العرف وتطبيقاته القضائية
في الأحوال الشخصية في المملكة العربية السعودية

د٠ سالم بن راشد المطيري (*)

مقدمة :

الحمد لله، والصلاة والسلام على رسول الله. أما بعد:

فإن العرف له أهمية كبرى في التشريع والقضاء، وهو في أحوال الناس وتعاملاتهم أشد التصاقاً، ولذا بنيت كثيرٌ من الأحكام على العرف لما له من أهمية واعتبار.

وجاءت أحكامٌ قضائية في محاكم المملكة العربية السعودية مبنية على هذا الأصل الأصيل وخاصة في قضايا الأحوال الشخصية التي تكون بين الأزواج، وفي تكوين الأسر.

هدف البحث:

يهدف البحث إلى التعرف على العُرف وتطبيقاته القَضائية في مجالِ الأحوالِ الشَخصية بمحاكم المملكة العربية السعودية، وقد آثرت أن أجعل بحثي في عدة محاور ومباحث وهي على النحو الآتي:

*التمهيد: وفيه تكلمت عن العرف تعريفه، ومكانته، وبعض أدلته.

*المبحث الأول: التطبيقات القضائية على العرف في أركان النكاح، وشروطه.

*المبحث الثاني: التطبيقات القضائية على العرف في صداق الزوجة.

*المبحث الثالث: التطبيقات القضائية على العرف في النفقة على الزوجة.

*المبحث الرابع: التطبيقات القضائية على العرف في عشرة النساء.

(*) أستاذ القانون المساعد بالجامعة السعودية الإلكترونية بالمملكة العربية السعودية.

ثم الخاتمة وقد تضمنت أبرز النتائج التى توصل إليها البحث، يعقبها فهرس المصادر والمراجع.

مشكلة البحث:

تتمحور مشكلة البحث في عدة أمور، منها:

١- هل للعرف اعتبار في الأحكام القضائية؟

٢- ما مدى اعتداد القضاة في المملكة العربية السعودية بالعرف في قضايا الأحوال الشخصية؟

٣- هل توجد نماذج وسوابق قضائية حكم فيها القضاة بالمملكة بناءً على العرف؟

منهج البحث:

التزمت في هذا البحث المنهج الوصفي التطبيقي، مع مراعاة الآتي:

١) الاعتماد عند الكتابة على المصادر الأصيلة، مع الاهتمام بالكتب المعاصرة التي خدمت الموضوع.

٢) التمهيد للمسألة بما يوضحها إن احتاج المقام لذلك.

٣) ذكر التعريف اللغوي لمفردات البحث، بجوانبه: الصرفية والاشتقاقية، والمعاني ذات الصلة.

٤) تصوير المسائل، وبيان المراد منها، مع التمثيل لذلك؛ تقريباً للأفهام، وبياناً للمقصود.

٥) توثيق نصوص العلماء إما بالنص، وإما بالمعنى، فإن كان عزوٌ بالنص وثقته مباشرة بذكر المصدر مع ذكر الرقم والصفحة، وإن كان العزو بالمعنى وثقته بالجزء والصفحة، مسبوقاً بكلمة: ينظر.

٦) القيام بكتابة المعلومات من المصادر بالمعنى لا بالنص، وصياغتها بأسلوبي، ما لم يكن المقام يتطلب ذكر الكلام بنصه، فأذكره على ما هو عليه.

٧) عزو الآيات إلى مواضعها في القرآن بذكر السورة، ورقم الآية.

٨) تخريج الأحاديث، والاهتمام بذكر الكلام حول الحديث، تصحيحاً، أو تضعيفا.

٩) ذكر ترجمة مختصرة للأعلام الوارد ذكرهم في البحث.

١٠) ذيلت البحث بفهرسٍ للمصادر والمراجع حتى يسهل على القارئ الوصول إلى المعلومة بكل يسرٍ وسهولة.

الدراسات السابقة:

لم أجد حسب علمي من تتبع سوابق العرف القضائية في محاكم المملكة العربية السعودية في قضايا الأحوال الشخصية، ولكن وجدت رسائل وبحوث تحدثت عن العرف بشكل عام من ناحية تأصيله وما إلى ذلك، وهي كثيرة، أذكر منها على سبيل المثال:

١- العرف والعادة في رأي الفقهاء: لأحمد فهمي أبو سنة، وهي أول رسالة نوقشت في قسم الأستاذية في الأزهر، عام ١٩٤١هـ بإشراف الشيخ محمد مصطفى المراغي، وطبعة بمطبعة الأزهر سنة ١٤٤٩هـ.

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

٣- نظرية العرف للدكتور عبد العزيز الخياط، وقد طبعت سنة ١٣٧٩هـ.

٤- العرف وأثره في الشريعة والقانون للدكتور أحمد بن سير المباركي، رسالة ماجستير قدمت في المعهد العالي للقضاء، نوقشت سنة ١٣٩٢، وطبعت سنة ١٤١٢هـ.

وهي كلها تتحدث عن التأصيل للعرف، ولم تتناول السوابق التي تحدثت عن العرف في قضاء الأحوال الشخصية بمحاكم المملكة العربية السعودية، وهو ما يميِّز هذا البحث عن غيره.

التمهيد

تعريف العرف ومكانته وأدلته

تعريف العرف في اللغة والاصطلاح:

أ. العرف في اللغة: العرف في أصل وضعه يأتي بمعنى المعرفة، ثم استُعمل بمعنى: الشيء المألوف المستحسن الـذي تتلقـاه العقول السليمة بالقبول[(١)].

