



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة عمار تليجي بالأغواط

كلية العلوم الإنسانية و الإسلامية و الحضارة

قسم العلوم الإسلامية

العنوان:

العرف و أثره في عقد النكاح

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر في العلوم الإسلامية L.M.D

تخصص فقه و أصوله

إشراف الأستاذ الدكتور

صغيري نور الدين

إعداد الطالب:

عابد عامر

السنة الجامعية 1437-1438 هـ / 2016-2017 م

شكر و تقدير

إلهي لا يطيب الليل إلا بشكرك ولا يطيب النهار إلا بطاعتك ولا
تطيب اللحظات إلا بذكرك ولا تطيب الآخرة إلا بعفوك ولا تطيب
الجنة إلا برويتك

أحمد ربي و أشكره على توفيقه و امتنانه على أن وفقني لإنجاز هذا
البحث.

ولو أنني أوتيت كل بلاغة وأفنيت بحر النطق في نظم النثر
لما كنت بعد القول إلا مقصرا و معترفا بالعجز عن واجب الشكر

أنقدم بأسمى عبارات الشكر و التقدير إلى أستاذي الفاضل

الدكتور نور الدين صغيري

الذي لم يبخل علي بأي مجهود فكل عبارات الشكر لا تفيك حقا
ولكن أدعوا الله العلي القدير
أن يجعل كل ما تقدمه لطلبة العلم في ميزان حسناتك و حسنات والديك

كما أتقدم بالشكر إلى كل الطاقم الإداري لقسم العلوم الإسلامية بجامعة
الأغواط
رئيسا و نائبا و أساتذة و عمالا.

الطالب: عابد عامر

الإهداء

الحمد لله رب العالمين و الصلاة والسلام على خاتم الأنبياء والمرسلين
أهدي هذا العمل إلى:

من ربنتي وأنارت دربي وأعاننتي بالصلوات والدعوات، إلى أغلى
إنسان في هذا الوجود

والدتي الحبيبة أطال الله عمرها

إلى من عمل بكد في سبيلي وعلمني معنى الكفاح وأوصلني إلى ما أنا
عليه

والدي الكريم حفظه الله

إلى أصحاب القلوب الطاهرة والنفوس الطيبة إخوتي

إلى صديقي ورفيق دربي عبد الرحمن مقداد

إلى من عمل معي أخي الصادق عابد خاصة.

إلى الأصدقاء:

إلى جميع طلبة قسم العلوم الإسلامية بجامعة الأغواط

خاصة طلبة السنة الثانية ماستر، تخصص فقه وأصول، دفعة 2017.

الطالب: عابد عامر



الحمد لله الذي خلق الانسان و علمه و خصه بالعقل عن سائر خلقه و فضله و أناط به التكليف و حثه على التعليم و التفكير، وأفضل الصلاة و أزكى السلام على سيد المرسلين حسن ما رآه العقلاء و اعتبره فأقرهم على ما تعارفوا عليه من الأحوال فلم يتركهم هملا و إنما خط لهم معالم الطريق التي توصلهم إلى السعادة في الدنيا و الآخرة.

فإن موضوع العرف موضوع واسع و له أبواب كثيرة، ذلك أن الكثير من المسائل و القضايا المستجدة و التي بنيت عليه فقد أغلق الباب على الطاعنين في الشريعة الاسلامية و أوضح مدى مرونتها مع الأحداث و النوازل الجديدة بإيجاد الحلول لها.

فقد صار لزاما على المسلمين أفرادا و جماعات أن يتعلموا أمور دينهم و يتفقهوا فيه كان من الواجب على الباحثين و طلبة العلم أن يعينوا أبناء الأمة على ذلك فييسروا لهم سبل معرفة أحكام الشرع في المسائل المختلفة و ينقبوا عنها في كتب الفقهاء ليخرجوها للناس بصورة واضحة تتناسب مع العصر الذي يعيشون فيه.

فالمصنفون من المفكرين و الباحثين على اختلاف مشاربهم الثقافية أقروا بأن الشريعة الاسلامية أعدل و أرحم و أفضل نظام كامل لحياة الناس في جميع المجالات .

فقد جاءت أحكامها منسجمة مع فطرة الانسان ملبية لمطالبه و حاجاته المعنوية و المادية و جاءت مسايرة للتطور العصري، فمن المعلوم أن النصوص الشرعية محدودة فلذلك فتحت باب الاجتهاد في الفروع و جعلته دربا يسير عليه المجتهدون فبذلوا الوقت و الجهد ليقدموا ثروة فقهية ترفع الحرج و المشقة عن الناس فبنوا أحكاما كثيرة على العرف بما يوافق نصوص الشريعة الاسلامية.

و للعرف مجالات كثيرة تطرق إليها الفقهاء و الباحثون بالشرح و البيان و قد اخترت أن يكون موضوع بحثي العرف و أثره في عقد النكاح.

أولا: إشكالية البحث:

يتمحور الهدف من البحث في الإجابة على الإشكالات التي قد ترد على عقد النكاح و أثر العرف فيها و المتمثلة فيما يلي:

1. ما مفهوم العرف وما هي أقسامه وما شروط اعتباره؟
2. ما المقصود بالنكاح وما الحكمة من تشريعه؟
3. ما هي الألفاظ التي ينعقد بها النكاح و أثر العرف فيها؟
4. ما حكم تراخي القبول عن الإيجاب و أثر العرف فيه؟

5. هل تشترط العدالة في الولي و الشهود وما أثر العرف فيها؟
6. ما هي شروط عقد الزواج و ما أثر العرف فيها؟
7. أهلية الزوجين من حيث السن و ما أثر العرف فيها؟
8. ما حكم سكوت البكر في النكاح و ما أثر العرف فيه ؟
9. ما طبيعة إعلان عقد الزواج و أثر العرف فيها؟
10. ما حكم تأخير الوطاء إلى ليلة الزفاف و أثر العرف فيها؟
11. هل الكفاءة شرط في الزواج وما أثر العرف فيها؟

ثانيا: أهمية الموضوع

يتعامل الناس فيما بينهم لإمضاء العقود و إنشائها على ما جرى به العمل عندهم فتكون هذه التعاملات غير مؤسسة على أصول و قواعد من الدين فقد تكون بعض التصرفات صحيحة منهم في زمن و قد تلغى في زمن آخر لتغير العرف ما جعل باب الاجتهاد مفتوحا للإجابة على النوازل و الأحداث الطارئة و المجتهدون يبذلون الوسع معتمدين على الأدلة الشرعية و التي منها العرف في إقرار الصالح من التصرفات ورد الفاسد منها من خلال استنباطاتهم بما يحقق إيجاد الحلول للنوازل و المسائل المتغيرة عند الناس التي سكت الشارع الحكيم عنها وترك الأمر فيها على ما هو متعارف بينهم.

ثالثا: أسباب اختيار الموضوع

- * الرغبة الشخصية في اختيار الموضوع و حب البحث فيه.
- * حاجة المجتمع إلى معرفة ما هو مقبول من الأعراف و ما هو مردود.
- * بيان أهلية الشريعة الإسلامية و مرونتها و موافقتها للتطور العصري.
- * أهمية العرف و دوره في الإحاطة بالمسائل الفقهية التي لم يرد فيها نص.

رابعا : الدراسات السابقة

تطرق الكثير من الباحثين إلى موضوع العرف منها:

- العرف و العادة في رأي الفقهاء عرض نظرية في التشريع الإسلامي الدكتور أحمد فهمي أبو سنة حصل به الدكتور على شهادة العالمية من الجامع الأزهر.
- العرف حجيته و أثره في فقه المعاملات المالية عند الحنابلة(دراسة نظرية تأصيلية تطبيقية) عادل بن عبد القادر محمد ولي قوته و أصل هذه الكتاب أنه رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في الفقه و الأصول - إلى قسم الدراسات العليا الشرعية بكلية الشريعة -

جامعة أم القرى، بعنوان: "المسائل المبنية على العرف في فقه المعاملات المالية عند الحنابلة" و قد نوقشت بتاريخ 12/01/1415 هـ.

- العرف و العمل في المذهب المالكي و مفهومهما عند علماء المغرب ل : عمر بن عبد الكريم الجدي والكتاب عبارة عن رسالة جامعية تقدم بها صاحبها لنيل دكتوراة الدولة في العلوم الاسلامية من دار الحديث الحسنية.
- أثر العرف في الفرق و متعلقاتها من أحكام فقه الأسرة (دراسة تطبيقية مقارنة) و هي رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير إعدد إلهام عبد الله عبد الرحمن باجنيد.
- أثر العرف في الأحوال الشخصية (دراسة فقهية قانونية) أحمد رشاد عبد الهادي أبو حسين نوقشت الرسالة و أجزيت يوم 21/11/2013م الموافق 17محرم1435هـ.
- اعتبار العرف في مسائل الزواج و آثاره في قانون الأسرة الجزائري (دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي) عماد شريفى وهي مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق تخصص قانون الأسرة.

وقد تطرقت في بحثي إلى الجانب التطبيقي للعرف في الواقع المعيش

خامسا : الصعوبات

من بين الصعوبات التي أعاقت بحثي

(1) تشعب المادة في المراجع الفقهية منها و الأصولية.

(2) صعوبة الحصول على بعض الكتب المتعلقة بالموضوع.

سادسا: المنهج المتبع في البحث

سرت في بحثي متبعا المنهج الوصفي و الاستقرارى من خلال تتبع جزئيات العرف و النكاح في المصادر و المراجع المختلفة و جمعها ثم تنظيمها وفق قالب الخطة ثم تحليلها من خلال إيراد الأدلة من القرآن الكريم و السنة النبوية الشريفة و أقوال العلماء لكل مسألة كما اعتمدت المنهج المقارن و ذلك بسرد أدلة الفرق المختلفة حول المسألة ثم مناقشة كل رأي و معرفة الراجح في كل مسألة.

سابعا: المنهجية المتبعة في كتابة الموضوع

خلال عملية البحث حاولت قدر المستطاع الالتزام بمايلي:

- ✓ نسخ الآيات القرآنية من مصحف واحد، برواية حفص عن عاصم، نسخا صحيحا، بالاعتماد على برنامج إلكتروني "مصحف المدينة النبوية للنشر

الحاسوبي " الاصدار 1.0 الصادر عن مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف.

- ✓ تخريج الأحاديث الواردة في المتن إن كان الحديث في الصحيح اكتفيت بذكر اسم الكتاب و إن كان في غيره خرجته من مضانها.
 - ✓ عزو الأقوال إلى أصحابها و ذلك إذا كان النقل حرفيا ووضعها بين مزدوجتين حتى أميزها عن غيرها من الكلام مع إعطائها أرقاما موافقة لأرقام الهامش الحاملة لأسماء المؤلفين و المؤلفات و معلومات المرجع الذي أنقل منه.
 - ✓ أعرف بالأعلام الغير مشهورين ولا أعرف المشهورين منهم مخافة إثقال البحث بالتراجم.
 - ✓ أوثق ما يجب التوثيق له من المتن في الهامش بذكر اسم المؤلف، ثم اسم المؤلف، ثم المحقق إن وجد، ثم دار النشر و مكان الطبع ثم رقم الطبعة و سنة الطبع، ثم رقم الجزء و الصفحة، في أول الاعتماد على الكتاب.
 - ✓ أما إذا تكرر الاعتماد على المؤلف مرتين دون أن يفصل بينهما بمرجع آخر أكتفي بذكر عبارة " مرجع سابق " أو " مصدر سابق " .
 - ✓ ختمت بذكر النتائج التي توصلت إليها.
 - ✓ ذيلت البحث بفهارس فنية تخدمه
- 1/ فهرس الآيات
 - 2/ فهرس الأحاديث
 - 3/ فهرس الأعلام
 - 4/ فهرس المصادر والمراجع
 - 5/ فهرس الموضوعات
 - 6/ الملخص باللغتين

خطة البحث

الفصل الأول : ماهية العرف وأقسامه.

المبحث الأول : ماهية العرف.

المطلب الأول : مفهوم العرف.

المطلب الثاني : حكم العرف .

المطلب الثالث : حجية العرف و موقف الصحابة و التابعين وأئمة المذاهب منه.

المطلب الرابع : المصطلحات ذات الصلة بالعرف.

المبحث الثاني : أقسام العرف و شرائط اعتباره.

المطلب الأول : أقسام العرف.

المطلب الثاني : شرائط اعتباره.

الفصل الثاني : حقيقة النكاح و الحكمة منه.

المبحث الأول : ماهية النكاح.

المطلب الأول : مفهوم النكاح.

المطلب الثاني حجية النكاح.

المطلب الثالث : الحكمة من النكاح.

المبحث الثاني : مسائل تتعلق بالنكاح.

المطلب الأول : الألفاظ التي ينعقد بها النكاح.

المطلب الثاني : تراخي القبول عن الإيجاب.

المطلب الثالث : الكفاءة في النكاح.

المطلب الرابع : العدالة في الولي و الشهود.

المطلب الخامس : شروط العقد.

المطلب السادس : أهلية الزوجين من حيث السن.

المطلب السابع : حكم تأخير الوطاء إلى ليلة الزفاف.

المطلب الثامن : طبيعة الاعلان عن عقد النكاح.

المطلب التاسع : سكوت البكر.

الفصل الأول

المبحث الأول: ماهية العرف

المطلب الأول: تعريف العرف

المطلب الثاني: حكم العرف

المطلب الثالث: حجية العرف وموقف الصحابة

والتابعين وأئمة المذاهب منه

المطلب الرابع: المصطلحات ذات الصلة بالعرف

المبحث الأول: ماهية العرف

المطلب الأول: تعريف العرف

الفرع الأول: لغة

العين والراء والفاء أصلان صحيحان، يدل أحدهما على تتابع الشيء متصلاً ببعضه ببعض، والآخر على السكون والطمأنينة.

فالأول: العرف عرف الفرس، وسمي بذلك لتتابع الشعر عليه، ويقال جاءت القطا عرفا عرفا، أي بعضها خلف بعض.

والأصل الآخر المعرفة والعرفان تقول: عرف فلان فلانا عرفاناً ومعرفة، وهذا أمر معروف، وهذا يدل على ما قلناه من سكونه إليه، لأن من أنكر شيئاً توحّش منه ونبا عنه.¹

والعرف الريح الطيبة كانت أو منتنة، والمعروف ضد المنكر، والعرف ضد النكر يقال: أولاه عرفاً أي معروفاً، والعرف أيضاً الإسم من الإعراف²، والعريف رئيس القوم وسيدهم سمي به لأنه عرف بذلك أو لمعرفته بسياسة القوم.³

أما صاحب لسان العرب فقد أورد العرف بأنه من العرفان أي العلم، ويقال أعرف فلان فلانا وعرفه إذا وقفه على ذنبه ثم عفا عنه، وعرفه الأمر: أعلمه إيّاه، وعرفه بيته أعلمه بمكانه وعرفه به وسمه.⁴

كما يذكر صاحب الجامع لأحكام القرآن في تفسيره قوله تعالى ﴿ خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ

عَنِ الْجَاهِلِينَ ﴾ [الأعراف: ١٩٩] والعرف والمعروف والعارفة خصلة حسنة ترتضيها العقول،

وتطمئن إليها النفوس، وتفسيره لقوله تعالى ﴿ وَيُدْخِلُهُمُ الْجَنَّةَ عَرَفَهَا هُمْ ﴾ [محمد: ٦]: أي إذا

دخلوها يقال لهم تفرقوا إلى منازلكم بمنزلهم من أهل الجمعة إذا انصرفوا إلى منازلهم، وقيل

عرفها لهم أي بينها لهم حتى عرفوها من غير استدلال، وقال ابن عباس "عرفها لهم" أي

طيبها لهم بأنواع الملاذ مأخوذ من العرف وهو الرائحة الطيبة، وطعام معرف أي مطيب،

¹ معجم مقاييس اللغة لأبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا (ت 395هـ) تحقيق عبد السلام محمد هارون دار الفكر ج 04 مادة عرف ص 281.

² مختار الصحاح زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي (666هـ) تحقيق يوسف الشيخ محمد الدار النموذجية بيروت صيد الطبعة الخامسة 1420هـ/1999م باب العين مادة عرف ص 206

³ تاج العروس من جواهر القاموس محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني أبو الفيض الملقب بمرتضى الزبيدي (ت 1205هـ) دار التراث العربي سلسلة تصدرها وزارة الإعلام في الكويت تحقيق مصطفى حجازي 1408هـ/1987م ج 24 باب الفاء ص 144.

⁴ لسان العرب للإمام العلامة أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري دار صادر بيروت ج 09 (د ط د ت) ص

تقول العرب عرّفت القدر إذا طيبتها بالملح والأبزار.¹ وعرف اللسان: ما يفهم من اللفظ بحسب وضعه اللغوي، وعرف الشرع ما فهم منه حملة الشرع و جعلوه مبنى الأحكام.²

الفرع الثاني: اصطلاحا

يذكر العلماء جملة من التعاريف أذكر منها ما يلي:

- 1/ أن العرف هو ما ألفه الناس واعتمده من الأقوال والأفعال وهو العادة عند الفقهاء، مثاله تعارف الناس على إطلاق "الولد" على الذكر دون الأنثى، وتقسيمهم الصداق إلى مقدم ومؤخر.³
- 2/ العرف ما استقرت النفوس بشهادة العقول وتلقته الطباع بالقبول.⁴
- 3/ العرف ما استقر في النفوس من جهة شهادات العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول.⁵
- 4/ العرف ما ألفه المجتمع واعتاده وسار عليه في حياته قولاً وفعلاً.⁶
- 5/ العرف ما استقر في النفوس من جهة العقول.⁷

شرح التعريف الثالث:

لفظ "ما" عام يشمل القول والفعل، وقوله: "ما استقر في النفوس" يخرج عنه ما حصل بطريق النُدرة ولم يعتمده الناس فإنه لا يعد عرفاً، وقوله: "من جهة العقول" يخرج به ما اسقر في النفوس من جهة الأهواء والشهوات، كتعاطي المسكرات واعتياد كثير من أنواع الفجور، وما استقر في النفوس بسبب حادث خاص كفساد الألسنة الناشئ عن اختلاط الأعاجم بالعرب إبان الفتوحات الإسلامية، أو بسبب أمر اتفاقي، كتفاؤل قوم من بعض الأعمال لاقترانها مصادفة بنفع لهم فدعاهم، ذلك إلى تعارف فعلها، أو تشاؤمهم من بعض الأعمال لاقترانها مصادفة بضرر لحقهم فجرّهم ذلك إلى تعارف تركها، وقوله: "تلقته الطباع" يخرج به ما أنكرته الطباع أو بعضها، فإنه نكر لا عرف، وعلى هذا يجري العرف

¹ الجامع لأحكام القرآن والمبين لما تضمنه من السنة وآي الفرقان لأبي عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي (ت 671هـ) تحقيق الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي مؤسسة الرسالة (د ط ، د ت) ، ج 09 ص421 / ج19 ص252.

² الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية لأبي البقاء أيوب بن موسى الحسيني الكفومي (ت 1094هـ / 1683م) الطبعة الثانية 1419هـ-1998م مؤسسة الرسالة ص617.

³ تيسير علم أصول الفقه عبد الله بن يوسف الجُدَيْع مؤسسة الريان بيروت لبنان الطبعة الأولى 1418هـ/1997م ص211.

⁴ التعريفات للفاضل العلامة علي بن محمد الشريف الجرجاني مكتبة لبنان ساحة رياض الصلح بيروت طبعة جديدة 1985م ص154.

⁵ كشف الأسرار شرح المصنف على المنار للإمام أبي البركات عبد الله بن أحمد المعروف بحافظ الدين النسفي ت 710 هـ دار الكتب العلمية بيروت لبنان (د ط ، د ت) ج 02 ص593.

⁶ معجم أصول الفقه خالد رمضان حسن، دار الطرابيشي للدراسات الإنسانية، ط 1 ، 1998م ص182.

⁷ العرف والعادة في رأي الفقهاء أحمد فهمي أبو سنة مطبعة الأزهر 1947 ص08

في الأقوال والأفعال التعاملية والأخلاقية، ويقوم كيانه على استقرار الأمر في النفوس وقبول الطباع السليمة له، متى توفر ذلك فقد وُجدت حقيقة العرف.¹ ويلاحظ على هذه التعاريف:

1/ ما في هذا التعريف من نوع غموض وإبهام والحاجة في فهمه إلى معاناة وشرح طويل، ثم هو أقرب إلى التعريف بالمفهوم منه إلى الحد الاصطلاحي بالجنس والفصل والخاصة ومن المعلوم أن أهم مزايا التعريف حسن الدلالة والشمول بجانب الاختصار والتحرير.

2/ أنه ليس مانعاً، إذ ليس كل ما قبلته الطبائع يعدّ عرفاً، ولا كل ما استقر في النفوس من جهة العقول يكون عرفاً أيضاً، فترد عليه العقائد، صحيحة كانت أم باطلة، إذ هي تستقر في النفوس من جهة العقول وليست عرفاً.

3/ ما في دلالة " ال " في النفوس والطباع على إرادة الاستغراق والعموم، فيكون العرف هو ما اعتاده جميع الناس وكلهم مع أن هذا غير صحيح لما سيأتي في شروط اعتبار العرف.

4/ أن ظاهرة صياغة هذا التعريف ليست كاشفة عن أقسام العرف، وما يتناوله ولا مومئة إليها، فكيف تبين طبيعة العرف إذاً، وما يجري فيه من القول والفعل.²

التعريف المختار: ما ذكره صاحب نيل السؤل على مرتقى الوصول بقوله: "كل ما عرفته النفوس مما لا ترضه الشريعة"، وقال ابن ظفر³ في الينبوع: "ما عرفت العقلاء أنه حسن وأقرهم الشارع عليهم".⁴

المطلب الثاني: حكم العرف وموقف الصحابة والتابعين وأئمة المذاهب منه

الفرع الأول: حكم العرف

أما العرف الصحيح فيجب مراعاته في التشريع وفي القضاء، وعلى المجتهد مراعاته في تشريعه، وعلى القاضي مراعاته في قضائه، لأن ما تعارفه الناس وساروا عليه صار من حاجاتهم ومتفقا ومصالحهم، فما دام لا يخالف الشرع وجبت مراعاته، والشارع راعى الصحيح من عرف العرب في التشريع، ففرض الدية على العاقلة، وشرط الكفاءة في الزواج، واعتبر العصبية في الولاية والإرث.

¹ نفس المصدر السابق ص 09/08.

² العرف حجبيته وآثاره في فقه المعاملات المالية عند الحنابلة عادل بن عبد القادر بن محمد ولي قوتة المكتبة المكية الطبعة الأولى

1418هـ/1996م الجزء 1 ص 95/96.

³ ابن ظفر (497 هـ/565 هـ) (1104م/1170م) هو محمد بن عبد الله أبي محمد بن محمد بن ظفر الصقلي المكي، أبو عبد الله حجة الدين، أديب رحالة مفسر ولد في صقلية ونشأ بمكة وتنقل في البلاد فدخل المغرب وجال في إفريقية والأندلس وعاد إلى الشام فاستوطن " حماة " وتوفي بها له تصانيف منها ينبوع الحياة في تفسير القرآن . الأعلام للزركلي دار العلم للملايين ص ب 1085 بيروت ج 06 ص 230.

⁴ نيل السؤل على مرتقى الوصول للعلامة محمد يحيى الولاتي ت 1416هـ/1996م ، د ط ، د ت ص 198.

ولهذا قال العلماء "العادة شريعة محكمة"، والعرف في الشرع له اعتبار والإمام مالك بنى كثيرا من أحكامه على عمل أهل المدينة، وأبو حنيفة وأصحابه اختلفوا في الأحكام بناءً على اختلاف أعرافهم، والشافعي لما هبط إلى مصر غير بعض الأحكام التي كان قد ذهب إليها وهو في بغداد، لتغير العرف، ولهذا له مذهبان قديم وجديد، وفي فقه الحنفية أحكام كثيرة مبنية على العرف، منها إذا اختلف المتداعيان ولا بينة لأحدهما فالقول لمن يشهد له العرف، وإذا لم يتفق الزوجان على المقدم والمؤخر من المهر فالحكم هو العرف، ومن حلف لا يأكل لحما فأكل سمكا لا يحنث بناءً على العرف، والمنقول يصح وقفه إذا جرى به العرف، والشرط في العقد يكون صحيحا إذا ورد به الشرع أو اقتضاه العقد أو جرى به العرف وقد ألف العلامة المرحوم ابن عابدين¹ رسالة سماها: "نشر العرف فيما بني من الأحكام على العرف" ومن العبارات المشهورة: "المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً"، "والثابت بالعرف كالثابت بالنص".

