



جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي

كلية العلوم الإسلامية

قسم الشريعة



أثر العرف على حقوق الزوجين

دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري

مذكرة تخرج تدخل ضمن متطلبات الحصول على شهادة الماستر

في العلوم الإسلامية - تخصص: الشريعة والقانون

المشرف:

الدكتورها مال بولوسة

الطالبة:

يعقوب رميصاء

قويدري زينب

لجنة المناقشة

الاسم اللقب	الرتبة	الجامعة	الصفة
د. العربي بيبوش	أستاذ محاضر ب	جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي	رئيسا
د. آمال بولوسة	أستاذ مساعد	جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي	مشرفا ومقررا
د. منى منصور	أستاذ مساعد	جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي	ممتحنا

السنة الجامعية: 1445-1446هـ/2023-2024م



جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي

كلية العلوم الإسلامية

قسم الشريعة



أثر العرف على حقوق الزوجين

دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري

مذكرة تخرج تدخل ضمن متطلبات الحصول على شهادة الماستر

في العلوم الإسلامية - تخصص: الشريعة والقانون

المشرف:

الدكتور هبولة آمال

الطالبة:

يعقوب رميصاء

قويدري زينب

لجنة المناقشة

الاسم اللقب	الرتبة	الجامعة	الصفة
د. العربي بيوش	أستاذ محاضر ب	جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي	رئيسا
د. آمال بولوسة	أستاذ مساعد	جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي	مشرفا ومقررا
د. منى منصور	أستاذ مساعد	جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي	ممتحنا

السنة الجامعية: 1445-1446 هـ / 2023-2024 م

﴿خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ
وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ﴾

[الأعراف: 199]

إهداء

بسم الله الرحمن الرحيم
﴿وَأَخِرُ دَعْوَاهُمْ أَنِ الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ﴾

الحمد لله الذي تم وأعان ويسر ومهد.
الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، وتشحن الهمم برحمته وينزل السكون، سبحان من يقول
للشيء كن فيكون، سبحان من رفع السماء بدون عمد نرها، سبحان الله الجليل العظيم.
إلى بحر الحب والحنان والنبض الساكن في عروقي إلى أمي.
إلى فخري واعتزازي قرّة عيني أبي.
إلى سندي ومسندي وعزوتي إخواني.
إلى لؤلؤاتي حياتي وفرحتي أخواتي.
إلى سعادي وبهجة عمري: أبناء أخوتي.
إلى خالتي الحنون وأمي الثانية.
إلى أخواتي لم تلدهم أمي ورفيقاتي دربي.
إلى كل صديقاتي التي لم تسعهم صفحتي.
إلى من أحب قلبي.
إلى كل من أسقطهم قلبي.
إلى كل من علمني حرفا وأعطاني درس في هذه الحياة.
نحدي عملنا المتواضع هذا

رميصاء_ زينب

شكر وتقدير

بسم الله الرحمن الرحيم

قال تعالى: ﴿لَئِنْ شَكَرْتُمْ لَأَزِيدَنَّكُمْ﴾ [إبراهيم:7]

نحمد الله تعالى ونشكره حمدا كثيرا مباركا مليء السماوات والأرض على ما أكرمنا به من إتمام هذه الدراسة التي نرجو أن تنال رضى الله.

ثم نتوجه بجزيل الشكر وعظيم الامتنان إلى الدكتورة الفاضلة: "آمال بولوسة" حفظها الله وأطال في عمرها، لتفضلها الكريم بالإشراف على هذه الدراسة، والتي لم تبخل علينا بأي معلومة ومساعدة، والتي وجهتنا بنصائحها القيمة و إرشاداتها طيلة إنجاز هذا العمل، فبارك الله فيها وفي مجهوداتها الجبارة نفع بها الأمة وأعلاها قدرا في الدنيا والآخرة، كما لا يفوتنا أن نتقدم بجزيل الشكر إلى كافة أساتذة كلية الشريعة عامة، و نخص بالشكر رئيس قسم الشريعة الدكتور "نور الدين مناني"، والدكتورة "حياة عبيد" وكذلك الدكتور "وصيف خالد إبراهيم" حفظهم الله جميعا ونفع بهم البلاد والعباد.

ملخص

تعالج المذكرة موضوع هام يندرج تحت باب مباحث الأحوال الشخصية، وهو: "أثر العرف في حقوق الزوجين": دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، تتمحور إشكاليته الرئيسية حول: كيف يؤثر العرف في تقرير حقوق الزوجين في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري؟

وقد جاء الموضوع في فصلين، خصص الأول لدراسة: الأساس التشريعي للعرف وحقوق الزوجين، والثاني لدراسة دور العرف في تقرير حقوق الزوجين في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

وقد خلص البحث إلى نتائج عديدة أهمها:

- للعرف أثر فعال في تقرير حقوق الزوجين، خاصة في تقدير الحقوق المادية منها. ومن توصيات ومقترحات البحث: من المستحسن إدراج المشرع الجزائري مادة قانونية صريحة تقر بمركز العرف في الجانب الحقوقي للزوجين دفعا للبس والغموض خاصة عند تصدي القضاة للنزاع في مسائل تتعلق باعتماد العرف.

الكلمات المفتاحية: أثر العرف، حقوق الزوجين.

Abstract

The title of this dissertation, "The impact of custom on the rights of two spouses," falls under personal status studies. It discussed the topic as "a comparative study between Islamic and Algerian law."

The problem with it is, "How does custom affect determining spouses rights in Islamic jurisprudence and Algerian law?"

The dissertation is divided into two chapters: The first chapter contains the legislative basis of custom and the rights of spouses. the second chapter: the role of custom in determining the rights of spouses in Islamic jurisprudence and Algerian law.

The main results of this research include: Accustom has an impact on a spouse's rights, especially material ones. Suggestions and recommendations: adding legal material stipulates customary rights for spouses.

Keywords: Effect of custom, spouse rights

مقدمة

مقدمة

الحمد لله جليل النعم باعث الهمم ذي الجود والكرم ثم الصلاة والسلام التامان الأكملاان على خير البرية ومعلم البشرية محمد ابن عبد الله الأمين.
أما بعد:

لما كان العرف جملة من المفاهيم والقواعد والمعايير الاجتماعية، تلقاها الناس في مجموعهم بالقبول والزموا أنفسهم بها أزمنة مديدة عن طيب نفس، حتى صار بذلك أشبه بالقانون الذي لامناص لتسليم له واتخاذها حاكما منظما لشؤونهم.

ولا جدال أن الشريعة الإسلامية جاءت لمراعاة أحوال الناس وأعرافهم، بما يحقق المصالح ويدرأ المفاسد، دون مصادماتها والاستهانة بها مادامت لا تتجاوز ما أحل الشارع الحكيم إلى ما حرمه. وكذلك الأمر بالنسبة للتشريعات الوضعية التي هي وليدة بيئتها ومجتمعاتها، جاءت بالأساس لتنظيم شؤونها، وما العرف في حقيقته إلا قانون الجماعة.

والحقيقة أن سلطة العرف في تنظيم شؤون الناس ومعاملاتهم لا تختص بمسألة بعينها بل تتسع لتشمل حتى أحوالهم الشخصية. بالنظر لما لهذه الأخيرة من خصوصية التي تزداد حساسية في مناقشتها والبحث فيها بالأخص إذا تعلق الأمر بالجانب الحقوقي في الأسرة ونعني بذلك الحقوق الزوجية. من هنا جاء اختيار موضوع المذكرة الموسومة ب: " أثر العرف على حقوق الزوجين في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري".

أولا: أهمية الموضوع:

تتجلى أهمية الموضوع في.

- إن للعرف دور فعال في تنظيم الكثير من المسائل باعتبار أن الناس اعتادوا أحكاما و ألفوها حتى استقرت في عقولهم التزامها.
- جهل الكثير من الأزواج لحقوقهم الزوجية في ظل تأثرهم بالأعراف المحيطة بهم.
- سيطرة بعض الأعراف على حقوق الزوجين مما سبب الكثير من المشاكل.
- خصوصية جانب الأحوال الشخصية وخطر تدخل الأعراف في تفاصيلها خاصة في الجانب الحقوقي.

ثانيا: إشكالية الموضوع:

إشكالية الموضوع الرئيسية هي.

كيف يؤثر العرف في تقرير حقوق الزوجين في الشريعة الإسلامية والقانون

الجزائري؟

ويتفرع عنها جملة من التساؤلات:

- كيف يتم تعريف وتفسير مفهوم العرف في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري؟
- هل يعتبر العرف حجة يمكن العمل به أم لا؟ وما هي شروط اعتباره؟
- ما هو تأثير العرف في تحديد حقوق الزوجين في القانون الجزائري؟
- ما علاقة العرف بحقوق الزوجين؟

ثالثا: أهداف الموضوع:

يهدف الموضوع في مجمله إلى.

- تحديد مفهوم العرف وأثره على تنظيم الحياة الزوجية.
- بيان أن العرف هو مصدر من مصادر الشريعة والقانون، وتوضيح شروطه.
- إبراز معنى حقوق الزوجين، وإظهار علاقة العرف بها.
- المقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون، فيما يتعلق بمدى تأثير العرف على تقرير حقوق الزوجين.

رابعا: أسباب اختيار الموضوع:

هناك أسباب عدة دفعتنا لاختيار هذا الموضوع منها الذاتية ومنها الموضوعية.

1_ الأسباب الذاتية هي:

الحقيقة أن الموضوع مقترح من طرف الأستاذة الفاضلة: آمال بولوسة، إلا أن رغبتنا الخاصة في دراسة موضوع يتعلق بقضايا الأسرة، دفعنا إلى الاهتمام بهذا الموضوع، وقررنا حوض غمار البحث فيه.

2_ الأسباب الموضوعية هي:

— توضيح مدى اعتبار الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري لأعراف الناس.
— بيان مدى سماحة الشريعة وتيسيرها خاصة في مراعاة أحوال الناس، عند تقرير حقوق الزوجين.

— دفع شبهة أن الشريعة الإسلامية لا تتواءم مع ظروف الناس وأحوالهم في هذا الزمان.

خامسا: الدراسات السابقة:

لقي موضوع العرف في المجال الأسري عناية خاصة من قبل العديد من الفقهاء والباحثين ولعل من بين الدراسات المختصة في موضوعنا على حسب إطلاعنا ما يأتي:

1_ رهيفة سليمان حمادة، العرف وأثره في حقوق الزوج في الفقه الإسلامي، بحث مقدم للاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في الفقه المقارن من كلية الشريعة والقانون الجامعة الإسلامية، غزة، 1434هـ/2014م، وما يلاحظ عن هذه الدراسة أنها اقتصرت على حقوق الزوج فقط دون حقوق الزوجة، وأنها دراسة فقهية، بخلاف بحثنا الذي شمل حقوق الزوجين معا وبحث في أثر العرف في تقريرها في الشريعة وكذلك القانون.

2_ نوال سعيد عفيفي، أثر العرف على حق الزوجة، دراسة مقدمة للحصول على درجة الماجستير في الفقه المقارن بكلية الشريعة والقانون، غزة، 1434هـ/2013م، وما يلاحظ عن هذه المذكرة أنها خصصت فقط حقوق الزوجة دون الزوج واكتفت بدراسة أثر العرف على حق الزوجة في الشريعة دون القانون الوضعي وهذا ما خالفت فيه دراستنا، حيث تطرقنا إلى حقوق الزوجة وكذلك الزوج وبيننا أثر العرف في تقديرها شرعا و قانونا.

3_ حمودي كتيبة وحساني ليندة، مركز العرف في الرابطة الزوجية دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وتشريعات بعض الدول العربية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، سنة 2018/2019، وما يلاحظ عن هذه الدراسة غياب الفصل التمهيدي حيث اكتفت بتعريف العرف في المقدمة، بخلاف دراستنا التي قمنا فيها بتبيان مفهوم العرف وأنه حجة وعلاقته مع حقوق الزوجين، في فصل مستقل ومن ثم دراسة مركزه، فهاته الدراسة لم تدرج

الجانب النظري للعرف والحقوق الزوجية بل اعتنت فقط بالجانب التطبيقي، ولم تخص مباشرة بدراسة أثر العرف على حقوق الزوجين بل أدرجتها كأثر ناتج عن الرابطة الزوجية (استحقاق الحقوق) وهذا بخلاف درستنا، بحيث استفدنا من هذه الدراسات في بيان أثر العرف على حقوق الزوجين في الشريعة الإسلامية والقانون في الجانب التطبيقي.

سادسا: المنهج المتبع في دراسة الموضوع:

أما فيما يخص مناهج الدراسة فقد اعتمدنا على:

- المنهج الاستقرائي: وذلك من خلال جمع المادة العلمية وتوثيقها من مراجعها الأصلية في جميع البحث، واستقراء النصوص.

- المنهج الوصفي: واستخدمنا هذا المنهج في بيان وتعريف المفاهيم والمصطلحات المتعلقة بهذا البحث، وبيان الأحكام والأركان والشروط...

- المنهج التحليلي: لتحليل آراء الفقهاء أو النصوص القانونية التي ذكرت في ق.أ.ج وتفسيرها والوصول إلى الأحكام التي تضمنتها، وإدراك منطقاتها وغاياتها.

- المنهج المقارن: للمقارنة بين أثر العرف في حقوق الزوجين وإبراز موقف الشريعة والقانون الوضعي.

سابعا: منهجية البحث:

التزمنا في كتابة بحثنا هذا بمنهجية معينة، اعتمدنا فيها على العناصر أهمها:

1- عزوا الآيات يكون في المتن لعلو كلام الخالق، وبالطريقة التالية: [اسم السورة: رقم الآية]، وجعلها بين الرمزين الآتين ﴿﴾ وبخط Arabic Typesetting ثخين، لتمييز كلام الله تعالى عن سائر البشر.

2- اعتمدنا على رواية حفص في استشهدنا بالآيات القرآنية.

3- بالنسبة للأحاديث النبوية اعتمدنا مايلي: كتابة الحديث في المتن بخط مثخن وبين مزدوجتين في الشكل الآتي: «»، لتمييز كلام المعصوم -صلى الله عليه وسلم- عن سائر كلام الناس، على أن يكون عزوها في الهامش بالطريقة التالية: ذكر صاحب المصنف الحديثي وعنوانه، الكتاب والباب إن وجد، ورقم الحديث إن وجد، ثم رقم الجزء إن وجد، والصفحة.

- 4- توثيق المعلومات الواردة في الهامش كالاتي: المؤلف، المؤلف، تحقيق إن وجد، الجزء إن وجد، الطبعة (إذا لم توجد الطبعة نكتب لا.ط)، دار النشر(إذا لم توجد دار النشر نكتب لا.د.ن)، مكان النشر(إذا لم يوجد نكتب لا.م)، سنة النشر(لا.س)، رقم الصفحة، وبالنسبة للقائمة المصادر والمراجع اعتمدنا نفس العناصر في التوثيق ماعدا رقم الجزء والصفحة.
- 5- عند التوثيق في الهامش اقتصرنا على ذكر الاسم الكامل للكاتب واسم الكتاب لتجنب إثقال الهوامش، وأيضا في قائمة المصادر والمراجع ذكرنا الاسم الكامل للكاتب والكتاب.
- 6- عند استعمال الكتاب في موضعين متتاليين لا يفصل بينهما استعمال كتاب آخر، فإننا نكتفي بالعبارة الآتية: المرجع نفسه ونردفه برقم صفحة إذا لم تكن الصفحة نفسها، وإذا كانت الصفحة نفسها نكتب المرجع والصفحة نفسها، إذا كان المرجع الأول والثاني في نفس الصفحة ويفصلهما مرجع آخر نكتب مرجع سابق، أما إذا كان الأول في صفحة والثاني في صفحة أخرى فإننا نقتصر على عبارة المرجع السابق، ونردفه اسم المؤلف والمؤلف ورقم الصفحة والجزء إن وجد.
- 7- إذا كان مؤلفو الكتاب أكثر من اثنين، نذكر الاسم الأول ثم نستعمل عبارة "وآخرون".
- 8- أما بالنسبة للأعلام الواردة أسمائهم في المتن، قمنا بترجمة لهم في الهامش.
- 9- إذا نقلنا الكلام عن قائله مع التصرف فيه، فإننا نكتب في الهامش بكلمة "ينظر"، أما إذا كان منقول حرفيا، فإن العزو يكون خاليا من كلمة ينظر.
- 10- استعملنا رموزا معينة لتفادي التكرار في البحث، ومن بينها: الجزء ج، الطبع ط، التحقيق تح، الصفحة ص، لا طبعة لا.ط، لا تاريخ أو مكان نشر لا.س، لا.م، التاريخ الهجري ه، التاريخ الميلادي م، قانون الأسرة الجزائري ق.أ.ج.
- 11- إذا وجد بالمصدر والمرجع التاريخ الهجري والميلادي فأنا نعتمد على اختصار. ه م لتمييز بينهما ويكون ترتيب على النحو التالي: التاريخ الهجري/التاريخ الميلادي، وإما إذا ذكرنا التاريخ الميلادي فقط فأنا نكتفي بذكر التاريخ دون الرمز.

