

جامعة آل البيت
كلية الشريعة
قسم الفقه وأصوله

أثر العرف في قانون الأحوال الشخصية الكويتي

دراسة فقهية مقارنة

Custom effect In the Kuwaiti Personal Status Law

Comparative Fiqh Study

إعداد

مشعل سعد مبارك السفيح

الرقم الجامعي

1220104011

إشراف

الأستاذ الدكتور أنس مصطفى أبوعطا

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الفقه وأصوله

العام الدراسي 2018 / 2019

التفويض

أنا الطالب : مشعل سعد مبارك السفيح ؛ أعلن بأنني أمنح جامعة آل البيت حق تزويد نسخ من أطروحتي للمكتبات ، أو الهيئات ، أو المنظمات والمؤسسات البحثية عند الحاجة إليها .

التوقيع : التاريخ : 4 / 9 / 2018 م



الإقرار

أنا الطالب : مشعل سعد مبارك السفيح الرقم الجامعي : 1220104011

التخصص : الفقه وأصوله الكلية : الشريعة

أقر بالتزامي بقوانين جامعة آل البيت الموقرة وأنظمتها وتعليماتها وقراراتها السارية المفعول المتعلقة بإعداد أطروحات الماجستير عندما قمت شخصيا بإعداد أطروحتي:

أثر العرف

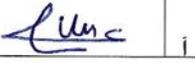
في قانون الأحوال الشخصية الكويتي

دراسة فقهية مقارنة

مراعيا الأمانة العلمية المتعارف عليها في البحث العلمي ، كما أنني أعلن بأن رسالتي هذه غير مستلة أو منقولة من رسائل أو أطاريح أو كتب أو أبحاث أو أي منشورات علمية تم نشرها أو تخزينها في أي وسيلة إعلامية ، وبناء على ما ذكر فإنني أتحمّل أشد المسؤولية إذ اتضح غير ذلك بما فيه حق مجلس العمداء في جامعة آل البيت بإلغاء قرار منحي درجة الماجستير التي حصلت عليها وإلغاء شهادة التخرج بعد صدورها ، دون أن يكون لي أي محاولة للتظلم أو الطعن أو الاعتراض بأي شكل من الأشكال في القرار المتخذ عن مجلس العمداء .

توقيع الطالب : التاريخ : 4 / 9 / 2018م

قرار لجنة المناقشة
اثر العرف في قانون الأحوال الشخصية الكويتي
دراسة فقهيه مقارنه
إعداد الطالب
مشعل سعد مبارك السفيح
إشراف الأستاذ الدكتور
أنس مصطفى أبو عطا

التوقيع	أعضاء لجنة المناقشة
	الأستاذ الدكتور أنس مصطفى أبو عطا (مشرفاً)
	الأستاذ الدكتور خلود ناصر محمد الروير
	الأستاذ الدكتور محمد سالم جبريد الشرمات
	الأستاذ الدكتور خلود الدين حسين رجال (عضواً)

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على
درجة الماجستير في الفقه وأصوله

نوقشت وأوصي بإجازتها بتاريخ : ٩ / ٤
2018 /

إهداء

وَقُلْ أَعْمَلُوا بِسَيْرِ اللَّهِ عَمَلَكُمْ وَرَسُولُهُ وَالْمُؤْمِنُونَ

أهدي هذه الرسالة إلى والدي رحمهما الله ، لدعمهم ، ودعائهم لي بالتوفيق دائما في حياتي ودراستي خاصة ، كما أهدي هذا العمل إلى أخواني وأخواتي وزوجتي وأولادي الذين دائما ما دعوا لي هياوا لي الظروف لكتابة الرسالة وإلى كل من ساعدني وتمنى لي النجاح .

الباحث

مشعل السفيح

شكر وتقدير

الحمد لله الكريم الذي أثار لنا طريق العلم والمعرفة

أتقدم بالشكر الى إدارة جامعة ال البيت والى كلية الشريعة، واتقدم إلى فضيلة الأستاذ الدكتور أنس مصطفى أبوعطا بالشكر والامتنان والفضل له بعد الله عز وجل الذي كان يرشدني دائماً في كتابة الرسالة وتقديمها وتوجيهها إلى الأفضل وما كان يبخل علي من وقته ولا نصيحته القيمة وكان يسهل جميع العقبات التي واجهتني في كتابتي للرسالة حتى وصلت هذه الرسالة إلى شكلها النهائي.

وكما أتقدم بالشكر إلى لجنة المناقشة الكريمة، التي قبلت أن تقوم هذا العمل، وتبين لي نقاط الضعف والقوة فيه.

وجزاكم الله عني كل الخير .

الباحث

مشعل السفيح

فهرس المحتويات

ب	التفويض.....
ج	الإقرار.....
د	قرار لجنة المناقشة.....
هـ	إهداء.....
و	شكر وتقدير.....
ز	فهرس المحتويات.....
ط	الملخص.....
ك	Abstract.....
1	أسباب اختيار الموضوع:.....
4	المقدمة.....
5	الفصل الأول نبذة عن قانون الأحوال الشخصية الكويتي ومنهجه في التقنين.....
5	تمهيد : -.....
6	المبحث الأول نبذة عن قانون الأحوال الشخصية الكويتي.....
10	المبحث الثاني منهج قانون الأحوال الشخصية الكويتي في التقنين.....
12	المبحث الثالث التعديلات الاجرائية.....
18	الفصل الثاني أثر العرف في قانون الأحوال الشخصية الكويتي.....
18	المبحث الأول معنى العرف لغةً واصطلاحاً.....
21	المبحث الثاني مشروعية العرف والأدلة عليه وأقوال الأصوليين.....

38.....	الفصل الثالث التطبيقات علي المواد التي تم تعديلها
38.....	تمهيد:
39.....	المبحث الأول تطبيقات في الخطبة والزواج
49.....	المبحث الثاني تطبيقات في انحلال الزواج " الطلاق والخلع "
56.....	المبحث الثالث تطبيقات الحضانة
59.....	المبحث الرابع تطبيقات في نفقة الزوجة والأقارب
63.....	المبحث الخامس تطبيقات في الميراث
73.....	التوصيات
74.....	الخاتمة:
76.....	المراجع

أثر العرف في قانون الأحوال الشخصية الكويتي

دراسة فقهية مقارنة

الملخص

هدفت الدراسة التعرف إلى أثر العرف في قانون الأحوال الشخصية الكويتي - دراسة فقهية مقارنة، وتم تناول الدراسة من خلال مقدمة ، وثلاث فصول ، وخاتمة ، وتوصيات . أما المقدمة: تتضمن مشكلة البحث وأسئلته ومنهجه وهيكلته.

الفصل الأول نبذة عن قانون الأحوال الشخصية الكويتي ومنهجه في التقنين وينقسم إلى ثلاث مباحث:

المبحث الأول: نبذة عن قانون الأحوال الشخصية الكويتي

المبحث الثاني: منهج قانون الأحوال الشخصية الكويتي في التقنين

المبحث الثالث: التعديلات

الفصل الثاني: أثر العرف في قانون الأحوال الشخصية الكويتي

المبحث الأول: معنى العرف لغتاً وإصطلاحاً

المبحث الثاني: مشروعية العرف والأدلة عليه وأقوال الأصوليين

المطلب الأول: مشروعية العرف.

المطلب الثاني: أدلة مشروعية العرف.

المطلب الثالث: أقوال الأصوليين في العرف.

المبحث الرابع: أنواع العرف

المبحث الخامس: قواعد العرف

الفصل الثالث: تناول التطبيقات التي تعم تغييرها في قانون الأحوال الشخصية الكويتي

المبحث الأول: تطبيقات في الخطبة والزواج

المبحث الثاني: تطبيقات في انحلال الزواج

المبحث الثالث: تطبيقات الزوجة والأقارب

المبحث الرابع: تطبيقات الحضانة

المبحث الخامس: تطبيقات الميراث

Abstract

The study aimed to identify the impact of custom in the Kuwaiti personal status law - a comparative jurisprudence study. The study was studied through an introduction, three chapters, a conclusion and recommendations.

The introduction includes the research problem, questions, methodology and structure.

Chapter One: The Kuwaiti personal law and its methodology in codification is divided into 3 sections:

The first topic: About the Kuwaiti Personal Status Law The second topic: the curriculum of the Kuwaiti personal status law in codification The third topic: amendments.

Chapter Two: Effect of Custom in Kuwaiti Personal Status Law The first topic: the meaning of the custom language and terminology The second topic: the legality of the custom and the evidence and statements of the fundamentalists

First: the legality of custom.

The second requirement: evidence of the legitimacy of custom.

The third demand: the statements of the fundamentalists in the custom.

The fourth topic: the sayings of fundamentalists in the custom.

The fifth topic: rules of custom.

Chapter 3: I deal with applications that are widely changed in the Kuwaiti Personal Status Law.

The first topic: Applications in engagement and marriage.

The second topic: Applications in the dissolution of marriage.

Third topic: Applications of wife and relatives.

The fourth topic: nursery applications.

The fifth topic: Applications of inheritance.

أسباب اختيار الموضوع:

نظراً لما تقدم عن العرف وأثره في بناء بعض الأحكام فقد أخذته موضوعاً أقدمه للقسم في كلية الشريعة

إن العرف أصل عظيم من أصول الفقه فهو دليل من أدلة الأحكام الكلية

كان العرف وسيبقى بآباً واسعاً وكبيراً لنمو التشريع وتطويره لأنه يتفق مع واقع الناس ومقتضيات العصر وملاحقة التطور البشرى يمد الفقهاء والمفتين بأحكام مناسبة لعصرهم ويرشدهم إلى مقاصد الناس وتصرفاتهم.

تحقيق أهدافه المذكورة

أنه يجمع الى جانب علمي الفقه واصوله، في التعارف على مدى تأثير العرف على قانون الأحوال الشخصية، مما يتيح لي وللقارئ فرصة الإصلاح والاقتراب من المحاكم الشرعية لمعرفة مدى تأثير العرف في مسائل الأحوال الشخصية.

الدراسات السابقة:

اولاً: العرف والعادة في رأي الفقهاء عرض نظرية في التشريع الإسلامي

للأستاذ الدكتور: احمد فهمي أبو سنه (ت . 1424 هـ) وهي عبارة عن رسالة تقدم بها . رحمة الله عليه.
لنيل درجة العالمية من الازهر الشريف

ثانياً: أثر العرف في مسائل الزواج في الفقه الإسلامي رسالة ماجستير في القضاء الشرعي / ال البيت / الأردن
كلية الشريعة 2006 نواف عواد الشويعر

ثالثاً: أثر العرف في الفرق ومتعلقاتها في احكام فقه الاسرة.

دراسات تطبيقية مقارنة / الهام عبد الله عبد الرحمن / جامعة ام القرى / كلية الشريعة والدراسات الإسلامية.

حدود المشكلة:

ستقتصر الدراسة القانونية على قانون الأحوال الشخصية الكويتي لسنة 1948م . المعمول به في دولة الكويت وأثر العرف في الاحكام واعراف الناس ومصالحهم.

أهداف الدراسة:

تسعى هذه الدراسة إلى تحقيق الأهداف التالية:

التعرف على العرف في الشريعة الإسلامية وذلك كونه مصدر من مصادر الشريعة.

التعرف على شروط العرف في الشريعة الإسلامية.

بيان التفريق بين العرف والعادة.

حالة الفقيه إلى العرف لمعرفة الناس.

منهجي في البحث:

قمت باتباع المناهج الآلية في دراستي:

المنهج الوصفي: وذلك من خلال توصيف المشكلة، وتحديد جوانبها وعواملها المختلفة وضوابطها ، وتحديد واضح للدراسة.

المنهج الاستقرائي: من خلال استقراء كل ما يتعلق في موضع الأثرية وما قاله علماء الأصول وفقهاء السياسة الشرعية.

المنهج الاستنباطي: ذلك من خلال استخراج الأثرية في التشريع على بناء المقدمات المسلم صحتها، النصوص الشرعية، ونصوص الدستورية والوقوف على النتائج ومقارنتها بواقع الشواهد التي حدثت.

المقدمة

الحمد لله والصلاة والسلام على خاتم الأنبياء والمرسلين نبينا محمد وعلى آله وصحبه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين أما بعد: -

فإن شريعة الإسلام شريعة خالدة صالحة لكل زمان ومكان، وقد خصها الله سبحانه وتعالى بخصائص عظيمة تضمن صلاحها وبقاءها.

ولذلك فهي تعالج جميع القضايا ومنها الحكم الشرعي لجميع النوازل ولعل من الأدوات التي كفلت لهذه الشريعة الإسلامية خاصة الشمول والصلاحية مراعاتها لأعراف الناس وعاداتهم.

ولذلك فإن للعرف مكانه في الفقه والقضاء والمعاملات ويعتبر العرف مصدراً من مصادر تكوين النظام وحاكماً يرجع إليه للفصل في المنازعات وذلك وفق ضوابط شرعية.

يرجع سبب اختيار الموضوع إلى أهمية التطور الذي طرأ على تقنين القوانين الخاصة بالأحوال الشخصية الكويتي وأهمية التعديلات التي طرأت عليها، وما يترتب على ذلك من نتائج.

أهدف من خلال هذا الموضوع إلى التعريف على قانون الأحوال الشخصية الكويتي.

الفصل الأول

نبذة عن قانون الأحوال الشخصية الكويتي ومنهجه في التقنين

تمهيد :-

بدأ البحث عن وجود قانون يضم القواعد الخاصة بمسائل الأحوال الشخصية للمجتمع الكويتي ، منذ عام 1984 ، حيث عمل مجلس الأمة الكويتي على وجود اقتراح مشروع قانون الأحوال الشخصية الكويتي ، من خلال وضع العديد من القواعد القانونية ضمن اقتراح مشروع قانون يضم قواعد قانون الأحوال الشخصية في دولة الكويت لعرضه ومناقشته بين أعضاء مجلس الأمة والمصادقة عليه ، وبالفعل فقد تم مناقشة نصوص هذا المشروع ، وتم إقراره من جانب مجلس الأمة في نفس هذا العام وضم 347 مادة ضمت العديد من مسائل الأحوال الشخصية ، وقد حاول القانون رغم النقد الموجه إليه تقنين مسائل الأحوال الشخصية مستندا في الأساس إلى المذهب المالكي ، مع إمكانية الاستفادة من المذاهب الفقهية الأخرى ابتغاء من المشرع الكويتي التيسير فيما يخص الناس من أحوالهم الشخصية .

وفي هذا الفصل أتناول نبذة عن قانون الأحوال الشخصية ومنهجه في التقنين ، وذلك من خلال ثلاثة مباحث ، المبحث الأول وفيه نبذة عن قانون الأحوال الشخصية الكويتي ، المبحث الثاني ويتضمن منهج قانون الأحوال الشخصية في التقنين ، المبحث الثالث وفيه التعديلات التي طرأت على قانون الأحوال الشخصية الكويتي، والمبحث الرابع ويتضمن المواد التي تم تعديلها في قانون الأحوال الشخصي الكويتي.

المبحث الأول نبذة عن قانون الأحوال الشخصية الكويتي

لقد ظلت دولة الكويت رغم تمتعها بالاستقلال التام وصدور الدستور الكويتي مصدر التشريع سنة 1961 ، لم تشرع في وجود قانون للأحوال الشخصية إلا عام 1984 وهذا يعد متأخرا جدا مقارنة بالعديد من الدول ، ونرى أن هناك فترة طويلة منذ سنة 1961 حتى 1984 ، لم تكن الأحوال الشخصية منظمة في إطار تقنين كويتي ينظمها بل كان يعتمد وبشكل كبير على العرف وعلى العديد من القواعد القانونية غير المنظمة التي كانت تستقى من الشريعة الإسلامية والفقهاء الإسلامي .

وفي عام 1984 صدر أول قانون كويتي للأحوال الشخصية ، بعد مناقشة مواده أمام مجلس الأمة والحقيقة لم نعثر على مضابط مجلس الأمة محل النقاش ولكن يمكن القول أن المشرع الكويتي ومن خلال مجلس الأمة أقر هذا القانون وعدد مواده 347 مادة ، وعند مراجعة مواد هذا القانون نراه تضمن العديد من المسائل الخاصة بالمجتمع الكويتي المسلم وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية وقواعد الفقه الإسلامي ، حيث تناول مسائل الزواج والطلاق والميراث وتدخل النيابة العامة في مسائل الأحوال الشخصية ، ودعوى الزوجية وفرق الزواج والفرقة بالقضاء ، وغيرها من المسائل الواردة في قانون الأحوال الشخصية .

والجدير بالذكر أن قانون 1984 الصادر في شأن الأحوال الشخصية يعد أول قانون كويتي ينظم مسائل الأحوال الشخصية في دولة الكويت بعد الاستقلال بحوالي 23 سنة تقريبا ، ويشكل انجازا بكل المقاييس لأنه يمثل مرحلة الانتقال من الاعتماد على الشريعة الإسلامية والفقهاء الإسلامية من خلال البحث في الاتجاهات الفقهية المختلفة والتركيز على المذهب المالكي كمذهب أساسي يستند إليه القاضي في الحكم في هذه المسائل إلى مرحلة التقنين التي يستند فيها القاضي إلى نصوص قانونية ملزمة حول مسائل الأحوال الشخصية المعروضة أمامه.

وقد عرفت محكمة التمييز الكويتية مسائل الأحوال الشخصية بأنها: "هي مجموعة متميزة من الصفات الطبيعية أو العائلية للشخص والتي رتب القانون عليها أثرا في حياته الاجتماعية لكونه إنسانا ذكرا أو أنثى أحاطها المشرع بإجراءات و ضمانات خاصة وبالتالي أن الأحكام الصادرة فيها لها حجية مطلقة قبل الكافة دون الالتفات إلى ما إذا كانت تلك الأحكام مقررة أو منشئة لما تضمنته من حقوق إذ أن الحقيقة القضائية في مسائل الأحوال الشخصية لا تعدو أن تكون تقريرا لمركز قانوني أو حالة أو صفة تتميز في ذاتها بالوحدة والإطلاق وعدم القابلية للتجزئة مما لازمه أنها تكون مطلقة وعمامة قبل الكافة ومسلما بها منهم(1)".

أصدر مجلس الوزراء الكويتي في الأول من ربيع الأول سنة (1397هـ) الموافق 19 فبراير 1977م، قرارا بشأن تنقيح وتطوير التشريعات الكويتية وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية، وتنفيذا لهذا القرار أصدر المرحوم الشيخ سليمان الدعيح، وزير الدولة للشئون القانونية والإدارة آنذاك، قرار رقم (2) في 21/1/1978م، بإنشاء لجنة متفرعة لوضع مشروع قانون الأحوال الشخصية، وشكلت اللجنة من السادة: الأستاذ الدكتور أحمد الغندور، المستشار الشيخ/ محمود الأزرق، والمستشار الشيخ/ محمود مكاوي. (2)

وقد صدر قانون الأحوال الشخصية الكويتي المعمول به حاليا في 8 شوال سنة 1404هـ، الموافق 7 يوليو 1984م(3)، متضمنا (347) مادة، وعدل بالقانون رقم (61) لسنة 1996م، الصادر بتعديل بعض أحكام القانون رقم (51) لسنة 1984م.(4)

ويتكون قانون الأحوال الشخصية الكويتي من قسمين كبيرين، يشتمل كل قسم على كتب، وكل كتاب يشتمل على أبواب، وكل باب يتضمن فصولا، وبيان ذلك ما يلي:

(1) الطعن بالتمييز رقم 2010/98، أحوال شخصية، جلسة 2010/10/21.

(2) أحمد الغندور، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي، مع بيان قانون الأحوال الشخصية للقضاء في محاكم الكويت، مكتب الفلاح، الكويت، الطبعة الخامسة، 2006م، ص 23.

(3) نشر بالجريدة الرسمية - الكويت اليوم - العدد 1070 بتاريخ 24 شوال 1404 هـ الموافق 23/7/1984 السنة الثلاثون، وعدل بالقانون رقم 61 لسنة 1996 والمنشور في الكويت اليوم، الجريدة الرسمية، العدد 276، السنة الثانية والأربعون، ص 1 والقانون رقم 29 لسنة 2004 والمنشور في الكويت اليوم، الجريدة الرسمية، العدد 664، السنة الخمسون، وبالقانون رقم 66 لسنة 2007 المنشور في الجريدة الرسمية - الكويت اليوم - العدد 852 السنة الرابعة والخمسون.

(4) عدل بالقانون رقم 61 لسنة 1996 الصادر بتعديل بعض أحكام القانون رقم (51) لسنة 1984 في شأن الأحوال الشخصية، والمنشور في جريدة الكويت اليوم، الجريدة الرسمية لحكومة الكويت تصدرها وزارة الإعلام، العدد 276م، السنة الثانية والأربعون، ص 1.