وأما العرف الفاسد فلا تجب مراعاته لأن في مراعاته معارضة دليل شرعي، أو إبطال حكم شرعي، فإذا تعارف الناس عقداً من العقود الفاسدة كعقد ربوي أو عقد فيه غرر و خطر، فلا يكون لهذا العرف أثر في إباحة هذا العقد، ولهذا لا يعتبر في القوانين الوضعية عرف يخالف الدستور أو النظام العام، وإنما ينظر في مثل هذا العقد من جهة أخرى، وهي أن هذا العقد هل يعد من ضرورات الناس أو حاجياتهم، بحيث إذا أبطل يختل نظام حياتهم أو ينالهم حرج أو ضيق أو لا؟ فإن كان من ضرورياتهم أو حاجياتهم يباح، لأن الضرورات تبيح المحضورات، والحاجات تنزل منزلتها في هذا، وإن لم يكن من ضرورياتهم ولا من حاجياتهم يحكم ببطلانه، ولا عبرة لجريان العرف به، والأحكام المبنية على العرف تتغير بتغير أصله ولهذا يقول الفقهاء في مثل هذا الاختلاف: إنه اختلاف عصر وزمان، لا اختلاف حجة وبرهان.²

الفرع الثاني: موقف الصحابة والتابعين وأئمة المذاهب منه

1/ موقف الصحابة من العرف: لما بُعث رسول الله صلى الله عليه وسلم وجد أعرافاً في الجاهلية، فأقر ما يصلح منها وحرم منها ما يضرّ بالناس، وعدّل ما يمكن تعديله، وتبعه

¹ ابن عابدين (1198هـ/1252هـ) (1784م/1836م) محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي فقيه الديار الشامية و إمام الحنفية في عصره مولده و وفاته في دمشق .

له رد المختار على الدر المختار فقه يعرف بحاشية ابن عابدين حاشية على المطول في البلاغة و الرحيق المختوم في الفرائض انظر الأعلام للزركلي ج 06 ص42.

² علم أصول الفقه عبد الوهاب خلاف دار الغد الجديد الطبعة الأولى 1435هـ/2014م ص94/95.

الصحابة في ذلك بعده اقتداءً بما قام به، فحكّم الصحابة - رضوان الله عليهم أجمعين -
 العرف فيما لا يصادم النص أو يتعارض مع روحه ومبادئه، فحينما واجه الصحابة خليطاً
 من العادات في البلاد التي فتحوها من مصر وفارس ورومان وبربر أقرّوا منها الصالح وألغو
 ما سواه فقد ثبت تاريخياً أنه كانت لهذه الأمم عادات وتقاليد تمثل مظهراً من مظاهر حياتهم
 ومن ثمّ دخلت هذه الاعراف التي أقرّوها كما أقرّها الرسول - صلى الله عليه وسلم -
 وأصبحت جزءاً من العادات الإسلامية المبنية على السنة النبوية، وفي عصر الفتوحات
 والعصور اللاحقة عثر المسلمون على عادات لم يعرفوها من قبل كما نشأت عادات جديدة
 فاهتدى الخلفاء والصحابة معهم والتابعون من بعدهم بسنة رسول الله - صلى الله عليه وسلم -
 ونظموا هذه الاعراف على هدي الكتاب والسنة والمقاصد السامية للتشريع، ودخلت في
 التشريع الإسلامي من باب إجماع المجتهدين أو من باب الأدلة الشرعية الأخرى
 كالاستحسان والمصالح المرسلة فعلوا كل ذلك تأسياً برسول الله - صلى الله عليه وسلم -
 فعمر دَوْن الدواوين وهي عادة فارسية فنظّم ديواناً للجيش والعمال والخراج والجبايات وأبقاها
 على ما كانت عليه قبل الإسلام بالفارسية في العراق وبالرومية في الشام ولم يتغير ذلك إلاّ
 بعد مجيء الأمويين كما ضرب الدراهم وهي عادة لم تكن في جزيرة العرب كما طبق نظام
 الخراج الذي كان يعمل به الأكاسرة وفي إقراره - رضي الله عنه - والصحابة معه لهذه
 الأعراف التي لا تتنافى مع مبادئ الإسلام يكون أصحاب رسول الله - صلى الله عليه وسلم -
 - قد أكدوا بقاء العرف الصالح فيما يجري بين الناس متبعين في ذلك ما اتبعه رسول الله -
 صلى الله عليه وسلم -.¹

2/ موقف التابعين من العرف : لا يختلف موقف التابعين من العرف عن موقف الصحابة
 فقد وجدوا لهم سندا للأخذ بالعرف من عمل رسول الله - صلى الله عليه وسلم - والصحابة
 من بعده لذلك توسعوا في الأخذ به وتحكيمه أكثر مما فعل به الصحابة باعتبار أنهم أدركوا
 في زمانهم أشياء ووقفوا على أشياء لم تحدث في زمن الصحابة إذ الفتوحات كثرت في
 عهدهم ودخل الإسلام إلى أقطار كثيرة ، كما دخل فيه أناس كثيرون من مختلف الأمم ولهم
 عاداتهم وأعرافهم وتقاليدهم ، لا جرم أن أعارها التابعون اهتماماً فقد اتسعت بلاد الإسلام
 ووصل الفتح الإسلامي إلى أقصى البلاد شرقاً وغرباً. بلغت معه الدولة الإسلامية أوجها في

¹ العرف والعمل في المذهب المالكي ومفهومها لدى علماء المغرب عمر بن عبد الكريم الجدي مطبعة فضالة المحمدية (المغرب) د ت د ط
 ص 75/74.

الاتساع وهذه الرقعة تتردد فيها عادات وتقاليد قانونية وأخلاقية لم يتحدث عنها الشرع الحكيم بصراحة نزل التابعون بهذه البلاد قضاة ومفتين فواجهوا هذه العادات على تباينها وجهلهم بها فكان طبيعياً أن يعملوا ملكاتهم الفقهية لإعطاء هذه العادات أحكامها من الشريعة فطبّقوا عليها مبادئ الفقه العامة فما كان منها صالحاً أقروه وما كان فيه نوع من العوج هذبوه اقتداءً بسيرة الصحابة في ذلك وقد كانوا يتأثرون إلى حدّ ما بالوسط الذي كان يعيش فيه هؤلاء الناس والعادات التي كانت تكتنفهم لأنهم كانوا يعلمون أن الأحكام التي أنزلها الله صالحة لكل زمان ومكان فلو لم تتأثر الأحكام المبنية على العادات في استنباطها ببيئة الناس ولو لم تكن مناسبة لظروفهم لأصاب الناس ضيق وحرّج، وصارت الشريعة مجانية للغرض الذي بنيت عليه .

وبوجه عام فإنّ التابعين ترسموا خطي الوحي في اتباع المصلحة ورفع الحرّج في تطبيق الأحكام وتخريجها، هكذا أصبح للعرف في الفقه الإسلامي اعتبار شرعي في بناء كثير من أنواع الأحكام بل أصبح في نظر الفقهاء دليلاً شرعياً كافياً في ثبوت الأحكام الإلزامية حيث لا دليل سواه.¹

3/ موقف أئمة المذاهب من العرف: وعلى هذا المنهج سار الفقهاء والمجتهدون من بعدهم فعملوا بالعرف الجديد في بلاد الإسلام، بل لم يأنفوا من إقرار أنظمة وعادات كانت موجودة عند غيرهم من الأمم التي دخلت الإسلام ما دامت لا تخالف النصوص الشرعية وفي إقرارها تحقيق نفع أو رفع حرّج عن الناس، فأبو حنيفة يذهب إلى الصباغين ويسأل عن معاملتهم وما يتواضعون عليه ليلاحظ ذلك في فتاويه فيما يقع بينهم، والإمام مالك عمل بالعرف

واعتبره نوعاً من المصلحة حتى إنّه خصص به النصوص فقد خصص قوله تعالى: ﴿

وَأُولَادَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلِينَ كَامِلِينَ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنْمِيَ الرِّضَاعَةَ ۗ﴾ البقرة: ٢٣٣ بالعادة، فاستثنى المرأة

الشريفة التي تتضرر بالإرضاع، والإمام الشافعي لما جاء إلى مصر غير مذهب القديم وكان للعادات المصرية أثر واضح في ذلك، كما أنّ الإمام أحمد بن حنبل اعتبر الكثير من الأعراف وبخاصة في تطبيق الأحكام وتفسير النصوص.

¹ العرف والعمل في المذهب المالكي للجدي ص76/75.

فمن كل ذلك يتبين أن أئمة المذاهب اعتبروا العرف وعملوا به، وإن نازع بعض الأصوليين في ذلك بحكاية الخلاف فيه، لأنّ الخلاف لم يكن في أصل اعتباره ولكنه في تطبيقه في بعض جزئياته أو في بعض التوسيع والتضييق في نطاقه.¹

المطلب الثالث: حجية العرف

الفرع الأول: من الكتاب

1/ قوله تعالى: ﴿ خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ ﴾ [الأعراف: ١٩٩]

بين الثعالبي² في كتابه الجواهر الحسان في تفسير القرآن أنّ المقصود بقوله: ﴿ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ ﴾ أنه كل ما عرفته النفوس مما لا ترده الشريعة.³

في حين يذكر المراغي⁴ في تفسيره لآية ﴿ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ ... ﴾ هو ما تعرفه النفس من الخير وتأنس به وتطمئن إليه ولاشك أن هذا مبني على اعتبار عادات الأمة الحسنة وما تتواطأ عليه من الأمور النافعة في مصالحها وإجمال القول فيه أنه اسم جامع لكل ما عُرف من طاعة الله والتقرب إليه والإحسان إلى الناس وقد ذُكر المعروف في السور المدنية في

الأحكام الشرعية العملية كوصف الأمة الإسلامية وحكومتها كقوله تعالى ﴿ الَّذِينَ إِنْ مَكَانَهُمْ فِي

الْأَرْضِ أَقَامُوا الصَّلَاةَ وَآتَوُا الزَّكَاةَ وَأَمَرُوا بِالْمَعْرُوفِ وَنَهَوْا عَنِ الْمُنْكَرِ وَاللَّهُ عَاقِبَةُ الْأُمُورِ ﴾ [الحج: ٤١]

وقوله تعالى ﴿ وَلَتَكُنَّ مِنْكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَأُولَئِكَ هُمُ

الْمُقْلِحُونَ ﴾ [آل عمران: ١٠٤] وعند ذكر الحقوق الزوجية كقوله ﴿ وَهُنَّ مِثْلُ الْذِي عَلَيْهِنَ بِالْمَعْرُوفِ ﴾

البقرة: ٢٢٨ وفي أحكام الطلاق ﴿ فَاِمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحُ ﴾ البقرة: ٢٢٩

وقوله ﴿ فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ ﴾ [الطلاق: ٢]

¹ أصول الفقه مصطفى شلبي الدار الجامعية بيروت (د ط د ت) ص 332 / 333 / 334 / 335.

² الثعالبي (786هـ-875هـ) (1384م/1470م) هو عبد الرحمن بن محمد بن مخلوف الثعالبي الجزائري أبو زيد مفسر من أعيان الجزائر زار تونس و المشرق من كتبه الجواهر الحسان في تفسير القرآن، و الأنوار في المعجزات النبوية، جامع الأمهات في أحكام العبادات، الأعلام للزركلي ج 03 ص 331.

³ الجواهر الحسان في تفسير القرآن للثعالبي دار إحياء التراث العربي الطبعة الأولى 1418 هـ/1997 م ج 03 ص 106.

⁴ المراغي: توفي 1371 هـ / 1952م، أحمد بن مصطفى المراغي مفسر مصري من العلماء تخرج في دار العلوم سنة 1909 م ، ثم كان مدرس الشريعة الإسلامية بها و ولي نضارة بعض المدارس و عين أستاذاً للعربية والشريعة الإسلامية بكلية غوردين بالخرطوم وتوفي بالقاهرة له كتب منها الحسبة في الإسلام والوجيز في أصول الفقه وتفسير المراغي وعلوم البلاغة . الأعلام للزركلي ج 01 ص 258.

ومن ذلك ترى أن هذا اللفظ "المعروف" لم يذكر إلا في الأحكام الهامة، وأن المراد به ما هو معهود بين الناس في المعاملات والعادات ولا شك أنه يختلف باختلاف الشعوب والبلاد والأوقات ومن ثم قال بعض الأئمة: المعروف ما يستحسن في العقل فعله ولا تنكره العقول الصحيحة ويكفي المسلمين المحافظة على النصوص الثابتة إذ لا يمكن للمؤمن أن يستنكر ما جاء عن الله ورسوله وليكن للجماعة الإسلامية بعده رأي فيما يعرفون وينكرون ويستحسنون ويستهجنون ويكون عمدتهم في ذلك جهود العقلاء وأهل الفضل والأدب في كل عصر.¹

2/ قوله تعالى: ﴿فَكَفَّرْنَاهُ بِإِطْعَامِ عَشْرَةِ مَسْكِينٍ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كَسَوْتُهُمْ أَوْ

تَحْرِيرِ رَقَبَةٍ﴾ ^ط المائدة: 89 فأمر الله تعالى بإطعام المساكين من أوسط ما يطعم الناس أهلهم وقد تنازع العلماء في ذلك هل ذلك مقدر بالشرع أو يُرجع فيه إلى العرف؟ وكذلك تنازعوا في النفقة: "نفقة الزوجة" والراجح في هذا كله أن يُرجع فيه إلى العرف فيطعم كل قوم مما يطعمون أهلهم.²

3/ قوله تعالى ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً مَتَّعُوهُنَّ عَلَى التَّوَسُّعِ قَدْرَهُ وَعَلَى

الْمُقْتَرِ قَدْرَهُ مَتَّعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾ ^ط البقرة: 236 ووجه الاستدلال بالآية أنه للمرأة حق ثابت في حال تطليقها وذلك قبل أن يمسه زوجها و قبل إعطائها المهر حيث تأكدت في حقها المتعة وقد كلف بذلك المجتهد أو القاضي و إثبات هذا المقدار على حاله (الزوج) في الإعسار و اليسار ويختلف ذلك باختلاف الأزمان لأن الله تعالى شرط في مقدارها شيئين أحدهما اعتبار يسار الرجل و إعساره و الثاني أن يكون بالمعروف مع ذلك فوجب اعتبار المعنيين في ذلك و العادات قد تختلف و تتغير و يجب بذلك مراعاة العادات في الأزمان و ذلك أصل في جواز الاجتهاد في أحكام الحوادث.³

¹ تفسير المراغي لأحمد مصطفى المراغي شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر الطبعة الأولى 1365هـ/1946م ج09 ص147/148.

² مجموع الفتاوى، شيخ الإسلام أحمد بن تيمية، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف بالمدينة المنورة، 1425هـ/2004م ج26 ص113/114.

³ أحكام القرآن الامام أبي بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص، تحقيق محمد الصادق قمحاوي دار إحياء التراث العربي مؤسسة التاريخ العربي بيروت - لبنان 1416هـ-1996م ج 02 ص 143.

4/ قوله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ لَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَنْ يَكْبُرُوا وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ وَكَفَىٰ بِاللَّهِ حَسِيبًا ﴿٦﴾ النساء: ٦ من حديث عائشة رضي الله عنها يستفاد أن الآية أنزلت في والي اليتيم الذي يقيم عليه و يصلح في ماله، إن كان فقيرا أكل منه بالمعروف.¹

ووجه الاستدلال بالآية أن أكل الولي الفقير من مال اليتيم يكون بما هو متعارف عليه فيكون ذلك دليلا على اعتبار العرف.

الفرع الثاني: من السنة

1/ ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: " ما رأى المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وما رآه المسلمون سيئا فهو عند الله سيئ." ² ووجه الاستدلال من الحديث ما ذكره أحمد الزرقا في كتابه شرح القواعد الفقهية بأن العادة عامة كانت أو خاصة تُجعل حكما لإثبات حكم شرعي لم ينص على خلافه بخصوصه فلو لم يرد نص يخالفها أصلا أو ورد ولكن عاما فإن العادة تعتبره، وقد جعل هذا الحديث أصلا للقاعدة الفقهية " العادة محكمة " وقال "العادة هي الاستمرار على شيء مقبول للطبع السليم والمعاودة إليه مرة بعد أخرى " وهي المرادة بالعرف العملي.³

2/ 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}.⁴

ووجه الاستدلال من الحديث أن فيه اعتماد العرف في الأمور التي لا تحديد لها من قبل الشرع.⁵

3/ وعن ابن سيرين عن شريح قال جاءه قوم يختصمون من الغزاليين فقالوا سنتنا فيما بيننا،

¹ فتح الباري شرح صحيح الإمام أبي عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري للإمام الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني ، (773 هـ - 852 هـ) دار المعرفة بيروت 1379 هـ ، ج 08 ص 241.

² المستدرک علی الصحیحین محمد بن عبد الله أبو عبد الله الحاكم النيسابوري تحقيق مصطفى ديب البغا دار الكتب العلمية بيروت ط 1 1411 هـ - 1990م، باب أبو بكر بن أبي قحافة رضي الله عنهما ج 03 ص 83.

³ شرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد الزرقا تصحيح وتعليق مصطفى أحمد الزرقا دار القلم الطبعة الثانية 1409 هـ/1989م ج 01 ص 219.

⁴ الجامع الصحيح المختصر محمد بن اسماعيل البخاري الجعفي ، تحقيق مصطفى ديب البغا دار ابن كثير ، اليمامة ط 3 1407 هـ - 1987م باب إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ ما يكفيها وولدها من معروف ج 05 ص 2052.

⁵ فتح الباري شرح صحيح البخاري لابن حجر العسقلاني ج 09 ص 509.

فقال سنتكم فيما بينكم.¹ "أي جائزة"² فتبين بهذا أنّ العرف معتبر شرعا.

4/ وعن ابن عمر - رضي الله عنهما - قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: "الوزن وزن أهل مكة والمكيال مكيال أهل المدينة."³

ووجه الاستدلال من الحديث أن أهل مكة أهل تجارة وقد غلب عليهم ذكر الوزن، وأهل المدينة أهل حرث وزراعة وقد غلب عليهم ذكر الكيل فالأمور التي شرعها الله سبحانه وتعالى يرجع فيها إلى مكيال أهل المدينة فلو تغيرت المكايل فلا بأس أن يستعملوا الأشياء التي تعارفوا عليها في غير حقوق الله تعالى ولكن فيما يتعلق بحقوق الله مثل الكفارات فيما يتعلق بالوزن مثل معرفة نصاب الذهب والفضة فالمعتبر في الوزن هو ميزان أهل مكة والمعتبر في الكيل هو مكيال أهل المدينة، والناس إذا اعتبروا مقاييس وموازين وأحجاما يكيلون بها ويزنون، فالمعتبر في معاملاتهم هو ما تعارفوا عليه ويرجع في ذلك إلى عرفهم.⁴

الفرع الثالث: من الإجماع

تعددت تعاريف الإجماع بين العلماء كل بحسب الوجهة المقصودة في التعريف منها: " أن اتفاق مجتهدي أمة محمد صلى الله عليه وسلم بعد وفاته في عصر من الأعصار على أمر من الأمور "

فقوله على أمر من الأمور يتناول الشرعيات والعقليات والعرفيات واللغويات فما يقع عليه الإجماع الأمور العرفية.⁵ وقد يستند العرف إلى الإجماع العملي فيكون الدليل هو الإجماع ويكون هو مستند اعتبار العرف وملاحظته في القضية وذلك فيما إذا تعارف الناس في عصر من العصور على عمل واستمروا عليه ولم ينكّر ذلك ومن أمثله الاستصناع: فقد عمل به الناس في سائر العصور من غير نكير فمستند الاستصناع هو الإجماع على ما تعارف عليه الناس.⁶

الفرع الرابع: من القواعد الفقهية

1 / القاعدة الأولى: العادة محكمة

¹ مصنف ابن أبي شيبة أبو بكر بن أبي شيبة تحقيق كمال يوسف الحوت مكتبة الرشد الرياض الطبعة الأولى 1409 هـ ج 05 ص 21.

² فتح الباري لابن حجر ج 04 ص 406.

³ سنن أبي داود 675 هـ - ل أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد دار الفكر قول النبي صلى الله عليه وسلم

" المكيال مكيال أهل المدينة. ج 02 ص 266.

⁴ شرح سنن أبي داود لعبد المحسن بن حمد بن عبد المحسن بن عبد الله بن حمد العباد البدر مصدر الكتاب دروس صوتية قام بتفريغها موقع

الشبكة الإسلامية ، المكتبة الشاملة ، الكتاب مرقم آليا ورقم الجزء هو رقم الدرس 598.

⁵ إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول للإمام محمد بن علي الشوكاني تحقيق أبي حفص سامي بن العربي الأثري دار الفضيلة الطبعة

الأولى 1421 هـ/2000 م ج 01 ص 349/348.

⁶ أصول مذهب الإمام أحمد، الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثالثة 1410 هـ/1990 م ص 604.

يعني أن العادة عامة كانت أو خاصة تُجعل لإثبات حكم شرعي لم يُنص على خلافه بخصوصه ، فلو لم يرد نص يخالفها أصلاً أو ورد و لكن عاماً فإن العادة تعتبر .

و العادة :هي الاستمرار على شيء مقبول للطبع السليم ، و المعاودة إليه مرة بعد أخرى وهي المرادة بالعرف لعملي .

فالمراد بها حينئذ ما لا يكون مغايراً لما عليه أهل الدين و العقل المستقيم و لا منكراً في نظرهم . و المراد من كونها عامة : أن تكون مطردة أو غالبية في جميع البلدان ، و من كونها خاصة : أن تكون كذلك في بعضها ، فالاطراد و الغلبة شرط لاعتبارها سواء كانت عامة أو خاصة .

ثم إذا لم يرد نص مخالف يشملها فلا كلام في اعتبارها .

أما إذا ورد فإما أن يكون نصاً في مخالفتها فلا كلام في اعتباره دونها مطلقاً عامة كانت أو خاصة، لأن النص أقوى من العرف ، فالعمل بها حينئذ عبارة عن رد النص و رفضه للعادة و هو لا يجوز .

مثال تطبيقي: و الأمثلة التي تتفرع على هذه القاعدة كثيرة لا حصر لها وما سأذكره سيكون على التمثيل لا على الحصر و التحديد:

(أ) اعتبار الكيل أو الوزن فيما تُعرف كيله أو وزنه مما لانص فيه من الأموال الربوية كالزيتون و غيره. و أما ما نص عليه فلا اعتبار للعرف فيه عند الطرفين .

(ب) اعتبار عرف الحالف و الناذر إذا كان العرف مساوياً للفظ أو أخص، فلو حلف لا يأكل رأساً، أولاً يجلس على بساط:

لا يحنث برأس عصفور، ولا بركوب إنسان ولا بجلوس على الأرض، لأن العرف خص الرأس بما يباع للأكل في الأسواق، و الدابة بما يركب عادة، و البساط بالمنسوج المعروف الذي يفرش و يجلس عليه.¹

القاعدة الثانية: العبرة للغالب الشائع لا للنادر

العبرة للغالب الشائع لا للنادر، فلو بُني حكمٌ على أمر غالب فإنه يُبنى عاما، ولا يؤثر على عمومه أو اطرداه تخلف ذلك الأمر في بعض الأفراد أو في بعض الأوقات.

فقد جَوَز المتأخرون للدائن في هذا الزمن استيفاء دينه من غير جنس حقه، لغلبة الحقوق.

و قالوا ليس للزوج أن يجبر زوجته على السفر من وطنها إذا كان نكحها فيه و إن أوفأها معجل مهرها، لغلبة الإضرار في الأزواج.

و قالوا ليس للقاضي أن يقضي بعلمه، لفساد حال القضاة.

وصححوا الاستتجار على الإمامة و الأذان و التعليم، لتكاسل الناس عن القيام بها مجانا ، ومنعوا من سماع دعوى الزوجة بكل المهر المعجل على زوجها بعد الدخول بها، بل يقال لها: إما أن تقري بما تعجلت و إلا قضينا عليك بالمتعارف تعجيله، وذلك لأنها لا تسلم نفسها عادة من غير أن تقبض.

وجعلوا كل ذلك أحكاما عامة، مع أنه لا شك في التخلف في بعض الأفراد وفي بعض الأوقات، ولكن لم ينظروا له وجعلوا لها العبرة للكثير الغالب.²

¹ ينظر شرح القواعد الفقهية، الشيخ الزرقا ص222/221/220/219.

² مرجع سابق ص236/235.

القاعدة الثالثة: المعروف عرفا كالمشروط شرطا

المعروف عرفا كالمشروط شرطا، ففي كل محل يعتبر و يراعى فيه شرعا صريح الشرط المتعارف، وذلك بأن لا يكون مصادما للنص بخصوصه، فإذا تعارف الناس و اعتادوا التعامل عليه بدون اشتراط صريح فهو مرعي و يعتبر بمنزلة الاشتراط الصريح.