- 12- ترتيب المذاهب و اقتصرنا على المذاهب الأربعة المشهورة.
- 13- اقتصرنا في هذا الموضوع على المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري دون التطرق إلى التشريعات العربية الأخرى، لتحكم في المادة العلمية وعدم التوسع.
- 14- نظرا لتشعب موضوع حقوق الزوجين وطبيعة البحث المطالبين به وشروطه، فإننا قمنا بتضييق رقعة الموضوع، وبغية الإحاطة ولو قليل به، فإننا اكتفينا بدراسة حقين فقط من كل نوع.

ثامنا_ **خطة البحث:** اعتمدنا في بحثنا هذا على الخطة التالية:

قسمنا بحثنا هذا إلى فصلين خصصنا **الفصل الأول:** للأساس التشريعي للعرف وحقوق الزوجين، وفيه مبحثان الأول بعنوان المركز التشريعي للعرف، والثاني حقوق الزوجين بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، أما **الفصل الثاني** خصصناه لأثر العرف في تقرير حقوق الزوجين، ويتكون من مبحثين، الأول: بعنوان أثر العرف في حقوق الزوجين الخاصة، والثاني: أثر العرف في حقوق الزوجين المشتركة.

ثم **خاتمة:** أوردنا فيها أهم النتائج المتوصل إليها، ثم أعقبناها بتوصيات بهدف إثراء هذا الموضوع وتطويره.

وفي الختام، نرجو أن يكون عملنا المتواضع هذا إضافة طيبة في مجال البحث العلمي، وصل اللهم وسلم على سيدنا محمد.

الفصل الأول
الأساس التشريعي للعرف
وحقوق الزوجين

شغل العرف وتقريره بال الفقهاء والقانونيين خاصة في نطاق الأسرة، وبغية الإحاطة بالأساس التشريعي للعرف، لابد من البحث في مركز العرف وحقوق الزوجين، في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، لذا استوجب علينا دراسة مفهوم العرف وعلاقته بالحقوق الزوجية في مبحثين، الأول بعنوان (مركز العرف في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي)، والثاني بعنوان (الحقوق الزوجية بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي).

المبحث الأول

المركز التشريعي للعرف

تختلف التشريعات في تحديد مركز العرف كمصدر من مصادرها باختلاف تعريفها له ولمعرفة مركز العرف في الشريعة الإسلامية والقانون، سنتطرق في هذا البحث في مفهوم العرف في الفقه والقانوني المطلب أول وثم حجج العرف في مطلب ثاني.

المطلب الأول

مفهوم العرف في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

العرف ظاهرة اجتماعية عريقة تمثل القيم والمعتقدات السائدة في المجتمع، وترجم إلى ممارسات راسخة تلزم أفرادها، ولإدراك مقصوده لا بد أن نعرفه في اللغة والاصطلاح الشرعي والاصطلاح القانوني، ومن ثم تميزه عما يشابهه من ألفاظ.

الفرع الأول

مدلول العرف في الشريعة والقانون

تنوع تعريفات العرف في الفقه والقانون، كما يتداخل معناه بمصطلحات مشابهة لذلك ارتأينا في هذا الفرع تعريفه في اللغة والاصطلاحاً أولاً، ثم تميزه عما يشابهه ثانياً.

أولاً: تعريف العرف

1_ العرف في اللغة: (عرف) العين والراء والفاء أصلاً صحيحان، يدل أحدهما على تتابع الشيء متصلًا ببعضه ببعض، والآخر على السكون والطمأنينة¹.

العرف: ضد النكر. يقال: أولاه عرفاً أي معروفًا. والمعروف والعارفة: خلاف النكر. والعرف والمعروف: الجود، وقيل: هو اسم ما تبذله وتسديه².

2_ العرف في الاصطلاح الفقهي: تعددت تعريفات الفقهاء للعرف على النحو التالي:

¹ أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، أبو الحسين، مقاييس اللغة، ج4، لا.ط، دار الفكر، لا.م، 1399 هـ / 1979 م، ص281.

² محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفع الإفرقي، لسان العرب، ج9، ط3، دار صادر، بيروت، 1414 هـ، ص239.

العرف حسب الجرجاني "هو ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول، وتلقته الطبائع بالقبول، وهو حجة أيضاً، لكنه أسرع إلى الفهم، وكذا العادة، هي ما استمر الناس عليه على حكم العقول وعادوا إليه مرة بعد أخرى"¹.

عرفه صاحب بلوغ السؤل من المالكية بأنه: "العرف ما يعرف بين الناس"²، أي العرف هو نتاج المعرفة والفهم المشترك بين أفراد المجتمع.

وكذلك عرفه عبد الوهاب خلاف* في كتابه علم أصول الفقه حيث قال: "العرف هو ما تعارفه الناس وساروا عليه، من قول، أو فعل، أو ترك، ويسمى العادة"³، من خلال هذا التعريف يتضح لنا أن العرف، ممارسة معينة متداولة بين الناس منذ القديم، ويشمل جميع أشكال السلوكيات، سواء قوليه وفعليه وسلبية متكررة.

وأيضاً عرفها الإمام النسفي* بقوله: "العرف ما استقر في النفوس من جهة شهادات العقول وتلقته الطبائع السليمة بالقبول"⁴، ويدل هذا على رسوخ العرف في الوعي الجمعي للمجتمع، وتقبله كسلوك طبيعي ينبثق من عقل سليم وليس من مجرد عاطفة أو تقليد.

التعريف المختار: هو ما ذهب إليه الإمام النسفي، السبب الذي دفعنا لاختيار هذا التعريف من بين التعريفات التي سبق ذكرها، لأنه شامل وواضح ودقيق، فهو يميز لنا العرف عن

*الإمام النسفي، صاحب الإمام النسفي هو عبد الله بن أحمد بن محمود حافظ الدين أبو بركات النسفي وهو أحد الزهاد المتأخرين أصحاب التصانيف المفيدة في الفقه وأصوله نذكر منها، الكافي في شرح الوافي، وكنز الدقائق، وله المستصفي في شرح المنظومة، توفي في 710هـ: عبد القادر القرشي، الجواهر المضوية في طبقات الحنفية، ج1، لا.ط، مير محمد كتب خانة - كراتشي، لا.م، لا.س، ص270/271.

¹ علي بن محمد بن علي، المعروف بالشريف الجرجاني، التعريفات، ج1، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1403هـ / 1983م، ص149.

*عبد الوهاب خلاف، فقيه أصولي مصري ولد سنة 1375هـ، ودرس الشريعة الإسلامية بكلية الحقوق بجامعة القاهرة، وهو أحد أعضاء مجمع اللغة العربية، له تصانيف عديدة منها، مصادر التشريع فيما لا نص فيه، علم أصول الفقه وتاريخ التشريع الإسلامي، ونور من القرآن الكريم في التفسير، وتوفي سنة 1956م: عمر بن رضا بن محمد، مجمع اللغة العربية، ج6، ص221.

² صالح عوض، أثر العرف في التشريع الإسلامي، لا.ط، دار الكتاب الجامعي، القاهرة، لا.س، ص51.

³ عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، ج1، ط8، مكتبة الدعوى - شباب الأزهر - دار القلم، لا.م، لا.س، ص89.

⁴ الإمام النسفي، كشف الأسرار، ج2، لا.ط، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، لا.س، ص593.

العادة مما يجعله متوافقا مع المنطق الذي يؤكد لنا أن العرف لا ينشأ من مجرد عادة راسخة، بل لا بد أن يكون مبنيا على أسس عقلانية سليمة تتوافق مع الفطرة الإنسانية، وتحظى بقبول من قبل المجتمع.

3_ العرف في الاصطلاح القانوني: يعرف فقهاء القانون العرف بعدة معاني وتعريفات سنذكر من بينها: "العرف هو مجموعة القواعد التي تنشأ من درج الناس عليها يتوارثونها جيلا عن جيل، والتي لها جزاء قانوني كقانون المسنون سواء بسواء"¹. ويعرف أيضا: "العرف اعتياد الأفراد على إتباع سلوك معين في مواقف معينة، حيث يصبح هذا السلوك ملزما ويعاقب عليه في حال مخالفته"، وقد كان العرف أول مصدر للقانون عرفته البشرية منذ زمن بعيد واستخدمته لتنظيم العلاقات وحل النزاعات، ولكن مع تعقد العلاقات الاجتماعية وظهور الظروف الجديدة، أصبح العرف غير قادر على مواكبة التطورات بسرعة كافية².

أما المشرع الجزائري فلم يعرف العرف ولكن اعتبره مصدرا من مصادر القانون في حال عدم وجود نص قانوني ينظم المسألة المطروحة أمامه حسب نص المادة الأولى من القانون المدني الجزائري، والتي تنص على مايلي: "يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها، وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف"³.

¹ عبد الرزاق السنهوري و أحمد حشمت ابوستيت، أصول القانون، لا.ط، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة، 1950، ص 87.

² عمار بوضياف، المدخل إلى العلوم القانونية (النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري)، ط4، دار جسر للنشر والتوزيع، لا.م، 1438هـ/2017م، ص 207.

³ المادة (1) من القانون رقم 10_05 المؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1426هـ الموافق 20 يونيو سنة 2005م المعدل والمتمم بالأمر رقم، 58_75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395هـ الموافق 26 سبتمبر سنة 1975م، والمتضمن: القانون المدني، المعدل والمتمم (الجمهورية الجزائرية الجريدة الرسمية، العدد 44، السنة 42، 26 يونيو 2005م).

ثانياً: تمييز العرف عما يشابهه من المصطلحات

يتداخل العرف ويتقارب مع العديد من المعاني المشابهة له، ومن بين هذه المصطلحات العادة والتقاليد والتشريع.

1_ تمييز العرف عن العادة:

لتمييز العرف عن العادة، يجب علينا أولاً توضيح معنى العادة.

أ_ العادة في اللغة: كما في لسان العرب: (الْدِيدَانُ) والْدِيدَانُ الدَّابُّ والاستمرار على الشيء، سميت بذلك لأن صاحبها يكررها مرة بعد أخرى أي يعيدها¹، قال تعالى: ﴿وَلَوْ رُدُّوا لَعَادُوا لِمَا نُهُوا عَنْهُ وَإِنَّهُمْ لَكَاذِبُونَ﴾ [الأنعام: 28].

ب_ أما في الاصطلاح: العادة" هو ما استمر الناس عليه على حكم المعقول وعادوا إليه مرة بعد أخرى"². وعرفها صاحب التقرير والتحبير بأنها: "الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية"³.

ج_ العلاقة بين العرف والعادة:

للفقهاء في مسألة التفريق بين العرف والعادة ثلاث اتجاهات:

الاتجاه الأول: يرى أصحابه* أن العرف والعادة لفظان مترادفان معناهما واحد، وهما ما استقرا في النفوس من قول وفعل وتلقته العقول السليمة بالقبول⁴.

الاتجاه الثاني: يرى أصحاب هذا الاتجاه*، أن العرف مخصوص بالقول، والعادة مخصوصة بحيث يقولون "أن المراد بالعادة العرف العملي والمراد بالعرف العرف القولي"¹.

¹ ابن المنصور، المرجع السابق، ج13، ص153.

² الجرجاني، المرجع السابق، ص146.

³ ابن أمير الحاج، التقرير والتحبير، ج1، ط2، دار الكتب العلمية، لا.م، 1983، ص282.

* وهذا ما ذهب إليه الإمام النسفي في كتابه "كشف الأسرار"، والإمام ابن عابدين الحنفي في رسالته "نشر العرف" وابن النجيم في "الأشباه والنظائر". ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1419 هـ / 1999 م، ص79، صلاح أبو محمد الحاج، تعليقات عرف على نشر العرف، ط1 الرقمية، مركز أنوار العلماء للدراسات عمان - الأردن، 1441 هـ/ 2020 م، ص 51 / 52.

⁴ الإمام النسفي، مرجع سابق.

* وهذا ما ذهب إليه المحقق ابن الهمام وصاحب تيسير التحرير أمير باد شاه في متن التحرير.

الاتجاه الثالث: يرى أصحاب هذا الاتجاه*، أن العادة أعم من العرف، لأن العادة تشمل العادة الناشئة عن الطبيعة، والعادة الفردية وعادة الجمهور التي هي العرف، وعليه تكون العلاقة بين العادة والعرف هي العموم والخصوص المطلق، فكل عرف هو عادة وليست كل عادة عرف².

والخلاصة في العلاقة بين العادة والعرف:

أن العادة أعم مطلقاً من العرف لأن العادة تشمل: العادة الناشئة عن عامل طبيعي؛ كحرارة الإقليم وبرودته اللتين ينشأ عنها عادة في إسراع البلوغ وإبطائه، والعادة الفردية؛ كعادة شخص في أكله أو نومه وعادة الجمهور الذي هو العرف فالعادة تنشأ بتكرار الأمر مرة بعد أخرى.

— فإن كل عرف عادة وليست كل عادة عرف أي أن العرف هو عادة مقيدة، ولعل هذا الأنسب ولأصوب في توضيح العلاقة بين المصطلحين³.
وحقيقة هذا الخلاف أنه خلاف لفظي، حيث أنهم أجروا العادة والعرف في استعمالاتهم، لذلك قالوا: (العادة محكمة)، و(العرف كالشرط)، (هذا ثابت بالعرف والعادة).

— أما رجال القانون فيفرون بين العادة والعرف كالتالي:

أن العادة تعتبر مجرد واقعة مادية تستمد الإلزام من إرادة المتعاقدين ولا تنطبق إذا جهل المتعاقدين أو أحدهما وجودها، وكذلك القاضي غير ملزم بتطبيقها إلا عند وجود تمسك من أطراف الخصوم فهي تعتبر مقام الشرط الضمني والصريح في العقد، وبالتالي واجب عليهم إثباتها فيثبت وجودها المادي كسنة مطردة في العمل ثم يثبت انصراف إرادة المتعاقدين إلى التقيد بأحكامها، بينما العرف ينشئ قاعدة قانونية وبالتالي فلا يقبل كمبدأ عام الاعتذار بجهل

¹ أمير بادشاه، تيسير التحرير، ج1، لا.ط، دار الكتب العلمية، بيروت 1403 هـ/1983م، ص125.

و ابن همام، التحرير في أصول الفقه، لا.ط، مطبعة الباوي الحلبي وأولاده، مصر، 1351هـ، ص317.

* وهذا ما ذهب إليه الأستاذان الكبيران: مصطفى الزرقا في مدخله، وأحمد أبوسنة في كتابه العرف والعادة.

² مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج1، لا.ط، دار القلم، دمشق، 1425هـ/2004م، ص874،

و أحمد فهمي أبوسنة، العرف والعادة، لا.ط، مطبعة الأزهر، لا.م، 1948، ص13.

³ الزرقا، المرجع نفسه، ص874.

أحكامه، ويلزم القاضي بتطبيقه من تلقاء نفسه بوصفه قاعدة قانونية في الدعوى المرفوعة أمامه والعادة في الكثير من الأحيان تنتهي إلى أن تصير عرفاً حينما تحل إرادة جماعية مشتركة محل الإيرادات الفردية في اعتقاد ضرورة التقيد بها¹.

2_ تمييز العرف عن التقاليد:

أولاً: توضيح معنى التقاليد.

