جامعة الشهيد حمه لخضر – الوادي
معهد العلوم الإسلامية
قسم الشريعة

أثر العرف في وقوع الطلاق

مذكرة تدخل ضمن متطلبات الحصول على شهادة الليسانس
في العلوم الإسلامية – تخصص: فقه وأصول

الطلبة:
- زينب محدة
- سارة صوالح محمد
- كريمة حفوظة

المشرف:
أ. ياسين باهي

السنة الجامعية: 1436-1437هـ/2015-2016م

جامعة الشهيد حمه لخضر – الوادي
معهد العلوم الإسلامية
قسم الشريعة

أثر العرف في وقوع الطلاق

مذكرة تدخل ضمن متطلبات الحصول على شهادة الليسانس
في العلوم الإسلامية – تخصص: فقه وأصول

الطلبة:
- زينب محدة
- سارة صوالح محمد
- كريمة حفوظة

المشرف:
أ. ياسين باهي

السنة الجامعية: 1436-1437هـ/2015-2016م

بسم الله الرحمن الرحيم

إهداء

نهدي ثمرة جهدنا المتواضع إلى من جل في علاه ونرجو أن يتقبله خالصة لوجهه

الكريم، إلى حبيبنا سراج هذه الأمة وضياءها نبينا محمد صلى الله عليه وسلم، وإلى منبع الحنان

ومصدر العطاء و الإحسان أمهاتنا وآباءنا سائلين الله لهم الجنان إلى إخوتنا وأخواتنا وجميع أفراد العائلة صغيرا وكبيرا، وإلى كافة الأسرة معهد العلوم الإسلامية بأساتذتها وطلابها وجميع عمالها وإلى أستاذنا المشرف الذي لم يبخل علينا بتوجيهاته خلال إنجاز بحثنا، الأستاذ "ياسين باهي" جزاه الله عنا كل خير ،وإلى من اقترح علينا دراسة هذا الموضوع الأستاذ "لعويني محمد" وإلى طلبة سنة ثالثة فقه وأصوله خاصة وإلى كل من ساعدنا في انجاز هذا العمل ليخرج على أتم وجه ونخص بالذكر الأخوة "سايح" ،"صالح" ،"إبراهيم"..

شكر وعرفان

أوّلاً و قبل كلّ شيء، نحمد الله على فضله و إحسانة، ونشكره على توفيقه و امتنانه، و نشهد أن لا إله إلا الله هو وحده لا شريك له تعظيما لشأنه ، و نشهد أن نبينا محمّداً عبده و رسوله، الدّاعي إلى رضوانه، صلى الله عليه و على أنه و صحبه و إخوانه .

ثم بعد ذلك نقدم تشكراتنا الخالصة إلى ***الأستاذ باهي ياسين*** علو وقوفه إلى جانبنا و المجهودات التي بذلها لمساعدتنا في إنجاز هذه المذكرة على أحسن و أكمل وجه كما نشكر جميع أساتذة معهد العلوم الإسلامية على المجهودات التي بذلوها و يبذلونها في سبيل الرقي بالعلم الشرعي وكل من ساعدنا على إنجاز عملنا، كما لا ننسى موظفي و عمّال الإدارة سائلين الله عز وجل أن يوفق الجميع لما فيه الخير و الفلاح .

شكرا

سارة - كريمة – زينب

ملخص

يتناول بحثنا هذا أثر العرف في وقوع الطلاق وهو موضوعا أصوليا وآخر فقهيا، تناول المبحث الأول فيه الموضوع الأصولي وهو العرف وقد تطرقنا لمدى اعتبار العلماء له واحتجاجهم به، وبما ضبطوه من شروط لذلك، وأما المبحث الثاني فقد تناول الموضوع الفقهي وهو الطلاق، وقد حاولنا في هذا المبحث حصر ما يتعلق به من أحكام وأقسام والألفاظ التي يقع بها، وحاولنا في المبحث الثالث الدّمج بين الأصول والفقه وذلك بتطبيق الموضوع الأول "العرف" على بعض مسائل الطلاق والنظر في مدى تأثيره في أحكام هذا الأخير، وختمنا بحثنا هذا توصلنا إلى أن العرف معترف بيه فقهيا وأنه يحكم وان الطلاق له أحكام مترتبة مع العرف ومما نوصي به هو ان يدرس ويعنى بالعرف ليحكم في شرع، وان من بيده عقدة نكاح أن يحذ من الطلاق وتلفظ به والحمد لله بخاتمه تضم أهم النتائج والتوصيات.

Abstract

Our research take as subjeet tou topics. the first one belongs toossou Al figh and the second belongs to al figh the topic that belongs to ossoul AL figh is al ourf or the usel or the tradition and we des cussed bon long they inferit. But the second wos the divoree. we tried in this part to linit all what attached to it from the provisions and part and words which coused it.

In the third part we tried to lombine between the first topic and the second and that by applying the tradition on some issues of divorce and see how lorg it affects in it. And we finished that research with a eonclusion inchds the most

مقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الذي أرسل رسوله بالهدى ودين الحق ليظهره على الدين كله ولو كره الكافرون، ونزل عليه القرآن شريعة محكمة، ليخرج الناس من الظلمات إلى النور بإذن ربهم الى صراط العزيز الحميد، أما بعد:

لقد جاء الإسلام لرَفع الحرج والمشقة فجاءت شريعته باليسر والتسهيل الذي يضمن سعادة البشرية في حاضرها ومستقبلها، وقضتهذه الشريعة على الخصومات والمنازعات بين الناس على أساس من التفاهم والوفاق، فاعتبرت الأعراف وتعامل الناس بمقتضى أعرافهم وعاداتهم شرعا ملزما، مالم يكن هناك تعارض أو تصادم مع أيّ حكم من أحكام الشرع فهنا يكون العرف أصلا باقيا على حاله، وإن كان غير ذلك فلا بد من التصريح بعدم اعتباره، فالعرف أصل لا بد من العمل بمقتضاه، وإلا وقع الناس في الحرج والضيق والنزاع والاضطراب، فكان العرف له تأثير على الأحكام الشرعية التي من بينها أحكام الطلاق؛لأجل هذا كان عنوان بحثنا: "**أثر العرف في وقوع الطلاق**".

أولا-أهمية الموضوع:

لهذا الموضوع أهمية نذكر منها:

تكمن أهمية موضوع العرف الذي يلازم المجتمعات الإنسانية عامة والإسلامية خاصةحيث إنه ذو صلة وثيقة بالحياة اليومية، وهو ملجأ معرفة ما يريد الناس بأقوالهم في العقود والألفاظ والتصرفات، وكونه مرجعا للقضاة والمفتين في تطبيق الأحكام المطلقة علىالوقائع والحوادث، ومن بين الأمور المتعارف عليها في حياتنا من جانب فقه الأسرة الموضوع الذي نحن بصدده ألا وهو الطلاق.

ثانيا-إشكالية البحث:

جاءنا الإسلام بأحكام مضبوطة وفق مصادر تشريعية محددة، منها ما أُتفق عليه ومنها ما أُختلف فيه، ومن المصادر التشريعية المختلف فيها "العرف".هذا الدليل الذي يسّر سيرورة الحياة البشرية في شتى مجالاتها ومختلف مناحيها، ومن الأحكام التي تدخّل العرف فيها "فقه الأسرة".والإشكال الرئيس الذي يطرح هاهنا كالآتي: ما مدى تأثير العرف في وقوع الطلاق؟ ويتفرع عن هذا الإشكال الرئيس إشكالات فرعية أهمّها:

1- ما مدى اعتبار العلماء للعرف؟

2- ما حكم الطلاق عند المالكية؟

3- كيف طبق الفقهاء العرف على مسائل الطلاق؟

ثالثا-أسباب اختيار الموضوع:

هناك أسباب ذاتية دفعتنا إلى اختيار الموضوع، وأخرى موضوعية:

1- الأسباب الذاتية:

- كونه متعلقا بجانب فقه الأسرة التي هي قوام المجتمع، والدعامة الأولى لبنائه، الجانب الذي نرغب في دراسة موضوع من موضوعاته.

- الرغبة في التماس الطرق التي تمزج بين الفقه والأصول، ويكون ذلك بدراسة أحد الأدلة وتطبيقه على أحد أبواب الفقه.

- ميلنا لهذا الموضوع بعد أن طرحه علينا الأستاذ "لعويني محمد"، حيث جاء مناسبا لتخصصنا الأصولي مع ميولنا الفقهي.

2- الأسباب الموضوعية:

- الرغبة في إبراز موضوع العرف لأهميته في حياة الناس، حيث يتناول الكثير من شؤون حياتهم، والكثيرمن الأمور الشرعية التي أحالها الشارع بحكمته إلى العرف والعادة، ليناسب حالهم وزمانهم.

- لمنجد - بحسب اطلاعنا- أحدا من الباحثين أفرد الموضوع بدراسة مستقلة مع إسقاط العرف عليها.

رابعا-أهداف البحث:

1- الإجابة عن إشكالية البحث.

2- الوصول إلى حقيقة العرف ومكانته كمصدر من مصادر التشريع الإسلامي.

3- معرفة حدود العرف ومجال تطبيقه.

4- التعرف على الألفاظ التي يقع بها الطلاق.

5- التعرف على كيفية إسقاط قواعده وأحكامه على الأحداث والوقائع.

خامسا- صعوبات البحث:

1- ندرة المراجعالتي تتناول موضوع تطبيقات العرف في فقه الأسرة وخاصة باب الطلاق.

2- اتساع باب هذا الموضوع وكبر حجمه، والوقت المقرر لهذه المرحلة لا يسمح بدراسته كاملا.

سادسا- منهج البحث:

1- المنهج الاستقرائي: وذلك بتتبع أقوال العلماء واستقرائها في الموضوع.

2- المنهج الوصفي: في نقل الآراء والأقوال المختلفة من مصادرها ووصفها كما هي.

3- المنهج التحليلي: وذلك بتحليل النصوص والأقوال المستدل بها.

سابعا- الدراسات السابقة:

لعل من أهم ما اطلعنا عليه من الدراسات السابقة ما يأتي:

1- في حدود ما وصلنا إليه، هناك رسالة ماجستير حول موضوع أثر العرف في الفرق ومتعلقاتها في أحكام فقه الأسرة، دراسة تطبيقية مقارنة، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير، من إعداد الطالبة إلهام عبد الله عبد الرحمن باجنيد، تخصص أصول فقه، جامعة أم القرى، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية 1423-1424هـ/2003م، هاته الدراسةاستعَنّا بها في هيكلة الخطة التي سرنا عليها في إنجاز مذكرتنا، كما اقتبسنا منها بعض المصادر والمراجع.

2- أحمد بن رفاع بن حامد العزيزي المطيري ، العرف فيالتشريع الجنائي، دراسة تأصيلية مقارنة، رسالة مقدمة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في العدالة الجنائية، إشراف الدكتور:محمد جبر الألفي، جامعة نايف للعلوم الأمنية، 1431هـ/2010م.

3- مشعل بن حمود بن فالح النفيعي، المسائل المبنية على العرف عند شيخ الإسلام ابن تيمية، دراسة تأصيلية تطبيقية موازنة، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الفقه، إشراف: محمد بن عبد الله الصواط، قسم الشريعة، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى بالمملكة العربية السعودية، 1436هـ/2015م.

والذي يميز بحثنا عن الدراسات السابقة هو أنه محصور في باب الطلاق دون غيره من أحكام الأسرة على عكس ما سبقها من دراسات فقد توسعت في العديد من الخاصة بالأسرة هذا تمييز بين موضوعنا والدراسات السابقة.

ثامنا- حدود البحث:

اقتصرنا في دراسة هذا البحث على العرف عند الأصوليين المالكية ومن وافقهم في اعتباره دليلا تبنى عليه الأحكام، ثم حصرنا حكم الطلاق وما يتعلق به كذلك عند المالكية كما نظرنا في مسائله التطبيقية على أساس المتعارف عليه في منطقتنا.

تاسعا- خطة البحث:

مقدمة

المبحث الأول: العرف عند الأصوليين

المطلب الأول: التعريف بالعرف والمصطلحات المشتبهة به

المطلب الثاني: حجية العرف

المطلب الثالث: شروط اعتبار العرف

المطلب الرابع: أقسام العرف

المطلب الخامس: الاستعمالات الفقهية للعرف

المبحث الثاني: الطلاق عند المالكية

المطلب الأول: تعريف الطلاق ومشروعيته

المطلب الثاني: حكم الطلاق والحكمة منه

المطلب الثالث: أقسام الطلاق

المطلب الرابع: أركان الطلاق وشروطها

المطلب الخامس: الألفاظ التي يقع بها الطلاق

المبحث الثالث: أثر العرف في وقوع بعض أنواع الطلاق

المطلب الأول: أثر العرف في حكم الإكراه على الطلاق

المطلب الثاني: أثر العرف في حكم طلاق السكران

المطلب الثالث: أثر العرف في حكم تعليق الطلاق

عاشرا- أهم المصادروالمراجع:

لقد اعتمدنا في تحرير هذا البحث على مصادر ومراجع كثيرة، لكن الذي له الأثر الأبلغ هو الآتي:

1- أمهات كتب التفسير منها "تفسير السعدي"، وكتب الحديث وعلومه والفقه الإسلامي على المذهب المالكي منها"حاشية الدسوقي"، وكذا مصادر وتراجم المذهب المالكي وغيرهم، إضافة إلى عدد من المعاجم والقواميس العربية على رأسها "معجم مقاييس اللغة" لضبط المصطلحات والكلمات نطقا ومعنى، وكتب الأصول منها "العرف والعادة في رأي الفقهاء لأبي سنة" و"العرف والعمل في المذهب المالكي للجيدي".

2- الكتب الفقهية المعاصرة التي عُنيت بإخراج المذهب المالكي ميسراً ومدللًا في حلة جديدة، منها" مدونة الفقه المالكي وأدلته للغرياني"و"الفقه المالكي وأدلته للحبيب بن طاهر" و"الفقه المالكي الميسر لوهبة الزحيلي".

المبحث الأول

العرف عند الأصوليين

وفيه خمس مطالب:

المطلب الأول: التعريف بالعرف والمصطلحات المشتبهة به

المطلب الثاني: حجية العرف

المطلب الثالث: شروط اعتبار العرف

المطلب الرابع: أقسام العرف

المطلب الخامس: الطلاق عند المالكية

المطلب الأول: تعريف العرف والمصطلحات المشتبهة به

تُستمد أحكام شرعنا الحنيف من مصادر عدة منها ما هو متفق عليه ومنها ما هو مختلف فيه ومن هذا الأخير دليل العرف الذي سنتطرق إلى تعريفه في هذا المطلب متبوعا بما يشتبه به من مصطلحات.

الفرع الأول: تعريف العرف

العرف لغة: "عرفت الشيء مَعْرِفةً وعِرْفانًا وأمْرٌ عَارِفٌ مَعْروفٌ عَرِيفٌ.

والعرف: المعروف"[1].

وما جاء في مقاييس اللغة: العين والراء والفاء أصلان صحيحان، يدل أحدهما على تتابع الشيء متصلا بعضه ببعض والآخر على السكون والطمأنينة.

فالأول العُرف: عرف الفرس، وسمي بذلك لتتابع الشعر عليه، ويقال:

جاءت القطا عُرفًا عُرفا، أي: بعضها خلف بعض.

والأصل الآخر: "المعرفة والعرفان، تقول: عرفَ فلانُ فلانا عِرفانا ومعرفة، وهذا أمر معروف، وهذا يدل على ما قلناه من سكونه إليه؛ لأن من أنكر شيئا توحش منه ونبا عنه"[2].

العَرفُ: الريح الطيبة، ومنه قول الله تبارك وتعالى:﴿وَيُدۡخِلُهُمُ ٱلۡجَنَّةَ عَرَّفَهَا لَهُمۡ﴾ [محمد:6]، وقيل: معناه حدَّها لهم والعرف الحدود[3].

1 – الفراهيدي، كتاب العين، 2 /121.

2 – ابن فارس، معجم مقاييس اللغة ، 281/4.

3 – ينظر: أبوسنة، العرف والعادة في رأي الفقهاء، ص8.

