قاعدة العادة محكّمة وتطبيقاتها في قانون الأحوال الشخصية اليمني
(الزواج وانحلال الزواج أنموذجا)

صلاح يوسف عبد الحميد الكحيلي*

تاريخ تسلُّم البحث : 2021/10/18م تاريخ قبول النشر : 2022/3/13م

الملخص

تناول هذا البحث بالاستقراء والتحليل قاعدة العادة مُحكَّمة وتطبيقاتها في قانون الأحوال الشخصية اليمني، الزواج وانحلال الزواج أنموذجا، وهي إحدى القواعد الفقهية الكلية التي تبيّن ما للعرف من مكانة في التشريع ثم في القانون اليمني الذي يتخذ من الشريعة الإسلامية مصدرا لجميع التشريعات. وقد تمَّ تقسيم البحث على مبحثين، تناول المبحث الأول الحديث عن قاعدة العادة مُحكَّمة مفهومًا وتأصيلًا ومكانةً والعلاقة بين العرف والعادة في مصطلح فقهاء الشريعة وفقهاء القانون وضوابط اعتبارهما عند الفريقين، وتناول المبحث الثاني تطبيقات قاعدة العادة مُحكَّمة في مواد كتابي الزواج وانحلال الزواج من قانون الأحوال الشخصية اليمني.

واستخدم البحث المنهجين الاستقرائي والتحليلي وذلك بتتبّع ما كُتب في قاعدة العادة مُحكَّمة والمسائل المتعلقة بها في بطون المراجع الفقهية والقانونية وتحليلها، ثم تتبّع مواد قانون الأحوال الشخصية اليمني فيما يخص الزواج وانحلال الزواج وتحليل تلك المواد وبيان جهة اعتبار العرف وقاعدة العادة مُحكَّمة فيه، واختتم البحث بخاتمة احتوت على أهم النتائج والاستخلاصات، من أهمها:

1- أهمية قاعدة العادة مُحكَّمة والعرف عموما في التشريع الإسلامي وفي القانون على حد سواء، إذْ بُنيت الكثير من التشريعات على وفقها.

2- حكمة الشريعة الإسلامية ويسرها في اعتبار عرف الناس وعدم إلغائه مراعاة لاحتياجاتهم وتجنيبا لهم من الوقوع في المشقة.

3- يُعد العرف مصدراً من مصادر التشريع في القانون اليمني بنصّ القانون على اعتباره، واشترط لذلك أن يكون العرف ثابتا، وألا يتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية وألا يكون مخالفا للنظام العام والآداب العامة.

4- سعة نطاق تطبيق قاعدة العادة مُحكَّمة واعتبار العرف في قانون الأحوال الشخصية اليمني، تارة بالنص على جعله أساساً كما في بعض الحقوق الزوجية، وتارة بكونه ضابطاً ومحدداً لما كان مطلقاً كمهر المثل، وتارة باستحداث قوانين جديدة متناسبة مع ما يقتضيه عرف الناس في هذا الزمان مثل الإلزام بتقييد ورقة عقد الزواج لدى الجهة الرسمية.

المقدمة:

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وبعد.

للقواعد الفقهية مكانة مهمة في الفقه الإسلامي من حيث جمعها للأحكام المتشابهة وردها لأصل واحد، برد الجزئيات إلى كلياتها وربطها بعقد منظوم يؤلف بينها، وقد صاغها الفقهاء بعبارات موجزة مستمدة من نصوص القرآن والسنة، يسهل حفظها وتذكّرها، فلا يستغني المفتي والقاضي والمقنن وطالب العالم عن الرجوع إليها عند الغموض لإصدار أحكام فرعية متسقة مع الأصول غير خارجة عنها، وقد قسموا تلك القواعد إلى خمس كليات يندرج في ضمنها عشرات القواعد الفرعية، وقاعدة العادة مُحكَّمة التي نحن بصدد الحديث عنها هي إحدى تلك القواعد الكلية، والتي يتبين من خلالها وما يتفرع منها مدى مرونة الشريعة الإسلامية واستيعابها لعرف الناس الذي يتغير بتغير الزمان والمكان.

وكون القانون اليمني يعتمد الشريعة الإسلامية مصدرا

* باحث ماجستير في تخصص القانون بكلية الأنظمة والدراسات القضائية بالجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة.

لجميع التشريعات، فقد عدّ العرف مصدراً مكوناً ومكملاً للتقنين، وكذا أغلب قوانين الدول المعاصرة جعلت العرف مصدراً أساسياً من مصادرها، لذا جاء هذا البحث محاولة لدراسة أثر قاعدة العادة مُحكَّمة وتطبيقاتها في قانون الأحوال الشخصية اليمني في كتابي الزواج وانحلال الزواج.

أهمية الموضوع وأسباب اختياره:

تنبع أهمية موضوع هذا البحث من مدى ارتباطه بحياة الناس وواقعهم وبالقانون الذي يحتكمون إليه، فليست العادة إلا ما اعتادوه وألفوا عليه حتى استقر في نفوسهم، وأصبح من الضرورة بمكان مراعاة العادة والعرف في القانون الذي يحتكمون إليه، وإلا وقعوا في الحرج والمشقة إن لم تتم مراعاة عرفهم وعوائدهم، لذا اخترنا هذا الموضوع لدراسة مدى مراعاة المشرع اليمني لعرف الناس في التقنين في قانون الأحوال الشخصية اليمني واخترنا كتابي الزواج وانحلال الزواج أنموذجا كون الزواج من العقود الاجتماعية التي تخضع تفاصيلها لسلطان العرف المجتمعي.

ويستهدف البحث هدفين رئيسين هما:

1- وضع صورة عامة عن قاعدة العادة مُحكَّمة من خلال التفصيل في مفهومها وتأصيلها وأهميتها وشروط العمل بها والعلاقة بينها وبين العرف.

2- معرفة تطبيقات قاعدة العادة مُحكَّمة في قانون الأحوال الشخصية اليمني في كتابي الزواج وانحلال الزواج.

منهج البحث:

استخدم البحث المنهجين الاستقرائي والتحليلي وذلك بتتبّع ما كُتب في قاعدة العادة مُحكَّمة والمسائل المتعلقة بها في بطون المراجع الفقهية والقانونية وتحليلها، ثم تتبّع واستقراء مواد قانون الأحوال الشخصية اليمني فيما يخص الزواج وانحلال الزواج وتحليل تلك المواد وبيان جهة اعتبار العرف وقاعدة العادة مُحكَّمة فيه.

الدراسات السابقة:

إنه وبحسب علم الباحث لا توجد دراسة سابقة تناولت قاعدة العادة مُحكَّمة وتطبيقها في قانون الأحوال الشخصية اليمني، إنما وجدت دراسة تناولت العرف مصدراً للقانون اليمني، أو دراسات تناولت قاعدة العادة مُحكَّمة أو العرف عموما وأثرها في قوانين أخرى، نوردها بإيجاز على النحو الآتي:

1- العرف ودوره كمصدر للقانون اليمني دراسة في تطور مصادر القانون اليمني (رسالة ماجستير)، لوليد محمد محسن النونو، 1997م، جامعة عين شمس كلية الحقوق: ولم نتمكن من الحصول على أية نسخة للرسالة ولكن يبدو من عنوانها أنها تناولت دراسة تطور مصادر القانون اليمني من خلال دراسة العرف وأثره كمصدر من مصادر القانون، فالدراسة عامة في دراسة العرف، ولم يشر العنوان إلى الجانب التطبيقي، بينما خُصص هذا البحث لقاعدة العادة مُحكَّمة، وخُصصت حدوده في قانون الأحوال الشخصية اليمني (الزواج وانحلال الزواج).

2- أثر العرف والعادة في توجيه الأحكام الشرعية والنصوص القانونية وصور ذلك التأثير إجمالا وتفصيلا، للدكتور محمد محمود بن جلال الطلبة، بحث منشور في مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات بالإسكندرية، العدد (6)، المجلد(6)، ويختلف هذا البحث عن بحثنا في أنه لم يتناول قاعدة العادة مُحكَّمة، كما أنه لم يتناول التطبيقات بشكل مفصل ولم يستقص النصوص القانونية المتأثرة بالعرف بل أورد بعضا منها على سبيل الإجمال.

3- أثر قاعدة العادة مُحكَّمة في القانون المدني العراقي وتطبيقاتها: دراسة تحليلية، لأردوان مصطفى إسماعيل، وعارف علي عارف، بحث منشور في المجلة العالمية للدراسات الفقهية والأصولية، المجلد (4)، العدد(1)، 1441هـ، 2020م، ويختلف هذا البحث عن بحثنا في أنه يتناول تطبيقات قاعدة العادة

مُحكَّمة في القانون المدني العراقي، أما بحثنا فيتناولها في قانون الأحوال الشخصية اليمني.

هيكلة البحث:

اشتمل البحث على مقدمة ومبحثين مقسمة على مطالب وفروع، على النحو الآتي:

المبحث الأول: قاعدة العادة مُحكَّمة: مفهومها، العلاقة بينها وبين العرف، مكانتها وتأصيلها، وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: مفهوم قاعدة العادة مُحكَّمة.

المطلب الثاني: العلاقة بين العرف والعادة وأقسامهما.

المطلب الثالث: مكانة قاعدة العادة مُحكَّمة وتأصيلها.

المطلب الرابع: مرادفات قاعدة العادة مُحكَّمة والقواعد المتفرعة عنها.

المطلب الخامس: شروط اعتبار العادة مُحكَّمة.

المبحث الثاني بعنوان: تطبيقات قاعدة العادة مُحكَّمة في قانون الأحوال الشخصية اليمني في كتابي الزواج وانحلال الزواج، وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: تطبيقات قاعدة العادة مُحكَّمة فيما يتعلق بعقد الزواج.

المطلب الثاني: تطبيقات قاعدة العادة مُحكَّمة فيما يتعلق بالمهر.

المطلب الثالث: تطبيقات قاعدة العادة مُحكَّمة فيما يتعلق بالحقوق الزوجية.

المطلب الرابع: تطبيقات قاعدة العادة مُحكَّمة في كتاب انحلال الزواج.

واختتم البحث بخاتمة اشتملت على أهم النتائج والاستخلاصات والتوصيات.