فكما لا تسمع الدعوى بخلاف ما شرط صريحا مما تُعورف، لا تسمع الدعوى بخلاف ما تُعورف و اعتيد العمل به بدون شرط؛ ولذا قالوا: لو ادَّعى نازلُ الخان وداخلُ الحمَّام و ساكن المُعدِّ للاستغلال الغصبَ، ولم يكن ذلك معروفا به لم يصدَّق في ذلك، ويلزمه الأجر، كما لو استخدم صانعا في صنعة معروف بها وبها قوام حاله و معيشته، ولم يعيَّن له أجره ثم طالبه بالأجر، فادَّعى أنَّه استعان به مثلا، فإنَّه لا يسمع منه و يلزمه أجر مثله.

أمَّا إذا كان الشرط المتعارف عليه الصريح غير معتبر شرعا، وذلك بأن كان مصادماً للنص بخصوصه، فلا يكون معتبرا إذا تعارف الناس العمل عليه بدون اشتراط، فلو تعارف الناس مثلا تضمين المستعير و المستأجر ما تلف من العين المعارة أو المأجورة بدون تعدُّ منه ولا تقصير، لا يعتبر ذلك التعارف ولا يراعى، لأنه مضاد للشارع.

مثال تطبيقي:

ما لو جهَّز الأب ابنته بجهاز و دفعه لها ثم ادعى أنه عارية، ولا بينة، فإنه ينظر إن كان العرف مستمرا أن مثل الأب يدفع مثل ذلك الجهاز عارية أو ملكا فإنه يتبع، و يكون القول قول من يشهد له العرف، و البينة بيِّنة الآخر، وإن كان العرف مشتركا فالقول للأب والبيِّنة بيِّنة البنت.¹

الفرع الرابع: من المعقول

أن الشريعة جاءت بمبدأ رفع الضيق والخرج عن الناس ومراعات مصالحهم وتكثيرها ودرء المفساد عنهم وتقليلها فإذا ألغيت عوائد الناس وأعرافهم دخلوا في دائرة الضيق والمشقة وهذا

¹ مرجع سابق ينظر ص 237/238.

ينافي قواعد الدين وأصوله فالإسلام جاء بالتيسير لا بالتعسير على مكلفيه وحملهم على ما لا يطيقونه من الأحكام والأعمال.

المطلب الرابع: مصطلحات ذات صلة بالعرف

الفرع الأول: الفرق بين العادة والعرف

تباينت آراء العلماء واختلفت وجهة نظرهم إلى العلاقة بين العادة والعرف وقد كانت هذه الاتجاهات الثلاثة وهي :

الاتجاه الأول: ذهب أصحاب الاتجاه الأول إلى أنه لا فرق بين العادة والعرف بل اعتبرهما مترادفان في لسان الشرعيين فلا فرق بين العادة والعرف.¹

وهو ما ذكره ابن عابدين في رسالته من أنّ العرف والعادة بمعنى واحد من حيث الماصدق وإن اختلفا من حيث المفهوم.²

الاتجاه الثاني: العرف غير العادة فإنّ المراد بالعرف ما يكون سببا لتبادر الذهن إلى معنى من اللفظ كما تقول الدابة حقيقة عرفية عامة في ذوات الأربع والجوهر حقيقة عرفية خاصة في المعنى المصطلح عليه بين المتكلمين والمراد من العادة ما هو مألوف من الأفعال وما أشبهها فهذان قسمان متغايران، العادة و العرف، وقد تجعل العادة أعمّ وتقسم إلى عادة قولية وهي ما سميناه بالعرف وعادة فعلية وهي مقابلة.³

الاتجاه الثالث: فيما ذكر أصحاب هذا الاتجاه أنّ العادة أعمّ من العرف لأنها تشمل العادة الناشئة عن عامل طبيعي والعادة الفردية وعادة الجمهور التي هي العرف فتكون النسبة بين العادة والعرف وهي العموم والخصوص مطلقا لأنّ العادة أعمّ مطلقا وأبدا والعرف أخصّ إذ هو عادة مقيدة فكل عرف هو عادة وليس كل عادة عرفا لأنّ العادة قد تكون فردية أو مشتركة.⁴

الفرع الثاني: الفرق بين العرف و الإجماع

الفرق بين العرف والإجماع يكون من وجوه:⁵

أولاً: أنّ العرف يتكون من توافق غالب الناس على قول أو فعل بما فيهم العامة والخاصة والقارئون والأميون والمجتهدون، أمّا الإجماع فلا يتكون إلاّ من اتفاق المجتهدين خاصة،

¹ علم أصول الفقه عبد الوهاب خلاف ص 93.

² مجموع رسائل ابن عابدين محمد أفندي الشهير بابن عابدين د . ط . د . ت الجزء 02 ص 114.

³ المجموع شرح المذهب للشيرازي للإمام أبي بكر محي الدين بن شرف النووي تحقيق محمد نجيب المطيعي مكتبة الإرشاد جدة المملكة العربية السعودية (د ت ، د ط) د ط ج 11 ص 124/123.

⁴ المدخل الفقهي العام مصطفى الزرقا دار القلم دمشق الطبعة الأولى 1418 هـ - 1998 م ج 01 ص 874.

⁵ مصادر التشريع فيما لا نص فيه عبد الوهاب خلاف دار القلم الكويت الطبعة السادسة 1414 هـ - 1993 م ص 146/145.

على حكم شرعي عملي لا مدخل فيه لغير المجتهدين من تجار أو عمال أو أية طائفة من الناس غير المجتهدين.

ثانياً: أنّ العرف يتحقق بتوافق جميع الناس وبتوفيق غالبهم أي أن شذوذ بعض الأفراد عما عليه العرف لا ينقض العرف ولا يحول دون اعتباره أما الإجماع فلا يتحقق إلاً باتفاق جميع المجتهدين من المسلمين في عصر وقوع الواقعة المعروضة ومخالفة مجتهد واحد أو أكثر تنتقض الإجماع.

ثالثاً: أن الحكم الذي يستند إليه الإجماع الصريح يكون كالحكم الذي يستند إلى النص ولا مساعٍ للاجتهاد فيما فيه نص أو إجماع أما الحكم الذي يستند إلى العرف فهو يتغير بتغير العرف وليست له قوة الحكم الذي سنده النص أو الإجماع. ومن الفروق بين العرف والإجماع:¹

* أن الإجماع إذا كان عملياً يوجد بفعل المجتهدين مرة واحدة، وأما العرف فلا يتحقق إلاً بتكرار الفعل كثيراً حتى يصير متعارفاً.

* أن الإجماع متى تمّ كان ملزماً للمجمعين وغيرهم، أما العرف فقد يكون ملزماً لكل إذا كان عاماً وقد لا يكون ملزماً للجميع إذا كان خاصاً بإقليم معين.

* أن العرف يتغير وأما الإجماع فلا يتغير إذا كان مستنداً إلى مصلحة تغيرت.

* الإجماع دليل شرعي ثابت لا يتعرض إلى القرح فيه بخلاف العرف فقد توجد بعض الأعراف المصادمة لنصوص الشريعة كما لو تعارف الناس التعامل بالربا ووأد البنات.²

الفرع الثالث: الفرق بين العرف و العمل

مصطلح "العمل" وما يرد ويتكرر في كلام أهل العلم، من نحو قولهم: "هذا عليه العمل"، أو "العمل عليه"، وأشباه هذه العبارات هذا المصطلح له مفهومه المعين ودلالته الخاصة. و الذي يبدوا من تأمل جملة مما قيل في بيانه - أنه لا يقال في مسألة ما أو حكم بعينه: (هذا العمل عليه) - إلا بعد توفر أمور:

1/ أن يستند هذا الحكم إلى رأي فقهي - ولو كان مرجوحاً - موافقاً لقواعد الشرع وألا يكون هذا الرأي منكراً.

2/ أن تستقر الفتوى عليه في الغالب، ويلتزم القضاة به، وتجري به أحكام القضاء.

¹ أصول الفقه الإسلامي محمد مصطفى شلبي ج 01 ص 329/328.

² أصول مذهب الإمام أحمد (بتصرف) ص 584.

3/ أن الباعث على اختيار هذا الحكم وجعل " العمل عليه " دون غيره وسبب جريان الفتوى والقضاء به هو حفظ مصلحة من المصالح المرعية، أو لحفظ العرف المعتبر فاختيار قول - غير منكر - من العلماء الثقات المقتدى بهم، والحكم والإفتاء به وتمالؤ الحكام والمفتين - بعد اختياره- على العمل به لسبب اقتضى ذلك هو مفهوم العمل، ومفهوم العمل على هذا النحو يشبه أن يكون فردا أو مثالا للعرف الخاص، ثم إن معناه قد يتقدم مع التزام القول به و معرفة الناس له ليكون بعد ذلك عرفا عاما متبادرا لدى الكافة.

يظهر مما تقدم أن الفرق بين العرف والعمل في أمرين:

1/ أن العمل خاص بالعلماء بخلاف العرف فإنه يشمل الناس علماء و غيرهم.
2/ أن العمل خاص بالترجيح في مسائل مختلف فيها، بخلاف العرف فهو أعم و أشمل من ذلك لمقتضى اختلاف وتنوع حوائج الناس.

ويظهر أيضا: أن العرف و العمل قد يتداخلان، بأن يكون باعث العمل الفتوى أو الحكم بما العرف جار به أو اطراد التزام العمل و شيوع القول به حتى يصير عرفا.¹

الفرع الرابع: العرف والاستحسان

*الاستحسان لغة: عدّ الشيء حسنا.

*اصطلاحا: هو عدول المجتهد عن مقتضى قياس جليّ إلى مقتضى قياس خفيّ أو عن حكم كليّ إلى حكم استثنائيّ لدليل انقذح في عقله رجح لديه هذا العدول.²

فالاستحسان بالعرف تعارف شيئا مخالفا للقياس أو القاعدة العامة نزولا تحت وطأة الحاجة، كإجارة الحمام بأجرة معينة دون تقدير مقدار الماء المستعمل ومدة المكث في الحمام فمقتضى القياس عدم الجواز لأنّه إجارة مشتملة على جهالة ولكنه أجزى للحاجة وعدم المضايقة.³

فتعارف الناس على عدم تحديد الماء المستعمل في الحمام من كثرة أو قلة مع تحديد السعر فيه وذلك لرفع الحرج والضيق والمشقة عنهم.

¹ العرف حجيتيه، وأثره في فقه المعاملات المالية عند الحنابلة، عادل قوته، ج1 ص119-120-121.

² علم أصول الفقه عبد الوهاب خلاف ص82.

³ الوجيز في أصول الفقه وهبة الزحيلي دار الفكر المعاصر بيروت لبنان دار الفكر دمشق سوريا ط1 ، 1419 هـ /1999م ص88.

المبحث الثاني: أقسام العرف وشروط اعتباره

المطلب الأول: أقسام العرف

المطلب الثاني: شروط اعتبار العرف

المبحث الثاني: أقسام العرف وشرائط اعتباره

المطلب الأول: أقسام العرف

يذكر الأصوليون أن العرف ينقسم إلى أقسام عدة، وذلك بالنظر إلى اعتبارات ونظرا الى هذه

الاعتبارات يقسم العرف إلى التقسيمات التالية:¹

الفرع الاول: باعتبار سببه ومتعلّقه وموضوعه

ينقسم العرف بهذا الاعتبار الى عرف لفظي وعرف عملي:

العرف اللفظي (القولوي): وهو أن يشيع بين الناس استعمال بعض الألفاظ أو التراكيب في

معنى معين بحيث يصبح ذلك هو المفهوم المتبادر منها إلى أذهانهم عند الاطلاق بلا قرينة ولا علاقة عقلية.

وذلك كاستعمال لفظ "الدرهم" بمعنى النقود الرائجة في البلد مهما كان نوعها وقيمتها حتى

الورق النقدي اليوم مع أن الدرهم في الأصل نقد فضي مسكوك بوزن معين وقيمة محددة وكذلك استعمال لفظ "البيت" في بعض البلدان بمعنى الغرفة وبعضها بمعنى الدار بجملتها.

وهذا النوع من العرف هو في الحقيقة من قبيل اللغة الخاصة لأصحابه، فإذا احتاج فهم

المعنى المقصود إلى قرينة أو علاقة عقلية لم يكن ذلك عرفا بل هو من قبيل المجاز.

مثال القرينة: ما لو حمل انسان عصا صغيرة وحلف ليقتلن فلانا بها فانه يفهم بهذه القرينة أن مراده بالقتل الضرب المؤلم.

وكذا لو قال لآخر "وهبتك هذا الشيء بعشرة دنانير" فانه يُفهم بقرينة البديل أن مراده بالهبة معنى البيع مجازا.

ومثال العلاقة العقلية: "قولنا حكمت المحكمة على فلان" فإن المراد أنه قد حكم الحاكم، إذ

المحكمة هي المكان ويعتبر هذا الاسناد سائغا مقبولا بعلاقة أو رابطة يلحظها العقل بين

الحال والمحل يمكن أن يُعتبر معها الفعل كأنه صادر عن المحل بقطع النظر عن الفاعل

الحال فيه. فهذه الاساليب الفنية في طرائق التعبير هي من صور المجاز في البيان لأنها

تقوم على أساس وجود القرينة أو العلاقة و ليست في شيء من العرف اللفظي الذي يعتبر

كلغة وضعية خاصة تصبح معانيها حقائق عرفية تستفاد من مجرد اللفظ.²

¹ العرف والعادة في رأي الفقهاء فهمي ابو سنة ص20/19.

² المدخل الفقهي العام لمصطفى الزرقا ص 875/876.

العرف العملي: فهو اعتياد الناس على شيء من الأفعال العادية أو المعاملات المدنية والمراد بالأفعال العادية: أفعال الناس الشخصية في شؤونهم الحيوية مما لا يقوم على تبادل المصالح وإنشاء الحقوق وذلك كالأكل والشرب واللبس والمركب والحرق والزرع ونحو ذلك والمراد بالمعاملات المدنية: التصرفات التي يُقصد منها إنشاء الحقوق بين الناس، أو تصفيتها أو إسقاطها، سواء كانت تلك التصرفات عقوداً أو غيرها، كالنكاح والبيع والابراء والغصب والقبض والاداء.

فمن أمثلة العرف في الأفعال:

* اعتياد الناس تعطيل بعض أيام الاسبوع عن العمل.

* واعتيادهم في بعض الاماكن أكل نوع خاص من اللحوم كالضأن والمعز والبقر، أو استعمال نوع من الملابس والأدوات ونحو ذلك

ومن أمثله في المعاملات:

* اعتياد الناس في بيع بعض الاشياء الثقيلة مثل الحطب والفحم والقمح أن تكون على البائع حملتها إلى بيت المشتري.

* تعارفهم في الأنكحة تعجيل جانب معين من مهور النساء كالنصف أو الثلثين وتأجيل الباقي إلى ما بعد الوفاة أو الطلاق.

* تعاملهم فيما بينهم ببعض أنواع النقود دون سواها¹.

الفرع الثاني: باعتبار مصدره

ينقسم العرف باعتبار من يصدر عنه إلى عام وخاص وشرعي

* **العرف العام:** كما قال ابن عابدين هو ما تعامله أهل البلاد سواء أكان قديماً أو حديثاً و"ال" في البلاد للعهد والمعهود البلاد الإسلامية إذ غيرها لا يبحث الإسلام عن أحكامه ولا يعول على عرفه والمراد بقوله قديماً في عصر الرسالة والاجتهاد وقوله حديثاً في عصر التقليد مثاله تعارف استعمال لفظ الطلاق في ازالة الزوجية وتعارف ان دخول المساجد بالاحذية تحقيراً لها وتعارف ان وضع اليد المدّة دليل الملك والعرف في اهداء طعام في اناء أو عنب في سلة أنه يرد الوعاء في الاول دون الثاني ولا يتعين الواضع لهذا العرف في الغالب.

¹ المدخل الفقهي العام للزرقا ص 877.

العرف الخاص: هو ما لم يتعامله أهل البلاد جميعا كتعامل أهل بلد أو حرفة أو دين كتعارف أهل العراق إطلاق لفظ الدابة على الفرس وكتعارف أهل القاهرة قديما دخول السلم المنفصل في بيع الدور لأن بيوتهم طبقات لا ينتفع بها إلا باستعماله وواضع هذا العرف يمكن تعيينه.

العرف الشرعي: هو اللفظ الذي استعمله الشرع مريدا منه معنى خاص مثل المنقولات الشرعية كالصلاة نقلت عن الدعاء إلى العبادة المخصوصة والحج نقل من القصد إلى زيارة الكعبة في أشهر معلومة وكالوقف نقل من مطلق الحبس إلى حبس العين والتصدق بالمنفعة والناقل في هذا القسم هو الشارع .

هذا والواقع أن العرف الشرعي من العرف الخاص إلا أنهم أفردوه باسم لشرفه والتتويه به.¹

الفرع الثالث: باعتبار موافقته للشرع ومخالفته

أما بالنسبة لتقسيم العرف بالنظر إلى مدى إقرار الشرع للعرف وعدم إقراره فينقسم إلى عرف صحيح وعرف فاسد

العرف الصحيح: هو ما تعارفه الناس دون أن يحل حراما أو يحرم حلالا كتعارفهم تقديم عربون في عقد الاستصناع وتعارفهم أن الزوجة لا تنتقل إلى بيت زوجها إلا بعد قبض جزء من المهر وأن المهر قسمان معجل ومؤجل وأن ما يقدمه الخاطب أثناء الخطبة يعد هدية وليس جزء من المهر.

العرف الفاسد: هو ما تعارفه الناس ولكنه يحل حراما أو يحرم حلالا كتعارفهم أكل الربا والتعامل مع المصارف الربوية بالفائدة واختلاط النساء بالرجال في الحفلات العامة وتقديم المسكرات في الضيافة والرقص في الأفراح وترك الصلاة أثناء الاحتفالات العامة² فيكون بذلك العرف الصحيح ما لا يخالف نصا من نصوص الشريعة ولا يفوت مصلحة معتبرة ولا يجلب مفسدة راجحة والعرف الفاسد ما كان مخالفا لنص الشارع أو يجلب ضرر أو يدفع مصلحة³.

¹ وقد أضاف أحمد فهمي أبو سنة تقسيما آخر باعتبار المعنى اللغوي إلى مقرر له و قاض عليه.

² الوجيز في اصول الفقه الدكتور وهبة الزحيلي ص 98.

³ الوجيز في اصول الفقه عبد الكريم زيدان مؤسسة قرطبة "د ط" ، "د ت" ص 253.

الفرع الرابع: من حيث ثبوته وتغيره

العوائد المستمرة ضربان:

أحدهما: العوائد الشرعية التي أقرها الدليل الشرعي أو نفاها؛ و معنى ذلك أن يكون الشرع أمر بها إيجابا أو ندبا، أو نهى عنها كراهة أو تحريما أو أذن فيها فعلا أو تركا.

و الضرب الثاني: هي العوائد الجارية بين الخلق بما ليس في نفيه و لا إثباته دليل شرعي.

فأما الأول: فتأبث أبدا كسائر الأمور الشرعية في سلب العبد أهلية الشهادة و في الأمر بإزالة النجاسات و طهارة التأهب للمناجاة و ستر العورات و النهي عن الطواف بالبيت على العرى، و ما أشبه ذلك من العوائد الجارية في الناس إما حسنة عند الشارع أو قبيحة فإنها من جملة الأمور الداخلة تحت أحكام الشرع فلا تبدل لها و إن اختلفت آراء المكلفين فيها فلا يصح أن ينقلب الحسن فيها قبيحا و لا القبيح حسنا.

وأما الثاني: فقد تكون العوائد ثابتة وقد تتبدل ومع ذلك فهي أسباب لأحكام تترتب عليها:

فالثابتة كوجود شهوة الطعام و الشراب و الوقاع و النظر و الكلام و البطش و المشي و أشباه ذلك و إذا كانت أسباب لمسببات حكم بها الشارع فلا إشكال في اعتبارها و البناء عليها و الحكم على وفقها دائما.

والمتبذلة: منها ما يكون متبدلا في العادة من حسن إلى قبح، وبالعكس مثل كشف الرأس فإنه يختلف بحسب البقاع في الواقع فهو لذوي المروءات قبيح في البلاد المشرقية وغير قبيح في البلاد المغربية. فالحكم الشرعي يختلف باختلاف ذلك فيكون عند أهل المشرق قادحا في العدالة وعند أهل المغرب غير قادح.¹

¹ الموافقات في أصول الشريعة لأبي إسحاق الشاطبي ابراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي المتوفى 790 هـ دار الفكر العربي ج02 ص284/283.

المطلب الثاني: شرائط اعتبار العرف

إن اعتبار الفقهاء للعرف ليس مطلقا دون شرط، بل هو مشروط بأمر إذا لم تتوفر فقد العرف اعتباره، وأصبح غير صالح لبناء الأحكام الشرعية، ذلك أنه ليس كل عرف يصلح أن تبنى عليه الأحكام الفقهية ويعتبر دليلا يرجع إليه الفقيه بل المعتبر منه ما توفرت فيه الشروط التالية:

الفرع الأول: أن يكون العرف مطردا أو غالبا

أي أن يكون العمل به - لدى متعارفيه - مستمرا في جميع الحوادث لا يختلف في واحدة منها وهذا هو معنى الاطراد، وأن يكون العمل به جاريا في أكثر الحوادث إذا لم يكن في جميعها وهذا هو معنى الغلبة، هذا وقد يعبر أحيانا عن هذا الشرط بالعموم فيقال يشترط في العرف أن يكون عاما ويراد بالعموم عندها أن يكون شائعا مستقيضا بين أهله بحيث يعرفه جميعهم في جميع البلاد أو في بلد خاص ولا يكون المراد بالعموم العرف العام لأن هذه الشريطة واردة في العرف العام والخاص على السواء.¹

قال ابن نجيم² في كتابه الأشباه والنظائر: انما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت³.

مثال على الاطراد والغلبة: إذا جرى العرف في بلد على تقسيم المهر في النكاح إلى معجل ومؤجل فيكون العرف هنا مطردا إذا جرى أهله على هذا التقسيم في جميع حوادث النكاح ولا يقح في اعتباره إذا ترك العمل به في بعض الحوادث القليلة لأنه لا يزال يعتبر غالبا والعبرة للغالب الشائع لا للنادر ومما تقدم من اشتراط الاطراد و الغلبة في العرف المحكم يُعلم خروج العرف المضطرب وخروج النادر وهو لا يسمى عرفا أصلا وعُلم أيضا خروج العرف المساوي والمشارك وهو ما تساوى العمل به وتركه فلا يصلح دليلا لتحكيمه والرجوع إليه أو البناء أو التفرع عليه.

ويجدر التنبيه أن اشتراط الاطراد والغلبة لا يستلزم أن يكون العرف عاما في جميع البلاد بل كل من العرف العام والخاص معتبر في محله محكم بين متعارفيه ما دام مطردا أو غالبا⁴ بينهم.

¹ أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الاسلامي مصطفى ديب البغا دار الامام البخاري دمشق (د ط ، د ت) ص 280.

² ابن نجيم زين الدين بن براهيم بن محمد الشهير بابن نجيم، فقيه حنفي من العلماء مصري له تصانيف منها الأشباه و النظائر في أصول الفقه و البحر الرائق في كنز الدقائق فقه ثمانية أجزاء منها سبعة له و الثامن تكملة الطوري توفي 970هـ 1563م، الأعلام للزركلي ج03، ص64.

³ الأشباه والنظائر لابن نجيم دار الكتب العلمية بيروت لبنان 1400هـ 1980م ص94.

⁴ العرف وأثره في فقه المعاملات المالية عند الحنابلة ص 232/233/234.

الفرع الثاني: أن يكون العرف المراد تحكيمه في التصرفات قائماً عند إنشائها

العرف إنما يعمل فيما يوجد بعده لا فيما مضى قبله، فالعرف الحاكم في أمر من الأمور بين الناس إنما يجب أن يكون موجوداً عند وجود هذا الأمر ليصلح حمله عليه. وهذا احترازاً عن العرف الحادث، فإنه لا عبرة له بالنسبة إلى الماضي ولا يحكم فيه. وهذه الشريطة أيضاً شاملة للعرف اللفظي والعملية:

1/ ففي العرف اللفظي تبين أن كلام المتصرف بالإرادة المنفردة كالوقف و الحلف و النذر و الوصية و الطلاق و كذا كلام العاقد في العقود، إنما يُحْمَلُ على معانيه العرفية دون معانيه اللغوية في أصل اللغة. ولكن هذا العرف اللفظي الذي تحمل عليه معاني الكلام إنما هو العرف القائم حين صدور هذه التصرفات من أصحابها، لأنه هو الذي يعين مراد المتكلم . فإذا تغير العرف بعد ذلك في مفاهيم تلك الألفاظ و التراكيب الواردة في الوقفيات و الوصايا و سائر الصكوك فلا عبرة للعرف الحادث في تفسير التصرفات القولية الواقعة في ظلّ العرف القديم، وإنما الذي يحمل على العرف اللفظي الجديد هو ما يصدر بعده من تصرفات.

