مجلة العلوم الشرعية
جامعة القصيم، المجلد (١٥)، العدد (٢)، ص ص٩٨٧-١٠٥٤ (صفر ١٤٤٣هـ / أكتوبر ٢٠٢١م)

أثر العمل بالعرف في مسائل الأحوال الشخصية

"دراسة فقهية مقارنة"

الدكتور علاء الدين عبد الفتاح عبد الحميد علي أبوالعز

أستاذ الأحوال الشخصية المساعد، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، قسم الأنظمة، جامعة القصيم، المملكة العربية السعودية.

ملخص البحث

يشكل العرف مصدراً حيوياً للقانون، وتأتي حيويته من كونه يعكس بصدقٍ حاجيات الأفراد، ومطامحهم؛ والقواعد العرفية على خلاف القواعد القانونية التنظيمية، لا تضعها الجهات التشريعية، وإنما تنتج عن درج الناس على سلوك معين، لمدة معينة، تصير فيها العادة عرفاً، ومن هنا اعتبر العرف أحد المصادر المهمة لاستكمال التصور القضائي الصحيح؛ إذ شغلت الأعراف حيزاً واسعاً في النطاق القانوني والتشريعي ، لاسيما في مجال الأحوال الشخصية ،بل إنَّ الفقه لم يكن بعيداً عن التأثر بالأعراف والتقاليد؛ إذْ تأثرت أحكام كثيرة بصورة واضحة بالأعراف،كمسألة تعدد الزوجات، ورئاسة الرجل للأسرة، واستعمال الزوج حقه في الطلاق، وغيرها من المسائل؛ لهذا يتمتع العرف بأهمية بالغة في مجال الأحوال الشخصية، ويمتاز بقوة صمود لا مثيل لها، بل إن الكثير من الممارسات القضائية في مجال الأحوال الشخصية تعتمد على الأعراف والعادات الخاصة بكل مجتمع، ولها تأثير واضح في استقرار الأسرة؛ لهذا فقد تأثر قضاء الأحوال الشخصية بالأعراف والتقاليد التي لها تأثير واضح في الأحكام. ولما كانت الأعراف بهذه الأهمية فقد أخذت العديد من قوانين الأحوال الشخصية بالأعراف وتأثرت بها في كثير من المسائل؛ لذا تناول الباحث بعض تطبيقات العرف في قانون الأحوال الشخصية السوداني، والقانون المقارن؛ كقانون الأحوال الشخصية الأردني، وبعض التطبيقات القضائية من واقع القضاء السعودي.

مجلة العلوم الشرعية
جامعة القصيم، المجلد (١٥)، العدد (٢)، ص ص٩٨٧-١٠٥٤ (صفر ١٤٤٣هـ / أكتوبر ٢٠٢١م)

أثر العمل بالعرف في مسائل الأحوال الشخصية "دراسة فقهية مقارنة"

المقدمة:

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين، أما بعد:
إنَّ العرف يشكل مصدراً حيوياً للقانون، وتأتي حيويته من كونه يعكس بصدق حاجيات أفراد المجتمع ، وقُصِدَ بالعرف اعتياد الناس على اتباع سلوك معين على وجه الاطراد، مع الاعتقاد بإلزامية هذا السلوك؛ أي: بمعني أن الأفراد اعتادوا على سلوك معين، حتى أصبح لازماً لهم ، وهذا اللزوم يعد أحد أهم مظاهر العرف التي تتمثل في تصرفات مألوفة نظراً لتكرارها؛ فالحالة الشاذة لا تكفي لقيام قاعدة قانونية عرفية، وذلك لأن القاعدة العرفية لا يكفي لقيامها وجود ممارسة، أو عادة قديمة، وإنما لابد من تولُّد شعور عند الأفراد بضرورة احترام تلك العادة. وهذا يعني: أن للعرف عنصرين؛ عنصراً مادياً، قوامه تعوُّد الناس على سلوك معين مدةً من الزمن، وعنصراً معنوياً يتمثل في اعتقاد الناس بضرورة احترام العادة. ولقد جاءت الشريعة الإسلامية وأقرت كثيراً من التصرفات والحقوق التي تعارف عليها العرب قبل الإسلام، كما أتت بأحكام جديدة، استوعبت بها تنظيم الحقوق والالتزامات بين الناس في حياتهم الاجتماعية، على أساس الحاجة والمصلحة؛ لهذا تأثرت قوانين الأحوال الشخصية بالأعراف؛ إذْ جاء كثير من النصوص القانونية معبرة عن الأعراف السائدة في المجتمع؛ فالعرف دليل شرعي كاف في ثبوت الأحكام الإلزامية والتفصيلية في اعتقاد الناس، حيث لا دليل سواه، بل إنه يترك به القياس إذا عارضه؛ لأن القياس المخالف في نتيجته للعرف الجاري يؤدي إلى حرج؛ فيكون ترك الحكم القياسي والعمل بمقتضي العرف هو من قبيل الاستحسان المقدَّم على القياس.

مشكلة البحث:

من خصائص الشريعة الإسلامية المرونة والصلاحية الدائمة؛ وذلك لاعتماد بعض أحكامها علي المصادر التبعية التي من بينها العرف، وذلك باستنباط الأحكام الاجتهادية ،ونظام الأحوال الشخصية جزء من هذه الأحكام؛ لمواكبة المستجدات، وتجنيب المشرَّع الوقوع في المشاكل الناتجة من تغير الأعراف؛ وذلك عند وضعه للقواعد القانونية الأسرية المتوافقة مع أحكام الشريعة الإسلامية، والمعتبِرة للعرف؛ لأن عدم اعتماد بعض الأعراف السائدة في المجتمع قد يجعل التشريع قاصراً في إيجاد الحلول لبعض القضايا الأسرية واستيعابها، الأمر الذي يطرح العديد من المشكلات العملية في هذا الموضوع، والتي تتمثل في الآتي:
- مدى تأثر قانون الأحوال الشخصية بالعرف في صياغة نصوصه.

مجلة العلوم الشرعية
جامعة القصيم، المجلد (١٥)، العدد (٢)، ص ص٩٨٧-١٠٥٤ (صفر ١٤٤٣هـ / أكتوبر ٢٠٢١م)

– مدى خضوع أحكام الاجتهاد القضائي السعودي للعرف، وهل تأثرت قراراته بالأعراف؟.

– مدى صرامة شروط اعتبار العرف في الفقه الإسلامي، ومدى اعتمادها من القانون.

أهداف البحث:

تهدف هذه الدراسة إلى الآتي:

- بيان المقصود بالعرف، وأهميته، وشروطه، وحجيته، وأدلة مشروعيته.
- بيان أثر العرف على آثار النكاح، وذلك من خلال معرفة أثر العرف في المهر والنفقة ونحو ذلك.
- بيان بعض تطبيقات العرف في قانون الأحوال الشخصية.

أسئلة البحث:

- ما المقصود بالعرف في اللغة والاصطلاح؟.
- ما شروط العرف وحجيته؟.
- ما تطبيقات العرف وتأثيرها في قضاء الأحوال الشخصية؟.
- ما مدى تأثر قانون الأحوال الشخصية السوداني والأردني والقضاء السعودي بالعرف في صياغة نصوصه؟.

أهمية البحث:

تظهر أهمية هذه الدراسة من خلال النقاط الآتية:

أولاً: أهمية علمية، وتظهر في:

- حاجة الناس إلى العرف؛ لكونه يحقق مصالح الناس.
- اعتبار العرف مصدراً للقواعد القانونية، بل يعتبر المصدر الأول من الناحية التاريخية.

مجلة العلوم الشرعية
جامعة القصيم، المجلد (١٥)، العدد (٢)، ص ص٩٨٧-١٠٥٤ (صفر ١٤٤٣هـ / أكتوبر ٢٠٢١م)

ثانياً: أهمية عملية ، وتظهر في:

- الحاجة إلى ابراز أهمية العرف، ومدى تأثيره في أحكام الأحوال الشخصية.
- الحاجة إلى بيان مدى تأثر قانون الأحوال الشخصية السوداني والأردني بالعرف في صياغة نصوصه والقضاء السعودي في إصداره لأحكامه.

منهجية البحث وإجراءاته:

يعتمد البحث على المنهج التحليلي، والمقارن؛ لأنَّ الباحث أورد آراء الفقهاء حول مسائل الأحوال الشخصية، التي تأثرت بالأعراف، ومن ثم إيراد النص القانوني ذي العلاقة بالعرف وتحليله، وذلك لمعرفة مدى تأثر صياغة نصوص القانون بأحكام العرف. واتخذت في دراسة مسائله الإجراءات الآتية:

١.التعريف بالمسألة المراد بحثها- إن احتاجت إلى تعريف.

٢.بيان حكم المسألة مع العناية بذكر أقوال العلماء وأدلتهم في المسألة- إن كانت محل خلاف مع الموازنة بين أدلة الأقوال، ومناقشتها وبيان الراجح فيها في جميع المسائل المعنية بالبحث.

٣.عزو الآيات القرآنية الواردة في البحث إلى سورها، وأخرج الأحاديث حسب المنهج العلمي المتعارف عليه في البحوث العلمية.

الدراسات السابقة:

هناك عددٌ من الرسائل تناولت موضوع البحث بالدراسة والتحليل، من بينها:

- دراسة بعنوان "أثر العرف في قانون الأحوال الشخصية الإماراتي".٢٠٠٩م.رسالة ماجستير في كلية الشريعة قسم الفقه وأصوله ،جامعة الشارقة، دراسة فقهية أصولية ،حيث تناولت فيها الباحثة/دلال علي عبدالله عبدالرحيم بيان معني العرف في الفقه والقانون، ومدى تأثر قانون الأحوال الشخصية الإماراتي به، مع بعض التطبيقات في مسائل الزواج والطلاق،

مجلة العلوم الشرعية
جامعة القصيم، المجلد (١٥)، العدد (٢)، ص ص٩٨٧-١٠٥٤ (صفر ١٤٤٣هـ / أكتوبر ٢٠٢١م)

وتتقاطع دراستها مع هذه الدراسة حول بعض تطبيقات العرف في مسائل الأحوال الشخصية، كما أن دراستها تمحورت حول قانون الأحوال الشخصية الإماراتي فقط، ومجال دراستي مقارنة الفقه الإسلامي مع بعض القوانيين، إلى جانب دراسة واقع القضاء السعودي ومدى تأثر أحكامه بالعرف.

- دراسة بعنوان "أثر العرف في مسائل الزواج في الفقه الإسلامي".٢٠٠٦م. رسالة ماجستير في كلية الشريعة قسم الفقه وأصوله ،جامعة آل البيت، للباحث/ عواد نواف الشويعر، حيث تناولت الدراسة أثر العرف في مقدمات النكاح(الخطبة) وأثر العرف في مقومات عقد النكاح، وأثر العرف في آثار عقد النكاح؛كالطاعة وحق الزوج وخلافه، حيث تمحورت دراستها- فقط- حول قانون الأحوال الشخصية الأردني الملغي، لسنة ١٩٧٦م ومدى تأثيره في أحكام الأحوال الشخصية الصادرة في الضفة الغربية بفلسطين.
- دراسة بعنوان "أثر العرف في قانون الأحوال الشخصية الكويتي"، دراسة فقهية مقارنة.٢٠١٨م. رسالة ماجستير في كلية الشريعة قسم الفقه وأصوله ،جامعة الكويت، للباحث/ مشعل سعد مبارك السفيح، حيث تناولت الدراسة بعض تطبيقات العرف في القانون،كتطبيقات انحلال الزواج، وتطبيقات الحضانة، وتطبيقات الميراث؛ وتختلف مع دراستي: أنها تناولت- فقط- قانون الأحوال الشخصية الكويتي، بينما تتناول هذه الدراسة القانون المقارن، كالقانون السوداني، والأردني ،كما أن هذه الدراسة تتناول بعض تطبيقات العرف في مسائل الأحوال الشخصية، التي لم ترد في هذه الرسالة، كما أن الإضافة تتمثل في دراسة واقع القضاء السعودي، ومدى تأثر أحكامه القضائية بالعرف.

خطة البحث:

جاءت خطة البحث مشتملة على مقدمة، ومبحثين، وخاتمة، وذلك على النحو التالي:

المبحث الأول: ماهية العرف، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: مفهوم العرف.

المطلب الثاني: شروط العرف.

مجلة العلوم الشرعية
جامعة القصيم، المجلد (١٥)، العدد (٢)، ص ص٩٨٧-١٠٥٤ (صفر ١٤٤٣هـ / أكتوبر ٢٠٢١م)

المطلب الثالث: حجية العرف.

المبحث الثاني: تطبيقات العرف في بعض مسائل الأحوال الشخصية، وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: أثر العرف في مسائل الصداق.

المطلب الثاني: أثر العرف في مسائل النفقة الزوجية.

المطلب الثالث: أثر العرف من الإلزام بمسكن الزوجية.

المطلب الرابع: أثر العرف في وجوب الكفاءة في الزواج.

المبحث الأول: ماهية العرف.

تناول هذا المبحث الحديث عن مفهوم العرف، وشروطه، وقواعده، وحجيته، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول: مفهوم العرف.

في هذا المطلب بيان مفهوم العرف، ونبين في الفرع الأول مفهوم العرف لغة، وفي الفرع الثاني مفهوم العرف اصطلاحاً، وفي الفرع الثالث مفهوم العرف في القانون، وذلك على التفصيل الآتي:

الفرع الأول: مفهوم العُرْف لغة:

العرف في اللغة: يرد بمعان متعددة، منها، "عرف" العين والراء والفاء أصلان صحيحان، يدل أحدهما علي تتابع الشيء متصلاً بعضه ببعض، والآخر على السكون والطمأنينة"[١].

١() أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام محمد هارون، مادة: (عرف)، ج٤، دار الفكر، بيروت،لبنان،١٣٩٩هـ-١٩٧٩م، ص٢٨٠.

مجلة العلوم الشرعية
جامعة القصيم، المجلد (١٥)، العدد (٢)، ص ص٩٨٧-١٠٥٤ (صفر ١٤٤٣هـ / أكتوبر ٢٠٢١م)

المعنى الأول: تتابع الشيء متصلاً بعضه ببعض، ومنه قوله- تعالى- ﴿ وَٱلۡمُرۡسَلَٰتِ عُرۡفٗا ۝١ ﴾ (٢).أي: متتابعات أو الرياح المتتابعة، ومنه- أيضاً- عُرف الفرَسِ، أي: شعر عنقه المتتابع، وسمي بذلك لتتابع الشعر عليه.(٣)

المعنى الثاني: الطمأنينة والسكون إلى الشيء؛ أي: المعرفة والعرفان؛ لأنه يُقال: عَرِفَ فُلان فُلاناً عرفاناً، ومعرفة، وعرفه وعرفاناً: علمه، فهو عارف، وهذا يدل على سكونه إليه؛ لأن من أنكر شئياً توحش منه، ونبأ عنه(٤)والعرف هو كل ما تعرفه النفس من الخير وتطمئن إليه، وما تعارف عليه الناس في عاداتهم ومعاملاتهم، والمعروف ضد النكر؛ وهو اسم فعل يعرف بالعقل والشرع حسنه(٥).وفي هذا استدل أهل اللغة بالقرآن الكريم في قوله-تعالى-﴿ يَٰبُنَيَّ أَقِمِ ٱلصَّلَوٰةَ وَأۡمُرۡ بِٱلۡمَعۡرُوفِ وَٱنۡهَ عَنِ ٱلۡمُنكَرِ وَٱصۡبِرۡ عَلَىٰ مَآ أَصَابَكَۖ إِنَّ ذَٰلِكَ مِنۡ عَزۡمِ ٱلۡأُمُورِ ۝١٧﴾(٦). وقوله-تعالى ايضاً-﴿ كُنتُمۡ خَيۡرَ أُمَّةٍ أُخۡرِجَتۡ لِلنَّاسِ تَأۡمُرُونَ بِٱلۡمَعۡرُوفِ وَتَنۡهَوۡنَ عَنِ ٱلۡمُنكَرِ وَتُؤۡمِنُونَ بِٱللَّهِۗ ۝١١٠﴾(٧).وفي نفس السياق قال ابن منظور:" والمعْرُوف ضدُّ المنْكَر والعُرْف ضد النُّكْر ،يقال أوْلاه عُرفاً أي معروفاً، والعُرْف والمعْروف يعني الجود وقيل هو اسم ما تبْذُلُه وتُسْديه"(٨).وقد ذكر صاحب المصباح المنير عدة معان للعُرف، منها ما يلي:(...وأمرت بالعُرف، أي: المعروف، وهو الخير والرفق والإحسان، ومنه قولهم: من كان آمراً بالمعروف فليأمر بالمعروف؛ أي: من أمر بالخير فليأمر برفق وقدر يحتاج إليه).(٩)

---

(٢) سورة المرسلات، الآية (١).

٣() الفيروز آبادي، القاموس المحيط، مادة: (عرف)، ج٣، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان،١٤٠٧هـ-١٩٨٦م، ص١٧٣.

(٤) ابن فارس، المرجع السابق، مادة: (عرف)، ص ٢٨١.

(٥) إبراهيم مصطفي وآخرون، المعجم الوسيط، تحقيق مجمع اللغة العربية، ج٢، مطبعة دار الدعوة، القاهرة،ص٥٩٥.٥

(٦) سورة لقمان، الآية (١٧)..٦

(٧) سورة آل عمران، الآية (١١٠).٧

(٨) أبو الفضل محمد بن مكرم بن علي بن أحمد بن منظور الأنصاري ، لسان العرب،(فصل العين المهملة)، ج٦، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان،١٩٩٦م، ص ١٥٥.

(٩) أحمد الفيومي، المصباح المنير، مادة : (عرف)، ج٢، ط٣، مطبعة بولاق،القاهرة،١٣١٦هـ، ص٢٤.

مجلة العلوم الشرعية
جامعة القصيم، المجلد (١٥)، العدد (٢)، ص ص٩٨٧-١٠٥٤ (صفر ١٤٤٣هـ / أكتوبر٢٠٢١م)

الفرع الثاني: مفهوم العرف اصطلاحاً:

إنَّ العلماء اختلفوا في تعريف العُرف اصطلاحاً، فعرفه القدامى والمعاصرون بتعريفات متقاربة، منها ما يلي:

أولاً: تعريفات القدامى للعُرف:

١. عرفه الإمام النسفي(١٠) بأنه" ما استقر في النفوس من جهة العقول، وتلقته الطباع السليمة بالقبول"(١١).ويفهم من هذا التعريف أن قوله: (ما) لفظ عام ويشمل القول والفعل، وقوله: (استقر في النفوس) قيد يخرج به ما حصل بطريق الندرة، ولم يعتده الناس؛ فإنه لا يعد عرفاً. أما قوله (من جهة العقول) فهو قيد يخرج به ما استقر في النفوس عن طريق الأهواء والشهوات؛ كتعاطي الخمور وسائر المسكرات، ويخرج به ما استقر في النفوس بسبب خاص ،كفساد الألسنة الناشئ عن اختلاط الأعاجم بالعرب أثناء الفتوحات الإسلامية. ويخرج به ما حصل اتفاقاً، كالتفاؤل أو التشاؤم من بعض الأعمال والأقوال، وقوله: (وتلقته الطباع السليمة بالقبول) قيد يخرج به ما أنكرته الطباع أو بعضها؛ فإنه لا يكون عُرفاً (١٢).
وقد انتُقد هذا التعريف، على اعتبار: أنه غير جامع حيث لم يشتمل على العرف الفاسد، والذي يظهر: أنه لا يضرُّ ذلك؛ لأنَّ الحديث الآن عن العرف والذي تبنى عليه الأحكام الشرعية لا يكون إلا صحيحاً.

---

(١٠) هو عبد الله بن أحمد بن محمود النسفي، أبو البركات حافظ الدين، فقيه أصولي حنفي،(ت ٧١٠هـ)، نسبته إلى "نسف ببلاد السند"، بين جيحون وسمرقند. له كتاب "المصفى" شرح المنظومة، وكتاب المنافع شرح النافع"، وكتاب "الكافي شرح الوافي"، وكتاب "كنز الدقائق"، وكتاب "المنار" في أصول الفقه، وكتاب"كشف الأسرار"، وكتاب "العمدة" في أصول الدين، وكتاب "شرح الهداية". أبو الفداء زين الدين قاسم بن قُطلُوبغا، تاج التراجم، تحقيق : محمد خير رمضان يوسف،ط١،دار القلم،دمشق،١٤١٣هـ-١٩٩٢م،ص١٧٥.الزركلي،الأعلام،ج ٤ ،ص٦٧.

(١١) ابن عابدين، مجموعة رسائل ابن عابدين، ج٢، نقلاً عن أبي حافظ النسفي في كتابه المستصفى، طباعة المكتبة الهاشمية، دمشق،سوريا،١٣١٦هـ، ص ١١٤.

(١٢) أحمد فهمي أبوسنه، العرف والعادة في رأي الفقهاء، مطبعة الأزهر، القاهرة،١٩٤٧م، ص٨-٩.

مجلة العلوم الشرعية
جامعة القصيم، المجلد (١٥)، العدد (٢)، ص ص٩٨٧-١٠٥٤ (صفر ١٤٤٣هـ / أكتوبر ٢٠٢١م)

٢.عرَّفه الجرجاني [١٣] بأنه" ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول، وتلقته الطبائع بالقبول"[١٤].وهذا التعريف قريب من التعريف السابق.

٣.وعرَّفه الإمام القرطبي (١٥) بقوله: "كل خصلة حسنة ترتضيها العقول، وتطمئن إليها النفوس"(١٦).

٤.وعرَّفه–ايضاً–ابن عابدين بأنه" عبارة عما يستقر في النفوس من الأمور المتكررة المعقولة عند الطباع السليمة"(١٧).هذه بعض تعريفات القدامى للعرف.

أما المعاصرون فقد جاءت لديهم تعريفات نستعرض منها ما يلي:

---

(١٣) هو علي بن محمد بن علي المعروف الشريف الحسني الجرجاني من كبار العلماء بالعربية، فلكي وفقيه وموسيقي وفيلسوف ولغوي، عاش في أواخر القرن الثامن الهجري وأوائل القرن التاسع الهجري(الرابع عشر الميلادي – الخامس عشر الميلادي)(ت ٨١٦هـ)،ولد الجرجاني في جرجان عام٧٤٠هـ – ١٣٣٩م، وقد تلقى العلم على شيوخ العربية، واهتم اهتماماً خاصاً بتصنيف العلوم، وكذلك بعلم الفلك، له نحو خمسين مؤلفاً منها "التعريفات"، "وشرح مواقف الايجي".جلال الدين عبدالرحمن السيوطي ‘‘بغية الوعاة في طبقات اللغويين والنحاة"، تحقيق محمد أبو الفضل،ج٢،المكتبة العصرية، بيروت، لبنان،ص١٩٦، يوسف إليان سركيس، معجم المطبوعات،ص٦٧٨،كحالة، معجم المؤلفين،ج٦،ص٢١٧.

(١٤) علي بن محمد بن علي الشريف الحسني الجرجاني، التعريفات، تحقيق إبراهيم الأبياري، دار الكتاب العربي، ط١، بيروت، لبنان، ١٤٠٥هـ، ص ١٩٣.

(١٥) محمد بن أحمد بن أبي بكر فرح الأنصاري الخزرجي الأندلسي أبو عبد الله القرطبي، وهو يعتبر من كبار العلماء المفسرين وكان فقيهًا ومحدثًا ورعًا وزاهدًا متعبدًا، كنيته أبو عبد الله ؛ولد بقرطبة بالأندلس حيث تعلم القرآن الكريم وقواعد اللغة العربية وتوسع بدراسة الفقه والقراءات والبلاغة وعلوم القرآن وغيرها، كما تعلم الشعر أيضاً؛ انتقل إلى مصر واستقر بمنية بني خصيب (المنيا) حتى توفي سنة ٦٧١ هـ. من مؤلفاته "الجامع لأحكام القرآن"، و"قمع الحرص بالزهد والقناعة"،و"الأسني في شرح أسماء الله الحسني". عبدالرحمن بن أبي بكر السيوطي، طبقات المفسرين، تحقيق علي محمد عمر،ط١،مكتبة وهبة،القاهرة،١٣٩٦هـ. الزركلي، الأعلام، ج ٥ ،ص٣٢٢. كحالة، معجم المؤلفين،ج٨،ص٢٣٩.

(١٦) أبو عبد الله محمد بن أحمد أبي بكر شمس الدين القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ط٢، ج٧، دار الكتب المصرية، القاهرة ١٣٨٤هـ–١٩٦٤م، ص ٣٤٦.

(١٧) ابن عابدين، المستصفى، ج٢، ص ١١٢.

مجلة العلوم الشرعية
جامعة القصيم، المجلد (١٥)، العدد (٢)، ص ص٩٨٧-١٠٥٤ (صفر ١٤٤٣هـ / أكتوبر٢٠٢١م)

ثانياً: تعريفات المعاصرين للعُرف:

١.عرَّفه الأستاذ مصطفي الزرقاء بقوله "عادة جمهور قوم في قول أو فعل"(١٨).

