



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة الشهيد حمّـة لخضر - الوادي



نيابة العمادة لما بعد التدرج والبحث
العلمي والعلاقات الخارجية

كلية العلوم الإسلامية
قسم الشريعة

أثر العرف في أحكام الزواج وانحلاله في الفقه الإسلامي والتّشريع الجزائريّ -دراسة تحليلية مقارنة-

أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه الطور الثالث في العلوم الإسلامية
- تخصص: الشريعة والقانون

إشراف:

إعداد الطالب:

أ. د عبد القادر مهاوات

محمد منصور

د. نور الدين مناني

أعضاء لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	مؤسسة الانتماء	الصفة
يمينة شودار	أستاذ	جامعة الوادي	رئيسا
عبد القادر مهاوات	أستاذ	جامعة الوادي	مشرفا ومقررا
نور الدين مناني	أستاذ محاضر -أ-	جامعة الوادي	مشرفا مساعدا
عبد الغني حوبة	أستاذ محاضر -أ-	جامعة الوادي	مناقشا
عماد شريفي	أستاذ محاضر -أ-	جامعة الوادي	مناقشا
التركي باهي	أستاذ	جامعة تبسة	مناقشا
ياسين بوبشيش	أستاذ محاضر -أ-	جامعة باتنة 1	مناقشا

السنة الجامعية: 1446-1447هـ/2024-2025م





أهدي ثمرة جُهدي هذا إلى :

- الوالدين العزيزين حفظهما الله ، وأمدهما بالصَّحَّة والعافية وطَهَّرهما وزكَّاهما.
- وشريكة حياتي ، وقرّة عيني ، ومهجة قلبي ، ومُعِينتي في النَّوائب زوجتي الكريمة.
- وفلذات كبدي ، وسُويداء قلبي ، عبد الحميد بن باديس ، حسناء ، شعيب ضياء الدين ، مسعودة ، سلمى ؛ عطفًا وحنانًا.
- إخوتي وأخواتي وجميع أقاربي وأصهاري ؛ صِلَةً وتكريماً
- جميع مُعلِّميّ وأساتذتي الذين درَّسوني ؛ من الابتدائي إلى التَّعليم العالي ؛ حُبًّا واحترامًا.
- أصدقائي ، وزملائي في الدراسة وفي المهنة ؛ مودة وأخُوَّة.
- إخواني في فلسطين ، وإلى الأقصى فكَّ الله أسره.
- كلُّ من وقف معي وشجعني ولو بكلمة.



أَتَقَدِّمُ بِالشُّكْرِ الْجَزِيلِ، وَالتَّقْدِيرِ الْكَبِيرِ، وَالْعُرْفَانِ بِالْجَمِيلِ إِلَى أَسْتَاذِي الْفَاضِلِينَ، مُشْرِفًا
الْأَسْتَاذَ الدُّكْتُورَ عَبْدِ الْقَادِرِ مَهَاوَاتٍ، وَمُسَاعِدَهُ الدُّكْتُورَ نُورَ الدِّينِ مَنَّانِي اللَّذَانِ شَرَّفَانِي
بِقَبُولِهِمَا الْإِشْرَافَ عَلَى هَذِهِ الْأَطْرُوحَةِ، وَرَافِقَانِي خِلَالَ فِتْرَةِ إِعْدَادِي لَهَا تَوْجِيهًا، وَتَصْوِيبًا،
وَتَدْقِيقًا؛ أَسْأَلُ اللَّهَ الْعَلِيِّ الْعَظِيمَ أَنْ يُجَازِيَهُمَا عَنِّي خَيْرَ الْجَزَاءِ، وَأَنْ يُبَارِكُ لَهُمَا فِي عِلْمِهِمَا
وَعَمَلِهِمَا وَأَهْلِهِمَا وَمَالِهِمَا؛ إِنَّهُ مُجِيبُ الدُّعَاءِ، وَالْقَادِرُ عَلَيْهِ.

كَمَا لَا يَفُوتُنِي الْفُرْصَةُ أَنْ أَتَقَدَّمَ بِشُكْرِي إِلَى كُلِّ مَنْ أَعَانَنِي فِي هَذَا الْبَحْثِ مِنْ قَرِيبٍ أَوْ
مِنْ بَعِيدٍ، عَلَى تَحْرِيرِ مَادَّةِ هَذَا الْبَحْثِ رَاجِيًا مِنَ الْمَوْلَى عَزَّ وَجَلَّ أَنْ يَجْعَلَ مَا قَدَّمُوهُ فِي مِيزَانِ
حَسَنَاتِهِمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ.

قائمة المختصرات:

الرمز	التسمية	الرمز	التسمية
ق م ج	القانون المدني الجزائري.	ت:	تحقيق
ق أ ج	قانون الأسرة الجزائري.	ط	الطبعة
ق إ م إ	قانون الإجراءات المدنية والإدارية	د ر ط	دون رقم الطبعة
م أ	المجلس الأعلى	د ت ن	دون تاريخ النشر
م ع	المحكمة العليا	د د ن	دون دار النشر
غ أ ش	غرفة الأحوال الشخصية	د م ن	دون مكان النشر
ق أ ش	قسم الأحوال الشخصية	د م ولا ت ن	دون مكان النشر ولا تاريخه
مج	المجلد	ق أ الليبي	قانون الأسرة الليبي
ع ت	العدد التسلسلي	م أ ش التونسية	مجلة الأحوال الشخصية التونسية
ع	العدد	م أ المغربية	مدونة الأسرة المغربية
س	السنة	م أ ش الموريتانية	مجلة الأحوال الشخصية الموريتانية
ج ر	الجريدة الرسمية.	ق أ ش السوري	قانون الأحوال الشخصية السوري
م ق	المجلة القضائية	ق أ ش الإماراتي	قانون الأحوال الشخصية الإماراتي
ن ق	النشرة القضائية	ق أ ش الأردني	قانون الأحوال الشخصية الأردني
ج	الجزء	ق أ ش العراقي	قانون الأحوال الشخصية العراقي
ص	الصفحة	ق أ ش المصري	قانون الأحوال الشخصية المصري

مقدمة

الحمد لله العادل في حكمه، الحاكم بين عباده بعلمه، أحمدته على ما حكم وقضى، وأشكره على ما أبرم وأمضى، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله، صلوات الله وسلامه على المبعوث رحمة للعالمين، نبينا وحبينا محمد الهادي الأمين، وعلى آله وصحبه أجمعين. وبعد:

فإنه لما كانت الشريعة الإسلامية هي آخر الشرائع السماوية، اقتضت حكمته ﷺ أن تتميز بخصائص الكمال والشمول والثبات والاستمرارية والعالمية والمرونة وحفظ مصالح العباد في العاجل والآجل. هذا، وإن أحكام هذه الشريعة تستقى من مصادر أساسية متفق عليها بين جمهور العلماء، وهي: الكتاب والسنة والإجماع والقياس، وهناك مصادر تابعة لهذه المصادر الأربعة تختلف فيها بينهم؛ ومنها العرف.

فالشريعة الإسلامية قد راعت أعراف الناس الصحيحة، وألغت الفاسدة، وهذبت منها ما يحتاج إلى تهذيب بما يتناسب مع أحكامها وبما لا يتعارض مع قواعدها العامة ومبادئها الأساسية؛ لأن العرف ينشأ عن المجتمع ويعبر عن مدى رضا أفراد عن فعل أو قول معين تعاملوا به. ثم إن حرص الشريعة على تحقيق مصالح العباد في دينهم ودنياهم انعكس على حرص الدول العربية والإسلامية على مصالح أفراد شعوبها ممثلاً في سن القوانين وتشريع الأحكام الصابغة لشؤون حياتهم والكافلة لهم الحياة السعيدة البعيدة عن كل مظاهر الظلم وضياع الحقوق، ومنها دولتنا الجزائر التي كانت أغلب أحكام الأسرة فيها خاضعة لأحكام الشريعة الإسلامية وقواعدها العامة وللأعراف المحلية الصحيحة.

ولعل أول قانون أصدره المشرع الجزائري عاجل فيه أغلب مسائل الأسرة الجزائرية ودون الخروج عن أحكام الشريعة الإسلامية ومبادئها العامة في كثير من أحكامه، هو قانون الأسرة رقم 11/84 المؤرخ في 1984/6/9م، والذي تم تعديله بموجب الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 2005/2/27م، والذي نص فيه صراحة في المادة 222 منه على أنه: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية". ثم إن اعتماد المشرع على العرف في صياغته لبعض نصوص قانون الأسرة وفي إصداره لبعض الاجتهادات القضائية، هدفه استنباط الأحكام المحققة لمصالح العباد في العاجل أو الآجل، فما من حكم شرعته الشريعة الإسلامية وأخذ به المشرع إلا وله مقصد وهدف يستهدفه، وما من واقعة تقع إلا ويجب إيجاد حكم يناسبها في ضوء الفهم

العام لمقاصد الشارع وقواعده العامة، وبما لا يخالف أعراف الناس الصحيحة، وبما يحقق الغاية الكبرى للتشريع، ألا وهي جلب المصالح ودرء المفاسد.

وعليه فإن هذه الدراسة، جاءت لبيان أثر العرف في معالجة أحكام مسائل الزواج وانحلاله وفق نظرة الفقه الإسلامي من ناحية، وتشريع الأسرة الجزائري والاجتهاد القضائي من ناحية أخرى، ثم الكشف عن ضوابط هذا الأصل الذي يجب أن يلتزم به المجتهد والقاضي عند تطبيقه.

بناءً على ما سبق؛ فإنني ارتأيت أن يكون موضوع بحثي موسومًا بـ: "أثر العرف في أحكام الزواج وانحلاله في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري-دراسة تحليلية مقارنة-".

وقبلولوج في حيثيات الموضوع؛ أرى أنه من المناسب أن أمهد له إجمالاً، وأبين ظروف إنجازه، وأجلي طريقة تحريره من خلال النقاط الآتية:

أولاً- أهمية الموضوع: يكتسي هذا الموضوع أهمية بالغة ألخصها في النقاط الآتية:

1- موضوع الأطروحة يلامس جوانب متجددة ومتطورة من حياة الإنسان، مما يستدعي معرفة أحكامها الفقهية والقانونية والقضائية؛ ذلك أن للعرف دوراً بارزاً في تنظيم أحكام الزواج وانحلاله؛ باعتبار أن الناس قد اعتادوا على أحكام استقر عليها تفكيرهم في هذا المجال، الأمر الذي يستدعي مني بيان مدى صحة هذه الأعراف، أو بيان خطئها لأجل إلغائها من طرف المشرع إذا كانت مخالفة للشريعة الإسلامية.

2- اهتمت الشريعة الإسلامية بالأسرة اهتماماً بالغاً، وذلك من خلال مراعاتها للأعراف الجارية بين الناس في التشريع والقضاء، ورجعت إلى هذا المصدر وأحالت إليه في معالجة المسائل المتعلقة بقضايا الأسرة التي ليس فيها تحديد شرعي؛ كشرط الكفاءة في الزواج، والألفاظ الكنائية في الطلاق، ونحو ذلك.

3- يعد العرف مصدراً احتياطياً معتمداً في نصوص قانون الأسرة الجزائري والاجتهادات القضائية، وكذا لكونه مصدراً تبعياً في الشريعة الإسلامية، فضلاً على أنه يظهر مدى مرونة الشريعة واستيعابها للأحكام في مختلف مجالات الحياة الإنسانية؛ ومنها مجال الأسرة وصلاحياتها لكل زمان ومكان بما يُحقق مصالح العباد في العاجل والآجل.

4- إن تغير الأعراف عبر الزمان، أحتيج معه لتغير الأحكام، وضوابطها الشرعية والقانونية في الوقت الحاضر.

ثانياً- إشكالية الموضوع: انطلاقاً من نص المادة: 222 من ق أ ج التي تجعل أحكام الشريعة الإسلامية بكلّ مذاهبها إطاراً مرجعياً للتقنين والقضاء دون التقيّد بمذهب فقهيّ معيّن، ثمّ إنّ من المعلوم أنّ الشريعة الإسلامية تستند في بعض أحكامها على العرف كدليل شرعي وأصل ينبني عليه شطرٌ عظيمٌ من أحكام الفقه، وبما أنّ قانون الأسرة الجزائري أغلب أحكامه مستمدة من الشريعة الإسلامية، وأنّ المشرّع قد اعتمد في صياغته لبعض نصوص قانون الأسرة وفي إصداره لبعض الاجتهادات القضائية على العرف وأحال إليه، وألزم القاضي بالعمل بمقتضاه لفض النزاعات المتعلقة بمسائل أحكام الزواج وانحلاله.

وعليه ترتكز إشكالية موضوعي على طرح السؤال الرئيس الآتي: "كيف أثر العرف على تسطير الأحكام المتعلقة بالزواج وانحلاله في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري؟"

وتتفرّع عن هذا الإشكال الرئيس إشكالات فرعية، يمكن أن أجمّلها في الآتي:

1- ما حقيقة العرف اللغوية والشرعية والقانونية، وما حجّيته؟ وفيم تتمثل أدواره في مجال أحكام الزواج وانحلاله؟

2- أين يظهر تأثير العرف على الأحكام المتعلقة بمقدمات الزواج وأحكامه من الناحيتين الفقهية والتشريعية؟

3- فيم يبرز أثر إعمال العرف في مسائل انحلال الرابطة الزوجية من خلال أحكام الفقه الإسلامي ونصوص قانون الأسرة الجزائري واجتهادات القضاء؟

4- هل سائر كلّ من الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري الأعراف الجارية والمستحدّة في المجتمع الجزائري والمتعلّقة بأحكام الزواج وانحلاله؟ أم أنّه لا بُدّ من ضبط الأحكام المتغيرة زماناً ومكاناً بقواعد عامّة أو بمصالح شرعية مرنة تنظم ذلك؟

5- هل توجد أعراف فاسدة في مسائل الزواج وانحلاله لم يعتبرها فقهاؤنا ولم يراعها المشرّع الجزائري في نصوصه واجتهاداته؟

ثالثاً- أسباب اختيار الموضوع: هناك أسباب ذاتية دفعتني لاختيار هذا الموضوع وأخرى موضوعية:

فالأَسباب الدّاتية ترجع إلى ما يأتي:

1- رغبتى الملحة في البحث والدراسة عن هذا الموضوع والذي لم توفه الدراسات السابقة حقّه حسب اطلاعي.

2- شعوري بالأهمية العملية لهذا الموضوع، الأمر الذي دفعني إلى استقصاء جزئياته وجمع شتاته سواء في الجانب الفقهي أو القانوني أو القضائي.

3- التشجيع الكبير من بعض الأساتذة، دفعني بقوة إلى خوض غمار البحث في هذا الموضوع؛ وعلى رأسهم مشرفي الأستاذ الدكتور عبد القادر مهاوات مدير الدراسات بمعهد العلوم الإسلامية بجامعة حمّه لخضر الوادي، والدكتور نور الدين مناني رئيس قسم الشريعة بنفس المعهد، وبعض الأساتذة الأفاضل من بعض جامعات الوطن.

4- إرادتي المتوجهة وأنا أبحث عن موضوع أطروحة للدكتوراه نحو معالجة المسائل المستجدة التي تمسّ واقع الأسرة الجزائرية مباشرة، فوجدت هذا الموضوع الذي يتوافق مع إرادتي، إذ إنني سأتعامل أثناء بحثه مع مسائل يحتاج إليها الناس أثناء قيام الرابطة الزوجية أو انحلالها وما يترتب عليهما من آثار في هذا العصر، كمسألة حكم اقتران الخطبة بالفاقة وما يترتب عليها من آثار، ومسألة أثر العرف في أحكام الصداق، وهناك مسائل أخرى ذات أهمية.

وأما الأسباب الموضوعية فتتمثل فيما يأتي:

1- ندرة الدراسات السابقة -حسب اطلاعي- والتي تناولت الموضوع وغطته من جميع جوانبه بالطريقة التي سأسلكها، بحيث سأقوم بدراسة أثر العرف في معالجة أحكام المسائل المتعلقة بالزواج وانحلاله، مع بيان موقف كل من الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري منها.

2- تساؤل الكثير من الناس عن الأحكام الشرعية المتعلقة بأحكام الزواج وانحلاله والمبنية على أصل العرف، خاصة إذا علمنا أنّ المشرع الجزائري قد أحال القاضي على مبادئ الشريعة الإسلامية في حالة عدم وجود النص القانوني بموجب المادة: 222 من ق أ ج، وذلك من أجل التعرف على أثر العرف في معالجتها، باعتباره أصلاً بُني عليه أحكام فقهية وقضائية، وُجدت لفض النزاعات المرتبطة بتلك المسائل، ولأنّه أيضاً يجمع بين النظري المتمثل في علم أصول الفقه والتطبيقي المتمثل في علمي مقاصد الشريعة الإسلامية والقواعد الفقهية، هذا من الناحية الشرعية، أما من الناحية القانونية فالتعامل مع مسائل الأسرة المستندة على هذا الأصل يكون بالنظر في

النَّصَّ القانونيَّ أو في القرار القضائيَّ من النَّاحِيَةِ النَّظَرِيَّةِ، ثم بالنَّظَرِ في رُوحِ النَّصِّ القانونيَّ أو القرار القضائيَّ عند تطبيقه.

رابعاً- أهداف البحث: يهدف هذا البحث إلى تحقيق جملة من الأهداف أَجْمَلُهَا فيما يأتي:

1- التَّأْكِيدُ على واقعية الفقه الإسلاميِّ؛ من خلال بيانه لأثر العرف في معالجة مسائل أحكام الزَّوَاجِ وانهلاله من النَّاحِيَةِ الفَقْهِيَّةِ من جهة، وإبراز مدى إعمال المشرِّع الجزائري لهذا المصدر في نصوصه القانونيَّةِ واجتهاداته القضائيَّةِ المرتبطة بهذا المجال من جهة ثانية.

2- إبراز كيفية بناء أحكام نصوص قانون الأسرة الجزائريِّ في مسائل أحكام الزَّوَاجِ وانهلاله المستندة على العرف من أجل وضع تشريعات موافقة لها، استناداً على اجتهادات فقهاء الشريعة الإسلاميَّة والقانون بهدف توحيد الأحكام والقرارات القضائيَّة الصَّادرة عن الجهات المختصة بشأن منازعات قضايا الأسرة المعروضة أمامهم.

3- الوقوف على الجانب التَّطْبِيقِيَّ الفَقْهِيَّ والقانونيَّ المتعلِّق بمسائل أحكام الزَّوَاجِ وانهلاله والتي تمَّ إعمال العرف فيها من أجل إبراز الإيجابيات وتقويم السَّلبات عند إجراء التَّعْديلات على نصوص قانون الأسرة.

4- تنمية الحسِّ التَّقْدي والمقارن للفقه الإسلاميِّ بقانون الأسرة الجزائريِّ والاستفادة منه، بغية الوصول إلى مقترحات من شأنها الإصلاح والتَّطْوِير واقتراح البدائل والتَّطْبِيق الفعّال للنُّصوص القانونيَّة.

5- جمع شتات المسائل الفَقْهِيَّةِ والنُّصوص القانونيَّة والقرارات القضائيَّة المتعلِّقة بموضوع أثر العرف في معالجة أحكام الزَّوَاجِ وانهلاله في ضوء الفقه الإسلاميِّ والتَّشريع الجزائريِّ في عمل أكاديمي، قصد إثراء المكتبات العلميَّة وتزويد الطَّلبة بالمعارف اللَّازِمة المتعلِّقة بهذا الموضوع.

خامساً- الدِّراسات السَّابِقَةُ للموضوع: خلال إعدادي لهذه الدِّراسة، اطلعت على مجموعة من الدِّراسات التي لها ارتباط بموضوع بحثي في جانب من جوانبه، وفيما يأتي ذِكْرُ لأهمِّها مُصنَّفة ومُرتَّبة بناء على نوع الدِّراسة وسنة صدورها:

1- "أثر العرف في الفُرْقِ ومتعلِّقاتها من أحكام فقه الأسرة-دراسة تطبيقيَّة مقارنة-"، للباحثة إلهام عبد الله عبد الرَّحْمَنِ باجنيد، وهي رسالة ماجستير تخصص الفقه وأصوله، تحت إشراف الأستاذ الدكتور: محمد عبد الحي، تقدَّمت بها صاحبها إلى كلية الشريعة والدِّراسات الإسلاميَّة، قسم

الدّراسات العليا، جامعة أمّ القرى بالمملكة العربيّة السّعوديّة، وقد نُوقِشت بتاريخ 13 ربيع الأول 1424هـ-2003م.

قسّمت الباحثة دراستها إلى قسمين: قسم نظريّ وقسم تطبيقيّ، فالقسم النظريّ: اشتمل على التعريف بالعرف وتمييزه عمّا قد يشابهه من المصطلحات وعلاقته بها، كما بينت فيه أقسام العرف وحجّيته وشروط اعتباره والاستعمالات الفقهيّة له. أمّا الجانب التطبيقيّ: وهو هدف الدّراسة، وقد اشتمل على أبواب الفُرْق ومتعلّقاتها من أحكام فقه الأسرة؛ فتحدّثت فيه عن أثر العرف في كلّ من الطّلاق والخلع والرّجعة والإيلاء والظّهار واللّعان والعِدّة والإحداد والرّضاع والنّفقات والحضانة. وأهمّ ما يلاحظ على هذه الدّراسة أنّه غلب عليها الطّابع الفقهيّ المقارن، حيث ركزت على أثر العرف في الفُرْق ومتعلّقاتها.

2- "أثر العُرف في مسائل الزّواج في الفقه الإسلاميّ"، للباحث نواف عواد الشّويعر، وهي رسالة ماجستير تخصص الفقه وأصوله، تحت إشراف الأستاذ الدّكتور: قحطان عبد الرّحمن الدّوري، تقدّم بها صاحبها إلى كلية الدّراسات الفقهيّة والقانونيّة، قسم الفقه وأصوله، بجامعة آل البيت بالأردن، وقد نُوقِشت بتاريخ 2006/5/16م.

قسّم الباحث بحثه إلى فصل تمهيديّ وثلاثة فصول؛ فعنون الفصل التّمهيديّ: بِالْعُرْفِ، والفصل الأوّل: بأثر العُرف في مُقدّمات الزّواج (الخطبة)، والثّاني: بأثر العُرف في مُقوّمات عقد الزّواج، والثّالث: بأثر العُرف في آثار عقد الزّواج. وأهمّ ما يلاحظ على هذه الدّراسة أنّها جاءت مركّزة على أثر العرف في الخطبة والزّواج وآثاره.

3- "أثر العُرف على كتاب النّكاح" للباحث: عبد الله بن عبد الرّحمن بن عبد الله الحمدان، وهي رسالة ماجستير تخصص الفقه المقارن، تحت إشراف الدّكتور: عبد الله بن ناصر السّلمي، تقدّم بها صاحبها إلى المعهد العالي للقضاء، قسم الفقه المقارن، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلاميّة بالمملكة العربيّة السّعوديّة، وقد نُوقِشت سنة 1425هـ-1426هـ.

قسّم الباحث دراسته إلى تمهيد خصّه لمفردات الدّراسة "النّكاح، والعرف" وأربعة فصول، تناول في الأوّل منها: أثر العُرف في أركان النّكاح، والثّاني: أثر العُرف في باب الصّدّاق، والثّالث: أثر العُرف في باب الوليمة، والرّابع: أثر العُرف في عشرة النّساء.

وقد ركز الباحث فيها على بعض المسائل في كتاب النكاح؛ كالصِّدَاق وبعض حقوق الزَّوجة.

4- "أثر العرف في الأحوال الشخصية دراسة فقهية قانونية"، للباحث: أحمد رشاد عبد الهادي أبو حسين، وهي رسالة ماجستير في القضاء الشرعي، تحت إشراف الأستاذ الدكتور: حسين مطاوع الترتوري، تقدّم بها صاحبها إلى كلية الدراسات العليا، جامعة الخليل، فلسطين، وقد نُوقِشت بتاريخ 17 محرم 1435 هـ الموافق لـ 21 نوفمبر 2013 م.

قسم الباحث دراسته إلى أربعة فصول: تناول في الأوّل منها: العرف مفهومه وحجّيته وتقسيماته في الشريعة الإسلامية، وفي الثاني: أثر العرف في عقد النكاح، وأمّا الثالث فخصّصه لأثر العرف في فُرْق النكاح، والرّابع تناول فيه أثر العرف على آثار النكاح.

ما يلاحظ على هذه الدراسة أنّها لم تستوعب عناونها، فمصطلح الأحوال الشخصية أعمّ من النكاح وفُرّقه وآثارها هذا من جهة، ومن جهة ثانية لم تستوعب جميع مسائل الأحوال الشخصية التي للعرف أثر فيها، الأمر الذي يحتاج إلى زيادة تفصيل وتفرّيع وتأصيل وبت في كثير من مسائلها المثارة، وإلى مسائل أخرى لم يُثرها أصلاً. إضافة إلى ذلك أن مقارنته كانت مع قانون الأحوال الشخصية الفلسطيني المُطبّق في الضّفة الغربيّة، مع الاستعانة بشروحات قانون الأحوال الشخصية الأردنيّ.

ولا أنكر أنّ هذه الدراسة جاء موضوعها شاملاً لأثر العرف في النكاح وفُرّقه وآثاره، وهو قريب من عنوان أطروحتي إلّا أنّ الاختلاف بينهما في طريقة المعالجة والمقارنة التي اعتمدت فيها على التشريع الجزائريّ.

5- "اعتبار العرف في مسائل الزواج وآثاره -دراسة مقارنة بالفقه الإسلاميّ-، للباحث عماد شريفي، وهي رسالة ماجستير في الحقوق، تخصص قانون الأسرة، إشراف الدكتور: أحمد غرابي، تقدّم بها صاحبها إلى كلية الحقوق والعلوم السياسيّة بجامعة محمد بوضياف المسيلة، وقد نُوقِشت عام 2014م-2015م. تُعدّ هذه الدراسة من أحدث الدّراسات الأكاديمية في الجزائر، والتي حاولت معالجة موضوع اعتبار العرف في مسائل الزواج وآثاره في الفقه الإسلاميّ ومقارنته بقانون الأسرة الجزائريّ.

قسّمها الباحث إلى ثلاثة فصول: فتناول في الفصل التمهيدّي منها: العرف في الفقه والقانون، وفي الفصل الأوّل: اعتبار العرف في مقدّمات الزّواج (الخطبة)، وأمّا الثّاني فخصّصه إلى اعتبار العرف في أركان وشروط وآثار عقد الزّواج. وقد أجاد الباحث في إبراز مدى الارتباط الوثيق بين أحكام الفقه الإسلاميّ وقانون الأسرة الجزائريّ، وبيان مدى مساهمة قرارات المحكمة العليا التي تعدّ مبادئ قضائيّة يمكن العودة إليها في حلّ النزاعات الأسريّة الجزائريّة.

إلا أنّ دراسته لم تشر إلى الشّق الثّاني من دراستي والمتمثل في انحلال الزّواج وأحكامه وكذا الاختلاف في منهجية المعالجة.

أهم ما ميّز هذه الدّراسات:

- 1- أنّ بعضا من الدّراسات عنيت بالجانب الفقهيّ أو الأصوليّ مركزة على أثر العرف في معالجة بعض أحكام مسائل الزّواج أو انحلاله، مستفيضة في بعض مسائلها ومقتضبة في بعضها الآخر.
- 2- أنّ أغلب الدّراسات جاءت مركزة على بعض الجزئيات، ولم تستوعب كلّ المسائل التي تم أعمال العرف فيها والمتعلّقة بأحكام الزّواج وانحلاله. بالإضافة إلى أنّها لم تُشر إلى كلّ الاجتهادات القضائيّة المتعلّقة بتلك المسائل المستندة على هذا الأصل، مع أنّي لا أنكر استفادتي من بعضها سواء في الجانب المنهجي أو التّأصيل الفقهي، أو في المقارنات وتحليل بعض القرارات القضائيّة.

ما ستضيفه هذه الدّراسة:

- 1- استكمال ما وجد من نقص في الدّراسات السّابقة، وإظهار أثر العرف في أحكام الزّواج وانحلاله في كلّ من الفقه الإسلاميّ والتّشريع الجزائريّ، وجلب ما أمكن من أمثلة مجمّلة أو مفصّلة على ذلك التّأثير، حيث لم أقف -في حدود علمي- على دراسات شرعيّة ولا قانونيّة في بلادنا غطّت الموضوع من جميع جوانبه.
 - 2- تسليط الضّوء على دراسة بعض مسائل أحكام الزّواج وانحلاله التي لها علاقة وطيدة ببعض القواعد التي تندرج تحت أصل العرف، والقاعدة الفقهيّة: "لَا يُنْكَرُ تَغْيِيرُ الْأَحْكَامِ بِتَغْيِيرِ الْأَرْزَانِ".
 - 3- الكشف عن الأعراف المعتمدة شرعاً، وتمييزها عن عادات وتقاليدها فاسدة جعلها النّاس في منزلة الأعراف والتزموا بها في حياتهم على ما فيها من مخالفة للشّرع الإسلاميّ نصّاً ومقصداً في بعض المسائل المرتبطة بالزّواج وانحلاله، وإن كان المشرّع الجزائريّ قد خالف بعض الأعراف المعتمدة شرعاً.
- سادساً- مناهج البحث المعتمدة: استدعت طبيعة الموضوع توظيف المناهج الآتية:

1- **المنهج الاستقرائي:** استخدمته عند تتبع المسائل الفقهية على مستوى مواد قانون الأسرة الجزائري واجتهادات القضاء المتعلقة بأحكام الزواج وانحلاله والوقوف على ما جاء فيها من عرف، وكذا استقراءها واستنباطها من مظاهرها الرئيسية المعتمدة في هذه الدراسة.

2- **المنهج الوصفي:** وظفته في وصف مدى قوة اعتبار المشرع الجزائري للعرف، وتحويله عليه كأحد المرتكزات في مواد قانون الأسرة واجتهاداته القضائية، وهل أسهب في اعتباره أم ضيق في نطاقه؟ ثم في عرض المفاهيم وتصوير المسائل والإجراءات، وفي مدى التزام الضوابط والشروط الفقهية والقانونية والقضائية التي تنظم كل مسألة من مسائل أحكام الزواج وانحلاله المبنية على أصل العرف من النواحي الشرعية والقانونية والقضائية.

3- **المنهج المقارن:** اعتمدت عليه عند إعمال المقارنة بين أحكام الفقه الإسلامي ونصوص قانون الأسرة الجزائري والاجتهادات القضائية في كل مسألة مستندة إلى العرف والمتعلقة بأحكام الزواج وانحلاله، ثم بيان أوجه الاتفاق والاختلاف بينهما.

4- **المنهج التحليلي النقدي:** استعملته عند دراسة الأقوال الفقهية الواردة في المسائل المختارة، وبيان منهجها في الاستدلال بالنصوص الشرعية، وكيفية توجيهها للقواعد الأصولية والفقهية لتعزيد آرائها التي اعتمدتها. كما استعنت به في تحليل المواد القانونية، وشرحها بإيجاز والتعليق عليها مع بيان مواضع إعمال المشرع الجزائري للعرف في نصوص قانونه للأسرة واجتهاداته القضائية، والمذهب المختار لديه في كل مسألة مستندة إلى العرف والمتعلقة بأحكام الزواج وانحلاله.

سابعاً- منهجية البحث: التزمت في كتابة بحثي منهجية معينة، أذكر فيما يأتي أهم عناصرها:

1- **تخريج الآيات** يكون في المتن بالطريقة الآتية: [اسم السورة: رقم الآية]، وجعلتها بين الرمزَيْن الآتين: ﴿﴾، مع تخمين الخط؛ تمييزاً لكلام الله تعالى عن كلام سائر البشر.

2- **جعلت الأحاديث النبوية** في المتن بين مزدوجين بالشكل الآتي: « » مُثَخَّنَةً الخط إذا كانت من الأقوال؛ تمييزاً لكلام النبي ﷺ عن كلام سائر الناس، وعلى أن يكون تخريجها في الهامش بالطريقة الآتية: ذُكِرَ صاحب المصنّف الحديثي وعنوانه، الكتاب والباب إن وُجِدَا، رقم الحديث إن وُجِدَ، ورقم الجزء -إن وُجِدَ-، والصّفحة.

3- التزمت في سائر بحثي بتخريج جميع الأحاديث، فإذا كان الحديث في الصحيحين أو موطأ مالك، فإنني أكتفي بالتخريج منها، أما إذا لم أجده فيها، فإنني أسعى إلى تخريجه من أكثر من مصدر حديثي- ما استطعت إلى ذلك سبيلاً-، ثم أتبع الحديث ببيان الحكم عليه من أهل الصناعة الحديثية من المتقدمين أو المتأخرين.

4- شرح غريب الآيات والأحاديث واللغة في الهامش، مع الإحالة إلى مصدره.

5- أترجم لجميع الأعلام الواردة أسماؤهم في المتن، باستثناء الصحابة، والتابعين، وأئمة المذاهب الأربعة، وممن اشتهر من المعاصرين حتى لا أثقل الحواشي، ولا أحيل على موضع الترجمة من البحث إذا تكرر ذلك العلم.

6- إذا كان الثقل عن قائله حرفياً فإنني أجعله بين المزدوجين الآتين: " "، والغزو حينئذ يكون خالياً من كلمة: "يُنظر"، أما إذا نقلته عن قائله بالمعنى أو تصرفْتُ فيه، فإنني أُصدِّرُ الغزو في الهامش بكلمة: "يُنظر".

7- توثيق المعلومات الواردة في المتن بالهامش يكون كالاتي: المؤلف، والمؤلف، ورقم الجزء -إن وُجدَ-، والصفحة. على أن أذكر سائر معلومات الكتاب في فهرس المصادر والمراجع وفق الترتيب الآتي: المؤلف، والمؤلف، التحقيق إن وُجدَ، رقم الطبعة، دار النشر، مكان النشر، تاريخ النشر.

8- عند استعمال الكتاب في موضعين متتاليين لا يفصلُ بينهما استعمال كتاب آخر، فإنني أُوردُ العبارة الآتية: المصدر أو المرجع نفسه، ثم أُرَدِّفُهُ برقم الجزء والصفحة. هذا إذا كان الاستعمال في الصفحة نفسها، أما إذا كان الأول في صفحة والثاني في أخرى، فإنني أذكرُ: المصدر أو المرجع السابق.

9- إذا كان المرجع رسالة علمية أكاديمية، فالتوثيق في قائمة المصادر والمراجع يكون كالاتي: الباحث، عنوان الرسالة، نوع الدرجة العلمية، الإشارة إلى الاعتماد على النسخة الأصلية المرقونة غير المنشورة، المشرف، الجامعة، مكانها، سنة المناقشة.

10- إذا كان المرجع مقالاً في مجلة، فالتوثيق يكون كالاتي: صاحب المقال، عنوان المقال (الإشارة بين قوسين إلى أنه مقال)، رقم الصفحة. على أن أذكر سائر معلومات المقال في قائمة المصادر والمراجع وفق الترتيب الآتي: صاحب المقال، عنوان المقال، اسم المجلة، رقم المجلد-إن وجدَ-، رقم العدد، سنة الصدور، جهة الاصدار -إن وجدت-، ومكانها.

- 11- إذا كان مؤلفو الكتاب أكثر من اثنين، أكتفي بذكر اسم الأول، وأردفُهُ بكلمة "وآخرون".
 - 12- التوثيق بالنسبة للمعاجم والقواميس اللغوية أذكرُ فيه إضافة إلى المعلومات السابقة: "مادة: كذا".
 - 13- عند أخذ معلومات من الشبكة العنكبوتية، فإنني أوثقها بذكر اسم الكاتب وعنوان الموضوع إن وُجدًا، ثم أُرَدِّفُ بإثبات اليوم والساعة اللذين أُحَدِّثُ المعلومة فيهما، وكذا سائر معلومات الصَّفحة كما هي بالحروف اللاتينية.
 - 14- عندما أ حذف كلاً ما من النصوص المقتطفة حرفياً أضع العلامة: ... (ثلاث نقاط متعاقبة).
- ثامناً - حدود البحث:** يتقيّد مجال دراسة بحثي بثلاثة حدود؛ وهي:
- حدُّ مكانيٍّ مُثْلُ في مجال تطبيق قانون الأسرة داخل حدود الجزائر الإقليمية، مع الاختصار على دراسة الأعراف الاجتماعية الجزائرية في مجال أحكام الزواج وانهلاله دون غيرها من أعراف البلدان العربية والإسلامية.
 - أمّا حدُّ الدّراسة الزّماني فهي مرحلة ما بعد تعديل قانون الأسرة الجزائري رقم 11/84 المعدّل والمتمّم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005م، وقانون حقوق الطّفّل، وكذا ما تعلق ببعض مواد القانون المدنيّ وقانون الإجراءات المدنية والادارية والدّستور الجزائريّ.
 - أمّا حدّها الموضوعي فيظهر في البحث والتّقصي من خلال أثر العرف في أحكام مسائل الزواج وانهلاله، متطرقاً لأثر العرف في أحكام هذه المسائل في كلّ من الفقه الإسلاميّ والتّشريع الجزائريّ، والمتمثل في أثر العرف في مقدّمات الزواج (الخطبة) وأحكامها، ثم بيان أثره في الزواج وأحكامه، ثم التّفصيل في أثر العرف في طرق انهلال الزواج، وأخيراً أثره في آثار انهلال الزواج، وكلّ هذا في الفقه الإسلاميّ والتّشريع الجزائريّ، وأقصد بالفقه الإسلاميّ: ما كان مرتبطاً بفقه المذاهب الأربعة إلّا ما ورد عارض من الفقه الظاهريّ. وبالتّشريع الجزائريّ: نصوص قانون الأسرة والقانون المدنيّ الجزائريّين والقرارات القضائية من المحاكم الجزائرية على مُختلف درجاتها.
 - أمّا المقارنة فاقترنت على إجرائها في الفقه الإسلاميّ والتّشريع الجزائريّ، إلّا ما جاء من بعض نصوص قوانين الأحوال الشخصية العربية لمحاكاتها من أجل سدّ الفراغ التّشريعيّ.

تاسعاً - خطة البحث: بعد اختياري للموضوع والاطلاع على العديد من مصادره ومراجعته، سِرْتُ في كتابته وفق خطة تتضمن مقدمة، وفصل تمهيدي، وبابين، في كل باب فصلين، وخاتمة، وملاحق، وفهارس فنيّة، وفيما يأتي عرضٌ موجزٌ لها:

- المقدمة: وفيها بيان لأهمية الموضوع، وطرح لإشكاليته الرئيسيّة والإشكالات الفرعيّة، وذكر لأسباب اختياره، والأهداف المنشودة منه، وأهمّ الدّراسات السّابقة له، والمناهج المُتّبعة في معالجة جزئياته، والمنهجية المسلوكة في تحريره، وعرضٌ مختصرٌ لخَطِّه، ووصفٌ عامٌّ لأهمّ مصادره ومراجعته، وإشارةٌ إلى بعض الصّعوبات التي اعترضتني أثناء البحث.

- الفصل التمهيدِي: ارتأيت أن يكون مدخلاً للموضوع مفاهيمياً فبيّنت فيه ماهيّة العُرف في الفقه الإسلاميّ والتّشريع الجزائريّ، وجعلته في مبحثين: أوّلها تحدّث فيه عن مفهوم العُرف، وبيّنت في الثّاني حُجّية العُرف وأدواره، وكلُّ ذلك في الفقه الإسلاميّ والتّشريع الجزائريّ.

- الباب الأوّل: تطرّقت فيه إلى أثر العُرف في الزّواج وأحكامه في الفقه الإسلاميّ والتّشريع الجزائريّ، وقسمته إلى فصلين.

- الفصل الأوّل: تناولت فيه أثر العُرف في مقدّمات الزّواج، وقسمته إلى ثلاثة مباحث؛ الأوّل منها لبيان أثر العرف في اختيار الخاطبين وتحديد سنّهما وفي الشّورى في الخطبة. والثّاني خصّصته لأثر العُرف في تحديد مواصفات الخاطبين والعلاقة بينهما، أمّا المبحث الثّالث فأبرزت أثر العُرف في أحكام الخطبة والعُدُول عنها، وكلّها في الفقه الإسلاميّ والتّشريع الجزائريّ.

- الفصل الثّاني: تحدّث فيه عن أثر العُرف في أحكام الزّواج، وجعلته في ثلاثة مباحث: فتكلّمت في أوّلها عن أثر العُرف في حقيقة الزّواج، وخصّصْتُ ثانيها لأثر العُرف في الشّروط الموضوعيّة بعقد الزّواج (الصّدّاق، والوليّ)، وأفردت ثالثها للتّفصيل في أثر العُرف في حقوق الزّوجين والأبناء؛ وكلّها في الفقه الإسلاميّ والتّشريع الجزائريّ.

- الباب الثّاني: تناولت فيه أثر العُرف في انحلال الزّواج وأحكامه، جعلته في فصلين.

- الفصل الأوّل: سلّطت فيه الضّوء عن أثر العُرف في طرق انحلال الزّواج، وقسمته إلى مبحثين: أوّلها لأثر العُرف في انحلال الزّواج بالطلاق والتّطليق، وثانيهما بيّنت فيه أثر العُرف في انحلال الزّواج بالخلع؛ وكلاهما في الفقه الإسلاميّ والتّشريع الجزائريّ.

- **الفصل الثاني:** تعرضت فيه لأثر العُرف في آثار انحلال الزَّواج، وقسَّمته إلى مبحثين؛ أبرزت في أوَّلهما أثر العُرف في الآثار المشتركة لانحلال الزَّواج، وثانيهما لأثره في الآثار الخاصَّة لانحلال الزَّواج، وكلٌّ منها في الفقه الإسلاميِّ والتَّشريع الجزائريِّ.

- **الخاتمة:** وضمَّنتها أهمَّ النتائج المتوصل إليها مع اقتراح بعض التَّوصيات التي تزيد في خدمة موضوع البحث.

- **الفهارس الفنية:** دُيِّل البحث بفهارس فنيَّة ل: الآيات، والأحاديث النَّبوية، والآثار، والأشعار، والأعلام المترجم لهم، والقواعد الفقهية والأصولية والقانونية، والألفاظ المعروفة بها، والمواد القانونية والقرارات القضائية التي تم اعتبار العرف فيها، والمصادر والمراجع، وفهرس المحتويات.

- **الملاحق:** موثيق عرفية.

عاشراً-مصادر البحث ومراجعته: اعتمدت للإعداد لموضوع هذا البحث على مجموعة متنوعة من المصادر والمراجع في نسختها الورقية والإلكترونية، وفيما يأتي بيان لأهمِّها:

1- القرآن الكريم وأُمَّهات كتب التَّفسير، وشروح الحديث متناً وتخریجاً وشرحاً، وخاصَّة شروح الصَّحَّاحين والسُّنن الأربعة، وكذا أُمَّهات ومراجع الفقه الإسلامي السُّنِّي بمذاهبه الأربعة الشَّهيرة، وأصوله ومقاصد الشَّريعة، وقانون الأسرة الجزائري وشروحه، وقواميس ومعاجم اللُّغة العربية، وكتب التَّراجم والتَّاريخ الإسلامي.

2- المراجع الفقهية التي اعتنت ببيان أحكام الزَّواج وانحلاله المستندة للعرف.

3- المراجع التي اعتنت بالتَّأصيل لأصل العرف.

4- الرِّسائل الجامعية، والمقالات الأكاديمية، والمؤتمرات العلمية التي لها صلة بأحكام الزَّواج وانحلاله المستندة للعرف في الدَّول العربيَّة والإسلاميَّة.

5- قرارات الجامع الفقهية، ومن أهمِّها: مجمع الفقه الإسلامي، وكذا دور الإفتاء الرِّسمية.

6- المواقع الالكترونية كثيرة ومنها: إسلام ويب، وموقع صحة الطَّبِّي، موقع شبكة الألوكة.

7- المقابلات الشَّخصيَّة: خاصَّة وأنَّ من الأعراف ما هو متداول بين النَّاس مشافهة.

حادي عشر- الصُّعوبات: ممَّا لا شكَّ فيه أنَّ الباحث تعترضه صعوبات أثناء إنجاز لبحثه، منها ما هو خارجي ليس له علاقة بموضوع البحث، كالانشغالات المهنية والارتباطات الأسرية، ومنها

ما له علاقة بموضوع البحث. لذا يجدر بي وأنا أقدم لموضوعي أن أشير إلى بعض العوائق والصعوبات التي واجهتني أثناء البحث، والتي من أهمها:

1- صعوبة الحصول على المادة العلمية خاصّة ما تعلق بالأعراف، فالغالبية منها شفوية. وكذا بعض الرّسائل العلمية غير متاحة في نسختها الورقية أو الرقمية. وإن كان بعضها قد ساعدني مشرفي الأستاذ الدكتور عبد القادر مهاوات في الحصول عليها، ومن ذلك وثيقة أهل البيضة المتعلقة بالزّواج، ورسالة ماجستير بعنوان اعتبار العرف في مسائل الزّواج وآثاره في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي للباحث عماد شرفي.

2- طبيعة الدّراسات المقارنة في الشريعة والقانون وما يترتّب عنها من صعوبة في التّحكم في إدارة منهج المقارنة وإحداث التّوازن الكمي للمادة العلمية بين الفصول والمباحث والمطالب والفروع، خصوصاً في المواضيع ذات المسائل المتشعبة والواسعة؛ والتي يمكن معالجتها بأكثر من طريقة، مما يضطر باحثها إلى الحذف والتّعديل والتّردد في اعتماد خطة البحث النهائية كلّما ازداد عمقاً في القراءة والبحث وكلّما تجمعت لديه مادة علمية جديدة تخدم بحثه.

3- غزارة المادة العلمية في الجانب الفقهي لموضوع البحث وتشعبها بين عدّة علوم تنضاف إلى الفقه، كعلم المقاصد والقواعد الفقهية والأصولية. ونقصها في الجانب القانوني، خاصّة أن شروح قانون الأسرة قليلة ولم تستوف كلّ المسائل المثارة في بحثي بالشرح والتّفصيل. وكذا صعوبة الحصول على بعض القرارات القضائية من مضانها الرئيسة؛ أي من المحكمة العليا، وكذا التّعليقات على القرارات القضائية المتعلّقة بالمسائل المدروسة.

وعلى الرّغم من ذلك فقد يسر الله تعالى لي إتمام هذا البحث في آجاله القانونية، وله الفضل والمنة على توفيقه، وأرجو أن أكون قد وفقت إلى حدّ ما في معالجته، وصياغته في قالب علمي مقبول؛ والفضل لله أولاً الذي أمدني بالعون والصّحة والفتح، ثم إلى مشرفي أ. د عبد القادر مهاوات، د. نور الدين مناني اللذين لم يبخلا عليّ بالنّصح والتّوجيه والإرشاد، كما غمراني بفضلهما وكرمهما وجودهما، فأسأل الله أن يجزيهما خير الجزاء، وأن يبارك لهما في علمهما وعملهما، وأن يرفع مقامهما في الدنيا والآخرة.

الفصل التمهيدي: ماهية العُرف
في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري
وفيه مبحثان:

المبحث الأول: مفهوم العُرف
في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري
المبحث الثاني: حجية العُرف وأدواره
في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

المبحث الأول: مفهوم العُرف
في الفقه الإسلامي والتَّشريع الجزائريّ
وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف العُرف والعادة
المطلب الثاني: أقسام العُرف وأركانه وشروطه
في الفقه الإسلامي والتَّشريع الجزائريّ

المطلب الأول: تعريف العُرف والعادة

أتحدّث فيه عن تعريف العُرف في (فرع أول)، ثمّ عن الفرق بين العادة والعُرف في (فرع ثانٍ). وكلّ ذلك في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري.

الفرع الأول: تعريف العُرف لغة واصطلاحاً

أولاً- العُرف لغة: بضم العين وسكون الرّاء، جمعه أعراف، ويُطلَق في اللّغة على معاني كثيرة، منها: المعروف الذي تعارفه النّاس، وما كان ضدّ النّكر، وتتاّبُع الشّيء مُتّصِلاً بَعْضُهُ بِبَعْضٍ، والصّبْر، والظُّهُورُ والوُضُوح، والعلو والارتفاع. والعُرف والمعروف، سُمّي بذلك لأنّ النُّفوس تَسْكُنُ إليه¹. ومنه قول الشاعر²: أبا الله إلا عدله ووفاءه *** فلا النكر معروف ولا العرف ضائع

ثانياً- العُرف اصطلاحاً: تعدّدت تعريفاته عند العلماء القدماء والمعاصرين، وكذا عند علماء الاجتماع، وإن كانت في مجملها متقاربة. وسأذكرها على التّفصيل الآتي:

1. عند العلماء القدماء: فمن هؤلاء عرّفه الفقيه الأصولي الحنفي حافظ الدين النّسفي³ الذي عرّفه بأنّه: "مَا اسْتَقَرَّ فِي النُّفُوسِ مِنْ جِهَةِ الْعُقُولِ، وَتَلَقَّتْهُ الطَّبَاعُ السَّلِيمَةُ بِالْقَبُولِ"⁴. وقد وهم البعض فنسبّه إلى الغزالي، والصّحيح أنّه للنّسفي في كتابه "المستصفى"⁵.

والتعريف المذكور رغم شموله وبيانه للمعنى، إلّا أنّه يؤخذ عليه جعل استحسان العقل معياراً لقبول العُرف، ذلك أنّ الأعراف لمّا كانت عائدة إلى ما تستحسنه العقول لم يكن من الصّواب

¹ يُنظر: الأزهرى، تهذيب اللّغة، 210/2. وابن فارس، معجم مقاييس اللّغة، 281/4. والجوهري، الصّحاح تاج اللّغة وصحاح العربيّة، 1401/4. وابن منظور، لسان العرب، 239/9. والزّبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، 135/24، وفي كلها مادة: عَرَفَ.

² وهذا البيت الشعري للّابغة الدّيباني. ديوان اللّابغة الدّيباني، جمع وشرح وتعليق محمد الطاهر ابن عاشور، ص170.

³ هو: عبد الله بن أحمد بن محمود النّسفي، أبو البركات حافظ الدّين، فقيه أصوليّ حنفيّ مُفسّر، من مدينة نيسابور بأوزبكستان، توفي ﷺ سنة 710هـ، من تصانيفه: "مدارك التّنزيل وحقائق التّأويل" في التّفسير. يُنظر: ابن قطلوبغا، تاج التراجم في طبقات الحنفيّة، 10/1 وما بعدها.

⁴ النّسفي، كشف الأسرار شرح المصنف على المنار، 593/2.

⁵ ذكّر أحمد أبو سنة هذا التّعريف في كتابه العُرف والعادة في رأي الفقهاء، ص8، مُصدّراً كلامه بهذا اللفظ: "قال في المستصفى"، دون ذكر مؤلّفه، وهو يُريد بالذّي قال "النّسفي"، فظنّ بعض الفقهاء أنّه يُريد الغزالي لاشتراكهما في اسم الكتاب. ومُنّ وهم في عرّوه إلى الإمام الغزالي، مصطفى الزّرقا، المدخل الفقهي العام، ص872، وعبد العزيز الحياط، نظرية العُرف، ص23، ومحمّد إسلام مذكور، المدخل للفقه الإسلامي، ص228، وغيرهم مَن نَقَلَ عن الشّيخ أبي سنة، أو عمّن نَقَلَ عنه. يُنظر: أحمد سير المبارك، العرف وأثره في الشّريعة والقانون، ص31.

الفصل التمهيدي: ماهية العُرف في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

القول بتحكيما - فيما عدا ذلك - مطلقاً، وإلا لكان العقل هو الحاكم في الشريعة، وهذا غير مقبول على التحقيق. ونحن نعلم أنّ الأعراف قد تنشأ عن أسباب مغلوبة أو باطلة نتيجة اضطراب في العقل أو اندفاع نحو الشهوات، فكيف يُقال: بتحكيما¹.

كما يُؤخذ عليه أيضاً جعل قبول الطّباع معياراً لقبول العُرف، دون تحديد صفة ذلك القبول، ولا شروطه ولا ضوابطه، مع أنّ هناك من قيدها بالطّباع السليمة². إلا أنّه قيّد لا يُزيل الإشكال، فمن أين تُعرف سلامة الطّباع، أو حُسْنُها من قُبْحها؟ ليس هناك إلا جهتان: العقل أو الشرع؛ فأما العقل فالتّاس متفاوتون فيه، وتؤدي الإحالة إليه إلى تفاوت الأعراف فلا يستقر عُرف مشترك، فلم يبقَ إلا الشرع، وهو لا يقبل إلا الأعراف الصّالحة، أمّا الفاسدة فمردودة شرعاً، فيكون هذا التعريف قاصراً على العُرف المقبول شرعاً، غير شامل كما أُريد له³.

بالرّغم من هذا النّقد الموجّه لتعريف النّسفي للعُرف إلا أنّ جمع من العلماء والباحثين⁴ قد تتابعوا على نقله واعتماده أو الاستفادة منه، مع مراعاة الإشارة إلى حيثيات أخرى، وإن كانت كلّها تدور حول نفس المعنى.

وعرّفه بعض فقهاء المالكية والحنابلة بقولهما: "كُلُّ ما عرّفته النفوس ممّا لا تُردّه الشّريعة"⁵. وعرفه بعض فقهاء الشّافعية بقولهم: "العُرف: ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول، وتلقّته الطّباع بالقبول"⁶.

¹ يُنظر: يعقوب الباسين، قاعدة العادة مُحْكَمَة، ص 128.

² يُنظر: ابن عابدين، مجموعة رسائل ابن عابدين، 114/2. ومصطفى الرّزقا، المدخل الفقهي العام، 873/2-874. وأحمد أبو سنة، العُرف والعادة في رأي الفقهاء، ص 8-9. وعمر الجيدي، العُرف والعمل في المذهب المالكي، ص 32-33. وعادل قوته، العُرف حُجّيته وأثره في فقه المعاملات الماليّة عند الحنابلة، 95/1. وإبراهيم رحامي، الأدوار الوظيفيّة للعُرف في ضوء التّحويلات الاجتماعيّة المعاصرة - دراسة مقارنة - (مقال)، ص 172.

³ يُنظر: محمّد بن التّمين، إعمال العُرف في الأحكام والفتاوى في المذهب المالكي، ص 23-24.

⁴ فعرفه الجرجاني الحنفي بقوله: "ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول، وتلقّته الطّباع بالقبول". التعريفات، ص 149. والقرطبي المالكي بقوله: "والعُرف كُله خصلّة حسنة ترتضيها العقول، وتطمئنّ إليها النفوس". الجامع لأحكام القرآن، 346/7. وقال ابن منقور الحنبلي: "العُرف: ما استقر من الأمور في العقول، وتلقّته الطّباع السليمة بالقبول". الفواكه العديدة في المسائل المفيدة، 135/1.

⁵ ابن عطية، الحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، 491/2. وابن النّجار، شرح الكوكب المنير، 448/4.

⁶ زكريا الأنصاري، الحدود الأنيقة والتّعريفات الدّقيقة، ص 72.

الفصل التمهيدي: ماهية العُرف في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

ومّا يُلاحظ على هذا التعريف أنّ لعبارة: "كُلُّ مَا عَرَفَتْهُ النُّفُوسُ" إحالة في بَيَانٍ مَعْنَى العُرفِ إلى مَا عُرِفَ، كما أنّ لعبارة "مِمَّا لَا تَرُدُّهُ الشَّرِيعَةُ" أنّه رَاعَى في العُرفِ أَهَمَّ شَرْطٍ فِيهِ، وهو مُوَافَقَتُهُ لِلشَّرْعِ¹.

2. عند بعض العلماء المعاصرين: لقد اجتهدوا في اجتناب الاعتراضات السابقة خلال تعريفهم للعُرف؛ فأذكر منها:

- تعريف عبد الوهاب خَلَّاف للعرف بأنّه: تعريف مَا تَعَارَفَهُ النَّاسُ، وَسَارُوا عَلَيْهِ مِنْ قَوْلٍ، أَوْ فِعْلٍ، أَوْ تَرَكٍ². فمن المؤاخذات الواردة على هذا التعريف أنّه قد ساوى بين العُرفِ والعَادَةِ رغم وجود اختلافات بينهما. وأنّه قَصَرَ العُرفَ على المعاملات الماليّة دون غيرها، وهو قَصْرٌ غير مُسَلِّمٍ به؛ لأنّه وإن كان غالباً في المعاملات الماليّة، فإنّه يكون في وسائل العبادات والجنایات والعادات³.

- وعرفه مصطفى الزُّرقا: "هو عَادَةُ جُمُهورٍ قَوْمٍ في قولٍ أَوْ عَمَلٍ"⁴. وممّا يُستدرك عليه أنّ لفظ "قوم" الوارد في التعريف غير كافٍ، إذ لَا يَصْدُقُ هذا اللفظ على النِّساء إِلَّا تَبَعاً لِلرِّجَالِ، وعليه فإذا وُجِدَ عُرْفٌ خَاصٌّ بالنِّساءِ فَإِنَّ التعريف لَا يَنْسَجِبُ عَلَيْهِ أَوْ قُلَّ إِنَّهُ لَا يَشْمَلُهُ⁵.

3. عند علماء الاجتماع: عرّف العُرف عندهم بأنّه: "اعتیاد النَّاسِ وتوافقهم على اتباع سلوك معيّن في بيئة معيّنة وفي ناحية معيّنة من نواحي حياتهم الاجتماعيّة، اعتیاداً مُطَرِّداً مصحوباً باعتقاد لزوم هذا السلوك ووجوب احترامه، ويترتب الجزاء المادي الحال جبراً على مخالفته"⁶.

ثم إنّ معظم الأعراف الاجتماعيّة تنشأ بسبب الحاجة، إذ يأتي على النَّاسِ ظرف خاصٌّ يدعوهم إلى العمل أو التّصرف على وجه ما أو القيام بعمل خاصّ، وتكرار هذا العمل يصبح عرفاً دارجاً بين النَّاسِ، غير أنّ هذه الحاجات تختلف باختلاف البيئات الطبيعيّة، وكذا البيئات الاجتماعيّة وما فيها من أنظمة وقوانين ومعتقدات وأخلاق وآداب، وغيرها. غير أنّ هناك من

¹- يُنظر: إلهام عبد الله باجنيد، أثر العُرف في الفُرق ومتعلّقاتها من أحكام فقه الأسرة-دراسة تطبيقيّة مقارنة-، ص35.

²- عبد الوهاب خَلَّاف، علم أصول الفقه وخلاصة تاريخ التشريع، ص85.

³- سعود الورقي، العُرف وتطبيقاته المعاصرة، ص4. اطلعت عليه يوم 2021/03/30م، في السّاعة 21:10، في موقع

"جامع الكتب الإسلاميّة" على الشّبكة العنكبوتيّة، من الرّابط الآتي: <https://ln.run/eH0IY>

⁴- مصطفى الزُّرقا، المدخل الفقهي العام، 1/141.

⁵- يُنظر: مصطفى أبو عجلة، العُرف وأثره في التشريع الإسلامي، ص62.

⁶- غالب علي الداودي، المدخل إلى علم القانون، ص154.

الفصل التمهيدي: ماهية العُرف في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

الأعراف ما ينشأ دون حاجة حقيقية إليها، وإنما يكون محض وراثته، كما هو الشأن في اعتياد الناس على أعراف وعادات متوارثة تقوم على الجهل والضلالة تكون سبباً في شقاء المجتمع¹.

4. التعريف المختار: فإنَّ التعريف الذي يرضيه الباحث للعُرف هو: مَا اسْتَقَرَّ فِي النُّفُوسِ، وَاسْتَحْسَنَتْهُ الْعُقُولُ، وَتَلَقَّيَتْهُ الطَّبَاغُ السَّلِيمَةُ بِالْقَبُولِ، وَاسْتَمَرَّ النَّاسُ عَلَيْهِ، نَمَا لَا تَرُدُّهُ الشَّرِيعَةُ². لسلامته من أغلب المؤاخذات السابقة.

ثالثاً-تعريف العُرف في التشريع الجزائري: أتناول تعريف العرف من الناحيتين الآتيتين:

1. من الناحية القانونية: لم يُعرّف المشرّع الجزائري العُرفَ، وإنما اكتفى بالإشارة إلى ترتيبه ضمن مصادر القانون الرسميّة والاحتياطية، وفقاً لنصّ المادة: 01 من ق م ج³.

وبهذا يكون المشرّع قد جعله مَصْدَرًا احتياطياً يحتلُّ المرتبة الثانية بعد كلِّ من التشريع ومبادئ الشريعة الإسلامية⁴، ولا يجوز الالتجاء إليه إلاَّ عند عدم وجود نصّ تشريعيٍّ أو مبدأ عامٍّ من مبادئ الشريعة⁵.

وقد أَحَسَّنَ المشرّع صُنْعًا عندما لم يُعرّف العُرفَ، وإنما ترك ذلك للفقه فحسب.

2. من ناحية الفقه القانوني: أذكر بعضاً من تعريفات فقهاء القانون الجزائريين:

- عَرَفَ عمار بوضياف العرف بأنه: "هو اعتيادُ النَّاسِ على اتباع سُلُوكٍ معيَّنٍ في مسألة معيَّنة بحيث يَسْتَقَرُّ الشُّعُور لدى الجماعة باعتباره سُلُوكًا مُلْزِمًا وَمُسْتَتَبَعًا بِتوقيع الجزاء عند المخالفة"⁶.

- عَرَفَهُ محمد محدة فقال: "هو عادة جمهور قوم في قول أو فعل أو ما تعودته النَّاس واستقامت عليه أمورهم"⁷.

¹ - يُنظر: عبد الباري عزيز عثمان، تخصيص العام بالعرف وأثره في الفقه الإسلامي (مقال)، ص 74-75.

² - يُنظر: إلهام عبد الله باجنيد، أثر العُرف في الفُرُق ومتعلقاتها من أحكام فقه الأسرة-دراسة تطبيقية مقارنة-، ص 37.

³ - نصّت على أنّه: "يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها. وإذا لم يوجد نصّ تشريعيٍّ حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العُرف".

⁴ - حبيب إبراهيم الخليلي، المدخل للعلوم القانونية -النظرية العامة للقانون-، ص 171.

⁵ - يُنظر: أحمد سي علي، مدخل للعلوم القانونية -النظرية والتطبيق في القوانين الجزائرية-، ص 239.

⁶ - عمار بوضياف، المدخل إلى العلوم القانونية -النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري-، ص 207.

⁷ - محمد محدة، مختصر علم أصول الفقه، ص 288.

الفصل التمهيدي: ماهية العُرف في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

- وعرفه آخرون¹ بتعريفات قريبة من التعريفين السابقين، وفي مجملها تدل على أنه اطراد سلوك الناس في مسألة ما بطريقة معينة مع الاعتقاد بأنه ملزم لهم قانوناً؛ أي أنه بالإمكان أن تنشأ عنه قواعد قانونية ملزمة، وبالتالي فهو مصدر أساسي للقانون².

غير أن ما يُعاب على العرف أنه قاعدة متنوعة تختلف من مكان إلى آخر ضمن ذات الدولة مما يؤدي إلى تعدد القواعد القانونية فيها وتنوعها³.

وبناء على ما سبق؛ يظهر لي وجود صلة بين التعريفات اللغوية والاصطلاحية وعند علماء الاجتماع، إذ العُرف بالمعنى اللغوي يعني تتابع الشيء متصلاً ببعضه ببعض، كما يتضمن معنى السكون والطمانية إلى الأمر المتعارف عليه، وهذان المعنيان واردان في المعنى الاصطلاحي للعُرف عند العلماء - قديماً وحديثاً - وعند علماء الاجتماع؛ إذ أن تتابع الشيء يؤدي إلى رسوخه في النفوس واطمئنانها إليه.

هذا وإن أغلب تعريفاتهم للعرف متفقة على أنه: هو الأمر الذي استقر في النفوس، واستحسنه العقول، وتلقته الطبائع السليمة بالقبول بين جميع الناس، أو غالبهم، في جميع البلاد، أو بعضها من قول، أو معنى، أو فعل، إلا أن فقهاء الشريعة أضافوا قيداً على تعريف العرف وهو: مما لا تردده الشريعة وأقرتهم عليه⁴.

الفرع الثاني: تعريف العادة والفرق بينها وبين العُرف

بما أنه سبق؛ وأن عرفت العُرف، فسأكتفي بتعريف العادة أولاً، ثم التفرقة بينهما ثانياً.

أولاً- تعريف العادة: أتناول تعريفها من النواحي اللغوية، والشرعية، والقانونية، كالآتي:

1. من الناحية اللغوية: العادة في اللغة: تأتي بمعنى الدربة؛ وهي التماذي في الشيء حتى يصير له سجية. وقيل: هي الديدن يُعاد إليها، والمعادة: الرجوع إلى الأمر الأول⁵.

¹ يُنظر: أحمد سي علي، مدخل للعلوم القانونية - النظرية والتطبيق في القوانين الجزائرية -، ص 261-262.

² يُنظر: لحسين بن شيخ آث ملويا، القانون العربي الأمازيغي، ص 39.

³ يُنظر: توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية - النظرية العامة -، ص 99.

⁴ يُنظر: خالد بن إبراهيم الصقعي، شرح منظومة القواعد الفقهية للسعدي، 53/1. وعبد العزيز المشعل، أثر العرف والعادة في دراسة التوازل الفقهية مع تطبيقات فقهية معاصرة (مقال)، ص 8 و 9، اطلعت عليه يوم 2022/10/11م، في الساعة:

20:00، من موقع "مكتبة عين الجامعة" على الشبكة العنكبوتية، من الرابط الآتي: <https://ln.run/Po8UU>

⁵ يُنظر: الفراهيدي، كتاب العين، 218/2. وابن فارس، معجم مقاييس اللغة، 182/4. والرازي، مختار الصحاح، 221/1. وابن منظور، لسان العرب، 316/3. وفي كلها مادة: عود.

الفصل التمهيدي: ماهية العرف في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

2. من الناحية الشرعية: عرّف ابن عابدين¹ العادة بقوله: "إنَّ العادة مأخوذة من المعاودة، فهي بتكرارها، ومعاودتها مرّة بعد أخرى صارت معروفةً مُستقرّةً في النفوس والعقول، مُتلقاةً بالقبول من غير علاقةٍ ولا قرينةٍ حتّى صارت حقيقةً عُرْفِيَّةً"². وقال القرافي³: "العادة هي غلبة معنى من المعاني على الناس، وقد تكون هذه الغلبة في سائر الأقاليم؛ كالحاجة للغذاء... وقد تكون خاصّة ببعض الفرق؛ كالأذان للإسلام والتّاقوس للنصارى"⁴.

وعُرفت عند بعض فقهاء الشافعية والحنابلة⁵ بتعريفات قريبة من تعريف ابن عابدين المذكور آنفاً. ورجّح البعض أنّ العادة هي: "الأمر المتكرّر من غير علاقة عقلية"⁶.

3. من الناحية القانونية: عرّف بعض فقهاء القانون الجزائري العادة بأنّها الركن المادي؛ أي: تكرار سلوك النّاس في مسألة ما بطريقة معيّنة ولمدّة طويلة، أو هي مجموعة متواترة من التّصرفات أو الأفعال الإيجابية أو السّلبية⁷. وقيل: هي عبارة عن سلوكٍ عامٍّ ومُجرّد، يتبعه الأفراد بصورة عامّة ومطرّدة ويتكرّر استعماله، دون الاعتقاد بإلزامه لهم قانوناً، ولا تكون مُلزمةً لهم إلّا إذا اتّجّعت إرادتهم إلى الأخذ بها صراحةً أو ضمناً⁸.

ومن ينظر إلى هذين التّعريفين، لوجد أنّ القانونيين يعرفونها بأنّها ركنٌ ماديٌّ للعرف، لذا يذكّرونها مع الأركان ولا يذكّرونها مُستقلّةً عنها⁹.

ثانياً- الفرق بين العادة والعرف في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري:

بيان الفرق بينهما يكون كالآتي:

¹- هو: محمّد أمين بن عمر بن عابدين الدمشقيّ الحنفيّ، مُفسّر محدّث، فقيه وأصوليّ. وُلِدَ بدمشق وتُوفيَ ١٢٥٤ هـ، من مصنفاته: "ردُّ المختار على الدُّر المختار"، و"الرحيق المحتوم". يُنظر: الزركلي، الأعلام، 42/6.

²- ابن عابدين، مجموعة رسائل ابن عابدين، 114/2.

³- هو: شهاب الدّين، أبو العباس، الصنهاجيّ المصريّ، الفقيه المالكيّ، الأصوليّ، النّحويّ، تُوفيَ ٦٨٤ هـ، من أهمّ كتبه: "الفروق"، و"الدّخيرة". يُنظر: محمّد بن محمّد مخلوف، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، 270/1.

⁴- يُنظر: القرافي، الدّخيرة، 151/1.

⁵- يُنظر: الزركشي، المنشور في القواعد الفقهية، 97/2. وابن قدامة، المغني، 230/1.

⁶- ابن أمير الحاج، التّقرير والتّحجير على تحرير الكمال بن الهمام، 182/1.

⁷- عمار بوضياف، المدخل إلى العلوم القانونيّة - النّظرية العامّة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري -، ص 210.

⁸- يُنظر: أحمد سي علي، مدخل للعلوم القانونيّة - النّظرية والتّطبيق في القوانين الجزائريّة -، ص 235.

⁹- يُنظر: حبيب إبراهيم الخليلي، المدخل للعلوم القانونيّة - النّظرية العامّة للقانون -، ص 145.

الفصل التمهيدي: ماهية العُرف في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائي

1. الفرق بين العادة والعُرف في الفقه الإسلامي: اختلفت آراء العلماء في ذلك كالتالي:
القِسْمُ الأول: فريق لا يرى فرقاً بين العُرف والعادة، وأُهما لفظان مُترادفان، واختاره جماعة من أهل العلم، فقولهم: "هذا ثابتٌ بالعُرف والعادة، إنما ذُكر للتأكيد لا للتأسيس"¹. ومَن قال بهذا من المتقدمين النسفي وابن عابدين وتبعهما آخرون²، ومن المتأخرين محمد أبو زهرة، وعبد الوهاب خَلَّاف³، وصالح عوض⁴. وعليه تكون النسبة بينهما هي التساوي، ويكون عطفُ أحدهما على الآخر في كلام الفقهاء من باب الترادف⁵.
القِسْمُ الثاني: ذهب البعض إلى التفرقة بين العُرف والعادة، ذلك أنَّ العُرفَ مخصوصٌ بالقول، والعادةُ مخصوصةٌ بالفعل؛ أي العُرفُ العملي⁶. ومَن قال بهذا ابن الهمام رحمته الله وتبعه آخرون⁸. غير أنَّ هذا القصر لا معنى له؛ لأنَّ الفقهاء من السلف إلى الخلف أجروا العادة في الأقوال والأفعال معاً⁹.
القِسْمُ الثالث: أنَّ النسبة بين العُرف والعادة هي العموم والخصوص، فالعادة أعمُّ من العُرف مُطلقاً؛ إذ تُطلق على العادة الجماعية -العُرف- وعلى العادة الفردية، فكلُّ عُرفٍ هو عادةٌ، والعكس لا. ومَن قال بهذا القراني، ومصطفى الزرقا وتبعه آخرون¹⁰.
رغم أنَّ تعريف الزرقا-الذي أورده سابقاً- للعُرف بأنه العادة¹¹، يُوهِّمُ بترجيحه للمساواة بينهما، وربما يكون قد تأثر في رأيه هذا بمذهب فقهاء القانون الذين يعرفون العادة بأنها الركن
-
- ¹ يُنظر: علي كاشف الغطاء، مصادر الحكم الشرعي والقانون المدني، 118/1.
 - ² يُنظر: الجرجاني، التعريفات، 149/1. وزكريا الأنصاري، الحدود الأنيقة والتعريفات الدقيقة، 72/1.
 - ³ يُنظر: عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه وخلاصة تاريخ التشريع، ص 85.
 - ⁴ يُنظر: صالح عوض، أثر العُرف في التشريع الإسلامي، ص 61.
 - ⁵ يُنظر: أحمد أبو سنة، العُرف والعادة في رأي الفقهاء، ص 13.
 - ⁶ يُنظر: ابن أمير الحاج، التقرير والتحجير على تحرير الكمال ابن الهمام، 182/1.
 - ⁷ هو: كمال الدين، محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد بن مسعود السيواسي الأصل ثمَّ القاهري الحنفي، ويُعرف بابن الهمام. من كتبه: "شرح الهداية" و"التحجير". توفي رحمته الله عام 861هـ. يُنظر: حاجي خليفة، كشف الظنون، 358/1.
 - ⁸ الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، باب: عود، 443/8.
 - ⁹ يُنظر: أحمد أبو سنة، المرجع السابق، ص 11.
 - ¹⁰ يُنظر: القراني، شرح تنقيح الفصول، ص 48. ومصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، 874/2. ومصطفى شليبي، أصول الفقه الإسلامي، ص 325. وعمر الجديدي، العُرف والعمل في المذهب المالكي، ص 38.
 - ¹¹ يُنظر: تعريف الزرقا للعُرف، ص 20.

الفصل التمهيدي: ماهية العُرف في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

المادي للعُرف¹، بخلاف العُرف الذي يتكون من ركنين؛ أحدهما مادي وآخر معنوي يترتب عليه إلزام، ويُعاقب على مخالفته².

القول الرَّاجح: بناء على ما سبق؛ فالذي يميل الباحث إلى ترجيحه هو قول القائلين: إنَّ العُرفَ والعادة مترادفان؛ لأنَّ فقهاء الشريعة الإسلامية في استعمالهم يَسْتَخْدِمُونَ أحدهما مكان الآخر، فهما عندهم بمعنى واحد. وليس ثمة أثر ظاهر يَنبَنِي على التَّفريق بينهما، وإِنَّمَا هو مُجَرَّد اصطلاح، ولا مُشَاخَّة في ذلك³؛ لأنَّنا نتكلَّم عن العرف والعادة اللذين تُبْنَى عليهما أحكام الشرع⁴.

2. الفرق بين العادة والعُرف والعادة الاتِّفَاقِيَّة ونتائج التَّفَرُّق بينهما: وبيان ذلك كالآتي:

أ. الفرق بين العادة والعُرف في التشريع الجزائري: سبق وأن ذكرْتُ أنَّ العادة تُقُومُ على الرِّكن المادي فقط، والمتمثِّل في الاعتياد على تكرار سُلُوكٍ مُعَيَّن فترة زمنيَّة طويلة. في حين أنَّ العُرفَ يَتكوَّن من عنصرين؛ أحدهما مادي والآخر معنوي⁵. وعليه فإنَّ ما يُميِّزُ العُرفَ عن العادة هو الإلزام في العُرف، خلافاً للعادة التي تَفْتَقِدُ لذلك، إلَّا إذا تَمَّ الاتِّفَاق عليها، ومع ذلك تَظَلُّ غَيْرَ مُلْزِمَةٍ في حدِّ ذاتها، وإِنَّمَا ملزمة بمقتضى الاتِّفَاق؛ لأنَّ "العقد شريعة المتعاقدين".

ب. الفرق بين العادة والعادة الاتِّفَاقِيَّة في التشريع الجزائري: لقد ميَّز فقهاء القانون الجزائري بينهما، فذكروا أنَّ العادة تَنطَوِي على جانبٍ مادي فقط، وتَفْتَقِرُ لِعُنْصُرِ الإلزام، في حين أنَّ العادة الاتِّفَاقِيَّة هي سُلُوكُ دَآبِ النَّاسِ أو فَئَةٍ مُعَيَّنَةٍ على اتباعها وانصرفت إرادة أطراف العقد على التَّقْيُّد بها، وبالتالي فهي مُلْزِمَةٌ لأطراف العقد باعتبارها شَرْطاً من شروط العقد.

¹ يُنظر: محمَّد الطلبة، أثر العُرف والعادة في توجيه الأحكام الشرعيَّة والنصوص القانونيَّة (مقال)، ص 796.

² يُنظر: حبيب إبراهيم الخليلي، المدخل للعلوم القانونيَّة -النَّظَرِيَّة العامَّة للقانون-، ص 143 و 144.

³ يُنظر: مصطفى أبو عجيلة، العُرف وأثره في التشريع الإسلامي، ص 72. وعمر الجيدي، العُرف والعمل في المذهب المالكي، ص 45. وعادل قوته، العُرف حُجَّتُهُ وأثره في فقه المعاملات الماليَّة عند الحنابلة، 117/1-118.

⁴ يُنظر: علي محمد الجهيمي، حقيقة العُرف وحُجَّتُهُ بين الاستقلال والتبعية (مقال)، ص 408.

⁵ يُنظر: حبيب إبراهيم الخليلي، المرجع السَّابِق، ص 143.

⁶ يُنظر: محمَّد الصَّغِير بعلي، المدخل للعلوم القانونيَّة -نظرية الحقِّ ونظرية القانون-، ص 57.

الفصل التمهيدي: ماهية العُرف في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

ونظرًا لهذه الصفة -أي الإلزام- فإنَّ العادة الاتِّفَاقِيَّة أصبحت تَخْتَلِفُ عن العادة من هذه الناحية، ومن ناحية أخرى لا تَخْتَلِفُ العادة الاتِّفَاقِيَّة عن العُرف بعد أن اكتسبت صفة الإلزام ولو بالنسبة لعلاقة واحدة¹.

ج. نتائج التفرقة بين العادة الاتِّفَاقِيَّة والعُرف: سبق وأن قلت إنَّ العادة الاتِّفَاقِيَّة لا تخلو من صفة الإلزام، خاصة إذا اتَّفَق الأفراد فيها على الصفة الإلزامية، وضمَّنها في شروط الاتفاق. في حين أنَّ العُرف يمكن أن ينشأ عن قاعدة قانونية مُلزمة. وعليه فإنَّه يترتب على هذا التباين بينهما نتائج كثيرة من أهمها:

- من حيث افتراض العلم: طالما كانت القواعد العرفية قانونًا، فإنَّها تسري في حقَّ جميع المعنيين بها سواء علِّموا بها أم لم يعلِّموا، تطبيقًا لمبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون. أمَّا العادة الاتِّفَاقِيَّة، فهي مجرد واقعة مادية تستمد قوتها من إرادة المتعاقدين، ولا تكون مُلزمة إلا بالنسبة لهم، ولا يُتصوَّر سريانها في حقَّ من يجهلونها، ففي الجهل بعادة معينة لا يُتصوَّر بداهة اتجاه الإرادة إلى الأخذ بها صراحةً أو ضمنيًا.

ولما كان العُرف مُلزمًا تعيَّن على القاضي الإمام به والبحث عنه ليطبقه من تلقاء نفسه؛ أي ولو لم يتمسك به الخصوم، خلافًا للعادة الاتِّفَاقِيَّة التي هو غير مُلزم بمعرفتها².

- من حيث الإثبات: بما أنَّه يُفترض في القاضي العلم بالعُرف قبل تطبيقه على النزاع المعروض أمامه، إلَّا أنَّ الأمر يَخْتَلِفُ بالنسبة للعادة الاتِّفَاقِيَّة، التي هي مجرد واقعة مادية يقع عبء إثبات وجودها على ذوي المصلحة، فعليهم أن يثبتوا للقاضي أنَّ إرادتهم انصرفت للعمل بمقتضى عادة معينة وجسّدوا هذه الإرادة والرغبة في العقد، عندها يقوم القاضي بتطبيقها كشرط من شروط العقد. وعليه فالقاضي لا يطبّق العادة الاتِّفَاقِيَّة تلقائيًا، بل الأمر متوقّف على إثبات الخصوم لها،

¹ يُنظر: عمار بوضياف، المدخل إلى العلوم القانونية -النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري-، ص214.

² يُنظر: حبيب إبراهيم الخليلي، المدخل للعلوم القانونية -النظرية العامة للقانون-، ص146. وخليل أحمد قداد، شرح النظرية العامة للقانون في القانون الجزائري، ص102. وإبراهيم رحمان، الأدوار الوظيفية للعُرف في ضوء التحولات الاجتماعية المعاصرة -دراسة مقارنة- (مقال)، ص174.

الفصل التمهيدي: ماهية العُرف في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

فمضى أثبتوا ذلك اكتسبت هذه العادة قوةً وإلزاماً شريطة عدم مخالفتها قاعدة من قواعد التشريع، وألا تتعارض مع النظام العام. في حين العُرف قانون لا يمكن للقاضي تكليف الخصوم بإثباته¹.

- من حيث خضوع القاضي لرقابة المحكمة العليا: إعمالاً لنص المادة: 02/01 ق م ج²، التي تعتبر العُرف مصدراً احتياطياً من مصادر القانون، فإن أخطأ القاضي في تفسير العُرف أو تطبيقه، خضع لرقابة المجلس الأعلى أو المحكمة العليا خلافاً للعادة الاتفاقية التي هي مجرد واقعة تتصل بشروط التعاقد، وهي من مسائل الواقع التي تخرج عن نطاق رقابة المحكمة العليا³.

¹ يُنظر: حبيب إبراهيم الخليلي، المدخل للعلوم القانونية - النظرية العامة للقانون -، ص 146. وعمار بوضياف، المدخل إلى العلوم القانونية - النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري -، ص 214. وخليل أحمد قدارة، شرح النظرية العامة للقانون في القانون الجزائري، ص 102.

² تنص: "وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف"

³ يُنظر: حبيب إبراهيم الخليلي، المرجع السابق، ص 147. وعمار بوضياف، المرجع السابق، ص 214.

المطلب الثاني: أقسام العُرف وأركانه وشروطه

في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

فيه أحدّد أقسام العُرف في (فرع أول)، ثم أبين أركانه وشروطه في (فرع ثانٍ)، وكلّ ذلك في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، وتفصيل ذلك كالآتي:

الفرع الأول: أقسام العُرف في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

قُسّم العرف بحسب تعلّقه ببعض الأعمال والأفعال والألفاظ والمسميات إلى عدّة أقسام، سواء في الفقه الإسلامي أو في التشريع الجزائري. وفيما يأتي بيان أقسامه في كلّ منهما:

أولاً- أقسام العُرف في الفقه الإسلامي: قُسّم الفقهاء العُرف إلى أقسام متعدّدة وذلك وفقاً لاعتبارات معيّنة، أذكر أهمّها فيما يأتي:

1. بِاعْتِبَارِ مُتَعَلِّقِ العُرفِ وموضوعه: ينقسم إلى: عُرفٍ قَوْلِيٍّ، وعُرفٍ فِعْلِيٍّ.

أ. عُرفٌ قَوْلِيٌّ (لَفْظِيٌّ): وهو أن يَشِيْعَ بين النَّاسِ استعمال لفظ في معنى معيّن. بحيث يُصْبِحُ ذاك المعنى هو المفهوم المتبادر منه إلى الأذهان عند الإطلاق، بلا قرينة أو علاقة عقلية¹. كاستخدام لفظ "الوَلَدُ" في الذّكر، مع أنّه يُطْلَقُ في اللّغة على الذّكر والأنثى معاً²، ومنه قول كَعْبَلٍ: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ﴾ [النساء: 11]، بخلاف معناه في العُرف فإنّه يدلُّ على الذّكر فقط³.

ب. عرفٌ فِعْلِيٌّ (عَمَلِيٌّ): هو أن يُوضَعَ اللَّفْظُ لمعنى يَكْثُرُ استعمال أهل العُرف لبعض أنواع ذلك المُسمّى دون بقية أنواعه، كتعارف النَّاسِ على تقسيم الصّدّاق إلى مُقَدَّمٍ ومُؤَخَّرٍ، وأنّ الذي يجب دفعه قبل الزّواج هو المقدّم، وأمّا الثّاني فلا يَجِبُ إلّا بالموت أو الطّلاق⁴. وكلّ من هذين القسمين من الأعراف العمليّة والقوليّة ينقسم بحسب اعتبارات إلى أقسام⁵ منها:

2. بِاعْتِبَارِ عُمُومِ العُرفِ وَخُصُوصِهِ: يَنْقَسِمُ إلى: عُرفٍ عَامٍّ، وعُرفٍ خَاصٍّ.

¹ مصطفى الرّزقا، المدخل الفقهي العام، 2/875-878.

² الفراهيدي، كتاب العين، مادة: وَلَدَ، 8/71.

³ يُنظر: مصطفى أبو عجيبة، العُرف وأثره في التشريع الإسلامي، ص104. ومحمد محدة، مختصر علم أصول الفقه، 291.

وسعيد بوزيري، مدخل إلى دراسة الشريعة الإسلامية، ص79.

⁴ يُنظر: القرافي، الفروق، 1/173.

⁵ أسماء فخري محمد صويلح، العرف وتطبيقاته في الزّواج (مقال)، ص66.

الفصل التمهيدي: ماهية العُرف في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

أ. عُرْفٌ عَامٌّ: هو ما تَعَارَفَ عليه أكثر النَّاسِ في جميع البلدان على مُخْتَلِفِ العُصور سواء كان قديمًا أم حديثًا، وسواء أكان قوليًا أم فعليًا. ومثال ذلك: إقامة وليمة الزَّفاف في بيت الزَّوج¹.
ب. عُرْفٌ خَاصٌّ: هو ما يَتَعَارَفُهُ أهل بلدة أو إقليم أو فئة معيَّنة من النَّاسِ²، وهو مُتَنَوِّعٌ ومُتَجَدِّدٌ لا تُحْصَى صُورُهُ؛ لأنَّ مصالح النَّاسِ واحتياجاتهم وعلاقاتهم مُتَجَدِّدة³، ومثاله: "تَعَارُفُ استعمال لفظ الطَّلَاق في إزالة الزَّوجية"⁴، وإن كان لفظ الطَّلَاق هو لفظًا شرعيًا، وكتعارُفِ التَّجار فيما يُعَدُّ عيبًا يُنْقِصُ الثَّمَنَ في البضاعة المباعة⁵.

3. من حيث اعتبار العُرفِ وعدمه⁶: ينقسم إلى نوعين؛ هما:

أ. عُرْفٌ صَحِيحٌ مُعْتَبَرٌ: هُوَ مَا كَلَّفَ بِهِ الشَّرْعُ وَأَمَرَ بِهِ إِجَابًا أَوْ نَذْبًا، أَوْ نَهَى عَنْهُ كَرَاهَةً أَوْ تَحْرِيمًا، أَوْ أَذِنَ فِيهِ فَعَلًا أَوْ تَرْكًا، وهو ثابت بالنَّصِّ من كتاب أو سُنَّة أو إجماع، ولا يُقَوِّتُ مصلحةً مُعْتَبَرَةً، ولا يَجْلِبُ مفسدةً راجحةً⁷. "كتعارُفِ النَّاسِ على أنَّ ما يُقَدِّمُهُ الخاطب لمخطوبته من ثياب وحلوى ونحوهما يُعْتَبَرُ هَدِيَّةً وليس من الصَّدَاق"⁸. "وهذا النَّوعُ يجب مراعاته في الإفتاء والقضاء؛ لأنَّ المقصود من التشريع إصلاح حال النَّاسِ، وإقامة العدل بينهم في يُسر وسُهولة"⁹.
ب. عُرْفٌ فَاسِدٌ غير مُعْتَبَرٍ: "هو عرف ألغاه الشَّارع بأنَّ بني الأحكام والتَّشريعات على خلافه أو نهي عنه صراحةً بالتَّحريم أو الكراهية، أو هو ما خالف دليلًا من أدلَّةِ الشَّرْعِ أو قاعدة من قواعده الأساسيَّة بحيث يَجْلِبُ مَضَرَّةً أَوْ يُقَوِّتُ مَنْفَعَةً"¹⁰، كَعَادَةِ أَهْلِ الْجَاهِلِيَّةِ فِي التَّبَرُّجِ، وَالْجُمُعِ

¹ يُنظر: ابن عابدين، مجموعة رسائل ابن عابدين، 125/2. وعبد الله بن عبد المحسن التَّركي، أصول مذهب الإمام أحمد، ص585.

² يُنظر: ابن عابدين، المصدر السَّابق، 132/1. ووهبة الزُّحيلي، الوجيز في أصول الفقه، ص98.

³ يُنظر: عمر الجبدي، العُرفُ والعَمَلُ في المذهب المالكي، ص99.

⁴ أحمد أبو سنة، العُرفُ والعادة في رأي الفقهاء، ص19.

⁵ يُنظر: مصطفى الزُّرقا، المدخل الفقهي العام، 878/2.

⁶ يُنظر: عبد الله بن عبد المحسن التَّركي، المرجع السَّابق، ص586-587. وأحمد أبو سنة، المرجع السَّابق، ص21-22.

⁷ يُنظر: الشَّاطبي، الموافقات، 488/2.

⁸ شهرزاد بوسطلة، إعمال القواعد الفقهيَّة في منازعات الأحوال الشَّخصيَّة - قاعدة العادة محكَّمة نموذجًا - (مداخلة)، ص7.

⁹ إبراهيم رحامي، محاضرات في المدخل إلى دراسة التشريع الإسلامي، ص154.

¹⁰ محمَّد محمَّدة، مختصر علم أصول الفقه، ص290.

الفصل التمهيدي: ماهية العُرف في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ، وكأخذ الصَّدَاق من البنت¹، وتعارف النَّاس على إجراء الأعراس في قاعات الحفلات المختلطة، ونحو ذلك. فهذا النَّوع من الأعراف باطلٌ لمخالفته نصوص الشريعة وأهدافها².

4. باعتبار أنَّ العُرفَ مُنشئٌ لأحكام جديدة أو كاشف وضابط لها: فوفقًا لهذا الاعتبار تُقسَّم الأعراف إلى قسمين؛ وهما:

أ. أعرافٌ مُنشئةٌ لأحكام جديدة، لا يجوز الأخذ بها إلا إذا كانت ملائمة للشريعة مُنسجمة مع نصوصها وقواعدها العامة، فيكون العُرف في حقيقته عائدًا إلى المصالح المرسله، فدليله دليلها في حالة ما إذا اكتسب العُرف قوة باتِّفاق المسلمين على العمل به³.

ومَّا لا شكَّ فيه أنَّ كثيرًا من الأعراف والعادات مستندة على المصلحة المرسله، ذلك أنَّ الضَّرورة أو الحاجة تدعو إلى عمل من الأعمال، ثم يستمر الأمر على هذه الحالة حتى يُصبح عرفًا متأصلًا في نفوس النَّاس بحيث يَصْعُبُ عليهم تركه والتَّخلي عنه⁴. ومن أمثلة ذلك: أنَّ الإمام مالك رحمه الله قد عمِلَ بالعُرف واعتبره نوعًا من المصلحة، حتى إنَّه خصَّص به النُّصوص، فالمرأة ذاتُ الزَّوج تُجْبَرُ عَلَى إرضاع وَلَدِهَا لقوله ﷺ: «وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ» [البقرة: 233]، إِلَّا أَنْ يَكُونَ لَا يُرْضِعُ مِثْلَهَا لِشَرَفِهَا⁵، فقد خُصِّصَتِ الآيه بالعادة فَأُخْرِجَتِ المرأةُ الشَّريفة من هذا العموم، فلا يجب عليها الإرضاع؛ لأنَّ عادة العرب أنَّها لا تُرْضِعُ عندهم، وقد أقرَّهم النَّبيُّ ﷺ عليها، فهي مُخَصَّصة لعموم الآيه⁶.

ب. أعرافٌ كاشفةٌ أو ضابطةٌ، كأن تكون هذه الأعراف مُحْكَمَةً، فهي لا تُعتبر قائمة بنفسها كالنَّصِّ أو الإجماع، بل هي كاشفةٌ أو مُظْهِرَةٌ؛ لأنَّ المثبت هو الدَّلِيلُ الشَّرعي الذي ثَبَتَ به حُكْمُ الأصل لا ما عُلق عليه أو حُكِّمَ في الفرع. ومن أمثلة ذلك: أنَّ الله تعالى أوجب على المولود له

¹ يُنظر: عبد العزيز الخياط، نظرية العُرف، ص 37-38.

² يُنظر: عمر الجديدي، العُرف والعمل في المذهب المالكي، ص 221. ومصطفى أبو عجيله، العُرف وأثره في التشريع الإسلامي، ص 114. وأسما بنت عبد الله الموسى، العُرف حجته وآثاره الفقهيَّة (مقال)، ص 35.

³ يُنظر: يعقوب الباسحين، قاعدة العادة مُحْكَمَةً، ص 128.

⁴ يُنظر: أحمد سير المبارك، العرف وأثره في الشريعة والقانون، ص 128.

⁵ يُنظر: القراني، الدَّخيرة، 270/4.

⁶ يُنظر: القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، 161/3. وابن العربي، أحكام القرآن، 275/1. وابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 79/3. وعبد الله بن عبد المحسن التُّركي، أصول مذهب الإمام أحمد، ص 604.

النَّفَقَة والكسوة للمرضة تبعاً للعرف، فقال: **﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾** [البقرة: 233]. وجه الدلالة: أَنَّ الله ﷻ قد أحال تحديد الرِّزْق والكسوة بما تعارف عليه النَّاس واعتادوه¹. ويقول الإمام الطبري رحمه الله في تفسير هذه الآية: **﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ﴾**؛ أي: وَعَلَى آبَاءِ الصَّبَّانِ لِلْمَرَاضِعِ رِزْقُهُنَّ، وَيَعْنِي رِزْقَ وَالِدَتِهِنَّ، وَيَعْنِي بِالرِّزْقِ: مَا يَقُوتُهُنَّ مِنْ طَعَامٍ، وَمَا لَا بُدَّ لَهُنَّ مِنْ غِذَاءٍ وَمَطْعَمٍ، وَكِسْوَتُهُنَّ، وَيَعْنِي بِالْكِسْوَةِ: الْمَلْبَسُ.

وَيَعْنِي بِقَوْلِهِ: **﴿بِالْمَعْرُوفِ﴾**، بِمَا يَحِبُّ لِمِثْلِهَا عَلَى مِثْلِهِ، إِذْ كَانَ اللَّهُ تَعَالَى ذِكْرُهُ قَدْ عَلِمَ تَفَاوَتَ أَحْوَالِ خَلْقِهِ بِالْغِنَى وَالْفَقْرِ، وَأَنَّ مِنْهُمْ الْمُوسِعَ وَالْمُقْتِرَ، وَبَيَّنَّ ذَلِكَ، فَأَمَرَ كُلًّا أَنْ يُنْفِقَ عَلَى مَنْ لَزِمَتْهُ نَفَقَتُهُ مِنْ زَوْجَتِهِ وَوَلَدِهِ عَلَى قَدْرِ مَيْسَرَتِهِ، كَمَا قَالَ تَعَالَى: **﴿لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا﴾** [الطلاق: 7]. ويقول أيضاً في تفسيره لكلمة "المعروف" في الآية بأنه: مَا يَحِبُّ لِمِثْلِهَا عَلَى مِثْلِهِ، والمثلية هنا لا تُعرف إلا من طريق العُرف السائد في المجتمع³.

ثانياً- أقسام العُرف في التشريع الجزائري: وبيانها يكون كالآتي:

1. من حيث طبيعة القاعدة العرفية: ينقسم بحسب طبيعته إلى قسمين؛ وهما: عام وخاص⁴.
 - أ. عُرف عام: وهو مجموعة القواعد القانونية التي اطردت السلطات العامة على اتباعها في علاقاتها مع بعضها، أو مع الأفراد بوصفها السيادي خلال فترة زمنية طويلة وبصورة منتظمة وعلى سبيل التواتر. فيدخل في مفهومه العُرف الدولي والعُرف الدستوري والعُرف الإداري.
 - ب. عُرف خاص: هو مجموعة القواعد التي يُنشئها الأفراد في مباشرتهم لمعاملاتهم المدنية والتجارية مثلاً؛ أي لا يقتصر على طائفة أو مهنة معينة.

2. من حيث مجال العُرف أو نطاقه: يُقسّم بحسب مجاله أو نطاقه إلى نوعين⁵؛ هما:

¹ يُنظر: ابن العربي، أحكام القرآن، 274/1. وابن تيمية، مجموع الفتاوى، 85/34.

² هو: أبو جعفر محمد بن جرير الطبري، المفسر المحدث الفقيه الشافعي الأصولي المؤرخ، صاحب التصانيف الكثيرة، له جامع البيان في تأويل القرآن. توفي ﷺ سنة 310 هـ. يُنظر: تاج الدين السبكي، طبقات الشافعية، 120/3.

³ الطبري، جامع البيان في تأويل القرآن، 211/4.

⁴ يُنظر: عمار بوضياف، المدخل إلى العلوم القانونية - النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري -، ص 209.

⁵ ينظر: المرجع نفسه، ص 210.

الفصل التمهيدي: ماهية العُرف في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

أ. **عُرفٌ شامِلٌ**: وهو أن ينساق جميع أفراد الدولة لاتباع سلوك معين بصفة منتظمة خلال مدة طويلة، غير أنه لا يُتصور حاليًا وجود عُرفٍ شاملٍ، الأمر الذي أدى إلى تراجع العُرف وحلول التشريع محله.

ب. **عُرفٌ إقليميٌّ**: هو عُرف يقتصر تطبيقه على إقليم دون آخر أو على فئة دون أخرى؛ كالعرف السائد بين التجار أو المزارعين مثلاً.

3. **من حيث الالتزام بالعُرف**: ينقسم إلى قسمين؛ وهما: عُرفٌ آمرٌ، وآخر مُكَمِّلٌ¹.

أ. **عُرفٌ آمرٌ**: "وهو عرف منشئ لقاعدة قانونية، لا يجوز للأفراد مخالفتها، ولا الخروج عنها"²، لأنه مُتعلِّقٌ بالنظام العام والآداب العامة، ومن أمثلته: القواعد القانونية المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم، فهي قواعد أمرة بحيث لا يجوز لأحد التنازل عن أهليته أو التغيير في أحكامها، فلا يجوز مثلاً للأفراد الاتفاق على تعديل سنُّ الرشد، والتي يُحددها القانون في المادة: 40 من ق م ج بتسعة عشر عامًا.

ب. **عُرفٌ مُكَمِّلٌ**: "وهو العرف الذي يُقرّر الحكم في حالة عدم الاتفاق على خلافه، أو يُفسّر نية المتعاقدين عند عدم الدلالة عليها، سواء أنشأ بذاته، أم بإحالة المشرّع على عادة اتفاقية"³، فلا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفة أحكام القاعدة العرفية المكملّة. ويكون العرف مُكَمِّلاً إذا كان غير مُتعلِّقٍ بالنظام العام والآداب العامة. هذا، وقد نصّ المشرّع في المادة: 01 من ق م ج⁴، على أنّ القاضي مُلزَمٌ عند عدم وجود النصّ التشريعيّ بالرّجوع إلى مبادئ الشريعة، فإن لم يجد فيها فعليه أن يرجع إلى القواعد العرفية لاستكمال ما في التشريع من نقص، ومن أمثلة ذلك: أنّ العُرف الجاري في المجتمع الجزائري يُلزم الزوج بإعداد بيت الزوجية وتجهيزه⁵.

¹ يُنظر: إبراهيم رحمان، العُرف بين الوظيفة التشريعية وإشكاليات التحول الاجتماعي (مقال)، ص 102.

² أحمد سير المبارك، العرف وأثره في الشريعة والقانون، ص 84.

³ يُنظر: المرجع نفسه، ص 128.

⁴ يُنظر: الأمر رقم: 58-75، مؤرخ في 20 رمضان 1395 هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975م، يتضمن القانون المدني، ج ر، ع 78، الصادرة في 24 رمضان 1395 هـ الموافق لـ 30 سبتمبر 1975م. معطل ومتّم بالأمر رقم: 05-10، مؤرخ في 20 يونيو 2005م، ج ر، ع 44، القانون رقم: 07/05 المؤرخ في: 13/05/2007م، المتضمن القانون المدني الجزائري.

⁵ يُنظر: أحمد الشامي، إثبات متاع البيت في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري (مقال)، ص 29.

الفصل التمهيدي: ماهية العُرف في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

في حين أنه يَغيبُ دور العُرف في القانون الجنائي الذي يستند لمبدأ شرعية الجريمة والعقوبة، فعدم حصر الجرائم وتحديد عقوبات معينة لها بقواعد مكتوبة، يعني إباحة الفعل الإجرامي¹. على ضوء ما سبق؛ يظهر للباحث أن الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري يتفقان في أوجه، ويختلفان في أخرى. وفيما يأتي بيانهما:

1. أوجه الاتفاق: وتمثل فيما يأتي:

أ. كلاهما يُقسّم العُرف باعتبار عُمومه وخصُوصه إلى: عُرف عام وآخر خاص.
ب. اتفق كلٌّ من الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري على تقسيم العُرف إلى عُرف صحيح وعُرف فاسد.

ج. يكاد يكون العُرف الإقليمي في التشريع هو نفسه العُرف الخاص في الفقه الإسلامي فكلاهما عدّ عُرف التُّجار ضمن العُرف الخاص، إلّا أن المشرع أدرجه أيضًا في العُرف الإقليمي.
2. أوجه الاختلاف: نذكر من أهمّها:

أ. تميّزت تقسيمات العُرف في الفقه الإسلامي بالدقة والشُمولية لكلّ أنواع العُرف، بخلاف التشريع الجزائري الذي اقتصر على بعض التقسيمات وإن كان هناك تداخل وخلط بينها.

الفرع الثاني: أركان العُرف وشروطه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

في هذا الفرع أتناول أركان العُرف وشروطه في الفقه الإسلامي (أولًا)، ثم أركانه وشروطه في التشريع الجزائري (ثانيًا). وفيما يأتي بيان ذلك:

أولًا- أركان العُرف وشروطه في الفقه الإسلامي: بياهما يكون على النحو الآتي:

1. أركان العُرف في الفقه الإسلامي: رغم أن الفقهاء القدماء لم يُحدّدوا للعُرف أركانًا، إلّا أن بعض الباحثين المعاصرين أشاروا إلى ذلك، غير أنهم انقسموا على مذهبين:

المذهب الأول: نهج أصحابه منهج القانونيين الذين استنبطوا أركان العُرف من تعريف النّسفي سالف الذكر، والذي يركز أساسًا على السُّلوك، وبالتالي يُقسّمونه إلى ركنين²، هما:

¹ يُنظر: محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية - الوجيز في نظرية القانون -، ص 196.

² يُنظر: يعقوب الباحسين، قاعدة العادة مُحكّمة، ص 60 وما بعدها. ورهيفة سليمان حمادة، العُرف وأثره في حقوق الزوج في الفقه الإسلامي، ص 07. ونوال سعيد العفيفي، أثر العُرف على حقوق الزوجة، ص 13.

الفصل التمهيدي: ماهية العُرف في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

أ. الركن المعنوي (النَفْسِي): هو اعتقاد النَّاس بأنَّ العادة التي اطرد سلوكهم على اتباعها مُلزمة لهم قانوناً، ويتعيَّن عليهم طاعتها، ويُوصَفُ هذا العنصر بأنه عُنْصُرُ نَفْسِيٍّ مُلْزِمٌ.

ب. الركن المادي (العادة): هو اطراد أو تكرار سلوك النَّاس في مسألة ما بطريقة معيَّنة، والمقصود بالاطراد أن يكون العمل بالعرف بين المتعارف بينهم مُستَمِرّاً في جميع الحوادث دون تخُلْفٍ، وأمّا المقصود بالغلبة فهي حصول العمل بالعرف في أكثر الحوادث¹.

المذهب الثاني: ذهب بعض العلماء والباحثين إلى أنَّ للعرف ثلاثة أركان²، وهي:

أ. الركن الأول: المُعتَادُ؛ وهو الفرد في العادة الفردية، أو الجمهور المزاوِل للعرف في العادة الجماعية، فالعرف في تحقيقه يَعْتَمِدُ على نصاب عَدَدِيٍّ من النَّاس.

ب. الركن الثاني: المُعتَادُ عليه؛ وهو محلُّ الاعتياد أو الأمر المتعارف عليه، والذي تلقَّته الطَّبَّاع السَّليمة بالقبول، سواء أكان هذا الأمر قولاً؛ كالألفاظ المستعملة في معنى عرْفِيٍّ يختلف عن المعنى اللُّغوي، أم فعلاً؛ كالأفعال المتعارف عليها، كأن تكون مصاريف التَّقل على البائع للمشتريات الثَّقيلة في عُرْفِ بلد ما.

ج. الركن الثالث: الاعتياد؛ أي الاستعمال المتكرَّر والمستقر، بالإضافة إلى المعقوليَّة، فالعادة: هي الأمر المتكرَّر، سواء كان من غير علاقة عقليَّة، أم من علاقة عقليَّة، والعرف: ما استقرت النَّفوس من جهة العقول، وتلقَّته الطَّبَّاع بالقبول³، بإطلاق الأفراد لألفاظ على معاني خاصَّة يقومون بها لا تُكوِّن عُرْفاً لديهم إلَّا بتكرارها المرَّة تلو الأخرى، وكذلك إذا جرى العمل وفق تصرفات معيَّنة من تصرفاتهم، فإنَّ ذلك لا يُكوِّن عُرْفاً إلَّا باعتياد النَّاس متابعته وتكراره، ممَّا يُفيد استقراره في نفوسهم وقبول طبائعهم له، الأمر الذي يُكسِبُ هذه الأعراف الجارية التَّعامل بها قوَّة مُلزمة عند تطبيقها⁴.

غير أنَّ هذه الأركان الثلاثة للعرف غير كافية لجعل العرف مُعتَبَراً ومُحكِّماً، لذلك وضع الفقهاء والأصوليون شروطاً لاعتباره. وهذا ما سأبحثه في العنصر الموالي.

¹ يُنظر: نوال سعيد العفيفي، أثر العرف على حقوق الزوجة، ص 13.

² يُنظر: أحمد أبو سنة، العرف والعادة في رأي الفقهاء، ص 61. ونوال سعيد العفيفي، المرجع السابق، ص 13.

³ يُنظر: أحمد أبو سنة، المرجع السابق، ص 61. ونوال سعيد العفيفي، المرجع السابق، ص 13.

⁴ يُنظر: رهيبة سليمان حمادة، العرف وأثره في حقوق الزوج في الفقه الإسلامي، ص 07.

2. شروط العُرف في الفقه الإسلامي: يُشترط في العُرف لاعتباره والإحالة إليه، شروطٌ معينة تتناسب مع أصول الشريعة وكلياتها، فإن توفرت فيه كان صالحاً للاعتبار. أذكر من أهمها:

أ. أن لا يُخالف نصاً شرعياً أو قاعدةً مطلقةً: فالشَّرع بنصوصه وقواعده هو الأساس الأول والمرجع لكل نزاعٍ وخِصامٍ عملاً بقوله ﷺ: «فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا» [النساء: 59]، وجه الدلالة: دلَّت الآية على أن الرَّدَّ إلى الله يكون بالرَّدَّ إلى كتابه، والرَّدَّ إلى رسوله يكون بالرَّدَّ إلى سُنَّته، وتَدْخُلُ الأدلَّةُ الأخرى في الأمر بالرَّدَّ إليهما تبعاً لهما¹، فالأعرافُ المعتمدة هي التي توافق الأدلَّةَ الأصوليةَ المعتمدة، وشروط القضاء بها أن لا تُخالف الأحكام الشرعية²، أمَّا ما وَرَدَ منها على خلافها أو على خلاف روح الشريعة، فهي مردودة³؛ لأنَّ العمل بها في حالة مخالفتها لنصوص شرعية أو أصول قطعية في الشريعة هو تعطيل لها⁴.

ب. أن يكون العُرف عامّاً مُطَرِّداً أو غالباً: أي أن يكون العمل به -لدى متعارفيه- جارياً في جميع الحوادث من غير تحلُّف، وهذا هو معنى الاطراد. فالعُرف مثلاً على تقسيم الصِّدَاق في النِّكاح إلى معجلٍ ومؤجلٍ، إمَّا يكون مُطَرِّداً في البلد إذا كان أهله يُجرونه على هذا التَّقْسيم في جميع حوادث النِّكاح. أو أن يكون العمل به جارياً في أكثر الحوادث، وهذا معنى العَلَبَةِ؛ أي اشتراط الأغلبية العملية في العُرف لأجل اعتباره حاكماً في الحوادث. ولا يقدر في ذلك تحلُّفه على وجه النُّدور⁵. وقد عبَّر بعضهم عن هذا الشرط بقوله: "إمَّا تُعْتَبَرُ الْعَادَةُ إِذَا اطَّرَدَتْ أَوْ غَلَبَتْ"⁶. غير أن هذا الشرط مُخْتَلَفٌ فيه بين العلماء⁷.

¹- يُنظر: ابن العربي، أحكام القرآن، 574/1.

²- يُنظر: ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، 277/2.

³- يُنظر: محمد بن التَّمين، إعمال العُرف في الأحكام والفتاوى في المذهب المالكي، ص 109.

⁴- يُنظر: معاذ بن محمد الحبيب، التطبيقات القضائية في مسائل الأحوال الشخصية (مقال)، ص 4470.

⁵- يُنظر: الشَّاطِبي، الموافقات، 575/2.

⁶- ابن نجيم، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النُّعْمان، ص 81.

⁷- فذهب بعض الحنفية والشافعية إلى اعتبار العُرف العام لا الخاص في بناء الأحكام. أمَّا المالكية ومن وافقهم فذهبوا إلى أن العُرف الخاص مُعْتَبَرٌ كذلك في بناء الأحكام. يُنظر: ابن عابدين، مجموعة رسائل ابن عابدين، 132/2. وأحمد أبو سنة، العُرف والعادة في رأي الفقهاء، ص 58 وما بعدها.

ج. أن يكون العرف سابقاً للنَّازلة المراد تحكيمه فيها: بمعنى أنَّه يُعْمَلُ بالعُرف فيما يوجد بعده لا فيما وُجِدَ قبله هذا بالنَّسبة للعُرف اللفظي، أمَّا العُرف العملي فيُعتبر في كلِّ تصرف كان موجوداً وقت التَّصرف دون الحادث بعده¹.

وإذا كان الفقهاء لم يصرحوا بشرط القدم في العرف، إلَّا أنَّه يمكن أن يعتبر الاطراد من لوازم ذلك؛ إذ لا بُدَّ من مرور فترة زمنية معتبرة على نشوئه واستقراره، والتَّعامل به. وبهذا الشرط يُخْرُجُ أمران، أوَّلهما: ما إذا كان العُرف طارئاً على التَّصرف، أو حادثاً بعده.

وثانيهما: ما إذا كان سابقاً على التَّصرف، وتغيَّر قبل إنشائه، فإنَّه لا يُحْمَلُ على كلِّ منهما²، لأنَّ العوائد الطَّارئة بعد النُّطق لا يُقْضَى بها على النُّطق، ونظيره إذا وقع العقد في البيع، فإنَّ الثَّمَن يُحْمَلُ على العادة الحاضرة في التَّقد، لا على ما يطرأ بعد ذلك من العوائد في التَّقود، إذ لا عبرة بها في هذا البيع المتقدِّم، وإنَّما تُعْتَبَرُ من العوائد ما كان مُقَارِناً لها³.

د. ألا يُعارض العُرف تصرُّحاً بخلافه: ففي حالة التَّصريح بخلافه فلا اعتبار له، وهذا الشرط يختصُّ بالعُرف الذي يُنزلُ منزلة النُّطق بالأمر المتعارف⁴، وعملاً بالقاعدة الفقهية "المعروفُ عُرفاً كالمشروطِ شرطاً"⁵. "فعلة تنزيل الأمر المتعارف منزلة الشرط، هي سُكُوثُ المتعاقدين عن الأمر المتعارف، وعدم اشتراطهم إياه صراحةً يُعْتَبَرُ واقِعاً منهم اعتماداً على العُرف الجاري"⁶.

هـ. أن يكون العُرف مُلْزِماً: ومعنى ذلك أن يَتَحَتَّمَ العمل بمقتضاه في نظر النَّاسِ⁷، ويصير العُرف مُلْزِماً ومُعْتَبَراً في التَّشريع متى توفرت فيه الشُّروط السابقة مُجْتَمعة، وهذا المعنى يُشِيرُ إليه قول الفقهاء: "العادة مُحْكَمَةٌ"⁸، "لفظ الطَّلَاق إنَّما أزالَ العِصْمَةَ بغير الوضع اللُّغوي، بل بالوضع

¹ - يُنظر: أحمد أبو سنة، العُرف والعادة في رأي الفقهاء، ص 65.

² - يُنظر: أحمد أبو سنة، المرجع نفسه، ص 65. وعمر الجيدي، العُرف والعمل في المذهب المالكي، ص 113-114.

³ - يُنظر: القرافي، شرح تنقيح الفصول، ص 211.

⁴ - يُنظر: أحمد أبو سنة، المرجع السابق، ص 67.

⁵ - أحمد الزُّرقا، شرح القواعد الفقهية، ص 237.

⁶ - مصطفى الزُّرقا، المدخل الفقهي العام، ص 901.

⁷ - يُنظر: أحمد أبو سنة، المرجع السابق، ص 66.

⁸ - الشُّيوطي، الأشباه والنظائر في فروع الشَّافعية، ص 7.

الفصل التمهيدي: ماهية العُرف في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

العُرفي، وإنما هو مجاز عن اللغة لا حقيقة، وفائدة الفرق أنه إنما يُفيد زوال العِصمة بالعُرف والعوائد¹.

إلا أن هذا الشرط ما هو إلا نتيجة لتحقيق شرائط العُرف مجتمعة، لا شرط له؛ إذ تقدّم أن ممّا قيل في حدّ العُرف الاصطلاحيّ: كونه ما استقرّ في النفوس من جهة العقول، وتلقته الطّباع السليمة بالقبول. وما استقراره وتلقيه بالقبول إلا دليل الشعور بكونه ملزماً².

ثانياً- أركان العُرف وشروطه في التشريع الجزائري: أفصل فيهما على النحو الآتي:

1. أركان العُرف في التشريع الجزائري: قسّم القانونيون أركان العُرف إلى ركنين؛ هما:

أ. رُكنٌ معنويّ: وهو اعتقاد الناس بالزامية العادة؛ أي شعورهم كافة بأنهم ملزمون باتّباع هذا السلوك الذي صار مفروضاً عليهم، إذ يُصبح قاعدة قانونيّة ملزمة يُعاقب على مخالفتها. وبالتالي فهذا الرُكن يرتقي بالعادة إلى منزلة العُرف باعتباره مصدراً احتياطياً.

ب. رُكنٌ ماديّ: وهو اعتياد الناس على اتّباع مجموعة من التّصرفات والأفعال التي تخصّ أحد أمور حياتهم في المجتمع وتكرارها مراراً، ويؤدي هذا التّكرار إلى نشوء عادة، وهذه الأخيرة لا بُدّ أن تتوفر فيها شروط معيّنة من اطرادٍ وقِدَمٍ وعدم مخالفة للنّظام العامّ، حتى تُطلقَ عليها اسم قاعدة عُرفيّة، ولتوفر هذا الرُكن لا بُدّ أن تتحقّق فيه شروط معيّنة تجعله مُعتبراً ومُحكّماً قانوناً³.

2. شروط اعتبار العُرف في التشريع الجزائري: يشترط في العُرف لاعتباره قانوناً ما يلي:

أ. الاطراد والثبات؛ بمعنى أن يكون السلوك المنشئ للعُرف قد اطرّد الناس على اتّباعه منذ نشوئه بطريقة منتظمة دون تغيير أو انقطاع، فلا يظهر في وقت ويغيب في وقت آخر؛ أي أنه ليس بالسلوك العارض أو المؤقت، بل هو سلوك يلازمه التّواتر والانتظام مدّة زمنيّة معيّنة⁴.

¹ - القرائي، الفروق، 39/1.

² - يُنظر: صالح عوض، أثر العُرف في التشريع الإسلامي، ص 228 وما بعدها. وعادل قوته، العُرف حُجّيته وأثره في فقه المعاملات الماليّة عند الحنابلة، 246/1.

³ - حبيب إبراهيم الخليلي، المدخل للعلوم القانونيّة - النّظرية العامّة للقانون -، ص 143-144. وعمار بوضياف، المدخل إلى العلوم القانونيّة - النّظرية العامّة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري -، ص 211. ومحمّد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونيّة - الوجيز في نظرية القانون -، ص 173-177.

⁴ - يُنظر: عمار بوضياف، المرجع السّابق، ص 211. ومحمّد سعيد جعفرور، المرجع السّابق، ص 174.

الفصل التمهيدي: ماهية العُرف في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

ب. **العمومية:** وهي عنصرٌ لازمٌ لاكتساب السلوك صفة القاعدة العُرفية، وهذه الأخيرة لكي تُعتبر مصدرًا للقانون وجب أن يكون خطأها موجهًا إلى مجموعة من الأشخاص غير معينين بذواتهم. وليس معنى العمومية أن يكون السلوك شاملاً لكل إقليم الدولة، إذ قد يكون خاصاً بإقليم معين أو طائفة معينة أو أهل مهنة معينة؛ كالتجار مثلاً. فالعموم ليس معناه الإجماع، وإنما يكفي الشيوع لنشوئه ولو شدَّ بعض الأفراد¹.

ج. **القدم:** بمعنى أن يكون قد مضى على اتباع ذلك السلوك أو تلك العادة مدّة زمنية تكفي لتأكيد استقرارها، ويخضع تحديد المدّة اللازمة لاعتبار العادة قديمةً ومستقرة لتقدير قاضي الموضوع، ومدّتها تختلف باختلاف البيئة التي تنشأ فيها².

د. **مطابقة العُرف للنظام العام والآداب العامة في المجتمع:** وهذا الشرط يفرضه مبدأ المشروعية، فحتى يرتقي عُرفٌ معينٌ إلى مرتبة القواعد القانونية، وجب عدم مخالفة مضمونه للنظام العام³. كما هو الشأن بالنسبة لعادة الأخذ بالثأر، فإنّه لا ينشأ عنها عرفٌ مُلزمٌ قانوناً، لأنّها تتعارض مع قاعدة أساسية وهي أنّ الدولة هي صاحبة السُلطة، وهي التي تتولى القصاص من الجناة، كما يُشترط فيه كذلك أن يتولّد في أذهان الناس الشُّعور بضرورة احترامه، وأنّ مخالفته تستوجب توقيع الجزاء عليهم⁴.

هـ. **ألا يكون مخالفاً للتشريع القائم:** فإذا تعارضت قاعدة عُرفية مع قاعدة تشريعية، فالعمل يكون بالقاعدة التشريعية باعتبارها مصدرًا أعلى درجة⁵.

وبناء على ما سبق؛ فالذي يبدو للباحث أنّ هناك نقاط اتّفاق بين أركان العرف في كلّ من الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، وأيضاً نقاط أخرى للاختلاف بينهما، وتفصيلهما يكون كالآتي:

¹ يُنظر: حبيب إبراهيم الخليلي، المدخل للعلوم القانونية - النظرية العامة للقانون -، ص 143. وجمال كركار، أثر العُرف في تعيّر الفتوى، ص 31.

² يُنظر: إسماعيل شاهين، المدخل لدراسة العلوم القانونية، ص 161-162.

³ يُنظر: حبيب إبراهيم الخليلي، المرجع السابق، ص 143-144. وعمار بوضياف، المدخل إلى العلوم القانونية - النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري -، ص 211. ومحمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية - الوجيز في نظرية القانون -، ص 176. وجمال كركار، المرجع السابق، ص 32.

⁴ يُنظر: عمر الجيدي، العُرف والعمل في المذهب المالكي، ص 115.

⁵ يُنظر: محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص 176.

أ. أوجه الاتفاق:

- سلك بعض الفقهاء المعاصرين نفس مَسَلِك القانونيين في تقسيم أركان العُرف إلى ركن مادي وآخر معنوي، مستنبطين ذلك من تعريف النسفي للعُرف.

ب. أوجه الاختلاف: تبرز في النقاط الآتية

- خالف بعض الفقهاء تقسيم القانونيين لأركان العُرف، فذكروا أنها ثلاثة، وهي: المعتاد (وهو العادة الفردية أو الجماعية)، والمعتاد عليه (وهو الأمر المتعارف عليه)، والاعتیاد (التكرار والاستقرار)، بدلاً عن التقسيم الثنائي لأركانه عند القانونيين؛ أي ركن مادي وآخر معنوي.

- عند تأمل أركان العُرف في كلٍّ منهما، يتبين أنها عند فقهاء الشريعة لم تشمل على الركن المعنوي الموجود عند القانونيين؛ والذي هو القوة الملزمة للعُرف، بل عدّوه شرطاً لا ركناً، ثم إن هذا الشرط ما هو إلا نتيجة لتحقيق شرائط العُرف مجتمعة. أمّا التشريع الجزائري فقد ركّز على توفّر الركنين معاً؛ المادي والمعنوي حتى يكون مُعتبراً قانوناً.

- خصّ الفقهاء العُرف بما كان مقبولاً عقلاً، وجعلوا معقولية المتكرّر ركناً فيه، في حين لم يفعل القانونيون ذلك.

كما يبرز للباحث أنّ هناك نقاط اتفاق بين شروط العرف في كلٍّ من الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري ونقاط أخرى للاختلاف بينهما، وبيانها يكون كالآتي:

أ. أوجه الاتفاق: تظهر فيما يأتي

- أنّ كلّاً من الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري لا يعتبرا العُرف إذا خالف نصّاً تشريعياً أو قاعدة عامّة أو مبدأ عاماً.

- يشترط كلّ من الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري أن يكون العُرف مُطرداً وثابتاً، وقديماً؛ أي موجوداً عند حدوث التصرف، حتى يتمكن الفقيه والقانوني والقاضي من الإلزام به، وبناء الأحكام عليه.

- يُوجب كلّ من الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري في العُرف لكي يصير مُلزماً ومُعتبراً في بناء الأحكام عليه أن يستقرّ في النفوس، بالإضافة إلى توفّر الشروط سالفة الذكر فيه، وهذا المعنى يُشير إليه قول الفقهاء: "العادة مُحكّمة"، وإن كان شرط الإلزام يُعتبر نتيجة لتحقيق شرائط العُرف السابقة.

ب. أوجه الاختلاف: تتمثل فيما يأتي

- اشترط الفقه الإسلامي شروطاً لا بُدَّ من توافرها مجتمعة في العُرف حتى يكون واجب الاعتبار والتطبيق، فإذا فُقدَ بعضاً من هذه الشروط، كان العُرف فاسداً، وبالتالي وَجِبَ تركه. ولعلَّ من أهمِّ هذه الشروط التي راعاها فقهاء الشريعة وأغفلها القانونيون هو عدم مخالفة العرف للشريعة الإسلامية ومبادئها العامة؛ لأنَّ العُرف الفاسد لا يُعتدُّ به في الشرع، ولا تُبنى عنه الأحكام.
- اكتفى المشرع الجزائري باشتراط بعض الشروط، منها عدم مخالفة العُرف للنظام العامِّ أو التشريع، وإن كان هذا الشرط محل خلاف بين فقهاء القانون، فمنهم من ذهب إلى أنَّ شرط منفاة النظام العامِّ والآداب العامة يستقرُّ على العرف العامِّ الشامل، والعرف المحلي والمهني معاً، وذهب آخرون إلى أنَّ هذا الشرط متعلِّق بالعرف المحلي والمهني فقط، وتفسيرهم لذلك أنَّ العرف العامِّ المعتبر يكون قانوناً، ويستحيل أن يكون متعارضاً مع النظام العامِّ¹.
- أنَّ العُرف في الفقه الإسلامي يُعتمدُ في إقراره والالتزام به على نصوص الشريعة الإسلامية ومبادئها العامة، بينما في التشريع الجزائري يُعتمدُ على القواعد القانونية العرفية التي قد يَعتريها النقص.

¹ - يُنظر: مصطفى عرجاوي، النظرية العامة للقانون، ص 251.

المبحث الثاني: حُجَّةُ العُرْفِ وأدواره
في الفقه الإسلامي والتَّشريع الجزائري
وفيه مطلبان:

المطلب الأول: حُجَّةُ العُرْفِ في الفقه الإسلامي والتَّشريع الجزائري
المطلب الثاني: أدوار العُرْفِ في الفقه الإسلامي والتَّشريع الجزائري

المطلب الأول: حُجَّة العُرف في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

قسَّمته إلى فرعين، أتحدث عن حُجَّة العُرف في الفقه الإسلامي في (فرع أول)، ثم عن حُجَّته في التشريع الجزائري في (فرع ثانٍ)، وبيانهما يكون كالآتي:

الفرع الأول: حُجَّة العُرف في الفقه الإسلامي

ويقصد بحُجَّة العُرف صلاحيته لاستنباط الأحكام الشرعية منه، وإلزام الأشخاص المكلفين به، وبناء عليه فإنَّ حُجَّته تتضمَّن من جهة شرعية أخذ الحكم به، ومن جهة أخرى مشروعية الإجماع عليه¹. ثم إنَّ الفقهاء قد اتَّفَقوا في الجملة على اعتبار العُرف الصحيح والاحتجاج به، لكونه دليلاً شرعياً وأصلاً يُنبني عليه شطرٌ عظيمٌ من أحكام الفقه، مع تفاوتهم في الأخذ به، فتوسَّع في ذلك المالكية²، ثمَّ الحنفية³، فالشافعية⁴ وأخيراً الحنابلة⁵، واستدلُّوا على حُجَّته بأدلة من الكتاب والسنة والإجماع والمصلحة والمعقول، وتُفصِّلُها كالآتي:

أولاً- من الكتاب: قوله ﷺ: **«خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ»** [الأعراف:199]. وقد استدللَّ القراني بهذه الآية في مسألة إذا اختلف الزوجان في متاع البيت، حيث يقول: "لنا في قوله ﷺ: **«خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ»**، فكلُّ ما شهدَتْ به العادة فُضِيَ به لظاهر الآية السابقة إلَّا أن يكون هناك بيِّنة. فحيث أمر الله نبيَّه ﷺ بأن يأمر بالعُرف، وهو ما اعتاده النَّاس وَجَرَتْ عليه تعاملاتهم، دلَّ ذلك على اعتبار العُرف في الشرع⁶.

ثانياً- من السنة النبوية: ما روته عائشة رضي الله عنها أَنَّ هِنْدًا بِنْتُ عُتْبَةَ قَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّ أَبَا سُفْيَانَ رَجُلٌ شَحِيحٌ، لَا يُعْطِينِي مَا يَكْفِينِي وَوَلَدِي إِلَّا مَا أَخَذْتُ مِنْهُ وَهُوَ لَا يَعْلَمُ، فَقَالَ ﷺ: **«خُذِي مَا يَكْفِيكَ وَوَلَدُكَ بِالْمَعْرُوفِ»**⁷. وجه الاستدلال: دلَّ الحديث على أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ رَدَّ التَّفَقُّعَ إِلَى

¹ يُنظر: محمد كمال الدين إمام، أصول الفقه الإسلامي، ص220.

² الشَّاطِطِي، الموافقات، 493-489/2.

³ الكاساني، بدائع الصَّنَائِع في ترتيب الشَّرَائِع، 233/5.

⁴ السُّيُوطِي، الأشباه والنَّظَائِر في فروع الشَّافِعِيَّة، ص89-99.

⁵ ابن النَّجَّار، شرح الكوكب المنير، 448/4.

⁶ يُنظر: القراني، الفروق، 149/3.

⁷ مُتَّفَق عليه؛ أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب التَّفَقُّعات، باب إذا لم ينفق الرَّجُلُ لِلْمَرْأَةِ أَنْ تَأْخُذَ بِغَيْرِ عِلْمِهِ مَا يَكْفِيهَا وولدها بالمعروف، رقم 5364، 65/7. ومسلم في صحيحه، كتاب الأقضية، باب قضية هند، رقم 1714، 1238/3.

الفصل التمهيدي: ماهية العُرف في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

المعروف، وهو ما عُرفَ أَنَّهُ يكفيها من الطَّعام وغيره عُرفًا. هذا وإنَّ العُرف يُعتمد في الأمور التي ليس فيها تحديد شرعيّ، وهو أمر مَعْمُول به عند الفُقهاء، فهو كالشَّرط اللازم في الشَّرع¹.

كما أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قد أَقرَّ الأعراف الصَّالحة التي وجدها سارية عند العرب قبل الإسلام، الأمر الذي يُفيد استمرار العمل بالأعراف الصَّالحة، وهو أمرٌ مطلوبٌ أو على الأقل مُباحٌ، لأنَّه لو لم يكن الأمر كذلك لنهى عنه النَّبِيُّ ﷺ؛ لأنَّه يَسْتَحِيلُ أَنْ يُقَرَّ المنكر وَيَسْكُتَ عنه إذا عَلِمَهُ، وقد ثبت اعتبار الإسلام وإقراره لأعراف وعادات جاهلية؛ كبيع السِّلَم²، والكفافة في الرِّوَج³.

ثالثًا- من الإجماع: قد يَسْتَنِدُ العُرفُ إلى الإجماع العمليّ، بأنَّ يكون الدَّلِيل هو الإجماع فيكون هو مستند اعتبار العُرف وملاحظته في القضية، وذلك فيما لو تعارف النَّاسُ في عصر من العصور على عملٍ واستمروا عليه، ولم يُنكَرْ ذلك عليهم. ومن أمثلته عقد الاستصناع⁴ فقد عَمِلَ به النَّاسُ النَّاسُ في سائر العصور من غير نَكِيْرٍ، فمستنده في هذه الحالة هو الإجماع⁵.

رابعًا- المصالح: فلولا اعتبار المصالح، لما استطاع الإنسان أن يُرَتَّبَ شؤونه، ويُنظَّمَ حياته الفرديَّة، والاجتماعيَّة، وذلك لكثرتها من جهة، وتعقدها من جهة أخرى، والأمثلة على اعتبار المصالح كثيرة، أذكر منها: أَنَّ الإمام مالك ﷺ قد عَمِلَ بالعُرف واعتبره نوعًا من المصلحة، حتى إنَّه خصَّص به النُّصوص، حيث اعتبر المرأة ذاتُ الحسب والثروة في عدم الإجبار عَلَى الإرضاع، لقوله ﷺ: **«وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ»** [البقرة: 233]، إِلَّا أَنْ يَكُونَ لَا يُرْضِعُ مِثْلَهَا لِشَرَفِهَا⁶، فقد فقد خُصِّصَتِ الآيَةُ بالعادة فَأُخْرِجَتِ المرأة الشَّرِيفة من هذا العموم، فلا يجب عليها الإرضاع؛ لأنَّ عادة العرب أَهْمًا لا تُرْضِعُ عندهم، وقد أَقرَّهم النَّبِيُّ ﷺ عليها، فهي مُخَصَّصَةٌ لعموم الآيَةِ⁷.

¹ يُنظر: العيني، عمدة القارئ شرح صحيح البخاري، 17/12.

² السِّلَم: هو "عقد يُوجِبُ الملك للبائع في الثَّمَن عاجلاً، وللمشتري في الثَّمَن آجلاً". الجرجاني، التَّعريفات، ص120.

³ يُنظر: مصطفى أبو عجيبة، العُرف في أثره في التشريع الإسلامي، ص143-144.

⁴ الاستصناع: "عقد على مبيع في الذمة وشرط عمله على الصانع". السَّمَرَقندي، تحفة الفقهاء، 362/3.

⁵ يُنظر: الكاساني، بدائع الصَّنائع في ترتيب الشَّرائع، 209/5.

⁶ يُنظر: القراني، الدَّخيرة، 270/4.

⁷ يُنظر: القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، 161/3. وابن العربي، أحكام القرآن، 275/1. وابن رشد الحفيد، بداية المجتهد

ونهاية المقتصد، 79/3. وعبد الله بن عبد المحسن التَّركي، أصول مذهب الإمام أحمد، ص604.

وقد نُوقِشَ هذا الدليل بأنَّ المصلحة المرسلَة بذاتها حُجَّة، ويثبتُ الحكم بها، وهي أصل مستقل كالإجماع¹.

خامسًا - من المعقول: استدلُّوا به من وجوه عدَّة، أذكر منها ما يأتي:

- أنَّ المستقَرَّ لفروع الشريعة الإسلامية يجد أنَّ نصوصها قد أقرَّت بعض الأعراف التي كانت قبل الإسلام، وذلك كبيع السِّلَم، والمضاربة أو القراض² لصالحها، وألغت ما ليس صالحًا للبقاء كعقود الرِّبوية. فدلَّ ذلك على اعتبار الأعراف الصَّحيحة، وإبطال الأعراف الفاسدة.

- إنَّ العوائد الجارية لا بُدَّ وأن تكون ضرورة اعتبار شرعًا؛ لأنَّه لا يستقيم التَّكليف إلَّا باعتبارها، بدليل أنَّ العادة دلَّت على أنَّ البذر سبب لنبات الزَّرع، والزَّواج سبب النَّسل، ... إلى غير ذلك من العادات؛ ولهذا شرعت الأحكام الخاصَّة بالمزاعة، والزَّواج، ونحو ذلك³.

الفرع الثاني: حُجَّة العُرف في التشريع الجزائري

لا خلاف بين فقهاء القانون في أنَّ العُرف متى توفَّر ركناه في تصرف ما، يكون مُلزِمًا للأشخاص، ولا يجوز لهم مُخالفته وإلَّا تعرضوا للجزاء القانوني⁴، وإنَّما الخلاف واقع في أساس هذه القوة الملزمة له، وفيما يأتي بيان النظريات المفسِّرة لحُجَّة العُرف في التشريع الجزائري:

أولًا - نظرية الرِّضاء الضمَّني للمجتمع: ومفادها أنَّ الشَّعب هو الذي يُنشئ العُرف عن طريق اعتيادهم على سلوك معيَّن، ثمَّ شعورهم بلزومه وعدم جواز الخروج عليه، وهذا هو أساس قوته الملزمة. فالقانون في نظرهم ليس من صنْع الحاكم أو السُّلطان، وإنَّما هو من صنْع الزَّمن وينشأ من ضمير الجماعة بأجياها المتعاقبة⁵.

ومَّا وُجَّه لهذه النَّظرية من نقد أنَّها تقوم على أساس المذهب التَّاريخي في أصل القانون وغايته، بالإضافة إلى إغفالها لدور المشرِّع في اختيار أنسب التَّشريعات التي تصلح للمجتمع، وبالتالي يصعُب تحديد القانون المطبق في الدَّولة، كما يُعابُّ عليها أنَّها جعلت من ضمير الشَّعب

¹ يُنظر: عبد الله بن عبد الرحمن الحمدان، أثر العُرف في كتاب النِّكاح، ص 48.

² المضاربة أو القراض: هي "عقد شركة في الرِّيح بمال من رجل وعمل من آخر، وهي إيداع أولًا، وتوكيل عند عمله، وشركة إن ربح". الجرجاني، التعريفات، ص 218. والرِّضاع، شرح حدود بن عرفة، ص 379.

³ إلهام عبد الله باجنيد، أثر العُرف في الفُرُق ومتعلقاتها من أحكام فقه الأسرة - دراسة تطبيقية مقارنة -، ص 94-95.

⁴ يُنظر: عمار بوضياف، المدخل إلى العلوم القانونيَّة - النَّظرية العامَّة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري -، ص 212.

⁵ يُنظر: محمَّد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونيَّة - الوجيز في نظرية القانون -، ص 189.

الفصل التمهيدي: ماهية العُرف في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

هو مصدر القانون، وإسرافها في اعتبار العُرف هو المصدر المثالي للقانون، كل ذلك جعل منها فكرة يكتنفها الكثير من الغموض والإبهام¹.

ثانياً- نظرية الرضاء الضمني للمشرع: ومقتضاها أنه طالما لم يُصدِر المشرع تشريعاً يعارض السلوك الذي تعود الأفراد على اتباعه، فإن ذلك يُعدّ منه تعبيراً ضمنيّاً على اعتماده للقاعدة العرفيّة وإقرارها، وهو ما يُكسبها غُضْر الإلزام، وذلك من خلال رضاه عن العُرف، وعدم اعتراضه عليه. ثمّ كفالاته لاحترام قواعد العُرف، وتطبيقها بواسطة السلطة العامّة، ويبرز ذلك من خلال إصداره لتشريع يراعي فيه سلوك الأفراد².

ومّا يؤخذ على هذه النّظرية أنّها تقوم على أساس المذهب الشّكليّ في تأصيل القانون، وإنكارها للحقيقة التاريخيّة المتمثّلة في أسبقية نشوء العُرف عن التشريع، إذ هو ينشأ تلقائيّاً وبعيداً عن إرادة السّلطة التشريعيّة، كما أنّها أخلطت بين العُرف والتشريع، فجعلت من إرادة المشرع هي المصدر الوحيد للقانون، وبالتالي تغليب إرادة الدّولة على العُرف المُعبر عن حاجات الأفراد ومتطلباتهم، ثمّ إنّ الأخذ بها يعني أنّ التشريع هو الذي يصنّع العُرف، في حين أثبتت دراسات تاريخ الفنون أنّ العُرف سابق عن التشريع³.

ثالثاً- نظرية تطبيق القضاء للعُرف: يرى أصحابها أنّ القاعدة العرفيّة تستمد إلزامها من تطبيق القضاء لهذا العُرف عند الفصل في القضايا إذا لم تُوجد حلول لها في القواعد التي تعلو العُرف درجة. فالعادة تتحوّل إلى عُرف بتدخل من السّلطة القضائيّة، ومع تواتر أحكام هذه السّلطة واستقرارها تصبح القاعدة القانونيّة مُلزّمة. وقد لقيت هذه النّظرية معارضةً في الفقه القانونيّ على أساس أنّ السّلطة القضائيّة سُلطة مُكلّفة بتطبيق القانون لا إنشائه⁴.

¹- يُنظر: محمّد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونيّة -الوجيز في نظرية القانون-، ص 189.

²- يُنظر: عمار بوضياف، المدخل إلى العلوم القانونيّة -النّظرية العامّة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري-، ص 213.

محمّد سعيد جعفرور، المرجع السّابق، ص 187.

³- يُنظر: عمار بوضياف، المرجع السّابق، ص 213. ومحمّد سعيد جعفرور، المرجع السّابق، ص 187. وخليل أحمد قدادّة،

شرح النّظرية العامّة للقانون في القانون الجزائري، ص 105.

⁴- يُنظر: عمار بوضياف، المرجع السّابق، ص 213. ومحمّد سعيد جعفرور، المرجع السّابق، ص 192.

رابعاً-نظرية الصّورة الاجتماعية: تقرُّ هذه النّظرية بأنَّ العُرف يستمد قوته الإلزامية من الصّورة الاجتماعية التي تُفرض وجوده إلى جانب التشريع، فللعُرف قوة ذاتية؛ لأنَّه الوسيلة الطّبيعية التي تمارسها كلُّ مجموعة في تنظيم ما، ويصعب على التشريع تنظيمه¹.

وقد أخذ بهذه النّظرية كثير من الفقهاء باعتبار أنَّ العُرف تُفرضه الحاجة الاجتماعية². لكنّها هي الأخرى تعرّضت لنقد مفاده أنَّ الإلزام في حدّ ذاته علّة وليس مصدرًا، فالعُرف مُلزم؛ لأنَّه ضروريٌّ لتنظيم حياة النّاس، فهذه الصّورة هي علّة إلزام القاعدة العرفية، وليست مصدرًا للإلزام.

خامساً-نظرية الإرادة الصّريحة للمشروع: يذهب أصحابها إلى أنَّ العُرف لا تُكون لديه قيمة، إلّا إذا أحوال إليه المشروع من خلال السُّلطة التشريعية، وحثّ على الأخذ به صراحةً وارتضت الأُمَّة العمل به، ومن هذا القبيل نصّ القانون المدني الجزائري صراحةً في المادة: 02/01 منه، على اعتبار العُرف مصدرًا رسميًا احتياطيًا للقانون بعد الشّريعة الإسلامية. وعليه فإنَّ العُرف يستمد قوته الإلزامية من السُّلطة التشريعية، التي تُعبّر عن رضا النّاس في العمل بمقتضاه، وذلك قصد التيسير عليهم في معاملاتهم وحاجاتهم الاجتماعية³.

الرأي الرَّاجح: بعد عرض هذه النّظريات ومناقشتها، فالذي يترجّح للباحث أنَّ أساس القوة الملزمة للقاعدة العرفية هي الإرادة الصّريحة للمشروع، وهو قول النّظرية الأخيرة، وذلك لما يأتي:

- أنَّ أعراف النّاس مُتجدّدة وغير ثابتة، بحيث تتغيّر بتغيّر الزّمان وتختلف باختلاف المكان.
- إنَّ السُّلطة التشريعية هيئة نيابية تُعبّر عن إرادة الشّعب ورضاه بقاعدة سلوكية معينة يَعتمد عليها في شأن من شؤون حياته، شريطة عدم مخالفتها لقواعد التشريع العادي أو الفرعي⁴.

بناءً على ما سبق؛ فإنَّه يبدو للباحث أنَّ هناك نقاط للتشابه وأخرى للاختلاف بين حُجّية العرف في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، وفيما يأتي بيانهما على النّحو الآتي

أولاً-أوجه الاتفاق: أوجزها فيما يأتي

¹- يُنظر: لطفي محمود، المدخل لدراسة القانون، ص211. ومصطفى عرجاوي، النّظرية العامة للقانون، ص256.

²- يُنظر: فريدة محمدي زواوي، المدخل للعلوم القانونية -نظرية القانون-، ص81.

³- يُنظر: محمد سعيد جعفر، مدخل إلى العلوم القانونية -الوجيز في نظرية القانون-، ص194.

⁴- يُنظر: عمار بوضياف، المدخل إلى العلوم القانونية -النّظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري-، ص213.

الفصل التمهيدي: ماهية العُرف في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

- اتفق كلٌّ من الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري على أنّه لا يعتدُّ بالعُرف إذا خالف دليلاً أو قاعدةً عامّةً.

- يُعتَبَرُ العُرفُ في كلٍّ منهما مصدرًا تبعيًّا أو احتياطيًّا من مصادر التشريع، ففي الفقه الإسلامي يُعتبر مصدرًا تبعيًّا بعد المصادر الأصلية، وفي التشريع الجزائري يُعتبر مصدرًا احتياطيًّا للقانون الجزائري بعد الشريعة الإسلامية وفقًا للمادة: 01 من ق م ج.

ثانيًا-أوجه الاختلاف: بيانها يكون كالآتي

- يَسْتَمِدُّ العُرفُ حُجِّيَّته في الفقه الإسلامي من أدلّة الشرع سواء بشكل صريح أم ضمني؛ كإقراره لبعض المعاملات مع إحداث بعض التعديلات عليها أو إقرارها كما هي، شريطة عدم مخالفتها للنصوص الشرعية وعدم معارضتها لمقاصد التشريع الإسلامي.

- أمّا في التشريع الجزائري فيَسْتَمِدُّ حُجِّيَّته من الإرادة الصريحة للمشرع، الذي يُجِلُّ إلى العُرفِ إحالة صريحة، قصد التيسير عليهم في معاملاتهم وحاجاتهم الاجتماعية.

المطلب الثاني: أدوار العُرف في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

فيه أبحث أدوار العُرف في الفقه الإسلامي في (فرع أول)، ثم أدواره في التشريع الجزائري في (فرع ثانٍ) وفيما يأتي تفصيلهما:

الفرع الأول: أدوار العُرف في الفقه الإسلامي

تتجلى أدوار العُرف في الفقه الإسلامي في ما يأتي:

أولاً-الدور التفسيري للعُرف: "يأتي العُرف مُفسراً لبعض الأحكام الشرعية التي ثبت أصلها بالنص الشرعي، وترك الشارع تفصيلها للعُرف، سواء أكان ذلك العرف المفسر لفظياً أم عملياً"¹. ومن أمثلة ذلك: تحديد قدر المتعة للطلاق قبل المسيس، وفرض المهر² في قوله ﷻ: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدَرُهُ مَتَاعاً بِالْمَعْرُوفِ حَقّاً عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾ [البقرة: 236].

وكذلك مقدار النفقة للزوجة والأولاد في الحديث المروي عن عائشة رضي الله عنها أنه ﷺ قال لهند بنت عتبة امرأة أبي سفيان: «خُذِي مَا يَكْفِيكَ وَوَلَدَكَ بِالْمَعْرُوفِ»³. وجه الاستدلال: دلّ الحديث على أنّ المعروف هو القدر الذي عُرف بالعادة أنّه الكفاية. وعلى هذا فالعُرف يُعتمد في الأمور التي ليس فيها تحديد شرعي⁴. وفي طيات هذا البحث مسائل من هذا النوع.

ثانياً-الدور التكميلي للعُرف: يلجأ المفتي والقاضي للعُرف في حالة انعدام حكم شرعي، ومن هنا يكون العُرف هو الدليل الوحيد الذي لا يجوز تجاهله، والتعاضّي عنه، فهو حجة في تفسير النصوص التشريعية، كما أنّه يُراعى في تشريع الأحكام وتوليدها وتعديلها، وبيان وتحديد أنواع الإلزامات والالتزامات في العقود والتصرفات، وفي الأفعال العادية حيث لا دليل سواه⁵.

¹ - أحمد الصوبي شلييك، العرف وأثره في الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي والقانون الكويتي (مقال)، ص222.

² - يُنظر: الجصاص، أحكام القرآن، 1/525.

³ - الحديث سبق تخريجه، ص42.

⁴ - يُنظر: العيني، عمدة القاري شرح صحيح البخاري، 17/12.

⁵ - يُنظر: إبراهيم رحامي، الأدوار الوظيفية للعُرف في ضوء التحولات الاجتماعية المعاصرة -دراسة مقارنة-(مقال)، ص178.

الفصل التمهيدي: ماهية العرف في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

ويظهر العرف في كونه مصدرًا للتشريع ودليلاً مستقلاً¹، وهذا ما نصّت عليه القاعدة الفقهية الكبرى: "العادة مُحْكَمَةٌ"²، وغيرها من القواعد الفقهية³. ومن أمثلة ذلك: "استصناع الصناعات الذين جرت عادتهم بأنهم لا يعملون إلا بالأجرة إذا استصنعهم مستصنع من غير تسمية أجرة كالحلاق والنجار والحمال، فالأصح أنهم يستحقون من الأجرة ما جرت به العادة، لدلالة العرف على ذلك"⁴. هذا وإن من قواعد الفقه أن العرف كالشرط، وأن "العادة مُحْكَمَةٌ"⁵.

وقد اغترض على جواز عقد الاستصناع، بأنه يستند للتعامل العام، وهو يرجع في الحقيقة إلى احتياج الناس لمثل هذه المعاملة؛ أي أن مستنده المصلحة⁶.

ثالثاً- **العرف المعارض للنص الشرعي أو الأحكام الفقهية الاجتهادية**: إن العرف قد يتوافق مع النص الشرعي، وقد يتعارض معه، أما إذا توافقا فيجب اعتبارهما ومراعاتهما؛ لأن العمل بالعرف في هذه الحالة يُعتبر عملاً بالدليل الشرعي لا بالعرف، وإنما يُستأنس به. أما في حالة تعارض العرف مع النص الشرعي، فهو إما أن يعارض الدليل الشرعي، وإما أن يعارض الأقوال الاجتهادية المستنبطة من الأدلة الشرعية بطريق القياس، والاستحسان، والمصلحة المرسلّة، وغيرها في المسائل التي لم يرد فيها من الشرع نص صريح، كما أن النص قد يكون عاماً، وقد يكون خاصاً⁷. وجملة القول في ذلك أن الفقهاء يُفرّقون بين حالتين: حالة معارضة العرف لنص شرعي، وحالة معارضته لحكم فقهي اجتهادي⁸. وفيما يأتي تفصيل ذلك:

¹ يُنظر: وهبة الزحيلي، نظرية الضرورة مقارنة مع القانون الوضعي، ص 170. وإبراهيم رحمان، الأدوار الوظيفية للعرف في ضوء التحولات الاجتماعية المعاصرة -دراسة مقارنة- (مقال)، ص 178.

² ابن نجيم، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، ص 79. والدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 2/4. والسيوطي، الأشباه والنظائر في فروع الشافعية، ص 7. وابن النجار، شرح الكوكب المنير، 448/4.

³ كقاعدي: "الإذن العرفي كالإذن اللفظي"، و"استعمال الناس حجة يجب العمل بها". يُنظر: أحمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، 223/1. ومحمد الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها، 345/1.

⁴ العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنعام، 130/2.

⁵ الدسوقي، المصدر السابق، 2/4.

⁶ يُنظر: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، 5/3. ومصطفى الخن وآخرون، الفقه المنهجي، 60/6.

⁷ يُنظر: أحمد الصويغي شليبيك، العرف وأثره في الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي والقانون الكويتي (مقال)، ص 223. ص 223. وفريدة محمد عقيلي، أثر العرف والواقع في عمل المجتهد بالقول المرجوح، (مقال)، 148-149.

⁸ هذا التقسيم اعتمده الشيخ محمد جبر الألفي، العرف- بحث فقهي مقارن-، 2700/5.

الفصل التمهيدي: ماهية العُرف في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

الحالة الأولى: مُعارضة العُرف للنص الشرعي، تكون مُعارضته إمّا من جميع الوجوه، وإمّا من بعضها. وبيانهما كالآتي:

القسم الأول: مُعارضة العُرف للنص الشرعي من جميع الوجوه، إذا ورد العرف بخلاف النص الشرعي، فهو غير معتبر ولا يُعتدُّ به؛ لأنَّ النصَّ الشرعي أقوى من العُرف، ولا يُترك الأقوى بالأضعف، كما أنَّ الأخذ بالعرف في هذه الحالة يترتب عليه تعطيل النصِّ بالكليّة، ورفع حُكمه، فلا اعتبار للعُرف حينئذ؛ لأنَّ النصوص الشرعيّة لا يمكن نسخها بالأعراف الفاسدة ولا نسخ بعد عصر الرّسالة بالإجماع¹. ومن أمثلة ذلك "تعارف النَّاس على خروج النِّساء كاشفات عن بعض أجسامهنّ ممّا يجب ستره شرعاً واختلاطهم بالرجال في المناسبات والأعراس، وكنكاح الشُّغار والتَّبني وأكل الرِّبا وشرب الخمر". وكلُّ ذلك من قبيل العُرف الفاسد لمخالفته النصوص الشرعيّة².

القسم الثاني: مُعارضة العُرف للنص الشرعي من بعض الوجوه، وفي هذا القسم يمكن التّوفيق بين العُرف والنص على نحو أو آخر، ثم إنَّ العُرف المعارض للنص الشرعي لا يخلو أن يكون عُرفاً خاصّاً أو عامّاً³.

1. مُعارضة العُرف الخاص للنص الشرعي: فهذا النوع من العُرف لا عبرة فيه لمخالفته النصّ، لأنَّ العُرف الخاص لا يُخصّص العامّ، ولا يقيّد المطلق، وبهذا قال جمهور الفقهاء⁴، خلافاً لبعض فقهاء الحنفية الذين ذهبوا إلى أنَّ النصَّ الظنيّ يُخصّص بالعُرف الخاصّ؛ وسبب ذلك أنَّها أحاديث ثبتت بطريق الظنِّ الغالب لا بطريق القطع، ثمَّ إنَّ دلالتها قد تكون ظنيّة لاحتمالها لأكثر من معنى⁵. ومثّلوا له: لو دُفِعَ غَزَلٌ إلى حائِكٍ، لينسجَه بالنِّصف جَوَزَهُ مشايخ بخارى للعُرف، فهذا النوع من الإجارة جائز عندهم، وعلّوه بقولهم: إنَّنا نُجَوِّزُه قياساً على المنصوص - بعنوان مسألة

¹ يُنظر: صالح عوض، أثر العُرف في التشريع الإسلامي، ص 205. ومصطفى شليبي، أصول الفقه الإسلامي، 1/336.

² يُنظر: ابن عابدين، مجموعة رسائل ابن عابدين، 2/116.

³ يُنظر: أسماء بنت عبد الله الموسى، العُرف حُجّيته وآثاره الفقهيّة (مقال)، ص 39.

⁴ ابن عابدين، المصدر السابق، 2/115. والسُّبُوطي، الأشباه والنظائر في فروع الشافعيّة، ص 92.

⁵ يُنظر: مصطفى شليبي، المرجع السابق، 337/1.

الفصل التمهيدي: ماهية العُرف في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

قفيز الطَّحان¹ الواردة في الحديث الذي رُوِيَ عَنْ أَبِي سَعِيدٍ الْخُدْرِيِّ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «نُهِيَ عَنْ قَفِيزِ الطَّحَانِ»². وَرَدَّ عَلَيْهِمْ بِأَنَّ الْقِيَاسَ يُتْرَكُ بِالْعُرْفِ كَمَا فِي عَقْدِ الْإِسْتِصْنَاعِ³.

2. مُخَالَفَةُ الْعُرْفِ الْعَامِّ لِلنَّصِّ الشَّرْعِيِّ: إِذَا أَمَكُنَ التَّوْفِيقُ بَيْنَ النَّصِّ وَالْعُرْفِ، بِأَنْ كَانَ النَّصُّ الشَّرْعِيُّ عَامًّا وَالْعُرْفُ يُخَصِّصُهُ، فَإِنَّ أَكْثَرَ الْفُقَهَاءِ يَعْتَبِرُونَ الْعُرْفَ، غَيْرَ أَنَّهُمْ مَيَّزُوا بَيْنَ نَوْعِي الْعُرْفِ: عُرْفٍ مُقَارِنٍ وَآخَرَ طَارِئٍ.

أ. الْعُرْفُ الْمُقَارِنُ: وَيَنْقَسِمُ إِلَى قَسَمَيْنِ، هُمَا: الْمُقَارِنُ الْقَوْلِيُّ، وَالْمُقَارِنُ الْعَمَلِيُّ.

- الْعُرْفُ الْمُقَارِنُ الْقَوْلِيُّ: اتَّفَقَ الْفُقَهَاءُ عَلَى اعْتِبَارِ هَذَا النُّوعِ مِنَ الْعُرْفِ وَالْعَمَلِ بِهِ⁴، فَدَوْرُهُ هُنَا يَتِمَثَلُ فِي تَوْجِيهِ النَّاسِ، فَأَلْفَاظُ الْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ وَغَيْرِهَا مِنَ النُّصُوصِ، تَحْمِلُ عَلَى الْمَعْنَى الْعَرَفِيَّةِ عِنْدَ وَرُودِ النَّصِّ بِهَا، وَإِنْ اخْتَلَفَتْ عَنِ الْمَعْنَى الْوَضْعِيَّةِ فِي أَصْلِ اللُّغَةِ. مَا لَمْ تَقُمْ قَرِينَةٌ عَكْسُ ذَلِكَ تَدُلُّ عَلَى أَنَّ الشَّارِعَ أَرَادَ بِهَذَا اللَّفْظِ مَعْنَى أَوْسَعٍ وَأَعَمَّ مِنَ الْمَعْنَى الْعَرَفِيَّةِ. وَمِنْ ذَلِكَ: أَنَّ لَفْظَ "الْبَيْعِ" مَعْنَاهُ فِي اللُّغَةِ هُوَ الْمُبَادَلَةُ فِي الْمَالِ وَغَيْرِهِ. أَمَّا مَعْنَاهُ الشَّرْعِيُّ هُوَ مِبَادَلَةُ الْمَالِ بِالْمَالِ. فَيُفْهَمُ مِنْ قَوْلِهِ ﷺ: «وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» [البقرة: 275]، الْمَعْنَى الشَّرْعِيَّةُ لَا اللَّغَوِيَّةُ⁵.

- الْعُرْفُ الْمُقَارِنُ الْعَمَلِيُّ: اخْتَلَفَ فِي تَخْصِيسِ النَّصِّ الْعَامِّ بِهَذَا الْعُرْفِ عَلَى مَذْهَبَيْنِ؛ وَهُمَا:

المذهب الأول: ذهب الحنفيَّةُ وجمهور المالكيَّةِ وبعض الحنابلة⁶، وَجَمَعَ مِنَ الْفُقَهَاءِ الْمُعَاَصِرِينَ⁷، إِلَى أَنَّ الْعُرْفَ الْعَمَلِيَّ لِقَوْمٍ مُخَصَّصٍ لِلْعَامِّ الْوَاقِعِ فِي مُحَاظَبَتِهِمْ وَتَحَاظَبَتِهِمْ⁸، وَلَيْسَ فِي تَخْصِيسِهِ إِهْمَالٌ لِلنَّصِّ، بَلْ هُوَ عَمَلٌ بِالْعُرْفِ وَالنَّصِّ مَعًا، كَعَقْدِ الْإِسْتِصْنَاعِ، فَهُوَ مِنْ بَيْعِ الْمَعْدُومِ

¹ وهو: أَنْ يُدْفَعَ الْقَمْحُ إِلَى الطَّحَّانِ عَلَى أَنْ يَطْحَنَهُ لَهُمْ بِقَفِيزٍ -أي مكيال- مِنْ دَقِيقِهِ الَّذِي يَطْحَنُهُ مِنْهُ. الطَّحَاوِي، شَرْحُ

مشكل الآثار، 186/2. والقفيز: مكيال يتواضع النَّاسُ عَلَيْهِ. عَلِيُّ الْمُتَّقِي، كَنْزُ الْعَمَالِ فِي سِنَنِ الْأَقْوَالِ وَالْأَفْعَالِ، 84/4.

² أخرجه الطَّحَاوِي فِي شَرْحِ مُشْكِلِ الْأَثَارِ، رَقْمٌ: 607، 213/2. وَالدَّارِقُطْنِي فِي سِنَنِهِ، كِتَابُ الْبَيْعِ، رَقْمٌ: 195، 47/3.

قَالَ عَنْهُ ابْنُ حَجَرٍ الْعَسْكَلَانِيُّ: "هَذَا مُرْسَلٌ حَسَنٌ"، الْمَطَالِبُ الْعَالِيَةُ بِزَوَائِدِ الْمَسَانِيدِ الثَّمَانِيَّةِ، 313/7.

³ ابْنُ نَجِيمٍ، الْأَشْبَاهُ وَالنِّظَائِرُ عَلَى مَذْهَبِ أَبِي حَنِيفَةَ النُّعْمَانِ، ص 179.

⁴ يُنْظَرُ: ابْنُ نَجِيمٍ، الْمَصْدَرُ نَفْسُهُ، ص 101. وَالسُّيُوطِيُّ، الْأَشْبَاهُ وَالنِّظَائِرُ فِي فُرُوعِ الشَّافِعِيَّةِ، ص 96.

⁵ يُنْظَرُ: مُصْطَفَى الزَّرْقَا، الْمَدْخَلُ الْفَقْهِي الْعَامُّ، 914/2. وَأَمَّادُ أَبُو سَنَةَ، الْعُرْفُ وَالْعَادَةُ فِي رَأْيِ الْفُقَهَاءِ، ص 91.

⁶ ابْنُ أَمِيرِ الْحَاجِّ، التَّقْرِيرُ وَالتَّحْقِيرُ عَلَى تَحْرِيرِ الْكَمَالِ بْنِ الْهَمَامِ، 282/1. وَالدُّسُوقِيُّ، حَاشِيَةُ الدُّسُوقِيِّ، 140/2. وَابْنُ

تَيْمِيَّةٍ، الْمَسْوُودَةُ فِي أَصُولِ الْفَقْهِ، ص 125.

⁷ أَحْمَدُ الزَّرْقَا، شَرْحُ الْقَوَاعِدِ الْفَقْهِيَّةِ، ص 220. وَمُحَمَّدُ أَبُو زَهْرَةَ، أَصُولُ الْفَقْهِ، ص 274.

⁸ ابْنُ أَمِيرِ الْحَاجِّ، الْمَصْدَرُ السَّابِقُ، 282/1.

الفصل التمهيدي: ماهية العُزف في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

الذي ورد النهي فيه فعن حَكِيم بْنِ حِزَامٍ رضي الله عنه قال: قال النَّبِيُّ ﷺ: «لَا تَبِعْ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ»¹؛ ولكن جاز تعامل النَّاسِ به، وتعارفهم عليه ولحاجتهم له، ويُعتبر مُخَصَّصًا لعموم النَّصِّ، فُعْمِلَ بالنَّصِّ في غير الاستصناع من أنواع بيع المعدوم، وعُمِلَ بالعُزف في الاستصناع، وبذلك جُمِعَ بين العُزف والنَّصِّ مَعًا².

وفصَّلَ الحنفيَّة ومن وافقهم في العمل بالعُزف بين أن يكون العُزف عامًا أو خاصًّا، فإن كان عامًا فَإِنَّ الْعَمَلَ بِالْعُزفِ في موضوعه لا يكون تعطيلًا للنَّصِّ. بل يبقى النَّصُّ مَعْمُولًا به في مشمولاته الأخرى التي تناولها عُمومه. فليس في تخصيص النَّصِّ بالعُزف عندئذ إهمال للنَّصِّ، بل هو إعمال للعُزف والنَّصِّ مَعًا، طبقًا للقاعدة: "إِعْمَالُ الْكَلَامِ أَوَّلَى مِنْ إِهْمَالِهِ"³.

ومن شواهد تخصيص النَّصِّ العامِّ بالعُزف العمليِّ، "أَنَّ نَفَقَةَ الزَّوْجَةِ تَحِبُّ عَلَى زَوْجِهَا بِالْقَدْرِ الْمَتَعَارِفِ وَالْمَعْتَادِ بَيْنَ أَمْثَالِهَا، وَحَسَبَ حَالِهَا غَنًى وَفَقْرًا، فَإِنْ كَانَا مِنَ الْأَوْسَاطِ فَنَفَقَةُ الْوَسْطَى، وَإِنْ كَانَا غَنِيَيْنِ فَنَفَقَةُ الْأَغْنِيَاءِ، أَوْ فَقِيرَيْنِ فَنَفَقَةُ الْفُقَرَاءِ"⁴، ولا بُدَّ من مراعاة حال الغنى والفقر والشَّرِيف، وليست حالة الوسط الذي يعيش فيه الأغنياء كحالة الوسط الذي يعيش فيه الفقراء... لهذا فالمرأة إذا امتنعت عن إرضاع ولدها فلا يلزمها ذلك نظرًا للعُزف⁵؛ لَأَنَّ هَذَا أَمْرٌ كَانَ فِي الْجَاهِلِيَّةِ فِي ذَوِي الْحَسَبِ، وَلَمَّا جَاءَ الْإِسْلَامُ فَلَمْ يُغَيِّرْهُ؛ وَتَمَادَى ذَوُو الثَّرْوَةِ وَالْأَحْسَابِ عَلَى تَفْرِيعِ الْأُمَمَاتِ لِلْمُتَعَةِ⁶. وقد أقرَّهم النَّبِيُّ ﷺ عليها، فهي مُخَصَّصَةٌ لعموم قوله ﷺ: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾ [البقرة: 233]⁷.

¹ رَوَاهُ التِّرْمِذِيُّ وَأَبُو دَاوُدَ وَالنَّسَائِيُّ، وَقَالَ عَنْهُ التَّبْرِيزِيُّ: "حَدِيثٌ صَحِيحٌ". مشكاة المصابيح، 867/2.

² يُنْظَرُ: ابن نجيم، الْأَشْبَاهُ وَالنِّظَائِرُ عَلَى مَذْهَبِ أَبِي حَنِيفَةَ النُّعْمَانِ، ص 96-97. والزركشي، المنشور في القواعد الفقهية، 393-394. والسُّيُوطِيُّ، الْأَشْبَاهُ وَالنِّظَائِرُ فِي فُرُوعِ الشَّافِعِيَّةِ، ص 92.

³ أحمد الزُّرقا، شرح القواعد الفقهية، ص 315.

⁴ يُنْظَرُ: مصطفى الزُّرقا، المدخل الفقهي العام، 885/2.

⁵ سفيان ناول، أثر الأعراف والعوائد في تغير الأحكام والفتاوى (مقال)، ص 133.

⁶ ابن العربي، أحكام القرآن، 274/1.

⁷ يُنْظَرُ: القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، 161/3. وابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 79/3. والقاضي عبد الوهاب، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، 908/2. وابن قدامة، المغني، 250/8.

الفصل التمهيدي: ماهية العُرف في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

المذهب الثاني: ذهب بعض الحنفية¹ والمالكية²، وجمهور الشافعية³، وابن تيمية⁴ الحنبلي⁵، ومن المعاصرين: الزرقا⁶، إلى أنَّ العُرف العملي لا يُخصَّصُ العام، فمن قال لجماعة من أمته: أمته: حرَّمتُ عليكم الطَّعام، والشَّراب مثلاً، وكانت عادتهم تناولهم جنساً من الطَّعام فلا يقتصر بالنَّهي على مُعتادهم، بل يدخل فيه لحم السمك، والطَّير، وما لا يُعتادُ في أرضهم؛ لأنَّ الحُجَّة في لفظه، وهو عامٌّ، وألفاظه غير مبنية على عادة النَّاس في معاملاتهم حتى يدخل فيه أكل الثُّراب... وهذا بخلاف لفظ الدَّابة فإنَّها تُحمَل على ذوات الأربع خاصَّة لعُرف أهل اللسان في تخصيص اللفظ، وعلى الجملة: فعادة النَّاس تُؤثِّر في تعريف مُرادهم من ألفاظهم⁷.
واستدلَّ أصحاب هذا القول بما يأتي:

- إنَّ الصَّيْغة المستعملة - وإنَّ صاحبها العُرف العملي - صيغة عامَّة بحسب اللُّغة لا تُخصَّص لها؛ فتبقى على عُمومها ولا تقوى العادات على تخصيصها⁸. وقد اعترض على ذلك بأنَّ العادة الفعلية الفعلية مُخصَّصة للصَّيْغة باتِّفاق، وأنَّ القول: بتخصيص العامِّ بالعُرف القولي، ومنع التَّخصيص بالعُرف العمليَّ تحكُّم صريح لا يُسمع⁹.

- إنَّ العادة الفعلية - العُرف العملي - ليس بحُجَّة؛ لأنَّ النَّاس يَعْتَادُونَ الحسَن كما يَعْتَادُونَ القبيح، وإنَّما الحُجَّة في النُّصوص ولو كانت عامَّة، وهي الحاكِمة على العوائد فلا تكون العوائد حاكِمة عليها¹⁰.

¹- أبو حامد الغزالي، المستصفى، ص 246-247.

²- القراني، الفروق، 173/1-174.

³- تاج الدِّين السُّبكي، الإبهاج في شرح المنهاج، 186/2.

⁴- هو: أحمد بن عبد الحليم، الحراني، الدَّمشقي، أبو العباس، تقي الدِّين، ابن تيمية، الفقيه، المجتهد، الحنبلي، ولد بحِرَّان عام 661هـ، أفتى ودرَّس وهو دون العشرين، توفي ﷺ بدمشق سنة 728هـ، له مؤلفات كثيرة منها: "مجموع الفتاوى"، و"منهاج السنَّة". يُنظر: ابن رجب، ذيل طبقات الحنابلة، 491/4.

⁵- يُنظر: ابن تيمية، المسودة في أصول الفقه، ص 123.

⁶- يُنظر: مصطفى الزُّرقا، المدخل الفقهي العام، 900/2.

⁷- يُنظر: أبو حامد الغزالي، المصدر السَّابق، ص 246-247.

⁸- يُنظر: الآمدي، الإحكام في أصول الأحكام، 334/2.

⁹- يُنظر: أحمد أبو سنة، العُرف والعادة في رأي الفقهاء، ص 92.

¹⁰- يُنظر: الآمدي، المصدر السَّابق، 334/2.

الفصل التمهيدي: ماهية العُرف في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

وقد نُوقِشَ هذا الاستدلال بأنَّ العادة القبيحة التي لا يُقرُّها الشرع ليست واردة هنا؛ لأنَّ الكلامَ إنما عن العُرفِ العمليِّ الذي يَصْطَدِّمُ مع النَّصِّ، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإنَّ تخصيص النصوص العامة بالعُرفِ العمليِّ فيما تعارض فيه لا يُلغِي حاكمية النصوص العامة، وإنما يُفسِّرُها بحسب ما جرى عليه عمل النَّاسِ، ففي التَّخصيص بالعُرفِ إعمال للعُرفِ والنَّصِّ معاً¹.

الترجيح: بعد عرض أدلة الفريقين ومناقشتها، فالقول الذي يميل الباحث إلى ترجيحه هو قول الحنفية وجمهور المالكية ومن وافقهما بجواز تخصيص العامِّ بالعُرفِ العمليِّ. وذلك للاعتبارات الآتية:

- لا يوجد ما يُبرِّز التَّفَرُّقَ بين العُرفِ القوليِّ والعمليِّ؛ ذلك لأنَّ مناط التَّخصيص واحد وهو ما يُوجِبُ تبادر الذَّهن إلى المعنى غير الموضوع له، ولا شكَّ أنَّ ما يُوجِبُ تبادر المعنى العُرفي إلى الذَّهن هو التَّعامل، وهو محقَّق في العُرفِ القوليِّ والعمليِّ على حدِّ السَّواء².
- أنَّ القول بالتَّخصيص هو الذي يناسب قصد الشَّارع من وضع الشَّريعة للإفهام، وذلك باتِّباع معهود جمهور العرب ومراعاة عُرفهم في الألفاظ والمعاني والأساليب³.
- أنَّ هناك من الفقهاء⁴ من خالف أصل مذهبه القائل: بعدم جواز تخصيص العموم بالعُرفِ العمليِّ، ومن هؤلاء النَّووي⁵ الذي أجاز تخصيص عموم النصوص بالعُرفِ القوليِّ والعمليِّ⁶.
- الحالة الثانية: مُعارضة العُرفِ للدليل الظَّني أو للحكم المستنبط بطريق اجتهادي: إنَّ العرف المعارض للنَّصِّ المبني على اجتهاد العلماء، أو الأحكام المستنبطة من الأدلة الظَّنية؛ كالقياس، والاستحسان، وسدِّ الدَّرَائِع، والمصالح المرسلَة وغيرها، في الأمور التي لم يرد نصٌّ صريحٌ، ففي رأي

¹ يُنظر: عبد المجيد محمد السوسة، التَّخصيص بالعُرف وأثره في الفقه الإسلامي (مقال)، ص 381. اطلعت عليه يوم 2022/10/10م، في السَّاعة: 20:00، من موقع "مكتبة عين الجامعة" على الشَّبكة العنكبوتية، من الرِّابط الآتي:

<https://ln.run/azQs7>

² يُنظر: ماهر حامد الحولي، تخصيص العموم بالعُرف وأثره في الفروع الفقهيَّة (مقال)، ص 16.

³ يُنظر: أحمد أبو سنة، العُرف والعادة في رأي الفقهاء، ص 93.

⁴ يُنظر: الشُّيوطي، الأَشْبَاه والنَّظَائِر في فروع الشَّافعية، ص 92.

⁵ هو يحيى بن شرف، الحوراني النَّووي، الشَّافعي، أبو زكريا، محيي الدين، علامة بالفقه والحديث، حتى لقب بالحافظ، توفي سنة 676هـ، من تأليفه: "منهاج الطالبين"، و"روضة الطالبين"، و"رياض الصالحين". يُنظر: تاج الدِّين السُّبكي، طبقات الشَّافعية الكبرى، 395/8.

⁶ يُنظر: النَّووي، المجموع شرح المذهب، 417/11.

أكثر الفقهاء أنه معتبر ويعمل به تبعاً لمقتضيات المصلحة؛ وتبعاً لما قد يطرأ من تغير الزمان والظروف والأحوال، حتى ولو كان عرفاً حادثاً¹، وقد اعتبره بعض الفقهاء أنه من قبيل الاستحسان، كابن العربي²، فقد قسم الاستحسان إلى أنواع، وجعل النوع الأول هو ترك الدليل للعرف³.

ولهذا قد يجد الباحث أن كثيراً من العلماء قد يتغير اجتهاده، أو يخالف فتوى إمامه في مسائل كثيرة، بناء على ما كان في عرف زمانهم، ولإدراكهم أن أئمتهم لو كانوا في زمنهم، لذهبوا إلى ما ذهبوا إليه. ومن أمثلة ذلك؛ الإفتاء بجواز أخذ الأجرة على تعليم القرآن ونحوه؛ لأن الاشتغال بالتعليم من غير أجرة يترتب عليه ضرر بالمعلمين وأسرهم، ولو اشتغلوا بالعمل والكسب لضاع الدين والقرآن. لذا أفتى العلماء بجواز أخذ الأجرة على تعليم القرآن، مع كون ذلك مخالفاً لما ذهب إليه كثير من أئمة المذاهب، من عدم جواز أخذ الأجرة على تعليم القرآن⁴.

الفرع الثاني: أدوار العُرف في التشريع الجزائري

تجلى أدوار العُرف في التشريع الجزائري في قيامه بعدة أدوار أذكر من أهمها ما يأتي:

أولاً-الدور التكميلي للعُرف: يتحدد مركز العُرف بالنسبة للتشريع على أساس إعطاء المركز الأول للتشريع، إذ لا يمكن تطبيق القاعدة العرفية في حالة وجود نص تشريعي ينظم المسألة موضوع النزاع، بل حتى في حالة عدم وجود نص تشريعي لا يرجع القاضي إلى العُرف، إلا في حالة إغفال مبادئ الشريعة الإسلامية للمسألة موضوع الخلاف، وذلك لكونها المصدر الاحتياطي الأول فتتقدم على العُرف من حيث التطبيق، من هنا يظهر أن للعرف دوراً تكميلياً للتشريع في حالة وجود نقص في هذا الأخير، الأمر الذي يفرض على القاضي اللجوء للمصدر الاحتياطي الأول، وهو مبادئ الشريعة الإسلامية، فإن لم يجد فيها ما يسد هذا الفراغ التشريعي لجأ إلى

¹ يُنظر: ابن عابدين، مجموعة رسائل ابن عابدين، 116/2.

² هو: محمد بن عبد الله المعافري، أبو بكر بن العربي، القاضي المالكي، من حُفَظ الحديث وأعلام التفسير وأرباب الفقه، وتوفي رحمه الله قرب فاس عام 543هـ، من مؤلفاته: "القبس في شرح موطأ الإمام مالك"، و"العواصم من القواصم". يُنظر: ابن فرحون، الديباج المذهب، 252/2.

³ يُنظر: ابن العربي، المحصول في أصول الفقه، ص131.

⁴ يُنظر: ابن عابدين، المصدر السابق، 126-125/2.

الفصل التمهيدي: ماهية العُرف في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

العُرف للفصل في النزاع¹ تطبيقاً نصّ المادة: 01/01 من ق م ج². ثم إنَّ التشريع في حدّ ذاته غالباً ما يُحيل على العُرف، كما هو الشأن في القواعد المكّملة التي تنتهي بعبارة: "ما لم يوجد اتّفاق أو عُرف يقضي بغير ذلك".

هذا ويختلف دور العُرف المكمل للتشريع من فرع إلى آخر ضمن فروع القانون الخاص. لذا سأركّز على دوره في أهمّ قانونين في هذا المجال؛ وهما:

القانون المدني: يُعتبر هذا القانون بمثابة الشريعة العامّة التي يُرجع إليها عند عدم وجود نصّ في القوانين الخاصّة³؛ لأنّه أكثرها إحاطةً وشمولاً لمختلف العلاقات والرّوابط بدليل أنّ مواده قد مسّت كلّ أنواع التّصرفات المدنيّة من بيع وإيجار ورهن وغيرها. إلا أنّ نطاق العُرف في هذا القانون ضيقٌ إلى أبعد الحدود، ويظهر دوره في تنظيم بعض المسائل التي أعقّل عنها المشرّع، ولم تُشر إليها مبادئ الشريعة الإسلاميّة. ومن ذلك: احتفاظ المرأة بلقبها العائلي بعد الزّواج إلى جانب لقب زوجها الذي تكتسبه بعد الاقتران به⁴.

قانون الأسرة: يرتبط هذا القانون كثيراً بقواعد الأعراف والعادات والأخلاق والأحكام الدّينيّة، الأمر الذي يجعله يختلف عن باقي فروع القانون الأخرى⁵. وبما أنّ المصدر الأصلي لقانون الأسرة الجزائري هو الشريعة الإسلاميّة التي لا تتنافى مع الكثير من الأعراف السائدة في المجتمع⁶؛ بالإضافة إلى ذلك فإنّ المشرّع جعل من العُرف مصدراً من مصادر هذا القانون⁷، وقد حكّمه في القضايا التي لا يوجد فيها نصّ أو توضيح كافٍ في المصادر الأعلى منه مرتبة. من خلال الإحالة على أحكام الشريعة الإسلاميّة بموجب المادة: 222 من ق أ ج، التي فتحت الباب للاجتهاد القضائي أمام القاضي وتحكيمه العُرف في بعض مسائل الأحوال الشّخصيّة -والتي سنبحثها في طيات هذا البحث-؛ ومنها: النزاع حول قبض الصّدّاق بين الزّوجين (المادة: 17 من ق أ ج).

¹ يُنظر: حبيب إبراهيم الخليلي، المدخل للعلوم القانونيّة -النّظرية العامّة للقانون-، ص 155-156. وعمار بوضياف، المدخل إلى العلوم القانونيّة -النّظرية العامّة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري-، ص 216.

² يُنظر: المادة: 01/01 من قانون رقم: 05/07 المتضمّن القانون المدني الجزائري.

³ يُنظر: محمد الصّغير بعلي، المدخل للعلوم القانونيّة -نظرية الحقّ ونظرية القانون-، ص 28-29.

⁴ يُنظر: علي فيلاي، مقدّمة في القانون، ص 259.

⁵ يُنظر: العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، 26/1.

⁶ يُنظر: محمّد بوطرفاس، الأسرة الجزائرية بين القانون والعُرف (مقال)، ص 258.

⁷ يُنظر: الرّشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدّل، ص 13.

ثانياً-الدور التفسيري للعُرف: وفي هذه الحالة لسنا بصدد نقص في التشريع ليكملهُ العُرف، وإنما بصدد تشريع يُمدّدنا بنصوص تُنظّم مسألة ما، يحتاج القاضي عند تطبيقها إلى الاستعانة بالعُرف، لذا سُمّي العُرف في هذه الحالة بالعُرف المُساعد أو المُعاون. فكثيراً ما تُحيل النصوص التشريعية بخصوص مسألة معينة إلى العُرف صراحةً، فيقوم هذا الأخير بإحالة القاضي للاستعانة به في حل الواقعة المعروضة عليه. وهذه الإحالة تكون على ثلاثة أوجه:

1. إحالة القاضي إلى العُرف لتوضيح قاعدة تشريعية وتحديد مضمونها، هنا يقتصر دور القاعدة القانونية على تقرير التزام المتعاقد، وإحالة القاضي عليها من أجل تحديد ماهية هذا الالتزام¹، كإعمال العُرف في تحديد الضرورات في النفقة (المادة: 78 من ق أ ج)، وسنبحثها فيما بعد.

2. إحالة القاضي إلى العُرف للاسترشاد في التعرف على نية المتعاقدين، فالعُرف يساعد القاضي وهو بصدد تفسير العقد في التعرف على نية المتعاقدين، وذلك بترجيح التفسير اللفظي الأكثر مطابقة للعُرف السائد²، وهو ما نصّت عليه المادة: 2/111 من ق م ج³.

3. إحالة القاضي إلى العُرف لاستيفاء ما يوجد من نقص في اتفاق المتعاقدين، فإذا أُهمل الاتفاق فيما بينهما، فإنّ القاضي يطبق العُرف للتعرف على المكان أو الزمان، فإذا لم يسعفه العُرف يلجأ حينئذ إلى تطبيق ما تقضي به القاعدة القانونية⁴. فمثلاً يُعتدّ بالعُرف السائد في منطقة معينة لتحديد قيمة الصّدق، ويُفرضُ صدق المثل المتعارف عليه في تلك المنطقة عند حدوث التنازع حوله، وهو ما أشارت إليه المادة: 2/15 من ق أ ج.

ثالثاً-العُرف المُخالف للتشريع: يترتب على تخلف مرتبة العُرف عن مرتبة التشريع في القانون الجزائري أنّ العُرف لا يمكنه إلغاء التشريع وفقاً لمبدأ تدريج القوانين، كما لا يمكن بحسب الأصل

¹ يُنظر: حبيب إبراهيم الخليلي، المدخل للعلوم القانونية -النظرية العامة للقانون-، ص154. وأحمد سي علي، مدخل للعلوم القانونية -النظرية والتطبيق في القوانين الجزائرية-، ص275.

² يُنظر: حبيب إبراهيم الخليلي، المرجع السابق، ص154. ومحمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية -الوجيز في نظرية القانون-، ص196.

³ نصّت: "أمّا إذا كان هناك محلّ لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقاً للعُرف الجاري في المعاملات".

⁴ يُنظر: حبيب إبراهيم الخليلي، المرجع السابق، ص157. ومحمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص198.

الفصل التمهيدي: ماهية العُرف في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

أن يخالف العُرف نصًا تشريعيًا أمرًا، وإن كان يملك مخالفة أو استبعاد نصّ تشريعيّ مُكَمِّلٍ لا إلغاءه. ويترتّب على تأخر العُرف عن التشريع في المرتبة النتائج الآتية:

- عدم قدرة العُرف على إلغاء نصّ تشريعي، فطبقًا لنصّ المادة: 02 من ق م ج¹، فإنّ العُرف لا يمكنه إلغاء نصّ تشريعيّ أمرٍ، سواء وُجدَ هذا النصّ لحماية المصالح العامّة أم المصالح الخاصّة، كما لا يستطيع إلغاء نصّ تشريعيّ مُكَمِّلٍ؛ لأنّ العُرف أدنى مرتبة من التشريع.

وعليه فإنّ التشريع أيّا كان أمرًا أو مكَمَّلًا، لا يُلغى إلّا بتشريع آخر، فمن باب أولى لا يمكن للعُرف إلغاء التشريع.

- لا يمكن للعُرف مخالفة نصّ تشريعيّ أمرٍ مُتَّحِدٍ معه في الولاية والاختصاص، فالعُرف لا يمكنه مخالفة قاعدة قانونيّة أمرّة من قواعد القانون المدني أو التجاري؛ لأنّهما مُتَّحِدَان في الولاية ومجال الاختصاص، إذ يجب حينئذ تغليب النصّ الأمر على القاعدة العُرفيّة.

- جواز مخالفة العُرف التجاري لنصّ تشريعيّ مدنيّ أمرٍ، ذلك أنّ نصوص القانون المدني مُكَمِّلة للقانون التجاري؛ لأنّ القانون المدني هو الشريعة العامّة لفروع القانون الخاصّ، أمّا القانون التجاري فهو الحُكْم الخاصّ في المسائل التجاريّة. ففي حالة عدم وجود قواعد خاصّة لحكم مسألة تجاريّة ما، وجب الرّجوع إلى قواعد القانون المدني كقواعد مُكَمِّلة، أمّا إذا وُجدَ عرف تجاريّ في هذه المسألة فيكون الحُكْم للقواعد القانونيّة التجاريّة، ويَقَعُ هنا تنازع بين قواعد عامّة أمرّة في القانون المدني وقواعد خاصّة وهي العُرف التجاريّ، والغلبة تكون للعُرف التجاريّ، باعتباره قاعدة خاصّة؛ لأنّ "الخاصّ يُقيّد العامّ"². حتى ولو كانت القواعد العُرفيّة في القانون التجاريّ تُخالف نصوص القانون المدنيّ، وقد غلبَ المشرّع بعض نصوص العُرف التجاريّ على النصّ المدنيّ الأمر³، ومن ذلك ما نصّت عليه المادة 77 من ق م ج⁴.

¹- تنص: "لا يجوز إلغاء القانون (التشريع) إلّا بقانون لاحق".

²- يُنظر: حبيب إبراهيم الخليلي، المدخل للعلوم القانونيّة -النظرية العامّة للقانون-، ص 154-157، ومحمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونيّة -الوجيز في نظرية القانون-، ص 198-199.

³- يُنظر: محمد سعيد جعفرور، المرجع نفسه، ص 199.

⁴- تنص: "لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه سواء كان التّعاقد لحسابه أم لحساب شخص آخر دون ترحيص من الأصيل، على أن يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يبيز التّعاقد، كلّ ذلك مع مراعاة ما يخالفه ممّا يقضي به القانون وقواعد التّجارة".

الفصل التمهيدي: ماهية العُرف في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

- جواز مخالفة العُرف للنصوص التشريعية المكملّة، فالأصل أنّه لا يمكن للعُرف مخالفة نصّ تشريعيّ احتراماً لقاعدة تدرّج القوانين، والتي تجلّ من العُرف يحتلّ المرتبة الثانية في ترتيب المصادر الاحتياطية للقانون بعد مبادئ الشريعة الإسلامية.

غير أنّ النصوص التشريعية المكملّة وُجِدَتْ لتكملة ما نُقِصَ من شروط العقد في حالة سكوت المتعاقدين عن تنظيم هذه الشروط، وهي نصوص يجوز للأفراد الاتفاق على استبعادها ومخالفة حكمها، فمن باب أولى يجوز أن ينشأ عُرفٌ مخالفٌ لها. فالمشرّع يُنبّه المتعاقدين في كثير من النصوص التشريعية المكملّة، إلى عدم سريانها في حالة وجود عُرفٍ مخالف لها¹. ولا يتمّ ذلك إلاّ بترخيص منه. فإن لم يُوجد ترخيص طُبّقَت القاعدة العرفية إن وُجِدَتْ رغم وجود القاعدة التشريعية، ذلك أنّ مراعاة تطبيق القاعدة العرفية، ليس معناه إلغاء القاعدة التشريعية المكملّة، وإنّما يتمّ استبعاد تطبيق هذه الأخيرة فقط².

بناءً على ما سبق؛ فإنّ الباحث يجد أنّ كلّاً من الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري يتفقان في بعض أدوار العُرف، ويختلفان في بعضها الآخر، وبيانها كالآتي:

أولاً-أوجه الاتفاق: تظهر فيما يأتي:

- يقوم العُرف في كلّ من الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري بدور المكمل للتشريع أو مُفسر له ولا يمكنه مخالفة النصوص والقواعد الآمرة.
- اتفق كلّ منهما على اللجوء للعُرف عند عدم وجود نصّ أو قاعدة عامّة أعلى منه مرتبة. كما لا يمكن اللجوء إليه في حالة وجود النصّ حفاظاً على استقرار الأحكام.
- اتفق كلّ منهما على أنّه لا يمكن للعُرف إلغاء نصّ تشريعيّ وفقاً لمبدأ تدرج القوانين، وكذا اتفق في الإحالة -صراحة أو ضمناً- على العُرف لمعالجة بعض قضايا مسائل الزواج وانحلاله كمقدار النفقة وجنسها، وصدّاق المثل مثلاً، وكذلك اتفق على انعدام دوره في التشريع الجنائي.
- أنّ كلّاً من الفقيه في الشريعة الإسلامية، والقانوني في التشريع الوضعي بحاجة ماسّة لعلم بالعرف وحجّيته، حتى يتمكنوا من تحكيمة على الوجه السليم.

¹- تنصّ المادة: 1/387 من ق م ج: "يُدفع ثمن البيع في مكان تسليم المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك"

²- يُنظر: رابح بن غريب، المدخل إلى دراسة الشريعة الإسلامية، ص157. وحبيب إبراهيم الخليلي، المدخل للعلوم القانونية -النظرية العامة للقانون-، ص157.

ثانيًا-أوجه الاختلاف: وتبرز فيما يأتي

- يُقوّم العرف في الفقه الإسلامي بأدوار كثيرة ووظائف متنوعة، فقلّمَا يوجد باب من أبواب الفقه ليس للعرف مدخل في أحكامه، بخلاف دوره في التشريع الجزائري الذي يقلُّ الاعتماد عليه في بعض فروع القانون كالمدني، وينعدم في بعضها الآخر كالجنائي مثلاً.

الباب الأول: أثر العُرف في الزّواج وأحكامه
في الفقه الإسلاميّ والتّشريع الجزائريّ
وفيه فصلان:

الفصل الأول: أثر العُرف في مقدّمات الزّواج
في الفقه الإسلاميّ والتّشريع الجزائريّ
الفصل الثّاني: أثر العُرف في أحكام الزّواج
في الفقه الإسلاميّ والتّشريع الجزائريّ

الفصل الأول: أثر العُرفِ في مقدّمات الزواج

في الفقه الإسلاميّ والتّشريع الجزائريّ

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: أثر العُرفِ في اختيار الخطابين وتحديد سنهما والشُّورى

في الخطبة في الفقه الإسلاميّ والتّشريع الجزائريّ

المبحث الثاني: أثر العُرفِ في مواصفات الخطابين والعلاقة بينهما

في الفقه الإسلاميّ والتّشريع الجزائريّ

المبحث الثالث: أثر العُرفِ في أحكام الخطبة والعُدُول عنها

في الفقه الإسلاميّ والتّشريع الجزائريّ

المبحث الأول: أثر العُرف في اختيار الخطابين وتحديد سنهما
والشورى في الخطبة في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري
وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: أثر العُرف في أسس اختيار الخطابين

في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

المطلب الثاني: أثر العُرف في تحديد سن الخطابين

في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

المطلب الثالث: أثر العُرف في الشورى في الخطبة

في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

الباب الأول: أثر العُرف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتَّشريع الجزائري

المطلب الأول: أثر العُرف في أسس اختيار الخاطبين

في الفقه الإسلامي والتَّشريع الجزائري

إنَّ التَّأسيس الصَّحيح للأسرة المسلمة يَعتمدُ أساسًا على مراعاة جملة من الأسس التي ينبغي توافرها عند اختيار شريك الحياة، فاستقرار الحياة الزوجية مرهونٌ بحُسن الاختيار، لذا سأُتحدث عن أثر العرف في أسس اختيار الخاطبين في الفقه الإسلامي في (فرع أول)، ثم عن أثره في أسس اختيارهما في التَّشريع الجزائري في (فرع ثانٍ)، وفيما يأتي تفصيلها:

الفرع الأول: أثر العُرف في أسس اختيار الخاطبين في الفقه الإسلامي

لقد أولى الفقه الإسلامي أهمية بالغة لعقد الزواج، بدءًا من خطوة حُسن اختيار الخاطبين، وحتى يقع هذا الاختيار في محله ويكون صحيحًا وسليمًا، لا بُدَّ من توفر أسس معيَّنة فيهما، وقد قَسَّمتها إلى قسمين؛ وهما: أسس مشتركة بينهما، وأخرى خاصَّة بالمخطوبة.

أولاً-أسس مشتركة بين الخاطبين: ومن أهمها ما يأتي:

1. **الدِّين:** فالرجل وهو يبحث عن المرأة التي ستشاركه حياته لا بُدَّ أن يركِّز على أساس أو صفة الدِّين والخلق؛ وذلك بأن تكونَ محافظةً على صلاتها، ومعروفةً ببرِّ والديها، وحُسنِ علاقاتها بِمَن تُخالطهم من النَّاس، مُرتديةً حجابها بمواصفاته الشرعية، وهذا الذي لا يمكن أن يُتنازل عنه في المرأة¹. فالأساس الدِّيني هو أهمُّ الأسس في اختيار الزَّوجة الصَّالحة، إذ قال ﷺ: «**وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمَنَّ وَلَأَمَةٌ مُؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِنْ مُشْرِكَةٍ وَلَوْ أَعْجَبَتْكُمْ**» [البقرة: 221]. فدلَّت هذه الآية على أنَّ الأساس الدِّيني له المقام الأول في اختيار الزَّوجة. فلأمة مؤمنة خيرٌ وأصلح للمسلم من حرةٍ مشركةٍ ولو أعجبكم مالها أو جمالها أو سلوكها الاجتماعي أو مركزها في قومها أو حسبها أو بلدها². فعن أبي هريرة رضي الله عنه أنَّ النَّبي ﷺ قال: «**تُنْكَحُ الْمَرْأَةُ لِأَرْبَعٍ: لِمَالِهَا وَلِحَسَبِهَا وَجَمَالِهَا وَلِدِينِهَا، فَاظْفَرْ بِذَاتِ الدِّينِ، تَرِبَتْ يَدَاكَ**»³. فهذا الحديث يُرشد إلى أنَّ اختيار المخطوبة يقوم

¹ عبد القادر مهاوات، كلمات قلَّتها في زيجات ومعهما قواعد في فن إدارة الحياة الزوجية، ص74.

² يُنظر: دروزة محمد عزت، التفسير الحديث، 391/6. وعبد النَّاصر العطار، خطبة النَّساء في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية، ص50-51.

³ مُتَّفَق عليه؛ أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب النِّكاح، باب الأُكْفَاءِ فِي الدِّينِ، رقم: 5090، 7/7. ومسلم في صحيحه، كتاب الرِّضَاع، باب استحباب نكاح ذات الدِّينِ، رقم: 1466، 1086/2.

الباب الأول: أثر العُزف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتَّشريع الجزائري

على الأساس الديني أولاً، ثم تليه بقية الأسس الأخرى التي يرغب فيها الرجال¹، فإذا جمعت المخطوبة بين الدين والمال كان خيراً وبركةً، وإذا جمعت بين الدين والجمال كان فضلاً من الله ونعمة، وإذا جمعت بين الدين والحسب كان ذلك يُسرّاً وعظمةً، وإلا ففي الدين وحده الخير كلُّ الخير².

وما قيل عن الرجل يُقال أيضاً عن المرأة؛ فالمرأة وأولياؤها عندما يتقدّم إليهم من يخطبها، فلا بُدَّ أن يُراعوا فيه صفة الدين، كأن يكون من رُؤادِ المسجد، مُتحرّياً الحلال في تعاملاته، حسن السيرة والسلوك، بعيداً عن مواطنِ الشُّبُه، ونحو ذلك من السمات التي تدلُّ على متانة دينه وسماحة أخلاقه، ولا يهْمُ كثيراً بعد ذلك كونه غنياً أم لا، أو صاحبَ وظيفة قارّة أم لا³. ذلك أن حسن الاختيار القائم على أساس الدين في الزوجين يتبعه صلاح أمر الأولاد والأحفاد⁴.

1. حُسن الخُلُق: يَجِبُ أَنْ يَتَّصِفَ الزَّوْجَانِ بِحَسَنِ الْخُلُقِ، فعلى الزَّوْجَةِ أَنْ لَا تَكُونَ فَظَّةً غليظة مع زوجها حتى لا يَنْفِرَ منها، ولا تَجْلِبَ له الشَّقَاءُ⁵، وقد بيّن ﷺ صفات المرأة التي ينبغي أن يظفر بها الرجل، فعن يَحْيَى بْنِ جَعْدَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ: «خَيْرُ فَائِدَةٍ اسْتَفَادَهَا الْمُسْلِمُ بَعْدَ الْإِسْلَامِ، امْرَأَةٌ تَسْرُهُ إِذَا نَظَرَ إِلَيْهَا، وَتُطِيعُهُ إِذَا أَمَرَهَا، وَتَحْفَظُهُ فِي مَالِهِ وَنَفْسِهَا إِذَا غَابَ»⁶. وبالمثل يجب أن يكون الزوج حسن الخلق مع زوجته، فقد قال النبي ﷺ لفاطمة بنت قيس لما ذكرت له أن أبا جهم بن حذيفة ومعاوية بن أبي سفيان خطبأها: «أَمَا أَبُو جَهْمٍ فَلَا يَضَعُ عَصَاهُ عَنْ عَاتِقِهِ، وَأَمَّا مُعَاوِيَةُ فَصُغْلُوكُ لَا مَالَ لَهُ. انكِحِي أُسَامَةَ بْنَ زَيْدٍ»⁷. فهذا الحديث يُرشد المخطوبة ووليّها إلى التَّريث في أمر الخاطب حتى يَعْرِفَا أخلاقه وسلوكاته، فإذا تبَيَّنَ لهما أنه

¹ يُنظر: عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، ص 48.

² يُنظر: عبد الناصر العطار، خطبة النساء في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية، ص 52.

³ يُنظر: عبد القادر مهاوات، كلمات قلتها في زيجات ومعها قواعد في فن إدارة الحياة الزوجية، ص 75.

⁴ يُنظر: الصادق الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، 2/496.

⁵ يُنظر: محمد الدُسوقي، الأسرة في التشريع الإسلامي، ص 27-28.

⁶ رواه ابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب النكاح، باب المرأة الصالحة والسيئة الخلق، رقم: 17141، 3/559. قال البوصيري في إتحاف الخيرة المهرة: له شاهد من حديث عبد الله بن عمرو، رواه مسلم في صحيحه وغيره، ورواه أبو داود من حديث ابن عباس، ورواه التَّسَائِي من حديث أبي هريرة. 24/4.

⁷ أخرجه مالك في موطئه، كتاب الطلاق، باب ما جاء في نفقة المطلقة، رقم: 2155، 4/836.

الباب الأول: أثر العُزف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

يَضْرِبُ النِّسَاءَ وَيَخْلُ عَلَيْهِنَ فِي النَّفَقَةِ فَلَا يُزَوِّجَانِه؛ لِأَنَّ فِي هَاتَيْنِ الْخَصْلَتَيْنِ عَدَمَ دَوَامِ الْعِشْرَةِ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ¹.

2. **الْمَالُ:** وهو أحد الأسس التي أقرها الإسلام لاختيار المخطوبة، فكلما كان المال مع المرأة كلما رَغِبَ فِيهَا الْخُطَّابُ، وَكَمْ أَسْعَفَ الْمَالُ نِسَاءً لَا حَظَّ لَهُنَّ مِنَ الْجَمَالِ أَوْ الْحَسَبِ²، وَلِأَنَّ النَّفْسَ الْبَشَرِيَّةَ مَفْطُورَةٌ عَلَى حُبِّ الْمَالِ الْوَفِيرِ، لِقَوْلِهِ ﷺ: «زَيْنٌ لِلنَّاسِ حُبُّ الشَّهَوَاتِ مِنَ النِّسَاءِ وَالْبَنِينَ وَالْقَنَاطِيرِ الْمُقَنْطَرَةِ مِنَ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ» [آل عمران: 14]. ولا مانع أن يتوفر المال في الخاطبين، فذلك عونٌ لهما في حياتهما الزوجية، وما يَفْعَلُهُ بعض الآباء من إغناء بناتهم وتحليتهم بالذهب ليرغب الرجال فيهن، فالنبي ﷺ اعتبر ذلك من السنة³ فعن عائشة رضي الله عنها قالت: قال النبي ﷺ «لَوْ كَانَ أُسَامَةُ جَارِيَةً لَكَسَوْتُهُ، وَحَلَيْتُهُ حَتَّى أُنْفِقَهُ»⁴.

وقد حذّر النبي ﷺ من الطَّمَعِ فِي مَالِ الْمَرْأَةِ، وَخِطْبَتِهَا مِنْ أَجْلِهِ، فَلَعَلَّ مَالَهَا لَا يَأْتِي بِخَيْرٍ⁵. فعن عبد الله بن عمرو رضي الله عنه قال: قال النبي ﷺ: «وَلَا تَزَوِّجُوهُنَّ لِأَمْوَالِهِنَّ فَعَسَى أَمْوَالُهُنَّ أَنْ تُطْغِيَهُنَّ، وَلَكِنْ تَزَوِّجُوهُنَّ عَلَى الدِّينِ، وَلَأَمَّةٌ سَوْدَاءُ ذَاتُ دِينٍ أَفْضَلُ»⁶، وَلِهَذَا قِيلَ: إِنَّ مَعْنَى حَدِيثِ الْبَابِ، الْإِخْبَارُ مِنْهُ ﷺ بِمَا يَفْعَلُهُ النَّاسُ فِي الْعَادَةِ، فَإِنَّهُمْ يَقْصِدُونَ هَذِهِ الْخِصَالَ الْأَرْبَعَ⁷. والمال مطلوبٌ أيضاً في الخاطب؛ لِأَنَّ عَلَيْهِ تَبَعَاتُ الْمَهْرِ وَالنَّفَقَةِ وَغَيْرِ ذَلِكَ مِمَّا تَقُومُ بِهِ الْحَيَاةُ الزَّوْجِيَّةُ، شَرْطٌ أَنْ يَقْتَرَنَ الْمَالُ بِمِرَاعَاةِ الدِّينِ وَالْأَخْلَاقِ⁸.

¹ يُنْظَرُ: بِلِقَاسَمِ شَتَوَان، الْخُطْبَةُ وَالزَّوْجُ فِي الْفَقْهِ الْمَالَكِيِّ، ص 29.

² يُنْظَرُ: عَبْدُ النَّاصِرِ الْعَطَّارُ، خُطْبَةُ النِّسَاءِ فِي الشَّرِيعَةِ الْإِسْلَامِيَّةِ وَالتَّشْرِيعَاتِ الْعَرَبِيَّةِ، ص 54-55.

³ يُنْظَرُ: ابْنُ عَابِدِينَ، رَدُّ الْمُحْتَارِ عَلَى الدُّرِّ الْمُحْتَارِ، 9/3.

⁴ أَخْرَجَهُ أَحْمَدُ فِي مُسْنَدِهِ، رَقْمٌ: 2586، 50/43. وَابْنُ مَاجَةَ فِي سُنَنِهِ، بَابُ الشَّقَاعَةِ فِي التَّنْزِيحِ، رَقْمٌ: 1976، 635/1. وَابْنُ حِبَانَ فِي صَحِيحِهِ، كِتَابُ إِخْبَارِ ﷺ عَنْ مَنَاقِبِ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ، ذِكْرُ أُسَامَةَ بْنِ زَيْدٍ بْنِ حَارِثَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ، رَقْمٌ: 7056، 532/15. قَالَ عَنْهُ الْأَلْبَانِيُّ: "حَدِيثٌ صَحِيحٌ". يُنْظَرُ: سِلْسِلَةُ الْأَحَادِيثِ الصَّحِيحَةِ، 16/3.

⁵ عَبْدُ النَّاصِرِ الْعَطَّارُ، الْمَرْجِعُ السَّابِقُ، ص 55.

⁶ أَخْرَجَهُ ابْنُ مَاجَةَ فِي سُنَنِهِ، كِتَابُ النِّكَاحِ، بَابُ تَزْوِيجِ ذَاتِ الدِّينِ، رَقْمٌ: 1859، 597/1. وَصَهْبُ عَبْدِ الْجَبَّارِ، الْمُسْنَدُ الْمَوْضُوعِيُّ، 138/16. قَالَ عَنْهُ الْأَلْبَانِيُّ: "حَدِيثٌ ضَعِيفٌ جَدًّا". ضَعِيفُ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ وَزِيَادَتُهُ، 879/1.

⁷ يُنْظَرُ: الشُّوْكَانِيُّ، نَيْلُ الْأَوْطَارِ، 126/6.

⁸ يُنْظَرُ: الْمَكِّيُّ صَلُوحٌ، دَوْرُ الْعُزْفِ فِي الْخُطْبَةِ وَآثَارُهُ بَيْنَ الشَّرِيعَةِ الْإِسْلَامِيَّةِ وَالْقَانُونِ (مَقَالٌ)، ص 297.

الباب الأول: أثر العُزف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

3. الحَسَبُ: لقد أقرَّ الإسلام اختيار الخاطبين على أساس الحَسَبِ، واعتبره من شروط الكفاءة بينهما، فالمرأة إذا كانت من بيت جاهٍ وسؤددٍ حرصت على أن تكون كأهلها، وأن تربي أولادها تربيةً فاضلةً¹. بل رَغِبَ الإسلام في الزواج من المرأة النَّسِيبِ الطَّيِّبَةِ الأصل، ليكون ولدها نجيباً²، لقوله ﷺ: «تُنكَحُ الْمَرْأَةُ لِأَرْبَعٍ: لِمَالِهَا وَلِحَسَبِهَا»³. فدلَّ هذا الحديث على أنَّ للحسب اعتباراً في اختيار المرأة، وَيُؤْخَذُ مِنْهُ أَنَّ الشَّرِيفَ النَّسِيبَ يُسْتَحَبُّ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَ نَسِيبَةً، إِلَّا أَنْ تُعَارِضَ نَسِيبَةً غَيْرَ دَيِّنَةٍ وَغَيْرَ نَسِيبَةٍ دَيِّنَةٍ، فَالتَّقَدُّمُ وَالْأَفْضَلِيَّةُ يَكُونُ لِدَاتِ الدِّينِ دَائِماً⁴. كما ينبغي أن يكون الخاطب كُفُوًا للمرأة، فَلَا يُزَوَّجُ الْوَلِيُّ ابْنَتَهُ الشَّابَّةَ شَيْخًا كَبِيرًا وَلَا رَجُلًا دَمِيمًا وَيُزَوِّجُهَا كُفُوًا، حَتَّى لَا تَتَعَيَّرَ بِاسْتِفْرَاشٍ مِنْ لَا يُكَافِئُهَا نَسَبًا. ومسألة الكفاءة في النِّكَاحِ مِمَّا اختلف فيها الفقهاء اختلافًا كثيرًا، بعد اتِّفَاقِهِمْ على اشتراط الكفاءة في الدِّينِ⁵، وكان اختلافهم هذا على اتجاهين⁶:

الاتجاه الأول: ذهب أكثر العلماء⁷ إلى تحدد الكفاءة في الزواج بأشياء معيَّنة كالدين، والمنصب⁸، وأضيف إليهما الحرية والصناعة واليسار⁹، أو هذه الأشياء الخمسة¹⁰ والسَّلامَة من العيوب الأربعة؛ -الجبُّ¹¹ والخصاء والعُنَّة¹²، والمرض المزمَن المنفر - فَتَكُونُ سِتَّةً¹³.

¹ يُنظر: عبد النَّاصر العطار، حِطْبَةُ النِّسَاءِ فِي الشَّرِيعَةِ الْإِسْلَامِيَّةِ وَالتَّشْرِيعَاتِ الْعَرَبِيَّةِ، ص 54-55.

² يُنظر: البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، 9/5.

³ الحديث سبق تخريجه، ص 64.

⁴ يُنظر: ابن حجر، فتح الباري، 135/9.

⁵ يُنظر: ابن عابدين، ردُّ المحتار على الدرِّ المختار، 9/3. وابن مَازَة، المحيطة البرهاني، 21/3. والدُّسوقي، حاشية الدُّسوقي

على الشَّرْح الكبير، 248/2. والماوردي، الحاوي الكبير، 100/9. وابن قدامة، المغني، 35/7.

⁶ يُنظر: أحمد سير المبارك، العرف وأثره في الشريعة والقانون، ص 225.

⁷ ابن الهمام، فتح القدير، 60/7. والقرافي، الذَّخِيرَة، 214/4. والشُّوكاني، نيل الأوطار، 154/6.

⁸ ابن قدامة، المصدر السَّابِق، 35/7.

⁹ الشَّيرَازي، المهذب في فقه الإمام الشَّافعي، 39/2.

¹⁰ الزَّركشي، شرح الزَّركشي على مختصر الحرفي، 68/5-69.

¹¹ الجبُّ: القطع، والمحبوب المقطوع ذكره، وقيل: مقطوع الذكر والخصيتين. سعدي أبو جيب، القاموس الفقهي، 263/1.

¹² العنة: عدم القدرة على الجماع، والعنين هو الذي لا يقدر على الجماع لمرض أو لكبر سنٍّ، أو الذي يصل الثيب دون

البكر. يُنظر: سعدي أبو جيب، المرجع نفسه، 263/1. والجرجاني، التَّعْرِيفَات، ص 263.

¹³ يُنظر: ابن قدامة، المصدر السَّابِق، 35/7.

الباب الأول: أثر العُزف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

واستدل أصحاب الاتجاه الأول على اشتراط الكفاءة في الزواج بأدلة من السنة النبوية ومن المعقول.

فمن السنة النبوية: ما روي عن عبد الله بن بُريدة قال: جاءت فتاة إلى عائشة رضي الله عنها، فقالت: إن أبي زوجني ابن أخيه ليرفع بي خسيسته، وإني كرهت ذلك، فجاء النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت ذلك له، «فجعل أمرها إليها فقالت: إني أجرت ما صنع والدي، إنما أردت أن أعلم هل للنساء من الأمر شيء أم لا؟»¹. وجه الدلالة: قول المرأة (ليرفع بي خسيسته) يشعر بأنه غير كفء لها، ولو كانت الكفاءة غير معتبرة ما جعل النبي صلى الله عليه وسلم الأمر بيدها إن شاءت رضيت بغير الكفء، وإن شاءت ردت النكاح.

وروي عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «إذا خطب إليكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه، إلا تفعلوا تكن فتنة في الأرض، وفساد عريض»². فدل هذا الحديث على أن الأولياء مطالبون بتزويج الكفء، واختيار الرجل الصالح لمواليهم دون غيره، فتكون الكفاءة معتبرة.

واحتجوا بالمعقول: بقولهم إن المصالح الزوجية، ودوام العشرة والاستقرار بين الزوجين، لا تنتظم عادة إلا بين المتكافئين، فإذا لم يكن الزوج مساوياً لزوجته، أو أعلى منها منزلة، استنكفت أن يكون له عليها حق القوامة، ولم يكن غالباً محل تقديرها، ويكون سبباً للشقاق وسوء التفاهم. ولأن أولياءها يُعيرونها بمصاهرته، وذلك يحول دون التوافق بينهما، مما يؤدي إلى انحلال الرابطة الزوجية بين الزوجين³.

¹ رواه ابن ماجه في سننه، أبواب النكاح، باب من زوج ابنته وهي كارهة، رقم: 1874، 75/3. والنسائي في سننه الكبرى، باب النكاح، البكر يُزوجها أبوها وهي كارهة، رقم: 3269، 86/6. قال الشوكاني: "رجالُه رجالُ الصحيح". نيل الأوطار، 152/6.

² رواه الترمذي في سننه، كتاب النكاح، باب ما جاء إذا جاءكم من ترضون دينه فزوجوه، رقم: 1084، 385/2. والبيهقي في سننه الكبرى، كتاب النكاح، الترغيب في التزويج من ذي الدين والخلق المرضي، رقم: 13481، 132/7. قال الترمذي: "هذا حديث حسن غريب". وحسنه الألباني في صحيح وضعيف سنن الترمذي، 85/3.

³ يُنظر: أحمد الصويغي شليبيك، العرف وأثره في الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي والقانون الكويتي (مقال)، ص 226.

الباب الأول: أثر العرف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

الاتجاه الثاني: تحديد الكفاءة موكول إلى العرف، فما عده الناس من الأعمال والصفات شريفاً، فهو شريف، وما عده خسيساً فهو خسيس¹. وقد نصَّ غير واحد من أهل العلم المتقدمين على اختلاف مذاهبهم الفقهية على دور العرف في تحديد خصال الكفاءة، أنقل بعضها على سبيل الاختصار.

