دور العرف في الخلع (دراسة مقارنة)

م.م محمد خليل عبد الكريم العباسي
أ.م. د. خليل ابراهيم محمد
mohammed.kh@hcu.iq
كلية الحدباء الجامعة/ قسم القانون

The role of custom in divorce (comparative study

mohammed khalil abd al kareem
Dr.. Khalil Ibrahim Muhammad
Al-Hadba University College, Law Department

المستخلص/ان الله سبحانه وتعالى شرع الزواج وجعله من اسمى العقود التي يسعى الانسان الى ابرامها في حياته، وفي مقابل ذلك اجاز اللجوء الى ايقاع الطلاق والفرقة بين الزوجين ومنها المخالعة، وذلك اذا تعذر استمرار الحياة الزوجية بين الطرفين، ويعد الخلع من وسائل التفريق بين الزوجين، فالشرع الحنيف جعل لكل من الزوجين الخلاص من زوج لا يمكن العيش معه، فالزوج يمكنه الطلاق والزوجة يمكنها المخالعة، وللعرف اثر في المخالعة من حيث صيغة المخالعة لتغيرها بتغير الزمان والمكان واختلاف اعراف الناس. **الكلمات المفتاحية:** عرف , خلع , دور

ABSTRACT /God Almighty has legislated marriage and made it one of the noblest contracts that a person seeks to conclude in his life، and in return he permitted resorting to divorce and separation between spouses، including khula'، if the continuation of marital life between the two parties is not possible. The holy man made for each of the spouses salvation from a husband who cannot live with him، the husband can divorce and the wife can divorce، and custom has an impact on the divorce in terms of the formula of the divorce because it changes with the change of time and place and the different customs of people

. Keywords: custom, take off, role

المقدمة: اولاً: التعريف بالموضوع واهميته:العرف هو مجموعة من قواعد السلوك غير المكتوبة التي تعارف الناس عليه في مجتمع معين في زمان معين وتواتر العمل بها الى الحد الذي تولد لديهم الاعتقاد بإلزامها. والشريعة الاسلامية عامة شاملة مرنة صالحة لكل زمان ومكان تستمد منها الاحكام الشرعية للوقائع الحوادث المستجدة في المجتمع، ومن رحمته تعالى بعباده جعل الشريعة الاسلامية موافقة للفطرة السليمة فقد بنيت على التوسعة على المكلفين ورفع الحرج عنهم،

وان من اعظم مظاهر رفع الحرج والتوسعة على العباد مراعاة العرف في الاحكام الشرعية امتثالاً لقوله تعالى ﴿خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ﴾[1]، فالعرف الصحيح حجة شرعية ومصدر من مصادر التشريع الاسلامي.ولما تحتله الاسرة من مكانة، فقد حظيت باهتمام الشريعة الاسلامية وتشريعات الاحوال الشخصية كامتداد لأغلب ما ورد عن الشريعة من احكام في المسائل المتعلقة بالأسرة من خلال سعي كلا منهما في العمل على تنظيم اغلب ما يتعلق بالحياة الزوجية من احكام، ومن ضمن ذلك اعتدادها بالعرف ومراعاته في كثير من الاحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية، وخاصة ما يتعلق منها بالخلع، كما ان الاسلام قد اقر اعرافاً موجودة في الجاهلية لأنها توافق الشريعة، بينما رفض والغى اعراف اخرى خالفتها، وان الشريعة الاسلامية تدعو الناس الى التيسير على العباد وتراعي في ذلك تغير الاعراف، فالأحكام المبنية على الاعراف تتغير بتغير الزمان والمكان، لذلك يقول الفقهاء في مثل هذا الاختلاف "هو اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان". عليه سنبحث في العرف بوصفه من مصادر الاحكام في الشريعة وذلك من خلال تعريفه وبيان اقسامه وحجيته وشروطه وتحديد دوره ومدى اعتباره والاعتداد به ونطاق اعماله في مسائل المخالعة في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي ونخص قانون الاحوال الشخصية العراقي النافذ بوصفه محور البحث، بما ورد فيه من نصوص نظمت العديد من الاحكام للكثير من المسائل المتعلقة بالمخالعة.

ثانياً: مشكلة البحث: لم ينظم المشرع العراقي العرف كمصدر اساسي من مصادر قانون الاحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ في المادة الاولى منه على الرغم من اهميته التشريعية، الا انه قد اشار اليه في بعض نصوص القانون هنا وهناك، مثلما ورد في المادة (٤) من قانون الاحوال الشخصية التي جاء فيها انه "ينعقد الزواج بإيجاب يفيد لغة او عرفاً..."، والمادة (٢٠) منه انه "يجوز تعجيل المهر وتأجيله كلاً او بعضاً وعند عدم النص يتبع العرف"، وايضاً نص في المادة (٢٤) منه "تشمل النفقة الطعام والكسوة والسكن ولوازمه واجرة التطبيب بالقدر المعروف ..."، وغيرها من المواد التي تناولت الاشارة الى العرف، ولكن المشرع لم ينص على دور العرف في المخالعة وتركها للفقه الاسلامي والاعراف السائدة.

١. تتغير الاعراف بتغير الازمان والاماكن، مما يؤدي ذلك الى تغير الاحكام، فعلى سبيل المثال فألفاظ صيغ المخلعة قد تختلف عما كان متعارف عليه سابقاً.

([1]) سورة الاعراف: الآية: (١٩٩)

٢. ان الغاية من البحث في موضوع العرف هو بيان دور العرف في المخالعة وصياغته في نصوص، تكون مرجعاً للقضاء كلما دعت الحاجة لذلك، والبحث في مدى اعتبار قانون الاحوال الشخصية العراقي العرف في المخالعة، ومدى تأثر القانون بالعرف في صياغة نصوصه.
٣. ان من ثراء مصادر الشرع الإسلامى واتساع نظره، أن أخذ إلى جوار المصادر الشرعية الأصلية، بالعرف الصحيح مصدرًا من مصادر التشريع الإسلامى، وان الاحكام الشرعية التي مبناها واساسها العرف تتغير بتغير العرف مالم يكن مخالفاً لنص شرعي.
٤. البحث في السلطة التقديرية للقاضي في ترجيح العرف الذي يناسب المكان والزمان ويمكن الرجوع الى القواعد التفسيرية للترجيح، كالقاعدة العرفية "المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً" والقاعدة العرفية "لا ينكر تغير الاحكام بتغير الازمان"، وان المذهب الحنفي ذهب في الاشباه والنظائر الى "ان ... العرف يرجع اليه في الفقه في مسائل كثيرة حتى جعلوا ذلك اصلاً"، وبناء على ذلك اشتهرت مجموعة من القواعد الفقهية لدى الفقهاء والتي تبنى على العرف مثل "العادة محكمة" و"الممتنع عادة كالممتنع حقيقة" وغيرها من القواعد الفقهية.
٥. الدور الكبير للعرف في حياة الناس بحيث لا نكاد نمر على موضوع من مواضيع حياة الناس دون الرجوع للعرف او الاستئناس بالعرف السائد في ذلك المجتمع. يعد الباعث للكتابة.

ثالثاً: منهجية البحث:سيتم تناول دراسة الموضوع من خلال منهجين هما: المنهج المقارن وذلك بمقارنة قانون الاحوال الشخصية العراقي مع القوانين العربية، واللجوء بأذن الله تعالى الى تحليل الآراء الفقهية الشرعية والقانونية لغرض الوصول الى انسب الحلول والمقترحات

رابعاً: هدف البحث:نسعى من خلال كتابة البحث الى اقتراح نصوص قانونية والتوصية بادراجها في متن القانون يتم فيها الاشارة الى الاعراف وتبدلها في المسائل المتعلقة بالمخالعة.

خامساً: خطة البحث:لقد تم تقسيم دور العرف في المخالعة الى مبحثين، جرى تخصيص المبحث الاول لدراسة مفهوم العرف وهو بدوره مقسم الى مطلبين نتناول في المطلب الاول تعريف العرف وبيان اركانه وتمييزه من العادة، وفي المطلب الثاني الدليل على مشروعية الاعتداد بالعرف وحجيته في، واما المبحث الثاني فخصص لدور العرف في المخالعة، وقد قسمنا المبحث الى مطلبين تناولنا في المطلب الاول ماهية المخالعة، وفي المطلب الثاني بحثنا في دور العرف في المخالعة في الفقه الاسلامي والقوانين المقارنة، وانهينا بحثنا بخاتمة اوجزنا فيها اهم النتائج والمقترحات التي توصلنا اليها من خلال البحث.

المبحث الاول

مفهوم العرف

تجرى كلمة العرف على لسان العامة والخاصة، ومتداولة منذ القدم، والمقصود به ما تعارف عليه الناس وساروا عليه، من قول أو فعل أو ترك، فى عاداتهم ومعاملاتهم، والعرف من الأدلة الشرعية عند الفقهاء، وإليه يتم الاحتكام فى كثير من أحكام الفقه الفرعية، وهو آية على ثراء الشريعة الإسلامية وقدرتها على مواكبة الحياة، واتساع نظرتها، وبغية الاحاطة بموضوع العرف ينبغي بيان تعريف العرف وبيان اركانه وتميزه من غيره من المصطلحات، ثم بيان دليله الشرعي وحجيته وذلك في مطلبين وكالاتي:

المطلب الاول

تعريف العرف وبيان اركانه وتمييزه من غيره من المصطلحات

ان للعرف تعاريف ومعاني لغوية واصطلاحية عدة، كما ان العرف اركان ينبغي ان تتوافر للاعتداد به، وهو يتميز من غيره من المصطلحات كالعادة، لذلك سنقسم هذا المطلب الى الفروع

الفرع الاول

تعريف العرف

للعريف تعريفات عدة منها لغوية ومنها اصطلاحية لذلك سنبين التعريف اللغوي والاصطلاح في بنطين وكالاتي: **اولاً: العرف لغة:** هو ما تعارف عليه الناس في عاداتهم، ومعاملاتهم، والعُرف: المعروف. والعرف: شعر عنق الفرس، ولحمة مستطيلة على رأس الديك. والعرف: موج البحر، والمكان المرتفع[١]. والعرف من عرف يعرف عرفاً، والعرف ضد المنكر يقال اولاه عرفاً معرفاً[٢] وعَرَف .. وعَرُف .. عرِف .. الخ: أفعال لها تصاريف عدَّة، ولكلِّ تصريفٍ معانٍ في الاستعمال اللغوي ... والعين والراء والفاء اصلان صحيحان يدل احدهما على تتابع الشيء متصلاً بعضه ببعض والاخر على السكون والطمأنينة[٣].

وان المعاني التي تم ذكرها وغيرها الكثير تدل على التتابع والسكون والطمأنينة الذي يطلق على الشيء المعروف المألوف المستحسن. **ثانياً: العرف اصطلاحاً:** سنبين تعريف العرف في اصطلاح الفقه الاسلامي ثم في اصطلاح الفقه القانوني والتشريع وكالاتي:

١. **العرف في اصطلاح الفقه الاسلامي:** لم بعرف الفقهاء المسلمون العرف كمصطلح وانما اوردوه في الفاظهم فذكر الحنفية[٤] العرف في باب الايلاء بانه: "والمعتبر فِي الْأَيْمَانِ الْعُرْفُ، فَكُلُّ لَفْظٍ

(١) د. أحمد مختار عبد الحميد عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، ج٢، ط١، عالم الكتب للنشر، بيروت، ٢٠٠٨م، ص١٤٨٥.
(٢) ابن منظور، لسان العرب، ج٩، دار صادر، بيروت، لبنان، ١٤١٤هـ، ص٢٣٩.
(٣) ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبدالسلام هارون،ج٤، دار الفكر للنشر، بيروت، ١٩٧٩، ص٢٨١.
(٤) محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، ج٧، دار المعرفة، بيروت، ١٩٩٣م، ص٢٤.

لَمْ يَكُنْ الْحَلِفُ بِهِ مُتَعَارَفًا لَا يَكُونُ يَمِينًا". كما ذكره الحنفية[١] في كتاب الايمان بانه: "الْعُرْفِ وَالْعَادَةِ فَمَا تَعَارَفَ النَّاسُ الْحَلِفَ بِهِ يَكُونُ يَمِينًا". وذهب المالكية[٢] العرف بانه "كالشرط عند غياب النص" وذكر القرطبي ايضاً بان "العرف يقوم مقام الوصف". وذكر الحنابلة[٣]، العرف بان: "ما لا يرد الشرع بتحديده فانه يرجع فيه إلى العرف"، وذكر الشافعية[٤] العرف بانه "اذا لم يشع في العرف استعمال هذا اللفظ في طلب العوض فان شاع فهو كقوله طلقتك على كذا فان قال اردت ما يراد بطلقتك بكذا وصدقته الزوجة فهو الاصح".

فضلاً مما تقدم فقد عرفه فقهاء الاصول قديماً وحديثاً بتعاريف مختلفة ومتقاربه ومنها ان العرف هو "ما استقر في النفوس من جهة شهادات العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول"[٥]

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

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

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

---

(١) السرخسي، المبسوط, ج٨، المصدر نفسه، ص١٣٣.

(٢) محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، ابو الوليد، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، حققه: د محمد حجي وآخرون، ج٤، ط٢، دار الغرب الإسلامي، بيروت، م١٩٨٨، ص٢٤٧.

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

(٤) العلامة محمد الزهري الغمراوي، السراج الوهاج على متن المنهاج، ج١، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٩٩، ص ٤٠٥.

(٥) عبدالعزيز بن أحمد بن محمد، علاء الدين البخاري، كشف الأسرار، ج٢، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٧م، ص٥٩٣.

(٦) د. احمد بن علي بن احمد سير المباركي، العرف واثره في الشريعة والقانون، ط٤, من دون دار نشر ومكان نشر، ٢٠١٤م، ص٣٦.

(٧) د. عبدالكريم الطالب، العرف في القانون المدني المغربي، ط١، مكتبة المعرف للطباعة والنشر، مراكش، ٢٠١٥، ص٢٢٠.

