التطبيقات القضائية على العرف في الأحوال الشخصية في المملكة العربية السعودية

سالم بن راشد المطيري

الجامعة السعودية الالكترونية

تاريخ الاستلام: 15 / 01/ 2019 تاريخ القبـول: 15 /03/ 2019

ملخّص

الحمد لله, والصلاة والسلام على رسول الله.

أما بعد:

إن المختار أن يقال في بيان معنى العرف: هو ما استقر في النفوس من جهة العقول، وتلقته الطباع السليمة بالقبول، واستمر الناس عليه، مما لا ترده الشريعة, أي: هو الأمر الذي اطمأنت إليه النفوس وعرفته، وتحقق في قرارتها وألفته، مستندة في ذلك إلى استحسان العقل المنضبط بالشرع، ولم ينكره أصحاب الذوق السليم في الجماعة.

وإنما يحصل استقرار الشيء في النفوس، وقبول الطباع له، بالاستعمال الشائع المتكرر، الصادر عن الميل والرغبة غير المخالفة لأحكام الشرع؛ وقد جاء في ذلك من الأحكام القضائية بمحاكم المملكة حكم جاء فيه عدم اعتبار العرف المخالف للنص الشرعي, وأن اعتبار العادات والأعراف إنما تكون في أمر ليس فيه نص شرعي يخالفه, وقد كان الحكم في مبلغ مالٍ كيّفه المدعي أنه صداق وهو في حقيقته إنما هو هبة تم قبضها, والهبة بعد القبض لا تعاد.

الكلمات المفتاحية: العرف، الآثار، الإعتبار، الشريعة، القاضي.

مقدمة

تعريف العرف ومكانته وأدلته:

تعريف العرف في اللغة والاصطلاح

أ. العرف في اللغة: العرف في أصل وضعه يأتي بمعنى المعرفة، ثم استعمل بمعنى: الشيء المألوف المستحسن الذي تتلقاه العقول السليمة بالقبول([1]).

ب. العرف في الاصطلاح الفقهي: جاء عن الجرجاني[2] تعريفٌ للعرف قال فيه: "ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول وتلقته الطباع بالقبول."[3]

وهذا التعريف رغم شموله وبيانه للمعنى إلا أن هذا التعريف يؤخذ عليه أنه جعل قبول الطباع معياراً لقبول العرف دون تحديد صفة ذلك القبول ولا ضوابطه ولا شروطه, وهذا يعدُّ قادحاً في التعريف, ولكن وجد من قيّد الطباع بالسليمة[4]، إلا أن هذا القيد لا يخرج من الإشكال، فمن أين تُعرف سلامة الطباع أو حسنها من قبحها؟! وليس هناك معرفة لذلك إلا من خلال جهتين: جهة العقل أو جهة الشرع؛ أما العقل فالناس متفاوتون فيه، وتؤدي الإحالة إليه إلى تفاوت الأعراف فلا يستقر عرف مشترك, فلم يبق إلا الشرع، وهو لا يقبل إلا الأعراف الصالحة، أما الفاسدة فمردودة شرعاً ، فيكون التعريف قاصراً على العرف المقبول في الشرع.

وبناءً عليه فالمختار أن يقال في بيان معنى العرف: هو ما استقر في النفوس من جهة العقول، وتلقته الطباع السليمة بالقبول، واستمر الناس عليه، مما لا ترده الشريعة[5], أي: هو الأمر الذي اطمأنت إليه النفوس وعرفته، وتحقق في قرارتها وألفته، مستندة في ذلك إلى استحسان العقل المنضبط بالشرع، ولم ينكره أصحاب الذوق السليم في الجماعة. وإنما يحصل استقرار الشيء في النفوس، وقبول الطباع له، بالاستعمال الشائع المتكرر، الصادر عن الميل والرغبة غير المخالفة لأحكام الشرع[6].

والعرف له مكانته في منظومة أحكام الشريعة، وله وظائف متعددة أهمها: الوظيفة التشريعية, والتفسيرية, والقضائية.

والمذاهب الفقهية الإسلامية متفقة على اعتبار العرف مصدراً للتشريع ودليلاً تبنى عليه الأحكام الفقهية، ومن يتتبع أقوال المتقدمين منهم والمتأخرين يجد كثيراً من العبارات الدالة على حجية عرف الناس وعاداتهم، حتى قالوا: "المشروط عرفاً كالمشروط شرطا"[7]، و"العادة محكمة."[8].

يقول وهبة الزحيلي[9] متحدثاً عن العرف ووظيفته عند الفقهاء: "ونطاق تأثير العرف عند الفقهاء يتحدد في أنه حجة في تفسير النصوص التشريعية، وقد يراعى في تشريع الأحكام وتوليدها وتعديلها، وبيان وتحديد أنواع الإلزامات والالتزامات في العقود والتصرفات، والأفعال العادية حيث لا دليل سواه."[10].

ويقول الشاطبي[11] عن الوظيفة التفسيرية للعرف: "الكلام الواحد يختلف فهمه بحسب حالين، وبحسب مخاطبين، وبحسب غير ذلك، كالاستفهام لفظه واحد يدخله معان أخر من تقرير وتوبيخ وغير ذلك [...] ولا يدل على معناها المراد إلا الأمور الخارجة

وعمدتها مقتضيات الأحوال [...] وإذا فات نقل بعض القرائن الدالة فات فهم الكلام جملة أو فهم شيء منه، ومعرفة الأسباب رافعة لكل مشكل."[12].

ولأهمية العرف قضائياً نجد أن إبراهيم بن محمد بن فرحون[13] قد عقد باباً خاصاً في كتابه: "تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام" جعل عنوانه: "باب في القضاء بالعرف والعادة، وكذلك فعل الطرابلسي[14] في كتابه: "معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام.".

