



جامعة بجاية
Tasdawit n Bgayet
Université de Béjaïa



جامعة عبد الرحمان ميرة- بجاية

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون الخاص

مركز العرف في الرابطة الزوجية

دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة
الجزائري وتشريعات بعض الدول العربية

مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق

فرع: القانون الخاص

تخصص: القانون الخاص

تحت اشراف :

د. تريكي فريد

اعداد الطالبتين:

- حمودي كتيبة

- حساني ليندة

أعضاء لجنة المناقشة

- د. عيسات ليزيد، أستاذ محاضر قسم (ب) – جامعة بجاية- رئيسا.
د. تريكي فريد، أستاذ محاضر قسم (أ) – جامعة بجاية- مشرفا ومقررا.
الأستاذة: إنوجال نسيمة، أستاذة مساعدة قسم (أ) – جامعة بجاية -:ممتحنا.

السنة الجامعية 2018-2019

الحمد لله الذي بعزته وجلاله تتم الصالحات ، الحمد لله الذي أنار لنا درب العلم و المعرفة
وإعاننا على إعداد هذا العمل ما نوبنا منه إلا مرضاته وخدمة لدينه.

يشرفنا أن نتقدم بالشكر الجزيل والثناء الخالص و التقدير إلى نبع العون، إلى من
وجهنا دون وهن، إلى من زودنا بكل شحن إلى الدكتور تريكي فريد المشرف على هذا
العمل له منا كل الشكر وخالص الإحترام و التقدير، أدامه الله شعاعا منيرا، جزاه الله عنا
خير.

كما و نتقدم بالشكر العميق إلى الأستاذ لفقيري عبد الله على كل مساعدة قدمها لنا و نسأل
الله أن يديم عليه الصحة و العافية.

كما نتوجه بجزيل العرفان للأساتذة الأفاضل، أعضاء لجنة المناقشة على كرمهم و رحابة
صدورهم لقبول مناقشة مذكرتنا.

ولا يفوتنا أن نشكر كل الأساتذة من الطور الإبتائي إلى الطور الجامعي، و إلى الذين أناروا
لنا سبيل العلم و المعرفة.

إهداء

أهدي ثمرة جهدي وعملي هذا إلى:

حبيبي وقرّة عيني حفظها الله لي وأمدّها بطول العمر والتي تحملت مشقة الحياة



لكي تدفع علي مصائب الأيام أُمي الحنونة باشيوة علجية.

إلى أحن وأرق أب حمودي لعياشي أطال الله عمره.

إلى إخوتي: إسماعيل، يونس، عزيزة، فهيمة، روميلة، لويّزة، شافية

كريمة، كهينة، وإلى أزواجهن: لونيس، مخلوف، عبد الرحمان وكريم.

إلى كل العائلة والأحباب والزملاء والأصدقاء وصديقاتي ليندة

كريمة، هشام، منير، حركون الياس.

وكل من يعرف حمودي كتيبة وأمدّها يد المساعدة سواء من قريب أو بعيد.

كتيبة

العطاء

أتقدم بإهداء عملي المتواضع إلى:

الدرع الواقي والكنز الباقي إلى من جعل العلم منبع إشتياقي، لك أقدم وسام الاستحقاق

أنت أبي أطل الله عمرك.

رمز العطاء وصديقة الإباء إلى ذروة العطف والوفاء لك أجمل حواء

أنت أمي أطل الله عمرك

إلى من جمعني بهم صلب واحد، واحتضننا صدر واحد

اخوتي: مونية، طاووس، أمير.

إلى كل من صار جزء مني وصرت جزءا منهم إلى من جمعني بهم الأيام

إلى جميع أصدقائي خاصة: كتيبة، منير، هشام.

وفي الأخير إلى كل من نساه قلبي ولم ينساه قلبي.

ليندة

قائمة بأهم المختصرات

ج: الجزء.

ج.ر: جريدة رسمية.

د.د.ن: دون دار النشر.

د.ب.ن: دون بلد النشر.

د.س.ن: دون سنة النشر.

ص: الصفحة.

ص.ص: من الصفحة إلى الصفحة.

ط: الطبعة.

مقدمة

مقدمة

اهتم الشارع الحكيم بعقد الزواج اهتماما بالغا وميَّزه عن باقي العقود، وذلك لما له من دور وأهمية بالغة في حفظ مقصد مهم من مقاصد الشريعة الإسلامية ألا وهو حفظ النسل، وحتى تنشأ الأسرة لابد أولا من إرتباط طرفيها إرتباطا يقوم على رضاها المتبادل ورغبتها المشتركة في تشييد بناء أساسه المودة والرحمة وذلك بالزواج الشرعي الصحيح التام الأركان والشروط، والذي سماه الله تعالى بالميثاق الغليظ، بل وجعل منه آية بقوله الله تعالى: « وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ »¹، فالزواج ذو مكانة جليلة يكتسي من الأهمية قدرا عظيما ولقد سانه نظمه الشارع تنظيما محكما ولخطورته أحاطه بالعديد من الضوابط والشروط التي جاءت في بعض أحكامها معتبرة لأعراف الناس، للتيسير ورفع الحرج، تحت شروط وضعها الفقهاء بعد التمييز بين الصحيح والفاقد من العرف.

وقانون الأسرة الجزائري 84-11 المؤرخ في 19 جوان 1984 والمعدل والمتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، جاءت معظم مواد مستمدة من الشريعة الإسلامية، التي إعتمدت في كثير من مسائل الزواج على العرف، فهو بطريقة غير مباشرة يعتمد في نصوصه عليه خاصة وأنّ مسائل الزواج وأثاره في الكثير من أحكامها، أعطت إعتبارا لأعراف الناس، فقد كان للعرف قديما أهمية بالغة كبرى كمصدر رئيسي للقواعد القانونية، فقد كان هو المصدر الوحيد للقانون في الجماعات البدائية قبل نشوء الدولة، فالتقنيات الأولى كشرعية حمورابي وتقنين الألواح الإثني عشر لم تكن في جملتها إلا مجرد جمع للقواعد العرفية المعمول بها .

ورغم تقليص دور العرف كمصدر رسمي للقواعد القانونية في معظم دول العالم اليوم، فلا زال له أهمية ومركز بالغ بإعتباره مصدرا ماديا أو تاريخيا لكثير من القواعد القانونية، ذلك أنّ المشرع عند وضعه للنصوص المختلفة كثيرا ما يستلهم العرف السائد الذي يتوافق مع حاجات

¹ - سورة الروم، الآية 21.

مقدمة

الجماعة ويعبر تماما على رغبته، وبذلك يصبح العرف هو المصدر التاريخي أو المادي لكثير من النصوص التشريعية.

ويقصد بالعرف أن يتبع أفراد مجتمع ما أسلوبا معيّنًا في العمل أو التعامل بصفة متواترة وتتناقله الأجيال حاملين الشعور بقوته الملزمة، وللعرف ركنان هما: ركن مادي وهو يعني التكرار والعمومية في التصرفات والأفعال، وآخر معنوي وهو يعني إكتساب السلوك المتواتر صفة الإلزام وهذا الركن يرتقي بالعادة إلى منزلة العرف الذي يعتبر من المصادر الإحتياطية، وللعرف أنواع منها: العرف الصحيح وهو مالا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية وقواعدها ومبادئها العامة ولا يتعارض مع نصوصها، والعرف الفاسد وهو ما يتداول من سلوكيات مخالفة للشريعة من خلال تحليل الحرام، والعرف العام هو ماتعارف عليه جميع الناس وصار منتشرًا بينهم، والعرف الخاص وهو ما كان خاصًا بفئة معيّنّة من الناس أي ما يتعارف عليه أهل بلد ما دون غيره من البلدان للعرف شروط يجب توفرها حتى يعتدّ بالقاعدة العرفية لتكون مصدرًا من مصادر القانون منها العمومية: وهي أن يكون الخطاب موجهاً إلى مجموعة من الأشخاص غير المعنيين بذواتهم فقد يكون خطاباً لطائفة معيّنّة أو إقليم معيّن، و القدم: حتى ينشأ العرف يجب أن يطرد الناس على إتباع السلوك مدة زمنية طويلة، معناه إستقرار العمل به و الثبات والإطراد: وهو أن يكون السلوك المنشئ للعرف قد أطرده إتباعه منذ نشوئه دون إنقطاع بشكل واضح وجلي ومستمر، و أن تكون القاعدة العرفية غير مخالفة للنظام العام والأداب العامة، ويهدف هذا الشرط إلى منع إستقرار الناس على قواعد عرفية ناشئة من تواتر إتباعهم لسلوك سيء وضار.

وبما أنّ الحياة في تطور دائم ومستمر، وأصبحت عادات الناس وأعرافهم لها سلطات على النفوس وتحكم في العقول، ومتى رسخت، إعتبرت من ضرورات الحياة التي لا يستغنى عنها، وقد ترتفع قدسيّتها عند بعضهم إلى مرتبة الدين فيرون أنفسهم ملزمين بإعتناقها والجري على سنتها ويرون الخروج عنها إثماً عظيماً، فيأخذ مكانة من النفوس كالسيل بقوة انحداره، يحفر طريقه في الجبل، فكما أنّه يصعب تحويله عن طريقه، فكذلك العرف يرسخ في النفوس، بحيث يعسر زحزحتها عنه بل هي أسيرة له مطبوعة على إنتهاجه .

كما تتجلى أهمية هذا الموضوع في إبراز مركز العرف في الرابطة الزوجية، إنطلاقاً من الخطبة وإنهاء بإبرام العقد و آثاره طبقاً لقانون الأسرة الجزائري، وذلك لأنّ للعرف دور بارز في تنظيم الكثير من هذه المسائل بإعتبار الناس إعتادوا أحكاماً إستقر عليها تفكيرهم قبل صدور قانون الأسرة الجزائري والذي جاء مؤيداً لبعض هذه الأعراف أحياناً، كما أنّ تواتر الناس على بعض السلوكات في مجال الخطبة والزواج يستدعي بيان أثرها ومدى صحتها، وبالتالي ضرورة إعتبارها في نصوص قانون الأسرة الجزائري إذا كانت موافقة للشريعة الإسلامية أو إغائها إذا كانت خلاف ذلك، خاصة أنّ الأعراف تعكس تفكير الأفراد وقناعاتهم.

ومن منطلق أنّ القاعدة القانونية تعتبر مقياساً لحاجة المجتمع الفعلية وتنظيماً لسلوك أفرادها فلا بد أن تتطور هذه القاعدة القانونية مع تطور المجتمع لتلبي إحتياجات أفرادها، وإلاّ أصبحت عديمة الفائدة، ومن هنا كانت الحاجة ملحة، لوضع تشريعات أسرية للتغلب على المشكلات المستجدة على المجتمع الجزائري، بناء على أعراف صحيحة لا تخالف الشريعة الإسلامية .

إخترنا هذا الموضوع بناء على الرغبة الشخصية في دراسته لأنّه موضوع يمس الجانب الشخصي في حياة الفرد، كون قانون الأسرة قانون يتناول الحالة الشخصية للمواطن بصفته فرداً في الأسرة، والذي ينظم حياته الخاصة بناء على ما وصله من أعراف إعتاد عليها أبائهم وأجدادهم فأردنا بيان مركز العرف في الزواج ومقدماته وإبراز الدور الكبير للعرف في حياة الناس، بحيث لا نكاد نمر على موضوع من مواضيع حياتهم دون وجود أثر للعرف فيه، ومن بين الأسباب التي دفعتنا أيضاً إلى البحث في هذا الموضوع الذي يكتسي أهمية بالغة قلة الدراسات الأكاديمية في الجامعة الجزائرية التي تتناول موضوع العرف في مسائل الأحوال الشخصية، فلا نكاد نجد دراسة تتكلم عليه حسب علمنا وإفتقار المكتبة الجزائرية على وجه الخصوص لدراسات متخصصة في هذا الموضوع.

وإنّ الهدف من دراستنا لهذا الموضوع هو بيان دور العرف كمصدر من المصادر الإجتهدية المختلف فيها، وتبيان المواضيع التي أعطى فيها المشرع إعتباراً للعرف في قانون الأسرة وكذا النتائج المحققة بناء على هذا الإعتبار، وكذلك إيضاح خطورة الأعراف الفاسدة على

الأسرة والمجتمع، والدعوة إلى التمسك بالأحكام الشرعية والأعراف الصحيحة، والتنويه بدور الأعراف الصحيحة للمساعدة في وضع تشريعات موافقة لها، وأبرز هدف نصبو إليه هو تزويد دوائر البحث العلمي في مجال التشريع الأسري بمثل هذه الدراسات، حتى يتسنى للباحثين الرجوع إليها والإستفادة من نتائجها.

ومن خصائص الشريعة الإسلامية المرونة والصلاحية الدائمة، لإعتماد بعض أحكامها على المصادر التبعية التي من بينها العرف وهذا بإستنباط الأحكام الإجتهدية، ونظام الأسرة جزء من هذه الأحكام لمواكبة المستجدات، لتجنب المشرع الوقوع في المشاكل الناتجة عن تغير الأعراف عند وضعه للقواعد القانونية الأسرية المتوافقة وأحكام الشريعة والمعتبرة للعرف، فعدم إعتماد الأعراف السائدة في المجتمع يجعل التشريع قاصرا في إيجاد الحلول لبعض القضايا الأسرية وإستيعابها، ولمعالجة الموضوع إرتأينا ل طرح الإشكالية التالية: ماهو المركز الذي منحه الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري للعرف في الرابطة الزوجية وهل تأثرت تشريعات الأحوال الشخصية العربية الأخرى بذلك؟

إنّ المنهج المتبع خلال دراستنا لهذا الموضوع، يتمثل في الإعتماد على كل من المنهج التحليلي والمقارن، ويظهر المنهج التحليلي من خلال تحليل الآراء الفقهية وتحليل مضمون النصوص وإستنباط الأحكام من الآيات القرآنية والأحاديث النبوية وتحليل النصوص التشريعية وبعض قرارات المحكمة العليا المتعلقة بموضوع الدراسة، أما المنهج المقارن فيظهر من خلال المقارنة بين آراء الفقهاء فيما بينهم وبين بعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية.

للإجابة على الإشكالية المطروحة ومن أجل إعطاء رؤية واضحة لمختلف الجوانب التي تحيط بها هذا الموضوع سنعتمد على الخطة الثنائية، وذلك بتقسيم البحث إلى فصلين مستقلين: (الفصل الأول) نتطرق فيه إلى مركز العرف في إنشاء الرابطة الزوجية، أما (الفصل الثاني) فندرس فيه مركز العرف في آثار عقد الزواج، لنهي دراستنا بخاتمة توصلنا فيها لمجموعة من النتائج المتعلقة بالموضوع مع تضمينها مجموعة من التوصيات.

الفصل الأول

مركز العرف في إنشاء الرابطة

الزوجية

يكتسي عقد الزواج أهمية كبيرة في تكوين الأسرة لاسيما وأنه يتعلق بأعراض الناس، فقد أحاطته الشريعة الإسلامية بالعديد من المقومات والضوابط لا ينعقد إلا بها، كون الزواج عقد يتعلق بذات الإنسان به تنشأ الأجيال، ومن أجل ديمومته وضمان إستقرار الحياة الزوجية جعلت له مقدمة وهي الخطبة، فلقد شرعت حتى يتسنى لكل طرف التعرف على الطرف الآخر وذلك متى تطابقت إرادتهما بالتبادل، والمشرع الجزائري نظم قواعد الخطبة و الزواج إستنادا إلى أحكام الشريعة الإسلامية واعتبرها مصدرا أصليا، كما أولى أعراف الناس وعاداتهم وتقاليدهم في مسائل الخطبة والزواج أهمية بإعتبارهم إعتادوا أحكاما استقر عليها تفكيرهم.

ولهذا سوف نتطرق في المبحث الأول إلى مركز العرف في الخطبة، أما في المبحث الثاني

إلى مركز العرف في عقد الزواج.

المبحث الأول

مركز العرف في الخطبة

الخطبة كمقدمة للزواج، لا يخرج معناها الإصطلاحي عن معناها اللغوي فهي سبيل لإنشاء الرابطة الزوجية على دعائم قوية وأسس ثابتة تحقق الراحة والسعادة فتدوم العشرة، فهي تسمح بمعرفة أخلاق وطبائع الطرفين، فهي مشروعة في الكتاب والسنة، الإجماع، العرف والقانون¹.

وتنص المادة 05 فقرة 1 من قانون الأسرة الجزائري المعدل " الخطبة وعد بالزواج يجوز للطرفين العدول عن الخطبة"²، من خلال النص القانوني يتضح لنا أنّ المشرع الجزائري إعتبر الخطبة مجرد وعد .

ولهذا سوف نتطرق في المطلب الأول إلى مركز العرف في حسن اختيار الخاطبين، أما المطلب الثاني سوف نتناول مركز العرف في إقتران الفاتحة بالخطبة والعدول عنها.

المطلب الأول

مركز العرف في حسن إختيار الخاطبين

تعتبر الخطبة إجراء تمهيديا يقوم به الخاطبان للتعرف على بعضهما البعض، وهي أصعب مرحلة في مقدمات عقد الزواج، وقد بينّ ديننا الإسلام والعرف كيفية حسن إختيار الخاطبين على معايير

¹ - سعيد خيذر، التكييف القانوني للخطبة "دراسة مقارنة"، رسالة نيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، سنة 1993، ص28.

² - قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09/06/1984، يتضمن قانون الأسرة ، ج.ر.ج.ج، عدد 31، صادر في 31/07/1984، معدل ومنتم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27/02/2005، ج.ر.ج.ج، عدد 15، صادر في 27 فيفري 2005.

دينية وأخلاقية¹.

الفرع الأول

مركز العرف في أسس إختيار الخاطبين وتحديد سن الخاطبين

إنّ ما تعارف عليه الناس من أسس في إختيار الخاطبين يوافق إلى حد بعيد ما ورد في الشريعة الإسلامية، فالإتفاق حاصل في أعرافنا على إعتقاد أسس الدين والأخلاق، بالإضافة لوجود أساس آخر وهو تقارب السن بين الخاطبين².

أولاً: مركز العرف في أسس إختيار الخاطبين

1 - في الفقه الإسلامي

حثت الشريعة الإسلامية على أن يكون إختيار الزوجة قائماً على أساس الدين والخلق، حيث يقول الرسول صلى والصلاة والسلام " تتكح المرأة لأربع : لمالها ولحسبها ولجمالها ولدينها فإظفر بذات الدين تربت يداك"³، فالإسلام يفضّل الأخلاق والدين، ومن الأفضل أن تكون المخطوبة مع جمالها متحلية بالأخلاق الحميدة، ومقربة إلى الله بالطاعات، وممتأنية في الأمور فإنّ بعض الشباب الراغبين في الزواج يتطلعون في غالب الأحيان إلى معيار الجمال الفاتن، غير مهتمين بالجانب الأخلاقي، والجانب التربوي البيئي، وهذا دون نسيان الجانب الوراثي.

¹ - جانم جميل فخري، مقدمات عقد الزواج، الخطبة، ط1، دار الحامد، الأردن، 2009، ص165.

² - فاطمة الزهراء عزوز، إعتبار العرف في أحكام الخطبة و الزواج في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، مسيلة 2015/2016، ص13.

³ - أبي عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم البخاري، صحيح البخاري، كتاب النكاح، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي حديث رقم 5090، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، 2007، ص617.

كذلك أيضا للمرأة التي ينبغي أن تبحث عن الفتى المناسب الذي يحقق لها أحلامها والمعيار هنا هو التوافق في المبادئ والقيم، والطبيعة والمزاج والرغبات والميول، يستحب في الخاطب عند العقلاء أن يكون ذ ; دين وخلق، متصفا بصفات الرجولة، والشخصية القوية والسلوك الحسن، ومخافة الله تبارك وتعالى أما كون الخاطب من الأغنياء فإن المال يأتي ويروح وهو ليس كل شيء¹.

2 - مركز العرف في أسس اختيار المخطوبين في قانون الأسرة الجزائري وتشريعات بعض الدول العربية.

لم يتعرض قانون الأسرة الجزائري وكذلك التشريعات العربية لمسألة اختيار الزوجين، وترك ذلك للشريعة الإسلامية، طبقا لمادة 222 من قانون الأسرة الجزائري² كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية². حيث راعت الشريعة أعراف الناس الصحيحة في الإختيار ولكن رغبّت في الزواج بذات الدين لأنّ المرأة الصالحة خير متاع الدنيا وحثت الزوجة على اختيار الزوج المتدين حسن الخلق، حتى تبني أسرة إسلامية متماسكة والأعراف الجزائرية لا تختلف عن الدين الإسلامي في أسس الإختيار إلا ما فسد منها.

ثانيا: مركز العرف في تحديد سن المخطوبين

تختلف المجتمعات عادة في تحديد السن الملائم للزواج سواء كان ذلك على صعيد الإناث أم الذكور ومنه أن يكون سن الخاطب والمخطوبة متقاربين حتى يكون بينهما توافق، ولم تشترط الشريعة الإسلامية سنّا معينة للخطبة، بل تركت ذلك للعرف تيسيرا على الناس³.

¹ - بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء أحكام الأسرة الجديد ، ج1، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005 ص103-104.

² - قانون رقم 84-11، سالف الذكر .

³ - جانم جميل فخري، مرجع سابق، ص 204.

1 - في الفقه الإسلامي

يستشف من أحكام الشريعة الإسلامية أنّ سن الزواج يكون بالبلوغ، وقد قدره العلماء بخمس عشرة سنة على الراجح، إلا أنّهم اختلفوا في تزويج الصغير و الصغيرة دون البلوغ إلى قولين :
القول الأول: ذهب جماهير الفقهاء من الصحابة و التابعين بما فيهم الأئمة الأربعة إلى جواز تزويج الصغيرة وقالو بعدم تحديد سن الزواج¹، مستدلين بقول الله تعالى: ﴿وَالَّتِي يَدْسَنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ أَرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَالَّتِي لَمْ يَحِضْنَ²﴾، فقد جعل الله عدّة الصغيرة ثلاثة أشهر رغم عدم بلوغها ، مادامت لها عدّة فيمكن أن يكون لها نكاح³.
القول الثاني: ذهب ابن الشميرة إلى القول بعدم تزويج الصغيرة و الصغير و تحديد سن لعقد الزواج وإذا زوّج الصغير يعتبر زواجه باطلا، ولا يرتب أي آثار⁴، ودليلهم في ذلك قول الله تعالى ﴿حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ⁵﴾، ووجه الإستدلال من الآية أنه لو جاز التزويج قبل البلوغ لم يكن لهاذا معنى، فلا حاجة إلى النكاح⁶.

الترجيح : نميل إلى أصحاب الرأي الثاني بعدم جواز نكاح الصغيرة، لأنّ الزواج شرّع من أجل تحقيق المقاصد الشرعية، فتغير الأزمنة و الأحوال جعل مشاكل الحياة أكبر من أن يتحملها الصغير و الصغيرة، وترك الزواج إلى سن الرشد هو الحل الأنسب.

¹ - محمد إدريس الشافعي ، الأم، ج5، دار المعرفة، لبنان، 1990، ص21. وأيضا علي بن سليمان المرادوي أبو الحسن، الإنصاف للمرادوي في معرفة الراجح من الخلاف، ج8، دار إحياء التراث العربي، دس ، ص 57.

² - سورة الطلاق، الآية 04.

³ - أبو بكر بن العربي، أحكام القرآن، ج01، راجع أصوله وخرج أحاديثه وعلّق عليه محمد عبد القادر، دار الكتب العلمية، لبنان 2003، ص 285.

⁴ - خليفة بن الخياط، طبقات خليفة بن الخياط، ط1، مطبعة العاني، العراق، 1967، ص167.

⁵ - سورة النساء ، الآية 06 .

⁶ - وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، ج8، دار الفكر، دمشق، 2010، ص183.

2 مركز العرف في تحديد سن المخطوبة والخاطب في قانون الأسرة الجزائري

ما دامت الشريعة الإسلامية لم تحدد سن الزواج، فمن باب أولى أنها لم تحدد سنًا للخطبة بل تركت تحديد سن الخاطب للعرف¹، والمشرع الجزائري لم يشرط في قانون الأسرة سنًا معينًا للخطبة بل ترك ذلك للعرف، لكنه تدخل في تحديد سن الزواج فيما يعرف بأهلية الزواج، وحددها في المادة 07 من قانون الأسرة المعدل بالأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005، وهو تسعة عشر سنة كاملة للرجل والمرأة وهو سن الرشد القانوني ولم يعتبرها بالبلوغ، والمشرع الجزائري أخذ هذا التحديد من القوانين المقارنة، والتي تمنع زواج الصغار وغير القادرين على تحمل التزامات الزواج وتكاليفه²، ونصت المادة 1/7 من قانون الأسرة الجزائري. "" ويكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات³، ومن خلال نص المادة يتضح أنّ القاضي يمكن أن يرخّص بالزواج قبل ذلك، و أن يراعي مصلحة الطرفين والضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج.

ويعاب على المشرع الجزائري عدم تحديد السن الأدنى في حالة ما إذا أراد القاضي منح الترخيص بالزواج لمن هو دون السن القانونية، وكان من الأجدر بالمشرع الجزائري أن يجعل حدًا أدنى في حالة ترخيص القاضي مثل ما فعل المشرع السوري في مادة 18 الذي وضع الحد الأدنى ب15 سنة للمراهق وب13 سنة للمراهقة إن رأى مصلحة في ذلك، وكذلك ما فعل المشرع الأردني في المادة 10 الذي حدد الحد الأدنى لحالات الخاصة بالزواج بإذن من القاضي ب15 سنة، أما قبل هذا السن فلا يكون من الممكن قانونيًا⁴.

¹ - جانم جميل فخري، مرجع سابق، ص 204.

² - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائرية، ط6، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، ص 117.

³ - قانون رقم 84-11، السالف الذكر.

⁴ - عماد شريف، مرجع سابق، ص 52.

أما مسألة الفارق في السن بين الخاطب والمخطوبة فالشريعة الإسلامية لم تشترطه، وتركت ذلك للأعراف باختلاف أمكنتها وأزمنتها، فتعارف الناس على أن يكون السن بين الخاطبين متقاربا، والخطاب أكبر سنا من المخطوبة، ولا يخلو الأمر من وجود أعراف تكثرت بفارق السن الكبير جدا بين الخاطب والمخطوبة¹، والقانون الجزائري لم يتعرض إلى مسألة فارق السن بين الخاطب والمخطوبة بل تركها للعرف.

3 - تحديد سن الخاطب والمخطوبة في تشريعات بعض الدول العربية

أ - موقف المشرع الأردني

تنص المادة 10 منه: "يشترط في أهلية الزواج أن يكون الخاطب والمخطوبة عاقلين وأن يتم كل منهما ثمانية عشرة سنة شمسية من عمره". ومن خلال نص المادة يتضح أنّ المشرع الأردني حدد سن البلوغ بـ 18 سنة لكلا الخاطبين، كذلك أشار إلى الحد الأدنى في فارق السن بين المخطوبين، فمنع الزواج الخاطبين إذا كان فارق السن بينهما 20 عاما فأكثر، إلاّ بإذن من القاضي على أن يتحقق رضى المرأة ومصحتها في هذا الزواج، وهذا ما نصت عليه المادة 11 منه "يمنع إجراء العقد على امرأة إذا كان خاطبها يكبرها بأكثر من عشرين سنة، إلا بعد أن يتحقق القاضي من رضاها وإختيارها"². وحسب نظرنا يجب على المشرع الجزائري أن يستدرك هذه المسألة ضمن التعديلات القادمة لقانون الأسرة.

¹ - جانم جميل فخري، أحكام الخطبة في ضوء العرف، مجلد 8، عدد 01، أريد للبحوث والدراسات، الأردن، 2005 ص 182.

² - قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 36 لسنة 2010، متوفر على الرابط:

ب - موقف المشرع السوري

تنص المادة 15 منه "يشترط في أهلية الزواج العقل والبلوغ" ، وتنص المادة 16 منه "تكتمل أهلية الزواج في الفتى بتمام الثامنة عشر عاما والفتاة بالسابع عشر عاما من العمر" ، وكما نصت المادة 18 منه "إذا ادعى المراهق البلوغ بعد إكماله الخامسة عشر، أو المراهقة بعد إكمالها الثالثة عشر وطلبا للزواج، يأذن به القاضي إذا تبين له صدق دعواهما واحتمال جسميهما"¹ وتنص المادة 46 من التشريع المدني السوري "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، وسن الرشد هي ثماني عشر سنة ميلادية كاملة"².

يتبين من خلال هذه المواد أنّ المشرع السوري حدد سن البلوغ في الأحوال المدنية أو الشؤون المالية، على أهلية الشخص الطبيعي وهو بلوغ سن الثامنة عشر للذكر والأنثى على حد سواء³.

ج- موقف المشرع العراقي

أناط قانون الأحوال الشخصية العراقي أهلية الزواج بأهلية الأداء لا بأهلية الوجوب عندما جاءت الفقرة 1 من المادة 07 على أنه: "يشترط في تمام أهلية الزواج العقل وإكمال الثامنة عشر

¹ - قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 59 تاريخ 07/09/1953 المعدل بالقانون رقم 34 الصادر بتاريخ 31/12/1975، متوفر على الرابط: www.arabwomenlegal-emap.org

² - القانون المدني السوري، الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 84 تاريخ 18/05/1945، متوفر على الرابط: www.parliament.gov.sy/arabic/index.php?node=201&nid.

³ - وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 189

سنة¹، والمقصود بتمام الأهلية هنا، الصفة التي يمكن معها للرجل والمرأة أن يباشر كل واحد منهما عقد زواج بنفسه أو بواسطة وكيل مستوفي للشروط، وإذا توفر الشرطان المذكوران في شخص أصبح أهلاً للزواج، وما أخذ به القانون من إناطة أهلية الزواج بأهلية الأداء وهو مما يستقيم مع كون الزواج عقداً وتصرفاً²، وكذلك نصت المادة 08 منه "إذا طلب من أكمل السابعة عشر من العمر الزواج، فالقاضي أن يأذن به إذا ثبت له أهليته وقابليته البدنية بعد موافقة وليه الشرعي"³.