(٨) المحامي محمود صالح المحمود العلواني، العرف واثره في الشريعة الاسلامية والقانون والوضعي، دار الفكر للنشر، بيروت، من دون سنة نشر، ص١٧.

ب. العرف في التشريع: يعد العرف مصدراً رسمياً للنظم القانونية قديماً، الا انه بدأ ينحصر ويتضاءل دوره بعد ظهور السلطات التشريعية التي تولت تنظيم القوانين على اختلافها ان كانت قوانين عامة او خاصه مواكبة للتطور الحاصل في المجتمعات، وان هذه القوانين بدأت تعالج كل ما يطرأ على حياة الافراد من مسائل ومنازعات وخلال فترات قصيرة على عكس العرف الذي يحتاج الى فترات اطول نسبياً ليتكون.

نجد ان المشرع العراقي في القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل وفي المادة (٢/١) قد اشار الى العرف بقوله: " فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الاكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة"، فقد اكتفى المشرع العرقي بنصوص مقتضبة للإشارة الى العرف دون ايراد تعريف له، فضلاً عن ذلك فقد ترك المشرع العراقي مجالاً للفقه القانوني من اجل تعريف العرف ذلك لان ايراد التعريفات ليست من عمل المشرع وانما هو من عمل الفقه، ولكي يواكب التعريف التطور الحاصل في المجتمع[١].

في حين اشار المشرع الاماراتي في قانون الاحوال الشخصية الاماراتي الى العرف في نصوص متناثرة هنا وهناك[٢] دون ايراد تعريف له وترك تعريف العرف للفقه القانوني الاماراتي[٣].ومن خلال الرجوع الى قانون الاحوال الشخصية السوري نجد ان المشرع السوري قد تناول العرف وجعله مصدراً احتياطياً يتم اللجوء اليه في حالة غياب النص القانوني، ولكن المشرع السوري لم يعرف العرف وانما اشار الى الرجوع الى العرف في نصوص متناثرة هنا وهناك كما في الزواج والمهر والنفقة وغيرها من المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية[٤]، وترك المشرع السوري مسألة تعريف العرف للفقه يتولى بدوره وضع تعريفات تتلائم مع ما يستجد في المجتمع من اعراف ويستقر عليها النفوس للتعامل بها بين الناس.

---

(١) ينظر الفقرة (٢) من المادة (١) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل.

(٢) نصت الفقرة الرابعة من المادة (١٨) من قانون الاحوال الشخصية الاماراتي لدولة الامارات العربية المتحدة القانون الاتحادي رقم(٢٨) لسنة ٢٠٠٥ المعدل النافذ على انه "يعتبر من المهر الهدايا التي جرى العرف باعتبارها منه". فقد نص في المادة (٢٢) من قانون الاحوال الشخصية الاماراتي على انه "العبرة في الكفاءة بصلاح الزوج ديناً, ويعتبر العرف في تحديد الكفاءة في غير الدين".

(٣) فقد وردت عدة تعريفات للعرف ومن هذه التعريفات: العرف "هو مجموعة من القواعد التي تنشأ من درج الناس عليها، عليها، ويتوارثوها جيلاً عن جيل والتي يترتب على مخالفتها جزاء قانوني". كما عرف بانه "اعتياد الناس على اتباع سلوك معين الى ان يتولد الاعتقاد لديهم بإلزاميتها وفي حالة مخالفتها يترتب جزاءً على ذلك" ينظر: المستشار احمد نصر الجندي، الاحوال الشخصية في قانون الامارات العربية المتحدة دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠١٠، ص٣١.

(٤) المادة (٦)(٢٨)(٥٥) والمادة (٧١) والمادة (٩٣) من قانون الاحوال الشخصية السوري رقم (٥٩) لسنة١٩٥٣

واخيراً ومن خلال الرجوع الى قانون الاسرة الجزائري نجد ان العرف يشكل مصدر الرسمي الاول في تاريخ النظم القانونية، وبظهور القانون اخذت مكانتها بالتضاؤل فاصبح من المصادر الاحتياطية الرسمية للتشريع، وقد جعل المشرع الجزائري مكانة العرف تأتي بعد مبادئ الشريعة الاسلامية[1]، وقد نص القانون الجزائري في الامر رقم٧٥-٥٨المؤرخ في ١٩٧٥/٩/٢٦ المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل وتنص المادة الاولى منه على ان "يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها في لفظها، او في فحواها، واذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية فان لم يوجد فبمقتضى العرف" فلم ينص المشرع الجزائري على العرف في قانون الاسرة الجزائري، الا انه قد نص في القانون المدني على امكانية الرجوع الى العرف كمصدر احتياطي في حالة عدم وجود نص يمكن تطبيقه في القانون.

ويتضح لنا من كل ما تقدم ان التشريعات المقارنة لم تعرف العرف وانما اقتصرت على الاشارة الى العرف ضمن نصوص متفرقة هنا وهناك لمعالجة بعض مسائل الاحوال الشخصية، ويمكن القول ان الاتجاه الذي ذهبت اليه التشريعات المقارنة بعدم ايراد تعريف للعرف هو الرغبة في ترك ذلك للفقه القانوني، اذ ان ايراد التعريفات ليس من عمل المشرع، وانما هو من وظيفة الفقه ليواكب التطور الحاصل في المجتمع وما قد يطرأ من اعراف جديدة قد لا يلم بها المشرع عند وضع نص قانوني يعرف فيه العرفويمكن تعريف العرف على انه: "هو اعتياد الناس على اتباع سلوك معين لفترة طويلة من الزمن حتى يتولد الاعتقاد لديهم بإلزامية هذا السلوك وترتب الجزاء على مخالفته على ان لا يتعارض العرف مع نص قانوني او شرعي".

الفرع الثاني

اركان العرف

لا يمكن الاعتداد بالعرف ولا يكون ملزماً، اذا لم يتوافر فيه ركناه، وهما الركن المادي والركن المعنوي، ومن اجل ايضاح ركني العرف يلزم بيان ذلك بشيء من التفصيل في بندين وكالاتي: **اولاً: الركن المادي:** ويتمثل في اعتياد الناس على سلوك معين ويتحقق الركن المادي للعرف في حالة وجود عرف يتعارف الناس على اتباعه كلما ارادوا تنظيم مسائل معينه، ويمكن القول بان الدافع وراء اتباع هذا العرف هو اتفاقه مع ظروف الجماعة وحاجاتها[2]، ويشترط لقيام الركن المادي للعرف ان تتوافر في العرف التي درج الناس على اتباعه مجموعة من الشروط هي:

(1) عماد شريفي، اعتبار العرف في مسائل الزواج واثاره في قانون الاسرة الجزائري، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بو ضياف، المسيلة، الجزائر، ٢٠١٥، ص٤.

(2) د. احمد بن علي بن احمد سير المباركي، المصدر السابق، ص٨٩.

١. **يجب ان يكون العرف عاماً:** والمقصود بعمومية العرف ان اغلب الافراد يتبعونه، والعرف يبقى عاماً حتى لو لم ينطبق على كل افراد او كل اقليم الدولة، فيمكن ان يكون العرف قاصراً على فئة او اصحاب مهنه معينه فقط او على جزء من اقليم الدولة.

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

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

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

ثانياً: الركن المعنوي:لا يمكن الاعتراف بالعرف كمصدر رسمي للقانون بالاستناد الى الركن المادي فقط، فلابد ان يتوافر الركن المعنوي كذلك، والذي يتمثل في وجود اعتقاد لدى الناس بان العرف الذي اعتادوا عليه اصبح ملزماً لهم بحيث يقترن بجزاء مادي توقعه السلطة المختصة عند مخالفته، وليس من السهل تحديد الوقت الذي يتوافر فيه الركن المعنوي، لان الاعتقاد بان العادة قد اصبحت ملزمة ينشأ تدريجياً وقد تختلف وجهات نظر الفقه والقضاء في هذا الشأن، واذا لم يتوافر هذا الركن فلا يكون السلوك المادي الا مجرد عادة، والركن المعنوي للعرف هو الذي يميزه عن غيره من قواعد المجاملات والعادات الاجتماعية، فمثل هذه القواعد والعادات تتوافر فيها الشروط اللازمة للركن المادي كونها عامة وقديمة وثابته، ولكن لم ينشأ لدى الافراد الشعور بانها ملزمة[٣].

الفرع الثالث

(١) د. السيد صالح عوض، اثر العرف في التشريع الاسلامي، دار الكتاب الجامعي، القاهرة،دون سنة نشر، ص١٨٩.
(٢) د. عبدالكريم الطالب، المصدر السابق، ص١٠٤.
(٣) المحامي محمود صالح المحمود العلواني، المصدر السابق، ص١٢٠.

تمييز العرف من العادة

للعلماء في الفرق بين العرف والعادة، وبيان النسبة بينهما، ثلاثة اتجاهات هي: **الاتجاه الأول:** إن العرف والعادة لفظان مترادفان معناهما واحد، وإليه ذهب الإمام النسفي وابن نجيم [١]، وابن عابدين [٢]، واتبعه علي حيدر شارح المجلة [٣]، وعبد الوهاب خلاف [٤]، فقالوا: العادة بتكرارها ومعاودتها مرة أخرى صارت حقيقة عرفية فمعناها واحد من حيث الماصدق وإن اختلفا من حيث المفهوم[٥].

الاتجاه الثاني: العادة أعم من العرف مطلقاً وبه قال: ابن أمير الحاج[٦]، والقرافي[٧]، لأنها تشمل تشمل كل مكرر من الأقوال والأفعال، والعرف يشمل الأقوال فقط، وقالوا: ان العرف يطلق على ما تعارفه الجماعة، والعادة تطلق على ما تعارفه الجماعة، والفرد[٨]. قال القرافي: العادة غلبة معنى من المعاني على الناس، وقد تكون هذه الغلبة في سائر الأقاليم: كالحاجة للغذاء والتنفس في الهواء، وقد تكون خاصة ببعض البلاد: كالنقود والعيوب، وقد تكون خاصة ببعض الفرق: كالأذان للإسلام[٩].

الاتجاه الثالث: العرف أعم من العادة مطلقاً، وبه قال: ابن الهمام[١٠]، وعبد العزيز البخاري الحنفي[١١]، والكوثري[١٢]، فلم يجعلوا العادة والعرف مترادفين وإنما جعلوا بينهما عموماً وخصوصاً مطلقاً، فقصروا العادة على العرف الفعلي، فالعرف أعم لشموله الأقوال والأفعال، والعادة اخص

---

[١] زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري، الْأَشْبَاهُ وَالنَّظَائِرُ، ج١، ط١، دار الكتب العلمية بيروت، ١٩٩٩م، ص٧٩.

[٢] محمد أمين بن عمر ابن عبد العزيز عابدين الدمشقي، ابن عابدين، رسائل ابن عابدين، رسالة نشر العرف، ج٢، ط١، عالم الكتب للنشر، مصر، من دون سنة نشر، ص ١١٤.

[٣] علي حيدر خواجه أمين أفندي، درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، تعريب: فهمي الحسيني، ج١، ط١، دار الجيل، من دون مكان نشر، ١٩٩١م، ص٤٤.

[٤] عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، ج١، ط١، دار القلم للنشر، الكويت، ١٩٨٦م، ص ٨٥.

[٥] ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ج١، المصدر السابق، ص٧٩؛ ابن عابدين، مجموعة رسائل ابن عابدين، ج ٢، المصدر السابق، ص ١١٤.

[٦] شمس الدين محمد بن محمد بن محمد المعروف بابن أمير حاج، ابو عبد الله، ويقال له ابن الموقت الحنفي، التقرير والتحبير، ج١، ط٢، دار الكتب العلمية للنشر، ١٩٨٣م، ص ٢٨٢.

[٧] شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي ابو العباس الشهير بالقرافي، الفروق، تحقيق: خليل المنصور، ج١، دار الكتب العلمية للنشر، من دون مكان نشر، ١٩٩٨م، ص٣١٢.

[٨] اسعد عبد الغني الكفراوي، الاستدلال عند الأصوليين، ط٢، دار السلام للطباعة والنشر، مصر، ٢٠٠٥ م، ص٥١٠.

[٩] شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي ابو العباس الشهير بالقرافي، شرح تنقيح الفصول، ط١، مكتبة الكلية الازهرية للنشر، القاهرة، ١٩٧٣م، ص ٤٤٨.

[١٠] ابن الموقت الحنفي، التقرير والتحبير، ج١، المصدر السابق، ص٢٨٢.

[١١] النسفي، كشف الأسرار، ج٣، المصدر السابق، ص٢٢٨.

[١٢] محمد زاهد الكوثري، مقالات الكوثري، طبعها ونشرها، راتب الحاكمي للنشر، دون مكان نشر، ١٣٨٨هـ، ص٣١٩.

لاقتصارها على الأفعال[١] وعلى الرغم من اختلاف الفقه من كون العادة والعرف لهما معنى واحد واحد او اختلافهما عند بعض الفقهاء المسلمين، فقد استقر الرأي الراجح لدى الفقه القانوني[٢]، ان ان العادة تختلف عن العرف من عدة جوانب وفق الاتي:

١. **مدي افتراض العلم بهما:** العرف بوصفه مصدراً من مصادر القانون يفترض علم الناس به ولا يقبل منهم الاعتذار بالجهل به، أما العادة الاتفاقية فلا يفترض علم الافراد بها، بل و يقبل منهم الاعتذار والجهل بها.

٢. **تطبيق القاضي لها:** مادام العرف قانوناً فيطبقه القاضي من تلقاء نفسه و لو لم يطلب الخصوم ذلك، أما العادة الاتفاقية –وهي ليست قانوناً– فلا يطبقها القاضي من تلقاء نفسه ولا يتحرى وجودها بنفسه، وانما على صاحب المصلحة اثبات وجودها.

٣. **رقابة المحكمة العليا:** مادام العرف قانون فيخضع القاضي لرقابة المحكمة العليا في تفسيره و تطبيقه، بعكس العادة والاتفاقية.

