العرف ودوره في الصفات المعتبرة في الكفاءة في الزواج (دراسة مقارنة)

م.م محمد خليل عبد الكريم العباسي
أ.م. د. خليل ابراهيم محمد

Custom and its role in the qualities considered in competence in marriage (a comparative study)

M. M. Muhammad Khalil Abdul Karim Al-Abbasi
Dr. Khalil Ibrahim Muhammad

المستخلص: ان الله سبحانه وتعالى شرع الزواج وجعله من اسمى العقود التي يسعى الانسان الى ابرامه في حياته، وذلك للحفاظ على النسل البشري وديمومة الحياة الاسرية، فجعل له ضوابطاً وشروطاً لابد من ان تتوفر فيه لتضمن استمراريته وديمومته، ومن ذلك الكفاءة في الزواج ودورها في الحفاظ على الروابط الاسرية، وما للعرف من دور بالغ في التوسعة من مجالات المعايير المعتبرة في صفات الكفاءة في الزواج، فضلاً عن صفتي التدين والخلق، اذ يجب مراعاة صفات اقتضت الظروف الزمانية والمكانية وتغير اعراف الناس، الالتفات اليها منها النسب، والصنعة، والسن، والتحصيل الدراسي، والجمال، وغيرها، حتى يتحقق المقصود من تشريع الزواج وهو الالفة والمودة والسكينة التي تسود الاسرة. **الكلمات المفتاحية:** الزواج، الصفات، العرف.

Abstract

God Almighty legalized marriage and made it one of the highest contracts that a person seeks to conclude in his life, in order to preserve human offspring and the continuity of family life. Family, and the significant role of custom in expanding the areas of criteria considered in the qualities of competence in marriage, as well as the qualities of religiosity and morals, as it is necessary to take into account the qualities that necessitated temporal and spatial circumstances and the change of people's customs, paying attention to them, including lineage, workmanship, age, educational attainment, and beauty , and others, until the purpose of marriage legislation is achieved, which is the intimacy, affection and tranquility that prevail in the family. Keywords: marriage, traits, custom.

المقدمة

الحمد لله الذي خلق فسوى، وقدر فهدى، والصلاة والسلام على سيد الخلق اجمعين محمد بن عبد الله المبعوث رحمة للعلمين، وعلى اله وصحبه اجمعين، اما بعد فسيتم الاشارة الى مقدمة البحث من خلال الفقرات الاتية:

اولاً: مدخل تعريفي بالموضوع: من خلال هذا البحث سيتم تناول دور العرف في الصفات المعتبرة في الكفاءة في الزواج، الذي اختلف اختلافاً كبيراً بمرور الزمان، وتغير المكان، واختلاف عادات الناس في الصفات المعتبرة في الكفاءة في الزواج.

ثانياً: اهمية الموضوع: تظهر اهمية موضوع البحث من خلال ابراز دور العرف في عملية اختيار الزوجة ذات الكفاءة، لأن هذا الاختيار يعد مقدمة لاهم عقد يسعى الانسان الى ابرامه في حياته، الا وهو عقد الزواج من خلال مراعاة مبدأ الكفاءة في الزواج التي تعارف عليها الناس، وتحري مبدأ الصلاح والانسجام بين الزوجين، لتوفير المناخ النفسي الملائم التي تستطيع من خلالها الاسرة ان تؤدي دورها الايجابي في المجتمع، وهو الامر الذي دفع الفقهاء الى مراعاة الاعراف في تغير الصفات المعتبرة في الكفاءة في الزواج عند الاختيار.

ثالثاً: اسباب اختيار الموضوع: ان السبب في اختيار موضوع بحثنا هو تغير الاعتبارات الخاصة في الكفاءة في الزواج عند الاختيار، نتيجة تغير اعراف الناس وعاداتهم وتقاليدهم في الصفات المعتبرة في الكفاءة، فقد اضيفت الكثير من الصفات على تلك التي كانت معتبرة سابقاً، لتغير نظرة الناس لهذه الصفات التي قد لا تتلائم مع الواقع الحالي الان.

رابعاً: الهدف من البحث: ان الهدف الذي نسعى اليه من خلال هذا البحث هو بيان الدور المؤثر للعرف في تغير الصفات المعتبرة في الكفاءة في الزواج عما كان سائداً سابقاً، والتوصل لمدى تقيد الناس بالاعراف السائدة للاعتماد عليها في الكفاءة في الزواج.

خامساً: اشكالية البحث: تتمثل اشكالية الدراسة في عدم وجود نصوص قانونية للصفاة المعتبرة في الكفاءة، واذا كانت المادة (٢/١) من قانون الاحوال الشخصية تبين الرجوع الى احكام الشريعة الاسلامية في اي موضوع ليس فيه نص، فان الرجوع الى اقوال الفقهاء في هذه المسألة نجد انهم بحثوا صفاة الكفاءة في ذلك الوقت، الا انها تغيرت في الوقت الحالي لتغيير عادات الناس واعرافهم، لذا سوف نسعى من خلال هذا البحث الى بيان هذه الصفاة، واقتراح نصوص قانونية ودعوة المشرع الى ادراجها في متن القانون يتم فيها الاشارة الى الاعراف وتبدلها ودورها في الصفات المعتبرة في الكفاءة في الزواج.

سادساً: منهجية البحث: لقد تم تناول البحث من خلال اتباع اسلوب المنهج التحليلي المقارن، من خلال تحليل اراء الفقهاء والنصوص القانونية في القوانين المقارنة، التي تشير الى دور العرف في الكفاءة في الزواج، للتوصل الى افضل النتائج والتوصيات التي من الممكن ان تقدم للمشرع العراقي.

سابعاً: خطة البحث: لقد تم تقسيم اعمال العرف في الصفات المعتبرة في الكفاءة في الزواج الى مبحثين، جرى تخصيص المبحث الاول لدراسة ماهية العرف، وهو بدوره مقسم الى مطلبين نبحث في المطلب الاول منه تعريف العرف وبيان اركانه، وفي المطلب الثاني نبحث الدليل على مشروعية الاعتداد بالعرف، وحجيته في مسائل الزواج وانحلاله، واما المبحث الثاني فخصصه لاعمال العرف في الصفات المعتبرة في الكفاءة بالزواج، وقد قسمنا المبحث الى مطلبين بينا في المطلب الاول منه ماهية الكفاءة في الزواج، وفي المطلب الثاني بحثنا في اعمال العرف في الصفات المعتبرة في الكفاءة في الزواج في الفقه الاسلامي والقوانين المقارنة، وانهينا بحثنا بخاتمة اوجزنا فيها اهم النتائج والمقترحات التي توصلنا اليها من خلال البحث.

المبحث الأول: اعمال العرف في الصفات المعتبرة في الكفاءة في الزواج

ان للعرف اثر مهم في تحديد معايير الكفاءة في الزواج، وذلك لاختلاف تحديدها باختلاف الزمان والمكان، فمعايير الكفاءة غير ثابته تتغير بتغير الاحوال –عدا صفة الدين–، فما كان متعارف عليه بين الناس على انه من الصفات المعتبرة في الكفاءة، قد لا يكون كذلك في الوقت الحاضر، وتعد مسألة الصفاة المعتبرة في الكفاءة من المسائل القديمة التي تكلم عنها الفقهاء في كتبهم ومؤلفاتهم، وبيان حقيقة الاعراف انذاك وتاثيرها على تحديد معايير الكفاءة، عليه وللاحاطة بموضوع أعمال العرف في المسائل المتعلقة بالكفاء في الزواج، سنقسم هذا المبحث الى مطلبين نبين في الاول منه لمفهوم العرف دليل مشروعيته، ونخصص الثاني لدور العرف في الصفات المعتبرة في الكفاءة في الزواج.

المطلب الأول: مفهوم العرف ودليل مشروعيته وحجيته

ان للعرف تعاريف ومعاني لغوية واصطلاحية عدة، كما انه لا يمكن الاعتداد بالعرف الا بتوفر اركانه، فضلاً عن ان العرف يتميز من غيره من المصطلحات القانونية كالعادة، وهذا ما سنبينه في الفرع الاول، وفي الفرع الثاني سنبين الدليل على مشروعية الاعتداد بالعرف، وفي الفرع الثالث سنبين حجية العرف، وذلك في مسائل الكفاءة في الزواج.

الفرع الأول: تعريف العرف وبيان اركانه

يعد العرف مصدراً فقهياً لاستنباط الاحكام عند غياب النص، واتفق كثير من الفقهاء على هذا الاتجاه، إذ انبثقت عن العرف في الفقه الاسلامي العديد من القواعد الفقهية، فضلاً عن انه يعد مصدراً من مصادر القانون نصت عليه التشريعات في الدول الاسلامية، اذ تضمنت هذه التشريعات الى العرف كقواعد نلجأ اليها، كالمعروف عرفاً، والمشروط شرطاً، والحقيقة تترك بدلالة العادة والعرف، والمعروف عند التجار كالمشرط عندهم، حتى تأكدت حقيقة العرف، وسنتطرق في هذا الفرع الى بيان التعريف اللغوي والاصطلاحي للعرف، وبيان اركانه بشيء من التفصيل، وكذلك بيان تمييز العرف عن غيره من المصطلحات، عليه سنقسم هذا المطلب الى مقصدين وكالاتي:

المقصد الأول: تعريف العرف لغةً واصطلاحاً

سنبين تعريف العرف من حيث اللغة والاصطلاح في بندين وكالاتي:

اولاً: العرف لغة: ما تعارف عليه الناس في عاداتهم، ومعاملاتهم، والعُرف: المعروف، والعرف: شعر عنق الفرس، ولحمة مستطيلة على رأس الديك، والعرف: موج البحر، والمكان المرتفع[١]، والعرف من عرف يعرف عرفاً، والعرف ضد المنكر يقال اولاه عرفاً معرفاً[٢] وعَرَف .. وعَرُف .. عرِف .. الخ: أفعال لها تصاريف عدَّة، ولكلِّ تصريفٍ معانٍ في الاستعمال اللغوي لا تعنينا، وما نحن بصدده من استعمال .. نقلناه. والعين والراء والفاء اصلان صحيحان يدل احدهما على تتابع الشيء متصلاً بعضه ببعض والاخر على السكون والطمأنينة[٣].

وان المعاني التي تم ذكرها وغيرها الكثير تدل على التتابع والسكون والطمأنينة الذي يطلق على الشيء المعروف المألوف المستحسن.

ثانياً: العرف اصطلاحاً: لقد اختلف الفقهاء في تعريف العرف الى عدة اتجاهات يمكن عرضها وفق الاتي:

١. **العرف في اصطلاح الفقه الاسلامي:** عرف الحنفية[٤] العرف في باب الايلاء بانه: "والمعتبر فِي الْأَيْمَانِ الْعُرْفُ، فَكُلُّ لَفْظٍ لَمْ يَكُنْ الْحَلِفُ بِهِ مُتَعَارَفًا لَا يَكُونُ يَمِينًا". كما

(١) د. أحمد مختار عبد الحميد عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، ج٢، ط١، عالم الكتب للنشر، بيروت، ٢٠٠٨م، ص١٤٨٥.

(٢) ابن منظور، لسان العرب، ج٩، دار صادر، بيروت، لبنان، الطبعة ١٤١٤هـ، ص٢٣٩.

(٣) ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبدالسلام هارون، ج٤، دار الفكر، بيروت، لبنان، ١٩٧٩، ص٢٨١.

(٤) السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، ج٧، دار المعرفة، بيروت، ١٩٩٣م، ص٢٤.

عرفه الحنفية[١] في كتاب الايمان ايضاً بانه: "الْعُرْفِ وَالْعَادَةِ فَمَا تَعَارَفَ النَّاسُ الْحَلِفَ بِهِ يَكُونُ يَمِينًا".

وعرف المالكية[٢] العرف بانه "كالشرط عند غياب النص" وعرفه القرطبي ايضاً بان "العرف يقوم مقام الوصف". وعرف الحنابلة[٣]، العرف بانه: "هو ما لا يرد الشرع بتحديده فانه يرجع فيه إلى العرف"

واخيراً عرف الشافعية[٤] العرف بانه: "اذا لم يشع في العرف استعمال هذا اللفظ في طلب العوض فان شاع فهو كقوله طلقتك على كذا فان قال اردت ما يراد بطلقتك بكذا وصدقته الزوجة فهو الاصح". فضلاً عما تقدم فقد عرفه فقهاء الاصول قديماً وحديثاً بتعاريف مختلفة ومتقاربه ومنها ان العرف هو "ما استقر في النفوس من جهة شهادات العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول"[٥].

٢. العرف في الاصطلاح القانوني: يمكن بيان المقصود بالعرف في الاصلاح القانوني، من خلال تعريف العرف في الفقه القانوني، وتعريفه في التشريع.

