

المسائل التي بُنيت على العرف
في قانون الأحوال الشخصية العراقي
رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩م

Issues Based on Traditions in the Iraqi Personal Status

Law No. (188) of 1959

إعداد

م.د. غسان كريم عبد

Asst. Prof. Dr. Ghassan Kareem Abid

أ.د. ضياء حسين عبيد

Prof. Dr. Dhia Hussein Ubaid

Email: dr.dhya1976@gmail.com

Mob. : 07800200075

ملخص

يُعدّ العُرف مصدراً حيويّاً للشرعة والقانون، وتأتي حيويته من كونه يعكس بصدق حاجيات المواطنين ومطالبهم، والقواعد العرفية على خلاف القواعد القانونية التنظيمية لا تضعها الجهات التشريعية وإنما تنتج عن درج الناس على سلوك معين لمدة تصير فيها العادة عرفاً. وقد سبقت الشريعة الإسلامية القوانين الوضعية إذ جعلت للعرف مكاناً كمصدر من مصادر القانون إلى جانب النصوص القانونية المكتوبة، ذلك أن الشريعة الإسلامية تقيم أحكامها على أساس العدالة والرفق بالناس ورفع الحرج عنهم، وتستهدف تحقيق المصالح ودرء المفاسد.

Abstract :

Tradition is considered a vital source of Sharia and law, and its vitality stems from the fact that it faithfully reflects the needs and aspirations of citizens. Unlike regulatory legal rules, customary rules are not established by legislative bodies but rather emerge from people's consistent practice of a certain behavior until the habit becomes a tradition. Islamic Sharia preceded positive laws in granting tradition a place as a source of law alongside written legal texts, as Islamic Sharia bases its rulings on justice, kindness to people, and the removal of hardship, aiming to achieve benefits and prevent harm.

المقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد المبعوث رحمة للعالمين، وعلى آله وصحبه أجمعين، أما بعد :

فإن العرف يشكل مصدراً حيويّاً للشرعية والقانون، وتأتي حيويته من كونه يعكس بصدق حاجيات المواطنين ومطامحهم، والقواعد العرفية على خلاف القواعد القانونية التنظيمية لا تضعها الجهات التشريعية وإنما تنتج عن درج الناس على سلوك معين لمدة تصير فيها العادة عرفاً.

والعرف كونه يعكس بصدق حاجيات أفراد المجتمع، والشرعية الإسلامية سبقت القوانين الوضعية التي تجعل للعرف مكاناً كمصدر من مصادر القانون إلى جانب النصوص القانونية المكتوبة، ذلك الشريعة الإسلامية تقيم أحكامها على أساس العدالة والرفق بالناس ورفع الحرج عنهم، وتستهدف تحقيق المصالح ودرء المفاسد.

ولقد جاءت الشريعة الإسلامية وأقرت كثيراً من التصرفات والحقوق التي تعرف عليها قبل الإسلام، كما أتت بأحكام جديدة استوعبت بها تنظيم الحقوق والالتزامات بين الناس في حياتهم الاجتماعية على أساس الحاجة والمصلحة.

ولهذا تأثرت قوانين الأحوال الشخصية -ومنها العراقي- بالأعراف حيث جاءت كثير من النصوص القانونية معبرة عن الأعراف السائدة في المجتمع، فالعرف دليل شرعي كافٍ في ثبوت الأحكام الإلزامية والتفصيلية بين الناس حيث لا دليل سواه بل أنه يترك به القياس إذا عارضه لأن القياس المخالف في نتيجته للعرف الجاري يؤدي إلى حرج فيكون ترك الحكم القياسي والعمل بمقتضى العرف هو من قبيل الاستحسان المقدم على القياس.

- أهمية موضوع البحث :

- ١- هي دراسة غير مسبقة في الربط بين العرف ودوره في ضبط مسائل الأحوال الشخصية.
- ٢- كون مسائل العرف المتناولة من المسائل التي تعم بها البلوى، ولا يكاد يخلو منها بيت.
- ٣- تغير الأعراف عبر الزمان، احتيج معه لتغير الأحكام، وضوابطها في الوقت الحاضر.
- ٤- الحاجة إلى بيان مدى تأثير قانون الأحوال الشخصية العراقي بالعرف في صياغة نصوصه.

- مشكلة البحث :

تتلخص مشكلة البحث في تغير الأعراف التي اعتمد عليها الشارع، وجعلها مرجعاً في كثير من مسائل الأحوال الشخصية مثل : النفقة والكفاءة والرضاع والتعويض عن ضرر فسخ الخطوبة وغيرها من المسائل.

وتظهر مشكلة فيما يأتي :

- ما المقصود بالعرف الشرعي والقانوني وأحكامه ؟
- ما هي تطبيقات العرف وتأثيرها في قضاء الأحوال الشخصية ؟
- ما مدى تأثير قانون الأحوال الشخصية العراقي بالعرف في صياغة نصوصه ؟

- منهجية البحث :

المنهج المتبع في هذه الدراسة هو المنهج الوصفي التأصيلي، إذ عرفت المصطلحات، وذكرت الصور والأنواع، ثم قارنت آراء الفقهاء حيث يوردها الباحث حول مسائل الأحوال الشخصية التي تأثرت بالأعراف ومن ثم إيراد النص القانوني ذا العلاقة بالعرف. ثم وضعت الضوابط التي خلصت لها في نهاية كل مسألة لتكون نتيجة مفيدة، وخلاصة سهلة لكل قارئ، ودارس لهذا البحث.

- خلاصة البحث :

- قسمت البحث إلى مقدمة وثلاثة مطالب :
- المبحث الأول : العرف في اللغة والاصطلاح والقانون، وفيه مطلبان :
- المطلب الأول : العرف في اللغة والاصطلاح.
- المطلب الثاني : العرف في الاصطلاح القانوني.
- المبحث الثاني : آراء الأصوليين في حجية العرف، وعلاقة العرف بالنص القانوني، وفيه مطلبان :
- المطلب الأول : آراء الأصوليين في حجية العرف.
- المطلب الثاني : علاقة العرف بالنص القانوني.
- المبحث الثالث : المسائل التي بُنيت على العرف في قانون الأحوال الشخصية العراقي، وفيه مطلبان :

المطلب الأول : العرف في مسائل الزواج ومقدماته في قانون الأحوال الشخصية.
المطلب الثاني : أثر العرف في مسائل الطلاق في قانون الأحوال الشخصية العراقي.

المبحث الأول العُرف في اللغة والاصطلاح والقانون

المطلب الأول : العرف في اللغة والاصطلاح

العرف في اللغة : مصدر عرف يعرف عرفاً، وعرفاناً بكسر العين والراء وكلها تدل على معنى العلم وإدراك الشيء.^(١)

وأصل مادة العرف يدل على أمرين :

الأمر الأول : تتابع الشيء متصلاً لعضه ببعض، ومنه قوله تعالى (وَالْمُرْسَلَتِ عُرْفًا)^(٢)، أي الملائكة أرسلت متتابعة فهي مستعار من عرف الفرس.^(٣)

والأمر الثاني : الطمأنينة والسكون إلى الشيء، يقال : عرف فلان فلاناً عرفاناً ومعرفة، وعرفه عرفاناً، فهو عارف، وهذا يدل على سكونه إليه، أن من عرف شيئاً سكن إليه، ومن أنكر شيئاً توحش منه.^(٤)

ويأتي العرف أيضاً بمعنى والعرفان، والإقرار، والرائحة الطيبة، ولكن أجمع علماء اللغة أن الكلمة تطلق على الرائحة الطيبة، وهذا ما نقله ابن فارس^(٥)، بدليل قوله تعالى : (وَيُدْخِلُهُمُ الْجَنَّةَ عَرَفَهَا لَهُمْ)^(٦).