المطلب الثاني

دليل مشروعية العرف وحجيته

ان الاعتداد بالعرف والاعتقاد بإلزاميته يجب ان يكون بالاستناد الى دليل يضفي عليه المشروعية، ويولد الاعتقاد لدى الناس بإلزاميته، ومن ثم يكون العرف الدارج حجة على الناس كافة ولا يمكن التحلل منها، عليه يمكن البحث في هذا المطلب من خلال تقسيمه الى فرعين نتناول في الفرع الاول دليل مشروعية العرف، ونخصص الفرع الثاني لحجية العرف وفق الاتي:

الفرع الاول

ادلة العرف

اتفق اغلب العلماء بان العرف يعد من الادلة الشرعية التي يمكن للمجتهد الرجوع اليها لاستنباط الحكم الشرعي من اجل القضية المنظورة امامه في حالة خلو النص الشرعي الذي من الممكن ان تعالج المسالة المعروضة، وقد استند العلماء للأخذ بحجية العرف الى العديد من الادلة وهي: **اولاً: القرآن الكريم:** ان الأدلة على العرف من القرآن، يُستدل عليها بآيات عدة منها: قوله تعالى: ﴿خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ﴾[٣]. وهي أصل الاستدلال على

---

[١] احمد فهمي ابو سنة، العرف والعادة في رأي الفقهاء، دار المعرفة للنشر، بيروت، ١٩٩٩، ص١٣؛ د. محمد مصطفى شلبي، اصول الفقه الاسلامي، الدار الجامعة، بيروت لبنان، من دون سنة نشر، ص٣٢٥-٣٢٦.

[٢] وهبة الزحيلي، اصول الفقه الاسلامي، ج١، دار الفكر، دمشق، ١٩٨٦، ص٨٢٨؛ د. محمد مصطفى شلبي، المصدر السابق، ص٣٢٥؛ مصطفى احمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار القلم للنشر، دمشق، ١٩٩٨، ص٨٧٢.

[٣] سورة الاعراف: الآية: (١٩٩)

العرف من الكتاب وأشهرها، ووجه الاستدلال بها: ان الله قد أعاد الناس إلى أعرافهم السليمة، في الأقوال الحسنة، والأفعال الجميلة، والأخلاق الكاملة مع الناس جميعاً، فقوله تعالى: ﴿خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ﴾ ومن خلال ما تقدم نجد العديد من الآيات التي تعد ادلة يمكن الاستناد اليها من اجل الرجوع الى الاعراف في حالة خلو الاحكام الشرعية عن معالجة بعض المسائل التي تتغير بتغير المكان والزمان ومن الامثلة على ذلك قوله تعالى ﴿وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾[1]، وان الآية الكريمة لم تحدد مقدار مهر النساء وترك ذلك للعرف يتولى تحديد مقداره[2].

ثانياً: السنة النبوية: ان السنة النبوية تعد دليلاً على اعتماد العرف سواء كانت قولية وردة في احاديث الرسول صلى الله عليه وسلم، أو فعلية من خلال الاعراف التي عمل بها الرسول صلى الله عليه وسلم واضفى عليها الشرعية. وبالرجوع الى ما روي عن الرسول صلى الله عليه وسلم نجد هناك اشارة بالرجوع الى العرف وما تعارف عليه المسلمين والذي لا يخالف النص الشرعي او الاحكام الشرعية، فقد روي ان النبي صلى الله عليه وسلم انه قال: "ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن، وما رآه المسلمون قبيحاً فهو عند الله قبيح"[3]. فالحديث يدل على ان حسن الامور وقبحها مرده اعتبار المسلمين، فالحسن عند الله ما حسنه المسلمون، والسيء ما سوأه المسلمون فكان ذلك دليلاً على اعتبار العرف، هذا الحديث هو أصل الاستدلال على حجية العرف من السنة وأشهرها، ووجه الاستدلال هو أن المقصود ما رآه المسلمون بعقولهم مستحسناً، وإلا لو كان حسنه بالدليل الشرعي لم يكن من حسن ما يرون، إذ لا مجال للعقول في التشريع، فدل على أن المقصود ما رأوه برأيهم، وإذا كان كل ما رآه المسلمون بعقولهم مستحسناً، قد حكم بحسنه عند الله سبحانه وتعالى فهو حق لا باطل فيه، والأمة لا تجتمع على باطل، فاجتماعهم على حسن شيء يدل على حسنه شرعاً، لأن الله تعالى لا يحكم بحسن الباطل فإذا كان العرف مما استحسنه المسلمون كان محكوماً بحقيقته واعتباره، وفي هذه الحال إن الحديث يدل على اعتبار العرف، وهو دليل من الأدلة التي يستدل به العلماء قديماً وحديثاً على اعتبار العرف في الكثير من

---

(1) سورة النساء الآية: (٤)

(2) محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني، فتح القدير، ج٢، ط١، دار ابن كثير للنشر، دمشق، ١٤١٤ه، ص٢٧٩؛ د. أحمد فهمي ابو سنة، المصدر السابق، ص٢٣.

(3) الحديث أورده الإمام أحمد في المسند: عن عبد الله بن مسعود (ﷺ)، قال: "إن الله نظر في قلوب العباد، فوجد قلب محمد ﷺ خير قلوب العباد، فاصطفاه لنفسه، فابتعثه برسالته، ثم نظر في قلوب العباد بعد قلب محمد، فوجد قلوب أصحابه خير قلوب العباد، فجعلهم وزراء نبيه، يقاتلون على دينه، فما رأى المسلمون حسناً، فهو عند الله حسن، وما رأوا سيئاً فهو عند الله سيئ". ابي عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني, مسند الامام احمد, تحقيق: شعيب الأرنؤوط، ط١، مؤسسة الرسالة، من دون مكان نشر، ٢٠٠١ م، ص٣٤٥.

الأحكام[١].وروي أن هند بنت عتبة قالت: يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم فقال (ﷺ): "خذي ما يكفيكي وولدك بالمعروف"[٢]

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

كما ان النبي صلى الله عليه وسلم قد اخذ بالعرف، فقد بعث رسول الله ولأهل الجاهلية عاداتهم واعرافهم فلم يبطلها وانما فرق فيها بين الصالح والفاسد فاقر منها الاعراف الصحيحة التي يمكن ان تتفق مع الاحكام الشرعية التي جاء بها الاسلام، وابطل الاعراف الفاسدة التي تخالف الاحكام الشرعية التي جاء بها الاسلام، وعدل الاعراف التي تحتاج الى تعديل.

ان ما ورد عن الرسول صلى الله عليه وسلم يبين بصورة قاطعة اقراره للعرف كدليل يمكن الرجوع اليه لاستنباط الاحكام الشرعية، وان الرسول صلى الله عليه وسلم لم يأخذ بهذه الاعراف لمجرد كونها اعراف كانت سائدة آنذاك، وانما كان اقراره لهذه الاعراف لكونها يتحقق بها مصلحة راجحة للمسلمين وفيها تيسير في المعاملات[٤].

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

وذهب الحنابلة[٧] "أَنَّ الْمُطْلَقَ يُحْمَلُ عَلَى الْعُرْفِ، وَالْعَادَةُ فِي الصَّدَاقِ الْآجِلِ تَرْكُ الْمُطَالَبَةِ بِهِ إلَى حِينَ الْفُرْقَةِ". اما الشافعي[١]، فقد انشأ مذهباً جديداً في مصر اطلق عليه اسم

---

(١) أبي عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي الرازي الملقب بفخر الدين الرازي خطيب الري، المحصول، دراسة وتحقيق: الدكتور طه جابر فياض العلواني، ط٣، مؤسسة الرسالة للنشر، ١٩٩٧م، ص٢٢؛ الشاطبي، إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي، الاعتصام، تحقيق: سليم بن عيد الهلالي، ط١، دار ابن عفان للنشر، السعودية، ١٩٩٢م، ص ٦٣٦ و٦٥٥ و٨٧٠.

(٢) البخاري، النفقات، ج٥, دار الفكر للنشر, بيروت, باب(إذا لم ينفق الرجل فاللمراة أن تأخذ بغير علمه مايكفيها وولدها)، رقم الحديث (٥٠٤٩)، ج٥، ١٩٩٥, ص٢٠٥٢.

(٣) علاء الدين أبي الحسن علي بن محمد بن عباس البعلي الدمشقي الحنبلي، ابن اللحام، القواعد والفوائد، تحقيق: عبد الكريم الفضيلي، المكتبة العصرية للنشر، من دون مكان نشر، ١٩٩٩ م، ص٣٩٢.

(٤) د. محمد مصطفى شلبي، المصدر السابق، ص٣٢٩.

(٥) السرخسي، المبسوط، ج٤، المصدر السابق، ص١٥٢.

(٦) السرخسي، المبسوط، ج٤، المصدر السابق، ص٢٢٧.

(٧) ابن قدامة المقدسي، المغني، ج١٠، المصدر السابق، ص١١٥.

المذهب الجديد قرر فيه بعض الاحكام التي خالفت الاحكام التي اقرها في العراق وعندما سئل عن السبب في هذا الاختلاف قال: ان اعراف اهل مصر وتقاليدها تختلف عن اعراف وتقاليد اهل العراق فلكل دولة اعراف خاصة بها ويجب ان تتلائم احكامها مع اعرافها الصحيحة.

وجعل الامام مالك[٢] العرف مخصصاً للنص فقد خصص قوله تعالى (والوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين)[٣]. بالعادة اذ استثنى المرأة الشريفة التي تتضرر بالرضاع. ويقول القرطبي: "واختلف الناس في الرضاع هل هو حق للام او هو حق عليها، واللفظ محتمل .... ولكن هو عليها في حال الزوجية وهو عرف يلزم اذ قد صار كالشرط الا ان تكون شريفة ذات ترفه فعرفها الا ترضع وذلك كالشرط"[٤].

الفرع الثاني

حجية العرف

الظاهر أن المذاهب الإسلامية متفقة على اعتبار العرف، ولا خلاف بين العلماء من الحنفية[٥] والمالكية[٦] والشافعية[٧] والحنابلة[٨] والجعفرية[٩] على اعتماد العرف المعتبر في كثير من الأحكام الشرعية، وإن اختلفوا في التفاصيل والجزئيات والفروع، وحتى الأمثلة أحياناً، لما له من تأثير واسع في استنباط الأحكام والاجتهاد فيها، وذلك لأن كثيراً من أعمال الناس وألفاظهم ومعاملاتهم وشؤون حياتهم تقوم على ما اعتادوه وتعارفوه، فلا بد من النظر إلى هذا المألوف المتعارف حين استخراج الحكم الشرعي للمسائل المتجددة أو المشكلات التي تنشأ بين الناس.

والقواعد الشرعية المعتمدة على النصوص لا تستوعب جميع التفصيلات والمسائل المتجددة، وإنما تتخذ أساساً في نصها أو روحها للاجتهاد وبيان الأحكام، والعرف يساعد في هذا الاجتهاد ويعين

---

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

(٢) القرافي, شرح تنقيح الفصول، ج٢، المصدر السابق، ص١٩٤.

(٣) سورة البقرة، الآية: (٢٣٣).

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

(٥) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ج١، المصدر السابق، ص٧٩-٨٠؛ محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، أصول السرخسي، ج١، دار المعرفة للنشر، بيروت، ص ١٩٠و١٩١؛ أحمد بن علي أبي بكر الرازي الجصاص الحنفي، الفصول في الأصول، ج٤، ط٢، وزارة الأوقاف الكويتية، ١٩٩٤م، ص١١.

(٦) إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي، الموافقات، ج٢، ط١، دار ابن عفان للنشر، ١٩٩٧م، ص٤٨٩ وص٤٩٩؛ القرافي، الفروق، ج٣، المصدر السابق، ص٢٧٥-٢٧٦.

(٧) محمد بن محمد الغزالي أبي حامد، المستصفى من علم الأصول، تحقيق: محمد عبد السلام الشافعي، ج١، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٣هـ، ص١٤٠؛ السيوطي، الأشباه والنظائر، ج١, المصدر السابق، ص٩٠؛ تاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي, الاشباه والنظائر, ج١, ط١, دار الكتب العلمية للنشر, دون مكان نشر, ١٩٩١، ص٥٠.

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

(٩) ابى جعفر محمد بن الحسن الطوسي، كتاب الخلاف، ج٥، مؤسسة النشر الاسلامي، قم، ١٤٢٠ه، ص١١٦.

المجتهد على تفهم الواقعة وتطبيق الحكم الشرعي عليها، سواء أكان ذلك في معاني الكلمات وعبارات الناس أم في معاملاتهم وعقودهم، حتى أصبح العرف الصحيح وسيلة إلى تبدل الأحكام وتغيرها باختلاف أعراف الناس في بيئاتهم المختلفة وأماكنهم المتغايرة[١].

ولا يعد اختلاف الأحكام باختلاف العادات اختلافاً في أصل خطاب الشارع، بل معنى هذا الاختلاف أن العادات إذا اختلفت اقتضت كل عادة حكماً يلائمها. ولهذا السبب فان الأئمة المجتهدين كانوا يغيرون الفتوى حسب تغير العرف، وكذلك كان فقهاء المذاهب يفعلونه مع فتاوى أئمتهم المبنية على العرف، متى تحققوا أن العرف قد تغير وأن الواقعة أصبحت تستحق حكماً آخر غير ما قرره الأئمة من قبل. وقد عدل عدد من الفقهاء في فتاويهم عن المشهور في المذهب وبنوها على العرف[٢].

وقد أثرى المذهب الحنفي من العرف ثراء بالغاً: أصولاً وقواعداً وفروعاً ومسائل، واعتبروا العرف في كثير من الأحكام ولاسيما في أحكام العقود والمعاملات، وذلك من عهد الإمام **أبو حنيفة** وصاحبيه **(أبو يوسف ومحمد)**، ومروراً بأئمة المذهب ومخرّجيه، إلى زمن المتأخرين[٣].
والمذهب **المالكي** يعد العرف أصلاً من الأصول الفقهية، وهو أكثر المذاهب بتحكيم العرف، واعتبار العوائد ويرجعون إليه في كثير من المسائل؛ كالعادات اللفظية الخاصة بألفاظ صيغ المتعاقدين، والألفاظ الجارية بين الناس في تعاملاتهم[٤].