أ_ التقاليد في اللغة: التقليد في اللغة مأخوذة من القلادة، والقلادة ما يجعل في العنق من حلي ونحوه وجمعه قلائد وأقلاد وقلود، وتقليد البدنة تعليق شيئاً على عنقها ليعلم أنها هدي².
_ العادات المتوارثة التي يقلد فيها الخلف السلف مفردها تقليد (مح)³.

ب_ التقاليد في الاصطلاح: عبارة عن إتباع الإنسان غيره فيما يقول أو يفعل، معتقداً للحقيقة فيه، من غير نظر وتأمل في الدليل، كأن هذا المتبع جعل قول الغير أو فعله قلادةً في عنقه⁴.

والمستفاد من تعريف العرف والتقاليد أن الفرق بينهما:

3_ العلاقة بين العرف والتقاليد:

- إن التقليد هو انتقال شيء من جيل إلى جيل آخر، كما يكون من فرد إلى غيره، وانتقال العرف من جيل إلى آخر يكون أشبه بالتقليد.
- العرف والتقليد كلاهما يقعان على الأفعال والأقوال معاً، وقد يكونان إما قبيحان أو حسنان.
- إن التقليد يفترض وجود جماعة منظمة، ووجود استمرار واتصال بين الأجيال المتعاقبة.
- إن التقليد قد يكون بين فرد وآخر، أما العرف لا يكون إلا جماعة أو الغالبية العظمى من الناس.
- أن التقليد هو سبب العرف في أحيان كثيرة⁵.

¹ حسن كبيرة، المدخل إلى القانون، لا.ط، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1969، ص 269/265.

² ابن فارس، المرجع السابق، ج 5، ص 15.

³ مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، ج 2، لا.ط، دار الدعوة، القاهرة، لا.س، ص 754.

⁴ الجرجاني، المرجع السابق، ص 64.

⁵ ينظر: السيد صالح عوض، أثر العرف في التشريع الإسلامي، مرجع السابق، ص 65_68.

4_ التمييز بين العرف والتشريع:

لتمييز العرف عن التشريع وجب، أولاً توضيح معنى التشريع:

أ_ **تعريف التشريع:** يطلق اسم التشريع على القواعد القانونية الصادرة عن السلطة التشريعية المختصة في نصوص مكتوبة، وفقاً لنصوص معينة¹.

ب_ العلاقة بين العرف والتشريع:

التشريع هو المصدر الرسمي الأصلي للقانون، أما العرف فهو مصدر احتياطي ثاني بحيث لا يجوز الالتجاء إليه إلا عند عدم وجود نص تشريعي أو مبادئ الشريعة الإسلامية. يستمد التشريع بعض قواعده من العرف، وقد يكمل العرف أحكام التشريع. النص التشريعي لا يلغى إلا بالنص التشريعي، أما العرف فيلغى بالنص التشريعي. إذا لم يتبع الناس العرف يسقط ولكن التشريع لا يسقط بعدم إتباعه؛ مثل: حكم الإعدام في الجزائر.

لا يجوز للقاعدة العرفية مخالفة نص تشريعي أمر بعكس النص التشريعي المكمل².

الفرع الثاني

مقومات العرف

بعد أن حاولنا توضيح مدلول العرف وتمييزه عما يشابهه من المصطلحات، نأتي الآن على بيان مقوماته، أولاً (أركان العرف)، ثانياً (تقسيمات العرف).

أولاً: أركان العرف

1_ أركان العرف في الشريعة الإسلامية:

يقصد بالركن: مالا وجود للشيء إلا به، وهو ما يتم به الشيء، وهو داخل فيه³.

¹ محمد طه بدوي، القاعدة القانونية مدخل إلى دراسة القانون الوضعي، لا.ط، دار المعارف، القاهرة _ مصر، 1954، ص85.

² ينظر: محمد سامر عاشور، مدخل إلى علم القانون، لا.ط، من منشورات الجامعة الافتراضية السورية، سوريا، 2018، ص133/136.

³ حافظ ثناء الله الزاهدي، تلخيص الأصول، لا.ط، مركز المخطوطات والتراث والوثائق، الكويت، 1994، ص28.

لم يذكر في كتب المتقدمين أركان العرف، لكن بعض فقهاء المعاصرين من تطرق إليها وهي كالتالي:

ينقسم العرف إلى ثلاث أركان: المعتاد والمعتاد عليه والاعتیاد.

أ_ **المعتاد:** وهو الشخص في العادة الفردية، أو الجمهور في العادة الجماعية أو العرف.

ب_ **محل الاعتیاد:** كالألفاظ المستعملة في معنى عرفي يختلف عن المعنى اللغوي، كالأفعال المعتاد أو المتعارف عليها.

ج_ **الاعتیاد:** هو تكرار الفعل والعمل والقول، وذلك أن أي عمل أو لفظ عرفي لا يمكن اعتباره عرفاً إلا إذا حصل تكراره مرات عديدة¹.

وهناك من الفقهاء من نحى منحى القانونيين في تقسيم أركان العرف إلى مادي ومعنوي كما سنتطرق إليه في العنصر الآتي:

2_ أركان العرف في القانون:

كما قلنا إن العرف في القانون هو "اعتیاد الناس على سلوك معين واعتقادهم بأن هذا السلوك ملزم" و من خلال هذا التعريف، يتضح أن للعرف ركنان الأول هو الاعتیاد يتمثل في الركن المادي، والثاني هو الشعور بالالتزام ويتمثل في الركن المعنوي.

أ_ الركن المادي: الاعتیاد

هو اعتیاد الناس على إتباع سلوك معين في تنظيم بعض علاقاتهم مدة طويلة وبصورة منتظمة تنشأ عنه (العادة)، وهذه العادة هي الركن المادي للعرف، لا تفرضها السلطة التشريعية للدولة عكس التشريع، بل تنشأ اختياراً في ضمير الجماعة مما يختطه الأشخاص لأنفسهم من واقع الحياة في المجتمع وفي ضوء الظروف المحيطة بهم والحاجة إلى تنظيم الروابط الاجتماعية بينهم، ويشترط في العادة لتكون ركن مادي عدة شروط منها:

ـ **القدم:** هو مرور مدة طويلة على إتباع الناس عادة معينة.

ـ **الثبات والاطراد:** يتحقق بالتكرار والتواتر بما يفيد الاستقرار والثبات في شأن السلوك المتبع.

¹ يعقوب بن عبد الوهاب بن يوسف الباحسين التميمي، قاعدة العادة محكمة، ط2، مكتبة الرشد، الرياض، 2013، ص61/60.

العموم والتجريد: هو أن تكون العادة مراعاة من الغالبية المجتمع.

ألا تكون مخالفة للقانون أو للنظام العام والآداب: أي أن تكون مضرّة أو مخالفة لنص.

أن يكون إتباع العادة عن اختيار: أي أن إتباعها قد بدأ عن رغبة الناس واختيارهم لا عن رهبة وإكراه¹.

ب_ الركن المعنوي: الإلزام

لا يكفي لتكون القاعدة العرفية وجودها المادي كسنة يطرد إتباعها في العمل بل ينبغي لها فضلا عن ذلك وجود ركن معنوي أو نفسي، بأن يسير الناس على العادة لاعتقاد راسخ لديهم بأنهم ملزمون بالسير عليها وإن عدم سيرهم ينطوي على مخالفة لقاعدة قانونية بتالي يستوجب وقوع الجزاء المادي عليهم جبرا².

ثانيا: تقسيمات العرف

ينقسم العرفي الفقه إسلامي والقانون الوضعي، إلى عدة تقسيمات سنأتي على ذكرها:

1_ أقسام العرف في الفقه الإسلامي:

قسم الفقهاء العرف إلى أقسام متعددة وذلك بحسب عدة اعتبارات منها:

ينقسم العرف بحسب استعمال الألفاظ المتعارف عليها في بعض المعاني، أو بحسب الأعمال التي يقوم بها الناس إلى قسمين:

أ_ **عرف قولي (لفظي):** أن يشيع بين الناس استعمال بعض الألفاظ، والتراكيب معني معين³، بحيث لا يتبادر عند سماعه غيره⁴، أو علاقة عقلية؛ وذلك كاستعمال اللفظ "الدرهم" بمعنى النقود الرائجة في البلد مهما كان نوعها أو قيمتها⁵.

¹ غالب علي الداودي، المدخل إلى علم القانون، ط7، دار وائل للطباعة والنشر، الأردن، 2004، ص161/162.

² المرجع نفسه، ص163/164.

³ أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن، أبو العباس، شهاب الدين الصنهاجيا القراني، الفروق، ج1، لا.ط، عالم الكتاب، لا.م، لا.س، ص171.

⁴ محمد أمين بن عمر بن عابدين، مجموعة رسائل ابن عابدين، ج2، لا.ط، لا.د، لا.م، لا.س، ص114.

⁵ الزرقا، المدخل الفقهي العام، المرجع السابق، ج1، ص875.

ب_ **العرف العملي (الفعلي):** هو "اعتیاد الناس على شيء من الأفعال العادية والمعاملات المدنية"¹، أي أن العرف الفعلي هو ماتعارف عليه الناس في أعمالهم لا ألفاظهم؛ وذلك كتعطيل بعض أيام الأسبوع عن العمل.

_ تقسيمات العرف بحسب ما يصدر عنه:

أ_ **العرف العام:** هو أن يكون العرف منتشرًا في جميع البلاد بين جميع الناس أو غالبيتهم²؛ وذلك كقول وضع القدم أي إذا قال لا أضع قدمي في دار فلان فهو في العرف العام بمعنى الدخول فيحنت سواء دخلها ماشيا أو راكبا ولو وضع قدمه في الدار بلا دخول لا يحنت منه.

ب_ **العرف الخاص:** وهو أن يكون تعارفا مخصوص ببلد أو مكان دون آخر، أو بين فئة من الناس دون أخرى³؛ وذلك كعرف التجار في العيوب التي تنقص ثمن المبيع.

_ ينقسم العرف باعتبار مخالفته أو موافقته لقواعد الشرع ونصوصها إلى قسمين:

أ_ **العرف الصحيح:** هو ما تحققت فيه شروط اعتباره شرعا، مما يجعله موافقا لقواعد الشريعة ونصوصها⁴؛ وذلك كتأجيل وتعجيل المهر.

ب_ **العرف الفاسد:** هو ماتعارفه الناس وكان مخالفا لقواعد الشريعة، ويصادم نصوصها⁵؛ وذلك كتعارف بعض التجار على اعتبار الفوائد الربوية من الأرباح.

2- أقسام العرف في القانون:

العرف في القانون قسمان: هما العرف (المكمل للتشريع) الذي يعد مصدرا رسميا رابعا للقانون بعد التشريع وأحكام الفقه الإسلامي ومبادئ الشريعة الإسلامية، والعرف (المعاون للتشريع) الذي يفسر حكم النص ويكمل أوجه القصور فيه:

أ_ **العرف المكمل للتشريع (آمر):** وهو العرف المنشئ للقاعدة القانونية، لا يجوز للأفراد مخالفتها، ولا الخروج عليها، شأنه في ذلك التقنين الأمر.

¹ الزرقا، المدخل الفقهي العام، المرجع السابق، ص 876.

² ابن عابدين، مجموعة رسائل ابن عابدين، مرجع سابق، ص 115/114.

³ الزرقا، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ص 878.

⁴ عادل قوته، العرف، ج 1، ط 1، المكتبة المكية، حي الهجرة - مكة المكرمة - السعودية، 1418هـ/1997م، ص 262.

⁵ المرجع نفسه، ص 264.

ب_ **العرف المعاون للتشريع (مفسر)**: وهو العرف الذي يقرر الحكم في حالة عدم الاتفاق على خلافه، أو يفسر نية المتعاقدين عند دلالة عليها، سواء أنشأ بذاته، أم بإحالة المقنن على عادة اتفاقية¹.

من خلال ما سبق نلاحظ أن

- _ أن القانون يتوافق مع الشريعة الإسلامية في كون العرف سلوك اعتيادي عند عامة الناس.
- _ يعتبر العرف أعم من العادة عند فقهاء الشريعة وتعتبر العادة بداية للعرف عند القانونيين.
- _ يختلف العرف عن التقليد في عدة نقاط، إلا أنه يوجد نقاط تداخل واتفاق بينهما.
- _ التشريع أسمى من العرف، إلا أنه يعتمد عليه في بعض المسائل التي لا يوجد فيها نص أو يوجد نص ولكن فيه غموض.
- _ القانون اتبع الشريعة في كون العرف يقوم على ركنان أساسيان: هما الاعتقاد الذي يسمى بالركن المادي، والشعور بالإلزام المتمثل في الركن المعنوي، إلا أنهما اختلفا في مسألة تقسيمه حيث قسمه الفقهاء حسب عدة اعتبارات، بينما القانونيين قسموه بحسب دوره إلى عرف مساعد، وعرف آمر.

¹ سير مباركي، العرف وأثره في الشريعة والقانون، ط1، دار العزة للنشر، الرياض _السعودية، 1992م
1412هـ، ص84.

المطلب الثاني

حجية العرف في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

بعدما تطرقنا إلى أركان وتقسيمات العرف في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في المطلب الأول، فسوف نتعرف في هذا المطلب على حجيته وهذا ما سنتناوله في الفرعين.

الفرع الأول

حجية العرف في الفقه الإسلامي

سنتطرق أولاً إلى حجية العرف في الفقه الإسلامي (الكتاب والسنة والإجماع والمعقول)، ثم الحكمة من مشروعيته ثانياً.

أولاً: مشروعية العرف

نعني بالعرف مصدراً للتشريع الإسلامي وقدرته على تقييد النصوص الشرعية أو تخصيصها في بعض الأحيان، وهذا من خلال اتفاق جمهور العلماء على اعتبار العرف الصحيح حجة ودليلاً شرعياً، ولكنهم اختلفوا في اعتباره مصدراً مستقلاً قائماً بذاته على قولين:

1_ القول الأول: العرف حجة ودليل شرعي مستقل، وهو مذهب الحنفية والمالكية وابن القيم* من الحنابلة، واحتجوا بالكتاب والسنة والمعقول.

أ_ من الكتاب

قوله تعالى: ﴿خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ﴾ [الأعراف: 199] فالأمر بالعرف في الآية يدل على وجوب الرجوع إلى عادات الناس، وما جرى تعاملهم به، وهذا يدل على اعتبار العادات في الشرع بنص الآية.

ب_ من السنة

قوله صلى الله عليه وسلم: «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن»¹، يدل الحديث أن الأمر المتعارف عليه تعارفاً حسناً بين المسلمين يعتبر من الأمور الحسنة التي يقرها الله تعالى،

¹ أخرجه البخاري في صحيحه 256هـ، كتاب (النفقات)، من باب (إذا لم ينفق الرجل)، رقم: 5364، ج 7، ص 65.

وما أقره الله تعالى فهو حق وحجة ودليل، ولذا يعتبر الحنفية أن الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي وأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً.

ج_ من المعقول:

فلاحظ أن العرف له سلطان كبير على النفس، ويتمتع بالاحترام العظيم في القبول، وهو طبيعة ثانية للناس، يرضون به بسهولة، ويحقق مصالحهم ومنافعهم، والشريعة جاءت لتحقيق المصالح¹. فيكون العرف الصحيح مصدرًا ودليلاً وأصلاً من أصول الاستنباط.

2_ القول الثاني: أن العرف ليس حجة ودليلاً شرعياً إلا إذا أرشد الشارع إلى اعتباره، وهو مذهب الشافعية، واحتجوا بأن العادة لا تعتبر إلا إذا جرى الشرع على قبولها، وأن العرف دليل ظاهر يرجع إلى الأدلة الصحيحة².

