



# كلية القانون جامعة أهل البيت المؤتمر العلمي السنوي السادس عشر

## دور العرف في مسائل الأحوال الشخصية (دراسة مقارنة)

بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي السنوي السادس عشر لكلية القانون جامعة أهل البيت عليهم السلام

### الباحث

أ.د. حيدر حسين كاظم الشمري

م. فراس جبار كريم الروازق

## الملخص

التشريع الاسلامي تشريعاً شاملاً لجميع نواحي الحياة المختلفة، واوضاعها المتباينة فهو قد بين للناس احكام معاملاتهم، وسائر ما يستجد عليهم من امور الحياة، كما ان الشريعة الاسلامية تعتمد على مصادر عدة تستند اليها في بيان الاحكام الشرعية ومنها العرف وفي ذلك رفع للحر والمشقة، لان الاعراض عن عادات الناس واعرفهم التي تعارفوا عليها وطباعهم التي استقرت في نفوسهم، وتكمن اهمية البحث في جملة أمور منها كون العرف له دور أساسي في نفوس الناس ويعالج الكثير من المسائل التي تكون موضع ابتلاء من قبلهم، كما ان للزمن الدور الهام في تغيير الاعراف وهذا بدوره ينعكس على سلوكيات الناس وتتغير تباعاً ضوابط واحكام العرف، ومن بين هذه المسائل الأحوال الشخصية التي لها واقع مؤثر في حياة الأسرة.

### Summary

Islamic legislation is a comprehensive legislation for all the different aspects of life, and their different situations. About people's habits and customs with which they are acquainted and their natures that have settled in their souls, and the importance of research lies in, among other things, the fact that custom has a fundamental role in people's souls and addresses many issues that are subject to affliction by them, and time has an important role in changing norms and this in turn is reflected Customary rules and regulations change successively on people's behavior, and among these issues are personal status issues that have an impactful reality in the life of the family.

### المقدمة

#### أولاً: موضوع البحث.

التشريع الاسلامي تشريعاً شاملاً لجميع نواحي الحياة المختلفة، واوضاعها المتباينة فهو قد بين للناس احكام معاملاتهم، وسائر ما يستجد عليهم من امور الحياة، كما ان الشريعة الاسلامية تعتمد على مصادر عدة تستند اليها في بيان الاحكام الشرعية ومنها العرف وفي ذلك رفع للحر والمشقة، لان الاعراض عن عادات الناس واعرفهم التي تعارفوا عليها وطباعهم التي استقرت في نفوسهم يجعل الحر والمشقة.

#### ثانياً: أهمية البحث.

تكمن اهمية البحث في جملة أمور منها كون العرف له دور أساسي في نفوس الناس ويعالج الكثير من المسائل التي تكون موضع ابتلاء من قبلهم، كما ان للزمن الدور الهام في تغيير الاعراف وهذا بدوره ينعكس على سلوكيات الناس وتتغير تباعاً ضوابط واحكام العرف.

#### ثالثاً: مشكلة البحث.

تغيير الاعراف عبر الزمن انعكس بدوره على المسائل التي يحكمها، خصوصاً المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية وهي تهتم بشريحة مهمة بالمجتمع وهي المرأة فيما يتعلق بمسألة المهر والنفقة وغيرها من المسائل.

#### رابعاً: أهداف البحث.

يهدف البحث في بيان مكانة العرف فقها وقانوناً، كما يهدف البحث الى بيان موقف قانون الأحوال الشخصية العراقي في مسائل الاحوال الشخصية المتعلقة بالمرأة.

#### خامساً: منهجية البحث.

اعتمد البحث المنهج الوصفي والتحليلي لنصوص قانون الأحوال الشخصية العراقي المعدل النافذ رقم(188) لسنة 1959م، والمقارن مع الفقه الاسلامي.

#### سادساً: هيكلية البحث.

قسم البحث على مبحثين تناول الأول مفهوم العرف مقسم على مطلبين مفهوم العرف في الفقه الاسلامي والثاني مفهومه بالقانون، واما المبحث الثاني فقد عالج موضوع التطبيقات للعرف في نصوص قانون الاحوال الشخصية مقسم على مطلبين تناولنا في الأول الاحالة الصريحة للعرف وفي الثاني الاحالة الضمنية للعرف، وفي نهاية البحث توصل البحث الى مجموعة من النتائج والمقترحات.

## المبحث الأول

### مفهوم العرف

لبيان معنى العرف لا بد من الوقوف على تعريفه سواء في الشريعة الاسلامية او القانون، وبعدها معرفة الشروط الواجب توافرها فيه ، وذلك من خلال تقسم المبحث على مطلبين الاول نتناول فيه تعريف العرف والثاني بيان شروط العرف وعلى النحو الآتي:

### المطلب الأول

#### تعريف العرف في الشريعة والقانون

ان لتعريف العرف له أساسه الذي يقوم على الفرق بين الشريعة والقانون في تعريفهم للعرف، وعليه سنبين تعريفه في الشريعة وتعريفه في القانون لبيان الفرق بين الأمرين.

