه، أما لو كان المستفتي أمياً لا يفقه معنى الدليل، فذكره له مضيعة للوقت وخطاباً لمن لا يفهم، وكذلك لو كانت النازلة تتعلق بمهام الدين ومصالح المسلمين أو بها غموض قد يطرأ في الذهن فينبغي كذلك للمفتي ذكر الدليل والحجة، والاهتمام ببسط الأدلة ما أمكنه ذلك.

---

١) فتح القدير (٢- ٣٣٣)

٢) ينظر فى ذلك مجموعة رسائل ابن عابدين (٢- ١٢٩)

يقول القرافي: " ينبغي للمفتي إذا ورد عليه مستفت لا يعلم أنه من أهل البلد الذي منه المفتي وموضع الفتيا أنه لا يفتيه بما عادته يفتي به حتي يسأله عن بلده، وهل حدث لهم عرف في ذلك البلد فى هذا اللفظ اللغوي أم لا ؟ وإن كان اللفظ عرفيا فهل عرف ذلك البلد موافق هذا البلد فى عرفه أم لا ؟ وهذا أمر متعين واجب لا يختلف فيه العلماء، وأن العادتين متي كانتا فى بلدين ليستا سواء؛ وذلك أن حكمهما ليس سواء[1].

ويقول أيضا:" بل ولا يشترط تغير العادة، بل لو خرجنا نحن من ذلك البلد إلى بلد آخر عوائدهم على خلاف عادة البلد الذي كنا فيه أفتيناهم بعادة بلدهم، ولم نعتبر عادة البلد الذي كنا فيه، وكذلك إذا قدم علينا أحد من بلد عادته مضادة للبلد الذي نحن فيه لم نفته إلا بعادة بلده دون عادة بلدنا[2].

المبحث الثاني: الأصول العرفية لفقه النكاح.

المطلب الأول: حرية التعاقد وشروطه، وأثر العرف في ذلك:

والمراد بحرية التعاقد أي قدرة المتعاقدين على إنشاء وإحداث ما يتراضيان عليه من العقود ، والسؤال الذي يفرض نفسه: هل الشرع وارد بتحديد أنواع معينة من العقود؟ وهي تلك التي كانت على عهد النبي- صلى الله عليه وسلم- وردت بتقريرها الأدلة الشرعية، وتحدث عنها الفقهاء القدامى، واصطلح على تسميتها فى واقعنا المعاصر بالعقود المسماة ؟ أم أن الناس استحدثوا ما شاءوا من العقود دون النظر إلى عناية الشارع، وإلى أركان العقد وشروطه، بحسب ما يجد من مصالح، وما يطرأ من أقضية ونوازل، وما يتكون من عوائج وأعراف، غير مقيدين فى هذه العقود المحدثة إلا بقيد واحد، وهو: ألا تشتمل هذه العقود على أمر قد حرمه الشارع، ونهي عنه، فمتي لم تشتمل تلك العقود على أمر محرم بنص

١) الإحكام فى تمييز الفتاوي عن الأحكام، للقرافي (ص ٢١٨)

٢) المرجع السابق (ص ٢٣٣)

خاص، أو بمقتضي القواعد والأصول الشرعية، فإن الوفاء بها لازم، وكل عاقد مأخوذ بما تعهد به، كما أن هل الأصل فى العقود الحظر أم الإباحة؟.

والمراد بحرية المتعاقدين: هل للمتعاقدين أن يشترطا في العقد بعض الشروط التي يرونها فى مصلحة العقد، فيغيرا بذلك فى الآثار المعروفة للعقد، من ناحية الصحة، والفساد، أو الكراهة، والبطلان، وأن ما اشترطانه يجب الوفاء به والالتزام به ويصبح عرفا فى ذلك [١].

إن الناظر فى واقعنا المعاصر يرى أن كثيرًا من الفتاوى ظهرت فى أحكام النكاح، وأصبح الناس يشترطون لها شروطًا كل حسب ما تراه مصلحته، متفنين فى ذلك بدعاوي عديدة، تحت قواعد التيسير، ورفع الحرج والتسهيل على الناس، دون النظر إلى مقاصد هذه الشروط وان كانت صحيحة، وما يترتب عليها من آثار.

قال الشيخ مصطفي الزرقا – رحمه الله – فى شأن الشروط وحرية الاشتراط: " أهم نواحي سلطان الإرادة فى نظر الحقوق الحديثة"[٢].

فالشريعة الإسلامية قد بينت واعتنت بما يهم الناس فى معاملاتهم، ووضحت الشروط المتعارف عليها إقرارًا وإنشاء، قال الشيخ على الخفيف – رحمه الله –: " كان التعاقد معروفًا عند العرب قبل الإسلام، وكان يتناول أكثر الشؤون التي تناولها بعد الإسلام، فكانوا يعرفون عقود المعاوضات المالية من بيع وإجارة، ونحوها، ويعرفون عقود التوثيق من رهن وكفالة، وحوالة، ويعرفون عقود النكاح والهبة والوصية والعارية، وغيرها من المعقود التي جري العرف بها، وصارت لها نتائج عرفية، يلزمهم بها العرف، ويوجبها عليهم الخلق ونظام المعيشة ثم جاء الإسلام فأقر منها ما كان صالحًا، وكمل ما كان ناقصًا، وحرم ما كان ضارًا، وين لها الحدود،

---

١) بتصرف انظر فى ذلك: أثر العرف وتطبيقاته المعاصرة فى المعاملات المالية، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب د عادل قوتة، (ص ٦٦)

٢) المدخل الفقهي العام، الزرقا (١/٤٦٥).

وفصل لها الأحكام، فأقر كثيرًا من العقود، وحرم منها أنواعًا لما تحويه من الخداع والغرر، كذلك حرم كل عقد مالي دخله الربا وأكل أموال الناس بالباطل، وهكذا أصلح المعاملة والتعاقد، وناهما على الرضا، ثم أوجب الوفاء بالعقد، وفصل أنواعها وأحكامها وشروطها.

وهذا ما تفيده نصوص الشريعة إجمالاً وتفصيلاً، ومقتضي ذلك أن تطلق الحرية للناس في أن ينشئوا من العقود والشروط ما تدعوهم الحاجة إلى إنشائه، وإن لم يكن معروفًا لهم من قبل متي كان في مصلحتهم، ولا يتعارض مع أسس الدين وقواعده الكلية"(١).

وقد وضح الإمام ابن تيمية- رحمه الله- أن الأصل فى العقود رضا المتعاقدين، ونتيجتها ما أوجباه على أنفسهما بالتعاقد (٢).

وقال المرداوي الحنبلي:" اختار الشيخ تقي الدين- رحمه الله – صحة الشروط وإن تعددت، واختار صحة العقد والشرط فى كل عقد، وكل شرط لم يخالف الشرع؛ لأن إطلاق الاسم يتناول المنجز والمعلق والصريح والكناية، كالنذر، وكما يتناوله بالعربية والعجمية"(٣).