الترجيح: بعد عرض مذاهب الفقهاء وأدلتهم في حجية العرف، والذي يظهر لنا والله أعلم أن ما ذهب إليه أصحاب القول الأول، والذين يعتبرون العرف حجة ودليل شرعي مستقل يجب العمل به، لأنه أحد الأدلة المختلف فيها ويعد في المرتبة الرابعة من بين الأدلة، فحجتهم قوية في ذلك، وهذا المرجح عندنا. وفي ذات الصدد:

_ حجية العرف من الإجماع:

يعد الإجماع أحد الأدلة الشرعية التي تؤكد على حجية العرف في الشريعة الإسلامية، خاصة في سيرة الصحابة عندما كانوا يأخذون بالعرف في كثير من الأحكام الشرعية، و يعملون به في الأقطار الإسلامية، وبذلك أخذوا من عاداتها وهكذا يمكن القول أنه جرى

* ابن القيم: هو محمد بن أبي بكر الزرعي، الدمشقي، أبو عبد الله شمس الدين، من أركان الإصلاح الإسلامي، واحد من كبار العلماء المجتهدين، حنبلي المذهب، تلميذ شيخ الإسلام ابن تيمية، ولد سنة 691هـ بدمشق، وتوفي بها سنة 751هـ، ومن تأليفه: زاد المعاد، والطرق الحكيمة، ومدارج السالكين، وإعلام الموقعين: ابن رجب، ذيل طبقات الحنفية، تح عبد الرحمن بن سليمان العثيمين، ط1، مكتبة العبيكان، الرياض، 1425هـ/2005م.

¹ محمد مصطفى الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي، ج1، ط2، دار الخير للتوزيع والنشر، دمشق _ سوريا، 1427هـ/2006م، ص267.

² المرجع نفسه، ص268.

الإجماع على الأخذ بهذه الأعراف الصحيحة، وعليه ثبتت حجة العرف بالإجماع، ونلاحظ أن جميع العلماء يحتجون بالعرف ويرجعون إلى عادات الناس في بناء الأحكام عليها وتفسير النصوص والوقائع على ضوءها، ووضع الفقهاء عدة قواعد تعتمد على العرف والعادة وإنما اختلفوا في شروط العرف، وفي درجته التشريعية بين المصادر¹.

ثانيا: الحكمة من تقرير العرف في الشريعة:

أقر الشارع الحكيم العرف الصحيح، لما كان له من أهمية ومكانة عظيمة وشأن مرتفع، فالناس بحاجة إليه؛ حيث يتناول الكثير من شؤون حياتهم، ولعل من حكم مشروعيته نجد:

— تيسير تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في الحدود التي وضعت له.

— مراعاة الأعراف، تساهم في شمولية الشريعة وصلاحتها لكل زمان ومكان.

— يساعد العرف القضاة في بناء الأحكام، يقول القرافي*: "الأحكام المترتبة على العوائد تدور معها كيفما دارت وتبطل معها إذا بطلت كالنقود في المعاملات والعيوب في الأعراض والبائعات، ونحو ذلك فإذا تغيرت العادة في النقد والسكة إلى سكة أخرى حمل الثمن في البيع عند الإطلاق على السكة التي تجددت العادة بها دون ما قبلها وإذا كان الشيء عيبا في الثياب في عادة رددنا به المبيع فإذا تغيرت العادة وصار ذلك المكروه محبوبا موجبا لزيادة الثمن لم نرد به".

— معرفة أحوال الناس وأعرافهم واحتياجاتهم، يساعد الفقيه أو القاضي أو المفتي في بيان النصوص أو ضبطها أو تخصيصها أو تقيدها، فبتغير الأزمنة تتغير حاجات الناس، وبتغيرها تتغير الأحكام ومن القواعد المقررة عند العلماء أنه لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان؛ ومثال ذلك: تزكية الشهود سر وعلنا فقد رأى أبو حنيفة عدم لزوم تزكية الشهود في دعوى المال ما لم يطعن

¹ محمد برجى بن جلول، سلطان العرف وتأثيره على القوانين، مجلة التراث، تونس، كلية الحقوق جامعة سوسة، العدد 1، 2019، ص 135.

الخصم فيهم وسبب ذلك صلاح الناس في زمانه، أما الصاحبان وقد شهدا زمان غير زمانه
تفتت فيه الأخلاق الفاسدة فرأيا لزوم تزكية الشهود سر وعلنا¹.

الفرع الثاني

حجية العرف في القانون الوضعي

أولاً: الطبيعة القانونية للعرف

يعتبر العرف حسب نص المادة 1 من قانون المدني الجزائري، المصدر الثاني من المصادر الرسمية الاحتياطية، وذلك بعد مبادئ الشريعة الإسلامية، فهو يعبر عن شكل من أشكال القانون، وذلك بسبب اشتراكه مع قواعد القانون في الخصائص العامة كالعمومية والتجريد وتنظيم سلوك الأفراد على نحو الالتزام، فيلعب العرف دور مكملاً في حالة وجود نقص في التشريع، و لم تسده مبادئ الشريعة الإسلامية فيلجأ القاضي إلى العرف ليكمل هذا النقص، وكذلك دور المساعد في حالة معرفة مضمون قاعدة تشريعية أو للتعرف على نية المتعاقدين، أو لسد ما يوجد من نقص في إرادة المتعاقدين.

إن العرف لا يقف نتاجه عند القانون المدني فقط، بل يتناول كافة المعاملات التي تسري في شأنها قواعد القانون المدني؛ كالقانون التجاري، وسائر القانون العام والخاص؛ كالأسرة والإداري والدولي ماعدا قانون العقوبات الذي يعتبر التشريع هو المصدر الوحيد له²، فلا جريمة ولا عقوبة إلا بنص³.

لم يأخذ القانونين العرف بشكل عام بل قيده بشروط أهمها:

- 1_ يجب أن يكون العرف عاماً، وليس المقصود أن يكون شاملاً، إذ قد يكون خاصاً بإقليم معين أو بطائفة من الناس، وعموميته مسألة موضوعية.
- 2_ أن يكون قديماً، فيتواتر الجري عليه مدة طويلة، وتحديد تلك المدة مسألة موضوعية.

¹ ينظر: عبد الله بن عبد الرحمان الحمدان، أثر العرف على كتاب النكاح، تح عبد الله بن ناصر السلمي، ط1، المعهد العالي للقضاء، الرياض_السعودية، 1426هـ/2005م، ص402.

² ينظر: سامية لموشية، المدخل للعلوم القانونية، لا.ط، مطبعة منصور، الوادي_الجزائر، 1443هـ/2022م، ص77.

³ المادة (1) من قانون رقم 15-19 المؤرخ في 30 ديسمبر سنة 2015، المعدل والمتمم بالأمر رقم 66_156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون العقوبات.

- 3_ أن يكون ثابتاً، فيطرد إتباعه بطريقة منظمة، غير متغيرة ولا منقطعة.
- 4_ أن يكون ملزماً، وهذا هو الشرط الهام، وهو الذي يميز العرف عن العادة.
- 5_ ألا يكون العرف مخالفاً للقانون أو للآداب والنظام العام¹.

ثانياً: اعتبار العرف في القانون

ليس هناك خلاف بين فقهاء القانون، حول اعتبار وحجية العرف، ولكن الخلاف يكمن في أساس القوة الملزمة، فظهرت عدة نظريات فقهية تبرز كل واحد منها أساس القوة الملزمة له:

_ النظرية الأولى: أساس القوة الملزمة للعرف الإرادة الضمنية للسلطة العامة (للمشرع): ومضمون هذه النظرية أن العرف يستمد قوته من إرادة المشرع ضمنية من خلال رضی المشرع عليه وعدم إلغائه، وذلك بإصدار تشريع موافق لسلوك الناس وبالتالي يأخذ العرف القوة الملزمة من ذلك².

_ النظرية الثانية: أساس القوة الملزمة للعرف الضمير الجماعي للشعب:

ومفادها أن الشعب هو الذي ينشئ العرف عن طريق اعتياده على سلوك وتكراره ثم شعوره بلزومه وعدم جواز الخروج عليه، فرضاه به هو مصدر القوة الملزمة للخضوع له والالتزام بأحكامه³.

النظرية الثالثة: أساس القوة الملزمة للعرف أحكام القضاة:

ويقصد بهذه النظرية أن العرف يستمد قوته الإلزامية من خلال نشأته عن طريق أحكام القضاء فيها، وبالتالي فالسلطة القضائية هي التي تبث في القاعدة العرفية روح الإلزام ومن خلالها يشعر الأفراد بقوتها⁴.

النظرية الرابعة: أساس القوة الملزمة للعرف الضرورة الاجتماعية (القوة الذاتية):

¹ السنهوري وأحمد حشمت ابوستيت، أصول القانون، المرجع السابق، ص 87.

² عمار بوضياف، المدخل للعلوم القانونية، ط2، دار ربحانة، الجزائر، 1999، ص 145.

³ محمد السعيد جعفرور، نظرية القانون، ج 1، ط 21، دار هومة، الجزائر، لا. س، ص 185.

⁴ محمد حسين منصور، المدخل إلى القانون (القاعدة القانونية)، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت_لبنان، 2010، ص 224.

يذهب كثير من الفقهاء أن أساس القوة الملزمة للعرف لا تكمن في أي من نظريات السابقة، بل هي كامنة في قوة ذاتية للعرف، حتمتها الضرورة الاجتماعية للسير بمصالح الناس عند انعدام التشريع في المجتمعات القديمة، أو وجود نقص التشريع عند المجتمعات الحديثة، وكذلك الامتثال لضرورة احترام العادات والتقاليد حيث يشعر الأفراد بنزعة داخلية تسمى نزعة المحافظة على كل قديم والمواجهة بقوة لكل ما يطرأ من جديد ليغير من كيانها¹.
النظرية الخامسة: أساس القوة الملزمة للعرف من الناحية الرسمية الإرادة المباشرة للمشرع:

يرى مناصرو هذه النظرية أن القوة الملزمة للعرف بشكل رسمي، تكون من خلال التقنين المدنية الحالية، مثلا التقنين المدني الجزائري في مادته الأولى ينص على اعتبار العرف مصدرا رسميا احتياطيا ثانيا للقانون، بعد مبادئ الشريعة الإسلامية، وهو إرادة الأمة التي تجدد في تطبيقها عن طريق السلطة التشريعية تيسيرا لمعاملاتها وحاجتها الاجتماعية².
الرأي المختار: هو ما ذهب إليه أصحاب النظرية الخامسة؛ من أن إرادة المشرع هي التي تضيف صفة الإلزام على العرف.

نخلص مما سبق، أن العرف حجة لدى فقهاء الشريعة وكذلك القانون لما له من أهمية ومنزلة عظيمة إلا أنه يجب أن تتوفر فيه شروط أهمها أن يكون صحيح وغير مخالف لشرع

المبحث الثاني

حقوق الزوجين في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

يترتب عن عقد الزواج مجموعة من الآثار المتنوعة ومن أهمها الحقوق والواجبات إما على سبيل الانفراد وهي الحقوق التي يستقل بها كل منهما على الآخر، وأما على سبيل الاشتراك؛ وهي الحقوق المشتركة بين الزوجين، وهذه الحقوق والواجبات قد نظمتها كل من الشريعة الإسلامية وكذلك القانون، وفي هذا السياق سنحاول التعرف

¹ عبد المجيد زعلاني، المدخل لدراسة القانون النظرية العامة، لا.ط، دار هوم، الجزائر، 2007، ص 147.

² محمد السعيد جعفر، نظرية القانون، المرجع السابق، ص 191/192.

على حقوق الزوجين في المطلب الأول (مفهوم حقوق الزوجين)، ومن ثم علاقة العرف فيهما بحقوق في المطلب الثاني (علاقة العرف بالحقوق الزوجين).

المطلب الأول

مفهوم حقوق الزوجين في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

صان الشارع الحكيم وكذلك القانون الوضعي حقوق الزوجين، فالعلاقة الزوجية مبنية على الأخذ والعطاء حيث يتفاعل فيها الطرفان لضمان حياة سعيدة، وهذه الأخيرة تشمل كل الجوانب منها المادية والمعنوية، وهذا ما استتبط إليه في هذا المطلب الفرع الأول (تعريف حقوق الزوجين) وفي الفرع الثاني (أنواع وتقسيمات حقوق الزوجين).

الفرع الأول

تعريف حقوق الزوجين

مصطلح حقوق الزوجين هو مركب إضافي، يتكون من الحقوق والزوجين، وأصل الزوجين من مادة زوجه وزواج، فالزوجين هما طرفي عقد الزواج؛ وبالتالي سنقوم بتعريف الحق ثم الزواج يليه حقوق الزوجين.

أولاً: تعريف حقوق الزوجين في اللغة

1_ تعريف الحق:

في اللغة: يرجع أصل كلمة الحق إلى حقق، وهو نقيض الباطل، ويجمع على حقوق وحقاق، ومن معانيه: الأمر المقضي والعدل والإسلام، والملك والمال، والموجود، والثابت، والصدق، والموت والجزم، والنصيب¹.

* أحمد فهي أبو سنة ولد في محافظة الجيزة مركز الصف سنة 1909، حفظ القرآن على يد جده الشيخ محمود خليفة أبو سنة رحمه الله، وتلقى عليه القرآن الكريم بعض الكتب الصغيرة في علمي التجويد والنحو، وهو عضو في لجنة المناقشة لرسالة عملية الأزهر سنة 1940، نجح في الدراسات العليا وحصل على الشهادة العالمية من درجة أستاذ دكتوراه كمتخصص في الفقه والأصول وتاريخ التشريع، من مؤلفاته: العرف في رأي الفقهاء والأصوليين، الوسيط في أصول الفقهاء، نظرية الحق في الفقه الإسلامي توفي 2003م: أعضاء ملتقى أهل الحديث، المعجم الجامع في تراجم العلماء وطلبة العلم المعاصرين، ج1، لا.ط، لا.د، لا.م، لا.س، ص12.

في الاصطلاح الفقهي: تعددت تعريفات الفقهاء المتقدمين وكذلك المعاصرين لمصطلح (الحق)، إلا أننا سنكتفي بذكر بعض تعريفات المعاصرين:

عرفه الأستاذ فهمي أبو سنة*: "هو ما ثبت في الشرع للإنسان أو لله تعالى على الغير"¹.
وعرف أيضا أنه: "هو صفة شرعية بها يقتدر الإنسان على التصرف والانتفاع بالأعيان المالية تصرفا مشروعاً"².

ولعل من أبرز تعريفات الحق نجد: هو اختصاص يقرر به الشرع سلطة أو تكليفاً"³.

في الاصطلاح القانوني: اختلفت آراء الفقهاء في تعريف الحق اختلافا كبيرا حتى ظهرت بينهم مذاهب متعددة في هذا الشأن، ويرجع ذلك إلى اختلاف وجهات النظر فيما يعتبر العنصر الجوهرية في الحق:

المذهب الشخصي: أصحاب هذا اتجاه عرفوا الحق بأنه: "قدرة أو سلطة إرادية يخولها القانون للشخص"⁴.

المذهب الموضوعي: عرفوه بأنه "مصلحة يحميها القانون"⁵.

المذهب المختلط: إن هذا المذهب يجمع بين المذهبين السابقين، حيث عرف الحق كالتالي: "المصلحة المحمية عن طريق الاعتراف بقدرة إرادية لصاحبها"⁶.

المذهب الحديث: ويعرف أصحابه الحق بأنه "اختصاص بقيمة مالية أو أدبية معينة يمنحها له القانون"⁷، وقد وجهت انتقادات إلى هذه المذاهب.

¹ ابن منظور، المرجع السابق، ج 10، ص 49.

¹ أحمد محمود الخوالي، نظرية الحق بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ط 1، دار السلام، القاهرة-مصر، 1423هـ/2003م، ص 42.

² المرجع نفسه، ص 43.

³ الزرقا، المدخل لنظرية الالتزام، ج 3، ط 1، دار القلم، دمشق، 1999، ص 19.

⁴ فرج صده، أصول القانون، ج 2، لا.ط، شركة مكتبة ومطبعة البابي الحلبي وأولاده، مصر، 1965، ص 275.

⁵ المرجع نفسه، ص 276.

⁶ المرجع وصفحة نفسها.

⁷ المرجع نفسه، ص 277.

وفي نهاية عرض نظريات تعريف الحق، عرفه الأستاذ البدر اوي كالتالي: "هو اختصاص أو استئثار شخص بقيمة مالية أو أدبية معينة يمنحها له القانون"¹.

2_تعريف الزواج:

أ_ في اللغة: جاء في لسان العرب: الزوج خلاف الفرد، والزوج الفرد الذي له قرين، والزوج اثناجمعها الزوج أزواجاً وأزواج².

ب_ في الاصطلاح الفقهي:

اختلف الفقهاء في تعريف الزواج على النحو التالي:

1_تعريف الحنفية: "هو عقد يرد على ملك المتعة"³.