أ. العرف في اصطلاح الفقه القانوني: لقد وردت العديد من التعريفات للعرف لدى الفقه القانوني، فقد عرف بانه "مجموعة القواعد التي تنشأ من درج الناس عليها، يتوارثونها جيلاً عن جيل والتي تعتبر انها ملزمة لهم، بمعنى ان يكون لها جزاء قانوني كالقانون المسنون سواءً بسواء" [٦]. كما عرف العرف بانه "ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول وتلقته الطباع السليمة بالعقل"[٧]. وعرف العرف ايضاً بانه "ما استقر في النفوس من جهة العقول وتلقته الطبائع السليمة بالقبول"[٨].

---

[١] السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، ج٨، دار المعرفة، بيروت، ١٩٩٣م، ص١٣٣.

[٢] القرطبي أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، حققه: د محمد حجي وآخرون، ج٤، ط٢، دار الغرب الإسلامي، بيروت– لبنان، م١٩٨٨، ص٢٤٧.

[٣] عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي أبو محمد، المغني، ج٤، ط١، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٥ه، ص ١٨.

[٤] العلامة محمد الزهري الغمراوي، السراج الوهاج على متن المنهاج، ج١، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، ص٤٠٥.

[٥] النسفي، كشف الاسرار، ج٢، دار الكتب العلمية، بيروت، ص٥٩٣.

[٦] د. احمد بن علي بن احمد سير المباركي، العرف واثره في الشريعة والقانون، ط٤، دار المعرفة للنشر, بيروت, ٢٠١٤م، ص٣٦.

[٧] د. عبدالكريم الطالب، العرف في القانون المدني المغربي، ط١، مكتبة المعرف للطباعة والنشر، مراكش، ٢٠١٥, ص٥٠.

[٨] المحامي محمود صالح المحمود العلواني، العرف واثره في الشريعة الاسلامية والقانون والوضعي، دار الفكر للنشر, دمشق, ٢٠١٤, ص١٧.

يتضح مما تقدم من التعريفات التي وردت عن العرف في اصطلاح الفقه القانوني، وعلى الرغم من اختلافهم من في صياغة التعريف، الا انهم متفقون من حيث المعنى بانه اعتياد الناس لسلوك معين لفترة طويلة الى ان يتولد الاعتقاد لديهم بإلزاميتها.

ب. العرف في التشريع: يعد العرف مصدراً رسمياً للنظم القانونية قديماً الا انه بدأ ينحصر ويتضاءل دوره بعد ظهور السلطات التشريعية التي تولت سن وتنظيم القوانين على اختلافها، اذ واكبت القوانين عامة أكانت أم خاصه للتطور الحاصل في المجتمعات، وان هذه القوانين بدأت تعالج كل ما يطرأ على حياة الافراد من مسائل ومنازعات من خلال سن التشريعات، وخلال فترات قصيرة على عكس العرف الذي يحتاج الى فترات اطول نسبياً.

وقد اشار المشرع العراقي في القانون المدني رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل للعرف بقوله: "١. تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها او في فحواها، ٢. فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الاكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة"[١]. فقد اكتفى المشرع العرقي بنصوص مقتضبة للإشارة الى العرف دون ايراد تعريف له، وحسناً فعل المشرع العراقي بعدم ايراده تعريف للعرف لان ايراد التعريفات ليس من عمل المشرع، وانما هو من عمل الفقه ولكي يواكب التعريف التطور الحاصل في المجتمع.

كما اشار المشرع الاماراتي في قانون الاحوال الشخصية الاماراتي الى العرف في نصوص متناثرة هنا وهناك، دون ايراد تعريف له وترك تعريف العرف للفقه القانوني الاماراتي[٢].

وبالرجوع الى قانون الاحوال الشخصية السوري نجد ان المشرع السوري قد تناول العرف وجعله مصدراً احتياطياً يتم اللجوء اليه في حالة غياب النص القانوني، ولكن المشرع السوري لم يعرف العرف، وانما اشار الى الرجوع الى العرف في نصوص متناثرة هنا وهناك، كما في الزواج والمهر والنفقة وغيرها من المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية، وترك المشرع السوري مسألة تعريف العرف للفقه يتولى بدوره وضع تعريفاً يتلائم مع ما يستجد في المجتمع من اعراف يستقر عليها الناس للتعامل فيما بينهم.

---

[١] ينظر: المادة (١/١ و ٢) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل .

[٢] وردت عدة تعريفات للعرف في الفقه الاماراتي، منها ان العرف "هو مجموعة من القواعد التي تنشأ من درج الناس عليها، ويتوارثوها جيلاً عن جيل والتي يترتب على مخالفتها جزاء قانوني"، كما عرف بانه "اعتياد الناس على اتباع سلوك معين الى ان يتولد الاعتقاد لديهم بإلزاميتها وفي حالة مخالفتها يترتب جزاء على ذلك" في هذين التعريفين ينظر: المستشار احمد نصر الجندي، الاحوال الشخصية في قانون الامارات العربية المتحدة دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠١٠، ص٣١.

واخيراً من خلال الرجوع الى قانون الاسرة الجزائري نجد أن المشرع الجزائري جعل للعرف مكانة تأتي بعد مبادئ الشريعة الاسلامية[١]، وقد نص القانون الجزائري في الامر رقم (٥٨-٧٥) المؤرخ في ١٩٧٥/٩/٢٦ المتضمن اصدار القانون المدني الجزائري في المادة الاولى منه على أن "يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها، او في فحواها، واذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية فاذا لم يوجد فبمقتضى العرف". ويتضح مما تقدم ان المشرع الجزائري وان لم ينص على العرف في قانون الاسرة الجزائري، الا انه قد نص في القانون المدني على امكانية الرجوع الى العرف كمصدر احتياطي في حالة عدم وجود نص يمكن تطبيقه في القانون.

ويتضح لنا من كل ما تقدم ان التشريعات المقارنة لم تعرف العرف وانما اقتصرت على الاشارة الى العرف ضمن نصوص متفرقة هنا وهناك لمعالجة مسائل الاحوال الشخصية، ويمكن القول ان الاتجاه الذي ذهبت اليه التشريعات المقارنة بعدم ايراد تعريف للعرف، هو الاتجاه الصحيح اذ ان ايراد التعريفات ليس من عمل المشرع، وانما هو من وظيفة الفقه ليواكب التطور الحاصل في المجتمع وما قد يطرأ من اعراف جديدة قد لا يلم به المشرع عند وضع النص القانوني.

ويمكن ان نعرف العرف بانه: "هو اعتياد الناس على اتباع سلوك معين، لفترة طويلة من الزمن، حتى يتولد الاعتقاد لديهم بإلزامية هذا السلوك، وترتب الجزاء على مخالفته، على ان لا يتعارض مع نص قانوني او شرعي".

المقصد الثاني: اركان العرف

لا يمكن ان يعتد بالعرف ما لم تتوافر فيه اركانه، ويتكون العرف من ركنين، الاول هو المادي، والثاني هو المعنوي، وبتوافر اركانه يكون العرف ملزماً، لذلك سنبين في هذا المقصد الركن المدي والركن المعنوي بشيء من التفصيل وفق بندين وكالاتي:

اولاً: الركن المادي: ويتمثل في اعتياد الناس على سلوك معين، ويتحقق الركن المادي للعرف في حالة وجود عرف يتعارف الناس على اتباعه كلما ارادوا تنظيم مسائل معينه، ويمكن القول بان الدافع وراء اتباع هذا العرف هو اتفاقه مع ظروف الجماعة وحاجاتها[٢]، ويشترط لقيام الركن المادي للعرف ان تتوافر في العرف التي درج الناس على اتباعه مجموعة من الشروط:

---

[١] عماد شريفي، اعتبار العرف في مسائل الزواج واثاره في قانون الاسرة الجزائري، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف بالمسيلة, الجزائر, ٢٠١٥، ص٤.

[٢] د. احمد بن علي بن احمد سير المباركي، مصدر سابق، ص٨٩.

١. **يجب ان يكون العرف عاماً:** ان عمومية العرف يعني اتباع اغلب الافراد له، ويبقى العرف عاماً حتى لو لم ينطبق كل افراد المجتمع، او كل اقليم الدولة، فيمكن ان يكون العرف قاصراً على فئة او اصحاب مهنه معينه فقط، او على جزء من اقليم الدولة.

٢. **يجب ان يكون العرف ثابتاً ومطرداً:** وهذا الشرط يوجب ان يكون تطبيق الافراد للعرف بشكل مستمر ومتصل، أي انهم لا يلجأون للعرف لفترة ثم يتركونه، والاعتياد هو الذي يوفر الشهرة والشيوع للوقائع المادية المكونة للعرف بما يمكن من التحقق بوجود العرف بطريقة مؤكدة[١].

٣. **يجب ان يكون العرف قديماً:** أي ان يكون تكوين العرف استغرق فترة زمنية كافية تؤكد استقراره ورسوخه في نفوس الاخرين على نحو يسمح باستخلاص قاعدة قانونية وبما ينفي وصف البدعة او النزعة العابرة، وليس هناك تحديد للمدة التي يمكن ان يعد بموجبها عرفاً قديماً، فمسألة تحديد هذه المدة يتوقف على ظروف كل حالة، ويترك امر تقديرها لقاضي الموضوع.

٤. **يجب ان لا يخالف العرف النظام العام والآداب:** فلابد للعرف ان لا يخالف النظام العام والآداب العامة، وتطبيقاً لذلك لا يمكن عد العرف العشائري في اخذ الثأر المنتشرة في المجتمعات العربية وغيرها عرفاً او عادة ترقى الى العرف بالمعنى المقصود[٢].

ثانياً: الركن المعنوي: لا يمكن الاعتراف بالعرف كمصدر رسمي للقانون بالاستناد الى الركن المادي فقط، بل لابد ان يتوافر الركن المعنوي الذي يتمثل في وجود اعتقاد لدى الناس بان العرف الذي اعتادوا عليه اصبح ملزماً لهم، ويقترن بجزاء مادي توقعه السلطة المختصة فيما اذا خالفوه، وليس من السهل تحديد الوقت الذي يتوافر فيه الركن المعنوي، لان الاعتقاد بان العادة قد اصبحت ملزمة ينشأ تدريجياً، والركن المعنوي للعرف هو الذي يميزه عن غيره من قواعد المجاملات والعادات الاجتماعية، فمثل هذه القواعد والعادات تتوافر فيها الشروط اللازمة للركن المادي كونها عامة وقديمة وثابته، ولكن لم ينشأ لدى الافراد الشعور بانها ملزمة[٣].

الفرع الثاني: الدليل على مشروعية

ان الاعتداد بالعرف والاعتقاد بإلزاميته يجب ان يستند الى دليل يضفي عليه المشروعية، حتى يكون حجة على الناس كافة، ومن ثم لا يمكن التحلل منه، واتفق اغلب الفقهاء المسلمين بان العرف يعد من الادلة الشرعية التي يمكن للمجتهد الرجوع اليه لاستنباط الحكم الشرعي في

---

[١] د. السيد صالح عوض، اثر العرف في التشريع الاسلامي، دار الكتاب الجامعي للنشر، القاهرة، من دةن سنة نشر، ص١٨٩.

[٢] د. عبدالكريم الطالب، العرف في القانون المدني المغربي، ط١، مكتبة المعرفة للنشر، مراكش، ٢٠١٥م، ص١٠٤.

[٣] المحامي محمود صالح المحمود العلواني، المصدر السابق, ص١٢٠.

القضايا المنظورة امام القاضي في حالة خلو النص الشرعي من الحكم، وقد استند الفقهاء المسلمين للأخذ بحجية العرف الى العديد من الادلة وهي:

اولاً: القرآن الكريم: ان الأدلة على العرف من القرآن، يُستدل عليها بآيات عدة منها: قوله تعالى: ﴿خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ﴾[١]. وهي أصل الاستدلال على العرف من الكتاب وأشهرها، ووجه الاستدلال بهذه الاية، ان الله قد أعاد الناس إلى أعرافهم السليمة في الأقوال الحسنة والأفعال الجميلة والأخلاق الكاملة مع الناس جميعاً. وقوله تعالى: ﴿وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾[٢]، فالآية الكريمة لم تحدد مقدار مهر النساء، وترك ذلك للعرف يتولى تحديد مقدار المهر[٣]. ومن خلال ما تقدم نجد ان العديد من الآيات التي تعد ادلة يمكن الاستناد اليها من اجل الرجوع الى الاعراف في حالة خلو الاحكام الشرعية عن معالجة بعض المسائل التي تتغير بتغير المكان والزمان.