يقول العلامة ابن نُجَيْم في الأشباه و النظائر "العرف الذي تحمل عليه الألفاظ إنما هو المقارن السابق دون المتأخر ، و لذا قالوا لا عبرة بالعرف الطارئ"¹ . ومثل ذلك يقال في نصوص الشارع أيضاً.

فالنصوص التشريعية يجب أن تفهم بحسب مدلولاتها اللغوية و العرفية في عصر صدور النص، لأنها هي مراد الشارع، ولا عبرة لتبدل مفاهيم الألفاظ في الأعراف الزمنية المتأخرة، و إلا لم يستقر للنص التشريعي معنى.

فمثلاً لفظ " في سبيل الله" من آية مصارف الزكاة له معن عرفي إذ ذاك هو مصالح الجهاد الشرعي، أو سبل الخيرات مطلقاً على اختلاف بين العلماء في ذلك.

و لفظ "ابن السبيل" فيها أيضاً معناه العرفي: من ينقطع من الناس في السفر.

فإذا تبدل عرف الناس في شيء من هذه التعابير ، فأصبح مثلاً معنى "سبيل الله" طلب العلم خاصة، و أصبح معنى "ابن السبيل" الطفل اللقيط الذي لا يعرف له أهل، فإن النص التشريعي يظل محمولاً على معناه العرفي الأول عند صدوره، و معمولاً به في حدود ذلك

¹ الأشباه و النظائر، ابن نجيم الحنفي ص101.

المعنى، لأنه هوة مراد الشارع، ولا عبرة للمعاني العرفية أو الاصطلاحية الحادثة بعد ورود النص.

2/العرف العملي أيضا إنما يعتبر في كل تصرف من الأعراف المؤثرة فيه ما كان موجودا عند التصرف دون الحادث بعده .

فلو تبدّل عرف الناس مثلا فيما يعدّ عيبا في المبيع، أو فيما يدخل في البيع تبعا للمبيع، أو في تقسيط أجرة العقارات المأجورة أو في كون سنة الإيجار شمسية أو قمرية أو في تقسيم المهر في النكاح إلى معجل و مؤجل إلى غير ذلك من الشؤون، فإنّ العرف الحادث لا يسري على التصرفات السابقة ولا يبدّل شيئا من أحكامها و التزاماتها، و إنما تخضع له التصرفات الجديدة الواقعة في ظله.

الفرع الثالث: ألا يعارض العرف تصريح بخلافه

إنّ سكوت المتعاقدين عن الأمر المتعارف دليلٌ على إقراره و الرضا به، فإذا صرّحا بخلافه كان ذلك ناقصا لهذه الدلالة مبطلا لهذا العرف؛ لأن العرف أضعف من دلالة اللفظ، "و لا عبرة بالدلالة في مقابلة التصريح"

قال الإمام العز بن عبد السّلام -رحمه الله- : " كل ما يثبت بالعرف إذا صرّح المتعاقدان بخلافهما يوافق مقصود العقد صح "

من أمثلة ذلك: أنّ العرف عند التجار أن أغلب السلع تباع نقدا، حالةً غير مؤجلة، فلو اتفق العاقدان على بيعها بالتقسيط، أو إلى أجل مسمى فإنّه يُعمل بهذا التصريح و لا يلتفت حينئذٍ إلى العرف. وكذا لو كان العرف أنّ مصاريف التصدير على المشتري، و اتفقا أن تكون على البائع - صحّ ذلك وكان مُلغيا لاعتبار العرف.

و علم من هذا أنّ قولهم " المعروف عرفا كالمشروط شرطا" و "المعروف بين التجار كالمشروط بينهم" مقيّد بعدم التصريح بخلافه، لأنّه "لا عبرة بالدلالة في مقابلة التصريح".¹

الفرع الرابع : ألا يكون في العرف تعطيل لنص ثابت أو لأصل قطعي في الشريعة

إذا كان العرف مخالفا لبعض الأدلة الشرعية من نصوص الشريعة أو من قواعدها و أصولها، فالمبدأ العام الذي يُستخلص من أقوال الفقهاء و الباحثين إجمالا هو أنّه: إذا ترتب على العمل بالعرف تعطيل لنص شرعي أصل قطعي في الشريعة لم يكن عندئذٍ للعرف اعتبار لأنّ نص الشارع مقدّم على العرف.

¹ العرف حجبيته و اثره في فقه المعاملات عند الحنابلة ص 228/227.

وقد ذكر الإمام السرخسي هذا المعنى في كتابه المبسوط بقوله " وكل عرف ورد النص بخلافه فهو غير معتبر"¹

أما إذا لم يترتب على العرف هذا التعطيل، بل كان العرف مما يمكن تنزيل النص الشرعي عليه أو التوفيق بينهما فالعرف عندئذ معتبر و له سلطان محترم.²

¹ المبسوط، لشمس الدين ابو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي تحقيق خليل محي الدين الميس دار الفكر للطباعة والنشر بيروت لبنان ط 1
1421هـ-2000م ، ج 12 ص 348.
² المدخل الفقهي العام ص845.

الفصل الثاني

المبحث الأول: ماهية النكاح

المطلب الأول: مفهوم النكاح

المطلب الثاني: مشروعية النكاح

المطلب الثالث: الحكمة من تشريع الزواج

المبحث الأول : ماهية النكاح

المطلب الأول مفهوم النكاح

الفرع الأول : لغة

النكاح: الضم و الجمع،¹ وتناكحت الأشجار إذا انضم بعضها إلى بعض أو من نكح المطر الأرض إذا اختلط بثراها² و النكاح الوطاء و العقد له، نكح كمنع و ضرب و نكحت و هي ناكح و ناكحة، ذات زوج و استنكحها نكحها، و أنكحها زوجها و الاسم النكح، بالضم و الكسر. ورجل نكحة ونكح: كثيرة، و كان يقال لأم خارجة عند الخطبة: خطب، فتقول نكح، فقالوا أسرع من نكاح أم خارجة. و نكح النعاس عينه: غلبها. و نكح المطر الأرض: اعتمد عليها و النكح بالفتح: البضع و المناكح النساء.³

الفرع الثاني: اصطلاحا

تتوعدت تعاريف أئمة المذاهب للنكاح بحسب وجهة النظر لكل إمام من الأئمة: الحنفية: هو عقد وُضِعَ لتمليك منافع البضع، يفيد تمتع الرجل من امرأة لم يمنع من نكاحها مانع شرعي.⁴

المالكية: النكاح عقد على مجرد متعة التلذذ بأدمية، غير موجب قيمتها ببينة قبله، غير عالم عاقدها حرمتها إن حرّمها الكتاب على المشهور أو الإجماع الآخر.⁵ شرح التعريف : عبّر الشيخ في الجنس هنا بالعقد لأن النكاح فيه إيجاب وقبول من جانبيين والعقد فيه لزوم للعائد على نفسه أمرا من الأمور، وأصل العقد في اللغة الربط ومنه عقد إزاره وقد يستعار ويستعمل للمعاني.

والنكاح والبيع وغير ذلك فيها للنفس فلذا قال "عقد" لأنه موافق للمقولة ثم قال "على مجرد" هذا هو المعقود عليه.

قوله " على مجرد " مجرد اسم مفعول من جرد ، وهو صفة قبل الإضافة للمتعة . أي المتعة المجردة بمعنى أنها المقصودة من غير إضافة شيء إليها، واحتترز به من العقد

¹ التعريفات للجرجاني ص 316.

² المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، للرافعي، تأليف العلامة أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي المتوفى 770هـ، بمكتبة السيد عبد الواحد بك الطوبوي و أخيه بمطبعة التقدم العلمية بدرب الدليل بمصر المحمية، 1322هـ- ج 02 ص 138.

³ القاموس المحيط مجد الدين يعقوب الفيروزآبادي، تحقيق مكتبة التراث في مؤسسة الرسالة الطبعة الثامنة 1426هـ / 2005م، مادة نكح ص 246.

⁴ شرح فتح القدير للإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري المعروف بابن الهمام الحنفي الطبعة الأولى بالمطبعة الكبرى الأميرية 1315هـ بالقسم الأدبي ج 02 ص 340.

⁵ شرح حدود ابن عرفة الموسوم الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الواقية، لأبي عبد الله محمد الأنصاري الرصاع تحقيق محمد أبو الأجناف دار الغرب الاسلامي الطبعة الأولى 1993 القسم الأول ص 235.

على المنافع والذوات والمتعة معلومة مشهورة فلذا عرفه بها وهي التلذذ، والتمتع أعم من التلذذ لأن التمتع يكون معنوياً وحسياً كتمتع الجاه والولاية وتمتع الركوب والاكل والمقدمات والتلذذ يكون في الأمور الحسية، فأخرج بمجرد المتعة ما ذكرنا ما لم يقصد ودخل ما قصد في أصله التمتع فقط ، ثم أخرج الأمور المعنوية بقوله التلذذ، ثم أخرج من الحسية التلذذ بالطعام والشراب بقوله "آدمية" هذا الذي ظهر، وزعم بعض المشايخ أنه أخرج به العقد على الجنية.

ثم قال " غير موجب قيمتها" هذا القيد أخرج به تحليل الأمة إذا وقع ببينة فإذا يصدق عليه أنه عقد على مجرد التلذذ بآدمية ببينة لكنه عقد على تلذذ بآدمية يوجب ذلك التلذذ قيمة الآدمية، والقيمة في المحللة تجب بالتلذذ وقيل بالغيبية على المحللة وإطلاق متعة التلذذ يوجب إدخال نكاح الخصي والمجبوب، وهو ظاهر.

قوله: "ببينة" حال من التلذذ معناه في حال كون التلذذ يكون ببينة قبل وجوده أخرج به صورة الزنا.

قوله: " غير عالم " يحتمل فيه أن يكون نصبا على الحال من المضاف إليه وهو المتعة وهو المعقود عليه فكأنه قال عقد على المتعة المجردة في التلذذ بآدمية حال كون المتعة غير عالم عاقدها حرمتها، وهي حال جرت على غير من هي له، بمعنى أن المتعة المذكورة المقيدة في حاله كون العاقد عليها لا يعلم حرمتها ولما حذف الجار اتصل الضمير، ويحتمل الرفع على الصفة وهو الذي ينطق به كثير من الشيوخ، وأخرج بذلك صورة العقد على آدمية بالقيود المذكورة كلها والعاقد عالم بتحريم المتعة بتلك الآدمية كالعقد على الأخت والعمة وغير ذلك من المحرمات في كتاب الله تعالى فإن ذلك ليس بنكاح بل حكمه حكم الزنا والسفاح فلا يلحق فيه ولد ولا يُدرأ فيه حدّ لقوة الدليل على التحريم، هذا على القول المشهور في أن ذلك مقصور على ما حُرمت المتعة فيه بكتاب الله تعالى ولذا قال " إن حرمة الكتاب على المشهور". وجملة " إن حرمة " فيه تقييد وقع الحال موقعها فكأنها حال مقدر.

ثم أشار رحمه الله في أن ذلك لا يقتصر فيه على تحريم الكتاب بل ذلك عام فيما وقع تحريمه بالكتاب وبغيره، وهو أعم وأشمل مما حرمه الكتاب. وحده مما عدد في كتاب الله

تعالى فلذا قال " أو الإجماع على الآخر " وهو معطوف على الكتاب أي ما حرمه الإجماع على القول الآخر.¹

الشافعية: فقد قالوا بأن النكاح هو عقد يتضمّن إباحة وطء بلفظ إنكاح أو تزويج أو ترجمة.²
الحنابلة: بأنّه عقد التزويج، فعند اطلاق لفظه ينصرف إليه ما لم يصرفه عنه دليل.³

المطلب الثاني: مشروعية النكاح

الفرع الأول: من الكتاب

تضافرت الآيات القرآنية التي تدل على مشروعية النكاح منها :

قوله تعالى: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنًا وَثُلَاثًا وَرُبْعًا﴾ النساء: ٣ - ٤

وقوله تعالى ﴿وَاللّٰهُ جَعَلَ لَكُم مِّنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُمْ مِّنْ أَنْفُسِكُمْ بَيْنًا وَحَفْذَةً وَرَزَقَكُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ

أَفِئَاتٍ لِّبَطِلٍ يُؤْمِنُونَ وَيَنْعَمَتِ اللَّهُ بِهِمْ يَكْفُرُونَ﴾ النحل: ٧٢

وقوله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيْمَىٰ مِنَ الصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِن يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَاللَّهُ وَسِعُ

عِلْمُهُ﴾ النور: ٣٢

قال صاحب أضواء البيان في قوله تعالى .﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيْمَىٰ﴾ النور: ٣٢ الانكاح هنا معناه التزويج

وأنكحوا الايامي أي زوجوهم، والأيامي جمع أيم بفتح الهمزة وتشديد الياء المكسورة والأيم هو

من لا زوج له من الرجال والنساء سواء كان قد تزوج قبل ذلك أو لم يتزوج قط.⁴

الفرع الثاني: من السنة

1/ عن أنس بن مالك رضي الله عنه قال: " جاء ثلاثة رهط إلى بيوت أزواج النبي صلى

الله عليه وسلم يسألون عن عبادة النبي صلى الله عليه وسلم فلما أخبروا كأنهم تقالوها ،

فقالوا وأين نحن من النبي صلى الله عليه وسلم؟ وقد غفر الله له ما تقدم من ذنبه وما تأخر

قال أحدهم : أما أنا فإنني أصلي الليل أبدا ، وقال آخر أنا أصوم الدهر ولا أفطر ، وقال

آخر أنا أعتزل النساء فلا أتزوج النساء أبدا.

¹ شرح حدود ابن عرفة الموسوم الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية لابي عبد الله محمد الانصاري الرصاع دار الغرب الاسلامي ط1 1993 م ص236/235.

² مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، لشمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني دار الفكر بيروت- لبنان (د ت، د ط)، ج 03/ ص123

³ المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني لعبد الله بن قدامة المقدسي دار الفكر بيروت ط1 1405هـ ج 07 ص 333.

⁴ أضواء البيان محمد الامين الشنقيطي دار الفكر بيروت لبنان 1415هـ 1995م ج05 ص528.

فجاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : " أنتم الذين قلتم كذا وكذا أما والله إني لأخشاكم لله وأتقاكم له ، لكني أصوم وأفطر ، وأصلي وأرقد ، وأتزوج النساء فمن رغب عن سنتي فليس مني." ¹

وجه الاستدلال أن النبي صلى الله عليه وسلم بين فضل النكاح ورغب فيه فقد جعله النبي صلى الله عليه وسلم سنة من سنن هذا الدين ومن تنطع وامتنع فقد وقع في محذور مخالفة رسول الله صلى الله عليه وسلم في النكاح. ²

2/ عن عبد الرحمان بن يزيد قال: دخلت مع علقمة والأسود على عبد الله فقال: عبد الله كنا مع النبي صلى الله عليه وسلم شبابا لا نجد شيئا فقال لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم: " يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج، فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج، ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء." ³

3/ عن معقل بن يسار رضي الله عنه قال: جاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: " إني أصبت امرأة ذات حسب و منصب ومال إلا أنها لا تلد أفأتزوجها؟ فنهاه ثم أتاه الثانية فقال له مثل ذلك فنهاه ثم أتاه الثالثة فقال له مثل ذلك فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " تزوجوا الودود الولود فإني مكاثر بكم الأمم." ⁴

4/ عن عبد الله بن عمرو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: " الدنيا متاع وخير متاع الدنيا المرأة الصالحة." ⁵

الفرع الثالث: الإجماع

من جملة ما قدمت من النصوص وذلك من القرآن و السنة يتضح جليا أن الأدلة صريحة صحيحة في إثبات مشروعية النكاح فلا يمكن القرح فيها و عليه فقد أجمع المسلمون على أن النكاح مشروع. ⁶

فقد ذكر البلقيني ⁷ " أن النكاح مشروع من عهد آدم صلى الله عليه وسلم و استمرت مشروعيته، بل هو مشروع في الجنة و لا نظير له فيما يتعبد به من العقود بعد الايمان." ¹

¹ صحيح البخاري، باب الترغيب في النكاح، ج 05 ص 1949.

² فتح الباري شرح صحيح البخاري لابن حجر ج 09 ص 106.

³ صحيح البخاري، باب من لم يستطع الباءة فليصم، ج 05 ص 1950.

⁴ الحاكم في المستدرک على الصحيحين و قال هذا حديث صحيح الاسناد كتاب النكاح ج 02 ص 176.

⁵ الجامع الصحيح أبو الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري دار الجيل بيروت + دار الآفاق الجديدة باب خير متاع الدنيا المرأة الصالحة ج 04 ص 178 .

⁶ المغني، لابن قدامة ج 07 ص 334.

⁷ البلقيني هو المجتهد سراج الدين أبو حفص عمر بن رسلان بن نصير بن صالح بن شهاب بن عبد الخالق بن محمد بن مسافر بن الكتاني الشافعي. ولد في ثان من شعبان سنة 724 هـ اخذ الفقه عن التقي السبكي والنحو عن حيان مات في عاشر من ذي القعدة سنة 805 هـ أنظر ذيل طبقات الحفاظ للذهبي للسيوطي ج 01 ص 245.

المطلب الثالث: الحكمة من تشريع الزواج

لقد رغب الإسلام في الزواج على هذا النحو، وحبب فيه لما يترتب عليه من آثار نافعة تعود على الفرد نفسه خاصة وعلى الأمة و النوع الانساني عامة ودوافع الزواج متعددة منها:

1/ أن الغريزة الجنسية من أقوى الغرائز وأعنفها وهي تلح على صاحبها دائما في إيجاد مجال لها، فإذا لم يكن ثمة ما يشبعها إنتاب الإنسان الكثير من القلق والاضطراب ونزعت به إلى شر منزع، والزواج هو أحسن وضع طبيعي وأنسب مجال حيوي لإرواء الغريزة و إشباعها فيهدأ البدن من الإضطراب وتسكن النفس من الصراع ويكف النظر عن التطلع إلى الحرام وتطمئن العاطفة إلى ما أحل الله وهذا هو ما أشارت إليه الآية الكريمة ﴿ وَمَنْ ءَايَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً ۗ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يُفَكِّرُونَ ﴾ (الروم: ١٩ - ٢١)

2/ والزواج أحسن وسيلة لإنجاب الأولاد وتكثير النسل واستمرار الحياة مع المحافظة على الأنساب التي يوليها الإسلام عناية فائقة وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " تزوجوا الودود الولود فإني مكاثر بكم الأمم".²

3/ بالزواج تنمو غريزة الأبوة والأمومة في ظل الطفولة وتنمو مشاعر العطف والود والحنان وهي فضائل لا تكمل إنسانية إنسان بدونها.

4/ الشعور بتبعية الزواج و رعاية الأولاد يبعث على النشاط وبذل الوسع في تقوية ملكات الفرد ومواهبه فينطلق إلى العمل من أجل النهوض بأعبائه والقيام بواجبه فيكثر الاستغلال وأسباب الاستثمار، مما يزيد في تنمية الثروة وكثرة الإنتاج .

5/ الزواج هو السبيل الأمثل لإعفاف كل واحد من الزوجين نفسه وإحصانها حتى لا يقع في الفاحشة ولا يسلك مسلك خاطئ في قضاء الشهوة واستمتاع كل واحد من الزوجين بالآخر وهذا الاستمتاع إنما أحله الله لعباده قال تعالى ﴿ فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾

﴿ فَرِيضَةً ۚ ﴾ النساء: ٢٤

6/ الزواج سبيل لاكتمال خصائص الرجولة والأنوثة عند الرجال والنساء فكثير من الخصائص تكتمل وتتحقق في ظلال الحياة الزوجية ومنها العواطف النبيلة التي يشعر بها

¹ معني المحتاج، ج 03 ص 166.

² سبق تخريجه

كل واحد من الزوجين ومنها التكامل في الواجبات والحقوق التي يتبادلها الزوجان و كثير من الشباب المستهتر الطائش يتحول استهتاره و طيشه إلى رزانة ووقار عندما يتزوج ويتحمل مسؤولية الزوجة والأولاد ويصبح رجلا حازما عاملا يحسن التفكير واتخاذ القرار.¹

¹ أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة عمر سليمان الاشقر دار النفائس الأردن ط 1 1418 هـ 1997 م ص 19/18.

المبحث الثاني: مسائل تتعلق بالنكاح وأثر العرف فيها

المطلب الأول: الألفاظ التي ينعقد بها النكاح

المطلب الثاني: صيغة عقد النكاح وحكم تراخي الإيجاب عن القبول

المطلب الثالث: الكفاءة في النكاح

المطلب الرابع: العدالة في الولي والشهود

المطلب الخامس: شروط عقد النكاح

المطلب السادس: أهلية الزوجين من حيث السن

المطلب السابع: حكم تأخير الوطء إلى ليلة الزفاف

المطلب الثامن: طبيعة إعلان عقد النكاح وأثر العرف فيه

المطلب التاسع: حكم سكوت البكر

المبحث الثاني: مسائل تتعلق بالنكاح وأثر العرف فيها

المطلب الأول: الألفاظ التي ينعقد بها النكاح

اصطلحت العرب من قديم على مصطلحات فيما بينهم يتعارفونها لإمضاء التصرفات والعقود التي ينشئونها فيما بينهم وذلك حتى يتيسر لهم إنشاء هذه التصرفات وقد جاء الاسلام فأقرّ أعرافهم اللغوية لإنفاذ تعاملاتهم بشتى أنواعها فجعلوا ألفاظا للزواج من أعرافهم لم يرد بها نص من كتاب أو سنة فكانت سببا لنشوء الخلاف بين الفقهاء فمنهم من يرى صحة هذه العقود ومنهم من يرى خلاف ذلك .

الفرع الاول: أقوال وأدلة الفقهاء في الفاظ انعقاد النكاح

• أقوال الفقهاء

اتفق الفقهاء¹ رحمهم الله على انعقاد النكاح بلفظ الإنكاح و التزويج واختلفوا في غير هذين اللفظين على مذاهب هي :

1/المذهب الأول:

ذهب الشافعية² والحنابلة³ إلى أنه لا ينعقد النكاح بغير لفظي الإنكاح والتزويج .

2/ المذهب الثاني:

ذهب الحنفية⁴ إلى عقد النكاح ينعقد بغير اللفظين "النكاح والتزويج" بل ينعقد بلفظ البيع والهبة حتى.

3/ المذهب الثالث:

ذهب المالكية⁵ إلى أن النكاح ينعقد بلفظ الملك والصدقة و الإنكاح والتزويج و الإيعاء وكذلك ينعقد بلفظ الهبة إن سمى صداقا حقيقة أو حكما، فإذا لم يسمّ الصداق لم ينعقد النكاح.

¹ البحر الرائق شرح كنز الدقائق زين الدين ابن نجيم دار المعرفة بيروت (د ت، د ط) ج 3 ص 91. / بداية المجتهد ونهاية المقتصد محمد بن احمد بن محمد بن احمد بن رشيد القرطبي 595هـ دار المعرفة بيروت لبنان الطبعة 06، 1402- 1982 الجزء 02 ص 40. / مغني المحتاج إلى معرفة معني ألفاظ المنهاج ج03 ص190. / الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام المجل احمد بن حنبل علاء الدين أبي الحسن علي سليمان المرادوي تحقيق محمد حامد الفقي ط 01 1375 هـ - 1956 م ج 08 ص45.

² مغني المحتاج ج03 ص 190.

³ الإنصاف، ج08 ص45.

⁴ بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع علاء الدين الكاساني دار الكتاب العربي 1982م بيروت د ط، ج02 ص229.

⁵ بداية المجتهد و نهاية المقتصد ج02 ص 04، / مواهب الجليل لشرح مختصر خليل،أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي،دار الكتب العلمية بيروت ط1416، 1995 م، ج 05 ص 44 / حاشية الصاوي على الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الامام مالك أبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير دار المعارف (د ط، د ت)، ج 02 ص 351.