يفهم من هذا التعريف أن مصطلح عادة يمثل قيداً يُستدل منه على أن العُرف نوع من أنواع العادة ، ومصطلح جمهور يُستفاد منه أن تحقُّق العرف يعتمد على نصاب عددي من الناس، لابد من توفره، ولو كان عُرفاً خاصاً، وأن يكون موضوع العرف قد اعتاده أكثر القوم في مكان جريانه. أما لفظ قوم فيستفاد منه دخول العُرف الخاص؛ فإنه يشمل أهل بلد معين، أو أهل حِرفة خاصة، كما يشمل جميع الناس في جميع البلدان، فيكون بذلك عُرفاً عاماً. أما في قول أو فعل فيدل هذا القيد على تقسيم العُرف إلى عُرف قولي، وعرف عملي(١٩).

٢.عرَّفه الدكتور عبد الكريم زيدان: بأنه "ما اعتاده الناس وساروا عليه في أمور حياتهم ومعاملاتهم من قول، أو فعل، أو ترك"(٢٠). يلاحظ على التعريف: أنْ قد وسع من معنى العرف، حيث أدخل فيه جميع ما اعتاده الناس في أمور الحياة سواء أكانت أموراً في حياة الناس أو معاملات فيما بينهم. وهذا هو الأصل في العُرف إذا أطلق، فهو يشمل كل ما يتعارف عليه الناس ، ثم يقيد حسب عرف كل أمر من الأمور.

٣.وعرفه –أيضاً– وهبة الزحيلي: بأنه " ما اعتاده الناس وساروا عليه من كل فعل شاع بينهم، أو لفظ تعارفوا إطلاقه على معني خاص، لا تألفه اللغة، ولا يتبادر غيره عند سماعه، وهو بمعني العادة الجماعية"(٢١).

ويلاحظ من استعراض المعنيين اللغوي والاصطلاحي: أن العلاقة بينهما واضحة؛ اذ يلتقيان في التتابع الذي هو من معاني العُرف في اللغة، وذلك من جهة أن العرف في الاصطلاح الأصولي لابد أن يكون متتابعاً في حياة الناس، غالباً فيها. كما يلتقيان –أيضاً–في السكون والطمأنينة؛ وذلك لأن العرف في الاصطلاح لابد أن يسكن الناس إليه ويستقر في نفوسهم. كما يلتقيان–أيضاً– في الظهور والوضوح، وذلك لأن العرف لابد أن يكون ظاهراً في حياة الناس، من خلال تصرفاتهم؛ لكي يكون عرفاً لهم.

---

(١٨) مصطفي الزرقا، المدخل الفقهي العام،ج٢، ط ٧،مطبعة جامعة دمشق، دمشق،سوريا،١٣٨٣هـ-١٩٦٣،ص٨٤٠.

(١٩) مصطفي الزرقا، المدخل الفقهي العام، المرجع السابق، ص ٨٣٩-٨٤١.

(٢٠) د. عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة، ط١١، مؤسسة الرسالة بيروت، لبنان،١٤١٠هـ-١٩٨٩م، ص ١٧٢.

(٢١) د. وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، ج٢، ط١، دار الفكر، بيروت، لبنان،١٤٠٦هـ-١٩٨٦م، ص٨٢٨.

مجلة العلوم الشرعية
جامعة القصيم، المجلد (١٥)، العدد (٢)، ص ص٩٨٧-١٠٥٤ (صفر ١٤٤٣هـ / أكتوبر ٢٠٢١م)

ولذا إذا نُظر في المعاني التي ذكرها أصحاب المعاجم عن العرف يلحظ أنها قد أجمعت على ذكر المعني الذي ذكره القدامى والمعاصرون عن العُرف. وبذا يخلص الباحث إلى: أن التعريف الأقرب والأوفى هو تعريف الدكتور عبد الكريم زيدان رحمه الله تعالى؛ لأنه جامع مانع، ولا يخرج كثيراً عن معاني العُرف لدي أصحاب المعاجم.

الفرع الثالث: مفهوم العرف في القانون:

هو مجموعة من القواعد غير المكتوبة التي اتبعها الأفراد في سلوكهم في مجتمع معين، أجيالاً متعاقبة، حتى نشأ الاعتقاد لديهم: أن هذه القواعد ملزمة(٢٢). وقد يراد بالعرف –أيضاً– القاعدة القانونية غير المكتوبة، التي تواترت عن طريق العُرف، فيعرَّف علي أنه " اعتياد الناس على سلوك معين في العمل، مع الاعتقاد بلزوم هذا السلوك، كقاعدة قانونية"(٢٣).

المطلب الثاني: شروط العرف.

الحديث في هذا المطلب عن شروط العرف في الفقه الإسلامي وأركانه، وذلك على النحو الآتي: (٢٤):

الفرع الأول: شروط العرف في الفقه الإسلامي:

اشترط الفقهاء عدة شروط للعرف، لا يصح إلا بها وهي:

أولاً: أن يكون العرف مطَّرداً في جميع الحوادث أو غالباً في أكبر الحوادث.

---

(٢٢) د. سعيد سعد عبدالسلام، المدخل في نظرية القانون، ط١،طبعة جامعة المنوفية، مصر، ٢٠٠٢-٢٠٠٣م، ص٢١٤.

(٢٣) د. محمد حسين منصور، مبادئ القانون، ج٢، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر،٢٠٠٦م،ص٤٠.

(٢٤) الشرط في اللغة يعني العلامة، وفي القرآن الكريم قوله –تعالي– ﴿ فَهَلۡ يَنظُرُونَ إِلَّا ٱلسَّاعَةَ أَن تَأۡتِيَهُم بَغۡتَةٗۖ فَقَدۡ جَآءَ أَشۡرَاطُهَاۚ ﴿١٨﴾ ﴾ سورة محمد، الآية(١٨).انظر: إبراهيم مصطفي، المعجم الوسيط، مادة:(شرط) ط٤، بدون تاريخ،ص٤٧٩. أما معني الشرط اصطلاحاً فهو ما يلزم من عدمه عدم المشروط، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته. انظر: سعد الدين مسعود ابن عمر، التفتازاني،ط١١، دار الكتب العلمية، بيروت،لبنان،١٩٩٦م، ص ١٤٥-١٤٦،حاشية ابن عابدين،ج١،ص٢٠٦،التعريفات للجرجاني،ص١٢٥.

مجلة العلوم الشرعية
جامعة القصيم، المجلد (١٥)، العدد (٢)، ص ص٩٨٧-١٠٥٤ (صفر ١٤٤٣هـ / أكتوبر ٢٠٢١م)

ومعني الاطّراد أن يكون العرف مستمراً، أو العادة مستمرة كلية؛ أي: بمعني أنها لا تتخلف في جميع الحوادث وقد يعرف العرف بالعموم، فيقال: أن يكون العرف عاماً ،أي: شائعاً مستفيضاً بين أهله، بحيث يعرفه جميعهم في البلاد كلها، أو في إقليم خاص (٢٥). ومعنى جريانهم عليه غالباً: أن يكون جريان أهله على العمل عليه حاصلاً في أكبر الحوادث، وقد يتخلف العمل به نادراً لسبب، أو لآخر، كالشرط المعطل له (٢٦). والتخلف لا يقدح في العمل بالعُرف، وذلك لأن العبرة بالغالب الشائع، لا القليل النادر، سواء كان عرفاً عملياً أو قولياً.

وبهذا الشرط يخرج العُرف المشترك –وهو ما تساوي العمل به وتركه – من الاعتبار، فلا يصلح أن يكون مستنداً أو دليلاً يرجع إليه في تحديد الحقوق والواجبات المطلقة. وحُصِر العُرف المعتبر فيما إذا كان مطّرداً أو غالباً، وذلك لأن تقرر العرف بين الناس وتمكنه في نفوسهم إنما يتم بالغلبة أو الاطّراد، ولأنهما قرينة إرادة الأمر الذي وجدا فيه من تصرف لمتكلم قولاً وفعلاً، فإذا تبايعا سلعة بدراهم، وكانت الدراهم مختلفة في الرواج والمالية أو إحداهما، حمل الثمن علي الغالب الشائع، وكانت الغلبة قرينة إرادته، وهما كذلك قرينة على الاحتياج إلى الأمر المتعارف، فيشرع له من الأحكام ما يناسبه (٢٧).

ثانياً: أن يكون العرف غير مخالف لنص شرعي.

يعني هذا الشرط أنه يجب عدم مخالفة العرف للنص الشرعي؛ أي: بمعني أن يشترط في العرف المعتبر شرعاً ألا يكون معطّلاً لنص شرعي من القرآن الكريم، أو السنة النبوية، أو مناقضاً لأصل من الأصول الشرعية القطعية. ومن ثم لا اعتبار للعرف عند وجود النص، أو معارضته له، فاذا كان ما تعارف عليه الناس مخالفاً للقرآن والسنة؛ كالتعامل بالربا، وشرب الخمر، واختلاط الرجال بالنساء والتعامل بالعقود الربوية ونحو ذلك، فهي أعراف فاسدة دل الدليل علي اطراحها، وعدم الالتفات إليها، لمخالفتها لأصول الدين، وهدمها للقيم الإنسانية؛ والأخلاق الفاضلة التي جاء بها الإسلام، فلا يُعتدُّ بها، بل تعد أعرافاً فاسدة، وذلك للأمور الآتية: (٢٨)

---

(٢٥) مصطفي الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج ٢،المرجع السابق، ص٨٧٠.

(٢٦) محمد بن إبراهيم، الاجتهاد والعرف، مكتبة دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، ط٢، القاهرة،١٤٣٠هـ-٢٠٠٩م، ص١٨٠.

(٢٧) أحمد فهمي أبوسنة، العرف والعادة في رأي الفقهاء، المرجع السابق، ص٥٦-٥٧.

(٢٨) سمير عالية، نظام الدولة والقضاء والعرف في الإسلام، المؤسسة الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان،١٩٩٧م، ص٤١٠.

مجلة العلوم الشرعية
جامعة القصيم، المجلد (١٥)، العدد (٢)، ص ص٩٨٧-١٠٥٤ (صفر ١٤٤٣هـ / أكتوبر ٢٠٢١م)

١.أنَّ اعتبارها إهمال لنصوص قطعية لا تكون إلا علي حق؛ لأنها تنزيل من رب حكيم، لقوله- تعالى-:﴿ لَّا يَأۡتِيهِ ٱلۡبَٰطِلُ مِنۢ بَيۡنِ يَدَيۡهِ وَلَا مِنۡ خَلۡفِهِۦۖ تَنزِيلٞ مِّنۡ حَكِيمٍ حَمِيدٖ ﴿٤٢﴾ ﴾(٢٩)، وقوله- تعالى-﴿ وَمَا يَنطِقُ عَنِ ٱلۡهَوَىٰٓ ﴿٣﴾ ﴾﴿ إِنۡ هُوَ إِلَّا وَحۡيٞ يُوحَىٰ ﴿٤﴾ ﴾(٣٠)، واتباع للهوى، وإبطال للشرائع؛ لأن الشرائع ما جاءت لتقرير المفاسد. ويقرر القرافي -رحمه الله تعالى- رد الشرع للأعراف الفاسدة بقوله" لأن العُرف الفاسد لا يعتبره الشرع".(٣١)

٢.إنَّ الشريعة إلزامية ولم تشرع إلا لتنفيذ نصوصها واحترامها، ولا يجوز تعطليها بالتعارف والتعامل(٣٢).

٣.إنَّ النص الشرعي هو الذي أَعطَي للعرف قوته الملزمة، ومن ثم فإنَّ له أن يلغيه، وليس للعرف هذه المنزلة.

ثالثاً: أن يكون العرف الذي يحمل عليه التصرف موجوداً وقت إنشائه.

وهذا الشرط يعني أن يكون حدوث العُرف سابقاً على وقت التصرف، ثم يستمر إلى زمانه فيقارنه، سواء أكان التصرف قولاً أو فعلاً (٣٣). وذلك لأن كل من يقوم بتصرف-سواء أكان قولياً أو فعلياً-إنما يتصرف بحسب ما جرى به العرف، ليصح الحمل على العرف القائم، فلا عبرة بالعرف الطارئ بعد التصرف. فلو وقف شخص غلة عقاره علي طلبة العلم، وكان العرف القائم وقت إنشاء الوقف يصرف علي طلبة العلم الديني، فإنَّ غلة الوقف تصرف علي طلبة العلم الديني دون غيرهم، وإن كان العرف الطارئ يشمل غيرهم (٣٤).لذلك لا يعتد بالعرف المتأخر في التصرفات؛ أي: إذا حدث أو طرأ عرف بعد إنشاء التصرف فلا عبرة به على من سبق، ولا على الذين لم يتعارفوه، وفي سياق هذا الشرط قال ابن نجيم -رحمه الله تعالى-" العُرف الذي تُحمل عليه الألفاظ إنما هو المقارن السابق، دون المتأخر، ولذا قالوا لا عبره بالعُرف الطارئ"(٣٥).

---

(٢٩) سورة فصلت، الآية(٤٢).

(٣٠) سورة النجم، الآية(٣-٤).

(٣١) شهاب الدين أحمد ابن إدريس الصنهاجي القرافي(ت ٦٨٤هـ-١٢٨٥م)، الذخيرة، تحقيق د. محمد حجّي، الطبعة الأولى،ج٥،دار الغرب الإسلامي،١٩٩٤م، ص٣٨٧.

(٣٢) سمير عاليه، المرجع السابق، ص ٤١٠.

(٣٣) أحمد فهمي، المرجع السابق، ص ٦٥.

(٣٤) د. السيد صالح عوض، أثر العرف في التشريع الإسلامي، دار الكتاب الجامعي، القاهرة ،١٩٧٩م،ص٢٢٥.

(٣٥) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، المرجع السابق، ص ١٠١.

مجلة العلوم الشرعية
جامعة القصيم، المجلد (١٥)، العدد (٢)، ص ص٩٨٧-١٠٥٤ (صفر ١٤٤٣هـ / أكتوبر٢٠٢١م)

رابعاً: ألا يعارضه تصريح بخلافه يقضي بإبطاله، وإيقاف العمل به.

ويعني ذلك أن جريان التصرفات وإنشاء العقود كثيراً ما يكون العرف فيها يمثل قوة العبارة المنشئة للحقوق. ومن القواعد الفقهية المقررة في هذا الشأن "لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح"(٣٦). وتعني هذه القاعدة: أنه لا يُصار إلى ما يدل عليه اللفظ، أو العمل أو الظرف أو عادة الناس إذا كان هنالك تصريح منصوص عليه لفظاً أو كتابة يخالف هذه الدلالة (٣٧).
جاء في درر الحكام :(إن العادة والعرف يكون حجة إذا لم يكن مخالفاً لنص، أو شرطاً لأحد المتعاقدين، كما لو استأجر شخص آخر؛ لأن يعمل له من الظهر إلى العصر فقط، بأجرة معينة فليس للمستأجر أن يلزم الأجير العمل من الصباح إلي المساء بداعي أن عرف البلدة كذلك، بل يتبع المدة المعينة بينهما) (٣٨).وذكر ابن عبد السلام أنه (٣٩): "كل ما يثبت بالعرف إذا صرح المتعاقدان بخلافه مما يوافق مقصود العقد صحيح" (٤٠). وهذا الشرط يقيد القاعدة العرفية الشرعية المعروفة "المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً"(٤١)،بعدم الصريح بخلاف العرف، وذلك لأن القاعدة ليست على إطلاقها، فلا يكون العرف كالشرط إلا في حالة سكوت العاقدين، وعدم الاتفاق على ما يخالف العرف (٤٢).

---

(٣٦) د. محمد صدقي بن أحمد بن محمد البورنو أبو الحارث العنزي، الوجيز في إيضاح القواعد الكلية، المجلد الأول، الطبعة الرابعة مؤسسة الرسالة، لبنان، بيروت،١٤١٦هـ-١٩٩٦م،ص٢٠١.

(٣٧) السيوطي، الأَشباه والنظائر، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان،١٩٨٣م، ص٦١.

(٣٨) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج١، شرح المادة ٣٧، ص٤٢.

(٣٩) هو أبو محمد عزالدين عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن الحسن السلمي الدمشقي الشافعي، فقيه أصولي، لغوي، مفسر، برع في المذهب الشافعي وبلغ رتبة الاجتهاد(توفي سنة ٦٦٠هـ)، له مصنفات عديدة منها،(القواعد الكبرى)، و(القواعد الصغرى)،و(الفتاوي الموصلية). انظر: طبقات الشافعية الكبرى،السبكي،ج٥،ص٨٠،فوات الوفيات، محمد الكتبي،ج١،ص٦٨٢،طبقات الشافعية، ابن قاضي شهبة،ج١،ص٤٤٠.

(٤٠) عزالدين عبد العزيز ابن عبد السلام السلمي الدمشقي، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ج٢، بدون تاريخ،ص١٥٨.

(٤١) أحمد بن محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية،ج١، الطبعة الثانية، صححه وعلق عليه مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم،دمشق،١٤٠٩هـ-١٩٨٩م. ص٢٣٧.

(٤٢) ابن عبد السلام، المرجع سابق، ج٢، ص١٥٧.

مجلة العلوم الشرعية
جامعة القصيم، المجلد (١٥)، العدد (٢)، ص ص٩٨٧-١٠٥٤ (صفر ١٤٤٣هـ / أكتوبر ٢٠٢١م)

الفرع الثاني: أركان العرف

لا ينشأ العرف إلا اذا استجمع ركنان أساسيان: الركن الماديُّ والركن المعنويُّ، وذلك على النحو الآتي(٤٣):

أولاً: الركن المادي(الاعتياد على سلوك معين).

ينشأ العرف ابتداءً بانتهاج فرد أو جماعة سلوكاً إيجابياً، أو سلبياً بصدد مسألة معينة من روابط الحياة الاجتماعية ، ثمّ إذا عرضت مسائل مماثلة فيما بعد طبق الأفراد عليها السلوك ذاته، ولكن هذا الاعتياد لا يُعتد به ما لم يستجمع الشروط الآتية:

١.يجب أن يكون الاعتياد عاماً ومجرداً. وهو ذات المعني المقصود بعمومية القاعدة القانونية وتجريدها كإحدى خصائص هذه القاعدة، فالعادة يجب أن تخاطب عموم الأشخاص بصفاتهم، فلا ينصرف حكمها إلى شخص أو أشخاص معينين بذواتهم....الخ.

٢.أن يكون الاعتياد قديماً. ونعني بذلك أن تكون قد مضت على نشوء السلوك الذي يمكن أن تتولد منه القاعدة العرفية مدة من الزمن.

٣.الثبات؛ بحيث يكون السلوك مطَّرداً. مقتضي ذلك أن يتواتر الأشخاص على اتباع السلوك بصورة منتظمة.

٤.ألاّ ينطوي الاعتياد علي مخالفة للنظام العام والآداب.

ثانياً: الركن المعنوي(الاعتقاد بالإلزام).

يعني ذلك أن مضمون الاعتقاد بإلزامية سلوك معين يتطلب أن يكون هنالك اعتقاد يقيني يستقر في نفوس الأفراد، مقتضاه: أن هذا السلوك قد أصبح ملزماً لهم وأن من يخرج عنه يتعرض للجزاء المادي. بمعني آخر أن الشعور بالإلزام يعد عنصراً جوهرياً لتكوين العرف، وهو الذي يمد السلوك الذي اطّرد الناس على اتباعه بالإلزام ، ويبث فيه الروح فينقله من مجرد كونه عادة لا يلزم الأفراد بتطبيقها إلى قاعدة قانونية واجبة الاتباع،لا تختلف عن القاعدة التشريعية فيما عدا أنها غير مدونة(٤٤).

---

(٤٣) د. محمد بن أحمد البديرات، المدخل لدراسة القانون"دراسة خاصة في الأنظمة والحقوق في المملكة العربية السعودية"، الطبعة الأولى، مكتبة المتنبي، الرياض، السعودية،١٤٣٨هـ-٢٠١٧م، ص١٣٨-١٤١.

(٤٤) د. السيد صالح عوض ، أثر العرف في التشريع الإسلامي، مرجع سابق، ص٢٢٩.

مجلة العلوم الشرعية
جامعة القصيم، المجلد (١٥)، العدد (٢)، ص ص٩٨٧-١٠٥٤ (صفر ١٤٤٣هـ / أكتوبر ٢٠٢١م)

وما يجدر ذكره أن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي كان قد حدد شروط العرف الصحيح، الجائز شرعاً اتباعه حيث قرر في دورة مؤتمره الخامس في الكويت ديسمبر ١٩٨٨م ما يلي(٤٥):

أولاً: يراد بالعرف: ما اعتاده الناس وساروا عليه من قول أو فعل أو ترك، وقد يكون معتبراً شرعاً أو غير معتبر.

ثانياً: العرف إن كان خاصاً فهو معتبر عند أهله ،وإن كان عاماً فهو معتبر في حق الجميع.

ثالثاً: العرف المعتبر شرعاً هو ما استجمع الشروط الآتية:

أ. ألا يخالف الشريعة ،فإن خالف العرف نصاً شرعياً، أو قاعدة من قواعد الشريعة فإنه عرف فاسد.

ب. أن يكون العرف مطَّرداً أو غالباً.

ج. أن يكون العرف قائماً عند إنشاء التصرف.

د. ألا يُصَّرح المتعاقدان بخلافه. فإنْ صرحا بخلافه فلا يُعتد به.

رابعاً: ليس للفقيه – مفتياً أو قاضياً- الجمود علي المنقول في كتب الفقهاء من غير مراعاة تبدل الأعراف.

المطلب الثالث: حجية العرف.

المقصود بالحجية، أي: صلاحية العرف لاستنباط الأحكام الشرعية منه، وإلزام الأشخاص المكلفين بها، فهي إذن تتضمن من جهة شرعية أخذ الحكم، ومن جهة أخرى مشروعية الإجبار عليه. ولقد استدل العلماء على حجية العرف من الكتاب، والسنة ،والإجماع، والمعقول، وذلك على النحو الآتي:

(٤٥) د. محمد سعد الرحاحلة ود. إيناس خلف الخالدي، المدخل لدراسة الأنظمة "قراءة نظامية من منظور السياسية الشرعية"، الطبعة الأولى، مطبعة الرشد، ١٤٣٤هـ-٢٠١٣م،ص١٤٨.

مجلة العلوم الشرعية
جامعة القصيم، المجلد (١٥)، العدد (٢)، ص ص٩٨٧-١٠٥٤ (صفر ١٤٤٣هـ / أكتوبر ٢٠٢١م)

الفرع الأول: حجية العرف من القران الكريم:

لقد وردت آيات كثيرة على الأخذ بالعرف واعتباره أساساً لاستنباط الأحكام الشرعية منها ما يلي:

أولاً: قوله -تعالى- ﴿ خُذِ ٱلۡعَفۡوَ وَأۡمُرۡ بِٱلۡعُرۡفِ وَأَعۡرِضۡ عَنِ ٱلۡجَٰهِلِينَ ١٩٩ ﴾ (٤٦).

وجه الاستدلال بهذه الآية أن الله سبحانه وتعالى- أمر- نبيه -صلى الله عليه وسلم -بالأخذ بالعرف، وهو ما تعارفه الناس فيما بينهم قولاً أو عملاً، واستطابته نفوسهم، وتقبلته عقولهم، ولما كان الأمر مفيداً للوجوب، إذْ لا صارف له وجب العمل بالعرف، وإلا لم يكن للأمر به فائدة، وهذا الاستدلال مبني على أن العرف يعني عادات الناس، وما جرى تعاملهم به (٤٧).

ثانياً: قوله -تعالى- ﴿ وَٱلۡوَٰلِدَٰتُ يُرۡضِعۡنَ أَوۡلَٰدَهُنَّ حَوۡلَيۡنِ كَامِلَيۡنِۖ لِمَنۡ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَۚ وَعَلَى ٱلۡمَوۡلُودِ لَهُۥ رِزۡقُهُنَّ وَكِسۡوَتُهُنَّ بِٱلۡمَعۡرُوفِۚ لَا تُكَلَّفُ نَفۡسٌ إِلَّا وُسۡعَهَاۚ لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةُۢ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوۡلُودٞ لَّهُۥ بِوَلَدِهِۦۚ وَعَلَى ٱلۡوَارِثِ مِثۡلُ ذَٰلِكَۗ فَإِنۡ أَرَادَا فِصَالًا عَن تَرَاضٖ مِّنۡهُمَا وَتَشَاوُرٖ فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَاۗ وَإِنۡ أَرَدتُّمۡ أَن تَسۡتَرۡضِعُوٓاْ أَوۡلَٰدَكُمۡ فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡكُمۡ إِذَا سَلَّمۡتُم مَّآ ءَاتَيۡتُم بِٱلۡمَعۡرُوفِۗ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَٱعۡلَمُوٓاْ أَنَّ ٱللَّهَ بِمَا تَعۡمَلُونَ بَصِيرٞ ٢٣٣ ﴾(٤٨).