المبحث الأول:

قاعدة العادة مُحكَّمة: مفهومها، العلاقة بينها وبين العرف، مكانتها وتأصيلها، وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: مفهوم قاعدة العادة مُحكَّمة

أولا: معنى العادة:

1- **في اللغة:** العادة من عَوَدَ، جاء في مقاييس اللغة: والعود: هو تثنية الأمر عودا بعد بدء، تقول: بدأ ثم عاد، والعادة: الدربة. والتمادي في شيء حتى يصير له سجية. ويقال للمواظب على الشيء: المعاود.[1] ويُقال تَعَوَّدَ الشيءَ وعادَه وعاوَدَه مُعاوَدَةً وعِواداً واعتادَه واستعاده وأَعادَه أَي صار عادَةً له، والجمع عادٌ وعاداتٌ وعوائد، والمعاودة الرجوع إلى الأمر.[2]

2- في اصطلاح الفقهاء:

جاء في التعريفات: "العادة: ما استمر الناس عليه على حكم المعقول، وعادوا إليه مرة بعد أخرى".[3]

وقال الزركشي: "اعلم أن مادة العادة تقتضي تكرر الشيء وعوده (تكررا) كثيرا يخرج عن كونه وقع بطريق الاتفاق".[4]

وفي تبصرة الأحكام: "العادة غلبة معنى من المعاني على جميع البلاد".[5]

وفي القاموس الفقهي: "العادة كل ما اعتيد حتى صار يُفعل من غير جهد".[6]

وعرّفها العلامة الزرقا بقوله: "هي الاستمرار على شيء مقبول للطبع السليم، والمعاودة إليه مرة بعد أخرى. وهي المرادة بالعرف العملي."[7]

وعرّفها الدكتور عبدالكريم زيدان بقوله: " العادة هي تكرار الشيء ومعاودته حتى يتقرر في النفوس ويكون مقبولًا عندها"[8].

ولا اختلاف بين التعريفات السابقة ولا بينها وبين المعنى اللغوي للعادة، فكلها تشير إلى تثنية الشي وتكراره والرجوع إليه حتى يعتاده الناس ويغلب عليهم فيتقرر في النفوس ويكون مقبولا عندها، ويمكن أن نعد هذا تعريفا شاملا لما سبق.

3- في اصطلاح القانون:

يذكر فقهاء القانون العادة باعتبارها الركن المادي للعرف، ويعرفونه بأنه: " اطراد سلوك الناس في بعض علاقاتهم بشكل معين، أو هو عادة درج عليها الناس مدة طويلة في تنظيم أمر معين بطريقة مخصوصة"[9].

ثانياً : معنى مُحكَّمة:

في اللغة: مُحكَّمة اسم مفعول من حكم، والحُكم الفصل والقضاء، وحكَّم فلان في كذا إذا جعل أمره إليه، ويقال: حَكَّمْتُهُ في مالي، إذا جعلتَ إليه الحُكْمَ فيه. فاحْتَكَمَ عَلَيَّ في ذلك.[10]

وهذا المعنى يغنينا عن البحث عن المعنى الاصطلاحي للفظ مُحكَّمة، إذ المقصود بها تحكيم العادة بجعل الحكم إليها وفق ضوابط وشروط سنأتي عليها في أثناء هذا المبحث.

ثالثا: المقصود بقاعدة العادة مُحكَّمة.

قاعدة العادة مُحكَّمة هي إحدى القواعد الفقهية الكلية عند جميع أصحاب المذاهب، وقد ذكروا لها معاني متقاربة ، منها:

أن العادة تحكم فيما لا ضبط له شرعا.[11]

وقال ابن نجيم: "واعلم أن اعتبار العادة والعرف يرجع إليه في الفقه في مسائل كثيرة حتى جعلوا ذلك أصلا، فقالوا في الأصول في باب ما تترك به الحقيقة: تترك الحقيقة بدلالة الاستعمال والعادة".[12]

وقال السيوطي: "كل ما ورد به الشرع مطلقاً ولا ضابط له فيه ولا في اللغة يرجع فيه إلى العرف."[13]

ومعنى القاعدة: إن العادة عامةً كانت أو خاصة تجعل حَكَمًا لإثبات حكم شرعي، والعرف بمعنى العادة، وإنما تجعل العادة حكمًا لإثبات حكم شرعي إذا لم يرد نص بذلك الحكم المراد إثباته، فإذا ورد النص وجب العمل به ولا يجوز ترك النص والعمل بالعادة بدلًا عنه.[14]

المطلب الثاني: العلاقة بين العرف والعادة وأقسامهما.

أولا: العلاقة بين العادة والعرف.

ولمعرفة العلاقة بين العادة والعرف نبدأ بذكر تعريف العرف.

العرف في الاصطلاح الشرعي: ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول، وتلقته الطبائع بالقبول.[15]

وبمثل هذا التعريف عرّفه الفقهاء.[16]

والعرف في اصطلاح فقهاء القانون: عرفوه بقولهم: " اطراد سلوك الأفراد في مسألة معينة على نحو معين، مصحوبا بالاعتقاد في إلزام هذا السلوك".[17] أو هو "مصدر يُنشئ القاعدة القانونية عن طريق اعتياد الناس على متابعة سلوك معين، واستقرار الإيمان في سلوكهم بأن هذا السلوك قد صار ملزما"[18]

وبالنظر في تعريف كل من العادة والعرف نجد أنهما بمعنى، كما أن جمهور فقهاء الشريعة لم يُفرقوا بينهما كما هو ملاحظ في تقريراتهم، إلا أننا وجدنا من فرّق بينهما فجعل العادة بمعنى العرف العملي، وهو الكمال بن الهمام.[19] والعلامة الزرقا كما في تعريفه للعادة الذي أوردناه آنفا.

أما فقهاء القانون فيرون أن العادة هي الركن المادي للعرف، فالعادة في القانون: هي العادة العامة القديمة الثابتة المطردة التي لا تخالف النظام العام، بخلاف العرف فإنه يختص عن العادة بأنه ملزم ويُعاقب على ارتكاب ما يخالفه.[20]

والظاهر أنه ليس ثمة أثر ظاهر ينبني على التفريق بينهما، وإنما هو مجرد اصطلاح، ولا مشاحة في ذلك.[21]

ثانيا: أقسام كل من العرف والعادة.

نورد هنا أقسام العادة والعرف بشكل إجمالي مع الإحالة إلى المراجع للتفصيل:

قسّم الشاطبي العادات إلى قسمين رئيسين هما العادات الشرعية وهي العادات الثابتة بالدليل الشرعي، والعادات غير الشرعية وهي العادات التي لم يتناولها الدليل الشرعي، لا بإثبات ولا بنفي، وقسّم الأخيرة إلى قسمين هما العادات الثابتة كوجود شهوة الطعام والشراب والوقاع وما شابه ذلك والعادات المتبدّلة وهي التي تختلف بحسب أماكنها، وأزمانها وأجوائها، وأممها، وحرفييها، أو أمور خارجة عن إرادة المكلف وقدرته.[22]

وجعلها بعضهم ثلاثة أنواع: العرفية العامة، كوضع

القدم، والعرفية الخاصة: كاصطلاح كل طائفة مخصوصة، كالرفع للنحاة، والفرق والجمع والنقض للنظار، والعرفية الشرعية: كالصلاة والزكاة والحج، تركت معانيها اللغوية بمعانيها الشرعية.[23]

وقسّموا العرف من حيث سببه إلى العرف القولي والعرف العملي، ومن حيث من يصدر عنه العرف إلى العرف العام وهو ما تعارفه عامة أهل البلاد قديماً وحديثاً، والعرف الخاص وهو ما تعامله بعض المسلمين أو فئة من الناس دون أخرى.[24]

المطلب الثالث: مكانة قاعدة العادة مُحكَّمة وتأصيلها.

أولا: مكانة قاعدة العادة مُحكَّمة وأهميتها.

تُعد قاعدة العادة مُحكَّمة إحدى القواعد الفقهية الكلية التي ترجع إليها بقية القواعد، وذلك في قواعد المذاهب الفقهية كلها، سواء منهم من جعل القواعد الفقهية الكلية ستاً أو خمساً أو أربعاً. فعلى سبيل المثال: جعل أصحاب المذهب الحنفي القواعد الكلية ستاً الأولى: لا ثواب إلا بالنية، والثانية: الأمور بمقاصدها، والثالثة: اليقين لا يزول بالشك، والرابعة: المشقة تجلب التيسير، والخامسة: الضرر يزال، والسادسة: العادة مُحكَّمة.[25] وأرجع بعض علماء الشافعية جميع مذهب الشافعي الى أربع قواعد هي: اليقين لا يزال بالشك، والمشقة تجلب التيسير، والضرر يزال، والعادة مُحكَّمة.[26]

فقاعدة العادة مُحكَّمة من القواعد المهمة في الفقه الإسلامي، وقد ذُكرت في أغلب كتبه باعتبارها قاعدة كلية لا فرعية _ كما تقدّم _، فاعتنى المصنفون بذكر تفصيلاتها وتفريعاتها والتطبيقات المتعلقة بها، حيث رجع إليها الفقهاء في مسائل كثيرة حتى جعلوها أصلا، قال ابن نجيم: "واعلم أن اعتبار العادة والعرف يرجع إليه في الفقه في مسائل كثيرة حتى جعلوا ذلك أصلا، فقالوا في الأصول في باب ما تترك به الحقيقة: تترك الحقيقة بدلالة الاستعمال والعادة."[27] ، وقال السيوطي: "اعلم أن اعتبار العادة والعرف رجع إليه في الفقه، في مسائل لا تعد كثرة."[28]

وتوسع الشريعة الإسلامية في إعمال العرف دليل على ما تتمتع به من يسر وسماحة ورعاية لمصلحة المجتمع، ورفع للحرج عن الناس فيما ألفوه واعتادوه حيث إن الحكم بخلافه مظنة الوقوع في الحرج والمشقة، وقد اهتم الفقهاء باعتبار العرف وعدم الجمود على ما نُقل في الكتب بل لا بد من مراعاة أحوال الناس على اختلاف أزمانهم وأمصارهم، وفي هذا يقول ابن القيم: "فمهما تجدد في العرف فاعتبره، ومهما سقط فألغه، ولا تجمد على المنقول في الكتب طوال عمرك، بل إذا جاءك رجل يستفتيك فلا تجره على عرف بلدك، وسله عن عرف بلده فأجره عليه"[29].