القسم الأول: الزواج، وفيه عالج المقنن الكويتي موضوعات مقدمات الزواج، والخطبة وشروط العاقدین، والشروط في العقد، وأنواع الزواج، وآثاره من المهر والنفقة وغيرها، ثم عرج على فرق الزواج؛ حيث عالج موضوعات الطلاق والخلع والفرقة بالقضاء، ليتناول بعدها آثار فرقة الزواج من العدة والنفقة والمتعة، وناسب ذلك أن يتكلم على ثمرة الزواج من الولادة وما يستتبعها من ثبوت النسب، والرضاع والحضانة ونفقة الأقارب والولاية على النفس.

أما القسم الثاني فقد تناول فيه المقنن أحكام الوصية والمواريث. (1)

وقد أشار أحد أعضاء اللجنة التي كلفت صياغة قانون الأحوال الشخصية الكويتي، إلى ثلاث قضايا مهمة، نعرضها هنا بإيجاز، ونؤخر الكلام في مناقشتها إلى مواضعها المناسبة من هذا البحث، إن الله تعالى، وهذه القضايا هي:

1- إن مواد قانون الأحوال الشخصية الكويتي أخذت أحكامها من الشريعة الإسلامية، على أن يكون الأساس فيه مذهب الإمام مالك بن أنس، رحمه الله، مادامت أحكامه تتفق وعادات الناس وأحوالهم، ويحقق للأسرة الكويتية السعادة والاستقرار، كما أخذت بآراء من المذاهب الفقهية الأخرى إذا ربي أن المصلحة في ذلك.

2- إن اللجنة في عملها لم تتقيد بمذهب معين، لمواكبة التطور الاجتماعي، بغية إصلاح حال الأسرة التي هي أساس المجتمع الصالح؛ وذلك في ظل كثرة الشكاوى من قضايا الأحوال الشخصية بالكويت من إلزامهم بالقضاء بآراء فقهية أصبحت غير ملائمة ولا محققة للعدل والمصلحة في محيط الجماعة.

3- كما أشار هذا العضو نفسه إلى أن الشريعة الإسلامية لم تأمرنا بالتزام مذهب معين، وإنما أمرتنا أن نأخذ الأحكام من المذهب الإسلامي الكبير، على أساس القرآن الكريم والسنة النبوية وآراء فقهاء السلف والخلف من الصحابة والتابعين وأئمة المذاهب الفقهية وغيرهم من المجتهدين. (2)

(1) إبراهيم عبدالله البديوي السبيعي، المرجع السابق، ص26، 27.

(2) إبراهيم عبدالله البديوي السبيعي، المرجع السابق، ص26، 27.

وقد عدل هذا القانون بالقانون رقم 61 لسنة 1996 الصادر بتعديل بعض أحكام القانون رقم 51 لسنة 1984م، والذي تضمن إضافة مادة جديدة برقم 346 مكررا تقضي بأن تصدر أحكام المحكمة الكلية في قضايا الأحوال الشخصية من قاضي واحد وذلك رغبة في التيسير على المتقاضين وتحقيقا لسرعة الفصل في هذا النوع من القضايا.

وتأكيدا لرسالة الفتوى والتشريع في مد يد العون القانوني لرجال القانون والمتقاضين على حد سواء، وتمشيا مع هذه السياسة في تقديم كل ما هو جديد وفقا لآخر التعديلات، فقد رأت الفتوى والتشريع إصدار طبعة جديدة من قانون الأحوال الشخصية والقوانين ذات الصلة.(1)

(1) الفتوى والتشريع، قانون الأحوال الشخصية الكويتي، إصدار إدارة الفتوى والتشريع، الطبعة السادسة، يناير 2004م، ص 1، 2.

المبحث الثاني منهج قانون الأحوال الشخصية الكويتي في التقنين

عند البحث عن منهج قانون الأحوال الشخصية في التقنين ومن خلال التقسيمات سالفه البيان يمكن القول أن قانون الأحوال الشخصية الكويتي تتضح منهجيته في الاختيار من أقوال فقهاء المذاهب ، ومن أظهر بنود هذا المنهج رعاية مصلحة الأسرة والحفاظ على قوامها ، ومراعاة أعراف المجتمع وخصوصيته، ثم الأخذ بمبدأ التيسير كلما دعت الحاجة إليه ، ولا شك أن الاعتماد على هذه الأسس في الاختيار من أقوال الفقهاء ، هو من الأمور المعتمدة التي لا تنكرها الشريعة الإسلامية السمحة ، ولكن بشرط ألا تتعارض هذه الأسس أو أحدها مع الأدلة الشرعية الأولى منها في التقديم والاعتبار وهي : نصوص القرآن والسنة والإجماع والقياس ، فهذه الأدلة من حكم للمسألة يمكننا اللجوء إلى العرف أو مراعاة المصلحة .

لقد وضع المشرع الكويتي نصب عينيه عند سن قانون الأحوال الشخصية الكويتي سلوك طريق التيسير والتخفيف ، ورفع الحرج ، ومراعاة أعراف المجتمع وتقاليده ، وتقدير المصالح والحفاظ على كيان الأسرة.

ولم يتبع القانون الكويتي مذهبا واحدا في اختياراته من أقوال المذهب ، على الرغم من أنه اعتمد على المذهب المالكي كمصدر أساس للاختيار ورأى أن تكون اختياراته نابعة من المذهب الإسلامي الكبير الذي يشمل الفقه الإسلامي بجميع مذاهبه .

وأتبع القانون الكويتي في مواضع عديدة منهج التوفيق بين أقوال المذاهب في المسألة الواحدة ، مما جعله يخرج بآراء في مسائل الأحوال الشخصية لم يقل بها أحد من الفقهاء قبله .

واعتمد المشرع الكويتي في قانون الأحوال الشخصية على سلوك مبدأ التيسير والتخفيف ورفع الحرج إلا أن مراعاة مبدأ التيسير قد حدا القانون الكويتي إلى القول ببعض الآراء الضعيفة بل المتعارضة أيضا مع النصوص الشرعية ، ومن ذلك قوله بصحة شهادة الكتابيين في زواج المسلم بالكتابية ، وهو رأي معارض للنص الصريح " لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل " وكذلك اختياره في عدم قضاء ديون الله - عز وجل - من تركة الميت ، وهو رأي معارض للحديث الصحيح عن النبي صلى الله عليه وسلم فدين الله أحق أن يقضى " .

واعتمد قانون الأحوال الشخصية الكويتي على المصلحة في كثير من اختياراته ولكنه حاد عن الجادة في بعض هذه الاختيارات فقال ببعض الآراء المتعارضة مع النصوص الصريحة وكان دافعه في ذلك ما يتوهم له أنه مصلحة ففي مسألة اللعان مثلا أخذ القانون من الجمهور قولهم بأن الفرقة فسخ ولم يأخذ بقولهم بالحرمة المؤبدة ، وأخذ من الحنفية قولهم بجواز اجتماع الزوجين المتلاعنين إذا أكذب الزوج نفسه ولم يأخذ بقولهم يكون الفرقة بينهما طلاقا وليس فسخا ، فشرع مادتين إحدهما تجيز اجتماع المتلاعنين وأخرى تجعل الفرقة فسخا وكل ذلك بحجة التوسعة والمصلحة .

وقد راعى قانون الأحوال الشخصية الكويتي العرف وتقاليد المجتمع الكويتي في بعض اختياراته، وهو ما دفعه أيضا إلى إتباع منهج التلفيق بين المذاهب والخروج بآراء غير مسبوقة من أحد من الفقهاء، مثل قوله بضرورة اجتماع رأي الولي والمولي عليها البكر التي لم تبلغ خمسا وعشرين سنة ، وكذلك عدم

أخذه بالمذهب الحنفي في جواز أن يكون شهود النكاح رجلا وامرأتين على الرغم من اعتماده بصورة رئيسية على المذهب الحنفي في مسائل شهود النكاح .

وقد راعى قانون الأحوال الشخصية الكويتي مبدأ الحفاظ على كيان الأسرة واستقرارها في العديد من اختياراته وهو ما حذاه إلى القول ببعض الآراء المتعارضة مع النصوص الشرعية أو مقاصد الشريعة وأهدافها، وذلك مثل قوله بعدم وقوع الطلاق المضاف والمعلق واليمين بالطلاق .

المبحث الثالث التعديلات الاجرائية

أولا : مشروع القانون رقم (61) لسنة 1996 في شأن تعديل بعض أحكام قانون الأحوال الشخصية رقم (51) لسنة 1984م(1)

رغبة في التيسير على المتقاضين في قضايا الأحوال الشخصية، وتحقيقا لسرعة الفصل في هذا النوع من القضايا الذي يمس صميم العائلة الكويتية فقد رئي إعداد هذا القانون.(2)

وقد نصت المادة الأولى منه على أن: "تضاف مادة جديدة إلى مواد القانون رقم (51) لسنة 1984م في شأن الأحوال الشخصية برقم (346 مكررا) نصها كالآتي:

تصدر أحكام المحكمة الكلية في قضايا الأحوال الشخصية من قاض واحد، وذلك استثناء من حكم المادة السابعة من المرسوم بالقانون رقم (23) لسنة 1990م بشأن قانون تنظيم القضاء المشار إليه.

ونصت المادة الثانية على أن: "يسري حكم المادة (346 مكررا) المضافة بهذا القانون على القضايا التي لم يفصل فيها حتى تاريخ العمل به، وتحال تلك القضايا بحالتها بغير رسوم إلى الدوائر المنشأة بموجبه للفصل فيها" ونصت المادة الثالثة على أن: "يلغي كل حكم يتعارض مع أحكام هذا القانون".(3)

ويرى الباحث أن هذا التعديل قد تم وقد راعى المشرع مراعات الناس ومصالحهم واعراف اهل الكويت المتغيرة والأعراف الدارجة.

(1) منشورة في الجريدة الرسمية، الكويت اليوم، العدد 276، السنة الثانية والأربعون، ص 2.

(2) م. أشرف مصطفى كمال، شرح قانون الأحوال الشخصية الكويتي، دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة بقانون الأحوال الشخصية المصري، مؤسسة دار الكتب، الكويت، الطبعة الثالثة، 2006م، ص 325.

(3) وزارة العدل، مجموعة التشريعات الكويتية، الجزء الثامن، قانون الأحوال الشخصية، المعدل بالقوانين أرقام 61 لسنة 1996 و29 لسنة 2004 و66 لسنة 2007م، وقانون إجراءات دعاوى النسب وتصحيح الأسماء، إصدار وزارة العدل الكويت، 2011م، ص 294.

ثانياً : القانون رقم 10 لسنة 2010 في شأن تنظيم إجراءات دعاوى النسب وتصحيح الأسماء(1)

بعد الإطلاع على الدستور، وعلى القانون رقم 51 لسنة 1984 في شأن الأحوال الشخصية والقوانين المعدلة له، وعلى المرسوم بالقانون رقم 1 لسنة 1988 بشأن تنظيم إجراءات دعاوى النسب والقوانين المعدلة له، وافق مجلس الأمة على القانون الآتي نصه، وقد صدقنا عليه وأصدرناه.

صدر المرسوم بالقانون رقم 1 لسنة 1988 بشأن تنظيم دعاوى النسب وتصحيح الأسماء بعد التصدي لظاهرة التحايل على أحكام قوانين الجنسية أو الإقامة أو التوظيف وغيرها عن طريق سعي الكثيرين إلى تغيير الأسماء والألقاب أمام لجنة المواليد والوفيات، أو رفع دعاوى النسب وتصحيح الأسماء أمام لجنة متخصصة قبل عرضها على القضاء.

وقد جرى تطبيق هذا المرسوم بالقانون لمدة تناهز ثلاثة عشر عاماً، حقق خلالها بعض الأهداف التي تغياها المشرع بالنسبة لدعاوى النسب، فيما يتعلق بتنظيم إجراءاتها وتحقيقها أمام اللجنة التي أنشأها في مادته الأولى- قبل إحالته إلى القضاء.

غير أنه قد تكشف من خلال التطبيق أن طلبات تصحيح الأسماء أو تغييرها قد مثلت طوال تلك الفترة الغالبية العظمى من عمل اللجنة، ومن ثم شغلت المحاكم- التي تحال إليها هذه الطلبات بعد تحقيقها- بنظر الأعداد الكبيرة والمتزايدة منها.

لذلك، بات لزاماً النظر في تعديل هذا التشريع تعديلاً جذرياً لتدارك ما أظهره التطبيق العملي له من ثغرات وقور- فيما يتعلق بطلبات تصحيح الأسماء أو تغييرها- ووضع نظام بديل لعمل اللجنة يتحقق به قصد المشرع في شأنها ويسد الطريق على ما يستخدمها وسيلة للمساس بالنسبة أو التحايل على قواعد الجنسية والإقامة.(2)

(1) منشور في الجريدة الرسمية، الكويت اليوم، العدد 978- السنة السادسة والخمسون، بتاريخ 23 جمادى الآخر 1431 هـ الموافق 6 يونيو 2010م.

(2) خالدة عبد الله غانم العثمان، ، قانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق ، ص341.

ومن ثم، فقد أعد المشرع القانون المرفق مبقيا الأمر في مادته الأولى- بالنسبة لدعوى النسب وطلبات تصحيح أو تغيير الأسماء التي تنطوي على مساس بالنسب- باعتبارها في حقيقتها تنطوي على إدعاء بالنسب- على الوضع الذي كان قائما في ظل المرسوم بالقانون رقم 1 لسنة 1988 لتقوم اللجنة المنصوص عليها في هذه المادة بتحقيقها" وإحالتها إلى القضاء- الذي يختص أصلا بنظرها- لما لهذه الدعاوى من أهمية وخطورة، مع تضمين هذا النص عناصر تشكيل هذه اللجنة برئاسة أحد رجال القضاء أو النيابة العامة لا تقل درجته عن قاض الدرجة الأولى أو ما يعادلها من أعضاء النيابة العامة وعضوية أحد رجال القضاء أو النيابة العامة وممثلين عن الوزارات والهيئات ذات الصلة بطبيعة عملها.

ونصت المادة (2) من المشروع على اختصاص اللجنة المنصوص عليها في المادة الأولى- دون غيرها- بنظر طلبات تصحيح الأسماء أو تغييرها والتي لا تنطوي على مساس بالنسب، وأناطت هذه اللجنة سلطة الفصل فيها بقرارات حاسمة للنزاع على أن يتم إخطار ذوي الشأن بالقرار الصادر برفض الطلب بالبريد المسجل الموحي عليه بعلم الوصول، في حين أوجبت نشر القرار الذي يصدر بتصحيح الاسم أو تغييره في الجريدة الرسمية، تحقيقا لعلم الكافة به وليتاح للغير من ذوي المصلحة أن يعترض عليه لتعلق الأمر بشأنه بمصالح الأسرة والنظام الاجتماعي.

وانشأ المشرع بموجب المادة (3) لجنة أعلى تسمى لجنة التظلم والاعتراض- راعى في تشكيلها أن يغلب عليها العنصر القضائي- واختصها بنظر التظلمات التي يرفعها ذوو الشأن على قرارات اللجنة المنصوص عليها في المادة الأولى في حالة صدورها برفض طلباتهم وبنظر الاعتراضات التي يقيمها الغير من ذوي المصلحة على قرارات تصحيح الأسماء أو تغييرها التي تصدر من تلك اللجنة وهي القرارات الصادرة في الطلبات التي لا تتضمن مساسا بالنسب.(1)

(1) خالدة عبد الله غانم العثمان، قانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص341، 342.

وحددت المادة ميعادا لرفع التظلم أو تقديم الاعتراض، غايته ثلاثون يوما يبدأ من تاريخ الأخطار أو النشر في الجريدة الرسمية بحسب الأحوال، ومن باب أولى يبدأ هذا الميعاد من تاريخ تسليم الإخطار لذوي الشأن شخصيا.

وتناولت المادة (1/4) الحالة التي يصدر فيها القرار، من اللجنة المنصوص عليها في المادة الأولى، برفض الطلب ويتظلم منه ذوو الشأن أمام لجنة التظلم والاعتراض، فتري هذه اللجنة إلغاء القرار ومن ثم تصدر قرارها بتصحيح الاسم أو تغييره لأول مرة، وعندئذ أوجب النص نشر هذا القرار أيضا في الجريدة الرسمية، وأتاح لكل ذي مصلحة من الغير أن يعترض عليه أمام ذات اللجنة خلال ثلاثين يوما من تاريخ هذا النشر.

وأوجبت المادة (2/4) أن تشمل القرارات الصادرة من لجنة التظلم والاعتراض على الأسباب التي بنيت عليها باعتبار أن هذا التسبب هو ضمانه أساسية لسلامة هذه القرارات وركن من أركانها، ورتبت البطلان على خلوها من تلك الأسباب ، ونصت المادة (3/4) على نهائية القرارات الصادرة من لجنة التظلم والاعتراض، وكذلك القرارات الصادرة من اللجنة المبتدئة المنصوص عليها في المادة الأولى، والتي قامت ميعاد التظلم منها أو الاعتراض عليها.(1)

وإذا كفل المشرع- على النحو المتقدم بيانه- ضمانات تحقيق العدالة في نظر طلبات تصحيح الأسماء أو تغييرها، وأتاح الفرصة للتظلم من القرارات الصادرة فيها أو الاعتراض عليها أمام لجنة أعلى يغلب عليها العنصر القضائي، ومن ثم فقد كان طبيعيا أن تلزم المادة (4/4) منه الجهات الإدارية في الدولة احترام حجية هذه القرارات، وتنفيذ مقتضى ما انتهت عليه، واستثنى القانون من ذلك الأحوال التي ينطوي التنفيذ فيها على مساس بمسائل الجنسية والإقامة،

(1) خالدة عبد الله غانم العثمان، ، قانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص343، 344.

إذ تعتبر هذه المسائل من أعمال السيادة بالنظر إلى ما تتسم به من طابع سياسي أملتته اعتبارات خاصة بكيان الدولة وظروف المجتمع، الأمر الذي تخرج به أصلاً عن ولاية القضاء، وهو ما أفصح عنه المشرع في المادة الأولى (خامساً) من المرسوم بالقانون رقم 20 لسنة 1981 بإنشاء دائرة بالمحكمة الكلية لنظر المنازعات الإدارية، فكان لزاماً، من باب أولى، ألا تكون لقرارات اللجنتين المشار إليهما، حجية ملزمة للجهات المختصة بهذه المسائل، وحتى لا يتخذ تنفيذ تلك القرارات ذريعة للتحايل على قواعد الجنسية والإقامة.

وخولت المادة (6) من القانون وزير العدل إصدار القرارات بتشكيل كل من اللجنتين المشار إليهما، ولنظام العمل فيهما ومكان انعقادهما والإجراءات التي تتبع أمامهما، وذلك بدلا من مجلس الوزراء الذي كان قد فوض وزير العدل الاختصاص المذكور في ظل القانون القائم.

كما قررت المادة (7) عقوبة الحبس الذي يصل حده الأقصى إلى خمس سنوات والغرامة التي لا تتجاوز خمسة آلاف دينار أو إحدى هاتين العقوبتين، لكل من يدلي ببيانات كاذبة أمام اللجنتين أو أمام المحكمة، التي يحال إليها النزاع في حالة دعاوى النسب وما في حكمها من طلبات تصحيح أو تغيير الأسماء التي تنطوي على مساس بالنسب. (1)

وأوردت المادة (8) حكماً وقتياً يقضي باستمرار المحاكم في نظر دعاوى النسب أو تصحيح الأسماء التي تكون قد رفعت أو أحليت إليها قبل العمل بهذا القانون.

وقصرت المادة (9) اختصاص لجنة المواليد والوفيات المقررة بالقانون رقم 36 لسنة 1969 على طلبات تصحيح الأخطاء المادية في الأسماء- أيا كانت أعمار أصحابها كما أبقّت على اختصاصها بطلب تغيير الاسم الأول فحسب لمن لم يتجاوز السادسة من العمر.

(1) خالدة عبد الله غانم العثمان، قانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص343.

ونصت المادة(10) على إلغاء المرسوم بالقانون رقم 1 لسنة 1988، وأوجبت على اللجنة القائمة حالياً، والمشكلة بمقتضى المرسوم بالقانون المذكور أن تقوم بإحالة ما لديها من الطلبات المتطورة إلى اللجنة التي سيتم تشكيلها طبقاً للمادة الأولى من هذا القانون، وذلك بالحالة التي تكون عليها تلك الطلبات وقت العمل به.(1)

ويرى الباحث أهمية هذه التعديلات وذلك لما لها من دور ووظيفة في حماية الأنساب هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى منع التزوير ، و أيضا يرى الباحث أن هذا التعديل قد تم وقد راعى المشرع مراعات الناس ومصالحهم واعراف اهل الكويت المتغيرة والأعراف الدارجة

(1) خالدة عبد الله غانم العثمان، ، قانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص344.