وجه الاستدلال بهذه الآية أن المراد بالمعروف هو ما يجب لمثلها، وهو المتعارف من الرزق، والكسوة المناسب لحالها، وقوله – تعالى- "بالمعروف" دلالة على أن الواجب علي قدر حال الرجل في إعساره ويساره؛ إذ ليس من المعروف إلزام المعسر ما لا يطيقه، ولا الموسر بالشيء اليسير، فالآية نص صريح في إحالة المسلمين إلى العرف، والقضاء به في تحديد ما ذكر. وهذا دليل علي صحة العمل به، وإلا الآية لما أحالت على العمل به (٤٩).

---

(٤٦) سورة الأعراف، الآية(١٩٩).

(٤٧) عبد الحق بن غالب بن عطية (ت ٥٤٢هـ)،المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، تحقيق: عبدالسلام عبدالشافي محمد، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان،١٤٢٠هـ،ص ١٨٦.

(٤٨) سورة البقرة، الآية (٢٣٣).

(٤٩) أحمد بن علي الرازي أبوبكر الجصاص(ت٣٧٠هـ)، أحكام القرآن، تحقيق عبد السلام محمد شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان،١٩٩٢م، ص٤٨٩، ابن العربي، أحكام القرآن،ج١،ص٤٠٠. محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الآملي أبو جعفر

كما أن وجه الاستدلال بهذه الآية يفيد: بأن الله –سبحانه وتعالى– قد بين حق المولود في الرزق، والكسوة من غير تقدير بقدر معين، بل ترك ذلك التقدير للعرف (٥٠).

ثالثاً: قوله –تعالى– ﴿ وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِى عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ۚ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ ۗ وَٱللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ﴿٢٢٨﴾ ﴾(٥١). وجه الاستدلال بهذه الآية أن الله تعالى أرشد الزوجين إلى حسن المعاشرة، وأداء الحقوق المترتبة على بعضهم البعض بالمعروف المعتاد، الذي يرتضيه العقل والقلب، وكل ذلك يتغير باختلاف المناطق، وأحوال الناس حسب العرف والعادة(٥٢).

رابعاً: قوله تعالى ﴿ لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا۟ لَهُنَّ فَرِيضَةً ۚ وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ مَتَٰعًۢا بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ ﴿٢٣٦﴾ ﴾(٥٣). وجه الاستدلال بهذه الآية أنها تقرر ما للمرأة من حق فيما إذا طلقت قبل المسيس، وقبل فرض المهر لها، حيث أوجبت لها المتعة وأناط تقديرها إلى اجتهاد القاضي حسب ما يراه من حال الزوج غني وفقراً، وذلك حسب العرف (٥٤).

الفرع الثاني: حجية العرف من السنة النبوية:

إنَّ السنة النبوية قد جاءت لتؤكد اعتبار الشريعة الإسلامية لعادات الناس وأعرافهم، وقد استدل الأصوليون بأحاديث عدة، تدل على مشروعية العرف، منها ما يلي:

الطبري (ت٣١٠هـ)، جامع البيان في تأويل القرآن، تحقيق : أحمد محمد شاكر، الطبعة الأولى ،ج٥،مؤسسة الرسالة،بيروت،لبنان،١٤٢٠هـ-٢٠٠٠م،ص٤٤.

(٥٠) د. عوض أحمد إدريس، الوجيز في أصول الفقه، دار مكتبة هلال، بيروت لبنان،١٩٩٢م، ص٨٩.

(٥١) سورة البقرة، الآية(٢٢٨).

(٥٢) الحافظ أبو الفداء إسماعيل بن كثير القرشي الدمشقي(ت٧٧٤هـ)،تفسير القرآن العظيم،ج١،الطبعة الثانية، دار طيبة للطباعة والنشر والتوزيع،،الرياض، السعودية،١٤٢٠هـ،١٩٩٩م،ص٦٠٩.

(٥٣) سورة البقرة، الآية (٢٣٦).

(٥٤) الجصاص، أحكام القرآن، ج٢، ص١٤٣،محمد الأمين بن محمد المختار بن عبدالقادر الجكني الشنقيطي، أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن،ج١،دار الفكر، بيروت، لبنان،١٤١٥هـ-١٩٩٥م،ص١٥٢.

مجلة العلوم الشرعية
جامعة القصيم، المجلد (١٥)، العدد (٢)، ص ص٩٨٧-١٠٥٤ (صفر ١٤٤٣هـ / أكتوبر ٢٠٢١م)

أولاً: حديث عبد الله بن مسعود رضي الله عنه أن النبي صلي الله عليه وسلم قال "ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن وما رأوا سيئاً فهو عند الله سيئ"(٥٥). وجه الاستدلال هنا هو أن ما استحسنه المسلمون من الأعراف، والعادات الحسنة فهو عند الله حسن مقبول ، وما استقبحه الناس فهو بالضرورة عند الله قبيح (٥٦).والشاهد هنا: أن المسلمين لا يرون ما هو حسنٌ إلاَّ فيما اعتاده العامة من الناس قبلوه، ووجد بينهم استحساناً.

ثانياً: حديث عائشة رضي الله عنها قالت:" أن هنداً بنت عتبة قالت: يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح، وليس يعطيني من النفقة ما يكفيني وولدي بالمعروف إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم، فقال لها رسول الله –صلي الله عليه وسلم–:" خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف" (٥٧) . وجه الاستدلال هنا هو: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بين حق الزوجة، والابن في مال الزوج دون تحديد بمقدار معين، تاركاً ذلك للعرف (٥٨).

كما يستفاد من الحديث –أيضاً– أنه صرح بالاعتماد علي العرف في تقدير النفقة في الأشياء التي لم يحددها الشرع، والكفاية محددة بالعرف بحسب حال الناس من حيث اليسر والعسر، وكذلك من حيث الزمان والمكان، وهذا في اعتقادنا فيه تيسير علي العباد(٥٩).

ثالثاً: عن ابن عمر رضي الله عنهما عن رسول الله –صلى الله عليه وسلم– أنه قال:" إذا تبايع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا وكانا جميعاً، أو يخير أحدهما الآخر، فتبايعا على ذلك فقد وجب ، وإن تفرقا بعد أن تبايعا، ولم يترك واحد منهما البيع فقد وجب البيع "(٦٠).

---

(٥٥) مسند الإمام أحمد بن حنبل أبو عبد الله الشيباني، ج١، مؤسسة قرطبة، القاهرة، حديث رقم ٣٦٠٠، ص٣٧٩.وهذا الحديث الصواب فيه، أنه ثابت موقوف على بن مسعود رضي الله عنه، ولم يثبت الحديث مرفوعاً. والحديث الموقوف هو المروي عن الصحابة قولاً أو فعلاً أو نحوه متصلاً كان أو منقطعاً، أما الحديث المرفوع فهو ما انتهى إليه النبي صلى الله عليه وسلم إما تصريحاً أوحكماً من قوله، أو فعله أو تقريره. انظر: علوم الحديث، لابن الصلاح أبو عمرو عثمان بن عبدالرحمن الشهرزوري، دار الفكر المعاصر،٢٠٠٤م،ص٤٥-٤٦.

(٥٦) السرخسي، المبسوط، ج١٢، دار المعرفة ،بيروت ، لبنان،١٩٩٣م،ص٤٥.

(٥٧) أخرجه البخاري في صحيحه، ج٧، كتاب النفقات، باب: إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ ما يكفيها وولدها بالمعروف، ح رقم(٥٣٦٤)، ص٦٥.

(٥٨) د. عوض أحمد إدريس، مرجع سابق، ص٨٩.

(٥٩) الحافظ ابن حجر العسقلاني، فتح البارئ، دار المعرفة،ج٩،بيروت،لبنان،١٩٥٩م،ص٥١٠.

(٦٠) الجامع الصحيح، صحيح البخاري، كتاب البيوع ،باب: إذا خير أحدهما صاحبه بعد البيع فقد وجب البيع،ج٣،ح رقم (٢١١٢)، ص٨٤.

مجلة العلوم الشرعية
جامعة القصيم، المجلد (١٥)، العدد (٢)، ص ص٩٨٧-١٠٥٤ (صفر ١٤٤٣هـ / أكتوبر ٢٠٢١م)

وجه الاستدلال: أن التفريق لم يرد به صفة مميزة بالشرع، وإنما يرجع في بيانه إلى أعراف الناس وعاداتهم، فما يعتبر عندهم تفريقاً فهو تفريق يلزم به البيع، وينتهي به خيار المجلس (٦١).

الفرع الثالث: حجية العرف من الإجماع:

إنَّ الثابت في حجية العرف إقرار الصحابة الذين كانوا منتشرين في الأقطار الإسلامية، وبذلك أخذوا من عاداتها، حيث جرى الإجماع على الأخذ بهذه الأعراف الصحيحة. وقد استدل بحجية العرف من الإجماع حيث سار جميع الصحابة من بعد رسول الله –صلى الله عليه وآله وسلم– على ما سار عليه في اعتبار العرف حيث قال شلْبي "وقف أصحاب رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ من بعد موقفه من العادات إلي أن قال:" وبذلك يكون أصحاب رسول الله قد أكدوا بقاء اعتبار العرف الصالح فيما يجري بين الناس ـ ثم قال ـ وعلى هذا المنهج سار الفقهاء والمجتهدون من بعده" (٦٢).

ومن هنا يمكن القول: بأنَّ العرف قد يستند إلى الإجماع العملي أي: بمعنى أن الدليل من الإجماع، ويكون بذلك هو سند اعتبار العرف، وملاحظته في الحادثة المطروحة، كأن يتعارف الناس في عصر من العصور على عمل ما، ويبقى ذلك سائراً لمدة طويلة، ولا يتم إنكاره من أحد مثاله: عقد الاستصناع، فقد عمل به الناس لمدة طويلة.

الفرع الرابع: حجية العرف من القياس:

المتتبع لفروع الشريعة الإسلامية يجد أن نصوصها الشرعية جاءت لمصالح الناس، وليس أقوم لمصالحهم إلا اعتبار أعرافهم وعاداتهم الفردية والجماعية، وبذلك أقرت بعض الأعراف التي كانت موجودة قبل مجيء الإسلام، ومنها بيع السلم والمضاربة، وكل ما عده الشارع صالحاً للبقاء في ظل الإسلام. فالعرف مبني علي أساس من ضروريات وحاجيات مصالح الإنسان الاجتماعية والاقتصادية وغير ذلك. والأحكام التي أنزلها الله –تعالى– صالحة لكل زمان ومكان فهي تستهدف رفع الحرج عن الناس، وتحقيق التيسير لهم في شتي مجالات الحياة فلو لم تتأثر الأحكام المبنية علي الأعراف والعادات في استنباطها ببيئة الناس، ولم تكن مناسبة لظروفهم الاجتماعية والاقتصادية وغيره لأدى ذلك إلى وقوع الناس في الضيق والحرج(٦٣).

---

(٦١) الشوكاني، نيل الأوطار، ج٥، ص١٨٥،مغني المحتاج،ج٢،ص٤٥.

(٦٢) محمد مصطفي شلبي، أصول الفقه الإسلامي، ج١،الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت،لبنان،ص٣٣١-٣٣٢.

(٦٣) الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، ج٢، دار الكتب العلمية ، بيروت،لبنان،٢٠٠٤م،ص٢٨٦.

مجلة العلوم الشرعية
جامعة القصيم، المجلد (١٥)، العدد (٢)، ص ص٩٨٧-١٠٥٤ (صفر ١٤٤٣هـ / أكتوبر ٢٠٢١م)

لذا يتبين علي ضوء ما تقدم: أن رفع الحرج والتيسير علي الناس من الأمور المقاصدية للعرف، مما أدى ذلك إلى تسهيل كثير من المعاملات، نتيجة اعتماد أحكام الشريعة علي العرف.

المبحث الثاني: تطبيقات العرف في بعض مسائل الأحوال الشخصية

وفيه أربعة مطالب:

هذا المبحث عن بعض تطبيقات العرف في مسائل الأحوال الشخصية، وسينحصر الكلام في ذلك على مسائل الصداق، والنفقة، ومتاع، وأثاث مسكن الزوجية، وكفاءة الزوج، كشرط للزواج، على النحو الآتي:

المطلب الأول: أثر العرف في مسائل الصداق.

مهر المرأة لغة: يعني أجرها، تقول: مهرتها بغير ألف، فإذا زوجتها من رجل على مهر قلت: أمهرتها (٦٤).أما معنى المهر اصطلاحاً: فقد جاءت تعريفات الفقهاء للمهر على النحو الآتي:

عرفه الحنفية بأنه:" اسم للمال الذي يجب في عقد النكاح على الزوج مقابلة البضع، إما بالتسمية أو بالعقد" (٦٥). وعرفه المالكية بأنه:" ما يعطى للزوجة في مقابلة الاستمتاع بها"(٦٦). وعرفه الشافعية بأنه:" اسم للمال الواجب للمرأة على الرجل بالنكاح أو الوطء"(٦٧) بينما عرفه الحنابلة بأنه:" العوض المسمى في النكاح"(٦٨).

(٦٤) ابن منظور، لسان العرب،ج٥،ص١٨٤،الفيروز آبادي، القاموس المحيط،ج١،ص٦٥٤.الفيومي،المصباح المنير،ج٢،ص٥٨٢.
(٦٥) رد المحتار، ابن عابدين، ج٣، ص ١٠٠.
(٦٦) الشرح الكبير للدردير، ج٢، ص ٢٩٣.
(٦٧) روضة الطالبين، ج٧، ص ٢٤٩.
(٦٨) المبدع، ابن مفلح، ج٧، ص ١٢٠.

مجلة العلوم الشرعية
جامعة القصيم، المجلد (١٥)، العدد (٢)، ص ص٩٨٧-١٠٥٤ (صفر ١٤٤٣هـ / أكتوبر ٢٠٢١م)

إذاً واضح من هذه التعريفات أنها تتفق حول مضمون واحد؛ وهو: أن المهر اسم للمال الذي يجب للمرأة على الرجل بعقد النكاح أو الوطء؛ لذا فهو حق خالص للمرأة، تستحقه في مقابل قبولها لعقد النكاح. ومن ثم فإنَّ تطبيقات العرف في مسائل الزواج وأحكامه عديدة، ومنها ما سيذكر في الفرع الآتي:

الفرع الأول: أثر العرف في المهر المعجل والمهر المؤجل:

هنالك مسائل وأحكام خاصة متعلقة بالمهر ترجع إلى العرف وهي:

أولاً: الحكم الفقهي بتعجيل الصداق (٦٩):

ذهب الفقهاء إلى بأنه يجوز تعجيل المهر، وهذا طبعاً يكون حسب العادات والتقاليد والأعراف السائدة من منطقة لأخرى، ومن مجتمع لآخر. ومن أدلة استحباب التعجيل في المهر، أو جزء منه: ما رُوي عن ابن عباس–رضي الله عنهما– أن النبي أن يدخل بفاطمة حتى يعطيها شيئاً، فقال: ما عندي شيء، فقال" فأين درعك الحطمية".(٧٠) صلى الله عليه وسلم منع علياً

ثانياً: الحكم الفقهي بتأجيل الصداق:

إن تأجيل الصداق كذلك ورد العمل به من قبل المسلمين، حيث يجوز للزوج أن يدخل على زوجته دون أن تمتنع عنه، ولو لم يعطها شيئاً مما اشترط تعجيله من المهر، ومن ثم فإنَّ اختلاف الناس في أمر المهر من حيث التعجيل والتأجيل فيرجع في ذلك إلى العرف، وإلى المشروط بين الزوجين (٧١).

إذاً يتضح من خلال ما سبق: أنه يجوز تعجيل المهر وتأجيله، كما يصح تعجيل بعضه، وتأجيل بعضه، ويصح أن يقسط المهر على أقساط باتفاق الزوجين؛ لأنه عوض في عقد معاوضة، فجاز فيه ذلك كالثمن في عقد البيع (٧٢)، ورغم ذلك فقد اختلف الفقهاء في المسألتين التاليتين:

---

(٦٩) محمد ابن ابراهيم، الاجتهاد والعرف، مرجع سابق، ص ١٨٨.
(٧٠) أخرجه أبو داؤود في سننه، كتاب النكاح، ج٢، باب: في الرجل يدخل بامرأته قبل أن ينقدها شيئاً، ح رقم(٢١٢٥)،ص٢٤٠.
(٧١) محمد ابن ابراهيم، المرجع السابق، ص ١٨٨.

مجلة العلوم الشرعية
جامعة القصيم، المجلد (١٥)، العدد (٢)، ص ص٩٨٧-١٠٥٤ (صفر ١٤٤٣هـ / أكتوبر ٢٠٢١م)

المسألة الأولى: إذا اتفق الزوجان على مهر، ولم يذكرا تأجيله؛ أو تعجيله، ففي هذه المسألة قولان هما:

القول الأول: ذهب **الحنفية** إلى أن الحكم يكون لعرف بلديهما لأن (المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً) (٧٣) فإذا كان العرف جارياً بتعجيل كل المهر كان المهر معجلاً، وإن كان جارياً بتأجيله كان مؤجلاً، وإن كان جارياً بتأجيل بتعجيل بعضه وتأجيل بعضه الآخر كان كذلك(٧٤).

القول الأخر: ذهب المالكية والحنابلة إلى أن المهر يكون معجلاً، قياساً على تعجيل الثمن في عقد البيع إذا لم يذكر تعجيله أو تأجيله(٧٥).

الرأي الراجح

يترجح لديّ ما ذهب إليه الحنفية بأن الحكم للعرف؛ وذلك لأن رأي الحنفية فيه مراعاة لما اعتاده الناس، ودرجوا عليه طالما أنه لا يخالف الشرع، والشرع يراعي اختلاف هذه الأعراف من بلد إلى بلد، ومن عصر إلى عصر .

الثانية: إذا اتفق الزوجان على تأجيل المهر، ولم يذكرا لتأجيله أجلاً معيناً، ففي هذه الحالة أقوال:

القول الأول: ذهب أبو حنيفة إلى أن الأجل يبطل، ويكون المهر حالاً (٧٦).

---

(٧٢) المغني، ابن قدامه، ج٨، ص٢٢.السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ص١٧٠.
(٧٣) أحمد بن محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية،ج١، ص٢٣٧،عبدالوهاب خلاف، علم أصول الفقه، ص٨٦.
(٧٤) رد المحتار، ابن عابدين،ج٣، ص ١٤٤،تبيين الحقائق، للزيلعي،ج٢،ص١٥٥.
(٧٥) الشرح الكبير، الدردير، ج٢، ص ٢٩٦،بداية المجتهد،ج٣،ص٤٨،المغني،ابن قدامة،ج٨،ص٢٢،إعلام الموقعين،ج٣،ص٨١.
(٧٦) البحر الرائق، ج٣، ص١٠٣،بدائع الصنائع،الكاساني،ج٢،ص٢٨٨.

مجلة العلوم الشرعية
جامعة القصيم، المجلد (١٥)، العدد (٢)، ص ص٩٨٧-١٠٥٤ (صفر ١٤٤٣هـ / أكتوبر ٢٠٢١م)

القول الثاني: ذهب الشافعية إلى أن المهر يفسد بذلك، ولها مهر المثل؛ لأنه عوض مجهول المحل، فيفسد كالثمن في البيع (٧٧).

القول الثالث: ذهب الامام أحمد إلى القول: بأن المهر صحيح، وتستحقه المرأة بالفرقة أو الموت، وذلك لأن الأجل المطلق يحمل على العرف والعادة والعرف والعادة، ترك المطالبة به إلى حين الفرقة أو الموت، فحمل عليه، فيصير حينئذ معلوماً بذلك؛ وهذا الرأي اختاره ابن القيم رحمه الله تعالى (٧٨).

القول الرابع: ذهب المالكية إلى القول: بأنه إذا ذكر أن المهر مؤجل، ولم يقيد الأجل بمدة فسد المهر، وفسخ العقد قبل الدخول، ووجب مهر المثل بعد الدخول ولم يفسخ العقد، هذا إذا لم يجر عرف بأن المؤجل عند الإطلاق يدفع في زمن معين، فان كان هنالك عرف فهو إلى الزمن الذي يعينه العرف (٧٩).

الرأي الراجح

يرى الباحث أن المهر المؤجل صحيح وتستحقه المرأة بالفرقة أو الموت؛ لأن ذلك راجع إلى عرف الناس، فإذا تعارف أهل بلد علي نمط معين في شأن المهر صح ذلك العرف، علماً بأن ما جرى عليه العرف في معظم بلاد المسلمين منذ فترة طويلة هو مذهب الحنابلة، ومع ذلك يظهر: أن مسألة تعجيل المهر أو تأجيله تعود لعرف كل بلد على حده. ففي السعودية مثلاً المهر كله معجلاً ،أما في بلاد الشام ومصر والسودان فيكون معجل ومؤجل وهكذا.

اذاً يمكنني القول: من خلال ما سبق ذكره أنَّ كلاً من تعجيل الصداق وتأجيله عُمل به في العهد النبوي، وكذا في عصر الصحابة، وهذا يعني: أن الأمر متروك لعادات الناس وأعرافهم، حيث ترك الله –سبحانه وتعالي– جانباً من التشريع– ما يتعلق

(٧٧) مغني المحتاج، ج٤، ص٣٦٠، الحاوي الكبير،الماروردي،ج٩،ص٤٠١.
(٧٨) المغني، ابن قدامه، ج٨، ص٢٢، اعلام الموقعين، ابن القيم، ج٣، ص٨١.
(٧٩) حاشية الدسوقي، ج٢، ص٣٠٤.بداية المجتهد، ج٢، ص٢٢.

مجلة العلوم الشرعية
جامعة القصيم، المجلد (١٥)، العدد (٢)، ص ص٩٨٧-١٠٥٤ (صفر ١٤٤٣هـ / أكتوبر ٢٠٢١م)

منه بالمعاملات- للناس يعملون به؛ وفقاً لمقتضي حالهم، حتى يرفع عنهم الحرج، وهذا ما يؤكده قوله- تعالى- ﴿ وَمَا جَعَلَ عَلَيۡكُمۡ فِي ٱلدِّينِ مِنۡ حَرَجٖۚ ٧٨ ﴾(٨٠).

ثالثاً: الحكم الفقهي في تحديد مقدار المهر:

معلوم: أن الفقهاء قد اختلفوا في أقل حد للمهر، كما أنهم لم يحددوا حداً أعلى للمهر، وذلك على النحو التالي:

١. أقل المهر في الفقه:

اختلف الفقهاء في ذلك على النحو الآتي:(٨١)

(أ) قال **الأحناف**: لا يجوز أن يقل المهر عن عشرة دراهم، أو ما قيمته عشرة دراهم.

(ب) قال **المالكية**: لا يجوز أن يقل المهر عن ربع دينار ذهباً، أو ثلاثة دراهم فضة.

(ج) قال **الشافعية والحنابلة والظاهرية** وأكثر أهل العلم: أنه لا يوجد حد لأقل المهر، وكل ما يصح أن يكون ثمناً في عقد البيع يصح أن يكون مهراً، واحتجوا بقوله-تعالى-:﴿ وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمۡ أَن تَبۡتَغُواْ بِأَمۡوَٰلِكُم مُّحۡصِنِينَ غَيۡرَ مُسَٰفِحِينَۚ فَمَا ٱسۡتَمۡتَعۡتُم بِهِۦ مِنۡهُنَّ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةٗۚ ﴾(٨٢)، حيث قالوا: إن الأموال في هذه الآية وردت مطلقة غير مقيدة بمقدار معين، **وهذا الرأي عليه العمل في القضاء السعودي.**

٢. الحد الأعلى للمهر في الفقه.

---

(٨٠) سورة الحج، الآية (٧٨).

(٨١) بدائع الصنائع،ج٣،ص٤٨٧،البحر الرائق،ج٣،ص ١٥٢،بداية المجتهد،ج٢،ص ١٨،القوانين الفقهية،ص٣٣٧،أسنى المطالب، ج٣، ص٢٠١، مغني المحتاج، ج٤،ص٣٦٨، الإنصاف، ج٨، ص٢٣٠، كشاف القناع، ج٥، ص١٢٩-١٣٠.

(٨٢) سورة النساء، الآية(٢٤).

مجلة العلوم الشرعية
جامعة القصيم، المجلد (١٥)، العدد (٢)، ص ص٩٨٧-١٠٥٤ (صفر ١٤٤٣هـ / أكتوبر ٢٠٢١م)

لم يرد نص في القرآن الكريم، ولا في السنة يشير إلى ذلك، حيث أجمع جميع الفقهاء على أنه لا يوجد حد أعلى للمهر يقف الناس عنده، ولا يصح أن يتجاوزه، فيجوز أن يمهر الزوج زوجته ما شاء، أو ما شاءت من مال مهما بلغ قدره.(٨٣)

لذا يذهب الباحث للقول: أنّ هذه المسألة متروكة لأعراف الناس، وعاداتهم في كل زمان ومكان، فتقدير المهر يختلف من زمان إلى آخر ومن مكان إلى آخر بحسب أعراف الناس، وبحسب ما يتراضى عليه الأهل، وبحسب تفاوتهم في الغني والفقر، فيعطي كل منهم حسب حاله، وحال من يرغب في الزواج بها. ومن ثم هذه المسألة المتعلقة بتحديد قدر الصداق قد ترجع إلى العرف، وذلك في حالة لم يتفق الطرفان على تحديد مقدار المهر في وثيقة الزواج، كما يمكن في هذه الحالة أن يتم تحديده عن طريق القضاء.

