

العرف وأثره في الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي والقانون الكويتي

د. أحمد الصويغي شليبيك

أستاذ مساعد، كلية الشريعة

والدراسات الإسلامية، جامعة الكويت

المخلص

يتناول هذا البحث مسألة مهمة وهي: العرف وأثره في الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي والقانون الكويتي، وقد عمد الباحث إلى دراسة العرف وما يتعلق به من مسائل، ثم دراسة بعض المسائل الفقهية التطبيقية على العرف، وهو الأمر الذي استدعى تقسيم البحث إلى تمهيد تم فيه تعريف العرف والعادة في الفقه والقانون، وأقسامه، وإلى مبحث أول تم فيه عرض أركان العرف وشروطه في الفقه والقانون وحجيته، فيما تناول المبحث الثاني تطبيقات العرف في قانون الأحوال الشخصية في الفقه والقانون.

وبالنظر لطبيعة الموضوع، فقد استخدم الباحث المنهج الوصفي والاستقرائي والاستنباطي والتحليلي الذي يحقق هدف البحث، ويلأثم محتواه.

وتمخض البحث عن استنتاجات عدة، وكانت نتيجته الإجمالية تؤكد مسألة العرف وأن له أثراً في المسائل الفقهية.

كلمات دالة: العرف، العادة، الكفاءة، الطلاق، المعتدة.

المقدمة

إن الله عز وجل قد خص هذه الأمة عن سائر الأمم بخصائص عظيمة، ومناقب جليلة، فقد خصّها بخير الرسل محمد صلى الله عليه وسلم، وختم بها وبدينها الأمم والأديان، وجعل هذا الدين كاملاً لا يحتاج إلى زيادة، وجعله شاملاً مستوعباً لما كان موجوداً، ولما سيستجد من أمور وقضايا ومسائل.

فجاء التشريع الإسلامي شاملاً لنواحي الحياة المختلفة، وأوضاعها المتباينة، فهو قد أبان للناس أحكام عباداتهم ومعاملاتهم، وسائر ما يستجد عليهم من أمور الحياة، وهو في أثناء ذلك قد جعل العلماء من أعظم الناس مكانة ومنزلة، وذلك لما يقومون به من مهمة عظيمة جليلة، ألا وهي وظيفة البيان والتبليغ لأحكام هذا الدين. قال الله تعالى: ﴿وَإِذْ أَخَذَ اللَّهُ مِيثَاقَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ لَتُبَيِّنُنَّهُ لِلنَّاسِ وَلَا تَكْتُمُونَهُ﴾⁽¹⁾.

والشريعة الإسلامية تعتمد على مصادر عدة يستند إليها الفقهاء في استنباط الأحكام الشرعية منها العرف لما له من أهمية كبرى، إذ يرجع إليه في مسائل كثيرة من أبواب الفقه المختلفة، وفي ذلك رفع للحرَج والمشقة، لأن عدم مراعاة أعراف الناس وعاداتهم التي اطمأنت إليها نفوسهم، وقبلتها طباعهم السليمة يوقعهم في الحرَج والمشقة، وما جاء الإسلام إلا ليرفع الحرَج ويدفع المشقة، قال تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾⁽²⁾.

ولقد سبقت الشريعة الإسلامية الشرائع الوضعية التي تجعل للعرف مكاناً كمصدر من مصادر القانون إلى جانب النصوص القانونية المكتوبة؛ ذلك لأن الشريعة الإسلامية تقيم أحكامها على أساس العدالة والرفق بالناس ورفع الحرَج عنهم، وتستهدف تحقيق المصالح ودرء المفاسد.

أهمية الموضوع

تتمثل أهمية الموضوع بالنقاط التالية:

أولاً— كون مسائل العرف المتناولة من المسائل التي تعم بها البلوى، ولا يكاد يخلو منها بيت.

ثانياً— تغير الأعراف عبر الزمان، احتيج معه لتغير الأحكام، وضوابطها في الوقت الحاضر.

(1) سورة آل عمران، الآية 187.

(2) سورة الحج، الآية 78.

مشكلة البحث

تتلخص مشكلة البحث في تغيير الأعراف التي اعتمد عليها الشارع، وجعلها مرجعاً في كثير من مسائل الأحوال الشخصية، مثل: النفقة والرضاع والعدة، والطلاق.

أسئلة البحث

1- ما هي حقيقة العرف الشرعية واللغوية؟ 2- ما هي أبرز القضايا المتعلقة بالمرأة التي تغيرت بالعرف على مر الزمان؟ 3- ما هو موقف القانون الكويتي من العرف في قضايا الأحوال الشخصية المتعلقة بالمرأة؟

الدراسات السابقة

لم أجد من خلال اطلاعي من كتب في هذا الموضوع، ولكن وجدت من كتب في موضوع العرف بشكل عام، ومن ذلك:

- أحمد فهمي أبو سنة، العرف والعادة في رأي الفقهاء، مطبعة الأزهر، القاهرة، 1947.
- السيد صالح عوض، أثر العرف في التشريع الإسلامي، دار الكتاب الجامعي، القاهرة.
- أحمد بن علي سير المباركي، العرف وأثره في الشريعة والقانون، مؤسسة فؤاد بعينو، بيروت، 1412هـ - 1992م.

فهذه الكتب وغيرها تكلمت عن موضوع العرف من حيث التعريف والأركان والشروط مقارنة بالقانون.

منهجية البحث

اعتمدت في كتابة هذا البحث على: المنهج الاستقرائي، وذلك بتتبع الأقوال، والأدلة، والمسائل المتعلقة بالعرف في الشريعة الإسلامية وقانون الأحوال الشخصية الكويتي، وقرنت ذلك بالمنهج التحليلي للأقوال والأدلة، وربط هذه الأقوال بالعرف، والاستدلال الاستنباطي حيث ذكرت الأدلة التي اعتمد عليها العلماء ووجه الاستدلال، وتحليل الأسباب المؤدية إلى أخذ قانون الأحوال الشخصية الكويتي بها؛ لإيجاد الحلول المناسبة للمشكلات التي تواجه المجتمع بما يتناسب مع ظروفه الحالية، ومقارنتها مع المذاهب الفقهية.

خطة البحث

قسمت البحث إلى مطلب تمهيدي ومبحثين، وذلك على النحو الآتي:

مطلب تمهيدي: تعريف العرف في الشريعة والقانون

المبحث الأول: أركان العرف وشروطه

المبحث الثاني: تطبيقات العرف في قانون الأحوال الشخصية

الخاتمة: وبينت فيها أهم النتائج

مطلب تمهيدي

تعريف العرف في الشريعة والقانون

نبحث في هذا المطلب معنى العرف في الفقه والقانون، ونبينه كما يلي:

الفرع الأول

تعريف العرف في اللغة والاصطلاح

أولاً- تعريف العرف في اللغة

العرف في اللغة: مصدر عرف يعرف عرفاً، وعرفاً بكسر العين والراء، وكلها تدل على معنى العلم، وإدراك الشيء⁽³⁾. وأصل مادة العرف يدل على أمرين:

الأمر الأول: تتابع الشيء متصلاً ببعضه ببعض، ومنه قوله تعالى: ﴿وَالْمُرْسَلَاتُ عُرْفًا﴾⁽⁴⁾، أي متتابعات. والأمر الثاني: الطمأنينة والسكون إلى الشيء، يقال: عرف فلان فلاناً عرفاناً ومعرفة، وعرفه عرفاناً، علمه، فهو عارف، وهذا يدل على سكونه إليه؛ لأن من عرف شيئاً سكن إليه، ومن أنكر شيئاً توحش منه ونبا عنه⁽⁵⁾.

ثانياً- تعريف العرف في الاصطلاح

ذكر الفقهاء للعرف تعريفات متعددة بعضها قريب من بعض نذكر منها الآتي:

1. عرّف الإمام النسفي العرف بأنه: «ما استقر في النفوس من جهة العقول، وتلقته الطباع السليمة بالقبول»⁽⁶⁾. وهذا التعريف ساوٍ بين العادة والعرف، فمدلولهما عنده واحد، فما يطلق عليه عرف يطلق عليه عادة، والعكس بالعكس.
2. عرّف الإمام الجرجاني العرف بأنه: «ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول، وتلقته الطبائع بالقبول»⁽⁷⁾. وهذا التعريف قريب من تعريف النسفي.
3. عرّفه الشيخ أبو سنة بأنه: «الأمر الذي اطمأنت إليه النفوس، وعرفته، وتحقق في

(3) ابن منظور، لسان العرب 746/2؛ ابن فارس، معجم مقاييس اللغة 281/4؛ الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ص 173؛ إبراهيم أنيس ومجموعة من الأساتذة، المعجم الوسيط 601/2

(4) سورة المرسلات، الآية 1.

(5) ابن فارس، معجم مقاييس اللغة 281/4.

(6) النسفي، كشف الأسرار 718/2.

(7) الجرجاني، التعريفات، ص 130.

قرارتها، وألفته مستندة في ذلك إلى استحسان العقل، ولم ينكره أصحاب الذوق السليم في الجماعة»⁽⁸⁾.

4. عرّفه الشيخ خلاف بأنه: «ما يتعارفه الناس ويسيرون عليه غالباً، من قول أو فعل»⁽⁹⁾.

ويمكن تعريف العرف بأنه: «ما تعارف عليه أكثر الناس، وساروا عليه من قول أو فعل، سواء أكان في جميع العصور أم في عصر معين، مما لا يخالف الشريعة».

شرح التعريف

لفظ (ما): عام يشمل ما تعارفه أكثر الناس، سواء أكان صحيحاً أم فاسداً، وسواء أكان قولياً أم فعلياً؛ لأن (ما) من صيغ العموم.

(أكثر الناس): قيد يخرج العادة الفردية، وما اعتادته القلة، كما يخرج العرف المشترك.

(من قول أو فعل): فيه إشارة إلى قسمة العرف القولي والعملي، سواء أكان فعلاً أم تركاً؛ لأن الترك يعدّ فعلاً، كما في قوله تعالى: ﴿كَانُوا لَا يَتَنَاهَوْنَ عَنْ مُنْكَرِ فَعْلُوهُ لِبَيْسَ مَا كَانُوا يَفْعَلُونَ﴾⁽¹⁰⁾، فقد سمى الله عز وجل تركهم التناهي عن المنكر فعلاً، وأنشأ لهم الذم على هذا الفعل.

(مما لا يخالف الشريعة): قيد يخرج به العرف الفاسد؛ لأن ما يخالف الشرع لا يجوز العمل بمقتضاه، ولا يحكم في شؤون الناس وحياتهم.

(الشريعة): ولم أقل (نصاً شرعياً)؛ لأن الشريعة أعم وأشمل، فهي تحتوي جميع النصوص الشرعية، ولكن نصوص الشرع ليست كل الشريعة، فقد يكون العرف مخالفاً لمقصد من مقاصد الشرع، أو متعدياً على مصلحة من مصالح المسلمين المعتبرة شرعاً ودون مخالفة لنص معين.

الفرع الثاني

تعريف العادة في اللغة والاصطلاح

أولاً- تعريف العادة في اللغة

العادة في اللغة: مأخوذة من العود أو المعاودة وهي الديدن والدأب، والاستمرار على

(8) أبو سنة، العرف والعادة، ص 8.

(9) خلاف، مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه، ص 145.

(10) سورة المائدة، الآية 79.

الشيء بمعنى التكرار، والعادة اسم لتكرير الفعل أو الانفعال حتى يصير سهلاً تعاطيه كالطبع. سميت بذلك لأن صاحبها يعاودها، أي يرجع إليها مرة بعد أخرى⁽¹¹⁾.

ثانياً- تعريف العادة في الاصطلاح

1. عرّف ابن أمير الحاج العادة بأنها: «الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية»⁽¹²⁾. وهذا التعريف شامل للقول والفعل معاً، ولكل أمر يحصل مرة بعد مرة، إن لم تكن علاقته عقلية، فكل ما تكرر ولم تكن علاقته عقلية، هو عادة، سواء أكان صادراً من الفرد أم من الجماعة، وسواء أكان مصدره أمراً طبيعياً، أم الأهواء والشهوات، أم حادثاً⁽¹³⁾.

2. وعرّفها الجرجاني بأنها: ما استمر الناس عليه على حكم العقول، وعادوا إليه مرة بعد أخرى⁽¹⁴⁾.

ثالثاً- الفرق بين العرف والعادة

هناك من العلماء كابن عابدين⁽¹⁵⁾ وخلاف⁽¹⁶⁾ من يستعمل العرف والعادة بمعنى واحد؛ لأن مؤداهما واحد، فإذا عطف أحدهما على الآخر، يكون ذلك من باب التأكيد.

وهناك من العلماء من فرّق بين العرف والعادة، وجعل العادة أعم من العرف؛ لأنها تشمل العادة الناشئة عن عامل طبيعي، والعادة الفردية، وعادة الجمهور التي هي العرف، فبينهما عموم وخصوص مطلق؛ لأن العادة أعم مطلقاً وأبداً، والعرف أخص، إذ هو عادة مقيدة بما تلقته الطبائع السليمة بالقبول، ثم إن التكرار في العرف يجب أن يكون أكثر مما في العادة، حتى تستقر النفوس عليه. فكل عرف هو عادة، وليست كل عادة عرفاً، لأن العادة قد تكون فردية، أو مشتركة⁽¹⁷⁾.

(11) ابن منظور، لسان العرب 311/4؛ الفيومي، المصباح المنير 521/2؛ ابن فارس، معجم مقاييس اللغة 181/4.

(12) ابن أمير حاج، التقرير والتحبير، 350/1.

(13) أبو سنة، العرف والعادة، ص 11؛ د. يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين، مكتبة الرشد، الرياض، ط 2، 1433هـ/2012 م، ص 27؛ محمد بن صدقي البورنو، الوجيز، ص 274.

(14) الجرجاني، التعريفات، ص 194.

(15) ابن عابدين، مجموعة رسائل ابن عابدين 144/2.

(16) خلاف، مصادر التشريع الإسلامي، ص 145.

(17) الزرقا، المدخل الفقهي العام 843/2؛ بدران، أصول الفقه الإسلامي، ص 225.

الفرع الثالث

تعريف العرف في القانون

اهتم رجال القانون بمعنى العرف باعتباره مصدراً من مصادر القانون، وخصوه ببحث منفصل عند دراستهم للمصادر الأصلية والاحتياطية (التبعية) للقانون، وذلك للدور المهم الذي يلعبه العرف في تأسيس القاعدة القانونية، ويتفاوت دوره بين فروع القانون المختلفة، وقد ذكروا له تعاريف متعددة نذكر منها ما يلي:

1. مجموعة القواعد التي تنشأ من درج الناس عليها، يتوارثونها جيلاً عن جيل، والتي تعتبر ملزمة لهم، بمعنى أن يكون لها جزاء قانوني، كالقانون المسنون سواء بسواء⁽¹⁸⁾.

2. مصدر ينشئ القاعدة القانونية عن طريق اعتياد الناس على متابعة سلوك معين، واستقرار الإيمان في نفوسهم بأن هذا السلوك قد صار ملزماً⁽¹⁹⁾.

فالعرف عند القانونيين يطلق ويراد به: الاعتياد الملزم، والقاعدة التي تولدت عن هذا الاعتياد. ويعني هذا أن العرف يطلق على السبب المؤدي إلى القاعدة، كما يطلق على القاعدة نفسها المتولدة من هذا السبب، فالاعتياد على مسلك ما مع الشعور بالالتزام هو السبب المؤدي إلى القاعدة العرفية⁽²⁰⁾.

مقارنة بين الشريعة والقانون

أ. إذا نظرنا إلى ما ذكره علماء القانون في تعريفهم للعرف، وجدنا أنه كي يطابق التعريف القانوني للتعريف الشرعي، يجب أن يُضاف إلى القانوني عبارة: «تلقى الطباع السليمة له بالقبول، وألا يخالف القواعد القانونية أو يقره القانون».

وهذا هو ما ذكروه في حديثهم عن العرف المعتبر لدى علماء القانون، ومع ذلك فإن القانون يقرّ من الأعراف، ما لا تقره الشريعة، كالتعامل بالربا، واعتبار العمل في الملاهي وغيرها عملاً يقره القانون ويحميه.

ب. العرف عند رجال القانون الخاص يختلف عنه عند فقهاء الشريعة الإسلامية، الذين يرون أن العرف هو مجرد الاعتياد على مسلك معين، فعنصر اللزوم لا تأثير له عند فقهاء الشريعة الإسلامية في تكوين العرف، حتى من يفرق منهم

(18) السنهوري وأبوستيت، أصول القانون، ص 78؛ سلطان، المبادئ القانونية العامة، ص 138.

(19) الوكيل، المدخل لدراسة القانون، ص 178؛ أسود، القانون المدني (المدخل والأموال)، ص 71.

(20) حسنين، العرف والعادة، ص 33.