فقد نصَّ صاحب "البدائع" على اعتبار العادة في باب الكفاءة في النكاح، فقال: "وَأَمَّا الْحِرْفَةُ، فَقَدْ ذَكَرَ الْكَرْخِيُّ أَنَّ الْكَفَاءَةَ فِي الْحِرْفِ، وَالصَّنَاعَاتِ مُعْتَبَرَةٌ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ، فَلَا يَكُونُ الْحَائِكُ كُفْتًا لِلْجَوْهَرِيِّ وَالصَّيْرِيِّ، وَذُكِرَ أَنَّ أَبَا حَنِيفَةَ بَنَى الْأَمْرَ فِيهَا عَلَى عَادَةِ الْعَرَبِ أَنَّ مَوَالِيَهُمْ يَعْمَلُونَ هَذِهِ الْأَعْمَالَ لَا يَقْصِدُونَ بِهَا الْحِرْفَ، فَلَا يُعَيَّرُونَ بِهَا، وَأَجَابَ أَبُو يُوسُفَ عَلَى عَادَةِ أَهْلِ الْبِلَادِ أَنَّهُمْ يَتَّخِذُونَ ذَلِكَ حِرْفَةً، فَيُعَيَّرُونَ بِالدَّيْنِ مِنَ الصَّنَائِعِ، فَلَا يَكُونُ بَيْنَهُمْ خِلَافٌ فِي الْحَقِيقَةِ. وَكَذَا ذَكَرَ الْقَاضِي فِي شَرْحِهِ مُخْتَصَرِ الطَّحَاوِيِّ اعْتِبَارَ الْكَفَاءَةَ فِي الْحِرْفَةِ"².

يتبين للباحث أن الإمام أبي حنيفة قد بنى الأمر على عرف العرب في ذلك الزمان، فإذا تغير الزمان، فلا مانع من تغير الحكم ما دام الحكم قد بُني على العرف، ومعلوم أنه لا يُنكرُ تغير الأحكام بتغير الأزمان.

نقل القرافي عن اللخمي: "كفوء للشريفة فإنه لا يشينها، أمّا البربري والمولى فكفوء إن كانت فقيرة؛ لأنَّ النسب ساقط مع الفقر عادةً، وأمّا الغنيّة فإنَّ كانت عادةً بلديها عدم المعرة بذلك، وإمّا هو من باب الأولى رُوجت³. واعتبر صاحب "مغني المحتاج" العرف في الحرفة فقال: "وَإِذَا نَظَرْتَ إِلَى حِرْفَةِ الْأَبِ فَمِيقَاسُهُ النَّظَرُ إِلَى حِرْفَةِ الْأُمِّ أَيْضًا، فَإِنَّ ابْنَ الْمُغْنِيَةِ أَوْ الْحَمَامِيَّةِ وَخَوَهَا يَنْبَغِي أَنْ لَا يَكُونَ كُفْتًا لِمَنْ لَيْسَتْ أُمُّهَا كَذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ نَقْصٌ فِي الْعُرْفِ وَعَارٌ"⁴.

وذكر صاحب "المغني" قوله: "فَمَنْ كَانَ مِنْ أَهْلِ الصَّنَائِعِ الدَّنِيَّةِ، كَالْحَائِكِ، وَالْحَجَّامِ، وَالْحَارِسِ، وَالْكَسَّاحِ، وَالِدَّبَّاحِ، وَالْقِيمِّ، وَالْحَمَامِيِّ، وَالزَّبَّالِ، فَلَيْسَ بِكُفٍّ لِبَنَاتِ ذَوِي الْمُرُوءَاتِ، أَوْ أَصْحَابِ الصَّنَائِعِ الْجَلِيلَةِ، كَالتَّجَارَةِ، وَالْبِنَايَةِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ نَقْصٌ فِي عُرْفِ النَّاسِ، فَأَشْبَهَ نَقْصَ

¹ يُنظر: ابن قدامة، الكافي، 23/3.

² الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، 120/6.

³ القرافي، الذخيرة، 216/4.

⁴ الشَّرِينِي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، 276/4.

الباب الأول: أثر العرف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

النَّسَبِ، وَقَدْ جَاءَ فِي الْحَدِيثِ الشَّرِيفِ الْمُرَوِي عَنْ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا: «الْعَرَبُ بَعْضُهُمْ لِبَعْضٍ أَكْفَاءُ، وَالْمَوَالِي أَكْفَاءُ لِلْمَوَالِي، إِلَّا حَائِكًا، أَوْ حَجَّامًا»¹. قِيلَ لِأَحْمَدَ: وَكَيْفَ تَأْخُذُ بِهِ وَأَنْتَ تُضَعِّفُهُ؟ قَالَ: الْعَمَلُ عَلَيْهِ. يَعْني أَنَّهُ وَرَدَ مُوَافِقًا لِأَهْلِ الْعُرْفِ².

وعلى اعتبار أنَّ الأعراف قد تغيرت وتطورات في زماننا تبعًا لتغير المكان والزمان عمّا كانت عليه في العصور المتقدمة، فإنَّ خصال الكفاءة تتغير تبعًا لذلك³، ثم إنَّ أكثر البلدان الإسلامية والعربية في زماننا يعتبرون الكفاءة في اليسار، ولا يسألون عمّا عدا ذلك، إلا نادرًا؛ لأنَّ الأمور أصبحت تُقاسُ بميزان المادة، ولا شيء غيرها⁴.

كما أنَّ إخضاع تحديد معايير الكفاءة للأعراف قد ساهم في انتشار العنوسة التي شكَّلت آثارًا خطيرة على المجتمعات؛ وذلك بسبب التشدد في تحديد معايير الكفاءة، فاشتراط بعض الأولياء أو البنات شروطًا لا تكاد تجدها في أحد، أو على أن يكون الخاطب من نفس الدولة، أو أن يكون ميسور الحال، والتكلف في هذا أصبح عرفًا منحرفًا في بعض المجتمعات، ويخالف مقصدًا مهمًّا من مقاصد الشريعة الإسلامية، وهو مقصد حفظ النسل؛ لأنَّ هذا العرف من شأنه إمَّا أن يمنع الزواج البتة، أو يؤخره حتى يتقدَّم صاحب هذه المواصفات النادرة؛ فيتأخر الوقت حتى يكون الإنجاب صعبًا، وهذا مما يخالف مقصد حفظ النسل⁵.

4. **الجمال**: فجمال المرأة أحد الأسباب التي تجذب الخطَّاب إليها وتُربِّعهم في الارتباط بها، بل هو أحد عوامل سرور زوجها وعقته، ثمَّ إنَّ المرأة التي ينبغي نكاحها هي التي ينشرح لها الصدر، وتسكن إليها النفس⁶، ويتحقَّق فيها قوله ﷺ: «وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً» [الرُّوم: 21]. واختيار الجمال مع الدين والخلق هو الكمال، لأنَّ الإسلام لا يُنكر اختيار الرجل للجمال، وإنَّما يُنكر اختياره دون الدين والخلق، ولهذا

¹ أخرجه البيهقي في سننه الكبرى، كتاب النكاح، باب اغتبار الصنعة في الكفاءة، رقم 13771، 218/7. وعلي المتقي، كنز العمال، 438/16. قال السيوطي في الجامع الصغير: "حديث ضعيف". 210/2.

² ابن قدامة، المغني، 37/7.

³ يُنظر: محمد مستوري، الكفاءة في الزواج ودور العرف في التوسعة من مجالاتها (مقال)، ص 328.

⁴ يُنظر: أحمد سير المباركي، العرف وأثره في الشريعة والقانون، ص 225.

⁵ يُنظر: علي مبارك السفران المري وآخرون، أثر العرف في معايير الكفاءة في النكاح (مقال)، ص 49-50.

⁶ يُنظر: عبد التَّاصر العطار، خطبة النساء في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية، ص 55.

الباب الأول: أثر العُزف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

لقوله ﷺ: «خَيْرُ فَائِدَةٍ اسْتَفَادَهَا الْمُسْلِمُ بَعْدَ الْإِسْلَامِ»¹. وقد عاملها الإسلام بمثل ما عامل به الرجل، إذ مَنَحَهَا حَقَّ الاختيار².

ثانياً- أسس خاصّة بالمخطوبة: ومن أهمّها ما يأتي:

1. أن تكون ودوداً ولوداً: فالمرأة الودود هي التي تشتدّ محبتها لزوجها³، وتبذل طاقاتها في مرضاته وتحيطه بكل أشكال الودّ والرعاية⁴، فيُفَضَّلُ نكاح الودود الولود على نكاح غيرها إن لم تكن ولوداً، وإن كانت بكرًا؛ لأنّ القصد من النكاح إيجاد النسل، فعن معقل بن يسار قال: قال النبي ﷺ: «تَزَوَّجُوا الْوُدُودَ الْوُلُودَ فَإِنِّي مُكَاثِرٌ بِكُمْ الْأُمَمَ»⁵. فقد حثّ ﷺ على الزواج بالودود الولود، ويُعرّف هذان الوصفان في الأبكار من خلال النظر في أقاربهنّ⁶.

2. أن تكون بكرًا غريبة عن الخاطب، يُستحب للخاطب اختيار المرأة البكر من غير القربيات له⁷، فعن عبد الرحمن بن سالم قال: قال النبي ﷺ: «عَلَيْكُمْ بِالْأَبْكَارِ، فَإِنَّهُنَّ أَغْذَبُ أَفْوَاهًا، أَفْوَاهًا، وَأَنْتَقُ أَرْحَامًا، وَأَرْضَى بِالْيَسِيرِ»⁸. فهن أليّن كلامًا أو أطيب، وأكثر أولادًا، وأرضى بالجماع وتماّمه. ولأنّ في التزوج بالبعيدات نجابة للأولاد، وتقوية لأجسامهم، وهذا ما أكّده الطب الحديث⁹، وقد قيل: العزائب أنجب، وبنات العم أصبر؛ ولأنّه لا تُؤمن العداوة في النكاح،

¹ الحديث سبق تخريجه، ص 65.

² يُنظر: جميل فخري جاتم، مقدّمات عقد الزواج في الفقه والقانون، ص 170.

³ المظهر، المفاتيح في شرح المصابيح، 4/15.

⁴ يُنظر: سيد سابق، فقه السُّنة، 22/2.

⁵ أخرجه أبو داود في سننه، باب النّهي عن تزويج من لم يلد من النّساء، رقم: 2050، 220/2. والبخاري في مسنده، مُسْنَدُ أَبِي حَمَزَةَ أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ، رقم: 6456، 95/13. والحاكم في مستدرّكه، كتاب النّكاح، رقم: 2685، وقال الحاكم: "هَذَا حَدِيثٌ صَحِيحٌ إِسْنَادًا". 176/2.

⁶ يُنظر: القاري، مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح، 5/2047.

⁷ يُنظر: عبد الكريم زيدان، المتفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، 6/48.

⁸ أخرجه ابن ماجه في سننه، كتاب النّكاح، باب تزويج الأبكار، رقم: 1861، 598/1. وابن أبي عاصم في الآحاد والمتاني، رقم: 1947، 5/4. والطبراني في معجمه الأوسط، رقم: 455، 144/1. قال عنه الألباني: "حديث حسن".

سلسلة الأحاديث الصّحيحة وشيء من فقهها وفوائدها، 2/192.

⁹ يُنظر: محمد محدة، الخطبة والزواج، ص 14.

الباب الأول: أثر العُرف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

وإِفْضَاؤُهُ إِلَى الطَّلَاقِ، فَإِذَا كَانَ فِي قَرَاتِهِ أَفْضَى إِلَى قَطِيعَةِ الرَّحِمِ الْمَأْمُورِ بِصَلَتِهَا¹. ذلك أن "من مقاصد النكاح اتّصال القبائل لأجل التعاضد والمُعَاوَنَةِ وَاجْتِمَاعِ الْكَلِمَةِ"². وهذا القول يصلح تعليلاً مقبولاً لترجيح نكاح البعيدات³.

الفرع الثاني: أثر العرف في أسس اختيار الخاطبين في التشريع الجزائري

لم يتعرّض المشرّع في قانون الأسرة لمسألة أسس اختيار الزوجين، ولم ينص بشكل صريح على بعض الأمور التي نراها ضرورية في تحديد أسس اختيار الزوجين، كبيان مسألة الكفاءة في الزواج، ناهيك عن بيان الأوصاف التي تندرج تحت مسمّاهما، كما لا يخفى أن للعرف دوراً في إقرار المسائل المتعلقة بها. ثم إنَّ الزواج يبنى على أسس ذكرها الفقهاء وقد وردت في قوله ﷺ: «تُنْكَحُ الْمَرْأَةُ لِأَرْبَعٍ»⁴.

ثم إنَّ الأمور التي تدفع الرجل لاختيار المرأة حسب أعراف الناس هي إحدى الأسس الواردة في الحديث سالف الذكر. فالنبي ﷺ أقرَّ ما تعرّف عليه الناس أساساً في الاختيار من الجمال والمال وعِراقة النسب، ورفعة الجاه والمنزلة الاجتماعية، ممّا هو متعارفٌ عليه منذ القدم، وهو قائمٌ في واقعنا الاجتماعي حتى يومنا هذا، والإسلام لا يُنكره، ولا يصرفُ الناس عن مصالحهم فيه، شريطة أن يتوفّر أولاً وقبل كلّ شيء عنصر الدّين والخُلُق، والمعاني الإنسانية؛ لأنّها عمادُ الأمر كلّ في الحياة الزوجيّة⁵. أمّا بخصوص مسألة البكر الولود فإنّنا نجد الشّباب يقبلون على الزواج من البكر، وقلّما نجد منهم من يتزوج الثّيب، وإن فعل ذلك وجد معارضة من أهله، وإن كان يكبرها سنّاً⁶. أمّا التّقارب بين الخاطبين من حيث المستوى الاجتماعي والثّقافي فهو ضابط قلّما يُعتمد عليه في أعرافنا⁷.

¹ يُنظر: ابن قدامة، المغني، 109/7.

² الشّرييني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، 206/4.

³ يُنظر: عبد الكريم زيدان، المُفَصَّل في أحكام المرأة والبيت المسلم، 53/6.

⁴ الحديث سبق تخريجه، ص 64.

⁵ يُنظر: الشّوكاني، نيل الأوطار، 126/6. وبدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشّخصيّة، ص 168. وفتحي

الدّريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، 455/2.

⁶ يُنظر: خالدي ثامر، أثر العُرف في الخطبة والفتحة في التشريع الجزائري (مقال)، ص 29-30.

⁷ يُنظر: إيمان مقاتل، اعتبار العرف في مقدمات عقد الزواج-الخطبة-(مقال)، ص 258.

الباب الأول: أثر العرف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

بناء على ما سبق؛ يبدو أن الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري والعرف قد اتفقوا على أن مرحلة الخطبة هي مرحلة البحث والاختيار والتي تنتهي بارتباط غير ملزم، وهي تسبق مرحلة الاقتران الملزم المتمثلة في عقد الزواج. والإسلام بتشريعه السامي، ونظامه الشامل، حدّد للخاطبين قواعد وأحكاماً إن مشى الخاطبان على نهجها، كان الزواج في غاية التفاهم والمحبة، فوضع ضوابط معيّنة تساعد في اختيار الزوجين الصالحين لأجل زواج دائم ومثمر.

ثم إن وظيفة اختيار الزوجة أصبحت مقتصرة في الغالب على الشاب والفتاة لوحدهما، فالزواج في الوقت الحالي يخضع لشروط تختلف عما كان في سنوات خلت.

وإن كان يرى البعض أن اختيار الخاطب لزوجته المستقبلية له موازنه وضوابطه التي تكاد تكون متوافقة إلى حد كبير بين الفقه الإسلامي والعرف والتشريع الجزائري، خاصة إذا علمنا أن المشرّع قد أحال إلى أحكام الشريعة الإسلامية في ما لم ينصّ عليه في قانون الأسرة، فمن الضوابط التي تمّ الاتفاق عليها الاختيار القائم على أساس الدين والخلق الحسن في الزوجين¹.

أمّا ما يرى اليوم من اعتبار الكفاءة في اليسار، ولا يُسأل عمّا سواه، إلّا نادراً؛ فذلك لأنّ أسس الحياة الزوجية عند البعض أصبحت تقاس بميزان المادة، ولا شيء غيرها²، وإن كان هذا يعدّ من العادات والأعراف السيئة الدخيلة على مجتمعنا.

¹ يُنظر: الصّادق الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلّته، 496/2. وعماد شريفي، اعتبار العرف في مسائل الزواج وآثاره في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، ص 48. وإيمان مقاتل، اعتبار العرف في مقدمات عقد الزواج-الخطبة- (مقال)، ص 258.

² يُنظر: أحمد سير المباركي، العرف وأثره في الشريعة والقانون، ص 225.

الباب الأول: أثر العُرف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

المطلب الثاني: أثر العُرف في تحديد سنّ الخاطبين

في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

تعدُّ الخطبة إجراءً أوليًا يُتيح لكلٍّ من الخطيبين أن يتعرف كلٌّ منهما على الآخر وعلى أحواله الاجتماعية والصّحية والاقتصادية، وهي تعطي لكلٍّ منهما الحقّ في التّحري عن صاحبه الذي سيُقدّم على عقد قرانه معه مدى الحياة. ولنجاح هذا المشروع الزوجي لا بُدّ من تقارب سنّ الخاطبين لأنّ ذلك سيساهم في إحداث الانسجام والتّوافق بينهما، وبالتالي إحصان الزوجين وإعفافهما، لذا ارتأيت أن أتكلّم عن أثر العرف في تحديد سنّ الخاطبين. في الفرعين المواليين

الفرع الأول: أثر العُرف في تحديد سنّ الخاطبين في الفقه الإسلامي

لم يشترط فقهاء الشريعة بلوغ الخاطبين سنًا مُعيّنة للخطبة، بل تركوا ذلك للعُرف، بهدف التيسير على الناس¹. كما أنّهم لم يحدّدوا سنًا للزّواج، إلّا أنّهم اتّفقوا على أنّ سنّ الزّواج يكون بالبلوغ، وقدره بخمسة عشرة سنةً على الرّاجح²، غير أنّهم اختلفوا في تزويج الصّغار غير البالغين على مذهبين؛ وهما:

المذهب الأول: جواز تزويج الصّغار، وعدم اشتراط البلوغ في صحة الزّواج، لأنّ القرآن اعتبره صحيحًا ورّبّب عليه بعض آثار الزّواج. وهذا مذهب جمهور أهل العلم، ومنهم الأئمة الأربعة³، واستدلّ هؤلاء بالكتاب والسنة والآثار والمصلحة:

- من الكتاب: بقوله ﷺ: «وَاللَّائِي يَيْسَنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحْضَنْ» [الطلاق:4]. فدلت هذه الآية على أنّ عدّة الصّغيرة ثلاثة أشهر رغم عدم بلوغها⁴، ومن المعلوم أنّ العدّة لا تكون إلّا من طلاقٍ بعد الزّواج أو فسخٍ لهذا

¹ يُنظر: عبد الناصر العطار، خطبة النّساء في الشريعة الإسلامية والتّشريعات العربيّة، ص74. وعبد الرحمن عتر، خطبة النّكاح، ص62. ونواف عواد الشّويعر، أثر العُرف في مسائل الزّواج في الفقه الإسلامي، ص38.

² يُنظر: وهبة الزّحيلي، الفقه الإسلامي وأدلّته، 176/9. وعبد الله الطّيار وآخرون، الفقه الميسّر، 55/11. وفضل مراد، المقدمة في فقه العصر، 517/1.

³ المرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدي، 193/1. ومالك بن أنس، المدونة، 110/2. والشّافعي، الأمّ، 21/5، وابن قدامة، المغني، 40/7.

⁴ يُنظر: الطّبري، جامع البيان في تأويل القرآن، 452/23. والقرطبي، الجامع لأحكام القرآن، 165/18.

الباب الأول: أثر العُزف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

الزَّوْج، فهذا دليلٌ على أنَّ المرأة التي لا تَحِيضُ؛ أي الصَّغِيرَةُ يَصِحُّ أَنْ تُزَوَّجَ وَأَنْ تُطَلَّقَ، وما دامت المرأة صغيرة؛ أي غير بالغة فليس لها إِذْنٌ مُعْتَبَرٌ¹.

- من السُّنَّةِ النَّبَوِيَّةِ: بما ثَبَتَ من فعله ﷺ وأصحابه من بعده، فقد روي عن عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا قالت: "تَزَوَّجَنِي رَسُولُ اللَّهِ ﷺ لِسِتِّ سِنِينَ، وَبَنَى بِي وَأَنَا بِنْتُ تِسْعِ سِنِينَ"²، ففي هذا الحديثِ دلالةٌ صريحة على جَوَازِ تَزْوِيجِ الْأَبِ الصَّغِيرَةَ³.

وَنُوقِشَ بِأَنَّ زَوَاجَهُ ﷺ بعائشة وهي صغيرة يُعَدُّ من خصوصياته ﷺ وليس تشريعاً؛ كجواز الزَّيَادَةِ عن الأربع ونكاح الهبة⁴.

- من الآثار: نُقِلَ عن عدد من الصَّحَابَةِ أَنَّ زَوَاجَ الصَّغَارِ جائز عندهم. فقد رُوِيَ عن جعفر بن محمد عن أبيه أَنَّ عَلِيًّا زَوَّجَ ابْنَتَهُ أُمَّ كُلْثُومَ وَهِيَ صَغِيرَةٌ مِنْ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ⁵، وَرَوَى عَنْ هِشَامٍ عَنْ أَبِيهِ أَنَّ الزُّبَيْرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ زَوَّجَ ابْنَتَهُ صَبِيَّةً⁶، فَدَلَّتْ هَذِهِ الْآثَارُ عَلَى مَشْرُوعِيَّةِ زَوَاجِ الصَّغَارِ، وَلَوْ كَانَ غَيْرَ جَائِزٍ لَمَا فَعَلَهُ الصَّحَابَةُ.

- المصلحة: أَنَّ الزَّوْاجَ من جملة المصالح، سواء في حقِّ الذَّكَرِ أم الأُنْثَى، ولما اشتمل عليه من أغراض ومقاصد، ولا تكون المصلحة مُحَقَّقَةً إِلَّا إِذَا تَوَفَّرَ الْأَكْفَاءُ، وَالْكَفَاءُ لَا يَتَوَفَّرُ فِي كُلِّ وَقْتٍ، وَعَسَاهُ أَنْ يَتَوَفَّرَ فِي الصَّغَرِ، فَيَقُوتَ بَعْدَ الْبُلُوغِ، فَوْجِبَ الْإِحْتِيَاظُ بِمَصْلَحَةِ الصَّغِيرَةِ بِتَزْوِيجِهَا⁷. وَإِذَا كَانَ الْفَقْهُ الْإِسْلَامِيُّ لَمْ يُحَدِّدْ سِنًا لِلزَّوْاجِ، فَمِنْ بَابِ أَوْلَى أَنَّهُ لَا يُحَدِّدُ سِنًا لِلْخِطْبَةِ، غَيْرَ أَنَّهُ أَبَاحَ زَوَاجَ الصَّغَارِ وَأَحَاطَهُ بِضَمَانَاتٍ مِنْهَا: أَنَّهُ يَتِمُّ بِمَعْرِفَةِ الْوَلِيِّ، وَلِلصَّغِيرِ وَلِلصَّغِيرَةِ الْخِيَارُ فِي فُسْخِ الزَّوْاجِ عِنْدَ الْبُلُوغِ⁸.

¹ يُنْظَرُ: ابْنُ الْعَرَبِيِّ، أَحْكَامُ الْقُرْآنِ، 285/4. وَمُحَمَّدُ رَأْفَتُ عُثْمَانَ، فَهْمُ النِّسَاءِ فِي الْخِطْبَةِ وَالزَّوْاجِ، ص 99.

² أَخْرَجَهُ مُسْلِمٌ فِي صَحِيحِهِ، كِتَابُ النِّكَاحِ، بَابُ تَزْوِيجِ الْأَبِ الْبِكْرَ الصَّغِيرَةَ، رَقْمٌ: 1422، 1038/2.

³ النَّوَوِيُّ، الْمَنْهَاجُ شَرْحُ صَحِيحِ مُسْلِمَ بْنِ الْحَاجَّاجِ، 206/9.

⁴ يُنْظَرُ: ابْنُ حَزْمٍ، الْمَحْلَى بِالْآثَارِ، 39/9.

⁵ يُنْظَرُ: مَحَبُّ الدِّينِ الطَّبْرِيِّ، ذَخَائِرُ الْعَقَبِيِّ فِي مَنَاقِبِ ذَوِي الْقُرْبَى، ص 167.

⁶ يُنْظَرُ: الْبَيْهَقِيُّ، مَعْرِفَةُ السُّنَنِ وَالْآثَارِ، 41/10. وَالسَّرْحَسِيُّ، الْمَبْسُوطُ، 212/4.

⁷ يُنْظَرُ: الْعَيْنِيُّ، الْبَنَاءُ شَرْحُ الْهُدَايَةِ، 91/5. وَالسَّرْحَسِيُّ، الْمَصْدَرُ السَّابِقُ، 212/4.

⁸ يُنْظَرُ: الْعَيْنِيُّ، الْمَصْدَرُ السَّابِقُ، 39/5. وَابْنُ حَزْمٍ، الْمَصْدَرُ السَّابِقُ، 44/9.

الباب الأول: أثر العُرف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتَّشريع الجزائري

كما أنَّ أغلب الفقهاء لم يشترطوا تقارب السِّنِّ وقت التَّزويج، بل تركوا ذلك للعرف ورغبة الطرفين في الارتباط أو عدمه مع وجود الفارق في السِّنِّ¹. وخالفهم البعض في الفارق الكبير في السِّنِّ؛ كزواج الشَّابة أو الجارية بالشَّيخ الهرم والعجوز؛ لأنَّ التَّقارب في السِّنِّ أدعى لتحقيق الوفاق والوئام بين الزوجين، وتحقيق هدف الزواج وإسعاد الطرفين².

المذهب الثاني: منع تزويج الصَّغار واعتباره باطلاً، ولا يترتب عليه أثر، بل يفسخ، وهو ما ذهب إليه بعض صغار التابعين³ وابنُ حزم⁴، واستدلوا بالكتاب والسُّنة والمصلحة:

- الكتاب: بقوله ﷺ: «وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ» [النِّسَاء: 6]. فدلت الآية: أنَّه لو جاز التَّزويج قبل البلوغ لم يكن لهذا معنى، فلا حاجة إلى النِّكاح؛ لأنَّ المقصود منه قضاء الشَّهوة، ولا شهوة للصَّغير. فهؤلاء اشترطوا البلوغ حتى يتمَّ تزويجهم⁵.

وأجيب عنه: بأنَّ الحاجة إلى النِّكاح ثابتة في الصَّغر، وأنَّ الكفاءة لا يتوفَّر في كلِّ وقت، وعساه يفوت بعد الحلم، فكان الاحتياط لمصلحة الصَّغير⁶.

- من السُّنة النَّبويَّة: لما رُوِيَ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ بُرَيْدَةَ أَنَّ أَبَا بَكْرٍ، وَعُمَرَ، خَطَبَا إِلَى النَّبِيِّ ﷺ فاطمة فقال: «إِنَّهَا صَغِيرَةٌ، فَخَطَبَهَا عَلِيٌّ، فَزَوَّجَهَا مِنْهُ»⁷. فدلَّ هذا الحديثُ أَنَّ التَّقارب في السِّنِّ مُعتبر لكونه أقرب إلى الألفة⁸.

¹ يُنظر: عبد النَّاصر العطار، حِطَّة النَّساء في الشَّريعة الإسلاميَّة والتَّشريعات العربيَّة، ص 74.

² يُنظر: ابن عابدين، ردُّ المختار، 9/3. وابن جزى، القوانين الفقهيَّة، 1/132. والماوردي، الحاوي الكبير، 9/106.

³ وهم: عُثْمَانُ الْبَيْتِيُّ، وابن شبرمة، وأَبُو بَكْرٍ الْأَصَمُّ. يُنظر: العيني، البناية شرح الهداية، 5/90-91.

⁴ ابن حزم، المحلى بالآثار، 9/44.

⁵ يُنظر: السَّرْحَسِيُّ، المبسوط، 4/212. وابن حزم، المصدر السَّابِق، 9/44.

⁶ محمد أبو زهرة، الأحوال الشَّخصيَّة، ص 109.

⁷ أخرجه ابن حبان في صحيحه، رقم: 6948، 15/399. والنَّسَائِيُّ في سننه الصَّغرى، كتاب النِّكاح، باب تَزْوِجِ الْمَرْأَةِ مِثْلَهَا فِي السِّنِّ، رقم: 3221، 6/62. وعلَّق عليه أيمن صالح شعبان فقال: "وإسناده حسن". ابن الأثير، جامع الأصول في أحاديث الرَّسول، 8/658.

⁸ يُنظر: السَّنْدِيُّ، حاشية السَّنْدِيِّ على سنن النَّسَائِيِّ، 7/222.

الباب الأول: أثر العُزف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

- المصلحة: ثبت علميًا أنَّ تزويج الصَّغِيرَات يترتب عليه أضرار كثيرة؛ فيؤدِّي إلى أضرار صحيَّة واجتماعيَّة ونفسيَّة تؤثر على صحَّة الأمِّ الصَّغيرة وعلى صحَّة أطفالها كذلك، والضرر مرفوع شرعا فعن ابن عباس رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ»¹. ذلك أنَّه يترتب عليه في الغالب التَّفَكُّكُ الأسريَّ لعدم استيعاب الصَّغيرة أمور الزَّواج ومسؤولياته.

تحرير محلِّ النزاع والترجيح:

يرجع سبب الخلاف بين الفقهاء في تزويج الصَّغار غير البالغين إلى ثلاثة أمور؛ وهي:

- اختلاف الفقهاء في فهم النصوص وتأويلها؛ ومن بين ذلك اختلافهم في المقصود من "البلوغ" في قوله تعالى: ﴿وَابْتَالُوا أَلْتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ [النِّسَاء: 6]، هل هو البلوغ المعروف بعلاماته الطَّبيعيَّة أو التَّقديريَّة أم أنَّ المقصود منه القدرة على تحمل الوطء؟

- اختلافهم في زواجه ﷺ من أمِّ المؤمنين عائشة رضي الله عنها هل هو خصوصية من خصوصياته ﷺ أم أنَّه عامٌّ له ولأمته؟

- اختلافهم في مسألة الخيار بعد البلوغ؛ فالذين نفوا خيار البلوغ منعوا تزويج الصَّغار رفعًا للحرَج، أمَّا الذين أجازوا الخيار بعد بلوغ الصَّغير والصَّغيرة، فإنَّهم يرون جواز تزويج الصَّغار. وهذا الخلاف شاذ لا يَقْدَحُ في الإجماع².

ثمَّ إنَّه بعد عرض أدلَّة الفريقين ومناقشتها وجمعًا بين القولين، فالذي يميل إليه الباحث هو القول بعدم جواز نكاح الصَّغيرة اعتمادًا على مبدأ الاستصلاح، ولأنَّ الزَّواج شُرِعَ من أجل تحقيق المقاصد الشرعيَّة، فتغير الأزمنة والأحوال جعل مشاكل الحياة أكبر من أن يتحملها الزَّوجان الصَّغيران، وترك أمر الزَّواج إلى سنِّ الرُّشد هو الحل الأنسب.

أمَّا الاستثناء فيكون بجواز تزويج القصر أخذًا برأي جمهور الفقهاء إذا رأى الوليُّ مصلحة من وراء ذلك، ودفعًا للمفاسد الظَّنيَّة للعزوبة، شريطة أن تتحمَّل الصَّغيرة الوطء ومسؤوليات

¹ أخرجه مالك في موطئه، كتاب الأقضية، باب القضاء في المرفق، رقم: 2758، 1078/4.

² يُنظر: سها ياسين القيسي، زواج الصَّغار في ضوء تحديد سنِّ الزَّواج، ص 8-9.

الباب الأول: أثر العُرف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

الزَّوْج، كما يشترط الحنابلة مشورة القاضي في ذلك، فإذا تزوّجت الصَّغِيرَة دون إذن وليِّها، فإنَّ للقاضي الحقَّ في فسخ النِّكاح سواء كان قبل البناء أو بعده¹.

هذا ما جعل كثيرًا من الدول تُصدر تشريعات وأنظمة في شأن زواج الصَّغار تُحدّد سنَّ الخامسة عشر إلى السادسة عشر سنًا للزَّوْج؛ لبلوغ الصَّغِيرَة الحلم وانضباطه كما قرَّر الفقهاء، أمَّا إبرام العقد دون الدُّخول فيُحدّد حسب الزَّمان والمكان وصلاحيّة الطَّرفين للزَّوْج وتكوين الأسرة²، كما يتعيَّن وضع ضوابط صحيّة لتزويج الصَّغِيرَات من قبل الأطباء الثَّقَات، وهذا ما توصَّل إليه مجمع الفقه الإسلامي الدُّولي المنعقد في دورته الثَّالثة والعشرين بالمدينة المنورة خلال الفترة من: 19-23 صفر 1440هـ، الموافق: 28 أكتوبر-1 نوفمبر 2018م³.

الفرع الثَّاني: أثر العرف في تحديد سنِّ الخاطبين في التشريع الجزائري

لم يشترط المشرِّع سنًّا مُعيَّنة للخطبة، وإنَّما ترك ذلك للعُرف، إلَّا أنَّه تدخَّل في تحديد سنِّ الزَّوْج فيما يُعرف بأهلية الزَّوْج، فجعلها تسع عشرة سنة كاملة للرجل والمرأة بموجب المادة: 1/7 المعدَّلة من ق أ ج والتي تنصُّ على أنَّه: "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزَّوْج بتمام 19 سنة"، وهو نفسه سنُّ الرُّشد القانوني المنصوص عليه في المادة: 40 من ق م ج. وبذلك يكون المشرِّع قد حقَّق الكفاءة العمرية في الزَّوْج، وهذا يتطابق ومُقومات المجتمع الجزائري الذي من أعرافه أنَّ يكون الرجل أكبر سنًّا من المرأة أو مُساويًا لها؛ وذلك من أجل تحقيق الانسجام والتَّوافق والمودة بين الزَّوجين⁴. ثمَّ إنَّه لم يعبّر أهلية الزَّوْج بالبلوغ مُتأسِّيًا في ذلك برأي من الفقه الإسلامي⁵ وبعض

¹ يُنظر: ابن قدامة، المغني، 398/9.

² يُنظر: أحمد يوسف أحمد الدرديري، الأعراف والعادات ودور التشريعات والقوانين في تغييرها -دراسة أصوليّة تحليليّة- (مقال)، ص 413-414.

³ يُنظر: قرار رقم: 217 (1/23)، بشأن زواج الصَّغِيرَات بين حقِّ الوليِّ ومصلحة الفتاة ومدى سلطة ولي الأمر في منعه أو تقييده من المنظور الشرعي. مجمع الفقه الإسلامي الدولي. أخذته من الشَّبكة العنكبوتية، يوم 2021/11/10م، في السَّاعة 10:00، من الرِّابط الآتي: <https://ln.run/Y4ZwY>

⁴ يُنظر: خالدي ثامر، أثر العُرف في الخطبة والفتاح في التشريع الجزائري (مقال)، ص 30.

⁵ رأي أصحاب القول الثَّاني وهم: عثمان البتي وابن شبرمة وأبو بكر الأصم. يُنظر: ابن قدامة، المصدر السَّابق، 398/9.

الباب الأول: أثر العُرف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

القوانين المقارنة¹ التي تمنع تزويج الصغار وغير القادرين على تحمّل التزامات الزواج وتكاليفه²، إلا في بعض الحالات المنصوص عليها في المادة سالفه الذكر، حيث يُمكن للقاضي أن يُرخص للفُصّر بالزواج متى تأكد من قدرة الطرفين على ذلك³. وهذا الحُكم مأخوذ من أعراف المجتمع وخاصة في زمن مضى، حيث كان الآباء والأمّهات يزوجون أولادهم في سن صغيرة لكلا الزوجين⁴.

أمّا فيما يخص مسألة فارق السنّ بين الخاطبين، فالمشرّع الجزائري لم يتعرّض لها، بل تركها للعُرف، ثم إنّه من المتعارف عليه في مجتمعا أنّ يكون سنّ الخاطب يفوق سنّ المخطوبة ببضع سنوات، وقلّما تفوق المخطوبة خاطبها سنّا، وأنّ تحديد التّناسب في السنّ يَختلفُ من بيئة لأخرى ومن منطقة إلى أخرى، ومن زمان إلى آخر بناء على العُرف، وبحسب الظروف وعاملي الزّمان والمكان⁵.

فقد يما كان الخاطب يفوق المخطوبة بسنّ كبير جدّا، واليوم نجد التّقارب في السنّ بين الزوجين، وهناك أماكن مازال فيها تزويج الصّغار، وأماكن اندثرت فيها هذه الظّاهرة، وأصبح سنّ الزواج بين الشّباب مرتفعًا جدّا، "لذلك يصعُبُ على المشرّع الجزائري تحديد فارق السنّ بين الخاطبين كما فعلت بعض التشريعات العربيّة"⁶؛ كالأردني الذي يمنع الزواج إذا كان فارق السنّ بين الزوجين يفوق عشرين سنة فأكثر⁷، لذا كان على المشرّع أن يتدارك ذلك في تعديلاته اللاحقة.

¹ يُنظر: الفصل 5 و6 من م أ ش التونسية، حملتها يوم 2021/11/21م، في السّاعة: 21:00، من موقع "وزارة العدل التونسية"، على الشّبكة العنكبوتية من الرّابط الآتي: <https://2h.ae/UYxT> والفصل 8 و9 من م أ المغربية، حملتها من موقع "المحكمة الدستورية المغربية"، من الرّابط الآتي: <https://2h.ae/lHRA>

² يُنظر: العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، 117/1.

³ يُنظر: محفوظ بن الصغير، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدّل، ص 283. وسعادي لعلّ، الزواج وانهلاله في قانون الأسرة -دراسة مقارنة-، ص 60.

⁴ يُنظر: خالدي ثامر، أثر العُرف في الخطبة والفتحة في التشريع الجزائري (مقال)، ص 30.

⁵ يُنظر: العيني، البناية شرح الهداية، 39/5. وابن حزم، المحلى بالآثار، 44/9.

⁶ عماد شريف، اعتبار العُرف في مسائل الزواج وآثاره في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، ص 53.

⁷ يُنظر: المادة 11 من ق أ ش الأردني رقم 36 لسنة 2010. حملتها يوم 2021/11/21م، في السّاعة: 21:00، من الشّبكة العنكبوتية، من الرّابط الآتي: <https://2h.ae/EOEe>

الباب الأول: أثر العُرف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتّشريع الجزائري

وبناء على ما سبق؛ فالبحث يخلص إلى أنّ الفقه الإسلاميّ والتّشريع الجزائريّ قد اتّفقا على عدم تحديد سنّ للخطبة بل تركّا ذلك للعُرف، لذا يبدو للباحث أنّ الأولى اجتناب خطبة الصّغار، لما فيه من إرغام للفتى والفتاة على خطبة لا يعقلان معناها، ولأنّ في ذلك مَسَاسًا بحقّ الاختيار لديهما، ولما قد يترتّب عن ذلك من عداوة وبغضاء بين الأقارب في حالة عدول أحدهما بعد البلوغ بسبب عدم رضاه بهذا الاختيار، "ومن ذلك العُرف الفاسد السّائد في بعض المناطق المعروف "بالتّسمية في الخطبة"¹، فمن الأفضل بحُبّها، وترك أمر الاختيار إلى ما بعد البلوغ، حتى يُقدّم كلٌّ منهما راضيًا ومقتنعًا بخطبة من اختاره ومتحملاً لتبعات ذلك الاختيار².

¹ - والمقصود بها: أن يتفق الوالدان على أن فلانة مسّاة لفلان منذ ولادتهما، فعند البلوغ يواجه الفتى أو الفتاة مصيرًا محتومًا، إمّا النّزّاج "بالمسمّى" أو نيل سخط الوالدين وعقوقهما، وقد يتمّ النّزّاج دون رضی أحدهما، ممّا تنجّم عنه مشاكل جمّة تنتهي غالبًا بالطلاق. عماد شريفي، اعتبار العُرف في مسائل النّزّاج وآثاره في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، ص51.

² - يُنظر: عماد شريفي، المرجع نفسه، ص52.

الباب الأول: أثر العُرف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتَّشريع الجزائري

المطلب الثالث: أثر العُرف في الشُّورى في الخطبة

في الفقه الإسلامي والتَّشريع الجزائري

يحتاج كلٌّ من الخاطبين قبل الإقدام على الخطبة أن يسأل عن أحوال شريكه المستقبلي حتى يقدم على الزواج بكل طمأنينة وارتياح، ولا سبيل لذلك إلا باستشارة كلٍّ منهما أهل الخبرة قبل الإقدام على هذه الخطوة المهمة في الحياة الزوجية. وفي هذا المطلب سأبحث هذه المسألة في الفرعين الموالين

الفرع الأول: أثر العُرف في الشُّورى في الخطبة في الفقه الإسلامي

أباح الإسلام للخطابين اللجوء إلى الشُّورى بشأن الخطبة، وطلب من أوليائهما أن يستشيروا الثقات من النَّاس، وأن لا ينفردوا بآرائهم، لما ثَبَتَ أَنَّ الصَّحابة كانوا يستشيرون رسول الله ﷺ في تزويج بناتهم، إذ روي عن أبي هريرة رضي الله عنه أَنَّ رسول الله ﷺ قال: «يَا بَنِي بَيَاضَةَ، أَنْكِحُوا أَبَا هِنْدٍ، وَأَنْكِحُوا إِلَيْهِ»¹. وقد قيل في شأن هذه القصَّة أَنَّهُم قالوا: يا رسول الله نُزَوِّجُ بناتنا مَوَالِينَا، فَأَنْزَلَ الله ﷻ: «يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا» [الحجرات:13]².

ويَجِبُ على المستشار في الزواج أَنْ يَبْذُلَ وَسْعَهُ في نُصْحِ مَنْ استشاره فهو أَمِينٌ، لما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه أَنَّ النَّبِيَّ قال: «إِنَّ الْمُسْتَشَارَ مُؤْتَمَنٌ»³، إِذْ مِنْ الواجب عليه إِسْدَاءُ النَّصْحِ وَبَيَانُ ما يَعْرِفُهُ عن المسؤول عنه الخاطب وأهله، أو المرأة وأهلها، وإن كان في جواب المستشار ذكر مساوئ وعيوب المسؤول عنه، فلا يُعْتَبَرُ ذلك من الغيبة المحرَّمة، وأَمَّا يُعْتَبَرُ من النَّصِيحَةِ الواجبة، لما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال النَّبِيُّ ﷺ: «الدِّينُ النَّصِيحَةُ»⁴.

¹ أخرجه أبو داود في سننه، كِتَابُ النِّكَاحِ، بَابُ فِي الْأُكْفَاءِ، رقم: 2102، 233/2. وابن حبان في صحيحه، كِتَابُ النِّكَاحِ، بَابُ ذِكْرِ الْأَمْرِ بِالْإِنْكَاحِ إِلَى الْحَمَامِيِّ، رقم: 4067، 375/9. والحاكم في مستدركه، كِتَابُ النِّكَاحِ، رقم: 2693، 178/2. قال عنه الألباني: "إسناده حسن". صحيح أبي داود، 334/6.

² يُنْظَرُ: القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، 341/16.

³ أخرجه البخاري في الأدب المفرد، بَابُ الْمُسْتَشَارِ مُؤْتَمَنٌ، رقم: 256، 99/1.

⁴ مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ؛ أخرجه البخاري في صحيحه، كِتَابُ الْإِيمَانِ، بَابُ قَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ: الدِّينُ النَّصِيحَةُ: لِلَّهِ وَلِرَسُولِهِ، رقم: 57، 21/1. ومسلم في صحيحه، كِتَابُ الْإِيمَانِ، بَابُ: بَيَانُ أَنَّ الدِّينَ النَّصِيحَةُ، رقم: 55، 74/1.

الباب الأول: أثر العُزف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

"ولا بأسَ باغْتِيَابِ الشَّخْصِ إِذَا تَعَلَّقَ الْأَمْرُ بِاسْتِشَارَةٍ فِي زَوَاجٍ"¹، بدليل قوله ﷺ لِفَاطِمَةَ بِنْتِ قَيْسٍ: «أَمَّا أَبُو جَهْمٍ فَلَا يَضَعُ عَصَاهُ عَنْ عَاتِقِهِ، وَأَمَّا مُعَاوِيَةُ فَصُغْلُوكُ لَا مَالَ لَهُ. انكِحِي أُسَامَةَ بْنَ زَيْدٍ»². وعلى المستشار أَنْ يَذْكُرَ لَهُ أَوْ لَهَا مَا يَعْلَمُهُ فِي الْخَاطِبِ أَوْ فِي الْمَخْطُوبَةِ مِنْ عَيْبٍ لِيَحْذَرَهُ مِنْهَا أَوْ يُحْذِرَهَا مِنْهُ، كَأَنْ يَكُونَ أَحَدُهُمَا فَاسِقًا بِجَارِحَةٍ؛ كَالزَّانَا أَوْ شَرِبَ الْخَمْرَ، أَوْ مُتَّصِفًا بِصِفَةِ التَّهْوَرِ أَوْ بِهِ عَيْبٌ مِنْ عَيْبِ النِّكَاحِ.

ذلك أَنَّ مِنْ حَقُوقِ الْبِنْتِ عَلَى أَبِيهَا اسْتِشَارَتُهَا فِي أَمْرِ زَوَاجِهَا، وَقَدْ أَهْمَلُ كَثِيرٌ مِنَ الْآبَاءِ هَذَا الْحَقَّ بِحُجَّةٍ أَنَّهُ لَيْسَ لِلْبِنْتِ رَأْيٌ مَعَ أَبِيهَا، وَهَذَا تَصَرُّفٌ اسْتِبْدَادِي لَا يَرْضَاهُ الْإِسْلَامُ فَضْلًا عَنْ أَنَّ الْعَقْلَ السَّلِيمَ يَرْفُضُهُ نَهَائِيًا وَحَتَّى الْقَوَانِينُ الْوَضْعِيَّةُ لَا تَرْضَاهُ³.

فعن ابن عباس ﷺ: "أَنَّ جَارِيَةً بِكَرًا أَتَتْ النَّبِيَّ ﷺ، فَذَكَرَتْ أَنَّ أَبَاهَا زَوَّجَهَا وَهِيَ كَارِهَةٌ فَخَيَّرَهَا النَّبِيُّ ﷺ"⁴. وَقَضَى بِأَنَّ إِذْنَ الْبِكْرِ الصُّمَاتِ، وَإِذْنَ الثِّيَبِ الْكَلَامِ، فَإِنْ نَطَقَتْ الْبِكْرُ بِالْإِذْنِ بِالْكَلامِ فَهُوَ آكَدُ، وَلَا يَصِحُّ أَنْ تُزَوَّجَ إِلَّا بِالصُّمَاتِ، وَهَذَا هُوَ اللَّائِقُ بِظَاهِرِيَّتِهِ. والحديث يدلُّ على أَنَّهُ لَا يَجُوزُ تَزْوِيجُ الْمَرْأَةِ دُونَ اسْتِئْذَانِهَا، وَسَكَوتُ الْبِكْرِ بِمِثَابَةِ الْإِقْرَارِ وَالْمُوَافَقَةِ؛ لِأَنَّ حَيَاءَهَا يَمْنَعُهَا أَنْ تُعْرِبَ عَنْ مُوَافَقَتِهَا عَلَى الزَّوَاجِ⁵.

وقد غُلِّلَ ذَلِكَ بِدَلَالَةِ الْعُزْفِ، إِذْ يَغْلُبُ عَلَى الْفَتَيَاتِ الْأَبْكَارِ فِي هَذَا الْمَقَامِ الْخَجَلُ مِنْ إِبْدَاءِ الرَّغْبَةِ عَادَةً بَيْنَمَا لَا يَخْجَلْنَ مِنْ إِظْهَارِ الرِّفْضِ. وَهَذَا الْخَجَلُ وَالِاسْتِحْيَاءُ لَا يَزَالُ إِلَى الْيَوْمِ غَالِبًا عَلَيْهِنَ فِي مَعْظَمِ الْأَوْسَاطِ الْإِسْلَامِيَّةِ بِحَسَبِ التَّرْبِيَةِ وَالتَّقَالِيدِ الْاجْتِمَاعِيَّةِ، فَإِنْ تَبَدَّلَ اتِّجَاهُ التَّرْبِيَةِ، وَأَصْبَحَتْ الْفَتَيَاتُ الْأَبْكَارُ لَا يَتَحَرَّجْنَ مِنْ إِعْلَانِ هَذِهِ الرَّغْبَةِ أَوْ عَدَمِهَا عَلَى السَّوَاءِ، فَإِنَّ الْإِذْنَ

¹ عبد القادر مهاوات، كلمات قلَّتها في زيجات ومعهما قواعد في فن إدارة الحياة الزوجية، ص 104.

² الحديث سبق تخريجه، ص 65.

³ يُنظر: الصَّوَاوِي، بلغة السَّالِكِ لِأَقْرَبِ الْمَسَالِكِ، 348/2. وإبراهيم الجمل، منهاج المرأة المسلمة، ص 55-56. وبلقاسم شتوان، الخطبة والزَّوَاجُ فِي الْفَقْهِ الْمَالِكِيِّ، ص 28.

⁴ أخرجه أحمد في مسنده، مُسْنَدُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الْعَبَّاسِ بْنِ عَبْدِ الْمُطَّلِبِ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ، رقم: 2469، 275/4. وأبو داود في سننه، كتاب النِّكَاحِ، باب فِي الْبِكْرِ زَوْجَهَا أَبُوهَا وَلَا يَسْتَأْمُرُهَا، رقم: 2096، 336/3. قال عنه الألباني: "حديث حسن". صحيح أبي داود، 330/6.

⁵ يُنظر: ابن القيم، زاد المعاد في هدي خير العباد، 91/5.

الباب الأول: أثر العُرف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

منهنَّ عندئذ بالتزويج لا يكفي فيه السُّكوت؛ بل يَحْتَاجُ عندئذ إلى بيان كالإذْن من الثَّيِّبات¹، لأنَّه لا يَجُوزُ مطلقاً إجبار المرأة على الزَّواج بمن لا ترضاه زوجاً لها. وعليه فالإذْن بالتزويج هو معاملة مدنيَّة، إذ حَقَّقَ النَّصُّ التشريعيُّ عقد الوكالة بالسُّكوت بناء على هذا العُرف المدني².

الفرع الثاني: أثر العرف في الشورى في الخطبة في التشريع الجزائري

لم يتحدَّث المشرِّع عن هذه المسألة، وإنَّما أحال ضمناً إلى أحكام الشريعة الإسلامية التي حَكَمَتِ العُرفَ في استشارة كلٍّ من الخاطب والمخطوبة عن الآخر. فيَسأل كلُّ من الخاطبين عن عادات الطَّرف الآخر وسلوكه وأخلاقه وكلِّ ما يُريدُ أَنْ يَعْلَمَهُ عن شريك حياته المستقبلية، من جيرانه أو أصدقائه³.

وقد جرى عُرِف النَّاسِ أثناء الخطبة أن يَقُومَ الخاطب بإرسال بعض نساء بيته أو أهله أو أقرابه أو أصدقائه عادةً إلى بيت المخطوبة ليسألوا عن طِبَاعِ الفتاة وأخلاقها، وإنَّ أمكن أن يَرَوْهَا وَيُبَيِّنُوا رَغبتهم في خطبتها إلى ولدهم، وقد لا يُصَرِّحُونَ بهذه الرَّغبة، إلَّا بعد عودتهم إلى ابنهم وإخباره بما لاحظوه في المرأة وما سمعوه من أهلها، وبالمثل يَسأل أهل الفتاة عن الفتى، وَيَطْلُبُونَ مهلة محدَّدة-قد تَطُول أو تَقْصُر- للمشاورة بين المرأة وأهلها وللتَّحري بشأن الخاطب⁴، وهذا ما هو معمول به في عدة ولايات، وكذلك لأسباب بروتوكولية بحثة للإعلاء من شأن الفتاة وعائلتها⁵. ويُعدُّ ذلك من قبيل العادات المحمودة لما فيها من تبينِّ حال الخاطبين، لتلافي عيوبٍ قد قد يُدَلَّسُ بها الخاطب عن مخطوبته أو العكس.

¹- يُنظر: مصطفى الزُّرقا، المدخل الفقهي العام، 910/2-911.

²- يُنظر: سفيان ناول، أثر الأعراف والعوائد في تغير الأحكام والفتوى (مقال)، ص 137.

³- يُنظر: عبد النَّاصر العطار، خطبة النَّساء في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية، ص 66-67. وبوسعيد رويضة، دور العُرف في مجال الخطبة والزَّواج في قانون الأسرة الجزائري (مقال)، ص 341.

⁴- يُنظر: عبد النَّاصر العطار، المرجع السَّابق، ص 67. وجابر عبد الهادي الشَّافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزَّواج، ص 46.

⁵- يُنظر: يوسف بوعلام الله، طقوس الزَّواج بين الماضي والحاضر-دراسة مقارنة أنثروبولوجية لبلدية الحساسنة بسعيدة-، ص 72.

المبحث الثاني: أثر العُرفِ في مواصفات الخاطبين والعلاقة
بينهما في الفقه الإسلامي والتّشريع الجزائريّ
وفيه مطلبان:

المطلب الأوّل: أثر العُرفِ في أحكام النّظر بين الخاطبين
في الفقه الإسلاميّ والتّشريع الجزائريّ

المطلب الثاني: أثر العُرفِ في التّوكيل بالنّظر إلى المخطوبة
وفي بيان العلاقة بين الخاطبين في الفقه الإسلاميّ والتّشريع الجزائريّ

الباب الأول: أثر العُرف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتَّشريع الجزائري

المطلب الأول: أثر العُرف في أحكام النَّظر بين الخاطبين

في الفقه الإسلامي والتَّشريع الجزائري

إنَّ من أهمِّ الأمور التي تجلب الألفة والمحبة معرفة كلِّ من الزَّوجين بصاحبه معرفة تامَّة قبل الإقدام على الزَّواج، وذلك بالتقائهما ونظر بعضهما لبعض. ونظرًا لأهمية معرفة أحكام هذه المسألة، ارتأيت تقسيم هذا المطلب إلى فرعين؛ فأحدَّث عن أثر العرف في حكم النَّظر بين الخاطبين في (فرع أوَّل) ثم عن أثره في شروط النَّظر إلى المخطوبة ووقته ومقداره في (فرع ثانٍ)، وكلُّ ذلك بين الفقه الإسلامي والتَّشريع الجزائري. وفيما يأتي بيان ذلك:

الفرع الأوَّل: أثر العُرف في حكم النَّظر بين الخاطبين

في الفقه الإسلامي والتَّشريع الجزائري

أتناول هذه المسألة في كلِّ من الفقه الإسلامي والتَّشريع الجزائري، وفق العناصر الآتية:

أولاً- أثر العُرف في حكم النَّظر بين الخاطبين في الفقه الإسلامي:

وبيان ذلك يكون كالآتي:

1- حُكْمُ نظر الخاطب إلى المخطوبة: لقد جرى عُرف النَّاس على رؤية الخاطب للمرأة التي

سيخطبها، إلَّا أنَّ الفقهاء اختلفوا في أصل حُكْم النَّظر إلى المخطوبة على ثلاثة أقوال، وهي:

القول الأوَّل: ذهب جمهور الفقهاء¹ إلى جواز أن ينظر الخاطب إلى المخطوبة، وعباراتهم في

ذلك تدور بين النَّدب² والإباحة³. واستدلُّوا بقوله ﷺ: ﴿لَا يَحِلُّ لَكَ النَّسَاءُ مِنْ بَعْدُ وَلَا أَنْ

تَبْدَلَ بِهِنَّ مِنْ أَزْوَاجٍ وَلَوْ أَعْجَبَكَ حُسْنُهُنَّ﴾ [الأحزاب: 52]. وجه الدَّلالة: أنَّه لَا يُعْجِبُهُ

حُسْنُهُنَّ إِلَّا بَعْدَ رُؤْيَا وَجُوهِهِنَّ، فدلت هذه الآية الكريمة على جواز أن ينظر الرَّجلُ إلى مَنْ يُريدُ

¹ يُنظر: الكاساني، بدائع الصَّنائع في ترتيب الشَّرائع، 122/5. وابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 31/3.

والشَّربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، 207/4. وابن قدامة، المغني، 96/7.

² يُنظر: ابن عابدين، ردُّ المختار على الدُّر المختار، 8/3. والدَّردير، الشَّرح الكبير على مختصر خليل، 215/2. والرَّملي،

نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، 186/6. والبهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، 10/5.

³ يُنظر: ابن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة، 519/2. والنَّووي، روضة الطَّالبيين، 19/7. وابن مفلح، الفروع،

288/8. وابن حزم، المحلى بالآثار، 161/9.

الباب الأول: أثر العُزف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

زَوَّاجَهَا¹. وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال النبي ﷺ للرجل الذي أَخْبَرَهُ أَنَّهُ تَزَوَّجَ امْرَأَةً مِنَ الْأَنْصَارِ وَلَمْ يَنْظُرْ إِلَيْهَا، «فَاذْهَبْ فَانْظُرْ إِلَيْهَا، فَإِنَّ فِي أَعْيُنِ الْأَنْصَارِ شَيْئًا»². ففي هذا الحديث دلالة على استحباب النظر إلى المخطوبة، لأمره ﷺ بذلك³. وقد نقل بعض أهل العلم الإجماع على إباحة النظر إلى المرأة لِمَنْ أَرَادَ نِكَاحَهَا⁴.

القول الثاني: "عدم جواز النظر قبل العقد عليها بحال، وهو رواية عن مالك"⁵، وحكي هذا القول عن قوم⁶. ومما ذكره ابن القُطَّان⁷ قوله: "لَوْ كَانَ خَاطِبُ الْمَرْأَةِ عَالِمًا أَنَّهَا لَا تَتَزَوَّجُهُ، وَأَنَّ وَلِيَّهَا لَا يُجِيبُهُ، لَمْ يَجُزْ لَهُ النَّظَرُ، وَإِنْ كَانَ قَدْ خَطَبَ"⁸. واستدلوا على كراهية النظر إلى المخطوبة بما يأتي:

- أَنَّ الْأَصْلَ تَحْرِيمُ النَّظَرِ إِلَى النِّسَاءِ، وَقَدْ تَمَسَّكُوا بِهَذَا الْأَصْلِ، وَمُسْتَنْدَهُمْ فِي ذَلِكَ قَوْلُهُ ﷺ: «قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ وَيَحْفَظُوا فُرُوجَهُمْ ذَلِكَ أَزْكَى لَهُمْ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا يَصْنَعُونَ»، وَقُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ وَيَحْفَظْنَ فُرُوجَهُنَّ» [النور: 30-31]. وجه الاستدلال: أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى أَمَرَ عِبَادِهِ الْمُؤْمِنِينَ بِأَنْ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ عَمَّا حَرَّمَ عَلَيْهِمْ⁹.

¹ يُنْظَرُ: الرَّازِي، مفاتيح الغيب، 362/23. والقرطبي، الجامع لأحكام القرآن، 221/14. والقاسمي، محاسن التأويل، 98/8.

² أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب النكاح، باب نَذْبِ النَّظَرِ إِلَى وَجْهِ الْمَرْأَةِ وَكَفَّيْهَا، رقم 1424، 1040/2.

³ يُنْظَرُ: عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، ص 51.

⁴ يُنْظَرُ: ابن قدامة، المغني، 96/7.

⁵ ابن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة، 519/2. والتَّوَوِي، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، 210/9.

⁶ يُنْظَرُ: ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 31/3. وابن حجر، فتح الباري، 182/9. قال في الفتح: "وَنَقَلَ الطَّحَاوِيُّ عَنْ قَوْمٍ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ النَّظَرُ إِلَى الْمَخْطُوبَةِ قَبْلَ الْعَقْدِ بِحَالٍ".

⁷ هو: علي بن محمد بن عبد الملك الكتامي، الحميري الفاسي، أبو الحسن ابن القُطَّان، من حفاظ الحديث وَنَقَدْتِهِ، قرطبي الأصل من أهل فاس، أقام زمنا بمراكش، توفي ﷺ سنة 628هـ. له تصانيف منها: "بيان الوهم والايهام الواقعين في كتاب الأحكام"، و"مقالة في الأوزان". يُنْظَرُ: الزُّرْكَلي، الأعلام، 331/4.

⁸ ابن القُطَّان الفاسي، إِحْكَامُ النَّظَرِ فِي أَحْكَامِ النَّظَرِ بِحَاسَةِ الْبَصَرِ، ص 475.

⁹ يُنْظَرُ: ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، 38/6.

الباب الأول: أثر العُزف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

- وبحديث جرير بن عبد الله رضي الله عنه قال: «سَأَلْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ عَنْ نَظَرِ الْفَجَاءَةِ فَأَمَرَنِي أَنْ أَصْرِفَ بَصَرِي»¹. قالوا: فلما كانت النظرة الثانية حراماً لأنها عن اختيار خولف بين حكمها وحكم ما قبلها إذ كانت بغير اختيار، دل ذلك على أنه ليس لأحد أن ينظر إلى وجه امرأة، إلا أن يكون بينها وبينه من النكاح أو الحرمة². وأجيب عنه: بأن هذا الرأي مخالف لصريح الأحاديث النبوية ومخالف لإجماع الأمة على جواز النظر للحاجة، وإثبات ذلك ما حكاه القاضي عياض³ كراهته وهو مخالف للأدلة المذكورة ولأقوال أهل العلم المجيزين للنظر⁴.

ولعل من نسب هذا القول إلى الإمام مالك⁵، بأنه يرى أن جسد المرأة كله عورة حتى ظفرها. والنظر ممنوع عنده، والجواز مقيّد بالحاجة، فإن كان لحاجة كنظر الخاطب فإنّه جائز⁶، وفي رواية عنه اشتراط إذنها⁷.

القول الثالث: إنّه يجب على الخاطب أن ينظر إلى مخطوبته، وهو مذهب بعض أهل الظاهر. واستدلوا بأنه ﷺ قد أمر بالنظر إلى المخطوبة، والأصل في الأمر أنّه للوجوب⁸. غير أنّه أُجيب عن ذلك بأن الأمر بعد الحظر يُفيد الإباحة⁹.

¹ أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الآداب، باب نظر الفجاءة، رقم: 2159، 1699/3.

² يُنظر: عبد الناصر العطار، خطبة النساء في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية، ص111. وناجي إبراهيم الكلابي، أحكام خطبة النساء في الإسلام، ص50. دون معلومات النشر، اطلعت عليه يوم 2022/10/12م، في الساعة: 20:45، من موقع "مكتبة نور" على الشبكة العنكبوتية، من الرابط الآتي: <https://ln.run/fwRVu>

³ هو القاضي أبو الفضل، عياض بن موسى بن عياض اليحصني السبتي، أحد عظماء المالكية، إمام وقته في الحديث وعلموه، والفقه والأصول والنحو واللغة وكلام العرب وأيامهم وأنسابهم، من تصانيفه: "ترتيب المدارك وتقريب المسالك"، و"التنبيهات على المدونة"، توفي رحمته الله سنة 544هـ بمراكش. يُنظر: ابن فرحون، الديباج المذهب، 46/2 وما بعدها.

⁴ يُنظر: النووي، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، 210/9. والشوكاني، نيل الأوطار، 133/6.

⁵ الذي نسب ذلك إلى مالك هو ابن عبد البر. يُنظر: الكافي في فقه أهل المدينة، 519/2.

⁶ عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، ص52-53.

⁷ يُنظر: ابن حجر، فتح الباري شرح صحيح البخاري، 182/9.

⁸ يُنظر: ابن القيم، روضة المحبين ونزهة المشتاقين، ص124.

⁹ اختلف الأصوليون في هذه القاعدة على أقوال منها: أن الأمر بعد الحظر، وقيل: إذا وردت صيغة الأمر بعد النهي، فإنها تقتضي ما كانت تقتضيه قبل ورود النهي، من وجوب أو ندب أو إباحة، وقيل: بالتوقف وعدم الجزم بشيء من الوجوب أو الإباحة. يُنظر: عبد الكريم التلمة، المهذب في أصول الفقه المقارن، 1361/3 وما بعدها.

الباب الأول: أثر العُزف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

تحرير محل النزاع والترجيح:

يبدو للباحث أنَّ سبب الخلاف يرجع إلى أنَّ هناك صوارف معتبرة شرعاً صرفت الأمر بالنظر إلى المخطوبة عن الوجوب إلى التدب أو الإباحة أم لا؟ فمن رأى أنَّ هناك صوارفاً معتبرة، قال بالتدب أو الإباحة، ومن لم ير ذلك قال بالوجوب.

هذا ويميل الباحث بعد عرض الأقوال ومناقشتها إلى ترجيحه قول أهل الظاهر، وهو وجوب نظر الخاطب للمخطوبة؛ وذلك للاعتبارات الآتية:

- سلامة أدلتهم من المعارض الرَّاجح ولما في النظر إلى المخطوبة قبل العقد من مصلحة تعود عليه، ومن درء لمفاسد قد تنجم عن عدم النظر، وهذا أولى من أنَّ يراها بعد أن يعقد عليها، فيفاجأ بأنها غير مناسبة له، فتكرهها نفسه، فتترك الخطبة أهون عليه وعلى المرأة وأهلها من تطليقها بعد زواجه منها.

- "أنَّ في القول بوجوب النظر قبل العقد، يحقق جملة من مقاصد الشريعة؛ والتي منها حفظ النفوس ممَّا يُصيبها من آلام جسدية ونفسية، وحفظ الأموال من الضياع، وحفظ المجتمع ممَّا قد يحدث من خصومات وعداوات بين أفرادهِ"¹.

2- حُكْمُ نظر المخطوبة إلى الخاطب: يَبْنُ سَابِقاً أنَّ الشَّارِعَ قد أباح للرجل النظر إلى المرأة التي يريد خطبتها والزَّواج بها، فكذلك أباح للمرأة النظر لخطبها للحاجة مثلها مثله²، بل ذهب العديد من العلماء إلى أنَّها أولى منه³؛ لأنَّ من حقَّ الفتاة أن تختار وترضى بالذي جاءها خاطباً، وأنَّ تطمئن إلى رجاحة عقله وحسن تصرفه، وحتى تضمن دوام المودة والألفة بينهما بعد زواجهما، وبالتالي تتحقَّق مقاصد النِّكاح. فالمرأة يُعجبها من زوجها حُسن الصُّورة والخلقة، كما يُعجب

¹ سليمان الأشقر، أحكام الزَّواج في ضوء الكتاب والسُّنة، ص51. وإبراهيم قعري، حدود النظر للمخطوبة، ص48.

² يُنظر: عبد الكريم زيدان، المُفَصَّل في أحكام المرأة والبيت المسلم، 6/69.

³ يُنظر: ابن عابدين، ردُّ المختار، 6/370. والخطاب، مواهب الجليل، 3/405. والنَّووي، المجموع، 16/133.

الباب الأول: أثر العُرف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

الرجل منها حُسن الصُورة والخلقة¹، ولهذا قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه: "لَا تُكْرَهُوا فَتَيَاتِكُمْ عَلَى الرَّجُلِ الْقَبِيحِ، فَإِنَّهُنَّ يُحِبُّنَ مَا تُحِبُّونَ"².

وبرّر البعض أنه "لا يرى أن مثل هذا يحتاج إلى دليل نصي خاص؛ لأنّ التكاليف موجّهة للرجال والنساء جميعاً، فما أُبيح للرجال يُباح مثله للنساء إلّا ما ورد به التخصيص، ولا تخصيص بدون مُخصّص"³، "ولأنّ الشارع لم يُوجّه المرأة إلى النظر إلى الخاطب، لأنّ الرجال ظاهرون بارزون في المجتمع الإسلامي، لا يختفون كما تختفي النساء، وبذلك تستطيع المرأة إن شاءت أن تنظر إلى الرجل بسهولة ويُسر إذا تقدّم لخطبتها"⁴.

ثمّ إنّ حقّ النظر يثبتُ للمرأة من باب قياس الأولى⁵؛ وذلك لأنّ الرجل إذا لم ير مخطوبته قبل العقد، فإنّه يُمكنه بعد العقد -إذا لم تعجبه- أن يتحلّل من هذا الزواج عن طريق الطلاق الذي جعله الله بيده، أمّا المرأة فلا تملك ذلك، فالرؤية في حقّها أولى، حتّى تكون على بينة من أمرها⁶.

ثانياً- أثر العُرف في أحكام النظر بين الخاطبين في التشريع الجزائري:

لم يتعرّض المشرّع إلى مسألة النظر إلى المخطوبة وكيفية، بل ترك ذلك لأحكام الشريعة الإسلامية المتوافقة مع ما جاء به العُرف، وهذا بالإحالة على نصّ المادة: 222 من ق أ ج⁷،

¹ يُنظر: مصطفى شلي، أحكام الأسرة في الإسلام، ص 69. وعبد الكريم زيدان، المُفصّل في أحكام المرأة والبيت المسلم، 69/6. ومحمد الدسوقي، الأسرة في التشريع الإسلامي، ص 35.

² رواه سعيد بن منصور في سننه، كتاب الوصايا، باب الرجل يتزوّج شبهة من النساء، رقم: 811، 244/1. وابن شبة في تاريخ المدينة، تقدّر الدية في عهد عمر رضي الله عنه، 769/2.

³ نور الدين بولحية، المقدمات الشرعية للزواج برؤية مقاصدية، ص 123.

⁴ محمود المصري، الزواج الإسلامي السعيد، ص 288.

⁵ فقياس المخطوبة على الخاطب، للاشتراك في العلة التي نصّ عليها قوله ﷺ: «انْظُرْ إِلَيْهَا، فَإِنَّهُ أُخْرَى أَنْ يُؤَدَمَ بَيْنَكُمَا»، فدوام الألفة بين الزوجين غير مقصور على معاملة الرجل، بل كلّ منهما يكون عنصراً في التآلف والتحاب، إذ كلاهما يبحث عن يناسبه ويعجبه. يُنظر: عبد الرحمن عتر، خطبة النكاح، ص 209.

⁶ يُنظر: علي بن عبد الرحمن الحسون، أحكام النظر إلى المخطوبة، ص 20.

⁷ يُنظر: سارة قرميط، اعتبار العُرف في مقدمات الزواج وتأثيره على دعم الاجتهاد القضائي (مقال)، ص 73. والمكي صلوح، دور العُرف في الخطبة بين أحكام الشريعة الإسلامية والقانون (مقال)، ص 118.

الباب الأول: أثر العُرف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

فالنظر إلى المخطوبة من الأمور التي جرى بها عرف الناس، والفقه الإسلامي أقرَّ العُرف الصَّحيح السَّائد في ذلك¹.

بناءً على ما سبق؛ يكون كلُّ من الفقه الإسلامي والتَّشريع الجزائري قد أقرَّ بالرجوع إلى العُرف في مسألة النظر إلى المخطوبة، وهنا نُفرِّق بين مرحلتين؛ ففي الماضي وفي بعض المناطق من الوطن، تتمُّ الخطبة والعقد بدون رؤية المخطوبة أو معرفة شيء عنها إلا ما سمعه من نسوة رأوها ووصفوها له، أو من أقارب أو معارف أو أصدقاء، أمَّا هي فحدث ولا حرج، فقد تتزوج بشخص لا تعرف اسمه، أو اسم أبيه، ويكون السؤال في هذا عيبًا، فهي ستتزوج فكيف تسأل عنه أو عن أبيه؟²

وهذا عرف مستحكم في المجتمع الجزائري وغيره من المجتمعات العربيَّة والإسلاميَّة كون الأولياء يقفون في وجه الخطاب لمنعهم من رؤية من يرغبون الزَّواج منها لعلَّ الغيرة على أعراضهم من الفساق والدَّواقين، وهذا كان موجودًا في عهده ﷺ، وقد عَلِمْنَا ذلك من موقف أبوي المرأة في قول الرَّاوي -المغيرة بن شعبة رضي الله عنه-: "فَكَأَنَّمَا كَرِهَا ذَلِكَ-"، وقول المرأة: "إِنْ كَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَمَرَكَ بِذَلِكَ أَنْ تَنْظُرَ، فَانْظُرْ، وَإِلَّا فَإِنِّي أَنْشُدُكَ، كَأَنَّهَا أَعْظَمْتُ ذَلِكَ"³. لأنَّ أمره مطاع عند المؤمن ولا يُخالف، ولأنَّه حقٌّ وإن خالف العرف والعادة الموجودة عند العرب⁴.

وفي زماننا هذا نجد أنَّ الأمر ما يزال مستحكمًا عند بعض النَّاس المتدينين غير المتفقهين في المدن والقرى والأرياف، فيمنعون الخطيبين من رؤية بعضهما، بذريعة تواتر هذا العُرف من الأجداد، وأنَّ كلَّ أخواتها تزوجن دون النظر إليهن، وفي هذا مأساة لأنَّها قد تتزوج بشخص لا تعلم عنه شيئًا. أمَّا اليوم فقد بدأت هذه الظَّاهرة بالاختفاء بسبب انتشار الوعي الديني وارتفاع

¹ يُنظر: محمد محدة، الخطبة والزَّواج، ص18. وخالدي ثامر، أثر العُرف في الخطبة والفتاوى في التَّشريع الجزائري (مقال)، ص31.

² يُنظر: محمد محدة، المرجع السَّابق، ص19.

³ أخرجه الصَّنعاني في مصنفه، كِتَابُ النِّكَاح، بَابُ إِنْزَارِ الْجَوَارِي وَالنَّظَرِ عِنْدَ النِّكَاح، رقم: 10335، 156/6. وابن ماجه ماجه في سننه، كِتَابُ النِّكَاح، بَابُ النَّظَرِ إِلَى الْمَرْأَةِ إِذَا أَرَادَ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا، رقم: 1866، 600/1، قال عنه البوصيري: "إسناده صحيح، ورجاله ثقات، وقال الترمذي: حديث حسن". مصباح الرَّجاجة، 200/2.

⁴ يُنظر: بلقاسم شتوان، الخطبة والزَّواج في الفقه المالكي، ص15.

الباب الأول: أثر العُرف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

المستوى الثقافي؛ حيث أصبح لا مانع من رؤية الخاطب لمخطوبته والجلوس معها ومحاورتها في أمور مستقبلهما بوجود محرم معهما¹.

وفي حين نجد عند البعض الآخر قد غلب عليهم تقليدهم للغربيين فأصبحوا لا يستنكرون على بناتهم مخالطة من يريد الزواج منهن، بل تعدوا الحدود الشرعية والقانونية في اعتبار الخطبة مجرد وعد بالزواج، فراحت تُنظم لقاءات وتجري حوارات وتلتقط صوراً، ناهيك عن الخلوة المحرمة بين الطرفين، وهذا النوع من العُرف فاسدٌ ينبغي محاربته والتخلص منه حفاظاً على حرمة الأسر واستقرار أمن المجتمع، فعلى المشرع الحرص على سدّ هذا الفراغ التشريعي فيما يتعلق بتنظيم أحكام النظر بين الخطيبين وفقاً للأعراف الحسنة السائدة في المجتمع².

الفرع الثاني: أثر العرف في شروط النظر إلى المخطوبة ووقته ومقداره

في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

أتناول فيه شروط النظر إلى المخطوبة، ووقت النظر إليها أيكون قبل الخطبة أم بعدها، ومقدار ما يُنظر إليه منها أو منه. وبيان ذلك يكون من خلال العناصر الثلاثة الآتية:

أولاً- أثر العرف في شروط النظر إلى المخطوبة ووقته ومقداره في الفقه الإسلامي:

بيان كل مسألة من هذه المسائل الثلاث، يكون على النحو الآتي:

1. شروط نظر الخاطب إلى المخطوبة في الفقه الإسلامي: قيّد فقهاء الشريعة الإسلامية النظر إلى المخطوبة بشروط³؛ وهي:

أ. صلاحية المحل؛ أي أن تكون المرأة محلاً لخطبتها شرعاً، فلا بُدَّ أن تكون خليةً عن نكاح، وعن عِدَّةٍ وكلِّ مانعٍ من موانع النكاح، وأن لا يسبقه غيرُ خطبتها فعن ابن عمر رضي الله عنهما قال: أن رسول الله ﷺ قال: «وَلَا يَخْطُبُ الرَّجُلُ عَلَى خِطْبَةِ أَخِيهِ حَتَّى يَتْرَكَ الْخَاطِبُ قَبْلَهُ أَوْ يَأْذَنَ لَهُ

¹ يُنظر: إيمان مقاتل، اعتبار العُرف في مُقدّمات عقد الزواج-الخطبة-(مقال)، ص260.

² يُنظر: بلقاسم شتوان، الخطبة والزواج في الفقه المالكي، ص15. وخالدي ثامر، أثر العُرف في الخطبة والفاخرة في التشريع الجزائري (مقال)، ص31.

³ يُنظر: ابن عابدين، ردُّ المختار على الدر المختار، 8/3. والدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 215/2. والشربيني، مغني المحتاج، 219/4. والرحبياني، مطالب أولي النهى، 11/5. وابن قدامة، المغني، 96/7.

الباب الأول: أثر العُزف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

الخاطب»¹. وظاهر النهي في هذا الحديث يدل على التحريم، ولأنه نهي عن الإضرار بالإنسان، فإن فعل، فزواجه عند الجمهور صحيح، لكن عليه الإثم ولا يُفَرَّقُ بينهما².

ب. أن يقصد من النظر الزواج، بأن تكون له النيّة الجادة في النكاح، ويغلب على ظنه أن خطبته ستُقبل إذا تمت بمن يُريد النظر إليها، أمّا إذا غلب على ظنه العكس فلا يحلّ له ذلك.

ج. ألا يقصد الخاطب من النظر التلذذ، بل التعرف التقي البريء قاصداً به إقامة السُنّة.

د. أن يكون النظر مُقتصرًا على القدر الذي يجوز النظر إليه، فلا ينظر إليها في خلوة³.

2. أثر العرف في وقت النظر إلى المخطوبة في الفقه الإسلامي: اختلف الفقهاء في ذلك على قولين؛ فيما يأتي تفصيلهما:

القول الأول: ذهب جمهور الفقهاء⁴ إلى أن وقت النظر يكون قبل الخطبة، وبعد العزم على النكاح، وقيد به البعض بما إذا غلب على ظنه إجابته إلى نكاحها، ودليلهم في ذلك ما رواه محمد بن مسلمة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «إِذَا أُلْقِيَ اللَّهُ فِي قَلْبِ امْرِئٍ خِطْبَةٌ امْرَأَةٍ، فَلَا بَأْسَ أَنْ يَنْظُرَ إِلَيْهَا»⁵، «لأنَّ النظر قبل العزم لا حاجة إليه وبعد الخطبة قد يُفْضِي الحال إلى التَّرك فيشق عَلَيْهَا»⁶. فدلّ الحديث على أن الرؤية تكون قبل الخطبة، حيث رتب النظر على إرادة الخطبة وليس على الخطبة نفسها.

القول الثاني: قال المالكية والشافعية⁷ إن وقت النظر إلى المخطوبة يكون أثناء الخطبة وقبل العقد إذا ركنًا لبعضهما البعض، واستدلوا بحديث أبي حميد رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «إِذَا خُتِبَ

¹ أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب النكاح، باب لا يُخْطَبُ عَلَى خِطْبَةِ أَخِيهِ، رقم: 5142، 19/7.

² يُنْظَرُ: وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، 11/9.

³ يُنْظَرُ: سيد سابق، فقه السُنّة، 25/2. وعبد الناصر العطار، خطبة النساء في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية،

112. ومحمود المصري، الزواج الإسلامي السعيد، ص 264.

⁴ يُنْظَرُ: ابن عابدين، ردُّ المختار على الدر المختار، 8/3. والزملي، نهاية المحتاج، 185/6. وابن مفلح، الفروع، 182/8.

⁵ أخرجه أحمد في مسنده، مُسْنَدُ الشَّامِيِّينَ، حَدِيثُ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمَةَ، رقم: 17976، 492/29. وابن ماجه في سننه، كتاب النكاح، باب النَّظَرُ إِلَى الْمَرْأَةِ إِذَا أَرَادَ أَنْ يَنْزَوَّجَهَا، رقم: 1864، 599/1. وابن حبان في صحيحه، كتاب النكاح، باب ذِكْرُ الْإِبَاحَةِ لِلْخَاطِبِ الْمَرْأَةَ أَنْ يَنْظُرَ إِلَيْهَا قَبْلَ الْعَقْدِ، رقم: 4042، 349/9. قال عنه الألباني: "حديث صحيح".

صحيح الجامع الصغير وزيادته، 131/1.

⁶ الشَّارِبِيُّ، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، 405/2.

⁷ يُنْظَرُ: ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 31/3. والنووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، 20/7.

الباب الأول: أثر العُزف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

أَحَدُكُمْ امْرَأَةً، فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِ أَنْ يَنْظُرَ إِلَيْهَا إِذَا كَانَ إِنَّمَا يَنْظُرُ إِلَيْهَا لِخِطْبَةٍ، وَإِنْ كَانَتْ لَا تَعْلَمُ¹، "فقد دلّ هذا الحديث على أنّ الرؤية تكون بعد الخطبة"².

وقد أجاب بعض فقهاء الشافعية عن الأحاديث التي جاءت بلفظ «إِذَا خَطَبَ أَحَدُكُمْ» بأنّ مقصود هذه الأحاديث هو "إذا أراد" وذلك بدلالة الحديث سالف الذكر الذي هو بلفظ «إِذَا أَلْقَى اللَّهُ». إلّا أنّ البعض ذكر أنّ هذا التوجيه لا يُسلّم به؛ لأنّ اللفظ ظاهر لا يحتاج إلى تأويل. أمّا أدلّة القول الأوّل من أنّ الرؤية بعد الخطبة قد تُفسي إلى التّرك فيشقّ عليها، فذلك أمرٌ ظنيّ، ثمّ إنّ من حقّها أن تراه ولا يكون ذلك إلّا بعد الخطبة. وأمّا ما استدلّ به أصحاب القول الثّاني من أنّ الرؤية حقٌّ للرجل والمرأة، فإنّه وإن كان ذلك صحيحاً، فإنّه لا يعني منع الرؤية قبل الخطبة³.

تحرير محلّ النزاع والترجيح:

يظهر للباحث أنّ سبب الخلاف يرجع في تقديره إلى ما يلي:

- التعارض الظاهري بين الأحاديث، بل بين ألفاظ الحديث الواحد.
- أي طرفي الخطبة أولى بالنظر، وأيهما أكثر تحقيقاً لمقاصد الشرع الحكيم؟
- أن أصل هذا الخلاف، يعود إلى خلاف الفقهاء في هل يُشترط إذن المخطوبة أو وليها في النظر أم لا؟

ثم إنّّه بعد عرض ومناقشة أدلّة الفريقين، فالذي يبدو للباحث أنّ القول الرّاجح ما ذهب إليه البعض من أنّ ينظر إليها قبل الخطبة وبعدها -أي الجمع بين القولين-؛ لأنّ النّظر إليها قبل الخطبة يدعوه إلى خطبتها إذا صادفت في نفسه قبولا شريطة أن يكون في حدود الشرع والتزام الأدب. والنّظر بعدها يؤكّد هذه الرّغبة بعد إعلانها، ولكنّه بحضور محرم. وعلى هذا نقول: إنّّه إذا تسنى له رؤية المخطوبة قبل الخطبة فذلك أمر محمود؛ لما في ذلك من مقصد عدم تأذي شعور

¹ أخرجه أحمد في مسنده، حديث أبي حميد الساعدي، رقم: 23602، 15/39. والطبراني في معجمه الأوسط، رقم:

911، 279/1. وصهيب عبد الجبار، المسند الموضوعي، 147/16. قال عنه الألباني: "وهذا إسناد صحيح، رجاله كلّهم

ثقات رجال مسلم". سلسلة الأحاديث الصحيحة وشيء من فقهها وفوائدها، 201/1.

² علي بن عبد الرحمن الحسون، أحكام النّظر إلى المخطوبة، ص52.

³ ينظر: المرجع نفسه، ص53.

الباب الأول: أثر العُرف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

المخطوبة في عدم رضا الخاطب بها. ولكن بشرطين هما: أن تكون المرأة المنظور إليها معيّنة، وأن لا يؤدي ذلك إلى تطرّق الفساد في المجتمع. وإلا فالرؤية تكون بعد الخطبة، ذلك أنّها قبل الخطبة قد تكون شاقة ومُحرّجة. ومع ذلك تبقى الأولوية للنظر قبلها للفائدة المذكورة وبالشّروطين السّابقين¹.

3. أثر العرف في مقدار ما يُنظرُ إليه الخاطب من المخطوبة في الفقه الإسلامي:

اتَّفَق الفقهاء على جواز النّظر إلى وجه المخطوبة²، غير أنّهم اختلفوا فيما عداه على أقوال، وهي:

القول الأول: يُنظرُ إلى الوجه والكفّين، لأنّهما ليسا من العورة فجاز للخاطب النّظر إليهما دون غيرهما، وهو مذهب الحنفيّة³، ومشهور مذهب المالكيّة، والشّافعيّة⁴، ورواية عن الإمام أحمد⁵، واستدلوا بقوله ﷺ: «وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا» [التّور: 31]. وجه الدّلالة: إنّ ظاهر الآية يقتضي ألا تُظهر المرأة إلّا وجهها وكفّيها، وقد رُوِيَ عن ابن عباس رضي الله عنهما قال في تفسيرها: "مَا فِي الْكَفِّ وَالْوَجْهِ"⁶، وعليه فلا يجوز النّظر إلى سواهما. وبما رُوِيَ عنه ﷺ: «مَنْ أَرَادَ أَنْ يَتَزَوَّجَ امْرَأَةً فَلْيَنْظُرْ إِلَى وَجْهِهَا وَكَفِّيْهَا»⁷. دلّ الحديث على أنّه لا يجوز النّظر إلى غير وجهها وكفّيها⁸.

وقد أُبِيحَ النّظر استثناء لضرورة التعرّف على المرأة المخطوبة، والضرورة تُقدّر بقدرها، وتحصيل الكفاية بالنّظر إلى الوجه والكفّين، فتندفع الصّورة بهما، إذ الوجه يُدلّ على الجَمال

¹ يُنظر: عبد الرحمن عتر، خطبة النّكاح، ص 199. وعبد الكريم زيدان، المُفصّل في أحكام المرأة والبيت المسلم، 70/6. وفتحي الدّريني، دراسات وبحوث في الفكر الإسلامي المعاصر، 720/2.

² ومَن اقتصر على الوجه فقط سفيان الثّوري، والإمام أحمد في رواية عنه. يُنظر: ابن المنذر، الإشراف على مذاهب العلماء، 8/5. وابن قدامة، المغني، 96/7.

³ يُنظر: ابن عابدين، ردُّ المحتار على الدر المختار، 370/6. والسّرخسي، المبسوط، 154/10.

⁴ يُنظر: الدّسوقي، حاشية الدّسوقي على الشّرح الكبير، 215/2. والثّووي، روضة الطّالبيين وعمدة المفتين، 20/7.

⁵ يُنظر: المرداوي، الإنصاف في معرفة الرّاجح من الخلاف، 18/8.

⁶ المأثريدي، تأويلات أهل السّنة، 544/7.

⁷ أورده القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، 183/7. والقاضي عبد الوهاب، الإشراف على مسائل نكت الخلاف، 685/2. 685/2. والعمراني، البيان في مذهب الإمام الشّافعي، 123/9. ولم أقف عليه في كتب السّنة.

⁸ يُنظر: أورده القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، 183/7. والقاضي عبد الوهاب، المصدر السّابق، 685/2. والعمراني، والعمراني، المصدر السّابق، 123/9.

الباب الأول: أثر العُزْف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

وَعَدَمِهِ، وَالْيَدَانِ تَدْلَانِ عَلَى خُصُوبَةِ الْبَدَنِ وَطَرَاوَتِهِ مِنْ عَدَمِهَا¹. فبقي ما عداه على أصل التحريم².

وَنُوقِشَ اسْتِدْلَالُهُمْ بِأَنَّ الْوَجْهَ وَالْكَفَّيْنِ لَيْسَا مِنَ الْعَوْرَةِ فَجَازَ النَّظَرُ إِلَيْهِمَا دُونَ غَيْرِهِمَا بِدَلِيلِ الْآيَةِ الْكَرِيمَةِ، بِأَنَّهُ اسْتِدْلَالٌ لَا يُسَلِّمُ لَهُمْ بِهِ؛ لِأَنَّ ابْنَ مَسْعُودٍ وَغَيْرَهُ قَالُوا: إِنَّ الْمَقْصُودَ بِالظَّاهِرِ مِنَ الزَّيْنَةِ فِي قَوْلِهِ **وَعَلَى**: **﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾** [النور: 31]، هُوَ الثِّيَابُ الظَّاهِرَةُ³.

"ثُمَّ إِذَا قُلْنَا: إِنَّ الْوَجْهَ وَالْكَفَّ لَيْسَا مِنَ الْعَوْرَةِ -فَيَجُوزُ النَّظَرُ إِلَيْهِمَا دُونَ غَيْرِهِمَا- لَمْ يَكُنْ لِلْأَحَادِيثِ الْمَبِيحَةِ لِلنَّظَرِ إِلَى الْمَخْطُوبَةِ زِيَادَةٌ حَكْمٌ أَوْ مَعْنَى، إِذْ أَنَّ هَذَا مِمَّا أُبِيحَ ابْتِدَاءً وَلَيْسَ مُسْتَفَادًا مِنَ الْأَحَادِيثِ"⁴. وَأُجِيبَ عَنْهُ: أَنَّ الْخَاطِبَ مُتَمَيِّزٌ عَنْ غَيْرِهِ، مِنْ حَيْثُ أَنَّهُ أُبِيحَ لَهُ النَّظَرُ إِلَى الْوَجْهِ وَالْكَفَّيْنِ لَتَفَحُّصِ وَاخْتِيَارِ الْجَمَالِ، وَمِثْلُ هَذَا لَوْ صَدَرَ عَنْ غَيْرِ الْخَاطِبِ لَكَانَ آثَمًا، وَلَكِنْ لَا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَقْصِدَ بِالنَّظَرِ إِلَى الْمَخْطُوبَةِ اللَّذَّةَ، وَإِلَّا كَانَ هُوَ آثَمًا أَيْضًا⁵.

ويرى الدكتور عبد القادر مهاوات "أَنَّ هَذَا الرَّأْيَ فِيهِ تَضْيِيقٌ عَلَى أَهْلِ هَذَا الزَّمَانِ، وَلَا يُفَرِّقُ فِيهِ بَيْنَ الْخَاطِبِ وَغَيْرِهِ مِنَ الْأَجَانِبِ الَّذِينَ يَجُوزُ لَهُمْ أَنْ يَنْظُرُوا إِلَى وَجْهِ الْمَرْأَةِ وَكَفِّهَا"⁶.

القول الثاني: يُنْظَرُ إِلَى الْوَجْهِ وَالْكَفَّيْنِ وَالْقَدَمَيْنِ، وَهُوَ رَوَايَةٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ⁷، لِأَنَّ الْقَدَمَيْنِ لَيْسَا بِعَوْرَةٍ، وَعَلَيْهِ يَجُوزُ لِلْخَاطِبِ النَّظَرُ إِلَيْهِمَا.

وَاسْتَدْلُّوا بِقِيَاسِ الْقَدَمَيْنِ عَلَى الْوَجْهِ وَالْكَفَّيْنِ بِجَمَاعِ الضَّرُورَةِ وَرَفْعِ الْحَرَجِ، فَقَالُوا: "خَرَجَتْ تِلْكَ الْأَشْيَاءُ لِلضَّرُورَةِ، فَإِنَّ الْمَرْأَةَ لَا تَجِدُ بُدًّا مِنْ مَنَاوِلَةِ الْأَشْيَاءِ بِيَدِهَا، وَتَحْتَاجُ إِلَى كَشْفِ وَجْهِهَا، خُصُوصًا فِي الشَّهَادَةِ وَالْحَاكِمَةِ وَالنِّكَاحِ، وَتَضْطَرُّ إِلَى الْمَشْيِ فِي الطَّرِيقَاتِ وَظَهْوَرِ قَدَمَيْهَا، لَا سِيَّمَا الْفَقِيرَاتِ مِنْهُنَّ، فَلَوْ جَعَلْتَ هَذِهِ الْأَشْيَاءَ عَوْرَةً لَخَرَجْنَ. عَلَى أَنَّ هَذَا مَعْنَى قَوْلِهِ **وَعَلَى**: **﴿إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾** [النور: 31]؛

¹ يُنْظَرُ: الدُّسُوقِي، حَاشِيَةُ الدُّسُوقِي عَلَى الشَّرْحِ الْكَبِيرِ، 215/2.

² نور الدين أبو لحية، المقدمات الشرعية للزواج برؤية مقاصدية، ص 125.

³ يُنْظَرُ: الطَّبْرِي، جَامِعُ الْبَيَانِ فِي تَأْوِيلِ الْقُرْآنِ، 155/19.

⁴ علي بن عبد الرحمن الحسُون، أحكام النظر إلى المخطوبة، ص 38.

⁵ يُنْظَرُ: الصَّادِقُ الْغُرَيَابِيُّ، مَدُونَةُ الْفَقْهِ الْمَالِكِيِّ وَأَدْلَتُهُ، 498/2.

⁶ عبد القادر مهاوات، كلمات قلَّتها في زيجات ومعها قواعد في فن إدارة الحياة الزوجية، ص 112.

⁷ يُنْظَرُ: الرَّازِي، تَحْفَةُ الْمُلُوكِ، ص 63. وَابْنُ عَابِدِينَ، رَدُّ الْمُحْتَارِ عَلَى الدَّرِّ الْمُخْتَارِ، 369/6.

الباب الأول: أثر العُزف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

أي إلّا ما جرت العادة والجيلة على ظهوره¹.

وبما روي عن عائشة رضي الله عنها في قوله وَعَلَيْكَ: «إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا»، قالت: «الْقُلْبُ² وَالْفَتْحَةُ³»، فدلّ ذلك على جواز النظر إلى القدمين؛ والنهي عن إظهار الرينة إلّا أنّه استثنى منها ما ظهر كالقدمين لظهورهما عند المشي⁵. ورُدّ عنه: بأنّ القدمين عورة ويجب سترهما، وهو قول أكثر الفقهاء⁶.

القول الثالث: يُنظر إلى ما يَظْهَرُ غالبًا؛ كوجهها ورقبتها وشعرها، وكفيها ويديها إلى المرفقين وقدميها، وشيء من مقدّمة ساقها ممّا يلي كعبيها، وهو مذهب عند الحنابلة⁷.

واحتجوا بحديث جابر رضي الله عنه قال: قال النبي ﷺ: «إِذَا خَطَبَ أَحَدُكُمْ الْمَرْأَةَ، فَإِنْ اسْتَطَاعَ أَنْ يَنْظُرَ إِلَى مَا يَدْعُوهُ إِلَى نِكَاحِهَا فَلْيَفْعَلْ، قَالَ: فَخَطَبْتُ جَارِيَةً فَكُنْتُ أَتَخَبُّ لَهَا حَتَّى رَأَيْتُ مِنْهَا مَا دَعَانِي إِلَى نِكَاحِهَا فَتَزَوَّجْتُهَا»⁸. فدلّ الحديث على أنّه أُذِنَ في النظر إليها من غير علمها، فَعِلِمَ أنّه أُذِنَ في النظر إلى ما يَظْهَرُ غالبًا؛ إذ لا يمكن إفراد الوجه بالنظر مع مشاركة غيره له في الظهور⁹.

كما أنّ الهدف من الرؤية الذي أشارت إليه الأحاديث، لا يتم إلّا برؤية هذه الأمور من المرأة، وهي ما يَظْهَرُ غالبًا. وثوقش بأنّ هذا الحديث بأنّه أفاد جواز النظر إلى المخطوبة ولو بغير علمها، وبترتّب عليه النظر إلى ما يَظْهَرُ غالبًا، ومعرفة حدود ما يَظْهَرُ من المرأة غالبًا، لا تدلّ عليه الأحاديث¹⁰.

¹ العيني، منحة السلوك في شرح تحفة الملوك، ص118.

² الْقُلْبُ هو: السَّوَارُ. يُنظر: ابن منظور، لسان العرب، مادة: قَلَبَ، 685/1.

³ الْفَتْحَةُ هي: حلقة من فضّة تُلبس في أصابع الرِّجْلَيْنِ. ابن منظور، المصدر نفسه، مادة: فَتَحَ، 40/3.

⁴ أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب النِّكَاح، رقم: 17008، 546/3.

⁵ يُنظر: الكاساني، بدائع الصَّنَائِع في ترتيب الشَّرَائِع، 122/5.

⁶ يُنظر: الشُّوكَاي، نيل الأوطار، 133/6.

⁷ يُنظر: المرداوي، الإنصاف في معرفة الرَّاجِح من الخلاف، 18/8. والبهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، 10/5.

⁸ رواه أبو داود في سننه، كتاب النِّكَاح، باب في الرَّجُلِ يَنْظُرُ إِلَى الْمَرْأَةِ وَهُوَ يُرِيدُ تَزَوُّجَهَا، رقم: 2082، والبغوي في شرح

السُّنَّة، كتاب النِّكَاح، باب النَّظَرُ إِلَى الْمَخْطُوبَةِ، 17/9. قال عنه الألباني: "حديث حسن، وصححه الحاكم، ووافقه الذهبي،

وقال الحافظ: وسنده حسن". صحيح أبي داود، 319/6.

⁹ يُنظر: ابن قدامة، المغني، 97/7. وابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، 85/6.

¹⁰ يُنظر: علي بن عبد الرحمن الحُسُون، أحكام النَّظَر إلى المخطوبة، ص36-39.

الباب الأول: أثر العُزف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

تحرير محل النزاع والترجيح:

يَتَّضِحُ للباحث أَنَّ سبب الخلاف بين الفقهاء يرجع إلى ما يلي:

- أَنَّ النُّصُوصَ التي أَذْنَتْ للخاطب في النَّظَرِ إلى المخطوبة جاءت مطلقةً، ولم تحدد مواضع النَّظَرِ، فكان ذلك أمرًا اجتهاديًّا.

- يكاد يَتَّفَقُ جميع الفقهاء على أَنَّ النَّظَرَ إلى المخطوبة، إِنَّمَا أُذِنَ فيه من الشَّارِعِ للحاجة، ولأجل مصلحة عقد الزَّوَاجِ واستمراره، لكنهم اختلفوا في القدر الذي تتحقَّقُ به هذه المصلحة، وتندفعُ به هذه الحاجة، بين مُوسَّعٍ ومُضَيِّقٍ؛ فيكون خلاف الفقهاء من قبيل تنقيح المناط.

ثمَّ إِنَّهُ بعد عرض أدلَّةٍ كُلِّ فريق ومناقشتها، فَإِنَّ القول الذي يترجَّح للباحث هو جواز النَّظَرِ إلى ما يظهر منها غالبًا؛ نحو شعرها ورقبتها ويديها إلى المرفقين، وشيء من مُقدِّمة ساقها ممَّا يلي كعبئها، إضافةً إلى وجهها وكفَّيها طبعًا، وبشرط أَنْ لا يزيد عمَّا يراه المحرم من محارمها. "وهذا أقرب إلى الصَّواب، وأزْفَقُ بأهل زماننا؛ لأنَّ فيه شيئًا من التَّمييز للخاطب عن غيره من سائر الأجانب، كما أَنَّهُ سيرها وفَقَّه على الهيئة التي سيرها عليها غالبًا؛ فلا هي مُظهِرَةٌ لأدقِّ محاسنها التي لا تُبرزها عادةً إِلَّا لزوجها في حالاتٍ حميميَّةٍ خاصَّةٍ، ولا هي متسترةٌ كما تظهر أمامَ عامَّةِ النَّاسِ"¹.

ثانيًا- أثر العُزف في شروط النَّظَرِ إلى المخطوبة ووقته ومقداره في التشريع الجزائري:

لم يتعرَّض المشرِّع لمسألة شروط النَّظَرِ إلى المخطوبة، ووقته ولا إلى كَيْفِيَّتِهِ ولم ينظِّمها، بل أحوال ضمنيًّا على أحكام الشريعة الإسلامية التي راعت ما أقرَّه العُزف الصَّحيح في وقت النَّظَرِ. وأجازت للخاطب النَّظَرَ إلى وجه المخطوبة وكفَّيها وبوجود محرم. فالمعتادة بين النَّاسِ أَنْ يُحدِّد الخاطب بعد عزمه على الزَّوَاجِ موعدًا مع أهل المخطوبة إذا تأكد من رغبتهم بإجابته وتزويجه ابنتهم له ليذهب إلى بيتهم، فينظر إلى المخطوبة بحضور أهلها، فَإِنْ أعجبتَه أقدم على خطبتها، وَإِنْ لم تعجبه أحجم عن ذلك دون أَنْ يُخرِجَ المخطوبة وأهلها أو يُلْحِقَ بهم الأذى².

¹- عبد القادر مهاوات، كلمات قلَّتها في زيجات ومعهما قواعد في فن إدارة الحياة الزوجية، ص112-113.

²- يُنظر: محمد محدة، الخطبة والزَّوَاجِ، ص18. وجميل فخري جاتم، أحكام الخطبة في ضوء العُزف (مقال)، ص188. وعماد شريفي، اعتبار العُزف في مسائل الزَّوَاجِ وآثاره في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، ص61.

الباب الأول: أثر العُرف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

هذا وإنَّ الفقه الإسلامي والتَّشريع الجزائري يُقرَّانِ بالرُّؤية القبلية حسبما ما هو متعارف عليه بين النَّاس من أعراف صحيحة في ذلك، إذ للخاطب أن يذهب بعد إتمام الخطبة إلى بيت المخطوبة، ليراها وينظر إليها بحضور محارمها لزيادة التَّعرف عليها ولتأكيد نيَّته بالزَّواج منها¹. غير أنَّ بعض الأسر ما زالت تمنعُ الخاطب من رؤية المخطوبة بِحُجَّة ما تقتضيه أعرافهم، وبعضها الآخر تكتفي بإعطاء صورة شمسيَّة للخاطب، وفي المقابل تجدُ أسراً تسمح للخاطب بالنَّظر إلى المخطوبة، بل يُجيزُ له الخلوة بها والخروج معها بكلِّ حرية نظراً للفكر المتحرِّر، حتَّى أصبحت الخطبة في زماننا هذا تتمُّ بين الشَّاب والفتاة ثمَّ ينتقل الخبر إلى والديهما.

كما أنَّ العُرف لم يُخالف الفقه الإسلامي في حدود نظر الخاطب إلى المخطوبة، فأعراف النَّاس تبيح النَّظر إلى الوجه فقط، ولكنَّهم يختلفون في إباحة النَّظر إلى غير الوجه، فمنهم من يقتصر على إباحة النَّظر إلى الوجه والكفَّين فقط، ومنهم من يُجيز النَّظر إلى الوجه والكفَّين والقدمين، ومنهم من يُجيز النَّظر إلى ما يظهر غالباً من المرأة؛ كالوجه واليدين والرَّأس والسَّاقين، وهذا ما يدلُّ على توافق العُرف مع الشَّريعة الإسلاميَّة وانسجامه مع آراء الفقهاء².

ويجوز للمرأة أن تتجمل للخاطب في الحدود المأذون فيها؛ فلها أن تختضب وتتكلل، وتُحسن من هيئتها بأن تلبس الملابس الجميلة والملونة بشرروطها الشرعيَّة، ودون أن تُمنع وتُفْرِط في استعمال الزَّينة أمامه منعاً من التَّدليس³.

¹ يُنظر: إيمان مقاتل، أثر العُرف في مُقدِّمات عقد الزَّواج-الخطبة-(مقال)، ص259.

² يُنظر: محمد محدة، الخطبة والزَّواج، ص19. وجميل فخري جَانم، أحكام الخطبة في ضوء العُرف (مقال)، ص188.

³ يُنظر: محمد المصري أبو عمار، الزَّواج الإسلامي السَّعيد، ص289.

الباب الأول: أثر العُرف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

المطلب الثاني: أثر العُرف في التوكيل بالنظر إلى المخطوبة وفي العلاقة بينهما

في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

يلجأ بعض الخاطبين عند البحث عن الخطيبة توكيل من ينظر إليها ويزودهم بمعلومات عنها، وقد يتولى الخاطب ذلك بنفسه فيلتقي بالمخطوبة، لكن لكلا الأمرين ضوابط وشروط معينة. لذا قررت أن أتكلم عن أثر العرف في التوكيل بالنظر إلى المخطوبة (فرع أول) ثم عن أثره في العلاقة بين الخاطبين في (فرع ثانٍ)، وكل ذلك في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

الفرع الأول: أثر العُرف في التوكيل بالنظر إلى المخطوبة في الفقه والتشريع

سأتحدث عن هذه المسألة في كلٍّ من الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري وفق التفصيل الآتي: أولاً- أثر العُرف في التوكيل بالنظر إلى المخطوبة في الفقه الإسلامي: الأصل في الإسلام أن ينظر الخاطب بنفسه إلى من يريد خطبتها، واستثناءً يجوز له توكيل امرأة أو رجل بالنظر إلى مخطوبته ليخبره بما فيها من مواصفات تدعوه إلى نكاحها. والتوكيل بالنظر للمخطوبة يكون في حال تعذر النظر على الخاطب. وقد اختلفت الفقهاء في هذه المسألة على قولين؛ وهما:

القول الأول: أجاز جمهور الفقهاء من الحنفية، والشافعية، والحنابلة¹ للخطاب أن يوكل امرأة ثقة في النظر إلى من يريد خطبتها، إذا لم يتمكن من النظر إليها، فتأملها وتصفها له. واحتج أصحاب هذا القول بما روي عن أنس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم لما أراد أن يتزوج امرأة، بعث امرأة² لتنظر إليها، فقال: «سُمِّي عَوَارِضَهَا³، وَانْظُرِي إِلَيَّ عُزُوبِيهَا⁴». وقد أمر النبي صلى الله عليه وسلم بالنظر إلى عُزُوبِيهَا؛ لأنه كما قيل: "إِذَا اسْوَدَّ -أي استوى- عَقْبَاهَا اسْوَدَّ سَائِرُ جَسَدِهَا"⁵.

¹ ابن عابدين، ردُّ المختار على الدر المختار، 370/6. والنووي، روضة الطالبين، 20/7. والبهوتي، كشف القناع، 10/5.

² اسمها أم سليم. عبدُ بن حميد، المنتخب من مسند عبد بن حميد، 316/2.

³ العوارض: الأسنان التي ما بين الثنايا والأضراس، وذلك لاختبار النكحة. ينظر: الزبيدي، تاج العروس، مادة: عرض، 4649/1.

⁴ العزوب: عصب غليظ فوق عقب رجل الإنسان. ابن منظور، لسان العرب، مادة: عَرَبَ، 594/1.

⁵ أخرجه أحمد في مسنده، مُسْنَدُ الْمُكْتَبِينَ مِنَ الصَّحَابَةِ، رقم: 13425، 106/21. واللفظ له. والبيهقي في سننه الكبرى، كتاب النكاح، رقم: 13501، 139/7. والحاكم في مستدركه، كتاب النكاح، رقم: 2699، 180/2. قال الهيثمي: "رَوَاهُ أَحْمَدُ وَالبَرَزِيُّ وَالبَطْنِيُّ، وَرِجَالُ أَحْمَدَ ثِقَاتٌ". جَمْعُ الرِّوَايَةِ وَمَنْبُغُ الْفَوَائِدِ، 276/4.

⁶ ابن الأثير، النهاية في غريب الحديث والأثر، 269/3.

الباب الأول: أثر العُزف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

القول الثاني: أجاز المالكية أن يكون الموكَّل بالنَّظر امرأةً أو رجلاً ولو كان أجنبيًّا عن المخطوبة ليراها¹. غير أنهم اشترطوا في الوكيل الرَّجل عدم الخوف عليه من المفسدة والفتنة². لكن اعترض البعض عليهم مُعتبرين هذا الأمر غير جائز؛ لأنَّ النَّظر محرَّم على الأجنبي الذي لم يخطب، فالنَّصُّ إنما هو في حِلِّ النَّظر للخطاب والمخطوبة فقط، ثمَّ إنَّ الأمر فيه سعة، حيث تقوم المرأة مقام الرَّجل فلا حرج في هذا ولا ضرورة للرَّجل³. ولا يُغني نظر الوكيل عن الخطاب الموكَّل، فللخطاب شرعاً أن ينظر إلى المخطوبة ولو سبق أن وكَّل آخرين في النَّظر إليها ووصفوا له ما رآوه منها؛ لاختلاف الأذواق والمشارب ومقاصد الزواج باختلاف النَّاس، وقد يتصوَّر الخطاب من وصف التَّوكيل شكلاً غير صحيح للمخطوبة حتى إذا رآها فوجئ باختلاف الصُّورة؛ فيعرض عنها أو يُقبِل عليها⁴.

تحرير محلِّ النزاع والترجيح:

يبدو أنَّ سبب الخلاف بين مَنْ حصر الوكالة في كون الوكيل امرأةً، وبين مَنْ لم يُفرِّق بين أن يكون الوكيل امرأةً أو رجلاً، وهو: "هل يُفَوِّضُ إِلَيْهِ فِي النَّظَرِ إِلَيْهَا عَلَى حَسَبِ مَا كَانَ لَهُ وَيُنْزَلُ مَنْزِلَتُهُ أَمْ لَا يَصِحُّ ذَلِكَ إِلَّا لِلنَّكِاحِ فَقَطْ؟ بمعنى هل يَتَنَزَّلُ الْوَكِيلُ مَنْزِلَةَ الْمَوْكَلِ بِإِطْلَاقٍ، أَمْ أَنَّ هُنَاكَ أُمُوراً لَا يُمْكِنُ لِلْوَكِيلِ أَنْ يُنْزَلَ فِيهَا مَنْزِلَةُ الْمَوْكَلِ؟ ومن بينها مسألة النَّظر إلى المخطوبة؛ لأنَّه يحكمها أمر آخر، وهو حرمة النَّظر إلى الأجنبية⁵.

هذا وإنَّه بعد عرض أقوال الفقهاء وأدلَّتْهم ومناقشتها، فالذي يترجَّح للباحث هو القول بعدم جواز توكيل الرجل الأجنبي ليرى المخطوبة وكذلك توكيل المرأة الأجنبية لترى الخطاب. وذلك للمبررات الآتية:

- عملاً بقاعدة "سدِّ الدَّرَائِعِ"⁶؛ حيث أنَّ العمل بها يستلزم القول بعدم الجواز؛ لما في ذلك من إفضاء للمفسدة.

¹ الدُّسُوقِي، حاشية الدُّسُوقِي على الشَّرح الكبير، 330/7.

² يُنْظَر: الخطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، 405/3. والخرشي، شرح مختصر خليل، 166/3.

³ علي بن عبد الرحمن الحسُون، أحكام النَّظر إلى المخطوبة، ص 91.

⁴ عبد النَّاصر العطار، خطبة النَّساء في الشَّريعة الإسلاميَّة والتَّشريعات العربيَّة، ص 118-119.

⁵ يُنْظَر: الخطاب، المصدر السَّابِق، 404/3. وإبراهيم قعري، حدود النَّظر إلى المخطوبة، ص 61.

⁶ القراني، الفروق، 32/2.

الباب الأول: أثر العُرف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

- لأنَّ حرمة النَّظر مقصورة على نظر الأجنبي الذي لم يخطب؛ فالنَّصُّ إنّما هو في حلِّ النَّظر للخاطب والمخطوبة فقط.

- ثمَّ إنّ الأمر فيه سعة؛ حيث تقوم المرأة مقام الرجل، فلا حاجة ولا ضرورة للرجل في ذلك. هذا، وما قيل في توكيل الخاطب لرجل أجنبي عن المخطوبة في النَّظر إليها، من عدم الجواز، يُقال في توكيل المخطوبة لامرأة أجنبية عن الخاطب في النَّظر إليه؛ لذات الأسباب.

ثانيًا - أثر العُرف في التَّوكيل بالنَّظر إلى المخطوبة في التشريع الجزائري:

لم يجد الباحث نصًّا في قانون الأسرة الجزائري يتكلَّم عن هذه المسألة، الأمر الذي دعا المشرِّع إلى الإحالة صراحة على أحكام الشَّريعة الإسلامية وفقًا لنصِّ المادة: 222 من ق أ ج، والمادة: 01 من ق م ج، وبالاتماد على النّصّين القانونيين السابقين يكون المشرِّع الجزائري قد وافق الفقه الإسلامي في اعتبار العُرف في مسألة التَّوكيل في النَّظر للمخطوبة متى توفرت الشُّروط التي وضعها الفقهاء¹، ذلك أنّ العُرف في الجزائر في وقت مضى كانت أمُّ الخاطب أو أخته هي من تتولَّى مهمة النَّظر إلى المخطوبة ثمَّ تصفها له.

وهذا وإنَّ العرف سابقًا كان يمنع الخاطب من أن يتولَّى رؤية مخطوبته بنفسه. وإنَّ تولَّى الخاطب الرؤية بنفسه فإنَّ ذلك قد يحدث دون علمها في محافل الأعراس أو المناسبات، فإنَّ أعجبه أرسل من أهله من يراها عن قرب ويزوده بمعلومات أكثر عنها، لكن ذلك لا يُغني عن الرؤية الشَّخصية، إذ بعد الموافقة المبدئية يتمُّ تحديد موعد لرؤية المخطوبة بحضور امرأة أو أهل الخاطب كأُمِّه أو أخته، "وتُسمَّى هذه الرؤية "بالشَّبحَة"، أو "الشَّوْفَة" في بعض مناطق الوطن، إذ من خلالها يتعرف الخاطبان على بعضهما، وعادة ما يكون لباس المخطوبة محتشمًا، حسب عادة كلِّ عائلة، فإذا أعجبه يقدم لها مبلغًا ماليًّا مُعتبرًا، وإن لم تعجبه يُعطى مبلغًا بسيطًا، حتى لا يחדش مشاعرها².

¹ شروط التَّوكيل: - أن يكون الوكيل ثقةً أمينًا بصيرًا نزيهًا. - أن يتقبَّل التَّوكيل بوجود المشقَّة في نظر الخاطب بنفسه. يُنظر: عبد النَّاصر العطار، خطبة النِّساء في الشَّريعة الإسلامية والتَّشريعات العربيَّة، ص 118.

² يُنظر: عماد شريف، اعتبار العُرف في مسائل الزَّواج وآثاره في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، ص 67.

الباب الأول: أثر العُرف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

وهناك من يستعين في اختيار الفتاة للزواج بما يُسمّى بـ"المرأة الخطّابة"؛ وهي التي يُقصدُها كلٌّ من يُريدُ الزواج، فتعرّضُ عليه أنواع النساء من البكر والمطلّقة والأرملة، ومستوى عيش أسرّتها، وشكلها جميلة أو متوسطة، وتُصِفُ له الطّول والقصر والشّعر والعينين، والجمال، وله بعد ذلك الاختيار¹. وليس من المألوف أن يتقدّم الشاب لخطبة الفتاة وحده، لأنّ أهلها لن يقبلوا بذلك، فحضوره بدون مرافقة أمّه التي تمثل رأي أسرته غير مقبول وغير وارد بتاتاً، كما يُعدُّ في الوقت ذاته إهانة لأهل العروس، وهو سلوك مستهجن؛ لأنّه خروج صارخ على القيم والعادات الحسنة في المجتمع، ويبدو من خلال هذا أن رأي أمّ الشاب في الخطبية أهمُّ من رأي ابنها².

ثمّ إنّ مراسيم الخطبة تتنوع بتنوع عادات الجزائريين من مدينة إلى أخرى بحسب اختلاف المناطق، وطبائع أهلها وخصوصياتهم³. إلّا أنّ هناك شبه اتّفاق بين أغلب جهات الوطن حول انكار توكيل الرّجل الأجنبي للنّظر إلى مواصفات المخطوبة؛ لأنّه تصرف منافٍ للشّرع وللعتادات والتّقاليد حسب عُرفهم وما توارثوه عن الأجداد⁴. أمّا في وقتنا الحاضر أصبح يتمّ التّعارف بين بعض الخاطبين باستعمال وسائل الاتصال الحديثة، ولا مانع من ذلك ما لم يُخالف الشّرع والعُرف والقانون، لأنّ في استعمال هذه الوسائل تيسيراً على النّاس وتحقيقاً لمقاصد الخطبة⁵.

الفرع الثاني: أثر العُرف في العلاقة بين الخاطبين في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

أتناول فيه طبيعة العلاقة بين الخاطبين قبل العقد من خلوة ولمس وحديث بينهما، ثمّ علاقتهما بعد العقد وقبل البناء -بوصفهما عاقداً ومعقوداً عليها-، من خروج وخلوة ودخول بها، وأثر العُرف فيهما، وكلّ ذلك في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، وفيما يأتي بيان ذلك:

أولاً- أثر العُرف في علاقة الخاطب بالمخطوبة قبل العقد: بعد إتمام إجراءات الخطبة وركون الخاطبين بعضهما لبعض بعد النّظر، قد يستمران في التّعرف على بعضهما بصورة تتجاوز النّظر

¹ يُنظر: علي غنابزية، مجتمع وادي سوف من الاحتلال الفرنسي إلى بداية الثورة التحريرية، ص329.

² يُنظر: طقوس الزواج التقليدي بولاية تيزي وزو (مقال)، لم يذكر اسم كاتبه، اطّلت عليه يوم 2022/09/03م، في السّاعة 09:00، من موقع وزارة الثقافة والفنون، على الشّبكة العنكبوتية، من الرّابط الآتي: <https://ln.run/uxkEl>

³ يُنظر: المكّي صلوح، دور العُرف في الخطبة بين أحكام الشّريعة الإسلامية والقانون (مقال)، ص118.

⁴ يُنظر: عماد شريفي، اعتبار العُرف في مسائل الزواج وآثاره في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، ص67.

⁵ يُنظر: عبد النّاصر العطار، خطبة النّساء في الشّريعة الإسلامية والتّشريعات العربيّة، ص125.

الباب الأول: أثر العُرف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

لكون الخطبة فترة تجربة واختبار، لكن ذلك يتم وفق ضوابط شرعية مُحَدَّدة؛ لأنَّ المخطوبة قبل العقد عليها لا تزال أجنبية عن خاطبها، إلَّا أنَّ الشارع رَخَّص للخاطب في النَّظر إلى مخطوبته استثناءً من الأصل العام، وهو حرمة النَّظر للأجنبية.

إلَّا أنَّ النَّاس في زماننا هذا قد أفرطوا في استعمال هذه الرُّخص، حتى شاعت بينهم أفعال غريبة، أصبحت بمثابة أعراف يتبعونها، وهي في الأصل من المحظورات الشرعية، لذا وجب التنبيه عليها حتى لا يقع فيها الخاطبان، والتي منها: الخلوة بالمخطوبة، ولمسها والحديث معها. وهذا ما سأبيِّنه في النقاط الثلاث الآتية:

1. أثر العُرف في العلاقة بين الخاطبين قبل العقد في الفقه الإسلامي:

قد تقع بعض التصرفات بين الخاطبين قبل العقد من خلوة بالمخطوبة، ولمسها والحديث معها، لذا سأوضح موقف الفقه الإسلامي من هذه المسائل الثلاث.

أ. الخلوة بالمخطوبة: اتَّفَق الفقهاء¹ على تحريم الخلوة بالمخطوبة قبل العقد عليها بالنسبة لخاطبها، فهي في حُكْم الأجنبية عنه، وَلَمْ يَرِدِ الشَّرْعُ بِعَيْرِ النَّظَرِ، فَبَقِيََتْ عَلَى التَّحْرِيمِ؛ وَلِأَنَّهُ لَا يُؤْمَنُ مَعَ الْخُلُوةِ مُوَاقَعَةُ الْمَحْظُورِ، وَتَتَحَقَّقُ الْخُلُوةُ بَيْنَ الْخَاطِبِينَ عِنْدَمَا لَا يَكُونُ مَعَهُمَا مُحَرَّمٌ لِأَحَدِهِمَا، غَيْرَ أَنَّ الْفُقَهَاءَ اخْتَلَفُوا فِي كَوْنِ الْمُحَرَّمِ مِنَ النِّسَاءِ، فَبَعْضُهُمْ يَرَى جَوَازَ أَنْ تَكُونَ الْمَرْأَةُ الثَّقَّةَ مُحَرَّمًا، لِأَنَّ عِلَّةَ تَحْرِيمِ الْخُلُوةِ هِيَ التُّهْمَةُ وَالْخَوْفُ مِنَ الْوُقُوعِ فِي الْمَعْصِيَةِ، وَتَنْتَفِي التُّهْمَةُ بِوُجُودِ جَمْعٍ مِنَ النِّسَاءِ الثَّقَاتِ.

أَمَّا الْقَائِلُونَ بِعَدَمِ جَوَازِ أَنْ تَكُونَ الْمَرْأَةُ مُحَرَّمًا، فَاسْتَدَلُّوا بِمَا رُوِيَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ رضي الله عنه عَنِ النَّبِيِّ صلى الله عليه وسلم أَنَّهُ قَالَ: «لَا يَخْلُونُ رَجُلٌ بِامْرَأَةٍ إِلَّا مَعَ ذِي مَحْرَمٍ»²، فَكَلِمَةُ "ذُو" لِلرَّجَالِ فَحَسَبَ، وَلَا يَقُومُ مَقَامَ الْمُحَرَّمِ الْجَمْعُ مِنَ الرِّجَالِ الْأَجَانِبِ³. وَيدخل تحت باب الخلوة، السَّفر لمسافة قصيرة أم بعيدة مع الخاطب دون مُحْرَمٍ، وكذلك الخروج معه للتَّنَزُّه أو الذَّهَابُ إِلَى الْأَسْوَاقِ، أَوْ السِّينِمَا، وَقَدْ تَكُونُ الْخُلُوةُ فِي بَيْتِ الْمَخْطُوبَةِ، وَهِيَ أخطر أنواع الخلوات وقوعًا، وهي مُحَرَّمَةٌ مَا لَمْ يَكُنْ مَعَهَا مُحْرَمٌ كَأَبِيهَا أَوْ أَخِيهَا أَوْ عَمِّهَا. وَمَا تَشْدِيدُ الشَّارِعِ فِي أَمْرِ الْخُلُوةِ بِالْمَخْطُوبَةِ إِلَّا لَعَلَّمَهُ بِمَا قَدْ يَنْجُمُ

¹ ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص 247. والهيتمي، الزَّواجر عن اقتراف الكبائر، 3/2. وابن قدامة، المغني، 97/7.

² أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب النِّكَاحِ، بَابُ لَا يَخْلُونُ رَجُلٌ بِامْرَأَةٍ إِلَّا ذُو مُحْرَمٍ، رقم 5233، 37/7.

³ يُنْظَرُ: عَبْدُ الرَّحْمَنِ عَتَر، خِطْبَةُ النِّكَاحِ، 231-232.

الباب الأول: أثر العُرف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

عنها من أضرار تمسُّ بها، بخلاف الخاطب الذي يمكنه تركها والذهاب لغيرها دونما أيِّ مشكل يعتريه¹.

ب. لمس المخطوبة: اتفق الفقهاء² على عدم جواز لمس الخاطب خطيبته أو مصافحته لها أثناء الخطبة أو قبلها أو بعدها وقبل عقد النكاح، وذلك لأنها أجنبية عنه³، روى معقل بن يسار رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه نهى عن لمس امرأة لا تحلُّ له فقال: «لَأَنْ يُطْعَنَ فِي رَأْسِ أَحَدِكُمْ بِمَخِيطٍ مِنْ حَدِيدٍ خَيْرٌ لَهُ مِنْ أَنْ يَمَسَّ امْرَأَةً لَا تَحِلُّ لَهُ»⁴، فدلَّ الحديث على حرمة لمس الأجنبية، وبما أنَّ المخطوبة أجنبية عن خاطبها، فلا يجوزُ له أَنْ يَمَسَّ وَجْهَهَا وَكَفَّيْهَا، وَإِنْ أَمِنَ الشَّهْوَةَ لَوْجُودِ الْحُرْمَةِ وَأَنْعَادِ الضَّرُورَةِ⁵.

ج. الحديث مع المخطوبة: الأصل فيه عدم الجواز، إِلَّا أَنَّ الشَّرْعَ أَجَازَهُ لِلْحَاجَةِ وَبِحَضُورِ مُحَرِّمٍ، وفي حدود المعروف تيسيراً على النَّاسِ وتحقيقاً لمقاصد الخطبة. واستدلُّوا على جواز الحديث مع المخطوبة بآية التعريض للمعتدة بالخطبة في قوله ﷺ: «إِلَّا أَنْ تَقُولُوا قَوْلًا مَعْرُوفًا» [البقرة: 235]، فدلَّت الآية على أَنَّ الأصل عدم جواز الحديث سرّاً، واستثناءً جوازه إذا كان حديثاً لا يتجاوز المعروف بين النَّاسِ ولم يصدر عن خبث النِّوَايَا⁶، ولا تُكْرَفِيهِ وَلَا فُحْشَ، وَلَا مُخَالَفَةَ لِحُدُودِ اللَّهِ الَّتِي بَيْنَهَا فِي هَذَا الْمَوْقِفِ الدَّقِيقِ⁷.

وبما روي عنه ﷺ أَنَّهُ قَدْ خَطَبَ أُمَّ هَانِئٍ وَتَحَدَّثَ مَعَهَا وَتَحَدَّثَتْ مَعَهُ، بَلْ أَعْرَبَتْ لَهُ عَنْ حَبِّهَا حَيْثُ أَنَّهُ ﷺ خَطَبَهَا بِنَفْسِهِ فَقَالَتْ: "وَاللَّهِ إِنِّي كُنْتُ لَأُحِبُّكَ فِي الْجَاهِلِيَّةِ، فَكَيْفَ فِي

¹ يُنْظَرُ: نايف محمود الرَّجُوب، أحكام الخطبة في الفقه الإسلامي، ص 236. وعماد شريفي، اعتبار العُرف في مسائل الزواج وآثاره في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، ص 68.

² يُنْظَرُ: ابن عابدين، ردُّ المختار على الدر المختار، 370/6. والخرشي، شرح مختصر خليل، 275/1. والرِّمْلِي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، 195/6. والبعلي، الرُّوض النَّدِي شرح كافي المبتدئ، ص 142.

³ يُنْظَرُ: أحمد علي طه ريان، فقه الأسرة، ص 38.

⁴ رواه الطبراني في المعجم الكبير، رقم: 486، 211/20. قال الهيثمي: "وَرِجَالُهُ رِجَالُ الصَّحِيحِ". جمع الرِّوَاثِد، 326/4.

⁵ يُنْظَرُ: ابن عابدين، المصدر السَّابِق، 370/6.

⁶ يُنْظَرُ: عبد النَّاصر العطار، خطبة النَّسَاء في الشَّرِيعَةِ الْإِسْلَامِيَّةِ وَالتَّشْرِيعَاتِ الْعَرَبِيَّةِ، ص 135.

⁷ يُنْظَرُ: سيد قطب، في ظلال القرآن، ص 256.

الباب الأول: أثر العُرف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

الإسلام، لَكِيَّ امْرَأَةً مُصْنِيَّةً فَأَكْرَهُ أَنْ يُؤْذَوْكَ الْحَدِيثُ¹، إذ يجوز الحديث مع المرأة إذا كان لقصد خطبتها.

وقد يحتاج الخاطب إلى التعرف أكثر على مخطوبته لكن يتعدّر عليه رؤيتها، فيلجأ إلى التواصل بالهاتف، أو بوسائل الاتصال الحديثة، فيجوز له عند الحاجة مُحادثتها في وجود المحرم، فيكون الكلام بقدر الحاجة، ومن غير خضوع بالقول، أو لين وتمييع²، إذ لا دليل صريح يمنع من ذلك، ولكن يجب الالتزام بالضوابط الشرعية³، لقوله ﷺ: ﴿فَلَا تَخْضَعْنَ بِالْقَوْلِ فَيَطْمَعَ الَّذِي فِي قَلْبِهِ مَرَضٌ وَقُلْنَ قَوْلًا مَعْرُوفًا﴾ [الأحزاب: 32]. ومما يدل على جواز المحادثة بضوابطها قوله ﷺ: ﴿وَإِذَا سَأَلْتُمُوهُنَّ مَتَاعًا فَاسْأَلُوهُنَّ مِنْ وَرَاءِ حِجَابٍ﴾ [الأحزاب: 53].

"أما إذا كان الهاتف سيحدث بينهما جواً مشابهاً لجو الخلوة التي تُهينا عنها شرعاً لما روي عن عمر رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: «أَلَا لَا يَخْلُونَ رَجُلٌ بِامْرَأَةٍ إِلَّا كَانَ ثَالِثَهُمَا الشَّيْطَانُ»⁴، وكانت ستمكّن هي أو هو من الحديث الذي قد يجرهما إلى مُحَرِّم فترك ذلك مُتَعَيِّن، والله أعلم"⁵.

2. أثر العُرف في العلاقة بين الخاطبين قبل العقد في التشريع الجزائري:

بيان هذه المسألة يكون كالآتي:

أ. من الناحية القانونية: لم يتعرّض المشرّع صراحة لهذه المسألة في نصوص قانون الأسرة، وإنما أحال على أحكام الشريعة الإسلامية، والتي اعتبرت الأعراف الصحيحة القاضية بتحريم الخلوة بالمخطوبة⁶. وأمام هذا الفراغ التشريعي كان الأجدر به إضافة نص يتضمن أحكاماً تُنظّم مسألة مسألة العلاقة بين الخاطبين قبل العقد.

¹ أخرجه الحاكم في مستدركه، كتاب معرفة الصحابة رضي الله عنه، رقم: 6871، 58/4.

² يُنظر: محمود المصري، الزواج الإسلامي السعيد، ص 295.

³ لمعرفة تلك الضوابط. يُنظر: مصطفى العدوي، جامع أحكام النساء، 366/4-367. وعبد القادر مهاوات، كلمات قلّتها في زيجات ومعها قواعد في فن إدارة الحياة الزوجية، ص 113.

⁴ أخرجه الترمذي في سننه، أبواب الفتن عن رسول الله ﷺ، رقم: 2165، 35/4. والحاكم في مستدركه، كتاب العلم، رقم 387، 197/1. والمقدسي، الأحاديث المختارة، 295/1. وصحّحه الألباني. يُنظر: إرواء الغليل، 215/6.

⁵ مصطفى العدوي، المرجع السابق، 366/4-367.

⁶ عماد شريفي، اعتبار العُرف في مسائل الزواج وآثاره في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، ص 71.

الباب الأول: أثر العرف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

ثم إنَّ المشرِّع لم يمنع من اللُّجوء إلى الخطبة عن طريق وسائل الاتصال الحديثة، إذ يمكن للخاطبين التعارف عن طريق استعمال الحاسوب الآلي أو الهاتف الذكي الموصول بشبكة الأنترنت، والذي بواسطته يُمكن لكل واحد من المتحادثين رؤية الآخر والتَّحدُّث معه، وقد يتمُّ ذلك أيضًا عن طريق التَّراسل الإلكتروني عبر التَّطبيقات المعروفة؛ كالمسنجر والوتساب وغيرها. فإذا تمَّ استعمال هذه الوسائل على هذا النحو فإنَّه لا وجود لمحظور شرعيٍّ، فالنُّصوص الآمرة بالرُّؤية والمبيحة للخطبة تشمل هذه الصُّور المعاصرة بعمومها¹، شريطة التَّأكد من هوية الشَّخص المستخدم للتَّراسل الإلكتروني وفقًا للمادتين: 323 مكرر² و327³ من ق م ج.

ب. من الناحية القضائية: قضت المحكمة العليا أنَّ الخلوة بين الخاطبين وما يقع بينهما من اتصال جنسي قبل العقد عمل غير شرعي، وهو الزَّنا، وهذا ما تضمَّنه قرارها المؤرخ في 19/11/1984م، حيث جاء فيه: "إنَّ إثبات الزَّواج أو نفيه يخضع لتقدير قضاة الموضوع طالما كان ذلك قائمًا على النحو الشرعي، ومن المقرَّر كذلك أنَّ الأصل في الخطبة وفي غالب الأحيان هي مُقدِّمة للزَّواج وليست زواجًا.... ولا يُعتبر دخولًا ما يقع بين الزَّوجين -فالخاطبين في الأصح-، قبل إبرام عقد الزَّواج من علاقات جنسيَّة، بل هو مجرد عمل غير شرعي لا يثبت عنه نسب الولد، وعليه فإنَّه لا وجود لأيِّ تناقض لإثبات الزَّواج ونفي نسب الولد عن الزَّوج. ولما كان القرار المطعون فيه قد قضى بتصحيح عقد الزَّواج بعد إثبات توافر أركانه، وبنفي نسب الولد، فإنَّه بقضائه هذا كان مطبقًا لأحكام الشَّريعة"⁴.

بناء على ما سبق؛ فإنَّ الفقه الإسلامي والمشرِّع الجزائري والعرف قد اتَّفَقوا على اعتبار الخطبة مُقدِّمة للزَّواج لا غير، وأنَّ علاقة الخاطبين ببعضهما علاقة محدودة، وذات نطاق ضيقٍ إلى

¹ يُنظر: أسامة عمر سليمان الأشقر، مستجدات فقهية في قضايا الزَّواج والطلاق، ص 103.

² تنصُّ: "يُعتبَرُ الإثبات بالكتابة في الشَّكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق، بشرط إمكانية التَّأكد من هوية الشَّخص الذي أصدرها وأن تكون معدَّة ومحفوطة في ظروف تضمن سلامتها"

³ تنصُّ: "ويُعتدُّ بالتوقيع الإلكتروني وفق الشُّروط المذكورة في 323 مكرر1 أعلاه".

⁴ م ع، غ أ ش، ملف رقم 34046، قرار بتاريخ 19/11/1984م، م ق، ع 1، 1990م، ص 67.

الباب الأول: أثر العُرف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

أبعد الحدود، غير أنَّ أعراف النَّاس في وقتنا الحالي متباينة من علاقة الخاطب بخطيبته¹، يمكن تفصيلها على النحو الآتي:

- **الفئة الأولى:** بعض الأسر وبمجرد إتمام مراسيم الخطبة التقليدية يفتحون بيوتهم للخاطب يدخل ويخرج وقت ما شاء، ويختلي بخطيبته في أماكن مختلفة، وينتقل بها من مكان لآخر بحُجَّة أنَّ الزَّمان قد تغيَّر نظرًا للتَّطورات التَّكنولوجيَّة والاجتماعيَّة، وأصبح ينادي هؤلاء بإطلاق العنان للخاطبين في التَّعرف أكثر على بعضهما. وهذه العادات دخيلة على الإسلام ينبغي محاربتها².

- **الفئة الثانية:** لا تسمح للخاطب برؤية خطيبته أو الجلوس معها حتى ولو كان بين أهلها ومحارمها، رغم أنَّ الإسلام يُبيح للخاطب الرؤية الشرعيَّة لمخطوبته بقدر الحاجة لا دائماً.

وحُجَّة هذه الفئة أنَّ الخاطب ربما قد يفسخ خطوبته، فإنَّ كان دائم الجلوس معها تشوّه صورتها ولا يُقدِّم لخطبتها بعد ذلك أحد، لذا كان المنع من الرؤية صوتاً لعرض البنات وحماية لشرفهنَّ، وإنَّ كانت هذه الفئة قد بدأت بالاختفاء تدريجيًّا بسبب انتشار الوعي الثقافي وفهم المجتمع للإسلام الذي يُؤكد على رؤية الخاطب لمخطوبته في حدود الشرع، وخاصَّة أنَّه قد تطورت وسائل الاحتيال لدى النَّاس الذين لا ضمير لهم ولا يصونون أعراض غيرهم.

- **الفئة الثالثة:** وهم ثلة قليلة، ولكنَّهم في ازدياد بعد انتشار الوعي الدِّيني وارتفاع المستوى الثقافي، وهذه الفئة لا مانع لديها من رؤية الخاطب لمخطوبته والجلوس والكلام معها ومحاورتها في أمور مستقبلهما³. لكن ذلك يتمُّ وفق ضوابط شرعيَّة سبق الإشارة إليها.

وإنَّ كان الباحث يعتبر أنَّ رأي الفئة الأولى لا يمثل المنهج الشرعي في رؤية الخاطب لمخطوبته، وإنَّما هو يميل إلى تقليد المنهج الغربي الذي ينجم عنه أضرارٌ وعواقب وخيمة، ذلك أنَّ سمعة المرأة في حالة عدم التَّوافق وحصول الزَّواج سوف تتعرَّض للضرر وأنَّه في الغالب لن يُقدِّم شخص آخر لخطيبتها.

¹ يُنظر: مقاتل إيمان، اعتبار العُرف في مُقدِّمات عقد الزَّواج - الخطبة - (مقال)، ص 259-260. وسارة قريط، اعتبار

العُرف في مُقدِّمات الزَّواج وتأثيره على دعم الاجتهاد القضائي (مقال)، ص 73.

² يُنظر: علي بن عبد الرحمن الحسوني، أحكام النَّظر إلى المخطوبة، ص 85.

³ يُنظر: عيسى حداد، عقد الزَّواج - دراسة مقارنة -، ص 18-19.

الباب الأول: أثر العُرف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

ثانيًا - أثر العُرف في علاقة العاقدین بعد العقد وقبل البناء في الفقه والتشريع: وبيان هذه المسألة يكون وفق النقاط الآتية:

1. أثر العرف في علاقة العاقد بالمعقود عليها بعد العقد وقبل البناء في الفقه الإسلامي:

قد يحدث وأن يلجأ الخاطب إلى إبرام عقد الزواج بعد الخطبة مباشرة، لكن قد تطول مدة القيام بإجراءات الزواج والزفاف، وأثناء تلك المدة قد يستتبع العاقد الخلوة بالمعقود عليها ولمسها وتقبيلها من غير حرج، وقد يصل الأمر بهما غاية الاستمتاع من وطء وجماع، بحجة أنه عاقد عليها¹. وقد سئل الشنقيطي² عن حكم ذلك، فأجاب بأنه من حيث الحكم الشرعي، هذا عقد شرعي صحيح، ما دام مستوفيا لأركانه وشروطه كاملة، ويحل للزوج من زوجته المعقود عليها، كل ما يحل من الزوجة المدخول بها، لكن هناك أمورًا مرتبطة بالعُرف تمنع وطء الزوجة المعقود عليها، لما تترتب عليها من أضرار ومخاطر ينبغي المحافظة عليها والتَّحفظ فيها. فلو أن شابة اتفقت مع زوجها العاقد عليها على أن يدخل بها دون علم أهلها، ربما دخل عليها بصفة سرية، أو كان يختلي بها في بيتها، فإذا توفي هذا الزوج، وكان قد جامعها أو أصابها وهي بكر، فمن الذي يُصدّق أن الزوج أتاها؟ ومن الذي يُثبت أنه قد دخل بها؟ فهذه أمور خطيرة جدًا ينبغي أن يُترتّب فيها³. لذا اشترط الفقهاء شروطًا لا بُدَّ من توفرها لانعقاد الزواج منها؛ الإشهاد صيانة للأعراض، وحفظًا للأنساب من الإنكار، بل ذهب المالكية⁴ إلى اشتراط الإشهاد وقت الدُّخول، وإلا فسخ العقد عند انعدامه.

2. أثر العرف في بيان علاقة العاقدین ببعضهما بعد العقد وقبل البناء في التشريع الجزائري:

بيان هذه المسألة يكون من الناحيتين الآتيتين:

¹ يُنظر: أبو مخ فائدة، الخطبة بين الشَّرع والعُرف (مقال)، ص 232-233.

² هو: محمد بن محمد المختار بن أحمد مزید الجكني الشنقيطي، أبو عبد الله، درس في المدينة المنورة، وأكمل دراسته الجامعية بها، المدرّس بمسجد رسول الله ﷺ، والأستاذ المساعد بالجامعة الإسلامية بالمدينة، من مؤلفاته: "القدح في البيّنة في القضاء" وهي رسالته للمجستير، و"أحكام الجراحة الطّبيّة والآثار المترتبة عليها" رسالته للدكتوراه، توفي ﷺ عام 1441هـ. أخذت هذه الترجمة بتصرّف، يوم 2022/12/17م، في الساعة 20:30، من موقع "مداد" على الشبكة العنكبوتية، من الرّابط

الآتي: <https://ln.run/FCeh9>

³ يُنظر: محمد بن المختار الشنقيطي، شرح زاد المستقنع، الدرس 417، ص 7.

⁴ يُنظر: النّفراوي، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، 2/4.

الباب الأول: أثر العُزف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

أ. من الناحية القانونية: لم يتناول المشرع في نصوص قانون الأسرة مسألة الخلوة بالمعقود عليها قبل الدُخول، إلا أنَّ العُزف السائد في المجتمع العربي والجزائري خاصَّة يمنع العاقد -سواء كان العقد رسميًا أم عُرفيًا- من الدُخول بالمعقود عليها، ويُؤخر الدُخول إلى يوم الرِّفاف¹. وبالتالي فإنَّه قد أحال إلى أحكام الشريعة الإسلامية التي راعت العُزف الصَّحيح في ذلك.

ب. من الناحية القضائية: لقد اعترف الاجتهاد القضائي الجزائري بالخلوة ضمنيًا، وهذا ما لمسناه في قرار المحكمة العليا المؤرخ في: 18/6/1991م، حيث جاء فيه: "من المقرَّر شرعًا وقانونًا، أنَّه إذا أُبرِم عقد زواج صحيح وتأكَّدت الخلوة الصَّحيحة² بين الزوجين أصبح للزوجة الحقُّ في جميع توابع العصمة وكامل صداقها³، حتى ولو لم يقع احتفال الدُخول، ومن ثمَّ فإنَّ النعي على الحكم المطعون فيه بمخالفة القانون غير سديد"⁴.

فالمشرع جعل الخلوة سببًا مُوجبًا للصدِّاق كاملاً للزوجة، وهو اجتهاد سليم لسدِّ الدَّريعة في زمننا الحالي، خاصَّة مع انتشار عادات غريبة على مجتمعتنا تسمح للمعقود عليها بالخروج مع زوجها، فيحدث أن يستمتع بها دون الوطاء من تقبيل ومداعبة، فكلُّ ذلك يُعدُّ استيفاء منه للمعقود عليها، الذي هو سبب الصَّدَّاق⁵.

إلا أنَّ موقف المحكمة العليا لم يستقر على تفسير واضح للدُخول بالمعقود عليها، إذ كان حريًا بالمشرع أن يأخذ بالعُزف السَّاري وبالمرجعية الفقهية المعتمدة في اجتهاداته القضائية، والتي تمنع الدُخول بالمعقود عليها، إلا بعد إعلان الرِّفاف وإشهاره سواء عند العقد أم عند الدُخول، حفاظًا على المركز القانوني للمعقود عليها، وضمانًا لحقوقها الزوجية وفقًا للشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري.

¹ يُنظر: عماد شريفي، اعتبار العُزف في مسائل الزواج وآثاره في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، ص73. وسارة قريط، اعتبار العُزف في مُقدِّمات الزواج وتأثيره على دعم الاجتهاد القضائي (مقال)، ص75.

² يقصد بالخلوة الصحيحة: إرخاء السُّتور وإغلاق الباب على المعقود عليها، وأضاف المالكية طول المقام. يُنظر: الكاساني، بدائع الصَّنائع، 24/6. وابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، 471/2.

³ لمعرفة حكم الخلوة الصَّحيحة عند الفقهاء يُنظر: الكاساني، المصدر السَّابق، 293/2. وابن شاس، المصدر السَّابق، 472-471/2. والنَّووي، روضة الطالبين، 263/7. والرَّحبياني، مطالب أولي النهى، 207/5.

⁴ م ع، غ أش، ملف رقم 74375، قرار بتاريخ 18/6/1991م، م ق، ع 1، 1993م، ص61.

⁵ يُنظر: العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، 220/1.

الباب الأول: أثر العُرف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

وإن كان البحث يدعو المشرّع إلى التّصيص على ذلك في مواد قانونيّة واضحة تمنع الدّخول بالمعقود عليها إلّا بعد الزّفاف¹ مراعاة للعرف المعتبر في المجتمع الجزائري.

ومجمل القول إنّ الفقه الإسلاميّ والعرف وكذا التشريع الجزائريّ - وإن لم ينص هذا الأخير على ذلك صراحة - فإنّهم يتفقون في منع وطء الزّوجة المعقود عليها قبل البناء، لما يترتّب على ذلك من أضرار ومخاطر، فالواجب على الزوج قبل إشهار الزّواج وإعلانه أن يظلّ بعيداً عن امرأته ولا يُخالطها، وأنّما يؤخر هذا الاستمتاع حتى يتمّ الزّفاف والإشهار، مراعاةً للعرف القائم ولمشاعر أهل الزّوجة فإنّهم يتخرجون كثيراً في أن تختلي ابنتهم بزوجها قبل زفافها².

أمّا إذا وقع وأنّ تغيّرت الأعراف، فإنّه في هذه الحالة فالدّخول غير مُحَرَّم شرعاً، باعتبارها زوجته بالعقد، ويترتّب على تلك الخلوة حينئذ جميع آثارها من استحقاق الصّدق ووجوب نفقتها، وثبوت نسب الولد فهو منه؛ لأنّها أصبحت فراشاً له³.

وليس من أعرافنا أن تخرج الفتاة المعقود عليها مع زوجها وأنّ تسافر معه ويختلي بها ويدخل عليها دون أي ضابط، ما لم يقع الزّفاف.

¹ يُنظر: عماد شريفي، اعتبار العُرف في مسائل الزّواج وآثاره في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، ص74. وبوزيان عليان، أثر الخلوة الصّحيحة على المركز القانوني للمعقود عليها قبل الدّخول الحقيقي (مقال)، ص131.

² يُنظر: مراعاة العُرف بعد عقد النّكاح وقبل الدّخول (مقال)، دون ذكر كاتبه، أخذته من مركز الفتوى، يوم 2022/9/8م، في السّاعة 10:00، من موقع "إسلام ويب" على الشّبكة العنكبوتيّة، من الرّابط الآتي: <https://ln.run/zFkNd>

³ يُنظر: بوزيان عليان، المرجع السّابق، ص124-125.

المبحث الثالث: أثر العُرفِ في أحكام الخطبة
والعُدُولِ عنها في الفقه الإسلاميّ والتّشريع الجزائريّ
وفيه مطلبان

المطلب الأوّل: أثر العُرفِ في تكييف الخطبة والفاحة واقتراحهما
في الفقه الإسلاميّ والتّشريع الجزائريّ
المطلب الثّاني: أثر العُرفِ في أحكام العُدُولِ عن الخطبة
في الفقه الإسلاميّ والتّشريع الجزائريّ

الباب الأول: أثر العُرف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

المطلب الأول: أثر العُرف في تكييف الخطبة والفاصلة واقتراحهما

في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

سبق وأن ذكرت أن الخطبة إذا تمت وفق إطارها الشرعي والقانوني عُدَّت إحدى مُقدِّمات عقد الزواج، غير أنه في بعض الأحيان تنشأ عنها خصومات ومنازعات، لما يتوهم البعض أن الخطبة هي أحد شروط العقد أو أجزائه، خاصة عندما تُعقد بالمجالس وبحضور الأولياء والخطيبين ويتم قراءة الفاتحة فيزداد الشعور بتكوين العقد الشرعي وترتب آثاره.

ونظرًا لما يثار من تساؤلات تتعلق بالخطبة وعلاقتها بفاصلة العقد، ارتأيت تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، وفيما يأتي بياهما:

الفرع الأول: أثر العُرف في تكييف الخطبة في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

لما كانت الخطبة مُقدِّمة لعقد الزواج، فقد اهتم فقهاء الشريعة والقانون بتحديد طبيعتها، وفي هذا الفرع سأعرض لأثر العُرف في تكييف الخطبة في الفقه الإسلامي (أولاً)، ثم لأثره في تكييفها في التشريع الجزائري (ثانيًا)، وفيما يأتي تفصيلهما:

أولاً- أثر العُرف في تكييف الخطبة في الفقه الإسلامي: لقد كُيِّفَت الخطبة شرعًا على أنها وعدٌ بالزواج، فهي لا تتسم بأي وصف من أوصاف العقد، ولا يترتب عليها أي أثر من آثاره¹، ثم "إن أكثر الفقهاء لا يعطون الوعد صفة الإلزام كالعقد"²، وغاية الأمر أن يُنظر إلى أن الوفاء بالوعد واجب ديانةً وخلقًا ومروءةً، إلا إذا كان ثمة مُسوّغ قوي يقتضي هذا العُدول³. وذهب البعض إلى أنه يُكره العُدول عن الخطبة بعد الوعد والركون، لما في ذلك من إخلالٍ للوعد⁴. إلا إذا وُجدت مُبررات مُعيَّنة تقتضي العُدول عنها.

ثم إن آثار عقد الزواج لا تسري على المخطوبة⁵، وأن في تكييفها بأنها وعد بالزواج غير ملزم، دلالة واضحة على أن الشارع يرى الفشل في الخطبة بالعُدول عنها وفسخها، خيرٌ من

¹ يُنظر: محمد محدة، الخطبة والزواج، ص46. وبلقاسم شتوان، الخطبة والزواج في الفقه المالكي، ص43.

² محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص35. وعمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، ص69.

³ يُنظر: فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، 2/463.

⁴ يُنظر: الخطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، 3/411. وابن قدامة، المغني، 7/146.

⁵ يُنظر: عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ص48-49.

الباب الأول: أثر العُرف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

الفشل في الزواج لعظيم آثاره¹. وإذا كانت الخطبة هي مجرد وعد بالزواج، جاز لطرفيها العُدول عنها، وهذا محل اتفاق بين الفقهاء²، حتى على رأي المالكية الذين اعتبروا الوعد لازماً؛ لأن لزوم الوعد عندهم إنما يكون في العقود المالية، لا في عقد الزواج لخطورة الآثار التي تترتب عليه³، ومن ثم يجوز لأي من الطرفين العُدول عنها⁴. لكن ألزم بتعويض المتضرر منهما إذا كان لسبب مقنع.

ثانياً- أثر العُرف في تكيف الخطبة في التشريع الجزائري:

تفصيل هذه المسألة يكون من الناحيتين الآتيتين:

1. من الناحية القانونية: لقد كيّف المشرّع الخطبة بأتمها وعد بالزواج، ولكل من الخاطبين العُدول عنها بعد وقوعها، وهذا ما أشارت إليه المادة: 5 من ق أ ج أن: "الخطبة وعد بالزواج ولكل من الطرفين العُدول عنها"⁵، فهي لا ترقى إلى مرتبة العقد، ولا يترتب عليها أثر من آثاره⁶، بل هي مجرد التزام أدبي لا غير يتطلب الوفاء به. ومستندهم في ذلك مبدأ حرية الشخص في اختيار شريكه دون أي إكراه⁷، وليس للخطبة أي إلزام، وإلزامية الوعد باطلة لمنافاتها لمبدأ حرية الزواج التي هي من النظام العام⁸.

وأمام مشكلة الاختلاف الحاصل بين القانون المدني وقانون الأسرة في مصطلح "الوعد" والأحكام المترتبة عنه؛ ذلك أن الوعد بالتعاقد في القانون يختلف عنه في الخطبة⁹، ففي الأول لا يُعتد به قانوناً وقضائاً إلا إذا كان موثقاً؛ أي: مكتوباً في ورقة رسمية، بينما الوعد في الخطبة تصرف شفهي غير موثق، ولعلّ المشرّع لم يأذن به؛ لأن الإلزام بتوثيق الخطبة يجعل الوعد ملزماً وبذلك

¹- يُنظر: فتحي الدُريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، 463/2.

²- يُنظر: عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقهاً وقضائاً، ص 24.

³- يُنظر: عبد الناصر العطار، خطبة النساء في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية، ص 142-143.

⁴- يُنظر: فتحي الدُريني، المرجع السابق، 462/2 وما بعدها.

⁵- الأمر رقم 02/05، المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدّل والمتمم للقانون رقم 11/84.

⁶- يُنظر: العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، 51/1. وعبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ص 50.

⁷- يُنظر: محمد محدة، الخطبة والزواج، ص 46 وما بعدها. ونصر سلمان وسعاد سطحي، أحكام الخطبة والزواج في الشريعة الإسلامية -دراسة مقارنة مع قانون الأسرة-، ص 60.

⁸- يُنظر: توفيق حسن فراج، الطبيعة القانونية للخطبة، 95. ومحمد محدة، المرجع السابق، ص 45.

⁹- يُنظر: الرّشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدّل، ص 30.

الباب الأول: أثر العُرف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

سيخالف الفقه الإسلامي الذي يرى بأن الخطبة ليست اتفاقاً ملزماً للطرفين، كما أن جعل الاتفاق ملزماً في الخطبة تترتب عنه أضرار كبيرة، ولأن ذلك سيجعل الخاطب والمخطوبة تحت رحمة هذه الخطبة ووجوب إتمامها بالزواج، وفي هذا مضار كثيرة لأن الزواج يقوم على التأييد إلا لسبب مشروع يُبيح الفراق. وعليه فإن مسألة توحيد مفهوم المصطلح القانوني مسألة مهمة من الناحية القضائية والتطبيقية. لذا اقترح البعض تعديل الفقرة الأولى من نص المادة: 5 من ق أ ج: "الخطبة تمهيد للزواج، ولكل طرف العُدول عنها"¹.

2. من الناحية القضائية: لقد قضت المحكمة العليا أن الخطبة هي وعد بالزواج، ولكل من الطرفين العُدول عنها، وهو ما تضمنه القرار المؤرخ في 17/3/1992م، أنه: "من المقرر كذلك أن الأصل في الخطبة وفي غالب الأحيان هي مقدمة للزواج، وليست زواجاً"². وجاء في قرار آخر لها مؤرخ في 12/3/2008م، أنه: "لا يمكن للقاضي حتى بعد إبرام عقد الزواج، إجبار الزوجة على إتمام مراسيم الدُخول بها"³؛ لأن عقد الزواج مبني على أساس الرضا، وهو ركن من أركانه المنصوص عليها في المادة 9 من ق أ ج، كما عرّفت المادة 4 منه الزواج بأنه عقد رضائي.

وبناء عليه، فإنه إذا وقع العُدول وانقضت الخطبة، فلا يجوز للطرف الذي لم يعدل أن يطلب من القضاء أن يلزم الطرف الآخر بالاستمرار في الخطبة، وإبرام عقد الزواج، وإتمام مراسيم الدُخول رغم معارضته أو عدم رضاه؛ لأن الخطبة كما ذكرنا لا ترقى إلى درجة عقد الزواج، وبالتالي يجوز العُدول عنها. وعليه، فإن تكييف الخطبة بأنها وعد بالتعاقد يُعد أقرب للصواب وللواقع؛ إذ ليس من العدل إلزام أحد الخاطبين بالعقد في مرحلة التعرف على شريكه المستقبلي في الحياة، وبالتالي فإن الإلزام فيها يتنافى والمقاصد التشريعية للخطبة، كما يتنافى مع مقاصد الزواج كلبية⁴.

¹ يُنظر: يُنظر: الرّشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدّل، ص31.

² م ع، غ أ ش، ملف رقم 81129، قرار بتاريخ 17/3/1992م، م ق، ع3، 1994م، ص62.

³ م ع، غ أ ش، ملف رقم 415123، قرار بتاريخ 12/3/2008م. م م ع، ع1، 2008، ص275.

⁴ يُنظر: فتحي الدّريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، 462/2. وعبد الهادي بن زينة، تعويض الضّرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي والقانون، ص62.

الباب الأول: أثر العُرف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

وأخلص في النهاية إلى أن الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري قد اعتبرا الخطبة على أنها وعد بالزواج غير ملزم، وبالتالي يمكن لطرفيها العُدول عنها¹، وهو ما عبّر عنه المشرع الجزائري في مادته 5 سالف الذكر، وبذلك يكون قد استنبط أحكام هذه المادة من الأعراف الجزائرية التي ترى أن نظام الخطبة هو مجرد وعد بالزواج غير ملزم، ولا ترقى إلى مرتبة عقد الزواج الرسمي، وإنما هي مجرد مرحلة للتعارف بين الخاطبين وأهليهما، ولا يُغيّر من حقيقتها ما جرت به أعراف الناس من قراءة الفاتحة للتبرك، وتبادل الهدايا، ودفع الصّدق المعجل قبل العقد أو غيرها².

هذا وإنّ للعُرف أثرًا بارزًا في هذه المسألة سواء على الصّعيد الفقهي أم القانوني، بل حتى على مستوى الاجتهاد القضائي الذي جاءت قراراته مؤيدة لفكرة أن الخطبة ما هي إلّا وعد بالعقد، والتي منها القرار سالف الذكر المؤرخ 2008/3/12م، ولا يترتب عليه أي التزامات. كما أن واقع الحال أثبت أن هناك قضايا تمّ العُدول فيها عن الخطبة سواء من طرف الخاطب أم المخطوبة، وهو ما أكّده المحكمة العليا في قراراتها متماشية مع أحكام الفقه الإسلامي والعُرف السائد في المجتمع الجزائري، وهو ما تبناه المشرع الجزائري في قانون الأسرة³.

الفرع الثاني: أثر العُرف في حكم اقتران الفاتحة بالخطبة

في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

أتناول هذه المسألة بالشرح والتفصيل في الفقه الإسلامي (أولاً)، ثم في التشريع الجزائري (ثانيًا)، وبيانهما يكون على النحو الآتي:

أولاً- أثر العُرف في اقتران الفاتحة بالخطبة في الفقه الإسلامي: إنّ مسألة الفاتحة واقتراحها بالخطبة ممّا تمّ تناولها عند متأخري فقهاء المالكية المغاربة، وقد تعرّضوا لها بالفتوى والبيان وفق أصول مذهبهم⁴، فهي في بعض الأحيان تُقرأ في عقد الزواج الشرعي، وأحيانًا أخرى قد تُقرأ في

¹ محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، ص 304.

² يُنظر: سعادي لعلّ، الزواج وانهلاله في قانون الأسرة الجزائري-دراسة مقارنة-، ص 25. ويعقوب بلشير، الطبيعة القانونية للخطبة وآثار العُدول عنها دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي (مقال)، ص 314.

³ يُنظر: خالدّي ثامر، أثر العُرف في الخطبة والفاتحة في التشريع الجزائري (مقال)، ص 27.

⁴ يُنظر: محمد باوني، الخطبة المقترنة بالفاتحة وحكمها شرعًا وقانونًا -دراسة مقارنة- (مقال)، ص 66-67.

الباب الأول: أثر العُزف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

مجلس الخطبة، الأمر الذي أحدث اختلافًا في حُكْمِهَا، فهناك من الفقهاء من جعل العُزف الجاري هو المرجع في تحديد حُكْمِهَا.

وإلى هذا ذهب إبراهيم الجلالي ¹ لما سُئِلَ عن حكم ما جرت به العادة، من أَنَّ الرَّجُل يُوجِّهُ مَنْ يَخْطُبُ له امرأة لنفسه، أو لولده، فيُجاب من أهلها بالقبول، ويتواعدون للعقد ليلة البناء، ثُمَّ يبعث للمرأة حناء وحناء في المواسم، ويُزغرد النساء عند الخطبة، ويسمع الناس والجيران أَنَّ فلانًا تزوج فلانة، وأنهم يقرؤون الفاتحة في المسجد، ثُمَّ يطرأ موت أو نزاع. فأجاب بما حاصله: "إن كانت العادة المذكورة جارية مجرى العقد في كلِّ ما يترتب عليه، والإشهاد ليلة البناء إنما هو لتحصيل قدر المهر وأجله، وتحقيق ما قُبِضَ منه وما بقي في الدِّمَّة، فلا إشكال أَنَّ النِّكاح لازمٌ لهما، وإن كانت العادة المذكورة إنما هي توطئة للعقدة الشرعيَّة التي تقع ليلة البناء"².

وهناك من يرى أَنَّ الفاتحة هي الصَّيْغَةُ التي يتمُّ بها عقد الزواج؛ بمعنى: زوجني ابنتك فلانة على صداق قدره كذا، وقول أب الزوجة زوجتك إياها، فمن باب تسمية الأصل للفرع صار يُطلق على العقد الذي تُقرأ فيه الفاتحة بالفاتحة. وقد أخذ بهذا الرَّأي محمد تقيَّة³ عندما سُئِلَ عن الزواج الشرعي الذي لم يُسجَّل أَيْعُدْ صحيحًا؟ فأكد أَنَّهُ زواج صحيح مادام هناك اقتران فاتحتها بالخطبة، وأجاب: "أَنَّ صيغة الزواج إنَّ تَمَّتْ بِاللَّفْظِ فَإِنَّ الزَّوَاجَ الْأَوَّلَ صحيح، ولا يجوز تزويجها للغير إلَّا بعد الطَّلَاق أو موت الزوج الأوَّل"⁴.

وبناء عليه، فإنَّ فقهاء المالكيَّة يفرِّقون بين أمرين في هذه الخطبة المقترنة بالفاتحة؛ وهما:

1. اقتران الخطبة بالفاتحة في مجلس العقد؛ أي يتمُّ في المجلس تبادل الإيجاب والقبول بين الزوجين أو وكيليهما بصيغة من الصَّيْغِ الصَّرِيحَةِ في إنشاء العقد، وبحضور الشُّهود ورضا الزوجين، وتحديد الصَّدَاق، وفيه تقرأ الفاتحة. فهنا نكون أمام عقد شرعي؛ لأنَّ "العبرة في العقود المقاصد

¹ هو إبراهيم بن عبد الرحمان الجلالي بجيم معطشة، فقيه كبير أصله من قبيلة مزيات الجبلية شمال فاس، وُلِدَ حوالي عام 980هـ، من أسرة معروفة بالعلم والفقه، دَرَسَ بجامعة القرويين، كان مشهورًا بالاطلاع على التَّوَاظِلِ الفقهية، وتوفيَّ رحمته عام 1047هـ بفاس، من مؤلفاته: "المسألة الشَّهِيَّة الأمليسية في الأنكحة المتعقدة عادة البلد الإغريسيَّة". يُنظر: عبد الوهاب بن منصور، أعلام المغرب العربي، 148/1-149.

² محمد التاودي، حلي المعاصم لفكر ابن عاصم، 381/1-382.

³ لم أعثر له على ترجمة معتمدة.

⁴ يُنظر: محمد محدة، الخطبة والزواج، ص50.

الباب الأول: أثر العُرف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

والمعاني لا الألفاظ والمباني"، وكذا "استعمال النَّاس حُجَّة يجب العمل بها"¹، وفي هذه الحالة نكون أمام عقد ملزم ومنتج لآثاره؛ لأنَّ الخطبة في هذه الحالة بمثابة العقد الشرعيّ أو يُسمَّى العربيّ أو الزَّواج غير المسجَّل².

2.الاقتصار في مجلس الخطبة على ذكر مسألة الخطبة والفتاحة دون صيغة العقد؛ كأن يذكر النَّاس أنَّ فلانًا خطَّب فلانة، وأنَّ أهلها يقبلون به، وأنَّ أهله يرغبون في مصاهرة أولياء المخطوبة، ولا يذكرون زواجًا ولا تزويجًا، وإنَّما يتمُّ في المجلس قبول الخطبة والمصاهرة بينهما، وهنا نكون أمام مجلس خطبة، وما تمَّ بينهما فهو تعارف لا عقد زواج، وإنَّما هي خطبة لا تُحلُّ شيئًا ولا تُنشئ أيَّ التزام ولا يلزم، بل يجوز لكلٍّ منهما العدول عنها دون أيَّة مسؤولية³.

ثانيًا- أثر العُرف في اقتران الفتاحة بالخطبة في التشريع الجزائري: بيان هذه المسألة يكون من النَّاحيتين الآتيتين:

1.من النَّاحية القانونيّة: لم يُعرّف المشرّع زواج الفتاحة، غير أنَّه اعتبره زواجًا شرعيًّا، لما تقتزن الفتاحة بالخطبة أثناء مجلس العقد، وبحضور الشُّهود والوليِّ وتحديد الصَّدَاق، وتوفّر الرِّضا الكامل في طرفيها، وهذا ما نصَّ عليه في المادة 2/6 المعدّلة من ق أ ج، والتي جاء فيها: "غير أنَّ اقتران الفتاحة بالخطبة بمجلس العقد يُعتبر زواجًا متى توافر ركن الرِّضا وشروط الزَّواج المنصوص عليها في المادة 9 مكرّر من هذا القانون". فمما نلاحظه على فحوى هذا النصّ أنَّ الزَّواج في هذه الحالة زواج صحيح من النَّاحية الشرعيّة، لكن ينقصه التَّسجيل من النَّاحية القانونيّة. وبالتالي "يستحقُّ إثباته وتصحيحه قانونًا، بموجب حكم قضائي وفقًا لأحكام المادة 22 المعدّلة بالأمر 02/05"⁴.

إلا أنَّ هناك غموضًا يكتنف هذه المادة، فما المقصود بالفتاحة؟ وهل هي مجرد قراءة سورة الفتاحة بمناسبة الخطبة؟ أم أنَّ المقصود منها هو إبرام عقد الزَّواج؟ وبالتالي فإنَّ الأحكام المترتبة عنهما ستختلف بالضرورة. فإذا كان المقصود من الفتاحة عندما تقتزن بالخطبة هو قراءة سورة

¹ شهرزاد بوسطلة، إعمال القواعد الفقهيّة في منازعات الأحوال الشَّخصيّة -قاعدة العادة محكّمة نموذجًا- (مداخلة)، ص 9.

² يُنظر: محمد محدة، الخطبة والزَّواج، ص 51. ومحمد باوني، الخطبة المقترنة بالفتاحة وحكمها شرعيًّا وقانونًا -دراسة مقارنة- (مقال)، 68.

³ يُنظر: محمد باوني، المرجع نفسه، 68-69.

⁴ العربي بلحاج، أحكام الزَّوجيّة وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، ص 145.

الباب الأول: أثر العُزف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

الفاخرة، فذلك لا يؤثر في الخطبة ولا على العقد، بل هي مجرد دعاء، كما أن تركها لا يُغيّر شيئاً في الموضوع، وقعت الخطبة أو الفاتحة منفردتين أو مقترنتين، فإنّ أيّاً منهما لا تعدو أن تكون وعداً بالزواج، ما لم تتوافر شروط الزواج وركن الرضا فيه¹، وعليه فإنّ الفاتحة المقترنة بالخطبة تُعتبر وعداً بالزواج، ويجوز العدول عنها وفقاً لنصّ المادتين 1/5 و 1/6 ق أ ج.

أمّا إن كان المقصود من الفاتحة هو إبرام عقد الزواج، فالأمر مختلف، فهي في هذه الحالة تعتبر عقداً شرعياً صحيحاً مُرتّباً لكامل آثاره متى اقترنت الفاتحة بالخطبة في مجلس العقد، شرط توفّر ركن الرضا بين طرفيها وشروط العقد المنصوص عليها في المادة 9 مُكرّر². هذا وقد راعى المشرّع التقاليد الجزائرية والأعراف التي تجعل من الفاتحة عقداً شرعياً غير مُوثّق متى توفّر على ركن الرضا وجميع شروطه، وقد أحسن صنْعاً لما ثبت هذا الأمر في المادة 2/6 من ق أ ج المعدّل، لِيُفرّق بين مجلسي الخطبة وعقد الزواج عند اقتران الفاتحة بهما، وبذلك يكون وضع حلاً للإشكال الذي كان قائماً قبل التعديل³.

2. من الناحية القضائية: لقد قضت المحكمة العليا في العديد من القضايا المعروضة عليها، بأنّه متى كان الزواج العرفي متوفّراً على أركانه التامة والصّحيحة، فإنّ القضاء بتصحیح هذا الزواج وتسجيله في الحالة المدنية وإلحاق نسب الأولاد بأبيهم، يكون قضاءً موافقاً للشّرع والقانون، وهذا ما تضمّنه القرار المؤرخ في 1995/4/4م، الذي نصّ على: "أنّ اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يُعتبر زواجاً متى توافرت أركانه طبقاً للمادة 9 من ق أ ج"⁴، معنى ذلك أنّه إذا صاحب إعلان الخطبة وقراءة الفاتحة، إيجابٌ وقبولٌ في حضرة شاهدين عدلين، ودُكر الصّدق بحضور

¹ يُنظر: عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، ص 14-15. والعربي بلحاج، أحكام الزّوجيّة وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، ص 145.

² يُنظر: الرّشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدّل، ص 50. والعيش فضيل، قانون الأسرة مدعم باجتهادات قضاء المحكمة العليا مع آخر تعديلات 2005، ص 20. والعربي بلحاج، المرجع السّابق، ص 145.

³ يُنظر: محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، ص 86. وسارة قريميط، اعتبار العُزف في مُقدّمات الزواج وتأثيره على دعم الاجتهاد القضائي (مقال)، ص 74.

⁴ م ع، غ أ ش، ملف رقم 111876، قرار بتاريخ 1995/4/4م، م ق، ع خ، 2001م، ص 36.

الباب الأول: أثر العُزف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

الولي، فهو عقد زواج نافذ شرعاً، ينقصه الرّسميّة ليصبح زواجاً صحيحاً وفق المادتين: 21 و22 ق أ ج¹. وهذا ما ترجمته المادة: 2/6 المعدلة من القانون نفسه².

ثم إنّ النّاس قد تعارفوا على قراءة الفاتحة بعد حصول الاتّفاق والتّراضي على الخطبة، وتارة يكون ذلك بتوافر شروط العقد وتارة لا، وذلك حسب الأعراف والعادات³. هذا وإنّ في أغلب المناطق من الجزائر (خاصّة في الجنوب والغرب الجزائري) يُعتبر الزّواج بالفاتحة زواجاً شرعيّاً صحيحاً، ويتولى إبرام هذا العقد الإمام، ويُسمّى هذا الزّواج بالزّواج غير المسجّل أو العرفي. وهذا ما أشار إليه المشرّع في الأمر رقم 2/5 وفقاً للقاعدة الفقهية: "استعمال النّاس حُجّة يجب العمل به"، لكن ينقصه التّوثيق فقط من أجل الحفاظ على الحقوق الشّخصيّة والماليّة التي تنتج عن عقد الزّواج⁴.

¹ يُنظر: عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، ص15.

² يُنظر المادة: 2/6 سالفه الدّكر.

³ يُنظر: عبد العزيز سعد، المرجع السّابق، ص13-14. وإيمان مقاتل، اعتبار العُزف في مُقدّمات عقد الزّواج-الخطبة- (مقال)، ص261.

⁴ يُنظر: محمد محدة، الخطبة والزّواج، ص51. وحسين مهداوي، دراسة نقدية للتّعديلات الواردة على قانون الأسرة في مسائل الزواج وآثاره، ص49. وخالدي ثامر، أثر العُزف في الخطبة والفاتحة في التشريع الجزائري (مقال)، ص37-38.

المطلب الثاني: أثر العُرف في أحكام العُدُول عن الخطبة

في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

قد يتخلّى أحد الخاطبين نهائياً عن مشروع الزواج بالطرف الآخر، فيتوقف عن الإجراءات المؤدية إلى إبرام عقد الزواج، فإذا وقع العُدُول، فإنَّ مشروع الخطبة يكون قد أُلغي، ولمعرفة أثر العُرف في حُكم العُدُول عن الخطبة وآثاره في الشرع والقانون، ارتأيت أن أتكلّم عن أثر العُرف في حُكم العُدُول عن الخطبة في (فرع أول)، ثم عن أثره في اختلاف الخاطبين حول المقدم إلى المخطوبة هدية أم صداقاً في (فرع ثانٍ)، ثم أثره في حُكم الصداق المُعجل عند العُدُول عنها في (فرع ثالث)، وكلُّ ذلك في الفقه الإسلامي والتشريع الإسلامي، وتفصيلهما كالآتي:

الفرع الأول: أثر العُرف في حُكم العُدُول عن الخطبة

في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

قبل الكلام عن أثر العرف في حكم العُدُول عن الخطبة، لا بُدَّ من تحديد المعنى اللغوي والشرعي والقانوني للعُدُول، وفيما يأتي بيان ذلك:

أولاً- التعريف بالعُدُول: أبدأ بالتعريف اللغوي للفظ "العُدُول"، ثمَّ تعريفها الاصطلاحي وفق التفصيل الآتي

1. العُدُول في اللغة: لفظ العُدُول مُشتقٌّ من الفعل اللازم "عَدَلَ"، والذي يُعدَّى بمجيء "عن" عقبه، فيُقَال: عَدَلَ عَنِ الطَّرِيقِ؛ أي تركها مبتعداً عنها، وعدل عن رأيه، بمعنى رَجَعَ عنه، سواء إلى بدل أم لا... وعليه؛ فالعدول الرجوع وزناً ومعنى، مادياً كان أم معنوياً¹. وعدل عن الخطبة؛ بمعنى تخلّى عنها وتركها.

2. العُدُول في الاصطلاح: لم أجد تعريفاً للعُدُول عن الخطبة عند الفقهاء القدماء²، إلا أنَّ أحد الباحثين المعاصرين عرّفه بأنّه: التّخلي نهائياً عن مشروع الزواج بالطرف الآخر، والتّوقف عن

¹ يُنظر: ابن منظور، لسان العرب، مادة: عَدَلَ، 430/11. والفيروز آبادي، القاموس المحيط، فصل الحاء، 1031/1.

² ويرجع ذلك لوضوح المراد من الاستعمال اللغوي لكلمة العُدُول، والتي تعني الرجوع والتّخلي، أو لأنّه ليس هناك شروط أو ضوابط محدّدة تخصّ التّخلي عن الخطبة. فلا داعي ولا ضرورة لوضع تعريف يخصّ العُدُول عن الخطبة. يُنظر: رائف محمّد النّعيم، التّنظير الفقهي لضرر العُدُول عن الخطبة دراسة مقاصدية في ضوء الشريعة والقانون الليبي (مقال)، 430/11.

الباب الأول: أثر العُرف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

الإجراءات المؤدية إلى إبرام عقد الزواج، فإذا وقع العُدُول، فإنَّ مشروع الخطبة يكون قد ألغى¹. وقيل: "هو رجوع أحد الطرفين، أو كلاهما عن الخطبة، وفسخها بعد إتمامها، وحصول الرضا منهما"². ومما يُعاب على هذين التعريفين أنَّهما استخدما الدور بلفظ "الخطبة" في تعريفهما، كما يُعاب على التعريف الثاني أنَّه استعمل لفظ "الفسخ" وهو لفظ يُعبر عنه في فسخ العقود، والخطبة ليست عقدًا حتى يُعبر عنها بالفسخ.

فالتعريف المختار للعدول: هو تخلي أحد الخاطبين أو كلاهما عن إتمام مشروع الزواج بعد حصول الرضا. فهذا التعريف جامع؛ لأنَّه اشتمل على العُدُول بنوعيه، بالإرادة المنفردة وبالإرادة المشتركة. ومانع؛ لأنَّ عبارة "بعد حصول الرضا" في التعريف تمنع دخول الخطبة غير التامة.

ثانيًا- أثر العُرف في حُكم العُدُول عن الخطبة في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري:

فالحكم هنا يقصد به أمران؛ الأول: مشروعية العُدُول، من حيث الجواز أو المنع، والثاني: الأثر المرتب على العُدُول إذا وقع. وفي هذا العنصر سأشرع في بيان أثر العرف في حكم العُدُول عن الخطبة في كل من الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري. وفق التفصيل الآتي:

1. أثر العُرف في حُكم العُدُول عن الخطبة في الفقه الإسلامي: يجوز للخاطب أو المخطوبة - في رأي أكثر الفقهاء³ - العُدُول عن الخطبة، ذلك أنَّها وعدٌ بالزواج، ولا يترتب عليها أحكامه، وإنَّما هي مجرد مُقدِّمة من مُقدِّماته، وإنَّ تمَّ الاتفاق على مقدار الصِّداق، وقيام الزوج بدفعه كَلَّه أو بعضه، أو تمَّ لبس خاتم الخطوبة، أو تبادل الهدايا، فليس لها قوة العقد⁴، ومن حقَّ الطرفين العُدُول

¹ يُنظر: عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، ص 17.

² جميل فخري جانم، مقدِّمات عقد الزواج في الفقه والقانون، ص 236.

³ يُنظر: ابن حجر، فتح الباري، 5/290. وابن قدامة، المغني، 7/146.

⁴ يُنظر: محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص 35. وعبد الكريم زيدان، المُفصَّل في أحكام المرأة والبيت المسلم، 6/74.

ومحمد محدة، الخطبة والزواج، ص 46. وبلقاسم شتوان، الخطبة والزواج في الفقه المالكي، ص 43.

الباب الأول: أثر العُزف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

عنها ما دام لم يتم العقد بعد، وهذا بلا شك أفضل من الطلاق بعد الزواج¹، وكما "أنَّ العُدُولَ عنها لم يبلغ درجة التحريم ما لم يكن الرد لأجل الخاطب الثاني"².

ذلك أنَّ أغلب فقهاء الشريعة الإسلامية ذهبوا إلى القول "بأنَّ الخطبة وعد غير ملزم، جمعا بين حقيقتها اللغوية والاصطلاحية، والحكمة من تشريعها"³. وقد جاء في فتوى صادرة عن دار الإفتاء المصرية: "إنَّ الخطبة، وقراءة الفاتحة، وقبض المهر، وقبول الهدايا كلُّ ذلك من مقدمات الزواج، ومن قبيل الوعد به ما دام عقد الزواج لم يتم بأركانه وشروطه الشرعية، وقد جرت عادة الناس بأن يُقدِّموا الخطبة على عقد الزواج؛ لتهيئة الجو الصالح بين العائلتين... ولما كانت الخطبة مجرد وعد بالزواج غير ملزم بإتمامه لأيٍّ من الطرفين، وكان كلُّ طرف له كامل الحق بالتراجع وقتما يرى ذلك مناسباً له"⁴. ثم إنَّه ليس للوعد بعقد قوة إلزام عند جمهور الفقهاء⁵. خلافاً للإمام مالك رحمه الله في بعض أقواله⁶.

واستدلَّ المالكية على كراهة العُدُولِ عن الخطبة بالأدلة المانعة من خلف الوعد نفسها الدالة على كراهته -لأنَّ الخطبة وعد بالزواج-، واستدلُّوا بقوله ﷺ: «وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا» [الإسراء: 34]، وجه الدلالة: أنَّ العهد يُطلب الوفاء به، وهو من الأمور التي يسأل الله تعالى عنها العبد يوم القيامة⁷، فأقلُّ ما يُقال: إنَّ خُلْفَ الوعد مكروه. وبما رُوِيَ عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال النبي ﷺ: «آيَةُ الْمُنَافِقِ ثَلَاثٌ: إِذَا حَدَّثَ كَذَبَ، وَإِذَا وَعَدَ أَخْلَفَ، وَإِذَا أُؤْتِمِنَ

¹ يُنظر: نصر سلمان وسعاد سطحي، أحكام الخطبة والزواج في الشريعة الإسلامية-دراسة مقارنة مع قانون الأسرة-، ص35.

² الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 217/2. والسيوطي، الحاوي للفتاوى، 219/1. والرحياني، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، 25/5.

³ صالح بن سيف الشعي، طبيعة الخطبة في الشريعة والقانون والتطبيق القضائي (مقال)، ص95.

⁴ يُنظر: علي محمد جمعة، حكم الشبكة والمهر والهدايا وتكاليف حفل الخطبة عند فسخها، اطلعت عليها يوم 2022/7/4م، في الساعة: 18، من موقع "دار الإفتاء المصرية"، على الشبكة العنكبوتية، من الرابطة الآتي:

<https://goo.su/XkZqUzR>

⁵ يُنظر: ابن عابدين، ردُّ المختار على الدر المختار، 12/3. وعليش، فتح العلي المالک، 107/3. والشافعي، الأم، 93/5.

⁶ "فقد روي عن الإمام مالك أنَّه لا يلزم الوفاء بالوعد في الخطبة، لأنَّ الوفاء بهذا الوعد يُفضي إلى أن يمضي عقد الزواج على شخص غير راض به، وليس للقضاء سلطان الإكراه على هذا العقد". محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص35.

⁷ يُنظر: ابن جزري، التسهيل لعلوم التنزيل، 446/1.

الباب الأول: أثر العُزف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتَّشريع الجزائري

خَانَ»¹. فدلَّ الحديث أنَّ خلف الوعد خصلة من النَّفاق، فإتيانها واتِّصاف بها مكروه. والجدير بالذكر أنَّ الوعد عند المالكيَّة² والجمهور³ غير ملزم فكذلك الخطبة غير لازمة؛ حيث نصوا على كراهة خُلْفِ الوعد، وهذا آية عدم الإلزام، وإلَّا لكان خلف الوعد حراماً⁴. فيكون العُدُولُ عن الخطبة في رأي بعض فقهاء المالكيَّة والحنابلة مكروهاً⁵، وليس محرماً؛ لأنَّه من باب إخلاف الوعد⁶، لكنَّ -خُلْفًا وتَأْدُبًا- يُطْلَبُ أَلَّا يَنْقُضَ أحدهما وعده إلَّا للضرورة، مراعاة لحرمة البيوت وكرامة الفتاة. ولا شكَّ أنَّ صِدْقَ الوعد محمودٌ. بينما يرى فقهاء الشَّافعيَّة جواز العُدُولِ مُطلقاً؛ "لأنَّ الخطبةَ لَيْسَ بِعَقْدٍ شَرْعِيٍّ، وَإِنْ تُخِيلَ كَوْنُهَا عَقْدًا فَلَيْسَ بِإِلْزَامٍ"⁷، بينما سلك الحنابلة مسلكاً وسطاً فرَّقوا فيه بين ما كان العُدُولُ عنه لمصلحة فيباح، وما لم تكن فيه مصلحة فيُكره⁸.

واستدلَّ فقهاء الحنابلة على جواز العُدُولِ عن الخطبة بحديث ابن عمر رضي الله عنهما الذي قال فيه: نَهَى النَّبِيُّ ﷺ: «وَلَا يَخْطُبُ الرَّجُلُ عَلَى خِطْبَةِ أَخِيهِ، حَتَّى يَتْرُكَ الْخَاطِبُ قَبْلَهُ، أَوْ يَأْذَنَ لَهُ الْخَاطِبُ»⁹. وقد نهي ﷺ الرجل أن يخطب على خطبة أخيه؛ لأنَّ للخاطب الأوَّل حقاً في الفتاة فلا يُنازع عليه، والنَّبِيُّ ﷺ يُجَوِّزُ العُدُولَ عَنِ الخِطْبَةِ وَيُصَوِّرُهُ فِي صَوْرَتَيْنِ: التَّرْكَ، أَوْ إعْطَاءَ الإِذْنِ للغير لِيُقَدِّمَ عَلَى خطبة الفتاة. وأيضاً بحديث الْمِسْوَرِ بْنِ مَخْرَمَةَ رضي الله عنه: أَنَّ عَلِيًّا رضي الله عنه خَطَبَ بِنْتَ أَبِي جَهْلٍ¹⁰، فلما بلغ النَّبِيُّ ﷺ ذلك قال: «أَمَّا بَعْدُ أَنْكَحْتُ أَبَا الْعَاصِ بْنِ الرَّبِيعِ، فَحَدَّثَنِي وَصَدَقَنِي، وَإِنَّ فَاطِمَةَ بَضْعَةٌ مِنِّي وَإِنِّي أَكْرَهُ أَنْ يَسُوءَهَا، وَاللَّهِ لَا تَجْتَمِعُ بِنْتُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ

¹- أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الإيمان، باب علامات النَّفاق، رقم: 33، 16/1.

²- الدُّسُوقِي، حاشية الدُّسُوقِي على الشَّرح الكبير، 228/2. والصَّائِي، بلغة السَّالِك لأقرب المسالك، 368/2.

³- المرغيباني، الهداية شرح بداية المبتدي، 189/1. والتَّنْفَرَاوِي، الفواكه الدُّوَانِي على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، 11/2.

والدِّمِيَّاطِي، إعانة الطَّالِبِينَ على حل ألفاظ فتح المعين، 154/3. وابن قدامة، المغني، 146/7.

⁴- يُنْظَرُ: ابن العربي، أحكام القرآن، 234/4. وابن رشد الجَدِّ، البيان والتَّحْصِيل، 288/4.

⁵- الخطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، 412/3. وابن قدامة، المصدر السَّابِق، 146/7.

⁶- يُنْظَرُ: الخَرَشِي، شرح مختصر خليل، 168/3. والتَّنْفَرَاوِي، المصدر السَّابِق، 11/2. والعدوي، حاشية العدوي، 51/2.

⁷- السُّيُوطِي، الحاوي للفتاوي، 219/1. والبحيرمي، تحفة الحبيب على شرح الخطيب، 150/4.

⁸- يُنْظَرُ: البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، 19/5-20.

⁹- الحديث سبق تخريجه، ص 91-92.

¹⁰- اُخْتَلَفَ فِي اسْمِهَا فَقِيلَ: هِيَ جَوِيرِيَّةُ بِنْتُ أَبِي جَهْلٍ، وَقِيلَ: جَمِيلَةُ، وَقِيلَ: الْعَوْرَاءُ. يُنْظَرُ: ابن بشكوال، غوامض الأسماء

المبهمه الواقعة في متون الأحاديث المسندة، 340/1.

الباب الأول: أثر العُزف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

وَبُنْتُ عَدُوَّ اللَّهِ، عِنْدَ رَجُلٍ وَاحِدٍ¹. فلما أنكر عليه النَّبِيُّ ﷺ أعرض علي ﷺ عن خِطبتها². وجه الدلالة: لو كان الإعراض عن الخِطبة مكروهاً لما أنكر النَّبِيُّ ﷺ على سيدنا علي ﷺ كي لا يضطره للوقوع في المكروه، بل لأنَّ العُدُولَ جائزٌ وهو حقٌّ للخاطب أدى إنكار النَّبِيِّ ﷺ على سيدنا علي ﷺ أن يقع في الجائز ممارساً حقّه. ولكن لكرهه النَّبِيُّ ﷺ هذه الخِطبة سبب مذكور في القصّة فهو إعراض لسبب³.

ثم إنّ الخِطبة هي بيان الرّغبة في عقد النّكاح، وتراجع الخاطب عن رغبته هذه ليس فيه شيء. بل يجوز لكلٍّ من الخاطبين أن يرجع عن قوله، وإن فعل فهو يَسْتَعْمِلُ حقّه وليس لأحد عليه من سبيل⁴. والمتبع للأحاديث وسير الصّحابة رضي الله عنهم يجد أنّ عملية الزّواج عندهم تبدأ بنظر الرّجل إلى المرأة، فإن أعجبه خطبها إلى أهلها وإلا تركها. وحديث جابر رضي الله عنه، يشهد لهذا حيث قال: قال رسول الله ﷺ: «إِذَا خَطَبَ أَحَدُكُمْ الْمَرْأَةَ، فَإِنْ اسْتَطَاعَ أَنْ يَنْظُرَ إِلَى مَا يَدْعُوهُ إِلَى نِكَاحِهَا فَلْيَفْعَلْ. قَالَ: فَخَطَبْتُ جَارِيَةً فَكُنْتُ أَتَخَبُّ لَهَا حَتَّى رَأَيْتُ مِنْهَا مَا دَعَانِي إِلَى نِكَاحِهَا فَتَزَوَّجْتُهَا»⁵. ولم نقف على مصدر فقهي يُحدّد المدّة عندهم بين الخطوبة والزّواج، والظاهر أنّ الأمر كان يتمّ بلا تأخر، كما هو المفهوم من حديث جابر رضي الله عنه، وبالتالي فالعدول عملياً في وقتهم غير متوقع⁶.

الترجيح: بعد عرض أقوال الفريقين وأدلّتهما ومناقشتها، وجمعاً بين القولين، فالقول الرّاجح هو قول الحنابلة القائلين بجواز العُدُولِ عن الخِطبة إن كان للعُدُولِ لسبب، ولو كان هذا السّبب كراهية الفتاة للرّجل أو العكس استنباطاً من قصّة سيدنا علي ﷺ حيث رجع عن خطبته لسبب وهو كراهة النَّبِيِّ ﷺ لتلك الخِطبة. ولعلّ أقوى الحجج في جواز العُدُولِ عن الخِطبة إقراره ﷺ علياً ترك خِطبة ابنة أبي جهل بعد حصول الرّكون بينهما، وحاشاه ﷺ أن يُقرّر على اتصافه بصفة

¹ - مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ؛ أخرجه البخاري في صحيحه، كِتَابُ أَصْحَابِ النَّبِيِّ ﷺ، بَابُ ذِكْرِ أَصْهَارِ النَّبِيِّ ﷺ، رقم: 3729، 22/5.

ومسلم في صحيحه، كِتَابُ فَضَائِلِ الصّحَابَةِ، بَابُ فَضَائِلِ فَاطِمَةَ بِنْتِ النَّبِيِّ ﷺ، رقم: 4485، 205/12.

² - يُنْظَرُ: ابن حجر، فتح الباري شرح صحيح البخاري، رقم: 2739، 86/7.

³ - يُنْظَرُ: صالح بن سيف الشعبي، طبيعة الخِطبة في الشريعة والقانون والتطبيق القضائي (مقال)، ص 97.

⁴ - يُنْظَرُ: محمد أبو زهرة، الأحوال الشّخصيّة، ص 35.

⁵ - الحديث سبق تخريجه، ص 96.

⁶ - يُنْظَرُ: صالح بن سيف الشعبي، المرجع السّابق، ص 97.

الباب الأول: أثر العرف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

من صفات المنافقين. فإن قيل: إنَّ العرف جرى أن تكون الخطبة وعدًا، أُجيب: أنَّه لو تمَّ التسليم بذلك، فالحقيقة الشرعية لوضع مصطلح الخطبة بُحيز العُدُول وهو ليس وعدًا بإقرار الشارع جوازه، وليس للعرف مخالفة اصطلاح وحكم شرعي¹. وقول المالكية: إنَّ العُدُول دون سبب فمكروه؛ لأنَّه من قبيل خلف الوعد، وإن كان الحديث المروي عن ابن عمر رضي الله عنهما الذي قال فيه: «حَتَّى يَتَرَكَ الْخَاطِبُ قَبْلَهُ أَوْ يَأْذَنَ لَهُ الْخَاطِبُ»². يُفِيدُ الجواز مُطلقًا إِلَّا أَنَّ هذا الجواز لا بُدَّ أَنْ يُقَيَّدَ بالسَّبَب؛ للأدلة القوية التي تنهى عن خلف الوعد.

2. أثر العرف في حُكْم العُدُول عن الخطبة في التشريع الجزائري: بيان هذه المسألة يكون على النحو الآتي:

أ. من الناحية التشريعية: أعلن المشرع الجزائري موقفه بوضوح وصراحة في المادة 2/5 ق أ ج: "يَجُوزُ لِلطَّرَفَيْنِ الْعُدُولُ عَنِ الْخِطْبَةِ". والنظر في هذا كما يلي:

- هو بهذا موافق على ما عند فقهاء الشريعة وعامل به، اعتمادًا وبناءً على موقفه في التكيف والتأصيل، إذ منح للطرفين حقَّ العُدُول عن الخطبة، ولا يتوقف ذلك على طلب رضا الطرف الآخر لكونه مُباحًا شرعًا وجائزًا قانونًا³، وواقع عرفًا عمليًا. وقوله "يجوز" يدلُّ على أنَّ الخاطب إذا عَدَلَ عن الخطبة، فإنَّما هو يمارس حقًّا ثابتًا له، ومحمي قانونًا، كما أنَّ القانون لا يُجبر أحدًا على الزواج إذا لم يرغب فيه، أو وَعَدَ به وَعَدَلَ عنه⁴.

- أنَّ الإيجابار على تنفيذ الزواج فيه مَسَاسٌ بالحرية الشخصية التي صانها الدستور في المادة: 39 منه⁵، لذا لا يجوز للطرف الذي لم يَعْدِلْ ولم يقبلْ بالعُدُول أَنْ يطلب من القضاء إلزام الطرف العادل بالاستمرار في الخطبة، وإبرام عقد الزواج دون رغبته وإرادته. وإذا كان المشرع الجزائري لم يُحدِّد المدَّة التي يتمُّ فيها العُدُول، سواء طالَّت المدَّة أو قصرت، فإنَّه كذا لم يحدِّد الأسباب المبيحة

¹ يُنظر: صالح بن سيف الشعبي، طبيعة الخطبة في الشريعة والقانون والتطبيق القضائي (مقال)، ص 97.

² الحديث سبق تخريجه، ص 91-92.

³ يُنظر: محمد محدة، الخطبة والزواج، ص 49. وتوفيق شندارلي، الخطبة والعدول عنها-دراسة تحليلية فقهاً وتشريعاً وقضاءً (مقال)، ص 344.

⁴ يُنظر: حاج أحمد عبد الله، العُدُول عن الخطبة وأثره في استرداد المهر والهدايا -دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي الجزائري- (مقال)، ص 178.

⁵ التي تنصُّ على أنَّه: "تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الإنسان. يُحظر أيَّ عنف بدني أو معنوي، أو مساس بالكرامة".

الباب الأول: أثر العُرف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

له، إذ أعطى الحرية لكل منهما أن يعدل عن الخطبة وقت ما يشاء¹. على عكس فقهاء المالكية والحنابلة² الذين قالوا بكرهية العُدُول عن الخطبة دون سبب مشروع، لأن ذلك من باب خُلْف الوعد. لذا يأمل الباحث من المشرع أن يتدارك هذا النقص في تعديلاته اللاحقة بالتصيص على ذلك في مادة مستقلة.

ب. من الناحية القضائية: لقد أيد القضاء الجزائري ما ذهبت إليه محكمة قسنطينة في قرارها الصادر بتاريخ 1981/9/28م من أن الخطبة ليست عقدًا وإن تمت باتفاق طرفيها³. وهذا ما أيدته المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 1985/12/20م⁴، حيث أقرت بأن العُدُول عن الخطبة هو حق مقرر لكل من الخاطبين، إذ يجوز لهما اللجوء إليه باعتبار أن الخطبة هي وعد بالزواج.

والأمر نفسه تضمنه القرار المؤرخ في 2008/3/12م، حيث نصَّ على: "لا يمكن للقاضي حتى بعد إبرام عقد الزواج، إجبار الزوجة على إتمام مراسيم الدخول بها"⁵، وبناء عليه فإنه إذا وقع العُدُول وانقضت الخطبة فلا يجوز للطرف الذي لم يعدل أن يطلب من القضاء أن يلزم الطرف الآخر بالاستمرار في الخطبة وإبرام عقد الزواج وإتمام مراسيم الدخول رغم معارضته أو عدم رضاه. فن خلال تحليل الباحث لهذه للقرارات يجد أنها لم تخرج عن إطار ما ذهب إليه الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري والعرف في منح الخاطبين حق العُدُول عن الخطبة؛ إذ هي وعد بالزواج فقط. وبالتالي يجوز للطرفين العُدُول عنها في أي مرحلة دون أن يلزم أي منهما بالتبرير⁶، والمتعارف عليه من ألفاظ العُدُول كلمة أبطل الخطبة؛ أي أنها⁷.

¹ يُنظر: سارة قريط، اعتبار العُرف في مقدمات الزواج وتأثيره على دعم الاجتهاد القضائي (مقال)، ص76. وعبد الحكيم

بوجاني، إشكاليات العُدُول عن الخطبة بين النقص التشريعي وضرورة التعديل (مقال)، ص69.

² الخطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، 412/3. وابن قدامة، المغني، 146/7.

³ محكمة قسنطينة، رقم الفهرس 249/81، قرار مؤرخ في: 1981/9/28م، (غير منشور) نقلاً عن: العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة، 51/1.

⁴ يُنظر: م ع، غ أ ش، ملف رقم: 39065، بتاريخ 1985/12/20م، (غير منشور) نقلاً عن العربي بلحاج، الزواج والطلاق، ص29.

⁵ ملف رقم: 415123، بتاريخ 2008/3/12م، قرار مذكور سابقاً، ص114.

⁶ يُنظر: العربي بلحاج، المرجع السابق، 96/1.

⁷ يُنظر: المكي صلوح، دور العُرف في الخطبة بين أحكام الشريعة الإسلامية والقانون (مقال)، ص121.

الباب الأول: أثر العُرف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

وكذلك ممّا اتَّفَق عليه جانب من الفقه الإسلامي والعرف والقانون أنّهم منحوا للطرفين حقَّ العُدُول دون قيد أو شرط، خلافاً لما ذهب إليه الفقه المالكي الذي جعل العُدُول عن الخطبة مكروه؛ لما يكون لسبب غير مشروع. وإن كان من المستحسن شرعاً وعرفاً التَّعجيل في العُدُول عن الخطبة إذا كان لسبب واضح يقتضي ذلك، عملاً بقوله ﷺ: «وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولاً» [الإسراء: 34].

وبما رُوِيَ عن عُبَادَةَ بْنِ الصَّامِتِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ: قَالَ النَّبِيُّ ﷺ: «اضْمَنُوا لِي سِتًّا مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَضْمَنْ لَكُمْ الْجَنَّةَ: اصْدُقُوا إِذَا حَدَّثْتُمْ، وَأَوْفُوا إِذَا وَعَدْتُمْ، وَأَدُّوا إِذَا أُؤْتِمِنْتُمْ، وَاحْفَظُوا فُرُوجَكُمْ، وَغُضُّوا أَبْصَارَكُمْ، وَكُفُّوا أَيْدِيَكُمْ»¹. فقد دلَّت الآية والحديث على وجوب الوفاء بالعهد، إلّا إذا وُجِدَ عارض قوي يمنع من ذلك.

الفرع الثاني: أثر العُرف في اختلاف الخاطبين حول المُقَدَّم إلى المخطوبة

هدية أم صداقاً في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

قد ينتج عن العُدُول عن الخطبة عدّة مشاكل بين الخاطبين، وخاصّة إذا تبادلا الهدايا أو اختلافا في كون المقدم إليها هدية أم صداقاً، أو في حال دفع الخاطب الصّدّاق المعجل أثناء الخطبة وقبل إبرام عقد الزّواج، وهذا ما سأوضّحه وفق العناصر الموالية:

أولاً- أثر العُرف في اختلاف الخاطبين حول المُقَدَّم إلى المخطوبة هدية أم صداقاً:

قد يقع الخلاف بين الخاطبين بعد العُدُول عن الخطبة حول المُقَدَّم إليها أهو صداق أم هدية؟ فيدّعي الخاطب أنّه من الصّدّاق، ليثبت له حقّ الرُّجوع عليها في جميع الأحوال، بينما تدّعي هي أنّه هدية حتى تُسقط حقّه بالرُّجوع عليها فيما قدّمه لها. وبيّنا ذلك كالآتي:

1. أثر العُرف في اختلاف الخاطبين حول المُقَدَّم إليها هدية أم صداقاً في الفقه الإسلامي:

جاءت أقوال فقهاء المذاهب الأربعة في هذه المسألة على النحو الآتي:

قولاً الحنفيّة والمالكيّة: فقد حكما العرف في هذه المسألة، فقال الحنفيّة: ولو بعث الزّوج

إلى امرأته شيئاً فاختلفا حوله، فقالت المرأة: هو هدية، وقال الزّوج: هو من المهر، فالقول قول

¹ رواه أحمد في مسنده، رقم 22757، 96/1. وابن حبان في صحيحه، كتاب الإسراء، رقم 1، 506/271. والحاكم في مستدرّكه، كتاب الخُدود، رقم 8066، 399/4. والبيهقي في سننه الكبرى، كتاب الوديعة، رقم 12691، 471/6. قال مُحَقِّق الحديث شعيب الأرنؤوط: "حديث صحيح ورجاله ثقات إلّا أن فيه انقطاعاً". صحيح ابن حبان، 506/1.

الباب الأول: أثر العُرف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

الزَّوْج؛ لأنَّه هو المملَّك، والأعرِف بجهة تملكه، إلَّا فيما يُكذِّبه الظَّاهر؛ وهو الطَّعام الذي يُؤْكَل؛ لأنَّه لا يُبْعَثُ مهرًا عادةً. ولأنَّه جرت أعراف النَّاس على اعتباره من الهدايا. وإذا لم يوجد عُرف، أو وُجِدَ عُرفٌ مشتركٌ، بأنَّ كان عُرفُ بعض النَّاس جاريًا على ما قدَّمه إليها أثناء الخطبة يُعتبر من المهر، وعُرفُ البعض الآخر يعتبره هدية، فالقول للخاطب بيمينه، لكونه المعطي، وهو أدري بما أعطاه إنَّ كان مهرًا أو هديةً، إلَّا إذا كان ما قدَّمه إليها ممَّا يُستنكر في العُرف أن يكون مهرًا¹.

وقد جعل المالكية² المرجع لحلِّ النزاع المتعلِّق بهذه المسألة هو العُرف مُطلقًا؛ أي بمعنى إخضاعها للعُرف في كلِّ زمان بحسبه؛ فإنَّ كان العُرف يجعل ذلك صداقًا فله الرُّجوع، وإنَّ كان يُعَدُّ ذلك هديَّة فلا شيء للزَّوج منها³. وهذا كُلُّه فيما إذا كان العُدُول من المخطوبة، أمَّا إنَّ كان العُدُول من الخاطب فلا شيء له منها.

قول الشَّافعية: إنَّه لو أعطاهَا مَالًا، فقالت: أُعْطِيْتُهُ هَدِيَّةً، وقال: بل صداقًا، فالقول قوله بيمينه، وإن لم يكن المُعْطَى من جنس الصَّدَاق، لأنَّه أعرِف بكيفية إزالة ملكه⁴.

قول الحنابلة: فَإِنْ دَفَعَ إِلَيْهَا أَلْفًا ثُمَّ اخْتَلَفَا، فَقَالَ: دَفَعْتُهَا إِلَيْكَ صَدَاقًا. وَقَالَتْ: بَلْ هِبَةٌ فَإِنْ كَانَ اخْتِلَافُهُمَا فِي نِيَّةِ الزَّوْج، كَأَنَّ قَالَتْ: فَصَدَّتْ الْهِبَةَ. وَقَالَ: فَصَدَّتْ دَفَعَ الصَّدَاقِ. فَالْقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجِ بِلَا يَمِينٍ؛ لِأَنَّهُ أَعْلَمُ بِمَا نَوَاهُ، وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي لَفْظِهِ، فَقَالَتْ: قَدْ قُلْتُ خُذِي هَذَا هِبَةً أَوْ هَدِيَّةً. فَأَنْكَرَ ذَلِكَ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ، لَكِنْ إِنْ كَانَ الْمَدْفُوعُ مِنْ غَيْرِ جَنْسِ الْوَاجِبِ عَلَيْهِ، كَأَنَّ أَصَدَقَهَا دَرَاهِمَ، فَدَفَعَ إِلَيْهَا عَوْضًا، ثُمَّ اخْتَلَفَا، وَحَلَفَ أَنَّهُ دَفَعَ إِلَيْهَا ذَلِكَ مِنْ صَدَاقِهَا، فَلِمَرْأَةٍ رَدُّ الْعَرَضِ، وَمُطَالَبَتُهُ بِصَدَاقِهَا⁵.

التَّرجيح: بعد عرض أقوال الفقهاء ومناقشتها، فالذي يميل الباحث إلى ترجيحه في هذه المسألة هو قول القائلين: بأنَّ ذلك راجعٌ إلى العُرف؛ لأنَّ "المعروف عُرفًا كالمشروط شَرْطًا"،

¹ يُنظر: الكاساني، بدائع الصَّنَائِع في ترتيب الشَّرَائِع، 308/2. وابن عابدين، رُدُّ المختار على الدُّر المختار، 153/3.

² قال ابن قدامة: "إِنْ كَانَ مِمَّا جَرَتْ الْعَادَةُ بِهَدِيَّتِهِ، كَالثَّوْبِ وَالْحَاتَمِ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ مَعَهَا، وَإِلَّا فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ". المغني، 236/7.

³ يُنظر: ميارة، شرح ميارة، 188/1.

⁴ يُنظر: الشَّرِينِي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، 402/4.

⁵ يُنظر: ابن قدامة، المصدر السَّابِق، 235-236/7. والمرداوي، الإنصاف في معرفة الرَّاجِح من الخلاف، 296/8.

الباب الأول: أثر العُرف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

والعُرف يُفسَّرُ الحال ويُحكَّم به عليه، ولأنَّ من قال بأنَّ الأصل مع الرَّوج، إمَّا قال ذلك لتقوِّي ذلك الأصل بالعُرف.

وقد يتغيَّر العُرف فيكون قول الرَّوْجة هو الموافق للعرف فيكون القول قولها، وبذلك يترجَّح قولها فإن اختلف العُرف فيرجع إلى قول الرَّوج؛ لأنَّ الأصل معه فيحلف ويكون القول قوله¹.

2. أثر العُرف في اختلاف الخاطبين في المقدَّم إليها هدية أم صداقًا في التشريع الجزائري:

أناقش هذه المسألة من الناحيتين الآتيتين:

أ. من الناحية التشريعية: لم يتطرَّق المشرِّع الجزائري لمسألة الاختلاف بين الخاطبين في كون المقدَّم إليها هدية أم صداقًا، ولم يتعرَّض في الأساس إلى مصير الصَّدَاق حال العُدُول عن الخطبة لا في القانون القديم: 11/84، ولا في الأمر: 02/05 المعدَّل والمتَّمِّم للقانون سالف الذِّكر² لا صراحةً ولا ضمنيًا، ممَّا يستوجب الرجوع بنا إلى أحكام المادة: 222 ق أ ج، التي تُحيلُ القاضي إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

وبالتَّالي فإنَّ القضاة يلجؤون إلى سلطتهم التقديرية، وفي هذه الحالة يُعتبر كلٌّ من الخاطب والمخطوبة مدعيًا ومنكرًا، فأُيِّهما أقام البيِّنة على دعواه وأقنع القاضي حكَم له وفقًا لتقديره وقوة حجَّته حسب ما قدَّمه من أدلَّة. ولعلَّ المشرِّع قد نظر إلى أنَّ الغالب في أعراف المجتمع الجزائري أنَّ الصَّدَاق يُدفع أثناء عقد الرَّواج أو بعده، لا أثناء الخطبة، وبالتالي لم ينص على هذه الحالة، ومع ذلك كان من المستحسن لو تعرَّض لهذا الموضوع. خاصَّة وأنَّ واقع الحال يُثبت وقوع حالات معيَّنة يتمُّ فيها دفع الصَّدَاق أثناء الخطبة لإبراز الجدِّية في الرَّواج³.

ب. من الناحية القضائية: لقد كَيْفَت المحكمة العليا في بعض قراراتها أنَّ ما قدَّمه الخاطب لمخطوبته على أنَّه هدايا وليس صداقًا بدعوى أنَّ ما وقع بينهما هو خطبة نكاح، ونقضت بذلك قرار المجلس القاضي بإلزام المدعى عليها بردَّ ما قدَّم لها من هدايا وحليٍّ ونقود واعتبروها صداقًا، حيث جاء في القرار الصَّادر بتاريخ 1999/3/16م، أنَّه: "من المقرَّر قانونًا أنَّه لا يَسْتَرَدُّ الخاطب

¹ يُنظر: عبد الله الحمدان، أثر العُرف في كتاب النِّكاح، ص 105.

² أمر رقم 11/84، معدَّل ومتَّمِّم بالأمر رقم 02/05، سالف الذِّكر.

³ يُنظر: الرِّشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدَّل، ص 48. وعبد الحكيم بوجاني، إشكاليات العُدُول عن الخطبة بين النَّقص التشريعي وضرورة التَّعديل (مقال)، ص 79.

الباب الأول: أثر العُرف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

شيئاً ممّا أهدها إذا كان العُدُول منه، ومتى تبين - في قضية الحال - أنّ الطرفين جرت بينهما خطبة زواج ثم وقع العُدُول عن الخطبة من طرف الخاطب، فإنّ القضاة بقضائهم بتأييد الحكم المستأنف والقاضي برفض إتمام الزواج، وإلزام المُدعى عليها بردها إلى المُدعي ما قدّمه لها من هدايا وحلي ونقود واعتبروها صداقاً دون الرّدّ على دفع الطّاعنة، أخطأوا في تطبيق القانون، وعرضوا قرارهم للقصور في التّسبيب، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه¹.

رغم أنّ المشرّع الجزائري لم ينص صراحة على حكم هذه المسألة في نصوص قانون الأسرة، غير أنّ البعض رجّح "أنّ سبب سكوت المشرّع عن هذه المسألة هو ترك المجال للعرف، لأنّ أحكام الخطبة غالباً ما تحكمها الأعراف الصّحيحة السّائدة في البلاد، أو اتباعه لما قرّره المذهب المالكي عند ردّ هدايا الخطبة في حال العدول، وهو الأخذ بالعرف أو الشرط بين الطرفين فإذا لم يُوجد يُعمل بما قرّره المذهب"².

وبما أنّ المشرّع قد اعتمد مبدأ الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية عند عدم وجود النصّ، فإنّ الباحث يرى أنّه كان الأحرى به أن يحيل القاضي إلى العُرف عندما لا يجد نصّاً تشريعياً للقضية المعروضة عليه، لذا يقترح عليه إضافة مواد قانونية تُفصّل وتُفرّق بين ما يُقدّم إلى المخطوبة على أساس كونه هديّة أو صداقاً مع مراعاة العُرف في ذلك، حتّى نتجنب الكثير من الإشكالات بخصوص هذا النوع من القضايا³. وكذا إضافة مادة جديدة تُفصّل في مصير الصّدق عند العُدُول، والتي نصّها كالآتي: "ويعتبر من الصّدق ما جرى عليه عُرف النَّاس، بتقديمه للزّوجة قبل الزّفاف من الهدايا"، وهو ما يُسمّى في المجتمع الجزائري "بالجّهّاز"، الذي يكون في شكل ثياب ومصوغات من الذهب والفضّة⁴.

ويُنظر في مثل هذه الحالة إلى كلّ من الخاطبين على أنّ كلّاً منهما مُدّعٍ ومُدّعى عليه والحكم لمن يُقيم البيّنة على صحة دعواه؛ لأنّه أثبت دعواه بالبيّنة دون معارض، فإنّ أقام كلّ منهما البيّنة على صحة دعواه كانت بيّنته هي الرّاجحة؛ لأنّها تُثبت خلاف الظّاهر، والظّاهر مع

¹ م ع، غ أ ش، ملف رقم 219313، قرار بتاريخ 1999/3/16م، م ق، ع خ، 2001م، ص 39.

² عماد شريفي، المسائل المسكوت عنها في الزّواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري، ص 34.

³ يُنظر: مقالنا، أثر العُرف في أحكام الصّدق - دراسة مقارنة بين الفقه المالكي والتشريع الجزائري - (مقال)، ص 373.

⁴ يُنظر: الغوثي بن ملحّة، قانون الأسرة الجزائري على ضوء الفقه والقضاء، ص 57.