ثانياً: السنة النبوية: ان السنة النبوية كدليل لاعتماد العرف يمكن ان تأتي بسنة قولية وردت في احاديث الرسول صلى الله عليه وسلم عن العرف واعتماده، وسنة فعلية من خلال الاعراف التي عمل بها الرسول صلى الله عليه وسلم واضفى عليها الشرعية. وبالرجوع الى ما روي عن الرسول صلى الله عليه وسلم نجد هناك اشارة الى العرف، فقد روي ان النبي صلى الله عليه وسلم قال: "ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن، وما رآه المسلمون قبيحاً فهو عند الله قبيح"[٤]. فالحديث يدل على ان حسن الامور وقبحها مرده اعتبار المسلمين، فالحسن عند الله ما حسنه المسلمون، والسيء ما سوأه المسلمون، فكان ذلك دليلاً على اعتبار العرف، وهذا الحديث هو أصل الاستدلال على حجية العرف من السنة وأشهرها. ووجه الاستدلال هو أن المقصود ما رآه المسلمون بعقولهم مستحسناً، وإلا لو كان حسنه بالدليل الشرعي لم يكن من حسن ما يرون، إذ لا مجال للعقول في التشريع، فدل على أن المقصود ما رأوه برأيهم، وإذا كان كل ما رآه المسلمون بعقولهم مستحسناً، قد حكم بحسنه عند الله سبحانه وتعالى فهو حق لا باطل فيه، والأمة لا

---

[١] سورة الاعراف، الآية: ١٩٩.

[٢] سورة النساء، الآية: ٤.

[٣] محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني، فتح القدير، ج٢، ط١، دار ابن كثير للنشر، دمشق، ١٤١٤ه، ص٤٢٧٩ د. أحمد فهمي ابو سنة، العرف والعادة في رأي الفقهاء، دار العلم للنشر، بيروت، ١٩٩٩م، ص٢٣.

[٤] الحديث أورده الإمام أحمد في المسند، عن عبد الله بن مسعود (ﷺ)، قال: "إن الله نظر في قلوب العباد، فوجد قلب محمد صلى الله عليه وسلم خير قلوب العباد، فاصطفاه لنفسه، فابتعثه برسالته، ثم نظر في قلوب العباد بعد قلب محمد، فوجد قلوب أصحابه خير قلوب العباد، فجعلهم وزراء نبيه، يقاتلون على دينه، فما رأى المسلمون حسنا، فهو عند الله حسن، وما رأوا سيئا فهو عند الله سيئ"، أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل= =بن هلال بن أسد الشيباني، مسند الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، ط١، مؤسسة الرسالة، كراتشي، ١٤٢١هـ- ٢٠٠١ م، الباب (حديث العباس)، رقم الحديث (٨٥٨٣)، ص٣٤٥.

تجتمع على باطل، فاجتماعهم على حسن شيء يدل على حسنه شرعاً، لأن الله تعالى لا يحكم بحسن الباطل فإذا كان العرف مما استحسنه المسلمون كان محكوماً بحقيقته واعتباره، وفي هذه الحال إن الحديث يدل على اعتبار العرف، وهو دليل من الأدلة التي يستدل به العلماء قديماً وحديثاً على اعتبار العرف في الكثير من الأحكام[١].

وروي أن هند بنت عتبة قالت: يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح، وليس يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم فقال (ﷺ): "خذي ما يكفيكي وولدك بالمعروف"[٢]

وهذا دليل اخر من السنة على اعتبار العرف، بجواز أن تأخذ الزوجة ما جرى به العرف من مال زوجها سراً لنفقتها ونفقت أولادها من دون مجاوزة المتعارف به[٣].

كما ان النبي صلى الله عليه وسلم قد اخذ بالعرف، فقد بعث رسول الله ولأهل الجاهلية عاداتهم واعرافهم فلم يبطلها، وانما فرق فيها بين الصالح والفاسد، فاقر منها الاعراف الصحيحة التي يمكن ان تتفق مع الاحكام الشرعية التي جاء بها الاسلام، وابطل الاعراف الفاسدة التي تخالف الاحكام الشرعية التي جاء بها الاسلام، وعدل الاعراف التي تحتاج الى تعديل. وان ما ورد عن الرسول صلى الله عليه وسلم، يبين بصورة قاطعة اقراره للعرف كدليل يمكن الرجوع اليه لاستنباط الاحكام الشرعية، وان الرسول صلى الله عليه وسلم لم يأخذ بهذه الاعراف لمجرد كونها اعراف كانت سائدة آنذاك، وانما كان اقراره لهذه الاعراف لما يتحقق بها مصلحة راجحة للمسلمين، وفيها تيسير في المعاملات[٤].

ثالثاً: الاجماع: اقر الفقهاء المسلمين العرف في احكامهم، وعدوه من الادلة التي يمكن الاعتماد عليها لاستنباط الاحكام، فقد ذهب الحنفية الى القول بان "يُعْتَبَرُ الْعُرْفُ إذَا لَمْ يُوجَدْ التَّصْرِيحُ بِخِلَافِهِ"[٥]. وقولهم "الثَّابِتُ بِدَلَالَةِ الْعُرْفِ كَالثَّابِتِ بِدَلَالَةِ النَّصِّ فَلَا يَرْجِعُ بِهِ إلَّا أَنْ يَكُونَ شَرَطَ ذَلِكَ فِي أَصْلِ الضَّمَانِ فَحِينَئِذٍ يَرْجِعُ؛ لِأَنَّ الْعُرْفَ إنَّمَا يُعْتَبَرُ عِنْدَ عَدَمِ التَّصْرِيحِ"[٦].

---

[١] أبي عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي الرازي الملقب بفخر الدين الرازي خطيب الري، المحصول، دراسة وتحقيق: الدكتور طه جابر فياض العلواني، ط٣، مؤسسة الرسالة للنشر، عمان، ١٩٩٧م، ص ٤٢؛ الشاطبي، إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي، الاعتصام، تحقيق: سليم بن عيد الهلالي، ط١، دار ابن عفان للنشر، السعودية، ١٩٩٢م، ص٦٣٦، ٦٥٥، ٨٧٠.

[٢] أخرجه البخاري في صحيحه، النفقات، باب "إذا لم ينفق الرجل فالمراة أن تأخذ بغير علمه مايكفيها وولدها"، رقم الحديث (٥٠٤٩)، ج٥، ص٢٠٥٢.

[٣] ابن اللحام، علاء الدين أبي الحسن علي بن محمد بن عباس البعلي الدمشقي الحنبلي، القواعد والفوائد، تحقيق: عبد الكريم الفضيلي، المكتبة العصرية للنشر، الرياض، ١٩٩٩ م، ص٣٩٢ .

[٤] د. محمد مصطفى شلبي، اصول الفقه الاسلامي، ط١، دار الكتب للنشر، دمشق، ١٩٩٥م، ص٣٢٩.

[٥] السرخسي محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، ج٤، دار المعرفة، بيروت، ١٩٩٣م، ص١٥٢.

[٦] السرخسي، ج٤, مصدر سابق، ص٢٢٧.

وذهب الحنابلة[١] الى "أَنَّ الْمُطْلَقَ يُحْمَلُ عَلَى الْعُرْفِ، وَالْعَادَةُ فِي الصَّدَاقِ الْآجِلِ تَرْكُ الْمُطَالَبَةِ بِهِ إلَى حِينَ الْفُرْقَةِ".

اما الشافعي[٢]، فقد انشأ مذهباً جديداً في مصر اطلق عليه اسم المذهب الجديد، قرر فيه بعض الاحكام التي خالفت الاحكام التي اقرها في العراق، وعندما سئل عن السبب في هذا الاختلاف قال: ان اعراف اهل مصر وتقاليدها تختلف عن اعراف وتقاليد اهل العراق فلكل دولة اعراف خاصة بها ويجب ان تتلائم احكامها مع اعرافها الصحيحة.

اما الامام مالك[٣] فنجد انه جعل العرف مخصصاً للنص، فقد خصص قوله تعالى ﴿والوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين﴾[٤]، بالعادة اذ استثنى المرأة الشريفة التي تتضرر بالرضاع، يقول القرطبي: "واختلف الناس في الرضاع هل هو حق للام او هو حق عليها، واللفظ محتمل, ولكن هو عليها في حال الزوجية وهو عرف يلزم اذ قد صار كالشرط الا ان تكون شريفة ذات ترفه فعرفها الا ترضع وذلك كالشرط"[٥].

اما الجعفرية[٦], فقد ورد عنهم الرجوع الى العرف والعادة كلما تطلب الامر ذلك ففي حالة اختلاف الزوجان حول استلام الزوجة المهر من عدمه بعد تسليمها لنفسها للزوج, يتم الرجوع الى العرف لان العادة جارية بان المرأة لا تسلم نفسها الا بعد قبض المهر, فإذا ادعت المرأة خلاف العرف والعادة فعليها البينة.

الفرع الثالث: حجية العرف

اتفقت المذاهب الإسلامية على اعتبار العرف، ولا خلاف بين العلماء من الحنفية[٧]، والمالكية[٨]، والشافعية[١]، والحنابلة[٢]، والجعفرية[٣] على اعتماد العرف في كثير من الأحكام الشرعية بين

---

(١) أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد، الشهير بابن قدامة المقدسي، المغني، تحقيق: الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي، والدكتور عبد الفتاح محمد الحلو، ج١٠، ط٣، عالم الكتب للنشر، الرياض، ١٩٩٧م، ص١١٥.

(٢) السيوطي، الاشباه والنظائر، ج١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٠٣ه، ص٩٠؛ زين الدين أبي الفرج عبد الرحمن ابن شهاب الدين البغدادي ثم الدمشقي الشهير بابن رجب، فتح الباري، ج٢، ط٢، دار ابن الجوزي للنشر، السعودية، ١٤٢٢ه، ص٤٠٦.

(٣) القرافي، شهاب الدين احمد ابن ادريس الصنهاجي، شرح تنقيح الفصول، ج٢، شركة الطباعة الفنية المتحدة, بيروت، ص١٩٤.

(٤) سورة البقرة، الاية: ٢٣٣.

(٥) القرطبي أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي، تفسير القرطبي، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، ج٣، ط٢، دار الكتب المصرية للنشر، القاهرة، ١٩٦٤م، ص١٦١.

(٦)ابى جعفر محمد بن الحسن الطوسى, الخلاف, ج٥, مؤسسة النشر الاسلامي, قم, ١٤٢٠ه, , ص١٠٠.

(٧) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ج١، مصدر سابق، ص٧٩-٨٠؛ محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، أصول السرخسي، ج١، دار المعرفة للنشر، بيروت، ص ١٩٠-١٩١؛ أحمد بن علي أبي بكر الرازي الجصاص الحنفي، الفصول في الأصول، ج٤، ط٢، وزارة الأوقاف الكويتية، ١٩٩٤م، ص١١.

(٨) الشاطبي، إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي، الموافقات، ج٢، ط١، دار ابن عفان للنشر، الرياض، ١٩٩٧م، ص ٤٨٩ ٤٩٩؛ أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي، الفروق، تحقيق: خليل المنصور، ج٣، دار الكتب العلمية للنشر، بيروت، ١٩٩٨م، ص ٢٧٥-٢٧٦.

الناس، وإن اختلفوا في التفاصيل والجزئيات والفروع وحتى الأمثلة أحياناً، لما له من تأثير واسع في استنباط الأحكام والاجتهاد فيها، وذلك لأن كثيراً من أعمال الناس وألفاظهم ومعاملاتهم وشؤون حياتهم تقوم على ما اعتادوه وتعارفوه، فلا بد من النظر إلى هذا المألوف المتعارف حين استخراج الحكم الشرعي للمسائل المتجددة أو المشكلات التي تنشأ بين الناس.

والقواعد الشرعية المعتمدة على النصوص لا تستوعب جميع التفصيلات والمسائل المتجددة، وإنما تتخذ أساساً في نصها أو روحها للاجتهاد وبيان الأحكام، والعرف يساعد في هذا الاجتهاد ويعين المجتهد على تفهم الواقعة وتطبيق الحكم الشرعي عليها، سواء أكان ذلك في معاني الكلمات وعبارات الناس أم في معاملاتهم وعقودهم، حتى أصبح العرف الصحيح وسيلة إلى تبدل الأحكام وتغيرها باختلاف أعراف الناس في بيئاتهم المختلفة وأماكنهم المتغايرة[٤].

ولا يعد اختلاف الأحكام باختلاف العادات اختلافاً في أصل خطاب الشارع، بل معنى هذا الاختلاف أن العادات إذا اختلفت اقتضت كل عادة حكماً يلائمها. ولهذا السبب فان الأئمة المجتهدين كانوا يغيرون الفتوى حسب تغير العرف، وكذلك كان فقهاء المذاهب يفعلونه مع فتاوى أئمتهم المبنية على العرف، متى تحققوا أن العرف قد تغير وأن الواقعة أصبحت تستحق حكما آخر غير ما قرره الأئمة من قبل، وقد عدل عدد من الفقهاء في فتاويهم عن المشهور في المذهب وبنوها على العرف[٥].