ب. العرف في الاصطلاح الفقهي: جاء عن الجرجاني[(٢)] تعريفٌ للعرف، قـال فيـه: "مـا استقرت النفوس عليه بشهادة العقول وتلقته الطباع بالقبول".[(٣)]

وهذا التعريف رغم شموله وبيانه للمعنى إلا أنه 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[(٤)]، إلا أن هذا القيد لا يخرج من الإشكال، فمن أين تُعرف سلامة الطباع أو حسنها من

---

(١) أحمد بن محمد الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، (بيروت: دار الكتـب العلميـة، ١٤١٤هـ/١٩٩٤م)، ج:٢، ص: ٤٠٤)، محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، ضبط وتخريج وتعليق: مصطفى ديب البغا، (الجزائر: دار الهدى بعين مليلة، ١٩٩٠)، ص٢٧٨، مادة ع ر ف:

(٢) هو علي بن محمد بن علي الجرجاني، يُكنى بأبي الحسن، ويُعد من علماء الحنفية، وله باع في العربية، توفي بشيراز، من آثاره: "كتاب التعريفات".
ينظر: عبد الله مصطفى المراغي، الفتح المبين في طبقات الأصوليين، (القاهرة: مكتبة ومطبعة المشهد الحسيني)، ج:٣، ص٢٠.

(٣) علي بن محمد الشريف الجرجاني، التعريفات، تحقيق: إبراهيم الأبياري، (بيروت: دار الكتاب العربي، ١٤١٨هـ/١٩٩٨م)، ص١٩٣.

(٤) محمد أمين بن عمربن عابدين (ت ١٢٥٢هـ)، نشر العرف فيما بني من الأحكام على العرف، في: مجموعة رسائل ابن عابدين، (بـيروت، عالم الكتب)، ج:٢، ص ١١٢)؛ مصطفى أحمد الزرقا، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد: المدخل الفقهي العام، (دمشق: مطابع ألف باء- الأديب، ١٩٦٧م)، (٨٧٢/٢)، عبد العزيز الخياط، نظرية العرف، (الأردن: مكتبة الأقصى، عمان، ١٩٧٧م)، ص٢٣.

قبحها؟! وليـــــس 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 مـــا اســـتقر فـــي النفوس من جهة العقول، وتلقته الطباع السليمة بالقبول، واستمر الناس عليـــه، مما لا ترده الشريعة[1]، أي: هو الأمر الذي اطمأنت إليه النفـــوس وعرفتـــه، وتحقق في قرارتها وألفته، مستندة في ذلك إلى استحـــسان العقـــل المنـــضبط بالشرع، ولم ينكره أصحاب الذوق السليم في الجماعة، وإنما يحصل اســـتقرار الشيء في النفوس، وقبول الطباع له، بالاستعمال الشائع المتكرر، الصادر عن الميل والرغبة غير المخالفة لأحكام الشرع[2].

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

---

(١) السيد صالح عوض، أثـــر العرف في التشريع الإسلامي، (القاهرة: دار الكتاب الجامعي، ١٣٩٩هـــ/١٩٧٩م)، ص ٥٢، ولمزيد من التفصيـــــل: ينظـــر: عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، (الجزائر: الزهراء للنشر والتوزيع، ١٩٩٠م)، ص١٤٥، مصطفى ديب البغـــا، أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي، (دمشق: دار القلم ودار العلوم الإنسانية، ١٤٢٠هـــ/١٩٩٩م)، ص٢٤٢، بدران أبو العينين، أصول الفقه الإسلامي، (الإسكندرية: مؤسسة شباب الجامعة، د.ت)، ص٢٢٤، ابن التمين، إعمال العرف في الأحكام والفتاوى في المذهب المالكي، ص٢٣.

(٢) محمد أبو سنة، العرف والعادة في رأي الفقهاء، ص١٠، محمد الزحيلي. النظريات الفقهية، (دمشق: دار القلم، وبيروت: الدار الشامية، ١٤١٤هـــ/١٩٩٣م)، ص١٦٦-١٦٧.

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"[(١)]، و"العادة محكمة"[(٢)].

يقول وهبة الزحيلي[(٣)] 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"[(٤)].

ويقول الشاطبي[(٥)] عن الوظيفة التفسيرية للعرف: "الكلام الواحد يختلف فهمه بحسب حالين، وبحسب مخاطبين، وبحسب غير ذلك، كالاستفهام لفظه

---

(١) يقارب معنى هذه القاعدة قواعد أخرى، وهي: (التعيين بالعرف كالتعيين بالنص)، وقاعدة: (المعروف بين التجار كالمشروط بينهم)؛ وتنظر هذه القاعدة: درر الحكام: (٤٦/١)، شرح القواعد الفقهية للزرقا: (٢٣٧).

(٢) ينظر: السيوطي، الأشباه والنظائر: (٨٩)، وابن نجيم، الأشباه والنظائر: (٧٩)، مصطفى الزرقا، شرح القواعد الفقهية (٢١٩)، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية: (٢٧٠)، موسوعة القواعد الفقهية: (٣٣٨/٧).

(٣) وهبة مصطفى الزحيلي: فقيه معاصر من مواليد دير عطية بنواحي دمشق عام ١٩٣٢م، حصل على شهادة الدكتوراه في الحقوق "الشريعة الإسلامية" عام ١٩٦٣م من جامعة القاهرة، من كبار أساتذة جامعة دمشق، وعضو المجامع العلمية والفقهية في العالم الإسلامي، من مصنفاته: "الفقه الإسلامي وأدلته"، و"التفسير المنير".

(٤) وهبة الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي، (بيروت: مؤسسة الرسالة، ١٤٠٢هـ)، ص١٧٠.