2_تعريف المالكية: "هو عقد لحل تمتع بأنثى غير محرم وغير مجوسية أو أمة كتابية بصيغة لقادر محتاج أو راج نسلًا"⁴.

3_تعريف الشافعية: "عقد يتضمن إباحة وطء بلفظ إنكاح أو تزويج"⁵.

4_تعريف الحنابلة: "هو عقد بين الزوجين يحل به الوطاء"⁶.

وعرفه الفقهاء المتقدمين: أنه "هو عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة، وتعاونهما ويحدد مالكيهما من حقوق وما عليهما من واجبات، والحقوق والواجبات التي تستفاد من هذا التعريف هي عمل الشارع، لا تخضع لما يشترط العاقدان"⁷.

¹ البدر اوي عبد المنعم، المدخل للعلوم القانونية، ط1، مطابع دار الكتاب العربي، القاهرة، 1949، ص450.

² ابن منظور، المرجع السابق، ج2، ص297/298.

³ عبد الرحمان بن محمد بن سليمان، مجمع الأثر في شرح ملتقى الأبحر، ج1، لا.ط، دار إحياء التراث العربي، لا.م، لا.س، ص316.

⁴ عبد الرحمان بن محمد عوض الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج4، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت_ لبنان، 1424هـ_2003م، ص8.

⁵ المرجع نفسه.

⁶ عبد الرحمان بن محمد عوض الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ص8.

⁷ محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط3، دار الفكر العربي، القاهرة، 1948، ص17/18.

ج_ في الاصطلاح القانوني:

عرف المشرع الجزائري الزواج بأنه: "عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب"¹.

بعد ما عرفنا كل من الحق والزواج نأتي الآن على تعريف كلفظ مركب:

ثانيا _ حقوق الزوجين في الاصطلاح:

1_ في الاصطلاح الفقهي: عرفنا أن الزواج كغيره من العقود ينشئ بين العاقدين الزوجين حقوقاً وواجبات متبادلة، عملاً بمبدأ التوازن والتكافؤ وتساوي أطراف التعاقد الذي يقوم عليه كل عقد، وقد أشار القرآن الكريم لهذا المبدأ وثبتت هذه الحقوق والواجبات، فقال تعالى: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: 228] أي أن للنساء من الحقوق على الرجال مثل ما للرجال على النساء من واجبات، وأساس توزيع تلك الحقوق والواجبات هو العرف والفطرة، ومبدأ: كل حق يقابله واجب².

2_ في الاصطلاح القانوني:

هي الآثار القانونية والشرعية لعقد الزواج الصحيح، وهي حقوق وواجبات لازمة لا يجوز للزوجين ولا أحدهما التنازل عن شيء منها، أو التملص³.
وعليه يمكن تعريف حقوق الزوجين كالآتي: هو مصطلح يدل على ما للزوجين من مصالح وواجبات اتجه بعضهما تثبت لهما شرعاً وقانوناً، بموجب عقد الزواج بينهما.

الفرع الثاني

تقسيمات حقوق الزوجين

¹ المادة (4) من القانون رقم 84_11 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 هـ الموافق 09 يونيو 1984 م المعدل والمتمم للأمر رقم 05_02 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 هـ الموافق ل 27 فبراير 2005 م والمتضمن: قانون الأسرة، المعدل والمتمم (الجمهورية الجزائرية الجريدة الرسمية، العدد 15، 27 فبراير 2005).

² وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج9، ط4، دار الفكر، دمشق _ سوريا، لا. س، ص6842.

³ المحكمة العليا غ.أ.ش، 1987/02/07، ملف رقم 47915، م ق، 1990، العدد3، ص65.

إن العلاقة الزوجية رابطة مقدسة قائمة على المودة والرحمة، تمنح لزوجين بمقتضاها حقوق وواجبات متبادلة، وعليه فلا بد من فهم والتعرف على هاته الحقوق وبيان تقسيماتها، وهو ما سندرسه في هذا الفرع.

أولاً: الحقوق الزوجية الخاصة:

من بين تقسيمات حقوق الزوجين عند الفقهاء والقانونيين، الحقوق الخاصة؛ وهي الحقوق التي يستقل بها الزوجين كل منهما على الآخر، على سبيل الإنفراد، وهذا ما ذكره فقهاء الشريعة الإسلامية، واعتمده المشرع الجزائري سابقاً في المواد 38 و39 من ق.أ.ج قبل التعديل¹، وتنقسم بدورها إلى حقوق معنوية وحقوق مادية، ومن هاته الحقوق نذكر: حق الزوج في حفظ ماله وخدمة الزوجة له وإرضاع أولاده، وحقه في طاعة زوجته والقوامة عليها، حق الزوجة في المهر والنفقة، حقها في عدم الإضرار بها وإعفافها.

ثانياً: الحقوق الزوجية المشتركة:

بعد ما تعرفنا على الحقوق المنفردة للزوجين، نأتي هنا للحقوق المشتركة بينهما، وهي التي يتركز عليها عقد الزواج، بحيث تحقق مراعاتها مقاصد الزواج وسعادة الأسرة، وهذا ما تناوله المشرع الجزائري في قانون الأسرة بالأمر رقم 02_05 بعد التعديل الأخير، حيث ألغى الحقوق الخاصة بكل طرف وجمعها في قائمة واحدة في المادة 36 والتي تنص على "يجب على الزوجين: المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة، المعاشرة بالمعروف، وتبادل الاحترام والمودة والرحمة، التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم، التشاور في تسيير شؤون الأسرة وتباعد الولادات، حسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر وأقاربه واحترامهم وزيارتهم، المحافظة على روابط القرابة والتعامل مع الوالدين والأقربين بالحسنى والمعروف، زيارة كل منهما لأبويه وأقاربه واستضافتهم بالمعروف"، ونذكر من بينها، حق المعاشرة بالمعروف في الفقرة 2، وحق التشاور في الفقرة 1.

¹المادة 38: "للزوجة حق في: زيارة أهلها من المحارم واستضافتهم بالمعروف، حرية التصرف في مالها"، المادة 39: "يجب على الزوجة، حقوق الزوج: طاعة الزوج ومراعاته باعتباره رئيس العائلة، إرضاع الأولاد عند الاستطاعة وتربيتهم، احترام والدي الزوج وأقاربه"، ملغاة.

المطلب الثاني

علاقة العرف بحقوق الزوجين في الفقه الإسلامي والقانون

اتفق الفقهاء وكذلك القانونيين، على حجية واعتبار العرف، حيث يعتبره القانون مصدر من مصادره الاحتياطية، وتعدده الشريعة من مصادرها وأدلتها التبعية الغير متفق فيها، ولعل أكثر المجالات اعتدادا بالعرف هي المعاملات المدنية والتجارية أما في مجال العقوبات فإنه لا يعتد به مطلقا، ويقتى السؤال مطروحا حول علاقته بالمجال الأسري، وهذا ما سنحاول توضيحه في هذا المطلب في فرعين: خصصنا الأول: (لعلاقة العرف بحقوق الزوجين في الفقه الإسلامي)، والثاني: (لعلاقة العرف بحقوق الزوجين في القانون).

الفرع الأول

علاقة العرف بحقوق الزوجين في الفقه الإسلامي

وردت العديد من النصوص الشرعية التي تتكلم عن أحكام الأسرة عامة وحقوق الزوجين خاصة، ويبدو فيها استناد العرف في أحكامها، وهذا ما سندرسه في هذا الفرع.

أولا: العرف كمصدر للحقوق في الشريعة الإسلامية

إن العرف الصحيح يعتبر دليلا شرعيا وحجة للأحكام عند فقد النص (القرآن والسنة)، والإجماع، وقد يقدم على القياس، فيعدل المجتهد بسببه عن القياس إلى الاستحسان كما هو عند الحنفية، مثل تعارف الناس على تقسيم المهر إلى معجل ومؤجل، وقال السيوطي * رحمة الله تعالى عليه: "اعلم أن اعتبار العادة والعرف رجوع إليه في الفقه في مسائل لا تعد لكثرتها"¹، فهو مصدر من مصادر استنباط الأحكام وأصل يرجع إليه في التشريع الإسلامي، والتشريع

* هو الحافظ جلال الدين عبد الرحمان بن أبي بكر بن محمد السيوطي، ولد بالقاهرة، سنة 749هـ، تفقه على مذهب الشافعي ونبغ فيه وفي علوم كثيرة كتب فيها أكثر من 500 مؤلف، ومن كتبه: (الدر المشورة في تفسير المأثورة، والجامع الصغير في الحديث)، توفي 911هـ: عمر بن رضا بن محمد، معجم المؤلفين، المرجع سابق، ص 128.
¹ السيوطي، الأشباه والنظائر، ط1، دار الكتب العلمية، لا.م، 1411هـ/1990، ص 90.

الإسلامي بدوره هو الآخر أقر حقوق الزوجين ونظمها، وعليه فإن العرف مصدر من المصادر
المعتبرة في تقرير حقوق الزوجين، ويمكن الرجوع له في حالة النزاع عليها¹.

ثانيا: العرف كمصدر معتبر في جانب الأسري

إن الأسرة الإسلامية تقوم على شرع الله وتحكيمه في كل سلوكياتها ومنهجها، وبما أن
العرف هو أصل من أصولها، فإنه بالضرورة مصدرا معتبرا فيها، ولعل الكثير من أحكام الأسرة
معتمدة على العرف الصحيح الذي تقره الشريعة وتعمل به، فكلما انخرفت أعراف الأسرة
ترتب عن ذلك فساد أخلاقي، وانحراف السلوك، وإتهاد الحقوق، وتخل عن التزامات، وبالتالي
ضياع الأسرة، كما جاءت الكثير من الأحكام في الجانب الأسري معتمدة على العرف في
تقريرها كحق المهر والنفقة وغيرها.

الفرع الثاني

علاقة العرف بالحقوق الزوجية في القانون الوضعي

إن العرف المعتبر هو مصدر من مصادر القانون الجزائري، فهل له صلة بالقانون الأسري
وبحقوق الزوجين، وهذا ما سنحاول التطرق إليه في هذا الفرع.

أولا: العرف كمصدر للحقوق في القانون

يعد العرف من أقدم مصادر القانون في تاريخ المجتمعات، نظراً لأنه الطريق الطبيعي
الذي تنبثق منه القواعد القانونية التي يحتاجها المجتمع، فهو يعتبر مصدراً احتياطياً ثانوياً بعد
الشريعة الإسلامية، ونظراً لكونه مصدراً من مصادر التشريع، نجد أن المشرع يتبعه في إقرار الكثير
من الحقوق، وخاصة الحقوق الزوجية؛ كحق المعاشرة بالمعروف، لذا يعتبر العرف مصدراً مثبتاً
للحقوق أو هادماً لها؛ بحيث يمكن إلغاء الحقوق أو إقرارها، ويكون واجباً على القاضي العودة
إليه في حالة النزاع عليها².

ثانيا: العرف كمصدر معتبر في قانون الأسرة:

¹ ينظر: مصطفى الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه، المرجع السابق، ج1، ص269.

² سامية لموشية، المدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق، ص72.

يعتبر قانون الأسرة واحدا من القوانين التي تصدرها السلطة التشريعية وقد حدد المشرع مصدره، في المادة الأولى من القانون المدني لسنة 1975م، والذي صدر قبل قانون الأسرة في عام 1984م، وجاء في المادة الأولى، في الفقرة الثانية منها: "وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف". من خلال هذه المادة يتبين لنا أن العرف يعتبر من المصادر الرسمية للقانون الجزائري، و يندرج قانون الأسرة ضمن مجموعة هذه القوانين التي ينطبق عليها نص المادة، وبالتالي، يتجه القاضي إلى الاستعانة بالعرف للفصل في القضايا المطروحة التي لا يوجد لها نص في القانون أو مبادئ الشريعة الإسلامية، وعندما اصدر قانون الأسرة في عام 1984 جعل الشريعة الإسلامية كمصدر أصلي، وتعتمد هذه الأخيرة، على العرف الصحيح في جميع المجالات وخاصة الأحوال الشخصية.

وعند دراسة القوانين المنظمة للأسرة، يمكن القول أن المشرع الجزائري، استوحى العديد من الأحكام من العرف مراعيًا بذلك العادات وتقاليد المجتمع الجزائري؛ مثل قضايا الخطبة وربطها بالفاخرة كما تنص عليه المادة 6، وبالفعل يعتبر العرف مساعداً للعديد من النصوص القانونية، حيث لا يمكن للقاضي تطبيقها إلا بالاستعانة بالعرف، ومع مرور الوقت أظهرت الجوانب التطبيقية لقانون الأسرة العديد من العيوب، ولذلك تم تعديل القانون في عام 2005 ليشمل المصادر الرسمية والعرفية لقانون الأسرة¹.

¹ نظرية عتيق، الحقوق الزوجية بعد تعديل قانون الأسرة 2005 بين الاسترشاد بالعرف والمواءمة التشريعية، مجلة البحث، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة (الجزائر)، العدد 1، 2018، ص 34/35.

من خلال ما سبق، نستنتج أن العرف هو مصدر من مصادر التشريع الإسلامي والقانون الوضعي، ويعتبر عاملاً مؤثراً في حياة الناس، خاصة فيما يتعلق بحقوق الزوجين عندما يتماشى مع عادات وتقاليد المجتمعات العربية، ورغم أن مكانته ودوره التشريعي يختلفان، إلا أنه يعتبر مصدراً تكميلياً بعد القانون والدستور والاتفاقيات الدولية في القانون، لذا تم تخصيص هذا الفصل لدراسة الأساس التشريعي للعرف وحقوق الزوجين، مع التركيز على مفهوم العرف وحجته في الشريعة والقانون، بالإضافة إلى فهم حقوق الزوجين، وعلاقة العرف بحقوق الزوجين في المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

الفصل الثاني

دور العرف في تقرير حقوق الزوجين في الفقه الإسلامي
والقانون الجزائري

بالنظر إلى احتلال العرف لما كان معتبر في المنظومة التشريعية، باعتباره مصدرا من مصادر القاعدة الشرعية والقانونية، هذه الأخيرة التي من أهم أدوارها تقرير الحقوق التي يتمتع بها الأفراد في ظل دولة العدل، مما يعني أن للعرف دورا في تقرير هذه الحقوق والتي نخص بها حقوق الزوجين في نطاق هذا البحث.

ولإحاطة بدور العرف في تقرير حقوق الزوجين، من المفيد البحث في أثر العرف في حقوق الزوجين الخاصة (في المبحث الأول)، ثم أثر العرف في حقوق الزوجين المشتركة (في المبحث الثاني).

المبحث الأول

أثر العرف في حقوق الزوجين الخاصة

ينفرد كلا من الزوج والزوجة بحقوق تثبت لهما بموجب عقد الزواج، ويتأثر غالبها بالأعراف والعادات السائدة في المجتمع، وهذا ما سنوضحه في هذا المبحث من خلال مطلبين، ندرس في الأول أثر العرف في حقوق الزوجين المعنوية الخاصة، ثم ندرس في الثاني أثر العرف في حقوق الزوجين المادية الخاصة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

المطلب الأول

أثر في حقوق الزوجين المعنوية الخاصة

تعد الحقوق المعنوية الخاصة للزوجين، حقوق ذات مكانة معتبرة، كونها حقوق تمس بالنفس والعواطف والكرامة، مما يجعل أثر انتهاكها بالغ الأهمية، لذلك ارتأينا أن نتطرق إلى هذا النوع من الحقوق بالدراسة من خلال فرعين: خصصنا الأول إلى: (أثر العرف في حقوق الزوج المعنوية) خصصنا الثاني إلى: (أثر العرف في حقوق الزوجة المعنوية) على النحو التالي:

الفرع الأول

أثر العرف في حقوق الزوج المعنوية

من أهم الحقوق المعنوية للزوج حق الطاعة وحق الاحتباس وهذا ما سنتطرق إليه فيما يأتي:

أولاً: أثر العرف في حق الزوج في طاعة:

ينظر إلى الطاعة على أنها تعبير عن التعاون والمشاركة في الحياة الزوجية بطريقة تحفظ حقوق الطرفين وتحقق التوازن بين المسؤوليات والحقوق لكلا الزوجين، والطاعة لا تكون إلا في المعروف أما في معصية الله ورسوله فلا طاعة للزوج على زوجته فيها إذ لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق وهي قاعدة عامة¹، وعليه يتوجب على الزوجة طاعة زوجها، أن لا تخرج من بيته إلا بإذنه، وذلك لقوله تعالى: ﴿حَافِظَاتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ﴾ [النساء: 34]، وقول النبي صلى الله

¹ أبو بكر الجزائري، النكاح والطلاق أو الزواج والفرق، ج1، ط2، مطابع الرحاب، لا.م، لا.س، ص 11/10 .