وفي الاصطلاح : تعددت تعريفات الفقهاء والأصوليين – القدماء والمعاصرين للعرف – وهذه التعريفات رغم تعددها إلا أنها متقاربة في مدلول هذه الكلمة.

فعرفه العلامة ابن عابدين الحنفي بقوله : ((عبارة عما يستقر في النفوس من الأمور المتكررة المعقولة عند الطباع السليمة)).^(٧)

(١) لسان العرب لابن منظور، ج ٢/ص ٧٤٦، الصحاح للجوهري، ج ٢/ص ٤١٠.

(٢) سورة المرسلات الآية : ١.

(٣) معجم مفردات القرآن للراغب الأصفهاني، ص ٣٧١.

(٤) لسان العرب لابن منظور، ج ٢/ص ٧٤٦، المعجم الوسيط، ابراهيم أنيس ومجموعة من الأساتذة.

(٥) مقاييس اللغة لابن فارس، ج ٤/ص ٢٨١.

(٦) سورة محمد الآية : ٦.

(٧) مجموعة رسائل ابن عابدين، ج ٢/ص ١٤٤.

وعرفه العلامة الجرجاني بقوله : ((ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول، وتلقته الطبائع بالقبول)).^(١)

وقال العلامة الأصولي فهمي أبو سنة : العرف هو ((الأمر الذي أطمأنت إليه النفوس، وعرفته، وتحقق قراراتها، وألفته مستندة في ذلك إلى استحسان العقل، ولم ينكره أصحاب الذوق السليم في الجماعة)).^(٢)

وعرفه الأستاذ الدكتور عبد الكريم زيدان رحمه الله بقوله : ((ما اعتاده الناس وساروا عليه في أمور حياتهم ومعاملاتهم من قول أو فعل أو ترك)).^(٣) ويخلص الباحث إلى أن التعريف الأقرب والأوفى هو التعريف الأخير للدكتور زيدان، وهو التعريف المختار عندي : لأنه جامع مانع ولا يخرج كثيراً عن معاني العرف لدى أصحاب المعاجم.

واختلف العلماء في العرف والعادة هل هما لفظان مترادفان لمعنى واحد أم هما مختلفان؟ فمن العلماء من عرفها بتعريف العرف ذاته ولم يفرق بينهما، مما يفضيه التلازم من بدوهما بمعنى واحد، وهذا ما ذكره ابن قدامة والإمام الجرجاني والإمام النسفي وابن عابدين، وسار على هذا المنهج الشيخ محمد أبو زهرة والدكتور عبد الكريم زيدان، والدكتور حسين حامد حسان. وهناك من العلماء من فرق بين العرف والعادة، وجعل العادة أعم من العرف، لأنها تشمل العادة الناشئة عن عامل طبيعي، والعادة الفردية، وعادة الجمهور التي هي العرف، فبينهما عموم وخصوص مطلق.^(٤)

لأن العادة أعم مطلقاً وأبداً، والعرف أخص، إذ هو عادة مقيدة بما تلقته الطبائع السليمة بالقبول، ثم أن التكرار في العرف يجب أن يكون أكثر مما في العادة، حتى تستقر النفوس عليه، فكل عرف هو عادة، وليست كل عادة عرفاً، لأن العادة قد تكون فردية أو مشتركة، وهذا ما ذهب إليه الكمال ابن همام الحنفي.^(٥)

وقد ذهب بعض العلماء المعاصرين : من جعل العادة أعم من العرف، حيث تطلق على العادة الجماعية، والعادة العرفية بينما لا يطلق العرف إلا على العادة الجماعية ومن هذا المنطلق

(١) التعريفات، للجرجاني، ص ١٣٠.

(٢) العرف والعادة عند الأصوليين، د. فهمي أبو سنة، ص ٨.

(٣) المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، د. عبد الكريم زيدان، ص ٦٣.

(٤) روضة الناظر، ج ٢/ص، التعريفات للجرجاني، ص ١٩٤، العدة في أصول الفقه لأبي يعلى الحنبلي، ج / ص،

مجموعة رسائل ابن عابدين، ج ٢/ص ١٤٤، أصول الفقه، زيدان، ص ٢٥٢.

(٥) التقرير والتحميد، ج ١/ص ٣٤٠.

يكون كل عرف عادة، ولا تكون كل عادة عرفاً، وممن قال بذلك الشيخ الدكتور مصطفى الزرقا، والدكتور فهمي أبو سنة والدكتور وهبة الزحيلي، والدكتور صالح السدلان.^(١)

ورغم هذا الخلاف إلا أن الفقهاء جعلوا العرف والعادة بمعنى واحد في الأقوال والأفعال وفي بناء الأحكام عليهما عند التفريغ، لأن العادة تنشأ بتكررها مرة بعد أخرى، واستمرارها يجعلها تستقر في النفوس فتسمى عرفاً.

فعندما يقولون : ((العادة محكمة))، أو ((العرف كالشرط)) فمرادهم العادة والعرف الذي يعتبر في بناء الأحكام الشرعية وجعل ألفاظ التصرفات عليه.

وحينما يقولون : ((هذا ثابت بالعرف والعادة))، لا يعنون أن العادة غير العرف، وإنما عطفها من قبيل التأكيد لا التأسيس.

وقد قرر الشيخ عبد الوهاب خلاف (رحمه الله) أن في لسان علماء الشرع لا فرق بين العرف والعادة.^(٢)

المطلب الثاني : تعريف العرف في القانون.

اهتم مفكرو وكتاب القانون قديماً وحديثاً بمعنى العرف باعتباره مصدراً من مصادر القانون، وخصوصاً يبحث منفصل عند دراستهم لمصادر القانون الأصلية والتبعية، وذلك للدور المهم الذي يلعبه العرف في تأسيس القاعدة القانونية، ويتفاوت دوره بين فروع القانون المختلفة، وقد ذكروا له تعاريف متعددة نذكر منها ما يأتي :

- هو 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.^(٣)

- أو : هو مصدر ينشئ القاعدة القانونية عن طريق اعتياد الناس على متابعة سلوك معين، واستقرار الإيمان في نفوسهم بأن هذا السلوك قد صار ملزماً.^(٤)

إذن فالعرف عند القانونيين يطلق ويراد به : الاعتياد الملزم، والقاعدة التي تولدت عن هذا الاعتياد، ويعني هذا أن العرف يطلق على السبب المؤدي إلى القاعدة، كما يطلق على القاعدة

(١) المدخل الفقهي العام للزرقا، ج ٢/ص ٨٤٣، العرف والعادة لأبو سنة، ص ١٣، أصول الفقه، د. وهبة الزحيلي، ج ٢/ص، القواعد الكلية الفقهية للسدلان، ص ٣٩٢.

(٢) أصول القانون للمرحوم الشيخ عبد الوهاب خلاف، ص ٨٩.

(٣) أصول القانون، للسنيوري وأبو ستيت، ص ١٧٨.

(٤) المدخل لدراسة القانون، حسن كيرة، القانون المدني، نقولاً أسود، ص ٧١.