الفصل الثاني

أثر العرف في قانون الأحوال الشخصية الكويتي

اتفقت كلمة علماء الإسلام على أن كل ما ينزل بالناس من وقائع، وما يحدث لهم من أفضية ونوازل في هذه الحياة - له في هذا الإسلام حكم، وفي هذه الشريعة دليل.

ومن أظهر خصائص هذه الشريعة المباركة شمولها وعموم هذا الشمول، فهي التي شملت بسبب من دلالة نصوصها، وطبيعة مصادرها، الزمان والمكان وجميع أحوال الناس.

وقد وسعت هذه الشريعة - حال تطبيقها - العالم الإسلامي كله، على امتداد أماكنه، وتنوع مشكلاته، ولعدد أجناسه، واختلاف بيئاته وأعرافه.

المبحث الأول معنى العرف لغةً واصطلاحاً

العرف لغةً: وهو خلاف النكرة.

(عرف) العين والراء والفاء أصلان صحيحان، يدل أحدهما على تتابع الشيء متصلًا ببعده ببعض، والآخر على السكون والطمأنينة.

العرف: عرف الفرس وسمي بذلك لتتابع الشعر عليه.

ومن الباب: العرفة وجمعها عرف، وهي أرض منقادة مرتفعة بين سهلين تتبين كأنها عرف فرس.

العرف: بالضم هو ما تعارف عليه أهل العقول السليمة وليس في الشرع ما يخالفه، يعد مصدر تشريع ثانوي عند بعض الشرعية التي تعود لما تعارف الناس عليه وهذا المصدر مهم وخصوصاً للقضاة الذي ترفع إليهم قضايا حول تحديد ما يفرض الخصومات فيها لم يأت بها دليل في الكتاب والسنة والأجماع. وهو يعد من الأدلة الشرعية عند الفقهاء.

قال تعالى: خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ (199)

وقال ابن مسعود «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله عز وجل حسن، وما رآه المسلمون سيئاً فهو عند الله عز وجل سيء»

يعد مصدر تشريع ثانوي يصار إليه عند بعض الأحكام الشرعية التي تعود لما تعارف عليه الناس وهذا المصدر مهم وخصوصاً للقضاة وهو يعد من الأدلة الشرعية عند الفقهاء ولكن يطبقها الفقهاء في الأحكام الفقهية الفرعية لا الأصلية.

العرف ما تعارف الناس عليه من طبائع وعادات فيما بينهم في عصر وأقرها العقل والشرع والفتوة.

لقد عرّف علماء الأصول العرف قديماً وحديثاً بتعاريف مختلفة.

(أ) قال النسفي في كتاب المستصفي: ما أستقر في النفوس من جهة العقول تلقته الطباع السليمة بالقبول. (1)

(ب) عرف ابن عابدين: العادة مأخوذة من المعاودة، فهي بتكررها ومعاودتها مرة بعد أخرى صارت معروفة، مستقرة في النفوس والعقول متلقاه بالقوب من غير علاقة ولا قرينة حتى صارت حقيقة عرفية (2)

(1) العرف والعادة أبوشيبه ص8

(2) مجموعة رسائل ابن عابدين 114/2

المبحث الثاني مشروعية العرف والأدلة عليه وأقوال الأصوليين

المطلب الأول: مشروعية العرف:

اتفق العلماء على مشروعية العرف، واعتباره حجة ودليلاً من الأدلة الشرعية التي يبنى عليها.

ولكنهم يختلفون في اعتباره مصدراً مستقلاً قائماً بذاته على قولين:-

القول الأول: العرف حجة ودليل شرعي مستقل وهذا قول المالكية والحنفية وابن القيم من الحنابلة.

القول الثاني: العرف ليس حجة ولا دليل شرعياً إلا إذا أرشد الشارع إلى اعتباره وهذا القول والمذهب الشافعي، واحتجوا بأن العادة لا تعتبر إلا إذا جرى الشرع على قبولها، وأن العرف دليل ظاهر يرجع إلى الأدلة الصحيحة.

المطلب الثاني: أدلة مشروعية العرف:

*من القرآن الكريم: قال تعالى: **خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ** (199) (1)

فالأمر بالعرف في الآية يدل على وجوب الرجوع إلى عادات الناس وما جرى تعاملهم به.

قال تعالى: **وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضُوا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ** ٥

ذَلِكَ يُوعَظُ بِهِ مَنْ كَانَ مِنْكُمْ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ۗ ذَلِكُمْ أَزْكَى لَكُمْ وَأَطْهَرُ ۗ وَاللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ

(232) (2)

(1) الأعراف: ١٩٩

(2) البقرة: 232

العرف في الآية يدل على عرف الناس في تقدير الرزق والكسوة.

* وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ۖ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنِمَّ الرِّضَاعَةَ ۚ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ
وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ۚ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا ۚ لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ ۚ وَعَلَى
الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ ۚ فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَنْ تَرَاضٍ مِنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا ۚ وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَنْ تَسْتَرْضِعُوا
أَوْلَادَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُمْ مَا آتَيْتُم بِالْمَعْرُوفِ ۚ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ (233)

(1)

وجه الدلالة «أن الله عز وجل أوجب على المولود له نفقة من الكسوة تبعاً للعرف» (4)

* من السنة

المراد بالسنة «أن يسكت النبي ﷺ عن إنكار قول قيل بين يديه أو في عصره، وعلم به، أو يسكت عن إنكار فعل قيل بين يديه أو عصره، وعلم به، فإن ذلك يدل على الجواز ومما يزيد أدلة اعتبار العرف بالسنة فعل النبي ﷺ بعض ما أقرهم عليه فقد تعارفوا عقد الإستصناع، وشاركهم النبي ﷺ في العمل به، إذ ثبت أنه استصنع منبراً وخاتماً.

عن نعيم بن مسعود الأشجعي قال «سمعت رسول الله ﷺ حين جاءه مسيلمة الكذاب بكتابه يقل لهما: أنتما تقولان كمثل ما يقول؟ قال نعم فقال: أما والله لولا الرسل لا تقتل لضربت أعناقكما» (2)

وجه الدلالة: أي الذي منع قتل هذين الرسولين هو العرف السائد بأن الرسل لا تقتل.

تابع من السنة: قال الرسول ﷺ " ما رأى المسلمون حسناً فهو عند الله حسن (2) "

(1) البقرة: 233

(4) أنظر تفسير ابن جرير 2/205

(2) باب الرسل حديث رقم 5711 قال الألباني صحيح سنن أبي داود أحكام الألباني صفحة 451

وجه الدلالة: أن الحديث الامر المتعارف عليه حسناً بين المسلمين يعتبر من الأمور الحسنة وأقره الله فهو حق وحجته دليل.

أما بالإجماع: كما أن العرف العام يتضمن الأجماع، فالأجماع خاص باهل الاجتهاد والعرف يدخل فيه اهل الاجتهاد وغيره (1)احتجاج الفقهاء بالعرف في مختلف العصور، اعتبارهم إياه في اجتهادهم دليل علي صحة اعتباره لان عملهم به بنزل منزله الاجماع(2) السكوتي فضلا عن تصريح بعضهم به وسكوت الاخرين عنه فيكون اعتباره ثابتاً بالإجماع.

قال الإمام الشوكاني: قوله على أمر من الأمور يعادل: الشرعيات العقلية والعرفيات واللغويات.(3)

أما المعقول: نلاحظ أن العرف له سلطان كبير على النفس ويتمتع بالاحترام العظيم في القبول، وهو طبيعته ثابتة للناس يرضون به بسهولة، ويحقق مصالحهم ومنافعهم الشرعية، الشريعة جاءت لتحقيق.

الاحتجاج بالعرف:

الاحتجاج بالعرف وهل هو حجة لابد من بيان عدة أمور في هذا الشأن وهي:

لابد أن نعلم أن العرف المقبول بالاتفاق كما ذكر ذلك الشاطبي والسيوطي وغيرهم أنه العرف العام المطرد من عهد الصحابة ومن غيرهم الذي لم يخالف نصاً شرعياً ولا قاعدة أساسية حتى قال بعضهم إذا انطبقت هذه القاعدة أن العرف يصار إليه بدل القياس ويصلح أن يخصص الدليل الشرعي وذا روي عن الحنفية.

(1) الواضح في أصول الفقه، محمد سلمان الأشقر ص151، دار النفائس، الطبعة الخامسة 1417/1117

(2) الوجيز في أصول الفقه، عبدالكريم زيدان ص515، مؤسسة الرسالة الطبعة الأولى 1451، 5111

(3) إرشاد الفحول: 71

استدل اهل العلم من الفقهاء وغيرهم من الأصوليين "حُذِّ الْعَفْوُ وَأُمِرَ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ"

الظاهر أن المذاهب الفقيه متفقة على اعتبار العرف بالمعنى الذي حررناه على وجه الأجمال وإن كان بينهما شيء من التفاوت في حدود هذا الاعتبار ومداه.

قال الشيخ أبوسنة "في كتاب العرف والعادة" (1) اعتبر الفقهاء، على خلاف مذاهبهم العرف، وجعلوه أصلاً يبنى عليه شطر عظيم من أحكام الفقه (2).

وذكر الشيخ أبوزهرة في كتاب أبوحنيفة (3) عن سهل بن مزاحم قوله كلام أبي حنيفة أخذ بالثقة وفراى من القبح، والنظر في معاملات الناس، وما استقاموا عليه وصلحت عليه أمورهم، ثم قال أبوزهرة: وفي الجملة: أن ذلك النص يدل على أنه يأخذ بالعرف مصدراً من مصادر الاستنباط.

وقال في كتاب مالك (1) الفقه المالكي كالفقه الحنفي يأخذ بالعرف ويعتبر أصلاً من الأصول الفقهية، فيما لا يكون فيه نص قطعي.

3 - الفرق بين العرف والأجماع:

لو رأينا بنظم الناقد في العرف والاجماع لرأينا أنهما يتفقان في شيء ويختلفان في أشياء، فالذي يتفق عليه العرف والأجماع أن كلاهما مصدر تشريع معتبر بشكل عام، وإن كان الأجماع أقوى اعتباراً من العرف كمصدر تشريع، وإذا نظرنا في الاختلاف وجرتنا أن الأجماع خاص بالمجتهدين دون غيرهم من العوام وأما العرف فهو عام يشمل الخواص والعوام من الناس ويدخل في ذلك العلماء والفقهاء والمحدثون والاكابر والاجماع يشترط فيه الاتفاق أما العرف فإنه يختلف من بلد إلى بلد آخر.

(1) كتاب مالك ص420

وهذه ادله من قالوا إن العرف حجة: -

من قال بأن العرف ليس حجه ولا دليل شرعي: -

أن النافين لحجه العرف هم الإمامة وبعض الشافعية وادلتهم على عدم حجيته هو نفيهم لأدلة المثبتين وهو كما يلي: -

أن ما أستدل به من الكتاب العزيز لم تكن الآية واردة في العرف في حقيقة العرف وإنما الشارع أستخدمها بحقيقتها اللغوية حيث دلت التفسير على أن وأمر بالعرف معناه "وأمر بالمعروف".

ما أستدل من السنة رواية عبد الله بن مسعود من أنه قال "ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن"

قال السيد الحكيم " ويرد على هذا الاستدلال بها: أنها موقوفة علي ابن مسعود ولم يروها أحد عنه عن رسول الله ﷺ ، وربما كانت لجاماً له لا حديثاً عن النبي ﷺ.

تابع لعدم حجية العرف وما استدل به من الإجماع من وقوف الصحابة فيما صار عليه الرسول ﷺ هذا لا يثبت حجية العرف فإن عمل الصحابة ليس بحجة ولو اقر عرفاً اما بطريقة القياس او بأدلة أخرى من الاستحسان او سد الذرائع او المصالح المرسلة.

اما الشافعية والحنفية والحنابلة اعتبروا العرف حجة لأن الناس مخاطبين به وهو يبين لهم تشخيص الحكم فيكون اعتمادهم عليه.

اما اقوال العلماء فهي ليست بحجة وهذا الاختلاف في حجيته فيكون الاستدلال بالعرف كاملح في الطعام وهو تأكدي. وذكر الأستاذ بدران "ان من يدقق النظر في العرف يتضح له بعد البحث والنظر ان العرف من الأدلة الموصلة للحكم والمساعدة على فهمه، وليس دليلاً واصلاً من الأصول المستقلة بشرع الحكم وبنائه"(1)

(1) أصول الفقه / بدران أبو العنين بدران / ص 326

هل العرف أصل ام لا؟

هناك القائلون بأن العرف أصل في مقابل الأصول الاستنباط وهو الحنفية والمالكية. وذكر أبو زهرة قال "هذا العرف أصل اخذ به الحنفية والمالكية في غير موضع النص ثم قال هذا يعد أصلاً من أصول الفقه وذكر حديث النبي ﷺ وقال العلماء الحنفية والمالكية ان الثابت بالعرف صحيح غير فاسد ثابت بدليل الشري(1)هناك القائلون بأن العرف ليس أصلاً وهم الشافعية: -

ذكر أبو العنين "ليس دليلاً واصلاً من الأصول المستقلة بشرع الحكم وبنائه" (2) والأمامية تقول ليس أصلاً.

وتلخيص لحجية العرف وعدم حجيته على النحو الآتي:

يتفق الائمة علمياً على اعتبار العرف الصحيح حجة دليلاً شرعاً.(3)

ولكنهم يختلفون في اعتباره مصدرًا مستقلاً قائماً بذاته ووضع الفقهاء عدة قواعد يعتمد على العرف، وانما اختلفوا في شروط العرف وفي درجته التشريعية بين المصادر."

ويشترط للعمل بالعرفِ شرطان:

أولاً: ان يكون عاماً شاملاً مستفيضاً بين الناس فلا يكون عادةً شخص بعينه او جماعة قليلة.

ثانياً: ان لا يعارضه نص او اجماع، والا كان عرفاً باطلاً لا قيمة له.

المطلب الثالث: أقوال الأصوليين في العرف:

لا خلاف بين الائمة على اعتبار العرف ومكانته في الشريعة الإسلامية إذا تحققت فيه شروط اعتباره:

(1) أصول الفقه أبو زهرة/ ص 273

(2) أصول الفقه/ بدران أبو العنين بدران/326

(3) العرف، ابوسنة ص23

* الأحناف " التعيين بالعرف كالتعيين بالنص او الثابت بالعرف كالثابت بالنص او تقييد المطلق جائز بالعرف .

* المالكية " كل ما أطلق لفظه حمل علي عرفه الالفاظ تحمل على العوائد والعمل بالعرف أصل من أصول المذهب".

* الشافعية " ما أطلق ولم يحد رجوع في ضبطه الي العرف ما ليس له حد شرعاً ولا لغة يرجع فيه العرف والعادة محكمة.

* الحنابلة "ما لا حد له في الشرع يرد الي العرف "وما ورد به الشرع مطلقاً رجوع فيه الي العرف(1)

(1) العرف عند الأصوليين وأثره في الاحكام الشرعية / تأليف مصطفى محمد رشدي

المبحث الثالث أنواع العرف

ينقسم العرف من حيث موضوعه ومرتبطه، ومن حيث الشكل عند الأصوليين:

العرف اللفظي: فأما العرف اللفظي فهو أن يشيع بين الناس استعمال بعض الألفاظ أو التراكيب في معنى معين بحيث يصبح ذلك المعنى هو المفهوم المتبادر منها إلى أذهانهم عند الإطلاق، بلا قرينه ولا علاقة عقلية. (1)

" كاستعمال لفظ " الدراهم بمعنى النقود في بلد مهما كان نوعها وقيمتها " حتى الورق النقدي اليوم " مع أن الدراهم في الأصل نقد فضي مسكوك بوزن معين وقيمه محدودة.

" كاستعمال لفظ السيارة على المركبة ذات الأربع عجلات وإطلاق الماشية على الغنم".

" كاستعمال لفظ البيت في بعض البلدان بمعنى الغرفة وفي بعضها بمعنى الدار بجملتها".

وهذا النوع من العرف هو في الحقيقة من قبيل اللغة الخاصة لأصحابه، فإذا احتاج فهم المعنى المقصود إلى قرينة أو علاقة عقلية لم يكن ذلك عرفاً بل هو من قبيل المجاز.

مثال القرينة: ما لو حمل انسان عصا صغيرة وحلف ليقتل فلاناً بها، فإن يفهم بهذه القرينة أن مراده بالقتل الضرب المؤلم.

العرف العملي أو الفعلي: أما العرف العملي فهو اعتياد الناس على شيء من الأفعال العادية أو المعاملات المدنية، أو مثل اعتياد الناس البيع صفة معينة من غير كلام فقط قبض وأخذ والمراد بالأفعال العادية: أفعال الناس الشخصية في شؤونهم الحيوية مما لا يقوم على تبادل المصالح وإنشاء الحقوق، وذلك كالأكل والشرب واللبس وغيرها (2)

(1) قواعد الفقهية، الزرقا، ص875/876

(2) قواعد الفقهية، الزرقا، ص875/876

والمراد بالمعاملات المدنية التصرفات التي يقصد منها الحقوق بين الناس أو تصفيتها وإسقاطها، سواء أكانت تلك التصرفات عقوداً أو غيرها

مثال في المعاملات:

اعتيادهم تقسيط الأجر السنوية للعقارات إلى أقساط معدودة.

تعاملهم فيما بينهم ببعض أنواع النقود دون سواها.

وينقسم العرف من حيث الشمول إلى قسمين:

أ - العرف العام: هو ما يتعارف عليه أهل الأقاليم الإسلامية في عصر معين ووقت من الأوقات مثال الطلاق والزواج والتجارة وضيافة الغريب.

وهناك معنى آخر هو الذي يكون فاشياً في جميع البلاد بين الناس في أمر من الأمور.

ومثال: - في العموم اليوم تأجيل جانب من مهور النساء في البلاد الإسلامية فقد تعارفو على تقسيم المهر الي معجل ومؤجل.

مثال بلاد الشام اليوم، فإن العرف لديهم مطرد على المؤجل من المهر نصف العجل مالم يصر في العقد بخلافه.

أ - العرف الخاص: هو ما يتعارف عيه أهل المدينة وبلد وقرية معينة أو يكون مخصوصاً، أو بين فئة من الناس دون الأخرى.

وهذا العرف الخاص متنوع كثير متجدد لا تخصي صورة ولا تقف عند حد، لان مصالح الناس وسبلهم إليها وإلى تسهيل احتياجاتهم وعلاقتهم متجددة أبداً.

مثال: كعرف التجار فيما يعد عيباً ينقص الثمن في البضاعة المباعة أو لا يعد عيباً، وكعرفهم في بعض البلاد أن يكون ثمن البضائع المباعة كالجملة مقسماً إلى عدد معلوم من الأقساط، وعرفهم ألا تقبل المبالغ الكبيرة من أجزاء النقود الصغيرة في الصفقة الواحدة إلا بنسبة معينة.

ما يطبق عليه العرف: أن العرف يختلف باختلاف الزمان والمكان ولكن نستطيع أن تمثل له بأمثله:

أ - اعتبار الكفاءة في الزواج ما تعارف عليه العرب في ذلك.

ب - عند شراء بعض الأغراض الحديثة، وخصوصاً الأجهزة، تضمن هذه الأجهزة مدة، وذلك مما تعارف الناس عليها وهذا يجري في الغالب.

المطلب الرابع شروط اعتبار العرف:

* ألا يكون العرف مخالف للشرع.

* أن يكون العرف مطرداً أو غالباً.

* أن يكون العرف المتعلق بالتصريف موجوداً عند انشائه.

* عدم معارضة العرف بما يخالفه نصاً أو قولاً أو عملاً.

المراد بالقاعدة: أن العادة أو العرف يكون مرجعاً وحكماً في بعض الحالات والصور مما سيأتي بيانه إن شاء الله تعالى.

قواعد العرف:

أولاً: العادة محكمة: بيان القاعدة:

العادة لغة مأخوذة من العود والمعاودة وهو التكرار.

ومعنى محكمة مأخوذة من الحكم وهو الفصل والقضاء بين الناس من القواعد التي ترجع إلى النصوص من القرآن الكريم والسنة المطهرة هذه القاعدة المشهورة الأساسية، فإن العرف والعادة كان لهما نصيب وافر ملحوظ في تغير الأحكام حسب تغيرهما، وعليهما يرتكز كثيرا من الأحكام والفروع الفقهية.(1)

من القواعد التي ترجع إلى النصوص من القرآن الكريم والسنة المطهرة هذه القاعدة المشهورة الأساسية - فإن العرف والعادة كان لها نصيب وافر ملحوظ في تغير الأحكام حسب تغيرهما وعليها يرتكز كثير من الأحكام والفروع الفقهية.

