

أثر العرف والعادة في فقه الأسرة

الدكتور

السيد مبروك عبد الحافظ محمد صقر

مدرس أصول الفقه

بكلية الشريعة الإسلامية وكلية الدراسات

الإسلامية بجامعة الأزهر

باسم الله ، والحمد لله ، والصلاة والسلام على رسول الله، صلى
الله عليه وسلم: وبعد :

فمن فضل الله تعالى على الأمة أنه تعالى شرع الأحكام في كل صغيرة
وكبيرة، ولأن القرآن دستور المسلمين إلى قيام الساعة ؛ فإنه لم يفصل كل
الأحكام تفصيلاً ، وإنما فصل بعضها ، وأحال بعضها آخر إلى السنة المشرفة ،
وبعضاً ثالثاً إلى اجتهاد العلماء ليستنبطوه من الكتاب والسنة ، وجعل لهم
منايع يستنبطون من خلالها الأحكام ، ومن هذه المنايع : العادة والعرف ، وقد
اهتم الإسلام بالعرف ووضع مواصفات وشروطاً لقبوله، فقبل بعض
الأعراف ، وأقر بعضها ، وأحال الكثير من الأمور الشرعية بحكمته إلى العرف
والعادة؛ ليناسب حال الناس وزمانهم وعوائدهم، واعتبار العرف في شريعتنا
دليلاً على عالميتها، وصلاحيته لكل زمان ومكان.

ومن أهم الأحكام المبنية على العرف : ما يتعلق بفقهاء الأسرة ، فهذا
الفقه يحتاج إلى تأصيل ، لذا رغبت أن أساهم في هذا الجانب ببحث تحت
عنوان : (أثر العرف والعادة في فقه الأسرة).

وسيعتني هذا البحث - إن شاء الله تعالى - بدراسة العرف والعادة
باعتبارهما قاعدة شرعية أصولية ، ومن المعلوم أن الأحكام الشرعية تتغير
بتغير سياقات العادات والأعراف والتقاليد الداخلية ، ولا عجب ؛ فقد عقد
ابن القيم فصلاً في كتابه " إعلام الموقعين " بعنوان: فصل في تغير الفتوى،
واختلافها بحسب تغير الأزمنة والأمكنة والأحوال والبيئات والعوائد،

وبتشغيل هذه القاعدة ستتغير كثير من أحكام الأسرة وغيرها في دول الغرب عنها عند غيرهم استنادا على قاعدة العرف والعادة .

وسيعتمد هذا البحث المنهج التوصيفي ؛ الذي من شأنه توصيف المشكلة بغية الوصول إلى حل شرعي لها .

وخطة هذا البحث قائمة على فصلين تسبقهما مقدمة في بيان أهمية العرف والعادة وتغير الفتوى بتغيرهما، وتعقبهما خاتمة مشفوعة بالفهارس المعينة ؛ الفصل الأول سيهتم بالتنظير لهذه القاعدة الأصولية بإيجاز غير مغل ، فيبين معنى العرف والعادة، وكونهما حجة شرعية ، وشروط حجيتهما، وأما الفصل الثاني فسيهتم بالنماذج التطبيقية لهذه القاعدة في فقه الأسرة ، ويبين كيف يكون العرف كاشفا عن الحكم المناسب ، ويوضح مرونة الشريعة الإسلامية وتطورها ومواكبتها لكل ما يستجد من الأحداث .
والله المستعان.

المقدمة

في أهمية العرف وتغير الفتوى بتغيره

للعرف مكانة عظيمة وشأن مرتفع في تاريخ الإنسانية قديماً وحديثاً؛ فالعُرف هو المهيم على حياة الناس؛ حيث يتناول الكثير من شئون حياتهم، وإليه يُرجع في فضّ النزاع بين الأفراد، والمجتمعات. ولما جاء الإسلام لم يقر كل عرف؛ بل وضع مواصفات وشروطاً لقبوله، فقبل بعض الأعراف، وأقر بعضها، وأحال الكثير من الأمور الشرعية بحكمته إلى العرف والعادة؛ ليناسب حال الناس وزمانهم وعوائدهم، فما ردّ من الأعراف إلا ما يتنافى المقاصد الشرعية.

واعتبار العرف في شريعتنا دليلٌ على عالميتها، وصلاحياتها لكل زمان ومكان، فهي بما تملك من أدوات تستطيع مواكبة كل جديد بما يظهر ويفعل مرونتها وتطورها.

لذا فقد أشار غير واحد من الأصوليين إلى ضرورة إحاطة المجتهد والمفتي والقاضي عند دراسة نازلة ما بالعرف وأحوال الناس وعاداتهم، وعند تفسير نصوص القرآن والسنة، فمن شروط المفتي والمجتهد: معرفته للناس وأعرافهم وعوائدهم، ومن ذلك ما نقله ابن القيم عن الإمام أحمد أن من خصال المفتي: معرفة الناس، وقال معلقاً:

" معرفة الناس " فهذا أصل عظيم يحتاج إليه المفتي والحاكم، فإن لم يكن فقيهاً فيه فقيهاً في الأمر والنهي ثم يطبق أحدهما على الآخر، وإلا كان ما يفسد أكثر مما يصلح، فإنه إذا لم يكن فقيهاً في الأمر له معرفة بالناس تصور له الظالم بصورة المظلوم وعكسه، والمحق بصورة المبطل وعكسه، .. وهو لجهله

بالناس وأحوالهم وعوائدهم وعرفياتهم لا يميز هذا من هذا، بل ينبغي له أن يكون فقيها في معرفة مكر الناس وخداعهم واحتياهم وعوائدهم وعرفياتهم، فإن الفتوى تتغير بتغير الزمان والمكان والعوائد والأحوال، وذلك كله من دين الله".^(١)

بل عقد - رحمه الله - فصلاً في كتابه (إعلام الموقعين) بعنوان: فصل في تغيير الفتوى، واختلافها بحسب تغير الأزمنة والأمكنة والأحوال والبيئات والعوائد، وما قاله في بيان ذلك:

(هذا فصل عظيم النفع جداً، وقع بسبب الجهل به غلط عظيم في الشريعة، أوجب من الحرج والمشقة وتكليف ما لا سبيل إليه... ومن أفتى الناس بمجرد المنقول من الكتب على اختلاف عرفهم وعوائدهم وأزمنتهم وأمكنتهم وأحوالهم وقرائن أحوالهم فقد ضلّ وأضل، وكانت جنايته على الدين أعظم من جناية من طب الناس كلهم على اختلاف بلادهم وعوائدهم وأزمنتهم وطبائعهم بما في كتاب من كتب الطب على أبدانهم، بل هذا الطبيب الجاهل، وهذا المفتي الجاهل أضرم ما على أديان الناس وأبدانهم، والله المستعان)^(٢).

(١) إعلام الموقعين عن رب العالمين ٤/ ١٥٧ ط العلمية .

(٢) السابق ٣/ ١١ .

وقال السرخسي : " وأقرب ما قيل في حق المجتهد أن يكون قد حوى علم الكتاب ووجوه معانيه وعلم السنة بطرقها ومتونها ووجوه معانيها، وأن يكون مصيبا في القياس عالما بعرف الناس"^(١).
وقال الكمال ابن الهمام : " والتحقيق أن المفتي في الوقائع لا بد له من ضرب اجتهاد في معرفة أحوال الناس"^(٢).

تغير الفتوى بتغير الأزمنة والأمكنة والأحوال والعوائد :

لذا لم يجد المحققون من فقهاء المسلمين، في مختلف العصور أي غضاضة أو حرج في إعلان وجوب تغير الفتوى بتغير الأزمنة والأمكنة والأحوال والنيات والعوائد والأعراف وأن الشريعة مبنية على مصالح العباد، فبالإضافة إلى ما قاله الإمام ابن القيم في فصل تغير والفتوى واختلافها بحسب ما ذكر كتب الإمام القرافي المالكي في كتابه "الأحكام" مبينا أن استمرار الأحكام، التي مدرکہا العرف والعادة مع تغير تلك العوائد خلاف الإجماع وجهالة في الدين. كما عالج ذلك في كتابه "الفروق" بهذه الروح نفسها.

وفي القرن الثالث عشر الهجري، كتب علامة متأخري الحنفية "ابن عابدين" رسالته المشهورة (نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف) مستخلصا أحكامها مما قرره علماء المذهب أنفسهم وأفتوا به في مختلف الأعصار.

(١) المبسوط ١٦ / ٦٢.

(٢) درر الحكم ١ / ٢٠٧ نشر دار إحياء الكتب العربية بدون ط .

وقد ذكر في هذه الرسالة النافعة: أن كثيرا من الأحكام تختلف باختلاف الزمان لتغير عرف أهله، أو لحدوث ضرورة، أو لفساد أهل الزمان، بحيث لو بقي الحكم على ما كان عليه أولا، للزم منه المشقة والضرر بالناس، ولخالف قواعد الشريعة المبنية على التخفيف والتيسير ودفح الضرر والفساد.

ولهذا نرى مشايخ المذهب خالفوا ما نص عليه إمام المذهب أبو حنيفة - رحمه الله - في مواضع كثيرة بناها على ما كان في زمنه، لعلمهم بأنه لو كان في زمنهم لقال بما قالوا به، أخذوا من قواعد مذهبه.

وكذلك فعل الإمام الشافعي - رحمه الله - حين قدم مصر، حيث غير فتاويه عما كانت بالعراق، حتى قيل أن له مذهبين: القديم بالعراق والجديد بمصر، والحقيقة أن مذهبه واحد وإنما تغيرت فتاواه لاختلاف الأعراف والعادات في مصر عنها في العراق.

ومن أمثلة ما تغيرت فيه الفتوى والحكم بتغير البيئات، والأزمان، والأحوال: ما وقع من عمر بن عبد العزيز - رضي الله عنه - إذ كان واليا على المدينة، فكان يحكم للمدعى بدعواه إذا جاء بشاهد واحد وحلف اليمين، فيعد يمين المدعي قائمة مقام الشاهد الثاني فلما ولى الخلافة، وأقام في عاصمة الدولة بالشام لم يحكم إلا بشهادة رجلين، أو رجل وامرأتين فسئل في ذلك فقال: لقد وجدنا أهل الشام على غير ما عليه أهل المدينة.

وما فعله عمر في الشام لا ينافي ما جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قضى بشاهد ويمين، فإن قضاء النبي صلى الله عليه وسلم بذلك يدل على جوازه ومشروعيته، ولا يدل على الوجوب والإلزام، فيجوز القضاء بالشاهد الواحد مع اليمين في بعض الحالات، وتركه في حالات أخرى بناء على اعتبارات صحيحة، كما فعل عمر بن عبد العزيز - رضي الله عنه - .

الفصل الأول العرف والعادة عند الأصوليين فيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: معنى العرف والعادة

العرف في اللغة: يطلق العرف على عدة معانٍ، فيستعمل العرف فيما ارتفع من الأشياء وكرّم من المعاني، ومنها: المعروف، ضد المنكر، وهو كل ما تعرفه النفس من الخير وتأنس به وتطمئن إليه. والعادة: لغة: الديدن، والديدن: الدأب والاستمرار على الشيء يعاد إليه ويرجع، جمعها عادات وعوائد، سميت بذلك لأن صاحبها يعاودها ويرجع إليها مرة بعد مرة، (١).

وأما العرف والعادة في الاصطلاح:

فقد اختلف الفقهاء والأصوليون في تعريف العرف والعادة، فمنهم من رأى أنهما متغايران، وبينهما عموم وخصوص، ومنهم من قال إنهما مترادفان بمعنى واحد، وذلك كما يلي:

القول الأول: إنهما مترادفان، فيكونان بمعنى واحد، وهو: ما استقر في النفوس من جهة العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول (٢). وهذا هو قول الجمهور، قال به الحافظ النسفي، وعرف العادة والعرف بالمعنى المذكور.

(١) راجع لسان العرب ٣/٣١٦، ٣١٧ (دار صادر بيروت)، ومختار الصحاح ١/١٩٣

والمصباح المنير في غريب الشرح الكبير ٤٣٦ (دار الفكر، بلا طبعة ولا تاريخ).

(٢) هذا التعريف منقول عن كتاب المستصفي، وبعض الباحثين عزاه إلى الغزالي، ولكن الشيخ أحمد فهمي أبو سنة عزاه إلى الحافظ النسفي الحنفي، وقال إن للنسفي كتاب

وعرفهما ابن عابدين فقال: " العادة مأخوذة من المعاودة، فهي بتكررها ومعاودتها مرة بعد أخرى صارت معروفة مستقرة في النفوس والعقول، ملتقاة بالقبول، من غير علاقة ولا قرينة، حتى صارت حقيقة عرفية، فالعادة والعرف بمعنى واحد من حيث الماصدق، وإن اختلفا في المفهوم"^(١).

وقال على حيدر: العادة هي الأمر الذي يقرر بالنفوس ويكون مقبولاً عند ذوي الطباع السلمية بتكرار المرة بعد المرة: على أن لفظة العادة يفهم منها تكرر الشيء ومعاودته بخلاف الأمر الجاري اتفاقاً مرة أو مرتين ولم يعتده الناس فلا يعد عادة ولا يبنى عليه حكم، والعرف بمعنى العادة أيضاً^(٢).

وهذا القول أيده الأساتذة المعاصرون كالشيخ عبد الوهاب خلاف، فقال "والعرف والعادة في لسان الشرعيين لفظان مترادفان معناهما واحد"^(٣).

المستصفي في فروع الحنفية، ولا يوجد هذا النص في المستصفي للغزالي (انظر العرف والعادة في رأى الفقهاء، لأبى سنة ص ١٠).

(١) انظر رسائل ابن عابدين ٢/ ١٢٥ دار إحياء التراث العربي - بيروت، والمشور في القواعد الفقهية للزركشي ٢/ ٣٥٧، ٣٥٨، وشرح الكوكب المنير ٤/ ٤٤٨ (ط العبيكان، الرياض).

(٢) درر الحكام، شرح مجلة الأحكام ١/ ٤٤ المادة رقم ٣٦.

(٣) في كتابه مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه.

كما رجحه الأستاذ الدكتور حسن مرعي وقال إنه رأى الجمهور^(١).