نفسها المتولدة من هذا السبب، فالاعتیاد على مسلك ما مع الشعور بالالتزام هو السبب المؤدي إلى القاعدة العرفية.^(١)

وإذا أردنا أن نلقي نظرة مقارنة سريعة بين الشريعة والقانون :

١- إذا نظرنا إلى ما ذكره علماء القانون في تعريف العرف، وجدنا أنه كي يطابق التعريف القانوني التعريف الشرعي، يجب أن يضاف إلى القانوني عبارة : ((تلقي الطباع السليمة له بالقبول، وإلا يخالف القواعد القانونية أو يقره القانون)).

٢- العرف عند رجال القانون الخاص يختلف عنه عند فقهاء الشريعة الإسلامية، الذين يرون أن العرف هو مجرد الاعتیاد على مسلك معين، فعنصر اللزوم لا تأثير له عند فقهاء الشريعة الإسلامية في تكوين العرف، حتى من يفرق منهم بين العادة والعرف لا ينظر إلى هذا العنصر، بل يجعل أحدهما أعم من الآخر، وكلاهما له تأثير في الأحكام، وهذا أمر طبيعي إذ الإلزام أثر من آثار العرف، لأن شأن القاعدة أن تكون ملزمة.^(٢)

(١) المدخل للعلوم القانونية، سليمان مرقص، ص ٩٤.

(٢) العرف في التشريع الإسلامي، د. السيد صالح عوض، ص ٥٤، العرف والعادة للشيخ فهمي أبو سنة، ص ٣٤.

المبحث الثاني آراء الأصوليين في حجية العرف، العلاقة بين النص التشريعي والقانوني والعرف

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : آراء الأصوليين في حجية العرف.

اعتبر الأصوليين والفقهاء العرف أصلاً من أصول الاستنباط تُبنى عليه الأحكام، فالفقهاء قديماً وحديثاً أخذوا بالعرف واعتبروه مرجعاً في تفسير النصوص وبيان ما ترمي إليه. يقول الإمام ابن العربي المالكي رحمه الله عند تفسير قوله تعالى : (لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ) العادة دليل أصولي بنى الله عليه الأحكام وربط به الحلال والحرام.^(١) ويقول الإمام القرافي رحمه الله : ((أما العرف فمشتك من المذاهب، ومن أستقرأها وجدتهم يصرحون بذلك)).^(٢)

وأراد بعضهم الاستدلال بقوله تعالى : (خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ)^(٣)، على حجية العرف وكونه دليلاً معتبراً في الشرع، ولكن هذه الحجة ضعيفة، لأن العرف في الآية هو المعروف، وهو ما عرف حسنه، ووجب فعله، وهو كل ما أمرت به الشريعة.^(٤) واحتج البعض بالحديث عن النبي (صلى الله عليه وسلم) : ((ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن)) على حجية العرف، وهذا الاستدلال ضعيف، فقد قال غير واحد من العلماء : أنه موقوف على ابن مسعود، ودلالته تشير إلى حجية الإجماع لا العرف، إلا إذا كان مسند الإجماع عرفاً صحيحاً، فتكون دلالة هذا الأثر قاصرة على نوع من أنواع العرف لا على مطلق العرف.^(٥)

والحق، أن العرف معتبر في الشرع، ويصبح ابتناء الأحكام عليه، وهو في الحقيقة ليس بدليل مستقل، ولكنه يرجع إلى أدلة الشريعة المعتبرة، والدليل على ما نقوله من وجوه كثيرة منها :

(١) أحكام القرآن ج ٣/ص ٤١٨.

(٢) تنقيح الفصول، ص ١٤٤.

(٣) سورة الأعراف الآية : ١٩٩.

(٤) أسباب اختلاف الفقهاء، د. مصطفى الزلمي، ص ٤٧٣.

(٥) الوجيز في أصول الفقه، د. عبد الكريم زيدان، ص ٢٥٤.

- فكثير من الفقهاء رحمهم الله ذكروا في كتبهم شواهد على مراعاة الناس وعاداتهم في الأحكام الشرعية، حتى أصبح من القواعد المقررة : ((المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً)) و((العادة محكمة)) و((الثابت بالعرف كالثابت بالنص)). فهذه العبارات وأمثالها لا تدع مجالاً للشك في أن العرف يرجع إليه حيث لا نص، بل ويرجع إليه في تطبيق النص وفهمه.^(١)
- والاستصناع أجازه جمهور الفقهاء لجريان العرف العام به مع أنه مخالف لم يقتضي به القواعد العامة التي لا تجيز بيع المعدوم.^(٢)
- وبيع ثمار البستان الذي وجد بعضها دون البعض قال بجوازه بعض الفقهاء لجريان العرف بالتعامل به، مع أنه يبيع لما بعضه معدوم.^(٣)
- واشتراط بعض الشروط التي لا يقتضيها العقد أجازه بعض الفقهاء إذا جرى به العرف واعتاده الناس في عقودهم وتصرفاتهم، من ذلك شراء ثلاثة على أن يتعهد البائع بإصلاحها مدة معينة، أجازه بعض الفقهاء اعتباراً للعرف في مقابلة النهي عن بيع وشرط.^(٤)
- ووقف المنقول أجازه بعض الفقهاء لجريان عرف الناس به، مع أن الأصل العام في الوقف أن يكون مؤبداً ومقتضياً لعدم جواز وقف المنقول.^(٥)

المطلب الثاني : العلاقة بين النص الشرعي والقانوني والعرف.

إن المتتبع للنصوص الشرعية والقانونية، يجد أن لها علاقة بالعرف تتمثل بالعرف فيما يأتي :

١- العرف المحال عليه : بمعنى أن يحيل النص الشرعي والقانوني في فهمه والعمل به صراحة أو ضمناً.

أ- أن يحيل إلى العرف صراحة :

أي يوجد في النص الشرعي (القرآن والسنة) أو القانوني، لفظ العرف أو ما يشتق منه، فيفهم منه أن النص قد أحال إلى العرف للعمل به، وذلك مثل قوله تعالى : (وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ).^(٦) فلفظ (المعروف) الوارد في الآية مستق من (العرف)، وهو يدل على أن أساس تقدير الحقوق والواجبات بين الزوجين هو ما تعارف عليه الناس، أي : بأن لهم من حسن

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم الحنفي، ص ٢٥١.

(٢) أعلام الموقعين لابن القيم، ج ٣/ص ٤١٤.

(٣) المبسوط للإمام السرخسي، ج ١٢/ص ١٩٤.

(٤) تحفة الفقهاء للسمرقندي، ج ٢/ص ٧٤.

(٥) بدائع الصنائع للكاساني، ج ٥/ص ٢٢٣؛ الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص ٨٩.

(٦) سورة البقرة الآية : ٢٢٨.