### الفرع الأول

#### تعريف العرف في الشريعة

يعرف العرف لغة بانه: مصدر عرف يعرف عرفاً، وعرفانا بكسر العين والراء، وكلها تدل على معنى العلم، وادراك الشيء<sup>1</sup> وأصل مادة العرف يدل على أمرين:

الأول: تتابع الشيء متصل ببعضه ببعض، ومنها قوله تعالى( والمرسلات عرفاً)<sup>2</sup> أي متتابعات، والأمر الثاني: الطمانينة والسكون الى الشيء، يقال عرف فلان فلانا وعرفانا ومعرفة، وعرفه عرفانا علمه فهو عارف وهذا يدل على سكونه اليه.

وعرف اصطلاحاً تعريفات متعددة فقد عرف بانه(ما استقر في النفوس من جهة العقول، وتلقته الطباع السليمة بالقبول)<sup>3</sup> وهذا التعريف ساوى بين العادة والعرف، فمدلولهما عنده واحد، فما يطلق عليه عرف يطلق عليه عادة، والعكس بالعكس. وعرف بانه (ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول، وتلقته الطباع بالقبول)<sup>4</sup> وهذا التعريف قريب من تعريف السابق.

وعرف ايضا بانه(الأمر الذي اطمأنت إليه النفوس، وعرفته، وتحقق في قراراتها، وألفته مستندة في ذلك إلى استحسان العقل، ولم ينكره أصحاب الذوق السليم في الجماعة)<sup>5</sup>.

وعرفه آخر بانه (ما يتعارفه الناس ويسيروا عليه غالباً، من قول أو فعل)<sup>6</sup>.

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

### الفرع الثاني

#### تعريف العرف في القانون

<sup>1</sup> لسان العرب، ابو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الافريقي المصري، ج (12)، نشر أدب الحوزة، قم، 1405هـ، ص 632.

<sup>2</sup> سورة المرسلات، الآية(1).

<sup>3</sup> عبد الله بن أحمد بن محمود النسفي، كشف الأسرار، ج2، دار الكتب العلمية، بيروت، 2015 مصر، ص718.

<sup>4</sup> علي بن محمد بن علي الجرجاني، التعريفات، تحقيق إبراهيم الأبياري، دار الكتاب العربي، بيروت، 1405 هـ ص 130.

<sup>5</sup> أحمد فهمي أبو سنة، العرف والعادة في رأي الفقهاء، مطبعة الأزهر، القاهرة، 1947، ص 8.

<sup>6</sup> عبد الوهاب خلاف، مصادر التشريع الإسلامي، دار القلم، الكويت، 1398 هـ 1978 م، ص 145.

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

بانه ( مجموعة القواعد التي تنشأ من درج الناس عليها، يتوارثونها جيلاً عن جيل، والتي تعتبر ملزمة لهم، بمعنى أن يكون لها جزاء قانوني، كالقانون المسنون سواء بسواء).<sup>7</sup>

وعرف بانه ( مصدر ينشئ القاعدة القانونية عن طريق اعتياد الناس على متابعة سلوك معين، واستقرار الإيمان في نفوسهم بأن هذا السلوك قد صار ملزماً).<sup>8</sup>

فالعرف عند القانونيين يطلق ويراد به: الاعتقاد الملزم، والقاعدة التي تولدت عن هذا الاعتقاد. ويعني هذا أن العرف يطلق على السبب المؤدي إلى القاعدة، كما يطلق على القاعدة نفسها المتولدة من هذا السبب، فالاعتقاد على مسلك ما مع الشعور بالالتزام هو السبب المؤدي إلى القاعدة العرفية).<sup>9</sup>

## المطلب الثاني

### شروط العرف

الشرط هو ما يلزم من عدمه عدم المشروط، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته<sup>10</sup>، أي ما يتوقف وجود الحكم وجوداً شرعياً على وجوده، ويكون خارجاً عن حقيقته، ويلزم من عدمه عدم الحكم).<sup>11</sup> (فالشرط وصف يتوقف عليه وجود الحكم، ولا يتحقق الحكم الشرعي إلا بوجود الشرط، فحصول الخلل في الشرط يترتب عليه خلل في وصف العقد أو التصرف؛ لأنه أمر خارج عن حقيقته، وحقيقته أن عدمه يستلزم عدم الحكم، كحضور الشاهدين شرط في صحة عقد الزواج، يلزم من عدم وجود الشاهدين عدم صحة عقد الزواج، ولا يلزم من وجود الشاهدين وجود عقد الزواج، والزوجية من شروط إيقاع الطلاق، فإن لم تتحقق لا يوجد الطلاق، ولا يلزم من وجود الزوجية وجود الطلاق.<sup>12</sup>)

## الفرع الأول

### شروط العرف في الشريعة

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

الشرط الأول: أن يكون العرف مطرداً أو غالباً.

<sup>7</sup> د. عبد الرزاق السنهوري وأحمد حشمت أبوستيت، أصول القانون، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة، 1999، ص 78، د. أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص 138.

<sup>8</sup> د. عبد الباقي البكري، المدخل لدراسة القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة طبع، ص 98، نقولاً أسود القانون المدني، المدخل والأموال، الجامعة اللبنانية، بيروت، 2005، ص 165.