بين العادة والعرف لا ينظر إلى هذا العنصر، بل يجعل أحدهما أعم من الآخر، وكلاهما له تأثير في الأحكام، وهذا أمر طبيعي إذ الإلزام أثر من آثار العرف؛ لأن شأن القاعدة أن تكون ملزمة⁽²¹⁾.

الفرع الرابع

أقسام العرف

ينقسم العرف بحسب الاعتبارات التي ينظر إليه فيها إلى أقسام متعددة، نذكر منها ما يلي:

التقسيم الأول - باعتبار طبيعته، فهو ينقسم إلى عرف قولي، وعرف عملي

1. العرف القولي

هو أن يتعارف قوم على إطلاق لفظ معين لمعنى، بحيث لا يتبادر عند سماعه إلا ذلك المعنى⁽²²⁾، كتعارفهم على إطلاق لفظ الولد على الذكر دون الأنثى، مع أنه في اللغة يشمل الذكر والأنثى⁽²³⁾.

2. العرف العملي

هو اعتياد الناس على شيء من الأفعال العادية، أو المعاملات المدنية⁽²⁴⁾، كدلالة سكوت البكر البالغة عند استئذانها في عقد النكاح على الإذن فيه والرضا به؛ لأن دلالة العرف في مثلها من الخجل تفيد ذلك، وتعارف الناس في بعض البلاد تعجيل جزء من مهور النساء كالنصف، أو الثلثين، وتأجيل الباقي إلى ما بعد الوفاة أو الطلاق، ونفقة الزوجة الواجبة لها على زوجها يرجع في تقديرها إلى المتعارف المعتاد بين أمثالهما، وبحسب حالهما غنى وفقراً⁽²⁵⁾.

(21) عوض، أثر العرف في التشريع الإسلامي، ص 54-55؛ حسنين، العرف والعادة، ص 34.

(22) ابن أمير حاج، التقرير والتحبير 350/1؛ شليبي، أصول الفقه الإسلامي، ص 313؛ الجدي، العرف والعمل في المذهب المالكي، ص 94.

(23) القرافي، الفروق 172/1؛ ابن فرحون، تبصرة الحكام 57/2؛ ابن تيمية، كتب ورسائل وفتاوى ابن تيمية في الفقه، ص 97؛ الزرقا، المدخل الفقهي العام 843/2؛ بدران، أصول الفقه الإسلامي، ص 226؛ مكداش، تغير الأحكام، ص 103؛ السوسوة، التخصيص بالعرف وأثره في الفقه الإسلامي، مجلة الشريعة والقانون، العين، الإمارات العربية المتحدة، العدد 32، 2007، ص 365.

(24) الزرقا، المدخل الفقهي العام 876/2؛ الجدي، العرف والعمل، ص 97.

(25) الزرقا، المدخل 876/2؛ مكداش، تغير الأحكام، ص 104؛ المباركي، العرف، ص 76؛ الجدي، العرف والعمل، ص 97؛ شليبي، أصول الفقه، ص 314؛ بدران، أصول الفقه، ص 226.

التقسيم الثاني - باعتبار صدوره، فالعرف ينقسم إلى عرف عام و عرف خاص

1. العرف العام

هو ما تعارفه عامة أهل البلاد قديماً وحديثاً، وسواء أكان فعلياً أم قولياً⁽²⁶⁾، كتعارفهم على بيع المعاطاة، والاستصناع⁽²⁷⁾.

2. العرف الخاص

هو الذي يكون مخصوصاً ببلد أو مكان دون آخر، أو بفتة من الناس دون أخرى، كتعارف منطقة أو بلد على تسجيل الأثاث للزوج أو الزوجة، وتعارف أهل مصر على أن ما يقدمه الخاطب إلى مخطوبته من الحلبي والهدايا المختلفة لا يعد مهراً، أو تعارف بعض البلدان على تعجيل أجرة البيوت، أو تعارف أهل الحرف والصناعات على معان خاصة لألفاظ معينة لا يستعملها غيرهم⁽²⁸⁾.

وهذا العرف متنوع متجدد، كثيرة صورته، لا تقف عند حد؛ ذلك لأن مصالح الناس والطرق الموصلة إلى تحقيقها وحوادثهم وعلائقهم متجددة أبداً.

التقسيم الثالث - باعتبار حكمه، فهو ينقسم إلى عرف صحيح، و عرف فاسد

1. العرف الصحيح

هو ما تعارفه الناس ولم يخالف النص الشرعي ولا الإجماع، ولا يفوت مصلحة شرعية معتبرة، ولا يجلب مفسدة راجحة⁽²⁹⁾، مثل تقسيم المهر إلى مؤجل ومعجل، وتعارف الناس على أن ما يقدمه الخاطب إلى مخطوبته من ثياب ونحوها يعد هدية ولا يدخل في المهر.

2. العرف الفاسد

هو ما تعارفه الناس، وكان مخالفاً لنص من نصوص الشريعة، أو مقصداً من مقاصدها، أو قاعدة من قواعدها؛ وهو العرف الذي ألغاه الشارع بأن بنى الأحكام

(26) ابن عابدين، رسائل ابن عابدين، 125/2.

(27) حسنين، العرف والعادة، ص 69؛ مفتي، العرف، ص 69؛ الجدي، العرف والعمل، ص 98-99؛ الباحثين، العرف والعادة، ص 41؛ زيدان، الوجيز في أصول الفقه، ص 250.

(28) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص 93؛ الأشقر، نظرات في أصول الفقه، ص 186؛ الطنطاوي، أصول الفقه الإسلامي، ص 310؛ الزرقا، المدخل الفقهي العام، 848/2؛ زيدان، الوجيز، ص 250-251.

(29) المبارك، العرف، ص 65؛ الباحثين، العادة محكمة، ص 44؛ مكداش، تغير الأحكام، ص 106؛ عوض، أثر العرف، ص 142؛ بدران، أصول الفقه الإسلامي، ص 228؛ شلبي، أصول الفقه، ص 313.

والتشريعات على خلافه أو نهى عنه صراحة بالتحريم أو بالكراهة، كتعارف الناس على شرب الخمر، والتعامل بالربا، واختلاط الرجال بالنساء المتبرجات في عقد النكاح، وسحب الأموال بالفائدة من المصارف للتجارة، أو الزراعة، أو البناء، ومشى النساء وراء الجنائز، وحرمان المرأة من الميراث وعدم مطالبتها بالطلاق بأي وجه كان⁽³⁰⁾.

التقسيم الرابع - باعتبار ثبوته واستقراره وعدمه، فهو ينقسم إلى

1. العرف الثابت

هو ما استقر عليه العمل في جميع الأعصار من أقوال أو أفعال، ولا يختلف باختلاف الأزمان والأشخاص والأحوال؛ لأنه يعود إلى طبيعة الإنسان وفطرته⁽³¹⁾. ومن العرف الثابت العرف الشرعي: وهو ما كلف به الشرع وأمر به، أو نهى عنه، أو أذن فيه فعلاً أو تركاً⁽³²⁾، كستر العورة في الصلاة، وإباحة بيع العرايا، والقصاص في القتل العمد العدوان.

2. العرف المتبدل

هو الذي يتبدل ويتغير، ويكون سبباً لحكم شرعي، فيختلف الحكم ويتغير بتغيره سواء أكان العرف قولاً أم فعلاً⁽³³⁾، مثل: أن يعتاد في النكاح قبض الصداق قبل الدخول، وفي بعض البيوع أن يكون بالنقد لا بالنسيئة، والحكم فيها يجري على ذلك.

الفرع الخامس

اعتبار العرف

ينقسم العرف من حيث اعتباره في الأحكام إلى ثلاثة أقسام:

1. ما قام الدليل الشرعي على اعتباره

وذلك كمرعاة الكفاءة في النكاح، ووضع الدية على العاقلة، فهذا يجب اعتباره والأخذ به.

(30) الجديدي، العرف والعمل، ص 221؛ النجار، الأدلة المختلف فيها عند الأصوليين وتطبيقاتها المعاصرة، ص 200؛ مفتي، العرف، ص 73-74؛ قوته، العرف 264/1.

(31) السيوطي، الأشباه والنظائر، ص 90؛ الشاطبي، الموافقات 283/2؛ أبو سنة، العرف والعادة، ص 48؛ البغا، أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي، ص 242؛ حسنين، العرف والعادة، ص 72.

(32) الشاطبي، الموافقات، 283/2؛ أبو سنة، العرف والعادة، ص 46.

(33) السيوطي، الأشباه والنظائر، ص 88؛ الشاطبي، الموافقات 285/2؛ الباحثين، قاعدة العادة محكمة، ص 48.

2. ما قام الدليل الشرعي على نفيه

وذلك كعادة أهل الجاهلية في التبرج، وطوافهم في البيت عراة، والجمع بين الأختين، وغير ذلك من الأعراف التي نهى عنها الشارع، فهذه الأعراف لا تعتبر.

3. ما لم يقيم الدليل الشرعي على اعتباره أو نفيه

وهذا موضع نظر الفقهاء⁽³⁴⁾، وقد ذهب الفقهاء إلى اعتباره ومراعاته، وبنوا عليه الكثير من الأحكام، ولم ينكروا ذلك العرف في الأمور التي لا تحديد فيها من قبل الشارع⁽³⁵⁾.

(34) ابن نجيم، البحر الرائق، 3/190؛ القليوبي، حاشية القليوبي 3/329.

(35) ابن عابدين، رسائل ابن عابدين 2/114.

المبحث الأول

أركان العرف وشروطه

سنقوم في هذا المبحث ببيان أركان العرف وشروطه في الشريعة الإسلامية وفي القانون الوضعي، وذلك كما يلي:

المطلب الأول

أركان العرف وشروطه في الشريعة الإسلامية

الركن هو ما لا بد منه لتصور العقد ووجوده، سواء أكان جزءاً منه أم متعلقاً به⁽³⁶⁾، أو هو: ما يقوم به ذلك الشيء، من التقوم إذ قوام الشيء بركنه، لا من القيام⁽³⁷⁾. فما جعله الشارع ركناً لشيء يكون جزءاً من ذلك الشيء، وينعدم وجوده شرعاً إذا انعدم الركن فلا تحقق له من دونه، كالأيجاب والقبول فهما ركنان في عقد الزواج، وجزء من حقيقته شرعاً، ينعدم العقد بانعدام أحدهما، ولا وجود له من دونهما.

الفرع الأول

أركان العرف

لم يتطرق الفقهاء إلى ذكر أركان العرف، وإنما ذكروا طائفة من شروط العمل بها، لكن بعض العلماء المعاصرين مثل الدكتور يعقوب بن عبد الوهاب الباحثين، تكلموا عن ذلك، وجعلوا تعريف العرف أساساً لبيان ركنه، وقد رتبوا على تعريفه أن للعرف ركنين، وهما:

1. الاستعمال المتكرر، تضاف إليه المعقولية، وفق وجهة من أدخل ذلك في معنى العرف أو العادة.
2. رضا وقبول أصحاب الطباع السليمة في المجتمع⁽³⁸⁾.

(36) الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك 89/1؛ بدران، أصول الفقه الإسلامي، ص 290.

(37) الجرجاني، التعريفات، ص 149.

(38) الباحثين، قاعدة العادة محكمة، ص 57-58.

الفرع الثاني

شروط العرف

الشرط هو ما يلزم من عدمه عدم المشروط، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته⁽³⁹⁾، أي ما يتوقف وجود الحكم وجوداً شرعياً على وجوده، ويكون خارجاً عن حقيقته، ويلزم من عدمه عدم الحكم⁽⁴⁰⁾.

فالشرط وصف يتوقف عليه وجود الحكم، ولا يتحقق الحكم الشرعي إلا بوجود الشرط، فحصول الخلل في الشرط يترتب عليه خلل في وصف العقد أو التصرف؛ لأنه أمر خارج عن حقيقته، وحقيقته أن عدمه يستلزم عدم الحكم، كحضور الشاهدين شرط في صحة عقد الزواج، يلزم من عدم وجود الشاهدين عدم صحة عقد الزواج، ولا يلزم من وجود الشاهدين وجود عقد الزواج، والزوجية من شروط إيقاع الطلاق، فإن لم تتحقق لا يوجد الطلاق، ولا يلزم من وجود الزوجية وجود الطلاق⁽⁴¹⁾.

وقد اشترط الفقهاء عدة شروط للعمل بالعرف، لا يصح العرف إلا بهذه الشروط، وهي:

الشرط الأول - أن يكون العرف مطرداً أو غالباً

وذلك بأن يستمر العمل به في جميع الحوادث، أو أغلبها بين الذين تعارفوه دون تخلف، ويكون هذا العرف شائعاً ومشتهراً بين أهله، حتى إذا أطلق التصرف ذهب أذهانهم إلى المعنى العرفي، وأن يكون العمل بالعرف كثيراً، ولا يتخلف إلا قليلاً، بأن يكون جريان أهل العرف عليها حاصلاً في أكثر الحوادث⁽⁴²⁾، كما لو جرى العرف بين الناس في بلد، أو إقليم بتعجيل المهر قبل الدخول، أو تقسيمه إلى معجل ومؤجل؛ فإنه يكون مطرداً في هذا البلد، أو الإقليم إذا كان أهله يجرون على الحالة المتعارفة من التعجيل. وقد عبر بعضهم عن هذا الشرط بالقول: (إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت)⁽⁴³⁾.

(39) التفتازاني، شرح التلويح 145/1-146.

(40) السرخسي، أصول السرخسي 303/2؛ الأمدي، الإحكام في أصول الأحكام 121/1؛ الفتوح، شرح كوكب المنير 425/1؛ بدران، أصول الفقه الإسلامي، ص 290؛ الزحيلي، علم أصول الفقه، ص 148.

(41) بدران، أصول الفقه الإسلامي، ص 291؛ الزحيلي، علم أصول الفقه، ص 148.

(42) الزرقا، المدخل الفقهي العام 870/2؛ أبو سنة، العرف والعادة، ص 56.

(43) السيوطي، الأشباه والنظائر، ص 92؛ ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص 94.

الشرط الثاني- أن يكون العرف قائماً وموجوداً وقت إنشاء التصرف المراد تحكيم العرف فيه

وذلك بأن يكون العرف سابقاً أو مقارناً للتصرف عند إنشائه؛ لأن كل من يقوم بتصرف من التصرفات القولية أو العملية إنما يتصرف بحسب ما جرى به العرف، ويُقصد من كلامه ولفظه ما تعارف عليه الناس عند القيام بالتصرف، ليصح الحمل على العرف القائم⁽⁴⁴⁾.

وبذلك لا يعتبر العرف المتأخر في التصرفات، ولا يقضى به على من سبق؛ لأن العرف إنما يؤثر فيما يوجد بعده لا فيما مضى قبله. ولكن لا يكفي تقدم العرف؛ لأنه لا بد من استمراره ومقارنته للتصرف عند إنشائه، فبذلك يخرج العرف السابق الذي تغير قبل إنشاء التصرف⁽⁴⁵⁾، كما لو عقد على امرأة دون التصريح بتعجيل بعض المهر وتأجيل بعضه، فإن الرجوع إلى العرف الشائع هو الفاصل في ذلك؛ فإن كان العرف يقضي بعدم التأجيل وقت إنشاء العقد، ثم حصل نزاع بين الزوجين بسبب تغير العرف في ذلك إلى تعجيل بعض المهر وتأجيل بعضه، فإنه يحكم بالعرف السابق الذي كان موجوداً وقت إنشاء العقد وهو تعجيل المهر كله، ولا يلتفت إلى العرف الجديد.

الشرط الثالث- ألا يعارض العرف تصريحاً بخلافه

إذا تم التعاقد بين شخصين مع سكوتهما عن العرف القائم في مثل هذه المعاملة، حيث لم يتعرضا له بنفي ولا إثبات، فإنه يُطبَّق في حقهما ويلزم كل واحد منهما به؛ لأنه لا يرجع إلى العرف وتفسيره إلا في حال سكوت أطراف التصرف؛ فإذا صرح العاقدان بخلاف العرف فلا اعتبار للعرف⁽⁴⁶⁾؛ لأن من القواعد الفقهيّة المقررة (لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح)⁽⁴⁷⁾.

فلو كان العرف الجاري في بلد ما عند عقد الزواج أن يعجل نصف المهر ويؤخر النصف الآخر إلى أجل، وسكت الزوج وولي الزوجة عن المهر، فإنه يرجع إلى العرف الساري، ولكن لو اشترطت الزوجة أو ولي أمرها تعجيل مهرها كله، ووافق الزوج على هذا الشرط، فإن العرف لا يعتبر ولا يُحكَّم في هذه الحالة.

(44) العلائبي، المجموع المذهب في قواعد المذهب 428/2: الزركشي، المنتور في القواعد 364/2: أبو سنة، العرف والعادة، ص 65.

(45) الزركشي، المنتور في القواعد 364/2: مفتي، العرف عند الأصوليين، ص 62: عوض، أثر العرف في التشريع الإسلامي، ص 225: ميقات، الرأي وأثره في مدرسة المدينة، ص 528.

(46) السرخسي، المبسوط 36/25: ابن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام 158/2.