الصحبة والعشرة بالمعروف على أزواجهن، مثل الذي عليهم لهم من الطاعة فيما أوجب الله تعالى له عليهما.^(١)

وكذلك قوله (عليه الصلاة والسلام) لهند بنت عتبة (رضي الله عنه) : ((خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف))^(٢). فقد أحالها النبي (صلى الله عليه وسلم) على العرف، فيما ليس فيه تحديد شرعي.^(٣)

ب- أن يحيل إلى العرف ضمناً :

أي أن يحيل النص على العمل بالعرف، بلفظ غير صحيح، ولكن يفهم منه العمل بالعرف، وذلك مثل قوله تعالى : (قَالَ هِيَ رَأَوْتَنِي عَنْ نَفْسِي وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدَّ مِنْ قُبُلٍ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ الْكَاذِبِينَ * وَإِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدَّ مِنْ دُبُرٍ فَكَذَبَتْ وَهُوَ مِنَ الصَّادِقِينَ).^(٤) قال الإمام ابن العربي المالكي (رحمه الله) : ((قال علماؤنا : في هذا دليل على العمل بالعرف والعادة لما ذكر من أخذ القميص مقبلاً ومدبراً، وما دل عليه الإقبال من دعواها، والإدبار من صدق يوسف، وذلك أن القميص جرت العادة فيه أنه إذا جُذب من خلفه تمزق من تلك الجهة، وإذا جُذب من قدام تمزق من تلك الجهة، ولا يُجذب القميص من خلف اللابس إلا إذا كان مدبراً، وهذا في الأغلب، وإلا فقد يتمزق - القميص بالقلب من ذلك- إذا كان الموضع ضعيفاً.^(٥)

ومثال ذلك في الحديث أنه : عن ابن عمر (رضي الله عنه) عن النبي (صلى الله عليه وسلم) قال : ((الوزن وزن أهل مكة والمكيال مكيال أهل المدينة)).^(٦)

وجه الدلالة : أن النبي (صلى الله عليه وسلم) بين مبدأً عاماً في الاعتداد بالعرف الجاري بين الناس، فأهل المدينة لما كانوا أهل نخيل وزرع، أُعتبر عاداتهم في مقدار الكيل، وأهل مكة أهل متاجر فاعتبر عاداتهم في الوزن، والمراد بذلك فيما يتقدر شرعاً، كنصاب الزكاة، ومقدار الديات، وزكاة الفطر، والكفارات ونحو ذلك.^(٧)

(١) أعلام الموقعين لابن القيم، ج ١/ص ٣٣٤.

(٢) الحديث أخرجه البخاري، ج ٣/ص ٧٩؛ ومسلم، ج ٣/ص ١٣٣٨.

(٣) أثر الخلاف الفقهي في الحكم القضائي، للأستاذ عبد الحميد عبد السلام، ص ٣٩٩.

(٤) سورة يوسف الآية : ٢٦-٢٧.

(٥) أحكام القرآن، ج ٣/ص ١٠٨٥.

(٦) الحديث رواه أبو داود، ج ٣/ص ٢٤٦، برقم (٣٣٤٠).

(٧) عمدة القارئ شرح صحيح البخاري، للعيني، ج ١٦/١٠٢.

٢- العرف المفسر : ويقصد به ما جرى به التعامل بين الناس، وبه يعرف المراد من الناس، وما يقتضيه من شروط في تطبيقه، أي عبارة عن تفسير النص في ضوء ما يقضي به العرف، سواء أكان ذلك المفسر لفظياً أم عملياً، وذلك مثل ما يأتي :

قوله تعالى : (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ)^(١). فقد نهى الله عز وجل عن أكل الأموال بالباطل، سواء أكان بالغش، أم الاحتكار، أن الربا ونحو ذلك، واستثنى من ذلك التجارة المشروعة التي تكون عن تراضٍ من البائع والمشتري، ولم يشترط لفظاً معيناً، ولا فعلاً معيناً يدل على التراضي وعلى طيب النفس، وإنما ترك ذلك لعرف الناس وعاداتهم، ومعلوم بالاضطرار من عادات الناس في أقوالهم وأفعالهم أنهم يعلمون التراضي وطيب النفس بطرق متعددة.^(٢)

وعن ابن عمر (رضي الله عنهما) عن رسول الله (صلى الله عليه وسلم) أنه قال : ((إذا تبايع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا وكانا جميعاً أو يخير أحدهما الآخر فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع وأن تفرقا بعد أن يتبايعا ولم يترك واحد منهما البيع فقد وجب البيع)).^(٣) وفي رواية : ((البيعان بالخيار ما لم يتفرقا أو يقول أحدهما لصاحبه اختر)).^(٤)

فالتفرق في الحديث لم ترد له صفة معينة، ولكن يعود إلى أعراف الناس وعاداتهم، وهذا يختلف من مكان إلى مكان، ومن زمن إلى زمن، فما عدّه الناس تفرقاً فهو تفرق ينتهي به خيار المجلس، ويلزم به البيع، لأن الشارع علق عليه أحكاماً، ولم يبينه، فدل على أنه أراد ما يعرفه الناس كالقبض والإحراز.^(٥)

٣- العرف المخالف للنص : والمراد بالعرف المخالف للنص هو عرف الناس، أي ما تعارف عليه الناس من أقوال وأفعال، واستقرت في نفوسهم من جهة العقل، وألفوها وتلقته طباعهم لها بالقبول، سواء أكان مقارباً للنص أم طارئاً عليه، فهذه الأعراف إذا كانت موافقة للنصوص الشرعية غير معارضة لها، كانت أعرافاً معتبرة، وإذا صادمت نصاً من النصوص الشرعية، أو قاعدة عامة، كانت أعرافاً ملغية فاسدة الاعتبار، كمنكاح الشغار، وشرب الخمر، وأكل الربا ونحو ذلك من أحكام بُنيت على عادات حرمها الشارع.^(٦)

(١) سورة النساء الآية : ٢٩.

(٢) مفهوم العرف في الشريعة الإسلامية، د. حسنين محمود حسنين، ص ١١٥.

(٣) الحديث أخرجه البخاري، ج ٣/ص ٥٨، برقم (٢١٠٧).

(٤) الحديث أخرجه البخاري، ج ٤/ص ٣٤، برقم (٢٠٧٩).

(٥) المجموع شرح المذهب، للإمام النووي، ج ٩/ص ١٨٧.

(٦) () العرف في الفقه الإسلامي، للشيخ عمر عبد الله، ص ١٢.

المبحث الثالث

المسائل التي بنى عليها العرف في قانون الاحوال الشخصية

إن العرف في التشريع الاسلامي يعد مصدراً تبعياً مهماً من مصادر التشريع في الفقه الاسلامي ، بالنظر لما يمثله من ضرورة تفي بحاجات الناس الطارئة والمستجدة ، وكذا الحال بالنسبة للقانون فإنه يعد مصدراً حيويّاً للقانون في كونه يعكس ما يحتاجه الناس ويلبي طموحاتهم ؛ والقواعد العرفية علي خلاف القواعد القانونية التنظيمية لا تضعها الجهات التشريعية وانما تنتج عن اعراف وعادات درج الناس على سلوكها لفترة معينة من الزمن حتى استقر تعامل الناس بها على اساس المصلحة المتحققة من تلك الاعراف.

وقد اعتبر قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ العرف في كثير من الامور في مسائل الاحوال الشخصية سواء كانت تتعلق بالزواج والطلاق أو حتى ما يتعلق بانتقال التركة بالميراث والوصية.

المطلب الاول : العرف في مسائل الزواج ومقدماته في قانون الاحوال الشخصية العراقي.

أولاً : الخطبة والهدايا المقدمة فيها.

استهل المشرع العراقي عبارته بعد الحديث عن نطاق سريان هذا القانون عن مقدمات الزواج ففي المادة الثالثة من قانون الاحوال الشخصية العراقي الفقرة (٣) نصص على أن : ((الوعد بالزواج وقراءة الفاتحة والخطبة لا تعتبر عقداً)).

وهو بذلك يشير الى أعراف الناس بهذا الخصوص حيث أوردها مطلقة غير مقيدة بشخص الخاطب أو المخطوبة ، بأن الخطبة قد تقع من الرجل أو من المرأة أو من وليها ، وبما انها ليست ملزمة للجانبين ، بمعنى أن لكل واحد من الخاطبين حق الرجوع عنها سواء تمت او لم تتم^(١).