المبحث الأول: العرف عند الأصوليين

العرف واصطلاحا: عرفه العديد من الباحثين والعلماء قديما وحديثا بتعريفات عدة منها ما يأتي:

ما أورده صاحب كتاب العرف والعادة نقلاً عن المستصفى للإمام النسفـي[1] الحنفي أن العرف: "ما استقر في النفوس من جهة العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول"[2].

وعرفه ابن عطية[3] من المالكية بأنه " كل ما عرفته النفوس مما لا تردُّه الشريعة "[4].

وقد عرفه الجرجاني [5] بأنه: "ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول وتلقته الطبائع بالقبول"[6].

وعرفه شيخ الإسلام ابن تيمية[7] بأنه: "ما اعتاده الناس في دنياهم مما يحتاجون إليه"[8]

إليه"[8]

1 – النسفي: عبد الله النسفي أبوالبركات، عبد الله بن أحمد بن محمود النسفي حافظ الدين، فقيه وأصولي ومفسر، وهومن أهل إينج (من كور أصبهان) نسبته إلى (نسف) في بلاد السد بن جيحون وسمرقند، توفي سنة 710هـ من تصانيفه: كنز الدقائق في الفقه، المنار في الأصول، كشف الأسرار، شرح المنار.

2 –ينظر: أبوسنة، العرف والعادة في رأي الفقهاء ، ص8. المستصفى للنسفي يختلف عن المستصفى للغزالى.

3 –ابن عطية: أبومحمد، عبد الحق بن غالب بن عبد الرحمان بن تمام بن عطية المحاربي، الغرناطي، المالكي، عالم في الفقه، والحديث، والتفسير، والنحو، واللغة، والأدب، توفي سنة 541هـ، من مؤلفاه، الجامع المحرر الصحيح الوجيز في تفسير الكتاب العزيز.

4– ابن عطية ، المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز 2 / 491.

5 –الجرجاني: أبوالحسن، علي بن محمد بن علي الجرجاني الحسيني الحنفي، يعرف بالسيد الشريف، عالم فيلسوف، من كبار العلماء بالعربية، درس في شيراز، وتوفي بها سنة 816هـ، من آثاره التعريفات، شرح السراجية في الفرائض.

6– الجرجاني ، التعريفات ، ص193.

7 –ابن تيمية: أبوالعباس، تقي الدين، أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام الحراني الدمشقي، شيخ الإسلام كان كثيرا البحث في فنون الحكمة، آية في التفسير والأصول ناظر العلماء وأفتى ودرس وهودون العشرين، وتوفي سنة 728هـ، من تصانيفه، الفتاوى، السياسة الشرعية، رفع الملام عن الأئمة الاعلام.

8– صالح بن عبد العزيز آل منصور ، أصول الفقه وابن تيمية ، 1/ 511.

وقد أُورد على التعريفات السابقة أنها غير جامعة لأفراد المحدود، لعدم دخول العرف الفاسد فيها، إذ سياق كلامها يدل على أنها تقصد العرف الصحيح دون الفاسد، مع أن الأصوليين يذكرون في تقسيماته انقسامه إلى صحيح وفاسد.

ولعل أقرب تعريفاته إلى المقصود هو: "أن العرف: ما سار عليه أكثر الناس واستمروا عليه في جميع البلدان، أوفي بعضها سواء كان ذلك في جميع العصور ، أم في عصر معيّن"[1].

الفرع الثاني: المصطلحات المشتبه به

ـ يشتبه بالعرف عدة مصطلحات أهمها العادة والإجماع والعمل، تدرج تعريفها فيما يأتي مع بيان أوجه اتفاقها واختلافها مع العرف..

أولا– العادة:

1– تعريف العادة لغة: "العَوْدُ: الرجوع كالعودة، عاد إليه يعود عودة وعَوْدًا: رجع وقالوا: عاد إلى الشيء ، وعاد له، وعاد فيه.

والعادة: تكرير الشيء دائمًا أوغالبًا على نهج واحد بلا علاقة عقلية"[2].

"والعادة معروفة، والجمع عادٌ وعاداتٌ وعوائد وسميت بذلك لأن صاحبها يعاودها أي يرجع إليها مرة بعد أخرى"[3].

العادة اصطلاحا: "ما استمر الناس عليه على حكم معقول وعادوا إليه مرة بعد أخرى"[4].

3– الفرق بين العرف والعادة:

---

1 –فاديغا موسى ، أصول فقه مالك أدلته العقلية 2 / 488.

2– مرتضى الزبيدي ، تاج العروس، 2144/1، ص2149.

3– ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، 432/2.

4– الجرجاني ، التعريفات، ص132.

ـ ومما سبق من تعريفنا للعرف والعادة يتضح أن النسبة بين العادة والعرف هي العموم والخصوص، فالعرف أخص من العادة، فالعرف يكون من الجماعة، والعادة قد تكون من الفرد، وقد تكون من الجماعة، أوقد تكون ناشئة عن عامل طبيعي؛ وعلى هذا فكل عرف هو عادة، وليست كل عادة عرفا[1].

ثانيا– العمل:

1– تعريف العمل: لغة: "عَمِل، العين والميم واللام أصل واحد صحيح، وهو عامٌّ في كل فِعْلٍ يُفْعَلُ، قال الخليل: عَمِلَ يَعْمَلُ عَمَلاً، فهو عَامِلٌ، واعتمل الرَّجل إذا عَمِل بنفسه"[2].

"والعمل: المِهنة والفِعْلُ، والجمع أعمالٌ، عمل عملاً وأعمله واستَعْمَلَهُ"[3].

2– تعريف العمل اصطلاحا: من خلال اطلاعنا على كتب الأصول وجدنا أن مفهوم العمل يختلف من عالم لآخر وقد اعتبره الإمام مالك [4] أصلا من أصول مذهبه، قاصدًا بذلك عمل أهل المدينة، الذي ما هو إلا قبس من عمل نبيهم ﷺ الذي عاش بينهم، وخالط صغيرهم وكبيرهم، وتقاسم معهم آمالهم وآلامهم؛ فاتخذه مطية للتشريع، كما اختلف في مفهومه بعض أصحاب المذهب على تعاريف عدة منها:

((عمل أهل المدينة هو ما اتفق عليه العلماء والفضلاء بالمدينة كلهم أو أكثرهم في زمن مخصوص، سواء كان سنده نقلا أو اجتهادا)).

1– ينظر: أحمد بن رفاع بن حامد العزيزي المطيري، العرف في التشريع الجنائي دراسة تأصيلية مقارنة. ص60، صالح عبد العزيز آل منصور، أصول الفقه وابن تيمية: ص512.

2– ابن فارس ، معجم مقاييس اللغة، 4 / 145.

3 – ابن سيده ، المحكم والمحيط الأعظم ، 2 / 127.

4 – مالك بن أنس بن مالك الأصبحي الأنصاري، إمام دار الهجرة، وأحد الأئمة الأربعة عند أهل السنة. ولد بالمدينة93هـ، أخذ العلم عن نافع مولى ابن عمر، والزهري، وربيعة الرأي، ونظرائهم. اشتهر بالتثبت والتحري فيما يرويه من الأحاديث، وبالتحري في الفتيا، كان رجلا مهيبا يجلّ العلم وأهله، من تصانيفه: الموطأ، وتفسير غريب القرآن، وجُمع فقهه في المدونة، توفي بالمدينة سنة179هـ. ينظر: ابن فرحون، الديباج المذهب1/82، 139.

ويرى صاحب كتاب عَمل أهل المدينة بَعْدَ تأمُّل عدة تعريفات أن هذا التعريف هو الأصوب والأدق من الناحية الوصفية للعمل دون النظر إلى ما يكون منه حجّة أم لا.[1]

3-الفرق بين العرف والعمل:

بعدما تعرضنا لتعريف العمل لغة واصطلاحا توجهنا للنظر فيما يتفقان، وفيما يفترقان فوجدنا أنه لا يظهر كبير فرق بين ما جرى به العمل وبين العرف؛ فتعارف الناس شيئا وتعودهم عليه معناه: عملهم به، ولذلك كثيرًا من العلماء لا يفرقون بينهما، بل يجعلونها شيئًا واحدًا. فالعمل نفسه مبني على العرف، والعرف هو السبب لقيام العمل[2].

وفي مقابل هذا الرأي نجد من يفرق بينهما بالفروق الآتية:

1- "أن ما جرى به العمل يُقدم على غيره في المعاملات والعبادات، بخلاف العرف، فلا أثر له في العبادات إطلاقا.

2- أن العمل لا بد فيه من شروط لكي يُعتبر، أما العرف فإنما هو جرى عادةَ عوامِّ الناس بشيء؛ فالضرورة حاكمة بالفرق بين العمل الذي يكون ممن يُقتدى بهم من الأئمة الأعلام، وبين العادة التي تتّبعها العوام"[3].

ثالثا- الإجماع:

الإجماع لغة: الإجماع: "العزم والاتفاق" [4]. قال أبوالهيثم: "الإجماع جعل الأمر جميعًا بعد تفرقه"[5].

الإجماع اصطلاحا: الإجماع في اصطلاح أهل الشريعة هو: "اتفاق مجتهدي العصر من أمة محمد صلى الله عليه وسلم بعد وفاته على أيّ أمر كان من أمور الدين"[1].

1- ينظر: مدني بوساق، عمل أهل المدينة، 1/ 75، 76.

2- ينظر: عبد الكريم الجيدي، العرف والعمل في المذهب المالكي، ص393.

3- المصدر السابق، ص395.

4- الجرجاني، معجم التعريفات، ص11.

5- مرتضى الزبيدي، تاج العروس، 1/ 5165.

الفرق بين العرف والإجماع:

"إن الإجماع يكون باتفاق المجتهدين من أمة محمد ﷺ ممن توفرت فيهم شروط الاجتهاد بخلاف العرف الذي يكون باتفاق جميع شرائح المجتمع إذ لا يشترط فيهم الاجتهاد.

إن الإجماع على الراجح من آراء العلماء لا بد له من سند شرعي، سواءٌ أكان قطعيا أو ظنيا ، أما العرف فلا يُشترط له السند الشرعي.

إن الإجماع دليل شرعي يُحتجّ به في إثبات الأحكام الشرعية، وله دلالة قطعية على الأحكام عند جمهور الأصوليين، وهذا ليس متحققا في العرف الذي يُرجع إليه عند الاختلاف بين الأشخاص، ولا يكون ملزما.[2]

الإجماع ذو حكم مستقر وثابت، أما الأعراف فأحكامها – وإن أُخذ بها– ثابتة ما دامت قائمة، فإذا تغيرت الأعراف فإن الحكم يتغير بتغيرها أيضا"[3].

المطلب الثاني: حجية العرف

أولا– أقوال العلماء:

إن في أخذ فقهاء الشريعة الإسلامية بالعرف واعتبارهم له ما يدل على أنه ذا أهمية معتبرة في بناء الأحكام عليه على الرغم من تفاوتهم في الأخذ به:

1– يقول فيه ابن نجيم الحنفي: " وأعلم أن اعتبار العادة والعرف يرجع إليه في الفقه في المسائل كثيرة حتى جعلوا ذلك أصلا فقالوا في الأصول في باب ما تترك به الحقيقة: تترك الحقيقة بدلالة الاستعمال والعادة"[4].

1– عبد الكريم النملة، المذهب في علم أصول الفقه المقارن، 2 / 845.

2– يعقوب الباحسين، الإجماع حقيقته أركانه شروطه، مكانه حجيته، بعض أحكامه، ص42.

3 المرجع السابق، ص43.

4– ابن نجيم، الأشباه والنظائر ص115

2- يقول القرافي في شرح تنقيح الفصول: "العوائد والعادة غلبة معنى فالمعاني على الناس وقد تكون هذه الغلبة في سائر الأقاليم كالحاجة للغذاء والتنفس في الهواء وقد تكون خاصة ببعض البلاد كالنقود والعيوب وقد تكون خاصة ببعض الفرق كالأذان للإسلام والناقوس للنصارى، فهذه العادة يقضى بها عندنا"[1].

3- وعند الشافعية يقول السيوطي: " اعلم أن اعتبار العادة والعرف رجع إليه في الفقه في مسائل لا تعد كثرة "[2]، وهذا مما يدل على أن الشافعية أقل أخذا بالعرف من غيرهم.

4- وقد أخذ الحنابلة أيضا بالعرف فيما جاء عن الفتوحي قوله: "ومن أدلة الفقه أيضا تحكيم العادة وهو معنى قول الفقهاء "إن العادة محكمة" أي معمول بها شرعا"[3].

ثانيا-أدلة اعتبار العرف:

وأستند من أخذ بالعرف وأعتبره دليلا شرعيا أشهر دليلين من الكتاب والسنة:

1- من الكتاب: قوله تعالى: ﴿خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ﴾ ، [الأعراف: 199]

ووجه الاستدلال من الآية: أن المراد من الآية ﴿ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ﴾[الأعراف:199]، أي: "بكل قول حسن وفعل جميل، وخلق كامل للقريب والبعيد، فاجعل ما يأتي إلى الناس منك، إما تعليم علم، أو حث على خير، من صلة رحم، أو بِرِّ والدين، أو إصلاح بين الناس، أو نصيحة نافعة، أو رأي مصيب، أو معاونة على بر وتقوى، أو زجر عن قبيح، أو إرشاد إلى تحصيل مصلحة دينية أو دنيوية".

2- من السنة: عن عبد الله بن مسعود عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "فما رأى المسلمون حسنا فهو عند الله حسن".

ووجه الاستدلال من الحديث:

"إِنَّما يَعْنِي بِذَلِكَ مَا رَأَوْه بِعُقُولِهِمْ، وَإِلَّا لَوْ كَانَ حُسْنُه بِالدَّلِيلِ الشَّرْعِيِّ لَمْ يَكُنْ مِنْ حُسْنِ مَا يَرَوْن، إِذْ لَا مَجَالَ لِلْعُقُولِ فِي التَّشْرِيعِ عَلَى مَا زَعَمْتُمْ، فَلَمْ يَكُنْ لِلْحَدِيثِ فَائِدَةٌ، فدلَّ عَلَى أَنَّ

---

[1]- القرافي، شرح تنقيح الفصول ص448

[2]- جلال الدين السيوطي، الأشباه والنظائر ص90

[3]- الفتوحي، شرح الكوكب المنير، ج 4، ص448

الْمُرَادَ مَا رَأَوْهُ برأيهم".

– ومع اتفاق هؤلاء على حجية العرف واعتباره لا ننكر أن هناك من خالف هذا الرأي ولم يعتبر العرف دليلا تبنى عليه أحكام الشريعة، فقد ذهب جمهور الأصوليين من غير الحنفية وتبعهم بعض الحنفية، إلى أن العرف ليس بحجية، فلم يذكروه في مباحث الأدلة.

المطلب الثالث: شروط اعتبار العرف

اعتبر علماء الشريعة الإسلامية العرف وحكمه في العديد من المسائل الفقهية مقيدين اعتبارهم له شروط أهمها ما يأتي:

1– ألّا يكون العرف مخالفًا لأدلّة الشرع.

2– أن يكون العرف مُطردًا أو غالبًا.

3– أن لا يعارض العرف تصريح بخلافه.

4– أن يكون موجودا عند التصرف.

الفرع الأول: ألّا يكون العرف مخالفًا لأدلّة الشرع

"أي أن لا يكون العمل بالعرف فيه تعطيل لحكم ثابت بنص شرعي، أو أصل قطعي من أصول الشريعة، فإذا كان كذلك فلا اعتبار عندئذ للعرف وهذا الشرط يفهم من الكلام عن معنى العرف المعتبر لدى الأصولي"[1].

وهذه المخالفة لا تخلو من حالتين:

الأولى: أن يكون العرف مخالفا للنص الشرعي من جميع الوجوه.

الثانية: أن يكون العرف مخالفا للنص الشرعي من بعض الوجوه أي أن يكون مخالف للنص قوليًّا أو فعليًّا[2].

الفرع الثاني:أن يكون العرف مُطردًا أو غالبًا:

المراد من اطراد العرف بين متعارفيه أن يكون عملهم به مستمرًا في جميع الحوادث لا يختلف، والمراد من غلبة العرف أن يكون جريان أهله عليه حاصلا في أكثر الحوادث؛ فاشتراط الاطراد أو الغلبة في العرف معناه اشتراط الأغلبية العملية فيه؛ لأجل اعتباره حاكما

[1]– مصطفى ديب البغا، أثر الأدلة المختلف فيها، ص281.