ومن خلال هذه المادة فقد أناطت الحصول على إذن القاضي بالزواج بأمرين:

- موافقة الولي الشرعي، وعدم موافقته لا يمنع من إعطاء الإذن إذا لم يكن مستندا إلى مبررات معقولة.

- أن يكون لطالب الزواج القابلية البدنية.

الفرع الثاني

مركز العرف في أحكام النظر بين الخاطبين

إنّ الإسلام بشريعته الخالدة ومبادئه السمحة القويمة، وضع أمام الخاطب أصولاً متبعة في الخطوبة ومبادئ عملية في الطريق إلى الزواج، ويعتبر النظر بين المخطوبين من أكثر الطرق إنتشاراً وتداولاً في الحياة لتعرف الخاطب على المخطوبة، وكذلك المخطوبة على الخاطب.

¹ - قانون الأحوال الشخصية العراقي، رقم 188 الصادر في 19/12/1959، المعدل بالقانون 11 لسنة 1963، والقانون 21 لسنة 1978، متوفر على الرابط: <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/.../opendocpdf.pdf?...>

² - فاروق عبد الله كريم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي لرقم 188 وتعديلاته في عقد الزواج وأثاره والفرقة وأثارها وحقوق الأقارب، كردستان، العراق، 1959، ص ص 73-74.

³ - قانون الأحوال الشخصية العراقي، سالف الذكر.

أولاً: في الفقه الإسلامي

إتفق الفقهاء على مشروعية النظر للمخطوبة أو التي يرغب في خطبتها، واتفقوا على أنّ النظر بقصد التلذذ أو الشهوة باق على أصل التحريم، ولكنهم اختلفوا في حكم النظر في حال خوف الفتنة¹، فانقسموا إلى فريقين:

الفريق الأول: وهو مذهب عامة أهل العلم، بجواز النظر إلى المرأة المرغوب في نكاحها، وغلبة الظن أنّه يجاب، وممن قال به المالكية² حيث أجازوا النظر إلى المرأة عند الخطبة، وهو المشهور عنهم والحنابلة قالوا من أراد نكاح امرأة فله النظر إليها³، والحنفية قالوا يحل إلى مواضع الزينة⁴، أما الشافعية فقد قالوا إذا رغب في نكاحها، استحب أن ينظر إليها لئلا يندم⁵.

الفريق الثاني: ذهبوا إلى عدم جواز رؤية المخطوبة، وقد روى عن الإمام مالك في رواية أخرى عدم النظر إلى المرأة التي يرغب في نكاحها، رغم إتفاقه في جواز النظر إلى المخطوبة مع الفريق الأول ويقول ابن عمر البار: "من أراد نكاح امرأة فليس له عند مالك أن ينظر إليها ولا يتأمل محاسنها، وقد روى عنه أنه ينظر إليها وعليها ثيابها"⁶.

¹ نورالدين أبو يحيى، المقدمات الشرعية للزواج، فقه الأسرة برؤية مقاصدية، ط1، دار الكتاب الحديث، القاهرة، د.س.ن ص 122.

² محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي أبو الوليد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج3، دار الحديث، القاهرة 2004، ص 12.

³ عبد الله بن أحمد بن قدامة المقديسي بن محمد، المغني، ج8، مكتبة القاهرة، 1968، ص 96.

⁴ علاء الدين الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج4، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، 1986، ص 125.

⁵ زكريا الأنصاري، منهاج الطالبين، دار الفكر، بيروت، د س ن، ص 204.

⁶ ابن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة، تحقيق محمد الموريتاني، ج8، ط2، مكتبة الرياض، 1980 ص 519.

وحديث جرير ابن عبد الله رضي الله عنه قال: "سألت رسول صلى الله عليه وسلم عن نظرة الفجاءة فأمر أن أصرف بصري"¹.

1- وقت النظر إلى المخطوبة

أمّا وقت النظر فقد ذهب بعض الفقهاء إلى أنه يكون عند الخطبة، وذهب البعض الآخر إلى أنه يكون قبلها عندما يعزم على التقدم لخطبتها لأنه إذا نظر إليها قد توافق رغبتة، فيقدم وقد لا تعجبه فيحجم عنها².

المذهب الأول : وهو أن يكون وقت النظر إلى المخطوبة قبل الخطبة وبعد العزم على النكاح شرط العلم أن يجاب إلى نكاحها، وهذا ما قال به جمهور الفقهاء³.

المذهب الثاني: وهو أن يكون وقت النظر أثناء الخطبة وبعدها إذا ركن بعضهما البعض قبل الزواج، وهذا ما قال به المالكية⁴ وهو قول عند الشافعي⁵، ودليلهم في ذلك حديث جابر ابن عبد الله رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم "إذا خطب أحدكم امرأة فإن استطاع أن ينظر إلى ما يدعوه إلى نكاحها فليفعل"⁶، فقد دل الحديث على أن الرؤية تكون بعد الخطبة.

¹ - أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، كتاب الآداب حديث رقم 2105، دار الأصاله، الجزائر، 2009، ص522.

² - عماد شريقي، مرجع سابق، ص60.

³ - محمد إدريس الشافعي، مرجع سابق، ص162. وأيضا علي بن سليمان المرادوي أبو الحسن، مرجع سابق، ص 250

⁴ - محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي أبو الوليد، مرجع سابق، ص45.

⁵ - أبو زكريا يحيى بن شرف النووي الدمشقي، روضة الطالبين، ج7، ط2، المكتب الإسلامي، لبنان، 1405هـ، ص20.

⁶ - محمد بن يزيد أبو عبد الله القزويني، سنن ابن ماجه، كتاب النكاح، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، ج1، حديث رقم1865، دار إحياء الكتب العربية، د. ب. ن، د. س. ن ص599.

الترجيح: الرأي الراجح عندنا هو الجمع بين المذهبين في النظر قبل الخطبة، وعند العزم على النكاح وكذلك جوازه أثناءها وبعدها، لأنّ النظر يحقق الغرض من مشروعية الخطبة.

2 - مقدار نظر الخاطب إلى المخطوبة

اختلف الفقهاء فيما يباح للخطاب النظر إليه من مخطوبته شرعا، فقيد المالكية¹ والشافعية² النظر بالوجه والكفين، لأنّه يستدل بالوجه على الجمال أو القبح والكفين على خصوبة البدن وعدمها واستدلوا بقوله تعالى: ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾³ ، ووجه الدلالة في هذه الآية أنّ فيها نهيا عن إبراز مواضع الزينة إلا تلك التي لا بد من ظهورها نظرا الاستعمال والضرورة. وأجاز بعض فقهاء الحنفية أنّ ينظر الخاطب إلى قدميها أيضا زيادة في المعرفة، وكون أنّ القدمين ليسا بعورة⁴ .

أما الحنابلة أباحوا النظر إلى ما ينظر إليه غالبا كالوجه والكفين والقدمين والرأس والرقبة والساق أو مما تظهره المرأة غالبا في منزلها⁵، وما أذن به النبي صلى الله عليه وسلم في النظر إلى المخطوبة من غير علمها إلا دليل على النظر إلى جميع ما يظهر منها عادة، فلا يمكن النظر إلى الوجه وحده منفردا وعدم المشاركة بالنظر إلى غيره له في الظهور، وبما أنّه يظهر غالبا فباح النظر إليه كالوجه.

الترجيح: نرجح القول الأول في النظر إلى الوجه والكفين لكونهما لا يدخلان في العورة ويجوز كشفهما في الحج.

¹ - محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي وهي على شرح الكبير للدردير، ط3، المطبعة الكبرى الأميرية، القاهرة 1319هـ، ص215.

² - محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، ج4، دار الفكر، بيروت، د.س، ص 208.

³ سورة النور، الآية 31.

⁴ - محمد أمين ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج6، ط2، دار الفكر، بيروت، 1386 هـ، ص370.

⁵ - علي بن سليمان المرادوي، مرجع سابق، ص18.

ثانيا: موقف المشرع الجزائري وتشريعات بعض الدول العربية في أحكام النظر بين الخاطبين

لم يتطرق قانون الأسرة الجزائري وكذلك التشريعات العربية الأخرى لمسألة أحكام النظر بين الخاطبين وتركت ذلك للشريعة الإسلامية، كما نصت المادة 222 سالف الذكر وفق ما أقرت من أعراف صحيحة من نظر الخاطبين إلى بعضهما، كذلك تشريعات الدول العربية الأخرى¹، لكن قد نصطدم بأعراف تمنع الخاطب أو المخطوبة من النظر لبعضهما البعض، وفي هذا مأساة لأنّ المخطوبة قد تتزوج شخصا لا تعلم عنه شيئا، وبعد ذلك عيبا إذا ما سألت حيث يكتفي الأب بوصفه لأمها، وهي بدورها تصفه لها وهذا العرف يصادم الشريعة التي تبيح النظر.

والعرف لم يخالف الشريعة الإسلامية في حدود نظر الخاطب إلى المخطوبة، حيث تتفق الأعراف على إباحة النظر إلى الوجه والكفين ويختلفون في الباقي مثل إختلاف الفقهاء، ولم نجد أحدا يجيز النظر إلى كامل جسد المخطوبة، وإذا إتبعه أحد فهو عرف فاسد مخالف للشريعة، وهذا ما يبين إنسجام العرف مع تعاليم الشريعة الإسلامية وأقوال الفقهاء².

المطلب الثاني

مركز العرف في إقتران الفاتحة بالخطبة والعدول عنها

من مقدمات الزواج التي جرت العادة بها عند الكثير من الناس قراءة الفاتحة ، فإذا توفر ركن الرضا و شروط عقد الزواج إعتبر الزواج صحيحا عرفيا، يفيد حلّ العشرة الزوجية لا ينقصه إلا الرسمية³، بما أنّ الخطبة تعتبر وعدا بالزواج وليست عقدا، فبالتالي العدول عنها جائز لكل

¹ - عماد شريقي، مرجع سابق، ص 59.

² - جانم جميل فخري ، أحكام الخطبة في ضوء العرف، مرجع سابق. ص 184-187.

³ - خيرة إكاسولن و طاوس تواتي ، الخطبة وأثار العدول عنها، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، قسم القانون الخاص جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2013، ص 19.

من الخاطب والمخطوبة، إذا كانت مصلحة أحدهما تقتضي ذلك، لكن يترتب عن هذا العدول أثر يتمثل في رد الصداق والهدايا المقدمين خلال الخطبة .

الفرع الأول

مركز العرف في إقتران الفاتحة بالخطبة

يتفق الفقه والقانون على أنّ الخطبة مجرد وعد بالزواج ، ولا يترتب عليه أي أثر من أثار الزواج ولا يمكن أن يلزم أي طرف الآخر بأي إلزام أو إلترام فيجوز العدول عنها، وجرى العرف في بلادنا أن تتم خلال الخطبة قراءة سورة الفاتحة للتبرك، وتعتبر الفاتحة علامة على رضا الطرفين أو رضا وليهما بالزواج في المستقبل ، وقراءتها يعني حصول إتفاق بين الطرفين¹.

أولاً : الفقه الإسلامي

جرى العرف في عقد الزواج على قراءة الفاتحة للتبرك في نهايته ، مما رسخ الإعتقاد بأنّ العقد دون الفاتحة لا يتم، إلا أنّ الفقهاء إعتبروا الفاتحة ليست من أركان عقد الزواج ولا شروطه لكنها مستحبة، لأنّ العرف جرى بقراءتها للتبرك للمكانة العظيمة لعقد الزواج وتخلفها عن عقد الزواج لا يترتب بطلانه²، وبعض فقهاء المذاهب الأخرى إعتبروها بدعة، لأنّها لم ترد عن النبي صلى الله عليه الصلاة والسلام في عقود الزواج، ولأنّ الفاتحة عرفت في مختلف بلاد المغرب العربي الأمر الذي جعل متأخري فقهاء المالكية يتعرضون لها بالفتوى والبيان، لأنّها في بعض الأحيان تقرأ في عقد الزواج الشرعي، وفي أحيان أخرى قد تقرأ في مجلس الخطبة ما أدى إلى الإلتباس فاختلّفوا في حكمها، فهناك من الفقهاء من جعلوا العادة الجارية-أي العرف- هي التي تفرق بين مجلسي الخطبة والعقد، واقترانها بالفاتحة.

¹ - خيرة إكاسولن و طاوس تواتي ، مرجع سابق، ص 18.

² - محفوظ بن صغير، أحكام الزواج في الإجتهد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، دار الوعي ، الجزائر، 2013، ص

فإذا كان العرف أنّ ما يقع من قراءة الفاتحة في المسجد، ومن إيجاب وقبول واتفاق على صداق أنّه عقد عدّ عقد الزواج، وإن كانت العادة الجارية أنّ ما يقع هو توطئة للعقد الشرعي ومقدمة للعقد الذي يقع ليلة البناء فإنّها تكون خطبة¹، وهناك جانب آخر من الفقهاء جعلوا العبرة في التفريق بين الخطبة المقترنة بالفاتحة والعقد الشرعي هو توفر أركان وشروط عقد الزواج، فإذا كان المجلس مجلس الخطبة أن يتم إقتران الخطبة بالفاتحة في مجلس العقد، مع ذكر أركان عقد الزواج وشروطه، حيث يتم الإيجاب والقبول وتتم الصيغة بين العاقدين، ويحضر الزوج وولي الزوجة، وأن يذكروا أنّ فلان تزوج من فلانة ويحضر الشهود ويقبل الزوجان، وهنا نكون أمام عقد شرعي، وأنّ الخطبة أقرنت بالفاتحة و العقد في ذات الوقت، وإن كان ما تم تداوله على أنّه توطئة للعقد وتواعد دون ذكر الصيغة من إيجاب وقبول، فإنّه يعتبر مجلس خطبة ولا يعتبر عقد زواج².

ثانيا: مركز العرف في إقتران الفاتحة بالخطبة في قانون الأسرة الجزائري.

تعتبر الفاتحة في العرف الجزائري عقدا شرعيا عرفيا لكونها تقرأ للتبرك بعد الإنتهاء من عقد الزواج، أي تبادل الإيجاب والقبول بين ولي الزوج أو وكيله وولي الزوجة، والتفاهم على الصداق بحضور الشهود فإنّ الفاتحة تتلى آنذاك من طرف أحد طرفي العقد أو الإمام أو أحد الأقارب وهذا للتبرك لا غير، والمشرع نص على كون الفاتحة تقترن بالخطبة أو تكون لاحقة لها، فإنّ ذلك مخالف للعرف وللعادة وما جرى عليه التعامل بين الناس في المجتمع الجزائري³.

وبالتالي المشرع الجزائري بعد تعديل 2005م، فرّق بين إقتران الفاتحة بالخطبة في مجلس الخطبة وإقتران الفاتحة بالخطبة في مجلس العقد، حيث نصت المادة 06 فقرة 01 من قانون

¹ - عماد شريفي، مرجع سابق، ص 85.

² - مرجع نفسه، ص 86.

³ - الحسين بن شيخ أث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، ج1، ط1، دار هومة للطباعة، الجزائر، 2006، ص 55-56.

الأسرة الجزائري المعدل: "إن إقتران الفاتحة بالخطبة لا يعدّ زواجا"¹، ومن خلالها تعتبر قراءة الفاتحة في مجلس الخطبة تبركا والدعاء حتى تدوم الرابطة الزوجية ولا تعتبر عقدا سواء كان ذلك قبل الخطبة أو بعدها².

أما المادة 06 فقرة 2 من قانون الأسرة الجزائري نصت على: "غير أنّ إقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توافر ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في المادة 09 مكرر من هذا القانون"³.

ويقصد بالخطبة المقترنة بالفاتحة في مجلس العقد، هو المجلس الذي يحضره أولياء الخطيبين والإمام وجمع من الرجال الأقارب، وغالبا ما يكون في المسجد ويتم تبادل الإيجاب والقبول و تحديد فيه الصداق فيه⁴.

ويعتبر هذا الزواج شرعيا صحيحا ويرتب آثار عقد الزواج إلا أنّه يفتقد الشكلية، ولا يمكن الإعتداد به أمام السلطات القضائية والإدارية إلاّ إذا تبعه تسجيل في سجلات الحالة المدنية.

والمشرع الجزائري بعد التعديل أصاب في فقرة 2 مادة 06 من قانون الأسرة الجزائري في التفريق بين مجلسي الخطبة والعقد، وهذا جاء بعد الغموض الذي كان يعتري المادة السابقة في قانون الأسرة 11/84⁵.

¹ - قانون 11-84، سالف الذكر.

² - محفوظ بن صغير، أحكام الزواج، مرجع سابق، ص 89.

³ - قانون رقم 11/84، سالف الذكر.

⁴ - فاطمة خراشي، الخطبة في ظل قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون خاص معمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد ابن باديس، مستغانم، 2017/2018، ص 27-30.

⁵ - عماد شريفي، مرجع سابق، ص 87.

ثالثاً: حكم إقتران الفاتحة بالخطبة في تشريعات بعض الدول العربية

1 - موقف المشرع الأردني

نص قانون الأحوال الشخصية الأردني في المادة 03¹ لا ينعقد الزواج بالخطبة، ولا بالوعد ولا بقراءة الفاتحة، ولا يقبض أي شيء على حساب المهر و لا بقبول الهدية¹.

نستشف من خلال نص المادة أنّ قراءة الفاتحة ليست عقداً ملزماً للزواج ولا الزوجة ولا يرتب عليها أي أثر من أثار الزواج المعروفة ولا حكماً من أحكامه وهي لا تعدو، كونها مقدمة للزواج ووعداً به، وما إعتاده الناس من قراءة الفاتحة أو دفع المهر لا يغير شيئاً من طبيعتها.

2 - موقف المشرع السوري

تنص المادة 02 من التشريع السوري على² "الخطبة والوعد بالزواج وقراءة الفاتحة، و قبض المهر لا يكون زواجا"²، والمشرع السوري فصل في مسألة الفاتحة سواء كانت سابقة للخطبة أو إقترنت بها أو لاحقة لها، فهي لا تعتبر زواجا فليس لها قيمة قانونية ولا شرعية فلا يلزم بإجراء العقد والزواج، لأنّ الإلتزام بالمقتضيات من خصائص العقود³.

3- موقف المشرع العراقي

نصت المادة 03 من قانون الأحوال الشخصية العراقي على أنّ "الوعد بالزواج وقراءة الفاتحة والخطبة لا تعتبر عقداً"⁴، وانطلاقاً من هذه المادة يتبين أنّ قراءة الفاتحة ليست عقداً لأنّه إذا لزم

¹ - قانون الأحوال الشخصية الأردني، سالف الذكر.

² - قانون الأحوال الشخصية السوري، سالف الذكر.

³ - الحسين بن شيخ أث ملويا، مرجع سابق، ص 60.

⁴ - قانون الأحوال الشخصية العراقي، سالف الذكر.

الطرفان أو أحدهما باتمام عقد الزواج بسبب قراءة الفاتحة كان في هذا معنى الإكراه وفقد عنصر الرضا¹.

الفرع الثاني

مركز العرف في العدول عن الخطبة

عرف الفقهاء المعاصرون العدول بأنه تراجع طرفي الخطبة أو أحدهما عنها بعد تمام وحصول الإيجاب والقبول فيه، أو أنه تحلل من الوعد الذي بين الطرفين بإبرام عقد الزواج في المستقبل بإعتباره حق للخاطب والمخطوبة في الخطبة المقرر له قانوناً، وشرعاً ويكون له الرجوع دون بيان أسباب العدول².

أولاً: حكم إسترداد الهدايا في حالة إنقضاء الخطبة بالعدول وإعتبار العرف فيه

جرى عرف الناس على أنّ تبادل الخاطبان الهدايا بهدف التعبير عن الرضى وتحقيق جو من التآلف والمحبة بين الخاطب والمخطوبة، ولكن قد يطرأ مشكل بينهما، فيعدل أحدهما أو كلاهما فيترتب عن ذلك بعض الإشكالات فيما يخص الهدايا المقدمة خلال الخطبة³.

1- في الفقه الإسلامي : إختلف الفقهاء في حكم استرداد الهدايا بعد العدول عن الخطبة على النحو التالي:

– **مذهب الحنفية:** إنّ الهدايا التي منحت للمرأة أثناء فترة الخطوبة والتي ليست جزءاً من المهر، حكمها حكم الهبة فالخاطب له أن يسترد عينها إن كانت باقية، وأما إن كانت هالكة أو مستهلكة

¹ - فاروق عبد الله كريم، مرجع سابق، ص26.

² - نشوان زكي سليمان الحليم، محمد خليل عبد الكريم العباسي، العدول عن الخطبة وأثره في استرداد الهدايا والمهر دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، مجلة كلية القانون والعلوم القانونية والسياسية، ج2، المجلد7، العدد25، د.ب.ن. 2018، ص104.

³ - جانم جميل فخري، أحكام الخطبة في ضوء العرف، مرجع سابق، ص 197.

فإن وجد مانع من موانع الرجوع في الهبة، فليس له أن يطالب المخطوبة بها¹.

– **مذهب الشافعية:** من أهدى شيئاً ثم عدل عن خطوبته فله أن يسترد هديته سواء أكانت قائمة فيستردها عينا أما كانت هالكة فيسترد قيمتها، لأنّ هذه الهدية تمت على أساس عقد الزواج².

– **مذهب الحنابلة:** يرى فقهاء المذهب الحنبلي أنّه لا يجوز لأحد الخاطبين إذا قدم الآخر هدية ثم عدل عن الخطوبة أن يستردها لأنّ الهدية هبة، والهبة عندهم لا يجوز الرجوع عنها إلا كانت قبل القبض أما إذا تم القبض بحيث إنتقلت إلى المهدي إليه فلا رجوع فيها، إلا أن فقهاء المذهب الحنبلي لم يفرقوا بين عدول الخاطب أو عدول المخطوبة، فالحكم في كلتا الحالتين واحد، وهو عدم جواز الإسترداد سواء كانت قائمة أو مستهلكة³.

مذهب المالكية: يرى فقهاء المذهب المالكي أنّه إذا كان العدول من جانب الخاطب فلا يحق له أن يسترد شيئاً من الهدية سواء كانت مثلية أم قيميّة، وسواء أكانت قائمة أم مستهلكة ، وأما إذا كان العدول من جانب المخطوبة، فالخاطب أن يسترد جميع ما قدمه من هدايا، فإن كانت قائمة استردها، وإن كانت مستهلكة إسترد قيمتها، وهذه الأحكام تسري في حال عدم وجود شرط أو عرف ينافي ذلك⁴.

الترجيح: من بين المذاهب الأربعة نرجح مذهب المالكية كونه يحقق العدالة الطرف المتضرر من العدول عن الخطبة وإعتباره للعرف.

¹ – محمد أمين عابدين، مرجع سابق، ص 71.

² – الرملي، فتاوي الرملي، المكتبة الإسلامية، د.ب.ن، د.س.ب.، ص 78.

³ – عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي بن محمد، مرجع سابق، ص 65.

⁴ – التواتي بن التواتي، المبسط في الفقه الملكي بالأدلة، ج04، كتاب الأحوال الشخصية، دار الوعي، الجزائر، 2009

2 - مركز العرف في حكم إسترداد الهدايا في قانون الأسرة الجزائري

جرى العرف على أن لا يسترد الخاطب شيئاً مما أهدى إذا كان العدول منه، وأن يسترد الهدايا إذا كان العدول من المخطوبة، والشريعة الإسلامية أعطت إعتباراً للعرف بإعطاء الأولوية له، أو للاتفاق والمتعارف عليه في هذا الشأن موافق لما قال به المالكية، وسبب ذلك أنّ العدول بعد إتمام الخطبة يسبب إيلاماً للطرف الآخر، ولا يمكن أن يضاف بعد هذه الألام ألم رد الهدايا وبالتالي إبقاؤها في حوزته جبراً للخاطر، خاصة ونحن في زمن كثرت فيه الهدايا المقدمة للمخطوبة في الأعياد والمناسبات، وتنوعها وغلاء أسعارها، ما يجعل الخاطب يتضرر ضرراً كبيراً في حالة عدول المخطوبة دون أن ترجع له شيئاً، وكذلك يعتبر ردّها للخاطب حتى لا يعدل بعد مدة عن الخطوبة دون مبرر¹.

بعد التعديل الذي جاء به المشرع الجزائري بموجب الأمر 05-02 فأصبحت المادة 05 في فقراتها 4 و5 تنص "لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئاً مما أهداها، إذا كان العدول منه وعليه أن يرد للمخطوبة مالم يستهلك مما أهدته له أو قيمته، إن كان العدول من المخطوبة فعليها أن ترد للخاطب مالم يستهلك من هدايا أو قيمة"²، ويتضح من خلال هاتين الفقرتين أنّ المشرع الجزائري قد تظن إلى مسأّة التمييز بين الحالة التي يكون فيها العدول عن الخطبة من جانب الخاطب بناء على إرادته المنفردة وبين الحالة التي يكون فيها العدول من جانب المخطوبة بناء على رغبتها، كما فرق بين ما أستهلك من الهدايا وما لم يستهلك منها³، فإذا عدل الخاطب عن الخطوبة يسقط حقه في إسترداد ما أهداه بل عليه رد ما لم يستهلك مما أهدته المخطوبة أثناء فترة الخطبة، فإن

¹ - عماد شريقي، مرجع سابق، ص 78.

² - الأمر رقم 84-11 سالف الذكر.

³ - خيرة إكاسولن، و طاوس تواتي، مرجع سابق، ص 39-40.

أستهلكت رد قيمتها، وإن كان العدول من المخطوبة فعليها رد ما لم يستهلك مما أهداها الخاطب من الهدايا في فترة الخطوبة، إن أستهلكت ردت قيمتها¹.

أما المشرع الجزائري بعد تعديل 2005 فقد إستدرك الموقف وأزال الغموض الذي شاب مسألة إسترداد الهدايا بعد العدول عن الخطبة وذلك بالتمييز بين حالة عدول الخاطب وحالة عدول المخطوبة. لكن ما يعاب على المشرع الجزائري هو عدم تفصيله في مسألة الهدايا المتبادلة بين عائلتي المخطوبين في حالة العدول عن الخطبة، كما يعاب عليه أيضا أنه لم يضع الأسباب الممكنة التي قد تؤدي إلى العدول عن الخطبة².

3- حكم استرداد الهدايا في تشريعات بعض الدول العربية

أ- موقف المشرع الأردني

نص قانون الأحوال الشخصية الأردني في المادة 65 على مايلي: "إذا امتنعت المخطوبة أو نكص الخاطب، أو توفي أحدهما قبل عقد النكاح فإن كان ما دفع على حساب المهر موجودا إسترده عينا، وإن كان فقد التصرف فيه، أو تلف إسترد قيمته إن كان عرضا، ومثله إن كان نقدا أما الأشياء الأخرى التي أعطاهما أحدهما الآخر على سبيل الهدية، فتجري عليها أحكام الهيئة"³.

من خلال هذه المادة يتبين أنّ حكم الهدايا حكم الهبة، فيمنع من الرجوع فيها ما لم يوجد مانع من موانع الرجوع بالهبة عند إستهلاك العين الموهوبة أو هلكها، وبناء على هذا فإن كانت الهدايا حقًا مازالت قائمة حق للخاطب إستردادها وإن إستهلك أو هلكت لا يحق له ذلك وهذا قول الحنفية، وبالتالي المشرع الأردني إعتبر الهدايا المقترنة بالخطبة في حكم الهبة.

¹ - محفوظ بن صغير، الإجتهد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه في العلوم السياسية والإجتماعية، قسم الشريعة، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2008/2009، ص 307.

² - خيرة إكاسولن و طاوس تواتي ، مرجع نفسه، ص 40.

³ - قانون الأحوال الشخصية الأردني، سالف الذكر.

2- موقف المشرع السوري

نصت المادة 04 من الفقرة 3 على¹ تجري على الهدايا أحكام الهبة¹، حيث أنّ القصد من الهدايا هو تمتين أواصر المحبة والربطة بين الخاطبين، بغرض إتمام الزواج ولا يستطيع المخطوب حتى ولو كان المخطوبة هي التي عدلت عن الخطبة إسترداد الهدايا إذا وجد مانع من موانع الرجوع في الهبة، كأن تتصرف المخطوبة في كل الهدايا تصرفاً نهائياً، أو تهلك الهدايا في يدها سواء كان الهلاك بفعلها أو بحادث أجنبي لا يد لها فيه أو بسبب الإستعمال كاللباس، أو الإستهلاك كالمأكولات².

3- موقف المشرع العراقي

إنّ المشرع العراقي إعتبر الهدايا التي أعطيت للمخطوبة في فترة الخطوبة بمثابة الهبة حيث نص في البند 3 من المادة 19³ "تسري على الهدايا أحكام الهبة"³، ومما ينبغي ذكره أنّ اعتبار الهدايا هذه هبة فيه إحالة إلى القانون المدني، وبالرجوع إلى القانون المدني نرى بأنّ المادة 612 تنص على "الهبات والهدايا التي تقدم في الخطبة من أحد الخطيبين للآخر أو من أجنبي عنهما لأحدهما أو لهما معا يجب أن يردّها الموهوب له للواهب إذا فسخت الخطبة وطلب الواهب الرد مادام الموهوب قائماً وممكننا رده بالذات"⁴، مما يعني أنّ المشرع العراقي قد أخذ برأي الحنفية في

¹ - قانون الأحوال الشخصية السوري، سالف الذكر.

² - الحسين بن الشيخ آث ملويا، مرجع سابق، ص 42.

³ - قانون الأحوال الشخصية العراقي، سالف الذكر.

⁴ - القانون المدني العراقي، رقم 40، 1951، متوفر على الرابط:

هذه المسألة، وأما الضرر الذي يلحق الخطيبين من جراء الرجوع في الخطبة فيجوز التعويض عنه على أساس المسؤولية التقصيرية¹.

ثانياً: حكم إسترداد الصداق في حالة إنقضاء الخطبة بالعدول

للخاطب الحق في استرداد المهر لأنّه يستحق بالعقد، بما أنّه حدث عدول فمن حقه أن يسترده، فإن هلك تجب القيمة ولا فرق فإن يكون العدول من الخاطب أو المخطوبة، ولا فرق بين أن تفسخ الخطبة بإرادتهما أو بأمر خارج عن رغبة الطرفين.