عليه وسلم: «أي النساء خير؟ قال: التي تسره إذا نظر، ونطعه إذا أمر، ولا تخالفه في نفسها ومالها بما يكره»¹ رواه النسائي، كذلك السفر معه إذا شاء ذلك ولم تكن قد اشترطت عليه في العقد عدم السفر بها، ويجب عليها أن لا تعصيه إذا دعها للفراش بحيث يعتبر الاستمتاع حق شرعي للزوج على زوجته، ولا يجوز لأحدهما الامتناع عن الآخر دون عذر شرعي لقوله صلى الله عليه وسلم: «إِذَا بَاتَتِ الْمَرْأَةُ، هَاجِرَةً فِرَاشَ زَوْجِهَا، لَعَنَتْنَا الْمَلَائِكَةُ حَتَّى تُصْبِحَ»²، كما يجوز استئذانه في الصوم إذا كان حاضرا غير مسافر لقوله صلى الله عليه وسلم: «لا تصم المرأة وبعلمها شاهد إلا بإذنه، ولا تأذن في بيته وهو شاهد إلا بإذنه، وما أنفقت من كسبه من غير أمره فإن نصف أجره له»³.

فالواجب على الزوجة طاعة زوجها، لما له عليها من عظيم الحق وقيامها بإيفاء حقوقه التي أوجبها عليها الشرع من طاعة له وقرار في البيت وامتناعها عن كل ما يؤذيه قولاً وفعلاً، وعمل كل ما يسره ويرضيه من سلوك وتصرفات في حدود تعاليم ديننا.

للعرف دورا كبيرا في ثبات حق الطاعة للرجل، حيث يقول حسن ملحم "إن السلطة في الأسرة قائمة على سيطرة تقليدية مستنبطة من العادات والتقاليد حيث أن صاحب السلطة يطاع بناء على تقاليد أو عادة قد يسير عليها زمنا طويلا"⁴، لكن في وقتنا الحالي تعارف الناس على خروج المرأة للتعليم والعمل، ومشاركتها في جميع نواحي الحياة الاجتماعية والاقتصادية والسياسية وغيرها، وأصبح الكثير منهم يعتبرون طاعة الزوج تقييدا لحريتهم في ظل تعالي أصوات مساواة المرأة بالرجل من دعاة تحرر المرأة ممن يعتبرون حق الزوج في الطاعة والقرار في البيت تخلفا لا يصلح لزماننا لتغيير واقع حال المرأة اليوم عن سابقه⁵.

نصت الفقرة الرابعة من المادة 36 من قانون الأسرة الجزائري على "التشاور في تسيير شؤون الأسرة وتباعد الولادات"، وتعتبر هذه الفقرة من أهم التعديلات في القانون

¹ أخرجه النسائي في سننه الصغرى 303هـ، كتاب النكاح، باب (أي النساء خير)، رقم: 3201، ج6، ص68.

² أخرجه مسلم في صحيحه 261هـ، كتاب النكاح، باب (تحريم امتناعها من فراش زوجها)، رقم: 1436، ج2، ص1059.

³ أخرجه مسلم في صحيحه 261هـ، كتاب الزكاة، باب (ما أنفق العبد في مال مولاه)، رقم: 1026، ج2، ص771.

⁴ حسن ملحم، التحليل الاجتماعي للسلطة، ط1، منشورات دحلب، الجزائر، 1993، ص258.

⁵ رهفة سليمان حمادة، العرف وأثره في حقوق الزوج في الفقه الإسلامي، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في الفقه المقارن كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة _ فلسطين، 2014، ص113.

الأسري؛ وذلك لكونها رسخت تحمل الزوجة مسؤولية شؤون الأسرة إلى جانب الزوج وهذا تأثراً بالأعراف السارية والمنظمات التي تنادي بحقوق المرأة في المساواة بينها وبين الرجل، حيث قام المشرع الجزائري بإلغاء المادتين 38 و39 من القانون 11/84، التي تفصل بين حقوق كل من الزوجين من ضمنها حق الزوج في الطاعة والقوامة، فيكون بهذا قد كرس مبدأ المساواة والشراكة بين الزوجين، حتى يعمل على رعاية الأسرة والبيت الذي يعتبر خالصاً للرجل، ولكن كان من الأجدد على المشرع الجزائري أن يضيف مواد أخرى تعزز حق الزوج في طاعة الزوجة له، لأن حسن التربية والتخلق والتسيير ينبع من الأسرة وتمتد جذوره إلى المجتمع، ويكفي فخراً واعتزازاً أن الإسلام اعتبر طاعة الزوجة لزوجها جهاداً في سبيل الله، جاء في التمهيد: "وجهاد المرأة حسن التبعل لزوجها"¹، أي حسن طاعة واحترام ومعاشرة زوجها².

ثانياً: أثر العرف في حق الزوج في الاحتباس

ويقصد بالاحتباس عند الفقهاء هو القيد والملك وأن تسلم نفسها لزوجها، والتسليم هو التخلية بأن تخلي بين نفسها وبين زوجها برفع المانع من وطئها أو الاستمتاع بها حقيقة إذا كان المانع من قبلها أو من قبل غير الزوج³، وهو سبب وجوب النفقة. أحل الله عز وجل العشرة بين الزوجين، واستمتع كل من الزوجين بالآخر، بعد أن كان هذا استمتاع محرماً بلا زواج، فينعقد الزواج فيصبح من حق كل من الزوجين الاتصال بالآخر اتصالاً جنسياً على الوجه المباح شرعاً، وكان للزوج حقاً خالصاً وواجباً على الزوجة تسليم نفسها لزوجها للاستمتاع بها⁴، ما لم يكن لديها مانع شرعي كالحيض والنفاس و المرض، الإحرام بالحج أو العمرة، صوم الفريضة أما صوم التطوع لا تصوم إلا بإذنه لقوله تعالى: ﴿نِسَاءُكُمْ

¹ أبو يوسف بن عبد الله النمري المعروف بابن عبد البر، التمهيد، تح مصطفى بن أحمد العلوي ومحمد عبد الكبير البكري، ج 21، لا.ط، وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب، 1387هـ، ص 20.

² ينظر: حمودي كتيبة وحساني فريدة، مركز العرف في الرابطة الزوجية دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وتشريعات بعض الدول العربية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان بجاية، الجزائر، ص 72/73.

³ أبو بكر علاء الدين بن مسعود بن أحمد الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 4، ط 2، دار الكتب العلمية، لا.م، 1406هـ / 1986م، ص 18.

⁴ عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، لا.ط، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2011، ص 158.

حَزْبُكُمْ فَأَتُوا حَزْبَكُمْ» [البقرة: 223]، بمعنى كيف شئتم، تدل على عموم الهيئات وعلى جميع الوجوه، إلا الإيلاج في الدبر فهو حرام، وعليها الإجابة في الفراش متى طلبها¹، لقوله صلى الله عليه وسلم: «إذا دعا الرجل امرأته إلى فراشه، فأبت أن تجيء، لعنتها الملائكة حتى تصبح»² وقوله أيضاً: «والذي نفسي بيده ما من رجل يدعو امرأته إلى فراشها فتأبى عليه إلا كان الذي في السماء ساخطا عليها حتى يرضى عنها»³، وليس له أن يرغمها إذا أبت، ووجب على الزوجة إزالة كل ما يمنع الزوج من الاستمتاع بها كطهارة من الحيض والنفاس وقص الشعر والأظفار قال تعالى: ﴿وَلَا تَقْرُبُوهُنَّ حَتَّى يَطْهُرْنَ فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ التَّوَّابِينَ وَيُحِبُّ الْمُتَطَهِّرِينَ﴾ [البقرة: 222]، ومحل التسليم ومكانه هو منزل الزوج، وعليه أجمع الفقهاء⁴، وذكر الشافعية أن العبرة في التسليم في محل الزوج هو وقت العقد فلو انتقل الزوج من منزله أو بلده إلى بلد آخر أو منزل آخر فإنه عليه زائد المؤونة فإن انتقل عن بلد العقد فزائد المؤونة عليه، فلو تزوج رجل بغزة امرأة بالشام سلمت نفسها بغزة اعتباراً بمحل العقد، فإن طلبها إلى مصر فنفتها من الشام إلى غزة عليها، ثم من غزة إلى مصر عليه، وهل تلزمه مؤونة الطريق من الشام إلى غزة أم لا؟ قال الحناطي في فتاويه: نعم وحكى الروياني فيه وجهين: أحدهما: نعم؛ لأنها خرجت بأمره.

والثاني: لا؛ لأن تمكينها إنما يحصل بغزة قال: وهذا أقيسوأما من غزة إلى مصر فعليه⁵.
ودليل الجمهور على ذلك هو حديث زيد بن كعب بن عجرة عن أبيه قال: تزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم العالية من بني غفار فلما دخلت عليه ووضعت ثيابها رأى بكشحتها بياضاً، فقال النبي صلى الله عليه وسلم «البي ثيابك والحتي بأهلك وأمر لها بالصداق»⁶ ووجه

¹ محمد سكال، المهذب من الفقه المالكي وأدلته، ج 2، ط 1، دار الوعي، الجزائر، 1431هـ/2010م، ص 53.

² أخرجه البخاري في صحيحه 256هـ، كتاب النكاح، باب (إذا باتت المرأة...)، رقم: 5193، ج 7، ص 30.

³ أخرجه مسلم في صحيحه 256هـ، كتاب النكاح، باب (تحريم امتناعها..)، رقم: 1436، ج 2، ص 1060.

⁴ محمد بن فرامرز، درر الحكام شرح غرر الأحكام، ج 1، لا.ط، دار إحياء الكتب العربية، لا.م، لا.س، ص 41.

⁵ شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج 4، ط 1، دار الكتب العلمية، لا.م، 1415هـ / 1994م، ص 372.

⁶ أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه 235هـ، كتاب النكاح، باب (المرأة يتزوجها الرجل وبها برص...)، رقم: 16304، ج 3، ص 486.

الدلالة من الحديث أن الزوجة هي التي دخلت على النبي منزله ومحله، وهذا ما هو متعارف عليه عند عامة الناس.

لم يتكلم المشرع الجزائري بصريح العبارة عن حق الاحتباس، لأنه في الأصل مستنبط من أحكام الشريعة الإسلامية، إلا أنه بالرجوع إلى نص المادة 36 من ق.أ.ج المعدلة التي تنص على حقوق والواجبات المشتركة بين الزوجين فنجد هذه المادة في فقرتها الأولى والتي تنص على مايلي: "يجب على الزوجين على المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة"، فنجد المشرع حث الزوجين على المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة بينهما، لعل في ذلك إشارة إلى حق الاحتباس والاستمتاع بالزوجة بطريقة ضمنية، ونصت المادة 16 من ق.أ.ج على أنه: "تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول"، وكذلك المادة 222 من نفس القانون التي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية فيما لا يرد فيه نص. والمتعارف عليه عندنا، أن تسلم الزوجة نفسها لزوجها وتزيل ما يمنع ذلك، أما مكان التسليم على حسب المتعارف عليه، لو تعارف الناس أن تسليم المرأة يكون في محل العرس ومكان الزفاف كصالات الأفراح من القصور، والاستراحات، والفنادق وغيرها، أو تعارفوا على أنها تسلم في منزل الزوج كما هو مقرر في الفقه فالعمل على ما تعارف الناس عليه، وهو ما لم يمنعه الشرع والقانون.

الفرع الثاني

أثر العرف في حقوق الزوجة المعنوية

تمتع الزوجة في الشرع والقانون بحقوق معنوية من أهمها: حق الزوجة في عدم الإضرار بها، وحق الزوجة في الاعفاف.

أولا: أثر العرف فيحق الزوجة في عدم الإضرار بها

الإضرار بالزوجة تعني إلحاق الضرر بها، والضرر المحظور إيقاعه بالزوجة، يشمل الضرر المادي ترك الإنفاق عليها وعدم كسوتها، ومن الضرر المعنوي، القول القبيح والشتم والعبوس في

وجهها، وعدم إبداء الاهتمام بها¹، لقوله صلى الله عليه وسلم: «لا ضرر ولا ضرار»²، ومن حقها أيضا أن لا يضرها بقول أو فعل أو خلق أو أي تصرف³، فالزواج قائم على المعاشرة بالمعروف، والدليل على عدم الإضرار بالزوجة ما نهي عنه الإسلام في قوله تعالى: ﴿فَأْمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرَخُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِيَتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ﴾ [البقرة: 231]، ويعتبر هذا المبدأ من أصول الدين الإسلامي وواجب شرعي يقع على عاتق الزوج، تجاه زوجته، مثلا في مسألة سكن الزوجة مع أهل الزوج، في بعض البلدان الإسلامية، أن الزوجة تسكن في غرفة مع أهل الزوج، وقد لا تكون هذه الغرفة مشتملة على متطلبات خاصة، مما يحرم الزوجة من التمتع بالاستقلالية التي تحتاج إليها، وهذا ما يجعل المشاكل تزداد بين أفراد العائلة، وقد يكون هناك إحوة ذكور مما يقيد حرية الزوجة في لباسها ويسبب لها الضيق والحرج، وهذا العرف قد يتسبب بالإضرار بها، ويحرمها من حقها في الاستقلالية في المسكن الذي ينبغي ألا يشاركها أي فرد من أهلها إلا برضاها هي⁴، إلا أن حاليا تغيرت الأعراف و أصبح لكل فرد من العائلة مسكن خاص به، منعزل ومكون أسرة صغيرة، وهذا ما يتوافق مع الشريعة الإسلامية الذي أعطى للزوجة الحق للعيش في مسكن بعيد عن العائلة، وكذلك في العرف اليوم مسألة عمل الزوجة، أصبح ضرورة حتمية لدى بعض العائلات خاصة إذا كان الزوج معسرا في حقها، فلا بد له أن لا يضرها ولا يمنعها من ذلك، ولهذا المشرع الجزائري لم يدرج هذا الحق ضمن المادة 36 من ق.أ.ج، ولكن أشار في المادة 53 من نفس القانون في الفقرة 10، أنه يجوز للزوجة أن تطلب الطلاق في حالة "كل ضرر معتبرا شرعا"، وهذا يعتبر حق من حقوقها المخولة لها، وعليه فالشريعة والقانون لا يقران الأعراف التي تمنع المرأة في حقوقها الشرعية وتضرر بها.

¹ عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج7، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1413هـ/1993م، ص235.

² أخرجه ابن ماجة في سننه الكبرى 273هـ، كتاب الأحكام، باب (من بنى في حقه ما يضر بجاره)، رقم: 2341، ج2، ص784.

³ عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ط2، دار الكتب المصرية، القاهرة، 1357هـ/1938م، ص121.

⁴ ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، ج3، ط2، دار الفكر، بيروت، 1412هـ/1992م، ص600.

ثانيا: أثر العرف في حق الزوجة في الإعفاف:

1_ الإعفاف في اللغة: هو فعل ما يحقق العفاف للنفس أو للغير، والعفة والعفاف: الكف عن

الحرام، وعما يستهجن كسؤال الناس، وقيل: هو الصبر والنزاهة عن الشيء¹.

2_ الإعفاف في الاصطلاح: العفة: هيئة للقوة الشهوية متوسطة بين الفجور، الذي هو إفراط

هذه القوة، والحمود الذي هو تفريطها، فالعفيف من يباشر الأمور على وفق الشرع والمروءة².

