قاعدةُ "العادة مُحكَّمة" قراءةٌ في المضامين الفقهية والتَّمثُّلات القانونية قانون الأحوال الشخصية العُماني أنموذجا

محمد عقيل بن سيف – سلطنة عمان

تاريخ ارسال المقال: 2024/01/07. تاريخ قبول المقال: 2024/03/31. تاريخ النشر: 2024/09/20

الملخص:

تعد قاعدة العادة محكّمة إحدى القواعد الكلية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ويراد بها العرف، ويمثل العرف مصدراً من مصادر التشريع، ومرجعاً أساسياً في صحة الأحكام الفقهية، والقوانين الوضعية، وله صور عديدة، وأمثلة كثيرة في شتى المجالات المختلفة في الفقه والقانون، فهو دليل من الأدلة الشرعية، فله أهيمته في مختلف المعاملات الانسانية في المجتمع، فهو ضابطٌ لسلوكياتهم الناجمة عن عادتهم المتعارف عليها بينهم، وملزم لتصرفاتهم فيما بينهم من معاملات يترتب عليها صدور الأحكام الشرعية والقضائية التي تنظم حياتهم بهدف تحقيق المصالح ودرء المفاسد وإقامة العدل.

الكلمات المفتاحية: قاعدة، العادة والعرف، الفقه الإسلامي، القانون الوضعي.

Abstract:

The rule of custom is considered one of the comprehensive rules in Islamic jurisprudence and positive law, and what is meant by it is custom. Custom represents a source of legislation and a basic reference in the validity of jurisprudential rulings and positive laws. It has many forms and many examples in various different fields of jurisprudence and law. It is evidence. From the legal evidence, it has its importance in various human transactions in society, as it regulates their behavior resulting from their custom known among them, and is binding on their actions among themselves in terms of transactions that result in the issuance of legal

and judicial rulings that regulate their lives with the aim of achieving interests, warding off evil, and establishing justice.

Keywords: rule, custom, Islamic jurisprudence, law.

مقدمة:

لا جرم أنَّ الإنسان ابنُ عوائده ومألوفه كما يقول ابن خلدون ، أو هو ابنُ بيئته كما يقول "داروين" ؛ فالبيئة والعوائد أُمُّه بعد أُمِّه ، فيها نشأ ، ومنها تأثَّر بحركات المجتمع من حوله النَّاجمة عن انتخاب طبيعي لألوان السُّلوكات التي تَكتسبُ بمرور الزَّمن طابَع الاعتياد ، وتُولِّدُ في الضَّمير الجمعي وازعَ الاعتقاد ؛ الاعتقاد بإلزامية تلك السُّلوكات فيصيرُ لها تأثيراً في الحكم الشرعي ، مثلما يقول مصطفى أحمد الزَّرقاء: "ومن المقرر في فقه الشريعة أنّ لتغير الأوضاع والأحوال الزمانية تأثيراً كبيراً في كثير من الأحكام الشرعية الاجتهادية ، فإنّ هذه الأحكام تنظيم أوجبه الشرع يهدف إلى إقامة العدل وجلب المصالح ودرء المفاسد ، فهي ذات ارتباط وثيق بالأوضاع ، والوسائل الزمنية ، وبالأخلاق العامة ، فكم من حكم كان تدبيراً وعلاجاً ناجعاً لبيئة في زمن معين ، فأصبح بعد جيل ، أو أجيال لا يوصل إلى المقصود منه ، أو أصبح يُفضي إلى عكسه بتغيُّر الأوضاع ، والوسائل والأخلاق"[1] ، كما أنه من المقرر أيضا أنَّ القاعدة القانونية هي وليدة أوضاع اجتماعية معينة ، ألفها ذلك المجتمع بحيث ترسخت في وجدانه ، وصار الانفكاك عنها مما يصعب ، أو يستحيل ، فعمِد المشرع القانوني إلى صبِّها في قوالب نصوصية تحمل مُسمى المادة القانونية .

ومن هنا تصبح تلك المواد القانونية مرتبطة ارتباطًا وثيقًا بتلك الأوضاع الاجتماعية الناجمة أصلا من عوائد النس وأعرافهم ؛ لذلك قالوا "العادة طبيعةٌ ثانيةٌ" ، وبالتالي؛ فتلك السُّلوكات الاعتيادية - ثباتًا وقِدمًا وعُمومية والمُلزمة جزاءً- هي تدخل في مسمى "العادة محكمة" .

منهج الدراسة:

وإزاء ذلك تأتي هذه الورقة البحثية ممتطية المنهج الوصفي التحليلي باعتباره أسهب المناهج لمثل هذه البحوث.

خطة الدراسة:

انتظمت الدراسة خطة من مبحثين:

[1] الزرقا مصطفى أحمد ، المدخل الفقهي العام ، دار القلم ، دمشق ، ط2 ، 2004 ، ص941

المبحث الأول : المضامين.