بل حتى المحدثون اهتموا بالعرف فلقد بَوّب الإمام البخاريُّ في «جامعه الصحيح» باباً للعرف الصحيح الذي أقرته الشريعة، فقال: «باب من أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون بينهم في البيوع والإجازة والمكيال والميزان، وسننهم على نيَّاتهم ومذاهبهم المشهورة»[15].

وهذه العناية والاهتمام بالعرف يدل على أهميته في الفقه الإسلامي.

الأدلة على اعتبار العرف في الشرع:

هذه الأدلة كثيرة فمنها:

قوله تعالى: ﴿ وعَلَى المَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾[16]،

وجه الاستدلال من الآية: أن الله سبحانه وتعالى جعل النفقة على الزوجة معلقة على المقدار المتعارف عليه، وحسب حال الزوج من الغنى والفقر, ولذا فإنه "كل ما تكرر من لفظ المعروف في القرآن نحو: {وعاشروهن بالمعروف}، فالمراد ما يتعارفه الناس من مثل ذلك الأمر"[17].

بل المتأمل في كتاب الله عز وجل أن أكثر ما ورد لفظ العرف ومشتقاته فيه هو في الأحكام المتعلقة بالأسرة، كالأمر بحسن عشرة النساء، كقوله تعالى: ﴿ وعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾[18]، وجاء في النفقة قوله تعالى: ﴿ وعَلَى المَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾[19]، وفي الإمساك والتسريح: ﴿ وإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾[20]، وقوله سبحانه: ﴿ ومَتِّعُوهُنَّ عَلَى الموسِعِ قَدَرُهُ وعَلَى المقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ ﴾[21], فنجد أن نصيب الأسرة هو الأكثر في تلك الآيات؛ مما يوحي بأثر العرف على الأسرة وبأهميته في قضاياها وأحوالها.

عن عائشة رضي الله عنها، أن هند بنت عتبة، قالت: يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني ما يكفيني وولدي، إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم، فقال: «خذي ما يكفيك وولدك، بالمعروف» [22].

وجه الاستدلال من الحديث: أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل مقدار ما تأخذه من النفقة مربوطاً بما جرت العادة عليه، قال ابن حجر: "والمراد بالمعروف القدر الذي عرف بالعادة أنه الكفاية"[23].

شروط اعتبار العرف وضوابط تحكيمه:

إن العرف له اعتبار في استنباط الأحكام العملية، غير أن هذا الاعتبار محكوم بضوابط لابد من توافرها, ومن أهمها:

1- أن يكون العرف مطرداً أو غالباً: بأن يكون جريان العمل به حاصلاً في أكثر الحوادث وغالباً في معاملات الناس، وأصل هذا الضابط مأخوذ من قول القرافي فقد ورد في الإحكام أنه «لا يكفي في الاشتهار كون المفتي يعتقد ذلك فإن ذلك نشأ من دراسة المذهب وقراءته والمناظرة عنه، بل الاشتهار أن يكون أهل ذلك العصر لا يفهمون عند الإطلاق إلا ذلك المعنى»[24].

وقال ابن نجيم[25]: "إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت"[26], فالعبرة بالغالب, والغلبة هنا معناها: أن يكون العرف أكثرياً بمعنى أنه لا يختلف إلا عند قلة من الناس، ولذا يقول الشاطبي: "وإذا كانت العوائد معتبرة شرعاً، فلا يقدح في اعتبارها انخراقها ما بقيت عادة على الجملة"[27].

2 – أن يكون العرف مقارناً أو سابقاً لزمن الشيء الذي يحمل على العرف: ويقصد به أن يكون العرف الذي يحكم الواقعة موجوداً وقت وجودها حتى يصبح حملها عليه، وعلى ذلك فلا عبرة بالعرف الطارئ، وهذا الشرط يشمل العرف اللفظي والعرف العملي, وهو ما عبر عنه السيوطي[28] في الأشباه والنظائر[29] بقوله: "العرف الذي تحمل عليه الألفاظ إنما هو المقارن السابق دون المتأخر", وقال القرافي[30]: "القاعدة أن من له عرف وعادة في لفظ إنما يحمل لفظه على عرفه، فإن كان المتكلم هو الشرع، حملنا لفظه على عرفه .. أما العوائد الطارئة بعد النطق لا يقضى بها على النطق، فإن النطق سالم عن معارضتها فيحمل على اللغة، ونظيره إذا وقع العقد في البيع فإن الثمن يكمل على العادة الحاضرة في النقد، وما يطرأ بعد ذلك من العوائد في النقود لا عبرة به في هذا البيع المتقدم، وكذلك النذر والإقرار والوصية إذا تأخرت العوائد عليها لا تعتبر، وإنما يعتبر من العوائد ما كان مقارناً لها، فكذلك نصوص الشريعة لا يؤثر في تخصيصها إلا ما قارنها من العادات"[31].

3 – أن لا يخالف العرف دليلاً أو أصلاً من أدلة وأصول الشريعة الإسلامية, وهذا الضابط يعتبر ضرورياً وأساسياً لأن العرف لا يقوى على قوة النص, قال السرخسي[32]: "كل عرف ورد النص بخلافه فهو غير معتبر"[33], وقال ابن عابدين مبيناً عدم اعتبار العرف إذا خالف النصَّ الشرعيَّ من الكتاب والسنة: "ولا اعتبار للعرف المخالف للنصّ، لأنَّ العرف قد يكون على باطل بخلاف النص"[34].