(٥) هو ابو 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 ٧٩٠ هـ.
ينظر في ترجمته: المراغي، الفتح المبين في طبقات الأصوليين، ج٢، ص ٢٠٤، نيل الابتهاج بتطريز الديباج (ص ٤٨ – ٥٢) .

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"[(١)].

ولأهمية العرف قضائياً نجد أن إبراهيم بن محمد بن فرحون[(٢)] قد عقد باباً خاصاً في كتابه: "تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام" جعل عنوانه: "باب في القضاء بالعرف والعادة، وكذلك فعل الطرابلسي[(٣)] في كتابه: "معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام".

بل حتى المحدِّثين اهتموا بالعرف فلقد بَوَّب الإمام البخاريُّ في «جامعه الصحيح» باباً للعرف الصحيح الذي أقرته الشريعة، فقال: «باب من أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون بينهم في البيوع والإِجازة والمكيال والميزان، وسننهم على نيَّاتهم ومذاهبهم المشهورة»[(٤)].

وهذه العناية والاهتمام بالعرف يدل على أهميته في الفقه الإسلامي.

---

(١) الشاطبي، الموافقات، (١٤٦/٤).

(٢) 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)، و(الديباج المذهب في أعيان المذهب).
ينظر في ترجمته: نيل الابتهاج: ٣٠ – ٣٢، شذرات الذهب في أخبار من ذهب: (٦ / ٣٥٧) ، ومعجم المؤلفين (١ / ٦٨)

(٣) 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، ٢٠٠٢، (٢٨٦/٤).

(٤) صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب من أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون بينهم في البيوع والإِجازة والمكيال والميزان، وسننهم على نيَّاتهم ومذاهبهم المشهورة، ج٣، ص ٧٨.

الأدلة على اعتبار العرف في الشرع:

هذه الأدلة كثيرة فمنها:

١- قوله تعالى: ﴿ وعَلَى المَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾[١]،

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"[٢].

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 ﴾[٣]، وجاء في النفقة قوله تعالى: ﴿ وعَلَى المَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾[٤]، وفي الإمساك والتسريح: ﴿ وإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾[٥]، وقوله سبحانه: ﴿ ومَتِّعُوهُنَّ عَلَى المُوسِعِ قَدَرُهُ وعَلَى المُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ ﴾[٦]، فنجد أن نصيب الأسرة هو الأكثر في تلك الآيات؛ مما يوحي بأثر العرف على الأسرة وبأهميته في قضاياها وأحوالها.

---

(١) سورة البقرة الآية رقم (٢٣٣).

(٢) ينظر: التحبير شرح التحرير: (٣٨٥٣/٨).

(٣) سورة النساء الآية رقم (١٩).

(٤) سورة البقرة الآية رقم (٢٣٣).

(٥) سورة البقرة الآية رقم (٢٣١).

(٦) سورة البقرة الآية رقم (٢٣٦).

٢-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»[(١)].

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"[(٢)].

شروط اعتبار العرف وضوابط تحكيمه:

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

١- 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»[(٣)].

وقال ابن نجيم[(٤)]: "إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت"[(٥)]، فالعبرة

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب النفقات، باب إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها وولدها بالمعروف برقم (٥٣٦٤).

(٢) ينظر: فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج٩، ص ٥٠٩.

(٣) الإحكام في تمييز الفتاوى من الأحكام: (ص٧١).

(٤) 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: ج ٣، ص ٢٠٦؛ وهدية العارفين: ج ١، ص ٧٩٦؛ ومعجم المؤلفين: ج ٧ ص ٢٧١.

(٥) ابن نجيم، الأشباه والنظائر: (ص٤٧).

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"[(١)].

٢ – أن يكون العرف مقارناً أو سابقاً لزمن الشيء الذي يحمل على العرف: ويُقصد به أن يكون العُرف 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[(٢)] في الأشباه والنظائر[(٣)] بقوله: "العرف الذي تحمل عليه الألفاظ إنما هو المقارن السابق دون المتأخر"، وقال القرافي[(٤)]: "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 فلا يقضى بها على النطق، فإن النطق

---

(١) الشاطبي، الموافقات: ج٢ص ٢٨٨.

(٢) 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(الإتقان في علوم القرآن) .

ينظر في ترجمته: شذرات الذهب في أخبار من ذهب: ج ٨ ص ٥١؛ والضوء اللامع: ج ٤ ص ٦٥.

(٣) السيوطي: الأشباه والنظائر (ص٩٦).

(٤) 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؛ والذخيرة في الفقه.

ينظر: الأعلام للزركلي؛ الديباج، ص ٦٢ – ٦٧؛ شجرة النور، ص ١٨٨.

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"[(١)].

٣ – ألا يخالف العرف دليلاً أو أصلاً من أدلة وأصول الشريعة الإسلامية، وهذا الضابط يعتبر ضرورياً وأساسياً لأن العرف لا يقوى على قوة النص، قال السرخسي[(٢)]: "كل عرف ورد النص بخلافه فهو غير معتبر"[(٣)]، 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"[(٤)].

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 ماليٍّ كيّفه المدعي أنه صداق وهو في حقيقته إنما هو هبة تم قبضها، والهبة بعد القبض لا تعاد[(٥)].

---

(١) شرح تنقيح الفصول للقرافي (ص ١٦٥ – ١٦٦).

(٢) 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؛ والأصول في أصول الفقه؛ ينظر في ترجمته: الفوائد البهية ص ١٥٨؛ والجواهر المضية ج ٢ ص ٢٨؛ والزركلي ج ٦ ص ٢٠٨.