[2]– ينظر: مشعل النفيعي، المسائل الفقهية المبنية على العرف عند شيخ الإسلام ابن تيمية، ص142.

في الحوادث[1].

الفرع الثالث: أن لا يعارض العرف تصريح بخلافه:

"أي أن لا يوجد من المتعاقدين عند إنشاء التصرف تصريح منهما بقول يفيد عكس ما جرى به العرف، ومثل القول العمل الذي يدل على ذلك".

وهذا الشرط يختص بالعرف الذي يُنزل منزلة النطق بالأمر المتعارف، والذي تعبر عنه القاعدة المشهورة في عرف المعاملات:(المعروف عرفا كالمشروط شرطا)، فإذا صرحا المتعاقدان بما يدل على خلاف العرف صح ذلك، وكان العمل بما صرحا به لازما دون العرف القائم"[2].

الفرع الرابع: أن يكون موجودا عند التصرف:

"العرف إنما يعمل فيما يوجد بعده، لا فيما مضى قبله؛ فالعرف الحاكم في أمر من الأمور بين الناس يجب أن يكون موجودا عند وجود هذا الأمر، ليصح حمله عليه، وهذا احتراز عن العرف الحادث؛ فإنه لا عبرة له بالنسبة إلى الماضي، ولا يحكم فيه" [3]. ويستوي في ذلك العرف القولي والعملي[4].

ذكر ابن نجيم في الأشباه والنظائر: "العرف الذي تحمل عليه الألفاظ إنما هو المقارن السابق دون المتأخر؛ و لذا قالوا لا عبرة بالعرف الطارئ"[5].

المطلب الرابع: أقسام العرف

الفرع الأول: أقسام العرف باعتبار استعماله.

يندرج تحت هذا الاعتبار للعرف قسمين: عُرف قوليّ (لفظي)، و عُرف فعليّ (العملي)

---

[1]– ينظر: مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ص898.897.

[2]– مصطفى ديب البغا، أثر الأدلة المختلف فيها، ص281.

[3] –مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ص899.

[4] – مصطفى ديب البغا، أثر الأدلة المختلف فيها، ص280

[5]– ابن النجيم، الأشباه والنظائر، ص86.

أولا- العرف القولي (اللفظي):

يقول القرافي في الفروق: "إن العرف القولي أن تكون عادة أهل العرف يستعملون اللفظ في معنى معين، و لم يكن ذلك لغة"[1].

كما ورد في المدخل الفقهي العام: "العرف اللفظي فهو أن يَشيع بين الناس استعمال بعض الألفاظ أو التراكيب في معنى معين بحيث يصبح ذاك المعنى هو المفهوم المتبادر منها إلى أنها فهم عند الإطلاق، بلا قرينة ولا علاقة عقلية" [2]، ومثاله: "تعارف الناس إطلاق الولد على الذّكر دون الأنثى، و عدم إطلاق لفظ اللحم على السمك، وإطلاق لفظ الدابة على الفرس"[3].

ثانيا- العرف الفعلي (العملي): "هو غلبة معنى من المعاني على جميع البلاد أو بعضها"[4].

وعرف أيضا: العرف العملي فهو اعتياد الناس على شيء من الأفعال العادية أو المعاملات المدنية"[5].

ومثاله: "اعتياد الناس بيع المعاطاة من غير وجود صيغة لفظية، وتعارفهم قسمة المهر في الزواج إلى مقدم و مؤخر، و تعارفهم أكل القمح و لحم الضأن"[6].

الفرع الثاني: أقسام العرف باعتبار شيوعه

ينقسم العرف بهذا الاعتبار إلى قسمين:عرف عام و آخر خاص.

---

[1]- القرافي، الفروق، 171/1.

[2]- مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ص875.

[3]- وهبة الزحيلي ، أصول الفقه الإسلامي، 829/2.

[4]- عبد الكريم الجيدي، العرف والعمل في المذهب المالكي، ص97.

[5]- مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ص876.

[6]- وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، 829/2.

أولا– العرف العام:" وهو الأمر المتعارف عليه بين جميع الناس"[1].

وقد عرف أيضا: "هو ما يتعارفه غالبية الناس أهل البلدان في وقت من الأوقات، مثل تعارفهم عقد الاستصناع، واستعمال لفظ الحرام بمعنى الطلاق لإزالة عقد الزواج، ودخول الحمام من غير تقدير مدة المكث فيها"[2].

ثانيا– العرف الخاص: "هو ما انتشر في بلد أو قبيلة أو طائفة من الناس دون غيرهم، ومنه اصطلاح أهل كل فن في فنّهم"[3]، وعرف أيضا بأنه: "هو الذي لم يتعامله أهل البلاد جميعا، و إنما كان مخصوصا ببلد أو مكان دون آخر، أو بين فئة من الناس دون أخرى"[4].

ومثاله: "عرف التجار فيما يعدّ عيبا ينقص الثمن في البضاعة المبيعة أو لا يعدّ عيبا"[5].

الفرع الثالث: أقسام العرف باعتبار و قوعه في الوجود.

ينقسم العرف بهذا الاعتبار إلى: عرف ثابت و آخر متغير.

أولا– العرف الثابت: "ويقصد بالثبات الاستقرار والدوام، وعُرف الشارع ثابت ومستقر إذ لا يلحقه نسخ بعد وفاة النبي ﷺ ، أما عرف الناس فقد يكون ثابتا وقد يكون متغيرا.

وعرف الناس الثابت ما استقر عليه العمل في جميع الإعصار من أقوال أو أفعال كإطلاق لفظ الولد على الذكر دون الأنثى، وعدم إطلاق لفظ بيت على المساجد مع أنها بيوت الله تعالى، و يعرف الثابت بالاستقراء والتتبع"[6].

---

[1]– محمد عبد الله بن تمين، إعمال العرف في الأحكام والفتاوى في المذهب المالكي، ص30.

[2] – وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، ص829.

[3] – محمد سليمان الأشقر، الواضح في أصول الفقه للمبتدئين، ص154.

[4]– البغا، أثر الأدلة المختلف فيها، ص248.

[5]– المصدر نفسه، ص248.

[6]– حسنين محمود حسنين، مفهوم العرف في الشريعة الإسلامية، ص127.

ثانيا– العرف المتغير: "وهو الذي يتبدل ويتغير وكان سببا لحكم شرعي، فيختلف الحكم ويتغير بتغيره سواء أكان العرف قولا أو فعلا، ومثاله في الأفعال كقبض الصداق قبل الدخول، أو جعل بعضه معجلا والبعض الآخر مؤجلا، فإنه يختلف بحسب البقاع والزمان، ومثاله في الأقوال ما يختلف في التعبير عن المقاصد فتتصرف العبارة من معنى إلى لآخر بحسب المكان كاستعمال لفظ "العيش" في الأرز في بلاد الخليج العربي، واستعماله في الخبز في بلاد مصر، وقد يختلف المعنى باختلاف أهل الصنائع أو الحرف مع جمهور الناس فيحمل كلام كل طائفة على ما اعتادت عليه"[1].

الفرع الرابع: أقسام العرف باعتبار موافقته ومخالفته للشرع

وينقسم هذا الاعتبار إلى عرف صحيح وعرف فاسد.

أولا– العرف الصحيح: "هو مالا يخالف نصا من نصوص الشريعة، ولا يفوت مصلحة معتبرة، ولا يجلب مفسدة راجحة، كتعارف الناس على أن ما يقدمه الخاطب إلى مخطوبته من ثياب ونحوها يعتبر هدية ولا يدخل في المهر، وكتعارف الناس في العراق على أن المهر المؤجل لا يستحق، ولا يطالب به إلا بعد الفرقة بالطلاق أو الموت"[2].

ثانيا– العرف الفاسد: "ما كان مخالفا لنص الشارع، أو يجلب ضررا، أو يدفع مصلحة"[3].

وقد عرف أيضا بأنه "هو ما تعارفه الناس ولكنه يحل حراما أو يحرم حلالا، كتعارفهم أكل الربا والتعامل مع المصاريف بالفائدة، واختلاط النساء بالرجال في الحفلات والأندية العامة، وتقديم المسكرات في الضيافة، والرقص في الأفراح، وترك الصلاة في الاحتفالات العامة"[4].

---

[1]– المرجع السابق، ص127.

[2]– عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، ص253.

[3]– المصدر السابق، ص230.

[4]– وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، ص830.

المطلب الخامس: الاستعمالات الفقهية للعرف

المقصود بالاستعمالات الفقهية: "المجالات التي اعتمد فيها الفقهاء على العرف في إصدار الأحكام"[1].

بالاستقراء حصر أبو سنة الاستعمالات الفقهية للعرف في أربع وهي:

أولا: العرف الذي يكون دليلا على مشروعية الحكم الظاهر.

ثانيا: العرف الذي يُرجع إليه في تطبيق الأحكام المطلقة.

ثالثا: العرف الذي يُنزّل منزلة النطق بالأمر المتعارف.

رابعا: العرف القولي[2].

الفرع الأول: العرف الذي يكون دليلا على مشروعية الحكم الظاهر

"إن للأصوليين والفقهاء نصوص اشتملت على أحكام استند فيها إلى العرف كدليل على مشروعيتها"[3]، كالدليل على جواز بيع أراضي مكة، فقد قال صاحب كتاب تبيين الحقائق: "وقد تعارف النّاس بيع أراضيها، والدور التي فيها من غير نكير، وهو من أقوى الحجج" [4]، ويقول أيضا في المضاربة: "فالدليل على مشروعيتها أنّ النبي ﷺ بُعِثَ والناس يتعاملونها

[1]- إلهام باجنيد، أثر العرف في الفرق ومتعلقاتها في أحكام فقه الأسرة، ص123.

[2] - أبوسنة، العرف والعادة في رأي الفقهاء، ص 28.

[3] - المرجع نفسه، ص27.

[4] -الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، 29/6.

فتركهم عليها وتعاملها الصحابة"[1]، وقد "أجاز عامة الفقهاء دخول الحمام من غير تعيين مدّة المكث ومقدار الأجرة، لجريان العادة بالتّسامح في مثلها"[2].

"إن العرف في هذه النصوص وغيرها إنّما هو دليل ظاهر على مشروعيتها، وبإنعام النظر يرى على الدّوام مردودًا إلى دليل من الأدلة الصحيحة" [3]، فمثلا: "التعامل الذي جعل دليلا على مشروعية المضاربة"[4]، وعلى" جواز بيع أراضي مكة، وجواز دخول الحمام، فكل ذلك مردود إلى الإجماع العملي من المجتهدين"[5].

"والإجماع العملي فإنه داخل في الإجماع الذي هو أحد أدلة الفقه، لأنه اتفاق المجتهدين، واتفاق المجتهدين هو اشتراكهم في القول أو الفعل أو الاعتقاد" [6]؛ فإذا كان هذا الإجماع باتفاق أهل الحق هو بمعنى فعل الكل، فيكون حجة قطعا، وإذا كان الإجماع بمعنى فعل البعض وعدم إنكار الباقين، فيكون إجماعا سكوتيّا، أمّا أنه إجماع، فلأنه اتفاق المجتهدين الحاصل من البعض بالفعل ومن الباقين بالتقرير، وأمّا أنه سكوتي، فلأن الموافقة من لم تأت بالعمل لمن فعله إنمّا فُهمت بالسكوت وعدم الإنكار[7]؛ "ومستند هذا الإجماع إمّا السنة القولية القولية والفعلية والتقريرية"[8].

الفرع الثاني: العرف الذي يرجع إليه في تطبيق الأحكام المطلقة على الحوادث.

---

[1] -المرجع نفسه، 52/5.

[2] – أبوسنة، العرف والعادة في رأي الفقهاء، ص29.

[3] -أبوسنة، العرف والعادة في رأي الفقهاء، ص33.

[4] – إلهام باجنيد، أثر العرف في الفرق ومتعلقاتها في أحكام فقه الأسرة، ص124.

[5] أبوسنة، العرف والعادة في رأي الفقهاء، ص33.

[6] المرجع نفسه، ص40.

[7] ينظر: المرجع نفسه، ص41.

[8] المرجع نفسه، ص42. (لقد أكثرتم م النقل عن أبي سنة)

يقصد به: "أن الحكيم العليم، شرع للنّاس أحكاما مطلقة عن البيان والتفصيل، يمكن تطبيقها مهما اختلفت الظروف وتبدلت الأحوال، ووَكَّلَ إلى أهل الاجتهاد، تنزيل الأحكام على الحوادث، وفق ما يقضي به العرف والعادة"[1].

ويقول أبوسنة: "وهذا الباب عظيم من أبواب العرف، يبتنى عليه شطر كبير من الأحكام، ولا يكاد ينكره فقيه وهو كذلك برهان ثابت وحجة دامغة على عظمة الشريعة وجلالتها وأنها صالحة لكل زمان ومكان" [2]، وسنذكر بعض الأمثلة التي توضح هذا النوع و تدل على وجوده: من ذلك قوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ ﴾[الطلاق:2]، "أي رجلين مسلمين عدلين، لأن في الإشهاد المذكور سدًا لباب المخاصمة وكتمان كل منهما ما يلزم بيانه" [3].

وقوله أيضا: ﴿تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ ﴾ [البقرة:282]، فتعني الآية: "أي إن لم تكن البينة برجلين فبرجل وامرأتين" [4]. وتعني، "أي من أهل الفضل والدين" [5]؛ استنبط الفقهاء من كل منهما اشتراط العدالة لقبول الشهادة أو لصحتها، وإن فعل ما يخل بالمروءة مسقط العدالة، ومعلوم أن مما يخل بالمروءة أمور ثابتة كالبول في الطريق وهناك أمور متبدلة تتغير بحسب العادات والأحوال، فإن الدنيء في الحرف لا يظل دنيئا في كل زمان ومكان، وكشف الرأس للفقيه مما يخل بالمروءة في بلد وغير مخلٍّ في بلد آخر [6].

"فقد نص الشارع على اشتراط العدالة، وأحال في تطبيقها إلى العرف"[7].

---

[1] مشعل بن حمود بن فالح النفيعي، المسائل الفقهية المبنية على العرف عند الشيخ الإسلام ابن تيمية، ص100.

[2] أبوسنة، العرف و العادة في رأي الفقهاء، ص44.

[3] السعدي، تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان، ، ص812-813.

[4] الماوردي، النكت والعيون،1 /208.

[5] أبو الحسن النيسابوري، الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، ص76.

[6] ينظر: أبوسنة، العرف والعادة في رأي الفقهاء، ص46.

[7] المرجع نفسه، ص46.

وعن أبي سعيد الخدري عن النبي ﷺ قال: «مَنْ رَأَى مُنْكَرًا فَلْيُغَيِّرْهُ بِيَدِهِ، فَإِنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَبِلِسَانِهِ، فَإِنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَبِقَلْبِهِ، وَذَاكَ أَضْعَفُ الْإِيمَانِ»[1].

ووجه الاستدلال من الحديث: "فهذا الحديث فيه بيان درجات تغيير المنكر، وأن الناس ليسوا على حد سواء؛ لأنهم متفاوتون، وأن أعلى درجات التغيير هي التغيير باليد لمن قدر على ذلك، فمن لم يستطع فاللسان، فمن لم يستطع فبقلبه، وليس هناك شيء أقل من هذا"[2].

"فالشارع أوجب تغيير المنكر الذي هو عقوبة التعزيز، ولم يبين تفاصيل الأفعال التي تكون بها هذه العقوبة، بل كل ما فهمه الفقهاء أنها كل ما يحصل به التأديب وزجر المجرم عن جريمته ما لم يبلغ حدًّا من حدود الله، ولا ريب أن ذلك يختلف بحسب أحوال الناس و عادتهم، على اختلاف الأجيال والأصقاع؛ فقد بان أن أصل الحكم هذه الحادثة منصوص عليه، وتفصيله مرجوع فيه إلى العرف"[3].