فإجازة الشروط والعقود العرفية مبني على ألا يعارض العرف نص شرعي أو أصل قطعي في الشريعة، بحيث يكون العمل بالعرف تعطيلاً له.

يقول شيخ الإسلام- ابن تيمية-:(الأصل حمل العقود على الصحة)(٤).

ويقول القرافى: (الأصل في العقود اللزوم، لأن العقد إنما شرع لتحصيل المقصود من المعقود به أو المعقود عليه، ودفع الحاجات، فيناسب ذلك اللزوم وفقاً للحاجة وتحصيلاً للمقصود)(٥).

---

١) انظر: أحكام المعاملات الشرعية، الشيخ على الخفيف، مصر، دار الفكر العربي، الطبعة الثانية، (٢٠٦، ٢٠٧)

٢) مجموع الفتاوي (٢٩/١٥٥).

٣) الإنصاف (٤/٣٥٣-٣٥٤).

٤) مجموع الفتاوى : ٢٩/ ٤٤٦.

٥) الفروق : ٤/ ٣٦ .

فكل عقد توفرت شروطه وانتفت موانعه، فهو صحيح، تترتب آثاره عليه، ونافذ وملزم لكلا الطرفين، بحيث لا يستطيع أي واحد منهما رفعه، وهى محل إجماع الفقهاء في المذاهب المختلفة، وإن اختلفت عباراتهم فيه، وهذا الأصل من الأصول التي ينبغي أن يخرج عليها المفتي كافة العقود المعاصرة في النكاح ما لم يطرأ عليها الفساد من جانب آخر.

وقد جعل العلماء ضابط العقود بأن كل شرط ليس في كتاب الله هو باطل.

ومن أمثلة هذا الأصل وجود عقود جديدة يتعامل بها الناس اليوم في النكاح، وذلك بإجراء عقد النكاح عبر وسائل الاتصالات، فهذه الأنكحة لم تكن موجودة من قبل، ولم تكن مسماة ولا معروفة عند فقهائنا السابقين، لكن الواقع جعلها عرفا يتعامل بها الناس فعلى هذا الأصل الذي ذكرناه، وبناء عليه فإنه يجوز إنشاؤها والتعامل بها إذا قامت على العدل وخلت من المحرمات والتدليس والغش والحرام.

الأصل الثاني: صيغة العقد وإشهاره، وتوثيقه:

لابد في التعاقدات أياً كانت بين حاضرين، أو غائبين أن يكون هناك إيجاب وقبول، في مجلس واحد، فاتحاد المجلس شرط في الانعقاد، وهذه هي نظرية مجلس العقد، والغرض من هذه النظرية هو تحديد المدة التي يصح أن تفصل القبول عن الإيجاب حتى يتمكن من عرض عليه الإيجاب من المتعاقدين أن يتدبر أمره فيقبل الإيجاب أو يرفضه [١].

وبتعبير آخر الصيغة هو ما يبين عن رضا المتعاقدين .

قال تعالى: **(يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ)**[٢].

---

١) مصادر الحق في الفقه الإسلامي: دراسة مقارنة بالفقه الغربي، الناشر: در إحياء التراث العربي ،بيروت. (د.ط، د.ن)، ١/ ٤٩

٢) سورة النساء (آية ٢٩)

وقوله عز وجل (عن تراض) دال على أن التراضي هو مناط الجواز، ولما كان الرضا أمرًا خفيا لا يطلع عليه، كان لابد من الدلالة عليه بلفظ أو ما يقوم مقامه، وهو صيغة العقد، ودليل الرضا هو كل ما يدل عليه ويقوم مقامه، وتنقسم صيغ الرضا إلى الصيغة اللفظية، والفعلية ،والكتابة والمراسلة، والإشارة، ودلالة الحال، والسكوت، ولكل صيغة من هذه الصيغ قيودها وما تصح به، وقد أثر العرف كثيرا فى الفتوى حيث ظهر التعاقد بالنكاح عن طريق الانترنت مشافهة، وعن طريق الجوال، وعن طريق اللاسلكي وغيره من الأجهزة الحديثة، وقد نشب خلاف في عديد من المسائل كنظرية تحديد مجلس العقد، وهل يتم الأخذ بنظرية إعلان القبول أو العلم بالقبول أو غيرها من النظريات، وتحديد مكان العقد وزمانه[١].

قال الشيخ تقي الدين فى دوال الرضا: " أي لفظ من الألفاظ عرف به المتعاقدان مقصودهما انعقد به العقد، وهذا عام فى جميع العقود، فإن الشارع لم يجد فى ألفاظ العقود حدًا بل ذكرها مطلقة"[٢].

وقال أيضا فى ذكره لأثر العرف فى العقود: " المرجع فى العقود إلى عرف الناس وعاداتهم، فما عده الناس بيعًا فهو بيع، وما عدوه إجارة فهو إجارة، وما عدوه هبة هو هبة، وهذا أشبه بالكتاب والسنة وأعدل"[٣].

ونكتة المسألة وسرها: هو معرفة مراد المتكلم ورضاه، وقد أصبح الآن أسهل ما يكون فى ظل الوسائل الإلكترونية الناقلة للصوت والصورة؛ حيث إنها لا تحتمل الغموض أو عدم الإيضاح، أو تحتمل التردد فى الدلالة، أو الإشارة أو السكوت، فإننا لا نعتمد عليه إلا إذا كان دالا مفهوما.

فكل ما دل من الألفاظ والمعاطاة والمكاتبة والمراسلة والإشارة، والتعاقدات عن طريق الهواتف وغيرها بقيودها مقدمة، إلا لكونها دوال على

١) بتصرف وانظر فى ذلك: أثر العرف وتطبيقاته المعاصرة (ص ٧٢)
٢) انظر: مجموع الفتاوي (٢٠،٥٢٣)
٣) المرجع السابق (٢٠٥١٢٠٣٤)

الرضا مبينة عنه، وسند الإفهام والبيان والدلالة هو العرف، فوجب اعتبار كل ما كان فى العرف دليلا على الرضا؛ إذ لا فارق مؤثر، بل التفرقة بينها نوع تحكم لا مسوغ فيه.

قال ابن القيم فى إعلام الموقعين:" من عرف مراد المتكلم بدليل من الأدلة وجب اتباع مراده، والألفاظ لم تقصدها لذواتها؛ وإنما هي أدلة يستدل بها على مراد المتكلم، فإذا ظهر مراده ووضح بأي طريقة كان عمل بمقتضاه، سواء كانت بإشارة، أو كتابة، أو بإيماء، أو دلالة عقلية، أو قرينة حالية، أو عادة مطردة لا يخلو بها"[١]

وأما عن توثيق النكاح من عدمه لا تشترط الشريعة الإسلامية توثيق عقد الزواج، فمتى وجد الإيجاب والقبول الصحيحان، والولي، والشهود، وقع العقد صحيحاً دون نظر إلى وجود رجل دين أو موظف مختص يتولى هو العقد [٢]، بل الأصل أن يتولاه الزوجان بأنفسهما، أو وكيليهما، أو بتوكيل أحدهما وولى الآخر.