<sup>9</sup> د. سليمان مرقس، المدخل للعلوم القانونية، المطبعة العالمية، القاهرة، 2000، ص 105.

<sup>10</sup> سعد الدين عمر النفتزاني، التلويح على التوضيح، مطبعة دار الكتب العربية، القاهرة، بدون سنة نشر، ص 145.

<sup>11</sup> د. عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، دار التوزيع والنشر، القاهرة، 1993، ص 178.

<sup>12</sup> محمد بن أحمد السرخسي، أصول السرخسي، دار المؤبد، الرياض، 1997، ص 207.

وذلك بأن يستمر العمل به في جميع الحوادث، أو أغلبها بين الذين تعارفوه دون تخلف، ويكون هذا العرف شائعاً ومشتهراً بين أهله، حتى إذا أطلق التصرف ذهب أذهانهم إلى المعنى العرفي، وأن يكون العمل بالعرف كثيراً، ولا يتخلف إلا قليلاً، بأن يكون جريان أهل العرف عليها حاصلًا في أكثر الحوادث<sup>13</sup>، كما لو جرى العرف بين الناس في بلد، أو إقليم بتعجيل المهر قبل الدخول، أو تقسيمه إلى معجل ومؤجل؛ فإنه يكون مطردًا في هذا البلد، أو الإقليم إذا كان أهله يجرون على الحالة المتعارفة من التعجيل. وقد عبّر بعضهم عن هذا الشرط بالقول (إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت<sup>14</sup>).

**الشرط الثاني: أن يكون العرف قائمًا وموجودًا وقت إنشاء التصرف المراد تحكيم العرف فيه.**

وذلك بأن يكون العرف سابقًا أو مقارنًا للتصرف عند إنشائه؛ لأن كل من يقوم بتصرف من التصرفات القولية أو العملية إنما يتصرف بحسب ما جرى به العرف، ويُقصد من كلامه ولفظه ما تعارف عليه الناس عند القيام بالتصرف، ليصح الحمل على العرف القائم<sup>15</sup> وبذلك لا يعتبر العرف المتأخر في التصرفات، ولا يقضى به على من سبق؛ لأن العرف إنما يؤثر فيما يوجد بعده لا فيما مضى قبله. ولكن لا يكفي تقدم العرف؛ لأنه لا بد من استمراره ومقارنته للتصرف عند إنشائه، فبذلك يخرج العرف السابق الذي تغيّر قبل إنشاء التصرف<sup>16</sup>، كما لو عقد على امرأة دون التصريح بتعجيل بعض المهر وتأجيل بعضه، فإن الرجوع إلى العرف الشائع هو الفاصل في ذلك؛ فإن كان العرف يقضي بعدم التأجيل وقت إنشاء العقد، ثم حصل نزاع بين الزوجين بسبب تغير العرف في ذلك إلى تعجيل بعض المهر وتأجيل بعضه، فإنه يحكم بالعرف السابق الذي كان موجودًا وقت إنشاء العقد وهو تعجيل المهر كله، ولا يلتفت إلى العرف الجديد.

**الشرط الثالث: ألا يعارض العرف تصريحاً بخلافه.**

إذا تم التعاقد بين شخصين مع سكوتهما عن العرف القائم في مثل هذه المعاملة، حيث لم يتعرضا له بنفي ولا إثبات، فإنه يُطَبَّق في حقهما ويلزم كل واحد منهما به؛ لأنه لا يرجع إلى العرف وتفسيره إلا في حال سكوت أطراف التصرف؛ فإذا صرح العاقدان بخلاف العرف فلا اعتبار للعرف<sup>17</sup> لأن من القواعد الفقهيّة المقررة (لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح).<sup>18</sup> فلو كان العرف الجاري في بلد ما عند عقد الزواج أن يعجل نصف المهر ويؤخر النصف الآخر إلى أجل، وسكت الزوج وولي الزوجة عن المهر، فإنه يرجع إلى العرف الساري، ولكن لو اشترطت الزوجة أو ولي أمرها تعجيل مهرها كله، ووافق الزوج على هذا الشرط، فإن العرف لا يعتبر ولا يُحَكَّم في هذه الحالة.

**الشرط الرابع: ألا يخالف العرف نصاً شرعياً.**

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

<sup>13</sup> أبو سنة، مصدر سابق، ص 56.

<sup>14</sup> جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، الاشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، 1999، ص 92.

<sup>15</sup> بدر الدين محمد بهادر الزركشي، المنتور في القواعد، ط2، ج2، دار الكويت للطباعة، 1985، ص 405.

<sup>16</sup> السيد صالح عوض، العرف وأثره في التشريع الاسلامي، دار الكتاب الجامعي، القاهرة، بدون سنة طبع، ص 225.

<sup>17</sup> محمد بن احمد بن أبي سهل السرخسي، المبسوط، بيروت، دار المعرفة، ج25، ص 36.

<sup>18</sup> السيد صالح عوض، مصدر سابق، ص 227.