إذاً: من خلال ما سبق يمكنني القول: إنه في حال عدم تحديد المهر، وحدث نزاع بسببه ووصل الأمر إلى القضاء، فان القاضي في هذه الحالة يقضي بتحديد الصداق، وفقاً لمهر المثل وقت النزاع. أما في حالة وجود اتفاق- والذي عادة ما يكون مبنياً على عرف- فإنَّه يعمل بهذا الاتفاق، وهذا يتماشى مع مقصود القاعدة الفقهية" المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً".

رابعاً: الحكم الفقهي في قبض الصداق:

كما هو معلوم أن الفقهاء قد اختلفوا -أيضاً- في هذه المسألة، وذلك على النحو الآتي(٨٤):

ذهب **الإمام أبوحنفية** للقول بأنه حق للزوجة قبل الدخول، أن تمنع الزوج من الدخول، أو الانتقال إلى بيته؛ حتى يدفع جميع المهر المعجل، كونه تزوجها على صداقٍ عاجل، أو كان ساكتاً عن التعجيل والتأجيل؛ لأنَّ حكم المسكوت حكم المعجل، ثم

(٨٣) بدائع الصنائع،ج٣،ص٤٨٧، بداية المجتهد،ج٢،ص ١٨،مغني المحتاج،ج٣،ص٢٩٢،المغني،ج٨،ص٥.وقد روي عن سيدنا عمر بن الخطاب أنه رأى من بعض الناس مغالاة في المهور، فأراد أن يجعل حداً أعلى لا يتجاوزه أحد، ليكون الزواج سهل المؤنة عندما كان يخطب في المسجد فقامت له امرأة فقالت: إن الله يبيح لنا غير ما تأمرنا به، فقال وماذا قال؟ قالت: قال الله –تعالى- "وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً". فرجع عمر عما هم به. وقال نعم يُسنُ للرجل ألا يغالي في مهر امرأته ،كما يسن لولي المرأة ألاَّ يغالي في مهرها؛ لما روي عنه ﷺ أنه قال:" إن أعظم النكاح بركة أيسره مؤنة"، أخرجه النسائي، السنن الكبرى، ح رقم (٩٢٧٤)، وإسناده ضعيف.

(٨٤) بدائع الصنائع،ج٣،ص٤٥٩، بداية المجتهد،ج٢،ص ٢٣،مغني المحتاج،ج٣،ص٢٩٦،المغني،ج٨،ص١٢.

مجلة العلوم الشرعية
جامعة القصيم، المجلد (١٥)، العدد (٢)، ص ص٩٨٧-١٠٥٤ (صفر ١٤٤٣هـ / أكتوبر ٢٠٢١م)

تسلم نفسها إلى زوجها، وإن كانت قد انتقلت إلى بيت زوجها؛ لأنَّ المهر عِوضٌ عن بُضْعها، كالثمن فهو عوض عن المبيع، وللبائع حقُ حبس المبيع لاستيفاء الثمن، فيحقُ للمرأة حبس نفسها لاستيفاء المهر؛ وإن استوفت معجل المهر بتمامه سقط وذهب الصاحبان للقول أنه ليس لها أن تمنع نفسها؛ لأنَّها بالوطء مرة واحدة، أو بالخلوة .حقها في منع نفسها عنه الصحيحة، سلمت جميع المعقود عليه برضاها، وهي من أهل التسليم، فبَطُل حقها في المنع، كالبائع إذا سلم المبيع، فرضاها بالوطءِ هو إسقاطٌ لحقها في طلب المهر قبل الدخول، فيسقط حقها في الامتناع، فإذا امتنعت كانت ناشزة، فيسقط حقها في النفقة. أما الشافعية والحنابلة أيضاً وافقوا رأي الصاحبين ،أمّا الحنابلة فوافقوا في الدخول والخلوة ،وأمَّا الشافعية فوافقوا في الدخول.

رأى الباحث

يرى الباحث ترجيح **قول الإمام أبي حنيفة** لأَّن يوافق الواقع على اعتبار أن المرأة لها كامل الحق في قبض الصداق وذلك من أجل الحفاظ علي حقها في النكاح، ولكن مع ذلك إذا نشأ النزاع بين الزوجين حول قبض الصداق وعدمه، ولا بينة لأحدهما فإنه يُرجع في ذلك إلى العرف، لحسم هذه المسألة.

الفرع الثاني: أثر العرف في صياغة نصوص أحكام الصداق قانوناً:

أولاً: موقف قانون الأحوال الشخصية السوداني لسنة ١٩٩١م:

نصت المادة (٢٧) على أنه :"هو كل ما صح شرعاً صح أن يكون مهراً، مالاً كان، أو عملاً، أو منفعة ".ونصت المادة(١/٢٩) على أنه "يجوز تعجيل المهر، أو تأجيله كلاً، أو بعضاً حين العقد". كما نصت المادة(٤/٢٩) على أنه:" إذا لم يسم المهر أو كانت التسمية غير صحيحة، فيجب مهر مثلها".

مجلة العلوم الشرعية
جامعة القصيم، المجلد (١٥)، العدد (٢)، ص ص٩٨٧-١٠٥٤ (صفر ١٤٤٣هـ / أكتوبر ٢٠٢١م)

ثانياً: موقف القانون الأردني

نصت المادة (٣٩) على أنه:" المهر نوعان: مهر مسمى، وهو الذي يسميه الطرفان حين العقد، قليلاً كان أو كثيراً، ومهر المثل وهو مهر مثل الزوجة وأقرانها من أقارب أبيها، وإذا لم يوجد لها أمثال وأقران من جهة أبيها فمن مثيلاتها وأقرانها من أهل بلدتها".

ونصت المادة (٤١) على أنه :" يجوز تعجيل المهر المسمى، وتأجيله كله، أو بعضه، على أن يؤيد ذلك بوثيقة خطية، وإذا لم يصرح بالتأجيل يعتبر المهر معجلاً ".

يتضح للباحث من خلال صياغة نصوص القانون المتعلقة بالصداق، ومدى تأثرها بالقاعدة العرفية الآتي:

١.أن نصوص القانون لم تحسم بصورة واضحة مسألة التعجيل والتأجيل، وذلك لأن مسألة تعجيل المهر وتأجيله تعتمد – بشكل أساسي– على أعراف كل منطقة وعاداتهم، واختلاف عادات كل مجتمع عن الآخر وتقاليدهم.

٢.أن نصوص القانون لم تحدد مقدار المهر بصورة واضحة، وهذا فيه دليل علي أن القانون قد ترك ذلك إلى القاعدة العرفية السائدة في المجتمع، التي قد تختلف من منطقة إلى أخري وذلك باختلاف الظروف الاجتماعية، والاقتصادية.

الفرع الثالث: أثر العرف في أحكام القضاء السعودي في مجال الصداق

إنَّ العرف في المملكة العربية السعودية جارٍ على أن يكون المهر معجلاً، وهذا ما عليه العمل في القضاء السعودي ايضاً، أما إذا لم يتفقا على شيء أصلاً كان الحكم لعرف بلديهما؛ أما إذا لم يذكر في العقد أن المهر المسمى يجب حالاً أو مؤجلاً، ففي هذه الحالة يتبع عرف البلد الذي جرى فيه العقد، (٨٥) عملاً بقاعدة (المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً) (٨٦) ، أما إذا لم يكن

(٨٥) والأشياء التي تقدم مع المهر مثل: المأكولات، والملابس هي أشياء عرفية، ولا يجوز اعتبارها جزءاً من المهر.
(٨٦) تم توثيق القاعدة الفقهية، انظر: هامش رقم (٤١).

مجلة العلوم الشرعية
جامعة القصيم، المجلد (١٥)، العدد (٢)، ص ص٩٨٧-١٠٥٤ (صفر ١٤٤٣هـ / أكتوبر ٢٠٢١م)

هنالك عرف بالتعجيل أو التأجيل استحق المهر حالاً؛ لأن الأصل أنه يجب بمجرد العقد، ومن ثم لها الحق في أن تطالب به، كما لها الحق في أن تتنازل عنه(٨٧).

وملخص ما حصل للباحث –من خلال ما سبق– أن القانون السوداني، والأردني، والقضاء السعودي قد تأثر كلٌّ واحدٍ منها بالعرف في مسألة تعجيل الصداق أو تأجيله، كما أن الفيصل في تحديد مهر المثل العرف السائد في مجتمع الزوجين، وهذا الأمر بالطبع يختلف من بلد إلى آخر، ومن زمان إلى زمان، ومن مكان إلى آخر.

المطلب الثاني: أثر العرف في مسائل النفقة الزوجية

إنَّ النفقة في اللغة لها معنيان، الأول نفقت الدابة نفوقاً، أي: ماتت ونفق السعر نفاقاً، وذلك أن يمضي ولا يكسد ولا يقف. والثاني: نفق الشيء أي: فني ويقال: قد نفقت نفقة القوم، وأنفق الرجل: افتقر أي: ذهب ما عنده(٨٨).ويقال–أيضاً– نفقت الدراهم، ونفقت الدابة؛ أي: هلكت ونفدت، ويقال نفق البيع نفاقاً، أي: راج(٨٩).أما تعريف النفقة إصطلاحاً فقد عرفها الحنفية بأنها" الإدرار على الشيء بما فيه بقاؤه"(٩٠). وعرفها المالكية بأنها" ما به قِوَامُ مُعْتَادِ حال الآدمي دون سَرَفٍ "(٩١). بينما لم يفصل الشافعية في تعريف النفقة فقالوا: من الإنفاق وهو الاخراج(٩٢).بينما عرفها البهوتي من الحنابلة بأنها" كفاية من يمُونُهُ خُبْزًا وَأُدْمًا وَكُسْوَةً وَمَسْكَنًا وتوابعها"(٩٣). وقد درات هذه التعريفات حول ثلاثة عناصر للنفقة، وهي: الطعام، والكسوة،

---

(٨٧) د. رمضان على السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، بدون تاريخ.ص١٧٠.

(٨٨) زكريا أحمد بن فارس أبو الحسين، مقاييس اللغة، تحقيق هارون عبد السلام،(مادة نفق)، ج٥، دار الفكر، بيروت، لبنان،١٩٧٩م، ص ٤٥٤،مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، (مادة نفق) ،ج١،مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، بدون تاريخ، ص ١١٩٥-١١٩٦.

(٨٩) ابن منظور، لسان العرب،(مادة نفق)،ج١٠، ص٣٥٧،إبراهيم مصطفي وآخرون، المعجم الوسيط، ج٢، ص٩٤٢.

(٩٠) فتح القدير،ج،٣٧٨.

(٩١) حدود ابن عرفة،ص٢٢٨ ..

(٩٢) مغني المحتاج،ج٣،ص٥٥٨...

(٩٣) كشاف القناع،ج٤٥٩،٥.

مجلة العلوم الشرعية
جامعة القصيم، المجلد (١٥)، العدد (٢)، ص ص٩٨٧-١٠٥٤ (صفر ١٤٤٣هـ / أكتوبر ٢٠٢١م)

والمسكن إلا أنه من الملاحظ كلما استجدت صورة من صور النفقة بناءً على تغير الأزمان، والأعراف أُلحق بحكم النفقة، ومن ثم أصبحت النفقة تشمل مصاريف العلاج، والتعليم والخدمة وذلك لأن العصر أحدثها. لذا يرجح الباحث تعريف الحنابلة. وعليه بناءً علي ما سبق فان معنى النفقة في الشرع بوجه عام تعرف بأنها" كل ما هو ضروري لتلبية الاحتياجات الأساسية من مأكل، وسكن، ولباس، ومصاريف علاج"(٩٤). أما نفقة الزوجة فتُعرَّف على أنها هي الغذاء، والكسوة، والمسكن، ومصاريف العلاج، وغير ذلك مما يقضي به الشرع.

يتضح للباحث: أن هذا التعريف ليس تعريفاً جامعاً لكافة أنواع النفقة، ومن ثم لا يوجد ما يمنع من دخول أنواع أخرى، وهذا يعني: أن ما ذكر قد جاء على سبيل المثال وهذا واضح من عبارة (مما يقضي به الشرع). وما يجدر ذكره: أن أدلة مشروعية النفقة الزوجية معروفة، ولا داعي للخوض في تفاصيلها.

الفرع الأول: أثر العرف في مسائل نفقة الزوجية فقهاً:

أولاً: أثر العرف في بعض مسائل النفقة الزوجية.

أثر العرف في طريقة إيصال النفقة للزوجة:

إن من المتعارف عليه في جميع بلاد المسلمين –قديماً وحديثاً– أن الزوج ينفق على زوجته ونفسه وأولاده ما يحتاجون إليه، وما يلزمهم من متطلبات الحياة ، حيث لم تجر العادة بأن يدفع الزوج لزوجته نفقتها في كل يوم، أو شهر، أو سنة، لا مالاً، ولا عيناً من طعام أو كسوة أو نحو ذلك ، ولا يلجأ إلى تقدير النفقة، وإلزام الزوج بدفعها إلا اذا حصلت خصومة، أو منازعة بسبب بخله، أو غيابه، أو إعساره، حين ذلك يتم اللجوء إلى تقديرها، إما بالتراضي أو بحكم القاضي وتقديره.

٢.أثر العرف حول بداية وجوب النفقة:

اختلف الفقهاء حول وجوب بداية النفقة للزوجة وذلك على قولين:

---

(٩٤) زرقين عواطف، بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير بعنوان" مدي سلطان العرف في قانون الأسرة الجزائري (أمثلة وتطبيقات)"جامعة محمد خيفر بسكره،كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق،الجزائر،٢٠١٤-٢٠١٥م،ص٥١-٥٢.

مجلة العلوم الشرعية
جامعة القصيم، المجلد (١٥)، العدد (٢)، ص ص٩٨٧-١٠٥٤ (صفر ١٤٤٣هـ / أكتوبر ٢٠٢١م)

الأول: ذهب الحنفية والشافعي في المذهب القديم إلى أن النفقة تجب من حين العقد، فإذا طالبها بالانتقال فرفضت، فإنها تكون بذلك ناشزاً، لا تستحق النفقة(٩٥).واستدلوا على قولهم هذا بالآتي:

١. عموم قوله- تعالى- ﴿ لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُ لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَآ ءَاتَىٰهَا سَيَجْعَلُ ٱللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا ۝٧ ﴾. (٩٦)

وجه الاستدلال بهذه الآية أن الله -عز وجل- قد أمر الزوج بالإنفاق على زوجته، وعلى ولده الصغير ؛وذلك على قدر وسعه حتى يوسّع عليهما إذا كان موَسَّعاً عليه؛ ومن كان فقيراً فعلي قدر ذلك، فتقدّر النفقة بحسب الحال من المنفق والحاجة من المنفَق عليه بالاجتهاد على مجرى حياة العادة، بحسب العرف، وذلك دون تقييد بوقت معين، فدل هذا على وجوب النفقة للزوجة، من حين العقد(٩٧).

٢. عموم قوله -صلى الله عليه وسلم- " ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف"(٩٨). وهذا فيه دليل على وجوب النفقة للزوجة من حين العقد(٩٩).

الثاني: ذهب المالكية والشافعي في المذهب الجديد والحنابلة إلى أنه لا تجب النفقة على الزوج لزوجته إلا بالتمكين من نفسها بعد العقد الصحيح. (١٠٠).واستدل **أصحاب القول الثاني** بالآتي:

١.ما روي أن النبي -صلى الله عليه وسلم- عقد على عائشة -رضي الله عنها- وهي ابنة ست سنين، ولم ينفق عليها إلا بعد أن دخل بها، فدل ذلك على أن النفقة تجب للزوجة بالتمكين، لا بالعقد، إذ لو كانت حقاً لها لما منعها إياها، ولو كان قد أنفق عليها لنقل إلينا، ولما لم ينقل أنه أنفق عليها، دل هذا على عدم وجوبه إلّا بالتمكين (١٠١)

---

(٩٥) المبسوط، ج٥، ص١٦٦، مغني المحتاج،ج٥،ص٥٧٠.

(٩٦)سورة الطلاق، الآية(٧).

(٩٧) أبو عبدالله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، تفسير القرطبي(الجامع لأحكام القرآن)،تحقيق عبدالرزاق المهدي،ط٤،ج١٩،دار الكتاب العربي، بيروت ،لبنان،١٤٢٢هـ-٢٠٠١م،ص١٥١ ..

(٩٨) أخرجه مسلم في صحيحه ،ج٤،كتاب الحج، باب صفة حجة النبي ﷺ،حديث رقم (١٢١٨)،ص٢٥٧..

(٩٩) ابن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري،ج٩،ط١،مكتبة دار السلام، الرياض، السعودية،١٤٢١هـ-٢٠٠٠م،ص٦٢٠..

(١٠٠) بداية المجتهد، ج٢، ص٥٤،مغني المحتاج،ج٥،ص٥٧٠،المغني ،ج٩،ص٢٣١.

(١٠١) مغني المحتاج،ج٥،ص٥٧٠..

مجلة العلوم الشرعية
جامعة القصيم، المجلد (١٥)، العدد (٢)، ص ص٩٨٧-١٠٥٤ (صفر ١٤٤٣هـ / أكتوبر ٢٠٢١م)

٢. أن العقد يوجب المهر، فلا يوجب عوضين مختلفين، أي: المهر والنفقة لجهالة النفقة، والعقد لا يوجب مالاً مجهولاً(١٠٢).

إذا نظرنا إلى الأدلة التي استدل بها الفقهاء فإنه يتضح للباحث أن الأدلة التي استدل بها أصحاب القول الأول قد جاءت عامة، ولم تبين بصورة واضحة وقت استحقاق النفقة للزوجة، بينما نجد أن أدلة القول الثاني قد دلت –بوضوح– على أن النفقة لا تجب إلا بعد دخول الزوجة بزوجها.

الرأي الراجح

بعد مناقشة أدلة القولين السابقين يذهب الباحث إلى ترجيح **(القول الثاني)** القاضي بأنَّ النفقة لا تجب إلَّا بعد الدخول، والتمكين وذلك للأمرين التاليين:

الأول: أنَّ هذا فعل النبي صلى الله عليه وسلم فإنه لم ينفق على السيدة عائشة –رضي الله عنها– إلا بعد الدخول والتمكين، وفعله حجة وقدوة لنا في ذلك.

الآخر: أن أغلب الأعراف جاريةٌ على أن الزوجة لا تستحق النفقة من يوم العقد عليها، ويرون أن ذلك واجباً على الزوج من حين انتقال الزوجة إلى منزل الزوجية.

٣.أثر العرف في مقدار النفقة الزوجية:

اختلف الفقهاء حول مقدار النفقة للزوجة إلى قولين:

القول الأول: جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة والظاهرية ذهبوا إلى القول بأن نفقة الزوجة ليست مقدرة بمقدار محدد، بل هي مقدرة بما فيه كفاية الزوجة حسب العرف، أي: مقدرة بحسب كفايتها(١٠٣).واستدل أصحاب القول الأول بما يأتي:

---

(١٠٢) المصدر السابق.

(١٠٣) بدائع الصنائع، ج٤،ص٢٣،الشرح الكبير،ج٢،ص٥٠٩،مغني المحتاج،ج٣،ص٥٥٩،المغني ،ج٩،ص٢٣١، المحلى، ج١٠، ص٨٨-٨٩.

مجلة العلوم الشرعية
جامعة القصيم، المجلد (١٥)، العدد (٢)، ص ص٩٨٧-١٠٥٤ (صفر ١٤٤٣هـ / أكتوبر ٢٠٢١م)

١.قوله تعالى﴿وَعَلَى ٱلۡمَوۡلُودِ لَهُۥ رِزۡقُهُنَّ وَكِسۡوَتُهُنَّ بِٱلۡمَعۡرُوفِۚ لَا تُكَلَّفُ نَفۡسٌ إِلَّا وُسۡعَهَاۚ لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةُۢ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوۡلُودٞ لَّهُۥ بِوَلَدِهِۦۚ ﴾(١٠٤). وجه الدلالة: أَن الله –عز وجل– قد أوجب على المولود له –وهو الزوج–نفقة زوجته من غير تحديد بمقدار معين، فيكون على الكفاية في العادة والعرف، كرزق القاضي، والمضارب(١٠٥).

٢. حديث زوجة أبي سفيان عندما اشتكت زوجها إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال لها: "خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف".(١٠٦)

والحديث فيه دلالة واضحة على تقدير النفقة بالكفاية، وهذه الكفاية غير محددة بكمية معلومة من الطعام هذا بالإضافة إلى أنه صلى الله عليه وسلم لم يثبت عنه تقدير النفقة بكمية معلومة، ولو كانت النفقة مقدرة لأمر الرسول صلى الله عليه وسلم هنداً أن تأخذ المقدار شرعاً(١٠٧).

٣.كما استدل المالكية والظاهرية بقوله تعالى ﴿ لِيُنفِقۡ ذُو سَعَةٖ مِّن سَعَتِهِۦۖ ﴾ (١٠٨).حيث قال ابن العربي: إن هذه الآية تفيد أن النفقة ليست مقدرة شرعاً، وإنما تقدر بالاجتهاد علي مجرى العادة، والعادة هي دليل أصولي بنى الله عليه الأحكام، وربط به الحلال والحرام، وحديث هند السابق ذكره مؤيد لفهم تفسير الآية(١٠٩).وقال شيخ الإسلام ابن تيمية: "إن هذا هو الصواب وعزاه إلى الجمهور وقال: إنّ نفقة الزوجة مقدرة، ومرجعها العرف، وليست مقدرة بالشرع، بل تختلف باختلاف أحوال البلاد والأزمنة، وحال الزوجين وعاداتهما"(١١٠).

---

(١٠٤) سورة البقرة، الآية(٢٣٣).

(١٠٥) المغني، ج٩،ص٢٣١.

(١٠٦)حديث سبق تخريجه. انظر: هامش رقم(٥٧).

(١٠٧) راجع: للأمام محمد بن إسماعيل الأمير الصنعاني ، سبل السلام الموصلة إلى بلوغ المرام، ج٣، باب النفقات، ط١، دار العقيدة ، القاهرة، ١٤٢٣هـ-٢٠٠٢م، ص٤٦٦.

(١٠٨) سورة الطلاق، الآية (٧).

(١٠٩) أحكام القرآن، ج٤، ص ١٨٢٩ – ١٨٣٠.

(١١٠) فتاوي ابن تيمية، ج ٢، ص١٧٠-١٧١.

مجلة العلوم الشرعية
جامعة القصيم، المجلد (١٥)، العدد (٢)، ص ص٩٨٧-١٠٥٤ (صفر ١٤٤٣هـ / أكتوبر ٢٠٢١م)

٤. ما رُوى عن جابر بن عبد الله أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قد ذكر في خطبة الوداع:" اتقوا الله في النساء فإنكم أخذتموهن بأمان الله، واستحللتم فروجهن بكلمة الله، ولكم عليهن ألا يوطئن فرشكم أحداً تكرهونه فإن فعلن ذلك فاضربوهن ضرباً غير مبرح، ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف"(١١١). واضح من هذا الحديث أن النبي - صلى الله عليه وسلم- قد قيد النفقة الواجبة على الأزواج للزوجات بالمعروف، والمعروف إنما هو الكفاية دون غيره(١١٢).

القول الثاني: ذهب الشافعية، ورأي أبي يعلى من الحنابلة إلى أن النفقة مقدرة بمقدار محدد (١١٣).وقد استدل أصحاب هذا القول بقوله تعالى ﴿ لِيُنفِقۡ ذُو سَعَةٖ مِّن سَعَتِهِۦۖ وَمَن قُدِرَ عَلَيۡهِ رِزۡقُهُۥ فَلۡيُنفِقۡ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُۚ لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفۡسًا إِلَّا مَآ ءَاتَىٰهَاۚ سَيَجۡعَلُ ٱللَّهُ بَعۡدَ عُسۡرٖ يُسۡرٗا ٧ ﴾(١١٤).

ووجه الاستدلال بهذه الآية أنها أوجبت النفقة على كلٍ من الموسر والمعسر على قدر طاقته وحاله، ولكنها لم تبين المقدار فوجب تقدير ذلك بالاجتهاد، وأشبه ما تقاس عليه النفقة هو الطعام في الكفارات، بجامع أن كل مال وجب بالشرع، ويستقر في الذمة، وأكثر مما يجب في الكفارات مدان في كفارة الفدية للأذى في الحج، وأقلها مد في كفارة الجماع في نهار رمضان واليمين والظهار، ومن ثم لزم الموسر الأكثر والمعسر الأقل والمتوسط ما بينهما(١١٥).

إذا نظرنا إلى الأدلة التي استدل بها الفقهاء بشأن مقدار النفقة فإنه يتضح للباحث أن الأدلة التي استدل بها أصحاب القول الأول لم تبين بصورة واضحة مقدار النفقة للزوجة، لذلك قالوا: إن نفقة الزوجة مقدرة بحسب كفايتها، أما أصحاب القول الثاني فقد استدلوا بدليل واحد من القرآن.