(٣) السرخسي، المبسوط ج١٢ص١٩٦.

(٤) نشر العرف (مجموعة رسائل ابن عابدين) ج٢ ص ١١٣.

(٥) ينظر: مجموعة الأحكام القضائية لعام ١٤٣٤ هـ (٣٢/١١)، ورقم الصك: (٣٤٢٥٩٠٧١) وتاريخه ٤/ ٧/ ١٤٣٤ هـ، رقم الدعوى (٣٣٢٠٦٦١٨)، رقم قرار التصديق من محكمة الاستئناف: (٣٤٢٥٩٠٧١) تاريخه: ٤/ ٧/ ١٤٣٤ ه.

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﴾[(١)]، فما عدَّه الناس عقدًا فهو عقدٌ، وهذا ما عليه عمل المحاكم ومأذوني عقود الأنكحة بالمملكة العربية السعودية[(٢)] والله تعالى أعلم.

وأمّا شروط صحة النكاح فهي على النحو الآتي:

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[(٣)].

---

(١) سورة المائدة الآية رقم (١).

(٢) ينظر: لائحة مأذوني الأنكحة المادة رقم (١٤).

(٣) أخرجه البخاري ، كتاب النكاح، باب لا ينكح الأب وغيره البكر والثيب إلا برضاها، برقم (٥١٣٦).

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 "[(١)] .

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[(٢)] .

رابعاً : الشّهادة على عقد النكاح لقوله صلى الله عليه وسلم : (لا نكاح إلا بوليّ وشاهدين)[(٣)] .

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 المَهرِ، أو مما جاء الشرع بجوازه، أو جرى به العرف؛ كأن يعجل بعض المهر، أو ألا تخرج من البيت إلا بإذنه[(٤)] .

---

(١) أخرجه الترمذي برقم (١٠٢١)، وهو حديث صحيح.

(٢) مجموعة الأحكام القضائية لعام ١٤٣٤هـ ج١١،ص٨٠)، ورقم الصك (٣٤١٧٩٣٩٦) وتاريخ ١٤٣٤/٤/٦هـ، ورقم الدعوى (٣٤٢٤٤٧٩)، وقرار التصديق من محكمة الاستئناف (٣٤٢٥٠٢٧٨) وتاريخ ١٤٣٤/٦/٢٥هـ.

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة برقم (١٥٩٢٤) وصححه الألباني في إرواء الغليل برقم (١٨٥٨).

(٤) الكاساني: البدائع ج٥، ص ١٦٨) وما بعدها، وابن قدامة: المغني ج٤، ص ٢٩٤)، والشوكاني: نيل الأوطار ج٦، ص ٢٨٠)، وابن حزم: المحلى ج٩، ص٥١٨).

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))[(١)].

واختلف الفقهاء في الشروط التي لا يقتضيها العقد، ولا تؤكد ما يقتضيه، ولكن فيها مصلحة لأحد المتعاقدين[(٢)]؛ كأن تشترط المرأة على زوجها ألا يسافر بها من بلدها، أو ألا يتزوج عليها، أو أن تدرس على نفقته الخاصة.

والراجح والله أعلم أن 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[(٣)]، 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[(٤)].

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 ألا ينتقل بها خارج بلدها، ولذا فإنه إذا تخلف الوفاء

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب القدر، باب {وَكَانَ أَمْرُ اللَّهِ قَدَرًا مَقْدُورًا}، برقم (٦٦٠٠).

(٢) ابن رشد: بداية المجتهد ج٢، ص٥٩)، وابن قدامة: المغني (٤ / ٢٤٩) وما بعدها.

(٣) ابن تيمية: الفتاوى (٣ / ٤٧٠)، والأستاذ الزرقا: نظام التأمين، ص ٣٤.

(٤) مجموعة الأحكام القضائية لعام ١٤٣٤ه (١٣٠/١٠)، ورقم الصك (٣٣٣٣٣٦٧٦) وتاريخ ١٤٣٣/٧/٨ه، ورقم الدعوى (٣٣١٠٨٦٤١) ورقم قرار التصديق من محكمة الاستئناف (٣٤٤٢٤٢٢) وتاريخ ١٤٣٤/٢/٢٠ هـ.

بالشرط من أحد الزوجين فتسمع دعوى الآخر بطلب الوفاء بالشرط أو الفسخ، فيثبت خيار الشرط لأحد الزوجين إذا تخلَّف ما شُرط له[1].

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**)[2] ، فعلمه بذلك ورضاه أسقط حقه في المطالبة.

(١) ينظر للشروط في النكاح: المغني (٤٨٣/٩)، كشاف القناع (٩٨/٥)، شرح منتهى الإرادات (١٨٠/٥)، حمد الخضيري، بحث الإجراءات القضائية في المشكلات الزوجية ص١٥٢، (مجلة العدل العدد ٤٥ محرم ١٤٣١هـ).

(٢) تنظر هذه القاعدة: درر الحكام: ج١، ص٤٦، مصطفى الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص ٢٣٧.

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[(١)].

واصطلاحاً: عرّفه الحنابلة بأنه: « العوض الذي في النكاح سواء سُمي في العقد أو فُرض بعده بتراخي الطرفين أو الحاكم»[(٢)].

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 واحدٍ منهما مدَّع ومنكرٍ؛ 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[(٣)].

---

(١) ينظر: الصحاح: ج ٤، ص١٥٠٦، المصباح المنير: ج ١، ص٣٩٧.

(٢) منصور البهوتي، الروض المربع بشرح راد المستنقع مختصر المقنع في فقه أحمد بن حنبل (دار الكتب العلمية – بيروت لبنان – الطبعة التاسعة – ١٤٠٨هـ)، ج ٢ ، ص٣١٢.