واحتل العرف مكانة كبيرة في القانون اليمني، فقد نصّت المادة الأولى من القانون المدني اليمني على ((يسري هذا القانون المأخوذ من أحكام الشريعة الإسلامية على جميع المعاملات والمسائل التي تتناولها نصوصه لفظاً ومعنى، فإذا لم يوجد نصٌ في هذا القانون يمكن تطبيقه يرجع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية المأخوذ منها هذا القانون، فإذا لم يوجد؛ حكم القاضي بمقتضى العرف الجائز شرعاً، فإذا لم يوجد عرف فبمقتضى مبادئ العدالة الموافقة لأصول الشريعة الإسلامية جملة ... ويشترط في العرف أن يكون ثابتاً وأن لا يتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية والنظام العام والآداب العامة)) فيتضح من نص المادة أن العرف يعد المصدر الثالث من مصادر القانون اليمني الرسمية، بحيث يتعين على القاضي تطبيقه إذا لم يجد نصاً في التقنين ولا حكماً في مبادئ الشريعة الإسلامية.[30]

وبهذا التنصيص في القانون اليمني على اعتبار العرف مرجعا ملزما يتضح لنا مدى أهمية العرف في التقنين وإصدار الأحكام، وكذا سعة نطاق الاعتماد عليه في

القانون اليمني، فكما أنه قد بنى كثيراً من القوانين على العرف فقد جعله مكملا للقانون فيما لم ينص عليه ولم يوجد حكمه في مبادئ الشريعة الإسلامية، وبهذا يصبح العرف مكونا ومكملا للقانون اليمني.

ثانيا: تأصيل قاعدة العادة مُحكَّمة.

دلّ على اعتبار العرف والعادة في التشريع الإسلامي وكونهما حجة يُعمل بها أدلة كثيرة سواء في القرآن الكريم أو في السنة النبوية، نوجز أبرزها على النحو الآتي:

1- من القرآن الكريم:

قوله تعالى: ﴿خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ﴾ [الأعراف:199]

قال القرافي "فكل ما شهد به العادة قضي به لظاهر هذه الآية إلا أن يكون هناك بينة"[31].

قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة:233].

قال الجصاص: "فإذا اشتطت المرأة وطلبت من النفقة أكثر من المعتاد المتعارف لمثلها لم تعط وكذلك إذا قصر الزوج عن مقدار نفقة مثلها في العرف والعادة لم يحل ذلك وأجبر على نفقة مثلها"[32]، وقال ابن العربي: "يعني على قدر حال الأب من السعة والضيق، ....، وفي كل عمل، وحمل على العرف والعادة في مثل ذلك العمل. ولولا أنه معروف ما أدخله الله تعالى في المعروف"[33].

فالمُلاحظ أنهم أرجعوا معنى المعروف هنا إلى العرف والعادة.

وقوله تعالى في كفارة اليمين: ﴿فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ﴾ [المائدة:89]، قال الجصاص: " وهو مرتان غداء وعشاء لأن الأكثر في العادة ثلاث مرات والأقل واحدة والأوسط مرتان"[34]. فحمل أوسط الطعام على العادة.

2- من السنة النبوية:

ما روته أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها أن هند بنت عتبة امرأة أبي سفيان قالت: يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح فأحتاج أن آخذ من ماله، قال ﷺ : [خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف].[35] وفي هذا الحديث نجد أن الرسول ﷺ أحال صراحة للعمل بالعرف واعتباره الأساس في تقدير النفقة.

واستدلوا بقول ابن مسعود، رضي الله عنه: "ما رأى المسلمون حسناً فهو عند الله حسن، وما رأوا سيئاً فهو عند الله سيئ "[36]

قال الزحيلي: "وهو حديث موقوف حسن، وإنه وإن كان موقوفاً عليه فله حكم المرفوع، لأنه لا مدخل للرأي فيه."[37]

المطلب الرابع: مرادفات قاعدة العادة مُحكَّمة والقواعد المتفرعة عنها.

أولا: مرادفات قاعدة العادة مُحكَّمة.

بالنظر في كتب الفقه والقواعد الفقهية نجد أن قاعدة العادة مُحكَّمة قد وردت بصيغ متعددة تدور جميعها حول المعنى نفسه، ومنها:

1- العادة تنزل منزلة اللفظ.[38]

2- العرف الظاهر بين الناس حجة.[39]

وهذه القاعدة في معنى العادة مُحكَّمة إلا أنها نصّت على شرط أن يكون العرف ظاهراً.

3- ما كان متعارفاً وليس في عينه نص يبطله فالقول بجوازه واجب.[40]

4- ما ورد في الشرع مطلقا من غير تحديد، ولا حد له في اللغة، ولا في الشريعة، فيجب الرجوع فيه إلى العرف والعادة.[41]

5- الرجوع إلى العادة.[42]

قال السبكي: " واشتهر عند الفقهاء أن ما ليس له ضابط في اللغة ولا في الشرع يرجع فيه إلى العرف، وهذا صريح في تقديم اللغة على العرف وعند الأصوليين أن العرف مقدم على اللغة"[43]

6- العادة تحكم فيما لا ضبط له شرعا.[44]

قال الزركشي: " وعليه اعتمد الشافعي – رحمه الله – في أقل سن الحيض والبلوغ، وفي قدر الحيض والنفاس أقل وأكثر وغالب، وكذلك في إحراز المال المسروق،...."[45].

نكتفي بهذا القدر من الألفاظ المرادفة لقاعدة العادة مُحكَّمة في المعنى إذ ليس الاستقصاء من مقصود هذا البحث وإنما البيان.

ثانيا: القواعد المتفرعة عن قاعدة العادة مُحكَّمة أو المبنية عليها.

ولأن قاعدة العادة مُحكَّمة من القواعد الكلية فقد تفرع عنها وبُني عليها الكثير من القواعد الفرعية، نذكر منها على سبيل المثال:

1- المعروف عرفًا كالمشروط شرطًا . أو: المعلوم بالعرف كالمعلوم بالشرط.[46]

ومعنى القاعدة أن ما جرى به عرف الناس فإنه يُراعى ويعتبر، ويُكتفى بجريان عرف الناس عليه عن اشتراطه في عقودهم وتصرفاتهم.[47]

وذكروا منها "لو باع التاجر في السوق شيئاً بثمن، ولم يصرحا بحلول ولا تأجيل، وكان المتعارف فيما بينهم أن البائع يأخذ كل جمعة قدراً معلوماً انصرف إليه بلا بيان".[48]

2- التعيين بالعرف كالتعيين بالنص.[49]

ومعنى القاعدة أن "ما يقضي بتعيينه العرف يكون كالمعين بالنص الصريح، كالتوكيل في البيع المطلق يحمل على البيع بثمن المثل ".[50]

3- لا يُنكر تغيّر الأحكام بتغيّر الأزمان.

وتعني هذه القاعدة أن الأحكام المبنية على العرف والعادة لا على النص قد تتبدل وتتغير بتغيّر الأزمان أي بتغير عرف أهلها وعاداتهم ؛ لأنه بتغيّر الزمان تتغير احتياجات الناس، وبناء على هذا التغير تتغير أعرافهم وعاداتهم، فإذا كان عرفهم وعادتهم يستدعيان حكماً ثم تغيرا إلى عرف وعادة أخرى فإن الحكم يتغير إلى ما يوافق ما انتقل إليه عرفهم وعادتهم، وأما الأحكام المستندة إلى أدلة شرعية، ولم تبن على عرف وعادة فإنها لا تتغير كوجوب القصاص على القاتل العمد.[51]

4- العبرة للغالب الشائع لا للنادر، فلو بني حكم على أمر غالب فإنه يبنى عاماً، ولا يؤثر في عمومه واطراده تخلف ذلك الأمر في بعض الأفراد أو في بعض الأوقات.[52]

المطلب الخامس: شروط اعتبار العادة مُحكَّمة.

أولا: شروط اعتبار العادة مُحكَّمة عند الفقهاء.

إن لاعتبار العادة مُحكَّمة شروطاً وضوابط ذكرها الفقهاء صراحة أو ضمناً في معرض حديثهم عن القاعدة وتطبيقاتها، ويمكن إرجاع ما ذكروه إلى الشروط الآتية:

1- أن تكون العادة مطّردة.

قال الزركشي: "العادة إذا اطردت ينزل اللفظ في العقود عليها، وإذا اضطربت لم تعتبر ووجب البيان".[53]، وقال ابن نجيم: " إنما تعتبر العادة إن اطردت أو غلبت"[54]، وقال السيوطي: "إنما تعتبر العادة إذا اطردت، فإن اضطربت فلا." [55]

2- أن تكون العادة مقارنة أو سابقة.

قال ابن نجيم: "العرف الذي تحمل عليه الألفاظ إنما هو المقارن السابق دون المتأخر؛ ولذا قالوا لا عبرة بالعرف الطارئ فلذا اعتبر في المعاملات، ولم يعتبر في التعليق فيبقى على عمومه ولا يخصصه العرف."[56]

فلا تعتبر العادة أو العرف الطارئ بعد حدوث الشيء المراد تحكيم العرف والعادة فيه، وعلى هذا يجب تفسير شروط الواقفين بموجب العرف الذي كان قائمًا وقت إنشاء هذه الشروط وليس بموجب العرف الطارئ الذي حدث بعد تلك الشروط.[57]

3- أن لا تكون العادة مخالفة لنص الشارع ولا لشرط العاقدين.[58]

قال السرخسي: "ويسقط اعتبار العرف عند التنصيص بخلافه"[59]، ويعني ذلك أن لا يوجد تصريح بخلافها؛

لأن التصريح أقوى من الدلالة؛ لأن العمل بالعادة دلالة لا تصريحاً، فإذا وجد التصريح بخلافها بطل العمل بها.[60]

4- أن تكون العادة غالبة شائعة بين الناس.

فلا اعتبار لعادة يعمل بها فئة من الناس ولا يعمل بها آخرون، كما أنه لا اعتبار لعادة غير شائعة لا يعلمها أكثر الناس ولا يعملون بموجبها، هذا إذا كانت العادة عامة بين الناس.

وأما العادة الخاصة بشخص أو أشخاص معينين أو طائفة من الناس فتكون حكماً لمن يعمل بها إذا عُرِف عنه ذلك.[61]

ثانيا: شروط العمل بمقتضى العرف في القانون.

اشترط رجال القانون شروطا في العرف حتى يكون معتبرًا، وهي:

1- أن يكون العرف عاماً مجرداً.