ومذهب **الشافعية** اعتبروا العرف في كثير من الأحكام فيما لم يرد الشرع به مطلقاً، وما أطلقه الشرع ولم يكن محدوداً في اللغة كان الرجوع في حده إلى العرف كالقبض في المبيعات، والإحراز في المسروقات، وما كان العرف وزناً جعلت أصله الوزن، وإن كان العرف كيلاً جعلت أصله كيلاً[٥] وهذا هو سر تغير اجتهادات الإمام **الشافعي** في مسائل كثيرة توصل إليها حين كان كان في بلاد العراق، فلما انتقل إلى مصر ورأى تغير أعراف الناس وعاداتهم، عدل عن كثير من

---

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

(٢) البرديسي, أصول الفقه, دار المعرفة للنشر, دون مكان وسنة نشر, ص٣٣٦؛ محمد مصطفى الشلبي، أصول الفقه الإسلامي، المصدر السابق، ص٣٣٤، الشيخ كمال الدين جعيط، العرف، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ج٥، ص٢٥٣٠، منشور على الموقع: تاريخ الزيارة ٢٠٢٢/٣/٩ https://al-maktaba.org/book/٨٣٥٦/١٠٩٩٨
الدكتور إبراهيم فاضل الدبو، نظرية العرف في الفقه الاسلامي، ج٥، ص٢٦١٦. منشور على الموقع الاتي:
تاريخ الزيارة ٢٠٢٢/٣/٩ https://al-maktaba.org/book/٨٣٥٦/١١٢٠٠

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

(٤) القرافي، الفروق، ج٣، المصدر السابق، ص٦٢.

(٥) أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي، الحاوي الكبير، تحقيق: الشيخ علي محمد محمد معوض، ج٥، ط١، دار الكتب العلمية للنشر، بيروت، ١٩٩٩م، ص ٤٤، ١٠٧.

أقواله في العراق، حتى صارت اجتهاداته الجديدة تعرف بالمذهب الجديد والتي عدل فيها عما في المذهب القديم[1] وأما مذهب **الحنابلة** فكان له حظ وافر من اعتبار العوائد، وبناء الأحكام عليها ورد ما يلزم رده منها إلى العرف، فهم كغيرهم من أصحاب المذاهب يلاحظون العرف في كثير من فتاواهم وأحكامهم وخاصة في باب المعاملات لأنهم يتوسعون فيه ويعتبرون المعاني والمقاصد، وفي صيغ العقود ينظرون كثيراً إلى ما تعارف عليه الناسومما تقدم يتبين أن الفقهاء قديماً وحديثاً باختلاف مذاهبهم قد أخذوا بالعرف وعدوه دليلاً يبنى عليه كثير من الأحكام ومرجعاً في تفسير النصوص وبيان ما ترمي إليه.

المبحث الثاني

اعمال العرف في الخلع

اباحت الشريعة الاسلامية الخلع اذ في مقابل الطلاق الذي يُعتبر حقّاً للرجل، يلجأ إليه في حالة استحالة دوام الحياة الزوجية، أعطت الشريعة الاسلامية الزوجة الحقّ في الخلع؛ وهو أن تبذل شيئاً من مالها في مقابل افتراقها عن زوجها. وكلّ ذلك يدلّ على حكمة الشرع، وواقعية الإسلام عندما وضع الوسائل والحلول لمشاكل الحياة الزوجية، إذ قد تنفكّ تلك العلاقة بين الزوجين، بسبب غياب الرضا والقبول بين الزوجين لوجود المشاكل بينها، أو كراهة أحدهما للآخر، ومن ثم يكون من الحكمة إعطاء الزوجة الحقّ في مخالعة زوجها، مراعاة لمشاعرها الإنسانية في مقابل العوض الذي تدفعه لزوجها، ويلعب العرف دوراً مهما في صيغ المخالعة لذلك سنحاول في هذا المبحث بيان التعريف بالخلع في مطلب اول قبل التطرق الى اعمال العرف في الخلع في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي في مطلب ثاني.

المطلب الاول

التعريف بالخلع

للاحاطة بموضوع التعريف بالخلع سنبين تعريفه لغةً واصطلاحاً، ومن ثم بيان دليل مشروعيته

الفرع الاول

تعريف الخلع

ان بيان المقصود من الخلع والتوصل لمعنى الخلع، يقتضي منا الخوض في تعريف الخلع في اللغة والاصطلاح الشرعي والقانوني، عليه يمكن البحث في تعرف الخلع على النحو التالي:

[1] الماوردي، الحاوي الكبير، ج٣، المصدر نفسه، ص ٢٢٦.

اولاً: الخلع لغة: يقال (خَلَعَ) ثَوْبَهُ وَنَعْلَهُ وَقَائِدَهُ وَخَلَعَ عَلَيْهِ (خِلْعَةً) كُلُّهُ مِنْ بَابِ قَطَعَ، وَخَلَعَ امْرَأَتَهُ (خُلْعًا) بِالضَّمِّ. وَ (خُلِعَ) الْوَالِي عُزِلَ، وَ (خَالَعَتِ) المرأة بَعْلَهَا أَرَادَتْهُ عَلَى طَلَاقِهَا بِبَدَلٍ مِنْهَا لَهُ فَهِيَ (خَالِعٌ) وَالِاسْمُ (الْخُلْعَةُ) بِالضَّمِّ وَقَدْ (تَخَالَعَا) وَ (اخْتَلَعَتْ) فَهِيَ (مُخْتَلِعَةٌ)[١].

ثانياً: تعريف الخلع اصطلاحاً: سنبين تعريف الخلع في الاصطلاح الشرعي والقانوني وكالاتي:

١. **تعريف الخلع في الاصطلاح الشرعي:** وردت عدة تعريفات للخلع في كتب فقهاء المسلمين، فقد عرفها فقهاء الحنفية بانه "ازالة ملك النكاح المتوقفة على قبولها بلفظ الخلع او ما في معناه"[٢]. وعرفه فقهاء المالكية بانه: "الطلاق بعوض"[٣]. بينما عرف فقهاء الشافعية الخلع بانه: "فرقة بعوض بلفظ طلاق او خلع"[٤]. **و**عرف فقهاء الحنابلة الخلع بانه: "فراق الزوج امرأته بعوض بألفاظ مخصوصة"[٥]. وعرف فقهاء الجعفرية[٦]، الخلع بانه: "طلاق بعوض مقصود لازم لجهة الزوج"ويتضح مما تقدم من موقف فقهاء المسلمين انهم قد اجمعوا على ان الخلع هو تفريق اختياري تلجأ فيه الزوجة الى التنازل عن جميع حقوقها المادية التي تترتب على ايقاع الطلاق وتفتدي نفسها بعوض مالي مقابل ايقاع الطلاق من قبل الزوج، وهذا المعنى متفق عليه بين الفقهاء وان اختلفت صياغتهم في تعريف الخلع.

٢. **تعريف الخلع في الاصطلاح القانوني:** ان تعريف الخلع في الاصطلاح القانوني يقتضي بيان تعريف الفقه القانوني وتعريف التشريعات المقارنة له وكالاتي:

أ. **الخلع في الفقه القانوني:** عرف جانب من الفقه القانون الخلع بانه "ازالة ملك النكاح بلفظ الخلع او ما في معناه مقابل عوض تلزم به الزوجة"[٧]. كما عرفه جانب اخر من الفقه العراقي بانه " اتفاق بارادة الطرفين على انهاء الرابطة الزوجية على ان تبذل الزوجة حقوقها الزوجية باختيارها ورضاها لكي تفتدي نظير هذا المال نفسها من الزوج"[٨] في حين عرف الفقه الاماراتي الخلع بانه "عقد بين زوجين يتراضيان بموجبه على ايقاع الطلاق من قبل الزوج لقاء بذل الزوجة

---

[١] الرازي، زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي، مختار الصحاح، تحقيق: يوسف الشيخ محمد، ج١، ط٥، المكتبة العصرية، الدار النموذجية، بيروت، صيدا، ١٩٩٩م، ص٩٥؛ ابن منظور، لسان العرب، ج٨، المصدر السابق، ص٧٦.

[٢] ابن نجيم، البحر الرائق، ج٤، المصدر السابق، ص٧٧،

[٣] محمد بن أحمد بن محمد عليش المالكي، منح الجليل شرح مختصر خليل، ج٤، دار الفكر، بيروت، ١٩٨٩م، ص٤

[٤] شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي, مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج, ج٣, ط١, دار الكتب العلمية للنشر, ١٩٩٤م, ص٣٤٧.

[٥] ابن قدامة المقدسي, المغني, ج٩, المصدر السابق, ص٢٨٢.

[٦] ابو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلي، المختصر النافع في فقه الامامية، ط٣، دار الاضواء للنشر، بيروت، ١٩٨٥م ص٢٢٧.

[٧] د. احمد علي الخطيب واخرون، شرح قانون الاحوال الشخصية، ط١، دار ابن الاثير، الموصل، ١٩٨٠م، ص١٦٣.

[٨] جمعة سعدون الربيعي، المرشد الى اقامة الدعاوى الشرعية وتطبيقاتها العملية، المكتبة القانونية للنشر، بغداد ص١٦١.

عوض مالي للزوج وافتداء نفسها به"[١]. بينما عرف فقه القانون السوري الخلع بانه: "فرقة رضائية بين الزوجين يشترط لصحته ان يكون الزوج اهلاً لإيقاع الطلاق وتكون الزوجة اهلاً لبذل العوض المالي وتكون محلاً للطلاق"[٢]. كما عرف الخلع بأنه "عقد يتوقف على ايجاب وقبول الطرفين"، كما عرف بانه: ""عقد بين طرفين تلتزم بموجبه الزوجة بدفع مبلغ مالي الى الزوج مقابل فديتها منه"[٣].

ب. تعريف الخلع في التشريعات المقارنة: يمكن ايضاح موقف التشريعات المقارنة من تعريف الخلع من خلال الرجوع الى نصوص قانون الاحوال الشخصية في هذه التشريعات: اذ نص قانون الاحوال الشخصية العراقي على تعريف الخلع في الفقرة الاولى من المادة (٤٦) على انه "ازالة قيد الزواج بلفظ الخلع او ما في معناه، وينعقد بإيجاب وقبول امام القاضي مع مراعاة احكام المادة التاسعة والثلاثين من هذا القانون"[٤] ونص المشرع الاماراتي على المقصود بالخلع في الفقرة الفقرة الاولى من المادة (١١٠) من قانون الاحوال الشخصية على انه "الخلع عقد بين الزوجين يتراضيان فيه على انهاء عقد الزواج بعوض تبذله الزوجة او غيرها". اما المشرع السوري فلم يعرف الخلع وانما نص على احكام واثار الخلع مكتفياً بهذه الاحكام وترك مسألة تعريف الخلع للفقه يتولى وضعه حسب تغير الزمان والمكان وتغير الاعراف. واخيراً فان قانون الاحوال الشخصية الجزائري قد اتجه الى ما ذهب اليه القانون السوري وذلك بعدم ايراد تعريف للخلع وانما اقتصر على النص على احكام الخلع واثاره، وترك مسألة تعرف الخلع للفقه يتولى وضعه حسب تغير الزمان والمكان وبما يلائم الاعراف السائدة عند وقوع الخلع.

ويتضح مما تقدم ان قانون الاحوال الشخصية العراقي والاماراتي قد عرفا الخلع بينما ترك القانون السوري والجزائري مسالة تعريف الخلع للفقه، لكون ايراد التعريفات هو ليس من عمل المشرع وانما من عمل الفقه يتولى وضعه موكباً به التطورات التي قد تطرأ بتغير الزمان والمكان.

الفرع الثاني

---

[١] د. محمد خليل سلمان محسن الديسي، موسوعة الاحوال الشخصية في ضوء قانون الاحوال الشخصية لدولة الامارات العربية المتحدة، ط١، دار الفكر والقانون، ابو ظبي، ٢٠١٩، ص٢٩٨.

[٢] احمد نصر الجندي، الاحوال الشخصية في القانون السوري، دار الكتب القانونية للنشر، مصر، ٢٠٠٩م، ص٩٤.

[٣] د. احمد علي الخطيب، المصدر السابق، ص١٦٣؛ د. احمد نصر الجندي، المصدر السابق، ص٩٣؛ د. محمد خليل سلمان محسن الديسي، المصدر السابق، ص٢٩٠.

[٤] نصت المادة (٣٩) من قانون الاحوال الشخصية العراقي على ان "١. على من أراد الطلاق أن يقيم الدعوى في المحكمة الشرعية يطلب إيقاعه وإستحصال حكم به فإذا تعذر عليه مراجعة المحكمة وجب عليه تسجيل الطلاق في المحكمة خلال مدة العدة ٢. تبقى حجة الزواج معتبرة إلى حين إبطالها من المحكمة ٣. إذا طلق الزوج زوجته وتبين للمحكمة أن الزوج متعسف في طلاقها وإن الزوجة أصابها ضرر من جراء ذلك، تحكم المحكمة بطلب منها على مطلقها بتعويض يتناسب وحالته المادية ودرجة تعسفه، يقدر جملة، على أن لا يتجاوز نفقتها لمدة سنتين علاوة على حقوقها الثابتة الأخرى".

دليل مشروعية الخلع

لقد ورد دليل مشروعية الخلع في القرآن والسنة والاجماع، ويمكن بيان هذه المشروعية من خلال الرجوع الى النص القرآني الذي اجاز الخلع، والى سنة الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم من الخلع، واخيراً الرجوع الى موقف فقهاء المسلمين، وفق الاتي:

اولاً: القرآن الكريم: اذ ورد في القرآن الكريم مشروعية الخلع في قوله تعالى: {فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ}[١]. فدلت الآية الكريمة على انه من الممكن للزوجة التي تخاف ان لا تقيم حدود الله في زوجها الذي تبغضه، ان ترفع امرها للقضاء لتطالب بالخلع عن طريق التنازل عن حقوقها المالية تجاه زوجها فيطلقها لقاء ما تبذل من مال[٢].