يقول شيخ الإسلام: (لم يكن الصحابة يكتبون " صداقات " لأنهم لم يكونوا يتزوجون على مؤخر؛ بل يعجلون المهر، وإن أخروه فهو معروف ؛ فلما صار الناس يتزوجون على المؤخر والمدة تطول وينسى: صاروا يكتبون المؤخر، وصار ذلك حجة في إثبات الصداق ؛ وفي أنها زوجة له ؛ لكن هذا الإشهاد يحصل به المقصود ؛ سواء حضر الشهود العقد أو جاءوا بعد العقد فشهدوا على إقرار الزوج والزوجة والولي وقد علموا أن ذلك نكاح قد أعلن، وإشهادهم عليه من غير تواص بكتمانه إعلان)[٣].

---

١) إعلام الموقعين (١|٢١٨)

٢) انظر في أحكام الأسرة : بلتاجي ،١/ ٢٨١.

٣) مجموع فتاوي ابن تيمية: ١٣٠/٣٢

فمن خلال ذلك أري ان للعرف تأثير على الفتوي فى هـذه الأنكحـة لذلك أري أن العقد ما دام مستوفيا للأركان والشروط الصحيحة فهو صحيح تترتب عليه آثاره الشرعية شريطة أن لا يحل حراما أو يحرم حلا.

وعلى ذلك فإن إجراء عقد النكاح بالكتابة ليس جديدا، وإنما الجديـد هو السرعة المذهلة التي يتم فيها نقل ما في الكتاب أو صورته فالذي كـان ينقل فى ساعات أو شهور يتم نقله فى ثوان، فما ذكره الفقهـاء فـى حكـم الكتابة قديما يجري على المكاتبة بطرق الاتصال الحديثة، وقد يكون لهـذه السرعة أثر فى الحكم ذاته.

وقد كان للعرف أثر كبيير في تغير الفتوى والحال، وأقرب مثال لهذه الصورة ما ذكره النووي من عقد البيع بين متنادين، بأن يكون العاقدان فـي مكانين يسمع كل منهما نداء الآخر، شاهده أو لم يشاهده وفي ذلك يقول:" لو تناديا وهما متباعدان وتبايعا، صح البيع بلا خلاف"(١).

ولكن هذه الصورة بدائية بالنسبة لما يمكن فعله عن طريـق وسـائل الاتصال الحديثة التي تجعل المتباعدين مكاناً حاضرين زمانًـا، يتخاطبـان وهما بعيدان كأنهما حاضران.

وإذا نظرنا إلى ما يشترطه العلماء على اختلاف مذاهبهم فـى عقـد الزواج كالتلفظ بالإيجاب والقبول، وسماع كل من العاقدين الآخر، والموالاة بين الإيجاب والقبول، وسماع الشهور للإيجاب والقبول فإننا نجد ذلك كلـه متوافرا، ومن ثم نجد أن للعرف تأثيرًا جعل كثيرًا من الفقهاء المعاصـرين يجيزون إجراء عقد الزواج مشافهة عن طريق وسائل الاتصـال الحديثـة المباشرة كالهاتف والإنترنت (٢)

١) المجموع (١٨١/٩)

٢) انظر: مستجدات فقهية، الأشقر(ص ١٠٩)

المطلب الثالث: العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني.

لقد جعل الشاطبي سلم المجتهد لتحصيل درجة الاجتهاد أن يتصف بالفهم لمقاصد الشريعة على كمالها [١]؛ لأن الشريعة قائمة على رعاية المصالح بمراتبها الثلاث: الضروريات، ثم الحاجيات، ثم التحسينات، كما اقتضت رفع الحرج، ومنع الضيق، وتخير اليسر لا العسر.

فمن ليس على بصيرة بمقاصد الشريعة فهو غير مؤهل لاستنباط الأحكام، لأنه كما قال الإمام ابن القيم: (إن الشريعة مبناها وأساسها على الحكم ، ومصالح العباد في المعاش والمعاد، وهى عدل كلها، ورحمة كلها، فكل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور، وعن الرحمة إلى ضدها، وعن المصلحة إلى المفسدة، وعن الحكمة إلى العبث، فليست من الشريعة وإن أدخل فيها التأويل).

والوقوف على المصالح الإنسانية أصل من الأصول المقررة الثابتة لكي يفرق بين المصلحة الوهمية، والمصلحة الحقيقة، وما يقره الإسلام من أمور تنفع الناس، وما يحاربه من أوهام وأهواء، وشهوات، وكذلك يجب أن يعرف ما يكون في الفعل من مصلحة، ومضرة ويوازن بينها، فيقدم رفع المضار على جلب المصالح، وما ينفع الناس على ما ينفع الآحاد.

يقول شيخ الإسلام ابن تيمية: (العقود مبناها على أصلين: أن ترجع إلى مراد المتكلم الذي قصده بلفظه فيكون المقصود هو المعقود عليه فيعلم به ذلك، وينظر إلى رضاه)[٢].

ويقول ابن القيم: (قواعد الفقه وأصوله تشهد أن المرعى في العقود حقائقها ومعانيها لا صورها وألفاظها) [٣].

---

١ الموافقات : ٥/ ٤١

٢) إعلام الموقعين :١٠٩/٣، زاد المعاد ١٠٩/٥

٣) إعلام الموقعين: ٩٦/٣ .

وهذه القاعدة تقرر أصلاً عظيماً يحكم عقود النكاح المستحدثة، وهو أن المعول عليه في تمام العقود ونفاذها إنما هو المقاصد الحقيقية للمتعاقدين، سواء عبرا عن هذه المقاصد

بالألفاظ المتعارف عليها في كل عقد إيجاباً وقبولاً، أم بألفاظ أخرى تقوم مقامها، وهذا الأصل قال به أكثر أهل العلم، ونسبه غير واحد إلى الجمهور.

يقول شيخ الإسلام: (الاعتبار في العقود بالمعاني والمقاصد لا بمجرد اللفظ، وهذا أصل أحمد وجمهور العلماء وأحد الوجهين في مذهب الشافعي)[1].