لذا **الرأي الراجح** لديّ أن نفقة الزوجة مقدرة بحسب الكفاية، وهو **القول الأول** وذلك نسبة إلى قوة الأدلة الشرعية العديدة التي ساقها أصحاب القول الأول **(الجمهور)**، والتي تدل على أن نفقة الزوجة مقدرة بالمعروف أي الكفاية. كما أن النفقة تتأثر بأمور كثيرة كالزمان والمكان، والغنى والفقر، والبيئة، ومن ثم لا يمكن ضبطها بكمية معينة ومحددة، كما ذهب إلى ذلك أصحاب الرأي الثاني، وهذا يتفق مع الواقع المعيشي المرتبط بحياة الناس في معظم البلاد الإسلامية. لذلك عُلم أن المعتبر في

---

(١١١) حديث سبق تخريجه. انظر: هامش رقم (٩٨).

(١١٢) مغني المحتاج،ج٣،ص٥٥٩.

(١١٣) المهذب، ج٢، ص ١٦٢ ، المغني، ج٩ ، ص٢٣١-٢٣٢.

(١١٤) سورة الطلاق، الآية(٧).

(١١٥) المهذب، ج ٢، ص ١٦٢، زاد المعاد، ج٥، ص٤٩٤..

مجلة العلوم الشرعية
جامعة القصيم، المجلد (١٥)، العدد (٢)، ص ص٩٨٧-١٠٥٤ (صفر ١٤٤٣هـ / أكتوبر ٢٠٢١م)

مقدار النفقة الواجبة للزوجة هو الكفاية بالمعروف، ورغم ذلك؛ فالنساء يتفاوتن في مقدار ما يكفيهن طعاماً وكسوة وسكنى وتطبيب وخدمة، وهذه الحاجة تقدر بالمعروف بحسب الأعراف والعادات في بلد، أو بحسب اختلاف الأمكنة، والأزمنة والأحوال، من رخص وغلاء وشتاء وصيف. هذا وقد تحدث الفقهاء كثيراً عن حول تحديد القدر الذي يلزم الزوج لنفقة زوجته، ولهم في ذلك تفصيلات أكثرها مبنية على أعراف زمانهم، ولكن قد تغيرت كثير من تلك الأعراف، حيث إنَّ كل قوم بحاجة إلى تقدير النفقة وفق العرف الذي يسود في مجتمعاتهم.

ثانياً: موقف الفقه من مسألة تقدير النفقة الزوجية:

نجد أن الفقهاء قد ذهبوا إلى ثلاثة آراء في شأن هذه المسألة وذلك على النحو الآتي: (١١٦)

الأول: الأحناف

يرون أن النفقة ليست مقدرة بالشرع، وأنه يجب على الزوج أن يقدم لزوجته ما يكفيها من احتياجاتها حسب المتعارف عليه، وهذا يختلف باختلاف الزمان والمكان والأحوال؛ كما اعتبروا أن تقدير النفقة يكون على الزوج بحسب حاله يسراً أو عسراً مهما كانت حالة الزوجة، فإذا كان موسراً وجبت عليه نفقة اليسار، وإن كان معسراً وجبت عليه نفقة الإعسار، وهذا **القول الراجح في المذهب الحنفيُّ ويؤيده فقهاء الشافعية والظاهرية**. واستدل أصحاب هذا القول بالآتي:

١. بقوله تعالى ﴿ لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُ ۚ لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَآ ءَاتَىٰهَا ۚ سَيَجْعَلُ ٱللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا ﴾(١١٧). فقد ذكرت هذه الآية صراحة على اعتبار حال الزوج وحده في الحالين معاً، وهما حال التوسع في الرزق والتضييق فيه، فإذا كان كذلك فإن اعتبار حالهما معاً زيادة موجبة لتغيير حكم، وذلك لا يجوز، ولو كلفنا المعسر بنفقة الموسرين لكان ذلك تكليفاً له بما هو فوق طاقته وهذا مخالف لنص الآية(١١٨).

٢. واستدلوا أيضاً بما روي عن بهز بن حكيم عن أبيه عن جده عن معاوية القشيري قال: أتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت: ما تقول في نسائنا؟ قال صلى الله عليه وسلم :"أطعموهن مما تأكلون وأكسوهن بما تكتسون، ولا تضربوهن ولا

---

(١١٦) البدائع،ج٤،ص٢٤، الهداية مع فتح القدير،ج٣،ص ٣٢٢،حاشية الدسوقي،ج٢،ص٥٠٩،مغني المحتاج، ج٣،ص٤٢٧، المغنى،ج٩،ص٢٣٠-٢٣١، المحلي، ج ١٠،ص ٨٨-٨٩.

(١١٧) سورة الطلاق، الآية (٧).

(١١٨)القرطبي، تفسير القرطبي (الجامع لأحكام القرآن)،ج١٩ ،المرجع السابق، ص١٥٢-١٥٣.

مجلة العلوم الشرعية
جامعة القصيم، المجلد (١٥)، العدد (٢)، ص ص٩٨٧-١٠٥٤ (صفر ١٤٤٣هـ / أكتوبر ٢٠٢١م)

تقبحوهن"(١١٩)، فالواضح من الحديث أن المعتبر في مقدار النفقة هو حال الزوج(١٢٠). **وذكر الشافعية** في قول آخر أنَّ النفقة مقدرة بالشرع ولم يتركوا تقديرها إلى ما فيه الكفاية إلا أنهم لم يحددوا المقدار وتركوا ذلك للاجتهاد.(١٢١).

القول الثاني: يرى أنصاره أنها تقدر **بحسب حال الزوجة يسراً وعسراً**، أي: على قدر كفايتها. وهو قول **أبي حنيفة**، وهذا رأي ضعيف؛ لأن ابن عابدين نقله عن صاحب الخانية.(١٢٢)

القول الثالث: يرى أنصاره أنها تقدر **بحسب حال الزوجين** هو **قول المالكية والحنابلة**(١٢٣).وهذا الرأي هو اختيار الخصاف كما قال صاحب الهداية(١٢٤). وقد استدل أصحاب هذا القول بقوله صلى الله عليه وسلم لهند امرأة أبي سفيان عندما اشتكت إليه شح زوجها "خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف"(١٢٥).ووجه الاحتجاج بهذا الحديث أنه يدل على اعتبار حال الزوج، فوجب الجمع بينهما بأن يكون حال الزوج معتبراً من جهة، وحال الزوجة كذلك.

يبدو للباحث أن **الرأي الأول هو الراجح**؛ لأنه أقوى دليلاً وحجة في رعاية حال الزوج المالية يساراً أو إعساراً، ولاشك أن هذا الرأي هو الذي تؤيده النصوص الشرعية، فالله سبحانه وتعالى يقول: ﴿ لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُ لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَآ ءَاتَىٰهَا سَيَجْعَلُ ٱللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا ﴾ .(١٢٦)

---

(١١٩) أخرجه أبو داؤود، سنن أبي داؤود، ج٢، كتاب النكاح، باب في حق المرأة على زوجها، ح رقم(٢١٤٤) ص٤١٩.
(١٢٠) البحر الرائق، ج ٤، ص ١٩٠ ، المبسوط، ج ٥ ، ص ١٨٢.
(١٢١) مغني المحتاج، ج٣،ص٤٢٧،وهذا الرأي أخذ به المشرع السوداني وفقاً للمادة(٦٦) من القانون.
(١٢٢) حاشية ابن عابدين، ج ٥ ، ص ٢٨٤.
(١٢٣) حاشية الدسوقي، ج ٢، ص ٥٠٩، المغنى، ج٩، ص٢٣٠-٢٣١.حيث ذكرت المادة (٤٦) من وثيقة مسقط علي أنه(يراعى في تقدير النفقة سعة المنفق، وحال المنفق عليه، والوضع الاقتصادي زماناً ومكاناً).
(١٢٤) الزيلعي، ج ٣، ص ٥١، البحر الرائق، ج٤، ص ١٩٠، الهداية مع فتح القدير، ج٣ ، ص ٣٢٢.
(١٢٥) حديث سبق تخريجه. انظر: هامش رقم(٥٧).
(١٢٦) سورة الطلاق ، الآية (٧).

مجلة العلوم الشرعية
جامعة القصيم، المجلد (١٥)، العدد (٢)، ص ص٩٨٧-١٠٥٤ (صفر ١٤٤٣هـ / أكتوبر ٢٠٢١م)

ولقوله صلى الله عليه وسلم في حديث جابر "ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف"(١٢٧). فهذه النصوص الشرعية تفيد على أن تقدير النفقة للزوجة يكون على حسب حال الزوج؛ لأنه لا يكلف إلا بما في وسعه وطاقته. بينما استدل أصحاب القول الثالث بدليل واحد من السنة ؛وهذا غير كاف في قولهم الذي ذهبوا إليه بأن النفقة تقدر بحسب حال الزوجين.

من هنا يمكن القول: إن هذه الآراء، وإن اختلفت إلا أنها تتفق على أن تقدير النفقة راجع إلى العرف، وذلك من خلال أحوال الناس من يسر أو عسر، وكذا اختلاف الأزمنة والأمكنة أساس لتقدير النفقة. وما يجدر ذكره أن النفقة الزوجية تحتاج إلى العرف في تحديد مقدارها، وصفتها وحاجة الواجب له النفقة، وذلك لأن النفقة تختلف مقداراً وصفة بحسب عرف كل بلد ووضعه، وذلك لأن أساليب الحياة وأدواتها تتطور وتتغير، لذا تقدير النفقة يختلف بحسب الحاجة والبلدان والمجتمعات والظروف الاجتماعية والاقتصادية زماناً ومكاناً ومرجع ذلك إلى العرف(١٢٨). بل إنَّ القاضي حينما يقدر النفقة يجب عليه أن يلاحظ العرف، ويعول عليه في نفقة الزوجة والأطفال والأقارب وأن يراعي حال اليسار والفقر مما يختلف فيه طباع الناس وأعرافهم وأوقاتهم، وهذا ما اتفق فيه جميع الفقهاء(١٢٩). وهذا ما ذهب إليه القضاء السوداني ايضاً. ومن ثم يخلص الباحث إلى القول: أنَّ كل ما ليس له ضابط شرعي مطَّرد، فإنه يرجع الأمر فيه إلى افتراض القاضي واجتهاده، ويؤدي فيه العرف دوراً بارزاً بحسب جنس القوت والملبس، وباعتبار السعر غلاء ورخاء وباعتبار الزمان والمكان، فهذه الأحوال تُعدُّ كلها أعرافاً تراعي عند الافتراض والتقدير.

الفرع الثاني: أثر العرف في صياغة نصوص النفقة الزوجية قانوناً:

أولاً: موقف قانون الأحوال الشخصية السوداني لسنة ١٩٩١م:

نصت المادة (٦٥) على أن "النفقة تشمل الطعام والكسوة والمسكن والتطبيب وكل ما به مقومات حياة الإنسان حسب العرف"(١٣٠).

---

(١٢٧) حديث سبق تخريجه، انظر: هامش رقم (٩٨).

(١٢٨) لمزيد من التفصيل: د. عبد العزيز الخياط،نظرية العرف،مكتبة الأقصى،عمان،الأردن، ١٣٩٧هـ-١٩٧٧م، ص١٣١..

(١٢٩) د. عبد العزيز الخياط، نظرية العرف، المرجع السابق، ص١٣٢.

(١٣٠) هذه المادة تعد تطبيقاً لمفهوم القاعدة الفقهية (العادة محكمة).

مجلة العلوم الشرعية
جامعة القصيم، المجلد (١٥)، العدد (٢)، ص ص٩٨٧-١٠٥٤ (صفر ١٤٤٣هـ / أكتوبر ٢٠٢١م)

نصت المادة (٦٦) على أن "يراعي في تقدير النفقة سعة المنفق والوضع الاقتصادي زماناً ومكاناً ".
نصت المادة (٦٧/) على أن "يجوز زيادة النفقة وإنقاصها تبعاً لتغير الأحوال".

ثانياً: موقف القانون الأردني

نصت المادة (٥٩/ب) على أن "نفقة الزوجة تشمل الطعام والكسوة والسكنى والتطبيب بالقدر المعروف وخدمة الزوجة التي يكون لأمثالها خدم".

ويتضح للباحث أن النص القانوني المتعلق بالنفقة الزوجية قد تأثر في صياغته بالعرف حيث ترك تقدير مدى كفاية وحاجة الزوجة من النفقة للعرف السائد في المجتمع. وهذا فيه دليل على أن القاعدة العرفية سابقة على النص القانوني. كما أن مشتملات النفقة الزوجية تحدد وفقاً لكفاية وحاجة الزوجة بحسب القدر المعروف بالنظر للعرف والذي يختلف من مجتمع لآخر ومن زمن لآخر.

الفرع الثالث: أثر العرف في أحكام موقف القضاء السعودي في مجال النفقة

إنَّ القضاء السعودي لديه تطبيقات كثيرة في مسألة النفقة الزوجية وتأثرها بالعرف وتأكيداً لذلك فقد جاء حكم قضائي ما يلي:(حيث ألزم القاضي الزوج المدعى عليه بدفع النفقة للزوجة، لأنه لم ينفق عليها الزوج مدة من الزمن، ورغم أن المدعية قد وافقت علي التنازل من نفقتها الماضية مقابل طلاقها وحضانتها لابنتها، إلا أن زوجها المدعى عليه رفض ذلك ، كما أنه لم يثبت لدى المحكمة أنها قد خرجت من بيته بغير إذنه ،لذا قررت المحكمة إلزامه بدفع النفقة لزوجته، وذلك بعد أن جرى تقديرها من قبل قسم الخبراء مع مراعاة العرف في ذلك،كما ألزمه القاضي بدفع النفقة الماضية والمستقبلية لابنته)(١٣١). وفي حكم قضائي آخر جاء فيه ما يلي:(أن المدعية رفعت دعوى ضد زوجها المدعى عليه حيث لم ينفق عليها وطالبت بإلزامه بالنفقة عليه ، كما طالبت بالنفقة الزوجية السابقة ، لذا قررت المحكمة بأن يسلم المدعى عليه المدعية النفقة الماضية وذلك بعد أن تم تقديرها قبل قسم الخبراء مع مراعاة العرف في ذلك) (١٣٢). وفي حكم قضائي آخر أيضاً جاء فيه ما يلي:(حيث

(١٣١) مجموعة الأحكام القضائية السعودية لسنة ١٤٣٤هـ،ص٢٠-٢٩.
(١٣٢) مجموعة الأحكام القضائية السعودية لسنة ١٤٣٤هـ،ص١٣٧-١٤٤.

مجلة العلوم الشرعية
جامعة القصيم، المجلد (١٥)، العدد (٢)، ص ص٩٨٧-١٠٥٤ (صفر ١٤٤٣هـ / أكتوبر ٢٠٢١م)

طالبت الزوجة بنفقتها الماضية والقادمة، ونفقة ابنها الماضية والقادمة حيث إنها تنفق على ابنها بنية الرجوع على المدعى عليه، لذا قررت المحكمة إلزامه بالنفقة الماضية لها ولابنها بعد تقديرها من مكتب الصلح، مع مراعاة العرف في ذلك) (١٣٣).

واضح من هذا الأحكام القضائية أن القضاء السعودي قد تأثر بالقاعدة العرفية في شأن إصدار حكمه المتعلق باستحقاق الزوجة للنفقة الزوجية السابقة. ويلحظ للباحث من خلال ما سبق أن القانون السوداني والأردني يتفقان في كيفية تقدير النفقة حيث أرجعوا صياغة النص إلى عرف البلد مع مراعاة اختلاف الزمان والمكان. أما القضاء السعودي فيبدو أنه قد أخذ بالرأي الأول (١٣٤).وذلك علي اعتبار أن الزوج هو المنفق، وذلك عملاً بقوله تعالى ﴿ لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ ۖ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُ ۚ لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَآ ءَاتَىٰهَا ۚ سَيَجْعَلُ ٱللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا ﴾.(١٣٥)،وقول النبي صلى الله عليه وسلم (أطعموهن مما تطعمون، واكسوهن مما تكتسون)(١٣٦). ومع ذلك يمكن القول أن أحكام القضاء المتعلقة بالنفقات عموماً تتغير بحسب الظروف والأعراف وهذا ما أكده المبدأ القضائي الذي ورد ضمن المبادئ والقرارات الصادرة من الهيئة القضائية السعودية الذي ذهب للقول " بأن النفقات وزيارة الصغير ، ومن حكمه ، من الأمور التي تجدد ، والحكم فيها يتغير بتغير الظروف والأحوال والأعراف"(١٣٧).

المطلب الثالث: أثر العرف من الإلزام بمسكن الزوجية

الحديث في هذا المطلب عن أثر العرف من الإلزام بمسكن وأثاث مسكن الزوجية في الفقه والقانون وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: أثر العرف من الإلزام بمسكن الزوجية فقهاً:

---

(١٣٣) مجموعة الأحكام القضائية السعودية لسنة ١٤٣٤هـ،ص٦٦-٧٠.

(١٣٤) وهذا الرأي أخذ به القانون الاماراتي في المادة(٢/٦٣) ، والقانون الأردني في المادة(٦٤).

(١٣٥) سورة الطلاق ، الآية (٧).

(١٣٦) حديث سبق تخريجه، هامش رقم(١١٩).

(١٣٧) المبادئ والقرارات الصادرة من الهيئة القضائية العليا والهيئة الدائمة والعامة بمجلس القضاء الأعلى والمحكمة العليا، باب الحضانة، الطبعة الأولى، رقم (هـ ق ع)،(٩١)،١٣٩١/٤/١٨)، ١٤٣٨هـ-٢٠١٧م،ص(١٩٧).

مجلة العلوم الشرعية
جامعة القصيم، المجلد (١٥)، العدد (٢)، ص ص٩٨٧-١٠٥٤ (صفر ١٤٤٣هـ / أكتوبر ٢٠٢١م)

اتفق الفقهاء(١٣٨) على وجوب السكن المناسب للزوجة وذلك على حسب حال الزوج وقدرته بالمعروف، وذلك لأن السكن جزء من الإنفاق الذي ألزم الله به الزوج، على اعتبار أن الناس يتفاوتون في الغنى، والفقر، واليسار والاعسار والمساكن ولوازمها من المتاع والأثاث تفاوتاً كثيراً، والله لا يكلف نفساً إلا وسعها وذلك لقوله تعالى﴿ أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَآرُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُواْ عَلَيْهِنَّ وَإِن كُنَّ أُوْلَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُواْ عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَأْتَمِرُواْ بَيْنَكُم بِمَعْرُوفٍ وَإِن تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُۥٓ أُخْرَىٰ ﴿٦﴾﴾(١٣٩).هذا وقد اختلف الفقهاء فيمن يجب عليه إعداد البيت من الزوجين إلى قولين:.

القول الأول: ذهب الحنفية والشافعية والحنابلة إلى القول: بأن إعداد البيت على الزوج؛ وذلك لأن النفقة بجميع أنواعها من طعام، وكسوة، ومسكن عليه، وتجهيز البيت بالمتاع المناسب من المسكن. والمهر ليس عوضاً عن الجهاز بل هو حق خالص للزوجة على زوجها؛ لأنه عطاء ونحلة كما سماه القرآن(١٤٠). وذكر الحنفية أن إعداد السكن وتأثيثه يكون بالمعروف ولا شك أن المعروف يختلف باختلاف الزمان والمكان(١٤١).واستدل أصحاب هذا القول على رأيهم بقوله تعالى: ﴿ لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُ لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَآ ءَاتَىٰهَا سَيَجْعَلُ ٱللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا ﴾ .(١٤٢)

القول الآخر: ذهب المالكية إلى القول أن إعداد البيت حق على المرأة في دائرة ما تقبضه من مهرها، وما تجري به العادة بين أمثالها، فإن لم تكن قد قبضت شيئاً من المهر فليس عليها إعداد البيت إلا إذا كان هنالك شرط أو عرف فيتبع، وذلك لأن العرف جرى في كل العصور والأمصار على أن المرأة هي التي تقوم بإعداد البيت ولا يكلف الزوج بتأثيث البيت(١٤٣) .

---

(١٣٨) رد المحتار،ج٣،ص٥٧٢،بداية المجتهد،ج٢،ص٥٤، مغني المحتاج، ج٣ ، ص٥٦٦،الروض المربع،ج١،ص٤٠٣..
(١٣٩) سورة الطلاق، الآية(٦)..
(١٤٠) حاشية ابن عابدين، ج٥ ، ص٢٩١ ، مغني المحتاج، ج٣ ، ص ٤٣٠، ،المغني،ج٩،ص٢٣٧.
(١٤١) ابن عابدين (رد المحتار)، ج٣ ، ص٦٠١..
(١٤٢) سورة الطلاق ، الآية (٧).
(١٤٣) حاشية الدسوقي،ج٢،ص٣٢٢، المنتقى شرح الموطأ ، ج٤، ص١٣٠.

مجلة العلوم الشرعية
جامعة القصيم، المجلد (١٥)، العدد (٢)، ص ص٩٨٧-١٠٥٤ (صفر ١٤٤٣هـ / أكتوبر ٢٠٢١م)

الرأي الراجح

يترجح لديّ **القول الأول** الذي ذهب إلى القول بأن الزوج هو الملزم بإعداد متاع البيت؛ لأنه الملزم بالنفقة، وإعداد البيت من نفقة المسكن بمقتضى القياس ولذلك المرأة غير ملزمة، وليست مجبرة على إعداد البيت من مهرها، وانما المهر حق خالص لها، ثم إن أغلب النساء لا يعملن ومن ثم إجبارها على إعداد متاع البيت تكليف فوق الوسع، والشارع لا يكلف نفساً إلا وسعها، ثم إن المتعارف عليه في كثير من البلاد العربية والإسلامية أن الزوج هو الملزم بإعداد مسكن الزوجية. كما أن أعراف الناس في أثاث المنزل ومتاع البيت تتغير، وهذا يدل على أن ضرورات السكن، وما فيه من أثاثات يخضع للعرف والعادة حسب تغير الزمان والمكان، وفي حدود ما أجازه الشرع الإسلامي.

الفرع الثاني: أثر العرف في الاختلاف في متاع البيت.

الاختلاف في متاع البيت إما يكون بين الأب وابنته، وإما يكون بين الزوجين، وذلك على النحو الآتي:

أولاً: عند الاختلاف بين الأب وابنته في متاع البيت.

إذا جهز الأب ابنته البالغة أو القاصرة وسلمها إلى زوجها بجهازها من غير تمليك بصيغة، فهل تتملك الجهاز بتسلمه والتسليم لها؟ هذا ما اختلف فيه الفقهاء إلى عدة مذاهب، وذلك على النحو الآتي:

المذهب الأول: ذهب الحنفية (١٤٤) إلى القول بأنه إذا جهز الأب ابنته من ماله دون أن يصرح أن هذا منه هبة لها أو عارية منه لها، ثم ادعى هو أو ورثته أن ما سلمه إليها كله أو بعضه، وبعد نقل الجهاز إلى منزل الزوج أنه كان على سبيل العارية أي: للاستعمال فقط، وادعت الابنة أو ورثتها أو زوجها بعد موتها أن ما تسلمته من جهاز ملك لها أي كان هبة أو تمليكاً في هذه الحالة فإنه يفصل بينهما بالحكم لمن أقام البينة التي يشهد لها الظاهر بيمينه، والظاهر هنا العرف وذلك لأن البينات

(١٤٤) ابن عابدين، رد المحتار، ج٣،ص١٥٧،المبسوط، ج٥،ص٢١٤.

مجلة العلوم الشرعية
جامعة القصيم، المجلد (١٥)، العدد (٢)، ص ص٩٨٧-١٠٥٤ (صفر ١٤٤٣هـ / أكتوبر ٢٠٢١م)

تؤخذ لإثبات خلاف الظاهر. أما إذا فشلا في إقامة البينة فيرجع إلى عرف البلد. أما إذا كان العرف متضارباً أو مشتركاً بين الأب والابنة في آنٍ واحد أي: لا يشهد لأحد الطرفين ولا عليه في هذه الحالة فيكون القول للأب بحسب نيته؛ وذلك لأنه المعطي ومن ثم هو يدرك نيته إن كان الجهاز عارية أو هبة. أما إذا كان عرف البلد الغالب هو أن تجهز البنت على سبيل التمليك وليس عارية ففي هذه الحال تكون البينة على الأب وورثته؛ لأنهم ادعوا خلاف الظاهر، والظاهر هنا يشهد لها حيث وضع يدها على الجهاز وحيازتها له دليل على الملكية، فإذا أَثبتوا دعواهم قضي لهم .أما إذا أما إذا فشلوا كان القول قول البنت، أو ورثتها باليمين.

المذهب الثاني: قول المالكية بأنه: إذا ادعى الأب أو غيره: أن بعض الجهاز له، وخالفته البنت أو الزوج، قبلت دعوى الأب أو وصيه فقط في إعارته لها إن كانت دعواه في السنة التي حدث فيها الدخول من يوم الدخول، وكانت البنت بكراً أو ثيباً هي في ولايته، أما الثيب التي ليست في ولايته، فلا تقبل دعواه في إعارته بعض الجهاز لها. أما إن ادعى ذلك بعد مضي سنة من الدخول فلا تقبل دعواه إلا أن يشهد على أن الشيء عارية عند ابنته عند الدخول، أو في وقت قريب منه(١٤٥).