الفرع الثالث: العرف الذي ينزل منزلة النطق بالأمر المتعارف

ذلك أنه قد تجري بين الناس في تصرفاتهم عادات دالة على الإذن في الشيء أو المنع منه أو تفيد إلزامه أو بيان نوعه أو قدره، أو تكون قرينة تسوغ للشاهد أن يشهد، وللقاضي أن يقضي، وللمفتي أن يفتي، فهذه العادات تجري مجرى النطق بالعبارات الدالة على مضمونها، وتركوا التلفظ به، اتكالا على إفادة العرف له، ومن ثم يكون للعرف الجاري قوة النطق باللفظ في اعتبار الشرع، يرتب عليه ما رتبه على الألفاظ من الأحكام ، فمثلا ما يدل على الإذن في الشيء، تقديم الطعام للضيف فإنه يكون كالإذن الصريح له بتناوله، و كمن رأى حريق في دار جاره فهذا يكون إذنًا له في دخول الدار واستعمال ما يساعد على

---

[1] أخرجه ابن حبان في صحيحه، حديث رقم: 540، 306/1. المحققه شعيب الأرنؤوط: "إسناده صحيح على شرط الشيخين".

[2] – عبد المحسن العباد البدر، شرح الأربعين النووية، 2/30.

[3] – أبو سنة، العرف والعادة في رأي الفقهاء، ص44 ،45.

الإطفاء، وفتح أبواب المحال العامة كالمساجد والمحاكم والمصالح حيث يكون إذناً في دخولها[1]، ومنه ما يكون كالمنع الصريح عن الشيء، كالتسييج الأرض المملوكة، فإنه يكون منعا من استعمال الغير لها، ومنه ما يكون كالتصريح بالنوع بعد النص على الجنس كاستئجار الدور والحوانيت بلا بيان ما يعمل فيها، فإنه يكون كالتصريح بالسكنى بالنسبة إلى الدّور، وبالتجارة ونحوها بالنسبة إلى الحوانيت، لأن هذا هو المتعارف، ومنه ما يكون كالتصريح بالقدر، كاستئجار الظئر بطعامها وكسوتها، حيث يكون كالتصريح بالقدر الذي به الكفاية في عرف المتعاقدين، وكالتصريح بالالتزام كالبيع بالمعاطاة، فإنها في العادة تكون دالة على الرّضا من الجانبين، فتكون كالتصريح بالإيجاب والقبول، ومن هذا الباب القرائن العرفية التي تكون طريقا للمفتي إلى الفتوى، أو للشخص في خاصة نفسه للعمل بها، كوجوب السؤال عن حال ما يريد إدخاله في ملكه من الطعام أو غيره إذا غلب على أهل البلد التعامل المحرم[2].

الفرع الرابع: العرف القولي وقد تقدم بيانه في المطلب الرابع في أقسام العرف[3].

[1] – ينظر: المرجع نفسه، ص50.

[2] – ينظر: المرجع نفسه، ص51.

[3] – في الصفحة 21.

المبحث الثاني

الطلاق عند المالكية

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: تعريف الطلاق ومشروعيته

المطلب الثاني: حكم الطلاق والحكمة منه

المطلب الثالث: أقسام الطلاق

المطلب الرابع: أركان الطلاق وشروطها

المطلب الخامس: الألفاظ التي يقع بها الطلاق

المطلب الأول: تعريف الطلاق ومشروعيته

جاءت الشريعة الإسلامية واضعة نظاما لاستمرارية الحياة الزوجية على أساس وطيد من التعاون والتكافل والمودة، وقد يتعذر استمرارها لسبب من الأسباب لذلك شرع الله تعالى الطلاق رحمةً بالزوجين.

الفرع الأول: تعريف الطلاق

1- في اللغة: "طلق، الطاء واللام والقاف أصل صحيح مطّرد واحد، وهو يدلّ على التخلية والإرسال"[1]. "التطليق: التخلية والإرسال وحَلُّ العُقَدِ"[2].

2- في الاصطلاح: "صفة حكمية ترفع حِلِّيَّةَ متعة الزوج بزوجته موجبًا تكرّرها مرتين للحُرِّ ومرةٍ لذي رقّ حرّمتها عليه قبل زوجٍ"[3].

الفرع الثاني: مشروعية الطلاق

الطلاق مشروع بالكتاب والسنة والإجماع:

1- من القرآن الكريم:

قال تعالى: ﴿لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ﴾[البقرة:236]، "أي: لأجل عدتهن بأن يطلقها زوجها وهي طاهر في طهر لم يجامعها فيه"[4].

---

[1] – ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، 430/3.

[2] – ابن منظور، لسان العرب، 225/10.

[3] – الرصاع، شرح حدود ابن عرفه، ص380.

[4] – السعدي، تيسير الكريم الرحمن، ص812.

ويقول عزّ وجل: ﴿لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ﴾ [البقرة:236]، أي: "ليس عليكم يا معشر الأزواج جناح وإثم بتطليق النّساء قبل المسيس وفرض المهر"[1]. ويقول أيضا: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ [البقرة:229]

"جاءت هذه الآية لبيان عدد الطلاق، وقيل: جاءت لبيان سنة الطلاق"[2].

2- من السنة:

حديث **عبد الله بن عمر :** "أنه طلق امرأته وهي حائض على عهد رسول الله ﷺ فسأل عمر بن الخطاب رسول الله ﷺ عن ذلك فقال رسول الله ﷺ « مُرْهُ فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء أمسك بعد ذلك وإن شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التي أمر الله سبحانه أن تطلق لها النساء»[3].

« حديث عمر بن الخطاب رضي الله عنه: "أن رسول الله ﷺ طلق حفصة، ثم راجعها»"[4].

وجه الاستدلال من الحديثين:

"أي أنه من طلق امرأته طاهرًا في طهر لم يمسها فيه أنه مطلق للسنة والعدة التي أمر الله تعالى بها، وأن له الرجعة إذا كانت مدخولاً بها قبل أن تنقضي العدة، من طلق امرأته حائضًا أنه يراجعها، ثم يمسكها حتى تطه ر، ثم تحيض، ثم تطهر، ثم إن شاء طلق قبل أن يمس، وإن شاء أمسك"[5].

---

[1] – المرجع نفسه، ص81.

[2] – ابن العربي، أحكام القرآن، ص376.

[3] – رواه البخاري في صحيحه، كتاب الطلاق، الحديث رقم: 5251، 41/7.

[4]– رواه ابن ماجة في سننه، كتاب الطلاق، باب حدثنا سويد بن سعيد، الحديث رقم: 2016، 650/1. قال الألباني:"صحيح".

[5]– ابن بطال، شرح صحيح البخاري، 377/7-378

حديث ابن عمر رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: «"أبغض الحلال عند الله تعالى الطلاق»"[1].

وجه الاستدلال من هذا الحديث:

"يعني أن الطلاق إنما يصار إليه عند الحاجة، فليس هو من الأمور المحبوبة المرغوبة، وإنما يحل عندما تكون هناك حاجة إلى حل تلك العقدة"[2].

من الإجماع:

أجمع العلماء على مشروعية الطلاق، وأيدهم الواقع و المعقول، حيث تصبح الحياة الزوجية جحيما لا يطاق، ومصدر شرور وفساد وآثام، وخصومات ومنازعات، فيكون الطلاق شرًّا لابدّ منه، وضرورة لا يستغنى عنها لحل مشكلات الأسرة وتعقيداتها، عملا بالقاعدة الشرعية: "يختار أهون الشرّين" و"يختار أخف الضررين"[3].

وورد في مراتب الإجماع لابن حزم[4] الاتفاق على:

"أَن طَلَاق الْمُسلم الْعَاقِل الْبَالِغ الَّذِي لَيْسَ سَكرَان وَلَا مكْرها وَلَا غَضْبَان وَلَا مكْرها وَلَا مَحْجُورا وَلَا مَرِيضا لزوجته الَّتِي قد تزَوجهَا زواجا صَحِيحا جَائِز إِذا لفظ بِهِ بعد النِّكَاح مُخْتَارًا لَهُ حِينَئِذٍ وأوقعه فِي وَقت الطَّلَاق بِلَفْظ من أَلْفَاظ الطَّلَاق على سنة الطَّلَاق"[5].

---

[1]– رواه أبن ماجه في سننه، كتاب: الطلاق، باب حدثنا سويد بن سعيد، حديث رقم: 2018، 650/1.قال الألباني:ضعيف.

[2]– عبد المحسن العباد،شرح سنن أبي داود،192/12.

[3] – ينظر: وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، 152/3.

[4] – ابن حزم: هو أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، الأندلسي، القرطبي،إمام من أئمة الظاهرية، وعالم الأندلس في عصره وحافظها، وفقيهها، من مؤلفاته: مراتب الإجماع، الإحكام في أصول الأحكام، والفصل في الملل في الأهواء والنِّحل، والمُحلّى، وغيرها كثير، توفي سنة 456هـ. ينظر: ابن خلكان، وفيات الأعيان، 325/3، والذهبي، سير أعلام النبلاء، 184/18.

[5]– ابن حزم، مراتب الإجماع، ص71.

المطلب الثاني: حكم الطلاق والحكمة منه

فيما سبق تعرضنا لمشروعية الطلاق في الكتاب والسنة والإجماع، أما حكمه عند أئمة المذهب المالكي تعتريه أربعة أحكام فهو يختلف باختلاف الحالة التي وقع فيها كما أن لله سبحانه حكمة بالغة في تشريعه سنبينها فيما يأتي:

الفرع الأول: حكم الطلاق

الطلاق جائز عند المالكية وتعتريه الحرمة والكراهة والوجوب والندب:

1- يكون حرامًا: كما لو علم أنه إن طلقها وقع في الزنا لتعلقه بها، أو لعدم قدرته على زواج غيرها.

2- يكون مكروها: كما لو كان له رغبة في النكاح أو يرجو به نسلا، ولم يقطعه بقاؤها عن عبادة واجبة، ولم يخشَ زنًى إذا فارقها؛ للحديث السابق عن ابن عمر: «أبغض الحلال إلى الله تعالى الطلاق»"[1].

3- يكون واجبا: كما لو علم أن بقاءها يوقعه في محرم من نفقة أو غيرها.

يكون مندوبا: كما لو كانت بذّية اللسان يخاف منها الوقوع في الحرام لو استمرت عنده[2].

الفرع الثاني: الحكمة من مشروعية الطلاق

"شرع الله الطلاق رحمة للزوجين ورفقا بهما؛ للخروج من عقد التزاماهُ بإرادتهما؛ ليسعدا في ظلّه فعاد عليهما بالتعاسة والشقاء، أو الحرج والتقصير" [3]. ومن حكمته سبحانه أنه أباح الطلاق ليستطيع الزوجان التخلص من رابطة الزوجية إذا تبين أنها مصدر الشقاء، وأنه لا

[1] – سبق تخريجه، ص26.

[2] – ينظر: الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 39/9.

[3]– صادق الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، 666/2.

يمكن أن يتعاشر الزوجان بالمعروف، ولا أن يقوم كلٌّ منهما بحقوق الزوجية، وواجباتها، وذلك لأسباب عدة منها:

أن الزوجين قد يتبين لهما بعد الزواج وجود تباين في الأخلاق، وتنافر في الطباع، وأن ما بذلاه من البحث والتحرّي في وقت الخِطبة لم يُظهر الحقيقة التي أظهرتها المعاشرة الزوجية.

1- بعض النساء قد تكون عقيما مع زوج وولودا مع آخر، وكذلك الزوج قد يولد له من زوجة ولا يولد له من أخرى.

2- ومنها أن الزوج قد يرتاب في زوجته أو يجد فيها من العيوب الخِلقِيَّةُ أو الخُلقِية مالا يستطيع معه المعاشرة بالمعروف والقيام بحقوق الزوجة.

2- ومنها أن الزوجة قد تجد من زوجها ما يحملها على حل العقدة التي تربطهما كأن يمرض بداء عضال لا يمكن البرء منه، أو يضارّها بأقواله أو أفعاله أو أخلاقه، أو يعسر عن نفقتها، أو يغيب عنها المدّة الطويلة بلا عذر.

فلا ريب في أنه قد تدعو الحاجة القاهرة إلى حلّ عقدة الزواج، وأن الحاجة قد تبعثهما معا على الطلاق، وقد تحمل أحدهما، فلو لم يشرع الله سبيلا لحلّ عقدة الزواج عند الحاجة القاهرة لنال لبعض الأزواج حرج، وكانت بعض الزّوجيّات مصدر شقاء دائم، مع أن الله شرع الزواج ليكون مصدر معونة متبادلة ورحمة ومودة[1].

[1] – ينظر:عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ص129-130.

المطلب الثالث: أقسام الطلاق

"للطلاق تقسيمات باعتبارات متعددة ومن جوانب متنوعة، فهو ينقسم من حيث إمكان الرجعة إلى: رجعي وبائن، ومن حيث المطابق للسنة إلى: سني و بدعي، و من ناحية الزمن والصيغة إلى: منجز ومعلق ومضاف للمستقبل"[1].

الفرع الأول: أقسام الطلاق من حيث إمكان الرجعة

وينقسم الطلاق من حيث الارتجاع إلى رجعي وبائن:

أولا–الطلاق الرجعي: "فهو الذي يملك الزوج بعده إعادة المطلقة إلى الزوجية من غير حاجة إلى عقد جديد مادامت في العدة، ولو لم ترض، وذلك بعد الطلقتين الأولى والثانية غير بائنة، إذا تمت المراجعة قبل انقضاء العدة، فإذا انتهت العدة، انقلب الطلاق الرجعي بائنا، فلا يملك الزوج إرجاع زوجته المطلقة إلا بعقد جديد"[2].

ثانيا–الطلاق البائن: نوعان بائن بينونة صغرى وبائن بينونة كبرى.

1– الطلاق البائن بينونة صغرى: "هو ما لا يجوز معه للزوج ردّ زوجته إلى عصمته إلا بعد عقد نكاح جديد، بمهر ووليّ وشهود"[3]، ويكون بائن بينونة صغرى بأحد ثلاثة أوجه وهي الخلع والطلاق الثلاث وانقضاء عدة الطلاق الرجعي [4]، وكذلك "الطلاق قبل الدخول أو على مال أو بالكناية أحيانا"[5].

2– الطلاق البائن بينونة كبرى: " هو الذي لا يستطيع الرجل بعده أن يعيد المطلقة إلى الزوجية إلا بعد أن تتزوج بزوج آخر زواجا صحيحا، ويدخل بها دخولا حقيقيا ثم يفارقها أو

---

[1] – وهبة الزحيلي، الفقه المالكي الميسر، 174/3.

[2] – المرجع السابق، 175/3.

[3] – صادق الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، 698/2.

[4] – ينظر: التواتي بن التواتي، المبسط في الفقه المالكي بالأدلة، 409/4.

[5] – وهبة الزحيلي، الفقه المالكي الميسر، 176/3.

يموت عنها، وتنقضي عدتها منه، وذلك بعد الطلاق الثلاث حيث لا يملك الزوج أن يعيد الزوجة إليه إلا بعد أن تتزوج بزوج آخر"[1].

– و"الطلاق البائن عند المالكية له أربع حالات وهي: طلاق غير المدخول بها، وطلاق الخلع، والطلاق بالثلاث، والمبارأة"[2].

الفرع الثاني: أقسام الطلاق من حيث مطابقة السنة

الطلاق بالنظر لموافقته السنة ومعارضته ينقسم إلى سنّي وبدعي:

أولا– طلاق السنة: "هو ما أذن الشارع فيه"[3]، "وما اجتمعت فيه أربعة شروط، وهي:

– أن تكون المرأة طاهرا من الحيض والنفاس حين الطلاق.

– وأن يكون زوجها لم يمسها في ذلك الطهر.

– وأن تكون الطلقة واحدة.

– وأن لا يتبعها طلاقا آخر حتى تنقضي العدة"[4].

– وأن هناك شرط خامس أُورِد في حاشية الصاوي وهو: "أن يوقعه على جملة المرأة لا على بعضها كَيَدِها"[5].

ثانيا–طلاق البدعة: هو ما نهى الشرع عنه، وما نُقض منه أحد هذه الشروط أو كلها، وهو إما حرام أو مكروه، والحرام: هو الواقع في الحيض أو في النفاس، والمكروه: هو الواقع في طهر قد مسّها فيه لئلا يؤدي الطلاق إلى إطالة العدة أو كان ثلاثا[6].

---

[1] – المرجع السابق، 174/3.

[2] – أبو القاسم الغرناطي،القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية، ص150.

[3] – ينظر: وهبة الزحيلي، الفقه المالكي الميسر، 174/3.

[4] – أبو القاسم الغرناطي، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية، ص368.