الباب الأول: أثر العُرف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

الخطاب، وليس مع المخطوبة، إذ هو يسعى لإسقاط ما عليه من المهر¹. وإن عجز كلٌّ منهما عن إقامة البينة، حَكَمْنَا العُرفَ، فَمَنْ شَهِدَ له العُرفُ فالقول قوله مع يمينه، وحُكِمَ له إذا حَلَفَ اليمين، وإن نكَلَ عن اليمين حُكِمَ للآخر بدعواه؛ لأنَّ النكول عن اليمين إقرار بدعوى الخصم². وعليه فإنَّ أثر العُرف في هذه المسألة بارز بشكل جلي في الفقه الإسلامي وخاصة لدى المالكية، بخلاف التشريع الجزائري الذي أحال إلى أحكام الشريعة الإسلامية، خاصة وأنَّ الواقع العملي أثبت وجود إشكالات تُطرح أمام القضاء في حال العدول عن الخطبة؛ وذلك من خلال اتباع ما ذهب إليه المذهب المالكي الذي جعل من العرف حلاً لهذه المسألة³.

ثانياً- أثر العُرف في حُكْم الهدايا المُقدَّمة في الخطبة بعد العدول عنها

في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري :

قد جرى عُرْفُ النَّاسِ على تبادل الهدايا بين الخطابين وأسرتيهما، ثمَّ إنَّ المرجع لتحديد هذه الهدايا هو العُرفُ، ففي أغلب جهات الوطن يتم إهداء هدايا للمخطوبة خلال المناسبات والأعياد، من تقديم ألبسة وخاتم أثناء حفل الخطوبة، وبعض المستهلكات من عطور وحلويات. ويُستحب قبول الهدية من الطرفين اقتداءً بسنة النَّبِيِّ ﷺ فعَنْ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا قَالَتْ: "كَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يَقْبَلُ الْهَدِيَّةَ وَيُثِيبُ عَلَيْهَا"⁴. وفي ذلك تكريم لمن أهدى، ومبادلة تقدير بتقدير، فردُّها إهانة لصاحبها، ويحرم على وليِّ المخطوبة اشتراط الهدايا، لأنَّ في الإجبار عليها أكل لأموال النَّاسِ بالباطل⁵.

غير أنَّه قد يحدث العدول عن الخطبة، فما مصير الهدايا حينئذٍ؟ هذا ما سأوضحه في كلٍّ من الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري. وبيانهما كما يأتي:

1. أثر العُرف في حُكْم الهدايا المُقدَّمة في الخطبة بعد العدول عنها في الفقه الإسلامي:

اختلف الفقهاء في حكم الهدايا المُقدَّمة خلال فترة الخطبة على أقوال، أوجزها في الآتي:

¹- يُنظر: الشُّويعر نواف عواد، أثر العُرف في مسائل الزَّواج في الفقه الإسلامي، ص90.

²- يُنظر: جميل فخري جاتم، أحكام الخطبة في ضوء العُرف (مقال)، ص196.

³- يُنظر: عماد شريف، اعتبار العُرف في مسائل الزَّواج وآثاره في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، ص82.

⁴- أخرجه البخاري في صحيحه، كتابُ الهبة وَفَضْلِهَا وَالتَّحْرِيزِ عَلَيْهَا، بابُ المِكَافَاةِ فِي الهبة، رقم: 2585، 157/3.

⁵- يُنظر: عبد النَّاصر العطار، خطبة النَّساء في الشَّريعة الإسلاميَّة والتَّشريعَات العربيَّة، ص137.

الباب الأول: أثر العُرف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

القول الأول: ذكر الحنفية¹ أنه يجب ردُّ هدايا الخطبة القائمة دون الهالكة والمستهلكة ما لم يحدث مانع من موانع الرجوع في الهبة². "وسواء كان العُدُول عن الخطبة من الخاطب أم من المخطوبة"³. وقد بين الحنفية أن: الهلاك والاستهلاك مانع من الرجوع في الهبة... ومقتضاه؛ أنه يُشترط في استرداد القائم القضاء أو الرضا، وكذا يُشترط عدم ما يمنع من الرجوع، كما لو كان ثوبًا فصَبَغَتْهُ، أو خَالَطَتْهُ⁴.

القول الثاني: ذهب جمهور الفقهاء من المالكية في الرَّاجح من المذهب، والشافعية، والحنابلة⁵ إلى التفصيل بحسب الطرف الذي وقع منه العُدُول؛ فإن قرَّر الخاطب العُدُول عن الخطبة، فلا يحقُّ له أن يسترد شيئًا من الهدايا التي أهداها لمخطوبته؛ لأنه أهدى بشرط إتمام الزواج، وكان هو المتسبب في عدم إتمامه.

وأما إن كان العُدُول من طرف المخطوبة: وجب عليها ردُّ ما أخذته من الهدايا بعينها إن كانت قائمة أو مثلها أو قيمتها إن هلك؛ لأنه وهب بشرط إتمام الزواج، وهي المتسببة في عدم تحقيق هذا الشرط، فلا يحلُّ لها الاحتفاظ بهداياها. وكلُّ هذا يُقيَّد بالشرط أو العُرف، سواء بالردِّ أم بعدمه، وذلك أن العُرف كالشرط، وأنَّ "العادة محكمة"⁶.

القول الثالث: ذهب متقدمو المالكية إلى ردِّ الهدايا مطلقًا، سواء كان العُدُول من جهة الخاطب أم من جهة المخطوبة؛ ما لم يوجد شرط أو عُرف خلاف ذلك⁸.

تحرير محل النزاع والترجيح:

يُرجع سبب اختلاف الفقهاء في حكم استرداد الهدايا إلى ما يلي:

¹ ابن عابدين، ردُّ المحتار على الدر المختار، 153/3.

² لمعرفة موانع الرجوع في الهبة عند الحنفية (والتي هي عشرة موانع)، يُنظر: السُّعدي، التنف في الفتاوى، 515/1.

³ العربي مجيدي، نظرية التعسف في استعمال الحق وأثرها في أحكام فقه الأسرة، ص 344.

⁴ ينظر: ابن عابدين، المصدر السابق، 153/3.

⁵ الدُّسوقي، حاشية الدُّسوقي، 219/2-220. والهيتمي، تحفة المحتاج، 94/4. والبهوتي، كشاف القناع، 153/5.

⁶ ينظر: عبد الرحمن عتر، خطبة النكاح، ص 381. ومحمد محدة، الخطبة والزواج، ص 62.

⁷ ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، 219/4. وابن رشد الجدد، البيان والتحصيل، 95/5.

⁸ الدُّسوقي، المصدر السابق، 219/2.

الباب الأول: أثر العُرف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

- اختلافهم في حكم الهبة، فذهب الحنفية إلى جواز الرجوع فيها ما لم يحدث مانع من موانع الرجوع¹. أمّا الجمهور² فقد اتفقوا على أنّ هدايا الخطبة ليست هبة؛ لأنّ الهبة لا تكون بعوض، وهدايا الخطبة إنّما كانت نظير تقوية الصّلات لإتمام العقد فافترقا فجاز له الرجوع.

- اختلافهم في اعتبار العُرف القائم بين النّاس وكذلك الطّرف المتسبب في العُدول مؤثّر في الحكم، فمن اعتبر ذلك جعل العُرف مرجعاً في الحكم أوّلاً، فإنّ لم يوجد عُرف في ذلك، قال: يراعى جانب المعدول عنه بأن لا يُجمع عليه ضرراً العُدول واسترداد الهدايا. ومن لم يعتبر ذلك كلّ لم يعلّق الحكم عليه ولم يعتبره³. وذهب بعضهم إلى جواز الرجوع مطلقاً؛ بناء على أنّ هدايا الخطبة هبات مُقيدة بشرط الزّواج، فإذا لم يتحقّق الشرط فعندئذ يجوز استردادها، وأمّا من ربط استرداد الهدايا بالجهة التي صدر منها العُدول؛ فقد لاحظوا بأنّ من تسبب في عدم إتمام عقد الزّواج، يجب حرمانه من الاستفادة منها⁴.

بناء على ما سبق؛ فإنّ الذي يترجّح لدى الباحث هو قول جمهور الفقهاء من المالكية في الرّاجح من المذهب، والشّافعية، والحنابلة؛ إلى التّفصيل بحسب الطّرف الذي وقع منه العُدول، لأنّ هذا القول هو أعدل الآراء وأقربها إلى قواعد الشّريعة الإسلامية وإلى مبادئ الإنصاف والعدالة بين النّاس، وأنّ الأخذ به يحول دون أن يُجمّع على المخطوبة ألم العُدول، وألم استرداد الهدية إنّ عدل الخاطب، ولا يُجمع على الخاطب ألم العُدول عنه والغرم المالي.

ثم إنّ مراعاة الشّروط والوفاء بها أصل ثابت من أصول الدّين ما دامت في حدود الشّرع، ومقدوراً عليها. وكذلك أنّ اعتبار العُرف المعبر شرعاً في هذه المسألة له قيمته إذا كان حاضراً في تعاملات النّاس ومقصوداً فيها وإن لم يتلقّظوا به⁵.

2. أثر العُرف في حُكم الهدايا المُقدّمة في الخطبة بعد العُدول عنها في التشريع الجزائري:

أتناول هذه المسألة من النّاحيتين الآتيتين:

¹ يُنظر: الكاساني، بدائع الصّنائع في ترتيب الشّرائع، 6/128-130.

² مالك بن أنس، المدونة، 4/414. والتّووي، المجموع، 15/383. وابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، 5/203.

³ يُنظر: رهيبة سليمان حمادة، العُرف وأثره في حقوق الزّوج في الفقه الإسلامي، ص41.

⁴ يُنظر: عبد النّاصر العطار، خطبة النّساء في الشّريعة الإسلامية والتّشريعات العربيّة، ص150-151.

⁵ يُنظر: رهيبة سليمان حمادة، المرجع السّابق، ص43.

الباب الأول: أثر العُزف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

أ. من الناحية القانونية: لقد نظم المشرع حكم استرداد الهدايا المُقدّمة بعد العُدُول عن الخطبة في المادة: 5 في فقرتيها 4 و 5 من ق أ ج بقوله: "لا يَسْتَرُدُّ الخاطب شيئاً ممّا أهداه إذا كان العُدُول منه، وعليه أن يَرُدَّ للمخطوبة ما لم يُسْتَهْلَكْ ممّا أهدته له أو قيمته. وإن كان العُدُول من المخطوبة، فعليها أن تَرُدَّ للخاطب ما لم يُسْتَهْلَكْ من هداياه أو قيمته".

وقد فَرَّقَ المشرع الجزائري في هذه المادة بين حالتين: حالة العُدُول من جهة الخاطب وبناء على رغبته من ناحية، وبين حالة العُدُول من جهة المخطوبة وبناء على رغبتها وحدها من ناحية أخرى، كما ميّز بين ما أُسْتَهْلَكَ من الهدايا وما لم يُسْتَهْلَكْ، وعليه يكون التفصيل كالآتي: إذا كان العُدُول من الخاطب: فلا أحقية له فيما أهداه إلى مخطوبته حتى ولو لم يُسْتَهْلَكْ، كما يجب عليه أن يَرُدَّ إلى مخطوبته كلّ ما أهدى له ممّا لم يُسْتَهْلَكْ من الهدايا أو قيمتها. أما إن كان العُدُول من المخطوبة: فإنّها مُلزَمة برّد الهدايا غير المستهلكة أو قيمتها.

ومن المؤاخذات التي سُجِّلَت على المشرع أنّه رَبطَ مسألة استرجاع الهدايا من عدمه بمجرد العُدُول عن الخطبة، لا بسبب العُدُول ذاته¹. لذا كان حريّاً به أن يُؤسِّس لهذا المبدأ انطلاقاً من سبب العُدُول لا بُحْرَد العُدُول في حدّ ذاته، إذ قد يكون العُدُول اضطرارياً ونتاجاً عن قيام الطّرف الآخر بتصرفات تَسْتَفِزُّ العادل وتدفعه للعُدُول؛ كأن تشترط المرأة على خطيبها شروطاً ليست في مقدوره تلبيةّها، فيضطر إلى العُدُول عن الزواج.

ولهذه الأسباب لا بُدّ من تعديل النصّ والأخذ برأي المالكيّة في الرَّاجح من المذهب، والشفاعيّة، والحنابلة؛ الذين ربطوا ردّ الهدايا بالطّرف الذي وقع منه العُدُول، وذلك لمنع التّحايل من الجانبين، وليكون كلّ منهما على علم مُسبق برّدّها إن كان هو المتسبب في العُدُول.

ب. من الناحية القضائيّة: لقد قضت المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في: 1999/3/16م، أنّه: "من المقرّر قانوناً أنّه لا يَسْتَرُدُّ الخاطب شيئاً ممّا أهداه إن كان العُدُول منه"²، كما ألزمت في قرار

¹ يُنظر: الرّشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدّل، ص43. وعبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ص53. ونبيل موفق، التّلفيق التّشريعي في قانون الأسرة الجزائري وأثره في معالجة المستجدات الفقهيّة الأسرية (مداخلة)، 112.

² ملف رقم 219313، قرار بتاريخ 1999/3/16م، قرار مذكور سابقاً، ص129-130.

الباب الأول: أثر العُرف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

آخر لها صادر في: 13/7/1993م، بأنه: "من المقرّر قانوناً، أنّه يتوجّب على المرأة المخطوبة عند عدولها عن إتمام الزواج، أن تردّ ما لم يُستهلك من هدايا وغيرها"¹.

هذا وإنّ القرارين لم يخرجاً عما هو مقرر في الفقه الإسلامي والعرف، بأن الخاطب لا يسرّد شيئاً ممّا أهده إن كان العُدول منه، وكذلك الأمر نفسه بالنسبة للمخطوبة فعليها أن تردّ ما لم يُستهلك من هدايا وغيرها. إلّا أنّ المشرّع هنا قد خرج عن رأي المالكيّة عندما استعمل عبارة "ما لم يستهلك"، وأخذ بمقتضى المذهب الحنفي، فركّب رأياً بين المذهبين في التفرقة بين كون العُدول هل هو من الخاطب أم المخطوبة في تحديد وجوب ردّ الهدايا، وكذا في عدم ردّ ما لم يُستهلك. بناء على ما سبق؛ توصّل البحث إلى أنّ المشرّع قد لفقّ في مسألة ردّ الهدايا بين المذهبين فخرج لنا برأي جديد ومبرر في ذلك هو نفي الضرر حيث أنّه حكّم على من يعدّل أن يرّد الهدايا للطرف الآخر، وإن استهلكت الهدايا يتمّ دفع قيمتها وهذا ما تضمّنه نصّ المادة: 5 الفقتين 4 و5 من الأمر رقم: 02-05.

ثم إنّ العرف السائد في المجتمع الجزائري أنّ تقدّم الهدايا هو من اختصاص الرّجل، وقلّما نجد العكس، ثمّ إنّ الحكمة من ردّ الخاطب الهدايا للمخطوبة هو رده حتى لا يُقدّم على العُدول تاركاً المخطوبة في مواجهة المجتمع دون رحمة، وهذا ما هو معمول به عرفاً².

الفرع الثالث: أثر العُرف في حكم الصّدق المُعجل عند العُدول عن الخطبة

في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

قد يحدث أن يدفع الخاطب إلى مخطوبته أو وليّها الصّدق في مرحلة الخطبة؛ وذلك لتجهيز نفسها أو منزلها، لكن قد تنتهي هذه الخطبة بالعُدول، فما مصير الصّدق في هذه الحالة من منظور الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري وما أثر العُرف في ذلك؟
أولاً- أثر العُرف في حكم الصّدق المُعجل عند العُدول عن الخطبة في الفقه الإسلامي:
تباينت أقوال الفقهاء في هذه المسألة، وفيما يأتي تفصيلها:

¹ م ع، غ أ ش، ملف رقم: 92714، قرار بتاريخ 13/7/1993م، م ق، ع 1، 1995م، ص 128.

² يُنظر: عماد شريفي، اعتبار العُرف في مسائل الزواج وآثاره في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، ص 78.

الباب الأول: أثر العُزف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

القول الأول: ذهب الحنفية والشافعية¹ إلى أنَّ الخاطب إذا قدَّم لخطيبته أو لمن يمثلها الصَّدَاق كَلَّهُ أو بعضه ثمَّ قُسِخَتْ الخِطْبَةُ بسبب منها أو منه، فللخاطب أن يسترد ما دفعه من الصَّدَاق، فإن كان موجودًا استرده بذاته، وإن هلك أو استهلك رجع بقيمته إن كان قيمًا أو بمثله إن كان مثليًا؛ ذلك لأنَّ الصَّدَاق لا يُسْتَحَقُّ إلَّا بعقد الزَّواج فهو أثر من آثاره، فإذا لم ينعقد العقد عاد الصَّدَاق إلى صاحبه، ولا تستحقُّ المرأة شيئًا منه. وكذلك لعدم تَعَلُّقِ حقِّ المخطوبة به؛ لأنَّها لم تصبح زوجة بعد، ويدها يد أمانة وحُكْمُهُ حُكْمُ الوديعة².

القول الثاني: قال المالكية، والحنابلة³ إن كان العُدُول من المخطوبة فعليها أن تُرْجِعَ للخاطب ما دفعه من صداق، وإن كان منه فلا يَرْجِعُ عليها ممَّا اشترت به الجهاز، إن كان أَذِنَ لها بالشِّراء أو بعلمه أو بما جرى به العُزْفُ⁴، وذلك لأنَّ "المَعْرُوفُ عُرْفًا كَالْمَشْرُوطِ شَرْطًا"⁵.

الترجيح: بعد عرض أقوال الفقهاء فالذي يترجَّح للباحث هو قول المالكية، والحنابلة، وبعض الباحثين المعاصرين⁶ الذين فرَّقوا بين ما إذا كان العُدُول من الخاطب أو من المخطوبة؛ فإن كان العُدُول من الخاطب، فمن الظُّلم إجبار المخطوبة على ردِّ الصَّدَاق نقدًا؛ لأنَّها ستتضرر في حالة ما تصرف في الصَّدَاق بأن حولته إلى جهاز مثلاً، ففي مثل هذه الحالة الخسارة النَّاتِجَةُ عن قيمة الجهاز والمبلغ المؤدى فيه يَتَحَمَّلُها الخاطب، أو للمخطوبة الخيار بين ردِّ الصَّدَاق نقدًا أو تسليم الجهاز؛ حيث يتحمَّل الخاطب تبعات الصَّدَاق، ولا تُجْبَرُ المخطوبة على تَمْلُكِ الأشياء التي اشترتها بسبب العزم على الزَّواج.

أمَّا إن كان العُدُول منها فعليها أن تردَّ الصَّدَاق كما هو، ولا يُرْغَمُ الخاطب على قبول اللباس أو الفراش عوض الصَّدَاق؛ لأنَّه إذا لم يجد من يشتريه قد يبيعه بأبخس الأثمان فنجمع عليه ضررين؛ ضرر العُدُول، وضرر إنقاص قيمة الصَّدَاق. ويُؤخَذ بعين الاعتبار المتسبب في العُدُول،

¹ ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، 196/3-198. والقليوبي، حاشية قليوبي، 216/3.

² يُنظر: أسامة محمد منصور الحموي، أثار العُدُول عن الخِطْبَةِ في الفقه والقانون - دراسة مقارنة - (مقال)، ص 449.

³ الزُّرقاني، شرح الزُّرقاني على مختصر خليل، 4/55. والرَّحبياني، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، 5/214.

⁴ يُنظر: أبو مالك كمال، صحيح فقه السُّنَّة وأدلَّته، 3/126.

⁵ أحمد الزُّرقا، شرح القواعد الفقهية، 1/137.

⁶ يُنظر: محمد محدة، الخِطْبَةُ والزَّواج، ص 59. والعربي بلحاج، أحكام الرُّوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، ص 159.

وعمداد شريفي، اعتبار العُزْف في مسائل الزَّواج وآثاره في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، ص 80-81.

الباب الأول: أثر العرف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

فيمكن للخاطب أن يعدل عن هذه الخطبة ويسترد قيمة الصّدق حتى ولو اشترت به الجهاز؛ لوجود سبب مشروع للعدول؛ كأن يكتشف عيباً في المخطوبة لم يعلمه من قبل، ففي هذه الحالة يسترد كامل الصّدق إن كان قائماً، أو قيمته إذا استهلك، أو مثله إذا كان مثلياً؛ لأنها هي السبب في العدول، وكذلك إن كان العدول منها، وكانت قد اشترت بالصدّق جهازاً، أو بعد اكتشاف عيب في الخاطب ولم تكن تعلم به -وهو سبب مشروع-، فهذا تحيّر بين ردّ قيمة الصّدق أو إعطائه للجهاز، لأنّه هو المتسبب في العدول¹.

ثانياً- أثر العرف في حكم الصّدق المّعجل عند العدول عن الخطبة في التشريع الجزائري: تفصيل هذه المسألة يكون من الناحيتين الآتيتين:

أ. من الناحية التشريعية: لم يتعرّض المشرّع مطلقاً في نصوص قانون الأسرة² لمسألة تقديم الصّدق من الخاطب إلى مخطوبته أو أوليائها أثناء الخطبة وقبل انعقاد العقد، ولم يبيّن حكمه بعد عدول أحدهما؛ ذلك أنّ الصّدق لا يجب للمرأة إلّا بالعقد الصحيح. على أن يثبت الصّدق كاملاً كما نصّت المادة: 16 من ق أ ج بالدخول، أو بوفاة الزوج بعد إتمام عقد الزواج³.

وتنفيذاً لنصّ المادة: 222 من القانون نفسه، والتي تُحيلنا إلى أحكام الشريعة، هذه الأخيرة تلزم المخطوبة بردّ الصّدق كاملاً بغض النظر عن الطّرف العادل وسبب العدول؛ لأنّ الصّدق حكم من أحكام العقد وأثر من آثاره، وما دام أنّ الزواج لم يتم فعلاً، فلا حقّ لها في الاحتفاظ بالصّدق، لأنّه حقّ خالص للزوج⁴؛ تطبيقاً لمبدأ عدم الإثراء بلا سبب مشروع، لذا وجب على المرأة ردّه⁵. وإن كان البحث يحث المشرّع إلى اعتماد الأسلوب المباشر من خلال بيانه للحكم التفصيلي والتّنصيب على هذه المسألة -مصير الصّدق خلال الخطبة قبل العقد وبعد العدول-

¹ يُنظر: محمّد محدة، الخطبة والزواج، ص 60.

² يُنظر: القانون رقم: 11/84، معدل ومتمم بالأمر رقم: 02/05 سالف الذّكر.

³ يُنظر: حاج أحمد عبد الله، العدول عن الخطبة وأثره في استرداد المهر والهدايا (مقال)، ص 180.

⁴ يُنظر: حسين طاهري، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، ص 13.

⁵ يُنظر: العربي بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، ص 158.

الباب الأول: أثر العُزف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

في نصوص قانونه للأسرة باعتبارها مسألة قائمة بذاتها، من خلال اتباع ما ذهب إليه المذهب المالكي والحنبلي اللذان اعتبرا العُزف حلاً لهذه المسألة¹.

ب. من الناحية القضائية: بالرجوع إلى اجتهادات المحكمة العليا نجد أنّها قضت برد الصداق المعجل في الخطبة في قرارها المؤرخ في 1993/7/13م: "من المقرر قانوناً، أنّه يتوجّب على المرأة المخطوبة عند عدولها عن إتمام الزواج، أن تردّ ما لم يستهلك وغيرها. ولا تستحقّ الزوجة نصف الصّداق إلّا عند الطّلاق قبل الدّخول"²، لأنّه في حالة العدول عن الخطبة يكون للخاطب الحقّ في استرجاع ما قدّمه من صداق قليله وكثيره؛ لأنّ الصّداق وجب بالعقد، وهو أثر من آثاره، وما دام عقد الزواج لم يتم فلا حقّ لها في أخذ الصّداق، بل هو حقّ خالصّ للزوج. فعليها ردّ ما قبضته من صداق لانعدام مبرر أخذه³. غير أنّه من المتعارف عليه غالباً في المجتمع الجزائري أنّ الصّداق يُدفع أثناء العقد أو بعده، وليس أثناء الخطبة⁴.

وإنّ كان يُدفع بعدها في بعض المناطق الجنوبية كالوادي وبعض نواحي بسكرة. فالواقع أثبت تعجيل دفع الصّداق في مرحلة الخطبة مع ما يُصاحبها من عدول عنها، ويترتب عنه من التنازع بشأن الصّداق المعجل بين الخاطبين. ثم إنّ عدم وجود نص قانوني لحلّ هذه المسألة، دفع بالمشرّع إلى الاعتماد على أسلوب الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية؛ فهذه الأخيرة تقرّ بوجوب ردّ المخطوبة كامل الصّداق للخاطب؛ لأنّها هي المتسببة في ذلك، فتتحمل الخسارة، وعليها ردّ مثل الصّداق أو قيمته إلى الخاطب. أمّا إنّ كان العدول منه فمن الظلم تحمّلها تبعات الصّداق، بل عليه أن يتحمّل تبعات ذلك، فإذا بقي أحد من الدّائنين لم يستوفِ حقّه كالنّجار أو غيره، فلا بُدّ من استيفاء حقّه من قيمة الصّداق⁵.

¹ يُنظر: محمد منصور ونور الدين مناني، أثر العُزف في أحكام الصّداق -دراسة مقارنة بين الفقه المالكي والتشريع الجزائري- (مقال)، ص375.

² ملف رقم: 92714، قرار بتاريخ 1993/7/13م، قرار مذكور سابقاً، ص135.

³ يُنظر: محمد محدة، الخطبة والزواج، ص59. وحسين طاهري، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، ص13.

⁴ يُنظر: حاج أحمد عبد الله، العدول عن الخطبة وأثره في استرداد المهر والهدايا (مقال)، ص180.

⁵ يُنظر: محمد محدة، المرجع السّابق، ص59. ومحمد منصور ونور الدين مناني، المرجع السّابق، ص375.

الفصل الثاني: أثر العُرف في أحكام الزواج

في الفقه الإسلامي والتّشريع الجزائريّ

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأوّل: أثر العُرف في حقيقة الزواج

في الفقه الإسلاميّ والتّشريع الجزائريّ

المبحث الثاني: أثر العُرف في الشُّروط الموضوعيّة

بعقد الزواج في الفقه الإسلاميّ والتّشريع الجزائريّ

المبحث الثالث: أثر العُرف في حقوق الزوجين والأبناء

في الفقه الإسلاميّ والتّشريع الجزائريّ

المبحث الأول: أثر العُرفِ في حقيقة الزَّواج

في الفقه الإسلاميّ والتَّشريع الجزائريّ

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: أثر العُرفِ في مفهوم الزَّواج والنِّكاح

في الفقه الإسلاميّ والتَّشريع الجزائريّ

المطلب الثاني: أثر العُرفِ في أركان عقد الزَّواج

في الفقه الإسلاميّ والتَّشريع الجزائريّ

المطلب الثالث: أثر العُرفِ في الاشتراط بعقد الزَّواج

في الفقه الإسلاميّ والتَّشريع الجزائريّ

الباب الأول: أثر العُرف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتّشريع الجزائري

بعد أن تَكْتَمِلَ مرحلة الخطبة وَيَتَزَكَّنَ الخاطبين لبعضهما، فَإِنَّهُمَا يُقَدِمَانِ على مرحلة جُدد مُهمّة، وهي مرحلة الزّواج، هذا الرّباط المقدس الذي أحاطه الشّارع الحكيم والمشرع الجزائري بجملة من الضوابط لتحقيق جملة من المقاصد، غير أنّه في بعض الأحيان نجد البعض يُطلق على هذا العقد بعقد النّكاح، والبعض الآخر يسميه بعقد الزّواج، هذا الأخير يتفق فقهاء الشريعة والقانون على أنه يقوم على ركن أساسي فيه وهو ركن الرضا. كما يمكن لكلا الزوجين أن يشترط بهذا العقد ما يريانه من الشروط المناسبة لهما.

وفي هذا المبحث لا بدّ أن أبدأ ببيان عن أثر العُرف في كلّ من مفهومي الزّواج والنّكاح في (مطلب أوّل)، ثم أتحدّث عن أثر العرف في أركان عقد الزّواج مُحدّداً إياها، ومركّزاً على ركن الرضا في عقد الزّواج، وعلى صيغ وألفاظ انعقاد هذا العقد في (مطلب ثانٍ)، ثم أبرز أثر العرف في الاشتراط بعقد الزّواج في (مطلب ثالث) وكلّ ذلك في الفقه الإسلامي والتّشريع الجزائري. وفيما يأتي بيان كلّ ذلك:

المطلب الأول: أثر العرف في مفهوم الزواج والنكاح

في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

بعد أن تَكْتَمِلَ مرحلة الخطبة وَيَتَكَنَّ الخاطبين لبعضهما، فَإِنَّهُمَا يُقْدِمَانِ على مرحلة الزواج، هذا الرِّبَاط المقدس الذي شرعه الشارع الحكيم والمشرع الجزائري لتحقيق جملة من المقاصد. لذا سأَتَحَدَّثُ في هذا المطلب عن أثر العرف في تحديد مفهوم الزواج في (فرع أول) ثم أثره في مفهوم النكاح في (فرع ثانٍ) وكل ذلك في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، وفيما يأتي بيانهما:

الفرع الأول: أثر العرف في تعريف الزواج في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

وتفصيل الكلام في هذا الفرع يكون على النحو الآتي:

أولاً- التعريف اللغوي للزواج: الزواج في اللغة: هو الجمع والضم والاقتراب، وقيل: هو اقتران أحد الشيئين بالآخر وازدواجهما بعد أن كان كل واحد منهما منفرداً عن الآخر¹، ومن ذلك قوله **عَلَّامٌ: ﴿وَرَوَّجْنَاهُمْ بِحُورٍ عِينٍ﴾ [الدُّخَان: 54]**؛ "أي قَرَنَّاَهُمْ بِحُورٍ عِينٍ"². وقوله **عَلَّامٌ: ﴿وَإِذَا النُّفُوسُ زُوِّجَتْ﴾ [التَّكْوِير: 07]**؛ "أي قُرِنَتْ بِأَبْدَانِهَا"³. فمعنى الزواج في اللغة يأتي بمعنى: الضم والوطء والجمع والتداخل والاختلاط والاقتران.

ثانياً- التعريف الاصطلاحي للزواج: أبدأ بتعريفه عند فقهاء الشريعة الإسلامية القدماء ثم عند المعاصرين، ثم عند المشرع الجزائري، على النحو الآتي:

1. تعريف الزواج عند فقهاء الشريعة الإسلامية: أورد تعريفه عند فقهاء المذاهب الأربعة ثم عند المعاصرين، أذكرها كالآتي:

أ. عرفه فقهاء المذاهب الفقهية: فعرفه الحنفية: بأنه "عَقْدٌ يَرُدُّ عَلَى مِلْكِ الْمُتَعَةِ قَصْداً"⁴. وذكر المالكية أنه: "عَقْدٌ عَلَى مُجَرَّدِ مُتَعَةٍ التَّلَذُّذِ بِأَدَمِيَّةٍ"⁵. وقال الشافعية والحنابلة بأنه: "عَقْدٌ يَتَضَمَّنُ

¹ يُنْظَرُ: الرَّازِي، مختار الصحاح، ص 280. وابن منظور، لسان العرب، 2/292. والفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، 1/258. وأحمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، 2/1006. وفي كلها مادة: زَوْجَ.

² الصَّابُونِي، صفوة التفسير، 3/165.

³ البيضاوي، أنوار التنزيل وأسرار التأويل، 5/289.

⁴ ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، 3/85. ونظام الدين البلخي وآخرون، الفتاوى الهندية، 1/267.

⁵ الخطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، 3/403.

الباب الأول: أثر العُزف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

إِبَاحَةً وَطَءٍ بِلَفْظِ إِنْكَاحٍ أَوْ تَزْوِيجٍ أَوْ تَرْجَمَتِهِ"¹. والملاحظ على هذه التعريفات أنَّها مُتقاربة في المعنى، وهي تُؤدِّي في جملتها إلى أنَّ موضوع عقد الزواج هو امتلاك المتعة على الوجه المأذون فيه شرعاً، وأنَّ الغرض منه في العُزف والشرع هو جعل هذه المتعة حلالاً، وهي إحدى أغراض الزواج ومقاصده، بل إنَّ غرضه أو مقصده الأسمى هو التَّناسل وحفظ النوع الإنساني².

ب. عرفه بعض المعاصرين: فقال أحدهم: "إنَّه عقدٌ يتضمَّن إباحة الاستمتاع بالمرأة، بالوطء والمباشرة والتَّقبيل والضَّم وغير ذلك، إذا كانت المرأة غير مُحَرَّم عنه بنسبٍ أو رضاعٍ أو صهرٍ"³. وذكر آخر بأنَّه: "عقد الرَّجل على امرأة تحلُّ له شرعاً، بحيث يُفِيدُ حِلَّ استمتاع كلٍّ من المتعاقدين بالآخر على الوجه المشروع، ويجعل لكلٍّ منهما حقوقاً وواجبات على الآخر"⁴.

2. تعريف الزواج في التشريع الجزائري: عرَّفه المشرِّع في المادة: 4 من ق أ ج، بأنَّه: "الزَّواج هو عقدٌ رضائيٌّ يتمُّ بين الرجل والمرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودَّة والرَّحمة والتَّعاون وإحصان الزَّوجين والمحافظة على الأنساب"⁵. فالمشرِّع في هذا التعريف قد ركَّز على الرِّضائية، التي لم تكن موجودة قبل التعديل⁶ للدَّلالة على أنَّ عقد الزواج أساسه الرِّضا الذي الذي هو العنصر الجوهرية فيه⁷، فهو يقوم على تقابل إرادتي الرجل والمرأة عن طريق اقتران الإيجاب والإيجاب والقبول (م 9 المعدلة وم 10 من ق أ ج). وهذا تعديل سليم وفي محله؛ لأنَّ الزَّواج من أسمى العقود المدنيَّة الرِّضائية، وأعظمها شأنًا في حياة الفرد وفي بناء المجتمع⁸.

¹ الشَّريفي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، 200/4. والبهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، 5/5.

² يُنظر: محمد أبو زهرة، الأحوال الشَّخصيَّة، ص 17. ومخفوظ بن صغير، أحكام الزَّواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل، ص 28.

³ وهبة الزُّحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، 23/9.

⁴ العربي بلحاج، أحكام الزَّوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، ص 85.

⁵ المادة: 4 من الأمر رقم: 02/05 المؤرخ في: 2005/02/27م.

⁶ تنصُّ المادة: 4 من القانون رقم: 11/84 على أنَّ "الزَّواج عقدٌ يتمُّ بين الرَّجل والمرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودَّة والرَّحمة والتَّعاون وإحصان الزَّوجين والمحافظة على الأنساب".

⁷ يُنظر: الرُّشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، ص 24.

⁸ يُنظر: العربي بلحاج، المرجع السَّابق، ص 87-88.

الباب الأول: أثر العُرف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

وبذلك يكون قد ركّز في تعريفه للزَّواج على غاية العقد، وهي تكوين أسرة أساسها المودّة والرَّحمة، وهدفها إحسان الزَّوجين والمحافظة على الأنساب¹.

وهذا ما يتناسب مع ما قرّره الشريعة الإسلامية، من أنّ للزَّواج مقاصد الأصلية وأخرى التبعية، فيكون المشرّع حدد المقصد الأصلي بقوله: "تكوين أسرة والمحافظة على الأنساب"، والتبعية بقوله: "إحسان الزَّوجين"². وقد راعى المشرع في تعريفه للزواج واستعماله لهذا المصطلح أعراف النَّاس وعاداتهم.

3. تعريف الزواج في العُرف: مما شاع في الشَّرْع والعُرف استعمال لفظ الزَّواج بدلاً من لفظ النِّكاح، فلفظ الزَّواج ينصرف إلى العقد الذي يُضفي صفة الشرعية على علاقة الاقتران بين الزَّوجين على سبيل الدَّوام لتكوين أسرة، فيصبح هذا المعنى عند الإطلاق، وهو الأدق³.

الفرع الثاني: أثر العرف في مفهوم النِّكاح في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

لفظ "النِّكاح" من الألفاظ المشتركة التي تحمل معنيين؛ إمّا العقد أو الوطء، وهذا ما سألينه في كلٍّ من الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، وأظهر أثر العرف فيه، وبيان ذلك يكون كالآتي:

أولاً- أثر العرف في مفهوم النِّكاح في الفقه الإسلامي: أوضح ذلك على النحو الآتي:

1. **النِّكاح في اللغة:** الزَّواج والمباذعة، ونكح فلان امرأةً ينكحها نكاحاً إذا تزوجها⁴. قال صاحب "معجم مقاييس اللغة": "النُّون والكاف والحاء أصلٌ واحد، وهو البِضَاعُ. وَنَكَحَ يَنْكَحُ. وامرأةٌ نَكِيحٌ في بني فلان؛ أي ذات زَوْجٍ منهم"⁵. وقيل: النِّكاح في اللغة يُرادُّ به الوطء، وقد يُرادُّ به العقد، كما تدلُّ على ذلك إطلاقات العرب وشواهدهم الشعرية، فقيل: النِّكاح، بالكسر، في كلام العرب: الوطء في الأصل، وقيل: هو العَقْدُ له، وهو التَّزْوِيج، لأنَّه سببٌ للوطء المباح،

¹ يُنظر: سليمان ولد خصال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، ص23. والعربي بلحاج، أحكام الزَّوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، ص87-88.

² يُنظر: سعادي لعلّ، الزَّواج وانهلاله في قانون الأسرة الجزائري -دراسة مقارنة-، ص21.

³ يُنظر: عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ص18.

⁴ يُنظر: ابن منظور، لسان العرب، 625/2. والفيروزآبادي، القاموس المحيط، 314/1. وفي كليهما مادة: نَكَحَ.

⁵ ابن فارس. معجم مقاييس اللغة، مادة: نَكَحَ، 475/5.

الباب الأول: أثر العُزف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

والنكاح: الوطء، وقد يكون العقد. واستعماله في الوطء والعقد مما وَقَعَ فيه الخلاف، هل هذا حقيقة في الكل أو مجاز في الكل، أو حقيقة في أحدهما مجاز في الآخر¹.

2. تعريف النكاح في اصطلاح الفقهاء وعُرفهم الخاص: لقد حصل الخلاف بين الفقهاء في تحديد حقيقة النكاح، وذلك بسبب ورود نصوص من الكتاب والسنة بلفظ النكاح وأريد بها العقد، وفي مواطن أخرى أُريد بها الوطء. فهل يكون لفظ النكاح حقيقة في العقد، أم في الوطء، أم في مجموعهما؟ فجاءت أقوالهم كالاتي:

القول الأول: لفظ النكاح حقيقة في العقد والوطء بالاشتراك اللفظي، فلا يتعين أحدهما إلا بقرينة، فإذا قيل: نكح في بني فلان، فالمراد العقد، وإن قيل: نكح زوجته، فالمراد الوطء. وهو قول للحنفية، والمالكية²، ووجه للشافعية، والقول الأشهر عند الحنابلة³. واحتجوا على ذلك بأن لفظ النكاح قد أُستعمل لمعنى الوطء ولمعنى العقد، وما دام أنه تحقق الاستعمال فيهما، فالأصل الحقيقة عند الإطلاق⁴.

ورّد عليهم بأن اللفظ إذا دار بين الاشتراك والمجاز، فالمجاز أولى لأنه أبلغ وأغلب، ولأن المشترك يحتاج إلى قرينة دالة على المراد. ويدخل تحت هذا القول بأن النكاح حقيقة في الضمّ الشامل للعقد والوطء فيكون حقيقة فيهما بالاشتراك المعنوي⁵.

القول الثاني: لفظ النكاح حقيقة في العقد مجاز في الوطء، وهو قول الجمهور⁶، واحتجوا بأدلة من القرآن والسنة ولسان أهل العُزف، وأنه ليس في القرآن لفظ "نكاح" بمعنى "وطء" إلا في قوله ﷺ: ﴿حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ [البقرة: 230]⁷. ولما روته أم المؤمنين السيدة عائشة رضي الله عنها

¹ يُنظر: الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، مادة: نكح، 195/7.

² ابن الهمام، فتح القدير، 185/3، والخرشي، شرح مختصر خليل، 164/3.

³ الشَّريني، مغني المحتاج، 201/4، والمرداوي، الإنصاف في معرفة الرَّاجح من الخلاف، 5/8.

⁴ يُنظر: البهوتي، دقائق أولي النهى لشرح المنتهى، 621/2.

⁵ ينظر: ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، 82/3.

⁶ الخرشي، المصدر السابق، 165/3، وسليمان الجمل، حاشية الجمل على شرح المنهج، 115/4. والمرداوي، المصدر السابق، 4/8.

⁷ عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، ص 11.

الباب الأول: أثر العُزف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

عن النَّبِيِّ ﷺ: «لَا، حَتَّى تَذُوقِي عُسَيْلَتَهُ وَيَذُوقَ عُسَيْلَتِكَ»¹. وَلَأنَّهُ لَا يَصِحُّ نَفْيُ النِّكَاحِ عَنِ الْوُطْءِ، فَيُقَالُ: هَذَا نِكَاحٌ وَلَيْسَ بِسَفَاحٍ، وَصَحَّةُ النَّفْيِ ذَلِيلُ الْمَجَازِ، وَلَأنَّهُ يَنْصَرِفُ إِلَيْهِ عِنْدَ الْإِطْلَاقِ وَلَا يَتَبَادَرُ الذَّهْنُ إِلَّا إِلَيْهِ². وعن علي رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «خَرَجْتُ مِنْ نِكَاحٍ وَلَمْ أَخْرُجْ مِنْ سَفَاحٍ»³.

وبأنَّ أصل النِّكَاحِ للعقد، ثمَّ أُسْتَعِيرَ للجَماع، ومُحالٌ أَنْ يَكُونَ فِي الْأَصْلِ لِلْجَماعِ، ثُمَّ أُسْتَعِيرَ للعقد؛ لِأَنَّ أَسْمَاءَ الْجَماعِ كُلَّهَا كِنَايَاتٌ لاسْتِغْبَاحِهِمْ ذَكَرُهُ كاسْتِغْبَاحِ تَعَاطِيهِ، ومُحالٌ أَنْ يَسْتَعِيرَ مَنْ لَا يَقْصِدُ فَحْشًا اسْمَ مَا يَسْتَفْظِعُونَهُ لِمَا يَسْتَحْسِنُونَهُ⁴. وقد نُوقِشَ ذَلِكَ بِأَنَّ كُلَّ مَوْضِعٍ مُجْمَلٍ فِيهِ لَفْظُ النِّكَاحِ عَلَى الْعَقْدِ كَانَ لِذَلِكَ قِطْرٌ بِهِ⁵، وهذا ليس محلّ نزاع، وإِنَّمَا محلّ النزاع هو أَنَّ يُطْلَقَ لَفْظُ النِّكَاحِ مِنْ غَيْرِ أَنَّ يَقْتَرَنَ بِهِ مَا يَدُلُّ عَلَى كَوْنِهِ بِمَعْنَى الْعَقْدِ أَوْ الْوُطْءِ⁶.

القول الثالث: لفظ النِّكَاحِ حقيقة في الوطء مجاز في العقد، ذهب إلى ذلك الحنفية في الأصح عندهم⁷، وهو وجه عند الشافعية⁸، وقول للحنابلة⁹. واحتجوا بأنَّه وَرَدَ لَفْظُ النِّكَاحِ بِمَعْنَى بِمَعْنَى الْوُطْءِ فِي قَوْلِهِ ﷺ: «الزَّانِي لَا يَنْكِحُ إِلَّا زَانِيَةً» [النور: 03]، «وَهَذَا خَبَرٌ مِنَ اللَّهِ تَعَالَى بِأَنَّ الزَّانِي لَا يَطْأُ إِلَّا زَانِيَةً»¹⁰، فيكون المراد هنا بالنِّكَاحِ الوطء بدليل الحديث سالف الذكر: «خَرَجْتُ مِنْ نِكَاحٍ...»، «أَيُّ مَتَوْلَدٌ مِنْ نِكَاحٍ لَا زَنَّا فِيهِ»¹¹؛ بِمَعْنَى خَرَجْتُ مِنْ وَطْءٍ حَلَالٍ

¹- مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ؛ رواه البخاري في صحيحه، كتاب الطَّلَاق، باب إذا طلق ثلاثاً ثم تزوجت بعد العدة زوجاً غيره فلم يمسها، رقم: 5317، 56/7. ومسلم في صحيحه، كتاب النِّكَاحِ، باب لا تحلُّ المطلق ثلاثاً لمطلقها حتى تنكح زوجاً غيره، وَيَطْأَهَا، ثُمَّ يُفَارِقُهَا وَتَنْقُضِي عِدَّتُهَا، رقم: 1433، 2/1055.

²- يُنْظَرُ: البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، 5/5.

³- رواه الآجري في الشريعة، كتابُ الْإِيمَانِ وَالتَّصَدِيقِ بِأَنَّ الْجَنَّةَ وَالنَّارَ مَخْلُوقَتَانِ، بابُ ذِكْرِ قَوْلِ اللَّهِ ﷻ: «وَتَقْلُبُكَ فِي السَّاجِدِينَ» [الشعراء: 219]، رقم: 957، 3/1417. قال عنه الألباني: "حديثٌ حسنٌ". إرواء الغليل، 6/330.

⁴- الرَّاعِبُ الْأَصْفَهَانِي، المفردات في غريب القرآن، 1/823.

⁵- يُنْظَرُ: السَّرْحَسِي، المبسوط، 4/192.

⁶- عبد الله الحمدان، أثر العُزف في كتاب النِّكَاحِ، ص 57.

⁷- ابن الهمام، فتح القدير، 3/187. وابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، 3/82.

⁸- الشَّرِينِي: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، 4/200.

⁹- المرداوي، الإنصاف في معرفة الرَّاجِحِ مِنَ الْخِلَافِ، 8/4. والبهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، 5/5.

¹⁰- ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، 6/7.

¹¹- المناوي، التيسير بشرح الجامع الصغير، 1/514.

الباب الأول: أثر العزف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

وليس حراماً. وعندهم لفظ العقد أُسْتُعِيرَ مجازاً من الوطء، وذلك أَنَّ الْعَقْدَ إِنَّمَا سُمِّيَ نِكَاحًا؛ لِأَنَّهُ سَبَبٌ يُتَوَصَّلُ بِهِ إِلَى الْوَطْءِ تَسْمِيَةُ الشَّيْءِ بِاسْمِ غَيْرِهِ إِذَا كَانَ مِنْهُ سَبَبٌ أَوْ مُجَاوِرًا لَهُ، "مِثْلُ الشَّعْرِ الَّذِي يُؤَلَّدُ الصَّبِيُّ وَهُوَ عَلَى رَأْسِهِ يُسَمَّى عَقِيْقَةً، ثُمَّ سُمِّيَتِ الشَّاةُ الَّتِي تُذْبَحُ عَنْهُ عِنْدَ خَلْقِ ذَلِكَ الشَّعْرِ عَقِيْقَةً"¹.

ومن ذلك قول الشاعر: التَّارِكِينَ عَلَى طُهُرٍ نِسَاءَهُمْ *** وَالتَّائِكِينَ بِشَطَطِي دِجْلَةَ الْبَقَرَا²
واعترض عليهم: بأنَّ معنى النِّكَاحِ في الكتاب كان بمعنى العقد والتزويج، ويُستثنى من ذلك قوله **﴿حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾** [البقرة: 230]، لأنَّ شرط الوطء في التحليل إِنَّمَا ثَبَتَ بِالسُّنَّةِ والعقد لا بُدَّ منه، ورُدَّ عليهم أَنَّ هذه الآية: **﴿تَنْكِحَ زَوْجًا﴾**، في معنى حتى تتزوج زوجاً غيره؛ أي يُعَقَّدَ عليها، ومفهومه أَنَّ هذا كافٍ بمجردده لكن يَبَيِّنُ السُّنَّةُ أَنَّهُ لا عبرة بمفهوم الغاية، وَأَنَّهُ لا بُدَّ بعد العقد من ذوق العسيلة³. وهي قرينة تدلُّ على الوطء للحديث النبوي: «حَتَّى تَذُوقِي عُسِيلَتَهُ وَيَذُوقَ عُسِيلَتَكَ»⁴.

كما أَنَّهُ ورد في السُّنَّةِ لفظ النِّكَاحِ حقيقة بمعنى الزَّوَاجِ، وورد أيضاً مجازاً بمعنى الوطء الحلال الناشئ عن عقد الزَّوَاجِ في الحديث سالف الذكر، حيث قَصَدَ خَرَجْتُ من زواج لا سفاح، فحُمِلَ لفظ النِّكَاحِ على الوطء لوجود قرينة المجاز "خَرَجْتُ"، وقرينة مقابلة السَّفَاحِ للنِّكَاحِ، فيكون معناه وُلِدْتُ من وطء حلال في زواج لا من وطء حرام⁵، فالأصل في لفظ النِّكَاحِ الزَّوَاجِ لكنَّ القرينة هي التي جعلته وطءاً في زواج حلال. وأمَّا البيت الشعري فيُحْمَلُ على الوطء بالقرينة أيضاً وهي الإضافة إلى البقر فيُسْتَفَادُ أَنَّ المراد وطء البقر⁶.

الترجيح: بعد عرض أقوال الفقهاء وأدلتهم وما يطرأ عليها من مناقشة، يتبين للباحث رُجْحَانُ القول الأول وهو أَنَّ لفظ النِّكَاحِ حقيقة في كلٍّ من العقد والوطء؛ لِأَنَّهُ أُسْتُعِلَ في كلا المعنيين، والأصل في الاستعمال الحقيقة، ولا تَمَيِّزُ لأحدهما على الآخر، إذ لكلٍّ منهما شواهد تدلُّ

¹ الجصاص، أحكام القرآن، 50/3.

² صاحب هذا البيت الشعري هو الْفَرَزْدَق. يُنظر: الفارابي، معجم ديوان الأدب، 151/2.

³ يُنظر: عlish، منح الجليل شرح مختصر خليل، 154/3. والزرقي، شرح الزُّرقاني على مختصر خليل، 287/3.

⁴ الحديث سبق تخريجه، ص 146.

⁵ يُنظر: عبد النَّاصر العطار، الوسيط في أحكام الأسرة في الإسلام - الزَّوَاجِ -، 9/2.

⁶ يُنظر: الفارابي، معجم ديوان الأدب، 151/2. والنسفي، طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية، ص 38.

الباب الأول: أثر العُرف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

عليه في اللغة وفي الاصطلاح، فلا مُرَجِّح لأحدهما على الآخر، ثمَّ إِنَّ أغلب المواضع التي اسْتَشْهَدَ بها كلا الفريقين لها قرائن تُرَجِّحُ أحد المعنيين، وما جاء مُطلقاً فقد وقع فيه الخلاف.

ثانياً- أثر العرف في حقيقة لفظ النِّكاح في التشريع الجزائري: لقد زاحم المشرع بين لفظي "النِّكاح" والزَّوَاج" في الاستعمال، فاستعملَ لفظ "النِّكاح" في الفصل الثالث المتعلّق بالنِّكاح الفاسد أو الباطل (المواد من 32 إلى 35 من ق أ ج)، أو في بعض المواد (المادة: 1/10 من ق أ ج مثلاً). كما استعملَ لفظ "الزَّوَاج"، كعنوان للكتاب الأول: "الزَّوَاج والحلاله"، ولللباب الأول: "الزَّوَاج"، واختار لفظ "الزَّوَاج" عند تعريفه للزَّوَاج (المادة: 4 من ق أ ج قبل تعديلها وبعده)، ولعلّه أراد بذلك مراعاة عُرف النَّاس من جهة، والابتعاد عن الاختلاف الفقهي الواقع حول حقيقة لفظ النِّكاح من جهة ثانية. وإن كان البعض يرى أنَّ مدلولهما في الاصطلاح الفقهي والقانوني بمعنى واحد¹.

ثمَّ إِنَّ أثر العُرف يظهر في كونه قرينة تُرَجِّحُ أحد المعنيين، ففي العُرف أَنَّ مَنْ أَطْلَقَ لَفْظَ "النِّكاح"، ولم يَتَزَوَّجْ بَعْدُ فَإِنَّهُ يُرَادُ به العقد، خلافاً لِمَنْ أَطْلَقَ لَفْظَ "النِّكاح" وهو مُتَزَوَّجٌ فَإِنَّهُ يَقْصِدُ به الوطء².

وبناء على ما سبق؛ يكون المشرع الجزائري قد وظَّفَ لفظ "الزَّوَاج" أكثر من لفظ "النِّكاح" في نصوصه وقراراته، وذلك راجع لشيوع لفظ "الزَّوَاج" وكثرة استعماله في أعراف النَّاس وعاداتهم، إذ هو لفظ مرادفٌ لاقتِران الرجل بالمرأة على سبيل الدَّوام والاستمرار لتكوين أسرة، بحيث إذا أُطْلِقَ لفظ الزَّوَاج فَإِنَّهُ لا يُقصد منه إِلَّا هذا المعنى. والعادة مُحْكَمَةٌ ما دامت أُمَّها لا تُخالف نصّاً شرعياً ولا تُعارض مصلحة عامة أو خاصّة، وأنّه قد شاع هذا المصطلح بين النَّاس شيوعاً بيّناً، فضلاً عن أَنَّ هذا المصطلح لا يُفضي إلى أيّ اختلاف فقهي كما هو شأن مُصطلح "النِّكاح"³.

¹ يُنظر: العربي بلحاج، أحكام الزَّوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، ص 85. وسليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، ص 17.

² عبد الله الحمدان، أثر العُرف في كتاب النِّكاح، ص 58.

³ يُنظر: سليمان ولد خسال، المرجع السابق، ص 19.

المطلب الثاني: أثر العُرف في أركان عقد الزواج

في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

عقد الزواج عقد عظيم الشأن يقوم على جملة من الأركان الأساسية نظمها الشريعة الإسلامية وكذا المشرع الجزائري، لذا ارتأيت أن أعرف بأركان عقد الزواج وأحددها في (فرع أول)، ثم تحدّثت عن أثر العرف في ركن الرضا في عقد الزواج في (فرع ثانٍ). وفيما يأتي بيانهما:

الفرع الأول: تعريف أركان الزواج وتحديد أركانها في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

فيه أبدأ بتعريف أركان الزواج (أولاً)، ثم تحديد أركانه (ثانياً). وكلٌّ منهما في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري. وفيما يأتي تفصيلهما كالآتي:

أولاً-تعريف أركان الزواج: اختلف الفقهاء في تعريف الركن، فعرفه جمهور الفقهاء بقولهم: "هو ما لا توجد ماهية الشرعية إلاّ به، أو ما تتوقف عليه حقيقة الشيء، سواء أكان جزءاً منه أم خارجاً عنه"¹. أمّا عند الحنفية "فالرّكن: هو ما يتوقّف عليّه وجود الشيء وكان جزءاً من ماهيته"². وركن الزواج عندهم الإيجاب والقبول فقط، وما عدا ذلك فشرط لانعقاده، وقد سار المشرع الجزائري على هذا المنوال بعد تعديله لقانون الأسرة سنة 2005م

ثانياً-تحديد أركان عقد الزواج في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري: أشرع في بيانها على النحو الآتي:

1. أركان الزواج في الفقه الإسلامي: لقد ترتّب على اختلاف الفقهاء حول تحديد معنى الركن، اختلافهم في تحديد عدد أركان الزواج. فذكر جمهور الفقهاء أنّ للزّواج عدّة أركان. أمّا الحنفية فحدّدوا للزّواج ركنًا واحدًا فقط، في حين عند جمهور الفقهاء أنّ له أركاناً عدّة، مع وجود اختلاف ظاهر فيما بينهم. فالمشهور عند المالكية أركانه ثلاثة؛ وهي: الحلّ، والوليّ، والصّيغة³. وذكر بعضهم أنّها أربعة؛ وهي: الزّوج، والزّوجة، والصّيغة والوليّ⁴. ومنهم من قال: إنّها خمسة أركان،

¹ - الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 220/2. والبحري، تحفة الحبيب على شرح الخطيب، 379/1-380.

والبهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، 37/5.

² - ابن عابدين، ردّ المختار على الدر المختار، 93/1. والسرّحسي، أصول السرّحسي، 174/2.

³ - يُنظر: الدسوقي، المصدر السابق، 220/2.

⁴ - يُنظر: خليل، مختصر العلامة خليل، 36/1.

الباب الأول: أثر العُزف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

بزيادة الصَّدَاق¹. وأمّا عند الشافعية فأركانها أربعة؛ صِيعَةٌ، وَزَوْجَةٌ وَزَوْجٌ، وَوَلِيٌّ، وشاهدان². ومنهم مَنْ جعل من الزوجين ركنًا منفصلاً لِتَعَلُّقِ الْعَقْدِ بِهِمَا فأصبحت خمسة أركان³. وعند بعض الحنابلة ثلاثة؛ وهي: الزوجان الخاليان من الموانع الشرعية، والإيجاب، والقبول⁴، ومنهم مَنْ اقتصرها على الإيجاب والقبول فقط موافقا في ذلك الحنفية⁵. وقال الحنفية: إِنَّ لِلزَّوْجِ رَكْنًا وَحِيدًا، وهو الإيجاب وَالْقَبُولُ فقط⁶، ويُعبر عنهما بالصيغة الصالحة لإفادة ذلك العقد⁷؛ لأنّه يلزم من وجود الإيجاب والقبول وجود عاقلين؛ أي موجب وقابل، ووجودهما مرتبطتين يستلزم وجود محلّ يظهر فيه أثر هذا الارتباط⁸.

2. أركان عقد الزواج في التشريع الجزائري: بيانها يكون على النحو الآتي:

أ. من الناحية القانونية: ذكر المشرع الجزائري أنّ لعقد الزواج عدة أركان في المادة: 9 من ق أ ج قبل تعديلها⁹، إلّا أنّه بعد تعديلها اقتصر على ركن واحد أساسي، وهو تراضي الزوجين¹⁰. ويُفهم ويُفهم من المادة: 9 مُعَدَّلَةٌ أَنَّ المشرع حصر أركان الزواج في ركن الرضا فقط. فيكون بذلك قد وافق مذهب الحنفية فيما ذهبوا إليها في جعل ركن الزواج هو الإيجاب والقبول، أو الرضا؛ أي الصيغة التي ينشأ بها العقد¹¹. وهو ما قصده المشرع في المادة: 10 من ق أ ج، التي فسّرت معنى الرضا كالآتي: "يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكلّ لفظ يُفيد معنى النكاح شرعًا، ويصحّ الإيجاب والقبول من العاجز بكلّ ما يُفيد معنى النكاح لغةً أو عُرفًا كالكتابة والإشارة"¹².

¹ - يُنظر: ابن جزري، القوانين الفقهية، ص 131. والخروشي، شرح مختصر خليل، 172/3.

² - يُنظر: الشربيني، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، 408/2.

³ - يُنظر: الرّملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، 209/6. والبخيري، حاشية البخيري على الخطيب، 387/3.

⁴ - يُنظر: الحجاوي، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، 167/3.

⁵ - عبد الرحمن المقدسي، الشرح الكبير على متن المقنع، 370/7. والبهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، 37/5.

⁶ - يُنظر: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، 229/2. وابن عابدين، ردّ المحتار على الدر المختار، 9/3.

⁷ - يُنظر: ابن الهمام، فتح القدير، 190/3.

⁸ - يُنظر: وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، 445/4.

⁹ - كانت تنص المادة: 9 من القانون رقم: 11/84: "يتمّ عقد الزواج برضا الزوجين وبوليّ الزوجة وشاهدين وصدّاق"

¹⁰ - تنصّ المادة: 9 مُعَدَّلَةٌ من الأمر رقم: 02/05: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين"

¹¹ - يُنظر: العربي بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، ص 239.

¹² - من الأمر رقم: 02/05 المؤرخ في: 27/02/2005م، المعدّل والمتّم للقانون: 11/84.

الباب الأول: أثر العرف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

وذكر أنّ الرضا يكون بإيجاب وقبول من طرفي العقد. ولا بُدَّ أن يكون التعبير عنه صحيحًا تامًّا لا يعتريه أي عيب من عيوب الإرادة كالإكراه والتغريب ونحوهما، وإلاَّ عُدَّ ركن الرضا غير موجود، وبالتالي فإنَّ عقد الزواج في هذه الحالة يُعَدُّ باطلاً¹. ولكي يكون التراضي محققًا ومعتبرًا لا لا بُدَّ أن يتم الإيجاب والقبول من الطرفين بالطرق المتداولة والمعروفة حسب ما هو منصوص عليها في المادة: 10 سالفه الذكر².

غير أنّ ما يُعاب على المشرّع أنّه لم يُبيِّن الطريقة التي يُعبر بها الطرفان عن إرادتهما ورضاهما بالزواج³، فكان الأولى به أن يتكلّم عن صيغة الزواج ضمن أركان العقد لا عن الرضا؛ لأنَّ هذا الأخير شرط من شروط الصّحة، حيث لا يُتصوّر وجود صيغة صحيحة مكونة لماهية العقد الشرعيّ ومُنتجة لآثاره، إلّا إذا كانت صادرة عن رضا وطيب خاطر من صاحبها أو ممّن أُريدَ انصراف أثر هذا العقد إليه، كالزوجة عند مباشرة العقد أو من الولي.

ب. من الناحية القضائية: لقد أشارت المحكمة العليا في اجتهاداتها، والتي منها القرار المؤرخ في 2008/3/12م، حيث جاء فيه: "لا يمكن للقاضي حتى بعد إبرام عقد الزواج، إجبار الزوجة على إتمام مراسيم الدخول بها، لكن حيث أنّ عقد الزواج بصفة عامّة مبني أساسًا على الرضا وهو ركن من أركانه المنصوص عليها في المادة: 9 من ق أ ج، إضافة على ذلك فالمادة: 4 من القانون تعرف الزواج بأنّه عقد رضائي"⁴. فما نستشفه من هذا القرار أنّه لكي يكون عقد الزواج صحيحًا صحيحًا لا بُدَّ أن يتوفر فيه رضا الزوجين، وحضور وليّ الزوجة وشاهدين وصادق، ويقوم بإبرامه موثق أو موظف مؤهل قانونًا.

بناء على ما سبق؛ فإنَّ الاتفاق حاصل بين جمهور الفقهاء والحنفية والمشرّع الجزائري في أنّ الرضا هو ركن من أركان الزواج، والمعبر عنه بالصيغة، والمتمثلة في الإيجاب والقبول اللذين ينشأ بهما عقد الزواج. "وأنَّ انعدام الرضا في العقد يؤدي إلى بطلانه بطلانًا مُطلقًا، ولا يحقُّ للقضاة

¹ نصّت المادة: 1/33 معدّلة من ق أ ج: "يُبطال عقد الزواج إذا احتلّ ركن الرضا"

² يُنظر: أحمد الشامي وفيروز بن شنوف، الرضائية في إبرام عقد الزواج وانحلاله الزوجة معقود معها أم عليها(مقال)، ص292.

³ هل يجب أن يكون التعبير عن الرضا شخصيًا في مجلس العقد، أو عن طريق الولي أو المفوض أو الوكيل الخاص؟ يُنظر: عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، ص37.

⁴ ملف رقم: 415123، قرار بتاريخ: 2008/3/12م، قرار مذكور سابقًا، ص114.

الباب الأول: أثر العُرف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

إجبار المرأة على إتمام مراسيم الدخول بها، وهي غير راضية، وأنَّ الزواج لا ينعقد بالإكراه والضَّغط¹.

الفرع الثاني: أثر العُرف في ركن الرضا بعقد الزواج في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري
يعتبر ركن الرضا -أي؛ الصيغة- ركناً أساسياً يقوم عليه عقد الزواج، ويتوقف على وجوده وجود العقد. ونظراً لما له من الأهمية، ارتأيت أن أعرف بالصيغة (أولاً)، ثمَّ أُبين الألفاظ التي ينعقد بها الزواج (ثانياً). وأبرز أثر العُرف في كلٍّ منهما، وكلُّ ذلك في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري. وتفصيل ذلك يكون كالآتي:

أولاً- تعريف الصيغة: فهي تتكوّن من شقين: إيجاب وقبول. وهما اللَّفظان الدَّالان على توافق إرادة أحد المتعاقدين على شيء، سواء بشكل صريح، أم ضمني مجازي مع وجود قرينة تفيد إرادة الزواج². لذا لا بُدَّ من تعريف كلِّ لفظة منهما على حدة.

1. تعريف الإيجاب: هو "الكلام الصَّادر من أحد المتعاقدين أولاً دالاً على رضاه بالعقد"³. وقد اختلف الفقهاء في تعريفهم له. فذهب الجمهور إلى أنَّ الإيجاب: هو اللَّفْظُ الصَّادِرُ مِنْ قَبْلِ الْوَلِيِّ أَوْ مَنْ يَقُومُ مَقَامَهُ كَالْوَكِيلِ، أَي يَصْدُرُ مِمَّنْ يَكُونُ مِنْهُ التَّمْلِيكُ، فعبارة الزَّوْجَةِ هي الإيجاب، سواء صَدَرَتْ أَوَّلًا أم آخِيراً⁴، لأنَّ تَمْلِيكَ الْعِصْمَةِ صَادِرٌ مِنْ جِهَتِهَا⁵. أمَّا الحَنْفِيَّةُ فَعَرَّفُوهُ: بِأَنَّهُ إِثْبَاتُ الْفِعْلِ الْخَاصِّ وَالِدَّالِّ عَلَى الرِّضَا، الْوَاقِعِ أَوَّلًا مِنْ أَحَدِ الْمُتَعَاقِدِينَ بِمَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ يُوَدُّ الْإِرْتِبَاطَ بِعِلَاقَةِ زَوْجِيَّةٍ مَعَ طَرَفِ الْعَقْدِ الْآخَرِ، وَيُسَمَّى مُوجِبًا⁶.

2. تعريف القبول: "هو الكلام الصَّادر من العاقد الثاني دالاً على موافقته على ما أبداه العاقد الأول"⁷. وقد اختلف الفقهاء في تعريفه، فقال الجمهور إنَّ الْقَبُولَ: هو اللَّفْظُ الصَّادِرُ مِنْ الزَّوْجِ

¹ - بريبر محمد، مركز الفقه المالكي في قانون الأسرة الجزائري أحكام الزواج والطلاق نموذجاً، ص109.

² - يُنظر: محمد أبو زهرة، الأحوال الشَّخصيَّة، ص41. وسعاي لعل، الزواج وانحلاله في قانون الأسرة-دراسة مقارنة، ص41.

³ - خليل محمد قنن، آثار عقد الزواج الصحيح (مقال)، ص155.

⁴ - غير أنَّه لا يصحُّ تقدُّمُ القبول على الإيجاب عند الحنابلة. ابن قدامة، المغني، 80/7.

⁵ - يُنظر: ابن الهمام، فتح القدير، 191/3. والدردير، الشَّرح الكبير على مختصر خليل، 221/2. والشَّريبي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، 225/4. والبهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، 37/5.

⁶ - يُنظر: ابن الهمام، المصدر السَّابق، 190/3. وابن عابدين، ردُّ المختار على الدر المختار، 506/4.

⁷ - خليل محمد قنن، المرجع السَّابق، ص156.

الباب الأول: أثر العُرف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

أَوْ مَنْ يَقُومُ مَقَامَهُ؛ أي هو مَا صَدَرَ مِمَّنْ يَصِيرُ لَهُ الْمَلِكُ، وَإِنْ صَدَرَ أَوَّلًا، فعبارة الزَّوْج هي الْقَبُولُ؛ لَأَنَّهُ هُوَ الَّذِي يَسْتَهْلِكُ الْبُضْعَ¹. أمَّا الْحَنْفِيَّةُ فَالْكَلَامُ الَّذِي يُصَدِّرُهُ الْمُتَعَادِلُ الثَّانِي الَّذِي وَجَّهَ لَهُ الْإِيجَابُ بِمَا يَدُلُّ عَلَى مُوَافَقَتِهِ عَلَى مَا أَوْجِبَهُ الْمُوجِبُ، يُسَمَّى الْقَابِلُ².

وبناء عليه، فالمعول عليه عند الحنفية في تحديد كون اللفظ إيجابًا أو قبولًا هو وقت الصدور بصرف النظر عن الجهة التي صدر عنها، فما صدر أولًا هو الإيجاب، وما صدر ثانيًا هو القبول³. القبول³. خلافًا للجمهور الذي يجعل تحديدهما خاضعًا لجهة الصدور لا وقته، إلا أنهم قالوا إذا تقدَّم الْقَبُولُ عَلَى الْإِيجَابِ صَحَّ الْعَقْدُ⁴.

ثانيًا- أثر العُرف في الألفاظ التي ينعقد بها الزواج في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري:

ينعقد الزواج إمَّا بالمادة اللفظية المتمثلة في الإيجاب والقبول؛ أي بالصيغة، وإمَّا بالألفاظ

المُصَحَّفة؛ أي: العامية، وسأتناول كلَّ واحدة منهما على حدة، مع بيان أثر العُرف فيها.

1. أثر العُرف في المادة اللفظية التي ينعقد بها الزواج: يقصد بالمادة اللفظية الإيجاب والقبول؛ أي الصيغة التي يصحُّ التعبير بها على عقد الزواج، وهذه الألفاظ متنوعة، منها ما هو مُتَّفَقٌ عليه، ومنها ما هو مُخْتَلَفٌ فيه⁵. وفيما يأتي بيان كلِّ منها في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري.

أ. الألفاظ التي ينعقد بها الزواج في الفقه الإسلامي: ينعقد الزواج بلفظي الإيجاب والقبول، والذين ينقسم إلى قسمين؛ هما:

القسم الأول: الألفاظ المُتَّفَقُ عليها للدلالة على ما يُفيد الزواج: وتنقسم إلى ألفاظ

مُتَّفَقٌ على انعقاد الزواج بها، وألفاظ مُتَّفَقٌ على عدم انعقاده بها، وتفصيلهما كالآتي:

- ألفاظ مُتَّفَقٌ على انعقاد الزواج بها: لا خلاف بين العلماء⁶ في انعقاد النكاح بلفظي "الإنكاح" و"التزويج"، لأنَّهما لفظان شرعيان، ورد استعمالهما في الكتاب والسنة، دون غيرهما.

¹ البهوتي، الرُّوض المربع شرح زاد المستقنع، ص511.

² يُنظر: ابن عابدين، ردُّ المختار على الدر المختار، 506/4.

³ يُنظر: ابن الهمام، فتح القدير، 190/3.

⁴ يُنظر: الخرخشي، شرح مختصر خليل للخرشي، 174/3.

⁵ يُنظر: بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، ص43. ومصطفى شلي، أحكام الأسرة في الإسلام، الإسلام، ص98. وعمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، ص58.

⁶ الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، 229/2. وابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 32/3. والزملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، 210/6. والبهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، 37/5.

الباب الأول: أثر العُرف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

ومن ذلك قوله ﷺ: «فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ» [النساء: 03]. فدلّت هذه الآية على صحة انعقاد عقد الزواج بلفظ "النكاح"¹. وقوله ﷺ: «يَا مَعْشَرَ الشَّبَابِ مَنْ اسْتَطَاعَ مِنْكُمُ الْبَاءَةَ فَلْيَتَزَوَّجْ»². فدلّ هذا الحديث النبوي على صحة انعقاد عقد الزواج بلفظ "التزويج"³. فالتقيّد بلفظي "الإنكاح" و"التزويج" فيهما خروجاً من الخلاف، وللاحتياط في شأن الفروج. ولأنّ هذين اللفظين يدلّان دلالة صريحة غير محتملة على انعقاد عقد الزواج بهما، كما أنّ العُرف قد جرى باستعمالهما في إنشاء هذا العقد⁴.

- ألفاظ مُتَّفَق على عدم انعقاد الزواج بها: وهي التي لا تدلّ على تملك العين في الحال، ولا على بقاء الملك مدّة الحياة، وهي: الإباحة، الإحلال، الوصية، الإعارة، الإجارة، الرهن⁵.

القسم الثاني: الألفاظ المُختلف فيها لانعقاد الزواج: اختلف الفقهاء في انعقاد الزواج

بغير لفظي الزواج والنكاح، على ثلاثة أقوال؛ وفيما يأتي تفصيلها:

- القول الأول: ذهب الحنفية⁶ إلى انعقاد الزواج بلفظ التملك، والصّدقة، والهبة، والبيع والشراء، والجعل ونحوها، وذلك يتحقّق بوجود عُرف أو قرينة؛ أي ينعقد بكلّ لفظ يدلّ على تملك الأعيان في الحال لا التّأقيت. واستدلّوا بقوله ﷺ: «وَأَمْرَأَةٌ مُؤْمِنَةٌ إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا خَالِصَةً لَكَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ» [الأحزاب: 50]. فقد دلّت هذه الآية على انعقاد نكاح رسول الله ﷺ بلفظ الهبة فيعقد به نكاح أمّته؛ لأنّ ما كان مشروعاً في حقّه ﷺ يكون مشروعاً في حقّ أمّته، وهذا هو الأصل حتى يقوم الدليل على خصوصه بالنبي ﷺ. وإذا قيل: أنّ الدليل على الخصوص هو قوله تعالى: «خَالِصَةً لَكَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ» [الأحزاب: 50]. فقد أُجيب عنه أنّ هذا الخلوّ للنبي ﷺ هو كونها بغير مهر، فالخلوّ يرجع

¹ يُنظر: الطبري، جامع البيان في تأويل القرآن، 537/7. والقرطبي، الجامع لأحكام القرآن، 13/5.

² مُتَّفَق عليه؛ أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب النكاح، باب قول النبي ﷺ: «مَنْ اسْتَطَاعَ مِنْكُمُ الْبَاءَةَ فَلْيَتَزَوَّجْ»، رقم: 5056، 3/7. ومسلم في صحيحه، كتاب النكاح، باب استخفاف النكاح لِمَنْ تَأَقَّتْ نَفْسُهُ إِلَيْهِ، وَوَجَدَ مُؤَنَّهُ، وَاشْتَعَالَ مَنْ عَجَزَ عَنِ الْمُؤْنِ بِالصَّوْمِ، رقم: 1400، 1018/2.

³ يُنظر: ابن دقيق العيد، إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام، 168/2.

⁴ يُنظر: محمد عقله، نظام الأسرة، 184/1.

⁵ يُنظر: ابن قدامة، المغني، 97/7. ومصطفى شلي، أحكام الأسرة في الإسلام، ص 98.

⁶ المرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدي، 185/1. والزليبي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، 96/2.

الباب الأول: أثر العُزْف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتَّشريع الجزائري

إلى هذا المعنى لا إلى استعمال لفظ الهبة¹. وبما روي عن سَهْلِ بْنِ سَعْدٍ رضي الله عنه أَنَّهُ قَالَ: زَوْجُ النَّبِيِّ ﷺ رَجُلًا امْرَأَةً فَقَالَ: «أَذْهَبَ فَقَدْ مَلَكَتُكُمَا بِمَا مَعَكُمْ مِنَ الْقُرْآنِ»². فدلَّ الحديث على جواز انعقاد الزَّوْج بلفظ التَّمْلِيك ونحوه من الألفاظ المتعارف عليها فيما بينهم.

القول الثاني: ذهب المالكيَّة³ إلى جواز انعقاد الزَّوْج بلفظ الهبة، إضافة للفظي النِّكَاح والتَّزْوِيج، بشرط ذِكْرِ الصَّدَاق حتى يكون قرينة على مقصود الزَّوْج وإرادته من لفظ الهبة الزَّوْج، أمَّا إذا لم يذكر الصَّدَاق معها، فلا ينعقد الزَّوْج، حتى ولو قصده. واختلفوا في انعقاده بلفظ التَّمْلِيك والصَّدَاق على رأيين⁴؛ أولهما: أَنَّهُ ينعقد إذا ذُكِرَ معها الصَّدَاق حقيقة أو حكمًا. وثانيها: لا ينعقد بها ولو ذُكِرَ معها الصَّدَاق⁵. ووجه القول الأخير: هو ما استدلَّ به الحنفية كما سبق، واشترط ذِكْرُ الصَّدَاق ليكون قرينة على إرادة الزَّوْج من هذه الألفاظ، وأي شخص يفهم منها الزَّوْج إذا ذُكِرَ الصَّدَاق مع حضور النَّاسِ حفل الزَّوْج⁶.

القول الثالث: ذهب الشَّافعية والحنابلة⁷ إلى انعقاد النِّكَاح بلفظي الإنكاح والتَّزْوِيج، وما يُشتقُّ منهما، وأمَّا غيرهما من الألفاظ؛ كلفظ الهبة أو التَّمْلِيك أو الإجارة، فلا ينعقد بها الزَّوْج. واستدلُّوا: بقوله ﷺ: «وَأَمْرًا مُؤْمِنَةً إِنْ وَهَبْتَ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا خَالِصَةً لَكَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ» [الأحزاب: 50]. فدلَّت الآية على أَنَّ الله تعالى جعل انعقاد الزَّوْج بلفظ الهبة خاصًا بالرسول ﷺ، ولأنَّهُ لَفْظٌ يَنْعَقِدُ بِهِ غَيْرُ النِّكَاحِ فَلَمْ يَنْعَقِدْ بِهِ النِّكَاحُ، كَلَفْظِ الْإِجَارَةِ وَالْإِبَاحَةِ وَالْإِحْلَالِ؛ وَلَأنَّهُ لَيْسَ بِصَرِيحٍ فِي النِّكَاحِ، فَلَا يَنْعَقِدُ بِهِ⁸. وبما رواه جَابِرُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ رضي الله عنه أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «فَاتَّقُوا اللَّهَ فِي النِّسَاءِ، فَإِنَّكُمْ أَخَذْتُمُوهُنَّ بِأَمَانِ اللَّهِ،

¹ يُنظر: ابن الهمام، فتح القدير، 194/3. والخصاص، أحكام القرآن، 479/3.

² أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب النِّكَاح، باب تزويج المعسر، رقم: 5087، 6/7.

³ الخطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، 419/3.

⁴ يُنظر: المواق، التَّاج والإكليل لمختصر خليل، 44/5. وعليش، منح الجليل شرح مختصر خليل، 267/3.

⁵ ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 32/3.

⁶ يُنظر: مصطفى شلي، أحكام الأسرة في الإسلام، ص100. ونواف عواد الشُّويعر، أثر العُزْف في مسائل الزَّوْج في الفقه الإسلامي، ص96.

⁷ التَّووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، 36/7. والبهوتي، الرُّوض المربع شرح زاد المستقنع، ص511.

⁸ يُنظر: الشَّافعي، الأم، 171/5. وابن قدامة، المغني، 79/7.

الباب الأول: أثر العرف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

وَاسْتَحْلَلْتُمْ فُرُوجَهُنَّ بِكَلِمَةِ اللَّهِ¹. فدلّ الحديث أنّ كلمة الله التي ذُكرت في القرآن هي التزويج أو الإنكاح².

التّرجيح: بعد عرض أقوال الفقهاء وأدلّتهم ومناقشتها، فالذي يترجّح للباحث هو قول الحنفيّة والمالكيّة فهما لا يحصران الألفاظ التي ينعقد بها الزواج، بل اعتبرا ما تعارف عليه النّاس من أسماء جديدة في كلّ عصر، والتي تحكمها الحقيقة العرفيّة، فكلّ ما تُعَوِّف عليه من غير لفظي التّزويج والإنكاح ويكون القصد منه إرادة النّكاح، اعتبر من ألفاظ النّكاح، لأنّ الله ورّسوله أباحا النّكاح ورّداً فيه الأُمّة إلى ما تتعارفُهُ نكاحاً بأيّ لفظ كان.

ب. أثر العرف في الألفاظ التي ينعقد بها الزواج في التشريع الجزائري: نصّ المشرّع في المادة: 01/10 من ق أ ج: "يكون الرّضا بإيجاب من أحد الطّرفين وقبول من الطّرف الآخر بكلّ لفظ يُفيد معنى النّكاح شرعاً". وعليه فإنّ ركن الرّضا يتكون من شقين؛ هما: الإيجاب والقبول. لكن ما يؤخذ على المشرّع أنّه لم يعرف الصيغة (الإيجاب والقبول) ولم يحدّد شروطهما مثلما هو عند فقهاء الشريعة الإسلاميّة ولا كعند بعض التّشريعات العربيّة، والتي منها المشرّع الموريتاني الذي تكلم عنها في المادة: 26 من قانونه للأحوال الشّخصيّة رقم: 052-2001³. لذا فالمعول عليه لدى القاضي في هذا الموضوع هو ما ذهب إليه الفقه الإسلامي ووفقاً لنصّ المادة: 222 من ق أ ج⁴.

ج⁴.

وبناء عليه فإنّ الرضا؛ أي: الإيجاب والقبول يكونا بأيّ لفظ يُفيد معنى الزواج لغة أو عرفاً ويكونان مشافهة عند الاستطاعة وإلاّ فبالكتابة أو الإشارة المفهومة إذا صدرا من عاجز، ويجب أن تكون الإشارة مفهومة للطّرف الآخر ومن الشّاهدين، وأن يتطابق الإيجاب والقبول في مجلس واحد، وأن يكونا باتين غير مقيدتين بأجل أو شرط واقف أو فاسخ⁵. وهنا يكون العرف مُحكّماً

¹- أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الحج، باب حجة النّبي ﷺ، رقم 1218، 886/2.

²- الشّريبي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، 4/229.

³- المادة: 26 من ق أ ش الموريتاني قانون رقم 052-2001: "يتّم عقد الزواج بإيجاب أحد الزوجين أو وكيله وقبول الآخر أو وكيله بواسطة ألفاظ تفيد مقتضى النّكاح لغة أو عرفاً"، حملته يوم 2023/1/12م، في السّاعة 21، من الشّبكة العنكبوتيّة، من الرّابط الآتي: <https://2h.ae/cKuf>

⁴- محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، ص 110.

⁵- يُنظر: لحسين بن شويخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، ص 47.

الباب الأول: أثر العُرف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

في مدى اتحاد المجلس من عدمه، فما اعتبره العرف فاصلاً طويلاً يؤدي للإعراض فلا ينعقد عقد الزواج، أمّا ما اعتبره فاصلاً يسيراً فإنّه لا يضرّ ويصح معه العقد¹.

ولعلّ سكوت المشرّع الجزائري عن هذه المسألة راجع إلى ربطه الألفاظ التي ينعقد بها الزواج بالعرف. أخذاً بما ذهب إليه فقهاء الحنفية والمالكية اللذين لم يشترطاً ألفاظاً مخصوصة كالترّويج والإنكاح². وقد أحسن المشرّع صنعا لما اعتبر ما تعارفه الناس من ألفاظ تُفيد الزواج مع وجود القرينة، بهدف رفع الحرج والتيسير عليهم.

وعليه يخلص الباحث إلى أنّ الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري قد اتفقا على أنّ الزواج ينعقد بأي لفظ يُفيد معناه لغة أو عرفاً مشافهة عند الاستطاعة، وإلاّ فبالكتابة أو الإشارة المفهومة إذا صدرا من عاجز. هذا وإنّ أثر العُرف يظهر في الألفاظ التي ينعقد بها الزواج من خلال اختيار الناس لصيغ تتناسب مع أعرافهم، وهي تختلف من منطقة إلى أخرى، ومن ذلك قول الموجب: جئتُ أطلب ابنتك مثلاً، ويقول القابل: قبلتُ أو رفضتُ، وهذا ما جرى عليه العُرف في الجزائر، وهو موافق لمذهب المالكية³.

إلاّ أنّه في بعض المناطق الأخرى تستعمل ألفاظ أخرى للتعبير بها عن الزواج، كلفظ "راني جيت نخطب في بنتك". وإن كان البعض يرى وجود حرج في مثل هذه الصيغة لانصرافها عن مقصودها⁴، ولعلّ السبب في ذلك راجع للتساهل في استعمال هذه الصيغ، فقد ذكر ابن عابدين رحمته الله قوله: "قَالَ أَعْطَيْتُكَ بِنْتِي لِابْنِكَ فَيَقُولُ قَبِلْتُ فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ يَنْعَقِدُ لِلابْنِ، لِأَنَّ قَوْلَهُ أَعْطَيْتُكَ بِنْتِي لِابْنِكَ مَعْنَاهُ فِي الْعُرْفِ أَعْطَيْتُكَ بِنْتِي زَوْجَةً لِابْنِكَ، وَهَذَا الْمَعْنَى، وَإِنْ كَانَ هُوَ الْمُرَادُ عُرْفًا مِنْ قَوْلِهِمْ زَوْجَتُكَ بِنْتِي لِابْنِكَ، لَكِنَّهُ لَا يُسَاعِدُهُ اللَّفْظُ كَمَا عَلِمْتُ، وَالنِّيَّةُ وَحْدَهَا لَا تَنْفَعُ كَمَا مَرَّ"⁵. غير أنّ الواقع العملي اليوم يفرض نفسه على إمام المسجد أو ضابط الحالة المدنية أو

¹ يُنظر: عماد شريقي، المسائل المسكوت عنها في الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري، ص72.

² يُنظر: محمد محدة، الخطبة والزواج، ص145. وسليمان ولد خصال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، ص38.

³ يُنظر: الدردير، الشرح الصغیر، 350/2.

⁴ يُنظر: عماد شريقي، اعتبار العُرف في مسائل الزواج وآثاره في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، ص106.

⁵ ابن عابدين، ردُّ المختار على الدر المختار، 249/9.

الباب الأول: أثر العُرف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

الموثق عند توثيق عقد الزواج إلى إرشاد المتعاقدين إلى استعمال ألفاظ خاصة بأصول العقد بما تحويه من ألفاظ، والتي أغلبها يكون بلفظ التزويج¹.

2. أثر العُرف في انعقاد الزواج بالألفاظ المصحفة (العامة) في الفقه الإسلامي والتشريع:

وبيان هذه المسألة يكون على النحو الآتي:

أ. أثر العُرف في انعقاد الزواج بالألفاظ المصحفة في الفقه الإسلامي: المقصود باللفظ المصحف أو العامي: هو تغيير في اللفظ بالنطق به حتى يتغير المعنى المقصود من الوضع اللغوي مثل لفظ "زوجتك" ينطق: "زوزتك" بإبدال الجيم زايًا أو جوزتك بإبدال الزاي جيمًا والجيم زايًا². وقد اتفق جمهور الفقهاء³ على انعقاد الزواج بالألفاظ المصحفة، بشرط أن يكون اللفظ المصحف معروفًا في دلالته على الزواج عرفًا، فينعقد به الزواج، ويفهم العاقدان والشهود من تلك الألفاظ أنها تدل على التزويج، ولا يُقصد منها إلا ذلك المعنى بحسب العُرف، أمّا إن كانت غير ذلك، فلا يصح بها الزواج إلا إذا دلت عليه قرينة.

فإذا قال أحد العاقدين: جوزت بتقديم الجيم أو زوزت بالزاي بدل الجيم، فقال الآخر: قبلت تجوزها، أو تزويجها، أو تزويجها، قاصدًا بذلك معنى النكاح يصح، ولا شك أن لفظ جوزت أو زوزت يفهم منه العاقدان والشهود على أنه عبارة دالة عن التزويج ولا يُقصد منه إلا ذلك المعنى بحسب عرفهم، ولأن من يتلفظ بهذه الألفاظ في حكم العاجز عن الألفاظ الموضوعة للعقد شرعًا فصَحَّ منه⁴.

ب. أثر العرف في انعقاد الزواج بالألفاظ المصحفة في التشريع الجزائري: انطلاقًا من نص المادة: 2/10 المعدلة من ق أ ج: "يصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يُفيد معنى النكاح لغة أو عرفًا كالكتابة والإشارة". وعليه يمكن أن يُستشف من فحواها أن الذي ينطق ألفاظ التزويج أو الإنكاح مصحفة؛ أي باللهجة العامية، أو بكل لفظ مما يعتبره العرف لفظًا للزواج، فإنه يدخل تحت حكم العاجز عن النطق بتلك الألفاظ، وبالتالي يصح منه ذلك. وهو ما يحدث عندنا في بعض المناطق الجزائرية. فالمشرع لم يُقيّد إرادة الأطراف في تحديد الألفاظ التي ينعقد بها الزواج،

¹ يُنظر: بوسعيد رويضة، دور العُرف في مجال الخطبة والزواج في قانون الأسرة الجزائري (مقال)، ص 348.

² يُنظر: ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، 226/9-227.

³ يُنظر: ابن عابدين، المصدر نفسه، 19/3. والشربيني، مغني المحتاج، 226/4. والبهوتي، كشف القناع، 38/5.

⁴ يُنظر: ابن عابدين، المصدر السابق، 227/9.

الباب الأول: أثر العرف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

بل ترك الاعتبار للعرف ولحرية الأفراد، غير أنه اشترط في الألفاظ أن تكون موافقة للشريع وللمقصد من الزواج.

وإذا كان أطراف النكاح لا يحسنون اللغة العربية، أو لا يعرفون معناها، فإنه يجوز عقد النكاح بلغتهم¹، فينعقد الزواج بالألفاظ العامية كجوزت وتزوزت إن جرى بها العرف، وإن كان الصريح من صيغة الزواج هو كلمتا النكاح والتزويج، وكنايته؛ كل لفظ وضع لتمليك العين في الحال كالهبة والهدية والتأميك، لوجود العلاقة بينها وبين المعنى الحقيقي مع استتار المراد منها. فلفظ التحويز على هذا ليس من القسمين؛ لأن معناه الحقيقي هو جعل الشيء مازاً، وهذا ليس بحقيقة النكاح والتزويج، ولا علاقة بينه وبينهما، فكان اللازم أن لا ينعقد به الزواج لأنه غلط كالإباحة والإجارة. لكن بعد أن تعارفه الناس مريدين منه معنى الزواج بحيث تبادر هذا المراد منه، صار من صيغه الصريحة؛ لأنه غلب استعماله في الزواج عن قصد صحيح من غير علاقة بينه وبين المعنى اللغوي، فكان حقيقة عرفية مرتجلة، وهكذا يقال: في كل لفظ غلب استعماله في الزواج بحيث تبادر معناه منه إلى الأفهام، وبهذا أخذ العرف الجزائري في انعقاد الزواج بالألفاظ المصحفة، كما اتفق المشرع مع جمهور الفقهاء على انعقاد الزواج بكل لفظ يُعدُّ في العرف دالاً على الزواج².

¹ - يُنظر: عبد العزيز السُّديس، مقدّمات النكاح - دراسة مقارنة -، ص 39.

² - يُنظر: أحمد أبو سنة، العرف والعادة في رأي الفقهاء، ص 149. وأحمد رشاد عبد الهادي أبو حسين، أثر العرف في الأحوال الشخصية - دراسة فقهية مقارنة - ص 65. وسليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، ص 39.

المطلب الثالث: أثر العرف في الاشتراط بعقد الزواج

في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

تُعرف "الشروط المقترنة"، بأنها تلك المرتبطة بالعقد أو التصرف فيلتزم أحد طرفيه بالوفاء بشرط زائد عما يقتضيه العقد أو التصرف، يُريد به أحد الطرفين تحقيق منفعة لنفسه أو ليقْلَصَ حدود منافع غيره، ويرضى الطرف الثاني بهذا الشرط ويقبل به عن طيب نفس منه مختاراً غير مُكرِه¹.

ونظراً لما لمسألة الاشتراط في عقد الزواج من أهمية كبيرة، ارتأيت أن أتحدث عن أثر العرف في الاشتراط بعقد الزواج في كلٍّ من الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري في الفرعين الموالين.

الفرع الأول: أثر العرف في الاشتراط بعقد الزواج في الفقه الإسلامي

وفيما يأتي تفصيل ذلك وفق العناصر الآتية:

أولاً- أثر العرف في الشروط الصحيحة باتفاق الفقهاء وحكمها: فالشروط الصحيحة: هي تلك التي تكون موافقة لمقتضى عقد الزواج، بأن تكون مُوجبة لحكم من أحكام العقد، أو مؤكدة لحكم يقتضيه، أو تكون هذه الشروط قد دلّ على صحتها واعتبارها دليل من الشرع، أو جرى بها عرف معتبر شرعاً². وهذا النوع من الشروط قسمان؛ وهما:

1. الشروط الموافقة لمقتضى عقد الزواج: هي التي تكون مُوجبة لحكم من أحكام عقد الزواج، أو مؤكدة لحكم يقتضيه العقد. وبيانها يكون على النحو الآتي:

أ. الشروط المُوجبة لحكم من أحكام عقد الزواج: هي التي تجب بالعقد دون أي شرط، كأن يشترط الزوج على زوجته أن تقرّ في بيت الزوجية، وأن لا تخرج منه إلا بإذن منه، وكأن تشترط هي عليه أن يُنفق عليها³، أو جاء بها عرف صحيح؛ كأن تشترط الزوجة تعجيل كلّ الصداق، أو نصفه، حسب العرف المتبع في البلد الذي عُقد عليها فيه⁴.

¹ يُنظر: محفوظ بن صغير، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل، ص342. وعبد القادر

داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ص171.

² يُنظر: وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، 4/559. ومحمود بن صغير، المرجع السابق، ص344.

³ يُنظر: محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص344.

⁴ يُنظر: أحمد الغندور، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي، ص55.

الباب الأول: أثر العرف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

فهذه الشروط إذا اقترنت بعقد الزواج، فهي صحيحة باتفاق الفقهاء¹ لا تؤثر على العقد، ويجب الوفاء بها سواء اشترطت في العقد أم لم تشترط².

ب. **الشروط المؤكدة لحكم يقتضيه عقد الزواج:** وهي التي لا تُوجب حكمًا من أحكام عقد الزواج، وإنما تُؤكد حكمًا من الأحكام التي يقتضيها هذا العقد، وإن لم تذكر فيه. ومن ذلك اشتراط الزوجة أو وليها بأن يكون ولي الزوج ضامنًا لوفاء الزوج بالصدّاق كاملاً، أو بالإئناق على الزوجة بما يتناسب مع أمثالها³. وحكم هذا النوع من الشروط صحيحة باتفاق الفقهاء⁴، لأنّ فيها ضمانًا للوفاء بأحكام العقد، وآثاره الماليّة المترتبة عليه، وهو ممّا يحرص عليه الشارع باعتباره من العوامل التي تُؤدي إلى ترابط الأسرة وتماسكها، واستقرار العلاقة بين الزوجين⁵.

2. **الشروط التي دلّ على اعتبارها دليل شرعي:** هي تلك التي دلّ على صحتها واعتبارها دليل شرعي من الكتاب أو السنّة أو الإجماع، فإذا اشترط أحد الزوجين على الآخر شرطاً من هذه الشروط، كان شرطاً صحيحاً معتبراً، والوفاء به واجب باتفاق الفقهاء⁶، ومن ذلك أن يشترط الزوج على زوجته أن يكون الطلاق بيده، أو أن يشترط عليها التزام الحجاب خارج البيت، أو أن تشترط عليه استكمال دراستها أو مواصلة العمل بعد الزواج به⁷.

ثانياً- **أثر العرف في الشروط غير الصحيحة بالاتفاق وحكمها:** وهذا النوع من الشروط يُقسّم إلى نوعين؛ وهما:

1. **الشروط المناقضة لمقتضى عقد الزواج:** هي تلك الشروط التي لا يقتضيها عقد الزواج، ولا تُؤكد ما يقتضيه ولم يرد دليل من الشارع بجوازها، ولم يجر بها العرف، فهذا النوع من الشروط غير

¹ الكاساني، بدائع الصّنائع في ترتيب الشّرائع، 171/5. والدّسوقي، حاشية الدّسوقي على الشّرح الكبير، 317/2. والماوردي، الحاوي الكبير، 505/9. وابن قدامة، المغني، 93/7.

² يُنظر: عبد الناصر العطار، الوسيط في أحكام الأسرة - الزواج -، 179/2.

³ محفوظ بن صغير، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدّل، ص345. وعبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ص171.

⁴ الكاساني، المصدر السّابق، 171/5. والدّسوقي، المصدر السّابق، 317/2. والماوردي، المصدر السّابق، 505/9. وابن قدامة، المصدر السّابق، 93/7.

⁵ يُنظر: محمود بلال مهران، الشّروط المقترنة بعقد الزواج في الفقه الإسلامي، ص30.

⁶ يُنظر: المرجع نفسه، ص31.

⁷ يُنظر: محفوظ بن صغير، المرجع السّابق، ص344.

الباب الأول: أثر الغُرف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتَّشريع الجزائري

ملائم لمقصود المشروط ولا مُكَمِّل لحكمته بل هو على الضد من الأول، ومثَّل الفقهاء لهذا النوع من الشُّروط؛ كأن يشترط الزوج أن لا صداق للزوجة، أو أن تشتترط عليه أن لا يطأها أو يعزل عنها¹. يختلف أثر الشُّروط الفاسد على العقود بحسب نوع العقد.

والقاعدة المقررة في ذلك هي: أن الشُّروط الفاسد في عقود المعاوضات المالية يُفسدها، أمَّا في المُعَاوَضَاتِ غَيْرِ الْمَالِيَّةِ؛ كَالنِّكَاحِ وَالطَّلَاقِ عَلَى مَالٍ وَالْحُلْعِ وَنَحْوِ ذَلِكَ، وَلَا فِي التَّبَرُّعَاتِ، فَإِنَّهُ لَا يُوْثِّرُ عَلَيْهَا، فَيَبْطُلُ الشَّرْطُ وَيَصِحُّ تَصَرُّفُهُ فِيهِ². لكنَّ الفقهاء اختلفوا فيما مدى تأثير الشُّروط الفاسدة على عقد الزواج؟ وفيما يأتي بيان أقوالهم:

أ. الحنفية: قالوا: بتغليب قوة العقد على فساد الشُّروط، وبذلك يظلُّ العقد صحيحًا، لأنَّ النِّكَاحَ عندهم لَا يَبْطُلُ بِالشُّرُوطِ الْفَاسِدَةِ، وَإِنَّمَا يَبْطُلُ الشَّرْطُ فَقَطْ³. وأمَّا العقد في نفسه فهو صحيح، لأنَّ هذه الشُّروط تعود إلى معنى زائد في العقد لا يُشترط ذكره ولا يضرُّ الجهل به، فلم يبطل، كما لو شُرِّطَ في العقد صداقًا محرَّمًا، ولأنَّ الزَّوْجَ يَصِحُّ مَعَ الْجَهْلِ بِالْعَوْضِ، فَجَازَ أَنْ يَنْعَقِدَ مَعَ الشَّرْطِ الْفَاسِدِ⁴.

ب. المالكية: قالوا: إنَّ مِثْلَ هَذِهِ الشُّرُوطِ إِذَا شُرِّطَتْ يُفْسَخُ النِّكَاحُ قَبْلَ الدُّخُولِ، وَيُثْبِتُ بَعْدَهُ بِمَهْرٍ الْمِثْلِ وَيُلْغَى الشَّرْطُ الْمُتَاقِضُ بَعْدَ الدُّخُولِ، بَحِثِ الشَّرْطِ كَالْعَدَمِ⁵، وقد تفرَّد المالكية عن باقي المذاهب لما فرَّقوا بين حالي قبل الدُّخُولِ وبعده، عَمَلًا بِقَاعِدَةِ "مُرَاعَاةِ الْخِلَافِ"⁶؛ "لأنَّه ما دام يُفْسَخُ وَجُوبًا قَبْلَ الدُّخُولِ، فَالْأَصْلُ فِي النِّكَاحِ أَنَّهُ فَاسِدٌ، لَكِنْ أَثْبَتُوهُ بَعْدَ الدُّخُولِ وَقَالُوا بِصَحَّتِهِ، وَهَذَا مُرَاعَاةٌ لَخِلَافٍ مِنْ قَالَ بِصَحَّتِهِ كَالْحَنْفِيَّةِ وَالْحَنَابِلَةِ"⁷.

¹ يُنْظَرُ: مُحَمَّدٌ أَبُو زَهْرَةَ، الْأَحْوَالُ الشَّخْصِيَّة، ص 158. وَعَبْدُ الرَّحْمَنِ الصَّابُونِي، شَرْحُ قَانُونِ الْأَحْوَالِ الشَّخْصِيَّةِ السُّورِي، 326/1.

² يُنْظَرُ: الرَّيْلَعِي، تَبْيِينُ الْحَقَائِقِ شَرْحُ كَنْزِ الدَّقَائِقِ، 131/4.

³ يُنْظَرُ: الْعَيْنِي، الْبِنَايَةُ شَرْحُ الْمَهْدَايَةِ، 166/5. وَالسَّرْحَسِي، الْمَبْسُوطُ، 95/5.

⁴ يُنْظَرُ: سَيِّدٌ سَابِقٌ، فِقْهُ السُّنَّةِ، 51/2.

⁵ يُنْظَرُ: الدُّسُوقِي، حَاشِيَةُ الدُّسُوقِي عَلَى الشَّرْحِ الْكَبِيرِ، 238/2.

⁶ عَرَّفَ ابْنُ عَرَفَةَ قَاعِدَةَ مُرَاعَاةِ الْخِلَافِ بِأَنَّهَا: "إِعْمَالُ دَلِيلٍ فِي لَازِمٍ مَذْلُولِهِ الَّذِي أُعْمِلَ فِي نَقِيضِهِ دَلِيلٌ آخَرٌ". الرَّصَاعُ، شَرْحُ حُدُودِ ابْنِ عَرَفَةَ، ص 177.

⁷ سَيِّدٌ نَاصِرٌ بُوْعْلَامُ، الْإِشْتِرَاطُ فِي عَقْدِ النِّكَاحِ وَأَثَرُهُ بَيْنَ الشَّرِيعَةِ وَالْقَانُونِ دَرَسَةُ مُقَارَنَةٍ بَيْنَ الْفِقْهِ الْإِسْلَامِيِّ وَقَانُونِ الْأَسْرَةِ الْجَزَائِرِيِّ وَبَعْضِ التَّشْرِيعَاتِ الْعَرَبِيَّةِ، ص 115.

ج. الشَّافِعِيَّة: يُسَمَّى هذا النوع من الشُّروط عندهم بالشُّروط التي تُخْلُ بمَقْصود النِّكاح الأصلي، كشرط أن يتزوَّجها على أنَّها طالق رأس الشَّهر، فالنِّكاح باطل؛ لأنَّ هذا الشرط رفع مقصود العقد¹. وإن كان لهم تفصيل في بعض هذه الشُّروط بحيث يختلف حُكْمُها باختلاف مشرطها، وهو منع مقصود العقد من أحد الزَّوجين، فمثلاً: اشتراط عدم الوطء يختلف حكمه فإن كان من جهة الزَّوجة بأن تزوجته على أن لا يطأها فالنِّكاح باطل، لأنَّها قد منعت ما استحَقَّه عليها من مقصود العقد.

وإن كان الشرط من جهته فتزوَّجها على أن لا يطأها فالنِّكاح عندهم صحيح؛ لأنَّ الزَّوج اشترطَ تركَ ما له تركه، ذلك أنَّ الوطء حقُّ له فله تركه، والتَّمكن حقُّ عليها فليس لها تركه. وكذلك لو اشترط أن يتزوَّجها على أن لا نفقة لها أبداً، فإن كان الشرط من جهتها فالنِّكاح جائز ولها التَّفقة، وإن كان من جهته، قيل: إنَّه غير قادح في صحَّة النِّكاح، فيفسد الشرط، ويحكم لها بمر المثل، وعلى كلِّ حال فالنِّكاح عندهم يفسدُ بِكُلِّ شرطٍ يُخْلُ بمَقْصود البُضع، وقيل: فيه وَجْه بعيد أنَّه لا يفسدُ به².

د. الحنابلة: قالوا: إن اشترط الزَّوجان ما يُنافي مُقْتَضَى العَقْد، كأن يشترط الزَّوج أن لا صداق لها أو أن لا يُنفق عليها أو تشترط عليه أن لا يطأها أو يقسم لها أكثر من صاحبها، فَهَذِهِ الشُّرُوطُ كُلُّهَا باطِلَةٌ فِي نَفْسِهَا؛ لِأَنَّهَا تُنَافِي مُقْتَضَى العَقْد؛ وَلِأَنَّهَا تَتَضَمَّنُ إِسْقَاطَ حُقُوقٍ تَجِبُ بِالعَقْدِ قَبْلَ انْعِقَادِهِ، فَلَمْ يَصِحَّ، فَأَمَّا العَقْدُ فِي نَفْسِهِ فَصَحِيحٌ؛ لِأَنَّ هَذِهِ الشُّرُوطَ تَعُودُ إِلَى مَعْنَى زَائِدٍ فِي العَقْدِ، لَا يُشْتَرَطُ ذِكْرُهُ، وَلَا يَضُرُّ الْجَهْلُ بِهِ، فَلَمْ يَبْطُلْ، كَمَا لَوْ اشْتَرَطَ فِي العَقْدِ صَدَاقًا مُحَرَّمًا؛ وَلِأَنَّ النِّكاحَ يَصِحُّ مَعَ الْجَهْلِ بِالْعَوَضِ، فَجَازَ أَنْ يَنْعَقِدَ مَعَ الشَّرْطِ الْفَاسِدِ³.

2. الشُّروط المنهي عنها شرعاً: هي تلك التي ورد نهي الشَّارع عنها بنصوص صريحة من القرآن والسُّنَّة، أو تُنافي مُقْتَضَى العَقْد، وفيها يبطل النِّكاح من أصله⁴. ومن أمثلة ذلك: أن تشترط الزَّوجة طلاق ضرَّتها، وهذا شرط منهي عنه لما رُوِيَ عن أبي هريرة رضي الله عنه أنَّه قال: قال رسول الله

¹ - الماوردي، الحاوي الكبير، 505/9.

² - يُنظر: الشَّريفي، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، 377/4. وأبو حامد الغزالي، الوسيط في المذهب، 229/5.

³ - ابن قدامة، المغني، 94/7. والبهوتي، دقائق أولي النهى لشرح المنتهى، 669/2.

⁴ - يُنظر: ابن قدامة، المصدر السَّابق، 94/7. وعبد النَّاصر العطار، الوسيط في أحكام الأسرة - الزَّواج -، 180/2.

الباب الأول: أثر العُزف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

عَلَيْهِ السَّلَامُ: «لَا يَحِلُّ لِمَرْأَةٍ تَسْأَلُ طَلَاقَ أُخْتِهَا، لِيَسْتَفْرِغَ صَخْفَتَهَا، فَإِنَّمَا لَهَا مَا قُدِّرَ لَهَا»¹. أو كأن يشترط الزوج تأقيت النكاح، أو ما يُسمّى بنكاح المتعة². فهذه الشُّروط محرّمة وأنّ العرف الذي يتضمّن هذا النوع من الشُّروط هو عرف فاسد، ولا اعتبار له.

ثالثاً- أثر العرف في حُكم الشُّروط المُختلف فيها وضوابط الاشتراط في الفقه الإسلامي:
أتناولها وفق العناصر الآتية:

1. تعريف الشُّروط المُختلف فيها: هي أن يشترط أحد الزوجين على الآخر شروطاً ولا تكون موافقة لمقتضى العقد، ولا منافية لمقتضاه، ولم يرد نصٌّ صريح في القرآن أو السُّنة بجوازها أو بطلانها، ولا جرى بها عُرف يُخالف الشَّرع، ويكون فيها منفعة للمشتراط³، فهي لا تتعارض مع الأحكام التي قررتها الشريعة وربّبتها على النكاح. ومن أمثلتها: اشتراط الزّوجة على زوجها ألاّ يتزوَّج عليها⁴، أو ألاّ يُخرجها من بلدها، أو أن يُسكنها مسكناً مُستقلاً، أو أن تُكَمِّلَ دراستها، أو أن يشترط الزوج عليها أن تقاسمه أجرة عملها، أو يشترط على زوجته أن تكون بكرًا⁵ أو جميلة أو متعلّمة ونحو ذلك⁶.

2. حُكم الشُّروط المُختلف فيها: هذا النوع من الشُّروط محلّ نظر؛ هل يلحق بالأوّل من جهة عدم المنافاة؟ أو بالثاني من جهة عدم الملازمة ظاهراً؟⁷، فهل تصحُّ هذه الشُّروط ويجب الوفاء بها أم عكس ذلك؟ اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة مذاهب؛ وهي:

¹- أخرجه البخاري في كتاب النكاح، باب الشُّروط التي لا تحل في النكاح، حديث رقم: 5152.

²- يُنظر: ابن عابدين، ردُّ المختار على الدر المختار، 51/3. والآبي الأزهري، الثمر الداني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني، ص 443. والشافعي، الأم، 121/4. وابن قدامة، المغني، 95/7.

³- يُنظر: عبد الناصر العطار، الوسيط في أحكام الأسرة-الزواج-، 180/2. ومحمّوظ بن صغير، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل، ص 350.

⁴- يجب التنبيه هنا على أنّه هناك فرق بين اشتراط الزّوجة على زوجها أن لا يتزوج عليها، واشتراطها تطليق ضرّتها، بحيث أنّه في اشتراط طلاق الزّوجة الأولى فيه من الإضرار بها وكسر قلبها، وخراب بيتها، وشماتة أعدائها، ما ليس في اشتراط عدم نكاحها، ونكاح غيرها، وقد فرّق النصُّ بينهما، فقياس أحدهما على الآخر فاسد. يُنظر: ابن القيم، زاد المعاد، 98/5.

⁵- يُنظر: التسولي، البهجة شرح التُّحفة، 510/1.

⁶- يُنظر: سيد سابق، فقه السُّنة، 52/2. ومحمّوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 350.

⁷- الشَّاطبي، الموافقات، 440/1.

الباب الأول: أثر العرف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

المذهب الأول: ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية، والشافعية، والظاهرية¹ إلى القول بأنه لا يُفَرَّق بين الزوجين بسبب عدم الوفاء بالشروط المتفق عليها أثناء عقد النكاح، واعتبروا هذه الشروط باطلة والعقد صحيحًا، لأن القاعدة عند الحنفية: أن كل شرط لا يكون من مقتضى العقد، ولا مؤكدًا لمقتضاه ومضمونه، ولم يرد عن الشرع بجوازه ووجوب الوفاء به أو جرى به العرف فهو شرط فاسد ولا اعتبار له، ولا تأثير له في صحة العقد²، واستدل هؤلاء بما يأتي:

- بحديث عائشة رضي الله عنها المروي عن النبي ﷺ: «مَا بَالُ أَقْوَامٍ يَشْتَرِطُونَ شُرُوطًا، لَيْسَتْ فِي كِتَابِ اللَّهِ، مَنْ اشْتَرَطَ شَرْطًا لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ، فَلَيْسَ لَهُ، وَإِنْ اشْتَرَطَ مِائَةَ مَرَّةٍ»³، ومن ذلك يتبين أن كل شرط لم يقم دليل من الشرع على صحته فهو باطل، لأنه ليس في كتاب الله تعالى⁴.

المذهب الثاني: إن الشروط التي لا تنافي العقد وليست من مقتضياته اعتبرها المالكية مكروهة⁵ لما فيها من تضيق وتحجير على الزوج، مثل شرط عدم إخراجها من بلدها، وشرط عدم التزوج عليها، فلا يلزم الزوج الوفاء بهذه الشروط، واستدلوا على كراهية الشروط بالحديث المذكور آنفًا: «مَا بَالُ أَقْوَامٍ يَشْتَرِطُونَ شُرُوطًا، لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ». وإنما يستحب له ذلك، ما لم تقترن بما يستلزم الوفاء بها، كاليمين بالطلاق، والخط من الصداق ونحوه⁶.

واستدلوا على استحباب الوفاء بالشروط، بما رواه عقبه بن عامر رضي الله عنه عن النبي ﷺ: «إِنْ أَحَقَّ الشُّرُوطُ أَنْ تُوفُوا بِهَا، مَا اسْتَحْلَلْتُمْ بِهِ الْفُرُوجَ»⁷، فدل هذا الحديث على أن الوفاء بالشروط محمول على الندب، وذلك جمعًا بين هذا الحديث وحديث: «مَا بَالُ أَقْوَامٍ يَشْتَرِطُونَ شُرُوطًا، لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ». وكما احتجوا بقاعدة: "مراعاة الخلاف"، فقد ذهب جماعة من

¹ يُنظر: ابن الهمام، فتح القدير، 3/351. والشافعي، الأم، 5/79. وابن حزم، المحلى بالآثار، 9/127.

² يُنظر: أبو حامد الغزالي، الوسيط في المذهب، 5/229. وابن قدامة، المغني، 7/354.

³ أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الشروط، باب المكاتب وما لا يحل من الشروط التي تُخالف كتاب الله، حديث رقم: 2735، 3/198.

⁴ محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، ص 213.

⁵ يُنظر: الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 2/238.

⁶ يُنظر: ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 3/81. والقرافي، الدخيرة، 4/408.

⁷ أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب النكاح، باب الشروط في النكاح، حديث رقم: 5151، 7/20.

الباب الأول: أثر العرف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

العلماء إلى أنها واجبة يُقضى بها¹، ففي الحديث دلالة على استحباب الوفاء بالشروط، وأنه لا يُحكم بها عليه².

المذهب الثالث: ذهب أصحابه إلى أن هذه الشروط صحيحة لازمة، يجب الوفاء بها، فإن لم يف بها كان من حق المشتري فسخ العقد، وقد روي هذا عن عمر رضي الله عنه وبعض الصحابة والتابعين³، وهو مذهب الحنابلة وغيرهم⁴. وهو اختيار ابن تيمية وتلميذه ابن القيم⁵. واستدل واستدل هؤلاء بأدلة كثيرة⁶ منها الحديث المذكور آنفاً، لأن أحق الشروط بالوفاء شروط النكاح؛ لأن أمره أحوط، وبأنه أضيّق، وهو دليل على الوفاء بالشروط المذكورة في عقد النكاح.

إذ يجب الوفاء بكل شرط ذكر في عقد الزواج، وهذا الحديث دليله مقتضى عموم لفظه، وشمول ما يدل عليه. وتأكيد طلب الوفاء به⁷. وبحديث عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «المسلمون عند شروطهم»⁸. فهذه الشروط لم تُحلّ حراماً ولم تُحرّم حلالاً، فتكون صحيحة، والوفاء بها واجب. ثم إن صاحب الشرط في عقد النكاح لم يرض بالعقد إلا مشروطاً بالوفاء، فإذا لم يتحقق الشرط فإت الرضا وهو أمر لا بُد منه، إذ لا خير في بقاء عقد فُقد فيه الرضا⁹.

الترجيح: بعد عرض أقوال الفقهاء وأدلتهم في المسألة ومناقشتها، فالذي يميل الباحث إلى ترجيحه هو قول المذهب الثالث القائل بصحة هذه الشروط ولزومها ووجوب الوفاء بها، طالما قبلها الطرف الآخر عن رضا ودون إكراه، فإن لم يف بها من اشترطت عليه، كان من حق

¹ ابن رشد الجدل، المقدمات والممهّدات، 377/4.

² يُنظر: الحبيب بن الطاهر، الفقه المالكي وأدلتها، 238/2.

³ من الصحابة: سعد بن أبي وقاص، ومعاوية بن أبي سفيان، وعمر بن الخطاب رضي الله عنه، ومن التابعين: شريح، وعمر بن عبد العزيز، وجابر بن زيد، وطاوس. يُنظر: ابن قدامة، المغني، 93/7.

⁴ ومن هؤلاء: الأوزاعي (ت: 157هـ)، وإسحاق بن راهويه. (ت: 237هـ). ابن قدامة، المصدر نفسه، 93/7.

⁵ هو: محمد بن أبي بكر الزرعي، الدمشقي، أبو عبد الله، شمس الدين، أحد كبار العلماء المجتهدين، حنبلي المذهب تتلمذ على يد شيخ الإسلام ابن تيمية وشجن معه في القلعة، وتوفي رحمه الله بدمشق سنة 751هـ، من مؤلفاته: "إعلام الموقعين"، و"زاد المعاد"، و"الطرق الحكمية"، يُنظر: ابن رجب، ذيل طبقات الحنابلة، 170/5.

⁶ للاطلاع على سائر أدلتهم. يُنظر: ابن قدامة، المصدر السابق، 93/7. وابن تيمية، الفتاوى الكبرى، 461/5. وابن القيم، زاد المعاد، 98/5.

⁷ يُنظر: الصنعاني، سبل السلام، 1035/2. ومحمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، ص 213.

⁸ أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الإجارة، باب أجر السمسرة، 92/3.

⁹ أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية - الطلاق وحقوق الأولاد ونفقات الأقارب -، ص 99.

الباب الأول: أثر العُرف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

المشترط فسخ العقد. وذلك لسلامة الأدلة التي اعتمد عليها أصحاب هذا المذهب، وخلوها عن المعارض الصحيح. ولكون هذا المذهب تميّز بالمرونة والملاءمة لواقع الناس ومتطلباتهم، وهو اتجاه سليم، إذ الأصل في الأشياء الإباحة حتى يقوم الدليل على الحرمة، ولأن المصلحة من الاشتراط هي تحقيق الاستقرار ودوام الزوجية على أساس العشرة بالمعروف.

وأما إن كانت الشروط التي لا تمس بطبيعة العقد ولكن فيها مصلحة للمشترط، فالذي تدل عليه القواعد هو ضرورة الالتزام بهذه الشروط ديانة، إذ المشروط في أصله وإن لم يكن من الواجب القيام به، ولكن الالتزام به والاتفاق عليه صيرته واجباً، بدلالة عموم ما جاء من النصوص على وجوب الوفاء بالمواثيق والعهود¹.

الفرع الثاني: أثر العُرف في الاشتراط بعقد الزواج في التشريع الجزائري

إذا كان الاشتراط في العقود بصفة عامة جائزاً شرعاً وقانوناً، ما دام يُحقق منفعة أو مصلحة لأحد الطرفين أو لكليهما، ولا يضر بمصلحة الطرف الآخر، وذلك تطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة، واستناداً للقاعدة القانونية "العقد شريعة المتعاقدين"²، فالمشرع يعتبر سلطان الإرادة في الاشتراط، إلا أنه يحصرها في دائرة محدّدة تتماشى فيها الإرادة مع العدالة والصالح العام، وقيده بقيود وضوابط نص على البعض منها في نصوص القانون المدني والبعض الآخر في نصوص قانون الأسرة. وفي هذا الفرع سأحدث عن أنواع هذه الشروط المقترنة بعقد الزواج وضوابط الاشتراط به وأبرز أثر العرف فيها، وفيما يأتي تفصيل ذلك:

أولاً- أنواع الشروط المقترنة بعقد الزواج وضوابط الاشتراط فيه: بياهما يكون كالآتي:

1. من الناحية التشريعية: تناول المشرع أقسام الشروط المقترنة بعقد الزواج في موضعين³؛ وهما:

أ. **الموضع الأول:** تناول فيه الشروط الصحيحة المقترنة بعقد الزواج في نص المادة: 19 من الأمر 02/05، فجاء فيها: "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، ولا سيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتناف هذه الشروط مع أحكام هذا القانون"، فالمشرع بناء على هذا النص جعل الأصل في الاشتراط الجواز؛ أي أنه

¹ سعيد رمضان البوطي، محاضرات في الفقه المقارن، ص 98.

² أحمد الشامي، قانون الأسرة الجزائري طبقاً لأحدث التعديلات، ص 120.

³ يُنظر: عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ص 177. وفاطمة حداد وياسين حجاب، الاشتراط في عقد الزواج بين الاعتراف القانوني ومحدودية الممارسة (مقال)، ص 247.

الباب الأول: أثر العُزف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

أطلق العنان لسلطان الإرادة للزوجين في اشتراط الشروط التي تحقق مصالحهما، فلا يُمنع منها إلا ما خالف أو تنافى مع القانون، وتكون مُلزِمة للطرف الذي تحمّلها، ومن حق المُشترط مطالبة بالوفاء بها. وقد وضع المشرّع الجزائري قيودًا على حرية الاشتراط في عقد الزواج¹؛ وهي:

- قيد عدم مخالفة النظام العام والآداب العامة²: وهذا القيد منصوص عليه في المادة: 93 ق م ج³، وهو قيد ملزم للمحافظة على أخلاقيات المجتمع من الانحلال، بحيث يُفترض على الجميع احترامه وعدم المساس بها، وبما أنّ المشرّع لم يُعرّف الآداب العامة فإنّ القاضي باعتباره هو الحارس الأمين على كيان المجتمع، عليه بالرجوع إلى قواعد الفقه الإسلامي التي لها دور جوهري في تحديد مفهوم الآداب العامة في الجزائر باعتبار أنّ الإسلام هو دين الدولة⁴، وهو ما أكّد عليه الدُستور الجزائري لسنة 2020م⁵.

ومن هنا لا يجوز للزوجين الاتفاق على مخالفة هذا القيد، لأنّه حتى ولو كانت هذه الاتفاقات تحقّق لهم مصالح شخصيّة، فالأولى تغليب المصالح العامة على الخاصّة⁶.

- قيد جدية المصلحة: فالغاية من الاشتراط هو تحقيق مصلحة مقصودة للزوجين أو أحدهما، على ألا يتنافى الشرط مع مقاصد عقد الزواج، فإذا كان الشرط موافقًا لمقاصد العقد ومُحقّقًا لمصلحة مقصودة وجب الوفاء به، أمّا إن كان خلاف ذلك بطل الشرط⁷.

¹ يُنظر: عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ص168. والعربي بلحاج، النظرة العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، 153/1. وسي ناصر بوعلام، الاشتراط في عقد النكاح وأثره بين الشريعة والقانون دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض التشريعات العربيّة، ص104.

² يُنظر: باديس ذياي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، ص52. والعربي باشا مصطفى وبلخير طاهري، مدى إلزامية الشروط في ترتيب آثارها على عقد النكاح دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري (مقال)، ص268.

³ غُدّلت بالقانون رقم: 05/07 المؤرخ في: 2007/05/13م، "إذا كان محلّ الالتزام مُستحيلًا في ذاته، أو مُخالفًا للنظام العام والآداب العامة كان باطلًا بطلانًا مُطلقًا"

⁴ يُنظر: العربي بلحاج، المرجع السّابق، 154/1.

⁵ المادة: 2 من دستور الجزائر لسنة 2020م، ص7.

⁶ يُنظر: زكي الدّين شعبان، نظرية الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة والقانون، ص97.

⁷ يُنظر: سعيد فكرة، الشرط عند الأصوليين، ص633. ومسعودي يوسف، الاشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، ص48.

فالزوجة التي تشتترط على زوجها عدم التزوج عليها، فإنَّ هذا الشرط يحقق لها غاية مقصودة في الاستئثار بزوجها، ولكن إذا أضحت تلك الغاية عديمة الجدوى بسبب أنَّ هذا الشرط يلحق بزوجها ضرراً، ويُفوّت عليه مصلحة حقيقية، فإنَّ مثل هذا الشرط يبطل، لأنَّ الغاية شرعٌ والشرط تصرف، ولا يجوز للتصرف أن يلغي الشرع، فالثابت بالشرع مُقدّم على ما يثبت بالشرط¹.

- قيد عدم مخالفة ما ورد من أحكام وقواعد في قانون الأسرة: وهذا القيد ورد في نص المادة: 19 منه، غير أنَّ نصّها جاء غير مترابط، وقد تضمّن أحكاماً غير محدّدة وعمامة جدّاً، فالجزء الأوّل منها وردَ كقاعدة عامّة تبيح للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج، كلّ الشروط التي فيها مصلحة لأحدهما، أمّا الجزء الثاني فهو شرط يجب توفره لاستعمال أحكام الجزء الأوّل². وقد سُجّل على هذه المادة بعض الملاحظات³.

ب. الموضع الثاني: ذكر المشرّع الجزائري الشروط الباطلة أو الفاسدة في عقد الزواج، فحكم بطلانها في المادة 32 من الأمر 02/05: "يُبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد"، ثمَّ حكم في المادة 35 منه: "إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه، كان ذلك الشرط باطلاً والعقد صحيحاً". فالملاحظ لهذا النصّ الأخير يجد أنَّ مضمونه مُخالفاً لنص المادة: 32 سالفة الذكر. وهنا يكون المشرّع قد أدخل ضابطاً آخر، وهو موافقة مقتضى العقد لصحة

¹- يُنظر: سعيد فكرة، الشرط عند الأصوليين، ص 633.

²- يُنظر: عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في القانون الأسرة الجزائري، ص 168. والعربي بلحاج، النظرة العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، 153/1. وسي ناصر بوعلام، الاشتراط في عقد النكاح وأثره بين الشريعة والقانون دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض التشريعات العربية، ص 104.

³- جاءت المادة 19 بصيغة المثني، فحقّ الاشتراط ممنوح للزوجين معاً على قدم المساواة طبقاً لمبادئ القانون الوضعي. وبهذا فإنَّ أي شرط يتنافى ونصوص هذا القانون، يُعتبر لاغياً حتى وإن كان هذا الشرط في أصله مشروعاً وجائزاً؛ ومثاله تعدّد الزوجات. لوعيل محمد أمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، ص 59-60. والعربي باشا مصطفى وبلخير طاهري، مدى إلزامية الشروط في ترتب آثارها على عقد النكاح دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري (مقال)، ص 269.

الباب الأول: أثر العُزف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

الشَّرط في عقد الزَّواج¹. هذا وقد أحدث المشرِّع الجزائري بإدراجه المادتين 32 و35 في قانون الأسرة التباسات².

وبالعودة لنص المادة: 19 ق أ ج نجد أنَّ المشرِّع قد أكَّـد على شرطٍ عدم تعدُّد الزَّوجات، وشرط عمل المرأة، حيث اعتبرت المادة: 67 ق أ ج أنَّه لا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سبباً من أسباب سقوط حقها في ممارسة الحضانة، وفي هذا دلالة واضحة من المشرِّع في التأكيد على أحقية المرأة في العمل، وهو حق مضمون لها دستورياً³. وبالتالي فإنَّه يُقرُّ بمبدأ التَّنـاصف بين الجنسين في تولي المناصب⁴. ثم إنَّ الباحث يجد أنَّ الزَّوجة قد تحرص على ضمان حقِّها في العمل وعدم منعها من ممارسته، فتلجأ إلى تضمين هذا الشرط في عقد الزَّواج، ومتى قَبِلَ الزَّوج بهذا الشرط وجب عليه الوفاء به، "ولا يكون من حقِّه منع زوجته من العمل ما دام قد أذن لها بذلك، لأنَّ هذا الإذن يُعتبرُ إذنًا دائماً يدوم بدوام العلاقة الزوجية بينهما، فإذا طلب منها أن تمتنع، ورفضت ذلك، فلا تُعدُّ ناشزاً ولا تسقط نفقتها عليه"⁵.

ويبدو للباحث أنَّ المشرِّع قد ترك المجال للعُرف والعادة في تحديد الشُّروط⁶، وهذه الأخيرة قد تختلف من زمان لآخر كعمل المرأة مثلاً، فعدم الوفاء بهذا الشرط في حال الاتفاق عليه، يُتيح

¹ يُنظر: الرِّشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدَّل، ص130. وعبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ص177-178. وتقية عبد الفتاح، الإشكاليات القانونية بين النظرية والتطبيق في القانون 84/11 (مقال)، ص96.

² حَكَمَ المشرِّع الجزائري في قانون الأسرة على العقد المقتَرَن بالشرط المنافي لمقتضياته بالبطلان في المادة: 32 منه، وأدرجه ضمن النِّكاح الفاسد أو الباطل، وحكم عليه مرَّة أخرى بالصَّحة وأبطل الشرط فقط في المادة: 35 منه، فالجمع بين المادتين 32 و35 مُتعدِّداً، إذ الأخرى به حذف عبارة "أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد" من المادة: 32، والاكتفاء بما ورد في المادة: 19 من جواز الاشتراط، وتقييده بما جاء في المادة: 35 والتي هي الموقف النَّهائي للمشرِّع، وهو ما يُعرف فقهاً بالنَّسخ يُنظر: الرِّشيد بن شويخ، المرجع السَّابق، ص130. والعربي بلحاج، أحكام الزَّوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، ص508-509.

³ تنصُّ المادة: 71 من الدُّستور الجزائري لسنة 2020م: "العمل حقٌّ وواجب"، وكذا المادة: 68 منه: "تعمل الدَّولة على ترقية التَّنـاصف بين الرِّجال والنِّساء في سوق التَّشغيل. تشجع الدولة ترقية المرأة في المناصب المسؤوليات في الهيئات والإدارات العموميَّة وعلى مستوى المؤسسات".

⁴ يُنظر: فاطمة حداد وياسين حجاب، الاشتراط في عقد الزَّواج بين الاعتراف القانوني ومحدودية الممارسة (مقال)، ص247.

⁵ المرجع نفسه، ص249.

⁶ يُنظر: الرِّشيد بن شويخ، المرجع السَّابق، ص128.

الباب الأول: أثر العرف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

للرأفة إمكانية طلب التّطليق¹ وفقاً لنصّ المادة: 53 المعدّلة في فقرتها التاسعة². إلّا أنّ ما يُعاب على المشرّع أنّه لم يوضّح المركز القانوني للزّوج عند مخالفة المرأة لإحدى الشّروط المتّفق عليها أثناء إبرام عقد الزّواج، ومنه فهل يكون طلبه الطّلاق طلباً تعسفياً؟ ومن ثمّ يلزم بالتّعويض، أم أنّ المرأة في هذه الحالة تُعتبر ناشزاً، وعليه يسقط حقّها في التعويض³.

وكما يُلاحظ على المشرّع الجزائري أنّه قد توسّع في مسألة الاشتراط، وبذلك يكون أقرب إلى مذهب الحنابلة⁴. القائلين بلزوم الشّروط التي لم ينع عنها الشّارع، ولا تناقض مقصود العقد أو أو مقتضاه⁵.

2. من النّاحية القضائيّة: لقد "تبني القضاء الجزائري مذهب المالكيّة في الشّروط، وهو أنّ ما لا يقتضيه العقد ولا ينافيه حكمه الكراهية، لما فيه من التّحجير ولا يُلزَمُ الزّوج به"⁶. وهذا ما تضمّنه تضمّنه القرار المؤرخ في 1988/6/20م، حيث جاء فيه: "من المقرّر شرعاً أنّ الشّروط الوارد في عقد الزّواج الذي لا يقتضيه العقد ولا ينافيه، والذي يدخل في باب الكراهية لما فيه من التّحجير لا يُلزَمُ الزّوج به، ولا يُؤثّر في عقد الزّواج، ومن ثمّ فإنّ القضاء بما يُخالف هذا المبدأ يُعدُّ مخالفاً للأحكام الشرعيّة. ولما كان من الثّابت - في قضية الحال - أنّ قضاة الموضوع ألزمو الزّوج - بالعرف - بتعهده بالبقاء بالعاصمة، يكونون بقضائهم كذلك قد خالفوا أحكام الشّريعة وفرضوا عليه قيدياً هو مُخيّر فيه. ومتى كان كذلك استوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه"⁷.

والظاهر أنّ المشرّع في هذا القرار قد أخذ بمذهب المالكيّة من عدم الوفاء بمثل هذا النوع من الشّروط. حتى ولو كان العرف يقر بالوفاء بها، إذ لا عبرة للعرف المخالف للشرع. كما يُلاحظ على هذا القضاء أنّه جاء مخالفاً لما أقرّه التّشريع من عدم التّقييد بالكراهية ما لم تخالف شروط

¹ يُنظر: عائشة عمران، الشّروط الجعليّة في عقد الزّواج (مقال)، ص112.

² تنصّ المادة: 9/53: "9- مخالفة الشّروط المتّفق عليها في عقد الزّواج"

³ محفوظ بن صغير، أحكام الزّواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدّل، ص371.

⁴ يُنظر: العربي بلحاج، أحكام الزّوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، ص253. ومحفوظ بن صغير، المرجع السّابق،

ص370. وعبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ص178.

⁵ لمن أراد التّوسع في مسألة الاشتراط عند الحنابلة. يُنظر: ابن قدامة، المغني، 93/7. وعبد الرحمن المقدسي، الشّرح الكبير على المقنع، 393/20.

⁶ عدلان مطروح، الشّروط المقترنة بعقد الزّواج دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والتّشريع الجزائري (مقال)، ص169.

⁷ م ع، غ أش، ملف رقم 49575، قرار بتاريخ 1988/6/20م، م ق، ع 2، 1991م، ص54 وما بعدها.

الباب الأول: أثر العُزف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

القانون كما هو مبين في المادة: 19 من ق أ ج، وعليه فلا عبرة بهذا القرار؛ لأنه اجتهاد في معرض النصّ الصريح الواضح¹.

لكن إذا اقترنت هذه الشروط بالعقد بعد انعقاده صحيحًا، بطل الشرط وصحّ العقد، وهذا مذهب الحنفية في تصحيح العقود المقترنة بالشروط الفاسدة، وهو ما تضمنته المادة: 32 من ق أ ج، كما قضت المحكمة العليا أنه في حالة تخلف شرط من الشروط المقترنة بعقد الزواج، كاشتراط الزوج البكارة في زوجته، فإذا لم يجدها بكرًا عند الدخول بها جاز له الفسخ، وهذا ما أكد عليه القرار القضائي المؤرخ في: 1984/6/25م، والذي جاء فيه: "من المقرر شرعًا، أنه لا يؤخذ بعين الاعتبار طلب إسقاط حقوق المطلقة بسبب فقد بكارتها قبل البناء بها، إلا إذا كان الزوج قد اشترط ذلك في عقد الزواج"².

وقد تأكدت هذه النظرة لدى المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في: 2009/02/11م، عندما قضت بما يلي: "حيث لا يتبين من وقائع الدعوى، ولا من أوراق الملف ما يُفيد اشتراط البكارة في عقد الزواج طبقًا لما توجيه أحكام المادة 19 من قانون الأسرة، ومن ثم فإنّ قضاة الموضوع بمجلس قضاء قلمة لما حملوا الطّاعنة مسؤولية الطّلاق وحرمانها من التعويض المترتب عنه يكونوا قد خالفوا القانون وجانبوا الصّواب"³.

فهذه القرارات تبرز للباحث بوضوح أنّ اشتراط العذرية صراحة في عقد الزواج إجراء جوهري على الزوج اتباعه، وإلاّ تحمّل مسؤولية الطّلاق بتعويض الزّوجة عمّا أصابها من ضرر نتيجة الطّلاق التّعسفي، وهذه القاعدة استقر عليها القضاء الجزائري ومعمول بها لديه⁴. وإن كان كان المعمول به عرفًا أنّ من تزوّج امرأة بكرًا فهو يشترط ضمنيًا أن تكون بكرًا، قياسًا على مسألة شراء الجارية فقد قيل: إنّ المعتاد بين الناس في اشتراط البكارة صفة العذرة في البكر، فإذا لم يجدها عذراء ردّها⁵. كما يمكن للزّوجة أن تشترط تحديد مكان الإقامة الزوجية بأن يسكنها زوجها في

¹ يُنظر: عدلان مطروح، الشروط المقترنة بعقد الزواج دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري (مقال)، ص 170.

² م ع، غ أ ش، ملف رقم 33715، قرار بتاريخ 1984/6/25م، م ق، ع 4، 1989م، ص 99.

³ م ع، غ أ ش، ملف رقم 480264، قرار بتاريخ 2009/2/11م، م م ع، ع 1، 2009م، ص 284.

⁴ يُنظر: جيلالي تشوار، خواطر حول اضطراب الاجتهاد القضائي في مسألتَي الخطبة والاشتراط في عقد الزواج (مقال)، ص 14-15.

⁵ يُنظر: التّسولي، البهجة شرح التّحفة، 510/1.

الباب الأول: أثر العُرف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

مدينة معيّنة، وهذا ما أيده القرار الصادر في: 2006/4/12م، حيث جاء فيه: "أنَّ المبدأ: تُقيم الزوجة، كقاعدة عامة، حيث يُقيم زوجها. يحقُّ لها اشتراط تحديد مكان الإقامة الزوجية، عند أو بعد إبرام عقد الزواج"¹، والأمر نفسه في قرار آخر لها مؤرخ في: 2008/3/12م². فمن أوجه الطعن المقدمة في هذا القرار أنه يحقُّ للزوجة اشتراط السكن في مدينة سطيف، والبقاء في مزاوله عملها بمدينة العلمة، فهذان النوعان من الشُّروط يجب الوفاء بهما؛ لأنَّهما من الشُّروط المتممة للعقد.

بناء على ما سبق؛ يبدو أنَّ الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري قد أخذوا بالعُرف الصَّحيح في بعض الشُّروط المقترنة بعقد الزواج والمتممة له، والتي منها اشتراط تعجيل الصِّداق كَلِّه أو بعضه³، أو اشتراطها على الزوج البقاء في مزاوله عملها سواء في عقد الزواج أم في عقد مُستقل (المادة: 19 من ق أ ج)، أو أن تلتزم بالإنفاق على نفسها أو أهلها من المال المتحصل عليه من خلال خروجها للعمل⁴، وهذه الشُّروط ممَّا تعود بالنفع للزوجة، بل إنَّ بعض الأعراف يُعتدُّ بها وتُعتبر عند إبرام عقد الزواج. غير أنَّ عدم تضمين هذه الشُّروط في عقد الزواج أمام الشهود أو في وثيقة رسمية كان سببًا في حدوث حالات طلاق بين الأزواج فيما بعد.

ونظرًا لتعدد الشُّروط المقترنة بعقد الزواج وكثرتها في الواقع العملي ممَّا يصعب حصرها، فقد ترك المشرِّع المجال للعُرف والعادة لإضافة شروط أخرى مما لا تخالف الشرع⁵. ثم إنَّ الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري قد أقرَّا بصحة الاشتراط في عقد الزواج، إلَّا أنَّهما وضعوا لذلك مجموعة من الضوابط. أوجزها فيما يلي:

- أن يكون الشرط من مقتضيات عقد الزواج ويلائمه، أو ممَّا جرى عليه العُرف، وهذا الشرط مأخوذ من نظرية "مقتضى العقد" المتفق عليها بين المذاهب الفقهية، كاشتراط الزوجة أن يكون

¹ م ع، غ أ ش، ملف رقم 358665، قرار بتاريخ 2006/4/12م، م م ع، ع 1، 2006م، ص 491.

² ملف رقم: 415123، قرار بتاريخ: 2008/3/12م، قرار مذكور سابقًا، ص 114.

³ يُنظر: الرَّشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، ص 131.

⁴ يُنظر: عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، ص 73-74.

⁵ يُنظر: نواف عواد الشويخ، أثر العُرف في مسائل الزواج في الفقه الإسلامي، ص 110. والرَّشيد بن شويخ، المرجع السَّابق، السَّابق، ص 128.

الباب الأول: أثر العُرف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

وليُّ الزَّوج ضامنًا للصدِّاق، وبما أنَّ الصَّدَّاق أثر للعقد فإنَّ الزَّوج ملزم به، والشَّرط هنا جاء مؤكَّدًا لهذا الأثر، وبالتالي يُعدُّ شرطًا مشروعًا¹.

- عدم مخالفة الشرط للنظام الشرعي والقانون وللنظام العام والآداب، فلا يتنافى الشرط مع مقاصد الشريعة الإسلامية من عقد الزواج، ولا للنظام العام والآداب العامة في التشريع الجزائري. كاشتراط عدم الاستمتاع أو عدم الإنجاب²، فلا حُجَّة هنا للعرف لمخالفته لنصٍّ قطعيٍّ، كما لا يُؤخِّدُ بعرف يمنع التعدد مطلقًا، لأنَّ فيه تعطيلٌ لنصٍّ شرعيٍّ. غير أنَّه يمكن إخضاع التعدد لشروط وضعها الشرع كالعدل بين الزَّوجات، والاستطاعة الماديَّة والبدنيَّة³.

وعليه فإنَّ العُرفَ يُعدُّ ضابطًا أساسيًا لصحَّة الأخذ بالشُّروط في عقد الزواج، فلا يُعقل إضافة شروط لعقد الزواج غير متعارف عليها، بل لا بُدَّ أن تكون ممَّا هو متعارف عليه بين النَّاس، وحصل بينهم الاتفاق عليها، سواء في عقد شرعي أمام الإمام والشُّهود أم في عقد رسمي لاحق. ومن أمثلة ذلك كيفية التعامل مع الرَّاتب الشهري للزَّوجة بالتَّراضي، أو اشتراط الزَّوج نوعية عملها وتوقيته ومراعاته لأعراف النَّاس، فإذا كانت هذه الشُّروط مُتماشية مع العُرفِ المعترف شرعا فلا مانع من الأخذ به.

¹ يُنظر: سحى عمر شعبان، ضوابط الشُّروط المقترنة بالعقد في الشريعة والقانون-دراسة مقارنة-(مقال)، ص333.

² يُنظر: الرُّشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، ص133.

³ يُنظر: سي ناصر بوعلام، الاشتراط في عقد النكاح وأثره بين الشريعة والقانون دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض التشريعات العربيَّة، ص109. وفاطمة حداد وياسين حجاب، الاشتراط في عقد الزَّواج بين الاعتراف القانوني ومحدودية الممارسة (مقال)، ص247.

المبحث الثاني: أثر العُرف في الشُّروط الموضوعية
بعقد الزَّواج في الفقه الإسلاميِّ والتَّشريع الجزائريِّ
وفيه مطلبان:

المطلب الأوَّل: أثر العُرف في أحكام الصَّدَاق بعقد الزَّواج
في الفقه الإسلاميِّ والتَّشريع الجزائريِّ
المطلب الثاني: أثر العُرف في أحكام الوليِّ بعقد الزَّواج
في الفقه الإسلاميِّ والتَّشريع الجزائريِّ

الباب الأول: أثر العرف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

يتفق كل من الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري على أن عقد الزواج يقوم على جملة من الشروط منها ما هو مُتفق عليه، ومنها ما هو مُختلف فيه بين فقهاء الشريعة أنفسهم، وبين بعضهم والمشرع الجزائري. فجمهور الفقهاء قد اختلفوا مع الأحناف في الشروط الواجب توافرها في عقد الزواج حتى يكون صحيحاً¹، إذ ذهب الجمهور إلى أن شروط عقد الزواج ثلاثة؛ وهي: شروط صحة²، وشروط نفاذ³، وشروط لزوم⁴، وهي كلها شروط صحة. بينما زاد الأحناف على ذلك شروط انعقاد⁵، ورتبوا على تخلف هذا النوع الأخير بطلان العقد، وعلى تخلف شرط الصحة فساده. بخلاف الجمهور فهم لا يفرقون بين العقد الباطل والفساد⁶.

أمّا المشرع الجزائري فحصرها في خمسة عناصر وفقاً لنص المادة: 9 مكرر من ق أ ج⁷، والتي تحدّثت عن توفر شرط الأهلية حيث حدّد من خلالها المشرع سنّاً معيّنة تجعل الشخص أهلاً لإبرام عقد الزواج، وقد سبق وأن تكلمت عن هذا الشرط (تحديد سنّ الخاطبين)⁸ في الفصل الأول. لذا ارتأيت في هذا المبحث أن أتحدّث عن أثر العرف في بعض أحكام الصّدق في (مطلب أول)، ثمّ عن أثره في بعض أحكام الولي في (مطلب ثانٍ)، وكلّ ذلك في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري. وفيما يلي تفصيلهما:

-
- ¹ يُنظر: عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، ص 118. ووهبة الزّحيلي، أصول الفقه الإسلامي، 99/1.
- ² هي تلك الشروط التي يلزم توافرها لترتب الأثر الشرعي على العقد. فإذا تخلف شرط منها، بطل العقد عند الجمهور وقسّد عند الحنفيّة. يُنظر: وهبة الزّحيلي، الفقه الإسلامي وأدلّته، 8533/9.
- ³ وهي التي يتوقف عليها ترتب أثر العقد بعد انعقاده وصحته. فإذا تخلف شرط منها، كان العقد عند الحنفيّة والمالكيّة موقوفاً. يُنظر: عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، 125/6.
- ⁴ هي التي يتوقف عليها استمرار العقد وبقاؤه. فإذا تخلف شرط منها، كان العقد جائزاً أو غير لازم؛ ويجوز لأحد العاقدين أو لغيرهما فسخه. يُنظر: وهبة الزّحيلي، المرجع السّابق، 8533/9.
- ⁵ هي تلك الشروط التي يلزم توافرها في أركان عقد الزواج أثناء الانعقاد والإنشاء، لارتباطها كلياً بالأركان التي يقوم عليها العقد، فإذا تخلف شرط منها بطل العقد اتفاقاً ولا وجود له شرعاً. مصطفى شلي، أحكام الأسرة في الإسلام، ص 115.
- ⁶ لمزيد من التفصيل حول شروط عقد الزواج في الفقه الإسلامي. يُنظر: عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، 17/4. ووهبة الزحيلي، المرجع السّابق، 8532/9. ومصطفى شلي، المرجع السّابق، ص 113. وعبد الكريم زيدان، المرجع السّابق، 97/6.
- ⁷ تنصّ على: "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزوج، الصّدق، الولي، شاهدان، انعدام الموانع الشرعيّة للزّواج". أُضيفت بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في: 2005/2/27م.
- ⁸ راجع، ص 74 وما بعدها من هذه الدراسة.

المطلب الأول: أثر العُرف في أحكام الصّدق بعقد الزواج

في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

لقد فرض الله تعالى للزوجة على زوجها بمقتضى عقد الزواج حقًا خالصًا لها يُسمّى الصّدق، وهو "العوض المسمّى في عقد النّكاح أو فُرِضَ بعده بتراضيهما أو بأمر الحاكم"¹، وقيل: "هو كلّ مَتَمَوِّلٍ أوجبه الشّارع على الرّجل، وجعله حقًا للمرأة في مقابل الاستمتاع بها في النّكاح الصّحيح والفساد والوطء بشبهة"². وعرفه المشرّع الجزائري بقوله: "الصّدق هو ما يُدْفَعُ نَحْلَةً للزوجة من نقود أو غيرها من كلّ ما هو مُباح شرعًا، وهو ملكٌ لها تتصرّف فيه كما تشاء"³. ويظهر لنا تأثير المشرّع في هذا التعريف بالشريعة الإسلامية لما وظّف مصطلح "نَحْلَة" الوارد في قوله ﷺ: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾ [النساء: 04].

كما أنّه يتفق مع الفقه الإسلامي في تحديده لشروط الصّدق⁴. وفي اعتباره ملكًا خاصًا للزوجة تتصرّف فيه كيف شاءت⁵. ومع هذا فقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية والمشرّع الجزائري في تكييف الصّدق بين من اعتبره شرطًا في عقد الزواج، أو ركنًا فيه، وإن كان المشرّع قد عدّه ركنًا في قانون الأسرة سنة 1984م، ثم عدّل عن ذلك في تعديله الأخير في سنة 2005م فاعتبره شرطًا.

ونظرًا لما للعرف من تأثير في أحكام الصّدق، فقد قرّرت أن أتكلّم عن أثر العرف في حدّ الصّدق في (فرع أوّل)، وعن أثره في حالات تعجيل الصّدق وتأجيله في (فرع ثانٍ)، ثم عن أثره في اختلاف الزوجين في قبض الصّدق وصدّاق المثل في (فرع ثالثٍ). وكلّ ذلك في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري. وتفصيل ذلك يكون كالآتي:

الفرع الأوّل: أثر العُرف في تحديد حدّ الصّدق في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

أتناول هذه المسألة على النحو الآتي:

أولاً-تحديد حدّ الصّدق في الفقه الإسلامي: أفصّل الحديث فيه على النحو الآتي

¹ البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، 128/5. والرحياني، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، 173/5.

² محمد محدة، الخطبة والزواج، ص 250.

³ في مادته: 14 المعدلة من الأمر رقم: 02/05.

⁴ مقالنا، أثر العُرف في أحكام الصّدق -دراسة مقارنة بين الفقه المالكي والتشريع الجزائري، ص 371.

⁵ يُنظر: العربي بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، ص 344 وما بعدها.

الباب الأول: أثر العُزف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

1. تحديد الحد الأعلى للصدّاق: اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على أن ليس للصدّاق حدٌ أعلى يقف عنده¹، واستدلوا بقوله ﷺ: «وَأِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنْطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُبِينًا» [النساء: 20]، فدلّت الآية على أن لا حدّ للصدّاق وأنّ كثرته جائزة، لأنّ الله تعالى قد مثّل بقنطار؛ أي: المال الكثير، ولا يُمثّل تعالى إلّا بمباح². وقد استدلت امرأة خاصمت عمر رضي الله عنه بهذه الآية، لما قال ﷺ: "أَلَا لَا تُعَالُوا فِي صَدَاقِ النِّسَاءِ"³، فقالت امرأة ليس ذلك لك يا عمر إنّ الله يقول: وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنْطَارًا مِنْ ذَهَبٍ⁴. وإن كان الإمام عمر رضي الله عنه قد غلب في هذه المخاصمة، فإنّه لم يكن الباعث الذي بعثه إلّا مُستمدًا من روح الشريعة ومقاصدها، وهو تيسير الزواج⁵، وبما رواه عقبة بن عامر رضي الله عنه عن النبي ﷺ: «خَيْرُ الصَّدَاقِ أَيْسَرُهُ»⁶.

2. تحديد الحد الأدنى للصدّاق: اختلف الفقهاء في تقديره، فجاءت آراؤهم؛ كالآتي:

القول الأول: ذهب الحنفيّة، والمالكيّة⁷ إلى أن أقلّ الصّدّاق مُقدّر بحدّ معيّن، لكنّهم اختلفوا في هذا التّقدير⁸، فأقلّ المهر عند الحنفيّة هو دينار أو عشرة دراهم أو قيمتها⁹، واستدلوا واستدلوا بحديث جابر رضي الله عنه الذي رواه عن النبي ﷺ: «وَلَا مَهْرَ دُونَ عَشْرَةِ دَرَاهِمَ»¹⁰.

¹ يُنظر: الكاساني، بدائع الصّنائع في ترتيب الشّرائع، 276/2. وابن عبد البر، الاستدكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار، 408/5. والشّافعي، الأمّ، 62/5. وابن قدامة، المغني، 210/7.

² يُنظر: ابن عطية، المحرر الوجيز، 29/2. والقرطبي، الجامع لأحكام القرآن، 24/5. والطّبري، جامع البيان، 123/8.

³ أخرجه البيهقي في سننه الكبرى، كتاب الصّدّاق، باب لا وَفَتَ فِي الصَّدَاقِ كَثْرٌ أَوْ قَلٌّ، رقم: 14336، 379/7. قال عنه الألباني: "حديث ضعيف منكر". يُنظر: إرواء الغليل، 348/6.

⁴ يُنظر: ابن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، 204/9.

⁵ يُنظر: محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج، ص 232.

⁶ أخرجه الحاكم في مستدركه، كتاب النّكاح، رقم: 2742، 198/2. والبيهقي في سننه الكبرى، كتاب الصّدّاق، باب النّكاح يَنْعَقِدُ بِغَيْرِ مَهْرٍ، رقم: 5141، 18/7. وقال عنه الألباني: "حديث صحيح". صحيح الجامع الصّغير، 621/1.

⁷ الكاساني، المصدر السّابق، 275/2. وابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 47/3.

⁸ سبب ذلك يعود إلى اختلافهم في تحديد النّصاب الذي تُقَطَّع به يد السّارق. ابن الهمام، فتح القدير، 190/12.

⁹ يُنظر: ابن مردود الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، 101/3.

¹⁰ أخرجه الدّارقطني في سننه، كتاب النّكاح، باب المهر، رقم: 3601، 358/4. والبيهقي في سننه الكبرى، كتاب النّكاح، باب اعتبار الكفاءة، رقم: 13760، 215/7. وقال البيهقي: هذا حديث ضعيف. الرّيلعي، نصب الرّاية، 196/3.

الباب الأول: أثر العُزف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

أما عند المالكية¹ فمقداره: ربع دينار ذهبي²، أو ثلاثة دراهم فضة خالصة³، أو ما قيمة أحدهما، قياساً على حد القطع في السرقة⁴؛ بجامع أنه عضو مستباح بمال⁵. واستدلوا بحديث أنس رضي الله عنه: «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ رَأَى عَلَى عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ أَثَرَ صُفْرَةٍ، قَالَ: «مَا هَذَا؟» قَالَ: إِنِّي تَزَوَّجْتُ امْرَأَةً عَلَى وَزْنِ نَوَاةٍ مِنْ ذَهَبٍ، قَالَ: «بَارَكَ اللَّهُ لَكَ، أَوْلِمَ وَلَوْ بِشَاةٍ»⁶، فدل الحديث على أَنَّ وَزْنَ النَّوَاةِ مِنَ الذَّهَبِ خَمْسَةُ دَرَاهِمٍ، وَعَنْ بَعْضِ الْمَالِكِيَّةِ النَّوَاةُ عِنْدَ أَهْلِ الْمَدِينَةِ رُبْعُ دِينَارٍ⁷.

ورّد عليهما: أَنَّ هذا قياس غير صحيح؛ لأنه في مقابلة النص؛ أي: الأثر الوارد عن سهل بن سعد رضي الله عنه "تَزَوَّجَ وَلَوْ بِخَاتَمٍ مِنْ حَدِيدٍ"⁸، ولأنَّ الأصل المقيس عليه وهو نصاب السرقة يُوجبُ يُوجبُ القَطْعَ، وهو استباحة على وجه العقوبة... والوطء استباحة على جهة اللذة والمودة⁹. ثم إنَّ النِّكَاحَ استباحة الانتفاع بالجملة، والقطع إتلاف عضو دون استباحته، وهو عقوبةٌ وحْدٌ، وهذا عوضٌ، فقياسه على الأعواض أولى¹⁰.

القول الثاني: ذهب الشافعية والحنابلة¹¹، وبعض المالكية¹² إلى أنه لا حد لأقل الصداق، فكل ما جاز أن يكون ثمنًا وقيمة لشيء جاز أن يكون صداقًا¹³، كالحاتم ونحوه، واستدلوا: بقوله ﷺ: «وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم» [البقرة: 237]، وجه الاستدلال: "أن الآية عامة ويدخل فيها القليل والكثير من غير

¹ ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 47/3. والصَّوْبي، بلغة السَّالك لأقرب المسالك، 428/2.

² الدِّينَارُ الذَّهَبِيُّ الْوَاحِدُ يَرُونُ 4,25 غرامًا. محمد رواس قلعجي وحامد صادق قنبي، معجم لغة الفقهاء، ص112.

³ الدرهم الفضي الواحد يَرُونُ 3 غرامات تقريبًا. يُنظر: منظمة المؤتمر الاسلامي، مجلة مجمع الفقه الاسلامي، 1264/5.

⁴ فنصاب قطع يد السَّارِق: عندهم فهو رُبْعُ دِينَارٍ. ابن رشد الجدل، المقدمات والمهديات، 207/3.

⁵ يُنظر: ابن رشد الحفيد، المصدر السابق، 47/3. والقاضي عبد الوهاب، المعونة على مذهب عالم المدينة، 750/1.

⁶ أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب النِّكَاحِ، باب: كَيْفَ يُدْعَى لِلْمُتَزَوِّجِ، رقم: 5155، 21/7.

⁷ ابن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، 234/9-235.

⁸ أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب: النِّكَاحِ، باب: بَابُ الْمَهْرِ بِالْعُرُوضِ وَخَاتَمٍ مِنْ حَدِيدٍ، رقم: 5150، 20/7.

⁹ ابن حجر العسقلاني، المصدر السابق، 209/9.

¹⁰ يُنظر: ابن رشد الحفيد، المصدر السابق، 46/3. وابن قدامة، المغني، 211/7.

¹¹ الشَّافِعِيُّ، الأم، 282/7، وابن قدامة، المصدر السابق، 236/7.

¹² هو قول لابن وهب من المالكية. ابن رشد الحفيد، المصدر السابق، 45/3. والدُّسُوقِي، حاشية الدُّسُوقِي، 302/2.

¹³ ابن رشد الحفيد، المصدر السابق، 45/3.

الباب الأول: أثر العُرف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

تحديد، فالتنصّف المفروض على عمومته¹. وبقوله ﷺ: "تَزَوَّجْ وَلَوْ بِخَاتَمٍ مِنْ حَدِيدٍ"². وجه الاستدلال: أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أمر الصَّحَابِي بالتماس خاتم من حديد، ومعلوم أَنَّ الخَاتَمَ مِنَ الْحَدِيدِ أَقْلُ الْجَوَاهِرِ قِيَمَةً، فَدَلَّ عَلَى جَوَازِ الْقَلِيلِ مِنَ الْمَهْرِ³. وعليه فأقلُّ المهر غير محدد؛ لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ لَهُ قَدْرٌ قَدَّرَ لَبَيَّنَهُ؛ إِذْ "لَا يَجُوزُ تَأْخِيرُ الْبَيَانِ عَنْ وَقْتِ الْحَاجَةِ"⁴.

ورُدَّ عليه باحتمال أَنَّ يكون المراد من التماس الخاتم فيما يُعَجَّلُ لها بناءً على ما جرى عليه العُرفُ، وليس المراد أصل المهر، فهو غير مُقدَّر شرعاً⁵. وأُجِيب عنه: أَنَّهُ لَوْ كَانَ ذَلِكَ مُحَالًا لِلْعُرفِ الْمَعْهُودِ لَنَقِلَ، وَلَيْسَ فِي الْعُرفِ أَنَّ يُسَاوِيَ خَاتَمٌ مِنْ حَدِيدٍ عَشْرَةَ دَرَاهِمٍ⁶. والحديث صحيح، ولا يمكن معارضته بمجرد الاحتمالات والظنون.

تحرير محل النزاع والترجيح:

ويرجع سَبَبُ الخلاف بين الفقهاء في تقدير حدٍّ للصدّاق إلى أمرين؛ وهما:

- تَرَدُّدُهُ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ عِوَضًا مِنَ الْأَعْوَاضِ يُعْتَبَرُ فِيهِ التَّرَاضِي بِالْقَلِيلِ كَانَ أَوْ بِالْكَثِيرِ، كَالْحَالِ فِي الْبَيُوعَاتِ، وَبَيِّنَ أَنَّ يَكُونَ عِبَادَةً فَيَكُونُ مُؤَقَّتًا. وَذَلِكَ أَنَّهُ مِنْ جِهَةٍ أَنَّهُ يَمْلِكُ بِهِ عَلَى الْمَرْأَةِ مَنَافِعَهَا عَلَى الدَّوَامِ يُشَبِّهُ الْعِوَضَ، وَمِنْ جِهَةٍ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ التَّرَاضِي عَلَى إِسْقَاطِهِ يُشَبِّهُ الْعِبَادَةَ.
- مُعَارَضَةُ هَذَا الْقِيَاسِ، فَالْمُقْتَضِي التَّحْدِيدَ لِمَفْهُومِ الْأَثَرِ "تَزَوَّجْ وَلَوْ بِخَاتَمٍ مِنْ حَدِيدٍ" الَّذِي لَا يَقْتَضِي التَّحْدِيدَ⁷.

فبعد عرض أقوال الفقهاء وأدلّتهم في المسألة ومناقشتها، يترجّح للباحث أَنَّ أَقْلَ الصَّدَاقِ غير مُحدّدٍ، وهو مُعتَبَرٌ بما يتراضى عليه الزَّوجان، وقد تظافرت الأدلّة الشرعيّة على تخفيف الصَّدَاقِ، منها قوله ﷺ: «وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ» [النور: 32]. وقد دلّت الآية على أَنَّ الله أمر الأولياء بأن يزوجوا الأيامي لو كانوا

¹ - الماوردي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، 298/9. وابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، 192/6.

² - الأثر سبق تخريجه، ص 179.

³ - يُنظر: الماوردي، المصدر السابق، 298/9.

⁴ - ينظر: ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 46/3.

⁵ - يُنظر: ابن الهمام، فتح القدير، 318/3. والجصاص، أحكام القرآن، 89/3.

⁶ - الماوردي، المصدر السابق، 399/9.

⁷ - يُنظر: ابن رشد الحفيد، المصدر السابق، 45/3.

الباب الأول: أثر العُرف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

فقراء، والفقير لا يقدر إلا على القليل من الصّدق، ولو لم يكن تخفيف الصّدق مطلوبًا ما أمرهم بالزّواج، والمفهوم المخالف لمنطوق الآية يدلّ على التّهي عن المغالاة في المهور¹. كما دلّت على ذلك السّنة القوليّة والفعليّة والتّقريريّة².

ثانيًا- تحديد الصّدق في التشريع الجزائري: لم يحدّد المشرّع حدًّا أدنى ولا أعلى للصّدق؛ فالمادة: 14 من ق أ ج، جاءت مطلقة في هذا الشّأن، ويُفهم منها أنّ الصّدق هو ما يُدفع من نِحلةٍ للزّوجة من نقود أو غيرها من كلّ ما هو مباح شرعًا، دون وضع حدّ معيّن للصّدق عند تقديره، وتبنيّ المشرّع الجزائري لهذا الموقف يتماشى وروح التشريع في التيسير ورفع الحرج، وبما يناسب القدرة الماديّة لجميع طبقات المجتمع غنيها وفقيرها³، كما أنّه ترك أمر تحديد الصّدق لاتّفاق طرفي عقد الزّواج، وللعرف السائد عندهما⁴.

وتجدر الإشارة إلى أنّه يجب على قاضي الأحوال الشّخصيّة أن يكون على دراية كافية بالقواعد الشّرعية والتّشريعية من جهة، والقواعد والأحكام العرفية المتعارف عليها في كلّ منطقة من مناطق الجزائر ليتقيد بها خاصّة في المسائل المتعلّقة بالصّدق وتبعاته من جهة أخرى. فالقاضي ملزم بمراعاة العرف الفقهي السائد في اجتهاداته المبنية على أساس المادة: 222 ق أ ج، أو باستقراره-على الأقل- على اجتهاد ثابت في المسائل الخاضعة لأحكام الشريعة الإسلامية، كمسألتنا هذه، ذلك أن مخالفة القانون لا تنحصر في النصّ التشريعي فحسب، بل تتعداه إلى مصادر القاعدة القانونيّة الأخرى؛ كالشريعة الإسلاميّة والعرف؛ وعليه فإنّه يخضع استمداد حكم اجتهادي من أحكام الشريعة الإسلاميّة إلى رقابة المحكمة العليا، لأنّ رأي القاضي في هذه الحالة يكون اجتهادًا في القانون الواجب التّطبيق، ومعالجة الخطأ في هذا الاجتهاد من أخصّ وظائف المحكمة العليا⁵.

بناء على ما سبق، يجد الباحث أنّ كلًّا من الفقه الإسلاميّ والتشريع الجزائريّ قد أوجبا الصّدق على الزّوج للزّوجة، غير أنّهما تركّا مساحة مرّنة يتحرّك فيها مقدار الصّدق بحسب أعراف

¹ يُنظر: القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، 242/12. وابن العربي، أحكام القرآن، 395/3.

² لمزيد من الاطلاع. يُنظر: سليمان بن عبد الله الدخيل، أحكام الصّدق في الفقه الإسلامي-دراسة مقارنة-، ص 61.

³ يُنظر: محفوظ بن الصغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، ص 349.

⁴ يُنظر: جميل فخري جاتم، أحكام المهر في ضوء العرف (مقال)، ص 61.

⁵ يُنظر: اسماعيل بن شيخ، الاشكالات الواردة على تطبيق المادة: 222 من قانون الأسرة الجزائري، ص 80 وما بعدها.

الباب الأول: أثر العُزف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

النَّاس، وأنَّ قيمة الصَّدَاق قد تغيرت من امرأة إلى أخرى؛ وذلك لاختلاف مواصفاتها، فأضفى كلُّ من التَّعليم والعمل على المرأة منزلةً وقدراً لم يكن مُعتبراً من قبل، فارتفع صداقها تبعاً لذلك¹، وهذا ما ينبغي للقضاء مراعاته في أحكامه واجتهاداته المتعلقة بالمسائل المبنية على أصل العرف. ثم إنَّ مقدار الصَّدَاق في الجزائر يخضع للعُرف، ويختلف مقداره من منطقة لأخرى.

فالصَّدَاق في المناطق الصحراوية يصل إلى ما بين 10 ملايين و20 مليون سنتيم، وفي مقابل ذلك يُؤكَّل للعروس تأثيث بيت الزوجية، أمَّا في الغرب الجزائري فلا يقلُّ عن 10 ملايين سنتيم، إضافة إلى الهدايا التي يُجبر العريس على تقديمها في كلِّ مناسبة مع الذهب، وتبقى أعراس منطقة الوسط هي الأقلُّ تكلفةً بعض الشيء، فطقم الذهب تتراوح قيمته ما بين 7 و12 مليون سنتيم كصداق، وقد يكون في بعض الأحيان أقلَّ من ذلك، كما قد يكون أكثر².

هذا وإنَّ للأعراف والتقاليد دور مهمَّ في تحديد قيمة الصَّدَاق في بلد الزوجية، لأنَّ اختلاف الأعراف من منطقة لأخرى يؤدي إلى تباين الصَّدَاق الذي يدفع لامرأتين متماثلتين لكن لا تنتمي لنفس المنطقة، إذن للعرف تأثير على تحديد قيمة الصَّدَاق ارتفاعاً أو انخفاضاً³. وقد سعى بعض شيوخ الزوايا وأعيان بعض المناطق في الجزائر محاولة منهم للحدِّ من ظاهرة المغالاة في المهور، ولتشجيع الشَّباب على الزواج، فوضعوا موثيق للزَّواج حدَّدوا فيها الحد الأعلى للصَّدَاق، ومن بين هذه المناطق، منطقة طولقة وضواحيها فيصِّل الصَّدَاق حسب ميثاق أعراف الزَّواج لسنة 2016م إلى حدود 15 مليون سنتيم أو ما يعادله من الذهب 35 غراماً هذا كحدٍّ أعلى، بل ورُعب في تخفيضه إلى أقلَّ من ذلك⁴.

¹ يُنظر: نوال سعيد حسن العنفي، أثر العُزف على حقوق الزَّوجة، ص36-37. ونواف عواد الشُّويعر، أثر العُزف في مسائل الزَّواج في الفقه الإسلامي، ص119. وأحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، ص55.

² يُنظر: عماد شريفي، اعتبار العرف في مسائل الزواج وآثاره في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، ص115.

³ يُنظر: رابح عبد المالك، الصَّدَاق في قانون الأسرة الجزائري - دراسة مقارنة -، ص81.

⁴ يُنظر: عبد القادر عثمانى رحمته الله وأئمة ولاية بسكرة، وثيقة إصلاح ذات البين ويليهِ ميثاق أعراف الزَّواج لسنة 2016م، وهو عبارة عن كتيب صغير الحجم تحصلت عليه مباشرة من القائم على شؤون الزاوية العثمانية. (ملحق رقم1).

الباب الأول: أثر العرف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

كما جرى العرف في منطقة القبائل في تيسير الصّدّاق على المتزوجين؛ إذ حدّد اتفاق أعيان بلدية آيت أرزين بولاية بجاية لسنة 2018م قيمة المهر بعشرة ملايين سنتيمًا، وخاتم الزّواج¹. أمّا منطقة موزاية وما جاورها، ومنطقة تنس وشلف التي تعتمد على صدّاق العرف؛ كصدّاق سيدي معمر، إذ يعتمد البعض منهم عليه في زيجاتهم، والذي كان معروفًا بصدّاق الرّبع دينار في مدينة تنس. ويمتاز الصّدّاق المعمرى بانخفاض قيمته المادية، إذ قدّرت بحوالي 12 مليون سنتم في سنة 2018م، ثم بلغت قيمته 15 مليون سنتيم في سنة 2019م².

وكذلك في بلدة الزيتونة بأقصى غرب ولاية سكيكدة حيث جاء في ملخص تعديل عرف الزّواج بالزيتونة؛ إذ تم تحديد مصاريف الزّواج بـ 10 ملايين سنتيم، ويقسم هذا المبلغ كالآتي: ثمانية آلاف دينار بالنسبة إلى المهر، و 52 ألف دينار لجهاز العروس، و 40 ألف دينار خاصّة بالعشاء ووليمة العروس، في يوم الزفاف³. وكذا وثيقة أهل البياضة المتعلّقة بالزّواج بولاية الوادي التي حدّدت المهر بما جرت عليه العادة وهو "فلايك ذهب"؛ أي: أقرط من الذهب، أمّا تقدير قيمة الذهب متروك لقدرات النّاس وأحوالهم، بالإضافة إلى التّوسط في دفع مبلغ ماليّ لتجهيز العروس يتراوح ما بين 6 و 10 ملايين سنتيم⁴.

ثم إنّ المعمول به في أغلب جهات الوطن أنّ الصّدّاق يفوق بكثير الحدّ الأدنى الذي ذكره فقهاء الحنفيّة أو المالكيّة، خاصّة إذا علمنا أنّ ما يُقدّم للمرأة سواء من قبيل العادات؛ كالهدايا التي يُقدّمها الزّوج في المناسبات وغيرها، لكن بشرط تقييدها في عقد الزّواج، أو حسب ما تعارف عليه النّاس. وبالتالي فلا جدوى في مناقشة أقلّ الصّدّاق، لأنّ ما يعاني منه المجتمع الجزائري هو

¹ يُنظر: أمينة لعلاي، جمعيات تضع حدًا لتكاليف الزواج المبالغ فيها (مقال)، مرفق بوثيقة "حملة تحسيسية لمواطني بلدية آيت أرزن (ولاية بجاية)"، تم الاطلاع عليه وتحميل (ملحق رقم 2) يوم 2022/1/10م، في السّاعة 21:00، من موقع "النّهار أونلاين" على الشّبكة العنكبوتيّة، من الرّابط الآتي: <https://ln.run/jUpQD>

² يُنظر: محمد زيان، زواج سيدي معمر بمدينة تنس - بداية زوال عادات أمام واقع متأزم قراءة أنثروبولوجية - (مقال) ص 70.

³ يُنظر: 8 آلاف دينار قيمة المهر في الزيتونة بسكيكدة، مقال منشور دون ذكر صاحبه، اطلعت عليه يوم 2022/1/10م، في السّاعة 21:10، من موقع "الشرق أونلاين"، على الشّبكة العنكبوتيّة، من الرّابط الآتي:

<https://rb.gy/kl12jd> وتحميل ملخص تعديل عرف الزّواج بالزيتونة، في صفحة واحدة (ملحق رقم 3) من موقع "أخبار الأغواط" على الفيسبوك من الرّابط الآتي: <https://ln.run/2Ynq4>

⁴ يُنظر: ممثلو الأحياء والعائلات والعروش ببلدية البياضة، وثيقة أهل البياضة المتعلّقة بالزّواج، ص 2. (ملحق رقم 4).

الباب الأول: أثر العُزف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

غلاء المهور والمبالغة في فرض الشُّروط القاسية على الزوج، ممَّا يُنقِرُه من الزَّواج ويُشجعه على العزوف عنه، لذا يجب التيسير في المهور والتخفيف من تكاليف الزَّواج للتشجيع على الحلال¹.

الفرع الثاني: أثر العُزف في تعجيل الصِّدَاق وتأجيله في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

أتناول ذلك في الفقه الإسلامي (أولاً)، ثم في التشريع الجزائري (ثانياً)، وبيانهما كالآتي:

أولاً- أثر العزف في تعجيل الصِّدَاق وتأجيله في الفقه الإسلامي: من المعلوم أنَّ المرأة تملك

الصِّدَاق عند العقد، وغالبًا ما يكون مُعَجَّلًا، وهو الأولى²، أمَّا تأجيله فقد اختلف العلماء حوله

على قولين، ويرجع سبب ذلك، هل النِّكاح يشبه البيع في التَّأجيل أو لا؟³

القول الأول: ذهب الشافعية، والحنابلة⁴ إلى القول بجواز أن يكون الصِّدَاق مُعَجَّلًا مع العقد

أو مُؤَجَّلًا كَلَّه، أو بعضه مُعَجَّلًا وبعضه الآخر مُؤَجَّلًا، واستدلُّوا بأنَّ كُلَّ مَا جازَ ثَمَنًا فِي الْبَيْعِ

وَالْإِجَارَةِ، حَالًا أَوْ مُؤَجَّلًا، جازَ أَنْ يَكُونَ صَدَاقًا؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ فِي مُعَاوَضَةٍ، فَجازَ ذَلِكَ فِيهِ، كَالثَّمَنِ.

وأيضًا لِأَنَّهُ يُعْتَبَرُ فِيهِ رِضَى الْمُتَعَاقِدِينَ، كَسَائِرِ عُقُودِ الْمُعَاوَضَاتِ⁵. وبناء على هذا القول

فَلتَأجيل الصِّدَاق أربع حالات، أوجزها فيما يأتي:

أ. الحالة الأولى: إمَّا أَنْ يُطْلَقَ ذِكْرُ الصِّدَاق فِي الْعَقْدِ وَلَمْ يَقَيِّدْهُ بِحُلُولِ، وَلَا بِتَأجيل يقتضي ذلك

الحلول، وهو قول الجمهور، لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ الْأَجَلِ⁶.

ب. الحالة الثانية: إمَّا أَنْ يُؤَجَّلَ الصِّدَاق وَلَا يَذَكَرَ الْأَجَلُ فِيصَحُّ. وهو قول أحمد؛ فالعُزفُ فِي

الصِّدَاقِ تَرْكُ الْمُطَالَبَةِ بِهِ إِلَى حِينِ الْفُرْقَةِ بِالْمَوْتِ أَوْ الْبَيْنُونَةِ، فَيُحْمَلُ عَلَيْهِ فَيَصِيرُ مَعْلُومًا⁷.

ج. الحالة الثالثة: أَنْ يُؤَجَّلَ الصِّدَاق وَيُجْعَلَ الْأَجَلُ إِلَى مَدَّةٍ مَعْلُومَةٍ فَهُوَ إِلَى هَذَا الْأَجَلِ الْمَحْدَدِ،

وإلى هذا القول ذهب الحنابلة، لِأَنَّهُ عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ فَجازَ ذَلِكَ فِيهِ كَالثَّمَنِ⁸.

¹ يُنظر: ابن أحمد حورية، الصِّدَاق بين التشريع والعرف (مقال)، ص 673.

² يُنظر: المرادوي، الإنصاف، 127/21.

³ يُنظر: ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 45/3.

⁴ الماوردي، الحاوي الكبير، 401/9. والبهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، 134/5.

⁵ يُنظر: النَّووي، المجموع شرح المذهب، 328/16. وابن قدامة، المغني، 216/7.

⁶ يُنظر: الكاساني، بدائع الصَّنائع، 287/2. والنَّووي، المصدر السابق، 328/16. وابن قدامة، المقنع، ص 319.

⁷ يُنظر: ابن تيمية، المحرر في الفقه، 32/2. والبهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، 134/5-135.

⁸ يُنظر: ابن قدامة، المصدر السابق، 222/7. والبهوتي، المصدر السابق، 134/5.

الباب الأول: أثر العرف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

د. الحالة الرابعة: أن يُوجَل الصَّدَاق ويُجَعَلَ الأجل إلى مُدَّةٍ مَجْهُولَةٍ، كَقُدُومِ زَيْدٍ وَبَحْيٍ الْمَطَرِ، وَنَحْوِهِ، لَمْ يَصِحَّ، وهو مذهب الحنفية، والحنابلة، لِأَنَّهُ مَجْهُولٌ لِنَفَاحِشِ الْجَهَالَةِ فَلَمْ يَثْبِتِ الْأَجْلُ، وَإِنَّمَا صَحَّ الْمُطْلَقُ لِأَنَّ أَجَلَ الْفُرْقَةِ بِحُكْمِ الْعَادَةِ، وَهَذَا هُنَا صَرَفُهُ عَنِ الْعَادَةِ بِذِكْرِ الْأَجْلِ، وَلَمْ يُبَيِّنْهُ فَبَقِيَ مَجْهُولًا، فَيَحْتَمِلُ أَنْ تَبْطُلَ التَّسْمِيَةُ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَبْطُلَ التَّأْجِيلُ وَيَحِلَّ¹.

القول الثاني: ذكر فقهاء المالكية أن الصَّدَاقَ إِمَّا أَنْ يَكُونَ مُعَجَّلًا كَلِيًّا أَوْ مُؤَجَّلًا كَلِيًّا، أَوْ مُعَجَّلًا فِي جِزْءٍ وَمُؤَجَّلًا فِي جِزْءٍ الْآخَرِ²، وَلَقَدْ كَرِهَ مَالِكٌ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فِي الصَّدَاقِ يَنْقُدُ بَعْضُهُ؛ أَيِ يُعَجَّلُ، يُعَجَّلُ، وَبَعْضُهُ يُؤَجَّلُ إِلَى سِتِّ سَنِينَ، قَالَ: وَلَمْ يَكُنْ مِنْ عَمَلِ النَّاسِ³. وَلَمْ يَجْزِهِ إِلَّا إِذَا كَانَ الزَّمَنُ مُحَدَّدًا، وَمُقَدَّرًا⁴، أَمَّا إِنْ كَانَ الصَّدَاقُ مُؤَجَّلًا لِمَوْتٍ أَوْ فِرَاقٍ فَإِنَّهُ يُفْسَخُ قَبْلَ الْبِنَاءِ لِلْجَهَالَةِ بِالْأَجْلِ، بِالْأَجْلِ، وَيَمْضِي بَعْدَهُ بِصَدَاقِ الْمَثَلِ⁵.

الترجيح: بعد عرض أقوال الفقهاء فالقول الذي يميل الباحث إلى ترجيحه هو جواز أن يكون الصَّدَاقُ مُعَجَّلًا أَوْ مُؤَجَّلًا، أَوْ بَعْضُهُ مُعَجَّلًا وَبَعْضُهُ مُؤَجَّلًا، وَإِنْ كَانَ يُسْتَحَبُّ أَنْ يُقَدَّمَ وَلَوْ شَيْءٌ يَسِيرٌ عِنْدَ الْعَقْدِ إِذَا كَانَ مُؤَجَّلًا، وَذَلِكَ لِقُوَّةِ قَوْلِهِمْ وَأَدْلَتُهُمْ، وَصَحَّتْهَا وَسَلَامَتُهَا مِنَ الْمُنَاقَشَةِ، وَلَأنَّ فِي التَّأْجِيلِ تَيْسِيرًا عَلَى مَنْ لَيْسَ لَدَيْهِ الْقُدْرَةُ عَلَى دَفْعِ الصَّدَاقِ دَفْعَةً وَاحِدَةً، وَفِي مَنَعِ التَّأْجِيلِ غَلَقٌ لِبَابِ الْخُصُومَاتِ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ، وَتَطْيِيبٌ لِنَفْسِ الزَّوْجَةِ بِقَبْضِهِ.

ثانيًا - أثر العرف في تعجيل الصَّدَاقِ وتأجيله في التشريع الجزائري: بيان ذلك كالآتي:

1. من الناحية التشريعية: نصَّت المادة: 1/15 من ق أ ج، على أنواع الصَّدَاقِ مِنْ حَيْثُ الدَّفْعُ، فَجَاءَ فِيهَا: "يُجَدِّدُ الصَّدَاقُ فِي الْعَقْدِ، سَوَاءٌ كَانَ مُعَجَّلًا أَوْ مُؤَجَّلًا"، فَيَكُونُ بِذَلِكَ قَدْ أُوجِبَ تَحْدِيدُ الصَّدَاقِ فِي عَقْدِ الزَّوْاجِ، وَالتَّحْدِيدُ هُنَا مَتْرُوكٌ تَقْدِيرُهُ لِلْعَاقِدِينَ⁶، "سَوَاءٌ كَانَ الدَّفْعُ أَثْنَاءَ إِبرَامِ الْعَقْدِ أَوْ مُؤَجَّلًا إِلَى أَجْلِ آخَرٍ"⁷. وَهَذَا يَكُونُ الْمَشْرَعُ بَعْدَ التَّعْدِيلِ قَدْ اتَّبَعَ مَذْهَبَ جُمْهُورِ

¹ يُنْظَرُ: الْكَاسَانِي، بِدَائِعِ الصَّنَائِعِ فِي تَرْتِيبِ الشَّرَائِعِ، 288/2. وَابْنُ قَدَامَةَ، الْمَغْنِي، 222/7.

² يُنْظَرُ: ابْنُ الْحَاجِبِ، جَامِعُ الْأَمْهَاتِ، 277/1. وَالصَّائِي، بَلْغَةُ السَّالِكِ لِأَقْرَبِ الْمَسَالِكِ، 433/2.

³ يُنْظَرُ: ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ، الْكَافِي فِي فِقْهِ أَهْلِ الْمَدِينَةِ، 551/2. وَالْخَطَّابُ، مَوَاهِبُ الْجَلِيلِ فِي شَرْحِ مَخْتَصَرِ خَلِيلٍ، 514/3.

⁴ يُنْظَرُ: ابْنُ رَشْدٍ الْحَفِيدِ، بَدَايَةُ الْمُجْتَهِدِ وَنَهَايَةُ الْمُقْتَصِدِ، 48/3. وَابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ، الْمَصْدَرُ السَّابِقُ، 551/2.

⁵ الْقُرَافِي، الدَّخِيرَةُ، 387/4. وَعَلِيْش، مَنَحُ الْجَلِيلِ فِي شَرْحِ مَخْتَصَرِ خَلِيلٍ، 421/3.

⁶ يُنْظَرُ: أَحْمَدُ نَصْرُ الْجَنْدِي، شَرْحُ قَانُونِ الْأُسْرَةِ الْجَزَائِرِيِّ، ص 55.

⁷ لَحْسِينُ بْنُ شَيْخِ آثَ مَلُويَا، الْمُرْشِدُ فِي قَانُونِ الْأُسْرَةِ، ص 50.

الباب الأول: أثر العُزف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

الفقهاء في تعجيل وتأجيل الصّدق كلّهُ أو بعضه، بعدما كان مُتَّبِعًا للمذهب المالكيّ قبل التّعديل؛ أي سنة 1984م، والذي يُكرّهُ أن يكون الصّدق مُؤَجَّلًا، وذلك بتغيير فحوى المادة من "يجب"، إلى "يُحدّد"¹. و"هذا حسب العُزف السّائد في المكان الذي يوجد به الزّوجان"². وعليه فإنّ حالات الصّدق حسب فحوى نص المادة سالفة الذّكر، هي كالآتي:

أ. الصّدق المُعجّل كليًا: ويدفعه الزّوج إلى الزّوجة مباشرة أو من ينوبها، ويُدفع كاملاً قبل الدّخول أو بعد إبرام العقد مباشرة، حسب نصّ المادة: 15 من ق أ ج سواء كان مُعجَّلًا.

ب. الصّدق المُؤجّل كليًا: هو أن يتّفق طرفا العقد تأجيل الصّدق -بعد تسميته وتحديد نوعه أثناء إبرام العقد- إلى ما بعد الدّخول أو تاريخ لاحق، وإذا لم يتّفق الطّرفان على التاريخ، فإنّه يُستحقّق بعد الطّلاق وفقًا لنصّ المادة: 15 من ق أ ج "أو مُؤَجَّلًا".

ج. الصّدق المُؤجّل في جزء منه والمُعجّل في الجزء الآخر: هو أن يتّفق طرفا العقد على دفع جزء من الصّدق قبل الدّخول، وتأجيل الباقي منه إلى تاريخ مُحدّد بعد الدّخول، فإذا لم يُحدّد تاريخ مُعيّن لدفع المؤجّل، فإنّه يَنْصَرَفُ إلى تاريخ الطّلاق أو تاريخ الوفاة³.

2. من النّاحية القضائيّة: باعتبار أنّ الصّدق شرط في عقد الزّواج بحسب نصّ المادة: 2/9 من ق أ ج: "يجب أن تتوفر في عقد الزّواج الشّروط الآتية: ... الصّدق"⁴، ذلك أنّ الأصل هو تعجيل الصّدق كاملاً وقت إبرام عقد الزّواج باعتباره شرطاً فيه وفقًا لنصّ المادة: 9 مكرّر من ق أ ج غير أنّه يجوز تأجيل الصّدق كلّهُ أو بعضه قبل الدّخول أو بعده حسب الأجل المتّفق عليه بين الزّوجين. وهذا ما أكّد عليه قرار المحكمة العليا المؤرخ في: 2001/10/17م، حيث جاء فيه: "إنّ مؤخر الصّدق الثّابت بعقدٍ رسميٍّ هو حقٌّ للزّوجة، وعلى الزّوج يقع عبء إثبات الوفاء به"⁵. به"⁵.

¹ يُنظر: عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، ص45. ومحفوظ بن صغير، أحكام الزّواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدّل، ص155.

² العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ص212.

³ يُنظر: عبد العزيز سعد، المرجع السّابق، ص45. ومحفوظ بن صغير، المرجع السّابق، ص155.

⁴ يُنظر: نص المادة: 9 من الأمر رقم: 02/05، سالفه الذّكر.

⁵ م ع، غ أ ش. م، ملف رقم 284555، قرار بتاريخ 2001/10/17م، م ق، 2003م، ع خ، ص282.

الباب الأول: أثر العُرف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

أمّا إذا لم يتفق الزوجان فيسري عُرف بلد الزوجة، فإذا تعارف أهل بلد معين على تأجيل الصّدق كان ذلك. وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في: 1998/11/17م، مستندة في ذلك إلى العُرف: "إنّ عدم تحديد الصّدق لا يبطل الزواج؛ لأنّه عند التنازع حوله يُقضى للزوجة بصدق المثل، ومتى تبين في قضية الحال أنّ الشهود الذين وقع سماعهم قد أكدوا توافر أركان الزواج العربي، ما عدا الصّدق بقي مؤجلاً حسب عادة المنطقة"¹.

ثم إنّ الباحث يرى أنّ الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري قد اعتبرا العُرف في مسألة تعجيل الصّدق وتأجيله من خلال ترك أمره لأعراف الناس وعاداتهم؛ فإذا وُجد اتفاق أو عُرف في منطقة ما على أمر تعجيل الصّدق أو تأجيله لزم اتباع العُرف المتعامل به. فإن لم يُسم الصّدق، ولم يذكر شيء خاص بتعجيله أو تأجيله، أُتبع في ذلك العُرف السائد². أمّا إذا لم يكن هناك عُرف، ودفع الزوج الصّدق حالاً؛ لأنّه يجب بتمام العقد، ولأنّه أثر من آثار عقد الزواج، فإن عجز الزوج عن دفع الصّدق، فللزوجة طلب فسخ الزواج قبل الدخول أو بعده. وبما أنّ التعجيل جائز، وهو الأصل باتفاق الفقهاء فالزوج مطالب بالتعجيل بدفعه³.

وهذا يتوافق مع العُرف الغالب في الجزائر من أنّه لا يُقر بالتأجيل؛ إذ لا يتصور الدخول الحقيقي والبناء دون أن تكون الزوجة قد قبضت ولو جزءاً من مهرها. بل يُستحب دفع الصّدق كلّ أو بعضه بمجرد العقد وقبل الدخول لولي الزوجة⁴.

الفرع الثالث: أثر العُرف في الاختلاف حول قبض الصّدق وصدق المثل

في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

سعت الشريعة الإسلامية إلى الحفاظ على حقوق الناس، فالزمتهم بتوثيق المداينات وكافة الحقوق، لقوله ﷺ: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُبَ

¹ م ع، غ أ ش. م، ملف رقم 21022، قرار بتاريخ 1998/11/17م، م ق، 2001م، ع خ، ص 50.

² يُنظر: الغوثي بن ملح، قانون الأسرة الجزائري على ضوء الفقه والقضاء، ص 57. والرّشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة المعدّل، ص 77. وعلاء الدين أبو العز، العُرف وأثر العمل به في مسائل الأحوال الشخصية - دراسة فقهية مقارنة - (مقال)، ص 50.

³ يُنظر: عبد الله التّوجري، موسوعة الفقه الإسلامي، 70/4. ونوال سعيد حسن العفيفي، أثر العُرف على حقوق الزوجة، ص 39-40.

⁴ يُنظر: الغوثي بن ملح، المرجع السابق، ص 57. وسليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، ص 71.

الباب الأول: أثر العرف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ» [البقرة: 282]، وأخذ القانون بمضمون هذه القاعدة، فألزم بكتابة عقود الزواج وفقاً لنص المادة: 18 من ق أ ج¹، وتسمية الصّدق في العقد وفقاً لما هو منصوص عليه في المادة: 15 معدلة من ق أ ج، من أنه: "يُحَدِّدُ الصّدق في العقد، سواء كان مُعَجَّلاً أو مُؤَجَّلاً، وفي حالة عدم تحديد قيمة الصّدق تستحق الزوجة صدق المثل".

فإذا اختلف الزوجان في الصّدق كان المعول عليه ما هو ثابت في وثيقة العقد، فإن لم يدوّن بها شيء وحدث التنازع حول قبضه²، بأن يدّعي الزوج تسليم الصّدق أو جزء منه للزوجة، بينما هي تنكر ذلك، أو أن يدّعي تسليم مقدار من الصّدق، فتدعي أنه قد سلّمها أقلّ ممّا يدّعي، أو قد تدعي الزوجة أن الصّدق لم يُسَمِّ لها أو لم يذكر في عقد الزواج أصلاً. وقد يحدث النزاع بين أحد الزوجين وورثة الآخر، أو بين ورثتهما.

وفي هذا الفرع أتناول مسألة "أثر العرف في الاختلاف حول قبض الصّدق وصدق المثل" في كل من الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، وفيما يأتي بيانهما في العنصرين المواليين:

أولاً- أثر العرف في الاختلاف حول قبض الصّدق وصدق المثل في الفقه والتشريع:

قد يُثير عدم قبض الصّدق نزاع بين الزوجين، كما أن عدم تسميته أو ذكره في العقد هو الآخر يُسبب نشوب نزاع ومشاكل بين الزوجين، ممّا يستوجب إيجاد حلّ لهذه المشكلة بانتهاج وسائل عملية، من بينها العرف السائد المعمول به في منطقة الزوجين.

لذا سأحدث في هذا الفرع عن أثر العرف في كلّ جزئية على حدة في كل من الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، وتفصيلهما كالآتي:

1. أثر العرف في الاختلاف حول قبض الصّدق في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري:

بيان هذه المسألة يكون على النحو الآتي:

أ. أثر العرف في الاختلاف حول قبض الصّدق في الفقه الإسلامي: اختلف الفقهاء في هذه المسألة على ثلاثة أقوال؛ هي:

¹ تنصّ على: "يتمّ عقد الزواج أمام الموثّق أو أمام موظف مؤهل قانوناً مع مراعاة ما ورد في المادتين 9 و 9 مكرّر من هذا القانون".

² يُنظر: العربي بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، ص 384.

الباب الأول: أثر العُرف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

القول الأول: إذا اختلف الزوجان في قبض الصَّدَاق سواء قبل الدُّخول أم بعده، فالقول قول الزَّوْجَة مع يمينها أنَّها لم تقبضه. وإلى هذا القول ذهب الشَّافعي، والحنابلة¹، واستدلوا بحديث عمر رضي الله عنه عن النَّبِيِّ صلى الله عليه وسلم أَنَّهُ قَالَ: «الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي، وَالْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ»². فدلَّ هذا الحديث على أَنَّ المرأة مُدَّعَى عليها في جميع الحالات، فكان الْقَوْلُ قَوْلُهَا، لِأَنَّهُ حَقٌّ مِنَ الْحَقُوقِ فَلَا يَزُولُ إِلَّا بِإِقْرَارِ الَّذِي لَهُ الْحَقُّ وَمَنْ إِلَيْهِ الْحَقُّ³. فالأصل عدم القبض وبقاء الصَّدَاق في ذمة الزَّوْجِ⁴.

القول الثاني: إذا اختلف في قبض الصَّدَاق وقد دخل بها، فالقول قول المرأة إذا لم تقبض، كما لو لم يدخل بها. وإلى هذا القول ذهب الحنفية⁵.

القول الثالث: فصل المالكية القول في هذه المسألة⁶ على النحو الآتي:

- قبل الدُّخول الحقيقي: إذا اختلف الزوجان قبل الدُّخول فالقول لها بيمينها؛ لأنَّها متمسكة بالأصل، مالكة لأمر نفسها، والأصل ثبوت الصَّدَاق في ذمة الزَّوْجِ، ولا يبرأ منه إِلَّا بِالْبَيِّنَةِ.
- بعد الدُّخول الحقيقي: إذا حدث نزاع بينهما أو بين ورثتهما، فإن كان هناك عُرف مطرد بأنَّ الزَّوْجَة لا تدخل إِلَّا بعد أن تستوفي صداقها أو معجله، قُضِيَ لِلزَّوْجِ ولا يُسَمَّعُ لها؛ لأنَّ العُرفَ يُكَدِّبُهَا في دعواها في قبض شيء من الصَّدَاق، ولأنَّ الغالب أَنَّ المرأة لا تُسَلِّمُ نفسها حتَّى تستوفي صداقها؛ فالعُرفُ إثباتٌ، وهو بمثابة بَيِّنَةٍ لِلزَّوْجِ. فالقول قول الزَّوْجِ مع يمينه؛ لأنَّ عادتهم جرت بدفع الصَّدَاق قبل الدُّخول، فإنَّ عُدِمَ ذلك العُرفُ في قومهم فالقول قولها مع يمينها، فإنَّ نَكَلَتْ أو جاء ببَيِّنَةٍ صَحَّتْ دعواه، وإنَّ حلفت الزَّوْجَة وعجز هو عن الإتيان ببَيِّنَةٍ، رُفِضَتْ دعواه⁷، واستدلوا بقوله صلى الله عليه وسلم: «وَأُمْرٌ بِالْعُرْفِ» [الأعراف:199]. فالآية تضمَّنت أمرًا بالرجوع

¹ - الماوردي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشَّافعي، 500/9. والبهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، 155/5.

² - أخرجه الترمذي في سننه، أبواب الأحكام عَنْ رَسُولِ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم، بَابُ مَا جَاءَ فِي أَنَّ الْبَيِّنَةَ عَلَى الْمُدَّعَى، رقم: 1341،

19/3. والدارقطني في سننه، رقم: 4311، 276/5. والبيهقي في سننه الكبرى، كِتَابُ الدَّعْوَى وَالْبَيِّنَاتِ، بَابُ الْبَيِّنَةِ عَلَى

الْمُدَّعَى، رقم: 3387، 189/4. قال عنه الألباني: "هذا حديث صحيح". إرواء الغليل، 279/8.

³ - يُنْظَرُ: الماوردي، المصدر السابق، 500/9.

⁴ - يُنْظَرُ: النَّوَوِي، المجموع شرح المذهب، 384/16. وابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، 220/6.

⁵ - الطَّحَاوِي، مختصر اختلاف العلماء، 286/2.

⁶ - يُنْظَرُ: مقالنا، أثر العُرف في أحكام الصَّدَاق دراسة مقارنة بين الفقه المالكي والتشريع الجزائري، ص 379.

⁷ - يُنْظَرُ: ابن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة، 558/2. والقاضي عبد الوهاب، عيون المسائل، ص 327.

الباب الأول: أثر العُرف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

إلى العُرف، وهو أمرٌ عامٌّ، فاقترضى العمل بالعُرف. ولأنَّ اليمين في الأصل متوجّهة إلى أقوى المتداعيين سببًا، والزَّوج في هذا الموضوع أقوى سببًا لشهادة العُرف له، كما كان قبل الدُّخول القول قولها لقوة سببها عليه¹.

وقد قيل: إنَّ الرَّجل لا يدخل بامرأته حتى تَقْبِضَ صداقها، واليوم العادة في المدينة خلاف ذلك، فالقول قول المرأة مع يمينها لأجل اختلاف العوائد². و"القول بأنَّ القول قولها أبدًا أحسن؛ لأنها مُدعى عليها"³. وقد نُوقِشَ استدلالهم: بأنَّ قَوْلَهُمْ قَبْلَ الدُّخُولِ الْقَوْلُ مَعَ الزَّوْجَةِ، وَبَعْدَ الدُّخُولِ الْقَوْلُ مَعَ الزَّوْجِ. فَهَذَا فَاسِدٌ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ: «الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي، وَالْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ»⁴، وَالزَّوْجُ مُدَّعٍ فَكُلَّفَ الْبَيِّنَةَ، وَالزَّوْجَةُ مُنْكَرَةٌ فَكُلِّفَتِ الْيَمِينَ، وَلِأَنَّ مَنْ ثَبَتَ فِي ذِمَّتِهِ حَقٌّ لِعَيْرِهِ لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ فِي دَفْعِهِ كَالدُّيُونِ. ثُمَّ قَوْلُهُمْ: إِنَّ الْإِعْتِبَارَ بِالْعَادَةِ فَعَيْرٌ صَحِيحٌ، لِأَنَّ عَادَاتِ النَّاسِ فِيهِ مُخْتَلَفَةٌ⁵.

أمَّا إذا مات الزَّوجُ ثُمَّ ادَّعَتِ الزَّوْجَةُ عَدَمَ قَبْضِهَا لَصَدَاقِهَا، فَإِنْ كَانَ ذَلِكَ قَبْلَ الدُّخُولِ فَلَا صَدَاقَ لَهَا، بِخِلَافِ لَوْ حَصَلَ بَعْدَهُ، كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهَا مَعَ يَمِينِهَا⁶، "وَأَمَّا إِذَا مَاتَ الزَّوْجَانِ مَعًا بَعْدَ الْبِنَاءِ، فَالْقَوْلُ لَوْرَثَةِ الزَّوْجِ"⁷.

الترجيح: بعد عرض أقوال الفقهاء فالقول الذي يترجَّح للباحث هو قول المالكية⁸ الذين فصلوا في المسألة، فيكون القول قول الزَّوْجَةِ قبل الدُّخُولِ مَعَ يَمِينِهَا؛ لِأَنَّهَا صَاحِبَةُ الشَّأْنِ فِي قَبْضِ الصَّدَاقِ فَهُوَ مَلِكٌ لَهَا. أَمَّا بَعْدَ الدُّخُولِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجِ؛ لِأَنَّ الدُّخُولَ بِهَا دَلِيلٌ لَصَحَّةِ دَعْوَاهُ أَنَّهُ دَفَعَ الصَّدَاقَ قَبْلَهُ.

¹ يُنظر: القاضي عبد الوهاب، المعونة على مذهب عالم المدينة، ص 769.

² يُنظر: ابن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة، 557/2.

³ القاضي عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 769.

⁴ الحديث سبق تخريجه، ص 189.

⁵ يُنظر: الماوردي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، 501/9.

⁶ يُنظر: مالك بن أنس، المدونة، 166/2.

⁷ الخطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، 536/3.

⁸ يُنظر: ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 55/3.

الباب الأول: أثر العرف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

ب. أثر العرف في الاختلاف حول قبض الصّدق في التشريع الجزائري: تحدّث المشرّع عن مسائل الخلاف بين الزوجين أو ورثتهما حول قبض الصّدق في المادة: 17 ق أ ج، وحُصِرَ هذا الخلاف في حالتين¹. وبيانهما كالآتي:

الحالة الأولى: الاختلاف في الصّدق قبل الدّخول: أتناولها من النّاحيتين الآتيتين:

- النّاحية التشريعيّة: نصّت المادة: 17 من ق أ ج، على أنّه: "في حالة النزاع في الصّدق بين الزوجين أو ورثتهما، وليس لأحدهما بيّنة وكان قبل الدّخول، فالقول للزّوجة أو ورثتها مع اليمين". وأداؤها اليمين يكون أمام القاضي، فتحلف "بالله العلي العظيم" أنّها لم تستلم شيئاً من الصّدق لا بنفسها ولا بواسطة وكيلها، وإنّ فعلت تستحقّ الصّدق². ونفس الإجراء يطبّق على الورثة، عندما يتعلّق الأمر بإنكار قبض الصّدق في حالة وفاة الزّوجة قبل البناء³. ولا يلجأ إلى اليمين إلّا عند غياب وسائل الإثبات⁴.

ما يلاحظ على المشرّع الجزائري أنّه تناول مسائل الخلاف بين الزوجين أو ورثتهما حول قبض الصّدق بشكل جدّ مقتضب، فأفرد له مادّة وحيدة جاءت صياغتها عامّة دون تخصيص أو بيان لحكم كلّ حالة من حالات النزاع على حدة. خلافاً للفقه الإسلامي الذي فصلّ فيها⁵.

- من النّاحية القضائيّة: بالرّجوع إلى اجتهادات المحكمة العليا نجد أنّها قضت في قرارها المؤرخ في: 1989/6/5م، أنّه: "من المقرّر شرعاً وقانوناً أنّه في حالة النزاع على الصّدق بين الزوجين أو ورثتهما وليس لأحدهما بيّنة، وكان قبل الدّخول فالقول للزّوجة أو ورثتها مع اليمين، وإذا كان بعد البناء فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين"⁶. وعليه يكون المشرّع الجزائري قد وافق أحكام الفقه المالكيّ في هذه المسألة، إذ بنى حكمه القضائي على قرينة تقوم لصالح الزّوجة قبل الدّخول، وهي

¹ عيسى حداد، عقد الزّواج-دراسة مقارنة-، ص 194.

² أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، ص 58.

³ يُنظر: عبد العزيز سعد، الزّواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ص 49.

⁴ يُنظر: الغوثي بن ملحّة، قانون الأسرة الجزائري على ضوء الفقه والقضاء، ص 62.

⁵ يُنظر: محفوظ بن صغير، أحكام الزّواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدّل، ص 170.

⁶ م ع، غ أ ش، ملف رقم 54198، قرار بتاريخ 1989/6/5م، م ق، 1990م، ع 4، ص 80.

الباب الأول: أثر العُرف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

تصير بعده للزوج، إذ لا يُتصور الدُخول بالزوجة دون صداق، وهو موافق للعُرف عندنا إذ أنَّ الزوج مطالب بدفع الصَّدق قبل الزَّفاف بها¹.

الحالة الثانية: الاختلاف في الصَّدق بعد الدُخول: أفصّل فيها على النحو الآتي:

- **من الناحية التشريعية:** نصّت المادة: 17 من ق أ ج على أنّه: "في حالة النزاع في الصَّدق بين الزوجين أو ورثتهما، وليس لأحدهما بينة... وكان بعد البناء، فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين"، بمعنى أنّه في "حالة وقوع النزاع بين الزوجين أو بين أحد الزوجين وورثة الزوج الآخر أو بين ورثة الزوجين في حالة وفاتهما بعد الدُخول، ولم تكن لأحدهما بينة، فالقول هنا للزوج أو ورثته مع اليمين"²، "وعلى الزوج أن يحلف بالله العلي العظيم أو يحلف ورثته عند وفاته، بأنَّ الصَّدق قد تمّ تسليمه للزوجة ويعفى من إلزامه بدفع قيمة الصَّدق"³.

- **من الناحية القضائية:** فقد قضت المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في: 2012/1/12م، والذي جاء فيه: "المبدأ: القول للزوج أو ورثته، مع اليمين، في حالة النزاع في الصَّدق بين الزوجين، بعد الدُخول (البناء). ويحدّد القاضي صيغة اليمين"⁴. وقد "أكّد المشرّع الجزائري على أنّ المسألة في النهاية تخضع للسلطة التقديرية للقاضي"⁵.

بناء على ما سبق؛ يكون الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري قد اتّفقا على وجوب الصَّدق للزوجة على زوجها، إلّا أنّهما لم يحدّدا مقدار الصَّدق، وطرق قبضه مُعَجَّلًا أو مُؤَجَّلًا، سواء عند التنازع حوله بين الزوجين أم بين أحدهما وورثة الزوج الآخر أو بين ورثتهما. وعليه فإنّه في مثل هذه المسائل يُرجع إلى العُرف السائد في المكان الموجود به الزوجان⁶.

وما دام العرف يلزم الزوج بدفع الصَّدق قبل الدُخول بزوجه كانت قرينة الدّفع موجودة إلى جانبه إن تمّ الدُخول بها، وعلى هذا الأساس نجد المادة: 17 من ق أ ج جاءت آخذة بما تعارف

¹ يُنظر: عمر بوعلالة، المرجعية الفقهية المالكية في اجتهادات المحكمة العليا الجزائرية-قرارات غرفة الأحوال الشخصية عينة- (مقال)، ص 103.

² محفوظ بن صغير، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدّل، ص 170.

³ عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، ص 47.

⁴ م ع، غ أ ش، ملف رقم 671539، قرار بتاريخ 2012/1/12م، م م ع، 2012م، ع 4، ص 248.

⁵ الرّشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدّل، ص 80.

⁶ يُنظر: العربي بلحاج، أحكام الزوجية وأثارها في قانون الأسرة الجزائري، ص 358.

الباب الأول: أثر العرف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

عليه الناس¹. إلا أنه يُستحب دفع الصّدق عند العقد، ويجوز تأجيله كله أو بعضه، كما يجوز تعجيل بعض الصّدق وتأجيل بعضه إلى أجل قريب أو بعيد، إذا كان الأجل معلوماً، والمؤجل معلوماً. فإن لم يتفقا على تعجيل الصّدق أو تأجيله عُمل بحسب عرف البلد، وإذا لم يكن هناك عرف دَفَعَ الزّوج الصّدق حالاً؛ إذ الأصل أنه يجب بتمام العقد².

2. أثر العرف في الاختلاف حول قبض صداق المثل في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري
توضيح هذه المسألة يكون على النحو الآتي:

أ. أثر العرف في الاختلاف حول قبض صداق المثل في الفقه الإسلامي:

في هذا العنصر أشرع في تعريف صداق المثل، وأبرز الأمور المعتبرة فيه، ثم أُبين حالات استحقاقه، وذلك كالآتي:

- تعريف صداق المثل: عرّفه فقهاء المذاهب الأربعة بتعريفات عدة، أذكرها على النحو الآتي:
عرّفه الحنفية بأنه: مهرٌ أو صداقُ امرأةٍ ثُمّانُها وقت العقد من جهة أبيها في بلدِها وعصرِها على مالها وجمالها وسنّها وعقلها ودينها³. وقريب من هذا التعريف عرّفه المالكية بقولهم: هو مهر امرأةٍ ثُمّانُها وقت العقد من أسرة أبيها أو من غيرها، في إحدى الصّفات؛ كالدين والأدب والعقل والتّعليم والجمال والسّن والبكارة والثّوبة، وكونها ولوداً أو عقيماً والبلد الذي تعيش فيه⁴.
وعرّفه الشّافعية: بأنه مهرٌ ما يرغّب به عادةً في مثلها نسباً وصِفَةً من أقرانها لتُقاسَ هيَ عليّها من نِسَاءِ الْعَصَبَةِ؛ كَأُخْتٍ وَعَمَّةٍ وَبَنَتٍ أَخٍ⁵. وقال الحنابلة: هو المهرُ المُعْتَبَرُ بمن يُساويها من نِسَاءِ عَصَبَتِهَا مِنْ جِهَةِ أَبِيهَا وَجَدَّهَا كَأُخْتِهَا، وَعَمَّتِهَا، وَبَنَتٍ أُخِيهَا، وَعَمَّهَا⁶.

بناءً على ما سبق؛ يخلص الباحث إلى أنّ هناك اختلاف بين الفقهاء حول النّساء اللاتي يعتبرن كمثيلات للزّوجة، فهناك من الفقهاء من يعتبر المماثلة في النّساء تكون من جهة الأب فقط، ومنهم من يعتبرها تشمل النّساء من جهة أمّها. وأنّ صداق المثل هو صداق لم تحدّد قيمته

¹ يُنظر: محمد بوطرفاس، الأسرة الجزائرية بين القانون والعرف (مقال)، ص260.

² يُنظر: عبد الله التّويجري، موسوعة الفقه الإسلامي، 70/4.

³ يُنظر: الكاساني، بدائع الصّنائع في ترتيب الشّرائع، 287/2.

⁴ يُنظر: ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 55/3.

⁵ يُنظر: الرّملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، 351/6.

⁶ يُنظر: ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، 225/6.

الباب الأول: أثر العرف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

من طرف الزوجين في عقد الزواج، وإنما يتمّ تحديدّها بناءً على عرف بلد الزوجة ممّا يُقدّم لمثيلاتها من قريباتها من جهة أبيها، أو أمّها، أو من نساء بلدها، اللائي يملكن نفس أوصافها.

- **الأمر المعبرة في صداق المثل:** اتفق الفقهاء على أنّ تقديره يكون بالاستناد إلى العرف السائد في المجتمع¹، لكن اختلفوا في الأمور المعبرة فيه على مذهبين؛ وهما:

المذهب الأول: ذهب جمهور الفقهاء² إلى أنّه يُلتفت لمثيلاتها من جهة أبيها؛ كأختها وعمّتها وبنات أعمامها؛ لأنّ المهر يختلف بشرف النسب، والنسب من جهة الآباء لا غير.

المذهب الثاني: ذهب أحمد رحمته الله في إحدى الروايتين، وهي التي أخذ بها فقهاء الحنابلة المتأخرون³ إلى أنّه يُلتفت لمثيلاتها من جهة أبيها أو من جهة أمّها، فقد تكون الأمّ من قوم غير قوم أبيها، أو من بلد غير بلده، فتختلف الأعراف، وبالتالي يختلف تقدير المهور تبعاً لذلك من حيث الغلاء والرخص.

والجدير بالذكر أنّه عند تقدير صداق المثل ينبغي مراعاة اعتبار مماثلة البلاد، وكذا اعتبار الأزمنة والعصور، لاختلاف عادة كلّ بلد عن الأخرى في تقدير المهر، فلو زوّجت المرأة في غير البلد الذي يعيش فيه أقاربها، فلا يُعتبر بمهورهن⁴. وتعتبر عادة مثيلاتها في تأجيل الصداق أو بعضه، وإن اختلفت عاداتهن في الحلول، والتأجيل، وإن اختلفت المهور قلّة وكثرة أخذ بمهر وسط حال من نقد البلد، وإن لم يكن للمرأة أقارب من النساء اعتبر شبهها من نساء بلدها⁵.

بناء على ما سبق؛ فإنّ المماثلة تُعتبر باتّفاق المذاهب الأربعة في الدّين والمال والجمال والعقل والأدب والسّنّ والبلد، والحسب والبركة والثّوبة، ممّن يُشبهها من عشيرتها وجيرانها من عُصبتها أو من غير عُصبتها⁶. كما يُؤخذ بعين الاعتبار عند تحديد صداق المثل حال الزوج وأزواج أمثال

¹ يُنظر: نوال سعيد حسن العفيفي، أثر العرف على حقوق الزوجة، ص 49.

² يُنظر: الكاساني، بدائع الصّنائع في ترتيب الشّرائع، 2/287. والدّردير، الشّرح الكبير، 2/316-317. والشّريبي، مغني المحتاج على معرفة معاني ألفاظ المنهاج، 4/384. وابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، 6/225-226.