ثانياً: السنة النبوية: اما السنة النبوية الشريفة فقد اكدت ما جاء في القرآن الكريم من شرعية الخلع واباحته عند الحاجة اليه، فقد ورد عن بن عباس أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم "فقالت يا رسول الله ثابت بن قيس أما إني ما أعيب عليه في خلق ولا دين ولكني أكره الكفر في الإسلام فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أتردين عليه حديقته قالت نعم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اقبل الحديقة وطلقها تطليقة"[٣].

والواضح من الحديث الشريف وموقف الرسول صلى الله عليه وسلم مع زوجة ثابت بن قيس انها جاءت الى الرسول تطلب فيه الطلاق من زوجها ثابت لا لشيء الا لأنها تبغضه ولكنها لا تعيبه في خلق او دين وتخاف ان لا تقيم حدود الله، فوجد الرسول العذر الذي تقدمت به زوجة ثابت بن قيس كافياً لإيقاع الطلاق الخلعي مقابل ان تتنازل الزوجة عن حقوقها التي تترتب على ايقاع الطلاق وبهذا الموقف قال الرسول صلى الله عليه وسلم لثابت بن قيس اقبل الحديقة التي بذلتها زوجتك وطلقها تطليقاً، فدل هذا الموقف من الرسول صلى الله عليه وسلم على شرعية المخالعة وامكانية ان تفتدي المرأة نفسها اذا خافت ان لا تقيم حدود الله[٤].

ثالثاً: الاجماع: ان ما ورد من ادلة على الخلع في القرآن والسنة جاء تأكيده في الاجماع، إذ اجمع فقهاء المسلمين على تأكيد ما ورد من ادلة في القرآن والسنة من شرعية الخلع، متى ثبت للقاضي ان الاستمرار بالحياة الزوجية فيها مضرة للزوجة لا يمكن تلافيه وانه قد يؤدي بان تدفع

---

[١] سورة البقرة، الآية: (٢٢٩)

[٢] الطبري, محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الآملي، أبو جعفر الطبري, جامع البيان في تأويل القرآن, تحقيق: أحمد محمد شاكر, ج٥, ط١, مؤسسة الرسالة للنشر, دون مكان نشر, ٢٠٠٠م, ص٥٣٨.

[٣] أحمد بن شعيب أبو عبد الرحمن النسائي، سنن النسائي، تحقيق : عبدالفتاح أبو غدة، ج٦، ط٢، مكتب المطبوعات الإسلامية للنشر، حلب، ١٩٨٦م، رقم الحديث (٣٤٦٣)، باب (الخلع وكيف الطلاق فيه)، ص١٦٩.

[٤] ابن بطال أبو الحسن علي بن خلف بن عبد الملك, شرح صحيح البخاري, تحقيق: أبو تميم ياسر بن إبراهيم, ج٧, ط٢, مكتبة الرشد للنشر, السعودية,٢٠٠٣م, ص٤٢٠.

المرأة نفسها للتهلكة بكل الوسائل التي من الممكن ان تتخلص فيها من الزوج، لهذا اتفقت كلمة الفقهاء على حق الزوجة في ان تلجأ الى القضاء للمطالبة بالخلع من زوجها مقابل التنازل عن حقوقها المالية التي تترتب على الطلاق[1] ويتضح من كل ما تقدم في الفرع الاول من هذا المطلب ان الفقهاء قد وضعوا تعريفاً للخلع وبينو المقصود منه، وان اختلفوا في صياغة التعريف فانهم متفقون على المعنى المقصود منه وهو بذل الزوجة المال مقابل ايقاع الطلاق الخلعي، كما وضح فقهاء القانون والتشريعات المقارنة موقفهم من بيان المقصود بالخلع، فمن التشريعات من عرف الخلع، ومنهم من ترك تعريف الخلع للفقه يتولى وضعه بما يواكب التطور الحاصل في المجتمع، اما من ناحية مشروعية الطلاق الخلعي فنجد ان مشروعيته قد ثبت في القرآن والسنة والاجماع، وهذا ما اقرته التشريعات القانونية من خلال تناولها بيان المقصود بالخلع، لهذا يمكن القول ان للطلاق الخلعي اهمية لا يمكن اغفالها كوسيلة من وسائل انحلال الزواج، إذ قد تتضرر الزوجة من بقاء الزوجية فتكره الزوج ولا تستطيع الاستمرار معه، والزوج لا يقبل ايقاع الطلاق فهنا وجد لها الشرع منفذاً للخلاص من الزوج وهو ان تبذل الزوج المقابل المالي لقاء ايقاع الطلاق وانهاء الضرر الواقع عليها.

المطلب الثاني

اعمال العرف في الخلع

ان للعرف دور مهم في التفريق الاختياري (الخلع)، لهذا يمكن ابراز هذا الدور من خلال البحث في موقف فقهاء المسلمين من الخلع ودور العرف فيه وكذلك لدى القوانين المقارنة، لهذا يمكن تقسيم هذا المطلب الى فرعين يكون الاول لاعمال العرف في الخلع شرعاً، بينما يخصص الثاني لاعمال العرف في الخلع قانوناً، وعلى التفصيل الاتي:

الفرع الاول

اعمال العرف في الخلع شرعاً

ان اتفاق فقهاء المسلمين على مشروعية الخلع لم ينسحب اتفاقهم على كل احكام الخلع، فقد اختلف فقهاء المسلمين حول الفاظ الخلع الصريحة والكنائية والحكم الذي يترتب على استخدام هذه الالفاظ، ومن اجل ايضاح دور العرف في الخلع لدى فقهاء المسلمين فانه يلزم الرجوع الى

[1] السرخسي، المبسوط، ج٦، المصدر السابق، ص٣١٠؛ محمد بن عبد الله الخرشي المالكي أبو عبد الله، شرح مختصر خليل، ج٣، دار الفكر للطباعة، بيروت، دون سنة نشر، ص١٤؛ أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، المهذب في فقة الإمام الشافعي، ج٢، دار الكتب العلمية، بيروت، دون سنة نشر، ص٧١؛ ابن قدامة المقدسي، المغني، ج٨، المصدر السابق، ص١٧٥؛ ابو القاسم الحلي، المختصر النافع في فقه الامامية، ج٢، المصدر السابق، ص٢٢٨.

المذاهب الاسلامية لبيان دور العرف في موقفهم في الفاظ وصيغ الخلع[١]، وعلى التفصيل الاتي:اذ ذهب فقهاء الحنفية[٢]، الى القول اذا اختلعت المرأة نفسها من زوجها فان الخلع جائز والخلع هنا يعتبر طلاق بائن بينونة صغرى، وان هذا جعل الطلاق الخلعي عند الحنفية نوع من انواع الطلاق الكنائي، ولما كانت الكنايات عند الحنفية تنقسم الى كنايات الطلاق الرجعي وكنايات الطلاق البائن، فان الطلاق الخلعي عندهم من نوع كنايات الطلاق البائن، الذي يشترط فيه النية ودلالة الحال، ومن كنايات الطلاق الخلعي عند الحنفية "باينتكِ، او فارقتكِ، او بعتكِ نفسكِ" وغيرها من الكنايات التي التي يتعارف على انها تأخذ حكم الطلاق الخلعي، فان كانت على مال تأخذ حكم الطلاق الخلعي ولا يشترط النية على اعتبار دلالة الحال تغني عن النية، اما اذا ذكر لفظ الخلع دون ذكر للعوض او ذكر العوض ولكنه كان محرماً مثل الخمر او المخدرات، ولكن نوى به الطلاق فانه يقع بائناً على اعتبار انه من الفاظ الكنايات المتعارف عليها بدلالتها على الطلاق الخلعي، وقد اعتبر الحنفية لفظ الخلع والمباراة من قبيل الطلاق الصريح لاشتهارهما عند العام والخاص وتعارف الناس عليها انذاك بخلاف الالفاظ الاخرى .

وذهب فقهاء المالكية[٣]، بصدد الخلع الى القول اذا وجدت المرأة نفسها تبغض زوجها ولا يقبل ايقاع الطلاق، فلها ان تلجأ الى المخالعة لبذل العوض لقاء ايقاع الطلاق من قبل زوجها، وبهذا تكون المخالعة جائزة واذا تمت فأنها تكون طلاق بائن بينونة صغرى، سواء وجد العوض ام لم يوجد وسواء كان اللفظ صريحاً ام كنائياً، وان فقهاء المالكية رغم اعطاءهم الخلع حكم الطلاق، الا انهم يعتبرونه حكماً قائماً بذاته غير خاضع لقواعد المذهب في الطلاق، فهو لفظ يقع به الطلاق بائناً سواء كان على عوض ام بدونه ولا يتطرقون الى النية في ايقاعه، ويأخذ

---

[١] الصيغة من اركان الخلع اذ ان فقهاء الأمّة ذكروا خمسة أركان للخلع، لكلٍّ منها شروطه المُعتبَرة؛ وأوّل هذه الأركان الزوج، وشرطه أن يكون ممّن يصحّ وقوع الطلاق منه، وثاني الأركان الملتزم، وشرطه أن يكون بالغاً، وعاقلاً، ورشيداً، ومُختاراً، وله حقّ التصرُّف في أمواله، وقد يكون الملتزم الزوجة نفسها، أو أحد أقاربها، وثالثها البضع، وشرطه أن يكون الزوج مالكاً له، فلا يصحّ وقوع الخلع ممّن لا يملك البضع، كالوالد الذي يريد مخالعة زوجة ابنه، ورابعها العِوض، وشرط العوض أن يكون راجعاً على الزوج؛ لأنّه مالك البضع، وأن يكون معلوماً فلا يصحّ العِوض على شيء مجهول، وأن يكون مقصوداً يمكن تسليمه، وخامسها الصيغة، وشرط الصيغة وضوحها، أمّا فسادها فيؤدّي إلى حصول طلاق رجعيّ. ينظر: طلال مشعل، شروط طلب الخلع، ص٤، منشور على الموقع الاتي: تاريخ الزيارة ٢٠٠٢/٣/٩ https://mawdoo٣.com

[٢] السرخسي، المبسوط، المصدر السابق، ج٦، ص١٧١؛ أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابى الحنفى بدر الدين العينى، البناية شرح الهداية، ج٥، ط١، دار الكتب العلمية للنشر، بيروت، ٢٠٠٠، ص٥١٥؛ علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج٣، ط٢، دار الكتب العلمية للنشر، بيروت، ١٩٨٦، ص١٥١.

[٣] شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرُّعيني المالكي، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ج٤، ط٣، دار الفكر للنشر، بيروت، ١٩٩٢، ص٢٤؛ الخرشي، شرح مختصر خليل للخرشي، ج٤، المصدر السابق، ص١٥.

هذا الحكم كل لفظ متعارف عليه دال على الفرقة قصد به الخلع او نص عليه، وسواء كان بلفظ صريح ام كنائي متعارف عليه.

وذهب ابن عرفة في حاشية الدسوقي[1]، بصدد دور العرف في لفظ الخلع من حيث ما يشترط في الصيغة الى القول "ان يكون لفظ الخلع بما يدل على الطلاق سواء كان صريحاً او كناية فاذا عمل عملاً يدل على الطلاق بدون مطلق، فانه لا يقع به الطلاق، الا اذا جرى به العرف".

وصيغة الخلع عند المالكية "تكون بكلّ لفظ تملك به الزوجة نفسها مقابل ما تدفعه من مال، كما تشمل كلّ لفظ يُؤدّي إلى التفريق بين الزوجين حتى لو كان دون عِوض، ولم يفرّق المالكية بين لفظ الخلع وما يدخل في معناه؛ فكلّ ألفاظ الخلع تترتّب عليها بينونة الزوجة من زوجها حتى لو كان دون عوض، ومن ألفاظ الخلع عند المالكية: المبارأة، والمفاداة، والمصالحة، والمبارأة تعني: أن تفتدي المرأة نفسها بإسقاط حقّ من حقوقها على الزوج، وقِيل هي طلب الخلع قبل الدخول، بينما تعني المصالحة: أن تفتدي بقَدر من مالها، أمّا المفاداة فتكون بأكثر مالها، والخلع يكون ببذل جميع ما أعطاها إيّاه من المال"[2].

اما فقهاء الشافعية[3]، فقد ذهبوا الى ما ذهب اليه فقهاء الحنفية والمالكية من الاقرار بمشروعية الخلع واعطاء الزوجة حق المخالعة متى ما خشيت الوقوع في الحرام لبغضها زوجها، ويشترط في الخلع اللفظ الصريح عند ايقاعه، فاذا كانت من الالفاظ الكنائية المتعارف عليها فان يلزم فيها ذكر العوض وفي حالة عدم ذكره يكون الطلاق رجعياً، اما اذا ذكر العوض فيكون الطلاق بائناً.

وصيغة الخلع عند الشافعية كصيغة المفاداة؛ تكون بألفاظه الصريحة تدلّ على الطلاق، والفرقة بين الزوجين، لأنّ تلك الألفاظ ممّا تعارف عليها العرب قديماً كدلالة على الفرقة بين الزوجين، ولأنّ لفظ المفاداة مذكور في القرآن الكريم، ومن ثم لا تحتاج تلك الألفاظ إلى النيّة؛ لصراحتها ودلالتها، وهذا القول هو الصحيح من مذهب الشافعية، وقد رُوِي عن الشافعيّة قول آخر في ألفاظ الخلع، وهي أنّها تفيد الكناية ولا تُشير صراحة إلى التطليق؛ لأنّ ألفاظ الطلاق معروفة، ومنحصرة. أمّا العوض فقد يُذكَر في مقابل الخلع والمفاداة، ويقبله الزوج، وتلتزم به الزوجة فيقع الخلع حينها، وتُطلّق الزوجة طلاقاً بائناً، وقد لا يُذكَر العوض في الخلع فلا يخلو

(1) ابن عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، تحقيق: محمد عليش, ج٢، دار الفكر للنشر, بيروت، ص٣٥٨.
(2) نقلاً عن طلال مشعل، المصدر السابق، ص٤.
(3) الماوردي، الحاوي الكبير، ج١٠، المصدر السابق، ص٩؛ الشربيني، مغني المحتاج، ج٤، المصدر السابق، ص٤٣٤.