[5] – الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، 537/2.

[6] – ينظر: وهبة الزحيلي، الفقه المالكي الميسر، 174/3.

– "ومن طلّق زوجته وهي حائض أُجبر على أن يراجعها إن كان الطلاق رجعيا حتى تطهر، ثم تحيض حيضة أخرى ثم تطهر منها، فإذا دخلت في هذا الطهر الثاني فإن شاء أمسكها وإن شاء طلقها"[1]، "ولا يجبر اتفاقا على الرجعة فيما إذا طلق في طهر مسّها فيه، أو بعد الحيض قبل الاغتسال منه، والمرأة مصدّقة في دعوى الحيض للتمكين من الرجعة"[2].

الفرع الثالث: أقسام الطلاق من حيث الصيغة

فهو ينقسم من حيث الصيغة إلى صريح وكناية:

أولا– الطلاق باللفظ الصريح: هو"الذي تنحلّ به العصمة ولو لم يَنْوِ حَلَّهَا متى قصد اللفظ "الطلاق"، كما لو قال الطلاق يلزمني، أو عَليَّ الطلاق أو أنت الطَلَاقُ، ونحو ذلك، و"طلاق" بالتنكير أي: يلزمني، أو عليك، أو أنت طلاق أوعَلَيَّ طلاق، وسواء نطق بالمُبتدأ كأنتِ، أو بالخبر كَعَلَيَّ، أم لا، لأنه مقدّر والمقدّر كالثابت"[3].

ثانيا–الطلاق بالكناية: "وهو ما يحتاج فيه إلى نية الطلاق، إذ اللفظ غير صريح في الدلالة عليه، وذلك كأن يقول: "اِلْحقي بأهلك" أو"اخرجي من الدار"أو"لا تكلميني"، وما أشبه ذلك مما لم يذكر فيه الطلاق ولا معناه، مثلُ هذا لا يكون طلاقا إلا إذا نوى به الطلاق" [4]، وقد طلق رسول الله ﷺ إحدى نسائه بلفظ "الحقي بأهلك"[5]، "فلاشك أنه نوى به الطلاق"[6] وإلا فإن فإن كعب بن مالك لمّا قيل له إن رسول الله ﷺ يأمرك أن تعتزل امرأتك، فقال: أطلّقها أم ماذا أفعل؟ قال: اعتزلها فلا تقربها. فقال لأمرأته: الحقي بأهلك [7]، فالتحقت بهم ولا عدّ عليه

---

[1] – أبو القاسم الغرناطي، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية، ص368.

[2] – وهبة الزحيلي، الفقه المالكي الميسر، 175/3.

[3] – الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، 559/2.

[4] – أبو بكر جابر الجزائري، منهاج المسلم، ص367.

[5] – رواه الدارقطني، كتاب الطلاق والخلع والإيلاء وغيره، حديث رقم: 3971، 53/5.

[6] – أبو بكر جابر الجزائري، منهاج المسلم، ص367.

[7] – رواه البخاري في صحيحه، كتاب: المغازي، باب حديث كعب بن مالك و قول الله عز وجل: [وعلى الذين خلفوا]، حديث رقم:4418، 3/6.

هذا طلاق. هذا في الكناية الخفية، أما الكناية الظاهرة كقوله: أنت خلية، أو بائن تحلين للرجال، فهذه الكناية لا تحتاج إلى نية بل يقع الطلاق بمجرد التلفظ بها[1].

الفرع الرابع: أقسام الطلاق من حيث الزمن والصيغة

الطلاق بالنظر للزمن والصيغة ينقسم إلى معلق ومضاف للمستقبل ومنجز:

أولا–الطلاق المعلق: هو ما علّقه على فعل شيء تركه، فلا يقع إلا بعد وقوع ما علّقه عليه مثل أن يقول: إنْ خرجتِ من المنزل فأنت طالق، فلا تطلق إلا إذا خرجت من المنزل [2]، وأنه يقع بأداة من أدوات الشرط هي إن وإذ ومتى ولو ونحوها، مثل إذا سافرت إلى بلدك فأنت طالق، أو متى كلمت فلانا فأنت طالق[3]

ثانيا–الطلاق المضاف للمستقبل: وهو الذي يفيد إنشاء التصرف في الحال وتؤخر الأحكام إلى المستقبل، كقوله أنت طالق غدا، أو أنت طالق بعد شهرين، ففي هذه الصورة لا يقع الطلاق في الحال، بل يقع في الوقت الذي أضيف إليه، وبهذا يكون صدور الطلاق في الحال ووقوعه في الوقت الذي أضيف إليه[4].

ثالثا–الطلاق المنجز: هو "ما قصد به الحال، كأن يقول رجل لأمرأته: أنت طالق أو مطلقة، أو طلقتك، وحكمه: وقوعه في الحال وترتب آثاره عليه بمجرد صدوره، متى كان الزوج أهلا لإيقاع الطلاق، والزوجة محلا لوقوعه"[5].

---

[1] – مرجع السابق، ص368.

[2] – المرجع السابق، ص368.

[3] – ينظر: وهبة الزحيلي، الفقه المالكي الميسر، 178/3.

[4] – ينظر: محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص297.

[5] – وهبة الزحيلي، الفقه المالكي الميسر، 178/3.

المطلب الرابع: أركان الطلاق وشروطها

الطلاق له أربعة أركان لا يتحقق دونها وهي المطلِّق والمطلَّقة والقصد واللفظ، ولكلٍّ منها شروطه، وهي كالآتي:

أولا-المطلِّق: وهو الزوج أو نائبه أو وليُّه.

نائبه: المراد به الحاكم والوكيل، ومن الوكيل الزوجة إذا جعلها بيدها.

وليه: هذا بالنظر للصغير والمجنون[1]. ويُشترط في المطلِّق ما يأتي:

1 -الإسلام: "فلا يُعتدّ بطلاق الكافر، سواء كانت زوجته كافرة أو مسلمة، فلو أسلمت زوجة النصراني، وطلّقها ولو ثلاثا، ثم أسلم قبل خروجها من العدة، فيجوز له البقاء معها على النكاح الأول، ولا يُعتدّ بطلاقه"[2].

2 -البلوغ: "فلا يُعتدّ بطلاق الصبي قبل البلوغ؛ لأنّ الطلاق تكليف والتزام تترتب عليه حقوق، والصبي غير مكلف"[3].

ودليل ذلك قوله ﷺ :« رُفع القلم عن ثلاث:عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصغير حتى يكبر، وعن المجنون حتى يعقل أو يفيق»[4].

3 -العقل: "فلا يُعتدّ بطلاق المجنون وقت غياب عقله لما تقدم من رفع القلم عن المجنون حتى يعقل، ويُعتد بطلاق العاقل"[5].

4 -عدم الإكراه: " لا يُعتدّ بطلاق المكرَه ؛ لأنّ طلاقه لا يُعبّر عن إرادته، وإنما هو شيء يفدي به نفسه قال تعالى: ﴿إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُۥ مُطْمَئِنٌّۢ بِٱلْإِيمَٰنِ﴾ [النحل:106]، فلمّا

---

[1] – ينظر: الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 9/56-57.

[2] – صادق الغرياني، مدونة الفقه المالكي، 2/671.

[3] – المرجع نفسه، 2/671.

[4]– رواه النسائي في السنن الصغرى، كتاب: الطلاق، باب من لا يقع الطلاقه من الأزواج، حديث رقم: 3434، 6/156. قال الألباني:"صحيح".

[5] – صادق الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، 4/ 671.

سقط الكفر بالإكراه كان ما دونه أولى"[1].

وها هنا يجدر التنبيه إلى أنّ "طلاقَ السفيه(المبذّر) نافذٌ إذا كان بالغًا و لو بغير إذن وليّه، لوجود العقل والوعي عنده، والسّفه سبب الحجر على تصرّفاته المالية فقط" [2]، كذلك "طلاق الهازل يَلزم، وهذا كالنكاح والرجعة فإنها تلزم بالهزل والمزاح وإن لم يقصد إيقاعها" [3]، ودليل ذلك حديث أبي هريرة رضى الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: « ثلاث جدهنّ جد، وهزلهنّ جد، النكاح، والطلاق، والرجعة»[4].**أما** طلاق الفضولي" وهو من أوقع الطلاق عن غيره بغير إذنه فهو متوقف على الإجازة، فإن أجازه الزوج لزم، والعدة من يوم الإجازة لا من يوم إيقاع الطلاق من الفضولي"[5].

ثانيا–المطلَّقة:" وهي الزوجة التي تربطها بالزوج المطلِّق رابطة الزواج حقيقة، بأن تكون في عصمته، لم يخرج عنه بفسخ أو طلاق أو حكم"[6]، ويُراعى في المطلّقة أشياءَ، هي كالآتي:

1 -يقع الطلاق على المرأة إذا كانت في حال زواج صحيح قائم فعلا، ولو قبل الدخول، أو في أثناء العدة من طلاق رجعي؛ لأن الزوجية لا تزول إلا بعد انتهاء العدة.

2 -المعتدة من طلاق بائن ببينونة كبرى لا يلحقها طلاق آخر في أثناء العدة، وكذا المعتدة البائن ببينونة صغرى لا يلحقها الطلاق، لانتهاء رابطة الزواج بالطلاق البائن.

3 -إن كان الزواج فاسدا، أو انتهت عدة المرأة، فلا يقع على المرأة الطلاق.

4 -المطلقة قبل الدخول يقع طلاقها بائن. وإن كرره بقوله: "أنت طالق، أنت طالق، أنت طالق "فيقع به ثلاثا عند المالكية إلا إذا قصد به التأكيد.

5 -و لو أضاف الطلاق إلى نصفها أو عضو من أعضائها نفذ خلافا للظاهرية، وأختلف

---

[1] – المرجع نفسه، 673/4–671.

[2] – وهبة الزحيلي، الفقه المالكي الميسر، 155/3.

[3] – الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، 44/4.

[4]– رواه أبو داود في سننه، كتاب: الطلاق، باب:الطلاق على الهازل، حديث رقم: 2196 ،225/2. قال الألباني: "صحيح.

[5] – الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، 298/5.

[6] – أبو بكر الجزائري، منهاج المسلم، ص366.

في إضافته إلى شعرها وكلامها وروحها وحياتها، ولو قال نصف طلقة أو ربع طلقة كملت عليه[1].

ثالثا–القصد: أي "قصد النطق باللفظ الصريح، والكناية الظاهرة ولو لم يقصد حلّ العصمة، وقصد حلّها في الكناية الخفية، واحترز به عن سبق اللسان في الأولَيْن وعدم قصد حلّها في الثالث"[2]. و"المراد بقصد النطق إرادة النطق باللفظ الصريح أو الكناية الظاهرة، ولو لم يقصد المُوقع حلّ العصمة، وقَصْد حلّها إنما هو ركن في الكناية الخفية" [3]؛ "لأنه لما كان اللفظ صريحا في معناه، أو ظاهرا فيه لم يُحتجْ معه إلى قصد يعيِّن المراد منه، ولذلك لو كانت دلالة اللفظ على الطلاق خفية لا يقع الطلاق به إلا إذا قصد به الطلاق، والدليل على أن اللفظ الصريح يقع به الطلاق ولو من غير نية ما جاء في السنة من وقوع طلاق الهازل" [4]، "وقد سبق ذكره"[5].

"أمّا إذا قصد الزوج النطق بلفظ غير لفظ الطلاق فزل لسانه فنطق به، فلا يلزمه الطلاق"[6].

رابعا–اللفظ: هو "اللفظ الدال على الطلاق أو ما يقوم مقامه، كالكناية أو الإشارة المفهِمة [7]، واللفظ إما صريح أو كناية ظاهرة أو خفية"[8].

أما الصريح فما تضمّن لفظ الطلاق على أيّ وجه كان، ولا يفتقر إلى النية، أي: لا يُشترط فيه النية، وكذلك الكناية الظاهرة التي جرى العرف أن يطلّق بها في اللغة والشرع؛ فهذه جارية مجرى الصريح، على عكس الكناية الخفية فهي لا يقع بها الطلاق إلا إذا قُصد بها

---

[1]– ينظر: أبو القاسم الغرناطي، القوانين الفقهية، 152.

[2] – الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 56/9.

[3] – الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، 44/4.

[4] – صادق الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، 677/2.

[5] – ص35.

[6] – الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، 44/4.

[7]– صادق الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، 676/2.

[8] – الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، 292/5.

الطلاق[1]، وكل ما يقوم مقام اللفظ من كناية أو إشارة مفهمة وغيرها يشترط فيه النية عند المالكية ليقع به الطلاق[2].

المطلب الخامس: الألفاظ التي يقع بها الطلاق

تنفكّ العصمة التي تربط الرجل بالمرأة بلفظ يصدر منه، ويكون هذا اللفظ على ضربين: صريحا وكناية، والكناية تنقسم إلى كناية ظاهرة وكناية خفية، سيتمّ تفصيلها كالآتي:

الفرع الأول: اللفظ الصريح

وهو ما فيه لفظ الطلاق كقوله: "طالق أو طالقة أو مطلقة أو قد طلقتك أو طلقتِ منّي، والطلاق يلزمه بهذا كلِّه ولا يفتقر إلى نية وإن ادّعى أنه لم يرد الطلاق"[3]؛ لأنه المستعمل في في القرآن الكريم؛ كقوله تعالى: !!! *حاول مرة أخرى ... واكتب الآية ورقمها بشكل صحيح.* ﴿إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُواْ ٱلْعِدَّةَ﴾[الطلاق:1]، وقوله:﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ﴾[البقرة:229]

وقوله:﴿ وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ﴾[البقرة:228]، "فدلالتها على المعنى دلالة وضعية بالشرع"[4].

"وضابط الصريح ما دل على معناه بنفسه ولم يحسن أن يستفسر عنه بلفظه، فهو لفظ وضع لهذا المعنى دون غيره"[5].

---

[1]- ينظر: ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، 509/2.

[2] - ينظر: وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، 161/3.

[3]- أبو القاسم الغرناطي، القوانين الفقهية، ص371.

[4]- الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، 53/4.

[5]- المصدر نفسه، 53/4.

الفرع الثاني: الكناية

الكناية قسمان: ظاهرة وخفية

1- الكناية الظاهرة: وهي" ما جرى العرف أن يطلقها في اللغة والشرع، مثل أنت خلية، وبرية "وبائنة" وبتة، وحبلك على غاربك، وأنت حرام، وأنت عليّ كالميتة والدم ولحم الخنزير، وكذلك الفراق والسراح واعتدّي"[1].

2- الكناية الخفية: وهي" ما شأنها أن تُستعمل في غيره، مثل قوله: اذهبي، وانطلقي وانصرفي، واغربي، وما أشبه ذلك، فيقبل منه ما يدعيه من إرادة الطلاق، أو غيره"[2].

"وما عدا التصريح والكناية من الألفاظ التي لا تدلّ على الطلاق كقوله اسقني ماء، أو ما أشبه ذلك، فإن أراد به الطلاق لزمه على المشهور، وإن لم يرده لم يلزمه"[3].

وهناك ما يحلُّ محلَّ اللفظ ويقوم مقامَه إذا قام به الرجل تجاه زوجته مثل الإشارة المفهمِة أوالطلاق بالرسالة وغيرها، فالإشارة إذا صحبها من القرائن ما يجعلها قطعا تدلّ على الطلاق، فإنه يقع بها الطلاق من الأخرس وغيره؛ لأنها وسيلة من وسائل التعبير بما في النفس مثل الكلام[4]. والطلاق بالكتابة أو بالرسالة يلزم بمجرد إرساله مع رسول، فمتى قال للرسول أخبرها أني طلقتها، لزمه الطلاق؛ لأنّ حكمها حكم الطلاق الصريح باللفظ، وكذلك بمجرد كتابته الطلاق عازما بطلاقها غير مترددٍ حتى يبدو له فيلزمه بمجرد كتابته طالق[5]، أو كأن يقوم بضرب وفتق ثوب أو تمزيقه، أو قطع حبل لا يلزمه به طلاق، ولو قصده به إلا أن يكون ذلك الفعل عادتهم في وقوعه فيلزمه به[6].

---

[1]- ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، 509/2.

[2]- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي الميسر، 159/3.