واعتبار المعاني والمقاصد في العقود راجع إلى القاعدة الكلية الكبرى وهو قاعدة (الأمور بمقاصدها) فإنها أصل مجمع عليه في اعتبار مقاصد المكلفين ونياتهم، ولذا يجدر بالمفتي في قضايا النكاح المعاصرة أن ينتبه إلى هذا الأصل فيعتبر مقاصد المتعاقدين ولا يقيدهما بظاهر ألفاظ العقود. والتعرف على المعنى المراد والقصد الباطني يكون بعدة طرق أهمها ما يلي:

١- العرف: فإن له دوراً كبيراً في تحديد مراد المتعاقدين، فالعقد المطلق يحمل على العرف السائد في مثله، ويعبر الفقهاء الأوائل عن هذا المعنى بقولهم (المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً)[2].

٢- القرائن والأحوال المصاحبة للعقد أو السابقة له، فإن لها أثراً بالغاً في تحديد مقصود المتعاقدين ، ولذا قالوا (دلالة الحال تغنى عن اللفظ) [3].

---

١) انظر: العقود: ص٤٣٠

٢) انظر: إعلام الموقعين : ١٣٣/٣، انظر إغاثة اللهفان : ١١/٢، القواعد النورانية ١١/٢، الموافقات : ٤٤٠/١

٣) انظر: المغنى، ١٠/ ٢٧٧ .

٣- الألفاظ المقارنة للعقد، فقد يقترن به ألفاظ تكشف عن مـــراد العاقـــدين، وذلك مثل ما يحدث في نكاح المسيار، أو النكاح بنية الطلاق، أو نكـــاح الفرند، واعتبار مقاصد المتعاقدين في النكاح هي التي تناســـب أصـــول الشرع وقواعده التي تقضي بجلب المصالح، ودفع المفاسد، ورفع الضرر علي المسلمين، وقضاء حاجاتهم والتوسعة عليهم، خاصـــة أن الألفـــاظ مقصودة لغيرها، وأما مقاصد العقود فهي التي تراد لأجلها، فإذا ألغيـــت واعتبرت الألفاظ التي لا تراد لنفسها كان هذا إلغاء لما يجب اعتبـــاره، واعتباراً لما قد يسوغ إلغاؤه[١].

١) الفتاوى : ٣٢ /١٦

المبحث الثالث : حكم تحديد أهلية النكاح بالسن

المطلب الأول: المراد بأهلية تحديد النكاح:

لا نجد في الكتاب ولا في السنة تحديداً لأهلية النكاح بالسن ، بل نجد الرسول ﷺ خاطب بالزواج كل من يقدر عليه من الشباب ، ونجد في القرآن ما يفيد أن للفتاة ان تتزوج صغيرة قبل المحيض ، لكن قد يظهر من خلال الممارسة أنه يترتب على بعض أنكحه الصغار مفاسد رأت بعض الفتاوي الفقهية المعاصرة درءها باشتراط بلوغ سن معينة للزواج ، ليس المراد بأهلية النكاح هنا ؛ بلوغ الفتى والفتاة فهذا عمل الفقهاء قديماً على تحديده أما ببناء على علاماته التي تظهر في الفتى والفتاة ؛ أو بالسن وهى مختلفة في تقديرها .

فقد رجح المالكية سن الثامنة عشرة ، وقبل سبعة عشر عاماً ، وذهب الشافعية والحنابلة إلى أن البلوغ يتحقق في السن ببلوغ الذكر، والأنثى خمسة عشر عاماً ، وفصل الحنفية بين الغلام فيحتاج لثمان عشرة ، وبين الجارية فتبلغ في السابعة عشرة "، وإنما المراد بها وضع سن محددة لا يسمح بالزواج دونها وتجب الإشارة إلى ان تحديد الرشد ببلوغ سن معينة أمر محدث قائم علي العرف وخاضع للقوانين والأعراف التي تخضع لها الدولة والبلدة .

المطلب الثاني: أراء الفقهاء المعاصرين .

قيدت بعض قوانين الأحوال الشخصية العربية أهلية النكاح ببلوغ الزوجين سناً معينة ومنعت الزواج دونها . فجاء في المادة الثامنة من الفصل الثالث من أحكام الأحوال الشخصية في العراق انه " تكتمل أهلية الزواج بتمام الثامنة عشرة " ، فكانت السن المقدرة موحد بين الفتى والفتاة منع زواجهما قبل أن يبلغاها وجاء في الفصل الثامن من مدونة الأحوال الشخصية المغربية انه " تكتمل أهلية النكاح في الفتى بتمام الثامنة عشرة ، فان خيف العنت رفع الأمر إلى القاضي .

وفى الفتاة بتمام الخامسة عشرة من العمر فأفاد انه يمنع زواج الفتاة قبل بلوغها الخامسة عشرة من عمرها . وجاء في المادة الثامنة من مشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية أنه تكمل أهلية الزواج بالعقل وبلوغ الفتى سن الرشد القانوني[١] وإتمام الفتاة الثامنة عشرة من العمر ، وجاء في المادة الثامنة من وثيقة الكويت للأحوال الشخصية أنه " تكتمل أهلية الزواج بالعقل وإتمام الثامنة عشرة من العمر " ، وهذا عام في الذكر والأنثى ، ويعد قانونا الأحوال الشخصية المصري والسوري اشد هذه القوانين صرامة في المسألة .

أما قانون الأحوال الشخصية المصري فتظهر صرامته فيها في أمرين اثنين احدهما : عند انجاز العقد ، إذ منع الموظف المختص بمباشرة عقود الزواج وبالمصادقة عليها من أن يشرف على عقد زواج امرأة لم تبلغ السادسة عشرة من العمر ، واحدث عقوبة للمخالفة [٢]، فجاء في الفقرة الثانية من المادة السابعة والستين وثلاثمائة من لائحة المحاكم الشرعية الصادر بها القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ م أنه " لا يجوز مباشرة عقد الزواج ولا المصادقة على زواج مستند إلى ما قبل العمل بهذا القانون مالم تكن سن الزوجة ست عشرة وسن الزوج ثمان عشرة وقت العقد " . والثاني في سماع دعوى الزوجية إذ اشترط لسماعها ان تكون المرأة قد بلغت السادسة عشرة والزوج قد بلغ الثامنة عشرة وقت رفع الدعوى ؛ فان لم

---

١ – رشد الفتى قيده المشروع المذكور بالسن وقدرها في المادة السادسة والأربعين ومائة ببلوغ إحدى وعشرين سنه ميلادية . وتجب الإشارة إلى ان تحديد الرشد ببلوغ سن معينة أمر محدث .

٢– جاء النص على هذه العقوبة في المادة الثانية من القانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٣٣ بلفظ : " يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز سنتين أو بغرامة لا تزيد على مائة جنية كل من ايد إمام السلطة المختصة بقصد إثبات بلوغ احد الزوجين السن المحددة قانونا بضبط عقد الزواج أقوالا إنها غير صحيحة أو حرر أو قدم لها أوراقا كذلك متى ضبط عقد الزواج عللا أساس هذه الأقوال المزورة . ويعاقب بالحبس أو الغرامة لا تزيد على مائتي جنية كل شخص خوله القانون سلطة ضبط عقد الزواج إذا عقده وهو يعلم ان احد طرفيه لم يبلغ السن المحددة في القانون " .