(47) حيدر، شرح المجلة 28/1: الأتاسي، شرح المجلة 38/1.

الشرط الرابع- ألا يخالف العرف نصاً شرعياً

يُشترط في اعتبار العرف موافقة الشريعة، وعدم تعارضه مع نص من نصوص الكتاب، أو السنة، أو قاعدة من قواعده، تعارضاً ينهي الحكم الشرعي، أو يلغيه، أو يكون فيه تعطيل لنص ثابت، أو لأصل قطعي. فإذا كان كذلك فلا اعتبار عندئذ للعرف؛ لأنه يكون عرفاً فاسداً فلا يعتبر؛ لأن نص الشارع مقدم على العرف.

وإذا خالف العرف النص في بعض الوجوه دون بعض، بأن كان النص عاماً أو مطلقاً، وخالفهما العرف، فالعرف والحالة هذه: إما أن يكون خاصاً أو عاماً؛ فإن كان خاصاً فلا تعتبر هذه المعارضة؛ لأن العرف الخاص لا يخص العام، ولا يقيد المطلق. أما إن كان عاماً فإنه يخص العام ويُقيد المطلق، بل المخصص والمقيد هو الإجماع الذي استند عليه العرف⁽⁴⁸⁾.

المطلب الثاني

أركان العرف وشروطه في القانون الوضعي

نعرض لأركان العرف في القانون الوضعي أولاً، ثم لشروطه ثانياً، وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول

أركان العرف

يرى رجال القانون الوضعي أن العرف هو عادة تواضع الناس على اتباعها معتقدين في قوتها الملزمة لهم في التعامل، ولا تتحقق القاعدة العرفية ما لم يتوفر فيها ركنان هما:

أولاً- الركن المادي

ويسمى الركن الوضعي أو الخارجي، وهو اعتياد الناس على متابعة سلوك معين، بحيث تم تكراره؛ لأن حدوث أمر معين مرة واحدة لا يكون عادة، فقوام الركن المادي للعرف هو العادة التي تنشأ من اعتياد الناس وتوافقهم على اتباع سلوك معين، واستمرارهم على التعامل بموجبه، في بيئة معينة وناحية معينة من نواحي حياتهم الاجتماعية، زمنياً طويلاً وبصور مطردة. وهذه العادة تنشأ اختيارياً في ضمير الجماعة مما يختطه الأشخاص لأنفسهم من واقع الحياة، وفي ضوء الظروف المحيطة بهم والحاجة إلى تنظيم الروابط

(48) المبارك، العرف وأثره في الشريعة والقانون، ص 98-99؛ مفتي، العرف عند الأصوليين، ص 58-59؛ حسنين، العرف والعادة، ص 52-53.

الاجتماعية بينهم⁽⁴⁹⁾.

ثانياً- الركن المعنوي

ويسمى العنصر الداخلي أو النفسي، وهو الاعتقاد بأن ما اطرد عليه العمل أمر ملزم، وواجب الاتباع باعتباره قاعدة قانونية لها في أنفسهم ما لسائر القواعد القانونية من حرمة، ومن احترام، ومن ترتب العقاب على مخالفتها.

وهذا الركن هو الذي يرتقي بالعادة إلى منزلة العرف باعتباره المصدر الثاني للقانون، والاعتقاد بأن عادة معينة لها حرمة القاعدة القانونية، لا ينشأ دفعة واحدة، بل يتكون تدريجياً حتى يصل في وقت ما إلى أن يكون محققاً لا نزاع فيه. وإذا تكونت العادة وتكررت، فإن هذا لا يكفي لتكوين العرف، واعتباره مصدراً رسمياً للقاعدة القانونية، بل يلزم أن ينشأ اعتقاد لدى الناس بأن هذا المسلك الذي اعتادوا عليه مسلك ملزم، وأن مخالفته تستتبع جزاء مادياً⁽⁵⁰⁾.

الفرع الثاني

شروط العرف

اشتراط رجال القانون الوضعي شروطاً في العرف، يجب توافرها فيه حتى يكون معتبراً، وهذه الشروط هي:

الشرط الأول- أن يكون العرف عاماً مجرداً

أي أن يكون العرف صادراً عن الأغلبية، ولا ينصرف حكمه إلى شخص، أو أشخاص معينين بالذات كما لو كان خاصاً بعائلة معينة بالذات، أو قاصراً على فئة قليلة من الناس، وإنما يتوجه إلى الأشخاص بصفاتهم لا بذواتهم، أي إلى صفاتهم المجردة عن ذواتهم. ولا يُقصد بالعمومية أن يكون العرف شاملاً كل البلد، ويُطبَّق على كافة الأشخاص في الجماعة، بل يكفي أن يكون عاماً في المكان الذي يُطبَّق فيه، أو على كل الأشخاص الذين يشملهم حكمه، فقد يكون العرف خاصاً بإقليم معين، أو بمدينة واحدة، أو طائفة معينة من الأشخاص، وهو ما يسمونه بالعرف المحلي، أو بأهل حرفة أو مهنة، وهو ما يسمونه بالعرف المهني أو الطائفي، ومع ذلك تتوافر فيه صفة العموم⁽⁵¹⁾.

(49) زكي، دروس في مقدمة الدراسات القانونية، ص 112؛ الزعبي، المدخل إلى علم القانون، ص 196؛ منصور، المدخل للعلوم القانونية والفقہ الإسلامي، ص 97؛ القاضي، أصول القانون، ص 193.

(50) حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، ص 447؛ منصور، نظرية القانون، ص 133.

(51) الفار، المدخل لدراسة العلوم القانونية، ص 85؛ الزعبي، المدخل إلى علم القانون، ص 199؛ منصور، المدخل للعلوم القانونية والفقہ الإسلامي؛ ص 97، حسنين، العرف والعادة، ص 57.

الشرط الثاني- أن يكون العرف قديماً

يُشترط أن يكون العرف الذي تتولد منه القاعدة العرفية الملزمة قديماً، بمعنى أن يمضي على العرف زمن طويل، يكفي للدلالة على أن هذا العرف متأصل في النفوس، ونابع من حاجة المجتمع، أي يدل على رسوخ أثره في النفوس واستقرار الجماعة على اتباعه وقيام عرف مستقر على أساسه. وليس هناك مدة محددة لكي يكون العرف قديماً، ولكن يكفي شعور الناس بذلك؛ لأنها تختلف من عرف إلى آخر، فالمسألة تختلف باختلاف الظروف، وباختلاف نوع السلوك، ومدى تكراره في حياة الأشخاص⁽⁵²⁾.

الشرط الثالث- أن يكون ثابتاً ومطرداً

يُشترط أن يكون العرف مستقراً ثابتاً ومطرداً، حتى تتولد منه قاعدة عرفية لها قوة القانون، ومعنى ذلك أن يكون العرف عند نشوئه متبعاً باستمرار وانتظام دون انقطاع، وبشكل واضح وظاهر للعيان، فلا تعتبر عادة يتولد عنها عرف ملزم له قوة القانون مجرد اتباع الناس سلوكاً معيناً مدة من الوقت، وتركه أو انقطاعهم في أوقات أخرى. وهذا الاستمرار والثبوت إنما يعتبر بجمهور الناس، ولا يؤثر في ثباته خروج قلة من الأشخاص عليه في فترات متباعدة؛ لأن العبرة في هذا الشأن بغلبة اتباعه في أكثر الحالات⁽⁵³⁾.

الشرط الرابع- ألا يكون العرف مخالفاً للنظام العام والآداب

يُشترط في العرف ألا يكون مخالفاً للنظام العام وحسن الأدب في المجتمع، وأن يكون نافعاً للجماعة لا ضاراً بها؛ فالعرف المخالف للنظام العام والآداب عرف فاسد لا يجوز اتباع حكمه، ولا يعتبر، ولا يكون مصدرًا من مصادر القانون إذا لم يراع أخلاق البلاد وآدابها الاجتماعية، كما لا يعتبر إذا خالفه فإنه لا يلتفت إليه، ويكون الحكم والسلطة للقانون.

فالعادة التي تتولد منها قاعدة عرفية لها قوة القانون، يجب ألا تتنافى مع الأسس الاجتماعية والأخلاقية التي تقوم عليها المصالح العليا في الجماعة؛ فإذا جرت عادة الناس على أمر من الأمور المخالفة للنظام العام فإنه لا ينشأ عن هذه العادة عرف ملزم⁽⁵⁴⁾.

(52) الفار، المدخل لدراسة العلوم القانونية، ص85؛ الزعبي، المدخل إلى علم القانون، ص 198؛ منصور، المدخل للعلوم القانونية والفقه الإسلامي، ص97؛ حسنين، العرف والعادة، ص 57؛ المباركي، العرف وأثره في الشريعة والقانون، ص 105.

(53) المصادر السابقة.

(54) عبد الباقي، نظرية القانون، ص185؛ منصور، نظرية القانون، ص135؛ مرقس، المدخل لدراسة العلوم القانونية، ص284؛ كبيرة، المدخل إلى القانون، ص75؛ الزعبي، المدخل إلى علم القانون، ص200.

الشرط الخامس - ألا يكون العرف مخالفاً للقانون

يُشترط في العرف ألا يخالف قاعدة قانونية مستمدة من مصدر أعلى من العرف في ترتيب المصادر الرسمية، ومن ثم لا يجوز أن يكون العرف مخالفاً لنص تشريعي، ولا لأحكام الفقه الإسلامي، ولا لمبادئ الشريعة الإسلامية؛ فالعرف يعتبر مصدراً رسمياً احتياطاً تلي منزلته التشريع وأحكام الفقه الإسلامي ومبادئ الشريعة الإسلامية. فإذا كانت العادة مثلاً مخالفة لنص تشريعي، فلا يكون لها أية قيمة قانونية؛ لأن قوة العرف كمصدر للقانون لا تنهض إلا عند انعدام النص التشريعي⁽⁵⁵⁾.

المطلب الثالث

حجية العرف عند الفقهاء

العرف إذا كان صحيحاً ولا يخالف دليلاً من الأدلة الشرعية، ولا قاعدة من قواعد الدين الأساسية، وتوافرت فيه سائر الشروط السابقة، فإنه يجب الاعتداد به، واعتباره دليلاً من الأدلة الشرعية، وواحدًا من الأصول التي يعتد بها في غير موضع النص، في استنباط الأحكام الشرعية⁽⁵⁶⁾. والأدلة على اعتبار العرف وحجيته القرآن والسنة والمعقول:

أولاً- قول الله تعالى: ﴿ خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ ﴾⁽⁵⁷⁾.

وجه الدلالة: أن الله سبحانه وتعالى أمر نبيه محمداً صلى الله عليه وسلم بالأخذ بالعرف، وهو ما تعارفه الناس فيما بينهم قولاً أو عملاً، واستطابته نفوسهم، وتقبلته عقولهم، ولما كان الأمر مفيداً للوجوب، إذ لا صارف له فوجب العمل بالعرف، وإلا لم يكن للأمر به فائدة، وهذا الاستدلال مبني على أن المراد بالعرف في الآية الكريمة عادات الناس وما جرى تعاملهم به⁽⁵⁸⁾.

ثانياً- قوله تعالى: ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضَعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنْمِ الرِّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾⁽⁵⁹⁾.

وجه الدلالة: أن الآية بيّنت وجوب النفقة والكسوة على الوالد لأم ولده بسبب الرضاعة،

(55) الزعبي، المدخل إلى علم القانون، ص 201.

(56) الشاطبي، الموافقات 2/283؛ السيوطي، الأشباه والنظائر، ص 103؛ أبو زهرة، مالك، ص 421؛ شعبان، أصول الفقه الإسلامي، ص 182.

(57) سورة الأعراف، الآية 199.

(58) أبو سنة، العرف والعادة، ص 55؛ المبارك، العرف، ص 109؛ ميقات، الرأي، ص 519.

(59) سورة البقرة، الآية 233.

ولكنها أحالت تقدير النفقة والكسوة على ما كان بينهما من شرط إن وجد، وإلا اتبع في ذلك العرف؛ إذ إن المعروف قد يكون محددًا بشرط، وقد يكون غير محدد إلا من جهة ما تعارف عليه الناس⁽⁶⁰⁾، فالآية نص صريح في إحالة المسلمين إلى العرف والقضاء به في تحديد ما ذكر، وهذا دليل على صحة العمل به، وإلا لما أحالت الآية الكريمة على العمل به.

ثالثاً- عن عائشة رضي الله عنها قالت: «أَنَّ هِنْدَ بِنْتَ عُتْبَةَ قَالَتْ يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّ أَبَا سُفْيَانَ رَجُلٌ شَحِيحٌ وَلَيْسَ يُعْطِينِي مَا يَكْفِينِي وَوَلَدِي إِلَّا مَا أَخَذْتُ مِنْهُ وَهُوَ لَا يَعْلَمُ فَقَالَ: «حَذِي مَا يَكْفِيكَ وَوَلَدِكَ بِالْمَعْرُوفِ»⁽⁶¹⁾.

وجه الدلالة: أن النبي صلى الله عليه وسلم أحال تقدير النفقة على العرف، وهو القدر الذي عرف بالعادة أنه الكافية، ويقوم بحاجة الزوجة حسب المألوف المعروف، وهذا من أقوى الأدلة على اعتبار العرف في التشريع.

رابعاً- عن جابر رضي الله عنه قال، قال رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «اتَّقُوا اللَّهَ فِي النِّسَاءِ فَإِنَّكُمْ أَخَذْتُمُوهُنَّ بِأَمَانِ اللَّهِ وَأَسْتَحَلَلْتُمْ فُرُوجَهُنَّ بِكَلِمَةِ اللَّهِ وَلَكُمْ عَلَيْهِنَّ أَنْ لَا يُوطِئَنَّ فُرْشَكُمْ أَحَدًا تَكْرَهُوْنَهُ، فَإِنْ فَعَلَنَّ ذَلِكَ فَاضْرِبُوهُنَّ ضَرْبًا غَيْرَ مُبْرِحٍ وَلَهُنَّ عَلَيْكُمْ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ»⁽⁶²⁾.

وجه الدلالة: في الحديث دلالة على أن تحديد الرزق والكسوة ونوعيتهما راجع إلى العرف، أي إلى عرف أهل البلد غنى وفقراً، وهو القدر الذي علم بالعرف والعادة أنه يكفي الزوجة، ويقوم بحاجتها حسب المألوف المعروف⁽⁶³⁾.

المطلب الرابع

العلاقة بين النص الشرعي والعرف

إنَّ المتتبع للنصوص الشرعيَّة يجد أن لها علاقة بالعرف تتمثل فيما يلي:

الفرع الأول

العرف المحال عليه

بمعنى أن يحيل النصُّ الشرعي إلى العرف في فهمه والعمل به صراحة أو ضمناً.

(60) الرازي، التفسير الكبير 120/6؛ الجصاص، أحكام القرآن 489/1؛ السعدي، تفسير السعدي 198/1.

(61) البخاري، صحيح البخاري، كتاب النفقات، باب إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه، ح (5049).

(62) مسلم، صحيح مسلم، كتاب الحج، باب حجة النبي صلى الله عليه وسلم، ح (2137).

(63) ابن تيمية، مجموع الفتاوى 83/34.

1. أن يحيل إلى العرف صراحة

أي أن يوجد في النص الشرعي، القرآن أو السنة، لفظ العرف أو ما يشتق منه، فيفهم منه أن النص قد أحال إلى العرف للعمل به، وذلك مثل: قوله تعالى: ﴿وَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾⁽⁶⁴⁾. فلفظ (المعروف) الوارد في الآية مشتق من (العرف)، وهو يدل على أن أساس تقدير الحقوق والواجبات بين الزوجين هو ما تعارف عليه الناس، أي: بأن لهم من حسن الصحبة والعشرة بالمعروف على أزواجهن، مثل الذي عليهن لهم من الطاعة فيما أوجب الله تعالى له عليها⁽⁶⁵⁾. وكذلك قوله صلى الله عليه وسلم لهند: «خُذِي مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكَ بِالْمَعْرُوفِ». فقد أحالها النبي صلى الله عليه وسلم على العرف، فيما ليس فيه تحديد شرعي.