(١) شرح قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته (دراسة قانونية فقهية مقارنة، تطبيقات قضائية)، القاضي محمد حسن كشكول، والقاضي عباس السعدي، المكتبة القانونية - بغداد - ط ٢ : ١٤٣٢هـ - ٢٠١١م، (٣٠).

لكن هذا الحق بالفسخ قد يترتب عليه ضرراً مادياً أو معنوياً يتضرر به أحد الطرفين، والكلام هنا في الضرر المعنوي فقد اعطى المشرع العراقي للقاضي سلطة حق النظر تحكيمياً لمبدأ المسؤولية التقصيرية الامر الذي قد يترتب عليه تعويض مناسب للطرف المتضرر.

لقد سعت الشريعة الاسلامية الى جبر الضرر الواقع على النفس أو النسل أو المال، بضمان ذلك الضرر، والتعويض ما هو إلا أثر عن الضرر الذي لحق بالغير لجبر ذلك الضرر، إما بمحوه، أو بتخفيفه، كما جاءت بذلك النصوص الشرعية والقانونية، لذلك فقد تناولت نصوص القانون المدني العراقي التعويض وأنواعه وكيفية تقديره بدءاً من المسؤولية العقدية إضافة الى الضرر الناشئ عن المسؤولية التقصيرية في هذا القانون^(١)، لذلك فإن المحاكم الشرعية لم تغفل مسألة رفع الضرر عن أحد الخاطبين على اساس المسؤولية التقصيرية ومنشأ ذلك في تحديد الضرر المادي والادبي هو العرف؛ لأن مسألة تقدير التعويض مسألة وقائع، والوقائع أما أن تكون طبيعية، أو اختيارية، والاختيارية أما أن تكون مادية أو أعمالاً قانونية، والأعمال القانونية إما أن تكون صادرة من جانب أو من جانبين، وفي كل ذلك يترك أمر حسمها وتقديرها لقاضي الموضوع وفطنته على اساس ما يتوفر لديه من امور تتعلق بذلك^(٢).

كذلك من المتعارف عليه وما جرى عليه الناس أن تقدم هدايا خلال فترة الخطبة، وتبادل الهدايا أمر مستحب في الشريعة الاسلامية، أي لا إلزام فيه ولا إجبار فهو وسيلة للتعبير عن أواصر المحبة والترابط بين الخطيبين وهو من مقدمات اتمام هذا العقد.

لذلك لا بد من الإشارة الى أن مذاهب الفقهاء في حكم الهدايا قد اختلفت، فقد ذهب السادة الحنفية الى أن للخاطب الحق في استرداد تلك الهدايا مادامت قائمة وباقية بعينها، فإن هلك او استهلك فليس له حق استردادها^(٣).

(١) القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١، المنشور في جريدة الوقائع العراقية - بالعدد : ٣٠١٥ - تاريخ العدد : ٠٨-١٩٥١-٢٤٣).

(٢) ينظر: الوسيط : الأحكام الخاصة بالتعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية التقصيرية: القاضي محمد عبد طعيس، بحث منشور في مجلة القانون المقارن العدد (٥٢) لسنة ٢٠٠٨، (١٠٧).

(٣) الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، للعلامة الهمام الشيخ نظام ومجموعة من علماء الهند الاعلام، دار صادر - بيروت- لبنان- بدون رقم طبعة : ١٤١١هـ-١٩٩١م، (٣٢٨/١). ورد المختار على الدر المختار شرح تنوير الابصار لخاتمة المحققين : محمد امين الشهير بابن عابدين ، دراسو وتحقيق وتعليق : الشيخ عادل احمد عبد الموجود و الشيخ علي محمد معوض، دار عالم الكتب - الرياض - المملكة العربية السعودية - طبعة خاصة ١٤٢٣هـ-٢٠٠٣م (٣٠٤/٤).

وقد ذهب السادة المالكية قولان، قول بعدم جواز الرجوع، وقول بالتفصيل، فإن كان الفسخ من جهته فليس له الرجوع، وإن كان الفسخ من جهتها فله الرجوع لذا قالو: «لو أهدى أو أنفق لمخطوبة غير معتدة، ثم رجعت عنه -ليس له الرجوع- ولو كان الرجوع من جهتها إلا لعرف أو شرط وقيل: إن كان الرجوع من جهتها فله الرجوع عليها، لأنه في نظير شيء لم يتم»^(١).

لذا فإن الهدايا اثناء الخطبة مبنية على العرف ولهذا فإنهم ذهبوا الى التفريق بين اذا ما كان العدول من جهة الرجل، فحينئذ لا حق له باسترداد الهدية لكي لا يجمع عليها مصيبتين، مصيبة العدول عنها ومصيبة استرداد ما قدمه لها، وإن كان العدول من جهة المرأة فللخاطب حق استرداد الهدية مطلقاً، سواء كانت باقية ام هالكة^(٢)، لكي لا يجمع على الرجل مصيبتين ايضاً مصيبة فقد مخطوبته ومصيبة فقدان ماله، ويرجع في ذلك العرف وما اعتاد الناس عليه، مالم يكن هنالك شرط استناداً الى ان المعرف عرفاً كالمشروط شرطاً، فإذا ما وجد عرف مشترك بين الخاطبين حكم فيه بالنسبة لهذه الهدايا^(٣).

اما السادة الشافعية فقد ذهبوا للقول: بأن أن للخاطب الرجوع بما أهداه؛ لأنه إنما أنفق لأجل تزوجها، فيرجع إن بقي، وببدله إن تلف^(٤).

وعند السادة الحنابلة قولان: الأول يرجع إذا كان الفسخ من جهتها ولا يرجع إذا كان الفسخ من جهته^(٥).

وهناك قولاً آخر في المذهب بالرجوع مطلقاً، وأن هدية المرأة ليست من المهر، فإن كانت قبل العقد وقد وعدوه بأن يزوجه فزوجوا غيره رجع بها، وإن كانت بعد العقد ولم يدخل بها ترد الهدية؛ لأن في هذه الحال يدل على أنه وهب بشرط بقاء العقد فإذا زال ملك الرجوع كالهبة

(١) حاشية الصاوي على الشرح الصغير: لأبي العباس أحمد بن محمد الخلوئي، الشهير بالصاوي المالكي (ت ١٢٤١هـ)، تحقيق: د. مصطفى كمال وصفي، دار المعارف، الأردن، عمان، (٣٤٨/٢).

(٢) مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرعيني المالكي (ت ٩٥٤هـ)، تحقيق: زكريا عميرات، دار عالم الكتب، طبعة خاصة ١٤٢٣ هـ - ٢٠٠٣ م، (١٧٥/٥).

(٣) خطبة النساء في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية (للمسلمين وغير المسلمين)، د. عبدالناصر توفيق العطار، مطبعة السعادة، القاهرة، دون رقم طبعة وتاريخ طبع، (١٥٢). والوجيز في شرح قانون الاحوال الشخصية وتعديلاته، د. احمد عبيد الكبيسي، المكتبة القانونية، بغداد، بدون رقم طبعه وتاريخ طبع (٢٤/١).

(٤) إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين: أبو بكر (المشهور بالبكري) عثمان بن محمد شطا الدمياطي الشافعي (ت ١٣١٠هـ)، دار الفكر، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى: ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م، (١٨٥/٣).

(٥) منار السبيل في شرح الدليل على مذهب الامام المجلد احمد بن حنبل: الشيخ إبراهيم بن محمد بن سالم بن ضويان، وقف على طبعه: محمد زهير الشاويش، المطبعة الهاشمية، دمشق، الطبعة الأولى، (١٩٨/٢).