وقد أثرى المذهب الحنفي من العرف ثراء بالغاً: أصولاً وقواعداً وفروعاً ومسائل، واعتبروا العرف في كثير من الأحكام ولاسيما في أحكام العقود والمعاملات، وذلك من عهد الإمام أبو حنيفة وصاحبيه (أبو يوسف ومحمد)، ومروراً بأئمة المذهب ومخرّجيه، إلى زمن المتأخرين[٦].

---

(١) محمد بن محمد الغزالي أبي حامد، المستصفى من علم الأصول، تحقيق: محمد عبد السلام الشافعي، ج١، ط١، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، ١٤١٣هـ، ص١٤٠؛ حسن بن محمد بن محمود العطار الشافعي, حاشية العطار، ج ٢، دار الكتب العلمية للنشر, عمان, ص٣٩٩؛ السيوطي، الأشباه والنظائر، مصدر سابق، ص٩٠؛ السبكي، مصدر سابق، ج١, ص٥٠.

(٢) نجم الدين أبي الربيع سليمان بن عبد القوي بن عبد الكريم بن سعيد الطوفي، شرح مختصر الروضة، تحقيق: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، ج١، ط١، مؤسسة الرسالة للنشر، بيروت،١٩٩٠م، ص٤٨٦–٤٨٩.

(٣) الطوسي، ابى جعفر محمد بن الحسن الطوسي، كتاب الخلاف، ج٥، مؤسسة النشر الاسلامي للنشر, قم، ١٤٠٩ه, ص١١٦.

(٤) د. مصطفى ديب البغا، أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي، ج٢، ط٣، دار العلوم للنشر، دمشق، ١٩٩٩م، ص٢٥٠ .

(٥) البرديسي، أصول الفقه، ٢٠٠٣م, ط٢, دار الكتب العلمية, بدون مكان للنشر، ص ٣٣٦؛ (نظرية العرف في الفقه الإسلامي) للدكتور إبراهيم فاضل الدبو، الأستاذ بكلية الشريعة - جامعة بغداد (مجلة مجمع الفقه الإسلامي), ج ٥، ص ٢٦١٦.

(٦) ابن عابدين، حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج٣، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، ٢٠٠٠م، ص٣٧٩.

ويعد المذهب **المالكي** العرف أصلاً من الأصول الفقهية، وهو أكثر المذاهب بتحكيم العرف، واعتبار العوائد، ويرجعون إليه في كثير من المسائل؛ كالعادات اللفظية الخاصة بألفاظ صيغ المتعاقدين، والألفاظ الجارية بين الناس في تعاملاتهم[١].

ومذهب الشافعية اعتبروا العرف في كثير من الأحكام فيما لم يرد الشرع به مطلقاً، وما أطلقه الشرع ولم يكن محدوداً في اللغة كان الرجوع في حده إلى العرف كالقبض في المبيعات، والإحراز في المسروقات، وما كان العرف وزناً جعلت أصله الوزن، وإن كان العرف كيلاً جعلت أصله كيلاً[٢].

وهذا هو سر تغير اجتهادات الإمام الشافعي في مسائل كثيرة توصل إليها حين كان في بلاد العراق، فلما انتقل إلى مصر ورأى تغير أعراف الناس وعاداتهم، عدل عن كثير من أقواله في العراق، حتى صارت اجتهاداته الجديدة تعرف بالمذهب الجديد والتي عدل فيها عما في المذهب القديم[٣].

وأما مذهب الحنابلة فكان له حظ وافر من اعتبار العوائد، وبناء الأحكام عليها ورد ما يلزم رده منها إلى العرف، فهم كغيرهم من أصحاب المذاهب يلاحظون العرف في كثير من فتاواهم وأحكامهم وخاصة في باب المعاملات لأنهم يتوسعون فيها ويعتبرون المعاني والمقاصد، وفي صيغ العقود ينظرون كثيراً إلى ما تعارف عليه الناس.

واما مذهب الجعفرية[٤], فقد اتفقوا مع فقهاء بقية المذاهب الاسلامية من خلال الرجوع الى الاعراف السائدة للاستدلال باحكامها في فتاواهم, ومن هذه المسائل ما يتعلق بالمهور وكيفية تقديمها ومهر المثل, وفي حالة اختلاف الزوجين حول قبض المهر من عدمه وغيرها الكثير من المسائل.

ومما تقدم يتبين أن الفقهاء قديماً وحديثاً باختلاف مذاهبهم قد أخذوا بالعرف وعدوه دليلاً يبنى عليه كثير من الأحكام ومرجعاً في تفسير النصوص وبيان ما ترمي إليه.

المبحث الثاني: اعمال العرف في الصفات المعتبرة في الكفاءة في الزواج

من اجل الاحاطة بموضوع اعمال العرف على الكفاءة في الزواج، وبيان موقف الفقه الاسلامي من اعمال العرف فيه، يلزم بيان المقصود من الكفاءة في الزواج، ومن ثم البحث في اثر العرف

---

(١) القرافي، الفروق، ج٣، مصدر سابق، ص٦٢.

(٢) الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي، الحاوي الكبير، تحقيق: الشيخ علي محمد معوض، ج٥، ط١، دار الكتب العلمية للنشر، بيروت، ١٩٩٩م، ص٤٤ و١٠٧.

(٣) الماوردي، الحاوي الكبير، ج٣, مصدر سابق، ص٢٢٦.

(٤) الطوسي ، كتاب الخلاف، ج٥, المصدر السابق, ص١١٦.

على الكفاءة في الزواج، وهذا يتم من خلال تقسيم هذا المبحث الى مطلبين، يكون المطلب الاول للبحث في ماهية الكفاءة في الزواج، ويخصص المطلب الثاني لبيان اثر العرف على الكفاءة في الزواج في الفقه الاسلامي والقوانين المقارنة، وفق الاتي:

المطلب الأول: ماهية الكفاءة في الزواج

بيان ماهية الكفاءة والمقصود منها لها اهمية لا يمكن اغفالها، كما ان فقهاء الشريعة الاسلامية لم يتفقوا على اعتبار الكفاءة في الزواج كشرط من عدمه، لهذا يمكن التفصيل في هذا المطلب من خلال تقسيمه الى فرعين: يكون الفرع الاول لتعريف الكفاءة في الزواج، اما الفرع الثاني يكون لاشتراط الكفاءة في الزواج، على التفصيل الاتي:

الفرع الأول: تعريف الكفاءة في الزواج

من اجل الالمام بتعريف الكفاءة في الزواج، فيستلزم بيان تعريف الكفاءة لغة، وفي الاصطلاح الشرعي والقانوني، على وفق الاتي:

اولاً: الكفاءة لغة: الكَفاءَةُ: مصدرُ الكُفْءِ[١]، ويقال الكفاءة تعني النظير والمساوي[٢]، وقيل في الكفاءة ايضاً وَكُلُّ شَيْءٍ سَاوَى شَيْئًا فَهُوَ مُكَافِئٌ لَهُ[٣].

ثانياً: الكفاءة في اصطلاح الفقهاء: لقد وردت العديد من التعريفات للكفاءة في اصطلاح الفقهاء المسلمين: فقد عرفها الحنفية بانها مساواة مخصوصة بين الرجل والمرأة[٤]. كما عرفها فقهاء المالكية[٥]، بانها هي المماثلة والمقاربة في التدين والحال أي السلامة من العيوب الموجبة للخيار. وعرفها الشافعية[٦]، بانها امر يوجب عدمه عاراً. اما فقهاء الحنابلة[٧]، فقد عرفوا الكفاءة في الزواج بان يكون الزوج مساوياً للمرأة في حسبها ودينها ونسبها وبيتها. واخيراً فقد عرف الكفاءة فقهاء الجعفرية[٨]، بانها الحالة التي يتساوى فيها الزوجين في الصفات التي تعبر من الكفاءة.

---

(١) أبو إبراهيم إسحاق بن إبراهيم بن الحسين الفارابي، معجم ديوان الأدب، تحقيق: دكتور أحمد مختار عمر، ج٤، مؤسسة دار الشعب للنشر، القاهرة، ٢٠٠٣م، ص١٨٢.

(٢) ابن منظور، لسان العرب، ج١، مصدر سابق، ص١٣٩.

(٣) زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي، مختار الصحاح، حقق: يوسف الشيخ محمد, ج١، ط٥, المكتبة العصرية للنشر, بيروت، ص٢٧٠.

(٤) محمد علاء الدين بن علي الحصكفي، الدر المختار، ج٣، ط٢, دار الفكرللنشر, بيروت, ١٩٩٢م، ص٨٤.

(٥) الدردير، الشرح الكبير، ج٢، دار الفكر, بدون مكان النشر، ص٢٤٨.

(٦) الشربيني، شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي ,مغني المحتاج، ج٣، ط١, دار الكتب العلمية للنشر, بدون مكان للنشر، ١٩٩٤م, ص٢١٩.

(٧) محمد بن ابي الفتح العلي الحنبلي ابو عبدالله، المطلع على ابواب المقنع، ج١، دار الكتب العلمية للنشر, بدون مكان للنشر, ص٣٢١.

(٨) محمد بن جمال الدين مكي العاملي، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، ج٥، ط١, دار الفكر للنشر, بيروت, ١٩٦٥م، ص٢٣٤.

ثالثاً: الكفاءة في القانون: ان تعريف الكفاءة في القانون يلزم اولاً تعريفه في الفقه القانوني، ومن ثم تعريفه في التشريعات القانونية المقارنة.

١. الكفاءة في الفقه القانوني: لقد عرف فقهاء القانون الكفاءة بتعريفات مختلفة، فقد عرف جانب من الفقه[١] الكفاءة في الزواج: بـ "ان يكون الزوج مساوياً للزوجة في امور او صفات معينة او اعلى منه في هذه الصفات".

وعرفها جانب آخر من الفقه[٢] بانها "المماثلة والمساواة بين الزوجين في امور مخصوصة ينبني عليها صلاح الزوجية وسعادتها، ويترتب على الاخلال بها فشل الحياة الزوجية وعدم استقرارها، وتعير الزوجة واهلها بهذا الزواج".

٢. الكفاءة في التشريعات المقارنة: من خلال الرجوع الى موقف قانون الاحوال الشخصية العراقي، نجد ان المشرع العراقي لم يورد نصاً يعرف فيه الكفاءة في الزواج، وقد احالنا المشرع العراقي لتعريف الكفاءة في الزواج الى الفقه الاسلامي كلما دعت الحاجة لبيان المقصود من الكفاءة، وذلك بموجب احكام الفقرة الثانية من المادة الاولى من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل التي نصت على أن "اذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعه الاسلامية الاكثر ملائمة لنصوص هذا القانون"، وبهذا يمكن الرجوع الى اراء وتعريفات الفقهاء للكفاءة من اجل استخلاص تعريف للكفاءة في الزواج.

اما قانون الاحوال الشخصية الاماراتي فلم يعرف الكفاءة في الزواج كذلك على الرغم من انه قد نص على اغلب احكام الكفاءة في الزواج، وبذلك يكون المشرع الاماراتي هو ايضاً قد احال مسألة تعريف الكفاءة في الزواج الى الفقه الاسلامي يتم الرجوع الى اراء الفقهاء لاستخلاص التعريف الخاص بالكفاءة في الزواج.

اما قانون الاحوال الشخصية السوري فقد بين احكام الكفاءة بشكل مفصل، وكل ما يتعلق بالكفاءة في الزواج، الا ان المشرع السوري لم يورد نص يعرف فيه الكفاءة في الزواج، وبذلك يكون موقف المشرع السوري مماثل لموقف قانون الاحوال الشخصية العراقي والاماراتي، اما في التشريع السوري ومن اجل تعريف الكفاءة فانه يتم الرجوع الى نص المادة (٣٠٥) من قانون الاحوال الشخصية السوري والتي تنص على انه "كل مالم يرد عليه نص في هذا القانون يرجع

---

[١] د. فاروق عبدالله كريم، الوسيط في شرح قانون الاحوال الشخصية العراقي, جامعة السليمانية للنشر, ٢٠٠٣م، ص٩٥.

[٢] في تعريف الفقه للكفاءة في الزواج ينظر: نور الهدى بقيرة، الكفاءة في الزواج، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية العلوم الانسانية والاجتماعية، جامعة محمد بو ضياف، الجزائر ٢٠٢٠م، ص٣٨.

فيه الى القول الارجح في المذهب الحنفي"، فبموجب هذا النص اذا ما اريد تعريف الكفاءة فانه يتم الرجوع الى المذهب الحنفي من اجل تعريف الكفاءة في الزواج.