المبحث الثاني : التجليات.

المبحث الأول: المضامين:

يعتمد الإباضية في استنباطهم للأحكام الفقهية على مصادر شرعية أساسية ، وفرعية ، كبقية المذاهب الفقهية ، وتتمثل هذه المصادر فيما يلي :[1] القرآن ، والسنة ، والإجماع ، والقياس ، والاستدلال ، ويدخل تحت الاستدلال: الاستصحاب ، والاستحسان ، والمصالح المرسلة ، وسد الذرائع ، وشرع من قبلنا ، والعرف ، وقول الصحابي، وعرفت بالأدلة المختلف فيها ، أو المصادر التبعية.

وقد يطلقون على الإجماع ، والقياس ، والاستدلال ، الكلمة"الرأي" ، فيقولون عندما يتحدثون عن مصادر التشريع ، وهي الكتاب ، والسنة ، والرأي ، ولذلك أخطأ بعض من كتب عنهم ، فظن أنهم ينكرون الإجماع[2].

ومن هنا فللعرف والعادة في نظر المذهب الإباضي ، وغيره من المذاهب الإسلامية قيمة تشريعية كبرى، حيث يعد مستنداً قوياً ، وعظيماً ، لكثير من الأحكام العملية بين الناس في شتى مجالاتهم الحياتية ، كما أنَّ له سلطاناً واسعاً في استنباط الأحكام ، وتجددها ، أو تعديلها ، وتحديدها، إطلاقاً ، أو تقيدا[3]، لذلك قال ابن عابدين : " كثير من الأحكام تختلف باختلاف الزمان لتغير عرف أهله لحدوث ضرورة ، أو لفساد أهل الزمان، بحيث لو بقي الحكم على ما كان أولا، للزم المشقة ، والضرر بالناس، ولخالف قواعد الشريعة المبنية على التخفيف ، والتيسير ، ودفع الضرر ، والفساد"[4].

وانطلاقا من ذلك يأتي هذا المبحث لتبيان مضامين قاعدة العادة محكمة ، وعلاقتها بالعرف ، في المطالب الآتية:

[1] علي يحي معمر، الإباضية مذهب إسلامي معتدل ، أحمد بن سعود السيابي ، مطبعة الألوان الحديثة ، مسقط ، عمان ، 1988 ، ص30

[2] مصطفى صالح با جو ، أبويعقوبالوارجلاني وفكره الأصولي مقا رنة بأبي حامد الغزالي ، وزارة التراث القومي والثقافة ، سلطنة عمان ، 1995 ، ص222

[3] الجيد يعمر ، مرجع سابق ، ص119

[4] الزحيلي، محمد مصطفى ، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، دار الفكر، دمشق، ط1 ، 2006 ، 353/1

المطلب الأول: مفهوم قاعدة العادة محكمة:

أولاً - العادة في اللغة:

من عاد يعود عوداً ،وعادة ، وجمعها عوائد ، وعادات ، سميت كذلك ، لأن صاحبه يعاودها أي يرجع إليها مرة بعد مرة ، وأصل العود يدل على التثنية في الأمر ومنه العادة[1]. وبالتالي فالعادة تعني التكرار.

ثانياً - العادة في الاصطلاح:

قال الجرجاني في حديثه عن العرف، هو: "ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول، وتلقته الطبائع بالقبول ، وهو حجة أيضاً ، لكنه أسرع إلى الفهم ، وكذا العادة ، وهي ما استمر الناس عليه على حكم العقول ، وعادوا إليه مرة بعد أخرى"[2].

ومن هنا يتضح لنا أن العادة والعرف بمعنى واحد ، ولذلك عرفت : "العرف والعادة ما استقر في النفوس من جهة العقول، وتلقته الطباع السليمة بالقبول"[3].

وهذا التعريف ساوى بين العادة والعرف، فمدلولهما عنده واحد، فما يطلق عليه عرف يطلق عليه عادة، والعكس بالعكس.

وقيل العادة هي: الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية[4] ،وقد قصرها بعض الفقهاء على العرف العملي ، لكن هذا القصر لا معنى له لأن الفقهاء من السلف والخلف أجروا العادة في الأقوال والأفعال معا[5].

أما كلمة "محكَّمة" فهي اسم مفعول من التحكيم، ومعناه القضاء والفصل بين الناس، لفض النزاع القائم بينهم ،فمعنى قاعدة "العادة محكمة" : أنَّ العادة هي المرجع للفصل عند التنازع[6].

وعليه فإنَّ العادة والعرف بنفس المعنى ، وسنستعمل العادة كقاعدة في بحثنا هذا على نفس كلمة العرف.