المذهب الثالث: قول الشافعية :بأنَّ جهاز البنت ليس ملكاً لها إلا أَن ملكه لها بصيغة، أو قال هذا جهاز بنتي فيكون إقراراً بالملك لها، وإلا فهو عارية، ويصدق بيمينه إذا ادعاه في حياتها أو بعد مماتها(١٤٦).

المذهب الرابع: قول الحنابلة :بأنَّ تجهيز الأب ابنته أو أخته بجهاز إلى بيت الزوجية يعد تمليكاً (١٤٧).

الرأي الراجح

يذهب الباحث إلى ترجيح **مذهب الحنفية** على اعتبار أن العرف يحكم هذه المسائل المتغيرة، وذلك لأن ما يعد في زمان أو منطقة أو بلد عارِيَّة قد يعد في منطقة أخرى هبة .لذا فإن المرجع في ذلك هو عرف البلد.

---

(١٤٥) الشرح الصغير بحاشية الدسوقي، طبعة دار المعارف،مصر،ج٢،ص٤٥٩،مواهب الجليل،ج٣ ،ص٣٢٨..
(١٤٦) حاشية قليوبي،ج٣،ص١١٣،الأم،ج٥،ص٩٥.
(١٤٧) كشاف القناع،ج٤،ص٢٩٩،المغني،ج ١٢ ،ص٢٢٥.

مجلة العلوم الشرعية
جامعة القصيم، المجلد (١٥)، العدد (٢)، ص ص٩٨٧-١٠٥٤ (صفر ١٤٤٣هـ / أكتوبر ٢٠٢١م)

اذاً يخلص الباحث –من خلال ما سبق– إلى أن العرف لديه تأثير كبير في مسألة تجهيز الأب لابنته حيث إنَّ العرف يؤدي دوراً كبيراً في حسم هذه المسألة مع الوضع في الاعتبار اختلاف العرف من مجتمع لآخر، ومن زمان لأخر.

ثانياً: عند اختلاف الزوجين في متاع البيت(١٤٨):

نجد أن الزواج يتعلق به أَيضاً اختلاف الزوجين في أثاث المنزل الذي يسكنان فيه، ومن ثم إذا اختلف الزوجان في هذه المسألة بأن ادعى الزوج أن أثاث المنزل ملكه، وادعت الزوجة أنه ملكها ولا بينة لأحدهما على دعواه.

فقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة إلى مذهبين:

المذهب الأول: فقهاء الحنفية والمالكية والحنابلة قالوا: إنَّ العرف هو الحكم في ذلك، حيث يُعمل به لحسم هذا النزاع، ومن شهد له العرف يُقضى له مع يمينه، لأن الظاهر يؤيده العرف، وما يختص بالرجال عرفاً فانه للزوج كالثياب الخاصة به و وأدوات حرفته وصنعته التي يعمل فيها، وما يصلح للنساء؛ كالحلي، وأدوات الزينة، والثياب الخاصة بالنساء يحكم به للزوجة اعتباراً للعادة والعرف(١٤٩). أما اذا كانت أعيان المنزل مما يصلح للنساء والرجال كالأواني، والسرر، والبسطة، وغير ذلك مما يستخدمه الرجال والنساء ويصلح للجميع، فقد اختلف فيه الفقهاء على ثلاثة آراء وذلك على النحو الآتي:

الرأي الأول: ذهب "الإمام أبوحنيفة ومحمد" والمالكية إلى أن القول فيه للزوج مع يمينه؛ لأن يد الزوج على ما في البيت أقوى من يد الزوجة، وذلك لأن المسكن مسكنه، وهو صاحب اليد، وكل ما فيه تحت يده المتصرفة، وأما يد المرأة فهي للحفظ ويد التصرف أقوى من يد الحفظ، وهذا يفيد أن ظاهر الحال يؤيده، ويشهد له، لأن الزوجة وما في يدها في يد الزوج فيحكم له بالأشياء الصالحة لهما معاً(١٥٠).

---

(١٤٨) د. السيد صالح عوض ، أثر العرف في التشريع الإسلامي، مرجع سابق ،ص ٥٣٥.
(١٤٩) المبسوط،ج٥،ص٢١٤، مواهب الجليل،ج٥،ص٢٣٩ ،المغني،ج١٢،ص٢٢٥.
(١٥٠) ابن عابدين، رد المحتار، ج٣،ص١٥٧،مواهب الجليل،ج٥،ص٢٣٩..

مجلة العلوم الشرعية
جامعة القصيم، المجلد (١٥)، العدد (٢)، ص ص٩٨٧-١٠٥٤ (صفر ١٤٤٣هـ / أكتوبر ٢٠٢١م)

الرأي الثاني: ذهب أبو يوسف إلى أن القول قول الزوجة في مقدار ما يجهز به مثلها عادة من الأعيان الصالحة لهما، لأن الظاهر أنها تأتي لمسكن الزوجية بجهاز ولا تدخل بيت الزوجية مجردة ،كما جرت به العادة، ثم ما زاد على ذلك يكون القول فيه للزوج بيمينه كما تقدم(١٥١).

الرأي الثالث: ذهب زفر من الحنفية والحنابلة إلى القول بأنه ما دامت الزوجية قائمة بينهما في هذه الحالة فإن كل ما هو موجود في منزل الزوجية من أثاث وصالح لهما معاً تثبت ملكيته لهما معاً، وذلك طالما عجزاً عن إقامة البينة يكون الحكم في هذه الحالة بتقسيم الأمتعة بينهما مناصفة(١٥٢).

المذهب الثاني: ذهب الشافعية إلي القول بأن كل ما في البيت يكون بينهما مناصفة، فيحلف كل واحد منهما على نصفه، ويأخذه، لأنهما تساويا في ثبوت يدهما على المدعي، وعدم البينة فلم يقدم أحدهما علي صاحبه(١٥٣).

الرأي الراجح:

من خلال ما سبق يترجح لدى الباحث **رأي الجمهور** حيث إنَّ العرف هو الحكم في ذلك فمن شهد له العرف يقضي له بيمينه، وذلك لأن الظاهر يؤيده العرف، وفي حال ما إذا كانت أعيان المنزل مما تصلح للرجال والنساء يترجح لدي بأن القول فيه قول الزوج مع يمينه؛ لأن يد الزوج أقوى من يد الزوجة؛ لأن يد الزوج يد تصرف ،حيث إن العرف قد جرى في مجتمعاتنا البيت، يحكم متاع الزوجان في تنازع على أن الذي يعد متاع البيت ويجهزه هو الزوج. لهذا يذهب الباحث إلى القول بأنه إذا بالعرف فيما شهد أنه خاص بأحدهما أخذه المشهود له مع يمينه، وهذا يدل على أن ما للرجال يأخذه الرجل مع يمينه لأن الظاهر حسب العرف يشهد له، وما للنساء تأخذه المرأة على اعتبار أن الظاهر يشهد لها. أما ما هو صالح للرجال والنساء أي لهما معاً فيقضي به إلى الزوج حسب ما ذكرنا سابقاً.

---

(١٥١) بدائع الصنائع، ج٣،ص٥٥٥،رد المحتار، ابن عابدين، ج٥،ص٥٦٣..

(١٥٢) بدائع الصنائع، ج٣،ص٥٥٥، المغني، ج١٢،ص٢٢٥.

(١٥٣) الأم، ج٥،ص٩٥.مختصر المزني، ج٨،ص٤٢٧.

مجلة العلوم الشرعية
جامعة القصيم، المجلد (١٥)، العدد (٢)، ص ص٩٨٧-١٠٥٤ (صفر ١٤٤٣هـ / أكتوبر ٢٠٢١م)

الفرع الثاني: أثر العرف في صياغة النصوص القانونية حول أثاث مسكن الزوجية:

أولاً: موقف قانون الأحوال الشخصية السوداني لسنة ١٩٩١م:

نصت المادة (١/٥٠) على أن:" إذا اختلف الزوجان حال قيام الزوجية أو بعد الفرقة في متاع البيت فأيهما أقام البينة دون الآخر يقضى له به ولو كان المتاع المتنازع فيه مما يصلح لأحدهما".

نصت المادة (٢/٥٠) "إذا اختلف الزوجان حال قيام الزوجية أو بعد الفرقة في متاع البيت وعجزا عن إقامة البينة يقضى للزوجة بيمينها بما يصلح للنساء وللزوج بيمينه بما يصلح للرجال".

نصت المادة (٣/٥٠) " إذا اختلف الزوجان أو ورثتهما في المتاع الذي يصلح لأحدهما دون الآخر وأقاما البينة فترجح بينة من يثبت خلاف الظاهر".

نصت المادة (٤/٥٠) " إذا اختلف الزوجان أو ورثتهما في متاع البيت الذي يصلح لهما وعجزا عن إقامة البينة فيقضي بالمتاع المتنازع فيه بالمناصفة بينهما بأيمانهما".

نصت المادة (٥/٥٠): "إذا اختلف الزوجان أو ورثتهما في متاع البيت الذي يصلح لهما، وأقاما البينة فيقضي بالمتاع المتنازع فيه بالمناصفة بينهما".

نصت المادة (٦/٥٠) " إذا مات أحد الزوجين ووقع النزاع في متاع البيت بين الحي وورثة الميت فالذي يصلح للرجل والمرأة معاً يكون للحي منهما بيمينه عند إقامتهما البينة أو عجزهما عن الإثبات".

ثانياً: موقف القانون الأردني: لم ينص القانون على مواد قانونية تحكم مسألة التنازع في أثاث مسكن الزوجية.

يتضح للباحث من خلال النصوص القانونية السابقة أن مسألة إثبات متاع البيت، وما يصلح للزوج أو الزوجة عند الاختلاف بينهما يتم حسمها عن طريق ترجيح البينة التي تثبت خلاف الظاهر، والظاهر هنا يقصد به العرف، وهذا فيه دليل على أن المشرع القانوني قد استند إلى العرف في صياغة النص القانوني المتعلق بإثبات مسألة أمتعة مسكن الزوجية.

مجلة العلوم الشرعية
جامعة القصيم، المجلد (١٥)، العدد (٢)، ص ص٩٨٧-١٠٥٤ (صفر ١٤٤٣هـ / أكتوبر ٢٠٢١م)

الفرع الثالث: أثر العرف في أحكام القضاء السعودي في مجال أثاث الزوجية

ويخلص الباحث – من خلال ما سبق– إلى أن القانون السوداني قد حسم الخلاف في حالة اختلاف الزوجين حول متاع البيت حيث أجاز للقاضي الرجوع إلى العرف في بعض الحالات، وذلك لحسم مسألة الأمتعة داخل مسكن الزوجية. أما **القضاء السعودي** فيبدو للباحث أنه يأخذ **برأي الجمهور(الحنابلة)** في حسم أي نزاع ينشأ حول هذه المسألة. ورغم ذلك يمكن القول أن العرف جارٍ على أن الزوج هو من يجهز مسكن الزوجية وهذا الاتجاه الغالب في القضاء السعودي.

المطلب الرابع: أثر العرف في وجوب الكفاءة في الزواج

الكفاءة في اللغة هي: المساواة، والمماثلة، والكفء، والنظير، يقال: فلان كافأ فلاناً، أي: إذا ماثله، وصار نظيراً له.(١٥٤). أما تعريف الكفاءة اصطلاحاً فقد اختلف تعريف الفقهاء لها وذلك على النحو الآتي:

أ.عرفها **الحنفية:** بأنها مساوة مخصوصة بين الرجل والمرأة(١٥٥).

ب.عرفها **المالكية:** بأنها المماثلة والمقاربة في التدين والحال،؛ أي: السلامة من العيوب الموجبة للخيار(١٥٦)..

ج.عرفها **الشافعية:** بأنها أمر يوجب عدمه عاراً، وضابطها مساواة الزوج للزوجة في كمال أو خسة ما عدا السلامة من عيوب النكاح(١٥٧).

د.عرفها **الحنابلة:** بأنها المماثلة والمساواة في خمسة أشياء (١٥٨).

---

(١٥٤) لسان العرب، ج١،ص١٣٩.
(١٥٥) البحر الرائق،ج٣،ص١٣٧.
(١٥٦) التاج والاكليل،ج٣،ص ٤٦٩،الشرح الكبير،ج٢،ص٢٤٨.
(١٥٧) اعانة الطالبين،ج٣،ص٣٣٠،مغني المحتاج،ج٣،ص٢١٩.

مجلة العلوم الشرعية
جامعة القصيم، المجلد (١٥)، العدد (٢)، ص ص٩٨٧-١٠٥٤ (صفر ١٤٤٣هـ / أكتوبر ٢٠٢١م)

إذاً: المقصود بها في باب الزواج: هي أن يكون الزوج كفؤاً لزوجته؛ أي: مساوياً لها في المنزلة، ونظيراً لها في المركز الاجتماعي، والمستوى الخلقي والمالي. لذا نتناول شرح هذه المسائل المتعلقة بالكفاءة وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: أثر العرف في اشتراط الكفاءة فقهاً:

أولاً: أثر العرف في الحكم التكليفي لاعتبار الكفاءة في الزواج

اختلف الفقهاء في الحكم التكليفي لاعتبار الكفاءة في الزواج إلى ثلاثة مذاهب :

المذهب الأول: أنه يجب اعتبارها، فيجب تزويج المرأة من الأكفاء، ويحرم على ولي المرأة تزويجها بغير كفء وإليه ذهب فقهاء **الحنفية والحنابلة**(١٥٩)،وذكروا على أن الكفاءة تعتبر في جانب الرجال للنساء ولا تعتبر في جانب النساء للرجال؛ لأن النصوص وردت في اعتبارها في جانب الرجال خاصة(١٦٠).

وقال الحنابلة بأنه يحرم على ولي المرأة تزويجها بغير كفء بغير رضاها؛ لأنه إضرار بها، وإدخال للعار عليها، ويفسق الولي بتزويجها بغير كفء دون رضاها، وذلك إن تعمده.

المذهب الثاني: المالكية لديهم رأيان في المذهب هما:

الأول: أنه لا يجب اعتبارها أي بمعنى للمرأة والولي ترك الكفاءة، وجواز تزويج المرأة من فاسق يؤمن عليها منه، وإلاّ رده الإمام، وإن رضيت لحق الله تعالى حفظاً للنفوس، وكذا تزويجها من معيب ولكن السلامة من العيوب حق للمرأة وليس للولي فيه كلام(١٦١).

الآخر: قال الدسوقي "إنَّ حاصل ما في المسألة أن ظاهر منع تزويجها من الفاسق ابتداء، وإن كان يؤمن عليها منه وأنه ليس لها ولا للولي الرضا به وهو ظاهر؛ لأن مخالطة الفاسق ممنوعة وهجره واجب شرعاً، فكيف بخلطة النكاح؟"(١٦٢).

---

(١٥٨)كشاف القناع،ج٥،ص٦٧.

(١٥٩) بدائع الصنائع،ج٣،ص٥٨٢،الإنصاف، ج٨،ص٨٠.

(١٦٠) بدائع الصنائع،ج٣،ص٥٨٢،الإنصاف، ج٨،ص٨٠.

(١٦١) مواهب الجليل ،ج٥،ص١٠٦.

مجلة العلوم الشرعية
جامعة القصيم، المجلد (١٥)، العدد (٢)، ص ص٩٨٧-١٠٥٤ (صفر ١٤٤٣هـ / أكتوبر ٢٠٢١م)

المذهب الثالث: ذهب **الشافعية** إلى اعتبار الكفاءة في النكاح لا لصحته غالباً، بل لكونها حقاً للولي والمرأة فلهما إسقاط الكفاءة ، ويكره التزويج من غير كفء عند الرضا إلاّ لمصلحة(١٦٣).

والذي يظهر للباحث ترجيح القول الأول (قول الحنابلة) حيث إنه يجب على الولي تخير الكفء لموليته بموجب ولايته عليها، وإلاّ فإنه ليس لولايته أيّ اعتبار، ولا قيمة عملية، ولا يعد عاضلاً إن رفض من ليس كفؤاً لموليته.

ثانياً: أثر العرف في اشتراط الكفاءة لصحة عقد الزواج أو الزوجة:

اختلف الفقهاء حول اشتراط الكفاءة، وهل هي -في حال اعتبارها- شرط صحة لعقد الزواج أم لزوم لعقد النكاح؟ إلى ثلاثة أقوال وذلك على النحو الآتي:

القول الأول: ذهب الكرخي (١٦٤)،**وسفيان الثوري** (١٦٥)**والحسن البصري** إلى عدم اعتبار الكفاءة مطلقاً، وقالوا: إنها ليست بشرط في النكاح أصلاً، لا شرط صحة، ولا شرط لزوم للعقد، فيصح الزواج، ويلزم سواء كان الزوج كفؤاً للزوجة أو غير كفء(١٦٦). واستدلوا لرأيهم هذا بالآتي:

١.قول النبي -صلى الله عليه وسلم- "لا فَضلَ لعَرَبيّ على عجَميّ، ولا لعَجَميّ على عرَبيّ، ولا لأبيض على أسْودَ ولا لأسوَدَ علي أبيض، إلّا بالتقوى، الناس من آدم، وآدم من تراب"(١٦٧). والحديث يدل على المساواة المطلقة، وعلى عدم اشتراط

---

(١٦٢) حاشية الدسوقي ،ج٢،ص٢٥٠.

(١٦٣) حاشية قليوبي،ج٣،ص٢٣٤.

(١٦٤) بدائع الصنائع،ج٢،ص٤٩٦،تبيين الحقائق،ج٢،ص١٢٨.

(١٦٥)كشاف القناع،ج٥،ص٦٧.

(١٦٦) المبسوط،ج٥،ص٢٢،بدائع الصنائع،ج٣،ص٥٧٣.فتح القدير،ج٣،ص٢٩٣.

(١٦٧) أخرجه الإمام أحمد في المسند،ج٥،ص٤١١،ح رقم(٢٣٤٨٩)،عن أبي نضرة عمن سمع خطبة النبي -صلى الله عليه وسلم- في وسط أيام التشريق. والهيثمي في مجمع الزوائد(٨٤/٨) عن أبي سعيد، وقال الهيثمي: رواه الطبراني في الأوسط، والبزار بنحوه، ورجال البزار رجال الصحيح. وصححه شيخ الإسلام ابن تيمية في اقتضاء الصراط المستقيم(٣٦٧/١).

مجلة العلوم الشرعية
جامعة القصيم، المجلد (١٥)، العدد (٢)، ص ص٩٨٧-١٠٥٤ (صفر ١٤٤٣هـ / أكتوبر ٢٠٢١م)

الكفاءة (١٦٨)، وهذا بدليل قوله تعالى ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ إِنَّا خَلَقۡنَٰكُم مِّن ذَكَرٖ وَأُنثَىٰ وَجَعَلۡنَٰكُمۡ شُعُوبٗا وَقَبَآئِلَ لِتَعَارَفُوٓاْۚ إِنَّ أَكۡرَمَكُمۡ عِندَ ٱللَّهِ أَتۡقَىٰكُمۡۚ إِنَّ ٱللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٞ ١٣ ﴾ (١٦٩).

٢.قول النبي-صلي الله عليه وسلم- " يا بني بياضة أَنْكِحُوا أبا هند وأَنْكِحُوا إليه"(١٧٠). حيث أمرهم النبي صلى الله عليه وسلم بالتزويج عند عدم الكفاءة، ولو كانت معتبرة لما أمر؛ لأن التزويج من غير كفء غير مأمور به.

٣.إنَّ الدماء متساوية في باب الجنايات فيقتل الشريف بالوضيع ، والعالم بالجاهل ، فيقاس عليها عدم الكفاءة في الزواج ،لذا قالوا: إن الكفاءة لو كان لها اعتبار في الشرع لكان أولى بها في باب الدماء، وذلك لأنه يحتاط فيه بما لا يحتاط في سائر الأبواب، ومع هذا لم توضع في الاعتبار(١٧١).

القول الثاني: ذهب فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة وظاهر الرواية عند الحنفية إلى القول بأن الكفاءة تعد شرط لزوم للعقد وليست شرط صحة ومن ثم لا يصح النكاح مع فقدها، وذلك لأن الكفاءة حق للأولياء والمرأة فإن رضي الأولياء والمرأة جميعاً بإسقاطها فلا اعتراض عليهم(١٧٢). ومن ثم فإن الكفاءة معتبره في الرجل دون المرأة. ويترتب على هذا الرأي أن من تزوجت بغير كفء كان لأوليائها حق الاعتراض، وعدم إنفاذ العقد، بل للولي حق فسخ العقد، فإن قبض الولي المهر، أو طالب بالنفقة، فقد رضي. كما أنه يحق للمرأة حق الاعتراض، وعدم إنفاذ العقد إذا زوجها وليها من غير كفء. (١٧٣)

---

(١٦٨) المبسوط، ج٥،ص٢٢،بدائع الصنائع،ج٣،ص٥٧٣.

(١٦٩) سورة الحجرات ، الآية(١٣).

(١٧٠) أخرجه أبوداؤد في السنن ،كتاب النكاح، باب: في الأكفاء،ج٢، ص٥٧٩،ح رقم(٢٠١٢).وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى،كتاب النكاح، باب: لا يرد نكاح غير الكفء إذا رضيت به الزوجة، ومن له الأمر معها، وكان مسلماً،(١٣٦/٧).

(١٧١) المبسوط، ج٥،ص٢٤ ،بدائع الصنائع،ج٢،ص٤٩٦.

(١٧٢) تبيين الحقائق، ج ٢، ص ١٢٨،حاشية الدسوقي، ج٢ ، ص ٢٥٠،مغني المحتاج،ج٣،ص١٦٥،الإنصاف مع الشرح الكبير،ج٨،ص٨٠..

(١٧٣) د. محمود محمد حمودة ود. محمد مطلق عساف، فقه الأحوال الشخصية، السلسلة الفقهية رقم ٢٠، مؤسسة الوراق، عمان، الأردن،٢٠٠٩م، ص١٤٩. والذي عليه كثير من الفقهاء وما أخذت به قوانين الأحوال الشخصية أن الكفاءة شرط لزوم في العقد،

مجلة العلوم الشرعية
جامعة القصيم، المجلد (١٥)، العدد (٢)، ص ص٩٨٧-١٠٥٤ (صفر ١٤٤٣هـ / أكتوبر ٢٠٢١م)

واستدل أصحاب هذا الرأي على رأيهم بالأدلة الآتية:

١. من السنة استدلوا بأحاديث كثيرة منها:

أ. قول الرسول –صلى الله عليه وسلم– "لا تُنْكِحُوا النساء إلاّ الأكفاء ولا يُزَوَّجُوهنَّ إلاّ الأولياء". (١٧٤)

ب. عن عائشة رضي الله عنها قالت : قال: رسول الله – صلى الله عليه وسلم– "تخيَّروا لِنُطَفِكُم وأنْكِحُوا الأكفاء، وانْكِحُوا إليهم "(١٧٥) .

ج. عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:" إذا أتاكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه، إلا تفعلوا تكن فتنة في الأرض، وفساد عريض"(١٧٦).

د. جاء في صحيح مسلم أن النبي –صلى الله عليه وسلم– زوج أسامة بن زيد فاطمة بنت قيس وأسامة مولى، وفاطمة قرشية"(١٧٧) ،"وزوج عبد الرحمن بن عوف أخته لبلال بن رباح " وهي قرشية وبلال حبشي رضي الله عنهم (١٧٨).

وليس شرط صحة، لأن من تزوجت بغير كفء كان لأوليائها حق الاعتراض، فإن أسقطوا حقهم نفذ العقد.

(١٧٤) أخرجه الدار قطني في السنن ،كتاب النكاح، باب: المهر، ج ٣،ص ٢٤٤،ح رقم(١١)، والبيهقي في السنن الكبرى ،كتاب النكاح ،باب: اعتبار الكفاءة،ج٧،ص١٣٣.وقال ابن الهمام في فتح القدير(٤١٧/٢): حديث ضعيف، ولكنه حجة بالتضافر والشواهد.

(١٧٥) أخرجه ابن ماجه في السنن، كتاب النكاح ،باب: الأكفاء، ج ١،ص٦٣٣،ح رقم(١٩٦٧)، والدار قطني في كتاب النكاح، باب: المهر، ج ٣،ص ٢٩٩،ح رقم(١٩٨)، والبيهقي في السنن الكبرى ،كتاب النكاح ،باب: اعتبار الكفاءة،ج٧،ص١٣٣.وحسنه الألباني في صحيح سنن ابن ماجه(ج١،ص٣٣٣،ح رقم(١٦٠٢).

(١٧٦) أخرجه الترمذي في سننه، كتاب النكاح، باب اذا جاءكم من ترضون دينه فزوجوه،ج٢،ص٣٨٠،ح رقم(١٠٨٤)،وابن ماجه في كتاب النكاح، باب الأكفاء،ج١،ص٦٣٢،ح رقم (١٩٦٧). وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ،كتاب النكاح ،باب: الترغيب في الزواج من ذي الدين والخلق الرضي، ج٧،ص٨٢.