الأمر من حالتَين: فإمّا أن تكون المخالعة أو المفاداة من الزوج بلفظ يتضمّن نية التماس قبول الزوجة، فحينئذ تَبين الزوجة من زوجها، ويتحقّق في الخلع مهر المِثل، وإمّا أن يقول لها: خالعتكِ، دون ذكر العوض، فلا يُطلب من الزوجة حينئذ أيّ عوض تدفعه لزوجها، وتُطلّق منه طلاقاً رجعياً[١].

في حين ذهب فقهاء الحنابلة[٢]، الى القول "أن المرأة إذا كرهت زوجها لخلقه أو خلقه أو دينه أو كبره أو ضعفه أو نحو ذلك وخشيت أن لا تؤدي حق الله في طاعته جاز لها أن تخالعه بعوض تفتدي به نفسها منه" وحكم ايقاع الخلع عند الحنابلة يعد فسخاً في رواية، وفي اخرى تعد طلاقاً بائناً، اما بصدد الفاظ الخلع، فقد ذهب ابن قدامة في المغني الى القول "ألفاظ الخلع تنقسم إلى صريح وكناية فالصريح ثلاثة ألفاظ "خالعتك"، لأنه ثبت له العرف و "المفاداة"، لأنه ورد به لفظ في القرآن الكريم: {فلا جناح عليهما فيما افتدت به}[٣]، و "فسخت نكاحك"، لأنه حقيقة فيه فإذا أتى بأحد هذه الألفاظ وقع من غير نية وما عدا هذه مثل "بارأتك وأبرأتك وابنتك" فهو كناية لان الخلع أحد نوعي الفرقة فكان له صريح وكناية كالطلاق"

واخيراً ذهب فقهاء الجعفرية[٤]، بانه من الجائز للمرأة اذا لم تقدر على العيش مع الزوج بان كانت تبغضه ان تفتدي نفسها بما هو مقوم بالمهر ويصح ان تزيد الفدية عن المهر ويشترط فقهاء الجعفرية العقل والادراك والبلوغ وتوفر القصد في المخالعة، كما ورد عن الجعفرية قولهم ان الخلع بمجرده لا يقع ولابد من التلفظ بالطلاق، فاذا كان الخلع بصريح الطلاق كان طلاقاً باتفاق الجعفرية، وان كان بغير صريح الطلاق مثل ذلك ان قالت الزوجة "خالعني او فاسخني" وغير ذلك فقال الزوج ذلك لم يقع بذلك شيء او يقع فسخاً لا طلاقاً، اما اذا توفرت نية الطلاق فيقع طلاقاً عند قسم منهم، كما يقع الخلع باللفظ الصريح المتعارف عليه او اللفظ الكنائي الذي يتعارف على ان المقصود مننه الخلع. والظاهر من موقف فقهاء المسلمين انهم قد بحثوا في التفريق عن طريق الخلع وبينوا احكامه والاثار التي تترتب على الخلع، والحالات التي من الممكن ان تلجأ اليها المرأة بعد ان يعجز القاضي عن الاصلاح بينهما، وقد اتضح لدينا ان بعض فقهاء الحنابلة والجعفرية قد عدوا التفريق الذي يقع نتيجة المخالعة فسخ للعقد وليس طلاقاً بائناً بينونة صغرى كما ذهب اليه بقية المذاهب الاسلامية، ويمكن ان نلتمس دور العرف هنا من خلال تغير

---

(١) نقلاً عن طلال مشعل، المصدر السابق، ص٤.

(٢) ابن قدامة المقدسي، المغني، ج٨، المصدر السابق، ص١٨٢؛ ابن قدامة المقدسي، الشرح الكبير على متن المقنع، ج٨، المصدر السابق، ص١٧٧.

(٣) سورة البقرة، الآية: (٢٢٩)

(٤) ابو القاسم الحلي، المختصر النافع المصدر السابق، ص٢٢٨؛ الطوسي، المبسوط، المصدر السابق، ص٣٣٣.

متطلبات الحياة من زمان الى زمان اخر ومن مكان الى مكان اخر فكل هذا من الممكن ان يدخل في الحالات التي قد توجب على المرأة الى اللجوء للمخالعة، كما يتضح من موقف فقهاء المسلمين حول الفاظ الخلع صحة وقوعه باي لفظ يدل عليه، بدليل وقوعه بلفظ البيع والشراء، وبألفاظ الطلاق الصريحة، والكنائية متى عرف استعمالها فيه، ومتى استعمل لفظ دال عليه حصل به ثم يخضع اللفظ المتعارف عليه بين الناس لأحكام المذهب في كونه فسخ او طلاق[1].

الفرع الثاني

اعمال العرف في الخلع قانوناً

لأهمية الخلع وما قد يكون للعرف دور فيه، فلم تغفل القوانين المقارنة من النص على الخلع بكل ما يتعلق به من احكام واثار، فضلاً عن موقف فقهاء القانون اللذين بحثوا احكام الخلع بشكل مفصل موضحين اهم الاحكام التي تترتب على الخلع، عليه يمكن البحث هنا في دور العرف في المخالعة لدى فقهاء القانون وذلك في المقصد الاول، وكذلك بيان دور العرف في المخالعة لدى التشريعات المقارنة في المقصد الثاني.

المقصد الاول/ اعمال العرف في المخالعة في الفقه القانوني/لقد ذهب جانب من الفقه[2]، في العراق الى القول: المرأة اذا ابغضت زوجها ولم تستطع الاستمرار معه في الحياة الزوجية، وخشيت ان لا تقيم حدود الله، فلها ان تفتدي نفسها لقاء عوض مالي تدفعه للزوج مقابل ايقاع الطلاق، ويعد الخلع يمين من جانب الزوج ومعاوضة من جانب الزوجة، فتراعي احكام اليمين من جانبه واحكام المعاوضة من جانبها، ويعد الخلع في حالة تمامه بين الزوجين طلاق بائن بينونة صغرى، كما قد يكون الخلع بصيغة صريحة متعارف عليها بين الناس ان المقصود منها الطلاق الخلعي، وقد تكون اللفظ كناية وهو ما ساد بين الناس على قصد الخلع فيها على شرط ان يذكر فيها العوض لإمكانية ايقاع الطلاق الخلعي وهذا كان مشابهاً لموقف اغلب فقهاء المسلمين اذا اعطى للعرف دور في ايضاح القصد من بعض الفاظ الكناية في الطلاق الخلعي.

ويمكن القول انه اذا تضرر الزوج من زوجته كان له طلاقها ليتخلص منها، اما الزوجة فاذا تضررت وكرهت زوجها كان لها ان تلجأ الى المخالعة وفداء نفسها منه بالمهر المدفوع لها، وهذا مشروط برضا الزوج وموافقته، فاذا حاولت الزوجة الاتفاق مع زوجها على الطلاق ورفض فان الزوج في هذه الحالة يكون مضراً بزوجته، واذا حصل ذلك فللقاضي ايقاع الطلاق جبراً عن الزوج

---

(1) الهام عبدالله عبدالرحمن باجنيد، اثر العرف في الفرق ومتعلقاتها من احكام، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الشريعة والدراسات الاسلامية، جامعة ام القرى، ٢٠٠٣، ص٢٥٣.

(2) د. احمد علي الخطيب، المصدر السابق، ص١٦٤؛ د. فاروق عبدالله كريم، الوسيط في شرح قانون الاحوال الشخصية العراقي، دون دار نشر ومكان نشر، ٢٠٠٣، ٢٢٣؛ جمعة سعدون الربيعي، المصدر السابق، ص١٦٢.

كالطلاق للضرر، لان الضرر يزال ولا تحكم المحكمة بالتطليق للخلع الا بعد عرض الصلح بين الزوجين عن طريق التحكيم واعطاء المدة الكافية لذلك، ويمكن هنا لتغير اعراف الناس واحوالهم ان نغير من هذه الوسائل بما يحقق الغاية المرجوة وهي ان التفريق هو العلاج النهائي لمشكلة استعصت بين الزوجين، فقد يعطى للقاضي سلطة التحري عن وضع الزوجين والتعرف على اسباب طلب الزوجة الخلع حتى لا تكون الزوجة في بعض الحالات كما هو ملاحظ من واقع حياة الناس واعرافهم انها مغلوبة على امرها في طلب التطليق، وليس ذلك خيارها ولو اعطينا القاضي والزوجين فسحة من الوقت الكافي فان الزوجة قد تتراجع عن طلب الفراق، وكذلك فان طلب الزوجة يصبح لازماً اذا اقتنع القاضي بذلك وحكم به، لان الرسول صلى الله عليه وسلم امره بالتطليق لعلمه باستحالة الحياة الزوجية بينهما[١].

المقصد الثاني/ اعمال العرف في المخالعة في التشريعات المقارنة/ ان للمخالعة اهمية لا يمكن اغفالها لهذا فقد سعت اغلب التشريعات القانونية النص على احكامها وتناولها بشكل مفصل يتم الرجوع اليها من قبل القاضي في حالة عرض نزاع عليه يتعلق بالمخالعة، فنص قانون الاحوال الشخصية العراقي على احكام الخلع في المادة (٤٦) في الفقرة الاولى من المادة المذكورة على ان "الخلع ازالة قيد الزواج بلفظ الخلع او ما في معناه، وينعقد بإيجاب وقبول امام القاضي مع مراعاة احكام المادة التاسعة والثلاثين من هذا القانون" ونص في الفقرة الثانية من المادة نفسها على انه "يشترط لصحة الخلع ان يكون الزوج اهلاً لإيقاع الطلاق وان تكون الزوجة محلاً له، ويقع بالخلع طلاق بائن". كما نص في الفقرة الثالثة من المادة نفسها على انه "للزوج ان يخالع زوجته على عوض اكثر او اقل من مهرها".

يتضح مما تقدم من نصوص اوردها المشرع العراقي في قانون الاحوال الشخصية ان المشرع قد عالج احكام الخلع ونص على شروطه واحكامه وان كان الملاحظ على موقف المشرع انه قد نص على الخلع بشكل مختصر لا يتلائم مع اهمية الموضوع، كما انه لم يشر الى العرف صراحة في مسائل الخلع لكن يمكن الرجوع الى المادة الاولى من قانون الاحوال الشخصية التي اشارت الى الرجوع الى مبادئ الشريعة الاسلامية الاكثر ملائمة لنصوص القانون[٢]، فيما يتعلق

---

[١] د. مصطفى ابراهيم الزلمي, مدى سلطان الارادة في الطلاق, ط٣, دار الجامعة للنشر, بغداد, دون سنة نشر, ص٣٢٨؛ د. احمد بن محمد احمد كليب, الاحوال الشخصية, دار النفائس للنشر, الاردن, ٢٠٠٩, ص١٣٢؛ الهام عبدالله عبدالرحمن باجنيد، المصدر السابق، ص٢٤٨؛ غرابي عادل، مكانة العرف في المنظومة التشريعية الأسرية في الجزائر، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة زيان عاشور، الجلفة، ٢٠٢٠، ص٥٥.

[٢] نصت المادة الاولى من قانون الاحوال الشخصية العراقي على ان "١. تسري النصوص التشريعية في هذا القانون على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها ٢. إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون ٣. تسترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي أقرها القضاء والفقه الإسلامي في العراق وفي البلاد الإسلامية الأخرى التي تتقارب قوانينها من القوانين العراقية. ".

بصيغ المخالعة. ولكن يمكن القول من تعريفه للخلع نجد ان هناك اشارة غير مباشرة في الفقرة الاولى من المادة المذكرة آنفاً يتم من خلالها الرجوع الى الاعراف السائدة فقد اورد المشرع في الفقرة المذكورة مصطلح "او ما في معناه" ويقصد به ما في معنى الخلع فقد يتغير المصطلح الذي يدل على الخلع بتغير الزمان والمكان وتتغير معه الفاظ الخلع، وبهذا يكون الموقف القانوني مطابقاً لموقف فقهاء المسلمين من اعطاء دور للعرف في تحديد معنى الخلع وخاصة عند اللفظ الكنائي، ومن هذه الالفاظ التي تعارف عليها بانها تدل على الطلاق الخلعي مثل "خالعتكِ او بارأتكِ او طلقتكِ بالف درهم" لهذا فيمكن ان تكون هذه الفقرة مرجعاً يتم الرجوع اليها اذا اظهر العرف لنا الفاظ اخرى تدل على الخلع، ويتم بها ايقاع الطلاق الخلعي[1].وبين المشرع العراقي في الفقرة الثانية والثالثة من المادة نفسها شروط واحكام الخلع التي يجب ان يلتزم فيها الزوجين عند المخالعة ولا يجوز تجاوزها، لأنها من الاحكام المقررة في القانون بالاستناد لما اورده الشرع.

ونص قانون الاحوال الشخصية الاماراتي في المادة (١١٠) على ان "١. الخلع عقد بين الزوجين يتراضيان فيه على انهاء عقد الزواج بعوض تبذله الزوجة او غيرها ٢. يصح في مسمى بدل الخلع ما تصح تسميته في المهر، ولا يصح التراضي على إسقاط نفقة الاولاد او حضانتهم ٣. اذا لم يصح البدل في الخلع وقع الخلع واستحق الزوج المهر ٤. الخلع فسخ ٥. استثناءً من احكام البند (١) من هذه المادة، اذا كان الرفض من جانب الزوج تعنتاً، وخيف الا يقيما حدود الله، حكم القاضي بالمخالعة مقابل بدل مناسب". كما نص في المادة (١١١) من القانون نفسه على انه "يشترط لصحة البدل في الخلع اهلية باذل العوض، واهلية الزوج لإيقاع الطلاق"

ويتضح مما تقدم من نصوص قانون الاحوال الشخصية الاماراتي الواردة في المادة (١١٠) انه بين في الفقرة الاولى من المادة اعلاه ان الخلع هو عبارة عن عقد تبذل فيه الزوجة عوض مالي لقاء ايقاع الطلاق عليها من قبل الزوج ويكون هذا الطلاق الخلعي عن طريق التراضي بين الزوجين، ووضح المشرع في الفقرة الثانية من المادة اعلاه انه يصح في مسمى الخلع ما تصح تسميته في المهر وفي هذه الفقرة دلالة على دور العرف في الخلع من إذا تغير المسمى في الخلع من ناحية، تغير الفاظ المخالعة بتغير الزمان والمكان، من ناحية اخرى قد ربط المشرع مسمى الخلع بتسمية المهر فما يصح تسميته مهراً بموجب العرف السائد يصح تسميته في المخالعة لان الثابت ان بعض المصطلحات الخاصة بالمهر والخلع تتغير بتغير اعراف الناس للدلالة على المخالعة، كما تتغير المصطلحات التي تطلق على المهر بتغير العرف الدارج بين الناس، ووضح

(1) د. فاروق عبدالله كريم، المصدر السابق, ص٢٢٣؛ احمد شامي، قانون الاسرة الجزائري، دار الجامعة الجديد للنشر، الاسكندرية، ٢٠١٠، ص٢٣٣.