وقد جاء في ذلك من الأحكام القضائية بمحاكم المملكة حكم جاء فيه عدم اعتبار العرف المخالف للنص الشرعي, وأن اعتبار العادات والأعراف إنما تكون في أمر ليس فيه نص شرعي يخالفه, وقد كان الحكم في مبلغ مالٍ كيّفه المدعي أنه صداق وهو في حقيقته إنما هو هبة تم قبضها, والهبة بعد القبض لا تعاد[35] .

المبحث الأول: التطبيقات القضائية على العرف في أركان النكاح وشروطه

الأركان جمع ركن، والرُّكن في اللغة: الجانب الأقوى من الشيء، ولهذا تسمى الزاوية: ركناً؛ لأنَّ أقوى ما في الجدار زاويته؛ لأنَّها مدعومة من الجانبين.

أمَّا في الاصطلاح، فإنَّ الرُّكن: ما لا يتمُّ تركيب الماهيَّة إلا به، فأركان الصلاة مثلاً: قيام وقعود وركوع وسجود؛ لأنَّ الصلاة لا تقوم إلا بهذا، وأركان النكاح هي ما لا يقوم النكاح إلا بها.

وأركان عقد النكاح ثلاثة:

الرُّكن الأول: وجود الزوجين الخاليين من الموانع التي تمنع صحَّة النكاح; بألا تكون المرأة مثلاً من اللواتي يحرمن على هذا الرجل بنسب؛ كأخته وعمَّته، أو برضاع أو عدَّة، فالمرأة المعتدَّة لا يجوزُ عقد النكاح عليها.

أما الرُّكن الثاني لعقد النكاح: فهو حصول الإيجاب، وهو اللفظ الصادر من الوليِّ، أو من يقوم مقامه; فيقول الولي – مثلاً – كالأب والأخ وما أشبه ذلك: زَوَّجْتُكَ ابنتي أو أختي فلانة، وسُمِّي إيجاباً؛ لأنَّه أوجب به العقد، والذي يقوم مقام الولي هو الوكيل والوصيُّ، فالوكيل هو الذي أُذِنَ له بالتصرُّف في حال الحياة؛ مثل أن يقول: وكلتك أن تزوج ابنتي، والوصيُّ هو الذي أُذِن له بالتصرُّف بعد الموت، وهو يقوم مقام الولي عند بعض العلماء، ويرى جمهور العلماء أنَّ ولاية النِّكاح لا تنتقل بالوصيَّة، وأنَّه ليس للولي أن يوصي أحداً بتزويج موليته بعد وفاته؛ لأنها ولاية تنتقل إلى غيره شرعاً، فلم يجز أن يوصي بها كالحضانة.

وأمَّا الرُّكن الثالث من أركان عقد النكاح: فهو حصول القبول، وهو اللفظ الصادر من الزوج أو من يقوم مقامه; بأن يقول: قبلتُ هذا النكاح أو هذا التزويج.

واشترط بعض العلماء أن يكون الإيجاب لمن يحسن العربيَّة بلفظ: زوَّجتك أو أنكحتك، دون ما سواهما من الألفاظ؛ لأنهما اللفظان اللذان ورد بهما القرآن.

وذهب جمهور العلماء إلى عدم اشتراط أحد هذين اللفظين في التزويج، بل ينعقد النكاح بالإيجاب والقبول بأيِّ لفظ يدلُّ عليهما، فكلُّ ما دلَّ على عقد النكاح في عرف الناس ولغاتهم، فهو كافٍ في ذلك، كما أنَّ جميع العقود تنعقدُ بما دلَّ عليها، والله تعالى يقول: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[36]، فما عدَّه الناس عقدًا فهو عقدٌ، وهذا ما عليه عمل المحاكم ومأذوني عقود الأنكحة بالمملكة العربية السعودية[37] والله تعالى أعلم.

وأمّا شروط صحة النكاح فهي :

أولاً : تعيين كل من الزوجين بالإشارة أو التسمية أو الوصف ونحو ذلك.

ثانياً : رضى كلّ من الزوجين بالآخر لقوله صلَّى اللَّه عليه وسلَّم قال: " لا تُنْكَحُ الأَيِّمُ (وهي التي فارقت زوجها بموت أو طلاق) حتَّى تُستأمر (أي يُطلب الأمر منها فلا بدّ من تصريحها) ولا تُنْكَحُ الْبِكْرُ حَتَّى تُسْتَأْذَنَ (أي حتى توافق بكلام أو سكوت) قَالُوا يَا رَسُولَ اللَّهِ وَكَيْفَ إِذْنُهَا (أي لأنها تستحيي) قَالَ أَنْ تَسْكُتَ[38].

ثالثاً : أن يعقد للمرأة وليّها لأنّ الله خاطب الأولياء بالنكاح فقال : ﴿وأَنْكِحوا الأيامى منكم﴾, ولقوله صلى الله عليه وسلم : " أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحَتْ بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ "[39].

وللأولياء ترتيب عند الفقهاء فلا يجوز تعدّي الولي الأقرب إلا عند فقده أو فقد شروطه, ووليّ المرأة أبوها ثمّ وصيّه فيها ثمّ جدّها لأب وإن علا ثمّ ابنها ثم بنوه وإن نزلوا ثمّ أخوها لأبوين ثم أخوها لأب ثمّ بنوهما ثمّ عمّها لأبوين ثمّ عمها لأب ثمّ بنوهما ثمّ الأقرب فالأقرب نسباً من العصبة كالإرث، والسّلطان المسلم (ومن ينوب عنه كالقاضي) وليّ من لا وليّ له, والله تعالى أعلم.