أي أن يكون العرف صادرا عن الأغلبية، ولا ينصرف حكمه إلى شخص أو أشخاص معينين بالذات، بمعنى أن يتوجه إلى الأشخاص بصفاتهم لا بذواتهم، هذا ويكفي أن يكون العرف عاماً في المكان الذي يطبق فيه، أو على كل الأشخاص الذين يشملهم حكمه.[62]

2- أن يكون العرف قديماً.

بمعنى أن يمضي على العرف زمن طويل يكفي للدلالة على أن هذا العرف متأصل في النفوس، ونابع من حاجة المجتمع، وليس هناك مدة محددة لكي يكون العرف قديماً، ولكن يكفي شعور الناس بذلك، لأنها تختلف من عرف إلى آخر.[63]

3- أن يكون ثابتاً ومطرداً.

ومعنى ذلك أن يكون العرف عند نشوئه متبعاً باستمرار وانتظام دون انقطاع وبشكل واضح وظاهر للعيان، وهذا الاستمرار والثبوت إنما يعتبر بجمهور الناس ولا يؤثر في ثباته خروج قلة من الأشخاص عليه في فترات متباعدة، لأن العبرة هنا بغلبة اتباعه في أكثر الحالات.[64]

والمقصود بالاطراد الوارد في كتب الفقهاء أن تكون العادة كلية، بمعنى أنها شائعة مستفيضة بحيث يعرفها جميع الناس، في البلاد كلها، أو في الإقليم الخاص، أو بين أصحاب المسالك، أو الحرف المعينة. وفُسّر معنى المعرفة هنا من قبل بعض رجال القانون بأنه متابعة الناس سلوكا بصفة متكررة ومنتظمة ، أي أن يتبعه الأفراد المعنيون به بانتظام، فلا يلتزمونه حينا ويهملونه حينا آخر، فإذا جرى العرف على تقسيم المهر في النكاح إلى معجل ومؤجل فإنه لا يكون مطردا إلا إذا كان أهله يجرون على هذا التقسيم في جميع حوادث النكاح.[65]

4- ألا يكون العرف مخالفا للنظام العام والآداب.

فالعادة التي تتولد منها قاعدة عرفية لها قوة القانون، فيجب ألا تتنافى مع الأسس الاجتماعية والأخلاقية التي تقوم عليها المصالح العليا في الجماعة، فإذا جرت عادة الناس على أمر من الأمور المخالفة للنظام العام فإنه لا ينشأ عن هذه العادة عرف ملزم.[66]

وقد نصّت المادة الأولى من القانون المدني اليمني على شروط الحكم بمقتضى العرف، وجاء في نصها ((ويشترط في العرف أن يكون ثابتا وأن لا يتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية والنظام العام والآداب العامة)) قال علي القليسي: ويتمثل العرف في اعتياد الناس على سلوك معين، ولكي تكتسب هذه العادة المتبعة من الناس صفة العرف يلزم أن تتوافر فيها الشروط الآتية: أولا: أن تكون هذه العادة عامة ومجردة، ثانيا: أن تكون العادة ثابتة ومطردة، ثالثا: أن تكون هذه العادة المتبعة مشروعة.[67]

المبحث الثاني:

تطبيقات قاعدة العادة مُحكَّمة في قانون الأحوال الشخصية اليمني (الزواج وانحلال الزواج)، وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: تطبيقات قاعدة العادة مُحكَّمة فيما يتعلق بعقد الزواج.

أولا: صيغة عقد الزواج.

صيغة العقد هي الوسيلة التي يعبر بها عن إرادة إنشاء عقد الزواج لذلك يشترط فيها أن تكون صحيحة، ولا تكون صحيحة إلا إذا كانت واضحة ومفهومة وسليمة عن كل ما يُحدث غموضا والتباسا في الفهم.[68]

وقد وجدنا المشرع اليمني ترك مساحة للعرف فيما يخص صيغة العقد في موضعين اثنين:

الأول: نصت المادة (7) في فصل انعقاد الزواج وأركانه وشروطه على ما يشترط لصحة العقد، ومن بين الشروط ((2. إيجاب بما يفيد التزوج عرفا من ولي للمعقود بها، مكلف، ذكر، غير محرم، أو بإجازته أو من وكيله.))

ويُقصد بالإيجاب الكلام الذي يصدر أولاً من أحد العاقدين دالاً على رضاه بالعقد، والقبول الكلام الذي يصدر من العاقد الثاني دالاً على موافقته على ما أبداه الأول.[69]

فنجد أن المشرع اليمني قد اشترط لصحة العقد أن يكون الإيجاب بما يُفيد التزوج عُرفاً، فهو بهذا قد أرجع الحكم فيها إلى العرف وخرج عن الاختلاف الحاصل في المذاهب الفقهية فيما يتم به عقد الزواج.[70]

واشترطت المادة في القبول أن يكون قبل الإعراض ((3. قبول التزوج قبل الإعراض من زوج مكلف غير محرم أو ممن يقوم مقامه شرعاً أو بإجازته .)) ولم يضع المشرع ضابطاً للإعراض فيُرجع فيه إلى العرف، لأن التعيين بالعرف كالتعيين بالنص؛ ولأن مطلق التسمية في العقود يُرجع فيها إلى العرف؛ وهذا تحكيم من المشرع للعادة والعرف.

الثاني: نصت المادة(8) بعد ذكر أركان العقد على ما يتم به العقد ((ويتم العقد باللفظ والكتابة وبالرسالة من الغائب في مجلس بلوغ الخبر، ويصح العقد من المصمت والاخرس بالاشارة المفهمة.))

واللفظ في مجلس واحد هو الأصل في عقد الزواج، ويُصار إلى الكتابة والرسالة والإشارة إذا تعذر اللفظ، كأن يتعذر اجتماع المتعاقدين في مجلس واحد ففي هذه الحالة يصح الإيجاب والقبول بينهما بالكتابة _ حسب ما نصّت عليه هذه المادة، فيقول الخاطب في كتابه: أكتب إليك راغباً في التزويج من ابنتك فاطمة أو يقول الولي في كتابه للخاطب: أنا راغب في زواجك بابنتي فاطمة فقد زوجتك إياها، فإذا وصل الكتاب في المثال الأول عقد الولي مجلساً يحضره شاهدان فيقرأ عليهم المكتوب ويقول لهم: أشهدكم أني قد زوجته ابنتي فاطمة، ثم يكتب له ذلك. وفي المثال الثاني مثله، وفي الرسالة مثله إلا أن الرسالة تكون شفوية. أما إذا كان أحد العاقدين لا يستطيع الكلام لعلة عرضت له كالأصم أو كانت أصلية من الولادة كالأخرس فإنه يصح الإيجاب والقبول منهما بالإشارة إذا لم يستطيعا الكتابة، وإلا فهي أقدم لأنها أفصح بياناً من الإشارة.[71]

وفي إجازة المشرع وقوع العقد بالكتابة تحكيماً للعرف والعادة، وهذا يندرج في ضمن إحدى تفريعات قاعدة العادة مُحكَّمة، وتقول القاعدة : "والأصل أن البيان بالكتاب بمنزلة البيان باللسان؛ لأن المكتوب حروف منظومة تدل على معنى مفهوم كالكلام"[72].

كما أجاز المشرع وقوع العقد بالرسالة من الغائب في مجلس بلوغ الخبر، وهذا يتبع القاعدة نفسها التي تنزل البيان بالكتاب منزلة البيان باللسان، يقول السرخسي: " وهذا لأن الكتاب ممن نأى كالخطاب ممن دنا فإن الكتاب له حروف ومفهوم يؤدي عن معنى معلوم فهو بمنزلة الخطاب من الحاضر."[73]

وفيما يخص الإشارة فلدينا قاعدة تنص على أن "الإشارة المعهودة للأخرس كالبيان باللسان" أي أن

الإشارة المعلومة المعتادة للأخرس الأصلي، بعضو من أعضائه كيده أو رأسه معتبرة كالبيان باللسان وقائمة مقامه في كل شيء غير الحدود والشهادة. وذلك كالنكاح والطلاق وغيرها.[74]

فالمشرع هنا احتكم إلى العادة في جعل العبارات الكتابية كالمخاطبات الشفوية في ترتب الأحكام عليها، ومثل هذا يُقال في إجازة وقوع العقد بالإشارة المفهمة من المصمت والأخرس.

ثانيا: تقييد ورقة عقد الزواج لدى الجهة المختصة.

نصت المادة (14) على ((يجب على من يتولى صيغة العقد وعلى الزوج وعلى ولي الزوجة أن يقيدوا ورقة عقد الزواج لدى الجهة المختصة في الدفتر المعد لذلك خلال أسبوع من تاريخ العقد وإلا عوقب كل منهم طبقاً لما هو مقرر في القانون، وإذا قام أحد ممن تقدم ذكرهم بقيد الورقة سقط الالتزام على الآخرين، ويجب أن تتضمن ورقة عقد الزواج المعلومات اللازمة مثل سن الزوجين وأرقام بطاقات الهوية ومقدار المهر المعجل منه والمؤجل))

أوجب المشرع تسجيل عقد الزواج لدى الجهة المختصة مع ضرورة تضمنها المعلومات اللازمة المذكورة في المادة، وحدد لذلك مدة أسبوع من تاريخ العقد وإلا عوقب كل من الزوج وولي الزوجة ومن تولى صيغة العقد، وفي فرض العقوبة زيادة تأكيد على ضرورة تسجيل العقد في أقرب وقت ممكن، "لأن في عدم التسجيل آثاراً سلبية فمن المحتمل أن ينكر أحدهما الزوجية أو ينكر نسب الأطفال وقد يصعب الإثبات عند وفاة العاقد أو الشهود الذين أجروا عقد النكاح خارج المُحكَّمة".

والشاهد هنا أن تسجيل عقد الزواج شرط قانوني لم يرد به الشرع، إلا أن تغيّر الزمان جعل من الضرورة تسجيل العقود وتوثيقها حفظاً للحقوق من الضياع، فمن جهة قد اتسعت البلدان وتضاعفت أعداد ساكنيها، ومن جهة أخرى فسدت أحوال الناس وكل ذلك مظنة لضياع العقود، والمشرع اليمني راعى ذلك كله في هذه المادة، ولا يصح لأحدٍ أن ينكر استحداث مثل هذه الأحكام؛ لأن القاعدة تنص على أنه لا يُنكر تغير الأحكام بتغير الزمان، وهي إحدى القواعد التابعة لقاعدة العادة مُحكَّمة، فإن تغير الزمان يلحقه تغير في عادات الناس وأعرافهم واحتياجاتهم فتتغير تبعاً لذلك الأحكام التي لم يرد نص صريح فيها.