---

[1] ابن فارس ، معجم مقاييس اللغة ، 181/4

[2] الجرجاني ، علي بن محمد بن علي ، التعريفات ، دار الكتب العلمية بيروت ، ط1 ، 1983 ، ص149

[3] آل بورنو، محمد صدقي، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، مؤسسة الرسالة العالمية، بيروت، ط4 ، 1996

[4] ابن أمير الحاج ، التقرير والتحبير ، المطبعة الكبرى الأميرية ، بولاق ، مصر 1316هـ ، 282/1

[5] أحمد فهمي أبو سنة ، العرف والعادة في رأي الفقهاء ، مطبعة الأزهر ، 1947 ، ص11

[6] آل بورنو ، ص 273

المطلب الثاني: أنواع العادة:

سبق الذكر أنَّ العادة هي بمعنى العرف ، ولذلك قسموا العرف إلى قسمين:

أولاً - العرف القولي:

وهو : " أن تكون عادة أهل العرف، يستعملون اللفظ في معنى معين، ولم يكن ذلك لغة ، وذلك قسمان أحدهما في المفردات نحو الدابة للحمار ، والغائط للنجو ، والرواية للمزادة ، ونحو ذلك. وثانيهما في المركبات ، وهو أدقها على الفهم ، وأبعدها عن التفطن ، وضابطها أن يكون شأن الوضع العرفي تركيب لفظ مع لفظ يشتهر في العرف تركيبه مع غيره ، وله مثل أحدهما ، نحو قوله تعالى {حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم} [النساء: 23] وكقوله تعالى {حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير} [المائدة: 3] فإنَّ التحريم ، والتحليل ، إنما تحسن إضافتهما لغة للأفعال دون الأعيان فذات الميتة لا يمكن العرف أن يقول هي الإحرام بما هي ذات ، بل فعل يتعلق بها ، وهو المناسب لها ، كالأكل للميتة ، والدم ، ولحم الخنزير ، والشرب للخمر ، والاستمتاع للأمهات ، ومن ذكر معهن "[1].

والمراد أنَّ اللفظ يغلب على معنى معين، بحيث لا يفهم عند إطلاقه ، إلا ذلك المعنى، وذلك مثل: إطلاق لفظ (اللحم) في عرف بلدنا عُمان على لحم الأبقار والأغنام ، بخلاف السمك أو الدجاج ، وهكذا ؛ فهذا الاستعمال هو بمثابة وضع جديد للفظ.

ثانياً - العرف العملي:

وهو : " التعارف بين الناس على أمر عملي معين ، كأكل لحم الضأن في بلد ، أو لحم البقر ، أو لحم الجاموس في بلد آخر، والعرف العملي في بيع التعاطي، والعرف في تقسيم المهر إلى معجل ومؤجل "[2].

ومن مجالات العرف العملي اعتبار الأعراف والعادات الجارية بين الناس، والرجوع إلى ما اعتاده الناس في أفعالهم ، وجعله بمنزلة المنطوق به، حيث إنه تجري بين الناس في تصرفاتهم عاداتٌ تدل على الإذن في الشيء ، أو المنع منه ، أو تقييده ، فهذه العادات المطردة تكون معتبرةً عند الناس في معاملاتهم ، وأقضيتهم ، وتنزل منزلة الألفاظ في العقود ، والنطق بالأمر المتعارف عليه.

[1] القرافي الفروق ، 171/1

[2] الزحيلي محمد مصطفى ، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي، مطبوعات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية إدارة الشؤون الإسلامية - دولة قطر، الطبعة: الثانية،1، 2006/ 166

مثال ذلك: تعارف الناس البيع بالتعاطي، ومن غير صيغة لفظية بالإيجاب والقبول، وكذلك الاستصناع، ومن ذلك التوكيل المطلق في البيع، فإنه يتقيد بثمن المثل، وغالب نقد البلد، تنزيلاً للعادة الجارية في المعاملات منزلة صريح اللفظ[1] .

قال ابن القيم: " وقد أجري العرف مجرى النطق في أكثر من مائة موضع ، منها: نقد البلد في المعاملات، وتقديم الطعام إلى الضيف، وجواز تناول اليسير مما يسقط من الناس من مأكول وغيره، والشرب من خوابي السيل ومصانعه في الطرق، ودخول الحمام وإن لم يعقد عقد الإجارة مع الحمامي لفظا"[2] ، إلى آخر ذلك مما ذكره ابن القيم .

وبناءً على ما سبق ؛ فالعرف تولده الحاجات المتجددة المتطورة ، ثم يغدوا نظاما معتبرا في نظر الشرع تدور عليه الأحكام والفتوى فيما يعرض للناس ، ويكشف عن مقصودهم ، ونياتهم ، وعموم كلامهم[3].