يكونا قد بلغا السن المحددة فلا تسمع المحكمة دعوى احدهما الزوجية سواء أكان النزاع في الزوجية نفسها أو في أثر من أثاره [١] ، اللهم إلا ما تعلق منها بالنسب ، فان دعواه تسمع وان يكن الزوجان بلغا السن وقت العقد "[٢].

وبهذا يكون قانون الأحوال الشخصية المصري قد منع سماع دعوى الزوجية إذا لم يكن الزوجان قد بلغا السن المحددة وقت رفع الدعوى دون ان يعنى هذا عدم صحة العقد . وقد قدر الدكتور مصطفى السباعي أن عذره في ذلك " واقع الريف المصري ، فان زواج الصغار منتشر جداً فأرادوا احترام الأوضاع الاجتماعية القائمة واعتبر عدم سماع الدعوى في هذا الزواج خطوة أولى في طريق إيقافه " [٣] .

ثانياً : الأدلة

١ ــ تحقيق المصلحة :

يعنى تحقيق مصلحة المرأة والأسرة والمجتمع كله ، فتحديد أهلية النكاح بالسن " يندرج تحت أصل شرعي هو مصلحة المرأة العامة ومصلحة الأسرة من حيث هي " [٤] .

أ ــ إما مصلحة المرأة فتظهر في كون تحديد زواجها بالسن يؤخر تحملها مسؤولية البيت إلى ان تتهيأ لها[٥] .

١- هذا ما جاء في الفقرة الخامسة من المادة التاسعة والتسعين من القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ .

٢ – ينظر أحكام الأسرة في الإسلام : ١٣٤ .

٣- ينظر المرأة بين الفقه والقانون : ٥٨ .

٤ – ينظر النقد الذاتي : ٢٨٢ .

٥ ذكر حماد العراقي ـــ المحامي العام بالمجلس الأعلى للقضاء بالمغرب ـــ ان ما ذهبت إليه مدونة الأحوال الشخصية المغربية في منع زواج الفتاة حتى تبلغ خمس عشرة سنه ، جاء " استجابة لتقرير طبي ورد من وزارة الصحة على وزارة العدل يبين الأخطار التي تنتج عن الزواج المبكر بالنسبة للفتاة وبالنسبة لنسلها ايضاً " .

(ينظر شرح قانون الزواج المغربي : ٩٨) .

ب ــ وأما مصلحة الأسرة فتظهر في كون تحديد أهلية نكاح الزوجين بسن مقدرة يمنع من الزواج دونها ، حتى تنشأ على وعى الــزوجين بمــا يقدمان عليه فيتهيأن له .

جاء في المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية المصري أن " عقد الزواج له من الأهمية في الحالة الاجتماعية منزلة عظمى من جهــة سعادة المعيشة المتولية أو شقائها والعناية بالنسل وإهماله ، وقــد تطــورت الحال بحيث أصبحت طلب المعيشة المنزلية استعداداً لحسن القيــام بهــا ، ولا تستأهل الزوجة أو الزوج لذلك غالباً قبل بلوغ سن الرشد القانوني" [١]. وذكر أصحاب هذا الرأي أن قولهم بتحديد سن للزواج ينبني علــى دراســة قام بها علماء الاجتماع أثبتت " انعكاسات الزواج في الصغر على الأســرة ــ وجوداً واستمراراً واستقراراً وهدوء ــ خطيرة في أغلب الأحيان ؛ لأنه يعوق النمو الطبيعي ويجلب الأمراض وتنشأ عنه مآسي اجتماعية وأخلاقية وعائلية "[٢].

ج ــ وأما مصلحة المجتمع فهي " لا تتحقق الإ ان بكون الزوجان قــادرين على القيام بأعباء الزوجية ، مقدرين لقدسية الزواج والتزاماته الماديــة والأدبية والاجتماعية "[٣] .

فتحديد سن أهلية الزواج جاء " اعتماداً على ما يثبت مــن الأخطــار الاجتماعية والصحية التي تنتج عن الزواج المبكــر ســواء فــي الإنــاث أو الذكور "[٤].

١- نقلاً عن أحكام الأسرة في الإسلام : ١٣٢ .

٢ – مقال : " المرأة والولاية والتعدد والطلاق " ، لمحمد ميكو ، منشور في مجلــة المناهــل : ع٤٣ / ١٨٧ .

٣ – ينظر المجلة العربية للفقه القضاء : ع٢ / ٥٧ .

٤ – ينظر المجلة العربية للفقه القضاء : ع٢ / ٥٧ .

٢ ــ سد الذريعة :

يعنى سد ذريعة الآثار السلبية للزواج في الصغر على الزوجة خاصة وعلى المجتمع بصفة عامة ؛ ولكن رعاية المصلحة وسد الذريعة اللذين جعلتهما اللجنة [١] في مقدمة المبادئ التي اعتمدت عليها في التشريع .

٣ ــ حق ولى الأمر في تقييد المباح إذا افضي استعماله إلى ضرر عام :

جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية ان تحديد أهلية النكاح بالسن مبنى على حق ولى الأمر في تقييد المباح بناءاً على رأى أهل العلم والدين إذا أدى المباح إلى ضرر[٢].

ثالثاً : مناقشة الأدلة .

١ ــ مناقشة فكرة تحديد أهلية النكاح بالسن من حيث أصلها وما يمكن أن ينتج عن العمل بها :

أ ــ يرجع أصل فكرة تقييد أهلية النكاح بالسن إلى تقليد غير المسلمين في المسألة ،ومن هذا الوجه ردها الدكتور مصطفى السباعي بأن " ليس لهذا التحديد مستند من أراء الفقهاء الإسلاميين ولكنه أخذ عن القوانين الغربية ، وللغربيين بيئتهم وأوضاعهم الخاصة "[٣] .

وربما يكون في تقييد صحة النكاح ببلوغ سن معينة ، جلب مصلحة أو دفع مضرة قد تنتج عن الزواج في الصغر ، لكن ظاهرة منع الزواج دونها ولو بلغ الزوجان أو أحدهما الحلم .

وقد وصفه البعض بأنه " تشدد خارج روح الشريعة وضغط لا موجب له " [٤] . ومع ذلك لا تزال الفكرة تثار اليوم لا من أجل التشدد في تطبيق الفكرة كما وردت في قوانين الأحوال الشخصية؛ ولكن باقتراح

---

١ – يقصد لجنة تدوين الفقه الاسلامى التي تكونت في السنة الأولى لاستقلال البلاد .

٢ – ينظر المجلة العربية للفقه والقضاء : ع٢ / ٥٧ .

٣ ينظر المرأة بين الفقه والقانون : ٥٩ .