بشرط الثواب^(١).

أما بالنسبة للمشرع العراقي فقد ذهب الى معالجة موضوع الهدايا في الخطبة الى أنه تسري عليها أحكام الهبة المادة التاسعة عشر الفقرة (٣) بأنه: ((تسري على الهدايا أحكام الهبة)). وفي هذه الحال فلا تخلو أن تكون تلك الهبة مما يتعارف عليها أنه من المهر، وحينئذ يكلف الزوجان بالبينة، فإن أقام كل منهما بينة قبلت بينة الزوجة، وإن لم يستطع كلاهما الاثبات، حكم العرف، فإن كان العرف يقضي بأن الهدية من المهر فيرجح قول الزوج مع يمينه، وإن حكم العرف بأن الهدية ليست من المهر فالقول قول الزوجة مع يمينها^(٢). يلاحظ هنا بأن المشرع العراقي قد منح القاضي سلطة تقديرية على أساس العرف وما يقضي به في مسألة الهدايا اثناء فترة الخطوبة والعقد قبل الدخول إذا ما عدل أحد الطرفين عن إتمام هذا العقد.

وبذلك يتضح أن المشرع العراقي قد أخذ برأي السادة الحنفية بالنسبة لموضوع الهدايا، ويؤيد ذلك ما جاء في المادة (٦١٢) من القانون المدني العراقي^(٣) بأن: ((الهبات والهدايا في الخطبة من أحد الخاطبين للآخر، أو من أجنبي عنهما أو لأحدهما أو لهما معاً، يجب أن يردها الموهوب له للواهب إذا فسخت الخطبة، وطلب الواهب الرد، ما دام الموهوب قائماً، وممكناً رده بالذات)). أما إذا استهلكت الهدية فلا رجوع فيها^(٤).

ثانياً : الصيغة في عقد الزواج.

أشارت المادة الرابعة من قانون الأحوال الشخصية العراقي الى أنه: ((ينعقد الزواج بإيجاب - يفيد لغة او عرفاً من أحد العاقدين وقبول من الآخر ويقوم الوكيل مقامه)). الأصل في عقد الزواج أن يقع بألفاظ صحيحة دالة على المقصود منه شأنه شأن بقية العقود، ولأهمية هذا العقد وقديسيته وخطورته في الحياة، فإنه يلزم لتمام هذا العقد أن يتبادل الزوجان للتعبير عن إرادتهما لهذا العقد بعبارات متطابقة تتحقق بالإيجاب الذي يعلن فيه أحدهما الرغبة

(١) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل: علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي الدمشقي الصالح (المتوفى : ٨٨٥هـ) تحقيق : د. عبد الله عبد المحسن التركي، هجر للطباعة والنشر، مصر، الطبعة الأولى: ١٤١٦هـ-١٩٩٦م، (٢١/٢٤٨-٢٤٩).

(٢) الوجيز في شرح الأحوال الشخصية العراقي، الكبيسي، مصدر سابق، (٨٩/١).

(٣) القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١، المنشور بجريدة الوقائع العراقية، بالعدد: ٣٠١٥ في ٨/٩/١٩٥١.

(٤) الوسيط في شرح القانون المدني: د. عبدالرزاق احمد السنهوري، القاهرة، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة: ٢٠١١م، (١٣٦/٥).

في إيجاد الرابطة الزوجية، والقبول من الآخر يفيد الموافقة على ما عرضه الموجب ويتم باقتران تعبير الموجب والقابل، لهذا فقد أفان المشرع العراقي قد حسم موضوع الخلاف بالنسبة للألفاظ المجازية في عقد الزواج ولم يعتبر منها الا ما كانت تفيد عقد الزواج لغة او عرفاً، فإن كانت عبارات عامية وجرى العرف على استعمالها في إرادة انشاء عقد الزواج فإنه يصح بذلك مثل كلمة «جوزتك، وملجتك» ونحو ذلك من الألفاظ الدالة على إرادة عقد الزواج^(١). ويلاحظ أيضاً بأن المشرع العراقي قد لجأ الى العرف في مسألة إرادة عقد الزواج بعبارة (من أحد العاقدین) عملاً بالعرف فقد يقع الايجاب من الرجل والقبول من المرأة، أو العكس حسب ما هو متعارف عليه.

ثالثاً : المهر.

نصت المادة (٢٠) من قانون الأحوال الشخصية العراقي الفقرة (١) و(٢) منه على أنه: ((يجوز تعجيل المهر أو تأجيله كلاً أو بعضاً. وعند عدم النص على ذلك يتبع العرف)). المهر من الحقوق المالية للزوجة على زوجها، وهو خالص حقها، ويجب المهر بمجرد العقد الصحيح، وبما ان المهر لا يعد ركناً من اركان العقد ولا شرطاً من شروط صحته، بل هو اثر من آثاره، فيصح العقد بدون ذكر المهر، بل حتى وان نفى اصلاً، وفي كل الأحوال تستحق المرأة المهر سواء كان مسمى او مهر مثل^(٢)، وبما ان الشريعة الاسلامية لا تلزم الزوج بدفع مهر الزوجة عند حصول عقد الزواج بل اجازت تعجيل المهر او تأجيله وهذا الامر متروك على حسب العادات والأعراف السائدة في كل مجتمع، وبالتالي إذا لم يكن هنالك اتفاق بين الزوجين على كيفية دفع المهر فيرجع الى العرف السائد في البلد الذي أنشئ فيه العقد، إذ ان المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً^(٣).

وقد جرى العرف في العراق الى تحديد وتقسيم المهر الى معجل ومؤجل، كما يجوز تقسيط المهر بأقساط معلومة وحسب اتفاق الزوجين، وهذا متروك لعادات الناس واعرافهم حيث أن الباري جل شأنه ترك جانباً من التشريع مما يتعلق بمعاملات الناس رحمة بهم غير نسيان،

(١) الوجيز، الكبيسي، (١/٤٠).

(٢) الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل في إقليم كردستان - العراق: د. فاروق عبدالله كريم، مكتبة يادكار، إقليم كردستان، الطبعة الرابعة: ٢٠٢٠م، (١٦٦).

(٣) قرار محكمة التمييز رقم ٩٧٠ في ٣/٥/١٩٧٨، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز، قسم الأحوال الشخصية، بغداد، مطبعة اسعد: ١٩٨٩م، (٢٥٤).

يعملون به وفقاً لمقتضى حالهم من باب رفع الحرج ودفع المشقة عنهم، اذ يقول جل شأنه :
(وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ)^(١).

رابعاً : النفقة وتقديرها.

لا خلاف بين الفقهاء في كون النفقة واجبة على زوجها، وهو كل ما تحتاجه المرأة من ضروري لتلبية احتياجاتها، بالنسبة لقانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ حيث اوجب النفقة للزوجة على الزوج من حين العقد الصحيح ولو كانت مقيمة في بيت أهلها كما ورد ذلك في المادة (٢٣) الفقرة (١).

ولهذا فقد حدد المشرع العراقي عناصر النفقة في المادة (٢٤) الفقرة (٢) منه بقوله : ((تشمل النفقة الطعام والكسوة والسكن ولوازمهما وأجرة التطيب بالقدر المعروف وخدمة الزوجة التي لا يكون معين لأمثالها)).