واخيراً فان قانون الاحوال الشخصية الجزائري قد نهج النهج نفسه مع بقية القوانين المقارنة، اذ لم يعرف الكفاءة في الزواج، وترك تعريفها للفقه يتم الرجوع اليه لبيان التعريف الذي يتلائم مع الاعراف السائدة في المجتمع.

ويتضح مما تقدم من موقف التشريعات المقارنة ان هذه التشريعات لم تورد نصاً لتعريف الكفاءة في الزواج، وتركوا التعريف للفقه يتولى وضعه بما يتلائم مع التقدم الحاصل في المجتمع والاعراف المستجدة وتاثيرها على الصفات المعتبرة في الكفاءة، وحسناً فعلت التشريعات المقارنة بعدم ايراد تعريف للكفاءة في الزواج، اذ ان ايراد التعريف هو من عمل الفقه وليس من عمل المشرع، وان ايراد التعريف في نصوص جامدة قد تؤدي الى جمود التعريف وعدم مواكبته للتطور الحاصل في المجتمع، أو ظهور اعراف جديدة تبين الصفات المعتبرة في الكفاءة، لهذا ترك ايراد التعريف للفقه هو الافضل لامكانية مواكبة التعريف للاعراف وتغيرها بتغير الزمان والمكان.

عليه من كل ما تقدم من خلال هذه التعاريف يتّضح أن الكفاءة هي المساواة بين الزوجين في أوصاف مخصوصة، يُعد وجودها عامل استقرار بينهما، كما يعد فقدها منغِّصاً للحياة الزوجية في غالب الأحوال، أو بتعبير أدق هي: أن يصلح كل من الزوجين للآخر في عرف المسلمين.

ونلاحظ أن أصحاب المذاهب الفقهية في تعريفهم للكفاءة يذكرون الخصال التي أداهم اجتهادهم إلى اعتبارها، فالمالكية مثلاً في تعريفهم . للكفاءة . قالوا والمراد بها المماثلة في: الحال، والدين. والحنابلة لم يذكروا في التعريف سوى ما يُعتبر في الكفاءة وهو الدّين والمنصب، وأما الشافعية فإنهم قد عرّفوا الكفاءة بتعريف مستقل دون النظر إلى ما يُعتبر فيه فقالوا "هي أمرٌ يوجِبُ عدمُه عاراً"، فكان تعريفهم أدقَّ من غيرهم. ومن خلال تعريف الشافعيّة يتبيّن بأن مسألة الكفاءة في النكاح سوى الدين خاضعة للعرف والعادة فما عدّه الناس نقصاً وعاراً فهو من خصالها أي من الصفات غير المستحبة في الرجل وما لم يعده الناس عاراً يكون من الصفات المحببة في الكفاءة في الزواج، لأن أصل الكفاءة معتبر في الشرع، وأما خصال الكفاءة التي ذكرها الفقهاء فإنما ذكروها لمِا قام في عرفهم من خصال.

الفرع الثاني: اشتراط الكفاءة في الزواج

لقد اهتم فقهاء المذاهب الاسلامية بالكفاءة، واختلف الفقهاء بين اشتراط الكفاءة في الزواج، من عدمه على الاقوال الاتية:

القول الاول: لقد ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية[١]، والمالكية[٢]، والشافعية[٣]، والحنابلة[٤]، الى القول بان الكفاءة تعد من شروط لزوم الزواج، باستثناء البعض من الحنفية الذين يرونها من شروط الصحة، فاذا لم يكن الزوج كفء للزوجة جاز للاولياء والزوجة طلب فسخ عقد الزواج، ولكون عقد الزواج يكون على التأبيد وتتطلب به مصالح عديدة تم الزواج من اجلها، فهذا العقد لا يتأبد ولا تتحقق المصالح المرجوة منه الا اذا كان هناك تقارب بين الزوجين يساعد على توثيق الصلات وربط عرى المودة والرحمة بينهما، ولكون الزوجة هي امانة لدى الزوج مما يقتضي ان يكون الزوج مقارباً لها من حيث الكفاءة او افضل منها في عرف الناس ليسعد الطرفان بمسيرة العمر المشتركة بينهما.

وذهب البعض من فقهاء الحنفية[٥]، الى القول ان شرط الكفاءة معتبر في الزواج وهو شرط صحة يلزم توفره لصحة الزواج، وفي حالة اختلال شرط الكفاءة فان العقد لا يصح، وان العبرة بشرط الكفاءة قبل ابرام العقد، اما اذا اختل شرط الكفاءة بعد الزواج فلا تستطيع الزوجة ولا اوليائها المطالبة بفسخ عقد الزواج لانتفاء شرط الكفاءة، وان الكفاءة حق للنساء فقط دون الرجال لكون الرجل يملك الطلاق، فاذا وجد زوجته دونه كفاءة استخدم حقه في الطلاق، اما الزوجة فانها لا تملك ايقاع الطلاق اذا كان زوجها دونه كفاءة.

واستدل القائلون بان الكفاءة بالزواج هي شرط في الزواج على الادلة الاتية:

أولاً: السنة النبوية: فقد ورد عن الرسول الكريم العديد من الاحاديث التي استند اليها جمهور الفقهاء للقول بان الكفاءة معتبرة في الزواج ومن هذه الاحاديث، «لَا يُزَوِّجُ النِّسَاءَ إِلَّا الْأَوْلِيَاءُ، لَا تُنْكِحُوهُنَّ إِلَّا مِنَ الْأَكْفَاءِ»[٦].

ثانياً: المعقول: ان المصالح لا تتحقق الا بين الاكفاء، والنكاح شرع لاستقامة وانتظام تلك المصالح، لان الشريفه لا ترغب بالعيش مع الخسيس، ولابد من اعتبار الكفاءة من جانب الرجل لان الزوج لا يتأثر بعدم الكفاءة، لأن بيده الطلاق ان لم تكن الزوجة كفؤاً له، وان عدم الكفاءة

---

[١] علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج٢، ط٢, دار الكتب العلمية للنشر, بدون مكان للنشر,١٩٨٦م ، ص٣٢٠.

[٢] محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي، ج٢، دار الفكر للنشر، بيروت، من دون سنة نشر، ص٢٥٠.

[٣] الشربيني، مغني المحتاج، ج٣, مصدر سابق، ص٢١٩؛ قليوبي، حاشية قليوبي، ج٣، دار الفكر للنشر, بيروت, ١٩٩٨م، ص٢٣٤.

[٤] ابن عابدين، رد المحتار، ج٣، مصدر سابق، ص٨٤.

[٥] الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج٢، مصدر سابق، ص٣٢٠.

[٦] أبو عثمان سعيد بن منصور بن شعبة الخراساني الجوزجاني، سنن سعيد بن منصور، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي ج١، ط١، دار السلفية للنشر، الهند، ١٩٨٢م، باب (لا نكاح الا بولي)، رقم الحديث (٥٣٧)، ص١٧٧.

يؤدي الى تفكك الرابطه الزوجية، وان الرجل الوضيع الذي لاتكون له القوامه يقل احترامه وتقديره، فضلاً عن عدم رضا اولياء المرأة من مصاهرة من لايناسبهم في دينهم وجاههم ونسبهم ويكون ذلك معرة لهم.

القول الثاني: ذهب فريق اخر من الفقهاء[١]، الى القول بأن الكفاءة غير معتبرة في الزواج ولا تعد لا شرط صحة ولا شرط لزوم، ومن الممكن للمرأة ان تتزوج ممن هو دونها كفاءة ولا يمكن ان يكون فوات الكفاءة سبباً للمطالبة بفسخ العقد، ولان الكفاءة لو كانت معتبرة في الزواج لكانت معتبرة في الجنايات، فلما لم تكن معتبرة في الجنايات اذ يقتل العالم بالجاهل والشريف بالوضيع فان عدم اعتبارها في الزواج اولى، وقد استند اصحاب هذا الرأي في قولهم الى العديد من الادلة في القرآن والسنة: فقال تعالى {إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ}[٢]، وقال الرسول الاكرم محمد صلى الله عليه وسلم «يَا أَيُّهَا النَّاسُ، أَلَا إِنَّ رَبَّكُمْ وَاحِدٌ، وَإِنَّ أَبَاكُمْ وَاحِدٌ، أَلَا لَا فَضْلَ لِعَرَبِيٍّ عَلَى عَجَمِيٍّ، وَلَا لِعَجَمِيٍّ عَلَى عَرَبِيٍّ، وَلَا أَحْمَرَ عَلَى أَسْوَدَ، وَلَا أَسْوَدَ عَلَى أَحْمَرَ، إِلَّا بِالتَّقْوَى أَبَلَّغْتُ»[٣]، وهو دليل على المساواة المطلقة.

ويتضح من الحديث الشريف وهو امر الرسول صلى الله عليه وسلم للمسلمين بالتزويج عند عدم الكفاءة، ولو كانت معتبرة لما امر، ولان التزويج من غير كفء غير مأمور به، وكذلك ان ابا حذيفة وكان ممن شهد بدر مع رسول الله صلى الله عليه وسلم تبنى سالماً وانكحه بنت اخيه هند بنت الوليد بن عتبة، وهو مولى لامرأة من الانصار، وكذلك امر النبي صلى الله عليه وسلم امرأة من قريش هي فاطمه اخت الضحاك بن قيس وهي من المهاجرات الاول ان تتزوج اسامه قائلا لها انكحي اسامة[٤].

وقولهم ان الدماء متساوية في الجنايات فيقتل الشريف بالوضيع والعالم بالجاهل فيقاس عليها عدم اشتراط الكفاءة في الزواج مطلقاً، لان الكفاءة ان كانت غير معتبرة في الجنايات فلا تكون معتبره في الزواج.

مناقشة القائلين بعدم اعتبار الكفاءة والرد عليهم:

---

[١] السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج٥, ص٢٢؛ كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي، شرح فتح القدير، ج٣، دار الفكر للنشر، بيروت، ص٢٩٣.

[٢] سورة الحجرات، الاية: ١٣.

[٣] أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني، مسند الإمام أحمد بن حنبل، باب (حديث رجل من اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم)، رقم الحديث (٢٣٤٨٩)، مصدر سابق، ج٣٨, ص٤٧٤.

[٤] أحمد بن محمد بن أبى بكر بن عبد الملك القسطلاني القتيبي المصري، أبو العباس، شهاب الدين، إرشاد الساري لشرح صحيح البخاري، ج٨، ط٧، المطبعة الكبرى الاميرية للنشر، مصر، ١٣٢٣ه، ص١٩.

١. ان الاستدلال بقول الله تعالى (ان اكرمكم عند الله اتقاكم) وحديث الرسول الاعظم صلى الله عليه وسلم بان الفضل يكون بالتقوى هو يتعلق ويحمل على احكام الاخرة ولا يمكن حمله على احكام الدنيا، وان التساوي بين الناس يكون بالحقوق والواجبات ولا يتفاضلون الا بالتقوى، وفي غيرها من الاعتبارات الشخصية التي تقوم على اعراف الناس وعاداتهم، فالناس يتفاوتون ويتفاضلون فيما بينهم فهناك تفاضل في الرزق والثروة والعلم ومنازلهم الاجتماعية وهي من الفطرة الانسانية[١], كقوله تعالى **(الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ)**[٢].

ان قولهم بان الدماء متساوية في الجنايات فهو قياس مع الفارق، فان القصاص شرع لمصلحة الحياة كي لا يتجرأ دون الجاه والنسب على قتل ما دونه واعتبار الكفاءه في القصاص يفوت المصلحة منه، والكفاءة في الزواج لتحقيق مصالح الزوجين في دوام العشرة والمودة والالفة بينهما ولا يمكن تحققها الا باشتراط الكفاءة[٣].

القول الثالث: واخيراً، فقد ذهب فقهاء الجعفرية[٤]، الى القول بان الكفاءة وان كانت معتبرة في الزواج، الا انها حق للزوجة وحدها دون اوليائها، فاذا رضيت المرأة ان تسترش لمن هو دونها كفاءة فلا يحق للاولياء الاعتراض على ذلك، ويصح عقد زواجها ويعتبرها فقهاء الجعفرية شرط لزوم.

ويتضح مما تقدم من موقف فقهاء المسلمين انهم لم يتفقوا على مدى اعتبار الكفاءة شرط في عقد الزواج من عدمه، اذ أن البعض من الفقهاء قد اشترطوا الكفاءة في عقد الزواج، في حين قسم من الفقهاء قالوا بعدم اشتراط الكفاءة في الزواج، والراجح هو ان الكفاءة معتبرة في الزواج عند ابرام العقد، ولا يمكن التمسك بها بعد الزواج، وهي مقررة لمصلحة النساء دون الرجال.