ومعنى آخر: أن العادة حكماً لإثبات حكم شرعي إذ لم يرد النص عمل بموجبه، ولا يجوز ترك النص والعمل بالعادة، لأنه لسي للعادة حتى تتغير النصوص، والنص ، أقوى من العرف ، لا، العرف قد يكون مسنداً على باطل.

ومن الآيات الكريمة: التي فيها تلميح بليغ إلى اعتبار هذه القاعدة: قول الله تعالى "ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف" (1) وقال تعالى "وعاشرهن بالمعروف" قال الأمام القرطبي "العرف والمعروف والعارفة: كل خصلة حسنة ترتضيها العقول وتطمئن إليها النفوس" (3)

(1) سورة البقرة الآية 228

فأرشد الله الزوجين في عشرتهما، وأداء حق كل منهما إلى الآخر إلى المعروف المعتاد، الذي يرتضيه العقل، ويطمئن إلى القلب، ولا شك ان ذلك متغير حسب الاختلاف بين المناطق وأحوال الناس ونجد فيما قاله الامام ابن تيميه عند بيان فدية المحرم في الحج وفي قول الله تعالى "اطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم..... (1) فأمر الله تعالى باطعام المساكين من أوسط ما يطعم الناس أهليهم، وقد تنازع العلماء في ذلك هل ذلك مقدر بالشرع، أو يرجع فيه إلى العرف؟ وكذلك تنازعوا في النفقة: نفقة الزوجة، والراجح في هذا كله ان يرجع فيه إلى العرف، فيطعم كل قوم مما يطعمون اهليهم، ولما كان كعب بن عجرة ونحوه يقاتون التمر، أمر النبي صلى الله عليه وسلم - أن يطعم فرقا من التمر ستة مساكين" (2)

قال الإمام القرطبي: العرف المعروف والعارفة: «كل خصلة حسنة ترتضيها لعقول وتطمئن إليها النفوس». (3)

وكذلك السكني وماعون الدار يرجع فيها إلى العرف من غير تقدير، والغالب في كل ما ورد في الشرع إلى المعروف أنه غير مقدر، وأنه يرجع فيه إلى عرف في الشرع أو إلى ما يتعارف الناس (4)

وقال الأمام ابن القيم: أوجب الشريعة الرجوع إلى العرف عند الاختلاف في الدعاوى كالنقد وغيره (5)

ومن الشواهد في هذه القاعدة أيضا قول الله تعالى: "يأيها الذين آمنوا ليستأذنكم الذين ملكت إيمانكم والذين لم يبلغوا الحلم منكم ثلاث مرات من قبل صلاة الفجر وحين تضعون ثيابكم من الظهيرة ومن بعد صلاة العشاء ثلاث عورات لكم" (6)

يقول العلائي - بعد أن ذكر الآية الكريمة "فأمر الله بالاستئذان في هذه الأوقات التي جرت العادة فيها بالابتدال ووضع الثياب، فانبئي الحكم الشرعي على ما كانوا يعتادونه" (7)

(1) سورة البقرة 228

(2) مجموع فتاوى شيخ الإسلام /113/26/114 وجاء في سنن أبي داود بشرحه بطل المجهود /111/9

(3) تفسير القرطبي: 346/7

(4) قواعد الأحكام في مصالح الأنام: 61/1

(5) الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية، تحقيق بشير محمد عيون: ص101

(6) سورة البقرة الآية 58

(7) المجمع المذهب، و: 42/ الوجه الثاني

القواعد المندرجة تحت هذه القاعدة

1- المعروف بين التجار كالمشروط بينهم.

2- التعيين بالعرف كالتعيين بالنص.

3- العبرة للغالب الشائع لا للنادر.

4- الكتاب كالخطاب.

أمثلة القاعدة

أ - المثال الأول: الكثرة مثل تبطل الصلاة بالحركة المتوالية إذا كانت كثيرة عرفا القلة مثل: يعفى عن نجاسة الدم الثوب إذا كانت قليلة عرفا.

ب - المثلث الثاني: إذا تباع اثنان بنقد ولم يحدد، فأختلفا، فالعبرة بالنقد الغالب في البلد الذي حصل فيه التباع.

والدليل القاعدة قول الله تعالى "ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف" (1).

والدليل القاعدة في حديث النبي صلى الله عليه وسلم حديث عائشة رضي الله عنها ان هند بنت عتبة رضي الله عنها قالت يا رسول الله ان أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما اخذت منه وهو لا يعلم فقال "خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف"(2).

(1) رواه البخاري في كتاب النفقات (5049) متفق عليه ومسلم في كتاب الاقضية باب قضية هند 13382/3

(2) سورة البقرة 228

ج - تناول الثمار الساقطة يعتبر فيه العرف.

د- حد الاء الجاري الأصح أنه: ما يُعدُّه الناس جارياً.

العادة: هي الاستمرار على شيء مقبول للطبع السليم، المعاودة إليه مرة بعد أخرى، وهي المرادة بالعرف العلمي ثم إذا لم يرد نص مخالف يشملها فلا كلام في اعتبارها، فقد نقل ابن عابدين ان العادة احدى حجج الشرع فيها لا نص فيه "رد المحتار من فصل بلوغ الغلام"

اما إذا ورد فأما ان يكون نصا في مخالفتها فلا كلام في اعتباره دونها مطلقا عامد كانت ام خاصة، لان النص أقوى من العرف فالعمل بهما حينئذ عبارة عن رد النص ورفضه للعادة وهو لا يجوز.

وذا ان تكون عامة فتصلح ان تكون مخصصة لعمومه اتفاقا، عملية كانت أو قولية.

تنبيه: انما تعتبر العادة إذا كانت سابقة، فلا عبرة بالعرف الطارئ، وعليه فلو كان الوقف سابقا علما ما تعورف من البطالة في الأشهر الثلاثة لا يعتبر ذلك العرف، وكذلك لو كان التعليق سابقا على العرف فلا يفيد العرف لفظ التعليق بالمطلق.

والقاعدة المذكورة من جملة القواعد الكلية التي تقدمت منظومة في الكلام على المادة/17/ والمواد/37- 40 و42 - 45/ كلها ناشئة منها.

التطبيق: الذي تفرع عليها من الفروع الفقهية تعسر الإحاطة به.

(أ) فمن ذلك: لو بعته إلى ماشيته فركب المبعوث دابة الباعث برئ له بينهما انبساط، وإلا ضمن. (ر:جامع الفصولين: الباب الثالث والثلاثين، صفحة/140).

(ب) ومنه: اعتبار الكيل أو الوزن فيما تعورف كيله أو وزنه مما لا نص فيه من الأموال الربوية كالزيتون وغيره. وأما ما نص عليه فلا اعتبار للعرف فيه عند الطرفين¹.

(د) ومنه: اعتبار عرف الحالف والناذر إذا كان العرف مساويا للفظ أو أخص، فلو حلف لا يأكل راسا، أو لا يركب دابة، أو لا يجلس على بساط:

التطبيق: مما يتفرع على هذه القاعدة المذكورة:

(أ) ما لو جهز الأب ابنته بجهاز ودفعه لها ثم ادعى انه عارية، ولا بينة، فإنه ينظر إن كان العرف مستمرا أن مثل ذلك الأب يدفع مثل ذلك الجهاز عارية أو ملكاً فإنه يتبع، ويكون القول قول من يشهد له العرف، والبينة بينة الآخر، وإن كان العرف مشتركا فالقول للأب والبينة بينة البنت.

(ب) ومنه: لما لو اختلف البائع والمشتري في دخول الرذعة أو الإكاف في البيع، فإنه يحكم العرف.

(ج) ومنه: ما لو دفع الأب ابنه إلى الأستاذ مدة معلومة ليعلمه الحرفة، ثم اختلفا فطلب كل منهما من الآخر الأجر، فإنه يحكم بالأجر لمن يشهد له عرف البلدة.

(د) وكذا يعتبر العرف في ان الحمال يدخل المحمول إلى داخل الباب أولا.

(¹) أي عند أبي حنيفة ومحمد، بل العبرة عندهما فيه للمقياس الذي ورد به النص لتحقيق التساوي في مبادلة الأموال الربوية بعضها ببعض عند اتحاد الجنس، خلافا لأبي يوسف الذي يعتبر المقياس المتعارف فيهما مطلقا في كل زمن بحسبه، ويتبدل مقياس التساوي بتغير العرف تبعا له حيث يعلل النص بالعرف الذي كان قائما وقت وروده. فلا يكون اتباع العرف عند أبي يوسف مخالفا للنص، بل يراه هو الموافق للنص. وإن الثبات على المقياس القديم الذي ورد في النص هو المخالف للنص، فهو يعتبر هذا النص نصا عرفيا، بمعنى أنه ذكر فيه المقياس الذي عينه النص، لأنه كان من المتعارف حين ورود النص، ولو كان المتعارف مقياسا آخر لورد النص بذلك الآخر، لأن مقاييس الكميات تتبع الأعراف. ولتنظر رسالة " نشر العرف فيما بني من الأحكام على العرف" لابن عابدين.

وقد أوضحت هذه المسألة – أي مسألة النص العرفي – في كتابي المدخل الفقهي العام.

تنبيه:

إنما قيدنا الشرط بالمتعارف لان غير المتعارف لا يعتبر إلا إذا كان شرطاً يقتضه العقد، كاشتراط حبس المبيع لاستيفاء الثمن، أو يلائمه، كاشتراط كفيل حاضر و رهن معلوم، فهو غيبي ما نحن فيه.

وفي ضوء تلك النصوص الشرعية ونظائرها أهتدى الأمة إلى وضع هذه القاعدة واحتكموا إليها في كثير من المسائل والقضايا.

قول الإمام القاضي شريح في عهد عمر بن الخطاب رضي الله عنه للغزاليين (1) "سنتكم بينكم".

فإن يتفق مع هذا الأصل، وقال العيني في شرح البخاري "سنتكم بينكم" يعني عادتكم وطريقتكم بينكم معتبرة. (2)

القاعدة الثانية:

قاعدة: المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً:

وفي كتب القواعد بهذا المعنى مثل:

الثابت بالعرف كالثابت بدليل شرعي.

المعروف بالعرف كالمشروط باللفظ.

الثابت بالعرف كالثابت بالنص.

(1) الغزالي: البياع للغزل.

(2) أنظر العيني: عمدة القارئ شرح البخاري 16/21، باب: من أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون بينهم في البيوع والإجازة.

* معنى القاعدة:

أن ما تعارف عليه الناس في معاملاتهم هو قائم مقام الشرط في الالتزام والتقيد وإن لم يذكر صريحاً.

"المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً"

المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً معنى كل محل يعتبر ويراعى فيه شرعاً صريح الشرط وذلك بأن لا يكون مصادماً للنص بخصوصه إذا تعارف الناس وأعتادوا التعامل عليه بدون اشتراط صريح فهو مرعي ويعتبر بنزله لاشتراط الصريح فكما لا تسمع الدعوى بخلاف ما شرط صريحاً مما تعورف لا تسمع الدعوى بخلاف ما تعورف واعتبر العمل به بدون شرط ولذا قالوا لو ادعى نازل الخان واخل الحمام وساكن المعد للاستغلال الغصب ولم يكن معروفاً به لم يصدق في ذلك ويلزم الأجر كما لو استخدم صانعاً في صنعة معروف بها وبها قوام حاله ومعيشته ولم يعين له أجر ثم طالبه بالأجر فادعى أنه أستغان به مثلاً فإنه لا يسمع منه ويلزمه أجر مثله.

وأما إذا كان الشرط المتعارف الصريح غير معتبر شرعاً وذلك كان مصادماً للنص بخصوصه فلا يكون معتبراً إذا تعارف الناس العمل عليه بدون اشتراط فو تعارف الناس مثلاً تضمين المستعير والمستأجر ما تلف من العين المعارة أو المأجورة بدون تعد منه ولا تقصير لا يعتبر ذلك التعارف ولا يراعى لأنه مضاد للشارع.

الأمثلة للقاعدة:

أشترى شخص من آخر شيئاً بعشر روبيات فتعتبر روبية تلك البلد لا روبية بلد أخرى لأن العرف كالمشروط. لو أعطى الأب لابنته جهازاً، ثم ادعى أنه عارية ينظر إلى عرف البلاد، فإن كان هبةً لا تقبل دعوى الأب، لأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً.

الفصل الثالث

التطبيقات علي المواد التي تم تعديلها

تمهيد:

هناك العديد من التطبيقات التي تناولها القانون بالتعديل وذلك لأهمية المسائل الفقهية المتعلقة بالأحوال الشخصية ، في تلك المسائل .

وتأتي أهمية هذه التعديلات لأنها من ناحية يعمل المشرع على تنقية المواد التي يرى فيها عدم مناسبتها للمجتمع ، أو عدم قدرتها على تحقيق أهداف المشرع ، أو صعوبة تنفيذها من جانب المجتمع، أو غير ذلك من الأسباب ، وقد هدف المشرع من هذه التعديلات التيسير على المجتمع وتحقيق المصلحة وحماية الأسرة ، وكذلك معالجة ما يراه مناسبا بالنسبة لبعض النصوص التي يتضمنها القانون.

وفي الفصل الثاني أتناول التطبيقات ، وذلك من خلال خمسة مباحث ، المبحث الأول وفيه تطبيقات في الخطبة والزواج ، والمبحث الثاني ويتضمن تطبيقات في انحلال الزواج " الطلاق والخلع " والمبحث الثالث يتضمن تطبيقات في الحضانة ، والمبحث الرابع يتضمن تطبيقات في نفقة الأقارب ، والمبحث الخامس وفيه تطبيقات في الميراث .

المبحث الأول تطبيقات في الخطبة والزواج

أولاً: في الخطبة، جاء في المادة الثانية والثالثة من قانون الأحوال الشخصية 1984م، إن الخطبة هي التماس التزويج وتتم بالاتفاق على حصوله فيما بعد فهي لا تلزم الزواج وليست إلا تمهيداً له ، سواء أكانت طلباً من أحد الطرفين ، أم صارت اتفاقاً بينهما ، أم تأكدت بما اعتاده الناس من حصوله الوعد، أو قبول كل منهما هدايا الآخر ، أو قبض المرأة وليها المهر كله أو بعضه للدلالة على التراضي.

ولا يترتب على هذه المقدمات شيء من أحكام الزواج ، بل لكل من الطرفين أن يعدل عنها متى شاء.(1)

وقد اتفق المجتهدون على التأثيم الديني في زواج مخطوبة الغير، فإذا عقد الخاطب الثاني زواجه بها مستوفياً أركاناً وشرائطه صح العقد ، وترتبت عليه آثاره عند جمهور الفقهاء ، لأن الخطبة ليست شرطاً في صحة الزواج لا تلازم بين كون النهي للتحريم وبطلان العقد ، وهذا جاء به المادة الثالثة وفق رأي الجمهور وقول في المذهب المالكي غير مشهور وعلى خلاف المشهور في المذهب وهو الفسخ قبل الدخول بالزوجة وعدم الفسخ بعده كما يخالف قولاً ثالثاً هو الفسخ مطلقاً قبل الدخول وبعده ، وقد راعت المادة فيما أخذت به الحرص على استقرار الأسرة.

المادة (4) : إذا عدل أحد الطرفين عن الخطبة ، فإن ما قدمه الخاطب من المهر كله أو بعضه، له الحق في استرداد عينه أن كان قائماً أو بدله - مثلاً أو قيمة - أن كان هالكا أو مستهلكاً ، لأن المرأة لا حق لها في المهر إلا بعقد الزواج ، وهو لم يوجد وهذا اتفاق الفقهاء .

ويجري حكم المهر على الهدايا التي جرى العرف باعتبارها منه ، فهي اليوم من أهم ما تشمله مفاوضات الزواج ، وقد تكون بالنسبة لقيمتها هي المهر الحقيقي ويصدر هذا فقه الحنابلة ، وما تقرر في الفقه المالكي ومنه قول " الزرقاني " في شرح مختصر خليل " أما ما يهدي عرفاً في العقد أو قبله ، فكالصداق ، وأما ما يشترط إهداؤه فيتفق على القضاء به " .

(1) قانون الأحوال الشخصية ، الطبعة السادسة ، يناير ، 2004.

لكن المخطوبة قد تشتري الجهاز أو بعضه بالمهر المقدم ويعد عدول الخاطب لا تضمن كل ما كان ينتظر من الانتفاع به وردها جميع ما قبضته ، يصيبها الخسران بينما تقديم المهر يفيد الأذن المضمن من الخاطب بشراء الجهاز فليس من العدل إلزامها بمثل ما قبضته ، بل الأقرب إلى العدل أن يكون لها الخيار بين إعادة المهر أو تسليم ما يساويه كلاً أو بعضاً من أعيان الجهاز التي أشتريتها.(1)

وقررت المادة (3/ب) في فقرتها عدم فسخ عقد النكاح إذا تزوجت المخطوبة بآخر غير خاطبها الأول، وحكمت بصحة العقد إذا استوفى أركانه وشروطه، وقررت المذكرة الإيضاحية أن هذا الحكم موافق لرأي الجمهور، لكنها أضافت إلى رأي الجمهور رأياً غير مشهور في المذهب المالكي، وعدلت عن القول المشهور في المذهب، وهو القائل بالفسخ قبل الدخول، وبعدم الفسخ بعد الدخول، بل أقرت بأن الرأي غير المشهور في المذهب يخالف أيضاً قولاً ثالثاً يقول بالفسخ مطلقاً قبل الدخول وبعده، وقد ذكرت المذكرة مبرراتها لقبول هذا القول غير المشهور وإعراضها بأنه الحرص على المحافظة على استقرار الأسرة.(2)

جاء في حاشية الدسوقي: "وفسخ عقد الثاني وجوباً بطلاق وإن لم يطلق الخاطب الأول، ولو لم يعلم الثاني بخطبة الأول".

وجاء في حاشية الخرخشي: "وفسخ إن لم يبين، أي وإن ارتكب الحرمة وخطب من ركنت لغير فاسق، وقعد، فإن نكاحه يفسخ قبل الدخول وجوباً بطلاق من غير مهر، ولو لم يقم الخاطب الأول، وما يأتي في قوله وعرض راکنة لغير عليه من أن العرض مستحب، هو قول ابن وهب، وهو مبني على القول بعدم الفسخ، وهو ضعيف، والمشهور ما هنا من الفسخ قبل البناء لا بعده. وقال الباجي في المنتقى: "وقال القاضي أبو محمد: "إن الظاهر من المذهب الفسخ، ودليلنا عليه نهي النبي - صلى الله عليه وسلم - عن ذلك، والنهي يقتضي فساد المنهي عنه".

(1) قانون الأحوال الشخصية ، الطبعة السادسة ، يناير ، 2004 .
(2) إبراهيم عبدالله البديوي السبيعي، المرجع السابق، ص68.

ولا شك أن ما أدعته المذكرة الإيضاحية ههنا في تبريرها لتصحيح زواج الخاطب الثاني، بأنه الحرص على مصلحة الأسرة، لا يسلم لها، إذ إن في ذلك أيضا إغراء للناس على التلاعب بالعقود، بحيث تخطب المرأة لرجل، ويتعلق بها ثم تتركه دون سبب وتزوج بآخر؛ مما يتسبب في ثوران الحقد والضغائن وإدخال الحزن على قلب الخاطب الأول، وهي المعاني التي لأجلها حرم الإسلام خطبة المسلم على خطبة أخيه ما لم يترك الأول، وبهذا يثبت أن المصلحة التي راعها القانون في تصحيح زواج الخاطب الثاني قبل أني يترك الخاطب الأول، أنها ليست محض مصلحة، بل يقابلها لعديد من الأضرار التي تنشأ عن مثل هذه التصرفات.(1)

ثانيا: حكم الولاية في النكاح ، تناولت المادتان (29، 30) حكم الولاية في النكاح، وكان من أحكامها تقسيم أحوال المرأة والولاية عليها في عقد النكاح إلى ما يلي:

أولا: بكر بين البلوغ والخامسة والعشرين، وهذه يجب لزواجها التقاء رأي الوالي والمرأة في العقد.

الثانية: ثيب أو امرأة بلغت الخامسة والعشرين فما فوق، فالرأي لها، فلا تبشر العقد بنفسها، لكن يباشره وليها.

الثالثة: ثيب ترغب في العودة لزواجها الأول، فتطلب من القاضي أن يتولى مباشرة عقد زواجها من زوجها السابق، فذلك بعد إخطار وليها لسماع رأيه.

وبالنظر إلى هذا التقسيم نلاحظ أن المذكرة التفسيرية قد راعت في هذا الاختيار منهجيتها في مراعاة الأعراف والتقاليد، لكنها لجأت بسبب الالتزام بهذه المنهجية إلى التلفيق بين آراء المذاهب، وكونت من هذا التلفيق أحكاما شرعية تتناسب مع كل حالة من الحالات السابقة المذكورة بحسب رأيها، فوقع في مخالفة المنهجية العلمية المعتمدة على الأخذ بمذهب واحد قررت فروعه الفقهية من قواعد متسقة، وأدلة معتمدة.(2)

(1) إبراهيم عبدالله البديوي السبيعي، المرجع السابق، ص68، 69.
(2) إبراهيم عبدالله البديوي السبيعي، المرجع السابق، ص59، 60.