وإذا خالف العرف النص في بعض الوجوه دون بعض، بأن كان النص عاماً أو مطلقاً، وخالفهما العرف، فالعرف والحالة هذه: إما أن يكون خاصاً أو عاماً؛ فإن كان خاصاً فلا تعتبر هذه المعارضة؛ لأن العرف الخاص لا يخصص العام، ولا يقيد المطلق. أما إن كان عاماً فإنه يخصص العام ويُقيد المطلق، بل المخصص والمقيد هو الإجماع الذي استند عليه العرف.<sup>19</sup>

## الفرع الثاني

### شروط العرف في القانون

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

#### الشرط الأول: أن يكون العرف عاماً مجرداً.

أي أن يكون العرف صادراً عن الأغلبية، ولا ينصرف حكمه إلى شخص، أو أشخاص معينين بالذات كما لو كان خاصاً بعائلة معينة بالذات، أو قاصراً على فئة قليلة من الناس، وإنما يتوجه إلى الأشخاص بصفاتهم لا بذواتهم، أي إلى صفاتهم المجردة عن ذواتهم ولا يُقصد بالعمومية أن يكون العرف شاملاً كل البلد، ويُطبَّق على كافة الأشخاص في الجماعة، بل يكفي أن يكون عاماً في المكان الذي يُطبَّق فيه، أو على كل الأشخاص الذين يشملهم حكمه، فقد يكون العرف خاصاً بإقليم معين، أو بمدينة واحدة، أو طائفة معينة من الأشخاص، وهو ما يسمونه بالعرف المحلي، أو بأهل حرفه أو مهنة، وهو ما يسمونه بالعرف المهني أو الطائفي، ومع ذلك تتوافر فيه صفة العموم.<sup>20</sup>

#### الشرط الثاني: أن يكون العرف قديماً.

يُشترط أن يكون العرف الذي تتولد منه القاعدة العرفية الملزمة قديماً، بمعنى أن يمضي على العرف زمن طويل، يكفي للدلالة على أن هذا العرف متأصل في النفوس، ونابع من حاجة المجتمع، أي يدل على رسوخ أثره في النفوس واستقرار الجماعة على اتباعه وقيام عرف مستقر على أساسه. وليس هناك مدة محددة لكي يكون العرف قديماً، ولكن يكفي شعور الناس بذلك؛ لأنها تختلف من عرف إلى آخر، فالمسألة تختلف باختلاف الظروف، وباختلاف نوع السلوك، ومدى تكراره في حياة الأشخاص.<sup>21</sup>

#### الشرط الثالث: أن يكون ثابتاً ومطرداً.

يُشترط أن يكون العرف مستقراً ثابتاً ومطرداً، حتى تتولد منه قاعدة عرفية لها قوة القانون، ومعنى ذلك أن يكون العرف عند نشوئه متبعاً باستمرار وانتظام دون انقطاع، وبشكل واضح وظاهر للعيان، فلا تعتبر عادة يتولد عنها عرف ملزم له قوة القانون مجرد اتباع الناس سلوكاً معيناً مدة من الوقت، وتركه أو انقطاعهم في أوقات أخرى وهذا الاستمرار والثبوت إنما يعتبر بجمهور الناس، ولا يؤثر في ثباته خروج قلة من الأشخاص عليه في فترات متباعدة؛ لأن العبرة في هذا الشأن بغلبة اتباعه في أكثر الحالات.<sup>22</sup>

#### الشرط الرابع: ألا يكون العرف مخالفاً للنظام العام والآداب.

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

<sup>19</sup> أحمد بن علي سير المباركي، العرف وأثره في الشريعة والقانون، مؤسسة فؤاد، بيروت، 1992، ص 98.

<sup>20</sup> د. عبد القادر الفار، المدخل لدراسة العلوم القانونية، مكتبة دار الثقافة، عمان، 1994، ص 85.

<sup>21</sup> المباركي، مصدر سابق، ص 105.

<sup>22</sup> د. عبد الباقي البكري، مصدر سابق، ص 185.

يجب ألا تتنافى مع الأسس الاجتماعية والأخلاقية التي تقوم عليها المصالح العليا في الجماعة؛ فإذا جرت عادة الناس على أمر من الأمور المخالفة للنظام العام فإنه لا ينشأ عن هذه العادة عرف ملزم.<sup>23</sup>

#### الشرط الخامس: ألا يكون العرف مخالفاً للقانون.

يُشترط في العرف ألا يخالف قاعدة قانونية مستمدة من مصدر أعلى من العرف في ترتيب المصادر الرسمية، ومن ثم لا يجوز أن يكون العرف مخالفاً لنص تشريعي، ولا لأحكام الفقه الإسلامي، ولا لمبادئ الشريعة الإسلامية؛ فالعرف يعتبر مصدراً رسمياً احتياطياً تلي منزلته التشريع وأحكام الفقه الإسلامي ومبادئ الشريعة الإسلامية. فإذا كانت العادة مثلاً مخالفة لنص تشريعي، فلا يكون لها أية قيمة قانونية؛ لأن قوة العرف كمصدر للقانون لا تنهض إلا عند انعدام النص التشريعي.<sup>24</sup>