القول الثاني: أنهما متغايران وبينهما عموم وخصوص، والقائلون

بهذا اختلفوا، فقال بعضهم: العادة أعم من العرف، فهي الأمر المتكرر مطلقاً سواء كان مصدره العقل أو أمر طبعي، وسواء كان فعلاً أو قولاً، صادراً من فرد أو جماعة. والعرف ما كان عملاً جماعياً متكرراً، فإذا صارت العادة كذلك كانت عرفاً ومن القائلين بهذا: ابن أمير الحاج^(٢)

والطرابلسي الحنفي^(٣) وابن فرحون^(٤)، واختاره الشيخ أبو

زهرة^(٥).

وقال بعضهم: العرف أعم من العادة التي هي قسم منه يقصد بها

العرف العملي فحسب.

(١) العرف: حقيقته وحجته، بحث بمجلة الأحمدية. دبي، العدد ٥ سنة ١٤٢١ هـ ص

(٢) انظر: التقرير والتحبير ١/ ٢٨٢ (ط العلمية الثانية).

(٣) انظر: معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام ١٢٨، (دار الفكر، بيروت، بلا طبعة ولا تاريخ).

(٤) انظر: تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الحكام ٦٧/٢ (الطبعة ١ مكتبة الكليات الأزهرية).

(٥) انظر: أصول الفقه للشيخ أبي زهرة ٢٥٦.

قال بهذا الكمال ابن الهمام، حيث قال: "العادة هي العرف العملي"، ثم قال "هي الأمر المتكرر ولو من غير علاقة عقلية، والمراد هنا العرف العملي لقوم" (١)، وهو قول البزدوي (٢) والتفتازاني (٣).

لكن الذي يبدو من أقوال العلماء وتعريفاتهم للعرف والعادة: أن كلاهما يطلق على الآخر وأنها مترادفان، وأن الاختلاف في ترادفهما وتغايرهما لفظي لا يترتب عليه أثر، فكثيراً ما يذكرهما العلماء معاً أو بدل بعضهما والمعتبر هو ما يشترط في العرف أو العادة لاعتبارهما شرعاً وبناء الأحكام عليهما فحقيقتهما واحدة وإن اختلفا في الاصطلاح، كما ذكر ابن عابدين.

والتعريف المذكور أولاً وهو: "العادة والعرف: ما استقر في النفوس من جهة العقول، وتلقته الطباع السليمة بالقبول" هو التعريف الأدق والأشمل للعرف والعادة، فهو جامع مانع.

(١) انظر: تيسير التحرير ٣١٧/١ (دار الفكر).

(٢) انظر: كشف الأسرار للبخاري ٩٥/٢ (دار الكتاب الإسلامي ط الفاروق الحديثة ط الثانية).

(٣) انظر: شرح التلويح على التوضيح ١٧٤/١ (صبيح).

المبحث الثاني : حجية العرف والعادة

فيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول: تحرير محل البحث:

العرف الذي يذكر هنا يراد به ما تقدم مما تناوله الفقهاء والأصوليون في كتبهم، وأما الأعراف التي قد توجد في حياة الناس فهي بحسب اعتبار الشارع لها وعدمه أنواع، ولكل حكمه كما يلي:

١- ما تعارف عليه الناس مما نص الشرع على حكمه من وجوب أو ندب أو إباحة أو كراهة أو تحريم، سواء كان متعارفاً بين الناس قبل مجيء الإسلام فأقره، أو أنكره أو ابتدأه الإسلام بحكمه فيه، فهذا النوع من الأعراف لا خلاف بين العلماء في وجوب العمل به سواء كان فعلاً أو تركاً، وأن مستنده الشرع لا تعارف الناس، فالعمل فيه إنما يكون بحكم الشرع لا بالعرف، ولذلك اتفق العلماء على أن أحكامه لا تتغير ولا تتبدل لأن تغييرها نسخ، ولا نسخ بعد انقطاع الوحي بقبض سيدنا محمد - صلى الله عليه وسلم -، ويسمى هذا النوع بالأعراف الشرعية.

٢- وأما ما تعارف عليه الناس وهو مخالف للشرع، أو يؤدي إلى المخالفة، كأن يكون ضاراً بالعامّة أو مضيعاً لواجب، فإن هذا النوع من الأعراف لا خلاف في عدم جواز الأخذ به، وأنه لا اعتبار له. وذلك كالعقود الربوية الجارية بين الناس وبعض العادات المنكرة من تشييد الأضرحة والذبح لأصحابها أو للجن.. إلخ^(١).

(١) انظر: مصادر التشريع فيما لا نص فيه ١٤٦.

قال السيوطي عن العرف: "هو نوعان: أحدهما أن لا يتعلق بالشرع حكم.. والثاني: أن يتعلق به حكم فيقدم على عرف الاستعمال"^(١).
 ٣- ما سوى ذلك من الأعراف التي توجد بين الناس مما لم ينص الشرع على حكم فيها ولا تعارض أحكامه، أي ليس فيها نص ينفي أو يثبت فهي موضوع البحث.

فالبحث في حجية العرف الجاري بين الناس مما لم يرد فيه نص شرعي يعتبره أو ينفيه، يؤيده أو يعارضه، فهل يعتبر في بناء الأحكام عليه، بحيث تفسر به بعض النصوص أو المعاملات الجارية؟ هذا ما يتضح فيما يلي:

الفرع الثاني: موقف العلماء من العرف:

اتفق الفقهاء والأصوليون على أن العرف من الأدلة الشرعية المعتمدة في الجملة، فجميعهم يعتبرونه يأخذون به في كثير من الاستعمالات والمسائل، وإن وقع خلاف في بعض التفاصيل، والمتبع لما في كتب المذاهب يجد الجميع يبنون الأحكام على العرف. قال القرافي: "وأما العرف فمشترك بين المذاهب، ومن استقرأها وجدهم يصرحون بذلك فيها"^(٢)، وها هي ذي أقوالهم:

- الحنفية: قال ابن نجيم: "اعلم أن اعتبار العادة والعرف يرجع إليه في الفقه في مسائل كثيرة، حتى جعلوا ذلك أصلاً فقالوا في الأصول في باب

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ٩٣ (العلمية).

(٢) شرح تنقيح الفصول ٣٥٣ (دار الفكر - بيروت).

ما ترك به الحقيقة: تنزل الحقيقة بدلالة الاستعمال والعادة^(١)، وقال:
الأحكام تبنى على العرف، فيعتبر في كل إقليم وفي كل عصر عرف أهله^(٢).
وفي تنقيح الفتاوى الحامدية: "ليس للمفتي ولا للقاضي أن يحكما
على ظاهر المذهب ويتركا العرف"^(٣). وفي درر الحكام "ومعنى العادة
محكمة: أي هي المرجع عند النزاع، لأنها دليل يبنى عليه الحكم"^(٤).
- المالكية: هم أكثر المذاهب أخذاً بالعرف، قال ابن العربي: العرف
والعادة أصل من أصول الشريعة يقضى به في الأحكام^(٥).
وقد تقدم ذكر كلام القرافي عن أخذ جميع المذاهب بالعرف، وقال
عند بيان أكثر العرف في العقود، بعد ذكره عدة أمثلة كدخول البناء والشجر
في العقد على الأرض وغير ذلك: " وهذا الكلام مع بقية تفاريع هذا الباب
كلها مبنية على العوائد، وإلا فمن أين لنا ما يحسب ويحسب ربحه، وعكسه،
ولولا العوائد لكان هذا تحكماً صرفاً^(٦)."

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ٩٣ (العلمية).

(٢) انظر: البحر الرائق ٦/١٤٨.

(٣) تنقيح الفتاوى الحامدية ٣/١.

(٤) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ١/٤٤ المادة ٣٦، وانظر بدائع
الصنائع ٤/٢٠٩، ٢١٠، وفتح القدير ٧/١٤ (دار الفكر - بيروت) وحاشية ابن
عابدين ٦/٤٠٠ (ط ٣ الأميرية).

(٥) أحكام القرآن لابن العربي ٤/٢٥٠ (العلمية ط ١).

(٦) أنوار البروق في أنواع الفروق ٣/٢٨٩.

- الشافعية: قال السيوطي: " اعلم أن اعتبار العادة والعرف رجح إليه في الفقه في مسائل لا تعد كثيرة، فمن ذلك سن الحيض، والبلوغ، والإنزال، وأقل الحيض والنفاس، والطهر، وغالبها وأكثرها، وضابط القلة والكثرة في الضبة^(١)، والأفعال المنافية للصلاة.. ولو اطردت عادة بلد بعكس ذلك اعتبرت العادة.."^(٢).

وقال الزركشي: " قال الفقهاء: كل ما ورد به الشرع مطلقاً ولا ضابط له فيه ولا في اللغة يحكم فيه العرف، ومثله بالحزب"^(٣) وكذلك قال^(٤).

وقد عقد العز بن عبد السلام فصلاً في تنزيل العادات وقرائن الأحوال منزلة صريح الأقوال في تخصيص العام وتقييد المطلق وغيرهما، وقال: فالعادات وقرائن الأحوال تنزل منزلة صريح الأقوال في تخصيص العام وتقييد المطلق وغيرهما^(٥).

(٨) والضَّبَّةُ حديدَةٌ عَرِيضَةٌ يُضَبَّبُ بِهَا الْبَابُ وَالْإِنَاءُ وَالْجَمْعُ ضِبَابٌ (لسان العرب

٥٣٩/١، ٥٤٠)

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ٩٠ (العلمية).

(٣) انظر المنشور في القواعد الفقهية للزركشي ٣٩١ / ٢ (ط وزارة الأوقاف الكويتية -

تحقيق د. تيسير أحمد محمود)، ونهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ٤٤٨ / ٧ وطرح التريب

١٦٧ / ٧ - ١٦٩.

(٤) انظر الأشباه والنظائر للسيوطي ٩٧.

(٥) انظر: قواعد الأحكام ١٢٦ / ٢ - ١٤٢ (أم القرى للطباعة والنشر).

- الحنابلة: أخذوا كذلك بالعرف واعتبروه في كثير من أحكام الفقه، لا سيما في باب المعاملات، قال ابن القيم:
" فقد جرى العرف مجرى النطق في أكثر من مائة موضع منها نقد البلد في المعاملات" (١).

من هذه الأقوال وغيرها يتضح اتفاق العلماء على اعتبار العرف والعادة وبناء الأحكام الشرعية عليهما، حتى إنهم وضعوا في ذلك قاعدة نصها: "العادة محكمة" (٢) وقولهم: الممتنع عادة كالممتنع حقيقة. وقولهم: الحقيقة تترك بدلالة العادة. وقولهم: إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت (٣).
وقلما يوجد باب من أبواب الفقه ليس للعادة مدخل في أحكامه.

* ويمكن القول بأن كون العرف حجة معتبرة ودليلاً شرعياً تبنى عليه الأحكام أمر لا خلاف فيه، وأنه دليل متفق عليه، ويشهد لهذا أن جميع الأئمة أخذوا به وبنوا كثيراً من الأحكام عليه، وإنما الخلاف في بعض جزئياته عندما يصطدم بنص أو يخالف أصلاً من أصول الشريعة، وفي كونه مخصصاً للنص أم لا؟ والراجح كونه مخصصاً بشرط أن يكون عاماً. فربما اعتبره البعض دليلاً مختلفاً فيه من هذه الحثية، ولذا رد ابن حجر قول الإمام القرطبي بأن الشافعية ينكرون العرف لفظاً ويعملون به معنى فقال: "

(١) انظر إعلام الموقعين ٢/٢٩٧ وما بعدها و ٣/٦٩ والفتاوى الكبرى لابن تيمية ٣/٢٣٣.

(٢) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم ٩٣ وللسيوطي ٨٩ وغيرهما من كتب القواعد.

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٩٠، المنشور للزركشي ٢ / ٣٥٦، والأشباه والنظائر لابن نجيم ١ / ١٢٨، ونهاية المحتاج ٣ / ٤٣٣، والمغني ٤ / ٢٢.

والشافية إنما أنكروا العمل بالعرف إذا عارضه النص الشرعي ، أو لم يرشد النص الشرعي إلى العرف " (١) .

ورغم اتفاق العلماء قديماً وحديثاً على اعتماد العرف في معرفة الأحكام الشرعية، فقد اختلفوا في كونه دليلاً مستقلاً من أدلة الأحكام إلى فريقين:

الأول: أنه دليل مستقل، وهو مذهب الجمهور من العلماء.

الثاني: أنه دليل تابع لغيره من الأدلة، وليس دليلاً مستقلاً، وهذا لم يقل به أحد غير بعض المعاصرين وعلم من هؤلاء الشيخ عبد الوهاب (٢)، والشيخ أحمد فهمي أبو سنة (٣).

ولكن بالنظر إلى نصوص العلماء السابقة وإلى ما قاله هذان العالمان لا نجد مجالاً للاختلاف، فالقدا مي من العلماء لم يعتبروا العرف مطلقاً، بل اعتبروه بضوابط وشروط، وكون العرف يدخل في دليل آخر معتبر لا يضيرنا في شيء ولا يترتب عليه أثر .

الفرع الثالث: أدلة حجية العرف:

استدل جمهور العلماء على حجية العرف بالأدلة الآتية:

- من القرآن الكريم قوله تعالى: ﴿ خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ ﴾ (٤)،

(١) فتح الباري ٩ / ٥١٠ .

(٢) انظر: علم أصول الفقه للشيخ عبد الوهاب خلاف ص ٩١ .

(٣) انظر: العرف والعادة في رأي الفقهاء ص ٤٠ .

(٤) صدر الآية ١٩٩ من سورة الأعراف.

العرف هو كل ما عرفته النفوس مما لا ترده الشريعة (١). فظاهر الآية أمر للنبي - صلى الله عليه وسلم - بالأمر بالعرف، فالعمل بالعرف مقتضى الأمر (٢).

بالإضافة إلى كثير من الآيات التي ترد بعض أحكام المسائل المنصوص عليها فيها إلى العرف، كتقدير نفقة المرضعة في قوله تعالى: (وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ) (٣). وتقدير متعة المطلقة قبل الدخول والتسمية في قوله تعالى: (وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمُسَبِّحِ قَدْرَهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدْرَهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ) (٤)، وغير ذلك.