(٣) حمد الخضيري، بحث الإجراءات القضائية في المشكلات الزوجية، ص١٤٥، (مجلة العدل العدد ٤٥ محرم ١٤٣١هـ).

وقد جاء في حكم قضائي بمحاكم المملكة العربية السعودية في دعوى أقامتها مدعية ضد المدعى عليهم – وهم ورثة وليها – طالبت 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 تُحضِر المدعية بينةً على ذلك وقد تم الحكم برد الدعوى لعدم استحقاقها كون ذلك، مما يخالف العرف، فكيف تسكت كل هذه الفترة بدون طلب صداقها[1].

(١) ينظر: مجموعة الأحكام القضائية لعام ١٤٣٥ هـ، ج٨، ص٣٢٣)، ورقم القضية: ٣٤٢٣٧٦٨٣، محكمة الاستئناف: محكمة الاستئناف بمنطقة عسير، ورقم القرار: ٣٥٣٧٦٥٥٧ تاريخه: ٠٥ / ٠٩ / ١٤٣٥ هـ

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﴾[١] .

ومن أحسن ما جاء في تعريف النفقة ماجاء في حاشية الروض المربع : "كفاية من يمونه بالمعروف "[٢]، 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[٣]، ويستدل لذلك بعدة أدلة منها:

١- قوله تعالى : ﴿ وعَلَى المَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾[٤] فجاءت الآية مطلقة عن التقدير، ولأنه أوجبها باسم الرزق، ورزق الإنسان كفايته في العرف والعادة كرزق القاضي والمضارب[٥] .

٢- قول النبي صلى الله عليه وسلم لهند رضي الله عنها: "خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف "[٦]، فأمرها بأخذ ما يكفيها من غير تقدير، ورد الاجتهاد

---

(١) سورة النساء، الآية رقم (٣٤).
(٢) حاشية ابن قاسم على الروض المربع ، ج٧، ص ١٠٧.
(٣) ينظر: بدائع الصنائع: ج٤ص٢٣، حاشية الدسوقي: ج٢، ص ٥٠٩، بداية المجتهد: ج٢، ص ٦٣، المغني: ج١١، ص ٣٥٠.
(٤) سورة البقرة، الآية رقم (٢٣٣).
(٥) ينظر: بدائع الصنائع: ج٤، ص ٢٣، المنتقى: ج٤، ص ١٢٨، الكافي ج٣، ص ٣٦١.
(٦) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب النفقات، باب إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها وولدها بالمعروف برقم (٥٣٦٤).

في ذلك إليها ونص صلى الله عليه وسلم على الكفاية، فدل على أن نفقة الزوجة مقدرة بالكفاية[١].

٣- قوله صلى الله عليه وسلم : "ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف"[٢]، وإيجاب قدر الكفاية إنفاق بالمعروف[٣].

وقد جاء ابن القيم في زاد المعاد بكلامٍ نفيس في ذلك حيث قال : " إنه 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 مُدَّين، 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 "(٤).

يراعى ويعتبر في تقدير النفقة في القضاء السعودي ما يلي:

١.حال المُنفِق من حيث الإيسار والإعسار والتوسط.

٢.العرف والعادة في ذلك.

٣.ضروريات وحاجيات المُنفَق عليه دون الكماليات (الطعام والشراب والكسوة وملحقاتها والسكن والعلاج)[٥].

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع ج٤ص ٢٣، المغني: ج١١، ص٣٥٠.

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الحج، باب حجة النبي صلى الله عليه وسلم برقم (١٤٧ - ١٢١٨).

(٣) ينظر: المغني ج١١، ص٣٥٠.

(٤) ابن قيم الجوزية، زاد المعاد ج٥، ص ٤٩٠ ، ٤٩١ .

(٥) ينظر: المبسوط: ج٥، ص٢٢٤، المغني ج١١، ص٣٧٨، حمد الخضيري، بحث الإجراءات القضائية في المشكلات الزوجية، ص١٦٤، (مجلة العدل العدد ٤٥ محرم ١٤٣١هـ).

وفي دعوى قضائية أمام المحاكم السعودية ادعت زوجة على زوجها أنه 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[(١)]؛ وجاء في حكم قضائي آخر أن على قسم الخبراء بالمحكمة أن يحددوا نفقة البنت على أبيها بحسب العرف والعادة[(٢)].

* *

(١) (١٢م، ص٢٢ - ٢٩) لعام ١٤٣٤ هـ، ورقم الصك :٣٣٩٦٩٨٧ تاريخه ١٤٣٣/٨/٢٨هـ، رقم الدعوى : ٣٣٢٦٧٦٨، رقم قرار التصديق من محكمة الاستئناف : ٣٤٥٨١١ تاريخه ١٤٣٤/١/٧هـ.

(٢) مجموعة الأحكام القضائية، ج١٢، ص١٩٧، ورقم الصك (٣٤١٦٧١٢١) وتاريخه ١٤٣٤/٣/٢١هـ، ورقم الدعوى (٣٣٦٣٤٠٧٠)، ورقم قرار التصديق من محكمة الاستئناف (٣٤٣١٣٨٨٥) وتاريخه ١٤٣٤/٩/٧هـ.

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[١].

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)[٢].

وقال ابن عباس – رضي الله عنهما –: (إني لأحب أن أتزين للمرأة، كما أحب أن تتزين لي؛ لأن الله تعالى يقول: (ولَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ)[٣] [٤].