1- الفقه الإسلامي: للفقهاء في حكم رد قيمة الصداق قولان:

القول الأول: وهو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من أنّه يجب على المخطوبة رد الصداق كاملاً بعينه إذا كان قائماً، وإذا هلك أو استهلك رد بقيمته أو بمثله، إذا كان مثلياً ولا يهم إن كانت اشترت به جهازاً أو لا فترجع بقيمة الجهاز، ولا يختلف الأمر إذا كان العدول من الخاطب أو المخطوبة لأنّ في نظرهم الصداق لا يجب إلا بالعقد أو الزواج الصحيح وهو معارضة في مقابل التمتع وما دام لم يتم فيجب رده².

القول الثاني: وهو ما ذهب إليه المالكية، حيث ترجع له ما دفعه من صداق إن كان العدول منها وإن كان منه، ولا يرجع عليها مما اشترت به الجهاز إن كان لها بالشراء أو تحت علمه أو جرى به عرف³.

الترجيح: الرأي الصائب هو ما ذهب إليه المالكية وهو وجوب التفريق بين ما إذا كان العدول من الخاطب أو من المخطوبة.

¹ - إسماعيل أبا بكر علي البامري، مرجع سابق، ص73.

² - محمد أمين ابن عابدين، مرجع سابق، ص153، وأيضاً عبد القادر بن عمر الشيباني، أنبل المآرب بشرح دليل الطالب، ج2، ط1، مكتبة الفلاح، الكويت، 1983، ص192.

³ - محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي أبو الوليد، مرجع سابق، ص50.

2- مركز العرف في إسترداد الصداق عند العدول عن الخطبة في قانون الأسرة الجزائري

جرى عرف الناس على أنه إذا حصل عدول بين الخاطبين، وكان قد قدم لها الصداق فالمخطوبة ترجع له ما قدمه لها من الصداق، وإذا اشترت به جهازا فهي ملزمة برد ما اشترته بالمهر من جهاز ونحوه، لأنه مدفوع لها مع التوكيل الضمني بالشراء به بحكم العرف، والقاعدة تقول: "المعروف عرفا كالمشروط شرطا"، وهذا طبعا مخصوص بعدم وجود إتفاق مخالف، فإذا إتفقا عدم التصرف فيه عند الدفع وإشترت به ردته عينا دون ما اشترته به لأنّ العرف يلغى بالإتفاق المخالف وبالتالي فالشريعة الإسلامية منه أعطت مكانة في هذه المسألة للعرف¹.

حيث نجد أنّ قانون الأسرة الجزائري لم يتعرض لمسألة الصداق المقدم خلال فترة الخطبة لا في القانون 11/84 الصادر في 1984/06/09، ولا في التعديل بالأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 لا صراحة ولا ضمنا، مما يستوجب الرجوع إلى أحكام المادة 222 المذكورة سلفا التي تحيلنا إلى الشريعة الإسلامية².

4 - حكم استرداد الصداق في حالة إنقضاء الخطبة في تشريعات بعض الدول العربية

أ- موقف المشرع الأردني

نص قانون الأحوال الشخصية الأردني في المادة 65 "إذا إمتعت المخطوبة أو نكص الخاطب أو توفي أحدهما قبل عقد النكاح، فإن كان مادفع على حساب المهر موجود لا تسترده عينا، وإن كان فقد بالتصرف فيه، أو تلف إسترد قيمته إن كان عرضا، ومثله إن كان نقدا، أما الأشياء الأخرى التي أعطها أحدهما الآخر على سبيل الهدية فتجري عليها أحكام الهبة"³.

وبهذا يتضح أنّ القانون الأردني أخذ بقول الفقهاء القدماء، فالخاطب في حالة إذا كان قد دفع المهر للمرأة المخطوبة أو وليها بعد الخطبة ثم حدث العدول، فإنّ له الحق في إسترداد كامل

¹ - سليمان ولد خسال، الميسر في شرح القانون الأسرة الجزائري، ط2، شركة الأصالة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012 ص 38.

² - بلحاج العربي، أحكام الزوجية وأثارها في القانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2013، ص 159.

³ - قانون الأحوال الشخصية الأردني، سالف الذكر.

ما دفعه من المهر، فإن كان قائماً إسترده كما هو، ويستوي ذلك إذا كان العدول من جهة الخاطب أو من جهة المخطوبة¹.

ب- موقف المشرع السوري

قد تعرض لهذه المسألة في المادة 04 منه، وذهب إلى ماذهب إليه العلماء من وجوب رد مثل المهر أو قيمته في حال العدول، ولكن إذا كان المهر نقداً واشترت به المرأة أشياء جهازية أو إشتري به الخاطب أشياء جهازية لها بتكليف منها أو وليها الشرعي، فإنّ القانون في هذه الحالة فرق بين كون العدول من طرفه أو من طرفها، فإن كان العدول من طرف المخطوبة فعليها إعادة قيمته نقداً وإن كان العدول من طرف الخاطب فالمخطوبة الخيار بين إعادة الجهاز أو دفع قيمته² ونصت المادة 04³ إذا دفع الخاطب المهر نقداً واشترت المرأة به جهازها ثم عدل الخاطب فالمرأة الخيار بين إعادة مثل النقد أو تسليم الجهاز، وإذا عدلت المرأة فعليها إعادة مثل المهر أو قيمته³.

ج- موقف المشرع العراقي

إذا قدم الخاطب لخطيبته أو لمن يمثلها المهر كله أو بعضه ثم فسخت الخطوبة كان للخاطب الحق في إسترداد ما دفعه بعينه إن كان باقياً، وأما إذا كان هالكا أو مستهلكا فيجب رد مثله إن كان مثلياً، وقيمه إن كان قيمياً، ولا فرق في ذلك بين أن يكون العدول قد حصل من جانب الخاطب أو من جانب المخطوبة، ذلك لأنّ المهر أثر من آثار عقد الزواج وحيث لا عقد فلا أثر⁴، فقد نصت الفقرة 02 من المادة 19 من قانون الأحوال الشخصية على أنه: "إذا سلم

¹ - محمد حسن أبو يحيى، مرجع سابق، ص 85.

² - أسامة محمد منصور الحموي، العدول عن الخطبة في الفقه والقانون دراسة مقارنة، مجلة للعلوم الإقتصادية والقانونية، المجلد 27، العدد 03 دمشق، 2011، ص 42.

³ - قانون الأحوال الشخصية السوري، سالف الذكر.

⁴ - فاروق عبد الله كريم، مرجع سابق، ص 27.

الخاطب إلى المخطوبة قبل العقد مالا محسوبا على المهر ثم عدل أحد الطرفين عن إجراء العقد أو مات أحدهما فيمكن إسترداد ما سلّم عينا وإن أستهلك فبدلاً¹.

المبحث الثاني

مركز العرف في عقد الزواج

إنّ الزواج نظام شرعه الله تعالى لتكاثر الإنسان على وجه يحفظ كرامته ، فهو عقد يسمو على كل العقود ولعظمة مكانته، وهو ما يحقق المودة والرحمة والإستقرار والسكينة داخل الأسرة والمجتمع، وهو عقد عظيم الشأن ولهذا الإعتبار فهو يقوم على جملة من الأركان والشروط ، منها ما هو متفق عليه بين الفقهاء ومنها ما هو مختلف فيه، وكذلك فقد يقترن هذا العقد بشروط يحددها طرفاه، وكل هذه الأركان والشروط قد نظمتها الشريعة الإسلامية، وكذا المشرع الجزائري الذي إعتبر أعراف الناس²، فقد نصت المادة 05 من قانون الأسرة³ هو عقد رضائي يتم بين رجل وإمرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون، إحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب³.

¹ - قانون الأحوال الشخصية العراقي، سالف الذكر.

² - فاطمة عزوز الزهراء، مرجع سابق، ص 46-47.

³ - قانون رقم 84-11. سالف الذكر.

المطلب الأول

مركز العرف في لفظ النكاح وركن عقد الزواج

تعارف الناس على استعمال لفظ الزواج بدل النكاح وبذلك ينصرف معناه على معنى الزواج، وهو العقد الذي يضفي الصفة الشرعية على العلاقة بين الرجل والمرأة، إنّ عقد النكاح كغيره من العقود لا بد فيه من رضی الأطراف، أن يكون الرضى خاليا من العيوب¹.

الفرع الأول

مركز العرف في حقيقة لفظ النكاح

يحتمل لفظ النكاح معنيين إما العقد أو الوطاء.

أولاً: **الفقه الإسلامي:** إتفق الفقهاء في معنى لفظ "الزواج"، في دلالاته على العقد، لكنهم اختلفوا في بيان حقيقة لفظ "النكاح".

القول الأول: النكاح حقيقة في الوطاء مجاز العقد، وقد قال بهذا القول الحنفية²، وبعض الحنابلة³ ودليلهم في ذلك من القرآن الكريم لقوله تعالى: ﴿الزَّانِي لَا يَنْكِحُ إِلَّا زَانِيَةً﴾⁴، والمراد بالنكاح الوطاء ومعنى إنكحوا هو الوطاء، وفي هذا الموضع حمل على العقد، وذلك لدليل إقتران به قرينة نقلته من الوطاء إلى ذكر العقد⁵.

¹ - فاطمة عزوز الزهراء، مرجع سابق، ص 53-54.

² - محمد بن أبي سهل السرخسي أبوبكر، المبسوط، ج4، دار المعرفة، بيروت، 1406هـ، ص 192.

³ - عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي بن محمد، المغني، ج7، ط1، دار الفكر، بيروت، 1405هـ، ص3

⁴ - سورة النور، الآية 03.

⁵ عماد شريفي، مرجع سابق، ص 97.

القول الثاني: هو حقيقة في العقد مجاز في الوطاء، أي إذا ورد لفظ النكاح في القرآن أو السنة فيحمل على معنى العقد، ما لم ترد قرينة تدل على أن معناه الوطاء، وهو قول جمهور الفقهاء¹ وأدلتهم في ذلك من القرآن الكريم لقوله تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ أَنْ تَنْكِحُوا مَنْ إِذَا آتَيْتُمُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ²﴾، ومعنى هذه الآية لا حرج ولا إثم عليكم أن تتزوجوا هؤلاء المهاجرات إذا دفعتم لهن مهرهن ولا يعقل أن يكون المعنى لا تطئوهن بغير زواج بهن، إذا أتيتموهن مهرهن، وأصل لفظ النكاح العقد، ثم استعير للجماع ومحال أن يكون في الأصل للجماع ثم أستعير للعقد³.

القول الثالث: أنه حقيقة في العقد والوطاء مشترك بينهما، وهو قول عند الشافعية⁴ وقول عند الحنابلة⁵ ودليلهم على اشتراط اللفظ بين العقد والوطاء، إطلاقه على كلا منهما على إنفراده حقيقة وهو من الألفاظ التي وضعت للدلالة على أكثر من معنى، فهو يستعمل مرة في العقد، وأخرى في الوطاء.

ثانيا: مركز العرف في حقيقة لفظ النكاح في القانون الأسرة الجزائري

المشرع الجزائري في إختياره للفظ الزواج دون لفظ النكاح كان صائبا، وذلك إبتعادا عن الإختلاف الفقهي الواقع في حقيقة النكاح، وكذلك شيوع لفظ الزواج في أعراف الناس، ومواءمته لعاداتهم، مادام العرف لا يخالف نصا شرعيا ولا يعارض مصلحة عامة، وهو لفظ يرادف لإقتران

¹ - عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي بن محمد، المغني، ج7، مرجع سابق، ص03، وأيضا أبي زكريا يحي بن شرف النووي، مناهج شرح صحيح مسلم، ج8، ط2، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1392، ص172.

² سورة الممتحنة، الآية 10.

³ عبد الناصر العطار، الوسيط في أحكام الأسرة في الإسلام، ج2، المكتبة الأزهرية، القاهرة، 2008، ص07.

⁴ - محمد الخطيب الشربيني، مرجع سابق، ص 201.

⁵ - محمد بن أبي سهل السرخسي أبوبكر، مرجع سابق، ص192.

الرجل بالمرأة على سبيل الدوام والإستمرار لتكوين الأسرة، بحيث إذا أطلق لفظ الزواج لا يقصد منه إلا هذا المعنى.

الفرع الثاني

مركز العرف في الرضا وما يتحقق به

إنفق فقهاء الشريعة الإسلامية وفقهاء القانون الوضعي على أنّ الرضى ركن أساسي في عقد الزواج على إختلاف لفظي بينهما، فهناك من يسميه الإيجاب والقبول، وهناك من يطلق عليه إسم الصيغة ولهم عقد زواج وجود الإيجاب والقبول، فهو الركن الأساسي فيه، لأنّه يستلزم وجود العاقدين "الزوج والزوجة"، ويقصد بركن الرضى في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري "هو توافق إرادة الطرفين الإرتباط بواسطة التعبير للدلالة على التصميم على إنشاء الإرتباط والإرادة، إنّه ما صدر من الأول إيجابا وماصدر من الثاني يعدّ قبولا"، ويقصد بالإيجاب هو اللفظ الذي يصدر أولا من أحد المتعاقدين دالا على رضاه، والقبول هو اللفظ الذي يصدر من المتعاقد الآخر دالا على موافقته على رغبة الأول¹.

¹ - لعلي سعادي ، الزواج وإنحلاله في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، علوم القانون الخاص كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2015/2014، ص 41.

أولاً: مركز العرف في الإيجاب والقبول(الركن)

1-الفقه الإسلامي

اختلف الفقهاء في تحديد أركان عقد الزواج، نتيجة إختلافهم في تحديد المفهوم الإصطلاحي للركن .

– **المذهب الحنفي:** يعتبر ركن عقد الزواج هو الصياغة المتمثلة في الإيجاب والقبول، فالإيجاب هو ما صدر أولاً من أحد المتعاقدين سواء كان الرجل أو المرأة، والقبول هو ما يصدر ثانياً من متعاقد آخر أما إذا تخلف الإيجاب والقبول كان عقد الزواج باطلاً¹.

– **المذهب الحنبلي:** ذهب بعض من الحنابلة إلى إعتبار أركان عقد الزواج ثلاثة: الزوجان الخاليان من الموانع الشرعية، والإيجاب، والقبول، وهناك من فقهاء المذهب من إقتصر على الإيجاب والقبول فقط لكون ماهية النكاح مركبة منهما دون غيرهما².

– **المذهب الملكي:** ذهب بعض المالكية إلى أن أركان عقد الزواج هو أربعة: الولي، الصداق الزوج والزوجة، والصيغة، ويعلل بعض المالكية إلى أنّ العقد لا يتصور من عاقدين وهما شرعا الولي والزوج ومن المعقود عليه وهو الزوجة، وبعض الآخر من فقهاء المالكية ذهب إلى أركان عقد الزواج ثلاثة وهي: الزوجان، الصيغة وهي الإيجاب والقبول، والولي³.

– **المذهب الشافعي:** ذهب بعض فقهاء الشافعية إلى أنّ أركان الزواج أربعة و هي: الصيغة و الزوج والزوجة والشهود والولي، وقد يعبر عن الولي بالعاقدين ، وهناك من عدّ كلا الزوجين ركنا منفصلا ، فأصبحت خمسة أركان ، لأنّه يعتبر في كل منهما ما لا يعتبر في الآخر لتعلق العقد بهما⁴.

¹ - محمد بن عبد الواحد السيواسي إبن همام، شرح القدير، ج3، ط2، دار بيروت، د س، ص189.

² - علاء الدين الكساني، مرجع سابق، ص 230.

³ - مراد بن سعيد، الميسر في أحكام الزواج والطلاق عند المالكية، دار الهدى، الجزائر، 2015، ص 50-56.

⁴ - محمد الخطيب الشربيني، مرجع سابق، ص227.

2 - الإيجاب والقبول في قانون الأسرة الجزائري

نص المشرع الجزائري في المادة 09 من قانون الأسرة الجزائري المعدل على أنه "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين"¹، ومن هنا يتضح بأن عقد الزواج لا يقوم إلا على ركن الرضا، فإن إختل ركن الرضا لم ينعقد العقد أصلاً، ويكون باطلاً بطلاناً مطلقاً من الناحية القانونية، وهذا ما نصت عليه المادة 33 من قانون الأسرة الجزائري "يبطل عقد الزواج إذا إختل ركن الرضا"، ويجب أن يكون الرضا صحيحاً تاماً أي لا يعتريه عيب من عيوب الإرادة، وإلا عدّ ركن الرضا غير موجود، والمشرع الجزائري بعد التعديل إعتبر ركن الرضا الركن الوحيد في عقد الزواج، ويكون بذلك آخذاً بالمذهب الحنفي، بينما كان قبل التعديل يأخذ بأربعة أركان تابعة للمذهب المالكي².

3- الإيجاب والقبول في تشريعات بعض الدول العربية

أ- موقف المشرع الأردني

نصت المادة 06 من قانون الأحوال الشخصية الأردني "ينعقد الزواج بإيجاب وقبول الخاطبين أو وكيلهما في مجلس العقد"³، من خلال نص المادة يتضح أنّ الإيجاب الأول كلام يصدر من أحد العاقدين من أجل إنشاء التصرف فيه وبه يوجب ويثبت التصرف، أمّا القبول ثاني كلام يصدر من أحد العاقدين لأجل التصرف، وبه يتم العقد، ويفهم من نص هذه المادة أنّ المشرع الأردني أخذ بركن الرضا الذي يتجلى في الإيجاب والقبول بين الخاطبين ويمكن توكيلهما في مجلس العقد.

ب- موقف المشرع السوري

نصت المادة 05 من قانون الأحوال الشخصية على أنه "ينعقد الزواج بالإيجاب من أحد العاقدين وقبول من الآخر"⁴، ومن خلال هذه المادة لا بد من الإتفاق بين الطرفين، وهذا الإيجاب

¹- قانون رقم 84-11، سالف الذكر.

²- بلحاج العربي، أحكام الزوجية، مرجع سابق، ص 239-240.

³- قانون الأحوال الشخصية الأردني، سالف الذكر.

⁴- قانون الأحوال الشخصية السوري، سالف الذكر.

والقبول هما صيغة النكاح، وهذا يعني إشتراط التخاطب فيهما، أو وجود الإيجاب والقبول مرتبطين وبالتالي المشرع السوري أخذ بركن الرضا الخالي من عيوب الإرادة¹.

ج- موقف المشرع العراقي

نصت المادة 04 من قانون الأحوال الشخصية على "ينعقد الزواج بإيجاب يفيد لغة أو عرفاً من أحد العاقدين وقبول من الآخر ويقوم الوكيل مقامه"²، ومن خلال نص المادة يبدو أنّ المشرع العراقي أخذ برأي الحنفية حيث عدّ في عقد الزواج ركناً واحداً فقط، وهو الإيجاب والقبول وهذا واضح في إعتبار المشرع العراقي في الإيجاب والقبول من شروط الإنعقاد في الفقرة الأولى من المادة 06 والمعلوم أنّ شرط الإنعقاد بمثابة الركن، فعدمه يجعل العقد باطلاً.

ثانياً: مركز العرف بما يتحقق به الإيجاب والقبول

1- الفقه الإسلامي

عقد الزواج لا ينعقد إلاّ بالألفاظ الدالة عليه سواء كانت حقيقة لغوية في دلالتها عليها، أم كانت مجازاً مشهوراً وصل إلى درجة الحقيقة اللغوية³، وينعقد النكاح بما عدّه الناس نكاحاً بأي لغة أو لفظ وفصل كان، ومثّل كل عقد⁴، وقد إتفق الفقهاء على إنعقاد النكاح بلفظي التزويج والإنكاح، وإختلفوا فيما عدا ذلك من الألفاظ إلى ثلاثة مذاهب وهي:

¹ - حسن البغا ومصطفى البغا، قانون الأحوال الشخصية، الزواج والطلاق، ج1، منشورات الجامعة الافتراضية، سوريا 2018، ص54.

² - قانون الأحوال الشخصية العراقي، سالف الذكر.

³ - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1971، ص 87.

⁴ - تقي الدين ابن تيمية، أحكام الزواج، دار الكتب العلمية، لبنان، 1988، ص 706.

المذهب الأول: ذهب الشافعية¹ والحنابلة² إلى أنه يمنع إنعقاد العقد بغير هذين اللفظين ودليلهم في ذلك قول الله تعالى: ﴿فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾³، وقال أيضا: ﴿فَلَمَّا قَضَى زَيْدٌ مِنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَا كَهَا﴾⁴، ووجه الدلالة من هاتين الآيتين سمي النكاح بإسمين: النكاح والتزويج والعاقل عنهما ومعرفته لهما، عادل عن اللفظ الذي ورد في القرآن الكريم به⁵.

المذهب الثاني: ذهب الحنفية⁶ إلى أن النكاح ينعقد بلفظ البيع والشراء والصدقة والتمليك والهبة والعطية، والإستئجار، بشرط النية أو قرينة تدل على الزواج وفهم الشهود المقصود وإستندوا إلى الأدلة التالية: قول الله تعالى: ﴿وَأَمْرًا مُمُؤِنَةً إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا خَالِصَةً لَكَ مِنْ دُونِ﴾⁷، ووجه الدلالة لفظ الهبة إنعقد به نكاح الرسول صلى الله عليه وسلم فينعقد به نكاح أمته كلفظ الإنكاح والتزويج .

المذهب الثالث: وهو ما ذهب إليه المالكية، إضافة للفظي الإنكاح والتزويج أجازوا الزواج بلفظ الهبة، شرط أن يذكر الصداق حتي يكون قرينة على إرادة الزوج من هذه الألفاظ، أما إذا لم يذكر الصداق لا ينعقد النكاح⁸ .

¹ - محمد الخطيب الشربيني، مرجع سابق، ص 227.

² - عبد الله بن أحمد بن قدامة المقديسي بن محمد، المغني، ج 7، مرجع سابق، ص 78.

³ - سورة النساء، الآية 03.

⁴ - سورة الأحزاب، الآية 37.

⁵ - تقي الدين إبن تيمية، مرجع سابق، ص 710.

⁶ - علاء الدين الكساني، مرجع سابق، ص 230.

⁷ - سورة الأحزاب، الآية 50.

⁸ - الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، ج 2، دار المعارف، د. ب. ن. د. س. ن. ص 351.

✓ **الترجيح:** الرأي الصائب هو قول الحنفية والمالكية، الذين لا يحصرون الألفاظ المعتبرة في عقد الزواج فالناس يتعارفون على ألفاظ غير لفظي الإنكاح والتزويج في كل عصر.

2- مركز العرف بما يتحقق به الإيجاب والقبول في قانون الأسرة الجزائري

نصت المادة 10 من قانون الأسرة الجزائري "يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا"، كما نصت الفقرة 02 من المادة 10 "ويصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا كالكتابة والإشارة"¹، ويتضح من خلال المادة أنّ المشرع الجزائري أخذ بالمذهب المالكي عندما ربط الألفاظ التي ينعقد بها عقد الزواج بالعرف، غير مشترط ألفاظا مخصوصة كالتزويج والإنكاح كما فعلت بعض التشريعات المقارنة، فلقد وفق المشرع الجزائري في جعل ألفاظ عقد الزواج بما تعارف على أنّه لفظ يفيد الزواج، ومنها المصحفة أي العامية، وذلك لرفع الحرج والمشقة على الناس، ولا يصح التضييق على العامة في إختياره الصيغ التي تتناسب مع أعرافهم²، لكن في أيامنا هذه أصبح يتم إرشاد المتعاقدين من طرف إمام المسجد، أو ضابط الحالة المدنية المكلف بتوثيق عقد الزواج إلى ألفاظ خاصة بأصول العقد بما تحويه من ألفاظ والتي يكون أغلبها التزويج³.

1 - ما يتحقق به الإيجاب والقبول في تشريعات بعض الدول العربية

أ-موقف المشرع الأردني

نصت المادة 07 من قانون الأحوال الشخصية "يكون الإيجاب والقبول بالألفاظ الصريحة كالإنكاح والتزويج، وللعاجز عنهما بإشارته المعلومة"⁴، فالألفاظ الصريحة في اللغة العربية هي الإنكاح والتزويج دون غيرهما، فمجيئه بالحرف (الكاف) في قوله كالتزويج أوجد إشكالا و إبهاما

¹ - قانون رقم 84-11، سالف الذكر.

² - عماد شريفي، مرجع سابق، ص 106.

³ - جانم جميل فخري، مقدمات عقد الزواج، مرجع سابق، ص 53.

⁴ - قانون الأحوال الشخصية الأردني، السالف الذكر.

لأنّ الكاف تدل على التمثيل، والتمثيل هنا غير موجود لعدم وجود لفظ صريح غير هذين اللفظين وبهذا فإنّ قانون الأحوال الشخصية الأردني لم يأخذ بالألفاظ العرفية وإنما إقتصر على النكاح والتزويج فقط.

ب- موقف المشرع السوري

نص في المادة 06 من قانون الأحوال الشخصية "يكون الإيجاب والقبول في الزواج بالألفاظ التي تفيد معناه لغة أو عرفاً"¹، وهذا يشمل الألفاظ الدالة على الإيجاب والقبول، وقد توسع فيها وفقاً لمذهب الحنفية بقبول كل لفظ دال لغة وعرفاً، ولاشك أنّها لا بد من دلالة على إفادة معناه جزماً².

ج - موقف المشرع العراقي

يبدو أنّ المشرع العراقي قد أخذ بمذهب الحنفية، وإن لم ينص على ذلك صراحة، ولكن في المادة 04 من قانون الأحوال الشخصية ما يبيّن أنّ إنعقاد الزواج ليس محصوراً في لفظ الزواج والنكاح حيث نص المشرع العراقي "ينعقد الزواج بالإيجاب يفيد لغة أو عرفاً من أحد العاقدين وقبول من الآخر ويقوم الوكيل مقامه"³، فكل إيجاب أفاد طلب الزواج عرفاً وقبول وارد عليه ينعقد به العقد قانوناً، وإن لم يكن بلفظ الزواج والنكاح.

¹- قانون الأحوال الشخصية السوري، السالف الذكر.

²- حسن البغدادي مصطفى البغا، مرجع سابق، 48.

³- قانون الأحوال الشخصية العراقي، السالف الذكر.

المطلب الثاني

مركز العرف في شروط عقد الزواج

بعد بيان الركن الجوهرى الذي يقوم عليه عقد الزواج نتطرق إلى الشروط، حيث يجب أن تتوفر في كل عقد ليرتب آثاره الشرعية التي أنشئ من أجلها، فلما أقرتها الشريعة الإسلامية جعلت العديد من أحكامها لا تخلو من إعتبار أعراف الناس¹.

الفرع الأول

مركز العرف في الصداق والولاية

يعتبر الصداق والولاية من بين الشروط الموضوعية لعقد الزواج، التي لها علاقة مباشرة بالعرف.

أولاً: مركز العرف في الصداق

الصداق هو إسم للمال الذي يجب للمرأة على الرجل بعقد فهو حق خالص للمرأة تستحقه في مقابل قبولها لعقد النكاح، كما يعرف بأنه "المبلغ الذي يقدمه الزوج لزوجته المستقبلية، ويعتبر بذلك المال الذي يوضع تحت تصرف الزوجة تتصرف فيه كيف تشاء"، وله عدة أسماء فالإسم الدارج في لهجتنا يطلق عليه بالشرط² والصداق مشروع، وذلك لقوله تعالى: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ

نِحْلَةً³

¹ - عزوز فاطمة الزهراء، مرجع السابق، ص 58.

² - عواطف زرقين، مدى سلطان العرف في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2015، ص 43.

³ - سورة النساء، الآية، 04.

1. مركز العرف في حدّ الصداق

أ - في الفقه الإسلامي

إتفق الفقهاء على أنه لاحدّ لأكثر المهر، وذلك لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا﴾¹، وأما أقلّ المهر اختلف الفقهاء فيه، فذهب الشافعية² والحنابلة³ إلى أن المهر غير مقدر، بل كل ما جاز أن يكون ثمنًا أو مبيعًا، أو أجرة مستأجرًا جاز أن يكون صداقًا، وأدلتهم بأنّ أقلّ المهر غير مقدر، قول الله تعالى: ﴿وَاجِلٌ لَكُمْ مَّا وَرَاءَ ذَلِكَ أَن تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسْلِفِينَ﴾⁴، يدخل فيه القليل والكثير من المال، ومن خلال هذا الدليل نجد بأنّ الله سبحانه شرط أن يكون المهر مالا، والحبّة الدانق⁵ ليس بمال، فلا يصح المهر بهما.

بينما ذهب الحنفية⁶ والمالكية⁷ إلى أنّ المهر مقدر الأقل، إلا أنّهم اختلفوا في مقداره فذهب الحنفية إلى أن أقلّ المهر عشر دراهم أو ما قيمته عشر دراهم، ويرى المالكية أنّ أقلّ المهر

¹ - سورة النساء، الآية 20.

² - محمد الخطيب الشربيني، مرجع سابق، ص 367.

³ - عبد الله بن أحمد بن قدامة المقديسي بن محمد، ج7، مرجع سابق، ص 210.

⁴ - سورة النساء، الآية 24.

⁵ - الدانق: سدس الدرهم، والساقط المهزول، (ابن منظور، المعجم الوسيط، ج10، ص 105).

⁶ - علاء الدين الكساني، مرجع سابق، ص 375.

⁷ - محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي أبو الوليد، مرجع سابق، ص 45.

ربع دينار أو ثلاثة دراهم¹، وأدلتهم في ذلك، بقوله تعالى: ﴿وَأَجَلٌ لَكُمْ مَّا وَرَاءَ ذَلِكَ أَن تَبْتَغُوا

بِأَمْوَالِكُمْ﴾²، أما المالكية عملوا على القياس فقاوسوا مقدار المهر على نصاب السرقة³.

الترجيح: يترجح لنا ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة، إستنادا بالآية التي إستدلوا بها والتي تفيد أنه لا حد لأقل المهر.