المطلب الثالث: القواعد المنضوية تحت قاعدة العادة محكمة:

من مجالات إعمال قاعدة العادة محكمة اعتبار الأعراف والعادات الجارية بين الناس، والرجوع إلى ما اعتاده الناس في أفعالهم وجعلها بمنزلة المنطوق به ، حيث إنه تجري بين الناس في تصرفاتهم عاداتٌ تدل على الإذن في الشيء، أو المنع منه، أو تقييده، فهذه العادات المطردة تكون معتبرةً عند الناس في معاملاتهم، وأقضيتهم، وتنزل منزلة الألفاظ في العقود، والنطق بالأمر المتعارف عليه ، فيكون للعرف قوة النطق باللفظ في الاعتبار، ويرتب عليه ما يرتب على اللفظ؛ لدلالة العرف عليه ، وإفادته به.

ومن ثم اندرج تحت قاعدة العادة محكمة قواعد فقهية كثيرة ، منها[4]:

1- قاعدة "المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً".

2- قاعدة: "الإذن العرفي كالإذن اللفظي".

3- قاعدة "الثابت عادة كالثابت نصا"

4- قاعدة "العادة تعتبر إذا اطردت"

[1] منظمة المؤتمر الاسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، جدة، السعودية ، 11/ 481

[2] ابن قيم الجوزية ،أبو عبد الله محمد بن أبي بكر، أعلام الموقعين عن رب العالمين، دار ابن حزم، الطبعة: الثانية، 2019، 3/ 407

[3] الجيد يعمر ، مرجع سابق ، ص12

[4] محمود مصطفى عبود آل هرموس ، القواعد الفقهية الإباضية ، وزارة الأوقاف والشؤون الدينية ، سلطنة عمان ، ط1 ، 2014 ، 1/ 238

5- قاعدة "الحقيقة العرفية هي المتبادرة إلى الذهن"

يضاف إلى ذلك أنَّ الفقهاءأدرجوا هذه القاعدة في بناء فتاواهم الكثيرة ، وربما أخذوا بالقول المرجوح بدل الراجح ، بناء على هذه القاعدة المهمة ، قال ابن عاشور : وقد يقع الإغضاء عن خلل يسير ترجيحا لمصلحة تقرير العقود كالبيوع الفاسدة إذا طرأ عليها بعض المفوّتات المقررة في الفقه، وقد كان الأستاذ أبو سعيد بن لب مفتي حضرة غرناطة في القرن الثامن يفتي بتقرير المعاملات التي جرى فيها عرف الناس على وجه غير صحيح في مذهب مالك إذا كان لها وجه ولو ضعيفا من أقوال العلماء[1].

المطلب الرابع: تناول المذاهب لقاعدة العادة محكمة:

أولاً - في المذهب الإباضي:

لا شك أنَّ المذهب الإباضي كغيره من المذاهب الفقهية الإسلامية، اتسم بأصول بنى عليها مسائله ، وهو في هذا لا يكاد يخرج عن عمومات الأصول المعروفة ، ومن هذه الأصول التي اعتمدها واستقرت فيه ، أصل العرف ، والأخذ به كمصدر من مصادر التشريع ، ودليل على الأحكام الفقهية ، وهذا إذا لم يصادم النصوص الشرعية من كتاب أو سنة ، بل إن فقهاء المذهب خرَّجوا مسائل كثيرة مبناها على العرف والعادة ؛ ومن فقهاء المذهب من ذكرها بالنص ، ومنهم من أشار إليها إشارة ، وكلاهما استعملها في التفريع عليها في المسائل الفقهية.

أ- ومن الذين صرحوا بهذه القاعدة الإمام السالمي في كتاب معارج الآمال ، وهو يتحدث عن التنبيه الثالث في الصلاة بالدراهم والدنانير التي فيها الصور والأصنام ، وبعد أن ذكر مذاهب المتأخرين في المسألة ، قال: وثالثها ؛ أن الصلاة تجوز بها على العمد والنسيان حَتَّى يصح أن بها صنما، وهذا القول مبني على أن الأصل في الأشياء إباحتها حتى يصح المانع؛ فالأصل في هذه الأشياء المذكورة إباحة الصلاة ما لم ترَ الصليب فيها يقينا، وعلى هذا فيصح التغافل عن النظر فيها لمن شاء أن يُصَلِّي بها، لكن العادة محكمة، والأغلبية في الأشياء معتبرة ، والله أعلم[2].

[1] ابن عاشور ، الطاهر بن عاشور ، مقاصد الشريعة الإسلامية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، 2004، 490/3

[2] السالمي ، نور الدين عبد الله بن حميد السالمي ، معارج الآمال على مدارج الكمال بنظم مختصر الخصال ، تحقيق الحاج سليمان بن إبراهيم بابزيز وآخرون ، مكتبة الإمام السالمي ، ولاية بدية ، سلطنة عمان ، 2010 ، 267-266/3