فحق الزوجة على زوجها أن يقوم بإعفافها، وذلك يطأها ويستمتع بها، ويجامعها،

وتستمتع به هي أيضا، ويعفها بالوطء عن الحرام، وعن التطلع إلى غيره، لقوله تعالى: ﴿قُلْ

لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ وَيَحْفَظُوا فُرُوجَهُمْ..... وَقُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ وَيَحْفَظْنَ

فُرُوجَهُنَّ﴾ [النور: 30_31]، فإن للمرأة شهوة كالرجل، لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِأُزْوَاجِهِمْ حَافِظُونَ

إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ فَمَنْ ابْتغىٰ وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَٰئِكَ هُمُ

الْعَادُونَ﴾ [المؤمنون: 5_7]، وكذلك إعفافها بالجماع مراعاة لحقها ومصالحها في النكاح، دفعا

للفتنة عنها³، لقوله صلى الله عليه وسلم: «وفي بضع أحدكم صدقة»⁴.

3_ آراء الفقهاء في حق الإعفاف:

يرى المالكية: أن الجماع واجب على الرجل للمرأة إذا انقطع عنها العذر، أما الشافعي

فيرى أن الجماع لا يجب إلا مرة؛ لأنه حق له، فيجوز له تركه، لأنه اعتبره كسكنى الدار

المستأجرة، ولأن الداعي الاستمتاع هو الشهوة والمحبة، لهذا لا يمكن أن يكون واجب، بل

والمستحب ألا يغيب عنها مخافة الوقوع في الفساد، أما الحنابلة: قالوا بل يجب على الزوج أن

يفي بواجب الوطء تجاه زوجته كل أربعة أشهر، إلا إذا كان هناك عذرا مقبول، وإذا لم يكن

واجبا، فإنه يجب عليه أن يتعهد بالتراجع عن عقد النكاح، لأن النكاح شرع لصالح الزوجين

¹ ابن منظور، المرجع السابق، ج9، ص253.

² الجرجاني، المرجع السابق، ص151.

³ توفيق بن علي بن أحمد الشريف، الحقوق المالية للزوجة في الفقه الإسلامي، مجلة كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر
_فرع أسبوط، العدد 32، 2020، ج2، ص1051.

⁴ أخرجه، مسلم في صحيحه 261هـ، كتاب الزكاة، باب (بيان أن اسم الصدقة يقع على كل نوع من المعروف)،
رقم: 1006، ص697.

وللوقاية من الضرر لكلا الطرفين¹، لذا ينبغي التوازن بين رغبات الرجل والمرأة، ويجب على الزوج أن يكون مسؤول ومعتدل في ممارسة واجباته الزوجية، وكما ورد عن عمر بن الخطاب أثناء توليه حراسة المدينة "مر بامرأة تبدو حزينة، فسأل عن حالها فأخبروه أن زوجها غائب في سبيل الله، فقام بإرسال امرأة لتكون بجانبها، ثم اجتمع بزوجها وأمره بالانتظار، ودخل على حفصة وسألها: كم مدة طويلة تحتمل المرأة غياب زوجها؟ فأجابت: تصبر كيف يصبر الناس؟ فقال لها لولا أهمية رعاية المسلمين، لما تحدثت إليك بهذا، فأجابت قائلة: خمسة أشهر، ستة أشهر، يقضون وقتا في مغازيتهم، يسافرون شهرا ويقيمون أربعة أشهر، ويعودون في شهر"²، ومن هنا صار عرف الناس أن مدة غياب الزوج عن زوجته ألا تتجاوز أربعة أشهر، خاصة دون عذر، ومنه فقد أخذت الشريعة بالعرف في هذه المسألة.

أما في القانون لم نجد في ق.أ.ج، إلى ما يشير إلى حق الإعفاف، إلا أن المشرع الجزائري بالرجوع إلى نص المادة 36 من ق.أ.ج، التي تنص على الحقوق والواجبات المشتركة بين الزوجين فنجد في الفقرة 1، والتي تنص على أن "المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة"، وهنا أشار إلى حق الإعفاف بطريقة ضمنية، وهنا نجد المشرع أخذ برأي الشرع، في إباحة الاستمتاع، من أجل إعفاف الزوجة من الوقوع في الفاحشة، وأيضا ذكر في المادة 53 من نفس القانون في الفقرة 3، يجوز للزوج التطلق في حالة "الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر"، وهنا نقول أن المشرع وافق الشريعة الإسلامية في مدة غياب الزوج عن زوجته، وأخذ بالعرف في هذه المسألة.

¹ ينظر: وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج9، ص6844/6845.

² ينظر: المرجع نفسه، ص6845.

المطلب الثاني

أثر العرف في حقوق الزوجين المادية الخاصة.

إلى جانب الحقوق المعنوية أقر الشرع والقانون حقوقاً مادية لكلا الزوجين، ولمعرفة أثر العرف في هذه الحقوق من المفيد أن ندرسها في الفرع الأول: (أثر العرف في الحقوق المادية للزوج)، والفرع الثاني: (أثر العرف في الحقوق المادية للزوجة).

الفرع الأول

أثر العرف في الحقوق المادية للزوج

من حقوق الزوج المادية حفظ ماله، وخدمته وإرضاع أولاده وهو ما يقع على عاتق الزوجة أداءه.

أولاً: أثر العرف في حق حفظ مال الزوج:

يعتبر المال من الضروريات الخمس التي تقوم عليها حياة الزوج وحياة عائلته، لهذا أمر الإسلام بالعمل وجمع المال، ونهى عن التبذير والإسراف فيما لا ينفع، لقوله صلى الله عليه وسلم: «إن الله كره لكم ثلاثاً: قيل وقال، وكثرة السؤال وإضاعة المال»¹، وبما أن الزوج له القوامة، فجرى العرف أن الرجل هو الذي يصرف عن زوجته، ولهذا من واجب الزوجة أن تحفظ هذا المال، إذن فلا بد أن نعرف المال، من الجانب اللغوي والاصطلاحي.

1_ **المال في اللغة:** "المال في الأصل ما يملك من الذهب والفضة ثم أطلق على كل ما يقتنى ويملك من الأعيان، وأكثر ما يطلق المال عند العرب على الإبل لأنها كانت أكثر أموالهم"².

2_ **المال في المعنى الاصطلاحي:** ما جاء في كتاب الملكية لمحمد أبو زهرة، وذلك أن الكتاب الكريم والسنة الشريفة _جاءت كلمة المال، وتركت للناس فهمها بما

¹ أخرجه البخاري في صحيحه 256هـ، كتاب الزكاة، باب (لا يسألون الناس إلهافاً)، رقم: 1477، ج2، ص124.

² ابن منظور، المرجع السابق، ج11، ص636.

يعرفونوياًلفون،وأطلقت على ما كان يجرون في معاملاتهم، ولم يرد على صاحب الشرع بيان خاص للمال حتى يكون عرفاً إسلامياً له¹.

يرى الفقه الإسلامي: أن المرأة هي أساس الحياة الزوجية، فبمجرد دخولها بيت زوجها تصبح شريكة للزوج، إذ يتقاسمان معاً هموم الحياة، ومواجهة مطالبهم، وذلك بالحرص و المحافظة على هذه الأسرة من التفكك، ولهذا وجب عليها صيانة وحفظ مال زوجها من التلف، وإن لم يكن نقوداً فهو أثاث ومتاع وأشياء يؤمن عليها الزوج عند زوجته، لأن الأمانة مطلب ديني من كل مسلم، ولهذا جعلت المرأة راعية في مال زوجها، كما جاء في الحديث الشريف: «كلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته»²، وأيضاً نجد النبي صلى الله عليه وسلم، مدح الزوجة الصالحة، بأنها إذا غاب عنها زوجها نصحته في نفسها وماله³، ومن حق الزوج على زوجته أيضاً، أن تحفظه في ماله في أمور ثلاث، وهي عدم الضياع وعدم الإلتلاف وعدم الإسراف فيه، وروي عن عائشة رضي الله عنها أن هنذا قالت للنبي صلى الله عليه وسلم: إن أبا سفيان رجل شحيح فهل علي جناح أن آخذ من ماله قال: رسول الله صلى الله عليه وسلم: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف»⁴

مما سبق نستخلص: رغم الاختلافات و الآراء بين الفقهاء، إلا أن جرت العادة والعرف، في معظم أقطار المجتمعات العربية، على أن للزوجة الحق في التصرف في مال الزوج، وهذا بعد إذنه من أجل تلبية الاحتياجات الضرورية، الملحة لذلك، وهذا راجع إلى التفاهم بين الزوجين فيما بينهما، بينما المشرع الجزائري لم يدرج نصاً خاصاً بحق الزوج في حفظ ماله، ولكن برجعنا إلى المادة 222 من ق.أ.ج، التي تحيلنا إلى الشريعة الإسلامية نستنتج أن حكم هذه الأخيرة هو الحفاظ على مال الزوج وكل ممتلكاته، وكذلك برجعنا إلى المادة 37 في الفقرة 1 "لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر"، نفهم أنه هناك تلميح إلى هذا الحق، ففعل المشرع أراد أن يشير إلى حق كل من الزوجين في الحفاظ على ماله، أي لكل

¹ أبو زهرة، الملكية و نظرية العقد في الشريعة الإسلامية، لا.ط، دار الفكر العربي، القاهرة، 1996، ص48.

² أخرجه البخاري في صحيحه 256هـ، كتاب النكاح، باب (المرأة راعية في بيت زوجها)، رقم: 5200، ج7، ص31.

³ عطية صقر، حقوق الزوجية، ج3، لا.ط، مكتبة وهبة، القاهرة، 1427هـ/2006م، ص373.

⁴ تم تحريجه سابقاً.

منهما ذمة مالية مستقلة يعني وجوب المحافظة وعدم التصرف بمال الطرف الآخر إلا بعد الاستئذان والاتفاق بينهما¹.

ثانياً: أثر العرف في حق الزوج في خدمته وإرضاع أولاده

1_ حق الزوج في خدمته:

أوجب الشرع على الزوج بالخدمة خارج البيت بعكس الزوجة التي تخدم داخله وهذا يخلق توازن في تكاليف والأعباء، لذا اختلف الفقهاء في خدمة الزوجة لزوج على قولين:

أ_ القول الأول: يجب على المرأة أن تخدم زوجها في كل شيء، وهو قول الشيخ ابن تيمية²، وأدلته في ذلك من الكتاب، قوله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ﴾ [النساء:34]، ووجه الدلالة من الآية أن لما كانت القوامة للرجل دون المرأة فإنه بالتالي يجب خدمته لا خدمتها.

ب_ القول الثاني: لا يجب على المرأة أن تخدم زوجها ولا بيت زوجها، إلا أن تقوم بهذا مختارة دون إجبار أو إلزام، وهو قول: الحنفية³ و الجمهور⁴، أوجبوا الخدمة على الزوجة ديانة لا قضاء، واستثنوا من ذلك، أن تكون بها علة تعجزها أو أن تكون من بنات الأشراف، أما المالكية والشافعية⁵: فلم يقولوا بمنع خدمتها في جميع الأحوال، بل أوجبوها عليها إذا كان زوجها معسراً، أو كانت ليست ذات قدر ممن ليس من شأنها الخدمة، وأدلتهم في ذلك قوله تعالى: ﴿وَعَايِشُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [النساء:19]، ومن السنة عن جابر بن عبد الله أن الرسول الله

¹ حمودي كتيبة وحساني فريدة، حقوق الزوج، ص31/30.

² تقي الدين بن تيمية، مجموع الفتاوى، تح عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، ج34، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية_ المملكة العربية السعودية، 1416هـ/1995م، ص90.

³ الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج4، ص24.

⁴ الحنفية والمالكية والشافعية، والحنابلة في: المغني، ابن قدامة، ج7، لا.ط، مكتبة القاهرة، 1388هـ/1968م، ص295.

⁵ الدردير، شرح الكبير، ج2، لا.ط، دار الفكر، لا.م، لا.س، ص510/511، الشريبي، المغني محتاج، المرجع السابق، ج5، ص163.

صلى الله عليه وسلم قال: «ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف»¹، دلت الآية وكذلك الحديث الشريفين، على المعاشرة بالمعروف، ومن باب المعاشرة بالمعروف أن يوفر لها خادما وهي بدورها تتفرغ للزوج ليستمتع بها، والعرف يقر خدمة الزوجة لزوجها والفقهاء يأخذون بالعرف.

الترجيح: يترجح لنا والله أعلم، القول الذي يوجب خدمة الزوجة لزوجها وهذا يزيد الحب بين الزوجين وهذا المتعارف عليه في زماننا، ولا حرج أن يقيم لها خادما إذا كانت مريضة أو عاملة.

لم يتكلم المشرع الجزائري عن خدمة الزوجة لزوجها، ولعل سكوته هذا دل أنه ترك المسألة لأعرف الناس.

أن المتعارف عليه في المجتمع الجزائري، أن تخدم الزوجة زوجها وبيتها فهي سيدة المنزل ومدبرة لشؤونه بل وتخدم أهله من باب حسن المعاشرة وتعدت إلى أن تقوم ببعض أعمال خارج المنزل كأن تتسوق في حالة غياب زوجها أو تدفع فاتورة الكهرباء...، فهذا العرف صحيح وسليم وقد أخذت به الشريعة الإسلامية وكذلك القانون، ولعل هذا أفضل لها في ظل كثرة المشاكل من سرقة وخيانة.

2_ إرضاع أولاده:

إن الطفل حديث الولادة لا يمكنه أن يتغذى إلا عن طريق الرضاعة من لبن الأم، ولهذا كان للزوج حق على زوجته في أن ترضع ولده، ونعرفها كما يلي:

1_ الرضاعة: بفتح الراء ويجوز كسرهما وإثبات التاء معهما لغة اسم لمص الثدي وشرب لبنه وشرعا اسم لحصول لبن امرأة أو ما حصل منه في معدة طفل أو دماغه².

اتفق الفقهاء على عدم وجوب إرضاع المرأة لولدها إذا كانت مفارقة لزوجها¹، واختلفوا في مسألة وجوب الإرضاع عليها أثناء قيام العلاقة الزوجية، فمنهم من اعتبرها ملزمة بإرضاعهم، ومنهم من رأى أنها غير مجبرة:

¹ أخرجه مسلم في المسند الصحيح المختصر 261 هـ، كتاب الحج، باب (حجة النبي صلى الله عليه وسلم)، رقم: 1218، ج2، ص 886.

² الشريبي، لإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، تح مكتب البحوث والدراسات، ج2، لا.ط، دارالفكر، بيروت، ص 477/476.

أ_ القول الأول: لا تلزم الأم بإرضاع الأولاد

هذا مذهب إليه جمهور الفقهاء، فهم يرون أن الرضاعة في حقها مندوبة ولا تجبر عليها، وأن الإرضاع بمنزلة النفقة، ونفقة الأولاد تجب على الآباء لا على الأمهات وكذلك الإرضاع، فإن كان الصغير رضيعاً فليس على أمه أن ترضعه ويستأجر له الأب من ترضعه²، ودليلهم على ذلك: قوله تعالى: ﴿فَأَنزَلْنَا لَكُمْ قَاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق:6]، و قوله أيضاً ﴿وَإِنْ تَعَاَسَرْتُمْ فَمَسْرُوعَةٌ أُخْرَى﴾ [الطلاق:6]، دلت الآيات أنه إذا امتنعت الأم عن الرضاعة، في هذه الحالة تسترضع أخرى ولا تجبر الأم على ذلك.

ب_ القول الثاني: إلزام الأم بإرضاع الأولاد.

وهو ما ذهب إليه المالكية والظاهرية والشافعية³، إذ يقرون على وجوب إرضاع الأم للأولاد شاءت أم أبت على وجه الإيجاب، واستدلوا بقوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَا أَرَادَ أَنْ يُرِضَهُنَّ﴾ [البقرة:233]، ومنه فإنه يجب عليها الإرضاع، وهو عرف كشرط و"المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً".

الترجيح: يترجح لنا والله أعلم، الرأي الذي يقول بإلزام الأم بإرضاع طفلها، فحليب الأم يربط بينها وبين طفلها، وكذلك يساهم في نمو عقل الرضيع ومنحه المناعة، أما في حالة إذا كان الإرضاع يضرها فإنه ليس لها أن ترضع مصداقاً لقوله تعالى: ﴿لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَالِدِهَا﴾ [البقرة:232]، وفقاً لقاعدة "لا ضرر ولا ضرار"، والواضح أن الفقه أخذ بالعرف في هذه المسألة، حيث ظهر تأثير العرف بشكل كبير في المذهب المالكي، فالإمام مالك عمل بالعرف واعتبره نوعاً من المصلحة، قوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُرِضَهُنَّ﴾ [البقرة:233]، وهو عرف كشرط و"المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً".