المطلب الثاني: اعمال العرف في الصفات المعتبرة في الكفاءة بالزواج

بعد ان بينا المقصود من الكفاءة لغة وفي الاصطلاح الشرعي والقانوني، فانه من المهم توضيح الاثر الذي يمكن ان يظهره العرف على الصفات المعتبرة في الكفاءة في الزواج، ومدى تاثر فقهاء المسلمين بالاعراف السائدة عند الاعتداد بصفات الكفاءة في الزوج، وموقف القوانين المقارنة من دور العرف في الصفات المعتبرة في الكفاءة في الزواج، وهذا ما يتم بيانه من خلال تقسيم هذا المطلب الى فرعين، نخصص الفرع الاول لتوضيح دور العرف في الصفات المعتبرة

---

[١] سيد سابق، فقه السنة، ج٢، ط٣, دار الكتاب العربي للنشر، بيروت, ١٩٧٧م، ص١٤٤.
[٢] سورة النساء, الاية (٣٤).
[٣] د. وهبة مصطفى الزحيلي، الفقه الاسلامي وادلته، ج٩، ط٤، دار الفكر للنشر، دمشق، بدون سنة نشر، ص٦٧٣٩.
[٤] محمد بن جمال الدين مكي العاملي، ج٥, مصدر سابق، ص٢٣٤.

في الكفاءة في الزواج عند فقهاء المسلمين، ويكون الفرع الثاني لدور العرف على الصفات المعتبرة في الكفاءة بالزواج في القوانين المقارنة.

الفرع الأول: دور العرف في الصفات المعتبرة في الكفاءة بالزواج عند الفقهاء المسلمين

اختلف الفقهاء في الاوصاف التي تعتبر في الكفاءة والتي يجب ان تتوفر في الزوج ليكون كفء للزوجة، وهناك من الصفات المعتبرة في الكفاءة لا تتغير بتغير الزمان والمكان، وهناك من الصفات المعتبرة في الكفاءة والتي تتاثر بتغير الزمان والمكان وتغير الاعراف، وسوف نبين ذلك في مقصدين وكالاتي.

المقصد الأول: الصفات المعتبرة في الكفاءة والتي لاتؤثر عليها الاعراف

من الصفات المعتبرة في الكفاءة والتي لا يؤثر فيها العرف ولا تتغير بتغير الزمان والمكان هو صفة الكفاءة في الدين، **اذ** تعد الكفاءة في الدين من الثوابت التي يجب ان يبحث عنها في كل شخص يتقدم للزواج، وهذه الصفة لا تتغير بتغير الزمان والمكان وتغير الاعراف وقد اشار فقهاء المسلمين لهذه الصفة بشيء من التفصيل.

اذ ذهب فقهاء الحنفية[١]، الى القول "حتى لو أن امرأة من بنات الصالحين إذا زوجت نفسها من فاسق كان للأولياء حق الاعتراض عندهما؛ لأن التفاخر بالدين أحق من التفاخر بالنسب، والحرية والمال، والتعيير بالفسق أشد وجوه التعيير".

وذهب فقهاء المالكية[٢]، الى القول "المطلوبة في النكاح الدين أي المماثلة في الدين أي التدين أي كونه ذا دين أي غير فاسق".

في حين قال فقهاء الشافعية[٣]، "ان الكفاءة معتبرة في الدين ولا تتغير بتغير الزمان والمكان فلا يصح زواج الفاسق من الصالحة".

بينما ذهب فقهاء الحنابلة[٤]، بصدد الكفاءة في الدين الى القول "من احد شروط الكفاءة التدين لأن الفاسق مرذول مردود الشهادة والرواية غير مأمون على النفس والمال مسلوب الولاية ناقص عند الله وعند خلقه قليل الحظ في الدنيا والآخرة فلا يجوز أن يكون كفؤاً لعفيفه ولا مساوياً لها لكن كفؤاً لمثله فأما الفاسق من الجند فهو ناقص عند أهل الدين والمروءات".

---

(١) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج٢, مصدر سابق، ص٣٢٠.

(٢) الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج٢, مصدر سابق، ص٢٤٨.

(٣) الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي، الحاوي الكبير، حقق: الشيخ علي محمد معوض، ج٩، ط١، ١٩٩٩م، دار الكتب العلمية للنشر، بيروت، ص١٠١.

(٤) ابن قدامة المقدسي، المغني، ج٧، مصدر سابق، ص٣٧٤.

واخيراً فقد ذهب فقهاء الجعفرية[١]، الى القول "ان الكفاءة معتبرة في النكاح، وهي عندنا شيئان: الايمان وامكان القيام بالنفقة".

ويمكن القول مما تقدم من موقف جمهور الفقهاء المسلمين انهم متفقون على ان التدين من احد الصفات المعتبرة في الكفاءة في كل زمان ومكان، ولا تتاثر بتغير الاعراف التي قد تطرأ على المجتمع نتيجة تغير العادات والتقاليد.

المقصد الثاني: الصفات المعتبرة في الكفاءة وتاثرها بتغير الاعراف

هناك من الصفات المعتبرة في الكفاءة في الزواج والتي تتغير بتغير الزمان والمكان وتبدل الاعراف السائدة بين الناس، ومن هذه الصفات:

اولاً: النسب: ان للعرف دور مهم في اشتراط الكفاءة في النسب للزواج, وقد اختلف فقهاء المسلمين بهذا الشرط من شروط الكفاءة الى عدة اراء:

لقد ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية[٢], والشافعية[٣], والحنابلة[٤], الى اشتراط الكفاءة في النسب وأساس اعتباره العرف الذي يجعل النسب محل التفاخر والتفاضل والتعيير والمدح والهجاء.

في حين ذهب فقهاء المالكية[٥], الى القول لا يشترط الكفاءة في النسب للزواج ولم تجري العادة على اعتبارها من الصفات المطلوبة في الزواج.

اما فقهاء الجعفرية[٦], فقد ذهبوا الى القول بانه يستحب في الرجل الاصل الكريم, أي يكون ذو نسب شريف.

يستدل من موقف فقهاء المسلمين اعتمادهم على العرف في الكفاءة في الزواج ومواكبتهم للتغير الحاصل في عادات الناس بتغير الزمان والمكان.

ثانياً: العيوب: ان من المسائل المتعارف عليها بين الناس اعتبار العيب من الصفات التي يتم الاعتماد عليها في الزواج لتقرير الرفض او القبول، وقد بحث فقهاء المسلمين احكام العيب كونها من الصفات المعتبرة في الكفاءة في الزواج، ومدى تاثرها بتغير الاعراف بتغير الزمان والمكان.

---

(١) الحلي، أبي منصور الحسن بن يوسف بن المطهر الأسدي، مختلف الشيعة، ج٤، مؤسسة النشر الاسلامي، قم، ١٤١٨ه، ص٢٩٩.

(٢) الكاساني, بدائع الصنائع, ج٢, المصدر السابق, ص٣١٩.

(٣) الشربيني, مغني المحتاج, ج٣, المصدر السابق, ص٢٢٢.

(٤) البهوتي, كشاف القناع, ج١١, المصدر السابق, ص٣٠٩.

(٥) محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري أبو عبد الله, التاج والإكليل, ج٣, المصدر السابق, ص٤٦١.

(٦) عماد الدين أبي جعفر محمد بن على الطوسي, كتاب الوسيلة إلى نيل الفضيلة, تحقيق الشيخ محمد الحسون, ج٨, ط١, مطبعة الخيام للنشر, قم, ١٤٠٨ه, ص٢٩٠.

فقد ذهب فقهاء الحنفية[١]، والحنابلة[٢]، الى القول: ان من المتعارف عليه بين الناس ان صفات السلامة من العيوب لا تعد من الكفاءة، ولكنها تثبت للمرأة دون اوليائها لان الضرر مختص بها ولوليها منعها من نكاح المجذوم والابرص والمجنون.

في حين ان فقهاء المالكية[٣]، والشافعية[٤]، عدوا السلامة من العيوب من خصال الكفاءة، وهو ما كان متعارف عليه في زمانهم والعيوب المعتبرة عندهم الجنون والجذام والبرص فمن كان به عيب منهما سواء اكان رجلاً ام امرأة ليس كفؤاً للسليم من العيوب وذلك لكونه يختل بها مقصود النكاح.

اما فقهاء الجعفرية[٥]، فقد ذهبوا الى القول: "ان السلامة من العيوب تعتبر من شروط الكفاءة ولكن اذا رضت الزوجة ان تفترش لزوج فيه عيب فيصح العقد وليس لاولياءها الاعتراض".

يمكن القول مما تقدم ان ما ذهب اليه جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية من عد السلامة من العيوب من خصال الكفاءة حيث كان يتلائم مع الاعراف السائدة انذاك الا انه في الوقت الحاضر قد يغني عن السلامة من العيوب تمتع الرجل بوظيفة او بمركز اجتماعي او مالي يجعل منه متمتعاً بالكفاءة.

ثالثاً: الحرفة أو الوظيفة: ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية[٦]، والشافعية[٧]، والحنابلة[٨]، الى القول ان من خصال الكفاءة التي تعتبر في الزواج هو الدين والنسب والحرية والحرفة والمال فجميع ما ذكر تعد من الصفات التي يؤخذ بها في الكفاءة لتقرير مدى توفر الكفاءة من عدمه.

وبمناسبة الكلام عن الكفاءة في الحرفة، نشير إلى رأي الإمام أبي حنيفة رحمه الله، إلى كونها عرفية، فقال: "وَأَمَّا الْحِرْفَةُ، فَقَدْ ذَكَرَ الْكَرْخِيُّ أَنَّ الْكَفَاءَةَ فِي الْحِرَفِ وَالصِّنَاعَاتِ مُعْتَبَرَةٌ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ، فَلَا يَكُونُ الْحَائِكُ كُفْئًا لِلْجَوْهَرِيِّ وَالصَّيْرَفِيِّ، وَذُكِرَ أَنَّ أَبَا حَنِيفَةَ بَنَى الْأَمْرَ فِيهَا عَلَى عَادَةِ الْعَرَبِ أَنَّ مَوَالِيهِمْ يَعْمَلُونَ هَذِهِ الْأَعْمَالَ لَا يَقْصِدُونَ بِهَا الْحِرَفَ، فَلَا يُعَيَّرُونَ بِهَا، وَأَجَابَ أَبُو يُوسُفَ عَلَى عَادَةِ أَهْلِ الْبِلَادِ أَنَّهُمْ يَتَّخِذُونَ ذَلِكَ حِرْفَةً، فَيُعَيَّرُونَ بِالدَّنِيءِ مِنْ الصَّنَائِعِ، فَلَا يَكُونُ بَيْنَهُمْ خِلَافٌ فِي الْحَقِيقَةِ، وَكَذَا ذَكَرَ الْقَاضِي فِي شَرْحِهِ مُخْتَصَرَ الطَّحَاوِيِّ اعْتِبَارَ الْكَفَاءَةِ فِي الْحِرْفَةِ"[٩].

---

[١] ابن عابدين، رد المحتار، ج٣، مصدر سابق، ص٩٣.
[٢] ابن قدامة، المغني، ج٧، مصدر سابق، ص٣٧٤.
[٣] الدردير، الشرح الكبير، ج٢، مصدر سابق، ص٢٤٩.
[٤] الشربيني، مغني المحتاج، ج٣، مصدر سابق، ص٢٢١.
[٥] الطوسي، الخلاف، ج٤، مصدر سابق، ص٢٨٥.
[٦] الكاساني، بدائع الصنائع، ج٣، مصدر سابق، ص٥٨١.
[٧] الشربيني، مغني المحتاج، ج٣، مصدر سابق، ص٢٢٣؛ الماوردي، الحاوي الكبير، ج٩، مصدر سابق، ص١٠١.
[٨] ابن قدامة، المغني، ج٧، مصدر سابق، ص٣٧٤.
[٩] الكاساني، بدائع الصنائع، ج٢، مصدر سابق، ص٥٨١.

ففي هذا النص إشارة واضحة إلى أن الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان رضي الله عنه، قد بنى الأمر على عرف العرب في ذلك الزمان، فإذا تغير الزمان، فلامانع من تغير الحكم مادام الحكم قد بني على العرف، ومعلومٌ أنَّه لا ينكر تغير الأحكام بتغيّر الأزمان، وحقيقته أن الزمان لا يتغير، وإنما أهل الزمان وبالتالي عملهم.

وقال ابن الهمام[١]، في الفتح "فاذا ثبت اعتبار الكفاءة بما قدمنا أي بالادلة المذكورة سابقاً فيمكن ثبوت تفصيلها بعرف الناس فيما يحقرونه ويعيرون به، فيستأنس بالحديث الضعيف في ذلك" وقال ان المعتبر في شرف الحرفة ودنائتها هو العرف في كل زمان ومكان، والمعول عليه في تقارب المهن وتباعدها هو العرف.