2. أن يحيل إلى العرف ضمناً

أي أن يحيل النص على العمل بالعرف، بلفظ غير صريح، ولكن يفهم منه العمل بالعرف. وذلك مثل قوله تعالى: ﴿قَالَ هِيَ رَوَدْتَنِي عَنْ نَفْسِي وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدَّ مِنْ قُبُلٍ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ الْكَاذِبِينَ ﴿٢٦﴾ وَإِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدَّ مِنْ دُبُرٍ فَكَذَبَتْ وَهُوَ مِنَ الصَّادِقِينَ ﴿٢٧﴾﴾⁽⁶⁶⁾. قال ابن العربي: «قَالَ عَلَمًاؤُنَا: فِي هَذَا دَلِيلٌ عَلَى الْعَمَلِ بِالْعَرْفِ وَالْعَادَةِ لِمَا ذَكَرَ مِنْ أَخْذِ الْقَمِيصِ مَقْبَلًا وَمُدْبِرًا، وَمَا دَلَّ عَلَيْهِ الْإِقْبَالُ مِنْ دَعْوَاهَا، وَالْإِدْبَارُ مِنْ صَدَقَ يَوْسُفَ، وَذَلِكَ أَنَّ الْقَمِيصَ جَرَتْ الْعَادَةُ فِيهِ أَنَّهُ إِذَا جُذِبَ مِنْ خَلْفِهِ تَمَرَّقَ مِنْ تِلْكَ الْجِهَةِ، وَإِذَا جُذِبَ مِنْ قُدَّامِ تَمَرَّقَ مِنْ تِلْكَ الْجِهَةِ، وَلَا يُجَذَّبُ الْقَمِيصُ مِنْ خَلْفِ اللَّابِسِ إِلَّا إِذَا كَانَ مُدْبِرًا، وَهَذَا فِي الْأَغْلَبِ، وَإِلَّا فَقَدْ يَتَمَرَّقُ [الْقَمِيصُ بِالْقَلْبِ مِنْ ذَلِكَ] إِذَا كَانَ الْمَوْضِعُ ضَعِيفًا»⁽⁶⁷⁾.

ومثال ذلك في الحديث أنه: عن ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «الْوَزْنُ وَزْنُ أَهْلِ مَكَّةَ وَالْمِكْيَالُ مِكْيَالُ أَهْلِ الْمَدِينَةِ»⁽⁶⁸⁾. ووجه الدلالة أن: النبي صلى الله عليه وسلم بين مبدأ عاماً في الاعتداد بالعرف الجاري بين

(64) سورة البقرة، الآية 228.

(65) الطبري، تفسير الطبري 453/2؛ ابن القيم، إعلام الموقعين 334/1-335.

(66) سورة يوسف، الآية 26-27.

(67) ابن العربي، أحكام القرآن 1085/3، 1083.

(68) أبو داود، سنن أبي داود، كتاب البيوع، باب في قول النبي صلى الله عليه وسلم: «الْمِكْيَالُ مِكْيَالُ الْمَدِينَةِ»، ح (3340)؛ النسائي، سنن النسائي، كتاب البيوع، الرجحان في الوزن، ح (4598)، صححه الألباني.

النَّاسِ، فأهل المدينة لما كانوا أهل نخيل وزرع، اعتبر عاداتهم في مقدار الكيل، وأهل مكة كانوا أهل متاجر فاعتبر عاداتهم في الوزن، والمراد بذلك فيما يتقدر شرعاً، كنصاب الزكاة، ومقدار الديات، وزكاة الفطر، والكفارات ونحو ذلك⁽⁶⁹⁾. فكل شيء لم ينص عليه الشارع أنه كيلى، أو وزني، فيعتبر فيه عادة أهل كل بلدة على ما بينهم من العرف فيه؛ لأن الرجوع إلى العرف جملة من القواعد الفقهية⁽⁷⁰⁾.

الفرع الثاني

العرف المفسر

ويُقصد به ما جرى به التعامل بين الناس، وبه يعرف المراد من الناس، وما يقتضيه من شروط في تطبيقه، أي عبارة عن تفسير النص في ضوء ما يقضي به العرف، سواء أكان ذلك العرف المفسر لفظياً أم عملياً⁽⁷¹⁾. وذلك مثل ما يلي:

1. قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾⁽⁷²⁾. فقد نهى الله عز وجل عن أكل الأموال بالباطل، سواء أكان بالغش، أم الاحتكار، أم الربا ونحو ذلك، واستثنى من ذلك التجارة المشروعة التي تكون عن تراض من البائع والمشتري، ولم يشترط لفظاً معيناً، ولا فعلاً معيناً يدل على التراضي وعلى طيب النفس، وإنما ترك ذلك لعرف الناس وعاداتهم، ومعلوم بالاضطرار من عادات الناس في أحوالهم وأفعالهم أنهم يعلمون التراضي وطيب النفس بطرق متعددة⁽⁷³⁾.
2. عن ابن عمر رضي الله عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال إذا تَبَاعَ الرَّجُلَانِ فَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا وَكَانَا جَمِيعًا أَوْ يُخِيرُ أَحَدُهُمَا الْآخَرَ فَتَبَايَعَا عَلَى ذَلِكَ فَقَدْ وَجِبَ الْبَيْعُ وَإِنْ تَفَرَّقَا بَعْدَ أَنْ يَتَبَايَعَا وَلَمْ يَتْرُكْ وَاحِدٌ مِنْهُمَا الْبَيْعَ فَقَدْ وَجِبَ الْبَيْعُ⁽⁷⁴⁾، وفي رواية: «الْبَيْعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا أَوْ

(69) العلائي، المجموع المذهب 404/2؛ العيني، عمدة القاري شرح صحيح البخاري 102/16.

(70) العيني، عمدة القاري شرح صحيح البخاري 102/16.

(71) حسنين، العرف والعادة، ص 115؛ الحسن، دراسات في الشريعة الإسلامية مع المقارنة بقوانين دولة الإمارات، ص 155.

(72) سورة النساء، الآية 29.

(73) ابن تيمية، مجموع الفتاوى 11/29.

(74) البخاري، صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب إذا خير أحدهما صاحبه بعد البيع فقد وجب البيع، ح (2006)؛ مسلم، صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعين، ح (3934).

يَقُولُ أَحَدُهُمَا لِصَاحِبِهِ «خَتَرٌ»⁽⁷⁵⁾.

فالتفرق في الحديث لم ترد له صفة معينة، ولكن يعود إلى أعراف النَّاسِ وعاداتهم، وهذا يختلف من مكان إلى مكان، ومن زمن إلى زمن، فما عدّه النَّاسُ تفرُّقاً فهو تفرُّقٌ ينتهي به خيار المجلس، ويلزم به البيع؛ لأنَّ الشَّارِعَ علَّقَ عليه حكماً، ولم يبيِّنه، فدل على أنَّه أراد ما يعرفه النَّاسُ كالقبض والإحراز⁽⁷⁶⁾.

الفرع الثالث

العرف المخالف للنصّ

والمراد بالعرف المخالف للنصّ هو عرف النَّاسِ، أي ما تعارف عليه النَّاسُ من أقوال وأفعال، واستقرّت في نفوسهم من جهة العقل، وألفوها وتلقّتها طباعهم لها بالقبول، سواء أكان مقارناً للنصّ أم طارئاً عليه. فهذه الأعراف إذا كانت موافقة للنصوص الشرعية غير معارضة لها، كانت أعرافاً معتبرة، وإذا صادمت نصّاً من النصوص الشرعية، أو قاعدة عامّة، كانت أعرافاً ملغية فاسدة الاعتبار، ككناح الشغار، وشرب الخمر، وأكل الربا ونحو ذلك من أحكام بنيت على عادات حرمها الشَّارِع.

(75) البخاري، صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب كم يجوز الخيار، ح (2003).
(76) النووي، المجموع 187/9؛ الشربيني، مغني المحتاج 45/2؛ ابن قدامة، المغني 484/3.

المبحث الثاني

تطبيقات العرف في قانون الأحوال الشخصية

سنتناول في هذا المبحث تجليات العرف في عدد من قضايا الأحوال الشخصية، كالكفاءة في المطلب الأول، وجهاز البيت في المطلب الثاني، وألفاظ الطلاق في المطلب الثالث، وخروج المعتدة في المطلب الرابع، وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول

الكفاءة

سنعرض في هذا المطلب أولاً لتعريف الكفاءة في اللغة، ثم ثانياً في الاصطلاح، وثالثاً لأحكام اشتراطها، ورابعاً لحكمها، ثم نعرض لها خامساً في القانون الكويتي، وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول

تعريف الكفاءة في اللغة

الكفاءة في اللغة: الكفء بسكون الفاء، والكفؤ بضمها في اللغة، النظير، والمثيل، والمساوي، والمصدر كفاءة بالفتح والمد، والجمع أكفاء، وكفاء. وكل شيء ساوى شيئاً فهو مكافئ له، يُقال: فلان كفاء لفلان، أي مساو له، وفلان كفاء فلانة: إذا كان يصلح بعلاً لها⁽⁷⁷⁾، ومنه قوله صلى الله عليه وسلم: «الْمُسْلِمُونَ تَتَكَافَأُ دِمَاؤُهُمْ»⁽⁷⁸⁾، أي تتساوى. الكفاءة: المماثلة في القوة والشرف، ومنه الكفاءة في الزواج: أن يكون الرجل مساوياً للمرأة في حسبها ودينها وغير ذلك.

الفرع الثاني

تعريف الكفاءة في الاصطلاح

عرّفت الكفاءة بأنها: «مساواة مخصوصة بين الرجل والمرأة»⁽⁷⁹⁾، أو بأنها: المماثلة والمقاربة والمساواة بين الزوجين في أمور اجتماعية، بحيث يعتبر وجودها عاملاً من

(77) ابن منظور، لسان العرب 3892/5: الرازي، مختار الصحاح، ص 239: الفيومي، المصباح المنير 737/2: أنيس، المعجم الوسيط 791/2.

(78) أبو داود، سنن أبي داود، كتاب الجهاد، باب في السرية ترد على أهل العسكر، ح (2753): البيهقي، سنن البيهقي، كتاب النفقات، باب فيمن لا قصاص بينه باختلاف الدينين، ح (16334)، صححه الألباني.

(79) بن عابدين، حاشية ابن عابدين 84/3.

عوامل الاستقرار الزوجي، كما يعتبر الإخلال بها معكراً، أو مفسداً للحياة الزوجية، ويؤدي إلى الشقاق والضرر في غالب الأحوال⁽⁸⁰⁾، أي: المساواة بين الزوجين في أمور مخصوصة بحيث لا تعير الزوجة، ولا أولياؤها بالزواج منه على حسب العرف السائد، أو مساواتها له بأن تصلح في العرف امرأة لمثله⁽⁸¹⁾. وهذه الأمور هي الصفات المعتبرة في الكفاءة، وهي تختلف باختلاف المذاهب.

الفرع الثالث

اشتراط الكفاءة

اختلف الفقهاء في اشتراط الكفاءة في الزواج على قولين:

أ. القول الأول

ذهب جمهور الفقهاء، الحنفية⁽⁸²⁾، والمالكية⁽⁸³⁾، والشافعية⁽⁸⁴⁾، ورواية عن الإمام أحمد إلى اشتراط الكفاءة⁽⁸⁵⁾، وتحديد عناصرها وصفاتها.

واستدلوا لقولهم بالسنة والمعقول:

1) عن عبد الله بن بردة عن عائشة قال: جَاءَتْ فَتَاةٌ إِلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَقَالَتْ: إِنَّ أَبِي زَوَّجَنِي ابْنَ أَخِيهِ، لِيَرْفَعَ بِي خَسِيْسَتَهُ، قَالَ: «فَجَعَلَ الْأَمْرَ إِلَيْهَا، فَقَالَتْ: قَدْ أَجَزْتُ مَا صَنَعَ أَبِي، وَلَكِنْ أَرَدْتُ أَنْ تَعْلَمَ النِّسَاءُ أَنْ لَيْسَ إِلَى الْأَبَاءِ مِنَ الْأَمْرِ شَيْءٌ»⁽⁸⁶⁾.

وجه الدلالة: قول المرأة (لِيَرْفَعَ بِي خَسِيْسَتَهُ) يشعر بأنه غير كفاء لها، ولو كانت الكفاءة غير معتبرة ما جعل الرسول صلى الله عليه وسلم الأمر بيدها إن شاءت رضيت بغير الكفاء، وإن شاءت ردت النكاح.

(80) الصابوني، أحكام الزواج في الفقه الإسلامي، ص 249.

(81) حسب الله، الزواج في الشريعة الإسلامية، ص 118؛ مطلوب، الوجيز في أحكام الأسرة الإسلامية، ص 139؛ الطنطاوي، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ص 182.

(82) ابن نجيم، البحر الرائق 317/2؛ ابن عابدين، حاشية ابن عابدين 84/3.

(83) الدسوقي، حاشية الدسوقي 291/2؛ ابن رشد، بداية المجتهد 16/2.

(84) الرملي، نهاية المحتاج 248/6؛ الشربيني، مغني المحتاج 166/3.

(85) ابن قدامة، المغني 480/6؛ البهوتي، كشف القناع 83/3.

(86) ابن ماجه، سنن ابن ماجه، كتاب النكاح، باب من زوج ابنته وهي كارهة، ح (1874)؛ النسائي، سنن النسائي، كتاب النكاح، باب البكر يزوجه أبوها وهي كارهة، ح (3282). قال الشوكاني: رجاله رجال الصحيح، انظر: نيل الأوطار 128/6.

(2) عن أبي حاتم المزني رضي الله عنه قال: قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إِذَا جَاءَكُمْ مِنْ تَرْضُونَ دِينَهُ وَخُلُقَهُ فَأَنْكِحُوهُ، إِلَّا تَفْعَلُوا تَكُنْ فِتْنَةً فِي الْأَرْضِ وَفَسَادٌ»⁽⁸⁷⁾.

(3) عَنْ عَائِشَةَ، قَالَتْ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «تَخَيَّرُوا لِنُطْفِكُمْ وَأَنْكِحُوا الْأَكْفَاءَ وَأَنْكِحُوا إِلَيْهِمْ»⁽⁸⁸⁾. فهذه الأحاديث تدل على أن الأولياء مطالبون بتزويج الكفاء، واختيار الرجل الصالح لموليتهم دون غيره، فتكون الكفاءة معتبرة.

(4) إن المصالح الزوجية، ودوام العشرة والاستقرار بين الزوجين، لا تنتظم عادة إلا بين المتكافئين، فإذا لم يكن الزوج مساوياً لزوجته، أو أعلى منها منزلة، استنكفت أن يكون له عليها حق القوامة، ولم يكن غالباً محل تقديرها، ويكون سبباً للشقاق وسوء التفاهم. ولأن أولياءها يعيرون بمصاهرته، وذلك يحول دون التوافق بينهما، مما يؤدي إلى انفصام عرى الزوجية بين الزوجين.

ب. القول الثاني

ذهب الإمام أحمد⁽⁸⁹⁾ في المشهور عنه، وابن حزم⁽⁹⁰⁾، والثوري، والحسن البصري، والكرخي من الحنفية⁽⁹¹⁾، إلى عدم اشتراط الكفاءة، أو هي غير معتبرة، فالمسلمون والمسلمات أكفاء بعضهم لبعض. واستدلوا بأدلة منها:

(1) عن أبي نضرة، حَدَّثَنِي مَنْ سَمِعَ خُطْبَةَ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فِي وَسْطِ أَيَّامِ التَّشْرِيقِ فَقَالَ: «يَا أَيُّهَا النَّاسُ، إِلَّا إِنْ رَبَّكُمْ وَاحِدٌ، وَإِنَّ آبَائَكُمْ وَاحِدٌ، إِلَّا لَا فَضْلَ لِعَرَبِيٍّ عَلَى عَجَمِيٍّ، وَلَا لِعَجَمِيٍّ عَلَى عَرَبِيٍّ، وَلَا أَحْمَرَ عَلَى أَسْوَدٍ، وَلَا أَسْوَدَ عَلَى أَحْمَرَ، إِلَّا بِالتَّقْوَى»⁽⁹²⁾، وهو تأييد لقوله تعالى: ﴿إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَنْفَتَكُمْ﴾⁽⁹³⁾.

(87) الترمذي، سنن الترمذي، كتاب النكاح، باب ما جاء إذا جاءكم من ترضون دينه فزوجوه، ح (1085)؛ البيهقي، سنن البيهقي، كتاب النكاح، باب الترغيب في التزويج من ذي الدين والخلق المرضي، ح (13863).

قال الترمذي: هذا حديث حسن غريب، وحسنه الألباني في صحيح وضعيف سنن الترمذي 85/3. (88) ابن ماجه، سنن ابن ماجه، كتاب النكاح، باب الأكفاء، ح (1968)؛ البيهقي، سنن البيهقي، كتاب النكاح، باب اعتبار الكفاءة، ح (14130)، وحسنه الألباني في صحيح ابن ماجه 333/1.

(89) ابن قدامة، المغني 371/7.

(90) ابن حزم، المحلى 24/10.

(91) ابن الهمام، شرح فتح القدير 418/2؛ ابن رشد، بداية المجتهد 13/2؛ ابن قدامة، المغني 371/7.

(92) أحمد، مسند الإمام أحمد، حديث رجل من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم، ح (23489)؛ قال الألباني: حديث صحيح على شرط مسلم. انظر: سلسلة الأحاديث الصحيحة 450/6.

(93) سورة الحجرات، الآية 13.

وجه الدلالة: نص الحديث على المساواة والمماثلة بين النَّاسِ، وهذا يدل على صحة الزواج، ولزومه دون اشتراط الكفاءة. وتؤيده الآية التي بينت أنه لا تمييز ولا تفاضل إلا بالتقوى التي تقوم بها المعايير بين النَّاسِ.