- ومن السنة: حديث: "ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن" (٥)، فما رآه المسلمون مستحسناً فقد حكم الشرع بحسنه،

(١) تفسير ابن عطية ٢/٤٩١ (العلمية ط١).

(٢) انظر: شرح الكوكب المنير ٦٠٠، ٥٩٩، والطرق الحكمية ٧٩ (دار البيان) والفروق ٣/١٤٩، ومعين الحكام للطرابلسي ١٢٨، والعرف.. حقيقته وحجيته د. حسن مرعي ٨٦.

(٣) البقرة: ٢٣٣.

(٤) البقرة: ٢٣٦.

(٥) رواه أحمد في مسنده ١/٣٧٩ موقوفاً على ابن مسعود بإسناد حسن، وأخرجه البزار في مسنده ١/٢١٣، وانظر الدراية لابن حجر ٢/١٨٧ قال: لم أجده مرفوعاً. وقال العجلوني في "كشف الخفاء" ٢/٢٤٥: موقوف حسن، ولكن أورده الهيثمي في مجمع الزوائد ١/١٧٧ - ١٧٨ وقال: رواه أحمد والبزار والطبراني ورجاله موثقون. وانظر الأشباه والنظائر للسيوطي ٨٩، ولابن نجيم ٩٣.

فيكون حقاً لا باطلاً، والعرف من أفراد ما استحسنته المسلمون، فيكون محكوماً بحجتيه واعتباره^(١).

وما رواه البخاري عن عائشة - رضي الله عنها - أن هند بنت عتبة قالت: يا رسول الله إن أبا سفيان (زوجها) رجل شحيح لا يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت من ماله بغير علمه؟ قال - صلى الله عليه وسلم - : " خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف"^(٢).

وقد بوب له البخاري بتبويبات متعددة، منها: باب من أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون بينهم. وقال ابن حجر: مقصوده بهذه الترجمة إثبات الاعتماد على العرف وأنه يقضى به على ظواهر الألفاظ^(٣).
ووجه الدلالة من الحديث : أنه - صلى الله عليه وسلم - أحال تقدير النفقة على العرف، فدل على اعتباره، وإلا لما كان للإحالة معنى.

ومن **المعقول**: أن الدين لا يعلم إلا بالنبوة، ولا سبيل إلى الاعتراف بها إلا عن طرق المعجزة، ولا معنى للمعجزة إلا أنها فعل خارق للعادة المطردة، فلولا اعتبار العادة لما اعتبر الخارق لها، ولا يحصل فعل خارق للعادة إلا بعد تقرير اطرادها في الحال والاستقبال كما اطردت في الماضي، وإن كان كذلك فالعقل يحكم باعتبارها بلا جدال، والعادة والعرف شيء واحد^(٤).

(١) انظر: العرف والعادة - لأبي سنة ص ٣٠.

(٢) صحيح البخاري، كتاب النفقات - باب إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها وولدها بالمعروف، حديث رقم ٥٠٤٩.

(٣) فتح الباري ٤/٤٠٦ (دار المعرفة - بيروت - تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي).

(٤) انظر: الموافقات ٢/٥٦٨ (ط الأولى دار المعرفة - بيروت ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م).

هذا : وإن العمل بالعرف والعادة وربط الأحكام الشرعية بهما إنما هو عمل بالأدلة الشرعية ، وبما يستفاد من مدارك التشريع في مواطن كثيرة ، بل يمكن القول بأنه عمل بكتاب الله تعالى ، إذ يقول الله تعالى : (يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ) (١) ويقول سبحانه : (وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُم فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ) (٢) ، فهذان النصان الكريمان يجب أن تظل سيطرتهما تامة على جميع التشريع الإسلامي ، فإذا ما وجدنا أن العمل بالنصوص الخاصة في نازلة ما يوقع في الحرج ويشق على الناس لحدوث ضرر ما أو لوجود عرف عام يوجب تركه الحرج ؛ وجب أن تقف النصوص الخاصة عن عملها في تلك المواطن ؛ وأن يعمل بالنص العام القاطع الموجب لنفي الحرج وإزالة المشقة ، ومن هنا نعلم أن العمل بالعرف امثال للدليل العام القاطع الموجب لنفي الحرج ، إن لم يكن العرف نفسه دليلاً كما يزعم البعض^(٣) .

(١) سورة البقرة : ١٨٥ .

(٢) سورة الحج : ٧٨ .

(٣) انظر : الاجتهاد ١١٢ لفضيلة الشيخ محمد مصطفى المراغي ، شيخ الأزهر سابقاً ، تحقيق أ. د محمد عمارة ، هدية مجلة الأزهر شعبان ١٤٣٦هـ .

المبحث الثالث : شروط اعتبار العرف**الشَّرْطُ الْأَوَّلُ: أن يكون العرف مطرداً أو غالباً :**

ومعنى الاطراد: أن يكون العرف مستمراً بحيث لا يتخلف في جميع الحوادث، ومعنى الغلبة: أن يكون العمل بالعرف كثيراً، ولا يتخلف إلا قليلاً، ذلك أن الاطراد أو الغلبة يجعل العرف مقطوعاً بوجوده، قال السيوطي: إنما تعتبر العادة إذا اطردت، فإذا اضطربت فلا. وقال ابن نجيم: إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت، (١).

وبهذا الشرط يخرج العرف المشترك - هو ما تساوى العمل به وتركه - من الاعتبار، فلا يصلح أن يكون مستنداً أو دليلاً يرجع إليه في تحديد الحقوق والواجبات المطلقة.

الشَّرْطُ الثَّانِي: أن يكون العرف عاماً :

هذا الشرط محلّ خلاف بين الفقهاء: فذهب جمهور الحنفية والشافعية إلى أنه يعتبر في بناء الأحكام العرف العامّ دون الخاصّ (٢).

(١) انظر في شروط العرف : العرف والعادة في رأي الفقهاء ص ٨٣ ، والمهذب في علم أصول الفقه المقارن، لعبد الكريم بن علي بن محمد النملة ٣ / ١٠٢٢ ، مكتبة الرشد - الرياض ط ١ ، ١٤٢٠ هـ - ١٩٩٩ م ذكر فيه هذا الشرط وبقية الشروط الستة ، وأصول الفقه الإسلامي، د. وهبة الزحيلي ٢ / ٨٢٩ ، وقرارات مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الخامس بالكويت من ١-٦ جمادى الأولى ١٤٠٩ هـ الموافق ١٠-١٥ ديسمبر ١٩٨٨ م.

(٢) المهذب في علم أصول الفقه المقارن، لعبد الكريم بن علي بن محمد النملة ٣ / ١٠٢٢ ، مكتبة الرشد - الرياض ط ١ ، ١٤٢٠ هـ - ١٩٩٩ م .

وهذا الشرط يكون إذا كان هذا العرف سيخصص دليلاً عاماً أو يقيده، لأنه في هذه الحالة يكون كالإجماع العملي، كما في قوله تعالى: (وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ) ففي هذه الحالة يعتد بالعرف لمعرفة مقدار النفقة بحسب ما تعارف عليه الناس في ذلك المجتمع. أما في غير ذلك فلا بأس بالأخذ بالعرف الخاص والعمل بمقتضاه.

الشرط الثالث: ألا يكون العرف مخالفاً للنص الشرعي:

بمعنى أن لا يكون ما تعارف عليه الناس مخالفاً للأحكام الشرعية المنصوص عليها، وإلا فلا اعتبار للعرف، كتعارف الناس شرب الخمر وتبرج النساء والتعامل بالعقود الربوية، وحرمان النساء من الإرث في بعض البلاد، وأخذ الرشوة، ولبس الرجال الذهب والحريير ومنكرات الأفراح والمآتم، وعقود المقامرة ونحو ذلك، لأن العرف الذي يحل الحرام، ويحرم الحلال، ويناقض الشريعة لا يجوز أن يصير العباد إليه، وهو ليس من المعروف، بل من المنكر الذي تجب محاربته (١).

وهذا إذا خالف العرف النص الشرعي من كل وجه، فإنه يعمل بالنص، ولا اعتبار للعرف، لأن النص أقوى من العرف، ولا يترك الأقوى لما هو أضعف منه، سواء كان العرف عاماً أو خاصاً. وأما إذا خالف العرف النص في بعض الوجوه، فذهب الجمهور إلى أنه لا يصلح العرف مخصصاً ولا مقيداً للنص، وذهب الحنفية إلى أن العرف يخصص النص ويقيده.

(١) الأعراف البشرية في ميزان الشريعة الإسلامية للأشقر ص ٥٥.

وإذا كان بين العرف وأدلة الشرع ظاهر تعارض، يمكن معه التوفيق بينهما بوجه من أوجه التوفيق المعتمدة عند أهل العلم، أو يمكن تتريل النص الشرعي على العرف، بأن كان النص نفسه معللاً بالعرف فللعرف حينئذ مجال لتأمله، والبحث في اعتباره والاعتداد به^(١).

الشَّرْطُ الرَّابِعُ: ألا يعارض العرف تصريحاً بخلافه :

فإذا صرح العاقدان مثلاً بخلاف العرف فلا اعتبار للعرف، لأن من القواعد الفقهية أنه لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح قال العز بن عبد السلام: كل ما يثبت في العرف إذا صرح المتعاقدان بخلافه مما يوافق مقصود العقد ويمكن الوفاء به صح، فلو شرط المستأجر على الأجير أن يستوعب النهار بالعمل من غير أكل يقطع المنفعة لزمه ذلك، ولو شرط عليه أن لا يصلّي الرواتب، وأن يقتصر في الفرائض على الأركان، صح ووجب الوفاء بذلك، لأن تلك الأوقات إنما خرجت عن الاستحقاق بالعرف القائم مقام الشرط، فإذا صرح بخلاف ذلك مما يجوز الشرع ويمكن الوفاء به جاز^(٢).

وقال السرخسي: " ودلالة العرف يحصل التعيين بها ولكن إذا لم يصرح بغيرها فأما مع التصريح يسقط اعتبار العرف كمن اشترى بدراهم مطلقة يتعين نقد البلد بدلالة العرف فإن صرح باشتراط نقد آخر عند الشراء سقط اعتبار ذلك العرف وينعقد العقد بما صرح به " ^(٣).

(١) العرف وأثره في فقه المعاملات المالية عند الحنابلة، لعادل قوته ١/٢٤٤، العرف

والعادة في رأي الفقهاء ص ٨٣ .

(٢) قواعد الأحكام في مصالح الأنام ٢/١٨٦ مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة.

(٣) أصول السرخسي ١/٤٤ دار المعرفة، بيروت.

الشرط الخامس: أن يكون العرف قائماً عند إنشاء التصرف :
وذلك بأن يكون العرف سابقاً أو مقارناً للتصرف عند إنشائه، لأنّ كل من يقوم بتصرف - سواء كان قولياً أو فعلياً - إنّما يتصرف بحسب ما جرى به العرف، ليصحّ الحمل على العرف القائم، فلا عبرة بالعرف الطارئ بعد التصرف.

قال القرافي: العوائد الطارئة بعد النطق لا يقضى بها على النطق، ..
وإنما يعتبر من العوائد ما كان مقارناً لها^(١).

وقال السيوطي: العرف الذي تحمل عليه الألفاظ إنّما هو المقارن السابق دون المتأخر، وقال ابن نجيم بعد أن ذكر عبارة السيوطي: ولذا قالوا: لا عبرة بالطارئ^(٢).

الشرط السادس: أن يكون العرف ملزماً.

إذا اجتمعت الشروط الخمسة المتقدمة في العرف أصبح ملزماً ومعتبراً في التشريع. ومعنى كونه ملزماً: أن يتحتم العمل بمقتضاه في نظر الناس .

وهذا المعنى يشير إليه قول الفقهاء: " المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً" ، و"المعروف بين التجار كالمشروط بينهم"، و"العادة محكمة" فالتأمل في عباراتهم يدرك أن الإلزام من أهم سمات العرف ، وإلا لما أمكن تحكيمه

(١) شرح تنقيح الفصول ٢١١/١ شركة الطباعة الفنية المتحدة ، ط١ ، ١٣٩٣ هـ -

١٩٧٣ م.

(٢) الأشباه والنظائر ١ / ٩٦ ط١ العلمية ، وانظر: الأشباه والنظائر ، لابن نجيم ١ / ٨٦ العلمية.

وجعل المعروف كالمشروط ، فليس معنى كونه محكما وكالمشروط إلا أنه ملزم^(١).

فهذا الشرط يعتبر نتيجة لتحقق شرائط العرف السابقة؛ إذ تقدم أن العرف: ما استقر في النفوس من جهة العقول، وتلقته الطباع السليمة بالقبول، وما استقراره وتلقيه بالقبول إلا دليل الشعور بكونه ملزماً، إن الناظر في الفروع المبنية على العرف يرى أن العرف الذي يأخذ صفة الإلزام ليس مطلق عرف، بل هو العرف الذي يتضمن حقاً من الحقوق على وجه الإلزام^(٢).

(١) أثر العرف في التشريع الإسلامي ٢٢٨، العرف وأثره في الشريعة والقانون ١٠٢.

(٢) ينظر: العرف والعادة في رأي الفقهاء ٦٦ ، والفروق للقرافي ٣ / ١٩٠ .

**الفصل الثاني : نماذج تطبيقية
لأثر العرف والعادة في فقه الأسرة في بلاد الغرب
النموذج الأول : العدول عن الخطبة وحكم هداياها**

الخطبة عند الفقهاء إنما هي وعد بالزواج ومقدمة له، وليست عقد زواج، ويجوز العدول عن الخطبة في رأي أكثر الفقهاء، فإذا رجع أحد الخاطبين عن الخطبة فلا شيء عليه في ذلك لأن الخطبة مجرد وعد بالزواج، وهو غير ملزم؛ حيث جعلت الخطبة لينظر كل منهما ويتروى قبل الزواج فإن بدا لأحدهما شيء يرده عنه فله العدول، وإن كان الأولى ألا يعدل أحدهما عن الخطبة إلا لسبب شرعي، كأن يظهر في أحد الخاطبين عيب يخل بالزواج أو يعرف أحد الخاطبين عن الآخر أمراً مخللاً بدينه أو منفراً له عنه.