[3]- أبو القاسم الغرناطي، القوانين الفقهية، ص372.

[4]- ينظر: صادق الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، 686/2.

[5]- ينظر:الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، 568/2، وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي الميسر، 161/3.

[6]- ينظر: الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، 344/5-345.

المبحث الثالث:

أثر العرف في وقوع بعض أنواع الطلاّق

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأوّل: أثر العرف في حكم الإكراه على الطلاّق.

المطلب الثاني: أثر العرف في حكم طلاق السكران.

المطلب الثالث: أثر العرف في حكم تعليق الطلاق.

المطلب الأول: أثر العرف في حكم الإكراه على الطلاق.

من كمال شريعته سبحانه أن شرع لعباده أحكام ا خاصة حال وقوعهم في الحرج والضيق ومن هذا الأخير ما يسمى في هذا بالإكراه ، فقد اختلف الفقهاء في كونه مسقط ا للأحكام الناتجة عنه أم لا، وسنبيّن في هذا المطلب موقف المالكية منه ومدى تأثير العرف فيه.

الفرع الأول: تعريف الإكراه وحكمه عند المالكية

أولا- الإكراه لغة: كَرُه، كَرِهَتُ الشَيء فه ذا الشَيء كَرِيه ومَكَرُوه، يُقَال أَقَامَهُ فُلان على كَرُه، أيَ أَكَرَهُهُ على القِيامَ بِهِ[1].

ثانيا- اصطلاحا: "الإجبار وهو الحمل على فعل الشيء كارهاً، وهي ضد الطواعية "[2]، اختلفت نظرة الفقهاء إلى الإكراه، وكونه مؤثراً في إبطال التصرفات الواقعة تحت تأثيره، وسالباً للاختبار ورافعاً للتكليف، و المشهور أن هذا الخلاف حول هذا الأصل واقع بين الجمهور الذين يرون أن له ، وبين الحنفية الذين يقصرون أثره على البيع الذي شرط الله عز وجل له الرضا مع الاختبار[3].

وسنذكر فيما يأتي قول الجمهور بما فيهم المالكية متبعين ذلك الأدلة:

قول الجمهور:

ذهب المالكية إلى أن طلاق المكره غير واقع، سواءً كان هذا الإكراه على إيقاعه أو الإقرار به أو على اليمين به العدم قصد الطلاق، ولأنه لفظ لوعُرِيَ من الإكراه لَلَزِم به الطلاق، فإذا وجد مع الإكراه لم يلزم به، وأصله لفظ الإقرار بالطلاق، ولأن كل حال لم يثبت معها حكم

1- محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، ص586.

2- النفسي، طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية، ص161.

3- ينظر: إلهام باجنيد، أثر العرق في الفرق ومتعلقاتها في فقه الأسرة، ص147.

إيقاعه كالصغير والمجنون، فإذا وجد التلفظ مع الإكراه لم يكف له حكم ولأن كل عقد ينفي الإكراه لزوم الإقرار به، كذلك ينفي لزوم إنشائه كالبيع.

واستدلوا على ذلك بما يلي:

أولا: من الكتاب:

قال تعالى:﴿إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ﴾ [النحل:106]، قوله تعالى: ﴿إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ﴾[النحل:106]، "فهو استثناء ممن كفر بلسانه و وافق المشركين بلفظه مُكْرَهاً لما ناله من ضرب وأذى، وقلبه يأبى ما يقول، وهو مطمئن بالإيمان بالله و رسوله "[1]، "فقد تلفظ به حال الإكراه وأسقط عنه أحكام الكفر كذلك سقط عن المكره ما دون الكفر، لأن الأعظم إذا سقط ما هو دونه بطريق الأولى"[2].

ثانيا: من السنة:

- عن ابن عباس رضيالله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم « إِنَّ الله وَضَعَ عَنْ أُمَّتِي الخَطَأَ و النِسِيانْ وما استكرهوا عَلِيهِ»[3].

وجه الاستدلال من الحديث: "إن الذي ينفذه المكره في حال إكراهه قهرا لا ينفذ بل هو باق على ما هو عليه قبل الإكراه"[4].

- حديث عائشة رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: « لاَ طلاَقَ وَلاَ عِتاقَ فيِ إِغْلاق» [5] .

1- ابن كثير، تفسير القرآن الكريم، 605/4.

2- الصنعاني، سبيل السلام، 260/2.

3- رواه ابن ماجة في سننه، كتاب: الطلاق، باب طلاق المكره والناسي، صححه الألباني، حديث: 2045، 609/1.

4- عبد الله بن صالح المحسن، الأحاديث الأربعين النووية، ص76.

5- رواه ابن ماجة في سننه، كتاب الطلاق، باب طلاق المكره و الناسي،صححه الألباني، حديث: 2046، 660/1.

وجه الاستدلال من الحديث:" وعلى هذا يدل الحديث على أن طلاق المكره وعتقه غير نافذ"[1].

وقيل: الإغلاق: التضييق[2].

"وفسره بعضهم بالغضب وهو مرافق لما في الجامع غَلِق إذا غضب غضباً شديداً ولكن غالب أهل الغريب فسَّروه بالإكراه وقالوا كأن المكره أغلق عليه الباب حتى يفعل"[3].

وقد ضبط العلماء عدم وقوع طلاق المكره بشروط ثلاث:

1.أن يكون من سلطان أو تغلب كاللص ونحوه.

2.أن يغلب على ظنه نزول الوعيد، إن لم يجبه إلا طلبه.

3.أن يكون مما ستضربه ضرراً كثيراً كالقتل والضرب والحبس الطويل[4].

الفرع الثاني: صور الإكراه ومدى تأثير العرف فيها.

بين العلماء تحت آخر شرط من شروط الإكراه صوراً له مبطلة للتصرف عامة ولوقوع الطلاق خصوصاً:

– يكون الإكراه بالتخويف أو بقتل ولده إن لم يطلق، أما إذا اخُوّف يقتل الأجنبي وهو غير الولد لا يعد إكراها شرعاً فيقع عليه الطلاق، وكذلك السجن والقيد فهما إكراه عند الإمام مالك.

1– ناصر الدين عبد الله بن عمر البيضاوي، تحفة الأبرار شرح مصابيح السنة، 2\389.

2– ينظر: الشوكاني، نيل الأوطار، كتاب: الطلاق، باب ما جاء في كلام الهازل والمكره والسكران بالطلاق وغيره، 279/6.

3– محمد بن عبد الهادي السندي، حاشية السندي على سنن إبن ماجة، 289/4

4 – ينظر: ابن قدامة، المغني، 384/7.

– كذلك يعد إكراهاً، التخويف بما يؤلم البدن من الضرب والصفع لذي المروءة، وغير ذلك وسواء كان من السلطان أو غيره[1].

فإن فعل به في الخلاء فليس إكراها لا في ذي المروءة ولا في حق غيره وقيده إبن عرفة بالهسير أما كثيره فإكراه ولو في الخلاء.

– ومن صور الإكراه أيضا التهديد بأخذ مال المكره نفسه فهو يعد إكراها عند المالكية، وأما مال غيره فلا[2].

"وبما تقدير ذلك لم يرد به نص من كتاب، ولا سبيل إليه إلا ما تعارفه الناس وسار بينهم أنه كذلك، إذ أنه يختلف باختلاف الأشخاص، وباختلاف الأسباب المُكره عليها، ومن ميزة الاستناد إلى العرف انه يجعل الجزئيات الواقعة تحته تختلف من عصر إلى عصر، ومن زمن إلى زمن، ولا يقتصر على ما شطر من الأحكام في كتب الفقهاء وإنما يتسع ليشمل الأعراف المتجددة والقائمة في وقت الحادثة"[3].

"سئل القرافي عن الأحكام الواقعة المترتبة على العوائد والعرف إذا تعتبر تلك العوائد، فهل تبطل هذه الفتاوى المسطرة في كتب الفقهاء ويفتى بما تقتضيه العوائد المتجددة ؟

أو يقال: نحن مقتادون، ومالنا إحداث لعدم أهليتنا للاجتهاد، تنفي بما في الكتب المنقولة عن المجتهدين؟

فكان جوابه (أن إجراء الأحكام التي مدركها العوائد مع تغير تلك العوائد خلاف الإجماع وجهالة في الدين، بل كل ما هو في الشريعة يتبع العوائد: يتغير الحكم فيه عند تغير العادة إلى ما تقتضيه العادة المتجددة وليس هذا تجديداً للاجتهاد من المقلدين حتى يشترط فيه

1– ينظر: محمد أبو عبد الله المالكي، فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك، 56/2

2– ينظر: محمد الخرشي، شرح الخرشي على مختصر خليل، 34/4

3– إلهام باجنيد، أثر العرف في الفرق ومتعلقاتها في فقه الاسرة، ص152– 154.

أهلية الاجتهاد بل هذه القاعدة أجتهد فيها العلماء واجمعوا عليها فنحن نتبعهم من غير استئناف اجتهاد)"[1].

و قال ابن القيم[2]: (تغير الفتوى واختلافها بحسب تغير الأزمنة والأمكنة والأحوال والنيات والعوائد)[3]. "وقد ثبت أن الفقهاء متفقون على أن الأحكام التي تتبدل بتبدل الزمان وأخلاق الناس هي الأحكام الإجتهادية من قياس ومصالح"[4].

– ومما سبق ذكره من الصور التي عدّها الفقهاء إكراها. فإن الحكم عليها يرجع فيه إلى العوائد والأعراف المتجددة بحسب حال الناس، فيعمل بما تقتضيه تلك العوائد والأعراف.

المطلب الثاني: أثر العرف في الحكم بطلاق السكران.

أختلف الفقهاء في الحكم على السكران مبطلا لتصرفاته مسقطاً للأحكام الخاصة ب ه أم أنه يعطي حكم الصاحي مؤاخذة له بسكره الذي أوقع نفسه فيه و ستأتي على رأي المالكية في ذلك ثم نعقب على ذلك بتأثير العرف فيه:

1) تعريف السُّكْر لغة واصطلاحا:

– السُّكر لغة: "هو نقيض الصحو والسُكر الخمر ويقال فلان سكير أي دائم السكر"[5].

– السُّكر اصطلاحا: "غفلة تعرض بغلبة العقل بمباشرة ما يوجبها من الأكل والشرب"[6].

1– القرافي، الأحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، ص218.

2– ابن قيم: أبو عبد الله، شمس الدين محمد بن أبي بكر بن أيوب الزرعي الدمشقي الحنبلي، فقيه، أصولي مجتهد، توفي سنة 751هـ، من تصنيفه زاد المعاد في هديا خير المعاد، أعلام الموقعين عن ربي العالمين.

3– ينظر: الجيدى، العرف والعمل في المذهب المالكي، ص157.

4– المرجع نفسه، ص157.

5– ابن منظور، لسان العرب، 372/4.

6– الجرجاني، التعريفات، ص104.

الفرع الأول: حكم طلاق السكران عند المالكية وأدلتهم

1) حكم طلاق السكران : من سكر بطريق حرام كافي حال الإكراه أو الاضطراب أو بسبب تناول المخدر لحاجة العمليات الجراحية، فلا يقع طلاقه ويعذر لعدم الإدراك والوعي، فهو كالنائم[1]، ولا اختلاف في ذلك بين الفقهاء.

"ولو سكر حراماً بأن أستعمل عمداً ما يغيب عقله كالخمر أو النبيذ [2] أو المِزِرْ[3] أو الحشيشة بسواء كان جازماً حين الاستعمال بتغييب عقله أو كان شاكاُ في ذلك "[4]، فطلاقه في المذهب المذهب على قولين، فهو كما قال محمد بن رشد [5]: السكران ينقسم إلى قسمين: سكران مختلط، معه بقية من عقله، إلا أنه لا يملك الاختلاف من نفسه فيخطئ و يصيب، فأما الأول، فلا اختلاف في انه كالمجنون في جميع أقواله وأفعاله فيما بينه وبين الناس وفيما بينه وبين الله[6].

"إلا فيما ذهب من وقته من الصلوات، فقيل إنها لا تسقط، بخلاف المجنون من أجل أنه أدخل السكر على نفسه فكأنه تعمد تركها حتى خروج وقتها وأما الثاني: الذي معه بقيه من عقله، فلخلف أهل العلم في أقواله وأفعاله، هل هو في حكم المجنون الذي القلم عنه في

1- ينظر: وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي الميسر، 154/3

2- النَّبيذْ: هو كل ما عمل من الزبيب والتمر والعسل والحنطة غير ذلك، ينظر: علي بن نايف الشحود، المفصل في شرح آية لا إكراه في الدين، 262/2.

3- المِزِرْ: نبيذ الشعير والحنطة والحبوب وقيل نبيذ الذرة خاصة. ينظر:ابن عباد، المحيط في اللغة، 298/2.

4- الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 365/2

5- ابن رشد: أبو الوليد، محمد بن أحمد بن رشد، قاضي الجماعة بقرطبة من أعيان المالكية، وهو جد بن رشد الفيلسوف، توفي (520هـ)، له تأليف منها: المقدمات والممهدات، البيان والتحصيل، مختصر شرح معاني الآثار، مجموع الفتاوى.

6- ينظر: القرطبي، البيان والتحصيل، 4/ 258.

الشرع مرفوع أم أنه في حكم الصحيح الذي ليس سكران يلزمه لأن معه بقية من عقله يدخل به في جملة المكلفين"[1].

وقال فيه الإمام مالك: وبلغني ان سعيد بن المسيب [2]وسليمان بن يسار [3] سئلا عن طريق السكران إذا طلق امرأته أو قتل فقالا: إن طلاق جاز طلاقه وإن قتل قتل، وقال: وعلى ذلك الأمر عندنا، وهو الأشهر عنه [4] وتحصيل القول في السكران أن المشهور تلزمه الجنا ية والعتق والطلاق والحدود، ولا تلزمه الإقرارات والعقود وهو قول مالك وعامة أصحابه[5]

2-أدلة المالكية في حكم طلاق السكران: أحتج المالكية ومن قال بوقوع طلاق السكران بقوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَقۡرَبُواْ ٱلصَّلَوٰةَ وَأَنتُمۡ سُكَٰرَىٰ ﴾ [النساء:43]،

وجه الاستدلال: "أن نهيهم حال السكر عن قربان الصلاة يقتضي عدم زوال التكليف وكل مكلف يصح منه الطلاق، واحتجوا كذلك بأنه عاصٍ بفعله فلا يزول عنه الخطاب بالسكر والإثم؛ لأنه يؤمر بقضاء الصلوات وغيرها مما وجب عليه قبل وقوعه في السكر"[6].

"وروي عن عمر الخطاب رضي الله عنه في طلاق السكران انه أجازه عليه"[7].

الفرع الثاني: مدى تأثير العرف في الحكم على السكران

1- المرجع نفسه، 258/4

2- سعيد بن مسبيب: أبو محمد سعيد بن المسيب بن حزن المخزومي القرشي، سيد التابعين وأحد الفقهاء السبع بالمدينة، جمع بين الحديث والفقه، والزهد والورع، توفي سنة 94هـ.

3- سليمان بن يسار: أبو أيوب، سليمان بن يسار، الفقيه الإمام، عالم المدينة، مولى ميمونة أم المؤمنين، أحد الفقهاء السبعة بالمدينة، ولد في خلافة عثمان، وكان أبوه فارسيا، وكان كثير الحديث، توفي سنة 107هـ.

4- ابن عبد البر، الاستذكار، 205/6- 206.

5- ضياء الدين المصري، التوضيح في شرح مختصرات إبن الحاجب، 327/4.

6- الشوكاني، نبيل الأوطار، ص1269.

7- ابن عبد البر، الاستذكار، 206/6.

لم يرد في الشريعة الإسلامية نص من كتاب ولا سنة يضع مظهراً أو حالا لشارب السكر يعتبر حداً يعرف به، ويوجب ترتب إحكامه عليه وما سبق ذكره مما ورد في كتابه عز وجل عن الخمر إنما هو إرشاد للمؤمنين باجتناب شرب الخمر عند قربان الصلاة؛ لأثرها في تخلبط القراءة من المصلين، والآية التي تحمل في طياتها مرحلة ابتدائية في النهي عن الشرب الخمر مطلقا إلا إنها لا تحمل حداً للسكر يعرف به السكران وإن كان يستأنس بها في ذلك فلما لم يرد تحديده في الشرع ولا في اللغة قرر الفقهاء أن مستنده إلى العرف.[1]

ويقول الخطيب الشربيني [2]: "والرجوع في معرفة السكران إلى العرف "وقيل أدنى سكره أن يختل كلامه المنظوم وينكشف سره المكتوم[3].