³ يُنظر: البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، 5/159.

⁴ يُنظر: المرغيباني، الهداية شرح بداية المبتدي، 1/211. وابن قدامة، المغني، 7/221.

⁵ يُنظر: النّوّي، روضة الطّالبيين وعمدة المفتين، 7/287. والبهوتي، دقائق أُولي النّهي لشرح المنتهى، 3/28.

⁶ يُنظر: الكاساني، المصدر السّابق، 2/287. والقاضي عبد الوهاب، التّلقين في الفقه المالكي، 1/116. والمزني، مختصر المزني، 8/283. وابن مفلح، المصدر السّابق، 6/225-226.

الباب الأول: أثر العُزف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

الزوجة¹ في مركزه الاجتماعي، وحالته المادية التي تدفعه إلى دفع مهر مرتفع أو منخفض وذلك بحسب غناه أو فقره، وكذلك يُؤخذ بعين الاعتبار حسبه وما يتمتع به من ثبل وحسن خلق ورجاحة عقل، لأنه قد تكون قيمة صداق المثل مرتفعة بالنسبة إليه².

- حالات استحقاق صداق المثل: تستحق الزوجة صداق المثل في الحالات الآتية:

- حالة عدم تسمية الصداق في العقد: يثبت صداق المثل في هذه الحالة تم العقد دون ذكر الصداق، ويسمى زواج التفويض³. وهنا يجب صداق المثل بنفس العقد اتفاقاً⁴، حيث يثبت للمرأة حق المطالبة بالصداق إذا دخل بها الزوج. أما إذا مات الزوج قبل الدخول فتستحق المرأة صداق المثل من تركته، وهو رأي أبي حنيفة والشافعية⁵، أما الحنابلة فيرون أن لها نصف صداق المثل فقط⁶. في حين يرى المالكية أن لا صداق لها، لأنها فرقة وردت على تفويض صحيح قبل فرض ومسيس فلا يجب لها بها صداق⁷.

وقد استدلل الحنفية والشافعية على وجوب صداق المثل بما روي عن ابن مسعود، أنه سئل عن رجل تزوج امرأة، ولم يفرض لها صداقاً، ولم يدخل بها حتى مات، فقال: لها مثل صداق نسائها، لا وكس، ولا شطط، وعليها العدة، ولها الميراث، فقام معقل بن سنان الأشجعي، فقال: "قضى رسول الله ﷺ في برقع بنت واشق امرأة منّا مثل الذي قضيت"⁸.

أما المالكية فيحتجون بأن الصداق يستحق بالدخول والوطء، فإذا مات الرجل قبل الدخول فلا صداق عليه، ودليله قوله ﷺ: «لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً» [البقرة: 236]، والطلاق قبل الدخول فرقة، كفرقة الموت قبل الدخول تمنع

¹ يُنظر: محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، ص 214.

² يُنظر: رابع عبد الملك، الصداق في قانون الأسرة الجزائري - دراسة مقارنة -، ص 81.

³ زواج التفويض هو: "ما عقد دون تسمية مهر ولا إسقاطه ولا صرفة الحكم". الخطاب. مواهب الجليل، 514/3.

⁴ المصدر نفسه، 514/3.

⁵ السرخسي، المبسوط، 288/6. والنووي، المجموع شرح المذهب، 370/16.

⁶ ابن قدامة، المغني، 241/7.

⁷ الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 238/2. وابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 27/2.

⁸ رواه الترمذي في سننه، أبواب النكاح، باب ما جاء في الرجل يتزوج المرأة فيموت عنها قبل أن يفرض لها، رقم:

1145، وقال عنه الترمذي: "حديث ابن مسعود حديث حسن صحيح". 441/2.

الباب الأول: أثر العُزف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

الاستمتاع¹. أمّا إذا طُلِّقَت المفوضة قبل الدُّخول والفرض، فلا صداق عليه والمُتعة مُستحبة في حقّها².

القول الرَّاجح: بعد عرض أقوال الفقهاء في المسألة وأدلّتهم، فالذي يترجّح لدى الباحث هو قول المالكيّة؛ لأنّ الموت قبل الدُّخول مع عدم التّسمية في العقد موافق للآية، وأن كانت تتحدّث عن الطّلاق، فصَحَّ استدلالهم هنا لما بين الطّلاق والموت من الشّبه في التّفريق ومنع الاستمتاع.

- **حالة التّسمية الفاسدة للصّداق:** يكون فاسداً في تسميته إذا كان خمرًا أو خنزيرًا، أو كان مجهولاً جهالة فاحشة، أو كان غير متقوم، فالصّداق الفاسد قد يكون قبل الدُّخول، أو بعده، فإن كان قبل الدُّخول فالنّكاح فاسد؛ لفساد الصّداق؛ لأنّ التّسمية الفاسدة مُلغاة³. وإن كان الفقهاء الفقهاء في هذه الحالة قد اتّفقوا على وجوب صداق المثل للمرأة⁴. أمّا للإمام مالك رحمه الله روايتان: فالرواية الأولى: يُفسّخ العقد قبل البناء وبعده. أمّا الثّانية؛ أي: المشهُور في المذهب: يُفسّخ قبل البناء وَيُتَبَّعُ بَعْدَهُ، وَيَجِبُ صَدَاقُ الْمِثْلِ⁵.

- **حالة الاتّفاق على نفي الصّداق أو إسقاطه:** هو أن يتّفق العاقدان على نفي الصّداق، أو كان الصّداق المتّفق عليه أقلّ من صداق المثل عند الشّافعيّة، وفي هذا قولان:

القول الأوّل: إنّها إذا وافقت على نفي الصّداق، لم يكن لها صداق المثل، وبهذا قال المالكيّة والشّافعيّة، وقالوا: بل تستحقّ صداق المثل؛ لأنّه اشتراط فاسد، والاشتراط الفاسد لا يُبطل وجوب الصّداق⁶. بل إنّ المالكيّة لم يجيزوا نفي الصّداق أو إسقاطه، غير أنّهم اختلفوا في حكم العقد؛ فذهبوا: إلى أنّ العقد باطلٌ ويُفسّخ قبل الدُّخول ولا شيء لها، وَيُتَبَّعُ بَعْدَهُ بصداق المثل⁷؛ المثل⁷؛ لأنّ الصّداق حكم من الأحكام التي جعلها الشارع مُرتّبة على عقد النّكاح، فلا يملك

¹ ينظر: ابن قدامة، المغني، 240/7.

² ينظر: مالك بن أنس، المدونة، 162/2-163.

³ يُنظر: محمد أبو زهرة، الأحوال الشّخصيّة، ص182.

⁴ الكاساني، بدائع الصّنائع في ترتيب الشرائع، 472/5-473. ومالك بن أنس، المصدر السّابق، 163/2. والنّووي،

المجموع، 245/16. وابن قدامة، المصدر السّابق، 224/7.

⁵ يُنظر: الخطّاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، 508/3.

⁶ يُنظر: الخرشي، شرح مختصر خليل، 262/3. والشّافعي، الأمّ، 61/5.

⁷ يُنظر: الخطّاب، المصدر السّابق، 508/3.

الباب الأول: أثر العرف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

العائد نفيها، فلو نفاها بشرط مقترن بالعقد كان الشرط فاسداً، وأحكام الشروط الفاسدة في النكاح أمّا إن اقترنت بالعقد يصحّ العقد وتُلغى الشروط¹.

القول الثاني: وهو قول أبو حنيفة والحنابلة²: إنّ الصّدّاق حقٌّ للمرأة الموطوءة في نكاح صحيح، والمفروض أنّ الزّوجة التي تُفوّض أمر صداقها لزوجها تستحقّ صداق المثل بلا خلاف. والأمر في ذلك أنّ الزّوجة المنكوحه نكاحاً صحيحاً لها صداقها، فإن لم يُسم لها في العقد فإن لها صداق المثل؛ لأنّ ذلك حقٌّ للزّوجة فرضه الله لها ولا حقٌّ للزوج نفي الصّدّاق.

- حالة الوطء بشبهة والإكراه على الزّنا: فمن وطء امرأة بشبهة، أو في نكاح فاسد أو أكّره امرأة على الزّنا وجب عليه صداق المثل. والوطء بشبهة يُوجب صداق المثل بلا خلاف³. أمّا الإكراه على الزّنا فعند المالكية يُوجب الصّدّاق⁴.

ب. أثر العرف في الاختلاف حول قبض صداق المثل في التشريع الجزائري:

بداية لا بُدّ أن أعرّف بصداق المثل، ثم أذكر حالات استحقاقه. وبيانهما يكون كالآتي:

- تعريف صداق المثل في التشريع الجزائري: لقد عرّف قرار المحكمة العليا المؤرخ في: 2017/2/1م صداق المثل بقوله: "يُقصدُ بصداق المثل في الشريعة الإسلامية، صداق مثل أقارب المخالعة وحالها في حسبها مالها وجمالها، مثل مهر الأخت الشقيقة أو للأب، فضلاً عن العرف السائد في المنطقة التي أبرم فيها عقد زواج الطرفين -وهي ولاية تيزي وزو-"⁵. وعرّفه بعض شراح القانون الجزائري بقولهم: هو "ما يُدفع عند زواج أمثالها من أقاربها حسب العرف والعادة وما جرى به العمل في تلك المنطقة، وخلال تلك المرحلة، وعلى كلّ حال، فإنّ تقدير صداق المثل هي مسألة يستقلّ بها قاضي الموضوع"⁶.

- حالات استحقاق الزّوجة لصداق المثل في التشريع الجزائري: وبيانهما كالآتي:

¹ يُنظر: محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص182.

² يُنظر: ابن الهمام، فتح القدير، 117/7-118. وابن قدامة، المغني، 224/7.

³ يُنظر: السرخسي، المبسوط، 219/34. وابن الحاجب، جامع الأمّهات، ص280. والعمري، البيان في مذهب الإمام الشافعي، 68/7. وابن قدامة، المصدر السابق، 313/10.

⁴ يُنظر: الخرخشي، شرح مختصر خليل، 80/8.

⁵ ملف رقم: 1054305، قرار بتاريخ: 2017/2/1م، م م ع، ع 1، 2017، ص161.

⁶ عيسى حداد، عقد الزّواج-دراسة مقارنة-، ص184. والعربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، 208/1.

الباب الأول: أثر العُزف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

الحالة الأولى: الدُخول بالزوجة دون تحديد الصّدق أو تسميته بعد الدُخول: تفصيلها

يكون من النّاحيتين الآتيتين:

- من النّاحية القانونيّة: ذكر المشرّع إحدى الحالات الموجبة لصدّق المثل في المادة: 2/33 من ق أ ج، "إذا تمّ الزّواج بدون شاهدين أو صدّق... يثبت بعد الدُخول بصدّق المثل"¹.
- من النّاحية القضائيّة: جاء قرار المحكمة العليا المؤرخ في: 17/11/1998م، مؤيّدًا لما ذهب إليه المشرّع في نص المادة: 2/33 سالفه الذّكر، بقوله: "إنّ عدم تحديد الصّدق لا يُطِلّ الزّواج؛ لأنّه عند النزاع يُتّصّي للزّوجة بصدّق المثل"². وقد ذكر البعض أنّ المشرّع الجزائري قد سكت عن ذكر مقدار الصّدق صراحة، الأمر الذي يُثير إشكالات عدة، لذا أوجب على المشرّع أن تدارك ذلك، ليصبح الالتجاء إلى صدّق المثل إلّا في الحالات المنصوص عليها في المادة: 33 من ق أ ج³.

الحالة الثّانية: حالة عدم تحديد الصّدق: وهو ما تضمّنته المادة: 2/15 من ق أ ج:

"في حالة عدم تحديد قيمة الصّدق، تستحقّ الزّوجة صدّق المثل". ذلك أنّه لا يجوز الاتّفاق على إسقاط الصّدق⁴. لذا كان حريّ بالمشرّع أن يُضيف للمادة: 15 فقرة جديدة مفادها: "وتراعي المحكمة في تقديره -أي الصّدق- الوسط الاجتماعيّ للزّوجين والعرف السائد في المكان الذي يوجد به الزّوجان"، ذلك أنّ الأعراف تختلف من منطقة لأخرى⁵.

بناء على ما سبق؛ يظهر للباحث أنّ أثر العرف في الفقه الإسلاميّ والتّشريع الجزائريّ يبرز بشكلٍ جليّ في مسألة صدّق المثل في كون القاضي يراعي في تقديره صدّق المثل المركز الاجتماعيّ للزّوجين، وكذا المستوى العامّ للمهور حسب الأعراف المتعارف عليها لبلد الزّوجة المستحقّة للصّدق، مع الإشارة إلى أنّ الأعراف تختلف من منطقة لأخرى⁶، لذلك يتباين الصّدق

¹ محفوظ بن صغير، أحكام الزّواج في الاجتهاد الفقهيّ وقانون الأسرة الجزائريّ المعدّل، ص 151-152.

² ملف رقم: 21022، قرار بتاريخ: 17/11/1998م، قرار مذكور سابقًا، ص 187.

³ يُنظر: عماد شريقي، المسائل المسكوت عنها في الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري، ص 101.

⁴ لحسين بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، ص 50.

⁵ يُنظر: العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، 209/1.

⁶ يُنظر: العربي بلحاج، المرجع نفسه، 208/1. ولحسين بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، ص 50.

الباب الأول: أثر العُزف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

الصِّدَاق الذي يدفع لامرأتين متماثلتين لكن لا ينتميان إلى نفس المنطقة، فالعرف والعادات لها تأثيرها على قيمة الصِّدَاق¹.

كما أنَّه قد ظهرت العديد من الصِّفَات في وقتنا الحاضر أصبحت بمثابة أعراف جَدَّتْ لم يكن لها اعتبار من قبل، ومنها المستوى التَّعليمي، فقد احتلت المرأة مراكز تعليمية متقدِّمة، وحصلت على شهادات في الدِّراسات العليا، تؤهلها لتتبوأ أرفع المراكز الاجتماعيَّة، فهي تختلف عن ذات الشَّهادة الأقل مستوى أو غير صاحبة الشَّهادة، وكذلك إذا عملت المرأة في وظيفة أو مهنة معيَّنة؛ كمهنة الطَّبِّ فهي تختلف عن ربَّة البيت، بل أنَّ عمل المرأة اليوم أصبح من أكثر الصِّفَات المرغوبة للزَّواج². ومن هنا يمكن القول إنَّ للأعراف دورًا بارزًا في فضِّ المنازعات المتعلِّقة بالصِّدَاق.

¹ يُنظر: جعفرور ليندة، صداق المثل (مقال)، ص50.

² يُنظر: نوال سعيد حسن العفيفي، أثر العرف على حقوق الزَّوجة، ص43-44. وعمار مولود حاجم، العرف المجتمعي وأثره على الحقوق المالية للزَّوجة-دراسة مقارنة-(مقال)، ص233.

المطلب الثاني: أثر العُرف في أحكام الولي بعقد الزواج

في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

إنَّ من شروط صحَّة عقد الزواج أن يكون كُلُّ من الرَّوجين يتمتَّعان بولاية إبرام هذا العقد أصالة أو إنابة. وإذا كان المقصود بالولاية في عقد الزواج: هي القدرة على إنشائه نافذاً. وبالوليِّ مَنْ لَهُ عَلَى الْمَرْأَةِ مِلْكٌ أَوْ أُبُوَّةٌ أَوْ تَعْصِيبٌ أَوْ إِيصَاءٌ أَوْ كَفَالَةٌ أَوْ سَلْطَنَةٌ أَوْ ذُو إِسْلَامٍ¹. هذا وإنَّ ولاية الزواج عند الفقهاء تنقسم إلى قسمين؛ وهما: ولاية إجبار²، وولاية اختيار³، إلَّا أنَّهم اختلفوا في علَّة الإِجبار من مذهب إلى آخر⁴.

وفي هذا المطلب قرَّرت أن أتحدَّث عن أثر العرف في اشتراط الوليِّ في زواج المرأة الرَّاشدة في كلِّ من الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري. وتفصيل ذلك يكون في الفرعين المواليين:

الفرع الأول: أثر العرف في اشتراط الوليِّ في زواج المرأة الرَّاشدة في الفقه الإسلامي

اتَّفَق جمهور الفقهاء على أنَّ للمرأة الأهلية الكاملة في إبرام كافة عقود المعاملات بنفسها أو بتوكيل غيرها، فيما عدا النِّكاح⁵، واتَّفَقُوا أَيْضًا على أنَّ عقد النِّكاح لو باشره الوليُّ الشرعي، وبإذن المرأة البالغة العاقلة، وتمام رضاها، فالعقد صحيح ونافذ⁶. لكنهم اختلفوا في حكم مباشرة المرأة البكر البالغة العاقلة زواجها بنفسها، أو وَكَّلَتْ غيرها بمباشرته على عدَّة أقوال، أذكر أهمَّها:

¹ - الرِّضَاع، شرح حدود ابن عرفة، ص158.

² - ولاية الإِجبار: وهي التي يستبد الوليُّ فيها بتزويج من تحت ولايته بغير إذنه ورضاه. الكاساني، بدائع الصنائع، 241/2. والقرافي، الذَّخيرة، 217/4. والجويني، نهاية المطلب، 42/12. وعبد الرحمن المقدسي، الشَّرح الكبير، 397/7.

³ - ولاية الاختيار: وهي التي لا تخول للوليِّ تزويج المولى عليه جبرًا، بل لا بُدَّ لوليِّها من مشاركتها في اختيار الزوج، وتُسمَّى عند الحنفيَّة بولاية الاستحباب والتَّدب، وتثبت للمرأة العاقلة الرَّاشدة، وعند الجمهور بولاية الشَّرْكة. يُنظر: محمد أبو زهرة، الأحوال الشَّخصيَّة، ص108.

⁴ - للاطلاع على علَّة الإِجبار عند فقهاء المذاهب الأربعة. يُنظر: الكاساني، المصدر السَّابق، 247/2. وابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، 415/2. والبكري الدمياطي، إعانة الطالبين، 353/3. والبهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، 49/5.

⁵ - الشَّافعي، الأم، 178/5. والواحدي، أسباب التَّزول، ص80. والقرطبي، الجامع لأحكام القرآن، 158/3.

⁶ - يُنظر: الكاساني، المصدر السَّابق، 248/2. فتحي الدُّريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، 478/2.

الباب الأول: أثر العُرف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

القول الأول: ذهب جمع من الصحابة، والتابعين¹، وجمهور الفقهاء² إلى اشتراط أن يتولَّى عقد نكاح المرأة وليُّها، وإلا كان باطلاً. وبه قال بعض الحنفية³، وعدد كبير من الفقهاء المعاصرين⁴، "فلا يصحُّ عقد الزواج بعبارة النساء أصلاً، أصيلة أو وكيلة"⁵. فهؤلاء جعلوا من الوليِّ ركناً في عقد الزواج⁶، واستدلُّوا على ذلك بالكتاب والسنة والمعقول:

أ. من الكتاب: بقوله ﷺ: «وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنَ الصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ» [النور: 32]. فدلَّت الآية على أنَّ الخطاب موجَّه إلى الأولياء، فلو لم يكن حقُّ الولاية لهم، لما خُوطبوا بوجوب إنكاح الأيامي من النساء، وهي دليل على أنَّ ولاية عقد النكاح للأولياء، لا للنساء، وإن تولته المرأة كان باطلاً⁷. وتوقَّش هذا الدليل بأنَّ الخطاب بِالْأَمْرِ بِالْإِنْكَاحِ خَرَجَ مَخْرَجَ الْعُرْفِ وَالْعَادَةِ عَلَى النَّدْبِ وَالِاسْتِحْبَابِ؛ لَأَنَّ النَّسَاءَ لَا يَتَوَلَّوْنَ النِّكَاحَ بِنَفْسِهِنَّ عَادَةً؛ لِمَا فِيهِ مِنَ الْحَاجَةِ إِلَى الْخُرُوجِ إِلَى مَخَافِلِ الرِّجَالِ وَفِيهِ نِسْبَتُهُنَّ إِلَى الْوَقَاحَةِ، بَلِ الْأَوْلِيَاءُ هُمُ الَّذِينَ يَتَوَلَّوْنَ ذَلِكَ عَلَيْهِنَّ بِرِضَاهُنَّ⁸.

ب. من السنة: روي عن عائشة رضي الله عنها قالت: قال النبي ﷺ: «أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحَتْ بِغَيْرِ إِذْنٍ وَلِيِّهَا فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ»⁹. ووجه الاستدلال: أنَّ الحديث جاء عاماً للبكر والشيب، وأنَّ كلمة "أَيُّمَا" مِنْ أَلْفَاظِ الْعُمُومِ فِي سَلْبِ الْوِلَايَةِ عَنْهُنَّ مِنْ غَيْرِ تَخْصِيصٍ بِبَعْضٍ

¹ فمن الصحابة: عمر بن الخطاب، وعلي بن أبي طالب، وابن عباس، وأبي هريرة رضي الله عنهم، ومن التابعين: جابر بن زيد، والحسن البصري، ومحمد بن سيرين، وسفيان الثوري رضي الله عنهم. يُنظر: ابن قدامة، المغني، 7/7.

² يُنظر: ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 33/3. والشيرازي، المهذب، 426/2. وابن قدامة، المغني، 7/7.

³ وبه قال أبو يوسف. المرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدي، 191/1. وابن الممام، فتح القدير، 255/3-256.

⁴ ومن هؤلاء الشيوخ: ابن باز، وابن عثيمين، ومصطفى بن العدوي، وأبو إسحاق الحويني وغيرهم. يُنظر: أحمد بن محمود آل رجب، الإيضاح لأحكام الولاية في النكاح، ص 11-12.

⁵ الشوكاني، نيل الأوطار، 479/2. والكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، 247/2. والشيرازي، المصدر السابق، 426/2. وابن قدامة، المصدر السابق، 7/7.

⁶ يُنظر: أولال علي حسن، الولاية في عقد الزواج بين سيادة التشريع الإلهي وتسيّد القانون الوضعي (مقال)، ص 50.

⁷ يُنظر: المتأثريدي، تأويلات أهل السنة، 125/2.

⁸ الكاساني، المصدر السابق، 248/2.

⁹ أخرجه أحمد في مسنده، مسند النساء، مسند الصديقة عائشة رضي الله عنها، رقم: 24372، 435/40. والترمذي في سننه، أبواب النكاح، باب ما جاء لا نكاح إلا بولي، رقم: 1102، 399/3. وقال عنه الألباني: حديث صحيح. يُنظر: صحيح الجامع الصغير وزياداته، 526/1.

الباب الأول: أثر العُزف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

دُونَ بَعْضٍ، كما أَنَّ تَكَرُّرَ عِبَارَةِ "فِيكَاحُهَا بِاطِلٍ"، ثَلَاثَ مَرَّاتٍ لِلتَّكْيِيدِ وَالْمُبَالَغَةِ¹، فَصَرَّحَ الْحَدِيثُ بِأَنَّ النِّكَاحَ الْخَالِيَّ مِنَ الْوَلِيِّ بَاطِلٌ. وَقَدْ اعْتَرَضَ عَلَى هَذَا الدَّلِيلِ².

- **من المعقول:** احتجَّ الجمهور على اشتراط الوليِّ لصحَّة عقد النِّكَاح أَنَّ من فطرة النِّسَاءِ الْحَيَاءُ، وَهُوَ مِنْ مَكَارِمِ الْأَخْلَاقِ الَّتِي رَاعَاهَا الشَّارِعُ الْحَكِيمُ فِي الْمَرْأَةِ، وَمَنْعَ عَنْهَا كُلِّ مَا يَخْدَشُ حَيَاءَهَا أَوْ يُلْثِمُهَا، أَوْ يَجْعَلُهَا تَتَجَاوَزُهُ إِلَى الْوَقَاحَةِ وَالرَّعُونَةِ، لِذَا وَلَّى عَلَيْهَا الشَّرْعُ فِي أَمْرِ نِكَاحِهَا الْأَوْلِيَاءِ مِنَ الْعَصَبَاتِ³. وَأَنَّ الْغَالِبَ عَدَمَ حُضُورِ الْمَرْأَةِ مَجَالِسِ الرِّجَالِ، الْأَمْرَ الَّذِي يَوْقَعُهَا فِي الْإِغْتِرَارِ فِي مَعْرِفَةِ مَعْرِفَةِ أَحْوَالِ الْخُطَّابِ، فَلِهَذَا كَانَتِ الْوَلَايَةُ عَلَيْهَا صَوْنًا لَهَا، وَحِرْصًا عَلَى مُسْتَقْبَلِهَا، وَلَيْسَتْ انْتِقَاصًا مِنْ شَأْنِهَا. فَتَوَلَّى الرِّجَالُ عَقْدَ الزَّوْاجِ بَدَلًا مِنَ النِّسَاءِ هَدَفَهُ تَحْصِيلَ مَقَاصِدِ الزَّوْاجِ عَلَى الْوَجْهِ الْأَكْمَلِ، وَالْبَعْدَ عَنْ شُرُورِهِ وَمَفَاسِدِهِ لِذَا لَمْ يُفَوِّضَ الْعَقْدَ إِلَيْهَا⁴.

القول الثاني: ذهب أبو حنيفة والصَّاحِبَانِ فِي رِوَايَةٍ⁵ إِلَى أَنَّ الْمَرْأَةَ الْبَالِغَةَ الْعَاقِلَةَ إِذَا وَلَّيَتْ هِيَ عَقْدَ زَوَاجِهَا بِنَفْسِهَا مِنْ دُونِ وَلِيِّهَا، سَوَاءٌ كَانَتْ بَكْرًا أَمْ ثَيِّبًا، جَازَ الْعَقْدُ، إِذَا كَانَ الزَّوْجُ كَفُؤًا، وَأَلَّا يَقِلَّ مَهْرُهَا عَنْ مَهْرِ الْمَثَلِ، وَإِنْ كَانَ الْمُسْتَحَبُّ عَنْدهُمْ أَنَّ تُفَوِّضَ أَمْرَ التَّزْوِيجِ لَوَلِيِّهَا. إِلَّا أَنَّهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ كُفُؤًا لَهَا فَلِلْأَوْلِيَاءِ حَقُّ الْإِعْتِرَاضِ⁶.

وَإِذَا جَازَ لَهَا تَزْوِيجَ نَفْسِهَا أَصَالَةً، جَازَ لَهَا أَنْ تُوَكَّلَ بِتَزْوِيجِهَا مِنْ تَشَاءٍ مِنْ غَيْرِ وَلِيِّهَا، أَوْ أَنْ تَتَوَلَّى هِيَ تَزْوِيجَ غَيْرِهَا مِنَ النِّسَاءِ وَكَالَةً، لِلْقَاعِدَةِ: "مَنْ مَلَكَ شَيْئًا، جَازَ لَهُ أَنْ يُوَكَّلَ فِيهِ غَيْرُهُ"⁷، فَيَصْبِحُ عَقْدُ الزَّوْاجِ بِعِبَارَتِهَا لِنَفْسِهَا أَصَالَةً، وَلِغَيْرِهَا وَكَالَةً. فَالْوَلِيُّ حَسَبَ رَأْيِهِمْ هُوَ شَرْطٌ مِنْ شُرُوطِ الزَّوْاجِ⁸، وَاسْتَدَلُّوا عَلَى ذَلِكَ بِأَدَلَّةٍ مِنَ الْكِتَابِ وَالسُّنَنِ، وَالْمَعْقُولِ.

¹ المباركفوري، تحفة الأحوذى بشرح جامع الترمذي، 192/4.

² للاطلاع على هذه الاعتراضات. يُنظر: الزَّيْلَعِيُّ، نَصَبُ الرَّايَةِ، 185/3. وَالْكَاسَانِيُّ، بِدَائِعِ الصَّنَائِعِ فِي تَرْتِيبِ الشَّرَائِعِ، 249/2. وَالْبِيهَقِيُّ، السُّنَنِ الْكُبْرَى، 182/7-183.

³ يُنظر: فَتْحِي الدُّرَيْنِي، بِحُوثٍ مُقَارِنَةٍ فِي الْفَقْهِ الْإِسْلَامِيِّ وَأَصُولِهِ، 485/2-486.

⁴ يُنظر: مَحْفُوظُ بْنُ صَغِيرٍ، أَحْكَامُ الزَّوْاجِ فِي الْإِحْتِهَادِ الْفَقْهِيِّ وَقَانُونِ الْأَسْرَةِ الْمَعْدَّلِ، ص 196.

⁵ الْكَاسَانِيُّ، الْمَصْدَرُ السَّابِقُ، 247/2. وَابْنُ مَرْدُودٍ الْمَوْصِلِيُّ، الْإِخْتِيَارُ لِتَعْلِيلِ الْمَخْتَارِ، 90/3.

⁶ السَّرْحَسِيُّ، الْمَبْسُوطُ، 10/5.

⁷ ابْنُ نَجِيمٍ، الْبَحْرُ الرَّائِقُ شَرْحُ كَنْزِ الدَّقَائِقِ، 117/3.

⁸ يُنظر: أَوْلَالُ عَلِيِّ حَسَنِ، الْوَلَايَةُ فِي عَقْدِ الزَّوْاجِ بَيْنَ سِيَادَةِ التَّشْرِيعِ الْإِلَهِيِّ وَتَسْيِيدِ الْقَانُونِ الْوَضْعِيِّ (مَقَالٌ)، ص 51.

الباب الأول: أثر العُرف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتَّشريع الجزائري

أ. من الكتاب: بقوله ﷺ: «إِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ» [البقرة: 230]. واستُدل بهذه الآية مِنْ وَجْهَيْنِ؛ "أحدهما: أَنَّهُ أَضَافَ النِّكَاحَ إِلَيْهَا فَيَقْتَضِي تَصَوُّرَ النِّكَاحِ مِنْهَا. وثانيهما: أَنَّهُ جَعَلَ نِكَاحَ الْمَرْأَةِ غَايَةَ الْحُرْمَةِ فَيَقْتَضِي انْتِهَاءَ الْحُرْمَةِ عِنْدَ نِكَاحِهَا نَفْسَهَا وَعِنْدَهُ لَا تَنْتَهِي"¹.

وقد اعترض عليهم بأن هذه الآية وردت في المطلقة ثلاثاً، وعدم حلها للزوج الأول حتى تنكح زوجاً غيره، وأنَّ المقصود بالنِّكَاح هَاهُنَا الْجَمَاعُ، لِأَنَّهُ قَالَ: "زَوْجًا غَيْرَهُ" فَقَدْ تَقَدَّمتِ الزَّوْجِيَّةُ فَصَارَ النِّكَاحُ الْجَمَاعُ²، ويؤيد ذلك قوله ﷺ: «حَتَّى تَذُوقِي عُسَيْلَتَهُ وَيَذُوقَ عُسَيْلَتِكَ»³.

وَأَمَّا الْآيَةُ فَالْخُطَابُ لِلْأَوْلِيَاءِ بِالْإِنْكَاحِ لَيْسَ يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الْوَلِيَّ شَرَطُ جَوَازِ الْإِنْكَاحِ بَلْ عَلَى وِفَاقِ الْعُرفِ وَالْعَادَةِ بَيْنَ النَّاسِ، فَإِنَّ النِّسَاءَ لَا يَتَوَلَّيْنَ النِّكَاحَ بِأَنْفُسِهِنَّ عَادَةً لِمَا فِيهِ مِنَ الْحَاجَةِ إِلَى الْخُرُوجِ إِلَى مَخَافِلِ الرِّجَالِ، وَفِيهِ نِسْبَتُهُنَّ إِلَى الْوَقَاحَةِ، بَلْ الْأَوْلِيَاءُ هُمُ الَّذِينَ يَتَوَلَّوْنَ ذَلِكَ عَلَيْهِنَّ بِرِضَاهُنَّ فَخَرَجَ الْخُطَابُ بِالْأَمْرِ بِالْإِنْكَاحِ مَخْرَجَ الْعُرفِ وَالْعَادَةِ عَلَى النَّدْبِ وَالِاسْتِحْبَابِ دُونَ الْحَتْمِ وَالْإِجَابِ⁴.

ب. من السُّنَّة: بما رواه ابن عباس ؓ عن النَّبِيِّ ﷺ قال: «الشَّيْبُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا، وَالْبِكْرُ تُسْتَأْمَرُ، وَإِذْنُهَا سُكُوتُهَا»⁵، ووجه الاستدلال من الحديث "أَنَّهَا لَمَّا بَلَغَتْ عَنِ عَقْلِ وَخُرْيَةٍ فَقَدْ صَارَتْ وَلِيَّةَ نَفْسِهَا فِي النِّكَاحِ فَلَا يَبْقَى مُوَلِّيًا عَلَيْهَا"⁶.

ج. من المعقول: احتجوا: بأن المرأة عندما تقوم بإنشاء عقد زواجها، فإنما تتصرف في خالص حقها، وهو ما تقتضيه قواعد الأهلية الكاملة الثابتة للمرأة شرعاً، كما تتصرف في أموالها على استقلال، ولا يعترض عليها أحد؛ لأنه خالص حقها، وليست "الأنوثة" في الشرع عاملاً مؤثراً في

¹ الكاساني، بدائع الصَّنَائِعِ فِي تَرْتِيبِ الشَّرَائِعِ، 248/2.

² القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، 148/3.

³ الحديث سبق تخريجه، ص 146.

⁴ الكاساني، المصدر السابق، 248/2.

⁵ أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب النِّكَاحِ، بَابُ اسْتِئْذَانِ الشَّيْبِ فِي النِّكَاحِ بِالنُّطْقِ، وَالْبِكْرِ بِالسُّكُوتِ، رقم: 1421، 1037/2.

⁶ الكاساني، المصدر السابق، 248/2.

الباب الأول: أثر العُزف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

نقص الأهلية، حتى يكون للولي ولاية الإجمار، والاستبداد عليها. ورُدَّ عليهم بأن مباشرة المرأة لعقد زواجها بإرادتها المنفردة لا يُعدُّ تصرفاً في خالص حقِّها، فللولي حقُّ الاعتراض والفسخ عند زواجها بغير كفء¹.

القول الثالث: رُوي عن الإمام مالك رحمه الله أنَّ التَّفَرُّقَ بين المرأة الشَّرِيفة ذات الجاه أو المال أو الجمال أو الشَّان المرغوب فيها، وبين غيرها من عامَّة النَّاس، أو فقيرة، فلا بُدَّ من الوليِّ بالنِّسبة للأولى، أمَّا الثَّانية فيجوز لها أن تستخلف من تشاء من الرجال على إنكاحها.

وخلاصة قوله: إنَّ عقد النِّكاح إذا باشرته المرأة الشَّرِيفة بنفسها، كان غير صحيح، ولا يُنتج آثاره، سواء كانت أصيلة عن نفسها، أم وكيلة عن غيرها، أو وَكَلَتْ غيرها بإبرام عقد زواجها، فالعقد باطل، حتى ولو أذن لها وليُّها بإجرائه، وسواء أكانت بكرًا أم ثيبًا، صغيرة أم كبيرة، وسواء أكان الزوج كفؤًا لها، أم غير كفء³. وثُوقِش قول مالك رحمه الله بأنَّه قول مردود لغياب الدَّلِيل من الكتاب والسُّنَّة أو غيرهما، ولأنَّ التَّشريع لا يُفَرِّق بين شريف وضعيف، فالجميع أمام الله في الأعمال سواء، مصداقًا لقوله ﷻ: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ﴾ [الحجرات: 13]⁴.

تحرير محلِّ النزاع والترجيح:

يظهر أنَّ الخلاف بين الفقهاء في مسألة تولي المرأة البكر البالغة العاقلة زواجها بنفسها، أو وتوكيلها غيرها بمباشرته؛ أي ما عدا وليِّها الشرعي، في مدى أثر ذلك على صحَّة العقد، أو نفاذه، أو لزومه.

بعد عرض أقوال الفقهاء وأدلتهم ومناقشتها في حكم انفراد المرأة البالغة العاقلة مباشرة عقد زواجها، فالذي يميل الباحث إلى ترجيحه هو قول جمهور الفقهاء القائلين باشتراط الوليِّ في صحَّة عقد الزَّواج، ولا يجوز للمرأة أن تستقلَّ بعقد زواجها بنفسها من غير رضا وليِّها، سواء كانت بكرًا أم ثيبًا، وذلك للمبررات الآتية:

¹ يُنظر: الكاساني، بدائع الصَّنائع في ترتيب الشَّرائع، 248/2.

² ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقصد، 33/3. والدَّردير، الشَّرح الكبير على مختصر خليل، 221/2.

³ يُنظر: فتحي الدُّريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، 479/2.

⁴ يُنظر: محفوظ بن صغير، أحكام الزَّواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة المعدَّل، ص 207.

الباب الأول: أثر العرف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

- قوة أدلة جمهور الفقهاء، فالآيات المعتمدة عليها ذات دلالة واضحة في أنّ الخطاب موجّه إلى الأولياء، عكس قول الحنفية، وكذلك الأحاديث المستدل بها جلّها صحيحة.
- ضعف ما تمسك به الحنفية، فحقيقة النكاح عندهم أنّه حقيقة في الوطاء مجاز في العقد، فقولهم هذا حجة عليهم؛ لأنّ الإسناد إلى المرأة حينئذ يكون الوطاء لا العقد، وعلى فرض التسليم أنّ المراد بالإسناد العقد فالمقصود منه رضا المرأة ومباشرة الولي للعقد. بل أجمع الصحابة رضي الله عنهم على القول باشتراط الولي في النكاح وعدم جواز أن تنكح المرأة نفسها بدون ولي¹.
- إنّ التاريخ الإسلامي بأجياله المتتابة لم يألّف مباشرة المرأة عقد زواجها بنفسها، وحضورها محافل الرجال لأنّ ذلك يتنافى وطبيعتها، إذن فالولاية عنها هي صيانة كفلها الإسلام للمرأة لم تكن لها في أيّ ديانة أخرى². ثم إنّ ليس من أعرافنا أن تتولّى المرأة عقد زواجها بنفسها وإن فعلت ذلك فقد خرجت عمّا هو متعارف عليه خاصّة عند المجتمعات المحافظة.

الفرع الثاني: أثر العرف في اشتراط الولي في زواج المرأة الراشدة في التشريع الجزائري

أتناول هذه المسألة من الناحيتين الآتيتين:

1. **الناحية القانونية:** نصّ المشرّع في المادة: 11 من قانون 1984م على أن "يتولّى زواج المرأة وليّها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين والقاضي وليّ من لا وليّ له"، فالمشرّع في ظلّ هذا القانون³ كان يُعتبر الولي ركنًا في عقد الزواج⁴، وبالتالي يترتّب على تخلف ركن الولي بطلان العقد بطلانًا مطلقًا⁵، فالمرأة حتى وإن كانت بالغة راشدة لا يُسمح لها بأن تنفرد بإبرام عقد زواجها بنفسها، وإن فعلت ذلك فهو خروج عن العرف، لأنّ وليّها هو من يتولى ذلك.

¹ يُنظر: ابن حجر العسقلاني، فتح الباري، 187/9.

² يُنظر: محفوظ بن صغير، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة المعدل، ص 214. وأحمد بن محمود آل رجب، الإيضاح لأحكام الولاية في النكاح، ص 37.

³ قانون 11/84 المؤرخ في 09 يوليو 1984م، ج ر، ع 31، معدل ومتّم بالقانون رقم: 02/05، المؤرخ في 27 فيفري 2005م، ج ر، ع 15.

⁴ يُنظر: كريمة محروق، قانون الأسرة على ضوء التعديل الجديد -دراسة تحليلية مقارنة-، ص 27.

⁵ يُنظر: العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري- الزواج والطلاق-، 65/1. وعبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة، ص 123.

الباب الأول: أثر العُزف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

غير أنَّ الوليَّ في المجتمع الجزائري قد يتعسف في استعمال سلطته في ولاية التزويج، لذا ذهب المشرِّع من خلال نص المادة: 1/12 من القانون: 11/84¹ إلى الأخذ برأي الجمهور في مسألة انتقال الولاية في حال العُزف؛ وذلك لحماية المرأة من تعسف الوليَّ في منعها من حقِّها في الزواج إذا كانت راشدة واختارت من هو صالح لها². أمَّا إن كانت ابنته بكرًا، فإنَّ المشرِّع أجاز للوليَّ منعها من الزواج، إن كان في المنع مصلحة لها، وهذا ما جاء في نص المادة: 1/12 من القانون سالف الذكر³. إلَّا أنَّ المشرِّع بعد تعديله للقانون 11/84 بموجب الأمر 02/05، خفَّض من درجة الوليَّ وجعلها بمنزلة الشرط لا الركن؛ إذ لا يترتَّب على تخلفه بطلان عقد الزواج، وهذا ما أكَّدت عليه المادة: 9 مكرَّر (جديدة) من الأمر سالف الذكر⁴؛ لأنَّ الرِّضا هو الركن الوحيد في الزواج، وفقًا لنصِّ المادة: 9 معدَّلة من ق أ ج، أمَّا بقية الأركان الأخرى فقد أدرجت ضمن شروط صحة الزواج⁵.

2. من الناحية القضائية: فمما وجدناه من قرارات قضائية تمنع الأب من الامتناع عن تزويج ابنته الراشدة دون مبرر، ما أقضت به المحكمة العليا بتاريخ: 1993/3/30 م "من المقرر شرعًا وقانونًا أنَّه لا يجوز للوليَّ أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه، وكان أصلح لها وللقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكامه"⁶، وما يُلاحظ على هذا القرار أنَّه جعل حقَّ الولاية مُقيَّد بمبدأ عدم التعسف في استعمال هذا الحق، هذا من جهة، ومن جهة ثانية، أنَّ هذا القرار قد أخذ بمذهب الحنفيَّة من جعل ولاية الزواج هي ولاية اختيار لا ولاية إجبار. إلَّا أنَّ المعمول به في المحاكم لتثبيت الزواج العرفي هو اشتراط الوليَّ وإلَّا رفض القاضي تثبيته⁷، وحتى على مستوى البلدية فإنَّ ضابط

¹ كانت تنص قبل التعديل: "لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها، وإذا وقع المنع فللقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام المادة: 9 من هذا القانون"

² يُنظر: هاجرة عمير، دور قانون الأسرة الجزائري في حماية المرأة من التعسف - التعسف في استعمال حقَّ الولاية أمودجًا - (مقال)، ص 542.

³ كانت المادة قبل التعديل تنص على: "غير أنَّ للأب أن يمنع بنته البكر من الزواج إذا في المنع مصلحة للبنت"

⁴ بقولها: "يجب أن يتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزوج، ... والولي"

⁵ يُنظر: هاجرة عمير، المرجع السابق، ص 542.

⁶ م ع، غ أ ش، ملف رقم 90468، قرار بتاريخ 1993/3/30 م، م ق، ع خ، 2001 م، ص 47.

⁷ محكمة سعيدة؛ ق أ ش، رقم الفهرس 2008/437، بتاريخ 2008/2/9 م. وقضية ثانية، رقم الفهرس 09/2697، بتاريخ 2010/1/7 م. ومحكمة ورقلة؛ ق أ ش، رقم الفهرس 07/243، بتاريخ 2007/10/30 م.

الباب الأول: أثر العُزف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

الحالة المدنية يشترط حضور وموافقة الوليِّ أمامه، بل وأحياناً يطلب حضور الأب -إن كان حيّاً- دون غيره.

بناءً على ما سبق؛ فإنَّ عقد الزواج أصبح يقوم على ركن واحد وهو الرِّضا، فإذا اختلَّ هذا الرُّكن لم ينعقد أصلاً، ويكون العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً من النّاحية القانونيّة، وبهذا يكون المشرّع قد ربط بين ركن الرضا، أي الإيجاب والقبول وركن الرّوّة فراعى موافقتها ورضاها في عقد الزواج، وهو ما أكّدت عليه المادة: 1/33 من الأمر نفسه "يطل الزواج إذا اختل ركن الرِّضا"، وهذا لا يخالف النّاحية الشّرعيّة من أنّ الرضا هو الركن الوحيد المتّفق عليه بين الفقهاء¹. أمّا بالنسبة لتولي الوليِّ عقد زواج المرأة أصبح الأمر جوازي، وفقاً لنصّ المادة: 11 معدّلة من ق أ ج، على أنّ: "تعقد المرأة الرّاشدة زواجها بحضور وليّها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أيّ شخص تختاره دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون (متعلّقة بأهلية الرّوجين)".

والملاحظ أنّ المشرّع الجزائري قد كرّس حقّ المرأة في مباشرة عقد زواجها بنفسها بمقتضى التعديل الجديد². وهذا الأمر يُعدُّ غريباً على مجتمعنا، لمناقضته العُرفَ الجاري في هذا الشأن³. ثم إنّ موقف المشرّع من مسألة انفراد المرأة البالغة الرّاشدة بتولي عقد زواجها بنفسها جاء مُتذبذباً، فلا هو قرّر إلغاء إذن الوليِّ صراحة، ولا قرّر اشتراطه صراحة، ويتجلّى ذلك من خلال نصّ المادة: 1/11 سالفة الذكر. كما أنّه لا هو اعتمد رأي الحنفية بمختلف رواياتهم⁴، ولا أخذ برأي الجمهور الجمهور في اشتراط إذن الوليِّ، إذ جاء برأي جديد لم يستقر عليه الاجتهاد الفقهي في ولاية التّزويج، ولعلّ السّبب في ذلك راجع إلى محاولة المشرّع التّفويك بين رأيين متناقضين⁵.

¹ يُنظر: وحياني جيلالي، رضا المرأة في الزواج في قانون الأسرة 05/02 على ضوء الاتّفاقيات الدولية (مقال)، ص235.

² يُنظر: الرّشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدّل، ص65-66. ومحفوظ بن صغير، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة المعدّل، ص216.

³ يُنظر: الرّشيد بن شويخ، المرجع السّابق، ص66.

⁴ لأنّ المذهب الحنفي يجعل الصّيغة هي الرُّكن الوحيد لعقد الزواج، والوليّ كشرط لصحته، فالمشرّع أغفل دور الوليِّ الذي لا يمكنه الاعتراض على الزواج الذي يتمّ دون موافقته، إذا ما قلّ المهر عن مهر المثل أو كان الرّوج غير كفاء. أحمد الشّامي، قانون الأسرة الجزائري طبقاً لأحدث التّعديلات، ص87.

⁵ يُنظر: محفوظ بن صغير، المرجع السّابق، ص216. وكريمة محروق، قانون الأسرة على ضوء التّعديل الجديد -دراسة تحليليّة مقارنة-، ص27. وسمية بوكايس، ولاية الزواج في التشريع الجزائري ما بين الإلغاء والإبقاء (مقال)، ص158-159.

الباب الأول: أثر العُرف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

ثم إنّه لمن المعلوم أنّ للاتفاقيات الدولية تأثير على التّوجهات الدّينية والأعراف الاجتماعية والثقافات السّائدة في المجتمعات خاصّة إذا كانت تكرس قوامة الرجل على زوجته، وولايته على بناته، فبرزت دعوات من المنظمات الدولية والجمعيات النسائية إلى رفع الولاية على الفتاة في الزّواج، وبأن تتوقف القوانين عن مطالبة النّساء من الحصول على إذن الأب للزّواج. بل سعت هذه الاتفاقيات والتي من بينها: اتفاقية سيداو التي أرست بنودها بعد توقيع المشرّع الجزائري عليها إلى تجسيد مبدأ المساواة بين الجنسين فسعت إلى إعطاء المرأة حقّ تولي عقد زواجها بنفسها كما لها أن توكل من تشاء متى كانت رشيدة¹، وبالتالي إلغاء ولاية الإجماع عليها، فحضور الولي في عقد الزّواج أصبح رمزيًا، وليس له تأثير في الإذن أو المنع².

وعليه؛ يظهر أنّ للأعراف والتّقاليد الجارية في مجال تنظيم الأسرة دورًا فعّالًا في التّمسك بأحكام الفقه الإسلامي بغض النّظر عمّا هو منصوص عليه قانونًا، وذلك بتأكيد دور الولي - سواء كان أبًا أم قريبًا مُفوضًا - في عقد زواج موليته.

وإن كان الباحث يرى أنّ المشرّع الجزائري قد خالف العُرف الصحيح بأنّ منح المرأة حقّ مباشرة عقد زواجها بنفسها بشكل مُطلق، وذلك باختيارها أي شخص ولو كان أجنبيًا لتولي عقد زواجها، وهذا الأمر غريب ومرفوض في مجتمعنا لمناقضته العُرف الجاري في هذا الشأن. وبما أنّ الأصل في الزّواج من منظور الفقه الإسلامي والمشرّع الجزائري قيامه على الرّضا لا على إكراه المرأة، إذ أنّ ولاية التّزويج هي ولاية مشتركة بين المرأة ووليها³، لذا يرى الباحث أنّه كان على المشرّع اعتماد رأي الحنفية بشروطه مع مراعاة العُرف في ذلك.

¹ يُنظر: الشيخ صالح بشير، أثر الاتفاقيات الدولية على قضايا الأسرة - الأسرة غير النّمطية نموذجًا - (مقال)، ص 56-57. وعثمان ديشيشة، الاتفاقيات الدولية مصدر لقانون الأسرة بين المحافظة على خصوصيات المجتمع والوفاء بالالتزامات الدولية (مقال)، ص 154.

² يُنظر: لحسين بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، 48. ومحموظ بن صغير، أحكام الزّواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة المعدّل، ص 217.

³ يُنظر: عبد العالي عشاري، الولاية في الزّواج على ضوء أصول الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجديد (مقال)، ص 325.

المبحث الثالث: أثر العُرفِ في حقوق الزوجين والأبناء

في الفقه الإسلامي والتّشريع الجزائريّ

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأوّل: أثر العُرفِ في الحقوق المشتركة بين الزوجين

في الفقه الإسلامي والتّشريع الجزائريّ

المطلب الثاني: أثر العُرفِ في حقوق الزوج على الزّوجة

في الفقه الإسلامي والتّشريع الجزائريّ

المطلب الثالث: أثر العُرفِ في حقوق الزّوجة والأبناء على الزوج

في الفقه الإسلامي والتّشريع الجزائريّ

الباب الأول: أثر العُزف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

لقد رتب الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري على عقد الزواج الصحيح آثارًا تتمثل في جملة من الحقوق للزوجين وللأبناء، فمن حقوق الزوجين: ما هو مشترك بينهما، ومنها ما هو خاص بالزوجة فقط، ومنها ما هو خاص بالزوج وحده، ومنها ما يتعلق بالأبناء، غير أن تأثير العُزف يقتصر على بعض الآثار دون الأخرى.

وعليه فإنّ دراستي سوف تُركّز على أثر العُزف في بعض الحقوق فقط سواء ما تعلّق بالحقوق المشتركة بينهما، والمتمثلة في المعاشرة بالمعروف، والمحافظة على روابط القرابة بالحسنى، وحلّ الاستمتاع بينهما، أو ما يخصّ حقوق الزوج كحَقّي القوامة والطّاعة، وخدمة الزوجة لزوجها، أو ما له علاقة بحقوق الزوجة من النّفقة الزوجيّة، والصّدق وهذا الأخير قد تم تناول أحكامه سابقاً¹، أو ما له علاقة بحقوق الأبناء كحقّ الإرضاع وأجرته.

خلافًا للتشريع الجزائري الذي تراجع عن هذا التقسيم في التعديل الأخير لقانون الأسرة، فاختصر الحقوق الزوجيّة في حقوق مشتركة فقط، وألغى بموجب الأمر رقم: 02/05 بعض المواد التي كانت تحتوي على حقوق أخرى، إلى جانب الحقوق المشتركة، ألا وهي حقوق الزوجة في المادة: 38 الملغاة²، وحقوق الزوج في المادة: 39 الملغاة³. فيما لم يُفصل كثيراً في حقّ الرّضاع وأجرته، ولعلّ سكوت المشرّع عن ذلك راجع إلى مراعاته لأعراف الناس والتّطورات الحاصلة في المجتمع. وفيما يأتي تفصيل ذلك في المطالب الثلاثة الآتية:

¹ راجع، ص 177 وما بعدها من هذه الدّراسة.

² كانت المادة: 38 الملغاة تنصّ على أنّه "1- للزوجة الحقّ في زيارة أهلها من المحارم واستضافتهم بالمعروف. 2- حرية التصرف في مالها"

³ كانت المادة: 39 الملغاة تنصّ على أنّه "يجب على الزوجة: 1- طاعة الزوج ومراعاته باعتباره رئيس العائلة. 2- إرضاع الأولاد عند الاستطاعة وتربيتهم. 3- احترام والدَي الزوج وأقاربه"

الباب الأول: أثر العُرف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

المطلب الأول: أثر العُرف في الحقوق المشتركة بين الزوجين

في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

يُقصدُ بالحقوق المشتركة بين الزوجين "هي تلك الحقوق المتبادلة بينهما تثبت لكل منهما على الآخر بمقتضى الزوجية،" وهي في الجملة أول ما يفيدده الزواج هو حل المساكنة بين الزوجين، وربط المودة بينهما¹. وفي هذا المطلب سأقتصر على ذكر أثر العرف في الحقوق المشتركة بينهما، وأخص بالذكر حق المعاشرة بالمعروف، وحق المحافظة على روابط القرابة بالحسن، وحق الاستمتاع بينهما. وتفصيلها يكون وفق الفروع الآتية:

الفرع الأول: أثر العرف في الحقوق المشتركة بين الزوجين في الفقه الإسلامي

أتناولها وفق التفصيل الآتي:

أولاً- أثر العرف في حق المعاشرة بالمعروف: قبل بيان أثر العرف في هذا الحق، لا بد أن أُبين معنى المعاشرة بالمعروف، ثم أظهر حكمها عند الفقهاء، وفيما يأتي بيان ذلك:

1. معنى المعاشرة بالمعروف: هي أن يعامل الرجل زوجته بما لو فعل به مثل ذلك لم ينكره بل يعرفه، ويقبله ويرضى به، وكذلك من جانبها هي مندوبة إلى المعاشرة الجميلة مع زوجها بالإحسان باللسان، واللطف في الكلام، والقول المعروف الذي تطيب به نفس الزوج²، لقوله ﷺ: «وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْنَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ» [البقرة: 228]. وجه الدلالة من الآية: أن المعروف بين الزوجين هو كف المكره، وإعفاء صاحب الحق من المؤنة في طلبه، لا بإظهار الكراهية في تأديته، فأيهما مطل بتأخير، يكون قد ظلم³، فعن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: «مطل الغني ظلم»⁴. وقد فسّر قوله ﷺ: «وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ» [النساء: 19]. بأنه: "يجب عليكم أيها المؤمنون أن تحسنوا عشرة نساءكم بأن تكون مصاحبتهن ومخالطتهن بالمعروف الذي تعرفه، وتألّفه طباعهن، ولا يستنكرن شرعاً، ولا عرفاً"⁵.

¹ محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص 163.

² يُنظر: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، 334/2.

³ يُنظر: الزافعي، الشرح الكبير، 358/8-359. وابن الرُّفعة، كفاية النبي في شرح التنبيه، 330/13.

⁴ رواه مالك في موطئه، كتاب البيوع، باب جامع الدين والحول، رقم: 84، 674/2.

⁵ محمد رشيد رضا، تفسير المنار، 373/4-374.

الباب الأول: أثر العُزْف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتَّشريع الجزائري

وعليه يكون المعنى المراد من كلمة "المعروف"، أنه ما جرى به عُرْفُ النَّاسِ ممَّا يعتبرونه من حُسْنِ المعاشرة وما تألفه طبائع النساء، وما يليق بكلِّ زوجة بحسب حالها، وأن لا يُسْتَنَكَّرَ ذلك شرعاً؛ لأنَّ مراعاة عُرْفِ النَّاسِ وعاداتهم بعدم مخالفة الشرع. وأن يُحسن كلُّ منهما معاشرته للطَّرَفِ الآخر بالمعروف الذي لا يُنكِرُه الشرع أو الطَّبع أو العُرْف؛ قولاً أو عملاً أو خُلُقاً، فعليهما أن يتعاونوا على جلبِ الخير ودفعِ الشرِّ، ويتحلَّيا بالتَّسامح، والمودَّة والرَّحمة بينهما¹.

2. حُكْمُ الْمُعَاشِرَةِ بِالْمَعْرُوفِ: اختلف الفقهاء في حُكْمِهَا على قولين؛ وبيانهما كالآتي:

القول الأول: إنَّ المعاشرة بالمعروف واجبة على كلِّ من الزَّوجين، وهو قول جمهور الفقهاء² مستدلين بقوله ﷺ: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [النساء: 19]. فاللَّهُ سُبْحَانَهُ في هذه الآية "أَمَرَ الْأَزْوَاجَ إِذَا عَقَدُوا عَلَى النِّسَاءِ، أَنْ يَكُونَ أَدَمُهُ مَا بَيْنَهُمْ، وَصَحْبَتُهُمْ عَلَى التَّمَامِ وَالْكَمَالِ، فَإِنَّهُ أَهْدَأُ لِلنَّفْسِ، وَأَقَرُّ لِلْعَيْنِ، وَأَهْنَأُ لِلْعَيْشِ، وَهَذَا وَاجِبٌ عَلَى الزَّوْجِ، وَلَا يُلْزَمُهُ ذَلِكَ فِي الْقَضَاءِ إِلَّا أَنْ يَجْرِيَ النَّاسُ فِي ذَلِكَ عَلَى سُوءِ عَادَتِهِمْ، فَيَشْتَرِطُونَهُ وَيَرْبِطُونَهُ بِيَمِينٍ"³.

و"أَنْ تَكُونَ مُصَاحِبَتُكُمْ وَمُخَالَطَتُكُمْ لَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ الَّذِي تَعْرِفُهُ، وَتَأْلَفُهُ طِبَاعُهُنَّ، وَلَا يُسْتَنَكَّرُ شَرْعاً، وَلَا عُرْفاً، وَلَا مُرُوءَةً، فَالتَّضْيِيقُ فِي النَّقْصَةِ، وَالْإِيذَاءُ بِالْقَوْلِ، أَوْ الْفِعْلِ، وَكَثْرَةُ غُبُوسِ الْوَجْهِ، وَتَقْطِيبُهُ عِنْدَ اللَّقَاءِ كُلُّ ذَلِكَ يُنَاقِزُ الْعِشْرَةَ بِالْمَعْرُوفِ، وَفِي الْمُعَاشِرَةِ مَعْنَى الْمُشَارَكَةِ وَالْمُسَاوَاةِ، أَيْ عَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلْيَعَاشِرَنَّكُمْ كَذَلِكَ"⁴.

القول الثاني: ذهب الحنفيَّة⁵ إلى استحباب معاشرتهما بِالْمَعْرُوفِ، واستدلوا بقوله ﷺ: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [النساء: 19]. فدلَّت الآية أَنَّ الْمُعَاشِرَةَ بِالْمَعْرُوفِ هِيَ أَنْ يُحْسَنَ إِلَيْهَا قَوْلًا وَفِعْلًا وَخُلُقًا، وَقِيلَ: أَنْ يُعَامِلَهَا كَمَا يَجِبُ أَنْ يُعَامَلَ هُوَ، وَهِيَ مُسْتَحَبَّةٌ مِنَ الْجَانِبَيْنِ.

¹ يُنظر: ابن قدامة، الكافي في فقه ابن حنبل، 81/3. وعبد الكريم زيدان، المُفَصَّل في أحكام المرأة والبيت المسلم، 225/7-226. وبلحاج العربي، أحكام الزَّوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، ص 521. وعبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ص 212.

² اللَّحْمِي، التَّبَصُّرَة، 2374/5. وَالشَّافِعِي، الْأُمُّ، 114/5. وابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، 242/6.

³ ابن العربي، أحكام القرآن، 468/1.

⁴ محمد رشيد رضا، تفسير المنار، 373/5-374.

⁵ الكاساني، بدائع الصَّنَائِع في ترتيب الشَّرَائِع، 334/2. وابن نجيم، البحر الرَّائِق شرح كنز الدَّقَائِق، 84/3.

الباب الأول: أثر العُرف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

كما رُوِيَ عن عائشة رضي الله عنها قالت: قال النبي ﷺ: «خَيْرُكُمْ خَيْرُكُمْ لِأَهْلِهِ، وَأَنَا خَيْرُكُمْ لِأَهْلِي»¹. فقد كان ﷺ خير الناس بما كان عليه من حُسن العِشرة ليقْتدوا به، وقد عُرف من شمائله ﷺ أنه كان خير الناس للناس ولأهله بالأولى، فقد كان لأهله على حال لا يكون لغيره من حُسن العِشرة².

القول الرَّاجح: بعد عرض أقوال الفقهاء وأدلّتهم فالذي يظهر للباحث-والله أعلم- أن القول الرَّاجح وهو قول الجمهور القائلين بوجوب المعاشرة بالمعروف، بدليل قوله ﷺ: «وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ» [النساء: 19]. ويتأكد هذا الحكم بما رواه أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه قال: «اسْتَوْصُوا بِالنِّسَاءِ خَيْرًا»³، والاستِصاء: قَبُولُ الوَصِيَّةِ، وَالْمَعْنَى: أُوصِيكُمْ بِهِنَّ خَيْرًا فَأَقْبَلُوا وَصِيَّتِي فِيهِنَّ، وقد حثَّ الإسلام على حُسن مُعاشرة الزَّوج لزوجته ومُصاحبتها لها بالمعروف، بما ألفتَه طباعها السَّليمة في ذلك. ويُعزِّز ذلك حِرْصُهما على تقوية روابط القرابة بينهما بالحسنى⁴.

ثانيًا- أثر العُرف في المحافظة على روابط القرابة بالحسنى: تتمثل في احترام كلٍّ من الزَّوجين لأهل الآخر، وزيارة كلٍّ منهما لأبويه واستضافته بالمعروف. وفيما يأتي بياهما:

أ. احترام كلٍّ من الزَّوجين لأهل الآخر: فعليهما أن يُدركا أنَّ أهل الإنسان جزء لا يَنْفَصِلُ منه، وحبَّهم والتَّواصل معهم وإعطاءهم حقوقهم فضلًا على أنه فرض ديني، فهو احتياج نفسي وإنساني، فمن يُرد أن يراعي شريك حياته يُساعِده على أداء واجباته نحو أهله واحترامهم، وهذا بالحسنى والمعروف⁵. فالأصل في العلاقة الزَّوجية أنَّها تقوم على أساس المشاركة والتَّفاهم والاحترام المتبادل؛ لأنَّ الزَّواج ارتباط بين عائلتين، كما أنَّه بين فردين، ممَّا يفرض على الزَّوجين دورًا كبيرًا في التَّوافق بين عائلتيهما، من خلال ملاطفة والدي الآخر بالكلام الطَّيب وحسن المعاملة⁶.

¹- أخرجه ابن ماجة في سننه، كتاب النِّكاح، باب حسن معاشرَة النِّساء، رقم 1977، 336/1. والترمذي في سننه، أبواب

المناقب، باب في فضل أزواج النبي ﷺ، رقم 3895، 709/5. وصحَّحه الألباني. صحيح وضعيف ابن ماجة، 477/4.

²- يُنظر: الصَّنْعَانِي، التَّنْوِيرُ شَرْحُ الجامع الصَّغِيرِ، 477/4.

³- رواه مسلم في صحيحه، كتاب الرِّضَاع، باب الوصية بالنِّساء، حديث رقم: 1468، 1091/2.

⁴- يُنظر: محمد علي فركوس، المعين في بيان حقوق الزَّوجين، ص 43-44.

⁵- يُنظر: الغوثي بن ملحَة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ص 86.

⁶- يُنظر: جميل فخري جَانَم، آثار عقد الزَّواج، ص 71.

الباب الأول: أثر العُزف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

ب. زيارة كلٍّ منهما لأبويه واستضافتهما بالمعروف: حثَّ ديننا الإسلامي على صلة الرَّحم، والتَّودد للأقارب واستضافتهم بالمعروف، فأوجب صلة الرَّحم وحرَّم قَطِيعَتَهَا¹ لقوله ﷻ: ﴿وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا﴾ [النساء: 01]. ولحديث أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ رضي الله عنه عن النَّبِيِّ ﷺ قال: «مَنْ سَرَّهُ أَنْ يُبْسَطَ لَهُ فِي رِزْقِهِ، أَوْ يُنْسَأَ لَهُ فِي أَثَرِهِ، فَلْيَصِلْ رَحِمَهُ»². وقد قيل: "إِنَّ معنى البسط في رزقه هو البركة؛ لأنَّ صلته أقاربه صدقة، والصدقة تُرى المال وتزید فيه، فينمو بها ويزكو"³.

وصلة الرَّحم مع الوالدين وبرُّهما تُعتبر من أهمِّ الواجبات على الإنسان، وقد ربطها الله تعالى بعبادته وتوحيده، وجعلَ برَّ الوالدين مَقْرُونًا بِذَلِكَ⁴، فقال ﷻ: ﴿وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا إِمَّا يَبْلُغَنَّ عِنْدَكَ الْكِبَرَ أَحَدُهُمَا أَوْ كِلَاهُمَا فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أُفٍّ وَلَا تَنْهَرْهُمَا وَقُلْ لَهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا﴾ [الإسراء: 23]. فدلَّت هذه الآية صراحةً على وجوب برِّ الوالدين والإحسان إليهما، من هنا أوجب الإسلام للزَّوجة حقَّ زيارة أهلها، لأنَّ ذلك صلة رحمها، إلَّا أنَّ الفقهاء اختلفوا في حُكْم هذه المسألة على ثلاثة أقوال؛ وهي:

القول الأول: ذهب الحنفيَّة والمالكيَّة⁵ إلى أنَّ لها الحقَّ في الخروج لزيارة والديها كلَّ جمعة، ومحارمها كلَّ سنة ولو بغير إذن الزَّوج؛ لأنَّ ذلك من المصاحبة بالمعروف المأمور بها، ومن صلة الرَّحم، وقَيَّده المالكيَّة بأنَّ يكون والداها في نفس البلد، وإنَّ كان خلاف ذلك فلا يُقضى لها بها⁶. وقد اعتبر المالكيَّة حال المرأة، فَاخْتَلَفَ الحكم بناءً على كونها شابة أو مُتَحَالَّة⁷، أو مأمونة. فاتَّفَقوا على أنَّ المُتَحَالَّة يُقضى لها بالزيارة، وليس لزوجه منعها.

كما اتَّفَقوا على أنَّ الشَّابة غير المأمونة لا يُقضى لها بالخروج. واختلفوا في الشَّابة المأمونة، فأجاز معظمهم لها الخروج، وأذن لها الإمام مالك رضي الله عنه بالخروج إنَّ مرض أخوها أو أختها أو أمِّها،

¹ يُنظر: القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، 6/5. وفيصل المبارك، تطريز رياض الصَّالحين، 222/1.

² أخرجه البخاري في صحيحه، كتابُ البُيُوع، بابُ مَنْ أَحَبَّ الْبَسْطَ فِي الرِّزْقِ، رقم: 2067، 56/3.

³ ابن بطال، شرح صحيح البخاري، 56/3.

⁴ يُنظر: القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، 238/10.

⁵ يُنظر: نظام الدِّين البلخي وآخرون، الفتاوى الهندية، 557/1. والموافق، التَّاج والإكليل لمختصر خليل، 548/5.

⁶ يُنظر: ابن الهمام، فتح القدير، 398/4.

⁷ الْمَرْأَةُ الْمُتَحَالَّة: هِيَ الْعَجُوزُ الْقَانِيَةُ الَّتِي لَا إِزْبَ لِلرِّجَالِ فِيهَا وَلَا يُتَلَدَّدُ بِالنَّظَرِ إِلَيْهَا، العدوي، حاشية العدوي، 411/2.

الباب الأول: أثر العُرف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

وكان زوجها غائبًا، وإن لم يأذن لها حين خرج¹. وإن اشتكى الزوج ضرر أبويها فإن كانا صالحين لم يُمنعاً من زيارتها والدخول عليهما، وإن كانا مُسيئين سمح لهما بزيارتها في كل جمعة مرة بأمينه تحضر معهما².

القول الثاني: ذهب الشافعية³ إلى أن للزوجة الخروج لزيارة والديها ومحارمها في غيبة الزوج، إن لم ينهها عن الخروج، ولم تعلم عدم رضاه بذلك، إلا إن دل العُرف على جواز ذلك، وجرت العادة بالتسامح بذلك، أما إذا نهاها عن الخروج في غيبته، فليس لها الخروج لزيارة ولا لغيرها⁴.

القول الثالث: ذهب الحنابلة⁵ إلى أن للزوج منعها من الخروج من منزله، ويحرم عليها الخروج بلا إذنه، فإن مرض بعض محارمها، أو مات استحب له أن يأذن لها في الخروج إليه⁶.

القول الرابع: بعد عرض أقوال الفقهاء في المسألة، فالذي يترجح للباحث هو قول الحنفية والمالكية، إذ أن النصوص القطعية ومقاصد الشريعة أقرت بثبوت حق الزوجة على زوجها في تمكينها من زيارة والديها، ولو من غير استئذان الزوج، ولكن بشرط الاقتصاد في ذلك حسبما يدل عليه العُرف، وطالما أنها لم تتعسف في استعمال حقها، فإن بلغت الزوجة في الزيارة، ونتج عن ذلك مضرة لزوجها أو لبيتها، فإن له الحق في منعها في هذه الحالة.

أما منعها من غير سبب، بل لمجرد كونه زوجًا، فإن حق زوجها لا يلغ حق رحمها، خاصة أصولها وفروعها، والزعم بأن أحدهما أحق من الآخر تحكم لا دليل عليه⁷.

ثالثًا- أثر العرف في حل الاستمتاع بين الزوجين: أحل الشرع الحنيف لكل من الزوجين حق الاستمتاع بالآخر لقوله ﷺ: **«وَالَّذِينَ هُمْ لِزُجُوجِهِمْ حَافِظُونَ، إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ»** [المعارج: 29-30]. فحل الاستمتاع حق مشترك بينهما⁸ يختص

¹ يُنظر: الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 512/2.

² يُنظر: المواق، التاج والإكليل لمختصر خليل، 548/5. والدسوقي، المصدر السابق، 512/2.

³ يُنظر: سليمان الحمل، حاشية الحمل على شرح المنهج، 502/4.

⁴ يُنظر: البجيري، حاشية البجيري على شرح المنهج، 115/4.

⁵ يُنظر: المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، 421/21.

⁶ يُنظر: المرداوي، المصدر نفسه، 421/21. وعبد الرحمن المقدسي، الشرح الكبير على متن المقنع، 144/8.

⁷ يُنظر: نور الدين أبو لحية، الحقوق المعنوية للزوجة برؤية مقاصدية، ص 35. وبلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، ص 530.

⁸ يُنظر: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، 331/2.

الباب الأول: أثر العُرف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

به كلٌّ منهما، واستعماله يُحصّنهما معا من الوقوع في فاحشة الزنا، ويحرّم عليهما فعل ذلك قبل الزواج الشرعي الإسلامي وبعده¹.

ثم إن التمتع بهذا الحق يكون وفق ما يقتضيه الطبع الإنساني، لقوله ﷺ: «نساؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم أنى شئتم» [البقرة: 223]. وهذا نص في إباحة الحال والهيئات كلها إذا كان الوطء في موضع الحرث². بمعنى أن يتلذذ بها وتلذذ به إلا في الموضع المنهي عنه³. وللزواج أن يطالبها بالوطء متى شاء إلا أن يكون هناك مانع يمنع منه؛ كالحَيْضِ والنَّفَاسِ والظَّهَارِ والإِحْرَامِ وغير ذلك، وللزوجة أن تطالب زوجها بالوطء، ويُجبر عليه مرة واحدة في الأسبوع⁴.

وذهب بعض المالكية إلى أن أقل ما يُقضى به على الرجل في الوطء، ليلة من أربع ليالٍ ذلك أن للرجل أن يتزوج أربع زوجات. وقيل: ليلة من ثلاث أخذًا من قوله ﷺ: «للدكر مثل حظ الأنثيين» [النساء: 11]⁵.

الفرع الثاني: أثر العرف في الحقوق المشتركة بين الزوجين في التشريع الجزائري

إن المتصفح لنصوص قانون الأسرة المعدل يجد أن المشرع الجزائري قد اختصر الحقوق الزوجية في حقوق مشتركة فقط، وألغى بعض المواد التي كانت تحتوي على حقوق أخرى في نص المادتين: 38، و39 من القانون رقم: 11/84⁶، إلى جانب بعض الحقوق المشتركة، لذا سأركز على هذه الأخيرة، وفيما يأتي بيانها:

أولاً- أثر العرف في حق المعاشرة بالمعروف: أفصل في هذا الحق على النحو الآتي:

1. من الناحية التشريعية: لقد تحدّث المشرع عن حق المعاشرة بالمعروف في نص المادة: 2/36 من ق أ ج حيث جاء فيها: "يجب على الزوجين... 2- المعاشرة بالمعروف، وتبادل الاحترام والموودة والرحمة"، وهي ترسخ لمظاهر العشرة بالمعروف، إذ يجب على كل طرف أن يُحسن عشرة صاحبه، ولا يفعل بُهاهه ما يُنكره الشرع أو الطبع أو العرف؛ قولاً أو عملاً، وذلك بالتعاون على

¹- يُنظر: محمد محدة، الخطبة والزواج، ص 347.

²- القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، 93/3.

³- يُنظر: بلقاسم شتوان، الخطبة والزواج في الفقه المالكي، ص 266.

⁴- يُنظر: الكاساني، المصدر السابق، 331/2.

⁵- يُنظر: عlish، منح الجليل شرح مختصر خليل، 536/3.

⁶- تم إلغاؤها بموجب الأمر رقم: 02/05 المتضمن تعديل قانون الأسرة الجزائري.

الباب الأول: أثر العُرف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

جلب الخير والإخلاص في أداء الواجب والتشاور في شؤون الأسرة بما هو متعارف عليه عُرفًا، وهذا من شأنه أن يُضفي صفة المودّة والرّحمة المطلوبة، التي تؤدي إلى المحافظة على الرّوابط الزوجيّة¹.

ومّا يُلاحظ على هذه المادة بعد تعديلها، أنّها "لم تميّز بين حقوق وواجبات الرّوج هذا من جهة، وبين واجبات الرّوجة وحقوقها من جهة أخرى"²، إذ أنّ هذه الحقوق والواجبات المشتركة بينهما مُقرّرة وثابتة في الشّريعة الإسلاميّة على الجملة³.

2. من النّاحية القضائيّة: بالرّجوع إلى بعض قرارات المحكمة العليا بخصوص حُسن المعاشرة بين الرّوجين، نجد القرار المؤرخ في: 1989/3/13م، والذي قضى "أنّ قيام العلاقة الرّوجية بين الرّوجين تقوم على أساس الاحترام المتبادل، وأنّ المودة الحقيقيّة لن تكون إلّا بالطّاعة وقيام كلّ منهما بواجباته وبناء أسرة وتربية الأبناء"⁴.

كما أنّه يجب على الرّوج أن لا يستغل حقّه في القوامة استغلالًا سيئًا يُؤثّر على حُسن المعاشرة بينهما، وهذا ما أشار إليه القرار المؤرخ في 2001/7/18م، حيث يمكن للرّوجة أن تطلب التّطليق بسبب تضرّرها من سوء معاملة زوجها لها؛ كضربه لها أو طردها من السّكن الرّوجي، أو بإهانتها بشكل مُتكرّر والإساءة إليها⁵، وإلى غيرها من المنغصات التي يجب الكفّ عنها⁶. فمما لاحظته الباحثة على هذين القرارين أنّهما لم يخرجوا عمّا هو مقرر شرعًا وقانونًا وعرفًا في أنّ العلاقة الرّوجيّة تقوم على أساس العشرة بالمعروف قولًا وفعلًا.

ثانيًا- أثر العرف في المحافظة على روابط القرابة بالحسنى: وبيانها يكون كالآتي:

1. من النّاحية التشريعيّة: لقد اهتمّ المشرّع بصلة الرّحم وبالمحافظة على روابط القرابة، وأكّد عليها في نصّ المادة: 5/36 من ق أ ج على: "حُسنُ معاملة كلّ منهما لأبوي الآخر وأقاربه واحترامهم

¹ يُنظر: الغوثي بن ملحّة، قانون الأسرة الجزائري على ضوء الفقه والقضاء، ص85. وعبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ص212. والرّشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدّل، ص165-166.

² محفوظ بن صغير، أحكام الرّواج في الاجتهاد القضائي وقانون الأسرة الجزائري المعدّل، ص391.

³ يُنظر: محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الرّواج وآثاره، ص218. ووهبة الرّحيلي، الفقه الإسلامي وأدلّته، 6757/9.

⁴ م ع، غ أ ش، ملف رقم 52850، قرار بتاريخ 1989/3/13م، (قرار غير منشور)، نقلًا عن العربي بلحاج، أحكام الرّوجيّة وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، ص518.

⁵ يُنظر: م ع، غ أ ش، ملف رقم 269594، قرار بتاريخ 2001/7/18م، م ق، ع1، 2003م، ص349.

⁶ بلفار وفاء، اعتبار العُرف في آثار عقد الرّواج (مقال)، ص49.

الباب الأول: أثر العُرف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتَّشريع الجزائري

وزيارتهم"، وأيضاً نصَّ عليها في المادة: 6/36 على: "المحافظة على روابط القرابة والتَّعامل مع الوالدين والأقربين بالحسنى والمعروف"، وكذا في المادة: 7/36 "زيارة كلٍّ منهما لأبويه وأقاربه واستضافتهم بالمعروف". نَسْتَشِفُّ من جملة هذه النُّصوص أنَّ المشرِّع قد أوجب على الزَّوجين أنَّ يحترم كلٌّ منهما أهل الزَّوج الآخر، وأنَّ يتعامل مع والديِّ وأقارب الآخر بالحسنى والمعروف على أساس المودَّة الدَّائمة والاحترام المتبادل، وأنَّ يسمح لوالديها وإخوتها بزيارتها حفاظاً على الرُّوابط العائليَّة. وقد تنبَّه المشرِّع للنقص الذي كان موجوداً في المواد: 36 ق أ ج وما بعدها قبل التَّعديل¹، لما أغفل عن ذكر حقِّ المعاشرة بالمعروف، وبناء حياة زوجية قوامها الاحترام المتبادل، ولُبُّها المودَّة والرَّحمة². ذلك أنَّ تعامل كلٍّ منهما مع والديِّ وأقارب الزَّوج الآخر بالحسنى لا يخرج عمَّا فرضه الشَّرع والعُرف، وكُلُّها سلوكات حميدة تؤدي إلى تعزيز أواصر العلاقة الزوجية وتقوي روابط المحبة والألفة والسَّعادة، المفضية إلى استقرار الأسرة وزيادة التَّكافل الأسري³.

2. من الناحية القضائية: بالرُّجوع إلى بعض قرارات المحكمة العليا نجد القرار المؤرخ في: 2005/7/13م، والذي جاء فيه: "المبدأ: نفقة الأمِّ، وسكنها، واجبة على ولدها، حسب القدرة والاحتياج"⁴. ممَّا يدلُّ على وجوب الإحسان للوالدين والإنفاق عليهما إذا كان فقيرين⁵. فهذا القرار لم يخرج عمَّا هو مقرر شرعاً ومعمول به عرفاً من أنَّ نفقة الوالدين على الأبناء حال عجزهما وقدرة أولادهما على ذلك.

ثالثاً- أثر العرف في حلِّ الاستمتاع بين الزَّوجين: أفصَّل فيه على النَّحو الآتي:

1. من الناحية التشريعيَّة: نصَّ المشرِّع على حقِّ حلِّ الاستمتاع بين الزَّوجين في المادة: 1/36 من ق أ ج: "المحافظة على الرُّوابط الزوجية، وواجبات الحياة المشتركة"، أي؛ أنَّ لكلٍّ منهما حقَّ استمتاع بالآخر، وإعطاء الزَّوجة حقوقها الزوجيَّة، والمتمثلة في استيفاء حقِّها في الفراش، وعدم

¹ - فـقانون الأسرة لسنة 1984م، كان يُلزم الزَّوجة وحدها باحترام والديِّ الزَّوج وأقاربه، وذلك في المادة: 3/39 الملغاة والتي تتحدَّث عن حقوق الزَّوجة وحدها، ولم يتكلَّم القانون آنذاك عن واجب الزَّوج في احترام والديِّ الزَّوجة وأقاربها، وهذا يُعتبر من نقائصه، ليستدرك المشرِّع ذلك في تعديله الأخير، ويجعل من احترام والديِّ الزَّوجين من الحقوق المشتركة والمتبادلة بينهما، وحسنٌ ما فعل. يُنظر: العربي بلحاج، أحكام الزَّوجيَّة وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، ص528.

² - يُنظر: بلغار وفاء، المرجع السَّابق، ص49.

³ - يُنظر: العربي بلحاج، المرجع السَّابق، ص529.

⁴ - م ع، غ أ ش، ملف رقم 337343، قرار بتاريخ 2005/7/13م، م ع ع، ع 2، 2005م، ص393.

⁵ - يُنظر: العربي بلحاج، المرجع السَّابق، ص527.

الباب الأول: أثر العُرف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

امتناعها هي إلا لعذر شرعي؛ كحيض أو غيره. فإذا تهرَّب الزوج من الاستمتاع بزوجه بدون عذر شرعي، فإنَّ المشرِّع يمنح الزَّوجة طلب التَّطليق للهِجر في المضجع فوق أربعة أشهر¹.

2. من النَّاحية القضايَّة: فبالرُّجوع إلى بعض قرارات المحكمة العليا نجد القرار المؤرخ في: 2011/1/13م، والذي اعتبر عقم الزوج، وعدم قدرته على الإنجاب سببًا من أسباب التَّطليق، طبقًا للمادة: 53 من ق أ ج، ويُحوَّل للزَّوجة الحقُّ في المطالبة به، إلَّا أنَّه لا يُوجب التَّعويض لها عنه². غير أنَّه إذا كان الزوج عاجزًا عن مباشرة زوجته، يُضرب له أجل سنة كاملة من أجل العلاج؛ على أن تكون الزَّوجة أثناء تلك المدَّة بجانب بعلمها، وبعد انتهائها إن لم تتحسن حالة مرضه حُكِم لها بالتَّطليق³، وهذا ما أشار إليه القرار المؤرخ في 1992/12/22م جاء فيه: "من المُقرَّر قانونًا وقضاء أنَّه يجوز للزَّوجة طلب التَّطليق استنادًا إلى وجود عيب يحول دون تحقيق هدف الزَّواج، كتكوين أسرة وتربية الأبناء"⁴.

وأنَّ احترام كُلاً من الزوجين لوالدي الآخر متوقف على ما درج عليها النَّاس، وأنَّ ذلك من أهمِّ العوامل التي تُساهم في تعزيز روابط القرابة بين الزوجين وأهليهما وفق ما ألفوه وتعاملوا به في مكان معيَّن، وزمان محدَّد، وبما لا يُنكِّره الشَّرْع. كما أنَّ تعامل الزوج مع والدي الزَّوجة وأقاربها بالإحسان، يكون طبقًا لأحكام الشَّرْع والعُرف؛ وكذا تقدير الزَّوجة لوالدي الزوج وأقاربها، إلَّا أنَّه هو سلوك سليم من شأنه أن يؤدي إلى تقوية أواصر المحبة والسَّعادة والاستقرار في الأسرة، وازدياد التَّرابط والألفة والتَّكافل الأسري⁵. أمَّا مراسيم زيارة الزَّوجة لأهلها واستضافتهم في بيتها تخضع إلى العادات والتَّقاليد والعُرف المعمول به⁶.

ويظهر أثر العُرف في حقِّ حلِّ الاستمتاع بين الزوجين عندما يحدث الخلاف بينهما في المسيس؛ فادَّعت الزَّوجة وأنكره الزوج، فإن كان قبل إعلان الدُّخول، فإنَّ الحُكْم يتوقَّف على

¹ يُنظر: عبد الفتاح تقية، قانون الأسرة مدعماً بأحدث الاجتهادات القضايَّة والتَّشريعيَّة دراسة مقارنة، ص 173.

² م ع، غ أ ش، ملف رقم 596191، قرار بتاريخ 2011/1/13م، م م ع، ع 2، 2011م، ص 270.

³ يُنظر: العربي بلحاج، أحكام الزَّوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، ص 520.

⁴ م ع، غ أ ش، ملف رقم 87301، قرار بتاريخ 1992/12/22م، م ق، ع 2، 1992م، ص 92.

⁵ يُنظر: بدران أبو العينين، أحكام الزَّواج والطلاق في الإسلام، ص 202. والعربي بلحاج، أحكام الزَّوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، ص 529.

⁶ يُنظر: وفاء بلفار، اعتبار العُرف في آثار عقد الزَّواج (مقال)، ص 50.

الباب الأول: أثر العرف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

حصول الخلوة الصحيحة بينهما، وقد أرجع الفقهاء شروطها للعرف في ذلك من إرخاء للسّتر ونحوه. وأنّ العرف منح المرأة مهلة لتصلح فيها أمورها وتحضر نفسها للزّواج بما جرت العادة به¹. وبناء على ما سبق؛ فإنّ أثر العرف في جملة من الحقوق المشتركة بين الزوجين يظهر في كونه مُفسّراً لبعض الأحكام الشرعيّة التي ثبت أصلها بالنصّ الشرعيّ، وترك الشارع والمشرّع تفصيلها للعرف، سواء أكان ذلك العرف المفسر لفظياً أم عملياً.

¹ يُنظر: الخرشبي، شرح مختصر خليل، 258/3. ووزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، الموسوعة الفقهية، 271/19.

الباب الأول: أثر العُرف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

المطلب الثاني: أثر العُرف في حقوق الزوج على زوجته

في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

يُنْبَتُّ هذا النوع من الحقوق للزوج على زوجته بثبوت عقد النكاح الشرعي بينهما، وتزول بزواله، ومن بين هذه الحقوق التي تثبت بعد الدخول والتي للعرف أثر فيها، حق القوامة، والطاعة، وخدمة الزوجة لزوجها. لذا ارتأيت وبيّحتها في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري وفق الفروع الآتية:

الفرع الأول: أثر العُرف في حَقِّي القوامة والطاعة في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

أبدأ ببيان أثر العُرف في هذين الحَقَّين في الفقه الإسلامي (أولاً)، ثم أثره فيهما في التشريع الجزائري (ثانياً)، وتفصيليهما كالآتي:

أولاً- أثر العُرف في حَقِّي القوامة والطاعة في الفقه الإسلامي: أفصل في كل واحد منهما على حدة

1. حق القوامة: كل بيت يلزمه رجل قَيِّم يقوم عليه ويدبر أمره ويسوسه، ويحفظه ويرعاه، وهذا القَيِّم الذي نصبه الله ينبغي أن يُسَمَّعَ له ويُطَاعَ ما لم يأْمُرْ بمعصية الله، إذ قال: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ﴾ [النساء: 34]¹، وقد فُسِّرَتْ هذه الآية: "قَوَّامٌ فَعَالٌ لِلْمُبَالَغَةِ، مِنَ الْقِيَامِ عَلَى الشَّيْءِ وَالِاسْتِبْدَادِ بِالنَّظَرِ فِيهِ وَحِفْظِهِ بِالِاجْتِهَادِ. فَقِيَامُ الرِّجَالِ عَلَى النِّسَاءِ هُوَ عَلَى هَذَا الْحَدِّ، وَهُوَ أَنْ يَقُومَ بِتَدْيِيرِهَا وَتَأْدِيبِهَا وَإِمْسَاكِهَا فِي بَيْتِهَا وَمَنْعِهَا مِنَ الْبُرُوزِ"². ولقوامة الرجل على امرأته سببين: أولهما: أن الله فضّل الرجال على النساء في أصل الخلقة وأعطاهم من الحول والقوة ما لم يُعْطِهِنَّ، فكان من أجل ذلك التّفاوت في التكاليف والأحكام الشرعية وفي الحقوق والواجبات. وثانيهما: قوامية الرجل على امرأته بما أنفقه عليها من مهر ونفقة وتكاليف أخرى ألزمه الشرع بها³. ويتأكّد هذا المعنى بقوله ﷺ: ﴿وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ﴾ [البقرة: 228]، ويزداد تأكيداً بحديث أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «لَوْ كُنْتُ آمِراً أَحَدًا أَنْ يَسْجُدَ لِأَحَدٍ لَأَمَرْتُ الْمَرْأَةَ أَنْ تَسْجُدَ لِزَوْجِهَا»⁴.

¹ يُنظر: محمود المصري، الزواج الإسلامي السعيد، ص551.

² القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، 169/5.

³ يُنظر: عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، 277/7.

⁴ أخرجه الترمذي في سننه، أبواب الرضاع، باب ما جاء في حق الزوج على المرأة، رقم: 1159، 456/2. والطبراني في معجمه الكبير، رقم: 6590، 129/7. قال عنه الألباني: "حديث صحيح". إرواء الغليل، 54/7.

الباب الأول: أثر العُرف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

2. **حق الطاعة:** لما كان للزوج حق القوامة على زوجته، كان له عليها حق الطاعة، إذ لا معنى لحق القوامة بدون حق الطاعة في غير معصية لله عز وجل، فعليها أن تُطيعه في نفسها، وتحفظ عيبتها¹، لأنه هو رئيس البيت والأسرة، يُدير أمرها ويُسيّر شؤونها، و"مما يدل على أن طاعة الزوجة لزوجها واجبة، أن الله تبارك وتعالى أمر بتأديبها عند عدم طاعتها لزوجها، ونهى عن إيذاها عند الطاعة"²، فقال ﷺ: **«فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا»** [النساء: 34]. فدلّت الآية على أن "الرجال أهل قيام على نسائهم في تأديبهنّ والأخذ على أيديهنّ، فيما يجب عليهنّ لله ولأنفسهنّ"³، كما دلّت أن التأديب كان لتترك الطاعة، فيدلّ على لزوم طاعتهم الأزواج⁴.

ومن الطاعة الواجبة للزوج أن يجيبه إذا دعاها إلى فراشه، وإذا امتنعت كانت آثمة⁵، لحديث أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال النبي ﷺ: **«إِذَا دَعَا الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ إِلَى فِرَاشِهِ، فَأَبَتْ أَنْ تَجِيءَ، لَعَنَتْهَا الْمَلَائِكَةُ حَتَّى تُصْبِحَ»**⁶. لأن الرجل أضعف من المرأة في الصبر على ترك الجماع، فإن من أقوى الأمور التي تُشوّش على الرجل الميل إلى النكاح، ولذلك حَضَّ الشَّارِعُ النِّسَاءَ عَلَى مُسَاعَدَةِ الرَّجَالِ فِي ذَلِكَ⁷. وكذلك من فروع الطاعة ولوازمها استئذانه في الخروج من البيت، وعدم إدخال أجني إلى بيته، وحفظ شرفه، وصيانة عرضه وماله في حضوره وغيبته، وعدم إفشاء سره⁸.

ثانياً- أثر العُرف في حقّ القوامة والطاعة في التشريع الجزائري: بياهما يكون كالآتي:

1. **من الناحية التشريعية:** لم ينصّ المشرّع في نصوص قانون الأسرة المعدّل على أي حق يختص به الزوج بُحاه زوجته، بعد أن كان حقّ الطاعة والقوامة⁹ مجسّداً في المادة: 1/39 الملغاة. فبالغائه حقّ قوامة الزوج على زوجته وطاعتها له بالمعروف، أوجد بذلك فراغاً تشريعياً كبيراً، إذ لم يذكرهما

¹ يُنظر: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، 334/2. والزرّقاني، شرح الزرّقاني على مختصر خليل، 105/4. ووهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلّته، 6597/9. وعبد الكريم زيدان، المقتضّل في أحكام المرأة والبيت المسلم، 280/7.

² محمد رأفت عثمان، فقه النساء في الخطبة والزواج، ص 184.

³ الطّبري، جامع البيان في تأويل القرآن، 687/6.

⁴ الكاساني، المصدر السابق، 334/2.

⁵ محمد رأفت عثمان، المرجع السابق، ص 184.

⁶ أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب النكاح، باب إذا باتت المرأة مهاجرة فراش زوجها، رقم: 5193، 30/7.

⁷ يُنظر: ابن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، 295/9.

⁸ عبد القادر دودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ص 209.

⁹ يُنظر: الرّشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدّل، ص 164.

الباب الأول: أثر العُزف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

في أية مادة أخرى من مواده، ولم يُحدّد حقوق الزوجة وحدها، وحقوق الزوج وحده، كما فصل فيهما الفقه الإسلامي فبيّن حقوق كل طرف ووضّح مسؤولياته.

وأمام هذا الفراغ التشريعي يتحتّم على الباحث الرجوع لأحكام المادة: 222 من ق أ ج؛ ذلك أنّ النّفقة الزوجية هي حقٌّ للمرأة مقابل الطّاعة الواجبة لزوجها وفقًا لأحكام الشريعة الإسلامية. والحقيقة أنّه من النّاحية الفقهية والقانونية، وبما أنّ المشرّع قد أقرّ بحقي النّفقة والصّدق للزوجة، فإنّه يستوجب عليه عدم إغفال حقّ الزوج في قوامته على زوجته، إذ نجم عن هذا الإغفال خللٌ وكأنّنا أمام أسرة بلا رئيس، وهذا أمر مرفوض شرعًا وعرفًا.

ثمّ ما مصير النّفقة الشرعية الملقاة على عبء الزوج وحده دون مشاركة من زوجته العاملة؟ وبهذه الرؤية فإنّ حقوق الزوج الأساسية المكفولة من النّاحية الشرعية، بقيت بلا ضمانات تشريعية وقضائية¹.

2. من النّاحية القضائية: لقد قضت المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 2006/4/12م بأنّ "تقييم الزوجة، كقاعدة عامّة، حيث يُقيم زوجها"²، إلّا إذا اشترطت عند إبرام عقد الزواج السكن في جهة معيّنة، وهذا ما أشار إليه القرار سالف الذكر المؤرخ في: 2008/3/12م.

بناء على ما سبق، توصلّ البحث إلى أنّ المشرّع الجزائري قد خرج عن أعراف المجتمع من خلال إلغائه لحقيّ القوامة وطاعة الزوج، إلّا أنّ ذلك لم يمنع أفراد المجتمع من التمسك بتعاليم الشرع الحنيف في الأخذ بمهذين الحقيّين، وفق ما جرت عليه الأعراف والعادات، التي تُعتبر أقوى من هذا الإلغاء؛ فالناس منذ القدم اعتادوا على وجود رب عائلة يقود الأسرة ويديرها، لذا وجب على الزوجة طاعة زوجها بالمعروف، وعلى الزوج كذلك احترامها ومشاورتها في أمورهما حسب العُرف والعادات المعمول بها³.

ثمّ إنّ طاعة الزوجة وأخذها الإذن من زوجها عند خروجها من البيت، وزيارة أهلها في غيبته أصبح لا يُشكل مشكلة في وجود وسائل الاتّصال الحديثة؛ التي يسهّل معها أخذ الإذن في الأمور الطّارئة.

¹ العربي بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، ص. 530-533.

² ملف رقم 358665، قرار بتاريخ 2006/4/12م، قرار مذكور سابقًا، ص173.

³ يُنظر: رهينة سليمان حمادة، العُرف وأثره في حقوق الزوج في الفقه الإسلامي، ص114. ووفاء بلغار، اعتبار العُرف في آثار عقد الزواج (مقال)، ص52.

الباب الأول: أثر العُرف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

الفرع الثاني: أثر العُرف في خدمة الزوجة لزوجها في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري
وتفصيل الكلام في هذه المسألة يكون بيان أثر العرف فيها في الفقه الإسلامي (أولاً) ثم
عن بيانها في التشريع الجزائري (ثانياً). وفيما يأتي تفصيل ذلك:

أولاً- أثر العُرف في خدمة الزوجة لزوجها في الفقه الإسلامي: أوجب الشارع الحكيم على
الزوجة أن تُقيم مع زوجها في مسكن الزوجية المستوفي لحاجاتها، والذي تأمّن فيه على نفسها
ومالها، ومتى كان زوج أميناً عليها، وأوفاهما مُعجّل صداقها، فلا تُغادره بغير إذنه إلا لضرورة¹،
لقوله ﷺ: «وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ» [الأحزاب: 33]. ولا خلاف بين الفقهاء في جواز خدمة
الزوجة² في البيت سواء كانت ممن تخدم نفسها أو ممن لم تكن كذلك. وإنما الخلاف وقع بينهم في
وجوبها على قولين³؛ وهما:

القول الأول: لا يجب على الزوجة أن تخدم زوجها في كل شيء، وهو قول لبعض الفقهاء⁴
ومنهم ابن تيمية، وتلميذه ابن قيم الجوزية⁵. واستدل أصحاب هذا القول بأدلة من المنقول
فيما يأتي بيانها:

- قوله ﷺ: «الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ
أَمْوَالِهِمْ» [النساء: 34]، وجه الدلالة: أثبت الآية بمنطوقها القوامة للرجل، فإذا لم تُخدمه المرأة،
كَانَ هُوَ الْخَادِمَ لَهَا، فَهِيَ الْقَوَّامَةُ عَلَيْهِ لَا هُوَ، وذلك يخالف ما تدل عليه الآية⁶.
- بما روته فاطمة رضي الله عنها أنها أتت النبي ﷺ تسأله خادماً، فقال: «أَلَا أُخْبِرُكَ مَا هُوَ خَيْرٌ لَكَ مِنْهُ؟
تُسَبِّحِينَ اللَّهَ عِنْدَ مَنَامِكَ ثَلَاثًا وَثَلَاثِينَ، وَتَحْمَدِينَ اللَّهَ ثَلَاثًا وَثَلَاثِينَ، وَتُكَبِّرِينَ اللَّهَ أَرْبَعًا
وَوَثَلَاثِينَ»⁷. فدل هذا الحديث على أن النبي ﷺ لم ينف الخدمة عن فاطمة، بل حكم عليها

¹ يُنظر: عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ص 123. وعبد الكريم زيدان، المُفَصَّل في
أحكام المرأة والبيت المسلم، 292/7-293.

² الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، 24/4. والخرشي، شرح مختصر خليل، 186/4. وسليمان الجمل، حاشية
الجمل على شرح المنهج، 494/4. وابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، 253/6.

³ يُنظر: رهيبة سليمان حمادة، العُرف وأثره في حقوق الزوج في الفقه الإسلامي، ص 119.

⁴ ومنهم أبي ثور الشافعي، وأبي بكر بن شيبه، وأبي إسحاق الجوزجاني. يُنظر: ابن قدامة: المغني، 296/7.

⁵ ابن تيمية، مجموع الفتاوى، 90/34-91. وابن القيم، زاد المعاد في هدي خير العباد، 171/5.

⁶ يُنظر: ابن القيم، زاد المعاد في هدي خير العباد، 170/5-171.

⁷ أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب التَّفَقُّات، باب خادم المرأة، رقم: 4945، 444/16.

الباب الأول: أثر العُزف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

بِالْخِدْمَةِ الْبَاطِنَةِ، وهي خدمة البيت من عَجْنٍ وَطَبْخٍ وَفَرَشٍ وَكُنْسِ الْبَيْتِ وَاسْتِقَاءِ الْمَاءِ وَعَمَلِ الْبَيْتِ كُلِّهِ، وَحَكَمَ عَلَى عَالِيِ الْخِدْمَةِ الظَّاهِرَةِ، وهي العمل الكسبي خارج البيت¹.

القول الثاني: ذهب جمهور الفقهاء² إلى أَنَّهُ يجب على الزَّوْجَةِ أَنْ تخدم زوجها لا بيت الزوجية، إِلَّا أَنْ تقوم بهذا مختارة دون إجبار أو إلزام، غير أَنَّ للجمهور تفصيلات في ذلك. فالحنفية يرون أَنَّ تلك الخدمة واجبة عليها ديانةً لا قضاءً، واستثنوا من ذلك حالتين: الأولى أَنْ تكون بها علةٌ تُعجزها عن ذلك، والثانية إذا كانت من بنات الأشراف³.

أما فقهاء المالكية، والشافعية، والحنابلة⁴ لم يقولوا: بمنع خدمتها في جميع الأحوال، بل أوجبوها عليها إذا كان الزوج مُعسرًا، وهي غير شريفة؛ أي أَنَّهَا مَنْ يَخْدُمُ مِثْلَهَا عادةً، فعليها الخدمة الباطنة دون الظاهرة، والخدمة الباطنة عندهم؛ كالعجن والكنس والطبخ... لا الخدمة الظاهرة؛ كالطحن لا النسج ولا الغزل ولا الخياطة. وَلَكِنْ الْأَوَّلَى لَهَا فِعْلٌ مَا جَرَتْ الْعَادَةُ بِقِيَامِهَا بِهِ؛ لِأَنَّهُ لَا تَصْلُحُ الْحَالُ إِلَّا بِهِ⁵. واستدلوا على ذلك بما يأتي:

- قوله ﷺ: «وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ» [النساء: 19]، فَمِنْ الْعِشْرَةِ بِالْمَعْرُوفِ، أَنَّ يُقِيمَ لَهَا خَادِمًا، وَلِأَنَّهُ مِمَّا تَحْتَاجُ إِلَيْهِ فِي الدَّوَامِ⁶. فعن جابر بن عبد الله رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «وَلَهُنَّ عَلَيْكُمْ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ»⁷. دلَّ الحديث على أَنَّ عَلَى الزَّوْجِ أَنْ يَأْتِيَهَا بِرِزْقِهَا مُكْنًا لَهَا أَكْلَهُ، وَالْكِسْوَةَ مُكْنًا لَهَا لِبَاسَهَا، لِأَنَّ مَا لَا يُوصَلُ إِلَى أَكْلِهِ وَلِبَاسِهِ إِلَّا بِعَجْنٍ وَطَبْخٍ، وَغَزَلٍ، وَنَسْجٍ، وَقَصَارَةٍ، وَصِبَاغٍ، وَخِيَاطَةٍ، فَلَيْسَ هُوَ رِزْقًا، وَلَا كِسْوَةً وَهَذَا مَا لَا خِلَافَ فِيهِ فِي اللَّعَةِ وَالْمُشَاهَدَةِ⁸.

¹ ابن بطال، شرح صحيح البخاري، 540/7. وابن القيم، زاد المعاد في هدي خير العباد، 169/5.

² الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، 24/4. والخرشي، شرح مختصر خليل، 186/4. وسليمان الجمل، حاشية الجمل على شرح المنهج، 494/4. وابن مفلح، المبدع في شرح المنقح، 253/6.

³ الكاساني، المصدر السابق، 24/4. وابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، 199/4.

⁴ الخرشي، شرح مختصر خليل، 186/4. والشربيني، مغني المحتاج، 163/5. والمرداوي، الإنصاف، 362/8.

⁵ يُنظر: البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، 195/5.

⁶ ابن قدامة، المغني، 200/8.

⁷ أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الحج، باب حجة النبي ﷺ، رقم: 886/2، 1218.

⁸ ابن حزم، المحلى بالآثار، 229/9.

الباب الأول: أثر العُرف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

- أن عقد النكاح إنما اقتضى الاستمتاع لا الاستخدام وبذل المنافع، فلا يلزمها غيره¹. إلا أنه يُعتبر من العقود المطلقة التي تنزل على العُرف، ومن المتعارف عليه قيام الزوجة بخدمة زوجها وقيامها بمصالح البيت²، وهذا أمر دأب على العُرف والعادة الذي هو أصل من أصول الشريعة؛ فإن نساء الأعراب وسكان البادية يخدمن أزواجهن حتى في استعذاب الماء وسياسة الدواب. ونساء الحواضر يخدمن المقل³ منهم زوجه فيما خف ويعينها⁴.

محل النزاع والترجيح:

يرجع سبب الخلاف بين الفقهاء إلى أمرين؛ أولهما: الاختلاف في مقتضى عقد النكاح أهو الاستمتاع أم أنه يتعدى ذلك إلى الاستخدام وبذل المنافع، فمن رأى أن مقتضى العقد هو الاستمتاع فقط، قال: بعدم وجوب الخدمة عليها، ومن قال: إنه يتعدى إلى الاستخدام وبذل المنافع قال: بوجوب الخدمة عليها.

وثانيهما: مراعاة العُرف في ذلك، فمن نظر إلى النصوص في عوائد البلاد المختلفة حكّم بحسب عُرف البلد، ومن ميّز بين الشريفة وغير الشريفة واعتبر ذلك في الحكم، فحكّم للشريفة بعدم الخدمة، إلا إذا تطوّعت بذلك ودون إلزامها⁵.

فبعد عرض الباحث لأقوال الفقهاء وأدلتهم ومناقشتها، فالذي يترجّح لديه -والله أعلم- هو القول الثاني بأن وجوب الخدمة خاضع لعادات الناس وأعرافهم، فإن تعارفوا في مجتمع على أن المرأة تخدم زوجها وبيتها، ولا يُطلب الزوج بإخدامها، فالمحكّم في ذلك هو العُرف الصحيح الذي أقرته الشريعة الإسلامية، فخدمة الزوجة لزوجها ورعاية شؤونها خاضع للأعراف السائدة ولوضع

¹ ابن قدامة، المغني، 296/7. وابن القيم، زاد المعاد في هدي خير العباد، 170/5.

² يُنظر: ابن القيم، المصدر نفسه، 171/5.

³ المقل: هو قليل المال. إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، ص 143.

⁴ ابن العربي، أحكام القرآن، 143/3.

⁵ رهيبة سليمان حمادة، العُرف وأثره في حقوق الزوج في الفقه الإسلامي، ص 119.

الباب الأول: أثر العُرف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتّشريع الجزائري

الزّوجين المادي والاجتماعي¹، ولتنوع الأحوال؛ فخدمة البدوية ليست كخدمة القروية². وقد ذكر البعض أدلّة القول الرّاجح ولا يسع الباحث المقام لذكرها³.

ثانياً- أثر العُرف في خدمة الزّوجة لزوجها في التّشريع الجزائري: لم يتعرّض المشرّع لهذه المسألة، ولعلّ بسكوته هذا يكون قد أحالنا للأعراف والعادات المعمول بها، والتي تختلف من مجتمع لآخر⁴، بحسب اختلاف الطّروف والأحوال والأزمنة، خاصّة أمام التّطورات والمستجدات التي دخلت على المجتمع من تغيّر لوضع المرأة؛ إذ أصبحت تشارك الزّوج في تسير شؤون البيت وتساهم مادياً في ذلك.

إلّا أنّه كان من الأجدر به أن يفصّل في الأمر بمادّة مستقلّة يبيّن فيها حدود خدمة الزّوجة لزوجها، وإن كان البعض يرى أن عدم تفصيل المشرّع في هذه المسألة وسكوته عن خدمة البيت مرده وسعيه إلى إقرار مبدأ المساواة في الحقوق بين الزّوجين⁵، خاصّة لما تغيّرت وضعية الزّوجة في الوقت الحالي وأصبحت تعمل خارج البيت، بالإضافة إلى قيامها بشؤون زوجها وأولاده.

وهذا يُفهم من فحوى نصّ المادة: 04/36 من ق أ ج: "التّشاور في تسير شؤون الأسرة وتباعد الولادات". وتعتبر هذه الفقرة من أهمّ تعديلات قانون الأسرة، إذ رسّخت لتحمل الزّوجة مسؤولية تسير شؤون الأسرة إلى جانب الزّوج، دون انفراد أحدهما بذلك، بل جعلتها شريكاً رئيساً في ذلك⁶.

ثم إنّ المتابع للواقع المعيش يجد أنّ الزّوجة تخدم زوجها وبيته وشؤونه بمفردها، من طبخ وتنظيف وما إلى ذلك من أعمال البيت الباطنة، وإن اختلفت في قيامها ببعض الأعمال الظّاهرة؛ كإحضار الطّعام من الأسواق، وشراء ملابسها وملابس الأولاد وغيرها، ممّا يستدعي خروجها من البيت للقيام بذلك بتفويض من زوجها، أو بتكفّل الزّوج بذلك لوحده، أو يشارك زوجته في

¹ يُنظر: عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ص 210.

² ابن تيمية، مجموع الفتاوى، 91/34.

³ للاطلاع على أدلّة القول الرّاجح. يُنظر: عبد الكريم زيدان، المُفصّل في أحكام المرأة والبيت المسلم، 305/7. ورهيفة حمادة سليمان، العُرف وأثره في حقوق الزّوج في الفقه الإسلامي، ص 123.

⁴ يُنظر: وفاء بلغار، اعتبار العُرف في آثار عقد الزواج (مقال)، ص 53.

⁵ يُنظر: عماد شريفي، اعتبار العُرف في مسائل الزواج وآثاره في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، ص 158.

⁶ العربي بلحاج، أحكام الزّوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، ص 530.

الباب الأول: أثر العرف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

ذلك¹. وعليه لا يختلف الفقه الإسلامي عن التشريع الجزائري في جعل خدمة الزوجة لزوجها ورعاية شؤونها خاضع للأعراف السائدة ولوضع الزوجين المادي والاجتماعي، إذ تجب خدمتها له بالمعروف، وهذا هو الصواب.

من هنا يمكن القول أن أثر العرف في جملة هذه الحقوق - حقوق الزوج على زوجته - في كونه دليل تكميلي وقرينة لتخصيص الألفاظ العامة، وأنه معتبر ويُعمل به تبعاً لمقتضيات المصلحة؛ وتبعاً لما قد يطرأ من تغير الزمان والظروف والأحوال، حتى ولو كان عرفاً حادثاً شريطة عدم مخالفته للنصوص الشرعية ومقاصدها.

¹ يُنظر: رهيبة سليمان حمادة، العرف وأثره في حقوق الزوج في الفقه الإسلامي، ص 123.

المطلب الثالث: أثر العُرف في حقوق الزوجة والأبناء على الزوج

في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

للزوجة والأبناء حقوق على الزوج باعتباره رئيس العائلة، فمن حقوق الزوجة المالية على زوجها حقُّ الصَّدَاق، والنَّفقة، وحقُّها في التَّصَرُّف في ذمتها المالية، وحقوق غير مالية وهي إحسان العشرة والمعاملة الطيبة والعدل عند التعدد وزيارة أهلها واستضافتهم. كما أنَّ للأبناء حقوق على والديهما ومن ذلك حقُّ النَّفقة، وحقُّ الإرضاع، وحقُّ ثبوت النسب إليهما.

وفي هذا المطلب سأركز على أثر العرف في حقِّ نفقة الزوجة وأحكامها في (فرع أول)، ثم عن أثره في حقِّ إرضاع الأبناء وأجرة الرضاعة في (فرع ثانٍ)، وكلُّ ذلك في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، وفيما يأتي تفصيل ذلك:

الفرع الأول: أثر العُرف في نفقة الزوجة في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

تعتبر النفقة الزوجية من الحقوق المالية الثابتة للزوجة بمقتضى عقد الزواج، وهي أثر من آثاره، أوجبتها النصوص الشرعية والقانونية على الزوج وألزمته بها، إلا أنَّ المشرع الجزائري لم يوضح أحكامها بدقة. لذا قرَّرتُ الحديث في هذا الفرع عن أثر العُرف في أسباب وجوب النفقة الزوجية ومعيار تقديرها (أولاً)، ثم عن أثره في مشمولات النفقة (ثانياً). وكلُّ في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري. وفيما يأتي تفصيل ذلك:

أولاً- أثر العُرف في أسباب وجوب نفقة الزوجة ومعيار تقديرها: إذا كانت النفقة هي حقُّ ثابت للزوجة بمقتضى عقد الزواج؛ لأنها محبوسة على الزوج، ممنوعة من التصرف والاكتساب، ولأنَّها مُتفرغة لحقه، فكان لزاماً عليه نفقتها وكفايتها، ولأنَّ "العُرم بالغنم"، و"الخراج بالضمان"، والنفقة مقابل الاحتباس¹، والقاعدة الفقهية تقرُّ هذا الحقَّ فإنَّ "مَنْ حَبَسَ لِحَقِّ غَيْرِهِ، فنَفَقَتَهُ واجبة على ذلك الغير"². ولكن هل للزوجة حقُّ بهذه النفقة بمجرد العقد عليها وقبل الدخول بها؟ أم أنَّها تجب لها بعد الدخول بها؟

وتفصيل الكلام في هذا العنصر يكون بتناول أثر العرف في أسباب وجوب النفقة الزوجية،

ثمَّ أثره في معيار تقديرها، وكلُّ ذلك في كلِّ من الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

¹ يُنظر: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، 15/4. والزَّيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، 51/3.

² يُنظر: ابن الهمام، فتح القدير، 379/4.

الباب الأول: أثر العُرف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

1. أثر العُرف في أسباب وجوب نفقة الزوجة في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري:

بيان هذه المسألة يكون بتفصيلها على النحو الآتي:

أ. أثر العُرف في أسباب وجوب نفقة الزوجة في الفقه الإسلامي: اختلف الفقهاء في تحديد السبب الموجب لنفقة الزوجة، على قولين: فذهب الحنفية إلى أنَّ وقتها يبدأ من تاريخ إبرام عقد الزواج، وعلى الزوج أن يتكفل بمتطلبات الزوجة بمجرد إتمام العقد صحيحاً¹، في حين ذهب الجمهور إلى أنَّ وقتها وسببها يكون بتمكين وتسليم الزوجة نفسها للزوج². وفيما يأتي بيانهما:

القول الأول: إنَّ سبب وجوب النفقة للزوجة على زوجها استحقاق الحبس الثابت بالنكاح للزوج عليها، فهي ممنوعة من الاكتساب بحقه، فكان نفع حبسها عائداً إليه، وكانت كفالتها عليه، فعن عائشة رضي الله عنها أنَّ النَّبِيَّ صلى الله عليه وسلم قال: «**الْخَرَجُ بِالضَّمَانِ**»³. وبهذا قال الحنفية⁴، والشافعي في القديم من مذهبه⁵. واستدلوا بأدلة كثيرة⁶ منها: قوله صلى الله عليه وسلم: «**لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ**» [الطلاق:7]، فَقَدْ أَمَرَ اللَّهُ تَعَالَى بِالْإِنْفَاقِ عَلَيْهِمْ دُونَ تَقْيِيدِ بَوْقَتٍ، فَدَلَّ هَذَا عَلَى وَجُوبِ النَّفَقَةِ لَهُمْ مِنْ حِينَ الْعَقْدِ⁷، وهي واجبة مقابل الاحتباس، لكن لا يُشترطُ فيها حقيقة الاحتباس بأن ينقلها إلى بيته بل الاحتباس المقدر كافٍ لوجوبها، وذلك يوجد بمجرد عقد الزواج الصحيح⁸. وبقوله صلى الله عليه وسلم لهند بنت عتبة: «**خُذِي مَا يَكْفِيكَ وَوَلَدَكَ بِالْمَعْرُوفِ**»⁹.

¹- العيني، البناية شرح الهداية، 659/5. وابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، 188/4.

²- ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 77/3. والشيروازي، المذهب، 148/3. وابن قدامة، الكافي، 227/3.

³- أخرجه الشافعي في مسنده، كتاب البيوع، باب الرَّدِّ بِالْغَيْبِ وَأَنَّ الْخَرَجَ بِالضَّمَانِ، رقم 1379. 167/3. وأحمد في مسنده، رقم 24224. 272/40. قال عنه الألباني: "حديث حسن". يُنظر: إرواء الغليل، 158/5.

⁴- الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، 16/4. والعيني، المصدر السابق، 659/5.

⁵- الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، 167/5.

⁶- للاطلاع على بقية الأدلة. يُنظر: الكاساني، المصدر السابق، 15/4. وابن رشد الحفيد، المصدر السابق، 77/3.

والماوردي، الحاوي الكبير، 417/11. وعبد الرحمن المقدسي، الشرح الكبير على متن المقنع، 229/9.

⁷- وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، الموسوعة الفقهية، 36/41.

⁸- الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، 52/3.

⁹- الحديث سبق تخريجه، ص 42.

الباب الأول: أثر العُزف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

والمراد بالمعروف: القَدْرُ الذي عُرِفَ بِالْعَادَةِ أَنَّهُ الْكِفَايَةُ، والحديث صريح في وجوب النفقة للزَّوجات، وإلا لما أباح لها النَّبِيُّ ﷺ أَنْ تَأْخُذَ مَا يَكْفِيهَا وولدها بالمعروف¹، فَالنَّبِيُّ ﷺ نظر إلى حال المرأة، ورفض إيقاع الضَّرَر بها، ولو لم تكن النفقة واجبة لما أَذِنَ لها بالأخذ من غير إِذْنِهِ². ولأنَّها محبوسة لحقَّ للزَّوج ممنوعة من الاكتساب بحقه، فكان نفع حبسها عائداً إليه، وكانت كفائتها عليه³.

القول الثاني: ذهب جمهور الفقهاء⁴ إلى أَنَّ سبب استحقاقها هو التَّمْكِين التَّام، فلو مكَّنت زوجها من الاستمتاع بها أو عرضت التَّمْكِين عليه فقد وجبت نفقتها، أمَّا إذا امتنعت من ذلك أو مكَّنته تمكيناً ناقصاً، فلا نفقة لها، ولو تمَّ العقد بينهما ولم يطلب منها زوجها التَّمْكِين ولم تبذله فلا نفقة لها. واستدلُّوا بالأثر الوارد عن عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا قالت: "تَزَوَّجَنِي رَسُولُ اللَّهِ ﷺ لِسِتِّ سِنِينَ، وَبَعَثَنِي بِي وَأَنَا بِنْتُ تِسْعِ سِنِينَ"⁵، وَلَمْ يُنْقَلْ أَنَّهُ أَنْفَقَ عَلَيْهَا قَبْلَ الدُّخُولِ، وَلَوْ كَانَ حَقًّا لَهَا لَسَاقَهُ إِلَيْهَا، وَلَوْ وَقَعَ لِنَقْلِ. ولأنَّ الزَّواج يُوجِبُ الْمَهْرَ، وَهُوَ لَا يُوجِبُ عَوْضِينَ مُخْتَلِفَيْنِ، وَلِأَنَّهَا بِجَهُولَةٍ وَالْعَقْدُ لَا يُوجِبُ مَالًا بِجَهُولَةٍ⁶.

تحرير محل النزاع والترجيح:

اختلف الفقهاء حول سبب النفقة، فهل هي مقابل الاستمتاع أم أنَّها لقاء الحبس على الزَّوج؟ فرأى الجمهور أنَّها مقابل تسليم المرأة نفسها لزوجها وتمكينه من التمتع بها، أمَّا الحنفية فقالوا: سبب وجوبها استحقاق الحبس الثابت بالنكاح للزَّوج عليها⁷. فبعد عرض الباحث لأقوال الفقهاء وأدلتهم، فالذي يميل إليه هو الأخذ بقول الجمهور إنَّ سبب النفقة للزَّوجة هو التَّمْكِين التَّام منها، لا مجرد الاحتباس بعد العقد. ثمَّ إنَّ من قال: إنَّ سبب النفقة الزَّوجية هو الاحتباس بالعقد، فذلك يُخالف الواقع المعيش الذي تغيَّر فيه الواقع

¹ يُنظر: ابن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، 17/09. والشوكاني، نيل الأوطار، 383/6.

² يُنظر: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، 16/4. وابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، 188/4.

³ ابن الهمام، فتح القدير، 379/4. والكاساني، المصدر السابق، 15/4.

⁴ الخطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، 182/4. والشيرازي، المهذب، 148/3. وابن قدامة، الكافي، 227/3.

⁵ الأثر سبق تخرجه، ص 75.

⁶ يُنظر: الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، 167/5.

⁷ ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 77/3. وابن نجيم، المصدر السابق، 188/4.

الباب الأول: أثر العُرف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

الاجتماعي والأعراف، وأصبحت المرأة تخرج للعمل، وبالتالي فلا عبء بالاحتباس كميّار في وقتنا الحالي. كما أنّه في غالب أعراف الناس الأب هو الذي يتولّى الإنفاق على ابنته المخطوبة المعقود عليها إلى أن تزفّ إلى زوجها.

ب. أثر العرف في أسباب وجوب النفقة الزوجية في التشريع الجزائري: تفصيل ذلك يكون كالآتي:

- من الناحية التشريعية: نصّ المشرّع على أنّ نفقة الزوجة واجبة في المادة: 74 من ق أ ج على أنّه: "تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو بدعوها إليه بيّنة مع مراعاة أحكام المواد 78 و79 و80 من هذا القانون". من خلال تحليل هذا النصّ يتبيّن أنّ المشرّع أوجب على الزوج النفقة على زوجته متى تمّ الدخول بها أو بالخلوة الصحيحة، سواء حدث الاتصال الجنسي أم لا. أمّا إذا امتنعت عن منح الزوج حقّه الشرعيّ، اعتُبرت ناشزة، وبالتالي سقط حقّها في النفقة، ما لم يكن هناك سبب مشروع لامتناعها فهذا لا يسقط حقّها في النفقة¹. وتثبت النفقة للزوجة للمعقود عليها بصفة رسميّة صحيحة متى تباطأ الزوج في الدخول بها لسبب غير معروف أو غير شرعيّ، وقدّمت الزوجة أدلّة وبيّنات للمحكمة تُثبت طلبها².

وبهذا يكون المشرّع قد أخذ برأي الجمهور في وجوب النفقة للزوجة على زوجها بالدخول بها أو بدعوها له بذلك. خلافا لمذهب الحنفية، والشافعي في القديم إذ تجب فعندهما بالاحتباس.

- من الناحية القضائية: قضى القضاء الجزائري في قراره المؤرخ في 2005/9/14م: "المبدأ: يُعدّ بناءً، دخول الزوجة بيت الزوجية ولو ليلة واحدة"³. وهو أمر يتوافق مع أحكام الشريعة الإسلامية لإمكانية الاتصال بين الزوجين.

وعليه يمكن القول: إنّ الفقه الإسلاميّ والمشرّع الجزائريّ قد اتّفقا على أنّ النفقة تجب على الزوج بالعقد الشرعيّ الصحيح بدخولها في طاعته، أو أن تكون مستعدة للدخول وغير ممتنعة من الانتقال إلى بيت الزوجية⁴، إلّا أنّ المتعارف عليه في المجتمع الجزائري أنّ نفقة الزوجة تكون واجبة

¹ يُنظر: عيسى حداد، عقد الزواج -دراسة مقارنة-، ص269.

² يُنظر: سليمان ولد خصال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، ص96.

³ م ع، غ أ ش، ملف رقم 342922، قرار بتاريخ 2005/9/14م، م م ع، ع 2، 2005م، ص413.

⁴ يُنظر: عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ص198.

الباب الأول: أثر العُرف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

بعد الدُخول، فلو تمَّ عقد الزواج ولم يحصل الدُخول ولو لمدة طويلة، فإنَّ نفقتها تكون على أبيها، حتى يتمَّ زفافها والدُخول بها¹.

وإن كان البعض قد اعتبر أنَّ العرفَ الجاري بأنَّ الزوجة لا تستحقُّ النفقة إلاَّ بالدُخول والانتقال إلى بيت الزوجية هو عرف خاطئ²؛ ذلك أنَّ عُرْف النَّاس يستقبح أن تطالب المرأة - المعقود عليها - زوجها بالنفقة من يوم العقد عليها، بل تكون واجبة على الزوج من حين انتقالها إلى بيته، وهذا يتوافق مع ما ذهب إليه جمهور الفقهاء³. وبناءً على ذلك؛ فإنَّ العرف يُؤثر في هذه المسألة تأثيراً كبيراً، فلكلِّ أهل منطقة وزمانهم عرف خاصٌّ بهم، فالبعض يرى أنَّ النفقة تجب بالعقد، والبعض الآخر يرى أنَّها تجب بالتَّمكن⁴. غير أنَّ المشرِّع الجزائري أوجبها بالعقد.

2. أثر العُرف في معيار تقدير نفقة الزوجة في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري:

أتناول هذه المسألة في كلِّ من الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، وبيانها يكون كالآتي:

أ. أثر العُرف في معيار تقدير نفقة الزوجة في الفقه الإسلامي: بعد أن اتَّفَق الفقهاء على وجوب النفقة للزوجة على زوجها، اختلفوا في مسألة كونها مُقدَّرة أو غير مُقدَّرة، على قولين؛ وهما:

القول الأول: ذهب جمهور الفقهاء⁵ إلى أنَّ النفقة الزوجية غير مُقدَّرة⁶؛ "لأنَّ الْمُقْصُودَ مِنَ النَّفَقَةِ الْكِفَايَةُ وَذَلِكَ مِمَّا يَخْتَلِفُ فِيهِ طِبَاعُ النَّاسِ وَأَحْوَالُهُمْ وَيَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْأَوْقَاتِ أَيْضًا فَفِي التَّقْدِيرِ بِمِقْدَارِ إِضْرَارٍ بِأَحَدِهِمَا"⁷؛ أي بالزوج أو الزوجة. وزاد المالكية مُراعاة حال البلد والسَّعر والعُرف⁸، "إذ لَا بُدَّ مِنْ وَجُوبِ النَّفَقَةِ عَلَى الزَّوْجِ مِنْ اعْتِبَارِ حَالِ بَلَدِهِ وَحَالِ السَّعْرِ فِيهِ إِذْ لَيْسَ

¹ يُنظر: عماد شريفي، اعتبارُ العُرف في مسائل الزواج وآثاره في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، ص149. ووفاء بلغار، اعتبارُ العُرف في آثار عقد الزواج (مقال)، ص54.

² يُنظر: نواف عواد الشويعر، أثر العُرف في مسائل الزواج في الفقه الإسلامي، ص110.

³ يُنظر: نوال سعيد حسن العفيفي، أثر العُرف على حقوق الزوجة، ص28.

⁴ يُنظر: أحمد رشاد عبد الهادي، أثر العُرف في الأحوال الشخصية - دراسة فقهية قانونية -، ص176.

⁵ يُنظر: الزَّيْلَعِي، تبيين الحقائق، 51/3. والدُّسُوقِي، حاشية الدُّسُوقِي، 509/2. وابن قدامة، المغني، 195/8.

⁶ الباجي، المنتقى شرح الموطأ، 128/4.

⁷ ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، 190/4.

⁸ يُنظر: عليش، منح الجليل شرح مختصر خليل، 387/4.

الباب الأول: أثر العُزف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

بَلَدُ الْخِصْبِ كَبَلَدِ الْجَدْبِ، وَلَا بَلَدُ الرَّخَاءِ كَبَلَدِ الْغَلَاءِ، وَلَا حَالُ الْمُوسِرِ كَحَالِ الْمُعْسِرِ¹. وقال الحنابلة: إِنَّ النَّفَقَةَ يُقَدِّرُهَا الْقَاضِي، وَعَلَّقُوهَا عَلَى الْعُزْفِ وَحَالِ الزَّوْجَيْنِ².

واستدل أصحاب هذا القول: بقوله ﷺ: «لِيَنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قَدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيَنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ» [الطلاق:7]. فالآية تدل على اعتبار حال الزوجين، فوجب الجمع بينهما بأن يكون حاله معتبراً من وجهٍ وحالها كذلك³. وبقوله ﷺ: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف»⁴، فقد اعتبر حالها في الحديث. "وَإِذَا كَانَ الْوَاجِبُ هُوَ الْكَفَايَةُ بِالْمَعْرُوفِ، فَمَعْلُومٌ أَنَّ الْكَفَايَةَ بِالْمَعْرُوفِ تَتَنَوَّعُ بِحَالَةِ الزَّوْجَةِ فِي حَاجَتِهَا، وَتَتَنَوَّعُ الزَّمَانِ وَالْمَكَانِ، وَتَتَنَوَّعُ حَالُ الزَّوْجِ فِي يَسَارِهِ وَإِعْسَارِهِ، وَلَيْسَتْ كِسْوَةُ الْقَصِيرَةِ الضَّعِيلَةِ كَكِسْوَةِ الطَّوِيلَةِ الْجَسِيمَةِ، وَلَا كِسْوَةُ الشِّتَاءِ كَكِسْوَةِ الصَّيْفِ، وَلَا كِفَايَةُ طَعَامِهِ كَطَعَامِهِ، وَلَا طَعَامُ الْبِلَادِ الْحَارَّةِ كَالْبَارِدَةِ، وَلَا الْمَعْرُوفُ فِي بِلَادِ التَّمْرِ وَالشَّعِيرِ كَالْمَعْرُوفِ فِي بِلَادِ الْفَاكِهَةِ وَالْحَمِيرِ"⁵.

وسبب ما ذهب إليه الجمهور عدا الشافعي رحمه الله، هو أن النصوص وردت دون تخصيص، فلم يرد في أيٍّ منها تقدير لقيمة النفقة ومقدارها، فجعلوا مناط تحقيق العدل فيها: العُزف⁶.

القول الثاني: ذهب الشافعي رحمه الله⁷ إلى أنه يُقْضَى بتقدير النفقة للزوجة، فجعل المقدار المحدد للنفقة موزعاً على إمكانية الزوج الاقتصادية، ومقدرته المالية، لا على حال الزوجة، ف قيل: "مقدارها على الموسر لزوجته كل يوم: مُدًّا طَعَامٍ، وَمُعْسِرٍ مُدًّا، وَمُتَوَسِّطٍ مُدًّا وَنِصْفٌ"⁸. واستدل أصحاب هذا الرأي بقوله ﷺ: «لِيَنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قَدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيَنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ» [الطلاق:7]. فَدَلَّتْ هَذِهِ الْآيَةُ عَلَى اعْتِبَارِ النَّفَقَةِ بِحَالِ الزَّوْجِ وَاخْتِلَافِهَا بِيَسَارِهِ وَإِعْسَارِهِ.

¹ - الخرخشي، شرح مختصر خليل، 184/4.

² - يُنْظَرُ: البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، 460/5.

³ - يُنْظَرُ: بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، ص178.

⁴ - الحديث سبق تخريجه، ص42.

⁵ - ابن تيمية، مجموع الفتاوى، 84/34.

⁶ - نزار نبيل أبو منشار، النفقة الواجبة على الزوج والإجراءات القضائية المتعلقة بها، ص103.

⁷ - التَّوَوِي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، 49/9.

⁸ - الدِّمِيرِي، النجم الوهاج في شرح المنهاج، 228/8.

الباب الأول: أثر العُزف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

فَسَقَطَ بِذَلِكَ اعْتِبَارُ كِفَايَتِهَا وَلَا يَجُوزُ حَمْلُهُ عَلَى نَفَقَةِ الْمُرْضِعَةِ؛ لِأَنَّهَا لَا تَخْتَلِفُ بِالْيَسَارِ وَالْإِعْسَارِ، وَلِأَنَّهَا أَجْرَةٌ مُقَدَّرَةٌ، وَلِأَنَّ الْمَالَ الْمُسْتَحَقَّ بِالزَّوْجِيَّةِ يَكُونُ مُقَدَّرًا كَالْمَهْرِ¹.

تحرير محل النزاع والترجيح:

يرجع سبب اختلاف الفقهاء في معيار تقدير النفقة، في اختلاف هل تحمل على الإطعام أو على الكفارة، فالجمهور حملها على الإطعام، والشافعي رحمه الله على الكفارة².

ثم إنه بعد عرض أقوال الفقهاء وأدلتهم، فالذي يترجح لدى الباحث -والله أعلم- هو القول الأول، وذلك لوجهات، وخاصة في هذا العصر، وهو ما تقتضيه الحكمة في سدّ حاجة الزوجة، فما ذهب إليه جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة من جعل النفقة غير مقدرة بمقدار معين، لئلا يحصل الإضرار بأحد الزوجين، وإنما جاء الشرع لرفع الحرج ودفع المشقة، ولا يكون ذلك إلا بمراعاة حال الزوجين معاً، بالإضافة إلى اعتبار عرف البلد عند تقدير النفقة الزوجية.

ب. معيار تقدير نفقة الزوجة في التشريع الجزائري: أتناول ذلك على النحو الآتي:

- من الناحية التشريعية: لقد اعتبر المشرع حال الزوجين معاً في تقدير النفقة الزوجية، وهذا ما تضمّنه نصّ المادة: 79 من ق أ ج "يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يُراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم".

فالذي يمكن أن يُستشفّ من هذا النصّ أن المشرع قد اتبع مذهب المالكية في اعتبار حال الزوجين معاً عند تقدير النفقة الزوجية. وأنّ مسألة تقدير النفقة هي مسألة موضوعية من اختصاص قضاة الموضوع، انطلاقاً من الوثائق والمستندات التي تحدّد الوضعية المالية للزوج، وتبعاً لحال الزوجين يُسرّاً وعُسرّاً، وظروف المعيشة زماناً ومكاناً، وتبعاً للمستجدات والأعراف المستحدثة في المجتمع، وما يطرأ على المعيشة من نفقات ومصاريف، كتعليم الأولاد، ومصاريف السكن، أو دفع بدل الإيجار وغيرها³.

¹ الماوردي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، 423/11.

² يُنظر: نزار نبيل أبو منشار، المرجع السابق، ص. 101-104.

³ يُنظر: العربي بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، ص 589-590.

الباب الأول: أثر العُرف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

- من الناحية القضائية: وردت عدة قرارات قضائية عن المحكمة العليا بشأن تقدير النفقة الزوجية، منها القرار المؤرخ في 1987/2/9م أنه: "من المقرر فقهاً وقضاً، أن تقدير النفقة المستحقة للزوجة يعتمد على حال الزوجين يسراً أو عسراً، ثم حال المعيشة، ومن ثم، فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ، يُعدُّ مخالفة للقواعد الشرعية"¹. ويبدو أن هذا الاجتهاد جاء موافقاً للمذهب المالكي، ومُستوحى من قول خليل²: "قُوتٌ وَإِدَامٌ وَكِسْوَةٌ وَمَسْكَنٌ بِالْعَادَةِ بِقَدْرِ وَسْعِهِ، وَحَالُهَا وَالْبَلَدِ، وَالسَّعْرِ"³. ويُفهم من هذا القول بأن النفقة الزوجية غير مقدرة في الشرع، وإنما تقديرها خاضع لحال الزوجين معاً ولعرف البلد وسعره. وعليه يكون القضاء قد قيد السلطة التقديرية للقاضي بمعيار مراعاة الظروف المادية والاجتماعية للمنفق⁴، ولا يُراجع القاضي تقديره للنفقة قبل مضي سنة من الحكم، وإلى هذا أشار القرار رقم: 136604⁵.

وبناء على ما سبق؛ يظهر لنا أن المشرع الجزائري قد وافق جمهور الفقهاء في الأخذ بالعرف في تحديد معيار تقدير النفقة؛ لأنها في الشرع غير مقدرة، لذا أرجعها إلى حال الزوجين معاً على ألا تقلَّ عن حدِّ الكفاية، مع مراعاة العرف وعادة أهل البلد وحال الأسعار عند تقديرها⁶. فجميع الحقوق التي للمرأة وعليها والتي تكون غير محددة، فإن تحديدها يكون بردها إلى ما يتعارفه الناس بينهم ويجعلونه معروفاً⁷، بل المرجع في ذلك إلى العرف المعتاد، وهو يختلف باختلاف الأزمان، والأماكن، والأحوال، والعادات⁸.

¹ م ع، غ أش، ملف رقم 44630، قرار بتاريخ 1987/2/9م، م ق، ع 3، 1990م، ص 55.

² هو: خليل بن إسحاق بن موسى، ضياء الدين الجندي، الإمام الهمام أحد شيوخ الإسلام والأئمة الأعلام، الفقيه المالكي الحافظ المجمع على جلالته وفضله الجامع بين العلم والعمل، من أهل مصر، كان يلبس زي الجندي، ولي الإفتاء على مذهب مالك، توفي رحمه الله سنة 776هـ. من مصنفاته: "التوضيح"، و"المختصر". يُنظر: محمد مخلوف، شجرة النور الزكية، 321/1.

³ النَّفَرَاوِي، الفَوَاكِه الدُّوَانِي عَلَى رِسَالَةِ ابْنِ أَبِي زَيْدٍ الْقَيَّرَوَانِي، 68/2.

⁴ يُنظر: عمر بوعلال، المرجعية الفقهية المالكية في اجتهادات المحكمة العليا الجزائرية-قرارات غرفة الأحوال الشخصية عينة- (مقال)، ص 104. وحفصية دونه، أحكام النفقة ومتاع البيت كأثر من آثار الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ص 132.

⁵ م ع، غ أش، ملف رقم 136604، قرار بتاريخ 1996/4/23م، م ق، ع 2، 1997م، ص 89.

⁶ يُنظر: ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 77/3. وابن قدامة، المغني، 199/8. وعيسى حداد، عقد الزواج - دراسة مقارنة-، ص 271.

⁷ يُنظر: ابن القيم، إعلام الموقعين عن رب العالمين، 95/3.

⁸ يُنظر: ابن تيمية، مجموع الفتاوى، 173/29. وابن عثيمين، فتاوى نور على الدرب، ص 71.

الباب الأول: أثر العُزف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

ثانياً- أثر العُزف في مشمولات النفقة في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري: حدّد كلٌّ من الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري مشمولات النفقة في ثلاثة أصناف، وهي: الطّعام، والملبس، والمسكن للزوجة، لكن فقهاء الشريعة أضافوا أصنافاً أخرى عدّوها من توابع النفقة، وفيما يأتي تفصيل ذلك:

1. أثر العُزف في مشمولات النفقة في الفقه الإسلامي: لا خلاف بين أهل العلم¹ في وجوب النفقة للزوجة، ويدخل فيها: نفقة الطّعام، والكسوة، والسكنى، وتوابعها من خادم للزوجة ونفقتة، وأدوات التّنظيف والطّيب وأدوات الزينة والأدوية، وأجرة الطّبيب المعالج، وهذه الأخيرة ليست محلّ اتفاق بينهم²، لذا سأفصّل في مشمولاتها على النحو الآتي:

أ. أثر العُزف في نفقة الطّعام: قرّر الفقهاء أنّه يجب للزوجة الطّعام والشراب والإدام، وما يتبع الطعام من ماء وخل وزيت ودهن للأكل وحطب ونحوها³. إلّا أنّهم اختلفوا في مقدار الطّعام، على قولين؛ هما:

القول الأول: ذهب جمهور الفقهاء⁴، إلى أنّ نفقة الطّعام غير مُقدّرة بمقدارٍ معيّن، وإنّما يحتكمون للعُزف نظراً لأنّ كفاية المرأة وحاجتها تختلف من امرأة إلى أخرى، ومن بلد إلى آخر، وبحسب اختلاف الأمكنة والأزمنة، والأحوال، ومن رخاء وغلاء، وشبابٍ وهرم، وشتاءٍ وصيفٍ، فأهل العُزف إنّما يتعارفون فيما بينهم في الإنفاق على أهليهم الحُبَر والأدَم، دون الحُبِّ، ولأنّها نفقة قدرها الشرع بالكفاية، فكان الواجب الحُبَر، ولأنّ الحُبَّ تحتاج فيه إلى طحنه وخَبْزه⁵. وقد

¹ الكاساني، بدائع الصّنائع في ترتيب الشّرائع، 23/4-24. وابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 76/3.

وسليمان البُخَيْرِيّ، تحفة الحبيب على شرح الخطيب، 84/4. والبهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، 459/5.

² يُنظر: عبد الكريم زيدان، المُفصّل في أحكام المرأة والبيت المسلم، 181/7.

³ يُنظر: ابن الهمام، فتح القدير، 382/4. وابن جزّي، القوانين الفقهيّة، ص 147. والشّريبي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني

ألفاظ المنهاج، 153/5. وابن قدامة، المغني، 198/8.

⁴ الكاساني، الصدر السّابق، 23/4-24. وابن رشد الجَد، البيان والتّحصيل، 521/3. وابن قدامة، المصدر السّابق،

197/8.

⁵ يُنظر: السّرخسي، المبسوط، 181/5. والدّردير، الشّرح الصّغير، 731/2. والبهوتي، الصدر السّابق، 459/5.

الباب الأول: أثر العُرف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

أجاز الحنفية، والمالكية، وبعض الشافعية¹ دفع التُّقود عنه لتنفق على نفسها. واستدل هؤلاء بأدلة قد ذكرتها سابقاً عند الحديث عن تقدير النفقة².

القول الثاني: ذهب الشافعية إلى أن نفقة الطعام مُقدَّرة، وتقديرها محمول على بيان ما كان عليه العُرف في زمان صدور رواياتهم، وحسب أعراف بلادهم من الطعام، والشَّراب، والإدام، إذ الواجب فيها الحبُّ، اعتباراً في الطعام في الكفارة، ويُراعى في تقديرها حال الزوج فإن كان مُوسِراً تَقَدَّرَتْ بِمُدَّيْنِ، وَإِنْ كَانَ مُعْسِراً تَقَدَّرَتْ بِمُدٍّ، وَإِنْ كَانَ مُتَوَسِّطاً تَقَدَّرَتْ بِمُدٍّ وَنِصْفٍ. وذلك عن كلِّ يوم، أمَّا ما يُضاف إلى القوت المقدَّر الذي يُؤكل مع الحُبِّزِ والأُدَمِ، فتقديره عندهم يكون بالتَّراضي بين الزوجين، وإلا فتقديره يخضع لاجتهاد القاضي³. واحتجوا بقوله ﷺ: «فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ» [المائدة: 89]، فاعتبروا النفقة بالكفارة بجامع أن كلا منهما مال يجب بالشرع، ويستقر في الذمة⁴.

الترجيح: بعد عرض أقوال الفقهاء والاطلاع على أدلتهم ومناقشتها فالذي يترجَّح لدى الباحث هو قول الجمهور بأن نفقة الطعام غير مقدرة بنفسها، وتقديرها يكون بكفايتها، بحسب عُرف البلد الذي يُقيم فيه الزوجان، وبالنظر إلى حالهما عُسراً وُسْراً⁵، وقد اعترف بعض الشافعية بترجيح قول الجمهور⁶.

ب. أثر العُرف في نفقة الكسوة: لا خلاف بين الفقهاء⁷ في أن الكسوة واجبة للزوجة على زوجها، وهي مُقدَّرة بالكفاية؛ أي كفاية الزوجة، ودليلهم في ذلك قوله ﷺ: «وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ

¹ يُنظر: ابن نجيم، البحر الرائق، 4/192. والمواق، التَّاج والإكليل، 5/553. والشَّريني، مغني المحتاج، 5/154.

² يُنظر: الصَّفحات من 230 وما بعدها من هذه الدِّراسة.

³ يُنظر: الماوردي، الحاوي الكبير، 11/423.

⁴ يُنظر: وهبة الزُّحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، 7/800.

⁵ عبد الكريم زيدان، المُفَصَّل في أحكام المرأة والبيت المسلم، 7/194.

⁶ قال الشَّريني في مغني المحتاج، 5/152: "لَا أَعْرِفُ لِإِمَامِنَا -أي: الشَّافعي رحمه الله- سَلَفًا فِي التَّقْدِيرِ بِالْأَمْدَادِ (جمع مد)، وَلَوْلَا الْأَدَبُ لَقُلْتُ: الصَّوَابُ أَنَّهَا بِالْمَعْرُوفِ تَأْسِيًا وَاتِّبَاعًا".

⁷ يُنظر: السَّرْحسي، المبسوط، 5/181-182. ابن جزى، القوانين الفقهية، ص 147. والشَّريني، المصدر السابق، 5/157. وابن قدامة، المغني، 8/199.

الباب الأول: أثر العُرف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

رَزَقَهُنَّ وَكَسَوْتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ» [البقرة: 233]، وبقوله ﷺ: «وَلَهُنَّ عَلَيْكُمْ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ»¹. والكِسْوَةُ بالمعروف هي التي جرت عادة أمثالها بلبسها².

وقد أجمع الفقهاء³ على أنه يجب للزوجة على زوجها كِسْوَةُ بالمعروف، أي بحسب المتعارف من كِسْوَةِ أمثالها من بلدها، ولأنه لم يرد نص يبيّن زمن تجديدها، فالمرجع في ذلك العُرف، لكن اختلفوا في وقت تسليمها، على أقوال وتفصيلها كالاتي:

القول الأول: ذهب جمهور الفقهاء⁴ إلى وجوب الكِسْوَةِ مرتين في السنة، كِسْوَةُ أَوَّلِ الشَّتَاءِ وَآخِرَى أَوَّلِ الصَّيْفِ، وذلك لِتَجَدُّدِ احتياج الزَّوْجَةِ إليها بعد هذه المدة، وَلَا يُجَدِّدُ لَهَا الْكُسْوَةَ مَا لَمْ تَتَخَرَّقْ مَا عِنْدَهَا أَوْ يَبْلُغِ الْوَقْتُ الَّذِي يَكْسُوها فيه، وَتَقْدِيرُهَا مِمَّا يَخْتَلِفُ فِيهِ بِاخْتِلَافِ الْأَمَاكِنِ وَالْأَزْمَنَةِ وَالْأَحْوَالِ وَالْأَعْرَافِ⁵.

القول الثاني: ذهب الحنابلة في المشهور عندهم⁶ إلى كونها -أي الكِسْوَةُ- تُؤَدَّى فِي كُلِّ عَامٍ مَرَّةً؛ لِأَنَّهَا الْعَادَةُ، وَيَكُونُ الدَّفْعُ إِلَيْهَا فِي أَوَّلِهِ؛ لِأَنَّهُ أَوَّلُ وَقْتِ الْوُجُوبِ. فَإِنْ بَلَّيَتْ الْكُسْوَةَ فِي الْوَقْتِ الَّذِي يَبْلَى فِيهِ مِثْلُهَا، لَزِمَهُ أَنْ يَدْفَعَ إِلَيْهَا كِسْوَةً أُخْرَى؛ لِأَنَّ ذَلِكَ وَقْتُ الْحَاجَةِ إِلَيْهَا، وَإِنْ بَلَّيَتْ قَبْلَ ذَلِكَ، لِكَثْرَةِ دُخُولِهَا وَخُرُوجِهَا أَوْ اسْتِعْمَالِهَا، لَمْ يَلْزِمُهُ إِنْدَالُهَا؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِوَقْتِ الْحَاجَةِ إِلَى الْكُسْوَةِ فِي الْعُرْفِ، وَعَلَّلُوا ذَلِكَ بِأَنَّ الْكُسْوَةَ مُحْتَاجٌ إِلَيْهَا لِحِفْظِ الْبَدَنِ طَوَالَ أَيَّامِ السَّنَةِ، وَهِيَ مُعْتَبَرَةٌ بِكِفَايَتِهَا، وَلَيْسَتْ مُقَدَّرَةٌ بِالشَّرْعِ⁷.

الترجيح: بعد عرض أقوال الفقهاء فالذي يميل الباحث إلى ترجيحه هو قول الجمهور بأنَّ وجوب الكِسْوَةِ مرتين في السنة، وَتَقْدِيرُهَا مِمَّا يَخْتَلِفُ فِيهِ بِاخْتِلَافِ الْأَمَاكِنِ وَالْأَزْمَنَةِ وَالْأَحْوَالِ وَالْأَعْرَافِ، وهذا ما يتماشى مع الواقع المعيش.

¹ الحديث سبق تخرجه، ص 225.

² عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، 196/7.

³ يُنظر: ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، 239/11. وابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 77/3.

والعمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، 208/11. وابن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد، 233/3.

⁴ يُنظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 23/4. والدردير، الشرح الصغير، 738/2. والشَّريبي، مغني المحتاج، 157/5.

⁵ يُنظر: ابن عابدين، ردُّ المختار، 580/3. والدردير، الشرح الصغير، 738/2. والشَّرازي، المهذب، 153/3.

⁶ يُنظر: المرداوي، الإنصاف في معرفة الرَّاجِحِ مِنَ الْخِلَافِ، 372/9.

⁷ ابن قدامة، المغني، 203/8.

الباب الأول: أثر العُزف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

ج. أثر العُزف في نفقة العلاج: ويُقصدُ بهذه الأخيرة تحمُّل مصاريف مداواة الزوجة المريضة. إلا أنَّ الفقهاء اختلفوا في حُكم نفقة العلاج أو التَّطبيب على قولين؛ وهما:

القول الأول: ذهب جمهور الفقهاء¹ إلى أنَّه لا يَجِبُ الدَّوَاءُ لِلزَّوْجَةِ الْمَرِيضَةِ، وَلَا أُجْرُهُ الطَّيِّبِ. واستدلُّوا على قولهم هذا بالأدلة التي سقتها عند حديثي على وجوب نفقة الزوجة على زوجها وكسوتها وسكنائها². لكن لم تذكر فيها نفقات علاجها، ولو كانت واجبة عليه لذكرت، شأنها شأن الإطعام، والكسوة، والسكنى، فدلَّ ذلك على عدم وجوبها على الزوج³.

وَنُوقِشَ استدلالهم: أنَّ النَّصَّ على الإطعام، والكسوة، والسكنى لا ينفي دخول ما عداها ممَّا تحتاجه الزوجة⁴، ومنه نفقة العلاج، فإن الآية تدلُّ عليها بطريق الدلالة.

فإذا كانت عبارة النَّصِّ⁵ تُفيد وجوب الطَّعام للزوجة على الزوج؛ لحفظها من الهلاك، فإنَّ دلالة هذه العبارة⁶ تُفيد وجوب نفقة علاجها عليه أيضًا؛ لكون الزوجة المريضة أشدَّ احتياجًا إلى العلاج منه إلى غيره، خصوصًا أنَّ الفقهاء قد نصوا على دخول أمور هي أقلُّ من العلاج، كأدوات النظافة⁷.

كما قاسوا نفقة علاج الزوجة على إصلاح الدَّار المستأجرة التي لا تجب على المستأجر، كما أنَّه لم يرد نصٌّ من القرآن أو السنة النبويَّة يُلزم الزوج بنفقة العلاج. وذكر بعض الحنفية⁸ أنَّه لَوْ مَرَضَتْ فِي الْحَضَرِ كَانَتْ الْمُدَاوَاهُ عَلَيْهَا لَا عَلَى الزَّوْجِ. وَنُوقِشَ هذا الدَّلِيلُ: بأنَّه قياس لا

¹ يُنظر: نظام الدِّين البلخي وآخرون، الفتاوى الهندية، 549/1. والمواق، التَّاج والإكليل لمختصر خليل، 545/5. والنَّوَوِي، المجموع شرح المذهب، 255/18. والرَّحْيَانِي، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، 620/5.

² يُنظر: الصَّفْحَةُ 237 وما بعدها من هذه الدِّراسة.

³ يُنظر: خالد محمد حسين إبراهيم، الأحكام النازمة لالتزام الزوج بنفقة علاج الزوجة بين أقوال الفقهاء القدامى واجتهادات المعاصرين -دراسة فقهية مقارنة- (مقال)، ص 2317 وما بعدها.

⁴ يُنظر: عبد الرحمن العمراني، نفقة الزوجة هل تشمل أجرة علاجها إذا مرضت (مقال)، ص 81.

⁵ عبارة النَّصِّ: هي دلالة اللَّفْظ على المعنى المُتبادر فهمه من نفس صيغته. محمد الرُّحَيْلِي، الوجيز في أصول الفقه، 138/2.

⁶ دلالة النَّصِّ: هي دلالة اللَّفْظ على ثبوت حكم المنطوق به للمسكوت عنه لاشتراكهما في علَّة الحكم، وهذه العلَّة تُدرَكُ بفهم اللُّغة. المرجع نفسه، 143/2.

⁷ ابن نجيم، البحر الرَّائِق، 190/4. والمواق، المصدر السَّابِق، 543/5. والشَّيرَازِي، المذهب، 151/3. وابن قدامة، المعني، 199/8.

⁸ يُنظر: الكاساني، بدائع الصَّنَائِع في ترتيب الشَّرَائِع، 20/4.

الباب الأول: أثر العُرف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

يصح؛ لوجود الفارق بين عقد الإجارة، وعقد النكاح في المقصود، والمحَلُّ، أمّا في المقصود: فإن مقصود عقد النكاح هو السّكن، والمودّة، والرّحمة، وبناء الأسرة، بينما عقد الإجارة هو المعاوضة الماليّة؛ إذ مقصود المؤجر تحصيل الأجرة، ومقصود المستأجر تحصيل المنفعة. وأمّا في المحَلِّ: فإنَّ محلَّ عقد الزّواج هو الأبضاع والفروج، بينما عقد الإجارة هي منافع الأعيان المتقومة بالمال، فافترقا. أضف إلى ذلك أن تشبيه الزّوجة بالعين المستأجرة، تشبيه غير مقبول؛ لأنَّ غير مستأجرة للرجل، بل هي شريكته في الحياة، ورفيقة دربه.

وإذا كان تحديد النفقة ومشمولاتها يُرجع فيه إلى العرف بشروطه، ومراعاة الأعراف وتغيُّر الزّمان عند النّظر في هذا النوع من النفقة كما قرره بعض العلماء؛ مستحسنًا ضرب المثل لهذا النوع من النفقة في هذا الزّمان بالتّأمين الصّحي المكفول للعامل لا بالدّار المستأجرة؛ فقال: "ولنا وقفةٌ عند هذا الأمر الذي ينبغي النّظر إليه من خلال ما طرأ على حياة النّاس من تغيّر، وليس هذا الفرع بالشّيء الثّابت الذي لا يتأثر بالعوامل الإنسانيّة السّائدة، فإنّه إذا كان الزّوجان في مجتمعٍ أو بيئةٍ أو دولةٍ تكفل للعامل والشّغال قدرًا من الرّعاية الصّحيّة تحت اسم إصابة العمل أو المرض أثناء الخدمة؛ فيتكفّل صاحبُ العمل ببعض نفقات العلاج أو كلّها؛ فإنّه ليس من العرف أن يُضرب المثل هنا بإجارة الدّار مع الفارق بين الزّوجة والدّار، والأقرب إلى التشبيه أن يكون المثل إنسانيًّا؛ فيُضرب المثل بالعامل فإنّه أولى"¹.

أمّا عند المالكيّة فقد ذكروا أنّه لا يجب على الزّوج نفقة الدّواء عند مرَضِها لا أعيانٌ ولا أثْمَانٌ ومنه أجرة الطّبيب². ورغم أنّ المشهور عندهم أنّ أجرة القابِلَةِ واجبةٌ ولازِمَةٌ لِلزّوج؛ لأنَّ المرأَةَ لا تستغني عن ذلك كالنفقة³. في حين ذكر بعض الشّافعيّة والحنابلة: أنّه يجبُ عليه شراءُ الأدويةِ للمرض، ولا تُلزِمُهُ أجرة الطّبيب⁴.

وقد ذكر البعض "أنّ المداواة لم تكن في الماضي حاجةً أساسية، فلا يحتاج الإنسان غالبًا إلى العلاج؛ لأنّه يلتزم قواعد الصّحة والوقاية، فاجتهاد الفقهاء مبني على عرف قائم في عصرهم. أما

¹ التّووي، المجموع شرح المذهب مع تكملة السّبكي والمطيعي، 255/18.

² الخرشي، شرح مختصر خليل، 187/4.

³ الدّسوقي، حاشية الدّسوقي على الشّرح الكبير، 185/4.

⁴ يُنظر: الرّافعي، الشّرح الكبير، 18/10. وابن قدامة، المغني، 199/8.

الباب الأول: أثر العُزف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

الآن فقد أصبحت الحاجة إلى العلاج كالحاجة إلى الطعام والغذاء، بل أهم؛ لأن المريض يُفضل غالبًا ما يتداوى به على كل شيء¹.

القول الثاني: ذهب أحد فقهاء المالكية²، وأغلب الفقهاء المعاصرين³ إلى أن الزوج يلزمه أن يداويها بقدر ما كان لها من نفقة صحتها لا أزيد، وعليه أجره الطبيب والمداواة. كما تجب عليه نفقة القابلة. واستدل أصحاب هذا القول بقوله ﷺ: **«وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ»** [النساء: 19]، وجه الاستدلال من هذه الآية: إن الله سبحانه وتعالى قد أمر الأزواج بمعاشرة أزواجهم بالمعروف، بحسن صحبتهم؛ حتى تكون المخالطة، والمعاشرة بينهم مبنية على الكمال⁴، فيدخل فيه كل ما يتحقق به ذلك، ومنه نفقات علاج الزوجة⁵، لأن "ال" في قوله "بالمعروف" من صيغ العموم⁶. ولأن الحاجة إلى الدواء لا تقل عن الحاجة إلى الطعام والشراب.

وكذا احتجوا بقوله ﷺ: **«خذي ما يكفيك وولديك بالمعروف»**⁷، وجه الاستدلال من الحديث: إن رسول الله قد أباح لهند أن تأخذ من مال زوجها على سبيل النفقة ما يكفيها بالمعروف، و"ما" في قوله: "ما يكفيك" اسم موصول، وهو من صيغ العموم⁸، فيدخل فيه الطعام، والشراب، وغيرهما مما تحتاج إليه المرأة، كنفقات العلاج⁹.

محل النزاع والترجيح:

لعل سبب اختلاف الفقهاء في هذه المسألة يرجع إلى ما يلي:

¹ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، 113/10.

² هو: عبد الله بن عبد الحكم (ت: 214هـ). يُنظر: عليش، منح الجليل شرح مختصر خليل، 392/4.

³ ومن هؤلاء: الشوكاني، وهبة الزحيلي، وعبد الكريم زيدان، ومصطفى شلي، وابن عثيمين. يُنظر: الشوكاني، السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، ص 460. وهبة الزحيلي، المرجع السابق، 113/10. وعبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، 185/7. ومصطفى شلي، أحكام الأسرة في الإسلام، ص 444. وابن عثيمين، الشرح الممتع على زاد المستقنع، 462/13.

⁴ القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، 97/2.

⁵ ابن عثيمين، الشرح الممتع على زاد المستقنع، 462/13.

⁶ أبو حامد الغزالي، المستصفى، ص 225. وابن قدامة، روضة الناظر وجنة المناظر، 11/2.

⁷ الحديث سبق تخريجه، ص 42.

⁸ القرافي، العقد المنظوم في الخصوص والعموم، ص 131. وابن تيمية، المسودة في أصول الفقه، ص 100.

⁹ محمد صديق خان، الروضة الندية شرح الدرر البهية، 78/2.

الباب الأول: أثر العُزف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

- عدم ورود نصٍّ خاصٍّ من كتاب، أو سنّة في شأن الملتزم بنفقة علاج الزّوجة.
- تعارض الأقيسة التي تمسك بها البعض مع القواعد العامّة في الشريعة الإسلامية التي تحثُّ على معايشة الزّوجة بالمعروف.
- التّعارض في فهم النصوص التي وردت في نفقة الزّوجة، فمن قصرها على الأمور الواردة فيها قال بعدم وجوب نفقة علاج الزّوجة على الزوج، ومن رأى أنها تشمل كل ما تقوم به حياة الزّوجة دون قصرها على ما ورد به النص قال بوجوبها عليه؛ لأنّ نفقة علاجها داخلة فيما تقوم بها حياتها¹.

بعد عرض القولين، فإنّ الباحث يجد نفسه ميالاً إلى ترجيح القول الثاني الذي يلزم الزوج بعلاج زوجته، وما يلزمها من دواء وتطبيب. وذلك للمبررات الآتية:

- أنّ الطّعام والعلاج أمران متلازمان، فإذا كان الطّعام ضرورياً لحفظ الحياة، فالعلاج ضرورياً لحفظ الصّحة. وأنّه مادام الاحتباس قد تمّ كاملاً، والمرض عارض، وهو كيفما كان قابل للزوال، والحقوق الدائمة لا تسقط بالأمور العارضة². كما أصبحت الحاجة إلى الدّواء كالحاجة إلى الطّعام، فهو يُعدُّ من مقتضيات هذا العصر، والذي لا يكاد أن يستغني عنه الإنسان. ثم إنّ قيام الزوج بعلاجها إشعار بأنّه حريص عليها فتزداد المودّة بينهما، وعلى العكس من ذلك فإن لم يعالجها وقع في نفسها ألم وحسرة³.

د. أثر العرف في نفقة المسكن وأجرته: اتفق جمهور الفقهاء⁴ على أنّه يجب على الزوج أن يوفّر للزّوجة السّكن اللائق المطلوب شرعاً، إمّا بملك أو كراء. واستدلوا بقوله ﷺ: «أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ» [الطلاق: 06]، فقد دلّت الآية على أنّ السّكنى وجبت للمطلّقة على مُطلّقها، فوجوبها للتي في صلب النّكاح أولى. ويقولون ﷺ: «وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ» [النساء: 19]، دلّت الآية على أنّ الله تعالى أمر بمعايشة الزّوجة بالمعروف، والمعروف أنّ

¹ يُنظر: عبد الرحمن العمراني، نفقة الزّوجة هل تشمل أجرة علاجها إذا مرضت (مقال)، ص 81.

² يُنظر: محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، ص 298. وعبد المؤمن بلباقي، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة مدعمة بنصوص قانون الأسرة الجزائري -، ص 16.

³ يُنظر: مصطفى شلي، أحكام الأسرة في الإسلام، ص 444.

⁴ يُنظر: الكاساني، بدائع الصّنائع، 23/4. وعليش، منح الجليل شرح مختصر خليل، 395/4. والشّريبي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، 160/5. وابن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد، 229/3.

الباب الأول: أثر العُرف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

يُسْكِنَهَا فِي مَسْكَنٍ يَلِيقُ بِهَا، وَيَسْتُرُهَا، وَيَقِيهَا مِنَ الْحَرِّ وَالْبَرْدِ، وَيَحْفَظُ مَتَاعَهَا، وَيَكُونُ عَلَى قَدْرِ يَسَارِهَا وَإِعْسَارِهَا. كما قاسوا المسكن على النِّفْقَةِ، والكِسْوَةِ، بجامع الحاجة إليهم على الدَّوام¹. وقد حدد الفقهاء² شروط ينبغي توفرها في مسكن الزَّوجِيَّة نذكر منها: أن يكون المسكن متناسبًا مع حال الزَّوج وقدرته الماليَّة وبيئته، وأن يكون مسكن الزَّوجِيَّة مشتملاً على اللُّوازم والأدوات التي تحتاجها الزَّوجة من فرش وأثاث وأدوات طبخ، وكل ما يُعتبر في العُرفِ والعادةِ ضروريًا لمسكن الزَّوجِيَّة.

هذا وقد استجدت مواصفات أصبحت من الضَّروريات، لم يكن لها وجود من قبل، إذ لا يكاد بيت يخلو من الكهرباء وتمديدات شبكة الماء وغاز الطَّهي والتَّدفئة، وأصبحت الثَّلاجة والغسالة والمكيف الهوائي من الضَّروريات، وما يُعتبر ضروريًا للمسكن في المدينة قد لا يُعتبر كذلك في القرية³.

2. أثر العُرف في مشمولات النِّفْقَةِ في التشريع الجزائري: سأتناول مشمولات النِّفْقَةِ من النّاحيتين الآتيتين:

أ. من النّاحية التَّشريعيَّة: نصَّ المشرِّع على مشمولات النِّفْقَةِ في المادة: 78 من ق أ ج، بأنّه: "تشمل النِّفْقَةُ: الغذاء، والكِسْوَةُ، والعلاج، والسَّكْنُ أو أجرته، وما يُعتبر من الضَّروريات في العُرفِ والعادة". ثمَّ نصَّ في المادة: 79 من القانون نفسه على أن "يُراعى القاضي في تقدير النِّفْقَةِ حال الطَّرفين، وظروف المعاش، ولا يُراجع تقديره قبل مُضيِّ سنة من الحكم".

وعليه فمن تحليل هذين النّصين يتَّضح أنَّ مشمولات النِّفْقَةِ في المادة: 78 سالفة الذِّكر تشمل: نفقة الغذاء، والكِسْوَةِ، والمسكن الصَّالح أو أجرته، وأجرة العلاج، والضَّروريات في العُرفِ والعادة. وقد أوجب المشرِّع على الزَّوج كلَّ هذه المشمولات بناءً على نصِّ المادة: 78 من ق أ ج، غير أنَّه أوردتها على سبيل المثال لا الحصر، فلم يحدّد مشمولات النِّفْقَةِ تحديداً جامعاً، ولم

¹ يُنظر: ابن قدامة، المغني، 200/8-203.

² يُنظر: ابن عابدين، ردُّ المحتار، 600/3. والقراي، الذَّخيرة، 470/4. والشَّيرازي، المهذب، 152/3. وعبد الرحمن المقدسي، الشَّرح الكبير، 236/9.

³ يُنظر: عمر سليمان الأشقر، أحكام الزَّواج في ضوء الكتاب والسُّنة، ص290. ومصطفى شليبي، أحكام الأسرة في الإسلام، ص455. وعبد الكريم زيدان، المُفصَّل في أحكام المرأة والبيت المسلم، 198/7. ومحمد محدة، الخطبة والزَّواج، ص389.

الباب الأول: أثر العُرف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

يُبين مقدارها ونوعها، وإنما فسح المجال لتشمل النفقة كل ما يقضي به الشرع والعرف وحال البلد أنه من الضروريات، تاركاً أمر تقديرها لقاضي الموضوع، وأخذاً في اعتبارها الحالة الاقتصادية والاجتماعية وظروف المعيشة للطرفين (المادة: 79 من ق أ ج)¹.

هذا وإنّ المشرّع قد أخذ برأي بعض فقهاء المالكية²، وجمع من الفقهاء المعاصرين³ في إلزام الزوج بنفقات التطبيب وثن العلاج، لأنّ الحاجة للعلاج أصبحت ضرورية أكثر من ضرورة الطعام والشراب والكسوة، ولم يعد العلاج يقتصر على معنى مداواة المرض المصاحب للشخص، وإنما يتعداه إلى الرعاية الطبية في حال الحمل وبعده. وقد أحسن المشرّع صنّاً عندما نصّ أنّه يدخل في النفقة ما يُعتبر من الضروريات في العرف والعادة في إطار المستوى العام للحياة الاجتماعية، وفي حدود مقدرة الزوج دون إسراف ولا تقتير.

ب. من الناحية القضائية: لقد قضت المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في: 2009/6/10م، والذي جاء فيه: "المبدأ: يحقّ للمرأة المطلقة المطالبة بمصاريف النفاس، باعتبارها من عناصر النفقة"⁴. كما أنّ النفاس يتطلب عناية خاصة بالمرأة لمدة معينة، وذلك لرعاية صحة الأم وصحة طفلها، ونظامها الغذائي، ومن ثم فإنّ المصاريف المتعلقة به لا تقتصر على العلاج والأدوية فقط... وإنما تقتضي كذلك متابعة نظام غذائي معيّن، يقتضي هو الآخر مصاريف خاصة، تخضع في تقديرها إلى السّلطة التقديرية لقضاة الموضوع، وهو ما أشار إليه القرار المؤرخ في: 2011/1/13م حيث جاء فيه: "تشمل مصاريف النفاس، مصاريف العناية بصحة النساء وصحة طفلها ونظامها الغذائي، لمدة معينة، ولا تقتصر على العلاج والأدوية فقط"⁵.

وقد أصاب الاجتهاد في قضاؤه باستحقاق الزوجة لمصاريف النفاس، وعدم قصرها على مصاريف العلاج فقط؛ لأنّ نفقات العلاج منصوص عنها قانوناً في المادة: 78 من ق أ ج وهي حقّ للزوجة المريضة في جميع أحوالها، بل تشمل مصاريف النظام الغذائي الذي يجب توفيره للزوجة

¹ يُنظر: عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، ص116. والعربي بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، ص585.

² منهم عبد الله بن عبد الحكم. يُنظر: الخرشبي، شرح مختصر خليل، 4/187. والدسوقي، حاشية الدسوقي، 4/185.

³ يُنظر: الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، 2/642. ومصطفى شليبي، أحكام الأسرة في الإسلام، ص444 وما بعدها.

⁴ م ع، غ أ ش، ملف رقم 502268، قرار بتاريخ 2009/6/10م، م م ع، ع 1، 2010م، ص219.

⁵ م ع، غ أ ش، ملف رقم 594435، قرار بتاريخ 2011/1/13م، م م ع، ع 2، 2011م، ص266.

الباب الأول: أثر العُزف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

النفساء، وإن لم ينص عليها المشرع الجزائري صراحة؛ ذلك أنها تدخل ضمن ما يُعتبر ضروريًا عرفًا وعادة، تطبيقًا لنص المادة: 78 سالفه الذكر. كما جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في: 1996/4/23م "ولما كان ثابتًا- في قضية الحال- أن الطاعنة رفعت دعوى سنة 1993 تطلب فيها تعديل حكم 1988/9/27 ومراجعة مبالغ النفقة التي أصبحت لا تكفي حاجيات أولادها بما فيها مصاريف المعيشة والمدرسة وأجرة السكن"¹.

فالمشرع هنا يكون قد أوجب على قضاة الموضوع عند تقديرهم للنفقة مراعاة المستجدات التي تطرأ على الحياة، كما منح المشرع في القرار الصادر بتاريخ: 2010/4/15م، الزوجة الحق في السكن أو أجرته طبقًا للمادة: 78 ق أ ج: "يُعَدُّ السكن أو بدل الإيجار من مشتريات النفقة"²، على أن تتوفر فيه الشروط المناسبة، فسكن الزوجة مع زوجها في سكن واحد دون موافقة الزوجة الثانية ورضاها يجعله سكنًا غير شرعي³.

وقضى كذلك بنفقة العلاج للزوجة أو لأحد أفراد الأسرة باعتبارها من عناصر ومشمولات النفقة وفقًا لنص المادة: 78 من ق أ ج، وهذا ما أشار إليه القرار المؤرخ في 2006/11/15م: "يتحمّل الوالد مصاريف علاج المحضون، الثابت بشهادة طبيّة"⁴.

بناء على ما سبق، فإن أثر العُزف يظهر جليًا في كل من الفقه الإسلامي ونصوص قانون الأسرة واجتهاداته القضائية المتعلقة بتقدير النفقة الزوجية وتحديد مشمولاتها، مع مراعاة حال الزوجين عُسرًا ويُسرًا وتوسطًا، وإن كان ذلك يختلف باختلاف الأمكنة والأزمنة، والسّعر وقت وجوب النفقة. ثم إن لتغيّر الأعراف في زماننا هذا أثر في تقدير نفقة الطّعام والكسوة، فما كان منهما يصلح سابقًا، صار لا يصلح في زماننا هذا، فنفقة الطّعام أُسْتُعِضَ عنها بدفع مبلغ من النقود بداية كل شهر مقابل نفقة الطّعام⁵.

¹ م ع، غ أ ش، ملف رقم 136604، قرار بتاريخ 1996/4/23م، م ق، ع 2، 1997م، ص 89.

² م ع، غ أ ش، ملف رقم 554808، قرار بتاريخ 2010/4/15م، م م ع، ع 1، 2010م، ص 241.

³ قرار مجلس قضاء تلمسان، المؤرخ في 1967/3/16م، م ج، 1968م، ص 221.

⁴ م ع، غ أ ش، ملف رقم 372292، قرار بتاريخ 2006/11/15م، م م ع، ع 1، 2007م، ص 293.

⁵ يُنظر: شهرزاد بوسطلة، إعمال القواعد الفقهيّة في منازعات الأحوال الشخصيّة -قاعدة العادة مُحكّمة نموذجًا-(مداخلة)، ص 11.

الباب الأول: أثر العُرف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

أمّا بالنسبة للكِسوة للمرأة في هذا العصر لا تكتفي بثوب واحد في الصيف وآخر في الشتاء مثلاً، بل لا بُدَّ لها من ثياب للصيف وأخرى للشتاء¹، و"أنَّ قاعدة شراء اللباس مرّة أو مرّتين في السنة، أصبحت لا تساير متطلبات العصر الحالي، فأصبحت الزوجة تكتسي في كلّ مناسبة أو حفلة"²، كما تشمل الكسوة أشياء كثيرة متعلّقة بها بل قد تشمل أدوات التّنظيف والزينة.

والمجتمع الجزائري تعارف على إلزام الزوج بنفقة علاج زوجته وتحمل مصاريف نفقاتها، سواء كانت الزوجة غنية أم فقيرة، وسواء أكانت نفقة علاجها قليلة أم كثيرة، حتى لا تلجأ إلى غيره إذا كانت معسرة فهو أولى بها من غيره، كما أنّ في ذلك حفظٌ لماء وجهها³. ثمّ إنّ الفقه الإسلاميّ والتشريع الجزائريّ قد اشتراطا على الزوج أن يُجهز المسكن بما هو متعارف عليه بين الناس، لأنّ الزمن يتغيّر والمجتمع يتطوّر، وأنماط الحياة كلّها تتغيّر، وأعراف الناس في أثاث المنزل ومتاعه تتجدّد، وقد استجدّت أشياء كثيرة أصبحت من الضروريّات، لم يكن لها وجود من قبل، فأصبحت أغلب البيوت مزودة بالكهرباء وتمديدات شبكة الماء وغاز الطهي والتدفئة، وأصبحت الثلاجة والغسالة والمكيف الهوائي من الضروريّات، وما يُعتبر ضروريّاً للمسكن في المدن قد لا يُعتبر في القرى⁴.

الفرع الثاني: أثر العُرف في حقّ إرضاع الأبناء وأجرة الرضاعة

في الفقه الإسلاميّ والتشريع الجزائريّ

خصّصت الشريعة الإسلامية والمشرّع الجزائريّ الطّفل بمجموعة من الأحكام التي تحفظ له حقوقه المختلفة الماديّة والمعنويّة منذ أن كان حملاً في بطن أمّه إلى فترة الرضاعة بل إلى ما بعد الرشد، فمن هذه الحقوق حق الرضاع الذي هو حق للطّفل وهو أيضاً واجب على الزوجة لزوجها، متى انعقد الزواج صحيحاً، وهنالك حقوق أخرى للطّفل سأتناولها في الفصل الرابع من الباب الثاني لما لها علاقة بآثار انحلال الزواج.

¹ يُنظر: نزار نبيل أبو منشار، التّفقة الواجبة على الزوج والإجراءات القضائية المتعلّقة بها، ص 69.

² رشيد مسعودي، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري -دراسة مقارنة- ص 48.

³ يُنظر: محمد محدة، الخطبة والزواج، ص 383. وسليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، ص 116.

⁴ يُنظر: عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، ص 290. ومصطفى شليبي، أحكام الأسرة في الإسلام، ص 455. ومحمد محدة، الخطبة والزواج، ص 389. ونوال سعيد حسن العفيفي، أثر العُرف في حقوق الزوجة، ص 66.

الباب الأول: أثر العُرف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

ونظرًا للدور البارز للعرف في أحكام الرضاع، ارتأيت في هذا الفرع أن أتكلّم عن أثر العرف في حقّ إرضاع أبناء الزوج (أولًا)، ثم عن أثره في أجرة الإرضاع (ثانيًا)، وكلّ ذلك في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، وبماهما كالاتي:

أولًا- أثر العُرف في حقّ إرضاع أبناء الزوج في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري: يعتبر حقّ الرضاع من الحقوق المقررة شرعًا وقانونًا للطفل بعد ولادته حيًّا؛ إذ لا تقوم حياته ولا تُحفظ إلّا به، ولذلك وجب على الأمّ إرضاعه أو على غيرها. وتفصيل الكلام في هذه المسألة يكون بتناولها في كلّ من الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري على النحو الآتي:

1. **أثر العُرف في حكم الرضاع في الفقه الإسلامي:** اتفق الفقهاء على أنّ الرضاعة واجبة على الأمّ ديانة سواء كانت في عصمة والد الرضيع أو مطلقة منه، وذلك حفاظًا على حياة الصّغير، وأنها تأثم إن لم تُرضع ولدها دون مبرر شرعي¹، وأمّا قضاء فقد وقع خلاف بينهم، على ثلاثة آراء؛ وهي:

الرأي الأول: ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية، والشافعية، والحنابلة² إلى أنّ أمّ الولد لا تُجبر على إرضاعه، سواء أكانت دنيئة أم شريفة، في عصمة الزوج كانت أو مطلقة بئنة، وإنما يُندب للأمّ إرضاع ولدها، لأنّ لبن الأمّ أصلح للطفل، وشفقتها عليه أكثر، ولأنّ الرضاع حقّ للأمّ، كما هو حقّ للوليد، ولا يُجبر أحد على استيفاء حقّه، إلّا إذا وُجد ما يستدعي الإجبار³.

وإجبارها على الرضاع لا يكون إلّا في حالات الضرورة. بل الواجب على الأب استرضاع ولده، واستدلوا بقوله ﷺ: **«وإن تعاسرتم فسترضع له أخرى»** [الطلاق: 6]. وجه الدلالة: دلّت الآية الكريمة على أنّه إذا امتنعت الأمّ عن إرضاع ولدها فقد حصل التعاسر، وبالتالي فسترضعه امرأة أخرى، وهذا يدلّ على عدم إلزام الأمّ بإرضاع ولدها⁴. وقد ردّ على استدلالهم بهذه الآية:

¹ يُنظر: ابن مردود الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، 10/4. وابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 79/3. والشّرييني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، 449/3. وابن قدامة، المغني، 250/8.

² ابن مردود الموصلي، المصدر السابق، 238/3. والنّووي، المجموع، 313/18. وابن قدامة، المصدر السابق، 250/8.

³ يُنظر: وهبة الزّحيلي، الفقه الإسلامي وأدلّته، 25/10. وعماد شريفي، المسائل المسكوت عنها في الزواج وتحلاله في قانون الأسرة الجزائري، ص148. ووجادي صليحة، حماية حقّ الطفل في الرضاع بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري (مقال)، ص75.

⁴ الشّرييني، الإقناع في حلّ ألفاظ أبي شجاع، 482/2.

الباب الأول: أثر العُرف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتَّشريع الجزائري

بأنَّها وردت في حال تَعَاسَرَتْ هِيَ وَأَبُو الرِّضِيعِ، وَذَلِكَ بِأَنْ طَلَبَتْ أَكْثَرَ مِنْ أَجْرَةِ الْمِثْلِ، فَفِي هَذِهِ الْحَالَةِ، فَإِنَّ الْوَالِدَ يَبْحَثُ لَوَلَدِهِ عَنْ امْرَأَةٍ أُخْرَى، أَمَّا فِي غَيْرِ هَذِهِ الْحَالَةِ، وَخُصُوصًا إِذَا كَانَتْ فِي عَصْمَةِ زَوْجِهَا، فَإِنَّهَا تُجْبَرُ عَلَى إِرْضَاعِ وَلَدِهَا¹.

كما استدلُّوا بالمعقول: بِأَنَّ الْأُمَّ قَدْ تَعَجَّزُ عَنْ إِرْضَاعِ وَلَدِهَا لِغُدْرِ بِهَا، فَلَا مَعْنَى لِإِجْبَارِهَا عَلَيْهِ، وَإِلَّا كَانَ ذَلِكَ إِضْرَارًا بِهَا²، وَقَدْ قَالَ ﷺ: «لَا تُضَارُّ وَالِدَةُ بِوَلَدِهَا» [البقرة: 233]. وَيُجَابُ عَنْهُ: بِأَنَّ هَذَا الْعَذْرَ لَيْسَ بِالضَّرُورَةِ أَنْ يُوجَدَ دَائِمًا، وَبِالتَّالِي قَدْ تَكُونُ قَادِرَةٌ عَلَى الْإِرْضَاعِ، وَعِنْدَ قَدَرَتِهَا عَلَيْهِ، فَإِنَّهُ يَجِبُ عَلَيْهَا إِرْضَاعُهُ.

الرَّأْيُ الثَّانِي: ذهب الإمام مالك ﷺ في رواية عنه، والظاهرية إلى إجبار الأم على إرضاع ولدها وهي في عصمة زوجها ولو حكمًا³. واحتج أصحاب هذا الرأي لقولهم بقوله ﷺ: «وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ» [البقرة: 233]، وجه الدلالة: دلَّت الآية الكريمة بمنطوقها على وجوب إرضاع الأم وَلَدَهَا، وَقَدْ جَاءَتْ الْآيَةُ بِصِيغَةِ الْأَمْرِ، وَالْأَمْرُ يُفِيدُ الْوَجُوبَ، كَمَا جَاءَتْ الْآيَةُ أَيْضًا بِصِيغَةِ الْعُمُومِ، وَلَمْ يَرِدْ مُخَصَّصٌ يُخَصِّصُ وَيُخْرِجُ بَعْضَ الْأُمَمَاتِ، فَيَبْقَى الْأَمْرُ عَلَى عُمُومِهِ فِي وَجُوبِ الْإِرْضَاعِ⁴. وَأُجِيبَ عَنْهُ بِأَنَّ الْإِسْتِدْلَالَ بِالْآيَةِ مُحْمُولٌ عَلَى الْإِخْبَارِ، وَذَلِكَ أَنَّهُ بِخُرُوجِهِ مَخْرَجَ الْخَبَرِ دُونَ الْأَمْرِ، لَذَا حَمَلَ الْجُمْهُورُ الْآيَةَ عَلَى النَّدْبِ⁵.

كما استدلُّوا بِأَنَّ الْعِلَاقَةَ الزَّوْجِيَّةَ إِذَا كَانَتْ قَائِمَةً بَيْنَهُمَا، فَإِنَّ الزَّوْجَ مُلْزَمٌ بِالنَّفَقَةِ عَلَيْهَا، وَهَذَا يَقْتَضِي إِجْبَارَهَا عَلَى إِرْضَاعِ وَلَدِهَا مَا دَامَتْ فِي عِصْمَةِ أَبِيهِ، وَلَوْ حُكْمًا⁶. وَأُجِيبَ عَنْهُ: بِأَنَّ الزَّوْجَةَ تَسْتَحِقُّ النَّفَقَةَ وَالْكَسْوَةَ أَرْضَعَتْ أَوْ لَمْ تُرْضِعْ، وَالنَّفَقَةُ وَالْكَسْوَةُ مُقَابِلَةُ التَّمَكُّينِ⁷. كَمَا أَنَّ الْعُورَةَ جَرَى فِي الْأَمْصَارِ أَنَّ الزَّوْجَةَ إِذَا لَمْ تَكُنْ مِنْ ذَوَاتِ الْقَدْرِ وَالشَّرَفِ، فَإِنَّهَا تُجْبَرُ عَلَى إِرْضَاعِ وَلَدِهَا⁸. وَرَدَّ عَلَى اسْتِدْلَالِهِمْ بِأَنَّ الْعُورَةَ جَرَى بِأَنَّ غَيْرَ ذَوَاتِ الشَّرَفِ تُجْبَرُ عَلَى إِرْضَاعِ وَلَدِهَا، بِأَنَّ

¹ يُنْظَرُ: ابْنُ حَزْمٍ، الْمَحْلَى بِالْأَثَارِ، 165/10.

² يُنْظَرُ: الزَّيْلَعِيُّ، تَبْيِينَ الْحَقَائِقِ شَرْحَ كَنْزِ الدَّفَائِقِ، 376/7.

³ الْقَاضِي عَبْدُ الْوَهَّابِ، الْمَعُونَةُ عَلَى مَذْهَبِ عَالِمِ الْمَدِينَةِ، ص 935. وَابْنُ حَزْمٍ، الْمَصْدَرُ السَّابِقُ، 170/10.

⁴ الْقَرَّائِي، الدَّخِيرَةُ، 270/4. وَالنَّفَرَاوِيُّ، الْفَوَاكِهِ الدُّوَانِي عَلَى رِسَالَةِ ابْنِ أَبِي زَيْدٍ الْقَيَّرَوَانِيِّ، 65/2.

⁵ يُنْظَرُ: ابْنُ رِشْدٍ الْحَفِيدِ، بَدَايَةُ الْمُجْتَهِدِ وَنَهَايَةُ الْمُقْتَصِدِ، 79/3. وَوَهْبَةُ الزُّحَلِيِّ، الْفَقْهُ الْإِسْلَامِيُّ وَأَدَلَّتُهُ، 25/10.

⁶ يُنْظَرُ: ابْنُ حَزْمٍ، الْمَصْدَرُ السَّابِقُ، 170/10. وَالْقَرَّائِي، الْمَصْدَرُ السَّابِقُ، 270/4.

⁷ يُنْظَرُ: الْقَرَطْبِيُّ. الْجَامِعُ لِأَحْكَامِ الْقُرْآنِ، 160/3.

⁸ النَّفَرَاوِيُّ، الْمَصْدَرُ السَّابِقُ، 65/2. وَعَلِيْشٌ، مَنْحُ الْجَلِيلِ شَرْحُ مُخْتَصَرِ خَلِيلٍ، 419/4.

الباب الأول: أثر العُرف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

هذا ليس على إطلاقه فقد ورد أنَّ العرف جرى بأن المرأة ذات الشرف والمنزلة لا تُرضع، ومثلها لا يُرضع، ففي تكليفها خلاف العرف إضرار بها¹. وبناء على ذلك فإنَّ إيجاب الإرضاع لا يشمل جميع الأمهات، فيختلف باختلاف منزلة الزوجة.

الرأي الثالث: ذهب المالكية في المشهور من مذهبهم² إلى التفرقة بين المرأة الشريفة التي لم تجر العادة بإرضاع ولدها وبين غيرها، وذلك أنَّ المرأة الشريفة لا تُجبر على الإرضاع. واحتجَّ القائلون بالتفرقة بين الشريفة، وغيرها بدليل العرف والعادة، ذلك أنَّ العرف جرى في أنَّ المرأة إذا كانت من ذوات الشرف والمكانة العالية، فهي ممن يُحَدَّم ولا تُرضع لشرفها؛ لأنَّ العرف يشهد لها ألا تُرضع؛ لأنَّ عادة أمثالها، والعرف دليل شرعي عندنا، وذلك كالتشريط³، أمَّا غير الشريفة فإنَّ العرف جرى بإجبارها على إرضاعها ولدها⁴.

ونوقش دليلهم بالتفريق بين المرأة ذات الشرف والمنزلة، وبين غيرها من النساء بأن هذا لا يستقيم؛ لأنَّ الشرف هو التقوى، فربَّ هاشمية أو عبشمية بنت خليفه توت هزلًا، وربَّ زنجية قد صارت حُرمة مالك⁵. وقد علَّق الدكتور عبد القادر داودي على هذا فقال: "وقد تغيرت العادة في أكثر المجتمعات المعاصرة حيث أصبحت أغلب النساء يعزفن عن إرضاع أولادهن ويكتفين بالرضاعة الاصطناعية وإطعام الطفل بالحليب المصنع... وعندئذ لا يتعيَّن على الأم إرضاع ابنها من ثديها ما دامت حياته تحفظ بالحليب الصناعي"⁶.

إلاَّ أنَّه في حالات أخرى يخول للقاضي أن يُجبرها فيكون إرضاع ولدها واجبًا إنَّ لم يقبل غيرَها. أو إذا استحالة العثور على مرضعة غيرها، أو في حال موت والده، أو إعساره ولا مال

¹ يُنظر: القاضي عبد الوهاب، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، 809/2.

² النَّفراوي، الفواكه الدواني، 65/2. والقاضي عبد الوهاب، المعونة على مذهب عالم المدينة، ص 934-935.

³ يُنظر: ابن العربي، أحكام القرآن، 275/1. والقرطبي. الجامع لأحكام القرآن، 161/3. والرجاجي، مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحلِّ مشكلاتها، 89/4.

⁴ النَّفراوي، المصدر السابق، 65/2. والقاضي عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 934-935.

⁵ يُنظر: ابن حزم، المحلى بالآثار، 170/10.

⁶ يُنظر: عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ص 234.

الباب الأول: أثر العُرف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

للولد لاستئجار مرضعة، فكل هذه الحالات لا تُستثنى منها حسبية كانت أو وضعية، لأن مصلحة الرضيع والخوف على صحته فوق كل اعتبار¹.

تحرير محل النزاع والترجيح:

سبب الخلاف بين الفقهاء في هذا المسألة يعود إلى هل آية الرضاع مُتَضَمِّنَةٌ حُكْمَ الرضاع -أعني: إيجابه-، أو مُتَضَمِّنَةٌ أَمْرَهُ فَقَطْ؟ فَمَنْ قَالَ: أَمْرُهُ قَالَ: لَا يَجِبُ عَلَيْهَا الرضاعُ إِذْ لَا دَلِيلَ هُنَا عَلَى الْوُجُوبِ. وَمَنْ قَالَ تَتَضَمَّنُ الْأَمْرَ بِالرضاعِ وَإِيجَابَهُ؛ وَأَنَّهَا مِنَ الْأَخْبَارِ الَّتِي مَفْهُومُهَا مَفْهُومُ الْأَمْرِ قَالَ: يَجِبُ عَلَيْهَا الرضاعُ. وَأَمَّا مَنْ فَرَّقَ بَيْنَ الدَّيْنَةِ وَالشَّرِيفَةِ فَاعْتَبَرَ فِي ذَلِكَ الْعُرفَ وَالْعَادَةَ. وَأَمَّا الْمُطَلَّعَةُ فَلَا رَضَاعَ عَلَيْهَا إِلَّا أَنْ لَا يَقْبَلَ تَذْيَ غَيْرِهَا، فَعَلَيْهَا الرضاعُ، وَعَلَى الزَّوْجِ أَجْرُ الرضاعِ. وَهَذَا إِجْمَاعٌ² لِقَوْلِهِ ﷺ: «فَإِنْ أَرْضَعْنَكُمْ فَاتَّوَهُنَّ أَجُورَهُنَّ» [الطلاق 6]. وأوجب الشافعية على الأم إرضاع اللبأ³؛ لأن الولد لا يعيش بدونه غالباً، وغيرها لا يغني⁴.

بعد عرض أقوال الفقهاء وأدلتهم في مسألة إجبار الأم على الرضاع، فالذي يترجح للباحث هو قول المالكية في المشهور عندهم أن الرضاع واجب قضاء إن كانت المرضعة زوجة أو معتدة من طلاق رجعي، إذ يجب عليها إرضاع ولدها، فإن امتنعت عن إرضاعه من دون عذر، أجبرها القاضي، وذلك لقوة الأدلة التي احتجوا بها المالكية هذا من جهة، ومن جهة ثانية فإن الطفل بحاجة ماسة جداً للرضاع لنموه نمواً سليماً، ولأن حليب الأم أنفع له من حليب غيره.

2. أثر العُرف في حكم الرضاع في التشريع الجزائري: لقد ألغى المشرع واجب إرضاع الزوجة ولدها في تعديل قانون الأسرة الجزائري سنة 2005م، إذ ألغى المادة: 2/39 من قانون 11/84 التي كانت تنص: "إرضاع الأولاد عند الاستطاعة"، ولم يصبح حق الرضاع موجود ضمن طيات قانون الأسرة المعدل⁵، يقول الأستاذ سليمان ولد خصال بشأن إلغاء المشرع لحق الرضاغة من

¹ يُنظر: عماد شرفي، المسائل المسكوت عنها في الزواج وتحلاله في قانون الأسرة الجزائري، ص 148. ووجادي صليحة، حماية حق الطفل في الرضاع بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري (مقال)، ص 75.

² ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 79/3.

³ اللبأ هو: اللبن النازل أول الولادة ومُدَّتُهُ يَسِيرَةٌ. البكري الدمياطي، إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين، 113/4.

⁴ يُنظر: الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، 187/5.

⁵ يُنظر: عماد شرفي، المرجع السابق، ص 149.

الباب الأول: أثر العُزف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

قانون الأسرة: "ألغى المشرّع واجباً مهماً هو واجب الرضاعة... وهذا بالرغم من حملات الوعي التي قامت بها الدولة الجزائرية عن طريق وزارة الصحة إظهاراً وإبرازاً لفوائد الحليب الكثيرة"¹.

ثم إنَّ المشرّع بتعديله لنصّ المادة: 39 من القانون سالف الذكر يكون قد وقع في فراغ قانوني، إذ كان بإمكانه منح القاضي حقَّ إلزام الزوجة الممتنعة عن إرضاع ولدها بإرضاعه ما دام واجباً من الواجبات المقررة عليها بناء على عموم نصّ المادة: 3/36 من ق أ ج حيث جاء فيها: "يجب على الزوجين: 3- التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم"². ويُستشف من خلال النص أنَّ المشرّع لم يُغفل هذا الحقَّ تماماً، وإنما لم ينص عليه صراحة وبكل وضوح، بل تناوله ضمناً من خلال الفقرة الثالثة في المادة: 36 من ق أ ج سالف الذكر. إذ أشار فيها المشرّع إلى حقَّ الطفل في الرضاعة بشكل ضمني، فمن "مصلحة الأسرة" و"رعاية الأولاد" الحرص على تغذيتهم لأجل نموهم وحمايتهم من الهلاك.

وكما أشار في قانون حماية الطفل³ في مواده من 3 إلى 7 إلى حقَّ الطفل في الأسرة وفي الرعاية الصحية، وفي النمو والحفاظ على حياته وعلى صحته، وكلُّها ألفاظ تُشير إلى نمو الطفل، وأنَّ الرضيع ينمو بالرضاعة. إلّا أنَّ ما يؤخذ على المشرّع الجزائري هو عدم إعطاء هذا الحقَّ -حقَّ الرضاع- الاهتمام اللائق، فلا هو بيّن ما تعلّق به من أحكام، ولا أفردّه بمواد قانونية صريحة سواء على مستوى قانون الأسرة أم على مستوى قانون حماية الطفل، خلافاً لبعض التشريعات الأسرية العربية كالتشريع العراقي⁴، الأردني⁵، وإن كان المشرع الليبي قد فصل بشكل أكثر وضوح من

¹ يُنظر: سليمان ولد حسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، ص113.

² يُنظر: عماد شريف، المسائل المسكوت عنها في الزواج وإخلاقه في قانون الأسرة الجزائري، ص149.

³ قانون رقم 12/15 مؤرخ في 28 رمضان عام 1436 هـ الموافق لـ 15 يوليو 2015م، يتعلّق بحماية الطفل، ج ر، ع 39، مؤرخة في 3 شوال 1436 هـ الموافق لـ 19 يوليو 2015م.

⁴ نصّت المادة: 55 من ق أ ش العراقي لسنة 1959: "على الأم إرضاع ولدها إلّا في الحالات المرضية التي تمنعها من ذلك"، غير أنَّ المشرع العراقي لم يبيّن موقفه من حالة الأم -أهي زوجة أم مطلقة- بشكل واضح وصريح في نص القانون لمنع صدور أحكام قضائية متعارضة. حملتها يوم 2024/06/10م، في الساعة 10، من موقع "شبكة قوانين الشرق" على الشبكة العنكبوتية، من الرابط الآتي: <https://linksshorcut.com/jpuh>

⁵ نصّت المادة: 2/56 من ق أ ش الإماراتي المعدّل بموجب المادة 1 من المرسوم بقانون اتحادي رقم 8 بتاريخ 2019/8/29م، وبالمادة 1 من المرسوم بقانون اتحادي رقم 5 بتاريخ 2020/8/25م: "للزوج على زوجته حقوق منها: 2- إرضاع أولاده منها إلّا إذا كان هناك مانع". حملتها يوم 2024/06/10م، في الساعة 10، من الشبكة العنكبوتية، من الرابط الآتي:

<https://2h.ae/RDJt>

الباب الأول: أثر العُزف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

سابقه في مسألة حكم إرضاع الأم لابنها في مادته: 61/ب، ج¹ فأوجب على الأمّ حال قيام الزوجية إرضاع ولدها دون أجر، أمّا في حال البينة فإنّها تستحقّ الأجرة على الرضاعة. وبذلك يكون وافق المالكية في المشهور عندهم.

بيد أنّ هذا الفراغ القانوني يجعل القاضي الجزائري دوماً يعود إلى أحكام الشريعة الإسلامية، طبقاً لنص المادة: 222 ق أ ج، وذلك قصد الاطلاع على الفقه الإسلامي بخصوص هذا الحقّ وغيره من الأحكام المسكوت عنها². وإن كان الأجدر بالمشرع أن يُدرج هذا الحقّ الإلهي كحقّ صريح وواضح للطفل في قانون الأسرة أو على الأقل أن يستدرك هذا الفراغي القانوني في قانون حماية الطفل سالف الذكر، فَيُبيّن أحكامه وأسسّه في جملة من المواد، مع منح مساعدات مالية للتشجيع على الرضاعة الطبيعية أسوة بسيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه الذي تفتنّ المشرع الغربي³ لفقه أمير المؤمنين عمر رضي الله عنه واحتذى حذوه، رعاية منه لحقوق الطفل وعمل على ترقيتها وحمايتها⁴. بناء على ما سبق؛ يتوصل الباحث إلى أنّ أثر العرف بارز في هذه مسألة -أي إيجاب الرضاع على الزوجة- فظهر جلياً في مشهور مذهب المالكية، بخلاف مذهب جمهور الفقهاء والمشرع الجزائري في قانون الأسرة قبل التعديل، إذ اعتبر الرضاع آنذاك حقّاً للزوج على الزوجة في المادة: 2/39 من قانون 11/84 التي كانت تنص: "إرضاع الأولاد عند الاستطاعة"، خاصّة أنّ مرجعيتها الفقهية ما قال به جمهور الفقهاء في عبارة "عند الاستطاعة"، وهو أمر يوحي بنسب الرضاعة وليس بوجوبها، مع بعض الاستثناءات كما قال المالكية والتي تنقل حكم الرضاع من النّدب إلى الوجوب⁵.

ثم إنّ العُزف الغالب عندنا أنّ المرأة هي من ترضع ولدها بنفسها من غير أن يُجبرها زوجها على ذلك، وما جرى به العُزف فهو كالتشرط، لكن اليوم نجد أنّ كثير من الأمّهات استغنت عن

¹ نصّت المادة: 61/ب، ج من ق أ الليبي رقم: 10/84: "ب- يجب على الأمّ إرضاع ولدها دون أجر على ذلك ما دامت في عصمة أبيه. ج- فإنّ بانت استحقّت أجره على الإرضاع". حملته حملتها يوم 2024/06/10م، في السّاعة 10،

من موقع "المجمع القانوني الليبي" على الشبكة العنكبوتية، من الرّابط الآتي: <https://goo.su/nAcV3>

² يُنظر: وجادي صليحة، حماية حقّ الطفل في الرضاع بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري (مقال)، ص 81.

³ أخذ المشرع البلجيكي والكندي في قانون الضمان الاجتماعي بذلك. يُنظر: العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، 82/1.

⁴ يُنظر: وجادي صليحة، المرجع السابق، ص 81.

⁵ يُنظر: عماد شريف، المسائل المسكوت عنها في الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري، ص 150.

الباب الأول: أثر العُرف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

الرَّضَاعَةُ الطَّبِيعِيَّةُ المعروفة، واستعاضت عنها بالرَّضَاعَةِ الاصطناعِيَّةِ، وعلى هذا لا يكون الإرضاع واجباً في حقِّ الأم متى امتنعت عنه لسبب من الأسباب ما دام الحليب الاصطناعي يفي بالغرض، وهو حفظ حياة الطِّفْلِ، وإن كان لا يرقى إلى مستوى الحليب الطَّبِيعِيِّ، ولذلك فإنَّ كثيراً من أحكام الرِّضَاعِ التي تناولها الفقهاء سابقاً قابلة للمناقشة والتَّغْيِيرُ¹.

ثانياً- أثر العُرف في أجرَةِ الرِّضَاعَةِ في الفقه الإسلامي والتَّشْرِيعِ الجزائري: قد يحدث أن تقوم الأم بإرضاع ولدها بنفسها أو قد تُجْبَرُ على ذلك قضاءً، فهل تستحقُّ أجرَةَ الرِّضَاعِ؟ وللحديث في هذه المسألة وبيان ما يتبعها من أحكام لا بُدَّ لنا من التَّطَرُّقِ إلى أثر العرف في أحكامها في الفقه الإسلامي، ثم في التَّشْرِيعِ الجزائري، وتفصيلهما كالآتي:

1. أثر العُرف في أجرَةِ الرِّضَاعَةِ في الفقه الإسلامي: اتَّفَقَ فقهاء المسلمين² إلى أنَّ نفقة كلِّ شخص من ماله إنَّ كان له مال، وعليه، فإنَّ كان الرِّضِيع يملك مالاً فأجرَةُ إرضاعه تُدْفَعُ من ماله الخاص، وإلاَّ فوالد الرِّضِيع، أو المكلف بنفقته هو الملزم بدفعها إن كانت المرضعة أجنبية أو كانت أمُّ الرِّضِيع مطلقاً وانتهت عدَّتُها، عملاً بالآية الكريمة قال ﷻ: ﴿وَإِنْ كُنَّ أُولَاتِ حَمَلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَاتُّوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: 6]، وقوله ﷻ: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: 233].

هذا وقد اختلف الفقهاء حول استحقاق أم الرِّضِيع الأجرَةَ إن كانت الزَّوجِيَّة قائمة حقيقة أو حكماً، على رأيين؛ وتفصيلهما كالآتي:

الرَّأْيُ الْأَوَّلُ: ذهب فقهاء الحنفيَّة، والمالكيَّة، والشَّافعيَّة في رواية³، إلى أنَّ الأمَّ المرضعة لا يحقُّ لها أخذ أجرَةِ الرِّضَاعِ وهي في عصمة زوجها، واستدلَّ أصحاب هذا الرَّأْيِ بأدلة من القرآن الكريم، وبالمعقول:

- القرآن الكريم: بقوله ﷻ: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ﴾ [البقرة: 233]، وجه الدَّلالة: دلَّت الآية الكريمة بمنطوقها على وجوب إرضاع الأمِّ لابنها، خصوصاً أنَّ الأمر ورد بصيغة الخبر، وهو أَبْلَغُ وَجُوهِ الْأَمْرِ، وَالْأَمْرُ يُفِيدُ الْوُجُوبَ فَظَاهِرُهُ

¹ يُنظر: عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ص 235.

² الميداني، اللُّباب في شرح الكتاب، 292/1. والمواق، التَّاج والإكليل لمختصر خليل، 584/5. والقليوبي، حاشية قليوبي، 85/4. وابن قدامة، المغني، 82/6.

³ السَّرْحَسِي، المبسوط، 232/15. والقراقي، الذَّخِيرَةُ، 271/4. والنَّوَوِي، المجموع شرح المذهب، 314/18.

الباب الأول: أثر العُزف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

يَقْتَضِي أَنْ يَكُونَ الْإِرْضَاعُ وَاجِبًا عَلَيْهَا شَرْعًا وَالْإِسْتِحْجَارُ عَلَى مِثْلِ هَذَا الْعَمَلِ لَا يَجُوزُ¹. ولأنَّ العُزْفَ جَارٍ بِذَلِكَ فِي غَالِبِ أُمُورِ النَّاسِ أَنَّ الْمَرْأَةَ تَتَوَلَّى رِضَاعَ وَلَدِهَا بِنَفْسِهَا مِنْ غَيْرِ أَنْ يُكَلِّفَ زَوْجَهَا بِدَفْعِ أَجْرَةِ لَهَا، وَمَا جَرَى بِهِ الْعُزْفُ فَهُوَ كَالشَّرْطِ، وَلَئِنَّهُ لَوْ كَانَ لَا يَقْبَلُ مِنَ الرِّضَاعِ غَيْرَهَا لَرَمَاهَا إِرْضَاعُهُ². وَتُوقَّشَ دَلِيلُهُمْ: بِأَنَّ الْآيَةَ لَيْسَتْ خَاصَّةً بِالزَّوْجَةِ وَهِيَ فِي عَصْمَةِ الزَّوْجِ، بَلْ هِيَ عَامَّةٌ فِي الْمَطْلَقَاتِ وَالزَّوْجَاتِ، فَكَمَا أَنَّهُ يَجُوزُ لِلْمَرْأَةِ الْمَطْلُوقَةِ اخْتِادَ أَجْرَةِ الرِّضَاعِ، فَكَذَلِكَ الْأَمْرُ وَهِيَ فِي عَصْمَةِ زَوْجِهَا³. وَاسْتَنْى الْمَالِكِيَّةُ الْأُمَّ الشَّرِيفَةَ أَوْ الْمَطْلُوقَةَ الْبَائِتَةَ فَلَهَا طَلَبُ الْأَجْرَةِ مِنْ مَالِ الصَّبِيِّ إِنْ كَانَ لَهُ مَالًا، وَإِلَّا فَعَلَى الْأَبِ دَفْعَ الْأَجْرَةِ لَهَا⁴.

- **المعقول:** فاحتجوا بأدلة منه أورد بعضها منها:

- أَنَّ الرِّضَاعَ مُسْتَحَقٌّ عَلَى الْأُمِّ دِيَانَةً، وَبِنَاءٍ عَلَى ذَلِكَ لَا تَسْتَحِقُّ اخْتِادَ الْأَجْرَةِ عَلَيْهِ⁵. ثُمَّ إِنَّ الزَّوْجَةَ اسْتَحَقَّتْ نَفَقَةَ النِّكَاحِ عَلَى زَوْجِهَا، وَأَجْرَةَ النِّكَاحِ بِمَنْزِلَةِ النَّفَقَةِ، فَلَا تَسْتَحِقُّ نَفَقَتَيْنِ⁶.
- أَنَّ أَجْرَةَ الرِّضَاعِ يَجِبُ لِحِفْظِ الصَّبِيِّ، فَحِفْظُهُ وَغُسْلُهُ كَذَلِكَ يُعَدُّ مِنْ نَظَافَةِ الْبَيْتِ، وَمَنْفَعَةُ الْبَيْتِ تَحْصُلُ لِلزَّوْجَيْنِ، فَلَا يَجُوزُ لِلْأُمِّ أَنْ تَأْخُذَ عَوَضًا عَنْ مَنْفَعَةٍ تَحْصُلُ لَهَا⁷.

وَتُوقَّشَ اسْتِدْلَالُهُمْ بِالْمَعْقُولِ بِمَا يَأْتِي:

- بِالنِّسْبَةِ لِقَوْلِهِمْ: بِأَنَّ الرِّضَاعَ مُسْتَحَقٌّ عَلَى الْأُمِّ دِيَانَةً، وَيُجَابُ عَنْ هَذَا الْاسْتِدْلَالِ: بِأَنَّهُ وَإِنْ كَانَ وَاجِبًا دِيَانَةً إِلَّا أَنَّهُا تُجْبَرُ عَلَيْهِ قِضَاءً، وَبِالتَّالِي يَجُوزُ لَهَا اخْتِادَ الْأَجْرَةِ عَلَى الرِّضَاعِ⁸. وَقَوْلُهُمْ: بِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ الْجَمْعُ بَيْنَ نَفَقَتَيْنِ، أَجِيبُ عَنْهُ: بِأَنَّ الزَّوْجَةَ تَسْتَحِقُّ النَّفَقَةَ وَالْكُسُوءَ أَرْضَعَتْ أَوْ لَمْ تُرْضِعْ، حَيْثُ إِنَّ النَّفَقَةَ وَالْكُسُوءَ مُقَابِلُ التَّمْكِينِ، فَإِذَا اسْتَعْلَتْ بِالْإِرْضَاعِ لَمْ يَكْمُلِ التَّمْكِينُ، وَبِالتَّالِي يَجُوزُ لَهَا اخْتِادَ أَجْرَةِ الرِّضَاعِ⁹.

¹ يُنْظَرُ: السَّرْحَسِيُّ، الْمَبْسُوطُ، 232/15. وَالتَّوَوِيُّ، الْمَجْمُوعُ شَرْحُ الْمَهْذَبِ، 313/18-314.

² يُنْظَرُ: ابْنُ الْعَرَبِيِّ، أَحْكَامُ الْقُرْآنِ، 402/7.

³ يُنْظَرُ: عَبْدُ الرَّحْمَنِ الْمَقْدِسِيُّ، الشَّرْحُ الْكَبِيرُ عَلَى مَتْنِ الْمَقْنَعِ، 298/9.

⁴ يُنْظَرُ: الدُّسُوقِيُّ، حَاشِيَةُ الدُّسُوقِيِّ عَلَى الشَّرْحِ الْكَبِيرِ، 525/2.

⁵ يُنْظَرُ: السَّرْحَسِيُّ، الْمَصْدَرُ السَّابِقُ، 232/15. وَالزَّيْلَعِيُّ، تَبْيِينُ الْحَقَائِقِ شَرْحُ كَنْزِ الدَّقَائِقِ، 63/3.

⁶ يُنْظَرُ: الْكَاسَانِيُّ، بِدَائِعُ الصَّنَائِعِ فِي تَرْتِيبِ الشَّرَائِعِ، 41/4.

⁷ يُنْظَرُ: الْكَاسَانِيُّ، الْمَصْدَرُ نَفْسَهُ، 41/4.

⁸ يُنْظَرُ: ابْنُ قِدَامَةَ، الْمَغْنِي، 250/8.

⁹ يُنْظَرُ: الْقُرْطُبِيُّ، الْجَامِعُ لِأَحْكَامِ الْقُرْآنِ، 160/3.

الباب الأول: أثر العُزف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

- بالنسبة لاستدلالهم بأنه لا يصحُّ استئجارها؛ لأنَّ الإرضاعَ لحِفْظِ الصَّبِيِّ، وهو منفعة الزوجين، أوجب عنه: بأنَّ الزوج إذا أذنَ لزوجته بأن ترضع ولد غيره بالأجرة فإنه يجوز، فكذلك الأمر هنا، كإجارة نفسها للحياطة وغيرها، فإذا استأجرها زوجها لإرضاع ولده، فقد أذن لها بإجارة نفسها، فصَحَّ كما يصحُّ من الأجنبي¹.

الرأي الثاني: ذهب كلٌّ من الشافعية²، والحنابلة³ إلى أنه يحقُّ للأم أخذ أجره إرضاع الولد وهي في عصمة الزوج، ومدة استحقاق الأجرة على الرضاع هي سنتان فقط³. فإن لم تُحدِّد لها الأجرة استحقَّت الأم أجره المثل: "وهي التي تقبل امرأة أخرى أن ترضع الولد في مقابلها. وتقديرها متروك للقاضي، فلو طلبت الأم أكثر من أجر المثل لا يُجاب إلى طلبها"⁴.

واحتج أصحاب هذا الرأي بأنَّ الرضاع حقٌّ للزوجة وليس واجباً عليها، ولها الحق في الأجرة إن طالبت بها⁵ بأدلة من القرآن الكريم، والمعقول، نذكر منها:

- القرآن الكريم: بقوله ﷻ: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَاتُّوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: 06]، وجه الدلالة: دلَّت الآية الكريمة بمنطوقها على جواز أخذ الأم أجره مقابل إرضاع لابنها، وخصوصاً أنَّ الآية الكريمة جاءت بصيغة العموم، فلم تُخصَّص الإرضاع بحالة انفصال الزوجة عن زوجها، بل شملت بعمومها فيما إذا كانت الزوجة بعصمة الزوج وبغير عصمته⁶. وثوقش دليلهم: بأنَّ الآية وردت في المطلقات إذا أرضعن أولادهنَّ، فإذا أرضعت الأم ابنها بعد طلاقها، فقد وجبت لها أجره الرضاعة⁷، بخلاف ما إذا كانت في عصمة زوجها، فإنَّها لا تستحقُّها.

- المعقول: فاحتجوا به، على النحو الآتي:

¹ يُنظر: ابن قدامة، المغني، 251/8.