لقد كان الاحناف[٢]، أكثر المذاهب توسعاً في الأخذ بالعرف، فقد كتب ابن عابدين من المتأخرين رسالته الشهيرة : نشر العرف في بناء بعض الاحكام على العرف ووضعوا العديد من القواعد المستنبطة من فروعهم، والدَّالة على اعتبار العرف في الأحكام فيما لا نصَّ ولا إجماع فيه.

وفي الوقت الحاضر تعد الوظيفة من ابرز الصفاة التي يبحث عنها اهل الخطيبة عند التقدم لها لغرض الزواج، كونها تعطي مورداً ثابتاً يعين على الايفاء بمتطلبات الحياة الزوجية.

رابعاً: اليسار:

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية[٣]، والشافعية[٤]، والحنابلة[٥]، الى القول ان من خصال الكفاءة التي تعتبر في الزواج، المال، فجميع ما ذكر تعد من الصفات التي يؤخذ بها في الكفاءة لتقرير مدى توفر الكفاءة من عدمه.

وذهب فقهاء الحنفية ايضاً بصدد ما تقدم[٦]، إلى اعتبار اليسار من الصفات المعتبرة بموجب العرف في الكفاءة وقد اشار الحنفية الى هذه الحقيقة بصورة عرضية، قال الكاساني في البدائع: "فَلَا يَكُونُ الْفَقِيرُ كُفْئًا لِلْغَنِيَّةِ، لِأَنَّ التَّفَاخُرَ بِالْمَالِ أَكْثَرُ مِنْ التَّفَاخُرِ بِغَيْرِهِ عَادَةً، وَخُصُوصًا فِي زَمَانِنَا هَذَا"، فقول الحنفية خصوصاً في زماننا، إشارة إلى أنه قد قاس هذا الحكم على عرف زمانه والاعراف السائدة في المجتمع.

---

(١) ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام، شرح فتح القدير، ج٢، دار الفكر للنشر، بيروت، ص٤١٨ .

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٢، مصدر سابق، ص٥٨١.

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٣، مصدر سابق، ص٥٨١.

(٤) الشربيني، مغني المحتاج، ج٣، مصدر سابق، ص٢٢٣؛ الماوردي، الحاوي الكبير، ج٩, مصدر سابق، ص١٠١.

(٥) ابن قدامة، المغني، ج٧، مصدر سابق، ص٣٧٤.

(٦) الكساني، بدائع الصنائع، ج٢، مصدر سابق، ص٣١٩.

ولازالت صفة المال في زماننا هذا من الصفاة المهمة والمعتبرة في الكفاءة، واصبح المال رمزا للتفاخر في الزيجات، بل يغلب على غيره من الصفات.

خامساً: التحصيل والمستوى العلمي: من خلال الرجوع الى موقف فقهاء المسلمين نجد انهم لم يشيروا الى التحصيل العلمي كاحدى الصفات المعتبرة في الكفاءة في الزواج، الا انه نجد ان احد فقهاء الشافعية[١]، قد اشار بصورة غير مباشرة الى التحصيل العلمي كاحد المعايير المعتبرة في الكفاءة، فقد ذهب الروياني الى القول "... لا يكون كفؤاً للشابة والجاهل للعالمة"، وممن راعى التحصيل العلمي كاحدى مفرزات العرف السائد في العصر الحديث من الفقهاء المعاصرين وهبة الزحيلي[٢]، وذلك باشارته لضرورة مراعاة الثقافة بين المخطوبين كاحد الصفات المعتبرة في الكفاءة. ويذهب عمر سليمان الاشقر[٣]، الى ربط مسالة التحصيل الدراسي باعتباره من صفات الكفاءة بضابط العرف فهي نتاج لتطور مفهوم الكفاءة تبعاً له فقال: "ومن اشق الامور على المرأة اليوم ان تجبر على الزواج من جاهل اذا كانت حاصلة على شهادة جامعية او اعلى منها".

ويمكن القول مما تقدم أن الكفاءة من الامور التي تعتمد اعتماداً كبيراً على العرف، بل إن الشيخ أحمد فهمي أبو سنة يذهب إلى اعتبار الكفاءة من أعراف العرب القديمة التي أقرها الاسلام وأبقاها، مثل باقي الاعراف، وبما أن الاعراف في زماننا قد تغيرت تغيراً كبيراً عما كانت عليه في زمن الفقهاء المتقدمين، فإن ذلك يستوجب تغيير النظرة إلى خصال الكفاءة، بل ومعنى كل خصلة من هذه الخصال، لكي نحقق مقصود الشارع الحكيم، في استمرار العلاقات الزوجية واستقرارها، إن المرأة في الوقت الحاضر أخذت تدرس في الجامعات والمدارس المتنوعة، وأصبحت عاملة في مختلف المجالات، فنجد الطبيبة والمهندسة والمدرِّسة .. الخ، وأصبحت تتقاضى الأجور عن عملها.

والتقدم العلمي الكبير الحاصل في مجال التكنولوجيا في دول الغرب، قد غيَّر الكثير من المفاهيم في العالم ومن جملتهم المسلمين، فالأميَّة في أوربا أضحت تعني من لا يتقن استخدام أجهزة الحاسوب الكومبيوتر، في حين ما زالت دول العالم الثالث والدول النامية تعاني من الأميَّة بمفهومها التقليدي القديم أي عدم معرفة القراءة والكتابة، ولقد أصبحت الحياة في أوربا وأميركا واليابان وكثيرٍ من الدول تعتمد اعتماداً كبيراً على الأجهزة المتطورة والمتقدمة تقنيًّا، بينما ما زالت

---

[١] الماوردي، الحاوي الكبير، ج٩، مصدر سابق، ص١٠٥.
[٢] د. وهبة مصطفى الزحيلي، مصدر سابق، ص٦٧٥٤.
[٣] عمر سليمان الاشقر، احكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، ط١، دار النفائس للنشر، الاردن، ١٩٩٧م، ص٧٠.

الدول الفقيرة تعتمد في إدارة شؤونها على الوسائل التقليدية، وقد نجد في المستقبل العلم بالتقنيات الحديثة من الصفات المعتبرة في الكفاءة.

الفرع الثاني: موقف القوانين المقارنة من اعمال العرف في الصفات المعتبرة في الكفاءة في الزواج: ان الالمام بموضوع العرف ودوره في تحديد الصفات المعتبرة في الكفاءة يجب ان لا يقتصر على موقف الفقه الاسلامي، بل يلزم بيان موقف القوانين المقارنة من اعمال العرف في الكفاءة وتوضيح اتجاه القوانين التي اشارت بصورة صريحة لأعمال العرف في الكفاءة والقوانين التي اشارت بصورة ضمنية لمراعاة اعمال العرف في الكفاءة، وسنبين ذلك في مقصدين:

المقصد الأول: موقف قانون الاحوال الشخصية العراقي النافذ: لم يتناول قانون الاحوال الشخصية العراقي احكاماً توضح موقفه من الكفاءة واشتراطها في الزواج، كما لم يبين موقفه من المسائل الخلافية عند الفقهاء في هذه المسألة، الا انه ترك ذلك للسلطة التقديرية للقاضي، استناداً الى احكام الفقرة (٢) من المادة الاولى من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل التي نصت على ان "اذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعه الاسلامية الاكثر ملائمة لنصوص هذا القانون"، وان القاضي عندما يراد منه تحديد صاحب الحق في الكفاءة ان ياخذ براي الامامية من اعتبارها حقاً للمرأة فقط ذلك لان التعديل الثاني لقانون الاحوال الشخصية في مادته الثالثه تضمن معاقبة اي من الاقارب يمنع من كان اهلا للزواج عن الزواج بشرط تمام اهلية الزواج.

ومن يتابع كتب الفقهاء بصدد الصفات المعتبرة في الكفاءة، يجد اختلافاً كبيراً فبعض الفقهاء اشترطو الكفاءة في النسب، والبعض اشترط الكفاءة في العلم، والبعض اشترطه في المال، ونعتقد ان هذا الاختلاف لم يكن اختلاف حجة وبرهان، بل كان اختلاف عرف وزمان، لهذا فان القاضي يستطيع الرجوع الى العرف الجاري من اجل تحديد الصفات المعتبرة في الكفاءة لكون هذه الصفات تتغير من مكان الى مكان ومن زمان الى زمان اخر، فما يكون معتبراً من الصفات في الوقت الحالي، قد لا يكون معتبراً في المستقبل القادم، وما يكون معتبراً في دولة او منطقة معينة قد لا يكون معتبراً في منطقة اخرى او دولة اخرى.

المقصد الثاني: موقف القوانين المقارنة: نص المشرع الاماراتي بصورة صريحة على ضرورة مراعاة العرف في الكفاءة في الزواج، اذ ورد في المادة (٢٢) من قانون الاحوال الشخصية الاماراتي ما يأتي: "العبرة في الكفاءة بصلاح الزوج ديناً، ويعتبر العرف في تحديد الكفاءة في غير الدين".

ويتبين لنا من خلال النص السابق ان قانون الاحوال الشخصية الاماراتي قد اعطى الاولوية في الكفاءة للدين، مع الاشارة الى انه يعتبر العرف في تحديد الكفاءة في غير الدين، عليه يلزم القاضي بالرجوع الى العرف السائد في البلد عندما يثور امامه نزاع يتعلق بالصفات المعتبرة في الكفاء في الزواج من اجل تحديد مدى توفر الكفاءة في الرجل من عدمه، وحسناً فعل المشرع الاماراتي باعتماده العرف لتحديد الكفاءة، لكون صفات المعتبرة في الكفاءة تتغير بتغير المكان والزمان، فما يكون من صفات الكفاءة في مكان معين او بلد معين قد لا يكون من صفات الكفاءة في مكان اخر او بلد اخر، وما يكون من الصفات المعتبرة في الكفاءة في الزواج في زمان معين قد لا يكون من صفات الكفاءة في زمن اخر، لهذا لم يحدد المشرع الاماراتي الصفات المعتبرة في الكفاءة وتركها للاعراف السائدة في بلد الرجل والمرأة. اما قانون الاحوال الشخصية السوري فنجد انه نص بصورة صريحة على مراعاة العرف في الكفاءة بالزواج، بخلاف اتجاه المشرع العراقي الذي لم ينص صراحة على مراعاة العرف في الكفاءة بالزواج وهذا يعد قصوراً من المشرع العراقي، فقد نصت المادة (٢٨) من قانون الاحوال الشخصية السوري على انه: "العبرة في الكفاءة لعرف البلد"[١]. ويتضح من النص اعلاه ان المشرع السوري اوجب على القاضي ضرورة مراعاة العرف في البلد عندما تعرض عليه قضية تتعلق ببيان وجود الكفاءة من عدمه، وبهذا النص تلافى المشرع السوري ما قد ينشأ من خلاف مستقبلي اذ يكون العرف السائد في البلد هو المعتمد لبيان الصفات المعتبرة في الكفاءة عند تتطلب الامر ذلك.

اما قانون الاحوال الشخصية الجزائري نجد ان المشرع الجزائري لم يحدد الصفات التي تعتبر في الكفاءة، ولم يشر الى مراعاة الكفاءة وبذلك يكون المشرع الجزائري قد احالنا الى الاعراف السائد التي لا تخالف الشريعة من حيث الصفات المعتبرة في الكفاءة، والغالب ان الكفاءة المعتبرة في المجتمع الجزائري يكون على التدين بان يكون الزوج ذات دين وحسن السمعة بحيث لايلحق الزوجة ولا اوليائها معرة من هذا التصاهر، اما بقية الصفاة فالعرف هو الذي يحددها.

ومما تقدم نقترح على المشرع العراقي ايراد النصوص الاتية في متن قانون الاحوال الشخصية:

١. الكفاءة شرط من شروط لزوم الزواج، تراعى حين العقد، فإذا زالت بعده فلا يؤثر ذلك في الزواج.
٢. الكفاءة حق خاص بالمرأة والولي.
٣. العبرة في الكفاءة بصلاح الزوج ديناً، ويعتبر العرف في تحديد الكفاءة في غير الدين.

[١] قانون الاحوال الشخصية السوري رقم (٥٩) لسنة ١٩٥٣ المعدل.

٤. التناسب في السن بين الزوجين يعد حقاً للزوجة وحدها.

٥. إذا ادعى الرجل الكفاءة ثم تبين أنه غير كفء كان لكل من الزوجة أو وليها حق الفسخ.

٦. يسقط حق الفسخ بحمل الزوجة، أو بسبق الرضا، أو بانقضاء سنة على العلم بالزواج.