ومما جاء من أحكام في المحاكم السعودية ما جاء في حكم قضائي يقتضي بنقل ولاية التزويج من الأب للأخ الشقيق وذلك لغياب الأب مدة طويلة عرفاً وهي تسع سنين ولدفع الضرر عن بنته[40].

رابعاً: الشّهادة على عقد النكاح لقوله صلى الله عليه وسلم : (لا نكاح إلا بوليّ وشاهدين)[41].

وأما بالنسبة للشروط الجعلية أو الشروط التي تكون من قبل طرفي النكاح, وقد اتفق الفقهاء على وجوب الوفاء بالشرط، إذا كان مما يقتضيه العقد؛ كالعِشرة بالمعروف، أو مما يؤكِّد ما يقتضيه العقد، كأن يكون والد الزوج كفيلاً بدفْع المهرِ، أو مما جاء الشرع بجوازه، أو جرى به العرف؛ كأن يعجل بعض المهر، أو ألا تخرج من البيت إلا بإذنه[42].

وقد اتفق الفقهاء على فساد الشرط الذي ينافي ما يقتضيه العقد، كأن يشترط على زوجته ألا مهر لها ولا نفقة، وكذلك الشرط الذي يتعارض مع النظام الشرعي العام، أو يتعارض مع نصٍّ شرعي؛ كأن تشترط المرأة طلاق ضرتها؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: ((لا تسأل المرأة طلاق أختها، لتستكفيء إناءها))[43].

واختلف الفقهاء في الشروط التي لا يقتضيها العقد، ولا تؤكد ما يقتضيه، ولكن فيها مصلحة لأحد المتعاقدين[44]؛ كأن تشترط المرأة على زوجها ألا يسافر بها من بلدها، أو ألا يتزوج عليها، أو أن تدرس على نفقته الخاصة.

والراجح والله أعلم بأن الأصل في العقود والشروط الإباحة والجواز حتى يَرِدَ دليل المنع، ولذا فإن كل شرط جائز شرعًا، ما لم يَرِد دليل من الشرع يُحرمه من نص أو قياس، وهذا هو مذهب متأخري الحنابلة وعلى رأسهم ابن تيمية وتلميذه ابن قيم الجوزيَّة[45], وهو ما عليه العمل في القضاء السعودي, فقد جاء في حكم قضائي إثبات تسليم ذهبٍ بمواصفات معينة, وإقامة وليمة الزواج في إحدى قاعات الحفلات لاشتراط ذلك من الزوجة[46].

وغالب الشروط المتعارف عليها بالمملكة بل وفي كثير من بلدان المسلمين في عقود النكاح هي: اشتراط مواصلة الدراسة أو العمل, أو اشتراط السكن المستقل, أو اشتراط أن لا ينتقل بها خارج بلدها، ولذا فإنه إذا تخلف الوفاء بالشرط من أحد الزوجين فتسمع دعوى الآخر بطلب الوفاء بالشرط أو الفسخ. فيثبت خيار الشرط لأحد الزوجين إذا تخلَّف ما شُرط له[47].

وهنا مسألة مهمة تبنى على العرف, وهي إذا كانت الزوجة تعمل وتزوجها على حالها ولم تشترط العمل في عقد النكاح فهل له منعها بعد ذلك؟

والجواب على هذه المسألة أنه إن كان يعلم بوظيفتها فقبل ورضي به فلا يملك منعها؛ بناءً على قاعدة (**المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً**)[48]، فعلمه بذلك ورضاه أسقط حقه في المطالبة.

المبحث الثاني: التطبيقات القضائية على العرف في صداق الزوجة

الصداق لغة: مأخوذ من الصدق لإشعاره بصدق رغبة الزوج في الزوجة, والمراد به: المهر, وله مسميات كثيرة غير المهر[49].

واصطلاحاً: عرّفه الحنابلة بأنه: « العوض الذي في النكاح سواء سُمي في العقد أو فُرض بعده بتراخي الطرفين أو الحاكم»[50].

ومما يدخله العرف في مسائل الصداق والمهر مسألة الاختلاف في مقدار المهر المسمى فإذا اختلف الزوجان في مقدار المهر المسمى نقداً كان أو غيره فإن كل واحد منهما مدع ومنكر؛ فأيهما أقام بينة على دعواه قضي له بها.

وإن أقاما بينتين فالقول لمن شهد له مهر المثل, فيكون القول لها إذا كان مهر مثلها كما قالت أو أكثر, ويكون القول له إذ كان مهر كما قال أو أقل.

وإن كان بينهما أي أكثر مما قال وأقل مما قالت, ولا يوجد بينة, تحالفا, ولزم مهر المثل؛ وذلك لأن القول في الدعاوى قول من يشهد له الظاهر, والظاهر شاهد لمن يشهد له مهر المثل الذي هو العوض الأصلي في النكاح, ومهر المثل هو المهر المتعارف عليه في عرف البلد أو الأقارب خاصة.

وأما الاختلاف في قبض المهر المعجل فإن العرف معتبر في تعجيل المهر وتأجيله حسب الأقطار والأمصار، والعرف جارٍ في المملكة على أن المهر يكون معجلاً[51].

وقد جاء في حكم قضائي بمحاكم المملكة العربية السعودية في دعوى أقامتها مدعية ضد المدعى عليهم – وهم ورثة وليها – طالبة في دعواها إلزامهم بتسليمها صداقها من تركة مورثهم الذي قبض الصداق من زوجها بصفته ولياً عليها في الزواج، ثم لم يسلمها شيئاً منه حتى توفي، وبعرض الدعوى على المدعى عليهم أنكروا صحتها، ودفعوا بأنها لو كانت لم تتسلم الصداق لما سكتت فترة طويلة حتى توفي المورث، ولم تحضر المدعية بينةً على ذلك وقد تم الحكم برد الدعوى لعدم استحقاقها كون ذلك مما يخالف العرف, فكيف تسكت كل هذه الفترة بدون طلب صداقها[52].