وإذا حصل العدول عن الخطبة فيجوز للخاطب أن يسترد ما قدمه للمخطوبة من شبكة سواء أكان نقداً أم ذهباً أم أثاث بيت أو نحو ذلك، سواء أكان قائماً أم هالكاً أم مستهلكاً، وفي حال الهلاك أو الاستهلاك يرجع بقيمته إن كان قيمياً، وبمثله إن كان مثلياً، أي أكان سبب العدول، من جانب الخاطب أو من جانب المخطوبة. وهذا متفق عليه فقهاً. لأن العرف جرى على أن تدفع الشبكة كجزء من المهر، والمهر لا يستحق بدون عقد الزواج، والعقد منتف بالعدول عن الخطبة.

وأما ما قدمه للمخطوبة على سبيل الهدية فهو محل خلاف بين الفقهاء :

١- قال الحنفية: هدايا الخطبة هبة، وللوهاب أن يرجع في هبته إلا إذا وجد مانع من موانع الرجوع بالهبة كهلاك الشيء أو استهلاكه أو وجود الزوجية. فإذا كان ما أهده الخاطب موجوداً فله استرداده. وإذا كان قد هلك

أو استهلك أو حدث فيه تغيير، كأن ضاع الخاتم، وأكل الطعام. وصنع القماش ثوباً، فلا يحق للخاطب استرداد بدله (١).

٢- ورأى الشافعية: أن للخاطب الرجوع بما أهداه؛ لأنه إنما أنفق لأجل تزوجها، فيرجع إن بقي، ويبدله إن تلف. سواء أكان العادل عن الخطبة الخاطب أو المخطوبة (٢)، وكذلك الجعفرية قالوا باستردادها مطلقاً ولو هلكت فيسترد قيمتها (٣).

٣- ويرى آخرون أن المرأة تستحق جميع ما قدم لها قبل العقد من هدايا، وذهب إلى هذا عمر بن عبد العزيز والثوري وأبو عبيد ومالك، والهادوية من الزيدية (٤).

٤- وفصل الحنابلة بين أن يكون العدول من جهة الخاطب أو من جهة المخطوبة، فإذا عدل الخاطب، فلا يرجع بشيء ولو كان موجوداً. وإذا عدلت المخطوبة، فللخاطب أن يسترد الهدايا، سواء أكانت قائمة أم هالكة (٥).

(١) حاشية ابن عابدين ٦٩٩/٥ ط ٢ دار الفكر- بيروت ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م .

(٢) إعانة الطالبين، كتاب الهبة ٣/١٨٥ ط ١ دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧م .

(٣) بحث عن العرف بمجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، العدد الخامس .

(٤) الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي ٩/٢١ ط ٤ دار الفكر - سورية - دمشق .

(٥) منار السبيل: ٢/١٩٨ ط ٧ المكتب الإسلامي ١٤٠٩ هـ - ١٩٨٩م .

٥ - وعند المالكية ثلاثة أقوال : قول بأن الهدايا قبل عقد الزواج أو فيه تشطر بين المرأة والرجل، سواء اشترطت، أو لم تشترط؛ لأنها مشترطة حكماً^(١)، وقول بعدم جواز الرجوع إلا لعرف أو شرط ، وقول بالتفصيل مرجعه إلى العرف وهو منع الخاطب من استرداد ما أهداه إلى مخطوبته إن كان العدول منه، أما إذا كان العدول عن الخطبة من جانبها فله حق استرداد ما قدمه مما هو قائم بعينه واسترداد قيمته أو مثله إن هلك ما لم يكن مما يستهلك كالحلوى ونحوها، ويرجع ذلك كله إلى العرف وإلى عادات الناس وما لم يكن هناك شرط، وذلك لقاعدة أن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً فإذا كان هناك عرف عام أو خاص في هذه الهدايا حكم العرف فيها^(٢) .

وهذا القول الأخير موافق للحنابلة ، ولقد أقامت قوانين الأحوال الشخصية أحكامها في ذلك على هذا القول في كثير من الدول العربية.
وهو الذي يمكن ترجيحه نظراً لما تعارف عليه الناس ، فالحكم دائر مع العرف ومبني عليه ، وإن كان الأولى عدم الرجوع في الهبة على أي حال .
والله أعلم .

(١) الشرح الصغير معه حاشية الصاوي ٢ / ٤٤٥ دار المعارف بدون ط وبدون ت .

(٢) المرجع السابق ٢ / ٣٤٨ .

النموذج الثاني : إزام الزوجة بالمشاركة في تجهيز مسكن الزوجية

اتفق الفقهاء (١) على وجوب السكنى المناسب للزوجة على الزوج على حسب حاله وقدرته بالمعروف ، لأن توفير المسكن داخل في الإنفاق الواجب على الزوج لزوجته وقد أوجبه الله تعالى للمطلقات طلاقاً رجعيّاً، فقال سبحانه : (أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ ... وَأُتْمِرُوا بَيْنَكُمْ بِمَعْرُوفٍ) (٢) فوجوب السكنى لزوجته التي هي في صلب النكاح أولى، ولأن الله تعالى أوجب المعاشرة بين الأزواج بالمعروف، فقال تعالى: (وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ) (٣)، ومن المعروف المأمور به أن يسكنها في مسكن تأمن فيه على نفسها ومالها، كما أن الزوجة لا تستغني عن المسكن؛ للاستتار عن العيون والاستمتاع وحفظ المتاع. فلذلك كانت السكنى حقاً لها على زوجها، وهو حق ثابت بإجماع أهل العلم (٤).

(١) حاشية الجمل ٤ / ٢٦٤، وكشاف القناع ٥ / ١٤٠، حاشية ابن عابدين ٣ / ٥٧٢،

بدائع الصنائع ٤ / ٢٠، المحلى لابن حزم: ١١٢ / ٩ مسألة رقم ١٨٥٤، الأم للشافعي

٥ / ١١٥، الشرح الكبير ١٠ / ١٩ ط ١ دار الكتب العلمية، بيروت ١٤١٧ هـ - ١٩٩٧

م، التاج والإكليل لمختصر خليل ٥ / ٥٤٣ ط العلمية.

(٢) سورة الطلاق : ٦ .

(٣) سورة النساء : ١٩ .

(٤) بدائع الصنائع ٤ / ١٥، المجموع شرح المهذب ص ٢٥٦، تحفة المحتاج ٧ / ٤٤٣. مع

حاشية الشرواني، والشرح الكبير للدردير ٢ / ٥٠٩، الفروع لابن مفلح ٥ /

ومع ذلك فقد اختلف الفقهاء فيمن يجب عليه إعداد البيت وتجهيزه

من الزوجين ، على رأيين:

الأول : إن إعداد بيت الزوجية ومسكن الزوجة على الزوج ، وهو مذهب الحنفية^(١) ، والحنابلة^(٢) ، والشافعية^(٣) ، لأن النفقة كلها واجبة على الزوج ، ومنها المسكن مع المطعم والملبس ، فالزوجة لا يجب عليها منه شيء ، وما أخذته من المهر حق خالص لها لم يكن لتجهيز شيء من المسكن أو لوازمه . فقد سماه القرآن نحلة ، فقال تعالى (وَأَتَوُا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً) ^(٤) .

إلا إذا دفع الزوج لزوجته مالا فوق مهرها نظير إعداد الجهاز وكان من العرف أنها تتجهز بهذا الزائد ، فإن الزوجة حينئذ تكون ملزمة بالجهاز في حدود ما دفعه زيادة على المهر، وإن لم تقم بالجهاز وزفت إليه بلا جهاز كان له الحق في استرداد ما أعطى، ومطالبة وليها بما بعث إليه من مال ، حتى إن رأى الزوج أن الجهاز قليل فله المطالبة بما يليق بالمبعوث، وإذا سكت الزوج بعد الزفاف عن المطالبة مدة تدل على رضاه فيسقط حقه ولا يرجع عليها بشيء ^(٥) .

(١) البحر الرائق ٤/ ١٩٤ ط ٢ دار الكتاب الإسلامي ، الدر المختار للحصفي ١/ ٢٦٠

ط ١ العلمية ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م .

(٢) المغني، لابن قدامة ٨/ ٣ .

(٣) روضة الطالبين للنووي ٧ / ٩٩ .

(٤) سورة النساء : ٤ .

(٥) حاشية ابن عابدين ٣ / ١٥٨ ، ٥٨٥ ، ط ٢ دار الفكر، بيروت ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م ،

والبحر الرائق ٣ / ٢٠٠ دار الكتاب الإسلامي .

الثاني: أن إعداد مسكن الزوجية على الزوجة في حدود ما قبضته من المهر وما جرت به العادة بين أمثالها ، فإن لم تكن قبضت شيئاً من مهرها فلا شيء عليها منه ما لم يكن هناك شرط في عقد الزواج أو عرف متبع في بلدها وزمانها ؛ فيجب عليها إعداد ما اشترط أو ما تعارف ، وهو مذهب المالكية^(١)، لأن العرف جرى في زمانهم في كثير من الأمصار على أن الزوجة تعد بيت الزوجية بما تقبضه من مهر .

الترجيح:

والذي يبدو رجحانه هو رأي المالكية ، أن الزوجة تلزم بتجهيز مسكن الزوجية في حدود ما يجري العرف به في بلدها وما يتم الاتفاق عليه بين الزوج والزوجة أو وليها، فإذا تم الاتفاق على أن تجهز هي أو وليها شيئاً من جهاز مسكن الزوجية وجب عليها ذلك ، ولم يوجد اتفاق ولا شرط ، فالعرف هو الفيصل في مثل هذه الأمور، فإن كان العرف جارياً بأن تجهز بعض الأشياء وجبت عليها بحسب ما هو متعارفٌ عليه ومعتاد . خاصة وأن الجهاز هذه الأيام لا يقتصر على الضروريات والحاجيات ، بل تعدى إلى أمور لا حصر لها تثقل كاهل الزوج وغالباً ما تشترطها الزوجة أو وليها ، فالأولى أن يتعاون فيها الطرفان ، لا سيما إذا جرى العرف بذلك واعتاده الناس، وهذا الرأي موافق لرأي الجمهور ، حيث قالوا بأن الأصل عدم وجوبه على الزوجة إلا إذا وجد شرط أو عرف .

والعلماء حين اختلفوا في هذه المسألة فإنهم بنوا جملة اختلافهم على أعراف بلدانهم في أزمانهم ، فالاختلاف في المسألة اختلاف شكلي .

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢ / ٣٢١ - ٣٢٢ ط دار الفكر - بيروت.

النموذج الثالث : أثر العرف والعادة في الاختلاف في الجهاز

إذا قام ولي الزوجة بتجهيزها كلا أو بعضاً دون شرط أو عرف ولم يصرح لها بأنه تمليك لها، فهل يكون هذا تمليكا منه لها أم عارية عندها، بحيث إذا طلبه بعد ذلك أيكون من حقه ؟
قد اختلف الفقهاء في ذلك أيضاً:

فذهب الشافعية إلى أنها لا تملك الجهاز إلا بتمليك لها بصيغة، كأن يقول: هذا جهاز بنتي فيكون إقراراً بالملك لها، وإلا فهو عارية، ويصدق بيمينه إذا ادعاه في حياتها أو بعد موتها^(١).
وقال الحنابلة: إن تجهيز الأب ابنته أو أخته بجهاز إلى بيت زوجها تمليك^(٢).

وقال الحنفية: إذا جهز الأب ابنته من ماله دون أن يصرح أن هذا منه هبة لها أو عارية منه لها، وادعى بعد نقل الجهاز إلى دار الزوج أنه كان عارية، وادعت أنه كان تمليكاً بالهبة فالقول قولها إذا كان العرف يشهد بأن هذا الجهاز المتنازع عليه يقدمه الأب لابنته هبة منه. وإن كان العرف جارياً بأن الأب يقدمه عارية فالقول قول الأب، وإن كان العرف متضارباً فالقول قول الأب إذا كان الجهاز من ماله، أما إذا كان مما قبضه

(١) حاشية قليوبي ٣ / ١١٣ دار الفكر، ونهاية المحتاج ٥ / ٤٠٨.

(٢) الإقناع في فقه الإمام أحمد ٣ / ٢٩ دار المعرفة - بيروت، وكشاف القناع ٤ / ٢٩٨ ط العلمية ..

من مهرها فالقول قولها، لأن الشراء وقع لها حيث كانت راضية بذلك، وهو بمنزلة الإذن منها (١).

واستحسن بعضهم أن الأب إن كان من الأشراف لم يقبل قوله إنه عارية، لأن العادة أن مثله يملك ابنته ولا يعيرها. ولو دفعت في تجهيزها لابنتها أشياء من أمتعة الأب بحضرتة وعلمه وكان ساكتا وزفت إلى الزوج فليس للأب أن يسترد ذلك من ابنته لجريان العرف به (٢).

وأما المالكية: فللأب عندهم الحق في مطالبة ابنته بما جهزها به، بشرط أن تكون دعواه خلال سنة من يوم البناء لا العقد، فإذا طالب به بعد مرور سنة من الدخول، فلا حق له، وأن يكون الجهاز باقياً إلى يوم المطالبة به، وأن تكون البنت مجبرة أو سفيهة - يعني زوجها الأب جبراً عنها لصغرها أو ضعف عقلها لا تدبر أمر نفسها، أما الثيب التي ليست في ولايته فلا تقبل دعواه في إعارته بعض الجهاز لها (٣).

والراجع - والله أعلم - قول الحنفية وهو أن الأمر يخضع للعرف، فإذا كان العرف جارٍ على أن الأب يملكه لابنته عمل به، وإن كان العرف على خلاف ذلك عمل به، فالعرف هو المرجع في هذا، لأن

(١) الدر المختار للحصفي مع حاشية ابن عابدين ٣/ ١٥٦ ط ٢ دار الفكر، بيروت.

(٢) الدر المختار للحصفي ١/ ١٩٤ ط ١ العلمية ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م.

(٣) الشرح الكبير بحاشية الدسوقي ٢/ ٣٢٣ دار الفكر، بدون ط، ت، حاشية الصاوي على الشرح الصغير ٢/ ٤٦٠ دار المعارف بدون ط، ت.