وبقول إبن عابدين[4] في هذا: السكران في العرف من أختلط جده بهزله فلا يستقر على شئ، ومال أكثر المشايخ إلى هذا وهو يقول الأئمة الثلاثة واختاروه للفتوى لأنه المتعارف، ويؤيد ذلك قول عليه رضى الله عنه "إذا سكر هذى" رواه مالك والشافعي[5].

المطلب الثالث: أثر العرف في حكم تعليق الطلاق

قد يصدر من الرجل لفظ الطلاق ويربطه بحصول شيء معين وقد اختلف العلماء في وقوعه إذا وقع هذا الشيء الذي ربط به الطلاق، كما أنه يختلف باختلاف ما جرى به العرف، سنتطرق في هذا المطلب إلى معنى التعليق ومدى تأثير العرف فيه.

1- ينظر: إلهام باجنيد، أثر العرف في الفرق ومتعلقاتها من أحكام فقه الأسرة، ص 170.

2- محمد بن أحمد الشربين، شمس الدين، فقه الشافعي، مفسر من أهل القاهرة، توفي سنة 977هـ، من تصانيفه: مغني المحتاج في شرح منهاج الطالبين، السراج المنير في التفسير.

3- الشربيني، مغني المحتاج، 3/ 279.

4 – ابن عابدين: محمد امين بن عمر بن عبد العزيز بن عابدين الدمشقي الحنفي، فقيه أصولي، ولد بدمشق، وتوفي بها سنة (1252هـ) من مصنفاته: رد المحتار على الدر المختار على تنوير الأبصار، عقود الآلي في الأسانيد العوالي، العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية.

5- ابن عابدين، حاشية إبن عابدين، 239/3.

الفرع الأول: تعريف التعليق

أولاً– مفهوم التعليق في اللغة : علق، العين واللام والقاف أصل صحيح كبير يرجع إلى معنى واحد، وهو أن يناط الشيء بالشيء العالي، ويقال علقت الشيء أعلقه تعليقاً وقد علق الشيء ألعقه تعليقًا وقد علق به إذا لزمه ويقال تعليق الباب، أي نصبه[1]، وعلقت المرأة عُلوقا أي حبلت[2].

ثانيا: التعليق اصطلاحا : هو ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة أخرى ويسمى يميناً والتعليق بالطلاق إذا علقه بشرط كقوله: إن دخلت الدار فأنت طالق[3].

ويكون بأداة من أدوات الشرط في التعليق التي أشتهر ذكرها في كتب الفقه.

وهذه الأدوات هي: إن– إذا– متى– لو ونحوها مثل:

– إن دخلت دار فلان فأنت طالق.

– إذا سافرت إلى بلدك فأنت طالق.

– متى كلمت فلانا فأنت طالق[4].

الفرع الثاني: مدى تأثير العرف في حكم تعليق الطلاق

قاس العلماء مسألة الطلاق المعلق المربوط بالمشيئة على مسألة اليمين المربوط بالمشيئة ومسألة الطلاق المعلق بالمشيئة هي مسألة مركبة من ثلاث أشياء: الطلاق كأنت طالق، التعليق: أي الشيء الذي علق به الطلاق كقوله:إن خرجت فانت طالق، إن كلمت فلانا فأنت طالق وأما المشيئة فهي بعد أن يذكر الطلاق كأن يقول إن شاء الله أو بمشيئة الله أو أي لفظ يراد منه ذلك[5].

للعلماء قولان: القول الذي يقول بوقوع.

1– ينظر: ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ص 670–671.

2– النفسي، طلبة، ص56.

3– محمد البركتي، التعريفات الفقهية، ص59.

4– وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي المسير، 178/3.

5– لقاء شخصي مع: الأستاذ علي زواري أحمد، بمنزله ببلدية الرباح– ولاية الوادي، يوم: 2016/05/16 على الساعة 21: 20، 22: 26.

من يقول بالوقوع:

القول الأول: يلزم الطلاق وهو قول مالك ومن وافقه؛لأنه إن أعاد إلى الفعل المعلق عليه الطلاق فمعناه الظاهر إن شاء الله تعالى أن أفعل ذلك الفعل فإذا فعله فقد شاء الله تعالى فعليه فيلزم الطلاق.

القول الثاني: قال ابن رشد بعدم لزومه؛ ففي كون إن شاء الله شرطا على بابه لتقييد المعلق عليه نفسه أو بمعنى الاستثناء رافع للمعلق عليه نفسه كما في اليمين بالله تعالى[1].

ونلاحظ في يومنا هذا كثرة هذه الظاهرة بما جرى على ألسن الرجال حتى أصبحت عادة يلجأ إليها رغما منه الرجل أنه سيمسك بذلك زمام الأمور أو يفصل في النزاع القائم كأن يقول لزوجته: أنت طالق إن ذهبت إلى الفرح الفلاني أو أنت طالق إن كلمت فلانا، وقد أصبح مثل هذا يطلق في عرفنا من دون عزم على الطلاق، وعليه فيحتكم هنا إلى العرف، ولا يقع هذا الطلاق من الزوج، فلو حملنا على كل واحد بما قال لطلقت كل النساء[2].

ومن الأمثلة على ذلك "من قال لزوجته: إن ذهبت فرنسا فاعتبري نفسك طالق، فذهبت ولم تبالِ؛ فاستغنى في ذلك، فطلب إفتاءه بحكم ما صدر منه ممن هو أهل لذلك فأُجيب عليه بما يلي: "فما صدر منك أيها السائل يعرف عند أهل العلم بالطلاق المعلق أي أنه علّق طلاقها على شرط وهو ذهابها إلى فرنسا، والطلاق المعلق وصاحبه لم يكن ينوي الطلاق ولم يقصده مسألة خلافية، والراجح في أصحّ قولَي العلماء أنه لا يقع ولا يعتبر طلاقا ما دام قصدك منعها من الخروج ولمجرد التهديد، فخالفت أمرك لأن الأعمال مبنية على المقاصد والنيات لقول النبيﷺ: "إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى".

وما دمت بأنك صرحت بهذه النية فالقول قولك والطلاق ملك يمينك ولا يملكه أحد غيرك، وهذا ما اختاره شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم وجماعة من أهل العلم واعتبروه يميناً، وفيه كفارة يمين في حالة حصول الشرط، وشرطك هنا أن تسافر لفرنسا وقد سافرت

1 – ينظر: محمد علي بن حسين المكي، تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية، 1/101-102.

2- اللقاء الشخصي السابق مع: الأستاذ علي زواري أحمد.

فعليك كفارة يمين ، ومن الأدلة على ما قلناه بعدم وقوع الطلاق على الشرط المعلق ما دام صاحبه لم يقصد الطلاق بل قصد التهديد والمنع، ما يلي:

1- أن هذه المسألة بالذات مسألة اجتهادية لم يرد فيها نصوص صريحة لا من الكتاب ولا من السنة، فهي مسألة اجتهادية، وما ورد من الآثار عن الصحابة من الفتوى بوقوع الطلاق المعلق عند حصول المعلق عليه فإنه إما غير صحيح نقلاً وإما صحيح معارض بمثله وإما صحيح لكنه فيما قصد به إيقاع الطلاق لا الحث على الفعل أو المنع منه، ولهذا فعند عدم القصد بوقوع الطلاق اخترنا قول الذين قالوا بعدم وقوع الطلاق.

2- أن عدم القصد للطلاق، بل القصد هو الحث أو المنع أو التهديد، يعتبر هذا التعليق بالذهاب لفرنسا بمثابة الحلف باليمين، أي كأنه حلف وليس طلاقا، قال شيخ الإسلام ابن تيمية: "من الصيغ: أن يعلق الطلاق أو العتاق أو النذر بشرط فيقول: إن كان كذا فعلى الطلاق، أو الحج. أو فعبيدي أحرار، ونحو ذلك، فهذا ينظر إلى مقصوده، فإن كان مقصوده أن يحلف بذلك ليس غرضه وقوع هذه الأمور . كمن ليس غرضه وقوع الطلاق إذا وقع الشرط. فحكمه حكم الحالف؛ وهو من باب اليمين".

وهذا الذي ذكره ابن تيمية أخذت به بعض القوانين في الدول العربية مثل الكويت والمغرب والأردن وغيرها من الدول الإسلامية، ولا بأس أن ننقل ما ذكره الدكتور سليمان الأشقر رحمه الله تعالى في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، فقد ورد في المادة رقم 89 من قانون الأحوال الشخصية الأردني ما نصه (لا يقع الطلاق غير المنجز إذا قصد به الحمل على فعل شيء أو تركه) وغير المنجز هو المعلق وقوعه على وقوع شيء"[1].

3- أن الطلاق المعلق لقصد المنع أو الحث يسمى يميناً في اللغة كذلك، وفي عرف الفقهاء أيضا، وهو يدخل في أيمان البيعة، وفي عموم اليمين في حديث الاستثناء في اليمين، وفي عموم اليمين في حديث التحذير من اقتطاع مال امرئ مسلم بيمين فاجرة، وفي عموم الإبلاء، وفي عموم حديث (يمينك على ما يصدقك به صاحبك) وفي عموم حديث (وإياكم

1 علي زواري أحمد، الطلاق في الغضب والطلاق المعلق، "مقال"، ص6،1.

والحلف في البيع) كما ذكر ذلك العلامة شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم وغيرهما من المحققين.

ومن هنا نقول لك أيها السائل أن طلاقك لم يقع ولا يعتبر طلاقا بهذا الشرط المعلق ما دمت لا تنوي الطلاق بل تنوي المنع والتهديد، ومع ذلك فإن عليك كفارة يمين لعموم قوله تعالى: ﴿قَدْ فَرَضَ ٱللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَٰنِكُمْ ﴾[التحريم:2]، وكفارة اليمين مذكورة في قوله تعالى:﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ ٱللَّهُ بِٱللَّغْوِ فِيٓ أَيْمَٰنِكُمْ وَلَٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ ٱلْأَيْمَٰنَ ۖ فَكَفَّٰرَتُهُۥٓ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَٰكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ۖ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَٰثَةِ أَيَّامٍ ۚ ذَٰلِكَ كَفَّٰرَةُ أَيْمَٰنِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ ۚ وَٱحْفَظُوٓا۟ أَيْمَٰنَكُمْ ۚ كَذَٰلِكَ يُبَيِّنُ ٱللَّهُ لَكُمْ ءَايَٰتِهِۦ لَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ ﴾[المائدة:89]، فهي إطعام عشرة مساكين أو كسوتهم أو تحرير رقبة فإن لم يجد فصيام ثلاثة أيام متتابعة.

وأما الإطعام فنقدره بقيمة زكاة الفطر، وما دام أن هذا الأمر وقع منك في الجزائر فزكاة الفطر عندنا مقدرة بعشرة آلاف سنتيم هذا العام، أي مائة دينار جزائري (100دج)، وإطعام عشرة إذا يقدر بمائة ألف سنتيم، أي ألف دينار جزائري (1000 دج)، وإن زدت على ذلك لا مانع فمن تطوع خيرا فهو خير له"[1].

1 – علي زواري أحمد، الطلاق في الغضب والطلاق المعلق "مقال"، 6.

الحمد لله البارئ المنعم على ما أكرمنا سبحانه وأنعم وبعد التجوال في غمار هذا العرض المتواضع توصلنا إلى عدة نتائج وتوصيات أهمها.

أولا:أهم النتائج:

– العرف له مكانة عظيمة وشأن مرتفع وهو المهيمن ويرجع إليه في قيمة التنازع بين الأفراد

– وضعت الشريعة الإسلامية شروط ومواصفات لقبول العرف فلا تعتبر إلا ما كان صحيحا لذلك قسمه الفقهاء إلى صحيح وفاسد

– لا خلاف بين الأئمة على اعتبار العرف ومكانته في الشريعة الإسلامية، اذا ما تحققت في شروط اعتباره.

– العرف يحقق مصالح الناس، ويؤامن لهم المنافع العامة، والمقاصد الرئيسية التي جاءت الشريعة الغراء بها

– الأحكام الشرعية التي شرعت على اعتبار العادات والأعراف تتغير بتغير الغرف والعادة

– ان العرف معترف بيه فقهيا وأنه يحكم وان الطلاق له أحكام مترتبة مع العرف.

– حكم الطلاق عند المالكية تعتريه أربعة أحكام تكليفيه (حرام، مباح، واجب، مندوب) فهو يختلف باختلاف الحالة التي وقع فيها

– للطلاق أربعة أركان لا يتحقق دونها (المطلق، المطلقة، القصد، اللفظ) ولكن منها شروطه

– الألفاظ التي يقع بها الطلاق على ضربين: صريح وكناية؛ والكناية تنقسم إلى كناية ظاهرة وكناية خفية، وهناك ما يحك محك اللفظ كالإشارة المفهمة، أو الكتابة أو الرسالة

– المالكية ذهبوا إلى إن طلاق المكره غير واقع كونه مؤثرا في إبطال التصرفات الواقعة تحت تأثيره، وسالبا للاختيار، ورافعا للتكليف .

– طلاق السكران واقعاً على ما اشتهر عن إمام مالك في المذهب وعلى ذلك عرفنا .

–ا لطلاق المعلق إذا لم يكن ينويه صاحبه ولم يقصده مسألة خلافية و الراجح في أصح قولي العلماء أنه لا يقع لجريان العرف به دون إرادة الطلاق فالأعمال مبنية على المقاصد والنيات.

ثانيا:أهم التوصيات:

–كما نوصي غيرنا من الباحثين في مجال العلم الشرعي وكل من أطلع على موضوعنا هذا بعد التوقف في البحث في موضوع العرف، وكل ما يضبطه ضمن النصوص الشرعية، لأن العرف يتبدل ويتجدد بتغير الأماكن والأزمان فلا بد من مواصلة النظر فيه حسب ما يقتضيه الحال

كما نوصي أيضا من بيدهم عصمة الزوجية اتخاذ كامل حذر مما قد يصدر من ألسنتهم بما يتسبب في فك هذه العصمة مما يجري في أعرافهم وعاداتهم، ويمكن أن يوقع ذلك أكثر من المتصور وذلك للحفاظ على لبنة المجتمع وسلامتها من الشوائب.

وأخيرا فما هذا إلا جهد مقل ولا ندعي فيه الكمال ولكن عذرنا أنا بذلنا قصارى جهدنا، فإن أصبنا فذاك مرادنا والحمد لله، وإن أخطأنا فلنا أشرف ....وصلى اللهم وسلم وبارك على نبينا ﷺ وعلى آله وصحبه أجمعين.