#### المبحث الثاني

#### تطبيقات العرف في نصوص قانون الاحوال الشخصية

نجد ان العرف في نصوص قانون الاحوال الشخصية قد اخذ مساحة واسعة في بعض نصوص القانون، أي عند استقراء بعض فقرات القانون نجد هذا المعنى، وقد ورد بشكل صريح واخرى بشكل ضمني أي يستشف من خلال استقراء النص ان العرف له دور في ذلك، وعليه تم تقسيم هذا المبحث على مطلبين، تناولنا في الأول الدور الصريح للعرف في نصوص القانون، وفي الثاني الدور الضمني للعرف، ويكون ذلك على النحو الآتي:

#### المطلب الأول

#### الأحالة الى العرف الصريح

في قانون الاحوال الشخصية العراقي المعدل النافذ قد كرس دور العرف بشكل صريح وواضح في نصيين، وذلك عندما تكلم عن وسائل التعبير عن ارادة الزوجين، وبالخصوص في التعبير اللفظي عنها، والأخر عندما تكلم عن تعجيل المهر وتأجيله، وهو كما يأتي:

#### الفرع الأول

#### التعبير اللفظي في عقد الزواج

اتفق الفقهاء المسلمون على انشاء عقد الزواج بالالفاظ الموضوعه له ، أي بلفظ صريح للزواج مثل (زوجت) و(انكحت)، وقد اختلفوا من حيث المادة التي تشق منها الالفاظ الايجاب والقبول، فقد ذهب فقهاء الامامية والمالكية والشافعية والحنابلة<sup>25</sup>، الى اشتراط ان تكون الالفاظ عقد

<sup>23</sup> د. سليمان مرقس، مصدر سابق، ص 284.

<sup>24</sup> الفار، مصدر سابق، ص 90.

<sup>25</sup> المحقق الحلي، ابو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلي، المختصر النافع في فقه الامامية، ط3، دار الاضواء، بيروت، 1985، ابن عرفة الدسوقي المالكي، محمد بن عرفة المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2، دار الفكر

الزواج باللغة العربية اذا كان المتعاقدان يفهمان العربية وقادرين على التحدث باللغة العربية، اما اذا كانا غير قادرين على التحدث باللغة العربية فيمكن استخدام اللغة التي يجودونها، وقالوا ايضا ان الفاظ عقد الزواج يجب ان تكون مشتقة من مادة (نكح) و(زوج)، وقال فقهاء الامامية بجواز استخدام لفظ المتعة او الاستمتاع.

بينما يرى فقهاء الحنفية<sup>26</sup> ان الزواج يجوز انعقاده باللغة التي يعرفها المتعاقدان غير اللغة العربية، كما يجوز انعقاد الزواج بالفاظ ليست مشتقة من مادتي (نكح وزوج) كلفظ الهبة والصدقة والعطية، فعقد الزواج ينعقد بكل لفظ موضوع لتمليك العين بالحال بصفة دائمة مثل البيع والهبة بشرط ان يكون هنالك نية على ارادة الزواج او قرينة تدل على ان المراد هو الزواج.

وهنا يرد سؤال هل يشترط في الفاظ الايجاب والقبول ان تكون باللغة العربية الفصحى ام يمكن استخدام الالفاظ العامية؟ للجواب عليه يمكن القول انه يجوز استخدام اللفظ العامي اذا جرى العرف على استخدامه للتعبير عن عقد الزواج، فمثلا يقول له جوزتك بدلا من زوجتك، اذ كما يرى اتجاه فقهي<sup>27</sup> ان جوزتك لفظ ملحون جرى العرف على استخدامه في معنى الزواج فيمكن استخدامه شرعا لانعقاد عقد الزواج.

وعليه لو رجعنا الى قانون الاحوال الشخصية العراقي المعدل النافذ لوجدنا ان المادة(4) منه تنص على( ينعقد الزواج بايجاب يفيد لغة او عرفا من أحد العاقدين وقبول من الآخر....)

نستنتج من خلال نص المادة اعلاه ان المشرع العراقي قد صرح ان الزواج ينعقد بالفاظ اما ان تقيده معنى الزواج لغة او تقيده معناه عرفا، وان كانت هذه اشارة عامة، ولكن من خلال هذه الاشارة نعتقد ان المشرع العراقي هو أقرب الى رأي الجمهور من فقهاء الامامية والشافعية والمالكية والحنابلة من الحنفية، اذ ان الفاظ بعث ووهبت التي قال بها فقهاء الحنفية لا تشير الى معنى الزواج في اللغة او العرف الذي الفناه في مجتمعاتنا الاسلامية اذ عادة ما يستخدم في التعبير عن ابرام عقد الزواج الفاظ مشتقة من مادة زواج او نكاح.

## الفرع الثاني

### تعجيل المهر وتأجيله

يثبت المهر للزوجة بتمام عقد الزواج صحيحا، بيد انه لا يشترط ان يكون حالا، فيجوز تعجيله كله او تأجيله كله او تعجيل بعضه وتأجيل البعض الاخر الى أي اجل يتفق عليه الزوجان او من يتولى العقد مكانهما كالولي او الوكيل، ويسقط الاجل بالعموم الى أقرب الاجلين الطلاق او الوفاة، وان مصدر هذا الحكم هو العرف اذ ان المعروف عرفا كالمشروط شرطا واذا اتفقا على تعجيله كله وجب الالتزام بالاتفاق، والعرف الدارج عندنا في العراق هو تعجيل قسم من المهر(المعجل) وتأجيل قسم منه(المؤجل).<sup>28</sup>

بيروت، بدون سنة نشر، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج، البهوتي، منصور بن يونس بن صلاح الدين ابي حسن ادريس، كشاف القناع على متن الاقناع، ج5، دار الكتب العلمية، دون مكان طبع ونشر.