ب - مركز العرف في حد الصداق في قانون الأسرة الجزائري

إنّ الشريعة الإسلامية لم تضع حداً لأكثر الصداق، وتركت ذلك بالإتفاق في عقد الزواج بين الزوجين، وتراعى في ذلك الحالة المالية للرجل في الغالب وتحديدته يكون بالرجوع للعرف⁴، وجاءت وجاءت المادة 14 من قانون الأسرة الجزائري مطلقاً، ولم تحدد مقدار الصداق حيث تنص "الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نفود أو غيرها"، وهو توجه سليم يبيّن مدى سلامة موقف المشرع، الذي يتماشى مع روح التشريع في رفع الحرج والتيسير على الناس⁵.

ومقدار الصداق في الجزائر يختلف باختلاف الأعراف، كونه يختلف من منطقة إلى أخرى فأعلى المهور في الجزائر يتم دفعها في الجنوب، إذ يصل مهر العروس في بعض المناطق الصحراوية إلى 100 مليون سنتيم ولا يقل عن 20 مليون ، وفي مقابل ذلك للعروس مهمة تأثيث بيت الزوجية، أما الغرب الجزائري فيما يتعلق بالمهر فهو لا يقل عن 10 ملايين سنتيم بالإضافة إلى عدد من الهدايا التي يجبر العريس على تقديمها في كل مناسبة مع الذهب، أما في منطقة

¹ - جمال كركار، العرف والعمل الجزائري وأثرهم في الفتاوى والأحكام، (منطقة الزواوة من خلال فترة الإحتلال نموذجاً) منشورات المجلس الإسلامي الأعلى، 2013، ص 361-362.

² - سورة النساء، الآية 24.

³ - جمال كركار، مرجع سابق، ص 362.

⁴ - محمود صالح المحمود العلواني، العرف وأثره في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دراسة مقارنة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، 2016، ص 59.

⁵ - محفوظ بن صغير، أحكام الزواج، مرجع سابق، ص 148.

الشرق الجزائري، يعتبر من أكثر المناطق غلاء في المهور حيث تختلف فيه القيمة بحسب العائلات يصل أحيانا إلى 20 مليون سنتيم، أما في منطقة القبائل جرى في عرفهم تيسير المهور على المتزوجين ولا يشترطون الذهب وإنما يكتفون بالحلي الفضية¹. وفي بعض الجهات من منطقة القبائل يتم تحديده في صورة قانون داخلي يتضمن كل تفاصيله، ويوافق عليه من طرف الأعيان ولجان و جهات القرى المختلفة.

ج - حدّ الصداق في تشريعات بعض الدول العربية - موقف المشرع الأردني

نصت المادة 39 من الأحوال الشخصية الأردني على أن: "المهر مهرا، مهر مسمى وهو الذي يسميه الطرفان بين العقد قليلا كان أو كثيرا ومهر المثل، وهو مهر مثل الزوجة وأقرانها من أقارب أبيها، وإذا لم يوجد لها أمثال من قبل أبيها فمن مثيلاتها وأقرانها من أهل بلدتها"²، ويتضح من خلال نص المادة أنّ المشرع الأردني أخذ برأي جمهور فقهاء المسلمين القائل بعدم جواز تحديد حد أدنى للمهر .

- موقف المشرع السوري

نصت المادة 54 من قانون الأحوال الشخصية السوري في الفقرة 01 " لا حد لأقل المهر ولا أكثره"³، لا حد لأقل المهر كون المهر مالا قليلا أو كثيرا وضابطه كل ما صح كونه مبيعا أي له قيمة صح كونه صداقا، وما ليس له قيمة فلا يصح أن يكون صداقا مالم ينته إلى حد لا يتمول وإلا فسدت التسمية، ونجد أنّ قانون الأحوال الشخصية السوري أخذ بمذهب الشافعية والحنابلة .

¹ - عماد شريقي، مرجع سابق، ص115.

² - قانون الأحوال شخصية الأردني، سالف الذكر

³ - قانون الأحوال الشخصية السوري، السالف الذكر.

– موقف المشرع العراقي

لم ينص المشرع العراقي على مقدار المهر، بحسب نص المادة 09 من قانون الأحوال الشخصية العراقي، لا يجوز لأحد منع غيره من الزواج إذا كان ذا أهلية فيكون مقدار المهر متروكا للعاقدين، فيصح بالقليل والكثير، ولا يخرج على الصحة إلا ما كان خارجا بحكم الشرع كأن يكون المهر خمرا أو لحم خنزير¹.

2 – مركز العرف في تعجيل الصداق وتأجيله

أ – في الفقه الإسلامي

يجوز تعجيل المهر وتأجيله، كما يصح تعجيل بعضه، ويصح أن يقسط المهر على أقساط باتفاق الزوجين وإذا حصل إتفاق بين الزوجين على الصداق ولم يذكر تأجيله عند العقد، فقد اختلف الفقهاء في ذلك إلى مذهبين:

المذهب الأول: ذهب فقهاء المالكية² والحنابلة³ إلى أنّ المهر يكون معجلا قياسا على تعجيل

الثمن في عقد البيع إذا لم يكن ثمة عرف يقضي بتعجيل الصداق أو تأجيله، فإنّ الصداق يكون معجلا، لأنّ الأصل أنّه يجب بتمام العقد.

المذهب الثاني: ذهب الحنفية إلى أنّ الحكم لعرف بلدهما، لأنّ العرف المعروف عرفا كالمشروط شرطا فإذا كان العرف جاريا بتعجيل كل المهر معجلا، وإن كان جاريا بتأجيله كان مؤجلا، وإن كان جاريا بتعجيل بعضه وتأجيل البعض الأخرى كذلك⁴.

الترجيح: نميل إلى ما ذهب إليه المالكية أنّ التزوج بصداق إلى غير أجل يفسخ قبل الدخول ويثبت الزواج بعد الدخول بمهر المثل.

¹ – إسماعيل بكر علي البامري، مرجع سابق، ص 181.

² – محمد عرفة الدسوقي، مرجع سابق، ص 304.

³ – عبد الله بن أحمد بن قدامة المقديسي بن محمد، الشرح الكبير، مرجع سابق، ص 25.

⁴ – محمد أمين ابن عابدين، مرجع سابق، ص 144.

ب - مركز العرف في تعجيل الصداق وتأجيله في قانون الأسرة الجزائري

جرى عرف الناس بتعجيل الصداق أو جزء منه وتأجيل الباقي، وهو أمر جائز ووافقه الشريعة وتجدر الإشارة إلى أنّ العرف في الجزائر لا يقر بالتأجيل، إذ لا يتصور الدخول الحقيقي والبناء دون أن تكون الزوجة قد قبضت صداقها¹.

ونصت المادة 15 فقرة 1 في قانون الأسرة الجزائري "يحدد الصداق في العقد، سواء كان معجلاً أو مؤجلاً"²، ويفهم من مقتضيات هذه المادة أنّه يجوز تعجيل الصداق وتأجيله لأجل مسمى كلا أو بعض حين العقد، وهذا حسب العرف السائد في المكان الذي يوجد به الزوجان³.

ج - تعجيل الصداق وتأجيله في تشريعات بعض الدول العربية

أ - موقف المشرع الأردني

نصت المادة 41 من القانون الأحوال الشخصية الأردني: "يجوز تعجيل المهر المسمى وتأجيله كله أو بعضه على أن يؤيد ذلك بوثيقة خطية، وإذا لم يصحح بالتأجيل يعتبر المهر معجلاً"⁴، من خلال هذه المادة المشرع الأردني فقد إشتراط لبيان التعجيل والتأجيل، أن يسجل ذلك في وثيقة خطية، كي لا يحصل جحود من قبل أحد الطرفين، حيث لم يذكر الأجل الصداق يكون معجلاً وإذا كان الأجل جاهلة فاحشة، فإنّ الأجل يبطل ويصبح الصداق حالاً.

¹ - عماد شريقي، مرجع سابق، ص 118.

² - قانون رقم 84-11، سالف الذكر.

³ - بلحاج العربي، أحكام الزوجية وأثرها في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 358.

⁴ - قانون الأحوال الشخصية الأردني، سالف الذكر.

ب - موقف المشرع السوري

نصت المادة 55 من قانون الأحوال الشخصية السوري "يجوز تعجيل المهر أو تأجيله كلا أو بعضهما وعند عدم النص يتبع العرف"¹ ، من خلال ما نص عليه المشرع السوري، فإن عقد الزواج الصحيح يوجب المهر فإذا طالبت الزوجة بتسليمه لزم الزوج تسليمه، وذلك ليتعين حقها فيه بالقبض، ولها منع زوجها من الدخول لتتسلم المهر² .

ج - موقف المشرع العراقي

نصت المادة 20 من القانون العراقي في الفقرة الأولى على مايلي: "يجوز تعجيل المهر وتأجيله كلا أو بعضا، وعند عدم النص على ذلك يتبع العرف"³ ، ومن نص المادة يجب المهر بمجرد العقد الصحيح غير أن لا يلزم أن يكون حالا بل يجوز تعجيله كله أو تأجيله كله أو تعجيل بعضه، وفي حالة عدم وجود إتفاق على التعجيل أو التأجيل وعلى النحو الذي مرّ ذكره، جرى الأمر على ما عليه عرف البلد الذي تم فيه العقد .

ثانيا: مركز العرف في الولاية

الولاية هي القدرة على مباشرة التصرف من غير توقف على إجازة أحد، أي أنها حق منحتة الشريعة لبعض الناس يكتسب به صاحبه حتى تنفيذه على غيره .

¹ - قانون الأحوال الشخصية السوري، سالف الذكر.

² - حسن البغا ومصطفى البغا، مرجع سابق، ص 137.

³ - قانون الأحوال الشخصية العراقي، سالف الذكر.

1 - مركز العرف في اشتراط الولي في النكاح على الحرة الراشدة "العاقلة"

أ- الفقه الإسلامي

اتفق الفقهاء¹ على أنّ المرأة الراشدة تباشر جميع عقودها بنفسها عدا الزواج، واتفقوا على أنّ الولي شرط صحة في الصغيرة وناقصة الأهلية، واختلفوا في مباشرة المرأة الراشدة العاقلة عقدها بنفسها دون الرجوع إلى وليها.

المذهب الأول: ذهب الحنفية إلى أن العقد يصح بغير ولي وبذلك يكون للمرأة البالغة العاقلة الحق في تزويج نفسها، ولكنهم شدّدوا في اشتراط الكفاءة في من تختاره، بالرغم أنّ المذهب الحنفي خالف جمهور الفقهاء في إطلاق حرّيتها لكن أعطى للولي حق الاعتراض في حالة تزوجت بغير كفاء أو بأقل من مهر مثيلتها²، ودليلهم في ذلك لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَيْثُ تَكَرَّحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾³، وقد دل على أن العقد الذي يصدر عن المرأة يعتبر صحيحا من غير توقف على إجازة الولي أو مباشرته إياه .

المذهب الثاني: ذهب جمهور فقهاء من المالكية⁴ والحنابلة⁵ والشافعية⁶ إلى أنّه ليس للمرأة أن تزوج نفسها، ولا أن تزوج غيرها، وإّما الذي يزوجها هو وليها، فإن كانت بكرًا فالولاية عليها ولاية إيجاب

¹ - عبد الله بن أحمد بن قدامة المقديسي بن محمد، ج7، مرجع سابق، ص 07.

² - علاء الدين الكساني، مرجع سابق، ص 247.

³ - سورة البقرة، الآية 230.

⁴ - محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي أبو الوليد، مرجع سابق، ص 78.

⁵ - عبد الله بن أحمد بن قدامة المقديسي بن محمد، الشرح الكبير، مرجع سابق، ص 93.

⁶ - محمد الخطيب الشربيني، مرجع سابق، ص 385.

يكون الأمر فيها للولي وحده، وإن كانت ثيبا كانت الولاية إختيارية ولا بد فيها من إذن الولي ومن قول الله تعالى: ﴿فَأَنكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ﴾¹ ، ووجه الإستدلال بالآية أنه اشترط لصحة النكاح ولي المرأة وهذا يدل على أنه لا يكفي عقدها النكاح لنفسها.

ب- مركز العرف في إشتراط الولي في النكاح على الحرة الراشدة "العاقلة" في قانون الأسرة الجزائري

إستنادا إلى العرف في هذه المسألة المرأة لا يليق بمحاسن العادات أن تقتحم مجالس الرجال، لما قصد فيه من الحياء، فجعلت الشريعة عقد نكاحها لوليها، وهو ما سار عليه الحنفية لأنّ عدم خروج المرأة عن العادات أمر مستحسن لأنّ المرأة تستحي من وقوفها أمام الرجال وتعقد نكاحها بنفسها، فهناك من الرجال أنفسهم من يستحي في مثل هذه المواقف، وقد نصت المادة 11 من قانون الأسرة الجزائري على: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره"² ، وعند النظر للمادة السابقة قبل التعديل "يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين والقاضي ولي من لا ولي له" من خلال نص المادة المشرع الجزائري قد كرس حق المرأة في مباشرة عقد زواجها بنفسها، وإشترط حضور الولي فقط سواء كان أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره، واستعمل "أو" مما يجعلها في موقع إختيار، بحيث تستطيع الإستغناء عن أبيها بشخص آخر تختاره، وهذا ما يعتبر غريبا على العرف في هذا البلد وعبرة تعقد على أنّ مؤداها مباشرة المرأة عقد زواجها دون وليها، وتدل كلمة "بحضور" لا تدل على المباشرة فالمعنى أنه تعقد بحضور وليها ويكون حضوره شكليا³.

¹ - سورة النساء، الآية 25.

² - قانون رقم 84-11، سالف الذكر.

³ - عماد شريقي، مرجع سابق، ص 130-131.

ج - مركز العرف في إشتراط الولي في النكاح على الحرة الراشدة "العاقلة" في تشريعات بعض الدول العربية

- موقف المشرع الأردني

نصت المادة 19 من قانون الأحوال الشخصية الأردني على مايلي: "لا تشتترط موافقة الولي في زواج المرأة الثيب العاقلة المتجاوزة من العمر ثمانى عشر سنة"¹. كما نصت أيضا المادة 22 منه "يشتترط في لزوم الزوج أن يكون الرجل كفؤا للمرأة في التدين والمال، وكفاءة المال أن يكون الزوج قادرا على المهر المعجل ونفقة الزوجة"

يتضح من المادتين أنّ الولاية على البكر العاقلة ولاية إختيار لا إجبار، وعلى هذا الأساس ليس للولي إجبارها على الزواج، ولا بد من أخذ رضاها به فإن زوّجها كان العقد موقوفا على إجازتها، فإن أجازته صح ونفذ، وللمرأة البالغة العاقلة أن تزوج نفسها ولكن بشرط الكفاءة في من تختاره، حيث نجد أنّ المشرع الأردني أخذ بالمذهب الحنفي².

- موقف المشرع السوري

نصت المادة 18 "إنّ القاضي يرخص للمراهق البالغ والمراهقة البالغة بمباشرة التصرف" كما جاء في المادة 20 "مباشرة الكبيرة لعقد الزواج هي التي أتمت السابعة عشرة"، وجاء في المادة 26 "إشتترط الكفاءة في الزوج للزوم عقد الزواج ممن باشرته"³.

إنّ قانون الأحوال الشخصية السوري لم يتعرض إلى من تثبت عليه ولاية الإيجار وإنّما ذكر من يمكنه مباشرة التصرف، وحسب نص المادة 20 السالفة الذكر من لم تبلغ السابعة عشر لا تباشر العقد.

¹ - قانون الأحوال الشخصية الأردني، سالف الذكر.

² - محمد حسن أبو يحيى، مرجع سابق، ص 214.

³ - قانون الأحوال الشخصية السوري، سالف الذكر.

– موقف المشرع العراقي

نصت المادة 04 "من ينعقد الزواج بإيجاب يفيد لغة أو عرفاً من أحد العاقدين وقبول من الآخر ويقوم الوكيل مقامه"¹، فلم تشترط هذه المادة حضور الولي، وتؤكد هذا المادة 09 فقد نصت في الفقرة 01 "لا يحق من الأقارب والأغيار، أو إكراه أي شخص ذكرًا كان أم أنثى على الزواج دون رضاه، ويعتبر عقد الزواج بالإكراه باطلاً إذا لم يتم الدخول، كما لا يحق لأي من الأقارب أو الأغيار منع من كان أهلاً للزواج بموجب أحكام هذا القانون من الزواج"²، فالمشرع العراقي أخذ في هذه المسألة برأي الحنفية، فلم ينص على ما يجعل الولي شرطاً لصحة زواج البكر البالغة وهذا ليس صحيحاً بل كان عليه أن يقيّد صحة زواج البكر البالغة بالزواج من كفاء، وإلا أعطى الأولياء حق الاعتراض.

الفرع الثاني

مركز العرف في الإشتراط في عقد الزواج

تعرف الشروط المقترنة بالعقد على أنها: إلترام العاقد في عقده أمر زائداً على أصل العقد سواء أكان الإلترام مما يقتضيه العقد نفسه أمراً كان مؤكداً له، أو كان منافياً له، وسواء كان يحقق منفعة لمن اشترط له الشرط، أو كان الإشتراط صالح الغير، أو لم تكن هناك مصلحة لأحد مطلقاً³.

أولاً: الفقه الإسلامي

لقد اختلف الفقهاء في حكم الشرط المقترن بعقد الزواج، فهناك من صححوا هذ الشرط وهذا الأصل، وهناك من أبطلوه، حيث هناك إتجاه القائل أنّ الأصل في الإشتراط هو الإباحة، وهناك إتجاه آخر القائل الأصل في الإشتراط هو الحظر.

¹ – قانون الأحوال الشخصية العراقي، سالف الذكر

² – قانون الأحوال الشخصية العراقي، سالف الذكر.

³ – وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي، ج8، مرجع سابق، ص 198.

❖ **القائلون بإباحة الشروط:** ويمثل هذا الإتجاه الحنابلة¹ وبعض المالكية² ومضمونه أنّ الشروط تقترن بالعقد وتقيده و الأصل فيها الصحة، ولا تحرم إلا أن يحرمها الشرع بدليل خاص أو عام وهذا الإتجاه أكثر توسعه في الإشتراط، وتركوا الحرية للمتعاقدين في تغيير أثار العقد ولم يقيدهم إلا ب قيد واحد، وهو ألا يخالف هذا الشرط حكما مقررا في الشريعة الإسلامية³، ودليلهم في ذلك فقد إستدلوا بالقرآن بقوله تعالى: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾⁴، ووجه الدلالة في هذه الآيات الكريمة أنّ الله سبحانه وتعالى أمر الوفاء بالعقود وأمر الوفاء بعهد الله .

❖ **القائلون بحظر الشروط:** وأنصار هذا الرأي هم أصحاب المذهب الظاهري، الذين يتمسكون بظاهر النصوص، حيث ذهبوا إلى تقييد حرية المتعاقدين في إشتراط الشروط، فكل شرط لم يرد به الشرع يعتبر باطلا ، وهذا ما جعل أصحاب هذا الرأي في الشروط هو المنع حتى يقوم الدليل الشرعي على صحة الجواز، وبالتالي لا يجوز تقييد العقد بشرط من الشروط إلا إذا نص المشرع جوازه، ويعتبر مذهب الظاهرية من أضيقت المذاهب في إعتبار الشروط في العقود أصلها الحظر فهذا قول أهل الظاهر⁵ ، ودليلهم في ذلك من القرآن لقوله تعالى: ﴿الْيَوْمَ اكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ﴾⁶.

الترجيح: هو رأي الحنابلة في إطلاق حرية الإشتراط للعاقدين في العقود المالية، تحقيقا لحاجات الناس ومصالحهم، ومراعاة لما يطرأ من تطورات وأعراف في إبرام العقود لأغراض مشروعة.

¹ - عبد الله بن أحمد بن قدامة المقديسي بن محمد، ج7، مرجع سابق، ص93.

² - الحبيب بن الطاهر، الفقه المالكي وأدلته، ج3، ط3، مؤسسة المعارف، بيروت، 2005، ص ص 237-238

³ - أحمد رابحي ، ضوابط حرية الإشتراط في عقد الزواج بين قانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي، مجلة الدراسات القانونية، العدد 07، جامعة تلمسان، 2010، ص25.

⁴ - سورة المائدة، الآية01.

⁵ - علي بن أحمد بن سعيد بن حازم الظاهري أبو محمد، المحلي، ج10، مرجع سابق، ص70.

⁶ - سورة المائدة، الآية 03.

ثانياً: مركز العرف في الإشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

نصت المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري على أنّ "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق، كل الشروط التي يريانها ضرورية، ولاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، مالم تتنافى هذه الشروط مع أحكام القانون"، يتضح من خلال المادة أنّ المشرع أعطى الحرية للزوجين في إشتراط أي شرط في مصلحة أحدهما، وهو بالتالي سار وفق المذهب الحنبلي الذي يجيز الإشتراط في عقد الزواج، شريطة أن لا يتنافى مع طبيعة عقد الزواج، وقد ذكرت أمثلة على سبيل المثال لا الحصر.

فشرط عدم الزواج عليها، إذا قبله الزوج وجب عليه الوفاء به، وإذا خالفه فإنّ المشرع رتب على ذلك جواز طلب الزوجة التطلق¹، من خلال الفقرة التاسعة من المادة 53 المعدلة التي تنص على "مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج"².

ثالثاً: مركز العرف في الإشتراط في عقد الزواج في تشريعات بعض الدول العربية

1- موقف المشرع الأردني

أشار المشرع الأردني إلى الشروط المقترنة بعقد الزواج في المادة³، و من خلال نص المادة يتضح مايلي:

قسم المشرع الشروط المقترنة بعقد الزواج إلى قسمين:

القسم الاول: شروط مقترنة بعقد الزواج، وهي لا تحقق مقاصده، فهذه الشروط باطلة وعقد الزواج صحيح وسواء حصل دخول أو لم يحصل، فلا فرق بين ذلك.

القسم الثاني: شروط مقترنة بعقد الزواج، وهي لا تنافي مقاصده، ولم يكن فيها محذور شرعي ولكنها تحقق منفعة للزوجة، أو الزوج فهذه الشروط صحيحة، فإذا لم يف بها من التزم بها حق لصاحب المصلحة أن يطالب بفسخ عقد الزواج.

¹ - عماد شريقي، مرجع سابق، ص 137.

² - قانون رقم 84-11، سالف الذكر.

³ - قانون الأحوال الشخصية الأردني، سالف الذكر.

2- موقف المشرع السوري

نصت المادة 14 أن: "إذا قيد عقد الزواج بشرط ينافي نظامه الشرعي أو ينافي مقاصده ويلتزم فيه ما هو محظور شرعا كان الشرط باطلا والعقد صحيحا، وإذا قيد بشرط يلتزم فيه للمرأة مصلحة غير محظورة شرعا ولا تمس حقوق غيرها ولا تقيد حرية الزوج في أعماله الخاصة المشروعة كان الشرط صحيحا ملزما، وإذا إشتربت المرأة في عقد النكاح ما يقيد حرية الزوج في أعماله الخاصة أو يمس حقوق غيرها كان الإشتراط صحيحا وليس بملزم للزوج، فإذا لم يفى الزوج به فالزوجة المشتربة طلب فسخ النكاح¹.

3 - موقف المشرع العراقي

نصت المادة 06 من الفقرة 03 من قانون الأحوال الشخصية على أن: "الشروط المشروعة التي تشترط ضمن عقد الزواج معتبرة يجب الإيفاء بها"²، ومن خلال نص المادة نجد أن المشرع العراقي لم يذكر الضوابط للتمييز بين الشرط المشروع والشرط غير المشروع، ومعنى ذلك أن أحال القاضي بهذا الصدد إلى مبادئ الشريعة الإسلامية.

نرى أنه كان الأجدر بالمشرع العراقي أن لا يدع مثل هذه المسألة دون ضوابط، إذ أنها تحمل في طياتها إشكالاتها كثيرة، وحسنا فعلت بعض القوانين حينما وضعت ضوابط للتمييز بين ما هو معتبر من الشروط، وما هو غير معتبر كقانون الأحوال الشخصية الأردني.

¹ - قانون الأحوال الشخصية السوري، سالف الذكر.

² - قانون الأحوال الشخصية العراقي، سالف الذكر.

الفصل الثاني

مركز العرف في آثار عقد الزواج

يفرض عقد الزواج الصحيح آثار في حقوق متقابلة وواجبات تقع على عاتق الطرفين الرجل والمرأة تترتب بحكم الشارع لا بإرادة العاقدين، وأثار عقد الزواج ليست من طبيعة واحدة، بل منها المالي مثل النفقة والمهر، ومنها المعنوي مثل الطاعة وحسن المعاملة والمعاشرة بالمعروف وللعرف مركز مهم في بعض الآثار دون الأخرى، وبالتالي فإنّ الدراسة في هذه الآثار ستكون مقتصرة على الحقوق المشتركة من خلال المعاشرة بالمعروف، والمحافظة على روابط القرابة، لما فيها من عرف وإعتبار وحقوق الزوج من خلال القوامة والطاعة، وخدمة المرأة لزوجها، وحقوق الزوجة المتمثلة في النفقة الزوجية، كمبحث مستقل وفق تقسيم المشرع الجزائري.

وبالتالي سوف نتطرق في المبحث الأول إلى مركز العرف في الحقوق الزوجية المشتركة وحقوق الزوج أمّا في المبحث الثاني سوف نتناول مركز العرف في النفقة الزوجية (حقوق الزوجة).

المبحث الأول

مركز العرف في الحقوق الزوجية المشتركة وحقوق الزوج

الشارع الحكيم لم يترك العلاقة الزوجية دون توجيهات، حيث بين ما يجب على طرف نحو الآخر وما يمليه ضرورة هذا الإقتران من حقوق بحيث تستمر هذه العلاقة وتقاوم الصعاب الدنيوية، ولا تنكسر أمام موجات الحياة الصغيرة، كما أنّ الشارع أراد بذكر الحقوق و الواجبات على كلا الطرفين تجاه صاحبه كي لا تنحرف الأسرة عن المسار الصحيح والذي بإنحرافها ينحرف المجتمع برمته.

المطلب الأول

مركز العرف في الحقوق الزوجية المشتركة

سوى الإسلام بين الرجل والمرأة وتلك المساواة تترجم إلى حقوق وواجبات، وبعدّ عقد الزواج واحدا من أهم المساحات التي تتحرك عليها حقوق الرجل والمرأة في تكامل يحقق المساواة وفي تبادل يوافق العدالة، كما أنّ الحقوق التي هي على كل واحد منهما هي بطبيعة الحال بمثابة واجبات على الآخر، وبمراعاة هذه الحقوق والقيام بتلك الواجبات تستقر وتزكي الرابطة الزوجية وتقوم الحياة الزوجية على المودة والرحمة¹.

الفرع الأول

مركز العرف في المعاشرة بالمعروف

تعرف المعاشرة بالمعروف على أنّها الألفة والإنضمام ما بين الزوجين، وهي الأخلاق التي تقتضيها المخالطة بينهما²، يجب على كل من الزوجين أن يحسن عشرة صاحبه، وأساس العشرة

¹ - منال دبكة، الحقوق والواجبات الناشئة عن عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في

الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2015، ص 01.

² - نورالدين أبو لحية، العشرة الزوجية، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2006، ص 08.

الحسنة المعروف فلا يفعل كل منهما ما ينكره الشرع أو العرف ، ويحسن المعاملة قولاً وفعلًا¹ تؤدي المعاشرة بالمعروف إلى توفير الإستقرار الأسري، وإبعاد كل ما يسيء للأسرة أو للطرف الآخر.²

أولاً: في الفقه الإسلامي

إختلف الفقهاء في وجوب المعاشرة بالمعروف على قولين:

القول الأول: وهو أنّ العشرة بالمعروف بين الزوجين واجبة، وهو ما ذهب إليه المالكية³ والشافعية⁴ والحنابلة⁵، ودليلهم في ذلك قول الله تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾⁶، ووجه الإستدلال من الآية أمر الله سبحانه وتعالى للأزواج إذا عقدوا على النساء، أن يكون أدمة ما بينهم، وصحبتهم على التمام والكمال فإنه أهدأ للنفس، وأقرّ للعين، وأهنأ للعيش، وهذا واجب على الزوج، ولا يلزمه ذلك في القضاء إلاّ أن يجري الناس في ذلك على سوء عادتهم، فيشترطونه ويربطونه بيمين⁷.

¹ - رمضان علي السيد الشرنباصي وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، دراسة لقوانين الأحوال الشخصية في مصر ولبنان، منشورات الحلبي الحقوقية د.س، ص 410.

² - فيصل محمد خير الزراد، المرأة بين الزواج والطلاق في المجتمع العربي والإسلامي، دار الكتاب العربي، لبنان 2010، ص 81.

³ - التواتي بن التواتي، مرجع سابق، ص 33.

⁴ - أبو زكريا يحيى بن شرف النووي الدمشقي، مرجع سابق، ص 344.

⁵ - أبو إسحاق برهان الدين بن محمد بن عبد الله الحنبلي ابن مفلح، المبدع في الشرح المقنع، ج06، ط1، دار المكتب الإسلامي، لبنان، 1421هـ، ص 242.

⁶ - سورة النساء الآية 19.

⁷ - أبو بكر بن العربي، مرجع سابق، ص 468.

وَأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى جَعَلَ الْعَشْرَةَ بِالْمَعْرُوفِ فَرِيضَةً عَلَى الرِّجَالِ حَتَّى فِي حَالَةِ كِرَاهِيَةِ الزَّوْجِ لَزَوْجَتِهِ وَجَعَلَ لِلزَّوْجِ فِي ذَلِكَ خَيْرًا كَثِيرًا¹،

وكذلك ما أمر الله به من حسن المعاشرة، والخطاب للجميع².

القول الثاني: وهو إستحباب المعاشرة بالمعروف، وهو ما ذهب إليه الحنفية³، وأدلتهم في ذلك عن أبي هريرة رضي الله عنها قال: قال الرسول صلى الله عليه وسلم: "إستوصوا بالنساء خيرا"⁴ وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم أحسن الناس عشرة لنسائه، وكان على خلق عظيم ولنا فيه خير قدوة.

الترجيح:

القول الراجح هو قول جمهور الفقهاء بوجوب المعاشرة بالمعروف لورود أدلة كثيرة، وما ألفته الطباع السليمة في معاشرة الزوجة بالمعروف، ويؤكد وجوب ذلك قول الرسول صلى الله عليه وسلم: "إستوصوا بالنساء خيرا"⁵، وهذه الوصية مفادها أن نستوصي بالنساء خيرا فلا بد من إحسان العشرة معهن.