المشرع في الفقرة الثالثة من المادة نفسها اذا استخدم مصطلح البدل للدلالة على الخلع الا ان هذا المصطلح غير واضح فان الخلع تنازل الزوجة عن حقوقها التي تترتب على الطلاق، كما بين المشرع الاماراتي في الفقرة (٤) ان الطلاق الخلعي الذي يقع هو فسخ وليس طلاق ويترتب عليه ما يترتب على الفسخ وهذا بخلاف ما ذهب اليه اغلب فقهاء المسلمين اللذين صرحوا بان الخلع هو طلاق بائن وليس فسخ، وقد نص المشرع في الفقرة الاخيرة من المادة اعلاه على استثناء مهم وهو انه في حالة عدم رغبة الزوج بالمخالعة اذا وجد القاضي في استمرار الزواج مضرة للزوجة يحكم بالمخالعة دون ارادة الزوج وذلك استثناءً من الفقرة الاولى من المادة اعلاه. واخيراً نص المشرع الاماراتي في المادة (١١١) من القانون نفسه على انه يشترط في الزوجة ليصح المخالعة ان تكون اهلاً لبذل العوض كما يشترط في الزوج ان يكون اهلاً لإيقاع الطلاق[١].

اما المشرع السوري فقد نص على احكام المخالعة بشكل مفصل في المواد (٩٥-١٠٤)، فقد نص في المادة على ان "١. يشترط لصحة المخالعة ان يكون الزوج اهلاً لإيقاع الطلاق والمرأة محلاً له ٢. المرأة التي لم تبلغ سن الرشد اذا خولعت لا تلتزم ببدل الخلع الا بموافقة ولي المال". ونص في المادة (٩٦) من القانون اعلاه على انه "لكل من الطرفين الرجوع عن ايجابه في المخالعة قبل قبول الاخر". كما نص في المادة (٩٧) على انه "كل ما صح التزامه شرعاً صلح ان يكون بدلاً في الخلع". ونص في المادة (٩٨) من القانون نفسه على انه "اذا كانت المخالعة على مال غير المهر لزم اداؤه برئت ذمة المتخالعين من كل حق يتعلق بالمهر والنفقة والزوجية". اما في المادة (٩٩) فقد نص على انه "اذا لم يسم المتخالعان شيئاً وقت المخالعة برئ كل منهما من حقوق الاخر بالمهر والنفقة الزوجية". اما في المادة (١٠٠) فقد نص على انه "اذا صرح المتخالعان بنفي البدل كانت المخالعة في حكم الطلاق المحض ووقع بها طلقة رجعية".

في حين نص في المادة (١٠١) على انه "نفقة العدة لا تسقط ولا يبرأ الزوج المخالع منها الا اذا نص عليها صراحة في عقد المخالعة". ونص في المادة (١٠٢) على انه "١. اذا اشترط في المخالعة اعفاء الزوج من اجرة ارضاع الولد او اشترط إمساك امه له مدة معلومة وانفاقها عليه فتزوجت او تركت الولد يرجع الزوج على الزوجة بما يعادل اجرة ارضاع الولد او نفقته عن المدة الباقية ٢. اذا كانت الام معسرة وقت المخالعة او اعسرت فيما بعد يجبر الاب على نفقة الولد وتكون ديناً له على الام". في حين نص في المادة (١٠٣) من القانون اعلاه على انه "اذا اشترط الرجل في المخالعة إمساك الولد عنده مدة الحضانة صحت المخالعة وبطل الشرط وكان

[١] د. محمد خليل سلمان محسن الديسي، المصدر السابق، ص٢٩٨.

لحاضنته الشرعية اخذه منه ويلزم ابوه بنفقته واجرة حضانته ان كان الولد فقيراً" واخيراً نص في المادة (١٠٤) من القانون اعلاه على انه "لا يجري التقاص بين نفقة الولد المستحقة على ابيه ودين الاب على الحاضنة".

ان المشرع السوري في قانون الاحوال الشخصية قد بحث في احكام الخلع بشكل مفصل بكل ما يتعلق به، فقد بين في المادة (٩٥) من القانون اعلاه انه يلزم لصحة الطلاق الخلعي ان يكون الزوج اهلاً لإيقاع الطلاق الخلعي وان تكون الزوجة محلاً له، كما اشترط في المادة نفسها ان تكون الزوجة بالغة سن الرشد ليصح البدل الذي تقدمه للزوج للمخالعة، اما اذا لم تكن بالغة سن الرشد فيلزم ان يوافق وليها المالي على بدل الخلع، ووضح المشرع في المادة (٩٦) انه يكون لكلا الزوجين الرجوع عن ايجابهم في المخالعة اذا لم يصدر قبول من الطرف الاخر، واكد المشرع في المادة (٩٧) انه كل ما يصح التزامه شرعاً يصح ان يكون بدلاً في المخالعة اما الذي لا يصح ان يكون التزاماً شرعاً او عرفاً فانه لا يكون بدلاً، كما لو خالعت الزوجة زوجها على كمية من الخمور او من المحرمات التي لا تصح ان تكون التزاماً، هنا يبطل الالتزام ويصح الخلع، ويمكن ملاحظة دور العرف في المادة (٩٨) من القانون اعلاه بانه اذا كانت المخالعة على مال غير المهر لزم اداؤه فهنا يمكن ان يظهر لنا دور العرف لتقسيمه بدل الخلع بدلاً من المهر فما يتعارف عليه الناس كبدل للعرف فيصح البدل وتقع المخالعة، اما المادة (٩٩) فيتبين لنا انه اذا لم يسم المتخالعان شيئاً من البدل وقت المخالعة يبرئ كل منهما من حقوق الاخر بالمهر والنفقة والزوجية، وفي المادة (١٠٠) يبين لنا المشرع انه اذا تم نفي البدل في المخالعة يكون حكم الطلاق المحض ويقع بها طلقة رجعية، واخيراً في المادة (١٠١) يؤكد المشرع ان نفقة العدة لا تسقط بالمخالعة ولا يبرئ منها الزوج الا اذا نص عليها صراحة في عقد المخالعة[١].

اما المشرع الجزائري فقد نص في المادة (٥٤) من قانون الاسرة الجزائري على انه "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج ان تخالع نفسها بمقابل مالي، اذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم".

ان نص المشرع الجزائري في المادة اعلاه على احكام الخلع كان يشوبه الكثير من النقص لا يتلائم مع اهمية موضوع الخلع فقد اكتفى المشرع الجزائري النص على الخلع بمادة واحدة جامعاً فيها بعض احكامها بشكل مختصر، اذ بين المشرع انه للزوجة ان تطالب بالخلع امام القضاء من زوجها ولو بدون موافقته وذلك بمقابل مالي، وقد الزم المشرع القاضي ان يحكم

[١] ممدوح عطري، قانون الاحوال الشخصية السوري، مؤسسة النوري للنشر، دمشق، ٢٠٠٥م، ص٣٩؛ د. احمد نصر الجندي، المصدر السابق، ص٩٤.

ببدل لا يتجاوز قيمة الصداق او مهر المثل المتعارف عليه بين الناس وذلك من خلال الرجوع الى الاعراف السائدة لتحكيمها المقدار المالي الذي تبذله الزوجة للزوج من اجل ايقاع الطلاق الخلعي من قبل الزوج وان هذا المثل محدد بموعد او يوم صدور حكم المخالعة اي انه المشرع في هذا النص فتح مجالاً واسعاً لرجوع القاضي للعرف فقد يتغير المثل من وقت الى وقت اخر ومن مكان الى مكان اخر وعلى القاضي هنا ان يتقيد بالمثل المتعارف عليه بين الناس عند صدور الحكم، كما جعل المشرع الجزائري ايقاع الطلاق الخلعي يتم في بعض الاحيان دون موافقة الزوج وبمجرد تقديم طلب من قبل الزوجة وتقديمها العوض المالي للزوج، وهذا الموقف لم يرد عن فقهاء المسلمين وانما هو اجتهاد من المشرع الجزائري استناداً لما هو متعارف عليه في المجتمع الجزائري من منح حق الخلع للزوجة حتى وان لم يوافق الزوج على المخالعة[١].

ويتضح لنا من كل ما تقدم من موقف القوانين المقارنة انها جميعاً قد نصت على الخلع واحكامه وان كانت بعض التشريعات قد نصت على احكام الخلع بشكل مختصر لا يتلائم مع اهمية الموضوع كما هو الحال عليه لدى القانون الجزائري الذي بحث احكام الخلع بشكل مختصر على خلاف موقف المشرع السوري الذ بحث احكام الخلع بشكل مفصل مبيناً الاحكام التي تترتب على كل جزئية من جزئياته، والملاحظ على موقف التشريعات المقارنة انها جميعاً لم تشر بشكل صريح الى الدور الذي من الممكن ان يلعبه العرف في بعض احكام وشروط الخلع، وان كانت هذه التشريعات قد نصت بشكل غير مباشر للدور الذي من الممكن ان يكون للعرف فيه، اذ ذكر المشرع العراقي في الفقرة الاولى من المادة (٤٦) من قانون الاحوال الشخصية العراقي "او ما في معناه" وهذا فيه دلالة على تغير تلفظ الخلع بتغير الزمان والمكان، لهذا اذا اظهر لنا العرف لفظ جديد لم يكن موجوداً في السابق للدلالة على الخلع فيمكن اعتماد هذا اللفظ، كما يظهر دور العرف في الشق الاخير من المادة نفسها اذ ذكر المشرع " للزوج أن يخالع زوجته على عوض أكثر أو أقل من مهرها" وقد ذهب جمهور فقهاء المسلمين من الحنفية، والشافعية، والمالكية، والحنابلة إلى القول بعدم وجود حدّ مُعيّن للبدل، أو العِوض الذي تدفعه المرأة لزوجها في مقابل خلعها؛ فقد يقلّ هذا العِوض عن صداقها، وقد يزيد، والعبرة في أن يكون هذا العوض عن تراضٍ واتّفاق بينهما، وفي حالة عدم الاتفاق يتم الرجوع الى العرف لتحديد العوض، وقد جاء في الأثر عن كثير بن أبي كثير أنّ امرأة نشزت على زوجها، فرفع أمرها إلى عمر بن الخطاب (رضي الله

(١) احمد شامي، المصدر السابق، ص٢٣٣؛ بلحاج العربي، أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي، ج٤، المطبوعات الجامعية للنشر، الجزائر، ١٩٩٦م، ص٢٦٢؛ غرابي عادل، المصدر السابق، ص٥٣.

عنه)، فأمرَ زوجها أن يخلعها ولو من قرطها[1] وبالرغم من هذا الموقف الدال على امكانية الرجوع الى العرف للدلالة على الفاظ الخلع، فانه كان الاجدر بالمشرع ان يورد فقرة تشير الى امكانية الرجوع الى الاعراف السائدة للدلالة على الخلع، لهذا يمكن ان نقترح نص قانوني في هذا الصدد يكون فيها للعرف دور في المخالعة ويكون النص كالتالي:**"الخلع ازالة قيد الزواج بلفظ الخلع او بأي لفظ تعارف عليه الناس او جرت به العادة وينعقد بايجاب وقبول وللدلالة على الفاظ الخلع من الممكن الرجوع الى الالفاظ التي اقرتها الاعرف السائدة على ان لا تخالف احكام الشرع والقانون ويصح الخلع بموجب اللفظ الذي اقره العرف"**

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

اولاً: النتائج:

١. توصلنا من خلال البحث بأن العرف يعني اعتياد الناس على اتباع سلوك معين لفترة طويلة من الزمن حتى يتولد الاعتقاد لديهم بإلزامية هذا السلوك وترتب الجزاء على مخالفته على ان لا يتعارض العرف مع نص قانوني او شرعي.

٢. دلت الأدلة الواردة في القرآن والسنة النبوية وعمل الصحابة على مشروعية الاعتداد بالعرف كلما دعت الحاجة لذلك في حالة قصور النص عن حسم النزاع او كون الدليل المتوفر ضني الثبوت فيتم الرجوع للعرف السائد كونه من المصادر المكملة في اصدار الاحكام.

٣. يعد العرف في تشريعات قوانين الاحوال الشخصية المقارنة مصدراً احتياطياً يمكن الرجوع اليه كلما دعت الحاجة لذلك في حالة عدم وجود ادلة في تشريعات القوانين والشريعة الاسلامية.

٤. ان للعرف تأثير على الصيغة المعتمدة في انحلال الزواج بما يتفرع عنه من طلاق ومخالعة وتفريق وفرق تلقائية.

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

ثانياً: التوصيات:نقترح على المشرع العراقي تعديل المادة (السادسة والاربعون) وفق الاتي:

([1]) نقلاً عن طلال مشعل، المصدر السابق، ص٥.

١. الخلع ازالة قيد الزواج بلفظ الخلع او بأي لفظ تعارف عليه الناس او جرت به العادة وينعقد بايجاب وقبول وللدلالة على الفاظ الخلع من الممكن الرجوع الى الالفاظ التي اقرتها الاعرف السائدة على ان لا تخالف احكام الشرع والقانون ويصح الخلع بموجب اللفظ الذي اقره العرف.