ب- وغير السالمي ، وإن لم يصرحوا بذكرهم لهذه القاعدة بنصها وفصها ؛ فإنهم استعملوها كثيرا ؛ فمن هؤلاء الإمام ابن بركة البهلوي العماني في كتابه الجامع ، حيث يقول على سبيل المثال : "وإذا مات أحد الزوجين فادعى أحدهما ما في المنزل الذى كانا يسكنانه أيام اجتماعهما فيه ، فإن القولَ في ذلك قول الحى منهما من : حيوان ورقيق وأثاث وغير ذلك في قول أكثر أصحابنا ، وقال بعضهم : لا تصدق الحي منهما إلا فيما يملك من طريق العادة بين الزوجين ؛ كأنه يذهب إلى أن المرأة تصدق فيما هو من آلة النساء في البيوت نحو الطبلة وما تحويه ، ويصدق الرجل في السيف والحجفة والفرس وما يصلح للرجل ، ولا يصدق كل واحد منهما فيما لس من شأنه واتخاذه لنفسه ، واحتج من قال : يتصدق الحي منهما أن المرأة قد ترث من أبيها وأخيها مما يكون للرجال ويشترى لمعونة المحاربين ، وقد يكون في يدها أمانة لغيرها ، ومثل هذا يجوز ، وأما صاحب القول الآخر فيجري أمرها على العادة ، والفرق بين الناس ، والنظر يوجب عندي أنهما مدعيان في سبيل ما يدعيانه سبيل ما يتداعاه الناس في الأملاك ، ويدعي بعضهم على بعض ، فمن كان في يده منهما شيء وفى قبضه ، ودخل في حوزه ، كان القول قوله فيه ، ومن ادعى عليه دعوى ملك أو مشاركة كان عليه البينة لقول النبي صل الله عليه وسلم : " لو أعطى الناس بدعواهم لاستحل قوم دماء قوم وأموالهم ولكن البينة عل من ادعى وعلى المنكر اليمين" ، وهذا يدل على أن دعوى الحي منهما مع ورثة الهالك كدعوى غيرهما من الخصوم ، والله أعلم[1].

وأفاد ابن بركة في معرض اعتماد العرف ، لو قال رجل لأمته أو لزوجته : إذا نكحتك فأنت طالق ، أو لأمته أنت حرة ، فإن هذا يقع على الجماع ، وهذا على مقاصد الناس والعرف بينهم[2].

كما أفاد أيضا ابن بركة في موضع آخر: أنه لو أوصى أحد للأرامل من قرابته فهو للنساء ممن لا أزواج لهن ، ولا يدخل في هذه الوصية الأرامل من الرجال "وإن كان لا أزواج" لهم ، فإن الأرامل الذين تعرفهم العامة ، حتى ولو سموا في اللغة بالأرامل ، لأن العرف هو استعمال كلمة الأرامل في النساء[3].

[1] ابن بركة ، أبو محمد عبد الله بن محمد بن بركة البهلوي العماني ، كتاب الجامع ، تحقيق عيسى يحيى الباروني ، 2007 ، 2 /266-267

[2] ابن بركة ، 172/2

[3] ابن بركة ، 569/2

ومنهم الإمام الورجلاني ، إذ قال : ومن حلف لا يأكل لحما حنث بالسمك لأن الله عز وجل سماه لحما والصحيح عندي القول بأن اليمين على العرف فلا يحنث من لا يذكره باسم اللحم ، ولو كان لحما في اللغة والقران ، لأن العمل بالنية[1] .

ومنهم أيضا الإمام محمد بن إبراهيم الكندي : فيمن نذر على إنسان بشيء ، قال : وسألته عن نذر الجوز هل هو للناذر أو المنذور عليه ؟ ، قال: هو على ما تجري به العادة من فعل الفاعل ، فإن كان المتعارف بين الناس أنه يقصد المفعول له على وجه الهبة والعطية فهو للمنذور عليه ، وإن كان ذلك مما تجري به العادة أن ذلك شيء يبيحه الناذر لمن حضر المنذور فهو على ذلك ، ويجوز من ذلك ما جرت به العادة بين الناس ، ومضى عليه التعارف[2].

ومنهم أيضا الإمام بيوض ، إذ اعتمدها كثيراً ، ولا سيما في فتاويه ، فمن ذلك جوابه على من سأله في حكم تزويج الوالد لولده ، فقال: من حق الولد على أبيه أن يزوجه إذا بلغ الحلم ، أما الصداق ، فعلى الابن إذا كان له مال، وأما مصاريف العرس المعتادة فينبغي أن يقوم بها الأب حسب العرف والعادة ، وإن شاء طلبها من ابنه إذا كان له مال، وللعرف في هذه المسائل حكم يقره الشرع ولا ينكره[3] .

وأيضا في فتواه حول حكم الشرع لأحد الشركاء في مزرعة أن يخرج الماء منها إلى غيرها؟ فقال: حكم الشرع في أمثال هذه المسائل تابع للعرف ، وعرفنا في القرارة أنه لا يجوز لشريك أن يخرج الماء من الغابة ، إلا بإذن جميع الشركاء ، هذا عرف بلادنا الذي عليه العمل[4] .