---

(١) ينظر: القرطبي، الجامع لأحكام القرآن: ج ٥، ص ٩٧، الأم: ج ٥، ص ٨٦، روضة الطالبين: ج ٥ص ٦٥٧، الحاوي: ج ٩، ص ٥٦٨، المجموع: ج ١٦ص ٤١٤، المغني: ج ١٠، ص ٢٢٠، كشاف القناع: ج ٥، ص ١٨٤– ١٨٥، الروض المربع مع حاشية ابن قاسم: ج ٦ص ٤٢٦.

(٢) قيل إن القائل هو (ابن زيد) كما ذكر ذلك في حاشية شرح الزركشي: ج٥، ص ٣٣٩ ، قال: (ابن زيد هو عبد الرحمن بن زيد بن أسلم كما روى ذلك عنه ابن جرير في التفسير برقم ٤٧٦٧، ووقع في نسخ الشرح: أبو زيد، وكذلك في المغني: ج ٧ص، ٢١٨، وكذا في الشرح الكبير مع المغني: ج ٨ص ١٢٦، والمبدع: ج ٧، ص١٩١، فلعل الخطأ في الأصل الذي نقل منه أبو محمد).

(٣) سورة البقرة الآية رقم (٢٢٨).

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه برقم (١٩٢٦٣).

ومما جاء من أحكام في القضاء السعودي فسخ نكاح زوجة تضررت من بقائها مع زوجها وهو في غيبوبة لمدة طويلة عرفاً، مما يذهب مقصد الاستمتاع بين الزوجين ويجعل للزوجة حق طلب فسخ النكاح، وهو ما حكمت به المحكمة[١].

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

وقد جاء فيما يتعلق بالحضانة حكم قضائي يقضي بحضانة الأم لطفلها دون سن السابعة؛ إذ هي أرعى لمصالحه في العرف والعادة[٢].

والقاعدة العامة في تحديد الزيارة أنها تكون حسب العرف والعادة[٣]، فقد تكون مرةً في الأسبوع أو مرتين في الشهر، وجاءت التوجيهات أن على القاضي أن يصلح بين الطرفين في تحديدها ويراعي في ذلك:

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

ب- إجازات العيدين.

ج- صغر المحضون وحاجته لحاضنته.

---

(١) مجموعة الأحكام القضائية لعام ١٤٣٤ه : ج ١٠، ص٣٢٣، ورقم الصك (٣٤٢٣٤٧١٤) وتاريخ ١٤٣٤/٦/٧ه، ورقم الدعوى (٣٣٢٦٠٥٤٣)، ورقم قرار التصديق من محكمة الاستئناف (٣٤٢٦٢٥٢٧) وتاريخ ١٤٣٤/٧/٩هـ.

(٢) مجموعة الأحكام القضائية لعام ١٤٣٤ هـ : ج١١، ص٢٩٣، ورقم الصك (٣٤٢٥٣٩١٦) وتاريخ ١٤٣٤/٦/٢٧ هـ، ورقم الدعوى (٣٢١٤٨٣٩١) ورقم قرار التصديق من محكمة الاستئناف (٣٤٣٠٧٥٥٩) وتاريخ ١٤٣٤/٨/٢٨ هـ.

(٣) ينظر: مغني المحتاج: ج٣، ص٤٥٧، شرح منتهى الإرادات: ج٣، ص٢٥١، شرح منتهى الإرادات: ج٥، ص٦٩٨، مجموعة الأحكام القضائية لعام ١٤٣٥هـ، (٣٩٤/٩).

د- وجود المناسبات لدى أحد الطرفين.

ه- 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 عُرفاً، وتم تصديق الحكم من محكمة الاستئناف[1].

ومما يُستدل به كثيراً القضاء السعودي ما جاء في كشاف القناع أن: "الغلام يزور أمه على ما جرت به العادة، كاليوم في الأسبوع"[2]، وهذا ما تيسر إعداده في هذا البحث، الذي أسأل الله أن ينفع به.

* *

(١) مجموعة الأحكام القضائية: ج٩، ص٣٩٠)، ورقم قرار محكمة الاستئناف (٣٥١١٣٧٧٩) وتاريخ ١٤٣٥/١/١٤هـ.

(٢) كشاف القناع: ج ٥، ص٥٠٢.

خاتمة:

وبعد أن انتهى البحث بحمد الله، وتوفيقه، فإنني أسجل أبرز النتائج التي خلص إليها البحث، والتي تتمثل في النقاط الآتية:

١. حقيقة العرف في اصطلاحه الشرعي هو ما استقر في النفوس من جهة العقول، وتلقته الطباع السليمة بالقبول، واستمر الناس عليه، مما لا ترده الشريعة.

٢. تأكدت حُجية العرف بأدلةٍ عديدة من القرآن، والسُنَّة النبوية، باعتباره أحد الدلائل التي يُمكن الاستناد إليها في إصدار الأحكام الشرعيَّة وتقريرها.

٣. للعرف ضوابطه التي يجب مراعاتها عند الاحتجاج به، ومن أهم هذه الضوابط: عدم مخالفته لنصٍ شرعيٍ صريح، وأن يكون مطرداً، غالباً.

٤. كثرة التطبيقات الفقهية والقضائية في قديم الزمان وحاضره على دليل العرف دلالة واضحة وجليَّة على مدى أهميته، وأنه المرجع والحاكم في كثير من التنازعات.

٥. من المسائل التي تنبني في باب أركان الزواج وشروطه، عدم ممانعة الزوج في وظيفة المرأة؛ لأنه من الأمور المتعارف عليها عرفاً في الزمان الحاضر.

٦. تحديد نفقة الأولاد، أو الزوجة ماضية أو مستقبلية مما يجرى تقديرها بحسب العرف والعادة.