مجلة العلوم الشرعية
جامعة القصيم، المجلد (١٥)، العدد (٢)، ص ص٩٨٧-١٠٥٤ (صفر ١٤٤٣هـ / أكتوبر ٢٠٢١م)

٢.من المعقول. قالوا إن انتظام المصالح يكون عادة بين المتكافئين، والنكاح شرع لانتظامها، ولا تنتظم المصالح مع غير المتكافئين؛ لأن الشريعة تأبى العيش مع الخسيس، فلا بد من اعتبار الكفاءة من جانب الرجل لا من جانب المرأة؛ لأن الزوج لا يتأثر بعدم الكفاءة عادة، وذلك لأن الزوج بحكم الشرع والعادة له السلطان والقوة في تسيير شؤون الزوجة وهذه القوة قد تكون محل تقدير واحترام لدى أهل الزوجة(١٧٩).وقالوا: -أيضاً- إن مصالح الزوجية ودوام العشرة تتوقف على تقارب الزوجين في الأخلاق والصفات والعقيدة، ومن ثم إذا لم يكن الزوج كفؤاً للزوجة لم تستمر الحياة الزوجية، وسوف تتفكك عُرى المودة بينهما، وكذلك أولياء المرأة يأنفون من مصاهرة من لا يناسبهم في دينهم وجاههم ونسبهم ،بل سوف يعيرون به فتختل روابط المصاهرة، بل تضعف، ومن ثم لن تحقق أهداف الزواج الاجتماعية ولا الثمرات المقصودة من الزواج(١٨٠).

القول الثالث: ذهب الحنفية في رواية الحسن المختارة للفتوى، وهو قول عند المالكية وأحمد في رواية إلى أن الكفاءة تعتبر وهي شرط في صحة عقد النكاح(١٨١).**واستدل أصحاب هذا القول بالآتي:**

١.عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا أتاكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه، إلا تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد عريض" (١٨٢).

٢.قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه :" لأمنعنَّ تزوّجَ ذواتِ الأحسابِ إلا من الأكفاءِ" (١٨٣).

---

(١٧٧) أخرجه أبوداؤد في سننه، كتاب النكاح ،باب: الأكفاء، ج ٢،ص٥٧٩،ح رقم(٢٠١٢)، والدار قطني في كتاب النكاح، ج ٣،ص ٣٠٠،ح رقم(٢٠٤)،والبيهقي في السنن الكبرى ،كتاب النكاح ،باب: لا يرد نكاح غير الكفء إذا رضيت به الزوجة ومن له الأمر معها وكان مسلماً،ج٧،ص١٣٦.

(١٧٨) أخرجه الدار قطني في كتاب النكاح، ج ٣،ص ٣٠١،ح رقم(٢٠٧)، والبيهقي في السنن الكبرى ، كتاب النكاح ،باب: لا يرد نكاح غير الكفء إذا رضيت به الزوجة ومن له الأمر معها وكان مسلماً،ج٧،ص١٣٦.

(١٧٩) د. رمضان على السيد الشرنباصي، مرجع سابق، ص٤٨.

(١٨٠) د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج٩، ط٤،دار الفكر ،دمشق،ج٩،ص٢٢٠.

(١٨١) رد المحتار، ابن عابدين، ج٣ ، ص٨٤ ،مواهب الجليل ،ج٥،ص١٠٦،المغني،ج٧،ص٣٧١.

(١٨٢) أخرجه الترمذي في سننه، كتاب النكاح، باب إذا جاءكم من ترضون دينه فزوجوه،ج٢،ص٣٨٠،ح رقم(١٠٨٤).

مجلة العلوم الشرعية
جامعة القصيم، المجلد (١٥)، العدد (٢)، ص ص٩٨٧-١٠٥٤ (صفر ١٤٤٣هـ / أكتوبر ٢٠٢١م)

٣.إن الزواج مع عدم الكفاءة تصرف في حق من يتحدث من الأولياء بغير إذنه، فلم يصح كما لو زوجها بغير إذنها (١٨٤).

الرأي الراجح:

إذا نظرنا إلى أقوال الفقهاء السابقة وآرائهم حول اشتراط الكفاءة لعقد الزواج وأدلتهم التي استدلوا بها اتضح لنا الآتي:

أولاً: استدلال أصحاب القول الأول بحديث "لا فضل لعربي ...."المراد بهذا الحديث أحكام الآخرة؛ لأنه لا يمكن حمل الحديث على أحكام الدنيا؛ نسبة إلى ظهور فضل العربي على الأعجمي في كثير من أحكام الدنيا، لذا يحمل على أحكام الآخرة. أما استدلالهم بحديث " يا بني بياضة ...." فهو يعارض أحاديث أخرى تتطلب الكفاءة فتكون محمولة على الندب.

ثانياً: استدلال أصحاب القول الثاني بأدلة سليمة تبين أن الكفاءة شرط لزوم لعقد النكاح.

ثالثاً: استدلال أصحاب القول الثالث بالأثر المروي عن عمر غير صالح للاحتجاج به نسبة إلى ضعفه وأنه اجتهاد خاص راجع إلى عمر، وأيضاً لمعارضته لأحاديث لم تعتبر الكفاءة.

يتضح للباحث أن **الرأي الثاني (المالكية، والشافعية، والحنابلة، وظاهر الرواية عن الحنفية)** هو رأي جديرٌ بالترجيح؛ وذلك نسبة إلى قوة أدلته التي استدل بها، وضعف أدلة القول الأول والثالث ولذلك نرجح القول الثاني الذي يذهب للقول بأنَّ الكفاءة تعتبر شرط لزوم لعقد النكاح؛ لأن أدلتهم أقوى وأسلم، وهذا أدعى لأن تستقر الأسر عندما يكون الرجل كفؤاً للمرأة ومن ثم هذا يؤدي إلى استقرار المجتمع ككل وهذا القول يقتضي أن نقول أن الكفاءة حق للمرأة وأوليائها، واذا رضيت المرأة وأولياؤها بزوج غير كفء صح النكاح؛ لأن الكفاءة حقهم وقد أَسقطوا هذا الحق، فالإسلام يجيز كل زواج بين رجل وامرأة حتى وإن كان الزوج غير كفء طالما رضيت المرأة وأوليائها بالزوج غير الكفء.

---

(١٨٣) أخرجه الدار قطني في السنن ، كتاب النكاح، باب: المهر ،ج٣ ،ص٢٩٨،ح رقم(١٩٥)، والبيهقي في السنن الكبرى ،كتاب النكاح ،باب: اعتبار الكفاءة،ج٧،ص١٣٣. وضعفه الألباني في إرواء الغليل(٦/٢٦٥).

(١٨٤) المغني،ج٧،ص٣٧١.

مجلة العلوم الشرعية
جامعة القصيم، المجلد (١٥)، العدد (٢)، ص ص٩٨٧-١٠٥٤ (صفر ١٤٤٣هـ / أكتوبر ٢٠٢١م)

ثالثاً: أثر العرف من الأوصاف المعتبرة في الكفاءة في الفقه.

اختلف الفقهاء حول الأوصاف المعتبرة في الكفاءة بين الزوجين وذلك على النحو الآتي:

١. التدين: المراد به الصلاح والاستقامة على أحكام الدين.

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة إلى القول: بأن من خصال الكفاءة التدين وعليه فإنَّ الفاسق والفاجر ليس كفؤاً للعفيفة الصالحة (١٨٥).واستدلوا بقيام الدليل على عدم المساواة بقوله تعالى﴿ أَفَمَن كَانَ مُؤْمِنًا كَمَن كَانَ فَاسِقًا ۚ لَّا يَسْتَوُۥنَ ﴿١٨﴾ ﴾(١٨٦)ولأن الفاسق مردود الشهادة، والرواية غير مأمون على النفس والمال مسلوب الولاية . لذا لا يكون كفؤاً للمتدينة (١٨٧). وذهب **محمد بن الحسن** إلى القول بعدم اعتبار الكفاءة في الدين، وذلك لأن هذا من أمور الآخرة، والكفاءة من أحكام الدنيا، فلا يقدح فيها الفسق إلا إذا كان شيئاً فاحشاً بأن كان الفاسق ممن يسخر منه، ويضحك عليه ويصفع، فإن كان مما يهاب منه بأن كان أميراً قتالاً فانه يكون كفؤاً وذلك لأن هذا الفسق لا يعد شيئاً في العادة، فلا يقدح في الكفاءة (١٨٨).

٢. النسب.

ذهب الجمهور من الحنفية والشافعية والحنابلة إلى القول بأن من خصال الكفاءة النسب (١٨٩)،واستدلوا على ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم في حديث أبي هريرة رضي الله عنه، عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: " تنكح المرأة لأربع: لمالها، ولحسبها، وجمالها، ولدينها، فاظفر بذات الدين، تربت يداك "(١٩٠). وبقوله –صلي الله عليه وسلم–:" لأمنعنَّ تزوّجَ ذواتِ

(١٨٥) بدائع الصنائع، ج٣،ص٥٨١،الشرح الكبير، ج٢،ص ٢٤٩،مغني المحتاج، ج٣،ص٢٢٣،المغني، ج٧،ص٣٧٤.
(١٨٦) سورة السجدة، الآية(١٨).
(١٨٧) المغني، ج٧،ص٣٧٤،المبدع، ج٧،ص٤٧.
(١٨٨) بدائع الصنائع، ج٣،ص٥٨١،رد المحتار، ابن عابدين، ج٣،ص٨٨.
(١٨٩) بدائع الصنائع، ج٣،ص٥٧٦، مغني المحتاج، ج٣،ص٢٢٢،المغني، ج٧،ص٣٧٤.كشاف القناع، ج٥،ص٦٧.
(١٩٠) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب النكاح، باب: الأكفاء في الدين، ج٥،ص١٩٥٨،ح رقم(٤٨٠٢).

مجلة العلوم الشرعية
جامعة القصيم، المجلد (١٥)، العدد (٢)، ص ص٩٨٧-١٠٥٤ (صفر ١٤٤٣هـ / أكتوبر ٢٠٢١م)

الأحسابِ إلاّ من الأكفاء"(١٩١). ولأن العرب يعدون الكفاءة في النسب، ويأنفون نكاح الموالي، ويرون أن ذلك نقصاً وعاراً، ومن ثم إذا أطلقت الكفاءة وجب حملها على المتعارف(١٩٢). وذهب **المالكية** إلى عدم اعتبار النسب في الكفاءة (١٩٣) ،وذلك لقوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ إِنَّا خَلَقۡنَٰكُم مِّن ذَكَرٖ وَأُنثَىٰ وَجَعَلۡنَٰكُمۡ شُعُوبٗا وَقَبَآئِلَ لِتَعَارَفُوٓاْۚ إِنَّ أَكۡرَمَكُمۡ عِندَ ٱللَّهِ أَتۡقَىٰكُمۡۚ إِنَّ ٱللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٞ ١٣ ﴾(١٩٤)

٣. الحرية.

ذهب الحنفية، والشافعية، والحنابلة إلى القول بأن الحرية تعد من خصال الكفاءة فلا يكون العبد كفؤاً للحرة، ولو كانت عتيقة وذلك لأنه منقوص بالرق ممنوع من التصرف في كسبه، غير مالك له،(١٩٥)ولأن الأحرار يعيرون بمصاهرة الأرقاء ،كما يعيرون بمصاهرة من دونهم في النسب والحسب(١٩٦). واستدلوا بقوله تعالى ﴿ ضَرَبَ ٱللَّهُ مَثَلًا عَبۡدٗا مَّمۡلُوكٗا لَّا يَقۡدِرُ عَلَىٰ شَيۡءٖ وَمَن رَّزَقۡنَٰهُ مِنَّا رِزۡقٗا حَسَنٗا فَهُوَ يُنفِقُ مِنۡهُ سِرّٗا وَجَهۡرًاۖ هَلۡ يَسۡتَوُۥنَۚ ٱلۡحَمۡدُ لِلَّهِۚ بَلۡ أَكۡثَرُهُمۡ لَا يَعۡلَمُونَ ٧٥ ﴾(١٩٧)، **وفقهاء المالكية** مختلفون حول كفاءة العبد للحرة أو عدمها إلى رأيين حيث أجاز ابن القاسم نكاح العبد للعربية(١٩٨)،بينما رجح الشيخ الدردير عدم كفاءة العبد للحرة وقال الدسوقي أنه القول الراجح في المذهب (١٩٩)

---

(١٩١) حديث سبق تخريجه ،انظر: هامش رقم(١٧٩).

(١٩٢) المغني،ج٧،ص٣٧٤، المبدع،ج٧،ص٤٧.

(١٩٣) الشرح الكبير،ج٢،ص ٢٤٩،بداية المجتهد،ج٢ ،ص١٦ .

(١٩٤) سورة الحجرات، الآية(١٣).

(١٩٥) بدائع الصنائع،ج٣،ص٥٨٠، مغني المحتاج،ج٣،ص٢٢١، المغني،ج٧،ص٣٧٤، المبدع،ج٧،ص٤٨.

(١٩٦) بدائع الصنائع،ج٣،ص٥٨٠.

(١٩٧) سورة النحل، الآية(٧٥).

(١٩٨) ابن القاسم هو أبو عبدالله عبدالرحمن بن القاسم بن خالد بن جنادة الفقيه المالكي صاحب المدونة الكبرى، وتوفي ١٩١هـ،الزخيرة،ج٤،ص٢١٣.

(١٩٩) حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير،ج٢،ص٢٥٠.

مجلة العلوم الشرعية
جامعة القصيم، المجلد (١٥)، العدد (٢)، ص ص٩٨٧-١٠٥٤ (صفر ١٤٤٣هـ / أكتوبر ٢٠٢١م)

٤. الحرفة. والمراد بها العمل الذي يمارسه الإنسان لكسب رزقه وعيشه، ومنه الوظيفة في الحكومة.

ذهب الحنفية في القول المفتى به وهو قول الصاحبين، والشافعية والحنابلة إلى اعتبار الحرفة في الكفاءة في النكاح فلا يكون صاحب الحرفة الدنيئة كالحارس، والراعي مثلاً كفؤاً لبنت صاحب صناعة جليلة أو رفيعة كالتاجر، والخياط، والعالم، والقاضي، لأن ذلك يعد نقصاً في عرف الناس. (٢٠٠) واستدلوا على قولهم بقوله تعالى ﴿ وَٱللَّهُ فَضَّلَ بَعۡضَكُمۡ عَلَىٰ بَعۡضٖ فِي ٱلرِّزۡقِۚ فَمَا ٱلَّذِينَ فُضِّلُواْ بِرَآدِّي رِزۡقِهِمۡ عَلَىٰ مَا مَلَكَتۡ أَيۡمَٰنُهُمۡ فَهُمۡ فِيهِ سَوَآءٌۚ أَفَبِنِعۡمَةِ ٱللَّهِ يَجۡحَدُونَ ٧١ ﴾(٢٠١)، أي في سببه ،فبعضهم يصل إليه بعز وراحة ، وبعضهم بذل ومشقة، وذلك لأن الناس يتفاخرون بشرف الحرفة ويعيرون بدناءتها(٢٠٢).

وذهب المالكية إلى عدم اعتبار الحرفة من خصال الكفاءة في النكاح إذ الكفاءة عندهم في الدين والحال، وإلى هذا ذهب الإمام أبوحنيفة(٢٠٣). وقالوا: إن المعتبر في تصنيف الحرفة هو العرف، وهذا يختلف باختلاف الأزمنة والأمكنة فقد تكون الحرفة دنيئة في زمن ثم تصبح شريفة في زمن آخر، وقد تكون الحرفة وضيعة في بلد، وتكون رفيعة في بلد آخر(٢٠٤).

٥. المال أو اليسار. المراد به القدرة على المهر والنفقة على الزوجة.

ذهب الحنفية والحنابلة إلى اعتبار المال من خصال الكفاءة فلا يكون الفقير كفؤاً للغنية (٢٠٥)، واستدلوا بقول الرسول-صلي الله عليه وسلم- " الحسبُ المالُ والكرمُ التَّقْوى"(٢٠٦) ، وذلك لأن التفاخر بالمال أكثر من التفاخر بغيره عادة، ولأن الفقر يعد نقصاً في عرف الناس ويتفاضلون في المال كتفاضلهم في النسب وأبلغ، فكان من شروط الكفاءة النسب(٢٠٧).

---

(٢٠٠) بدائع الصنائع، ج٣،ص٥٨٢،مغني المحتاج،ج٣،ص٢٢٣،المغني،ج٧،ص٣٧٤.

(٢٠١) سورة النحل، الآية (٧١).

(٢٠٢) مغني المحتاج، ج٣، ص٢٢٣.

(٢٠٣) بدائع الصنائع، ج٣، ص٥٨٢،حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير، ج٢، ص٢٤٩.

(٢٠٤) مغني المحتاج، ج٣،ص٢٢٣.

(٢٠٥) بدائع الصنائع، ج٣، ص٥٨٢، المبدع، ج٧، ص٤٨.

(٢٠٦) أخرجه الدار قطني في السنن ،كتاب النكاح، باب: المهر،ج٣،ص ٤٠٣ ،ح رقم(٣٣٢٧).

مجلة العلوم الشرعية
جامعة القصيم، المجلد (١٥)، العدد (٢)، ص ص٩٨٧-١٠٥٤ (صفر ١٤٤٣هـ / أكتوبر ٢٠٢١م)

وقال الشافعية(٢٠٨) في الأصح والمالكية(٢٠٩) لا يعد اليسار في المال من خصال الكفاءة؛ وذلك لأن المال ظل زائلاً وحال حائل ومال مائل، ولا يفتخر به أهل المروءات والبصائر ، ولأن الفقر شرف في الدين.

٦. السلامة من العيوب.

ذهب المالكية، والشافعية إلى اعتبار السلامة من العيوب من خصال الكفاءة، والعيوب المعتبرة عندهم الجنون والجزام والبرص، (٢١٠) فمن كان به عيب منهما سواء أكان رجلاً أم امرأةً ليس كفؤاً للسليم من العيوب، وذلك لأن النفس تعاف صحبة من به بعضها، ويختل بها مقصود النكاح. (٢١١) وقال الحنفية والحنابلة لا تعتبر في الكفاءة السلامة من العيوب، ولكنها تثبت الخيار للمرأة دون أوليائها؛ وذلك لأن الضرر مختص بها، ولوليها منعها من نكاح المجذوم والأبرص والمجنون(٢١٢).

الرأي الراجح:

وبالنظر إلى ما سبق قوله لدى الفقهاء فإن الذي يترجح بأن عامة الصفات المعتبرة في الكفاءة من الأمور الخاضعة للعرف سوى التدين، فما عده الناس عيباً ونقصاً فهو من خصال الكفاءة، وما لا يعده الناس فلا، وذلك لأن استمرار الحياة الزوجية يستلزم وجود تقارب في الصفات بين الزوجين حسب أعرافهم وظروف حياتهم، لذا فإنَّ ما قرره الفقهاء من خصال الكفاءة كان انطلاقا من أعرافهم، فاذا تغير العرف تغيرت صفات الكفاءة تبعاً لذلك(٢١٣).

---

(٢٠٧) بدائع الصنائع، ج٣،ص٥٨٢،مغني المحتاج، ج٣،ص٢٢٤،المغني، ج٧،ص٣٧٤.

(٢٠٨) مغني المحتاج، ج٣،ص٢٢٤،.

(٢٠٩) الشرح الكبير، ج٢، ،ص٢٤٩،بداية المجتهد، ج٢،ص ١٦.

(٢١٠) حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير، ج٢،ص٢٤٩، مغني المحتاج، ج٣،ص٢٢١.

(٢١١) مغني المحتاج، ج٣،ص٢٢١.

(٢١٢) رد المحتار، ج٣،ص٩٣.المغني، ج٧،ص٣٧٤.

(٢١٣) وذكر الدكتور وهبة الزحيلي في تعليقه على كلام المالكية :(وهذا حكاية لعرف الناس في عصرٍ وليس أمراً مقرراً في الشرع وان هذا الرأي خاص بالدسوقي فان مبادئ الشريعة، تناقض هذا القول إذ لا تفرقة بين الناس بسبب اللون، وما اعتمده من عرف مصر عرف فاسد، وذلك لمصادمته مبادئ الشريعة، أو أنه مجرد أهواء نفسية وميول خاصة لا يقرها الشرع وذلك لأن الناس سواء في دين الله تعالى). لمزيد من التفصيل ،انظر:د.وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج٩،ص٢٣٠.

مجلة العلوم الشرعية
جامعة القصيم، المجلد (١٥)، العدد (٢)، ص ص٩٨٧-١٠٥٤ (صفر ١٤٤٣هـ / أكتوبر ٢٠٢١م)

ويلحظ أنَّ اختلاف أئمة المذاهب حول خصال الكفاءة، بل واختلاف أئمة المذهب الواحد حول هذه الخصال فيه دليل على أن ما يعتبر في الكفاءة هي مسألة نسبية مختلف عليها، يعود تقديرها إلى أعراف الناس واختلاف طبيعة الزمان والمكان.
فيتحصَّل: أن خصال الكفاءة لم يتم تحديدها، كما حددت مصارف الزكاة الواردة في آية الزكاة ،لذا كانت مثار خلاف بين الفقهاء كما رأينا سلفاً. وكما هو معلوم أن الفقهاء قد اختلفوا في اعتبار الكفاءة في الزواج من عدمها حيث اعتبر الأحناف أن الكفاءة في ستة أمور: الإسلام، والنسب، والدين، والحرية، والحرفة، والمال، بينما الشافعية يرون أن الكفاءة تكون في أربعة أمور: النسب، والدين، والحرية، والحرفة، أما المالكية(٢١٤) فقد اعتبروا: أن الكفاءة في الدين والخلق فقط، بينما حصر الحنابلة(٢١٥) الكفاءة في خمسة أمور: الديانة، والنسب، والحرية، والصناعة، واليسار في المال. وتعتبر الكفاءة في هذه الأمور مع اختلاف الفقهاء في بعضها حيث يعول في معرفتها على ما تعارفه الناس من الصفات التي هي معظمة عندهم، أو محقرة لدي غيرهم(٢١٦). وقد ذهب إلى ذلك أيضاً ابن قدامة بقوله: "إن اعتبار الكفاءة في الزواج روعي فيه عرف العرب مع أن الناس سواء للحفاظ على مستقبل الحياة الزوجية". ويعد هذا القول من تطبيقات العادة محكمة(٢١٧).
ونجد أن الشريعة الإسلامية قد قررت أنه، ونسبة إلى تغير الزمان والمكان يوجد تأثير كبير في الأحكام الشرعية الاجتهادية، وذلك لأن الشريعة الاسلامية تهدف إلى إقامة العدل، وجلب المصالح، ودرء المفاسد. ولهذا وجدت الكثير من الأحكام التي تختلف باختلاف الناس وأحوالهم، وتبدل ظروفهم ومصالحهم. لذا فإن الشارع الإسلامي إن وضع حكماً واحداً لا يمكن أن يتغير ،فذلك يؤدي حتماً إلى أن يقع الناس في كثير من الضيق، والحرج والجهد، وهذا بدوره يؤدي إلى خلاف ما يقصده الشارع الإسلامي الذي بنى أحكامه التكليفية علي مصالح العباد، لذا فإن الشريعة الإسلامية قد وضعت أحكاماً مطلقة عن البيان والتفصيل حيث يمكن تطبيقها بمراعاة الظروف والأحوال، وقد تتغير تبعاً لذلك.

---

(٢١٤) والقانون السوداني اعتبر الكفاءة في الدين (التقوى) والخلق أخذاً بمذهب المالكية، وهذا ما نصت عليه المادة(٢١) (العبرة في الكفاءة بالدين والخلق).

(٢١٥) الإنصاف، ج٨،ص١٠٥، المغني،ج٩،ص٣٨٧.

(٢١٦) بدران أبو العينين بدران، الزواج والطلاق في الإسلام مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، د.ت، ص١٧٢.

(٢١٧) ابن قدامه، المغني ،ج٦،ص ٤٩.

مجلة العلوم الشرعية
جامعة القصيم، المجلد (١٥)، العدد (٢)، ص ص٩٨٧-١٠٥٤ (صفر ١٤٤٣هـ / أكتوبر ٢٠٢١م)

لذا أفتى الفقهاء المتأخرون في شتى المذاهب الفقهية في كثير من المسائل الفقهية، مخالفين ما أفتى به أئمة مذاهبهم، وصرح هؤلاء المتأخرون بأن سبب اختلاف فتواهم عمن سبقهم هو اختلاف الزمان(٢١٨).

اذاً: يتضح للباحث من خلال ما سبق أن الكفاءة تعتبر من الأمور التي تعتمد اعتماداً كبيراً على العرف، وبما أن الأعراف قد تغيرت في زماننا هذا تغيراً كبيراً عما كان موجوداً في عصر الفقهاء المتقدمين ،فإن ذلك ما يستوجب تغيير النظرة إلى خصال الكفاءة وذلك لكي يتحقق الحد الأدنى في استقرار العلاقات الزوجية ويسهم في استمراريتها، فإذا نظرنا للمرأة في عصرنا الحالي نجد أنها صارت تدرس في الجامعات المختلفة، وأصبحت عاملة في مختلف المجالات سواء الطبية أو الهندسية أو السياسية أو الاقتصادية وغيرها من المجالات.