ثانياً - في المذهب الحنفي:

جاء في البحر الرائق نقلا عن صاحب التحرير: مسألة العادة والعرف العملي مخصص عند الحنفية ، خلافاً للشافعية ، كحرمة الطعام ، وعادتهم أكل البر ، انصرف إليه ، وهو الوجه ، أما بالعرف القولي ، فاتفاق كالدابة للحمار ، والدرهم على النقد الغالب[5].

[1] الورجلاني، أبو يعقوب يوسف بن إبراهيم ، العدل والإنصاف ، وزارة التراث القومي والثقافة ، سلطنة عمان ، 1984 ، 175/2

[2] الكندي ، محمد بن إبراهيم الكندي ، بيان الشرع ، وزارة التراث القومي والثقافة ، 1988 ، 103/25

[3] إبراهيم بن عمر بيوض ، الفتاوى ، جمع بالحاج بكير ، السيب ، مسقط ، ص433

[4] إبراهيم بن عمر بيوض ، الفتاوى ، ص526

[5] النسفي ، أبو البركات عبد الله بن أحمد ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق مع حواشيه ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 538/5

ثالثاً - في المذهب المالكي:

قال القرافي : العوائد والعادة غلبة معنى من المعاني 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 ، لما تقدم في الاستصحاب[1].

رابعاً: في المذهب الشافعي:

قال السيوطي : اعلم أن اعتبار العادة والعرف يرجع إليه في الفقه، في مسائل لا تعد كثرة ، فمن ذلك: سن الحيض ، والبلوغ ، والإنزال ، وأقل الحيض ، والنفاس ، والطهر ، وغالبها وأكثرها، وضابط القلة والكثرة في الضبة ، والأفعال المنافية للصلاة ، والنجاسات المعفو عن قليلها ، وطول الزمان وقصره في موالاة الوضوء ، في وجه ، والبناء على الصلاة في الجمع[2].

خامساً - في المذهب الحنبلي:

قال ابن قدامة: الفصل الثاني ، أن البيع يلزم بتفرقهما ؛ لدلالة الحديث عليه ، ولا خلاف فى لزومه بعد التفرق ، والمرجع فى التفرق إلى عرف الناس وعادتهم ، فيما يعدونه تفرقا ؛ لأنَّ الشارع علق عليه حكما ، ولم يبينه ، فدل ذلك على أنه أراد ما يعرفه الناس ، كالقبض ، والإحراز ، فإن كانا فى فضاء واسع ، كالمسجد الكبير ، والصحراء ، فبأن يمشى أحدهما مستدبرا لصاحبه خطوات ، وقيل: هو أن يبعد منه بحيث لا يسمع كلامه الذى يتكلم به فى العادة[3].

المبحث الثاني :التطبيقات القانونية في مجال الأحوال الشخصية:

تنص المادة الأولى من قانون المعاملات المدنية لسلطنة عُمان ، على أنه تسري أحكام هذا القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها ومعناها ، ولم تنظمها قوانين خاصة ، فإذا لم يوجد نص في هذا القانون حكمت المحكمة بمقتضى أحكام الفقه الإسلامي ، فإذا لم توجد فبمقتضى المبادئ العامة للشريعة الإسلامية ، فإذا لم توجد فبمقتضى العرف " .

[1] القرافي ، شرح تنقيح الفصول ، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس ، شركة الطباعة الفنية المتحدة ، مصر ، ط1 ، 1973 ، ص448

[2] السيوطي ، جلال الدين عبد الرحمن ، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1983 ، ص 90

[3] ابن قدامة ، موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد المقدسي ، المغني ، دار عالم الكتب ، السعودية ، 1997 ، 12/6

وطبقاً لهذا النص ، فإنَّ المشرع العُماني يقضي صراحة بوضع أحكام قانون المعاملات المدنية في المرتبة الأولى ، ومن بعده يأتي كل من أحكام الفقه الإسلامي ، ثم مبادئ الشريعة الإسلامية ، وأخيراً يأتي العرف.

ولا شك أنَّ نصوص قانون الأحوال الشخصية تعد من بين القوانين الخاصة التي تنبع بالأساس من القانون المدني ، وتصب في مجراه ، ولذلك يعدّ ميدان الأحوال الشخصية كباقي الميادين الحقوقية الخصبة ، التي للعادة فيها مكانتها ، وتأثيرها ، فإذا استقرت العادة غالبا مطردة وموجودة وقائمة ؛ فإنها تكون مفسرة للنص القانوني في حال غموضه ، أو مفصلة له في حال إجماله ، أو مكملة له في حال غيابه.

وعليه سنسلط الضوء على مسائل قانونية نظمها المشرع العماني ، كان للعادة والعرف فيها دورٌ أساس ، وذلك على سبيل التمثيل للتدليل على أخذ المشرع

بقاعدة العادة ، وبيان ذلك في المطالب الآتية:

المطلب الأول - في مسألة الخطبة:

تنص المادة (3) من قانون الأحوال الشخصية العُماني:

أ- لكل من الخاطبين العدول عن الخطبة .