الناس يختلفون في ذلك بحسب عاداتهم وأعرافهم ، والمعروف كالمشروط .

وكذلك إذا كان هذا الاختلاف واقع بين الزوجين ، فللعلماء فيه أقوال ، الراجح منها أن الأمر يرجع للعرف والعادة .

النموذج الرابع : الألفاظ التي ينعقد بها النكاح

يتفق الفقهاء على أن النكاح ينعقد بلفظ الإنكاح والتزويج ، وهما اللفظان الصريحان في النكاح (١) . وأيضا لا خلاف في عدم انعقاد النكاح بلفظ الإباحة والإحلال والإعارة والرهن والتمتع ، وذلك لعدم تملك المتعة في كل منها ، أي أن كل لفظ من هذه الألفاظ ليس بسبب لملك المتعة ، كما لا ينعقد بلفظ الإقالة والخلع لأنهما لفسخ عقد ثابت (٢) .

وما عدا ذلك من الألفاظ ففيها خلاف :

فقال الشافعية والحنابلة : لا ينعقد إلا بلفظ النكاح أو التزويج ، قالوا

: لأن نص الكتاب ورد بهما وذلك في قوله تعالى : { وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ } (٣) ، وقوله تعالى : { فَلَمَّا قَضَى زَيْدٌ مِنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَاكَهَا } (٤) ، ولم يذكر سواهما في القرآن الكريم ، فوجب الوقوف

(١) فتح القدير ٣ / ١٩٣ ، والفتاوى الهندية ١ / ٢٧٠ ، وحاشية الدسوقي ٢ / ٢٢١ دار الفكر بدون ط ، ومغني المحتاج ٤ / ٢٢٦ ط العلمية ١٤١٥ هـ - ١٩٩٤ م ، والمغني لابن قدامة ٧ / ٧٨ مكتبة القاهرة بدون ط ١٣٨٨ هـ - ١٩٦٨ م .

(٢) فتح القدير ٣ / ١٩٧ دار الفكر بدون ط ، ت .

(٣) سورة النساء : ٢٢ .

(٤) سورة الأحزاب : ٣٧ .

معهما ويلزم الاقتصار عليهما تعبدا واحتياطا ، لأن النكاح ينزع إلى العبادات لورود الندب فيه ، والأذكار في العبادات تتلقى من الشرع ، والشرع إنما ورد بلفظي التزويج والإنكاح .

ولأن الزواج عقد يعتبر فيه النية مع اللفظ الخاص به، وآية: { إن وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ }^(١) من خصوصيات النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ. وحديث «ملككتكها»^(٢) إما وهم من الراوي، أو أن الراوي رواه بالمعنى، ظناً منه ترادف هذا اللفظ مع لفظ الزواج، وبتقدير صحة الرواية، فهي معارضة برواية الجمهور: «زوجتكها» ، وبهذا قال سعيد بن المسيب وعطاء والزهري وربيعة^(٣). قال الجويني في النهاية : هذا معتمد المذهب في الباب ، ولو عدل المزوج عن لفظ التزويج والإنكاح، وذكر معناه الصريح بلسانه، وأفهم المخاطب؛ فللأصحاب في هذا تردد، ونحن نجمع مقالاتهم في نظم واحد، فنقول: إن كان لا يحسن العربية، وكان لا يتأتى منه تعليماً؛ فالذي ذهب إليه أئمة المذهب: أن النكاح ينعقد بمعنى اللفظ^(٤).

أما الحنفية والمالكية فقد أجازوا عقد النكاح بكل ما يدل عليه كناية في الجملة ، كالهبة والتمليك والصدقة والبيع ، ولا بد فيها من النية أو قرينة تدل على الزواج، كذكر المهر وإحضار الناس وفهم الشهود المراد أو إعلامهم به ؛ كما ينعقد عندهم بلفظ الجعل، حتى لو قالت جعلت نفسي زوجة لك

(١) الأحزاب: ٣٣.

(٢) رواه البخاري ، كتاب النكاح، باب : تزويج المعسر ، رقم ٥٠٨٧.

(٣) مغني المحتاج ٣ / ١٤٠ ، والمغني ٧ / ٧٨ ، ٧٩ .

(٤) نهاية المطلب في دراية المذهب دار المنهاج ١٢ / ١٧٠ ط ١ ، ١٤٢٨ هـ - ٢٠٠٧ م .

فقبل صح ، فالأصل أن كل لفظ موضوع لتمليك العين ينعقد به النكاح إن وجدت قرينة ، وإلا فالنية ، وما ليس بموضوع له لا ينعقد به ، لأن المطلوب التعرف على إرادة العاقدين، وليس للفظ اعتبار، وقد ورد في الشرع ما يدل على الزواج بلفظ الهبة والتمليك. ولأنهما سبب لملك المتعة في محلها بواسطة ملك الرقبة وهو الثابت بالنكاح ، والسببية طريق المجاز وكذا لفظ البيع (١) . حتى قال السرخسي: " إذا قال: جئتكَ خاطبا فقالت: قد فعلت أو زوجتك نفسي كان نكاحا تاما، وفي الكتاب يقول: إذا قال: خطبتك إلى نفسك بكذا فقالت: زوجتك نفسي فهو نكاح جائز إذا كان بمحضر من الشهود؛ لأن هذا كلام الناس، وليس بقياس . معناه أنه بلفظ الخطبة لا ينعقد النكاح في القياس؛ لأن الخطبة غير العقد، ولكنه استحسن فقال: المراد به في عادة الناس العقد " (٢).

الترجيح: والذي يبدو لي هو رجحان رأي الحنفية والمالكية بصحة عقد النكاح بكل لفظ يدل عليه ويقصد به تمليك المتعة وحل الاستمتاع للزوجين طالما كان ذلك اللفظ معتادا ومتعارفا عليه بين قوم ما ، لأن الاستعمال العرفي الشائع يصير وضعاً جديداً للفظ، كالأعراف الشرعية في بعض الألفاظ؛ مثل : الصلاة والزكاة والحج .. ولأن العبرة في العقود بالمعاني المقصودة منها فتصح بكل لفظ يدل على معناها .

(١) فتح القدير ٣ / ١٩٣ ، ١٩٤ دار الفكر بدون ط، ت .

(٢) المبسوط ٥ / ٦٢ دار المعرفة ، بيروت ١٤١٤ هـ - ١٩٩٣ م .

خاصة وقد ورد استعمال بعض هذه الألفاظ في القرآن والسنة الصحيحة كما سبق ذكره ، وآية الأحزاب لا تخص النبي صلى الله عليه وسلم بالتزوج بلفظ الهبة ، وإنما تخصه بالتزوج بلا مهر، وحديث البخاري : " ملكتها " لا تعارضه رواية زوجته؛ إذ لا تنافي بينهما، ولو رواه الصحابي باللفظ فإنه إنسان عربي علم أن لفظ التملك يصح في الزواج فروى به القصة .

الألفاظ المصحفة^(١): لا ينعقد الزواج بالألفاظ المصحفة، مثل (تجوزت أو جوزت أو زوزت)، بدل «تزوجت» لعدم القصد الصحيح، لكن عند الحنفية والشافعية أن النكاح ينعقد بها إذا تعارف عليها الناس وقصدوا بها الزواج ولم تكن مجرد غلط في التلفظ ، قال ابن عابدين : " أنه لو اتفق قوم على النطق بهذه الغلطة بحيث إنهم يطلبون بها الدلالة على حل الاستماع، وتصدر على قصد واختيار منهم، فللقول بانعقاد النكاح بها وجه ظاهر؛ لأنه والحالة هذه يكون وضعاً جديداً منهم ، وبانعقاده بين قوم اتفقت كلمتهم على هذه الغلطة أفتى شيخ الإسلام أبو السعود مفتي الديار الرومية، ... وحاصل كلام الدر : أنه إن اتفقوا على استعمال التجويز في النكاح بوضع جديد قصداً يكون حقيقة عرفية مثل الحقائق المرتجلة، ومثل الألفاظ الأعجمية الموضوعية للنكاح، فيصح به العقد لوجود طلب الدلالة على المعنى المراد، وإرادته من اللفظ قصداً، وإلا فذكر هذا اللفظ بدون ما ذكر لا يكون

(١) التصحيف: هو تغيير اللفظ حتى يتغير المعنى المقصود من الوضع اللغوي.

حقيقة؛ لعدم الوضع ولا مجازا لعدم العلاقة، فلا يصح به العقد لكونه غلطا كما أفتى به (١) .

وقوله : " يكون وضعاً جديداً منهم " معناه أن اللفظ أصبح دالاً على الزواج عرفاً، فينعقد به الزواج، فلا يفهم العاقدان والشهود من تلك الألفاظ إلا أنها عبارة عن التزويج، ولا يقصد منها إلا ذلك المعنى بحسب العرف. فينعقد الزواج بها .

وقد سئل الشيخ محمد رشيد رضا السؤال التالي :

إن طريقة عقد النكاح عند الأعراب في قضاء بئر السبع هي أن يخطب الرجل المرأة التي يريد لها إلى أهلها، وبعد الاتفاق على السياق يأخذ ولي أمر المرأة عوداً ويناوله الخاطب قائلاً له: هاك قصلة فلانة (ويسميتها) بسنة الله وسنة رسوله، فيأخذ الخاطب العود أو القصلة ويضعه في عقاله أو يحفظه معه، فيصير هذا عقداً صحيحاً في عاداتهم ثم يبني عليها وتقيم معه إقامة الأزواج. فهل هذه الطريقة عقد صحيح لأن الأصل في العقود الصحة ولأن الأعمال بالنيات كما يؤخذ من تحقيق شيخ الإسلام ابن تيمية في الصحة من كتابه القياس في الشرع الإسلامي. أم هو عقد فاسد يجب على القاضي الحكم بين هذين الزوجين بالتفرقة؛ لأنهما لم يأتيا بالألفاظ المذكورة في كتب الفقه لعقد النكاح.

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين ٣ / ١٩ ط ٢ دار الفكر - بيروت .

فأجاب : العبرة في العقود كلها وفي حل عقود الزواج، والطلاق ما يتعارف عليه الناس فيما بينهم، ويعد إيجاباً وقبولاً في عرفهم، لا بالألفاظ لا يفهمونها بلغتهم ولا عرفهم، والألفاظ التي اعتمدها الفقهاء في صحة العقود أو وقوع الطلاق ليست تعبدية وإنما وجد الأئمة أهل اللغة يستعملونها فيها فبنوا أحكامهم عليها، وقد قالوا في القواعد الشرعية التي جعلت مقدمة لمجلة الأحكام العدلية الشرعية: إن العبرة في العقود (بالمقاصد والمعاني، لا بالألفاظ والمباني) ...، وقد حقق الموضوع شيخ الإسلام في قواعده وكتاب القياس الذي ذكرتموه يغنيكم عن إطالتي فيه والله أعلم (١).

النموذج الخامس: مقدار النفقة الواجبة للزوجة

لم يحدد الشرع قدراً محدداً لنفقة الزوجة، بل أوكل ذلك إلى العرف، فكل ما يراه العرف لازماً للنفقة فهو منها، لقول الله تعالى : { وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ } (٢)، وقوله صلى الله عليه وسلم في حجة الوداع: " اتقوا الله في النساء، ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف" (٣) ومع ذلك فقد اختلف الفقهاء في تعيين وتحديد مقدار النفقة الواجبة للزوجة، فأكثرهم حدده بالكفاية، وبعضهم أرجعه إلى العرف والعادة، والبعض وكله إلى تقدير القاضي، ولكن الكفاية ترجع أيضاً إلى

(١) مجلة المنار مج ٣١ ص ٧٤٢ صفر ١٣٥٠ هـ .

(٢) سورة البقرة / ٢٣٣ .

(٣) رواه مسلم في الحج باب حجة النبي صلى الله عليه وسلم برقم ١٢١٨ وأصحاب السنن .

العرف ، كما أن القاضي يرجع في تحديدها إلى العرف ، وإذا نظرنا إلى ما ورد عنهم أمكن حملها على بيان ما كان عليه العرف في زمانهم ، ومن باب ذكر الأمثلة ، وإلا فبعض ما ذكر من أمثلة في أقوالهم لم يعد له وجود اليوم. والضابط في قدر النفقة هو القيام بما تحتاج إليه المرأة، من طعام وإدام وكسوة وإسكان وآلات ، تبعاً لعادة أمثالها من أهل بلدها في زمانها. فعلى الزوج أن يوفر لزوجته الطعام الكافي، والملبس اللائق، والمسكن المناسب، وما يستلزم ذلك من أدوات وآلات تتناسب والشأن الاجتماعي لها على حسب ما هو متعارف في حياة أمثالها من النساء ، فيرجع في ذلك إلى العرف، ومن الواضح أن العرف يختلف باختلاف الأزمنة والأمكنة والأعراف والعادات.

وفيما يلي أقوال الفقهاء في تقدير النفقة الواجبة للزوجة، حيث اختلفوا على أربعة أقوال:

القول الأول: أنها مقدرة بكفايتها، وإليه ذهب الحنفية (١) والمالكية (٢) ، وبه قال بعض الشافعية (٣)، وأكثر الحنابلة وهو الراجح عندهم (٤). واستدلوا على ذلك بقول الله عز وجل: { وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ } موجهين استدلالهم بأن الله عز وجل أوجب على

(١) البدائع ٤ / ٢٣، والاختيار ٤ / ٤.

(٢) حاشية الدسوقي ٢ / ٥٠٩، وبداية المجتهد ٢ / ٥٩.

(٣) روضة الطالبين ٩ / ٤٠، ونهاية المحتاج ٧ / ١٨٨.

(٤) المغني ٩ / ٢٣١، والإنصاف ٩ / ٣٥٢.

المولود له - وهو الزوج - نفقة زوجته من غير تحديد بمقدار معين، فيكون على الكفاية في العرف والعادة، كرزق القاضي والمضارب (١) .

وبما روته عائشة أم المؤمنين 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 " (٢)، فقد أمر النبي صلى الله عليه وسلم هنداً بأن تأخذ ما يكفيها وولدها من مال زوجها بالمعروف دون أن يقدر ذلك بمقدار معين، والمعروف هو المقدر عرفاً بالكفاية، فدل هذا على أن نفقة الزوجة مقدرة بكفايتها لا بالشرع.