(2) عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: «أَنَّ أَبَا هِنْدٍ حَجَمَ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فِي الْيَأْفُوحِ؛ فَقَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: يَا بَنِي بَيَاضَةَ أَنْكِحُوا أَبَا هِنْدٍ وَأَنْكِحُوا إِلَيْهِ»⁽⁹⁴⁾.

(3) عن عائشة رضي الله عنها، أن أبا حذيفة بن عتبة بن ربيعة بن عبد شمس، وكان ممن شهد بدرًا مع النبي صلى الله عليه وسلم تبني سالمًا، وأنكح بنت أخيه هندًا بنت الوليد بن عتبة بن ربيعة، وهو مولى لامرأة من الأنصار⁽⁹⁵⁾.

(4) عن حنظلة بن أبي سفيان الجمحي عن أمه قالت: رَأَيْتُ أُخْتِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ تَحْتَ بِلَالٍ⁽⁹⁶⁾.

فهذه الآثار تدل بمجموعها على عدم اشتراط الكفاءة في الزواج. فلو كانت الكفاءة شرطًا في الزواج، لما تم ذلك للفوارق بين الزوجين، ولما أمر رسول صلى الله عليه وسلم بإتمام هذه الزيجات، ولا أشار بها، ولما زوج الصحابة ممن لا يكافئهم.

(5) إنّه لو كانت الكفاءة معتبرة في الشرع، لكان أولى اعتبارها في باب الدماء والحدود؛ لأنّه يحتاط في ذلك ما لا يحتاط في غيره، ومع هذا لم يعتبر، فيقتل الشريف بالوضع، وكما أنّها لا تعتبر في جانب المرأة، فلا تعتبر كذلك في جانب الرجل بهذا المعنى الواسع⁽⁹⁷⁾.

الترجيح

الراجح في هذه المسألة والله أعلم، القول الثاني القائل بعدم اشتراط الكفاءة، لقوة أدلته، ولأن الصحابة رضي الله عنهم فعلوا ذلك، وذلك مثل: زواج زينب من زيد رضي الله عنهما، وبلال من أخت عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنهما. وقد أشار النبي صلى

(94) أبو داود، سنن أبي داود، كتاب النكاح، باب في الأكفاء، ح (2104)؛ البيهقي، سنن البيهقي، كتاب الضحايا، باب ما جاء في فضل الحجامة على طريق الاختصار، ح (19525). قال الحافظ ابن حجر: حديث حسن، انظر: تلخيص الحبير 163/3.

(95) البخاري، صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب الأكفاء في الدين، ح (5088).

(96) البيهقي، سنن البيهقي، كتاب النكاح، باب لا يرد نكاح غير الكفو إذا رضيت به الزوجة، ح (13564)؛ الدارقطني، سنن الدارقطني، كتاب النكاح، ح (3841).

(97) الكاساني، بدائع الصنائع 317/2؛ السرخسي، المبسوط 22/5.

الله عليه وسلم على فاطمة بنت قيس لما استشارته بنكاح أسامة بن زيد مولاه فنكحته، وكان قد خطبها معاوية بن أبي سفيان وأبو جهم⁽⁹⁸⁾.

الفرع الرابع

حكم الكفاءة

إن الفقهاء الذين اعتبروا الكفاءة شرطاً في عقد الزواج، اختلفوا هل الكفاءة شرط صحة أم شرط لزوم، على قولين:

أ. القول الأول

ذهب أبو حنيفة في رواية الحسن بن زياد المختارة للفتوى، وقول للشافعي في الجديد، والحنابلة في رواية إلى أن الكفاءة شرط صحة⁽⁹⁹⁾. فالمرأة إذا تزوجت برجل لا يكافئها، فالزواج غير صحيح ويفرق بينهما. واستدلوا بأدلة كثيرة نذكر منها ما يلي:

1) قول النبي صلى الله عليه وسلم لعلي رضي الله عنه: «ثَلَاثَةٌ يَا عَلِيُّ لَا تُؤَخَّرُهُنَّ: الصَّلَاةُ إِذَا أَتَتْ، وَالْجَنَازَةُ إِذَا حَضَرَتْ، وَالْأَيُّمُ إِذَا وَجَدَتْ كُفُولًا»⁽¹⁰⁰⁾.

وجه الدلالة: في الحديث دليل على وجوب تزويج المرأة من الكفاء إذا وجد، لأن النبي صلى الله عليه وسلم منع علياً رضي الله عنه من تأخير زواج المرأة من الكفاء عند وجوده.

2) عن عائشة رضي الله عنها قالت: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «تَخَيَّرُوا لِنُطْفِكُمْ وَأَنْكِحُوا الْأَكْفَاءَ وَأَنْكِحُوا إِلَيْهِمْ»⁽¹⁰¹⁾.

وجه الدلالة: أن هذا الحديث جاء بصيغة الأمر، والأمر يفيد الوجوب، فدل على وجوب الكفاءة في النكاح، وعدم صحتها عداها.

3) قال عمر رضي الله عنه: (لَأَمْنَعَنَّ فُرُوجَ ذَوَاتِ الْأَحْسَابِ إِلَّا مِنَ الْأَكْفَاءِ)⁽¹⁰²⁾.

(98) مسلم، صحيح مسلم، كتاب الطلاق، باب المطلقة ثلاثاً لا نفقة لها، ح (1480).
 (99) السرخسي، المبسوط 26/6؛ الكاساني، بدائع الصنائع 317/2؛ الماوردي، الحاوي 99/9؛ الهيثمي، تحفة المحتاج 278/7؛ ابن قدامة، المغني 371/7؛ ابن النجار، منتهى الإرادات 79/4.
 (100) الترمذي، سنن الترمذي، كتاب الصلاة، باب الوقت الأول من الفضل، ح (171)؛ الحاكم، المستدرک، كتاب النكاح، ح (2686). قال الترمذي: هذا حديث غريب حسن، وقال الحاكم: هذا حديث صحيح ولم يخرجاه، ووافقه الذهبي.

(101) سبق تخريجه، ص 20.

(102) الدراقطني، سنن الدارقطني، كتاب النكاح، باب المهر، ح (3831)؛ عبد الرزاق، مصنف عبد الرزاق، كتاب النكاح، باب الأكفاء، ح (10324). مرسل. انظر: ابن رجب، شرح علل الترمذي 311/1.

وجه الدلالة: دل عزم عمر رضي الله عنه على وجوب التقيد بالكفاءة، وأن منع الزواج من غير الأكفاء يعني البطلان.

ب. القول الثاني

ذهب جمهور الفقهاء، الحنفيّة في ظاهر الرواية، والمالكيّة، والأظهر عند الشافعيّة، والحنابلة في الرواية الثانية إلى أن الكفاءة شرط لزوم لا شرط صحة، فالعقد يلزم إذا وجدت الكفاءة، ويصح إذا انعدمت، ولكن يحق لصاحب الحق في الكفاءة الاعتراض على هذا العقد والمطالبة بفسخه، وبه قال عمر، وابن مسعود، وعمر بن عبد العزيز، وعبيد بن عمير، وحماد بن أبي سليمان، وابن سيرين، وابن عون⁽¹⁰³⁾.

واستدلوا بأدلة كثيرة نذكر منها ما يلي:

- 1) عن عائشة رضي الله عنها، أن أبا حذيفة بن عتبة بن ربيعة بن عبد شمس، وكان ممن شهد بدرًا مع النبي صلى الله عليه وسلم تبنى سالمًا، وأنكحه ابنة أخيه الوليد بن عتبة بن ربيعة، وهو مولى امرأة من الأنصار⁽¹⁰⁴⁾.
 - 2) أشار النبي صلى الله عليه وسلم على فاطمة بنت قيس لما استشارته بنكاح أسامة بن زيد مولاة فنكحته، وكان قد خطبها معاوية بن أبي سفيان وأبو جهم⁽¹⁰⁵⁾.
- فهذه الأحاديث تدلُّ على جواز زواج القرشيات والعربيات بالموالي بإقرار النبي صلى الله عليه وسلم، أو أمره، أو إشارته، ومعلوم أن الموالي ليسوا أكفاء للعربيات، فلو كانت الكفاءة شرطًا في صحة النكاح لما أقرَّ النبي صلى الله عليه وسلم هذه العقود، أو أمر بها⁽¹⁰⁶⁾.

الترجيح

الراجح أن الكفاءة شرط لزوم لا شرط صحة؛ ذلك أن العقد مع انعدام الكفاءة مستكمل كل أركانه وشروطه، وما روي من اشتراط الكفاءة في الأحاديث والآثار، إنّما تدلُّ على اعتبارها في الجملة، ولا يلزم من جعلها شرطًا في النكاح، بل هي حق للمرأة والأولياء معًا، ومن لم يرض فله حق الفسخ.

(103) السرخسي، المبسوط 26/6؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي 249/2؛ النووي، روضة الطالبين 424/5؛ الرملي، نهاية المحتاج 248/6؛ ابن قدامة، المغني 372/7؛ المرداوي، الإنصاف 108/8.

(104) سبق تخريجه، ص 21.

(105) سبق تخريجه، ص 22.

(106) القسطلاني، إرشاد الساري 189/2.

ودليل ذلك حديث المرأة التي زوّجها أبوها ابن أخيه ليرفع بها خسيسته، فجعل لها النبي صلى الله عليه وسلم الخيار في أمرها⁽¹⁰⁷⁾. وخبر بريرة لما أعتقت وكانت تحت عبد خَيْرِها النبي صلى الله عليه وسلم بين أن تبقى مع زوجها العبد، وبين أن تفارقه⁽¹⁰⁸⁾.

ولو كانت الكفاءة شرطاً لصحة العقد، لما خيّرهن النبي صلى الله عليه وسلم، فلما خيّرهن دل ذلك على أن الكفاءة ليست شرط صحة، وحين جعل لهن حق الفسخ دل ذلك على عدم لزوم العقد في حقهن، وهذا معنى أن الكفاءة شرط لزوم لا شرط صحة.

الفرع الخامس

حكم الكفاءة في قانون الأحوال الشخصية الكويتي

سنتناول تعريف الكفاءة في القانون الكويتي، ثم حكمها، وذلك فيما يلي:

أولاً- تعريف الكفاءة

لم يُعرّف قانون الأحوال الشخصية الكويتي الكفاءة، ولكن المذكرة الإيضاحية عرّفت الكفاءة في المادة (34) فقالت: «يراد بالكفاءة في الزواج ألا يكون الزوج دون الزوجة بحيث تتعير به هي وأولياؤها،، وهي حق لكل من المرأة ووليها، فلكل منهما أن يطلب فسخ العقد عند فواتها، وإذا أسقط أحدهما حقه لم يؤثر ذلك في حق الآخر».

فهذا يعني أن القانون اعتبر العرف هو الأساس في الكفاءة، فما عرّف عند الناس أنه غير كفء، وقد تعير المرأة أو وليها منه فهو ليس بكفاء، والعكس بالعكس.

ثانياً- حكم الكفاءة

اعتبر قانون الأحوال الشخصية الكويتي الكفاءة في المادة (34) حقاً خاصاً بالمرأة والولي، فقد نص على أنه: «يشترط في لزوم الزواج أن يكون الرجل كفئاً للمرأة وقت العقد، ويثبت حق الفسخ لكل من المرأة ووليها عند فوات الكفاءة».

وأخذ قانون الأحوال بقول الجمهور في أن الكفاءة شرط لزوم في العقد لا شرط صحة، فقد نص في المادة (38): «إذا ادعى الرجل الكفاءة، ثم تبين أنه غير كفء، كان لكل من الزوجة ووليها حق الفسخ». فالقانون رد الكفاءة إلى العرف، واعتبر شرط الكفاءة في عقد الزواج، وأعطى للمرأة ولو تجاوزت سن الخامسة والعشرين، ولوليها حق فسخ العقد عند فوات الكفاءة؛ وذلك لحماية الأسرة لا حماية الحقوق المالية للمرأة، فيثبت هذا

(107) سبق تخريجه، ص 20.

(108) البخاري، صحيح البخاري، كتاب الطلاق، باب خيار الأمة تحت العبد، ح (4874).

الحق للأولياء المذكورين⁽¹⁰⁹⁾.

وتسقط الكفاءة في قانون الأحوال الشخصية في ثلاث حالات نص عليها في المادة (39): «يسقط حق الفسخ بحمل الزوجة، أو بسبق الرضا، أو بانقضاء سنة على العلم بالزواج».

المطلب الثاني

جهاز البيت

سنعرض أولاً لتعريف جهاز البيت، ثم ثانياً لحكم تجهيز الزوجة لبيت الزوجية، وثالثاً للوضع في قانون الأحوال الشخصية الكويتي، ثم نتناول الاختلاف بين الزوجين في متاع البيت، وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول

تعريف الجهاز

جهاز البيت: هو ما يحتاج إليه عند زفاف الزوجة إلى زوجها، من الأثاث والأدوات المنزلية اللازمة لإعداد بيت الزوجية، أي: الذي يعده الزوج، أو الزوجة هي وأهلها من أثاث، وأدوات منزلية ليكون معها في البيت إذا دخل بها الزوج⁽¹¹⁰⁾.

الفرع الثاني

حكم تجهيز الزوجة لبيت الزوجية

المهر حق خالص للزوجة، وحق من حقوقها تتصرف فيه كيف تشاء، من هبة، أو شراء جهاز، أو تحتفظ به لنفسها، فليس عليها إعداد البيت، ولا على أبيها، ولو كانت مشمولة بولايته سواء أكانت بكرًا، أم ثيبًا، وليس للزوج أن يلزم الزوجة بالجهاز، أو يلزم أباه، فإذا قامت به، وما يلزم من أثاث، وأدوات فهي متبرعة، ولا يستعمله الزوج لنفسه أو لأضيافه دون إذنها. وإعداد البيت واجب على الزوج، فهو الذي يجب عليه أن يقوم بكل ما يلزم لإعداد مسكن الزوجية، وكل ما تحتاج إليه الزوجة، من: كسوة، وفراش، ومتاع، وأدوات ضرورية؛ لأن ذلك كله من النفقة الواجبة عليه شرعًا، فلو زفت المرأة إلى

(109) مطبوعات وزارة العدل، المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية الكويتي، المادة (37).
(110) بدران، الفقه المقارن لأحوال الشخصية، ص 226؛ الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، 311/7؛ إحسان، الرجل في الأسرة، ص 134.

زوجها من دون جهاز، أو بجهاز قليل، لا يتناسب مع المهر الذي دفعه الزوج، فليس له أن يطالبها، أو يطالب وليها بجهاز؛ لأنَّ المهر الذي يدفعه ليس في مقابلة الجهاز، وإنما هو عطاء ونحلة بنص القرآن. قال تعالى: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا﴾⁽¹¹¹⁾. وهذا عند جمهور الفقهاء الحنفية والشافعية والحنابلة والظاهرية⁽¹¹²⁾.

وعند المالكية أن الجهاز واجب على الزوجة، بمقدار ما تقبضه من المهر قبل الدخول على العادة والعرف في جهاز مثلها، فإن لم تقبض شيئاً من المهر قبل الزفاف، فلا تطالب بشيء، إلا إذا اشترط الزوج ذلك عليها، أو كان العرف يلزمها به؛ لأن العرف جرى في جميع العصور، على أن الزوجة هي التي تعد بيت الزوجية، وتجهزه بما تحتاج إليه، وأن الزوج إنما يدفع المهر لهذا الغرض، فإذا لم تقبض شيئاً قبل الزفاف، لا يكون هناك وجه لمطالبة الزوجة بالجهاز، كما لا يكون له مطالبتها بجهاز يزيد على مقدار ما قبضت من المهر، إلا إذا كانت العادة جارية بإلزام الزوجة بالجهاز، ولو لم تقبض المهر، أو شرط الزوج عليها ذلك؛ لأنَّ وجود الشرط أو جريان العرف يدل على الرضا به، وللزوج أن ينتفع بجهازها، وليس لها أن تتصرف فيه إلا بعد مضي مدة انتفاع الزوج⁽¹¹³⁾. وقد روى علي رضي الله عنه إنه قال: «جَهَّزَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَاطِمَةَ فِي خَمِيلٍ⁽¹¹⁴⁾، وَقَرَبَةٍ وَوِسَادَةٍ حَشْوَهَا إِذْخِرٌ»⁽¹¹⁵⁾.

وظاهر دليل المالكية على وجوب إلزام الزوجة بتجهيز بيت الزوجية؛ لأنَّ العرف يجري على أن المرأة هي التي تعد بيت الزوجية، والزوج يدفع المهر من أجل ذلك، ولكن إذا كان العرف يجري على خلاف ذلك، كأن يكون الزوج هو الملزم بالجهاز، أو يكون التجهيز مشاركة بينهما، فيجب اتباعه، لذا قيد المالكية وجوب إلزام الزوجة بتجهيز بيتها بعدم وجود عرف، أو شرط يقضي بخلاف ذلك⁽¹¹⁶⁾.

(111) سورة النساء، الآية 4.