المبحث الثالث: التطبيقات القضائية على العرف في النفقة على الزوجة

من الحقوق التي تجب للمرأة على الرجل نفقتها، حيث جعل نفقة المرأة واجبة على الرجل , قال تعالى : ﴿ الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وبِمَا أَنفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ﴾[53].

ومن أحسن ما جاء في تعريف النفقة ماجاء في حاشية الروض المربع : "كفاية من يمونه بالمعروف "[54]، فهو (جامع) لشموله نفقة كل من يمونه آدميا كان أو غيره، (ومانع) من دخول من لا يمونه، مع تحديد مقدار النفقة.

وقد اختلف أهل العلم في مقدار نفقة الزوجة: والذي عليه العمل القضائي في المملكة العربية السعودية وهو قول جماهير أهل العلم من الحنفية والمالكية والحنابلة أن نفقة الزوجة تجب على قدر الكفاية[55].

ويستدل لذلك بعدة أدلة منها:

1- قوله تعالى : ﴿ وعَلَى المَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾[56] فجاءت الآية مطلقة عن التقدير، ولأنه أوجبها باسم الرزق، ورزق الإنسان كفايته في العرف والعادة كرزق القاضي والمضارب[57].

2- وبقول النبي صلى الله عليه وسلم لهند رضي الله عنها: "خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف "[58], فأمرها بأخذ ما يكفيها من غير تقدير، ورد الاجتهاد في ذلك إليها ونص صلى الله عليه وسلم على الكفاية، فدل على أن نفقة الزوجة مقدرة بالكفاية[59].

3- قوله صلى الله عليه وسلم : "ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف"[60], وإيجاب قدر الكفاية إنفاق بالمعروف[61].

وقد جاء ابن القيم في زاد المعاد كلامٌ نفيس في ذلك حيث قال : " أنه لم يقدرها، ولا ورد عنه تقديرها، وإنما رد الأزواج فيها إلى العرف . . . ولو كانت مقدرة لأمر النبي صلى الله عليه وسلم هنداً أن تأخذ المقدر لها شرعاً، ولما أمرها أن تأخذ ما يكفيها من غير تقدير ورد الاجتهاد في ذلك إليها، ومن المعلوم أن قدر كفايتها لا ينحصر في مدين، ولا في رطلين، بحيث لا يزيد عليهما ولا ينقص، ولفظه لم يدل على ذلك بوجه، ولا إيحاء، ولا إشارة، وإيجاب مدين أو رطلين خبزاً قد يكون أقل من الكفاية فيكون تركاً للمعروف، وإيجاب قدر الكفاية مما يأكل الرجل وولده ورقيقه وإن كان أقل من مد أو رطلي خبز إنفاق بالمعروف، فيكون هذا هو الواجب بالكتاب والسنة "[62].

ومما يراعى ويعتبر في تقدير النفقة في القضاء السعودي ما يلي:

حال المنفِق من حيث الإيسار والإعسار والتوسط.

العرف والعادة في ذلك.

ضروريات وحاجيات المنفَق عليه دون الكماليات (الطعام والشراب والكسوة وملحقاتها والسكن والعلاج) "[63].

وفي دعوى قضائية أمام المحاكم السعودية ادعت زوجة على زوجها بأنه لم ينفق عليها ولا على ابنتها وطالبته بإلزام المدعى عليه بتقدير نفقة ماضية ومستقبلية لها ولابنتها, وقد ألزمه القاضي بدفع النفقة مستدلاً بالعرف على ذلك وبما قرره العلماء بأن العادة محكمة والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً(64)؛ وجاء في حكم قضائي آخر أن على قسم الخبراء بالمحكمة أن يحددوا نفقة البنت على أبيها بحسب العرف والعادة[65].

المبحث الرابع: التطبيقات القضائية على العرف في عشرة النساء.

إن العشرة المرادة هي العشرة بالمعروف وهي أداء كل من الزوجين ما عليه من الحق لصاحبه، والإحسان إليه قولاً وفعلاً وخلقاً, كأداء الزوج لزوجته المهر والكسوة والنفقة، وتسليم المرأة نفسها للزوج وطاعته، من غير مماطلة مع حسن الصحبة والرفق، وهو مذهب المالكية والشافعية والحنابلة[66].

ولذا فهي تأدية كل واحد منهما ما عليه من الحق لصاحبه بالمعروف، ولا يمطله به، ولا يظهر الكراهة، بل ببشر وطلاقة، ولا يتبعه أذى ولا منة؛ لأن هذا من المعروف المأمور به. قال أبو زيد: (يتقون الله فيهن، كما عليهن أن يتقين الله فيهم)[67].

وقال ابن عباس – رضي الله عنهما –: (إني لأحب أن أتزين للمرأة، كما أحب أن تتزين لي؛ لأن الله تعالى يقول: (وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ)[68] [69].

ومما جاء من أحكام في القضاء السعودي فسخ نكاح زوجة تضررت من بقائها مع زوجها وهو في غيوبة لمدة طويلة عرفاً, مما يذهب مقصد الاستمتاع بين الزوجين ويجعل للزوجة حق طلب فسخ النكاح, وهو ما حكمت به المحكمة[70].

وهذه العشرة بالمعروف لا تقتصر على فترة الزواج فقط, بل تتعداها إلا ما بعد الانفصال والفرقة, إذ يتبع ذلك ما يتعلق بهذه الفرقة من أحكام كحضانة وزيارة ونفقة أبناء ونحوها.