وبما رواه جابر بن عبد الله رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خطب الناس في حجة الوداع فقال: " اتقوا الله في النساء، فإنكم أخذتموهن بأمان الله، واستحللتم فروجهن بكلمة الله. . . . ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف " (٣) .

فرسول الله صلى الله عليه وسلم قيد النفقة الواجبة على الأزواج للزوجات بالمعروف، والمعروف إنما هو الكفاية دون غيره؛ لأن ما نقص عن الكفاية فيه إضرار بالزوجة، فلا يعد معروفاً وكذلك ما زاد على الكفاية فإنه

(١) البدائع ٤ / ٢١، والمغني ٩ / ٢٣٢، ونهاية المحتاج ٧ / ١٨٨، وكشاف القناع ٥ /

(٢) رواه البخاري في النفقات، باب إذا لم ينفق الرجل، رقم ٥٣٦٤.

(٣) سبق تخريجه قريباً.

يعد سرفا وليس بمعروف؛ لكون السرف ممقوتا، فكان المعروف هو الكفاية^(١).

وبقياس نفقة الزوجة على نفقة الأقارب بجامع أنها غير مقدرة بمقدار محدد وإنما هي على الكفاية، فتكون نفقة الزوجة على الكفاية. وقالوا: إن النفقة إنما وجبت لكونها محبوسة بحق الزوج ممنوعة عن الكسب لحقه، فكان وجوبها بطريق الكفاية^(٢).

القول الثاني: إنها مقدرة بمقدار محدد، وإليه ذهب الشافعية على المعتمد، والقاضي من الحنابلة.

وقدرها الشافعية: بمدين إذا كان الزوج موسرا، ومد إذا كان معسرا، ومد ونصف المد إذا كان متوسطا. وقال القاضي: الواجب رطلان من الخبز في كل يوم في حق الموسر والمعسر اعتبارا بالكفارات^(٣).

واحتجوا لأصل التفاوت بين الموسر والمعسر بقول الله عز وجل: { لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ }^(٤). وأما التقدير فبقياس نفقة الزوجة على الكفارة بجامع أن كلا منهما مال وجب بالشرع^(٥).

(١) المغني ٩ / ٢٣٢.

(٢) البدائع ٤ / ٢٣.

(٣) نهاية المحتاج ٧ / ١٨٨، وروضة الطالبين ٩ / ٤٠، والمغني ٩ / ٢٣٢، والمبدع ٦ / ١٨٦.

(٤) سورة الطلاق: ٧.

(٥) مغني المحتاج ٣ / ٤٢٦، وتحفة المحتاج ٨ / ٣٠٢.

القول الثالث: إن المعترف في تقدير النفقة عادة أمثال الزوج والزوجة

وحال البلد، وإليه ذهب المالكية، وهو قول عند بعض الشافعية (١).

القول الرابع: إن المعترف ما يفرضه القاضي وعليه أن يجتهد ويقدر،

وإليه ذهب بعض الشافعية، قال النووي: " وحكى الشيخ أبو محمد قولاً أن نفقة الزوجة يعتبر فيها الكفاية كنفقة القريب، وحكى صاحب التقريب قولاً أن المعترف ما يفرضه القاضي، وعليه أن يجتهد ويقدر، وهذان القولان شاذان. وحكى ابن كج عن ابن خيران وغيره أن المعترف عرف الناس في البلد " (٢).

الترجيح:

الحق ما ذهب إليه القائلون بعدم التقدير، وأنه يكون بحسب العرف والعادة، لاختلاف الأزمنة والأمكنة، والأحوال والأشخاص، واختلاف الأعراف والعادات بحسب ذلك، فإنه لا ريب أن بعض الأزمنة قد يكون أدعى للطعام والكسوة وغيرهما مما تحتاجه الزوجة من بعض، وكذلك الأمكنة فإن بعضها قد يعتاد أهله أن يأكلوا في اليوم مرتين أو يلبسوا لباساً معيناً، وفي بعضها يأكلون ثلاثاً أو أربعاً و يلبسوا لباساً مغايراً، وكذلك الأحوال فإنه حالة الجذب تكون مستدعية لمقدار من الطعام أكثر من المقدار الذي تستدعيه حالة الخصب، وكذلك الأشخاص فإن بعضهم قد يأكل الصاع فما فوقه، وبعضهم قد يأكل نصف صاع، وبعضهم دون ذلك،

(١) روضة الطالبين ٩ / ٤٠، وحاشية الدسوقي ٢ / ٥٠٩، وبداية المجتهد ٢ / ٥٩.

(٢) روضة الطالبين ٩ / ٤٠. وانظر الموسوعة الفقهية الكويتية ٤١ / ٣٩ - ٤١ ط ٢

وزارة الأوقاف الكويتية.

وهذا الاختلاف معلوم بالإستقراء التام ، ومع العلم بالاختلاف يكون التقدير على طريقة واحدة ظلماً وحيفاً .

ثم إنه لم يثبت في شريعة الإسلام التقدير بمقدار معين ؛ بل كان صلى الله عليه وسلم يحيل على الكفاية مقيداً لذلك بالمعروف؛ كما في حديث هند السابق عن السيدة عائشة، ففي هذا الحديث الصحيح الإحالة على الكفاية مع التقييد بالمعروف ، وليس هذا المعروف الذي أرشد إليه الحديث شيئاً معيناً ، ولا المتعارف بين أهل جهة معينة بل هو في كل جهة باعتبار ما هو الغالب على أهلها المتعارف بينهم ، فالكفاية في الحديث مقيدة بالمعروف ، فلا يجوز العمل بها مطلقة من غير هذا القيد^(١) .

قال ابن القيم في حديث هند المتقدم: " تضمنت هذه الفتوى أموراً: أحدها: أن نفقة الزوجة غير مقدرة؛ بل بالمعروف لنفي تقديرها، وإن لم يكن تقديرها معروفاً في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم، ولا الصحابة، ولا التابعين، ولا تابعيهم. الثاني: أن نفقة الزوجة من جنس نفقة الولد؛ كلاهما .

بالمعروف.... السادس: أن ما لم يقدره الله - تعالى - ورسوله من الحقوق الواجبة؛ فالمرجع فيه إلى العرف " (٢).

(١) انظر: الروضة الندية لأبي الطيب محمد صديق خان بالتعليقات الرضية للألباني ٢ /

٣٠٧ ، ٣٠٨ ط ١ ، ٤٢٣ هـ - ٢٠٠٣ م .

(٢) (إعلام الموقعين ٤ / ٢٧٣ ط العلمية .

ويقول ابن تيمية : " { وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ } (١) . فقد ذكر أن التراضي بالمعروف. والإمساك بالمعروف والتسريح بالمعروف، والمعاشرة بالمعروف، وأن لهن وعليهن بالمعروف، كقواله: { وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ } (٢).

فهذا المذكور في القرآن هو الواجب العدل في جميع ما يتعلق بالنكاح من أمور النكاح وحقوق الزوجين؛ فكما أن ما يجب للمرأة عليه من الرزق والكسوة هو بالمعروف؛ وهو العرف الذي يعرفه الناس في حالهما نوعا وقدرا وصفة، وإن كان ذلك يتنوع بتنوع حالهما من اليسار والإعسار، والزمان كالشتاء والصيف والليل والنهار؛ والمكان فيطعمها في كل بلد مما هو عادة أهل البلد وهو العرف بينهم. وكذلك ما يجب لها عليه من المتعة والعشرة، فعليه أن يبيت عندها، ويطأها بالمعروف. ويختلف ذلك باختلاف حالها وحاله. وهذا أصح القولين في الوطاء الواجب أنه مقدر بالمعروف؛ لا بتقدير من الشرع، قررته في غير هذا الموضوع.

والمثال المشهور هو النفقة، فإنها مقدرة بالمعروف تتنوع بتنوع حال الزوجين عند جمهور المسلمين " (٣). **والله أعلم.**

(١) النساء: ١٩ .

(٢) سورة البقرة / ٢٣٣ .

(٣) الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٣/ ٢٢٨، ٢٢٩ ط العلمية.

النموذج السادس : نفقة الزوجة المريضة وأجرة علاجها

يراد بالنفقة ما يصرفه المرء من مال على زوجته وذوي رحمه وما ملكت يمينه - ووجوبها بالنسبة لهؤلاء الأفراد ثبت بالنص - والفقهاء في تناولهم لمسألة نفقة الزوجة لم يختلفوا في حكمها، فتجب النفقة اتفاقاً للزوجة المريضة، سواء مرضت عنده بعد الزفاف، أم كانت مريضة حين الزفاف، لتحقق شرط النفقة وهو التسليم أو التمكين التام، ولأن الاستمتاع بها ممكن وإنما نقص بالمرض، ولأن المرض أمر طارئ لا دخل للزوجة فيه، فهو كالحيض والنفاس، وليس من حسن العشرة أن يكون هذا الأمر الطارئ مسقطاً للنفقة.

ولا تسقط نفقتها حتى وإن كانت تمرض في بيت أهلها، إلا إذا طلب الزوج منها أن تعود إلى بيته، وكانت تستطيع العودة ولو محمولة، فامتنعت؛ لأنها بامتناعها تصبح ناشزة، أي خارجة عن طاعة الزوج بغير حق.

ولكنهم اختلفوا في تعيين مضمولاتها، فحصرها جمهور الفقهاء في المطعم والملبس والمسكن، وتوسع فيها الزيدية وأحد علماء المالكية فأضافوا إلى هذا الذي ذكره الجمهور نفقات علاج الزوجة إذا مرضت، وإلى رأيهم ذهب أغلب الفقهاء المعاصرين . وهذا تفصيل قولهم في المسألة:
أولاً: مذهب جمهور الفقهاء:

ذهب جمهور الفقهاء وفيهم الأئمة الأربعة والظاهرية إلى أن ما يجب على الزوج في النفقة ثلاثة أشياء: الطعام، والكسوة، والسكن. وأما نفقة العلاج والمداواة إذا مرضت فلم يوجبوها على الزوج، بل صرحوا بعدم

وجوبها على الزوج ، حيث جاء في حاشية ابن عابدين أن النفقة هي الطعام والكسوة والسكن^(١)، وأنه لا يلزمه مداواتها^(٢).

كما صرح الكاساني بأن الزوجة لو مرضت في الحضر كانت المداواة عليها لا على الزوج^(٣)، بل إن شمس الأئمة الحلواني قال: إذا مرضت مرضاً لا يمكن الانتفاع بها بوجه من الوجوه تسقط النفقة^(٤).

كما نص الشيخ خليل المالكي على أنه يجب للمكّنة مطيقة للوطء على البالغ - وليس أحدهما مسرفاً - قوت وإدام، وكسوة، ومسكن^(٥)، وقال: لا مكحلة ودواء وحجامة وثياب المخرج ، قال الخرشي في شرحه : يعني أن الرجل لا يلزمه المكحلة، وكذلك لا يلزمه الدواء عند مرضها لا أعياناً ولا أثماناً ومنه أجره الطبيب^(٦).

وكذلك صرح الإمام الشافعي أن الزوج لا يكلف غير الطعام العام ببلده الذي يقتاته مثلها، ومن الكسوة والأدم بقدر ذلك^(٧)، ونقل عنه

(١) حاشية ابن عابدين ٣/٥٧٢، دار الفكر - بيروت ط ٢، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.

(٢) السابق ٣/٥٧٥ .

(٣) بدائع الصنائع ٤/٢٠، دار الكتب العلمية ط ٢، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م .

(٤) فتح القدير ٤/٣٨٦ ط دار الفكر.

(٥) مختصر خليل مع شرح الخرشي: ج ٤/١٨٣ .

(٦) المصدر السابق: ج ٤/١٨٧ .

(٧) الأم للشافعي: ج ٥/ ١١٥ - دار المعرفة - بيروت .

الماوردي قوله: ليس على رجل أن يضحي لامراته ولا يؤدي عنها أجر طبيب ولا حجام (١).

وعللوا عدم استحقاق الزوجة نفقة الدواء وأجرة الطبيب بأن هذه الأمور لحفظ الأصل، فكانت عليها كما يكون على المكري ما يحفظ العين المكراة، وذكر أنه يلزم الزوج الطعام والأدم في أيام المرض، ولها صرف ما تأخذه إلى الدواء ونحوه (٢).

كما ذكر ابن قدامة أن الزوج لا يجب عليه شراء الأدوية ولا أجرة الطبيب، لأنه يراد لإصلاح الجسم فلا يلزمه وتجب عليه كسوتها بإجماع أهل العلم (٣).

كما صرح ابن حزم بأن الذي على الزوج كسوة الزوجة - منذ يعقد النكاح - ونفقتها وما تتوطأه وتتغطاه وتفرضه، وإسكانها كذلك أيضاً صغيرة أو كبيرة ذات أب أو يتيمة غنية أو فقيرة (٤).

وقد احتجوا بأدلة من القرآن والسنة النبوية لا يتسع المقام لذكرها. ولا يزال بعض من يتصدون للفتوى في هذا العصر يفتون بهذا الرأي (٥).

(١) الحاوي الكبير للماوردي: ج١١/٤٣٥ ط ١ العلمية، بيروت - لبنان .

(٢) روضة الطالبين للنووي: ج٩/٥ ط ٣ المكتب الإسلامي، بيروت - دمشق - عمان .

(٣) المغني لابن قدامة ٨/١٩٩ مكتبة القاهرة بدون ط ١٣٨٨هـ - ١٩٦٨ م .

(٤) المحلى لابن حزم: ج٩/١١٢ مسألة رقم ١٨٥٤ دار الفكر - بيروت بدون ط

وبدون ت .

(٥) كالشيخ ابن جبرين .

ثانياً : مذهب الزيدية: والذي عليه مذهب الزيدية وابن عبد الحكم الفقيه المالكي أن أجره الدواء تدخل فيما يجب للزوجة على زوجها من النفقة ، هذا ما نص عليه الشوكاني فقال: وأما وجوب الدواء فوجهه أن وجوب النفقة عليه هي لحفظ صحتها، والدواء من جملة ما يحفظ به صحتها (١) .