٤ – ينظر التقريب شرح مدونة الأحوال الشخصية : ٢٠٣ .

رفع سن الزواج إلى الثامنة عشرة في الفتى والفتاة معاً ،فيمنعان من الزواج دونها تبعاً لما جاء في الاتفاقات الدولية في هذا الشأن[١] ، ويمكن رد هذا من وجهين :

أحدهما : أنه ثبت في القرآن الكريم بدليل قطعي جهاز زواج الصغيرة قبل بلوغها ، في قوله تعالى ﴿ وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مِنْ أَمْرِهِ يُسْرًا ﴾[٢] .

وجه الدلالة:

ففيه بيان عدة المطلقات اللائي لم يحضن ومعلوم أن العدة لا تكون إلا بعد طلاق أو وفاة ؛ والطلاق لا يقع إلا بعد زواج ؛ فثبت بهذا صحة زواج الصغيرات شرعاً .

قال القرطبي في تفسير قوله تعالى :﴿ **وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ**﴾ [٣] : " يعنى الصغيرات فعدتهن ثلاثة أشهر " [٤] .

ووصف ابن حجر الاستدلال بهذه الآية على جواز نكاح الصغيرة قبل البلوغ بأنه " استنباط حسن "[٥] . وأيضاً ثبت أن رسول الله ﷺ تزوج عائشة وهى بنت سنين[٦] ، ثم ثبت أن من الصحابة من كان يبكروا في تزويج

---

١ - من الإجراءات المقترحة فيما أطلق عليه مشروع خطة ادمج المرأة في التنمية مقترح " الرفع من سن الزواج الي ١٨ سنة ، وذلك طبقاً للاتفاقية الدولية المتعلقة بحقوق الطفل التي صادق عليها المغرب في يونيو ١٩٩٣ بدون تحفظ ووفقا للتعريف الدولي للطفل " . (ينظر مشروع هذه الخطة ١٢٨) .

٢ – سورة الطلاق ، الآية ٤ .

٣ – سورة الطلاق ، الآية ٤ .

٤ – الجامع لأحكام القران : ١٨ / ١٠٩ .

٥ – ينظر فتح الباري : ١٠ / ٢٣٨ .

٦ – صحيح البخاري : كتاب النكاح ، رقم الحديث : ٥١٣٣ وصحيح مسلم بشرح النووي : كتاب النكاح ، رقم الحديث ١٤٢٢ه.

أبنائهم وبناتهم فعن ابن عمر أنه زوج ابناً له ابنة أخيه وابنه صغير يومئذٍ[١] وعلى هذا صار أكثر الفقهاء ولم يخالف في ذلك إلا القليل [٢] .

وليس هذا خاصاً عندهم بالصغيرة بل أجازوا تزويج الصغير ولا خيار له " [٣] .

وقال ابن قدامة : " ليس لغير الأب أو وصيه تزويج الغلام قبل بلوغه"[٤].

وهو ما يؤخذ منه عن طريق المفهوم أن تزويج الصغير خاص بالأب أو وصيه .

يحصل من هذا أن في إطلاق منع الزواج قبل السن المحددة مخالفة لما ورد في الشريعة في المسألة .

أنه لم يثبت في الشرع اشتراط السن لانعقاد النكاح ، ولم يكن ركناً من أركان الزواج ولا شرطاً فيه بل أنه يصبح تزويج الصغار وتترتب عليه جميع أثار الزواج [٥] .

قال الأستاذ علال الفاسى : " هذا التنظيم لا يبطل نفس العقد لو وقع من ولى الصغير والصغيرة صحيحاً مثلاً ، ويترتب عليه آثاره الشرعية . فلو ابلغ الزوجان وولداً ؛ لم يكن للقاضي أن يمتنع عن نظر إثبات بنوة

١ – ينظر إرواء الغليل : ٦ / ٢٢٨ رقم ١٨٢٧ .

٢ – ذكر ابن راشد ممن منعوا تزويج الصغر ابن شرمه . (ينظر بداية المجتهد : ج٢ / ٦) .

٣ – الأم : ٥ /٢٢ .

٤ – المغنى : ٧ / ٣٩٢ .

٥ – القانون المصري منع سماع دعوى الزوجية وأثارها قبل السن المحددة ما عدا دعوى النسب ، وان استثناء دعوى النسب من الحكم يدل على ان منع الزواج قبل السن المقدرة لا يقوم على أساس معتبر . قال الدكتور محمد مصطفى شلبي في تعليقه على هذا الإجراء : وظاهر ان هذا المنع لا تأثير له شرعاً في دعاوى النسب بل هي باقية على حكمها المقرر كما كانت رغما من التعديل الخاص بدعوى الزوجية " . (ينظر كتاب أحكام الأسرة في الإسلام : ١٣٤).

الأبناء من والدهم إذا تنازعوا ، فيثبت النسب وتحرم أم الزوجة وسائر المحرمات شرعاً أبداً ومؤقتاً " [١] .

ب ــ ومما يمكن أن يتسبب فيه التشدد في منع الزواج دون السن المقدرة قانونياً هو أن يفتح الباب لقيام علاقات غير شرعية بين الفتيان والفتيات . وفى هذا إعلان بفشو الفاحشة في المجتمع المسلم ؛ ذلك أنه حينما يمنع المباح يفتح المجال لتعاطى الحرام[٢].

٢ ــ مناقشة الأدلة :

يظهر من خلال عرض الأدلة التي بنيت عليها فكرة تحديد أهلية النكاح بسن معينة ؛ أن بعض أصحابها أقاموها على مجموعة قواعد أصولية:

أحداها : "قاعدة جلب المصلحة ودفع المفسدة" ، يعنى أن تحديد أهلية النكاح بالسن وضع كإجراء لتحقيق مصلحة الزوجين والأسرة والمجتمع ولدفع المفسدة التي تحصل بسبب الزواج في الصغر .

ويؤخذ منه عن طريق المفهوم أن الزواج قبل السن المحددة حسب ظاهرة هذه القوانين لا يحقق مصلحة ولا تنتج عنه إلا المفاسد ــ

وهذا ليس على إطلاقه ، فان من شأن منع الزواج قبل سن المقدرة أن تنتج عنه مفاسد وأضرار تلحق المجتمع بكامله والفتيات فيه خاصة لما فيه من حرمانهن من زواج قد لا يتيسر بعد بلوغهن . وهنا تكون المصلحة في العمل على تيسير الزواج بدل التشدد في منعه .

---

١ – التقريب شرح مدونة الأحوال الشخصية : ١٢١ .