ثانيا: في قانون الأسرة الجزائري و تشريعات بعض الدول العربية.

أقر عرف الناس وعاداتهم في الحقوق الزوجية التي منها المعاشرة بالمعروف ما بين الزوجين بما لا ينكره الشرع، حيث يجب على الزوج أن يحسن عشرة زوجته، وعلى الزوجة كذلك أن تحسن عشرة زوجها بحيث تكون صحبتها بالمعروف، بحسب ماتعرفه طباعهما، ومخالطة بعضهما بما

¹ - سيد قطب، في ظلال القرآن، ط17، دار الشروق، بيروت، القاهرة، 1412هـ، ص 605.

² - أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، ج5

ط2، دار الكتاب المصرية، القاهرة، 1964، ص 97.

³ - علاء الدين الكساني، مرجع سابق، ص334.

⁴ - أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، كتب الرضاع، حديث رقم 1468، دار الأصاله

الأصاله مرجع سابق، ص341.

يألفان من إنسجامهما ولا تخرج العشرة بما هو مألوف في العرف، ومراعاة العرف متوقف على عدم مخالفة الأحكام والأخلاق التي تدعو الشريعة وتحت عليها¹.

لم يتطرق المشرع السوري والأردني والعراقي لمسألة المعاشرة بالمعروف على عكس المشرع الجزائري الذي أشار إليها في نص المادة 36 من قانون الأسرة الجزائري في الفقرة 02 التي تنص "المعاشرة بالمعروف وتبادل الإحترام والمودة والرحمة"²، وهي فقرة أضافها المشرع في التعديل الأخير وهي ترسيخ لمظاهر العشرة بالمعروف التي جاءت بها الشريعة الإسلامية، فوجب على الزوجين أن يحسن كل منهما عشرة صاحبه، والمشرع الجزائري بصورة ضمنية، أعطى إعتباراً للأعراف في كل حق مشترك بين الزوجين يحقق المعاشرة بالمعروف³.

الفرع الثاني

مركز العرف في المحافظة على روابط القرابة بالحسنى والمعروف

يشترك القانون والشرع في الحث على المحافظة على الروابط الأسرية وتقويتها وتنميتها، بل أنّ صلة الرحم تعتبر من أهم الواجبات على الشخص ذكراً كان أو أنثى، بإحترام كل من الزوجين أهل الآخر، وزيارة كل منهما لأبويه وإستضافته بالمعروف، فالدين إعتبر قطعها من قبيل الإفساد في الأرض ومدعاة لجلب اللعنة، وسبب عدم دخوله الجنة⁴، وإحترام كل من الزوجين لأهل الآخر، لا بد أن يدرك الزوجان أهل الإنسان جزء لا ينفصل منه، وحبهم والتواصل معهم وإعطائهم حقوقهم فضلاً على أنّه فرض ديني، فهو إحتياج نفسي وإنساني، فمن يريد أن يراعي شريك حياته يساعده على أداء واجباته نحو أهله وإحترامهم، ومن الحقوق المشتركة بين الزوجين إحترام كل

¹ - فركوس محمد علي، المعين في بيان حقوق الزوجين، ط2، دار العواصم، الجزائر، 2014، ص 43.

² - قانون رقم 84-11، سالف الذكر.

³ - الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص 165-166.

⁴ - فايزة مخازني، مبدأ المساواة بين الزوجين وأثر عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، مجلة دفاتر السياسية والقانون العدد 17، كلية الحقوق، جامعة بومرداس، الجزائر، 2017، ص 107.

منهما لوالدي الآخر، لأنّ الزواج إرتباط بين عائلتين، بالإضافة إلى كونه بين فردين ممّا يفرض على الزوجين دورا كبيرا في التوفيق بين عائلتيهما¹.

وزيارة كلّ منهما لأبويه وإستضافتهم بالمعروف، وحثت الشريعة الإسلامية على صلة الرحم والتودد للأقارب بعمل الخير لهم، وأوجبها وحرمت مقاطعتها، لقوله تعالى: ﴿وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا﴾².

وعن أنس بن مالك رضي الله عنه قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: "من سرّه أن يبسط له في رزقه، أو ينسأ له في أثره فليصل رحمه"³، أي يسعى إلى أن يبارك له في رزقه فعليه بصلة رحمه، وذلك فإنّ صلة أقاربه صدقة، والصدقة تربي المال وتزيد فيه.

أولا: في الفقه الإسلامي

أوجب الإسلام للزوجة حق زيارة أهلها، وعلى الزوج تمكينها منه بإعتبار ذلك صلة للرحم، ولا يحق له أن ينسى أنّ زوجته قبل أن تعيش معه، كانت في كنف والديها وبين إخوتها وقد اختلف الفقهاء في منع الزوج زوجته من زيارة أهلها، وانقسموا إلى قولين:

القول الأول: ذهب الحنفية⁴ والمالكية⁵، إلى أن ليس له أنّ يمنع الزوجة من زيارة أهلها، ولها أن تزورهم دون إذن أهلها خاصة عيادتهم، إذا كان أحدهما مريضا يحتاج خدمتها دون أي قيد، لأنّ ذلك من صلة الرحم، ومن المصاحبة بالمعروف، ولها زيارة أبويها كل أسبوع مرة، وغيرهما من المحارم مرة كل سنة واشترط المالكية أن يكون ولداها في نفس البلد، فإنّ كانا في بلد آخر فلا

¹-جميل فخري جانم، آثار عقد الزواج، مرجع سابق، ص 71.

²- سورة النساء الآية 01.

³- أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، كتاب فضائل الصحابة رضي الله عنهم، محمد فؤاد عبد الباقي، حديث رقم 2554، دار الأصاله، مرجع سابق، ص 604.

⁴- أبو زكريا يحيى بن شرف النووي دمشقي، مرجع سابق، ص 347.

⁵- محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري أبو عبد الله، التاج والإكليل المختصر خليل، ج 5، ط 1، دار الكتب العلمية بيروت، د.س.ن، ص 548.

يقضي لها¹، وإذا إشتكى ضرراً من زيارة أبويها أو زيارتهم، وكانوا سيئين واتهمهم بإفسادها عليه حددت زيارتهم لها بحضور شخص أمين يراقبهم في كل جمعة مرة².

القول الثاني: وهو ما ذهب إليها الحنابلة³ والشافعية⁴ إلى أنّ الزوج له أنّ يمنع زوجته من زيارة أبويها ويلزمها طاعة فلا تخرج إليهما إلاّ بإذنه، وإن عرف بقرائن الحال أنّه يحدث بزيارتهما أو أحد منهما له ضرر، فله أن يمنعها حتى ولو كان لعيادتهما، واستثنى الشافعية خروج الزوجة دون إذن زوجها لزيارة والديها في غيبته إن لم ينهها صراحة، وجرى العرف بالتسامح في ذلك، أمّا إذا نهاها عن الخروج في غيبته فليس لها الخروج⁵، ومما يدل على وجوب إستئذان الزوج في زيارة الزوجة لوالديها، ما جاء في الصحيحين في قصة الإفك قول عائشة رضي الله عنها للنبي صلى الله عليه وسلم "أتأذن لي أن آتي أبوي"⁶.

الترجيح

الرأي الراجح هو قول المالكية والحنفية بحق الزوجة على زوجها أن يمكّنها من زيارة والديها ولا يحق له منعها من ذلك وأن تكون هذه الزيارة بما تعارفا به الناس في البلد، وعلى الزوج أن يحفزها على صلة الأرحام، لأنّها من أعظم القربات التي يتقرب بها الإنسان إلى الله سبحانه وتعالى.

¹ - إسماعيل أمين نواهضة وأحمد محمد المومني، الأحوال الشخصية، فقه النكاح، ط1، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، الأردن، 2010، ص 215.

² - الصادق الغرياني، الأسرة أحكام وأدلة، ط5، دار الشعب، ليبيا، 2012، ص 165.

³ - علي بن سلمان المرادوي أبو الحسن، مرجع سابق، ص 361.

⁴ - محمد الخطيب الشربيني، مرجع سابق، ص 427.

⁵ - نورالدين أبو لحية، الحقوق المعنوية للزوجة، دار الكتاب الحديث، د.ب.ن، د.س.ن، ص 35.

⁶ - أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، كتاب التوبة، محمد فؤاد عبد الباقي حديث رقم 2770، دار الأصاله، مرجع سابق، ص 648.

ثانيا: في قانون الأسرة الجزائري وفي تشريعات بعض الدول العربية

من الأداب والأخلاق الذي درج عليها الناس، حسن المعاشرة بين الزوجين وإحترام كلا الزوجين لوالدي الآخر، وهي عادات راسخة وأصيلة أصالة تعجز القوانين والنظم على صناعتها وتكريسها في الواقع المعيش¹، أما الزيارات فتخضع مراسمها بين الناس إلى العرف الجاري في البلد، وزيارة الزوجين لوالديهما، تعتبر جزءا مهما منه وحتى الإقتناء في قضايا الزيارة الزوجية كان يرجع فيه إلى العرف.

التشريع السوري والأردني والعراقي لم يتعرض لمسألة المحافظة على الروابط القرابية بالحسنى بالمعروف، عكس المشرع الجزائري الذي إهتم بصلة الرحم والمحافظة على روابط القرابة، فقد نصت المادة 36 على "حسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر وأقاربهم، وإحترامهم وزيارتهم"² ونصت الفقرة السادسة على "المحافظة على روابط القرابة والتعامل مع الوالدين والأقربين بالحسنى والمعروف"³.

نستشف من النصوص أنه يجب على كل واحد من الزوجين أن يحافظ على روابط القرابة والتعامل مع الوالدين والأقربين بالحسنى والمعروف، على أساس المؤدة الدائمة والإحترام المتبادل فيجب على الزوجة إحترام والدي الزوج، ويجب على الزوج إحترام والدي الزوجة وإخوتها وزيارتهم محافظة على الروابط العائلية³.

إنّ تعامل كلا الزوجين مع والدي وأقارب الآخر بالحسنى لا يخرج عمّا فرضه الشرع والعرف وكلها سلوكات حميدة، من شأنها أن تؤدي إلى تقوية العلاقة بين الزوجين وزيادة المحبة والسعادة والألفة، المؤدية إلى إستقرار الأسرة.

¹ - عبد القادر داودي، أحكام الأسرة، دار البصائر، الجزائر، 2010، ص 184-185.

² - قانون رقم 84-11، سالف الذكر.

³ - منال دبكة، مرجع سابق، ص 19.

ومن المتعارف عليه بين الناس في الزيارة أن تكون بقدر معقول ويتحقق بها صلة الرحم وبرّ الوالدين، آخذة بعين الاعتبار مدى حاجة والديها لزيارتها وقرب وبعد منزلها، وفي أوقات مناسبة لها ولزوجها وأولادها¹.

المطلب الثاني

مركز العرف في حقوق الزوج على الزوجة

رتب الشارع الحكيم على عقد الزواج مجموعة من الحقوق والواجبات المتبادلة بين الطرفين ومنها نجد ماأقرته الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري حول حقوق الزوج على زوجته فبمجرد إبرام عقد الزواج، ودعوة الزوج لزوجته إلى بيت الزوجية تترتب حقوق للزوج، والتي تعتبر في نفس الوقت واجبات الزوجة نحو زوجها، ونظرا لما يلزم البيت من الخدمة وحاجات الزوج والأولاد إلى توفير متطلباتهم، كان على الزوجة واجب إتجاه زوجها.

الفرع الأول

مركز العرف في حق القوامة والطاعة

يعتبر الزوج المسير الأساسي لأسرته وعائلته، فإنه يتمتع بحق يعتبر من أعظم الحقوق وأكبرها وفي نفس الوقت الواجب الأساسي للزوجة تجاه زوجها دون نقص أو تقصير، ألا هو الحق في الطاعة².

أولا: في الفقه الإسلامي

القوامة: هي روح الرجولة، و إذا حاولت المرأة إنتزاعها فإنّها في الحقيقة تنتزع رجولة الرجل ولا تجد بعد ذلك ما يستحق الإعجاب و الإهتمام ، بل تجده إنسانا ضعيفا و خاويا، و المرأة السوية لا

¹ - سليمان ولد خسال، مرجع سابق، ص114.

² - مهدية بقة ورشيدة يوسف، حقوق الزوج دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2016/2017، ص 48.

تجد مشكلة في التعامل مع قوامة الرجل السوي الذي يتميز فعلا بصفات رجولية تؤهله لتلك القوامة لأنّ القوامة التي وردت في الآية القرآنية الكريمة مشروطة بهذا التمييز¹.

وتعرف القوامة على أنّها تولي الزوج تدبير أمور زوجته والإنفاق عليها، وحفظها وصيانتها والقيام بمصالحها، وإمساكها في بيتها وتأديبها في الحق بما هو مؤتمن عليه².

و وردت أدلة كثيرة من الكتاب والسنة تدل على قوامة الرجل على المرأة نذكر منها مايلي:

من الكتاب بقول الله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ﴾³، ووجه الإستدلال في هذه الآية مايلي:

- أنّ الرجل كالرئيس على المرأة والحاكم عليها والأمير.
- إنّ الرجل يبذل لها المهر والصداق.
- مؤدبها إذا أعوجت وأخطأت وضلت طريق الهدى.
- إنّ الرجل يتولى أمرها ويصلح حالها ويحسن عشرتها، ويأمرها بالإحتجاب عن الأجانب وأهل الشر والفتنة.

- إلزامه بحقوق الله تعالى بالمحافظة على فرائضه والكف عما نهى عنه⁴.

ولقول الله تعالى أيضا: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَاللَّهُ عَزِيزٌ

حَكِيمٌ﴾⁵ ووجه الإستدلال من هذه الآية أن لكل واحد من الزوجين على صاحبه حقا، وإنّ

¹ - حسن جمال عمران، مفهوم القوامة في الشريعة الإسلامية، مجلة الدراسات الإنسانية، المجلد 6، العدد2، كلية التربية جامعة كركوك 2011 ، ص 01.

² - وفاء بنت عبد العزيز السويلم، القوامة وأحكامها الفقهية: دراسة فقهية مقارنة، مجلة الجمعية الفقهية السعودية، المجلد 2015، العدد 21، السعودية، 2015، ص290.

³ - سورة النساء ، الآية 34.

⁴ - حسن جمال عمران، مرجع سابق، ص 4 - 5.

⁵ - سورة البقرة ، الآية 227.

الزوج مختص بحق له عليها ليس لها عليه مثله، وللرجال عليهن درجة وهي المنزلة حيث جعل القوامة للرجل في كل جوانبها الاقتصادية والمعنوية.

من السنة:

ماروى أبو هريرة رضي الله عنه أنّ الرسول صلى الله عليه الصلاة والسلام قال: "لا يحل للمرأة أن تصوم وزوجها شاهد إلا بإذنه، ولا تأذن في بيته إلا بإذنه"¹.

وعن عبد الله بن عمر أنّ الرسول صلى الله عليه الصلاة والسلام قال: "كلكم لراع وكلكم مسؤول عن رعيته فالأمير الذي على الناس راع عليهم هو مسؤول عنهم ألا وإن الرجل راع على أهل بيته وهو مسؤول عنهم ألا وإن المرأة راعية على بيت زوجها وهي مسؤولة عنهم ألا والعبد راع على سيده وهو مسؤول عنه ألا فكلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته"².

الأحاديث التي أوردناها لها دلالات صريحة وواضحة على قوامة الرجل في البيت من حيث صوم المرأة وخروجها وغيرها من الأمور العائلية، فهي داخله ضمن حدود صلاحيات الرجل في الحفاظ على الأسرة وعلى قوامة البيت.

والرعاية التي هي القوامة لم يجعلها الإسلام للرجل بإطلاق ولم يحرم منها المرأة بإطلاق، وإنما جعل المرأة راعية في الميادين التي فيها أبرع وبها أخبر من الرجال فهذه الرعاية. أي القوامة هي في حقيقتها تقسيم للعمل تحدد الخبرة والكفاءة في الميادين المختصة، وليس فقط الرجال هم الرعاة والمسؤولين وكل صاحب أو صاحبة خبرة وكفاءة هو راع وقوام أو راعية وقوامة على ميدان من الميادين وتخصص من التخصصات، وإن تميزت رعاية الرجال وقوامتهم في الأسر والبيوت والعائلات وفقاً للخبرة والإمكانات التي يتميزون بها في ميادين الكد والحماية، فإنّ لرعاية المرأة تميز في إدارة مملكة الأسرة وفي تربية الأبناء والبنات³.

¹ - أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إسماعيل بن إبراهيم البخاري، صحيح البخاري، كتاب النكاح، تحقيق مصطفى ديب البغا، ج5، ط3 حديث رقم 4799، دار ابن كثير، بيروت، 1987، ص 1994.

² - أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم البخاري، كتاب النكاح، ج2، حديث رقم 2416، دار ابن كثير، المرجع نفسه، ص 901.

³ - حسن جمال عمران، مرجع سابق، ص 6.

والحكمة من القوامة أنه في كل إجتماع لابد له من رئيس يرجع إليه عند الإختلاف، وإلا فإن الشورى التي إمتدح الله تعالى المؤمنين عليها هي الأولى جلّ ذكره ﴿وَأَمْرُهُمْ شُورَى بَيْنَهُمْ﴾¹ وهذا ما ينبغي أن يسود العلاقة الزوجية المبنية على الألفة والمحبة، وهكذا كان عليه الصلاة والسلام مع زوجاته، فقد كنّ يراجعن النبي صلى الله عليه والصلاة والسلام في كثير من الأمور ولم يكن ينكر عليه الصلاة والسلام عليهن ذلك².

وكون الأمر شورى لايعني أن لا قوامة للرجل، بل إنّه عند الإختلاف لابد من الوصول إلى قرار، وذلك يكون للرجل بما أودعه الله عزّوجل من تركيب وبما أوجب عليه من تكاليف. وهذه القوامة قاعدة تنظيمية تستلزمها هندسة المجتمع وإستقرار الأوضاع في الحياة الدنيا ولا تسلم الحياة في مجموعها إلا بالتزامها، فهي تشبه قوامة الرؤساء وأولي الأمر التي لا تستلزم أن يكون الرؤساء أفضل من كل المحكومين، ولكنها ضرورة يستلزمها المجتمع الإنساني ويأثم المسلم الخروج عليها مهما يكن من فضله على ولي الأمر في العلم أو الدين³. ومن أسباب القوامه هما:

السبب الأول: أنّ ما ركبه الله في الرجل من طبيعة خاصة تفضل عن طبيعة المرأة في القيام بهذه المسؤولية.

السبب الثاني: إلتزام الزوج بالإنفاق على الأسرة وهذا السبب تكليفي لا يقبل الإعفاء أو الإبراء لأنّ مناط حكمه، لأنّ شكوى الزوجة في حال عجزه على الإنفاق لا في حال عطائه وسخائه عليها، وبالتالي فالسبب الثاني مكمل للسبب الأول فالأول فطري و الثاني مكتسب، ومشاركة الزوجة الموسرة في الإنفاق توجهه حسن العشرة، لكن هذا لا تأثير له في القوامة لبقاء السبب الأصلي فيها وهي القدرة المادية والمعنوية للرجل، فهو أقدر على القيام بهذه المهمة منها.

¹ - سورة الشورى ، الآية 27.

² - أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إسماعيل بن إبراهيم البخاري، كتاب التفسير، ج4، حديث رقم 4629 ، دار ابن كثير، مرجع سابق، ص1867.

³ - وفاء بنت عبد العزيز السويلم، مرجع سابق، ص401.

يبقى أنه حتى لو خرجت الزوجة للعمل بدافع الضرورة لها ولمجتمعها فيجب أن لا يؤثر على نفسها تجاه زوجها صاحب القوامة، ولو أنفقت عليه لأن الزوج يبقى زوجا له حقوقه، وتبقى هي زوجة لها حقوقها، وهذا التوازن لا يكون إلا عند امرأة مؤمنة ملتزمة بدينها راضية بحكم ربها فتعطي القوامة وهي راضية بذلك، ففي ديننا الحنيف القوامة أساسها المودة والرحمة وليست ظلما وقهرا و تجبرا و تسلطا¹، ويقول الإمام محمد عبده: "المراد بالقيام هنا هو الرياسة التي يتصرف فيها المرعوس بإرادته واختياره، وليس معناها أن يكون المرعوس مقهورا مسلوب الإرادة، لا يعمل عملا إلا ما يوجهه إليه رئيسه، فإنّ كون الشخص قيما على آخر هو عبارة عن إرشاده والمراقبة عليه في تنفيذ ما يرشده إليه، أي يعني أنه لا ينبغي للرجل أن يبغى بفضله قوته على المرأة ولا للمرأة أن تستنقل فضله وتعدّه خافضا لقدرها، فإنّه لا عار على الشخص إن كان رأسه أفضل من يده وقلبه أشرف من معدته مثلا، فإن تفضل بعض أعضاء البدن على بعض يجعل بعضها رئيسا دون بعض ، إنّما هو لمصلحة البدن كله لا ضرر في ذلك على عضو ما، وإنّما تتحقق وتثبت منفعة جميع الأعضاء بذلك، كذلك مضت الحكمة في فضل الرجل على المرأة في القوة وللقدرة على الكسب والحماية².

الطاعة: طاعة الزوجة لزوجها واجبة وعصيانه محرم لأنها من أعظم الحقوق، ويقصد بها التزام الزوجة بالإنقياد للزوج في الحقوق المترتبة على عقد الزواج، وهي موافقة المرأة لزوجها باستجابة رغباته وطلباته في غير معصية الله³، وطاعة الزوجة لزوجها ليست مطلقة، وإنّما تكون في حدود ما أمر به الشرع وأباحه، ولا يجب على الزوجة أن تطيعه في معصية من المعاصي التي تغضب خالقها لأنّ لاطاعة لمخلوق في معصية الخالق، ولهذه الطاعة تكون وفق الشروط وضوابط شرعية أهمها:

¹ - خولة بشير عابدين، حقوق الزوجين، ط1، دار المأمون، عمان، 2009، ص ص 53-54.

² - عماد شريقي، مرجع سابق، ص152.

³ - محمد كمال الدين إمام، الزواج في الفقه الإسلامي، دراسة تشريعية وفقهية، منشأة المعارف، مصر، 1998، ص

– أن تكون موافقة لأوامر الشريعة الإسلامية .

– الإستطاعة : لأنها شرط كل التكاليف وذلك بقوله تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾¹

– وهذه الطاعة ينبغي أن تكون من شؤون الحياة الزوجية ولا تتعدى إلى الأمور الخاصة المتعلقة بها كالتصرف في مالها بما تراه أنفع لها، فطاعة الزوجة لزوجها تكون في دائرة الحلال لا في الأمور التي نهى عنها الله سبحانه و تعالى كأن يأمرها بشرب الخمر، أو مجالسة الرجال الأجانب أو ترك الصلاة و الصيام ، وما إلى ذلك².

ومن مظاهر الطاعة أن لا تخرج الزوجة من بيت زوجها إلا بإذنه وهي لا تعطي شيئاً من بيته إلا بإذنه، وأن لا تصوم واحدا تطوعاً إلا بإذنه، فعن أبي هريرة رضي الله عنه: أن رسول الله عليه وسلم قال "لا يحل للمرأة أن تصوم وزوجها شاهد إلا بإذنه ، ولا تأت في بيته إلا بإذنه وما أنفقت من نفقة عن غير أمره فإنه يؤدي إليه شطره"³، وأن لا طاعة عليها لغيره سوى نفسه ولا تسمح لأحد حق لو كان والديها خاصة في الأمور التي تخصها هي وزوجها، وعليها عدم الإصغاء إلى أي أحد لأن ذلك محرم عليها، ولو صدر منه تجاهها أي أمر فعليها إتباعه وتنفيذه لأن ولايتها إنتقلت إليه بعد الزواج دون أهلها.

و تتمثل حدود الطاعة في طبيعة المؤمنة الصالحة، ومن صفتها الملازمة لها بحكم إيمانها وصلاحها، أن تكون قانئة مطيعة، و الطاعة تكون عن إرادة و رغبة ومحبة لا عن قسر وإرغام⁴ ومما يدل على طاعة الزوجة على زوجها بالمعروف وذلك من الكتاب والسنة.

¹ - سورة البقرة، الآية 286.

² - مهديّة بقّة ورشيديّة يوسفى، مرجع سابق، ص ص 111-112.

³ - أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم البخاري، صحيح البخاري، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، كتاب النكاح، ج1 حديث رقم 5195 مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، 2007، ص629.

⁴ - وفاء بنت عبد العزيز السويلم، مرجع سابق، ص404.

من الكتاب وذلك بقول الله تعالى: ﴿فَالصَّالِحَاتُ قَنِتٌ حَفِظَتْ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ

اللَّهُ^١، ووجه الاستدلال من هذه الآية تعني مطيعات لأزواجهن، ويقصد هنا بطاعة الزوج والقيام بحفظه في ماله وفي نفسها في حال غيبته.

ولقول الله تعالى أيضا: ﴿فَإِنِ اطَّعَنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا^٢ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا

كَبِيرًا^٣، ووجه الاستدلال في هذه الآية تتضح إذا أطاعت المرأة زوجها في جميع ما يريد منها مما أباحه الله له منها، فلا سبيل له عليها بعد ذلك، وليس له ضربها ولا هجرانها.
من السنة:

عن أبي هريرة رضى الله عنه قال: سئل الرسول صلى الله عليه وسلم أي النساء خير؟ قال: الذي تسره إذا نظر وتطيعه إذا أمر، ولا تخالفه فيما يكره في نفسها وماله^٤، ووجه الاستدلال في هذه الآية وتكون طاعتها له في حدود المعروف وأما إذا خالف أمر الشرع، فلا طاعة له لعموم الأمر بالطاعة، مالم تكن بمعصية، وعن أبو هريرة رضى الله عنه قال: قال الرسول صلى الله عليه الصلاة والسلام^٥ لو أمرت أحدا أن يسجد لأحد لأمرت المرأة أن تسجد لزوجها لما غظم الله من حقه عليها^٦، ووجه الاستدلال من هذا الحديث هنا السجود كناية على الخضوع أما السجود

¹ - سورة النساء، الآية 34.

² - سورة النساء، الآية 34.

³ - أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم البخاري، كتاب التمني، ج6، حديث رقم 6830، دار ابن كثير، مرجع سابق، 3649.

⁴ - أحمد بن الحسن بن علي بن موسى أبو بكر البهقي، السنن الكبرى، تحقيق محمد عبد القار عطار، ط3

ج7، حديث رقم 14704، دار الكتب العلمية، بيروت، د.ن.س ص475.

المعروف في الصلاة فلا يكون إلا الله تعالى وحده، ولا يجوز مطلقاً لأحد أن يسجد لآخر مهما علا وعظم قدره، ولو كان السجود مباحاً لغير الله لكان أحق الناس به الزوج من طرف الطرف الزوجة¹ وهو ماجاء في حديث عبد الله رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "السمع والطاعة على المرء المسلم فيما أحب وكره، ما لم يأمر بمعصية، فإذا أمر بمعصية فلا سمع ولا طاعة"².

ثانياً: في قانون الأسرة الجزائري و تشريعات بعض الدول العربية.

للعادات والتقاليد دور كبير في ثبات القوامة، حيث يقول حسن ملحم³ "إن السلطة في الأسرة قائمة على سيطرة تقليدية مستتبطة من العادات والتقاليد حيث أنّ صاحب السلطة يطاع بناء على تقاليد أو عادة قد يسير عليها زمناً طويلاً"³.

لكن في وقتنا الحالي تعارف الناس على خروج المرأة للتعليم والعمل، ومشاركتها في جميع نواحي الحياة الاجتماعية والإقتصادية والسياسية وغيرها، وأصبح الكثير منهمّ يعتبرن طاعة الزوج تقييداً لحريتهنّ في ظلّ تعالي أصوات مساواة المرأة بالرجل من دعاة تحرر المرأة ممّن يعتبرون حق الزوج في الطاعة والقرار في البيت تخلفاً لا يصلح لزمناً لتغيير واقع حال المرأة اليوم عن سابقه⁴.

نصت الفقرة الرابعة من المادة 36 من القانون الأسرة الجزائري⁵ "التشاور في تسيير شؤون الأسرة وتباعد الولادات"⁵ وتعتبر هذه الفقرة من أهم التعديلات في الأسرة وذلك لكونها رسخت تحمل الزوجة مسؤولية شؤون الأسرة إلى جانب الزوج والمشرع الجزائري بإلغائه المادتين 38 و

¹ - جانم جميل فخري، آثار عقد الزواج، مرجع سابق، ص78.

² - أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم البخاري، كتاب الأحكام، ج4، حديث رقم 7144، مرجع سابق، ص 830.

³ - حسن ملحم، التحليل الإجتماعي للسلطة، ط1، منشورات دحلب، الجزائر، 1993، ص 258.

⁴ - رهفة سليمان حمادة، العرف وأثره في حقوق الزوج في الفقه الإسلامي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الفقه المقارن

كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، 2014، ص 113.

⁵ - قانون رقم 84-11، سالف الذكر.

39 من القانون 11/84 القديم التي تفصل بين حقوق كل من الزوجين، وبهذا كرس مبدأ المساواة والشراكة حتى يعمل على رعاية الأسرة والبيت الذي يعتبر حقا خالصا للرجل، وهنا يعتبر فراغا تشريعا رهيبا، بالتالي فإنّ التعديل ترتب عليه المساواة في تسيير شؤون الأسرة وإدارتها، وتربية الأولاد من جهة، والتمسك بالزواج الإنفاق من جهة أخرى نتيجة غير عادلة¹.

الفرع الثاني

مركز العرف في خدمة الزوجة لزوجها

أوجب الشرع على الزوجة القيام بشؤون بيتها وخدمة زوجها بالمتعارف عليه حسب طاقتها، بينما رعاية شؤون البيت جعلت من واجبات الزوج، حيث ألزم بالخدمة خارجه، وألزمت هي بالخدمة داخله، ما يخلق نوعا من التوازن بينهما في التكاليف والأعباء.