واشترط قانون الأحوال الشخصية الكويتي لسنة 1984 المعدل في المادة 29 منه وما بعدها الولاية في الزواج إذا تطلب موافقة الولي على تزويج البكر التي بين البلوغ والخامسة والعشرين من عمرها، ولكنه جعل الرأي في تزويج الثيب التي بلغت الخامسة والعشرين من عمرها لها، شريطة أن يباشر العقد وليها، ويلاحظ أن المشرع الكويتي من خلال النصوص السابقة الذكر قد منع إجراء عقد الزواج دون موافقة الولي، وفي الحالة التي لا يشترط فيها موافقة الولي منع إجراء العقد إلا من قبله، الأمر الذي يعد تناقضا؛ لأن عدم موافقة الوالي تمنعه من مباشرة عقد الزواج.(1)

فأخذت من مذهب الحنفية قولهم إنه لا بد من اعتبار رضا البكر البالغة وأنه لا يملك أحد إجبارها على الزواج، ثم خالفت رأي الحنفية القائل بجواز أن تتولى المرأة عقد زواجها بنفسها بكرة كانت أو ثيبا؛ فمنعت المرأة من تولي هذا العقد مطلقا بكرة كانت أو ثيبا دون الخامسة والعشرين أو فوقها، وذلك لمراعاة الأعراف والتقاليد، وحافظا على مكانة الولي، كما رأت المذكرة التفسيرية.(2)

جاء في البداية للمرغيناني الحنفي: "وينعقد نكاح الحرة العاقلة البالغة برضاها وإن لم يعقد عليها ولي، بكرة كانت أو ثيبا عند أبي حنيفة وأبي يوسف في ظاهرة الرواية".

وجاء في المغني لابن قدامة: "النكاح لا يصح إلا بولي، ولا تملك المرأة تزويج نفسها ولا غيرها ولا توكيل غير وليها في تزويجها، فإن فعلت، لم يصح النكاح".

والمستغرب أن القانون قد سلب حق الأولياء في مباشرة عقد النكاح في حالة مستثناة، وهي عند رغبة المطلقة في الرجوع إلى زوجها، فقرر للزوجة أن تطلب من القاضي أن يتولى مباشرة عقد زواجها من زوجها الأول، وأن حق الأولياء هو في سماع رأيهم فقط، فسلب منهم الحق الذي قرره في حالتي الثيب والبكر، والتي استند فيها على الأعراف وحفظ حقوق الأولياء ومكانتهم، فوقع في تناقض واضح!

(1) د. محمود دودين، المرجع السابق، ص 7.

(2) إبراهيم عبدالله البديوي السديعي، المرجع السابق، ص 59، 60.

كما يلاحظ أيضا أن القانون في مواده ومذكرته التفسيرية قد فرق بين من يؤخذ رأيها منفردة أو مجتمعة مع الولي، وذلك دون مستند أو دليل، فأوجب اجتماع رأي المرأة مع وليها إن كانت بكرة بين البلوغ وسن الخامسة والعشرين، وأوجب أخذ رأيها منفردة إن كانت ثيبا أو فوق الخامسة والعشرين، على الرغم من أن المذاهب الفقهية لها تقسيمات في هذا الأمر، جاء في المغني لابن قدامة: "وإذا زوج الرجل ابنته البكر فوضعها في كفاءة فالنكاح ثابت وإن كرهت كبيرة كانت أو صغيرة، أما البكر الصغيرة فلا خلاف فيها.(1)

قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم إن نكاح الأب ابنته البكر الصغيرة جائز إذا زوجها من كفاء، ويجوز له تزويجها مع كراهتها، وامتناعها.. وأما البكر البالغة العاقلة فعن أحمد روايتان، إحداها له إجبارها على النكاح وتزويجها بغير إذنها كالصغيرة وهو مذهب مالك وابن أبي ليلى والشافعي وإسحاق: "ثم قال: "وليس هذا لغير الأب؛ يعني ليس لغير الأب إجبار كبيرة ولا تزويج صغيرة جدا كان أو غيره، وبهذا قال مالك وأبو عبيد والثوري وابن أبي ليلى وبه قال الشافعي، ثم بين حكم الثيب وأنها تنقسم قسمين كبيرة وصغيرة فأما الكبيرة فلا يجوز للأب ولا لغيره تزويجها إلا بإذنها في قول عامة أهل العلم، وأما الثيب الصغيرة فقد ذهب بعض أهل العلم على أن لأبيها تزويجها ولا يستأمرها وهو قول مالك وأبي حنيفة ووجه عند الحنابلة؛ لأنها صغيرة فجاز إجبارها كالبكر والغلام".

وجاء في فتح القدير: "وقوله ولا يجوز للولي إجبار البكر البالغة على النكاح، معنى الإجماع أن يباشر العقد فينفذ عليها شاءت أو أبت، ومبنى الخلاف أن علة ثبوت ولاية الإجماع أهو الصغر أو البكارة؟ فعندنا الصغر..."، ثم قال بعد ذلك لمن تزوج الثيب الصغيرة قبل البلوغ: "وعندنا له تزويجها لوجود الصغر".(2) يمكن تلخيص ما سبق بما يلي:

(1) إبراهيم عبدالله البديوي السبيعي، المرجع السابق، ص59، 60.
(2) إبراهيم عبدالله البديوي السبيعي، المرجع السابق، ص60.

أخذ القانون برأي الحنفية بوجوب استثمار الزوجة ورضاها، ولم يأخذ برأيهم في جواز مباشرتها لعقد نكاحها بنفسها.

أضاف القانون إلى رأي الحنفية السابق وجوب أخذ رأي الولي وتوافق رأيه مع رأيها إذا كانت الزوجة بكرا بين البلوغ والخامسة والعشرين، وهو خلاف رأي الحنفية.

قرر القانون للثيب البالغة والكبيرة فوق الخامسة والعشرين حق الانفراد برأيها دون الولي، أخذاً بمذهب الحنفية ومن وافقهم، لكنه منعها من مباشرة العقد بنفسها، وهو خلاف ما قرره الحنفية.

ألغى القانون حق الولي في منعه لموليته من الرجوع لزوجها السابق وأجاز لها رفع أمرها للقاضي ليباشر عقد زواجها وهو خلاف ما قرره في الحالات السابقة من منع الزوجة من مباشرة عقد زواجها حفظاً لحقوق الأولياء ومكانتهم ومراعاة للعرف العام. (1)

ثالثاً: صفات الشهود في النكاح، قررت المادة (11) أنه يشترط في صحة الزواج حضور شاهدين مسلمين بالغين عاقلين رجلين، سامعين معاً كلام المتعاقدين، فاهمين المراد منه، واستندت المذكرة التفسيرية لهذه المادة على رأي جمهور الفقهاء، وخصوصاً رأي الحنفية بزعم أن أحكامهم في أمر الشهادة تتسم بالتيشير ورفع الحرج، لكنها- أي المذكرة التفسيرية- عدلت عن رأي الحنفية في جواز أن يكون الشهود رجلاً وامرأتين، وأخذت بدلاً من ذلك برأي المالكية، على الرغم من أنها استبعدت رأي المالكية بشأن عدم وجوب الإشهاد على عقد الزواج؛ حيث إن المالكية لا يشترطون لصحة هذا العقد حضور الشهود، جاء في المنتقى: "ويجوز عندنا أن ينعقد النكاح بغير شهادة ثم يقع الإشهاد بعد ذلك"، فلم تأخذ المذكرة التفسيرية برأي المالكية لكنها عند ذكرها لصفات الشاهدين لم تأخذ برأي الحنفية، وإنما أخذت برأي المالكية في اشتراط صفة الذكورة في الشاهدين، جاء في المبسوط: "وعلى هذا الأصل ينعقد النكاح بشهادة رجل وامرأتين عندنا". (2)

(1) إبراهيم عبدالله البديوي السبيعي، المرجع السابق، ص60.

(2) إبراهيم عبدالله البديوي السبيعي، المرجع السابق، ص62، 63.

وجاء في المغني: " ولا ينعقد بشهادة رجل وامرأتين وهذا قول النخعي والأوزاعي والشافعي". وجاء في المنتقى: " لا يثبت بأقل من شاهدين من الرجال، ولا يثبت بشهادة رجل وامرأتين".

والذي يبدو لنا أن الذي دفع المقنن الكويتي إلى هذا التلفيق، وعدم الأخذ بقول الحنفية في جواز أن يكون شهود النكاح رجلا وامرأتين، هو مراعاة العرف، وعادات الناس في المجتمع الكويتي المحافظ، الذي يتبرم من الاختلاط، ولا يسمح بحضور المرأة مجالس الرجال إلا في أضيق الأحوال وأشدّها اضطرارا.(1)

رابعا : صحة شهادة الكتابين على زواج المسلم بالكتابية ، نصت المادة (11- ب) على أنه تصح شهادة كتابين في زواج المسلم بالكتابية.(2)

واستندت المذكرة التفسيرية على صحة ذلك بالتيسير ورفع الحرج، ولم تأخذ بالنص الشرعي الوارد في ذلك، وهو حديث " لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل".(3)

كما قررت المذكرة التفسيرية أن هذا الرأي هو أحد الأقوال عند الحنابلة في حين أن الإمام أحمد نص على أنه لا ينعقد النكاح إلا بشهادة مسلمين، وهو مذهب المالكية والشافعية أيضا. (4)

قال ابن قدامه في المغني " ولنا قوله عليه السلام:-" لا نكاح إلا بولي وشاهدين عدل"،(5) ولأنه نكاح مسلم، فلم ينعقد شهادة ذميين، كنكاح المسلمين".(6)

وبذلك يظهر أن اختيار القانوني الكويتي في هذه المسألة مخالف للنص الصريح عن النبي- صلى الله عليه وسلم-، كما أنه مخالف لقول جمهور الفقهاء.(7)

(1) إبراهيم عبدالله البديوي السبيعي، المرجع السابق ، ص62، 63.

(2) إبراهيم عبدالله البديوي السبيعي، المرجع السابق، ص41.

(3) أخرجه عبد الرزاق في المصنف (195/6)، برقم (10473)، والرويان في المسند (104/1)، برقم (83) والطبراني في المعجم الكبير(142/18)، برقم (299)، عن عمران بن الحصين.

(4) إبراهيم عبدالله البديوي السبيعي، المرجع السابق، ص42.

(5) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بشاهدين عدلين-126/7- حديث 13505.

(6) المغني، شرح مختصر الخرقى، لأبي محمد عبد الله بن قدامة، الجزء السابع، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ص 8.

(7) إبراهيم عبدالله البديوي السبيعي، المرجع السابق، ص42.

بني قانون الأحوال الشخصية العديد من الآراء التي ضمنها مواده، على أساس المصلحة، التي تتمثل في مصلحة الأسرة أو المجتمع أو طرفي العقد، ويستفاد دافع المصلحة في هذه المواد من نصوص المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية التي صرحت في كثير من المواضع أن أساس اختيار هذه الآراء تم بناء على مراعاة المصلحة ومن ذلك:

- 1- وجوب إجراء الزوجين الفحص الطبي قبل الزواج.
- 2- وجوب توثيق عقد الزواج.
- 3- اشتراط الرضعات الخمس المشبعات في التحريم بالرضاع.
- 4- عدم جواز تزوج المرأة التي أفسدها على زوجها.
- 5- عدم صحة زواج غير العاقل.
- 6- اشتراط اجتماع رأي الولي والمولى عليها التي لم تبلغ الخامسة والعشرين من عمرها.
- 7- ثبوت حق الفسخ لأولياء المرأة التي تزوجت بغير كفاء.
- 8- جعل الرضا بالتفاوت في السن بين الزوجين حقا للزوجة وحدها.
- 9- وجوب الوفاء بالشروط التي لا تنافي أصل عقد الزواج، ولا مقتضاه ولا يكون شرطا محرما.
- 10- سقوط جميع مهر الزوجة التي قتلت زوجها. (1)
- 11- اعتبار خروج المرأة إلى العمل نشوزا إذا كان منافيا لمصلحة الأسرة.
- 12- عدم وقوع طلاق السكران أيا كان سبب سكره.

(1) إبراهيم عبدالله البديوي السديعي، المرجع السابق، ص 65، 66.

13- تحديد أقصى العدة بسنة واحدة.

14- عدم إلزام المرأة المطلقة ثلاثا والمتوفى عنها زوجها بالاعتداد في بيت زوجها.

15- ثبوت نسب الولد الناتج عن الزواج الفاسد والزواج بشبهة.(1)

وإلى جانب ذلك، أعتمد قانون الأحوال الشخصية على مبدأ المصلحة في تأسيس بعض آرائه التي خالفت ما عليه جمهور أهل العلم، أو تصطدم بنص شرعي صحيح، ومن ذلك:

قررت المادة (180) أن الفرقة باللعان فسخ، وبينت المذكرة التفسيرية أنها أخذت بكونه فحسا؛ لأن في مصلحة في إبقاء ما يملكه الزوج من طلاقات، وبينت أن هذا رأي الشافعي وأحمد.

والذي يمكن ملاحظته في هذه المادة أن القانون استدل برأي الشافعية والحنابلة والمالكية بكون اللعان فحسا فقط، ولم يأخذ برأيهم بكون هذا الفسخ يوجب التحريم المؤبد، فأخذ بقولهم بالفسخ حتى يبقى للزوج طلاقه على زوجته التي لاعنها، والتي يحق له الرجوع إليها؛ أخذا بمذهب الحنفية الذين يقولون أصلا بأن الفرقة بسبب اللعان طلاق وليس فحسا.

فالقانون- إذا- أخذ من الجمهور قولهم بأن الفرقة فسخ، ولم يأخذ بقولهم بالحرمة المؤبدة، وأخذ من الحنفية قولهم بجواز اجتماع الزوجين المتلاعنين، إذا كذب الزوج نفسه، ولم يأخذ بقولهم بكون الفرقة بينهما طلاقا، وليس فحسا، فشرع مادتين؛ إحداهما تجهيز اجتماع المتلاعنين، وأخرى تجعل الفرقة فسخا، وكل ذلك بحجة التوسعة والمصلحة؟! (2).

(1) إبراهيم عبدالله البديوي السبيعي، المرجع السابق، ص65، 66.

(2) إبراهيم عبدالله البديوي السبيعي، المرجع السابق، ص66، 67.

خامسا: أثر الزنى في حكم المصاهرة ، قررت المادة (15) أنه يحرم على الشخص فرعه من الزنى وإن نزل كما هو مذهب الحنفية والحنابلة، ولا يحرم سواه بسبب الزنى، وشرحت المذكرة التفسيرية رأيها بالقول: إن المعتمد عند المالكية والشافعية هو القول بأن حرمة المصاهرة لا تثبت بالزنى، وأن القول بالحرمة بسبب الزنى- وهو رأي الحنفية والحنابلة- فيه ما فيه من الحرج، فأخذت المذكرة برأي المالكية والشافعية، فلم تثبت حرمة المصاهرة بسبب الزنى، لكنها اعترضت على ما جاء في المذهبين: الشافعي والمالكي بحل الزواج بالفرع من الزنى، فعدلت عنه، وأخذت برأي الحنفية القائل أصلا بحرمة المصاهرة بسبب الزنى في جميع صورته ودواعيه، ومنها اللمس، فقررت المادة عدم حرمة المصاهرة بسبب الزنى، واستبعدت رأي الحنفية، ثم عادت إلى فرع من فروع المسألة، وأخذت فيه برأيهم وعدلت عن رأي المالكية الشافعية، جاء في المغني: "ويحرم على الرجل نكاح بنته من الزنى وأخته وبنت ابنه وبنت بنته، وبنت أخيه وأخته من الزنى، وهو قول عامة الفقهاء، وقال مالك والشافعي في المشهور من مذهبه: يجوز ذلك كله".

وجاء في مواهب الجليل: "اختلف الفقهاء في نكاح الرجل ابنته أو أخته أو ابنة ابنه من الزنى فحرم ذلك قوم، منهم ابن القاسم، وهو قول أبي حنيفة وأصحابه، وأجازه ذلك آخرون، منهم عبد الملك بن الماجشون وهو قول الشافعي"، وجاء في نهاية المحتاج: "لا المزي بها فلا يثبت لها ولا لأحد من أصولها وفروعها حرمة مصاهرة بالزنى الحقيقي".

وقد بينت المذكرة الإيضاحية أن سبب عدولها عن مذهب الشافعي أنه يؤدي إلى أن يتزوج الرجل بابنته، وفيه من البشاعة ما فيه، وهي تقصد البشاعة المنافية لأعراف المجتمع الكويتي وتقاليده. (1)

(1) إبراهيم عبدالله البديوي السديعي، المرجع السابق، ص61.

المبحث الثاني تطبيقات في انحلال الزواج " الطلاق والخلع "

أولاً: التحكيم بين الزوجين ، تناول القانون أحكام التحكيم بين الزوجين في المواد (127-132)، وتحدثت المذكرة التفسيرية عن التفريق القضائي بين الزوجين عن طريق التحكيم، وأشارت إلى أن التطبيق العملي لنظام التحكيم أظهر عيوباً كثيرة، وأن القانون الكويتي- بما اختاره- عمل على تلافي هذه العيوب، كما بينت أنها قررت أحكامها أخذاً من أقوال العلماء والمذاهب الفقهية بما لا يخالف أصلاً من أصول الشريعة. (1)

في حين الناظر في كتب الفقه المعتبرة يلحظ خلاف ذلك ، فالمذكرة التفسيرية أهملت العديد من الأحكام المتعلقة بمسألة التحكيم منها:

1- أنها اعتبر الحكمين شاهدين يرفعان إلى القاضي ما توصلوا إليه في حقيقة الخلاف بين الزوجين مشفوعاً برأيهما، في حين أن النص الشرعي- وهو قوله تعالى: (فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها) [سورة النساء الآية: 35]- يدل على أنهما حاكمان يفعلان ما يريان من جمع وتفريق، بعوض وبغير عوض، ولا يحتاجان إلى توكيل الزوجين أو رضاهما، وهو ما ذهب إليه علي وابن عباس، وأبو سلمة بن عبد الرحمن والشعبي والنخعي وسعيد بن جبير ومالك والأوزاعي وإسحق وابن المنذر؛(2) استناداً إلى الآية، فالله سماهما حكيمين ولم يعتبر رضا الزوجين، ثم قال تعالى: (إن يريدوا إصلاحاً)، فخاطب الحكمين بذلك.(3)

وقال ابن العربي في قوله تعالى: (حكماً من أهله وحكماً من أهلها)، هذا نص من الله- سبحانه- في أنهما قاضيان لا وكيلان، وللوكيل اسم في الشريعة ومعنى، وللحكم اسم في الشريعة، ومعنى فإذا بين الله- سبحانه- كل واحد منهما فلا ينبغي لشاد- فكيف للعالم أن يركب معنى أحدهما على الآخر؛ فذلك تلبيس وإفساد للأحكام. (4)

(1) إبراهيم عبدالله البديوي السديعي، المرجع السابق، ص46.
(2) المغني، لابن قدامة ، الجزء السابع، ص 244.
(3) المغني، لابن قدامة ، الجزء العاشر، ص 264.
(4) إبراهيم عبدالله البديوي السديعي، المرجع السابق، ص46.

وأما ما استدلت به المذكرة التفسيرية لم تأخذ بكون الحكمين حاكمين قاضيين، لم تأخذ أيضا بكونهما وكيلين، وهو إحدى الروايتين عن أحمد ومذهب عطاء وأحد قولي الشافعي، وحكي ذلك أيضا عن أبي حنيفة.

فالملاحظ إذا أن المذكرة التفسيرية قد اختارت الرأي القائل بكون الحكمين شاهدين، فترتب على ذلك سلب حق الحكم منهما، وحصر الحكم في القاضي، وهو خلاف النص.