² النووي، المجموع، 314/18. والماوردي، الحاوي الكبير، 388/7. وابن قدامة، المصدر السابق، 82/6.

³ ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، 211/3. والعدوي، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، 128/2.

⁴ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، 30/10.

⁵ جاسم وردة، أجره الرضاعة بين الفقه وقانون الأسرة الجزائري -دراسة فقهية مقارنة في ضوء مقاصد الشريعة (مقال)، ص122

⁶ يُنظر: عبد الرحمن المقدسي، الشرح الكبير على متن المقنع، 298/9.

⁷ يُنظر: السرخسي، المبسوط، 119/15. والماوردي، المصدر السابق، 477/11.

الباب الأول: أثر العُزف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

- أنَّ الرِّضَاع عقد إجارة يجوز من غير إذن الزوج، ولا تجبر عليه إن امتنعت فيصح الاستئجار عليه كالخياطة وغيرها من الأعمال¹. وأنَّ الأمَّ أحنُّ وأشفق على الطفل من غيرها، كما لو طلبت الأجنبية إرضاعه بأجر المثل، فالأمُّ أولى²؛ أي: بإرضاعه بأجر المثل. وأنَّ أجرة الرِّضَاع تَجِبُ لِحِفْظِ الصَّبِيِّ، فَحِفْظُهُ وَغُسْلُهُ كَذَلِكَ يُعَدُّ مِنْ نَظَافَةِ الْبَيْتِ، وَمَنْفَعَةُ الْبَيْتِ تَحْصُلُ لِلزَّوْجَيْنِ، فَلَا يَجُوزُ لِلْأُمِّ أَنْ تَأْخُذَ عَوْضًا عَنْ مَنْفَعَةٍ تَحْصُلُ لَهَا³. وتُوقَّشَ استدلالهم: بأنَّه يجوز استئجارها من غير إذن الزوج للإرضاع، أُجِيبَ عنه: بأنَّ استئجارها من غير إذن الزوج وهي في عصمتها، لا بُدَّ أن يكون بإذن زوجها، وإلا فلا يجوز لها ذلك. كما لا يجوز استئجارها على عمل البيت كالكنس وغيره⁴.

كما تُوقَّشَ قياسهم الأم المرضعة على الأجنبية من حيث جواز أخذ الأجرة، من جانبين: أولهما: أنَّ القياس في هذه المسألة هو قياس مع الفارق؛ وذلك أنَّ الأمَّ بإرضاعها لولدها عاملة عند نفسها، لأنَّ ولدها يُعَدُّ مقصد من مقاصد النِّكاح بالنِّسبة لها، والفائدة تعود عليها وعلى زوجها بانتفاع ولدهما، وكذلك فإنَّ إرضاعها لولدها واجب عليها، بخلاف الأجنبية فلا يجب عليها إرضاعه، ولا تعتبر عاملة لنفسها في الإرضاع⁵.

وثانيهما: أنَّ الرِّضَاع مستحقٌّ على الأمِّ ديانة، وبناءً على ذلك فإنَّها لا تستحقُّ الأجرة على الرِّضَاع⁶. أمَّا قولهم: بجواز أخذ الزَّوجة لأجرة الرِّضَاع بالإضافة للنِّفقة، تُوقَّشَ بأنَّ الزَّوجة مستحقة للنِّفقة على زوجها، وأجرة الرِّضَاع من النِّفقة، وبالتالي لا تَسْتَحِقُّ نَفَقَتَيْنِ عليه⁷.

تحرير محل النزاع والترجيح:

أُخْتَلِفَ فِي الرِّضَاعِ هَلْ هُوَ حَقٌّ لِلْأُمِّ أَوْ عَلَيْهَا؟ وَيَتَرَتَّبُ عَلَى أَنَّهُ حَقٌّ لِلْأُمِّ اخْتِذُ الْأَجْرَةِ وَعَلَى أَنَّهُ حَقٌّ عَلَيْهَا أَنَّهُ لَا أَجْرَةَ لَهَا⁸.

¹ يُنْظَرُ: السَّرْحَسِيُّ، المبسوط، 232/15. والزَّيْلَعِيُّ، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، 63/3.

² يُنْظَرُ: الشَّرِينِيُّ، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، 188/5.

³ يُنْظَرُ: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، 41/4.

⁴ يُنْظَرُ: السَّرْحَسِيُّ، المصدر السابق، 119/15. والماوردي، الحاوي الكبير، 477/11.

⁵ يُنْظَرُ: السَّرْحَسِيُّ، المصدر السابق، 119/15. والزَّيْلَعِيُّ، المصدر السابق، 63/3.

⁶ يُنْظَرُ: السَّرْحَسِيُّ، المصدر السابق، 119/15. والمرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدي، 291/2.

⁷ يُنْظَرُ: الكاساني، المصدر السابق، 192/4. السَّرْحَسِيُّ، المصدر السابق، 119/15.

⁸ يُنْظَرُ: العدوي، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، 129/2.

الباب الأول: أثر العُرف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتَّشريع الجزائري

بعد عرض أقوال الفقهاء في المسألة وأدلتهم ومناقشتها، فالقول الذي يترجَّح للباحث هو قول جمهور الفقهاء القائلين بعدم أخذ الأم أجره الرِّضاع وهي في عصمة زوجها حقيقة أو حكماً؛ وذلك لقوة أدلتهم هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإنَّ العلاقة الزَّوجية لا زالت قائمة بينهما، والزَّوج مكلف بالتَّفقة عليها، فطلب الزَّوجة لأجره الرِّضاع في هذه الحالة يؤدي إلى إرهاب الزوج، وتكليفه فوق طاقته، لا سيما إن كان من أصحاب الدَّخل الماديِّ المحدود، وهذا بدوره قد يؤدي إلى تعكير صفوة العلاقات الزَّوجية بينهما، فأرجاء المطالبة بها قد يساهم في عودة العلاقة بينهما إلى وضعها العادي القائم على أساس المودة والتَّعاون، وأن يعيش أولادهما في كنف أسرة مستقرة وسعيدة.

2. أثر العُرف في أجره الرِّضاعة في التَّشريع الجزائري: لم ينص المشرِّع من خلال نصوص قانون الأسرة على أجره الرِّضاعة، الأمر الذي يدعو القاضي إلى الرُّجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية تطبيقاً لنص المادة: 222 من ق أ ج، ولعلَّ في سكوته عن أجره الرِّضاعة أنَّه أخذ بالعرف السائد عندنا إذ الغالب أنَّ المرأة تتولى إرضاع ولدها بنفسها من غير أن يُكَلَّفَ زوجها بدفع أجره لها، وما جرى به العُرف فهو كالشَّرْط. ثم إنَّ بعض المعلومات المصرح بها في وسائل الإعلام أو من قبل المختصين أثبتت أن 46,7% من الأمهات في الجزائر يرضعن أطفالهن رضاعة طبيعية إلى غاية السنة الأولى من الولادة¹، وأنَّ نسبة 94% من المواليد الجدد يعتمدون على الحليب الاصطناعي².

وبالتالي يمكن القول إنَّ أغلب الآباء أصبحوا يدفعون أجره الرِّضاع لشركات تصنيع الحليب بدلاً عن زوجتهم إن صحَّ التعبير، فكلُّ هذه المعطيات تدعو إلى إعادة النَّظر في بعض أحكام الرِّضاع التي تناولها الفقهاء سابقاً. وعليه فمحمل القول في أثر العرف في مسألة أجره الرِّضاعة لا نجد له أثر في التَّشريع الجزائري، ولعلَّ ذلك يرجع إلى سكوت المشرِّع عن هذه المسألة بحكم أنَّ العرف السائد عندنا لا يُقرُّ بمنح الزَّوجة والمطلَّقة أجره على إرضاع ولدها، وإنَّما لهذه الأخيرة مبلغ

¹ يُنظر: 46,7% من الأمهات في الجزائر يرضعن أطفالهن رضاعة طبيعية إلى غاية السنة الأولى من الولادة، دون ذكر صاحبه، اطلعت عليه يوم 2024/6/4م، في الساعة 22:00، من موقع "وكالة الأنباء الجزائرية"، على الشبكة العنكبوتية،

من الرِّابط الآتي: [HTTPS://LN.run/Q3JeG](https://ln.run/Q3JeG)

² يُنظر: بلقاسم شافي، 94 بالمائة من أطفال الجزائر محرومون من حليب الأم (مقال)، اطلعت عليه يوم 2024/6/4م، في الساعة 22:00، في جريدة "الشروق"، على الشبكة العنكبوتية، من الرِّابط الآتي: [HTTPS://LN.RUN/JU9E4](https://ln.run/JU9E4)

الباب الأول: أثر العُرف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

مالي كنفقة شهرية لكل ولد، إذ في الغالب أنّ المرأة هي من تتولى إرضاع ولدها بنفسها من دون أن يُكَلَّفَ زوجها بدفع أجرة لها، وهو الأصل الذي جرى عليه عرف المسلمين في ديارهم من عهد رسول الله ﷺ إلى يومنا، فالمرأة هي من ترضع ولدها، وهي أولى الناس بذلك¹. وهذا يتوافق مع ما ذهب إليه جمهور الفقهاء.

غير أنّ ما تحدّث عنه الفقهاء في مسألة الإرضاع ودفع أجرة الرضّاع وأجرة المثل والتفريق بين الشّريفة وغيرها، كلّها مسائل عرفية، لا وجود لها عندنا في الزّمن الحالي، لأنّ أغلب النّساء عندنا ترضع أولادهن دون تفريق بين شريفة وغيرها. وإن كان للتطورات الحاصلة في المجتمع واشتغال المرأة خارج البيت سبب لترك الرضّاعة الطّبيعيّة والاستعاضة عنها بالحليب الصناعيّ.

بناء على سبق؛ فإنّ أثر العُرف في حقوق الزّوجة والأبناء على الزّوج في كل من الفقه الإسلاميّ والتّشريع الجزائريّ يظهر في كونه يُعتمدُ عليه في الأمور التي ليس فيها تحديد شرعيّ، أي أنّه مفسرا لبعض الأحكام الشرعية التي ثبتت بالنّص وترك الشّارع والمشرّع تفصيلها للعرف، أو مكملًا لبعضها الآخر المسكوت عنها، فيكون العرف هو الدليل الوحيد المساعد على تكملة ما وجد بها من نقص، فيكون بذلك مصدرا للتّشريع.

¹ يُنظر: عمر سليمان الأشقر، الواضح في شرح قانون الأحوال الشّخصيّة، ص 337.

خلاصة الباب الأول:

تطرق الباحث في هذا الباب إلى أثر العرف في الزواج وأحكامه، فبيّن في الفصل الأول أثر العرف في مُقدّمات الزواج، وتناول فيه أثر العرف في جملة من أحكام الخطبة؛ كتحديد أثره في اختيار الخطابين، وتحديد سنّهما، والشورى في الخطبة، ثم تعرّض لمواصفات الخطابين والعلاقة بينهما، ثم تكلم عن أحكام النظر والتوكيل فيه، ثم انتقل لبيان أثر العُرف في أحكام الخطبة والعدول عنها، فتحدّث عن تكييف الخطبة والفتحة واقتراحهما، ثم أثره في أحكام العدول عنها، وكل ذلك بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري.

أمّا الفصل الثاني: فجعله لأثر العرف في أحكام الزواج، فتعرّض لأثر العرف في مفهوم الزواج والنكاح، فتناول في هذا العنصر أثر العرف في مفهوم الزواج، وفي أركانه، ثم في مفهوم النكاح، ثم تكلم عن أثر العرف في الاشتراط بعقد الزواج، ثم عن أثره في الشروط الموضوعيّة المتمثلة في الصّدق والولي، وأخيرًا لأثر العرف في حقوق الزوجين والأبناء، فتحدّث عن أثره في الحقوق المشتركة بين الزوجين، ثم أثره في حقوق الزوج على زوجته، ثم أثره في حقوق الزوجة والأولاد.

ليتوصل البحث إلى أنّ الفقه الإسلامي قد فصّل في كلّ مسألة من هذه المسائل بالقدر الكافي وقد برز أثر العرف جليًا في تلك المسائل في الفقه الإسلامي، أمّا في التشريع الجزائري فقد وجد الباحث بعض المسائل نصّ عليها المشرّع الجزائري في بعض موادّه القانونيّة بشكل صريح أو ضمني¹، أو في بعض اجتهاداته القضائيّة والتي ظهر أثر العرف فيها بشكل بارز، وبعضها الآخر يمكن للقاضي إيجاد حلّ لها اعتمادًا على نصّ المادة: 222 من ق أ ج²، وذلك من خلال الرّجوع إلى العرف كمصدر من مصادر التشريع في الشريعة الإسلاميّة والقانون الوضعي. خاصّة وأنّ هناك قضايا وأعرافًا مستجدّة، هذه الأخيرة منها ما هي صالحة ومعتبرة شرعًا، ومنها ما هي فاسدة ومخالفة للشّرع الحنيف ينبغي للمشرّع الجزائري بيان أحكامها ويحدد موقفه منها.

¹ المواد القانونية: 2/10، و1/15، و2/15، و17، و2/33، و1/36، و2/36، و3/36، و6/36، و7/36، و78.

أمّا بقية المواد القانونية يمكن أن نستخلص منها بطريقة ضمنية الإشارة إلى العرف. يُنظر: فهرس المواد القانونيّة.

² يُنظر: القرار رقم: 21022، بتاريخ 1998/11/17م، ورقم: 44630، بتاريخ 1987/2/9م، ورقم: 358665، بتاريخ 2006/4/12، ورقم: 415123، بتاريخ 2008/3/12، ورقم: 1054305، بتاريخ 2017/2/1م، أمّا بقية

القرارات فلم تخرج عمّا هو مقرر في الشرع والعرف. يُنظر: فهرس القرارات القضائيّة.

الباب الثاني: أثر العُرف في انحلال الزواج وأحكامه

في الفقه الإسلامي والتّشريع الجزائريّ

وفيه فصولان:

الفصل الأوّل: أثر العُرف في طرق انحلال الزواج

في الفقه الإسلاميّ والتّشريع الجزائريّ

الفصل الثاني: أثر العُرف في آثار انحلال الزواج

في الفقه الإسلاميّ والتّشريع الجزائريّ

الفصل الأول: أثر العُرف في طرق انحلال الزّواج

في الفقه الإسلاميّ والتّشريع الجزائريّ

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: أثر العُرف في انحلال الزّواج بالطلاق

في الفقه الإسلاميّ والتّشريع الجزائريّ

المبحث الثاني: أثر العُرف في انحلال الزّواج بالخلع

في الفقه الإسلاميّ والتّشريع الجزائريّ

المبحث الأول: أثر العُرف في انحلال الزّواج بالطلاق
في الفقه الإسلاميّ والتّشريع الجزائريّ
وفيه مطلبان:

المطلب الأوّل: أثر العُرف في أحوال المُطلّق وأحكامه
في الفقه الإسلاميّ والتّشريع الجزائريّ
المطلب الثّاني: أثر العُرف في ألفاظ الطّلاق وصيغته
في الفقه الإسلاميّ والتّشريع الجزائريّ

الباب الثاني: أثر العُزف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

يعتبر الطلاق مشكلة اجتماعية ونفسية تؤرق المجتمعات عامة، ويبدو أنها في تزايد مستمر في مجتمعنا، وإذا كان الطلاق أبغض الحلال إلى الله لما ينتج عنه من آثار سلبية تساهم في تفكك الأسر والمجتمعات، إلا أنه قد يكون هو الحل الأخير الذي يلجأ إليه عند استنفاد جميع طرق الإصلاح بين الزوجين.

لكن هل كل طلاق يوقعه المطلق يقع، أم أن هناك حالات لا يقع فيها الطلاق؟ وهل له ألفاظ وصيغ مخصوصة يقع بها، أم يقع بكل لفظ؟

للإجابة عن هذه الأسئلة لا بُدَّ أن أتحدث عن أثر العرف في أحوال المطلق وأحكامه في (مطلب أول)، ثم عن أثره في ألفاظ الطلاق وصيغته في (مطلب ثانٍ)، وكل ذلك في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، وفيما يأتي تفصيل ذلك:

المطلب الأول: أثر العُرف في أحوال المطلق وأحكامه

في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

يعتبر الطلاق مشكلة اجتماعية ونفسية تؤرق المجتمعات عامة، ويبدو أنها في تزايد مستمر في مجتمعنا، وإذا كان الطلاق أبغض الحلال إلى الله لما ينتج عنه من آثار سلبية تساهم في تفكك الأسر والمجتمعات، إلا أنه قد يكون هو الحل الأخير الذي يلجأ إليه عند استنفاد جميع طرق الإصلاح بين الزوجين. لكن هل كل طلاق يوقعه المطلق يقع أم أن هناك حالات خاصة لا يقع فيها الطلاق.

وفي هذا المطلب سأتكلم عن أثر العرف في بعض أحوال المطلق وأحكامه، لكن قبل بيان ذلك، لا بُدَّ أن أُحدد ما المقصود بالمطلق؟ ومن هو المطلق الذي يؤثر العرف في أحواله وأحكامه؟

فالمطلق بصفة عامة، وهو الذي يملك إيقاع الطلاق، فيكون الزوج، أو نائبه من وكيل أو حاكم، أو غيره، لقوله ﷺ: «وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَلَبَّغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُوهُنَّ» [البقرة: 232]، ولحديث ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «إِنَّمَا الطَّلَاقُ لِمَنْ أَخَذَ بِالسَّاقِ»¹. وإذا كان الطلاق بيد الزوج، فلا يمكن إيقاعه على وجه صحيح ومرتبب لآثاره، إلا إذا توافرت فيه شروط معينة، أذكرها على النحو الآتي:

— أن يكون عاقلًا بالغًا، فإذا وقع الطلاق من زوج بالغ عاقل؛ وقع طلاقه، ونُقِلَ الإجماع على ذلك²؛ لأنَّ علَّةَ عدم إيقاع طلاق المجنون والصبي؛ أنَّهما ليس لهما إرادة في إيقاع الطلاق. غير أنَّ هذه الشروط ليست جميعها محلَّ اتفاق بين الفقهاء، لذا ترتَّب عليها اختلافهم في حكم طلاق المُكرِه، وطلاق السُّكران.

¹ أخرجه البيهقي في سننه الكبرى، كتاب الرجعة، باب ما جاء في عدد طلاق العبد، رقم: 14956، 370/7. وابن ماجه في سننه، كتاب الطلاق، باب طلاق العبد، رقم: 2081، 672/1. والدارقطني في سننه، كتاب الطلاق والخلع والإيلاء وغيره، رقم: 3992، 67/5. قال عنه الألباني: "حديث حسن". إرواء الغليل، 108/7.

² يُنظر: ابن عابدين، ردُّ المختار على الدر المختار، 229/3. وابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 102/3. وابن قاسم، حاشية الروض المربع، 500/6.

الباب الثاني: أثر العُرف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتّشريع الجزائري

لذا ارتأيت أن أقسّم هذا المطلب إلى فرعين؛ فأخصّص الأوّل منهما: لأثر العُرف في أحكام طلاق المُكره، والثّاني: لأثره في أحكام طلاق السّكران، وكلّ منهما في الفقه الإسلاميّ والتّشريع الجزائريّ. وفيما يأتي تفصيل أحكامهما:

الفرع الأوّل: أثر العُرف في طلاق المُكره في الفقه الإسلاميّ والتّشريع الجزائريّ

قبل معرفة أثر العرف في طلاق المكره لا بُدّ أن أضع تعريفاً للإكراه وطلاق المكره. ثم أُبين أحكام طلاق هذا الأخير في الفقه الإسلاميّ والتّشريع الجزائريّ.

يُعرّف الإكراه بأنّه: "فِعْلٌ يَفْعَلُهُ الْإِنْسَانُ بِغَيْرِهِ فَيُزُولُ بِهِ الرِّضَا"¹. وذكر آخر: "الإِكْرَاهُ أَنْ يَصِيرَ الرَّحْلُ فِي يَدَيْ مَنْ لَا يَقْدِرُ عَلَى الْإِمْتِنَاعِ مِنْهُ"². وقيل: "الإِكْرَاهُ الْحُمْلُ عَلَى فِعْلٍ مَكْرُوهٍ"³. وعرّف المشرّع الجزائريّ الإكراه في المادة: 1/88 من القانون المدني بأنه: "هو الرهبة التي تبعث دون حقّ في نفس أحد المتعاقدين فتحمله على التعاقد"⁴. وجمعا بين تعريفَي الإكراه والطلاق⁵ اصطلاحاً، يمكن صياغة تعريف لطلاق المُكره على التّحو الآتي: هو حمل إنسان مكلف على حلّ النّكاح أو إزالته أو رفع قيده في الحال أو المآل بغير رضاه ودون وجه حقّ.

وتفصيل القول في هذا النوع من الطّلاق يكون بتناول أحكامه، في الفقه الإسلاميّ (أولاً) ثم في التّشريع الجزائريّ (ثانياً).

أولاً- أثر العُرف في حكم طلاق المُكره في الفقه الإسلاميّ: الأصل في الطّلاق أن يصدر عن طواعية المُطلّق، بمعنى أن لا يشوب إرادة المُطلّق عيب من عيوب الإرادة كالإكراه⁶، غير أنّه لا

¹ الزّليعي، تبين الحقائق شرح كنز الدّقاق، 218/15.

² الشّافعي، الأمّ، 240/3.

³ ابن عاشور، التّحرير والتّنوير، 25/3.

⁴ العربي بلحاج، النّظرية العامّة للتّزام في القانون المدني الجزائريّ، ص115.

⁵ يُعرّف الطّلاق بأنّه: "هو حلّ رابطة الزّوجيّة الصّحيحة من جانب الزّوج بلفظ مخصوص، أو ما يقوم مقامه في الحال أو المآل". مصطفى شلي، أحكام الأسرة في الإسلام، ص491. وعرّفه المشرّع الجزائريّ في المادة: 48 من ق أ ج بقوله: "الطلاق حلّ عقد الزّواج، ويتمّ بإرادة الزّوج أو بتراضي الزّوجين أو بطلب من الزّوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون".

⁶ يُنظر: عماد شريفي، المسائل المسكوت عنها في الزّواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري، ص205.

الباب الثاني: أثر الغُزف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتَّشريع الجزائري

خلاف بين الفقهاء في أنَّ الإكراه بحقَّ يَقَعُ به الطَّلَاق، وإِنَّمَا اختلفوا في حكم طلاق المُكره بغير حقَّ، على قولين؛ وببانهما كالآتي:

القول الأول: إِنَّه لا يقع طلاق المُكره، وهو قول جمهور الفقهاء من المالكية¹ والشافعية² والحنابلة³، وبه قال جمع من الصحابة والتابعين⁴؛ لأنَّ الإكراه لا يكون مع الاختيار لإفساده إِيَّاه، وإِيَّاه، والتَّصرف الشرعي إِنَّمَا يُعتبر شرعاً بالاختيار، فإن فات الاختيار لم يكن للتَّصرف اختيار، وطلاق المُكره في الحقيقة قولٌ أُكْرِهَ عليه بغير حقَّ فلا يجوز أن يثبت له حكم، وكيف يصحُّ إيقاع طلاق المُكره مع العلم يقيناً أَنَّهُ لا يُريد الطَّلَاق ولا يقصده ولا حاجة له فيه⁵. وقد استدللَّ أصحاب القول الأول على عدم وقوع طلاق المُكره بما يأتي:

- الكتاب: بقوله ﷺ: «مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيمَانِهِ إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالإِيمَانِ» [النحل:106]، فدلَّت الآية "أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى لَمَّا وَضَعَ الْكُفْرَ عَمَّنْ تَلَفَّظَ بِهِ حَالِ الإِكْرَاهِ، وَأَسْقَطَ عَنْهُ أَحْكَامَ الْكُفْرِ، سَقَطَ عَنِ الْمُكْرَهِ مَا دُونَ الْكُفْرِ؛ لِأَنَّ الْأَعْظَمَ إِذَا سَقَطَ، سَقَطَ مَا هُوَ دُونُهُ بِطَرِيقِ الْأَوَّلَى"⁶.

- السُّنَّة النبوية: فعن ثوبان رضي الله عنه عن النَّبِيِّ ﷺ قال: «رُفِعَ عَنْ أُمَّتِي الْخَطَأُ وَالنِّسْيَانُ وَمَا اسْتَكْرَهُوا عَلَيْهِ»⁷. وجه الاستدلال: أَنَّ الحديث "اقتضى أَنَّ يَكُونَ طَلَاقُ الْمُكْرَهِ مَرْفُوعاً"⁸.

¹ مالك بن أنس، المدونة، 83/2. وابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 101/3.

² النووي، المجموع شرح المذهب، 67/17. والجويني، نهاية المطلب في دراية المذهب، 156/14.

³ ابن قدامة، المغني، 382/7. وابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، 296/6.

⁴ منهم: عمر بن الخطاب، وعلي بن طالب، وعائشة، وابن عباس، وغيرهم. ومن التابعين: عمر بن عبد العزيز، والحسن البصري، وشريح، وغيرهم. ابن رشد، المصدر السابق، 101/3. والعمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، 70/10. وابن قدامة، المصدر السابق، 382/7.

⁵ يُنظر: عبد الرحمن المقدسي، الشَّرح الكبير على المقنع، 41/8.

⁶ الصَّنْعَانِي، سبل السَّلام، 177/3.

⁷ أخرجه ابن ماجه في سننه، كتاب الطَّلَاق، بَابُ طَلَاقِ الْمُكْرَهِ وَالنَّاسِي، رقم: 2045، 659/1. وابن حبان، في صحيحه، كِتَابُ إِخْبَارِ ﷺ عَنْ مَنَاقِبِ الصَّحَابَةِ ﷺ، رقم: 7219، 202/16. والبيهقي في سننه الكبرى، كتاب الطَّلَاق، بَابُ مَا جَاءَ فِي طَلَاقِ الْمُكْرَهِ، رقم: 15096، 584/7. قال عنه الألباني: "حديث صحيح". صحيح وضعيف سنن ابن ماجه، 45/5.

⁸ الماوردي، الحاوي الكبير، 552/10.

الباب الثاني: أثر العُزف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

من الآثار: ما روي عَنْ صَفْوَانَ بْنِ عِمْرَانَ رضي الله عنه عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ أَنَّهُ قَالَ: "لَا قَيْلُولَةَ فِي الطَّلَاقِ"¹؛ "أي لا رجوع فيه إذا طلقها ثلاثاً، وهو مصدر قَالَ يَقِيلُ قَيْلُولَةً وَقَائِلَةً إذا نام في نصف النهار"².

مناقشة بعض أدلة القائلين بعدم وقوع طلاق المكره (وهم جمهور الفقهاء):

1. فالجواب عن الحديث: «رُفِعَ عَنْ أُمَّتِي الْخَطَأُ وَالنَّسْيَانُ وَمَا اسْتَكْرَهُوا عَلَيْهِ»³. بأن هذا الحديث لا عموم له؛ لأنه من باب المقتضى، لا يجوز تقدير الحكم الشامل لحكم الدنيا، والآخرة بل إما حكم الدنيا وإما حكم الآخرة، والإجماع على أن حكم الآخرة وهو المؤاخذة مراد فلا يُراد الآخرة معه، وإلا يلزم عمومها فيشمل ما إذا أكره على التوكيل بالطلاق فوكل فطلق الوكيل فإنه يقع⁴.

وقد ترتب على حكم الجمهور بعدم وقوع الطلاق من المكره الحاجة إلى ضبط الإكراه الذي لا يقع معه الطلاق، فوضعوا شروطاً متى توفرت بطل التصرف الواقع تحت تأثير الإكراه. وقد قيل: إِنَّ الْإِكْرَاهَ يَكُونُ بِخَوْفٍ مُؤَلَّمٍ مِنْ قَتْلِ أَوْ ضَرْبٍ، أَوْ نَحْوِهِ. وهذا الخوف أو الألم لا يقتصر على التهديد بقتل الأصول، أو الفروع، أو ضربهم، وإنما يكون في بعض الحالات، ولدى بعض القبائل يكون بقتل الأخ، أو ابن العم، أو غيره من الأقارب مخوفاً، ومؤلماً⁵.

وقد حدد الفقهاء شروطاً متى اجتمعت لم يقع طلاق المكره، وفيما يأتي ذكرها بإيجاز:

- قدرة المكره على تحقيق ما هدّد به المكره بولاية، أو تغلب.
- عجز المكره عن دفع المكره بهرب، وغيره كالاستغاثة.
- ظلُّ المكره أنه إن امتنع عن فعل ما أكره عليه، حقق المكره فعل ما خوّفه به المكره.
- أَنْ يَكُونَ مِمَّا يَسْتَضِرُّ بِهِ ضَرَرًا كَثِيرًا، كَالْقَتْلِ، وَالضَّرْبِ الشَّدِيدِ، وَنَحْوِهِ⁶.

¹ أخرجه سعيد بن منصور في سننه، كتاب الطلاق، باب ما جاء في طلاق المكره رقم 1130، 314/1. قال ابن حجر العسقلاني: "أنه وإيه جداً". ينظر: التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، 468/3.

² محمد عميم البركتي، قواعد الفقه، ص 438.

³ الحديث سبق تربيخه، ص 267.

⁴ ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، 137/9.

⁵ يُنظر: إلهام عبد الله باجنيد، أثر العُزف في الفرق ومتعلقاتها من أحكام فقه الأسرة - دراسة تطبيقية مقارنة -، ص 154.

⁶ يُنظر: البُخَيْرِيُّ، حاشية البُخَيْرِيِّ على شرح المنهج، 32/13. وابن قدامة، المغني، 383/7.

الباب الثاني: أثر العُرف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

وهذا يَجْرُجُ بنا إلى نظرة أوسع لتشمل صوراً أخرى للإكراه غير تلك التي احتوتها كتب الفقهاء، والتي تعتبر نماذج تطبيقية لذلك الضابط. وهذه هي ميزة الاستناد إلى ما تعارفه الناس، وما كان في نظرهم كثيراً، أو يسيراً؛ إذ أنه يجعل الجزئيات الواقعة تحته تختلف من عصر إلى عصر، ومن زمن إلى زمن، وقد لا تتغير وإنما تتجدد صور أخرى تندرج تحت ذلك الضابط. وهو معنى ما تقرّر سابقاً، من أن شرط الاطراد والغلبة في العرف لا يقتصر على ما سطر من الأحكام في كتب الفقهاء، وإنما يتسع ليشمل الأعراف المتجددة، والقائمة في وقت الحادثة¹.

القول الثاني: طلاق المُكرِه يقع، وهو قول الحنفية²، وبعض الصحابة ومن التابعين³، وعلة وقوعه هي حاجة المُكرِه في أن يتخلص عما تُوعَد به من القتل أو الجرح. فالمُكرِه عَرَفَ الشَّرَّينِ الهلاك والطلاق فاخْتَارَ أهْوَهُمَا، وهو إيقاع الطلاق فهو مختار اختياراً كاملاً⁴. واستدلوا أصحاب أصحاب القول الثاني بما يأتي:

- **الكتاب:** احتجوا بعموم قوله ﷺ: «**فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ**» [البقرة: 230]، "وهذا تمويه منهم؛ لأن الله تعالى الذي قال هذا، قال: «**وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا كَسَبَتْ قُلُوبُكُمْ**» [البقرة: 225]. والمُكرِه لم يُطْلَق قط، إنما قيل له: قل: هي طالق ثلاثاً؟ فحكى قول المُكرِه له فقط.

- **السنة:** بما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «**ثَلَاثٌ جِدْهِنَّ جِدٌّ، وَهَزْلُهُنَّ جِدٌّ: النِّكَاحُ، وَالطَّلَاقُ، وَالرَّجْعَةُ**»⁵. ثم إن الزوج قصد إيقاع الطلاق في منكوحته في حال

¹ يُنظر: إلهام عبد الله باجنيد، أثر العُرف في الفرق ومتعلقاتها من أحكام فقه الأسرة - دراسة تطبيقية مقارنة -، ص 154.

² السرخسي، المبسوط، 212/27. والكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، 100/3.

³ منهم: عثمان بن عفان، ومن التابعين: النخعي، والزهري، والثوري. ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، 145/9.

وابن رشد، بداية المجتهد، 101/3. والعمري، البيان في مذهب الإمام الشافعي، 71/10. وابن قدامة، المغني، 382/7.

⁴ يُنظر: ابن الهمام، فتح القدير، 488/3. والعيني، البناية شرح الهداية، 299/5.

⁵ أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الطلاق، باب الطلاق على الهزل، رقم: 2194، 295/2. والترمذي في سننه، أبواب الطلاق واللعان، كتاب ما جاء في الجد والهزل في الطلاق، رقم: 1184، 482/3. وابن ماجه في سننه، كتاب الطلاق، باب من طلق أو نكح أو راجع لاعتباً، رقم: 2039، 658/1. والحاكم في مستدركه، رقم: 2800، 216/2. وحسنه الألباني في إرواء الغليل، 228/6.

الباب الثاني: أثر العزف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

أهليته؛ دفعًا لحاجته، اعتبار بالطائع؛ وهذا لأنه عَرَفَ الشَّرَّينِ واختار أهونهما، وهذا آية القصد والاختيار، إلا أنه غير راضٍ بحكمه، وذلك غير محل به، كالهازل¹.

مناقشة أدلة القائلين بوقوع طلاق المكره (وهم الحنفية):

1. أمّا الجواب عن الآية: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ﴾ [البقرة: 230]، فهو أنه قال: "فإن طلقها" والمكره غير مطلق، ولو صحَّ دخوله في عمومها لكان مخصوصًا بالنصوص التي تدلُّ على وقوع طلاقه².

2. أمّا الجواب عن قوله ﷺ: «ثَلَاثُ جِدْهَنْ جِدٌّ، وَهَزْلُهُنَّ جِدٌّ: النِّكَاحُ، وَالطَّلَاقُ، وَالرَّجْعَةُ»³، فيقال: إنَّ المكره ليس بجادٍّ ولا هازلٍ، فخرج عنهما كالمجنون؛ لأنَّ الجادَّ قاصد مريد المُرَقَّة، والهازل قصد للفظ غير مريد للمُرَقَّة، والمكره غير قاصد للفظ ولا مريد للمُرَقَّة⁴.

تحرير محل النزاع والترجيح:

يمكن أن تُرجع أسباب الاختلاف بين الجمهور والحنفية في حكم طلاق المُكْرَه، إلى اختلافهم في:

- مدى تأثير الإكراه في التصرفات القابلة للفسخ كالبيع والإجارة والهبة ونحوها، أو غير القابلة للفسخ كالزواج والطلاق واليمين وغيرها، فعند جمهور الفقهاء أنَّ كلَّ هذه التصرفات باطلة؛ لأنَّ الإكراه يزيل الرضا، والرضا أساس التصرفات. خلافًا للحنفية فقد ميَّزوا بين التصرفات المحتملة للفسخ والتصرفات غير المحتملة للفسخ، فإن كان التصرف لا يقبل الفسخ كالزواج والطلاق، فيصحُّ مع الإكراه ويلزم؛ لأنَّه تصرفٌ يستوي فيه الجدُّ والهزل... وإن كان التصرف قابلاً للفسخ كالبيع والإجارة والهبة فلا يصحُّ مع الإكراه.

- قصد الطلاق من عدمه، فعند الجمهور المُكْرَه غير قاصد للطلاق، وإنَّما قصد دفع الأذى عن نفسه، أمّا عند الحنفية فقصد إيقاعه الطلاق، وإن لم يرض بالأثر المترتب عليه، كالهازل⁵.

¹ يُنظر: المَرْغِينَانِي، الهداية في شرح بداية المبتدي، 224/1.

² يُنظر: المَاورِدِي، الحاوي الكبير، 230/10.

³ الحديث سبق تخريجه، ص 269.

⁴ يُنظر: المَاورِدِي، المصدر السابق، 230/10.

⁵ يُنظر: وهبة الزُّحَيْلِي، الفقه الإسلامي وأدلته، 581/4.

الباب الثاني: أثر العُرف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

بعد عرض القولين وأدلتهما ومناقشتها، فإنَّ الباحث يميل إلى ترجيح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء القائلين بعدم وقوع طلاق المُكره، وذلك لقوة أدلتهم وسلامتها، فحديث: «رُفِعَ عَنْ أُمِّي الْخَطَأُ وَالنَّسْيَانُ وَمَا اسْتُكْرِهُوا عَلَيْهِ»¹. وهو حديث صحيح. ولأنَّ من أعظم مقاصد الشريعة رفع الحرج، فالقول بعدم الوقوع في مثل هذه المسألة هو رفع للحرج على المُطلَّق المُكره، كما أنَّه لا بُدَّ لوقوع الطَّلاق من نيَّة وقصد لإيقاعه، والعلم بوقوعه وإرادة حكمه، فعلى هذا لا يترتَّب أي أثر على من أكره على ذلك، ولا يقع طلاقه².

ثمَّ إنَّه لا حُجَّة للحنفية فيما ذهبوا إليه، فضلاً عن مخالفتهم لجمهور الصحابة. وهذا اختيار الشيخين محمد بن إبراهيم وعبد العزيز بن باز، حيث قال الأوَّل منهما في جوابه لأحد المستفتين: "وإذا كانت الحال كما ذكرت من أنَّك لم تُطلِّقها إلَّا مكرهاً من والدك الموصوف بقوة الشكيمة والشدة عليك، وكان قلبك لم يطلِّق، وإنَّما طلق لسانك فقط بسبب ما جرى عليك من والدك؛ فلا أرى هذا الطَّلاق لازماً ولا واقعاً"³، وأجاب الثاني منهما فقال: "المكره بالضرب والتَّهديد ممَّن يظن إيقاعه به، لا يقع طلاقه إذا طلق تبعاً لقوله من قصد الإكراه"⁴.

ثانياً- أثر العُرف في طلاق المُكره في التشريع الجزائري:

لم يتحدَّث المشرِّع الجزائري عن الإكراه وأحكامه في قانونه للأسرة في الباب الثاني المتعلِّق بانحلال الزواج. وكذلك عندما نصَّ في المادة: 48 من ق أ ج على أنَّ الطَّلاق يقع من الزَّوج ويكون بإرادته المنفردة.

وإذا كان المشرِّع لم ينص على طلاق المكره بشكل خاصٍّ في نصوص قانون الأسرة، فإنَّ القاضي مطالب بالبحث في القوانين ذات الصِّلة بقانون الأسرة، والتي منها قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وبالرجوع إلى هذا الأخير، وبالتَّحديد إلى الفرع الخاصِّ بأحكام الطَّلاق، نجد نصَّ في المادة: 450 من ق إ م إ: "يتأكد القاضي من إرادة الزَّوج في طلب الطَّلاق، ويأمر باتخاذ

¹ الحديث سبق تربيخه، ص 267.

² سيد سابق، فقه السُّنَّة، 2/248. ووهبة الزُّحيلي، الفقه الإسلامي وأدلتها، 6/271.

³ محمد بن إبراهيم، فتاوى ورسائل محمد بن إبراهيم آل الشَّيخ، 7/11.

⁴ ابن باز، فتاوى نور على الدُّرب، 22/165.

الباب الثاني: أثر العُزف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

التدابير التي يراها لازمة في ذلك"¹. إذ يجب على القاضي قبل إيقاع الطلاق أن يتأكد من خلو إرادة الزوج من أي عيب يشوبها حين التعبير عنها، ثم بعد ذلك يأمر باتخاذ التدابير اللازمة، فإذا ثبت للقاضي انعدام الإرادة عند الزوج حكم بعدم إيقاع الطلاق². وكذا نص في المادة: 85 من ق أ ج على أنه "تعتبر تصرفات المجنون، والمعتوه، والسفيه، غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون، أو العته، أو السفه". فالأهلية المطلوبة في المطلق أن يكون متمتعًا بقواه العقلية وغير محجور عليه³.

وبما أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى أثر طلاق المكره في نصوص قانون الأسرة، فلا سبيل لنا إلا بالبحث في القواعد العامة ضمن القانون المدني⁴، فيجد الباحث أن صحة التراضي والاختيار شرط لإبرام العقود والتصرفات؛ إذ العبرة فيه هي سلامة رضا الأطراف من العيوب المذكورة في القسم الثاني من الكتاب الثاني من القانون المدني⁵، فالإكراه المعيب للإرادة يكون التصرف فيه قابلاً للإبطال⁶، بمقتضى نص المادة: 1/88 من ق م⁷.

وعليه لا يحق للمكره أن يطلب إبطال العقد إلا إذا كان الإكراه واقعاً من المتعاقد الآخر، وفي حالة الطلاق لا بد أن يكون واقعاً من الزوجة، كما لو هدّته بالقتل أو في ماله أو في غيره، كما يمكن أن يصدر هذا الإكراه من شخص آخر وهو ما تضمنته المادة: 89 من ق م⁸، كما لو

¹ قانون رقم 09/08 مؤرخ في 18 صفر 1429 هـ الموافق لـ 25 فبراير 2008م، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ص 46.

² يُنظر: العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، 230/1.

³ يُنظر: سعادي لعلی، الزواج والانحلال في قانون الأسرة -دراسة مقارنة-، ص 267.

⁴ الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م، معدّل بالأمر رقم: 05-10، ومعدّل ومتمم بالأمر رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007م، ج ر، ع 31، الصادرة في 13 مايو 2007م، المتضمن القانون المدني الجزائري.

⁵ يُنظر: علي فيلاي، الالتزامات -النظرية العامة للعقد-، ص 157.

⁶ يُنظر: مولود ديدان، القانون المدني، ص 157.

⁷ تنص: "يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بيّنة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق".

⁸ تنص: "إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد المكره أن يطلب إبطال العقد إلا إذا أثبت أن المتعاقد الآخر الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا الإكراه"

الباب الثاني: أثر العُزف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

لو يُهدد الزوج أو يُكره على تطليق زوجته بالقتل أو التعذيب أو سلب ماله ونحو ذلك، ففي هذه الحالة يحق للطرف المكره إبطال العقد للإكراه وفقاً لنص المادتين: 88 و 99 من ق م¹.

هذا وإن الرأي الرَّاجح في الفقه الإسلامي يرى أنَّ طلاق المكره غير لازم ولا يقع². بل قد اشترط المالكية في المكره ألا ينوي حلَّ عقد الزواج باطناً، وأن لا تظهر منه قرينة الاختيار؛ ذلك أنَّ طلاق المكره بمنزلة الكناية، فإن نوى به طلاقاً وقع، وإلا فلا يقع³.

وبما أنَّه قد ترجَّح لدى الباحث أنَّ طلاق المكره لا يقع؛ فإننا ندعو المشرع الجزائري إلى التَّنصيص على أحكام طلاق المكره وفق الرأي الرَّاجح في الفقه الإسلامي في نصوص قانونه للأسرة. ليحسم الموقف بنصٍّ صريح في الباب الخاصِّ بانحلال الزواج، من خلال تحديد شروط المطلق بدقَّة مُستأنسا في ذلك بأحكام الفقه المالكيِّ باعتباره هو المرجعية المعتمدة.

ولا حرج في أن يحدو المشرع الجزائري حدو بعض التشريعات الأسرية العربية التي أقرت صراحة بعدم وقوع طلاق المكره في قوانينها للأحوال الشخصية، كالتشريع المغربي⁴، والأردني⁵، والليبي⁶، فهذه الثلاثة وافقت مذهب الجمهور بعدم وقوع طلاق المكره.

بناء على ما سبق؛ فإنَّه لا سبيل إلى تحديد الإكراه إلاَّ بالرجوع للضوابط والشروط التي وضعها الفقهاء، ذلك أنَّ الإكراه من الأمور التي يُختلف حولها باختلاف الأشخاص، وباختلاف

¹ يُنظر: علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام-مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري-، ص 64-65.

² يُنظر: مالك بن أنس، المدونة، 83/2. والجويني، نهاية المطلب في دراية المذهب، 156/14. وابن قدامة، المغني، 382/7.

³ يُنظر: أحمد ذيب، قواعد الطلاق وضوابط الفراق، ص 64.

⁴ المادة: 90 من م أ المغربية أشارت إلى: "لا يُقبل طلب الإذن بطلاق السَّكران الطافح والمكره وكذا الغضبان إذا كان مُطَبَّقاً"، حملتها يوم 2024/06/15م، في السَّاعة: 22، من موقع "المحكمة الدستورية المغربية"، في الشَّبكة العنكبوتية من الرِّابط الآتي: <https://2h.ae/IHRA>

⁵ المادة: 86/أ من ق أ ش السوري رقم: 2019/4م. نصت صراحة على أنَّه: "لا يقع طلاق السَّكران ولا المكره" حملتها يوم: 2024/6/20م، في السَّاعة: 22، من الشَّبكة العنكبوتية من الرِّابط الآتي: <https://2u.pw/TQWxjaI>

⁶ نصَّت المادة: 32/ب، ق أ الليبي رقم: 10/84: "ب- لا يقع طلاق الصَّبي ... ولا المكره". حملتها يوم 2024/06/10م، في السَّاعة: 22، من موقع "المجمع القانوني الليبي" على الشَّبكة العنكبوتية من الرِّابط الآتي: <https://goo.su/nAcV3>

الباب الثاني: أثر العُرف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

الأسباب المُكره عليها، فقد يكون الشيء إكراهًا في شخص دون آخر، وفي سبب دون آخر، أو فعل دون آخر¹، وبالتالي فإنَّ الفتوى تتغيَّر بتغيُّر الأزمنة والأحوال والنيَّات والعوائد².

وإذا كان الفقهاء مُتفقون على أنَّ الأحكام التي تتبدل بتبدل الزَّمان وأخلاق النَّاس هي الأحكام الاجتهادية من قياس ومصالح³، فيُعملُ فيها بما تقتضيه الأعراف والعوائد المعتمدة شرعًا. وعليه فلا سبيل في تحديد الإكراه الذي لا يقع معه الطَّلاق إلَّا بالعودة إلى العرف في تحديده.

الفرع الثاني: أثر العُرف في طلاق السَّكران في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

قبل تناول أحكام طلاق السَّكران، لا بُد من تعريفه ثم بيان أحكامه عند فقهاء الشريعة والقانونيين.

عرَّفَه البعض بأنَّه: "رفع قيد نكاح الزَّوجين بلفظ الطَّلاق الصَّادر عن الزَّوج حال سكره شريطة تأثر عقله وإرادته بسكره تأثرًا حقيقيًا"⁴. إلَّا أنَّهم اختلفوا في الحدِّ الذي إذا وصل إليه شارب المسكر حتى يُعدَّ سكرانًا، فتترتب عليه أحكام طلاق السَّكران. ولمَّا لم يرد تحديد حدِّ السكر في الشرع، ولا في اللُّغة قرَّر الفقهاء الأجلاء أن مستنده العُرف.

فذكر جمهور الفقهاء أنَّ السَّكران: هُوَ الَّذِي فِي كَلَامِهِ اخْتِلَالٌ وَهَذْيَانٌ؛ لِأَنَّ السَّكَرَانَ فِي الْعُرْفِ مَنْ اخْتَلَطَ جَدُّهُ بِهَزْلِهِ فَلَا يَسْتَقِرُّ عَلَى شَيْءٍ⁵. وقال أبو حنيفة رحمته الله السَّكرانُ هو: من لا يعرف الأرض من السَّماء ولا الرَّجل من المرأة⁶. وسأبيِّن حكم طلاق السَّكران المختار لغير عذر في كلٍّ من الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري على النَّحو الآتي:

أولًا- أثر العُرف في حكم طلاق السَّكران في الفقه الإسلامي: اختلف العلماء في حكم طلاق من سكر وهو مُختارٌ لغير عذر، هل يقع طلاقه أم لا؟ وفيما يأتي بيان ذلك:

¹- يُنظر: ابن حجر الهيتمي، الفتاوى الفقهية الكبرى، 132/4.

²- يُنظر: ابن القيم، إعلام الموقعين عن رب العالمين، 3/3.

³- يُنظر: عمر الجديدي، العرف والعمل في المذهب المالكي، ص 157.

⁴- لؤي الصميعات وأحمد القضاة، طلاق السَّكران في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشَّخصية الأردني (مقال)، ص 4.

⁵- يُنظر: ابن أمير الحاج، التَّقرير والتَّحرير على تحرير الكمال بن الهمام، 194/2. والقراي، الدَّخيرة، 203/4. والشَّربيني،

مغني المحتاج، 465/4. والمرداوي، الإنصاف في معرفة الرَّاجح من الخلاف، 322/8.

⁶- ابن عابدين، ردُّ المختار على الدُّر المختار، 147/10. والسَّرخسي، المبسوط، 105/9.

الباب الثاني: أثر العُزف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

القول الأول: إنَّ طلاق السَّكْران يقع، وهو قول الحنفية¹، ومشهور المالكية²، والمُصَحَّح من قولي الشَّافعي³، والرواية الثانية عن الإمام أحمد⁴، واختارها أبو بكر الخلال⁵، والقاضي أبو يعلى⁶ من المتقدمين⁷. واختاره من المعاصرين الألباني⁸. واستدل أصحاب هذا هذا القول بأدلة كثيرة ومتنوعة⁹ من الكتاب، والسُّنة، والآثار، والمصلحة، أذكر منها:

- من الكتاب: ذكروا آيات قرآنية تدلُّ على وقوع الطَّلَاق، أذكر منها: قوله ﷻ: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ [البقرة: 230]. وجه الاستدلال: قالوا: إنَّ الآية عامَّة في السَّكْران وغيره إلَّا مَنْ خُصَّ بِدَلِيلٍ¹⁰. وأجيب عنه: بأنَّ السَّكْران قد خُصَّ بالآثر المروي عن علي¹¹: "وَكُلُّ الطَّلَاقِ جَائِزٌ، إِلَّا طَلَاقَ الْمَعْتُوهِ"¹¹. وهذا دليل على عدم وقوع طلاقه¹².

¹ يُنظر: الكاساني، بدائع الصَّنائع في ترتيب الشَّرائع، 99/3. والزَّيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدَّقائق، 194/2.

² ابن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة، 571/2. والدَّردير، الشَّرح الكبير على مختصر خليل، 365/2.

³ الشَّافعي، الأُم، 270/5.

⁴ الماوردي، الحاوي الكبير، 217/10. وابن قدامة، المغني، 379/7.

⁵ هو: أحمد بن محمد بن هارون، أبو بكر الخلال البغدادي الحنبلي. شيخ الحنابلة وعالمهم، من تصانيفه: "كتاب السُّنة"، و"المنتخب في العلل"، وغيرهما. توفي ﷻ عام 387هـ. يُنظر: ابن أبي يعلى، طبقات الحنابلة، 12-11/2.

⁶ هو: العلَّامة محمد بن الحسين، بن محمد بن خلف، بن الفراء البغدادي الحنبلي، انتهت إليه رئاسة المذهب الحنبلي، توفي ﷻ سنة 458هـ. يُنظر: البغدادي، تكملة الإكمال، 558/4.

⁷ ابن قدامة، المصدر السَّابق، 379/7. والبهوتي، الروض المربع شرح زاد المستقنع، 560/1.

⁸ شادي بن محمد آل نعمان، جامع تراث العلامة الألباني في الفقه، 420/12.

⁹ استدلُّوا بأدلة من القياس والمعقول للاطلاع عليها. يُنظر: الكاساني، المصدر السَّابق، 99/3. والشَّيرازي، المهذب، 4/3.

4/3. وابن قدامة، المصدر السَّابق، 379/7.

¹⁰ الكاساني، المصدر السَّابق، 99/3.

¹¹ أخرجه البخاري في صحيحه، موقوفاً على عليّ ﷻ بصيغة التعليق، فقال: قال عليّ: "كُلُّ طَلَاقٍ جَائِزٌ إِلَّا طَلَاقَ الْمَعْتُوهِ"، كتاب الطَّلَاق، باب الطَّلَاقِ فِي الْإِغْلَاقِ وَالْكَرْهِ، وَالسَّكْرَانِ وَالْمَجْنُونِ، 45/7.

¹² يُنظر: عبد الكريم زيدان، المُفَصَّل في أحكام المرأة والبيت المسلم، 373/7.

الباب الثاني: أثر الغُرف في انحلال الزَّواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتَّشريع الجزائري

- من السُّنَّة النَّبَوِيَّة: احتجُّوا على وقوع طلاق السَّكران بما رُوِيَ عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النَّبي صلى الله عليه وسلم أَنَّهُ قَالَ: «كُلُّ طَلَّاقٍ جَائِزٌ، إِلَّا طَلَّاقَ الْمَغْلُوبِ عَلَى عَقْلِهِ»¹. وجه الاستدلال: ورد لفظ الطَّلَّاق في هذا الحديث عامًّا، والسَّكران يدخل في عموم "كل"، وعليه فطلاقه واقعٌ. وقد اعترض على هذا الدَّلِيل، بأنَّ هذا الحديث ضعيف، وقد رُوِيَ مرفوعًا وموقوفًا، وعَلَّةُ ضعفه عطاء بن عجلان، ولو صحَّ هذا الحديث لكان حُجَّةً عليهم لا لهم؛ لأنَّ المعتوه: "ناقص العقل، فيدخل فيه: الطُّفل، والمجنون، والسَّكران"².

- من الآثار: وردت الكثير من الآثار عن الصَّحابة تدلُّ على وقوع طلاق السَّكران، منها: ما رُوِيَ عن وَبَرَةَ الْكَلْبِيِّ رضي الله عنه قَالَ: "أرسلني خالد بن الوليد إلى عمر رضي الله عنه فأتيته وهو في المسجد، ومعه عثمان بن عفان، وعليّ، وعبد الرحمان بن عوف، وطلحة، والزُّبير رضي الله عنه، مُتَكَيِّئٌ معه في المسجد، فقلت: إِنَّ خالِدَ بن الوليد أرسلني إليك، وهو يقرأ عليك السلام، ويقول: إِنَّ النَّاسَ قَدْ أَهْمَكُوا فِي الْخَمْرِ، وَتَحَاقَرُوا الْعُقُوبَةَ، فقال عمر: هم هؤلاء عندك فَسَلِّهُمُ، فقال عليّ رضي الله عنه: "نَرَاهُ إِذَا سَكِرَ هَذَى، وَإِذَا هَذَى افْتَرَى، وَعَلَى الْمُفْتَرِي تَمَانُونَ"، فقال عمر رضي الله عنه: أَبْلَغَ صَاحِبِكَ مَا قَالَ، قَالَ: فَجَلَدَ خَالِدٌ رضي الله عنه ثَمَانِينَ، وَجَلَدَ عُمَرُ رضي الله عنه ثَمَانِينَ"³. وجه الاستدلال: إِنَّ الزَّيَادَةَ عَلَى الْأَرْبَعِينَ عِلَّةٌ لافترائه في سُكْرِهِ، ولو كان غير مُكَلَّفٍ لما حُدَّ بما أتاها، ولا كان مؤاخذاً به، وفي مؤاخذته به دليل على تكليفه، فإذا ثبت أَنَّ السَّكران مُكَلَّفٌ، وجب أن يقع طلاقه كالصَّاحي⁴.

¹ رواه الترمذي في سننه، كتاب الطَّلَّاق، باب ما جاء في طلاق المعتوه، رقم: 1191، 488/3. والبيهقي في السنن الكبرى، باب لا يجوز طلاق الصبي حتى يبلغ، ولا طلاق المعتوه حتى يفيق، رقم: 15110، 588/7. وابن أبي شيبه في مصنفه، كتاب الطَّلَّاق، باب قالوا في طلاق المعتوه، رقم: 18213، 31/5. وضعَّه الألباني وقال: "الصَّواب في الحديث الوقف". صحيح وضعيف سنن الترمذي، 191/3.

² يُنظر: ابن حجر العسقلاني: فتح الباري شرح صحيح البخاري، 393/9.

³ رواه الدارقطني في سننه، كتاب الحدود والديات وغيره، رقم: 3366، 131/8. والحاكم في مستدركه، كتاب الحدود، وأمَّا وَأمَّا حَدِيثُ شُرَحْبِيلَ بْنِ أَوْسٍ، رقم: 8131، 417/4. والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب الأشربة والحد فيها، باب ما جاء في عَدَدِ حَدِّ الْحُمْرِ، رقم: 17317، 320/8. وقال عنه الألباني: "حديث ضعيف". إرواء الغليل، 111/7.

⁴ يُنظر: النَّوَوِي، المجموع شرح المهذب، 64/17.

الباب الثاني: أثر الغُزف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

- المصلحة: قالوا: إِنَّ الشَّخْصَ إِذَا عَلِمَ أَنَّ جَمِيعَ تَصَرُّفَاتِهِ فِي سُكْرِهِ سَتَكُونُ عَلَيْهِ، وَسَيُعَاقَبُ عَلَيْهَا مِنْ طَلَاقٍ، وَقَتْلٍ، وَسُرْقَةٍ، فَإِنَّهُ سَيَمْتَنِعُ عَنْ شُرْبِ أَيِّ مُسْكِرٍ، وَبِهَذَا سَيُصْلِحُ الْمُجْتَمَعُ الْإِسْلَامِيَّ، وَفِي هَذَا جَلَبُ مَصَالِحٍ، وَدَفْعُ مَفَاسِدٍ لَا تُحْصَى¹.

غير أَنَّهُ يُشْتَرَطُ تَقْيِيدُ السُّكْرِ بِالْحَرَامِ الْمُتَعَمَّدِ، مِنْ غَيْرِ عَذْرِ شَرْعِيٍّ، فَفِي ذَلِكَ صِلَاحُ الْأَفْرَادِ وَالْمُجْتَمَعَاتِ، أَمَّا إِنْ كَانَ السُّكْرُ لِعَذْرِ شَرْعِيٍّ، أَوْ بِحَلَالٍ، وَمِنْ غَيْرِ تَعَمُّدٍ؛ فَلَا يَسْتَقِيمُ فِي الْأَذْهَانِ مُحَاسِبَتُهُ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَتَسَبَّبْ فِي ذَهَابِ عَقْلِهِ، وَلَمْ تَكُنْ لَهُ يَدٌ فِي تَصَرُّفَاتِهِ الَّتِي أَقْدَمَ عَلَيْهَا².

القول الثاني: لَا يَقَعُ طَلَاقُ السَّكَرَانِ؛ لِأَنَّهُ لَا تَكْلِيفَ عَلَيْهِ، كَالْمَجْنُونِ، وَالْمَعْتَوَةِ، وَالنَّائِمِ، وَهَذَا قَوْلٌ لِبَعْضِ الْحَنْفِيَّةِ³، وَالشَّافِعِيَّةِ⁴، وَالْحَنَابِلَةِ⁵. وَهُوَ اخْتِيَارُ شَيْخِ الْإِسْلَامِ ابْنِ تَيْمِيَّةٍ، وَتَلْمِيزُهُ ابْنَ الْقَيْمِ رحمته الله مِنَ الْمُتَقَدِّمِينَ⁶، وَجَمَعَ مِنَ الْفُقَهَاءِ الْمَعَاصِرِينَ⁷، وَاسْتَدَلَّ هَؤُلَاءِ عَلَى قَوْلِهِمْ بِأَدَلَّةٍ كَثِيرَةٍ⁸ مِنَ الْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ وَالْآثَارِ، أَذْكَرُ مِنْهَا مَا يَأْتِي:

- مِنَ الْكِتَابِ: بِقَوْلِهِ عَلَيْكَ: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْرَبُوا الصَّلَاةَ وَأَنْتُمْ سُكَارَى حَتَّى تَعْلَمُوا مَا تَقُولُونَ﴾ [النساء: 43]. وَجِهَ الْاسْتِدْلَالُ: أَنَّ اللَّهَ نَهَى السَّكَرَانَ عَنْ قِرْبَانِ الصَّلَاةِ، وَذَلِكَ لِأَنَّهُ لَا يَعْلَمُ مَا يَقُولُ، فَلَمْ تَكُنْ لَهُ صَلَاةٌ حَتَّى يَعْلَمَهَا وَيُرِيدَهَا، وَمَنْ لَا تَصِحُّ صَلَاتُهُ لَا يَقَعُ طَلَاؤُهُ⁹.

¹ عبد الكريم التَّمَلَّة، تيسير مسائل الفقه شرح الرُّوض المربع، 453/4.

² يُنْظَرُ: يَاسِينَ بُولْحَمَار، طَلَاقُ السَّكَرَانِ فِي الشَّرِيعَةِ الْإِسْلَامِيَّةِ-دراسة مقارنة بين المذاهب الفقهية- (مقال)، ص 77.

³ الزَّيْلَعِيُّ، تَبْيِينُ الْحَقَائِقِ، 196/2.

⁴ الْمَاوَرِدِيُّ، الْحَاوِي الْكَبِيرُ، 236/10.

⁵ ابْنُ قَدَامَةَ، الْمَغْنِي، 379/7-380.

⁶ ابْنُ تَيْمِيَّةٍ، مَجْمُوعُ الْفَتَاوَى، 102/33. وَابْنُ الْقَيْمِ، زَادَ الْمَعَادَ فِي هَدْيِ خَيْرِ الْعِبَادِ، 190/5-191.

⁷ مِنْهُمْ: ابْنُ بَازٍ، وَابْنُ عَثِيمِينَ، وَمُحَمَّدُ بْنُ إِبْرَاهِيمَ آلِ الشَّيْخِ، وَعَبْدُ الْكَرِيمِ زَيْدَانُ. ابْنُ بَازٍ، فَتَاوَى نُورٍ عَلَى الدَّرَبِ، 158/22. وَابْنُ عَثِيمِينَ، الشَّرْحُ الْمَمْتَنِعُ عَلَى زَادِ الْمُسْتَقْنَعِ، 19/13. وَمُحَمَّدُ بْنُ إِبْرَاهِيمَ آلِ الشَّيْخِ، فَتَاوَى وَرَسَائِلِ مُحَمَّدِ بْنِ إِبْرَاهِيمَ آلِ الشَّيْخِ، 12-11/11. وَعَبْدُ الْكَرِيمِ زَيْدَانُ، الْمُفَصَّلُ فِي أَحْكَامِ الْمَرْأَةِ وَالْبَيْتِ الْمُسْلِمِ، 373/7.

⁸ احْتَجُّوا بِأَدَلَّةٍ مِنَ الْقِيَاسِ وَالْمَعْقُولِ، لِلْإِشْرَافِ عَلَى مَذَاهِبِ الْعُلَمَاءِ، 226/5. وَابْنُ الْهَمَامِ، فَحْجُ الْقَدِيرِ، 99/10. وَابْنُ رَشْدِ الْحَفِيدِ، بَدَايَةُ الْمُجْتَهِدِ وَنَهَايَةُ الْمُقْتَصِدِ، 102/3. وَابْنُ قَدَامَةَ، الْمَغْنِي، 379/7-380. وَابْنُ الْقَيْمِ، الْمَصْدَرُ السَّابِقُ، 192/5.

⁹ الشَّافِعِيُّ، تَفْسِيرُ الْإِمَامِ الشَّافِعِيِّ، 612/2. وَابْنُ قَدَامَةَ، الْمَغْنِي، 380/7. وَالْقُرْطُبِيُّ، الْجَامِعُ لِأَحْكَامِ الْقُرْآنِ، 204/5. وَابْنُ تَيْمِيَّةٍ، الْفَتَاوَى الْكُبْرَى، 103/33. وَابْنُ حَزْمٍ، الْحَلْيُ بِالْآثَارِ، 472/9.

الباب الثاني: أثر الغُرف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

وَنُوقِشَ اسْتِدْلَالُهُمْ: أَنَّ الْآيَةَ حُجَّةٌ عَلَيْهِمْ لَا لَهُمْ؛ "لَأَنَّهُ إِنْ كَانَ خِطَابًا لَهُ حَالِ سُكْرِهِ فَانْصُرْ، وَإِنْ كَانَ قَبْلَ سُكْرِهِ يَسْتَلْزِمُ أَنْ يَكُونَ مُحْتَاطًا فِي حَالِ سُكْرِهِ، إِذْ لَا يُقَالُ إِذَا جُنِنْتَ فَلَا تَفْعَلْ كَذَا"¹.

ثُمَّ إِنَّ خِطَابَ الشَّارِعِ الْحَكِيمِ تَوَجَّهَ إِلَى الَّذِينَ آمَنُوا قَبْلَ أَنْ يَكُونُوا فِي حَالِ السُّكْرِ، فَيُلْزِمُ بِقَاوِمِهِمْ مُكَلِّفِينَ، وَالسُّكْرَ لَا يَكُونُ مَنَافِيًا لِلْخِطَابِ وَوَجُوبِ الْإِنْتِهَاءِ، وَلَا يُبْطِلُ أَهْلِيَّةَ الْخِطَابِ أَصْلًا لِتَحَقُّقِ الْعَقْلِ، وَالْبُلُوغِ، إِلَّا أَنَّهُ يَمْنَعُ اسْتِعْمَالَ الْعَقْلِ بِوَاسِطَةِ غَلَبَةِ الشُّرُورِ، فَيُلْزِمُهُ جَمِيعُ التَّكَالِيفِ².

- من السُّنَّةِ النَّبَوِيَّةِ: وَرَدَتْ عِدَّةُ أَحَادِيثَ نَبَوِيَّةٍ تَدُلُّ عَلَى عَدَمِ وَقُوعِ طَلَاقِهِ، مِنْهَا حَدِيثُ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّ الرَّسُولَ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: «إِنَّمَا الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ»³. وَجِهَ الاسْتِدْلَالُ: أَنَّ السَّكَرَانَ لَا يَعْلَمُ مَا يَقُولُ، وَإِذَا لَمْ يَعْلَمْ مَا يَقُولُ لَمْ يَكُنْ لَهُ قَصْدٌ صَحِيحٌ⁴. "وَيُجَابُ عَنْ هَذَا: بَأَنَّهُ اسْتِدْلَالٌ صَحِيحٌ، وَيَصْدُقُ عَلَى مَنْ سَكَرَ بِحَلَالٍ، أَوْ بَعْدَ شَرْعِيٍّ، أَوْ مِنْ غَيْرِ تَعَمُّدٍ، فَهُوَ مَعْذُورٌ فِي ذَلِكَ، وَتَنْجِيهِ نِيَّتِهِ فَلَا يَقَعُ طَلَاقُهُ، أَمَّا مَنْ سَكَرَ مُتَعَمِّدًا، أَوْ بِحَرَامٍ، وَمِنْ غَيْرِ عَذْرِ شَرْعِيٍّ، فَيَتَحَمَّلُ نَتِيجَةَ فِعْلِهِ، وَإِقْدَامَهُ عَلَى مَا حَرَّمَ اللَّهُ، سَدًّا لِلذَّرِيعَةِ، وَحَتَّى يَعْلَمَ أَنَّ إِقْدَامَهُ عَلَى السُّكْرِ يَجْرِي إِلَى مَا خِذَ كَثِيرَةً، مِنْ بَيْنِهَا وَقُوعُ طَلَاقِهِ"⁵.

- من الآثار: مَا رُوي عَنْ عَثْمَانَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: "لَيْسَ لِمَجْنُونٍ وَلَا لِسَّكَرَانَ طَلَاقٌ"، وَعَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا: "طَلَاقُ السَّكَرَانِ وَالْمُسْتَكْرَهُ لَيْسَ بِجَائِزٍ"⁶. فَهَذِهِ الْآثَارُ دَلَّتْ عَلَى أَنَّ طَلَاقَ السَّكَرَانِ لَا يَقَعُ، وَهِيَ أَقْوَالٌ صَرِيحَةٌ وَوَاضِحَةٌ فِي الْمَسْأَلَةِ؛ لِأَنَّهُ لَا عَقْلَ لِلْسَّكَرَانِ الْمَغْلُوبِ عَلَى عَقْلِهِ، وَلَا اخْتِيَارَ لِلْمُسْتَكْرَهُ⁷.

¹ ابن الهمام، فتح القدير، 500/7.

² التفتازاني، شرح التلويح على التوضيح، 370/2.

³ مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ، أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ فِي صَحِيحِهِ، بَابُ الطَّلَاقِ فِي الْإِغْلَاقِ وَالْكُزْهِ وَالسَّكَرَانِ وَالْمَجْنُونِ، رَقْمٌ: 1، 1/6. وَمُسْلِمٌ فِي صَحِيحِهِ، بَابُ قَوْلِهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إِنَّمَا الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّةِ»، رَقْمٌ: 1907، 1515/3.

⁴ يُنْظَرُ: ابْنُ تَيْمِيَّةٍ، مَجْمُوعُ الْفَتَاوَى، 304/33.

⁵ يَاسِينَ بُولْحَمَارٍ، طَلَاقُ السَّكَرَانِ فِي الشَّرِيعَةِ الْإِسْلَامِيَّةِ - دَرَسَةُ مَقَارَنَةِ بَيْنَ الْمَذَاهِبِ الْفَقْهِيَّةِ - (مَقَالٌ)، ص 78.

⁶ أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ فِي صَحِيحِهِ، كِتَابُ الطَّلَاقِ، بَابُ الطَّلَاقِ فِي الْإِغْلَاقِ وَالْكُزْهِ وَالسَّكَرَانِ وَالْمَجْنُونِ وَأَمْرُهُمَا، 45/7.

⁷ ابْنُ حَجَرٍ الْعَسْقَلَانِيُّ، فَتْحُ الْبَارِي شَرْحُ صَحِيحِ الْبُخَارِيِّ، 392/9.

الباب الثاني: أثر العُرف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

وقد ذكر ابن تيمية رحمه الله قوله: "ولم يثبت عن الصحابة خلافه فيما أعلم"¹. وأجيب عنه: بأن ما جاء عن عثمان بن عفان رضي الله عنه معارض بقول صحابي آخر في المسألة، وهو قول عمر وعلي، وابن عباس، ومعاوية رضي الله عنه، فهؤلاء قالوا بوقوعه².

تحرير محل النزاع والترجيح:

تعود أسباب اختلاف الفقهاء في هذه المسألة للأمور الآتية: تعارض قياسين، وتعارض أقوال الصحابة³.

بعد عرض أقوال العلماء المتقدمين والمتأخرين وأدلتهم ومناقشتها، فإن الباحث يرجح القول الثاني القائل بعدم وقوع طلاق السكران؛ لأنَّ علّة عدم مؤاخذته على سُكْرِهِ هي زوال عقله، وكذلك مراعاة لما تُراعيه أصول الشريعة الإسلامية ومقاصدُها. ولأنَّ القول بعدم الوقوع أقوى في الأدلة، وهو اختيار ابن تيمية وابن القيم من العلماء المتقدمين⁴، وعبد الكريم زيدان من المعاصرين⁵.

ثانياً- أثر العُرف في حكم طلاق السكران في التشريع الجزائري:

لم يتحدّث المشرّع عن مسألة طلاق السكران وحكمه، ممّا يستوجب علينا الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقاً لنص المادة: 222 من ق أ ج، وبالعودة إلى أحكام الفقه الإسلامي نجد أنَّ هناك خلافاً بين الفقهاء في حكم وقوع طلاق السكران. وقد ذكر البعض أنَّ طلاق السكران غير نافذ ولا يقع، وهذا الرأي هو الصحيح الموافق للأصول الشريعة والمتفق مع العقل السوي، وهو المطبق أمام المحاكم في أغلب الدول الإسلامية، ومنها الجزائر، فالمعمول به الآن في المحاكم عدم وقوع طلاق السكران⁶. وبما أنَّه قد ترجّح للباحث أنَّ طلاق السكران لا يقع؛ فإنَّه يدعو المشرّع الجزائري إلى التّنصيص على أحكام طلاق السكران وفق الرّأي الرَّاجح في الفقه الإسلاميّ في نصوص قانونه للأسرة، والذي مفاده عدم وقوع طلاقه. كما فعلت بعض

¹ ابن تيمية، مجموع الفتاوى، 102/33.

² يُنظر: ابن عبد البر، الاستذكار، 207/6. وعبد الكريم النملة، تيسير مسائل الفقه شرح الرّوض المربع، 454/4.

³ يُنظر: عبد الكريم النملة، المرجع نفسه، 544/4.

⁴ ابن تيمية، المصدر السابق، 103/33. وابن القيم، زاد المعاد، 39/4. والشوكاني، نيل الأوطار، 103/33.

⁵ يُنظر: عبد الكريم زيدان، المُفصّل في أحكام المرأة والبيت المسلم، 373/7.

⁶ يُنظر: محمد صبحي نجم، محاضرات في قانون الأسرة، ص 8-9.

الباب الثاني: أثر العُرف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

التشريعات الأسرة العربية، كالتشريعين المغربي¹ والشووي²، اللذين نصّا على ذلك في قوانينهما للأحوال الشخصية.

وبناء على ما سبق؛ فإنه لم يرد نص شرعي من كتاب الله، ولا من سنة رسول الله ﷺ، ولا مادة قانونية ولا اجتهاد قضائي جزائري يضع مظهرًا، أو حالًا لشارب المسكر يُعتبر حدًا يُعرف به، ويُوجبُ ترتب أحكامه عليه. لذا قرّر الفقهاء الأجلاء أنّ تحديد صفة السكر يكون بالاستناد إلى العُرف، فمتى هذى شارب المسكر، وخلط في كلامه، واختلط جده بهزله، واختلط كلامه المنظوم، وانكشف سره المكتوم - كما عبر الشافعي - فهو سكران، والعُرف شاهد بذلك³.

وعُرفُ النَّاس إلى اليوم يشهد أنّ من اختل كلامه، فهذى وخلط، فهو سكران، حتى أنّ من فقد تركيزه، وقال ما لا يُعقل قيل له من باب الدُّعابة: هل أنت سكران؟ وبالتالي يُحكم بعدم وقوع طلاق السَّكران سواء خلط في كلامه، أو عند قراءته في الصَّلَاة، أو إذا سقط تمييزه بين الأعيان⁴؛ الأعيان⁴؛ إذ أنّ هذه جميعها في عُرفِ النَّاس أحوال يُستدلُّ بها على السكر، وإن كان بعضها أشدّ من بعض⁵.

وفي عرفنا لا يابھون بطلاق السَّكران، ما يحسب له حتى يصحى، لأنّه لا يعلم ما يقول، إلّا إذا كانت عائلة الزَّوجة تبحث عن سبب لتتخذ ذريعة للتفريق بينهما⁶. وكذلك من الناحية العملية فهو غير واقع أمام القضاء.

¹ نصّت المادة: 90 من م أ المغربية أنّه: "لا يُقبل طلب الإذن بطلاق السَّكران الطافح" حملتها يوم 2024/6/20م، في

السَّاعة: 22، من موقع "المحكمة الدستورية المغربية"، على الشبكة العنكبوتية من الرّابط الآتي: <https://2h.ae/IHRA>

² المادة: 89 من ق أ ش الشووي رقم: 2019/4م. نصت صراحة على أنّه: "لا يقع طلاق السَّكران" حملتها يوم:

2024/6/20م، في السَّاعة: 22، من الشبكة العنكبوتية من الرّابط الآتي: <https://2u.pw/TQWxjaI>

³ يُنظر: أبو حامد الغزالي، الوسيط في المذهب، 391/5 وإلهام عبد الله باجنيد، أثر العُرف في الفرق ومتعلقاتها من أحكام فقه الأسرة - دراسة تطبيقية مقارنة -، ص 172.

⁴ يُنظر: ابن عابدين، حاشية ردّ المحتار على الدر المختار، 196/8. وابن قدامة، المغني، 380/7.

⁵ يُنظر: إلهام عبد الله باجنيد، المرجع السابق، ص 172.

⁶ تواصلت مع الدكتور أحمد علي زواري، من جامعة الوادي، فأرسل إلي إجابة صوتية عبر الماسنجر يوم: 2023/9/19م، في السَّاعة: 12:00.

المطلب الثاني: أثر العُرف في ألفاظ الطلاق وصيغته

في الفقه الإسلامي والتّشريع الجزائريّ

يقع الطَّلَاق عند فقهاء الشَّريعة والقانون بكلِّ لفظ يدلُّ على حلِّ عقدة الزَّوجيَّة، وبما يقوم مقام اللَّفظ من كتابة أو إشارة مفهومة أو فعلٍ جَرَتْ بِهِ عَادَةٌ¹. وقد ينطق البعض الطَّلَاق بألفاظ مُصَحَّفَةٍ نَحْو: تَلَاقٌ، وَتَلَاغٌ، وَطَلَاغٌ، وَطَلَاكٌ، وَتَلَاكٌ. وَاتَّفَقُوا على أَنَّ ألفاظ الطَّلَاق قسمان: صريح، وكناية. لكنَّهم اختلفوا في التَّفصيل والأحكام المبنيَّة عليها.

وقد ارتأيت أن أتحدث في هذا المطلب عن أثر العرف في ألفاظ الطَّلَاق في (فرع أول)، ثم عن أثره في اللَّفْظ المشهور من غير الصَّرِيح في الطَّلَاق في (فرع ثانٍ)، ثم عن أثره في اللَّفْظ الْمُصَحَّفُ في الطَّلَاق في (فرع ثالثٍ)، وكلُّ ذلك بين الفقه الإسلاميَّ والتَّشريع الجزائريَّ. وفيما يأتي بيانها:

الفرع الأول: أثر العُرف في اللَّفظ الصَّريح والكنائي في الطَّلاق

في الفقه الإسلامي والتّشريع الجزائريّ

فيما يأتي تفصيل ذلك وفق العناصر الآتية:

أَوَّلًا- أثرُ العُرفِ في اللَّفظِ الصَّريحِ والكنائي في الطَّلَاق في الفقه الإسلامي:

أُشْرِعَ فِي بَيَانِ أَثَرِ الْعَرَفِ فِي اللَّفْظِ الصَّرِيحِ وَأَحْكَامِهِ، ثُمَّ أَثَرُهُ فِي اللَّفْظِ الْكِنَائِيِّ وَأَحْكَامِهِ.
وَمَا يَأْتِي تَفْصِيلُهُمَا:

1. أَثَرُ الْعُرْفِ فِي اللَّفْظِ الصَّرِيحِ وَأَحْكَامِهِ فِي الْفَقْهِ الْإِسْلَامِيِّ:

أ. المقصود باللفظ الصَّريح في الطَّلَاق: هو كُلُّ لَفْظٍ يُسْتَعْمَلُ فِي حَلِّ رَابِطَةِ الزَّوْاجِ لُغَةً أَوْ عُرْفًا، مِثْلُ: أَنْتِ طَالِقٌ، وَأَنْتِ الطَّلَاقُ، وَطَلَّقْتُكَ²، وَهَذِهِ الْأَلْفَاظُ ظَاهِرَةُ الْمُرَادِ، وَلَا تُسْتَعْمَلُ إِلَّا فِي الطَّلَاقِ. فَأَلْفَاظُ الطَّلَاقِ الصَّرِيحَةِ عِنْدَ الْحَنِيفِيَّةِ هِيَ لَفْظَا الطَّلَاقِ وَالتَّطْلِيقِ، وَمِنْ الصَّرِيحِ عِنْدَهُمْ أَيْضًا اللَّفْظُ الْمُصَحَّفُ؛ نَحْوُ: تَلَاقٌ، وَتَلَاعٌ، وَطَلَاعٌ، وَطَلَاكٌ، وَتَلَاكٌ. وَكَذَا "لَفْظُ الْحَرَامِ"؛ لِأَنَّهُ

⁻¹ يُنظر: الدردير، الشرح الصغير، 568/2.

²- يُنظر: بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام بحث تحليلي ودراسة مقارنة، ص 233.

الباب الثاني: أثر العُزف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

صَارَ فَاشِيًا فِي الْعُزْفِ فِي اسْتِعْمَالِهِ فِي الطَّلَاقِ لَا يَعْرِفُونَ مِنْ صَيَغِ الطَّلَاقِ غَيْرُهُ وَلَا يَخْلِفُ بِهِ إِلَّا الرِّجَالُ¹.

وعند المالكية أَنَّ صريحه لَفْظُ الطَّلَاقِ وما اشتق منه، وهي: الطَّلَاقُ، وَطَلَّاقٌ، وَطَلَّقْتُ، وَتَطَلَّقْتُ، وَطَالِقٌ اسْمٌ فَاعِلٍ، وَمُطَلِّقَةٌ اسْمٌ مَفْعُولٍ، ولا يكون اللفظ صريحًا إِلَّا بالألفاظ الستة، وَمَا عَدَا ذَلِكَ كِنَايَةٌ². وَأَمَّا الشَّافِعِيَّةُ وبعض الحنابلة فقالوا: إِنَّ أَلْفَاظَ الطَّلَاقِ الصَّرِيحَةِ ثَلَاثٌ: الطَّلَاقُ، وَالْفِرَاقُ، وَالسَّرَاحُ، وهي المذكورة في القرآن الكريم³. وفيما يأتي بيان أحكام هذا النوع من الألفاظ في الطلاق.

ب. أحكام اللفظ الصريح في الطلاق: اختلف الفقهاء في اللفظ الصريح في الطلاق، هل هو من وضع الشرع، أم العُزف؟ على قولين؛ هما:

القول الأول: ذهب الحنفية⁴، والشافعية في القديم⁵، والحنابلة⁶ إلى أَنَّ عرف الاستعمال هو الذي يشهد على كون اللفظ صريحًا، أو كنايةً، فإن شاع استعمال اللفظ عُزْفًا في الطلاق كان اللفظ صريحًا، وإن احتمل معناه غيره ولم يدل عليه مباشرة كان لفظًا كِنَائِيًّا.

فألفاظ الطلاق الصريحة عند أصحاب هذا القول هي ما شاعت في عُزْفِ الاستعمال، وهي اللفظ المكوّن من "الطاء واللام والقاف" لأنَّ هذا اللفظ فاشٍ في العُزْفِ استعماله في الطلاق دون غيره، فكان لا يحتمل غيره معناه، كأنْ يَقُولَ: أَنْتِ طَالِقٌ-بكسر اللام-، وَمُطَلِّقَةٌ-تشديد اللام-، وَطَلَّقْتِ-بلفظ الماضي- لا المضارع والأمر؛ إذ المضارع تعليق، والأمر تفويض.

بخلاف الْمُشْتَقِّ مِنَ الْإِطْلَاقِ، كَقَوْلِهِ: أَنْتِ مُطَلِّقَةٌ-بِسكون الطاء- أَوْ يَا مُطَلِّقَهُ، أَوْ مَنْطَلَقَةً، فَلَيْسَ بِصَرِيحٍ عَلَى الصَّحِيحِ لِعَدَمِ اشْتِهَارِهِ، وَإِنْ كَانَ لَفْظُ التَّطْلِيقِ وَالْإِطْلَاقِ مُتَقَارِبَيْنِ،

¹- يُنْظَرُ: ابن الهمام، فتح القدير، 22/8.

²- يُنْظَرُ: ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 95/4.

³- يُنْظَرُ: العمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، 88/10. وابن قدامة، المغني، 385/7.

⁴- ابن عابدين، ردُّ المحتار على الدر المختار، 252/3.

⁵- الحِصْنِي، كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار، 389/1. والجويني، نهاية المطلب في دراية المذهب، 389/1. والنووي،

روضة الطالبين وعمدة المفتين، 23/8.

⁶- ابن القيم، زاد المعاد في هدي خير العباد، 291/5.

الباب الثاني: أثر العُرف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

حيث إنَّ أهل العُرف وضعوا طالقاً للإنشاء، وأبقوا مُطلقة على وَضْعِهِ اللُّغوي خَبَرًا، فلم يَحْصُلْ به طلاقٌ إِلَّا بقصد ذلك فيكون كنايةً من ألفاظ الكناية¹.

القول الثاني: ذهب المالكيَّة²، والشافعيَّة في الجديد³ إلى أنَّ اللَّفْظ الصَّريح في الطَّلَاق هو ما ثبت بوضع الشَّرع، ثمَّ شاع على لسان حملة الشَّرع. وصريح الطَّلَاق لديهم هو لفظ الطَّلَاق، وما تصرَّف منه، بالإضافة إلى لفظ الفِرَاق، ولفظ السَّراح، وهذان اللَّفظان كناية عند غيرهم؛ وما ذاك إِلَّا لأنَّ هذه هي الألفاظ التي نَطَقَ بها القرآن الكريم، حيث قال ﷻ: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَّغْنِ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ [البقرة: 231]. ثمَّ قال: ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ [الطلاق: 2]. فالآيتان تضمنتا لفظا الفِرَاق، والسَّراح.

وبالتَّالي يكون الطَّلَاق بِاللَّفْظ الصَّريح عند أصحاب هذا القول؛ وبما سبق عند أصحاب القول الأوَّل، ويُضاف إليه: "الفِرَاق، والسَّراح"، فإذا أتى الرَّجل بلفظ المصدر في الطَّلَاق كأن يقول لامرأته: أَنْتِ الطَّلَاق، أو الطَّلَاق لازم لي، أو عليَّ الطَّلَاق، فهو صريح على قول الحنفيَّة، والمالكيَّة، والحنابلة⁴، وذلك لاستعمال هذه الألفاظ صريحة في عرفهم. وكناية عند الشافعيَّة⁵؛ لأنَّ لأنَّ العُرفَ غير جارٍ بهاتين اللَّفظتين، ولأنَّهُمَا لَمْ يَشْتَهَرَا شَتَهَارَ الطَّلَاقِ وَيُسْتَعْمَلَانِ فِيهِ وَفِي غَيْرِهِ. وعليه لا يُعْطَى لفظ في الطَّلَاق حكم الصَّريح، أو الكناية إِلَّا بعد الرُّجوع إلى عُرْفِ الاستعمال الشَّائع وقت الفتوى. فإذا ثبت لِلْفَظ أَنَّهُ صريح وشَهِدَ له العُرفُ بذلك ترتَّب عليه:

ج. من ناحية وقوع الطَّلَاق: يقع الطَّلَاق بِاللَّفْظ الصَّريح دون توقف على نيَّة الرَّوِّج؛ لأنَّ العُرفَ في هذه الألفاظ لا يحتمل معنى آخر غير الطَّلَاق⁶؛ حتى ولو قاله هازلًا، أو لاعبًا فيقع الطَّلَاق

¹ يُنظر: ابن عابدين، ردُّ المختار على الدرِّ المختار، 226/3. والنَّووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، 23/8. والبهوتي، دقائق أولي النهى، 83/3.

² ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 95/3.

³ الحِصْنِي، كفاية الأختار في حل غاية الاختصار، 389/1.

⁴ ابن عابدين، حاشية ردُّ المختار، 152/3. والمواق، التاج والإكليل، 324/5. وابن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة، 575/2. وابن قدامة، المغني، 385/7. والبهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، 245/5.

⁵ يُنظر: العمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، 88/10.

⁶ إلهام عبد الله باجنيد، أثر العرف في الفرق ومتعلقاتها من أحكام فقه الأسرة - دراسة تطبيقية مقارنة -، ص 182.

الباب الثاني: أثر العزف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

بالإتفاق¹، للحديث النبوي سالف الذكر: «ثَلَاثُ جَدُّهُنَّ جِدٌّ وَهَزْلُهُنَّ جِدٌّ»². وعليه فإنَّ الطَّلَاق يقع بالألفاظ الصريحة فيه عرفاً دون الحاجة إلى نيّة، وتقوم الكتابة المستبينة مقام اللفظ الصريح، فَمَنْ كَتَبَ طَلَاقي امْرَأَتِهِ بِمَا يُبَيِّنُ وَقَعَ، وَإِنْ لَمْ يَنْوِهِ عِنْدَ الْمَالِكِيَّةِ³ والحنابلة⁴. خلافاً للحنفية⁵ والشافعية⁶ فكتابة الطَّلَاق عندهما كناية تحتاج إلى النيّة، فإنَّ نوى الطَّلَاق الطَّلَاق وَقَعَ به، وَإِنْ لَمْ يَنْوِهِ صُدِّقَ قَضَاءً؛ لِأَنَّ الْإِنْسَانَ قَدْ يَكْتَسِبُ وَيُرِيدُ بِهِ تَحْوِيدَ الْخَطِّ، وَقَدْ يُرِيدُ الطَّلَاقَ، فَلَا يُحْمَلُ عَلَيْهِ إِلَّا بِالنِّيَّةِ. أَمَّا إِذَا كَتَبَهُ عَلَى شَيْءٍ غَيْرِ مُسْتَبِينٍ؛ كَالْمَاءِ أَوْ الْهَوَاءِ فَلَا يَقَعُ بِهِ الطَّلَاقُ بلا خلاف⁷.

ويَقَعُ الطَّلَاق بِاللَّفْظِ الصَّرِيحِ طَلَقَةً وَاحِدَةً رَجْعِيَّةً إِلَّا أَنْ يَنْوِيَ أَكْثَرَ، أَوْ يُضَيِّفَهُ إِلَى عَدَدٍ، فَإِنْ نَوَى أَكْثَرَ مِنْ وَاحِدَةٍ بِقَوْلِهِ: أَنْتِ طَالِقٌ، لَزِمَهُ مَا نَوَاهُ مِنَ الثَّنَتَيْنِ، أَوِ الثَّلَاثِ عِنْدَ الْجُمْهُورِ⁸، خلافاً للحنفية⁹ الذين لا يعتبرون مجرد النيّة بدون لفظ دال سواء في إيقاع الطَّلَاق، أم في عدده. وإن أضافه إلى عدد، كأنَّ قال: أَنْتِ طَالِقٌ اثْنَتَيْنِ، أَوْ ثَلَاثًا وَقَعَ مَا تَلَفَّظَ بِهِ مِنَ الْعَدَدِ عِنْدَ مُتَقَدِّمِي الْفُقَهَاءِ، خِلَافًا لِلْإِمَامِ ابْنِ تَيْمِيَّةٍ رحمته الله الذي يرى وقوعه واحدة يمكن رجعة المرأة بعدها إن لم تكن الثَّالِثَةُ¹⁰. خلافاً لأهل الظَّاهِر الذين يعلقون وقوعه ثلاثاً على نيّة الزَّوْج، فإنَّ نواها ثلاثاً وقعت كذلك، وإذا لم ينو شيئاً، فهي طَلَقَةٌ وَاحِدَةٌ¹¹.

¹ يُنظر: ابن مودود الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، 140/3. والخطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، 44/4.

والعمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، 73/10. والبهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، 246/5.

² الحديث سبق تخريجه، ص 269.

³ يُنظر: الدُّسُوقِي، حاشية الدُّسُوقِي عَلَى الشَّرْحِ الْكَبِيرِ، 65/9.

⁴ يُنظر: البهوتي، دقائق أولي النهى لشرح المنتهى، 86/3.

⁵ يُنظر: ابن عابدين، ردُّ المختار، 246/3.

⁶ يُنظر: الشَّرِّيْبِي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، 468/4.

⁷ يُنظر: الكاساني، بدائع الصَّنَائِعِ فِي تَرْتِيبِ الشَّرَائِعِ، 109/3. والشَّرِّيْبِي، المصدر السَّابِقُ، 468/4.

⁸ يُنظر: ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد، 36/3. والشَّرِّيْبِي، التَّنْبِيْهُ، ص 176. والبهوتي، المصدر السَّابِقُ، 94/3.

⁹ يُنظر: السَّمَرْقَنْدِي، تحفة الفقهاء، 175/2. والميداني، اللُّبَابُ فِي شَرْحِ الْكِتَابِ، 41/3.

¹⁰ يُنظر: ابن تيمية، مجموع الفتاوى، 87/33.

¹¹ يُنظر: ابن حزم، المحلى بالآثار، 405/9.

الباب الثاني: أثر العُرف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

وإن طلق الرَّجُل بلفظ المصدر الصَّريح، فقال: أنتِ طالق، أنتِ طالق يَلْزُمِي، أو لَازِمٌ لِي، أو عَلَيَّ الطَّلَاقُ وَخَوَهُ، وَقَعَ بِهِ وَاحِدَةً رَجْعِيَّةً؛ لِأَنَّ أَهْلَ الْعُرْفِ لَا يَعْتَقِدُونَ وَقْعَ الثَّلَاثَةِ بِهِ، وَلَا يَعْلَمُ أَحَدُهُمْ أَنَّ "الَّ" فِي لَفْظِ الطَّلَاقِ لِلْإِسْتِغْرَاقِ. فَإِنْ نَوَى أَكْثَرَ مِنْ وَاحِدَةٍ وَقَعَ مَا نَوَاهُ مِنَ الْاِثْنَيْنِ أَوْ الثَّلَاثِ¹.

وبذلك قال الحنفية أيضاً إذ لا يعتبرون النية في العدد، إلا أنهم قالوا: إنه يقع به الواحدة الرجعية، فإن نوى أكثر منها وقع به الثلاث دون الثنتين. والسبب في اعتبارهم النية هنا مع أنهم لا يعتبرونها في العدد، وأن المصدر يحتمل العموم والكثرة، فيتناول الأدنى وهو الواحدة، ويتناول الأعلى وهو الثلاث، ويتعين أحدهما بالنية، أما الثنتان فإن المصدر الصريح لا يحتملها².

فلو قال لها: أنتِ طالق واحدة، أو طالق واحدة بتة، أو بائن واحدة، ولا عوض فواحدة رجعية في المدخول بها، ولو نوى أكثر من واحدة لوصفها بواحدة، والأصل فيها أن تكون رجعية، فلا تخرج بوصفها بذلك عن أصلها، وإنما كانت بائناً بالعوض للافتداء³.

2. أثر العُرف في اللفظ الكنائي في الطلاق وأحكامه في الفقه الإسلامي:

أ. المقصود باللفظ الكنائي للطلاق: هو كُلُّ لَفْظٍ يُسْتَعْمَلُ فِي الطَّلَاقِ فِي غَيْرِهِ، مِثْلُ قَوْلِ الرَّجُلِ لِرَوْجَتِهِ: أَنْتِ بَائِنٌ، أَوْ أَنْتِ خَلِيَّةٌ، أَوْ أَمْرُكَ بِيَدِكَ، وَخَوُّ ذَلِكَ. فَهَذِهِ الْأَلْفَاظُ مُسْتَثْنَاهُ الْمُرَادُ عِنْدَ السَّامِعِ فَافْتَقَرَتْ إِلَى النِّيَّةِ لِتَعْيِينِ الْمُرَادِ. "وَضَابِطُ الْكِنَايَةِ فِي الطَّلَاقِ هُوَ كُلُّ لَفْظٍ لَهُ إِشْعَارٌ قَرِيبٌ بِالْفِرَاقِ، وَلَمْ يَشْعُرْ اسْتِعْمَالُهُ فِيهِ شَرْعاً وَلَا عُرْفاً كَسَافِرِي، وَآخِرُجِي"⁴. ثُمَّ "إِنَّ دَوْرَ الْعُرْفِ فِي أَلْفَاظِ الْكِنَايَةِ لَيْسَ الْوَضْعُ وَالتَّحْدِيدُ لَهَا؛ بَمَعْنَى أَنَّهُ لَا تَوْجُدُ أَلْفَاظٌ مُحَدَّدَةٌ يَقُولُ الْعُرْفُ إِنَّهَا كِنَايَةٌ، وَإِنَّمَا يَشْهَدُ الْعُرْفُ لِبَعْضِ الْأَلْفَاظِ الَّتِي لَهَا إِشْعَارٌ قَرِيبٌ بِالْفِرَاقِ وَلَيْسَتْ شَائِعَةٌ فِيهَا بِأَنَّهَا لَيْسَتْ صَرِيحَةً، وَمَتَى لَمْ تَكُنْ صَرِيحَةً، فَهِيَ كِنَايَةٌ تَحْتَمِلُ مَعْنَى الطَّلَاقِ، وَتَحْتَمِلُ غَيْرَهُ"⁵، وَإِلَى هَذَا الْمَعْنَى أَشَارَ الْحَنَابِلَةُ لَمَّا عَرَّفُوا لَفْظَ الْكِنَايَةِ بِقَوْلِهِمْ: "مَا يَحْتَمِلُ غَيْرَهُ، وَيَدُلُّ عَلَى مَعْنَى الصَّرِيحِ"⁶.

¹ يُنْظَرُ: الْمَوَاقِ، التَّاجُ وَالْإَكْلِيلُ لِمُخْتَصَرِ خَلِيلٍ، 306/5. وَابْهَوْتِي، دَفَائِقُ أَوَّلِي النُّهَى لَشَرْحِ الْمُنْتَهَى، 53/3-54.

² يُنْظَرُ: الْمِيدَانِي، الْبَابُ فِي شَرْحِ الْكِتَابِ، 43/3.

³ يُنْظَرُ: ابْنُ الْجَلَّابِ، التَّفْرِيعُ فِي فِقْهِ الْإِمَامِ مَالِكِ بْنِ أَنَسٍ، 6/2. وَابْهَوْتِي، الْمَصْدَرُ السَّابِقُ، 84/3.

⁴ الشَّرِينِي، مَغْنِي الْحَتَّاجِ إِلَى مَعْرِفَةِ مَعَانِي أَلْفَاظِ الْمَنَاجِ، 460/4.

⁵ إلهام عبد الله باجنيد، أثر العُرف في الفرق ومتعلقاتها من أحكام فقه الأسرة - دراسة تطبيقية مقارنة -، ص 185.

⁶ ابْهَوْتِي، كَشَافُ الْقِنَاعِ عَنْ مَتْنِ الْإِقْنَاعِ، 243/5.

الباب الثاني: أثر العُزف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

ب. أحكام اللفظ الكنائي في الطلاق: اتفق أغلب الفقهاء على أمور تتعلق بهذا النوع من الألفاظ المستعملة في الطلاق، وقد تجلّت فيما يأتي:

- أنّ المعبر من ألفاظ الكنايات في الطلاق ما يشهد له العُزف واستعمال الناس بأنّه كناية؛ لأهمّهما قد يتغيّر، ذلك أنّ "مَالِكًا رحمته الله أو غَيْرُهُ مِنَ الْعُلَمَاءِ إِنَّمَا أَفْتَى فِي هَذِهِ الْأَلْفَافِ بِهَذِهِ الْأَحْكَامِ؛ لِأَنَّ زَمَانَهُمْ كَانَ فِيهِ عَوَائِدُ اقْتَضَتْ نَقْلَ هَذِهِ الْأَلْفَافِ لِلْمَعَانِي الَّتِي أَفْتَوْا بِهَا فِيهَا... فَإِذَا وَجَدْنَا زَمَانَنَا غُرِّيَ عَنْ ذَلِكَ، وَجَبَ عَلَيْنَا أَنْ لَا نُفْتِيَ بِتِلْكَ الْأَحْكَامِ-من وقوع الطلاق بها أو عدم وقوعه- في هذه الألفاظ؛ لِأَنَّ انْتِقَالَ الْعَوَائِدِ يُوجِبُ تَغْيِيرَ الْأَحْكَامِ"¹.

- أنّ ألفاظ الكناية لا يقع الطلاق بها بمجرد التلقّظ، بل لا بُدَّ أَنْ تَصَاحِبَهَا نِيَّةُ الطَّلَاق؛ لعدم دلالتها صراحة على ذلك، فإذا لم يُردِّد الزوج الطلاق بما تلقّظ به، ولم يَنْوِهِ، لم يَقَعِ الطَّلَاق. إِلَّا أَنْ الْحَنْفِيَّةَ²، والحنابلة³ يستعيضون عن النية بدلالة الحال، أو القرينة، بمعنى أنّ الزوج إذا تلقّظ بلفظ كنائي في حال ذكر الطلاق، أو سؤاله من قبل الزوجة، أو حال الغضب وقع الطلاق، وإن لم يَنْوِهِ. خلافاً للمالكية⁴، والشافعية⁵ فقد اقتصرُوا على نية الطلاق فقط، حتى ولو تلقّظ الزوج باللفظ حال خصومة، أو غضب، أو سؤال المرأة لم يَقَعِ الطلاق ما لم يَنْوِهِ.

ومّا استدلُّوا به على عدم وقوع الطلاق باللفظ الكنائي بمجرد: بما رَوَّته أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها: أَنَّ ابْنَةَ الْجَوْنِ⁶، لَمَّا أُذْخِلَتْ عَلَى رَسُولِ اللَّهِ صلّى الله عليه وآله وَدَنَا مِنْهَا، قَالَتْ: أَعُوذُ بِاللَّهِ مِنْكَ، فَقَالَ لَهَا: «لَقَدْ عُدَّتْ بِعَظِيمٍ، الْحَقِّي بِأَهْلِكَ»⁷. إذ قالها رسول الله صلّى الله عليه وآله وهو يقصد الطلاق. وبما رَوَّيَ رُوِيَ عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه، أَنَّهُ قَالَ: لِرَجُلٍ قَالَ لِرُجُلَتِهِ: حَبْلُكَ عَلَى غَارِبِكَ: أَنْشَدْتُكَ بِرَبِّ هَذِهِ الْبَيْتَةِ، مَا أَرَدْتَ بِقَوْلِكَ: حَبْلُكَ عَلَى غَارِبِكَ، أَرَدْتَ الطَّلَاقَ؟ فَقَالَ الرَّجُلُ: لَوْ اسْتَحْلَفْتَنِي فِي

¹ - القراني، الفروق، 1/153.

² - يُنظر: مُلَا خَسْرُو، درر الحُكَام شرح غرر الأحكام، 1/369.

³ - يُنظر: ابن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد، 3/115.

⁴ - يُنظر: ابن جزري، القوانين الفقهية، ص152.

⁵ - يُنظر: المزني، مختصر المزني، 8/296.

⁶ - قال ابن حجر: "وَالصَّحِيحُ أَنَّ اسْمَهَا أُمَيْمَةُ بِنْتُ النُّعْمَانِ بْنِ شَرَّاحِيلٍ". فتح الباري، 9/375. ولم يذكر عنها في كتابه

الإصابة أكثر من روايات الحديث الذي استعادت فيه من رسول الله صلّى الله عليه وآله. الإصابة في تمييز الصحابة، 8/19.

⁷ - أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الطلاق، بَابُ مَنْ طَلَّقَ، وَهَلْ يُؤَاجَهُ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ بِالطَّلَاقِ، رقم: 5254، 7/41.

الباب الثاني: أثر الغُزف في انحلال الزَّواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتَّشريع الجزائري

غَيْرَ هَذَا الْمَكَانِ، مَا صَدَقْتُكَ؟ أَرَدْتُ الْفِرَاقَ، فَقَالَ عُمَرُ: هُوَ مَا أَرَدْتُ¹. فَلَوْ كَانَ الطَّلَاق يَقَعُ بِمَجْرَدِ التَّلَفُّظِ بِاللَّفْظِ الْكِنَائِيِّ بِلا نِيَّةٍ، لَمْ يَكُنْ لِتَحْلِيلِ عَمْرِو بْنِ عَبْدِ اللَّهِ لِلرَّجُلِ فَائِدَةٌ².

ج. حكم إيقاع الطَّلَاق بِاللَّفْظِ الْكِنَائِيِّ: للعلماء في إيقاع الطَّلَاق بالكنايات أراء بحسب نظرهم لكل لفظ من ألفاظ الكناية، وبيانها عند المذاهب الأربعة كالآتي:

- مذهب الحنفيَّة: فقد قسموا ألفاظ الكناية إلى قسمين؛ وهما:

القسم الأول: ألفاظ يَقَعُ بها الطَّلَاقُ الرَّجْعِيُّ، وَلَا يَقَعُ بها إِلَّا بِنِيَّةٍ أَوْ دَلَالَةٍ حَالٍ، وهي ثلاثة: اعتدي، استبرئي رحمك، أنت واحدة. فهي تدلُّ صراحة على عدم البينونة؛ لذلك لَا يَقَعُ بها إِلَّا واحدة رجعية³.

والقسم الثاني: ألفاظ يَقَعُ بها الطَّلَاقُ الْبَائِنُ، نَحْوُ قَوْلِهِ: أَنْتِ بَائِنٌ، حَرَامٌ، خَلِيَّةٌ، بَتَّةٌ، اخْتَارِي، سَرَحْتُكَ، حَبْلُكَ عَلَى غَارِبِكَ، أَنْتِ حُرَّةٌ، أُغْرِي، أُخْرِجِي وَادْهِي، وَابْتَغِي الْأَزْوَاجَ، وَالْحَقِّي بِأَهْلِكَ، وَنَحْوُ ذَلِكَ⁴. فَإِنْ نَوَى بها الطَّلَاقَ، وَقَعَتْ طَلَقَةٌ وَاحِدَةٌ بَائِنَةٌ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ نِيَّةٌ فِي فِي الْعِدَدِ، فَإِنْ نَوَى ثَلَاثًا كَانَتْ ثَلَاثًا؛ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ كِنَايَةً عَنْ مَجْرَدِ الطَّلَاقِ، بَلْ عَنْ الطَّلَاقِ عَلَى وَجْهِ الْبَيْنُونَةِ، وَالنِّيَّةُ تُعَيِّنُ أَحَدَ نَوْعِي الْبَيْنُونَةِ صَغِيرَى كَانَتْ أَوْ كَبْرَى. وَإِنْ نَوَى بها اثْنَتَيْنِ كَانَتْ وَاحِدَةً بَائِنَةً؛ لِأَنَّ اللَّفْظَ لَا يَدُلُّ عَلَى اثْنَتَيْنِ، وَإِنَّمَا يَدُلُّ عَلَى الْبَيْنُونَةِ سِوَاءِ الصُّغْرَى، أَمْ الْكَبْرَى، فَيُنْبُتُ أَدْنَى الْبَيْنُونَتَيْنِ، وَهِيَ الْوَاحِدَةُ⁵.

- مذهب المالكيَّة قسموا الألفاظ الكِنَائِيَّةَ إلى قسمين؛ **الأول منهما:** الكناية الظَّاهِرَةُ؛ هِيَ الَّتِي جَرَتْ الْعَادَةُ أَنْ يُطْلَقَ بِهَا فِي الشَّرْعِ أَوْ فِي اللَّغَةِ، وَحُكِمَ هَذَا الْقِسْمُ كَحُكْمِ اللَّفْظِ الصَّرِيحِ مِنْ حَيْثُ الْوُقُوعُ، فَيَقَعُ بِهِ الطَّلَاقُ بِدُونِ نِيَّةٍ. وَأَلْفَاظُ هَذَا الْقِسْمِ: أَنْتِ خَلِيَّةٌ، أَوْ بَرِيَّةٌ، أَوْ بَائِنٌ، أَوْ بَتَّةٌ، أَوْ بَتْلَةٌ، أَوْ حَبْلُكَ عَلَى غَارِبِكَ، خَلَيْتُ سَبِيلَكَ، أَوْ وَهَبْتُكَ لِأَهْلِكَ، أَوْ رَدَدْتُكَ لِأَهْلِكَ، أَوْ أَنْتِ حَرَامٌ، أَوْ كَالْمَيْتَةِ أَوْ الدَّمِ أَوْ لَحْمِ الْخِنْزِيرِ، أَوْ فَارَقْتُكَ، أَوْ سَرَحْتُكَ، أَوْ اعْتَدَيْ، وَأَمْرُكَ بِإِدِكَ،

¹ أخرجه الإمام مالك في موطعه، كتاب الطَّلَاق، باب الخلية والبرية وما أشبه ذلك، حديث رقم: 1572، 606/1.

² يُنْظَرُ: الْحِصْنِيُّ، كَفَايَةُ الْأَخْيَارِ فِي حَلِّ غَايَةِ الْاِخْتِصَارِ، ص 390.

³ يُنْظَرُ: الْمِيدَانِيُّ، اللَّبَابُ فِي شَرْحِ الْكِتَابِ، 41/3.

⁴ الْكَاسَانِيُّ، بِدَائِعِ الصَّنَائِعِ فِي تَرْتِيبِ الشَّرَائِعِ، 106-105/3.

⁵ شَيْخِي زَادَهُ، مَجْمَعُ الْأَنْهَرِ فِي شَرْحِ مِلْتَقَى الْأَنْهَرِ، 403/1. وَالْمِيدَانِيُّ، الْمَصْدَرُ السَّابِقُ، 42/3.

الباب الثاني: أثر العرف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

وَتَزَوَّجِي مَنْ شِئْتَ، وَحَلَلْتَ لِلزَّوْجِ، وَلَا سَبِيلَ لِي عَلَيْكَ، أَوْ لَا سُلْطَانَ لِي عَلَيْكَ، وَأَعْتَقْتُكَ، وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ¹.

فهذه الألفاظ عندهم يقع بها الطلاق من غير نيّة، سواء وردت على مدخول بها، أم غير مدخول بها²؛ "لأنّ عُرْفَ الشَّرع جَارٍ بِأَنَّ النِّسَاءَ يُطَلَّقُونَ بِهَا ابْتِدَاءً أَوْ جَوَابًا عَنْ مَسْأَلَةِ الطَّلَاقِ، فَلَا يُصَدَّقُ فِيهَا يَنْفِيهِ الْعُرْفُ"³. والفرق بين ألفاظ الكناية الظاهرة وألفاظ الطلاق الصريحة عندهم، أنّ الطلاق باللفظ الصريح يقع به طليقة واحدة عند الإطلاق، أمّا بألفاظ الكناية الظاهرة يقع الطلاق بها بائناً بينونة كبرى؛ أي يلزمه الطلاق الثلاث، إلّا أنّ يقولَ نَوَيْتَ أَقَلَّ مِنَ الثَّلَاثِ، فَإِنَّهُ يَلْزِمُهُ مَا نَوَى، وَيُصَدَّقُ مَعَ يَمِينِهِ، فَإِنْ نَكَلَ عَنِ الْيَمِينِ فَإِنَّهُ يَلْزِمُهُ الثَّلَاثُ⁴.

أمّا الثاني: فهو الكناية الخفية؛ هي ما لم يغلب في العرف استعماله في الطلاق، وحكم هذا القسم أنّ هذه الألفاظ لا يلزم الطلاق بها إلّا مع النية. وألفاظ هذا القسم: نحو اذهبي، واخرجي، واغربي، ودوقي، وتجري، وأنت مخلّاة، واختاري، وهبتك لأهلك، وسائر ما يدلّ على الفرقة، ويؤدّي معنى الطلاق. وحكم الطلاق عندهم بهذه الألفاظ لا يقع من غير نيّة، فتحتاج إلى النية عند إرادة الطلاق؛ لأنّ العرف لم يستعملها في الطلاق فإذا لم ينو بها طلاقاً لم يقع بها شيء⁵. وإنّ نوى الطلاق بالكنايات وقع ما نواه الزوج، ويكون الطلاق رجعيّاً، ما لم ينو الثلاث⁶.

ومحلّ لزوم الطلاق في ألفاظ الكناية عندهم: إذا كان العرف يستعملها في الطلاق... فإنّ اعتدّ ذلك أو اعتاده أهل بلده، وأوّل لو كان عادة الجميع لزم الطلاق به، وإلّا فلا حتّى ينوي الطلاق⁷. فإذا لم يكن هناك عرف جرى على التّطبيق بها، كما في زماننا؛ لا يقع بها الطلاق إلّا إلّا بالنية، فإذا نوى واحدة لزمته،... ولا يحلّ للمفتي أن يُفتي في الطلاق وغيره من الأحكام المبنيّة على العوائد والعرف، إلّا بعد أن يعلم عرف أهل البلد أو القبيلة في ذلك الأمر. وبهذا نعلم

¹ يُنظر: العدوي، حاشية العدوي على شرح كفاية الطّالِب الرّبّاني، 44/4. والقراي، الفروق، 473/5.

² يُنظر: ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 97/3. وابن جزّي، القوانين الفقهيّة، ص152.

³ القاضي عبد الوهاب، المعونة على مذهب عالم المدينة، 849/1.

⁴ يُنظر: ابن جزّي، المصدر السّابق، ص152. والعدوي، المصدر السّابق، 44/4.

⁵ يُنظر: النّفراوي، الفواكه الدّواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، 35/2. والدّردير، الشّرح الكبير، 383/2.

⁶ يُنظر: القاضي عبد الوهاب، التّلقين في المذهب المالكي، 129/1.

⁷ العدوي، المصدر السّابق، 87/2.

الباب الثاني: أثر الغُرف في انحلال الزَّواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتَّشريع الجزائري

أنَّ معظم الكنايات الظَّاهرة التي قال المالكيَّة إِنَّه يَفْعُ الثَّلاث في المدخول بها بدون نظر إلى نيَّة، وهي من الكنايات الخفيَّة في زماننا؛ لأنَّه لم يُطلَق بها أحد¹.

- **مذهب الشَّافعيَّة:** ذهبوا إلى أن ألفاظ الكناية، هي التي تشبه الطَّلَاق وتدلُّ على الفراق، فإنَّ نَوَى بها الزَّوج الطَّلَاق أخذت حكم الصَّريح في وقوع الطَّلَاق بها، وعدد ما يقع بها منه؛ لأنَّها إمَّا تتوقَّف على النيَّة، فإنَّ وجدت كانت كالصَّريح.

وَالْكِنَايَاتُ ضَرْبَانِ؛ وهما: **الكناية الظَّاهرة:** سِتَّةُ أَلفاظٍ؛ وهي: بَتَّةٌ، وَخَلِيَّةٌ، وَبَرِيَّةٌ، وَبَائِنٌ، بَتْلَةٌ، وَحَرَامٌ. أمَّا **الكناية الباطنة:** نحو: اعتدي، واذهي، والحقِّي بأهلك، وَحَبْلُكَ عَلَى غَارِبِكَ، وَلَا حَاجَةَ لِي فِيكَ، وَأَنْكَحِي مَنْ شِئْتَ، وَاسْتَبْرِي، وَتَقْنَعِي، وَقُومِي، وَاخْرُجِي، وَتَجَرَّعِي، وَذُوقِي وَكُلِّي وَاشْرَبِي وَاخْتَارِي وَمَا أَشَبَّهَ ذَلِكَ. وَحُكْمُهُمَا عِنْدَهُمَا وَاحِدٌ. فَإِنْ افْتَرَنَ اللَّفْظُ الْكِنَائِي بِالنِّيَّةِ وَقَعَ بِهِ الطَّلَاقُ وَإِنْ تَجَرَّدَ عَنْهَا لَمْ يَقَعْ. فَإِنْ نَوَى الطَّلَاقَ وَقَعَ وَاحِدَةً رَجْعِيَّةً، إِلَّا إِذَا نَوَى أَكْثَرَ كَالثَّانِيَيْنِ، وَالثَّلاثِ وَقَعَ مَا نَوَاهُ².

- **مذهب الحنابلة:** قسموا الكناية إلى قسمين؛ **أولهما:** كنايات ظاهرة؛ وهي الألفاظ الموضوعة للبينونة؛ لأنَّ معنى الطَّلَاق فيها أظهر. وألفاظ الكناية الظَّاهرة عندهم خمسة عشر لفظاً؛ هي: خَلِيَّةٌ، وَبَتَّةٌ، وَبَرِيَّةٌ، وَبَائِنٌ، بَتْلَةٌ، وَحُرَّةٌ، وَالْحَرْجُ، أَنْتِ عَلَيَّ حَرَامٌ، وَحَبْلُكَ عَلَى غَارِبِكَ، وَلَا سَبِيلَ لِي عَلَيْكَ، وَغَطِّي شَعْرَكَ، وَأَعْتَقْتُكَ، وَحَلَلْتُ لِلزَّوْجِ. وَتَقْنَعِي. وَلَا سُلْطَانَ لِي عَلَيْكَ³.

وثانيهما: كنايات خفيَّة؛ وهي أخفى من الدَّلالة عن الظَّاهرة. وهي الألفاظ الموضوعة لِلطَّلَاقِ الْوَاحِدَةِ مَا لَمْ يَنْوَ أَكْثَرَ. وهي عندهم عَشْرُونَ لفظاً: أَخْرُجِي، وَادْهِي، وَذُوقِي، وَتَجَرَّعِي، وَخَلِيَّتُكَ، وَأَنْتِ مُخَلَّاةٌ، وَأَنْتِ وَاحِدَةٌ، وَلَسْتُ لِي بِامْرَأَةٍ، وَاعْتَدِي، وَاسْتَبْرِي، وَاعْتَرِلِي، وَالْحَقِّي بِأَهْلِكَ، وَلَا حَاجَةَ لِي فِيكَ، وَمَا بَقِيَ شَيْءٌ، وَأَعْفَاكَ اللَّهُ، وَاللَّهُ قَدْ أَرَاكَ مِنِّي، وَاخْتَارِي، وَجَرَى الْقَلَمُ، وَفَارَقْتُكَ، وَسَرَحْتُكَ⁴. فلا يَقَعُ بها الطَّلَاقُ إِلَّا بِنِيَّةٍ، أو بدلالة حال، بخلاف لو اقترنت به نيَّة، أو دلالة حال، إِلَّا أَنَّ الرِّوَايَةَ عَنِ الْإِمَامِ أَحْمَدَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: اختلفت فقد قضى في رواية أنَّه يقع بها

¹ يُنظر: عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، 293/4.

² يُنظر: الماوردي، الحاوي الكبير، 159/10-160. والشَّيرازي، المهذب في فقه الإمام الشَّافعي، 10/3.

³ يُنظر: ابن قدامة، المغني، 390/7-392. وابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، 315/6.

⁴ يُنظر: ابن مفلح، المصدر نفسه، 315/6. والبهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، 250/5.

الباب الثاني: أثر العرف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

البينونة الكبرى، وهي الثلاث، حتى لو نوى الزوج واحدة لا يُنظر إلى نيته في العدد. وفي أخرى: قضى بأنه يقع ما نواه الزوج، فإن لم ينو شيئاً وقعت واحدة رجعية، ويُقبل قوله حكماً. وقد كان الإمام أحمد رحمته الله يكره الفتيا في هذه الكنايات؛ لميله إلى كونها ثلاثاً¹.

- **الرأي الرابع:** بعد عرض أقوال الفقهاء ومناقشتها، فإن الذي يميل الباحث إلى ترجيحه هو مذهب الشافعية القائل بأن جميع ألفاظ الكناية يجب في كلّها النية، فإن خاطبها بشيء من ذلك ونوى به الطلاق وقع، وإن لم ينو لم يقع؛ لأنه يحتمل الطلاق وغيره؛ لأن ألفاظ الكناية ليست موضوعة للطلاق فلا تنصرف إليه إلا بنية من يملكها وهو الزوج، وهذا الرأي يتفق ومنهج الشريعة الإسلامية.

ثانياً- أثر العرف في اللفظ الصريح والكنايات للطلاق في التشريع الجزائري:

بيان ذلك يكون من الناحيتين القانونية والقضائية على النحو الآتي:

1. **من الناحية القانونية:** يرى البعض² أن المشرع قد أشار بطريقة غير مباشرة إلى أن الطلاق يُنقذ بالأسلوب الذي يُنقذ به الزواج؛ أي بالألفاظ الصريحة وفقاً للمادة: 1/10 ق أ ج³، كما يقع بالكتابة أو الإشارة المفهمة، وهذا المعنى مأخوذ من المادة: 2/10 ق أ ج⁴. وبما أن الطلاق هو تعبير عن الإرادة، حسب المادة: 48 ق أ ج، فإن التعبير عن الإرادة يكون باللفظ، وبالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفاً، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالة على مقصود صاحبه حسب المادة: 1/60 ق م ج⁵. وكان الأولى بالمشرع أن يبين الألفاظ التي تحتاج إلى نية والتي لا تحتاج إليها⁶، وتضمن الطلاق بالكناية مع استبعاد كل كناية غير متضمنة للنية؛ لأن الطلاق بالكنايات كثير التلغظ به، والعرف الجزائري مليء بكنايات الطلاق، التي تقع الطلاق مع النية، وهو ما يجهله كثير من الناس، هذا وإن كانت مسألة كنايات الطلاق

¹ يُنظر: ابن قدامة، المغني، 390/7-391.

² يُنظر: العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري - الزواج والطلاق -، 250/1.

³ تنص المادة: 1/10: "يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يُفيد معنى النكاح شرعاً"

⁴ تنص المادة: 2/10: "ويصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يُفيد معنى النكاح لغة أو عرفاً كالكتابة والإشارة"

⁵ يُنظر: سعادي لعل، الزواج وانحلاله في قانون الأسرة -دراسة مقارنة-، ص 268-269.

⁶ يُنظر: الزبير معتوق وعبد القادر مهاوات، الأخذ بالاحتياط وتطبيقاته في مسائل الأسرة عند المالكية (مقال)، ص 1454. ص 1454.

الباب الثاني: أثر العُرف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

مما هي قيد الاستعمال عند الناس، إلا أن القضاء لا يعتد بها¹. لذا ينبغي على المشرع مراعاة الألفاظ المستعملة في العُرف عند إيقاع الطلاق من خلال التخصيص عليها في مواد مستقلة. كما أشار إلى ذلك المشرع الليبي في مادته: 3 في فقرتيها ب، ج².

2. من الناحية القضائية: لقد ذهبت المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 14/5/1984م بأنه متى كان من المقرر شرعاً أن الطلاق، هو حل عقد الزواج، ويتم بإرادة الزوج الذي يملك وحده فك عصمة النكاح، ولا يتوب عنه في ذلك إلا من فوّض لهم أمره، ولا يتم ذلك إلا بصيغة صريحة وواضحة³. ويظهر أثر العرف في كون ألفاظ الطلاق صريحة كانت أو كناية إنما تخضع لأعراف الناس في كل منطقة⁴، وبحسب الألفاظ المعتاد إطلاقها في مثل تلك الظروف، والتي تنحصر في معظمها في لفظ الطلاق عموماً في المجتمع الجزائري بتنوع مناطقه وربوعه، فمن الناس من يستعمل اللفظ الصريح للطلاق فيقول في منطقة معينة: "أنت طالق"، وقد نجد في منطقة أخرى من يقول: "أنت مُطلّقة"، ومنهم من يقول: "طلّقتك".

كما اشتهرت بعض الصيغ الكنائية الدالة على الطلاق عُرفاً في بعض المناطق، كلفظ اخرجني عليّ، هزي قشك، وروحي لداركم، أنت مش مرتي، أو أن يقول لأحد أفراد أسرة زوجته: تعال خذ أحتك، أو بنتك إلى داركم. ثم إن ما ذهب إليه فقهاء الحنفية والمالكية والمشرع الجزائري يؤيد في الغالب أعرافنا؛ ذلك أن اللفظ المتعارف عليه والمشهور بين الناس في مجتمعنا هو لفظ الطلاق، ونادراً ما يُستعمل لفظ السراح والفراق وما شابه ذلك من ألفاظ الكناية للدلالة على الطلاق⁵. "والملاحظ أن هذه الصورة من صور اعتبار العُرف في صيغ الناس ودلالاتهم على المقصود من ألفاظهم، هو عرف صحيح تقره السياسة الشرعية وتقبل به؛ لأنه نابع من استعمال

¹ يُنظر: عماد شريف، المسائل المسكوت عنها في الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري، ص230.

² نصّت المادة: 31/ب، ج من ق أ الليبي رقم: 10/84: "أ- يقع الطلاق بالألفاظ الصريحة فيه عرفاً، ولا يقع بألفاظ الكناية إلا إذا نوى المتكلم بها الطلاق، ولا تثبت النية إلا باعترافه. ب- ومن العاجز عن الكلام والكتابة بإشارته المفهومة". حملتها يوم 2024/6/21م، في الساعة: 23، من الشبكة العنكبوتية من الرابط الآتي: <https://goo.su/nAcV3>

³ يُنظر: م ع، غ أش، ملف رقم 32786، قرار بتاريخ 14/5/1984م، م ق، ع 2، 1986م، ص66.

⁴ يُنظر: سليمان ولد خصال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، ص119.

⁵ يُنظر: أحمد رشاد عبد الهادي، أثر العُرف في الأحوال الشخصية، ص175-176.

الباب الثاني: أثر العُزف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

النَّاس وعاداتهم في ذلك، والعادة مُحَكِّمة فيما لا تُخالف الشَّرع ولا تُناقض مقاصده"¹. ثم إنَّ "كثيراً من الألفاظ التي تداولها المتقدمون في أبواب الطَّلَاق لم يعد لها حضور في استعمالات النَّاس اليوم، كقولهم: أَنْتِ خَلِيَّةٌ، وَبَرِيَّةٌ، وَحَبْلُكَ عَلَى غَارِبِكَ"².

الفرع الثاني: أثر العرف في اشتها لفظ كنائي في الطَّلَاق

في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

قد يشتهر لفظٌ كنائي؛ أي لفظٌ غير صريح في الطَّلَاق؛ كقول العامة في عصرنا: عليَّ الحرام، أو عَلَيَّ الطَّلَاق، أو بالحرام هل يجعله صريحاً فيه؟ وفيما يأتي بيانها وفق التَّفصيل الآتي:

أولاً- أثر العرف في اشتها لفظ كنائي في الطَّلَاق في الفقه الإسلامي:

لا خلاف بين الفقهاء أنَّ اللَّفظ الصَّريح للطَّلَاق هو لفظ "الطَّلَاق" نفسه³. وإنَّما الخلاف واقع بينهما فيما لو اشتها لفظٌ من الألفاظ غير الصَّريحة في الطَّلَاق؛ كلفظ عليَّ الحرام، أو بالحرام. فهل هذا الاشتها يجعله صريحاً فيه أم لا؟

1. أقوال فقهاء المذاهب الأربعة في هذه المسألة: اختلفوا فيها على ثلاثة أقوال؛ وهي:

القول الأوَّل: ذهب جمهور الفقهاء⁴ إلى أنَّه متى اشتها لفظ للطَّلَاق، وشاع استعماله فيه، بحيث لا يتبادر عند إطلاقه غير معناه، كاستعمالهم لفظ عَلَيَّ الحرام، أو الحرام يَلْزَمُنِي، أو عَلَيَّ الطَّلَاق، فَيَقَعُ بِلا نِيَّةٍ لِلْعُزْفِ⁵.

واستدلُّوا بأنَّ هذه الألفاظ من صريح الطَّلَاق بِالْعُزْفِ، ذلك أنَّ الألفاظ عليَّ الحرام، والطَّلَاق يَلْزَمُنِي، وَعَلَيَّ الطَّلَاقُ اشتهرت حتى غَلَبَ في عُرف النَّاس استعمالها في إيقاع الطَّلَاق، فصارت هذه الألفاظ صريحة فيه؛ لأنَّ "العادة مُحَكِّمة". فيجب الإفتاء به من غير نِيَّةٍ⁶. ونُوقِشَ

¹ عبد الفتَّاح عمرو، السِّياسة الشَّرعية في الأحوال الشَّخصية، ص 175-176.

² أحمد ذيب، قواعد الطَّلَاق وضوابط الفراق، ص 47.

³ ابن حزم، مراتب الإجماع، 73/1.

⁴ يُنظر: الحَصْنَكْفِي، الدُّر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، 253/3. والصَّاوِي، بلغة السَّالِك لأقرب المسالك،

559/2. والرَّافِعِي، الشَّرح الكبير، 513/8. وابن قدامة، المغني، 484/7.

⁵ يُنظر: الحَصْنَكْفِي، المصدر السَّابِق، 253/3. وابن نجيم، البحر الرَّايق شرح كنز الدَّقَائِق، 22/4.

⁶ يُنظر: ابن الهمام، فتح القدير، 91/5. والشَّرِّيبي، مغني المحتاج، 475/4. وابن قدامة، المصدر السَّابِق، 484/7.

الباب الثاني: أثر العُرف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

هذا: بأن اعتبار الاستعمال في الصريح لا يصح؛ لأن الواجب اعتبار استعمال القرآن الكريم دون غيره، وليس في القرآن أن هذه الألفاظ من الصرائح¹.

وأجيب عنه: بأن هذا الكلام غير سديد؛ لأنه قد ثبت أن الصريح ما ثبت في الاستعمال، ولم يثبت أن القرآن اختص به حتى يُعتبر استعماله².

القول الثاني: إن هذه الألفاظ كناية في الطلاق، وإلى هذا ذهب المالكية³، والشافعية⁴ في وجهه، والحنابلة في مقابل الصحيح⁵. غير أن المالكية فرقوا بين "عَلَيَّ حَرَامٌ"، و"عَلَيَّ الْحَرَامُ"، فقالوا: فقالوا: إن "عَلَيَّ الْحَرَامُ" أَسْتَعْمَلَ فِي الْعُرْفِ فِي حَلِّ الْعِصْمَةِ، بِخِلَافِ "عَلَيَّ حَرَامٌ"، فَمَنْ قَاسَ "عَلَيَّ الْحَرَامُ" عَلَى "عَلَيَّ حَرَامٌ" فَقَدْ أَخْطَأَ فِي الْقِيَاسِ، لَوْجُودِ الْفَرَقِ، وَخَالَفَ الْمَنْصُوصَ فِي كَلَامِ الْفُقَهَاءِ⁶. فَحُكْمٌ مِنْ تَلَفُّظِ بَعْلِي الْحَرَامِ عِنْدَهُمْ، إِذَا حِنْثَ فَإِنَّهُ يَلْزَمُهُ الثَّلَاثُ فِي الْمَدْخُولِ بِهَا، وَيُنَوِّي فِي غَيْرِهَا؛ لِأَنَّ الْعُرْفَ اسْتَعْمَلَ هَذَا اللَّفْظَ فِي حَلِّ الْعِصْمَةِ⁷.

واحتجوا بما رُوِيَ عن ابْنِ مَسْعُودٍ رضي الله عنه أَنَّهُ قَالَ: "إِنْ كَانَ نَوَى طَلَاقًا، وَإِلَّا فَهِيَ يَمِينٌ"⁸. فدلَّ هذا الأثر على أَنَّ الْإِنْسَانَ إِذَا حَرَّمَ زَوْجَتَهُ عَلَيْهِ فَيَرْجِعُ إِلَى نَيْتِهِ، فَإِنْ نَوَى طَلَاقًا فَهُوَ طَلَاقٌ، وَإِنْ لَمْ يَرُدْ طَلَاقًا فَلَيْسَ بِطَلَاقٍ، وَيُكْفَرُ كَفَارَةَ يَمِينٍ⁹.

كما قالوا: إنَّ الصَّرائِحَ تُؤْخَذُ مِنْ وُجُودِ الْقُرْآنِ بِهَا، وَتَكْرُرُهَا عَلَى لِسَانِ حَمَلَةِ الشَّرْعِ، وَلَا يُكْتَفَى فِيهَا بِمُحَرَّدِ اللَّغَةِ وَالِاسْتِعْمَالِ، وَإِلَّا لَمَا كَانَ هُنَاكَ فَرْقٌ بَيْنَ لَفْظِ الْفِرَاقِ - هُوَ لَفْظُ صَرِيحٍ

¹- يُنظر: الشَّيْبَانِي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، 4/458.

²- يُنظر: البُخَيْرِيُّ، حاشية البُخَيْرِيِّ على شرح المنهاج، 6/4.

³- يُنظر: الصَّوَّاي، بلغة السَّالِكِ لأَقْرَبِ الْمَسَالِكِ، 2/559.

⁴- يُنظر: النَّوَوِي، روضة الطالبين، 8/26.

⁵- يُنظر: ابن قدامة، المغني، 7/484.

⁶- يُنظر: العدوي، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، 4/47.

⁷- يُنظر: الصَّوَّاي، المصدر السابق، 2/563.

⁸- أخرجه الصَّنْعَانِي فِي مَصْنَفِهِ، كِتَابُ الطَّلَاقِ، بَابُ الْحَرَامِ، رَقْمٌ: 11366، 6/400. وَقَالَ فِيهِ الْهَيْتَمِيُّ: "رَوَاهَا كُلُّهَا

الطَّبْرَانِيُّ، وَرِجَالُهُ ثِقَاتٌ إِلَّا أَنَّ مُجَاهِدًا لَمْ يُدْرِكْ ابْنَ مَسْعُودٍ". جَمْعُ الرُّوَايَةِ وَمَنْبَعُ الْفَوَائِدِ، 4/337.

⁹- يُنظر: الشَّافِعِيُّ، الْأُمُّ، 5/278.

الباب الثاني: أثر العزف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

عند الشافعية - والبيونة - وهو كناية عندهم - فإذا ثبت هذا، عُلِمَ أَنَّ هذه الألفاظ المذكورة ليست صريحة؛ لأنها لم تَرِدْ في القرآن، ولم تَتَكَرَّرْ على لِسَانِ حَمَلَةِ الشَّرْعِ فتكون كِنَايَةً¹.

القول الثالث: إِنَّ هذه الألفاظ ليست بصريحة في الطَّلَاق ولا كِنَايَةً، ولا يَقَعُ بِهَا طَلَّاقٌ، وَإِنَّمَا هي أَيْمَانٌ يُكْفَرُ عَنْهَا، وإلى هذا ذهب بعض فقهاء الشافعية²، وابن تيمية من الحنابلة³. واحتجوا بما رُوِيَ عن ابْنِ عَبَّاسٍ رضي الله عنه أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ فِي الْحَرَامِ: "يَمِينٌ يُكْفَرُهَا"، وَقَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ رضي الله عنه: «لَقَدْ كَانَ لَكُمْ فِي رَسُولِ اللَّهِ أُسْوَةٌ حَسَنَةٌ» [الأحزاب: 21]⁴. وجه الدلالة: أَنَّ هذا الأثر واضح الدلالة على أَنَّ مثل هذه الألفاظ - عليَّ الطَّلَاق، والحلال عليَّ حرامٌ - هي يَمِينٌ يُكْفَرُ عنها الإنسان، ولا يَقَعُ بِهَا طَلَّاقٌ؛ لأنها ألفاظ لم تُوضَعْ للطَّلَاقِ⁵.

كما اسْتَدَلُّوا بالمعقول من ثلاثة وجوه؛ أولها: أَنَّ أَهْلَ اللُّغَةِ اتَّفَقُوا على أَنَّ صيغة "الطَّلَاق" يلزمها "يَمِينٌ"، وليست بطلاقٍ، وبالتالي لا يَقَعُ بِهَا طَلَّاقٌ⁶. ونُقِشَ هذا: بما قاله الشُّبُكِيُّ رحمته الله⁷: "كَيْفَ يَدَّعِي اتِّفَاقُ أَهْلِ اللُّغَةِ عَلَى ذَلِكَ، وَلَا أَعْرِفُ هَذِهِ الصِّيغَةَ وَرَدَتْ فِي كَلَامِ أَهْلِ اللُّغَةِ، وَلَا سَمِعْتُ مِنْ عَرَبِيٍّ، لَا فِي نَظْمٍ، وَلَا فِي نَثْرٍ"⁸.

¹ يُنظر: أبو حامد الغزالي، الوسيط في المذهب، 375/5.

² وهما: الشيخان الطوسي وابن الصلاح. يُنظر: القليوبي، حاشية قليوبي، 225/3.

³ يُنظر: الدِّمِيرِي، النِّجْم الوهاج في شرح المنهاج، 485/7. وابن تيمية، الفتاوى الكبرى، 226/3.

⁴ مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ؛ أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الطَّلَاق، بَابُ «لَمْ تُحَرِّمْ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكَ» [التَّحْرِيم: 1]، رقم: 5266، 44/7. ومسلم في صحيحه، كتاب الطَّلَاق، بَابُ «وُجُوبِ الْكُفَّارَةِ عَلَى مَنْ حَرَّمَ امْرَأَتَهُ، وَمَنْ يَنْوِ الطَّلَاقَ»، رقم: 1473، 1100/2.

⁵ يُنظر: الزَّيْلَعِيُّ، تبين الحقائق شرح كنز الدَّقَائِقِ، 115/3. وابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 187/2. والدِّمِيرِي، المصدر السابق، 490/7. وابن قدامة، المغني، 415/7.

⁶ يُنظر: ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، 311/3.

⁷ هو: علي بن عبد الكافي بن علي بن تمام الشُّبُكِيُّ الأنصاريُّ الخزرجيُّ، أبو الحسن، تقي الدِّين، شيخ الإسلام في عصره، فقيه شافعيُّ مُفسِّرٌ حافظٌ أصوليُّ نحويُّ لغويُّ، ولي قضاء الشَّام. من مؤلفاته: "الدُّرُّ النَّظِيم" في التفسير، و"الابتهاج في شرح المنهاج" في الفقه، توفي رحمته الله بالقاهرة سنة 756 هـ. يُنظر: الزُّرْكَلِيُّ، الأعلام، 302/4.

⁸ تقي الدِّين الشُّبُكِيُّ، فتاوى الشُّبُكِيِّ، 303/2.

الباب الثاني: أثر العُرف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

وثانيها: إفتاء ابن عباس رضي الله عنه من السلف بعدم وقوع الطلاق بهذه الألفاظ¹. وتُوقش هذا بما ذكره الشُّبكي رحمته الله؛ حيث قال: "هَذَا الْقَوْلُ لَا أَعْرِفُ أَحَدًا صَرَّحَ بِهِ مِنْ سَلَفٍ وَلَا خَلْفٍ"². وثالثها: أنَّ هذه الألفاظ لا يقع بها الطلاق أصلاً؛ لخروجها عن صيغة الاشتراط³. ورُوي عن الإمام أحمد رحمته الله في رواية عنه أنَّها يمين⁴.

تحرير محل النزاع والترجيح:

يرجع سبب الخلاف بين الفقهاء في هذه المسألة إلى أمور ثلاثة؛ أولها: اختلافهم في مسألة أصولية؛ وهي: هل اللغات توقيفية أو اصطلاحية⁵؟ فَإِنْ قُلْنَا: إِنَّهَا اصطلاحية اكتُفي باشتهار هذه الألفاظ في العُرف، والاستعمال العام عن النية، فتكون صريحة. وَإِنْ قُلْنَا إِنَّهَا توقيفية فَلَا تخرج عن وضعها، بل تُستعمل في غيره على سبيل التجوُّز، فَإِنْ نَوَى وَقَعَ، وَإِلَّا فَلَا؛ فتكون كناية⁶.

وثانيها: اختلافهم في مسألة: هل الاصطلاح الخاص يُقضى به كالاصطلاح العام، أو لا؟ فالاصطلاح مساوٍ للعُرف، والمُرَاد به: اللَّفْظُ الْمُسْتَعْمَلُ فِي مَعْنَى غَيْرِ لُغَوِيٍّ، وَلَمْ يَكُنْ ذَلِكَ مُسْتَفَادًا مِنْ كَلَامِ الشَّارِعِ، فَإِذَا تَعَيَّنَ نَاقِلُهُ يَكُونُ عُرْفًا خَاصًّا، وَإِذَا لَمْ يَتَعَيَّنْ نَاقِلُهُ يَكُونُ عُرْفًا عَامًّا. فَمَنْ قَالَ: إِنَّهُ يُقْضَى بِهِ جَعْلُهُ كَالصَّرِيحِ فِي حَقِّ مَنْ اشتهر عندهم، وَمَنْ قَالَ: لَا يُقْضَى بِهِ فَإِنَّهُ يَكُونُ كِنَايَةً فِي حَقِّ الْجَمِيعِ⁷. أَمَّا ثَالِثُهَا: اختلافهم في: هَلْ يُقَدَّمُ عُرْفُ اللَّفْظِ عَلَى النِّيَّةِ، أَوِ النِّيَّةُ عَلَى عُرْفِ اللَّفْظِ؟ فَمَنْ قَالَ: يُقَدَّمُ الْعُرْفُ جَعْلُهُ صَرِيحًا، وَمَنْ قَالَ: تُقَدَّمُ النِّيَّةُ جَعْلُهُ كِنَايَةً⁸.

¹- يُنظر: ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، 4/129.

²- تقي الدين الشُّبكي، فتاوى الشُّبكي، 2/303.

³- يُنظر: الدِّميري، النِّجم الوهاج في شرح المنهاج، 7/485.

⁴- يُنظر: ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، 6/322.

⁵- معنى توقيفية: هي أَنَّ اللَّهَ وَضَعَ اللَّغَاتِ، وَوَقَفْنَا عَلَيْهَا وَأَعْلَمْنَا بِهَا. يُنظر: الإسنوي، التمهيد في تخریج الفروع على الأصول، الأصول، 1/137. وَأَمَّا اصطلاحية فهي: أَنَّ وَاضَعَ اللَّغَاتِ وَاحِدٌ أَوْ جَمَاعَةٌ. يُنظر: ابن النجار، شرح الكوكب المنير، 1/286.

⁶- يُنظر: الإسنوي، المصدر السابق، 1/39.

⁷- يُنظر: سليمان الحمل، حاشية الحمل على شرح المنهج، 1/13. والدِّميري، المصدر السابق، 7/485.

⁸- يُنظر: ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 3/98.

الباب الثاني: أثر العُرف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

بعد عرض أقوال الفقهاء، وبيان أدلتهم، ومناقشتها، يتبين أنه إن كان الأمر مُتوقعًا على العُرف، وإذا كان للباحث أن يُرجح ويُحكّم بعُرف زمانه، يكون القول الثالث هو الأقرب للصواب؛ فإن لفظ "عليّ الحرام"، أُخذَ كيمين.

كما أن هذا اللفظ كثر الخلفُ به في الأسواق، وعمّت به البلوى، فلو أوقعنا الطلاق عليهم بمجرد اللفظ كان في ذلك إلحاقٌ للمشقة، والمشقة مرفوعةً شرعًا. أمّا قول الشُّبكي رحمه الله بأنه لم يعرف أحدًا من السلف صرح بذلك، فقلوبه هذا مردودٌ بالأثر المروي عن ابن عباس رضي الله عنه¹. قد اعتذر الشيخ زكريا الأنصاري رحمه الله² عن فتوى الإمام ابن الصلاح رحمه الله³ بأن قوله بعدم الوقوع محمول على أنه لم يشتهر في زمنه - أي؛ في إرادة الطلاق - ولم ينو به الطلاق، وقد رجّح البعض قول ابن الصلاح في هذا العصر والزمان⁴.

ثانيًا - أثر العرف في اشتها لفظ كنائي في الطلاق في التشريع الجزائري: رغم أن المشرّع قد أشار بطريقة غير مباشرة إلى أن الطلاق يُنْعَقِدُ بالأسلوب الذي يُنْعَقِدُ به الزواج؛ أي بالألفاظ الصريحة، كما يَقَعُ بالكتابة أو الإشارة المفهمة، وهذا المعنى مأخوذ من المادة: 10/1 و2 ق أ ج سالفه الذكر⁵. إلا أنه لم يتعرض إلى الألفاظ التي اشتهرت في إيقاع الطلاق بها، ولا إلى اليمين بالطلاق تاركًا هذا الأمر لمبادئ الفقه الإسلامي من خلال اعتماده على مبدأ الإحالة بموجب نص المادة: 222 ق أ ج.

¹ يُنظر: هشام السيد عطية الجنائني، اشتها لفظ في الطلاق (مقال)، اطلعت عليه يوم: 2023/1/1م، في الساعة:

10:00، من موقع "شبكة الألوكة" على الشبكة العنكبوتية من الرابط الآتي: <https://ln.run/1ikFk>

² هو: زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري السنيكي المصري الشافعي، أبو يحيى، شيخ الإسلام. قاضٍ مُفسر، من حفاظ الحديث. تولى القضاء، ثم عُزِلَ، فاشتغال بالعلم، توفي رحمه الله عام 926هـ. من مؤلفاته: "منهج الطلاب" في الفقه، و"غاية الوصول" في أصول الفقه. يُنظر: الزركلي، الأعلام، 46/3-47.

³ هو: تقي الدين أبو عمرو عثمان بن عبد الرحمن، المعروف بابن الصلاح. الإمام الحافظ المفتي شيخ الإسلام، عالم في الحديث والفقه والتفسير وأسماء الرجال. تفقه على والده، وسمع من موفق الدين المقدسي، وابن عساكر وغيرهم. استقر بدمشق وتولى التدريس بها، وتوفي رحمه الله فيها عام 643هـ. من تصانيفه: "مقدمة ابن الصلاح"، و"طبقات الفقهاء الشافعية". يُنظر: الذهبي، تذكرة الحفاظ، 149/4.

⁴ ابن باز، فتاوى نور على الدرب، 238/1. وهشام السيد عطية الجنائني، المرجع السابق، ص6.

⁵ يُنظر: العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، 250/1.

الباب الثاني: أثر العُزف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

غير أنَّ سكوت المشرع عن ذلك لا يعني توقف سير العدالة، إذ ينبغي على قاضي شؤون الأسرة ضرورة الاجتهاد والبحث والعمل بما أخذت به بعض قوانين الأحوال الشخصية العربية المعاصرة؛ كالقانون المغربي الذي أقرَّ في المادة 91 من مدونته للأسرة¹ بأنَّ الحلف باليمين أو الحرام لا يَقَعُّ بهما طلاق، وإنَّما تكون فيهما كفارة اليمين عند الحنث. والأمر نفسه سلكه المشرع الليبي في المادة 31/ج من قانونه للأسرة². والأمر نفسه أشار إليه مُمثل الحكومة للنواب أثناء مناقشة مشروع قانون الأسرة في المجلس الشعبي الوطني بقوله بأنَّ سكوت القانون ها هنا، مستندًا في ذلك على فتوى محمود شلتوت رحمته الله، التي مفادها بأنَّ الحلف بالطلاق بدعة، ولا يمكن اعتباره طلاقًا³. وهذا رأي صائب يُساير السَّياسة الشرعية التي تفتح باب الرَّحمة والسَّعادة، لمعالجة المشاكل الاجتماعية عن طريق حماية الأسرة والمجتمع⁴.

بناء على ما سبق؛ يظهر أثر العُزف جليًّا في اشتهاار اللَّفظ الكِنائي في الطَّلَاق، كقول الزوج لزوجته: أنت عليَّ حرام، أو عليَّ الطَّلَاق، ونحوهما، ففي عهد الإمام مالك رحمته الله أنَّ المُتلفَّظ بها يلزمه الطَّلَاق الثلاث في المدخول بها، ولا تقبل نيَّته، لاشتهاار العُزف في هذه الألفاظ في إزالة العصمة، وفي عدد الثلاث، ولمَّا تغيَّر العُزف بعده وأصبح النَّاس لا يستعملون هذه الألفاظ في طلاق الثلاث، ولا في إزالة العصمة تغيَّر الحكم⁵.

ثم إنَّ النَّاس في عصرنا هذا يحلفون بالطَّلَاق، وعليَّ الحرام، وبالحرام، وباليمين في بعض المناطق من الجزائر، إلَّا أنَّهم يستخدمونها بمعنى اليمين، حتى إنَّ الرجل إذا أراد أن يُكرِّم زائرته يقول له: عليَّ الطَّلَاق لتأكلنَّ معي، وليس في ذهنه وتفكيره أصلًا طلاق زوجته ولا فراقها، وإنَّما يقصد

¹ نصَّت المادة: 91 من م أ المغربية على أنَّ: "الحلف باليمين أو الحرام لا يقع به طلاق". حملتها يوم 2024/6/23م، في الساعة: 21، من موقع "الحكمة الدستورية المغربية"، على الشَّبكة العنكبوتية من الرِّابط الآتي: <https://2h.ae/lHRA>

² نصَّت المادة 33/ج من ق أ الليبي رقم: 10/84: "لا يقع الطلاق في الحنث بيمين الطلاق أو الحرام". حملتها يوم 2024/6/20م، في الساعة: 22، من الشَّبكة العنكبوتية من الرِّابط الآتي: <https://goo.su/nAcV3>

³ يُنظر: الحريدة الرسمية للمجلس الشعبي الوطني، رقم: 1984/48م.

⁴ يُنظر: أحمد رشاد عبد الهادي، أثر العُزف في الأحوال الشخصية - دراسة فقهية قانونية-، ص141. وسعادي لعلی، الزواج وانحلاله في قانون الأسرة - دراسة مقارنة-، ص278.

⁵ يُنظر: القرافي، الفروق، 44/1.

الباب الثاني: أثر العُرف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

التأكيد واليمين على صدقه في قوله وعزمه على فعله، وهذا ليس من صيغ الطلاق المشروعة فيه، وإنما هو من الألفاظ التي عمت بها البلوى، وانتشرت على ألسنة الناس¹.

الفرع الثالث: أثر العُرف في الألفاظ المصحفة في الطلاق

في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

أتناول في هذا الفرع وقوع الطلاق بالألفاظ المصحفة في الفقه الإسلامي (أولاً)، ثم وقوعه بها في التشريع الجزائري (ثانياً)، وتفصيل ذلك كالآتي.

أولاً- أثر العرف في وقوع الطلاق بالألفاظ المصحفة في الفقه الإسلامي: ذهب جمهور الفقهاء إلى القول بعدم وقوع الطلاق بالألفاظ المصحفة²، من نحو قولهم: أنت تالِق، وتَالِكٌ، وتَالِكٌ، التي تُريد النطق بها تحاشياً للتلفظ بصريح الطلاق وتهديداً لزوجتك. قال ابن الهمام: "وأما المصحف فهو خمسة ألفاظ: تَلَقَّ، وتَلَاغٌ، وتَلَاغٌ، وتَلَاكٌ، وتَلَقَّ به في القضاء ولا يُصدَّق إلا إذا أشهد على ذلك قبل التكلم بأن قال: امرأتي تطلب مني الطلاق وأنا لا أطلق فأقول هذا ويُصدَّق دياناً"³.

وقال النَّفراوي⁴: "لو أَسَقَطَ بَعْضَ حُرُوفِهِ بِأَنْ قَالَ لِرَؤُوسِهِ: أَنْتِ طَالٍ وَلَمْ يَأْتِ بِالْقَافِ فَإِنَّهُ يَصِيرُ مِنَ الْكِنَايَاتِ الْخَفِيَّةِ، وَمِثْلُهُ إِذَا قَالَ: أَنْتِ تَالِقٌ بِإِبْدَالِ الطَّاءِ تَاءً حَيْثُ لَمْ تَكُنْ لُغَةً كَذَلِكَ"⁵. وقال ابن حجر الهيتمي⁶: "وَاخْتَلَفَ الْمُتَأَخِّرُونَ فِي تَالِقٍ بِالتَّاءِ بِمَعْنَى طَالِقٍ، وَالْأَوَّلُ

¹ يُنظر: أحمد رشاد عبد الهادي، أثر العُرف في الأحوال الشخصية - دراسة فقهية قانونية -، ص 141. وسعادي لعلی، الزواج وانحلاله في قانون الأسرة - دراسة مقارنة -، ص 278.

² ابن الهمام، فتح القدير، 22/8. والنَّفراوي، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، 34/2. والشيراملسي، حاشية الشيراملسي، 429/6.

³ ابن الهمام، المصدر السابق، 22/8.

⁴ هو: أحمد بن غانم أو غنيم بن سالم ابن مهنا، شهاب الدين النَّفراوي الأزهری الفقيه المالکی، نشأ بلدة نفري بمصر وتفقه بها وتأدب، وتوفي رحمه الله بالقاهرة سنة 1126هـ. من مصنفاته المخطوطة: "رسالة في التعليق على البسملة"، و"شرح الرسالة النورية للشيخ نوري الصفاقسي"، وكلاهما في الأزهرية. يُنظر: الزركلي، الأعلام، 192/1.

⁵ النَّفراوي، المصدر السابق، 34/2.

⁶ هو: أحمد بن محمد بن علي، ابن حجر الهيتمي السَّعدي الأنصاري، شهاب الدين شيخ الإسلام، أبو العباس، فقيه باحث باحث مصري. صاحب المؤلفات الكثيرة منها: "شرح الأربعين النووية" و"الخيرات الحسان في مناقب أبي حنيفة النُّعمان". توفي رحمه الله بمكة سنة 974 هـ. يُنظر: الزركلي، المصدر نفسه، 234/1.

الباب الثاني: أثر العُرف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

وَالْأَوْجَهُ أَنَّهُ إِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ يُبْدِلُونَ الطَّاءَ تَاءً وَاطَّرَدَتْ لُغَتُهُمْ بِذَلِكَ كَانَ عَلَى صَرَاحَتِهِ وَإِلَّا فَهُوَ كِنَايَةً ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ الْإِبْدَالَ لَهُ أَصْلٌ فِي اللُّغَةِ، وَيُؤَيِّدُهُ إِفْتَاءُ بَعْضِهِمْ فِيمَنْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ الْبَيْظَ بِالطَّاءِ الْمُشَالَةِ بِأَنَّهُ يَحْتُسُّ بِنَحْوِ بَيْضِ الدَّجَاجِ إِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ يَنْطِقُونَ بِالْمُشَالَةِ فِي هَذَا أَوْ نَحْوِهِ¹.

بناءً على ما سبق؛ يستشف الباحث من كلام أهل العلم أَنَّ مَنْ قَالَ لزوجته: أَنْتِ تَالِقٌ قاصداً ذلك وَقَعَ طلاقه اتفاقاً²، أمّا مع عدم القصد فإنهم يختلفون في حكمه، فمنهم من يرى أَنَّهُ إِنْ كَانَ ذَلِكَ لَغْتِهِ فَإِنَّهُ يَكُونُ مِنْ قَبِيلِ الصَّرِيحِ وَلَا يَحْتَاجُ إِلَى نِيَّةٍ، ومنهم من يرى أَنَّهُ كِنَايَةٌ مُطْلَقًا فَيَحْتَاجُ إِلَى نِيَّةٍ³.

وعليه فَإِنَّهُ كَمَا ذَكَرَ ابْنُ الْقَيْمِ رحمته الله أَنَّ: "العبرة في العقود المقاصد والمعاني، لا الألفاظ والمباني كما ذكر المحققون من أهل العلم؛ وَاللَّهُ سُبْحَانَهُ ذَكَرَ الطَّلَاقَ وَلَمْ يُعَيِّنْ لَهُ لَفْظًا فَعَلِمَ أَنَّهُ رَدَّ النَّاسَ إِلَى مَا يَتَعَارَفُونَهُ طَلَاقًا فَأَيُّ لَفْظٍ جَرَى عُرْفُهُمْ بِهِ وَقَعَ بِهِ الطَّلَاقُ مَعَ النِّيَّةِ. وَالْأَلْفَاظُ لَا تُرَادُّ لِعَيْنِهَا بَلْ لِلدَّلَالَةِ عَلَى مَقَاصِدِ الْفَاضِلِ فَإِذَا تَكَلَّمَ بِلَفْظٍ دَالٍّ عَلَى مَعْنَى وَقَصَدَ بِهِ ذَلِكَ الْمَعْنَى تَرَتَّبَ عَلَيْهِ حُكْمُهُ"⁴.

ثانياً- أثر العُرف في وقوع الطلاق بالألفاظ المصحفة في التشريع الجزائري: لم يتحدث المشرع عن هذه المسألة بشكل صريح، إِلَّا أَنَّهُ بِالرُّجُوعِ إِلَى نَصِّ الْمَادَّةِ: 2/10 المعدلة سالفه الذكر، والتي يمكن أن يُسْتَشْفَى مِنْ فُحْوَاهَا أَنَّ الَّذِي يَنْطِقُ أَلْفَاظًا مُصَحَّفَةً؛ أَيِّ بِاللَّهْجَةِ الْعَامِيَّةِ، أَوْ بِكُلِّ لَفْظٍ مِمَّا يَعْتَبِرُهُ الْعُرفُ لَفْظًا لَانْعِقَادِ الْعُقُودِ، كَعَقْدِ الزَّوْاجِ أَوْ الطَّلَاقِ، فَإِنَّهُ يَدْخُلُ تَحْتَ حُكْمِ الْعَاجِزِ عَنِ النُّطْقِ بِتِلْكَ الْأَلْفَاظِ، وَبِالتَّالِيِ يَصِحُّ مِنْهُ ذَلِكَ، لَكِنْ مِنَ النَّاحِيَةِ الْعَمَلِيَّةِ يَجِدُ الْبَاحِثُ أَنَّ الطَّلَاقَ الشَّفْهَوِيَّ الْعَرْفِيَّ غَيْرَ مَعْمُولٍ بِهِ فِي مُحَاكِمَاتِنَا سِوَا وَقَعِ بِلَفْظِ صَرِيحٍ أَوْ كِنَائِيٍّ أَوْ عَامِيٍّ؛ إِذْ أَنَّ أَغْلَبَ الْأَزْوَاجِ يَتَجَهَّوْنَ مُبَاشَرَةً إِلَى الْمَحَاكِمِ لِرَفْعِ دَعْوَى الطَّلَاقِ، دُونَ التَّلَفُّظِ بِهِ

¹ ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، 4/8.

² ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، 20/3. وابن حجر الهيتمي، المصدر السابق، 4/8.

³ يُنظر: لجنة الفتوى بالشبكة الإسلامية، فتاوى الشبكة الإسلامية، 11588/13.

⁴ ابن القيم، زاد المعاد في هدي خير العباد، 288/5.

الباب الثاني: أثر العُزف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

للزوجة، ويصدر الحكم بفك الرابطة الزوجية، دون أن يتلفظ الزوج بلفظ الطلاق صراحة أو ضمناً.

هذا وإنَّ الفقه الإسلامي يتفق مع المشرع الجزائري في وقوع الطلاق بالألفاظ المصحفة؛ أي العامية التي تُقال في بعض مناطق الجزائر كقولهم: "تالك" أو "تالق"، بدلاً من "طالق"، خلال التلقُّظ بلفظ الطلاق إذا نوى بها قائلها طلاقاً. وقد جرى العُزف بقولها وقبولها. ووقوع الطلاق بها، إذا كان اللفظ واضحاً لا لبس فيه ويدلُّ على إرادة الزوج للطلاق¹.

¹ - لقاء شخصي مع السيد سليمان مانع قاضي الأحوال الشخصية، بمحكمة ميله، يوم: 2023/8/15م، في الساعة: 9:30.

المبحث الثاني: أثر العُرف في انحلال الزّواج بطريق الخلع
في الفقه الإسلاميّ والتّشريع الجزائريّ
وفيه مطلبان:

المطلب الأوّل: أثر العُرف في أحوال الزّوجة المخالعة وأحكامها
في الفقه الإسلاميّ والتّشريع الجزائريّ
المطلب الثاني: أثر العُرف في صيغ الخلع وألفاظه وفي الخلع القضائي
في الفقه الإسلاميّ والتّشريع الجزائريّ

الباب الثاني: أثر العُزف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

يشترط كلٌّ من الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري في الزوجة المخالعة أن تكون أهلاً للقبول أو الإيجاب في الخلع، فهي قادرة على الوفاء بالتزاماتها الناتجة عن الخلع، بحيث يشترط فيها شروطاً لصحة قبولها إذا كانت متلقية للعرض أو كانت صاحبة الإيجاب.

وعليه لا بُدَّ أن تكون الزوجة المخالعة ذات أهلية كاملة؛ أي راشدة وعاقلة وبالغة وحرّة، ومتمتعة بأهلية التبرع، وكذلك عاملة بمعنى الخلع. كما أنه هل يشترط لوقوع الخلع ألفاظ وصيغ مخصوصة فيه، أم يقع الخلع بأي لفظ وصيغة؟

لذا ارتأيت أن أتكلّم في هذا المبحث عن أثر العرف في أحوال الزوجة المخالعة وأحكامها في (مطلب أوّل)، ثم عن أثر العُزف في صيغ الخلع وألفاظه وفي الخلع القضائي في (مطلب ثانٍ)، وكلٌّ منهما في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري. وفيما يأتي تفصيلهما:

المطلب الأول: أثر العُرف في أحوال الزوجة المخالعة وأحكامها

في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

إنَّ الأصل في الحياة الزوجية بين الزوجين قيامها على الألفة والرحمة وحسن المعاشرة، وذلك عن طريق أداء كلٍّ منهما ما عليه من واجبات، لكن قد يحدث أن تسوء العشرة الزوجية بينهما فيكره أحدهما الآخر، بما يتجاوز حدود الصبر عليه، وأمام فشل كلِّ محاولات الإصلاح بين الزوجين، رخص الشرع الحكيم والمشرع الجزائري لهما باللجوء إلى ما يُسمَّى بالخلع للتفريق بينهما. ولا خلاف بين الفقهاء في أنه متى كانت الزوجة أهلاً للقبول أو الإيجاب في الخلع فهي قادرة على الوفاء بالتزاماتها الناتجة عن الخلع، بحيث يشترط فيها شروطاً لصحة قبولها إذا كانت متلقية للعرض أو كانت صاحبة الإيجاب، وعليه لا بُدَّ أن تكون ذات أهلية كاملة؛ أي راشدة وعاقلة وبالغة وحرّة، ومتمتعة بأهلية التبرع، وكذلك عالمة بمعنى الخلع¹.

إلا أنَّ هناك حالات تتعلّق بالزوجة المخالعة وقع الخلاف حولها بين الفقهاء، ترتّب عليها اختلافهم في أحكامها، ومن بينها: خلع الزوجة الصّغيرة، وخلع المُكرهة. لذا ارتأيت أن أتكلّم في هذا عن أثر العرف في خلع الزوجة الصّغيرة (فرع أول)، ثم عن أثره في خلع الزوجة المُكرهة (فرع ثانٍ)، وكلُّ منهما في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري. وبيّناهما كالآتي:

الفرع الأول: أثر العُرف في خلع الزوجة الصّغيرة في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

يشترط كلُّ من الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري في الزوجة المخالعة أن تكون أهلاً للتبرع، وأن تفهم معنى الخلع وما يترتّب عليه، وهذا ما سألينّه في العنصرين المواليين: **أولاً- أثر العُرف في خلع الزوجة الصّغيرة في الفقه الإسلامي:** إذا كانت الزوجة المُخالعة على بدل الخلع صغيرة مميزة، وتعني معنى الخلع وما يترتّب عليه، فإن خالعه زوجها على مقدار من المال وقبِلَتْ بذلك وقع الطلاق عليها دون أن يلزمها المال؛ لأنَّ العوض في الخلع في معنى التبرع، وهي ليست أهلاً للتبرع في مالها².

¹ يُنظر: ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، 496/2. وركريا الأنصاري، أسنى المطالب، 248/3. وخالد الرباط وسيد عزت عيد، الجامع لعلوم الإمام أحمد، 237/11.

² يُنظر: أحمد حسين فراج، أحكام الأسرة في الإسلام - الطلاق وحقوق الأولاد ونفقات الأقارب -، ص 570.

الباب الثاني: أثر الغُزف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

ولا خلاف بين جمهور الفقهاء في أنَّ الزَّوْجَةَ المحجور عليها لصغر إذا خالعت زوجها لا يصحُّ خلعهما، ولا يلزمها ما بذلت من مال كعوض له¹. إلَّا أنَّهم اختلفوا في وقوع الطَّلَاق ووصفه على أقوال، وسأنقل آراء كلِّ مذهب على حدة؛ وهي كالآتي:

القول الأوَّل: ذهب الحنفيَّة² إلى القول: إنَّ الخلع إذا كان بصيغة تتكون من إيجاب وقبول، وباشره الزَّوج مع زوجته، وهي عديمة الأهلية؛ كأنَّ كانت مجنونة أو صغيرة غير مُميَّزة، فالخلع باطل، ولا يترتَّب عليه طلاق. لأنَّ الخلع حينئذٍ باشره من ليس أهلاً له فكان باطلاً³. وإذا كانت الزَّوْجَةُ ناقصة الأهلية؛ كأن تكون صغيرة مدركة لمعنى النِّكاح ولمعنى الخلع، وما يترتَّب عليهما من آثار، فإنَّ عبارتها حينئذٍ معتبرة شرعاً.

فإذا قَبِلَتْ وقع الطَّلَاق، ولا يلزمها المال، لأنَّ التزامها المال كان في مقابلة ما ليس بمال فكان تبرعاً، وهي ليست من أهل التَّبرع، لذلك فالواقع به طلاق بغير بدل. فإنَّ كان خُلِعَ الصَّغِيرَةُ بِمَالٍ مَعَ الزَّوْجِ بِلَفْظِ الْخُلْعِ يَقَعُ بَإِثْنَاءٍ، وَإِنْ كَانَ بِلَفْظِ الطَّلَاقِ يَقَعُ رَجْعِيًّا. قال ابن الهمام رحمته الله: "وَمَنْ خَلَعَ ابْنَتَهُ وَهِيَ صَغِيرَةٌ بِمَالٍ لَمْ يَجْزَ عَلَيْهَا، لِأَنَّ الْبُضْعَ فِي حَالَةِ الْخُرُوجِ غَيْرُ مُتَقَوِّمٍ"⁴.

القول الثاني: ذهب المالكيَّة⁵ إلى أنَّ خلع الزَّوْجَةَ الصَّغِيرَةَ إذا باشرت الخلع بنفسها فخلعها غير جائز، ولكنهم يُفَرِّقُونَ بين حالتين؛ الأوَّلَى: إذا لم يُعَلِّقْ صيغة الخلع على استحقاق المال فيقع الطَّلَاق، وفيه رد المال إن كان قد قبضه. أمَّا الثَّانِيَّة: إذا علَّق الخلع على استحقاق المال فلا يقع الطَّلَاق، ولم يجب المال⁶. وإذا خالَعَ الأبُّ عَنِ ابْنَتِهِ الصَّغِيرَةِ الْمُجْبَرَةِ، جَازَ الْخُلْعُ مِنْ مَالِ الْأَبِّ أَوْ مِنْ مَالِهَا، وَسَوَاءٌ كَانَ بِإِذْنِهَا أَمْ بِدُونِ إِذْنِهَا وَلَوْ بِجَمِيعِ مَهْرِهَا حَيْثُ اقْتَضَتْهُ مَصْلَحَتُهَا⁷.

¹ يُنظر: الدَّرْدِير، الشَّرْحُ الْكَبِير، 348/2. وَالشَّرِّيْنِي، مَغْنِي الْمَحْتَاج، 263/3. وَالبَهْوَتِي، كَشَافُ الْقِنَاع، 215/5.

² يُنظر: ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، 98/4. عبد الكريم زيدان، المَفَصَّلُ فِي أَحْكَامِ الْمَرْأَةِ وَالْبَيْتِ الْمُسْلِمِ، 154/8.

³ يُنظر: عامر سعيد الزُّبَيْرِي، أَحْكَامُ الْخُلْعِ فِي الشَّرِيعَةِ الْإِسْلَامِيَّةِ، ص 113. وسيد سابق، فقه السُّنَّة، 302/2.

⁴ ابن الهمام، فتح القدير، 83/9.

⁵ يُنظر: الدُّسُوقِي، حَاشِيَةُ الدُّسُوقِي عَلَى الشَّرْحِ الْكَبِير، 347/2-348.

⁶ يُنظر: الدَّرْدِير، الْمَصْدَرُ السَّابِق، 348/2.

⁷ ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 9/3. وعليش، منح الجليل شرح مختصر خليل، 5/4.

الباب الثاني: أثر العزف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

وقد أشار ابن عرفة الدسوقي رحمته الله¹ للحالتين المذكورتين بقوله: "وَجَارَ بِعَوْضٍ مِنْ غَيْرِهَا إِنْ تَأَهَّلَ، لَا مِنْ صَغِيرَةٍ أَوْ سَفِيهَةٍ وَلَا ذِي رِقٍّ، وَرَدَّ الْمَالَ وَبَانَتْ الْمَرْأَةُ مِنْ زَوْجِهَا، مَا لَمْ يَقُلْ: إِنْ تَمَّ لِي هَذَا الْمَالُ، أَوْ إِنْ صَحَّتْ بَرَاءَتُكَ فَأَنْتَ طَالِقٌ، فَإِنْ قَالَهُ وَرَدَّ الْمَالَ لَمْ يَقَعْ، وَجَارَ الْخُلْعُ مِنَ الْأَبِ عَنِ الْمُجْبَرَةِ فَيُخَالَعُ عَنْهَا مِنْ مَالِهَا وَلَوْ بِجَمِيعِ مَهْرِهَا بِغَيْرِ إِذْنِهَا"².

القول الثالث: ذكر الشافعية أنَّ خلع الصَّغيرة وقبُولها سواء كانت مميزة أم غير مميزة لَعَو لا يقع به شيء من الطلاق لِانْتِفَاءِ أَهْلِيَّةِ الْقُبُولِ فَلَا عِبْرَةَ بِعِبَارَتِهَا³.

القول الرابع: يرى الحنابلة أنَّ الزَّوْجَةَ الصَّغِيرَةَ إِنْ خَالَعَتْ زَوْجَهَا، لَمْ يَصَحْ خُلْعُهَا؛ لِخُلُوهَا عَنْ بَذْلِ عَوْضٍ مِمَّنْ يَصِحُّ تَبَرُّعُهُ، وَوَقَعَ طَلَاقُهَا رَجْعِيًّا إِذَا كَانَ بِلَفْظِ الطَّلَاقِ أَوْ نِيَّتِهِ - كَانَ دُونَ الثَّلَاثِ - فَإِنْ تَجَرَّدَ عَنْ لَفْظِ الطَّلَاقِ وَنِيَّتِهِ كَانَ لَعَوًّا⁴. قال المرداوي رحمته الله⁵: "وَلَيْسَ لَهُ خُلْعُ ابْنَتِهِ الصَّغِيرَةِ بِشَيْءٍ مِنْ مَالِهَا، هَذَا الْمَذْهَبُ، فَعَلَيْهِ لَوْ فَعَلَ كَانَ الضَّمَانُ عَلَيْهِ، وَقِيلَ: لَهُ ذَلِكَ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَمْلِكَ ذَلِكَ إِذَا رَأَى لَهَا فِيهِ الْمَصْلَحَةَ وَالْحُظَّ، قُلْتُ: هَذَا هُوَ الصَّوَابُ"⁶.

الترجيح: بناء على ما سبق؛ توصلَ البحث إلى أنَّ جمهور الفقهاء قد اشترطوا في الزَّوْجَةَ المختلعة أن تكون متمتعة بأهلية التبرع؛ لِأَنَّ الْخُلْعَ بِالنِّسْبَةِ لَهَا عَقْدَ مَعَاوِضَةٍ فِيهَا شُوبُ التَّبَرُّعِ. فِي حِينَ يَرَى الْمَالِكِيَّةُ أَنَّهُ: إِذَا كَانَتْ ثَمَّةُ مَصْلَحَةٍ فِي إِقْدَامِ الصَّغِيرَةِ وَمِنْ فِي حَكْمِهَا عَلَى الْخُلْعِ بِنَفْسِهَا بِإِذْنِ وَلِيِّهَا فَإِنَّهُ يَصِحُّ الْخُلْعُ وَالْإِلتِزَامُ بِهِ⁷. وَهَذَا الرَّأْيُ الْأَخِيرُ هُوَ الرَّاجِحُ مَا دَامَ الْخُلْعُ يُحَقِّقُ

¹ هو: شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي الأزهرى، من علماء العربية. من أهل دسوق بمصر، العلامة، المحقق، الجامع شتات العلوم المنفرد بتحقيق المنطوق والمفهوم، وتوفي رحمته الله سنة 1230 هـ بالقاهرة. من كتبه: "الحدود الفقهية"، و"حاشية على الشرح الكبير على مختصر خليل". يُنظر: محمد مخلوف، شجرة النور الزكية، 520/1.

² يُنظر: الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 348-347/2.

³ يُنظر: الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، 430/4.

⁴ يُنظر: البهوتي، الرُّوض المربع شرح زاد المستنقع في اختصار المقنع، 164/3.

⁵ هو: علي بن سليمان بن أحمد المرداوي الدمشقي، فقيه حنبلي، توفي رحمته الله بدمشق سنة 885 هـ. من كتبه: "التنقيح المشبع في تحرير أحكام المقنع"، و"التحبير في شرح التحرير". يُنظر: الزركلي، الأعلام، 292/4.

⁶ المرداوي، الإنصاف في معرفة الرَّاجِحِ مِنَ الْخِلَافِ، 388-387/8.

⁷ يُنظر: الرجراجي، مناهج التَّحْصِيلِ وَنَتَائِجُ لَطَائِفِ التَّأْوِيلِ فِي شَرْحِ الْمَدَوْنَةِ وَحَلِّ مُشْكِلَاتِهَا، 130/4.

الباب الثاني: أثر العُرف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

مصلحة الزوجة في حالة الخوف عليها، أو على مالها من زوجها، وليس بالإمكان دفع ذلك إلا بالخلع¹.

ثانياً- أثر العُرف في خلع الزوجة الصغيرة في التشريع الجزائري: لم يذكر المشرع في نص المادة: 54 من ق أ ج التي تعدّ الأساس القانوني لنظام الخلع، الشروط الواجب توافرها في الزوجين المتخالعين على غرار ما سبق تفصيله في الفقه الإسلامي. غير أنّه بالرجوع إلى بعض المواد المتفرقة في قانون الأسرة والقانون المدني الجزائريين يمكن أن يُستخلص منها بعض الشروط المتعلقة بالزوجين المختلعين:

فوفقاً لنصّ المادتين: 40²، و 07 ق أ ج³. يجب أن يكون كلٌّ من الزوجين المختلعين قد بلغا سنَّ 19 سنة كاملة يوم إيقاع الخلع ليصحّ خلعهما. إلّا أنّ الاستثناء هو الترخيص قضائياً لمن لم يبلغ سنَّ الرشد لمصلحة أو ضرورة، وفقاً لنصّ المادة: 02/07 سالفه الذكر. وبهذا يكون المشرع قد أجاز ضمناً خلع الصغير والصغيرة اللذين لم يبلغا سنَّ الرشد القانوني المنصوص عنه في المادة: 40 سالفه الذكر، ذلك لكونه قد أجاز زواجهما ابتداءً للمصلحة والضرورة، مع اشتراطه أن يكون قادرين على الزواج.

كما نصّ في المادة: 02/07 ق أ ج على اكتساب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلّق بآثار عقد الزواج من نفقة، وإثبات النسب، وحضانة، وطلب الطلاق والخلع، وغير ذلك⁴. ومع ذلك ولكي يقع الخلع صحيحاً لا بُدَّ أن تتوفر في الزوجين الأهلية؛ بمعنى أن يكونا متمتعين بقواهما العقلية غير محجور عليهما، فتصرفات المجنون والمعتوه تعتبر غير نافذة إذا صدرت في حالة جنون أو العته، كما أمّا تقع باطلة ولا تنتج أي أثر طبقاً للمادة: 85 من ق أ ج⁵.

¹ عامر سعيد الزبيري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، ص 118.

² والتي تنصّ على أنّ "سنّ الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة"

³ والتي تنصّ على أنّه: "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة".

⁴ يُنظر: عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد- أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل-، ص 23-24.

ومحمد بريور، مركز الفقه المالكي في قانون الأسرة الجزائري أحكام الزواج والطلاق نموذجاً، ص 286.

⁵ يُنظر: المادة: 85 من ق م ج، سالفه الذكر.

الباب الثاني: أثر العرف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

وبما أنَّ الخلع تصرف ماليّ مصحوب بتصرف شخصي يتطلب توفر أهلية التبرع في الزوجة استناداً لنصّ المادة: 203 من ق أ ج¹، والتي تشترط في الواهب أن يكون ذا أهلية كاملة، لأنّ العوض المالي في الخلع من قبيل التبرعات². غير أنّ الأمر الذي يستدعي النظر هنا هو حال الزوجة الصّغيرة التي أعفاها القاضي من سنّ الزواج وأرادت أن تخالع نفسها من زوجها قبل بلوغها سنّ الرّشد القانوني، فهل يصحّ لها ذلك؟

ثم إنّه لمن المعلوم أنّ الزّوجة لما تكون ناقصة الأهلية، فإنّ تصرفاتها تكون خاضعة لإجازة وليّها طبقاً للمادة: 83 من ق م ج³. إلّا أنّه يجوز للقاضي إجازة الخلع الواقع من الزوجين قبل بلوغ السنّ القانوني للزّواج إذا وُجدت مصلحة في ذلك أخذاً بالمذهب المالكي، وبالاغتماد على القاعدة الفقهية: "كلّ من صحّ طلاقه صحّ خلع" ⁴، ومن لا يملك الزّواج إلّا بإذن لا يملك الخلع إلّا بإذن. وعليه فإنّ الدّعوى في خلع الصّغيرة الناقصة الأهلية تُرفع من طرف وليّها الشرعي أو وصيّها أو مقدّمها حسب كلّ حالة، وهذا ما أكّدت عليه المادة: 437 من ق إ م إ بقولها: "عندما يكون الزوج ناقص الأهلية يُقدّم الطلب باسمه من قبل وليّه أو مقدّمه حسب كلّ حالة"⁵. غير أنّه كان من الأجدر بالمشرّع الجزائري أن يحسم الموقف بنصّ صريح في قانونه للأسرة في الباب الثاني الخاصّ بانحلال الزّواج، من خلال تحديد شروط الزوجين المتخالعين بدقّة مُستأنساً في ذلك بأحكام الفقه المالكيّ باعتباره هو المرجعية المعتمدة لدينا.

بناءً على ما سبق؛ فإنّ الباحث يجد أنّ العرف يتفق مع كلّ من الفقه الإسلاميّ والتّشريع الجزائريّ في وقوع خلع الصّغيرة، غير أنّ الذي يتولّى الخلع عنها هو وليّها أباً كان أو وصيّاً، كما

¹ - تنصّ على: "يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل، بالغاً تسع عشرة (19) سنة وغير محجور عليه".

² - يُنظر: الغوثي بن ملحّة، قانون الأسرة الجزائري على ضوء الفقه والقضاء، ص 173.

³ - تنصّ على أنّه: "من بلغ سنّ التّمييز ولم يبلغ سنّ الرّشد طبقاً للمادة 43 من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به، وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر؛ وفي حالة النزاع يُرفع الأمر للقضاء".

⁴ - ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، 441/3. والدّسوقي، حاشية الدّسوقي على الشّرح الكبير، 352/2. والشّريبي، مغني المحتاج، 431/4. والمرداوي، الإنصاف في معرفة الرّاجح من الخلاف، 375/7.

⁵ - قانون رقم: 09/08 المتضمّن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المؤرخ في: 2008/02/25م، ج ر، ع 21، 2008/04/23م.

الباب الثاني: أثر العُرف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

يمكن أن يقع في محاكمنا فيوقعه القاضي، فإذا خلع الأب أو القاضي الصغيرة بمالها، أو بجميع مهرها طُلقت، متى قبلت ذلك وهي مُمَيَّزَةٌ. وبالتالي يكون كلٌّ من الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري قد راعيا العُرف في هذه المسألة.

الفرع الثاني: أثر العُرف في خلع الزوجة المُكرهة في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

أجاز فقهاء الشريعة الإسلامية والمشرع الجزائري للزوجة أن تخالع زوجها بمال تدفعه له لإزالة عقد النكاح، شريطة أن تكون ملتزمة بالعوض، وتكون مختارة بالغة، غير أنه وقع الخلاف في حكم إكراه الزوجة على الخلع، وفيما يأتي بيان أثر العرف في حكم خلع المكره في الفقه الإسلامي ثم في التشريع الجزائري. وفق التفصيل الآتي:

أولاً- أثر العُرف في خلع الزوجة المُكرهة في الفقه الإسلامي: من المسائل التي أثارت جدلاً في كتب الفقه، مسألة ما إذا تقدّمت الزوجة بطلب الخلع تحت ضغط زوجها أو هرباً من نشوزها. فهل يقع الخلع في هذه الحالة؟ وهل يجوز للزوج إيقاع الضرر عليها ليرغمها على مخالعتها؟ وإذا فعل هل يقع الخلع، وهل يحلُّ له أخذ البدل؟

لا خلاف بين العلماء في أنَّ الإكراه بحق يَقَعُ به الخلع¹، كما لو كانت الزوجة متلبسة بالزنا، ففي هذه الحالة أباحوا للزوج إجبارها على مخالعتها، ضمناً لحقّه، وله أخذ البدل، استناداً لقوله: ﴿لَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ﴾ [النساء: 19]. حيث فسروا الفاحشة هنا بالزنا من طرفها²، وهو ما قطع به الشافعي رحمه الله إذ قال: "وَإِذَا أَتَيْنَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ وَهِيَ الزَّانَا فَأَعْطَيْنَ بَعْضِ مَا أُوتِيْنَ لِيُقَارِقْنَ حَلَّ ذَلِكَ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى"³.

غير أنَّ الفقهاء اختلفوا في حكم خلع المكرهة بغير حق، على قولين؛ وهما:

القول الأول: عدم وقوع الخلع في حال الإكراه، وهو قول جمهور الفقهاء⁴، واستدل أصحاب هذا القول بقوله ﷺ: «رُفِعَ عَنْ أُمَّتِي الْخَطَأُ وَالنِّسْيَانُ وَمَا اسْتَكْرَهُوا عَلَيْهِ»⁵. ففي

¹ ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، 128/6. والشريني، مغني المحتاج، 470/4. وابن مفلح، المبدع، 297/6.

² يُنظر: إسماعيل عبد الله، أحكام الخلع في الشريعة، ص 55.

³ يُنظر: الشافعي، الأم، 126/5.

⁴ يُنظر: مالك بن أنس، المدونة، 83/2. والجبيني، نهاية المطلب في دراية المذهب، 156/14. وابن قدامة،

المغني، 382/7.

⁵ الحديث سبق تخريجه، ص 267.

الباب الثاني: أثر الغُزف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

هذا الحديث إشارة إلى التَّجاوز ورفع الحكم عن الخطأ والنَّسيان وما استكروها عليه، فترتفع المؤاخذه والإثم، فعقد النِّكاح لا يكون صحيحًا ولا تترتب آثاره، إذا أكره عليه، "والخلع لا يصحُّ مع الإكراه، فلا يُعتدُّ به إلا إذا صدر عن قصد، فإذا لم يتوافر القصد والاختيار فسد شرعًا"¹. واستدلوا أيضًا -زيادة على ما سبق- بالأدلة التي ذُكرت في العنصر الخاص بعدم وقوع طلاق المكره².

القول الثاني: وقوع الخلع في حالة الإكراه كما يقع الطلاق في حالة الإكراه، وهو قول ذهب إليه الحنفية³، واستدلوا على قولهم هذا بما روي عن ابن عباس رضي الله عنه، أَنَّ امْرَأَةً ثَابِتِ بْنِ قَيْسٍ أَتَتْ النَّبِيَّ صلى الله عليه وسلم فَقَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، ثَابِتُ بْنُ قَيْسٍ، مَا أَعْتَبُ عَلَيْهِ فِي خُلُقٍ وَلَا دِينٍ، وَلَكِنِّي أَكْرَهُ الْكُفْرَ فِي الْإِسْلَامِ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم: «أَتُرَدِّينَ عَلَيْهِ حَدِيثَهُ؟» قَالَتْ: نَعَمْ، قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم: «اقْبَلِ الْحَدِيثَ وَطَلِّقِيهَا تَطْلِيقًا»⁴.

وقد دلَّ هذا الحديث الشريف أنَّه إذا كرهت المرأة زوجها خُلُقِهِ أو دِينَهُ، أو كبره ونحو ذلك، وخشيت أن لا تقوم له بما يجب عليها، فلا بأس أن تفتدي نفسها منه بعوض، وأنَّ للقاضي حقَّ المخالعة بين الزوجين إذا رفعت المرأة الخلع، كما فعل الرسول صلى الله عليه وسلم⁵. واستدلوا أيضًا -زيادة على ما سبق- بالأدلة التي وردت في العنصر الخاص بوقوع طلاق المكره⁶.

الترجيح: بعد عرض أقوال الفريقين وأدلَّتْهُمَا، فالقول الذي يبدو للباحث أنَّه هو الرَّاجح وهو قول جمهور الفقهاء إنَّ الإكراه على الخلع لا يقع ولا يترتب عليه أثره، ومبرراتي في ذلك:

¹ - هاجر محمود عبد العزيز سالم، أثر الإكراه على تصرفات المكلف -دراسة أصولية تطبيقية- (مقال)، ص 189.

² - يُنظر: سائر أدلة الجمهور القائلين بعدم وقوع طلاق المكره، وقياسا عليه لا يقع الخلع في حالة الإكراه؛ أي: لا يقع خلع المكره. ص 267 وما بعدها، من هذه الدراسة.

³ - يُنظر: السرخسي، المبسوط، 212/27. والكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، 100/3.

⁴ - أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الطلاق، باب الخُلْعِ وَكَيْفَ الطَّلَاقِ فِيهِ، رقم: 5273، 46/7.

⁵ - يُنظر: ابن بطال، شرح صحيح البخاري، 419/2-420. والجوزي، كشف المشكل من حديث الصحيحين، 428/2.

⁶ - يُنظر: سائر أدلة الحنفية القائلين بوقوع طلاق المكره، وقياسا عليه يقع الخلع في حالة الإكراه؛ أي: يقع خلع المكره. ص 269 وما بعدها، من هذه الدراسة.

الباب الثاني: أثر العُرف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

- قوة أدلة الجمهور وسلامتها، منها حديث: «رُفِعَ عَنْ أُمَّنِي الْخَطَأُ وَالنَّسْيَانُ وَمَا اسْتُكْرِهُوا عَلَيْهِ»¹. وهو حديث صحيح.

- لأنَّ من أعظم مقاصد الشريعة رفع الحرج، والقول بعدم وقوع خلع المكره يحقق هذا المقصد؛ ذلك أنَّ المكره ليس لها اختيار فيما أجبرت عليه من قول، بل هي فاقدة لإرادته، فعلى هذا لا يترتب أي أثر على من أكره على الخلع، ولا يقع خلعه، لانتفاء القصد والاختيار، ولأنَّ قبولها الخلع في حالة الإكراه لا عبرة به، ولأنَّ الخلع عقد معاوضة فلا يقع صحيحاً إلا إذا كان مستوفياً لشروطه وبرضا بين طرفي العقد حتى يترتب عليه آثاره الشرعية.

ثانياً- أثر العُرف في خلع المُكره في التشريع الجزائري: بالرغم من أنَّ المشرع لم يشر في المادة: 54 من ق أ ج إلى شرط عدم إكراه الزوجة على الخلع، إلا أنَّه من الناحية العملية نجد أنَّ هذا الشرط مُحقق، عندما أجاز المشرع للزوجة أن تخالع نفسها دون موافقة زوجها، ممَّا يدل ذلك على أنَّ الخلع خاضع لإرادة الزوجة، فلها أن تخالع نفسها وقتما شاءت، وبالتالي فإنَّ الخلع الذي تُكره عليه لا يقع لانتفاء إرادتها، ولأنَّ "الخلع حقٌّ إرادي للزوجة يُقابل حقَّ العصمة للزوج".

وكذلك في حالة عدم اتفاقها مع زوجها على بدل الخلع، فإنَّ المشرع الجزائري أوجب على القاضي التدخل لتحديد المقابل المالي للخلع على أن لا يتجاوز ذلك قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم، ودون أن يلتفت إلى عدم قبول الزوج بالخلع الذي تطلبه الزوجة؛ لأنَّ ذلك يفتح الباب للابتزاز والتعسف الممنوعين شرعاً².

بيد أنَّ المشرع لم يراعِ حالة الزوجة التي يجبرها زوجها على الخلع عن طريق الإضرار بها، مُخالفاً بذلك جمهور الفقهاء، حيث أنَّه إذا ثبت إضرار الزوج بها يقع الطلاق دون الالتزام بال عوض من طرف الزوجة، فالمادة: 54 جاءت عامّة، فسواء كان سبب طلب الخلع؛ الضرر اللاحق بها من طرف الزوج أم لا، فهي دعوى مستقلة عن دعوى التطليق للضرر³.

وبما أنَّه قد ترجَّح لدي الباحث أنَّ خلع المُكره لا يقع؛ فإنَّه يدعو المشرع الجزائري بالتنصيص على أحكام خلع المُكره وفق الرأي الرَّاجح في الفقه الإسلامي في نصوص قانونه

¹ الحديث سبق تخریجه، ص 267.

² يُنظر: عبد الرحيم مقداش، انحلال الرابطة الزوجية بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري -دراسة مقارنة-، ص 78.

³ م ع، غ أ ش، ملف رقم 647108، قرار بتاريخ 2011/9/15م، م م ع، 2012م، ع 1، ص 309.

الباب الثاني: أثر العُزف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

للأسرة. كما يتّضح له أنّ الفقه الإسلاميّ والتّشريع الجزائريّ قد اتّفقا على عدم وقوع خلع المكرهة، وإن كان بعض الأزواج يلجأون إلى إلحاق الأذى بزوجاتهم بالضرب، أو التّضييق عليها، كمنعها من الخروج للعمل حتى تخالعهم، فالخلع في هذه الحالة باطل.

وقد تعرّض الماوردي رحمه الله¹ في باب فساد الخلع إلى حالتين: أَحَدُهُمَا: أَنْ يَنَالَهَا بِالضَّرْبِ وَالْأَذَى حَتَّى تُخَالِعَهُ فَيَكُونُ الْخُلْعُ بَاطِلًا؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ مُعَاوَضَةٌ عَنْ إِكْرَاهٍ فَكَانَ كَسَائِرِ عُقُودِ الْمَكْرُوهِ. وَثَانِيَهُمَا: أَنْ يَمْنَعَهَا مَا تَسْتَحِقُّهُ عَلَيْهِ مِنَ النَّفَقَةِ وَالسُّكْنَى وَالْقَسَمِ لِتُخَالِعَهُ فَيَكُونُ الْخُلْعُ مَعَ ذَلِكَ بَاطِلًا؛ لِأَنَّ الَّذِي يَمْنَعُ الْحَقَّ قَدْ صَارَ مُكْرَهًا لغيره². فالأصل في الخلع أن يتمّ عن تراض بينهما، وفي هذا الشأن يقول صاحب "الحلى بالآثار": "فَلَهَا أَنْ تَفْتَدِيَ مِنْهُ وَيُطْلَقَهَا، إِنْ رَضِيَ هُوَ، وَإِلَّا لَمْ يُجْبَرْ هُوَ، وَلَا أُجْبِرَتْ هِيَ، إِنَّمَا يَجُوزُ بِتَرَاضِيهِمَا"³.

وقد وجهت سؤالي للشيخ أحمد علي زواري، هل يقع في عرفنا الخلع على المكرهة؟ فكانت إجابته: فالمكرهة في عرفنا تُسمّى بالطّامحة؛ وهي المرأة التي لم تُعد لها رغبة في زوجها سبب كرهها له، وفي الغالب يُفترق بينهما، إلّا ما كان قديمًا فكان الأهل يجبرونها على الرّجوع لزوجها رغماً عنها وقد تستقيم الحياة بينهما وقد تبقى تتعثر لآخرها. ومعلوم أنّ المرأة هي من تطلب الخلع⁴. وهذا هو الأصل؛ إذ الخلع في عرفنا أنّه يتمّ بالاتّفاق بين الزوجين على أن تُقدّم الزّوجة عوضًا مقابل خلعهما، والذي يكون في بعض المناطق إرجاع قيمة المهر كاملاً للزوج⁵. أو أكثر منه وهذا ما يقع في بعض مناطق الوطن كمنطقة مازونة بولاية غليزان مثلاً⁶.

¹ هو: علي بن محمد بن حبيب أبو الحسن الماوردي، كان شافعي المذهب، تولى منصب قاضي القضاة، من مؤلفاته: "الحاوي في فقه الشّافعيّة"، و"قانون الوزارة"، توفي رحمه الله عام 450هـ. يُنظر: تاج الدّين السّبكي، طبقات الشّافعيّة الكبرى، 267/5.

² الماوردي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشّافعي، 6/10.

³ ابن حزم، الحلى بالآثار، 511/9.

⁴ تواصلت مع الدكتور أحمد علي زواري، من جامعة الوادي فأرسل إلي إجابة صوتية عبر الماسنجر يوم: 2023/9/19م، في السّاعة: 12:00.

⁵ ابن حزم، الحلى بالآثار، 511/9.

⁶ تواصلت مع بوزيان تاري، إمام بمنطقة مازونة ولاية غليزان، فأرسل إلي الإجابة عبر الماسنجر يوم: 2023/10/7م، في السّاعة: 09:25.

المطلب الثاني: أثر العُرف في صيغ الخلع وألفاظه وفي الخلع القضائي

في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

ترتب على اختلاف العلماء في ماهية الخلع: فسحٌ، أو طلاق، اختلافهم في ألفاظ الخلع صريحه، وكنايته. وإن كان المشرع الجزائري لم يتطرق لمسألة الصيغة وشروطها تاركاً ذلك لمبادئ الشريعة الإسلامية التي تعتبر المصدر التفسيري له طبقاً لنص المادة: 222 من ق أ ج.

وبما أن الأصل في الخلع أنه يتم بشكل رضائي بين الزوجين حفاظاً على أسرار الحياة الزوجية وانحائها بطريقة ودية. إلا أنه قد يرفض الزوج فراقها، فتلجأ الزوجة إلى القضاء لإيجاد حل لها.

لذا ارتأيت أن أتحدث في هذا المطلب عن أثر العرف في صيغ الخلع وألفاظه في (فرع أول)، ثم عن أثره في الخلع القضائي في (فرع ثانٍ)، وكلٌّ منهما في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري. وفيما يأتي بيانها

الفرع الأول: أثر العُرف في صيغ الخلع وألفاظه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

في هذا الفرع سأحدث عن صيغ الخلع وألفاظه في الفقه الإسلامي (أولاً) ثم عن صيغه وألفاظه في التشريع الجزائري (ثانياً)، وفيما يأتي بيان ذلك:

أولاً- أثر العُرف في صيغ الخلع وألفاظه في الفقه الإسلامي: سبق وأن قلت؛ إن الصيغة هي اللفظ الدال على إيقاع الخلع من الزوج وقبوله من الزوجة، وصيغة العقد هي ما يتحقق به الإيجاب والقبول، فهي صورته في الخارج التي يوجد بوجودها. والصيغة في إنشاء العقود تكون باللفظ، وهذا هو الأصل فيها، فإن تعذر اللفظ كما في الأخرس والخرساء، فالصيغة، أي الإيجاب والقبول أو أحدهما يكون بالإشارة، وقد تكون صيغة العقد بالمعاطاة؛ أي: بأفعال يقوم بها طرفا العقد أو أحدهما¹.

1. ألفاظ صيغة الخلع: يقع الخلع بألفاظ كثيرة، منها ما هو صريح ومنها ما هو كناية، خلافاً للحنفية الذين اشترطوا في الخلع أن يكون بألفاظ مخصوصة، وعلى هذا فإن الألفاظ التي يقع بها الخلع تنقسم إلى قسمين:

¹ يُنظر: عبد الكريم زيدان، المُفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، 164/8.

الباب الثاني: أثر العزف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

القسم الأول: اللفظ الصريح، لا خلاف بين الفقهاء في أن الخلع يقع بكل لفظ صريح يتعلّق بلفظ الخلع وما أُشْتُقَّ منه إذا ذكر معه العوض؛ لكثرة استعماله وتكراره على لسان حملة الشرع¹، وإن كان من الألفاظ الصريحة ما اختلف في صراحته، وهو ما أُشْتُقَّ من لفظ المفاداة، أو لفظ الفسخ، وذلك على النحو الآتي:

أ. ما أُشْتُقَّ من لفظ المفاداة: اللفظ المشتق من لفظ المفاداة انقسم الفقهاء فيه إلى رأيين:

الرأي الأول: أن ما أُشْتُقَّ من لفظ المفاداة هو من قبيل الصريح، وإليه ذهب الشافعية في الرَّاجح عندهم، وهو قول الحنابلة²، وحجّتهم في ذلك أن القرآن قد ورد به في قوله ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ [البقرة: 229].

الرأي الثاني: إن ما أُشْتُقَّ من لفظ المفاداة هو من قبيل الكنايات؛ وذلك لعدم تكراره في كتاب الله، وعدم شيوعه على لسان الفقهاء. وإليه ذهب بعض الشافعية³.

ب. ما أُشْتُقَّ من لفظ الفسخ: اللفظ المشتق من لفظ الفسخ للفقهاء فيه رأيان؛ وهما:

الرأي الأول: أن ما أُشْتُقَّ من لفظ الفسخ هو من قبيل الصريح، وإليه ذهب الشافعية في الرَّاجح عندهم، وهو قول الحنابلة⁴، وحجّتهم في ذلك أنه أشدُّ دلالة على حقيقة الخلع من لفظ الخلع نفسه؛ إذ هو مقصود الخلع ومقتضاه، ألا ترى أنه إذا استعمل لفظ التَّمْلِيك في عقد البيع كان صريحاً؛ لأنَّ التَّمْلِيك هو المراد من عقد البيع، فكان لفظ الفسخ في الخلع⁵. وكون الفسخ هو مقصود الخلع ليس دليلاً على أنه من قبيل الصريح في عقد الخلع؛ وذلك لأنَّ القصد من الطَّلَاق إنما هو تحريم المرأة وإبانتها، ومع ذلك فإنَّ التَّحْرِيم والإبَانَة من كنايات الطَّلَاق لا من صريحه⁶.

¹ يُنظر: البابرتي، العناية شرح الهداية، 465/5. وابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 89/3. والعمرائي، البيان في مذهب الإمام الشافعي، 7/10. وابن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد، 95/3.

² يُنظر: الشَّيرَازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، 491/2. والبهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، 216/5.

³ يُنظر: البُحَيْرِيُّ، حاشية البجيرمي على شرح المنهج، 450/3.

⁴ يُنظر: الشَّيرَازي، المصدر السابق، 491/2. والبهوتي، المصدر السابق، 216/5.

⁵ يُنظر: ابن قدامة، المغني، 328/7. والشَّيرَازي، المصدر السابق، 72/2.

⁶ يُنظر: الرَّافعي، الشَّرح الكبير، 398/8.

الباب الثاني: أثر العزف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

"ويُرَدُّ على أصحاب هذا الرأي بأنَّ لفظ الفسخ المستعمل في العيب أو الإعسار ونحوهما، إنما هو الفسخ الذي لم يذكر معه العوض، وليس هذا ممَّا نحن بصددده؛ إذ المراد لفظ الفسخ المقترن بالعوض؛ كأن قال الزوج لزوجته: فسخت نكاحك بكذا، وهذا لا يُستعمل إلا في الخلع فقط"¹.

الرأي الثاني: يرى بعض الشافعية² أنَّ ما أُشْتُقَّ من لفظ الفسخ هو كناية، وليس من قبيل الصريح. وحجَّتهم في ذلك أنَّ لفظ الفسخ لا يُستعمل في فُرْقَةِ النِّكَاح إلا مقرونًا بعيب أو بسبب إعسار وغيره - كأنَّ يكون الزوج مريضًا بما يمنع التَّناسل؛ كالعُنَّة والجُبِّ - وذلك بخلاف الخلع، فإنَّه يستعمل كثيرًا في الفُرْقَةِ.

القسم الثاني: الكناية، وهي الألفاظ التي تُستعمل في الطَّلَاق وفي غيره، فلا يقع بشيء منها إلا إذا كان مقرونًا بالنِّية، أو بقرينة الحال التي تدلُّ على أنَّ الغرض منها هو الطَّلَاق، وألفاظ الكنايات كثيرة؛ منها: قول الرجل لزوجته: أَنْتِ بَائِنٌ أَوْ بَتَّة، أَوْ حَبْلُكَ عَلَى غَارِبِكَ، أَوْ الْحَقِي بِأَهْلِكَ، وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ³. فَهَذِهِ الْأَلْفَافُ مُسْتَتَرَّةُ الْمُرَادِ عِنْدَ السَّامِعِ. "وَضَابِطُ الْكِنَايَةِ فِي الطَّلَاقِ هُوَ كُلُّ لَفْظٍ لَهُ إِشْعَارٌ قَرِيبٌ بِالْفِرَاقِ، وَلَمْ يَشَعْخِ اسْتِعْمَالُهُ فِيهِ شَرْعًا وَلَا عَرَفًا"⁴. وقد اختلف الفقهاء في وقوع الخلع بالكناية على آراء نُوجِزُهَا فيما يأتي:

الرأي الأول: ذهب الحنفية⁵ إلى أنَّ الخلع لا يقع إلا باللفظ الصريح، وهو عندهم في لفظي "الخلع والمبارأة"، فإذا كانت الفُرْقَةُ بغير ذلك حتى ولو كانت بصريح الطَّلَاق، فلا تُسمَّى خُلْعًا، ولا يترتَّب عليها أحكام الخلع، وإن دفعت المرأة مالًا كان طلاقًا على مال لا خُلْعًا. أمَّا إذا وَقَعَ بِلَفْظِ الْخُلْعِ، ولم ينو به الطَّلَاق، ووُجِدَ الْعِوَضُ، كان طلاقًا بائنًا على اعتبار أنَّ وُجُودَ الْعِوَضِ دلالة حال تُغني عن النِّية؛ إذ المرأة لا تُسَلِّمُ الْمَالَ إِلَّا لِتَسْلِمَ لَهَا نَفْسَهَا. وَإِلَّا لَمَا كَانَ لِبَذْلِهَا فَائِدَةٌ.

¹ - سامح عبد السلام محمد، الألفاظ التي يقع بها الخلع (مقال). اطلعت عليه، يوم 2023/9/18م، في السَّاعَةِ: 22، من موقع "شبكة الألوكة" على الشبكة العنكبوتية، من خلال الرِّابِط الآتي: <https://2cm.es/M4Rr>

² - القليوبي، حاشية قليوبي، 313/3.

³ - يُنظر: الكاساني، بدائع الصَّنَائِعِ فِي تَرْتِيبِ الشَّرَائِعِ، 105/3. والعدوي، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرِّبَّاني، 44/4. والبهوتي، دقائق أولى النُّهَى لِشَرْحِ الْمُنْتَهَى، 87/3.

⁴ - الشَّرِيبِي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، 460/4.

⁵ - يُنظر: ابن عابدين، ردُّ المختار على الدر المختار، 443/3.

الباب الثاني: أثر العُرف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

وَإِذَا وَقَعَ بِلَفْظِ الْخُلْعِ، وَلَمْ يُذَكَّرِ الْعَوْضُ، أَوْ كَانَ الْعَوْضُ مُحَرَّمًا كَالدَّمِ وَالْخَمْرِ، وَلَكِنْ نَوَى بِهِ الطَّلَاقَ، كَانَ أَيْضًا طَلَاقًا بَائِنًا عَلَى اعتباره أنه من ألفاظ كنايات الطَّلَاق البائنة المفتقرة إلى النِّيَّةِ، وقد وُجِدَتْ. وألفاظ الخلع عندهم خمسة؛ وهي: خَالَعْتُكَ، وَبَايَنْتُكَ، وَبَارَأْتُكَ، وَفَارَقْتُكَ، وَطَلَّقِي نَفْسَكَ عَلَى أَلْفٍ، ويزاد على هذا لفظ البَيْعِ وَالشَّرَاءِ كَبِعْتَ نَفْسَكَ، وَكَاشَرْتِي نَفْسَكَ. والواقع بهذه الألفاظ طلاق بائن ولو بلا مال بشرط نية الطَّلَاق.

ويُفَرِّقُ الحنفية بين قول الرجل: بَعْتُكَ نَفْسَكَ بكذا، وقوله: بَعْتُكَ طَلَاقًا بكذا. إذ الأول: أَخَذَ حُكْمَ قَوْلِهِ: خَالَعْتُكَ، أَمَّا الثَّانِي: فَإِنَّهُ يَأْخُذُ حُكْمَ الطَّلَاقِ الصَّرِيحِ، وَلَكِنْ عَلَى مَا؛ لِأَنَّهَا إِذَا اشْتَرَتْ، أَوْ قَبِلَتْ، وَقَعَ بِهِ الطَّلَاقُ الْبَائِنُ بِدُونِ نِيَّةٍ؛ لِأَنَّ بَيْعَ الطَّلَاقِ تَمْلِكُهَا إِيَّاهُ. فَإِذَا لَمْ يَذْكُرِ الْبَدَلُ يَصِيرُ كَأَنَّهُ قَالَ طَلَّقْتُكَ فَيَكُونُ رَجْعِيًّا مَتَى مَا قَبِلَتْ، أَوْ اشْتَرَتْ¹. وإذا كان الخلع في المذهب الحنفي من كنايات الطَّلَاق متى خلا عن العَوْضِ، مع وجود نية الطَّلَاقِ، فَإِنَّ لَفْظَ الطَّلَاقِ الصَّرِيحِ يُعَدُّ عَنْدهم من الألفاظ التي يقع بها الخلع بشرط وجود العَوْضِ، وَصَحَّتْ، وَعِنْدَهَا يَكُونُ الطَّلَاقُ بَائِنًا؛ لِأَنَّ الْمَالَ مَا سُلِّمَ إِلَّا لَضَمَانِ الْبَيْنُونَةِ، وَإِلَّا فَإِنَّهُ مَتَى خَلَ عَنِ الْعَوْضِ، أَوْ كَانَ الْعَوْضُ مُحَرَّمًا كَالْخَمْرِ، وَالْخَنزِيرِ، فَإِنَّ الطَّلَاقَ يَقَعُ رَجْعِيًّا؛ لَوْجُودِ لَفْظِ الصَّرِيحِ². "ويأخذ هذا الحكم كلَّ لفظ صريح في الطَّلَاقِ في أي عصر؛ تبعًا لتغيُّر الأعراف"³.

الرأي الثاني: يُفَرِّقُ المالكية⁴ بين أن تكون الكناية ظاهرة وخفية:

الكناية الظاهرة: كقول الرجل لامرأته: خليت سبيلك، أو عصمتك في يدك، أو أنت بائن، فهنا يلزم الطَّلَاق بدون نية - كالصريح - إذا جرى العُرفُ بها، أَمَّا إِذَا تَنَاسَى النَّاسُ اسْتِعْمَالَهَا فِي الطَّلَاقِ، أَوْ لَمْ تَعُدَّ شَائِعَةً عَلَى الْأَلْسِنَةِ، فَإِنَّهَا تَحْتَاجُ إِلَى نِيَّةٍ. **والكناية الخفية:** هي ما لم يجر العُرفُ بها، ولم يشع استعمالها بين النَّاسِ فِي الطَّلَاقِ؛ كَأَن يَقُولَ الرَّجُلُ لَزَوْجَتِهِ: الْحَقِّي بِأَهْلِكَ، أَوْ أَنْتَ حَرَّةٌ؛ فَهَذِهِ الْأَلْفَاظُ أَوْ مَا شَاكَلَهَا لَا يَقَعُ بِهَا الطَّلَاقُ إِلَّا إِذَا نَوَاهِ الزَّوْجُ. كما يقع الخلع

¹ يُنظر: ابن عابدين، ردُّ المختار على الدر المختار، 443/3-444. والعيني، البناية شرح الهداية، 510/5.

² يُنظر: القاري، فتح باب العناية بشرح الثَّغَايَا، 154/2.

³ إلهام عبد الله باجنيد، أثر العرف في الفرق ومتعلقاتها من أحكام فقه الأسرة - دراسة تطبيقية مقارنة -، ص 249.

⁴ يُنظر: ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 94/3.

الباب الثاني: أثر العُزف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

عندهم بلفظه، أو بما في معناه؛ كالصُّلح، والإبراء¹، والافتداء²، وكُلُّهَا تَتَوَلَّى إِلَى مَعْنَى وَاحِدٍ وَهُوَ: بَذْلُ الْمَرْأَةِ الْعَوْضَ عَلَى طَلَاقِهَا³. وقيل: إِنَّ الْخَلْعَ طَلَاقٌ بَائِنٌ، وَجَدَ الْعَوْضُ، أَوْ لَمْ يُوجَدَ، دُونَ ذِكْرِ لَصْرِيحٍ أَوْ كِنَايَةٍ⁴. ورغم نقلهم عن أشهب رحمته الله⁵: أَنَّهُ مَتَى وَقَعَ الْخَلْعُ بِدُونِ عَوْضٍ كَانَ طَلَاقًا رَجْعِيًّا؛ لِأَنَّ مَعْنَى الْخَلْعِ هُوَ بَذْلُ عَوْضٍ عَلَى الطَّلَاقِ، فَإِذَا لَمْ يَقَعْ عَوْضٌ خَرَجَ عَنْ مَعْنَاهُ⁶.

رغم ذكر الإمام ابن عبد البر رحمته الله⁷ أَنَّ قَوْلَ أَشْهَبٍ هُوَ قَوْلٌ آخَرٌ لِلْإِمَامِ مَالِكٍ، وَتَرْجِيحُهُ لَهُ بِقَوْلِهِ: "وَقَدْ قِيلَ عَنْهُ -أَيَّ عَنِ الْإِمَامِ مَالِكٍ رحمته الله-: لَا يَكُونُ بَائِنًا إِلَّا بِوُجُودِ الْعَوْضِ، ثُمَّ قَالَ: وَهَذَا أَصَحُّ قَوْلِيهِ عِنْدِي، وَعِنْدَ أَهْلِ الْعِلْمِ وَالنَّظَرِ"⁸. إِلَّا أَنَّ جَمِيعَ أَحْكَامِ الْخَلْعِ فِي الْمَذْهَبِ الْمَالِكِيِّ مُتَرْتِبَةٌ عَلَى الْقَوْلِ الْأَوَّلِ الَّذِي مَفَادُهُ أَنَّهُ مَتَى وَقَعَ الْخَلْعُ بِدُونِ عَوْضٍ كَانَ طَلَاقًا رَجْعِيًّا.

والحقيقة أَنَّ وَضْعَ لَفْظِ الْخَلْعِ غَيْرُ وَاضِحٍ عِنْدَ الْمَالِكِيَّةِ، فَهُوَ لَيْسَ صَرِيحًا فِي الطَّلَاقِ؛ بِدَلِيلِ أَنَّ وَقْعَ الطَّلَاقِ بِهِ بَائِنًا وَإِنْ لَمْ يَذْكُرِ الْعَوْضُ، وَلَيْسَ ذَلِكَ مِنَ الصَّرِيحِ؛ إِذْ أَنَّ الصَّرِيحَ بِدُونِ تَنْصِيصِ الزَّوْجِ عَلَى أَنَّهُ طَلَاقٌ خَلْعٌ يَقَعُ رَجْعِيًّا، أَمَّا مَتَى ذَكَرَ عَوْضًا، أَوْ نَصَّ عَلَى أَنَّ مُرَادَهُ بِالطَّلَاقِ: هُوَ طَلَاقُ الْخَلْعِ وَلَمْ يَذْكُرْ مَعَهُ عَوْضًا وَقَعَ بَائِنًا⁹. كَمَا أَنَّ الْخَلْعَ لَيْسَ كِنَايَةً ظَاهِرَةً فِي

¹ الْمُبَارَاةُ: هِيَ الَّتِي تُبَارَى زَوْجُهَا قَبْلَ أَنْ يَدْخُلَ بِهَا، فَتَقُولُ: خُذِ الَّذِي لَكَ، وَتَارِكِي فَعَلَتْ فَهِيَ طَلَّقَتْهُ. مَالِكُ بْنُ أَنَسٍ، الْمَدُونَةُ، 243/2.

² الْمُفْتَدِيَّةُ: هِيَ الَّتِي تُعْطِيهِ بَعْضُ الَّذِي لَهَا وَتُمْسِكُ بَعْضَهُ. مَالِكُ بْنُ أَنَسٍ، الْمَصْدَرُ نَفْسَهُ، 243/2.

³ يُنْظَرُ: مَالِكُ بْنُ أَنَسٍ، الْمَدُونَةُ، 243/2. وَابْنُ رِشْدٍ الْحَفِيدُ، بَدَايَةُ الْمُجْتَهِدِ وَنَهَايَةُ الْمُقْتَصِدِ، 89/3.