أولا: في الفقه الإسلامي

إختلف الفقهاء في إعتبار خدمة بيت الزوجية ميدانا من ميادين الطاعة للزوج على قولين :

القول الأول: يجب على المرأة أن تخدم زوجها في كل شيء ،وهو قول شيخ الإسلام ابن تيمية² وأدلته في ذلك من الكتاب ، قوله الله تعالى : ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ﴾³ ، أثبتت الآية بمنطوقها القوامة للرجل فإن لم تخدمه المرأة، وكان هو الخادم لها تكون هي القوامة عليه لا هو، وذلك يخالف ماتدل عليه الآية .

¹ - هرتان عبد الرحمان، محطات قانون الأسرة الجزائري"بين الماضي والحاضر"، منشورات المجلس الإسلامي الأعلى الجزائر، 2012، ص 117.

² - تقي الدين ابن تيمية، مرجع سابق، ص 211.

³ - سورة النساء، الآية 34.

القول الثاني : لا يجب على المرأة أن تخدم زوجها ولا بيت الزوجية ، إلا أن تقوم بهذا مختارة دون إجبار أو إلزام ، فالحنفية¹ أوجبوا الخدمة على الزوجة ديانة لا قضاء، وإستثنوا من ذلك حالتين: الأولى أن تكون بها علة تعجزها عن ذلك، والثانية إذا كانت من بنات الأشراف .

أما المالكية² والشافعية³ فلم يقولوا بمنع خدمتها في جميع الأحوال، بل أوجبوا عليها إذا كان زوجها معسرا، وأكانت ليست ذات قدر ممن ليس من شأنها الخدمة، أما ابن حزم فقد خالف جمهور الفقهاء بأن منع خدمتها وأوجب نفقة الخادم على الزوج في كل حال معسرا أو موسرا، وأدلتهم في ذلك و من الكتاب لقوله تعالى: ﴿ وَعَايِشُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾⁴، ومن السنة النبوية عن جابر بن عبد الله أن الرسول الله أنّ الرسول الله صلي الصلاة والسلام قال: "ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف"⁵، ومن المعاشرة بالمعروف أن يقيم لها خادما، ولأنّه مما تحتاج إليه في الدوام ولأنّ من مقتضيات عقد النكاح الإستمتاع وليس الخدمة وبذل المنافع، لأنّ بالخدمة تتعب وتقوت عليه حقه في الإستمتاع⁶.

الترجيح

يترجح لنا القول الذي أوجب خدمة الزوجة لزوجها وبيتها أولادها، وما هو معروف في الشريعة الإسلامية بإقرار العرف الصحيح، وهذا القول فيه إنصاف للرجل والمرأة معا، فلو لم توجب الخدمة عليها وتركنا الزوج يتدبر هذه الأمور فقد كلفناه فوق طاقته .

¹ - برهان الدين أبو المعالي البخاري الحنفي، المحيط البرهاني في الفقه النعماني، تحقيق عبد الكريم سامي الجندي، ج3 دار الكتب العلمية، بيروت، 2004، ص 172.

² - محمد سكمال المجابي، المذهب في الفقه المالكي وأدلته، ج2، ط1، دار البشير، جدة، 2010، ص57.

³ - محمد إدرييس الشافعي ، مرجع سابق، ص94.

⁴ - سورة النساء، الآية 19.

⁵ - أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، كتاب الحج، حديث رقم 1218، دار الأصاله، مرجع سابق، ص281.

⁶ - عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي بن محمد، المغني، مرجع سابق، ص200.

ثانيا: في قانون الأسرة الجزائري و تشريعات بعض الدول العربية

المتعارف عليه في هذا الزمان من خلال الواقع المعيش، هو قيام الزوجة بخدمة زوجها وبيتها وشؤونه بمفردها، مادامت الزوجية قائمة، والقول بأن خدمة الزوجة لزوجها غير واجبة، قول بعيد عن الشرع ويتنافى مع حق القوامة¹، والتشريع السوري والأردني والعراقي وقانون الأسرة الجزائري المعدل لم يتعرض لموضوع خدمة الزوجة لزوجها، ولعله بسكوته هذا يكون المشرع قد ترك هذا الموضوع للعرف، وبالنظر إلى ما هو حاصل في المجتمع الجزائري، نجد أن خدمة الزوجة للزوج أخذت أوضاعا جديدة وأصبحت الزوجة غير التي كانت في الأعراف والتقاليد التي ترضى بخدمة الزوج ووالديه، أما حاليا فقد تغيرت الأعراف وتغيرت معها نظرة الناس للخدمة، لاسيما إذا كان الزوج يسكن مع أبيه وإخوته وما ينجر عنه من مشاكل، رغم ذلك لا ننكر وجود زوجات صالحات يرضين بهذا الوضع إرضاء لله ثم للزوج².

المبحث الثاني

مركز العرف في النفقة الزوجية (حقوق الزوجة)

الإتفاق على الزوجة، والقيام بمصالحها والعناية بشؤونها من أسمى مقاصد الشريعة الإسلامية في الزواج، حيث كفل لها الشارع الحكيم جميع ماتحتاج إليه من مأكّل ومشرب و ملبس، وهي واجبة علي الزوج على قدر كفايتها شرعا وعرفا.

المطلب الأول

مركز العرف في أسباب وجوب النفقة الزوجية ومعيار تقديرها

النفقة مشتقة من الإتفاق وهو الإخراج ولايستعمل إلا في الخير، وقد حصر الفقهاء أسباب النفقة الواجبة لشخص علي غيره في ثلاثة أشياء هي الزوجية، القرابة، الملكية، فتجب نفقة الزوجة على زوجها بمقتضى الزوجية، ونحن بصدد نفقة الزوج على زوجته والمراد بها ما يفرض

¹ - جميل فخري جانم، آثار عقد الزواج، مرجع سابق، ص 92.

² - عماد شريفى، مرجع سابق، ص 158.

للزوجة على زوجها من مال للطعام والكساء والسكنى ونحو ذلك¹، والنفقة واجبة على الزوج لزوجته، وحق من الحقوق الثابتة بالزواج الصحيح، والمشرع الجزائري لم يعرف النفقة على غرار قوانين الأحوال الشخصية العربية، لكن نجد شراح هذا القانون تناولوها بالتعريف، حيث عرفها الأستاذ فضيل سعد بأنها: مجموعة الوسائل الضرورية لضمان حياة الشخص وحفظ صحته وكرامته².

وأدلتها من الكتاب لقوله الله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾³

ووجه الإستدلال من الآية أنّ على والد الطفل النفقة على والدته وكسوتها بالمعروف، بما جرت به العادة في البلد من غير إسراف وحسن قدرته، ومن السنة النبوية: عن عائشة رضي الله عنها أنّ هند عتبة قالت: يارسول الله إنّ أبا سفيان رجل شحيح، وليس يعطيني مايكفيني وولدي إلاّ ما أخذت منه وهو لايعلم فقال: "خذي مايكفيك وولدك بالمعروف"⁴.

ووجه الإستدلال من الحديث هو وجوب النفقة للزوجة على الزوج، فإن كان بخيلا مقترا أبيع لها أن تأخذ من ماله دون علمه بمقدار مايكفيها وولدها بالمعروف.

الفرع الأول

مركز العرف في أسباب وجوب النفقة الزوجية

أوجب الشارع الحكيم النفقة على الزوج لزوجته، لأنّ الزوجة بمقتضى عقد الزواج الصحيح تصبح مقصورة على زوجها، ومحبوسة لحقه والإستمتاع بها، ويجب عليها طاعته والقرار في بيته وتدبير منزله وحضانة الأطفال وتربية الأولاد، وعليه نظير ذلك أن يقوم بكفالتها والإنفاق عليها، مادامت الزوجية بينهما قائمة، ولم يوجد نشوز من النفقة عملا بالأصل العام: كل من احتبس لحق غيره ومنفعته، فنفقته على من احتبس لأجله.

¹ - إسماعيل أمين نواضه، مرجع سابق، ص 223.

² - فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، ص 177.

³ - سورة البقرة، الآية 233.

⁴ - أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم البخاري، كتاب باب النفقات، حديث رقم 7144، مرجع سابق، ص 830.

أولاً: في الفقه الإسلامي

اختلف الفقهاء في تقدير أسباب وجوب النفقة الزوجية إلى قولين :

القول الأول: وهو وجوب النفقة بمجرد تحقيق الإحتباس الناتج عن الزواج الصحيح، وهو ما قال به الحنفية¹ والشافعي في القديم من مذهبه²، ودليلهم في ذلك لقوله الله تعالى : ﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ﴾³، ووجه لإستدلال في هذه الآية أمر الله سبحانه تعالى بالإنفاق عليهن دون تقييد، فدل هذا على وجوب النفقة لهن من حين العقد، وهي واجبة مقابل الإحتباس، لكن لا يشترط فيها حقيقة الإحتباس بأن ينقلها إلى بيته، بل الإحتباس المقدر كاف لوجوبها وذلك يوجد بمجرد العقد.

القول الثاني: ذهب أصحابه إلى القول أن النفقة لاتجب للزوج على زوجته إلا بالتمكين التام من نفسها بعد العقد الصحيح ، فلو مكنت زوجها من نفسها أو عرضت عليه التمكين بدعوته للدخول فقد وجبت نفقتها ، وهو ما قال به جمهور فقهاء المالكية⁴ والحنابلة⁵ والشافعي في الجديد من مذهبه⁶، ودليلهم في ذلك "تزوج النبي عليه الصلاة و السلام عائشة ، وهي بنت ست سنين وبنى وبنى بها وهي بنت تسع ومكثت عنده تسعا"⁷.

¹ - علاء الدين الكساني، مرجع سابق ص 16.

² - محمد الخطيب الشربيني، مرجع سابق، ص 165.

³ - سورة الطلاق، الآية 07.

⁴ - محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي أبو الوليد، مرجع سابق، ص 77.

⁵ - عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي بن محمد، المغني، مرجع سابق، ص 195.

⁶ - أبو زكريا يحيى بن شرف النووي الدمشقي، المجموع شرح المهذب، ج18، دار الفكر، د.س.ن، د.ب.ن، ص 258.

⁷ - أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم البخاري، صحيح البخاري، باب النكاح، حديث رقم 5158، مرجع سابق ص 244.

الترجيح

في نظرنا الرأي الصائب هو القول الثاني الذي مفاده أنّ سبب النفقة هو التمكين من الإستمتاع بعد العقد الصحيح عن طريق الدخول، وأنّ جعل النفقة بدل الإحتباس بالعقد، لا يمكنه أن يحاكي الواقع المعاش الذي تغير فيه الواقع الإجتماعي والأعراف وأصبحت المرأة تخرج للعمل وبالتالي فلاعبرة بالإحتباس كمعيار في عصرنا الحاضر.

ثانيا: في قانون الأسرة الجزائري

المتعارف عليه في الجزائر من كون النفقة لا تكون واجبة للزوجة إلاّ بعد الدخول، حتى ولو تم عقد الزواج لمدة طويلة فإنّ نفقتها تكون على أبيها، حتى يتم زفافها. المشرع الجزائري أخذ بالمذهب المالكي في سبب وجوب النفقة الزوجية، فالنفقة لا تجب إلاّ بالدخول المتمثل في الخلوة الصحيحة سواء تم الإتصال الجنسي أو لم يتم، متى كان السبب راجعا إلى الزوج، أمّا إذا كان الإمتناع من طرفها من إعطاء الزوج حقه الشرعي، يعتبر نشوزا منها وبالتالي يسقط حقها في النفقة، مالم يكن هناك سبب مشروع لإمتناعها فهنا لا يسقط حقها في النفقة¹، وهذا مانصت المادة 74 من قانون الأسرة الجزائري: "تجب النفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه ببيينة"².

ثالثا: في تشريعات بعض الدول العربية

1 - موقف المشرع الأردني

نص المشرع الأردني في قانون الأحوال الشخصية الأردني في المادة 32 على مايلي: "إذا وقع العقد صحيحا لزم به للزوجة على الزوج المهر والنفقة، ويثبت بينهما حق التوارث....."³

¹ - عيسى حداد، عقد الزواج، منشورات جامعة باجي مختار، عنابة، الجزائر، 2006، ص 269.

² - قانون رقم 84-11، سالف الذكر.

³ - قانون الأحوال الشخصية الأردني.

يتضح من خلال نص المادة أنّ المشرع الأردني لم يشر إلى مسألة التفريق بين المرأة التي تم الدخول بها، أو غير المدخول بها .

2- موقف المشرع السوري

صرّح المشرع السوري في المادة 72 من قانون الأحوال الشخصية السوري على أنّه: "تجب النفقة للزوجة على الزوج ولو مع إختلاف الدين من حيث العقد الصحيح ولو كانت مقيمة في بيت أهلها إلاّ إذا طالبها الزوج بالنفقة وامتنعت بغير حق"¹.

أشار المشرع السوري إلى أنّ السبب في وجوب النفقة هو العقد الصحيح، والعقد الفاسد لا يوجب النفقة قط، حتى ولو قدم الرجل للمرأة نفقة، ثم تبيّن أنّ العقد فاسد، رجع عليها بما أنفق إن كان قد أعطاهما ما تتفق منه بغرض القضاء، أمّا إذا لم يكن بغرض القضاء فلا يرجع.

3- موقف المشرع العراقي

نص المشرع العراقي في البند 01 من المادة 23 على "تجب النفقة للزوجة على الزوج من حين العقد الصحيح ولو كانت مقيمة في بيت أهلها إلاّ إذا طالبها الزوج بالإنّقال إلى بيته فإمتنعت بغير حق"²، ومن خلال نص المادة يتضح أنّ المشرع العراقي اعتبر مجرد العقد سبباً لوجوب النفقة للزوجة على زوجها.

¹ - قانون الأحوال الشخصية السوري، سالف الذكر.

² - قانون الأحوال الشخصية العراقي، سالف الذكر.

الفرع الثاني

مركز العرف في معيار تقدير النفقة الزوجية

بالرغم من ثبوت نفقة الزوجة على الزوج، إلا أنّ آراء الفقهاء تشعبت حول كيفية تقديرها والعوامل التي يجب أخذها بالعين الإعتبار عند تحديد مقدار النفقة والوقت التي تستحق فيه الزوجة للنفقة¹.

أولاً: في الفقه الإسلامي

اختلف الفقهاء في الأساس الذي تقدر عليه النفقة الزوجية على ثلاثة أقوال :

القول الأول : إنّ نفقة الزوجة تقدر حسب حال الزوج، هذا قول الحنفية في ظاهر الرواية²، وقول الشافعية³ واستدلوا بذلك على قول الله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾⁴ ووجه الدلالة أنّ المولود له هو الزوج ، فإن كان موسراً وجب عليه نفقة الموسرين لأنها هي المناسبة لحاله، وهو الذي يستوجب البذل والإنفاق، فيطالب بما يناسبه ، وإن كان معسراً فإنّه يجب عليه نفقة المعسرين، والمعروف في الآية عند الناس ما تعارفوا عليه من أنّ النفقة على الغني و الفقير .

القول الثاني: إنّ نفقة الزوجة تقدر حسب حال الزوجة، وهذا قول الحنفية في رواية⁵ والمالكية في رواية أخرى⁶، لذلك لقول الرسول صلى الله عليه الصلاة والسلام: "خذي مايكفيك وولدك

¹ - بلال نويوة ، أحكام النفقة في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في حقوق، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2014/2015، ص57.

² - علاء الدين الكساني، مرجع سابق، ص 24.

³ - محمد الخطيب الشربيني، مرجع سابق، ص 432.

⁴ - سورة البقرة، الآية 223.

⁵ - أبو زكريا يحيى بن شرف النووي الدمشقي، المجموع شرح المذهب، مرجع سابق، ص 132.

⁶ - علاء الدين الكساني، مرجع سابق، ص 2213.

بالمعروف¹، ووجه الدلالة أنّ رسول صلى الله عليه الصلاة والسلام إعتبر الزوجة دون حال الزوج، وأيضا فإنّ نفقة الزوجة واجبة لدفع حاجتها دون حال من وجبت عليه، لأنّ وجوبها على الزوج بحكم الزوجية.

القول الثالث: إنّ نفقة الزوجة تقدر حسب حال الزوجين معا، فإنّ كانا موسرين فنفقة اليسار، وإن كانا معسرين فنفقة الإعسار، وإن كانا متوسطي الحال فنفقة المتوسطين وهذا قول الحنابلة² والمالكية³ ودليلهم في ذلك قول الله تعالى: ﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَاءً آتَاهَا سَيِّجَعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا﴾ ووجه الإستدلال "لينفق" أي لينفق الزوج على زوجته وعلى ولده الصغير قدر وسعه حتى يوسع عليهما إذا كان موسعا عليه، ومن كان فقيرا فعلى قدر ذلك، وتدل أيضا على أنّ الإنفاق على الزوجة حسب حال الزوج يسرا وفقرا.

الترجيح

من خلال إستعراض الأقوال الثلاثة في تقدير نفقة الزوجة وأدلة وجوبها، فإنّ رأينا الراجح والصائب هو القول الثالث القائل بأنّ نفقة الزوجة تقدر حسب حالة الزوجين معا .

ثانيا: في قانون الأسرة الجزائري

يراعى في تقدير النفقة عرف وعادة أهل البلد، وحال الأسعار والوقت مع إعتبار الوسط، فإنّ تقديرها يتقرر بحال الزوجين معا، أي بحسب حال الزوج والزوجة يسرا أو عسرا، على أن لا تقل على حد الكفاية⁴.

¹-أبي عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم البخاري، صحيح البخاري، كتاب النفقات، حديث رقم 5364، مرجع سابق ص648.

²- أبو إسحاق برهان الدين بن محمد بن عبد الله الحنبلي، مرجع سابق، ص 185.

³- محمد عرفة الدسوقي، مرجع سابق، ص 509-513.

⁴- نسرين شريفي وكمال بوفرورة، قانون الأسرة الجزائري، ط1، دار بلقيس، الجزائر، 2013، ص 125.

إتبع قانون الأسرة الجزائري المذهب المالكي، في إعتبار حال الزوجين معا في تقدير النفقة وهذا ما يتبين من خلال المادة 79 منه، إذ تنص على "يراعي القاضي في تقديره النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم"¹، يفهم من نص المادة أنّ تقدير النفقة يبقى تحت السلطة التقديرية لقاضي الموضوع، الذي ينظر إلى ظروف المعاش زمانا ومكانا المتمثلة في حالة الزوج المالية من يسار أو إفسار، وحالة الزوجة كذلك تبعا للمستجدات والأعراف المستحدثة في المجتمع²، ويتم التحقق من ذلك من خلال الوثائق والمستندات التي تثبت وتحدد الوضعية الإقتصادية للزوج، وقد يستعين القاضي بالخبرة قبل تحديد مبلغ النفقة، وذلك بإجراء بحث حول وضعية الزوج المالية³.

إعتبر المشرع الجزائري العرف في تقدير النفقة لأنّ النفقة في الشرع غير مقدرة، حيث أرجعها إلى حالة الزوجين معا من يسار أو إفسار، واشترطها حسب الوسع والمقدرة مع مراعاة العادات والتقاليد⁴.

ثالثا: في تشريعات بعض الدول العربية

1- موقف المشرع الأردني

أخذ قانون الأحوال الشخصية الأردني بالقول الأول أي قول الشافعية والحنفية في نص في المادة 70 منه على مايلي: "تفرض نفقة الزوجة بحسب حال الزوج يسرا وعسرا وتجوز زيادتها ونقصها تبعا لحالته على أنّ لا تقل عن الحد الأدنى من القوت والكسوة الضرورية للزوجة وتلزم النفقة إمّا بتراضي الزوجين على قدر معين أو بحكم القاضي، وتسقط نفقة المدة التي سبقت التراضي أو الطلب من القاضي، وبين القانون وقت تقدير النفقة في المادة 73، وقد نصت على مايلي: "إذا إمتنع الزوج الحاضر عن الإنفاق على الزوجة، وطلبت الزوجة النفقة يقدر القاضي

¹ - قانون رقم 84-11، سالف الذكر.

² - بلحاج العربي، أحكام الزوجية وأثرها، مرجع سابق، ص 590.

³ - رشيد بن شويخ، مرجع سابق، ص 151.

⁴ - عيسى حداد، مرجع سابق، ص 271.

نفقتها إعتباراً من يوم الطلب، ويأمر بدفعها سلفاً للأيام التي يعينها¹ وكذلك فعل في المواد: 66 و 67 و 68¹.

2- موقف المشرع السوري

نصت المادة 76 من قانون الأحوال الشخصية السوري على أنه "تقدر النفقة للزوجة بحسب حال الزوج يسراً وعسراً مهما كانت حالة الزوجة على أن لا تقل عن حد الكفاية للمرأة"، كما نصت المادة 74 منه "تجوز زيادة النفقة ونقصها بتبدل حال الزوج وأسعار البلد، لا تقبل دعوى الزيادة أو النقص في النفقة المفروضة قبل مضي ستة أشهر على الأقل إلا في الطوارئ الإستثنائية"².

3- موقف المشرع العراقي

من خلال النظر إلى البند (2) من المادة 24 والمادة 25 من قانون الأحوال الشخصية العراقي يبدو أنّ المشرع العراقي لم يحدد النفقة بمقدار معيّن، وإنّما ترك الأمر في ذلك للعرف مع مراعاة حال الزوجين من حيث اليسار والإعسار، فنص المادة 27 من خلال الأحوال الشخصية على "تقدر النفقة للزوجة على زوجها بحسب حالتها يسراً وعسراً"³.

كان المشرع العراقي يأخذ بمذهب الشافعية من إعتبار النفقة بحال الزوج، وحده يسراً و

عسراً، وقد كان العمل هذا الرأي في العراق قبل صدور قانون الأحوال الشخصية.

المطلب الثاني

مركز العرف في مشتملات النفقة الزوجية

شرع الله الزواج الصحيح وفرض على الزوج الإنفاق على الزوجة والقيام بمصالحها والعناية بشؤونها وهي من أسمى مقاصد الشريعة الإسلامية، حيث كفل لها الشارع الحكيم جميع ما تحتاج

¹ - قانون الأحوال الشخصية الأردني، سالف الذكر.

² - قانون الأحوال الشخصية السوري، سالف الذكر.

³ - قانون الأحوال الشخصية العراقي، سالف الذكر.

إليه من مأكّل ومشرب، ملبس ومسكن وهي واجبة على الزوج على قدر كفايتها شرعا و عرفا وبالتالي تعتبر النفقة من أهم الأثار المادية المرتبطة بعقد الزواج.

الفرع الأول

مركز العرف في مشتملات النفقة الزوجية في الفقه الإسلامي

اتفق الفقهاء على أنّ النفقة الزوجية تشمل: الغذاء والكساء والسكنى، وإختلوا في وجوب الخادم والعلاج، وذلك حسب التفصيل التالي:

أولا: نفقة الغذاء

لقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول نفقة الطعام من حيث كونها مقدرة أو على سبيل الكفاية وانقسموا إلى قسمين:

المذهب الأول: نفقة الطعام مقدرة بنفسها وذلك ما ذهب إليه ابن حزم الظاهري¹ والشافعي في مذهبه الجديد وهو المعتمد² أنّ النفقة مقدرة بنفسها، ولا يصح أن يترك ذلك إلى ما فيه كفاية الزوجة، لأنّه لو فتح للنساء باب الكفاية من غير تقدير يفتح باب التنازع، وعليه يجب تقدير نفقة الطعام بمقدار من الحبوب حسب حالة الزوج من جهة اليسر والعسر، فإن كان الزوج موسرا لزمه كل يوم مدّان، وعلى المعسر مدّ واحد وعلى متوسط الحال مدّ ونصف، ويجب للزوجة الطعام من غالب قوت البلد كالحنطة والشعير والأرز وغيرها من الحبوب، ويجب لها أيضا ما لا بد منه في الطعام من اللحم والفاكهة لأنّ ذلك من النفقة بالمعروف، واستدلوا على ذلك:

¹ - علي بن أحمد بن سعيد بن حازم الظاهري أبو محمد، المحلى، مرجع سابق، ص 90.

² - محمد الخطيب الشربيني، مرجع سابق، ص 426. وأيضا محمد إدريس الشافعي، مرجع سابق ص 89.

من الكتاب قوله تعالى: ﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قَدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ

اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَاءً آتَاهَا سَيِّجَعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا﴾¹، ووجه الاستدلال من هذه الآية الكريمة أنه

تجب نفقة الزوجة على زوجها وذلك حسب سعته وقدرته، فتقدر بحسب حال الزوج غنياً أو

فقيراً، أو وسطاً بين الغني والفقير، فلا يكلف الزوج الفقير بأن ينفق على زوجته نفقة صاحب

اليسار و الغنى وإلا كان ذلك تكليفاً بما لا يستطيع ولا يكلف الله نفساً بشيء لا تستطيعه².

وبالقياس: تقدر نفقة الطعام للزوجة بمقادير معينة قياساً على الكفارة، باعتبار أن كل منهما

مال يجب بالشرع ويستقر في الذمة، وأكثر ما وجب في الكفارة لكل مسكين مدان في كفارة الأذى

بالحج وأقل ما وجب مدّ في نحو كفارة اليمين، وعليه أوجب على الزوج الموسر مدان، وعلى

المعسر مدّ واحد لأنه يكتفي به الزهيد ويقنع به الرغيب، و على المتوسط ما بينهما لأنه عن أزم

المدان لضره ولو اكتفى منه بمد لضرها فلزمه مد ونصف³.

المذهب الثاني: نفقة الطعام مقدرة بكفاية الزوج وذلك ما ذهب إليه كل من المالكية⁴ والحنفية⁵

والحنابلة⁶، والزيدية⁷ والشافعي في مذهبه القديم⁸، أنّ نفقة الطعام غير مقدرة بنفسها لكن يجب

أن تقدر بما يكفي الزوج وتحديدًا بحد ربما كان أقل من الكفاية في الرزق، وتركاً للمعروف

¹ - سورة الطلاق، الآية 07.

² - محمد الخطيب الشربيني، مرجع سابق، ص 426.

³ - الشيخ محمود محمد الشيخ، المهر في الإسلام بين الماضي والحاضر، دراسة إجتماعية فقهية، ط1، المطبعة العصرية لبنان، 2000، ص 194.

⁴ - سيدي أحمد الدردير أبو البركات، الشرح الكبير، ج2، تحقيق محمد علياش، دار الفكر، لبنان، د.س.ن، ص 509.

⁵ - علاء الدين الكساني، مرجع سابق، ص 22.

⁶ - عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي بن محمد، مرجع سابق، ص 201.

⁷ - محمد بن إسماعيل الصنعاني الأمير، سبل السلام، تحقيق محمد بن عبد العزيز الخول، ج3، دار الإحياء التراث العربي، لبنان، 1379هـ، ص 219.

⁸ - محمد بن عمر بن علي بن نووي الجاوري أبو عبد المعطي، نهاية الزين، ط1، دار الفكر، لبنان، د.س.ن، ص

وإيجاب قدر الكفاية إنفاق بالمعروف لذلك يجب على الزوج نحو زوجته قدر ما يكفيهم الطعام واللحم ونحو ذلك مما لا بد منه في الحياة العادية، ويعتبر حال الزوجين معا عند فرض نفقة الزوجة فإن كانا موسرين فعليه نفقة اليسار، وإن كانا معسرين فعليه نفقة الإعسار، وإن كانا متوسطين فعليه نفقة المتوسطين، وإن كان أحدهما موسرا والآخر معسرا فعليه نفقة المتوسطين واستدلوا بالكتاب والسنة

ومن الكتاب: فيقول تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾¹، ووجه الاستدلال من هذه الآية أنّ الله سبحانه وتعالى أوجب النفقة وسماها رزقا في الآية، ومنه تكون النفقة مطلقة عن التقدير ومن قدرها بشيء فقد خالف النص.

ومن السنة: قوله عليه الصلاة والسلام في حجة الوداع: "اتقوا الله في النساء فإنهن عوان عندكم أخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله، ولهن عليكم رزقهن وكسوهن بالمعروف"² ووجه الاستدلال في هذا الحديث النبوي الشريف لم يحد على قدر معين من الطعام الواجب للزوجة بل ترك ذلك إلى المعروف.

الترجيح

الراجح بين الآراء السابقة هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء بأنّ النفقة تكون بحسب الكفاية وذلك بسبب اختلاف المكان والزمان والأحوال والأشخاص، وأنّ قياس النفقة على الكفاية قياسا على الجنس دون القدر بدليل أنّه لا يجب الإدام في الكفاية، وعلى ذلك فالطعام غير مقدر بالكم أو الكيف، بل الواجب هو كفايتها على حسب العرف والعادة في كل بلد و زمن، ويجتهد القاضي في تقدير الكفاية للزوجة على حسب الغنى والفقر مراعيًا في ذلك سعر البلد وحاله.

¹ - سورة البقرة، الآية 223.

² - عبد الله بن الرحمان أبو محمد الدرامي، سنن الدرامي، من تحقيق أحمد فؤاد زمرلي وخالد السبع العالمي، ج2، ط1 لدار الكتاب العربي، لبنان، 1407هـ، 70.

تانيا: نفقة الكسوة

يجب على الزوج شرعا كسوة زوجته، ذلك أمر مجمع عليه بين فقهاء الشريعة الإسلامية وإنقساموا إلى مجموعة من الآراء :

المذهب الأول: يرى الحنفية بأنه تفرض الكسوة للزوجة كل نصف عام مرة واحدة حرا وبردًا، ويرى ابن عابدين¹ أنه لا تفرض لها كسوة جديدة إلى إذا تخرقت الأولى قبل مضي المدة بالاستعمال المعتاد فيبقى لها بأخرى قبل تمام المدة لظهور خطئه في التقدير، و أنّ تقدير الكسوة مما يختلف فيه باختلاف الأماكن والعادات، فيجب على القاضي اعتبار الكفاية بالمعروف في كل وقت ومكان فإن شاء فرضها أصنافا وإن شاء قومها وقضى بقيمتها.

المذهب الثاني: ويرى الشافعية² بأن الكسوة تجب على قدر الكفاية ، تدفع إليها كل ستة أشهر فيكون لها في فصل الصيف مثل قميص وسراويل وخمار، وما تلبسه في الرجل، ويضاف لها في الشتاء جبة محشوة، ثم تجدد كسوة الصيف للصيف، وكسوة الشتاء للشتاء.