وقد روي عن علي وعثمان- رضي الله عنهما- ما يدل على كون الآية صريحة في أن الحكمين قاضيان وليسا بشاهدين، فقد روي أبو بكر بإسناده عن عبيدة السلماني، أن رجلا وامرأة أتيا عليا، مع كل واحد منهما فنام من الناس، فقال علي- رضي الله عنه:- أبعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها، فبعثوا حكمن، ثم قال علي للحكمين: هل تدریان ما عليكما من الحق؟(1)

إن رأيتما أن تجمعا جمعتهما، وإن رأيتما أن تفرقا فرقتما، فقالت المرأة: رضيت بكتاب الله علي ولي، فقال الرجل: أما الفرقة فلا، فقال علي: كذبت؛ حتى ترضى بما رضيت به، قال ابن قدامة: وهذا يدل على أنه أجبره على ذلك.(2)

ويروى أيضا أن عقيلًا تزوج فاطمة بنت عتبة، فتخاصما، فجمعت ثيابها ومضت إلى عثمان- رضي الله عنه- فبعث حكما من أهله عبد الله بن عباس، وحكما من أهلها معاوية رضي الله عنه، فقال ابن عباس، لا فرق بينهما، وقال معاوية: ما كنت لأفرق بين شخصين من بني عبد مناف، فلما بلغا الباب كان قد أغلقا عليهما أبوابهما، وأصلحا أمرهما.(3)

فدل ذلك على أن الصحابة- رضي الله عنهم- قد فهموا من تلك الآية أن الحكمين قاضيان، وليسوا وكيلين أو شاهدين، وهو خلاف ما أخذت به المذكرة التفسيرية.(4)

(1) إبراهيم عبدالله البديوي السبيعي، المرجع السابق، ص46.

(2) المغني، لابن قدامة، الجزء السابع، ص243.

(3) أخرجه عبد الرزاق في المصنف، كتاب الطلاق، باب الحكمين (512/6)، برقم (11887)، والطبري في تفسيره(696/2).

(4) إبراهيم عبدالله البديوي السبيعي، المرجع السابق، ص47.

2- يلاحظ أيضا أن المذكرة التفسيرية اشترطت أن يكونا عاملين بالجمع والتفريق؛ لأنهما يتصرفان في ذلك فيعتبر علمهما به، كما اشترط المالكية- ومعهم الشافعية في الأظهر والحنابلة في القول الثاني- في الحكمين الذكورة؛ لأن الحكمين هنا حاكمان، ولا يجوز جعل المرأة عندهم حاكما، وهو ما لم تبينه المذكرة التفسيرية في شروط الحكمين.

والخلاصة أن ما قصدت إليه المذكرة التفسيرية من إصلاح العيوب التي ظهرت في نظام التحكيم من خلال التطبيق العملي، قد اضطرها إلى مخالفة النصوص الصريحة، والتلفيق بين آراء المذاهب بصورة فيها كثير من التشابك، وذلك بغية منها للتيسير ورفع الحرج.

كما أن التلفيق بين أقوال المذاهب لمجرد البحث عن الأخر والأيسر فيه نوع استهانة بالتكاليف الشرعية، ولهذا تضافرت أقوال العديد من علماء المذاهب في النهي عنه والتحذير منه.(1)

قال سليمان التيمي: "إن أخذت برخصة كل عالم اجتمع فيك الشر كله". وذكر ابن عبد البر إجماع العلماء على عدم حل تتبع الرخص، وقال الغزالي: "ليس لأحد أن يأخذ بمذهب المخالف بالتشهي، وليس للعامي أن ينتقي من المذاهب في كل مسألة أطيبها عنده، فيتوسع...".

وقال ابن القيم: "لا يجوز للمفتي تتبع الحيل المحرمة والمكروهة، ولا تتبع الرخص لمن أراد نفعه، فإن تتبع ذلك فسق، وحرم استفتاؤه".

وقال الزركشي: "لو اختار من كل مذهب ما هو الأهلون عليه، ففي تفسيره وجهان: قال أبو إسحاق المروزي: يفسق، وقال ابن أبي هريرة: لا حكاة الحناطي في فتاويه، وأطلق الإمام أحمد: لو أن رجلا عمل بكل رخصة بقول أهل الكوفة في النبذ، وأهل المدينة في السماع، وأهل محكمة في المتعة- كان فاسقا- وفي "فتاوى النووي" الجزم بأنه لا يجوز تتبع الرخص".

(1) إبراهيم عبدالله البديوي السديعي، المرجع السابق، ص 47، 48.

وقال ابن النجار: " ويحرم عليه؛ أي: على العامي تتبع الرخص، وهو إنه كلما وجد رخصة في مذهب عمل بها، ولا يعمل بغيرها في ذلك المذهب ويفسق به، أي بتتبع الرخص؛ لأنه لا يقول بإباحة جميع الرخص أحد من علماء المسلمين: فإن القائل بالرخصة في هذا المذهب لا يقول بالرخصة الأخرى التي في غيره".

ورد الشاطبي على من يذهب إلى الأخذ بالأخف من أقوال العلماء، بأن السماح الوارد في الحنفية السمحة جاء مقيدا بما هو جار على أصولها، وليس تتبع الرخص ولا اختيار الأقوال بالتشهي بثابت من أصولها. (1)

ثانيا: الخلع، عالج المشرع الكويتي الخلع في المواد من (111- 119) من قانون الأحوال الشخصية رقم 51 لسنة 1984 المعدل، ونجد أن الخلع وفقا لأحكام هذه المواد لا يكون إلا بالتراضي، إذ يشترط فيه موافقة الزوج، ويقع الخلع طلاقا بائنا؛ لأن الزوجة تكون قد افتدت نفسها من خلال دفع مبلغ من المال للزوج مقابل تطبيقها، ولم يأتي المشرع بأي نص يمكن الزوجة من الخلع دون موافقة الزوج أو رغما عنه.(2)

حرص المشرع الكويتي على تقنين ما يتعلق بالفرد من قواعد تنظيم أحوال الشخصية في نصوص وضعية ، في تشريع واحد وجما لأيسر ما ورد منها بالمذاهب الفقهية الأربعة وأقوال السلف الصالح والفقهاء والمجتهدين ، وذلك إيضاحا للرؤية وتمشيا مع المتغيرات الاجتماعية .

وقد عرفت المادة (111) من القانون أحوال الشخصية الكويتي الخلع على أنه طلاق الزوج زوجته نظير عوض تراضيا عليه ، بلفظ الخلع أو الطلاق أو المبارأة أو ما في معناها ولا يملك الخلع غير الزوجين ، أو من يوكلانه .

أما المادة 112 في يشترط لصحة المخالعة أهلية الزوجين لإيقاع الطلاق وفق هذا القانون .

(1) إبراهيم عبدالله البديوي السبيعي، المرجع السابق، ص44.
(2) محمد دودين، المرجع السابق، ص 13.

أما المادة 113 فقد ذكرت لكل من الطرفين الرجوع عن إيجابه في المخالعة قبل قبول الآخر.(1)

ثالثاً: حق الزوج الأول في استئناف الطلقات إذا رجع إلى زوجته بعد طلاقها من آخر ، قررت المذكرة التفسيرية في تعليقها على الماد (108) أن الزواج الثاني يهدم جميع الطلقات في الزواج الأول، فتعود المرأة إلى زوجها الأول بثلاث طلقات جديدة إذا طلقها الزوج الثاني، وكانت قد بقي لها طلقات من الزواج الأول واستدلت على ذلك بأنه أوضح وأيسر- وأوفى بالمصلحة، وأنه مذهب ابن مسعود، وابن عباس، وابن عمر من الصحابة، وهو مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف، وخالفت رأي جمهور الفقهاء كمالك والشافعي وأحمد، ومن الصحابة عمر وعلي وعمران بن الحصين وأبو هريرة.(2)

كما أنه بالنظر إلى رأي الحنفية، نجد أن الراجح في المذهب الحنفي هو الرأي الموافق للجمهور، حيث وافق محمد بن الحسن رأي الجمهور، جاء في الموسوعة الفقهية:

" وقد اختلف الترجيح في المذهب الحنفي، فمنهم- بل أكثرهم- قالوا بترجيح قول محمد، كالكمال بن الهمام، بل إنه قال عنه: إنه الحق، وتبعه في ذلك صاحب النهر والبحر والشربنلاي وغيرهم، ومنهم من رجح قول الشيخين كالعلامة قاسم.(3)

وأما ما أدعته المذكرة الإيضاحية من أن هذا الرأي أوضح وأيسر وأوفى بالمصلحة، فهو قول غير مسلم، إذ إن استئناف الزوج للطلقات الثلاث مرة أخرى فيه تشجيع له وإغراء بفصم عرى الزوجية من خلال الطلقات الثلاث التي أصبح يملكها، وهو الذي لم يحافظ عليها قبل ذلك، مما يجعل من الزوجة والزواج لعبة في يده، أما لو عاد الزوج إلى زوجته، وهو يملك طليقة واحدة فسوف يتأني ويطيل التفكير قبل أن يقدم على إيقاع طليقة يعرف أن زوجته قد تحرم عليه للأبد بسببها، ما لم تتزوج بزواج آخر، والله أعلم.(4)

(1) قانون الأحوال الشخصية ، الطبعة الخامسة ، 1999 ، ص 33 ، 34 .

(2) إبراهيم عبدالله البديوي السبيعي، المرجع السابق، ص44.

(3) الموسوعة الفقهية الكويتية، الجزء التاسع والعشرون، إصدار وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الكويت، 1991، ص 50.

(4) إبراهيم عبدالله البديوي السبيعي، المرجع السابق، ص45.

رابعاً: حكم اللعان ، تناول القانون الكويتي حكم اللعان في المواد (176-180)، وقررت المذكرة التفسيرية في شرحها لهذه المواد أنها أخذت بمذهب المالكية ومن وافقهم من الشافعية والحنابلة فيما يتعلق بشروط اللعان، ورأى أن في شروط المالكية ومن وافقهم وقفا للإصرار والأغلal التي جاء بها تشدد الحنفية في شروط اللعان، ولذلك فإن القانون عدل عن رأي الحنفية، فقرر أن اللعان يجوز في سائر الأحوال التي يثبت فيها النسب بغير ادعاء نتيجة لفراش في زواج صحيح أو دخول في زواج فاسد أو بشبهة، ولو كانت المرأة غير مسلمة أو غير عفيفة، أو كان الرجل غير أهل للشهادة أو أخرس واكتفت بكونه مكلفاً. (1)

لكن وبالنظر إلى بقية الأحكام المتعلقة باللعان وآثاره، نجد أن القانون الذي عدل عن مذهب الحنفية لشدته قد عاد مرة أخرى، وأخذ به تاركاً مذهب المالكية الذي كان يرى فيه التيسير والسعة، وذلك في الأحوال التالية:

أولاً: قررت المادة (177) أنه يجب أن تتخذ إجراءات دعوى اللعان خلال خمسة عشر يوماً من وقت الولادة، أو العلم بها، وبينت المذكرة التفسيرية لهذه المادة أنها اختارت أن يتم نفي نسب الولد خلال سبعة أيام بعد وقت الولادة أو العلم بها، في حين أن إجراءات دعوى اللعان تتخذ خلال خمسة عشر يوماً، وأن هذا الرأي هو رأي الإمام أبي حنيفة فيما رواه عن الحسن بن صالح، في حين أن رأي المالكية والشافعية والحنابلة هو اشتراط العقوبة في نفي النسب جاء في الموسوعة الفقهية: "وذهب المالكية والشافعية- في الجديد- والحنابلة إلى أن التعجيل شرط لنفي الحمل أو الولد عن الزوج، فلو علم الزوج بالحمل أو الولادة، فسكت عن نفيه بعد علمه، ثم أراد أن ينفيه باللعان بأنه لا يمكن منه، ويحد حد القذف، سواء طال زمن سكوته كالشهر، أو قصر كاليوم واليومين، غلاً أن يكون سكوته لعذر". (2)

ثانياً: قررت المادة (179) أنه في حال اعتراف الزوج بما يفيد كذبه في الاتهام وفي النسب لزمه نسب الولد، ولو بعد الحكم بنفيه، وجاز له أن يتزوج المرأة، وتثبت المذكرة التفسيرية أن هذا الرأي هو رأي الحنفية وأن فيه توسعة على الزوجين. (3)

(1) إبراهيم عبدالله البديوي السبيعي، المرجع السابق، ص52.

(2) الموسوعة الفقهية الكويتية، الجزء 35، ص 262.

(3) إبراهيم عبدالله البديوي السبيعي، المرجع السابق، ص53.

فالقانون إذا يقرر بعدوله عن رأي المالكية ومن وافقهم من الشافعية والحنابلة إلى رأي الحنفية في هذه الجزئية، وذلك بحجة التوسعة، على الرغم من إقراره في مواد أخرى بأن مذهب الحنفية فيه ما فيه من التشدد، جاء في الموسوعة الفقهية: "مذهب المالكية والشافعية والحنابلة وأبو يوسف من الحنفية إلى أن الفرقة باللعان فسوخ وهي توجب التحريم المؤبد كحرمة الرضاع، فلا يمكن أن يعود المتلاعنان إلى الزواج بعد اللعان أبداً ولو أكذب الزوج نفسه أو خرج عن أهلية الشهادة أو صدقته المرأة في قذفه وذلك لقوله- صلى الله عليه وسلم- في المتلاعنين: "لا يجتمعان أبداً" ولما روي سهل بن سعد- رضي الله عنه- قال: "مضت السنة في المتلاعنين أن يفرق بينهما، ثم لا يجتمعان أبداً".(1)

خامساً: عدم وقوع الطلاق المضاف، والمعلق، واليمين بالطلاق، قررت المذكرة التفسيرية في تعليقها على المادة (105) أنها اختارت إلغاء الطلاق المضاف، والمعلق، واليمين بالطلاق، وفي جميع الصور، ولم تقر إلا الطلاق المنجز، وهي بذلك قد خالفت مذهب جمهور الفقهاء، القائل بوقوع الطلاق المضاف، والمعلق، واليمين بالطلاق، متى ما تحققت شروطه.(2)

جاء في الموسوعة الفقهية: "ذهب الجمهور إلى أن الطلاق المضاف إلى المستقبل ينعقد سبباً للفرقة في الحال، ولكن لا يقع به الطلاق إلا عند حلول أجله المضاف إليه بعد استيفائه لشروطه الأخرى".(3)

وجاء فيها أيضاً: "اتفق جمهور الفقهاء على صحة اليمين بالطلاق، أو تعليق الطلاق على شرط مطلقاً، إذا استوفى شروط التعليق".(4)

والذي يبدو أن القانون الكويتي ومذكرته التفسيرية أخذاً بعدم وقوع الطلاق المضاف، والمعلق، واليمين بالطلاق، رغبة منهما في الحفاظ على كيان الأسرة، وتقليل وسائل الطلاق التي تؤدي إلى هدم الزوجية. (5) ويرى الباحث أن هذا التعديل قد تم وقد راعى المشرع مراعات الناس ومصالحهم واعراف اهل الكويت المتغيرة والأعراف الدارجة.

(1) الموسوعة الفقهية الكويتية، الجزء 35، ص 26.

(2) إبراهيم عبدالله البديوي السديعي، المرجع السابق، ص 67.

(3) الموسوعة الفقهية الكويتية، الجزء التاسع والعشرون، ص 36.

(4) الموسوعة الفقهية الكويتية، الجزء التاسع والعشرون، ص 38.

(5) إبراهيم عبدالله البديوي السديعي، المرجع السابق، ص 67.

المبحث الثالث تطبيقات الحضانة

تناول القانون الكويتي أحكام الحضانة في المواد (189-199)؛ حيث يلاحظ أن أغلبها قد صيغ وفق مذهب المالكية؛ مما يعني أن المشرع القانوني قد ارتضى فروع وقواعد المالكي المتعلقة بأحكام الحضانة؛ لما رأى فيها من مصالح تتوافق مع نظرة المشرع ومقاصده في هذا القانون.

ولكن يلاحظ أيضا أن المشرع في مذكرته التفسيرية قد عدل عن مذهب المالكية الذي ارتضاه أساسا للمواد القانونية المتعلقة بالحضانة في بعض الجزئيات وأخذ بفروع المذاهب الفقهية الأخرى، مع أن المنهج العلمي يقتضي أن يسير وفق فروع مذهب واحد منسق في فروعه وقواعده، بل المستغرب أنه برر لجوءه إلى متن الفروع المخالفة لمذهب المالكية بأنها رأي الجمهور ومذهبهم وهو ما لم يحكمه أو ينتهجه عند صياغته لتلك المواد. (1)

ويمكن أن نلاحظ بكل وضوح تلك الجزئيات التي عدل فيها المشرع عن مذهب المالكية، وهي:

أولا : ما يتعلق بالحضانة غير المسلمة؛ حيث قرر القانون في مادته (192) أن للحاضنة غير المسلمة حق حضانة الولد المسلم، حتى يعقل الأديان، أو يخشى عليه أن يألف غير الإسلام، وإن لم يعقل الأديان، وأنه لا يجوز إبقاء المحضون عند هذه الحاضنة بعد بلوغ المحضون سن السابعة من عمره، ويلاحظ أن مصدر هذه المادة هو فقه الحنفية الذين يجوزون نزع الطفل المحضون من حاضنته إذا خشي عليه من أن يألف الكفر، في حين أن رأي المالكية والمشهور عندهم هو أنه لا ينزع وإنما تضم الحاضنة إلى جيران مسلمين. (2)

(1) إبراهيم عبدالله البديوي السبيعي، المرجع السابق، ص54.
(2) إبراهيم عبدالله البديوي السبيعي، المرجع السابق، ص54.

جاء في الموسوعة الفقهية: "أما غير المسلمة- كتابية كانت أو مجوسية- فهي كالمسلمة في ثبوت حق الحضانة، قال الحنفية: ما لم يعقل المحضون الدين، أو يخشى أن يألف الكفر، فإنه حينئذ ينزع منها، ويضم إلى أناس من المسلمين، لكن عند المالكية إن خيف عليه فلا ينزع منها، وإنما تضم الحاضنة لجيران مسلمين ليكونوا رقباء عليها"، كما لا نغفل هنا أن بعض فقهاء المالكية قد اشترطوا في الحاضنة أن تكون مسلمة؛ إذ لا ولاية للكافر على المسلم وللخشية على المحضون من الفتنة".(1)

ثانيا : ما يتعلق بحق الحضانة وإسقاطه، حيث قررت المادة (193) أن حق الحضانة لا يسقط بالإسقاط، وإنما يمتنع بموانعه ويعود بزوالها؛ بمعنى أن الموانع التي تسقط حضانة الحاضنة لا أثر لها في رجوع حق الحضانة لها إذا زالت تلك الموانع سواء أكانت موانع اضطرارية كمرض الحاضنة أو سفرها للحج أو كانت اختيارية كزواجها برجل أجنبي ثم طلاقها بعد الدخول بها، ففي كل تلك الأحوال الاضطرارية والاختيارية يعود حق الحضانة للحاضنة، وهو رأي جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة وهو الرأي الذي أخذ به القانون وعدل به عن مذهب المالكية الذي فرق بين الموانع، فأعاد حق الحضانة إلى الحاضنة إذا كان المانع اضطراريا ومنعه إذا كان المانع اختياريا.(2)

جاء في الموسوعة الفقهية: "أما المالكية فإنهم يفرقون بين زوال الحضانة لعذر اضطراري وبين زوالها لعذر اختياري".(3)

وجاء فيها أيضا: "وإذا زالت الحضانة لمانع اختياري كأن تتزوج الحاضنة بأجنبي من المحضون ثم طلقت، أو أسقطت الحضانة بعد زوال المانع بناء على أن الحضانة حق للحاضن وهو المشهور في المذهب".(4)

(1) الموسوعة الفقهية الكويتية، الجزء السابع عشر، ص 305.
(2) إبراهيم عبدالله البديوي السبيعي، المرجع السابق، ص 55.
(3) الموسوعة الفقهية الكويتية، الجزء الخامس، ص 313.
(4) الموسوعة الفقهية الكويتية، الجزء الخامس، ص 314.

فالقانون- إذا- عدل عن مذهب المالكية الذي صيغت أغلب المواد المتعلقة بالحضانة منه وأخذ بمذهب الجمهور الذي عدل عنه القانون في مواد أخرى متعلقة بالحضانة ومنها- على سبيل المثال- ما مر معنا من شرط الإسلام في الحاضنة.

ثالثاً: ما يتعلق بأجرة الحاضنة: حيث قرر القانون في مادته (199) حق الحاضنة في الأجرة على حضانتها ما لم تكن أما والزوجية قائمة بينها وبين أب المحضون أو كانت معتدة له في طلاق رجعي أو بائن منعا من شبهة الجمع بين نافقتين، وما عدا ذلك فلها أجرة الحضانة، سواء أكانت أما أو غير أم، وهو مذهب الحنفية، وعدل القانون عن مذهب المالكية الذي لا يقر حق الحاضنة في أجرة الحضانة، بل ينفق عليها من مال المحضون.(1)

جاء في الموسوعة الفقهية: "وذهب المالكية إلى أنه لا أجرة على الحضانة وهو قول مالك الذي رجح إليه، وبه أخذ ابن القاسم، وقال مالك أولاً: ينفق على الحاضنة من مال المحضون، قال في المنح: والخلاف إذا كانت الحاضنة غنية، أما إذا كانت فقيرة فينفق عليها من مال المحضون لعسرها لا للحضانة".(2)

(1) إبراهيم عبدالله البديوي السبيعي، المرجع السابق، ص56.
(2) الموسوعة الفقهية الكويتية، الجزء السابع عشر، ص 312.