الفرع الثاني : أدلة الفقهاء

أدلة المذهب الأول:

ذهب الشافعية و الحنابلة إلى أن انعقاد النكاح لا يتم إلا بلفظ الإنكاح والتزويج و ما يشق منهما و استدلوا على ذلك بالأدلة التالية:

قوله تعالى ﴿ وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ ﴾ النساء: ٢٢

قوله تعالى ﴿ فَلَمَّا قَضَى زَيْدٌ مِنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَاكَهَا ﴾ الأحزاب: ٣٧

قوله تعالى ﴿ فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مِمَّنِّي وَتِلْكَ ﴾ النساء: ٣

ومن السنة ما أخرجه الامام مسلم في صحيحه من حديث جابر رضي الله عنه قال: قال النبي صلى الله عليه وسلم في خطبة الوداع : "...فاتقوا الله في النساء فإنكم أخذتموهن بأمان الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله ...".¹

ووجه الاستدلال: اقتصر الشافعية و الحنابلة على لفظي الانكاح و التزويج فلا ينعقد عندهم النكاح بغير هذين اللفظين لأن نص الكتاب ورد بهما و لم يُذكر سواهما في القرآن الكريم فوجب الوقوف معهما تعبدا و احتياطا لأن النكاح ينزع إلى العبادات لورود النذب فيه، و الأذكار في العبادات تُتلقى من الشرع و الشرع إنما ورد بلفظي التزويج و النكاح.²

وأما لفظ الهبة الذي ورد في قوله تعالى ﴿ وَأَمْرًا مُؤْمِنَةً إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا خَالِصَةً لَكَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ ﴾ الأحزاب: ٥٠ فوجه الدلالة منها أن الله جل وعلا

جعل لفظ النكاح بلفظ الهبة خالصا لرسوله صلى الله عليه وسلم دون أمته.³

¹ صحيح مسلم ، باب حجة النبي صلى الله عليه وسلم ، ج 04 ص.39.

² مغني المحتاج ج03 ص 190.

³ الحاوي الكبير في فقه الشافعي أبو الحسن علي بن محمد بن محمد الشهير بالماوردي دار الكتب العلمية ط 1414 هـ 1994 م ج09 ص153.

أدلة المذهب الثاني: ذهب الحنفية والمالكية إلى أن انعقاد النكاح لا يقتصر على لفظي

الإنكاح والتزويج واستدلوا على ذلك بقوله تعالى ﴿وَأَمْرًا مُّؤْمِنَةً إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ

أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا خَالِصَةً لَّكَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ ٥٠﴾ الأحزاب: ٥٠ ووجه الدلالة من الآية أن نكاح

النبي صلى الله عليه وسلم انعقد بلفظ الهبة فينعقد به نكاح أمته. ¹

ومن السنة حديث سهل بن سعد الساعدي أن امرأة جاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله جنئت لأهب لك نفسي، فنظر إليها رسول الله صلى الله عليه وسلم فصعد إليها النظر وصوبه ثم طأطأ رأسه، فلما رأت المرأة أنه لم يقض فيه شيئاً جلست فقام رجل من أصحابه فقال: يا رسول الله إن لم يكن لك بها حاجة فزوّجنيها، فقال و هل عندك من شيء؟ قال: لا والله يا رسول الله، فقال اذهب إلى أهلك فانظر هل تجد شيئاً؟ فذهب ثم رجع فقال لا والله ما وجدت شيئاً قال: أنظر ولو خاتماً من حديد فذهب ثم رجع فقال لا والله يا رسول الله ولا خاتم من حديد، ولكن هذا إزاري قال سهل (ماله رداء) فلها نصفه ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم وما تصنع بإزارك إن لبستته لم يكن عليها منه شيء وإن لبستته لم يكن عليك شيء، فجلس الرجل حتى إذا طال مجلسه قام فراه رسول الله صلى الله عليه وسلم مولياً فأمر به فدعي فلما جاء قال ماذا معك من القرآن قال معي سورة كذا وسورة كذا عددها، قال تقرؤهن عن ظهر قلبك؟ قال نعم، قال اذهب قد ملكتكها بما معك من القرآن". ²

وجه الاستدلال قوله صلى الله عليه وسلم: "ملكتكها بما معك من القرآن" دلّ على أن لفظ الهبة والتمليك ونحوهما كانت متعارفة بينهم. ³

الفرع الثالث: مناقشة الادلة

1/ إعتراض الشافعية على الحنفية :

في قوله تعالى ﴿وَأَمْرًا مُّؤْمِنَةً إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ﴾ الأحزاب: ٥٠ قال الشافعية ⁴ أن الآية في غاية الوضوح في الدلالة على أن التزويج بطريق الهبة من خصوصيات الرسول صلى الله عليه

¹ بدائع الصنائع للكسائي ج 02 ص 230. / بداية المجتهد لابن رشد ج 02 ص 04.

² صحيح البخاري، باب تزويج المعسر، ج 05 ص 1956.

³ اللباب في الجمع بين السنة والكتاب للمنبجي تحقيق الدكتور محمد فضل عبد العزيز المراد دار القلم دمشق ط 2 1414 هـ 1994، ج 02 ص 654.

⁴ الحاوي الكبير ج 09 ص 153. / أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة ص 86.

وسلم وما كان من خصوصياته لم يصح أن تشاركه فيه أمته وهذا هو المعنى الخالص من

قوله تعالى ﴿ خَالِصَةً لَّكَ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ ﴾ الأحزاب: ٥٠

وأما استدلالهم بحديث ملكتها بما معك من القرآن فالجواب أنه ورد فيه زوجتكها، وزوجناكها، وأنكحتكها من طرق صحيحة فإما أن يكون قد جمع بين الألفاظ أو يحمل على أن الراوي ورى بالمعنى ظنا منه أنها بمعنى واحد، أو يكون خاصا به وعلى كل تقدير لا يبقى حجة.¹

2/ اعتراض الحنفية على الشافعية :

ردّ عل استدلال الشافعية من أن انعقاد النكاح بلفظ الهبة من خصوصيات النبي صلى الله عليه وسلم فلا يمكن للأمة أن تشاركه فيه بأن ما اختص به النبي صلى الله عليه وسلم في النص الكريم هو الزواج من غير ولي ولا شهود ولا مهر لا انعقاد النكاح بلفظ الهبة مع وجود الولي والشهود والمهر.

و أما قوله صلى الله عليه وسلم: " ملكتها بما معك من القرآن " فهذا الحديث ورد بروايات مختلفة وهذا يدل على أن الراوي إنما نقل الحديث الأول بالمعنى.

و الجواب أن هناك ثلاثة احتمالات وكلها تدل على صحة التزويج بلفظ ملكتها²:

الأول : أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال ملكتها والراوي نقل لفظ الرسول صلى الله عليه وسلم بالمعنى.

الثاني : أن الرسول صلى الله عليه وسلم قالها جميعا فنقل الراوي هذا مرة وهذا مرة، وعلى كلّ فالحديث حجة واضحة لمن ذهب إلى عدم الاقتصار على لفظي الإنكاح والتزويج في عقد النكاح.

والثالث: أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال "أنكحتكها" والراوي نقل اللفظ بالمعنى وهذا يدل

على أن هذين اللفظين الإنكاح والتملك كانا سواء في عقد الزواج لا فرق بينهما .

بعد استعراض الأدلة والمناقشات للمذاهب يتبين أن انعقاد النكاح لا يختص بألفاظ معينة بل

المعتبر فيه ما تعارفه الناس لما في ذلك من رفع الحرج والضيق عليهم، ولأن العبرة في

¹ مطالب اولي النهي في شرح غاية المنتهي مصطفى السيوطي د ط سنة النشر 1961م دمشق ج 05 ص 48.

² أحكام الزواج عمر سليمان الأشقر ص 86 .

العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني،¹ فينعدد النكاح بلفظ الهبة والعطية والصدقة والملك والتمليك والجعل والبيع والشراء على الأصح.² وفي هذا يقول ابن القيم رحمه الله: "أن الشارع استعمل لفظ التمليك في النكاح فقال ملكتها بما معك من القرآن وأعتق صفية وجعل عتقها صداقها ولم يأت معه بلفظ إنكاح ولا تزويج، وأباح الله ورسوله النكاح وردّ فيه الأمة إلى ما تتعارفه نكاحا بأي لفظ كان".³

المطلب الثاني: صيغة عقد النكاح وحكم تراخي الإيجاب عن القبول

الفرع الأول: تعريف الإيجاب

• لغة :

من وجب الشيء يجب وجوبا أي لزم و أوجبه الله واستوجبه أي استحقه.⁴ أوجب لك البيع و أوجبه هو ايجابا.⁵

• شرعا :

الإيجاب عند الحنفية هو اللفظ الصادر أولا من أحد المتخاصمين مع صلاحية اللفظ لذلك رجلا كان وامرأة، و القبول اللفظ الصادر ثانيا من أحدهما الصالح لذلك مطلقا.⁶ ويرى غير الحنفية أن الإيجاب ما صدر من البائع أو المؤجر أو الزوجة سواء صدر أولا أو آخرا لأنهم هم الذين سيملكون المشتري السلعة المبيعة والمستأجر منفعة العين والزوج العصمة.⁷

الفرع الثاني: تعريف القبول

• لغة :

قَبِلَ: قبلت العقد ، أقبله قَبُولًا بالفتح والضم، وقبلت القول صدقته وقبلت الهدية أخذتها وقبلت القابلة الولد تلقتة عند خروجه⁸، ويقال قبلت الشيء قبولا إذا رضيت به.⁹

¹ قواعد الفقه محمد عميم المجددي البركتي سنة النشر 1407 هـ - 1986م. ب كراتشي ص91.

² البحر الرائق ج03 ص91.

³ إعلام الموقعين عن رب العالمين، ابن قيم الجوزية تحقيق عبدالرؤوف طه سعد مكتبة الكليات الأزهرية مصر القاهرة 1388هـ - 1968م د ط ج02 ص26.

⁴ لسان العرب ابن منظور ج1 ص 793

⁵ تاج العروس ج 04 ص 333

⁶ البحر الرائق ج 03 ص87.

⁷ الموسوعة الفقهية الكويتية وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويت (ط من 1404 هـ - 1427هـ) دار ذات السلاسل الكويت + مطابع

دار الصفوة مصر + طبع الوزارة ، ج 07 ص202.

⁸ المصباح المنير أحمد الفيومي المقرئ ص 252.

⁹ لسان العرب ابن منظور ج05 ص3518.

• شرعا

ترتب الغرض المطلوب من الشيء على الشيء.

وعند الشافعية: القبول هو ما يدل على التملك كاشتريت وتملكت وقبلت.¹

الفرع الثالث: حكم تراخي القبول عن الإيجاب

يشترط أن يكون الإيجاب والقبول على الفور فلا يجوز الفصل بينهما بغير الخطبة ليسارتها.²

فينعقد النكاح بقول الزوج ابتداء للولي زوجني، فيفعل الولي بأن يقول زوجتك ودلّ إتيانها بالفاء على اشتراط الفور بين الإيجاب والقبول ويغترق التفريق اليسير.³ قال النووي: القبول في المجلس لا يكفي بل يشترط الفور.⁴

وفي القوانين الفقهية أن النكاح عقد لازم لا يجوز فيه الخيار ويلزم فيه الفور من الطرفين فإن تراخى فيه القبول عن الإيجاب يسيرا جاز وقال الشافعي لا يجوز مطلقاً وأجازه أبو حنيفة مطلقاً.⁵

وأما الحنفية والحنابلة فيصح عندهم تراخي القبول عن الإيجاب في عقد النكاح وإن طال الفصل بينهما ما لم يتفرقا عن المجلس أو يتشاغلا بما يقطعه عرفاً لأن المجلس له حكم حالة العقد.⁶

الفرع الرابع: أثر العرف في تراخي القبول عن الإيجاب

إن من شروط نفاذ العقد وإنشائه للتصرف أن يكون في مجلس واحد، فإذا اختلف المجلس أو تغير موضوع الكلام فيه فصل بين القبول والإيجاب بكلام خارج عن موضوع العقد لم يصح ذلك، وهو ما جاء في كتاب مواهب الجليل بنصه:

"وإن تراخى القبول عن الإيجاب لم ينعقد العقد، كذا لو حصل فاصل يفتضي الإعراض عما كانا فيه حتى لا يكون كلامه جواباً للكلام السابق في العرف لم ينعقد".⁷

وقد جاء في مغني المحتاج ما يدعم الكلام السابق أن الذكر الفاصل بين الإيجاب والقبول إن طال عرفاً بحيث يشعر بالإعراض عن القبول لم يصح النكاح.¹

¹ السراج الوهاج على متن المنهاج محمد الزهري الغمراوي دار المعرفة بيروت دط، دت، ص 172.

² الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني أحمد بن غنيم بن سالم النفاوي تحقيق رضا فرحات مكتبة الثقافة الدينية (د ط ، د ت) ج 01 ص 660.

³ جواهر الاكليل شرح مختصر خليل الصالح عبد السميع الازهري دار الكتب العلمية بيروت لبنان ط 1 1418 هـ 1997 م. ج 01 ص 389.

⁴ روضة الطالبين للإمام النووي دار الكتب العلمية دط دت ج 05 ص 384.

⁵ القوانين الفقهية محمد بن أحمد بن جزى الغرناطي (د ت ط) 01 ص 131.

⁶ الموسوعة الفقهية الكويتية ج 11 ص 155.

⁷ مواهب الجليل، ج 06 ص 30.

كما جاء في كتاب الإقناع أن مرد الفصل في تراخي القبول عن الإيجاب و ما يعد فاصلا إنما هو العرف بقوله " و إن تراخى أحدهما عن الآخر صح ما دام في المجلس ولم يتشاغلا بما يقطعه عرفا و إلا فلا.² فمن خلال هذه الأقوال يتبين أنّ المحكّم فيما يعتبره الناس إعراضا أم لا عن عقد النكاح هو ما تعارفوه بينهم و ساروا عليه لإمضاء عقودهم.

المطلب الثالث: الكفاءة في النكاح

الفرع الأول: تعريف الكفاءة

• لغة:

الكفاءة في اللغة من كفاً والكفيء بالمد النظير وكذا الكفء و الكفؤ بسكون الفاء وضمها والمصدر الكفاءة.³

ومنه الكفاءة في النكاح وهو أن يكون الزوج مساويا للمرأة في حسبها ودينها ونسبها وبيتها وغير ذلك، وتكافأ الشيطان تماثلا.⁴

• شرعا:

يختلف تعريف الكفاءة باختلاف موضوع البحث ففي باب النكاح: عرفها الحنفية: بأنها مساواة مخصوصة بين الرجل للمرأة أو كون المرأة أدنى.⁵ وعند المالكية: هي المماثلة أو المقاربة في السلامة من العيوب الموجبة للخيار.⁶ وعند الشافعية: هي أمر يوجب عدمه عاراً.⁷ وعند الحنابلة: هي المماثلة و المساواة.⁸

الفرع الثاني: الحكم التكليفي للكفاءة

اختلف الفقهاء في الحكم التكليفي لاعتبار الكفاءة في النكاح: فذهب الحنفية و الحنابلة إلى أنه يجب اعتبار الكفاءة في التزويج فجب تزويج المرأة من الأكفاء، ويحرم على ولي المرأة تزويجها بغير كفاء.

¹ مغني المحتاج، ج 03 ص 188.
² الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل أبي النجا شرف الدين موسى الحجوي المقدسي دار المعرفة بيروت لبنان ج 02 ص 57.
³ مختار الصحاح للرازي ج 01 ص 239.
⁴ لسان العرب لابن منظور ج 01 ص 139.
⁵ الدر المختار شرح تنوير الابصار وجامع البحار لـ محمد بن علي الحسكي دار الفكر بيروت 1386 هـ د ط ، ج 03 ص 84.
⁶ جواهر الاكليل شرح مختصر خليل صالح الأزهري ص 405.
⁷ مغني المحتاج ج 03 ص 165.
⁸ كشف القناع عن متن الإقناع منصور بن يونس بن إدريس البهوتي تحقيق هلال مصيلحي مصطفى هلال، دار الفكر، 1402 هـ بيروت ج 05 ص 67 .

وزهبوا إلى أنّ الكفاءة تعتبر للنساء لا للرجال، على معنى أنّه تعتبر الكفاءة في جانب الرجال للنساء و لا تعتبر في جانب النساء للرجال، لأنّ النصوص وردت بالاعتبار في جانب الرجال خاصة، فإن النبي صلى الله عليه وسلم لا مكافئ له و قد تزوج من أحياء العرب، وتزوج صفية بنت حيي رضي الله تعالى عنها.

وكذا المعنى الذي شرعت له الكفاءة يوجب اختصاص اعتبارها بجانبهم لأن المرأة هي التي تَسْتَكْفُ لا الرجل فأما الزوج فهو المُسْتَقْرَشُ فلا تلحقه الأنفة من قبلها.¹

اختلف الرأي عند المالكية في الكفاءة على رأيين:

الأول: أنّه للمرأة و للولي تركها، أي الكفاءة، وتزويجها من فاسق سَكَّير يؤمن عليها منه، وإلا رَدَّه الإمام و إن رضيت لحق الله حفظا للنفوس.²

الثاني: منع تزويجها من الفاسق ابتداء و إن كان يؤمن عليها منه و أنّه ليس لها ولا للولي الرضا به و هو ظاهر لأنّ مخالطة الفاسق ممنوعة و هجره واجب شرعا فكيف بخلطة النكاح.³

وقال الشافعية: يكره التزويج من غير كفاء عند الرضا إلا لمصلحة.⁴

الفرع الثالث: ما تعتبر به الكفاءة

اختلف الفقهاء فيما تعتبر به الكفاءة

مذهب الحنابلة: روي عن الإمام أحمد أن شروط الكفاءة شرطان وهما الدين والمنصب ويعني بالمنصب الحسب وهو النسب وعنه أنها خمسة الدين والمنصب والحرية والصناعة واليسار.

وللشافعي قول آخر هو هذه الخمسة والسلامة من العيوب الأربعة فتكون ستة، وكذلك قول أبي حنيفة إلا في الصنعة والسلامة من العيوب الأربعة.⁵

فالدليل على اعتبار الدين قوله تعالى ﴿ أَمَّنْ كَانَ مُؤْمِنًا كَمَنْ كَانَ فَاسِقًا لَا يَسْتَوُونَ ﴾ (السجدة: ١٧ - ١٨)

فلأن الفاسق مردود الشهادة والرواية غير مأمون على النفس والمال مسلوب الولاية

¹ بدائع الصنائع ج 02 ص 320 / الانصاف ج 08 ص 80 / المبدع شرح المقنع لابن مفلح دار عالم الكتب الرياض 1423 هـ - 2003 م ج 07 ص 46

/ الموسوعة الفقهية الكويتية ج 34 ص 267.

² الشرح الكبير للدردير أبو البركات تحقيق محمد عليش دار الفكر بيروت ط 2 ص 249.

³ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد عرفة الدسوقي، دار الفكر بيروت ج 02 ص 249.

⁴ الموسوعة الفقهية الكويتية ج 34 ص 268.

⁵ المغني لابن قدامة ج 07 ص 374.

ناقص عند الله تعالى وعند خلقه قليل الحظ في الدنيا والآخرة، فلا يجوز أن يكون كفؤاً لعفيفة ولا مساوياً لها.¹

والدليل على اعتبار النسب في الكفاءة قول عمر رضي الله عنه: والذي نفس عمر بيده لأمنن فروج نوات الأحساب إلا من ذوي الأحساب.²

ولأن العرب يعدون الكفاءة في النسب ويأنفون من نكاح الموالى ويرون ذلك نقصاً وعاراً . وأما اعتبار الحرية: فلا يكون العبد كفؤاً لحرمة بدليل ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم خبر بريرة حين عتقت عبد، فعن ابن عباس رضي الله عنهما أن زوج بريرة كان عبداً يقال له مغيث كأني أنظر إليه يطوف خلفها يبكي ودموعه تسيل على لحيته فقال النبي صلى الله عليه وسلم للعباس، يا عباس ألا تعجب من حبّ مغيث بريرة ومن بغض بريرة مغيثاً، فقال لها النبي صلى الله عليه وسلم لو راجعته فإنه أبو ولدك قالت يا رسول الله أتأمرني؟ قال إنما أنا شفيع قالت فلا حاجة لي فيه.³

وأما اليسار ففيه روايتان:

أحدهما أنه شرط في الكفاءة لقول النبي صلى الله عليه وسلم: "الحسب المال".⁴

وقال لفاطمة بنت قيس حين أخبرته أن معاوية خطبها: "وأما معاوية فصعلوك لا مال له".⁵

فكان من شروط الكفاءة النسب.

وفي بدائع الصنائع: "لا يكون الفقير كفاً للغنية لأن التفاخر بالمال أكثر من التفاخر بغيره عادة، وخصوصاً في زماننا هذا وإذا كان الزوج قادراً على مهر مثلها ونفقتها يكون كفاً لها وإن كان لا يساويها في المال وهذا هو الصحيح".⁶

والرواية الثانية: ليس المال بشرط لأن الفقر شرف في الدين وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم: "اللهم أحييني مسكيناً وتوفني مسكيناً واحشرنني في زمرة المساكين"⁷، وليس هو أمراً لازماً فأشبهه العافية من المرض واليسار المعتبر ما يقدر به على الإنفاق عليها حسب ما يجب لها ويمكنه أداء مهرها.

¹ نفس المصدر ج 07 ص 374.

² مصنف عبد الرزاق بن همام الصنعاني تحقيق حبيب الرحمن الاعظمي المكتبة الاسلامي بيروت ط 2 1403 هـ باب الأكفاء ج 06 ص 154.

³ سنن النسائي المجتبى من السنن أحمد شعيب النسائي تحقيق أبو غدة، مكتب المطبوعات الاسلامية حلب ط 2 1406 هـ 1986، باب شفاعة الحاكم للخصوم قبل فصل الحكم ج 08 ص 245.

⁴ المستدرک على الصحيحين للحاكم كتاب النكاح ج 02 ص 177. وقال الحاكم صحيح على شرط البخاري

⁵ صحيح مسلم باب المطلقة ثلاثاً لا نفقة لها ج 04 ص 195. حديث رقم 3770.

⁶ بدائع الصنائع للكسائي ج 02 ص 319.

⁷ المستدرک على الصحيحين للحاكم كتاب الرقائق ج 04 ص 358 وقال حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه .

وأما الصناعة : ففيها روايتان أيضا

إحدهما: أنها شرط فمن كان من أهل الصنائع الدنيئة كالحجام والحارس والزيال فليس بكفء لبنات ذوي المروءات وأصحاب الصنائع الجليلة كالتجارة والبناية لأن ذلك نقص في عرف الناس، فأشبهه نقص النسب بدليل حديث : العرب بعض لبعض أكفاء إلا حائكا أو حجاما¹. قيل لأحمد: كيف تأخذ به وأنت تضعفه قال العمل عليه يعني أنه ورد موافقا لأهل العرف .

وروي أن ذلك ليس بنقص ويروي نحو ذلك عن أبي حنيفة لأن ذلك ليس بنقص في الدين و لا هو لازم فأشبهه الضعف و المرض.²

وأما السلامة من العيوب التي اعتبرها الشافعي فليس من شروط الكفاءة فإنه لاخلاف في أنه لا يبطل النكاح بعدمها ولكنها تثبت الخيار للمرأة دون الأولياء.³

ورد الإمام مالك كل ذلك واعتبر الكفاءة في الدين لا غير قال ابن عبد البر⁴: هذا جملة

مذهب مالك و أصحابه وعن الشافعي كقول مالك⁵ بدليل قول الله تعالى ﴿إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ

أَتْقَانَكُمْ﴾ [الحجرات: ١٣] وقول النبي صلى الله عليه وسلم في خطبة الوداع كما ورد ذلك عند الإمام

البيهقي بسنده إلى جابر ابن عبد الله قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " يأيها الناس

إن ريكم واحد وإن أباكم واحد، ألا لا فضل لعربي على عجمي ولا لعجمي على عربي ولا

لأحمر على أسود ولا أسود على أحمر إلا بالتقوى، إن أكرمكم عند الله أتقاكم ألا هل

بلغت⁶. و قوله عليه الصلاة و السلام: " إذا أتاكم من ترضون دينه وخلقه فأنكحوه إلا تفعلوه

تكن فتنة في الأرض و فساد عريض "⁷.

¹ سنن البيهقي الكبرى أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر البيهقي تحقيق محمد عبد القادر عطا مكتبة دار الباز مكة المكرمة 1414هـ 1994م، أخرجه الإمام البيهقي باب اعتبار الصنعة في الكفاءة بلفظ: " العرب بعضها أكفاء لبعض قبيلة بقبيلة ورجل برجل والموالي بعضهم لبعض قبيلة بقبيلة ورجل برجل إلا حائك أو حجام " وهو ضعيف ج 07 ص 134 .

² المغني ج 0 ص 374 .

³ المغني ج 07 ص 374 .