(112) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين 157/3؛ النووي، روضة الطالبين 453/6؛ الجمل، حاشية الجمل على شرح المنهج 264/4؛ ابن قدامة، المغني 177/7؛ ابن حزم، المحلى 507/9.

(113) الدسوقي، حاشية الدسوقي 322/2؛ الزرقاني، شرح الزرقاني على مختصر خليل 33/4؛ الآبي، جواهر الإكليل 318/1.

(114) الخميل: القليفة، وهي كل ثوب له خميل ووبر من أي شيء. انظر: الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ص 1286؛ إبراهيم، المعجم الوسيط 257/1.

(115) أحمد، مسند الإمام أحمد، مسند علي بن أبي طالب رضي الله عنه، ح (634)؛ الحاكم، المستدرک، كتاب النكاح، ح (2755). قال الحاكم: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه، ووافقه الذهبي.

(116) وفا، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية 604/2؛ عوض، أثر العرف في التشريع الإسلامي، ص 536.

الفرع الثالث

جهاز البيت في قانون الأحوال الكويتي

نص قانون الأحوال الشخصية الكويتي في المادة (72) على أنه: «أ- لا تلزم الزوجة بشيء من جهاز منزل الزوجية، فإذا أحضرت شيئاً منه كان ملكاً لها. ب- للزوج أن ينتفع بما تحضره الزوجة من جهاز، ما دامت الزوجية قائمة، ولا يكون مسؤولاً عنه إلا في حالة التعدي».

بالنظر إلى هذه المادة، نجد أن قانون الأحوال الشخصية الكويتي قد أخذ برأي جمهور الفقهاء في عدم إلزام الزوجة بشيء من جهاز منزل الزوجية، ووافق مذهب المالكية في انتفاع الزوج بما تحضره من جهاز دون تقييد بمدّة، طبقاً لما تعارفه الناس، استدامة لحسن العشرة، ولكن بغير مساس بملكيّتها لأعيان جهازها أو حقها في التصرف فيه بالبيع أو غيره، منعاً لضررها من هذه القيود.

الفرع الرابع

الاختلاف بين الزوجين في متاع البيت

إذا اختلف الزوجان حال قيام الزوجية، أو بعد الفرقة في متاع البيت، فادعى كل منهما أن المتاع ملكه، اعتبر كل منهما مدعياً، فأيهما أقام بيّنة حكم له بموجبها؛ لأنّه أثبت دعواه من دون معارضة بيّنة أخرى، وإن لم يكن هناك بيّنة، فإنه يحكم بينهما بمقتضى العرف، فمن شهد له العرف يُقضى له مع يمينه؛ لأنّ الظاهر يؤيده العرف، وأضاف الجمهور الأخذ بقريّة الصلاحيّة، إذا لم يوجد عرف صحيح.

وذلك: إن ما يصلح للرجل من ثياب وكتب وأدوات حرفته وصنعتة التي يعمل بها فله، وما يصلح للمرأة من ثياب وحلي وأدوات الزينة فلها اعتباراً للعرف، أو العادة. وصلاحيّة كل نوع لأحدهما، وهذا عند جمهور الفقهاء⁽¹¹⁷⁾، خلافاً للشافعية⁽¹¹⁸⁾.

وقد أخذ قانون الأحوال الشخصية الكويتي بقول الجمهور في أنه ما كان صالحاً للرجل أخذه، وما كان صالحاً للنساء أخذته، فقد جاء في المادة (73) ما نصه: «إذا اختلف الزوجان في متاع البيت ولا بيّنة لهما، فالقول للزوجة مع يمينها فيما يعرف للنساء، وللرجل مع

(117) السرخسي، المبسوط 213/5؛ ابن الهمام، شرح فتح القدير 236/8؛ ابن جزي، القوانين الفقهية، ص 185؛ الآبي، جواهر الإكليل 325/1؛ ابن قدامة، المغني 10/272؛ ابن رجب، القواعد في الفقه الإسلامي، ص 351؛ ابن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام 47/2.

(118) الشافعي، الأم، 103/5؛ ابن عبد السلام، قواعد الأحكام 47/2.

يمينه فيما عدا ذلك. ويسري هذا الحكم عند الاختلاف بين أحد الزوجين وورثة الآخر، أو بين ورتتهما، ولكنه خالف الجمهور في عدم اعتبار العرف في ذلك، بل اشترط الحلف من الزوجين.

أما إذا كان المتاع مما يصلح للرجال والنساء، كالدنانير والدرهم، والأواني، والسرر، والأبسطة وغير ذلك، فقد اختلف فيه الفقهاء:

أ. القول الأول

ذهب الحنفية⁽¹¹⁹⁾ والمالكية⁽¹²⁰⁾ والشافعية⁽¹²¹⁾ إلى أن القول للزوج بيمينه؛ لأنَّ المسكن مسكنه، وكل ما فيه تحت يده المتصرفه، وهذا يفيد قوله ويشهد له، فيحكم له بما يصلح لهما، أما يد المرأة فحافضة، واليد المتصرفه أقوى من اليد الحافضة إلا إذا وجدت بينة للآخر.

ب. القول الثاني

ذهب أبو يوسف من الحنفية⁽¹²²⁾ وبعض المالكية⁽¹²³⁾ إلى أن القول للزوجة في مقدار ما يجهز به مثلها في عادة من هذه الأعيان الصالحة لهما عملاً بالعرف والعادة؛ لأنَّ عرف الناس جرى على أن الزوجة لا تزف إلى زوجها إلا بجهز يليق بها، فيحكم لها منه بجهز مثلها، وما زاد على ذلك يحكم به للزوج؛ لأنَّ البيت بيته ويده هي المتصرفه فيه.

ج. القول الثالث

ذهب نفر من الحنفية⁽¹²⁴⁾ والشافعية في قول⁽¹²⁵⁾ والحنابلة⁽¹²⁶⁾ وابن القاسم من المالكية⁽¹²⁷⁾ إلى أنه يجعل بالتسوية بينهما، ولا يقدم أحدهما على الآخر إلا بحجة ظاهرة؛ لأنَّ المدعى به في أيديهما، ولا ترجيح لأحدهما على الآخر، واشتركا في اليد يمنع الترجيح بالصلاحيّة والعرف به، ذلك لأنَّهما استويا في سبب الاستحقاق؛ لأنَّهما يسكنان في البيت معاً، فكل ما فيه يكون في يدهما، فيكون ملكهما بوضع اليد، ولا ينظر إلى ما يصلح لكل واحد منهما؛ لأنَّه يحتمل أن يملك كل منهما ما يصلح للآخر.

(119) السرخسي، المبسوط 213/5؛ الكاساني، بدائع الصنائع 308/2.

(120) الأبي، جواهر الإكليل 325/1؛ القرافي، الفروق 148/3.

(121) الشافعي، الأم 103/5.

(122) السرخسي، المبسوط 213/5؛ ابن الهمام، شرح فتح القدير 236/8.

(123) الدسوقي، حاشية الدسوقي 336/2.

(124) السرخسي، المبسوط 216/5.

(125) الأنصاري، شرح روض الطالب 424/4؛ ابن عبد السلام، قواعد الأحكام 47/2.

(126) ابن قدامة، المغني 272/10.

(127) التسولي، البهجة في شرح التحفة 326/1.

الترجيح

الراجح هو ما ذهب إليه أبو يوسف وبعض المالكية؛ لأنه أقرب للعدالة، ولأنه تؤيده العادات الجارية بين الناس، حيث إن الزوجة لا تزف إلى بيت الزوجية خالية عما جرت العادة بتجهيز أمثالها به، وما يخرج معها إلى بيت الزوجية فهو ملك لها. وما جرى به العرف في بلد لا يحكم به على أهل بلد آخر.

ولم ينص قانون الأحوال الشخصية الكويتي على هذه المسألة، وكان الأولى بالقانون النص على هذه المسألة لأهميتها، خصوصاً في زماننا الحاضر. فإذا وجد شرط في العقد أخذ به؛ لأن القانون أجاز للمرأة أن تشترط ما تشاء من الشروط عند العقد، ما دام لا يتنافى مع غايات الزواج ومقاصده، فقد نص في المادة (40/ج) على أنه: «إذا اقترن - عقد الزواج - بشرط لا ينافي أصله ولا مقتضاه، وليس محرماً شرعاً صح الشرط ووجب الوفاء به، فإن لم يوف به كان للمشروط له حق طلب الفسخ».

ونص في المادة (41) على أنه: «يجب أن يكون الشرط مسجلاً في وثيقة العقد»، فإذا كان شيء من أثاث البيت لها، فإنه يسجل في العقد، فما سجل في العقد كان لها، وإلا فلا، وهذا ما يفعله الناس في العصر الحاضر بتسجيل أشياء خاصة من أثاث البيت باسم الزوجة واعتبارها أنها بعض المهر.

المطلب الثالث

ألفاظ الطلاق

يقع الطلاق بكل ما يدل على حل عقدة الزواج، مما يصدر من الزوج، دالاً على ذلك: من لفظ، أو كتابة، أو إشارة. وفي هذا المطلب، سنعرض لألفاظ الطلاق وأحكامها لدى الفقهاء، ثم في قانون الأحوال الشخصية الكويتي، وذلك على الشكل التالي:

الفرع الأول

ألفاظ الطلاق وأحكامها

اللفظ الذي يستعمل في الطلاق، إما أن يكون صريحاً، وإما كناية:

أولاً- اللفظ الصريح

اللفظ الصريح: هو الذي لا يحتمل غير معنى الطلاق، وهو لفظ الطلاق، وما اشتق منه لغة وعرفاً، أي مما لا يستعمل لغة وعرفاً إلا في حل عقدة الزواج، ويشمل ذلك كل لفظ من

مادة الطلاق ومشتقاته، مثل: أنت طالق، وأنت مطلقة أو طلقتك، أو يا مطلقة، أو الطلاق علي، أو الطلاق مني، أو امرأتي طالق⁽¹²⁸⁾.

ولا يحتاج اللفظ الصريح إلى نية أو قرينة؛ لأنه ظاهر الدلالة على معناه، ويدل على المقصود بمجرد التلطف به، ومتعين لهذا المعنى الذي هو إزالة قيد الزوجية؛ بسبب عدم احتماله غيره، ولأنه لم يتعارف بين الناس استعماله في غير هذا المعنى، ولأن المراد منه واحد لا يتعدد، والنية تكون عند الاحتمال لتعيين المراد.

وللعرف وغلبة الاستعمال أثر بارز في صراحة الصيغ وكنايتها، فقد يغلب على الألسنة صيغة من الصيغ تعارف الناس على مراد خاص لها، يتبادر إلى أذهانهم حين يتلفظون بها، من غير حاجة إلى نية، أو قرينة لبيان معناها والمراد منها، سواء أكان معنى الصيغة حقيقية عرفية، أم لغوية جرى استعمالها بين الناس وأقرها عرفهم، وكذلك المشترك الذي جرى العرف باستعماله في معنى من معانيه، والمجاز إذا غلب استعماله على الحقيقة، فإنه يكون صريحاً⁽¹²⁹⁾.

ثانياً- اللفظ الكنائي

اللفظ الكنائي: هو ما لم يوضع اللفظ له، واحتمله غيره، فإذا لم يحتمله أصلاً لم يكن كناية، وكان لغواً لم يقع به شيء⁽¹³⁰⁾، أي ما يحتمل معنى الطلاق وغيره، بحسب وضع اللغة، ولم يخصصه عرف الناس للطلاق، فجرى بين الناس استعماله في معنى الطلاق تارة، وفي معنى آخر تارة أخرى، بحيث لا يمكن أن يفهم منه أحد المعنيين إلا بدلالة قرينة، وهي ألفاظ كثيرة منها: أنت بائن، أمرك بيدك، الحقي بأهلك، أنت علي حرام، وأنت خلية، فهذه الألفاظ تحتمل معنى الطلاق وتحتمل معنى آخر⁽¹³¹⁾.

فقول الزوج: أنت بائن، يحتمل معنى الطلاق، أي مقطوعة عن عصمته، أو أنها بائن عن الشر، أي بعيدة منه. وقوله: أمرك بيدك: يحتمل معنى الطلاق بتملكها عصمتها، أو أنها حرة التصرف في شؤون نفسها، وكذلك كل لفظ لم يجر عرف الناس بقصر استعماله في معنى الطلاق. والكناية تحتاج إلى نية لتحديد المراد، فإذا قال شيئاً مما سبق لا يقصد طلاقاً لم يقع طلاقاً، وإن قاله يقصد طلاقاً وقع طلاقاً.

(128) ابن الهمام، شرح فتح القدير 443/3؛ ابن عابدين، حاشية ابن عابدين 247/3؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي 378/2؛ الشربيني، مغني المحتاج 280/3؛ ابن قدامة، المغني 322/7.

(129) الفليفة، صيغ العقود في الفقه الإسلامي، ص 108.

(130) ابن أمير حاج، التقرير والتحبير 238/1؛ ابن عابدين، حاشية ابن عابدين 296/3.

(131) الموسلي، الاختيار 133/3؛ ابن جزي، القوانين الفقهية، ص 198؛ الشربيني، مغني المحتاج 280/3؛ الفتوح، منتهى الإرادات 240/4؛ بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، ص 327؛ عبد الحميد، الأحوال الشخصية، ص 255.

فقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لابنة الجون: «الحقي بأهلك»، يريد الطلاق فصار طلاقاً، فعن عائشة رضي الله عنها أن ابنة الجون لما أدخلت على رسول الله صلى الله عليه وسلم ودنا منها، قالت: أعوذ بالله منك، قال: «لَقَدْ عُدَّتْ بِعَظِيمِ الْحَقِي بِأَهْلِكَ»⁽¹³²⁾.

وقال كعب بن مالك رضي الله عنه لامرأته: «الحقي بأهلك»، ولم يقصد الطلاق، فلم يعد طلاقاً. فعن كعب بن مالك رضي الله عنه قال: حَتَّى إِذَا مَضَتْ أَرْبَعُونَ مِنَ الْخَمْسِينَ، وَاسْتَلْبِثَ الْوَحْيُ، إِذَا رَسُولُ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَأْتِينِي فَقَالَ: «إِنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَأْمُرُكَ أَنْ تَعْتَزَلَ امْرَأَتَكَ» قَالَ فَقُلْتُ: أَطْلُقُهَا أَمْ مَاذَا أَفْعَلُ، قَالَ: لَا بَلْ أَعْتَزَلُهَا فَلَا تَقْرَبْنَهَا، قَالَ فَقُلْتُ لِامْرَأَتِي: الْحَقِي بِأَهْلِكَ، فَكُونِي عِنْدَهُمْ حَتَّى يَفْضِيَ اللَّهُ فِي هَذَا الْأَمْرِ⁽¹³³⁾.

وللعرف دور كبير في صراحة الكنايات، فإذا غلب على الألسنة لفظ من ألفاظ الكنايات تعارف الناس على معنى خاص له يسبق فهمه إلى أذهانهم بمجرد التلطف به من غير حاجة إلى نية أو قرينة لبيان معناه والمراد منه، فحينئذ يترتب على ذلك اللفظ أثره؛ لأن الشارع لم يحدد للطلاق ألفاظاً خاصة لا يجوز للمطلق تجاوزها، فوجب الرجوع في مثل هذا إلى العرف، فكل ما تعارف عليه الناس من الألفاظ يقصدون بها حل عقد النكاح جاز لهم استعمالها⁽¹³⁴⁾.

فقد كان العرف في قول الزوج لزوجته: أنت علي حرام، أو الحلال علي حرام، أو حبلك على غاربك، أو أنت خلية وبرية، في عهد الإمام مالك أن المتلفظ بها يلزمه الطلاق الثلاث في المدخول بها، ولا تقبل نيته، لاشتهار العرف في هذه الألفاظ في إزالة العصمة، وفي عدد الثلاث، ولما تغير العرف بعده وأصبح الناس لا يستعملون هذه الألفاظ في طلاق الثلاث، ولا في إزالة العصمة تغير الحكم⁽¹³⁵⁾.

ولذا قسم المالكية الكناية إلى كناية خفية وكناية ظاهرة، وقالوا إن الكناية الظاهرة: وهي الألفاظ التي اشتهر استعمالها في الطلاق عرفاً وشرعاً، كأنت بته، وحبلك على غاربك، وأنت بائن، يقع بها الطلاق ولا يحتاج إلى نية⁽¹³⁶⁾.

(132) البخاري، صحيح البخاري، كتاب الطلاق، باب من طلق وهل يواجه الرجل امرأته بالطلاق، ح (4955).

(133) البخاري، صحيح البخاري، كتاب المغازي، باب حديث كعب بن مالك، ح (4418)؛ مسلم، صحيح مسلم، كتاب التوبة، باب حديث توبة كعب بن مالك وصاحبيه، ح (4973).

(134) القرافي، الفروق 1/44؛ الشاطبي، الموافقات 2؛ ابن عابدين، حاشية ابن عابدين 3/252.

(135) القرافي، الفروق 1/44.

(136) الدسوقي، حاشية الدسوقي 2/378، ابن جزى، القوانين الفقهية، ص 198، ابن رشد، بداية المجتهد 2/67.