المذهب الثالث: ويرى المالكية³ بأنه يفرض للزوجة كسوة مرتين في السنة، تكون مرة في فصل الشتاء ومرة في فصل الصيف، لكل فصل ما يناسبه، وتقدر من حيث ذاتها ونوعها قلة وكثرة على حسب حالهما.

المذهب الرابع: ويرى الحنابلة⁴ عليه دفع الكسوة إليها في كل عام مرة لأنها العادة، ويكون الدفع إليها في أول السنة لأنه أول وقت الوجوب، فإن بليت الكسوة في الوقت الذي يبلى فيه مثلها، لزمه أن يدفع إليها كسوة أخرى لأن ذلك وقت الحاجة إليها، وإن بليت قبل ذلك، لكثرة دخولها وخروجها أو استعمالها لم يلزمه إبدالها لأنه ليس بوقت الحاجة إلى الكسوة في العرف، وإن مضى الزمان الذي تبلى في مثله بالاستعمال المعتاد ولم تبلى، فهل يلزمه بدلها ؟ فيه وجهان أحدهما : لا يلزمه

¹ - محمد أمين ابن عابدين، حاشية عابدين، ج3، ط2، دار الفكر، لبنان، 1415هـ، ص588.

² - أبو زكريا يحيى بن شرف النووي دمشقي، روضة الطالبين، مرجع سابق، ص55.

³ - سيدي أحمد الدردير أبو البركات، مرجع سابق، ص 513.

⁴ - علي بن سليمان المرادوي، مرجع سابق، ص373.

بدلها لأنها غير محتاجة إلى الكسوة والثاني يلزمه لأن الاعتبار بمضي الزمان دون حقيقة الحاجة بدليل أنها لو بليت قبل ذلك لم يلزمه بدلها ولو أهدي إليها كسوة، لم تسقط كسوتها، ونفقتها معتبرة بحال الزوجين جميعاً فإن كانا موسرين فعليه لها نفقة الموسرين، وإن كانا معسرين فعليه نفقة المعسرين وإن كانا متوسطين، فلها عليه نفقة المتوسطين وإن كان أحدهما موسراً والآخر معسراً فعليه نفقة المتوسطين، أيهما كان الموسر.

المذهب الخامس: وهو مذهب الظاهرية¹ يرى ابن حزم بأن يكسو الزوج امرأته بالمعروف وعلى قدر ماله: فالموسر يؤمر بأن يكسوها الخز وما أشبهه، والمتوسط جيد الكتان والقطن والمقل على قدره لقول رسول الله صلى عليه وسلم "لهن رزقهن وكسوتهن بالمعروف"، وهذا هو المعروف من مآكل الناس وملابسهم.

الرأي الراجح

يترجح لنا مذهب الظاهرية بأن تكون نفقة الكسوة على قدرة الكفاية، بحسب حال الزوجين معا وماجرت به عادة أمثالها من الكسوة.

ثالثاً: نفقة العلاج

يعتبر العلاج من مشتقات النفقة، لذلك يجب على الزوج معالجة زوجته وهو ملزم بقيمة الدواء وأجرة الطبيب، لأنّ العلاج من مستلزمات الحياة لقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول واجب الزوج في معالجة زوجته بين مؤيد ومعارض.

1 - الرأي المعارض لوجوب نفقة العلاج: ذهب إليه جمهور الفقهاء كل من الحنفية² وجمهور المالكية³ والشافعية⁴ والحنابلة⁵ إلى القول بأنّ الزوج لا يلزم بمعالجة زوجته ولا أجرة الطبيب ولا

¹ - علي بن أحمد بن سعيد حزم الظاهري أبو محمد، مرجع سابق، ص 89.

² - محمد أمين ابن عابدين، حاشية عابدين، مرجع سابق، ص 575.

³ - أحمد بن غنيم بن سالم النفروي المالكي، الفواكه الدواني، ج2، دار الفكر، لبنان، 1415هـ، ص 27.

⁴ - أبو زكريا يحيى بن شرف النووي دمشقي، روضة الطالبين، مرجع سابق، ص 50.

⁵ - علي بن سليمان المرداوي، مرجع سابق، ص 111.

قيمة الدواء، وأنّ الزوج كالمستأجر للزوجة فيجب عليه كما يجب على المستأجر من كنس الدار وتطفيها، وأنّ الزوج كالأجير عنده، وأنّ العلاج يراد منه إصلاح الجسم، فلا يلزمه كمالاً يلزم المستأجر إصلاح ماأنهدم من الدار وحفظ أصولها، وعليه فإنّ الزوج غير ملزم لا بقيمة الدواء ولا أجره الطبيب ولا الفصد ولا الحجامة، ولا ما تستعمله النفساء مما يزيل الكلف ونحوه لأنّه ليس من النفقة الثابتة، وإنّما نفقة العلاج تكون لعارض لذلك تكون من مالها أو مال أبيها.

2 - الرأي المؤيد لوجوب نفقة العلاج: وهو ما ذهب إليه الفقه الإباضي¹ فهو خالف جمهور الفقهاء على أن يلزم الزوج بمعالجة زوجته وأجره الطبيب والدواء وإن كانت غنية، وخالف ابن العطار أبو حفص وابن عبد الحكيم من المالكية المذهب المالكي بأن يلزم الزوج معالجة زوجته وأجره طبيبها بقدر ما كان لها من صحتها، وتجب عليه أجره القابلة التي تولد زوجته كما يجب لها عند الولادة ما جرت به العادة كالكل والحناء، والدهن.

الترجيح

الراجح أنّ الزوج ملزم بعلاج زوجته وما يلزمه من دواء وتطبيب، ولا صحة لقياس الزوجة على الدار إذ فيه قياس على جماد، ولا وجه للقياس في ذلك، وأنّه ليس من المعروف أن تضرب المثل هنا بإجارة الدار مع الفارق بين الزوجة والدار، ويرى بعض الفقهاء إلى تشبيه الحالة علاقة العمل فإنّه أولى ويكون المثل إنسانياً، وبدون شك أنّ علاقة الزوج بزوجه أسمى من علاقة رب العمل بعماله فإذا كان الإنسان يعالج دابته وزرعه ويصلح سيارته فما بال زوجته التي مكانها أسمى وأرفع من كل ما ذكر.

رابعاً : نفقة المسكن و أجرته

يلزم الزوج أن يوفر للزوجة السكن الملائم وإن لم يستطيع يوفر لها أجره مسكن، وهذه الأجرة تفرض في حالة عدم توفير الزوج للمسكن المطلوب شرعاً، وقد جاءت أدلة في فرض السكن

¹ - الإمام أبي زكريا بن الخير الحناوني، النكاح في الفقه الإباضي، د.ب.ن، د.س، ص 199.

الزوجي كالتالي لقوله الله تعالى: ﴿أَسْكُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ﴾¹، فإذا وجبت السكنى للمطلقة فمن باب أولى تجب للتي في صلب النكاح ولقوله أيضا ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾² ومن المعروف أن يسكنها في مسكن لائق لعدم إستغنائها عنه في الإستتار عن العيون و الإستمتاع وحفظ المتاع³.

فرق المالكية بين المرأة الشريفة التي جاءت على جانب من المال، فيجب أن يهيب لها مسكنا والوضعية التي تقبل العيش مع والديه في سكن أقل من المعتاد، إشتراطوا أن لا تتضرر و أن تكون في مأمن من الإطلاع على أسرارها، على الزوج أن لا يجمع بين الزوجة وضرتها في نفس المنزل لما في ذلك من ضرر، ووجب عليه المساواة في المسكن إذا فرض لكل زوجة مسكنا خاصا بها ليس للزوج أن يشرك غير زوجته في المسكن إلا إذا رضيت بذلك، كما أنه ليس للزوجة أن تسكن أحدا من أقاربها بغير رضاه، ويصح أن يسكن معها ابنه من غيرها إذا كان غير مميز وليس لها منعه ذلك، ولا يجوز لها منعه من إسكان والديه، خاصة إذا كانا عاجزين ولا يملكان مسكنا مستقلا⁴.

الفرع الثاني

مركز العرف في مشتملات النفقة الزوجية في قانون الجزائري

تشمل النفقة الزوجية حسب مانص عليه المشرع الجزائري في قانون الأسرة: الغذاء و الكسوة والعلاج والسكن وأجرته ومايعتبر من الضروريات في العرف و العادة.

¹ - سورة الطلاق، الآية 06.

² - سورة النساء، الآية 19.

³ - وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي، ج8، مرجع سابق، ص 758.

⁴ - محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري أبو عبد الله، لمختصر خليل المواق، التاج والإكليل، ج8، دار الكتاب العلمية 1994، ص 549.

أولاً : في نفقة الغذاء

إنّ جميع ماذكر عن نفقة الطعام، يرجع تحديده إلى العرف والعادة حسب البلد، وبحسب الكفاية وبالنظر إلى المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري المعدل التي نصت أنّه " تشمل النفقة: الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة"¹، نجد أنّ المشرع أوجب نفقة الغذاء ومايشملها دون أنّ يبين مقدارها ونوعها بل تركها إلى تقدير القاضي بحسب العرف وحال البلد آخذاً في إعتباره حال الزوجين وظروف المعاش²، وهذا مانصت المادة 79 من قانون الأسرة الجزائري فإذا وفر الزوج لزوجته ماتحتاج إليه من طعام حسب حالته المادية والإجتماعية أو على حسب حالتها معاً كما سار عليه قانون الأسرة وجب على الزوجة قبولها أمّا إذا إمتنع كان لها أن ترفع الأمر إلى القاضي ليلزمه على الإنفاق، وله أن يفرض لها أصنافاً من طعام يكلف الزوج بإحضارها أو يقدر لها مقدارا من النقود لتشتري هي به ماتحتاج إليه وهو أيسر وأضبط، وهذا ماجرى العمل به في المحاكم³.

ثانياً: في نفقة الكسوة

أجمع العلماء على أنّه تجب للزوجة على زوجها كسوة بالمعروف، أي بحسب المتعارف عليه من كسوة أمثالها من نساء بلدها، ومايلحق بالكسوة من فراش ومستلزماته، ومن وسائل تنظيف وزينة بما يناسب عصرها وأعراف بلدها⁴، وقد أوجب المشرع نفقة الكسوة في المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري⁵ دون أن يبيّن مقدارها ونوعها بل تركها إلى الأعراف والعادات السائدة في البلاد تحت السلطة التقديرية للقاضي معتبرا حال الزوجين من يسار أو إعسار، ولا يراجع

¹ - قانون رقم 84-11، سالف الذكر.

² - عماد شريفي، مرجع سابق، ص 166.

³ - زهير بن حشاني، النفقة الزوجية في قوانين الأحوال الشخصية لدول المغرب العربي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير تخصص قانون شؤون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهدي، أم البواقي، 2011، ص 45.

⁴ - نوال سعيد حسن العفيفي، أثر العرف على الحقوق الزوجية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، قسم الشريعة الإسلامية، غزة، 2013، ص 59.

⁵ - قانون رقم 84-11، سالف الذكر.

تقديره قبل مضي سنة من الحكم، ومن ثم فإنّ القضاء بما يخالف ذلك يعدّ خرقاً لأحكام الشريعة لم يحدث في القضاء الجزائري أنّ القاضي فرض على الزوج شراء ملابس لزوجته، وإنّما في الغالب يكون دائماً الحكم بمبلغ مالي للزوجة وهي التي تشتري الملابس المناسبة لها من النفقة الغذائية، وعليه إذا وقع نزاع بين الزوجين حول الكسوة، يحق للزوجة أن ترفع أمرها إلى القاضي فإذا ثبت تقصيره، فرض عليه الكسوة الواجبة لها حسب العرف والعادة، أو يفرض عليه مبلغاً مالياً وتتولى الزوجة شراء الثياب المناسبة لها، وإنّ قاعدة شراء الملابس مرة أو مرتين في السنة أصبحت لا تساير متطلبات العصر الحالي فأصبحن يكتسبن كل أسبوع مرة ويمتنعن من لباس الثوب أكثر من مرتين عند زميلاتها بالمناسبات والحفلات¹.

ثالثاً: في نفقة العلاج

ترك الشرع أمر تقدير النفقة إلى العرف، فأصبحت نفقة العلاج على الزوج من المتعارف عليه في وقتنا الحاضر، وذلك بسبب إزدياد تعقيدات الحياة وكثرة الأمراض، والمبالغ الطائلة التي تصرف في مداواتها جعلت من نفقة العلاج أكثر من ضرورة للزوجة على زوجها، وليس من المعاشرة بالمعروف ترك الزوجة تتخبط في مرضها بل الأولى علاجها وتطبيبها لأنّه من باب المروءة، ومن مظاهر المودّة والرحمة بينهما².

جاء في المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري³ أنّه من مشتملات النفقة "العلاج" وقد أحسن صنعا المشرع الجزائري في إعتبار نفقة العلاج بجعلها على عاتق الزوج بالمعروف، وقد ساير في ذلك متطلبات العصر الحالي وإزدياد الحاجة إلى العلاج، وما ذهب إليه ليس خارجاً عن الشرع بل أقرّ ماتعارف عليه الناس، والمجتمع الجزائري تعارف على إلزام الزوج بنفقة علاج زوجته، سواء

¹ - مسعودي رشيد، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2006، ص 48.

² - جميل فخري جانم، آثار عقد الزواج، مرجع سابق، ص 265.

³ - قانون رقم 84-11، سالف الذكر.

كانت غنية أو فقيرة قليلة كانت أو كثيرة، حتى لا تلتجئ إلى غيره إذا كانت معسرة فهو أولى بها¹ ويتجلى موقف القضاء من مسألة العلاج في قرار صادر عن مجلس قضاء ورقلة بتاريخ 21-05-1969 جاء من حيثياته مايلي: أن مصاريف العلاج تجب على الزوج قانونا وشرعا، وهذا ماقررته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 10-02-1982²، يتبين من تحليل هذا القرار أنّ مصاريف علاج الزوجة تجب على الزوج قانونا وشرعا، ونوع العلاج المقصود هو العلاج الضروري اللازم لحياة الإنسان وليس العلاج غير الضروري كعمليات التجميل، فالزوج ملزم بالعلاج الضروري الخاص بالأمراض العادية التي قلّ ما يخلو إنسان منها، أمّا العمليات الجراحية التي تدعو إلى المال الوفير فيلزم التفرقة بينها، فإذا كان الزوج فقيرا وكانت غنية فإنّها لا تجب عليه، وتجب عليه إذا كان غنيا وكانت الزوجة فقيرة، أمّا الجراحة التجميلية فتكون من مالها إلا إذا طلب منها هو ذلك، أو فعل ذلك متبرعا مجاملة لزوجته³.

رابعا: في نفقة المسكن وأجرته

تركزت مسألة تقدير نفقة السكنى الزوجية لما متعارف عليه بين الناس بحسب أحوال الزوج والزوجة بحسب الزمان والمكان، فمن حق الزوجة أن يوفر لها زوجها مسكنا مناسباً، وتهيئته بما يليق بها من أثاث وفرش كماهي عادة أمثالها، وماجرى العرف في بلادها، ولأنّ الناس يتفاوتون في اليسار والإعسار، فيكون للزوجة مسكن المعسرين عرفا إذا كان الزوجان معسرين، ويكون لها مسكن الموسرين عرفا إذا كانا موسرين، أمّا إذا كان أحدهما موسرا، والأخر معسرا فيكون المسكن مراعيًا حالهما من غير أن يتضرر أي منهما، ولا بد أن يجهز المسكن بما هو متعارف عليه بين

¹ - سليمان ولد خسال، مرجع سابق، ص 116.

² - المحكمة العليا، ملف رقم 39394 (غير منشور)، مشار إليه من طرف بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة مرجع سابق، ص 173.

³ - مسعودي رشيد، مرجع سابق، ص 55.

الناس، ولأنّ الزمن يتغير والمجتمع يتطور، فإنّ أنماط الحياة كلها تتغير وأعراف الناس في أثاث المنزل ومتاع البيت تتغير، وقد إستجّدت مواصفات كثيرة أصبحت الآن من الضروريات¹.

يحتاج المسكن إلى بعض الشروط المعينة وجب تخصيصه بالذكر في هذا المقام، بحيث يتعين على الزوج أن يهيئ لزوجته المسكن المناسب حتى يمكن القول بأنّه أدى واحبه، وحتى يمكن القول بأنّ المسكن مناسب شرعا يتعين أن تتوافر الشروط الثلاثة الأتية :

الشرط الأول: أن يكون مشتملا على كل ما يلزم السكن من أثاث وفراش وأواني ومرافق وغيرها مما تحتاجه الأسرة ويراعي في ذلك حالة الزوج المالية من يسر وعسر ووضع الإجتماعي .

الشرط الثاني: أن يكون خاصا بالزوجين دون غيرهما، أمّا إذا كان يشغلان سكنا مع الغير حتى وإن كان مع أحد الأقارب، فإنّه لا يعتبر سكنا شرعيا إذا مالم تتحقق الحرية الكاملة للزوجة².

الشرط الثالث: أن يكون المسكن مأمونا وإلا فلا يعدّ مسكنا على الإطلاق، بل من مظاهر الأمن أن يكون بين جيران صالحين حتى تكون الزوجة آمنة فيه على نفسها ومالها³.

في زمننا الحاضر زادت تعقيدات أثاث بيت الزوجية، فأصبحت الكثير منها ضرورية كالأدوات الكهربائية مثل الثلاجة، ومكيف والهواء والمدفئة والتلفزيون والغسالة..إلخ، ويمكن القول أننا لانستطيع الكلام عن السكن الشرعي للزوجين مع أزمة السكن الحالية، فيجب الأخذ بعين الاعتبار الظروف التي يعيش فيها المجتمع، وأوجب المشرع الجزائري المسكن وأجرته في المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري⁴ دون أن يبيّن شروطه ومايشمله، وترك ذلك إلى الأعراف الجارية في البلد.

¹- نوال سعيد حسن العفيفي، مرجع سابق، ص 66.

²- يوسف قاسم، حقوق الأسرة في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1987، ص 257.

³- أنور الفمروس، الوافي في قضايا الأحوال الشخصية للمسلمين، دار الفكر الحديث، القاهرة، 1963، ص 263.

⁴- القانون رقم 84-11، سالف الذكر.

خامسا: ما يعتبر من الضروريات في العرف

إعتبر المشرع الجزائري الضروريات في العرف و العادة المنصوص عليها في المادة 78 من قانون الأسرة النوع الخامس من أنواع النفقة الواجبة على الزوج تجاه زوجته.

أحسن المشرع الجزائري صنعا عندما حكم العرف والعادة في بيان الأمور الضرورية للنفقة حيث جعل للزوجة نفقة لما يعتبر من ضروريات الحياة الزوجية في العرف، وهذه النفقة تختلف من مكان إلى آخر فما يكون ضروريا في بلد ما لا يعتبر كذلك في بلد آخر وما يعتبر ضروريا في زمن ما لا يعد كذلك في زمن لاحق، وما يعتبر ضروريا في المدينة قد لا يكون ضروريا في الريف، وما يعتبر ضروريا في المناطق الحارة قد لا يكون ضروريا في المناطق الباردة¹.

أصاب المشرع في إيراد هذا النوع من النفقة، لأن سرعة التطور إستوجبت التغيير المستمر في نمط الحياة، فما يصلح اليوم قد لا يصلح غدا العكس، وما تعارفه أجدادنا قد لا يصلح لنا والملاحظ أنّ المشرع الجزائري لم يذكر ضروريات النفقة على سبيل الحصر لكنه قيدها بالعرف و العادة، حتى لا يكون هناك مبالغة أو إجحاف في مصالح الزوجين²، ومن أمثلة ذلك نفقة الولادة والنفاس، لما توجبه هذه الفترة من مصاريف، بإعتبارها من الضروريات في عرف و عادات العائلية الجزائرية³، وهذا ما سارت عليه المحكمة العليا في أحد قراراتها حيث جاء فيه : ".....فضلا على أنّ مصاريف النفاس مشتقة من الطلب الأصلي المتعلق بالنفقة، ومن يسمح للطاعنة أن تطالب بمصاريف النفاس بإعتباره من الضروريات في عرف وعادات العائلة الجزائرية وفق

¹ - حليلة مشوات، حق الزوجة في النفقة في قانون الأسرة الجزائري مقارنا، بحث لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، 2013، ص 54.

² - سليمان ولد خسال، مرجع سابق، ص 115.

³ - بلحاج العربي، أحكام الزوجية وأثارها، مرجع سابق، ص 588.

التعريف الوارد بالمادة 78 من قانون الأسرة الجزائري، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه مع الإحالة¹.

الفرع الثالث

مركز العرف في مشتملات النفقة في تشريعات بعض دول العربية

بالرجوع إلى تشريعات بعض الدول العربية نجد أنّها وافقت الفقه الإسلامي في تحديد مشتملات النفقة الزوجية، فيما يخص شموليتها على الطعام والعلاج والكسوة والسكن، وسنعالج في هذا العنصر موقف بعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية فيما يخص هذه المشتملات.

أولاً: موقف المشرع الأردني

نصت المادة 59 من قانون الأحوال الشخصية الأردني على مايلي "نفقة الزوجة تشمل الطعام والكسوة والسكن والتطبيب بالقدر المعروف، وخدمة الزوجة التي يكون لأمثالها خدم، ويلزم الزوج بدفع النفقة إلى زوجته إذا إمتنع عن الإنفاق عليها، أو ثبت تقصيره".

ونصت أيضا المادة 70 منه على "أجرة القابلة الطبيب الذي يستحضر لأجل الولادة عند الحاجة إليه، وثمان العلاج والنفقات التي تستلزمها الولادة على الزوج بالقدر المعروف حسب حاله سواء كانت الزوجية قائمة أو غير قائمة"²، وأهم أحكام النفقة في القانون الأردني:

- يلزم القانون الزوج بالإنفاق على زوجته منذ العقد الصحيح.
- يجب على الزوج الإنفاق على زوجته بالقدر الذي يلائم حالته المادية حتى لو كانت مقتدرة ماليا.
- يحق للزوجة المطالبة بفرض النفقة الشهرية على زوجها إذا لم يكن ينفق عليها أو قصر في ذلك.

¹ - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 2009/06/10، قرار رقم 502268، مجلة المحكمة العليا، العدد 1،

2010 ص 219، انظر إلى جمال سايس، الإجتهد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج 3، ص 1481.

² - قانون الأحوال الشخصية الأردني، سالف الذكر.

- عمل الزوج الذي وافق عليه الزوج لا يسمح له بوقف الإنفاق عليها .
- يلزم القانون الزوج بالإنفاق على زوجته فيما يتعلق بطعامها ولبسها و أجرة سكنها ورعايتها الصحية وهو ملزم كذلك بدفع نفقات من يخدمها اذا كان لسيدات في مثل حالتها من يخدمهنّ.
- لا فرق بين الزوجة المسلمة أو غير المسلمة في حقها بإنفاق الزوج عليها.
- على الزوج الإنفاق على زوجته الحامل ولو كانت تتواجد بلا مبرر خارج منزله.
- إذا قررت المحكمة فرض نفقة على الزوج فمن حق الزوجة الحصول عليها إعتباراً من تاريخ تسجيل الدعوى.
- على الزوج دفع نفقات وأثمان العلاج و أجور المستشفى و الأطباء و القابلات في حالة ولادة زوجته وما يترتب عليها ولو كانت الزوجية غير قائمة.

ثانياً: موقف المشرع السوري

نصت المادة 71 من قانون الأحوال الشخصية السوري على "النفقة الزوجية تشمل الطعام والكسوة والسكنى والتطبيب بالقدر المعروف وخدمة الزوجة التي يكون لأمثاله، يلزم الزوج بدفع النفقة الزوجية إذا إمتنع عن الانفاق عليها أوإذا ثبت تقصيره."

كما نصت المادة 65 منه على "الزوج إسكان زوجته في مسكن أمثاله" ومن خلال هذا نص المادة يتضح أنّ المشرع السوري خالف رأي الفقهاء في نفقة المسكن لأنّ المسكن عندهم يكون بحسب حاله الزوج وليس أمثاله، وأيضاً نصت المادة 67 منه على أنّه "ليس للزوج أن يسكن مع زوجته ضرة لها في دار واحدة بغير رضاها"، وكما نصت المادة 68 منه على "عند تعدد الزوجات يجب على الزوج التسوية بينهن في المساكن"، ونصت المادة 69 منه على أنّ "ليس للزوج إسكان أحد أقاربه مع زوجته سوى ولد الصغير غير المميز إذا ثبت إيذاؤهم لها"¹.

¹ - قانون الأحوال الشخصية السوري، سالف الذكر.

ثالثاً: موقف المشرع العراقي

حددت الفقرة 02 من المادة 24 من قانون الأحوال الشخصية العراقي مكونات النفقة وهي:
"تشمل النفقة الطعام والكسوة والسكن ولوازمها وأجرة التطبيب بالقدر المعروف وخدمة الزوجة التي يكون لأمثالها معين"¹، ومن خلال نص المادة يتضح أنّ مشتملات النفقة ومكوناتها في قانون العراقي جاءت على سبيل الحصر وليست على سبيل المثل، والمفهوم المخالف لهذا النص المادة أنّ الزوج لايلزم بأمن لزوجته ما عدا الأمور المذكورة في نص هذه المادة

¹ - قانون الأحوال الشخصية العراقي، سالف الذكر.

خاتمة

خاتمة

بعد دراستنا لموضوع مركز العرف في الرابطة الزوجية توصلنا إلى نتيجة مفادها أن العرف يلعب دورا بارزا في حياة الفرد الجزائري، إذ يعتمد عليه في الكثير من المسائل خاصة ماتعلق منها بالجانب الشخصي، والمشرع الجزائري إعتبر العرف أحد المصادر الإحتياطية للقانون مالم يكن مخالفا للنظام العام والأداب العامة، حيث يمكن الرجوع إليه في حال عدم وجود أدلة في التشريع والشريعة الإسلامية، وتعدّ الرابطة الزوجية من أهم الرابطة الإجتماعية القائمة بين الناس نظرا لما ترتبه هذه الأخيرة من نتائج بالغة الأهمية سواء بالنسبة لطرفيها أو بالنسبة للمجتمع ككل.

والشريعة الإسلامية أقرت بدورها الأعراف الصحيحة واستبعدت الفاسد منها، وتتغير الأحكام المبنية على العرف بتغير الأعراف والأزمنة والأمكنة.

في ختام هذا البحث الذي تناولنا فيه موضوع مركز العرف في الرابطة الزوجية توصلنا إلى عدة نتائج التي يظهر مركز العرف في مسائل الخطبة والزواج أهمها مايلي:

– أخذت الشريعة الإسلامية بالأعراف الصحيحة في أسس إختيار الخاطبين، كذلك مافعل قانون الأسرة عندما سكت على ذلك

– لم تحدد الشريعة الإسلامية سنا معينة للخطبة وتركت ذلك للعرف، وقانون الأسرة الجزائري لم يحدده كذلك، لكنه تدخل في تحديد سن الزواج، تماشيا مع العصر ومراعاة المصلحة والضرورة ويعاب على المشرع الجزائري عدم تحديده سنا أدنى لا يجوز دونها الترخيص بالزواج، على عكس المشرع السوري والأردني الذي حدد السن الأدنى.

– تواصل الخاطبين فيما بينهما في حدود أحكام الشريعة الإسلامية، والمشرع لم يتطرق لذلك مايعني إعتبره للعرف والشريعة الإسلامية في ذلك.

– فصل المشرع الجزائري في مسألة إقتران الخطبة بالفاتحة في التفريق بين مجلسي الخطبة والعقد بإعتبار توافر الأركان والشروط.

خاتمة

– إنَّ إختلاف الأعراف في حكم رد الهدايا بإختلاف الأزمنة والأمكنة، في حال العدول عن الخطبة سببا في إختلاف الفقهاء فيه، وأقربها للواقع المذهب المالكي الذي فيه إنصاف لكلا الخاطبين، إلاَّ أنَّ قانون الأسرة الجزائري لم يعتبر العرف الجاري في الجزائر في رد هدايا الخطبة والموافق للمذهب المالكي.

– إغفال المشرع الجزائري لمصير الصداق المقدم خلال الخطبة وقبل العقد وبعد العدول.

– أصاب المشرع الجزائري في إختياره للفظ الزواج، وذلك لشيوع هذا اللفظ في المجتمع، وينعقد الزواج بلفظي "الإنكاح والتزويج" وأي لفظ يفيد معنى النكاح شرعا وعرفا ذلك رفعا للحرَج والمشقة على الناس.

– ضرورة توافر الرضا في عقد الزواج، وهو ماسار عليه المشرع الجزائري، وتشريعات بعض الدول العربية.

– لم تحدد الشريعة الإسلامية حدا للصداق، وتركت ذلك للعرف تيسيرا على الناس، وقانون الأسرة الجزائري تماشي مع ذلك مراعاة للأعراف الفاسدة، وكذلك في مسألة تعجيل الصداق وتأجيله، كان موقف المشرع الجزائري صائبا في تركه للعرف الجاري، رغم أنَّ المتعارف عليه في الجزائر هو تعجيل الصداق كله.

– خالف المشرع الجزائري الشريعة الإسلامية والأعراف في إسقاط دور الولي بجعل المرأة الراشدة تتولى عقد زواجها بنفسها، وهو مخالف لما جرى عليه العرف في الجزائر.

– جواز الإشتراط في عقد الزواج وهو ماذهب إليه المشرع الجزائري تاركا للإعتبار لما تعارف عليه الناس، وأنَّ لانتتافي الشروط مع عقد الزواج، وهذا ما أخذ به المشرع العراقي عكس المشرع الأردني والسوري الذي إشتراط شرط الكفاءة في الزوج.

– أقرت الشريعة الإسلامية المعاشرة بالمعروف وتبادل الزيارات بين الزوجين ووالديهما وفق ماقررته عادات الناس وأعرافهم، وهو ماسار عليه المشرع الجزائري.