المبحث الرابع تطبيقات في نفقة الزوجة والأقارب

أولا : نفقة تطيب الزوجة وعلاجها ، قررت المادة (75) أن تطيب الزوجة وعلاجها من النفقة الواجبة على الزوج لزوجته، وأخذت بمذهب الزيدية التي ينص على أن ثمن الأدوية وأجرة الطبيب من نفقة الزوجة وحقوقها؛ لأن المراد بهما دوام الحياة، واستدلت المذكرة التفسيرية بأن إيجاب هذا النوع من النفقة (أي التطيب) هو من المعروف الذي يقابل به الزوجة نظير خدمتها ورعايتها لزوجها.

وهذا القول الذي قرره المذكرة التفسيرية مخالف لقول جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة.(1)

قال العبادي الحنفي: " ولا يجب عليه الدواء للمرض ولا أجرة الطبيب، ولا الفصاد ولا الحجام".

وقال المواق: " وأما أجرة الطبيب والحجامة وما تتطيب به من شراب وغيرها، فعليها".

وقال النووي: " لا تستحق الزوجة الدواء للمرض، ولا أجرة الطبيب والفصاد والحجام والختان؛ لأن هذه الأمور لحفظ الأصل، فكانت عليها، كما يكون على المكري ما يحفظ العين المكراة".

وقال ابن قدامة: " ولا يجب عليه شراء الأدوية، ولا أجرة الطبيب، لأنه يراد لإصلاح الجسم، فلا يلزمه، كما لا يلزم المستأجر بناء ما يقع من الدار، وحفظ أصولها، وكذلك أجرة الحجام والفصاد".

وقد كان مقصد القانون الكويتي في الاختيار في هذه المسألة هو رفع الحرج المتمثل في عدم إنفاق الزوج على زوجته في مرضها، وهو ظرف يتطلب التضافر وتطبيب الخاطر، والموازرة النفسية والمادية التي من شأنها تقوية عرى الزوجية، وشد أواصر المودة بين الزوجين، وعلى العكس من ذلك يؤدي ترك الإنفاق على علاج الزوجة إلى أن يلحقها أضرار نفسية ومادية من جراء تخلي الزوج عنها في هذه الظروف الحرجة.

(1) إبراهيم عبدالله البديوي السديعي، المرجع السابق، ص42، 43.

فتبين بهذا أن اختيار القانون الكويتي في هذه المسألة مخالف للمذاهب الأربعة، والتعليل لتلك المخالفة بأن الرأي الذي أخذ به القانون بعد من المعروف الذي تقابل به الزوجة نظير خدمتها ورعايتها لزوجها.(1)

ثانيا : نفقة الأقارب ، تناول قانون الأحوال الشخصية الكويتي أحكام النفقة على الأقارب في المادتين (200-201)؛ حيث بينت هاتان المادتان أن النفقة تجب على الأصول لفروعهم وعلى الفروع لأصولهم من غير تقييد بدرجة، وأن وجوب نفقة الفرع على الأصل لا يشترط فيها عجز الأصل عن الكسب، وأن مرجع هاتين المادتين مذهب الشافعية كما بينت ذلك المذكرة التفسيرية، إلا أن المستغرب أن القانون في المادة (201) قرر أن النفقة تجب على الأولاد عند تعددهم بحسب يسارهم، وقد بينت المذكرة التفسيرية أنها أخذت بهذا الرأي من مذهب الحنفية؛ أي أن المذكرة التفسيرية وقانونها في هذه المادة قد عدلت عن مذهب الشافعية في جزئية من تجب عليه النفقة من الأولاد عند تعددهم وأخذت بمذهب الحنفية فصيغت المادة في جزء منها من مذهب الشافعية وصيغ الجزء الآخر منها من مذهب الحنفية. (2)

جاء في الموسوعة الفقهية في بيان مذهب الشافعية عند تعدد الفروع الواجب عليها نفقة الأصل: "وعند الشافعية أن من استوى فرعاه في قرب وإرث أو عدمهما، أنفقا عليه، وإن اختلفا في الذكورة وعدمها كابنين أو ابنتين أو ابن وبنت، وإن تفاوتتا في قدر اليسار أو أيسر أحدهما بالمال والآخر بالكسب؛ لأن علة إيجاب النفقة تشملهما، فإن غاب أحدهما أخذ قسطه من ماله، فإن لم يكن له مال، اقترض عليه الحاكم إن أمكن، وإلا أمر الحاكم الحاضر بالإنفاق بقصد الرجوع على الغائب أو ماله إذا وجدته، وإن اختلفا في القرب فالأصح أن أقربهما تجب النفقة عليه، وإرثا كان أو غيره، ذكرا كان أو أنثى؛ لأن الأقرب أولى بالاعتبار، فإن استوي قريهما فبالإرث تعتبر النفقة في الأصح لقوته". (3)

(1) إبراهيم عبدالله البديوي السبيعي، المرجع السابق، ص43، 44.

(2) إبراهيم عبدالله البديوي السبيعي، المرجع السابق، ص56.

(3) الموسوعة الفقهية الكويتية، الجزء الرابع عشر، ص 77.

فمذهب الشافعية:- إذا- أن العلة هي القرب والإرث وليس اليسار كما هو عند الحنفية وذلك عند تعدد الفروع إذا وجب عليهم نفقة الأصل فأخذ القانون بمذهب الحنفية في هذه الجزئية وعدل عن مذهب الشافعية الذي أخذ برأيه في وجوب النفقة على الفروع لأصولهم وعلى الأصول لفروعهم.(1)

ثالثا : حكم استعمال الزوج جهاز الزوجة ، نصت المادة (72) على أنه:" لا تلزم الزوجة بشيء من جهاز منزل الزوجية، فإذا أحضرت شيئا منه كان ملكا لها، وللزوج أن ينتفع بما تحضره الزوجة من جهاز، ما دامت الزوجية قائمة، ولا يكون مسؤولا عنه إلا في حالة التعدي".

وقد قررت المذكرة التفسيرية في شرح هذه المادة أن الزوج هو الملزم تجهيز منزل الزوجية، وهو رأي الحنفية ومن وافقهم من جمهور العلماء من الشافعية والحنابلة.

فعلى الرأي الذي أخذت به المذكرة التفسيرية- وهو رأي الجمهور- يجب على الزوج أن يستأذن منها إذا هي أحضرت الجهاز، ولكن المذكرة التفسيرية لم ترتض ذلك، وأخذت في هذه الجزئية فقط بمذهب المالكية، الذين يرون أن الزوجة إذا قبضت الحال من صداقها قبل بناء الزوج بها، فإنه يلزمها أن تتجهز به للزوج، وعلى ذلك فإن الزوج يستعمل هذا الجهاز دون استئذان، جاء في بلغة السالك:" وحاصل النفقة أن الزوجة الرشيدة التي لها قبض صداقها إذا قبضت الحال من صداقها قبل بناء الزوج بها، فإنه يلزمها أن تتجهز به على العادة من حضر أو بدو، حتى لو كان العرف شراء خادم أو دار، لزمها ذلك أن تتجهز بأزيد منه إلا لشرط أو إرث. (2)

ويفهم من ذلك أن للزوج الحق باستعمال المتاع والجهاز الذي في بيته دون حاجة إلى استئذان الزوجة، ما دام أنه من الصداق المقبوض، فصيغت مواد القانون من جزء من مذهب الجمهور القائل بوجوب التجهيز على الزوج، وبجزئية من مذهب المالكية، وهو القول بحق الزوج بالاستمتاع بمتاع البيت وجهازه، على الرغم من قولهم بأن التجهيز واجب على المرأة، وهو يخالف رأي الجمهور.

(1) إبراهيم عبدالله البديوي السبيعي، المرجع السابق، ص57.

(2) إبراهيم عبدالله البديوي السبيعي، المرجع السابق، ص63، 64.

والذي يبدو لنا أن ما دفع القانون الكويتي إلى هذا التلفيق بين رأي الجمهور ورأي المالكية، هو تصويره أن استعمال الزوج جهاز زوجته هو مما تجري به عادات الناس وتقاليدهم في بعض المجتمعات العربية والإسلامية، وأن هذا مما يتسامح فيه الزوجان غالباً، مادامت العشرة قائمة بينهما.(1) ويرى الباحث أن هذا التعديل قد تم وقد راعى المشرع مراعات الناس ومصالحهم واعراف اهل الكويت المتغيرة والأعراف الدارجة

(1) إبراهيم عبدالله البديوي السديعي، المرجع السابق، ص63، 64.

المبحث الخامس تطبيقات في الميراث

تناول قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم 51 لسنة 1984 الإرث في المادة 288 وما بعدها، ونجد أن هذه المواد هي تقنين الشريعة الإسلامية في الميراث، بحيث لم يساو هذا القانون بين الذكر والأنثى في الأنصبة، إذ وفقا لأحكام هذا القانون فإن للذكر مثل حظ الأنثيين.(1)

أولا: حكم قضاء ديون الله من تركة الميت ، قررت المادة (291) من القانون الكويتي والمذكرة التفسيرية في شرح المواد المتعلقة بديون الميت، أن الديون المتعلقة بذمة الميت والتي تقضي من تركته في ديون العباد، أما الديون التي هي حق لله- تعالى- كالزكوات والكفارات فلا تؤدي من التركة، أخذا بمذهب الحنفية، وخلافا لمذهب الجمهور الذين يرون إخراج ديون الله من كل التركة، سواء أوصى بها المتوفى قبل وفاته، أم لم يوص.

فالمذكرة التفسيرية تقرر- إذا- أنها خالفت مذهب الجمهور فيما اختارته من آراء في هذا القانون، كيف وقد استند الجمهور في رأيهم إلى نص شرعي وهو قوله- صلى الله عليه وسلم- في حديث مسلم للمرأة التي سألته: يا رسول الله، إن أمي ماتت وعليها صوم، أفأصوم عنها؟ قال: أرأيت لو كان على أمك دين فقضيته، أكان يؤدي ذلك عنها؟ قال: نعم، قال: فصومي عن أمك".(2)

وكذلك قوله- صلى الله عليه وسلم- حين سألته المرأة الخثعمية فقالت: يا رسول الله، إن فريضة الله عباده في الحج أدركت أبي شيخا كبيرا، لا يثبت على الراحلة، أفأحج عنه؟ قال: "نعم"، وذلك في حجة الوداع.(3)

(1) د. محمد دودين، المرجع السابق، ص 10.
(2) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الصوم، باب من مات وعليه صوم(690/2)، حديث رقم (1852) ومسلم في صحيحه: كتاب الصيام، باب قضاء الصيام عن الميت، (804/2)، حديث رقم (1148).
(3) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الحج، باب وجوب الحج وفضله(551/2)، برقم (1442)، ومسلم في صحيحه، كتاب الحج عن العاجز، (973/2) برقم (1334).

فهذه الأحاديث وغيرها قد استدلت بها الجمهور على أن ديون الله لا تسقط بالموت، بل تتعلق بالتركة، فيخرج منها ما على الميت من ديون الله تعالى كالزكاة والكفارة والحج والندى، قال النووي في شرحه على هذه الأحاديث " وفيه دليل لمن يقول إذا مات وعليه دين لله تعالى ودين لآدمي وفاق ماله قدم دين الله تعالى لقوله- صلى الله عليه وسلم:- " فدين الله أحق بالقضاء".(1)

ولم تنص المذكرة التفسيرية على سبب اختيارها للمذهب الحنفي في هذه المسألة، وترك مذهب الجمهور المستند إلى النصوص الصريحة من السنة النبوية، اللهم إلا إذا كان المقنن يرى أن قضاء ديون الله قد يأتي على جزء كبير من تركة الميت، وحرمان الورثة منه؛ مما يوقعهم في المشقة والحرَج، ومن ثم يكون القانون قد وقع في مخالفة صريحة لقول النبي- صلى الله عليه وسلم- " فدين الله أحق أن يقضي".(2)

ثانيا: مآل ميراث المرتد ، نصت المادة (294) على أن " مال المرتد قبل الردة أو بعدها يكون لورثته المسلمين عند موته، فإن لم يكن له ورثة من المسلمين يكون ماله للخزنة العامة" ، وقررت المذكرة التفسيرية المتعلقة بميراث المرتد أن المرتد إذا مات فإن ماله يكون لورثته من المسلمين، أخذا بمذهب أبي يوسف ومحمد بن الحسن، وخالفت بذلك رأي جمهور الفقهاء- وهم مالك والشافعي وأحمد- الذين قالوا بأن جميع ماله يكون فينا لبيت المال، سواء ما اكتسبه قبل الردة أو بعدها، وهو قول ابن عباس، وربيعه وابن أبي ليلى وأبي ثور وابن المنذر، وهو موافق للنص الشرعي، وهو قوله- صلى الله عليه وسلم- في الحديث المتفق عليه: " لا يرث المسلم الكافر، ولا الكافر المسلم".(3)

(1) شرح النووي على صحيح مسلم(26/8).
(2) إبراهيم عبدالله البديوي السبيعي، المرجع السابق، ص50.
(3) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الفرائض، باب لا يرث المسلم الكافر، ولا الكفار المسلم(2484/6)، حديث رقم (6383)، ومسلم في صحيحه: كتاب الفرائض، باب (1233/3)، حديث رقم (1614).

ولحديث عبد الله بن عمرو عن النبي - صلى الله عليه وسلم -: " لا يتوارث أهل ملتين شتى" (1) قال ابن قدامة بعد استدلاله بالأحاديث السابقة: " ولأنه كافر، فلا يرث المسلم، كالكافر الأصلي، ولأن ماله مال مرتد، فأشبهه الذي كسبه في رده، ولا يمكن جعله لأهل دينه؛ لأنه لا يرثهم فلا يرثونه، كغيرهم من أهل الأديان، ولأنه يخالفهم في حكمهم، فإنه لا يقر على ما انتقل إليه، ولا تؤكل له ذبيحة، ولا يحل نكاحه إن كان امرأة فأشبهه الحربي مع الذمي، فإن قيل إذا جعلتموه فينا فقد ورثتموه للمسلمين، قلنا: لا يأخذونه ميراثاً، بل يأخذونه فينا كما يؤخذ مال الذمي إذا لم يخلف وارثاً، وكالعشور. (2)

ولم تشر المذكرة التفسيرية إلى سبب أخذها بقول الصحابين وترك مذهب الجمهور، اللهم إلا إذا كان تماشيا منها مع المنهج العام الذي اختطته لنفسها وهو التخير من أقوال الفقهاء، وعدم التقيد بمذهب معين تماشيا مع منهجها في التيسير ورفع الحرج، وهو أمر- لو صح- فإنه لا يصح في مسألتنا هذه، لوجود النص الصحيح الصريح في منع التوارث بين المسلم والكافر. (3) ويرى الباحث أن هذا التعديل قد تم وقد راعى المشرع مراعات الناس ومصالحهم واعراف اهل الكويت المتغيرة والأعراف الدارجة

ثالثاً : قانون رقم(66) لسنة 2007 بإضافة مواد جديدة إلى القانون رقم (51) لسنة 1984 في شأن الأحوال الشخصية(4)

جاء في مادة أولى يضاف إلى القسم الثاني من القانون رقم (51) لسنة 1984 المشار إليه، باب ثالث(5) عنوانه الوصية الواجبة) يتضمن المواد التالية:

- (1) أخرجه أبو داود في السنن: كتاب الفرائض، باب هل يرث المسلم الكافر(125/3)، حديث رقم (2911)، والإمام أحمد في المسند، ط. الرسالة(245/11)، حديث رقم (6664)، وهو حديث حسن لغيره، كما أفاد محققو المسند.
- (2) المغني، لابن قدامة، الجزء السادسة، ص 250.
- (3) إبراهيم عبدالله البديوي السبيعي، المرجع السابق، ص52.
- (4) منشورة في الجريدة الرسمية، الكويت اليوم، العدد 823، السنة السابعة عشر، ص 5.
- (5) هذا الباب بعنوانه ومواده مضاف بالقانون رقم 66 لسنة 2007 بإضافة مواد جديدة إلى القانون رقم 51 لسنة 1984 في شأن الأحوال الشخصية والذي قضى في مادته الثانية بإلغاء القانون رقم 5 لسنة 1971م.

مادة 287 مكررا: "إذا لم يوص الميـت لفرع ولده الذي مات في حياته أو مات معه- ولو حكما- بمقدار حصته مما كان يرثه أصله في تركته لو كان حيا عند موته، وجبت للفرع في التركة وصية بمقدار هذه الحصة في حدود الثلث، بشرط أن يكون غير وارث وألا يكون الميـت قد أعطاه بغير عوض عن طريق تصرف آخر قدر ما يجب له، وإن كان ما أعطاه أقل منه، وجبت له وصية بقدر ما يملكه.

وتكون هذه الوصية لأهل الطبقة الأولى من أولاد البنات ولأولاده الأبناء من أولاد الظهور وإن نزلوا على أن يحجب كل أصل فرعه دون فرع غيره، وأن يقسم نصيب كل أصل على فرعه وإن نزل، قسمة الميراث كما لو كان أصله أو أصوله الذين يدلي بهم إلى الميـت ماتوا بعده، وكان موتهم مرتبا كترتيب الطبقات.(1)

مادة 287 مكررا(أ): إذا أوصى الميـت لمن وجبت له الوصية بأكثر من نصيبه، كانت الزيادة وصية اختيارية، وإن أوصى له بأقل من نصيبه وجب له ما يكمله.

وإن أوصى لبعض من وجبت لهم الوصية دون البعض الآخر وجب لمن لم يوص له قدر نصيبه.

ويؤخذ نصيب من لم يوص له ويفي نصيب من أوص له بأقل مما وجب من باقي الثلث، فإن ضاق على ذلك فمـنه ومما هو مشغول بالوصية الاختيارية.

مادة 287 مكررا(ب): "الوصية الواجبة مقدمة على غيرها من الوصايا".

فإذا لم يوص الميـت لمن وجبت لهم الوصية وأوصى لغيرهم، استحق كل من وجبت لهم الوصية قدر نصيبه من باقي ثلث التركة أن وفي إلا فمـنه ومما أوصى به لغيرهم". (2)

وجاء في المذكرة الإيضاحية للقانون رقم (66) لسنة 2007 بإضافة مواد جديدة للقانون رقم (51) لسنة 1984 في شأن الأحوال الشخصية.

(1) وزارة العدل، قانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص298.

(2) وزارة العدل، قانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص298، 299.

بتاريخ 1971/4/4م صدر القانون رقم 5 لسنة 1971م، في شأن الوصية الواجبة، وفي تاريخ لاحق صدر قانون الأحوال الشخصية رقم (51) لسنة 1984م.

وقد احتوى هذا القانون الأخير على ثلاثة أقسام نظم فيها على التوالي موضوعات الزواج والوصية والمواريث، وكان من المفروض أن يتضمن القسم الثاني الذي خصه للوصية الأحكام التي سبق أن نص عليها قانون الوصية الواجبة في ثلاث مواد، باعتبار الوصية الواجبة لا تعدو أن تكون نوعاً من أنواع الوصايا إلى جانب الوصية الاختيارية، وذلك حتى تكون معالجة كافة شؤون الوصية على اختلاف أنواعها في قانون واحد بدلاً من تجزئتها في قانونين مستقل كل منهما عن الآخر، كما أن الموضع الطبيعي لأحكام الوصية الواجبة أن تكون ضمن الأحكام المنظمة لسائر موضوعات الأحوال الشخصية.

وتصحيحاً لهذا الوضع غير المنطقي، أعد هذا القانون الذي يستهدف إدخال أحكام الوصية الواجبة كما نص عليها القانون رقم 5 لسنة 1971 لتكون ضمن مواد قانون الأحوال الشخصية رقم 51 لسنة 1984، حيث أن الغاية من هذا القانون أن يكون قانون الوصية الواجبة ضمن قانون الأحوال الشخصية بدلاً من أن يكون قانوناً مستقلاً. (1)

والمادة الأولى نصت على أنه إذا لم يوص الميراث لفرع ولده (ابنه أو ابنته) الذي مات في حياته سواء أكان موته حقيقة أم اعتبر ميتاً بحكم القاضي كالمفقود الذي حكم القاضي بموته بناء على ما ترجح لديه من القرائن والظروف أم ماتاً معاً بأن حصل حريق أو هدم أو غرق فمات الفرع والأصل فيه ولم يعرف من الذي مات منهما قبل الآخر ففي كل ذلك تكون الوصية الواجبة لأن الفرع لا يرث من الأصل إذا من المقرر في أحكام الميراث أن الحرقى والهدمى والغرقى لا يتوارثون وكذلك كل من لا يعلم من سبق إليه الموت ممن اشتركوا في سببه لا يتوارث بعضهم فلا يرث الفرع أصله وإذا لم يرث الفرع الأصل وورث غيره كانت هذا محل الوصية الواجبة فتكون ويجب لفرع من مات في حياة أصله وصية في تركته بمقدار حصة مما كان سيرثه عن أصله لو بقي حياً وورث ثم مات وورثه الفرع

(1) وزارة العدل، قانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 300.