⁴ أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي ولد سنة 368هـ في ربيع الآخر وطلب الحديث قبل مولد الخطيب بأعوام قال أبو الوليد الباجي لم يكن في الأندلس مثل أبي عمر في الحديث له كتابي بهجة المجالس ونوادر الشعر والتمهيد والاستنكار و الكافي على مذهب الإمام مالك في خمسة عشر مجلدا. كتاب تذكرة الحفاظ وذيوله للإمام الذهبي تحقيق زكريا عميرات دار الكتب العلمية بيروت لبنان ط1 1419هـ 1998م ج 03 ص 217.

⁵ الذخيرة شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي تحقيق محمد حجي دار الغرب د ط 1994 م بيروت ، ج 04 ص 213، مجموع شرح

المهذب، للنووي ج 16 ص 184، المغني ج 7 ص 374.

⁶ شعب الإيمان للبيهقي تحقيق محمد سعيد بسيني زغول ط1 1410هـ دار الكتب العلمية بيروت باب في حفظ اللسان ج 04 ص 289 .

⁷ سنن البيهقي باب الترغيب في التزويج من ي الدين والخلق المرضي ج 07 ص 82

إن تباين آراء المذاهب في اعتبار أوصاف الكفاءة بل حتى في المذهب الواحد يشير إلى أن مسألة اعتبار الكفاءة في الأوصاف المذكورة أمر نسبي يختلف باختلاف أعراف الناس و عاداتهم فالخصال التي ذكرها الفقهاء لاعتبار الكفاءة قد تغيرت بتغير الزمان و المكان ما استوجب تغيير النظرة إلى خصال الكفاءة حتى يتحقق مقصود الشارع الحكيم في استمرار العلاقات الزوجية و استقرارها ذلك أن العبرة في الكفاءة هي دفع العار و الحرج عن الفتاة و أهلها بحيث لا تعير و لا تحقر بزواجها من هذا الرجل وفق عرف البلد الذي تعيش فيه.¹

المطلب الرابع: العدالة في الولي والشهود

الفرع الأول: تعريف العدالة

• لغة

العدالة لغة من العدل وهو ما قام في النفوس أنه مستقيم وهو ضد الجور عدل الحاكم في الحكم يعدل عدلا ، والعدالة وصف للمصدر معناه ذو عدل قال تعالى في موضعين ﴿ وَأَشْهَدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ ﴾ [الطلاق: ٢] وقال ﴿ يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ ﴾ [المائدة: ٩٥] ويقال رجل عدل ورجلان عدل ورجال عدل وامرأة عدل ونسوة عدل كل ذلك على معنى رجال ذوا عدل ونسوة ذوات عدل فهو لا يثنى ولا يجمع ولا يؤنث.²

• شرعا:

هي الاعتدال في الأحوال الدينية وذلك يتم في أن يكون مجتبا للكبائر محافظا على مروءته وعلى ترك الصغائر وقيل صفاء السريرة واستقامة السيرة في ظن المعدل.³

الفرع الثاني: العدالة في الولي

اختلف الفقهاء في اشتراط العدالة في الولي إلى رأيين:

الرأي الأول: لا يشترط العدالة في الولي و هو رأي الحنفية و المالكية على المشهور ووجه

عند الشافعية و رواية عند أحمد و استدلوا بعموم قوله تعالى ﴿ وَأَنْكِحُوا الْأَيْمَىٰ مِنْكُمْ ﴾ [النور: ٣٢] و قوله صلى الله عليه و سلم: " تخيروا لنطفكم و أنكحوا الأكفاء و أنكحوا إليهم " ⁴ من

غير فصل و لأن الناس عن آخرهم عامهم و خاصهم من لدن رسول الله صلى الله عليه و

¹ تأثير العرف في تحديد معنى [الكفاءة] في الزواج، مروان محمد محروس المدرس الأعظمي ص 13 / 15 بتصرف.

² لسان العرب ج11 ص 430.

³ الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ج03 ص 396.

⁴ سنن ابن ماجة محمد بن يزيد أبو عبد الله القزويني تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي دار الفكر بيروت ، باب الأكفاء حديث رقم 1968، ج01 ص633. من حديث عائشة رضي الله عنها.

سلم إلى يومنا هذا يزوجون بناتهم من غير نكيرٍ من أحد خصوصاً الأعراب و الأكراد و الأتراك و لأن هذه ولاية نظر و الفسق لا يقدر في القدرة على تحصيل النظر ولأن الفاسق من أهل الولاية على نفسه فيكون من أهل الولاية على غيره كالعدل ولهذا قبلنا شهادته.¹ وفي حاشية الصاوي على الشرح الصغير في ذكره لشروط صحة الولي قال: لا عدالة، فلا تشتترط في الولي إذ فسقه لا يخرج عن الولاية فيتولى غير العدل عقد نكاح ابنته أو ابنة أخيه أو معتوقته إذ لم يوجد لها عاصب نسب.²

مناقشة الرأي الأول:

اعترض على أصحاب هذا الرأي أنه لا يصح أن يكون غير العدل ولياً بحال لما روي أن النبي صلى الله عليه و سلم قال: " لا نكاح إلا بولي" و روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: " لا نكاح إلا بولي مرشد و شاهدي عدل"، ولا مخالف له و المرشد من أسماء المدح و الفاسق ليس بممدوح.³

الرأي الثاني:

وذهب فريق آخر من الفقهاء إلى أنه تشتترط العدالة في ولاية النكاح و هو رأي الشافعية في المذهب و الحنابلة كذلك و غير المشهور عند المالكية و أضاف الشافعية أنه لا ولاية لفاسق غير الإمام الأعظم مجبراً كان أو لا فسق بشرب الخمر أولاً أعلن بفسقه أو لا بل تنتقل الولاية للأبعد لحديث "لا نكاح إلا بإذن ولي مرشد أو سلطان".⁴ و قال الإمام أحمد عن الحديث أنه أصح شيء في الباب. أما الإمام الأعظم فلا يقدر بفسقه لأنه لا ينعزل به.⁵

مناقشة الرأي الثاني:

رُد على هذا القول بأن الفاسق ولي في النكاح بكل حال و هو قول مالك و أبي حنيفة لقوله تعالى: " و أنكحوا الأيامى منكم" و هذا خطاب للأولياء ولم يفرق بين العدل و الفاسق، و لأن الكافر لما ملك تزويج ابنته الكافرة والمسلم الفاسق أعلى منه فلأن يملك تزويج وليته أولى.⁶

¹ الموسوعة الفقهية الكويتية ج 41، ص 253، بدائع الصنائع ج 02 ص 239.

² حاشية الصاوي على الشرح الصغير ج 04 ص 462.

³ المجموع شرح المذهب ج 16 ص 159.

⁴ سنن البيهقي باب لا نكاح إلا بولي مرشد حديث رقم 13491، ج 07 ص 124. حديث موقوف عن ابن عباس رضي الله عنه، و الطبراني في الأوسط و حسنه ابن حجر في فتح الباري ج 09 ص 191.

⁵ الموسوعة الفقهية الكويتية ج 41 ص 254، مغني المحتاج ج 03 ص 155.

⁶ المجموع شرح المذهب ج 16 ص 159.

أثر العرف في عدالة الولي:

من خلال ما سبق من أقوال الفقهاء و استدلالاتهم حول العدالة في الولي يتبين أن: العدالة شرط كمال لا شرط صحة في عقد النكاح و ذلك لأن الناس من لدن رسول الله صلى الله عليه و سلم عامهم وخاصهم إلى يومنا هذا يزوجون بناتهم من غير نكير من أحد و الناس فيهم العدل و فيهم الفاسق ، خاصة في أيامنا هذه مع كثرة عقود الزواج و بالتالي فإنه لا مانع من ولاية الفاسق، و لأنه يقدر حالة خاطب ابنته و هل يصلح زوجها أم لا حتى يدفع المعرة عن أهل بيته و لأن شفقتة على ابنته تمنعه من التهور في قراره و إذا اجتمع عدل و فاسق فإنه يقدم العدل على الفاسق لأنهما لا يستويان في دين الله أبدا قال

تعالى ﴿١٧﴾ أَفَمَنْ كَانَ مُؤْمِنًا كَمَنْ كَانَ فَاسِقًا لَّيَسْتَوِينَ ﴿١٨﴾ السجدة: ١٧ - ١٨.¹

الفرع الثالث: العدالة في الشهود:

اختلف الفقهاء في العدالة في الشهود على رأيين:

المذهب الأول:

فذهب الحنفية إلى أن العدالة في الشهود غير معتبرة فينعد العقد بحضور الفاسقين.²

المذهب الثاني:

اتفق الشافعية و الحنابلة على اعتبار العدالة في الشاهدين و على أنه يكفي العدالة ظاهرا فإن عرف الشاهد بالعدالة في الظاهر عند الزوجين صحت شهادته على العقد و لا يكلف الزوجان البحث عن حقيقة أمره لأن ذلك فيه مشقة و حرج، و قال المالكية إن وجد العدل فلا يُعدّل عنه إلى غيره و إن لم يوجد فتصح شهادة المستور الذي لم يعرف بالكذب.³

أدلة الفريق الأول:

أن الشهادة تحمل فتصح من الفاسق حال حضوره العقد، فلا تراعى فيه العدالة قياسا على سائر العقود ولأن من كان شرطا في عقد النكاح لم يراع فيه العدالة كالزوجين، صح أن ينعد بشهادة فاسقين.⁴

¹ الولاية في النكاح لـ عوض بن رجا العوفي، ط1، 1423هـ 2006م، الجامعة الاسلامية ج 02 ص 251/252.
² الإختبار لتعليل المختار، عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي تحقيق عبد اللطيف محمد عبد الرحمن، دار الكتب العلمية بيروت لبنان ط3، 1426هـ 2005م، ج 03 ص83، بدائع الصنائع ج02 ص 255.
³ الفقه على المذاهب الأربعة، عبد الرحمن الجزري، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، الطبعة الثانية، 1424هـ 2003م، ج 04 ص28.
⁴ الحاوي الكبير ج09 ص60.

أن الإشهاد في النكاح إنما المقصد منه دفع تهمة الزنا لا لصيانة العقود عند الإنكار و الجحود و التهمة تندفع بالحضور من غير قبول على أن معنى الصيانة تحصل بسبب حضورهما، وإن كان لا تقبل شهادتهما و أن النكاح يظهر و يشتهر بحضورهما فإذا ظهر و اشتهر تقبل الشهادة فيه بالتسامع فتحصل الصيانة.

أما في حالة انعقاد العقد و حضر من لا تقبل شهادته ثم أخبر به من تقبل شهادته جاز له الشهادة به بالتسامع.¹

كل من صلح أن يكون وليا في النكاح بولاية نفسه يصلح شاهدا فيه و إلا فلا، وكل من يملك قبول عقد بنفسه ينعقد ذلك العقد بحضوره ومن لا فلا.²

أدلة الفريق الثاني

قال تعالى: ﴿ فَإِذَا بَلَغَ أَحْلَاهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ ۗ ﴾ ^{الطلاق: ٢}

ووجه الاستدلال من الآية أنه لما شرط العدالة في الشهادة على الرجعة و هي أخف كان اشتراطها في النكاح المغلظ أولى.

قوله صلى الله عليه وسلم في الحديث الذي روته عائشة رضي الله عنها: " لا نكاح إلا بولي و شاهدي عدل و ما كان من نكاح على غير ذلك فهو باطل فإن تشاجروا فالسلطان ولي من لا ولي له".³

وجه الدلالة من الحديث: أن الحديث نص صريح في اعتبار العدالة في الشهود، فكل موضع وجبت فيه الشهادة اعتبرت فيه العدالة كالحقوق.⁴

أن الشهادة الفاسقين غير معتبرة في عقد النكاح فلا يُبْتُ بشهادتهما فلا ينعقد بحضورهما فهما كالمجنونين.⁵

أن الشهادة من باب الكرامة لتكريم الزواج و إظهار شأنه و الفاسق من أهل الإهانة فلا يكرم العقد به.⁶

¹ البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج 03 ص96.

² بدائع الصنائع، ج 02 ص 253.

³ صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان محمد ابن حبان بن أحمد ابو حاتم التميمي البستي تحقيق شعيب أرنوط مؤسسة الرسالة بيروت ط 2 1414هـ-1993م، باب الولي ج 09 ص386.

⁴ الحاوي الكبير ج09 ص60.

⁵ المغني لابن قدامة ج 07 ص337.

⁶ الفقه الاسلامي و أدلته و هبة الزحيلي دار الفكر ط2، 1405هـ-1985م، ج 07 ص75.

أن الشهادة خبر يرجح فيه جانب الصدق على جانب الكذب و الرجحان إنما يثبت بالعدالة.¹
مناقشة أدلة القائلين بعد اشتراط العدالة في الشهود

أما استدلالهم بأن حضور العقد حال تحمل لا تراعى فيه العدالة ففيه نظر، ذلك أن الشهادة في عقد النكاح و إن كانت تحملاً فهي تجري مجرى الأداء و ذلك من وجهين:
الأول: وجوبها في العقد كوجوبها في الأداء.

الثاني: أن يراعى فيه حرية الشهود و إسلامهم وبلوغهم كما يراعى في الأداء و إن لم تراعى في تحمل غيره من الشهادات فكذلك الفسق.

أما الجواب على قياسه على فسق الزوجين فهو أن العدالة لم تراعى في الشاهدين و إن لم تراعى في العاقدين و لأنه لما روعي حرية الشاهدين و إن لم يراعى حرية الزوجين كذلك فسق الشاهدين.²

مناقشة أدلة القائلين باشتراط العدالة في الشهود

أما استدلالهم بالآية الكريمة: ﴿ فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا

ذَوِي عَدْلٍ مِّنكُمْ ﴾ ^{الطلاق: ٢} فالجمهور يرى بعدم اشتراط الشهادة على الرجعة، وإنما حمل ذلك على الندب و الإرشاد.³ الرد على استدلالهم بحديث " لا نكاح إلا بولي و شاهدي عدل" فقد اختلف فيه، قال البيهقي: أنه ضعيف و الصحيح أنه موقوف.⁴

أما استدلالهم بأن شهادة الفاسقين غير معتبرة لأنهما في حكم المجنونين فالرد أن النص لم يفصل و لأنه يملك القبول فهو كالعدل و لأنه غير مسلوب الولاية عن نفسه فلا يسلبها عن غيره لأنه من جنسه.⁵

الراجح في العدالة في الشهود

إن اشتراط العدالة في الشهود بكل جزئياتها فيه مشقة و ضيق على الناس، ذلك أنها لا تتوفر في عصر الناس اليوم، و الشاهد العدل هو الذي يجتنب الكبائر و يتوقى الصغائر

¹ بدائع الصنائع ج 02 ص255.

² الحاوي الكبير ج 09 ص60.

³ وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المالية و الأحوال الشخصية ، محمد مصطفى الزحيلي، مكتبة دار البيان، الطبعة الأولى، 1402 هـ - 1982 م ، دمشق بيروت ج 01 ص 02 ج 29.

⁴ إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل للألباني المكتب الإسلامي بيروت الطبعة الثانية 1405 هـ - 1985 م، ج 06 ص240.

⁵ الاختيار لتعليق المختار ص83.

فذلك متعذر إلا في الأولياء و الصديقين، ولكن من كانت أكثر حاله الطاعة و هي الغالب من أحواله و هو مجتنب للكبائر محافظ على ترك الصغائر فهو العدل.¹
فالنكاح يقع في البوادي و بين عوام الناس فيكفي في الشاهد أن يكون مستور الحال لتعذر البحث عن عدالة الشهود في الباطن غالباً.²

أثر العرف في العدالة في الشهود:

أوجب الله تعالى العدالة في الشهود و هو أمر مختلف في تفسيره و لكنهم مع هذا الاختلاف اتفقوا على أنها تسقط بما يخل بالمروءة وهو أمر يثين الإنسان و يدل على حقارة نفسه عند أهل الفضل من الناس، و هذا يختلف باختلاف البيئات و الأزمنة فقد يكون أمراً مخلاً بالمروءة في عصر لا يعدُّ في غيره كذلك، فوكل ذلك إلى العرف ليبين ما الذي تردُّ به الشهادة.³

مثل كشف الرأس، فإنه يختلف بحسب البقاع في الواقع، فهو لذوي المروءات قبيح في البلاد المشرقية و غير قبيح في البلاد المغربية.
فالحكم الشرعي يختلف بذلك فيكون عند أهل المشرق قادحا في العدالة و عند أهل المغرب غير قادح.⁴

فلو ألغيت شهادة مكشوف الرأس و لم تعتبر لأصبح الناس في حرج و ضيق لإنشاء عقودهم و تصرفاتهم و الدين إنما جاء ميسراً في تكاليفه على الناس و عليه فيكون اعتبار العرف محكماً لكل ذلك.

المطلب الخامس: شروط عقد النكاح

تقسم الشروط باعتبار مصدرها إلى قسمين: شرط شرعي و شرط جعلي
الشرط الشرعي: ما كان مصدر اشتراطه الشارع أي أن الشارع هو الذي اشتراطه لتحقيق الشيء، و مثاله: بلوغ الصغير سن الرشد لتسليم المال إليه و مثله سائر الشروط التي اشتراطها الشارع في العقود والتصرفات والعبادات و الجنائيات.
والشرط الجعلي: هو الذي يكون مصدر اشتراطه إرادة المكلف كالشروط التي يشترطها الناس بعضهم على بعض في بعض عقودهم و تصرفاتهم.

¹ تبصرة الحكام في أصول الأفضية و مناهج الحكام، ابن فرحون اليعمري المالكي، دار عالم الكتب الرياض طبعة خاصة 1423 هـ 2003 م ج 01 ص 185.

² المبدع شرح المقنع، لابن مفلح ج 07 ص 42.

³ أصول الفقه، محمد مصطفى ثلبي، ص 339 .

⁴ الموافقات للشاطبي 1417 هـ 1997 م، ج 02 ص 489.

والشروط الجعلية هي محل البحث في هذا الباب حيث أن هناك شروط يشترطها أحد الزوجين على الآخر يكون له فيها مصلحة وهي الشروط المقترنة بالعقد مثل النكاح بشرط أن لا يخرج الزوج زوجته من بلدتها أو بشرط أن يكون لها حق الطلاق.¹ وعليه فالشروط في عقد النكاح أنواع ثلاثة:

الشروط الموافقة لمقصود عقد النكاح ومقصد الشارع.

الشروط المنافية لمقصود العقد أو المخالفة لما نصّ عليه الشارع وألزم به.

الشروط التي لم يأمر بها الشارع ولم ينهاها، وفي اشتراطها مصلحة لأحد الطرفين.²

النوع الأول : شروط موافقة لمقصود الشارع

اتفق الفقهاء على صحة الشروط الموافقة لمقصود الشارع من ذلك ما أمر الله تعالى به فتكون من مقتضياته و مقاصده كاشتراط العشرة بالمعروف و الإنفاق و السكنى و الكسوة و أن لا يقصر في شيء من حقها من قسمة و نحوها و كشرطه عليها ألا تخرج من بيته إلا بإذنه و لا تمنعه نفسها و لا تتصرّف في متاعه إلا برضاه و نحو ذلك.³

قال الخطّابي : "الشروط في النكاح مختلفة فمنها ما يجب الوفاء به اتفاقاً و هو ما أمر الله تعالى به من إمساك بمعروف أو تسريح بإحسان".⁴

النوع الثاني: شروط المخالفة لمقصود الشارع و تنافي مقصود العقد (النكاح)

من الشروط المنافية لمقصود عقد النكاح و لما أمر الله تعالى به مثل طلب الزوجة من زوجها أن يطلق ضرّتها فقد نهى النبي صلى الله عليه و سلّم "أن تشترط المرأة طلاق أختها"⁵ أو لا يقسم لها أو لا ينفق عليها.⁶

و في هذا الباب يذكر شيخ الاسلام ابن تيمية رحمه الله " من اشترط في الوقف أو العتق أو الهبة أو البيع أو النكاح أو الإجارة أو النذر أو غير ذلك، شروطاً تخالف ما كتبه الله على عباده، بحيث تتضمن تلك الشروط الأمر بما نهى الله عنه أو النهي عما أمر به، أو تحليل ما حرّمه أو تحريم ما حلّله فهذه الشروط باطلة باتفاق المسلمين في جميع العقود"⁷.

¹ الوجيز في أصول الفقه، عبد الكريم زيدان، ص 60/61.

² أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، عمر سليمان الأشقر، ص 180.

³ فتح الباري، لابن حجر العسقلاني، ج 09، ص 217 / 218.

⁴ سبل السلام، محمد بن اسماعيل الصنعاني، مكتبة مصطفى البابي الحلبي، الطبعة الرابعة، 1379 هـ - 1960 م ج 03 ص 125.

⁵ صحيح البخاري، باب الشروط في الطلاق، ج 02 ص 971.

⁶ سبل السلام ج 03 ص 125 ، فتح الباري ج 09 ص 218.

⁷ مجموع فتاوى شيخ الاسلام، ابن تيمية ج 31 ص 28

وقد علل ابن قدامة بطلان هذه الشروط بقوله " هذه الشروط كلها باطلة في نفسها لأنها في نفسها لأنها تنتافي مقتضى العقد و لأنها تتضمن اسقاط حقوق تجب بالعقد قبل انعقاده فلم يصلح كما لو أسقط الشفيع شفيعته قبل البيع، فأما العقد في نفسه فصحيح لأن هذه الشروط تعود إلى معنى زائد في العقد لا يشترط ذكره و لا يضر الجهل به فلم يبطل كما لو شرط في العقد صداقا محرما لأن النكاح يصح مع الجهل بالعوض فجاز أن ينعقد مع الشرط الفاسد كالعقار¹.

النوع الثالث: شروط لم يأمر بها الشارع و لم ينها عنها و في اشتراطها مصلحة لأحد الطرفين

و هي الشروط التي لا تنافي مقصود النكاح و لا مقصود الشارع مثل: اشتراط الزوجة ألا يخرجها من دارها أو بلدها أو لا يتزوج عليها أو يتسرى أو يسافر أو غير ذلك من الشروط. ففي هذا النوع حصل خلاف بين الفقهاء.

فذهب الجمهور² إلى أن هذه الشروط غير معتبرة واستدلوا على ذلك ب :

1/ قول النبي صلى الله عليه وسلم: " ما بال أناس يشترطون شروطا ليست في كتاب الله ، من اشترط شرطا ليس في كتاب الله فهو باطل وإن اشترط مئة شرط ، شرط الله أحق و أوثق".³

وجه الدلالة أن الشروط التي ليست في كتاب الله فلا تعتبر فهي باطلة بنص الحديث قال ابن عبد البر ومعنى قوله هنا في كتاب الله أي في حكم الله وحكم رسوله أو فيما دلّ عنهما الكتاب و السنة فهو باطل.⁴

2/ قول النبي صلى الله عليه وسلم: " الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا حرم حلالا أو أحلّ حراما و المسلمون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو حل حراما".⁵

وجه الدلالة: أن هذا الشرط يحرم الحلال و هو التزويج و التسري و السفر و لأن هذا شرط ليس من مصلحة العقد و لا مقتضاه و لم يبين على التغليب و السراية فكان فاسدا كما لو اشترطت أن لا تسلّم نفسها.⁶

¹ المغني ، ابن قدامة، ج 07 ص 449.

² البحر الرائق ج 03 ص 171، / الاستذكار الجامع لفقهاء الأمصار، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر، تحقيق سالم محمد عطاء محمد علي معوض دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية 1423هـ-2002م، ج 05 ص 441، / الأم، للشافعي دار المعرفة 1393هـ-بيروت، ج 05 ص 73.

³ صحيح البخاري، باب البيع و الشراء مع النساء، ج 02 ص 756.

⁴ الاستذكار لابن عبد البر، ج 05 ص 444.

⁵ سنن الترمذي محمد بن عيسى أبو عيسى الترمذي السلمي تحقيق أحمد شاكر و آخرون دار إحياء التراث العربي بيروت (د ت ، د ط)، باب ما ذكر في الصلح بين الناس ج 03 ص 634.

⁶ المغني لابن قدامة، ج 07 ص 448.

3/ قول عباد بن عبد الله قال: " رفع إلى علي رجل تزوج امرأة وشرط لها دارها فقال علي: شرط الله قبل شرطها أو قبل شرطه و لم ير شيئاً" أي شرط أن لا يخرجها من دارها و شرط الله قوله: ﴿أَسْكُوهُمْ مِّنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِن وَجْدِكُمْ﴾ ¹ الطلاق: ٦.

المذهب الثاني: ذهب الحنابلة إلى أن الشروط التي يشترطها كل من الزوجين على الآخر معتبرة و يلزمه الوفاء بها فإن لم يف بالشرط فسخ النكاح و استدلوا على ذلك:

1/ حديث عقبة بن عامر رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه و سلم: " أحق الشروط أن توفوا به ما استحلتم به الفروج".²

يدل الحديث بنصه على اعتبار الشروط إذا كانت لا تمنع المقصود من النكاح.