– لم يتعرض المشرع الجزائري لحق طاعة الزوج، وخدمته في قانون الأسرة، وهما ثابتتان في نصوص الشريعة و الأعراف المتواترة الموافقة لها، و رغم إغائه النصوص الدالة على ذلك قانون

خاتمة

الأسرة القديم، إلا أن المجتمع الجزائري مازال متمسكا بالأعراف الجارية والمتوافقة مع الشريعة في حق الطاعة وخدمة الزوج.

– تركت الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري أمر تقدير النفقة للعرف، وهذا ماسارت عليه تشريعات بعض الدول العربية، لأن ذلك يختلف حسب حالة الزوج والزوجة، وتغير الزمان والمكان.

– وفق المشرع الجزائري في تحديد مشتملات النفقة، وترك مايعتبر من الضروريات إلى العرف.

وبعد دراستنا لهذا الموضوع إستنتجنا أن المشرع الجزائري قد إعتبر العرف في مواضيع دون

الأخرى غير أنه لم يوفق في بعض المواضيع حين خرج عما تعارف عليه الناس وأبرز مثال عن ذلك: إهمال دور الولي في عقد الزواج وإغائه لحق الطاعة والقوامة للزوج وخدمته.

التوصيات

– ضرورة إعادة النظر في النصوص القانونية التي تنظم مسائل الخطبة والزواج، وإضافة مواد جديدة تأخذ بعين الإعتبار الأعراف غير المخالفة للشريعة الإسلامية في بعض المسائل .

– إلغاء المواد التي إحتوت على مسائل لم ينص عليها الشرع، ولم يستقر عليها العرف مثل مسألة الولي.

– تكوين قضاة مختصين، ومؤهلين شرعا وقانونا وسنا، وذوي تجربة وإلمام بالأعراف المعتبرة ليتمكنوا من الفصل في القضايا.

قائمة المراجع

القرآن الكريم

أولاً: الكتب

1. أبو إسحاق برهان الدين بن محمد بن عبد الله الحنبلي ابن مفلح، المبدع في الشرح المقنع ج6، ط1، دار المكتب الإسلامي، لبنان، 1421هـ.
2. أبو بكر بن العربي، أحكام القرآن، ج01، راجع أصوله وخرج أحاديثه وعلق عليه محمد عبد القادر، دار الكتب العلمية، لبنان 2003.
3. أبو زكريا يحيى بن شرف النووي الدمشقي، المجموع شرح المذهب، ج18، دار الفكر د.س.ن د.ب.ن.
4. أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، ج5 ط2، دار الكتاب المصرية، القاهرة، 1964.
5. أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي دار الأمانة، الجزائر، 2009.
6. أبي زكريا بن الخير الحناوني، النكاح في الفقه الإباضي، د.ب.ن، د.س.ن.
7. أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، مناهج شرح صحيح مسلم، ج8، ط2، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1392هـ.
8. أبي زكريا يحيى بن شرف النووي الدمشقي، روضة الطالبين، ج7، ط2، المكتب الإسلامي لبنان، 1405هـ.
9. أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم البخاري، صحيح البخاري، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، 2007.
10. أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم البخاري، كتاب النكاح، تحقيق مصطفى ديب البغا، ج5، ط3، دار ابن كثير، بيروت، 1987.

قائمة المراجع

11. أحمد بن الحسن بن علي بن موسى أبو بكر البهقي، السنن الكبرى، تحقيق محمد عبد القار عطار، ج7، ط3، دار الكتب العلمية ، بيروت، 2003.
12. أحمد بن غنيم بن سالم النفروي المالكي، الفواكه الدواني، ج2، دار الفكر، لبنان، 1415هـ.
13. أنور الفمروس، الوافي في قضايا الأحوال الشخصية للمسلمين، دار الفكر الحديث، القاهرة 1963.
14. ابن عبد البر ، الكافي في فقه أهل المدينة، تحقيق محمد الموريتاني، ج8، ط2، مكتبة الرياض، السعودية، 1980.
15. إسماعيل أمين نواهضة وأحمد محمد المومني، الأحوال الشخصية، فقه النكاح، ط1، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، الأردن، 2010.
16. التواتي بن التواتي، المبسط في الفقه الملكي بالأدلة، ج04، كتاب الأحوال الشخصية، دار الوعي، الجزائر، 2009 .
17. الحبيب بن الطاهر، الفقه المالكي وأدلته، ج3، ط3، مؤسسة المعارف، بيروت، 2005.
18. الحسين بن شيخ أث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، ج1، ط1، دار هومة للطباعة، الجزائر، 2006.
19. الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، ط1، دار الخلدونية، الجزائر 2008.
20. الرملي، فتاوي الرملي، المكتبة الإسلامية، د.ب.ن، د.س.ب.
21. الصادق الغرياني، الأسرة أحكام وأدلة، ط5، دار الشعب، ليبيا، 2012.
22. الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، ج2، دار المعارف، د.ب.ن، د.س.ن.
23. برهان الدين أبو المعالي البخاري الحنفي، المحيط البرهاني في الفقه النعماني، تحقيق عبد الكريم سامي الجندي، ج3 دار الكتب العلمية، بيروت، 2004.

قائمة المراجع

24. بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء أحكام الأسرة الجديد ، ج1، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
25. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائرية، ط6، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2010.
26. بلحاج العربي، أحكام الزوجية وأثارها في القانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر 2013.
27. تقي الدين ابن تيمية، أحكام الزواج، دار الكتب العلمية، لبنان، 1988.
28. جانم جميل فخري، مقدمات عقد الزواج، الخطبة، ط1، دار الحامد، الأردن، 2009.
29. جمال كركار، العرف والعمل الجزائري وأثرهم في الفتاوى والأحكام،(منطقة الزاوة من خلال فترة الإحتلال نموذجاً) منشورات المجلس الإسلامي الأعلى، 2013.
30. حسن البغا ومصطفى البغا، قانون الأحوال الشخصية، الزواج والطلاق، ج1، منشورات الجامعة الإفتراضية، سوريا 2018.
31. حسن ملحم، التحليل الإجتماعي للسلطة، ط1، منشورات دحلب، الجزائر، 1993.
32. خليفة بن الخياط، طبقات خليفة بن الخياط، ط1، مطبعة العاني، العراق، 1967.
33. خولة بشير عابدين، حقوق الزوجين، ط1، دار المأمون، عمان، 2009.
34. رمضان علي السيد الشرنباصي وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، دراسة لقوانين الأحوال الشخصية في مصر ولبنان، منشورات الحلبي الحقوقية د.س.ن.
35. زكريا الأنصاري ، منهاج الطالبين، دار الفكر، بيروت ، د س ن.
36. سليمان ولد خسال، الميسر في شرح القانون الأسرة الجزائري، ط2، شركة الأصالة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012 .

قائمة المراجع

37. سيد قطب، في ظلال القرآن، ط17، دار الشروق، بيروت، القاهرة، 1412هـ، ص 605.
38. سيدي أحمد الدردير أبو البركات، الشرح الكبير، ج2، تحقيق محمد علياش، دار الفكر، لبنان د.س.ن.
39. عبد القادر داودي، أحكام الأسرة، دار البصائر، الجزائر، 2010.
40. عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي بن محمد، المغني، ج7، ط1، دار الفكر، بيروت 1405هـ.
41. عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي بن محمد، المغني، ج8، مكتبة القاهرة، 1968.
42. عبد الله بن الرحمان أبو محمد الدرامي، سنن الدرامي، تحقيق أحمد فؤاد زمري وخالد السبع العالمي، ج2، ط1، دار الكتاب العربي، لبنان، 1407هـ.
43. عبد الناصر العطار، الوسيط في أحكام الأسرة في الإسلام، ج2، المكتبة الأزهرية، القاهرة 2008.
44. علاء الدين الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج4، ط2، دار الكتب العلمية بيروت 1986 .
45. علي بن سليمان المرادوي أبو الحسن، الإنصاف للمرداوي في معرفة الراجح من الخلاف ج8 دار إحياء التراث العربي، د.س.ن.
46. عبد القادر بن عمر الشيباني، أنبل المآرب بشرح دليل الطالب، ج2، ط1، مكتبة الفلاح الكويت، 1983.
47. عيسى حداد، عقد الزواج، منشورات جامعة باجي مختار، عنابة، 2006.
48. فاروق عبد الله كريم، الوسيط في شرح القانون الأحوال الشخصية العراقي لرقم 188 وتعديلاته في عقد الزواج وأثاره والفرقة وأثارها وحقوق الأقارب، كردستان، العراق، 1959.
49. فركوس محمد علي، المعين في بيان حقوق الزوجين، ط2، دار العواصم، الجزائر 2014.

قائمة المراجع

50. فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986
51. فيصل محمد خير الزراد، المرأة بين الزواج والطلاق في المجتمع العربي والإسلامي، دار الكتاب العربي، لبنان 2010.
52. محفوظ بن صغير، أحكام الزواج في الإجتهد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، دار الوعي الجزائر، 2013.
53. محمد إدريس الشافعي ، الأم، ج5، دار المعرفة، لبنان، 1990.
54. محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1971.
55. محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، ج4، دار الفكر، بيروت، د.س.
56. محمد أمين ابن عابدين، حاشية عابدين، ج3، ط2، دار الفكر، لبنان، 1415هـ.
57. محمد أمين ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج6، ط2، دار الفكر، بيروت 1386.
58. محمد بن أبي سهل السرخسي أبوبكر، المبسوط ، ج4، دار المعرفة، بيروت، 1406هـ.
59. محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي أبو الوليد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج3 دار الحديث، القاهرة، 2004.
60. محمد بن إسماعيل الصنعاني الأمير، سبل السلام، تحقيق محمد بن عبد العزيز الخول، ج3 دار الإحياء التراث العربي، لبنان، 1379هـ.
61. محمد بن عبد الواحد السيواسي ابن همام، شرح القدير، ج3، ط2، دار بيروت، د.س.ن.
62. محمد بن عمر بن علي بن نووي الجاوري أبو عبد المعطي، نهاية الزين، ط1، دار الفكر لبنان، د.س.ن.
63. محمد بن يزيد أبو عبد الله القزويني، سنن ابن ماجه، كتاب النكاح، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، ج1، ، دار إحياء الكتب العربية، د. ب. ن، د. س. ن .

قائمة المراجع

64. محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري أبو عبد الله، التاج والإكليل المختصر خليل، ج5 ط1 دار الكتب العلمية بيروت ، د.س.ن.
65. محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري أبو عبد الله، لمختصر خليل المواق، التاج والإكليل ج8، دار الكتاب العلمية 1994.
66. محمد سكمال المجابي، المذهب في الفقه المالكي وأدلته، ج2، ط1، دار البشير، جدة 2010.
67. محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي وهي على شرح الكبير للرددير، ط3، المطبعة الكبرى الأميرية، القاهرة 1319هـ.
68. محمد كمال الدين إمام، الزواج في الفقه الإسلامي، دراسة تشريعية وفقهية، منشأة المعارف الاسكندرية، 1998.
69. محمود صالح المحمود العلواني، العرف وأثره في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي دراسة مقارنة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، 2016.
70. محمود محمد الشيخ، المهر في الإسلام بين الماضي والحاضر، دراسة إجتماعية فقهية ط1 المطبعة العصرية لبنان، 2000.
71. مراد بن سعيد، الميسر في أحكام الزواج والطلاق عند المالكية، دار الهدى الجزائر، 2015.
72. نسرین شریفی وكمال بوفرورة، قانون الأسرة الجزائري، ط1، دار بلقيس، الجزائر، 2013.
73. نورالدين أبو لحية، الحقوق المعنوية للزوجة، دار الكتاب الحديث، د.ب.ن، د.س.ن.
74. نورالدين أبو لحية، العشرة الزوجية، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2006.
75. نورالدين أبو يحيى، المقدمات الشرعية للزواج، فقه الأسرة برؤية مقاصدية، ط1، دار الكتاب الحديث، القاهرة، د.س.ن.

76. هرتان عبد الرحمان، محطات قانون الأسرة الجزائري"بين الماضي والحاضر"، منشورات المجلس الإسلامي الأعلى الجزائر، 2012.

77. وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، ج8، دار الفكر، دمشق، 2010.

78. يوسف قاسم، حقوق الأسرة في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1987.

ثانيا: المعاجم

إبن منظور ، لسان العرب، ط3، دار صادر، بيروت، لبنان، 1414.

ثالثا: الأطروحات والمذكرات الجامعية

أ- الأطروحات الجامعية

1. حليلة مشوات، حق الزوجة في النفقة في قانون الأسرة الجزائري مقارنا، بحث لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، 2013.

2. رشيد مسعودي ، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2006.

3. لعلي سعادي ، الزواج وإنحلاله في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه علوم القانون الخاص كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2015.

4. محفوظ بن صغير، الإجتهد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري رسالة دكتوراه في العلوم السياسية والإجتماعية ، قسم الشريعة جامعة الحاج لخضر، باتنة 2009.

ب- المذكرات الجامعية

1. بلال نويوة، أحكام النفقة في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في حقوق تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2015.

2. خيرة إكاسولين و طاوس تواتي ، الخطبة وأثار العدول عنها، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، قسم القانون الخاص جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2013.

قائمة المراجع

3. رهوة سليمان حمادة، العرف وأثره في حقوق الزوج في الفقه الإسلامي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الفقه المقارن كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، 2014.
4. زهير بن حشاني، النفقة الزوجية في قوانين الأحوال الشخصية لدول المغرب العربي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير تخصص قانون شؤون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2011.
5. سعيد خيذر، التكيف القانوني للخطبة "دراسة مقارنة"، رسالة نيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، سنة 1993.
6. عماد شريقي، إعتبار العرف في مسائل الزواج وآثاره في قانون الأسرة الجزائري - دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي -، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، مسيلة، 2015.
7. عواطف زرقين، مدى سلطان العرف في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2015.
8. فاطمة الزهراء عزوز، إعتبار العرف في أحكام الخطبة و الزواج في قانون الأسرة الجزائري مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، مسيلة 2015/2016.
9. فاطمة خراشي، الخطبة في ظل قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون خاص معمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد ابن باديس مستغانم، 2018.
10. منال دبكة، الحقوق والواجبات الناشئة عن عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2015.
11. مهدية بقة ورشيدة يوسف، حقوق الزوج دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق

قائمة المراجع

تخصص القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة 2017.

12. نوال سعيد حسن العفيفي، أثر العرف على الحقوق الزوجية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، قسم الشريعة الإسلامية، غزة، 2013.

رابعاً: المقالات العلمية

1. أحمد رابحي ، ضوابط حرية الإشتراط في عقد الزواج بين قانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي، مجلة الدراسات القانونية، العدد 07 ، جامعة تلمسان، 2010 .

2. أسامة محمد منصور الحموي، العدول عن الخطبة في الفقه والقانون دراسة مقارنة، مجلة للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 27، العدد 03 دمشق، 2011.

3. حسن جمال عمران، مفهوم القوامة في الشريعة الإسلامية، مجلة الدراسات الإنسانية، المجلد 6 العدد2، كلية التربية جامعة كركوك 2011 .

4. فائزة مخازني، مبدأ المساواة بين الزوجين وأثر عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، مجلة الدفاتر السياسية والقانون العدد 17، كلية الحقوق، جامعة بومرداس، الجزائر، 2017.

5. نشوان زكي سليمان الحليم، محمد خليل عبد الكريم العباسي، العدول عن الخطبة وأثره في استرداد الهدايا والمهر دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، مجلة كلية القانون والعلوم القانونية والسياسية، ج2، المجلد 7، العدد 25، د.ب.ن، 2018.

6. وفاء بنت عبد العزيز السويلم، القوامة وأحكامها الفقهية: دراسة فقهية مقارنة، مجلة الجمعية الفقهية السعودية، المجلد 2015، العدد 21، السعودية، 2015 .

خامساً: القوانين

1. القانون المدني السوري، الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 84 تاريخ 18/05/1945. -
www.parliament.gov.sy/arabic/index.php?node=201&nid.. تاريخ الإطلاع عليه: 2019/02/15، ساعة

الإطلاع: 18:30

2. قانون المدني العراقي، رقم 40، 1951.

قائمة المراجع

www.nazaha.iq/images/laws/kadaa/21.doc تاريخ الإطلاع عليه 2019/02/26، ساعة الإطلاع :

.22:30

3. قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 59 تاريخ 1953/09/07 المعدل بالقانون رقم 34 الصادر بتاريخ 1975/12/31. www.arabwomenlegal-emap.org تاريخ الإطلاع عليه: 2019/03/12، ساعة الإطلاع : 00:00.

4. قانون الأحوال الشخصية العراقي، رقم 188 الصادر في 1959/12/19، المعدل بالقانون 11 لسنة 1963، والقانون 21 لسنة 1978. <https://www.refworld.org/cgi-bin/tehis/vtx/.../opendocpdf.pdf?...> تاريخ الإطلاع عليه: 2019/03/22، ساعة الإطلاع: 23:45.

5. قانون رقم 84-11 مؤرخ في 1984/06/09، يتضمن قانون الأسرة، ج.ر.ج.ج، عدد 31، صادر في 1984/07/31 معدل ومتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 2005/02/27، ج.ر.ج.ج، عدد 15، صادر في 27 فيفري 2005.

6. قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 36 لسنة 2010 .

www.sjd.gov.jo/EchoBusV3.0/SystemAssets/.../a7walsha5seye تاريخ الإطلاع عليه: 2019/02/22

ساعة الإطلاع: 21:40

سادسا: الإجتهاادات القضائية

1. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 502268، المؤرخ في 2009/06/10، مجلة المحكمة العليا العدد1، 2010.

2. المحكمة العليا، ملف رقم 39394(غير منشور)

الفهرس

الفهرس

2	مقدمة
7	الفصل الأول: مركز العرف في إنشاء الرابطة الزوجية
8	المبحث الأول: مركز العرف في الخطبة
8	المطلب الأول: مركز العرف في حسن إختيار الخاطبين
9	الفرع الأول: مركز العرف في أسس إختيار الخاطبين وتحديد سن الخاطبين
9	أولاً: مركز العرف في أسس إختيار الخاطبين
9	1- في الفقه الإسلامي
	2- مركز العرف في أسس إختيار المخطوبين في قانون الأسرة الجزائري وتشريعات بعض الدول العربية
10	ثانياً: مركز العرف في تحديد سن المخطوبة
11	1- في الفقه الإسلامي
12	2- مركز العرف في تحديد سن المخطوبين في قانون الأسرة الجزائري
13	3- تحديد سن الخاطب و المخطوبة في تشريعات بعض الدول العربية
13	أ- موقف المشرع الأردني
14	ب- موقف المشرع السوري
14	ج- موقف المشرع العراقي
15	الفرع الثاني: مركز العرف في أحكام النظر بين الخاطبين

أولاً: في الفقه الإسلامي 16

1- وقت النظر إلى المخطوبة..... 17

2- مقدار النظر الخاطب إلى المخطوبة..... 18

ثانياً: موقف المشرع الجزائري وتشريعات بعض الدول العربية في أحكام النظر بين الخاطبين . 19

المطلب الثاني: مركز العرف في إقتران الفاتحة بالخطبة والعدول عنها..... 19

الفرع الأول: مركز العرف في إقتران الفاتحة بالخطبة..... 20

أولاً: في الفقه الإسلامي 20

ثانياً: مركز العرف في إقتران الفاتحة بالخطبة في قانون الأسرة الجزائري..... 21

ثالثاً: حكم إقتران الفاتحة بالخطبة في تشريعات بعض الدول العربية..... 23

1- موقف المشرع الأردني 23

2- موقف المشرع السوري 23

3- موقف المشرع العراقي..... 23

الفرع الثاني: مركز العرف في العدول عن الخطبة..... 24

أولاً: حكم استرداد الهدايا في حالة انقضاء الخطبة بالعدول واعتبار العرف فيه 24

1- في الفقه الإسلامي..... 24

2- مركز العرف في حكم إسترداد الهدايا في قانون الأسرة الجزائري..... 26

3- حكم إسترداد الهدايا في تشريعات بعض الدول العربية..... 27

أ- موقف المشرع الأردني 27

- ب- موقف المشرع السوري 28
- ج- موقف المشرع العراقي 28
- ثانيا: حكم إسترداد الصداق في حالة إنقضاء بالعدول 29
- 1- في الفقه الإسلامي 29
- 2- مركز العرف إسترداد الصداق عند العدول عن الخطبة في قانون الأسرة الجزائري 30
- 3- حكم إسترداد الصداق في حالة إنقضاء الخطبة في تشريعات بعض الدول العربية 30
- أ- موقف المشرع الأردني 30
- ب- موقف المشرع السوري 31
- ج- موقف المشرع العراقي 31
- المبحث الثاني: مركز العرف في عقد الزواج 32
- المطلب الأول: مركز العرف في لفظ النكاح وركن عقد الزواج 33
- الفرع الأول: مركز العرف في حقيقة لفظ النكاح 33
- أولاً: في الفقه الإسلامي 33
- ثانيا: مركز العرف في حقيقة لفظ النكاح في قانون الأسرة الجزائري 34
- الفرع الثاني: مركز العرف في الرضا ومايتحقق به 35
- أولاً: مركز العرف في الإيجاب و القبول (الركن 36
- 1- في الفقه الإسلامي 36
- 2- الإيجاب و القبول في قانون الأسرة الجزائري 37

- 3- الإيجاب و القبول في تشريعات بعض الدول العربية 37
- أ- موقف المشرع الأردني 37
- ب- موقف المشرع السوري 37
- ج- موقف المشرع العراقي 38
- ثانيا: مركز العرف بما يتحقق به الإيجاب و القبول 38
- 1- في الفقه الإسلامي 39
- 2- مركز العرف بما يتحقق به الإيجاب و القبول في قانون الأسرة الجزائري 40
- 3- بما يتحقق به الإيجاب و القبول في تشريعات بعض الدول العربية 40
- أ- موقف المشرع الأردني 41
- ب- موقف المشرع السوري 41
- ج- موقف المشرع العراقي 41
- المطلب الثاني: مركز العرف في شروط عقد الزواج 42
- الفرع الأول: مركز العرف في الصداق والولاية 42
- أولاً: مركز العرف في الصداق 42
- 1- مركز العرف في حدّ الصداق 43
- أ- في الفقه الإسلامي 43
- ب - مركز العرف في حدّ الصداق في قانون الأسرة الجزائري 44
- ج- حدّ الصداق في تشريعات بعض الدول العربية 45

- 45 - موقف المشرع الأردني
- 45 - موقف المشرع السوري
- 46 - موقف المشرع العراقي
- 46 2- مركز العرف في تعجيل الصداق وتأجيله
- 46 أ- في الفقه الإسلامي
- 47 ب - مركز العرف في تعجيل الصداق وتأجيله في قانون الأسرة الجزائري
- 47 ج - تعجيل الصداق وتأجيله في تشريعات بعض الدول العربية
- 47 - موقف المشرع الأردني
- 48 - موقف المشرع السوري
- 48 - موقف المشرع العراقي
- 48 ثانيًا: مركز العرف في الولاية
- 49 1- مركز العرف في إشتراط الولي في النكاح على الحرة الراشدة "العاقلة"
- 49 أ- في الفقه الإسلامي
- ب- مركز العرف في إشتراط الولي في النكاح على الحرة الراشدة "العاقلة" في قانون الأسرة
الجزائري 50
- ج- مركز العرف في إشتراط الولي في النكاح على الحرة الراشدة "العاقلة" في تشريعات بعض
الدول العربية 51
- 51 - موقف المشرع الأردني

51	– موقف المشرع السوري
52	– موقف المشرع العراقي
52	الفرع الثاني: مركز العرف في الإشتراط في عقد الزواج.....
52	أولاً: في الفقه الإسلامي
54	ثانياً: مركز العرف في الإشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري.....
54	ثالثاً: مركز العرف في الإشتراط في عقد الزواج في تشريعات بعض الدول العربية.....
54	1 موقف المشرع الأردني
55	2– موقف المشرع السوري
55	3– موقف المشرع العراقي.....
57	الفصل الثاني: مركز العرف في آثار عقد الزواج
58	المبحث الأول: مركز العرف في الحقوق الزوجية المشتركة وحقوق الزوج
58	المطلب الأول: مركز العرف في الحقوق الزوجية المشتركة.....
58	الفرع الأول: مركز العرف في المعاشرة بالمعروف
59	أولاً: في الفقه الإسلامي
60	ثانياً: في قانون الأسرة الجزائري و بعض تشريعات الدول العربية.....
61	الفرع الثاني: مركز العرف في المحافظة على الروابط القرابة بالحسنى والمعروف
62	أولاً: في الفقه الإسلامي
64	ثانياً: في قانون الأسرة الجزائري وتشريعات بعض الدول العربية.....

62	المطلب الثاني: مركز العرف في حقوق الزوج على الزوجة.....
65	الفرع الأول: مركز العرف في حق القوامة والطاعة
65	أولاً: في الفقه الإسلامي
72	ثانياً: في قانون الأسرة الجزائري و بعض تشريعات الدول العربية.....
73	الفرع الثاني: مركز العرف في خدمة الزوجة لزوجها
73	أولاً: في الفقه الإسلامي
75	ثانياً: في قانون الأسرة الجزائري بتشريعات بعض الدول العربية.....
75	المبحث الثاني: مركز العرف في النفقة الزوجية (حقوق الزوجة)
75	المطلب الأول: مركز العرف في أسباب وجوب النفقة الزوجية ومعيار تقديرها
76	الفرع الأول: مركز العرف في أسباب وجوب النفقة الزوجية
77	أولاً: في الفقه الإسلامي
78	ثانياً: في قانون الأسرة الجزائري
78	ثالثاً: في تشريعات بعض الدول العربية
78	1- موقف المشرع الأردني
79	2- موقف المشرع السوري
79	3- موقف المشرع العراقي.....
80	الفرع الثاني: مركز العرف في معيار تقدير النفقة الزوجية
80	أولاً: في الفقه الإسلامي

- 81 ثانيا: في قانون الأسرة الجزائري
- 82 ثالثا: في تشريعات بعض الدول العربية
- 82 1- موقف المشرع الأردني
- 83 2- موقف المشرع السوري
- 83 3- موقف المشرع العراقي
- 83 **المطلب الثاني: مركز العرف في مشتملات النفقة الزوجية**
- 84 **الفرع الأول: مركز العرف في مشتملات النفقة الزوجية في الفقه الإسلامي**
- 85 **أولا: نفقة الغذاء**
- 87 **ثانيا: نفقة الكسوة**
- 88 **ثالثا: نفقة العلاج**
- 89 **رابعا: نفقة المسكن**
- 90 **الفرع الثاني: مركز العرف في مشتملات النفقة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري**
- 91 **أولا: نفقة الغذاء**
- 91 **ثانيا: نفقة الكسوة**
- 92 **ثالثا: نفقة العلاج**
- 93 **رابعا: نفقة المسكن**
- 95 **خامسا: مايعتبر من الضروريات في العرف**
- 96 **الفرع الثالث: مركز العرف في مشتملات النفقة الزوجية في تشريعات بعض الدول العربية**

96	أولاً: موقف المشرع الأردني.....
97	ثانياً: موقف المشرع السوري.....
98	ثالثاً: موقف المشرع العراقي.....
100	خاتمة.....
104	قائمة المراجع.....
114	الفهرس.....

هذا البحث محاولة لتسليط الضوء على بعض مسائل الزواج، التي إعتبر فيها العرف في قانون الأسرة الجزائري، بإعتبار أن هناك من مسائل الزواج وأثاره ما تركته الشريعة قابلا للإجتهد حسب الزمان والمكان، ولأنه لا شك أن لكل مجتمع عاداته و تقاليده التي يعتبرها جزء من هويته، يتميز بها عن غيره بصرف النظر عن مصدرها وأساسها الشرعي والمجتمع الجزائري مجتمع محافظ، له عادات ألفت بظلالها في بعض مسائل الزواج منها ما كانت موافقة لشريعة وأخرى مخالفة لها، مازالت متفشية رغم تشدد المشرع في منعها من خلال قواعد قانون الأسرة، وهناك قواعد قانونية رسخت أعرافا وأفكارا غريبة رفضها المجتمع، إلا أن القواعد القانونية فرضتها.

فكان هذا البحث محاولة لبيان مركز الأعراف في مسائل الزواج فقهيها، ثم إسقاطها على قانون الأسرة الجزائري، وفي تشريعات بعض الدول العربية لتبيان إعتبره للعرف من عدمه.

وقد خلصت هذه الدراسة إلى أن الشريعة أقرت الصحيح من الأعراف، وإستبعدت الفاسد وإعتبر القانون الأعراف شرط تماشيها معه وعدم مخالفتها مع النظام العام.

Résumé

Cette recherche tente de faire la lumière sur certaines questions de mariage, dans lequel la coutume a été prise en considération dans le code algérien de la famille, considérant que la charia (loi islamique) a laissé quelques-unes des questions de mariage et ses effets sous réserve de l'Ijtihad (raisonnement indépendant) selon le temps et le lieu et parce qu'il n'y a pas de doute que les habitudes et les traditions de chaque société, qui sont considérées comme une partie de son identité, se distinguant des autres, indépendamment de leur source, et sa base légitime, La société algérienne est une société conservatrice, et certaines habitudes sévissent encore dans certains problèmes de mariage, certains d'entre eux ont été approuvés par la charia et ont émergé des règles du droit de la famille, et d'autres qui sont contraire à la charia sont encore monnaie courante, malgré les contraintes exercées par le législateur en matière de prévention, à travers les règles du droit de la famille. Il existe des règles juridiques établies les normes et des idées étranges, refusées par la société, mais les règles juridiques les font imposer.

Cette recherche était une tentative de montrer la mesure dans laquelle les coutumes sont pris en considération jurisprudentielle ment (Fiqhi) dans les questions de mariage, puis les laissa appliquer sur le droit de la famille algérien, et certaines législations arabes, et une indication de savoir si la coutume est pris en considération ou non.

Cette étude a permis la découverte de plusieurs résultats, le plus important que la charia a reconnu la validité de la coutume, et a exclu ce qui est incorrecte, et les coutumes sont pris en compte, à condition qu'ils soient en accord avec elle, et non incompatible avec l'ordre public.