٢ – جاء في تقرير اللجنة العلمية التابعة لوزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية حول ما سمى بـ " مشروع خطة العمل الوطنية لإدماج المرأة في التنمية " أن " وثيقة الخطة تقترح رفع سن الزواج بالسنة للبث إلى ١٨ سنه طبقا للاتفاقية الدولية حول حقوق الطفل المصادق عليها عالمياً من طرف الملكة المغربية سنة ١٩٩٣ . وهذا أمر لا مسوغ له في الشرع ، بل من شأنه أن يساعد على الفساد ، فكيف تمنع من حقها الطبيعي إذا كانت بالغة وراغبة في الزواج ، ولا يسمح لها بممارسة خارج الإطار الشرعي كما توصى بذلك المؤتمرات السائبة العالمية"؟ .(نشر هذا التقرير في جريدة التحديد العدد ٥١ ، في ٥ شوال ١٤٢٠ الموافق ١٢ يناير ٢٠٠٠ " .

وقد أوضح السرخسي أن " المعنى فيه ــ أي في نكاح الصغير والصغيرة ــ أن النكاح من جملة المصالح وضعاً في حق الذكور والإناث جميعاً ، وهو يشتمل على أغراض ومقاصد لا يتوفر ذلك إلا بين الأكفاء ، والكفء لا يتفق في كل وقت ، فكانت الحاجة ماسة إلى إثبات الولاية للولي في صغرها ، ولأنه لو انتظر بلوغها لفات ذلك الكفء ولا يوجد مثله[1].

ومن أجل هذا يبطل القول بالمنع المطلق للزواج قبل السن المقدرة ، وتأتى الدعوة الي تقييده بضوابط مقبولة حتى لا يعقد من أنكحه الصغار إلا ما تظهر مصلحته ، بناءً على ارتكاب أخف الضررين [2] ، فالزواج تدفع إليه الرغبة فيه مع توفر الباءة ، فإذا توفرتا لم يكن معنى للتشدد في منعه .

ولقاعدة الثانية :

سد الذريعة يعنى سد الذريعة إلى المفاسد والأضرار التي تنتج عن الزواج في الصغر ، ويمكن ردها بما سبق قوله عند مناقشة القاعدة الأولى ، فان ما أباحه الشرع إذا ترتب عن استعماله مفاسد فانه يوضع له من الضوابط ما تدفع به الفساد ولا يمنع بالكل أبداً .

القاعدة الثالثة :

هي حق ولى الأمر في تقييد المباح . وهى قاعدة أصولية ثابتة عند الأصوليين لكن الذي حصل في بعض القوانين أنها تعدت تقييد المباح الي الحكم بمنعه مطلقاً ، ولا يملك أحد منع ما أباحه الشرع منعاً مطلقاً .

المطلب الثالث : الترجيح وأثر العرف في ذلك:

مما سبق يتضح أن تحديد أهلية النكاح راجعًا للعرف ولولي الأمر حيث يعد من باب السياسة الشرعية فلولي الأمر وللقانون الوضعي أن يحدده وذلك اعتبارًا بالعرف وما تخضع له طبيعة المجتمعات فما ينطبق علي أهل مصر قد لا يكون مناسب لأهل الكويت والعكس صحيح .

---

١ – ينظر المبسوط : ٤ / ٢١٢ ـــ ٢١٣ .

٢ – ينظر في شرح وتطبيق هذه القاعدة (نظرية التقعيد الفقهي للدكتور محمد الروكي : ٥٠٣).

الخاتمة

الحمد لله والصلاة والسلام علي رسول الله وبعد فقد حاولت في هذا البحث وهو العرف وتطبيقاته المعاصرة في المستجدات الفقهية الخاصة بالمرأة حيث تبين لي من خلال البحث بعض النتائج وهي كالتالي:

١- أن العرف والعادة معتبرات شرعًا في فهم النصوص الشرعية وتنزيلها علي الواقع ، فمعرفة عادات العرب وأعرافهم وقت نزول القرآن الكريم ضرورية لفهم نصوص القران والسنة المطهرة .

٢- أن كلا من المجتهد والمفتي وطالب الفتوي بحاجة ماسة إلي معرفة كل ما يتعلق بالعرف خاصة المفتي فلا بد أن يكون لديه بصيرة بمعرفة أحوال الناس وعاداتهم وعوائدهم .

٣- بينا علاقة العرف بالقواعد الفقهية وأنهما ذات صلة وثيقة والقاعدة الفقهية تقول العادة محكمة والقواعد المتفرع عنها دليل واضح علي اعتبار العرف والعادة والرجوع إليهما في كثير من القضايا المبنية علي ذلك وهذه القواعد تأخذ صفة الإلزام .

٤- نص علماء الأصول علي مراعاة الأعراف والعوائد في النوازل الفقهية وأن الفتاوي في الأمور المبنية علي المستجدات الفقهية تتغير بتغير الأعراف والعوائد ، وقد حكي كثير من العلماء ذلك .

٥- أن الأعراف والعوائد التي هي أحكام شرعية في نفسها بأن أمر بها الشارع أو نهي عنها، فغنه لا يجوز تغير الحكم فيها بتغير الأعراف والعوائد، لأنه يفضي إلي نسخ الأحكام الشرعية ولا نسخ بعد وفاة النبي.

٧- أن مراعاة الأعراف دليل واضح وأكيد علي سعة الشريعة الإسلامية وشمولها ومرونتها أيضًا، حيث يستوعب ذلك كل ما يتعارفه الناس ويعتادونه ويطمئنون إليه من أساليب التعامل فيما بينهم في المعاملات ، والأسرة ليصبح هذا العرف مرجعًا عند النزاع بلا خلاف.

٨- أن هناك تطبيقات فقهية معاصرة لتغير الفتوي بتغير العرف وقد مر بنا كثير من التطبيقات التي توضح مرونة الفقه الإسلامي وعظمته .

ثبت بالمراجع والمصادر

- أنيس الفقهاء في تعريف الألفاظ المتداولة بين الفقهاء: قاسم القانوي ، الناشر: دار الوفاء، جدة ،ط:الثانية، ١٩٨٧. تحقيق الدكتور أحمد الكبيسي.
- إغاثة اللهفان من مصائد الشيطان ، محمد بن أبي بكر أيوب الزرعي أبو عبد الله
- الإتقان والإحكام فى شرح تحفة الحكام ، المعروف بشرح ميارة ، محمد بن أحمد بن محمد بن ميارة ، دار المعرفة ، بيروت ، د.ت .
- أثر العرف فى التشريع الإسلامي ، د. السيد صالح ، دار الكتاب الجامعي .
- أثر العرف وتطبيقاته المعاصرة فى المعاملات المالية ، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب دعادل قوتة
- أحكام المعاملات الشرعية، الشيخ على الخفيف ، مصر ،دار الفكر العربي، الطبعة الثانية.
- الإحكام فى تمييز الفتاوي عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام شهاب الدين أبي العباس القرافي، اعتني به عبد الفتاح أبو غدة ، دار البشائر الإسلامية ، بيروت ، ط ٢ ، ١٤١٦هـ ، ١٩٩٥م.
- إعلام الموقعين عن رب العالمين ، محمد بن أبي بكر ابن قيم الجوزية (٧٥١هـ) ، دراسة وتحقيق: طه عبد الرؤوف سعد ، الناشر: مكتبة الكليات الأزهرية، مصر، القاهرة
- الإنصاف فى معرفة الراجح من الخلاف ، علاء الدين أبو الحسن المرداوي، تحقيق عبد المحسن التركي ، وزارة الشؤون الإسلامية ، السعودية ط أولي ١٤١٩ه ، ١٩٩٨م.
- الأنكحة المنهي عنها في الشريعة الإسلامية ، تحسين بسير فدار ،د محمد حسان عوض الناشر دار ابن حجر للطباعة والنشر دمشق ،الطبعة الأولى،١٤٢٨هـ ٢٠٠٧،