وقد جاء في ما يتعلق بالحضانة حكم قضائي يقضي بحضانة الأم لطفلها دون سن السابعة إذ هي أرعى لمصالحه في العرف والعادة[71].

والقاعدة العامة في تحديد الزيارة أنها تكون حسب العرف العادة[72]، فقد تكون مرةً في الأسبوع أو مرتين في الشهر، وجاءت التوجيهات أن على القاضي أن يصلح بين الطرفين في تحديدها ويراعي في ذلك:

الإجازات المدرسية للطلاب (نهاية الأسبوع ، منتصف السنة ، الإجازة الصيفية).

إجازات العيدين.

صغر المحضون وحاجته لحاضنته.

وجود المناسبات لدى أحد الطرفين.

تحديد من يحضر المحضون للزيارة ومن يأخذه وقت انتهائها عند المشاحة.

وقد جاء في حكم قضائي تحديد مواعيد لزيارة البنت لأمها وتم تحديد مدة ومواعيد الزيارة المناسبة عرفاً وتم تصديق الحكم من محكمة الاستئناف[73].

ومما يستدل به كثيراً القضاء السعودي ما جاء في كشاف القناع أن : " والغلام يزور أمه على ما جرت به العادة, كاليوم في الأسبوع"[74].

وهذا ما تيسر إعداده في هذا البحث, الذي أسأل الله أن ينفع به.

التهميش:

(1) الفيومي، أحمد بن محمد, المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، بيروت: دار الكتب العلمية، 1414هـ/1994م، (404/2)؛ الرازي، محمد بن أبي بكر. مختار الصحاح، ضبط وتخريج وتعليق: مصطفى ديب البغا، الجزائر: دار الهدى بعين مليلة، 1990، ص278، مادة:

(2) هو علي بن محمد بن علي، المعروف بالسيد الشريف الجرجاني، أبو الحسن، من علماء الحنفية، وله باع في العربية، توفي بشيراز. من آثاره: "كتاب التعريفات"، ينظر: المراغي، عبد الله مصطفى. الفتح المبين في طبقات الأصوليين، القاهرة: مكتبة ومطبعة المشهد الحسيني، (20/3).

(3) الجرجاني، علي بن محمد الشريف. التعريفات، تحقيق: إبراهيم الأبياري. بيروت: دار الكتاب العربي، 1418هـ/1998م، ص193.

(4) ابن عابدين، محمد أمين بن عمر (توفي 1252هـ). "نشر العرف فيما بني من الأحكام على العرف"، في: مجموعة رسائل ابن عابدين، بيروت, عالم الكتب (112/2)؛ الزرقا، مصطفى أحمد. الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد: المدخل الفقهي العام، دمشق: مطابع ألف باء- الأديب، 1967م، (872/2)؛ الخياط، عبد العزيز. نظرية العرف، الأردن: مكتبة الأقصى، عمان، 1977، ص23.

(5) عوض، السيد صالح. أثر العرف في التشريع الإسلامي، القاهرة: دار الكتاب الجامعي، 1399هـ/1979م، ص 52. ولمزيد من التفصيل ينظر: خلاف، عبد الوهاب. علم أصول الفقه، الجزائر: الزهراء للنشر والتوزيع، 1990، ص145؛ البغا، مصطفى ديب. أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي، دمشق: دار القلم ودار العلوم الإنسانية، 1420هـ/1999م، ص242؛ بدران، بدران أبو العينين. أصول الفقه الإسلامي، الإسكندرية: مؤسسة شباب الجامعة، د.ت.، ص224.

(5) ابن التمين، إعمال العرف في الأحكام والفتاوى في المذهب المالكي، ص23.

(6) أبو سنة، العرف والعادة في رأي الفقهاء، ص10؛ الزحيلي، محمد. النظريات الفقهية، دمشق: دار القلم، وبيروت: الدار الشامية، 1414هـ/1993م، ص166-167.

(7) يقارب معنى هذه القاعدة قواعد أخرى، وهي: (التعيين بالعرف كالتعيين بالنص)، وقاعدة: (المعروف بين التجار كالمشروط بينهم)؛ وتنظر هذه القاعدة: درر الحكام (46/1), شرح القواعد الفقهية للزرقا (237).

(8) ينظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (89)، والأشباه والنظائر لابن نجيم (79)، شرح القواعد الفقهية للزرقا (219)، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية (270)، موسوعة القواعد الفقهية (338/7).

(9) وهبة مصطفى الزحيلي: فقيه معاصر من مواليد دير عطية بنواحي دمشق عام 1932م، حصل على شهادة الدكتوراه في الحقوق "الشريعة الإسلامية" عام 1963م من جامعة القاهرة، من كبار أساتذة جامعة دمشق، وعضو المجامع العلمية والفقهية في العالم الإسلامي. من مصنفاته: "الفقه الإسلامي وأدلته"، و"التفسير المنير".

(10) الزحيلي، وهبة. نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي، بيروت: مؤسسة الرسالة، 1402هـ، ص170.

(11) هو أبو إسحاق إبراهيم بن موسى الغرناطي الشهير بالشاطبي، من كبار فقهاء المالكية المحققين، وهو فقيه أصولي متبحر وكتبه تشهد له، ومن أشهرها: الموافقات، والاعتصام وغيرها، توفي في سنة 790 هـ.

ينظر في ترجمته: الفتح المبين في طبقات الأصوليين للمراغي (2/ 204)، نيل الابتهاج بتطريز الديباج (ص 48 – 52)).

(12) الشاطبي، الموافقات، (146/4).