المطلب الثاني: تطبيقات قاعدة العادة مُحكَّمة فيما يتعلق بالمهر.

المهر حق من حقوق الزوجة وهو المال الذي يجب على الرجل للمرأة بسبب عقد الزواج عليها أو بسبب وطئه لها.[75] وأصل مشروعيته في القرآن الكريم، قال تعالى: ﴿وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾ [النساء:4].

وقد وجدنا أثر تطبيق قاعدة العادة مُحكَّمة في القانون فيما يتعلق بالمهر في أمرين:

الأول: مهر المثل.

وهو مهر امرأة تماثل الزوجة وقت العقد، والمعتبر عند الفقها امرأة تماثل الزوجة في الصفات التي ترغب في نكاحها من أسرة أبي الزوجة.[76] وهو ما اعتاد الناس أن يدفعوه مهرًا لأمثال هذه، وقيل هو الذي يرغب الناس به في مثل هذه المرأة بحسب العادة –عادة الناس–[77] أي ما يرغب به الناس بمثلها، والمماثلة المعتبرة في السن والجمال والعقل والعفة والبكارة والثيوبة واليسار والعلم والشرف وكونها ذات ولد أم ليست كذلك.[78]

ومهر المثل في تحديده من الأحكام التي بُنيت على تحكيم العادة[79] حيث إن المعتبر فيه هو العرف الجاري على مثيلاتها فيُحكم لها بالمهر المعتاد المتعارف عليه لمثلها، وعلى هذا سار المشرّع اليمني فلم يُسمِ مهرا معلوما إنما جعل ذلك للعرف.

وقد نصّ قانون الأحوال الشخصية في كتاب الزواج

على وجوب مهر المثل في الحالات الآتية:

1- العضل، نصّت الفقرة الثانية من المادة (18) على ((إذا عضل ولي المرأة أمره القاضي بتزويجها فان امتنع أمر القاضي من يليه من الأولياء الأقرب فالأقرب بتزويجها فإن فُقدوا أو عضلوا زوّجها القاضي بكفء ومهر مثلها)).

والعضل منع المرأة من التزويج من الكفء وبمهر المثل إذا طلبت ذلك ورغب كل واحد منهما في صاحبه.[80]

2- إذا لم يُسم المهر أو سُمي تسمية غير صحيحة أو نسي ما سمي، نصّت الفقرة الأولى من المادة (33) على ((يلزم المهر للمعقود بها بعقد صحيح وهو ما حصل عليه التراضي معيناً مالاً يصح لهما تملّكه أو منفعة غير محرمة فإذا لم يُسم أو سُمي تسمية غير صحيحة أو نسي ما سمي بحيث لم يعرف وجب مهر المثل.))

3- الدخول بزواج باطل، نصّت المادة (32) على ((تترتب على الزواج الباطل اذا أعقبه دخول الاثار الاتية: 1. وجوب مهر المثل أو المهر المسمى أيهما أقل)).

والزواج الباطل: هو ذلك الزواج الذي لم يستوفِ أركانه وشروطه المبينة في القانون، كالزواج على المحارم أو من خامسة، أو زواج فاقد الأهلية وما شابه ذلك.[81]

4- المغلوط بها، نصّت المادة (33) على ((يلزم للمغلوط بها مهر المثل.))

كما لو دخل رجل بامرأة على أنها زوجته ثم تبيّن أنها ليست زوجته، والدخول بالمرأة في التشريع الإسلامي لا يخلو من حد أو مهر، والشبهة هنا أسقطت الحد فوجب مهر المثل.[82]

الثاني: تعجيل المهر أو تأجيله.

نصّت المادة (34) على ((يجوز تعجيل المهر أو تأجيله كله أو بعضه ولا يمنع تأجيل ولي المرأة للمهر مطالبتها به مالم يكن التأجيل برضاها.))

وهذه من المواد التي راعى فيها المشرع عرف الناس وعادتهم، فأجاز تعجيل المهر أو تأجيله كله أو بعضه، وترك تعيين ذلك إلى ما يتفق عليه المتعاقدان وما يتوافق مع عرفهم وعادتهم، ولو أوجب حالة واحدة لأوقعهم في الحرج والمشقة.

وإذا اتفق الزوجان على مهر ولم يذكرا تأجيله أو تعجيله كان الحكم لعرف بلدهما عند الحنفية[83] لأن المعروف عرفا كالمشروط شرطا، وهذا ما يتناسب مع الإطلاق الوارد في المادة.

المطلب الثالث: تطبيقات قاعدة العادة مُحكَّمة فيما يتعلق بالحقوق الزوجية.

يُعد عقد الزواج ميثاقا غليظا بين الرجل والمرأة، وفي أصل نشأته إنما يُراد به الدوام والبقاء، وتكوين أسرة صالحة لتكون لبنة في بناء المجتمع، وإنما يُبنى الزواج على المعاشرة الحسنة، قال تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [النساء:19]، ومن أجل تحقيق ديمومة الزواج وضمان سعادة كل من الزوج والزوجة فقد رتب الشارع الحكيم على عقد الزواج حقوقا للزوجين على بعضهما البعض، وتبعه القانون اليمني في ذلك، ولما كان عقد الزواج من العقود الاجتماعية فقد ترك المشرع اليمني للعرف مجالا واسعا في تحديد الحقوق وتفصيلاتها، وقد وجدنا أثر تحكيم العادة ظاهرا في المواد المتعلقة بحقوق الزوجين وذلك على النحو الآتي:

أولا: حقوق الزوج.

نصت المادة (40) على((للزوج على الزوجة حق الطاعة فيما يحقق مصلحة الأسرة على الأخص فيما يلي: .... 3. امتثال أمره في غير معصية والقيام بعملها في بيت الزوجية مثل غيرها .

4. عدم الخروج من منزل الزوجية إلا بإذنه أو لعذر شرعي أو ما جرى العرف بمثله .مما ليس فيه الإخلال بالشرف ولا بواجباتها نحوه وعلى الأخص

الخروج في إصلاح مالها او أداء وظيفتها المتفق عليها والتي لا تتنافى مع الشرع...))

والأصل في جعل الطاعة حقا للزوج قوله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ﴾ [النساء:34].

والقوامة تقتضي أن يكون للرجل حق الطاعة على جميع أفراد الأسرة بما في ذلك الزوجة، والمرأة ليست أهلا لقوامة الأسرة لأن القوامة تقتضي الخروج إلى المجتمع العام، وهذا لا يتناسب مع تربية الأبناء والقيام بشؤون الأسرة الداخلية، كما أن تكوينها الجسدي لا يسمح لها بذلك، ولما كان الإنفاق واجبا على الرجل اقتضى ذلك أن تكون القوامة بيده.[84]

يلاحظ في الفقرة 3 أنه أوجب على الزوجة القيام بعملها في بيت الزوجية دون تحديد الأمور التي يتضمنها هذا العمل وإنما أرجع تحديد ذلك إلى العرف بقوله ((مثل غيرها))، ويمكن أن نرجع هذا إلى قاعدة " التعيين بالعرف كالتعيين بالنص" فما يقضي العرف بتعيينه كان كالمعين بالنص.

والفقرة 4 تقضي بعدم خروج الزوجة من منزل الزوجية إلا بإذن الزوج أو لعذر شرعي أو ما جرى به العرف، فنجد هنا أن المشرع نصّ على اعتبار العرف في الحالات التي يحق للزوجة فيها الخروج من منزل الزوجية، بشرط عدم الإخلال بالشرف ولا بواجباتها، ونلاحظ أنه خصص الخروج في إصلاح مالها أو أداء وظيفتها، ولكن هذا التخصيص لا يقتضي الحصر، إذ قد نصّ ابتداءً على اعتبار العرف، فيُرجع إلى ما جرى به العرف، فكان ذلك تطبيقا جليّا لقاعدة العادة مُحكَّمة.

ثانيا: حقوق الزوجة.

نصت المادة (40) على: ((يجب على الزوج لزوجته ما يلي: 1ـ إعداد سكن شرعي مما يليق مثله من مثله 2ـ نفقة وكسوة مثلها من مثله...))

ونصّت المادة (42) على ((يشترط في المسكن الشرعي ان يكون مستقلا تأمن فيه الزوجة على نفسها ومالها ويعتبر في ذلك حال الزوج ومسكن أمثاله وعرف البلد وعدم مضارة الزوجة...))

والنفقة حق للزوجة على الزوج تثبت لها بالعقد الصحيح، وهي شاملة لما تحتاج إليه من مسكن وطعام وكسوة وخدمة إن كانت تحتاج للخدمة.[85]

وعند فقهاء الشافعية تعرف النفقة بأنها: معاوضة في مقابلة التمكين والاستمتاع [86] ويعدون أصل هذه المعاوضة هي المسكن والإطعام والكسوة.

والأصل في اعتبار حال الزوج في السكن قوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ﴾ [الطلاق:6].

والأصل في اعتبار حال الزوج في النفقة قوله تعالى: ﴿لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا﴾ [الطلاق:7].

والأصل في اعتبار العرف في النفقة قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة:233]

وجاء في تفسير قوله تعالى ﴿بِالْمَعْرُوفِ﴾ أنه يدل على أن الواجب من النفقة والكسوة هو على قدر حال الرجل في إعساره ويساره إذ ليس من المعروف إلزام المعسر أكثر مما يقدر عليه ويمكنه ولا إلزام الموسر الشيء الطفيف ويدل أيضا على أنها على مقدار الكفاية مع اعتبار حال الزوج وقد بين ذلك بقوله عقيب ذلك ﴿لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا﴾ [البقرة:233] فإذا اشتطت المرأة وطلبت من النفقة أكثر من المعتاد المتعارف لمثلها لم تعط وكذلك إذا قصر الزوج عن مقدار نفقة مثلها في العرف والعادة لم يحل ذلك وأجبر على نفقة مثلها.[87]

وما جاء في الحديث عن قول النبي ﷺ لامرأة أبي سفيان عندما اشتكت إليه شحّ زوجها: [خذي ما

يكفيك وولدك بالمعروف][88]

وقد أشار الفقهاء إلى الرجوع إلى العرف في تقدير النفقة وجعلوه مناطاً للحاكم، فإذا أراد فرض النفقة ينبغي عليه أن ينظر في سعر البلد وفي ما يكفيها بحسب عرف تلك البلدة.[89]

ونلاحظ أن المشرع اليمني قد أجمل في تفاصيل السكن والنفقة ولم يذكر شيئاً منها، وإنما أرجع الحكم في التفاصيل إلى العرف والعادة، فاعتبر في السكن حال الزوج من اليسار والإعسار ومسكن أمثاله وعرف البلد، واعتبر في النفقة حال كل من الزوج والزوجة، وفي ذلك كله مراعاة للعرف وللظروف الاقتصادية التي تتغير بتغير الأزمنة والأمكنة، وهو تطبيق واضح لقاعدة العادة مُحكَّمة.