0. فمثلا لو توفي رجل عن ابن وبنت وبنت ابن توفي أبوها في حياة المورث فإن لنت الابن وصية واجبة في تركة جدتها هي نصف ما كان يرثه أبوها وقد ذهبت اللجنة إلى ذلك مخالفة بعض القوانين التي جعلت لبنت الابن وصية واجبة بمقدار نصيب أبيها- لأنه على الرأي المذكور تأخذ بنت الابن أكثر مما تأخذه بنت المتوفي الصلبية وذلك أمر لا يتفق والمبادئ المتبعة في استحقاق التركة وهو ما دعا الوزارة إلى المخالفة والأخذ بما ورد في المادة وكما نصت المادة فإن الوصية الواجبة تكون للفرع في حدود الثلث بشرطين أولهما أن يكون الفرع غير وارث لأنه لا وصية لوارث فإن كان وارثا ولو قليلا لا يستحق شيئا من التركة فإن أوصى الميت للفرع الوارث كانت وصيته من قبيل الوصية الاختيارية تجري عليها أحكامها بحسب ما يجري عليه العمل وفقا لمذهب الإمام مالك- والشرط الثاني لاستحقاق الوصية الواجبة ألا يكون الميت قد أعطى فرع من مات في حياته بغير عوض عن طريق آخر كطريق الهبة أو الوقف ما يساوي الوصية الواجبة فإن أعطاهم ذلك فلا وصية لهم وإن أعطاهم أقل منها وجبت لهم وصية بما يكمل المقدار الواجب. (1)

ونصت المادة على أن الوصية على النحو المذكور تكون لأهل الطبقة الأولى من أولاد البنات ولا تجب لفروع أولادهن فتجب الوصية لأولاد البنت الصلبية ذكورا وإناثا ولا تجب لأولادهم وتجب لأولاد الظهور مهما نزلت درجتهم بشرط، إلا يتوسط بين الفرع وأصله أنثى وكل أصل يجب فرعه دون فرع غيره ويقسم نصيب كل أصل على من يوجد من فروعه قسمة الميراث.

وقد ذهبت الوزارة إلى إعطاء أولاد البنت الصلبية التي ماتت في حياة أصلها نصيب أمهم تعويضا لهم عما فاتهم بموتها إذ هي لو بقيت حية إلى وفاة أبيها أو أمها لورثت فيهما ولكنها قد ماتت فوجب أن يعوض فرعها عما فاتته.

(1) خالدة عبد الله غانم العثمان، الفتوى والتشريع، مجموعة التشريعات الكويتية، الجزء الخامس، قانون الأحوال الشخصية، وقوانين الوصية الواجبة ودعوى النسب وتصحيح الأسماء، وقيد المواليذ والوفيات، الطبعة العاشرة، مجلس الوزراء، الكويت، طبعة يناير، 2015م. ص 333.

ونصت المادة الثانية من القانون على أن الميت إذا أوصى لمن وجبت لهم الوصية بأكثر من نصيبه كانت الزيادة وصية اختيارية فإن أجازها الورثة جميعا خرجت من كل التركة وإن لم يجيزوها جميعا بطلت وغن أجازها البعض الآخر نفذت في نصيب من أجازها وغن أوصى له بأقل من نصيبه أو أن أوصى لبعض من وجبت لهم الوصية دون الآخر وجب لمن لم يوص له قدر نصيبه ويكمل نصيب من أوصى له بأقل من نصيبه ويعطي نصيب من لم يوص له من الثلث فإن ضاق عن ذلك فممنه ومما هو مشغول بالوصية الاختيارية لأن الوصية الواجبة مقدمة على الوصايا الاختيارية فإذا كان في تركة وصية واجبة فإن اتسع لهما الثلث خرجا منها مما وإن لم يتسع إلا للوصية الواجبة خرجت منه وحدها ولا شيء للوصية الاختيارية فالباقي للوصية الاختيارية.

ونصت المادة الثالثة على أن الوصية الواجبة مقدمة على غيرها، وقد سبق بيان ذلك ويترتب على هذا أن الميت إذا لم يوص لفرع ولده الذي مات في حياته وأوصى لغيرهم من الأقارب أو الأجنبي فإن اتسع باقي الثلث من التركة للوصية الواجبة أخرجت من الباقي وإن لم يتسع أخرجت الوصية الواجبة منه ومما أوصى به لغيرهم من الأقارب أو الأجنبي لأن الوصية الواجبة تقدم على ما سواها من الوصايا.(1)

ويرى الباحث أهمية التعديل الوارد في النصوص السابقة وذلك لأن هذا التعديل من شأنه أن يضيف مزيدا من الحماية على من تم الوصاية له ، وذلك لوجود حق أقره الشرع الحنيف رغم حجه بسبب موت من كان يورث من خلاله ، وذلك حماية لمصالحه المادية ، وحرصا على ضمان حقه وفقا للقانون ، فإذا لم يوص من له الحق في إقرار الوصية ، فإن حقه مكفولا وفقا للقانون باعتبار أن الوصية مقررة قانونا دون الحاجة إلى الإيضاء بها . ويرى الباحث أن هذا التعديل قد تم وقد راعى المشرع مراعات الناس ومصالحهم واعراف اهل الكويت المتغيرة والأعراف الدارجة

(1) خالدة عبد الله غانم العثمان ، قانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 334، 335.

رابعاً : طرأت العديد من التعديلات على قانون الأحوال الشخصية ، هذه التعديلات حاول من خلالها المشرع ، التيسير بين المتقاضين والتخفيف فيما بينهما بما يكفل حل المشكلات الخلافية بينهما وبما ييسر على المواطنين القضاء في أحوالهم الشخصية ، حيث نرى أن المشرع في جميع حالات التعديل يدنو من التبسيط والتخفيف في القواعد الفقهية ، بمعنى اختيار القواعد الأيسر بما يتوافق مع ما جاء في الشريعة الإسلامية الغراء .

وقد قدم أول اقتراح بالتعديل على قانون رقم 51 لسنة 1984 من جانب عضو مجلس الأمة السيد / عبد الله يوسف الرومي ، ونصت المادة الأولى من الاقتراح " أن يستبدل بنص المادة 176 من القانون رقم 51 لسنة 1984 المشار إليه النص التالي " في الأحوال التي يثبت فيها نسب الولد بالفراش في زواج صحيح قائم أو منحل ، أو بالدخول في زواج فاسد أو بشبهة ، يجوز للرجل أن ينفي عنه نسب الولد خلال سبعة أيام من وقت الولادة أو العلم بها .

ويعتد في نفي النسب بالفحص الطبي قاطع الدلالة على هذا النفي ، كل ذلك بشرط ألا يكون الرجل قد اعترف بالنسب صراحة " .

وفي المادة الثانية تضاف إلى القانون رقم 51 لسنة 1984 المشار إليه مادة جديدة برقم 177 مكررا نصها التالي : " لا تسري المدة المنصوص عليها في المادتين (176 ، 177) من هذا القانون إذا كان نفي النسب مستندا إلى فحص طبي قاطع الدلالة على هذا النفي " .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لهذا التعديل أنه لما كان المشرع قد أجاز للزوج بموجب المادة 176 من القانون أن ينفي عنه نسب الولد ولخطورة هذا الموضوع أوجب أن يتم نفي النسب خلال سبعة أيام من وقت الولادة أو العلم بها ، كما أوجب في المادة 177 منه اتخاذ إجراءات دعوى اللعان خلال خمسة عشر يوما اعتبارا من هذا التاريخ ، ولما كان يتعين مواكبة التقدم العلمي إذا ما حقق مصالح مشروعة ، وإزاء تطور طرق التحليل الطبي وخاصة ما يعرف بفحص الجينات الوراثية (DNA) وسلامة نتائجها فإنه يحق الاعتماد عليها إذا كانت قاطعة الدلالة في نفي

أو إثبات النسب ، لذلك يجيء هذا الاقتراح بقانون لتعديل المادة 176 تأكيداً على الاعتداد في نفي النسب
بمثل هذه التقنية إذا عول عليها تقرير طبي قاطع الدلالة على نفي النسب ، ما لم يكن الرجل قد اعترف
بالنسبة صراحة ، دون الاعتراف الضمني الذي لا ينال من دلالة التقرير الطبي القطعي .

وإذا كانت هذه الفحوص تستغرق وقتاً طويلاً يتجاوز الوقت المحدد بالمادتين (176-177) من القانون رقم 51
لسنة 1984 يحق عدم الالتزام بها في حالة ما إذا قام نفي النسب على مثل هذه الفحوص. ولتعلق المادتين
الأولى والثانية بقواعد إثبات موضوعية ، وما يتعلق بها من قواعد إجرائية ، هي إلى تحقيق العدالة أقرب وبها
تتحقق مصلحة مشروعة يندفع خطر داهم يتمثل في أن ينسب طفل لرجل ثبت بدليل قطعي انتفاء نسبه
إليه ، فإنه يكون أمراً لازماً أن تسري أحكام المادتين سالفتي الذكر على الدعاوى المنظورة أمام المحاكم والتي لم
يفصل فيها بعد بحكم بات تستقر به مراكز الخصوم لا يجوز المساس بحجته . (1)

لم يعرف اصطلاح الأحوال الشخصية في الكويت إلا في وقت قريب لأنه غير معروف في الشريعة الإسلامية وقد
اقتبسه المشرع الكويتي من التشريعات الأخرى ولذلك لم يشر قانون رقم 5 لسنة 1961 في النصوص المتعلقة
بتنازع القوانين إلى هذا الاصطلاح ، وإنما أورد صوراً من مسائل الأحوال الشخصية وحدد في الوقت ذاته
القانون المختص في حكم كل مسألة منها .

المقصود بالأحوال الشخصية هو مجموعة ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية والعائلية التي
رتب القانون عليها آثاراً قانونية في حياته الاجتماعية ككون الإنسان ذكراً أو أنثى وكونه زوجاً أو أرملاً أو مطلقاً
، أو أباً أو ابناً شرعياً أو كونه مطلق الأهلية أو مقيداً بسبب من أسبابها القانونية .

وقانون الأحوال الشخصية هو مجموعة من القواعد القانونية التي تنظم أحكام الخطبة والزواج وفرق الزواج
من طلاق وفسخ وخرق وفرقة بالقضاء وثبوت النسب والوصية والمواريث .

(1) مجلس الأمة الكويتي ، اقتراح بقانون بتعديل بعض أحكام القانون رقم 51 لسنة 1984 في شأن الأحوال الشخصية ، دولة
الكويت ، ص 4-1 .

في 7 يوليو 1984 صدر قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم 51 وهذا القانون يتضمن المسائل المتعلقة بالزواج والطلاق وحقوق الأولاد، والوصية والميراث .

قواعد الأحوال الشخصية يقصد بقواعد الأحوال الشخصية مجموعة قواعد التي تحكم العلاقات العائلية أو الأسرية ، فتنظم أهلية الشخص وصلته بأسرته ، فيدخل في نطاقها المسائل المتعلقة بأهلية الشخص (أهلية الوجوب وأهلية الأداء) ، والولاية على المال والنفس ، والنسب ، والزواج ، والفرق ، والطلاق ، والميراث ، والوصية ، والوقف .

الأحوال الشخصية هي مجموع ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية التي رتب القانون عليها أثر قانونيا في حياته الاجتماعية ككونه إنسانا ذكرا أو أنثى وكونه زوجا أو أرملًا أو مطلقا أو أبا أو أبنا شرعيا أو كونه تام الأهلية أو ناقصها لصغر في السن أو عته أو جنون وكونه مطلق الأهلية أو مقيدها بسبب من أسبابها القانونية .

الأحوال الشخصية هي مجموعة العناصر المتعلقة بالوضع القانوني للشخص بصفته الخاصة ، وبالعلاقته بأسرته والتي يحكمها قانون الدولة التي يرتبط بها الشخص برابطة الموطن أو الجنسية.

وقد اهتم قانون الأحوال الشخصية بالعديد من المسائل الفقهية التي تناولت الأحوال الشخصية للكويتيين والوافدين بصرف النظر عن دينهم فهم يخضعون لقانون واحد ، وقد وردت العديد من التعديلات التي هدف منها المشرع التيسير فيما بين المتقاضين فوردت القوانين المختلفة التي حاول المشرع تناول العديد من مسائل الزواج والخطبة والطلاق والخلع ، والنفقة ، والحضانة وغيرها . ويرى الباحث أن هذا التعديل قد تم وقد راعى المشرع مراعات الناس ومصالحهم واعراف اهل الكويت المتغيرة والأعراف الدارجة.

التوصيات

أولاً: الاستفادة من التشريعات المقارنة مثل التشريع المصري والتشريع السعودي في تناول مسائل الأحوال الشخصية.

ثانياً: معالجة بعض القضايا الفقهية التي تحتاج إلى معالجة خاصة في مسائل الخلع والطلاق.

ثالثاً: التيسير على المجتمع في مسائل الأحوال الشخصية من خلال الاستناد إلى أيسر المذاهب الفقهية في تناول الأحوال الشخصية.

النتائج

بدأ تقنين الأحوال الشخصية متأثراً به بعض الدول الأجنبية مثل الدولة العثمانية التي تدين بالدين الإسلامي، وبعض الدول العربية مثل مصر وغيرها، وقد حاولت دولة وضع تقنين لمسائل الأحوال الشخصية.

يضم قانون الأحوال الشخصية العديد من المسائل الفقهية التي لم يأخذها المشرع الكويتي من مذهب واحد بل أخذها من مجموعة المذاهب وقد أرتأى المشرع الكويتي اختيار الأيسر رغم أنه بدأ بالاعتماد على المذهب المالكي في بداية تقنينه لهذه المسائل.

وردت العديد من التعديلات على العديد من مسائل الأحوال الشخصية التي هدف منها المشرع الكويتي التعديل.

الخاتمة:

وبعد استعراضنا العرف نستطيع أن نذكر أهم النتائج.

أولاً: أن العرف هو ما أعتّمه أكثر الناس وساروا عليه في جميع البلدان كان ذلك في جميع العصور أم عصر معين.

ثانياً: نشأ العرف من ارتياح الإنسان إلى فعل من الأفعال التي تميل إليها النفس ثم يتكرر فعله، فيصبح عادة، فإذا انتشرت هذه العادة أو العادات بين الناس، وقلد بعضهم بعضاً فيها أصبح عرفاً.

ثالثاً: أن العرف معتبر في كثير من الأحكام الشرعية العملية، فيدخل فيه كثير من أبواب الفقه، سواء كان ذلك بالعبادات أو المعاملات أو الجنايات والعقوبة.

رابعاً: أن الأصوليين قسموا العرف إلى قولي وفعلي، وصحيح وفساد، وخاص وعام، ولغوي وشرعي.

خامساً: لكي يكون لعرف في الشرع له اعتبار، ويكون حجة لاستنباط الأحكام الشرعية، لابد وأن يكون متوفر فيه الشروط الآتية أهمها:

أن يكون العرف مطرداً أو غالباً.

أن لا يخالف دليلاً من أدلة الشرع.

أن يكون العرف عاماً لا خاصاً.

سادساً: يقصد بقواعد الأحوال الشخصية مجموعة قواعد التي تحكم العلاقة العائلية او الاسرية، منظم أهلية الشخص وصلته بأسرته، فيضل في نطاقها المسائل المتعلقة بأهلية الشخص (أهليه الوجوب واهليه الأداء) .

(أ) الأصول الشخصية هي مجموع، يتميز به الانسان عن غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية التي رتب القانون عليها أثراً قانونياً في حياته الاجتماعية ككونه إنسان ذكراً أو انثى وكونه زوجاً أو أرملة.

(ب) الأحوال الشخصية هي مجموعة العناصر المتعلقة بالوضع القانوني للشخص بصفته الخاصة وبعلاقته بأسرته التي يحكمها قانون الدولة.

سابعاً: يضم قانون الأحوال الشخصية العدين من المسائل الفقهية التي لم يأخذها المشرع الكويتي من مذهب واحد بل اخذ من مجموعة المذاهب وارتأى المشروع الكويتي اختيار الايسر رغم انه بدأ بالاعتماد على المذهب المالكي في بداية تقنية لهذه المسائل.

ثامناً: وردت العديد من التعديلات على العديد من مسائل الأصول الشخصية التي هدف منها المشرع الكويتي التعدد.

المراجع

إبراهيم عبدالله البديوي السبيعي، منهج الاختيار في أقوال المذاهب الفقهية في قانون الأحوال الشخصية الكويتي، مجلة الحقوق، العدد 2/2013م.

أحمد الغندور، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي، مع بيان قانون الأحوال الشخصية للقضاء في محاكم الكويت، مكتب الفلاح، الكويت، الطبعة الخامسة، 2006م.

م. أشرف مصطفى كمال، شرح قانون الأحوال الشخصية الكويتي، دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة بقانون الأحوال الشخصية المصري، مؤسسة دار الكتب، الكويت، الطبعة الثالثة، 2006م.

م. بدور عادل العصفور، الموسوعة الشاملة في قانون الأحوال الشخصية الكويتي، مؤسسة دار الكتب، الكويت، الطبعة الأولى، 2015م.

حسين عيسى مال الله، القضاء في دولة الكويت، لا يوجد دار للنشر، الكويت، 2006م.

خالدة عبدالله غانم العثمان، الفتوى والتشريع، مجموعة التشريعات الكويتية، الجزء الخامس، قانون الأحوال الشخصية، وقوانين الوصية الواجبة ودعاوى النسب وتصحيح الأسماء، وقيد المواليد والوفيات، الطبعة العاشرة، مجلس الوزراء، الكويت، طبعة يناير، 2015م.

سليمان خالد المطوع، لمحات من تطور القضاء والتشريع في الكويت، بحث قانوني منشور في مجلة المحامي، العدد السابع، يناير 1974م.

عبدالعزیز السند، تطبيق الشريعة الإسلامية بدولة الكويت بين الشريعة والقانون، رسالة ماجستير، الجامعة الخليجية، 2010م.

الفتوى والتشريع، قانون الأحوال الشخصية الكويتي، إصدار إدارة الفتوى والتشريع، الطبعة السادسة، يناير 2004م.

مجلس الأمة الكويتي، اقتراح بقانون بتعديل بعض احكام القانون رقم 51 لسنة 1984 في شأن الأحوال الشخصية، دولة الكويت.

د. محمود دودين، التطورات الحاصلة على قوانين الأحوال الشخصية في الدول العربية، جامعة بيروت، معهد الحقوق، 2015م.

المغني، شرح مختصر الخرقى، لأبي محمد عبدالله بن قدامة، الجزء السابع، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1404هـ/1985م.

المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 29 لسنة 2004 بتعديل بعض أحكام القانون رقم 51 لسنة 1984 في شأن الأحوال الشخصية - منشور بالجريدة الرسمية، الكويت اليوم، العدد 664 - السنة الخمسون.

الموسوعة الفقهية الكويتية، الجزء التاسع والعشرون، إصدار وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الكويت، 1991.

وزارة العدل، مجموعة التشريعات الكويتية، الجزء الثامن، قانون الأحوال الشخصية، المعدل بالقوانين أرقام 61 لسنة 1996 و 29 لسنة 2004 و 66 لسنة 2007م، وقانون إجراءات دعاوى النسب وتصحيح الأسماء، إصدار وزارة العدل الكويت، 2001م.

الجريدة الرسمية، الكويت اليوم، العدد 276، السنة الثانية والأربعون.

الجريدة الرسمية، الكويت اليوم، العدد 823، السنة السابعة عشر.

الجريدة الرسمية، الكويت اليوم، العدد 978 - السنة السادسة والخمسون، بتاريخ 23 جمادى الآخر 1431هـ الموافق 6 يونيو 2010م.

المعجم الوسيط.

العرف والعادة . المؤلف أبوشيبة.

مجموعة رسائل المؤلف ابن عابدين.

تيسير ابن جرير.

الواضح في أصول الفقه، محمد سليمان الأشقر.

الوجيز في أصول الفقه، عبدالكريم زيدان.

أصول الفقه، بدران أبوالعينين.

أصول الفقه، أبوزهرة.

العرف عند الأصوليين وآثره في الأحكام الشرعية. مصطفى رشدي.

القواعد الفقهية. الزرقا.

قواعد الأحكام في مصالح الأنام.

حاشية التوضيح والتصحيح — ابن عاشور.

إرشاد الفحول، للشوكاني.

تفسير القرطبي.

القواعد الفقهية — أحمد الندوي.