ب- يرد من عدل عن الخطبة دون مقتض الهدايا بعينها ، إن كانت قائمة و إلا فمثلها أو قيمتها يوم القبض ما لم يقض العرف بغير ذلك أو كانت مما تستهلك بطبيعتها .

المطلب الثاني - في مسألة الصيغة:

تنص المادة (17) من قانون الأحوال الشخصية العُماني: مع مراعاة أحكام المادة (19) من هذا القانون ينعقد الزواج بإيجاب من أحد المتعاقدين ، وقبول من الآخر صادرين عن رضا تام ، بألفاظ تفيد معناه لغة أو عرفاً ، وفي حال العجز عن النطق ، تقوم الكتابة مقامه ، فإن تعذرتفبالإشارة المفهومة.

المطلب الثالث - في مسألة الكفاءة:

تنص المادة (20) من قانون الأحوال الشخصية العُماني:

أ- الكفاءة حق خاص بالمرأة والولي .

ب- تراعى الكفاءة حين العقد ويرجع في تقديرها إلى الدين ثم العرف.

المطلب الرابع - في مسألة الصداق:

تنص المادة (27) من قانون الأحوال الشخصية العُماني: إذا اختلف الزوجان في قبض حال الصداق ، فالقول للزوجة قبل الدخول ، وللزوج بعده ما لم يكن ثمة دليل، أو عرف مخالف.

قال الكندي : وعن رجل تزوج امرأة، فحكم في مهرها؟ قال: ذلك إلى حكمه ، فإن دخل بها قبل أن يحكم شيئا؛ صار لها مهر نسائها ، قال غيره: قد تفاضل النساء في المهر، وهن أهل بيت واحد؛ لأن منازلهن مختلفة ولكن يرد ذلك إلى المعروف[1].

المطلب الخامس - في مسألة الحقوق الزوجية:

تنص المادة (37) من قانون الأحوال الشخصية العُماني: حقوق الزوجة على زوجها:

1- النفقة.

2- السماح لها بزيارة أبويها ، ومحارمها واستزارتهم بالمعروف .

3- الاحتفاظ باسمها العائلي .

4- عدم التعرض لأموالها الخاصة ، فلها التصرف فيها بكل حرية .

5- عدم الإضرار بها مادياً أو معنوياً .

6- العدل بينها وبين بقية الزوجات ، إن كان للزوج أكثر من زوجه.

عقد النكاح يقتضي حقوقاً بين الأزواج بمراعتها تدوم بينهم الألفة والاجتماع[2]

المطلب السادس - في مسألة النفقة:

تنص المادة (44) من قانون الأحوال الشخصية العُماني: تشمل النفقة الطعام ، والكسوة ، والمسكن ، والتطبيب ، وكل ما به مقومات حياة الإنسان ، حسب العرف.

المطلب السابع - في مسألة الوصية:

تنص المادة (219) من قانون الأحوال الشخصية العُماني: تصرف الوصية لوجوه البر والمؤسسات الخيرية ، والعلمية على مصالحها من إدارة ، وعمارة، ونزلاء ، وغير ذلك من شؤونها ما لم يتعين المصرف بعرف ، أو دلالة.

[1] الكندي ، المصنف ، 37/20

[2] الجيطالي ، أبو طاهر اسماعيل بن موسى ، قناطر الخيرات ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط1 ، 2001 ، 330/2

عن أبي الحواري: ومن أوصى للفقراء بشيء ، ولم يسم لفقراء قرية ، وأوصى في غير بلده ، ومات فيه أين تفرق ؟ فعلى ما وصفت؛ فإذا لم يسم لفقراء قرية فرق على فقراء قريته التي يتم فيها الصلاة، كانت الوصية في بلده ، أو غير بلده[1].

الخاتمة :

وفي ختام هذا البحث نخلص في الأخير إلى أنّ قاعدة العادة محكمة قاعدة تندرج ضمن العرف الذي راعته الشريعة في تشريعاتها، شريطة كونه عرفا صحيحا لا فاسدا ، وحيث قد جعل الشارع الحكيم العرف مناطاً بكثير من الأحكام الشرعية، إذ قال الله عزّ في علاه « **خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ » سورة الأعراف الآية ﴿199﴾**، والمراد بالعرف في الآية الكريمة عادات الناس وما جرى تعاملهم به، فقد أمر الخالق الحكيم نبيَّه الكريم بالعمل به متى لم يتعارض والأصول الإسلامية ولا تنفر منه السليمة من الفطرة الإنسانية، وحيث لا شك أنّ قاعدة العادة محكمة من القواعد المتسمة بالسعة ، والشمول ، والإجمال، لتستوعب ما يجُدُّ في حياة الناس من قضايا ونوازل، وخصوصا ما تعلق بالأحوال الشخصية .