وعند المتأخرين من الحنفية في قول الزوج لزوجته: أنت علي حرام، الطلاق يلزمي، والحرام يلزمي، وعلي الطلاق، فإنه يقع الطلاق بلا نية للعرف؛ لأنه صار فاشياً في العرف في استعماله في الطلاق، لا يعرفون من صيغ الطلاق غيره، مع أن المنصوص عليه عند المتقدمين توقفه على النية⁽¹³⁷⁾.

الفرع الثاني

ألفاظ الطلاق في قانون الأحوال الشخصية الكويتي

عرّف قانون الأحوال الشخصية الكويتي في المادة (97) الطلاق بأنه: «حل عقدة الزواج الصحيح بإرادة الزوج، أو من يقوم مقامه، بلفظ مخصوص، وفق المادة (104). وجاء في المادة (104/أ) ما نصه: «يقع الطلاق باللفظ الصريح فيه عرفاً، ولا يقع بلفظ الكتابة إلا بالنية».

فقد نص قانون الأحوال الشخصية الكويتي على وقوع الطلاق باللفظ الصريح، الذي عرفه الناس وألفوه، ولا يحتاج اللفظ الصريح إلى نية أو قرينة؛ لأنه ظاهر الدلالة على معناه، ويدل على المقصود بمجرد التلفظ به، ولا يفهم منه في عرف التخاطب إلا معنى الطلاق.

ونص القانون على عدم وقوع الطلاق بألفاظ الكناية؛ لأنها تحتل معنى الطلاق وغيره، إلا بوجود النية من الزوج أنه قصد باللفظ الطلاق، وأنها لا تثبت إلا باعترافه، أنه قد نوى الطلاق، ولا يلتفت إلى أي قرينة في إثبات النية، مهما كانت الحال.

وقررت المادة نفسها أن العرف هو الضابط الوحيد في مسألة صريح الطلاق من الكناية، فما اعتبره الناس طلاقاً صريحاً، بحيث لو أطلق اللفظ لا يتبادر إلى الذهن إلا الطلاق، فحينئذ يقع الطلاق، وإلا فهو كناية مفتقر إلى النية والقصد، وهو بهذا يقرر ما ورد عن الفقهاء من اعتبار العرف في صيغ الطلاق.

المطلب الرابع

خروج المعتدة

العدة في الاصطلاح: هي المدة التي تتربصها المرأة لمعرفة براءة رحمها، أو للتعبد أو لتفجعها على زوجها، من طلاق أو وفاة⁽¹³⁸⁾. فسبب العدة قد يكون لاستبراء الرحم إذا كانت مدخولاً

(137) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين 252/3.

(138) الموصل، الاختيار 271/3، الدردير، الشرح الكبير 3، 114، النووي، روضة الطالبين 693/3، ابن قدامة، المغني 884/7.

بها سواء من طلاق أو وفاة، أو حكمة تعبدية إن كانت غير مدخول بها من وفاة. وسنتناول في هذا المطلب لأحكام خروج المعتدة في الفقه الإسلامي أولاً، ثم في قانون الأحوال الشخصية الكويتي ثانياً.

الفرع الأول

خروج المعتدة في الفقه الإسلامي

خروج المعتدة من طلاق أو من وفاة من بيتها، هي من المسائل التي يحكم فيها العرف، ويحدد أوقاتها. يجب على المعتدة من طلاق رجعي أو بائن، أو من وفاة قضاء فترة العدة في بيت الزوجية، وهو المنزل الذي كانت تسكنه إلى وقت الفرقة مع زوجها⁽¹³⁹⁾.

واختلف أهل العلم في خروج المعتدة من طلاق رجعي أو بائن بينونة كبرى أو صغرى، أو من وفاة على قولين:

أ. القول الأول

ذهب الحنفية⁽¹⁴⁰⁾ إلى أنه لا يجوز للمعتدة من طلاق رجعي أو بائن الخروج من بيت الزوجية ليلاً أو نهاراً حتى تنقضي عدتها إلا لحاجة، أما المتوفى عنها زوجها، فلها أن تخرج بالنهار لقضاء حوائجها، لكنها لا تبني في غير منزلها.

وسبب التفريق بين المعتدة من طلاق بائن والرجعية والمتوفى عنها زوجها، أن عدة الوفاة لا نفقة فيها على الزوج؛ لذلك كانت المعتدة بحاجة إلى الخروج لقضاء حوائجها في النهار، بخلاف المطلقة فإنها مكفية المؤونة، ونفقتها على زوجها. واستدلوا بما يلي:

1- قوله تعالى: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَحِشَةٍ مُبِينَةٍ﴾⁽¹⁴¹⁾.

وجه الدلالة: أن الله تعالى نهى الزوج عن إخراج الزوجة من مسكن الزوجية ما دامت في العدة، وأضاف البيت للمرأة التي تسكنه، ولهذا لو زارت المرأة أهلها وطلقها زوجها، فإنها ترجع وتعدت في بيت الزوجية، ولا يجوز لها أيضاً الخروج لأنها معتقلة لحق

(139) ابن نجيم، البحر الرائق 4/166، الخرشي، شرح الخرشي 4/159، الماوردي، الحاوي الكبير 272/11.

(140) العيني، البناية شرح الهداية 5/626، ابن نجيم، البحر الرائق 4/166، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين 536/3.

(141) سورة الطلاق: آية 1.

الزوج⁽¹⁴²⁾.

2- عن الفريرة بنت مالك بن سنان رضي الله عنها، أنها جاءت النبي صلى الله عليه وسلم، فقالت: يا رسول الله، إنه جاء نعي زوجي وأنا في دار شاسعة عن دار أهلي، ودار إخوتي، ولم يدع مالا ينفق علي، ولا مالا ورثته، ولا دارا يملكها، فإن رأيت أن تأذن لي، فألحق بدار أهلي، ودار إخوتي، فإنه أحب إلي، وأجمع لي في بعض أمري، فقال لها: «أمكثي في بيتك الذي جاء فيه نعي زوجك حتى يبلغ الكتاب أجله»، قالت: فاعتدلت فيه أربعة أشهر وعشراً⁽¹⁴³⁾.

وجه الدلالة: لم ينكر النبي ﷺ خروجها إليه، ولم يمنعها منه، لحاجتها إلى الاستفتاء.

3- عن مجاهد رحمه الله تعالى قال: استشهد رجال يوم أحد قام نساؤهم وكن متجاورات في دار فجنن النبي صلى الله عليه وسلم فقلن: يا رسول الله إنا نستوحش بالليل فنبيت عند إحدانا فإذا أصبحنا تبدرنا إلى بيوتنا فقال النبي صلى الله عليه وسلم: «تحدثن عند إحدكن ما بدأ لكن فإذا أردتن النوم فلتقوب كل امرأة منكن إلى بيتها»⁽¹⁴⁴⁾.

وجه الدلالة: دل الحديث على جواز خروج الزوجة بعض النهار لقضاء حوائجها، ويجب عليها أن تعتد في منزل الزوج.

ب. القول الثاني

ذهب جمهور الفقهاء المالكية والشافعية والحنابلة⁽¹⁴⁵⁾ إلى أنه يجوز للمعتدة الخروج مطلقاً، سواء كانت من وفاة، أو طلاق، أو فسخ نهاراً، أو ليلاً بقدر العادة في قضاء حوائجها، لكن لا تبيت إلا في بيتها.

واستدلوا بحديث جابر بن عبد الله رضي الله عنه قال: طلقت خالتي فأرادت أن تجد نخلها فزجرها، رجل أن تخرج، فأتت النبي صلى الله عليه وسلم فقال: «بلى فجدى نخلك، فإنك عسى أن تصدقي أو تفعلي معروفاً»⁽¹⁴⁶⁾.

وجه الدلالة: في الحديث دليل على جواز خروج المطلقة في عدتها لقضاء حوائجها،

(142) المرغيناني، الهداية 2/279، القرطبي، تفسير القرطبي 18/155، ابن كثير، تفسير ابن كثير 8/143.

(143) أبو داود، سنن أبي داود، كتاب الطلاق، باب: في المتوفى عنها تنتقل، ح (2300)، ابن ماجه، سنن ابن ماجه، كتاب الطلاق، باب أين تعتد المتوفى عنها زوجها، ح (2033). صححه الألباني.

(144) البيهقي، سنن البيهقي، كتاب العدد، باب كيفية سكنى المطلقة والمتوفى عنها، ح (15914). حديث مرسل.

(145) الخرشي، شرح الخرشي 4/159؛ الماوردي، الحاوي 11/272؛ ابن قدامة، المغني 8/158.

(146) مسلم، صحيح مسلم، كتاب الطلاق، باب: جواز خروج المعتدة البائن، ح (1483).

ويقاس على المطلقة المتوفى عنها زوجها، فإنه يجوز لها أن تخرج لقضاء حوائجها⁽¹⁴⁷⁾.
قال الإمام الشافعي: «نخل الأنصار كان قريباً من منازلهم، والجداً إنما يكون نهاراً»⁽¹⁴⁸⁾.

الترجيح

والراجع في هذه المسألة - والله أعلم بالصواب - أن للمعتدة الخروج نهاراً لقضاء حوائجها وحوائج أبنائها الضرورية؛ لأنها أوقات مأمونة عادة، ويجوز خروجها ليلاً لحاجة ضرورية، ويقدر خروجها ليلاً بالعرف والعادة؛ لأنها لا تأمن على نفسها ليلاً؛ ولوجوب البيوتة في منزل الزوجية، ولا تنتقل المعتدة من البيت الذي وجب فيه الاعتداد إلا لضرورة، كأن يكون بجوار بيتها فسقة مجاورون، ولم يكن عندها من يصونها، أو خوف تهدم البيت إن كان قديماً، أو كانت تخشى على نفسها اللصوص، فلها أن تنتقل من بيت الزوجية إلى بيت آخر؛ لأن هذه أعذار ملحة، وهو انتقال بعذر، والعبادات تؤثر فيها الأعذار، فصار كما إذا خافت على متاعها أو خافت سقوط المنزل أو كانت فيها بأجر ولا تجد ما تؤديه⁽¹⁴⁹⁾. والضرورة مرجعها إلى عرف الناس الغالب، وتختلف باختلاف الزمان والمكان، فما يكون ضرورة عند قوم لا يكون ضرورة عند غيرهم.

الفرع الثاني

خروج المعتدة في قانون الأحوال الشخصية الكويتي

نصت المادة (161) من قانون الأحوال الشخصية الكويتي على أنه على: «أ- المعتدة من طلاق رجعي أن تقضي عدتها في بيت الزوجية، إلا عند الضرورة فتنتقل إلى البيت الذي يعينه القاضي. ب- وتعتبر ناشزة إذا خرجت من البيت بغير مسوغ».

الملاحظ في هذه المادة أنها اتفقت مع ما ذكره الفقهاء في مكث المعتدة الرجعية في بيتها، وبالنسبة للبانة والمعتدة من وفاة فقد جاء في المذكرة الإيضاحية: «روعي ما تعارفه الجميع، واقتضته المصلحة الزمنية، فلم تلزم البانة، ولا المتوفى عنها زوجها بالاعتداد في مسكن الزوجية، بل رأى أن لكل منهما أن تعتد حيث شاءت، وجعل حكم الفقرة (أ، ب) مقصورة على معتدة الرجعي لا غير».

(147) الهيتمي، تحفة المحتاج 261/8؛ الشربيني، مغني المحتاج 106/5.

(148) الشافعي، الأم 251/5.

(149) الكاساني، بدائع الصنائع 205/3؛ البابر، العناية 345/4؛ الخرشى، شرح الخرشى 158/4؛ الهيتمي، تحفة المحتاج 266/8؛ ابن قدامة، المغني 158/8.

يتبين مما جاء في المذكرة الإيضاحية أن القانون يرى بجواز انتقال المعتدة البائن ومن وفاة من بيت الزوجية دون النظر إلى حالة الضرورة، وخالف في ذلك أقوال الفقهاء الذين قيّدوا الانتقال في حالة الاضطرار، وقد اعتبر القانون العرف والمصلحة الزمنية؛ لأن الناس تعارفوا في زماننا هذا على عدم مكث المبانة في بيت الزوجية أثناء العدة، والمتوفى عنها زوجها غالباً تنتقل إلى بيت أهلها لقضاء عدتها، وهذه من الأعراف الفاسدة لا يؤخذ بها؛ لأنها مخالفة لمقتضى الكتاب والسنة في وجوب مكوث المرأة في بيت الزوجية.

أما الخروج المؤقت للمعتدة فيفهم من الفقرة (ب) أنه يجوز لها الخروج للحاجة، وهذا ما نصت عليه المذكرة الإيضاحية، التي جاء فيها بأن: «العمل الدوري المشروع يعتبر مسوّغاً لخروج المعتدة كما لو كانت تعمل مدرسة في مدارس الإناث». وهذا يتفق مع قول الجمهور في جواز الخروج لحاجة أو ضرورة، والوظيفة تعتبر حاجة، فيجوز حينئذ خروج المعتدة لوظيفتها إذا كانت مأمونة، ولا تخالط الرجال.

الخاتمة

بعد أن أتيت إلى نهاية بحثي هذا الذي مهما بذلت فيه من جهد، فلن ألم بجميع جوانبه نظراً لتشعبه، أسجل في هذه الخاتمة النتائج التي وقفت عليها من خلال معالجاتي للمسائل المختلفة، وتتلخص فيما يلي:

- (1) إن العرف في الفقه الإسلامي يعتبر مصدرًا مهمًا من مصادر الفقه الإسلامي، بالنظر لما يمثله من ضرورة اجتماعية تفي بالحاجات الطارئة والمستجدة، التي لم تتناولها النصوص الشرعية، أو لم توضحها، أو لم تفصلها، فضلاً عن أن كثيراً من هذه النصوص مبني في الأساس على العرف.
- (2) إن العرف في الفقه الإسلامي - كما هو الحال في القانون الوضعي - يعتبر مصدرًا تبعياً يلي النص الشرعي.
- (3) يؤثر العرف في بعض أحكام الأسرة، من حيث كيفية التطبيق وتفسير بعض المفردات، فيما أتاح لنا الشرع الاجتهاد فيه، كالاجتهاد في تحديد مقدار الإنفاق بالمعروف على الزوجة، وتحديد خصال الكفاءة بين الزوجين ونحو ذلك.
- (4) إن كلاً من الفقه الإسلامي، والقانون الوضعي، يحيل في نصوصه على العرف في كثير من المسائل، مثل تحديد مقدار النفقة وجنسها، والمهر، والكفاءة، وتحديد ما يصلح للرجل والمرأة عند الخلاف في متاع البيت، كما أن القانون يحيل على العرف؛ لأن كل إقليم له عرف خاص به، والقانون لا يستطيع التنصيص على عرف كل إقليم، لاختلاف الأقاليم في الأعراف.
- (5) إن العرف في الفقه الإسلامي يعتمد في إقراره والإلزام به على شريعة الله عز وجل العالم بما يصلح للناس، أما العرف في القانون الوضعي، فإنه يعتمد في إقراره والإلزام به على القانون الذي هو من وضع البشر، الذي يعتريه القصور والنقص.
- (6) إن العادة في الفقه الإسلامي أعم من العرف، فكل عرف عادة وليس العكس، أما القانون فإنه يعتبر العادة مرحلة أولية للعرف، أي الركن المادي له، فإذا ما توافر فيها الركن المعنوي ارتقت إلى درجة العرف.
- (7) قانون الأحوال الشخصية الكويتي اعتبر العرف في كثير من الأمور، ومن أبرز شروط العرف التي استخلصتها من القانون:

- أ. ألا يوجد تصريح أو شرط بخلاف العرف، فإن وُجدَ الشرط أو التصريح يُقدّمان على العرف.
- ب. يكون العرف معتبراً في القضايا، والتصرفات التي سكت عنها الشارع.
- ج. أن يُراعى العرف التطور الزمني والمكان، فإذا تغيّر العرف في زمان أو مكان، فإن الحكم يتغير بموجبه.
- (8) الكفاءة شرط لزوم، وهو حق للمرأة وأولياؤها، لهم حق الفسخ عن انعدام الكفاءة، ومن أبرز خصائصها المطلوبة في الزوج: الكفاءة في الدين.
- (9) تجهيز البيت ومتاعه واجبٌ على الزوج إن لم يوجد عرف بذلك، فإن كان العرف أن الزوجة تشترك مع زوجها في تجهيز منزل الزوجية، فيجري الحكم على ما عليه عرف البلد.
- (10) يُباح للمعتدة من طلاق بائن بينونة كبرى التزين، بخلاف المعتدة من وفاة، ويعتبر في زينة الأخيرة ما كان عرفاً بحسب كل مجتمع وعاداته.
- (11) للمعتدة من وفاة الخروج نهاراً أو ليلاً لحاجة ضرورية، والضرورة تُقدّر بالعرف.