وهذه العناصر الخمسة راعى فيها المشرع العراقي قدرة الزوج بالقدر المعروف في هذا الشأن حسب مقتضيات الحياة وعلى أساس ما هو متعارف عليه، لذلك ليس لها ان تطلب نفقة محددة مادام الزوج يتولى الانفاق على البيت، لكن اذا اخل بواجبه بعدم الانفاق عليها فلها ان تقاضيه ليكون لها مقدار معين من النفقة تنفق منه على نفسها بنفسها^(٢).

ويتبع هذه العناصر التي ورد ذكرها في المادة (٢٤) الفقرة (٢) عناصر أخرى حسب العرف كنفقات ومصاريف الولادة من أجرة القابلة أو المستشفى وأجور العملية، او ما تتقوى به المرأة أبان عملية الولادة، وهو ما قضت به محكمة التمييز في قرار لها رقم ٣٨٧/شخصية/١٩٧٥ في ١٤/٤/١٩٧٥، وكذلك قرار رقم ١٠٢٢/شخصية/١٩٧٥ في ١٦/٧/١٩٧٥^(٣).

أما عن أساس تقدير النفقة فقد حسمت المادة (٢٧) من قانون الأحوال الشخصية العراقي خلافاً بين الفقهاء في الأساس الذي يراعى عند تقدير نفقة للزوجة حال اخلال الزوج بالإنفاق، فمنهم من قال يراعى حالة الزوج بغض النظر عن حالة الزوجة وهذا مذهب الشافعية والظاهرية وبعض الحنفية^(٤).

(١) سورة الحج : الآية (٧٨).

(٢) الوجيز للكبيسي، (١٠١/١).

(٣) شرح قانون الأحوال الشخصية، القاضي محمد حسن كشكول والقاضي عباس السعدي، (١١١).

(٤) ينظر: مغني المحتاج لمعرفة معاني ألفاظ المنهاج: للخطيب الشربيني محمد بن أحمد الخطيب، مطبعة مصطفى البابي، ١٩٣٣م، (٤٣٢/٣)، والمحلى: لابن حزم علي بن أحمد، تحقيق: الشيخ احمد محمد شاكر، دار الفكر، بيروت، لبنان، ١٩٨٧، (٨٨/١٠)، وبدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني، دار

ومنهم من قال العكس بمراعاة حالة الزوجة بغض النظر عن حالة الزوج وهو رأي قلة من السادة الحنفية، والجعفرية^(١).

وذهب بعض اخر من الفقهاء الى ان النفقة تقدر بحسب حال الزوجين معاً حال الايسار والاعسار، فان كان موسرين وجبت للزوجة نفقة يسار، وان كانا معسرين وجبت نفقة اعسار، وان كان أحدهما موسراً والآخر معسراً وجبت لها نفقة الوسط، وبهذا الرأي اعتمد المشرع العراقي الاساس الذي يراعى عند تقدير نفقة الزوجة^(٢).

ونرى انه كان من الاجدر بالمشرع العراقي أن يراعي حال الزوج ويلجأ للعرف السائد في البلد وما فيه من التقلبات الاقتصادية؛ لأن ما اخذ به قد يحمل الزوج ما هو فوق طاقته ويدخله في ضيق وحر، اذ ان موضوع حال الزوجة وايسارها قد يكون سبباً لزيادة اعسار الزوج والتضييق عليه خاصة وان المشرع العراقي لم يتطرق لموضوع الكفاءة المعتبرة بين الزوجين كما فعل المشرع الأردني على سبيل المثال وليس الحصر.

المطلب الثاني : أثر العرف في مسائل الطلاق

استهل المشرع العراقي بالنسبة للطلاق عبارته في المادة (٣٤) الفقرة الأولى منه بأن: ((الطلاق رفع قيد الزواج بإيقاع من الزوج أو الزوجة إن وكلت به أو فوضت أو من القاضي. ولا يقع الطلاق إلا بالصيغة المخصوصة له شرعاً)).

في العرف قد جرى قصر استعمال لفظ الطلاق على حل القيد المعنوي، واستعمل لفظ الطلاق على حل القيد الحسي^(٣).

في الفقه الإسلامي هنالك الفاظ صريحة في إيقاع الطلاق والفاظ أخرى كناية مقرونة بالنية في إيقاع الطلاق، وهذه الالفاظ تناولتها اعراف الناس ووقع فيها الخلاف فيما اذا كانت من عبارات الطلاق ام لا، تناولت عبارة المشرع العراقي هذا الامر بعبارة (الصيغة المخصوصة له شرعاً) اتفق فقهاء المسلمين على أن صيغة الطلاق لفظاً أو كتابة أو إشارة مفهومة ركن من

الكتب العلمية ، بيروت، الطبعة الثامنة ١٩٦٨م، (٢٤/٤).

(١) ينظر: تبين الحقائق شرح كنز الدقائق: لفخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، تحقيق: الشيخ احمد عناية عزو، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الاولى ٢٠٠٢م، (٥٠/٣)، ومنهاج الصالحين، للسيد علي السيستاني، (الطبعة المصححة ١٤٤٥ هـ)، فقه المعاملات المجلد الثالث، مسألة (٤٢٠):

<https://www.sistani.org/arabic/book/16/879>.

(٢) المادة (٢٧) من قانون الأحوال الشخصية العراقي : ((تقدر النفقة للزوجة على زوجها بحسب حالتيهما يسراً وعسراً)).

(٣) الوجيز : للكيسي، (١٢٨/١).

أركانها، إلا أنهم اختلفوا فيها من حيث تضيق وتوسيع نطاق دائرتها ومدى حدودها، ولا شك أن هذا الاختلاف ناتج عن اعراف الناس وعاداتهم وتغيرها من زمان إلى زمان ومن مكان إلى آخر، بين موسع لنطاق تلك الصيغ على أساس ما توفر من نصوص تتعلق بالحل والحرمة في مسائل الزواج والطلاق إضافة للعرف، ومن ضيق الأمر في استعمالها^(١).

(١) الأحكام العامة في دعاوي الأحوال الشخصية والموارث والوقف: المحامي جمال ناظم السعدون، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٢١م، (٦٩) وما بعدها.

الخاتمة

بعد أن أتيت إلى نهاية بحثي هذا البحث مهما بذلت فيه من جهد، فلم أَلَمْ بجميع جوانبه نظراً لتشعبه وتفرعه، فقد سجلت في هذه الخاتمة النتائج التي وقفت عليها من خلال عرضي ومناقشتي للمسائل المختلفة، وتتلخص بما يأتي :

١- أن العرف معتبر شرعاً وقانوناً في فهم النصوص الشرعية والقانونية، وتنزيلها على الواقع، فمعرفة عادات العرب وأعرافهم وقت نزول القرآن الكريم ضرورة لفهم نصوص القرآن والسنة المطهرة.

٢- أن العرف في الفقه الإسلامي – كما هو الحال في القانون العراقي - يعتبر مصدراً تبعياً يلي النص الشرعي.

٣- أن العرف في الشريعة الإسلامية يعتمد في إقراره والإلزام به على شريعة الله عز وجل العالم بما يصلح للناس، أما العرف في القانون الوضعي، فإنه يعتمد في إقراره والإلزام به على القانون الذي هو من وضع البشر، الذي يعتريه القصور والنقص.

٤- لقد تأثر قانون الأحوال الشخصية العراقي بشكل كبير بالعرف، وبنى عليه العديد من الأحكام في باب الخطبة والزواج ومقدماته والنفقة والطلاق والعدة وغيرها.