⁴ يُنْظَرُ: الدُّسُوقِيُّ، حَاشِيَةُ الدُّسُوقِيِّ عَلَى الشَّرْحِ الْكَبِيرِ، 351/2.

⁵ أَشْهَبُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ بْنِ دَاوُدَ، أَبُو عَمْرٍو الْقَيْسِيُّ الْمَعَاوِرِيُّ الْجَعْدِيُّ، اسْمُهُ مَسْكِينٌ. وَأَشْهَبُ لَقَبٌ. الْفَقِيهُ الْعَالِمُ الْجَامِعُ، رَوَى عَنْ مَالِكٍ وَاللَيْثِ وَآخَرِينَ، وَخَرَّجَ عَنْهُ أَصْحَابُ السَّنَنِ، وَانْتَهَتْ إِلَيْهِ رِثَاةُ مِصْرَ بَعْدَ مَوْتِ ابْنِ الْقَاسِمِ، تَوَفَّى رحمته الله سَنَةَ 204 هـ بِمِصْرَ. يُنْظَرُ: الْقَاضِي عِيَاضُ، تَرْتِيبُ الْمَدَارِكِ وَتَقْرِيبُ الْمَسَالِكِ، 161/1 وَمُحَمَّدُ مَخْلُوفٌ، شَجَرَةُ النُّورِ الرَّكِّيَّةِ، 89/1.

⁶ يُنْظَرُ: الْقَاضِي عَبْدِ الْوَهَّابِ، الْمَعُونَةُ عَلَى مَذْهَبِ عَالِمِ الْمَدِينَةِ، 874/1.

⁷ هُوَ: يَوْسُفُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ مُحَمَّدٍ، أَبُو عَمْرِو بْنِ عَبْدِ الْبَرِّ النَّمِرِيُّ، الْإِمَامُ الْحَافِظُ النَّظَّارُ شَيْخُ عُلَمَاءِ الْأَنْدَلُسِ وَكَبِيرُ مُحَدِّثِهَا الشَّهِيرِ الذِّكْرُ فِي الْأَقْطَارِ شَهْرَتُهُ. مِنْ مُصَنِّفَاتِهِ: الْاسْتِيعَابُ فِي أَسْمَاءِ الصَّحَابَةِ، وَالْكَافِي فِي الْفَقْهِ. تَوَفَّى رحمته الله سَنَةَ 463 هـ.

يُنْظَرُ: مُحَمَّدُ مَخْلُوفٌ، الْمَرْجِعُ السَّابِقُ، 176/1.

⁸ ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ، الْكَافِي فِي فِقْهِ أَهْلِ الْمَدِينَةِ الْمَالِكِيِّ، 593/2.

⁹ يُنْظَرُ: الْحَطَّابُ، مَوَاهِبُ الْجَلِيلِ فِي شَرْحِ مُخْتَصَرِ خَلِيلٍ، 24/4.

الباب الثاني: أثر العُرف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

الطَّلَاق؛ لِأَنَّ الْكِنَايَةَ الظَّاهِرَةَ فِي الْمَذْهَبِ الْمَالِكِيِّ يَقَعُ بِهَا الطَّلَاقُ بَائِنًا الْبَيْنُونَةَ الْكُبْرَى، الَّتِي يَقَعُ بِهَا الثَّلَاثُ حَتَّى وَلَوْ لَمْ يَنْوَ الطَّلَاقُ¹.

بخلاف بينونة الخلع؛ فهي بينونة صغرى يقع بها تطليقة واحدة بائنة؛ بدليل أنهم ينصّون في حكمه على أن الزوج ليس له الرجعة في العدة، وله نكاحها في العدة وبعدها، قبل الزوج، أو بعده؛ لأنّه خاطب من الخطاب، يتزوجها بعقد جديد²، وحكمه هذا سواء وقع على عوض، أم بدونه³. كما أنّه ليس من الكنايات الخفية؛ لأنّها عندهم لا يقع بها الطلاق بائناً، وإنّما رجعيّاً⁴.

بناءً على ما سبق؛ يجد الباحث أن المالكية رغم إعطائهم الخلع حكم الطلاق لتمييز فرقته، إلّا أنّهم اعتبروه موضوعاً قائماً بذاته غير خاضع لقواعد المذهب في الطلاق، فهو لفظ يقع به الطلاق بائناً سواء كان على عوض، أم بدونه، ولم يتعرضوا لمسألة النية، ويأخذ هذا الحكم كلّ لفظ دالّ على الفرقة فُصِدَ به الخلع أو نُصَّ عَلَيْهِ⁵، سواء كان بلفظ الطلاق الصريح، كقوله: أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةٌ بَائِنَةٌ، أو أَنْتِ طَالِقٌ طَلَّاقِ الْخُلْعِ، وإن لم يذكر عوضاً⁶، أم بلفظ الكناية: كَبَارَيْتُ امْرَأَتِي، أو أَنْتِ مُبَارِيَةٌ، أو طَلَّقْتُكِ طَلَّاقَ الْمُبَارَاةِ أو قد بارأتك، أو خالعتك⁷.

الرأي الثالث: ذهب الشافعية⁸ إلى أن ألفاظ الخلع الصريحة في الأصحّ عندهم لفظان؛ هما: الخلع والمفاداة؛ لشيوعهما في العُرف والاستعمال للطلاق، وبدون ذكر المال مع الخلع كناية، وقيل: صريح أيضاً، ويصحّ بباقي كنايات الطلاق مع النية، لا فرق إن ذكر معها مال، أم لا، كما لا يحتاج إلى النية شأنه في ذلك شأن الصريح. وعلى القول الصحيح المقابل للأصحّ يكون لفظ الخلع، والمفاداة كنايتين في الطلاق، يفتقران إلى النية لوقوع الطلاق بهما، سواء ذكر معها

¹ يُنظر: اللفظ الكنائي في الطلاق وأحكامه، القسم الأول: الكناية الظاهرة، ص 287.

² يُنظر: ابن الجلاب، التفريع في فقه الإمام مالك بن أنس، 16/2.

³ يُنظر: الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 351/2.

⁴ يُنظر: اللفظ الكنائي في الطلاق وأحكامه، القسم الثاني: الكناية الخفية أو المحتملة، ص 288.

⁵ يُنظر: الرصاع، شرح حدود بن عرفة، 386/1.

⁶ يُنظر: الخطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، 24/4.

⁷ يُنظر: المصدر نفسه، 278/5.

⁸ يُنظر: زكريّا الأنصاري، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، 241/3. والغمراوي، السراج الوهاج، 403/1.

الباب الثاني: أثر العُزف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

مال، أم لا. وعند تجردهما عن المال يقع بهما الطلاق رجعيًا¹؛ لأنه في الأصح من المذهب عند عدم ذكر المال، أو عند عدم صحته يُصار إلى مهر المثل².

ومن الألفاظ التي يقع بها الخلع في هذا المذهب جميع كُنَايَات الطَّلَاق، وعلى القول بصراحة لفظ الخلع في الطَّلَاق تكون كُنَايَات الطَّلَاق، كُنَايَات في الخلع أيضًا؛ لذلك اشترط وجود النية من الزوجين، والعوض يجعله طلاقًا بائنًا³. وَمِنْ كُنَايَاتِ الْخُلْعِ أيضًا: "لَفْظُ الْبَيْعِ، وَالشِّرَاءِ، نَحْوُ: بَعْتُكَ نَفْسَكَ بِكَذَا، فَتَقُولُ: اشْتَرَيْتَ، أَوْ قَبِلْتُ، وَالْإِقَالَةُ، وَبَيْعُ الطَّلَاقِ بِالْمَهْرِ مِنْ جِهَتِهِ، وَبَيْعُ الْمَهْرِ بِالطَّلَاقِ مِنْ جِهَتِهَا"⁴، فهو كناية يشترط لها النية من الزوجين، كما يشترط فيه بذات قبول المرأة فورًا⁵، وإلا لم يكن شيئًا⁶.

الرأي الرابع: قسم الحنابلة أَلْفَاظَ الْخُلْعِ إلى ألفاظ صريحة، وأخرى كناية؛ فالصريح ثلاثة أَلْفَاظٍ: خَالَعْتُكَ؛ لِأَنَّهُ ثَبَتَ لَهُ عُرْفُ الاستعمال. وَالْمُفَادَاةُ؛ لِأَنَّهُ وَرَدَ بِهِ الْقُرْآنُ، بِقَوْلِهِ ﷻ: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ [البقرة: 229]. وَفَسَخَتْ نِكَاحَكَ؛ لِأَنَّهُ حَقِيقَةٌ فِيهِ، فَإِذَا أَتَى بِأَحَدِ هَذِهِ الْأَلْفَاظِ، وَقَعَ مِنْ غَيْرِ نِيَّةٍ، وَمَا عَدَا هَذِهِ مِثْلُ: بَارَأْتُكَ، وَأَبْرَأْتُكَ، وَأَبْنَيْتُكَ. فَهُوَ كِنَايَةٌ؛ لِأَنَّ الْخُلْعَ أَحَدُ نَوْعِي الْفُرْقَةِ، فَكَانَ لَهُ صَرِيحٌ وَكِنَايَةٌ، كَالطَّلَاقِ⁷.

فمتى أتى باللفظ الصريح للخلع، وقع وإن لم ينو، ولا يقع بالكناية إلا بنية، أو دلالة حال، بأن تطلب الخلع، وتبذل العوض، فيجيبها بذلك؛ لأن دلالة الحال تغني عن النية. ومتى وقع الخلع بلفظ الطلاق، أو نوى به الطلاق، فهو طلاق بائن؛ لأنه لا يحتمل غير الطلاق. وإن خالعهما بغير لفظ الطلاق غير ناو به الطلاق، ففيه روايتان: الأولى: هو طلاق أيضًا؛ لأنه كناية في الطلاق، نوى به فرقتها، فكان طلاقًا، كما لو نوى به الطلاق.

¹ يُنظر: الغمراوي، السراج الوهاج على متن المنهاج، 404/1.

² يُنظر: زكريّا الأنصاري، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، 7/16.

³ يُنظر: الغمراوي، المصدر السابق، 404/1.

⁴ السيوطي، الأشباه والنظائر في فروع الشافعية، ص 301.

⁵ بالألّا تُوَحَّرُ الرُّوْجَةُ جَوَابَهَا، فَإِنْ أَخَّرْتَهُ بِقَدْرِ مَا يَنْقَطِعُ بِهِ الْقَبُولُ عَنِ الْإِجَابِ، أَوْ تَحَلَّلَ كَلَامٌ أَجَنِّي كَثِيرٌ بَيْنَ تَفْوِيزِهِ، وَتَطْلِيلِهَا لَمْ تَطْلُقْ. الشَّرِينِي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، 286/3.

⁶ يُنظر: الغمراوي، المصدر السابق، 404/1.

⁷ ابن قدامة، المغني، 329/7.

الباب الثاني: أثر العُرف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

أما الثانية: هو فسخ لقوله **عَلَيْكَ**: **«الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ»** [البقرة: 229]. ثم ذكر الخلع، ثم قال: **«فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ»** [البقرة: 230]. فلو كان طلاقاً، كانت أربعاً، ولا خلاف في تحريمها بثلاث؛ ولأنه ليس بصريح في الطلاق، ولا نوى به الطلاق، فلم يكن طلاقاً، كغيره من الكنايات.

فإذا قلنا: هو طلاق، نقص به عدد طلاقها، ومتى خالعه ثلاثاً، لم تحل له حتى تنكح زوجاً غيره، وإن قلنا: هو فسخ، لم ينقص به عدد طلاقها، وحلت له من غير نكاح زوج ثان، ولو خالعه مراراً. وتبين بالخلع على كلتا الروايتين، فلا يملك رجعتها؛ لأنه عقد معاوضة، فلم يملك الرجوع فيما اعتاض عنه، كالبيع، ولا يلحقها طلاقه، ولو واجهها به؛ لأنها بائن¹.

بناء على ما سبق؛ يتضح للباحث أن الخلع عند أصحاب المذاهب الأربعة يقع بأي لفظ يدل عليه؛ بدليل وقوعه بلفظ البيع، والشراء، وبألفاظ الطلاق الصريح، والكناية متى عُرف استعمالها فيه. ومتى استعمل لفظاً دالاً عليه حصل به، ثم يخضع ذلك اللفظ لأحكام المذاهب في كونه فسخاً، أو طلاقاً.

2. **الصيغة بالمعاطاة**؛ اختلف الفقهاء في صحة إيقاع الخلع بهذه الصيغة، بأن تقوم الزوجة بفعل معين يدل على إرادتها إيقاع الخلع، فيعتبر ذلك إيجاباً منها، ويقوم الزوج بما يدل على قبوله كأن يستلم البذل منها ولا يمنعها من الخروج من بيت الزوجية²، وفي هذه المسألة قولين:

القول الأول: ذهب المالكية³، وبعض الحنابلة⁴ إلى أنه ينحل عقد الخلع بالمعاطاة⁵. واستدل أصحاب هذا القول بالعُرف؛ لأنهم قالوا بجواز الخلع بالمعاطاة بناء على جريان العرف بذلك، ولا شك أن للعُرف الصحيح اعتبار وأثر في الشرع. واحتجوا بما رواه عكرمة رضي الله عنه من قصة خلع زوجة

¹ يُنظر: ابن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد، 97/3.

² يُنظر: عبد الكريم زيدان، المُفَصَّل في أحكام المرأة والبيت المسلم، 165/8.

³ قال الصَّوَّاي: "وَكَفَّتِ الْمُعَاطَاةُ فِي الْخُلْعِ عَنِ التُّطْقِ بِالطَّلَاقِ، إِنْ جَرَى بِهَا -أَيِ بِالْمُعَاطَاةِ- عُرفٌ كَأَنْ يَجْرِيَ عُرفُهُمْ بِأَنَّهَا مَتَى دَفَعَتْ لَهُ أَسْوَرَّتَهَا أَوْ عَقْدَهَا فَأَخَذَهُ -أَيِ الزَّوْجَ- وَأَنْصَرَفَتْ كَانَ ذَلِكَ خُلْعًا. وَمِثْلُهُ قِيَامُ الْقَرِينَةِ، فَإِنْ فَصَدَ الصُّلْحُ عَلَى أَنْ يَأْخُذَ مَتَاعَهُ وَسَلَّمَهَا مَتَاعَهَا، فَهُوَ خُلْعٌ لَا يَزِمُ وَلَوْ لَمْ يَقُلْ أَنْتِ طَالِقٌ". بلغة السالك لأقرب المسالك، 531/2.

⁴ قال ابن قدامة: "قَالَ الْقَاضِي أَبُو يَعْلَى: هَذَا الَّذِي عَلَيْهِ شَيْوْخُنَا الْبُعْدَادِيُّونَ. وَقَدْ أَوْمَأَ إِلَيْهِ أَحْمَدُ وَذَهَبَ أَبُو حَفْصٍ الْعُكْبَرِيُّ وَابْنُ شَهَابٍ، إِلَى وَفُوعِ الْفُرْقَةِ بِقَبُولِ الزَّوْجِ لِلْعَوَضِ. وَأَفْتَى بِذَلِكَ ابْنُ شَهَابٍ". المغني، 329/7.

⁵ الصَّوَّاي، المصدر السابق، 531/2.

الباب الثاني: أثر العزف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

ثابت بن قيس لما قال النبي ﷺ لها: «أتردّين عليه حديقته؟» قالت: نعم، ففرّق رسول الله ﷺ بينهما. وقال: خذ ما أعطيتها، ولا ترزدي¹ ولم يستدع منه لفظاً².

القول الثاني: وصرّح الشافعية والحنابلة³ إلى أنه لا يجوز عقد الخلع بالمعاطاة، بل ويشترط قبولها-أي المختلعة- الناطقة بلفظ غير منفصل بكلام أجنبي أو زمن طويل، فتقول: قبلت أو اختلعت أو نحوه، فلا يصح القبول بالفعل بأن تُعطيه القدر، أي العوض الذي التزمته⁴. ولا يصح الخلع بمجرّد بذل المال وقبوله من غير لفظ الزوج؛ لأنّه تصرف في البضع بعوض، فلم يصح بدون اللفظ، كالنكاح والطلاق⁵. واستدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أ. إنّ الخلع تصرف في البضع-أي في رفع قيد النكاح- بعوض فلم يصح بدون اللفظ كعقد النكاح وإيقاع الطلاق. ثم إنّ أخذ المال قبض لعوض، فلم يثم بمجرّده مقام الإيجاب، كقبض أحد العوضين في البيع.

ب. الخلع إن كان طلاقاً، فلا يقع بدون صريحه وكنايته. وإن كان فسخاً فهو أحد طرفي عقد النكاح، فيعتبر فيه اللفظ كابتداء العقد.

ج. وأمّا الحديث: «تردّين عليه حديقته»، فقد رواه البخاري عن ابن عباس رضي الله عنهما عن النبي ﷺ فقال: «أقبل الحديقة وطلقها تطليقة»⁶، وهذا صريح في اعتبار اللفظ. وفي رواية «فأمره ففارقها»، ومن لم يذكر الفرقة إنّما اقتصر على بعض القصّة والزّيادة من الثّمة مقبولة ولعلّ الراوي استغنى بذكر العوض عن ذكر اللفظ لأنّه معلوم منه⁷.

القول الرابع: بعد عرض أقوال الفقهاء ومناقشتها فإنّ الباحث يرجح عنده القول بعدم جواز المعاطاة في الخلع؛ لأنّه أمر خطير جدّاً، حيث يتوقف عليه تفكك الأسرة، وفراق الزوجين،

¹ أخرجه البيهقي في سننه الكبرى، كتاب الخلع والطلاق، باب الوجه الذي تحل به الفدية، رقم: 14620، 314/7.

وقال عنه الألباني: حديث صحيح أخرجه البخاري والبيهقي. إرواء الغليل، 101/7.

² يُنظر: الصّاوي، بلغة السّالك لأقرب المسالك، 533/2-534. وابن قدامة، المغني، 330/7.

³ الشّريني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، 441/4. والبهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، 218/5.

⁴ يُنظر: الشّريني، المصدر السّابق، 441/4.

⁵ البهوتي، المصدر السّابق، 218/5.

⁶ الحديث سبق تخريجه، ص 309.

⁷ يُنظر: البهوتي، المصدر السّابق، 218/5. وعبد الكريم زيدان، المِفْصَل في أحكام المرأة والبيت المسلم، 167/8.

الباب الثاني: أثر العُرف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

وتشتت الأبناء، لذا لا تكفي فيه الإشارة أو العُرف، دون صيغة الإيجاب والقبول. وأمّا قول المالكية بالجواز إذا جرى به العُرف، فالجواب: أنَّ العُرف الصحيح وإن كان له اعتبار في الشرع لكن لا يعول عليه هنا؛ ذلك أنَّ الخلع أمرٌ خطيرٌ؛ لما فيه من قطع للرابطة الزوجية وإيقاع البينونة بين الزوجين وحصول الحرمة بينهما بعد الحلّ، وكلُّ هذا يقتضي الاحتياط في وقوع الخلع باشتراط اللَّفظ في انعقاده، كما هو شرط في ابتداء النكاح¹.

ثانياً- أثر العُرف في صيغ الخلع في التشريع الجزائري: لم يتعرّض المشرّع في نصّ المادة: 54 من ق أ ج لمسألة الصيغة وشروطها، فبسكوته هذا يكون قد أحال القاضي إلى مبادئ الشريعة الإسلامية، والتي تعتبر العرف مصدراً تكميلياً تطبيقاً لنصّ المادة: 222 من ق أ ج، وكذا بالبحث في القواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني لا سيما في المادة: 60 منه التي نصّت على أنّه: "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ، وبالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفاً، أو باتخاذ موقف لا يدعُ أيّ شكّ في دلالاته على مقصود صاحبه. وعليه "يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً"².

بناءً على ما سبق؛ يتوصل البحث إلى أنَّ كلاً من الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري قد اتّفقا على اعتبار كلّ صيغة للطلاق بعوض خلعة³، وبذلك فكلُّ فعل أو قول متداول بين الناس ومتعارف عليه بينهم يُستعمل للتعبير عن الرغبة في الطلاق بواسطة الخلع يصحّ كصيغة لهذا الطلاق⁴. وأنَّ الخلع عند أصحاب المذاهب الأربعة يقع بأيّ لفظ يدلُّ عليه؛ بدليل وقوعه بلفظ البيع، والشراء، وبألفاظ الطلاق الصريح، والكناية متى عُرف استعمالها فيه. فمتى أُستعمل لفظاً دالاً عليه، حصل به الخلع، ثم يخضع ذلك اللفظ لأحكام المذاهب في كونه فسحاً، أو طلاقاً. وكذلك يقع الخلع بالمعاطاة بناءً على جريان العرف بذلك، ومنهم من علّق الجواز بجريان العُرف به، ولا شكَّ أنَّ للعُرف الصحيح اعتبار وأثر في الشرع⁵.

¹ عامر سعيد الزبياري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، ص 146. وعبد الكريم زيدان، المُفصّل في أحكام المرأة والبيت المسلم، 168/8.

² يُنظر: سليم سعدي، الخلع بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، ص 29.

³ يُنظر: بريير محمد، مركز الفقه المالكي في قانون الأسرة أحكام الزواج والطلاق نموذجاً، ص 295.

⁴ يُنظر: سليم سعدي، المرجع السابق، ص 29.

⁵ يُنظر: الصّاوي، بلغة السّالك لأقرب المسالك، 533/2-534. وابن قدامة، المغني، 330/7.

الباب الثاني: أثر العُرف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

الفرع الثاني: أثر العُرف في الخلع القضائي في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

لقد شرع الله تعالى الخلع الرضائي كحلّ ناجح لإنهاء العلاقة الزوجية في حال لم تُحقّق هذه العلاقة أهدافها وحكمة مشروعيتها، خاصّة لما تكون الزّوجة في حالة بغض شديد للحياة مع زوجها ولم تعد تطق العيش معه، فيكون الخلاص من ذلك بدفعها عوضاً لزوجها مقابل فراقها له. غير أنّه قد يرفض الزّوج فراقها، فتلجأ إلى القضاء لإيجاد حل لها.

هذا وقد أطلّ علينا قانون الأسرة الجزائري بدعوى الخلع القضائي، والتي تعطي للقاضي الحقّ في إيقاع الخلع عند طلب الزّوجة الكراهة للعيش مع زوجها، فيقوم بفسخ العقد جبراً عن الزّوج. وفيما يأتي بيان ذلك وفق العناصر الآتية:

أوّلاً- سلطة القاضي في إيقاع الخلع القضائي في الفقه الإسلامي: الأصل في الخلع أن يكون باتّفاق الزّوجين وهو الذي عليه جمهور الفقهاء، ولكن إذا رفض الزّوج إجابة طلب زوجته في الخلع، فهل للزّوجة أن تُقيم دعوى أمام القضاء لإلزام زوجها بالخلع مقابل عوضٍ تبذله؟ وهل للقاضي سلطة في إيقاع هذا النوع من الخلع دون اعتبار لرضا الزّوج وموافقة؟ اختلف الفقهاء في هذه المسألة على مذهبين:

المذهب الأوّل: مذهب جمهور الفقهاء¹، وهو ما تبناه جمع من العلماء المعاصرين، ومنهم عبد الكريم زيدان²، ونصر فريد واصل³ مفتي الديار المصرية سابقاً بأنّه ليس للقاضي سلطة في إيقاع الخلع من غير رضا الزّوج، كما أنّه لا يُشترط إذن القاضي ولا حضوره لصحة الخلع، فالعبرة عندهم بحصول التّراضي بين الزّوجين حول الخلع. وهذه بعض نصوصهم: جاء في المبسوط: "وَالْخُلْعُ جَائِزٌ عِنْدَ السُّلْطَانِ وَغَيْرِهِ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ يَعْتمِدُ التَّراضِي كَسَائِرِ الْعُقُودِ"⁴.

¹ السّرخسي، المبسوط، 173/6. والدردير، الشّرح الكبير، 347/2. والعمراني، البيان في مذهب الشّافعي، 15/10. وعبد الرحمن المقدسي، الشّرح الكبير على متن المقنع، 174/8.

² عبد الكريم زيدان، مدى حقّ الزّوجة في إنهاء عقد الزّواج بالخلع (بحث)، ص28.

³ نصر فريد محمد واصل، حقّ الزّوجة في إنهاء عقد الزّواج بالخلع، (مقال). اطلعت عليه يوم 2023/03/10م، في السّاعة

21:00، من موقع "مكتبة نور" على الشّبكة العنكبوتية، من الرّابط الآتي: <https://ln.run/LON5L>

⁴ السّرخسي، المصدر السّابق، 173/6.

الباب الثاني: أثر العزف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

وقال خليل رحمته الله: "وهو: الطلاق بعوض، وبلا حاكم"¹، وذكر صاحب كتاب "المهذب": "يجوز الخلع من غير حاكم"²، وقال صاحب "المغني": "وَلَا يُفْتَقَرُ الْخُلْعُ إِلَى حَاكِمٍ. نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ رحمته الله، فَقَالَ: يَجُوزُ الْخُلْعُ دُونَ السُّلْطَانِ"³. واستدل جمهور الفقهاء على قولهم بالأدلة الآتية: أ. من الكتاب: قوله ﷺ: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يَاقِمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ [البقرة: 229]، قال الجصاص رحمته الله:⁴ "وَكِتَابُ اللَّهِ يُوجِبُ جَوَازَهُ وَهُوَ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾، وقال تعالى: ﴿وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لَتَذَهَبُوا بِبَعْضٍ مَّا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ﴾ [النساء: 19]، فَأَبَاحَ الْأَخْذَ مِنْهَا بِتَرَاضِيهِمَا مِنْ غَيْرِ سُلْطَانٍ، ولم يورد ذكر إذن السلطان مما يدل على عدم اشتراطه⁵.

ب. من السنة النبوية: قول النبي ﷺ لامرأة ثابت بن قيس: «أَتَرُدِّينَ عَلَيْهِ حَدِيثَهُ؟»⁶، قَالَتْ: نَعَمْ، قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «خُذْهَا وَفَارِقْهَا»⁷. وجه الدلالة: إنه لو كان الخلع إلى السلطان، لما سألها النبي ﷺ عن موافقتها لرّد حديثه، ولما طلب من الزوج مفارقتها، لأن السلطان له أن يجتهد في حكمه حسب ما يراه، ولا عبرة برفض أو موافقة الخصمين أو أحدهما عند قضاءه، يدل على ذلك أيضًا لأنه لو كان الخلع إلى السلطان شاء الزوج أو أبيا إذا علم أنهما لا يقيمان حدود الله لم يسألها النبي ﷺ عن ذلك ولا خاطب الزوج بقوله: اخلعها، بل كان يخلعها منه ويرد عليه حديثه وإن أبيا أو واحد منهما، كما لما كانت فُرْقَةُ الْمُتَلَاعِنِينَ إِلَى الْحَاكِمِ لَمْ يَقُلْ لِلْمُلَاعِنِ

¹ خليل بن إسحاق، مختصر العلامة خليل، 112/1.

² الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، 71/2.

³ ابن قدامة، المغني، 324/7.

⁴ هو: أحمد بن علي الرازي الإمام الحنفي، أبو بكر، المعروف بالخصاص، إمام، فقيه، علامة، فاضل انتهت إليه رئاسة الحنفية، توفي رحمته الله ببغداد عام 370 هـ، من تصانيفه: "أحكام القرآن"، و"شرح مختصر الكرخي". يُنظر: القريشي، الجواهر المضية في طبقات الحنفية، 165/1.

⁵ يُنظر: الجصاص، أحكام القرآن، 95/2. والشيرازي، المصدر السابق، 71/2. وابن قدامة، المصدر السابق، 324.

⁶ الحديث سبق تخريجه، ص 309.

⁷ وفي الحديث الذي رواه البخاري قوله ﷺ لثابت: «اقْبَلِ الْحَدِيثَ وَطَلِّقْهَا تَطْلِيقَةً»، 46/7.

الباب الثاني: أثر العرف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

خَلَّ سَبِيلَهَا بَلَّ فَرَّقَ بَيْنَهُمَا. وَرَوَى سَهْلُ بْنُ سَعْدٍ رضي الله عنه أَنَّ النَّبِيَّ صلى الله عليه وسلم فَرَّقَ بَيْنَ الْمُتَلَاعِنَيْنِ ¹ وَلَمْ يَرْجِعْ ذَلِكَ إِلَى الزَّوْجِ ².

ج. من الآثار: ما روي عن عمر، وعثمان رضي الله عنهما ³، فإنه أُتِيَ إليهما في خلع فأجازاه، فعن عبد الله الخولاني رضي الله عنه: أَنَّ عُمَرَ رَفَعَتْ إِلَيْهِ امْرَأَةً اخْتَلَعَتْ مِنْ زَوْجِهَا بِأَلْفِ دِرْهَمٍ فَأَجَازَ ذَلِكَ. وَعَنْ نَافِعٍ: أَنَّ الرُّبَيْعَ رضي الله عنه اخْتَلَعَتْ مِنْ زَوْجِهَا، فَرَفَعَ ذَلِكَ ابْنَ عُمَرَ إِلَى عُثْمَانَ فَأَجَازَهُ. وَجِهَ الدَّلَالَةُ: الْأَثَرَانِ يَدْلَانِ عَلَى جَوَازِ الْخُلْعِ دُونَ السُّلْطَانِ.

د. من المعقول: وفيه وجهان؛ الأول منهما: إِنَّ الْخُلْعَ عَقْدٌ مُعَاوَضَةٌ يَعْتَمِدُ التَّرَاضِي كَسَائِرِ الْعُقُودِ فَلَمْ يَفْتَقِرْ إِلَى السُّلْطَانِ كَالْبَيْعِ وَالنِّكَاحِ، وَهُوَ بِمَنْزِلَةِ الطَّلَاقِ بِعَوَضٍ، وَلِلزَّوْجِ وَلَايَةٌ إِيْقَاعِ الطَّلَاقِ، وَلِلزَّوْجَةِ وَلَايَةٌ التَّرَامِ الْعَوَضِ فَلَا حَاجَةَ لِاشْتِرَاطِ حُضُورِ السُّلْطَانِ فِيهِ ⁴.

أمَّا الثاني: فَإِنَّ الْخُلْعَ أَشْبَهَ بِعَقْدِ الْإِقَالَةِ، وَالْمَعْنَى الْحَاصِلُ: أَنَّه قَطْعُ عَقْدٍ بِالتَّرَاضِي، وَهَذَا لَا يَتَوَقَّفُ عَلَى حَاكِمِ السُّلْطَانِ ⁵.

المذهب الثاني: ذهب بعض التابعين ⁶، وابن تيمية، والصنعاني ⁷ في قول لهما ⁸، والشوكاني ⁹ من العلماء المتقدمين ¹⁰ أَنَّ لِلْقَاضِي سُلْطَةً فِي إِيْقَاعِ الْخُلْعِ وَلَوْ مِنْ غَيْرِ رِضَا الزَّوْجِ،

¹ أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الأحكام، باب مَنْ قَضَى وَلَاعَنَ فِي الْمَسْجِدِ، بلفظ: "عَنْ سَهْلِ بْنِ سَعْدٍ، قَالَ: «شَهِدْتُ الْمُتَلَاعِنَيْنِ، وَأَنَا ابْنُ خُمُسٍ عَشْرَةَ سَنَةً، وَفُرِّقَ بَيْنَهُمَا»"، رقم: 7165، 68/9.

² يُنْظَرُ: الْجِصَاصُ، أَحْكَامُ الْقُرْآنِ، 95/2.

³ الأثران؛ ذكرهما الإمام البخاري في صحيحه، كتاب الطلاق، باب الْخُلْعِ وَكَيْفَ الطَّلَاقُ فِيهِ، 46/7.

⁴ السَّرْحَسِيُّ، الْمَبْسُوطُ، 76/8. وابن قدامة، المغني، 324. وابن القيم، زاد المعاد في هدي خير العباد، 195/5.

⁵ يُنْظَرُ: ابن قدامة، المصدر السابق، 324/7.

⁶ من أمثال: سعيد بن جبير، والحسن البصري، وابن سرين، وزيايد بن أبيه. يُنْظَرُ: ابن العربي، أحكام القرآن، 450/2. وابن

حجر، فتح الباري، 396/9. وابن قدامة، المصدر السابق، 324/7. وابن حزم، المحلى بالآثار، 514/9.

⁷ هو: محمد بن إسماعيل بن صلاح بن محمد الحسني، الكحلاني ثم الصنعاني، أبو إبراهيم، عز الدين، توفي رحمته الله سنة 1182هـ بصنعاء، من كتبه: "توضيح الأفكار"، و"الروض النضير". يُنْظَرُ: الرَّزْكَلِيُّ، الأعلام، 38/6.

⁸ يُنْظَرُ: ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، 486/5. والصنعاني، سبل السلام، 245/2.

⁹ هو: محمد بن علي بن محمد الشوكاني، فقيه، مجتهد، مؤرخ، أديب، نحوي، منطقي، من كبار علماء اليمن، ولي القضاء بها، توفي رحمته الله سنة 1250هـ، وله مؤلفات كثيرة منها: "نيل الأوطار" في الحديث؛ "فتح القدير" في التفسير، و"إرشاد الفحول" في أصول الفقه. يُنْظَرُ: الرَّزْكَلِيُّ، الأعلام، 298/6.

¹⁰ يُنْظَرُ: الشوكاني، نيل الأوطار، 294/6.

الباب الثاني: أثر العرف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

وقد وافقهم جمع من العلماء المتأخرين من أمثال: سيد سابق¹، والزَّيَّاري²، والخفيف³، وابن باز⁴، وابن عثيمين رحمهم الله⁵.

وأورد نبذة عن أقوالهم: جاء في المغني: وَعَنِ الْحَسَنِ، وَابْنِ سِيرِينَ رحمهم الله: لَا يَجُوزُ -أَيِ الْخُلْعِ- إِلَّا عِنْدَ السُّلْطَانِ⁶. وجاء في المحلى: عَنْ سَعِيدِ بْنِ جُبَيْرٍ رحمهم الله قَالَ: لَا يَكُونُ الْخُلْعُ إِلَّا حَتَّى يَعْطَهَا، فَإِنْ اتَّعَظَتْ وَإِلَّا ضَرَبَهَا، فَإِنْ اتَّعَظَتْ وَإِلَّا ارْتَفَعَا إِلَى السُّلْطَانِ، فَيَبْعَثُ حَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ يَرْفَعُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا إِلَى السُّلْطَانِ مَا يَسْمَعُ مِنْ صَاحِبِهِ، فَإِنْ رَأَى أَنْ يَفْرَقَ فَرَّقَ، وَإِنْ رَأَى أَنْ يَجْمَعَ جَمَعَ⁷. وجاء فيه قوله أيضًا: إِنَّ مُحَمَّدَ بْنَ سِيرِينَ وَالْحَسَنَ الْبَصْرِيَّ رحمهم الله كَانَا يَقُولَانِ: لَا يَكُونُ خُلْعٌ إِلَّا عِنْدَ السُّلْطَانِ⁸. ويقول ابن مفلح رحمهم الله⁹ عن شيخه ابن تيمية رحمهم الله: "وَاخْتَلَفَ كَلَامُ شَيْخِنَا فِي وُجُوبِهِ وَالزَّمَّ بِهِ بَعْضُ حُكَّامِ الشَّامِ الْمَقَادِسَةُ الْفَضْلَاءُ"¹⁰. وقال الشُّوكَانِي رحمهم الله: "وَلَا بُدَّ مِنَ التَّرَاضِي بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ عَلَى الْخُلْعِ، أَوْ إلْزَامِ الْحَاكِمِ مَعَ الشَّقَاقِ بَيْنَهُمَا، وَهُوَ فَسْخٌ"¹¹. واستدل أصحاب المذهب الثاني بالأدلة الآتية:

أ. من الكتاب: قوله ﷻ: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يَقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ﴾ [البقرة: 229]. وقوله ﷻ: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا﴾ [النساء: 35]. وجه الاستدلال: جعل الله تعالى الخوف في خطابه لغير الزوجين. فلم يقل: فَإِنْ خَافَا؛ أَيِ الزَّوْجَيْنِ، فدلَّ على

¹ سيد سابق، فقه السنة، 299/2.

² يُنظر: عامر سعيد الزَّيَّاري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، ص 79.

³ يُنظر: علي الخفيف، فُرُقُ الزَّوْجِ فِي الْمَذَاهِبِ الْإِسْلَامِيَّةِ، ص 130.

⁴ يُنظر: محمد بن سعد الشُّويعر، مجموع فتاوى العلامة عبد العزيز بن باز، 259/21.

⁵ يُنظر: محمد العثيمين، فتاوى نور على الدرب، 2/19.

⁶ يُنظر: ابن قدامة، المغني، 324/7.

⁷ يُنظر: ابن حزم، المحلى بالآثار، 514/9.

⁸ يُنظر: المصدر نفسه، 514/9.

⁹ هو: محمد بن مفلح، بن مفرج المقدسي، أبو عبد الله، شمس الدين، فقيه، أصولي، محدث، حنبلي المذهب، وُلِدَ ونشأ ببيت المقدس، وتوفي رحمهم الله في دمشق عام 763هـ، من مصنفاته: "كتاب الفروع"، و"شرح كتاب المقنع". يُنظر: ابن العماد الحنبلي، شذرات الذهب في أخبار من ذهب، 340/8.

¹⁰ ابن مفلح، الفروع، 407/9.

¹¹ الشُّوكَانِي، الدَّرَارِي الْمُضِيَّةُ شَرْحُ الدَّرْرِ الْبَهِيَّةِ، 227/2.

الباب الثاني: أثر العرف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

وجود طرف ثالث وهو القاضي. وَقَوَّى ذَلِكَ بِقِرَاءَةِ حَمَزَةٍ فِي آيَةِ الْبَابِ إِلَّا أَنْ يَخَافَ بِضَمِّ أَوَّلِهِ عَلَى الْبِنَاءِ لِلْمَجْهُولِ، فَعُلِمَ أَنَّ الْمُرَادَ بِالْخِطَابِ: الْوَلَاةُ¹.

ب. من الآثار: أَنَّ الْخَلْعَ الَّذِي وَقَعَ بَيْنَ ثَابِتِ بْنِ قَيْسٍ وَزَوْجَتِهِ² لَمْ يَتِمَّ إِلَّا بِحَضُورِ الرَّسُولِ ﷺ وَأَمْرِهِ، وَكَذَلِكَ مِنْ بَعْدِهِ ﷺ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ ﷺ الَّذِي رَفَعَتْ إِلَيْهِ امْرَأَةٌ نَشَزَتْ عَنْ زَوْجِهَا فَقَالَ: اخْلَعْهَا وَلَوْ مِنْ قُرْطِهَا³. هَذَا فِي الْوَقْتِ الَّذِي كَانَ كَثِيرٌ مِنَ الصَّحَابَةِ يُطَلِّقُونَ زَوْجَاتِهِمُ الطَّلَاقَ الْمَعْهُودَ بِدُونِ عِلْمِ الرَّسُولِ ﷺ وَخُلَفَاءِهِ مِنْ بَعْدِهِ، وَحَتَّى عُرِفَ عَنْ بَعْضِهِمْ أَنَّهُ كَانَ مُطَلِّقًا؛ لَكثْرَةِ مَا يُطَلِّقُ. ثُمَّ إِنَّ طَبِيعَةَ الْخَلْعِ وَالظُّرُوفَ الْمَلَابِسَةَ لِحُدُوثِهِ تَقْتَضِي عِلْمَ السُّلْطَانِ، خُصُوصًا أَنَّ بَعْضَ الْفُقَهَاءِ يَشْتَرِطُ وَجُودَ الشُّقَاقِ وَالْكَرَاهِيَّةَ بَيْنَهُمَا حَتَّى يَصَحَّ الْخَلْعُ⁵.

ج. من المعقول: وفيه وجهان؛ أولهما: أَنَّ الْخَلْعَ يَكُونُ بَعُوضٌ غَيْرُ مُحَدَّدٍ تَدْفَعُهُ الْمَرْأَةُ لِلزَّوْجِ مُقَابِلَ طَلَاقِهَا مِنْهُ، وَغَالِبًا مَا تَعْرِضُ الْقَضَايَا الَّتِي يَثُورُ الْخِلَافُ بِشَأْنِهَا أَمَامَ الْقَضَاءِ بَغْيَةً حَلَّهَا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ. وَثَانِيَهُمَا: أَنَّ الْخَلْعَ يَكُونُ بِتَرَاضِي الزَّوْجِ وَالزَّوْجَةِ، فَإِذَا لَمْ يَتِمَّ التَّرَاضِي مِنْهُمَا فَلِلْقَاضِي إِلْزَامُ الزَّوْجِ بِالْخَلْعِ؛ لِأَنَّ ثَابِتًا وَزَوْجَتَهُ رَفَعَا أَمْرَهُمَا لِلنَّبِيِّ ﷺ، وَالزَّمَهُ الرَّسُولُ ﷺ بِأَنْ يَقْبَلَ الْحَدِيقَةَ، وَيُطَلِّقَهَا، كَمَا تَقَدَّمَ فِي الْحَدِيثِ⁶.

تحرير محل النزاع والترجيح:

يرجع سبب الخلاف بين الفقهاء في هذه المسألة إلى أمرين؛ وهما: أولهما اختلافهم في المخاطب في قوله ﷺ: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ [البقرة: 229]. هل هو موجّه للأزواج أم لجماعة المؤمنين والمتمثلين في الأئمة والحكام

¹ يُنْظَرُ: ابْنُ حَجَرٍ، فَتْحُ الْبَارِي شَرْحُ صَحِيحِ الْبُخَارِيِّ، 396/9.

² وَهُوَ أَوَّلُ خَلْعٍ فِي الْإِسْلَامِ، الْإِمَامُ أَحْمَدُ، مُسْنَدُ الْإِمَامِ أَحْمَدَ بْنِ حَنْبَلٍ، 433/45. وَقِيلَ: إِنَّ الْخَلْعَ وَقَعَ فِي الْجَاهِلِيَّةِ أَيْضًا لَمَّا خَلَعَ عَامِرُ بْنُ الظَّرْبِ ابْنَتَهُ مِنْ ابْنِ أَخِيهِ عَامِرِ بْنِ الْحَارِثِ، نَفَرَتْ مِنْهُ فَشَكَاَ إِلَى أَبِيهَا فَقَالَ: لَا أَجْمَعُ عَلَيْكَ فِرَاقَ أَهْلِكَ وَمَالِكَ، وَقَدْ خَلَعْتَهَا مِنْكَ بِمَا أُعْطِيتَهَا. يُنْظَرُ: الصَّنْعَانِي، سَبُلُ السَّلَامِ، 247/2.

³ يُنْظَرُ: ابْنُ الْقَيْمِ، زَادَ الْمَعَادَ فِي هَدْيِ خَيْرِ الْعِبَادِ، 194/5.

⁴ وَمِنْ هَؤُلَاءِ: الْحَسَنُ بْنُ عَلِيٍّ ﷺ الَّذِي كَانَ كَثِيرَ النِّكَاحِ كَثِيرَ الطَّلَاقِ. يُنْظَرُ: ابْنُ مَازَةَ، الْحَيْطُ الْبَرْهَانِي، 349/3. وَالزَّيْلَعِيُّ، تَبْيِينُ الْحَقَائِقِ شَرْحُ كَنْزِ الدَّقَائِقِ، 147/6. وَالشَّنْقِيطِيُّ، شَرْحُ زَادِ الْمُسْتَقْنَعِ، 5/143.

⁵ يُنْظَرُ: ابْنُ حَزَمٍ، الْمَحْلَى بِالْآثَارِ، 512/9. وَابْنُ قَدَامَةَ، الْمَغْنِي، 167/8.

⁶ يُنْظَرُ: سَيِّدُ سَابِقٍ، فِقْهُ السُّنَّةِ، 299/2. وَحُسَيْنُ بْنُ عَوْدَةَ الْعَوَائِشَةُ، الْمَوْسُوعَةُ الْفَقْهِيَّةُ الْمِيسِرَةُ، 338/5.

الباب الثاني: أثر العرف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

والقضاة، فمن فهم من الآية أن الخطاب موجه للأزواج اشترط موافقة الزوج على الخلع، ومن فهم من الآية أن الخطاب موجه لجماعة المؤمنين بمن فيهم القضاة أجاز للقاضي أن يؤقّع الخلع ولو من غير رضا الزوج¹.

أمّا ثانيهما: اختلافهم في أمره ﷺ لثابت بن قيس، هل هو للوجوب أم للإصلاح والارشاد؟ فمن عدّه للوجوب منح سلطة للقاضي في إيقاع الخلع، ومن عدّ أمر النبي ﷺ أمر إصلاح وإرشاد جعل الخلع متوقفاً على موافقة الزوج ورضاه².

بعد عرض أقوال الفريقين في اشتراط إذن القاضي لصحة الخلع وأدلّتهما، فإنه يمكن الجمع بين الرأيين، ويتفق الباحث مع أقوال الفقهاء في أن قول الجمهور هو الرّاجح؛ لقوة أدلّتهم ولوضوحها، وكثرة الفقهاء القائلين بهذا القول. لكن الأحوط إن تيسر الجمع بين القولين فهو الأولى، ويمكن الجمع بينهما على النحو الآتي:

إن كان الخلع عن تراضي بين الزوجين، فالخلع جائز دون إذن السلطان أو القاضي وحضورهما، ويعمل بأدلة الجمهور. أمّا إن كان الخلع نتيجة خصام وشقاق بينهما فلا بُدّ من إذن السلطان أو القاضي وحضورهما، قطعاً لدابر النزاع وإنصافاً للمظلوم وإرجاعاً للحق إلى أصحابه، فيؤخذ بأدلة القول الثاني ويحتج بها³.

ثانياً- سلطة القاضي في إيقاع الخلع القضائي في التشريع الجزائري: أتعرض لموقف المشرّع من سلطة القاضي في إيقاع الخلع في كل من قانون الأسرة القديم: 11/84، والقانون الحالي رقم: 02/05.

¹ يُنظر: ابن الهمام، فتح القدير، 215/4. والماوردي، الحاوي الكبير، 11/10. ومحمد هشام أحمد عمرو، الخلع القضائي دراسة فقهية مقارنة، ص 40.

² يُنظر: الشوكاني، نيل الأوطار، 294/6. ومحمد بن عبد الله الحمد، شرح زاد المستقنع، 139/20. ووهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلّته، 454/9. ومحمد هشام أحمد عمرو، الخلع القضائي دراسة فقهية مقارنة، ص 40.

³ يُنظر: عامر سعيد الزبياري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، ص 217. وأحمد رشاد عبد الهادي أبو حسين، أثر العرف في الأحوال الشخصية - دراسة فقهية قانونية -، ص 150. ومصعب عمر الحسن طه ويعقوب علي مهيب الوحش، أحكام الخلع في الفقه الإسلامي والقانون - دراسة فقهية مقارنة بقانون الأحوال الشخصية اليمني والسوداني - (مقال)، ص 325-326.

الباب الثاني: أثر العزف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

2. سلطة القاضي في إيقاع الخلع القضائي في ظل القانون رقم 11/84: أبحث هذه المسألة من الناحيتين الآتيتين:

أ. من الناحية القانونية: لقد عدّ قانون الأسرة الجزائري قبل تعديله الخلع عقدًا اتفاقيًا رضائيًا¹؛ أي أنّ الخلع لا يقع بدون موافقة الزوج، إذ هو طلاق رضائيّ مقابل مال تدفعه الزوجة إلى زوجها من أجل أن تتخلص من رباط الزوجية دون نزاع أو محاصمة، فإذا تمّ ذلك بإيجاب وقبول، سُمّي ذلك مخالعة². حيث نص في المادة: 54 من ق أ ج في صياغتها الأصلية على أنّه: "يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتمّ الاتفاق عليه، فإن لم يتّفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم".

الأمر الذي دفع بعض شراح قانون الأسرة أن يأخذوا برأي ألا خلع دون إرادة الزوج، وحاولوا شرح المادة: 54 من الأمر رقم 84/11 على أساس أنّ الخلع عقد رضائي³.

ب. من الناحية القضائية: لقد صدرت عدّة قرارات عن القضاء الجزائري، تعترف صريحة بأنّ الخلع ما هو إلّا عقد رضائي بين الزوجين، يتطلب لوقوعه رضا الزوج به. ومن بينها هذه القرارات، القرار الصّادر بتاريخ 12/3/1969م، والذي جاء فيه: "ليس الخلع في القانون إلّا طلاقًا صادرًا عن إرادة الزوج المنفردة، يحصل مقابل أداء الزوجة له تعويضًا يقدر باتّفاق الطرفين، غير أنّ عرض الزوج للخلع لا يُحوّلها لأيّ حقّ ولا أثر له على إبقاء روابط الزوجية إذا لم يرضَ به الزوج، ولا يمكن اعتباره كطلب مقدّم إلى القضاة ويكون عليهم الفصل فيه"⁴.

وكذا القرار المؤرخ في: 11/6/1984م نصّ على أنّه: "متى كان من المقرّر شرعًا أنّ الخلع يُعتبر عقدًا رضائيًا ولا يجوز حينئذ للقاضي أن يحكم من تلقاء نفسه، فإنّ القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يُعدّ انتهاكًا لقواعد الشريعة الإسلامية في الخلع"⁵.

¹ يُنظر: نور الدين حيرش، موقف المشرّع الجزائري من مسألة الخلع مقابل الشريعة الإسلامية-دراسة نقدية مقارنة- (مقال)، ص 217

² يُنظر: عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، 248/1. وكمال لدريج، الطلاق في قانون الأسرة دراسة مقارنة (مقال)، ص 235.

³ يُنظر: العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري -الزواج والطلاق-، 263/1.

⁴ يُنظر: م أ، غ م، قرار بتاريخ: 12/3/1969م، م أ، مج 1، ج 1، ص 170.

⁵ م ع، غ أ ش، ملف رقم 33652، قرار بتاريخ 11/6/1984م، م ق، 1989م، ع 2، ص 38.

الباب الثاني: أثر الخلع في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

كما صادر عنه قرار آخر بتاريخ 1988/11/21م بأته: "من المقرر فقها وقضاء أن قبول الزوج للخلع أمر وجوبي، وأن ليس للقاضي سلطة مخالعة الزوجين دون رضا الزوج، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفاً لأحكام الفقه"¹. معنى ذلك أن هناك اعتبار لإرادة الزوج في الخلع، إذ جاء ما يؤكد ذلك في القرار المؤرخ في: 1991/4/23م: "من المقرر شرعاً وقانوناً أنه يشترط لصحة الخلع قبوله من طرف الزوج، ولا يجوز فرضه عليه من قبل القاضي"².

وعليه فإنه لا يجوز لهذا للقاضي إطلاقاً مخالعة الزوجين دون رضا الزوج، كما لا يجوز له أن يحكم به من تلقاء نفسه.

بناء على سبق؛ يتضح أن القضاء الجزائري كان يُوجب رضا الزوج في الخلع إذ لا يمكن للقاضي مخالفة ذلك، فإذا ما فُقد هذا الشرط لم يقع الخلع إطلاقاً. وعليه فإن المحكمة العليا في هذه الفترة تكون قد كَيْفَت الخلع على أنه عقد رضائي³، تماشيًا مع مذهب جمهور الفقهاء الذين يرون أنه لا حاجة إلى الترافع أمام القضاء، وليس له حضوره، ولا هو في حاجة إلى إذنه، وإنما يكفي تراضي الزوجين عليه واتفاقهما على العوض⁴.

إلا أنه مع بداية التسعينيات تغير اجتهاد المحكمة العليا حول الخلع باعتباره حقاً شخصياً لا يشترط فيه موافقة الزوج لحصوله، وهو القراءة الثانية للمادة: 54 قبل التعديل⁵. فبعد سنة 1992م بدأت القرارات القضائية الصادرة عن للمحكمة العليا تخالف مبدأ الرضائية في إيقاع الخلع من طرف الزوج، فلم يعد لإرادته اعتبار في الخلع إطلاقاً، وإلى هذا أشار القرار المؤرخ في: 1996/7/30م: "من المقرر قانوناً وشرعاً أن الخلع حق خولته الشريعة الإسلامية للزوجة لفك الرابطة الزوجية عند الاقتضاء وليس عقداً رضائياً، ومن ثم فإن قضاء الموضوع لما قضا في قضية الحال بفك الرابطة الزوجية خللاً وحفظ حق الزوج في التعويض رغم تمسكه بالرجوع فإنهم

¹ م أ، غ أ ش، ملف رقم 51728، قرار بتاريخ 1988/11/21م، م ق، 1990م، ع 3، ص 72.

² يُنظر: م ع، غ أ ش، ملف رقم 73885، قرار بتاريخ 1991/4/23م، م ق، 1993م، ع 2، ص 55.

³ أحمد بولقصيات، الخلع في الاجتهاد القضائي الجزائري - دراسة تقيمية - (مقال)، ص 176.

⁴ يُنظر: عبد السلام عبد القادر، الخلع في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة (مقال)، ص 590.

⁵ يُنظر: نور الدين عماري، الخلع من رخصة إلى حق أصيل الزوجة بين أحكام القضاء وقانون الأسرة الجزائريين (مقال)، ص 111. وياسين بن عمر، الخلع في نصوص قانون الأسرة الجزائري والممارسة القضائية (مقال)، ص 74.

الباب الثاني: أثر العرف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

بقضائهم كما فعلوا طبقوا مبادئ الشريعة الإسلامية ولم يُخالفوا أحكام المادة 54 من ق أ ج ومتى كان كذلك استوجب رفض القرار المطعون فيه¹.

وذهب المجلس ذاته في قراره الصادر في 1999/3/16م إلى أن: "الخلع رخصة للزوجة تستعملها لفدية نفسها من الزوج مقابل مبلغ مالي تعرضه عليه، ومن ثم فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون"². وبعد تأمل الباحث لحثيات هذا القرار يجد أن المطلقة قد عرضت على الزوج بأن يكون هذا المبلغ كصداق المثل. والمعلوم أن صداق المثل يخضع تقديره لعرف الناس.

هذا وإن تبني المشرع لمبدأ أن الخلع عقد غير الرضائي جاء موافقا لرأي انفرد به الفقيه ابن رشد الحفيد³ في تكييفه للخلع فقال: "وَالْفَقْهُ أَنَّ الْفِدَاءَ إِنَّمَا جُعِلَ لِلْمَرْأَةِ فِي مُقَابَلَةِ مَا يَبِيدُ الرَّجُلُ مِنَ الطَّلَاقِ، فَإِنَّهُ لَمَّا جُعِلَ الطَّلَاقُ يَبِيدُ الرَّجُلُ إِذَا فَرَكَ الْمَرْأَةَ، جُعِلَ الْخُلْعُ يَبِيدُ الْمَرْأَةَ إِذَا فَرَكَتِ الرَّجُلَ"⁴، بمعنى أنه تستطيع الزوجة الكارهة أن تلجأ في هذه الحالة إلى القاضي لتطلب منه الحكم لها بالخلع، فيبعث حكمن للصُّلح بينهما، فإن لم ينجح في الصُّلح فرقا بينهما خلعا بغير رضا الزوج.

غير أن ما يؤخذ على المشرع عدم أخذه بالرأي الكامل للمالكية في نظرهم للخلع حيث يجعلون للمرأة هذا الحق بعد محاولات الإصلاح والتحكيم؛ لأن الأصل في الزواج هو التأييد، وحتى لا نفتح الطريق واسعا أمام فك العلاقة الزوجية لأتفه الأسباب، وهذا مخالف لأصل تشريع الطلاق الذي ضيق الشارع الحكيم من مجالاته "فكان الأولى لو قيّد المشرع الجزائري هذا الحق بمحاولات التحكيم والصُّلح الجادة، وليس بالشككية فقط"⁵.

¹ م ع، غ أ ش، ملف رقم 141262، بتاريخ 1996/7/30م، م ق، 1998م، ع 1، ص 121.

² م أ، غ أ ش، ملف رقم 216239، قرار بتاريخ 1999/3/16م، م ق، 2001م، ع خ، ص 138.

³ هو: محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الأندلسي، أبو الوليد، الفيلسوف، من أهل قرطبة، ويُلقب بابن رشد الحفيد، وهو من كبار فقهاء المالكية، برع في علوم شتى؛ منها الفقه وعلم الكلام، والطب، توفي 595هـ، من مؤلفاته: "منهاج الأدلة" و"تهافت التهافت". يُنظر: ابن فرحون، الديباج المذهب، 248/2-250.

⁴ ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 90/3.

⁵ نظيرة عتيق، الخلع بين الرخصة والحق الأصيل دراسة نقدية في ظل الاجتهاد القضائي والفقه الإسلامي (مقال)، ص 205.

الباب الثاني: أثر العزف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

2. سلطة القاضي في إيقاع الخلع القضائي في ظل القانون رقم 02/05: نتناول هذه المسألة من الناحيتين الآتيتين:

أ. من الناحية القانونية: بعد استقراء لما جاء في نص المادة: 54 المعدلة من ق. أ. ج والتي تنص على أنه: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي، يتم الاتفاق عليه، فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم". نجد أن المشرع الجزائري قد أضاف عبارة "دون موافقة الزوج" لنص المادة القديم، والتي تمثل دلالة صريحة على تبنيه للرأي القائل بأن الخلع تصرف انفرادي للزوجة لا يشترط فيه رضا الزوج، "فيمكن للقاضي أن يجبر الزوج على الخلع إذا ما رُفض هذا الأخير طلب الزوجة في الخلع"¹.

وبذلك يكون المشرع قد فصل في مسألة الطبيعة القانونية للخلع بين الرضائية والحق الشخصي والنص عليها صراحة في المادة: 54 المعدلة سالف الذكر². إذ جعل الخلع يقع صحيحاً بموجب الإرادة المنفردة للزوجة، ولا مكان فيه للرضائية من الزوج³. وإن لم يفصح المشرع صراحة عن وجهة نظره في مسألة "لزوم إذن القاضي في الخلع"، إلا أن هذا لا يمنع من القول بأن الخلع وباعتباره طلاقاً فإنه يأخذ حكم الطلاق.

ولما كان الطلاق لا يثبت إلا بحكم وفقاً لأحكام المادة: 49 من الأمر 02/05 وأن الأحكام الصادرة في دعوى الطلاق والتطليق والخلع وفقاً لأحكام المادة: 57 من الأمر نفسه تكون نهائية غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المالية، فإن الخلع هو الآخر لا يقع إلا بإذن القاضي، ويعزز هذا الطرح نص المادة: 54 من ق أ ج الذي يخول الزوجة حق المخالعة ولو بغير رضا زوجها⁴.

ب. من الناحية القضائية: إن نص المادة: 54 من ق أ ج حدّد السُّلطة التقديرية للقاضي في قضايا الخلع متمثلة في قيامه بإحدى المهمتين الأساسيتين؛ وهما:

¹ - حارث علي إبراهيم، سلطة القاضي في الخلع بدون رضا الزوج دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون (مقال)، ص 44.

² - يُنظر: ياسين بن عمر، الخلع في نصوص قانون الأسرة الجزائري والممارسة القضائية (مقال)، ص 288.

³ - يُنظر: سهيلة عاشور، ثغرات المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري (مقال)، ص 247.

⁴ - يُنظر: عبد القادر عبد السلام، الخلع في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة (مقال)، ص 593.

الباب الثاني: أثر الغُزف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

المهمة الأولى: أنَّ القاضي مطالب بالاستجابة التلقائية لطلب الزوجة بمخالعة زوجها متى تأكد من بغضها وكرهيتها لزوجها دون الالتفات منه إلى رأي الزوج وإرادته، عكس ما جاءت به الاجتهادات القضائية قبل سنة 1992م.

أمَّا الاجتهادات القضائية الصادرة بعد سنة 1992م وبعد تعديل المادة: 54 من ق أ ج بموجب الأمر: 02/05 أصبح الخلع عقد غير رضائي، يجوز الحكم به من غير رضا الزوج، بل إنَّ القاضي يحكم به ويستجيب تلقائيًا لطلب الخلع من الزوجة متى قدِّمت المُقابل المالي، حتى ولو لم يكن الزواج موافقًا على ذلك¹. وفي هذا الصدد صدر قرار من المجلس الأعلى بتاريخ: 1996/7/30م جاء فيه: "من المقرر قانونًا وشرعًا أنَّ الخلع حقٌّ حولته الشريعة الإسلامية للزوجة لفك الرابطة الزوجية عند الاقتضاء وليس عقدًا رضائيًا، ومن ثم فإنَّ قضاة الموضوع لما قضوا في قضية الحال بفك الرابطة الزوجية خلعًا وحفظ حقِّ الزوج في التعويض رغم تمسكه بالرجوع فإنَّهم بقضائهم كما فعلوا طبقوا مبادئ الشريعة الإسلامية ولم يُخالفوا أحكام المادة 54 من ق أ ج ومتى كان كذلك استوجب رفض القرار المطعون فيه"².

وكذا وردت قرارات أخرى في ظل القانون المعدل قد كَيْفَتِ الخلع على أنَّه حقٌّ إراديٌّ للزوجة، ومن بينها القرار المؤرخ في 2005/07/13م الذي جاء فيه: "إنَّ الخلع ليس بعقد رضائي وموافقة الزوج غير ضرورية فيه، وللزوجة وحدها الحقُّ في مخالعة نفسها من زوجها مقابل مبلغ مالي"³.

المهمة الثانية: وتتمثل في ضرورة تدخّل القاضي في تحديد المبلغ الماليّ أو مقدار العوض في حالة عدم اتّفاق الزوجين على ذلك، والحكم به حيث جاء في قرار من المحكمة العليا بتاريخ 2006/10/11م ما نصّه: "لا يمكن القضاء بحفظ بدل الخلع، والقاضي ملزم بالحكم به عند النطق بالطلاق خلعًا، سواء اتّفق الطرفان عليه أم اختلفا"⁴. وهذا ما أكّد عليه القضاء في قرار

¹ يُنظر: صالح حسيني، انحلال الرابطة الزوجية على ضوء الأحكام المستحدّة في قانون الأسرة الجزائري، ص 102.

² ملف رقم 141262، قرار بتاريخ 1996/7/30م، قرار مذكور سابقًا، ص 329-330.

³ يُنظر: م ع. ملف رقم 336380، قرار بتاريخ 2005/7/13م، ن ق، ع 61، 2006م، ص 382. نقلاً عن: جمال سايس، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، 1378/3.

⁴ م ع، غ أش، ملف رقم 365244، قرار بتاريخ 2006/10/11م، م م ع، 2007م، ع 1، ص 467.

الباب الثاني: أثر العرف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

آخر بتاريخ 2011/9/15 على أن: "الخلع حق إرادي للزوجة يُقابل حق العصمة للزوج"¹. فالقرار الأخير جاء موافقا لما نصّت عليه للمادة: 54 المعدلة بموجب الأمر 02/05.

وبذلك يكون المشرع الجزائري قد عبّر صراحة على اعتبار الخلع حقا أصيلا للزوجة تستعمله لفك الرابطة الزوجية متى شاءت إذا رأت استحالة مواصلة الحياة الزوجية، حتى لو بدون موافقة الزوج في مقابل أن تلتزم بدفع مقابل مالي، بإرادة الزوج لا يظهّر لها أثر في الطلاق بالخلع إلا فيما تعلّق بالجانب المالي، وحتى إرادته في هذا الجانب مقيّدة، إذ أنه إذا لم يوافق فإن القاضي يحكم بقيمة مالية لا تتجاوز صداق المثل². وإن كان الأحرى بالمشرع أن يجعل الرضا في الخلع هو الأصل (الخلع الاتفاقي)، والاستثناء هو الخلع القضائي³.

بناء على ما سبق، فإن أثر العرف في الخلع القضائي على مستوى الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري يظهر في لجوء الزوجة لطلب الخلع في بعض الأحيان كما هو ملاحظ من واقع حياة الناس وأعرافهم أنّها مغلوّبة على أمرها في طلب التّطليق، وليس ذلك خيارها، فلربما لو أعطينا القاضي والزّوجين فسحة كافية من الوقت، لتراجعت الزّوجة عن طلب الفرقة⁴. وقد يصبح طلب الزّوجة للخلع لازما إذا اقتنع القاضي وحكم به هذا من جهة⁵.

ومن جهة أخرى، إذا تعذر استمرار الحياة الزوجية بسبب الكراهية والبغض، والضّرر، والشقاق، فإنّه يجب على السُّلطان أو نائبه القاضي أن يتدخّل لمنع استمرار هذه الحالة، لأنّه إذا بقيت الحالة على ما هي عليه فإنّ ذلك قد يؤدي بالزّوجة إلى الانحراف، وقد تلجأ للخلاص من هذا الواقع بالوسائل المحرمة، إذا رأت أن لا حلّ لحياتها، كالانتحار، أو فعل ما يجلب لها العار

¹ يُنظر: م ع، غ أش، ملف رقم 656259، قرار بتاريخ 2011/9/15، م م ع، 2012، ع 1، ص 318.

² يُنظر: مسعودة نعيمة إلياس، التعويض عن الضّرر في بعض مسائل الزواج والطلاق -دراسة مقارنة-، ص 181.

³ يُنظر: حارث علي إبراهيم، سلطة القاضي في الخلع بدون رضا الزوج دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون (مقال)، ص 44.

⁴ يُنظر: أحمد رشاد عبد الهادي أبو حسين، أثر العرف في الأحوال الشّخصيّة -دراسة فقهيّة قانونيّة-، ص 151.

⁵ يُنظر: عمر سليمان الأشقر، الواضح في شرح قانون الأحوال الشّخصيّة الأردني، ص 275.

الباب الثاني: أثر العرف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

لندفعه إلى طلاقها، وهذا متوقع، والمتوقع كالواقع وهذا ما لاحظته العرف، فعندئذ يتدخل العرف من باب السياسة الشرعية لسد باب هذه الدريعة¹.

كما أنه قد ثبت من واقع حياة الناس وأعرافهم أن المرأة يُصيبها ضرر كبير جراء عدم تحملها لزوج كارهة له، فلا هو يُريد الطلاق، ولا هي تملك المخالعة لرفض الزوج لها، فكان لا بُدَّ من تدخل القضاء لرفع الضرر، ويشهد لذلك أن أقرّ الخلع القضائي في حالة عدم الاتفاق على الخلع، أو على بعض من متعلقاته؛ كالعوض مثلاً فإنه لا بُدَّ من التّرفع إلى القاضي²، بإقرار هذا النوع من الخلع جاء متجاوزاً مع حالات كثيرة طالبت فيها النساء بالطلاق لكن لم يتم فسخ عقد الزواج بسبب رفض الرجال³.

ثم إنَّ الزّوجة بمجرد رفعها لدعوى الخلع يبدأ القاضي في دراسة هذه الدّعى وقد تعترضه العديد من المسائل التي تتطلب منه التّدخل لإيجاد الحلول المناسبة لها، غير أن ما يمكن ملاحظته من الوهلة الأولى أنّ المشرّع الجزائري جعل نطاق تدخل القاضي محدوداً في موضوع الخلع بموجب نصّ المادة 54 من ق أ ج، والتي حصرت مجال تدخله في تقدير بدل الخلع عند الاختلاف بين الزوجين في تحديده.

إلا أن البعض⁴ يرى أن المشرّع قد منح للقاضي مجالاً واسعاً للتدخل سواء عند نظره في الدّعى أم في الآثار المترتبة على صدور الحكم بالخلع⁵. لكن ما ينبغي التنبيه عليه أن القول بجواز الخلع القضائي لا يؤخذ على إطلاقه، بمعنى أن لا يُوقع القاضي على هذا النوع من الخلع بمجرد طلب الزّوجة له، وإنما يجب عليه أن يحاول التوفيق والاصلاح بين الزوجين ما استطاع إلى ذلك

¹ يُنظر: عبد الفتاح عمر، السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية، ص. 229-232. وأحمد رشاد عبد الهادي أبو حسين، أثر العرف في الأحوال الشخصية - دراسة فقهية قانونية -، ص. 151.

² يُنظر: عبد الله عابدي، حق الزّوجة في فكّ الرّابطة الزوجية - دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري -، ص. 84.

³ يُنظر: أحمد رشاد عبد الهادي أبو حسين، المرجع السابق، ص. 151.

⁴ يُنظر: أمينة بن جناحي، دور القاضي في الخلع - دراسة في الفقه والقانون والاجتهاد القضائي -، ص. 70.

⁵ يُنظر: وحيد هداغ وشهرزاد نعيمجي، الخلع بين أحكام العرف وضرورة التعديل في قانون الأسرة الجزائري (مقال)، ص. 5.

الباب الثاني: أثر العرف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

سبيل، وعليه أن يُفَعَّلَ دور الحكّمين في الإصلاح بينهما، فإنّ تعذّر ذلك تدخّل القاضي وأنهى رباط الزّوجية بالخلع القضائي بعد تعذر الخلع بالتّراضي¹.

ومن هنا يبدو للبّاحث أنّ أثر العرف في الخلع القضائي يبرز من خلال اللّجوء إلى القضاء في مثل هكذا مسائل خاصّة المتعلّقة بالجانب المالي للخلع والمتمثلة في بدل الخلع، إضافة إلى آثار أخرى مالية وغير مالية تترتّب عن الخلع، والتي قد تُثير إشكالاً يتطلّب تحكيم العرف فيها من قبل القاضي، كمسائل الحضّانة، وعدّة المختلعة المرتّبة، ونفقتها أثناء الحمل وغيرها من المسائل التي سأبحثها لاحقاً.

¹ يُنظر: محمد هشام أحمد عمرو، الخلع القضائي دراسة فقهيّة مقارنة، ص54.

الفصل الثّاني: أثر العُرفِ في آثار انحلال الزّواج
في الفقه الإسلاميّ والتّشريع الجزائريّ
وفيه مبحثان:

المبحث الأوّل: أثر العُرفِ في الآثار المشتركة لانحلال الزّواج
في الفقه الإسلاميّ والتّشريع الجزائريّ
المبحث الثّاني: أثر العُرفِ في الآثار الخاصّة لانحلال الزّواج
في الفقه الإسلاميّ والتّشريع الجزائريّ

المبحث الأول: أثر العُرف في الآثار المشتركة لانحلال الزَّواج
في الفقه الإسلاميِّ والتَّشريع الجزائريِّ
وفيه مطلبان:

المطلب الأول: أثر العُرف في الآثار غير الماليَّة لانحلال الزَّواج
في الفقه الإسلاميِّ والتَّشريع الجزائريِّ
المطلب الثاني: أثر العُرف في الآثار الماليَّة لانحلال الزَّواج
في الفقه الإسلاميِّ والتَّشريع الجزائريِّ

المطلب الأول: أثر العُرف في الآثار غير المالية لانحلال الزواج

في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

يترتب على انحلال الرابطة الزوجية بالطرق الثلاثة؛ الطلاق والتطليق والخلع آثار غير مالية مشتركة بينهم، تتمثل في: العدة، والحضانة. إلا أنني سأركز على أثر العرف في بعض أحكام كل منهما. لذا ارتأيت أن أتكلّم عن أثر العرف في عِدّة المرتابة وخروجها في (فرع أول)، ثم عن أثره في انتهاء مدّة الحضانة والسفر بالمحزون وأوقات زيارته في (فرع ثانٍ)، وكلّ ذلك في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، وتفصيل ذلك يكون كالآتي

الفرع الأول: أثر العُرف في عِدّة المرتابة وخروجها من بيت الزوجية

في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

أوجب الشرع الحكيم والمشرّع الجزائري على كلّ امرأة انفصلت على زوجها بالطلاق أو التطليق أو خلع أحكاماً منها العِدّة، وفي هذا الفرع سأتناول أثر العُرف في أحكام عِدّة المطلقة والمختلعة المرتابة وخروجها من بيت الزوجية من منظور الفقه الإسلامي وما أقرّه المشرّع الجزائري. وفيما يأتي بيان ذلك:

أولاً- أثر العُرف في عِدّة المُرتابة في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري:

تفصيل الحديث في هذه المسألة يكون بتناولها على النحو الآتي:

1. أثر العُرف في عِدّة المرتابة في الفقه الإسلامي: لمعرفة ما تعتدّ به المرتابة، لا بدّ من تحديد ما المقصود "بالمُرتابة"؟ ويُقصد بهذه الأخيرة: "هي التي ارتفعت حيضتها من غير إياس، من بعد أن كانت تحيض"¹. وقد حدّد الفقهاء الإجماع لكلّ نوع من المطلقات عِدّة خاصّة به، إلا أنّهم اختلفوا في عِدّة المرتابة، على مذهبين؛ وهما:

المذهب الأول: أنّ انقضاء عِدّة المرأة المُرتابة في الطلاق، وسائر وجوه الفرق -التطليق

أو الفسخ أو الخلع - بالحيض؛ لأنّها من ذات الأقرار، إلا أنّ حيضها ارتفع لعارض، فلا تنقضي عدّتها حتّى تحيض ثلاث حيض، أو حتّى تدخل في حدّ الإياس، فتستأنف عِدّة الأيسّة ثلاثة أشهر، ولا تبالي بطول مدّة الانتظار؛ لأنّ الاعتداد بالأشهر جُعِلَ بعد اليأس بالنصّ، فلا يجوز

¹ الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، 3/395. والقاضي عبد الوهاب، المعونة على مذهب عالم المدينة، 1/920.

الباب الثاني: أثر العُزف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

الاعتداد بالأشهر قبله، وهذا مذهب الحنفية¹، وقول الشافعي في الجديد وهو الأصح من مذهبهم²، وبه قال جمع من الصحابة والتابعين، وهو قول أهل العراق، وعليه جمهور العلماء³. واستدل أصحاب هذا القول بما يلي:

- بقوله ﷺ: «وَاللَّائِي يَسْنَنُ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحْضَنْ» [الطلاق: 4]. دلت الآية على أَنَّ الْيَأْسَةَ وَالصَّغِيرَةَ تَعْتَدُ بِالشُّهُورِ، فَمَنْ لَمْ تَكُنْ يَأْسَةً وَلَا صَغِيرَةً فَعِدَّتُهَا بِالْحَيْضِ وَإِنْ تَبَاعَدَتْ⁴. ونوقش استدلالهم: بأن من ارتفع حيضها وهي لا تعلم ما رفعه؛ فإن كانت ترجو عود الدم فتدخل في حكم ذوات الحيض، وإن كانت لا ترجوه وتيقنت خلو الرحم من الحمل بالفحوصات الطبية، والتحاليل المخبرية فتدخل حينئذ في حكم الآيسات، ولا تنتظر دخولها سنّ اليأس لما فيه من المشقة عليها، كما أنه لا دليل على تحديد اليأس بسنّ كانت ترجو عود الدم فتدخل في حكم معينة لا من كتاب الله، ولا سنة نبيه ﷺ⁵.

- وبقوله ﷺ: «وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ» [البقرة: 228]. وجه الاستدلال من الآية: أَنَّهُ لَا يَحِلُّ لِلْمُطَلَّقةِ أَنْ تَكْتُمَ مَا فِي رَحِمِهَا مِنَ الْمَحِيضِ، وَكَانَ ذَلِكَ يَحْتَمِلُ الْحَمْلَ مَعَ الْحَيْضِ؛ لِأَنَّ الْحَمْلَ مِمَّا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ⁶، وما دامت المرأة تحيض فعِدَّتُهَا بِالْحَيْضِ وَإِنْ طَالَتِ الْمُدَّةُ. وردّ على هذا الاستدلال: بأن هذا فيمن ترجو عود دم الحيض، أمّا من لا ترجوه وتيقنت خلو الرحم من الحمل بالفحوصات الطبية والتحاليل المخبرية فتدخل في حكم الآيسات⁷. وقالوا:

¹ يُنظر: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، 395/3.

² يُنظر: الشيرازي، التنبيه في الفقه الشافعي، 398/7.

³ القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، 164/18. والنعماني، اللباب في علوم الكتاب، 164/19.

⁴ يُنظر: ابن عبد البر، الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار، 175/6.

⁵ نورة عبد الله المطلق، عدّة من ارتفع حيضها لا تعلم ما رفعه -دراسة فقهية طبية- (مقال)، ص 209.

⁶ البيهقي، معرفة السنن والآثار، 192/11.

⁷ نورة عبد الله المطلق، المرجع السابق، ص 209.

الباب الثاني: أثر العُزف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

"إِنَّ الْإِعْتِدَادَ بِأَلْأَشْهُرِ جُعِلَ بَعْدَ الْإِيَّاسِ، فَلَمْ يَجْزُ قَبْلَهُ، وَهَذِهِ لَيْسَتْ آيَةً"¹. وَلِأَنَّ الْخُلْعَ فُرْقَةٌ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ فِي الْحَيَاةِ بَعْدَ الدُّخُولِ، فَكَانَتْ الْعِدَّةُ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ كَالطَّلَاقِ"².

المذهب الثاني: وهو مذهب جمهور الفقهاء³ الذين مالوا إلى التفصيل؛ ذلك أنَّ الحيض قد يَرْتَفِعُ لعارض تعلمه، وقد يَرْتَفِعُ لغير عارض. فإن كان قد ارتفع لعارض فإمَّا أن يكون الرِّضَاعُ، أو المرض.

- إن كان العارض الرِّضَاعُ: فَإِنَّهَا لَا تَعْتَدُ إِلَّا بِالْأَقْرَاءِ، فتمكث في العِدَّةِ إلى أن ترى الحيض، فتعتدُّ به طال الوقت، أم قصر، فإذا أيست قبل أن ترى الحيض اعتدت بثلاثة أشهرٍ عِدَّةَ الْيَأْسَاتِ⁴. واستدلوا بقوله ﷺ: «وَاللَّائِي يَسْنُ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ» [الطَّلَاق: 4]. وَجْهُ الدَّلَالَةِ: نَصَّتِ الْآيَةُ عَلَى أَنَّ الَّتِي تَعْتَدُ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ هِيَ الَّتِي لَمْ تَحِضْ أَوْ يَسَتْ؛ فَدَلَّ هَذَا عَلَى أَنَّ غَيْرَهُنَّ يَعْتَدِدْنَ بِالْأَقْرَاءِ، وَمِنْهُنَّ الَّتِي انْقَطَعَ حَيْضُهَا بِسَبَبِ الرِّضَاعِ⁵. وبما رُوِيَ عن حَبَّانٍ بِنْتِ مُنْقِدٍ أَنَّهُ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ وَهِيَ تُرَضِعُ، فَمَكَثَتْ نَحْوَ سَنَةٍ لَا تَحِضُ لِأَجْلِ الرِّضَاعِ، ثُمَّ مَرِضَ حَبَّانُ، فَخَافَ أَنَّ تَرْتَهُ إِنْ مَاتَ، فَخَاصَمَهَا إِلَى عُثْمَانَ، وَعِنْدَهُ عَلِيٌّ، وَزَيْدٌ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، فَقَالَ لَهُمَا: مَا تَرَبَّانِ؟ فَقَالَا: "لَا نَرَى أَنَّهَا تَرْتُهُ؛ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ مِنَ الْقَوَاعِدِ اللَّائِي قَدْ يَسْنُ مِنَ الْمَحِيضِ، وَلَا مِنَ الْأَبْكَارِ اللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ، ثُمَّ هِيَ عَلَى عِدَّةٍ حَيْضُهَا مَا كَانَ مِنْ قَلِيلٍ، أَوْ كَثِيرٍ"، لَمْ يَمْنَعِهَا إِلَّا الرِّضَاعُ، فَاَنْتَرَعَ حَبَّانُ ابْنَتَهُ مِنْهَا، فَلَمَّا حَاضَتْ حَيْضَتَيْنِ مَاتَ حَبَّانُ فَوَرَّثَتْهُ، وَاعْتَدَّتْ عِدَّةَ الْوَفَاةِ"⁶.

وجه الاستدلال: "أَنَّ هَذِهِ الْمَرْأَةَ ارْتَفَعَ حَيْضُهَا بِسَبَبِ الرِّضَاعِ فَحُكِمَ الصَّحَابَةُ لَهَا بِالْإِرْثِ إِنْ مَاتَ زَوْجُهَا؛ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ آيَةً أَوْ صَغِيرَةً لَمْ تَبْلُغِ الْحَيْضَ؛ فَهَذَا دَلِيلٌ عَلَى بَقَائِهَا فِي الْعِدَّةِ

¹ ابن قدامة، المغني، 110/8.

² يُنْظَرُ: الْمَصْدَرُ نَفْسَهُ، 98/8.

³ عبد الوهاب، المعونة، 920/1. والغمراوي، السراج الوهاج، 449/1. وابن تيمية، المحرر في الفقه، 106/2.

⁴ يُنْظَرُ: ابن رشد الجدل، المقدمات الممهدات، 511/1.

⁵ يُنْظَرُ: الرَّافِعِي، شَرْحُ مُسْنَدِ الشَّافِعِيِّ، 4/18. وأبو حامد الغزالي، الوسيط في المذهب، 122/6.

⁶ أخرجه مالك في موطئه -رواية محمد بن الحسن-، كتاب الطَّلَاقِ، بَابُ الْمَرْأَةِ يَطْلُقُهَا زَوْجُهَا طَلَاً يَمْلِكُ الرَّجْعَةَ فَتَحِيضُ حَيْضَةً أَوْ حَيْضَتَيْنِ ثُمَّ تَرْتَفِعُ حَيْضَتُهَا، رقم: 609، 559/2.

الباب الثاني: أثر العُزف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

حتى يرتفع المانع وهو الرضاع ويعود الدم¹. وبما جرت به العادة بأن الرضاع يؤثر في تأخير الحيض، فلا يكون ذلك رية، فإذا كان ذلك وجب انتظار زواله².

أ. إذا كان العارض المرض: فإن المالكية في رواية³، والشافعية⁴، والحنابلة⁵ يعطون لعارض المرض حكم الرضاع. ويرى المالكية في رواية أخرى⁶: أنه يأخذ حكم ارتفاع الحيض لغير علة، فتنتظر المُرْتَابَةُ تسعة أشهر غالب مدّة الحمل، فإذا لم تحض أخذت حكم الآيسات، واعتدت ثلاثة أشهر، بمعنى أنه إذا مضى عليها سنة لم تحض خلالها تكون قد حلت. ولا يراعى إن حاضت بعد السنة بقليل، أو كثير؛ ذلك أن المرض ليس فيه عادة مُتَقَرَّرَةٌ بتأخير الحيض، ولا اختصاص في ذلك لبعض الأمراض دون بعض فكان رية⁷.

- أمّا إذا ارتفع حيضها لغير عارض، ولا لسبب معتاد: فإنّها تعتدّ سنة؛ تسعة أشهر استبراء للحمل، وثلاثة عدّة. وهذا قول عند المالكية⁸، والشافعية في القدم من مذهبهم⁹، وعند الحنابلة¹⁰، واختاره ابن تيمية¹¹. واحتج أصحاب هذا القول بقوله ﷺ: «وَاللَّائِي يَسْنَنُ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ» [الطلاق:4]. وجه الدلالة: "أنّ الله تعالى نَقَلَ الْعِدَّةَ عِنْدَ الْإِرْتِيَابِ¹² إِلَى الْأَشْهُرِ، وَلَئِي ارْتَفَعَ حَيْضُهَا فِيهِ مُرْتَابَةٌ فَيَجِبُ أَنْ تَكُونَ

¹ - نورة عبد الله المطلق، عدّة من ارتفع حيضها لا تعلم ما رفعه -دراسة فقهية طبية-(مقال)، ص191.

² - يُنظر: القاضي عبد الوهاب، المعونة على مذهب عالم المدينة، 1/920.

³ - عlish، منح الجليل، 4/299.

⁴ - الماوردي، الحاوي الكبير، 11/187.

⁵ - ابن تيمية، المحرر في الفقه، 2/106.

⁶ - يُنظر: المواق، التاج والإكليل لمختصر خليل، 5/475.

⁷ - يُنظر: القاضي عبد الوهاب، المرجع السابق، 1/920-921.

⁸ - مالك بن أنس، المدونة، 2/9. والقرطبي، الجامع لأحكام القرآن، 18/163.

⁹ - ابن الملقّن، عجالة المحتاج إلى توجيه المنهاج، 3/1433. والشّريبي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المحتاج، 5/82.

¹⁰ - ابن قدامة، المغني، 8/108. والمرداوي، الإنصاف في معرفة الرّاجح من الخلاف، 9/287.

¹¹ - ابن تيمية، نقد مراتب الإجماع، 1/294.

¹² - الإرتياب هو الشك. والمعنى في الآية: "شَكَّكُمُ فَلَمْ تَدْرُوا مَا عَدَّتْهُنَّ". البغوي، معالم التنزيل في تفسير القرآن، 4/8.

الباب الثاني: أثر العزف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

عِدَّتْهَا بِالشُّهُورِ. وَنُقِشَ هَذَا الاستدلال: بِأَنَّهُ لَيْسَ الْمُرَادُ مِنَ الْإِزْتِيَابِ الْمَذْكُورِ فِي الْآيَةِ الْإِزْتِيَابُ فِي الْيَأْسِ، بَلْ الْمُرَادُ مِنْهُ إِزْتِيَابُ الْمُخَاطَبِينَ فِي عِدَّةِ الْآيَةِ قَبْلَ نُزُولِ الْآيَةِ¹.

وَمَا رُوِيَ عَنْ عُمَرَ رضي الله عنه أَنَّهُ قَالَ: "أَيُّمَا امْرَأَةٍ طَلَّقَتْ فَحَاضَتْ حَيْضَةً أَوْ حَيْضَتَيْنِ، ثُمَّ رَفَعَتْهَا حَيْضَتُهَا، فَإِنَّهَا تَنْتَظِرُ تِسْعَةَ أَشْهُرٍ، فَإِنْ بَانَ بِهَا حَمْلٌ فَذَلِكَ، وَإِلَّا اعْتَدَتْ بَعْدَ التَّسْعَةِ أَشْهُرًا ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ ثُمَّ حَلَّتْ"². وهذا قول صحابي إمام لا يخالف له³.

ويرى المالكية أنها إذا حاضت خلال السنة، ولو قبل تمام التسعة أشهر ولو بساعة عدت جميع ما مضى لها من وقت الطلاق قُرْءًا، ثُمَّ اسْتَأْنَفَتْ تِسْعَةَ أَشْهُرٍ أُخْرَى، فَإِنْ حَاضَتْ خِلَالَهَا حَسَبَتْ قُرْءًا ثَلَاثًا، أَمَا إِذَا مَضَتْ التَّسْعَةُ أَشْهُرٌ وَلَمْ تَحْضَ فِي خِلَالِهَا أَخَذَتْ عِنْدَهَا حَكَمَ الْآيَاتِ، وَاعْتَدَتْ بِالشُّهُورِ، وَلَا يُنْظَرُ إِنْ حَاضَتْ بَعْدَ السَّنَةِ بِقَلِيلٍ، أَوْ كَثِيرٍ⁴. وَلَا يَفُوتُنِي أَنْ أُنَوِّهَ هُنَا إِلَى أَنَّ الْمَالِكِيَّةَ رَغِمَ أَهْمُ فِي كِتَابِهِمْ يُفَرِّقُونَ بَيْنَ مَا إِذَا عَلِمَتْ الْمُرْتَابَةُ سَبَبَ رَفْعِ الْحَيْضِ، وَبَيْنَ عَدَمِ عِلْمِهَا بِمَا سَبَقَ أَنْ يَبَيَّنَاهُ، إِلَّا أَنَّ الْإِمَامَ مَالِكَ رضي الله عنه لَا يُفَرِّقُ بَيْنَهُمَا، فَهِيَ فِي جَمِيعِ الْحَالَاتِ تَعْتَدُ تِسْعَةَ أَشْهُرٍ لِلرَّيْبَةِ، وَثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ عِدَّةَ آيَاتِ، فَالْثَلَاثَةُ الْأَشْهُرُ هِيَ الْعِدَّةُ⁵؛ لِقَوْلِ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ رضي الله عنه: "أَيُّمَا امْرَأَةٍ طَلَّقَتْ فَحَاضَتْ حَيْضَةً".

بينما يرى الشافعية أنها إذا حاضت في أثناء التسعة أشهر، أو بعدها في أثناء الثلاثة وَجَبَتْ عَلَيْهَا الْعِدَّةُ بِالْأَقْرَاءِ؛ لِقُدْرَتِهَا عَلَى الْأَصْلِ قَبْلَ الْفَرَاغِ مِنَ الْعِدَّةِ، وَيُحْسَبُ مَا مَضَى قُرْءًا بِلَا خِلَافٍ. أَمَا إِذَا حَاضَتْ بَعْدَ الثَّلَاثَةِ أَشْهُرٍ، فَأُظْهِرَ الْأَقْوَالُ: إِنَّهَا إِذَا نُكِحَتْ مِنْ زَوْجٍ غَيْرِ صَاحِبِ الْعِدَّةِ، فَلَا شَيْءَ عَلَيْهَا مِنَ الْأَقْرَاءِ، وَصَحَّ النِّكَاحُ؛ لِتَعَلُّقِ حَقِّ الزَّوْجِ بِهَا، فَإِنْ لَمْ تُنْكَحْ، فَالْأَقْرَاءُ وَاجِبَةٌ فِي عِدَّتِهَا؛ لِأَنَّهُ بَانَ أَنَّهَا لَيْسَتْ آيِسَةً، وَلَمْ يَتَعَلَّقْ بِهَا حَقُّ لَزَوْجٍ آخَرَ. وَصَحِيحٌ أَنَّ الشَّافِعِيَّةَ فِي الْقَدِيمِ يَحْكُمُونَ بِتَرْبِصٍ مِنْ ارْتِفَاعِ حَيْضِهَا لِغَيْرِ عِلَّةٍ غَالِبِ الْحَمْلِ تِسْعَةَ أَشْهُرٍ، إِلَّا أَنَّ هُنَاكَ قَوْلًا

¹ الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، 395/3.

² أخرجه مالك في موطئه، كتاب الطلاق، باب جامع عِدَّةِ الطَّلَاقِ، رقم: 70، 582/2.

³ يُنْظَرُ: القاضي عبد الوهاب، المعونة على مذهب عالم المدينة، 922/1.

⁴ المرجع نفسه، 921/1.

⁵ يُنْظَرُ: مالك بن أنس، المدونة، 10/2.

الباب الثاني: أثر العُزف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

مُخْرَجًا عَلَى الْقَدِيمِ: تَتَرَبَّصُ أَكْثَرُ مُدَّةِ الْحَمْلِ أَرْبَعَ سِنِينَ؛ لِتَعْلَمَ بَرَاءَةَ الرَّحِمِ بَيِّقِينَ. كَمَا أَنَّ هُنَاكَ قَوْلًا آخَرَ مَخْرَجًا عَلَيْهِ: إِنَّهَا تَتَرَبَّصُ سِتَّةَ أَشْهُرٍ أَقَلَّ مُدَّةِ الْحَمْلِ، ثُمَّ تَعْتَدُ بِثَلَاثَةِ أَشْهُرٍ¹.

ومجمل القول إنَّ عدَّةَ المُرتابة في جميع الأحوال في القديم من المذهب الشافعيّ تعتدُّ بمُدَّةِ الحمل، إلَّا أَنَّهُ فِي قَوْلٍ بِأَكْثَرِهَا، وَفِي قَوْلٍ بِأَقَلِّهَا، وَفِي قَوْلٍ بِغَالِبِهَا. وَفِي الْجَدِيدِ: لَوْ انْقَطَعَ الْحَيْضُ لِعِلَّةٍ تَعْرِفُهَا؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى لَمْ يَجْعَلِ الْإِعْتِدَادَ بِالْأَشْهُرِ إِلَّا لِلَّتِي لَمْ تُحْضْ، وَالْآيَسَةُ، وَهَذِهِ كَيْسَتْ وَاحِدَةً مِنْهُمَا؛ لِأَنَّهَا تَرْجُو عَوْدَ الدَّمِّ، فَأَشْبَهَتْ مَنْ انْقَطَعَ دَمُّهَا لِعَارِضٍ مَعْرُوفٍ².

ويرى الحنابلة أَنَّ الْحَيْضَ لَوْ عَادَ إِلَيْهَا أَثْنَاءَ السَّنَةِ، وَلَوْ فِي آخِرِهَا لَزِمَهَا الْإِنْتِقَالُ إِلَى الْقُرْءِ، وَيَبْطُلُ مَا مَضَى؛ لِأَنَّ الْقُرْءَ الْأَصْلَ، فَبَطُلَ بِهَا حُكْمُ الْبَدَلِ. وَإِنْ عَادَ بَعْدَ مُضِيِّهَا، لَمْ تَعُدْ إِلَى الْقُرْءِ؛ لِأَنَّ عِدَّتَهَا انْقَضَتْ، وَحَكْمَنَا بِصِحَّةِ نِكَاحِهَا، فَإِنْ حَاضَتْ بَعْدَ السَّنَةِ، وَقَبْلَ نِكَاحِهَا، فَفِيهِ وَجْهَانِ؛ أَحَدُهُمَا: لَا تَعُودُ؛ لِأَنَّ الْعِدَّةَ انْقَضَتْ بِالشُّهُورِ، فَلَمْ تَعُدْ، كَالصَّغِيرَةِ. وَالثَّانِي: تَعُودُ؛ لِأَنَّهَا مِنْ ذَوَاتِ الْقُرْءِ، وَقَدْ قَدَّرَتْ عَلَى الْمُبْدَلِ قَبْلَ تَعَلُّقِ حَقِّ زَوْجِ بِهَا، فَلَزِمَهَا الْعَوْدُ، كَمَا لَوْ حَاضَتْ فِي السَّنَةِ³.

الترجيح: بعد عرض أقوال الفقهاء وأدلتهم ومناقشتها، فإنَّ الباحث يجد نفسه ميالاً إلى ترجيح قول القائلين: إِنَّ مَنْ ارْتَفَعَ حَيْضُهَا، وَلَا يَعْلَمُ سَبَبَ رَفْعِهِ؛ فَإِنَّهَا تَعْتَدُ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ إِذَا تَيَقَّنَا بِالْكَشْفِ الطَّبِيِّ خَلْوِ رَحِمِهَا مِنَ الْحَمْلِ سَوَاءً بِالتَّحَالِيلِ الْمَخْبَرِيَّةِ أَوْ أَشْعَةِ الْمَوْجَاتِ فَوْقَ الصَّوْتِيَّةِ، أَمَّا إِذَا لَمْ تَقُمْ بِالْكَشْفِ الطَّبِيِّ فَإِنَّهَا تَعْتَدُ بِسَنَةٍ؛ تِسْعَةَ أَشْهُرٍ غَالِبَ مُدَّةِ الْحَمْلِ، وَثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ عِدَّةَ الْآيَسَةِ، وَذَلِكَ لِلاعتبارات الآتية:

- أَنَّ الْحِكْمَةَ مِنْ اعْتِدَادِ الْمَرْأَةِ الَّتِي ارْتَفَعَ حَيْضُهَا وَلَا تَعْلَمُ سَبَبَ رَفْعِهِ تِسْعَةَ أَشْهُرٍ هُوَ التَّأَكُّدُ مِنْ بَرَاءَةِ رَحِمِهَا مِنَ الْحَمْلِ، وَهَذَا بِالْإِمْكَانِ مَعْرِفَتِهِ وَالتَّأَكُّدُ مِنْهُ مَعَ تَطَوُّرِ الطَّبِّ⁴.

¹ يُنْظَرُ: الشَّرِيبِي، مَغْنِي الْخِتَانِ إِلَى مَعْرِفَةِ مَعَانِي أَلْفَاظِ الْمَنْهَاجِ، 83/5.

² يُنْظَرُ: الْمَصْدَرُ نَفْسُهُ، 83-82/5.

³ ابْنُ قَدَامَةَ، الْمَغْنِي، 110/8.

⁴ يُنْظَرُ: عَمْرُ مُحَمَّدٍ سَمِيرٍ عَبْدِ السَّلَامِ، أَثَرُ التَّعْلِيلِ بِالْحِكْمَةِ فِي الْاجْتِهَادَاتِ الْمَعَاصِرَةِ فِي قَضَايَا الْمَرْأَةِ -دراسة تقويمية-، ص 83. وَنُورَةُ عَبْدِ اللَّهِ الْمَطْلُوقِ، عِدَّةٌ مِنْ ارْتِفَاعِ حَيْضِهَا لَا تَعْلَمُ مَا رَفَعَهُ -دراسة فقهية طبية- (مقال)، ص 212-220.

الباب الثاني: أثر العُرف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

- أن كونها تعتد بثلاثة أشهر عدّة الآيسة، فلائ الآيسة تعتد بثلاثة أشهر؛ لقوله ﷺ: ﴿وَاللَّائِي يَسْنَنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ﴾ [الطلاق:4]. فهي تعتد بثلاثة أشهر بنص القرآن وإجماع الأمة¹، ومن ارتفع حيضها، ولا يعلم ما رفعه، ولم ينزل عليها الحيض فنحكم باعتدادها بعدّة الآيسات؛ لأنّ النساء إمّا حائض، أو حامل، أو آيس. ومما يُستأنس به في هذا المقام ما قاله ابن عثيمين: "فإن قال قائل: بعد تقدّم الطّب، ألا يمكن أن يُكشَفَ عليها؟ الجواب: بلى، فإذا كُشِفَ عليها، وعَلِمْنَا أَنَّ رَجْمَهَا خَالٍ، فحينئذٍ تَعْتَدُ بالأشهر، لكنّ الأولى اتباع السلف في هذه المسألة، وهو أحوط أن تَعْتَدَ بسنة كاملة"².

- أن التَّمَسُّكَ باجتهاد عمر ﷺ وتطبيقه في زماننا فيه حرمان للمرأة من حقّها الطّبيعي في الزّواج إذا رَغِبَتْ في ذلك؛ لا سيما وقد بيّن ﷺ أنّ العلّة في اجتهاده باعتدادها بالتسعة أشهر التّأكد من خلو رحمها من الحمل. وهذا الأخير يمكن التّحقق من وجوده بإجراء بعض الفحوصات الطّبية التي تتضمّن التّحاليل المخبرية للدم والبول، والتي يمكن بواسطتها الكشف عن هرمون الحمل بدقة تبلغ 100 % وفي وقت مبكر يمكن أن يصل إلى سبعة أيام بعد الحمل³. فتطور علم الطّب في هذا المجال سهل عملية الكشف عن وجود الحمل من عدمه.

- هذا التّرجيح يندرج تحت القاعدة الفقهية: "لَا يُنْكَرُ تَغْيِيرُ الْأَحْكَامِ بِتَغْيِيرِ الْأَزْمَانِ"⁴. فالأحكام التي تتغيّر بتغيّر الأزمان هي الأحكام المستندة إلى العُرف والعادة؛ لأنّه بتغيّر الأزمان تتغيّر احتياجات الناس، وبناء على هذا التّغيّر يتبدل أيضاً العُرف والعادة، وتغيّرهما تتغيّر الأحكام⁵، كما في مسألة عمر ﷺ لما اجتهد فألزم المعتدّة التي ارتفع حيضها لسبب لا تعلمه بالعدّة تسعة أشهر لتعلم براءة رحمها ثمّ تعتدّ ثلاثة أشهر عدّة الآيسة، لكن أمام التّطور التّكنولوجي في مجال

¹- يُنظر: الزّركشي، شرح الزّركشي على مختصر الخرقي، 545/5.

²- ابن عثيمين، الشّرح الممتع على زاد المستقنع، 364/13.

³- موقع صحة الطّي، موضوع الحمل: هل أنا حامل؟ (مقال) تمّ الاطلاع عليه يوم: 2023/11/20م، في السّاعة:

21:30، على الشّبكة العنكبوتية من الرّابط الآتي: <https://ln.run/D081h>

⁴- مجلّة الأحكام العدليّة، المادة: 39، ص20.

⁵- يُنظر: علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، 43/1.

الباب الثاني: أثر العُرف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

الكشف عن براءة الرَّحم فإنَّ عدَّةَ المرتابة تكون بانقضاء ثلاثة أشهر، لأنَّ من مقاصد الشريعة التيسير وعدم إطالة مدَّة العدَّة¹.

2. أثر العُرف في عدَّة المرتابة في التشريع الجزائري: لقد نصَّ المشرع على عدَّة المطلقة اليائسة المدخول بها في المادة: 58 من ق أ ج: "تعتدُّ المطلقة المدخول بها، غير الحامل بثلاثة قروء، واليأس من الحيض بثلاثة أشهر، من تاريخ التصريح بالطلاق".

ويُستشفُّ من نصِّ هذه المادة أنَّ عدَّة كلِّ من المطلقة والمختلعة التي لا تحيض لكونها بلغت سن اليأس، أو لمن كانت في سنِّ الحيض ولم تحض لسبب ما، وكانت الفُرقة بينها وبين زوجها بغير وفاة ولم تكن حاملاً، فعُدَّتْها ثلاثة أشهر انطلاقاً من اعتبار الخلع في نظر المشرع الجزائري طلاقاً بطلب من الزوجة لا فسخاً². إضافة إلى ذلك فإنَّ المشرع ذكر أنَّ بداية عدَّة اليأس من تاريخ التصريح بالطلاق. فماذا يقصد بالتصريح؟ ثم إنَّ صدور الطلاق خارج دائرة المحكمة يكون في وقت سابق على التصريح به، أمَّا إذا أوقعه القاضي فلا حاجة للتصريح به، وإنما يبدأ حساب العدَّة من تاريخ الحكم بالطلاق، أمَّا إذا أوقعه الزوج خارج المحكمة، فحساب العدَّة يكون من تاريخ التلّفظ به، وهذا باتّفاق الفقهاء، علماً أنَّ القانون لا يعتدُّ في حقيقة الأمر بالتلّفظ بالطلاق إلَّا بصدور حكم به؛ أي لا يثبت إلَّا بحكم قضائي³.

غير أنَّ ما سُجِّل من ملاحظات على المشرع هو عدم تبيّنه لطريقة احتساب العدَّة أهي بالأشهر الميلاديَّة أم بالقمريَّة، خلافاً للفقهاء الذين احتسبوها بالأشهر القمريَّة. وكذا إغفاله عدَّة المطلقة والمختلعة الصَّغيرة التي لم تحض بعد، ولعلَّ ذلك راجع إلى أنَّه لا يُجيزُ زواجها ابتداءً⁴، عن طريق تحديده سنِّ الزَّواج ببلوغهما تسع عشرة سنة في المادة: 01/07 ق أ ج، إلَّا أنَّه منح

¹ يُنظر: عماد شريقي، المسائل المسكوت عنها في الزواج والانحلال في قانون الأسرة الجزائري، ص312.

² يُنظر: عبد الحكيم بن هيري، أحكام الصُّلح في شؤون الأسرة وفقاً للتشريع والقضاء الجزائري، ص190. وعبد الرَّحيم مقداش، انحلال الرابطة الزوجية بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ص107. وشوقي بنّاسي، الإشكالات العملية للخلع في الفقه الإسلامي والمادة 54 من قانون الأسرة الجزائري (مقال) ص27. وكاملة طواهرية، أحكام الخلع في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري (مقال)، ص343.

³ يُنظر: الرّشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، ص225.

⁴ يُنظر: سلمان نصر وسعاد سطحي، فقه الطلاق في ضوء الكتاب والسُّنة - دراسة مقارنة مع قانون الأسرة الجزائري، ص150. ونسرين شريقي وكمال بوفرورة، سلسلة مباحث في القانون - قانون الأسرة الجزائري، ص101.

الباب الثاني: أثر العُرف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

التَّرخيص بالزَّواج قبل بلوغ سنِّ الرُّشد القانوني المحدَّد بتسع عشرة سنة، وقد يقع عليها الطَّلاق وهي لم تحض بعد لصغر سنِّها. ومن جهة أخرى فقد تتجاوز المرأة سن تسع عشرة بكثير وتتأخر حيضتها، وبالتالي يكون حكمها نفس حكم الصَّغيرة التي لم تحض بعد¹.

فكان الأولى بالمشرِّع الجزائري أن يُشير إلى عدَّة من لم تحضن بعد سواء لصغر سنِّهن أم لتأخر دورتهنَّ الشَّهرية رغم بلوغهن، فتكون عدَّتھنَّ نفس ما تعتدُّ به اليائسة من الحيض، وهذا تماشيًا مع الواقع من جهة، ومن جهة أخرى مع ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية، وما قرَّره الطَّب الحديث في هذا المجال. خاصَّة وأنَّ المشرِّع الجزائري يشترط الشَّهادة الطَّبية من الزَّوجة عند إيقاع الطَّلاق للتَّأكد من براءة الرَّحم.

هذا وإنَّ أثر العرف لم يظهر في هذه المسألة في التشريع الجزائري بخلاف الفقه الإسلامي الذي جعل عدَّة المرتابة التي ارتفع حيضها لعارض تعلمه كالرَّضاع فتمكث في العدَّة إلى أن ترى الحيض، فتعتدُّ به طال الوقت، أم قصر، فإذا أيسَّت قبل أن ترى الحيض اعتدَّت بثلاثة أشهرٍ عدَّة اليائسات، لما جرَّت به العادة بأنَّ الرَّضاع يُؤثِّر في تأخير الحيض، فلا يكون ذلك ربيَّة، فإذا كان كذلك وجب انتظار زواله². أمَّا إذا ارتفع حيضها لغير عارض، ولا لسبب معتاد، تعتدُّ سنة؛ تسعة أشهر استبراء للحمل، وثلاثة عدَّة الآيسات، ولعلَّ الهدف من تطويل مدَّة العدَّة هو الاحتياط للأنساب³.

ثانيا- أثر العُرف في خروج المعتدَّة بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري: من الواجب على المعتدَّة من طلاق أو خلع قضاء فترة عدَّتھا في بيت الزَّوجية، وهو المسكن الذي كانت تسكنه إلى وقت الفرقة. وقد أهتمَّ كلُّ من الفقه الإسلامي والمشرِّع الجزائري بأحكام خروج المعتدَّة من بيت الزَّوجية أثناء فترة عدَّتھا، وهو ما سأيَّنه فيما يأتي:

1. أثر العُرف في خروج المعتدَّة في الفقه الإسلامي: إنَّ خروج المعتدَّة من طلاق أو خلع، أو من وفاة من بيتها، هي من المسائل التي يحكم فيها العُرف، ويحدِّد أوقاتها. فيجب على المعتدَّة من طلاق رجعي أو بائن، أو من وفاة قضاء فترة العدَّة في بيت الزَّوجية، وهو المنزل الذي كانت

¹ يُنظر: عبد الرحيم مقداش، انحلال الرابطة الزَّوجية بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ص 108.

² يُنظر: القاضي عبد الوهاب، المعونة على مذهب عالم المدينة، 920/1.

³ يُنظر: عماد شريفي، المسائل المسكوت عنها في الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري، ص 312.

الباب الثاني: أثر العُزف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

تسكنه إلى وقت الفُرقة مع زوجها¹. هذا وقد اختلف أهل العلم في خروج المعتدة من طلاق رجعي أو بائن بينونة كبرى أو صغرى، أو من وفاة على قولين؛ وفيما يأتي بياهما:

القول الأول: ذهب جمهور الفقهاء² إلى وجوب قضاء المعتدة فترة عدتها في بيت الزوجية وسواء كانت هذه الفرقة من وفاة، وطلاق بأنواعه؛ سواء أكان طلاقاً بائناً، أم رجعياً، وبات سواء كانت بخلع أم بطلاقها ثلاثاً، أم بأقل من الثلاث وانقضت عدتها، فجميع هؤلاء النساء عند الجمهور لهن حق السكنى على الزوج، واستدلوا بقوله ﷺ: **«لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ»** [الطلاق: 1]، وبقوله: **«أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ»** [الطلاق: 6].

القول الثاني: ذهب الحنابلة³ إلى وجوب الاعتداد في بيت الزوجية على المعتدة من وفاة، وعلى الرجعية دون المبتوتة بطلاق، أو فسخ، فإنها تعتد حيث شاءت. وذلك لما روي أَنَّ فَاطِمَةَ بِنْتَ قَيْسٍ أَنَّ أَبَا عَمْرٍو بْنَ حَفْصٍ طَلَّقَهَا الْبَتَّةَ، وَهُوَ غَائِبٌ بِالشَّامِ، فَأَرْسَلَ إِلَيْهَا وَكِيلُهُ بِشَعِيرٍ، فَسَخِطَتْهُ، فَقَالَ: وَاللَّهِ مَا لَكَ عَلَيْنَا مِنْ شَيْءٍ، فَجَاءَتْ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ، فَذَكَرَتْ ذَلِكَ لَهُ، فَقَالَ لَهَا: **«لَيْسَ لَكَ عَلَيْهِ نَفَقَةٌ، وَأَمْرُهَا: أَنْ تَعْتَدَ فِي بَيْتِ أُمِّ شَرِيكِ، ثُمَّ قَالَ: تِلْكَ امْرَأَةٌ يَغْشَاهَا أَصْحَابِي، فَاعْتَدِي عِنْدَ ابْنِ أُمِّ مَكْتُومٍ»**⁴. وقد ردَّ الجمهور حديث فاطمة بنت قيس، ولم يعملوا به؛ لأنَّ عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنكر عليها وقال: "لَا تَتْرُكُ كِتَابَ رَبِّنَا، وَلَا سُنَّةَ نَبِيِّنَا لِقَوْلِ امْرَأَةٍ لَا نَذَرِي حِفْظَتَ، أَمْ نَسَيْتَ، هَا السُّكْنَى، وَالنَّفَقَةُ، قَالَ ﷺ: **«لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ»** [الطلاق: 1]⁵. وقد عابت أُمُّ الْمُؤْمِنِينَ عائشة رضي الله عنها ذلك

¹ يُنظر: ابن نجيم، البحر الرائق، 4/166. والخرشي، شرح مختصر خليل، 4/157. والماوردي، الحاوي، 4/360.

² السرخسي، المبسوط، 6/34. والقاضي عبد الوهاب، المعونة، 1/933. وزكريا الأنصاري، الغرر البهية، 4/360.

³ ابن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد، 3/207.

⁴ رواه أحمد في مسنده، مسند النساء، وَمِنْ حَدِيثِ فَاطِمَةَ بِنْتِ قَيْسٍ، رَقْم: 27327، 45/309. وابن حبان في صحيحه، باب العدة، ذَكَرَ الْعِلَّةَ الَّتِي مِنْ أَجْلِهَا أُمِرَتْ فَاطِمَةُ بِنْتُ قَيْسٍ بِالْإِنْتِقَالِ إِلَى بَيْتِ ابْنِ أُمِّ مَكْتُومٍ، رَقْم: 4290، 10/125. والبيهقي في سننه الكبرى، كتاب العدة، باب ما جاء في قول ﷺ: **«إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ»**.

545/15. قال عنه الألباني: "حديث صحيح". التعليقات الحسان على صحيح ابن حبان، 6/181.

⁵ أخرجه مسلم في كتاب الطلاق، باب الْمُطَلَّقة ثَلَاثًا لَا نَفَقَةَ لَهَا، رَقْم: 1480، 2/1118.

الباب الثاني: أثر العُزف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

العيب، وَقَالَتْ: "إِنَّ فَاطِمَةَ كَانَتْ فِي مَكَانٍ وَحْشٍ، فَخِيفَ عَلَى نَاحِيَّتِهَا، فَلِذَلِكَ أَرْخَصَ لَهَا النَّبِيُّ ﷺ".¹

إِلَّا أَنَّ الحنابلة خالفوا الجمهور فأخذوا بالحديث وعَمِلُوا بِهِ؛ لِأَنَّ الإمام أحمد ﷺ قد أَنْكَرَ مَا وَرَدَ عَنْ عُمَرَ ﷺ، وَقَالَ: "وَلَكِنَّهُ قَالَ -أَيُّ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ ﷺ-: لَا تُجِزُ فِي دِينِنَا قَوْلَ امْرَأَةٍ". وَقَالُوا: وَهَذَا مُجْمَعٌ عَلَى خِلَافِهِ، وَقَدْ أَخَذْنَا بِخَبَرِ فُرَيْعَةَ، وَهِيَ امْرَأَةٌ، وَبِرَوَايَةِ عَائِشَةَ وَأَزْوَاجِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِي كَثِيرٍ مِنَ الْأَحْكَامِ، بَلْ إِنَّ أَهْلَ الْعِلْمِ قَدْ صَارُوا إِلَى خَبَرِ فَاطِمَةَ هَذَا فِي كَثِيرٍ مِنَ الْأَحْكَامِ، مِثْلَ سُقُوطِ نَفَقَةِ الْمَبْتُوتَةِ إِذَا لَمْ تَكُنْ حَامِلًا، وَنَظَرِ الْمَرْأَةِ إِلَى الرِّجَالِ، وَخِطْبَةِ الرَّجُلِ، عَلَى خِطْبَةِ أَخِيهِ إِذَا لَمْ تَكُنْ سَكَنْتَ إِلَى الْأَوَّلِ².

وَأَمَّا تَأْوِيلُ السَّيِّدَةِ عَائِشَةَ ﷺ لخروج فاطمة بنت قيس ﷺ، وتَأْوِيلُ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيْبِ ﷺ، فَإِنَّهُ لَوْ صَحَّ لَمَا اخْتِاجَ عُمَرُ ﷺ فِي رَدِّهِ إِلَى أَنْ يَعْتَذِرَ بِأَنَّهُ قَوْلُ امْرَأَةٍ. ثُمَّ إِنَّ فَاطِمَةَ وَهِيَ صَاحِبَةُ الْقِصَّةِ، وَهِيَ أَعْرَفُ بِنَفْسِهَا، وَبِحَالِهَا وَقَدْ أَنْكَرَتْ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ عَلَيْهَا، وَرَدَّتْ عَلَى مَنْ رَدَّ خَبَرَهَا، أَوْ تَأَوَّلَهُ بِخِلَافِ ظَاهِرِهِ، حِينَ قَالَتْ: بَيْنِي وَبَيْنَكُمْ كِتَابُ اللَّهِ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا﴾ [الطلاق: 1]. فَأَيُّ أَمْرٍ يَحْدُثُ بَعْدَ الثَّلَاثِ؟ فَكَيْفَ تَقُولُونَ: لَا نَفَقَةَ لَهَا، إِذَا لَمْ تَكُنْ حَامِلًا فَعَلَامَ تَحْبِسُونَهَا؟³ فَكَيْفَ تُحْبِسُ امْرَأَةً بِغَيْرِ نَفَقَةٍ؟⁴

بناءً على ما سبق؛ يكون أصحاب المذاهب الأربعة قد اتَّفَقُوا عَلَى اعْتِدَادِ الْمَطْلُوقَةِ الرَّجْعِيَّةِ، وَالْمُتَوَفِي زَوْجَهَا فِي بَيْتِ الزَّوْجِيَّةِ، وَاخْتَلَفُوا فِي الْمَبْتُوتَةِ. هَذَا وَإِنَّ خُرُوجَ الْمُعْتَدَّةِ قَدْ يَكُونُ مُؤَقَّتًا وَتَعُودُ إِلَى بَيْتِهَا، وَقَدْ يَكُونُ انْتِقَالًا إِلَى مَوْضِعٍ آخَرَ. وَفِيمَا يَأْتِي بَيَانُ حُكْمِ خُرُوجِ كُلِّ مِنْهُمَا:

أ. **خُرُوجُ الْمُعْتَدَّةِ لَوْ قَدْ مَعَيَّنَ:** اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال؛ وفيما يأتي بيانها:

القول الأول: ذهب الحنفية إلى أنه لَا يَنْبَغِي لِلْمُطَلَّاقَةِ ثَلَاثًا، أَوْ وَاحِدَةً بَائِنَةً، أَوْ رَجْعِيَّةً، أَنْ تَخْرُجَ مِنْ مَنْزِلِهَا لَيْلًا، وَلَا نَهَارًا حَتَّى تَنْقُضِيَ عِدَّتُهَا⁵، لِقَوْلِهِ ﷺ: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا

¹- أخرجه البخاري في كتاب الطلاق، باب قصة فاطمة بنت قيس، رقم: 5325، 58/7.

²- يُنظر: ابن قدامة، المغني، 166/8.

³- أخرجه مسلم في كتاب الطلاق، باب المطلقة ثلاثاً لا نفقة لها، رقم: 1480، 1117/2.

⁴- يُنظر: ابن قدامة، المصدر السابق، 166/8.

⁵- يُنظر: السرخسي، المبسوط، 202/7.

الباب الثاني: أثر العُرف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ» [الطلاق:1]. وَأَمَّا الْمُتَوَقِّ عَنْهَا زَوْجُهَا، فَلَهَا أَنْ تَخْرُجَ بِالنَّهَارِ لِحَوَائِجِهَا، وَلَكِنَّهَا لَا تَبِيتُ فِي غَيْرِ مَنْزِلِهَا، وَقَدْ رُوِيَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ الشَّيْبَانِيِّ¹ أَنَّهُ قَالَ: لَا بَأْسَ أَنْ تَنَامَ عَنْ بَيْتِهَا أَقَلَّ مِنْ نِصْفِ اللَّيْلِ؛ لِأَنَّ الْبَيْتُوتَةَ فِي الْعُرفِ عِبَارَةٌ عَنِ الْكُونِ فِي الْبَيْتِ أَكْثَرَ اللَّيْلِ، فَمَا دُونَهُ لَا يُسَمَّى بَيْتُوتَةً فِي الْعُرفِ².

واستدلوا على جواز خروج المعتدة من الوفاة نهاراً لقضاء حوائجها، بحديث فُرَيْعَةَ بِنْتُ مَالِكٍ لما جَاءَتْ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ بَعْدَ وَفَاةِ زَوْجِهَا تَسْتَأْذِنُهُ أَنْ تَعْتَدَّ فِي بَيْتِ خُدْرَةَ فَقَالَ ﷺ: «أَمْكُثِي فِي بَيْتِكَ حَتَّى تَنْقُضِي عِدَّتَكَ»³. ومع ذلك لَمْ يُنْكَزْ عَلَيْهَا النَّبِيُّ ﷺ خُرُوجُهَا لِلسَّيْفَتَاءِ فِي أَمْرِهَا؛ لِحَاجَتِهَا إِلَيْهِ⁴. وبما روي "أَنَّ نِسْوَةً مِنْ هَمْدَانَ نَعِيَ إِلَيْهِنَّ أَزْوَاجَهُنَّ فَسَأَلْنَ عَبْدُ اللَّهِ بْنَ مَسْعُودٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، فَقُلْنَ: إِنَّا نَسْتَوْحِشُ، فَأَمْرُهُنَّ أَنْ يَجْتَمِعْنَ بِالنَّهَارِ، فَإِذَا كَانَ اللَّيْلُ، فَلْتَرْجِعْ كُلُّ امْرَأَةٍ إِلَى بَيْتِهَا"⁵.

والسبب في تفرقتهم بين حكم المطلقة البائن، ومعها الرجعية، وبين حكم المعتدة من وفاة زوجها في الخروج: أَنَّ عِدَّةَ الْوفاةِ لَا نَفَقَةَ فِيهَا عَلَى الزَّوْجِ؛ لِذَلِكَ فَهِيَ بِحَاجَةٍ لِقِضَاءِ حَوَائِجِهَا فِي النَّهَارِ وَتَحْصِيلِ مَا تُنْفِقُ عَلَى نَفْسِهَا. بِخِلَافِ الْمُطَلَّقةِ، فَإِنَّهَا مَكْفِيَّةُ الْمُؤْنَةِ، وَنَفَقَتُهَا عَلَى زَوْجِهَا عَلَى أَيِّ وَجْهِ وَقَعَتْ الْفُرْقَةُ بِالطَّلَاقِ، فَلَا حَاجَةَ بِهَا إِلَى الْخُرُوجِ، وَإِنْ كَانَتْ أَبْرَأَتْ زَوْجَهَا فِي الْخُلْعِ، فَهِيَ الَّتِي أَضَرَّتْ بِنَفْسِهَا، فَلَا يُعْتَبَرُ ذَلِكَ⁶.

القول الثاني: وذهب المالكية⁷، والشافعية⁸ إلى جواز خروج المعتدة سواء من وفاة، أم من طلاق، أم من خلع، نهاراً، أم ليلاً لقضاء حوائجها، لكن لا تبيت إلا في بيتها. وقال المالكية: ولا

¹ هو: مُحَمَّدُ بْنُ فَرْقَدٍ، أَبُو عَبْدِ اللَّهِ الشَّيْبَانِيُّ بِالْوَلَاءِ، مِنْ كِبَارِ تَلَامِيذِ أَبِي حَنِيفَةَ، الْعَالِمُ، الْفَقِيه، الْحَقِّقُ، مِنْ تَصَانِيفِهِ: الْجَامِعُ الْكَبِيرُ، وَالْجَمْعُ الصَّغِيرُ، تَوَفَّى ﷺ سَنَةَ 189 هـ. يُنْظَرُ: ابْنُ خَلَّكَانَ، وَفَيَاتُ الْأَعْيَانِ، 184/4-185.

² العيني، نخب الأفكار في تنقيح مباني الأخبار في شرح معاني الآثار، 189/11.

³ أخرجه مالك في موطئه، كِتَابُ الطَّلَاقِ، بَابُ مَقَامِ الْمُتَوَقِّ عَنْهَا زَوْجُهَا، رَقْم: 1250، 192/4.

⁴ يُنْظَرُ: السَّرْحَسِيُّ، الْمَبْسُوطُ، 203/7.

⁵ أخرجه البيهقي في سننه الكبرى، كِتَابُ الْعِدَّةِ، بَابُ كَيْفِيَّةِ سُكْنَى الْمُطَلَّقةِ، رَقْم: 15918، 436/7.

⁶ يُنْظَرُ: السَّرْحَسِيُّ، الْمَصْدَرُ السَّابِقُ، 203/7.

⁷ ابن الجلاب، التفریع في فقه الإمام مالك بن أنس، 75/2.

⁸ البجيرمي، حاشية البجيرمي على الخطيب، 61/4.

الباب الثاني: أثر العُزف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

بأس على المعتدة الخروج طرقي النهار أوله وآخره لقضاء حوائجها... ولا تخرج في وسط الليل ولا تبيت في غير منزلها¹.

وذكر الشافعية أنه: يجوز لها الخروج ليلاً إلى دار جارتها لغزل ونحوه غير أنهم اشترطوا عليها الرجوع إلى بيتها والمبيت فيه². أمّا بالنسبة لخروجها ليلاً، فإنّ محلّه إذا أمنت الخروج، ولم يكن عندها من يؤنسها، وإلا فلا يجوز لها الخروج، ولم يتعرضوا لوقت الرجوع؛ لأنّ الرجوع فيه إلى محلّ العادة الغالبة، إلا أنه إذا اعتيد خروج النساء جميع الليل فينبغي الامتناع عنه؛ لأنها بذلك تكون قد حققت المبيت في بيتها، ثم إن ذلك نادر في العادة³. وضابط المسألة عندهم أن كلّ مُعْتَدَةٍ لَا تَجِبُ نَفَقَتُهَا⁴، ولم يكن لها من يقضي حاجتها، فلها الخروج لقضائها. أمّا من وجبت نفقتها، فلا تخرج إلا بإذن، أو ضرورة؛ لأنها مكفية بنفقة زوجها⁵.

بناء على ما سبق؛ يكون المالكية والشافعية قد اتفقا على أنه لا نفقة للمُتَوَقِّ عنها زوجها؛ لأنّ المال انتقل إلى الورثة، وهي واحدة منهم، ولا نفقة كذلك لكلّ مطلّقة لا يملك زوجها مراجعتها لإبانته ثلاثاً أو لكونها مخالعة، إلا إذا كانت حاملاً؛ لقوله ﷺ: «وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهنّ حتى يضعن حملهنّ» [الطلاق:6]، وعليه كانت النفقة للرجعية، والبائن الحامل⁶. إلا أنه وفي المذهبين السُكْنى للجميع⁷؛ لقوله ﷺ: «أسكنوهنّ من حيث سكنتم من وجدكم» [الطلاق:6].

ويستدلون على جواز خروج المعتدة من وفاة بما سبق وأن استدلل به الحنفية⁸. أمّا خروج المعتدة البائن، فدلّيلهم عليه: ما رواه جابر رضي الله عنه، قال: طَلَّقْتُ خَالَتِي، فَأَرَادَتْ أَنْ تَجِدَ نَحْلَهَا

¹ يُنظر: ابن الجلاب، التفرّيع في فقه الإمام مالك بن أنس، 75/2.

² يُنظر: ابن قاسم، فتح القريب المحيب في شرح ألفاظ التّقرّب، ص256.

³ يُنظر: الشّربيني، مغني المحتاج، 107/05. والرّملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، 495/23.

⁴ يُنظر: اللّخمي، التّبصرة، 2283/5.

⁵ يُنظر: الشّربيني، المصدر السّابق، 106/5.

⁶ يُنظر: الخرشبي، شرح مختصر خليل، 192/4. والشافعي، الأمّ، 254/5.

⁷ يُنظر: مالك بن أنس، المدونة، 48/2. والعمراني، البيان في مذهب الإمام الشّافعي، 230/11.

⁸ يُنظر: ص 344 من هذه الدّراسة.

⁹ الجَدَادُ، وأَجَدَّ النَّحْلُ: حان جداده، وهو قُطْعُهُ. الفيومي، المصباح المنير في غريب الشّرح الكبير، مادة: جدد، 92/1.

الباب الثاني: أثر العرف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

فَرَجَرَهَا رَجُلٌ أَنْ تَخْرُجَ فَأَتَتْ النَّبِيَّ ﷺ فَقَالَ: «بَلَىٰ فَجَدِّى نَخْلُكَ فَإِنَّكَ عَسَىٰ أَنْ تَصَدَّقِي أَوْ تَفْعَلِي مَعْرُوفًا»¹. وَقَالَ الْإِمَامُ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: "نَخْلُ الْأَنْصَارِ قَرِيبٌ مِنْ مَنَازِلِهِمْ وَالْجِدَادُ إِنَّمَا تَكُونُ نَهَارًا"².

القول الثالث: ذهب الحنابلة³ إلى أَنَّ الزَّوْجَةَ الْمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجَهَا هِيَ الَّتِي تَعْتَدُ فِي بَيْتِ الزَّوْجِيَّةِ، بِخِلَافِ الْمُطَلَّقةِ الْبَائِنِ، فَإِنَّهَا تَعْتَدُ حَيْثُ شَاءَتْ. لِذَلِكَ كَانَتْ أَحْكَامُ الْخُرُوجِ خَاصَّةً بِالْمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجَهَا، إِذْ يَجُوزُ لَهَا الْخُرُوجُ نَهَارًا لِقَضَاءِ حَوَائِجِهَا مِنْ بَيْعٍ، وَشِرَاءٍ، وَخَوِّهَا، إِلَّا أَنَّهُ لَا تَخْرُجُ لِحَوَائِجٍ غَيْرِهَا، أَمَّا بِالنِّسْبَةِ لِحَاجَتِهَا، فَتَخْرُجُ وَلَوْ وَجَدَتْ مَنْ يَفْضِيهَا لَهَا⁴. وَلَيْسَ لَهَا الْخُرُوجُ لَيْلًا، إِلَّا لِضَرُورَةٍ؛ لِأَنَّ اللَّيْلَ مَظْنَةُ الْفُسَادِ، بِخِلَافِ النَّهَارِ، فَإِنَّهُ مَظْنَةُ قَضَاءِ الْحَوَائِجِ وَالْمَعَاشِ، وَشِرَاءٍ مَا يُحْتَاجُ إِلَيْهِ. وَكَذَلِكَ لَيْسَ لَهَا الْمَبِيتُ فِي غَيْرِ بَيْتِهَا⁵؛ لَمَا رَوَى عَنْ مُجَاهِدٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «تَحَدَّثَنَّ عِنْدَ إِحْدَاكُنَّ، حَتَّى إِذَا أَرَدْتُنَّ النَّوْمَ، فَلْتَوُْبُ كُلُّ وَاحِدَةٍ إِلَى بَيْتِهَا»⁶.

من خلال ما سبق؛ يَتَّضِحُ لِلْبَاحِثِ أَنَّ الْمَذَاهِبَ الْأَرْبَعَةَ اتَّفَقَتْ عَلَى خُرُوجِ الْمُعْتَدَّةِ فِي النَّهَارِ؛ لِأَنَّهُ عَادَةُ لِقَضَاءِ الْحَوَائِجِ، بَيْنَمَا اخْتَلَفُوا فِي خُرُوجِهَا لَيْلًا، فَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: بِجَوَازِ خُرُوجِهَا لِلْحَاجَةِ، وَمِنْهُمْ: مَنْ تَشَدَّدَ، فَحَظَرَ خُرُوجَهَا لَيْلًا، إِلَّا لِضَرُورَةٍ؛ وَمَا ذَاكَ إِلَّا لِأَنَّ الْعَرَفَ وَالْعَادَةَ أَنَّ اللَّيْلَ مَظْنَةُ الْفُسَادِ، فَاحْتَاطَ لَهَا. بَلْ إِنَّ مِنْهُمْ: مَنْ أَرْجَعَ جَوَازَ خُرُوجِهَا لَيْلًا لِلْأَوْقَاتِ الْمَأْمُونَةِ عَادَةً، وَذَلِكَ يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الزَّمَانِ وَالْمَكَانِ، وَفِي زَمَنِهِمْ مَثَلًا كَانَتْ تِلْكَ الْأَوْقَاتُ فِي الْأَمْصَارِ وَسَطَ النَّهَارِ، وَفِي غَيْرِهَا طَرَفُ النَّهَارِ⁷.

¹ أخرجه مسلم في كتاب الطلاق، باب جواز خروج المعتدة البائنة والمتوفى عنها زوجها في النهار لحاجتها، رقم: 3794، 200/4.

² الشافعي، الأم، 251/5.

³ يُنْظَرُ: ابن قدامة، المقنع في فقه الإمام أحمد، 381/1.

⁴ يُنْظَرُ: البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، 431/5.

⁵ ابن قدامة، المغني، 136/7.

⁶ أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب الطلاق، باب كيفية سكنى المطلقة، رقم: 15289، 436/7. والصنعاني، في مصنفه، كتاب الطلاق، أين تعتد المتوفى عنها، رقم: 12077، 36/7. قال عنه الألباني: "حديث ضعيف". رواء الغليل، 211/7.

⁷ يُنْظَرُ: العدوي، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، 127/2.

الباب الثاني: أثر العُرف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

ب. خروج المعتدة انتقالاً: اتفق الفقهاء على أنَّ المعتدة من وفاة لا تنتقل من بيتها الذي وجب عليها الاعتداد فيه إلاَّ لضرورة¹. وتقدير هذه الضرورة لا نصَّ عليه من كتاب، ولا سنة، ولا سبيل إليه إلاَّ لما عُرف أنَّه كذلك، فجعلوا مرده إلى العرف، والعادة².

وتزخر كتب الفقهاء بأمور تعتبر أنَّها ضرورة، فهي في عرف كلِّ زمان، ومكان تعدُّ كذلك، لكن ذلك لا يعني الاقتصار عليها، وعدم إلحاق بها كلِّ ما كان في معناها في أيِّ عصر، ومكان. ومما يذكره الفقهاء مثلاً: اضطرارها إلى الخروج من بيتها، بأنَّ خافت سُقوط منزلها، أو خافت على نفسها ومالها، ونفس غيرها وماله؛ كولدها ووديعه عندها، أو خافت على دينها، أو بضعها، فعندها يجب عليها الخروج حتى وإن كانت المهاجرة من دار الحرب إلى دار الإسلام. ولها الخروج أيضاً بسبب فسقة مجاورين لها، أو لشدة تأذيتها من جيرانها أو شدة تأذيتهم بها، بخلاف الأذى اليسير؛ إذ لا يخلو منه أحد. ولها الانتقال إذا كان المنزل مؤجراً، ولم تُقدِر على كرائته، فإن كانت قادرة على أجرته، فإنَّها لا تنتقل³.

إلاَّ أنَّ بعض الفقهاء⁴ قالوا: إنَّها إذا لم تجد ما تكثري به إلاَّ من مالها، فلها الانتقال؛ لأنَّ الواجب السكني، لا تحصيل المسكن، فإذا تعدَّرت السكني سقطت، لسقوط الواجب للعذر. وتخرج كذلك إذا أخرجها مالك الدار، واضطرها إلى الانتقال، أو كانت في منطقة يخشى عليها فيها من اللصوص، وأرادت اللحاق بأهلها⁵. وتخرج من بيتها لإقامة حدٍّ عليها، أو لحقِّ واجب عليها أن تؤديه⁶. وهذه الأحكام خاصَّة بالمعتدة من وفاة؛ لأنَّها وحدها التي يجب عليها الاعتداد في بيت الزوجية.

القول الرَّاجح: بعد عرض أقوال الفقهاء وأدلتهم ومناقشتها، فالذي يترجَّح للباحث -والله أعلم بالصواب- أنَّ للمعتدة من طلاق أو خلع الخروج نهاراً لقضاء حوائجها وحوائج أبنائها

¹ يُنظر: ابن نجيم، البحر الرائق، 4/166، الخرشي، شرح الخرشي، 4/159. والماوردي، الحاوي الكبير، 11/272.

² إلهام عبد الله باجنيد، أثر العُرف في الفرق ومتعلقاتها من أحكام فقه الأسرة -دراسة تطبيقية مقارنة-، ص 364.

³ يُنظر: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، 3/205. وشيخي زاده، مجمع الأنهر، 1/473. وركريا الأنصاري، فتح الوهاب بشرح منهج الطُّلاب، 2/132. والرَّملي، فتح الرحمن بشرح زيد ابن رسلان، ص 825.

⁴ يُنظر: المرداوي، الإنصاف في معرفة الرَّاجح من الخلاف، 24/145. والبهوتي، دقائق أولي النهى لشرح المنتهى، 3/204.

⁵ يُنظر: نظام الدِّين البلخي وآخرون، الفتاوى الهندية، 1/535.

⁶ يُنظر: العمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، 11/81.

الباب الثاني: أثر العُرف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

الضرورية؛ لأنها أوقات مأمونة عادة. كما يجوز لها الخروج ليلاً لحاجة، ويقدر خروجها ليلاً بالعرف والعادة؛ لأنها لا تأمن على نفسها ليلاً؛ ولوجوب البيتوتة في منزل الزوجية، ولا تنتقل المعتدة من البيت الذي وجب فيه الاعتداد إلا لضرورة، كأن يكون بجوار بيتها فسقة مجاورون، ولم يكن عندها من يصونها، أو خوفها من تهم البيت عليها، أو غير ذلك، فلها أن تنتقل من بيت الزوجية إلى بيت آخر؛ لأن هذه أعذار ملحة، وهو انتقال بعذر، والعبادات تؤثر فيها الأعذار فصار كما إذا خافت على متاعها أو خافت سقوط المنزل أو كانت فيه بأجر ولا تجد ما تؤدّيه¹.

"والضرورة مرجعها إلى عرف الناس الغالب، وتختلف باختلاف الزمان والمكان، فما يكون ضرورة عند قوم لا يكون ضرورة عند غيرهم"².

2. أثر العُرف في خروج المعتدة في التشريع الجزائري: نصّ المشرّع في المادة: 61 من ق أ ج على أنه: "لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي ما دامت في عدّة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة ولها الحق في النفقة في عدّة الطلاق"³.

يفهم من هذه المادة أنّ المشرّع الجزائري قد راعى حال المطلقة خلال فترة العدّة فوضع أحكاماً تُبين ما هو واجب عليها وما هو حقّها خلال هذه المدّة، فمن بين الواجبات التي فرضها المشرّع على المطلقة في فترة العدّة واجب الاعتداد في بيت الزوجية⁴. وما يلاحظ على نص المادة: 61 سالفة الذكر، أنّها جاءت عامّة إذ لم تُفرّق بين المعتدة من طلاق رجعي أو طلاق بائن حائل أم حامل؛ فجعلت لكلّ مطلقة حقّ السكنى والنفقة ما دامت في عدّتها، وبذلك يكون المشرّع الجزائري قد خرج عن قول المالكية، وأخذ بقول الجمهور⁵.

¹ يُنظر: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، 205/3. والبايزي، العناية شرح الهداية، 146/6. والخرشي، شرح

مختصر خليل، 159/4. وزكريا الأنصاري، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، 132/2. وابن قدامة، المغني، 158/8.

² أحمد الصويبي شليبيك، العرف وأثره في الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي والقانون الكويتي (مقال)، ص 241.

³ يُنظر: قانون رقم: 11/84، المعدّل بالأمر رقم: 05/02، سالف الذكر.

⁴ يُنظر: حفصية دونية، أحكام النفقة ومتاع البيت كأثر من آثار الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ص 156.

⁵ يُنظر: عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ص 342. وسعاد سطحي، أحكام

العدّة في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة مع الفقه الإسلامي - (مقال)، ص 180. ورابع لعراجي، حقوق المطلقة وواجباتها في التشريع الجزائري (مقال)، ص 255.

الباب الثاني: أثر العُرف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

أمّا في حالة الفاحشة المبينة فقد نصّ المشرّع على أنّه ليس للمعتدة الحقّ في السكْنى، وبهذا يكون قد وافق قول الفقهاء الذين استندوا إلى قوله ﷺ: «لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ» [الطلاق: 1]. غير أنّ المتابع للعرف السائد في المجتمع العربيّ عمومًا، والجزائريّ خصوصًا هو خروج المطلقة الرجعيّة من بيت زوجها، وغضبها في بيت أهلها، الأمر الذي يحول بين لقائها بزوجها إلّا في المحكمة بعد أن يكون الطلاق قد وقع، وربما انتهت فترة عدّتها، وصارت بائمة منه شرعًا. وهو عرف معمول به في مجتمعا المعاصر في أغلب جهات الوطن، وإن كان هذا عرف فاسد لمخالفته الشرع نصًا ومقصدًا وروحًا¹. فالمرأة التي تعتدّ في بيت أهلها تفوت فرصة الرجعة على نفسها؛ لأنّه من شروط الطلاق الشّني الصّحيح أن تعتدّ المطلقة في بيت زوجها.

وفي المقابل وفي بعض الأحيان نجد أنّ الزوج هو الذي من يقوم بطرد المطلقة وإخراجها من بيت الزوجيّة، وهذا من قبيل العرف الفاسد المخالف لتوجيهات الشرع الحنيف؛ إذ يقول المولى ﷺ: «يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلَّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ» [الطلاق: 1]². أمّا بالنسبة لخروج المطلقة أثناء فترة عدّتها فقد جرت الأعراف أن لا تخرج من بيتها ليلاً إلّا لضرورة، وتخرج في النّهار للحاجة، إلّا أنّ هناك بعض الأعراف لا تلزم المعتدة بذلك، فهي تخرج كبقية الزوجات سواء أذن لها المطلق في الخروج أم لا، لأنّها من حقوق العدة فلا يملك الزوج إسقاط شيء من حقوقها.

الفرع الثاني: أثر العرف في انتهاء مدة الحضانة والسفر بالمحزون

وأوقات زيارته في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

إذا حدث وأن وقع الفراق بين الزوجين سواء أكان بالطلاق أم بالتطليق أم بالخلع، فإنّه في الغالب يكون انحلال الرابطة الزوجية مصحوبًا بوجود أبناءهم في أمس الحاجة إلى من يرعاهم ويتكفل بهم، إذ لا ذنب لهم في تحمل تبعات هذا الفراق، ولعلّ أهمّ مسألة تظهر بعد انفصال الزوجين مسألة حضانة الأبناء.

¹- يُنظر: العيش فضيل، شرح قانون الأسرة الجزائري مدعم باجتهادات قضاء المحكمة العليا، ص358.

²- يُنظر: قديري محمد توفيق، الأعراف المخالفة لأحكام الزواج وانحلاله شرعًا وقانونًا في المجتمع الجزائري (مقال)، ص83.

الباب الثاني: أثر العُرف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

وفي هذا الفرع سأتناول أثر العرف في بعض مسائل الحضانة، والتي منهما: مسألة انتهاء مدّة الحضانة، ومسألة السّفَر بالمحضون، ومسألة حق رؤية المحضون وزيارته، وكلّ منها في الفقه الإسلاميّ والتّشريع الجزائريّ، وبيانها كالاتي:

أولاً- أثر العُرف في انتهاء مدّة الحضانة بين الفقه الإسلاميّ والتّشريع الجزائريّ:

إنّ المسألة انتهاء الحضانة من المسائل المهمة لما لها من ارتباط بمصير الأبناء بعد انفصال الوالدين، ونظرًا لما هذه المسألة من أهمية، فقد قرّرت أن أفصل فيها على النحو الآتي:

1. أثر العُرف في انتهاء مدّة الحضانة في الفقه الإسلاميّ: من المقرّر شرعًا أنّ النّساء أحقّ بالحضانة من الرّجال، وأنّ الحضانة على الصّغار تبدأ منذ الولادة، لكن اختلف الفقهاء في مدّة انتهاء حضانة النّساء على الصّغار حال الفراق بين الرّوجين، فيما يأتي بيان أقوالهم:

مذهب الحنفيّة: تمتدّ حضانة الغلام إلى سنّ التّمييز وهو سبع سنين اعتبارًا للغالب، وبه يُفتى، وقيل: تسع سنين، والبنت إلى البلوغ وهو تسع سنين، وبه يُفتى¹، وقيل: إحدى عشرة سنة. وسبب التّفريق بين الغلام والبنت هو أنّ الغلام يحتاج إلى التّخلّق بآداب الرّجال وأخلاقهم، والأب على ذلك أقدر وأقوم، والبنت أحوج إلى تعلم آداب النّساء، والتّخلّق بأخلاقهنّ، وخدمة البيت، والمرأة على ذلك أقدر بعد البلوغ أو الحيض أو السّن. وأمّا بعد البلوغ فتحتاج إلى التّحصين والحفظ، والأب فيه أقوى وأهدى.

أمّا غير الأمّ والجدّة فإنّهنّ أحقّ بالصّغيرة حتى تشتهي، يعني أنّها تُدفع إلى الأب إذا بلغت حدّ الشهوة لتتحقّق الحاجة إلى الصّيّانة وهو الأحوط لفساد الرّمان².

ثم إنّ تحديد سنّ انتهاء حضانة الذّكر بالنّسبة للنّساء داخلًا تحت أحكام العُرف والسّياسة الشرعيّة، من حيث جواز الاجتهاد فيه وتغيّره بتغير الرّمان والمكان والأعراف والعادات، ولا شكّ أنّ هذه السّن تختلف بين غلام وآخر، كما تختلف بين زمان وآخر، وبيئة وأخرى. فلو حكم القضاء في هذا الرّمان بسنّ العاشرة أو الحادية عشر لاستغناء الصّغير عن حضانة النّساء، لا

¹ يُنظر: الرّيلعي، تبين الحقائق، 48/3. والعيني، البناية شرح الهداية، 654/5. وابن نجيم، البحر الرائق، 184/4.

² يُنظر: الكاساني، بدائع الصّنائع في ترتيب الشرائع، 238/8-239. وابن عابدين، حاشية ابن عابدين، 566/3.

الباب الثاني: أثر العُزف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

يكون مخالفاً لنص الحنفية، لاختلاف العادة والأمر مجتهد فيه، ومترك لمراعاة مصلحة المحضون من قبل القاضي¹.

مذهب المالكية: تمتد حضانة الغلام إلى الاحتلام، وتنقطع حضانتها بالبلوغ ولو مريضاً أو مجنوناً على المشهور، أما الأنثى فتستمر حضانتها إلى زواجها ودخول الزوج بها². وقيل: حضانة الأنثى حتى تبلغ سن النكاح، فإذا بلغت نُظِرَ: فإن كانت أمها في منعة، وتخصين كانت أحق بالبت حتى تنكح، وإن بلغت البنت ثلاثين سنة، أو أكثر ما دامت بكرًا، وما لم تتزوج أمها، وإذا خشي على البنت في تركها مع الأم فساد، أو عدم تخصين، فعندها تُضم البنت إلى أبيها، إلا أن يُخشى عليها عنده أيضاً، فعندها يُنظر السلطان في أمرها إلى من تبقى عنده³.

واستدل الحنفية والمالكية على عدم التخير سواء في حق الغلام، أم الجارية بما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: أن النبي صلى الله عليه وسلم قال للأم: «أنت أحق به ما لم تنكحي»⁴. ولم يُخير، ولأنَّ تخيير الصبي ليس بحكمة؛ لأنه يختار غالباً من الأبوين الذي يجد عنده الراحة، وعدم الحزم، ومن لا يؤدبه، ويمكنه من شهواته، فيؤدي إلى فساد⁵.

مذهب الشافعية: إن الحضانة تستمر على المحضون ذكراً كان أو أنثى فإذا بلغ حد التمييز وقدر سبع سنين أو ثمان غالباً، - وهما يعقلان، يُخير بين الإقامة مع أبيه وأمه، فإن اختار أحدهما دفع إليه، والثقة منهما أولى به بغير تخيير. فإن اختار الذكر أو الأنثى أمه حول إليها ما لم تتزوج؛ لأنها بتزوجها يسقط حقها في حضانتها، فإن لم يختَر واحداً منهما، أو اختارهما أفرع بينهما⁶.

¹ يُنظر: عبد الفتاح عمرو، السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية، ص 109-110.

² يُنظر: الرجراجي، مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحل مشكلاتها، 4/150. وابن جزي، القوانين الفقهية، 2/85. والخرشي، شرح مختصر خليل، 4/207. والذسوقي، حاشية الذسوقي على الشرح الكبير، 2/526.

³ يُنظر: مالك بن أنس، المدونة، 2/258. والخطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، 5/594.

⁴ أخرجه أحمد في مسنده، مسند العشرة المبشرين بالجنة، مسند عبد الله بن عمر بن العاص رضي الله عنه، رقم: 6707، 6/255. والحاكم في مستدركه، كتاب الطلاق، رقم: 2830، 2/225. والبيهقي في سننه الكبرى، جماع أبواب الثقة على الأقارب، باب الأم تتزوج فيسقط حقها من حضانة الولد، رقم: 15763، 7/8. قال ابن الملقن: "هذا حديث صحيح". البدر المنير في تخریج الأحاديث والآثار، 8/317.

⁵ يُنظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 4/44. والقاضي عبد الوهاب، المعونة، 1/941. وابن قدامة، المغني، 9/301.

⁶ يُنظر: العمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، 11/288.

الباب الثاني: أثر العرف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

وإن كانت الأنثى بالغة رشيدة فالأولى أن تكون عند أحدهما حتى تتزوج¹.

مذهب الحنابلة: تمتد حضانة الغلام حتى يبلغ سن السابعة، وهو عاقل، فإن اتفق أبواه بعد ذلك أن يكون عند أحدهما جاز، لأن الحق في حضانتهم إليهما، وإن تنازعا خيره الحاكم بينهما فكان مع من اختار منهما، ومتى اختار أحدهما فسلم إليه ثم اختار الآخر رد إليه فإن عاد فاختار الأول أعيد إليه، ولا يقر بيد من لا يرضاه ويصلحه².

واشترط الحنابلة لتخيير الغلام شرطين³: ألا يكون الغلام معتوهاً، فإن كان معتوهاً، كان عند أمه كالصغير، لم يخير، لأنها أحق بكفالاته. وأن يكون الأبوان وغيرهما أهلاً للحضانة. أما الجارية فلا تخير عندهم إذا بلغت السبع، لأن المصلحة، والحفظ للفتاة بعد السبع في الوجود عند أبيها، ومنه تخطب، وتبقى عنده حتى يتسلمها زوجها⁴.

واستدل الشافعية، والحنابلة على أن سن التخيير سبع سنين وبما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه، أن النبي ﷺ: «خير غلاماً بين أبيه وأمه»، وقال: «يا غلام، هذه أمك وهذا أبوك»⁵، وبعض الآثار الدالة على التخيير⁶. وهذه قصص في مظنة الشهرة، ولم تُنكر، فكانت إجماعاً، ولم يثبت أنه خير جارية، فيكون التخيير في حقه دونها. غير أنه لا يصح قياس الجارية على الغلام؛ فهو لا يحتاج إلى

¹ يُنظر: الشافعي، الأم، 99/5. والشريبي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، 202/5.

² يُنظر: ابن قدامة، المغني، 301/9. وابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، 187/7.

³ يُنظر: الكلوثاني، الهداية على مذهب الإمام أحمد، 500/1. وابن قدامة، المصدر السابق، 239/8.

⁴ يُنظر: الحجاوي، زاد المستقنع في اختصار المقنع، 206/1.

⁵ أخرجه أحمد في مسنده، مسند المكثرين من الصحابة، مسند أبي هريرة رضي الله عنه، رقم: 7346، 246/2. وابن ماجه في سننه، أبواب الأحكام، باب تخيير الصبي بين أبويه، رقم: 2351، 439/3. والترمذي في سننه، أبواب الأحكام عن رسول الله ﷺ، باب ما جاء في تخيير الغلام بين أبويه إذا افرقا، رقم: 1357، 31/3. قال الترمذي بعد تحريجه: "حديث أبي هريرة حديث حسن صحيح". سنن الترمذي، 31/3.

⁶ كالأثر المروي عن عمارة الحرمي رضي الله عنه قال: "خبرني علي رضي الله عنه، بين أمي، وعمي، ثم قال لآخ لي أصغر مني: وهذا أيضاً لو قد بلغ مبلغ هذا حيزته"، وقال في الحديث: "وكنث ابن سبع أو ثمان سنين". يُنظر: الشافعي، المسند، 63/2. والبيهقي، السنن الكبرى، 6/8. وقال عنه الألباني: "حديث ضعيف". إرواء الغليل، 252/7.

الباب الثاني: أثر العرف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

مَا تَحْتَاجُ إِلَيْهِ الْبِنْتُ¹. وَيَحْتَاجُ الشَّافِعِيَّةُ بِأَحَادِيثِ التَّخْيِيرِ السَّابِقَةِ ذَاتَهَا، إِلَّا أَنَّهُمْ يَرُونَ أَنَّ الْأُنْثَى تُقَاسُ عَلَى الذَّكَرِ فِي الْحُكْمِ، إِذْ لَا فَرْقَ بَيْنَهُمَا².

وَالنَّاظِرُ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ يَجِدُ أَنَّ الْفُقَهَاءَ قَدْ اخْتَلَفُوا فِي تَحْدِيدِ مَدَّةِ الْحِضَانَةِ تَبَعًا لاجتهادهم فيها بحسب أحوال الزَّمان والأولاد وما يجري فيها من عادات، ولقد أوضح متأخرو الحنفية ذلك، فقدروا سنًا معينة لانتهاء حضانة الصَّغير أو الصَّغيرة استنادًا إلى أحوال زماهم وأولادهم، فقدروها بسبع سنوات للصَّغير، وتسع سنوات للصَّغيرة، أو بتسع سنوات للصَّغير، وإحدى عشرة سنة للصَّغيرة³.

الرأي الراجح: بعد عرض أقوال الفقهاء وأدلتهم ومناقشتها، يميل الباحث إلى ترجيح القول قول المالكية، الذي مضمونه أَنَّ حضانة الذَّكر تمتدُّ للبلوغ، وحضانة الأنثى حتى تتزوَّج ويُدْخَلَ بها؛ لأنَّ ذلك فيه مصلحة للمحضون، فالولد -ذكرًا كان أم أنثى- قبل البلوغ يكون بحاجة إلى عناية أمه به والقيام بشؤونه. أمَّا القول بتخيير الولد كما هو عند الشَّافعية والحنابلة غير مقبول، لأنَّه لا قول له، ولا يعرف حظُّه، وقد يختار غالبًا من يترك تأديبه، فيؤدي إلى فسادِه.

2. أثر العرف في انتهاء مدَّة الحضانة في التشريع الجزائري: حدَّد المشرِّع مدَّة انتهائها بقوة القانون أو بحكمه، وتفصيل ذلك يكون من النَّاحيتين الآتيتين:

أ. من النَّاحية القانونيّة: أشار المشرِّع إلى أَنَّ مدَّة حضانة البنت تنتهي ببلوغها سنَّ الزَّواج؛ أي تسع عشرة سنة⁴، وهو الأمر الذي أكَّد عليه نصُّ المادة: 65 من ق أ ج: "تنقضي مدَّة حضانة الأنثى ببلوغها سنَّ الزَّواج"⁵. في حين مدَّة حضانة الابن فتنتضي ببلوغ سنَّ عشر سنوات، وهذا ما أشارت إليه المادة: 65 من ق أ ج: "تنقضي مدَّة حضانة الذَّكر ببلوغه 10 سنوات... وللقاضي أن يُمدِّد الحضانة للذَّكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أمًّا لم تتزوج ثانية"⁶.

¹ يُنظر: ابن قدامة، المغني، 8/240-241.

² يُنظر: العمراني، البيان في مذهب الإمام الشَّافعي، 11/288.

³ يُنظر: ابتسام عيسى محمود، العرف وأثره في بعض الأحكام المتصلة بالأسرة في الفقه والقانون -النَّفقة والحضانة أمثلة- (مقال)، ص583.

⁴ وهذا ما نصَّت عليه المادة: 01/07 من الأمر 02/05.

⁵ يُنظر: المادة: 65 من الأمر 02/05.

⁶ يُنظر: المادة: 65 من الأمر نفسه.

الباب الثاني: أثر العُزف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

يُفهم من هذا النص أن مدة الحضانة للذكر كقاعدة عامة هي بلوغه سنّ العاشرة من عمره، لكن يجوز في حالات استثنائية تمديدتها بأمر من القاضي إلى سنّ التمييز، وهو ست عشر سنة، بشرط أن تكون الحاضنة هي الأم ولم تتزوج ثانية، بعد طلاقها¹.

إنّ ما ورد في نصّ المادة: 65 من ق أ ج هو أقرب للمذهب المالكيّ الذي حدّد إنهاء سنّ الحضانة للذكر بالبلوغ، ولا شكّ أنّ في إعطاء السُّلطة التقديرية للقاضي في تمديد سنّ الحضانة إلى ست عشرة سنة يتمشى مع شرط البلوغ الذي قال به المالكيّة، إذ أنّ سنّ البلوغ يختلف من منطقة لأخرى بسبب الحرارة والبرودة، فالسنّ من العشر سنوات إلى السادسة عشر سنة يتوافق مع فترة البلوغ للذكر، وذلك بحسب تغيّر المناخ. أمّا بالنسبة للأنثى فقد حدّدوا انتهاء سنّ الحضانة لها بلوغها سنّ الزواج، بل قد اشترط فقهاء المذهب المالكيّ أن يتمّ الدُخول بها².

ب. من الناحية القضائية: قضى القضاء الجزائري بأنّ انتهى مدة حضانة البنت تنقضي بقوة القانون ببلوغها سنّ الزواج، وإلى هذا أشار القرار الصادر في: 2006/1/4م، حيث قضى بأنّه: "تنقضي حضانة البنت بقوة القانون، ببلوغها سنّ الزواج، دون اللجوء إلى القضاء لإسقاطها"³. لكن قد تنتهي حضانة البنت قبل هذا السنّ في حالة ما إذا تزوّجت بناء على إذن مسبق، وقد يستعمل الأب هذه الطريقة إذا كانت هي الوحيدة المحضونة عند أمّها من أجل استرجاع السكّن الممنوح للحاضنة أو يتنصّل من دفع أجرة السكّن إن كان مستأجرًا⁴.

غير أنّ هناك حالات غير عادية لا يزال فيها الطّفل المحضون بحاجة ماسّة لخدمة النّساء رغم بلوغه هذه السنّ؛ كالمجنون، والمعتوه، أو المعاق والمريض الذي يعجز عن القيام بشيء دون مساعدة⁵، ولهذا كان أمره مَفُوضًا إلى القاضي يختار له الأصلح، فإنّ كان بقاؤه مع أمّه أصلح له حَكَمَ بإبقائه معها، وإن كان العكس حكم بانتهاء الحضانة⁶.

¹ يُنظر: الغوثي بن ملحّة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ص 132.

² يُنظر: نصر سلمان وسعاد سطحي، أحكام الطّلاق في الشّريعة الإسلاميّة - دراسة مقارنة مع قانون الأسرة -، ص 213. وثناء عمري، التّطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها في قانون الأسرة، ص 53.

³ م ع، غ أ ش، ملف رقم 347914، قرار بتاريخ 2006/1/4م، م م ع، ع 1، 2006م، ص 449.

⁴ يُنظر: عيسى حداد، الحضانة بين القانون والاجتهاد القضائي (مقال)، ص 198.

⁵ يُنظر: زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغاربيّة للأسرة - دراسة مقارنة -، ص 89.

⁶ يُنظر: مصطفى شلي، أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة بين المذاهب السنية والمذهب الجعفي والقانون، ص 784.

الباب الثاني: أثر العُرف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

وهذا ما أكدت عليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ: 2008/7/11م، حيث من المقرر قانوناً وطبقاً للمادة 65 من ق أ ج: "تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات... وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحضانة أمّا لم تتزوج ثانية، وبقضاء قضاة الموضوع بانتهاء حضانته لتجاوزه سن 10 سنوات فإنهم قد أخطأوا في تطبيق القانون لَمّا لم يراعوا المصلحة"¹. ثم إنَّ التّمديد يتعلّق بالذكر دون الأنثى، فإذا ما انتهت حضانة الفتاة لا يحقُّ أصلاً لأيٍّ من الحواضن طلب تمديد أجل انتهاء حضانتها².

بناءً على ما سبق؛ يظهر أنَّ تحديد سنِّ انتهاء حضانة الذكر بالنسبة للنساء داخلاً تحت أحكام العُرف والسياسة الشرعية، من حيث جواز الاجتهاد فيه وتغيّره بتغير الزّمان والمكان والأعراف والعادات، فلا يعني تحديد متأخري الحنفية آخر سنِّ حضانة النساء للذكر بسبع سنوات، أن يستمر ذلك إلى ما لا نهاية في كلّ عصر ومجتمع، أو بالنسبة لأيٍّ غلامٍ، وإمّا الذي نصَّ عليه الحنفية هو السنُّ الذي يستغني فيه الغلام عن خدمة النساء.

ولا شكَّ أنَّ هذه السنُّ تختلف بين غلام وآخر، كما تختلف بين زمان وآخر، وبيئة وأخرى. فلو حكم القضاء بانتهائها بسنِّ العاشرة عند الذكر كما هو الحال عند المشرّع الجزائري³، أو الحادية عشر لاستغناء الصّغير عن حضانة النساء، لا يكون مخالفاً لنصِّ الحنفية، لاختلاف العادة والأمر مجتهد فيه، ومتروك لمراعاة مصلحة المحضون من قبل القاضي⁴.

ثانياً- أثر العُرف في سفر الحاضنة بالمحضون بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

إن مسألة سفر الحاضنة بالمحضون من المسائل الحساسة التي قد تؤثر إيجاباً أو سلباً على سلامة المحضون وأمنه، ونظراً لما تكتسبه هذه المسألة عند فقهاء الشريعة والقانون، ارتأيت تناولها من الناحية الفقهية ثم التشريعية، وبيانهما يكون كالآتي:

¹ م ع، غ أ ش، ملف رقم 1453، قرار بتاريخ 2009/12/10م، (قرار غير منشور) نقلاً عن: حسين بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، ص222.

² يُنظر: عبد العزيز سعد، الزّواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ص299.

³ يُنظر: المادة: 65 من الأمر 02/05.

⁴ يُنظر: عبد الفتاح عمرو، السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية، ص109-110.

الباب الثاني: أثر العُرف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

1. أثر العُرف في سفر الحاضنة بالمحضون في الفقه الإسلامي: إذا أراد أحد الأبوين السفر بالولد المحضون والآخر مقيم، فأيهما أحق بذلك؟ للإجابة عن هذا السؤال لا بُدَّ أن أعرض أقوال فقهاء المذاهب الأربعة في هذه المسألة، وإليك ذلك:

المذهب الحنفي: إذا كانت الأم هي الحاضنة في حال قيام الزوجية، أو أثناء العدة من طلاق أو تطليق أو خلع أو وفاة، فمكان الحضنة: هو البيت الذي تقيم فيه مع الزوج أو البيت الذي تمارس فيه حق الحضنة، ولا يجوز لها الانتقال منه إلا بإذنه؛ لأنَّ الزوجة ملزمة بمتابعة زوجها والإقامة معه حيث يقيم، والمعتدة يلزمها البقاء في مسكن الزوجية، سواء مع الولد أم بدونه¹، لقوله ﷺ: **«وَلَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ»** [الطلاق: 1].

ثم إنَّ الزوجة مُنْقِضِيَّةُ الْعِدَّةِ إذا أَرَادَتْ الخروج بولدِها من البلدِ المقيمة فيه إلى بلدِها الذي وَقَعَ النِّكَاحُ فيه؛ فَلَهَا ذَلِكَ؛ لِأَنَّ الْمَانِعَ هُوَ ضَرَرُ التَّفْرِيقِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ وَلَدِهِ وَقَدْ رَضِيَ بِهِ، لِوُجُودِ دَلِيلِ الرِّضَا وَهُوَ التَّرْجُوحُ بِهَا فِي بَلَدِهَا؛ لِأَنَّ مَنْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً فِي بَلَدِهَا فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ يُقِيمُ فِيهِ، وَالْوَلَدُ مِنْ ثَمَرَاتِ النِّكَاحِ، فَكَانَ رَاضِيًا بِحَضَانَةِ الْوَلَدِ فِي ذَلِكَ فَكَانَ رَاضِيًا بِالتَّفْرِيقِ، إِلَّا أَنَّ النِّكَاحَ مَا دَامَ قَائِمًا يَلْزِمُهَا اتِّبَاعُ الزَّوْجِ فَإِذَا زَالَ فَقَدْ زَالَ الْمَانِعُ².

وإن كان الذي جرى فيه النِّكَاح هو القرية وأرادت الانتقال إليها، وهو يسكن المدينة، فالأب أحق بالصَّغِيرِ، لأنَّ في انتقاله إلى القرية إلحاق ضررٍ به لِتَحْلُوقِهِ بِأَخْلَاقِ أَهْلِهَا، وإن كان الأمر بالعكس؛ أي: الانتقال من القرية إلى المدينة فَلَهَا ذَلِكَ؛ لِأَنَّ فِيهِ مَصْلَحَةٌ لِلصَّغِيرِ، وَلَا ضَرَرَ عَلَى الْأَبِ فِيهِ. وَلَيْسَ لِلْوَلِيِّ إِخْرَاجُ الْمَحْضُونِ مِنْ بَلَدِ أُمِّهِ بِلَا رِضَاهَا مَا بَقِيَتْ حَضَانَتُهَا، فَلَوْ انْتَقَلَ إِلَى بَلَدٍ آخَرَ غَيْرَ بَلَدِ الْحَاضِنَةِ فَلَيْسَ لَهُ أَخْذُ الْوَلَدِ مَعَهُ مَا دَامَتْ حَضَانَتُهَا قَائِمَةً، وَلَا يَسْقُطُ حَقُّهَا فِي الْحَضَانَةِ بِانْتِقَالِهِ، سَوَاءً أَكَانَ الْبَلَدُ قَرِيبًا أَمْ بَعِيدًا، وَسَوَاءً أَكَانَ السَّفَرُ بِقَصْدِ الْإِقَامَةِ أَمْ التَّجَارَةِ أَمْ الزِّيَارَةِ؛ لِأَنَّ الْحَضَانَةَ حَقُّ الْحَاضِنَةِ، وَلَا يَمْلِكُ الْوَلِيُّ إِسْقَاطَ هَذَا الْحَقِّ³.

¹ - يُنظر: المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدي، 38/2-39، والكاساني، بدائع الصَّنائع في ترتيب الشُّرائع، 246/8.

² - يُنظر: الكاساني، المصدر نفسه، 247/8.

³ - يُنظر: ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدَّقَائِق، 187/4.

الباب الثاني: أثر العزف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

المذهب المالكي: ذكروا أنَّ من شروط الحضانة أنَّ لا يسافر الولي الحر عن المحضون أو يسافر هي سفر ثقلة وانقطاع من بلد إلى بلد مسافة ستة برز¹ فأكثر على المعتد، فللولي نزعها لا أقل من ذلك، وله أخذ الولد من حاضنته، بشرط أمن الطريق وأمن المكان المقصود، ويسقط حقها في الحضانة، إلا إذا سافرت مع الولي، فلا تسقط حينئذ حضانتها بانتقاله. ولا يسقط حقها في الحضانة بسفر التجارة والزيارة والحج ونحوه². ودليلهم: "أنَّ حق الولي في الحضانة أقوى من حق الحاضنة؛ لأنَّ التربية الروحية مُقدَّمة على التربية البدنية، والولي أقدر من الحاضنة على تلك التربية"³.

المذهب الشافعي: فرَّقوا بين سفر الحاجة وسفر الثقلة، فإنَّ أراد أحد الزوجين المطلق سفر حاجة كتجارة وحج، كان الولد مع المقيم حتى يعود، وإن كان السفر من أحدهما سفر ثقلة، فالأب أولى من الأم بالحضانة، بشرط أمن الطريق وأمن المقصد احتياطاً لحفظ النسب، فإنه يُحفظ بالآباء، أو رعاية لمصلحة نحو التعليم والصيانة وسهولة الإنفاق⁴.

المذهب الحنبلي: متى أراد أحد الأبوين الانتقال بالمحزون إلى بلد آمن، مسافة القصر فأكثر، ليسكنه، وكان الطريق أيضاً آمناً، فالأب أحقُّ به؛ لأنَّه الذي يقوم عادة بتأديبه وحفظ نسيه، أما إنَّ أراد أحد الأبوين نقله إلى بلد قريب دون مسافة القصر من بلد الآخر لسكنى، فالأمُّ أحقُّ بحضنته؛ لأنَّها أتمُّ شفقة⁵.

الترجيح: بعد عرض أقوال الفقهاء في المسألة، فالقول الذي يميل الباحث إلى ترجيحه هو قول الحنفية من أنَّه لا يجوز للأب أن يأخذ ولده من حضنة أمه ما دامت الحضانة قائمة، وهذا الرأي هو الأقرب للعدل، والأحوط لعدم مضارة الولي للأم الحاضنة.

كما يمكن للأب رؤية ولده متى شاء دون إرهاب للأم، كأن يسافر إليه فيراه، وإن تيسر للأم أن تُقيم قريباً من الأب فذلك أفضل لهما حتى يقوم أمه بتربيته وأباه بالإشراف عليه.

¹ - البريد: 12 ميلاً أو أربعة فراسخ؛ ويُساويان 22176 متراً، والستة برد 133 كلم. يُنظر: وهبة الزحيلي، الفقه المالكي الميسر، 291/3.

² - يُنظر: مالك بن أنس، المدونة، 259/2، والصَّاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، 761/2-762.

³ - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، 531/10.

⁴ - يُنظر: الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، 169/3. والزملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، 234/7.

⁵ - يُنظر: ابن قدامة، المغني، 242/8. والمرداوي، الإنصاف في معرفة الرَّاجح من الخلاف، 427/9.

الباب الثاني: أثر العُرف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

2. أثر العُرف في سفر الحاضنة أو الحاضن بالمحضون في التشريع الجزائري: أُبين هذه المسألة من الناحيتين الآتيتين:

أ. من الناحية القانونية: لم ينص المشرع في قانون الأسرة صراحة على مكان ممارسة الحضانة، ولكن الأكيد أنه لا يُجْبَد الانتقال بالمحضون إلى بلد أجنبي، وجعله من مُسقطات الحضانة إذا حكم القاضي بذلك طبقاً لنص المادة: 69 من ق أ ج حيث جاء فيها: "إذا أراد الشخص المُوَكَّل له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون".

وعليه فإنّه إذا أراد الحاضن أن يستوطن في بلد أجنبي فإنَّ حقّه في الحضانة يسقط، إلّا إذا قدّر القاضي بأنَّ مصلحة المحضون تقتضي بقاءه مع حاضنه، حيث أنه في مثل هذه الحالة يجوز للقاضي إثبات حق الحضانة للحاضن ولو خرج به إلى بلد أجنبي. أمّا إذا كان الانتقال بالمحضون داخل الوطن فلا مجال للحديث عن سقوط حقّه في الحضانة¹.

ب. الناحية القضائية: لم تستقر المحكمة العليا على موقف ثابت فيما يتعلّق بمسألة إسناد حضانة الطّفل لأُمّه المقيمة خارج الثّراب الوطني، حيث جاء في قرارها المؤرخ: 2005/10/12م: "من المُقرّر قانوناً وشرعاً أنَّ الحضانة تُسندُ على أساس مصلحة المحضون، وأنَّ إسنادها لأُمّ ثبت أنّها تُقيم في بلد أجنبي بعيداً عن أبيهم يُعدُّ خطأ في تطبيق القانون والاجتهاد القضائي"². وبالتالي قضت المحكمة برفض إسناد حضانة الطّفل لأُمّه المقيمة بالخارج.

لكن يجد الباحث أنَّ المحكمة العليا قد تراجع عن موقفها في قرارها المؤرخ في: 2008/3/12م لما أجازت إسناد حضانة الأطفال لأُمّه المقيمة بالخارج بقولها: "يمكن إسناد حضانة الأبناء للأُمّ المقيمة خارج إقليم الجمهورية الجزائرية مراعاة لمصلحتهم"³. "فالمشرع لم يفرّق بين استيطان الحاضن أو الحاضنة خارج الوطن، بقدر ما راعي مصلحة المحضون التي يرجع تقديرها

¹ يُنظر: عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، ص156.

² م ع، غ أ ش، ملف رقم 334543، قرار بتاريخ 2005/10/12م، ن ق، ع 62، 2008م، ص381. نقلاً عن:

جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، 1467/3.

³ م ع، غ أ ش، ملف رقم 426431، قرار بتاريخ 2008/3/12م، م م ع، ع 1، 2008م، ص271.

الباب الثاني: أثر العُرف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

إلى القاضي"¹. كما أنه يستوي عنده الانتقال إلى بلد أجنبي مسلم أو غير مسلم؛ فيظل المستقر في بلد أجنبي غير مسلم متمتعًا بحق الحضانة طالما لم تثبت رَدُّته عن الإسلام، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها المؤرخ: 2008/9/10م بقولها: "لا يسقط اكتساب الحاضنة جنسيةً أجنبيةً، حقّها في الحضانة، طالما لم تثبت رَدُّتها عن الدين الإسلامي"².

غير أنه كان الأحرى بالمشرع الجزائري أن يراعي الانسجام بين نصوص مواد قانون الأسرة واجتهادات المحكمة العليا؛ لا سيما تلك المرتبطة ببعضها في المعنى والسياق، لذا كان عليه أن يُميّز بين البلاد الأجنبية المسلمة، والبلاد الأجنبية غير المسلمة في نصّ هذا القرار، انسجامًا مع نص المادة: 62 من ق أ ج التي ألزمت بأن ينشأ المحضون على دين أبيه؛ وهي تقصد بذلك الدين الإسلامي طبعًا، فالنصوص القانونية تُكَمِّل بعضها بعضًا، لذا وجب مراعاة هذا الارتباط والتكامل أثناء الصياغة³.

بناء على ما سبق، يبدو للباحث أنّ ما ذهب إليه الحنفية من مراعاة مكان إجراء العقد والذي يعتبر دليلاً ضمنيًا على الرضا بحضانة الصّغير في البلد الذي جرى فيه العقد على الزّوجة وهو بلدها، فهو من السياسة الشرعية في اعتبار القرائن، وبالتالي اعتبار إجراء العقد بين الزوجين في بلد الزّوجة رضا من الرّوج بحضانة الصّغير في بلدها، لأنّ الحضانة من آثار عقد الرّوج، وهذا الرضا الضمني من الرّوج مع أنّه لم يُصرّح به ولم يذكره في العقد، فهو معتبر عندهم وتترتب عليه الأحكام مراعاة للقرينة واعتبارًا للعُرف في ذلك.

وكذلك أنّ في قولهم: إنّ انتقال المحضون إلى القرية فيه إلحاق ضرر به لتخلّقه بأخلاق أهلها، لم يرد نصّ من الشّارع، سوى ما رأوه من تحقّق مصلحة المحضون باكتسابه الأخلاق الحميدة في المدينة. وبالتالي فإنّ التعليل لا يستقيم في كلّ الأحوال، إذ أنّ الحكم يتغيّر بين زمان وآخر وبين مجتمع وآخر. ثم إنّ المدينة في وقتنا الحالي أصبح فيها من صخب وسوء أخلاق وانتشار لوسائل اللّهو المحرّم، كلّ ذلك يدفع الولد ويوجّهه إلى الفساد ما لم يكن له وازع قوي

¹ محفوظ بن صغير، أحكام الرّواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدّل، ص294.

² م ع، غ أ ش، ملف رقم 457038، قرار بتاريخ 2008/9/10م، م م ع، ع 2، 2008م، ص313.

³ يُنظر: عمر بوعلالة، دور التّفقيّد الفقهيّ في ضبط الاجتهاد القضائيّ - أحكام الأسرة في التّشريع الجزائريّ نموذجًا -، ص248.

الباب الثاني: أثر العُرف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

وحماية غير عادية، وهذا الأمر ليس موجوداً في القرى بهذه الصُّورة والخطورة هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى فإنَّ القرى الآن أصبحت تتمتع بوسائل العيش والعلم والمعرفة ممَّا لا يضيع الولد فيها، بل إنَّ في القرى بُعداً عن المفاصد الموجودة في المدن لعدم توفرها فيها، فيكون حظُّ المحضون ومصلحته بالعيش والاستقرار في القرية دون المدينة، وبناءً على ذلك لا يمكن أن يكون الانتقال بالولد من القرية إلى المدينة مسقطاً للحضانة في كلِّ الأحوال والأزمان¹.

وحاصل الأمر عند الفقهاء هو رعاية مصلحة الصَّغير في كون اجتهادهم في هذه المسألة مستنده المصلحة، وما ذكره الحنفية يختلف من عصر إلى عصر، وكذلك الأمر لِمَا ذكره الشافعية والحنابلة²، وإذا كان الأمر كذلك فإنَّه يجب على القاضي في كلِّ قضية تُعرض عليه أن يُحقِّق مصلحة المحضون، وعليه أن يُراعي في قضائه ظروف المكان والزَّمان والحادثة ويُطبِّق في شأنها ما يهديه إليه اجتهاده، مع مراعاة مصلحة المحضون في كلِّ حال³.

هذا وإنَّ مسألة سفر الحاضن أو الحاضنة بالمحضون والتَّقلُّب به من بلد إلى آخر تخضع لمبدأ "مراعاة مصلحة المحضون"، وهذا المبدأ متروك لقاضي الموضوع الذي له كامل الصَّلاحية في تقدير مصلحة المحضون، إلَّا أنَّ هذه السُّلطة تختلف نسبة تقديرها من قضية إلى أخرى كما هو الشَّأن في القضيتين السَّابقتين، وحسب الطُّروف والأحوال والأعراف.

وعلى الرُّغم من ذلك فإنَّ القاضي يجد صعوبة في اختيار الحكم الصَّائب والأحقُّ ممَّا يتعيَّن على المحكمة العليا اللُّجوء إلى توحيد الاجتهاد القضائي في المسائل المتعلِّقة بمصلحة المحضون ومنها مسألتنا هذه. ومع تجدُّد أحكام الحضانة مع كلِّ حدث لا بُدَّ من تجديد النَّظر في مواد قانون الأسرة الجزائري وإجراءات المحاكم المتعلِّقة بالحضانة ووضع القيود والشُّروط التي تُناسب كلَّ عصر لتحقيق الصَّالح العامِّ للمحضون وبشكل دقيق في ضوء مستجدات العصر.

وبطبيعة الحال فالعُرف له أثر ملحوظ في الفقه الإسلامي، وسيبقى باباً واسعاً لنمو التشريع وتطوره. كما أنَّ قاعدة "مراعاة مصلحة المحضون" تُعتبر قاعدة فقهية مُهمَّة لكن يصعب صبُّها في

¹ - يُنظر: عبد الفتاح عمرو، السَّياسة الشَّرعية في الأحوال الشَّخصية، ص 113-114.

² - يُنظر: محمود علي السَّروطوي، شرح قانون الأحوال الشَّخصية، ص 579.

³ - يُنظر: عبد الفتاح عمرو، المرجع السَّابق، ص 114.

الباب الثاني: أثر العُرف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

مادة قانونية فهي متعارف عليها رغم عدم تحديد محتواها، فهي تبقى قاعدة مرنة تتأقلم مع الأزمنة والأمكنة وبكل طفل محضون¹.

ثالثاً- أثر العُرف في حق رؤية المحضون وزيارته بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري:

إذا كان حق رؤية المحضون وزيارته هو حق مقرر لكل من والدي المحضون، فهل هذا الحق مطلق أم مقيد في كل من الشرع والقانون، لذا ارتأيت أن أفصل في هذه المسألة على النحو الآتي:

1. **أثر العُرف في حق رؤية المحضون وزيارته في الفقه الإسلامي:** اتفق الفقهاء على أن لكل من أبوي المحضون إذا افترقا حق رؤية ولده وزيارته، وعلى تحريم منع أحدهما من زيارة المحضون لما في ذلك من الحمل على قطيعة الرحم²، لكنهم ذكروا آراءً مختلفة نسبياً، بحسب تقدير المصلحة لكل من الولد والوالد الذي يكون ولده في حضانة غيره. وفيما يأتي بيانها:

مذهب الحنفية والمالكية: قالوا: إن الولد متى كان عند أحد الأبوين، فلا يمنع الآخر من رؤيته وتعهده إن أراد ذلك. ولا يُجبر أحدهما على إرساله إلى مكان الآخر، بل يخرج كل يوم إلى مكان يمكن للآخر أن يراه فيه، والحد الأقصى كل أسبوع مرة كحق المرأة في زيارة أبويها³. في حين ذكر المالكية أن للأم أن ترى أولادها الصغار كل يوم مرة، وأولادها الكبار كل جمعة مرة. والأب مثل الأم في الرؤية قبل سن التعليم، وأمّا بعد بلوغ هذه السن، فله مطالعة ولده من وقت لآخر⁴.

مذهب الشافعية والحنابلة: فقد نصوا بأن الولد يخير، فإذا اختارت أنثى أمها، فإنها تكون عندها ليلاً ونهاراً، ويؤورها الأب على العادة مرة في يومين فأكثر، إن كان منزلها قريباً فلا بأس أن يدخل كل يوم، ويمنع من زيارتها ليلاً للعادة لما فيه من التهمة والريبة، وأمّا إذا اختار الذكر أمه فإنه يكون عندها ليلاً، ويكون عند أبيه نهاراً يؤدبه ويعلمه أمور الدين والمعاش والحرفة⁵.

¹ يُنظر: فريال بن جدي، تأثير العُرف في آثار الحضانة (مقال)، ص 208.

² يُنظر: فتاوى الشبكة الإسلامية معدلة، 118/3.

³ يُنظر: الحَصَكْفِي، الدر المختار، 257/1. وابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، 571/3.

⁴ يُنظر: الرُّقَاقِي، شرح الرُّقَاقِي على مختصر خليل، 444/4. والدَّرْدِير، الشَّرح الكبير، 512/2.

⁵ يُنظر: النَّوَوِي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، 105/9. والبحيرمي، حاشية البحيري على الخطيب، 109/4.

الباب الثاني: أثر العرف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

أَمَّا إِنْ اخْتَارَ الذَّكَرُ أَبَاهُ فَإِنَّهُ يَكُونُ عِنْدَهُ لَيْلًا، وَنَهَارًا، وَيُرْسَلُهُ إِلَى أُمِّهِ لِنَظَرِ إِلَيْهِ، وَلَا يُكَلِّفُهَا الْمَجِيءُ إِلَيْهِ، وَكُلُّ ذَلِكَ حَسَبَ الْعَادَةِ. فَإِنْ مَرَضَ الْمَحْضُونُ فَأَلَامُ أَوَّلَى بِتَمْرِضِهِ ذَكَرًا أَوْ أُنْثَى؛ لِأَنَّهَا أَشْفَقُ بِهِ¹. فِي حِينَ قَالَ الْحَنَابِلَةُ: إِنَّ الْغُلَامَ إِذَا اخْتَارَ أَبَاهُ كَانَ عِنْدَهُ لَيْلًا وَنَهَارًا، وَلَا يُمْنَعُهُ مِنْ زِيَارَةِ أُمِّهِ وَلَا يُمْنَعُ هِيَ مِنْ تَمْرِضِهِ، وَإِنْ اخْتَارَهَا كَانَ عِنْدَهَا لَيْلًا، وَعِنْدَهُ نَهَارًا لِيُؤَدِّبَهُ وَيُعَلِّمَهُ الصَّنَاعَةَ وَغَيْرَهَا.

أَمَّا الْبِنْتُ فَتَكُونُ عِنْدَ أَبِيهَا بَعْدَ تَمَامِ سِنِّ السَّابِعَةِ إِلَى الرَّفَافِ، وَلَا يُمْنَعُ أَحَدُ الْأَبَوَيْنِ مِنْ زِيَارَتِهَا عِنْدَ الْآخَرِ، وَإِنْ مَرَضَتِ الْبِنْتُ، فَأَلَامُ أَحَقُّ بِتَمْرِضِهَا فِي بَيْتِ الْأَبِ، لِحَاجَتِهَا إِلَى ذَلِكَ²، وَالْأُمُّ تَزُورُ ابْنَتَهَا وَالْعَلَامُ يَزُورُ أُمَّهُ عَلَى مَا جَرَتْ بِهِ الْعَادَةُ عِنْدَ فَقْهَاءِ الشَّافِعِيَّةِ وَالْحَنَابِلَةِ مَرَّةً كُلَّ يَوْمَيْنِ، أَوْ يَوْمًا فِي الْأُسْبُوعِ، وَلَا تَكُونُ كُلَّ يَوْمٍ³.

فَإِنْ تَغَيَّرَتِ الْعَادَةُ عُمِلَ بِعَادَةِ الْوَقْتِ، لَا بِمَا هُوَ مَنْصُوصٌ عَلَيْهِ فِي كُتُبِ الْفُقَهَاءِ. هَذَا بِخِلَافِ فَقْهَاءِ الْحَنَفِيَّةِ، وَالْمَالِكِيَّةِ الَّذِينَ لَمْ يَتَعَرَّضُوا لِمَسْأَلَةِ زِيَارَةِ الْأَبِ الْمَحْضُونِ مُطْلَقًا، إِلَّا أَنَّهُ يَتَخَرَّجُ الْقَوْلُ فِيهَا عَلَى قَوْلِهِمْ إِذَا بَلَغَ الْمَحْضُونُ سِنَّ التَّخْيِيرِ، وَكَانَ عِنْدَ أَحَدِهِمَا لَيْلًا وَنَهَارًا؛ لِأَنَّهُ فِي فِتْرَةِ الْحِضَانَةِ يَكُونُ عِنْدَ أُمِّهِ لَيْلًا، وَنَهَارًا سِوَاهُ كَانَ ذَكَرًا، أَمْ أُنْثَى، وَأَنَّهُ فِي حَالِ التَّنَازُعِ فِي حَقِّ الزِّيَارَةِ لِلْمَحْضُونِ فَإِنَّ الْعَرْفَ هُوَ الْمُحَكِّمُ فِي ذَلِكَ⁴.

2. أثر العرف في حق رؤية المحضون وزيارته في التشريع الجزائري: أبين هذه المسألة من خلال الناحيتين الآتيتين:

أ. من الناحية القانونية: إنَّ اسناد الحضانة لمستحقيها، والذي في الغالب الأعم للأم، باعتبارها أمًّا الأولى برعاية مصلحة المحضون إلا إذا وُجِدَ فيها ما يُسْقِطُهَا عَنْهَا، مِمَّا يَسْتَدْعِي إِيجَادَ وَسِيلَةٍ لِلْمَحَافَظَةِ عَلَى تَوَازُنِ الطِّفْلِ مِنْ جِهَةٍ، وَعَدَمِ الْإِضْرَارِ بِالْأُمِّ مِنْ جِهَةٍ أُخْرَى، وَذَلِكَ بِتَمَكِينِهَا مِنْ حَقِّ الزِّيَارَةِ وَرُؤْيَةِ الْمَحْضُونِ، وَهَذَا وَفَقًا لِلْمَادَّةِ 2/64 مِنْ ق أ ج: "على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزَّيَارَةِ".

¹ يُنْظَرُ: الرَّافِعِي، الشَّرْحُ الْكَبِيرُ، 96/10. وَابْنُ الْقَيِّمِ، الْمَصْدَرُ السَّابِقُ، 109/4.

² يُنْظَرُ: ابْنُ مَفْلَحٍ، الْمَبْدَعُ فِي شَرْحِ الْمَقْنَعِ، 188/7. وَابْنُ الْقَيِّمِ، كَشَافُ الْقِنَاعِ عَنْ مَتْنِ الْإِقْنَاعِ، 502/5.

³ يُنْظَرُ: الشَّرِّينِي، مَغْنِي الْحَتَّاجِ، 458/3. وَابْنُ الْقَيِّمِ، الْإِقْنَاعُ فِي فِقْهِ الْإِمَامِ أَحْمَدَ بْنِ حَنْبَلٍ، 161/4.

⁴ يُنْظَرُ: إِبْرَاهِيمُ عَبْدِ اللَّهِ بَاجْنِيدٍ، أَثَرُ الْعَرْفِ فِي الْفَرْقِ وَمَتَعَلِّقَاتُهَا مِنْ أَحْكَامِ فِقْهِ الْأُسْرَةِ -دراسة تطبيقية مقارنة-، ص 443.

الباب الثاني: أثر العُرف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

فالمشرّع الجزائري من خلال هذه الفقرة ضَمِنَ حقَّ الزَّيَارَةِ لِمَنْ لم تُسند له الحضانة، وذلك لما جاء بأسلوب الوجوب بلفظ "وعلى القاضي" لا على الاختيار، كما أنه ألزم القاضي بمنح حقَّ الزَّيَارَةِ ولو غفل عنه المعني بالأمر، وإلا سيكون الحكم معيباً؛ لأنَّ حقَّ الزَّيَارَةِ من النِّظام العامِّ. وإذا كان حقَّ الزَّيَارَةِ من الحقوق التي حماها القانون، نظراً لأهميته البالغة في ضمان الرِّعاية الدَّائمة لمصلحة المحضون¹، باعتبار أنَّ الحضانة هي جانب معنوي أكثر منه مادي، خاصّة في مرحلة الطُّفولة، فالأُمُّ ملزمة برعاية المحضون والإشراف عليه، إلّا أنّها قد تمنع من ذلك لأيِّ سبب جدِّي². ممَّا يتعيَّن على أب المحضون عدم منعها من أداء الواجب المعنوي من فترة إلى أخرى، لأنَّ الأب لا يقدر على أداء كلِّ الواجبات المعنويّة لوحده.

فحقَّ الزَّيَارَةِ حقٌّ مكفول بالقانون إذا كانت الحاضنة تقيم في الجزائر، وهو ما نصّت عليه المادة: 2/64 سالفه الذِّكر، ومكفول كذلك في حالة الرَّغبة في السَّفر خارج الوطن، استناداً لنصِّ المادة: 69 سالفه الذِّكر. فلا يجوز للأب أن يمنع الأمَّ من رؤية المحضون بسبب الخصومات التي نشأت أو قد تنشأ بينهما، لأنَّ هذا الأمر مخالف للشرع والقانون والعُرف، كون الصَّغير في حاجة أكبر إلى الأمِّ³.

والملاحظ على المشرّع أنّه لما أوجب على القاضي عند إسناده الحضانة لطرف أو لآخر أن يقضي حتماً لأحد الوالدين أو لهما معاً في حالة إسناده حضانة الطِّفل للغير بحقَّ زيارة المحضون من تلقاء نفسه حتى ولو لم يطلب منه أحدهما ذلك، والقانون بموقفه هذا يكون ألزم القاضي بأن يحكم بحقَّ الزَّيَارَةِ لمستحقِّها دون طلب منه ودون رقابة مسبقة⁴.

ب. من الناحية القضائية: لقد ركَّز المشرّع الجزائري عند إسناده الحضانة للحاضن ومنح حقَّ الزَّيَارَةِ للطَّرف الآخر على تكريس مبدأ "حماية مصلحة المحضون"، وقد ظهر ذلك جليّاً في بعض قرارات المحكمة العليا، والتي منها القرار المؤرخ في: 1990/4/16م، "متى أوجبت أحكام المادة

¹ يُنظر: بلحاج العربي، الوجيز في قانون الأسرة الجزائري، 386/1. وعبد العزيز سعد، الزَّواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ص296. ونورة منصوري، التَّطليق والخُلْع وفق القانون الشَّرِيعَة الإسلاميَّة، ص98.

² يُنظر المواد: 66، و67، و68 من ق أ ج، فقد ذكرت أسباب سقوط الحضانة (التَّزْوَج بغير قريب محرم وبالتنازل. باختلال أحد الشُّروط المنصوص عليها في المادة: 62. إذا لم يطالب بها من له الحق لمدة سنة بدون عذر).

³ يُنظر: سمية صغيري، المركز القانوني للمرأة في أحكام التَّطليق والخُلْع من خلال قانون الأسرة الجزائري، ص298-299.

⁴ يُنظر: عبد العزيز سعد، المرجع السَّابق، ص296. وقاسي عبد الله رؤوف، الحضانة في ظل قانون الأسرة، ص17-18.

الباب الثاني: أثر العُرف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

64 من قانون الأسرة على أن القاضي حينما يقضي بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة، فإنه من الواجب أن يكون ترتيب هذا الحق ترتيباً مرناً وفقاً لما تقتضيه حالة الصغار فمن حق الأب أن يرى أبنائه على الأقل مرة في الأسبوع لتعهدهم بما يحتاجون إليه والتعاطف معهم. ومن ثم فإنّ القرار المطعون فيه القاضي بترتيب حق زيارة الأب مرتين كل شهر يكون قد خرق القانون، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه¹.

وإذا اتفق الطرفان الحاضن والزائر على مواعيد الزيارة وكيفية ممارستها، ورأى القاضي في ذلك مصلحة المحضون قام باحترام موقفهما. هذا وإنّ حق الزيارة يُمنح في العطل والأعياد والمناسبات الدينية والوطنية، وأنّ المقصود بالعطل تحديداً هي العطل الأسبوعية والموسمية، وبذلك جرى القضاء على أنّ لزائر المحضون الحق في زيارته مرة كل أسبوع؛ أي خلال العطلة الأسبوعية، وأنّ أكثر من ذلك غير معمول به، وغير مُتبنّى من طرف القضاء².

بناء على ما سبق، يظهر تأثير العُرف على أوقات زيارة المحضون سواء في الفقه الإسلامي أو التشريع الجزائري. فالعادة في زمان فقهاء الشافعية والحنابلة تقر بأن تكون زيارة الطفل مرة كل يومين، أو كل أسبوع، ولا تكون كل يوم - كما مرّ معنا -، وهذا يعني أنّ عُرف الناس إذا تعيّر عمل بما عليه الناس في الوقت الحاضر، "فاستعمال الناس حجة يجب العمل بها"، لا بما هو منصوص عليه في كتب الفقهاء. ثم إنّ القضاء الجزائري قضى بأن ترتيب حق زيارة الأب مرتين كل شهر يُعدّ خرقاً للقانون، وإلى هذا أشار القرار المذكور سالفاً والمؤرخ في: 1990/4/16م³. أمّا بالنسبة لزمن الزيارة فهو من التاسعة صباحاً إلى غاية الرابعة مساءً، غير أنّه إن كان المحضون رضيعاً فإنّ وقت الزيارة يكون أقلّ من ذلك⁴.

¹ م ع، غ أ ش، ملف رقم 59784، قرار بتاريخ 1990/4/16م، م ق، ع 4، 1991م، ص 126.

² يُنظر: سعادي لعلّ، الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري - دراسة مقارنة -، ص 469.

³ ملف رقم 59784، قرار بتاريخ 1990/4/16م، قرار مذكور سابقاً، في الصفحة نفسها.

⁴ يُنظر: لحسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، ص 519-520.

المطلب الثاني: أثر العُرف في الآثار المالية لانحلال الزواج

في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

إذا وقعت الفُرقة بين الزوجين، بالفسخ أو بالطلاق بالإرادة المنفردة أو بالتطليق أو بالخلع، فإنه تترتب عليه آثار مالية، وأخرى غير مالية، غير أنني سأركز على متاع تجهيز البيت وجهازه باعتباره أثرًا ماليًا للعرف تأثير في أحكامه. لذا سأحدث عن: أثر العرف في متاع البيت وتجهيزه في (فرع أول)، ثم عن أثره في إثبات متاع البيت وجهازه وحل النزاع المتعلق بهما في (فرع ثانٍ)، وكل ذلك بين في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، وفيما يأتي بياهما:

الفرع الأول: أثر العُرف في متاع البيت وتجهيزه

في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

تعد قضية النزاع حول متاع البيت وتجهيزه أثرًا من الآثار المالية المترتبة على انحلال الرابطة الزوجية بالطلاق أو التطليق أو الخلع (نزع بين الطليقين أو المتخالعين)، أو بالوفاة (نزع بين الورثة وأحد الزوجين أو الطليقين)، كما أن هذه القضية قد نالت اهتمام فقهاء الشريعة الإسلامية قديمًا وحديثًا وكذا القانونيين ورجال القضاء. لذا ارتأيت أن أحدث في هذا الفرع عن أثر العرف في تجهيز بيت الزوجية في الفقه الإسلامي (أولًا)، ثم عن أثره في تجهيز بيت الزوجية في التشريع الجزائري (ثانيًا). وفيما يأتي تفصيلها:

أولًا - أثر العُرف في تجهيز بيت الزوجية في الفقه الإسلامي: غالبًا ما يساهم أفراد الأسرة في المجتمع الجزائري بتجهيز العروس بكل ما تحتاج إليه في حياتها الزوجية من متاع كالفراش والأدوات المنزلية وغيرها، من الصداق المقدم من زوجها، أو من مال والدها الخاص. ثم إن حكم تجهيز بيت الزوجية يقع على الزوج؛ لأنه ملزم بنفقات زوجته من طعام وكسوة ومسكن وفراش ومتاع وأدوات ضرورية وغير ذلك من جهات النفقة الثابتة عليه شرعًا¹. ثم إن الزوجة ليست ملزمة بإعداد بيت الزوجية وتجهيزه؛ لأن الصداق الذي أصدقها إياه هو حق خالص لها تتصرف فيه كيفما تشاء، من هبة، أو شراء جهاز، أو تحتفظ به.

¹ يُنظر: البابري، العناية شرح الهداية، 229/6. والمواق، التاج والإكليل لمختصر خليل، 541/5. والبحيرمي، حاشية البحيرمي على شرح المنهج، 106/4. والبهوتي، دقائق أولي النهى لشرح المنتهى، 226/3.

الباب الثاني: أثر العرف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

وليس للزوج أن يلزمها بالجهاز، أو يلزم أباه، إلا إذا كان الزوج قد قدم لها مالا زائدا عن الصداق بغرض إعداد بيت الزوجية¹. هذا وإنه في الغالب أن تجهيز العروس يكون من الصداق الذي يدفعه الزوج ويقبضه والدها، كما أنه قد يحدث وأن يساهم أحد أفراد أسرة العروس كأبيها أو أخيها أو جدّها بماله الخاص في ذلك، كما هو واقع عند الكثير من الأسر الجزائرية. لذا كان جدير بالباحث أن يفصل في كل حالة على حدة.

الحالة الأولى: تجهيز الأب لابنته من الصداق المقبوض من زوجها؛ فقد يتولّى الأب شراء الجهاز نيابة عن ابنته أو ولاية عليها بصداقها، فإذا جهّزها أبوها من صداقها، فإنّ المال الجديد يُسمّى الجهاز، ويحل محلّ المال القديم فيما يخصّ الملكية، ويصير الجهاز ملكا لها بمجرد الشراء ويحلّ بذمتها المالية كالأموال الأخرى، لكن التساؤل المطروح هنا هل الزوجة ملزمة بتجهيز نفسها؟² قد اختلف الفقهاء في من يقع على عاتقه من الزوجين إعداد بيت الزوجية وتجهيزه، على رأيين، وفيما يأتي بياهما:

الرأي الأول: ذهب جمهور الفقهاء³ إلى أنّ إعداد بيت الزوجية وتجهيزه ليس بواجب على الزوجة، ولا على أبيها، ولو كانت مشمولة بولايته سواء أكانت بكرًا، أم ثيبًا، وليس للزوج أن يلزم الزوجة بالجهاز، أو يلزم أباه، وإذا قامت بتجهيز البيت بما يلزمه من أثاث، وأدوات فهي متبرعة. والأصل أنّ الزوج هو ملزم بإعداد مسكن الزوجية وتجهيزه، كما يجب عليه توفير كلّ ما تحتاج إليه الزوجة من: كسوة، وفراش، ومتاع، وأدوات ضرورية؛ لأنّ ذلك كلّّه من النفقة الواجبة للزوجة على زوجها مسلمة كانت أو كافرة إذا سلّمت نفسها إلى منزله.

واستدل أصحاب هذا الرأي بقوله ﷺ: «**أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ**» [الطلاق:6]، وقوله: «**لِيَنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ**» [الطلاق:7]، «وَالْأَمْرُ بِالْإِسْكَانِ أَمْرٌ بِالْإِنْفَاقِ لِأَنَّهَا لَا تُمَكِّنُ مِنَ الْخُرُوجِ لِلْكَسْبِ لِكَوْنِهَا عَاجِزَةً بِأَصْلِ الْخَلْقَةِ لِضَعْفِ بَنِيَّتِهَا»⁴.

¹ يُنظر: سيد سابق، فقه السنّة، 167/2.

² يُنظر: رشيد مسعودي، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري - دراسة مقارنة-، ص84.

³ يُنظر: ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، 585/3. وسليمان الجمل، حاشية الجمل على شرح المنهج، 493/8. وابن

قدامة، المغني، 177/7.

⁴ الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، 332/2.

الباب الثاني: أثر العرف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

وبما رُوي عن جابر رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «وَلَهُنَّ عَلَيْكُمْ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ»¹.
وجه الاستدلال: دلّ الحديث على وجوب نفقة الزوجة على زوجها مقابل الاحتباس². فكان لازماً عليه نفقتها وكفالتها، ولأنّ "العزم بالنعيم"، و"الخراج بالضمان"³، والقاعدة الفقهية تقرّر هذا الحقّ فإنّ "من حبس لحق غيره، فنفقته واجبة على ذلك الغير"⁴.

أمّا إذا رُقّت المرأة إلى زوجها بلا جهاز، أو بجهاز قليل، لا يتناسب مع المهر الذي قدّمه الزوج، فليس له أن يطالبها، أو يطالب وليّها بجهاز، فلا يجوز له أن تجبر المرأة على أن تتجهّز إليه بشيء أصلاً، لا من صدّقها الذي أصدّقها، ولا من غيره من سائر مالها، والصدّق كلّها لها تفعل فيه كلّ ما شاءت، لا إذن للزوج في ذلك، ولا اعتراض⁵. ذلك أنّ الصدّق ليس عوض الجهاز؛ لأنّه عطاء ونحلة كما سمّاها القرآن. إذ قال تعالى: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾ [النساء:4]، فالصدّق ملك خالص للزوجة وهو حقّها على الزوج بمقتضى عقد الزواج، وليس ثمة مصدر من مصادر الشريعة ما يجعل المتاع حقّاً على المرأة، ولا يثبت حق من حقوق الزوج من غير دليل⁶.

الرأي الثاني: يرى المالكيّة أنّ الجهاز واجب على الزوجة الرشيدة، بمقدار ما تقبضه من الصدّق قبل الدخول على العادة والعرف في جهاز مثلها⁷، فإن لم تقبض شيئاً من الصدّق قبل الزفاف، فلا تُطالب بشيء، إلّا إذا اشترط الزوج عليها ذلك، أو كان العرف يلزمها به؛ لأنّ العرف جرى في جميع العصور، على أنّ الزوجة هي التي تُعدّ بيت الزوجيّة، وتجهّزه بما يحتاج إليه، وأنّ الزوج إنّما دفع الصدّق لهذا الغرض، فإذا لم تقبض شيئاً قبل الزفاف، فلا يكون هناك وجه

¹ الحديث سبق تخرجه، ص 225.

² السرخسي، المبسوط، 180/5-181. والصّاوي، بلغة السّالك، 729/2. والماوردي، الحاوي الكبير، 417/11. والنّووي، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، 184/8. وعبد الرحمن المقدسي، الشّرح الكبير على متن المقنع، 229/9.

³ يُنظر: الكاساني، بدائع الصّنائع في ترتيب الشّرائع، 15/4. والزّيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدّقّائق، 51/3.

⁴ يُنظر: ابن الهمام، فتح القدير، 417/9.

⁵ ابن حزم، المحلى بالآثار، 507/9.

⁶ يُنظر: محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصيّة، ص 226-227. وأحمد الصويغي شليبيك، العرف وأثره في الأحوال الشخصيّة في الفقه الإسلامي والقانون الكويتي (مقال)، ص 231-232.

⁷ خليل بن إسحاق، مختصر العلامة خليل، ص 108.

الباب الثاني: أثر العرف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

لمطالبة الزوجة بالجهاز، كما لا يكون له مطالبتها بجهاز يزيد على مقدار ما قبضت من الصداق إذ الحقوق متقابلة¹، فقد روي عن علي عليه السلام أنه قال: "جَهَّزَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فَاطِمَةَ فِي خِمِيلٍ²، وَقِرْبَةٍ، وَوِسَادَةٍ حَشَوَهَا إِذْخِرٌ"³.

وظاهر دليل المالكية على وجوب إلزام الزوجة بتجهيز مسكن الزوجية؛ لأنَّ العرف جرى على أنَّ المرأة هي من تُعدُّ بيت الزوجية، والزَّوج يدفع الصَّدَاق من أجل ذلك، ولكن إذا كان العرف جارٍ على خلاف ذلك، كأن يكون الزوج هو الملزم بالجهاز، أو يكون التَّجهيز مشاركة بينهما، فيجب اتباعه، لذا قَيِّدُوا وجوب إلزام الزوجة بتجهيز بيتها بعدم وجود عرف، أو شرط يقضي بخلاف ذلك⁴.

ومن هنا قرَّر المالكية أنَّه لا يجوز للزوجة أن تُنفق من صداقها شيئاً على نفسها ولا تقضي به ديناً عليها إلا إذا كانت محتاجة للنفقة، فإنَّها تُنفق منه وتكتسي الشيء القليل المعروف⁵. وإذا كان إعداد الجهاز حقاً على الزوجة، كان للزوج حق الانتفاع به على الوجه المعتاد وإن لم تأذن الزوجة بذلك⁶.

الترجيح: بعد عرض رأي كل الفريق وأدلَّته ومناقشتها، يميل الباحث إلى ترجيح رأي جمهور الفقهاء الذي مفاده: أنَّ إعداد بيت الزوجية وتجهيزه واجب على الزوج باعتباره أنَّه ملزم بالنفقة بكلِّ مشتملاتها ومن ضمنها السكنى ولوازمها.

إلاَّ أنَّه يمكن للعرف أن يؤثر في هذه المسألة؛ فلكلِّ بلد عرفه الخاص، فإذا كان العرف يُلزم الزوجة بإعداد بيت الزوجية وتأثيثه أو جرى الاتفاق على ذلك، فليس هنالك مانع شرعي من

¹ يُنظر: الدُّسوقي، حاشية الدُّسوقي، 334/8. والصَّاوي، بلغة السَّالك لأقرب المسالك، 459/2 وما بعدها.

² الخِمِيلُ أو القَطِيفَةُ، وهي كلُّ ثوب له خميل ووبر من أي شيء. ابن منظور، لسان العرب، 221/11. والفيروز آبادي، القاموس المحيط، 1286. وفي كليهما مادة: خَمَلَ.

³ أخرجه النَّسائي في سننه، كِتَابُ النِّكَاحِ، بَابُ جِهَازِ الرَّجُلِ ابْنَتُهُ، رقم: 3384، 135/6. وابن حبان في صحيحه، كِتَابُ إِخْبَارِهِ ﷺ عَنْ مَنَاقِبِ الصَّحَابَةِ ﷺ، ذَكَرَ وَصَفَ مَا جُهِّزَتْ بِهِ فَاطِمَةُ ﷺ حِينَ زُفَّتْ إِلَى عَلِيِّ بْنِ أَبِي طَالِبٍ ﷺ، رقم: 6947، 398/15. وصهيب عبد الجبار في المسند الموضوعي، مَنَاقِبُ الْخُلَفَاءِ الرَّاشِدِينَ الْأَرْبَعَةِ، مَنَاقِبُ آلِ الْبَيْتِ، رقم: 45، 454/20. قال عنه الألباني: "ضعيف الإسناد". صحيح وضعيف سنن النَّسائي، 456/7.

⁴ يُنظر: الصَّاوي، المصدر السَّابق، 460/2.

⁵ يُنظر: الدُّسوقي، المصدر السَّابق، 321/2.

⁶ يُنظر: مصطفى شلي، أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة بين المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، ص 431.

الباب الثاني: أثر العرف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

تطبيق العرف، ذلك أنّ "المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً"¹، خاصة وأنّ هذا الرأي يتفق والعرف الجاري في المجتمع الجزائري بإلزام الزوج بإعداد بيت الزوجية وتجهيزه².

الحالة الثانية: تجهيز الأب لابنته من ماله الخاص، فالنبي ﷺ قد جهّز بناته كما كان يفعل قومه، فقد ذكرت كتب السيرة أنّه الرسول ﷺ بعث ببعض الجهاز إلى بيت علي عليه السلام عندما تزوّج فاطمة رضي الله عنها³، وقد روي عن علي عليه السلام أنّه قال: "جهّز رسول الله ﷺ فاطمة في حميل، وقربة، ووسادة حشوها إذخر"⁴. وجاء في الفرش عن جابر بن عبد الله عليه السلام، أنّ رسول الله ﷺ قال له: «فِرَاشٌ لِلرَّجُلِ، وَفِرَاشٌ لِمَرْأَتِهِ، وَالثَّالِثُ لِلضَّيْفِ، وَالرَّابِعُ لِلشَّيْطَانِ»⁵.

وإذا جهّز الأب ابنته من ماله الخاص، فمتى يصير هذا الجهاز ملكاً لها؟ ومتى يدخل في ذمتها المالية؟ أم يبقى هذا الجهاز هبة أو عارية فقط، ولا يدخل ذمتها؟ للإجابة عن هذه الأسئلة لا بُدّ من التعرّض للنقاط الآتية:

أ. **الجهاز باعتباره هبة من الأب**: يختلف حكم الجهاز في ذلك بين كون البنت البالغة والبنت القاصرة التي لا تزال تحت ولاية أبيها، فلو جهّز الأب ابنته البالغة العاقلة من ماله الخاص في صحته وسلمها الجهاز على أنّه هبة، ملكته بالقبض، أمّا إن كانت في ولاية أبيها المالية، فإنّها تملك الجهاز بالشراء؛ لأنّ لأبيها عليها ولاية شرعية، فيتصرّف نيابة عنها فتعتبر أنّها قبضت الجهاز من وقت شرائه⁶. ولا يجوز للأب أو لغيره من الورثة الرجوع في الهبة بعد قبض الجهاز أو شرائه لابنته القاصرة، لأنّها تعدّ قابضة له حكماً من يوم الشراء، وأنّ الهبة بين المحارم لا يجوز الرجوع فيها بعد القبض⁷.

¹ مصطفى الزرقا، شرح القواعد الفقهية، 133/1.

² يُنظر: أحمد الشامي، إثبات متاع البيت في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري (مقال)، ص 29.

³ يُنظر: سيد سابق، فقه السنة، 167/2. وفتاوى الشبكة الإسلامية معدّلة، 975/7.

⁴ الأثر سبق تخريجه، ص 369.

⁵ أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب اللباس والزينة، باب كراهة ما زاد على الحاجة من الفُرَاشِ واللباس، رقم: 2084، 51/16.

⁶ يُنظر: عlish، منح الجليل شرح مختصر خليل، 490/3-491.

⁷ يُنظر: نظام الدين البلخي وآخرون، الفتاوى الهندية، 385/4. والتفراوي، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، 154/2-155. والنووي، المجموع، 383/15. وعبد الرحمن المقدسي، الشرح الكبير على متن المقنع، 277/6.

الباب الثاني: أثر العُرف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

أما إذا كان الأب مريضاً مرض الموت حين تسليمه الجهاز لابنته، فإنَّ الجهاز يأخذ حكم الوصية في حدود الثلث¹، فلو مات الأب قبل دفع الثمن أو جزء منه، يرجع البائع بالثمن على التركة باعتباره ديناً، ولا يستطيع الورثة الرجوع على البنت؛ لأنَّ الهبة ثمنٌ قبل الموت².

ب. الجهاز باعتباره عارية من الأب: أما إذا جهَّز الأب بنته وزوجها، ثمَّ زعم أنَّ الذي دفعه إليها ماله وكان على سبيل العارية، وقالت: هو تملك، أو قال الزوج ذلك بعد موتها ليرث فيه، وقال الأب أو ورثته بعد موتها إنَّه عارية، فالمختار للفتوى: أن يُحكَّم العُرف، فإذا جرى عرف الناس على أنَّ الذي يدفعه الأب عارية كان القول فيه للأب أو ورثته؛ لأنَّ القول قول من يشهد له الظاهر، أما إذا جرى العرف على أنَّه تملك، فالقول فيه للزوجة أو الزوج³.

ثم إنَّ العادة الفاشية العالِيَّة في أشراف الناس وأوساطهم أنَّ ما يزيدونه من الجهاز على مهور بناتهم يكون تملكاً لهم، اللهمَّ إلاَّ ما يكون على الزوجة ليلة الرِّفاف من الحليِّ والثياب، فإنَّ الكثير منه أو الأكثر عارية، فلو ماتت ليلة الرِّفاف لم يكن للرجل أن يدَّعي أنَّه لها بل القول فيه للأب أو الأم⁴.

ثانياً- تجهيز بيت الزوجية في التشريع الجزائري: لم ينصَّ المشرِّع في نصوص قانون الأسرة على أحكام خاصة بالجهاز، غير أنَّه يُستشف من نصِّ المادة: 14 المعدلة من الأمر 02/05 على أنَّ: "الصَّدَاق هو ما يُدفعُ نَحْلَةً للزوجة من نقود أو غيرها من كلِّ ما هو مُباحٌ شرعاً، وهو ملكٌ لها تتصرَّف فيه كما تشاء". فمن خلال هذا النص يظهر للباحث أنَّ المشرِّع قد خالف المذهب المالكي الذي يُلزم الزوجة بتجهيز بيت الزوجية من صداقها، بل أخذ برأي جمهور الفقهاء الذي لا يلزمها هي ولا أبيها بذلك.

وإن كان حري بالمشرِّع التَّنصيص على أحكام الجهاز وعلى من يجب عليه لتجنب النزاع الذي يثور بشأنه، وذلك من خلال تعديل نص المادة: 14 سالف الذكر بإضافة فقرتين -ثانية وثالثة- تبين أنَّ الزوجة غير ملزمة بتجهيز بيت الزوجية، وذلك على النحو الآتي:

¹- يُنظر: محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية، ص 372.