- أنوار البروق في أنواء الفروق ، المشهور باسم الفروق ، شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس القرافي المالكي عالم الكتب ، بيروت.
- التقرير والتحبير: ابن أمير الحاج، طبعة بولاق.
- تهذيب اللغة ، أبو منصور أحمد الأزهري ، تحقيق محمد عوض ، دار إحيار التراث العربي ، بيروت ، الطبعة الأولي ٢٠٠١م.
- تيسير التحرير، محمد أمين المعروف بأمير بادشاه ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة الأولي،
- الجامع لأحكام القرآن ، القرطبي ، الطبعة الأولي ، بدون تاريخ .
- جريدة المستقبل الإسلامي ،العدد ١٤٨ شعبان ١٤٢٤ هـ ،أكتوبر ٢٠٠٣ ،
- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير،للعلامة شمس الدين محمد عرفة الدسوقي على الشرح الكبير لأبى البركات سيدي احمد الدردير، الناشر: مكتبة إحياء الكتب العربية ،عيسى الحلبي القاهرة ،بدون تاريخ نشر وطبعة
- روضة الطالبين ، النووي ، الناشر دار الكتاب الإسلامي.
- زاد المعاد في هدي خير العباد ، محمد بن أبي بكر أيوب الزرعي أبو عبد الله ، الناشر : مؤسسة الرسالة ، مكتبة المنار الإسلامية ، بيروت ، الكويت ، الطبعة الرابعة عشرة : ١٤٠٧ – ١٩٨٦ ، تحقيق : شعيب الأرناؤوط – عبد القادر الأرناؤوط.
- الزواج العرفي حقيقته وأحكامه ،وأثاره والأنكحة ذات الصلة به ، د احمد يوسف الدرويش، الناشر: دار العاصمة للنشر والتوزيع السعودية،١٤٢٦ه–٢٠٠٥م. الطبعة الأولى.
- زواج المسيار حقيقته وحكمه : يوسف القرضاوي ، الناشر: مكتبة وهبة ، مصر الطبعة الأولى ،عام ٢٠٠٤.

- صحيح مسلم، مسلم بن الحجاج أبو الحسين القشيري النيسابوري. تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي. دار إحياء التراث العربي: بيروت. (١٤١٦هـ-١٩٩٥م).
- الجامع الصحيح المختصر(صحيح البخاري)، محمد بن إسماعيل البخاري. تحقيق: مصطفى ديب البغا. دار ابن كثير، دار اليمامة: بيروت. الطبعة الثالثة، (١٤٠٧هـ/١٩٨٧م).
- العدة فى أصول الفقه ، أبو يعلي محمد بن الحسن الفراء البغدادي الحنبلي، تحقيق : أحمد بن على سير المباركي، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، الطبعة الأولي ١٤٠٠ ه ، ١٩٨٠م.
- العقود الدرية من مناقب شيخ الإسلام ابن تيمية ، محمد بن أحمد بن عبد الهادي، تحقيق محمد حامد الفقي، دار الكتاب العربي.
- علم أصول الفقه ، عبد الوهاب خلاف ،دار الحديث القاهرة ، الطبعة الثالثة ٢٠٠٣م
- فتح القدير ، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ، الناشر دار الفكر ، بيروت
- في أحكام الأسرة ، د محمد بلتاجي ، الناشر : دار الكتاب الجامعي ، القاهرة.
- القواعد النورانية الفقهية ، ابن تيمية ، دراسة وتحقيق: محمد حامد الفقي ، الناشر: مكتبة السنة المحمدية، مصر، القاهرة ، الطبعة الأولى، ١٣٧٠هـ/١٩٥١م
- لسان العرب ، محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري ، الناشر : دار صادر ، بيروت، الطبعة الأولى.
- المبسوط: لشمس الدين السرخسي، طبعة دار السعادة.
- مجموع فتاوي شيخ الإسلام ابن تيمية ، جمع وترتيب ، عبد الرحمن بن قاسم النجدي الحنبلي ، طبعة المملكة العربية السعودية ، الطبعة الأولي ، ١٣٩٨ه.

- مجموعة رسائل ابن عابدين: لمحمد أمين أفندي الشهير بابن عابدين، دار إحياء التراث العربي
- المحرر الوجيز فى تفسير الكتاب العزيز ، أبو محمد عبد الحق بن غالب بن عطية الأندلسي ، تحقيق عبد السلام عبد الشافي ، دار الكتب العلمية بيروت ، الطبعة الأولي ١٤١٣ه ،١٩٩٣م .
- مختار الصحاح ، الجوهري ، (د.ت)
- المدخل الفقهي العام، مصطفى بن أحمد الزرقا، دار الفكر، بيروت
- المدخل لدراسة الفقه الإسلامي ، حسين حامد حسان ، شركة الطوبجي، القاهرة ، الطبعة الأولي .
- مستجدات فقهية فى قضايا الزواج والطلاق ، عمر الأشقر، دار النفائس ، الأردن ، الطبعة الأولي ،١٤٢٠ه. ٢٠٠٠م .
- مصادر الحق في الفقه الإسلامي : دراسة مقارنة بالفقه الغربي ، الناشر: در إحياء التراث العربي ،بيروت .(د.ط،د.ن)
- معجم مفردات ألفاظ القرآن ، الحسين بن محمد بن المفضل المعروف بالراغب الأصفهاني أبو القاسم ، دار القلم ــ دمشق
- معجم مقاييس اللغة: لأبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، دار الفكر، بيروت.
- مغنى المحتاج ، الشربيني ، عالم الكتب .
- المغني ، لابن قدامه المقدسي الحنبلي، دار الفكر ، بيروت ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٥ه.
- الموافقات ، إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي ، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان ، الناشر: دار ابن عفان ، الطبعة الأولى ١٤١٧هـ/ ١٩٩٧م
- الوجيز في أصول الفقه: د. عبد الكريم زيدان، مطبعة سليمان الأعظمي، الطبعة ا