1- فهرس الآيات القرآنية

الآية	اسم السورة	رقم الآية	الصفحة
ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ	البقرة	229	41-31
جُنَاحَ عَلَيۡكُمۡ إِن طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمۡ		236	30 -29
تَرۡضَوۡنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ		282	41-25
يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَقۡرَبُواْ	النساء	43	51
قَدۡ فَرَضَ ٱللَّهُ لَكُمۡ تَحِلَّةَ أَيۡمَٰنِكُمۡ	المائدة	89	56
خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ	الأعراف	199	17-16
إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ	النحل	106	46-39
قَدۡ فَرَضَ ٱللَّهُ لَكُمۡ تَحِلَّةَ أَيۡمَٰنِكُمۡ	التحريم	2	56
وَيُدۡخِلُهُمُ ٱلۡجَنَّةَ عَرَّفَهَا لَهُمۡ	محمد	6	10
إِذَا طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ	الطلاق	1	41

وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ		2	25
إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ	النحل	106	46

2- فهرس الأحاديث النبوية

طرف الحديث	الصفحة
"فما رأى المسلمون حسنا فهو	17
مَنْ رَأَى مُنْكَرًا فَلْيُغَيِّرْهُ بِيَدِهِ، فَإِنْ	26
مُرْهُ فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر	30
"أن رسول الله ﷺ طلق حفصة، ثم راجعها	30
أبغض الحلال عند الله تعالى الطلاق	31
يأمرك أن تعتزل امرأتك، فقال: أطلّقها	36
رُفع القلم عن ثلاث:عن النائم حتى يستيقظ	38
« ثلاث جدهنّ جد، وهزلهنّ جد، النكاح، والطلاق	39

3- فهرس الأعلام المترجَم لهم

العلَم	موضع الترجمة
ابن تيمية:	12
أحمد بن رفاع	13
مالك بن أنس	13
ابن حزم	31
سعيد بن مسبيب:	51
سليمان بن يسار	51
محمد بن أحمد	52
ابن عابدين	52

4- فهرس المصادر والمراجع

أولا- الكتب:

أ- القرآن الكريم و علومه:
القرآن الكريم.
1 ابن كثير، تفسير القرآن العظيم ،ت: سامي بن محمد سلامة ط 2، دار طيبة للنشر والتوزيع، 1420هـ - 1999 م
2 أبو الحسن البغدادي ، الشهير بالماوردي، النكت والعيون، ت : السيد ابن عبج المقصود بن عبد الرحيم، بدون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د.ت
3 عبد الرحمان بن ناصر بن عبد الله السعدي، تسيير الكريم الرحمان في تفسير كلام المنان، ت: عبد الرحمان بن معلا اللويحق ، ط1، مؤسسة الرسالة، د م ن، 1420هـ.2000 م
ب- العقيدة:
علوي بن عبد القادر السقّاف ، مختصر كتاب الاعتصام ، ط1، دار الهجرة للنشر والتوزيع، د م ن، 1418هـ.1997م
ج- الحديث النبوي وعلومه:
4 محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، صحيح البخاري، ت: محمد زهير بن ناصر الناصر،ط1، طوق النجاة، 1422هـ
ابن ماجه أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني ، سنن ابن ماجه، ت: محمد فؤاد عبد الباقي ، بدون طبعة، دت، إحياء الكتب العربية.م .

5 أبو الحسن علي بن عمر أحمد بن مهدي بن مسعودبن النعمان بن دينار البغدادي الدارقطني ، سنن الدار قطني، ت: شعيب الأرنؤوط، حسن عبد المنعم شلبي، عبد اللطيف حرز الله، أحمد برهوم ط1 مؤسسة الرسالة، بيروت- لبنان،1424 هـ - 20004 م
-أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد الأزدي السجستاني، ت- شعيب الأرنؤوط-محمد كامل قرّه بللي، ط1، دار الرسالة العالمية، بدون مكان النشر، 1430هـ - 2009م
6 أحمد بن شعيب أبو عبد الرحمان النسائي، سنن النسائي الكبرى، ت، عبد الغفار سليمان البنداري سيد كسروي حسن، ط1 ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1411 هـ - 1991 م
د- الفقه الإسلامي:
- الفقه الحنفي:
7 محمد الخطيب الشربيني مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ، ب ط ، دار الفكر ، بيروت.
8 عثمان بن علي بم محجن البارعي، فخر الدين الزيلعي الحنفي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق و حاشية الشلبي ، حاشية شهاب الدين أحمد بن محمد بن أحمد بن يونس بن إسماعيل بن يونس الشَّلبي ، ط1، المطبعة الكبرى الأميرية -بولاق ، القاهرة ، 1313هـ،
9 زين الدين بت إبراهيم بن محمد ، المعروف بإبن نجيم المصري ، الاشباه و النظائر على مذهب ابي الحنفية النعمان، وضح حواشيه و خرج أحاديثه الشيخ زكريا عميرات ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، 1419هـ.1999م
10 - محمد عميم الإحسان المجددي البركتي ، التعريفات الفقهية ، ط1، دار الكتب العلمية (إعادة صف للطبعة القديمة في باكستنان).،1407هـ.1986م
11 - ابن عابدين ، حاشية رد المختار على الدّر المحتار شرح تنوير الأبصار ، د ط ، دار الفكر، بيروت ، 1421 هـ - 2000.
- الفقه المالكي:

12 – أبي الوليد بن رشيد القرطبي ، البيان والتحصيل ، ت، العرايشي ،دط،دت
13 – ابن شاس ، عقد الجواهر الثمينة في مدهب عالم المدينة ، ت، محمد أبو الأجفان ،ط 1 ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت ، لبنان ، 1423 هـ – 2003 م
14 – أبو القاسم الغرناطي، القوانين الفقهية في تلخيص مدهب المالكية ، ت ، محمد بن سيدي محمد مولاي ، د ت
15 – أبو العباس الصاوي المالكي ، حاشية الصاوي على شرح الصغير ، د ط ، دت
16 – شهاب الدين ابي العباس أحمد بن أدريس بن عبد الرحمان الصنهاجي المشهور بالقرافي ، أنوار البروق في أنواء الفروق ، دراسة و تحقيق : مركز الدراسات الفقهية و الاجتهادية ، محمد أحمد سراج ، علي جمعة محمد ، ط1، دار السلام للطباعة و النشر ، القاهرة ، مصر 120 شارع الأزهر ، 1421هـ . 2001م
17 – عمر الجيدي ، مباحث في المذهب المالكي بالمغرب ، ط1، مطبعة المعارف الجديدة للطباعة و النشر و التوزيع ، الرباط، 1993م
18 – خليل بن إسحاق بن موسى ، ضياء الدين الجندي المالكي المصري ، التوضيح في شرح المختصر الفرعي لإبن الحاجب ، ت: أحمد بن عبد الكريم نجيب ، ط 1، مركز نجيبويه للمخطوطات و خدمة التراث ، ج4، 1429هـ.2008م
19 – أبو عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر النمري القرطبي ، الإستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار .ت:سالم محمد عطا . محمد علي معوض من دون رقم ط ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 2008م،
20 – القاضي محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافري الإشبيلي المالكي، أحكام القرآن ، راجع أصوله و خرج أحاديثه و علق عليه : محمد عبد القادر عطا ،ط 3،دار الكتب العلمية ، بيروت . لبنان، 1424هـ،2003م،
21 – الصادق عبد الرحمن الغرياني، مدونة الفقه المالكي و أدلته ،ط 1،مؤسسة الريان للطباعة و النشر و التوزيع ، بيروت . لبنان،1423هـ،2002،
22 – وهبة الزحيلي، الفقه المالكي المسير ، دون رقم ط ، دار الكلم الطيب ، دمشق ، سوريا ، 1421هـ.2010م،

23 – الحبيب بن طاهر ، الفقه المالكي و ادلته ، ط 2، مؤسسة المعراف ، بيروت ، لبنان، 1426هـ.2004م

24 – محمد ابو زهرة ، الأحوال الشخصية ،ط 2،دار الفكر العربي، دم ن نشر، القاهرة ، 1329هـ.1950م

25 – التواتي، المبسط في الفقه المالكي ، ط1 ،ط2، دار الوعي ،الرويبة ، الجزائر، 1430-2009 ، 1431 - 2010 م.

هـ- أصول الفقه والقواعد الفقهية ومقاصد الشريعة:

26 – نجم الدين أبي حفص عمر بن محمد أحمد النسفي ، طلبة الطلبة في الإصلاحات الفقيه، بدون ط،بدون مكان، مكتبة المثنى ببغداد، 1311هـ

27 – وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي ،الطبعة الأولى ،دار الفكر للطباعة و النشر ، سورية ، دمشق .1406هـ -1986م - 1973 م.

28 – محمد عبد الله ابن التمين ، أعمال العرف في الاحكام و الفتاوى في المذهب المالكي ، الطبعة الأولى ، دائرة الشؤون الإسلامية و العمل الخيري بدبي إدارة البحوث الإمارات العربية المتحدة ، 1430 هـ-2009م.

29 – محمد سليمان عبد الله الأشقر ، الواضح في اصاول الفقه للمبتدئين ، الطبعة الثانية ، دار السلام للطباعة و النشر و التوزيع و الترجمة ، جمهورية مصر العربية ، القاهرة ، الإسكندرية ، 1425هـ-2004م،د،ط

30 – مصطفى ديب البُغا، أثر الأدلة المختلف فيها،بدون، ط، دار الإمام البخاري ، دمشق،حلبوني.

31 – حسنين ، مفهوم العرف في الشريعة الإسلامية، أستاذ بقسم الشريعة بكلية الشريعة و القانون بالإمارات

32 – عبد الكريم زيدان ، الوجيز في أصول الفقه ، الطبعة السادسة من دون مكان نشر ، مؤسسة قرطبة (طباعة ،نشر ،توزيع).

33 – شهاب الدين ابو العباس أحمد إدريس القرافي ، شرح تنقيح الفصول في إختصار المحصول في

الأصول،د.ط،دار الفكر للطباعة و النشر ، بيروت. لبنان ، 1424هـ.2004م.
34 – –مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام ، ط 1، دار القلم ، دمشق ، الدار الشامية ، بيروت 1418هـ.1998م.
و– فقه عام:
35 – محمد بن عبد الله الخرشي ، شرح الخرشي على مختصر خليل ، 24 ، دار الكبرى الأميرية،بولاق،مصر،1317.
36 – أبو بكر جابر الجزائري ، منهاج المسلم و كتاب عقائد و أداب و اخلاق و عبادات و معاملات ،ط1، دار البصائر للنشر والتوزيع و الجزائر ، مكتبة العلوم و الحكم ، المدينة المنورة ،1433هـ.2012م.
37 – حسنين محمود حسنين ، العرف و أثره في الفقه الإسلامي ، مجلة الشريعة و القانون (حولية محكمَّة) ، العدد الخامس ، في ذي القعدة ، 1411هـ/مايو/أيار/1991م
كتب الفتاوى:
38 – محمد بن أحمد بن محمد عليش ، فتح العليّ المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك جمع و تنسيق و فهرسة علي بن نايف الشّحود، 1217– 1299 هـ
39 – القرافي ، الإحكام في تميز الفتاوى عن الأحكام و تصرفات القاضي و الإمام ، ط 2 ، دار البشائر الإسللامية،1416 هـ
40 – تقي الدين محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن علي الفتوحي المعروف بإبن النجار ، الشرح الكوكب المنير ، تحقيق محمد الزحيلي و نزيه حماد، ط 2،مكتبة العبيكان ، د م ن ، 1418هـ.1997م
– معاجم اللغة العربية والموسوعات:
41 – محمد بن أبيبكر بن عبد القادر الرّازي ، مختار الصحاح ، و العالم ، ت، محمود خاطر، مكتبة ، لبنان ، ناشرون ، بيروت.
42 – عبد الرحمان بن أبي بكر جلال الدين السيوطي ، الأشباه و النظائر، ط1، دار الكتب العلمية

، دم ن 1411هـ.1990م.
43 – أبو الحسن أحمد بن فارس بن زكريا ، معجم مقاييس اللغة ،ت: عبد السلام محمد هارون ، من دون رقم ط ، دار الفكر ، 1399هـ.1979م
44 – علي بن محمد بن علي الجرجاني ، التعريفات ت، إبراهيم الأبياري،ط 1، دار الكتاب العربي، بيروت ،1405هـ
45 – محمد بن مكرم بن علي أبو الفضل ، جمال الدين إبن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي، لسان العرب ، ط3، دار صادر ، بيروت، 1414هـ.

ثانيا– الرسائل الجامعية:

46 – إلهام عبد الله عبد الرحمن ياجنيد ، أثر العرف في الفرق و متعلقاتها من أحكام فقه الأسرة (دراسة تطبيقية مقارنة)، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير، غير منشورة؛ إشراف : محمد عبد الحي ، جامعة أم القرى .كلية الشريعة و الدراسات الإسلامية ، قسم الدراسات العليا، فرع الفقه و الأصول ، المملكة العربية السعودية ، 1423هـ -1424هـ/ 2003م
47 – أحمد بن رفاع بن حامد العزيزي المطيري ، العرف في التشريع الجنائي ، دراسة تأصيلية مقارنة ، رسالة مقدمة إستكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في العدالة الجنائية ، إشراف : محمد جبر الألفي تخصص سياسة جنائية ، قسم العدالة الجنائية ، كلية الدراسات العليا، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية،1431هـ.2010م
48 – أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي بن مسعود بن النعمان بن دنيار البغدادي الدارقطني، سنن الدراقطني ، حققه و ضبط نصه و علق عليه شعيب الأرنؤوط ، حسن عبد المنعم شلبي ، عبد اللطيف حرز الله ، أحمد برهوم ،ط 1،مؤسسة الرسالة ، بيروت ، لبنان،1424هـ.2004م
49 – شيخ الإسلام إبن تيمية ، دراسة تأصيلية تطبيقية موازنة ، رسالة مقدمة لنيل درجة دكتوراة في الفقه ، إشراف : محمد بن عبد الله الصواط ، قسم الشريعة ، كلية الشريعة و الدراسات الإسلامية ، جامعة أم القرى.

5- فهرس المحتويات

المحتوى	الصفحة
مقدمة	1
المبحث الاول: العرف عند الاصوليين	
المطلب الأول: التعريف بالعرف والمصطلحات المشتبهة بي	10
الفرع الثاني: تعريف العرف	10
الفرع الثاني: المصطلحات المشتبه به	12
المطلب الثاني: حجية العرف	16
المطلب الثالث:شروط اعتبار العرف	17
الفرع الأول: ألّا يكون العرف مخالفًا لأدلّة الشرع	18
الفرع الثاني:أن يكون العرف مُطردًا أو غالبًا:	18
الفرع الثالث: أن لا يعارض العرف تصريح بخلافه:	18
الفرع الرابع: أن يكون موجودا عند التصرف:	19
المطلب الرابع: أقسام العرف	19
الفرع الأول: أقسام العرف باعتبار استعماله	19
الفرع الثاني: أقسام العرف باعتبار شيوعه	20
الفرع الثالث: أقسام العرف باعتبار و قوعه في الوجود.	21
الفرع الرابع: أقسام العرف باعتبار موافقته ومخالفته للشرع	22

المطلب الخامس: الاستعمالات الفقهية للعرف	**23**
الفرع الأول: الاستعمالات الفقهية للعرف	**23**
الفرع الثاني: العرف الذي يرجع إليه في تطبيق الأحكام المطلقة على الحوادث.	**25**
الفرع الثالث: العرف الذي ينزل منزلة النطق بالأمر المتعارف	**26**
المبحث الثاني: الطلاق عند المالكية	
المطلب الأول: تعريف الطلاق ومشروعيته	**29**
الفرع الأول: تعريف الطلاق	**29**
الفرع الثاني: مشروعية الطلاق	**29**
المطلب الثاني: حكم الطلاق والحكمة منه	**32**
الفرع الأول: حكم الطلاق	**32**
الفرع الثاني: الحكمة من مشروعية الطلاق	**32**
المطلب الثالث: أقسام الطلاق	**34**
الفرع الأول: أقسام الطلاق من حيث إمكان الرجعة	**34**
الفرع الثاني: أقسام الطلاق من حيث مطابقة السنة	**35**
الفرع الثالث: أقسام الطلاق من حيث الصيغة	**36**
الفرع الرابع: أقسام الطلاق من حيث الزمن والصيغة	**37**
المطلب الرابع: أركان الطلاق وشروطها	**38**

المطلب الخامس: الألفاظ التي يقع بها الطلاق	**41**
الفرع الأول: اللفظ الصريح	**41**
الفرع الثاني: الكناية	**42**
المبحث الثالث:أثر العرف في وقوع بعض أنواع الطلاّق	
المطلب الأوّل: أثر العرف في حكم الإكراه على الطلاّق.	
الفرع الأول: تعريف الإكراه وحكمه عند المالكية	**45**
الفرع الثاني: صور الإكراه ومدى تأثير العرف فيها.	**47**
المطلب الثاني: أثر العرف في الحكم بطلاق السكران.	**49**
الفرع الأول: حكم طلاق السكران عند المالكية وأدلتهم	**50**
الفرع الثاني: مدى تأثير العرف في الحكم على السكران	**51**
المطلب الثالث: أثر العرف في حكم تعليق الطلاق	**52**
الفرع الأول: تعريف التعليق	**52**
الفرع الثاني: مدى تأثير العرف في حكم تعليق الطلاق	**53**
خاتمة	**57**
الفهارس	**51**
1- فهرس الآيات القرآنية	**51**
2- فهرس الأحاديث النبوية	**52**

3- فهرس الأعلام المترجَم لهم	53
4- فهرس المصادر والمراجع	54
5- فهرس المحتوى	61