<sup>26</sup> بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الكاساني، علاء الدين ابو بكر بن مسعود بن احمد، ط2، ج2، دار الكتب العلمية، دون مكان نشر، 1986، ص 229.

<sup>27</sup> الشيخ محمد جواد مغنية، الفقه على المذاهب الخمسة، ط5، دار العلم، بيروت، 1977، ص296.

<sup>28</sup> استاذنا. د.حيدر حسين كاظم الشمري، المختصر في احكام الزواج والطلاق وأثارهما، في التشريع العراقي والفقه الاسلامي، ط1، مطابع دار وارث، كربلاء المقدسة، 2020، ص 72.



وقد يتم الاتفاق عليه في العقد وإذا كان المهر كله أو بعضه عاجلاً ولم تقبضه أو لم تقبض ما عجل منه فلها أن تمنع زوجها من الاستمتاع بها وعن الانتقال إلى بيته ولاتعد ناشراً لأن امتناعها مستند إلى حق شرعي.<sup>29</sup>

وقد قررت محكمة التمييز العراقية الاتحادية على وجوب اتباع العرف في حال عدم الاتفاق على المهر بالتعجيل أو التأجيل ما نصه (إذا لم ينص عقد الزواج على كيفية استحقاق المهر وجب اتباع العرف).<sup>30</sup>

وهذا ما قرره الفقرة الأولى من المادة (20) من قانون الأحوال الشخصية العراقي بقولها ((يجوز تعجيل المهر أو تأجيله كلا أو بعضاً وعند عدم النص على ذلك يتبع العرف)).

وعليه نرى أن المشرع العراقي قد اتجه توجه الفقه الإسلامي والقضاء في دلالاته الصريحة على دور العرف في مسألة تعجيل المهر وتأجيله.

## المطلب الثاني

### الإحالة إلى العرف الضمني

عند الاطلاع على نصوص قانون الأحوال الشخصية قد لا نجد دور للعرف بشكل واضح وصريح، ولكن يمكن معرفة ذلك من خلال إرادة المشرع الضمنية ودلالاته عليه، وهذا الأمر وارد في ألفاظ الطلاق وفي خروج المعتدة من بيت الزوجية، وهو كما يأتي:

### الفرع الأول

#### ألفاظ الطلاق

يقع الطلاق بكل ما يدل على حل عقد الزواج مما يصدر من الزوج دالاً على ذلك، وفي ضوء ذلك عرف بأنه (رفع قيد الزواج الصحيح في الحال أو المآل بلفظ مخصوص).<sup>31</sup>

ويقسم الطلاق إلى تقسيمات عديدة لكن أهم هذه التقسيمات هو الطلاق الصريح والطلاق الكنائي، ويعرف الطلاق الصريح بأنه ما صدر بلفظ وضع للطلاق لغة أو عرفاً ولا يحتمل استعماله لغير الطلاق، كأن يقول لزوجته طلقك أو أنت طالق.<sup>32</sup>

والطلاق الصريح يقع عند جميع فقهاء المسلمين بدون حاجة إلى النية أو دلالة حال، مع الإشارة إلى أن فقهاء الإمامية قالوا يجب أن يكون اللفظ بصيغة (أنت طالق).<sup>33</sup>

<sup>29</sup> نصت المادة (23/ف2) من قانون الأحوال الشخصية على ذلك بقولها (يعتبر امتناعها بحق ما دام الزوج لم يدفع لها معجل مهرها....).

<sup>30</sup> قرار رقم 970/شخصية/78 في 1978/5/30، أشار إليه إبراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز في قسم الأحوال الشخصية، مطبعة أسعد بغداد، 1989، ص 254.

<sup>31</sup> ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج3، دار الكتب العلمية، 1992، ص 226، د. عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار القلم للطباعة، الكويت، 1990، ص 128.

<sup>32</sup> السيد علي السيستاني، منهاج الصالحين، ج3، كتاب الطلاق، مسألة رقم 498.

<sup>33</sup> المحقق الحلبي، ج2، ص 583.

اما الطلاق الكناي هو ما صدر بلفظ موضوع للطلاق ولغيره دون ان يتعارف الناس على استعماله في الطلاق، مثل ان يقول لزوجته الحقي باهلك او امرك بيدك او انت خلية، وحكم الطلاق الكناي انه يقع به الطلاق مع النية فان كان الزوج ينوي به الطلاق فيعد طلاقا واقعا عند الاحناف والشافعية والحنابلة والمالكية والزيدية، اما فقهاء الامامية والظاهرية فلم يجيزوا هذا الطلاق.