٧. زيارة المحضون وتحديد أيام الزيارة له، سواء كان الحاضن هو الأب أم الأم مما يُرجع فيها إلى العرف والعدة، وهذا يؤكد الإعمال الظاهر لهذا الدليل داخل المدونات القضائية بمسائله، ونوازله.

وبعد: فإنني أؤكد على مزيد العناية والاهتمام في إجلاء أهمية الأدلة الشرعية لا سيما الأصوليَّة منها، وكيفية استثمارها في الجوانب

الأخرى القضائية سواء في باب المعاملات التجارية، أو الجنايات، بالإضافة إلى قضايا الأحوال الشخصية بكافة تفريعاتها من زواجٍ وطلاقٍ، وميراث، ووصايا، وغيرها، والحمد لله، وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

* *

المصادر والمراجع:

القرآن الكريم.

- ابن أبي شيبة، عبد الله بن محمد بن إبراهيم بن عثمان بن خواستي العبسي، مصنف ابن أبي شيبة، تحقيق: كمال يوسف الحوت، مكتبة الرشد، الرياض، ١٤٠٩هـ، ط:١.
- ابن التمين، إعمال العرف في الأحكام والفتاوى في المذهب المالكي.
- ابن الجارود، تأليف: عبد الله بن علي بن الجارود النيسابوري، المُنتقى، تحقيق: عبد الله بن عمر البارودي، الناشر: مؤسسة الكتاب الثقافية – بيروت، ١٤٠٨هـ، ط: ١.
- ابن تيمية، تقي الدين أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني، الفتاوى الكبرى، تحقيق: محمد عبد القادر عطا – مصطفى عبدالقادر عطا،، دار الكتب العلمية، ١٤٠٨هـ، ط:١.
- ابن حزم، علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي، المحلى بالآثار، تحقيق: عبد الغفار سليمان البنداري، الناشر: دار الكتب العلمية – بيروت، الطبعة : بدون.
- ابن رجب، زين الدين عبد الرحمن بن رجب البغدادي، فتح الباري شرح صحيح البخاري،الناشر: دار ابن الجوزي – الدمام، ١٤٢٢هـ، ط:٢.
- ابن رشد، محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، بداية المجتهد، الناشر: مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، ١٣٩٥هـ، ط:٤.
- ابن عابدين، محمد أمين بن عمر، نشر العرف فيما بني من الأحكام على العرف في مجموعة رسائل ابن عابدين، بيروت، عالم الكتب، بدون طبعة، بدون سنة نشر.

- ابن قاسم، عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي الحنبلي النجدي، حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع، الطبعة: الأولى، سنة النشر: ١٣٩٧هـ، ط: ١.
- ابن قدامة، عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، الشرح الكبير مع المغني، تحقيق: محمد بن رشيد رضا، الناشر: مطبعة المنار، ١٣٤٧هـ، ط:٢.
- ابن قدامة، موفق الدين عبد الله بن قدامة المقدسي، الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: محمد فارس، مسعد عبد الحميد السعدني، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٤هـ، ط:١.
- ابن قدامة، موفق الدين عبد الله بن قدامة، المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: أ.د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، الناشر: دار الفكر، بيروت، ١٤٠٥هـ، ط: ١.
- ابن قيم الجوزية، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، الناشر: مؤسسة الرسالة، بيروت، مكتبة المنار الإسلامية، الكويت، ١٤٠٥هـ، ط : ٢٧.
- ابن مفلح، برهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح، المبدع شرح المقنع، الناشر: دار عالم الكتب: الرياض، ١٤٢٣هـ، ط : ١.
- أبو سنة، العرف والعادة في رأي الفقهاء. مطبعة الأزهر، القاهرة، ١٩٤٧م.
- القرافي، أحمد بن إدريس، الإحكام في تمييز الفتاوى من الأحكام، مكتب المطبوعات الإسلامية، ١٣٨٧ ه.

- الألبـــاني، محمد ناصر الديـــن الألباني، إرواء الغليـــــل في تخريـــــــج أحاديث منار السبيل، النـــاشر: الـــمكتب الإسلامي، بيـــــروت، ١٤٠٥هـــ، ط:٢.
- البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، الجامع المـــسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامـــه، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، الناشر: دار طوق النجـــاة، الطبعـــة: الأولى، سنة النشر ١٤٢٢هـــ.
- بدران، بدران أبو العينين، أصول الفقه الإسلامي، الإسكندرية: مؤسسة شباب الجامعة.
- البغا، مصطفى ديب، أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي، دمشق: دار القلم، دار العلوم الإنسانية، ١٤٢٠هـــ/١٩٩٩م.
- البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس البهـــوتي، شـــرح منتهـــى الإرادات الـــمُسمى دقائق أولي النهى لشرح المنتهى، تحقيق: معالي أ.د. عبد الله بـــن عبد الـــمحسن التركي، الناشر: عالم الكتب، بيروت، ١٩٩٦م، ط: بدون.
- البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القنـــاع عـــن مـــتن الإقناع، تحقيق: هلال مصيلحي هـــلال، الناشـــر: دار الفكـــر – بيـــروت، ١٤٠٢هـــ، ط: ١.
- الترمذي، محمد بن عيسى بن سَوْرة بن موسى بن الضحاك، سنن الترمذي، تحقيق: أحمد بن محمد شاكر، الناشر: مكتبـــة مـــصطفى البـــابي– مـــصر، ١٣٩٥هـــ، الطبعة: ٢.
- الجرجاني، علي بن محمد الشريف، التعريفات، تحقيق: إبراهيم الأبيـــاري، بيروت: دار الكتاب العربي، ١٤١٨هـــ ١٩٩٨م.