2/ عن عدي بن عدي عن عمر قال رفعت إليه امرأة تزوجها رجل و شرط لها دارها فقال عمر أوف لها بشرطها³ وعند البخاري في باب شروط النكاح: "مقاطع الحقوق عند الشروط".⁴

3/ ولأنه قول عمر و سعد بن أبي وقاص و معاوية وعمر بن العاص ولم يعرف لهم مخالف في عصرهم فكان كالإجماع.⁵

4/ لعمومات الأمر بالوفاء بالعقود و العهود و لأن الشارع حرم مال الغير إلا عن تراض منه و لا شك أن المرأة إذا لم ترض ببذل فرجها إلا بهذا الشرط و شأن الفرج أعظم من المال فإذا حرم المال إلا بالتراضي فالفرج أولى.⁶

مناقشة الأدلة:

مناقشة أدلة القائلين بأنه لا يجب الوفاء بهذه الشروط و هم الجمهور

رد على استدلالهم بقوله صلى الله عليه و سلم: "من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فهو باطل نوقش بأنه ليس من الصواب القول بأن الشروط التي لم ينه الشارع عنها فيها تغيير لما شرعه الله فإذا كان الشارع لم يأمر بها ولم يخالف مقصد العقد فهي مباحة وهي من

¹ شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، محمد بن عبد الباقيين يوسف الزرقاني، دار لكتب العلمية، بيروت د ط 1411 هـ ج 03 ص 177.

² صحيح البخاري، باب الشروط في المهر عند عقدة النكاح ج 02 ص 970.

³ مصنف عبد الرزاق باب الشرط في النكاح ج 06 ص 228.

⁴ صحيح البخاري، باب الشروط في المهر عند عقدة النكاح ج 02 ص 969.

⁵ المبدع لابن مفلح، ج 07 ص 73..

⁶ نفس المصدر ج 06 ص 148.

العفو والمباح والعفو يجوز للعبد فعله ويجوز له تركه كما يجوز له أن يلتزمه و يشترط على غيره التزامه.¹

رد على استدلالهم "المسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو حل حراماً". أن هذه الشروط لا تحرم الحلال و إنما تثبت للمرأة حق الفسخ إن لم يف لها.²

مناقشة أدلة القائلين بوجوب الوفاء بالشروط و هم الحنابلة

نوقش أصحاب هذا المذهب في استدلالهم بحديث: "أحق الشروط أن توفوا بها ما استحللتم به الفروج" بأن الحديث محمول عند مالك وموافقيه على النذب جمعا بين الأدلة.³

الرأي الراجح : بعد عرض أقوال الفقهاء وأدلتهم حول الشروط في العقد والوفاء بها يتبين أن:

الوفاء بالشروط التي لم يثبت فيها نص قطعي من الكتاب أو السنة يبني على ما اتفق عليه الزوجان فإن رضيت بشروطه كأن يخرج بها من بيتها أو يسافر أو يتزوج عليها ورضيت بذلك أو طلبت منه عدم الخروج وقبِلَ بذلك لزمه الوفاء ، وإن اشترطت عليه شروطا تنافي مقصود العقد أو تلحق المشقة بالزوج أو يلحق المشقة بالزوجة، كمنعه من وطنها، أو منع النفقة عليها فليس لهما ذلك لأنها شروط تعارض نصوص الشريعة .

وعليه فالجمع بين الأدلة أولى من إهمالها فيكون الرأي تركيبي بين الفريقين .

وللعرف في ذلك أثر بالغ حيث لم يعرف فيما جرى العمل به بين الناس بقاء الزوجة في بيت أهلها أو منع الزوج من وطنها ونحوها.

المطلب السادس: أهلية الزوجين من حيث السن

الفرع الأول : تعريف البلوغ

● لغة:

البناء واللام والغين أصل واحد وهو الوصول ، تقول بلغت المكان أي وصلت إليه.⁴

● شرعا:

قوة تحدث للشخص تنقله من حال الطفولة إلى حال الرجولة.

ومراد أهل العلم بالبلوغ بلوغ الحد الذي يصبح الصغير فيه مكلفا يجب عليه القيام بالتكاليف التي كلفه الله بها وصحة تصرفاته بيعا وشراء وهبة ووصية وزواجا و طلاقا ونحو ذلك.⁵

¹ أحكام الزواج في ضوء الكتاب و السنة ، عمر سليمان الأشقر ص 190/189.

² المغني لابن قدامة ج 07 ص 448.

³ شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك ج 03 ص 178.

⁴ معجم مقاييس اللغة، لابن فارس ج 01 ص 301.

⁵ أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة عمر سليمان الأشقر ص111.

لقد جعل الشارع البلوغ أمانة على تكامل العقل لأن الاطلاع على تكامل العقل متعذر فأقيم البلوغ مقامه وقد اختلف الفقهاء في سن البلوغ الذي إذا لم يحتلم فيه الرجل أو لم تحض فيه المرأة حُكِمَ ببلوغهما على ثلاثة أقوال:

1/ يرى الشافعية¹ والحنابلة² وأبو يوسف ومحمد من الحنفية أن البلوغ بالسن يكون في تمام الخامسة عشر للذكر والأنثى لخبر ابن عمر رضي الله عنه قال عرضني رسول الله يوم أحد في القتال وأنا ابن أربع عشرة سنة فلم يجزني وعرضني يوم الخندق وأنا ابن خمس عشرة سنة فأجازني.³

2/ يرى الإمام مالك وداود الظاهري أنه لا حد للبلوغ من السن لقوله صلى الله عليه وسلم: "رفع القلم عن ثلاث.... وعن الصبي حتى يحتلم"⁴. فإثبات البلوغ بغيره يخالف الخبر. يرى أصحاب مالك أن سن البلوغ هو سبع عشرة سنة أو ثماني عشرة سنة.⁵

3/ مذهب أبي حنيفة وهو أن البلوغ يكون بثمانية عشرة سنة و الجارية بسبع عشرة سنة لقوله تعالى: "و لا تقربوا مال اليتيم حتى يبلغ أشده"⁶.

قال ابن عباس رضي الله عنهما: ثماني عشرة سنة و هي أقل ما قيل فيه فأخذنا منه احتياطاً و الأنثى أسرع بلوغاً فنقصناها سنة.

الراجح: بعد عرض أقوال الفقهاء و استدلالاتهم يظهر أن سن البلوغ المعتبر هو خمس عشرة سنة لصراحة و صحة الدليل من السنة و ذلك في حالة عدم ظهور علامات البلوغ المعروفة لدى كل من الذكر و الأنثى، فإذا ظهرت هذه العلامات فهي المعتبرة دون السن. **أثر العرف في تحديد سن الزواج :**

لم يتقرر من نصوص الشريعة أن سن الزواج محدد بالمعنى الكلي و إنما فسحت المجال فيه لإعمال العرف فقد تزوج النبي صلى الله عليه وسلم عائشة رضي الله عنها و هي بنت تسع سنين، فقد كان متعارفاً بينهم تزويج البنت في مثل هذا السن أما بالنسبة لواقعنا اليوم فإن العرف قد تغير في الناس فصار تزويج البنت في تسع سنين مرفوض تقريباً خاصة مع اشتراط إكمال البنت دراستها أو الحصول على العمل في بعض المجتمعات بخلاف ما كان

¹ فتح العزيز شرح الوجيز عبد الكريم الرفاعي دار الفكر ط دت ج 10 ص 242،

² المغني لابن قدامة ج 04 ص 551.

³ الجامع الصحيح للإمام مسلم باب بيان سن البلوغ ج 06 ص 29.

⁴ الحاكم في المستدرک باب التأمین وقال صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه ج 01 ص 389.

⁵ المغني ج 04 ص 551.

⁶ الاختيار، ابن مودود الموصلی الحنفی، دار الكتب العلمیة بیروت لبنان ج 02 ص 102، ط د، دت.

في السابق كما و الأمر نفسه مع كبر سن الزوجة على الزوج فإنه كان من الطبيعي أن يتزوج الرجل امرأة تكبره سنا بخلاف الواقع المعيش. وعليه فالأمر فيه سعة لأن الشرع لم يخصص فهي متروكة للعرف و ظروف الناس في كل زمان ومكان.

المطلب السابع : حكم تأخير الوطاء إلى ليلة الزفاف

إذا استوفى العقد جميع شروطه و أركانه حل بذلك ما شرع من أجله و هو الوطاء، ولكن ما جرى عليه العرف و سار على نهجه عمدة الناس أنه إذا تم عقد النكاح فلا يمكن أن يدخل الرجل على زوجته ما لم تزف إليه، و إن كانت زوجته من الناحية الشرعية ، فيحل له منها كما يحل لها منه كونهما زوجان.

لكن ذلك قد يحمل من الأضرار و المفساد خاصة على الزوجة من ذلك لو توفي الزوج قبل الدخول فيضيع مستقبل الفتاة أو يدعي الزوج أنه لم يقربها بحجة أنها لم تزف إليه أصلاً أو يغير الرجل رأيه في المرأة و نحو ذلك من المفساد و الأخطار التي قد تتعرض لها المرأة و مما يدعم هذا الكلام ويؤيده جملة من الفتاوى أذكرها على سبيل التمثيل لا على الحصر و الإجمال .

رقم الفتوى : 2940 الخلو بالزوجة بعد عقد القران و قبل الدخول
تاريخ الفتوى : 11 ذي الحجة 1424 هـ.

سؤال: هل يجوز الاختلاء بالزوجة قبل العرس أي بعد عقد القران؟ و إن جاز ما حكم التقبيل؟

الفتوى: الحمد لله و الصلاة و السلام على رسول الله و على آله و صحبه و بعد:
فإن الرجل يملك بضع المرأة بمجرد العقد و تصير زوجة له يحل له أن يختلي بها و أن يرى منها ما شاء و أن يطأها متى شاء في الأوقات المباحة إلا أنه ينبغي على العاقد أن يراعي العرف الجاري في بلده و أن يوفي بالاتفاق مع ولي المرأة إن كان هناك اتفاق على أن الدخول مرجأ إلى موعد متأخر عن العقد أو كان هناك عرف قائم مقام الاتفاق و لا يخالف هذا العرف نصاً من كتاب أو سنة بل إن الشرع علّق أحكاماً على مجرد العقد و أخرى على الدخول و مما علقه على مجرد العقد حرمة الأم (أم الزوجة) بمجرد العقد على البنت (الزوجة) و أن المرأة المعقود عليها تصير محرمة على التأييد على أب الزوج و من الأحكام التي علقها الشرع على الدخول وجوب جميع المهر و إيجاب العدة عليها بالطلاق.

فعلى الرجل أن يراعي ما اتفق عليه و أن يسير على العرف و إن حدث جماع أو خلوة شرعية صحيحة فلا إثم عليه إن شاء الله لأنها زوجته حقيقة و تنبني على ذلك أحكام الدخول كلها فالولد ولده و المهر يلزمه كاملا و الله أعلم.¹

رقم الفتوى 35026 العرف يستقبح معاشره الزوجة قبل الزفاف.

تاريخ الفتوى : 17 جمادى الأولى 1424 هـ

السؤال : أنا شاب في الثامن و العشرين من العمر تزوجت بفتاة أعرفها بالعقد الشرعي هل تعتبر زوجتي بلا قيود أم هناك قيود؟

الفتوى : الحمد لله و الصلاة و السلام على رسول الله وبعده:

فإذا تم العقد الشرعي بشروطه و أركانه فقد أصبحت هذه الفتاة زوجتك يحل لك منها ما يحل للزوج من زوجته و لكن ينبغي لك مجانبتها و عدم الإقدام على ما لم تجر العادة بالإقدام عليه منها في هذه الفترة حتى تزف.

لأن العرف السائد عند الناس يستقبح مجامعة الزوج لزوجته قبل الزفاف و ربما كان فيه كسر لمشاعر أهل المرأة فلذلك ينبغي مراعاة تلك المشاعر و مجارة الناس فيما جرت به عوائدهم مما يتصادم لا يتصادم مع شرع الله تعالى، مع العلم بأن للزوجة أو وليها الامتناع من دخول الزوج بزوجه حتى يسلم لها الصداق الحال و الله أعلم.²

المطلب الثامن: طبيعة إعلان عقد النكاح و أثر العرف فيه

إن طبيعة إعلان النكاح في الشريعة الاسلامية يكون بإحدى طريقتين و ذلك إما بالإشهاد كما مر في باب الشهادة على النكاح أو بالإعلان عنه بالطريقة المشروعة المستمدة من ضوء الكتاب و السنة.

فالمسلمون يظهرون من الفرح و الابتهاج عند انشاء عقد النكاح دون غيره من العقود و ذلك استنادا إلى أحاديث عدة تبين أهمية إعلان النكاح و سأذكر منها البعض :

1/ حديث عامر بن عبدالله بن الزبير عن أبيه عن رسول الله صلى الله عليه و سلم قال: "أعلنوا النكاح".³

2/ عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه قال: أنكحت عائشة رضي الله عنها ذات قرابة لها من الأنصار فجاء رسول الله صلى الله عليه و سلم فقال: أهديتم الفتاة قالت نعمقال فأرسلتم

¹ الفتاوى المعاصرة في الحياة الزوجية، علي بن نايف الشعود، د ط ، د ت ص 24.

² مصدر سابق ص 241.

³ المستدرک على الصحيحين للحاكم و قال حديث صحيح الاسناد و لم يخرجاه كتاب النكاح ج 02 ص 200.

من تغني قال لا فقال رسول الله صلى الله عليه و سلم : " إن الأنصار قوم فيهم غزل فلو أرسلتم من يقول أتيناكم أتيناكم فحيانا و حياكم".¹

3/ و روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه كان إذا سمع صوتا أو دفا قال ما هذا فإن قالوا عرس أو ختان صمت.²

فهذه الأحاديث و غيرها استدل جمهور الفقهاء على سنية إعلان النكاح، ففي مواهب الجليل " ومن السنة إعلان النكاح بالدف قال ابن رشد في المقدمات و لا يجوز تعمد شيء من اللهو و لا من آلات الملاهي، و رخص في الدف في النكاح ثم ذكر في الدف الجلال ما نصه القرطبي : لما استثنى الدف ولا يلحق بذلك الطارات، ذات الصلاصل والجلال لما فيها من زيادة الإطراب.³

و عند الحنابلة يسن إعلان النكاح لقوله صلى الله عليه وسلم أعلنوا النكاح و في لفظ أظهروا النكاح"

و يسن الدف أي الضب به إذا كان لا حلق به و لا صنوج أي في النكاح.⁴

قال الامام أحمد: يستحب أن يظهر النكاح و يضرب فيه بالدف حتى يشتهر و يعرف.⁵

فمن جملة هذه النصوص و استدلالات الفقهاء حول إعلان النكاح يتبين أن إظهار النكاح و الإعلان عنه سنة ثابتة عن النبي صلى الله عليه و سلم و طريقة الإعلان إنما تختلف باختلاف أعرف الناس و عاداتهم فصارت عادة الناس تقتضي في الإعلان عن النكاح دعوة الأهل و الأقارب و الأحباب لحضور الزواج و الإعلان عن النكاح مظاهر كثيرة منها موكب العرس و الأبواق للسيارات و البارود وأهم من ذلك كله تأخير الوطاء إلى ليلة الزفاف قصد الإعلان فيكون علامة ظاهرة لإظهار النكاح .

¹ السنن الكبرى للبيهقي باب ما يستحب من إظهار النكاح ج 07 ص 289.

² مصدر سابق، باب ما يستحب من إظهار النكاح وإباحة الضرب بالدف عليه ج 07 ص 290.

³ مواهب الجليل ج 05 ص 249.

⁴ الروض المربع شرح زاد المستنقع، منصور بن يونس بن ادريس البهوتي، دار الفكر بيروت لبنان تحقيق سعيد محمد اللحام، ج 01 ص 351.

⁵ المغني لابن قدامة ج 07 ص 428.

المطلب التاسع: حكم سكوت البكر

السكوت:

لغة: من سكت السكُت و السكوت خلاف النطق و يقال سكت الصائت يسكت سكوتا إذا صمت.¹

اصطلاحا: هو ترك الكلام مع القدرة عليه.²

البكر:

لغة: هي الجارية التي لم تُفْتَض و جمعها أبكار و البكر من النساء التي لم يقربها رجل ، ومن الرجال الذي لم يقرب امرأة بعد و الجمع أبكار.³

اصطلاحا: اسم لامرأة لم تجامع بنكاح و لا غيره.⁴

اتفق الفقهاء⁵ على أن سكوت البكر عند استئذنها في عقد النكاح إذن برضاها بذلك لعله الحياء فإن ذلك يحول بينها و بين النطق و استدلوا على ذلك بأحاديث منها:

1/ عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه و سلم قال: "لا تتكح الأيم حتى

تستأمر و لا تتكح البكر حتى تستأذن قالوا يارسول الله و كيف إذن؟ قال أن تسكت.⁶

2/ حديث ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه و سلم قال: " الأيم أحق

بنفسها من وليها و البكر تستأذن في نفسها و إذنها صماتها.⁷

الأصل أن السكوت لا يعتبر إذنا و ذلك لقاعدة لا ينسب لساكت قول غير أنه خرجت

مسائل كثيرة يكون السكوت فيها كالنطق منها: سكوت البكر عند استئثار وليها قبل التزويج و بعده.⁸

ثم إن الناظر إلى حقيقة سكوت البكر يجد أن دلالة الرضا غير محصور في السكوت وحده بل هو مصحوب بدلائل أخرى مثل الضحك بغير استهزاء لأنه أدل على الرضا من السكوت و كذا التبسم و البكاء بلا صوت و المعول عليه اعتبار قرائن الأحوال في البكاء والضحك.⁹

¹ لسان العرب، ان مظهر ج 02 ص43.

² التتريفات، للرجاني126.

³ لسان العرب 04 78.

⁴ رد المحتار على الدر المختار ، محمد أمين الشهير بابن عابدين، تحقيق الشيخ عادل أحمد الموجود و الشيخ علي محمد معوض، دار الكتب

العلمية بيروت لبنان، الطبعة الاولى، 1415 هـ 1994م، ج 04 ص 166.

⁵ الميسوط للسرخسي ، ج 05 ص 05، مواهب الجليل الحطاب ج03 ص63، /مغني المحتاج ، ج 03 ص 152، /المغني لابن قدامة ج07 ص

386.

⁶ صحيح البخاري، باب في النكاح، ج 06 ص 2556.

⁷ الجامع الصحيح، للإمام مسلم، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق و البكر بالسكوت ج 04 ص 141.

⁸ الأشباه و النظائر لابن نجيم ص 1789.

⁹ الموسوعة الفقهية الكويتية ج 08 ص 178.

غير أن السكوت تغلب فيه جهة الرضا بخلاف ما إذا بكت لأنه دليل على السخط و الكراهة و قيل إذا ضحكت كالمستهزئة بما سمعت لا يكون رضا و إذا بكت بلا صوت لم يكن ردا.¹

و قال بعض المتأخرين هذا إذا كان لبكائها صوت كالويل فأما إذا خرج الدمع من عينيها من غير صوت البكاء لم يكن هذا ردا بل هي تحزن على فراق بيت أبيها و إنما يكون ذلك عند الإجازة و كذلك قالوا إن ضحكت كالمستهزئة بما سمعت لا يكون رضا و الضحك الذي يكون بطريق الاستهزاء معروف بين الناس.²

¹ الهداية شرح بداية المبتدي، برهان الدين أبي الحسن علي بن أبي بكر المرغيناني، إدارة القرآن و العلوم الاسلامية، الطبعة الاولى 1417هـ ج 03 ص 34.

² المبسوط للرخسي ج 05 ص 05 .



في ختام هذا البحث و الذي تناولت فيه العرف وأثره في النكاح توصلت إلى النتائج التالية:

1. أن العرف دليل شرعي يُعتد به لبناء الأحكام عليه و له أدلة تثبت حجيته من الكتاب و السنة والإجماع و القواعد الفقهية و المعقول.
 2. أن الفقهاء يأخذون بالعرف في مسائل كثيرة .
 3. للأخذ بالعرف و لبناء الأحكام عليه شروطا يجب توافرها و إلا فهو غير معتبر.
 4. ينعقد النكاح بلفظ التزويج و الانكاح و بكل لفظ يدل عليه.
 5. تغير الأحكام المبنية على العرف بتغير الزمان و المكان و أعراف الناس.
 6. النكاح مشروع بالأدلة من الكتاب و السنة و إجماع الصحابة،و هو السبيل الأمثل لإعفاف النفس و تحصينها و تكثير النسل كما أمر النبي صلى الله عليه و سلم.
 7. تراخي القبول لا يضر في مجلس العقد و المعتبر في الإعراض ما تعارفه الناس إعراضا فالمحكّم فيه عرف الناس.
 8. ما يشترط في الكفاءة عند عامة الناس التدين عملا بحديث المصطفى صلى الله عليه وسلم.
 9. سكوت البكر في عقد النكاح علامة على رضاها بالزواج و المعول عليه في ذلك عرف الناس لما جبلت عليه البنت من الحياء.
 10. ما تعارف عليه الناس من أن الوطاء لا يحصل إلا بعد أن تزف الزوجة و ليس بعد العقد احتراماً لما تعارفوه بينهم و اعتبار الدخول في الزفاف نوعاً من الاعلان لعقد النكاح.
 11. لم تحدد الشريعة سناً معيناً للزواج و إنما فسحت المجال لما تعارفه الناس بينهم.
- فإن أخطأت فمن نفسي و الشيطان و أن أصبت فمن الواحد المنان و صلى الله و سلم على سيدنا محمد وعلى الآل و الأصحاب والإخوان.