وفي ضوء ذلك كله حري بنا أن نغير نظرتنا إلى مفهوم الكفاءة اليوم. ففي مجال الحرفة مثلاً كان ينظر إلى حرفة الأب ذلك لأن الغالب هو عمل الأب، ومن النادر أن تكون المرأة عاملة في العصور السابقة، وأيضاً في مجال العلم كان ينظر فقهاؤنا إلى مقدار علم الأب وهكذا.

لذلك أقول إن أحكام الكفاءة تعتمد اعتماداً كبيراً على أعراف المجتمعات التي تغيرت فيها النظرة إلى خصال الكفاءة عن الذي كان في عصر الفقهاء المتقدمين.

الفرع الثاني: أثر العرف في اشتراط الكفاءة قانوناً

أولاً: موقف قانون الأحوال الشخصية السوداني لسنة١٩٩١م

نصت المادة(٢١) على أن "العبرة في الكفاءة بالدين والخلق".

نصت المادة(٢٢) على أنه "الكفاءة حق لكل واحد من الأولياء، فان استوى الأولياء، في الدرجة فيكون رضاء أحدهم كرضاء الكل ".

ونصت المادة(٢٣) على أنه "يثبت حق الكفاءة للأقرب، إن اختلف الأولياء في الدرجة ".

---

(٢١٨) لمزيد من التفصيل. انظر: أحمد رشاد عبدالهادي أبو حسين، بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير بعنوان" أثر العرف في الأحوال الشخصية-دراسة فقهة مقارنة-كلية الدراسات العليا، برنامج القضاء الشرعي"، جامعة الخليل ، فلسطين،١٤٣٥هـ-٢٠١٣م،ص٩٨.

مجلة العلوم الشرعية
جامعة القصيم، المجلد (١٥)، العدد (٢)، ص ص٩٨٧-١٠٥٤ (صفر ١٤٤٣هـ / أكتوبر ٢٠٢١م)

ونصت المادة(٢٤) على أنه "يجوز للولي الأقرب طلب فسخ العقد اذا زوجت البالغة العاقلة، بغير رضائه، من غير كفء فإن ظهر بها حمل، أو ولدت، فيسقط حقه"

ثانياً: موقف القانون الأردني

نصت المادة(٢١) على أنه :

أ." يشترط في لزوم الزواج أن يكون الرجل كفؤاً للمرأة في التدين والمال، وكفاءة المال أن يكون الزوج قادراً علي المهر المعجل ونفقة الزوجية".

ب." الكفاءة حق خاص بالمرأة والولي وتراعي عند العقد فإذا زالت بعده فلا يؤثر ذلك في الزواج".

نصت المادة(٢٢) على أنه:

أ." اذا زوج الولي البكر أو الثيب برضاها لرجل لا يعلمان كفاءته ثم تبين أنه غير كفء فليس لأي منهما حق الاعتراض".

ب." اذا اشترطت الكفاءة حين العقد أو قبله أو أخبر الزوج أو اصطنع ما يوهم أنه كفء، ثم تبين أنه غير ذلك فلكل من الزوجة والولي حق طلب فسخ الزواج، فإن كان كفؤاً حين الخصومة فلا يحق لأحد منهما طلب الفسخ".

نصت المادة (٢٣) على أنه" يسقط حق فسخ الزواج بسبب عدم كفاءة الزوج إذا حملت الزوجة أو سبق الرضا أو مرت ثلاثة أشهر علي علم الولي بالزواج".

يتضح للباحث من خلال ما سبق أن القانونين الأردني والسوداني قد اتفقا حول ضرورة اشتراط الكفاءة في الزواج وأعطيا الحق للزوجة أو وليها في المطالبة بفسخ الزواج إذا تبين أن الزوج غير كفء للزوجة، وذلك بالنظر لأعراف كل مجتمع على حدة وإن كان لم ينص علي ذلك صراحة. كما يتبين لنا من صياغة نصوص القانون أنها لم تشترط أوصافاً معينة يتحدد بها مدى كفاءة الزوج، وإنما تركت ذلك للعرف حسب عادات وتقاليد كل مجتمع على حدة. وبذلك تكون القاعدة العرفية سابقة على النص القانوني المتعلق بالكفاءة.

مجلة العلوم الشرعية
جامعة القصيم، المجلد (١٥)، العدد (٢)، ص ص٩٨٧-١٠٥٤ (صفر ١٤٤٣هـ / أكتوبر ٢٠٢١م)

الفرع الثالث: أثر العرف في أحكام القضاء السعودي في اشتراط الكفاءة

يبدو للباحث أن القضاء السعودي يأخذ برأي الجمهور(الحنابلة) في حسم أي نزاع ينشأ حول هذه المسألة مع الوضع في الاعتبار ما يقضي به العرف وفقاً للسلطة التقديرية للقاضي ، وذلك لعدم وجود نصوص قانونية تحكم المسألة، وهذا ما يوكده الحكم القضائي الذي جاء فيه ما يلي:(إن المدعي يطلب فسخ نكاح قريبته من زوجها، لكونه غير مكافئ لها في النسب، ونظراً لرضا الزوجة ووليها بهذا الزواج ونظراً لوقوع هذا النكاح صحيحاً مكتملاً بجميع شروطه وأركانه ونظراً لأن اعتبار الكفاءة في النسب شرطاً من شروط صحة النكاح أو لزومه محل بحث واجتهاد وخلاف بين الفقهاء ، ونظراً لأن المصلحة في بقاء هذا النكاح أعظم من المصلحة في فسخه، فقد قرر القاضي، ولما تقدم من أسباب رفض فسخ النكاح وصرف النظر عن الدعوي) (٢١٩).

يخلص الباحث من خلال ما سبق: أن جميع المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية، والتي تناولها هذا البحث فيما سبق قد تأثرت بالأعراف والتقاليد السائدة في كل مجتمع، وإذا حدث نزاع حولها يكون حسمه عبر اللجوء للعرف.

(٢١٩) نقلاً عن: د. عبدالله بن أحمد بن سالم المحمادي، بحث علمي محكم بعنوان" الكفاءة بين الزوجين في النسب وتطبيقاتها القضائية، المجلة القضائية ،العدد الثاني ،الطبعة الأولى، الرياض،السعودية،رجب١٤٣٢هـ-٢٠١١م،ص٦٣-٦٥.

مجلة العلوم الشرعية
جامعة القصيم، المجلد (١٥)، العدد (٢)، ص ص٩٨٧-١٠٥٤ (صفر ١٤٤٣هـ / أكتوبر ٢٠٢١م)

د. علاء الدين عبد الفتاح عبد الحميد علي أبوالعز

The effect of working with custom in matters of personal status

"A comparative jurisprudence study"

Dr. Alla El-Dien Abdel-Fatah Abdel-Hamid Ali Abu Al-Ezz

Assistant Professor of Personal Status - Faculty of Sharia and Islamic Studies - Systems Department - Qassim University- Kingdom of Saudi Arabia

Custom is a vital source of law, and its vitality comes from the fact that it faithfully reflects the needs and aspirations of individuals. Customary rules, unlike regulatory legal rules, are not set by the legislative authorities, but rather result from the practice of people to a certain behavior for a certain period during which the custom becomes custom, and from here the custom was considered one of the important sources for completing the correct judicial perception, as customs occupied a wide space in the legal and legislative domain, especially In the area of personal status, jurisprudence was not far from being influenced by customs and traditions, as many rulings were clearly affected by customs, such as the issue of polygamy, the man's head of the family, the husband's use of his right to divorce, and other issues. This is why custom has great importance in the field of personal status and is characterized by an unparalleled strength of steadfastness. Rather, we find that many judicial practices in the field of personal status depend on the customs and habits of each society, which have a clear effect on the stability of the family. Therefore, the personal status judiciary has been affected by customs and traditions, which have a clear impact on the rulings, and since customs are so important, many personal status laws have taken custom and have been affected by it in many matters. Therefore, the researcher will deal with some custom applications in the Sudanese Personal Status Law and the comparative law such as the Jordanian Personal Status Law and some judicial applications from the reality of the Saudi judiciary.

مجلة العلوم الشرعية
جامعة القصيم، المجلد (١٥)، العدد (٢)، ص ص٩٨٧-١٠٥٤ (صفر ١٤٤٣هـ / أكتوبر ٢٠٢١م)

الخاتمة

وتشمل على أهم النتائج والتوصيات وذلك على النحو التالي:

أولاً: النتائج:

١. يعتبر العرف المصدر الأول للتشريع بالنسبة لمسائل الأحوال الشخصية في حالة غياب النص القانوني الحاسم للنزاع مع الوضع في الاعتبار ما يقيده القانون في ذلك.
٢. أن مسائل الأحوال الشخصية قد تأثرت في معظم أحكامها بالأعراف والتقاليد السائدة في كل مجتمع.
٣. أن ما يعتبر في الكفاءة هي مسألة نسبية مختلف عليها، يعود تقديرها إلى أعراف الناس واختلاف طبيعة الزمان والمكان في كل بلد.

٤. أن قانون الأحوال الشخصية السوداني والأردني قد تأثرت بعض نصوصهما بأحكام العرف.

٥. إنّ تغير واقع الأعراف وعادات المجتمعات في كل عصر ،عما كان عليه في عصر الفقهاء أثر في الأحكام القضائية الخاصة بمسائل الأحوال الشخصية.

ثانياً: التوصيات:

١. يوصي الباحث بدراسة الأعراف في بناء الاتجاهات الفقهية وصياغة النصوص القانونية ومدى تأثيرها في الأحكام القضائية المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية.
٢. يوصي الباحث المنظم السعودي بالإسراع في إصدار نظام موحد لمسائل الأحوال الشخصية حتى يكون هنالك استقرار في المراكز القانونية للخصوم ووحدة بالأحكام القضائية.
٣. كما يوصي الباحث -أيضاً- بتوعية أفراد المجتمع بعدم التمسك بالأعراف الفاسدة المتعلقة بالأحوال الشخصية.

مجلة العلوم الشرعية
جامعة القصيم، المجلد (١٥)، العدد (٢)، ص ص٩٨٧-١٠٥٤ (صفر ١٤٤٣هـ / أكتوبر ٢٠٢١م)

أهم المراجع والمصادر

١. القرآن الكريم.
٢. السنة النبوية.
٣. الجامع الصحيح، صحيح البخاري، الطبعة الأولى، دار طوق النجاة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت ، لبنان،١٤٢٢هـ.
٤. الحافظ أبو الفداء إسماعيل بن كثير القرشي الدمشقي، تفسير القرآن العظيم ،الطبعة الثانية، دار طيبة للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، السعودية،١٤٢٠هـ-١٩٩٩م.
٥. أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني، سنن أبي داود، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، بدون تاريخ.
٦. أبوبكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، السنن الكبرى، مجلس دائرة المعارف، الطبعة الأولى، الهند،١٣٤٤هـ.
٧. أبو الحسن علي بن عمر الدار قطني، سنن الدار قطني، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، لبنان ، بدون تاريخ.
٨. الحافظ ابن حجر العسقلاني، فتح البارئ، دار المعرفة، بيروت،لبنان،١٩٥٩م.
٩. محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الآملي أبو جعفر الطبري، جامع البيان في تأويل القرآن، تحقيق : أحمد محمد شاكر، الطبعة الأولى ، مؤسسة الرسالة،بيروت،لبنان،١٤٢٠هـ- ٢٠٠٠م.
١٠. عبد الحق بن غالب بن عطية ،المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، تحقيق: عبدالسلام عبدالشافي محمد، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان،١٤٢٠هـ.
١١. زكريا أحمد بن فارس أبو الحسين ، معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، بيروت،لبنان،١٣٩٩هـ-١٩٧٩م.
١٢. الفيروز آبادي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان،١٤٠٧هـ-١٩٨٦م.
١٣. مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط ،مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، بدون تاريخ.
١٤. أبو الفضل محمد بن مكرم بن علي بن أحمد بن منظور الأنصاري، لسان العرب، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان،١٩٩٦م.
١٥. أحمد الفيومي، المصباح المنير ، الطبعة الثالثة، مطبعة بولاق،القاهرة،١٣١٦هـ.
١٦. إبراهيم مصطفي وآخرون، المعجم الوسيط، تحقيق مجمع اللغة العربية، مطبعة دار الدعوة، ، القاهرة، بدون تاريخ.

١٧. أبو الفداء زين الدين قاسم بن قُطلُوبغا، تاج التراجم، تحقيق : محمد خير رمضان يوسف، الطبعة الأولى، دار القلم،دمشق،١٤١٣هـ-١٩٩٢م.

١٨. ابن عابدين، مجموعة رسائل ابن عابدين، نقلاً عن أبي حافظ النسفي في كتابه المستصفى، طباعة المكتبة الهاشمية،دمشق،١٣١٦هـ.

١٩. القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، الطبعة الثانية، دار الكتب المصرية، القاهرة، ١٣٨٤هـ-١٩٦٤م.

٢٠. أحمد الرازي الجصاص، أحكام القران، تحقيق عبد السلام محمد شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان،١٩٩٢م.

٢١. أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الطبعة الرابعة، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده،القاهرة،مصر،١٣٩٥هـ-١٩٧٥م.

٢٢. عبدالرحمن بن أبي بكر السيوطي، طبقات المفسرين، تحقيق علي محمد عمر، الطبعة الأولى، مكتبة وهبة،القاهرة،١٣٩٦هـ.

٢٣. محمد الأمين بن محمد المختار بن عبدالقادر الجكني الشنقيطي، أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت، لبنان،١٤١٥هـ-١٩٩٥م.

٢٤. محمد بن إسماعيل اليمني الصنعاني للعلامة الألباني، سبل السلام الموصلة إلى بلوغ المرام، ، الطبعة الأولى، دار العقيدة ، القاهرة، ١٤٢٣هـ-٢٠٠٢م.

٢٥. مصطفي الزرقا، المدخل الفقهي العام، الطبعة السابعة ،مطبعة جامعة دمشق، دمشق،سوريا،١٣٨٣هـ-١٩٦٣م.

٢٦. د. عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة، الطبعة الحادية عشرة، مؤسسة الرسالة، بيروت ،لبنان ،١٤١٠هـ-١٩٨٩م.

٢٧. سعد الدين مسعود ابن عمر، التفتازاني، الطبعة الحادية عشرة ، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان،١٩٩٦م،

٢٨. محمد بن إبراهيم، الاجتهاد والعرف، مكتبة دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية،القاهرة،١٤٣٠هـ-٢٠٠٩م.

٢٩. أحمد فهمي أبوسنة، العرف والعادة في رأي الفقهاء، مطبعة الأزهر، القاهرة،١٩٤٧م.

٣٠. سمير عاليه، نظام الدولة والقضاء والعرف في الإسلام ،المؤسسة الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان،١٩٩٧م.

٣١. بدران أبو العينين بدران، الزواج والطلاق في الإسلام مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، بدون تاريخ.

مجلة العلوم الشرعية
جامعة القصيم، المجلد (١٥)، العدد (٢)، ص ص٩٨٧-١٠٥٤ (صفر ١٤٤٣هـ / أكتوبر ٢٠٢١م)

٣٢. شهاب الدين أحمد بن إدريس الصنهاجي القرافي، الذخيرة، مطبعة الموسوعة الفقهية، ،بدون تاريخ.
٣٣. شهاب الدين أحمد بن إدريس الصنهاجي القرافي، الذخيرة، تحقيق د. محمد حجّي، الطبعة الأولى،ج٥،دار الغرب الإسلامي،١٩٩٤م.
٣٤. جلال الدين عبدالرحمن بن أبي بكر السيوطي ، الأَشباه والنظائر، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت ، لبنان،١٩٨٣م.
٣٥. زين الدين بن إبراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم المصري، الأَشباه والنظائر علي مذهب الإمام أبي حنفية النعمان، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤٠٠ هـ-١٩٨٠م.
٣٦. علاء الدين أبوبكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي ،بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق :علي معوض وعادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت ،لبنان، بدون تاريخ.
٣٧. شمس الأئمة محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، المبسوط، الطبعة الأولى، دار المعرفة، بيروت ، لبنان،١٩٩٣م.
٣٨. فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي ، تبيين الحقائق في شرح كنز الدقائق، الطبعة الأولى، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، القاهرة ،١٣١٣هـ.
٣٩. أبو البركات أحمد العدوي المعروف المشهور بالدردير، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العلمية، بيروت ، لبنان، بدون تاريخ.
٤٠. محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي أبو عبدالله المواق المالكي، التاج والأكيل لمختصر خليل، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت ، لبنان،١٤١٦هـ-١٩٩٤م.
٤١. شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، تحقيق : محمد عيتاني ،الطبعة الأولى، دار المعرفة ، بيروت ،لبنان ،١٤١٨هـ-١٩٩٧م.
٤٢. أبو محمد موفق الدين عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني في فقه الإمام أحمد حنبل الشيباني، الطبعة الأولى، دار الفكر، بيروت ، لبنان،١٤٠٥هـ.
٤٣. كمال الدين محمد بن عبدالواحد السيواسي المعروف بابن الهمام، شرح فتح القدير، دار الفكر ، بيروت ، لبنان، بدون تاريخ.

مجلة العلوم الشرعية
جامعة القصيم، المجلد (١٥)، العدد (٢)، ص ص٩٨٧-١٠٥٤ (صفر ١٤٤٣هـ / أكتوبر ٢٠٢١م)

٤٤. أحمد رشاد عبدالهادي أبو حسين، بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير بعنوان" أثر العرف في الأحوال الشخصية- دراسة فقهة مقارنة-كلية الدراسات العليا، برنامج القضاء الشرعي"، جامعة الخليل ، فلسطين،١٤٣٥هـ-٢٠١٣م.

٤٥. شمس الدين الدمشقي المعروف بالحطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، تحقيق: زكريا عميرات، دار عالم الكتب، بيروت، لبنان،١٤٢٣هـ-٢٠٠٣م.

٤٦. أبو عبدالله محمد بن إدريس الشافعي، الأم، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت ، لبنان،١٤٢٣هـ-٢٠٠٣م.

٤٧. أبو زكريا يحي بن شرف النووي الدمشقي ، روضة الطالبين وعمدة المفتين، طبعة المكتب الإسلامي ، بيروت ، لبنان ،١٤١٢هـ-١٩٩١م.

٤٨. أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي ، المهذب في فقه الإمام الشافعي، مطبعة عيسى البابي الحلبي، القاهرة، مصر، بدون تاريخ.

٤٩. علي بن محمد البصري البغدادي الشهير بالمارودي، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي، تحقيق الشيخ علي محمد معوض- الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت ، لبنان،١٤١٩هـ-١٩٩٩م.

٥٠. أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي الظاهري، المحلى، دار الفكر، بيروت، لبنان، بدون تاريخ.

٥١. علي بن محمد بن علي الزين الجرجاني، التعريفات، تحقيق إبراهيم الأبياري، دار الكتاب العربي، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، ١٤٠٥هـ.

٥٢. عزالدين عبد العزيز ابن عبد السلام السلمي، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، دار المعرفة، بيروت ، لبنان، بدون تاريخ.

٥٣. د. محمد صدقي بن أحمد بن محمد البورنو أبو الحارث العنزي، الوجيز في إيضاح القواعد الكلية، المجلد الأول، الطبعة الرابعة مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان،١٤١٦هـ-١٩٩٦م.

٥٤. خير الدين بن محمود بن محمد علي بن فارس الزركلي الدمشقي، الأعلام، دار العلم للملايين، الطبعة الرابعة عشرة،٢٠٠٢م.

٥٥. علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي الدمشقي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى،١٤١٩هـ.

مجلة العلوم الشرعية
جامعة القصيم، المجلد (١٥)، العدد (٢)، ص ص٩٨٧-١٠٥٤ (صفر ١٤٤٣هـ / أكتوبر ٢٠٢١م)

٥٦. محمد بن أبي بكر أيوب الزرعي أبوعبدالله بن قيّم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: طه عبدالرؤوف سعد، دار الجيل، بيروت ، لبنان،١٩٧٣م.

٥٧. ابن القيم الجوزية، زاد المعاد في هدى خير العباد، الطبعة السابعة والعشرون، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، لبنان ،١٤١٥هـ-١٩٩٤م.

٥٨. أبو إسحق برهان الدين إبراهيم بن محمد ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، دار عالم الكتب ، الرياض ، ١٤٢٣هـ-٢٠٠٣م.

٥٩. أبو إبراهيم إسماعيل بن يحيى المزني، مختصر المزني (مطبوع ملحقاً في كتاب الأم)، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان،١٩٩٠م.

٦٠. أبوبكر بن محمد شطا الدمياطي المشهور بالبكري، إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين، دار إحياء الكتب العربية، مطبعة عيسى البابي الحلبي، بدون تاريخ.

٦١. زين الدين بن إبراهيم بن نجيم ، البحر الرائق في شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، بدون تاريخ.

٦٢. منصور بن يونس بن ادريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، دار الفكر، بيروت، لبنان، بدون تاريخ.

٦٣. منصور بن يونس بن إدريس البهوتي ، الروض المربع شرح زاد المستنقع في اختصار المقنع ، تحقيق: سعيد محمد اللحام، دار الفكر ، بيروت، لبنان، بدون تاريخ.

٦٤. زكريا بن محمد الانصاري (ت٩٢٦هـ)، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، دار الكتاب الإسلامي، بدون تاريخ.

٦٥. شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس القرافي، الفروق، دار إحياء الكتب العربية، مكة ، ١٩٥٢م.

٦٦. د. عوض أحمد إدريس، الوجيز في أصول الفقه، دار مكتبة هلال، بيروت، لبنان،١٩٩٢م.

٦٧. أحمد بن محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، الطبعة الثانية، صححه وعلق عليه مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم،دمشق،١٤٠٩هـ-١٩٨٩م.

٦٨. د.عبدالله بن أحمد بن سالم المحمادي،بحث علمي محكم بعنوان" الكفاءة بين الزوجين في النسب وتطبيقاتها القضائية، مجلة القضائية ،العدد الثاني، الطبعة الأولى، الرياض، السعودية، رجب ١٤٣٢هـ-٢٠١١م.

٦٩. زرقين عواطف، بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير بعنوان" مدي سلطان العرف في قانون الأسرة الجزائري (أمثلة وتطبيقات)"جامعة محمد خيفر بسكره،كلية الحقوق والعوم السياسية، قسم الحقوق،الجزائر،٢٠١٤-٢٠١٥م.

مجلة العلوم الشرعية
جامعة القصيم، المجلد (١٥)، العدد (٢)، ص ص٩٨٧-١٠٥٤ (صفر ١٤٤٣هـ / أكتوبر٢٠٢١م)

٧٠. د. عبد العزيز الخياط، نظرية العرف، مكتبة الأقصى، عمان، الأردن، ١٣٩٧هـ-١٩٧٧م.
٧١. الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، دار الكتب العلمية ، بيروت،لبنان،٢٠٠٤م.
٧٢. أ.د. وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار الفكر، بيروت، لبنان،١٤٠٦هـ-١٩٨٦م.
٧٣. د. رمضان على السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، بدون تاريخ.
٧٤. محمد مصطفي شلبي، أصول الفقه الاسلامي، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، بدون تاريخ.
٧٥. د. السيد صالح عوض، أثر العرف في التشريع الإسلامي، دار الكتاب الجامعي، القاهرة ،١٩٧٩م.
٧٦. د. سعيد سعد عبدالسلام، المدخل في نظرية القانون، الطبعة الأولى، طبعة جامعة المنوفية، مصر، ٢٠٠٢م-٢٠٠٣م.
٧٧. د. محمود محمد حمودة ود. محمد مطلق عساف، فقه الأحوال الشخصية، السلسلة الفقهية رقم ٢٠، مؤسسة الوراق، عمان، الأردن،٢٠٠٩م.
٧٨. د. محمد حسين منصور، مبادئ القانون، دار الجامعة الجديدة، الأسكندرية،مصر،٢٠٠٦م.
٧٩. د. محمد سعد الرحاحلة ود. إيناس خلف الخالدي، المدخل لدراسة الأنظمة "قراءة نظامية من منظور السياسية الشرعية"، الطبعة الأولى، مطبعة الرشد، ١٤٣٤هـ-٢٠١٣م.
٨٠. د. محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، الطبعة الثالثة، دار الفكر، بيروت، لبنان،٢٠١٠م.
٨١. د. محمد بن أحمد البديرات، المدخل لدراسة القانون"دراسة خاصة في الأنظمة والحقوق في المملكة العربية السعودية"، الطبعة الأولى، مكتبة المتنبي، الرياض، السعودية،١٤٣٨هـ-٢٠١٧م.
٨٢. قانون الأحوال الشخصية السوداني لسنة ١٩٩١م
٨٣. قانون الأحوال الشخصية الأردني لسنة ٢٠١٠م.
٨٤. أحكام قضائية مختلفة من القضاء السعودي.