(13) هو إبراهيم بن علي بن أبي القاسم بن محمد بن فرحون, فقيه مالكي, ولد بالمدينة، ونشأ بها؛ وتفقه وولي قضاءها. كان عالماً بالفقه والأصول والفرائض وعلم القضاء, من تصانيفه: تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام ؛ والديباج المذهب في أعيان المذهب.

ينظر في ترجمته: (نيل الابتهاج 30 – 32؛ والشذرات 6 / 357؛ ومعجم المؤلفين 1 / 68)

(14) هو علي بن خليل الطرابلسي، أبو الحسن، علاء الدين: فقيه حنفي، كان قاضياً بالقدس. ينظر في ترجمته: خير الدين، الزركلي، الأعلام، بيروت: دار العلم للملايين، 2002، (286/4).

(15) صحيح البخاري, كتاب البيوع, باب من أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون بينهم في البيوع والإجازة والمكيال والميزان، وسننهم على نيَّاتهم ومذاهبهم المشهورة, (78/3).

(16) سورة البقرة الآية رقم (233).

(17) ينظر: التحبير شرح التحرير (3853/8).

(18) سورة النساء الآية رقم (19).

(19) سورة البقرة الآية رقم (233).

(20) سورة البقرة الآية رقم (231).

(21) سورة البقرة الآية رقم (236).

(22) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب النفقات، باب إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها وولدها بالمعروف برقم (5364).

[23] ينظر: فتح الباري شرح صحيح البخاري (509/9).

[24] الإحكام في تمييز الفتاوى من الأحكام (ص71).

[25] هو عمر بن إبراهيم بن محمد، سراج الدين الشهير بابن نجيم من أهل مصر. فقيه حنفي مشارك في بعض العلوم. كان محققًا متبحر في العلوم الشرعية غواصًا على المسائل الغريبة. أخذ عن أخيه الشيخ زين الدين بن نجيم صاحب البحر، وغيره, من تصانيفه: النهر الفائق في شرح كنز الدقائق في فروع الفقه الحنفي؛ وإجابة السائل باختصار أنفع الوسائل.

ينظر في ترجمته: خلاصة الأثر 3 / 206؛ وهدية العارفين 1 / 796؛ ومعجم المؤلفين 7 / 271.

[26] الأشباه والنظائر، لابن نجيم (ص47).

[27] الموافقات للشاطبي (288/2).

[28] هو عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد بن سابق الدين الخضيري السيوطي، أصله من أسيوط، ونشأ بالقاهرة يتيماً, وقضى آخر عمره ببيته عند روضة المقياس حيث انقطع للتأليف, مؤلفاته خمسمائة مؤلف؛ منها ((الأشباه والنظائر)) في فروع الشافعية؛ و ((الحاوي للفتاوى)) ؛ و ((والإتقان في علوم القرآن)) .

ينظر في ترجمته: شذرات الذهب 8 / 51؛ والضوء اللامع 4 / 65.

[29] الأشباه والنظائر للسيوطي(ص96).

[30] هو أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن، أبو العباس، شهاب الدين القرافي, أصله من صنهاجة، قبيلة من بربر المغرب, نسبته إلى القرافة وهي المحلة المجاورة لقبر الإمام الشافعي بالقاهرة. فقيه مالكي, من تصانيفه: الفروق في القواعد الفقهية؛ و الذخيرة في الفقه؛ ينظر: الأعلام للزركلي؛ الديباج ص 62 – 67؛ شجرة النور ص 188.

[31] شرح تنقيح الفصول للقرافي (ص 165 – 166).

[32] هو محمد بن أحمد بن أبي سهل؛ أبو بكر؛ السرخسي من أهل (سرخس) بلدة في خراسان, ويلقب بشمس الأئمة, كان إماماً في فقه الحنفية، من تصانيفه: المبسوط في شرح كتب ظاهر الرواية؛ في الفقه؛ و الأصول في أصول الفقه؛ ينظر في ترجمته: الفوائد البهية ص 158؛ والجواهر المضية 2 / 28؛ والزركلي 6 / 208.

[33] المبسوط للسرخسي (196/12).

[34] نشر العرف (مجموعة رسائل ابن عابدين) (2 / 113).

[35] ينظر مجموعة الأحكام القضائية لعام 1434 هـ (32/11), ورقم الصك: (34259071) وتاريخه 4/ 7/ 1434 هـ, رقم الدعوى (33206618), رقم قرار التصديق من محكمة الاستئناف: (34259071) تاريخه: 4/ 7/ 1434 هـ.

[36] سورة المائدة الآية رقم (1).

[37] ينظر لائحة مأذوني الأنكحة المادة رقم (14).

[38] أخرجه البخاري ,كتاب النكاح, باب لاينكح الأب وغيره البكر والثيب إلا برضاها, برقم (5136).

[39] أخرجه الترمذي برقم (1021), وهو حديث صحيح.

[40] مجموعة الأحكام القضائية لعام 1434هـ (80/11), ورقم الصك (34179396) وتاريخ 1434/4/6هـ, ورقم الدعوى (3424479), وقرار التصديق من محكمة الاستئناف (34250278) وتاريخ 1434/6/25هـ.

[41] أخرجه ابن أبي شيبة برقم(15924) وصححه الألباني في إرواء الغليل برقم (1858).

[42] الكاساني: البدائع (5 / 168) وما بعدها، وابن قدامة: المغني (4 / 294)، والشوكاني: نَيل الأوطار (6 / 280)، وابن حزم: المحلى (9 / 518).

[43] أخرجه البخاري في صحيحه, كتاب القدر, باب {وَكَانَ أَمْرُ اللَّهِ قَدَرًا مَقْدُورًا}, برقم (6600).