فهرس الآيات القرآنية

- ﴿ خُذِ الْعَقْرَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ ﴾ ﴿٣٣﴾ الأعراف: ١٩٩..... 09 ، 15
- ﴿ وَيَدْخِلُهُمُ الْجَنَّةَ عَرَفَهَا كَيْفَ ﴾ ﴿٦﴾ محمد: ٤..... 09
- ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضَعْنَ حَوْلَ لَبِائِهِنَّ لَمَّا كَانُوا صِبْيَانًا لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنَمِّمَ الرِّضَاعَةَ ﴾ ﴿٤٣﴾ البقرة: ٢٣٣..... 14
- ﴿ الَّذِينَ إِنْ مَكَتَهُمْ فِي الْأَرْضِ أَقَامُوا الصَّلَاةَ وَآتَوُا الزَّكَاةَ وَأَمْرُهُمْ شُورَى بَيْنَهُمْ وَعَلَى الْكُفْرَانِ عَاقِبَةُ الْأُمُورِ ﴾ ﴿٤١﴾ الحج: ٤١..... 15
- ﴿ وَلَتَكُنَّ مِنْكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ أُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ ﴾ ﴿١٠٤﴾ آل عمران: ١٠٤..... 15
- ﴿ وَهَلْ مِنْ مِثْلِ الَّذِي عَلَيْهِنَ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ ﴿٢٢٨﴾ البقرة: ٢٢٨..... 15
- ﴿ فَأَمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحُ ﴾ ﴿٢٢٩﴾ البقرة: ٢٢٩..... 15
- ﴿ فَإِذَا بَلَغَ الْبُالُغُ أَجَلَ مَنَّهُمْ فَأَمْسَاكُهُمْ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَرْقُهُمْ ﴾ ﴿٢﴾ الطلاق: ٢..... 15 ، 55 ، 56
- ﴿ فَكَفَّرْتَهُمْ إِطْعَامَ عَشْرَةِ مَسْكِينٍ مِنْ أَوْسَطِ مَا تَطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كَسَوْتَهُمْ أَوْ تَحَرِيرِ رَقَبَةٍ ﴾ ﴿٨٩﴾ المائدة: ٨٩..... 16
- ﴿ لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً مِمَّا عَلَيَّ فِي النِّسَاءِ عَلَى الْوَسْعِ قَدْرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرُهُ مِمَّا نَمَتَا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ ﴾ ﴿٣٣﴾ البقرة: ٢٣٦..... 16
- ﴿ : وَأَبْلَوْا الِئْتِمْنَ حَقًّا إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمُ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ لَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَنْ يَكْبَرُوا وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَوْفِ وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهَدُوا عَلَيْهِمْ وَكَفَى بِاللَّهِ حَسِيبًا ﴾ ﴿٦﴾ النساء: ٦..... 17
- ﴿ فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنٍ وَثُلَاثَ وَرُبْعَ ﴾ ﴿٤﴾ النساء: ٣ - ٤..... 37 ، 43
- ﴿ وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ بَيْنًا وَحَفْدةً وَرَزَقَكُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ لَعَلَّكُمْ تَزْكُونَ وَيُنِعَمَ اللَّهُ هُمْ يَكْفُرُونَ ﴾ ﴿٧٢﴾ النحل: ٧٢..... 37
- ﴿ وَأَنْكِحُوا الْأَيْمَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ ﴾
- ﴿ وَاللَّهُ وَسِعَ عِلْمَهُ ﴾ ﴿٣٣﴾ النور: ٣٣..... 37 ، 53
- ﴿ : وَمَنْ آيَنْتَهُ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً فِي ذَلِكَ لَايْتِ لِقَوْمٍ يَنْفَكُونَ ﴾ ﴿١١﴾ الروم: ١٩ - ٢١..... 39

- 39..... ﴿فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ النساء: ٢٤
- 43..... ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾ النساء: ٢٢
- 43..... ﴿فَلَمَّا قَضَى زَيْدٌ مِنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَاكَهَا﴾ الأحزاب: ٣٧
- ﴿وَأَمْرًا مُؤْمِنَةً إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا
- 44 ، 43..... ﴿خَالِصَةً لَكَ مِنَ دُورِ الْمُؤْمِنِينَ﴾ الأحزاب: ٥٠
- 54 ، 49..... ﴿أَفَمَنْ كَانَ مُؤْمِنًا كَمَنْ كَانَ فَاسِقًا لَا يَسْتَوُونَ﴾ السجدة: ١٧ - ١٨
- 51..... ﴿إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَى﴾ الحجرات: ١٣
- 52..... ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾ الطلاق: ٢
- 52..... ﴿يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾ المائدة: ٩٥
- 60..... ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجُوهِكُمْ﴾ الطلاق: ٦

- 18 " الوزن وزن أهل مكة و المكيال مكيال أهل المدينة "
- 37 " أما و الله إني لأخشاكم لله و أتقاكم له "
- 50 " ألا تعجب من حب مغيث بريرة و من بغض بريرة مغيثا "
- 50 " الحسب المال "
- 50 " اللهم احيني مسكينا و توفي مسكينا "
- 59 " الصلح جائز بين المسلمين "
- 60 " أحق الشروط أن توفوا بها ما استحللتم به الفروج "
- 64 " أعلنوا النكاح "
- 65 " أهديتم الفتاة "
- 66 " الأيم أحق بنفسها من وليها و البكر تستأمر "
- 44 " إذهب فقد ملتكها بما معك من القرآن "
- 52 " إذا أتاكم من ترضون دينه و خلقه "
- 38 " تزوجوا الودود الولود فإني مكاثر بكم الأمم "
- 53 " تخيرو لنطفكم و أنكحوا الأكفاء "
- 17 " خذي ما يكفيك و ولدك بالمعروف "
- 62 " رفع القلم عن ثلاث "
- 17 " ما رأى المسلمون حسنا فهو عند الله حسن "
- 59 " ما بال أناس يشترطون شروطا ليست في كتاب الله "
- 43 " فاتقوا الله في النساء فإنكم أخذتموهن بأمان الله "
- 50 " و أما معاوية فصعلوك لا مال له "
- 53 " لا نكاح إلا بإذن ولي مرشد أو سلطان "
- 66 " لا تتكح الأيم حتى تستأمر "
- 38 " يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة "
- 51 " يأبها الناس إن ربكم واحد و إن أباكم واحد "

فهرس الأعلام

- 11..... ابن ظفر
- 12..... ابن عابدين
- 15..... الثعالبي
- 15..... المراغي
- 39..... البلقيني
- 51..... ابن عبد البر

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر و المراجع

- القرآن الكريم، على رواية حفص عن عاصم، برنامج إلكتروني "مصحف المدينة النبوية للنشر الحاسوبي الاصدار 1.0، عن مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف.

• كتب التفسير

1. الجامع لأحكام القرآن و المبين لما تضمنه من السنة و آي الفرقان، لأبي عبد الله محمد بن أبي بكر القرطبي، تحقيق الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي، د ط/ د ت.
2. الجواهر الحسان في تفسير القرآن، عبد الرحمن بن محمد بن مخلوف الثعالبي، دار إحياء التراث العربي، ط 01، 1418 هـ، 1997م.
3. تفسير المراغي، أحمد مصطفى المراغي، شركة مكتبة و مطبعة مصطفى البابي الحلبي و أولاده بمصر ط 01، 1365 هـ، 1946م.
4. أحكام القرآن، للإمام أبي بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص، تحقيق محمد الصادق قمحاوي، دار إحياء التراث العربي، مؤسسة التاريخ العربي، بيروت لبنان، 1416 هـ، 1996م.
5. أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن، محمد الأمين الشنقيطي، دار الفكر، بيروت لبنان، 1415 هـ، 1995م.

• كتب الحديث

6. اللؤلؤ و المرجان فيما اتفق عليه الشيوخ، محمد فؤاد عبد الباقي، مكتبة موقع مشكاة، د ط، د ت .
7. الجامع الصحيح المختصر محمد بن اسماعيل البخاري، تحقيق الدكتور مصطفى ديب البغا، دار ابن كثير، اليمامة بيروت، ط 03، 1407 هـ، 1987م.
8. الجامع الصحيح ، للإمام مسلم القشيري النيسبوري ،دار الجيل بيروت + دار الآفاق الجديدة بيروت، د ط، د ت.

9. المستدرك على الصحيحين، محمد بن عبد الله أبو عبد الله الحاكم النيسابوري، تحقيق مصطفى البغا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 01، 1411 هـ 1990م.
10. سنن أبي داوود، سليمان بن الأشعث أبو داود السجستاني الأزدي، تحقيق محي الدين عبد الحميد، دار الفكر، د ط ، د ت.
11. سنن البيهقي الكبرى، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر البيهقي، تحقيق محمد عبد القادر عطا، مكتبة دار الباز مكة المكرمة، د ط، 1414هـ، 1994م.
12. سنن الترمذي، محمد بن عيسى أبو عيسى الترمذي السلمي، تحقيق أحمد شاكرو آخرون، دار إحياء التراث العربي بيروت، د ط ، د ت.
13. سنن ابن ماجة، محمد بن يزيد أبو عبد الله القزويني، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفكر بيروت، د ط ، د ت.
14. المجتبى من السنن، أحمد بن شعيب النسائي، تحقيق عبد الفتاح أبوغدة، مكتبة المطبوعات الإسلامية، حلب، ط 02، 1406هـ، 1986م.
15. صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان، محمد بن حبان أحمد أبو حاتم التميمي البستي، تحقيق شعيب أنزووط مؤسسة الرسالة بيروت، ط 02، 1414هـ 1993م.
16. شعب الإيمان للبيهقي، تحقيق محمد السعيد بسيوني زغلول ط 01، 1410هـ دار الكتب العلمية بيروت.
17. مصنف بن أبي شيبة، أبو بكر بن أبي شيبة، تحقيق كمال يوسف الحوت مكتبة الرشد الرياض، ط 01، 1409.
18. مصنف عبد الرزاق بن همام الصنعاني، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي، ط 02، 1403.

19. فتح الباري شرح صحيح الإمام البخاري، أبي عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري للإمام الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، دار المعرفة بيروت، 1379هـ.
20. الاستذكار الجامع لفقهاء الأمصار، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر، تحقيق محمد سالم عطا، محمد علي معوض، دار الكتب العلمية، ط 02 ، 1423 هـ، 2002م.
21. شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، محمد بن عبد الباقي، دار الكتب العلمية بيروت، د ط 1411هـ.
22. شرح سنن أبي داود، لعبد المحسن بن حمد بن عبد الله بن حمد بن العباد البدر، مصدر الكتاب دروس صوتية قام بتفريغها موقع الشبكة الإسلامية <http://www.islamweb.emt> الكتاب مرقم آليا.
23. سبل السلام، محمد بن اسماعيل الصنعاني، مكتبة مصطفى البابي الحلبي، ط 04 ، 1379هـ، 1960.

• كتب اللغة

24. معجم مقاييس اللغة لأبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، تحقيق عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، د ط، د ت.
25. مختار الصحاح زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي، تحقيق يوسف الشيخ محمد، دار النموذجية بيروت صيد، ط 05 ، 1420 هـ 1999م.
26. تاج العروس من جواهر القاموس، محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسني أبو الفيض المقب بمرتضى الزبيدي، دار التراث العربي سلسلة تصدرها وزارة الاعلام في الكويت تحقيق مصطفى حجازي 1408هـ، 1987.
27. لسان العرب، للإمام جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري دار صادر بيروت، د ط، د ت .

28. الكليات معجم في المصطلحات و الفروق لأبي البقاء أيوب بن موسى الحسيني الكفومي تحقيق عدنان درويش، محمد المصري، مؤسسة الرسالة، ط 02 1419 هـ، 1998م.
29. التعريفات، للفاضل العلامة علي بن محمد الشريف الجرجاني، مكتبة لبنان ساحة رياض الصلح بيروت طبعة جديدة 1985.
30. المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي للعلامة أحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي مكتبة السيد عبد الواحد بك الطوبي و أخيه بمطبعة التقدم العلمية بدمشق الدليل بمصر المحمية 1322 هـ.
31. القاموس المحيط، مجد الدين يعقوب الفيروزآبادي، تحقيق مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، ط 08، 1426 هـ، 2005م.
- **كتب الفقه الحنفي**
32. البحر الرائق شرح كنز الدقائق، زين الدين ابن نجيم الحنفي، دار المعرفة بيروت، د ط، د ت.
33. شرح فتح القدير للإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري المعروف بابن الهمام الحنفي، المطبعة الأميرية 1315 هـ، القسم الأدبي.
34. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع علاء الدين الكاساني، دار الكتاب العربي بيروت 1982 م د ط.
35. الاختيار لتعليل المختار، لعبد الله بن محمود بن مودود الموصلبي الحنفي، تحقيق عبد اللطيف محمد عبد الرحمن، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط 03، 1426 هـ، 2005 م.
36. الدر المختار محمد بن علي الحصكفي، دار الفكر بيروت 1386 هـ د ط.
37. رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار لابن عابدين دار الفكر بيروت 1421 هـ، 2000.
38. الهداية شرح بداية الميتمي، برهان الدين أبي الحسن علي بن أبي بكر المرغناني، إدارة القرآن و العلوم الاسلامية ط 01، 1417 هـ.

• كتب الفقه المالكي

39. شرح حدود ابن عرفة الموسوم الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية، لأبي عبد الله محمد الأنصاري الرصاع، دار الغرب الاسلامي ط01، 1993م القسم الأول.
40. بديهة المجتهد و نهاية المقتصد، محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، دار المعرفة بيروت لبنان ط 06، 1402هـ 1982م.
41. مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي، دار الكتب العلمية بيروت ط 01، 1416هـ، 1995م.
42. حاشية الصاوي على الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك أبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، دار المعارف، د ط، د ت.
43. الفواكه الدواني على رسالة أبي زيد القيرواني أحمد بن غنيم بن سالم النفراوي، تحقيق رضا فرحات، مكتبة الثقافة الدينية، د ط، د ت.
44. جواهر الإكليل شرح مختصر خليل الصالح عبد السميع الأزهرى، دار الكتب العلمية بيروت لبنان، ط01، 1418هـ، 1997م.
45. القوانين الفقهية، محمد بن أحمد بن جزي الغرناذلي، د ط، د ت.
46. الشرح الكبير للدردير أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، تحقيق محمد عليش، دار الفكر، بيروت د ط، د ت.
47. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد عرفة الدسوقي، دار الفكر بيروت، د ط، د ت.
48. الذخيرة، لشهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، تحقيق محمد حجي، دار الغرب بيروت، 1994م. د ط.

• كتب الفقه الشافعي

49. المجموع شرح المذهب للشيرازي للإمام أبي بكر محي الدين بن شرف النووي، تحقيق محمد نجيب المطيعي، مكتبة الإرشاد، جدة المماكة العربية السعودية، د ط، دت.
50. المبسوط شمس الدين أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي تحقيق خليل محي الدين الميس، دار الفكر للطباعة و النشر بيروت لبنان ط 01 1421 هـ، 2000 م.
51. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، محمد الخطيب الشربيني دار الفكر بيروت د ط، دت.
52. الحاوي الكبير في فقه الشافعي، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الشهير بالماوردي، دار الكتب العلمية ط 01، 1414 هـ، 1994 م.
53. اللباب في الجمع بين السنة و الكتاب أبي محمد علي بن زكريا المنبجي، تحقيق محمد فضل عبد العزيز المراد، دار القلم، دمشق ط 02، 1414 هـ، 1994 م.
54. السراج الوهاج على متن المنهاج محمد الزهري القمراوي، دار المعرفة بيروت د ط، دت.
55. روضة الطالبين و عمدة المفتين، محي الدين النووي، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض، دار الكتب العلمية، د ط، دت.
56. الأم ، أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، دار المعرفة بيروت د ط.

• كتب الفقه الحنبلي

57. المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، أبو محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، دار الفكر بيروت، ط 01، 1405 هـ.
58. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام المجل أحمد بن حنبل، علاء الدين أبي الحسن سليمان المرداوي، تحقيق محمد حامد الفقي، ط 01، 1375 هـ، 1956 م.

59. مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، مصطفى السيوطي
الرحبياني، المكتب الاسلامي، د ط، 1961م دمشق.
60. الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، أبو النجا الحجاوي، دار المعرفة
بيروت لبنان دط، د ت.
61. كشف القناع عن متن الإقناع، منصور بن يونس بن ادريس البهوتي
تحقيق هلال مصيلحي مصطفى هلال، دار الفكر، 1402هـ بيروت.
62. المبدع شرح زاد المقنع، ابراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد بن مفلح
دار عالم الكتب الرياض دط، 1423هـ، 2003م.
63. الروض المربع شرح زاد المستقنع، منصور بن يونس بن ادريس
البهوتي، تحقيق سعيد محمد اللحام، دار الفكر بيروت، د ط، د ت.
- كتب فقه عام
64. المدخل الفقهي العام، مصطفى أحمد الزقا، دار القلم دمشق ط 01 ،
1418هـ، 1998.
65. أحكام الزواج في ضوء الكتاب و السنة، عمر سليمان الأشقر، دار
النفائس الأردن، ط 1418، 01هـ، 1997م.
66. قواعد الفقه، محمد عميم الإحسان المجددي البركتي، 1407 ، 1986م
بكراتشي.
67. الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية
الكويت، الطبعة من (1404-1427هـ)، دار السلاسل الكويت +
مطابع دار الصفاة + طبع الوزارة.
68. الفقه على المذاهب الأربعة، عبد الرحمن الجزيري، دار الكتب بيروت
لبنان، ط 02، 1424هـ، 2003م.
69. الفقه الاسلامي و أدلته الدكتور وهبة الزحيلي، دار الفكر، ط 02 ،
1405هـ، 1985م.
70. فتح العزيز شرح الوجيز، أبو القاسم عبد الكريم بن محمد الرافعي، دار
الفكر، د ط، د ت.

71. وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المالية و الأحوال الشخصية، محمد مصطفى الزحيلي مكتبة دار البيان، الطبعة الأولى، 1402 هـ - 1982 م ، دمشق بيروت.

• كتب أصول الفقه

72. كشف الأسرار شرح المصنف على المنار للإمام أبي البركات عبد الله بن أحمد المعروف، بحافظ الدين النسفي، دار الكتب العلمية بيروت لبنان د ط، د ت.

73. تيسير علم أصول الفقه عبد الله بن يوسف الجديع، مؤسسة الريان، بيروت لبنان ط01، 1418 هـ، 1997 م.

74. معجم أصول الفقه، خالد رمضان حسن، الروضة، ط01، 1998.

75. نيل السؤل على مرتقى الوصول للعلامة، محمد يحيى الولاتي، دط، دت.

76. علم أصول الفقه عبد الوهاب خلاف دار الغد الجديد، ط01، 1435 هـ، 2014 م.

77. العرف و العمل في المذهب المالكي و مفهومهما عند علماء المغرب، عمر عبد الكريم الجديدي، مطبعة فضالة المحمدية (المغرب) دط، دت.

78. أصول الفقه، مصطفى شلبي، الدار الجامعية بيروت، د ط، د ت.

79. شرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد الزرقا، تصحيح وتعليق مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم دمشق، ط02، 1409 هـ، 1989 م.

80. إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، محمد بن علي الشوكاني، تحقيق أبي حفص سامي بن العربي الأثري دار الفضيلة، ط01، 1421 هـ، 2000.

81. أصول مذهب الإمام أحمد، دكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، ط03، 1410 هـ، 1990 م.

82. مصادر التشريع فيما لا نص فيه، عبد الوهاب خلاف، دار القلم الكويت ط06، 1414 هـ، 1993.

83. الوجيز في أصول الفقه، وهبة الزحيلي، دار الفكر المعاصر، بيروت لبنان، دار الفكر دمشق سوريا، ط01، 1419 هـ، 1999 م.

84. الوجيز في أصول الفقه، عبد الكريم زيدان، مؤسسة قرطبة، د ط، دت.
85. الموافقات، لأبي إسحاق الشاطبي إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي
المالكي، دار الفكر العربي، د ط، د ت .
86. أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الاسلامي في الفقه الاسلامي،
مصطفى ديب البغا، دار الإمام البخاري، دمشق د ط، د ت.
87. الأشباه و النظائر لابن نجيم دار الكتب العلمية بيروت لبنان،
1400هـ، 1980م.

• الرسائل

88. العرف و العادة في رأي الفقهاء أحمد فهمي أبو سنة مطبوعة
الأزهر 1947م د ط.
89. أثر العرف في الأحوال الشخصية، دراسة فقهية قانونية، أحمد رشاد
عبد الهادي أبو الحسين.
90. تأثير العرف في تحديد معنى الكفاءة في الزواج مروان محمد
محروس
المدرس الأعظمي.
91. اعتبار العرف في مسائل الزواج و آثاره في قانون الأسرة الجزائري -
دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي - إعداد الطالب عماد شريقي.
92. الولاية في عقد النكاح، عوض بن رجاء العوفي، ط 01، 1423هـ،
2006م، الجامعة الاسلامية.

• الفتاوى

93. مجموع الفتاوى، شيخ الاسلام أحمد بن تيمية، مجمع الملك فهد
لطباعة المصحف الشريف بالمدينة المنورة 1425هـ، 2004م.
94. الفتاوى المعاصرة في الحياة الزوجية، علي بن نايف الشحود،
د ط، د ت.

• كتب التراجم

95. تذكرة الحفاظ وذيوله الإمام الذهبي تحقيق زكريا عميرات دار الكتب العلمية بيروت لبنان ط 01 1419 هـ 1998 م .
96. الأعلام للزركلي دار العلم للملايين ص ب 1085 بيروت.

فهرس المواضبع

الصفحة	الموضوع
	بسملة
	شكر وعران
	الإهداء
أ.....	مقدمة.....
09	الفصل الأول : العرف.....
09	المبحث الأول: ماهية العرف.....
09	المطلب الأول : مفهوم العرف.....
09	الفرع الأول : لغة.....
10	الفرع الثاني: اصطلاحا.....
11	المطلب الثاني : حكم العرف.....
12	الفرع الاول موقف الصحابة من العرف.....
13	الفرع الثاني : موقف التابعين من العرف.....
14	الفرع الثالث: موقف أئمة المذاهب من العرف.....
15	المطلب الثالث : حجبة العرف.....
15	الفرع الأول : من الكتاب.....
17	الفرع الثاني: من السنة.....
18	الفرع الثالث: من الإجماع.....
19	الفرع الرابع : من القواعد الفقهية.....
21	الفرع الخامس: من المعقول.....
22	المطلب الرابع: مصطلحات ذات صلة بالعرف.....
22	الفرع الأول : العادة والعرف.....
22	الفرع الثاني : العرف والإجماع.....
23	الفرع الثالث: العرف والعمل.....
24	الفرع الرابع : العرف والاستحسان.....

26	المبحث الثاني : أقسام العرف وشرائط اعتباره.....
26	المطلب الأول أقسام العرف.....
26	الفرع الأول: باعتبار سببه ومتعلقه وموضوعه.....
27	الفرع الثاني : باعتبار مصدره.....
28	الفرع الثالث: باعتبار موافقته للشرع ومخالفته.....
29	الفرع الرابع : من حيث ثبوته وتغيره.....
30	المطلب الثاني: شرائط اعتبار العرف.....
30	الفرع الأول : أن يكون العرف مطردا أو غالبا.....
31	الفرع الثاني : أن يكون العرف المراد تحكيمه قائما عند إنشائها.....
32	الفرع الثالث: أن لا يعارض العرف تصريح بخلافه.....
32	الفرع الرابع: أن لا يكون في العرف تعطيل لنص ثابت أو لأصل قطعي في الشريعة....
35	الفصل الثاني: النكاح.....
35	المبحث الأول : ماهية النكاح.....
35	المطلب الأول: مفهوم النكاح.....
35	الفرع الأول: لغة.....
35	الفرع الثاني : اصطلاحا.....
37	المطلب الثاني : مشروعية النكاح.....
37	الفرع الأول : من الكتاب.....
37	الفرع الثاني : من السنة.....
38	الفرع الثالث: من الإجماع.....
39	المطلب الثالث : الحكمة من الزواج.....
42	المبحث الثاني : مسائل تتعلق بالنكاح وأثر العرف منها.....
42	المطلب الأول : ألفاظ انعقاد النكاح.....
46	المطلب الثاني : صيغة عقد النكاح وحكم تراخي القبول عن الإيجاب.....
48	المطلب الثالث: الكفاءة في النكاح.....
52	المطلب الرابع: العدالة في الولي والشهود.....

المطلب الخامس: شروط العقد النكاح..... 58

المطلب السادس: أهلية الزوجين من حيث السن 61

المطلب السابع: حكم تأخير الوطاء إلى ليلة الزفاف 63

المطلب الثامن: طبيعة الإعلان عن عقد النكاح..... 64

المطلب التاسع: سكوت البكر..... 65

الخاتمة..... 68

فهرس الآيات القرآنية..... 69

فهرس الأحاديث النبوية..... 71

قائمة المصادر والمراجع..... 72

فهرس المواضبع..... 82

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله وعلى آله وصحبه ومن والاه
أما بعد :

فإنه من خلال دراستي لموضوع العرف وأثره في عقد النكاح فقد تطرقت إلى الموضوع بدراسة نظرية تطبيقية بحثت من خلالها أهم النقاط في موضوع العرف من خلال تعريفه وحجيته وأقسامه وشروط اعتباره ثم تطرقت إلى القسم التطبيقي من البحث بحثت مسائل تتعلق بموضوع النكاح من خلال هذه الدراسة تبين لي أن الضابط في ما هو معتبر من العرف ما كان مرده إلى الشرع كما توصلت إلى أهم نقطة وهي أن الشريعة الإسلامية إنما جاءت مراعية لمصالح الناس وتكثيرها ودرء المفساد عنهم وتقليلها وذلك برفع المشقة عنهم واعتبار ما تعارفوه بينهم لإمضاء العقود والتصرفات خاصة عقد النكاح باعتبارها المتأثر الأكبر للأعراف والعادات وعليه فقد حصل خلاف فقهي بين الفقهاء حول مسائل عديدة في باب النكاح منها :

الألفاظ التي ينعقد بها النكاح فقد جاءت ألفاظ في الكتاب وأخرى في السنة وألفاظ تعارفها الناس فيما بينهم ينعقد بها النكاح.

تراخي القبول عن الإيجاب فهو لا يفسد العقد ولا يضر به ما لم يُفصل بينهما، والمعتبر في ذلك ما عده الناس إعراضاً.

كما لا تشترط العدالة في الولي والشهود خاصة وأن مفهومها قد تغير من زمان إلى آخر.

Abstract

Praise be to Allah and blessing and peace be upon our prophet Mohammed, his family and his companions. After that :

Through my study of the subject of traditions and its impact on the marriage the research began with a theoretical and applied study I searched through the most important points in the topic of traditions through the definition, legality, sections and conditions considered and then moved to the application section I then discussed issues related to the subject of marriage through this study, showing me that accepted traditions were in line with what is meant by shara'a I also reached the most important point is that the Islamic Shari'a came to take into account the interests of people and removal of the evils and reduce them by lifting hardship from them and considering what they knew between them to sign contracts and actions, especially the marriage contract as the most affected by traditions. Hence there has been a jurisprudential dispute between scholars on many issues in the chapter on marriage, including:

The words in which marriage takes place have been given in the Qur'an and others in the Sunnah, and the words of the people are familiar with each other for held marriage.

Lax approval of the request, it does not spoil the contract and does not harm it unless separated between them, and considered in this what people know rejection.

And does not require justice in the guardian and witnesses, especially since the concept has changed from time to time.