المطلب الرابع: تطبيقات قاعدة العادة مُحكَّمة في كتاب انحلال الزواج.

واشتمل كتاب انحلال الزواج في قانون الأحوال الشخصية اليمني على أربعة أبواب هي فسخ الزواج، والطلاق والخلع، والرجعة والعدة الاستبراء، والظهار والإيلاء واللعان والمفقود، وبتتبع مواد القانون وجدنا تطبيقات بقاعدة العادة مُحكَّمة فيما يأتي:

أولا: تطبيقات قاعدة العادة مُحكَّمة فيما يقع به الطلاق.

نصّت المادة (58) على ((الطلاق قول مخصوص أو ما في معناه به يفك الارتباط بين الزوجين وهو صريح لا يحتمل غيره. ويقع الطلاق باللغة العربية وبغيرها لمن يعرف معناه وبالكتابة والإشارة المفهومة عند العاجز عن النطق.))

وهنا تطبيق لقاعدة البيان بالكتاب بمنزلة البيان باللسان، أو الكتاب كالخطاب، وهي قاعدة مندرجة تحت القاعدة الكلية العادة مُحكَّمة، والقول في تفصيلها كالقول في تفصيل ما يقع به عقد الزواج الذي سبق في المبحث الثاني من هذا البحث فيُرجع إليه.[90]

ثانيا: تطبيقات قاعدة العادة مُحكَّمة في الحقوق المالية المترتبة على الطلاق.

يترتب على الطلاق حقوق مالية للزوجة فصّل فيها المشرع اليمني بحسب حالاته، وبتتبع المواد المتعلقة بذلك وجدنا أثر قاعدة العادة مُحكَّمة في حالتين هما:

الأولى: تعويض المطلقة تعسفاً.

نصّت المادة (71) على ((إذا طلق الرجل زوجته وتبين للقاضي أن الزوج متعسف في طلاقها دون سبب معقول وأن الزوجة سيصيبها بذلك بؤس وفاقة جاز للقاضي أن يحكم لها على مطلقها بحسب حالة ودرجة تعسفه بتعويض لا يتجاوز مبلغ نفقة سنة لأمثالها فوق نفقة العدة، وللقاضي أن يجعل دفع هذا التعويض جملة أو شهرياً بحسب مقتضى الحال .))

فقد جعل المشرع للمطلقة تعسفاً تعويضاً مالياً، وجعل للعرف الحكم في مقداره وكيفية دفعه، ففي المقدار حدده بما لا يتجاوز مبلغ نفقة سنة لأمثالها وفي هذا إنما يُرجع إلى العرف، وسبق الحديث عن أثر العرف في تحديد مقدار النفقة.[91]

أما كيفية دفع التعويض جملة أو شهريا فقد جعل الفصل فيه للقاضي يحكم فيه بحسب مقتضى الحال وهذا يحتم عليه الرجوع إلى العرف وإلى حال المطلق وحال أمثاله.

الثانية: متعة المطلقة قبل الدخول إذا لم يُسم المهر أو سُمي تسمية غير صحيحة.

نصّت المادة (37) على ((إذا لم يُسم المهر أو سُمي تسمية غير صحيحة فللمرأة المطلقة قبل الدخول متعة مثلها من مثله بما لا يزيد على نصف مهر المثل.))

والأصل في مشروعية المتعة قوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾ [البقرة:236].

وقوله: ﴿وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ [البقرة:241].

والمتعة المشروعة يدفعها الزوج للزوجة إذا حصل التفريق بين الزوجين بسبب من الزوج كالطلاق والفرقة بالإيلاء واللعان، وغيرها مما يرجع السبب فيه إلى الزوج، أما إذا حصلت الفرقة من الزوجة فلا متعة لها.[92]

فالملاحظ أن المشرع لم يحدد مقدار المتعة إنما جعل ذلك راجعاً إلى العرف، فجعل للمطلقة في هذه الحالة متعة مثلها من مثله فراعى فيه حال الزوج والزوجة[93]، واشترط ألا يزيد على نصف مهر المثل، وسبق لنا الحديث عن مهر المثل ورجوعه إلى قاعدة العادة مُحكَّمة.[94]

ثالثا: تطبيقات قاعدة العادة مُحكَّمة فيما يتعلق بالعدة.

والعدة: تربّص شرعي من طلاق أو موت أو فسخ أو وطء بشبهة.[95]

وهذا التربص هو مدة محددة شرعاً تنتظر فيها المرأة حداداً وبراءة رحم تعبداً، والعدة واجبة شرعاً على المرأة المدخول بها أو المختلى بها عند الجمهور دون الشافعية أو المتوفى عنها زوجها.[96]

ودليل وجوبها قوله تعالى في عدة الطلاق: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ [البقرة:228]، وفي عدة الوفاة قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾ [البقرة:234].

وللعدة حالات كثيرة فصلها الشرع، كما فصلها القانون في باب العدة.

وبتتبع مواد القانون المتعلقة بالعدة وجدنا المشرع اليمني جعل الاعتبار للعادة في المادة(85) التي نصّت على ((في الأحوال التي تنقضي فيها العدة بالحيض يكون القول في ذلك للمرأة مع يمينها إذا ادعت المعتاد فان ادعت غير المعتاد حكم بالغالب في كل شهر حيضة .))

يُلاحظ أن المشرع جعل الحكم للعادة فيما إذا ادّعت المرأة غير المعتاد حيث يُحكم هنا بالغالب وهو في كل شهر حيضة، وفي هذا تطبيق للقاعدة التي تنص على أن العبرة للغالب الشائع لا للنادر، وهي إحدى القواعد المتفرعة عن قاعدة العادة مُحكَّمة، فيُحكم بالغالب في العرف والعادة دون اعتبار للنادر.

الخاتمة:

تم بحمد الله الانتهاء من هذا البحث والذي كان بعنوان (قاعدة العادة مُحكَّمة وتطبيقاتها في قانون الأحوال الشخصية اليمني، الزواج وانحلال الزواج أنموذجا) حاولت فيه بعد تناول مفهوم القاعدة وتأصيلها وضوابطها استقراء جميع تطبيقات قاعدة العادة مُحكَّمة في كتابي الزواج وانحلال الزواج سواء ما كان فيها العرف مصدراً مكوناً أم مصدراً مكملاً، وقد توصلت إلى نتائج واستخلاصات أورد أهمها على النحو الآتي:

1- أهمية قاعدة العادة مُحكَّمة والعرف عموماً في التشريع وفي القانون على حد سواء، فقد بُنيت عليهما الكثير من التشريعات _فيما لا نص شرعي فيه_ حتى عدّ الفقهاء قاعدة العادة مُحكَّمة من القواعد الفقهية الكلية التي تتفرع عنها مجموعة من القواعد، وعدّ أهل القانون العرف مصدراً أصلياً في التشريع.

2- وجود ارتباط وثيق بين العادة والعرف فكلاهما بمعنى واحد عند جمهور الفقهاء، وأحدهما جزء من الآخر عند بعض الفقهاء، وعند أهل القانون الذين يجعلون العادة بمثابة المكون المادي للعرف، وإن هذا التفريق إنما يخص الاصطلاح اللفظي ولا يُخرج أيّ من العرف والعادة عن كونهما مصدراً من مصادر التشريع.

3- حكمة الشريعة الإسلامية ويسرها في اعتبار عرف الناس وعدم إلغائه مراعاة لاحتياجاتهم وما اعتادوه في حياتهم إذ إن في إلغائه إيقاع لهم في المشقة والحرج.

4- العرف مصدر من مصادر التشريع في القانون

اليمني بعد الشريعة الإسلامية وفيما لا يخالفها، فتارة يكون مصدراً مكوناً للمادة القانونية وتارة يكون مصدرا مكملا.

5- يشترط لاعتبار العرف مصدراً قانونياً أن يكون عاماً مجرداً، وأن يكون قديماً ومطرداً، وألا يكون مخالفاً للنظام العام والآداب.

6- سعة نطاق تطبيق قاعدة العادة مُحكَّمة واعتبار العرف في قانون الأحوال الشخصية اليمني فيما يخص الزواج وانحلال الزواج وذلك لأن الزواج من العقود الاجتماعية التي تخضع في كثير من تفاصيلها إلى عرف المجتمع الذي يختلف باختلاف الزمان والمكان.

7- نصّ المشرع اليمني على اعتبار العرف في بعض مواد قانون الأحوال الشخصية كما في ألفاظ صيغة عقد الزواج وبعض فقرات الحقوق الزوجية.

8- أطلق المشرع اليمني بعض الألفاظ والأحكام وترك تحديدها للعرف إذ يُعد ضابطا فيما لا نص فيه كما في مهر المثل ومقدار المتعة للمطلقة وجواز تعجيل المهر وتأجيله.

9- استحدث المشرع في قانون الأحوال الشخصية تشريعاً جديداً هو الإلزام بتقييد ورقة عقد الزواج لدى الجهة المختصة وذلك لما يقتضيه عرف الناس في هذا الزمان واستناداً إلى القاعدة التي تقضي بعدم الإنكار على تغير الأحكام الاجتهادية بتغير الزمان.

والله تعالى نسأل أن نكون قد وُفقنا في تقديم الموضوع بما يتناسب مع أهميته ومكانته وأن ينفع الله به كل راجٍ للفائدة.

الهوامش:

(1) معجم مقاييس اللغة، أحمد بن فارس القزويني الرازي، ت: عبد السلام محمد هارون، 1399هـ - 1979م، دار الفكر. (4/ 181، 182).

(2) الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي، ت: أحمد عبد الغفور عطار، ط4، 1987م، دار العلم للملايين- بيروت. (2/ 514)، لسان العرب، محمد بن مكرم بن على، جمال الدين ابن منظور، ت: عبد الله علي الكبير وآخرون، دار المعارف، القاهرة، (د.ت.ط) (4/ 3158).