وعرف قانون الاحوال الشخصية العراقي الطلاق في المادة (1/34) منه بقولها (الطلاق رفع قيد الزواج بايقاع من الزوج او الزوجة ان وكلت به او فوضت او من القاضي ولا يقع الطلاق الا بالصيغة المخصوصة له شرعا).

ويلاحظ على المشرع العراقي بخصوص العبارة الاخيرة في تعريفه للطلاق (بالصيغة المخصوصة له شرعا) احواله واضحة للمادة الاولى من القانون، ومعناه ان الفاظ الطلاق تتحكم بها آراء المذاهب الاسلامية من حيث وقوعه بهذا اللفظ او لا، وكما رأينا ان بعض المذاهب الاسلامية تجيز الطلاق الكناي أي وقوع الطلاق بما تعارف الناس على وقوعه وان كان لا يدل بلفظه على ذلك وهذا يعني احواله غير مباشرة للعرف في مسألة الفاظ الطلاق.

## الفرع الثاني

### خروج المعتدة من بيت الزوجية

تعرف العدة في الاصطلاح بانها (المدة التي حددها الشارع بعد الفرقة تنتظر فيها الزوجة بدون زواج لحين انقضاء تلك المدة).<sup>34</sup>

ان مسألة خروج المعتدة من طلاق او وفاة من بيت الزوجية من المسائل الخلافية في الفقه الاسلامي، واختلفوا فيها الى قولين:

الأول: ذهب اليه الحنفية<sup>35</sup> لا يجوز للمتعدة من طلاق رجعي او بائن الخروج من بيت الزوجية ليلا او نهارا الا لحاجة، اما المعتدة من وفاة فلها ان تخرج بالنهار لقضاء حوائجها لكن ليس لها ان تبيت خارج منزلها.

وسبب التقريب بين المعتدة من طلاق رجعي وبائن والمعتدة من وفاة ، ان المتوفى عنها زوجها لا نفقة لها فكان لها الخروج بالنهار لقضاء حوائجها، اما المطلقة رجعيًا او بائنا فنفقتها على زوجها ما دامت في فترة العدة.

الثاني: ذهب اليه جمهور الفقهاء من الشافعية والمالكية والحنابلة الى انه يجوز خروج المعتدة من طلاق رجعي او بائن من طلاق او فسخ او وفاة ليلا او نهارا مطلقا بقدر المعتاد لكن لا تبيت الا عند اهلها.

اما عن موقف المشرع العراقي من خروج المعتدة من بيت الزوجية فلم يشير الى ذلك ، وهذا يعني انه ترك امر تنظيمها الى الفقه الاسلامي، ورأينا ان فقهاء الشريعة الاسلامية استندوا الى العرف في مسألة خروج المعتدة من بيت الزوجية لان ضرورة خروجها لقضاء حوائجها من المسائل التي ينظمها العرف، وهذا يعني ان المشرع أشار إشارة غير مباشرة لدور العرف في مسألة خروج المعتدة.

## الخاتمة

توصل الباحث في نهاية بحثه الى جملة من النتائج والتوصيات يبينها بالآتي:

<sup>34</sup> د. فاروق عبد الله كريم، الوسيط في شرح قانون الاحوال الشخصية وتعديلاته، السلمانية، 2004، ص 235.

<sup>35</sup> بدائع الصنائع، ج2، ص 512.

#### أولاً: النتائج.

- 1- للعرف دور رئيس وفعال في الفقه الاسلامي ومصدرا مهما من مصادره، فهو يعالج الكثير من المسائل الشرعية بالنظر لما يمثله من ضرورة اجتماعية تعي بالحاجات الضرورية والطارئة التي لم تتناولها النصوص الشرعية او لم تبينها او لم تصلها.
- 2- ان العرف في الفقه الاسلامي يعد مصدرا تبعيا يلي النص الشرعي في تحديد وكشف الكثير من المسائل المرتبطة باحكام الأسرة.
- 3- ان العرف في القانون الوضعي وبالخصوص قانون الاحوال الشخصية العراقي لم يكن مصدرا من مصادر القانون سواء كان اصليا ام تبعيا، وان كان يعتمد عليه القانون بشكل أساسي في بيان وتفصيل الكثير من المسائل باعتباره كاشفا للحكم وليس مقررا له.
- 4- ان الشروط الواردة للعرف في الفقه الاسلامي تتقارب مع الشروط للعرف في القانون، بالرغم من الاختلاف في المصدر فمصدر العرف في الفقه الاسلامي الشريعة الاسلامية، اما في القانون فهو من سلوكيات الانسان.
- 5- التطبيقات الواردة في البحث بينت ان القانون اما ان يحيل الى العرف بشكل مباشر وهو ما يسمى بالاحالة الى العرف الصريح كما هو الحال في مسألة التعبير اللفظي عن عقد الزواج وتعجيل المهر وتأجيله، او بشكل غير مباشر بالاحالة الى العرف ضمنا كما هو الحال في مسألة تحديد مقدار النفقة للزوجة، وكذلك خروج المعتدة من بيت الزوجية.