²- يُنظر: محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص 228 وما بعدها.

³- يُنظر: ابن عابدين، ردُّ المختار على الدر المختار، 684/5. والصَّاوي، بلغة السَّالك لأقرب المسالك، 139/5.

⁴- يُنظر: ابن عابدين، المصدر السابق، 156/3. وابن رشد الجَد، البيان والتَّحصيل، 86/5-87.

الباب الثاني: أثر العرف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

"2- ولا يحقُّ للزوج أن يطالبها بأثاث أو غيره مقابل الصِّداق الذي أصدقها إياه.

3- وإذا جهز أحد الأبوين ابنته من ماله وسلَّمها الجهاز ملكته على سبيل الهبة"¹.

بناءً على ما سبق؛ يظهر للباحث أنَّ مسألة تجهيز بيت الزوجية من مسؤولية الزوج بالدرجة الأولى، وإن كانت الزوجة تشترك مع أهلها في إعداد بيت الزوجية وتأثيثه، فتجهِّزُه من صداقها ولا يبني بها الزوج إلا بعد أن تنتقل إليه بما جهَّزَتْ به من صداقها، وهذه العادة منتشرة في بلادنا ولا يختلف فيها إقليم عن آخر، وهو عرف متداول لا يخفى على أحد، بل أصبحت هذه العادة من لوازم الدُّخول². حيث أصبح في وقتنا الحالي يُنق على الجهاز أكثر ممَّا يُقدَّم للمرأة من صداق³.

ولما كان العرف يقضي بأنَّ الزوجة هي من تقوم بتجهيز بيت الزوجية، فإنَّ أثاث هذا التَّجهيز وشواره يُصبح ملكاً لها، بحيث إذا طُلِّقَت أخذته معها، وإذا ماتت وُرثَ عنها، وإن مات الزوج لم يُحسب من تركته، لأنَّ الإتيان به من طرفها دليل على ملكيتها له⁴.

الفرع الثاني: إثبات متاع بيت الزوجية وحل النزاع المتعلق به

في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

إنَّ مسألة الخلاف حول متاع البيت من المسائل التي كانت ولا تزال تشغل بال فقهاء الشريعة الإسلامية ورجال القانون والقضاء، خاصَّة مع التَّطور الحاصل على مستوى المجتمع وولوج المرأة عالم الشُّغل والأعمال، واكتسابها أموالاً جعلتها تشارك زوجها في متاع البيت.

¹ يُنظر: رشيد مسعودي، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري - دراسة مقارنة -، ص 86 وما بعدها. وحفصية دونة، أحكام النَّفقة ومتاع البيت كأثر من آثار الطَّلاق في قانون الأسرة الجزائري، ص 43.

² يُنظر: عبد المجيد محمود مطلوب، الوجيز في أحكام الأسرة الإسلامية، ص 182. ومحمد إبراهيم الحفناوي، الموسوعة الفقهية الميسرة - الزواج -، ص 337. وعبد الفتاح تقية، مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ وأحكام الفقه الإسلامي، ص 136-137.

³ يُنظر: سيد سابق، فقه السُّنة، 167/2. وزهير بن حشاني، آثار الطَّلاق في قوانين الأحوال الشخصية المغربية، ص 116-117. ورشيد الورك، النزاع بين الزوجين حول متاع البيت والشُّوار بين الفقه والعمل القضائي (مقال)، ص 162.

⁴ يُنظر: عبد الله بن الطاهر، مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدلته دراسة تأصيلية مقارنة على ضوء المذاهب الأربعة، ص 153.

الباب الثاني: أثر العُزف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

ثم إنَّ النزاع حول متاع البيت يكون بزعم أحد الزوجين أنَّ متاع بيت الزوجية ملك وحقُّ له كله أو بعضه، ويقابله في الغالب أن لا يكون بيد أحدهما بيّنة قاطعة تقنع القاضي بأنَّ الشيء المتنازع عليه ملك خاصُّ له. وتفصيل الحديث في هذه المسألة يكون كالآتي:

أولاً-إثبات متاع بيت الزوجية وحل النزاع المتعلّق به في الفقه الإسلامي: احتكم فقهاء الشريعة فيما يتعلّق بالنزاع حول متاع البيت إلى البيّنة، فكلُّ من أقام بيّنة على دعواه حكم له، أمّا في حال انعدام البيّنة فقد اختلف الفقهاء في ذلك، فمنهم من رأى أنَّ الحكم يكون على أساس المناصفة والتساوي، ومنهم من قال: إنَّ الحكم يكون بحسب الصّلاحية، ومنهم من رجّح فكرة المسؤول على التّجهيز كأساس في الحكم بينهما، وفيما يأتي بيان هذه الآراء:

1. منازعات ملكية متاع البيت حال وجود البيّنة: قد يقع الخلاف بين الزوجين بشأن تملك شيء من متاع البيت حال قيام الزوجية، أو بعد الفُرقة بالطلاق أو التّطليق أو الخلع، فيدعى كلُّ منهما أنَّ المتاع ملكه، ففي هذه الحالة يجب الرجوع في الفصل بينهما للقواعد العامّة للإثبات مثل عقود البيع التي تثبت الملكية أو الشُّهود أو الحيازة، لأنَّ كلّاً منهما يُعتبر مدعيّاً، فأيهما أقام البيّنة على دعواه حُكم له بموجبها. فالبيّنة هي القاعدة الأصل في الإثبات انطلاقاً من قول النَّبي ﷺ: «الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعَى، وَالْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ»¹. فمن ادعى من الزوجين شيئاً له من متاع البيت فله أن يُثبت ذلك بجميع وسائل الإثبات المعتمدة شرعاً؛ كالكتابة وشهادة الشُّهود والإقرار واليمين والنُّكول عن اليمين. غير أنَّه مع توالي السنين، فإنَّ هذه البيّنات تندثر سواء كانت كتابة أو شهود، فقد تنمحي الكتابة وينسى الشُّهود أو يموت بعضهم، لذلك فإنَّ إعمال البيّنة لا ينضبط دائماً في مثل هذا النزاع². لذا اختلف الفقهاء بشأنه على رأيين، وبيانهما يكون كالآتي:

الرأي الأول: ملكية متاع البيت على أساس ما يصلح للنساء والرجال

ذهب جمهور الفقهاء³ إلى أنَّه إذا اختلف الزوجان حول ملكية متاع البيت، ولم تكن هناك بيّنة، سواء كان ذلك أثناء الحياة الزوجية، أو بعد الفُرقة بينهما، فإنَّ القول قول الزوج مع يمينه فيما يصلح للرجل عادة؛ كالسيف والعمامة، فإنَّ حلف حُكم له به، وإنَّ نكَل خسر الدّعوى، وكذلك

¹ الحديث سبق تخريجه، ص 189.

² يُنظر: رشيد الوراك، النزاع بين الزوجين حول متاع البيت والشُّوار بين الفقه والعمل القضائي (مقال)، ص 170.

³ ابن نجيم، البحر الرائق، 359/19. وأبو الأصبغ، الإعلام بنوازل الأحكام، 282/1. وابن قدامة، المغني، 225/12.

الباب الثاني: أثر العُرف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

الأمر بالنسبة للمرأة فما يصلح للنساء كالحلي وملابس النساء وأدوات الزينة¹. غير أنه بسبب عدم إطراد القاعدة التي تقول: "ما عُرف من متاع البيت للرجال فهو للزوج مع يمينه، وما عُرف للنساء فهو للزوجة مع يمينها". استنكف بعض الفقهاء عنها واحتكموا إلى العرف والعادة في تحديد ما للرجل من متاع البيت وما للنساء منه².

وقد ذكر البعض: أن هذا الباب عند المحققين تابع للعُرف، فرب متاع يشهد العُرف في بلد أو زمان أنه للرجال، ويشهد في بلد آخر أو زمان آخر أنه للنساء، ويشهد في الزمان الواحد والمكان الواحد أنه متاع النساء بالنسبة إلى قوم، ومن متاع الرجال إلى قوم آخرين، كالثحاس المصنوع في بلدنا فإنه من متاع النساء بالنسبة إلى جهاز الأندلس، ومن متاع الرجال بالنسبة إلى جهاز الحضرة³.

وعليه فمتى أثبت أي منها دعواه من دون معارضة بيّنة أخرى، وإن لم تكن هناك بيّنة لأحدهما، فإنه يُحكّم بينهما بمقتضى العُرف، فمن شهد له العُرف يُقضى له مع يمينه؛ لأن الظاهر يؤيده العرف. وقد أضاف الجمهور الأخذ بقريضة الصلاحية، فما يصلح للرجل من ثياب كالعمامة والقلنسوة، والسلاح وأدوات حرفته وصنعتة، وما يصلح للمرأة من ثياب مثل: الخمار والملحفة، والحلي وأدوات الزينة فلها اعتبار للعرف، أو العادة الغالبة، وصلاحية كل نوع لأحدهما⁴.

الرأي الثاني: يُقسم متاع البيت بين الزوجين مناصفة مع اليمين

ذهب الشافعية⁵ إلى أنه إذا اختلف الزوجان في ملكية متاع البيت، كَلَّه أو بعضه، فادعى كل منهما ملكيته لهذا المتاع ولم تكن لهما بيّنة أو كانت ل كليهما بيّنة معتبرة وتساوت البيّنات، فإنه يُقسم بينهما مناصفة، بعد أن يخلف كل واحد منهما لصاحبه على دعوته، لأن الظاهر مع الزوجين معاً ولا ترجيح لأحدهما على الآخر، سواء كان الأثاث المتنازع عليه ممّا يصلح للرجال، أو كان ممّا يصلح للنساء، أو كان ممّا يصلح لكليهما.

¹ ابن الهمام، فتح القدير، 23/19. وابن جزري، القوانين الفقهية، ص142، وابن قدامة، المغني، 225/12.

² يُنظر: رشيد الوريث، النزاع بين الزوجين حول متاع البيت والشّوار بين الفقه والعمل القضائي (مقال)، ص170.

³ يُنظر: ابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، 69/1.

⁴ يُنظر: نظام الدين البلخي وآخرون، الفتاوى الهندية، 329/1. والصّاوي، بلغة السّالك، 204/5. والعز بن عبد السلام،

قواعد الأحكام في مصالح الأنام، 47/2. وابن رجب، القواعد في الفقه الإسلامي، ص351.

⁵ الشّافعي، الأم، 103/5. والعز بن عبد السلام، المصدر السابق، 47/2.

الباب الثاني: أثر العرف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

واحتج أصحاب هذا الرأي بعدة أدلة أذكر منها: ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «البينة على المدعي، واليمين على من أنكر»¹. فالأخذ بظاهر الحديث يفيد المساواة في التداعي بين الزوجين، فلا يُقدّم أحد الزوجين على الآخر إلا بحجة ظاهرة، فلا يُقدّم الرجل بما له من قوامة عليها باعتباره رب الأسرة، ولا تُقدّم المرأة عليه باعتبار أن يدها على أثاث البيت أظهر، ولا يُقدّم أحدهما على الآخر بحجة أن الأثاث المتنازع عليه أصلح لأحدهما.

والظاهر أن هذا المتنازع في أيديهما معاً، فيُحلف كل منهما لصاحبه على دعوته، فإن حلفاً جميعاً، فهو بينهما مناصفة²؛ لأن الرجل قد يملك متاع النساء بالشراء والميراث، وكذلك المرأة قد تملك متاع الرجال بالشراء والميراث؛ ولا يُنكر ملك المرأة للسلاح، ولا ملك الرجل للحلي³.

الترجيح: بعد عرض أقوال كل رأي ومناقشتها، فإنه يتضح للباحث أن الرأي الراجح هو رأي الجمهور، وهو ما كان يصلح للنساء ولا بيّنة للزوج عليه فإنها تأخذه، وما كان يخص الرجال فإنه للرجل ما لم تُقم عليه بيّنة بأنه لها، ولم يثبت إعطاؤها له.

2. المنازعة في متاع البيت المشترك الذي يصلح لكلا الزوجين عند عدم وجود البيّنة:

يقصد بالمتاع المشترك الأشياء التي يكون حظ الرجل والمرأة فيها سواء، كالفرش والأدوات المنزلية والأواني. وقد اختلف الفقهاء فيمن هو أحقُّ بها عند عدم وجود البيّنة، هل الزوج أم الزوجة؟ أم هي بينهما مناصفة. أم على أساس المسؤول على التجهيز أو ملكية البيت. وفيما يأتي بيان ذلك:

القول الأول: ذهب أبو حنيفة وصاحبه محمد ﷺ⁴، والمالكية⁵، وبعض الحنابلة⁶ إلى أن المتاع الذي يصلح للاستعمال المشترك بين الرجل والمرأة، كالتلفاز والثلاجة والأفرشة والزرابي والسيارة، يحكم فيه لصاحب البيّنة، فإذا انعدمت البيّنة، فالقول قول الزوج مع يمينه، ذلك أن يد الزوج على ما بقي من أثاث البيت أقوى من يد الزوجة؛ فيده يد متصرفة، ويدها يد حافظة،

¹ الحديث سبق تخرجه، ص 189.

² يُنظر: الشافعي، الأم، 103/5، وسليمان الجمل، حاشية الجمل على شرح المنهج، 392/13.

³ يُنظر: الشافعي، المصدر السابق، 103/5. والشيروزي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، 317/2.

⁴ يُنظر: ابن الهمام، فتح القدير، 237/8.

⁵ يُنظر: القرافي، الفروق، 442/5.

⁶ يُنظر: ابن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد، 262/4.

الباب الثاني: أثر العرف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

وَالْيَدُ الْمَتَصَرِّفَةُ أَقْوَى مِنَ الْيَدِ الْحَافِظَةِ¹، كَالْحَادِمِ وَالْعَبْدِ وَالشَّاةِ وَالْفُرْشِ، وَلِأَنَّ الْمَرْأَةَ فِي يَدِ الزَّوْجِ فَمَا فِي بَيْتِهَا يَكُونُ فِي يَدِ الزَّوْجِ أَيْضًا².

ثم إنَّ الْبَيْتَ بَيْتُهُ فِي مَجْرَى الْعَادَةِ فَهُوَ تَحْتَ يَدِهِ فَيُقَدَّمُ لِأَجْلِ الْيَدِ فِي حَيَاتِهِ، وَأَمَّا فِي مَمَاتِهِ فَوَرَثَةُ الزَّوْجِ يَقُومُونَ مَقَامَهُ لِأَنَّهُمْ خُلَفَاؤُهُ فِي مَالِهِ، فَإِذَا كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ فِي حَيَاتِهِ فَكَذَلِكَ بَعْدَ مَمَاتِهِ كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَ وَرَثَتِهِ، لِأَنَّ يَدَ الْبَاقِي مِنْهُمَا إِلَى الْمَتَاعِ أَسْبَقُ، وَلِأَنَّ الْوَارِثَ إِنَّمَا يَتَبَيَّنُ يَدَهُ بَعْدَ مَوْتِ الْمُوَرَّثِ، وَكَمَا يَقَعُ التَّرْجِيحُ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ بِقُوَّةِ الْيَدِ نَظَرًا إِلَى صِلَا حِيَّةِ الْإِسْتِعْمَالِ، فَكَذَا يَقَعُ التَّرْجِيحُ بِسَبْقِ الْيَدِ؛ لِأَنَّ يَدَ الْبَاقِي مِنْهُمَا يَدَ نَفْسِهِ وَيَدَ الْوَارِثِ خَلْفَ عَنْ يَدِ الْمُوَرَّثِ³.

فَإِنْ مَاتَ الزَّوْجَانِ، وَاخْتَلَفَ وَرَثَتُهُمَا، فَالْحُكْمُ حِينَئِذٍ كَالْحُكْمِ عِنْدَ اخْتِلَافِ الزَّوْجَيْنِ، فَفِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ عليهما السلام: الْقَوْلُ قَوْلَ وَرَثَةِ الزَّوْجِ⁴؛ لِأَنَّ يَدَ الزَّوْجِ عَلَى مَا فِي الْبَيْتِ أَقْوَى مِنْ يَدِ الْمَرْأَةِ؛ لِأَنَّ يَدَهُ يَدُ مُتَصَرِّفَةٍ، وَيَدُهَا يَدُ حَافِظَةٍ، وَيَدُ التَّصَرُّفِ أَقْوَى مِنْ يَدِ الْحِفْظِ. وَفِي رَأْيِ مَالِكٍ وَمُحَمَّدٍ عليهما السلام: يَكُونُ الْقَوْلُ لِلزَّوْجِ بِيَمِينِهِ إِنْ كَانَ مَوْجُودًا، وَلَوْ رَثَتْهُ بَعْدَ مَوْتِهِ⁵.

وَأَمَّا عَلَى رَأْيِ أَبِي حَنِيفَةَ عليه السلام: فَهُوَ أَنَّ الْقَوْلَ يَكُونُ لِلْحَيِّ مِنَ الزَّوْجَيْنِ مَعَ يَمِينِهِ، فَإِنْ كَانَ الزَّوْجُ فَالْقَوْلُ قَوْلَهُ مَعَ يَمِينِهِ؛ لِأَنَّ يَدَهُ عَلَى مَا فِي الْبَيْتِ أَقْوَى مِنْ يَدِ الْمَرْأَةِ. وَإِنْ كَانَتْ الزَّوْجَةُ فَالْقَوْلُ لَهَا مَعَ يَمِينِهَا؛ لِأَنَّ يَدَهَا كَانَتْ ضَعِيفَةً حَالِ حَيَاةِ الزَّوْجِ، وَصَارَتْ قَوِيَّةً بَعْدَ مَوْتِ الزَّوْجِ، فَكَانَ الظَّاهِرُ شَاهِدًا لَهَا⁶. وَقَالَ الْإِمَامُ مَالِكٌ عليه السلام: مَا كَانَ يُعْرَفُ أَنَّهُ مِنْ مَتَاعِ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ فَهُوَ لِلرِّجَالِ مَعَ يَمِينِهِ؛ لِأَنَّ الْبَيْتَ هُوَ بَيْتُ الرِّجَالِ، وَيَدُهُ أَقْوَى مِنْ يَدِ الْمَرْأَةِ⁷. وَأَنَّ مَا جَرَتْ الْعَادَةُ بِأَنَّهُ لِلنِّسَاءِ حُكْمٌ بِهِ لِلْمَرْأَةِ، وَمَا جَرَتْ بِهِ الْعَادَةُ أَنَّهُ لِلرِّجَالِ حُكْمٌ بِهِ لِلزَّوْجِ⁸.

¹ يُنْظَرُ: ابْنُ مَرْدُودِ الْمَوْصِلِيِّ، الْاِخْتِيَارُ، 132/2-133. وَالْكَاسَانِيُّ، بَدَائِعُ الصَّنَائِعِ فِي تَرْتِيبِ الشَّرَائِعِ، 81/6.

² يُنْظَرُ: السَّرْحَسِيُّ، الْمَبْسُوطُ، 81/7.

³ يُنْظَرُ: ابْنُ الْهَمَامِ، فَتْحُ الْقَدِيرِ، 237/8. وَالْقَرَفِيُّ، الذَّخِيرَةُ، 150/3.

⁴ يُنْظَرُ: الْكُنُوزِيُّ، النَّافِعُ الْكَبِيرُ، 239/1.

⁵ يُنْظَرُ: الْحَدَّادُ، الْجَوْهَرَةُ النَّيِّرَةُ، 422/5. وَابْنُ رَشْدٍ الْجَدِّ، الْبَيَانُ وَالتَّحْصِيلُ، 445/5.

⁶ يُنْظَرُ: الْكَاسَانِيُّ، الْمَصْدَرُ السَّابِقُ، 82/6.

⁷ يُنْظَرُ: مَالِكُ بْنُ أَنَسٍ، الْمَدُونَةُ، 187/2. وَابْنُ رَشْدٍ الْجَدِّ، الْمَصْدَرُ السَّابِقُ، 445/5.

⁸ يُنْظَرُ: الْحَطَّابُ، مَوَاهِبُ الْجَلِيلِ فِي شَرْحِ مَخْتَصَرِ خَلِيلٍ، 328/3.

الباب الثاني: أثر العُزف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

وذهب بعض الحنابلة: "أنه في حال التنازع بين الزوجين في متاع البيت حال الزوجية، أو بعد الفرقة، أو حال تنازع ورثتهما بعد موتهما، أو أحدهما وورثة الآخر، ولا بينة لهما، حكم بما يصلح للرجال من ثيابهم وعمائمهم وسلاحهم، ونحو ذلك للرجل، وما يصلح للنساء من ثيابهن وحليهن ومغازلهن، ونحو ذلك للمرأة¹. واستدل الجمهور بالأثر المروي عن عليّ رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: "مَتَاعُ النِّسَاءِ لِلنِّسَاءِ، وَمَتَاعُ الرِّجَالِ لِلرِّجَالِ"². ثم قالوا: إن الظاهر شاهد بهذا الحكم، والاستعمال بمثابة اليد الحسبية، فيحكم لكل منهما بما جرت العادة باستعماله إيّاه³.

القول الثاني: ذهب بعض الحنفية⁴ والمالكية⁵، والإمام الشافعي رضي الله عنه⁶ إلى أنه إذا اختلف الزوجان في متاع موضوع ببيت الزوجية المسكون حال قيامها، أو بعدما وقعت الفرقة بينهما سواء من قبل الزوج أم الزوجة، ولا بينة لهما، فإنهما يحلفان، فإن حلفا جميعا، فالمَتاع بينهما مناصفة⁷، ولأن قيام الزوجية مثبت ليديهما معا على كل ما في البيت، واليد هي دليل الملكية الظاهرة، فيكون المتاع لهما، ما لم تترجح دعوى أحدهما بينة أو بظاهر آخر يشهد له⁸.

وفي أحد قولي الإمام مالك رضي الله عنه: "مَا يَلِيقُ بِكُلِّ مِنْهُمَا كَالرَّقِيقِ وَالثِّيَابِ الَّتِي يَلْبَسُهَا الرِّجَالُ وَالنِّسَاءُ فِيهِ قَوْلَانِ: أَحَدُهُمَا: أَهْمَا يَتَحَالَفَانِ وَيُقَسَّمُ بَيْنَهُمَا أَنْصَافًا"⁹. وقال الشافعي رضي الله عنه: "إِذَا اخْتَلَفَ الرَّجُلُ وَالْمَرْأَةُ فِي مَتَاعِ الْبَيْتِ الَّذِي هُمَا فِيهِ سَاكِتَانِ، وَقَدْ افْتَرَقَا أَوْ لَمْ يَفْتَرَقَا أَوْ مَاتَا أَوْ مَاتَ أَحَدُهُمَا، فَاخْتَلَفَ وَرَثَتُهُمَا أَوْ وَرَثَةُ أَحَدِهِمَا بَعْدَ مَوْتِهِ... فَيَحْلِفُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِصَاحِبِهِ عَلَى دَعْوَاهُ، فَإِنْ حَلَفَا جَمِيعًا فَالْمَتَاعُ بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ"¹⁰.

¹- يُنظر: ابن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد، 262/4.

²- أخرجه سعيد بن منصور في سننه، كتاب الطلاق، باب ما جاء في مَتَاعِ الْبَيْتِ إِذَا اخْتَلَفَ فِيهِ الزَّوْجَانِ، رقم: 1497، ص392.

³- أحمد الشامي، إثبات متاع البيت في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري (مقال)، ص30.

⁴- منهم: زفر بن هذيل. السرخسي، المبسوط، 81/7.

⁵- منهم: سفيان الثوري. ابن أبي زيد القيرواني، التَّوَادِرُ وَالزِّيَادَاتُ عَلَى مَا فِي الْمَدُونَةِ مِنْ غَيْرِهَا مِنَ الْأُمَهَاتِ، 616/4.

⁶- الشافعي، الأم، 103/5.

⁷- يُنظر: السرخسي، المصدر السابق، 81/7.

⁸- يُنظر: حفصية دونة، أحكام النِّفَقَةِ وَمَتَاعِ الْبَيْتِ كَأَثَرٍ مِنْ آثَارِ الطَّلَاقِ فِي قَانُونِ الْأُسْرَةِ الْجَزَائِرِيِّ، ص75.

⁹- ميارة، شرح ميارة، 304/1.

¹⁰- الشافعي، الأم، 103/5.

الباب الثاني: أثر العرف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

واستدل أصحاب هذا القول بما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «الْبَيْتَةُ عَلَى الْمُدَّعِي، وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ»¹. فالأخذ بظاهر الحديث يُفيد المساواة في التداعي بين الزوجين، ولم يُقدّم أحدهما على الآخر، فلا يُقدّم الرجل بماله من قوامة عليها باعتباره ربّ الأسرة، ولا تُقدّم المرأة عليه بحُجّة أنّ يدها على أثاث البيت أظهر، ولا يُقدّم أحدهما على الآخر بحُجّة أنّ الأثاث المتنازع عليه أصلح لأحدهما.

وقياساً على الصَّبَاغِ وَالْعَطَارِ إِذَا تَدَاعَى آلَةُ الْعُطُورِ وَالصَّبْنِغِ لَا يُقَدَّمُ أَحَدُهُمَا عَلَى الْآخَرِ إِلَّا بِحُجَّةٍ ظَاهِرَةٍ وَإِنْ شَهِدَتْ الْعَادَةُ بِأَنَّ آلَةَ الْعِطْرِ لِلْعَطَارِ، وَآلَةَ الصَّبْنِغِ لِلصَّبَاغِ². فإنه يُقسم بينهما مناصفة بغض النظر عما يصلح لهما. وكذلك أنّ يدا الزوجين ثابتة على أثاث بيت الزوجية، والظاهر أنّ هذا المتاع في أيديهما معاً، فَيَحْلِفُ كُلُّ مَنْهُمَا لِصَاحِبِهِ عَلَى دَعْوَاهُ، فَإِنْ حَلَفَا جَمِيعاً، فَهُوَ بَيْنَهُمَا مناصفة؛ لأنّ الرّجل قد يملك متاع النّساء بالشّراء والميراث، والنّساء قد تملك متاع الرّجال بالشّراء والميراث؛ ولا يُنكر ملك المرأة للسّلاح، ولا ملك الرجل للحليّ³.

القول الثالث: ملكية المتاع على أساس المسؤول على التجهيز أو ملكية البيت

وفي هذا القول آراء متعدّدة ولكلّ واحد منها حُجّة يستند عليها في موقفه، وهي تتأرجح بين المسؤول على تجهيز البيت، وبين من تعود إليه ملكية البيت، لكنّه في النّهاية يُرجّح ملكية المتاع كلّ لأحد الزوجين، وفيما يأتي تفصيلها:

الرأي الأول: به قال أبو يوسف رحمه الله⁴، وينطلق هذا الرّأي من فكرة المسؤول على تجهيز البيت، وبما أنّ الزوج هو المسؤول على الإنفاق بما في ذلك تجهيز البيت، فإنّ المنطق يقتضي أن يكون المتاع كلّ له، لأنّ المرأة مع ما في يدها في يد الزوج، إلّا أنّ الظاهر أنّها لا تُزفّ إلى بيت

¹ الحديث سبق تخريجه، ص 189.

² يُنظر: القراني، الفروق، 142/5.

³ يُنظر: الشّافعي، الأم، 103/5. والشّيرازي، المذهب في فقه الإمام الشّافعي، 317/2. وسليمان الجمل، حاشية الجمل على شرح المنهج، 392/13.

⁴ هو: يعقوب بن إبراهيم بن حبيب الأنصاري، القاضي أبو يوسف، صاحب الإمام أبي حنيفة، العالم، المُحدّث، الفقيه، وُلّي القضاء لثلاثة خلفاء المهدي والهادي والرشيد، من تأليفه: كتاب الخراج، والنوادر. توفي سنة 182 هـ. يُنظر: القرشي، الجواهر المضية في طبقات الحنفية، 220/2-222.

الباب الثاني: أثر العرف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

زَوْجَهَا إِلَّا مَعَ جِهَازٍ مِثْلَهَا فَفِي مَقْدَارِ جِهَازٍ مِثْلَهَا يُتْرَكُ الْقِيَاسُ لِلْعُرْفِ الظَّاهِرِ وَيُجْعَلُ ذَلِكَ لَهَا وَفِيمَا زَادَ عَلَى الْقَوْلِ قَوْلُ الزَّوْجِ بِطَرِيقِ الْقِيَاسِ الَّذِي قُلْنَا¹.

ويُنبني هذا الرأي ما عليه الحكم الشرعي وما عليه العرف والعادة، فالزَّوج هو المسؤول على تجهيز بيت الزوجية وتأثيثها، إلا أنَّ العرف جرى أن تُزفَّ الزَّوجة بجهاز لها².

الرأي الثاني: ميَّز الإمام الحسن البصري رحمته الله بين أن يكون البيت الذي يسكنه الزَّوجان أهو ملك للمرأة أو للرجل، فإنَّ كَانَ الْبَيْتُ بَيْتَ الْمَرْأَةِ فَالْمَتَاعُ كُلُّهُ لَهَا، وَلَيْسَ لِلزَّوْجِ شَيْءٌ إِلَّا مَا عَلَيْهِ مِنْ ثِيَابٍ بَدَنِهِ، وَإِنْ كَانَ الْبَيْتُ بَيْتَ الزَّوْجِ فَإِنَّ الْمَتَاعَ كُلُّهُ لَهُ وَلَيْسَ لَهَا إِلَّا مَا عَلَيْهَا مِنْ ثِيَابٍ بَدَنِهَا، وَلَئِنْ يَدَ صَاحِبِ الْبَيْتِ عَلَى مَا فِي الْبَيْتِ أَقْوَى وَأَظْهَرُ مِنْ يَدِ غَيْرِهِ؛ وَلِأَنَّ الْمَرْأَةَ سَاكِنَةُ الْبَيْتِ. أَلَا تَرَى أَنَّهَا تُسَمَّى قَعِيدَةً، فَإِذَا كَانَ الْبَيْتُ لَهَا فَالْبَيْتُ مَعَ مَا فِيهِ فِي يَدِهَا وَعِنْدَ دَعْوَى مُطَلِّقِ الْمَلِكِ الْقَوْلُ قَوْلُ ذِي الْيَدِ³.

الرأي الرَّاجح: بعد عرض أقوال الفقهاء وأدلتهم ومناقشتها يتَّضح للباحث أنَّ الرأي الرَّاجح هو ما ذهب إليه الجمهور، الذي يرى بأنَّ الأمتعة المشتركة التي يَصْلُحُ استعمالها لكلا الزَّوجين، ولم يكن لأحد منهما بَيِّنَةٌ، تُقَسَّمُ بينهما مناصفة وبالتساوي بعد أداء اليمين.

ثانياً- إثبات متاع بيت الزوجية وحل النزاع المتعلق به في التشريع الجزائري: يعتبر متاع البيت من أهمِّ ما يُثار من المشاكل في الأسرة بين الأزواج في حالة الطلاق، أو بين أحد الزَّوجين وورثة أحدهما في حالة وفاة الزوج أو الزَّوجة. خاصَّةً إذا لم توجد بيعة لأحد الزَّوجين لإثبات حقه في المتاع، سواء أكان المتاع ممَّا تختصُّ به الزَّوجة، أم ممَّا يختصُّ به الزوج، أم ممَّا هو مشترك بينهما، لذا لا بُدَّ من بحث هذه الجزئيات من النَّاحيتين القانونية والقضائية.

1. من النَّاحية القانونية: عالج المشرِّع الجزائري هذه المسألة بنصِّ المادة: 73 من الأمر رقم: 02/05: "إذا وقع النزاع بين الزَّوجين أو ورثتهما في متاع البيت وليس لأحدهما بَيِّنَةٌ، فالقول للزَّوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء، والقول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال، والمشاركات بينهما يقسمانها مع اليمين". فمن خلال هذا النص يتَّضح للباحث أنَّ المشرِّع قد

¹ السَّرْحَسِي، المبسوط، 83/7.

² يُنظر: كريمة محروق، إشكالات متاع البيت بين الحلول الفقهية والنص القانوني الجزائري (مقال)، ص75.

³ يُنظر: السَّرْحَسِي، المصدر السابق، 81/7-82.

الباب الثاني: أثر العُزف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

وضع قاعدة عقلانية يعتمد عليها القاضي في حلّ النزاعات القائمة بين الزوجين حول متاع البيت، وحتى يُفصل القضاء في ذلك ينبغي عليه مراعاة النقاط الآتية:

أ. **التأكد من وجود الأمتعة:** عند رفع الدعوى أمام القضاء، ينبغي التحقق من وجود الأمتعة ومشاهدتها في بيت الزوجية أو في مكان آخر؛ فإذا كانت الأمتعة محلّ إنكار من الطرف الآخر طبقت القاعدة الفقهية الشهيرة والعامة: "البينة على المدعي واليمين على من أنكر"¹. فإذا أنكر الطرف الآخر وجود الأمتعة أصلاً فإنه يؤدي يمين النفي، وحتى يستفيد المدعي عليه لا بدّ أن يُثبت ذلك بالبينة، وقد يعترف المدعي عليه أن المدعي قد تسلّم تلك الأمتعة المذكورة، ففي هذه الحالة يكون هو المطالب بإقامة الدليل على صحة كلامه².

ب. **التأكد من وجود الدليل أو البينة:** فإذا قدّم أيّ من الزوجين الدليل على تملك شيء من الأمتعة، فإنه يُقضى له بذلك، ولا مانع من أن الشيء الخاصّ بالمرأة يمكن أن يمتلكه الرجل إذا أقام على ذلك البينة؛ كالفاتورة، ولو كان من لوازمها؛ كطاقم الذهب الذي اشتراه لنفسه بقيمة مالية مرتفعة، فإن جاء بالبينة على أن ذلك له انتهى النزاع لصالحه. وكذلك الأمر نفسه للمرأة، فإذا أقامت البينة على تملك شيء من الأمتعة، ممّا يختصّ به الرجال، وهو من لوازمهم، فلها الحقّ في أخذه ما دامت أنّها أقامت الدليل على ذلك³.

أمّا عند غياب البينة أو الدليل لدى كلّ طرف فإنّ اليمين هي الفاصلة في مثل هذا النزاع طبقاً للمادة: 73 سالفه الذكر، فما هو معتاد للنساء ومتعلّق بهنّ، فإنه من حقّ النساء مع اليمين، واليمين التي تقدّمها المرأة هي يمين جوازية تكميلية⁴ يأمر بها القاضي من تلقي نفسه⁵.

¹ يُنظر: السرخسي، أصول السرخسي، 367/1. والقراي، الفروق، 351/7. والسُّيوطي، الأشباه والنظائر، ص 508. وابن قدامة، روضة الناظر وجنة المناظر، ص 159.

² يُنظر: أحمد الشامي، إثبات متاع البيت في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري (مقال)، ص 33.

³ يُنظر: المرجع نفسه، ص 34.

⁴ وهي اليمين التي يوجهها القاضي لأحد الخصوم الذي قدّم للمحكمة أدلّة غير كافية وغير مقنعة بغرض إتمام قناعته. عبد الفتاح تقيّة، قانون الأسرة مدعماً بأحدث الاجتهادات القضائية والتشريعية، ص 251.

⁵ يُنظر: المادتين: 348-349 من القانون المدني رقم: 58/75.

الباب الثاني: أثر العرف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

فالأمتعة الخاصة بالنساء كالحلي وأدوات الخياطة وأدوات التجميل والألبسة النسائية، تُعتبر شاهداً عرفياً وحجة لها، وما هو معتاد للرجال ومتعلق بهم، فهو ملك للرجل مع اليمين¹.

وعليه إذا ادعى الزوج أمام القضاء ملكية متاع يعود حسب العرف للزوجة فعليه تقديم الدليل طبقاً لقاعدة "البينة على المدعي واليمين على من أنكر"، فإذا فشل الزوج في تقديم دليل على ملكيته لهذا المتاع، يتدخل القضاء لتوجيه اليمين للزوجة لملكيتها لهذا المتاع، فإذا حلفت الزوجة حكم القاضي بإثبات ملكية المتاع لها، وإذا نكلت يحكم لصالح الزوج. "إذا تبين للقاضي أن المتاع المتنازع عليه يدخل ضمن المعتاد للنساء، فإنه يكتفي بتوجيه اليمين للزوجة المدعي عليهما في حال انعدام الدليل من طرف الزوج المدعي"².

ومما ينبغي الإشارة إليه في هذا المقام أن المادة: 73 من ق أ ج لا تُطبق إلا حيث يوجد متاع متنازع عليه وتندم البينة، أما إذا لم يوجد المتاع بأن أنكره أحد المتداعين، ففي هذه الحالة تطبق القاعدة العامة في الإثبات، البينة على المدعي واليمين على من أنكر، ومن الخطأ تطبيق المادة: 73 سالف الذكر³.

2. من الناحية القضائية: لقد قضت المحكمة العليا أنه متى أقام المدعي بالبينة على دعواه حكم القضاء لصالحه، وهذا ما جاء في القرار الصادر بتاريخ: 1999/3/16م: "من المقرر قانوناً أنه في حالة إنكار وجود المتاع المطالب به عند أحد الزوجين تطبق القاعدة العامة في الإثبات البينة على المدعي واليمين على من أنكر"⁴. وجاء في قرار آخر لها صادر بتاريخ: 1986/5/5م أنه: "من المعروف فقهاً حول اختلاف الزوجين في متاع البيت أن ما يخص النساء للنساء، ومن ثم فاليمين في هذه الحالة قررها الشارع وجعلها على من يُسانده العرف، والزوجة أثبتت بفاتورة أنها

¹ يُنظر: عيادة الحسين والرشيد بن شويخ، دور القاضي في حماية الأسرة في النزاعات المالية بين الزوجين (مقال)، ص 178.

² المرجع نفسه، ص 177.

³ يُنظر: عبد السلام عبد القادر، النزاع حول متاع البيت بين النص التشريعي والاجتهاد القضائي (مقال)، ص 261-

262. وكرمة محروق، إشكالات متاع البيت بين الحلول الفقهية والنص القانوني الجزائري (مقال)، ص 76.

⁴ م أ، غ أش، ملف رقم 216836، قرار بتاريخ 1999/3/16م، م ق، ع خ، 2001م، ص 245.

الباب الثاني: أثر العُرف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

اشترت جهاز تلفزيون، وأنَّ الزوج اعترف بأنَّ الخزانة ذات ثلاثة أبواب هي للزوجة، وكانت اليمين عليها لكون موضوع النزاع خاصَّ بالنساء ممَّا يستوجب ردَّ هذا الوجه¹.

كما قضت في الأمتعة المشتركة بين الزوجين باقتسامها بينهما مع اليمين، وهذا ما أكد عليه القرار المؤرخ في: 2002/2/13م حيث قضت: "يتقاسم الزوجان، في حالة النزاع، الأثاث المشترك بينهما مع توجيه اليمين"². غير أنَّه ينبغي على قاضي شؤون الأسرة عند تكليفه أحد الزوجين بأداء اليمين أن يُراعي شخصية كلٍّ منهما، وظروف وملابسة كلِّ قضية، وأن يستنبط قرائن أخرى كالحالة المادية لهما، وعمل الزوجة، وقرب العهد بالزواج وكلَّ هذه الأمور يمكن أن تعزز قناعة القاضي في موضوع النزاع، ذلك أنَّ اليمين إذا كانت تُؤتي نتائجها فيما مضى فإنَّها لم تعد كذلك اليوم، نظرًا لاندفاع المجتمع نحو الماديات، وضعف الوازع الديني داخل الأسر. ومما يُلاحظ على المشرِّع أنَّه قد خالف المذهب المالكيَّ بخصوص تقسيم الأثاث المشترك بين الزوجين الذي كان يعتبره من نصيب الزوج مع يمينه³. بل أخذ جمهور الفقهاء.

بناءً على ما سبق، يتبين للباحث أنَّ مسألة التفريق بين ما هو ملك للزوج عادةً وعرفًا، وبين ما هو ملك للزوجة عادةً وعرفًا هي مسألة لا يحكمها ولا ينظمها معيار محدَّد ومتَّفَق عليه، وإنَّما هي مسألة موضوعية تخضع للسُّلطة التقديرية لقاضي الموضوع استنادًا إلى الأعراف والعادات المعروفة لدى إقليم المتقاضين، لهذا يجب على قاضي الموضوع أثناء الفصل في قضية نزاع حول متاع البيت أن يتأكد من معرفة ما هو للنساء عادةً، وما هو للرجال عادةً⁴، والغالب أنَّ الأعراف التي يُقضى بها في نزاعات المتاع هي أعراف محلية ممَّا يصعب معها مهمة القاضي في هذا الشأن.

والذي جرى به العمل في المجتمع الجزائري أنَّ الحياة الزوجية يطبع عليها الأعراف المتواترة بين النَّاس والتي تختلف باختلاف مناطقهم ونمط معيشتهم، فالمرأة هي التي تقوم بشراء ما هو متعارف عليه كلوازم الزينة أو ما يتعلَّق بمستلزمات الطبخ، وشراء بعض الأرائك والأفرشة، كما أنَّ

¹ م أ، غ أ ش، ملف رقم 41437، قرار بتاريخ 1986/5/5م، (غير منشور) نقلًا عن: بلحاج العربي، الزواج والطلاق في تقنين الأسرة، ص 379.

² م ع، غ أ ش، ملف رقم 277411، قرار بتاريخ 2002/2/13م، م ق، ع 2، 2004م، ص 359.

³ يُنظر: بلحاج العربي، بحوث قانونية في قانون الأسرة الجزائري الجديد، ص 179. وأحمد الشامي، إثبات متاع البيت في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري (مقال)، ص 38.

⁴ يُنظر: عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، ص 165.

الباب الثاني: أثر العرف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

من الأزواج من يدفع مبلغ إلى المخطوبة فوق صداقها بغرض شراء مستلزمات بيت الزوجية الأولية من طرفها، ولا يتكلف هو بذلك، وعلى العكس من ذلك نجد في مناطق أخرى من البلاد أن الزوجة لا تتكلف عناء جلب الأثاث سوى ما هو متعلق بها من المستلزمات الخاصة بالنساء¹.

ثم إنه في العرف الجزائري أن الزوجة هي من تشتري متاع البيت أو تشارك فيه وخاصة لما تكون عاملة أو غنيّة، وأثناء المنازعة تحرر قائمة لمشترياتها للإثبات، إذا صحّت هذه القائمة وأقرّ بها الزوج فلا خلاف بينها وبينه، وفي حالة إنكاره إياها، تكون قرينة بسيطة تُقبل لإثبات أن المتاع ملك لها، ما لم يثبت الزوج عكس ذلك².

هذا وقد أصبح لبعض الجمعيات الخيرية دور رائد في تأثيث بيت الزوج وذلك من أجل مساعدة الأسر المعوزة وتشجيع الزواج، ممّا يصنع مشارب متعدّدة لمصدر هذا التأثيث، الأمر الذي يصعّب معه الحكم لطرف دون آخر، خاصّة وأنّه لا يوجد نصّ قانوني ولا شرعي يُحدّد ذلك، وإنّما يتمّ الحكم وفق لما تقتضيه متطلبات العرف والعادة في مجتمعهم³. والأمر يختلف عند طرح النزاعات المتعلقة بأثاث البيت أمام المحاكم خاصّة عند انعدام الدليل ووسائل الإثبات، فإنّ القاضي وأثناء حلّه للنزاع يرجع إلى العرف القائم في البلد أو الموطن الذي سيَقضي به في النزاع وإلى القاعدة التي أرساها له المشرّع من خلال المادة: 73 من ق أ ج، وذلك عند انعدام البيّنة لديه، ويُرجأ إلى تحكيم العرف سواء ما تعلّق بالمعتاد للرجال أو العكس أو حتى في المشتركات.

ثم إنّ العرف السائد في بعض البلاد العربية والإسلامية؛ كمصر وتونس مثلاً أنّ جميع المنقولات الموجودة في بيت الزوجية هي ملك للزوجة، إلّا إذا أثبت الزوج أنّه اشتراها من ماله الخاص، أو كان ممّا يختصّ بالرجال⁴. إذن فالمعول عليه في المتاع المتنازع عليه بين الزوجين أو بين أحدهما وورثة الطرف الآخر هو عرف البلد تطبيقاً للقاعدة الفقهيّة: "استعمال الناس حجة يجب العمل بها".

¹ يُنظر: قطبي أحمد ومنصوري المبروك، متاع البيت في التشريع الجزائري ومتطلبات الإثبات في نزاعاته (مقال)، ص 503-504.

² يُنظر: منصوري المبروك، آثار انخيار العملة على الآثار المالية للطلاق (المتعة والمتاع) (مقال)، ص 51.

³ يُنظر: قطبي أحمد ومنصوري المبروك، المرجع السابق، ص 504.

⁴ يُنظر: رشيد العمري، أحكام جهاز ومتاع البيت (مقال)، ص 105.

الباب الثاني: أثر العُرف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

غير أنّه من الأمور التي تُصعّبُ التعامل مع العرف أنّ الأمتعة التي تدخل ضمن متاع البيت تختلف من زمن إلى آخر بحسب ما استقرت عليه تعاملات الناس وأعرافهم، فيدخل في المعروف للرجال مثلاً قديماً: السِّلَاحُ وَثِيَابُ الرِّجَالِ وَالْحَيَوَانُ وَذُكُورُ الرِّقِيقِ والمعروف للنساء مثلاً: البُسْطُ والوسائد والملاحف وأواني النُّحاس¹. وهاته الأمتعة التي كانت لها قيمة معتبرة في ذلك الوقت تنقص عنها في وقتنا هذا، إنّ لم نُقلْ إنّ بعضها لم يبقَ لها وجود، بل أصبح اليوم يدخل ضمن متاع البيت أمتعة متجدّدة تكون للاستعمال المشترك للزوجين داخل البيت كلوازم الرِّياضة والأجهزة الإلكترونية المتطوّرة ذات القيمة المالية العالية، الأمر الذي يدعو حال النزاع إلى وضع ضوابط ثابتة موافقة للعرف تُسهّل من مهمة القاضي في ترجيح تقديره أثناء النزاع، وإلى ضرورة إعادة النّظر في القواعد والآليات التي يتمُّ من خلالها تقييم وتحديد قيمة ونسبة الاستهلاك والقَدَم فيها، ممّا يستوجب إشراك أهل الخبرة والتّخصص².

¹- يُنظر: الثُّشولي، البهجة في شرح الثُّحفة، ص 477.

²- يُنظر: قطبي أحمد ومنصوري المبروك، متاع البيت في التشريع الجزائري ومتطلبات الإثبات في نزاعاته (مقال)، ص 505.

المبحث الثاني: أثر العُرف في الآثار الخاصة لانحلال الزّواج
في الفقه الإسلاميّ والتّشريع الجزائريّ
وفيه مطلبان:

المطلب الأوّل: أثر العُرف في الآثار الخاصة لانحلال الزّواج بطريقي
الطلاق والتّطليق في الفقه الإسلاميّ والتّشريع الجزائريّ
المطلب الثاني: أثر العُرف في الآثار الخاصة لانحلال الزّواج
بطريق الخلع في الفقه الإسلاميّ والتّشريع الجزائريّ

المطلب الأول: أثر العُرف في الآثار الخاصة لانحلال الزواج

بطريقي الطلاق والتطليق في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

يترتب على فكّ الرابطة الزوجية بالطلاق الرجعي، والتطليق الذي يحكم به القاضي عن الزوج، حقوقاً للزوجة المطلقة منها ما هي غير المالية كحق الرجعة، وأخرى مالية كحق نفقة المتعة، لذا ارتأيت أن أتحدث عن أثر العرف في ألفاظ الرجعة وصيغها (في فرع أول)، ثم عن أثره في حكم متعة المطلقة ومقدارها (في فرع ثانٍ)، وكل ذلك في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري. وفيما يأتي بيان ذلك:

الفرع الأول: أثر العُرف في ألفاظ الرجعة وصيغها في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

لقد كفّلت الشريعة الإسلامية حق الرجعة، ونظّمت أحكامها بما يضمن حماية العلاقة بين الرجل والمرأة، وضبطها من أجل بقائها في دائرة الحلال من جهة، ومن جهة أخرى لما للرجعة من حكم ربانية تهدف إلى حماية الأسرة من التصدع والانحيار، وأنها تُهيء للزوجين الفرصة لاستدراك ما وقع فيه من خلل للرابطة الزوجية بعد ذهاب الغضب وهدوء العقل.

والمشرع الجزائري ما كان له أن يخرج عن هذا الإطار الفقهي المتعلق بأحكام الرجعة، خاصة وأنه أحال صراحة إلى أحكام الشريعة الإسلامية فيما لم يرد فيه نص طبقاً للمادة: 222 من ق أ ج. لذا سأحدث في هذا الفرع عن أثر العرف في صيغ الرجعة وألفاظها في الفقه الإسلامي (أولاً)، ثم عن أثره في صيغها وألفاظها في التشريع الجزائري (ثانياً)، وبإيهما كالآتي:

أولاً- أثر العُرف في صيغ الرجعة وألفاظها في الفقه الإسلامي: إنّ المقصود بصيغة الرجعة: هي كل ما يصدر عن الزوج المطلق من قول أو فعل يدل على إرادته إرجاع زوجته التي طلقها طلاقاً رجعيّاً. والأصل أن تكون الرجعة بالقول؛ أي: الصيغة اللفظية للرجعة، وقد تكون الرجعة بالفعل؛ أي: بالصيغة الفعلية لها¹.

ومما اتفق عليه الفقهاء من ألفاظ الرجعة هو لفظ الرجعة وما اشتق منه؛ لاشتهار هذا الاسم فيها بين أهل العُرف، كاشتعار اسم الطلاق فيه، إذ أنهم يُسمونها رجعة، والزوجة رجعية².

¹ يُنظر: عبد الكريم زيدان، المُفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، 36/8.

² يُنظر: ابن الهمام، شرح فتح القدير، 159/4. والصّاوي، بلغة السّالك لأقرب المسالك، 394/2. والقليوبي، حاشية قليوبي، 3/4. وعبد الرحمن المقدسي، الشرح الكبير على المفتح، 79/23-80.

الباب الثاني: أثر العُزف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

واختلفوا فيما عداها من الألفاظ؛ كلفظ الرّد، والإمساك، ونحوهما ممّا هو في معنى الرّجعة، وكذا في الأفعال وغيرهما. فمن الفقهاء من قال: إنّ الرّجعة تحصل بالقول فقط، ومنهم من قال: إنّها كما تكون بالقول تكون كذلك بالفعل، وفيما يأتي بيان هذين القولين:

القول الأوّل: تحصل الرّجعة عند الشّافعية¹ بالقول فقط سواء أكان صريحاً أم كناية، أمّا الصّريح فمثل: راجعتك، أو رجعتك، أو ارتجعتك. وهذه الثلاثة صريحة لشيوخها وورود الأخبار بها، ويلحق بها ما اشتق من لفظها: كقوله: أنت مراجعة، أو مرتجعة، أو مسترجعة، أو نحو ذلك، وتحصل الرّجعة بمعنى هذه الألفاظ وما بعدها من سائر اللّغات، سواء أعرّف العربيّة أم لا، وسواء أضاف الرّجعة إليه، أو إلى نكاحه، كقوله: إليّ، أو إلى نكاحي أم لا، لكن يُستحب ذلك.

ولا بُدّ من إضافة الرّجعة إلى ظاهر كراجعت فلانة، أو مضمّر كراجعتك، أو مُشارٍ إليه كراجعت هذه. وكذا بلفظ الرّد، والإمساك في الأصحّ في المذهب؛ لورودهما في القرآن الكريم، حيث قال ﷺ: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ﴾ [البقرة: 228]، وقوله: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرَحوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ [البقرة: 231]². وهذا يدلّ على أنّ الرّجعة تكون بالقول دون الفعل من وطء وغيره، غير أنّه تصحّ الرّجعة بالإشارة عند الاضطرار إليها، وذلك كما لو طلق الأخرس أو منعقد اللسان امرأته بكتاب أو إشارة تُعقل لزمه الطلاق، وكذلك إذا راجعها بكتاب له أو إشارة تُعقل لزمته الرّجعة.

وأما الكناية في الأصحّ: فمثل قول المرتجع: تزوجتك أو نكحتك، ولا بُدّ من أن يقول المرتجع في الكناية: ردّتها إليّ، أو إلى نكاحي، حتى يكون صريحاً، وهذا القول شرط. وأمّا الفعل؛ كوطء وغيره فلا تحصل به الرّجعة عندهم؛ لأنّه حرام، والحرام لا تصحّ الرّجعة به، فلو وطئ الزوج رجعيته واستأنفت الأقراء من وقت الوطء، راجع فيما كان بقي من عدّة الطلاق.

وبالتالي فإن أطلق أحد هذه الألفاظ صحّت الرّجعة دون نيّة في المذهب الشّافعيّ، بينما لو أطلق لفظ النّكاح، والتّزويج، فهو كناية في أصحّ الأقوال عنهم؛ لعدم اشتباههما في الرّجعة؛ ولأنّ ما كان صريحاً في بابه لا يكون صريحاً في غيره؛ كالطلاق والظهار³.

¹ يُنظر: الشّافعي، الأم، 262/5.

² يُنظر: الشّريبي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، 4/5.

³ يُنظر: المصدر نفسه، 3/5.

الباب الثاني: أثر العُزف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

القول الثاني: تحصل الرجعة عند جمهور الفقهاء من الحنفية¹، والمالكية²، والحنابلة³ بالقول أو بالفعل ومنه الخلوة، أمّا القول عند الحنفية: فهو إمّا صريح ولو من غير نية: وهو اللفظ الذي لا يحتمل معنى آخر غير الرجعة وإبقاء الزوجية، مثل: راجعتُ زوجتي، أو رجعتُك أو ردّدتُك أو أمسكتُك. وإمّا كناية بالنية أو دلالة الحال: وهو ما يحتمل الرجعة وغيرها، كقوله: أنت عِنْدِي الآن كما كنت، وأنتِ امرأتِي، وَلَا يَصِيرُ مُرَاجِعًا عِنْدَ إِطْلَاقِ أَحَدِهِمَا إِلَّا بِالنِّيَّةِ. فلفظ الكناية يحتاج إلى النية أو دلالة الحال. ويشترط في ردّدتُك الإضافة إليه أو إلى نكاحه فيقول: إليّ، أو إلى نكاحي، أو إلى عصمتي.

واختلفوا في النكاح والتزوج، فقال الإمام أبو حنيفة رحمه الله: بعدم حصول الرجعة بهما أصلاً، فلم يعتبرهما صريحاً، ولا كنايةً. في حين اعتبرهما الإمام محمد رحمه الله من ألفاظ الكناية التي تصح الرجعة بها مع النية. وعن أبي يوسف رحمه الله روايتان؛ إحداها الصحة، والأخرى عدمها. وقد أخذ الحنفية بقول الإمام محمد رحمه الله.⁴

وأما الرجعة بالفعل تقع، لكن مع الكراهة التنزيهية؛ فهي كل ما يُوجبُ حُرمة المصاهرة كمسّ بشهوة ووطء، وتقبيل بشهوة على أي موضع، ولو اختلاصاً أو نائماً أو مكرهاً أو مجنوناً أو معتوهاً⁵، سواء نوى المطلق الرجعة أم لا؛ لأنّ حصول هذا الفعل يدلّ بوضوح على رغبته في إمساك زوجته، ولأنّ الزوجية عند الحنفية باقية؛ لأنّ الله سمّى المطلق بعلاً، والبعل هو الزوج. وتحصل الرجعة بصدور أحد هذه الأفعال من الزوجة كالتقبيل بشهوة إن صدقها الزوج، أو ورثته بعد موته في وجود الشهوة، فإن أنكر لا تثبت الرجعة.

كما تحصل الرجعة عند المالكية بالقول أو الفعل أو النية، وأمّا القول فهو إمّا صريح، يكون بلفظ الرجعة، أو ما اشتق منها: كرجعتُ، وازنعتُ زوجتي، وراجعتُ، وردّدتُها لعصمتي أو نكاحي، أو غير صريح مثل: مسكتُها أو أمسكتُها، إذ يُحتمل: أمسكتُها تغذياً⁶. وأمّا الفعل فهو

¹ الحداد، الجوهرية النيرة، 179/4.

² الصّاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، 608/2.

³ البهوتي، دقائق أولي النهى، 148/3.

⁴ يُنظر: ابن الهمام، شرح فتح القدير، 159/4.

⁵ يُنظر: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، 357/7. وابن عابدين، حاشية ابن عابدين، 398/3.

⁶ يُنظر: العدوي، حاشية العدوي، 225/5. والدسوقي، حاشية الدسوقي، 416/2.

الباب الثاني: أثر العُزف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

كوطء ومقدماته. واشترطوا أن ينوي به الرجعة. وأمّا النّيّة: فهي حديث النفس بأن يقول في نفسه: رَاجَعْتُهَا، لكن إذا حدث مجرد قصد أن يُراجِعَهَا، فلا يكون رجعة اتّفاقاً¹. ولا بُدّ من أن ينوي الارتجاع مع القول، أو مع الفعل؛ ذلك أنّ الفعل مع النّيّة يَتَنَزَّلُ مَنْزِلَةً الْقَوْلِ عند مَالِكٍ رَحِمَهُ اللهُ².

خلافًا للحنفيّة كما تقدّم؛ لأنّ تصرف الرّوج يحتاج إلى دلالة قوية على رغبته في إعادة المُطلّقة، وهو يكون بالنّيّة. وتحصل الرجعة بالقول الصّريح ولو هزلاً؛ لأنّ الرجعة هزلها جدّ، لكن الرجعة في الهزل رجعة في الظاهر لعدم النّيّة، فيلزمه الحاكم بالنفقة وسائر الحقوق، فلا يحلّ الاستمتاع بها، حتى ينوي الرجعة. ولا صداق ولا حدّ في الوطاء الخالي عن نيّة الرجعة، وإن كان الوطاء حراماً؛ لأنّها في حكم الرّوجة ما دامت في العدّة.

وتحصل الرجعة عند الحنابلة بالقول الصّريح أي بكلّ لفظ دلّ على الرجعة، أو ما في معناها عُزْفاً، كَرَدَدْتُهَا، وَأَمْسَكْتُهَا، وَأَعَدْتُهَا، فلا يقتصر على لفظ الرجعة فقط، وإن كان قد اشتهرت فيها أكثر من غيره³، وبالوطء، سواء "نَوَى بِهِ الرّجعة أَوْ لَمْ يَنْوِ؛ لِأَنَّ الطَّلَاقَ سَبَبُ زَوَالِ الْمِلْكِ، وَ الْوُطْءُ يَمْنَعُ زَوَالَهُ، كَوُطْءِ الْبَائِعِ أَمْتَهُ الْمَبِيعَةِ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ"⁴.

ولا تحصل الرجعة عندهم بتقبيل المرأة، أو لمسها بشهوة، أو كشف فرجها والنظر إليه بشهوة أو غير شهوة، ولا بالخلوة بها والحديث معها؛ لأنّ المذكور كلّ ليس باستمتاع، وكلّ ذلك ليس في معنى الوطاء؛ إذ الوطاء يدلّ على ارتجاعها دلالة ظاهرة⁵، وهذا هو الرّاجح عندهم، ولا تحصل الرجعة أيضاً بإنكار الطّلاق إذ لا يدلّ على الرجعة. وأيضاً بالكناية مثل: تزوجتك أو نكحتك؛ لأنّ الرّجعة اسْتِبَاحَةٌ بُضِعَ مَقْصُودٌ فَلَا تَحِلُّ بِالْكِنَايَةِ كَالنِّكَاحِ⁶. وقال بعض الحنابلة: الخلوة في إثبات الرجعة كالوطء؛ لأنّ حُكْمَهَا حُكْمُ الدُّخُولِ فِي جَمِيعِ أُمُورِهَا⁷.

¹ الصّاوي، بلغة السّالك لأقرب المسالك، 606/2.

² ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 85/2.

³ يُنظر: ابن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد، 149/3.

⁴ الرّحبياني، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، 256/16.

⁵ يُنظر: عبد العزيز بن عدنان العيدان، الدّلائل والإشارات على أحصر المختصرات، 194/3.

⁶ يُنظر: البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، 342/5.

⁷ يُنظر: الرّحبياني، المصدر السّابق، 256/16.

الباب الثاني: أثر العُرف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

وبناء على ما سبق؛ فإنَّ الاختلاف بين الفقهاء فيما هو صريح وما هو كناية من ألفاظ الرَّجعة يؤكد عرْفية هذه الألفاظ، بحيث يكون الصَّريح ما شاع في أفهام النَّاس أنَّه كذلك. والكناية ما دلَّ دلالة احتمالية، وإنَّ احْتَمَلَ غيره، والاختلاف في الأفهام يُؤدِّي إلى الاختلاف في الألفاظ؛ لذلك حاول الشَّافعية ضبط هذه المسألة بقصر الصَّريح على ما وَرَدَ على لسان الشَّرع، إلَّا أنَّه لا يُشترط أن يكون ما يَرِدُ من الألفاظ على لسان الشَّارع هو الصَّريح دون الكناية؛ لأنَّ الله عزَّ وجلَّ عندما قال: **﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾** [البقرة: 231]، لا يعني أن يكون لفظ الإمساك صريح، وإنَّما المراد هو الدَّلالة على هذا المعنى بأنَّ يُحْسِنَ في أمرِها إذا انْقَضَتْ عِدَّتُهَا، وَلَمْ يَبْقَ مِنْهَا إِلَّا مِقْدَارٌ مَا يُمَكِّنُهُ فِيهِ رَجْعَتُهَا، فَإِنَّمَا أَنْ يُمَسِّكَهَا، أَيْ يَرْجِعَهَا بِمَعْرُوفٍ، أَوْ يُسَرِّحَهَا، أَيْ يَتْرُكَهَا حَتَّى تَنْقُضِيَ عِدَّتَهَا وَيُخْرِجَهَا مِنْ مَنْزِلِهِ بِأَلَّتِي هِيَ أَحْسَنُ¹.

كما أنَّ قوله ﷺ: **﴿أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾** [الطلاق: 2]، لا يدلُّ على أنَّ لفظ الفراق صريح، أو كناية في الطَّلَاق؛ بدليل أنَّه في هذه الآية لَمْ يَرِدْ بِهِ الطَّلَاق، وَإِنَّمَا هُوَ تَرْكُ رَجْعَةِ الْمَرْأَةِ حَتَّى تَمْضِيَ عِدَّتَهَا قَبْلَ ارْتِجَاعِهَا².

وواقع الحال يُؤكد هذه النتيجة؛ إذ أنَّه في وقتنا الحاضر إذا أُطلق لفظ الإمساك، فإنَّه لا يُفهم منه الرَّجعة إطلاقاً، ذلك أنَّ قول الرَّجُل لمطلَّقة التي تصحُّ رجعتها في حال حضورها: **أَمْسِكْتُكَ**، أو قال في حال غيابها: **أَمْسَكْتُ زَوْجَتِي**، فإنَّ المعنى الذي يتبادر في أذهان عامَّة النَّاسِ هو الإمساك باليد، ولا يُفهم منه الرَّجعة إلَّا الخواص منهم. بينما إذا أُطلق لفظ الرَّجعة، أو الرَّدُّ، بل حتى لفظ الإعادة الذي اختلف فيه الفقهاء، فإنَّه يُفهم منه الرَّجعة مباشرة، دون الحاجة إلى معرفة مُرَادِ الرَّجُل حين قوله: **أَرْجَعْتُكَ**، أو **رَدَدْتُكَ**، أو **أَعَدْتُكَ**. وبالتأكيد فإنَّه لا يُفهم اليوم من لفظ الزَّواج، أو النِّكاح الرَّجعة؛ لأنَّها ألفاظ ذات مفاهيم خاصَّة لا يُفهم منها سواها، وهي تدلُّ على ابتداء العقد، والرَّجعة تحصل بدون عقد³.

¹ يُنظر: ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، 475/1.

² يُنظر: ابن قدامة، المغني، 386/7.

³ يُنظر: إلهام عبد الله باجنيد، أثر العُرف في الفُرْق ومعلقاتها من أحكام الأسرة-دراسة تطبيقية مقارنة-، ص 278.

الباب الثاني: أثر العُرف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

القول الرَّاجح: بعد عرض أقوال الفقهاء في المسألة فالذي يميل للباحث إلى ترجيحه هو ما ذهب إليه الجمهور من أنَّ الرَّجعة تكون بالقول، كما تكون بالفعل، فقد طَلَّقَ عبد الله بن عمر رضي الله عنه امرأته وَهِي حَائِضٌ، فِي عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، فَسَأَلَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ رضي الله عنه رَسُولَ اللَّهِ ﷺ عَنْ ذَلِكَ، فَقَالَ لَهُ: «مُرُهُ فَلْيُرَاجِعْهَا، ثُمَّ لِيُتْرَكْهَا حَتَّى تَطْهَرُ، ثُمَّ تَحِيضَ، ثُمَّ تَطْهَرُ، ثُمَّ إِنْ شَاءَ أَمْسَكَ بَعْدُ، وَإِنْ شَاءَ طَلَّقَ قَبْلَ أَنْ يَمَسَّ»¹. وليس في هذا تخصيص من قول أو فعل، ولأنَّ الْمُطَلَّقة الرَّجعية تُعتبر في حكم الزَّوْجة بِدَلِيلِ صِحَّةِ الْإِيْلَاءِ².

ثانيًا- أثر العُرف في صيغ الرَّجعة وألفاظها في التشريع الجزائري: لقد نصَّ المشرِّع على الرَّجعة وأحكامها في المادة: 50 من ق أ ج، حيث جاء فيها: "من راجع زوجته أثناء محاولة الصُّلح لا يحتاج إلى عقد جديد، ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد". وكذا في المادة: 51 من القانون نفسه التي ورد فيها: "لا يمكن أن يُراجع الرَّجل من طَلَّقَهَا ثلاث مرَّات متتالية إلَّا بعد أن تتزوج غيره وتُطَلَّقَ منه أو يموت عنها بعد البناء"³. وليس فيه مادة أخرى تطرقت إلى الرَّجعة لا إلى ألفاظها وصيغها وانعقادها.

إلَّا أنَّ المادة: 50 من ق أ ج، لم تتناول إلَّا حالة واحدة وصيغة واحدة من حالات وصيغ انعقاد الرَّجعة، وتمثلت في استعمال المشرع لعبارة "من راجع زوجته"، والتي يقصد منها الرَّجوع الذي يأتي بعد الطَّلَاق الواقع من الزَّوج بإرادته المنفردة طبقًا للمادة: 48 من ق أ ج⁴.

وبذلك تكون هذه المادة قد ميَّزت بين الرَّجعة التي تقع أثناء محاولة الصُّلح، والرَّجعة التي تقع بعد صدور الحكم بالطلاق أثناء فترة العِدَّة، فالرَّجعة التي تقع قبل الإعلان عن الطَّلَاق من قبل القاضي في مرحلة الصُّلح لا تدخل في مفهوم الرَّجعة التي يملكها الزَّوج في الطَّلَاق الرَّجعي؛ لأنَّ الطَّلَاق لم يقع بعد، وتبعًا لذلك يستطيع الزَّوج أن يُرجع زوجته في أي وقت ما دامت العلاقة

¹ - مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ، أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ فِي صَحِيحِهِ، كِتَابُ الطَّلَاقِ، بَابُ قَوْلِ ﷺ: «يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ» [الطَّلَاق: 1]، رَقْم: 5251، 41/7. وَمُسْلِمٌ فِي صَحِيحِهِ، كِتَابُ الطَّلَاقِ، بَابُ تَحْرِيمِ طَلَاقِ الْحَائِضِ بَعْدَ رِضَايَا، رَقْم: 1471، 1093/2.

² - يُنْظَرُ: الشُّوكَاي، نِيلُ الْأَوْتَار، 299/6.

³ - الْأَمْرُ رَقْم: 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005م. المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل.

⁴ - يُنْظَرُ: عِلَال طَحْطَاح، دراسة نقدية تقويمية لنصِّ المادة: 49 من قانون الأسرة (مقال)، ص 175.

الباب الثاني: أثر العُرف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

الزَّوجية قائمة بينهما، وغاية ما في الأمر أنَّ العِدَّة في الغالب تكون قائمة أثناء فترة الصُّلح، وأنَّ الطَّلَاق يكون رجعيًا، ممَّا يقتضي معه صحَّة الرَّجعة بدون عقد جديد.

أمَّا الرَّجعة التي تقع بعد صدور الحكم بالطلاق أثناء العِدَّة فلا تكون إلَّا بعقد جديد، وهذا مخالف لما استقرَّ عليه الفقه الإسلامي من أنَّ الطَّلَاق الذي يصدر بناء على إرادة الزوج يُعدُّ طلاقًا رجعيًا يملك الزوج فيه أن يُعيد زوجته إلى عصمته بدون عقد جديد¹.

ثمَّ إنَّ القانون يأتي مجملًا ويتولَّى شراح القانون والفقهاء تفسيره وفقًا لقواعد التفسير وضوابطه، فالمادة: 50 تضمنت الرَّجعة دون عقد جديد، غير أنَّها لم تتضمن الشُّروط الواجبة لصحتها، الأمر الذي يجعلنا أمام فراغ تشريعي، ممَّا يُحتم علينا الرُّجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية التي اشترطت لصحة رجعة الزوجة لزوجها دون عقد جديد أن يكون الطلاق رجعيًا².

إلَّا أنَّه كان الأخرى بالمشروع الجزائري أن يُدرج -على الأقل- الصِّيغ الأخرى المتفق عليها بين فقهاء الشريعة، ولو كانت غير مرفوعة إلى القضاء؛ حتى لا يُصبح الطلاق والرَّجعة ألعوبة في أيدي العامة والسُّفهاء³.

بناء على ما سبق؛ فإنَّ صيغ الرَّجعة وألفاظها في أعراف النَّاس غير مقيدة بألفاظ معيَّنة، فقد تختلف الألفاظ باختلاف الزَّمان والمكان والأشخاص، ولذلك يرى الباحث عدم قُصْر ألفاظ الرَّجعة وتحديد ألفاظها بألفاظ محدَّدة لا تتعدَّها إلى غيرها، بل تكون الرَّجعة بما يدلُّ عليها عُرفًا مفهوميًا للزَّوجة ومقصودًا للزوج⁴. هذا و إنَّ الفقه الإسلامي والعُرف قد خالفا التشريع الجزائري، فألفاظ الرَّجعة وصيغها فيهما متعدِّدة بالقول الصَّريح والكنائي والفعل مع ترجيح اعتبار العُرف في كلِّ ما يدلُّ على الرَّجعة، فمقصود الشارع المحافظة على استقرار الأسر وبقائها، فأی لفظٍ حقَّق المقصود

¹ يُنظر: عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، ص 33 وما بعدها.

² يُنظر: علال طحطاح، دراسة نقدية تقويمية لنص المادة: 49 من قانون الأسرة (مقال)، ص 175.

³ يُنظر: عز الدين عبد الدائم، صيغ انعقاد الرَّجعة في الطلاق بين الشريعة وقانون الأسرة الجزائري (مقال)، ص 261.

⁴ نور الدين أبو لحية، آثار حلِّ عصمة الزَّوجية (مقال)، حمَّله يوم 2023/11/18م، في السَّاعة: 09:20، من الشَّبكة

العنكبوتية، من الرابط الآتي: <https://ln.run/a3S8n>

الباب الثاني: أثر العرف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

فقد تمت به الرجعة¹. أمّا في التشريع الجزائري فإنّ ألفاظ الرجعة وصيغها محصورة في صيغة واحدة مشروط لها الحضور أمام القاضي قبل صدور الحكم بالطلاق، فيكون القاضي قد شهد على ذلك، وهي رجعة شرعية وقانونية².

وإن كان الباحث يرى أنّه يجب على المشرّع حسم مسألة السكوت عن ألفاظ الرجعة وصيغها كما فعل المشرّع الليبي في قانونه للأسرة³، حيث حدد ألفاظ الرجعة بشكل واضح وصريح في المادة: 50/ب، فهذه المادة تضمنت الإشارة إلى مراعاة العرف في الألفاظ الخاصة بالرجعة.

الفرع الثاني: أثر العرف في متعة المطلقة وتقديرها في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري
من الآثار المالية المترتبة على انحلال الزواج بطريقي الطلاق والتطليق نفقة المتعة، والتي هي مبلغ من المال يختلف باختلاف حال الزوج يسراً وعسراً، يدفعه الزوج لمطلقاته⁴. وقيل: هي ما يُعطى للزوجة لتتمتع به تعويضاً لها عن الفُرقة بينها وبين زوجها من ثياب تلبسها المرأة عادة عند خروجها، أو مال يقوم مقامها⁵. وعليه فإنّ كلمة "مال" تشمل الثنود وكلّ ما له قيمة سواء قلة أم كثرة، كاللباس، والطعام وغيرهما. وفي هذا الفرع سأتحّدث عن حكم متعة المطلقة (أولاً)، ثم عن أثر العرف في تقديرها (ثانياً)، وكلّ ذلك في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري.

أولاً- حكم متعة المطلقة وأثر العرف فيها في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري: بيان ذلك يكون بالبدء بحكم متعة الطلاق، ثم أثر العرف فيها. وفيما يأتي تفصيل ذلك:

¹ يُنظر: محمد يونس الزعبي، التطبيقات العملية لأحكام الرجعة بين الفقه والقضاء الشرعي الأردني (بحث)، اطلعت عليه يوم 2023/11/18م، في الساعة 09:30، من موقع "دائرة الإفتاء" على الشبكة العنكبوتية، من الرابط الآتي: <https://2h.ae/weVL>

² يُنظر: بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري - الزواج والطلاق-، 323/1-324. وعز الدين عبد الدائم، صيغ انعقاد الرجعة في الطلاق بين الشريعة وقانون الأسرة الجزائري (مقال)، ص263.

³ نصّت المادة: 50/ب، من ق أ الليبي رقم: 10/84: "ب- تحصل الرجعة بالفعل أو بالقول أو بالكتابة، فإن تعذر ذلك فبالإشارة المفهومة". حملتها يوم 2024/6/25م، في الساعة: 21، من الشبكة العنكبوتية، من الرابط الآتي:

<https://goo.su/nAcV3> وبذلك يكون قد وافق مذهب جمهور الفقهاء.

⁴ عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، ص270.

⁵ أحمد فتحي بهنسي، نفقة المتعة بين الشريعة والقانون، ص25.

الباب الثاني: أثر العُزف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

1. حكم متعة المطلقة بين الفقه الإسلامي: اختلف آراء الفقهاء في حكم المتعة بين قائل بوجودها في كلِّ حالات الطلاق من غير تفریق بينها، وبين قائل بالنَّدب والاستحباب، وبين محدّد الوجوب في حالات؛ كحالة المفوضة دون غيرها¹، وبيان ذلك يكون كالآتي:

القول الأول: ذهب أبو حنيفة رحمته الله²، والشافعي رحمته الله في الجديد³، وأحمد رحمته الله في ظاهر المذهب⁴ إلى وجوب المتعة للمفوضة، ولمن طُلِّقَتْ قبل الدُّخول ولم يُسمَّ لها الصَّدَاق في العقد، وكذلك وفي رواية أخرى عن أحمد رحمته الله أنَّ الواجب لها نصف مهر مثلها؛ لأنَّه نكاح صحيح يُوجِبُ مهر المثل بعد الدُّخول فيوجبُ نصفه بالطلاق قبل الدُّخول، وما عداها من النساءِ المطلقاتِ يُنَدَّبُ تمتيعهن. واستدلُّوا على قولهم هذا بآيات قرآنية وأحاديث نبوية وآثار الصحابة، وفيما يأتي تفصيل ذلك:

- من القرآن: بقوله عز وجل: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَتَّعُوهُنَّ وَسَرَّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾ [الأحزاب: 49]، ووجه الاستدلال من الآية: أنَّ هذه الآية تقرّر وجوب المتعة من غير مساس ودون تسمية للمهر⁵. وبقوله عز وجل: ﴿وَلِلْمُطَلَّقاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ [البقرة: 241]، وقوله عز وجل: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾ [البقرة: 236]، وقد دلَّت هذه الآيات على وجوب المتعة من ثلاثة وجوه:

أولها: إنَّ قوله عز وجل: ﴿وَمَتَّعُوهُنَّ﴾، وقوله: ﴿فَمَتَّعُوهُنَّ﴾ أمرٌ، والأمر يقتضي الوجوب. وثانيها: قوله عز وجل: ﴿مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾، وليس في ألفاظ الإيجاب أكّد من قوله "حقًا عليه". وأمّا ثالثها: فقوله عز وجل: ﴿حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾ تأكيدٌ لإيجابه؛ إذ جعلها من شرط الإحسان، وعلى كلِّ أحدٍ أن يكون من المحسنين، وكذلك قوله عز وجل: ﴿حَقًّا عَلَى

¹ يُنظر: ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 116/3..

² النَّسْفِي، كنز الدقائق، 258/1. وابن الهمام، فتح القدير، 149/7.

³ يُنظر: الشافعي، الأم، 31/7. والنووي، المجموع شرح المذهب، 389/16.

⁴ يُنظر: ابن قدامة، المغني، 47/8.

⁵ يُنظر: ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، 486/1. والبهوتي، دقائق أولى النهى لشرح المنتهى، 28/3.

الباب الثاني: أثر العُزف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

الْمُتَّقِينَ»، قَدْ دَلَّ قَوْلُهُ "حَقًّا عَلَيْهِ" عَلَى الْوُجُوبِ، وَقَوْلُهُ: «حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ» تَأْكِيدٌ لِإِجَابَتِهَا، وَكَذَلِكَ قَوْلُهُ ﷺ: «فَمَتَّعُوهُمْ وَسَرَّحُوهُمْ سَرَاحًا جَمِيلًا»، قَدْ دَلَّ عَلَى الْوُجُوبِ مِنْ حَيْثُ هُوَ أَمْرٌ. وَقَوْلُهُ ﷺ: «وَلِلْمُطَلَّقاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ»، يَفْتَضِي الْوُجُوبَ أَيْضًا¹.

- من السُّنَّةِ النَّبَوِيَّةِ: بِحَدِيثِ جَابِرٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، فِي قِصَّةِ فَاطِمَةَ بِنْتِ قَيْسٍ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ لِرِوْجِهَا: «مَتَّعَهَا» قَالَ: لَا أَجِدُ مَا أُمَتَّعُهَا بِهِ، قَالَ ﷺ: «فَإِنَّهُ لَا بُدَّ مِنَ الْمَتَاعِ، مَتَّعَهَا وَلَوْ نِصْفَ صَاعٍ مِنْ تَمْرٍ»². فَمِنْ هَذَا الْحَدِيثِ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَضَى بِالْمَتَّةِ لِلْمُطَلَّقةِ بِاعتبارها حقًّا من حقوقها.

- ومن الآثار: فَالصَّحَابَةُ الْكَرامُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ سَوَاءٌ فِي عَهْدِ الرَّسُولِ ﷺ أَوْ مِنْ بَعْدِهِ إِذَا طَلَّقُوا نِسَاءَهُمْ مَتَّعُوهُمْ بِكِسْوَةٍ أَوْ مَالٍ، فَقَدْ رُوِيَ عَنْ ابْنِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ: "لِكُلِّ مُطَلَّقةٍ مَتَّةٌ إِلَّا الَّتِي تُطَلَّقُ وَقَدْ فُرِضَ لَهَا صَدَاقٌ وَلَمْ تُمَسِّنْ فَحَسْبُهَا نِصْفُ مَا فُرِضَ لَهَا". وَقَدْ وَرَدَ أَنَّ عَبْدَ الرَّحْمَنِ بْنَ عَوْفٍ طَلَّقَ امْرَأَةً لَهُ فَمَتَّعَ بِوَلِيدَةٍ³. وَفَعَلَ الصَّحَابَةُ دَلَالَةً عَلَى الْمَشْرُوعِيَّةِ خُصُوصًا أَنَّهُمْ أَفْضَلُ مَنْ طَبَّقَ شَرَعَ اللَّهِ تَعَالَى. كَمَا اسْتَدَلُّوا بِأَدَلَّةٍ عَقْلِيَّةٍ⁴، مِنْهَا أَنَّ الْمَتَّةَ بَدَلُ الْوَاجِبِ وَهُوَ نِصْفُ الْمَهْرِ، وَبَدَلُ الْوَاجِبِ وَاجِبٌ؛ لِأَنَّهُ يَقُومُ مَقَامَهُ.

كما ذهب الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ إِلَى أَنَّ لِلْمُخْتَلَعَةِ الْمَتَّةَ⁵ مُسْتَدَلًّا بِعَمُومِ قَوْلِهِ ﷺ: «وَلِلْمُطَلَّقاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ» [البقرة: 241]، فَتَكُونُ الْمَتَّةُ وَاجِبَةً عَلَيْهِ، لِأَنَّ الْفُرْقَةَ فِي الْخُلْعِ تَمَّتْ بِهَا إِلَّا أَنَّ الْمُعَلَّابَ فِيهِ الزَّوْجُ؛ لِأَنَّ الْفُرْقَةَ مِنْ جِهَتِهِ وَقَعَتْ؛ وَلِأَنَّهُ قَدْ يَصِلُ إِلَى الْخُلْعِ عَنْهَا مَعَ غَيْرِهَا⁶.

¹ يُنْظَرُ: السَّرْحَسِيُّ، الْمَبْسُوطُ، 61/6. وَالتَّنْسَفِيُّ، مَدَارِكُ التَّنْزِيلِ وَحَقَائِقُ التَّأْوِيلِ، 247/3. وَالْجِصَّاصُ، أَحْكَامُ الْقُرْآنِ، 519/1. وَالْقُرْطُبِيُّ، الْجَامِعُ لِأَحْكَامِ الْقُرْآنِ، 200/3. وَعَبْدُ الرَّحْمَنِ الْمَقْدِسِيُّ، الْعُدَّةُ شَرْحُ الْعُمْدَةِ، ص 425.

² رَوَاهُ الْبَيْهَقِيُّ فِي السُّنَنِ الصَّغِيرِ، كِتَابُ النِّكَاحِ، بَابُ نِكَاحِ التَّفْوِيزِ، رَقْمٌ: 2555، 78/3. قَالَ عَنْهُ الْأَلْبَانِيُّ: "حَدِيثٌ حَسَنٌ". السَّلْسَلَةُ الصَّحِيحَةُ، 350/5.

³ أَخْرَجَهُ مَالِكٌ فِي مَوْطِئِهِ، كِتَابُ الطَّلَاقِ، بَابُ مَا جَاءَ فِي مُتْعَةِ الطَّلَاقِ، 825/4.

⁴ لِلْإِطْلَاعِ عَلَى سَائِرِ الْأَدَلَّةِ الْعَقْلِيَّةِ. يُنْظَرُ: وَفَاءٌ مَعْتُوقُ حِمْرَةٍ، الطَّلَاقُ وَآثَارُهُ الْمَعْنَوِيَّةُ وَالْمَالِيَّةُ فِي الْفَقْهِ الْإِسْلَامِيِّ، ص 280-281.

⁵ يُنْظَرُ: الشَّافِعِيُّ، الْأَمُّ، 271/7.

⁶ يُنْظَرُ: الْمَاوَرِدِيُّ، الْحَاوِي الْكَبِيرُ 1312/9.

الباب الثاني: أثر العُزف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

القول الثاني: إنّ المتعة مستحبة لبعض المطلقات وغير واجبة في جميع الأحوال، وبهذا قال المالكية¹، واستدلوا على ذلك بقوله ﷺ: «وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ» [البقرة: 236]، فقلوه ﷺ: «وَمَتَّعُوهُنَّ» [البقرة: 236]، فأمر بالمتاع، أمر على الوجوب ما لم يقتزن به قرينة تصرفه عن الوجوب إلى الندب. وقد اقتزن بهذا الأمر قرائن تدلّ على أنّ المراد به الندب، من ذلك تخصيصه بالمحسنين من غير المحسنين لقوله ﷺ: «حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ» [البقرة: 236]، و«حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ» [البقرة: 241]. فالآيتان دلتا على أنّ الأمر بالمتعة ندب لا فرض².

وقالوا: المطلقات ثلاثة أقسام: مُطلّقة قبل الدُّخول وقبل التَّسمية؛ أي: المفوضة، فلها المتعة وليس لها شيء من الصَّدَاق. ومُطلّقة قبل الدُّخول وبعد التَّسمية، فلا متعة لها. ومُطلّقة بعد الدُّخول، سواء أكانت قبل التَّسمية أم بعدها، فلها المتعة. ولا متعة في كلِّ فراق تختاره المرأة، كامرأة المجنون والمجنون والعين. وكذا المختلعة فلا متعة لها³. فعلى هذا فإنّه يكون لبعض المطلقات المتعة استحباباً لا وجوباً، والأصل أنّه لا تكليف إلّا بنصٍّ، ومالك رحمه الله يرى أنّ النصوص الواردة في المتعة لا تُفيد وجوبها⁴.

وقد ردّ صاحب "بدائع الصنائع" على قول الإمام مالك رحمه الله، فقال: (وَلَنَا) قَوْلُهُ ﷺ: «لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ» [البقرة: 236]، وَمُطَلِّقُ الْأَمْرِ لِوُجُوبِ الْعَمَلِ. وَالْمُرَادُ مِنْ قَوْلِهِ ﷺ: «أَوْ تَفْرِضُوا» أَي: وَمَ تَفْرِضُوا، وَقَدْ تَكُونُ "أَوْ" بِمَعْنَى "الْوَاوِ". وَأَمَّا قَوْلُهُ ﷺ: «حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ»، وَلَيْسَ فِي أَلْفَاظِ الْإِجَابِ كَلِمَةٌ أَوْكَدُ مِنْ قَوْلِنَا حَقٌّ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ الْحَقِّيَّةَ تَقْتَضِي الثَّبُوتَ. وَ"عَلَى" كَلِمَةٌ إلْزَامٌ وَإِثْبَاتٌ، فَالْجُمُعُ بَيْنَهُمَا يَقْتَضِي التَّأَكِيدَ. وَإِجَابُ الْمُتَعَةِ عَلَى الْمُحْسِنِ وَالْمُتَّقِي لَا يَنْفِي الْإِجَابَ عَلَى

¹ مالك بن أنس، المدونة، 239/2. وابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 116/3.

² يُنظر: ابن يونس الصقلي، الجامع لمسائل المدونة، 460/9. والنقراوي، الفواكه الدواني، 36/2.

³ يُنظر: مالك بن أنس، المصدر السابق، 240/2. وابن رشد الجدد، المقدمات والمهمّات، 552/1.

⁴ يُنظر: عبد النور عيساوي، حقُّ المطلقة في المتعة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي (مقال)، ص 169.

الباب الثاني: أثر العُزف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

غَيْرَهُمَا، أَلَا تَرَى أَنَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَخْبَرَ أَنَّ الْقُرْآنَ "هُدًى لِّلْمُتَّقِينَ" ثُمَّ لَمْ يَنْفِ أَنَّ يَكُونَ هُدًى لِّلنَّاسِ كُلِّهِمْ كَذًا هَذَا¹.

وقالوا: إِنَّ اللَّهَ تَعَالَى لَمْ يُقَدِّرْهَا، وَإِنَّمَا وَكَّلَهَا إِلَى اجْتِهَادِ الْمُقَدِّرِ، والفرائض لا بُدَّ أَنْ تكون مقدَّرة معلومة أيضاً². ثم إِنَّ المالكِيَّةَ قد استثنوا المرأة المختلعة من حكم استحباب المتعة، إذ قرَّروا أَنَّهُ لا متعة لها؛ "لأنَّ المتعة إِنَّمَا جعلت بدلاً من غَمِّ الطَّلَاقِ وَهَمِّه عليهن وسقطت عن المختلعات والمفتديات والمباريات، لِأَنَّهُنَّ يُعْطَيْنَ فكيف يأخذنَّ. ولأَنَّهُنَّ مُخْتَارَاتٌ لِلطَّلَاقِ فقد سقط عنهنَّ هَمُّه"³. وفي هذا المقام يقول الإمام مالِكُ رَحِمَهُ اللهُ: "لَا مُتْعَةٌ لِّلْمُخْتَلَعَةِ وَلَا لِّلْمُبَارَةِ"⁴.

تحرير محل النزاع والترجيح:

سبب الخلاف بين الفقهاء حول حكم متعة المطلقات مرده إلى اختلافهم في فهم الآيات التي ذُكِرت فيها متعة الطَّلَاقِ، بين مَنْ نظر إلى أَنَّ الأمر الوارد في قوله: ﴿وَمَتَّعُوهُنَّ﴾ [البقرة: 236]، فمنهم من حمّله على الوجوب، ومنهم من حمّله على التَّدْبِ لوجود الصَّارِفِ عنه لذلك⁵.

بعد عرض أقوال الفقهاء في المسألة وأدلتهم، يجد الباحث نفسه ميالاً إلى ترجيح قول الجمهور وهو أَنَّ المتعة واجبة للمطلقات مطلقاً؛ أي: المدخول بهن أو غير مدخول بهن، وسمِّيَ لهن المهر أو لم يُسمَّ، لقوة أدلتهم ومنها الآيات الآتية:

قوله ﷺ: ﴿وَلِلْمُطَلَّقاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ [البقرة: 241]. وقوله ﷻ: ﴿مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾ [البقرة: 236]. وقد دلَّت الآيتان بعمومهما على وجوب المتعة لكلِّ مطلقة⁶، كما دلَّتا على استحقاق المطلقات للمتعة بالإتيان باللام الدالة على التَّمْلِيكِ ﴿وَلِلْمُطَلَّقاتِ﴾، ثم قال: ﴿بِالْمَعْرُوفِ﴾ فقدَّرت المتعة الواجبة، ولو لم تكن واجبة لما قدرها بالقدر الذي تعارف عليه النَّاسُ، وقد صرحت الآيتان بالوجوب في قوله: ﴿حَقًّا﴾ والحقُّ هو

¹ يُنظر: الكاساني، بدائع الصَّنَائِعِ فِي تَرْتِيبِ الشُّرَائِعِ، 302/2-303.

² ابن رشد الجدل، المقدمات والمهمّات، 549/1. وابن العربي، أحكام القرآن، 291/1.

³ ابن يونس الصَّقْلِي، الجامع لمسائل المدونة، 461/9.

⁴ مالِك بن أنس، المدونة، 240/2.

⁵ يُنظر: ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 116/3-117.

⁶ يُنظر: النَّوَوِي، المجموع شرح المهذب، 390/16. وابن حزم، المحلى بالآثار، 8/10.

الباب الثاني: أثر العُزف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

الواجب اللازم، ودلّ قوله: «عَلَى الْمُتَّقِينَ»، على أَنَّ الذي لا يُتَمَتَّع مطلقته فإنَّه ليس بمتقٍ، كما دلّ قوله: «عَلَى الْمُحْسِنِينَ»، على أَنَّ الذي لا يُتَمَتَّع مطلقته فإنَّه ليس بمحسن¹. وفي هذا حثٌّ للأزواج على التمتيع كي يدخلوا في زمرة المتقين والمحسنين من جهة، وترهيب من جهة أخرى²، فالذي لا يُتَمَتَّع ليس بمتقٍ ولا محسن³.

وقد ردَّ عليهم ابن حزم رحمته الله⁴ فقال: "وَمِنْ عَجَائِبِ الدُّنْيَا احْتِجَاجُ مَنْ قَلَّدَهُ لِقَوْلِهِمْ هَذَا بِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى إِنَّمَا أَوْجَبَهَا عَلَى الْمُتَّقِينَ وَالْمُحْسِنِينَ لَا عَلَى غَيْرِهِمْ؟ فَقُلْنَا لَهُمْ: فَهَبْكُمْ صَادِقِينَ فِي ذَلِكَ، أَتُوجِبُونَهَا أَنْتُمْ عَلَى مَنْ أَوْجَبَهَا اللَّهُ تَعَالَى عَلَيْهِ مِنَ الْمُتَّقِينَ وَالْمُحْسِنِينَ أَوْ لَا؟ فَإِنْ قَالُوا: لَا، أَقْرُوا بِخِلَافِهِمْ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى، وَأَبْطَلُوا احْتِجَاجَهُمُ الْمَذْكُورَ، وَإِنْ قَالُوا: نَعَمْ، تَزَكُوا مَذْهَبَهُمْ"⁵. ثم إنَّ ما احتجَّ به الإمام مالك رحمته الله لا ينهض حُجَّة لما ذهب إليه كما بيَّن صاحب "بدائع الصنائع" في ردِّه عليه⁶.

غير أنَّه وقع الخلاف بين المالكيَّة والشافعيَّة بشأن متعة المختلعة، فذهب المالكيَّة إلى أنَّ لا نفقة لها، في حين خالفهم الشافعيَّة، غير أنَّ الرَّأي الرَّاجح هو رأي المالكية القائل بعدم وجوب المتعة للمختلعة لقوة أدلتهم ووجاهتها سواء قلنا: إنَّ الخلع طلاق أم فسخ، لأنَّه على القول بأنَّه طلاق إنَّما وجبت بدلاً عمَّا يُصِيب المرأة من التَّأسف والغمِّ بسببه وهنا غير موجود، وإنَّ قلنا: إنَّه فسخ فقد خرجت ممَّا تفرضه الآية الكريمة⁷.

2. حكم متعة المطلقة في التشريع الجزائري: أبحث هذه المسألة من الناحيتين الآتيتين

¹ يُنظر: الماوردي، الحاوي الكبير، 1153/9. والشنقيطي، شرح زاد المستقنع، 6/281.

² يُنظر: عمر سليمان الأشقر، أحكام الزَّواج في ضوء الكتاب والسُّنة، ص272. وعبد الكريم زيدان، المُفصَّل في أحكام المرأة والبيت المسلم، 131/7. ونور الدِّين أبو حية، أحكام الطَّلاق والفسخ برؤية مقاصدية، ص621. ومحمد حسن عبد الغفار، أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء، 12/7.

³ يُنظر: عمر سليمان الأشقر، المرجع السَّابق، ص272.

⁴ هو: علي بن أحمد بن سعيد، أبو محمد بن حزم الأندلسي الظاهري؛ العالم، الحافظ، المُحدِّث، الفقيه، من مؤلفاته: "المحلى بالآثار" و"مراتب الإجماع"، توفي رحمته الله سنة 456هـ. يُنظر: ابن بشكوال، الصلة في تاريخ أئمة الأندلس، ص395-396.

⁵ ابن حزم، المحلى بالآثار، 4/10.

⁶ عبد الكريم زيدان، المرجع السَّابق، 131/7.

⁷ يُنظر: جمال عبد الوهاب الهلبي، أثر الطلاق في متعة الزَّوجية-دراسة فقهية مقارنة- (مقال)، ص122.

الباب الثاني: أثر العُزف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

أ. من الناحية القانونية: لم ينص المشرع في مواد قانونه للأسرة على المتعة المقررة شرعاً لمن طلقها زوجها كما هو مذهب الجمهور، وإنما تعرّض لها كتعويض عن ضرر الطلاق التعسفي باعتبارها كحق مالي للمطلقة في المادة: 52 من ق أ ج متى توفرت شروطه، والتي منها: أن يكون الطلاق بعد زواج صحيح، وأن لا تكون الزوجة هي المتسببة في الطلاق¹. وهذا ما أكّده الاجتهادات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا "بوصفها تعويضاً عن الطلاق التعسفي بمفهومه الحديث، وليست أثراً من آثار الطلاق"².

ب. من الناحية القضائية: لم يستقر موقف القضاء الجزائري من مسألة متعة المطلقة على رأي واحد، ولعل ذلك راجع إلى تطبيق المادة: 222 من ق أ ج، وبناء عليه انقسمت آراء القضاة بخصوصها على رأيين؛ هما:

الرأي الأول: ذهب بعض القضاة إلى اعتبار نفقة المتعة هي نفسها التعويض عن الطلاق التعسفي، حيث جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1986/1/27م: "أن المتعة تُمنح للزوجة مقابل الضرر الناتج بها من طلاق غير مبرر، وتسقط بتحميلها جزء من المسؤولية فيه. ولما كان ثابتاً -في قضية الحال- أن القرار المطعون فيه قضى بإسناد الظلم للزوجين معاً، فلا سبيل لتعويض أحدهما ومنح المتعة للزوجة. ومتى كان كذلك استوجب النقص جزئياً فيما يخص المتعة"³.

وجاء هذا القرار مناقضاً للقرار الصادر عن مجلس قضاء سطيف بتاريخ 1984/2/07م والذي أيد الحكم الصادر عن محكمة سطيف بالطلاق مع تحميل الزوجين التعويض وتعديله مع تحديد نفقة المتعة للزوجة، حيث سببت المحكمة العليا قرارها هذا على أن نفقة المتعة تُمنح للزوجة مقابل الضرر الناتج عنها من طلاق غير مبرر... فالقضاة اعتبروا المتعة تعويضاً عن كل طلاق لم يُبرره الزوج، وهو بذلك التعريف القانوني للتعويض عن الطلاق التعسفي الذي تستحقه المطلقة إذا كان بتظليم المطلق، ما يفهم من ذلك أنه متعة على طلاق مبرر⁴.

¹ يُنظر: عيساوي عبد النور، حق المطلقة في المتعة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي (مقال)، ص 175 وما بعدها.

² محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة المعدل، ص 120.

³ م أ، غ أ ش، ملف رقم 39731، قرار بتاريخ 1986/1/27م، م ق، ع 4، 1993م، ص 61.

⁴ يُنظر: باديس ذياي، آثار فك الرابطة الزوجية -تعويض، عدّة، حضانة، متاع-، ص 24.

الباب الثاني: أثر العُزف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

الرأي الثاني: ذهب بعض القضاة إلى الفصل بين المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي، ذلك أنه في حالة الطلاق التعسفي يلزم الزوج بدفع نفقة المتعة للمطلقة بالإضافة إلى التعويض عن ضرر الطلاق التعسفي، وهو ما جسده قضاة المحكمة العليا لما وافقوا على نقض القرار الصادر عن مجلس قضاء بسكرة بتاريخ: 1982/2/1م الذي أيد حكم محكمة بسكرة الذي حكم بالطلاق بين الطرفين وبالحكم للزوجة بمبلغ 5000 دينار جزائري مقابل الطلاق عن طلب زوجها، حيث قضت المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في: 1986/4/7م، بما يلي: "من الأحكام الشرعية أن للزوجة المطلقة طلاقاً تعسفياً نفقة عدة، نفقة إهمال، نفقة متعة، وكذلك التعويض الذي يُحكم به لها من جراء الطلاق التعسفي، وينبغي عند الحكم تحديد طبيعة المبالغ المحكوم بها لصالح المطلقة وفي أي إطار تدخل. والقضاء بما يُخالف أحكام هذا المبدأ يستوجب نقض القرار الذي منح للزوجة المطلقة مبلغاً إجماليّاً من التُّقود مقابل الطلاق التعسفي"¹.

فالملاحظ على هذا القرار أن المحكمة العليا قد فرّقت بين المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي، واعتبر نفقة المتعة من آثار الطلاق وليست ذات صلة بالتعويض عن الطلاق التعسفي.

الرأي الرابع: بعد عرض آراء القضاء الجزائري حول المتعة يبدو للباحث أن الرأي الرابع هو الرأي الثاني الذي فرّق بين المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي؛ لأن المتعة التي أقرتها الشريعة الإسلامية تختلف عن التعويض عن الطلاق التعسفي الذي أقره القانون، فالمتعة تجب لكل مطلقة بمجرد الطلاق من غير أن يُيدي الزوج سبباً لطلاقه سواء كان له عذر لطلاقه أم لم يكن، فالمتعة واجبة للمطلقة جبراً لحاظرها المنكسر من الطلاق وتخفيفاً عن آلامها، باستثناء من طُلقت قبل الدُّخول وُسِّمي لها مهرها فلها نصف المهر المسمّى كمقابل للمتعة، وسواء تضرّرت الزوجة من طلاق زوجها أم لا.

وبهذا يكون المشرّع الجزائري قد وافق مذهب جمهور الفقهاء في وجوبها، وخالف المالكية القائلين بأن متعة المطلقة مندوبة. أمّا التعويض في القانون فيجب في حالة انعدام السبب المشروع لطلاق الزوج، فهو مرتبط بتعسفه في الطلاق، وهو مشروع لدفع الضرر الذي يلحق الزوجة سواء

¹ م أ، غ أش، ملف رقم 41560، قرار بتاريخ 1986/4/7م، م ق، ع 2، 1989م، ص 69.

الباب الثاني: أثر العُرف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

طُلِّقت قبل الدُّخول أم بعده، وسواء سُمِّي لها مهرها أم لم يُسمَّ، وبمجرد تبرير الرَّجِّ لطلاقه يُعفى من التعويض ولا تستحقُّه الزَّوجة¹.

بناءً على ما سبق، يصل الباحث إلى أنَّ الفقه الإسلامي والعرف والتشريع الجزائري قد اتَّفقا على وجوب نفقة المتعة لبعض المطلقات وتستمر مدَّة عدَّتْها، باستثناء التي طُلِّقت قبل البناء وسُمِّي لها المهر فإنَّها تستحقُّ نصف المُسمَّى، أمَّا الزَّوجة النَّاشِزة والمخالعة فلا تستحقُّان المتعة.

ثانياً- أثر العُرف في تقدير متعة المطلقة بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري:

لكي تستحقَّ الزَّوجة المطلقة نفقة المتعة لا بُدَّ من تحقق الشروط الآتية؛ أولها: أن تكون قد طُلِّقت بعد زواج صحيح، لأنَّ الزَّواج الباطل لا قيمة له في نظر الشرع والقانون، وكذا الزَّواج الفاسد وإن كان يثبت به النَّسب احتياطاً. وثانيها: أن لا يكون الطَّلَاق دون رضاها وبلا سبب من قبلها، وثالثها: أن يتمَّ الطَّلَاق بعد الدُّخول. فمتى تحقَّقت الشروط الثلاثة كان لها الحقُّ في طلب نفقة المتعة² شرعاً وقانوناً، وفيما يأتي تفصيل ذلك:

1. أثر العُرف في مقدار متعة المطلقة في الفقه الإسلامي: "لم يرد نص في تحديد مقدار المتعة ولا نوعها"³، فاجتهد الفقهاء في تحديد مقدارها على النحو الآتي:

مذهب الحنفية: قرَّروا أنَّ أدنى ما تُكوِّنُ المُتعة ثلاثة أُنُوبٍ⁴: دِرْعٌ⁵، وَخِمَارٌ، وَمِلْحَفَةٌ؛ أي: الملاءة. واحتجَّوا على هذا التَّحديد بقوله ﷺ: «مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ» [البقرة: 236]، وَالْمَتَاعُ اسْمٌ لِلْعُرُوضِ فِي الْعُرْفِ؛ وَلَأنَّ لِإِيجَابِ الْأُنُوبِ نَظِيرًا فِي أَصُولِ الشَّرْعِ، وَهُوَ الْكِسْوَةُ الَّتِي تَجِبُ لَهَا حَالُ قِيَامِ النِّكَاحِ وَالْعِدَّةِ، وَأَدْنَى مَا تَكْتَسِي بِهِ الْمَرْأَةُ، وَتَسْتَبْرَأُ بِهِ عِنْدَ الْخُرُوجِ ثَلَاثَةُ أُنُوبٍ⁶.

¹ يُنظر: جميل فخري محمد جاني، متعة المطلقة وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التَّعسُفي في الفقه والقانون، ص 235.

ومطروح عدلان، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشَّخصية من خلال مقاصد الشريعة، ص 275.

² يُنظر: محمد كمال الدين إمام، الزَّواج في الفقه الإسلامي - دراسة تشريعية وفقهية -، ص 37.

³ وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، الموسوعة الفقهية، 96/36.

⁴ يُنظر: السَّرخسي، المبسوط، 287/7.

⁵ دِرْعٌ: وهو ما تلبسه المرأة فوق القميص. النَّسْفِي، طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية، 40/1. وإبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط. وفي كليهما مادة: درع، 280/1.

⁶ يُنظر: الكاساني، بدائع الصَّنائع في ترتيب الشرائع، 64/6.

الباب الثاني: أثر العرف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

وذكر الجصاص رحمته الله أن مقدارها يتحدد بما دل عليه قوله رحمته الله: «وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ» [البقرة: 236]، وجه الاستدلال بالآية: دلت على أن مقدار المتعة لا بُدَّ فيه من شيئين؛ وهما: أحدهما: اعتيادها بيسار الرجل وإعساره. وثانيهما: أن يكون بالمعروف مع ذلك، فوجب اعتبار المعنيين في ذلك، وإذا كان كذلك، وكان المعروف منهما مؤثوقاً على عادات الناس فيها، والعادات قد تختلف وتتغير وجب بذلك مراعاة العادات في الأزمان، وذلك أصل في جواز الاجتهاد في أحكام الحوادث¹.

ثم أورد رحمته الله قول الحنفية في مقدار المتعة، فقال: "إنها ثلاثة أثواب: درع، وخمار، وإزار²، واستدل على تقديرهم المتعة بالثياب بقوله رحمته الله: «وَلِلْمُطَلَّقاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ» [البقرة: 241]. وقال أيضاً: عن ابن عباس رضي الله عنه: "أعلى المتعة الحادى". وقال عطاء رضي الله عنه: "أوسع المتعة درع وخمار وملحفة"³. ثم قال الجصاص رحمته الله بعد أن ذكر هذه الأقوال وغيرها: "وهذه المقادير كلها صدرت عن اجتهاد آرائهم ولم ينكر بعضهم على بعض ما صار إليه من مخالفته فيه"⁴.

وقد تُدفع النقود للمطلقة على سبيل المتعة، كأن "لو أعطاهها قيمة الأثواب ذراهم، أو دنانير تجبر على القبول؛ لأن الأثواب ما وجبت لعينها بل من حيث إنها مال، كالشاة في خمس من الإبل في باب الزكاة"⁵.

مذهب المالكية: قالوا في تقديرهم للمتعة: ليس لها حد لا في قليلها ولا في كثيرها، إلا أن تقديرها يكون بحسب حال الزوج، فالموسر فيها بقدره والمعسر بقدره، وهي موكولة إليه يعطي فيها ما طابت به نفسه، ولا يجبر عليها⁶. واستدلوا بقوله رحمته الله: «وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدَرُهُ» [البقرة: 236]. فهذه الآية قد صرحت بأن المتعة تكون بحسب حال الزوج.

¹ الجصاص، أحكام القرآن، 143/2.

² الإزار: ثوب يحيط بالنصف الأسفل من البدن، وقيل: ما تستتر به بين الناس عند الخروج. الجصاص، المصدر نفسه،

144/2. وإبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، مادة: أزر، 16/1.

³ الجصاص، المصدر السابق، 144/2.

⁴ المصدر نفسه، 144/2.

⁵ الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، 64/6.

⁶ يُنظر: مالك بن أنس، المدونة، 240/2. وابن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة، 617/2.

الباب الثاني: أثر العرف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

مذهب الشافعية: قال فقهاء الشافعية في المذهب القديم: يُمتنعها ثيابًا بقدر ثلاثين درهماً أو خادماً؛ وفي المذهب الجديد: يُقدّر الحاكم المتعة باجتهاده؛ بدليل الآية سالفه الذكر¹.

مذهب الحنابلة: وعندهم أنّ المتعة مُعْتَبَرَةٌ بِحَالِ الزَّوْجِ، فِي يَسَارِهِ وَإِعْسَارِهِ². وقالوا: إنّ أعلاها خادم، وأدناها كسوة تجزئها في صلاحها، وأوسطها ما بين ذلك، واحتجوا بالأثر المروي عن ابن عباس رضي الله عنه الذي ذكرناه آنفاً، فقيمة المتعة خادم في زمنهم إذا كان الزوج موسراً، وأدناها إذا كان فقيراً؛ كسوة كاملة تجزئها في صلاحها، وقال الإمام أحمد رضي الله عنه: يُرْجَعُ فِي تَقْدِيرِهَا إِلَى الْحَاكِمِ³.

وقال ابن تيمية رحمته الله في إمتاع المطلقة: "إنّ الله تعالى ذَكَرَ أَنَّ الْإِمْسَاكَ بِالْمَعْرُوفِ، وَالتَّسْرِيحَ بِالْمَعْرُوفِ... وَأَنَّ لَهُنَّ وَعَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ، فَهَذَا الْوَاجِبُ الْعَدْلُ فِي جَمِيعِ مَا يَتَعَلَّقُ بِالنِّكَاحِ مِنْ أُمُورِهِ وَحُقُوقِ الزَّوْجَيْنِ، فَكَمَا أَنَّ مَا يَجِبُ لِلْمَرْأَةِ عَلَيْهِ مِنَ الرِّزْقِ وَالْكِسْوَةِ هُوَ بِالْمَعْرُوفِ، وَهُوَ الْعُرْفُ الَّذِي يَعْرِفُهُ النَّاسُ فِي حَالِهِمَا نَوْعًا وَقَدْرًا وَصِفَةً، وَإِنْ كَانَ ذَلِكَ يَتَنَوَّعُ بِتَنَوُّعِ حَالِهِمَا مِنَ الْيَسَارِ وَالْإِعْسَارِ، وَالزَّمَانِ كَالشِّتَاءِ وَالصَّيْفِ وَاللَّيْلِ وَالنَّهَارِ، وَالْمَكَانِ، فَيُطْعِمُهَا فِي كُلِّ بَلَدٍ مِمَّا هُوَ عَادَةُ أَهْلِ الْبَلَدِ وَهُوَ الْعُرْفُ بَيْنَهُمْ"⁴.

الترجيح: بعد عرض أقوال الفقهاء وأدلتهم، يجد الباحث نفسه ميالاً إلى القول بأنّ متعة الطلاق غير مقدرة ومتروكة لاجتهاد القاضي في تقديرها معتبراً حال الزوج يسراً وعسراً، وغير غافل عن حال المرأة، إذ يقوم الزوج بتقديم ما تكتسي به مطلّقتها وما تستتر به عند الخروج من بيتها حسب العرف والعادة في كسوة النساء حسب المكان والزمان، وأنّه يجوز دفع النّقود بدلاً عن الكسوة للمرأة في المتعة المستحقة لها على زوجها الذي طلقها إذا كان دفع النّقود أنفع وأصلح لها من الثياب، وهذا الأنفع للمرأة يختلف باختلاف المكان والزمان وعرف الناس وعاداتهم فيما يدفعونه للمرأة في المتعة المستحقة لها على مطلّقتها⁵.

2. أثر العرف في مقدار متعة المطلقة في التشريع الجزائري: بيان هذه المسألة يكون كالآتي

¹ يُنظر: العمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، 476/9.

² يُنظر: ابن قدامة، المغني، 242/7.

³ يُنظر: ابن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد، 73/3.

⁴ ابن تيمية، مجموع الفتاوى، 84-85/34.

⁵ عبد الكريم زيدان، المُفَصَّلُ في أحكام المرأة والبيت المسلم، 134/7. وجمال عبد الوهاب الهلبي، أثر الطلاق في متعة

الزَّوْجِيَّة -دراسة فقهية مقارنة- (مقال)، ص152.

الباب الثاني: أثر العُزف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

أ. من الناحية القانونية: لم يحدّد المشرّع ما يجب مراعاته في تحديد المتعة، كما لم يضع حدًّا أدنى للمتعة ولا أعلى لها. الأمر الذي يدعونا للبحث عن كيفية تقديرها في اجتهادات القضاء الجزائري.

ب. من الناحية القضائية: بالرّجوع إلى اجتهادات المحكمة العليا نجد بعض القرارات أخضعت تحديد مقدار المتعة إلى تقدير قضاة الموضوع، وهذا ما تضمّنه القرار المؤرخ في 1984/3/2م: "من المقرّر شرعاً أنّ تقرير ما يُفرض للزّوجة من حقوق على زوجها يخضع لتقدير قضاة الموضوع، فإنّ تسببه وبيان حالة الزّوجين بياناً مفصلاً من غنى وفقر يدخل في صميم القانون الذي هو خاضع للرقابة، فإنّ القضاء بما يُخالف أحكام هذا المبدأ يُعدّ انتهاكاً لقواعد شرعيّة مستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية.

وإذا كان الثّابت أنّ قضاة الاستئناف رفعوا المبالغ التي حُكِمَ بها للزّوجة، مقصرين في تبرير ما حكموا به على الإشارة إلى حالة الطّرفين وطبقتهما الاجتماعية دون اعتبار لحالة وطبقة كلّ منهما وغناها وفقرهما أو غنى أحدهما أو فقر الآخر، ودون اعتبار كذلك لمقدار ما يتقاضاه الزّوج كأجرة شهريّة لمعرفة ما إذا كان ما حكموا به خاصّة منه المتعة التي رُفِعَتْ إلى غير ما هو مألوف أن يُعطى عادة بما يتناسب مع إمكانية الزّوج الماديّة، فإنّ هؤلاء القضاة فصلوا بدون تسبب وإعطاء شيء غير مألوف دون الاستناد على أيّة قاعدة شرعيّة، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه جزئياً فيما يتعلّق برفع مبلغ المتعة دون إحالة"¹.

يتّضح من خلال هذا الاجتهاد القضائي أنّه ينبغي عند تقدير المتعة مراعاة الحالة الماديّة للزّوج، وهو ما يتوافق مع الرّأي الرّاجح في الفقه الإسلامي وتماشياً مع الآية الكريمة التي تنصّ على إعطاء المتعة بحسب قدرة الزّوج من حيث يسره أو عسره، فعلى القاضي وفي إطار سلطته التّقديرية مراعاة ذلك².

إلا أنّ المحكمة العليا لم تكن ثابتة على هذا المبدأ، إذ أنّها اتخذت في نصّ اجتهادي آخر معياراً مختلفاً في تقدير المبالغ الداخلة في نطاق الآثار الماليّة للطّلاق لا سيما المتعة هو الحالة العامّة

¹ م أ، غ أ ش، ملف رقم 32779، قرار بتاريخ 1984/3/2م، م ق. ع 2، 1989م، ص 61.

² يُنظر: نبيلة جنادي، النّقص التشريعي في تنظيم نفقة المتعة وواقع تقديرها في قانون الأسرة الجزائري (مقال)، ص 423.

الباب الثاني: أثر العُزف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

للزَّوجين، الأمر الذي يُمثل تحبُّطاً يعكس مدى تأثر المشرِّع بالاختلافات الفقهيَّة بهذا الخصوص¹، فقد نصَّت في القرار المؤرخ: 2007/11/4م أنه: "للعلم أنَّ الحكم المستأنف 2003/1/26م قضى بفكِّ الرابطة الزَّوجيَّة بين الطَّرفين وعلى الطَّاعن أن يُؤدي للمطعون ضدها 30 000 دينار عدَّة، و 50 000 دينار متعة، و 2000 دينار نفقة ... وحيث أنَّه خلافاً لمزاعم الطَّاعن فإنَّ المبالغ المحكوم بها ليست مُبالغ فيها، وأنَّ قضاة الموضوع راعوا حال الطَّرفين يُسرّاً وعُسرّاً"².

من خلال هذا الاجتهاد يتبيَّن أنَّ المبالغ المطروحة في القرار قد تمَّ تزكيتهما من قبل المحكمة العليا، ورفض طعن الرَّجل بخفض المبالغ المحكوم بها والتي يدخل ضمنها مبلغ المتعة المقدَّر بـ: 50 000 دينار جزائري، والذي يُعتبر مبلغاً مُعتبراً لا سيما في سنة 2008م تاريخ صدور القرار، وضرورة الأخذ بالحسبان الحالة المادية للزَّوج واحتياجات الزَّوجة³.

ونظراً لأهمية هذا المستحق بالنسبة للزَّوجة المطلَّقة كان على المشرِّع التَّنصيص على متعة المطلَّقة في آثار الطَّلاق، ولا يكتفي بالإحالة إليها من خلال المادة: 222 من ق أ ج، بل لا بُدَّ عليه من أن يُبيِّن للقضاء كيفية تقديرها، ويلزم قضاة الموضوع بالحكم بها حتى وإن لم تطلبها المطلَّقة، لكي لا يكون هناك تضارب واختلاف في الإحكام القضائيَّة من جهة، ومن جهة ثانية لتجنب الخلط بينها وبين التَّعويض عن الطَّلاق التَّعسفي. لذا على المشرِّع الجزائري أن يحاكي ما هو جاري به العمل عند بعض التَّشريعات العربيَّة؛ كالتشريع المصري⁴، والمغربي⁵ اللذان يلزمان

¹ يُنظر: زهير بن حشاني، آثار الطَّلاق في قوانين الأحوال الشَّخصيَّة المغربيَّة، ص 25.

² م ع، غ أ ش، ملف رقم 391655، قرار بتاريخ 2007/4/11م، م م ع. ع 1، 2008م، ص 249.

³ يُنظر: زهير بن حشاني، المرجع السَّابق، ص 25-26.

⁴ فقد نصَّ المشرِّع المصريُّ صراحة على متعة المطلَّقة كأثر من آثار الطَّلاق في المادة: 18 مكرر من القانون رقم 100 لسنة 1985 بقوله: "الزَّوجة المدخول بها في زواج صحيح إذا طَلَّقها زوجها دون رضاها ولا بسبب من قبلها تستحق فوق نفقة عدتها متعة تُقدَّر بستتين على الأقل. وبمراعاة حال المطلِّق يسراً وعسراً وظروف الطَّلاق ومدة الزَّوجيَّة". حملته يوم 2024/6/25م، في السَّاعة 21، من موقع "مملكة القانون" على الشبكة العنكبوتيَّة، من الرِّابط الآتي: <https://2h.ae/YrKA> وبهذا يكون قد أخذ بالرَّأي الرَّاجح من المذهب الشَّافعي. يُنظر: أحمد الشَّامي، نفقة المتعة في التَّشريعين الجزائريِّ والمصريِّ (مقال)، ص 870.

⁵ نصَّت المادة: 1/84 من أ المغربية على: "تشمل مستحقات الزَّوجة: الصَّدق المؤخر إن وجد، ونفقة العدة، والمتعة التي يُراعى في تقديرها فترة الزَّواج والوضعية المالية للزَّوج، وأسباب الطَّلاق، ومدى تعسف الزَّوج في توقيعه". حملتها يوم 2024/6/25م، في السَّاعة 21، من الشبكة العنكبوتيَّة، من الرِّابط الآتي: <https://2h.ae/IHRA>

الباب الثاني: أثر العُرف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

المحاكم بأن تحكم للزوجة المطلقة بالمتعة مع وضع بعض المعايير التي تُساعد القاضي في تحديدها¹ بل أن من القوانين العربية من نصَّ عليها في مواد مستقلة².

كما ندعو المشرع الجزائري إلى استحداث مادة جديدة تنصُّ على المتعة، مع وضع معايير للقاضي تساعده في تحديد مقدارها، بحيث يكون نصُّ المادة المقترحة على النحو الآتي: "على القاضي أن يحكم بالمتعة لكلٍّ من طَلَّقها زوجها بعد الدُّخول، ويُراعي في تقديره للمتعة حالة الزوج المادية ومدة الزواج، مع إمكانية الترخيص بدفعها على أقساطٍ خلال مدة يُحدِّدها القاضي".

بناءً على ما سبق؛ فإنَّه من المؤكد أنَّ المتعة ليست من المقدرات الشرعية الثابتة نصًّا، وإنما هي أمر خاضع في تقديره إلى الاجتهاد الشرعي والعرف الزماني والمكاني الملائم لمقاصد الشريعة الإسلامية، وأنَّ تحديد مقدارها عند بعض فقهاء الشريعة يُرجع فيه إلى ما تعارف النَّاس من أنَّه متاع للمطلقة، فإنَّه يُجزئ الزوج أن يُعطيه للزوجة³. وكما ذكرت سالقاً أنَّه يجب على القاضي أن يراعي حالة الزوج المادية يُسرًا وعُسْرًا وتوسطًا عند الحكم بالمتعة للزوجة، وهذا ما أكَّد عليه القضاء الجزائري في بعض اجتهاداته.

إلا أنَّ العرف السائد في الجزائر لا يُقرُّ بمنح المطلقة المتعة، وهو عرف فاسد، ذلك أنَّ أغلب النساء لا يُردن الانفصال عن أزواجهن، ولا يجذبن تخريب عش الزوجية، لأنَّهن يجدن أنفسهنَّ في وضعية محرجة للغاية، كما تقلُّ فرصهنَّ للزواج مرَّةً أخرى، وخاصَّةً إذا تطلَّقت وهي في مقتبل العمر، فالعديد من الأسر الجزائرية لا تقبل بعودة الفتاة المطلقة، فالمشكل يكمن في عدم تقبل الأسر لهذا الواقع وأنَّ الطلاق ظاهرة اجتماعية محتملة الوقوع في أي أسرة، فالمرأة إنسانة قبل كل شيء تملك قلبًا وعقلًا وإحساسًا فطلاقها قدر أراد الله لحكمة يعلمها.

وإذا كانت المتعة هي جبر وتخفيف للمطلقة لما أصابها من حسرة وألم، فإنَّه وللأسف فالعرف في الجزائر لا يُقدِّم المتعة للمطلقة بل يعوضها عن الأضرار فقط النَّاجمة عن الطلاق التَّعسفي.

¹ ومن هذه المعايير: طول فترة الزواج، ومراعاة الحالة المادية للزوج، وتعسف الزوج في طلاقه. يُنظر: نبيلة جنادي، النقص التشريعي في تنظيم نفقة المتعة وواقع تقديرها في قانون الأسرة الجزائري (مقال)، ص 420 وما بعدها.

² يُنظر: نبيلة جنادي، المرجع نفسه، ص 423.

³ يُنظر: حمد بن عبد الله الحمد، شرح زاد المستقنع، 109/20.

المطلب الثاني: أثر العُرف في الآثار الخاصة لانحلال الزواج بطريق الخلع

في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

يترتب على فكُّ للرابطة الزوجية بين الزوجين بطريق الخلع، أن تدفع المرأة للزوج المحال عوضًا للخلع والأصل في هذا الأخير أن يكون مبالغًا من المال، غير أنه يمكن أن يكون الخلع مقابل إسقاط بعض الحقوق المقومة بالمال؛ كسكنى الدار أو إرضاع الولد أو حضانتها أو النفقة، أو في مقابل بعض الحقوق المالية؛ كإسقاط نفقة العدة ومهرها، وعلى هذا الأساس يمكن تقسيم هذه الحقوق إلى حقوق غير مالية وحقوق مالية.

لذا ارتأيت أن أقسم هذا المطلب إلى فرعين؛ فأتكلّم عن أثر العرف في مسائل مرتبطة بعوض الخلع في (فرع أول)، ثم عن أثره في الخلع مقابل إسقاط بعض المنافع والحقوق في (فرع ثانٍ) وكلٌّ منهما في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري. وتفصيلها كالآتي:

الفرع الأول: أثر العرف في مسائل عوض الخلع في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

قبل التّعرض لأثر العرف في بعض المسائل المرتبطة بعوض الخلع، لا بُدَّ من تحديد المقصود بعوض الخلع. فنقصد به: كلُّ ما يمكن أن يأخذه الزوج من زوجته أو من غيرها في مقابل خلعها من عصمته¹. ثم إنَّ حكم أخذ العوض في الخلع جائز ومشروع من الزوجة أو من غيرها أثناء المخالعة إذا خيف عدم إقامة الحدود الزوجية فيما بينهما². وقد دلَّ على ذلك قوله ﷺ: «وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ» [البقرة: 229]، وجاء في تفسيرها إذا تشاقق الزوجان، ولم تقم المرأة بحقوق الرجل وأبعضته ولم تقدر على معاشرته، فلا حرج على المرأة أن تفتدي، ولا حرج على الزوج أن يأخذ ما افتدت به نفسها مقابل تحصيل رغبتها بطلب الفرقة³.

¹ يُنظر: جمال عبد الوهاب عبد الغفار، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ص 87. وعبد السلام منصور قويدر، الخلع معناه وأحكامه -دراسة فقهية مقارنة- (مقال)، ص 133.

² يُنظر: ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 3/89. والنووي، المجموع شرح المذهب، 3/17. وابن قدامة، المغني، 323/7. وابن حجر، فتح الباري شرح صحيح البخاري، 9/395. والشوكاني، نيل الأوطار، 6/292.

³ يُنظر: القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، 3/127-128. والتعليقي، الجواهر الحسان في تفسير القرآن، 1/459.

الباب الثاني: أثر العرف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

وقد جاء على لسان كثير من الفقهاء، ومنهم الإمام القرطبي رحمته الله حين فسّر قوله ﷺ: «وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا» [البقرة: 229]. فقال: «وَالْآيَةُ حِطَابٌ لِلْأَزْوَاجِ، نُهُا أَنْ يَأْخُذُوا مِنْ أَرْوَاجِهِمْ شَيْئًا عَلَى وَجْهِ الْمُضَارَّةِ، وَهَذَا هُوَ الْخُلْعُ الَّذِي لَا يَصِحُّ إِلَّا بِأَلَا يَنْفَرِدَ الرَّجُلُ بِالضَّرَرِ، وَخَصَّ بِالذَّكْرِ مَا آتَى الْأَزْوَاجَ نِسَاءَهُمْ، لِأَنَّ الْعُرْفَ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ يَطْلُبَ الرَّجُلُ عِنْدَ الشَّقَاقِ وَالْفَسَادِ مَا خَرَجَ مِنْ يَدِهِ لَهَا صَدَاقًا وَجَهَازًا، فَلِذَلِكَ خُصَّ بِالذَّكْرِ ... وَالْجُمُهورُ عَلَى أَنَّ أَخْذَ الْفِدْيَةِ عَلَى الطَّلَاقِ جَائِزٌ»¹.

كما ورد أحاديث نبوية وأخبار كثيرة عن الصحابة تُفيدُ بوقوع الخلع وجواز أخذ الفدية، ومن ذلك ما رُوِيَ عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ رضي الله عنه، أَنَّ امْرَأَةً ثَابِتِ بْنِ قَيْسٍ أَتَتْ النَّبِيَّ ﷺ فَقَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، ثَابِتُ بْنُ قَيْسٍ، مَا أَعْتَبْتُ عَلَيْهِ فِي خُلُقٍ وَلَا دِينٍ، وَلَكِنِّي أَكْرَهُ الْكُفْرَ فِي الْإِسْلَامِ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «أَتُرَدِّينَ عَلَيْهِ حَدِيثَهُ؟» قَالَتْ: نَعَمْ، قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «اقْبَلِ الْحَدِيثَ وَطَلَّقْهَا تَطْلِيقَةً»². وجه الدلالة من الحديث: «الْحَدِيثُ فِيهِ دَلِيلٌ عَلَى شَرْعِيَّةِ الْخُلْعِ وَصِحَّتِهِ، وَأَنَّهُ يَحِلُّ أَخْذُ الْعَوْضِ مِنَ الْمَرْأَةِ»³، وهذا يتضح جليًا في قوله: «اقْبَلِ الْحَدِيثَ وَطَلَّقْهَا تَطْلِيقَةً»، والأمر الوارد فيه هُوَ أَمْرٌ إِرْشَادِي وَإِصْلَاحِي لَا إِجْبَازِي⁴. وفي بشأن هذه الحادثة أورد قول الإمام مالك رحمته الله: "لَمْ أَزَلْ أَسْمَعُ ذَلِكَ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ، وَهُوَ الْأَمْرُ الْمُجْتَمِعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا، وَهُوَ أَنَّ الرَّجُلَ إِذَا لَمْ يَضُرَّ بِالْمَرْأَةِ وَلَمْ يُسَيِّئْ إِلَيْهَا، وَلَمْ تُؤْتِ مِنْ قَبْلِهِ، وَأَحَبَّتْ فِرَاقَهُ فَإِنَّهُ يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهَا كُلَّ مَا اقْتَدَتْ بِهِ، كَمَا فَعَلَ النَّبِيُّ ﷺ فِي امْرَأَةِ ثَابِتِ بْنِ قَيْسٍ»⁵.

ونظرًا لأهمية العوض في الخلع ارتأيت أن أتحدث عن أثر العرف في بعض المسائل المرتبطة به في الفقه الإسلامي (أولًا)، ثم عن أثره فيها في التشريع الجزائري (ثانيًا). وفيما يأتي بيانها:

¹ - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، 137/3.

² - الحديث سبق تخريجه، ص 309.

³ - الصنعاني، سبل السلام، 244/2.

⁴ - يُنظر: ابن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، 400/9.

⁵ - القرطبي، المصدر السابق، 139/3.

الباب الثاني: أثر العُزف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

أولاً- مسائل مرتبطة بعوض الخلع في الفقه الإسلامي: لقد اتفق الفقهاء¹ على أنَّ كلَّ ما يصلح أن يكون مهرًا يصلح أن يكون عوضًا، فيجوز أن يكون من مال أو عين كدار ونحوها، أو منفعة تُقوِّم بالمال كسكنى الدَّار، أو إسقاط حقِّ كالَّذين الذي لها على الرَّج. إلا أنَّهم اختلفوا حول بعض المسائل التي تتعلَّق بنوع العِوض، وفيما يأتي تفصيلها:

1. مسألة الخلع بعوض معدوم أو مجهول أو غير مقدور على تسليمه: وقع الخلاف بين الفقهاء في هذه المسألة على قولين؛ وهما:

القول الأوَّل: مذهب جمهور الفقهاء² غير الشَّافعيَّة يصحُّ الخلع بالعِوض إذا كان مشتملاً على غرر أو معدوم ينتظر وجوده كجنين في بطن حيوان تملكه الرَّوْجة، أو كان مجهولاً كأحد فرسين، أو غير موصوف من عرض أو حيوان وثرة لم يبدَّ صلاحها، أو مضافاً إلى أجل مجهول، خلافاً لمهر النِّكاح، فليس كلُّ ما يصلح عوضاً في الخُلْع، يصلح عوضاً في النِّكاح. واستدلَّ أصحاب هذا القول: بأنَّ الخلع طلاقٌ، وفي الطَّلَاق معنى الإسقاط، لأنَّه يؤدي إلى سقوط حقِّ الرَّج في المتعة، والإسقاطات تدخلها المسامحة، ولأنَّ الطَّلَاق معنى يجوز تعليقه بالشرط، فجاز أن يستحقَّ به العوض المجهول كالوصية، ولأنَّ الخلع إسقاط لحقِّه من البضع، وليس فيه تمليك شيء، فصحَّ الخلع مع جهالة البذل³.

القول الثَّاني: ذهب بعض المالكيَّة⁴ وجمهور الشَّافعية⁵ حيث قالوا: لا يصحُّ الخلع بالعِوض المشتمل على غرر أو معدوم، أو كان مجهولاً، وتبين الرَّوْجة منه بمهر المثل، لأنَّه المتعيَّن عند فساد العوض. وبهذا قال أبو حامد الغزالي رحمه الله⁶: "فإنَّ خالِع على مجَّهول فسد العِوض، ونفذت البَيِّنونة

¹ يُنظر: الكاساني، بدائع الصَّنائع، 147/3. وابن رشد الحفيد، بداية المجتهد، 89/3. والرَّملي، نهاية المحتاج، 398/6. والبهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، 219/5.

² ابن الهمام، فتح القدير، 221/4. والخطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، 22/4. والدُّسوقي، حاشية الدُّسوقي، 348/2 وما بعدها. والبهوتي، المصدر السَّابق، 222/5.

³ يُنظر: ابن الهمام، المصدر السَّابق، 221/4. والخرشي، شرح مختصر خليل، 14/4. والبهوتي، المصدر السَّابق، 222/5.

⁴ الدُّسوقي، حاشية الدُّسوقي على الشرح الكبير، 347/2.

⁵ الحِصْنِي، كفاية الأَخيار في حل غاية الاختصار، ص384.

⁶ هو محمد بن محمد الغزالي الطوسي، أبو حامد، الفقيه الشَّافعي، المتكلِّم، الأصولي، المفسر، المتصوف، وتوفي رحمه الله سنة 505هـ، من مؤلفاته، "إحياء علوم الدين"، و"المستصفى"، و"المنحول". يُنظر: الإسْنوي، طبقات الشَّافعية، 111/2.

الباب الثاني: أثر العُزف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

الْبَيْتُونَةُ وَالرُّجُوعُ إِلَى مَهْرِ الْمَثَلِ"¹. وقال الدُّسُوقِيُّ رحمته الله: "إِمَّا أَنْ يَكُونَ الْمُسْتَحَقُّ مُعَيَّنًا أَوْ مَوْصُوفًا، فَإِنْ عَلِمَا مَعًا، أَوْ عَلِمَ دُونَهَا فَلَا شَيْءَ لَهُ، وَبَانَتْ إِنْ كَانَ الْمُسْتَحَقُّ مُعَيَّنًا أَوْ مَوْصُوفًا، وَإِنْ جَهَلَا مَعًا رَجَعَ بِالْقِيَمَةِ فِي الْمُقَوِّمِ الْمُعَيَّنِ، وَبِالْمَثَلِ فِي الْمَوْصُوفِ، وَإِنْ عَلِمَتْ دُونَهُ فَإِنْ كَانَ مُعَيَّنًا فَلَا خُلْعَ، وَإِنْ كَانَ مَوْصُوفًا رَجَعَ بِمَثَلِهِ"².

وَحُجَّةٌ هَؤُلَاءِ أَنَّ الْبُضْعَ لَا يُتَقَوَّمُ عِنْدَ خُرُوجِهِ مِنْ مِلْكِ الزَّوْجِ، وَإِنَّمَا يُقَوَّمُ بِاعْتِبَارِ رَدِّ الْمُقْبُوضِ، وَلَمَّا كَانَ الْعَوْضُ مَجْهُولًا وَكَانَ الطَّلَاقُ مُقَابِلَ عَوْضٍ لَمْ يَكُنْ مِنْ سَبِيلِ عِنْدَهُمْ إِلَّا بِالرُّجُوعِ إِلَى مَا يَقَوَّمُ بِهِ الْبُضْعُ عَادَةً وَهُوَ مَهْرُ الْمَثَلِ، فَيَجِبُ لِلزَّوْجِ فِي ذِمَّةِ زَوْجَتِهِ عِنْدَ الْخُلْعِ"³.

القول الرَّاجح: بالنظر إلى أقوال الفقهاء وحججهم، فإنَّ الباحث يجد نفسه ميالاً إلى ترجيح القول الثاني القائل بعدم صحّة الخلع على عوض مجهول أو فيه غرر، ووجوب مهر المثل؛ لما فيه إنهاء العلاقة الزوجية دون ضرر أو خلاف بين الزوجين، وبشيء معلوم مسبقاً عندهما وهو المهر.

2. مسألة الخلع بعوض محرم كالخمر والخنزير: وقع الخلاف بين الفقهاء بشأن هذه المسألة على قولين؛ وهما:

القول الأوّل: مذهب الجمهور⁴ غير الشافعية قالوا: إذا خالع الزوج زوجته على عوض محرم يبطل العوض، ويكون الخلع بلا عوض. قال صاحب الهداية: "وَإِنْ بَطَلَ الْعَوْضُ فِي الْخُلْعِ مِثْلُ أَنْ يُخَالَعَ الْمُسْلِمُ عَلَى خَمْرٍ أَوْ خِنْزِيرٍ أَوْ مَيْتَةٍ، فَلَا شَيْءَ لِلزَّوْجِ، وَالْفُرْقَةُ بَائِنَةٌ"⁵. و"قَالَ مَالِكٌ رحمته الله: لَا تَسْتَحِقُّ عَوْضًا"⁶. فالخُلْعُ عَلَى مُحَرَّمٍ يَعْلَمَانِهِ كَخَمْرٍ وَخِنْزِيرٍ، كَخُلْعٍ بِلَا عَوْضٍ، فَلَا شَيْءَ لَهُ"⁷.

¹ أبو حامد الغزالي، الوسيط في المذهب، 326/5.

² الدُّسُوقِيُّ، حاشية الدُّسُوقِيِّ على الشرح الكبير، 347/2.

³ يُنْظَرُ: التَّوَوِيُّ، روضة الطالبين، 390/7.

⁴ يُنْظَرُ: الميداني، اللُّبَابُ فِي شَرْحِ الْكِتَابِ، 65/3. وابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 90/3. وابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، 277/6.

⁵ المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدي، 14/2.

⁶ ابن رشد الحفيد، المصدر السابق، 90/3.

⁷ يُنْظَرُ: البهوتي، دقائق أولي النهى لشرح المنتهى، 62/3.

الباب الثاني: أثر العُزف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

واستدل أصحاب هذا القول أنه قد رضي بالإسقاط بغير عوض، فلا يستحق عليها شيئاً، وتكون الفُرقة طلاقاً بائناً؛ لأنه لما بطل العِوض بقي لفظ الخلع، وهو كناية، وتقع الفُرقة بالكنايات بينونة، ولأنَّ الخُلْعَ على ذلك مع العلم بتحريمه يدلُّ على رضا فاعله بغير شيء، ولأنَّ الإيقاع معلق بالقول وقد وُجدَ ولا يجب عليها شيء؛ لأنَّها لم تُسمَّ له مُتَقَوِّماً حتى تصير غارّةً له ولا هو مُتَقَوِّمٌ لتحب عليها قيمته، وإنَّما يُتَقَوِّمُ بالتسمية وقد فسدت بخلاف النكاح بالخمر حيث يجب مهر المثل¹.

القول الثاني: مذهب الشافعية² لو خالع الزوج زوجته بعوض محرّم؛ كخمر أو خنزير أو غير ذلك ممّا ليس بمعتبر شرعاً. بانت منه بمهر المثل والخلع صحيح³. جاء في "الإقناع": "ولو خالعهما على حرام أو مجْهُول وقع الطّلاق بائناً، وله عَلَيْهَا مهر مثلها"⁴. ومهر المثل هنا يرجع تقديره للعرف كما سبق وأن ذُكِرَ في طيات هذا البحث. واستدلوا على قولهم: إنَّ المراد عند فساد العِوض كما قالوا في العِوض المجهول، ولأنَّه تعذّر ردُّ البضع فوجب ردُّ بدله⁵.

القول الرَّاجح: من خلال أقوال الفقهاء في هذه المسألة يظهر للباحث أنَّ القول الرَّاجح هو قول الجمهور؛ لأنَّ العِوض إذا كان محرّماً لا يُكافأُ الزوج بإعطائه مهر المثل بل يجرمانه ويقع الخلع لقبوله بالعِوض المحرّم.

ثانياً- **عِوض الخلع في التشريع الجزائري:** أتناول فيه النقاط الآتية:

1. **نوع العِوض:** لبيان نوع العِوض أو البدل لا بُدَّ من التّعرض إليه من النّاحيتين الآتيتين أ. **من النّاحية القانونية:** لم يُحدّد المشرّع الجزائري نوع العِوض في الخلع ولا شروطه، وإنَّما جاء النّصّ مقتصرًا على عبارة: "إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم". فيكون المشرّع قد تحدّث عن عوض الخلع أو بدله في

¹ يُنظر: الميداني، الباب في شرح الكتاب، 278/1. وابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، 277/6.

² يُنظر: الشّيرازي، المذهب في فقه الإمام الشّافعي، 494/2.

³ يُنظر: الشّافعي، الأمّ، 221/5. والحِصْنِي، كفاية الأَخيار في حل غاية الاختصار، ص384.

⁴ الماوردي، الحاوي الكبير، 143/10.

⁵ يُنظر: النّوّي، المجموع شرح المذهب، 494/2.

الباب الثاني: أثر العرف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

مادة وحيدة، وهي المادة: 02/54 المعدلة من ق أ ج، والتي تخصّ تدخّل القاضي لتحديد مقابل الخلع في حالة عدم الاتفاق عليه¹.

ب. من الناحية القضائية: قضت المحكمة العليا في قرارها الصّادر بتاريخ: 2017/2/1م بقوله: "إذا لم يتفق الطرفان على مقابل الخلع، فإنّ القاضي هو الذي يحدّده، بما لا يتجاوز صداق المثل، وقت صدور الحكم"².

كما يمكن للقاضي في حالة اختلاف الزوجين على تحديد العوض في الخلع أن يحدّده تماشيًا مع عرف وعادات أهل المنطقة، وهذا ما أشار إليه القرار المؤرخ في: 2009/7/8م حيث نصّ على أنّه: "حيث متى تبين من خلال حكم أوّل درجة المؤيد بالقرار محلّ الطّعن اختلاف الزوجين على تحديد مقابل الخلع، وقامت عندئذ محكمة أوّل درجة بتحديد تماشياً مع عرف وعادات أهل المنطقة، فإنّ قضاة الموضوع يكونوا قد طبّقوا صحيح القانون في تلك المسألة، ممّا يجعل الوجه المثار غير مؤسّس ممّا يستوجب رفضه وتبعاً لذلك رفض الطّعن"³.

غير أنّ ما سجّل على المشرّع الجزائري أنّه لم يُبيّن ماهية صداق المثل، وكيفية تحديده، "وما يصحّ أن يكون عوضاً للخلع وشروطه ممّا يتعيّن معه الرّجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي"⁴. وأيضاً لم ينص صراحة على شروط العوض، غير أنّه بالرّجوع إلى المادة: 54 من ق أ ج نجد أنها قد أكّدت على شرط جوهرى في الخلع بقولها: "أنّ تخالع نفسها بمقابل مالي"، وغالباً ما يكون المقابل المالي هو مقدار الصّداق الذي دفعه الزوج لزوجته أثناء إبرام عقد الرّواج.

غير أنّه لا يوجد ما يمنع أن يكون المقابل في الخلع شيئاً آخر أو أية خدمة أو منفعة، وهذا طبقاً للقواعد العامّة التي ذكرت أنّه يصحّ كعوض كلّ ما يصلح أن يكون صداقاً، خاصّة وأنّ المادة: 222 من ق أ ج أحالت إلى أحكام الشّريعة الإسلاميّة عند عدم التّنصيص على مسألة

¹ يُنظر: عيسى حداد، عقد الرّواج -دراسة مقارنة-، ص185. وياسين بن عمر، الخلع في نصوص قانون الأسرة الجزائريّ والممارسة القضائية (مقال)، ص79.

² ملف رقم 1054305، بتاريخ 2017/2/1م، قرار مذكور سابقاً، ص197.

³ م ع، غ أ ش، رقم: 850، مؤرخ في 2009/7/8م، (غير منشور). نقلاً عن: حسين بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، ص177.

⁴ محفوظ بن صغير، أحكام الرّواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدّل، ص161.

الباب الثاني: أثر العرف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

ما¹. وبالرجوع إلى أحكام الفقه المالكي، فإنَّ عوض الخلع يمكن أن يكون من النقود والأوراق المالية المعروفة والمتداولة، وكذا كلِّ الأشياء التي يمكن تقويمها نقدًا أو عينًا؛ كالعقارات والمنقولات، أو منفعة مقومة بالمال²، وهذا ما أشارت إليه المادة: 14 ق أ ج لما عرِّفت الصِّدَاق، وقد استخلص البعض³ منها شروط الصِّدَاق؛ وهي:

أن يكون نقودًا أو ممَّا يُتموَّل؛ كالذهب والفضَّة، أو من المنافع المشروعة التي يجوز أخذ الأجرة عليها، والقاعدة الضَّابطة للمنفعة أو العمل الذي يصلح أن يكون مهرًا هو كلُّ عمل يصحُّ التزامه شرعًا ويتفق مع نظام العقود والمعاملات. وممَّا يَجُوزُ التَّعامل فيه شرعًا؛ أي أن يكون مباحًا شرعًا، فإن فُقِدَت كلُّ الشُّروط التي وضعها فقهاء الشريعة أو بعضها، لم يكن المال المُقدَّم للمرأة صديقًا شرعيًّا. غير أنَّه قد توجد بعض الأشياء المحرمة شرعًا؛ كالخمر مثلاً، فبالرغم من أنَّه يجوز التَّعامل فيها قانونًا، إلَّا أنَّه شرعًا لا يَجُوزُ ذلك، وهذا هو القصد من قاعدة "التَّعامل شرعًا لا قانونًا"⁴.

وأضاف البعض⁵ شروطًا أخرى منها: أن يكون موجودًا ومُحقَّقًا وقت عرضها الإيجاب حسب المادة: 92 من ق م ج، وأن يكون مشروعًا غير مخالف للنظام والآداب العامِّين طبقًا لنصِّ المادة: 93 من القانون نفسه، كما يجب أن يكون الشَّيء مُقابل الخلع مُعيَّنًا أو قابلاً للتَّعيين وفقاً لنصِّ المادة: 01/94 من القانون سالف الذِّكر.

هذا وإنَّ العِوضَ في الخلع يُعتبر مسألةً ماليَّةً طبقاً لما نص عليه قرار المحكمة العليا المؤرخ في 2006/10/11م: "حيث إنَّ القرار المنتقد لما قضى بالخلع بناءً على طلب احتياطي من المطعون ضدها ودون أن تعرض على زوجها بدل الخلع قد أساء تطبيق القانون بل خالفه؛ لأنَّ

¹ يُنظر: لحسين بن شيخ آث ملويا، رسالة في طلاق الخلع - دراسة قانونية فقهية وقضائية مقارنة -، ص 166.

² يُنظر: محفوظ بن صغير، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل، ص 161. وأحمد شامي وعبد القادر بوراس، إيقاع الخلع بين الضوابط الفقهية والاجتهاد القضائي (مقال)، ص 1421-1422. ووحيد هداغ وشهرزاد نعيمجي، الخلع بين أحكام العرف وضرورة التعديل في قانون الأسرة الجزائري (مقال)، ص 5.

³ يُنظر: عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، ص 136-137. ونصر سلمان وسعاد سطحي، أحكام الخطبة والزواج في الشريعة الإسلامية، ص 145.

⁴ يُنظر: مقالنا، أثر العرف في أحكام الصِّدَاق دراسة مقارنة بين الفقه المالكي والتشريع الجزائري، ص 371.

⁵ يُنظر: عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ص 217.

الباب الثاني: أثر العُرف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

الخلع في الأصل لا يُطالب به بصفة احتياطية هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإنَّ كلَّ امرأة تطالب بالخلع عليها وجوبًا عرض مبلغ مالي مقابله، وتبعًا لذلك لا يمكن القضاء بحفظ بدل الخلع؛ لأنَّ القاضي ملزم بالقضاء به يوم النطق بالطلاق خلْعًا سواء اتَّفَق الطرفان عليه أم اختلفا طبقًا لأحكام المادة: 54 من قانون الأسرة¹.

ذلك أنَّ مسألة تقدير العِوض تدخل في صميم دعوى الخلع لذا ينبغي تقدير مقداره بصفة حازمة وواضحة². فضلًا على أن مبلغ عِوض الخلع لا يمكن رفعه من طرف أحد الزوجين لا سيما في حالة عدم الاتفاق على تقييمه، بل يدخل في صميم عمل قضاة الموضوع³. ويراعى في تحديد عِوض الخلع مبلغ الصَّدَاق الذي تمَّ دفعه من طرف الزوج، ويُستأنس بعناصر أخرى مثل فترة الزواج وأسباب طلب الخلع، بالإضافة للحالة الماديَّة للزوجة لأنَّها هي المطالبة بدفع مقابل الخلع، وهذا ما أشارت إليه حيثيات القرار سالف الذكر والمؤرخ في: 2006/10/11م.

بناء على ما سبق، يجد الباحث أنَّ جانبًا من الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري قد أخذوا بالعرف في تحديد مقابل الخلع عند وقوع التنازع حوله، على أن لا يتجاوز صدادق المثل، وإن كان البعض قد رأى أنَّ على المشرِّع ضرورة اعتماد معايير موضوعيَّة لتحديد عوض الخلع تكون أقرب للعدل من الاعتماد على معيار صدادق المثل على إطلاقه⁴.

الفرع الثاني: أثر العُرف في عوض الخلع مقابل التنازل أو الإبراء من بعض الحقوق

في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

الأصل أنَّ يكون الخلع مقابل العِوض الماليِّ المُسمَّى الذي تدفعه الزوجة، ولا يتعدى أثره إلى الحقوق الأخرى ما لم يوجد اتَّفَاق بينهما، واستثناء يمكن أن يكون الخلع في مقابل بعض الحقوق غير المالية؛ كإرضاع الولد، وحضانته. كما أنَّه يمكن أن يكون في مقابل إسقاط أو التنازل عن بعض الحقوق الماليَّة؛ كإسقاط نفقة العدة، وكلُّ ذلك في حالة الاتفاق.

¹ ملف رقم 365244، بتاريخ 2006/10/11م، قرار مذكور سابقًا، ص332.

² يُنظر: لحسين بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، ص173-174.

³ يُنظر: المرجع نفسه، ص177-178.

⁴ يُنظر: ياسين بن عمر، الخلع في نصوص قانون الأسرة الجزائري والممارسة القضائية (مقال)، ص80.

الباب الثاني: أثر العُرف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

وعلى هذا الأساس فمن الضروري تقسيم هذه الحقوق إلى قسمين؛ الأول منهما: خصّصته لحقوق غير مائيّة مقابل عوض الخلع، والتي من بينها: الخلع مقابل إرضاع الصّغير، وحضانته. والثاني: لحقوق مائيّة مقابل التنازل على منفعة من المنافع أو حقّ من الحقوق، ومن أهمّ تلك الحقوق التي يمكن التنازل عنها مقابل الخلع، نفقة المحضون، ونفقة المختلعة ومهرها. وفيما يأتي بيان كلّ قسم:

القسم الأول: أثر العُرف في الحقوق غير المائيّة مقابل عوض الخلع

يندرج تحت هذا النوع من الحقوق، الخلع على إرضاع الصّغير، وحضانته، لذا سأتناول كلّ حقّ منهما على حدة، وأظهر أثر العرف في كلّ منهما، وفيما يأتي بيانهما:

1. أثر العُرف في الخلع مقابل إرضاع الصّغير في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري:

وتفصيل هذه المسألة يكون كالآتي:

أ. أثر العُرف في عوض الخلع مقابل إرضاع الصّغير في الفقه الإسلامي: وقع خلاف بين جمهور الفقهاء والظاهرية فيما لو طلب الرّجل عوض الخلع على إرضاع ولده على قولين؛ وهما:

القول الأول: اتفق جمهور الفقهاء¹ على أنّه يصحّ أن يكون العوض في عقد الخلع إرضاع المختلعة ولد المخالعة؛ لأنّ الرّضاع ممّا يصحّ الاستسجار عليه، قال ﷺ: «فَإِنْ أَرْضَعَنْ لَكُمْ فَاتَوْهَنْ أَجُورَهُنَّ» [الطلاق:6]، فيصحّ أن يجعل عوضاً في الخلع. فلو خالع الرجل زوجته على أن ترضع ولدها منه مدّة الرّضاعة بلا أجر، فقبلت، لزمها أن ترضعه إلى أن تنتهي مدّة الرّضاعة، وهي عامان، أو حتى تنتهي المدّة المتفق عليها بينهما².

فإذا لم تقم الزّوجة بذلك، كان للزوج أن يرجع عليها عند جمهور الفقهاء بأجرة إرضاع الصّغير، أو ما بقي من المدّة المحددة، فإذا لم تحدّد المدّة انصرفت إلى مدّة الرّضاع المعتبرة شرعاً وهي سنتان، لقوله ﷺ: «وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ

¹ ابن عابدين، ردّ المختار على الدر المختار، 620/3. والدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 357/2.

والشافعي، الأمّ، 215/5-216. والبهوتي، الرّوض المربع شرح زاد المستنقع في اختصار المقنع، ص358.

² يُنظر: الكاساني، بدائع الصّنائع في ترتيب الشرائع، 230/7.

الباب الثاني: أثر العُزف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

الرَّضَاعَةُ» [البقرة: 233]، فإذا رضيت بذلك والتزمت به فإنها تُجبر على الوفاء به¹. أمّا إذا مات الطفل أو هربت الزوجة قبل أن تنتهي مدّة الرضّاع، ويرجع الزّوج إلى تركتها إذا ماتت حتى لو استغرق كل التركة؛ لأنّ الدّين يُقدّم على جميع الورثة².

وأما المالكية فأروا جواز التفاهم حول الإبراء من الرضّاع على أن يكون ذلك في حدود الحولين فإن اشترط الزوج أكثر من ذلك كان الشرط باطلاً، وقد قال الإمام مالك رحمته الله في ذلك: "إِذَا اخْتَلَعَتْ امْرَأَةٌ مِنْ زَوْجِهَا عَلَى أَنْ تُرْضِعَ وَلَدَهَا مِنْهُ سِنِينَ وَتُنْفِقَ عَلَيْهِ إِلَى فِطَامِهِ فَذَلِكَ جَائِزٌ وَإِنْ مَاتَتْ كَانَ الرِّضَاعُ فِي مَالِهَا وَالتَّنْفِقَةُ عَلَيْهَا فِي مَالِهَا، وَإِنْ اشْتَرَطَ عَلَيْهَا نَفَقَةَ الْوَلَدِ بَعْدَ الْحَوْلَيْنِ وَضَرَبَ لِدَلِكْ أَجَلاً أَرْبَعَ سِنِينَ أَوْ ثَلَاثَ سِنِينَ، فَذَلِكَ بَاطِلٌ، وَإِنَّمَا التَّنْفِقَةُ عَلَى الْأُمِّ وَالرِّضَاعُ فِي الْحَوْلِ وَفِي الْحَوْلَيْنِ فَأَمَّا مَا بَعْدَ الْحَوْلِ وَالْحَوْلَيْنِ فَذَلِكَ مَوْضُوعٌ عَنِ الْمَرْأَةِ وَإِنْ اشْتَرَطَهُ عَلَيْهَا الزَّوْجُ"³.

ثم ذكروا أنّه: إذا أخذ مقدار ما بقي من مدّة الرضّاع من تركة الزوجة، فإنّ هذا الحقّ يُوقَف؛ لِاحْتِمَالِ مَوْتِ الْوَلَدِ قَبْلَ تِمَامِ بَقِيَّةِ مَدَّةِ الرِّضَاعِ، فَكُلَّمَا مَضَى أُسْبُوعٌ أَوْ شَهْرٌ دَفَعَتْ أَجْرَتُهُ حَتَّى تَنْتَهِيَ الْمَدَّةُ، فَإِنْ مَاتَ الْوَلَدُ قَبْلَ نَهَايَةِ مَدَّةِ الرِّضَاعِ، رَدَّ الْبَاقِي لَوَرَثَةِ الزَّوْجَةِ يَوْمَ مَوْتِهَا، إِلَّا أَنْ يَكُونَ هُنَاكَ شَرْطٌ أَوْ عُزْفٌ، وَيُقَدَّمُ الشَّرْطُ عَلَى الْعُزْفِ عِنْدَ تَعَارُضِهِمَا، لِأَنَّهُ كَالْعُزْفِ الْخَاصِّ⁴.

وقال الشافعي رحمته الله: "وَلَوْ خَالَعَهَا عَلَى أَنْ عَلَيْهَا رِضَاعُ ابْنِهَا وَقَدْ مَعْلُومًا كَانَ جَائِزًا؛ لِأَنَّ الْإِجَارَةَ تَصِحُّ عَلَى الرِّضَاعِ بِوَقْتٍ مَعْلُومٍ"⁵. وفي أظهر القولين عند الشافعية: أنّ الصّغير إذا امتنع عن الرضّاع، أو مات قبل تمام فترة الإرضاع، يرجع الزّوج على الزوجة بسقط المدّة الباقية من مهر المثل، وإذا اختلعت الزوجة من زوجها على أن ترضع حملها الذي في بطنها بعد ولادته إلى انتهاء مدّة إرضاعه، صحّ ذلك، ويلزمها إرضاع المولود بعد ولادته، فإذا لم تُحدّد فترة الرضّاع، كان عليها

¹ يُنظر: عامر سعيد الزّبياري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، ص 195. وسامح عبد السلام محمد، الخلع على بعض المنافع والحقوق، حمّله من موقع "شبكة الألوكة" على الشبكة العنكبوتية يوم: 2024/04/07م، في السّاعة 23:00، من

الرّابط الآتي: <https://2h.ae/QVqY>

² يُنظر: ابن الهمام، فتح القدير، 81/9. والدسوقي، حاشية الدسوقي على الشّرح الكبير، 358/2.

³ مالك بن أنس، المدونة، 249/2-250.

⁴ يُنظر: الدسوقي، المصدر السّابق، 358/2.

⁵ الشافعي، الأم، 215/5-216.

الباب الثاني: أثر العزف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

أن ترضعه حولين كاملين، أمّا إذا تبَيَّن أنَّها ليست حاملاً، لزمها دفع أجرة المثل في الإرضاع عن مدّة الرّضاعة للزّوج¹.

وإن خالعهما على أن تُرضع ولدها، فإذا ماتت فهو كالعين إذا هلك قبل القبض، وإن مات الولد ففيه قولان: الأول: يسقط الرّضاع ويرجع إلى مهر المثل في قول الشّافعي رحمه الله الجديد، وإلى أجرة الرّضاع في قوله القدم. والثاني: لا يسقط الرّضاع بل يأتيها بولد آخر لترضعه؛ لأنّ المنفعة باقية، فإن لم يأت بولد آخر حتى مضت المدّة فلا يرجع عليها بشيء في أحد القولين في المذهب. وفي القول الآخر يرجع عليها بمهر المثل في قوله الجديد، وبأجرة الرّضاع في قوله القدم². أمّا إن مات الولد بعد الرّضاع ففي النّفقة وجهان؛ أحدهما: أنَّها تحلّ؛ لأنّها تأجلت لأجله وقد مات. والثاني: لا تحلّ؛ لأنّ الدّين إنّما يحلّ بموت من عليه دون من له³.

وقال الحنابلة: إن مات الولد الذي خالعهما على إرضاعه والإنفاق عليه عشر سنين مثلاً بعد مدّة الرّضاع، فلا يبيّه أن يأخذ ما بقي من نفقته يوماً فيوماً، ولو أراد الزّوج المُخالع أن يُقيم بدل الرّضيع غيره لترضعه أو تكفله فأبّت ذلك، أو أرادت هي منه أن يأتيها برضيع آخر لترضعه أو تكفله بدلاً عن الطّفل الذي مات فرفض لم يُجبر أحدهما على القبول لاختلاف الأطفال في قدر ما يرضعون وفي نوع الحضانة التي يحتاجونها⁴.

فالشّافعيّة قد ذكروا أنّه لا يصحّ الاتّفاق حتى يذكر مدّة الرّضاع، وقدر الطّعام وصفته، والأدّم وصفته، وكم يحلّ منه في كلّ يوم، وكان الطّعام والإدّام ممّا يجوز السّلم فيه، ويبيّن مدّة الكفالة بعد الرّضاع فالمنصوص عندهم أنّه يصحّ⁵.

القول الثاني: يرى الظّاهرية أنّه لا يصحّ الخلع ولا يجوز على إرضاع ولده، وذلك لأنّ قدره غير معلوم، وقد يزيد السّعُر وقد ينقص، فيؤدي ذلك إلى المنازعة، ثم إنّّه لم يجب لها بعد؛ فمُخالعتها بما لا تملكه باطل وظلم فلا يجوز⁶.

¹ يُنظر: الشّافعي، الأم، 215/5-216. والشّيرازي، المذهب في فقه الإمام الشّافعي، 73/2.

² يُنظر: الشّيرازي، المصدر نفسه، 73/2.

³ يُنظر: النّووي، المجموع شرح المذهب، 23/17-24.

⁴ يُنظر: ابن قدامة، المغني، 336/7. والبهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، 221/5.

⁵ يُنظر: العمراني، البيان في مذهب الإمام الشّافعي، 25/10. النّووي، المصدر السابق، 25/17.

⁶ يُنظر: ابن حزم، المحلى بالآثار، 526/9.

الباب الثاني: أثر العرف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

تحرير محل النزاع والترجيح:

سبب الخلاف بين الجمهور والظاهرية يرجع إلى مسألة استئجار الأجير بطعامه وكسوته، فالظاهرية يُوجبون تعيين الأجرة، لما روي عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال: «نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ اسْتِئْجَارِ الْأَجِيرِ، يَعْنِي حَتَّى يُبَيَّنَ لَهُ أَجْرُهُ»¹. ولم يوجب الجمهور تعيين الأجر للعرف واستحسان المسلمين²، واحتجوا بما رواه عتبة بن المنذر رضي الله عنه عَنِ النَّبِيِّ ﷺ قوله: «إِنَّ مُوسَى أَجَرَ نَفْسَهُ ثَمَانِي سِنِينَ، أَوْ عَشْرًا، عَلَى عِفَّةٍ فَرَجِهِ وَطَعَامِ بَطْنِهِ»³. فلو تركت المرأة ولدها وهربت أو ماتت أو مات الولد وجب عليها أجر المثل عن المدة الباقية⁴.

بعد عرض أقوال الفقهاء وتوجيهاتهم فالذي يترجح للباحث -والله أعلم- ما قال به الجمهور من جواز جعل أجرة إرضاع الولد عوضًا للخلع، لأنه يجوز له أن يستأجر مرضعة غير أم الولد، فكان من الأولى جواز استئجار أم الولد لإرضاعه، وجعل أجرة إرضاعها عوضًا لخلعها.

ب. أثر العرف في عوض الخلع مقابل إرضاع الصغير في التشريع الجزائري: لم يتطرق المشرع لهذه المسألة المثارة فقهيًا، وبحسب رأي بعض شراح قانون الأسرة الجزائري فإن المرجع في ذلك يعود إلى الاتفاق بين الزوجين المتخالعين فإذا ما تمّ الاشتراط في المخالعة على إعفاء الزوج من أجرة إرضاع الولد، فإن تزوجت الأم وتركت الولد، أو ماتت فللزوجة أن يرجع عليها بما يُعادل أجرة المثل عن إرضاع الولد عن المدة الباقية، أمّا إذا مات الولد فليس للأب أن يرجع عليها بشيء من ذلك بعد الموت⁵.

¹ رواه أحمد في مسنده، مُسْنَدُ الْمُكْتَبَرِينَ مِنَ الصَّحَابَةِ، مُسْنَدُ أَبِي سَعِيدٍ الْخَدْرِيِّ رضي الله عنه، رقم 11565، 116/18. وأبو داود في المراسيل، رقم 181، ص 167. والبيهقي في سننه الكبرى، كِتَابُ الْإِجَارَةِ، بَابُ لَا تَجُوزُ الْإِجَارَةُ حَتَّى تَكُونَ مَعْلُومَةً، رقم: 11432، 120/6. قال عنه الألباني: "حديث ضعيف". ضعيف الجامع الصغير وزياداته، ص 869.

² وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، 472/9.

³ أخرجه ابن ماجة في سننه، الرُّهُونَ، بَابُ إِجَارَةِ الْأَجِيرِ عَلَى طَعَامِ بَطْنِهِ، رقم 2444، 511/3. والطبري في معجمه الكبير، رقم 333، 135/17. وعلي المتنقي في كنز العمال، رقم 9201، 5/4. قال عنه الألباني: "حديث ضعيف جدًا". إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، 307/5.

⁴ ابن الهمام، فتح القدير، 81/9. والدُّسُوقِي، حاشية الدُّسُوقِي، 358/2. والبهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، 220/5.

⁵ يُنْظَرُ: العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري-الزَّوْاجِ وَالطَّلَاقِ-، 269/1.

الباب الثاني: أثر العرف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

ثم إنَّ الأمر رقم 02/05 المتضمّن تعديل قانون الأسرة قد ألغى واجباً كان منصوصاً عليه صراحة في القانون رقم: 11/84 غاية في الأهمية ممثلاً في إرضاع الزوجة أولادها في حدود الاستطاعة، وهو ما أشارت إليه المادة: 02/39 قبل التعديل، حيث نصّت على واجبات الزوجة؛ والتي من بينها: "إرضاع الأولاد عند الاستطاعة وتربيتهم"، لذلك فإنّه يمكن الاتفاق على الإبراء من أجره الرضاع على أن يكون في مدّة الفطام، فإذا قصّرت في ذلك بأن هربت أو تزوّجت فيمكن للمُخالع أن يطالبها بأجرة ذلك بانتقاص ما أنفقت من المدّة الإجمالية للفطام، أمّا إذا مات الولد قبل الحولين فلا شيء له عليها اقتداء برأي المالكيّة وهو الأقرب للمنطق¹.

بناءً على ما سبق؛ فإنَّ أثر العرف في عوض الخلع مقابل إرضاع الصّغير في الفقه الإسلاميّ والتّشريع الجزائريّ يظهر في حالة ما إذا تمّ الاشتراط في المخالعة على إعفاء الزوج من أجره إرضاع ولد منها، فإذا تزوّجت الأم وترك إرضاع ولدها منه، أو ماتت فإن للزوج الرجوع عليها بما يُعادل أجره المثل عن إرضاع الولد للمدّة الباقية، أمّا إذا مات الولد فليس للأب أن يرجع عليها بشيء من ذلك عن المدّة الواقعة بعد الموت².

ذلك أنّ الأصل إذا طلبت الزوجة أجرًا على إرضاع ولدها استحقّت الأجرة على أبيه، وأجرة الرضاع تكون بحسب اتّفاق الطّرفين عليها، فإن لم يحصل اتّفاق على أجره معيّنة استحقّت الزوجة أجره مثلها سواء تعلّق الأمر بإرضاع ولدها أو ولد زوجها من غيرها، والمرجع في تحديد أجره المثل إلى تقدير الثّقات من أهل الخبرة والتّجربة معتمدين في ذلك على العرف والعادة. وأجرة الرضاع تستحقّها الزوجة عوضاً عن الرضاع، وبالتالي فلا يحقّ للزوج استرجاعها عند حصول الخلع أو الطّلاق، إلّا إذا أخلّت بالاتّفاق الحاصل بينهما³.

2. أثر العرف في الخلع مقابل حضانة الصّغير في الفقه الإسلاميّ والتّشريع الجزائريّ:

أتناول هذه المسألة وفق التّفصيل الآتي:

¹ يُنظر: عادل عيساوي ومراد كاملي، عوض الخلع في قانون الأسرة الجزائري (مقال)، ص 166-167.

² يُنظر: العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري-الزّواج والطلاق-، 269/1.

³ يُنظر: مطالبة الزوج بأجره على الرضاع، فتوى دون ذكر صاحبها، حملتها من موقع "إسلام ويب" على الشبكة العنكبوتية يوم: 2024/05/07م، في السّاعة: 23:00، من الرّابط الآتي: <https://goo.su/rzthoVJ> وعبد الكريم زيدان، المُفصّل في أحكام المرأة والبيت المسلم، 208/8.

الباب الثاني: أثر العُرف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

أ. أثر العُرف في عوض الخلع مقابل حضانة الصَّغير في الفقه الإسلامي: يجوز أن يكون عوض الخلع هو تحمل الزَّوجة المختلعة حضانة الصَّغير وإمساكه عندها مدَّة معلومة، ومَّا يتصل بمسألة العوض في الخلع أن تجعل الأم إسقاطها لحقَّها مقابل الخلع، وقد اختلف الفقهاء في حكم الخلع على إسقاط الحضانة على ثلاثة أقوال؛ وهي:

القول الأوَّل: ذهب جمهور الفقهاء من الحنفيَّة¹، والمالكيَّة²، والشَّافعيَّة³، والحنابلة⁴ إلى أنَّ الحضانة حقٌّ للأمَّ فيمكنها التنازل عنها متى شاءت، وعليه يصحُّ عندهم أن يكون مقابل الخلع إسقاط الحضانة عن الصَّغير.

وقال الحنفيَّة: إذا اختلعت الزَّوجة على إسقاط حضانتها صحَّ الخلع وبطل الشرط؛ لأنَّها مشغولةٌ بِخِدْمَةِ زَوْجِهَا، وَإِذَا ثَبَتَ أَنَّ هَذَا مِنْ حَقِّ الْوَلَدِ فَلَيْسَ لَهَا أَنْ تُبْطِلَهُ بِالشَّرْطِ⁵. وكان لها أن تأخذ الولد عندها، ويلتزم أبوه بنفقته وأجرة حضانتها⁶. جاء في "نهاية المحتاج": قَوْلُهُ: "لَوْ طَلَّقَهَا عَلَى عَدَمِ الْحُضَانَةِ فَقَطُّ أَوْ عَلَى ذَلِكَ مَعَ الْبَرَاءَةِ طَلَّقَتْ وَعَلَيْهَا مَهْرُ الْمِثْلِ وَلَمْ تَسْقُطْ حَضَانَتُهَا؛ كَمَا مَرَّ فِيمَا لَوْ طَلَّقَهَا عَلَى أَنَّ لَا سُكُنَى لَهَا"⁷. وإن خالعتها الزَّوج على أن تكفل ولده عشر سنين، وبَيَّنَّ مدَّةَ الرِّضَاعِ وقدر النَّفَقَةِ وصفتها فالمنصوص أنَّه -أي: الخلع- يصحُّ⁸.

وفي أظهر القولين عند الشَّافعيَّة: إنَّ خالعتها الزَّوج على أن تقوم بحضانة ولدها مجاناً مدَّة الحضانة، لزمها ذلك، وليس لها الحقُّ في مطالبته بأجرة هذه الحضانة، وتُلْزَمُ بِالْإِنْفَاقِ عَلَى الطِّفْلِ من مالها طيلة هذه المدَّة، فَإِنْ تَقَاعَسَتْ أَوْ هَرَبَتْ، رَجَعَ عَلَيْهَا بِمِثْلِ مَا بَقِيَ⁹.

¹ ابن الهمام، فتح القدير، 368/4.

² ابن الحاجب، جامع الأمَّهات، ص 290.

³ الرَّمْلِي، نَهَايَةُ الْمَحْتَاجِ إِلَى شَرْحِ الْمَنْهَاجِ، 400/6.

⁴ ابن قدامة، المغني، 336/7.

⁵ يُنْظَرُ: السَّرْحَسِي، الْمَبْسُوط، 64/8.

⁶ يُنْظَرُ: الْهَادِي السَّعِيد عَرَفَهُ، قَضَايَا فِي الْخَلْعِ شَرْعًا وَقَانُونًا (مقال)، ص 19.

⁷ الرَّمْلِي، الْمَصْدَرُ السَّابِق، 400/6.

⁸ يُنْظَرُ: الشَّيْرَازِي، الْمَهْذَبُ فِي فِقْهِ الْإِمَامِ الشَّافِعِيِّ، 492/2.

⁹ يُنْظَرُ: الشَّافِعِيُّ، الْأُمُّ، 215/5-216. وَالشَّيْرَازِي، الْمَصْدَرُ السَّابِق، 73/2.

الباب الثاني: أثر العُرف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

كما أنَّ ذلك يَصِحُّ عند الحنابلة ولو لم يذكر قدر الطَّعام على العكس من الشَّافعية، فقد ذكر الحنابلة: أَنَّهُ إِذَا خَالَعَهَا عَلَى كَفَالَةٍ وَلَدِهِ عَشْرَ سِنِينَ، صَحَّ، وَإِنْ لَمْ يَذْكُرْ مُدَّةَ الرِّضَاعِ مِنْهَا، وَلَا قَدْرَ الطَّعَامِ وَالْأَذْمِ، وَيُرْجَعُ عِنْدَ الْإِطْلَاقِ إِلَى نَفَقَةٍ مِثْلِهِ، بِحَسَبِ الْعُرفِ وَالْعَادَةِ¹.

وكذلك الشَّانُ نَفْسَهُ عِنْدَ الْحَنَفِيَّةِ حَيْثُ قَالُوا: إِذَا خَالَعَ امْرَأَتَهُ عَلَى كَفَالَةٍ لَوْلَدِيَّهَا؛ بِمَعْنَى قِيَامِهَا بِمَصَالِحِهِ كُلِّهَا وَعَدَمِ مُطَالَبَةِ أَبِيهِ بِشَيْءٍ مِنْهَا إِلَى تَمَامِ الْمُدَّةِ، صَحَّ. وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ يَكْفِي عَنْ التَّنْصِيصِ عَلَى الْكِسْوَةِ؛ لِأَنَّ "الْمَعْرُوفَ عُرْفًا كَالْمَشْرُوطِ شَرْطًا"، كَمَا يَصِحُّ فِي اسْتِجَارِ الظَّئْرِ وَهِيَ الْمَرْضِعَةُ². وَاسْتَدَلَّ أَصْحَابُ هَذَا الْقَوْلِ بِأَنَّ الْحِضَانَةَ حَقٌّ لِلْوَلَدِ؛ فَمَنْ حَقَّهُ أَنْ يَبْقَى مَعَ أُمِّهِ أُمَّهُ مَا دَامَ مُحْتَاجًا لِحَضَانَتِهَا؛ لِأَنَّهُ أَنْفَعُ لَهُ، فَلَيْسَ لَهَا أَنْ تُبْطَلَ حَقُّهُ بِالشَّرْطِ³؛ إِذْ لَيْسَ لِأَحَدٍ أَنْ يُسْقِطَ حَقَّ غَيْرِهِ لِمَنْفَعَةٍ نَفْسِهِ⁴.

وأجيب عنه: أَنَّ حَقَّ الْوَلَدِ فِي الْحِضَانَةِ يَتِمُّ بِتَوْفِيرِ الرَّعَايَةِ اللَّازِمَةِ لَهُ، سَوَاءً قَامَ بِذَلِكَ الْأُمُّ أَمْ الْأَبُ، فَبَقِيَ حَقُّ الْأُمِّ بَعْدَ التَّفَرُّقِ بَيْنَهَا وَبَيْنَ وَلَدِهَا، وَقَدْ تَنَازَلَتْ عَنِ الْحِضَانَةِ فَصَحَّ ذَلِكَ، مَا دَامَ لَا يَضُرُّ بِالْوَلَدِ⁵. ثُمَّ إِنَّ حَقَّ الْحِضَانَةِ لَا يَسْقُطُ بِالْإِسْقَاطِ، كَمَا لَوْ طَلَّقَهَا عَلَى أَنْ لَا سَكْنَى لَهَا⁶. لَهَا⁶. وَيُمْكِنُ الْإِجَابَةُ عَنْ ذَلِكَ: بِأَنَّ سَكْنَ الْمَطْلُوقَةِ فِي بَيْتِ الْعِدَّةِ حَقٌّ لِلَّهِ تَعَالَى، فَلَا يَسْقُطُ بِإِسْقَاطِهَا لَهُ⁷.

القول الثاني: ذهب المالكيَّة في المشهور⁸ إلى جواز مخالعتها على إسقاط حقها في الحضانة، الحضانة، لكن لا يسقط حق من يليها في الحضانة كالجدَّة، لكن يجوز الخُلْعُ بِإِسْقَاطِ حَضَانَتِهَا لَوْلَدِهِ وَيَنْتَقِلُ الْحَقُّ لِلْأَبِ، وَلَوْ كَانَ هُنَاكَ مَنْ يَسْتَحِقُّهَا غَيْرُهُ قَبْلَهُ⁹.

¹ يُنظر: ابن قدامة، المغني، 336/7. والبهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، 221/5.

² يُنظر: ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، 456/3.

³ السَّرْحَسِي، المبسوط، 64/8. وخلييل، التَّوْضِيحُ فِي شَرْحِ مُخْتَصَرِ ابْنِ الْحَاجِبِ، 300/4.

⁴ المَازَرِي، شرح التَّلْقِينِ، 971/2.

⁵ يُنظر: عماد الزبادات وآخرون، إسقاط الأم حَقُّهَا فِي الْحِضَانَةِ وَمُخَالَعَتِهَا عَلَيْهِ وَرَجُوعُهَا فِيهِ فِي الْفَقْهِ الْإِسْلَامِيِّ وَقَانُونِ الْأَحْوَالِ الشَّخْصِيَّةِ الْأُرْدِي (مقال)، ص 111.

⁶ ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، 469/7. والزَّمَلِي، نَهَايَةُ الْمُحْتَاجِ إِلَى شَرْحِ الْمُنْهَاجِ، 400/6.

⁷ يُنظر: ابن مَازَةَ، المحيط البرهاني، 342/3. وابن نجيم، البحر الرَّائِقُ شَرْحُ كَنْزِ الدَّقَائِقِ، 217/4.

⁸ ابن الحَاجِبِ، جَامِعُ الْأَمْهَاتِ، ص 290. والحَرْشِي، شَرْحُ مُخْتَصَرِ خَلِيلِ، 13/4.

⁹ يُنظر: الدَّرْدِيرِي، الشَّرْحُ الْكَبِيرُ، 349/2.

الباب الثاني: أثر العُزف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

ويشترط المالكية لصحة سقوط حق الحضانة في المخالعة شرطين؛ أولهما: ألا يُخشى على المحضون ضرر؛ بتركه أمه؛ كأن يتعلّق قلبه بها. وثانيهما: أن يكون الأب أهلاً لحضانة المحضون، وأن يكون مكانه حصيناً¹.

وفي هذين الشرطين رعاية لحق المحضون، وتقديمه على حقوق الآخرين؛ لأنّ الحضانة شرعت ابتداءً لرعايته، وتحقيق مصلحته، فإذا تعارضت مصلحته مع مصلحة غيره فُذمت مصلحته، رعاية للطرف الضعيف. وحجة أصحاب هذا القول أنّ الأم إذا أسقطت حقّها في الحضانة ترتّب عنه إسقاطه عليها². ويمكن الإجابة عن ذلك: بأنّه لا يُسلم لهم بأنّ الحضانة حقّ للأمّ وحدها، بل هي حقّ للمحضون والحاضن معاً، مع تقديم حقّ المحضون على حقّ الحاضنة³.

القول الثالث: ذهب الظاهرية إلى عدم جواز جعل عوض الخلع في مقابل إسقاط حضانة الولد وإمساكه، وحقّتهم أنّه غير معلوم القدر، وقد يزيد السعير وقد ينقص، فيؤدي ذلك إلى المنازعة، ثمّ إنّ حال الخلع لم يجب للزوجة شيء من ذلك بعد؛ فمخالعتها بما لا تملكه باطل وظلم⁴.

القول الرابع: بعد عرض أقوال الفقهاء وأدلّتهم ومناقشتها، فالذي يترجّح للباحث هو قول المالكية في مسألة المخالعة على حضانة الصّغير وإمساكه، استناداً إلى النّظر في مصلحة الصّغير، وعلى ضوء ذلك يجوز ما يأتي:

- المخالعة على نفقة الصّغير وإبقائه عند أمّه المدّة التي تناسبه، لكن لا يجوز المخالعة على إسقاط الزّوجة المختلعة حقّها في حضانة ولدها الصّغير بالتنازل عنه لأبيه الزّوج المخالعة؛ ولأنّ الشّرع أثبت أحقيّة الأمّ بالحضانة وقدمها على غيرها ما دامت متمسكة به، وكونه عندها أنفع له، فإذا ثبت أنّ هذا من حقّ الولد فليس لها أن تبطله بأن تجعله عوضاً في الخلع.

¹ الصّاوي، بلغة السّالك لأقرب المسالك، 522/2.

² يُنظر: خليل، التّوضيح شرح مختصر ابن الحاجب، 301/4. والتّوّزري، توضيح الأحكام شرح تحفة الحكام، 176/2.

³ للاطلاع على اختلاف الفقهاء في تحديد صاحب الحقّ في الحضانة. يُنظر: التّوّزري، المصدر نفسه، 176/2. وعماد الزبادات وآخرون، إسقاط الأمّ حقّها في الحضانة ومخالعتها عليه ورجوعها فيه في الفقه الإسلاميّ وقانون الأحوال الشّخصيّة الأردنيّ (مقال)، ص 107 وما بعدها.

⁴ يُنظر: ابن حزم، المحلى بالآثار، 526/9.

الباب الثاني: أثر العُرف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

- جعل عوض الخلع ترك حضانة الصَّغير للأب المخالع إذا اقتضته المصلحة الشرعيَّة الظَّاهرة، ويُترك ذلك لظروف كلِّ قضية على حدة استثناءً من الأصل الذي ذكرناه؛ لأنَّ هذا الاستثناء لمصلحة الصَّغير، ويُرجع تقدير ذلك إلى القاضي¹.

ب. أثر العُرف في عوض الخلع مقابل حضانة الصَّغير في التشريع الجزائري: تفصيل هذا المسألة يكون ببحثها من الناحيتين القانونيَّة والقضائيَّة، وفيما يأتي بيانهما.

- من الناحية القانونيَّة: لم يتحدَّث المشرِّع عن هذه المسألة بشكل مباشر وصريح، إلَّا ما وُجدَ من تعليقات له بشأن أنَّ الحضانة ليست من المنافع المقوَّمة ماليًّا لتعلُّقها بتربية الطِّفل ورعايته على دين أبيه، حتى ولو كان فيها جانب الإنفاق إلَّا أنَّه لا يمكن اعتبارها معاوضة في مقابل الخلع، وبالتالي لا يجوز للزَّوجة التنازل عن حضانة أولادها لزوجها مقابل طلاقها خلْعاً؛ لأنَّ الحضانة فيها حقٌّ للمحضون وليس من حقِّ الزَّوجة أن تجعل من حقِّ الغير عوضاً للخلع من أجل الحصول على طلاقها من زوجها، وفي جميع الأحوال يجب أن يكون العوض معلوماً ومتَّفَق عليه بين المتخالعين². وبذلك يكون المشرِّع الجزائري قد أخذ بمذهب الظَّاهرية. وقد وُقِّع في اختياره هذا لما قيَّدَ مقابل الخلع بدفع الزَّوجة مبلغ ماليٍّ للزوج بعيداً عن إدخال المحضون في مساومات بين الزوجين لإنهاء الفرقة الزوجيَّة، واستعمال الطِّفل كوسيلة ضغط لفكِّ الرابطة الزوجيَّة³. وإن كان الباحث يرى أنَّه كان الأجدر بالمشرِّع أن يُفَرِّد هذه الجزئية بنصٍّ خاصٍّ في مواد قانون الأسرة وفقاً لما ذكره البعض من أنَّه: "لا يجوز التَّفاهم على عوض الخلع في مقابل التَّخلي عن حضانة الأولاد"⁴. ثم إنَّ التنازل عن الحضانة منوط بعدم الإضرار بمصلحة المحضون⁵، وعليه لا يجوز للأب أن تتنازل على

¹ يُنظر: عبد الكريم زيدان، المُفصَّل في أحكام المرأة والبيت المسلم، 207/8-208. وعماد الزيدات وآخرون، إسقاط الأمِّ حقَّها في الحضانة ومخالعتها عليه ورجوعها فيه في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشَّخصيَّة الأردني (مقال)، ص111.

² يُنظر: عبد العزيز سعد، الزَّواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، 249-250. والعربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري-الزَّواج والطلاق-، 268/1. ودليلة آيت شاوش، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب من الزَّوجة -دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض تشريعات الأحوال الشَّخصيَّة العربيَّة-، ص354. وياسين بن عمر، الخلع في نصوص قانون الأسرة الجزائري والممارسة القضائيَّة (مقال)، ص82.

³ يُنظر: ياسين بن عمر، المرجع نفسه، ص82.

⁴ يُنظر: الغوثي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ص113.

⁵ تنص المادة: 66 من ق أ ج على أنَّه: "يسقط حقُّ الحاضنة بالتزوُّج بغير قريب محرم، وبالتنازل ما لم يضرَّ بمصلحة المحضون"

الباب الثاني: أثر العُزف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

حضانة ولدها لأبيه؛ لأنها أنفع له في هذه المرحلة، بل إن صياغة نص المادة: 1/54 ق أ ج أكد على عدم اعتبار التنازل عن الحضانة عوضاً للخلع على أساس أنها لا يمكن أن تكون في مقابل المال لتعلقها بالجانب الشخصي، وليس المادي للطلاق، ثم إن المقصود بالمال في المادة: 54 ق أ ج ينطوي على أن الخلع إنما يكون بما هو مالي أو مقوم بالمال.¹

- من الناحية القضائية: بالبحث في ثنايا قرارات المحكمة العليا لم نعر إلا على قرار واحد- حسب اطلاعي- مؤرخ في: 1987/12/7م بخصوص هذا الشأن رغم عدم وضوحه في حسم مسألة التنازل على الحضانة كمقابل للخلع.² ثم إن مجيء هذا القرار بهذه الصيغة يجعله محلاً للنقد لا سيما وأنه لم يتعرض لما اشترطه الزوج من شرطين؛ وهما: إسناد حضانة الأولاد إليه؛ أي أن تتنازل زوجته على الحضانة في مقابل الخلع، وكذا تكيف مقابل الخلع بدليل قوله: "على أن تخالعه"، فسكوت القضاة في هذه المسألة تفسيره الرّفض صوتاً لحقّ المحضون.³ وتماشياً مع النسق العام لمراعاة مصلحة المحضون في عدم الاستغناء عن أمّه حتى بتنازلها عن الحضانة فإنّها تُجبر عليها، وهذا ما أشار إليه قرار المحكمة العليا المؤرخ في: 2010/10/14م.⁴

والذي يتّضح من خلاله مدى التزام المشرّع الجزائري بفكرة مفادها أن الحضانة هي حقّ وواجب؛ حقّ للمحضون، وواجب على الأمّ الحاضنة التي قد تُجبر عليها، إلا إذا أثبت عجزها

¹ يُنظر: العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري-الزّواج والطلاق-، 269/1. وزكّية تشوار حميدو، مصلحة المحضون في ضوء الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية، ص 538.

² حيث جاء فيه: "أنّ الطلاق لا يُحكم به إلا إذا كان للزوجة من الأسباب الشرعيّة ما يحقّ لها التّطليق به، ومن ثم فإنّ القضاء بما يُخالف هذا المبدأ يُعدّ مخالفاً للقواعد الشرعيّة والقانونيّة. ولمّا كان من الثّابت -في قضية الحال- أنّ الزّوجة طلبت التّطليق أمام المحكمة وأنّ زوجها علّق قبوله له على إسناد حضانة الأولاد إليه، وعلى أنّ تخالعه دون أن تحقّق الزّوجة الشرطين، فإنّ قضاة المجلس بإلغائهم الحكم المستأنف، ومن جديد حكموا بالطلاق دون أن يكون طلب الطلاق أو التّطليق صريحاً، يكونوا بقضائهم كما فعلوا خالفوا القواعد الشرعيّة والقانونيّة". م ع، غ. ش، ملف رقم 44858، قرار بتاريخ 1987/12/7م، م ق، ع 4، 1990م، ص 50.

³ يُنظر: زكّية تشوار حميدو، المرجع السّابق، ص 541-542.

⁴ جاء فيه: "حيث أنّ الطّاعن يعيب على قضاة المجلس عدم تبيّاهم للضرر وكيفية تشكيل الأحكام المدنيّة له للمساس بشرف الأسرة، وقضائهم بإسناد حضانة الابن إلى المطعون ضدها بالرّغم من تنازلها عنها. لكن حيث أنّ إدانته بسبب ارتكابه لجرمي السرقة وانتحال صفة الغير والحكم عليه بالحبس من أجلهما يُشكّل في حدّ ذاته، مساساً بشرف الأسرة، كما أنّ مصلحة المحضون تقتضي إسناد حضانتهم إلى والدته بالرّغم من تنازلها عنها". م ع، غ أ ش، ملف رقم 581222، قرار بتاريخ 2010/10/14م، م م ع، ع 1، 2011م، ص 250.

الباب الثاني: أثر العرف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

لسبب جدّي يستدعي إعادة النظر من طرف القضاء في جبرها عليها وإسنادها لمن يليها في ترتيب الحاضنين مع مراعاة مصلحة المحضون¹.

كما تجدر الإشارة إلى أنّه لا يجوز الاتفاق بين الطرفين على جعل الحضانة عوضاً عن الخلع، وفي حالة حصول ذلك فإنّ الخلع يكون صحيحاً وملزماً، أمّا التنازل عن الحضانة فيكون باطلاً؛ لأنّ هذه الأخيرة هي حقٌّ للطفل ولا يمكن التنازل عنها².

ومجمل القول في أثر العرف في عوض الخلع مقابل حضانة الصّغير يخلص الباحث إلى أنّ جانب من الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري قد اتّفقا على وجوب أجرة للحاضنة إنّ لم تكن الزوجية قائمة بينهما، ولم تكن معتدّة من طلاق رجعي³.

وأجرة الحضانة تعطى للحاضنة نظير عمل تقوم به⁴. ولها أن تُطالب أب الولد كِسْوَةِ الصّبيّ إلا إذا اختلعت على نفقته وكِسْوَتِهِ فَلَيْسَ لَهَا وَإِنْ كَانَتْ الْكِسْوَةُ بِجَهْلَةٍ، وَسَوَاءٌ كَانَ الْوَلَدُ رَضِيعًا، أَوْ فَطِيمًا... وَقَدْ تُعَوَّرَفُ أَنَّ خُلْعَ الْمَرْأَةِ عَلَى كَفَالَتِهَا لِلْوَلَدِ بِمَعْنَى قِيَامِهَا بِمَصَالِحِهِ كُلِّهَا وَعَدَمِ مُطَالَبَةِ أَبِيهِ بِشَيْءٍ مِنْهَا إِلَى تَمَامِ الْمُدَّةِ. وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ يَكْفِي عَنْ التَّنْصِيسِ عَلَى الْكِسْوَةِ لِأَنَّ الْمَعْرُوفَ كَالْمَشْرُوطِ⁵.

ثانياً- أثر العرف في الحقوق المالية كعوض للخلع في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري:

لما كان فريق من الفقهاء يرى بجواز أن يكون صداق المرأة منفعة من المنافع، فقد ثار الخلاف بينهم في هل تصحّ المنافع عوضاً للخلع من عدمه؟

لذا قرّرت أن أتحدّث في هذا العنصر عن أثر العرف في أهمّ المنافع والحقوق التي يمكن التنازل عنها مقابل الخلع، والتي من بينها نفقة المحضون، ونفقة المختلعة ومهرها.

1. أثر العرف في عوض الخلع مقابل نفقة الصّغير في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري:

بيان هذه المسألة يكون على النحو كالاتي:

¹- يُنظر: عادل عيساوي ومراد كاملي، عوض الخلع في قانون الأسرة الجزائري (مقال)، ص166-167.

²- يُنظر: آمال حبار، الخلع بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري (مقال)، ص198.

³- حكم مخالعة الرجل زوجته على نفقة الأبناء، فتوى دون ذكر صاحبها، اطلعت عليها يوم 2024/05/01م، في السّاعة

12:00، من موقع "إسلام ويب" على الشبكة العنكبوتية، من الرّابط الآتي: <https://ln.run/FkHRA>

⁴- يُنظر: محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشّخصية، 161/3.

⁵- يُنظر: ابن عابدين، ردُّ المحتار على الدر المختار، 456/3.

الباب الثاني: أثر العُرف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

أ. أثر العُرف في عوض الخلع مقابل نفقة الصَّغير في الفقه الإسلامي: وقع خلاف بين جمهور الفقهاء والظاهرية بشأن هذه المسألة، وفيما يأتي تفصيلها:

مذهب الجمهور¹: ذكروا أنَّه إذا اتَّفَق الرَّوَّاجَانِ الْمُتَخَالِعَانِ عَلَى أَنْ يَكُونَ عِوَضُ الْخُلْعِ نَفَقَةً الْمَرْأَةِ عَلَى ابْنَيْهَا الصَّغِيرِ لِمُدَّةٍ مُعَيَّنَةٍ، صَحَّ الْخُلْعُ عِنْدَهُمْ، وَتَكُونُ الْمُخْتَلَعَةُ مُلْزَمَةً بِالْإِنْفَاقِ عَلَيْهِ تِلْكَ الْمُدَّةَ، فَإِنْ حَدَثَ وَمَاتَ الْوَلَدُ قَبْلَ انْقِضَاءِ الْمُدَّةِ فَلَا يَجِبُ عَلَيْهَا شَيْءٌ لِأَبِيهِ.

قال الحنفية: وإنَّ كَانَتِ الزَّوْجَةُ الْمُخَالَعَةُ مُعْسِرَةً فَلَا تَطَالِبُ بِالنَّفَقَةِ عَلَى الصَّغِيرِ، فَإِنْ طَالِبَتْ أَبَاهُ بِهَا أَجْبَرَ عَلَيْهَا، جَاءَ فِي الْبَحْرِ الرَّائِقِ: "وَلَوْ خَالَعَتْهُ عَلَى نَفَقَةٍ وَلَدِهِ شَهْرًا، وَهِيَ مُعْسِرَةٌ فَطَالَبَتْهُ بِنَفَقَتِهِ يُجْبِرُ عَلَيْهَا، وَعَلَيْهِ الْإِعْتِمَادُ لَا عَلَى مَا أَفْتَى بِهِ بَعْضُهُمْ مِنْ سُقُوطِ النَّفَقَةِ"².

وذهب المالكية إلى أنَّه إذا مات الولد الذي التزمت الزَّوْجَةُ بِالْإِنْفَاقِ عَلَيْهِ، فَلَا يَجِبُ عَلَيْهَا لِأَبِيهِ بَعْدَ مَوْتِهِ شَيْءٌ عَلَى مَا جَرَى بِهِ الْحُكْمُ وَالْقَضَاءُ فِي هَذِهِ الْأَزْمَنَةِ³. أمَّا إذا أعسرت أنفق الزوج عليها ويعتبر دائنًا إن تيسرت أمورها، أمَّا إن كان الاتفاق يقضي بتحملها نفقة نفسها خلال مدة الحمل فالأصحُّ لا تسقط نفقة الحمل.

وإلى هذا أشار صاحب "الشرح الصغير": "وَجَارَ الْخُلْعُ بِنَفَقَةِ حَمْلٍ؛ أَيُّ: بِنَفَقَتِهَا عَلَى نَفْسِهَا مُدَّةَ حَمْلِهَا، إِنْ كَانَ حَمْلٌ؛ أَيُّ: عَلَى تَقْدِيرِ وُجُودِهِ، وَأَوَّلَى الْحَمْلُ الظَّاهِرُ، وَبِالْإِنْفَاقِ عَلَى وَلَدِهَا مِنْهُ أَوْ مَا تَلِدُهُ مِنَ الْحَمْلِ مُدَّةَ الرِّضَاعِ عَامَيْنِ وَأَكْثَرَ. وَلَا تَسْقُطُ بِهِ؛ أَيُّ: بِحُلْعِهَا عَلَى نَفَقَةٍ مَا تَلِدُهُ مِنَ الْحَمْلِ، نَفَقَةُ الْحَمْلِ عَلَى الْأَصَحِّ وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ الْقَاسِمِ، قَالَ: لَهَا نَفَقَةُ الْحَمْلِ لِأَنَّهُمَا حَقَّانِ أَسْقَطَتْ أَحَدَهُمَا عَنْهُ فِي نَظِيرِ الْخُلْعِ فَيَبْقَى الْآخَرُ"⁴.

وقال الشافعي رحمه الله: "وَلَوْ اخْتَلَعَتْ مِنْهُ بِأَنَّ عَلَيْهَا مَا يُصْلِحُ الْمُؤَلَّدَ مِنْ نَفَقَةٍ وَشَيْءٍ إِنْ نَابَهُ وَقَتًا مَعْلُومًا لَمْ يَجْزُ لِأَنَّ مَا يُتَوَبُّهُ مَجْهُولٌ لِمَا يَعْزِضُ لَهُ مِنْ مَرَضٍ وَغَيْرِهِ. وَكَذَلِكَ نَفَقَتُهُ إِلَّا أَنْ تُسَمَّى مَكِيلَةً مَعْلُومَةً وَدَرَاهِمَ مَعْلُومَةً تَحْتَلِغُ مِنْهُ بِهَا وَيَأْمُرُهَا بِنَفَقَتِهَا عَلَيْهِ وَيَصُدُّقُهَا بِهَا أَوْ يَدْفَعُهَا

¹ ابن عابدين، ردُّ المختار على الدر المختار، 455/3. والدُّسُوقِي، حاشية الدُّسُوقِي على الشَّرح الكبير، 357/2. والشافعي، الأُمُّ، 215/5. وابن قدامة، المغني، 336/7.

² ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، 371/10.

³ ميارة، شرح ميارة، 359/1.

⁴ الصَّاوِي، حاشية الصَّاوِي على الشَّرح الصغير، 521/5-522.

الباب الثاني: أثر العُرف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

إِلَى غَيْرِهِ أَوْ يُوَكَّلُ غَيْرَهَا بِهَا فَيَقْبِضُهَا فِي أَوْقَاتٍ مَعْلُومَةٍ فَإِنْ وَكَّلَ غَيْرَهَا بِأَنْ يَقْبِضَهَا إِذَا احتَاجَ لَمْ يَجْزُ لِأَنَّ حَاجَتَهُ قَدْ تُقَدَّمُ وَتُؤَخَّرُ وَتَكْثُرُ وَتَقَلُّ وَإِذَا لَمْ يَجْزُ رَجَعَ عَلَيْهَا بِمَهْرٍ مِثْلَهَا¹.

وذكر بعض فقهاء الحنابلة: لَوْ خَالَعَتْ زَوْجَهَا عَلَى كِفَالَةِ الْوَلَدِ مُدَّةً مُعَيَّنَةً أَوْ خَالَعَتْهُ عَلَى نَفَقَتِهِ مُدَّةً مُعَيَّنَةً كَعَشْرِ سِنِينَ وَنَحْوِهَا، صَحَّ الْخُلْعُ وَإِنْ لَمْ يَذْكُرْ مُدَّةَ الرِّضَاعِ مِنْهَا، وَلَا قَدَرَ الطَّعَامِ وَالْأُدْمَ، وَيُرْجَعُ عِنْدَ الْإِطْلَاقِ إِلَى نَفَقَةٍ مِثْلِهِ².

مذهب الظاهرية: قالوا: إِنَّهُ لَا يَجُوزُ الْخُلْعُ عَلَى أَنْ تُبْرِيَهُ مِنْ نَفَقَةٍ حَمَلَهَا أَوْ مِنْ رِضَاعٍ وَلَدَهَا، وَكُلُّ ذَلِكَ بَاطِلٌ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَعْلُومِ الْقَدْرِ، وَقَدْ يَزِيدُ السَّعْرُ وَقَدْ يَنْقُصُ؛ وَلِأَنَّهُ لَمْ يَجِبْ لَهَا بَعْدُ، فَمَخَالَعَتْهَا بِمَا لَا تَمْلِكُهُ بَاطِلٌ وَظُلْمٌ³.

القول الرَّاجح: بعد عرض أقوال الفقهاء ومناقشتها فالذي يتبين للباحث أَنَّ الرَّاجح هو قول الجمهور الذي يُقَرَّرُ بجواز أن يكون عوض الخلع نفقة الصَّغير لمُدَّةٍ مُعَيَّنَةٍ، وذلك لجواز المخالعة على نفقة الصَّغير وإبقائه عند أمه المُدَّة التي تناسبه، بمعنى أن يكون عوض الخلع تحمُّل المختلعة الإنفاق على ولدها من المخالعة مُدَّةً مُعَيَّنَةً. ويُرجع إلى العرف في تعيين النِّفقة ومقدارها، ولا بأس من تعيينها وتحديد مقدارها⁴.

ب. أثر العُرف في عوض الخلع مقابل نفقة الصَّغير في التشريع الجزائري: بالرُّجوع إلى مواد قانون الأسرة والاجتهاد القضائي الجزائري نلاحظ مدى شحِّها في التَّطَرُّق لمثل هكذا تفاصيل، لذا كان الأحرى بالمشرِّع التَّدخُّل لِتَبْيَانِ حكم هذه المسألة وصياغتها في مادة واضحة ودقيقة بغية بجملة تعقيدات الحياة والتَّوجُّهات الفقهية، ومن بين هذه التَّفاصيل الاتِّفاق على إسقاط نفقة الأولاد مقابل عوض الخلع⁵، الأمر الذي يستوجب بنا الرُّجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية تطبيقاً لنص المادة: 222 من ق أ ج.

¹ الشَّافعي، الأم، 215/5.

² يُنظر: البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، 220/5. وابن قدامة، المغني، 336/7.

³ يُنظر: ابن حزم، المحلى بالآثار، 526/9.

⁴ يُنظر: عبد الكريم زيدان، المُفَصَّل في أحكام المرأة والبيت المسلم، 207/8.

⁵ يُنظر: عادل عيساوي ومراد كاملي، عوض الخلع في قانون الأسرة الجزائري (مقال)، ص 174.

الباب الثاني: أثر العُرف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

فيجوز للزوجة أن تطالب بالخلع مقابل التنازل عن نفقة الأبناء إذا كانت قادرة على الإنفاق عليهم بنفسها، وعلى القاضي التأكيد من ذلك؛ لأنّ مصلحة الأبناء هي التي يجب مراعاتها لكون النفقة حقّ لهم¹، أمّا إذا ماتت الزوجة بعد الطلاق بالخلع وكان عوضه هو مقابل نفقة الأولاد فإنّ واجب النفقة ينتقل إلى الأب، وله أن يرجع بها على تركة الزوجة، إن كانت قد خلّفت ما يُورث². وعليه فالباحث يخلص إلى أنّ للعرف أثرًا بارزًا في عوض الخلع مقابل نفقة الصّغير في الفقه الإسلاميّ والتّشريع الجزائريّ، خاصّة لما تكون الأمّ عاملة أو لها مال فتلجأ إلى طلب الخلع مقابل تحمّلها هذه النفقة بالقدر الذي تمّت المخالعة عليه أو أن تتحمل قدرًا منها في مقابل الخلع، فتكون هي المسؤولة عنها، أو عن القدر الذي اتّفق عليه³.

2. أثر العُرف في عوض الخلع مقابل الإبراء من نفقة المختلعة ومهرها في الفقه والتّشريع:

أبحث هذه المسألة في كلّ من الفقه الإسلاميّ والتّشريع الجزائريّ، وفيما يأتي بيّنها أ. أثر العُرف في عوض الخلع مقابل الإبراء من نفقة المختلعة ومهرها في الفقه الإسلاميّ: لا خلاف بين الفقهاء على جواز الخلع، على أن يكون العوض فيه سقوط ما على المخالعة من نفقة ماضية واجبة عليه لزوجته أو على نفقة عدّتها أو مهرها⁴. غير أنّهم اختلفوا فيما إذا خالعتها بمهرها وهو يعلم أنّ لا مهر لها، وفيما يأتي بيان أقوال الفقهاء في هذه المسألة.

القول الأوّل: ذهب جمهور الفقهاء⁵ إلى أنّه يصحّ الخلع في مقابل إبراء المرأة زوجها من نفقة نفقة العدة، سواء كانت حالة أو ماضية واجبة عليه لزوجته، وما دام أنّ فترة النفقة معلومة، فيبرأ الزوج منها⁶، وإن كان السّاقط مجهولًا، والخلع في مقابل إسقاط حقّ السّكنى مدّة العدة لا يسقط يسقط حقّها؛ لأنّ سكّنى المعتدة في بيت الزوجية واجب شرعًا، ذلك أنّ الزّوجة لا يمكنها

¹ يُنظر: لحسين بن شيخ آث ملويا، رسالة في طلاق الخلع -دراسة قانونية فقهية وقضائية مقارنة-، ص 276.

² يُنظر: ربيعة إلغات، الطلاق بالخلع -دراسة تحليلية في ضوء الفقه والقانون واجتهادات المحكمة العليا- (مقال)، ص 328-329.

³ سامح عبد السلام محمد، الخلع على نفقة الأولاد وحضانتهم (مقال)، اطلعت عليه يوم 2024/5/5م، في السّاعة 12:00، من موقع "الألوكة" على الشبكة العنكبوتية، من الرّابط الآتي: <https://goo.su/bfDLkV3>

⁴ يُنظر: السّرخسي، المبسوط، 75/8. وعليش، منح الجليل شرح مختصر خليل، 6/4.

⁵ يُنظر: ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، 440/3. والدّردير، الشّرح الكبير، 347/2. وابن قدامة، المغني، 83/7.

⁶ يُنظر: الكاساني، بدائع الصّنائع في ترتيب الشّرائع، 152/3.

الباب الثاني: أثر العُزف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

التَّصَرَّف فيه بالإسقاط، أو الاعفاء. إلَّا إذا التزمت المرأة أن تدفع بدل إيجار البيت من مالها؛ فيصحُّ لها أن تُعفي الزَّوج من دفع بدل الإيجار¹.

وإن كان عوض الخُلْع هو مهرها، سواء كان الخُلْع قبل الدُّخول أو بعده. ويقع الطَّلَاق به بائنًا، ولا شيء له عليها من العوض. وبهذا قال صاحب "الفتاوى الهندية": "وَلَوْ خَالَعَهَا عَلَى مَهْرٍ أَوْ طَلَّقَهَا تَطْلِيقَةً بِمَهْرٍ الَّذِي عَلَيْهِ فَقَبِلَتْ وَالزَّوْجُ يَعْلَمُ أَنَّهُ لَا مَهْرَ لَهَا عَلَيْهِ تَقَعُ تَطْلِيقَةً بَائِنَةً بِغَيْرِ شَيْءٍ فِي الْخُلْعِ"². فَإِنْ لَمْ يَكُنِ الْمَهْرُ مَقْبُوضًا سَقَطَ عَنِ الزَّوْجِ، وَإِنْ كَانَ مَقْبُوضًا رَدَّتْهُ عَلَى الزَّوْجِ، وَإِنْ خَالَعَهَا عَلَى مَالٍ سِوَى الْمَهْرِ يَلْزُمُهَا ذَلِكَ الْمَالُ، وَيَبْرَأُ الزَّوْجُ عَنْ كُلِّ حَقٍّ وَجَبَ لَهَا عَلَيْهِ بِالنِّكَاحِ؛ كَالْمَهْرِ، وَالتَّفَقُّعِ الْمَاضِيَةِ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ؛ لِأَنَّ الْخُلْعَ وَإِنْ كَانَ طَلَاً بِعَوَضٍ عِنْدَنَا، لَكِنْ فِيهِ مَعْنَى الْبَرَاءَةِ³.

وَلَوْ خَالَعَهَا بَعْدَ الدُّخُولِ فَلَهَا التَّفَقُّعُ وَالسُّكْنَى إِلَّا إِذَا خَالَعَهَا بِشَرْطٍ أَنْ تُبْرِئَهُ مِنَ التَّفَقُّعِ وَالسُّكْنَى فَإِنَّهُ يَبْرَأُ مِنَ التَّفَقُّعِ دُونَ السُّكْنَى؛ لِأَنَّ خُرُوجَهَا مِنْ بَيْتِ الزَّوْجِ مَعْصِيَةٌ⁴. وذكر ميارة الفاسي رحمه الله⁵: "وَفِي الْمُقَرَّبِ: قُلْتُ لَهُ: فَإِنْ اخْتَلَعَتْ مِنْهُ عَلَى أَنَّهُ لَا سَكْنَى عَلَى الزَّوْجِ؟ فَقَالَ: إِنْ كَانَ كَانَ إِنَّمَا شَرَطَ عَلَيْهَا كِرَاءَ الْمَنْزِلِ الَّذِي تَعْتَدُ فِيهِ فَذَلِكَ جَائِزٌ، مِثْلُ أَنْ تَكُونَ فِي مَسْكَنِ الْكِرَاءِ، وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَتْ تَسْكُنُ فِي مَسْكَنِ الزَّوْجِ، فَاشْتَرَطَ أَنَّ عَلَيْهَا كَذَا وَكَذَا دِرْهَمًا فِي كِرَاءِ الْمَسْكَنِ، فَذَلِكَ جَائِزٌ أَيْضًا، وَإِنْ كَانَ إِنَّمَا اشْتَرَطَ عَلَيْهَا أَنْ تَخْرُجَ مِنَ الْمَنْزِلِ الَّذِي تَعْتَدُ فِيهِ، فَهَذَا لَا يَجُوزُ فِي قَوْلِ مَالِكٍ، وَتَسْكُنُ بِغَيْرِ شَرْطٍ وَالْخُلْعُ مَاضٍ"⁶.

وقال صاحب "كشاف القناع": "وَلَوْ خَالَعَهَا الزَّوْجُ بِنِصْفِ صَدَاقِهَا قَبْلَ الدُّخُولِ، صَحَّ ذَلِكَ، وَصَارَ الصَّدَاقُ كُلُّهُ لَهُ، نِصْفُهُ لَهُ بِالطَّلَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ، وَنِصْفِهِ لَهُ بِالْخُلْعِ؛ أَيُّ: عَوَضًا

¹ يُنظر: وهبة الزُّحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، 473/9.

² نظام الدين البلخي وآخرون، الفتاوى الهندية، 490/1.

³ يُنظر: الكاساني، بدائع الصَّنَائِعِ فِي تَرْتِيبِ الشَّرَائِعِ، 295/2.

⁴ يُنظر: السَّرْحَسِي، المبسوط، 75/8. والحداد، الجوهرة النيرة، 335/4.

⁵ هو: محمد بن أحمد بن محمد، أبو عبد الله، ميارة، فقيه مالكي، من أهل فاس. من تصانيفه: "الإتقان والإحكام في شرح

تحفة الحكام"، و"الدر الثمين في شرح منظومة المرشد المعين" في الفقه، ويُعرف بميارة الكبير، تمييزًا عن مختصر له، يُسمَّى ميارة

الصَّغِير، توفي رحمه الله سنة 1072 هـ. يُنظر: الزُّركلي، الأعلام، 11/6.

⁶ ميارة، شرح ميارة، 147/5.

الباب الثاني: أثر العُرف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

لَهُ... وَلَوْ قَالَتْ الْمَرْأَةُ لَهُ -أَي: لِزَوْجِهَا قَبْلَ الدُّخُولِ وَقَبْلَ قَبْضِ الصَّدَاقِ-: اخْلَعْنِي بِمَا يُسَلِّمُ إِلَيَّ مِنْ صَدَاقِي، أَوْ اخْلَعْنِي عَلَى أَنْ لَا تَبِعَةَ عَلَيْكَ فِي الْمَهْرِ، فَفَعَلَ؛ أَي: خَلَعَهَا عَلَى ذَلِكَ صَحَّ الْخُلْعُ؛ لِأَنَّهُ بِمَعْنَى سُؤْلِهَا الْخُلْعَ عَلَى نِصْفِ الصَّدَاقِ، وَبَرَى الزَّوْجُ مِنْ جَمِيعِهِ، نِصْفِهِ بِالْخُلْعِ، وَنِصْفَهُ بِجَعْلِهِ عَوَضًا لَهُ"¹.

القول الثاني: ذهب الشافعية² إلى أَنَّهُ يَصِحُّ الْخُلْعُ، وَلَهُ مَهْرٌ مِثْلُهَا، فَإِذَا خَالَعَ الزَّوْجُ زَوْجَتَهُ عَلَى نَفَقَتِهَا أَوْ عَلَى مَهَرِهَا، وَهُوَ يَعْلَمُ أَنَّ لَا نَفَقَةَ لَهَا عَلَيْهِ، أَوْ لَا مَهْرَ لَهَا، وَقَعَ الطَّلَاقُ بَائِنًا، وَلِلزَّوْجِ مَهْرُ الْمِثْلِ عَلَى زَوْجَتِهِ. قَالَ صَاحِبُ "مَغْنِي الْمَحْتَاجِ": "تَبَيَّنُ بِمَهْرِ الْمِثْلِ فِيمَا لَوْ خَالَعَهَا بِبَقِيَّةِ مَهَرِهَا وَلَمْ يَكُنْ بَقِيَّةً مِنْهُ شَيْءٌ"³.