وقال الفقيه المالكي ابن عبد الحكم "عليه أجر الطبيب والمداواة" (٢). وبهذا القول عملت معظم قوانين الأحوال الشخصية العربية، فجعلت نفقات علاج الزوجة - إذا مرضت - واجبة على الزوج مثلما يجب عليه طعامها ولباسها ومسكنها. كما رجحه الشيخ الدكتور يوسف القرضاوي.

وقد احتج كل من الفريقين بنفس الأدلة ، ولكن الجمهور حصر النفقة فيما ورد ذكره فيها فاقتصت عندهم بالطعام واللباس والسكنى بينما أخذ الفريق الثاني منها أنها غير مختصة بذلك، وأنه يدخل فيها كل ما تقوم به حياة الإنسان، لقوله صلى الله عليه وسلم: خذي ما يكفيك وولديك بالمعروف (٣)، فظاهره أن ذلك غير مختص بمجرد الطعام والشراب، بل يعم جميع ما يحتاج إليه، ويختلف ذلك باختلاف الأشخاص والأزمنة والأمكنة والأحوال بما فيه الأدوية ونحوها. وإليه يشير قوله تعالى: (وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ

(١) السيل الجرار للشوكاني: ١/ ٤٦٠ ط ١ دار ابن حزم .

(٢) منح الجليل شرح مختصر خليل ٤/ ٣٩٢ دار الفكر - بيروت بدون طبعة

١٤٠٩هـ/ ١٩٨٩م .

(٣) طرف من حديث عائشة في صحيح البخاري: كتاب النفقات، رقم الحديث ٤٦٣٥ .

رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ) (١) ، فإنه نص في أنواع النفقات إذ الواجب على من عليه النفقة رزق من عليه إنفاقه والرزق يشمل ما ذكرناه (٢).

الترجيح : والظاهر أن الراجح هو الرأي الثاني ، وقد أخذت به

قوانين أكثر الدول العربية. وما يؤيد هذا الترجيح ، ما يلي :

١- بيان رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أعظم نفقة الرجل أجراً، ما ينفقه على أهله في قوله عليه الصلاة والسلام: "دينار أنفقته في سبيل الله ودينار أنفقته في رقبة، ودينار تصدقت به على مسكين ودينار أنفقته على أهلك، أعظمها أجراً الذي أنفقته على أهلك (٣)، ففيه تقديم إنفاق الرجل على أهله على الإنفاق في سبيل الله وعلى الإنفاق في الرقاب وعلى التصدق على المساكين. ومعلوم أن الإنفاق على أحد لا يكون إلا لدفع الضرر عنه، وأي ضرر يصيب الزوجة أكبر من أن تمرض مرضاً قد يكون سببه كثرة اشتغالها في بيتها، أو يصيبها في أثناء حملها أو بعد ولادتها؟! لاشك أن هذا الضرر لا يمكن دفعه بسوق الطعام أو الملابس إليها وإنما يمكن دفعه بالدرجة الأولى بالفحوص الطبية واستعمال الأدوية فتشفى بإذن الله.

٢- أن الله تعالى أمر الأزواج أن يعاشروا زوجاتهم بالمعروف فقال: (وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ) (٤)، فهل يكون من المعروف أن يترك أحد زوجته مريضة فلا يهتم بصحتها؟ وهل من حسن العشرة أن ينفق عليها في حال

(١) البقرة: ٢٣٣ .

(٢) فتاوى معاصرة للدكتور القرضاوي: ج ٢/ ١٧٢ .

(٣) صحيح مسلم بشرح النووي: كتاب الزكاة، رقم الحديث ٩٩٥ .

(٤) النساء: ١٩ .

صحتها، فإذا مرضت أرسلها إلى أهلها حتى تُشفى؟ ، وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " خياركم خياركم لنسائهم خلقاً، وفي رواية : " خيركم خيركم لأهله، وأنا خيركم لأهلي " (١) وهذا يحصل إذا كان اعتناء الأزواج ببينة زوجاتهم كاعتنائهم بصحتهن . وهو ما كان يقوم به رسول الله صلى الله عليه وسلم مع نسائه إذا مرضت إحداهن . فقد روت عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يعود بعض أهله، يمسح بيده اليمنى ويقول: اللهم رب الناس أذهب الباس، اشفه وأنت الشافي لاشفاء إلا شفاؤك شفاء لا يغادر سقماً " (٢) ، وأيضاً أخرج البخاري عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: لما تغيب عثمان عن بدر، فإنه كانت تحته بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم وكانت مريضة، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: إن لك أجر رجل ممن شهد بدرًا وسهمه (٣)، فثبت بهذا أن تمرير الزوج زوجته هو عمل رسول الله صلى الله عليه وسلم ودأب الصحابة مع زوجاتهم، وأنه يتقدم سائر ما تحتاجه الزوجة في غير حال مرضها .

ثم إن الفقهاء أوجبوا النفقة للزوجة إذا مكنت زوجها من نفسها قبل مرضها، ولم يسقطوا نفقتها بمرضها، فحكى ابن القيم قوله: لو تعذر من

(١) سنن الترمذي: كتاب الرضاع، رقم الحديث ١١٦٢ .

(٢) صحيح البخاري: كتاب الطب، رقم الحديث ٥٧٤٣ . وصحيح مسلم: كتاب السلام، رقم الحديث ٢١٩١ .

(٣) صحيح البخاري كتاب فرض الخمس، رقم الحديث ٣١٣٠ .

المراة الاستمتاع لمرض فتناول وأعسرت بالجماع، لم يمكن الزوج من فسخ النكاح، بل يوجبون عليه النفقة كاملة مع إعسار زوجته بالوطء (١) .
من أجل هذا كان اللازم أن ينفق الزوج على زوجته في مرضها ، لأن المرء إذا مرض يفقد شهية الأكل حتى يشفى . وهنا تتقدم نفقات العلاج على الإطعام، لأن الغاية من الإنفاق على الزوجة حفظ نفسها وهذا واجب، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب.

ولعل الأئمة الفقهاء لم يذكروا نفقات التطيب ضمن ما يجب للزوجة على زوجها لأن المداواة لم تكن في الماضي تتكلف كل هذه النفقات الباهظة في أوقاتنا المعاصرة حتى يفرد لها الفقهاء نصيباً في البحث، فاجتهاد الفقهاء مبني على عرف قائم في عصرهم (٢).

٣ - إن الشرع ترك أمر تقدير النفقة إلى العرف، وقد تعارف الناس وساروا على أن الرجل كما ينفق من أجل إطعام زوجته وإسكانها وإلباسها، فإنه ينفق من أجل تطيبها . وما من شك أن أهل العرف يذمون الزوج القادر وينكرون عليه إذا أهمل زوجته المحتاجة إلى العلاج (٣) . **والله أعلم .**

(١) زاد المعاد لابن القيم: ٤٦٤/٥ ط ٢٧ مؤسسة الرسالة، بيروت ومكتبة المنار الإسلامية، الكويت.

(٢) انظر الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور وهبة الزحيلي: ١١٠/١٠ ط ٤ دار الفكر - سورية - دمشق.

(٣) الفقه المقارن للأحوال الشخصية لبدران أبو العينين بدران: ٢٥١.

النموذج السابع : وقت استحقاق مؤخر المهر

المهر واجب في كل نكاح لقوله تعالى: { وَأَحِلُّ لَكُمْ مَا وَّرَاءَ ذَلِكَ }
 أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ { (١) فقد قيد الإحلال به (٢) ؛ إلا أن ذكر المهر في العقد
 ليس شرطاً لصحة النكاح فيجوز إخلاء النكاح عن تسميته باتفاق الفقهاء (٣)
 لقوله تعالى: { لَأَجُنَّاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا
 لَهُنَّ فَرِيضَةً } (٤) ، حكم بصحة الطلاق مع عدم التسمية؛ ولا يكون الطلاق
 إلا في النكاح الصحيح (٥) .

وسئل ابن مسعود رضي الله عنه عن رجل تزوج امرأة ولم يفرض
 لها صداقاً ولم يدخل بها حتى مات؛ فقال ابن مسعود: لها مثل صداق نسائها
 لا وكس ولا شطط وعليها العدة ولها الميراث؛ فقام معقل بن سنان الأشجعي
 فقال: قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في بروع بنت واشق امرأة منا
 مثل ما قضيت (٦) .

(١) سورة النساء : ٢٤ .

(٢) فتح القدير ٢ / ٤٣٤ ط بولاق، الأميرية .

(٣) الهداية وشروحها ٢ / ٤٣٤ ط بولاق، وحاشية الصاوي على الشرح الصغير ٢ /
 ٤٢٨ ، ومغني المحتاج ٣ / ٢٢٠ ، وروضة الطالبين ٧ / ٢٤٩ ، والمغني ٦ / ٧١٢ ، ومطالب
 أولي النهى ٥ / ١٧٤ .

(٤) سورة البقرة : ٢٣٦ .

(٥) العناية ٢ / ٤٣٤ .

(٦) أخرجه الترمذي ٣ / ٤٥٠ ط الحلبي، وقال: حسن صحيح .

وقد اتفق العلماء على أنه يجوز التعجيل والتأجيل في المهر المسمى في عقد الزواج فيصح أن يكون بعض المهر معجلاً وبعضه مؤجلاً على حسب ما يتم عليه الاتفاق عند عقد الزواج وسواء كان المهر معجلاً أو مؤجلاً فهو حق ثابت للزوجة ودين واجب لها في ذمة الزوج.

وإن كان المالكية يرون كراهة التأجيل في المهر ولو لأجل محدد، تخوفاً من إسقاطه، ولمخالفته أنكحة السلف، ولأن الحامل عليه المغالاة إذ لو كان يسيراً لم يؤجل غالباً (١).

فإن أجله كله أو بعضه لأجل مسمى وجب أدائه في أجله المسمى، وإن لم يحدد له أجلاً فلا يجب إلا بالطلاق أو موت أحدهما عملاً بالعرف الجاري.

قال الكاساني: "ولو قال: نصفه معجل ونصفه مؤجل كما جرت العادة في ديارنا ولم يذكر الوقت للمؤجل اختلف المشايخ فيه: قال بعضهم: لا يجوز الأجل ويجب حالاً كما إذا قال: تزوجتك على ألف مؤجلة. وقال بعضهم: يجوز ويقع ذلك على وقت وقوع الفرقة بالطلاق أو الموت وروى عن أبي يوسف ما يؤيد هذا القول" (٢). فالحنفية لهم رأيان، والصحيح هو الثاني لأن الغاية معلومة في نفسها وهو الطلاق أو الموت (٣).

(١) منح الجليل شرح مختصر خليل ٣/ ٤٢٥ دار الفكر - بيروت ١٤٠٩هـ/ ١٩٨٩م.

(٢) بدائع الصنائع ٢/ ٢٨٨ ط العلمية.

(٣) الفتاوى الهندية ١ / ٣١٨.

وقال ابن قدامة: " ويجوز أن يكون الصداق معجلاً ومؤجلاً وبعضه معجلاً وبعضه مؤجلاً ، لأنه عوض في معاوضة فجاز ذلك فيه كالثمن، ثم إن أطلق ذكره اقتضى الحلول كما لو أطلق ذكر الثمن، وإن شرطه مؤجلاً إلى وقت فهو إلى أجله ، وإن أجله ولم يذكر أجله فقال القاضي: المهر صحيح ومحل الفرقة فإن أحمد قال: إذا تزوج على العاجل والآجل لا يحل الآجل إلا بموت أو فرقة وهذا قول النخعي والشعبي ، وقال الحسن، وحماد بن أبي سليمان، وأبو حنيفة، والثوري، وأبو عبيد: يبطل الأجل، ويكون حالاً... ووجه القول الأول أن المطلق يحمل على العرف، والعادة في الصداق الآجل ترك المطالبة به إلى حين الفرقة فحمل عليه فيصير حينئذ معلوماً بذلك" (١).

وقال ابن القيم رحمه الله : " أقوال العلماء في تأجيل بعض المهر وحكم المؤجل .المثال التاسع: الإلزام بالصداق الذي اتفق الزوجان على تأخير المطالبة به، وإن لم يسميا أجلاً، بل قال الزوج: مائة مقدمة ومائة مؤخرة، فإن المؤخر لا يستحق المطالبة به إلا بموت أو فرقة، هذا هو الصحيح، وهو منصوص أحمد، فإنه قال في رواية جماعة من أصحابه: إذا تزوجها على العاجل والآجل لا يحل الآجل إلا بموت أو فرقة، واختاره قدماء شيوخ المذهب والقاضي أبو يعلى، وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية، وهو قول النخعي والشعبي والليث بن سعد، وله فيه رسالة كتبها إلى مالك ينكر عليه خلاف هذا القول سنذكرها ..، وقال الحسن وحماد بن أبي سليمان وأبو

(١) المغني لابن قدامة ٧ / ٢٢٢ مكتبة القاهرة بدون طبعة.

حنيفة وسفيان الثوري وأبو عبيدة: يبطل الأجل لجهالة محله، ويكون حالاً.... والصحيح ما عليه أصحاب رسول الله - صلى الله عليه وسلم - من صحة التسمية وعدم تمكين المرأة من المطالبة به إلا بموت أو فرقة، حكاها الليث إجماعاً منهم، وهو محض القياس والفقه، فإن المطلق من العقود ينصرف إلى العرف والعادة عند المتعاقدين كما في النقد والسكة والصفة والوزن، والعادة جارية بين الأزواج بترك المطالبة بالصداق إلا بالموت أو الفراق، فجرت العادة مجرى الشرط" (١).

وما قاله هو الصحيح ، لأن المعروف عرفاً كالمشروط شرعاً (٢) فانتفت الجهالة التي أبطل البعض لأجلها الأجل . فالأمر في وقت وجوب أداء مؤخر الصداق مرجعه إلى العرف ، ففي كثير من البلاد يتم دفع المعجل قبل العقد والبناء، وأما المؤخر فيدفع وقت العقد أو عند البناء ، وفي بلاد أخرى يعرف أن مؤخر الصداق لا تستحقه الزوجة إلا عند الطلاق أو الوفاة، فيعمل بما تم التعارف عليه وما جرت به عادة كل بلد واطردتما لم يوجد شرط يحدد وقت الأداء في عقد الزواج ، حيث إن المعروف عرفاً كالمشروط عقداً.