الخاتمة: بعد ان انهينا بحثنا في دور العرف في الصفات المعتبرة في الكفاءة في الزواج، لم يبقى لنا سوى كلمات اخيرة نخصصها كخاتمة نوضح فيها اهم النتائج والتوصيات التي توصلنا اليها والتي يمكن ايجازها على النحو الاتي:

اولاً: النتائج:

١. توصلنا من خلال التعريف ان العرف هو تواتر العمل بين الناس على اتباع سلوك معين لفترة زمنية طويلة الى ان يسود الاعتقاد بين الناس بالزاميتها.

٢. ان الاعراف ليست على وتيرة واحدة، فمنها الفاسدة التي تخالف احكام الشريعة والقانون والتي لا يمكن تطبيقها، ومنها الصحيحة التي توافق مبادئ الشريعة الاسلامية ونصوص القانون او لا تعارضها وهذه يمكن اعتمادها.

٣. ان الصفات المعتبرة في الكفاءة في الزواج غير ثابتة فهي تتغير بتغير الزمان والمكان وتبدل الاعراف السائدة بين الناس.

٤. ان صفة الدين تعد من الصفاة الثابتة التي لا تتغير بتغير الزمان والمكان أي بتغير الاعراف، اما الصفات الاخرى فتكون متغيرة تبعاً للعرف.

ثانياً: التوصيات:

١. العمل على نشر ثقافة عدم التشدد في الصفات المعتبرة في الكفاءة في الزواج من خلال اعتماد اعراف تسهل من عدم التكلف في الصفات المعتبرة في الزواج.

٢. النص في قانون الاحوال الشخصية العراقي على دور العرف في الصفات المعتبرة في الكفاءة في الزواج. ونقترح ايراد نص في قانون الاحوال الشخصية يتعلق بالكفاءة يتضمن المسائل الاتية:

- الكفاءة شرط من شروط لزوم الزواج، تراعى حين العقد، فإذا زالت بعده فلا يؤثر ذلك في الزواج.
- الكفاءة حق خاص بالمرأة والولي.
- العبرة في الكفاءة بصلاح الزوج ديناً، ويعتبر العرف في تحديد الكفاءة في غير الدين.

- التناسب في السن بين الزوجين يعد حقاً للزوجة وحدها.
- إذا ادعى الرجل الكفاءة ثم تبين أنه غير كفء كان لكل من الزوجة أو وليها حق الفسخ.
- يسقط حق الفسخ بحمل الزوجة، أو بسبق الرضا، أو بانقضاء سنة على العلم بالزواج.

٣. الرجوع في تقدير الكفاءة في الزواج الى عرف البلد الذي تم فيها الزواج، لان العرف يختلف باختلاف الزمان والمكان.

قائمة المصادر

اولاً: كتب اللغة:

١. ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبدالسلام هارون، ج٤، دار الفكر، بيروت، لبنان، ١٩٧٩م.
٢. ابن منظور، لسان العرب، ج٩، دار صادر، بيروت، لبنان، الطبعة ١٤١٤هـ.
٣. احمد مختار عبد الحميد عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، ج٢، ط١، عالم الكتب للنشر، بيروت، ٢٠٠٨م.
٤. زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي، مختار الصحاح، تحقيق: يوسف الشيخ محمد, ج١، ط٥, المكتبة العصرية للنشر، بيروت, ١٩٩٩م.
٥. الفارابي، أبو إبراهيم إسحاق بن إبراهيم بن الحسين الفارابي، معجم ديوان الأدب، تحقيق: دكتور أحمد مختار عمر، ج٤، مؤسسة دار الشعب للنشر، القاهرة، ٢٠٠٣م.

ثانياً: كتب التفسير:

١. القرطبي أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي، تفسير القرطبي، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، ج٣، ط٢، دار الكتب المصرية للنشر، القاهرة، ١٩٦٤م.

ثالثاً: كتب الحديث:

١. أحمد بن محمد بن أبى بكر بن عبد الملك القسطلاني القتيبي المصري، أبو العباس، شهاب الدين، إرشاد الساري لشرح صحيح البخاري، ج٨، ط٧، المطبعة الكبرى الاميرية للنشر، مصر، ١٣٢٣ه.
٢. أخرجه البخاري في صحيحه، النفقات، باب(إذا لم ينفق الرجل فاللمراة أن تأخذ بغير علمه مايكفيها وولدها)، رقم الحديث(٥٠٤٩)، ج٥, دار الفكر للنشر, بيروت, ١٤٢٠ه.
٣. أبوعثمان سعيد بن منصور بن شعبة الخراساني الجوزجاني، سنن سعيد بن منصور، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي ج١، ط١، دار السلفية للنشر، الهند، ١٩٨٢م.
٤. زين الدين أبي الفرج عبد الرحمن ابن شهاب الدين البغدادي ثم الدمشقي الشهير بابن رجب، فتح الباري، ج٢، ط٢، دار ابن الجوزي للنشر، السعودية، ١٤٢٢ه.
٥. الشيباني، لأبي عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني، مسند الامام احمد، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، ط١، مؤسسة الرسالة، بدون مكان للنشر، ١٤٢١هـ-٢٠٠١م.

رابعاً: كتب الفقه الاسلامي:

١. ابن اللحام، علاء الدين أبي الحسن علي بن محمد بن عباس البعلي الدمشقي الحنبلي، القواعد والفوائد، تحقيق: عبد الكريم الفضيلي، المكتبة العصرية للنشر، بدون مكان للنشر، ١٩٩٩ م.
٢. ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام، ج٢، شرح فتح القدير، دار الفكر للنشر، بيروت، بدون سنة نشر.
٣. ابن عابدين، حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج٣، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، ٢٠٠٠م.
٤. ابن قدامة المقدسي، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد، الشهير بابن قدامة المقدسي، المغني، تحقيق: الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي، والدكتور عبد الفتاح محمد الحلو، ج١٠، ط٣، عالم الكتب للنشر، الرياض، ١٩٩٧م.

٥. أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي، الفروق، تحقيق: خليل المنصور، ج٣، دار الكتب العلمية للنشر، بدون مكان للنشر، ١٩٩٨م.

٦. أحمد بن علي أبي بكر الرازي الجصاص الحنفي، الفصول في الأصول، ج٤، ط٢، وزارة الأوقاف الكويتية، بدون مكان للنشر، ١٩٩٤م.

٧. الحلي، أبي منصور الحسن بن يوسف بن المطهر الأسدي، مختلف الشيعة، ج٤، مؤسسة النشر الاسلامي، قم، ١٤١٨ه.

٨. الرازي، أبي عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي الرازي الملقب بفخر الدين الرازي خطيب الري، المحصول، دراسة وتحقيق: الدكتور طه جابر فياض العلواني، ط٣، مؤسسة الرسالة للنشر، بدون مكان للنشر، ١٩٩٧م.

٩. السرخسي محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، ج٤، دار المعرفة، بيروت، ١٩٩٣م.

١٠. السيوطي، الاشباه والنظائر، ج١، دار الكتب العلمية بيروت، ١٤٠٣ه.

١١. الشاطبي، إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي، الموافقات، ج٢، ط١، دار ابن عفان للنشر، الرياض, ١٩٩٧م.

١٢. الشاطبي، إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي، الاعتصام، تحقيق: سليم بن عيد الهلالي، ط١، دار ابن عفان للنشر، السعودية، ١٩٩٢م.

١٣. الشربيني، شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، مغني المحتاج، ج٣، ط١، دار الكتب العلمية للنشر، بيروت، ١٩٩٤م.

١٤. الطوسي، ابى جعفر محمد بن الحسن الطوسي، كتاب الخلاف، ج٥، ط٢، مؤسسة النشر الاسلامي، قم، سنة النشر.

١٥. عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي أبو محمد، المغني، ج٤، ط١، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٥ه.

١٦. الغمراوي، العلامة محمد الزهري الغمراوي، السراج الوهاج على متن المنهاج، ج١، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٩٩م.

١٧. القرافي، شهاب الدين احمد ابن ادريس الصنهاجي، شرح تنقيح الفصول، ج٢، ١٩٩٨م, بدون مكان وسنة نشر.

١٨. القرطبي أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، حققه: د محمد حجي وآخرون، ج٤، ط٢، دار الغرب الإسلامي، بيروت– لبنان، ١٩٨٨م.

١٩. كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي، شرح فتح القدير، ج٣، دار الفكر للنشر، بيروت، بدون سنة نشر.

٢٠. الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي، الحاوي الكبير، تحقيق: الشيخ علي محمد معوض، ج٥، ط١، دار الكتب العلمية للنشر، بيروت، ١٩٩٩م.

٢١. محمد بن ابي الفتح العلي الحنبلي ابو عبدالله، المطلع على ابواب المقنع، ج١، ط٢، دار الفكر للنشر، بيروت، ١٩٨٥م.

٢٢. محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، أصول السرخسي، ج١، دار المعرفة للنشر، بيروت، بدون سنة نشر.

٢٣. محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي، ج٢، دار الفكر للنشر، بيروت، سنة النشر.

٢٤. محمد بن جمال الدين مكي العاملي، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، ج٥، دار الكتب للنشر, بيروت، ١٩٦٥م.

٢٥. محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني، فتح القدير، ج٢، ط١، دار ابن كثير للنشر، دمشق، ١٤١٤ه.

٢٦. محمد بن محمد الغزالي أبي حامد، المستصفى من علم الأصول، تحقيق: محمد عبد السلام الشافعي، ج١، ط١، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، ١٤١٣هـ.

٢٧. محمد علاء الدين بن علي الحصكفي، الدر المختار، ج٣، ط٢, دار الفكر للنشر, بيروت, ١٩٩٢م.

٢٨. نجم الدين أبي الربيع سليمان بن عبد القوي بن عبد الكريم بن سعيد الطوفي، شرح مختصر الروضة، تحقيق: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، ج١، ط١، مؤسسة الرسالة للنشر، بيروت،١٩٩٠م.

٢٩. النسفي، كشف الاسرار، ج٢، دار الكتب العلمية للنشر، بيروت، بدون سنة نشر.

٣٠. عماد الدين أبي جعفر محمد بن على الطوسي, كتاب الوسيلة إلى نيل الفضيلة, تحقيق الشيخ محمد الحسون, ج٨, ط١, مطبعة الخيام للنشر, قم, ١٤٠٨ه.

خامساً: كتب الفقه الاسلامي والقانون الحديث:

١. احمد بن علي بن احمد سير المباركي، العرف واثره في الشريعة والقانون، ط٤، دار الكتب للنشر, بيروت، ٢٠١٤م.
٢. أحمد فهمي ابو سنة، العرف والعادة في رأي الفقهاء، دار العلم للنشر، بيروت، ١٩٩٩م.
٣. احمد نصر الجندي، الاحوال الشخصية في قانون الامارات العربية المتحدة دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠١٠.
٤. سيد سابق، فقه السنة، ج٢، ط٣، دار الكتاب العربي للنشر، بيروت، ١٩٧٧م.
٥. السيد صالح عوض، اثر العرف في التشريع الاسلامي، دار الكتاب الجامعي للنشر، القاهرة، دون سنة نشر.
٦. عبدالكريم الطالب، العرف في القانون المدني المغربي، ط١، مكتبة المعرفة للنشر، مراكش، ٢٠١٥م.
٧. عمر سليمان الاشقر، احكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، ط١، دار النفائس للنشر، الاردن، ١٩٩٧م.
٨. محمد مصطفى شلبي، اصول الفقه الاسلامي، ط١، دار الكتب للنشر، دمشق، ١٩٩٥م.
٩. محمود صالح المحمود العلواني، العرف واثره في الشريعة الاسلامية والقانون والوضعي، دار الفكر للنشر, بيروت, ٢٠٠٧م.
١٠. مصطفى ديب البغا، أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي، ج٢، ط٣، دار العلوم للنشر، دمشق، ١٩٩٩م.
١١. وهبة مصطفى الزحيلي، الفقه الاسلامي وادلته، ج٩، ط٤، دار الفكر للنشر، دمشق، بدون سنة نشر.

سادساً: الرسائل الجامعية:

١. عماد شريفي، اعتبار العرف في مسائل الزواج واثاره في قانون الاسرة الجزائري، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف بالمسيلة, الجزائر, ٢٠١٥م.
٢. نور الهدى بقيرة، الكفاءة في الزواج، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية العلوم الانسانية والاجتماعية، جامعة محمد بو ضياف، الجزائر، ٢٠٢٠م.

ثامناً: القوانين:

١. قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته.
٢. قانونه الاحوال الشخصية الاماراتي رقم (٢٨) لسنة ٢٠٠٥ وتعديلاته.
٣. قانون الاحوال الشخصية السوري رقم(٥٩) لسنة ١٩٥٣ وتعديلاته.
٤. قانون الاسرة الجزائري رقم (٨٤-١١) لسنة ١٩٨٤ وتعديلاته.