٢. ينعقد الخلع بإيجاب وقبول أمام القاضي مع مراعاة أحكام المادة التاسعة والثلاثين من هذا القانون.

٣. يشترط لصحة الخلع أن يكون الزوج أهلاً لإيقاع الطلاق وأن تكون الزوجة محلاً له ويقع بالخلع طلاق بائن

٤. للزوج أن يخالع زوجته على عوض أكثر أو أقل من مهرها، وكل ما يصح التزامه عرفاً يصلح ان يكون عوضاً في الخلع على ان لا يخالف الشرع والقانون.

قائمة المصادر والمراجع

بعد كتاب الله القرآن الكريم

أولاً: كتب التفسير:

١-الطبري, محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الآملي، أبو جعفر الطبري, جامع البيان في تأويل القرآن, تحقيق: أحمد محمد شاكر, ج٥, ط١, مؤسسة الرسالة للنشر, دون مكان نشر, ٢٠٠٠م.

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

٣-محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، ابو الوليد، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، حققه: د محمد حجي وآخرون، ج٤، ط٢، دار الغرب الإسلامي، بيروت، م١٩٨٨.

ثانياً: كتب الحديث والشروح واصول الفقه:

أ: كتب الحديث:

١-ابن بطال أبو الحسن علي بن خلف بن عبد الملك, شرح صحيح البخاري لابن بطال, تحقيق: أبو تميم ياسر بن إبراهيم, ج٧, ط٢, مكتبة الرشد للنشر, السعودية,٢٠٠٣م.

٢-أبي عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني, مسند الإمام أحمد, تحقيق: شعيب الأرنؤوط, ط١، مؤسسة الرسالة، من دون مكان نشر، ٢٠٠١ م.

٣-أحمد بن شعيب أبو عبد الرحمن النسائي، سنن النسائي، تحقيق : عبدالفتاح أبو غدة، ج٦، ط٢، مكتب المطبوعات الإسلامية للنشر، حلب، ١٩٨٦م.

٤-البخاري، النفقات، ج٥, دار الفكر للنشر, بيروت، ١٩٩٥.

ب: كتب شروح الحديث وأصول الفقه:

شروح الحديث:

١-عبدالعزيز بن أحمد بن محمد، علاء الدين البخاري، كشف الأسرار، ج٣، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٧م.

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

اصول الفقه عامة:

ثالثاً: الفقه الاسلامي:

الفقه الحنفي:

١- أبو عبد الله، شمس الدين محمد بن محمد بن محمد المعروف بابن أمير حاج ويقال له ابن الموقت الحنفي, التقرير والتحبير, ج١, ط٢, دار الكتب العلمية للنشر, ١٩٨٣م.

٢- ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي ن عابدين، حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج٣، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، ٢٠٠٠م.

٣- أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابى الحنفى بدر الدين العينى، البناية شرح الهداية، ج٥، ط١، دار الكتب العلمية للنشر، بيروت، ٢٠٠٠.

٤- أحمد بن علي أبي بكر الرازي الجصاص الحنفي، الفصول في الأصول، ج٤، ط٢، وزارة الأوقاف الكويتية، ١٩٩٤م.

٥- زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري، الْأَشْبَاهُ وَالنَّظَائِرُ، ج١، ط١، دار الكتب العلمية للنشر، بيروت، ١٩٩٩م.
٦- علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج٣، ط٢، دار الكتب العلمية للنشر، بيروت، ١٩٨٦.
٧- محمد أمين بن عمر ابن عبد العزيز عابدين الدمشقي، ابن عابدين، رسائل ابن عابدين، رسالة نشر العرف، ج٢، ط١، عالم الكتب للنشر، مصر، من دون سنة نشر.
٨- محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، أصول السرخسي، ج١، دار المعرفة للنشر، بيروت.

الفقه المالكي:

١- الدسوقي, محمد ابن عرفه الدسوقي, حاشية الدسوقي على الشرح الكبير, ج٢, تحقيق محمد عليش, دار الفكر للنشر, بيروت
٢- أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي، الحاوي الكبير، تحقيق: الشيخ علي محمد معوض، ج٥، ط١، دار الكتب العلمية للنشر، بيروت، ١٩٩٩م.
٣- شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرُّعيني المالكي، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ج٤، ط٣، دار الفكر للنشر.
٤- شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي ابو العباس الشهير بالقرافي، شرح تنقيح الفصول، ط١، مكتبة الكلية الازهرية للنشر، القاهرة، ١٩٧٣م.
٥- محمد بن أحمد بن محمد عليش، أبو عبد الله المالكي، منح الجليل شرح مختصر خليل، ج٤، دار الفكر للنشر، بيروت، ١٩٨٩م.
٦- محمد بن عبد الله الخرشي المالكي أبو عبد الله، شرح مختصر خليل، ج٣، دار الفكر للطباعة، بيروت، دون سنة نشر.
٧- شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي ابو العباس الشهير بالقرافي، الفروق، تحقيق: خليل المنصور، ج١، دار الكتب العلمية للنشر، من دون مكان نشر، ١٩٩٨م.

الفقه الشافعي:

١-أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، المهذب في فقة الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية للنشر، بيروت
٢-شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي, مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج, ج٣, ط١, دار الكتب العلمية للنشر, ١٩٩٤م.
٣-محمد بن محمد الغزالي أبي حامد، المستصفى من علم الأصول، تحقيق: محمد عبد السلام الشافعي، ط١، بيروت، ١٤١٣هـ.

الفقه الحنبلي:

١-علاء الدين أبي الحسن علي بن محمد بن عباس البعلي الدمشقي الحنبلي، ابن اللحام، القواعد والفوائد، تحقيق: عبد الكريم الفضيلي، المكتبة العصرية للنشر، من دون مكان نشر، ١٩٩٩ م.
٢- موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد ابو محمد، الشهير بابن قدامة المقدسي، المغني، تحقيق: الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي، والدكتور عبد الفتاح محمد الحلو، ج١٠، ط٣، عالم الكتب للنشر، الرياض، ١٩٩٧م.

الفقه الجعفري:

١-ابو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلي، المختصر النافع في فقه الامامية، ط٣، دار الاضواء للنشر، بيروت، ١٩٨٥م.
٢-ابى جعفر محمد بن الحسن الطوسي، كتاب الخلاف، ج٥، مؤسسة النشر الاسلامي، قم، ١٤٢٠ه.
٣-ابو جعفر محمد بن الحسن بن علي الطوسي, المبسوط في فقه الإمامية, صححه وعلق عليه محمد الباقر البهبودي, ج٤, دار الكتب الإسلامي للنشر, بيروت, ١٩٩٢م.

رابعاً: كتب اللغة:

١-ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبدالسلام هارون، ج٤، دار الفكر، بيروت، لبنان، ١٩٧٩.
٢-ابن منظور، لسان العرب، ج٩، دار صادر، بيروت، لبنان، ١٤١٤هـ.
٣-أحمد مختار عبد الحميد عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، ج٢، ط١، عالم الكتب للنشر، بيروت، ٢٠٠٨م.
٤-الرازي، زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي، مختار الصحاح، تحقيق: يوسف الشيخ محمد، ج١، ط٥، المكتبة العصرية، الدار النموذجية، بيروت، صيدا، ١٩٩٩م.

خامساً: كتب الفقه الاسلامي والقانون الحديث:

١-إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي، الموافقات، ج٢، ط١، دار ابن عفان للنشر، ١٩٩٧م.
٢-أبي عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي الرازي الملقب بفخر الدين الرازي خطيب الري، المحصول، دراسة وتحقيق: الدكتور طه جابر فياض العلواني، ط٣، مؤسسة الرسالة للنشر، ١٩٩٧م.
٣-احمد بن علي بن احمد سير المباركي، العرف واثره في الشريعة والقانون، ط٤، من دون دار نشر ومكان نشر، ٢٠١٤م.
٤-احمد بن محمد احمد كليب, الاحوال الشخصية, دار النفائس للنشر, الاردن, ٢٠٠٩.
٥- احمد شامي، قانون الاسرة الجزائري، دار الجامعة الجديد للنشر، الاسكندرية، ٢٠١٠.
٦-احمد علي الخطيب واخرون، شرح قانون الاحوال الشخصية، ط١، دار ابن الاثير للطباعة والنشر، الموصل، ١٩٨٠م.
٧-احمد فهمي ابو سنة، العرف والعادة في رأي الفقهاء، دار المعرفة للنشر، بيروت، ١٩٩٩.

٨-احمد نصر الجندي، الاحوال الشخصية في القانون السوري، دار الكتب القانونية للنشر، مصر، ٢٠٠٩م.
٩-احمد نصر الجندي، الاحوال الشخصية في قانون الامارات العربية المتحدة دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠١٠.
١٠-اسعد عبد الغني الكفراوي، الاستدلال عند الأصوليين، ط٢، دار السلام للطباعة والنشر، مصر، ٢٠٠٥ م.
١١-البرديسي, أصول الفقه, دار المعرفة للنشر, دون مكان وسنة نشر.
١٢-تاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي, الاشباه والنظائر, ج١, ط١, دار الكتب العلمية للنشر, دون مكان نشر, ١٩٩١.
١٣-بلحاج العربي، أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي، ج٤، المطبوعات الجامعية للنشر، الجزائر، ١٩٩٦م.
١٤-جمعة سعدون الربيعي، المرشد الى اقامة الدعاوى الشرعية وتطبيقاتها العملية، المكتبة القانونية للنشر، بغداد،
١٥-زين الدين أبي الفرج عبد الرحمن ابن شهاب الدين البغدادي ثم الدمشقي الشهير بابن رجب، فتح الباري، ج٢، ط٢، دار ابن الجوزي للنشر، السعودية، ١٤٢٢ه.
١٦-السيد صالح عوض، اثر العرف في التشريع الاسلامي، دار الكتاب الجامعي للنشر، القاهرة، من دون سنة نشر، ص١٨٩.
١٧-السيوطي، الاشباه والنظائر، ج١، دار الكتب العلمية بيروت، ١٤٠٣ه.
١٨- الشاطبي، إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي، الاعتصام، تحقيق: سليم بن عيد الهلالي، ط١، دار ابن عفان للنشر، السعودية، ١٩٩٢م.
١٩-الشيخ كمال الدين جعيط، العرف، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ج٥.
٢٠-عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، ج١، ط١، دار القلم للنشر، الكويت، ١٩٨٦م.
٢١-عبدالكريم الطالب، العرف في القانون المدني المغربي، ط١، مكتبة المعرف للطباعة والنشر، مراكش، ٢٠١٥.
٢٢-العلامة محمد الزهري الغمراوي، السراج الوهاج على متن المنهاج، ج١، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٩٩.
٢٣-علي حيدر خواجه أمين أفندي، درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، تعريب: فهمي الحسيني، ط١، دار الجيل، ١٩٩١م.
٢٤-فاروق عبدالله كريم، الوسيط في شرح قانون الاحوال الشخصية العراقي، دون دار نشر ومكان نشر، ٢٠٠٣.
٢٥-محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني، فتح القدير، ج٢، ط١، دار ابن كثير للنشر، دمشق، ١٤١٤ه.
٢٦-محمد خليل سلمان محسن الديسي، موسوعة الاحوال الشخصية في ضوء قانون الاحوال الشخصية لدولة الامارات العربية المتحدة، ط١، دار الفكر والقانون، ابو ظبي، ٢٠١٩.
٢٧-محمد زاهد الكوثري، مقالات الكوثري، طبعها ونشرها، راتب الحاكمي للنشر، دون مكان نشر، ١٣٨٨هـ.
٢٨-محمد مصطفى شلبي، اصول الفقه الاسلامي، الدار الجامعة، بيروت لبنان، من دون سنة نشر.
٢٩-محمود صالح المحمود العلواني، العرف واثره في الشريعة الاسلامية والقانون والوضعي، دار الفكر للنشر، بيروت
٣٠-مصطفى ابراهيم الزلمي, مدى سلطان الارادة في الطلاق, ط٣, دار الجامعة للنشر, بغداد, دون سنة نشر.
٣١-مصطفى احمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار القلم للنشر، دمشق، ١٩٩٨.
٣٢-مصطفى ديب البغا، أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي، ج٢، ط٣، دار العلوم للنشر، دمشق، ١٩٩٩م.
٣٣-ممدوح عطري، قانون الاحوال الشخصية السوري، مؤسسة النوري للنشر، دمشق، ٢٠٠٥م،
٣٤-النسفي، كشف الاسرار، ج٢، دار الكتب العلمية، بيروت، من دون سنة نشر.
٣٥-وهبة الزحيلي، اصول الفقه الاسلامي، ج١، دار الفكر، دمشق، ١٩٨٦.

سادساً: الرسائل والاطاريح الجامعية:

أ-الرسائل:

١-عماد شريفي، اعتبار العرف في مسائل الزواج واثاره في قانون الاسرة الجزائري، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بو ضياف، المسيلة، الجزائر، ٢٠١٥.
٢-غرابي عادل، مكانة العرف في المنظومة التشريعية الأسرية في الجزائر، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة زيان عاشور، الجلفة, ٢٠٠٠.
٣- الهام عبدالله عبدالرحمن باجنيد، اثر العرف في الفرق ومتعلقاتها من احكام، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الشريعة والدراسات الاسلامية، جامعة ام القرى، ٢٠٠٣.

ب-الاطاريح

سابعاً: البحوث والمنشورات في الدوريات:منشور على الموقع: https://al-maktaba.org/book/٨٣٥٦/١٠٩٩٨
١-الدكتور إبراهيم فاضل الدبو، نظرية العرف في الفقه الاسلامي، tps://al-maktaba.org/book/٨٣٥٦/١١٢٠٠
٢-طلال مشعل، شروط طلب الخلع، ص٤، ٢٠٠٢/٣/٩ https://mawdoo٣.com/%D

ثامناً: القرارات القضائية الغير منشورة:

تاسعاً: القوانين: القوانين العراقية: قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم(١٨٨) لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته.

القوانين العربية:

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