فإذا كان العرف في بلاد الغرب جرى على أن يدفع الجزء المؤجل من المهر تأجيلاً مطلقاً للمرأة في حالة الطلاق أو الوفاة فحينئذ إذا طلق الزوج امرأته وجب عليه أداء المؤجل من مهرها، وكذا إذا مات زوجها وجب لها المهر المؤجل ويخرج من التركة قبل تنفيذ الوصية وقبل قسمة التركة بين

(١) إعلام الموقعين ٣/ ٦٨، ٦٩ ط ١ العلمية بيروت.

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم ١/ ٨٤، و غمز عيون البصائر للحموي ١/ ٣٠٧.

الورثة؛ ثم تأخذ نصيبها من التركة كاملاً ، إن بقي شيء منها ، وإن كانت الزوجة هي التي ماتت قبل زوجها ولها مهر مؤجل في ذمة زوجها: فيكون مهرها المؤجل من ضمن تركتها ويوزع على الورثة بقدر أنصبتهم بمن فيهم الزوج. ولا يجوز للزوجة أن تطالب زوجها بالمهر المؤجل ما دامت على ذمته لأن العرف جارٍ على تأخيره. فإن العادة محكمة، والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً وكذا استعمال الناس حجة يجب العمل بها.

وقد نصت بعض قوانين الأحوال الشخصية العربية على ذلك .

وقيام الرجل بتعجيل دفع المهر المؤجل تأجيلاً مطلقاً لزوجته فهو من باب الإحسان وفيه إبراء لذمته، ولكنه لا يجب عليه أدائه قبل الوفاة أو الطلاق عملاً بالعرف. **والله أعلم .**

الخاتمة: في خلاصة البحث

وتتضمن عدة نقاط :

- ١- الخطبة وعد بالزواج وليست عقدا ، ويجوز العدول عنها ، وللخاطب استرداد الشبكة مطلقا، وأما الهدايا فلا يستردها إن كان العدول منه، وإذا كان من خطيبته فله استردادها ، ويرجع ذلك كله إلى العرف ما لم يكن هناك شرط، وذلك لقاعدة أن المعروف عرفا كالمشروط شرطا .
- ٢- تشارك الزوجة في تجهيز مسكن الزوجية بحسب ما هو متعارف عليه ومعتاد في بلدها ما لم يوجد شرط. خاصة وأن الجهاز هذه الأيام لا يقتصر على الضروريات والحاجيات ، بل تعدى إلى أمور لا حصر لها تثقل كاهل الزوج وغالبا ما تشرطها الزوجة أو وليها ، فالأولى أن يتعاون فيها الطرفان ، لا سيما إذا جرى العرف بذلك واعتاده الناس، فالأصل عدم وجوب مشاركة الزوجة إلا إذا وجد شرط أو عرف .
- ٣ - إذا قام ولي الزوجة بتجهيزها كلا أو بعضا دون شرط أو عرف ولم يصرح لها بأنه تمليك لها وكان العرف جاريا على أن الأب يملكه لابنته كان الجهاز ملكها، وإن كان العرف على خلاف ذلك عمل به.
- ٤ - ينعقد النكاح بلفظ الإنكاح والتزويج إجماعا ، ولا ينعقد بلفظ الإباحة والإحلال والإعارة والرهن والتمتع ، وذلك لعدم تمليك المتعة في كل منها ، كما لا ينعقد بلفظ الإقالة والخلع لأنهما لفسخ عقد ثابت، وما عدا ذلك من الألفاظ ففيها خلاف ، والراجع صحة عقد النكاح بكل لفظ يدل عليه ويقصد به تمليك المتعة وحل الاستمتاع للزوجين طالما كان ذلك اللفظ معتادا ومتعارفا عليه بين قوم ما ، لأن الاستعمال العرفي الشائع يصير وضعاً

جديداً للفظ، كالأعراف الشرعية في بعض الألفاظ؛ مثل : الصلاة والزكاة والحج .. ولأن العبرة في العقود بالمعاني المقصودة منها فتصح بكل لفظ يدل على معناها، وكذا الألفاظ العامة إذا تعارف عليها الناس وقصدوا بها الزواج ولم تكن مجرد غلط في التلفظ .

٥ = لم يحدد الشرع قدراً محدداً لنفقة الزوجة، بل أوكل ذلك إلى العرف، فكل ما يراه العرف لازماً للنفقة فهو منها، والضابط في قدر النفقة هو القيام بما تحتاج إليه المرأة، من طعام وإدام وكسوة وإسكان وآلات، تبعاً لعادة أمثالها من أهل بلدها في زمانها.

٦- ذهب جمهور الفقهاء إلى أن علاج الزوجة ومداواتها إذا مرضت لا تجب على الزوج ، وحصرها النفقة الواجبة في الطعام والكسوة والمسكن، وذهب الزيدية وابن عبد الحكم الفقيه المالكي إلى أن أجره الطيب والعلاج تدخل فيما يجب للزوجة على زوجها من النفقة، وهذا هو الراجح عملاً بما تعارف عليه الناس ، وبه عملت معظم قوانين الأحوال الشخصية العربية.

٧ = يجوز التعجيل والتأجيل في المهر المسمى في عقد الزواج اتفاقاً ، فإن أجل كله أو بعضه لأجل مسمى وجب أدائه في أجله المسمى، وإن لم يحدد له أجلاً فلا يجب إلا بالطلاق أو موت أحدهما عملاً بالعرف الجاري.

هذا : وإنني أوصي الباحثين والعلماء في تخصص أصول الفقه بمزيد من الأبحاث التي تهتم بربط القواعد الأصولية بواقع الحياة ومشاكلها ؛

لتفعيل دور الفقه الإسلامي وأصوله في تنمية وتطوير المجتمعات الإسلامية والنهوض بها، وحل مشكلات الواقع الذي يعيشه المسلمون .

والحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات ، وأسأله تعالى أن ينفع بما في هذا البحث المتواضع من صواب ، وأن يغفر لي ما فيه من خطأ ، وأن يأجرني على اجتهادي . وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم .

أهم المراجع والمصادر

- الاجتهاد ، لفضيلة الشيخ محمد مصطفى المراغي ، شيخ الأزهر سابقاً، تحقيق أ. د محمد عمارة، هدية مجلة الأزهر شعبان ١٤٣٦ هـ.
- أحكام القرآن لابن العربي، ط ١ العلمية.
- الأشباه والنظائر لابن نجيم، ط العلمية .
- الأشباه والنظائر للسيوطي ط العلمية .
- أصول السرخسي ، دار المعرفة ، بيروت.
- أصول الفقه الإسلامي، د. وهبة الزحيلي ، دار الكتبي - بيروت.
- إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين، للبكري، ط ١ دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م.
- الأعراف البشرية في ميزان الشريعة الإسلامية ، د. عمر سليمان الأشقر. دار النفائس للنشر والتوزيع، ١٩٩٣ .
- إعلام الموقعين عن رب العالمين ٤/ ١٥٧ ط العلمية .
- الإقناع في فقه الإمام أحمد ، لموسى بن أحمد ، شرف الدين، أبو النجاء، دار المعرفة - بيروت .
- الأم للشافعي، دار المعرفة - بيروت .
- البحر الرائق لابن نجيم، ط ٢ دار الكتاب الإسلامي .
- بدائع الصنائع ٤/ ٢٠ دار الكتب العلمية ط ٢، ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م.
- التاج والإكليل لمختصر خليل ، لأبي عبد الله المواق المالكي ط ١ العلمية.

❖ مجلة الشريعة والقانون ❖ العدد التاسع والعشرون المجلد الثالث (٢٠١٤-١٤٣٦) ❖ (٣٧٩)

تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الحكام ، الطبعة ١ مكتبة الكليات الأزهرية.

تفسير ابن عطية ط ١ العلمية.

التقرير والتحبير لابن أمير الحاج ت ٨٧٩ هـ - شرح تحرير الكمال بن الهمام ، الطبعة ١ الأميرية ١٣١٦ هـ ، وط ٢ العلمية.

تيسير التحرير لأمر باد شاه ، محمد أمين ، ط دار الفكر ، وط الحلبي ١٣٥١ هـ - ١٩٣٢ م.

حاشية قليوبي ، دار الفكر.

حاشية ابن عابدين ط ٢ دار الفكر - بيروت ١٤١٢ هـ - ١٩٩٢ م ، وط ٣ الأميرية .

حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ط دار الفكر - بيروت.

حاشية الصاوي على الشرح الصغير ، دار المعارف بدون ط ، ت.

الحاوي الكبير للماوردي ، ط ١ العلمية ، بيروت - لبنان .

الدر المختار للحصفي مع حاشية ابن عابدين ٣ / ١٥٦ ط ٢ دار

الفكر ، بيروت.

درر الحكام ، نشر دار إحياء الكتب العربية بدون ط .

رسائل ابن عابدين ، دار إحياء التراث العربي - بيروت.

روضة الطالبين للنووي ، ط ٣ المكتب الإسلامي ، بيروت - دمشق -

عمان .

زاد المعاد لابن القيم ، ط ٢٧ مؤسسة الرسالة ، بيروت ومكتبة المنار

الإسلامية ، الكويت.

السييل الجرار للشوكاني، ط ١ دار ابن حزم .
 شرح التلويح للتفتازاني على التوضيح لصدر الشريعة ط صبيح .
 الشرح الصغير معه حاشية الصاوي، دار المعارف بدون ط وبدون ت .
 الشرح الكبير ط ١ دار الكتب العلمية، بيروت ١٤١٧ هـ - ١٩٩٧ م .
 الشرح الكبير بحاشية الدسوقي، دار الفكر ، بدون ط، ت .
 شرح تنقيح الفصول ، للقرافي ، ط ١ الفنية المتحدة ١٣٩٢ هـ، ودار
 الفكر - بيروت .

العرف ، بحث بمجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر
 الإسلامي بجدة ، العدد الخامس .
 العرف وأثره في فقه المعاملات المالية عند الحنابلة، لعادل قوته، جدة
 ١٤٢٨ هـ .

العرف والعادة في رأي الفقهاء ، لأحمد فهمي أبو سنة .
 العرف .. حقيقته وحجته د. حسن مرعى، بمجلة الأهدية بدبي العدد
 ٥ سنة ١٤٢١ هـ .

الفتاوى الكبرى لابن تيمية ، ط العلمية .
 فتح الباري ، دار المعرفة - بيروت - تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي .
 فتح القدير للشوكاني ، دار الفكر - بيروت .
 الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي ط ٤ دار الفكر - سورية - دمشق .
 قرارات مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الخامس
 بالكويت من ١-٦ جمادى الأولى ١٤٠٩ هـ الموافق ١٠-١٥ ديسمبر ١٩٨٨ م .
 قواعد الأحكام في مصالح الأنام ، للعز ابن عبد السلام ، مكتبة
 الكليات الأزهرية ، القاهرة .

كشف الأسرار للبخاري ، دار الكتاب الإسلامي ط الفاروق الحديثة
ط الثانية.

لسان العرب ، دار صادر بيروت.
المبسوط للسرخسي ، دار المعرفة ، بيروت ١٤١٤ هـ - ١٩٩٣ م .
مجلة المنار مج ٣١ صفر ١٣٥٠ هـ
المحلى لابن حزم، دار الفكر - بيروت بدون ط وبدون ت .
المصباح المنير في غريب الشرح الكبير ، دار الفكر، بلا طبعة ولا
تاريخ.

معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام ، دار الفكر،
بيروت، بلا طبعة ولا تاريخ.
مغني المحتاج، لابن الخطيب الشربيني ط العلمية ١٤١٥ هـ -
١٩٩٤ م.

المغني لابن قدامة ، مكتبة القاهرة بدون ط ١٣٨٨ هـ - ١٩٦٨ م .
منار السبيل، لابن ضويان، إبراهيم بن محمد بن سالم ، ت ١٣٥٣ هـ
تحقيق: زهير الشاويش، ط ٧ المكتب الإسلامي ١٤٠٩ هـ - ١٩٨٩ م .
المنثور في القواعد الفقهية للزركشي، ط وزارة الأوقاف الكويتية -
تحقيق د. تيسير أحمد محمود .

المهذب في علم أصول الفقه المقارن، لعبد الكريم بن علي النملة ،
مكتبة الرشد - الرياض ط ١، ١٤٢٠ هـ - ١٩٩٩ م.
الموافقات للشاطبي، ط الأولى دار المعرفة - بيروت ١٤١٥ هـ - ١٩٩٤ م.
الموسوعة الفقهية الكويتية ، ط ٢ وزارة الأوقاف الكويتية .
نهاية المطلب في دراية المذهب دار المنهاج، ط ١، ١٤٢٨ هـ - ٢٠٠٧ م .
ومراجع أخرى منشورة في ثنايا حواشي البحث .
ومراجع أخرى منشورة في ثنايا حواشي البحث .

فهرس الموضوعات

الصفحة	الموضوع
٣٢١	المقدمة: في أهمية العرف وتغير الفتوى بتغيره
٣٢٥	الفصل الأول: العرف والعادة عند الأصوليين
٣٢٥	المبحث الأول: معنى العرف والعادة
٣٢٩	المبحث الثاني: حجية العرف والعادة
٣٣٨	المبحث الثالث: شروط اعتبار العرف
٣٤٣	الفصل الثاني: نماذج تطبيقية
٣٤٣	لأثر العرف والعادة في فقه الأسرة في بلاد الغرب
٣٤٣	النموذج الأول: العدول عن الخطبة وحكم هداياها
٣٤٦	النموذج الثاني: إلزام الزوجة بالمشاركة في تجهيز مسكن الزوجية
٣٤٩	النموذج الثالث: أثر العرف والعادة في الاختلاف في الجهاز
٣٥١	النموذج الرابع: الألفاظ التي ينعقد بها النكاح
٣٥٦	النموذج الخامس: مقدار النفقة الواجبة للزوجة
٣٦٣	النموذج السادس: نفقة الزوجة المريضة وأجرة علاجها
٣٧٠	النموذج السابع: وقت استحقاق مؤخر المهر
٣٧٥	الخاتمة
٣٧٨	أهم المراجع والمصادر
٣٨٢	فهرس الموضوعات