القول الرابع: بعد عرض أقوال الفقهاء، فالذي يترجح لدى الباحث هو قول الجمهور بعدم سقوط نفقة العدة والمهر بالخلع إلا إذا اتفق الطرفان على إسقاطهما، فلا يستطيع القاضي إجبار الزوجة على التنازل عن حق من حقوقها المالية الشرعية مقابل الحكم بالخلع. فالمسألة شرعاً خاضعة لإرادة الطرفين؛ إذ يجوز الاتفاق على إسقاط حق نفقة الزوجة الماضية والمستقبلية ومهرها باختيارها وإيرادتها، ولا يجوز إكراهها على التنازل عن تلك الحقوق.

ب. أثر العُرف في عوض الخلع مقابل الإبراء من نفقة العدة في التشريع الجزائري:

أبحث هذه المسألة من الناحيتين الآتيتين:

- **الناحية القانونية:** لم يُشر المشرع في قانونه للأسرة إلى هذه الجزئية والتي مفادها تنازل المرأة عن نفقة عدتها لقاء إبراء الرجل من عوض الخلع، وبالعودة إلى أحكام المادة: 222 من ق أ ج التي تحيلنا على أحكام الشريعة الإسلامية، فإنه وبالتوافق مع الآراء الفقهية فإن المرأة وبما أنها صاحبة الحق في نفقة العدة فإن لها إبراء الزوج منها كعوض للخلع⁴. "ولهذا يمكن أن يكون عوض الخلع الذي تدفعه الزوجة هو مؤجل صداقها أو نفقة عدتها المقررة شرعاً وقانوناً"⁵.

¹ - البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، 147/5.

² - يُنظر: الشافعي، الأم، 219/5.

³ - الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، 219/5.

⁴ - يُنظر: عادل عيساوي ومراد كاملي، عوض الخلع في قانون الأسرة الجزائري (مقال)، ص 176.

⁵ - أحمد شامي وعبد القادر بوراس، إيقاع الخلع بين الضوابط الفقهية والاجتهاد القضائي (مقال)، 1422.

الباب الثاني: أثر العرف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

- الناحية القضائية: لقد قضى المجلس الأعلى في قراره المؤرخ في 10/2/1972م: "أنَّ كلَّ مطلَّقة بعد البناء عليها أن تعتدَّ وهي أثناء هذه المدَّة محبوسة من أجل الزَّوج، وعلى كلِّ مُطلَّق أن يُنفق على مطلَّقتها، فالنفقة حقٌّ ثابت شرعاً من حقوق الزَّوجية يتعيَّن على القاضي الحكم بها طلبتها أم لم تطلبها ولا تسقط إلَّا إذا أسقطها الشَّارع في بعض الأحوال المحدَّدة شرعاً أو سمحت فيها الزَّوجة صراحةً بخلع، والمجلس له الحق في الحكم بها إذا أغفلها القاضي الأوَّل، فالوجه غير سديد ويتعيَّن رفضه"¹.

يُستشف من هذا القرار أنَّ القضاء قد سمح للزَّوجة أن تُخالع نفسها من زوجها مقابل إسقاط حقِّها في نفقة العِدَّة، وبذلك يكون المشرِّع الجزائري قد ساير جمهور الفقهاء في صحة الخلع مقابل إبراء المرأة زوجها من نفقة العِدَّة، مادامت هذه الأخيرة عبارة عن مقابل ماليٍّ، فهي جائزة لأنَّ تكون بدلاً لخلع الزَّوجة نفسها من زوجها².

بناءً على ما سبق؛ فإنَّ أثر العرف في عوض الخلع مقابل الإبراء من نفقة العِدَّة في الفقه الإسلاميَّ يظهر لما تبذل المرأة عوضاً على طلاقها، ذلك أنَّ المبرأة تختصُّ بإسقاط المرأة حقَّها عن زوجها، وهي صورة خاصَّة للإبراء تقع بين الزَّوجين، لإيقاع الزَّوج الطَّلاق -إجابة لطلب الزَّوجة غالباً- مقابل عوض ماليٍّ تبذله للزَّوج، فتترك ما لها عليه من حقوق ماليَّة؛ كالمهر المؤجل، أو النفقة المستحقَّة في العِدَّة. والجمهور على أنَّه لا يسقط بها أي حقٍّ إلَّا بالتَّسمية، خلافاً لأبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله القائلين بسقوط جميع حقوقها الزَّوجية³.

وعليه فإنَّ الخلع مقابل الإبراء من نفقة العِدَّة أو المهر يقع متى حصل الاتفاق عليه مع الزَّوجة، وبالتالي إذا اتَّفقا على إسقاط المهر سقطت المطالبة به، وإن وقع الاتفاق على إسقاط المهر فقط سقط⁴. وقد قضى المشرِّع الجزائري بإسقاط نفقة الزَّوجة مقابل الخلع⁵.

¹ - م أ، غ أ ش، 10/2/1972م، (غير منشور)، نقلاً عن: بلحاج العربي، مبادئ الاجتهاد القضائي وفقاً لقرارات المحكمة العليا، ص 110.

² - يُنظر: حفصية دونة، أحكام النفقة ومتاع البيت كأثر من آثار الطَّلاق في قانون الأسرة الجزائري، ص 162-163.

³ - يُنظر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، الموسوعة الفقهية، 1/143.

⁴ - حقوق المطلَّقة مقابل الإبراء، دون ذكر صاحب الفتوى، اطلعت عليها يوم: 05/05/2024م، على السَّاعة 12:00،

من موقع "إسلام ويب" على الشَّبكة العنكبوتية، من الرِّابط الآتي: <https://goo.su/hEAMIYB>

⁵ - يُنظر: بلحاج العربي، مبادئ الاجتهاد القضائي وفقاً لقرارات المحكمة العليا، ص 110.

خلاصة الباب الثاني:

تطرق الباحث في هذا الباب إلى أثر العرف في انحلال الزواج وأحكامه، فبيّن في الفصل الأوّل منه أثر العرف في طرق انحلال الزواج، وتناول فيه أثر العرف في انحلال الزواج بالطلاق وتحديث في هذا العنصر عن أثر العرف في أحوال المطلق وأحكامه، ثم عن أثره في ألفاظ الطلاق وصيغته، وانتقل إلى الكلام عن أثر العرف في انحلال الزواج بالخلع، وتعرّض فيه إلى أثر العرف في أحوال الزوجة المخالعة وأحكامها، كما بيّن فيه أثر العرف في صيغ الخلع وألفاظه، وأثره في الخلع القضائي. وكل ذلك في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري.

أمّا الفصل الثاني: فخصّصه لبيان أثر العرف في الآثار المشتركة لانحلال الزواج، فركّز على أثر العرف في كلّ من عدّة المرتابة وخروجها من بيت الزوجية، ثم أثره في انتهاء مدّة الحضانة والسفر بالمحزون وأوقات زيارته هذا بالنسبة للآثار غير الماليّة، لينتقل فيما بعد للكلام عن أثر العرف في بعض الآثار الماليّة، كأثره في متاع البيت وتجهيزه، وأثره في حلّ النزاع المتعلّق بهما. وليعرج إلى الحديث عن أثر العرف في الآثار الخاصّة لانحلال الزواج، بطريقي الطلاق والتّطليق، فتكلّم عن أثر العرف في كلّ من ألفاظ الرّجعة وصيغها، ومتعة المطلقة ومقدارها. وأخى كلامه بالحديث عن أثر العرف في الآثار الخاصّة لانحلال الزواج بطريق الخلع، وركز هنا على أثر العرف في مسائل مرتبطة بعوض الخلع، ثم أثره في إسقاط بعض المنافع والحقوق كبديل للخلع.

فتوصّل البحث إلى أنّ الفقه الإسلامي قد فصّل في كلّ مسألة من هذه المسائل بالقدر الكافي وقد برز أثر العرف جليّاً في تلك المسائل عند بعض فقهاء الشريعة، أمّا في التشريع الجزائري فقد وجد بعض المسائل نصّاً عليها المشرّع الجزائري في بعض موادّه القانونيّة¹، أو في بعض اجتهاداته القضائيّة والتي ظهر أثر العرف فيها بشكل بارز²، وإن كانت أقلّ مما هي عليه في الباب الأوّل، وبعضها الآخر يمكن للقاضي إيجاد حلّ لها اعتماداً على نصّ المادة: 222 من ق أ ج،

¹ المواد القانونية: 2/10، 54، 73. أمّا بقية المواد القانونية يمكن أن نستخلص منها بطريقة ضمنية الإشارة إلى العرف. يُنظر: فهرس المواد القانونيّة.

² القرارات: القرار رقم: 216239 بتاريخ 1999/3/16م، ورقم: 41437، بتاريخ 1986/5/5، ورقم: 365244، تاريخ 2006/10/11م، ورقم: 1054305، بتاريخ 2017/2/1م، ورقم: 850 بتاريخ 2009/7/8، وهذه القرارات لم تخرج عمّا هو مقرر في الشرع والعرف. يُنظر: فهرس القرارات القضائيّة.

الباب الثاني: أثر العرف في انحلال الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

وذلك من خلال الرجوع إلى العرف كمصدر من مصادر التشريع في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي. خاصة وأنّ هناك قضايا وأعرافاً مستجدّة، هذه الأخيرة منها ما هي صالحة ومعتبرة شرعاً، ومنها ما هي فاسدة ومخالفة للشّرع الحنيف ينبغي للمشّرع الجزائري بيان أحكامها بنصوص واضحة، لا تركها مسكوتاً عنها.

خاتمة

بعد خوضي غمار هذه الدراسة، التي تناول فيها الباحث موضوع أثر العرف في أحكام الزواج وانحلاله بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري-دراسة تحليلية مقارنة-، وقد حاول قدر المستطاع الإجابة عن الإشكالية الرئيسة ومختلف التساؤلات المرتبطة بها، خلص في الأخير إلى العديد من النتائج والتوصيات التي أوجزها فيما يلي:

أولاً- أهم النتائج: أذكرها في الآتي:

1- أن العرف حجة ويعتبر أصلاً ينبنى عليه شطر عظيم من أحكام الفقه الإسلامي، وأنه دليل يمكن لفقهاء الشريعة والمشرع الجزائري أن يستأنسوا به لإيجاد حلّ للمسائل المسكوت عنها؛ بالنظر لما يمثله من ضرورة اجتماعية تفي بالحاجة الطارئة والمستجدة، التي لم تتناولها النصوص الشرعية والقانونية، أو لم تُبينها، ولم تُفصلها، فضلاً على أن كثيراً من هذه النصوص مبني في الأساس على العرف.

2- أن فقهاء الشريعة الإسلامية قد أخذوا بالعرف في كثير من مسائل الزواج وانحلاله على عكس المشرع الجزائري الذي أخذ به في بعض نصوصه وفي القليل من اجتهاداته القضائية سواء كان ذلك بشكل صريح أو ضمني.

3- يؤثر العرف في بعض أحكام الأسرة المتغيرة، من حيث كيفية التطبيق، وكذلك في تفسير بعض المفردات والأحكام العامة، فيما فسح الشارع والمشرع للمجتهد والمفتي والقاضي بالاجتهاد فيه؛ كالاكتفاء في تحديد معنى الفاتحة في الخطبة، وفي تحديد مواصفات الكفاءة بين الزوجين، ومقدار صداق المثل، والتفقة بالمعروف على الزوجة والأبناء، ونحو ذلك من خلال الاعتماد على العرف كمصدر تشريعي.

4- يتفق كل من الفقه الإسلامي، والتشريع الجزائري في الإحالة صراحة أو ضمناً على العرف في بعض من مسائل الزواج وانحلاله فيكون بمثابة القرينة المرجحة للحكم المستند على هذا الأصل- أي العرف-، ومن أمثلتها ذلك: تحديد مقدار النفقة وجنسها، وتحديد الضروريات فيها، وتعين مقدار الصداق وحالات تعجيله وتأجيله حسب العرف السائد في منطقة معينة، وتحديد ما يصلح

للرجل والمرأة عند التنازع حول متاع البيت، وغيرها من المسائل المستندة على هذا المصدر التشريعي.

5- اتفق كلٌّ من الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري على اعتبار الأعراف الصحيحة في مسائل الزواج وانحلاله، وكما اتفقا على أنَّ الأحكام المتغيرة المبنية على العرف تتغير إذا تغيرت أعراف الناس، ولا اعتبار للعرف إذا خالف أحكامًا ثابتة بنصوص شرعية قطعية، ومن ذلك بعض الشروط الفاسدة في عقد الزواج، كاشتراط الزواج بدون صداق.

6- اتفق كلٌّ من الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري على مراعاة التطور الزمني والمكاني للعرف وعلى تغيير أحوال الناس وظروفهم، فإذا تغير العرف تبعًا لتلك المتغيرات، فإنَّ الحكم يتغير بموجبه، ومن ذلك دفع النفقة الزوجية ونفقة الأولاد نقدًا بدلًا من الطعام واللباس. وتجهيز البيت ومتاعه واجبٌ على الزوج إن لم يوجد عرف يقضي بذلك، فإن وجد عرف يقضي بالاشتراك بينهما في تجهيزه، فالحكم يجري على ما عليه عرف البلد.

7- من تطبيقات أصل العرف في أحكام الزواج وانحلاله، أنَّ اقتران الخطبة بالفاتحة يُعتبر زواجًا إذا تحقق فيه ركن الرضا وشروط العقد المنصوص عليها في المادة 09 من ق أ ج، وأنَّ بعض آثار العدول عن الخطبة؛ كرد الهدايا والصداق، والألفاظ التي ينعقد بها الزواج وخاصة الألفاظ المُصحَّفة، والاشتراط بعقد الزواج؛ كشرط عمل المرأة ودراستها، وبعض حقوق الزوجين والأبناء من نفقة لهما، وأجرة إرضاع الولد، كلُّها مسائل للعرف أثّر واعتبارٌ فيها.

8- من تطبيقات أصل العرف في أحكام انحلال الزواج، إنَّ للعرف أثرًا في طلاق كلٍّ من المكره، والسَّكران، وخلع الصَّغيرة، والمكرهه، وله أثرٌ في الألفاظ التي يقع بها الطلاق، كطلاق الثلاث، والطلاق بصيغة الحرام، والخلع وصيغته. وهي مسائل للعرف أثّر واعتبارٌ في أحكامها.

9- من تطبيقات أصل العرف في آثار انحلال الزواج، أثره في انتهاء سن الحضانة والسَّفر بالمحزون، وفي النزاع حول متاع البيت، وفي ألفاظ الرجعة، وأثره في ما يُباح للمعتدة من طلاق أو وفاة أو خلع من الخروج نهارًا، وليلا لحاجة أو لضرورة مع أمن الطريق. والضرورة تُقدَّر بالعرف.

وفي متعة المطلقة، وفي عوض الخلع ومقدار مهر المثل، وفي إسقاط بعض الحقوق المالية أو المعنوية مقابل الخلع، وكلها مسائل للعرف أثر في أحكامها في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري.

ثانيا- أهم التوصيات: يوصي الباحث بما يلي:

1- مراجعة الأحكام الشرعية المتغيرة والنصوص القانونية والاجتهادات القضائية التي مرجعها العرف، والنظر فيها حتى تواكب المستجدات.

2- ضرورة الاهتمام بالأعراف وإبراز دورها في صياغة النصوص القانونية المتعلقة بمسائل الزواج وانحلاله هذا من جهة، ومن جهة ثانية لأهميتها في ترابط لحمه العائلات وتماسك نسيج المجتمع.

3- اقتراح تعديل الفقرة الأولى من نص المادة: 5 من ق أ ج: "الخطبة تمهيد للزواج، ولكل طرف العُدُول عنها".

4- وكذلك تعديل نص المادة: 14 من ق أ ج، بإضافة فقرتين -ثانية وثالثة- تُبيّن أنّ الزوجة غير ملزمة بتجهيز بيت الزوجية، وذلك على النحو الآتي:

"2- ولا يحق للزوج أن يطالبها بأثاث أو غيره مقابل الصّدق الذي أصدقها إياه. 3- وإذا جهز أحد الأبوين ابنته من ماله وسلّمها الجهاز ملكته على سبيل الهبة".

5- إضافة مادة جديدة تفصّل في مصير الصّدق عند العُدُول، والتي نصّها كالآتي: "ويعتبر من الصّدق ما جرى عليه عُرف الناس، بتقديمه للزوجة قبل الزّفاف من الهدايا".

6- وأيضاً إضافة فقرة جديدة عند تقدير صدق المثل، للمادة: 15 من ق أ ج، مفادها: "وتراعي المحكمة في تقديره -أي الصّدق- الوسط الاجتماعي للزوجين والعرف السائد في المكان الذي يوجد به الزوجان".

7- إضافة مادة خاصة بآثار الخلع يكون نصّ كالآتي: "لا يجوز التفاهم على عوض الخلع في مقابل التخلي عن حضانة الأولاد".

8- استحداث مادة تنصّ على متعة المطلقة ضمن آثار الطلاق والتّطليق والخلع، مع وضع معايير للقاضي تساعد في تحديد مقدارها بحيث يكون نصّ المادة المقترحة على النحو الآتي: "على القاضي أن يحكم بالمتعة لكل من طلقها زوجها بعد الدّخول، ويُراعى في تقديره للمتعة حالة الزوج المادية ومدة الزواج، مع إمكانية التّرخيص بدفعها على أقساطٍ خلال مدّة يُحدّدها القاضي".

9- يقترح البحث على الباحثين تخصيص دراسات مقارنة تعالج مسائل أثر العرف في التعويض عن الضرر المعنوي الناتج عن العدول عن الخطبة وأيضاً أثر العرف في كل من الصلح الأسري، وفي عمل المرأة.

في الختام لا يسعني إلا أن أحمّد الله على نعمة الإتمام والإكمال، وأسأل الله أن يجعل هذا العمل خالصاً لوجهه الكريم؛ إنّه ولي ذلك والقادر عليه، وصلّي اللهم على سيدنا محمد وآله وصحبه أجمعين، والحمد لله ربّ العالمين.

الملاحق

ملحق رقم: 1



ميثاق أعراف الزواج
إعداد بعض أئمة وأعيان أشراف شيخ الزاوية العثمانية
ولاية بسكرة
عبد القادر عثمانى

قال الله تعالى (ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون) الرو 21 ويقول عليه الصلاة والسلام (يسرا ولا تمسرا وبشرا ولا تنفرا) .

الأسرة هي النواة الأولى في المجتمع وبها صلاح الأمة وقد حث الإسلام على تكوينها وإنشائها ورتب الثواب الكبير على تكاليفها ومسؤولياتها وقد حال بين الشباب وبين تكوينها في زماننا هذا عقبات كثيرة وأعراف فاسدة وتقاليد دخيلة على المجتمع المسلم وبغية إزالة تلك العقبات وتيسير الزواج لشبابنا وبعد دراسة ومشاورات من طرف أئمة ومشايخ ولاية بسكرة ورعاية الشيخ عبد القادر عثمانى شيخ زاوية سيدي علي بن عمر بطولقة توصل الجميع بتوفيق من الله إلى وضع هذا الميثاق الذي توخوا فيه سنة التيسير بالاستناد إلى نصوص الشرع المحكمة.

بنود الميثاق:

1- تخفيف وتيسير المهر في حدود: ألا تتعدى قيمته مئة وخمسون ألف دينار جزائري (150000.00 دج) حق للزوجة، أي ما يعادل من الذهب 35 غرام ، ومن أراد تخفيضه أقل من ذلك فهو مأجور ومشكور وهو المهر الذي ينبغي أن يكون علنيا ومعلنا عليه في مجلس العقد مع ملاحظة أنه مهر شامل يتناول المطلوب كله من الزواج بما في ذلك الجهاز والذهب يقول عليه الصلاة والسلام: (إز أعظم النساء بركة أيسرهن مؤنة) رواه أحمد.

2- إعفاء الزوجة من تجهيز بيت الزوجية قليله وكثيره لأنه من

مسؤولية الزوج.
(3- خطبة المرأة ألا تكون إلا من وليها، وهي المعتبرة التي تشر آثارها العرفية والشرعية.

4- تمكين الخاطب من رؤية مخطوبته بوجود محرم شرعي إذا تبين منه الجد والعزم لقوله عليه الصلاة والسلام: (أنظر إليها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما).

و 5- الزواج يبنى على الرضا والاختيار ، فتمنع جميع أساليب الإكراه للابن أو البنت على الزواج.

6- لا ينبغي للأولياء الاعتراض على تزويج بناتهم من الكفاء الصالح ، لقوله عليه الصلاة والسلام : (إذا أتاكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه إلا تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد عريض).
أخرج الترمذي وابن ماجه والحاكم بسند صحيح.

7- منع إطالة فترة الخطبة إلا على تفاهم مسبق ومبرر معتبر.
8 الخطبة وعد بالزواج لا تبيح شيئا من المحرمات كالخلوة والسفر وتبقى في حكم الأجنبية .

9 الخاتم الوحيد الملزم عرفا هو خاتم الحناء وما عداه فهو من قبيل الهدايا غير الملزمة.

10- العقد الشرعي - عقد الجماعة - لا يتم إلا بعد العقد المدني.

11- ألا يكون العقد صحيحا وتاما إلا إذا حضر في مجلس العقد الولي والزوج أو وكيل كل منهما بشاهدين ، وتم بالصيغة الشرعية.

12- اجتناب كل المحرمات في الأعراس كالاختلاط وظهور النساء بزيتتهن على الأجانب وخاصة في موكب العرس ومنع التصوير بجميع أنواعها وخاصة الكاميرا في أوساط النساء عدا

ملحق رقم: 3

بسم الله الرحمن الرحيم
و من يسر عن معسر يسر
كان الله في عون العبد ملأه الله
و الصلاة والسلام على رسوله الكريم
في عون أخيه

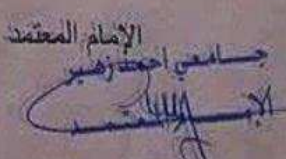
الموضوع: ملخص تعديل عرف الزواج بالزيتونة

أما بعد: فمن خلال الاجتماع الذي ضم الإمام و اللجنة الدينية و أعيان هذه البلدة و المصلين و الذي تطرقنا فيه إلى مسألة تيسير الزواج على الشباب و تشجيعهم عليه و بعد جلستين متتاليتين و أخذ و رد تم بحمد الله الاتفاق على البنود التالية:

- 1- تحديد مصاريف الزواج ب 100000.0 دج مائة ألف دينار جزائري دون تقديم أي شيء آخر بعدها من (لباس و مل و ذهب و أشياء أخرى ...)
و ينقسم هذا المبلغ كالآتي:
- المهر: 8000.00 دج
- الجهاز: 52000.00 دج
- العشاء (وليمة العروس): 40000.00 دج
- 2- أما بالنسبة ليوم الحنة فيقدم العريس مايلي: (لباس داخلي + قندورة + حذاء + خمار + خاتم ذهب أو أفرط الأذن و فقط في حقيبة أو فليزة)
- 3- و تم خلال هذه الجلسة إلغاء العادات التالية:
- التعيينة و ما يتبعها
- تقديم الأشياء المكلفة و الثمينة في المناسبات
- نقل الأثاث (أفرشة صوفية + صالونات + آلات كهرومنزلية....) بالنسبة للعروس
- حفلة العقد المنني في البلدية بجميع أشكاله مثل كثرة المدعوين و تقديم الهدايا و المأكولات...

ملاحظة: لا يتم العقد الشرعي في المسجد لمن خالف العرف المتفق عليه و يتحمل عواقب و إثم الخروج عن جماعة المسلمين.

- وفي الأخير ندعو بالخير و البركة لكل من طبق هذا العرف المبارك.

الإمام المسجد: 
الإمام المعتمد: 
اللجنة الدينية: 

ملحق رقم: 4

وثيقة أهل البياضة المتعلقة بالزواج

دعوة إلى الحد من الظواهر السلبية والضارة في الأفراح

قال تعالى: "وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ" المائدة: 02

وقال تعالى: "وَلْتَكُنْ مِنْكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ" آل عمران: 104

لا يخفى على أحد أن مناسبات الأفراح في مجتمعنا انتشرت فيها بعض الظواهر الضارة والعادات السيئة، والتي منها:

- الإسراف والتبذير في الولائم والتجهيزات... وقد قال تعالى: "وَلَا تُبْذِرْ تَبْذِيرًا إِنَّ الْمُبْذِرِينَ كَانُوا إِخْوَانَ الشَّيَاطِينِ وَكَانَ الشَّيْطَانُ لِرَبِّهِ كَفُورًا" الإسراء: 27

- الخلاعة والسلوكات المخالفة لديننا وأخلاقنا وأصالتنا

الجميع يتحدث عن هذه الظواهر الضارة والسلبية ويتمنى أن يتطهر المجتمع منها، ولكنها تمارس على مضض، ولا يستطيع أحد أن يبادر بالتخلي عنها لصعوبة مخالفة ما ألفه عموم الناس

إن المسؤولية الملقاة على أهل الخير في المجتمع تحتم عليهم القيام بواجب النصيح والإرشاد والتوجيه نحو الخير من أجل هذا التقى ممثلو الأحياء والعائلات والعروش على مستوى بلدية البياضة وتداولوا هذا الأمر واتفقوا على ضرورة معالجته والسعي الجاد لوضع حد لما هو فاسد وضار، وهذا سعيًا منهم لتسهيل متطلبات الزواج وتيسيره، وحددوا ضوابط ووضعوا آليات لتنفيذها

ولذلك ندعو الجميع للتعاون والالتزام بهذه الضوابط في أفراحهم لما فيها من منافع مادية وفوائد اجتماعية. ولا شك أن كل من يعمل بذلك ويساعد عليه يدخل في عموم قوله: "من سن سنة حسنة فله أجرها وأجر من عمل بها إلى يوم القيامة" رواه مسلم.

الضوابط المتفق عليها:

أولاً: في الولائم:

الوليمة في أعراسنا اليوم أصبحت مكلفة جدا حيث تهدر فيها أموال كثيرة ويقع فيها تبذير وإسراف كبير أضر ماديا بأهل العرس وأصبح من الأسباب الرئيسية في تأجيل الزواجات وتأخيرها، فحتى نخفف من هذه التكاليف ونحد من الصفات الذميمة كالتبذير والتفاخر ونرفع الحرج على الناس، اتفق على الآتي:

1- استبدال وليمة عرس البنت بإكراميات (مشروبات وقاطو): يدعى إليها عدد محدود دون إسراف أو تفاخر، لأن وليمة البنت عادة دخيلة ومصاريفها مكلفة، وفي إلغائها تسهيل وتيسير للزواج ومكافحة للعنوسة

2- التقليل من الدعوات في وليمة عرس الولد: وحصرها في الأقارب والقليل من الأصدقاء والمعارف وكبار أهل الحي

3- استعمال الدعوات المكتوبة والالتزام بمحتواها: فينبغي تجنب الدعوات العامة في المساجد والمؤسسات، ولا يأتي للوليمة إلا المدعوون، ولا يصحب الرجل معه ابنه أو المرأة ابنتها، وهذا لضبط العدد وحتى لا يربك أصحاب الوليمة أو يخرجوا

ثانيا: في التجهيز:

التجهيزات في أعراسنا أصبحت هي الأخرى مبالغ فيها وأصبح فيها الإسراف والتفاخر والتقليد وكلها صفات مذمومة تصعب الزواج وتؤخره. فلكي نيسر الزواج ونساهم في الحد من العزوبة والعنوسة ينبغي الالتزام بما يلي :

1- التأكيد على أن يبقى المهر كما جرت عليه العادة: وهو "فلايك ذهب"، ومباركة هذا العرف المناسب لما جاء به الحديث الشريف عن النساء: "أقلهن مهراً أكثرهن بركة"

2- الحد من الكثرة المفرطة للتجهيزات والألبسة الزائدة عن الحاجة: لما فيها من خسائر ومخالفة لديننا الحنيف وتقاليدنا الأصيلة

3- التوسط في المبلغ الذي يدفع لتجهيز العروس: وهذا قصد الحد من كثرة المصاريف، فيقترح أن يكون هذا المبلغ من: 06 إلى 10 مليون سنتيم (أما الذهب فيترك لقدرات الناس وأحوالهم)

ثالثا: في الحفلات:

حفلاتنا اليوم فيها كثير من المخالفات من غناء فاحش ورفع لمكبرات الصوت مما يترتب عليه إزعاج للجيران واعتداء على راحة وحرية الآخرين والحكمة تقول: "تنتهي حرية الفرد عندما تبدأ حرية الآخرين".

للحد من هذه المخالفات نقترح الالتزام بما يلي :

1- تخفيض مكبرات الصوت ما أمكن: لدرجة لا تسمع خارج محل العرس، لأن المبالغة في علاء الصوت فيه إزعاج وأذى للجيران وخاصة المرضى والعجزة والرضع والعمال المتعبين ويزداد الإزعاج في أوقات الصلاة وفي الساعات المتأخرة من الليل وهو ظلم واعتداء

الفهارس

1. فهرس الآيات القرآنية:
2. فهرس الأحاديث النبوية
3. فهرس آثار الصحابة رضي الله عنهم
4. فهرس الأبيات الشعرية
5. فهرس الأعلام المترجم لهم
6. فهرس الألفاظ المعرف بها
7. فهرس القواعد الفقهية والأصولية والقانونية
8. فهرس المواد القانونية
9. فهرس القرارات القضائية
10. فهرس المصادر والمراجع
11. فهرس المحتويات

1. فهرس الآيات القرآنية:

الآيات	السُّورة	رقم الآية	الصَّفحة
وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمَنَّ	البقرة	221	64
نِسَائُكُمْ حَرْثٌ لَكُمْ فَأَتُوا حَرْثَكُمْ		223	216
وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا كَسَبَتْ قُلُوبُكُمْ		225	269
وَالْمُطَلَّقاتِ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ		228	339
وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ		228	391
وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ		228	211
وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ		228	221
الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكِ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيعِ		229	319
وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا بِمَا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا		229	412، 411
فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ		229	326، 325، 323
فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ		229	318، 313
فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا نَحْلُ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ		230	270، 269، 203، 319، 275
حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ		230	147، 145
وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَعْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ		231	283
فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ		231	394، 391
وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَعْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْصُوهُنَّ		232	265
وَالْوَالِدَاتُ يُرْضَعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ		233	249، 52، 43، 30، 420-419، 254
وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ		233	254، 239-238، 31

فهرس الآيات القرآنية

249	233	البقرة	لَا تُضَارَّ وَالِدَةُ بِوَلَدِهَا
104	235		إِلَّا أَنْ تَقُولُوا قَوْلًا مَعْرُوفًا
400، 398، 195، 48	236		لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ
405، 401، 400، 406	236		وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ
179	237		وَإِنْ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ
400، 399، 398، 406، 401	241		وَلِلْمُطَلَّقاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ
51	275		وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ
188-187	282		يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ
66	14	آل عمران	زَيْنَ لِلنَّاسِ حُبُّ الشَّهَوَاتِ مِنَ النِّسَاءِ وَالْبَنِينَ
214	01	النساء	وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ
154	03		فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ
372، 177	04		وَعَاثُوا النِّسَاءَ صَدَقَاتِهِنَّ نِحْلَةً
77، 76	06		وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ
28	11		يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ
216	11		لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ
323، 308	19		وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ
213، 212، 211، 243، 242، 225	19		وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ
178	20		وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ
224، 221	34		الرِّجَالِ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ
222	34		فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا
325	35		وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا

فهرس الآيات القرآنية

277	43		يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْرُؤُوا الصَّلَاةَ وَأَنْتُمْ سَكَارَى
35	59		فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ
238	89	المائدة	فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسَاكِينَ
189، 42	199	الأعراف	خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ
267	106	النحل	مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيمَانِهِ إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ
214	23	الإسراء	وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ
127، 122	34		وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا
146	03	النور	الزَّانِي لَا يَنْكِحُ إِلَّا زَانِيَةً
86	31-30		قُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ يَعْضَضْنَ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ
95، 94	31		وَلَا يَبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا
96، 95	31		إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا
201، 180	32		وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ
70	21	الرُّوم	وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا
294	21	الأحزاب	لَقَدْ كَانَ لَكُمْ فِي رَسُولِ اللَّهِ أُسْوَةٌ حَسَنَةٌ
105	32		فَلَا تَخْضَعْنَ بِالْقَوْلِ فَيَطْمَعَ الَّذِي فِي قَلْبِهِ
224	33		وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ
398	49		يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ
155، 154	50		وَأَمْرًا مُؤْمِنَةً إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ
154	50		خَالِصَةً لَكَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ
85	52		لَا يَحِلُّ لَكَ النِّسَاءُ مِنْ بَعْدُ وَلَا أَنْ تَبَدَّلَ بِهِنَّ
105	53		وَإِذَا سَأَلْتُمُوهُنَّ مَتَاعًا فَاسْأَلُوهُنَّ
142	54	الدُّحَان	وَزَوْجَنَاهُمْ بِحُورٍ عِينٍ
204، 81	13	الحجرات	يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ

فهرس الآيات القرآنية

354	01	الطَّلَاق	يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ
347، 348-349، 361، 354	01		لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ
348	01		لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُخْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا
283	02		فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ
394	02		فَارْقُوهُنَّ
74، 339، 340، 344، 341	04		أَوْ فَارْقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ
347، 243، 350، 371	06		وَاللَّائِي يَكْسَنُ مِنَ الْمَحِضِ مِنْ نِسَائِكُمْ
350، 254	06		أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ
419، 256، 251	06		وَأِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ
248	06		فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ
31، 230، 233، 371، 234	07		وَأِنْ تَعَاسَرْتُمْ فَسَرِّضْ لَهُ أُخْرَى
215	30-29	المعارج	لِيَنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ
142	07	التَّكْوِيرِ	وَالَّذِينَ هُمْ لِأُفْرُوجِهِمْ حَافِظُونَ
			وَإِذَا النُّفُوسُ زُوِّجَتْ

2. فهرس الأحاديث النبوية

الصفحة	الراوي	طرف الحديث
309، 320، 323، 412	ابن عباس رضي الله عنه	أَتَرْدَيْنَ عَلَيْهِ حَدِيثَهُ
320	عكرمة رضي الله عنه	أَتَرْدَيْنَ عَلَيْهِ حَدِيثَهُ؟ قَالَتْ: نَعَمْ
92	محمد بن مسلمة رضي الله عنه	إِذَا أَلْقَى اللَّهُ فِي قَلْبِ امْرِئٍ خِطْبَةً
124، 96	جابر رضي الله عنه	إِذَا خَطَبَ أَحَدُكُمْ الْمَرْأَةَ، فَإِنْ اسْتَطَاعَ
93-92	أبو حميد رضي الله عنه	إِذَا خَطَبَ أَحَدُكُمْ امْرَأَةً
68	أبو هريرة رضي الله عنه	إِذَا خَطَبَ إِلَيْكُمْ مَنْ تَرْضَوْنَ دِينَهُ وَخُلُقَهُ،
222	أبو هريرة رضي الله عنه	إِذَا دَعَا الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ إِلَى فِرَاشِهِ،
155	سَهْلُ بْنُ سَعْدٍ رضي الله عنه	أَذْهَبَ فَقَدْ مَلَكَتْهَا بِمَا مَعَكَ
213	أبو هريرة رضي الله عنه	اسْتَوْصُوا بِالنِّسَاءِ خَيْرًا
127	عُبَادَةُ بْنُ الصَّامِتِ رضي الله عنه	اضْمَنُوا لِي سِتًّا مِنْ أَنْفُسِكُمْ
224	فَاطِمَةُ رضي الله عنها	أَلَا أَخْبِرُكَ مَا هُوَ خَيْرٌ لَكَ مِنْهُ؟
82، 65	فَاطِمَةُ بِنْتُ قَيْسٍ رضي الله عنها	أَمَّا أَبُو جَهْمٍ فَلَا يَضَعُ عَصَاهُ عَنْ عَاتِقِهِ
124-123	المِسْوَرُ بْنُ مَخْرَمَةَ رضي الله عنه	أَمَّا بَعْدُ أَتَكْحَتُ أَبَا الْعَاصِ
349	فَرِيعَةُ بْنُ مَالِكٍ رضي الله عنه	أُمَكُّنِي فِي بَيْتِكَ حَتَّى تَنْقُضِيَ عِدَّتَكَ
165	عقبة بن عامر رضي الله عنه	إِنَّ أَحَقَّ الشُّرُوطِ أَنْ تَوْفُوا
81	أبو هريرة رضي الله عنه	إِنَّ الْمُسْتَشَارَ مُؤْتَمَرٌ
422	عتبة بن المنذر رضي الله عنه	إِنَّ مُوسَى أَجَرَ نَفْسَهُ ثَمَانِي سِنِينَ
356	ابن عمر رضي الله عنه	أَنْتِ أَحَقُّ بِهِ مَا لَمْ تَنْكِحِي
278	عمر بن الخطاب رضي الله عنه	إِنَّمَا الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ
265	ابن عباس رضي الله عنه	إِنَّمَا الطَّلَاقُ لِمَنْ أَخَذَ بِالسَّاقِ
76	عَبْدُ اللَّهِ بْنُ بَرِيدَةَ رضي الله عنه	إِنَّهَا صَغِيرَةٌ، فَخَطَبَهَا عَلِيٌّ

فهرس الأحاديث النبوية

123-122	أبو هريرة رضي الله عنه	آيَةُ الْمَنَافِقِ ثَلَاثٌ:
201	عائشة رضي الله عنها	أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحَتْ بِغَيْرِ إِذْنٍ وَلِيِّهَا
179	أنس رضي الله عنه	بَارَكَ اللَّهُ لَكَ، أَوْلَمْ وَلَوْ بِشَاةٍ
351	جابر رضي الله عنه	بَلَى فَجُدِّى تَخْلُكِ
189، 190، 377، 382، 379	عمر بن الخطاب رضي الله عنه	الْبَيْنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي
351	مُجَاهِدٌ رضي الله عنه	نَحَدَّثَنَ عِنْدَ إِحْدَاكُنَّ
71	مَعْقِلُ بْنُ يَسَارٍ رضي الله عنه	تَزَوَّجُوا الْوُدُودَ الْوُلُودَ فَإِنِّي مُكَاثِّرٌ
64، 67، 72	أبو هريرة رضي الله عنه	تَنَكَّحُ الْمَرْأَةُ لِأَرْبَعٍ
269، 270، 284	أبو هريرة رضي الله عنه	ثَلَاثٌ جَدُّهُنَّ جَدٌّ، وَهَزْمُهُنَّ جَدٌّ
203	ابن عباس رضي الله عنه	الثَّيِّبُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا
42، 48، 230، 242، 234	عائشة رضي الله عنها	خُذِي مَا يَكْفِيكَ وَوَلَدَكَ بِالْمَعْرُوفِ
230	عائشة رضي الله عنها	الْخُرَاجُ بِالضَّمَانِ
146، 147	علي رضي الله عنه	خَرَجْتُ مِنْ نِكَاحٍ وَلَمْ أَخْرُجْ
178	عقبة بن عامر رضي الله عنه	خَيْرُ الصَّدَاقِ أَيْسَرُهُ
357	أبو هريرة رضي الله عنه	خَيْرَ عَلَامَا بَيْنَ أَبِيهِ وَأُمِّهِ
65، 71	يَحْيَى بْنُ جَعْدَةَ رضي الله عنه	خَيْرُ فَائِدَةٍ اسْتِفَادَهَا الْمُسْلِمُ بَعْدَ
213	عائشة رضي الله عنها	خَيْرِكُمْ خَيْرُكُمْ لِأَهْلِهِ
81	أبو هريرة رضي الله عنه	الدِّينُ النَّصِيحَةُ
267، 268، 271، 310، 308	ثوبان رضي الله عنه	رُفِعَ عَنْ أُمَّتِي الْخَطَأُ وَالنِّسْيَانُ
87	جرير رضي الله عنه	سَأَلْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ عَنْ نَظَرِ الْفُجَاءَةِ
99	أنس رضي الله عنه	شَمِّي عَوَارِضَهَا، وَأَنْظِرِي إِلَى عُرْقُوبِهَا

فهرس الأحاديث النبوية

70	عائشة رضي الله عنها	العرب بعضهم لبعض أكفأ
71	عبد الرحمن بن سالم رضي الله عنه	عليكم بالأبكار، فإنهن أعذب
156-155	جابر رضي الله عنه	فاتقوا الله في النساء
86	أبو هريرة رضي الله عنه	فأذهب فانظر إليها، فإن في أعين
399	جابر رضي الله عنه	فإنه لا بد من المتاع، متعها
68	عائشة رضي الله عنها	فجعل أمرها إليها فقالت: إني أجزت
374	جابر رضي الله عنه	فراش للرجل، وفراش لامرأته
276	أبو هريرة رضي الله عنه	كل طلاق جائز، إلا طلاق المعتوه
52	حكيم بن حزام رضي الله عنه	لا تبع ما ليس عندك
77	ابن عباس رضي الله عنه	لا ضرر ولا ضرار
164	أبو هريرة رضي الله عنه	لا يحل لامرأة تسأل طلاق أختها
105	عمر بن الخطاب رضي الله عنه	لا يخلون رجل بامرأة إلا كان الشيطان
103	ابن عباس رضي الله عنه	لا يخلون رجل بامرأة إلا مع
203، 147، 146	عائشة رضي الله عنها	لا، حتى تدوقي عسيلته
104	معقل بن يسار رضي الله عنه	لأن يطعن في رأس أحدكم بمخيط
286	عائشة رضي الله عنها	لقد عذت بعظيم، الحق بأكلك
66	عائشة رضي الله عنها	لو كان أسامة جارية لحليته
221	أبو هريرة رضي الله عنه	لو كنت امرأة أحدًا أن يسجد لأحد
347	فاطمة بنت قيس رضي الله عنها	ليس لك عليه نفقة
165	عائشة رضي الله عنها	ما بال أقوام يشترطون شروطًا ليست
395	عمر بن الخطاب رضي الله عنه	مره فليراجعها، ثم ليتزكها حتى تطهر
166	عائشة رضي الله عنها	المسلمون عند شروطهم
211	أبو هريرة رضي الله عنه	مطل الغني ظلم
94	لم أقف عليه	من أراد أن يتزوج امرأة فلينظر

فهرس الأحاديث النبوية

214	أنس رضي الله عنه	مَنْ سَرَّهُ أَنْ يَيْسَطَ لَهُ فِي رِزْقِهِ
422	أبو سعيد الخدري رضي الله عنه	نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ اسْتِجَارِ الْأَجِيرِ، حَتَّى يُبَيَّنَ لَهُ أَجْرُهُ
51	أبو سعيد الخدري رضي الله عنه	هُيَ عَنْ قَفِيرِ الطَّحَانِ
66	عبد الله بن عمرو رضي الله عنه	وَلَا تَزُوجَهُنَّ لِأَمْوَالِنَ فَعَسَى
178	جابر رضي الله عنه	وَلَا مَهْرَ دُونَ عَشْرَةِ دَرَاهِمَ
125، 123، 92-91	ابن عمر رضي الله عنه	وَلَا يَخْطُبُ الرَّجُلُ عَلَى خِطْبَةِ أَخِيهِ
372، 239، 225	جابر رضي الله عنه	وَلَهُنَّ عَلَيْكُمْ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ
81	أبو هريرة رضي الله عنه	يَا بَنِي بِيَاضَةَ، أَنْكِحُوا آبَاءَ هِنْدٍ
154	ابن مسعود رضي الله عنه	يَا مَعْشَرَ الشَّبَابِ مَنْ اسْتَطَاعَ مِنْكُمْ

3. فهرس آثار الصحابة

الصفحة	الراوي	الأثر
326	عمر بن الخطاب رضي الله عنه	اخْلَعَهَا وَلَوْ مِنْ قَرْطِهَا
276	وبرة الكلبي رضي الله عنه	أرسلني خالد بن الوليد إلى عمر رضي الله عنه
406	ابن عباس رضي الله عنه	أَعْلَى الْمُتَعَةِ الْخَادِمُ.
178	عمر بن الخطاب رضي الله عنه	أَلَا لَا تُعَالُوا فِي صَدَاقِ النِّسَاءِ
324	نافع رضي الله عنه	أَنَّ الرُّبَيْعَ اخْتَلَعَتْ مِنْ زَوْجِهَا
324	سهل بن سعد رضي الله عنه	أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ فَرَّقَ بَيْنَ الْمُتَلَاعِنِينَ
82	ابن عباس رضي الله عنه	أَنَّ جَارِيَةً بَكَرًا أَتَتْ النَّبِيَّ ﷺ
287-286	عمر بن الخطاب رضي الله عنه	أَنَّ عُمَرَ رضي الله عنه ، قَالَ: لِرَجُلٍ قَالَ لَزَوْجَتِهِ: حَبْلُكَ عَلَى غَارِبِكَ،
348	عائشة رضي الله عنها	إِنَّ فَاطِمَةَ كَانَتْ فِي مَكَانٍ وَحْشٍ
90	المغيرة بن شعبة رضي الله عنه	إِنْ كَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ، أَمَرَكَ أَنْ تَنْظُرَ، فَانْظُرْ
293	ابن مسعود رضي الله عنه	إِنْ كَانَ نَوَى طَلَاقًا، وَإِلَّا فَهِيَ يَمِينٌ
349	عبد الله بن مسعود رضي الله عنه	أَنَّ نِسْوَةً مِنْ هَمْدَانَ نَعِيَ إِلَيْهِنَّ أَزْوَاجَهُنَّ
406	عطاء رضي الله عنه	أَوْسَعُ الْمُتَعَةِ دِرْعٌ وَخِمَارٌ وَمِلْحَقَةٌ.
342	عمر بن الخطاب رضي الله عنه	أَيُّمَا امْرَأَةٍ طَلَّقَتْ فَحَاضَتْ حَيْضَةً أَوْ حَيْضَتَيْنِ
348	فاطمة بنت قيس رضي الله عنها	بَيْنِي وَبَيْنَكُمْ كِتَابُ اللَّهِ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهُ يُخْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا﴾
180، 179	سهل بن سعد رضي الله عنه	تَزَوَّجَ وَلَوْ بِخَاتَمٍ مِنْ حَدِيدٍ
231، 75	عائشة رضي الله عنها	تَزَوَّجَنِي رَسُولُ اللَّهِ ﷺ لَيْسَتْ سِنِينَ
374، 373	علي رضي الله عنه	جهز رسول الله ﷺ فاطمة
324	عبد الله الخولاني رضي الله عنه	رفعت إليه امرأة اختلعت من زوجها بألف درهم
75	هشام عن أبيه رضي الله عنه	رَوَّجَ الرُّبَيْرُ رضي الله عنه ابْنَتَهُ صَبِيَّةً
75	جعفر بن محمد عن أبيه رضي الله عنه	رَوَّجَ عَلِيُّ ابْنَتَهُ أُمَّ كُلْثُومٍ وَهِيَ صَغِيرَةٌ مِنْ عُمَرَ رضي الله عنه

فهرس آثار الصحابة

278	ابن عباس رضي الله عنه	طَلَّاقُ السَّكَرَانِ وَالْمُسْتَكْرَه لَيْسَ بِجَائِزٍ
340	حَبَّانُ بْنُ مُنْقِذٍ رضي الله عنه	طَلَّقَ حَبَّانُ بْنُ مُنْقِذٍ امْرَأَتَهُ وَهِيَ تَرْضِعُ
399	عَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ عَوْفٍ رضي الله عنه	طَلَّقَ عَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ عَوْفٍ امْرَأَةً لَهُ فَمَتَّعَ بِوَلِيدَةٍ
96	عائشة رضي الله عنها	قَالَتْ عَائِشَةُ رضي الله عنها فِي قَوْلِهِ عَلَيْكَ : «إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا»: الْقَلْبُ وَالْفَتْحَةُ
195	مَعْقِلُ بْنُ سِنَانٍ رضي الله عنه	قَضَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فِي بَرُوعِ بِنْتِ وَاشِقٍ امْرَأَةً مِنَّا
131	عائشة رضي الله عنها	كَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يَقْبَلُ الْهَدِيَّةَ وَيُثِيبُ عَلَيْهَا
294	ابن عباس رضي الله عنه	كَانَ يَقُولُ فِي الْحَرَامِ: "يَمِينٌ يُكْفَرُهَا"
89	عمر بن الخطاب رضي الله عنه	لَا تُكْرِهُوا فَتَيَاتِكُمْ عَلَى الرَّجُلِ الْقَيْحِ
268	صَفْوَانُ بْنُ عِمْرَانَ رضي الله عنه	لَا قِيلُولَةَ فِي الطَّلَاقِ
347	عمر بن الخطاب رضي الله عنه	لَا نَتْرَكَ كِتَابَ رَبِّنَا، وَلَا سَنَةَ نَبِينَا لِقَوْلِ امْرَأَةٍ
399	ابْنُ عُمَرَ رضي الله عنه	لِكُلِّ مُطَلَّغَةٍ مُتْعَةٌ إِلَّا الَّتِي تُطَلَّقُ وَقَدْ فُرِضَ
195	ابن مسعود رضي الله عنه	لَهَا مِثْلُ صَدَاقِ نِسَائِهَا، لَا وَكَسَ، وَلَا شَطَطَ، وَعَلَيْهَا الْعِدَّةُ
278	عثمان رضي الله عنه	لَيْسَ لِمَجْنُونٍ وَلَا لِسَكْرَانَ طَلَّاقٌ
381	علي رضي الله عنه	مَتَاعُ النِّسَاءِ لِلنِّسَاءِ، وَمَتَاعُ الرِّجَالِ لِلرِّجَالِ
105-104	أُمُّ هَانِئٍ رضي الله عنها	وَاللَّهِ إِنِّي كُنْتُ لِأَجْبُكَ فِي الْجَاهِلِيَّةِ، فَكَيْفَ فِي الْإِسْلَامِ،
275	علي رضي الله عنه	وَكُلُّ الطَّلَاقِ جَائِزٌ، إِلَّا طَلَّاقَ الْمَعْنُوهِ

4. فهرس الأبيات الشعرية

البيت الشعري	قائله	الصفحة
أَبَى اللَّهِ إِلَّا عَدْلَهُ وَوَفَاءَهُ***فَلَا النُّكْرُ مَعْرُوفٌ وَلَا الْعُرْفُ ضَائِعٌ	النَّابِغَةُ الذُّبْيَانِي	18
التَّارِكِينَ عَلَى طُهْرٍ نِسَاءَهُمْ***وَالتَّائِكِينَ بِشَطْطِي دِجْلَةَ الْبَقَرَا	الْفَرَزْدَق	147

5. فهرس الأعلام المترجم لهم

الرقم	العلم المترجم له	الصفحة
1	إبراهيم الجلالي	116
2	ابن الصّلاح	296
3	ابن العربي	55
4	ابن القطان	86
5	ابن القيم	166
6	ابن الهمام	24
7	ابن تيمية	53
8	ابن حجر الهيتمي	298
9	ابن حزم	402
10	ابن رشد الحفيد	330
12	ابن عابدين	23
13	ابن عبد البر	316
14	ابن عرفة الدُّسوقي	305
16	ابن مفلح	325
17	أبو بكر الخلال	275
19	أبو حامد الغزالي	413
18	أبو يوسف	382
20	أشهب	316
21	تقي الدّين السُّبكي	294
22	الخصاص	323
22	خليل بن إسحاق	236
23	زكريا الانصاري	296

108	الشَّنْقِيطِي	24
324	الشُّوكَانِي	11
324	الصَّنْعَانِي	25
31	الطَّبْرِي	26
275	القاضي أبو يعلى	27
87	القَاضِي عِيَاض	28
23	القرافي	29
311	الماوردي	30
349	محمَّد بن الحسن الشيباني	32
305	المرداوي	33
433	ميارة الفاسي	34
18	النَّسْفِي	35
298	النَّفْرَاوي	36
54	النَّوْوي	37

6. فهرس الألفاظ المعرف بها

الصفحة	اللفظة
316	الإبراء (المُبَارِئَةُ)، الافتداء (المفتدية)
341	الإزتياب
406	الإزار
362	البريد
80	التسمية في الخطبة
350	الجداد (تجدُّ)
109	الخلوة الصحيحة
373	الحَمِيلُ أو القَطِيفَةُ
405	دِرْعٌ
195	زواج التفويض
43	السَّكْمُ، الاستِصْنَاعُ
67	العُنَّةُ والجبُّ
99	عَوَارِضُهَا (العوارض)، عُرْقُوبِيَّهَا (العرقوب)
51	قفيز الطَّحان
96	الْقُلْبُ، الْفُتْحَةُ
251	اللَّبَّاءُ
214	الْمَرْأَةُ الْمُتَجَالَّةُ
162	مُراعَاةُ الخلاف
44	المضاربة أو القراض
226	الْمُقْلُ
200	ولاية الإجمار، ولاية الاختيار
384	يمين جوازية تكميلية

فهرس القواعد الفقهية والأصولية والقانونية

7. فهرس القواعد الفقهية والأصولية والقانونية

الصفحة	القواعد الفقهية
387، 369، 119، 117	استعمال النَّاسِ حُجَّةٌ يَجِبُ الْعَمَلُ بِهَا
35	إِنَّمَا تُعْتَبَرُ الْعَادَةُ إِذَا إِطْرَدَتْ أَوْ غَلَبَتْ
385، 384	الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعَى، وَالْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ
372، 229	الْخَرَجُ بِالضَّمَانِ
100	سُدُّ الدَّرَائِعِ
292، 132، 49، 39، 36	الْعَادَةُ مُحْكَمَةٌ
299، 117-116	الْعِبْرَةُ فِي الْعُقُودِ الْمَقَاصِدُ وَالْمَعَانِي لَا الْأَلْفَاظُ وَالْمَبَانِي
372، 229	الْعُرْمُ بِالْعُنْمِ
307	كُلُّ مَنْ يَصَحَّ طَلَاقُهُ يَصَحَّ خُلْعُهُ
344	لَا يُنْكَرُ تَغْيِيرُ الْأَحْكَامِ بِتَغْيِيرِ الْأَزْمَانِ
378	مَا عُرِفَ مِنْ مَتَاعِ الْبَيْتِ لِلرِّجَالِ فَهُوَ لِلزَّوْجِ مَعَ يَمِينِهِ
165، 162	مُرَاعَاةُ الْخِلَافِ
365، 363	مُرَاعَاةُ مَصْلَحَةِ الْمُحْضُونِ
425، 374، 136، 128، 36	الْمَعْرُوفُ عُزْفًا كَالْمَشْرُوطِ شَرْطًا
372، 229	مَنْ حُسِنَ لِحَقِّ غَيْرِهِ، فَنَفَقَتُهُ وَاجِبَةٌ عَلَى ذَلِكَ الْغَيْرِ
202	مَنْ مَلَكَ شَيْئًا، جَازَ لَهُ أَنْ يُؤْكَلَ فِيهِ غَيْرُهُ
	القواعد الأصولية
52	إِعْمَالُ الْكَلَامِ أَوْلَى مِنْ إِهْمَالِهِ
58	الْخَاصُّ يُقَيِّدُ الْعَامَّ
	القواعد القانونية
167، 25	العقد شريعة المتعاقدين

8. فهرس المواد القانونية

الباب الأول: أثر العُرف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري		
رقم المادة	فحواها	الصفحة
1/7 معدلة	تُكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة	78
5	الخطبة وعُدُّ بالزواج. ولكل من الطرفين العدول عنها	113، 114
2/6 معدلة	غير أنَّ اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يُعتبر زواجًا	117
2/5	يجوز للطرفين العدول عن الخطبة.	125
4/5 و 5 معدلة	لا يَسْتَرِدُّ الخاطب شيئًا ممَّا أهدها إذا كان العدول منه وإن كان العدول من المخطوبة فعليها أن تَرُدَّ	134
4	الزَّواج هو عقدٌ رضائيٌّ يتمُّ بين الرجل والمرأة	143
1/10	يكون الرِّضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا	150، 156
2/10	يصحُّ الإيجاب والقبول من العاجز بكلِّ ما يُفيد معنى النِّكاح لغة أو عرفًا كالكتابة والإشارة.	158
19	للزَّوجين أن يشترطا في عقد الزَّواج أو في عقد رسمي لاحق	167
1/15	يُحدِّدُ الصَّدَاق في العقد، سواء كان مُعَجَّلًا، أو مُؤَجَّلًا	185
15	يُحدِّدُ الصَّدَاق في العقد، سواء كان مُعَجَّلًا أو مُؤَجَّلًا، وفي حالة عدم تحديد قيمة الصَّدَاق تستحق الزَّوجة صَداق المثل	188
17	في حالة النزاع في الصَّدَاق بين الزَّوجين أو ورثتهما	191
17	في حالة النزاع في الصَّدَاق بين الزَّوجين أو ورثتهما وليس لأحدهما بَيِّنَةٌ... وكان بعد البناء، فالقول للزَّوج أو ورثته مع اليمين	192
2/33	إذا تمَّ الزَّواج بدون شاهدين أو صَداق... يَتَبَيَّنُ بعد الدُّخول بصَداق المثل.	198

198	في حالة عدم تحديد قيمة الصّدّاق، تستحق الزّوجة صدّاق المثل.	2/15
205	يتولّى زواج المرأة وليّها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين	11 ق ت
207	تعقد المرأة الرّاشدة زواجها بحضور وليّها وهو أبوها، أو أحد أقاربها، أو أي شخص تختاره	11 معدّلة
216	"يجب على الزّوجين... 2- المعاشرة بالمعروف، وتبادل	2/36
218-217	حُسنُ معاملة كلّ منهما لأبوي الآخر وأقاربه واحترامهم	5/36
218	المحافظة على روابط القرابة والتّعامل مع الوالدين	6/36
218	زيارة كلّ منهما لأبويه وأقاربه واستضافتهم بالمعروف	7/36
218	المحافظة على الرّوابط الزّوجية، وواجبات الحياة المشتركة	1/36
227	التّشاور في تسيير شؤون الأسرة وتباعد الولادات	4/36
232	تجب نفقة الزّوجة على زوجها بالدّخول بها أو بدعوّتها إليه	74
244، 235	يُراعي القاضي في تقدير النّفقة حال الطّرفين	79
244	تشمل النّفقة: الغذاء والكِسوة والعلاج، والسّكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة	78
253، 251	2- إرضاع الأولاد عند الاستطاعة وتربيتهم	2/39 ق ت
252	يجب على الزّوجين... 3- التّعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم	3/36

الباب الثّاني: أثر العُرف في انحلال الزّواج وأحكامه في الفقه الإسلاميّ والتّشريع الجزائريّ		
رقم المادة	فحواها	الصّفحة
10	يكون الرّضا بإيجاب من أحد الطّرفين وقبول من الطّرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا...	290
1/10		
2/10	يصحّ الإيجاب والقبول من العاجز بكلّ ما يُفيد معنى	298، 296، 290

	النكاح لغة أو عرفاً كالكتابة والإشارة.	
54	يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي، يتم الاتفاق عليه، فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم	328، 331، 415
58	تعتد المطلقة المدخول بها، غير الحامل بثلاثة قروء، واليأس من الحيض بثلاثة أشهر، من تاريخ التصريح بالطلاق	345
61	لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها	353
65	تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات، والأنثى ببلوغها سن الزواج	358
69	إذا أراد الشخص الموكول له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي	363
2/64	على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة	367
14	الصداق هو ما يدفع نخلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعاً، وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء	375
73	إذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت وليس لأحدهما بينة، فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء، والقول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال، والمشاركات بينهما يقتسمانها مع اليمين	383
50	من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد	395
51	لا يمكن أن يُراجع الرجل من طلقها ثلاث مرّات متتالية	395
2/39 ق ت	2-إرضاع الأولاد عند الاستطاعة وترتيبهم	423

9. فهرس القرارات القضائية

الباب الأول: أثر العُرف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري		
الصفحة	مضمون الإجهاد	رقم القرار
106	الخطبة هي مجرد وعد بالزواج	34046
109	من المقرر شرعاً وقانوناً، أنه إذا أبرم عقد زواج صحيح وتأكدت الخلوة الصحيحة بين الزوجين	74375
114	الخطبة هي مقدمة للزواج وليست زواجاً	81129
114، 126، 151، 173	لا يمكن للقاضي حتى بعد إبرام عقد الزواج، إجبار الزوجة على إتمام مراسيم الدخول بها	415123
118	اقتراح الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يُعتبر زواجاً متى توافرت أركانه	111876
126	أن الخطبة ليست عقداً وإن تمت باتفاق طرفيها	249/81
126	أن العدول عن الخطبة هو حق مقرر لكل من الخاطبين	39065
129-130، 134	من المقرر قانوناً أنه لا يسترد الخاطب شيئاً مما أهداه	219313
135، 138	من المقرر قانوناً أنه يتوجب على المرأة المخطوبة عند عدولها عن إتمام الزواج، أن ترد ما لم يستهلك من الهدايا وغيرها ولا تستحق الزوجة نصف الصداق إلا عند الطلاق قبل الدخول.	92714
171	من المقرر شرعاً أن الشرط الوارد في عقد الزواج الذي لا يقتضيه العقد ولا ينافيه، والذي يدخل في باب الكراهية	49575
172	من المقرر شرعاً، أنه لا يؤخذ بعين الاعتبار طلب إسقاط حقوق المطلقة بسبب فقد بكارتها قبل البناء بها، إلا إذا كان الزوج قد اشترط ذلك	33715
172	حيث لا يتبين من وقائع الدعوى، ولا من أوراق الملف ما يُفيد اشتراط البكارة في عقد الزواج... حملوا الطاعنة مسؤولية الطلاق	480264
173	أن المبدأ: تُقيم الزوجة، كقاعدة عامة، حيث يُقيم زوجها. يحق لها	358665

فهرس القرارات القضائية

223	اشتراط تحديد مكان الإقامة الزوجية، عند أو بعد إبرام عقد الزواج.	
186	إنَّ مؤخر الصَّدَاق الثَّابِت بعقدٍ رسميٍّ هو حقٌّ للزَّوجة، وعلى الزَّوج يقع عبء إثبات الوفاء به	284555
198، 187	إنَّ عدم تحديد الصَّدَاق لا يبطل الزَّواج؛ لأنَّه عند التَّنَازع حوله يُقضى للزَّوجة بصدَاق المثل	21022
191	من المقرَّر شرعاً وقانوناً أنَّه في حالة النَّزاع على الصَّدَاق بين الزَّوجين أو ورثتهما وليس لأحدهما بَيِّنة، وكان قبل الدُّخول فالقول للزَّوجة	54198
192	القول للزَّوج أو ورثته، مع اليمين، في حالة النَّزاع في الصَّدَاق بين الزَّوجين، بعد الدُّخول (البناء). ويجدُّ القاضي صيغة اليمين"	671539
197	يقصد بصدَاق المثل في الشريعة الإسلامية، صدَاق مثل أقارب المخالعة وحالها في حسبها مالها وجمالها، مثل مهر الأخت الشقيقة أو الأب، فضلاً عن العرف السائد في المنطقة التي أبرم	1054305
206	من المقرَّر شرعاً وقانوناً أنَّه لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته	90468
206	لتثبيت الزَّواج العرفي هو اشتراط الوليِّ وإلاَّ رفض القاضي تثبيته	2008/437 09/2697 243/07
217	بأنَّ قيام العلاقة الزوجية بين الزَّوجين تقوم على أساس الاحترام المتبادل، وأنَّ المودة الحقيقية لن تكون إلاَّ بالطَّاعة	52850
217	يمكن للزَّوجة أن تطلب التَّطليق بسبب تضرُّرها من سوء معاملة زوجها	269594
218	نفقة الأمِّ، وسكناها، واجبة على ولدها، حسب القدرة والاحتياج	337343
219	عقم الزَّوج، وعدم قدرته على الإنجاب يعدُّ سبباً من أسباب التَّطليق،	596191
219	من المقرَّر قانوناً وقضاء أنه يجوز للزَّوجة طلب التَّطليق استناداً إلى وجود عيب يحول دون تحقيق هدف الزَّواج، كتكوين أسرة	87301
232	المبدأ: يُعدُّ بناءً، دخول الزَّوجة بيت الزوجية ولو ليلة واحدة	342922

فهرس القرارات القضائية

235	من المقرر فقها وقضاءً، أنَّ تقدير النِّفقة المستحقة للزَّوجة يَعمِد على حال الزَّوجين يُسرًا أو عُسرًا، ثمَّ حال المعيشة	44630
246، 236	ولما كان ثابتًا-في قضية الحال- أنَّ الطاعنة رفعت دعوى سنة 1993 تطلب فيها تعديل حكم 1988/9/27 ومراجعة مبالغ النِّفقة	136604
245	يحقُّ للمرأة المطلقة المطالبة بمصاريف النَّفاس، باعتبارها من عناصر النِّفقة	502268
245	تشمل مصاريف النَّفاس، مصاريف العناية بصحة النَّفساء وصحة طفلها ونظامها الغذائي، لمدة معيَّنة	594435
246	يعدُّ السَّكن أو بدل الإيجار من مشتملات النِّفقة	554808
246	يتحمل الوالد مصاريف علاج المحضون، الثابت بشهادة طبية	372292

الباب الثاني: أثر العُزف في انحلال الزَّواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتَّشريع الجزائري		
الصفحة	مضمون الاجتهاد	رقم القرار
291	من المقرر شرعاً أنَّ الطَّلاق، هو حلُّ عقد الزَّواج، ويتمُّ بإرادة الزَّوج	32786
328	ليس الخلع في القانون إلَّا طلاقاً صادرًا عن إرادة الزَّوج المنفردة، يحصل مقابل أداء الزَّوجة له تعويضًا يُقدَّر باتِّفاق الطَّرفين	دون ترقيم 1969/3/12
328	متى كان من المقرر شرعاً أنَّ الخلع يُعتبر عقدًا رضائيًا، ولا يجوز حينئذ للقاضي أن يحكم به من تلقائي نفسه	33652
329	من المقرر فقها وقضاءً أنَّ قبول الزَّوج للخلع أمر وجوبي، وأنَّ ليس للقاضي سلطة مُخالعة الزَّوجين دون رضا الزَّوج	51728
329	من المقرر شرعاً وقانوناً أنَّه يشترط لصحة الخلع قبوله من طرف الزَّوج ولا يجوز فرضه عليه من قبل القاضي	73885
329-330، 332	من المقرر شرعاً وقانوناً أنَّ الخلع حق خولته الشريعة الإسلامية للزَّوجة لفك الرابطة الزوجية عند الإقتضاء وليس عقدًا رضائيًا	141262
330	الخلع رخصة للزَّوجة تستعملها لفدية نفسها من الزَّوج مقابل مبلغ مالي تعرضه عليه	216239

فهرس القرارات القضائية

332	إِنَّ الْخُلْعَ لَيْسَ بِعَقْدٍ رِضَائِيٍّ، وَمُوَافَقَةُ الزَّوْجِ غَيْرُ ضَرُورِيَّةٍ فِيهِ، وَلِلزَّوْجَةِ وَحْدَهَا الْحَقُّ فِي مُخَالَعَةِ نَفْسِهَا مُقَابِلَ مَبْلَغٍ مَالِيٍّ	336380
332، 418-417	لَا يُمْكِنُ الْقَضَاءُ بِحِفْظِ بَدَلِ الْخُلْعِ، وَالْقَاضِي مُلْزَمٌ بِالْحُكْمِ بِهِ عِنْدَ النُّطْقِ بِالطَّلَاقِ خُلْعًا، سِوَاءِ اتَّفَاقِ الطَّرْفَانِ عَلَيْهِ أَمْ اخْتِلَفاً	365244
333	الْخُلْعُ حَقٌّ إِرَادِيٌّ لِلزَّوْجَةِ، يُقَابَلُ حَقُّ الْعَصْمَةِ لِلزَّوْجِ	656259
359	تَنْقُضِي حِضَانَةِ الْبِنْتِ بِقُوَّةِ الْقَانُونِ، بِبُلُوغِهَا سَنَ الزَّوْاجِ،	347914
360	حَيْثُ مِنَ الْمَقْرَرِ قَانُونًا وَطَبَقًا لِلْمَادَّةِ 65 مِنْ ق أ ج تَنْقُضِي مَدَّةَ حِضَانَةِ الذَّكَرِ بِبُلُوغِهِ 10 سِنَوَاتٍ... وَلِلْقَاضِي أَنْ يُمَدِّدَ الْحِضَانَةَ بِالنِّسْبَةِ لِلذَّكَرِ إِلَى 16 سَنَةً	1453
363	مِنَ الْمُقَرَّرِ قَانُونًا وَشَرْعًا أَنَّ الْحِضَانَةَ تُسْنَدُ عَلَى أَسَاسِ مَصْلَحَةِ الْمَحْضُونِ، وَأَنَّ إِسْنَادَهَا لِأُمٍّ ثَبَتَ أَنَّهَا تُقِيمُ فِي بِلَدٍ أَعْجَنِيٍّ بَعِيدًا عَنْ أَبِيهِمْ	334543
363	يُمْكِنُ إِسْنَادُ حِضَانَةِ الْأَبْنَاءِ لِلْأُمِّ الْمَقِيمَةِ خَارِجَ إِقْلِيمِ الْجُمْهُورِيَّةِ الْجَزَائِرِيَّةِ مَرَاعَاةً لِمَصْلَحَتِهِمْ	426431
364	لَا يَسْقُطُ اكْتِسَابُ الْحَاضِنَةِ جَنْسِيَّةً أَعْجَنِيَّةً، حَقُّهَا فِي الْحِضَانَةِ، طَالَمَا لَمْ تَثْبِتْ رَدُّهَا عَنِ الدِّينِ الْإِسْلَامِيِّ	457038
369-368	مَتَى أُوجِبَتْ أَحْكَامُ الْمَادَّةِ 64 مِنَ الْقَانُونِ الْأُسْرَةِ عَلَى أَنَّ الْقَاضِيَّ حِينَئِذٍ يَقْضِي بِإِسْنَادِ الْحِضَانَةِ أَنْ يَحْكُمَ بِحَقِّ الزَّيَارَةِ	59784
385	مِنَ الْمَقْرَّرِ قَانُونًا أَنَّهُ فِي حَالَةِ انْكَارِ وَجُودِ الْمَتَاعِ الْمَطَالَبِ بِهِ عِنْدَ أَحَدِ الزَّوْجَيْنِ تَطْبُقُ الْقَاعِدَةُ الْعَامَّةُ فِي الْإِثْبَاتِ "الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِيِّ وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ"	216836
386-385	مِنَ الْمَعْرُوفِ فَقَّهًا حَوْلَ اخْتِلَافِ الزَّوْجَيْنِ فِي مَتَاعِ الْبَيْتِ أَنَّ مَا يَخْصُ النِّسَاءَ لِلنِّسَاءِ، وَمَنْ ثُمَّ فَالْيَمِينِ فِي هَذِهِ الْحَالَةِ قَرَّرَهَا الشَّارِعُ وَجَعَلَهَا عَلَى مَنْ يُسَانِدُهُ الْعَرَفُ،	41437
386	يَتَقَاسَمُ الزَّوْجَانِ، فِي حَالَةِ النَّزَاعِ، الْأَثَاثَ الْمَشْتَرَكَ بَيْنَهُمَا مَعَ تَوْجِيهِ	277411

فهرس القرارات القضائية

39731	أَنَّ المتعة تُمنح للزوجة مقابل الضرر الناتج بها من طلاق غير مبرر، وتسقط بتحميلها جزء من المسؤولية فيه.	403
41560	من الأحكام الشرعية أَنَّ للزوجة المطلقة طلاقاً تعسفياً نفقة عدّة، نفقة إهمال، نفقة متعة، وكذلك التعويض	404
32779	من المقرر شرعاً أَنَّ تقرير ما يُفرض للزوجة من حقوق على زوجها يخضع لتقدير قضاة الموضوع، فإنّ تسببه وبيان حالة الزوجين	408
391655	أَنَّ الحكم المستأنف 2003/1/26م قضى بفكّ الرابطة الزوجية بين الطرفين وعلى الطّاعن أن يُؤدي للمطعون ضدها 30 000 دينار عدّة، و50 000 دينار متعة، و2000 دينار نفقة	409
1054305	يقصد بصدّق المثل في الشريعة الإسلامية، صدّق مثل أقارب المخالعة وحالها في حسبها مالها وجمالها، مثل مهر الأخت الشقيقة أو الأب، فضلاً عن العرف السائد في المنطقة التي أبرم	416
850	حيث متى تبين من خلال حكم أول درجة المؤيد بالقرار محلّ الطعن اختلاف الزوجين على تحديد مقابل الخلع، وقامت عندئذ محكمة أول درجة بتحديدده تماشياً مع عرف وعادات أهل المنطقة	416
44858	من المقرر شرعاً وقانوناً أَنَّ الطّلاق لا يُحكم به إلّا إذا كان للزوجة من الأسباب الشرعية ما يحقّ لها التّطليق به	428
581222	حيث أَنَّ الطّاعن يعيب على قضاة المجلس عدم تبيانهم للضرر وكيفية تشكيل الأحكام المدنية له للمساس بشرف الأسرة،	428
دون ترقيم 1972/2/10	حيث أَنَّ كلّ مطلّقة بعد البناء عليها أن تعتدّ وهي أثناء هذه المدّة محبوسة من أجل الزوج، وعلى كلّ مُطلّق أن يُنفق على مطلّقتة،	435

10. فهرس المصادر والمراجع

أولاً- الكتب:
أ- القرآن الكريم وعلومه:
- القرآن الكريم.
1. ابن العربي، أحكام القرآن، ت: محمد عبد القادر عطا، ط3، دار الكتب العلمية، بيروت، 1424هـ-2003 م.
2. ابن جزى، التسهيل لعلوم التنزيل (تفسير ابن جزى)، ت: عبد الله الخالدي، ط1، شركة دار الأرقم بن أبي الأرقم، بيروت، 1416هـ.
3. ابن عاشور، التحرير والتنوير (تفسير ابن عاشور)، ط1، مؤسسة التاريخ العربي، بيروت، لبنان، 1420هـ-2000 م.
4. ابن عطية، المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز (تفسير ابن عطية)، ت: عبد السلام عبد الشافي محمد، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1422هـ.
5. ابن كثير، تفسير القرآن العظيم (تفسير ابن كثير)، ت: محمد حسين شمس الدين، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1419هـ.
6. البغوي، معالم التنزيل في تفسير القرآن (تفسير البغوي)، ت: محمد عبد الله النمر وآخرون، ط4، دار طيبة للنشر والتوزيع، د م ن، 1417هـ-1997 م.
7. البضاوي، أنوار التنزيل وأسرار التأويل (تفسير البضاوي)، ت: محمد عبد الرحمن المرعشلي، ط1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1418هـ.
8. الثعالبي، الجواهر الحسان في تفسير القرآن (تفسير الثعالبي)، ت: محمد علي معوض وعادل أحمد عبد الموجود، ط1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1418هـ.
9. الجصاص، أحكام القرآن، ت: محمد الصادق قمحاوي، د ر ط، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1405هـ-1985 م.
10. دروزة محمد عزت، التفسير الحديث، د ر ط، دار إحياء الكتب، القاهرة، 1383هـ.
11. الرّازي، مفاتيح الغيب (تفسير الرّازي)، ط3، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1420هـ.

12. الرّأغب الأصفهاني، المفردات في غريب القرآن، ت: صفوان عدنان الداودي، دار القلم، الدار الشامية، دمشق، بيروت، ط1، 1412هـ.
13. سيد قطب، في ظلال القرآن، ط17، دار الشروق، بيروت، 1412هـ.
14. الشّافعي، تفسير الإمام الشّافعي، ت: أحمد بن مصطفى الفرّان، ط1، دار التدمرية، المملكة العربية السعودية، 1427هـ-2006م.
15. الصّابوني، صفوة التّفاسير، ط1، دار الصابوني للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، 1417هـ-1997م.
16. الطّبري، جامع البيان في تأويل القرآن (تفسير الطّبري)، ت: أحمد محمد شاكر، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1420هـ-2000م.
17. القاسمي، محاسن التّأويل (تفسير القاسمي)، ت: محمد باسل عيون السود، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1418هـ.
18. القرطبي، الجامع لأحكام القرآن (تفسير القرطبي)، ت: عبد الرزاق المهدي، بد ر ط، دار الكتاب العربي، بيروت، 2004م.
19. الماتريدي، تأويلات أهل السّنة، ت: مجدي باسلوم، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1426هـ-2005م.
20. محمد رشيد رضا، تفسير المنار (تفسير القرآن الحكيم)، د ر ط، الهيئة المصرية العامة للكتاب، د م ن، 1990م.
21. النّسفي، مدارك التنزيل وحقائق التّأويل، (تفسير النّسفي)، ت: يوسف علي بديوي، ط1، دار الكلم الطيب، بيروت، 1419هـ-1998م.
22. النّعماني، اللّباب في علوم الكتاب، ت: عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1419هـ-1998م.
23. الواحدي، أسباب النّزول، ط2، دار الإصلاح، الدمام، 1412هـ-1992م.
ب- الحديث النبوي وعلومه:
24. ابن أبي شيبة، مُصنّف ابن أبي شيبة، ت: كمال يوسف الحوت، ط1، مكتبة الرشد، الرياض،

1409هـ.
25. ابن أبي عاصم، الآحاد والمثاني، ت: باسم فيصل أحمد الجوابرة، ط1، دار الراية، الرياض، السعودية، 1411هـ-1991م.
26. ابن الأثير، النّهاية في غريب الحديث والأثر، ت: طاهر أحمد الزاوي ومحمود محمد الطناحي، د ر ط، المكتبة العلمية، بيروت، 1399هـ-1979م.
27. ابن الأثير، جامع الأصول في أحاديث الرّسول، ت: عبد القادر الأرناؤوط، ط1، مكتبة الحلواني ومطبعة الملاح ومكتبة دار البيان، د م ن، 1392هـ-1972م.
28. ابن الملقن، البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار، ت: مصطفى أبو الغيط وآخرون، ط1، دار الهجرة للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، 1425هـ-2004م.
29. ابن بشكوال، غوامض الأسماء المبهمة الواقعة في متون الأحاديث المسندة، مج1، ت: عز الدين علي السيد ومحمد كمال الدين عز الدين، ط1، عالم الكتب، بيروت، 1407هـ-1987م.
30. ابن بطلال، شرح صحيح البخاري، ت: أبو تميم ياسر بن إبراهيم، ط2، مكتبة الرشد، السعودية، الرياض، 1423هـ-2003م.
31. ابن حبان، صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان، ت: شعيب الأرناؤوط، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1408هـ-1988م.
32. ابن حجر، التّليخيص الحبير في تخريج أحاديث الرّافعي الكبير، ت: أبو عاصم حسن بن عباس بن قطب، ط1، مؤسسة قرطبة، مصر، 1416هـ-1995م.
33. ابن حجر، المطالب العالية بزوائد المسانيد الثّمانيّة، ط1، دار العاصمة، دار الغيث، السعودية، 1419هـ.
34. ابن حجر، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ت: أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي، د ر ط، دار المعرفة، بيروت، 1379م.
35. ابن دقيق العيد، إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام، ت: مصطفى شيخ مصطفى ومدثر سندس، ط1، مؤسسة الرسالة، د م ن، 1426هـ-2005م.
36. ابن شبة، تاريخ المدينة، ت: فهم محمد شلتوت، د ر ط، طبع على نفقة حبيب محمود أحمد،

جدة، 1399هـ.
37. ابن ماجه، سنن ابن ماجه، ت: شعيب الأرنؤوط وآخرون، ط1، دار الرسالة العالمية، د م ن، 1430هـ-2009م.
38. أبو الوليد الباجي، المنتقى شرح الموطأ، ط1، مطبعة السعادة، بيجوار محافظة مصر، 1432هـ.
39. أبو داود، المراسيل، ت: شعيب الأرنؤوط، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1408هـ.
40. أبو داود، سنن أبي داود، ت: شعيب الأرنؤوط ومحمد كامل قره بللي، ط1، دار الرسالة العالمية، 1430هـ-2009م.
41. الآجري، الشريعة، ت: عبد الله بن عمر بن سليمان الدميحي، ط2، دار الوطن، الرياض، السعودية، 1420هـ-1999م.
42. أحمد بن حنبل، المسند، ت: شعيب الأرنؤوط وآخرون، ط2، مؤسسة الرسالة، د ت ن، 1420هـ-1999م.
43. الألباني، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، ط2، المكتب الإسلامي، بيروت، 1405هـ-1985م.
44. الألباني، التعليقات الحسان على صحيح ابن حبان، ط2، دار با وزير للنشر والتوزيع، جدة، المملكة العربية السعودية، 1424هـ-2003م.
45. الألباني، سلسلة الأحاديث الصحيحة وشيء من فقهها وفوائدها، ط1، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، 1415هـ-1995م.
46. الألباني، صحيح وضعيف سنن ابن ماجه، د ر ط، برنامج منظومة التحقيقات الحديثية-المجاني-من إنتاج مركز نور الإسلام لأبحاث القرآن والسنة بالإسكندرية، د ت ن.
47. الألباني، صحيح وضعيف سنن أبي داود، ط1، مؤسسة غراس للنشر والتوزيع، الكويت، 1423هـ-2002م.
48. الألباني، صحيح وضعيف سنن الترمذي، د ر ط، برنامج منظومة التحقيقات الحديثية-المجاني-من إنتاج مركز نور الإسلام لأبحاث القرآن والسنة بالإسكندرية، د ت ن.
49. الألباني، صحيح وضعيف سنن النسائي، د ر ط، برنامج منظومة التحقيقات الحديثية-المجاني-

من إنتاج مركز نور الإسلام لأبحاث القرآن والسنة بالإسكندرية، د ت ن.
50. الألباني، ضعيف الجامع الصَّغير وزياداته، أشرف على طبعه زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، د م ن ولا ت ن.
51. البخاري، الأدب المفرد، ت: محمد فؤاد عبد الباقي، ط3، دار البشائر الإسلامية، بيروت، 1409هـ-1989م.
52. البخاري، صحيح البخاري، ت: محمد زهير الناصر، ط3، دار طوق النجاة، د م ن، 1407هـ-1987م.
53. البزار، مسند البزار المشهور بالبحر الزخار، ت: محفوظ الرحمن زين الله، وعادل بن سعد، ط1، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة، (بدأت 1988م، وانتهت 2009م).
54. البغوي، شرح السُّنَّة، ت: شعيب الأرنؤوط ومحمد زهير الشاويش، ط2، المكتب الإسلامي، دمشق، بيروت، 1403هـ-1983م.
55. البوصيري، إتحاف الخيرة المهرة بزوائد المسانيد العشرة، دون معلومات النشر، اطلعت عليه في المكتبة الشاملة.
56. البوصيري، مصباح الزُّجاجة في زوائد ابن ماجه، ت: محمد المنتقى الكشناوي، ط2، دار العربية، بيروت، 1403هـ.
57. البيهقي، السُّنن الصَّغير، ت: عبد المعطي أمين قلعجي، ط1، جامعة الدراسات الإسلامية، كراتشي، باكستان، 1410هـ-1989م.
58. البيهقي، السُّنن الكبرى، ت: عبد الله التركي، ط1، مركز هجر للبحوث والدراسات العربية والإسلامية، د م ن، 1432هـ-2011م.
59. البيهقي، معرفة السُّنن والآثار، ت: عبد المعطي أمين قلعجي، ط1، جامعة الدراسات الإسلامية، كراتشي، باكستان، ودار قتيبة، دمشق، بيروت، ودار الوفاء، المنصورة، القاهرة، 1412هـ-1991م.
60. التَّبْرِيزي، مشكاة المصابيح، ت: محمد ناصر الدين الألباني، ط3، المكتب الإسلامي، بيروت، 1405هـ-1985م.

61. الترمذي، السُّنن (الجامع الكبير)، ت: بشار عواد معروف، د ر ط، دار المغرب الإسلامي، بيروت، 1998م.
62. الجوزي، كشف المشكل من حديث الصَّحَّاحين، ت: علي حسين البواب، د ر ط، دار الوطن، الرياض، 1418هـ-1997م.
63. الحاكم، المستدرک علی الصَّحَّاحين، ت: مصطفى عبد القادر عطا، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1411هـ-1990م.
64. الدارقطني، سنن الدارقطني، ت: شعيب الأرنؤوط وآخرون، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1424هـ-2004م.
65. الرَّافعي، شرح مُسْنَد الشَّافِعِيِّ، ت: أبو بكر وائل محمَّد بكر زهران، ط1، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية إدارة الشؤون الإسلامية، قطر، 1428هـ-2007م.
66. الزَّيلعي، نصب الرِّاية، ت: محمد عوامة، ط1، مؤسسة الريان للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ودار القبلة للثقافة الإسلامية، جدة، السعودية، 1418هـ-1997م.
67. سعيد بن منصور، سنن سعيد بن منصور، ت: حبيب الرحمن الأعظمي، ط1، الدار السلفية، الهند، 1403هـ-1982م.
68. السَّندي، حاشية السَّندي على سنن النَّسائي، ط2، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب، 1406هـ-1986م.
69. الشُّيوطي، الجامع الصَّغِير، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1425هـ-2004م.
70. الشَّافعي، المسند، د ر ط، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1400هـ.
71. الشُّوكاني، نيل الأوطار، ت: عصام الدين الصبايطي، ط1، دار الحديث، مصر، 1443هـ-1993م.
72. الصَّنْعاني، التَّنْوِيرُ شَرْحُ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ، ت: محمَّد إسحاق محمَّد إبراهيم، ط1، مكتبة دار السلام، الرياض، 1432هـ-2011م.
73. الصَّنْعاني، المصنف، ت: حبيب الرحمن الأعظمي، ط2، المكتب الإسلامي، بيروت، 1403هـ.

74. الصَّنْعَانِي، سبيل السَّلام، ط4، مكتبة مصطفى البابي الحلبي، د م ن، 1379هـ-1960م.
75. صهيب عبد الجبار، المسند الموضوعي الجامع للكتب العشرة، الكتاب غير مطبوع، موجود بالمكتبة الشاملة، عام النشر: 2013م.
76. الطبراني، المعجم الكبير، ت: حمدي بن عبد المجيد السلفي، ط2، مكتبة العلوم والحكم، الموصل، 1404هـ-1983م.
77. الطبراني، معجم الأوسط، ت: طارق بن عوض الله بن محمد وعبد المحسن بن إبراهيم الحسيني، د ر ط، دار الحرمين، القاهرة، بدون تاريخ النشر.
78. الطَّحَاوي، شرح مشكل الآثار، ت: تحقيق شعيب الأرنؤوط، د ر ط، مؤسسة الرسالة، لبنان، بيروت، 1408هـ-1987م.
79. عَبْدُ بَنِّ حُمَيْد، المنتخب من مسند عَبْد بَنِّ حُمَيْد، ت: الشيخ مصطفى العدوي، ط2، دار بلنسية للنشر والتوزيع، د م ن، 1423هـ-2002م.
80. علي القاري، مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح، ط1، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1422هـ-2002م.
81. علي المتقي، كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال، ت: بكري حياني وصفوة السقا، ط5، مؤسسة الرسالة، د م ن، 1401هـ-1981م.
82. العيني، عمدة القاري شرح صحيح البخاري، د ر ط، دار التراث العربي، بيروت، د ت ن.
83. العيني، نخب الأفكار في تنقيح مباني الأخبار في شرح معاني الآثار، ت: أبو تميم ياسر بن إبراهيم، ط1، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، 1429هـ-2008م.
84. فيصل المبارك، تطريز رياض الصَّالحين، ت: عبد العزيز بن عبد الله بن إبراهيم الزير آل حمد، ط1، دار العاصمة للنشر والتوزيع، الرياض، 1423هـ-2002م.
85. مالك بن أنس، الموطأ، ت: محمد مصطفى الأعظمي، ط1، مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان، د م ن، 1425هـ-2004م.
86. مالك بن أنس، موطأ مالك -رواية محمد بن الحسن-، ت: عبد الوهاب عبد اللطيف، ط2، المكتبة العلمية، د م ن. ولا ت ن.

87. المباركفوري، تحفة الأحوذى بشرح جامع الترمذى، د ر ط، دار الكتب العلمية، بيروت، د ت ن.
88. مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، ت: محمد فؤاد عبد الباقي، د ر ط، دار إحياء التراث، بيروت، د ت ن.
89. المظهرى، المفاتيح فى شرح المصابيح، ت: لجنة مختصة من المحققين بإشراف: نور الدين طالب، ط1، دار النوادر، وزارة الأوقاف الكويتية، 1433هـ-2012م.
90. المقدسى، الأحاديث المختارة، ت: عبد الملك بن عبد الله بن دهيش، ط3، دار خضر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1420هـ-2000م.
91. المناوى، التيسير بشرح الجامع الصغير، ط3، مكتبة الإمام الشافعى، الرياض، 1408هـ-1988م.
92. موسى شاهين لاشين، المنهل الحديث فى شرح الحديث، ط1، دار المدار الإسلامى، د م ن، 2002م.
93. النسائى، السنن الصغرى، المسمى بالمجتبى من السنن، ت: عبد الفتاح أبو غدة، ط2، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب، 1406هـ-1986م.
94. النسائى، السنن الكبرى، ت: عبد الغفار سليمان البندارى وسيد كسروى حسن، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1411هـ-1991م.
95. النووى، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، ط2، دار إحياء التراث العربى، بيروت، 1392هـ.
96. الهيثمى، جَمْعُ الزَّوَائِدِ وَمَنْبَغُ الْفَوَائِدِ، ت: حسام الدين القدسى، بد. ر. ط، مكتبة القدسى، القاهرة، 1414هـ-1994م.
ج- الفقه الإسلامى:
- الفقه الحنفى:
97. ابن الهمام، شرح فتح القدير، دار الفكر، بيروت، د ر ط، د م ن.
98. ابن الهمام، فتح القدير، دار الفكر، بيروت، د ر ط، د م ن.

99. ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، د ر ط، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، 1421هـ-2000م.
100. ابن عابدين، ردُّ المختار على الدرِّ المختار، ط2، دار الفكر، بيروت، 1412هـ-1992م.
101. ابن مازة، المحيط البرهاني، ت: عبد الكريم سامي الجندي، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1424هـ-2004م.
102. ابن مردود الموصل، الاختيار لتعليل المختار، ت: عبد اللطيف محمد عبد الرحمن، ط3، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1426هـ-2005م.
103. ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، د ر ط، دار المعرفة، بيروت، د ت ن.
104. البابرقي، العناية شرح الهداية، د ر ط، دار الفكر، د م، ولا ت ن.
105. الحداد، الجوهرة النيرة، ط1، المطبعة الخيرية، د م ن، 1322هـ.
106. الحصكفي، الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، 1ج، ت: عبد المنعم خليل إبراهيم، ط1، دار الكتب العلمية، د م ن، 1423هـ-2002م.
107. الرّازي، تحفة الملوك، ت: عبد الله نذير أحمد، د ر ط، دار البشائر الإسلامية، بيروت، 1417هـ.
108. الزّليعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ط2، دار الكتب الإسلامي، القاهرة، 1313هـ.
109. السّرخسي، المبسوط، د ر ط، دار المعرفة، بيروت، 1414هـ-1993م.
110. السّمرقندي، تحفة الفقهاء، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1414هـ-1994م.
111. شيخي زاده، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ت: خليل عمران المنصور، د ر ط، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، 1419هـ-1998م.
112. العيني، البناية شرح الهداية، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1420هـ-2000م.
113. العيني، منحة السلوك في شرح تحفة الملوك، ت: أحمد عبد الرزاق الكبيسي، ط1، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، 1428هـ-2007م.
114. القاري، فتح باب العناية بشرح الثّقاية، ط1، شركة دار الأرقم بن الأرقم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1418هـ-1997م.

115. الكاساني، بدائع الصناعات في ترتيب الشرائع، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، 1406هـ-1986م.
116. اللكنوي، النافع الكبير، ط1، عالم الكتب، بيروت، 1406هـ.
117. المرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدي، ت: طلال يوسف، د ر ط، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د ت ن.
118. ملاحسرو، درر الحكام شرح غرر الأحكام، د ر ط، دار إحياء الكتب العربية، د م ولا ت ن.
119. الميداني، اللباب في شرح الكتاب، ت: محمد محيي الدين عبد الحميد، د ر ط، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، د ت ن.
120. النسفي، كشف الأسرار شرح المصنف على المنار، ج1، د ر ط، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د ت ن.
121. النسفي، كنز الدقائق، ت: سائد بكداش، ط1، دار البشائر الإسلامية، دار السراج، د م ن، 1432هـ-2011م.
- الفقه المالكي:
122. ابن أبي زيد القراوي، النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات، ت: محمد حجي، ط1، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1999م.
123. ابن الجلاب، التفرع في فقه الإمام مالك بن أنس، ت: سيد كسروي حسن، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1428هـ-2007م.
124. ابن الحاجب، جامع الأمهات، ت: أبو عبد الرحمن الأخضر الأخضر، ط2، اليمامة للطباعة والنشر والتوزيع، 1421هـ-2000م.
125. ابن جزي، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية، ت: ماجد الحموي، ط1، دار ابن حزم، بيروت، 1434هـ-2013م.
126. ابن رشد الجدي، البيان والتحصيل، ت: محمد حجي وآخرون، ط2، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1408هـ-1988م.

127. ابن رشد الجءء، المقءماء والممهاءاء، ء: محمد ءءى؁ ط1؁ ءار الغرب الإسلامى؁ بىروء؁ لبنان؁ 1408هـ-1988م.
128. ابن شاس؁ عقء الجواهر الثمينة فى مذهب عالم المدينة؁ ء: ءمىء بن محمد لءمر؁ ط1؁ ءار الغرب الإسلامى؁ بىروء؁ لبنان؁ 1423هـ-2003م.
129. ابن عبء البر؁ الاسءءكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار؁ ء: سالم محمد عطا؁ ومءمء على معوض؁ ط1؁ ءار الكءب العلمىة؁ بىروء؁ 1421هـ-2000م.
130. ابن عبء البر؁ الكافى فى فقه أهل المدينة؁ ء: محمد أءىء ولد ماءىك؁ ط2؁ مكءبة الرىاض الءءىة؁ الرىاض الءءىة؁ المملكة العربىة السعوءىة؁ 1400هـ-1980م.
131. ابن بونس الصقلى؁ الجامع لمسائل المءونة؁ ط1؁ ءار الفكر للطباعة والنشر والءوزىع؁ ء م ن؁ 1434هـ-2013م.
132. أبو الأصبع؁ الإعلام بنوازل الأحكام؁ ء1؁ ء: نورة محمد عبء العزىز ءوىجرى؁ ء ر ط؁ ولا م ن؁ 1415هـ-1995م.
133. الآبى الأزهرى؁ الثمر الءانى شرح رسالة ابن أبى زىء القىروانى؁ ء ر ط؁ المكءبة ءقافىة؁ بىروء؁ ء ء ن.
134. ءسولى؁ البهءة فى شرح ءءءفة؁ ء: محمد عبء القاءر شاهىن؁ ط1؁ ءار الكءب العلمىة؁ لبنان؁ بىروء؁ 1418هـ-1998م.
135. ءؤؤزرى؁ ءوضىء الأحكام شرح ءءفة الءكام؁ ط1؁ المطبعة ءونسىة؁ 1339هـ.
136. الءبىب بن طاهر؁ الفقه المالكى وأءلءه؁ ط2؁ مؤسسة المعارف؁ بىروء؁ 1426هـ-2005م.
137. الءطاب؁ مواهب الءلىل فى شرح مءءصر ءلىل؁ ط3؁ ءار الفكر؁ ء م ن؁ 1412هـ-1992م.
138. الءرشى؁ شرح مءءصر ءلىل؁ ء ر ط؁ ءار الفكر للطباعة؁ بىروء؁ ء ء ن.
139. ءلىل بن إسءاق؁ ءؤوضىء فى شرح مءءصر ابن الءاءب؁ ء: أءمء بن عبء الكءكام رىم نءىب؁ ط1؁ مركز نءىبوىه للممءطوطاء وءءمة ءراء؁ ء م ن؁ 1429هـ-2008م.

140. خليل بن إسحاق، مختصر العلامة خليل، ت: أحمد جاد، ط1، دار الحديث، القاهرة، 1426هـ-2005م.
141. الدردير، الشرح الصغیر، (أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك)، د ر ط، مكتبة رحاب، الجزائر، 1988م.
142. الدردير، الشرح الكبير على مختصر خليل، د ر ط، دار الفكر، د م، ولا ت ن.
143. الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ت: محمد عlish، د ر ط، دار الفكر، بيروت، د ت ن.
144. الرجراجي، مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحل مشكلاتها، ط1، دار ابن حزم، د م ن، 1428هـ-2007م.
145. الزرقاني، شرح الزرقاني على مختصر خليل، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1422هـ-2002م.
146. الصادق الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، ط1، مؤسسة الريان للطباعة والنشر، بيروت، 1422هـ-2002م.
147. الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، (حاشية الصاوي على الشرح الصغیر)، د ر ط، دار المعارف، الرياض، د ت ن.
148. العدوي، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، ت: يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر، بيروت، 1412هـ.
149. عlish، فتح العلي المالک في الفتوى على مذهب الإمام مالك، د ر ط، دار المعرفة، د م، ولا ت ن.
150. عlish، منح الجليل شرح مختصر خليل، د ر ط، دار الفكر، بيروت، 1409هـ-1989م.
151. القاضي عبد الوهاب، الإشراف على مسائل نكت الخلاف، ت: الحبيب بن طاهر، ط1، دار ابن حزم، د م ن، 1420هـ-1999م.
152. القاضي عبد الوهاب، التلقين في المذهب المالكي، ت: أبو أويس محمد الحسني التطواني، ط1، دار الكتب العلمية، د م ن، 1425هـ-2004م.

153. القاضي عبد الوهاب، المعونة على مذهب عالم المدينة، ت: حميش عبد الحق، د ر ط، المكتبة التجارية، مكة المكرمة، د ت ن.
154. القاضي عبد الوهاب، عيون المسائل، ت: علي محمد إبراهيم بورويبة، ط1، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 1430هـ-2009م.
155. القراني، الذّخيرة، ت: محمد حجي، ط1، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1994م.
156. اللّخمي، التّبصرة، ت: أحمد عبد الكريم نجيب، ط1، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، 1432هـ-2011م.
157. المازري، شرح التّلقين، ت: محمد المختار السّلامي، ط1، دار الغرب الإسلامي، د م ن، 2008م.
158. مالك بن أنس، المدونة، ت: زكرياء عميرات، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1415هـ-1994م.
159. محمد التاودي، حلي المعاصم لفكر ابن عاصم، ضبطه وصححه محمد عبد القادر شاهين، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1418هـ-1998م.
160. المواق، التّاج والإكليل لمختصر خليل، ط1، دار الكتب العلمية، د ر ط، 1416هـ-1994م.
161. ميارة، شرح ميارة (الإتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام)، ت: عبد اللّطيف حسن عبد الرحمن، د ر ط، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، 1420هـ-2000م.
162. النّفراوي، الفواكه الدّواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، د ر ط، دار الفكر، د م ن، 1415هـ-1995م.
163. وهبة الزّحيلي، الفقه المالكي الميسر، د ر ط، دار الكلم الطيب، دمشق، 1431هـ-2010م.
- الفقه الشّافعي:
164. ابن الرّفعة، كفاية النّبيه في شرح التّنبيه، ت: مجدي محمد سرور باسلوم، ط1، دار الكتب العلمية، د م ن، 2009م.

165. ابن الملقّن، عجلة المحتاج إلى توجيه المنهاج، دار الكتاب، إربد، الأردن، د ر ط، 1421هـ-2001م.
166. ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، د ر ط، 1357هـ-1983م.
167. ابن قاسم، فتح القريب المجيب في شرح ألفاظ التّقريب، ط1، الجفان والجابي للطباعة والنشر، دار ابن حزم للطباعة والنّشر والتّوزيع، بيروت، لبنان، 1425هـ-2005م.
168. أبو حامد الغزالي، الوسيط في المذهب، ت: أحمد محمود إبراهيم، ومحمد محمد تامر، ط1، دار السلام، القاهرة، 1417هـ.
169. البُجَيْرَمِيّ، تحفة الحبيب على شرح الخطيب، المُسمّى بحاشية البُجَيْرَمِيّ على الخطيب، د ر ط، دار الفكر، د م ن، 1415هـ-1995م.
170. البُجَيْرَمِيّ، حاشية البُجَيْرَمِيّ على شرح المنهج، المُسمّى التجريد لنفع العبيد، د ر ط، مطبعة الحلبي، د م ن، 1369هـ-1950م.
171. البكري الدّميّاطي، إعانة الطّالّبين على حل ألفاظ فتح المعين، ط1، دار الفكر، د م ن، 1418هـ-1997م.
172. الجويني، نهاية المطلب في دراية المذهب، ت: عبد العظيم محمود الدّيب، ط1، دار المنهاج، 1428هـ-2007م.
173. الحِصْنِي، كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار، ت: علي عبد الحميد بلطجي ومحمد وهي سليمان، ط1، دار الخير، دمشق، 1994م.
174. الدّميّري، النّجم الوهاج في شرح المنهاج، ت: لجنة علمية، ط1، دار المنهاج، جدة، 1425هـ-2004م.
175. الرّافعي، الشّرح الكبير، ت: علي محمد عوض وعادل أحمد عبد الموجود، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1417هـ-1997م.
176. الرّملي، فتح الرحمن بشرح زيد ابن رسلان، ط1، دار المنهاج، بيروت، لبنان، 1430هـ-2009م.

177. الرّملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، د ر ط، دار الفكر، بيروت، 1404هـ-1984م
178. زَكْرِيَّا الأَنْصَارِي، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ت: محمد محمد تامر، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1422هـ-2000م.
179. زَكْرِيَّا الأَنْصَارِي، الغرر البهية في شرح البهجة الوردية، د ر ط، المطبعة الميمنية، د م، ولا ت ن.
180. زَكْرِيَّا الأَنْصَارِي، فتح الوهاب بشرح منهج الطُّلاب، د ر ط، دار الفكر، د م ن، 1414هـ-1994م.
181. سليمان الجمل، حاشية الجمل على شرح المنهج، د ر ط، دار الفكر، بيروت، د ت ن.
182. الشبراملسي، حاشية الشبراملسي، د ر ط، دار الفكر، بيروت، 1404هـ-1984م
183. الشَّربيني، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، ت: مكتب البحوث والدراسات، د ر ط، دار الفكر، بيروت، د ت ن.
184. الشَّربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، ط1، دار الكتب العلمية، د م ن، 1415هـ-1994م.
185. الشَّيرازي، التَّنبيه في الفقه الشَّافعي، ط1، عالم الكتب، بيروت، 1403هـ-1983م.
186. الشَّيرازي، المهذَّب في فقه الإمام الشَّافعي، د ر ط، دار الكتب العلمية، د م ولا ت ن.
187. العمراني، البيان في مذهب الإمام الشَّافعي، ت: قاسم محمد النوري، ط1، دار المنهاج، جدة، 1421هـ-2000م.
188. الغمراوي، السَّراج الوهاج على متن المنهاج، د ر ط، دار المعرفة، بيروت، د م، ولا ت ن.
189. القليوبي، حاشية قليوبي، ت: مكتب البحوث والدراسات، د ر ط، دار الفكر، لبنان، بيروت، 1419هـ-1998م.
190. الماوردي، الحاوي الكبير، ت: علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1419هـ-1999م.
191. المزني، مختصر المزني، د ر ط، دار المعرفة، بيروت، 1410هـ-1990م
192. مصطفى الخن وآخرون، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشَّافعي، ط4، دار القلم، دمشق،

1413هـ-1992م.
193. النَّووي، المجموع شرح المذهب مع تكملة السبكي والمطيعي، تحقيق وتعليق وتكملة المطيعي، د ر ط، دار الفكر، د م ولا ت ن
194. النَّووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ت: زهير الشاويش، ط3، المكتب الإسلامي، بيروت، دمشق، عمان، 1412هـ-1991م.
- الفقه الحنبلي:
195. ابن تيمية، المحرر في الفقه، ط2، مكتبة المعارف، الرياض، 1404هـ-1984م
196. ابن عثيمين، الشَّرح الممتع على زاد المستقنع، ط1، دار ابن الجوزي، د م ن، 1422-1428هـ.
197. ابن قاسم، حاشية الروض المربع، ط1، د د ن، ولا م ن، 1397هـ.
198. ابن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد، ط1، دار الكتب العلمية، د م ن، 1414هـ-1994م.
199. ابن قدامة، المغني، ت: عبد الله بن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح محمد الحلو، ط3، دار عالم الكتب، الرياض، 1417هـ-1997م.
200. ابن قدامة، المقنع، ت: محمود الأرنؤوط وياسين محمود الخطيب، ط!، مكتبة السوادي للتوزيع، جدة، المملكة العربية السعودية، 1421هـ-2000م.
201. ابن مفلح، الفروع، ط1، مؤسسة الرسالة، د م ن، 1424هـ-2003م.
202. ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1418هـ-1997م.
203. ابن منقور، الفواكه العديدة في المسائل المفيدة، ط1، المكتب الإسلامي، دمشق، 1380هـ.
204. البعلي، الرّوض النّدي شرح كافي المبتدئ، د ر ط، المؤسسة السعيدية، الرياض، د م ن.
205. البهوتي، الرّوض المربع شرح زاد المستقنع، د ر ط، مؤسسة الرسالة، د م ولا ت ن.
206. البهوتي، دقائق أولي النهى لشرح المنتهى، ط1، عالم الكتب، د م ن، 1414هـ-1993م.
207. البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، د ر ط، دار الكتب العلمية، د م ولا ت ن.

208. الحجاوي، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، ت: عبد اللطيف محمد موسى السبكي، د ر ط، دار المعرفة، بيروت، لبنان، د م ن.
209. الحجاوي، زاد المستقنع في اختصار المقنع، ت: عبد الرحمن بن علي بن محمد العسّكر، د ر ط، دار الوطن، الرياض، د ت ن.
210. حمد بن عبد الله الحمد، شرح زاد المستقنع، دون معلومات النشر، اطلعت عليه في موقع "المكتبة الشاملة" على الشبكة العنكبوتية على الرابط الآتي: https://shamela.ws/book/852
211. خالد الرباط وسيد عزت عيد، الجامع لعلوم الإمام أحمد، ط1، دار الفلاح للبحث العلمي وتحقيق التراث، الفيوم، مصر، 1430هـ-2009م.
212. الرّحبياني، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، ط2، المكتب الإسلامي، 1415هـ-1994م.
213. الزّركشي، شرح الزركشي على مختصر الخرقى، ط1، دار العبيكان، د م ن، 1413هـ-1993م.
214. الشنقيطي، شرح زاد المستقنع، دروس صوتية قام بتفريغها موقع الشبكة الإسلامية: https://ln.run/mS8S9
215. عبد الرحمن المقدسي، الشّرح الكبير على المقنع، ت: عبد الله بن المحسن التركي وعبد الفتاح محمد الحلو، ط1، هجر للطباعة، القاهرة، مصر، 1415هـ-1995م.
216. عبد الرحمن المقدسي، العدة شرح العمدة، ت: صلاح بن محمد عويضة، ط2، دار الكتب العلمية، د م ن، 1426هـ-2005م.
217. عبد العزيز بن عدنان العيدان، الدلائل والإشارات على أخصر المختصرات، ط1، دار الركائز، الكويت، ودار أطلس، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1439هـ-2018م.
218. الكلّوداني، الهداية على مذهب الإمام أحمد، ت: عبد اللطيف هميم وماهر ياسين الفحل، ط1، مؤسسة غراس للنشر والتوزيع، د م ن، 1425هـ-2004م.
219. المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ت: عبد الله بن المحسن التركي وعبد الفتاح

محمد الحلو، ط1، هجر للطباعة والنشر، القاهرة، مصر، 1415هـ-1995م.
- الفقه الظاهري:
220. ابن حزم، المحلى بالآثار، د ر ط، دار الفكر، بيروت، د ت ن.
- كتب فقهية أخرى:
221. إبراهيم الجمل، منهاج المرأة المسلمة، د ر ط، المكتبة التوفيقية، د م، ولا ت ن.
222. إبراهيم رحمانى، محاضرات في المدخل إلى دراسة التشريع الإسلامى، ط1، شركة مزوار وأبنائه، الوادي، 1426هـ-2005م.
223. إبراهيم قعري، حدود النظر للمخطوبة-دراسة فقهية مقاصدية-، ط1، مخبر الدراسات الفقهية والقضائية، جامعة الوادي، الجزائر، 1414هـ-2019م.
224. ابن القطان، إَحْكَامُ النَّظَرِ فِي أَحْكَامِ النَّظَرِ بِحَاسَةِ الْبَصَرِ، ت: إدريس الصمدي، ط1، دار القلم، دمشق، 1433هـ-2012م.
225. ابن القيم، روضة المحبين ونزهة المشتاقين، د ر ط، دار الكتب العلمية، بيروت، 1412هـ-1992م.
226. ابن القيم، زاد المعاد في هدي خير العباد، ط27، مؤسسة الرسالة، بيروت، ومكتبة المنار الإسلامية، الكويت، 1415هـ-1994م.
227. ابن المنذر، الإشراف على مذاهب العلماء، ت: صغير أحمد الأنصاري أبو حماد، ط1، مكتبة مكة الثقافية، رأس الخيمة، الإمارات العربية المتحدة، 1425هـ-2004م.
228. ابن تيمية، نقد مراتب الإجماع، ط1، دار ابن حزم، بيروت، 1419هـ-1998م.
229. ابن حزم، مراتب الإجماع، د ر ط، دار الكتب العلمية، بيروت، د ت ن.
230. ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، د ر ط، دار الحديث، القاهرة، 1425هـ-2004م.
231. ابن عابدين، مجموعة رسائل ابن عابدين، د ر ط، عالم الكتب، د م ولا ت ن.
232. أبو مالك كمال، صحيح فقه السُّنَّة وأدلَّته، المكتبة التوفيقية، القاهرة، مصر، د ر ط، 2003م.

233. أحمد بن محمود آل رجب، الإيضاح لأحكام الولاية في النكاح، ط1، دار الفقراء، د م ن، 1440هـ-2019م.
234. أحمد حسين فراج، أحكام الأسرة في الإسلام - الطلاق وحقوق الأولاد ونفقات الأقارب - د ر ط، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1998م.
235. أحمد ذيب، قواعد الطلاق وضوابط الفراق، ط2، دار هومة، قسنطينة، 1437هـ.
236. أحمد علي طه ريان، فقه الأسرة، دون معلومات النشر، اطلعت عليه في موقع المكتبة الشاملة على الرابط الآتي: https://ln.run/exrfd
237. أحمد فتحي بهنسي، نفقة المتعة بين الشريعة والقانون، ط1، دار الشروق، القاهرة، 1429هـ-1988م.
238. أسامة عمر سليمان الأشقر، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، ط1، دار النفاس للنشر والتوزيع، الأردن، 1420هـ-2000م.
239. بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام بحث تحليلي ودراسة مقارنة، ط2، مطبعة دار التأليف، مصر، 1961م.
240. جميل فخري محمد جانم، آثار عقد الزواج، ط1، دار الحامد، الأردن، 2009م.
241. حسين بن عودة العوايشة، الموسوعة الفقهية الميسرة في فقه الكتاب والسنة المطهرة، ط:1، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 1429هـ.
242. رابع بن غريب، المدخل إلى دراسة الشريعة الإسلامية، د ر ط، دار العلوم، الجزائر، 2009م.
243. زكي الدين شعبان، نظرية الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة والقانون، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968م.
244. سعيد بويصري، مدخل إلى دراسة الشريعة الإسلامية، د ر ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999م.
245. سعيد رمضان البوطي، محاضرات في الفقه المقارن، د ر ط، دار الفكر، دمشق، 1981م.
246. سيد سابق، فقه السنة، ط3، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، 1397هـ-1977م.
247. شادي بن محمد آل نعمان، جامع تراث العلامة الألباني في الفقه، ط1، مركز النعمان

للبحوث والدراسات الإسلامية وتحقيق التراث والترجمة، صنعاء، اليمن، 2015م.
248. الشوكاني، الدراري المضية شرح الدرر البهية، ط1، دار الكتب العلمية، د م ن، 1407هـ-1987م.
249. الشوكاني، السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، ط1، دار ابن حزم، د م ولا ت ن
250. الطحطاوي، مختصر اختلاف العلماء، ت: عبد الله نذير أحمد، ط2، دار البشائر الإسلامية، بيروت، 1417هـ.
251. عامر سعيد الزبياري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، ط1، دار ابن حزم، بيروت، 1418هـ.
252. عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1424هـ-2003م.
253. عبد الرحمن عتر، خطبة النكاح، ط1، مكتبة المنار، الأردن، 1405هـ-1985م.
254. عبد العزيز الشديس، مقدّمات النكاح -دراسة مقارنة-، د ر ط، الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، 1425هـ.
255. عبد القادر مهاوات، كلمات قلّتها في زيجات ومعها قواعد في فن إدارة الحياة الزوجية، د ر ط، شركة الأصالة للنشر، الجزائر. 2022م.
256. عبد الكريم التّملة، تيسير مسائل الفقه شرح الرّوض المربع، ط1، مكتبة الرشد، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1426هـ-2005م.
257. عبد الكريم زيدان، المفصّل في أحكام المرأة والبيت المسلم، من ج6 إلى 8، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1413هـ-1993م.
258. عبد الله التّويجري، موسوعة الفقه الإسلامي، ط1، بيت الأفكار الدولية، د م ن، 1430هـ-2009م.
259. عبد الله الطيار وآخرون، الفقه الميسّر، ط1، مدائر الوطن للنشر، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1433هـ-2012م.
260. عبد المؤمن بلباقي، التّفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي-دراسة مقارنة مدعمة

بنصوص قانون الأسرة الجزائري-، أصله رسالته للماجستير، د ر ط، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2000م.
261. عبد النَّاصر توفيق العطار، الوسيط في أحكام الأسرة في الإسلام- الزَّواج-، ج2، ط1، مكتبة الأزهرية للتراث، مصر، 1429هـ-2008م.
262. علي الخفيف، فُرُقُ الزَّواج في المذاهب الإسلاميَّة، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة، 1429هـ-2008م.
263. علي بن عبد الرحمن الحسُّون، أحكام النَّظر إلى المخطوبة، ط2، دار العاصمة للنشر والتوزيع، الرياض، 1425هـ.
264. علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تعريب فهمي الحسيني، ط1، دار الجيل، د م ن، 1411هـ-1991م.
265. عمر سليمان الأشقر، أحكام الزَّواج في ضوء الكتاب والسُّنة، ط1، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 1418هـ-1997م.
266. فتحي الدُّريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، ط2، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1429هـ-2008م.
267. فتحي الدُّريني، دراسات وبحوث في الفكر الإسلامي المعاصر، د ر ط، دار قتيبة للطباعة والنشر، بيروت، 1988م.
268. فضل مراد، المقدِّمة في فقه العصر، ط2، الجيل الجديد، صنعاء، 1437هـ-2016م.
- كتب ذات موضوعات مختلفة:
269. محمد إبراهيم الحفناوي، الموسوعة الفقهيَّة الميسرة-الزَّواج-، د ر ط، مكتبة الإيمان، القاهرة، مصر، 2000م.
270. محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزَّواج وآثاره، ط2، دار الفكر العربي، القاهرة، 1391هـ-1971م.
271. محمد إسلام مذكور، المدخل للفقه الإسلامي، ط2، دار الكتاب الحديث، د م ن، 1996م.
272. محمد رأفت عثمان، فقه النِّساء في الخطبة والزَّواج، د ر ط، دار الإعتصام للطباعة والنشر

والتوزيع، القاهرة، د ت ن.
273. محمد صديق خان، الروضة الندية شرح الدرر البهية، د رط، دار المعرفة، د م، ولا ت ن.
274. محمد عقله، نظام الأسرة، ط3، مكتبة الرسالة الحديثية، عمان، الأردن، 1423هـ-2002م.
275. محمد علي فركوس، المعين في بيان حقوق الزّوجين، ط2، دار العواصم للنشر والتوزيع، الجزائر، 1435هـ-2014م.
276. محمد كمال الدين إمام، الزّواج في الفقه الإسلامي -دراسة تشريعية وفقهية-، د ر ط، دار الجامعة الجديدة، مصر، 1998م.
277. محمود المصري أبو عمار، الزّواج الإسلامي السّعيد، ط1، مكتبة الصفا، القاهرة، 1437هـ-2007م.
278. محمود بلال مهران، الشُّروط المقترنة بعقد الزّواج في الفقه الإسلامي، ط1، دار الثقافة العربية، جامعة القاهرة، القاهرة، 2000م.
279. مصطفى الزّرقا، المدخل الفقهي العام، ط2، دار العلم، دمشق، 1425هـ-2004م.
280. مصطفى العدوي، الجامع لأحكام النّساء، ج4، ط1، دار ابن عفان، القاهرة، مصر، 1419هـ-1999م.
281. مصطفى شلي، أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة بين المذاهب السنية والمذهب الجعفي والقانون، ط4، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1403هـ-1983م.
282. ناجي إبراهيم الكلاي، أحكام خطبة النّساء في الإسلام، اطلعت عليه، في موقع "مكتبة نور" على الشّبكة العنكبوتية، من الرّابط الآتي: https://ln.run/fwRVu
283. نايف محمود الرّجوب، أحكام الخطبة في الفقه الإسلامي، ط1، دار الثقافة، الأردن، 1429هـ-2008م.
284. النّسفي، طلبه الطلبة في الاصطلاحات الفقهيّة، د ر ط، المطبعة العامرية، د م ولا ت ن.
285. نور الدّين أبو لحية، آثار حلّ عصمة الزّوجية، حملته من الشّبكة العنكبوتية من الرّابط الآتي: https://ln.run/a3S8n

286. نور الدّين أبو حية، أحكام الطّلاق والفسخ برؤية مقاصدية-دراسة علمية مقارنة حول مسائل الطّلاق والفسخ-، ط2، دار الأنوار للنّشر والتّوزيع، د م ن، 1436هـ-2015م.
287. نور الدّين أبو حية، الحقوق المعنويّة للزّوجة برؤية مقاصدية، ط2، دار الأنوار للنّشر والتّوزيع، د م ن، 1436هـ-2015م.
288. نور الدّين أبو حية، المقدّمات الشرعيّة للزّواج برؤية مقاصدية، ط2، دار الأنوار للنّشر والتّوزيع، د م ن، 1436هـ-2015م.
289. الهيتمي، الزّواجر عن اقتراف الكبائر، ط1، دار الفكر، د م ن، 1407هـ-1987م.
290. وزارة الأوقاف والشؤون الإسلاميّة بالكويت، الموسوعة الفقهيّة الكويتيّة، ط1، مطابع دار الصّفوة، مصر، وط2، دار السلاسل، الكويت، من 1404-1427هـ.
291. وفاء معتوق حمزة، الطّلاق وآثاره المعنويّة والمالية في الفقه الإسلامي، ط1، مكتبة القاهرة للكتاب، مصر، 2000م.
292. وهبة الزّحيلي، الفقه الإسلامي وأدلّته، ط4، دار الفكر، دمشق، سورّيّة، د ت ن.
293. وهبة الزّحيلي، نظرية الضّرورة مقارنة مع القانون الوضعي، ط4، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1405هـ-1985م.
د- أصول الفقه والقواعد الفقهيّة ومقاصد الشريعة:
294. ابن العربي، المحصول في أصول الفقه، ت: حسين علي اليدري وسعيد فودة، ط1، دار البيارق، عمان، 1420هـ-1999م.
295. ابن القيم، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ت: محمد عبد السلام إبراهيم، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1411هـ-1991م.
296. ابن النّجار، شرح الكوكب المنير، ت: محمد الزّحيلي و نزيه حماد، ط2، مكتبة العبيكان، د م ن، 1418هـ-1997م.
297. ابن أمير الحاج، التّقرير والتّحرير على تحرير الكمال بن الهمام، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، 1403هـ-1983م.
298. ابن تيمية، المسودة في أصول الفقه، ت: محمد محيي الدين عبد الحميد، د ر ط، دار الكتاب

العربي، د م، ولا ت ن.
299. ابن رجب، القواعد في الفقه الإسلامي، ت: طه عبد الرؤوف سعد، ط1، مكتبة الكليات الأزهرية، د م ن، 1391هـ-1971م.
300. ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، ت: محمد الحبيب ابن الخوجة، د ر ط، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، 1425هـ-2004م.
301. ابن قدامة، روضة الناظر وجنة المناظر، ط2، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، د م ن، 1423هـ-2002م.
302. ابن نجيم، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1419هـ-1999م.
303. أبو حامد الغزالي، المستصفى، ت: محمد عبد السلام عبد الشافي، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1413هـ.
304. أحمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ط2، دار القلم، دمشق، سورية، 1409هـ-1989م.
305. الإسنوي، التمهيد في تخرج الفروع على الأصول، ت: محمد حسن هيتو، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1400هـ.
306. الآمدي، الإحكام في أصول الأحكام، ت: سيد الجميلي، ط1، دار الكتاب، بيروت، 1404هـ.
307. التفتازاني، شرح التلويح على التوضيح، ت: زكريا عميرات، ط1، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، 1416هـ-1996م.
308. تقي الدين السبكي، الإبهاج في شرح المنهاج، ت: أحمد جمال الزمزمي ونور الدين عبد الجبار صغيري، ط1، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، د م ن، 1424هـ-2004م.
309. خالد بن إبراهيم الصقعي، شرح منظومة القواعد الفقهية للسعدي، دروس صوتية قام بتفريغها موقع الشبكة الإسلامية: https://thahabi.org/book/10039
310. الزركشي، المنشور في القواعد الفقهية، وزارة الأوقاف الكويتية، ط2، الكويت، 1405هـ-1985م.

311. السَّرْحَسِي، أصول السَّرْحَسِي، ط1، دار الكتاب العلمية، بيروت، لبنان، 1414هـ-1993م.
312. الشُّيُوطِي، الأشباه والنظائر في فروع الشَّافِعِيَّة، ط1، دار الكتب العلمية، د م ن، 1411هـ-1990م.
313. الشَّاطِطِي، الموافقات، ت: مشهور بن حسن، ط1، دار ابن عفان للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، 1417هـ-1997م.
314. الشَّافِعِي، الأُمُّ، د ر ط، دار المعرفة، بيروت، 1410هـ-1990م.
315. عبد الكريم النَّملة، المهذب في أصول الفقه المقارن، ط1، مكتبة الرشد، الرياض، 1422هـ-1999م.
316. عبد الله بن عبد المحسن التُّركِي، أصول مذهب الإمام أحمد-دراسة أصولية مقارنة-، ط2، مؤسسة الرسالة، د م ن، 1410هـ-1990م.
317. عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه وخلاصة تاريخ التشريع، د ر ط، مطبعة المدني المؤسسة السعودية، بمصر، د ت ن.
318. عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، ط8 عن دار القلم، مكتبة الدعوة -شباب الأزهر-، د م ن ولا ت.
319. العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، ت: محمود بن التلاميذ الشنقيطي، د ر ط، دار المعارف بيروت، لبنان، د ت ن.
320. القرافي، العقد المنظوم في الخصوص والعموم، ت: أحمد الختم عبد الله، ط1، دار الكتبي، مصر، 1420هـ-1999م.
321. القرافي، الفروق (أنوار البروق في أنواء الفروق)، د ر ط، عالم الكتب، د م ن ولا ت ن.
322. القرافي، شرح تنقيح الفصول، ت: طه عبد الرؤوف سعد، ط1، شركة الطباعة الفنية المتحدة، د م ن، 1393هـ-1973م.
323. محمد أبو زهرة، أصول الفقه، د ر ط، دار الفكر العربي، د م ن ولا ت.
324. محمد الزُّحَيْلِي، القواعد الفقهيَّة وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، ط1، دار الفكر، دمشق،

1427هـ-2006م.
325. محمد حسن عبد الغفار، أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء، دروس صوتية قام بتفريغها موقع الشبكة الإسلامية: https://ln.run/dn19j
326. محمد عميم البركتي، قواعد الفقه، ط1، الصدف ببلشرز، كراتشي، 1407هـ-1986م.
327. محمد كمال الدين إمام، علم أصول الفقه، د رط، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002م.
328. محمد محدة، مختصر علم أصول الفقه، ط5، دار الشهاب، باتنة، 1994م.
329. محمد مصطفى الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي، ط2، دار الخير للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، سوريا، 1427هـ/2006م.
330. مصطفى شلي، أصول الفقه الإسلامي، د ر ط، دار الجامعية للطباعة والنشر، د م ن ولا ت.
331. وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، ط1، دار الفكر، دمشق، 1406هـ-1986م.
332. وهبة الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي، ط2، دار الفكر المعاصر، دمشق، 1995م.
هـ - السّياسة الشّرعية والقضاء والفتوى:
333. ابن باز، فتاوى نُورٌ على الدّرب، جمعها: الدكتور محمد بن سعد الشويعر، قدم لها: عبد العزيز بن عبد الله بن محمد آل الشيخ. اطلعت عليها في المكتبة الشاملة.
334. ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، ت: محمد عبد القادر عطا ومصطفى عبد القادر عطا، ط1، دار الكتاب العلمية، بيروت، 1408هـ-1987م.
335. ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ت: أنور الباز وعامر الجزار، ط3، دار الوفاء، د م ن، 1426هـ-2005م.
336. ابن حجر الهيتمي، الفتاوى الفقهية الكبرى، المكتبة الإسلامية، بدون معلومات النشر.
337. ابن عثيمين، فتاوى نور على الدرب، مؤسسة الشيخ محمد بن صالح بن عثيمين الخيرية، الإصدار الأول، 1427هـ-2006م.
338. ابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، ط:1، مكتبة الكليات

الأزهرية، بد. م ن، 1406هـ-1986م.
339. تقي الدين السبكي، فتاوى السبكي، د ر ط، دار المعرفة، بيروت، لبنان، د ت ن.
340. السُّعْدِي، النَّفْ فِي الْفَتَاوَى، ت: صلاح الدين الناهي، ط2، دار الفرقان ومؤسسة الرسالة، عمان، الأردن، وبيروت، لبنان، 1404هـ-1984م.
341. السُّيُوطِي، الحاوي للفتاوى، د ر ط، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1424هـ-2004م.
342. عبد الفتاح عمرو، السِّيَاسَةُ الشَّرْعِيَّةُ فِي الْأَحْوَالِ الشَّخْصِيَّةِ، ط1، دار النفاس للنشر والتوزيع، الأردن، 1318هـ-1998م.
343. لجنة الفتوى بالشبكة الإسلامية، فتاوى الشبكة الإسلامية معدلة، تم نسخها من الإنترنت، في 1 ذو الحجة 1430هـ-18 نوفمبر 2009م. من الرّابط الآتي: https://ln.run/oRzM
344. محمد بن إبراهيم، فتاوى ورسائل محمد بن إبراهيم آل الشيخ، ت: محمد بن عبد الرحمن بن قاسم، ط1، مطبعة الحكومة بمكة المكرمة، 1399هـ.
345. محمد بن سعد الشَّويعِر، مجموع فتاوى العلامة عبد العزيز بن باز، ط1، دار القاسم للنشر، الرياض، 1420هـ.
346. مراعاة العُرفِ بعد عقد النِّكاح وقبل الدُّخول، دون ذكر كاتبه، أخذته من مركز الفتوى، من موقع "إسلام ويب" على الشبكة العنكبوتية، من الصَّفحة الآتية: https://ln.run/zFkNd
347. منظمة المؤتمر الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، تم الاطلاع عليها في المكتبة الشاملة، الإصدار رقم: 3.56.
348. نظام الدِّين البلخي وآخرون، الفتاوى الهندية، ط2، دار الفكر، د ر ط، 1310هـ.
349. وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، الموسوعة الفقهية، ط2، دار السلاسل، الكويت، 1427هـ.
و- التاريخ والتراجم والسير:
350. ابن أبي يعلى، طبقات الحنابلة، ت: محمد حامد الفقي، د ر ط، دار المعرفة، بيروت، د ت ن.

351. ابن العماد، شذرات الذَّهب في أخبار من ذهب، ت: محمود الأرناؤوط، ط1، دار ابن كثير، دمشق بيروت، 1406هـ-1986م.
352. ابن بشكوال، الصَّلَة في تاريخ أئمة الأندلس، صححه وراجعاه السيد عزت العطار الحسيني، ط2، مكتبة الخانجي، د م ن، 1374هـ-1955م.
353. ابن حجر، الإصابة في تمييز الصَّحابة، ت: علي محمد البجاوي، ط1، دار الجيل، بيروت، 1412هـ.
354. ابن خَلِّكان، وفيات الأعيان، ت: إحسان عباس، ط1، دار صادر، بيروت، 1971م.
355. ابن رجب الحنبلي، ذيل طبقات الحنابلة، ت: عبد الرحمن بن سليمان العثيمين، ط1، مكتبة العبيكان، الرياض، 1425هـ-2005م.
356. ابن فرحون، الدِّياج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، ت: محمد الأحمد أبو النور، بدون ر ط، دار التراث للطبع والنشر، القاهرة، 1972م.
357. ابن قطلوبغا، تاج التراجم في طبقات الحنفية، ت: محمد خير رمضان يوسف، ط1، دار القلم، دمشق، 1413هـ-1992م.
358. الإسنوي، طبقات الشَّافعيَّة، ت: كمال يوسف الحوت، ط:2، دار الكتب العلمية، بدون م ن، 2002م.
359. البغدادي، تكملة الإكمال، ط1، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، 1410هـ.
360. تاج الدِّين السُّبكي، طبقات الشَّافعيَّة الكبرى، ت: محمود محمد الطناحي وعبد الفتاح محمد الحلو، ط2، هجر للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، 1413هـ.
361. حاجي خليفة، كشف الظُّنون عن أسماء الكتب والفنون، مكتبة المثنى، بغداد، 1941م.
362. الذَّهبي، تذكرة الحفاظ، ت: زكريا عميرات، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1419هـ-1998م.
363. الزَّركلي، الأعلام، ط15، دار العلم للملايين، د م ن، 2002م.
364. عبد الوهاب بن منصور، أعلام المغرب العربي، ج1، د ر ط، المطبعة الملكية، الرباط، 1398هـ-1978م.

365. القاضي عياض، ترتيب المدارك وتقريب المسالك، ت: ابن تاويت الطنجي وآخرون، ط1، مطبعة فضالة، المغرب، 1983م.
366. القريشي، الجواهر المضية في طبقات الحنفية، ت: عبد الفتاح محمد الحلو، د ر ط، هجر للطباعة والنشر والتوزيع والاعلان، د م ولا ت ن.
367. محب الدين الطبري، ذخائر العقبى في مناقب ذوي القربى، د ر ط، دار الكتب المصرية، القاهرة، 1356هـ.
368. مُحَمَّد بن مُحَمَّد مخلوف، شجرة الثور الزكية في طبقات المالكية، د ر ط، دار الفكر، د م ن ولا ت.
ز. معاجم اللغة العربية والموسوعات:
369. إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، ت: مجمع اللغة العربية، د ر ط، دار الدعوة، د م ن ولا ت.
370. ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ت: عبد السلام محمد هارون، ط3، مكتبة الخانجي، مصر، 1402هـ.
371. ابن منظور، لسان العرب، ط1، دار إحياء التراث العربي للطباعة، بيروت، 1415هـ.
372. أحمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، ط1، عالم الكتب، القاهرة، 1429هـ-2008م.
373. الأزهرى، تهذيب اللغة، ت: محمد مرعب، ط1، دار إحياء التراث، بيروت، 2001م.
374. الجرجاني، التعريفات، ت: جماعة من العلماء بإشراف الناشر دار الكتب العلمية، ط1، بيروت، لبنان، 1403هـ-1983م.
375. الجواهري، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، ت: أحمد عبد الغفور عطار، ط4، دار العلم للملايين، بيروت، 1407هـ-1987م.
376. ديوان النابغة الذبياني، جمع الطاهر ابن عاشور، د ر ط، الشركة التونسية للتوزيع والشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، جانفي 1976م وشرح وتعليق محمد.
377. الرّازي، مختار الصحاح، ت: مهدي المخزومي وإبراهيم السامرائي، د ر ط، دار ومكتبة

الهلل، د م ن ولا ت.
378. الرّصاع، شرح حدود بن عرفة، ت: محمد أبو الأجفان، والطاهر المعموري، ط1، دار الغرب، بيروت، 1993م.
379. الزُّبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، ت: مجموعة من المحققين، ط1، وزارة الإعلام بالكويت، 1314هـ.
380. زكريا الأنصاري، الحدود الأنيقة والتّعريفات الدّقيقة، ت: مازن المبارك، ط1، دار الفكر المعاصر، بيروت، 1411هـ.
381. سعدي أبو جيب، القاموس الفقهي، ط2، دار الفكر، دمشق، سورّيّة، 1408هـ-1988م.
382. الفارابي، معجم ديوان الأدب، ت: أحمد مختار عمر، د ر ط، مؤسسة دار الشعب للصحافة والطباعة والنشر، القاهرة، 1424هـ-2003م.
383. الفراهيدي، كتاب العين، ت: مهدي المخزومي وإبراهيم السامرائي، د ر ط، دار ومكتبة الهلال، د م ن ولا ت.
384. الفيروزي، القاموس المحيط، ت: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، إشراف محمد نعيم العرقسوسي، ط8، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1426هـ-2005م.
385. الفيومي، المصباح المنير في غريب الشّرح الكبير للرافعي، د ر ط، مكتبة لبنان، بيروت، 1987م.
386. محمد رواس قلعجي وحامد صادق قنيبي، معجم لغة الفقهاء، ط2، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1408هـ-1988م.
و. كتب فقه الأسرة والأحوال الشّخصيّة:
387.
388. أحمد الشّامي، قانون الأسرة الجزائري طبقاً لأحدث التّعديلات-دراسة فقهية ونقدية مقارنة-، د ر ط، دار الجامعية الجديدة، الاسكندرية، 2010م.
389. أحمد الغندور، الأحوال الشّخصيّة في التّشريع الإسلامي، ط2، طبعة جامعة الكويت، 1970م.

390. أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، د ر ط، دار الكتب القانونية، ودار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، والإمارات، 2014م.
391. باديس ذياي، آثار فك الرّابطة الزّوجيّة - تعويض، عدة، حضانة، متاع-، د ر ط، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2012م.
392. باديس ذياي، صور فك الرّابطة الزّوجيّة على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، د ر ط، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2007م.
393. بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، د ر ط، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، د ت ن
394. بلقاسم شتوان، الخطبة والزّواج في الفقه المالكي، -دراسة أكاديمية مدعمة بالأدلة الشرعيّة وقانون الأسرة الجزائري-، د ر ط، دار الفجر، د م ولا ت ن.
395. توفيق حسن فراج، الطبيعة القانونية للخطبة، د ر ط، مكتبة القاهرة الحديثة، مصر، 1963م.
396. جابر عبد الهادي الشّافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزّواج في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، د ر ط، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2007م.
397. جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشّخصيّة - قرارات المحكمة العليا مسرد ألفبائي للكلمات الدالة-، ج3، ط1، منشورات كليك، المحمدية، الجزائر، 2013م.
398. جميل فخري جانم، متعة المطلقة وعلاقتها بالتّعويض عن الطّلاق التّعسفي في الفقه والقانون، ط1، دار الحامد، الأردن، 1429هـ-2009م.
399. جميل فخري محمد جانم، مقدّمات عقد الزّواج في الفقه والقانون، ط1، دار الحامد، الأردن، 2008م.
400. حسين طاهري، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 1430هـ-2009م.
401. الرّشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدّل دراسة مقارنة لبعض التّشريعات العربية، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 1429هـ-2008م.
402. سلمان نصر وسعاد سطحي، أحكام الخطبة والزّواج في الشّريعة الإسلاميّة -دراسة مقارنة مع

قانون الأسرة-، ط1، دار الفجر، الجزائر، 1426هـ-2005م.
403. سلمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط2، شركة الأصالة للنشر والتوزيع، الجزائر، 1434هـ-2012م.
404. عبد الحكيم بن هيري، أحكام الصُّلح في شؤون الأسرة وفقاً للتشريع والقضاء الجزائري، د ر ط، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2018م.
405. عبد الرحمن الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري- الزَّواج وآثاره-، ط9، منشورات جامعة دمشق، سورية، 1996م.
406. عبد العزيز سعد، الزَّواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، د ر ط، دار البعث، قسنطينة، 1989م.
407. عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد-أحكام الزَّواج والطلاق بعد التَّعديل-، ط3، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2018م.
408. عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقهاً وقضاءً، د ر ط، دار الفكر العربي، لبنان، 2004م.
409. عبد الفتاح تقية، الإشكاليات القانونية بين النظرية والتطبيق في القانون رقم: 84/11، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، مج40، ع2، جامعة الجزائر1، 2003م.
410. عبد الفتاح تقية، قانون الأسرة مدعماً بأحدث الاجتهادات القضائية والتشريعية دراسة مقارنة، د ر ط، دار الكتاب الحديث، مصر، 2012م.
411. عبد الفتاح تقية، مباحث في قانون الأسرة من خلال مبادئ وأحكام الفقه الإسلامي، ط3، دار تالة، الجزائر، 1999-2000م.
412. عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزَّواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 1428هـ-2007م.
413. عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ط3، البصائر الجديدة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2016م.
414. عبد الله بن الطاهر، مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدلته دراسة تأصيلية مقارنة على

ضوء المذاهب الأربعة، ط1، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، 1426هـ-2005م.
415. عبد المجيد محمود مطلوب، الوجيز في أحكام الأسرة الإسلامية، د ر ط، مؤسسة المختار، مصر، 1425هـ/2004م.
416. عبد التّاصر العطار، خطبة النّساء في الشّريعة الإسلاميّة والتّشريعات العربيّة، د ر ط، مطبعة السعادة، د م ، ولا ت ن.
417. عبد الهادي بن زيطة، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي والقانون، ط1، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009م.
418. عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشّخصيّة في الشّريعة الإسلاميّة، د ر ط، مطبعة دار الكتب المصرية، القاهرة، 1357هـ-1983م.
419. العربي بلحاج، أحكام الزّوجيّة وأثارها في قانون الأسرة الجزائري، ط2، دار هومة، الجزائر، 2015م.
420. العربي بلحاج، الزّواج والطلاق في تقنين الأسرة معلقا عليه بأحكام النقض التي قرّرتها المحكمة العليا في اجتهاداتها القضائية الكبرى، د ر ط، دار هومة، الجزائر، 2018م.
421. العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري -الزّواج والطلاق- ج1، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004م.
422. العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط6، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010م.
423. العربي بلحاج، بحوث قانونية في قانون الأسرة الجزائري، د ر ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2015م.
424. العربي بلحاج، مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، د ر ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000م.
425. عمر سليمان الأشقر، الواضح في شرح قانون الأحوال الشّخصيّة الأردني، د ر ط، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 2001م.
426. عيسى حداد، عقد الزّواج -دراسة مقارنة-، د ر ط، منشورات جامعة باجي مختار، عنابة،

2006م.
427. العيش فضيل، قانون الأسرة مدعم باجتهادات قضاء المحكمة العليا مع آخر تعديلات 2005، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2017م.
428. الغوثي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2015م.
429. كريمة محروق، قانون الأسرة على ضوء التعديل الجديد-دراسة تحليلية مقارنة-، ط1، ألفا للوثائق، قسنطينة، الجزائر، 2019م.
430. حسين بن شيخ أث ملويا، المرشد في قانون الأسرة -مدعما باجتهاد المجلس الأعلى المحكمة العليا من سنة 1982 إلى 2004-وملحقات: المواثيق والإعلانات والاتفاقيات والتقارير الدولية المتعلقة بحقوق المرأة والطفل-، ط3، دار هومة، الجزائر، 2015-2016م.
431. حسين بن شيخ أث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، د ر ط، دار هومة، الجزائر، 2005م.
432. حسين بن شيخ أث ملويا، رسالة في طلاق الخلع -دراسة قانونية فقهية وقضائية مقارنة-، د ر ط، دار هومة، الجزائر، 2013م.
433. لوعيل محمد لمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، ط1، دار طليطلة، الجزائر، 1432هـ-2011م.
434. محفوظ بن صغير، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 02-05، د ر ط، دار الوعي، الرويبة، الجزائر، 2013م.
435. محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 02-05، د ر ط، دار الوعي، الرويبة، الجزائر، 2013م.
436. محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط3، دار الفكر العربي، القاهرة، 1377هـ-1957م.
437. محمد الدسوقي، الأسرة في التشريع الإسلامي-دراسة مقارنة بين المذاهب الفقهية ومشروع القانون القطري للأحوال الشخصية-، ط2، دار الثقافة للطباعة والنشر والتوزيع، الدوحة، 1423هـ-2002م.

438. محمد صبحي نجم، محاضرات في قانون الأسرة، د ر ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999م.
439. محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية، د ر ط، دار محمود للنشر والتوزيع، د م ن، 1996م.
440. محمد محدة، الخطبة والزواج، ط2، مطابع عمار قرني، باتنة، 1994م.
441. محمود علي السّرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط3، دار الفكر، عمان، 1431هـ-2010م.
442. نسرين شريقي وكمال بوفرورة، سلسلة مباحث في القانون -قانون الأسرة الجزائري-، ط1، دار بلقيس للنشر، دار البيضاء، الجزائر، 2013م.
443. نصر سلمان وسعاد سطحي، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية -دراسة مقارنة مع قانون الأسرة-، د ر ط، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2003م.
444. نورة منصوري، التّطبيق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، د ر ط، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010م.
هـ. كتب القانون:
445. أحمد سي علي، مدخل للعلوم القانونية -النّظرية والتّطبيق في القوانين الجزائرية-، ط3، دار الأكاديمية للطبع، الجزائر، 2012م.
446. إسماعيل شاهين، المدخل لدراسة العلوم القانونية، د ر ط، ديوان المطبوعات والنشر، الجزائر، 2007م.
447. توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية-النظرية العامّة-، د ر ط، المؤسسة العامة الجامعية، الاسكندرية، مصر، د ت ن.
448. حبيب إبراهيم الخليلي، المدخل للعلوم القانونية -النّظرية العامّة للقانون-، ط11، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2017م.
449. خليل أحمد قداد، شرح النّظرية العامّة للقانون في القانون الجزائري، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005م.

450. العربي بلحاج، النَّظْرية العامَّة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2009م.
451. علي علي سليمان، النَّظْرية العامَّة للالتزام-مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري-، ط8، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008م.
452. علي فيلاي، الالتزامات -النَّظْرية العامَّة للعقد-، د ر ط، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012م.
453. علي فيلاي، مقدمة في القانون، دار موهم للنشر، الجزائر، 2010م.
454. علي كاشف الغطاء، مصادر الحكم الشرعي والقانون المدني، ج1، ط1، مطبعة الآداب، النجف الأشرف، 1408هـ-1988م.
455. عمار بوضياف، المدخل إلى العلوم القانونيَّة -النَّظْرية العامَّة للقانون وتطبيقاتها في التَّشريع الجزائري-، ط4، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 1438هـ-2017م.
456. غالب علي الداودي، المدخل إلى علم القانون، ط7، دار وائل، عمان، 2004م.
457. فريدة محمدي زواوي، المدخل للعلوم القانونيَّة -نظرية القانون-، د ر ط، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2002م.
458. لطفي محمود، المدخل لدراسة القانون، ط5، ديوان النشر، مصر، 2005م.
459. محمد الصَّغير بعلي، المدخل للعلوم القانونيَّة -نظرية الحقِّ ونظرية القانون-، د ر ط، دار العلوم، الجزائر، 2006م.
460. محمَّد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونيَّة -الوجيز في نظرية القانون-، ج1، ط18، دار هومة، الجزائر، 2011م.
461. مصطفى عرجاوي، النَّظْرية العامَّة للقانون، ط1، المطبعة العربية الحديثة، مصر، 1985م.
462. مولود ديدان، القانون المدني حسب آخر تعديل له قانون 07-05، د ر ط، دار بلقيس للطباعة والنشر، الجزائر، 2007م.
ثانيا. كتب العرف تأصيلًا وتنزيلًا:
463. أحمد بن علي سير المبارك، العرف وأثره في الشَّريعة والقانون، ط1، دار العزة للنشر، الرياض،

المملكة العربية السعودية، 1416هـ-1996م.
464. أحمد فهمي أبو سنة، العرف والعادة في رأي الفقهاء عرض نظرية في التشريع الإسلامي، مطبعة الأزهر، مصر، 1947م.
465. جمال كركار، أثر العرف في تغير الفتوى، ط1، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 1430هـ-2009م.
466. صالح عوض، أثر العرف في التشريع الإسلامي، د ر ط، دار الكتاب الجامعي، القاهرة، د ن.
467. عادل قوته، العرف حقيقته وأثره في فقه المعاملات المالية عند الحنابلة-دراسة نظرية تأصيلية-، ط1، المكتبة الملكية، مكة المكرمة، السعودية، 1418هـ-1997م.
468. عبد العزيز الخياط، نظرية العرف، د ر ط، مكتبة الأقصى، عمان، 1397هـ-1977م.
469. عمر بن عبد الكريم الجيدي، العرف والعمل في المذهب المالكي ومفهومهما لدى علماء المغرب، د ر ط، مطبعة فضالة بالمحمدية، المغرب، 1982م.
470. حسين بن شيخ أث ملويا، القانون العرفي الأمازيغي، د ر ط، دار الخلدونية، الجزائر، 2006م.
471. محمد عبد الله بن التمين، إعمال العرف في الأحكام والفتاوى في المذهب المالكي، دائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري، دبي، الإمارات العربية المتحدة، 1430هـ-2009م.
472. مصطفى أبو عجلة، العرف وأثره في التشريع الإسلامي، ط1، دار الكتب الوطنية، بنغازي، ليبيا، 1395هـ-1986م.
473. يعقوب بن عبد الوهاب الباسين، قاعدة العادة محكمة-دراسة نظرية تأصيلية تطبيقية-، ط2، مكتبة الرشد، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1433هـ-2012م.
ثالثا. الرسائل الجامعية والمذكرات القضائية:
1- أطروحات الدكتوراه:
474. بوعلالة عمر، دور التقييد الفقهي في ضبط الاجتهاد القضائي -أحكام الأسرة في التشريع الجزائري نموذجاً-، دكتوراه غير مطبوعة، إشراف شوالين محمد السنوسي، كلية العلوم الإنسانية

والإسلامية، جامعة وهران، 1438-1439هـ/2017-2018م.
475. دليلة آيت شاوش، إنهاء الرّابطة الزّوجية بطلب من الزّوجة -دراسة مقارنة بين الفقه الإسلاميّ وقانون الأسرة الجزائريّ وبعض تشريعات الأحوال الشّخصيّة العربيّة-، دكتوراه غير مطبوعة، إشراف محمد سعيد جعفرور، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014م.
476. رشيد مسعودي، النّظام المالي للزّوجين في التّشريع الجزائري-دراسة مقارنة-، دكتوراه غير مطبوعة، إشراف هجيرة دنوبي، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2005-2006م.
477. زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغاربيّة للأسرة-دراسة مقارنة-، دكتوراه غير مطبوعة، إشراف جيلالي تشوار، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2004-2005م.
478. زهير بن حشاني، آثار الطّلاق في قوانين الأحوال الشّخصيّة المغاربية، دكتوراه غير مطبوعة، إشراف مراد كاملي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، جامعة أم البواقي، 2020-2021م.
479. سعادي لعلّ، الزّواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري -دراسة مقارنة-، دكتوراه غير مطبوعة، إشراف الغوثي بن ملحّة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2014-2015م.
480. سعيد فكرة، الشّروط عند الأصوليين، أطروحة دكتوراه غير مطبوعة، إشراف محمد محمّدة، معهد الشريعة، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، 1417-1418هـ/1996-1997م.
481. علي غنابزية، مجتمع وادي سوف من الاحتلال الفرنسي إلى بداية الثورة التحريرية، دكتوراه غير مطبوعة، إشراف عمر بن خروف، كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة الجزائر، 2008-2009م.
482. عماد شريفّي، المسائل المسكوت عنها في الزّواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري، دكتوراه غير مطبوعة، إشراف منصوري المبروك، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد دراية، أدرار، 2020-2021م.
483. محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري،

دكتوراه غير مطبوعة، إشراف عبد الكريم حامدي، كلية العلوم الاجتماعية والإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، 2008-2009م.
484. محمد بريبر، مركز الفقه المالكي في قانون الأسرة الجزائري أحكام الزواج والطلاق نموذجًا، دكتوراه غير مطبوعة، إشراف الديب جمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2020م.
485. مسعودة نعيمة إلياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق-دراسة مقارنة- دكتوراه غير مطبوعة، إشراف جيلالي تشوار، كلية العلوم الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2009-2010م.
486. مطروح عدلان، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية من خلال مقاصد الشريعة، دكتوراه غير مطبوعة، إشراف عكاشة حوالف، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية، جامعة وهران 1، 1436هـ-2015م.
2- مذكرات الماجستير:
487. إسماعيل بن شيخ، الإشكالات الواردة على تطبيق المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري، ماجستير غير مطبوعة، إشراف ليلي جمعي، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران، السانبا، 1433/1434هـ-2012/2013م.
488. إسماعيل عبد الله، أحكام الخلع في الشريعة، ماجستير غير مطبوعة، إشراف ناصر الدين الشاعر، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، 2008م.
489. أمينة بن جناحي، دور القاضي في الخلع -دراسة في الفقه والقانون والاجتهاد القضائي-، ماجستير غير مطبوعة، إشراف دليلة فركوس، كلية الحقوق، جامعة محمد بوقرة، بومرداس، 2014م.
490. حسين مهداوي، دراسة نقدية للتعديلات الواردة على قانون الأسرة في مسائل الواج والخلاله، ماجستير غير مطبوعة، إشراف جيلالي تشوار، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2009-2010م.
491. حفصية دونه، أحكام الثقة ومتاع البيت كأثر من آثار الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ماجستير غير مطبوعة، إشراف المكي دراجي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي، 2014-2015م.

492. رابح عبد المالك، الصّدّاق في قانون الأسرة الجزائري -دراسة مقارنة-، ماجستير غير مطبوعة، إشراف فضيل نادية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر، 1996م.
493. رهيبة سليمان حمادة، العُرفُ وأثره في حقوق الزّوج في الفقه الإسلامي، ماجستير غير مطبوعة، إشراف مازن إسماعيل هنية، كلية الشريعة والقانون بالجامعة الإسلامية، غزة، 1435هـ-2014م.
494. سليم سعدي، الخلع بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، ماجستير غير مطبوعة، إشراف تقيّة عبد الفتاح، جامعة الجزائر، 2011م.
495. سليمان بن عبد الله الدخيل، أحكام الصّدّاق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، ماجستير غير مطبوعة، إشراف بدران أبو العينين بدران، المعهد العالي للقضاء، 1400هـ-1401هـ.
496. سمية صغيري، المركز القانوني للمرأة في أحكام التّطليق والخلع من خلال قانون الأسرة الجزائري، ماجستير غير مطبوعة، إشراف كمال قدة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي، 2014-2015م.
497. سناء عمري، التّطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها في قانون الأسرة، ماجستير غير مطبوعة، إشراف فاروق خلف، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي، 2014-2015م.
498. سها ياسين القيسي، زواج الصّغار في تحديد سنّ الزّواج، ماجستير غير مطبوعة، إشراف مازن إسماعيل هنية، كلية الشريعة والقانون بالجامعة الإسلامية، غزة، 1431هـ-2010م.
499. سي ناصر بوعلام، الاشتراط في عقد النّكاح وأثره بين الشريعة والقانون دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض التّشريعات العربيّة، ماجستير غير مطبوعة، إشراف عبد القادر داودي، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران، السانیا، 1432/1433هـ-2011/2012م.
500. صالح حسيني، انحلال الرّابطة الزّوجية على ضوء الأحكام المستحدّة في قانون الأسرة الجزائري، ماجستير غير مطبوعة، إشراف عمر رويّة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي، 2014-2015م.

501. عبد الرّحيم مقداش، انحلال الرّابطة الرّوجيّة بين الفقه الإسلاميّ وقانون الأسرة الجزائريّ - دراسة مقارنة-، ماجستير غير مطبوعة، إشراف سعيد بوزيري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013م.
502. العربي مجيدي، نظرية التّعسف في استعمال الحقّ وأثرها في أحكام فقه الأسرة -دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون-، ماجستير غير مطبوعة، إشراف نصر سلمان، كلية أصول الدين الخروبة، جامعة الجزائر، 1422هـ/2001-2002م.
503. عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرّابطة الرّوجيّة وأثر الطّعن فيها، ماجستير غير مطبوعة، إشراف زينة عبد الرزاق، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر1، 2013م.
504. عمر محمد سمير عبد السلام، أثر التعليل بالحكمة في الاجتهادات المعاصرة في قضايا المرأة - دراسة تقويمية-، ماجستير غير مطبوعة، إشراف أسامة قيس الدريعي، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة قطر، 1443هـ/2020م.
505. محمد هشام أحمد عمرو، الخلع القضائي دراسة فقهية مقارنة، ماجستير منشورة، جامعة القدس، فلسطين، 2016م.
506. مسعودي يوسف، الاشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، ماجستير غير مطبوعة، إشراف العربي شحط عبد القادر، المركز الجامعي بشار، 2006-2007م.
507. نزار نبيل أبو منشار، التفقة الواجبة على الرّوج والإجراءات القضائية المتعلقة بها، ماجستير غير مطبوعة، إشراف هارون كامل الشرباني، معهد القضاء العالي، كلية الدراسات العليا، جامعة الخليل، 2002م.
508. نوال سعيد حسن العفيفي، أثر العرف على حقوق الرّوجة، ماجستير غير مطبوعة، إشراف مازن إسماعيل هنية، كلية الشريعة والقانون بالجامعة الإسلامية، غزة، 1434هـ-2013م.
509. يوسف بوعلام الله، طقوس الرّواج بين الماضي والحاضر-دراسة مقارنة أنثروبولوجية لبلدية الحساسنة بسعيدة-، ماجستير غير مطبوعة، إشراف العلاوي أحمد، كلية العلوم الاجتماعية، جامعة وهران2، 2016-2017م.
3-مذكرات قضائية:

510. قاسمي عبد الرؤوف، الحضانة في ظل قانون الأسرة، مذكرة تخرج لنيل إجازة من المعهد الوطني للقضاء، مديرية التربصات، دفعة الثانية عشر، 2001-2004م.
رابعا. المجالات والدوريات:
511. 46,7% من الأمهات في الجزائر يرضعن أطفالهن رضاعة طبيعية إلى غاية السنة الأولى من الولادة، مقال منشور دون ذكر صاحبه، اطلعت عليه في موقع "وكالة الأنباء الجزائرية"، على الشبكة العنكبوتية، من الرابط الآتي: https://ln.run/Q3JeG
512. 8 آلاف دينار قيمة المهر في الزيتونة بسكيكدة، مقال منشور دون ذكر صاحبه، اطلعت عليه في موقع "الشروق أونلاين"، على الشبكة العنكبوتية، من الرابط الآتي: https://ln.run/jgIZ4
513. ابتسام عيسى محمود، العرف وأثره في بعض الأحكام المتصلة بالأسرة في الفقه والقانون-التفقه والحضانة أنموذجًا-، واقع المؤتمر الدولي الثالث للقضايا القانونية، جامعة ايشك، أربيل، العراق، ماي 2018م.
514. إبراهيم رحمان، الأدوار الوظيفية للعرف في ضوء التحولات الاجتماعية المعاصرة-دراسة مقارنة-، مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، ع35، قسنطينة، سبتمبر 2015م.
515. إبراهيم رحمان، العرف بين الوظيفة التشريعية وإشكاليات التحول الاجتماعي، مجلة الدراسات الإسلامية، مج50، ع1، مجمع البحوث الإسلامية، الجامعة الإسلامية العالمية، إسلام آباد، باكستان، يناير - مارس 2015م.
516. ابن أحمد حورية، الصداق بين التشريع والعرف، مجلة التراث، مج1، ج2، ع29، جامعة زيان عاشور، الجلفة، ديسمبر 2018م.
517. أبو مخ فائدة، الخطبة بين الشرع والعرف، أبحاث في العلوم التربوية والاجتماعية، مج2003، ع7، أكاديمية القاسمي للأبحاث التربوية والاجتماعية، الضفة الغربية، فلسطين، أكتوبر 2003م.
518. أحمد الشامي وفيروز بن شنوف، الرضائية في إبرام عقد الزواج والحلاله -الزوجة معقود معها أم عليها-، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية والاقتصادية، مج57، ع4، جوان 2020م.
519. أحمد الشامي، إثبات متاع البيت في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، مجلة الصدى للدراسات القانونية والسياسية، ع1، جامعة الجيلالي بونعامة خميس مليانة، ديسمبر 2019م.

520. أحمد الشّامي، نفقة المتعة في التّشريعين الجزائريّ والمصريّ، مجلة العلوم القانونية والسياسية، مج9، ع2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي، جوان 2018م.
521. أحمد الصويحي شليبيك، العرف وأثره في الأحوال الشّخصيّة في الفقه الإسلامي والقانون الكويتي، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، س8، ع4، ع س32، ربيع الثّاني-جمادى الأولى 1432هـ-ديسمبر 2020م.
522. أحمد بولقصيات، الخلع في الاجتهاد القضائي الجزائري-دراسة تقييمية-، مجلة الثّراث، مج2، ع3، جامعة زيان عاشور، مخبر جمع ودراسة مخطوطات المنطقة وغيرها، الجلفة، نوفمبر 2012م.
523. أحمد شامي وعبد القادر بوراس، إيقاع الخلع بين الضّوابط الفقهيّة والاجتهاد القضائي، مجلة صوت القانون، مج7، ع1، مخبر نظام الحالة المدنية، جامعة الجيلالي بو نعام، خميس مليانة، ماي 2020م.
524. أحمد يوسف أحمد الدرديري، الأعراف والعادات ودور التّشريعات والقوانين في تغييرها -دراسة أصوليّة تحليليّة-، مجلة كلية الشريعة والقانون، مج21، ع1، جامعة الأزهر، 2019م.
525. أسامة محمد منصور الحموي، آثار العُدُول عن الخطبة في الفقه والقانون -دراسة مقارنة-، مجلة العلوم الاقتصادية والقانونية، مج22، ع3، جامعة دمشق، 2011م.
526. أسماء بنت عبد الله الموسى، العُرْفُ حُجَّتُهُ وآثاره الفقهيّة، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، مج21، ع41، السعودية، 1427هـ.
527. أسماء فخري محمد صويلح، العرف وتطبيقاته في الزّواج، مجلة البحث العلمي الإسلامي، مجلة إسلامية علمية محكمة، س19، ع53، جانفي 2024م.
528. آمال حبار، الخلع بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة دفاتر السياسة والقانون، ع18، كلية الحقوق، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، جانفي 2018م.
529. أمينة لعلاي، جمعيات تضرع حدًا لتكاليف الزواج المبالغ فيها، موقع "النّهار أونلاين"، اطلعت عليه في على الشّبكة العنكبوتيّة، من الرّابط الآتي: https://ln.run/jUpQD
530. أولال علي حسن، الولاية في عقد الزّواج بين سيادة التّشريع الإلهي وتسيّد القانون الوضعي، المجلة المتوسطة للقانون والاقتصاد، مج7، ع2، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، ديسمبر 2022م.

531. إيمان مقاتل، اعتبارُ العُرفِ في مُقدّمات عقد الزّواج - الخطبة-، مجلة التراث، مج9، ع1، جامعة زيان عاشور، الجلفة، مارس2019م.
532. بلقاسم شافي، 94 بالمائة من أطفال الجزائر محرومون من حليب الأم، اطلعت عليه في جريدة "الشروق"، على الشّبكة العنكبوتية، من الرّابط الآتي: https://ln.run/Ju9E4
533. بوزيان عليان، أثر الخلوة الصّحيحة على المركز القانوني للمعقود عليها قبل الدّخول الحقيقي، مجلة البحوث والدراسات الشرعية، مج3، ع20، مصر، 1435هـ-2014م.
534. بوسعيد رويضة، دور العُرفِ في مجال الخطبة والزّواج في قانون الأسرة الجزائري، مجلة التراث، مج9، ع1، جامعة زيان عاشور، الجلفة، مارس2019م.
535. توفيق شندارلي، الخطبة والعدول عنها-دراسة تحليلية فقهاً وتشريعاً وقضاءً، مجلة الاجتهاد القضائي، مج12، ع1، مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، جامعة محمد خيضر بسكرة، مارس2020م.
536. جمال عبد الوهاب الهلبي، أثر الطّلاق في متعة الزّوجية-دراسة فقهية مقارنة-، مجلة الدراية، ع22، كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنين بدسوق، جامعة الأزهر، مصر، يونيو 2023م.
537. جميل فخري جانم، أحكام الخطبة في ضوء العُرفِ، أريد للبحوث والدراسات، الأردن، 2015م.
538. جميل فخري جانم، أحكام المهر في ضوء العرف، أريد للبحوث والدراسات، مج10، ع2، الأردن، يونيو 2006م.
539. جيلالي تشوار، خواطر حول اضطراب الاجتهاد القضائي في مسألتي الخطبة والاشتراط في عقد الزّواج، المجلة المتوسطة للقانون والاقتصاد، مج2، ع1، المخبر المتوسطي للدراسات القانونية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، مارس2017م.
540. حاج أحمد عبد الله، العُدُولُ عن الخطبة وأثره في استرداد المهر والهدايا -دراسة مقارنة بالاجتهاد القضائي الجزائري-، مجلة العلوم القانونية والسياسية، مج03، ع04، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي، جانفي2012م.
541. حارث علي إبراهيم، سلطة القاضي في الخلع بدون رضا الزّوج دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي

والقانون، حوليات آداب عين شمس، مج49، ع3، كلية الآداب، أبريل 2021م.
542. حقوق المطلقة مقابل الإبراء، دون ذكر صاحب الفتوى، اطلعت عليه في موقع "إسلام ويب" على الشبكة العنكبوتية، من الرابط الآتي: https://goo.su/hEAMIYB
543. حكم مخالعة الرجل زوجته على نفقة الأبناء، دون ذكر صاحب الفتوى، اطلعت عليه في موقع "إسلام ويب" على الشبكة العنكبوتية، من الرابط الآتي: https://ln.run/FkHRA
544. خالد محمد حسين إبراهيم، الأحكام النازمة لالتزام الزوج بنفقة علاج الزوجة بين أقوال الفقهاء القدامي واجتهادات المعاصرين-دراسة فقهية مقارنة-ع4، مجلة كلية الدراسات الإسلامية، أسوان، مصر، ذو القعدة 1442هـ/يونيو 2021م.
545. خالدي ثامر، أثر العرف في الخطبة والفتحة في التشريع الجزائري، مجلة التراث، مج9، ع1، جامعة عاشور زيان، الجلفة، مارس 2019م.
546. خليل محمد قنن، آثار عقد الزواج الصحيح، دار المنظومة، مج88، أكتوبر 2014م.
547. رابح لعراجي، حقوق المطلقة وواجباتها في التشريع الجزائري، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، ع5، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة يحيى فارس، المدية، جوان 2018م.
548. رائف محمد النعيم، التنظير الفقهي لضرر العدول عن الخطبة -دراسة مقاصدية في ضوء الشريعة والقانون الليبي-، مجلة معارف، مج4، ع6، البويرة، 2009م.
549. ريحة إلغات، الطلاق بالخلع-دراسة تحليلية في ضوء الفقه والقانون واجتهادات المحكمة العليا-، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، ع4، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2009م.
550. رشيد العمري، أحكام جهاز ومتاع البيت-دراسة مقارنة-، مجلة الحضارة الإسلامية، ع16، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران، جمادى الثانية 1433هـ- ماي 2012م
551. رشيد الورك، النزاع بين الزوجين حول متاع البيت والشوار بين الفقه والعمل القضائي، مجلة ابن خلدون للدراسات القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مج1، ع2، المغرب، 2021م.
552. الزبير معتوق وعبد القادر مهاوات، الأخذ بالاحتياط وتطبيقاته في مسائل الأسرة عند المالكية دراسة مقارنة بقانون الأسرة الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، مج10، ع2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي، سبتمبر 2019م.

553. سارة قرميط، اعتبار العرف في مقدّمات الزّواج وتأثيره على دعم الاجتهاد القضائي، مجلة التراث، مج1، ع30، جامعة زيان عاشور، الجلفة، أفريل 2019م.
554. سامح عبد السّلام محمد، الألفاظ التي يقع بها الخلع، اطلعت عليه في الشّبكة العنكبوتية، من الرّابط الآتي: https://2cm.es/M4Rr
555. سامح عبد السّلام محمد، الخلع على بعض المنافع والحقوق، اطلعت عليه في الشّبكة العنكبوتية، من الرّابط الآتي: https://2h.ae/QVqY
556. سامح عبد السّلام محمد، الخلع على نفقة الأولاد وحضانتهم، اطلعت عليه في الشّبكة العنكبوتية، من الرّابط الآتي: https://goo.su/bfDLkV3
557. سجي عمر شعبان، ضوابط الشّروط المقترنة بالعقد في الشّريعة والقانون -دراسة مقارنة-، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، مج10، ع37، كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة كركوك، العراق، جوان 2021م.
558. سعاد سطحي، أحكام العدة في الفقه الإسلامي -دراسة مقارنة مع الفقه الإسلامي-، المعيار، مج4، ع8، كلية أصول الدين والشّريعة والحضارة الإسلامية، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، الجزائر، ربيع الثّاني 1425هـ - جوان 2004م.
559. سعود بن عبد الله الورقي، العرف وتطبيقاته المعاصرة، اطلعت عليه في موقع "جامع الكتب الإسلامية" على الشّبكة العنكبوتية، من الرّابط الآتي: https://ln.run/eH0IY
560. سفيان ناول، أثر الأعراف والعوائد في تغيير الأحكام والفتاوى، مجلة الشهاب، س2، ع2، جامعة الوادي، جوان 2022م.
561. سمية بوكايس، ولاية الزّواج في التّشريع الجزائري ما بين الإلغاء والإبقاء، مجلة الفقه والقانون، ع20، المغرب، 2014م.
562. سهيلة عاشور، ثغرات المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري، المجلة الدولية للبحوث القانونية والسياسية، مج6، ع1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي، الجزائر، ماي 2022م.
563. شهرزاد بوسطلة، إعمال القواعد الفقهية في منازعات الأحوال الشّخصية - قاعدة العادة محكمة

أنودجا- (مداخلة)، مؤتمر العرف وأثره في الممارسة القضائية في مجال الأحوال الشخصية، جامعة الجلفة، يومي 25 و 26 أبريل 2018م.
564. شوقي بنّاسي، الإشكالات العملية للخلع في الفقه الإسلامي والمادة 54 من قانون الأسرة الجزائري، مجلة الاجتهاد القضائي، ع س 18، مج 12، ع 1، مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، مارس 2019م
565. الشيخ صالح بشير، أثر الاتفاقيات الدولية على قضايا الأسرة، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، مج 12، ع 1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي تامنغست، جانفي 2023م.
566. صالح بن سيف الشّعي، طبيعة الخطبة في الشريعة والقانون والتطبيق القضائي، مجلة جامعة السلطان قابوس للدراسات القانونية، مج 1، ع 1، سبتمبر 2022م.
567. صليحة وجادي، حماية حقّ الطّفل في الرّضاع بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، مجلة المعيار، ع 15، المركز الجامعي أحمد بن يحيى الونشريسي، جامعة تيسمسيلت، الجزائر، 2016م.
568. طقوس الزّواج التقليدي بولاية تيزي وزو، لم يذكر اسم كاتبه، أخذته من موقع وزارة الثقافة والفنون، على الشبكة العنكبوتية، من الرّابط الآتي: https://ln.run/uxkEl
569. عادل عيساوي ومراد كاملي، عوض الخلع في قانون الأسرة الجزائري، مجلة الشريعة والاقتصاد، ع 10، كلية الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، ديسمبر 2016م.
570. عائشة عمران، الشّروط الجعلية في عقد الزّواج، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، مج 10، ع 4، جامعة الجلفة، ديسمبر 2017م.
571. عبد الباري عزيز عثمان، تخصيص العام بالعرف وأثره في الفقه الإسلامي، مجلة شرق الأناضول للاتجاهات في العلوم الاجتماعية، تركيا، 2021م.
572. عبد الحكيم بوجاني، إشكاليات العُدُول عن الخطبة بين النّقص التشريعي وضرورة التّعديل، مجلة الفقه والقانون، ع 20، المغرب، يونيو 2014م.
573. عبد الرحمن العمراني، نفقة الزّوجة هل تشمل أجرة علاجها إذا مرضت، مجلة الوعي الإسلامي،

س 39، ع 442، جمادى الآخرة 1423هـ/سبتمبر 2002م.
574. عبد السلام عبد القادر، الخلع في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة، مجلة الإحياء، كلية العلوم الإسلامية والعلوم الاجتماعية، ع01، جامعة باتنة، الجزائر، 2008م.
575. عبد السلام منصور قويدر، الخلع معناه وأحكامه -دراسة فقهية مقارنة-، مجلة الأصالة، ع1، الجمعية الليبية لعلوم التربية، يناير 2022م.
576. عبد العالي عشاري، الولاية في الزواج على ضوء أصول الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجديد، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، ع9، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، جوان 2018م.
577. عبد العزيز بن عبد الرحمن المشعل، أثر العرف والعادة في دراسة التّوازل الفقهية مع تطبيقات فقهية معاصرة، بدون معلومات النشر، حمّلتها من موقع "مكتبة عين الجامعة" على الشبكة العنكبوتية، من الرّابط الآتي: https://ln.run/Po8UU
578. عبد الكريم زيدان، مدى حقّ الزّوجة في إنهاء عقد الزّواج بالخلع، مجلة الفقه الإسلامي، التابع لرابطة العالم الإسلامي، المنعقد في مكة المكرمة، للفترة من 1427/3/10هـ الموافق لـ 2006/4/8م إلى 1427/3/13هـ الموافق لـ 2006/4/11م.
579. عبد المجيد محمد السوسة، التّخصيص بالعرف وأثره في الفقه الإسلامي، اطّلت عليه في موقع "مكتبة عين الجامعة" على الشبكة العنكبوتية، من الرّابط الآتي: https://ln.run/azQs7
580. عبد الثّور عيساوي، حقّ المطلقة في المتعة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مجلة القانون، ع4، معهد العلوم القانونية والإدارية، أحمد زبانه، غليزان، ديسمبر 2014م.
581. عثمان ديشيشة، الاتّفاقيات الدولية مصدر لقانون الأسرة بين المحافظة على خصوصيات المجتمع والوفاء بالالتزامات الدولية، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، مج16، ع2، جامعة الجلفة، جوان 2023م.
582. عدلان مطروح، الشّروط المقترنة بعقد الزّواج دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والتّشريع الجزائري، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، ع12، جامعة تبسة، الجائر، ديسمبر 2017م.
583. العربي باشا مصطفى وبلخير طاهري، مدى إلزامية الشّروط في ترتيب آثارها على عقد النّكاح

دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، مجلة الحضارة الإسلامية، مج19، ع1، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية، جامعة أحمد بن بلة، وهران1، أبريل 2018.
584. عز الدين عبد الدائم، صيغ انعقاد الرجعة في الطلاق بين الشريعة وقانون الأسرة الجزائري، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، ع12، كلية الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي تامنغست، جوان 2017م.
585. علاء الدين أبو العز، العُزفُ وأثر العمل به في مسائل الأحوال الشخصية-دراسة فقهية مقارنة-، مجلة العلوم الشرعية، مج15، ع2، جامعة القصيم، صفر 1443هـ-أكتوبر 2021م.
586. علال طحطاح، دراسة نقدية تقويمية لنص المادة: 49 من قانون الأسرة، مجلة صوت القانون، مخبر نظام الحالة المدنية، جامعة الجيلالي بونعامة، خميس مليانة، ع8، ديسمبر 201
587. علي مبارك السفيران المري وآخرون، أثر العرف في معايير الكفاءة في النكاح، المجلة العالمية للدراسات الفقهية والأصولية، مج3، ع1، كلية معارف الوحي، الجامعة الإسلامية العالمية، ماليزيا، يونيو 2019م.
588. علي محمد الجهيمي، حقيقة العُزف وحُجَّيته بين الاستقلال والتبعية، مجلة البحوث الأكاديمية، ع15، جامعة مصراتة، ليبيا، 2020م.
589. علي محمد جمعة، حكم الشبكة والمهر والهدايا وتكاليف حفل الخطبة عند فسخها، اطلعت عليها في موقع "دار الإفتاء المصرية"، على الشبكة العنكبوتية، من الرابط الآتي: https://goo.su/XkZqUzR
590. عماد الزيادات وآخرون، إسقاط الأم حَقُّها في الحضانة ومخالعتها عليه ورجوعها فيه في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الأردني، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، مج47، ع2، 2020م.
591. عمار مولود حاجم، العرف المجتمعي وأثره على الحقوق المالية للزوجة-دراسة مقارنة-، مجلة كلية القانون والعلوم السياسية، ع10، جامعة تكريت، العراق، د ت ن.
592. عمر بوعلال، المرجعية الفقهية المالكية في اجتهادات المحكمة العليا الجزائرية -قرارات غرفة الأحوال الشخصية عينة- مجلة البحوث العلمية والدراسات الإسلامية، مج12، ع1، مخبر الشريعة،

جامعة الجزائر 1، 2019م.
593. عيادة الحسين والرّشيد بن شويخ، دور القاضي في حماية الأسرة في النزاعات المالية بين الزوجين، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والانسانية، ع20، جامعة حسيبة بن بوعلي، شلف، جوان 2018م.
594. عيسى حداد، الحضانة بين القانون والاجتهاد القضائي، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، ع5، جامعة تبسة، جوان 2011م.
595. فاطمة حداد وياسين حجاب، الاشتراط في عقد الزواج بين الاعتراف القانوني ومحدودية الممارسة، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، ع7، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، ديسمبر 2017م.
596. فريال بن جدي، تأثير العرف على آثار الحضانة، مجلة الثّراث، مج9، ع1، جامعة زيان عاشور، الجلفة، مارس 2019م.
597. فريدة محمد عقيلي، أثر العرف والواقع في عمل المجتهد بالقول المرجوح، مجلة كلية دار العلوم، مج38، ع137، جامعة القاهرة، سبتمبر وأكتوبر 2021م.
598. قطبي أحمد ومنصوري المبروك، متاع البيت في التشريع الجزائري ومتطلبات الإثبات في نزاعاته، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، مج11، ع2، المركز الجامعي تامنغست، ذو القعدة 1443هـ-2022م.
599. كاملة طواهرية، أحكام الخلع في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة المعيار، ع39، كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، جوان 2015م.
600. كريمة محروق، إشكالات متاع البيت بين الحلول الفقهية والنّص القانوني الجزائري، مجلة الشريعة والقانون بماليزيا، مج10، ع2، ديسمبر 2019م.
601. كمال لدرع، الطّلاق في قانون الأسرة دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، مجلة العلوم الإسلامية، ع12، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، الجزائر، سبتمبر 2002م.
602. لوي الصميعات وأحمد القضاة، طلاق السّكران في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الأردني، مجلة جامعة النجاح للأبحاث، مج33، جامعة نابلس، فلسطين، مارس 2019م.

603. ليندة جعفرور، صداق المثل، مجلة التراث، مج9، ع1، جامعة عاشور زيان، الجلفة، الجزائر، مارس2019م.
604. ماهر حامد الحولي، تخصيص العموم بالعرف وأثره في الفروع الفقهيّة، مجلة الجامعة الإسلامية، مج18، ع2، قطاع غزة، فلسطين، يونيو2010م.
605. محمد الطلبة، أثر العرف والعادة في توجيه الأحكام الشرعيّة والنصوص القانونيّة وصور ذلك التأثير إجمالاً وتفصيلاً، مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات، الإسكندرية، مج36، ع6، أكتوبر2020م.
606. محمد باوني، الخطبة المقترن بالفاتحة وحكمها شرعاً وقانوناً-دراسة مقارنة-، مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، مج19، ع01، قسنطينة، الجزائر، 2004م.
607. محمد بوطرفاس، الأسرة الجزائرية بين القانون والعرف، مجلة العلوم الإنسانية، ع33، جامعة الأخوة منتوري، قسنطينة، جوان2010م.
608. محمد توفيق قديري، الأعراف المخالفة لأحكام الزّواج وانحلاله شرعاً وقانوناً في المجتمع الجزائري، مجلة التراث، مج9، ع1، جامعة زيان عاشور، الجلفة، مارس2019م.
609. محمد جبر الألفي، العرف-بحث فقهي مقارن-، كتاب مجلة مجمع الفقه الاسلامي، منظمة المؤتمر الاسلامي بجدة، ج6، ع5، المملكة العربية السعودية، د ت ن.
610. محمد زيان، زواج سيدي معمر بمدينة تنس-بداية زوال عادات أمام واقع متأزم قراءة أنثروبولوجية-، مجلة دراسات في التنمية والمجتمع، مج6، ع4، مخبر المجتمع ومشاكل التنمية المحلية في الجزائر، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، جانفي2022م.
611. محمد مستوري، الكفاءة في الزّواج ودور العرف في التوسعة من مجالاتها، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، مج13، ع1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجلفة، أفريل2020م.
612. محمد منصور ونور الدين مناني، أثر العرف في أحكام الصّداق-دراسة مقارنة بين الفقه المالكي والتّشريع الجزائري-، مجلة الشهاب، مج8، ع2، جامعة الوادي، جويلية2022م.
613. محمد يونس الزعبي، التّطبيقات العملية لأحكام الرّجعة بين الفقه والقضاء الشرعي الأردني، تم تحميله من موقع دائرة الإفتاء على الشّبكة العنكبوتية، من الرّابط الآتي: https://2h.ae/weVL

614. مصعب عمر الحسن طه ويعقوب علي مهيب الوحش، أحكام الخلع في الفقه الإسلامي والقانون -دراسة فقهية مقارنة بقانون الأحوال الشخصية اليمني والسوداني-، مجلة الآداب، ع19، يونيو 2021م
615. مطالبة الزوج بأجر على الرضاع، دون ذكر صاحبه، اطلعت عليه في موقع "إسلام ويب" على الشبكة العنكبوتية، من الرابط الآتي: https://goo.su/rzthoVJ
616. معاذ بن محمد الحبيب، التطبيقات القضائية في مسائل الأحوال الشخصية، مجلة كلية الشريعة والقانون بتفهن الأشراف، دقهلية، مج22، ع5، 2020م.
617. المكي صلوح، دور العرف في الخطبة بين أحكام الشريعة الإسلامية والقانون، مجلة البحوث الأسرية، س2، مج2، ع1، مخبر قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، مارس 2022م.
618. منصوري المبروك، آثار انخيار العملة على الآثار المالية للطلاق (المتعة والمتاع)، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، مج8، ع2، المركز الجامعي تامنغست، فيفري 2019م
619. موضوع الحمل: هل أنا حامل؟ (مقال) تم الاطلاع عليه، في الشبكة العنكبوتية من الرابط الآتي: https://ln.run/D081h
620. نبيل موفق، التلّيق التشريعي في قانون الأسرة الجزائري وأثره في معالجة المستجدات الفقهية الأسرية (مداخلة)، الملتقى الدولي الثاني، المستجدات الفقهية في أحكام الأسرة، معهد العلوم الإسلامية، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي، 24 و 25 أكتوبر 2018م.
621. نبيلة جنادي، النقص التشريعي في تنظيم نفقة المتعة وواقع تقديرها في قانون الأسرة الجزائري، مجلة صوت القانون، مخبر نظام الحالة المدنية، جامعة الجليلي بونعامة، خميس مليانة، مج4، ع3، ديسمبر 2017م.
622. نصر فريد محمد واصل، حقّ الزوجة في إنهاء عقد الزواج بالخلع، اطلعت عليه في موقع "مكتبة نور" على الشبكة العنكبوتية من الرابط الآتي: https://ln.run/L0N5L
623. نظيرة عتيق، الخلع بين الرخصة والحقّ الأصل دراسة نقدية في ظل الاجتهاد القضائي والفقه الإسلامي، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، مج1، ع1، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البليدة، جانفي 2011م.

624. نور الدّين حيرش، موقف المشرّع الجزائري من مسألة الخلع مقابل الشّريعة الإسلاميّة -دراسة نقدية مقارنة-، مجلة الناصرية للدراسات الاجتماعية والتاريخية، مج13، ع1، مخبر البحوث الاجتماعية والتاريخية، جامعة معسكر، الجزائر، جوان 2022م.
625. نور الدّين عماري، الخلع من رخصة إلى حقّ أصيل الزّوجة بين أحكام القضاء وقانون الأسرة الجزائريين، مجلة دفاتر السياسة والقانون، ع13، كلية الحقوق، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، جوان 2015م.
626. نورة عبد الله المطلق، عدّة من ارتفع حيضها لا تعلم ما رفعه -دراسة فقهية طبية-، مجلة الجمعية الفقهية السعودية، مج2011، ع9، السعودية، مايو 2011م.
627. هاجر محمود عبد العزيز سالم، أثر الإكراه على تصرفات المكلف -دراسة أصولية تطبيقية-، مجلة كلية الشريعة بطنطا، ع37، كلية الدراسات الإسلامية والعربية بنات الزقازيق، جامعة الأزهر، مصر، 2022م.
628. هاجرة عمير، دور قانون الأسرة الجزائري في حماية المرأة من التّعسف -التّعسف في استعمال حقّ الولاية أنموذجًا-، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، مج6، ع2، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، ديسمبر 2020م.
629. الهادي السّعيد عرفه، قضايا في الخلع شرعًا وقانونًا، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، ع59، أبريل 2016م.
630. هشام السيد عطية الجنائي، اشتهاار لفظ في الطّلاق، أخذته من موقع "شبكة الألوكة" على الشّبكة العنكبوتية من الرّابط الآتي: <https://ln.run/1ikFk>
631. وحياني جيلالي، رضا المرأة في الزّواج في قانون الأسرة 05/02 على ضوء الاتّفاقيات الدولية، مجلة البحوث القانونية السياسية، ع7، ديسمبر 2016م.
632. وحيد هدايج وشهرزاد نعيمجي، الخلع بين أحكام العرف وضرورة التّعديل في قانون الأسرة الجزائري، مجلة الاقتصاد والقانون، ع12، جامعة سوق هراس، جوان 2023م.
633. وردة جاسم، أجرة الرضاعة بين الفقه وقانون الأسرة الجزائري -دراسة فقهية مقارنة في ضوء مقاصد الشّريعة، مجلة كلية بينجابان للإسلام المعاصر، جامعة السلطان زين العابدين كامبوس جونج

باداك، ماليزيا، أبريل 2022م.
634. وفاء بلفار، اعتبارُ العُزفِ في آثار عقد الزَّواج، مجلة التراث، مج9، ع32، جامعة زيان عاشور، الجلفة، ديسمبر 2019م.
635. ياسين بن عمر، الخلع في نصوص قانون الأسرة الجزائري والممارسة القضائية، مجلة الدراسات الفقهية والقضائية، مج7، ع1، مخبر الدراسات الفقهية والقضائية، جامعة الوادي، مارس 2021م.
636. ياسين بولحمار، طلاق السَّكران في الشَّريعة الإسلاميَّة-دراسة مقارنة بين المذاهب الفقهية-، مجلة العلوم الإنسانية والاجتماعية، ع7، ش8، جامعة الجيلالي بونعامة، خميس مليانة، 2021م
637. يعقوب بلشير، الطبيعة القانونيَّة للخطبة وآثار العُدُول عنها دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، حوليات كلية الحقوق والعلوم السياسية، ع7، جامعة محمد بن أحمد، وهران2، الجزائر، ديسمبر 2016م.
سادسا- المجالات والنشرات القضائية:
638. المجلة القضائية، المحكمة العليا، الجزائر، ع: 2، 1986م.
639. المجلة القضائية، المحكمة العليا، الجزائر، ع: 2، و4، 1989م.
640. المجلة القضائية، المحكمة العليا، الجزائر، ع: 1، و3، و4، 1990م.
641. المجلة القضائية، المحكمة العليا، الجزائر، ع: 2، و4، 1991م.
642. المجلة القضائية، المحكمة العليا، الجزائر، ع: 2، 1992م.
643. المجلة القضائية، المحكمة العليا، الجزائر، ع: 1، و2، 1993م.
644. المجلة القضائية، المحكمة العليا، الجزائر، ع: 3، 1994م.
645. المجلة القضائية، المحكمة العليا، الجزائر، ع: 2، 1997م.
646. المجلة القضائية، المحكمة العليا، الجزائر، ع: 1، 1998م.
647. المجلة القضائية، المحكمة العليا، الجزائر، ع: خ، 2001م.
648. المجلة القضائية، المحكمة العليا، الجزائر، ع: خ، ع: 1، 2003م.
649. المجلة القضائية، المحكمة العليا، الجزائر، ع: 2، 2004م.
650. المجلة القضائية، المحكمة العليا، الجزائر، ع: 2، 2005م.

651. مجلة المحكمة العليا، المحكمة العليا، الجزائر، ع: 1، 2006م.
652. مجلة المحكمة العليا، المحكمة العليا، الجزائر، ع: 1، 2007م.
653. مجلة المحكمة العليا، المحكمة العليا، الجزائر، ع: 1، 2، 2008م.
654. مجلة المحكمة العليا، المحكمة العليا، الجزائر، ع: 1، 2009م.
655. مجلة المحكمة العليا، المحكمة العليا، الجزائر، ع: 1، 2010م.
656. مجلة المحكمة العليا، المحكمة العليا، الجزائر، ع: 1، 2، 2011م.
657. مجلة المحكمة العليا، المحكمة العليا، الجزائر، ع: 1، 4، 2012م.
658. مجلة المحكمة العليا، المحكمة العليا، الجزائر، ع: 1، 2017م.
659. مجلة المحكمة العليا، المحكمة العليا، الجزائر، ع: 1، 2018م.
660. النشرة القضائية، المحكمة العليا، الجزائر، ع: 61، 2006م.
661. النشرة القضائية، المحكمة العليا، الجزائر، ع: 62، 2008م.
662. محكمة قسنطينة، رقم الفهرس 249/81، قرار مؤرخ في: 1981/9/28م.
663. محكمة ورقلة، ق أش، رقم الفهرس 07/243، بتاريخ 2007/10/30م.
664. محكمة سعيدة، ق أش، رقم الفهرس 2008/437، بتاريخ: 2008/2/9م.
665. محكمة سعيدة، ق أش، رقم الفهرس 09/2697، بتاريخ: 2010/1/7م.
666. مجلس قضاء تلمسان، قرار مؤرخ في 1967/3/16م، م. ج، 1968م.
سابعاً- النصوص القانونية والتنظيمية:
أ. النصوص القانونية الجزائرية:
688. دستور 2020م، المرسوم الرئاسي رقم 20-412 ممضي في 30 ديسمبر 2020م يتعلق بإصدار التّعديل الدّستوري، المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر 2020م، ج ر، ع82، مؤرخة في 30 ديسمبر 2020م.
689. قانون رقم: 84-11، مؤرخ في 09 رمضان 1404هـ الموافق لـ 09 يونيو 1984م، يتضمن قانون الأسرة الجزائري، ج ر، ع24، الصادرة في 12 رمضان 1404هـ الموافق لـ 12 يونيو 1984م. معدّل ومتّم بالأمر رقم 02/05، مؤرخ في 18 محرم 1426هـ الموافق لـ 27 فبراير 2005م، ج ر،

ع15، صادرة في 18 محرم 1426 هـ الموافق لـ 27 فبراير 2005 م.
690. قانون رقم: 08-09، مؤرخ في 18 صفر 1429 هـ الموافق لـ 25 فبراير 2008 م، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر، ع 21، صادرة في 17 ربيع الثاني 1429 هـ الموافق لـ 23 أبريل 2008 م.
691. الأمر رقم: 75-58، مؤرخ في 20 رمضان 1395 هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 م، يتضمن القانون المدني، ج ر، ع 78، الصّادرة في 24 رمضان 1395 هـ الموافق لـ 30 سبتمبر 1975 م. معدّل ومتّم بالأمر رقم: 05-10، مؤرخ في 20 يونيو 2005 م، ج ر، ع 44، وبالأمر رقم 05/07، مؤرخ في 25 ربيع الثاني 1428 هـ الموافق لـ 13 مايو 2007 م، ج ر، ع 31، صادرة في 25 ربيع الثاني 1428 هـ الموافق لـ 13 مايو 2005 م.
692. قانون رقم 12/15 مؤرخ في 28 رمضان 1436 هـ الموافق لـ 15 يونيو 2015 م، يتعلق بحماية الطفل، ج ر، ع 39، صادرة بتاريخ 3 شوال 1436 هـ الموافق لـ 19 يونيو 2015 م.
693. الجريدة الرسمية للمجلس الشعبي الوطني، رقم: 48/1984 م.
ب. النصوص القانونية العربيّة:
694. مجلة الأحوال الشخصيّة التونسيّة، صدرت بالرائد الرسمي التونسي، ع 66، بتاريخ 17/8/1956 م، حملتها من موقع "وزارة العدل التونسية"، على الشبكة العنكبوتية من الرابط الآتي: https://2h.ae/UYxT
مدونة الأسرة المغربية، صيغة مينة 2021، حملتها من موقع "المحكمة الدستورية المغربية"، على الشبكة العنكبوتية من الرابط الآتي: https://2h.ae/lHRA
695. قانون الأسرة الليبي رقم 10 لسنة 1984 م، المتعلق بالأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارهما. حملته من موقع "المجمع القانوني الليبي" على الشبكة العنكبوتية من الرابط الآتي: https://goo.su/nAcV3
696. قانون رقم 2001-052 بتاريخ 19 يوليو 2001 م، يتضمن مدونة الأحوال الشخصيّة الموريتانية. حملته من الشبكة العنكبوتية من الرابط الآتي: https://2h.ae/cKuf
697. قانون الأحوال الشخصيّة الأردني رقم 36 لسنة 2010. حملته من الشبكة العنكبوتية من

الرابط الآتي: https://2h.ae/EOEe
698. قانون رقم 04 لعام 2019 مؤرخ في 2019/2/7 المتضمن تعديل بعض مواد قانون الأحوال الشخصية السوري، الصادر بالمرسوم التشريعي 59 لعام 1953م. حملتهما من موقع "البوابة الحكومة الإلكترونية السورية" على الشبكة العنكبوتية من الرابط الآتي: https://2u.pw/TQWxjaI
699. قانون الأحوال الشخصية المصري، المعدل القانون 100 لسنة 1985م. حملته من موقع "مملكة القانون" على الشبكة العنكبوتية من الرابط الآتي: https://2h.ae/YrKA
700. قانون الأحوال الشخصية العراقي، رقم 188 لسنة 1959م. حملته من موقع "شبكة قوانين الشرق" على الشبكة العنكبوتية من الرابط الآتي: https://linksshorcut.com/jpuh
701. قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة وفقاً لأحدث التعديلات بالمرسوم بقانون اتحادي رقم 8 بتاريخ 2019/8/29م. وبالمرسوم بقانون اتحادي رقم 5 بتاريخ 2020/8/25م، نسخة إلكترونية، حملتها من الشبكة العنكبوتية من الرابط الآتي: https://2h.ae/RDJt
702. مجلّة الأحكام العُدليّة، لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، ت: نجيب هواويني، د ر ط، الناشر: نور محمد، كارخانه تجارَت كتب، آرام باغ، كراتشي، د م ولا ت ن.
703. مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة 23، المدينة المنورة، 19 - 23 صفر 1440هـ، الموافق: 28 أكتوبر - 1 نوفمبر 2018م
704. قرار رقم: 217 (1/23)، بشأن زواج الصغيرات بين حقّ الوليّ ومصلحة الفتاة ومدى سلطة ولي الأمر في منعه أو تقييده من المنظور الشرعي. مجمع الفقه الإسلامي الدولي. حملته من الشبكة العنكبوتية من الرابط: https://ln.run/Y4ZwY
تاسعاً. المواقع الإلكترونية:
705. من موقع "شبكة الألوكة": https://ln.run/1ikFk
706. موقع "أخبار الأغواط" على الفيسبوك: https://ln.run/2Ynq4
707. موقع "الشروق أونلاين": https://rb.gy/kl12jd
708. موقع "النهار أونلاين": https://ln.run/jUpQD

709.	موقع إسلام ويب: https://ln.run/zFkNd
710.	موقع جريدة الشروق: https://ln.run/Ju9E4
711.	موقع دار الافتاء المصرية: https://goo.su/XkZqUzR
712.	موقع صحة الطّي: https://ln.run/D081h
713.	موقع مداد: https://ln.run/FCeh9
714.	موقع مكتبة عين الجامعة: https://ln.run/azqs7
715.	موقع مكتبة عين الجامعة: https://ln.run/Po8UU
716.	موقع مكتبة نور: https://ln.run/BlkfU
717.	موقع وزارة الثقافة والفنون: https://ln.run/uxkEl
718.	موقع وكالة الأنباء الجزائرية: https://ln.run/Q3JeG
	تاسعاً- المقابلات الشخصية والتواصل عبر الماسنجر:
719.	مراسلة الإمام بوزيان تاري، بمنطقة مازونة ولاية غليزان، إجابة مكتوبة، 2023/10/7م.
720.	لقاء شخصي مع القاضي سليمان مانع، محكمة ميله، يوم: 2023/8/15م.
721.	مراسلة الدكتور أحمد علي زواري، من جامعة الوادي، إجابة صوتية، 2023/9/19م.

11. فهرس المحتويات

الصفحة	المحتوى
/	الإهداء
/	شكر وتقدير
01	المقدمة
16	الفصل التمهيدي: ماهية العُرف في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري
17	المبحث الأول: مفهوم العُرف في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري
18	المطلب الأول: تعريف العُرف والعادة
18	الفرع الأول: تعريف العُرف لغة واصطلاحاً
22	الفرع الثاني: تعريف العادة والفرق بينها وبين العُرف
28	المطلب الثاني: أقسام العُرف وأركانه وشروطه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري
28	الفرع الأول: أقسام العُرف في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري
33	الفرع الثاني: أركان العُرف وشروطه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري
41	المبحث الثاني: حجية العُرف وأدواره في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري
42	المطلب الأول: حجية العُرف في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري
42	الفرع الأول: حجية العُرف في الفقه الإسلامي
44	الفرع الثاني: حجية العُرف في التشريع الجزائري
48	المطلب الثاني: أدوار العُرف في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري
48	الفرع الأول: أدوار العُرف في الفقه الإسلامي
55	الفرع الثاني: أدوار العُرف في التشريع الجزائري
61	الباب الأول: أثر العُرف في الزواج وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري
62	الفصل الأول: أثر العُرف في مقدمات الزواج في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري
63	المبحث الأول: أثر العُرف في اختيار الخاطبين وتحديد سئهما والشورى في الخطبة في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

64	المطلب الأول: أثر العُرف في أسس اختيار الخطابين في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري
64	الفرع الأول: أثر العُرف في أسس اختيار الخطابين في الفقه الإسلامي
72	الفرع الثاني: أثر العُرف في أسس اختيار الخطابين في التشريع الجزائري
74	المطلب الثاني: أثر العُرف في تحديد سن الخطابين في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري
74	الفرع الأول: أثر العُرف في تحديد سن الخطابين في الفقه الإسلامي
78	الفرع الثاني: أثر العرف في تحديد سن الخطابين في التشريع الجزائري
81	المطلب الثالث: أثر العُرف في الشورى في الخطبة في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري
81	الفرع الأول: أثر العُرف في الشورى في الخطبة في الفقه الإسلامي
83	الفرع الثاني: أثر العُرف في الشورى في الخطبة في التشريع الجزائري
84	المبحث الثاني: أثر العُرف في مواصفات الخطابين والعلاقة بينهما في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري
85	المطلب الأول: أثر العُرف في أحكام النظر بين الخطابين في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري
85	الفرع الأول: أثر العُرف في حكم النظر بين الخطابين في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري
91	الفرع الثاني: أثر العُرف في شروط النظر إلى المخطوبة ووقته ومقداره في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري
99	المطلب الثاني: أثر العُرف في التوكيل بالنظر إلى المخطوبة وفي العلاقة بين الخطابين في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري
99	الفرع الأول: أثر العُرف في التوكيل بالنظر إلى المخطوبة في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري
102	الفرع الثاني: أثر العُرف في العلاقة بين الخطابين في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري
111	المبحث الثالث: أثر العُرف في أحكام الخطبة والعُدُول عنها في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري
112	المطلب الأول: أثر العُرف في تكيف الخطبة والفتحة واقتراحهما في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

112	الفرع الأول: أثر العُرف في تكييف الخطبة في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري
115	الفرع الثاني: أثر العُرف في حكم اقتران الفاتحة بالخطبة في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري
120	المطلب الثاني: أثر العُرف في أحكام العُدول عن الخطبة في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري
120	الفرع الأول: أثر العُرف في حكم العُدول عن الخطبة في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري
127	الفرع الثاني: أثر العُرف في اختلاف الخاطبين حول المقدم إلى المخطوبة هدية أم صداقاً في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري
135	الفرع الثالث: أثر العرف في حكم الصّدق المعجل عند العُدول عن الخطبة في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري
139	الفصل الثاني: أثر العُرف في أحكام الزواج في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري
140	المبحث الأول: أثر العُرف في حقيقة الزواج في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري
142	المطلب الأول: أثر العُرف في مفهوم الزواج والنكاح في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري
142	الفرع الأول: أثر العرف في مفهوم الزواج في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري
144	الفرع الثاني: أثر العرف في مفهوم النكاح في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري
149	المطلب الثاني: أثر العُرف في أركان عقد الزواج في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري
149	الفرع الأول: تعريف أركان الزواج وتحديدّها في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري
152	الفرع الثاني: أثر العُرف في ركن الرضا بعقد الزواج في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري
160	المطلب الثالث: أثر العُرف في الاشتراط بعقد الزواج في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري
160	الفرع الأول: أثر العُرف في الاشتراط بعقد الزواج في الفقه الإسلامي
167	الفرع الثاني: أثر العُرف في الاشتراط بعقد الزواج في التشريع الجزائري
175	المبحث الثاني: أثر العُرف في الشروط الموضوعية بعقد الزواج في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري
177	المطلب الأول: أثر العُرف في أحكام الصّدق بعقد الزواج في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

177	الفرع الأول: أثر العُرف في تحديد حدّ الصّدّاق في الفقه الإسلاميّ والتّشريع الجزائريّ
184	الفرع الثاني: أثر العُرف في تعجيل الصّدّاق وتأجيله في الفقه الإسلاميّ والتّشريع الجزائريّ
187	الفرع الثالث: أثر العُرف في الاختلاف حول قبض الصّدّاق وصدّاق المثل في الفقه الإسلاميّ والتّشريع الجزائريّ
200	المطلب الثاني: أثر العُرف في أحكام الوليّ بعقد الزّواج في الفقه الإسلاميّ والتّشريع الجزائريّ
200	الفرع الأول: أثر العرف في اشتراط الوليّ في زواج المرأة الرّاشدة في الفقه الإسلاميّ
205	الفرع الثاني: أثر العرف في اشتراط الوليّ في زواج المرأة الرّاشدة في التّشريع الجزائريّ
209	المبحث الثالث: أثر العُرف في حقوق الزّوجين والأبناء في الفقه الإسلاميّ والتّشريع الجزائريّ
211	المطلب الأول: أثر العُرف في الحقوق المشتركة بين الزّوجين في الفقه الإسلاميّ والتّشريع الجزائريّ
211	الفرع الأول: أثر العرف في الحقوق المشتركة بين الزّوجين في الفقه الإسلاميّ
216	الفرع الثاني: أثر العرف في الحقوق المشتركة بين الزّوجين في التّشريع الجزائريّ
221	المطلب الثاني: أثر العُرف في حقوق الزّوج على زوجته في الفقه الإسلاميّ والتّشريع الجزائريّ
221	الفرع الأول: أثر العُرف في حقّي القوامة والطّاعة في الفقه الإسلاميّ والتّشريع الجزائريّ
224	الفرع الثاني: أثر العُرف في خدمة الزّوجة لزوجها في الفقه الإسلاميّ والتّشريع الجزائريّ
229	المطلب الثالث: أثر العُرف في حقوق الزّوجة والأبناء على الزّوج في الفقه الإسلاميّ والتّشريع الجزائريّ
229	الفرع الأول: أثر العُرف في نفقة الزّوجة في الفقه الإسلاميّ والتّشريع الجزائريّ
247	الفرع الثاني: أثر العُرف في حقّ إرضاع الأبناء وأجرة الرّضاعة في الفقه الإسلاميّ والتّشريع الجزائريّ
260	خلاصة الباب الأول
261	الباب الثاني: أثر العُرف في انحلال الزّواج وأحكامه في الفقه الإسلاميّ والتّشريع الجزائريّ
262	الفصل الأول: أثر العُرف في طرق انحلال الزّواج في الفقه الإسلاميّ والتّشريع الجزائريّ

263	المبحث الأول: أثر العُرف في انحلال الزّواج بالطلاق في الفقه الإسلاميّ والتّشريع الجزائريّ
265	المطلب الأول: أثر العُرف في أحوال المطلق وأحكامه في الفقه الإسلاميّ والتّشريع الجزائريّ
266	الفرع الأول: أثر العرف في طلاق المُكره في الفقه الإسلاميّ والتّشريع الجزائريّ
274	الفرع الثاني: أثر العُرف في طلاق السّكران في الفقه الإسلاميّ والتّشريع الجزائريّ
281	المطلب الثاني: أثر العُرف في ألفاظ الطّلاق وصيغه في الفقه الإسلاميّ والتّشريع الجزائريّ
281	الفرع الأول: أثر العُرف في اللفظ الصّريح والكنائي في الطّلاق في الفقه الإسلاميّ والتّشريع الجزائريّ
292	الفرع الثاني: أثر العرف في اشتهاار لفظ كنائي في الطّلاق في الفقه الإسلاميّ والتّشريع الجزائريّ
298	الفرع الثالث: أثر العُرف في الألفاظ المُصحّفة في الطّلاق في الفقه الإسلاميّ والتّشريع الجزائريّ
301	المبحث الثاني: أثر العُرف في انحلال الزّواج بالخلع في الفقه الإسلاميّ والتّشريع الجزائريّ
303	المطلب الأول: أثر العُرف في أحوال الزّوجة المخالعة وأحكامها في الفقه الإسلاميّ والتّشريع الجزائريّ
303	الفرع الأول: أثر العُرف في خلع الزّوجة الصّغيرة في الفقه الإسلاميّ والتّشريع الجزائريّ
308	الفرع الثاني: أثر العُرف في خلع الزّوجة المُكرهة في الفقه الإسلاميّ والتّشريع الجزائريّ
312	المطلب الثاني: أثر العُرف في صيغ الخلع وألفاظه وفي الخلع القضائيّ في الفقه الإسلاميّ والتّشريع الجزائريّ
312	الفرع الأول: أثر العُرف في صيغ الخلع وألفاظه في الفقه الإسلاميّ والتّشريع الجزائريّ
322	الفرع الثاني: أثر العُرف في الخلع القضائيّ في الفقه الإسلاميّ والتّشريع الجزائريّ
336	الفصل الثاني: أثر العُرف في آثار انحلال الزّواج في الفقه الإسلاميّ والتّشريع الجزائريّ
337	المبحث الأول: أثر العُرف في الآثار المشتركة لانحلال الزّواج في الفقه الإسلاميّ والتّشريع الجزائريّ
338	المطلب الأول: أثر العُرف في الآثار غير المالية لانحلال الزّواج في الفقه الإسلاميّ والتّشريع الجزائريّ
338	الفرع الأول: أثر العُرف في عدّة المرتابة وخروجها من بيت الزّوجيّة في الفقه الإسلاميّ والتّشريع الجزائريّ

354	الفرع الثَّاني: أثر العرف في انتهاء مدَّة الحضانة والسَّفر بالمحزون وأوقات زيارته في الفقه الإسلامي والتَّشريع الجزائريّ
370	المطلب الثَّاني: أثر العُرف في الآثار المالية لانحلال الزَّواج في الفقه الإسلامي والتَّشريع الجزائريّ
370	الفرع الأوَّل: أثر العُرف في متاع البيت وتجهيزه في الفقه الإسلامي والتَّشريع الجزائريّ
376	الفرع الثَّاني: إثبات متاع بيت الزَّوجيّة وحل النزاع المتعلّق به في الفقه الإسلامي والتَّشريع الجزائريّ
389	المبحث الثَّاني: أثر العُرف في الآثار الخاصّة لانحلال الزَّواج في الفقه الإسلامي والتَّشريع الجزائريّ
390	المطلب الأوَّل: أثر العُرف في الآثار الخاصّة لانحلال الزَّواج بطريقي الطَّلّاق والتَّطليق في الفقه الإسلامي والتَّشريع الجزائريّ
390	الفرع الأوَّل: أثر العُرف في ألفاظ الرّجعة وصيغها في الفقه الإسلامي والتَّشريع الجزائريّ
397	الفرع الثَّاني: أثر العُرف في متعة المطلّقة وتقديرها في الفقه الإسلامي والتَّشريع الجزائريّ
411	المطلب الثَّاني: أثر العُرف في الآثار الخاصّة لانحلال الزَّواج بطريق الخلع في الفقه الإسلامي والتَّشريع الجزائريّ
411	الفرع الأوَّل: أثر العرف في مسائل عوض الخُلْع في الفقه الإسلامي والتَّشريع الجزائريّ
418	الفرع الثَّاني: أثر العُرف في عوض الخلع مقابل التَّنّازل أو الإبراء من بعض الحقوق في الفقه الإسلامي والتَّشريع الجزائريّ
436	خلاصة الباب الثَّاني
438	الخاتمة
443	الملاحق
451	الفهارس
452	1. فهرس الآيات القرآنية
456	2. فهرس الأحاديث النبوية
460	3. فهرس آثار الصحابة

فهرس المحتويات

462	4. فهرس الأبيات الشعرية
463	5 فهرس الأعلام المترجم لهم
465	6. فهرس الألفاظ المعروف بها
466	7. فهرس القواعد الفقهية والأصولية والقانونية
467	8. فهرس المواد القانونية
470	9. فهرس القرارات القضائية
475	10. قائمة المصادر والمراجع
533	11. فهرس المحتويات

تناولت هذه الأطروحة موضوعاً هاماً تعلّق بـ: أثر العُرف في أحكام الزّواج وانهلاله في الفقه الإسلاميّ والتّشريع الجزائريّ-دراسة تحليلية مقارنة-، وعن إشكاليّتها الرّئيسة تمثّلت في: كيف أثر العرف على تسطير الأحكام المتعلّقة بالزّواج وانهلاله في الفقه الإسلاميّ والتّشريع الجزائريّ؟

وقد أجابت الدّراسة عن ذلك من خلال فصل تمهيديّ، وبابين في كلّ منهما فصلان، فالفصل التّمهيديّ تناولت فيه مفهوم العرف وحجّيته وأدواره، والباب الأوّل قسّمته لفصلين؛ فخصّصت الأوّل منهما لأثر العرف في أحكام مقدّمات الزّواج (الخطبة)، والثّاني تحدّث فيه عن أثر العرف في أحكام الزّواج. أمّا الباب الثّاني فقد جعلته أيضاً في فصلين؛ فتكلّمت في الأوّل منهما عن أثر العرف في طرق انحلّال الزّواج، وفي الثّاني عن أثر العرف في آثار انحلّال الزّواج، وكلّ ذلك بين الفقه الإسلاميّ والتّشريع الجزائريّ.

وتوصّلت الدّراسة لجملة من النتائج لعلّ من أهمّها:

- أنّ العرف حُجّة ويعتبر أصلاً يبنّي عليه شطر عظيم من أحكام الفقه الإسلاميّ، وأنّه دليل يمكن للمشرّع الجزائريّ أن يستأنس به لإيجاد حلّ للمسائل المسكوت عنها في قانونه للأسرة.
- أنّ فقهاء الشّريعة الإسلاميّة قد أخذوا بالعرف في كثير من مسائل الزّواج وانهلاله على عكس المشرّع الجزائريّ الذي أخذ به في بعض نصوصه وفي القليل من اجتهاداته القضائيّة سواء كان ذلك بشكل صريح أو ضمنيّ.

وممّا نوصي به هو مراجعة الأحكام الشّرعية المتغيرة والنصوص القانونية والاجتهادات القضائيّة التي مرجعها العرف، والنّظر فيها حتى تواكب المستجدات.

كما ندعو الجهات التّشريعية والقضائيّة وشؤون الفتوى أن تدون الأعراف الجارية المعتمدة للحاجة إليها في الحكم، ولتمكين الباحثين من الاطلاع عليها.

ABSTRACT

This dissertation explores the crucial topic of marriage and its dissolution within the framework of Islamic jurisprudence and Algerian legislation, with a focus on the impact of custom. It presents an analytical comparative study, addressing key questions such as: How has custom influenced the formulation of provisions related to marriage and its dissolution in Islamic jurisprudence and Algerian legislation?

The study is structured into a preliminary chapter and two main parts, each consisting of two chapters. The preliminary chapter examines the concept of custom, its authority, and its roles. Part One includes two chapters: the first chapter describes the influence of custom on engagement provisions, while the second discusses its impact on marriage provisions. Part Two also comprises two chapters: the first chapter addresses the effects of custom on the methods of dissolving a marriage, and the second examines the effects of marriage dissolution, comparing Islamic jurisprudence and Algerian legislation.

Key conclusions of the study include:

- Custom is recognized as an authoritative source in Islamic jurisprudence and serves as a basis for many provisions, potentially offering solutions for Algerian legislators in areas where family law is not explicit.
- While Islamic jurists extensively incorporate custom in matters of marriage and its dissolution, Algerian legislators have only partially adopted these customs, whether explicitly or implicitly, in some texts and judicial interpretations.

The study recommends reviewing Sharia provisions, legal texts, and judicial interpretations based on custom in light of modern developments. It also urges legislative, judicial, and fatwa authorities to document recognized customs, as they are essential for rulings and should be accessible to researchers.