[44] ابن رشد: بداية المجتهد (2 / 59)، وابن قدامة: المغني (4 / 249) وما بعدها.

[45] ابن تيمية: الفتاوى (3 / 470)، والأستاذ الزرقا: نظام التأمين ص 34.

[46] مجموعة الأحكام القضائية لعام 1434هـ (130/10), ورقم الصك (33333676) وتاريخ 1433/7/8هـ, ورقم الدعوى (33108641) ورقم قرار التصديق من محكمة الاستئناف (3442422) وتاريخ 1434/2/20 هـ.

[47] ينظر للشروط في النكاح: المغني (483/9), كشاف القناع (98/5), شرح منتهى الإرادات (180/5), بحث الإجراءات القضائية في المشكلات الزوجية لحمد الخضيري ص152, مجلة العدل العدد 45 محرم 1431هـ.

[48] تنظر هذه القاعدة: درر الحكام (46/1), شرح القواعد الفقهية للزرقا (237).

[49] ينظر: الصحاح 1506/4، المصباح المنير 397/1.

[50] الروض المربع بشرح زاد المستنقع مختصر المقنع في فقه أحمد بن حنبل – المتن للعلامة شرف الدين موسى بن أحمد الحجازي – والشرح للعلامة منصور البهوتي – دار الكتب العلمية – بيروت لبنان – الطبعة التاسعة – 1408هـ: 312/2.

(51) بحث الإجراءات القضائية في المشكلات الزوجية لحمد الخضيري ص145, مجلة العدل العدد 45 محرم 1431هـ.

(52) ينظر: مجموعة الأحكام القضائية لعام 1435 هـ (323/8). ورقم القضية: ٣٤٢٣٧٦٨٣, محكمة الاستئناف: محكمة الاستئناف بمنطقة عسير, ورقم القرار: ٣٥٣٧٦٥٥٧ تاريخه: ٠٥ / ٠٩ / ١٤٣٥ هـ

(53) سورة النساء, الآية رقم (34).

(54) حاشية ابن قاسم على الروض المربع (7/ 107).

(55) ينظر : بدائع الصنائع (23/4)، حاشية الدسوقي (2/ 509)، بداية المجتهد (2/ 63)، المغني (11/ 350).

(56) سورة البقرة, الآية رقم (233).

(57) ينظر : بدائع الصنائع (4/ 23)، المنتقى (4/ 128)، الكافي (3/ 361).

(58) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب النفقات، باب إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها وولدها بالمعروف برقم (5364).

(59) ينظر : بدائع الصنائع (4/ 23)، المغني (11/ 350).

(60) أخرجه مسلم في صحيحه, كتاب الحج, باب حجة النبي صلى الله عليه وسلم برقم (147 – 1218).

(61) ينظر: المغني (11/ 350).

(62) زاد المعاد لابن القيم (5/ 490 ، 491) .

(63) ينظر: المبسوط (224/5), المغني (378/11), بحث الإجراءات القضائية في المشكلات الزوجية لحمد الخضيري ص164, مجلة العدل العدد 45 محرم 1431هـ.

(64) مجلد (22/12 – 29) لعام 1434 هـ, ورقم الصك :3396987 تاريخه 1433/8/28هـ, رقم الدعوى : 3326768 , رقم قرار التصديق من محكمة الاستئناف : 345811 تاريخه 1434/1/7هـ.

(65) مجموعة الأحكام القضائية (197/12), ورقم الصك (34167121) وتاريخه 1434/3/21هـ, ورقم الدعوى (33634070), ورقم قرار التصديق من محكمة الاستئناف (34313885) وتاريخه 1434/9/7 هـ.

(66) ينظر: الجامع لأحكام القرآن للقرطبي: 5/ 97, الأم: 5/ 86، روضة الطالبين: 5/ 657، الحاوي: 9/ 568، المجموع: 16/ 414, المغني: 10/ 220، كشاف القناع: 5/ 184– 185، الروض المربع مع حاشية ابن قاسم: 6/ 426.

(67) قيل إن القائل هو (ابن زيد) كما ذكر ذلك في حاشية شرح الزركشي: 5/ 339 قال: (ابن زيد هو عبدالرحمن بن زيد بن أسلم كما روى ذلك عنه ابن جرير في التفسير برقم 4767، ووقع في نسخ الشرح: أبو زيد، وكذلك في المغني: 7/ 218، وكذا في الشرح الكبير مع المغني: 8/ 126، والمبدع: 7/ 191، فلعل الخطأ في الأصل الذي نقل منه أبو محمد).

(68) سورة البقرة الآية رقم (228).

(69) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه برقم (19263).

(70) مجموعة الأحكام القضائية لعام 1434هـ (323/10), ورقم الصك (34234714) وتاريخ 1434/6/7هـ, ورقم الدعوى (33260543), ورقم قرار التصديق من محكمة الاستئناف (34262527) وتاريخ 1434/7/9هـ.

(71) مجموعة الأحكام القضائية لعام 1434 هـ (293/11), ورقم الصك (34253916) وتاريخ 1434/6/27 هـ, ورقم الدعوى (32148391) ورقم قرار التصديق من محكمة الاستئناف (34307559) وتاريخ 1434/8/28 هـ.

(72) ينظر : مغني المحتاج (457/3)، شرح منتهى الإرادات (251/3)، شرح منتهى الإرادات (698/5), مجموعة الأحكام القضائية لعام 1435هـ (394/9).

(73) مجموعة الأحكام القضائية (390/9), ورقم قرار محكمة الاستئناف (35113779) وتاريخ 1435/1/14هـ.

(74) كشاف القناع (502/5).