#### ثانياً: التوصيات.

- 1- من خلال البحث في دور العرف وجد الباحث ان المشرع العراقي في قانون الاحوال الشخصية قد عول كثيرا في مسائله على العرف، لكن لم يبرز دوره الرئيسي فيها لذا ندعوه الى ابراز دور العرف في هذه المسائل لاهميتها في حياة الأسرة.
- 2- من خلال التطبيقات الواردة في مسائل الاحوال الشخصية وبالتحديد فيما يتعلق بدور العرف فيها ان المشرع بين دور العرف فيها بشكل نظري، اما من الجانب العملي فلم نجد للعرف دور يذكر، وعليه ندعوه الى اعادة النظر في هذه التطبيقات وبيان دور العرف فيها من الناحية التطبيقية.
- 3- يدعو الباحث القضاء العراقي وبالتحديد فيما يخص مسائل الاحوال الشخصية ان يكون للقرارات القضائية دور فعال في بيان المسائل التي يكون للعرف مجال رحب فيها.

#### قائمة المصادر.

#### أولاً: المعاجم اللغوية.

- 1- لسان العرب، ابو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الافريقي المصري، ج (12)، نشر أدب الحوزة، قم، 1405هـ.

#### ثانياً: المراجع الفقهية.

- 1- أحمد فهمي أبو سنة، العرف والعادة في رأي الفقهاء، مطبعة الأزهر، القاهرة، 1947.
- 2- ابن عرفة الدسوقي المالكي، محمد بن عرفة المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2، دار الفكر، بيروت، بدون سنة نشر.
- 3- بدر الدين محمد بهادر الزركشي، المنشور في القواعد، ط2، ج2، دار الكويت للطباعة، 1985.
- 4- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الكاساني، علاء الدين ابو بكر بن مسعود بن احمد، ط2، ج2، دار الكتب العلمية، دون مكان نشر، 1986.

- 5- جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، 1999.
- 6- عبد الله بن أحمد بن محمود النسفي، كشف الأسرار، ج2، دار الكتب العلمية، بيروت، 2015 مصر.
- 7- علي بن محمد بن علي الجرجاني، التعريفات، تحقيق إبراهيم الأبياري، دار الكتاب العربي، بيروت، 1405 هـ.
- 8- عبد الوهاب خلاف، مصادر التشريع الإسلامي، دار القلم، الكويت، 1398 هـ 1978 م.
- 9- سعد الدين عمر التفتازاني، التلويح على التوضيح، مطبعة دار الكتب العربية، القاهرة، بدون سنة نشر.
- 10- د. عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، دار التوزيع والنشر، القاهرة، 1993.
- 11- محمد بن احمد بن أبي سهل السرخسي، المبسوط، بيروت، دار المعرفة، ج25.
- 12- المحقق الحلي، ابو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلي، المختصر النافع في فقه الامامية، ط3، دار الاضواء، بيروت، 1985.
- 13- نهاية المحتاج الى شرح المنهاج، البهوتي، منصور بن يونس بن صلاح الدين ابي حسن ادريس، كشف القناع على متن الاقناع، ج5، دار الكتب العلمية، دون مكان طبع ونشر.
- 14- الشيخ محمد جواد مغنية، الفقه على المذاهب الخمسة، ط5، دار العلم، بيروت، 1977.
- 15- ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج3، دار الكتب العلمية، 1992.
- 16- السيد علي الحسيني السيستاني، منهاج الصالحين، ج3، كتاب الطلاق، مسألة رقم 498.

#### ثالثاً: المراجع القانونية.

- 1- أحمد بن علي سير المباركي، العرف وأثره في الشريعة والقانون، مؤسسة فؤاد، بيروت، 1992.
- 2- د. أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993.
- 3- السيد صالح عوض، العرف وأثره في التشريع الاسلامي، دار الكتاب الجامعي، القاهرة، بدون سنة طبع.
- 4- د. عبد الرزاق السنهوري وأحمد حشمت أبوستيت، أصول القانون، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة، 1999.
- 5- د. عبد الباقي البكري، المدخل لدراسة القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة طبع.
- 6- نقولا أسود، القانون المدني، المدخل والأموال، الجامعة اللبنانية، بيروت، 2005.
- 7- د. سليمان مرقس، المدخل للعلوم القانونية، المطبعة العالمية، القاهرة، 2000.
- 8- د. عبد القادر الفار، المدخل لدراسة العلوم القانونية، مكتبة دار الثقافة، عمان، 1994.
- 9- استاذنا. د. حيدر حسين كاظم الشمري، المختصر في احكام الزواج والطلاق وأثارهما، في التشريع العراقي والفقه الاسلامي، ط1، مطابع دار وارث، كربلاء المقدسة، 2020.
- 10- د. عبد الوهاب خلاف، احكام الاحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية، دار القلم للطباعة، الكويت، 1990.
- 11- د. فاروق عبد الله كريم، الوسيط في شرح قانون الاحوال الشخصية وتعديلاته، السلمانية، 2004.

#### رابعاً: المراجع القضائية والقانونية.

- 1- ابراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز في قسم الاحوال الشخصية، مطبعة أسعد بغداد، 1989.
- 2- قانون الاحوال الشخصية رقم (188) لسنة 1959 المعدل النافذ.