المراجع

أولاً- القرآن الكريم وعلومه

- أبو بكر محمد بن عبد الله ابن العربي، أحكام القرآن، مطبعة عيسى البابي الحلبي، القاهرة، دون تاريخ نشر.
- أحمد بن علي الجصاص، أحكام القرآن، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1405هـ/1985م.
- إسماعيل بن كثير، تفسير القرآن الكريم، دار الحديث، القاهرة، 1408هـ/1988م
- محمد أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، دار إحياء التراث العربي، بيروت، دون تاريخ نشر.
- محمد بن جرير بن يزيد أبو جعفر الطبري، تفسير الطبري، تحقيق: أحمد محمد شاكر، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1420هـ/2000م.
- محمد بن عمر التميمي الرازي، تفسير الرازي، دار الكتب العلمية، بيروت، 1421هـ/2001م.
- عبد الرحمن بن ناصر بن عبد الله السعدي، تفسير السعدي، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1420هـ/2000م.

ثانياً- الحديث الشريف وعلومه

- أبو بكر عبد الرزاق بن همام بن نافع اليماني عبد الرزاق، مصنف عبد الرزاق، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، المجلس العلمي، 1403هـ.
- أبو عبد الله محمد بن عبد الله النيسابوري الحاكم، المستدرک على الصحيحين، دار الكتب العلمية، بيروت، 1422هـ/2002م.
- أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخراساني البيهقي، سنن البيهقي، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، 1424هـ.
- أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال الشيباني، مسند أحمد، تحقيق: أحمد محمد شاكر، دار الحديث، القاهرة، 1416هـ.
- أحمد بن محمد بن عبد الملك القسطلاني، إرشاد الساري، المطبعة الكبرى، القاهرة، 1323هـ.

- أحمد بن شعيب النسائي، سنن النسائي، دار السلام، الرياض، 1420هـ/1999م.
- محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري، صحيح البخاري، تحقيق: محمد الناصر، دار طوق النجاة، بيروت، 1422هـ.
- محمد بن يزيد القزويني ابن ماجه، سنن ابن ماجه، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية، دون تاريخ نشر.
- محمد بن عيسى بن سَوْرَةَ الضحاك الترمذي، سنن الترمذي، تحقيق: أحمد محمد شاكر ومحمد فؤاد عبد الباقي، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، 1395هـ.
- محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني، نيل الأوطار، تحقيق: عصام الدين الصبابطي، دار الحديث، مصر، 1413هـ.
- محمود بن أحمد بن موسى بن بدر الدين العيني، عمدة القاري، دار إحياء التراث العربي، بيروت، دون تاريخ نشر.
- مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1412هـ/1991م.
- سليمان بن الأشعث بن إسحاق الأزدي السُّجِسْتَانِي أبو داود، سنن أبي داود، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، دار الرسالة العالمية، 2009م.
- عبد الرحمن بن أحمد ابن رجب، شرح علل الترمذي، عالم الكتب، بيروت، 1405هـ-1985.
- علي بن عمر الدارقطني، سنن الدارقطني، دار المحاسن للطباعة، القاهرة، دون تاريخ نشر.

ثالثاً- كتب الفقه الإسلامي

أ. المذهب الحنفي

- ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، دار الفكر، بيروت، 1412هـ.
- زين الدين بن إبراهيم ابن نجيم، البحر الرائق، دار المعرفة، بيروت، 1413هـ-1993م.
- محمد أمين بن عمر الدمشقي ابن عابدين، رسائل ابن عابدين، إحياء التراث العربي، دون تاريخ نشر..

- محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، المبسوط، بيروت، دار المعرفة، 1418هـ-1997م.
- محمد بن محمد بن محمود الرومي البابرتي، العناية، دار الفكر، دون تاريخ نشر.
- محمد بن عبد الواحد السيواسي ابن الهمام، شرح فتح القدير، دار الفكر، بيروت، دون تاريخ نشر.
- محمود بن أحمد العيني، البناية شرح الهداية، دار الكتب العلمية، بيروت، 1420هـ.
- عبد الله بن محمود بن مودود الموصللي، الاختيار لتعليل المختار، ط3، تعليق محمود أبو دقيقة، دار المعرفة، بيروت، 1395هـ-1975م.
- علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع، دار الفكر، بيروت، 2001م.
- علي بن أبي بكر بن عبد الجليل المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدي، المكتبة الإسلامية، 1415هـ/1995م.

ب. المذهب المالكي

- أحمد بن محمد الدردير، الشرح الكبير، دار الفكر العربي، بيروت، دون تاريخ نشر.
- أحمد بن محمد الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، دار الفكر، بيروت، دون تاريخ نشر.
- محمد الخرشي، شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل، دار الفكر، بيروت، دون تاريخ نشر.
- محمد بن أحمد الكلبي الغرناطي ابن جزي، القوانين الفقهيّة، دار الفكر، بيروت، دون تاريخ نشر.
- محمد بن أحمد القرطبي ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار المعرفة، بيروت، 1402هـ/1982م.
- محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي، دار الفكر العربي، بيروت، دون تاريخ نشر.

- محمد بن عبد الباقي الزرقاني، شرح الزرقاني على مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، 2001م.
- علي بن عبد السلام التسولي، البهجة في شرح التحفة، دار المعرفة، بيروت.
- صالح عبد السميع الأبى الأزهرى، جواهر الإكليل شرح العلامة خليل، دار الفكر، بيروت، دون تاريخ نشر.

ج. المذهب الشافعي

- أبو يحيى زكريا الأنصاري، شرح روض الطالب، المكتبة الإسلامية، دمشق، دون تاريخ نشر.
- ابن حجر الهيثمي، تحفة المحتاج شرح المنهاج، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1357هـ/1983م.
- أحمد بن أحمد بن سلامة القليوبي، حاشية القليوبي، ط1، المحقق مكتب البحوث والدراسات، دار الفكر، بيروت، 1419هـ-1998م.
- النووي، المجموع شرح المذهب، دار الفكر، بيروت، 1417هـ-1997م.
- محيي الدين أبو زكريا يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، المكتب الإسلامي، بيروت، 1412هـ/1991م.
- محمد بن أبي العباس بن شهاب الرملي، الشهير بالشافعي الصغير، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر، بيروت، 1984م.
- محمد بن إدريس بن العباس المطلبي الشافعي، كتاب الأم، دار المعرفة، بيروت، 1410هـ-1990م.
- محمد بن أحمد الخطيب الشربيني، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، دار الفكر، بيروت، 2010م.
- سليمان الجمل، حاشية الجمل على شرح المنهج، مطبعة مصطفى محمد، القاهرة، 1313م.
- علي بن محمد الماوردي، الحاوي الكبير، دار الكتب العلمية، بيروت، 1999م.

د. المذهب الحنبلي

- أحمد بن عبد الحليم ابن تيمية، رسائل وفتاوى ابن تيمية في الفقه، تحقيق عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، مكتبة ابن تيمية، الرياض، دون تاريخ نشر.

- محمد بن أبي بكر بن أيوب الدمشقي ابن القيم، إعلام الموقعين، تحقيق طه عبد الرؤوف سعد، دار الجيل، بيروت، 1394هـ-1973م.
- محمد بن أحمد ابن النجار، منتهى الإرادات، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1419هـ-1999م.
- منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع على متن الإقناع، دار الفكر، بيروت، 1403هـ-1983م.
- عبد الله بن أحمد بن محمد المقدسي ابن قدامة، المغني، ضبط عبد السلام محمد شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، 1414هـ-1994م.
- علي بن سليمان بن أحمد المرّداوي، الإنصاف، هجر للطباعة، 1415هـ.

هـ. المذهب الظاهري

- علي بن أحمد الظاهري ابن حزم، المحلى، تحقيق أحمد محمد شاكر، دار التراث، القاهرة، دون تاريخ نشر.

رابعاً- أصول الفقه

- أبو العينين بدران، أصول الفقه الإسلامي، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1405-1984.
- أبو بكر إسماعيل محمد ميقاتي، الرأي وأثره في مدرسة المدينة، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1405هـ-1985م.
- أبو حامد محمد بن محمد الغزالي، المستصفى، دار المعرفة، بيروت، 1413هـ/1993م.
- إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي، الشاطبي، الموافقات، دار المعرفة، بيروت، دون تاريخ نشر.
- أحمد بن إدريس القرافي، الفروق، دار المعرفة، بيروت، 1418هـ/1998م.
- أمير بادشاه ومحمد أمين، تيسير التحرير، دار الفكر، بيروت، 1417هـ/1996م.
- زكي الدين شعبان، أصول الفقه الإسلامي، دار الكتاب الجامعي، القاهرة، 1983م.
- محمد بن أحمد السرخسي، أصول السرخسي، دار المؤبد، الرياض، 1418هـ/1997م.

- محمد بن أحمد بن عبد العزيز الفتوحى ابن النجار، شرح الكوكب المنير، تحقيق د. محمد الزحيلي ود. نزيه حماد، مركز البحث العلمي، كلية الشريعة، مكة المكرمة، 1400هـ/1980م.
- محمد بن محمد الحلبي ابن أمير الحاج، التقرير والتحبير شرح التحرير، دار الكتب العلميّة، بيروت، 1403هـ/1983م.
- محمد مصطفى شلبي، أصول الفقه الإسلامي، دار النهضة العربيّة، بيروت، 1398هـ/1987م.
- محمود محمد الطنطاوي، أصول الفقه الإسلامي، مطابع البيان التجاريّة، دبي، 1410هـ/1990م.
- مصطفى ديب البغا، أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي، دار القلم، دمشق، 2013م.
- سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني، التلويح على التوضيح، مطبعة دار الكتب العربيّة، القاهرة، دون تاريخ نشر.
- عبد الوهاب خلاف، مصادر التشريع الإسلامي، دار القلم، الكويت، 1398هـ/1978م.
- عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، دار التوزيع والنشر، القاهرة، 1414هـ/1993م.
- عبد الله بن أحمد بن محمود النسفي، كشف الأسرار، دار الكتب العلميّة، بيروت، 2015م.
- عز الدين عبد العزيز ابن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، دار الكتب العلميّة، بيروت، 1414هـ/1991م.
- علي بن محمد الأمدي، الإحكام في أصول الأحكام، ط1، تحقيق سيد الجميلي، دار الكتاب العربي، بيروت، 1404هـ/1984م.
- عمر سليمان عبد الله الأشقر، نظرات في أصول الفقه، دار النفائس، عمان، الأردن، 1419هـ/1999م.

خامساً- قواعد فقهية

- بدر الدين محمد بن بهادر الزركشي، المنثور في القواعد، ط2، تحقيق تيسير فائق، دار الكويت للصحافة، الكويت، 1405هـ/1985م.

- جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، 1399هـ/1999م.
- زين الدين بن إبراهيم ابن نجيم، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، 1400هـ/2000م.
- محمد صدقي بن أحمد البورنو، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1416هـ/1996م.
- عبد الرحمن بن رجب الحنبلي ابن رجب، القواعد في الفقه الإسلامي، دار الجيل، بيروت، 1988م.
- علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، دار الجيل، بيروت، ط1، 1411هـ/1991م.
- خليل بن كيكلي العلاتي، المجموع المذهب في قواعد المذهب، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، 1414هـ/1994م.

سادساً- كتب العادة والعرف

- أحمد بن علي سير المباركي، العرف وأثره في الشريعة والقانون، مؤسسة فؤاد بعينو، بيروت، 1412هـ/1992م.
- أحمد فهمي أبو سنة، العرف والعادة في رأي الفقهاء، مطبعة الأزهر، القاهرة، 1947.
- مصطفى محمد رشدي مفتي، العرف عند الأصوليين وأثره في الأحكام الفقهية، دار الإيمان، الإسكندرية، 2006م.
- سها سليم مكداش، تغير الأحكام، دار البشائر الإسلامية، بيروت، 1428هـ/2007م.
- عادل بن عبد القادر بن ولي قوته، العرف حجيته، وأثره في فقه المعاملات المالية عند الحنابلة، المكتبة المكيّة، مكة المكرمة، 1418هـ/1997م.
- عمر بن عبد الكريم الجيدي، العرف والعمل في المذهب المالكي، مطبعة فضالة، المحمدية، المغرب، 1393هـ/1982م.

سابعاً- الأحوال الشخصية

- حسب الله، علي، الزواج في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، بيروت، 1971م.
- محمد محيي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار الكتاب العربي، بيروت، 1404هـ/1984م.
- محمد علي عبد الرحمن وفا، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، مطبوعات جامعة الإمارات العربية المتحدة، العين، 2003م.
- مطلوب عبد المجيد مطلوب، الوجيز في أحكام الأسرة الإسلامية، مؤسسة المختار للنشر، القاهرة، 1425هـ/2004م.
- عبد الرحمن الصابوني، أحكام الزواج في الفقه الإسلامي، مكتبة الفلاح، الكويت، 1408هـ/1987م.
- سميرة هاشم إحسان، الرجل في الأسرة، دار المجتمع، جدة، 1410هـ/1989م.

ثامناً- كتب القانون

- أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1413هـ/1993م.
- حسن كيرة، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002م.
- محمود جمال الدين زكي، دروس في مقدمة الدراسات القانونية، دار التوزيع والنشر الإسلامية، القاهرة، 1414هـ/1993م.
- نقولا أسود، القانون المدني- المدخل والأموال، الجامعة اللبنانية، بيروت، 1405هـ/1985م.
- سليمان مرقس، المدخل للعلوم القانونية، المطبعة العالمية، 1967م.
- عبد الباقي، نظرية القانون، دار النهضة العربية، القاهرة.
- عبد القادر الفار، المدخل لدراسة العلوم القانونية، مكتبة دار الثقافة، عمان، 1414هـ/1994م.
- عبد الرزاق السنهوري وأحمد حشمت أبوستيت، أصول القانون، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة، 1370هـ/1950م.

- عوض أحمد الزعبي، المدخل إلى علم القانون، دار وائل للنشر، عمان، 1421هـ/2001م.

تاسعاً- اللغة العربية

- إبراهيم أنيس ومجموعة من الأساتذة، المعجم الوسيط، المكتبة الإسلامية، إسطنبول، دون تاريخ نشر.
- أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي، المصباح المنير، المكتبة العلمية، بيروت، دون تاريخ نشر.
- أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، دار الجيل، بيروت، دون تاريخ نشر.
- جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ط3، 1414 هـ.
- مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1407هـ/1986م.
- محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، عني بترتيبه محمد خاطر، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 1977م.
- علي بن محمد بن علي الجرجاني، التعريفات، تحقيق إبراهيم الأبياري، دار الكتاب العربي، بيروت، 1405م.

المحتوى

الصفحة	الموضوع
201	الملخص
202	المقدمة
205	مطلب تمهيدي- تعريف العرف في الشريعة والقانون
205	الفرع الأول- تعريف العرف في اللغة والاصطلاح
206	الفرع الثاني- تعريف العادة في اللغة والاصطلاح
208	الفرع الثالث- تعريف العرف في القانون
209	الفرع الرابع- أقسام العرف
211	الفرع الخامس- اعتبار العرف
213	المبحث الأول- أركان العرف وشروطه
213	المطلب الأول- أركان العرف وشروطه في الشريعة الإسلامية
213	الفرع الأول- أركان العرف
214	الفرع الثاني- شروط العرف
216	المطلب الثاني- أركان العرف وشروطه في القانون الوضعي
216	الفرع الأول- أركان العرف
217	الفرع الثاني- شروط العرف
219	المطلب الثالث- حجية العرف عند الفقهاء
220	المطلب الرابع- العلاقة بين النصّ الشرعي والعرف
220	الفرع الأول- العرف المحال عليه
222	الفرع الثاني- العرف المفسّر
223	الفرع الثالث- العرف المخالف للنصّ

الصفحة	الموضوع
224	المبحث الثاني - تطبيقات العرف في قانون الأحوال الشخصية
224	المطلب الأول - الكفاءة
224	الفرع الأول - تعريف الكفاءة في اللغة
224	الفرع الثاني - تعريف الكفاءة في الاصطلاح
225	الفرع الثالث - اشتراط الكفاءة
228	الفرع الرابع - حكم الكفاءة
230	الفرع الخامس - حكم الكفاءة في قانون الأحوال الشخصية الكويتي
231	المطلب الثاني - جهاز البيت
231	الفرع الأول - تعريف الجهاز
231	الفرع الثاني - حكم تجهيز الزوجة لبيت الزوجية
233	الفرع الثالث - جهاز البيت في قانون الأحوال الكويتي
233	الفرع الرابع - الاختلاف بين الزوجين في متاع البيت
235	المطلب الثالث - ألفاظ الطلاق
235	الفرع الأول - ألفاظ الطلاق وأحكامها
238	الفرع الثاني - ألفاظ الطلاق في قانون الأحوال الشخصية الكويتي
238	المطلب الرابع - خروج المعتدة
239	الفرع الأول - خروج المعتدة في الفقه الإسلامي
241	الفرع الثاني - خروج المعتدة في قانون الأحوال الشخصية الكويتي
243	الخاتمة
245	المراجع