- الجوهري، تأليف: إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، الناشر: دار العلم، بيروت، ١٤٠٧هـ، ط:٤.
- الخضيري، حمد بن عبد العزيز بن أحمد الخضيري، الإجراءات القضائية في المشكلات الزوجية دراسة نظرية تطبيقية، مجلة العدل، ١٤٣١هـ، العدد ٤٥.
- خلاف، عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، الجزائر: الناشر: مكتبة الزهراء للنشر والتوزيع، ١٩٩٠م، ط:١.
- الخياط، عبد العزيز الخياط، نظرية العرف، الأردن: مكتبة الأقصى،عمان، ١٩٧٧م، ط: بدون.
- الدسوقي، محمد بن أحمد عرفه الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، تحقيق: محمد عليش، الناشر: دار الفكر، بيروت، سنة النشر: بدون، الطبعة: بدون.
- الرازي، محمد بن أبي بكر، مختار الصحاح، ضبط وتخريج وتعليق: مصطفى ديب البغا، الجزائر: دار الهدى بعين مليلة، ١٩٩٠.
- الرافعي، عبد الكريم بن محمد الرافعي القزويني، فتح العزيز بشرح الوجيز المسمى بـ "الشرح الكبير"، الناشر: دار الكتب العلمية – بيروت، ١٤١٤هـ،١٩٩٤م، ط:١.
- الروض المربع بشرح راد المستنقع مختصر المقنع في فقه أحمد بن حنبل، المتن للعلامة شرف الدين موسى بن أحمد الحجازي، والشرح للعلامة منصور البهوتي، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٠٨هـ، ط:٩.
- الزحيلي، محمد الزحيلي، النظريات الفقهية، الناشر: دار القلم، دمشق، الدار الشامية، بيروت، ١٤١٤هـ/١٩٩٣م، ط:١.

- الزحيلي، وهبة الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي، الناشر: مؤسسة الرسالة، ١٤٠٥هـ، ط:٤.
- الزرقا، أحمد بن الشيخ الزرقا، شرح القواعد الفقهية، الناشر: دار القلم، دمشق، ١٤٠٩هـ، ط:٢.
- الزرقا، مصطفى أحمد، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد: المدخل الفقهي العام، دمشق: مطابع ألف باء- الأديب، ١٩٦٧م.
- الزرقا، مصطفى بن أحمد الزرقا، نظام التأمين حقيقته والرأي الشرعي فيه، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٤٠٤هـ، ١٩٨٤م، ط:١.
- الزركلي، خير الدين بن محمود بن محمد بن علي بن فارس الزركلي الدمشقي، الأعلام، الناشر: دار العلم للملايين، ٢٠٠٢م، الطبعة: ١٥.
- السرخسي، شمس الدين محمد بن أبي سهل السرخسي، المبسوط، تحقيق: خليل محي الدين الميس، الناشر: دار الفكر للطباعة، بيروت، لبنان، ١٤٢١هـ، ط:١.
- السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي، الأشباه والنظائر، الناشر: دار الكتب العلمية، سنة النشر: ١٤١١هـ، ط:١.
- الشربيني، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، تحقيق: علي محمد معوض -عادل أحمد عبد الموجود، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٢١هـ، ط:١.
- الشوكاني: محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني ، يل الأوطار، تحقيق: عصام الدين الصبابطي، الناشر: دار الحديث- مصر، ١٤١٣هـ، الطبعة:١.

- علي حيدر، علي حيدر خواجة أمين أفندي، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، تعريب: فهمي الحسيني، الناشر: دار عالم الكتب، ١٤٢٣هـ، ط:١.
- عوض، السيد صالح عوض، أثر العرف في التشريع الإسلامي، الناشر: القاهرة: دار الكتاب الجامعي، ١٣٩٩هـ/١٩٧٩م، ط:١.
- الفيومي، أحمد بن محمد بن علي الفيومي الحموي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، الناشر: المكتبة العلمية، بيروت، ١٤٠٧هـ، ط:١.
- القرطبي، محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق: هشام سمير البخاري، الناشر : دار عالم الكتب، الرياض، ١٤٢٣ هـ، ط:٢.
- الكاساني، علاء الدين بن مسعود بن أحمد الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الناشر: دار الكتاب العربي، بيروت، ١٩٨٢م، ط:١.
- لائحة مأذوني عقود الأنكحة، الناشر: وزارة العدل، المملكة العربية السعودية، الرياض.
- الماوردي، تأليف: علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي، الحاوي في فقه الشافعي، تحقيق: علي معوض – عادل عبد الموجود، الناشر: دار الكتب العلمية – بيروت، ١٤١٤هـ، الطبعة:١.
- مجلة العدل، الناشر: وزارة العدل، المملكة العربية السعودية، الرياض.
- مجموعة الأحكام القضائية، الناشر: مركز البحوث، وزارة العدل، المملكة العربية السعودية، الرياض، ١٤٣٥هـ، ط: بدون.
- المراغي، عبد الله بن مصطفى المراغي، الفتح المبين في طبقات الأصوليين، الناشر: مطبعة أنصار السنة المحمدية، مصر، ١٣٦٦هـ، ط:١.

- النووي، محي الدين يحيى بن شرف النووي، المجموع شرح المهذب، تحقيق: محمد نجيب المطيعي، الناشر: مكتبة الإرشاد، جدة، سنة النشر: بدو، ط: بدون.
- النووي، محيي الدين يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق: زهير الشاويش، الناشر: المكتب الإسلامي، بيروت، ١٤١٢هـ، ط:٣.

* * *