(3) كتاب التعريفات، علي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني (المتوفى: 816هـ)، ضبطه وصححه جماعة من العلماء بإشراف الناشر، ط1، 1403هـ -1983م، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان (ص: 146)، ويُنظر: الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، أيوب بن موسى الحسيني الكفوي، ت: عدنان درويش - محمد المصري، مؤسسة الرسالة - بيروت، (د.ت.ط). (ص: 617).

(4) المنثور في القواعد الفقهية، أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي، ط2، 1985م، وزارة الأوقاف الكويتية (2/357، 358).

(5) تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، إبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، ط1، 1986م، مكتبة الكليات الأزهرية (2/ 68).

(6) القاموس الفقهي لغة واصطلاحا، الدكتور سعدي أبو حبيب، ط2، 1988م، دار الفكر، دمشق (ص: 265).

(7) شرح القواعد الفقهية، أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، صححه وعلق عليه: مصطفى أحمد الزرقا، ط2، 1989م، دار القلم - دمشق (ص: 219).

(8) الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية، الدكتور عبدالكريم زيدان، ط1، 2001م، مؤسسة الرسالة، بيروت (ص: 100).

(9) المدخل للعلوم القانونية للدكتور سليمان مرقس، 1967م، المطبعة العالمية (ص:283).

(10) الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية (5/ 1902)، مقاييس اللغة (2/ 91).

(11) المنثور في القواعد الفقهية (2/ 356).

(12) الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري، وضع حواشيه: الشيخ زكريا عميرات، ط1، 1999م، دار الكتب العلمية، بيروت (ص: 79).

(13) الأشباه والنظائر، جلال الدين السيوطي، ط1، 1411هـ - 1990م، دار الكتب العلمية. (ص: 98).

(14) الوجيز شرح القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية (ص: 100)، ويُنظر: القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، د. محمد مصطفى الزحيلي، ط1،2006 م، دار الفكر - دمشق (1/ 298).

(15) التعريفات للجرجاني، (ص:149).

(16) يُنظر: العرف والعادة في رأي الفقهاء لأحمد فهمي أبو سنة، ط1، 2004م، دار البصائر. (ص:31).

(17) يُنظر: أثر العرف والعادة في توجيه الأحكام الشرعية والنصوص القانونية وصور ذلك التأثير إجمالا وتفصيلا، للدكتور محمد محمود بن جلال الطلبة، مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات بالإسكندرية، العدد (6)، المجلد(6)، (ص: 788).

(18) يُنظر: المرجع السابق نقلا عن: الموجز المدخل لدراسة القانون (ص:178)

(19) يُنظر: التقرير والتحبير شرح التحرير، لابن أمير الحاج (282/1).

(20) يُنظر: العرف وأثره في الشرعة والقانون للدكتور أحمد بن علي المباركي، ط1، 1992م، (ص: 50).

(21) يُنظر: أثر العرف والعادة في توجيه الأحكام الشرعية والنصوص القانونية للدكتور محمد الطلبة، (ص797).

(22) يُنظر: الموافقات للشاطبي (3/ 283) وما بعده.

(23) يُنظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص: 79).

(24) يُنظر: قاعدة العادة مُحكَّمة دراسة نظرية تأصيلية، للدكتور يعقوب بن عبدالوهاب الباحسين، ط2، 2012م، مكتبة الرشد، الرياض (ص: 37- 42).

(25) يُنظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص: 89)

(26) يُنظر: الوجيز شرح القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية (ص: 60).

(27) الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص: 79) 970

(28) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص: 90)

(29) إعلام الموقعين عن رب العالمين، ابن قيم الجوزية، ط1، إدارة الطباعة المنيرية، القاهرة (66/3، 67).

(30) يُنظر: أثر العرف ودوره في نطاق القانون "مقال"، لعلي القليسي، شبكة منتديات الفقه والقانون اليمني، بتاريخ 7/4/ 2017م

(31) الفروق أو أنوار البروق في أنواء الفروق، شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي (المتوفى: 684هـ)، عالم الكتب، (د.ت.ط). (3/ 149)، وقد نوقش هذا الاستدلال بأن العلماء فسروا العرف هنا بخلاف ما ذكره القرافي، فتارة فسروه بأنه كل ما أمرك الله به، وعرفته بالوحي، وتارة بأنه المعروف من الإحسان، وتارة بأنه أمر كل خصلة ترتضيها العقول وتطمئن إليها النفوس، وغيرها من التفسيرات. قاعدة العادة مُحكَّمة ليعقوب الباحسين (ص: 121).

(32) أحكام القرآن، أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي، ت: عبد السلام محمد علي شاهين، ط1، 1994م، دار الكتب العلمية بيروت (2/ 105، 106).

(33) أحكام القرآن، القاضي محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي، ت: علي محمد البجاوي، ط1، دار إحياء التراث العربي بيروت، (د.ت.ط) (1/ 223).

(34) أحكام القرآن للجصاص (4/ 117).

(35) البخاري، كتاب الأحكام، باب القضاء على الغائب، حديث رقم (7180).

(36) مسند الإمام أحمد برقم (3600).

(37) القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة (1/ 298) .

(38) يُنظر: الجمع والفرق (أو كتاب الفروق)، أبو محمد عبد الله بن يوسف الجويني، ت: عبد الرحمن بن سلامة بن عبد الله المزيني، ط1، 2004 م، دار الجيل للنشر والطباعة والتوزيع – بيروت (2/ 259، 260).

(39) يُنظر: المبسوط، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، ط1، 1993م، دار المعرفة – بيروت، (4/ 130، 131)

(40) المبسوط للسرخسي (12/ 199)

(41) المغني شرح مختصر الخرقي، ابن قدامة المقدسي، ط1، 1985م، دار إحياء التراث العربي. (1/ 189).

(42) الأشباه والنظائر للسبكي (1/ 50).

(43) المرجع السابق (1/ 51).

(44) المنثور في القواعد الفقهية للزركشي (2/ 356).

(45) المرجع السابق.

(46) يُنظر: المبسوط للسرخسي (15/ 90)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص: 81)، ومجلة الأحكام العدلية مادة(43)، (ص: 21) .

(47) يُنظر: الوجيز شرح القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية لعبدالكريم زيدان (ص: 101).

(48) الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص: 81).

(49) يُنظر: المبسوط للسرخسي (14/ 18)، مجلة الأحكام العدلية، مادة (45)، (ص: 21).

(50) الوجيز شرح القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية لعبدالكريم زيدان (ص: 103).

(51) يُنظر: شرح القواعد الفقهية للزرقا (ص: 227)، والوجيز في شرح القواعد الفقهية (ص: 106).

(52) شرح القواعد الفقهية للزرقا (ص: 235).

(53) المنثور في القواعد الفقهية للزركشي (2/ 361).

(54) الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص: 94).

(55) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص: 92).

(56) الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص: 86)، ويُنظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (ص: 96).

(57) الوجيز شرح القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية (ص: 101)

(58) يُنظر: الوجيز شرح القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية (ص: 101).

(59) المبسوط للسرخسي (14/ 18).

(60) موسوعة القواعد الفقهية، محمد صدقي بن أحمد بن محمد آل بورنو أبو الحارث الغزي، ط1، 2003 م، مؤسسة الرسالة، بيروت (7/ 338).

(61) المرجع السابق (7/ 338).

(62) يُنظر: المدخل لدراسة العلوم القانونية لعبدالقادر الفار، ط1، 1414هـ – 1994م، مكتبة دار الثقافة، عمّان (ص:85)، والمدخل إلى علم القانون للزعبي (ص: 199).

(63) يُنظر: المدخل لدراسة العلوم القانونية (ص:85)، العرف وأثره في الشريعة والقانون للمباركي (ص: 105).

(64) يُنظر: المدخل لدراسة العلوم القانونية (ص:86)، العرف وأثره في الشريعة والقانون للمباركي (ص: 105).

(65) يُنظر: دروس في مقدمة الدراسات القانونية للدكتور محمود جمال الدين زكي، ط1، 1964م، دار مطابع الشعب، مصر (110).

(66) يُنظر: المدخل لدراسة العلوم القانونية لمرقس (ص: 284).

(67) يُنظر: أثر العرف ودوره في نطاق القانون "مقال"، علي القليسي، شبكة منتديات الفقه والقانون اليمني.

(68) الوسيط في شرح الأحوال الشخصية العراقي، فاروق عبدالله كريم، جامعة السليمانية، 2004م، (ص:48).

(69) يُنظر: شرح قانون الأحوال الشخصية، أ.د محمود علي السرطاوي، دار الفكر، ط3، 2010م – 1431هـ، (ص: 29)، والوسيط في شرح الأحوال الشخصية العراقي، (ص: 48).

(70) اتفق الفقهاء في انعقاد العقد بلفظي الإنكاح والتزويج واختلفوا فيما عداهما، فذهب الشافعية إلى أنه لا ينعقد بغيرهما، وذهب أبو حنيفة إلى أنه ينعقد بلفظ الهبة والصدقة والتمليك والبيع والشراء والجعالة فيصح بكل لفظ يدل على تمليك الأعيان. (بداية المجتهد: 2/ 5)

(71) يُنظر: أحكام الأسرة في قانون الأحوال الشخصية اليمني، للدكتور عبدالحكيم محسن عطروش، جامعة عدن، (ص: 23، 24).

(72) المبسوط للسرخسي (6/ 143).

(73) المبسوط للسرخسي (5/ 16).

(74) يُنظر: شرح القواعد الفقهية (ص: 351).

(75) شرح قانون الأحوال الشخصية لمحمود علي السرطاوي (ص: 97).

(76) شرح قانون الأحوال الشخصية لمحمود علي السرطاوي (ص: 106)، ويُنظر: قانون الأحوال الشخصية للدكتور حسن البغا والدكتور مصطفى البغا، من منشورات الجامعة الافتراضية السورية، 2018م، (ص:136)، وأحكام الأسرة في قانون الأحوال الشخصية اليمني، للدكتور عبدالحكيم محسن عطروش، جامعة عدن، (ص: 74).

(77) ينظر: مغني المحتاج لمعرفة ألفاظ المنهاج، للخطيب الشربيني، تحقيق محمد بكر إسماعيل(بيروت، دار الكتب العلمية، 1415هـ) ج4، ص384

(78) يُنظر: شرح قانون الأحوال الشخصية لمحمود علي السرطاوي (ص: 107). والوسيط في شرح الأحوال الشخصية العراقي لفاروق عبدالكريم (ص:125).