وعليه تقترح الدراسة فتح نافذة في الدراسات ، والأبحاث الجامعية على استنطاق النوازل الفقهية ، وما فيها من درر ، وفوائد ، وأعراف ، وعوائد ، تزخر بمئات القواعد ، والمبادئ ، التي تصلح أن تكون مبادئ قانونية في المجال الأسري ، بغية معالجة الارتباكات ، والإخلالات الموجودة في الأسرة العربية والمسلمة ، وتلمس سبل الاستقرار الأسري ، بتوخي تشريعات ، وتقنينات تتماشى وحاجة الأسرة ، وتجنح إلى التيسير ، وفي قواعدنا الفقهية ما يفي بهذا الغرض ، ولا أدل على ذلك مما ذكرناه في "قاعدة العادة محكمة".

[1] الكندي ، أبو بكر أحمد بن عبد الله ، المصنف ، وزارة الأوقاف والشؤون الدينية ، سلطنة عمان ، ط1 ، 2016 ، 17/ 155

المراجع :

1- الزرقا ، مصطفى أحمد ، المدخل الفقهي العام ، دار القلم ، دمشق ، ط2 ، 2004
2- الجيديعمر ،
3- الزحيلي، محمد مصطفى ، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، دار الفكر ، دمشق، ط1 ، 2006
4- ابن فارس ، معجم مقاييس اللغة ،
5- الجرجاني ، علي بن محمد بن علي ، التعريفات ، دار الكتب العلمية بيروت ، ط1 ، 1983
6- آل بورنو، محمد صدقي، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، مؤسسة الرسالة العالمية، بيروت، ط4 ، 1996
7- ابن أمير الحاج ، التقرير والتحبير ، المطبعة الكبرى الأميرية ، بولاق ، مصر 1316هـ
8- أحمد فهمي أبو سنة ، العرف والعادة في رأي الفقهاء ، مطبعة الأزهر ، 1947
9- القرافي ، الفروق ،
10-الزحيلي ، محمد مصطفى ، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي، مطبوعات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية إدارة الشؤون الإسلامية - دولة قطر، ط2 ، 2006
11-منظمة المؤتمر الاسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، جدة، السعودية
12-ابن قيم الجوزية ،أبو عبد الله محمد بن أبي بكر، أعلام الموقعين عن رب العالمين، دار ابن حزم، الطبعة: الثانية، 2019
13-محمود مصطفى عبود آل هرموس ، القواعد الفقهية الإباضية ، وزارة الأوقاف والشؤون الدينية ، سلطنة عمان ، ط1 ، 2014
14-ابن عاشور ، الطاهر بن عاشور ، مقاصد الشريعة الإسلامية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، 2004
15-السالمي ، نور الدين عبد الله بن حميد السالمي ، معارج الآمال على مدارج الكمال بنظم مختصر الخصال ، تحقيق الحاج سليمان بن إبراهيم بابزيز وآخرون ، مكتبة الإمام السالمي ، ولاية بدية ، سلطنة عمان ، 2010

16-ابن بركة ، أبو محمد عبد الله بن محمد بن بركة البهلوي العماني ، كتاب الجامع ، تحقيق عيسى يحيى الباروني ، 2007

17-الكندي ، محمد بن إبراهيم الكندي ، بيان الشرع ، وزارة التراث القومي والثقافة ، 1988

18-إبراهيم بن عمر بيوض ، الفتاوى ، جمع بالحاج بكير ، السيب ، مسقط

19-النسفي ، أبو البركات عبد الله بن أحمد ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق مع حواشيه ، دار الكتب العلمية ، بيروت

20-القرافي ، شرح تنقيح الفصول ، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس ، شركة الطباعة الفنية المتحدة ، مصر ، ط1 ، 1973

21-السيوطي ، جلال الدين عبد الرحمن ، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1983

22-ابن قدامة ، موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد المقدسي ، المغني ، دار عالم الكتب ، السعودية ، 1997

23-الجيطالي ، أبو طاهر اسماعيل بن موسى ، قناطر الخيرات ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط1 ، 2001

24-الكندي ، أبو بكر أحمد بن عبد الله ، المصنف ، وزارة الأوقاف والشؤون الدينية ، سلطنة عمان ، ط1 ، 2016

25-علي يحي معمر، الإباضية مذهب إسلامي معتدل ، أحمدبن سعودالسيابي ، مطبعة الألوان الحديثة ، مسقط ، عمان ، 1988

26-مصطفى صالح باجو، أبويعقوب الوارجلاني وفكره الأصولي مقارنة بأبي حامد الغزالي ، وزارة التراث القومي والثقافة، سلطنة عمان ، 1995

27-الورجلاني ، أبو يعقوب يوسف بن إبراهيم ، العدل والإنصاف ، وزارة التراث القومي والثقافة ، سلطنة عمان ، 1984.