٥- هذه المسائل التي بُنيت على العرف في قانون الأحوال الشخصية العراقي، قد تغيرت كثير من الأعراف بل البعض منها أندثر، والقاعدة الأصولية تنص على : ((تغير الأحكام بتغير الأزمان))، فهي بحاجة ماسة اليوم إلى مراجعة وتدقيق، لاسيما وأن قانون الشخصية العراقي رقم (١٨٨) صدر سنة (١٩٥٩م)، أي مضى على إصداره أكثر من ستين عاماً.

وصلى الله على نبينا وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً كثيراً.

المصادر والمراجع

١. أثر الخلاف الفقهي في الحكم القضائي، للأستاذ عبد الحميد عبد السلام.
٢. الاحكام العامة في دعاوي الأحوال الشخصية والموارث والوقف: المحامي جمال ناظم السعدون، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٢١م.
٣. أحكام القرآن.
٤. أسباب اختلاف الفقهاء، د. مصطفى الزلمي.
٥. الأشباه والنظائر لابن نجيم الحنفي.
٦. أصول الفقه، د. وهبة الزحيلي.
٧. أصول الفقه، زيدان.
٨. أصول القانون للمرحوم الشيخ عبد الوهاب خلاف.
٩. أصول القانون، للسنهوري وأبو ستيت.
١٠. إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين: أبو بكر (المشهور بالبكري) عثمان بن محمد شطا الدمياطي الشافعي (ت ١٣١٠هـ)، دار الفكر، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى: ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧م.
١١. أعلام الموقعين لابن القيم.
١٢. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل: علاء الدين أبوالحسن علي بن سليمان المرداوي الدمشقي الصالحي (المتوفى: ٨٨٥هـ) تحقيق: د. عبد الله عبد المحسن التركي، هجر للطباعة والنشر، مصر، الطبعة الأولى: ١٤١٦هـ-١٩٩٦م.
١٣. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثامنة ١٩٦٨م.
١٤. بدائع الصنائع للكاساني.
١٥. تبين الحقائق شرح كنز الدقائق: لفخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، تحقيق: الشيخ احمد عناية عزو، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الاولى ٢٠٠٢م.
١٦. تحفة الفقهاء للسمرقندي.
١٧. التعريفات، للجرجاني.
١٨. التقرير والتحמיד.

١٩. تنقيح الفصول.
٢٠. حاشية الصاوي على الشرح الصغير: لأبي العباس أحمد بن محمد الخلوئي، الشهير بالصاوي المالكي (ت ١٢٤١هـ)، تحقيق: د. مصطفى كمال وصفي، دار المعارف، الأردن، عمان.
٢١. خطبة النساء في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية (للمسلمين وغير المسلمين)، د. عبدالناصر توفيق العطار، مطبعة السعادة، القاهرة، دون رقم طبعة وتاريخ طبع.
٢٢. رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الابصار لخاتمة المحققين: محمد امين الشهير بابن عابدين، دراسو وتحقيق وتعليق: الشيخ عادل احمد عبد الموجود و الشيخ علي محمد معوض، دار عالم الكتب - الرياض - المملكة العربية السعودية - طبعة خاصة ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م.
٢٣. روضة الناظر.
٢٤. سنن أبي داود.
٢٥. شرح قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته (دراسة قانونية فقهية مقارنة، تطبيقات قضائية)، القاضي محمد حسن كشكول، والقاضي عباس السعدي، المكتبة القانونية - بغداد - ط ٢: ١٤٣٢هـ - ٢٠١١م.
٢٦. شرح قانون الأحوال الشخصية، القاضي محمد حسن كشكول والقاضي عباس السعدي.
٢٧. الصحاح للجوهري.
٢٨. صحيح البخاري.
٢٩. صحيح مسلم.
٣٠. العدة في أصول الفقه لأبي يعلى الحنبلي.
٣١. العرف في التشريع الإسلامي، د. السيد صالح عوض.
٣٢. العرف في الفقه الإسلامي، للشيخ عمر عبد الله.
٣٣. العرف والعادة عند الأصوليين، د. فهمي أبو سنة.
٣٤. عمدة القارئ شرح صحيح البخاري، للعيني.
٣٥. الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، للعلامة الهمام الشيخ نظام ومجموعة من علماء الهند الاعلام، دار صادر - بيروت - لبنان - بدون رقم طبعة: ١٤١١هـ - ١٩٩١م.
٣٦. القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١، المنشور بجريدة الوقائع العراقية، بالعدد: ٣٠١٥ في ٨/٩/١٩٥١.

٣٧. القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١، المنشور في جريدة الوقائع العراقية - بالعدد : ٣٠١٥- تاريخ العدد : ٠٨-٠٩-١٩٥١.
٣٨. القواعد الكلية الفقهية للسدلان.
٣٩. لسان العرب لابن منظور.
٤٠. المبسوط للإمام السرخسي.
٤١. المجموع شرح المذهب، للإمام النووي.
٤٢. مجموعة رسائل ابن عابدين.
٤٣. المحلى : لابن حزم علي بن أحمد، تحقيق : الشيخ احمد محمد شاكر، دار الفكر، بيروت، لبنان، ١٩٨٧.
٤٤. المدخل الفقهي العام للزرقا.
٤٥. المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، د. عبد الكريم زيدان.
٤٦. المدخل لدراسة القانون، حسن كيرة، القانون المدني، نقولا أسود.
٤٧. المدخل للعلوم القانونية، سليمان مرقص.
٤٨. المعجم الوسيط، ابراهيم أنيس ومجموعة من الأساتذة.
٤٩. معجم مفردات القرآن للراغب الأصفهاني.
٥٠. مغني المحتاج لمعرفة معاني ألفاظ المنهاج : للخطيب الشربيني محمد بن أحمد الخطيب، مطبعة مصطفى البابي، ١٩٣٣م.
٥١. مفهوم العرف في الشريعة الإسلامية، د. حسنين محمود حسنين.
٥٢. مقاييس اللغة لابن فارس.
٥٣. منار السبيل في شرح الدليل على مذهب الامام المبجل احمد بن حنبل : الشيخ إبراهيم بن محمد بن سالم بن ضويان، وقف على طبعه : محمد زهير الشاويش، المطبعة الهاشمية، دمشق، الطبعة الأولى.
٥٤. منهاج الصالحين، للسيد علي السيستاني، (الطبعة المصححة ١٤٤٥هـ)،
فقه المعاملات المجلد الثالث، مسألة (٤٢٠) : <https://www.sistani.org/arabic/book/16/879>.
٥٥. مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرعيني المالكي (ت ٩٥٤هـ)، تحقيق : زكريا عميرات، دار عالم الكتب، طبعة خاصة ١٤٢٣ هـ - ٢٠٠٣م.

٥٦. الوجيز في أصول الفقه، د. عبد الكريم زيدان.
٥٧. الوجيز في شرح الأحوال الشخصية العراقي، الكبيسي..
٥٨. الوجيز في شرح قانون الاحوال الشخصية وتعديلاته، د. احمد عبيد الكبيسي، المكتبة القانونية ، بغداد، بدون رقم طبعه وتاريخ طبع.
٥٩. الوسيط : الأحكام الخاصة للتعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية التقصيرية: القاضي محمد عبد طعيس، بحث منشور في مجلة القانون المقارن العدد (٥٢) لسنة ٢٠٠٨.
٦٠. الوسيط في شرح القانون المدني: د. عبدالرزاق احمد السنهوري، القاهرة، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة: ٢٠١١م.
٦١. الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل في إقليم كردستان - العراق: د. فاروق عبدالله كريم، مكتبة يادكار، إقليم كردستان، الطبعة الرابعة: ٢٠٢٠م.