(79) يُنظر: الأشباه والنظائر للسبكي (1/ 50)، والمنثور في القواعد الفقهية للزركشي (2/ 361).

(80) شرح قانون الأحوال الشخصية لمحمود علي السرطاوي (ص: 56).

(81) أحكام الأسرة في قانون الأحوال الشخصية اليمني للدكتور عبدالحكيم محسن عطروش (ص: 71)، ويُنظر: قانون الأحوال الشخصية للبغا، (ص: 132).

(82) أحكام الأسرة في قانون الأحوال الشخصية اليمني للدكتور عبدالحكيم محسن عطروش (ص: 72).

(83) البحر الرائق لابن نجيم (3/ 191)

(84) يُنظر: شرح قانون الأحوال الشخصية لمحمود علي السرطاوي (ص: 94).

(85) قانون الأحوال الشخصية للبغا (123).

(86) ينظر: تحفة المحتاج في شرح المنهاج للهيتمي، (8/302) بيروت، دار إحياء التراث، 1357هـ

(87) يُنظر: أحكام القرآن للجصاص ت قمحاوي (2/ 105، 106)

(88) البخاري، كتاب الأحكام، باب القضاء على الغائب، حديث رقم (7180).

(89) ينظر: البحر الرائق لابن نجيم (4/ 190)، وبداية المجتهد لابن رشد (2/ 87).

(90) يُنظر (ص: 16) من هذا البحث.

(91) يُنظر (ص: 19) من هذا البحث.

(92) يُنظر: شرح قانون الأحوال الشخصية لمحمود علي السرطاوي (ص: 180).

(93) ذهب بعض الفقهاء إلى أن المتعة معتبرة بحال الزوج لقوله تعالى: ﴿وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ﴾ [البقرة:236]، وذهب بعضهم إلى أنها مقدرة بحال الزوجة لقوله : ﴿وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة:241]، قالوا: فالمعروف أن تعطى كل امرأة ما يليق بها، وذهب آخرون إلى أنها معتبرة بحال الزوجين معا جمعا بين الأدلة السابقة. المغني (7/ 171)، والبحر الرائق (3/ 185).

(94) يُنظر (ص: 18) من هذا البحث.

(95) يُنظر: مغني المحتاج: (3/ 384).

(96) يُنظر: قانون الأحوال الشخصية للبغا (ص: 235).

المصادر والمراجع:

أولا: القرآن الكريم.

ثانيا: قانون الأحوال الشخصية اليمني.

ثالثا: المراجع العامة:

1- أثر العرف والعادة في توجيه الأحكام الشرعية والنصوص القانونية وصور ذلك التأثير إجمالا وتفصيلا، للدكتور محمد محمود بن جلال الطلبة، مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات بالإسكندرية، العدد (6)، المجلد(6)، ص 776 – 823.

2- أحكام الأسرة في قانون الأحوال الشخصية اليمني، للدكتور عبدالحكيم محسن عطروش، جامعة عدن.

3- أحكام القرآن، أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي (المتوفى: 370 هـ)، ت: عبد السلام محمد علي شاهين، ط1، 1415 هـ/1994م، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان.

4- أحكام القرآن، القاضي محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافري الأشبيلي المالكي (المتوفى: 543هـ)، ت: علي محمد البجاوي، ط1، دار إحياء التراث العربي بيروت، (د.ت.ط).

5- الأشباه والنظائر على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري (المتوفى: 970هـ)، وضع حواشيه وخرج أحاديثه: الشيخ زكريا عميرات، ط1، 1419هـ – 1999م، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان.

6- الأشباه والنظائر، تاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي (المتوفى: 771هـ)، ط1، 1411هـ- 1991م، دار الكتب العلمية.

7- الأشباه والنظائر، عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي (المتوفى: 911هـ)، ط1، 1411هـ – 1990م، دار الكتب العلمية.

8- تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، إبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، برهان الدين اليعمري (المتوفى: 799هـ)، ط1، 1406هـ – 1986م، مكتبة الكليات الأزهرية.

9- الجمع والفرق (أو كتاب الفروق)، أبو محمد عبد الله بن يوسف الجويني (ت 438هـ)، ت: عبد الرحمن بن سلامة بن عبد الله المزيني، ط1، 1424هـ – 2004م، دار الجيل للنشر والطباعة والتوزيع – بيروت.

10- دروس في مقدمة الدراسات القانونية للدكتور محمود جمال الدين زكي، ط1، 1964م، دار مطابع الشعب، مصر.

11- شرح القواعد الفقهية، أحمد بن الشيخ محمد الزرقا [1285هـ – 1357هـ]، صححه وعلق عليه: مصطفى أحمد الزرقا، ط2، 1409هـ – 1989م، دار القلم – دمشق / سوريا.

12- شرح قانون الأحوال الشخصية، أ.د محمود علي السرطاوي، دار الفكر، ط3، 2010م – 1431هـ.

13- الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي، ت: أحمد عبد الغفور عطار، ط4، 1407هـ – 1987م، دار العلم للملايين – بيروت.

14- صحيح البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري، ت: محمد زهير بن ناصر الناصر، ط1، 1422هـ، دار طوق النجاة (مصورة عن السلطانية بإضافة ترقيم ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي).

15- العرف وأثره في الشرعة والقانون للدكتور أحمد بن علي المباركي، ط1، 1992م.

16- العرف والعادة في رأي الفقهاء. أحمد فهمي أبو سنة، ط1، 2004م، دار البصائر.

17- الفروق أو أنوار البروق في أنواء الفروق، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي (المتوفى: 684هـ)، عالم الكتب، (د.ت.ط).

18- قاعدة العادة مُحكَّمة دراسة نظرية تأصيلية، للدكتور يعقوب بن عبدالوهاب الباحسين، ط2، 2012م، مكتبة الرشد، الرياض.

19- القاموس الفقهي لغة واصطلاحا، الدكتور سعدي أبو حبيب، ط2، 1408هـ = 1988م، تصوير: 1993م، دار الفكر. دمشق – سورية.

20- قانون الأحوال الشخصية للدكتور حسن البغا والدكتور مصطفى البغا، من منشورات الجامعة الافتراضية السورية، 2018م.

21- القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، د. محمد مصطفى الزحيلي، ط1، 1427هـ – 2006م، دار الفكر – دمشق.

22- كتاب التعريفات، علي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني

(المتوفى: 816هـ)، ضبطه وصححه جماعة من العلماء بإشراف الناشر، ط1، 1403هـ -1983م، دار الكتب العلمية بيروت -لبنان.

23- الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، أيوب بن موسى الحسيني القريمي الكفوي، أبو البقاء الحنفي (المتوفى: 1094هـ)، ت: عدنان درويش - محمد المصري، مؤسسة الرسالة - بيروت، (د.ت.ط).

24- لسان العرب، محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري، ت: عبد الله علي الكبير وآخرون، دار المعارف، القاهرة، (د. ت. ط)

25- المبسوط، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي (المتوفى: 483هـ)، ط1، 1414هـ - 1993م، دار المعرفة - بيروت.

26- مجلة الأحكام العدلية، لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، ت: نجيب هواويني، نور محمد، كارخانه تجارتِ كتب، آرام باغ، كراتشي، (د. ت. ط).

27- المدخل لدراسة العلوم القانونية لعبدالقادر الفار، ط1، 1414هـ - 1994م، مكتبة دار الثقافة، عمّان .

28- المدخل للعلوم القانونية للدكتور سليمان مرقس، 1967م، المطبعة العالمية.

29- مسند الإمام أحمد بن حنبل، أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني(المتوفى:241هـ)، ت: أحمد محمد شاكر، ط1، 1416هـ - 1995م، دار الحديث - القاهرة.

30- معجم مقاييس اللغة، أحمد بن فارس بن زكريا القزويني الرازي، ت: عبد السلام محمد هارون، 1399هـ - 1979م،، دار الفكر.

31- المغني شرح مختصر الخرقي، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (المتوفى: 620 هـ)، ط1، 1405 هـ / 1985 م، دار إحيار التراث العربي.

32- المنثور في القواعد الفقهية، أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي (المتوفى: 794هـ)، ط2، 1405هـ - 1985م، وزارة الأوقاف الكويتية.

33- موسوعة القواعد الفقهية، محمد صدقي بن أحمد بن محمد آل بورنو أبو الحارث الغزي، ط1، 1424هـ- 2003م، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان.

34- الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية، الدكتور عبدالكريم زيدان، ط1، 1422هـ-2001م، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان.

35- الوسيط في شرح الأحوال الشخصية العراقي، فاروق عبدالله كريم، جامعة السليمانية، 2004م.

36- مغني المحتاج لمعرفة ألفاظ المنهاج، للخطيب الشربيني، تحقيق محمد بكر إسماعيل (بيروت، دار الكتب العلمية، 1415هـ) ج4، ص384

37- تحفة المحتاج في شرح المنهاج للهيتمي، (8/302) ب يروت، دار إحياء التراث، 1357هـ.

The Rule of the "Custom is arbitrator" and its Applications in the Yemeni Personal Status Law (Marriage and the Dissolution of Marriage as a model)

Salah Yousef Abdul Hamid Al-Kahili

Abstract

This research dealt with induction and analysis the rule of custom and its applications in the Yemeni personal status law, marriage and the dissolution of marriage as a model, which is one of the jurisprudence rules that show the place of custom in legislation and then in Yemeni law, which takes Islamic Sharia as a source for all legislation .

The study was divided into two sections, the first section dealt with the discussion of the rule of custom in terms of its concept, rooting and position, and the relationship between custom and habit among Sharia and legal scholars.

The second section dealt with the applications of the rule of custom in the articles of the books Marriage and Dissolution of Marriage from the Yemeni Personal Status Law.

Among the most important search results are the following:

1-The rule of custom and customs in general is important in Islamic legislation and in law too, as many legislations are biased on it.

2- The Islamic Sharia shows wisdom in taking into consideration people's customs and not ignoring them. It takes into account their needs and spare them from falling into hardship.

3-Custom is regarded as one of the sources of legislation in Yemeni law provided that it is consistent, and not contradicting the principles of Islamic Sharia, public order or public morals.

4- The rule of custom is widely applied in the Yemeni Personal Status Law