¹ سراج الدين ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج4، ط2، دار الكتاب الإسلامي، لا.م، لا.س، ص220.

² أبي الحسين أحمد بن محمد القدوري، مختصر القدوري، تحساند بكداش، ط2، دار السراج، المدينة المنورة، 1435هـ/2014م، ص263.

³ أحمد بن سعيد بن حزم، المحلى بالآثار، ج10، لا.ط، دار الفكر، بيروت، لا.م، لا.س، ص165.

يُمَّا الرِّضَاعَةَ ﴿البقرة: 233﴾، بالعادة فاستثنى المرأة الشريفة التي لم تجر عادة مثلها بالإرضاع أو التي تتضرر بالإرضاع¹.

وبالرجوع إلى ق.أ.ج قبل التعديل 2005 نجد أن المشرع، قد نص صراحة على هذا الحق في المادة 39 منه في الفقرة 2 حيث قال "يجب على الزوجة إرضاع الأولاد عند الاستطاعة وتربيتهم"، ولكن بعد التعديل لم يدرج هذا الحق، إلا أنه نص عليه ضمناً في نص المادة 36 في الفقرة 3 حيث قال "التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وتربيتهم"، لعل الرضاعة تندرج تحت رعاية الأولاد. ماجرى عليه العرف عندنا، أن المرأة ترضع صغيرها وهي أولى به حتى ولو كانت مفارقة لزوجها بل أنها تعتبر ذلك حق لا واجب إلا المريضة أو التي لا يأتيتها الحليب، أما استئجار مرضعة ومسألة المرأة الشريفة وهو عرف قديم، وخاصة مع ظهور البديل كحليب العلب للأطفال حديثي الولادة وكذلك المكملات الغذائية الأخرى، إلا أن هناك بعض فئات من النساء كالمثلاث وعارضات الأزياء لا يقمن بإرضاع أولادهن من باب الجمال ويستخدمن البدائل.

وما سبق فإن الشرع والقانون أخذ بالعرف في حق الزوج في إرضاع أولاده من زوجته التي هي أهمهم من باب أولى أن تكون أحن وأشفق عليهم، إلا إذا قام ما يمنع من ذلك شرعاً.

الفرع الثاني

أثر العرف في الحقوق المادية للزوجة

للزوجة حقوقاً مادية أقرها الشرع والقانون ومنها المهر والنفقة، وسنتبع أثر العرف في

كليهما

¹ القرافي، الذخيرة، تح محمد بوخبزة، ج4، ط1، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1994، ص270.

أولاً: أثر العرف في حق الزوجة في المهر:

- 1_ المهر في اللغة: (مهر) الميم والهاء والراء أصلان يدل أحدهما على أجر في شيء خاص¹.
- 2_ في الاصطلاح الفقهي: هو الحق المالي الذي تستحقه الزوجة على زوجها بالعقد عليها، أو بالدخول بها، ويسمى الصداق والفريضة والأجر، والعقر، والنحلة، ويثبت وجوبه على الزوج بأحد سببين هما بمجرد العقد على الزوجة، أو بالدخول الحقيقي بها².
- 3_ في الاصطلاح القانوني: كما نجد المشرع الجزائري عرفه حسب المادة 14 من قانون الأسرة، "الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعاً وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء"

ولهذا نجد المشرع أخذ برأي الشريعة الإسلامية من خلال تعريف الصداق من جهة المعنى المتقارب بينهما خاصة عندما ركز على أن الزوج هو الذي له الحق في دفع المهر لأنه يعتبر حق للزوجة.

والحكمة من وجوب المهر، هو تقدير الزوجة ودلالة الاهتمام بها من قبل الزوج واستعداده لتأسيس حياة زوجية مبنية على العطاء والكرم، وتثبيت عقد النكاح وإظهار الجدية والالتزام به والتشجيع على الاستقرار الأسري والاجتماعي داخل المجتمعات التي يعتبر فيها المهر جزءاً من العادات والتقاليد.

4_ دليل مشروعيته:

والدليل على وجوب المهر في عقد الزواج قول الله تعالى: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾ [النساء:4]، ووجه الدلالة من الآية الكريمة على وجوب المهر للمرأة، كما بينت صفتها من خلال لفظة نحلة أي عطية، وقوله أيضاً: ﴿فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاضَيْتُمْ بِهِ مِنْ بَعْدِ الْفَرِيضَةِ﴾ [النساء:24]، فالله أمر بإيتاء مهورهن وسمي المهر فريضة فدليل على وجوب المهر في الزواج، وأنه لا زواج بلا مهر³، ومن السنة: قال صلى الله عليه وسلم لمن يريد

¹ ابن فارس، المرجع السابق، ج 5، ص 281.

² عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ج 1، ص 76.

³ المرجع نفسه، ص 77.

التزوج، «التمس ولو خاتما من حديد»¹، وكذلك قوله صلى الله عليه وسلم: «من كشف امرأة فنظر إلى عورتها فقد وجب الصداق»² رواه أبو داود، وأجمع المسلمون على مشروعية الصداق في النكاح.

أ- أثر العرف على مقدار الصداق:

لقد ألزم الإسلام الزوج بتقديم المهر لزوجته كعربون إكرام لها عن رغبته في الارتباط بها، وللتعبير عن محبته لها و أن يبذل ما عليه، فيعطيها من المهر ما يناسبها، لهذا اتفق الفقهاء على أن لا حد لأكثر المهر³، لقوله سبحانه وتعالى: ﴿وَأْتِيْتُمْ إِخْذَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا﴾ [النساء:20]، وهذه دليل على جواز المغالاة في المهور⁴، وليست تحديدا لأعلى المهر وإنما كناية عن المال الكثير، وقد تزوج طلحة ابن عبيد الله أم كلثوم بنت أبي بكر رضي الله عنهم وأصدقها مائة ألف وتزوج مصعب بن الزبير عائشة بنت طلحة، وأصدقها ألف درهم، وتزوجها بعده عمر بن عبيد الله بن معمر التميمي وأصدقها مائة ألف دينار⁵.

فأما أقل المهر هو ما كان فيه اختلاف بين الفقهاء، فذهب الحنفية إلى أن أقل المهر هو عشرة دراهم، أما المالكية أقل المهر ربع دينار من الذهب أو ثلاثة دراهم من الفضة أو ما

¹ أخرجه ابن دقيق العيد، في كتاب إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام، كتاب الجنائز، حديث (التمس ..)، رقم: 316، ج2، ص183.

² أخرجه أبو داود في المراسيل، كتاب الطهارة، باب (في المهر)، رقم: 214، ص185، والبيهقي، في السنن الكبرى، كتاب الصداق، باب (من قال من أغلق بابا أو أرخى سترا فقد وجب الصداق وما روي في معناه)، رقم: 14487، ج7، ص418.

³ ابن عبد البر، الاستذكار، تح سالم محمد عطا، محمد علي معوض، ج5، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1421هـ/2000م، ص413.

⁴ أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، تح أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، ج55، ط2، دار الكتب المصرية، القاهرة، 1384هـ/1964م، ص99.

⁵ الماوردي، الحاوي الكبير، تح علي محمد معوض - الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، ج9، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1419 هـ / 1999 م، ج9، ص397.

يساوي ذلك، وقال الشافعية والحنابلة لا حد أدنى للمهر¹، كما جاء عن عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «أعظم النساء بركة أيسرهن صداقا»².

الترجيح: الراجح عندنا والله أعلم هو ما ذهب إليه الشافعي وأحمد لقوله صلى الله عليه وسلم: «التمس ولو خاتما من حديد»³، وهذا دليل على أنه لا حد لأقل الصداق، لأنه لو كان له قدر لا دل عليه النبي بالقرآن والسنة.

وهو ما أخذ به المشرع الجزائري من خلال المادة 14 من ق، أ، ج، ومن هنا فلا حد لأقل الصداق ولا لأكثره، وكل ما صح التزامه شرعا صلح أن يكون صداقا سواء أكان عقار أو منقولا، أم نقودا أم منفعة⁴.

هكذا يتبين لنا أن الشرع أوجب المهر على الزوج تجاه زوجته، ولم يبين مقدارا محددًا له، وإنما يختلف مقداره حسب عادات الناس وأعرافهم، مثلا كلما ارتفع المستوى الاجتماعي والاقتصادي للعائلة، كلما ارتفع مقدار المهر المتوقع، كما أن مهر كل زوجة يختلف عن غيرها، خاصة من ناحية الحسب والنسب، ومن جهة الفقر والغناء، و أيضا أصبحت المرأة المتعلمة و العاملة لها جاذبية ومنزلة على ما كان عليه من قبل في المهر.

مما سبق يتبين لنا أن المهر لم يحدد في كل من الشريعة والقانون الجزائري، بل تركه لعرف الناس، وهذا ما دل على سماحة الشريعة الإسلامية وتيسيرها.

ب- أثر العرف على تعجيل الصداق أو تأجيله:

اتفق الفقهاء على أن المهر حالات يعرف من خلالها المقدار الذي تستحقه المرأة في عقد النكاح، وهي: تعجيل المهر كله، أو تأجيله كله، أو تعجيل بعضه وتأجيل بعضه الآخر⁵.

¹ ابن جزري الكلبي، القوانين الفقهية، لا.ط، لا.د، لا.م، لا.س، ص 135.

² أخرجه الحاكم في المستدرک على الصحيحين 405هـ، كتاب النكاح، باب (أما حديث سالم)، رقم: 2732، ج 2، ص 194.

³ تم تخريجه سابقا.

⁴ بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في ق.أ.ج، المرجع السابق، ص 356.

⁵ عبد الكريم زيدان، الفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ج 1، ص 84.

ذهب الحنفية: إلى أنه يصح كون المهر معجلا أو مؤجلا كله أو بعضه إلى أجل قريب أو بعيد أو أقرب الأجلين، الطلاق أو الوفاة عملا بالعرف والعادة في كل البلدان الإسلامية، ولكن بشرط ألا يشتمل التأجيل على جهالة فاحشة: بأن قال: تزوجتك على ألف إلى وقت فلا يصح التأجيل، لتفاحش الجهالة، وإذا اتفق صراحة على تقسيط المهر، عمل به؛ لأن الاتفاق من قبيل الصريح، والعرف من قبيل الدلالة، والصريح أقوى من الدلالة، فكان أولى¹، وإذا لم يتفقا على تعجيل المهر أو تأجيله، عمل بعرف البلد، لأن "المعروف عرفا كالمشروط شرطا" وإذا لم يكن هناك عرف بالتعجيل أو التأجيل، استحق المهر حالا، لأن حكم المسكوت حكم المعجل؛ لأن الأصل أن المهر يجب بتمام العقد، لأنه أثر من آثاره، فإذا لم يؤجل صراحة أو عرفا عمل بالأصل؛ لأن هذا العقد عقد معاوضة، فيقتضي المساواة من الجانبين².

وكذلك الشافعية والحنابلة: أجازوا تأجيل المهر كله أو بعضه لأجل معلوم؛ لأنه عوض في معاوضة فإن أطلق ذكره اقتضى الحلول، وإن أجل الأجل مجهول لم يصح؛ لأنه مجهول، وإن أجل ولم يذكر الأجل، فالمهر عند الحنابلة صحيح ومحله الفرقة أو الموت، وعند الشافعية: المهر فاسد ولها مهر المثل³.

أما المالكية فصل في حكم المؤجل فقالوا: إن كان المهر معيننا حاضرا في البلد كالدار والثوب والحيوان، وجب تسليمه للمرأة أو وليها يوم العقد، ولا يجوز تأخيره في العقد، ولو رضيت بالتأخير، فإن اشتراط التأجيل في العقد، فسد العقد، إلا إذا كان الأجل قريبا كالأيومين والخمسة، ويجوز للمرأة التأجيل من غير شرط، ويكون تعجيله من حقها، وإن كان المهر العين غائبا عن بلد العقد، صح النكاح إن أجل قبضه بأجل قريب بحيث لا يتغير فيه غالبا، وإلا فسد النكاح⁴.

¹ صالح ابن غانم السدلان، القواعد الفقهية الكبرى وما تفرع منها، ط1، دار بلنسية للنشر والتوزيع، الرياض - المملكة العربية، 1417هـ، ص175.

² الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، المرجع السابق، ج4، ص139.

³ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج9، ص197.

⁴ الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2، لا.ط، دار الفكر، لا.م، لا.س، ص297.

وإن كان المهر غير معين كالنقود والمكيل والموزون غير المعين، فيجوز تأجيله كله أو بعضه، ويجوز التأجيل بشرطين: الأول أن يكون الأجل معلوماً: فإن كان مجهولاً كالتأجيل للموت أو الفراق فسد العقد، ووجب فسخه، إلا إذا دخل الرجل بالمرأة، فيجب حينئذ مهر المثل، والثاني ألا يكون الأجل بعيداً جداً كخمسين سنة فأكثر¹، لأنه مظنة إسقاط الصداق، والدخول على إسقاط الصداق مفسد للزواج.

الترجيح: الراجح لنا من خلال عرض أقوال الفقهاء أن الأصل في المهر التعجيل، وهذا المتعارف عليه في معظم المجتمعات العربية، إلا أنه لسماحة الشريعة الإسلامية رخصت التأجيل لمتطلبات حاجات الناس إليه، ولهذا ذكر في ق.أ.ج، المادة 15 منق.أ.ج، والتي تنص على: "يحدد الصداق في العقد، سواء كان معجلاً أو مؤجلاً في حالة عدم تحديد قيمة الصداق، تستحق الزوجة صداق المثل"، ويفهم من هذه المادة أن تحديد الصداق في العقد يكون معجلاً أو مؤجلاً، وفي حالة عدم تحديد قيمته تستحق الزوجة صداق المثل، وقد أخذ المشرع الجزائري بمذهب الجمهور في جواز تعجيل أو تأجيل المهر كله أو بعضه²، ونخلص مما سبق أن الشريعة الإسلامية والقانون راعوا العرف في حق الزوجة في المهر.

ثانياً: أثر العرف في حق الزوجة في النفقة

1_ مفهوم النفقة:

أ_ **في اللغة:** (نفق) النون والفاء والقاف أصلان صحيحان يدل أحدهما على انقطاع شيء ونهاية، والآخر على إخفاء شيء وإغماضه، ومتى حصل الكلام فيهما تقارباً³.

ب_ **في الاصطلاح الفقهي:** عرفها الفقهاء بعدة تعريفات نذكرها كالآتي:

_ **عرفها الحنفية:** هي اسم بمعنى الإنفاق، وهو عبارة عن الإدرار على الشيء بما به يقوم بقاؤه⁴.

¹الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، مرجع سابق، ص140.

²محمود بن الصغير، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 02_05، ط2، دار الوعي للنشر والتوزيع، روية_ الجزائر، 1436هـ/2015م، ص154/155.

³ابن فارس، المرجع السابق، ج5، ص454/455.

⁴محمد بن جمال الدين الرومي، العناية شرح الهداية، ج4، لا.ط، دار الفكر، لا.م، لا.س، ص378.

عرفها المالكية: هي ما به قوام معتاد حال الآدمي دون سرف¹.

ج- في الاصطلاح القانوني: هي ما يصرف الرجل على زوجته، وأولاده، وأقاربه، من طعام وكسوة ومسكن وكل ما يلزم للمعيشة بحسب المتعارف بين الناس وحسب وسع الزوج².
أما المشرع الجزائري لم يجعل تعريف النفقة، وإنما أشار إلى أن الزوج هو الذي يجب عليه النفقة على زوجته عند الدخول بها كما هو مذكور في المادة 74 من ق.أ.ج والتي تنص على أنه (تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه بيته مع مراعاة أحكام المواد 78 و79 و80 من هذا القانون).

2- دليل مشروعيتها:

تعتبر النفقة واجبة على الزوج أن ينفق على زوجته بما يناسب وضعه المادي و الإجماعي وبما يحفظ كرامة الزوجة ويضمن لها حياة مستقرة، بحيث تشمل المأكل والملبس والمسكن وكل ما يلزم للعيش دون إسراف أو تقتير، والدليل على ذلك من القرآن الكريم في قوله عز وجل: ﴿لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ﴾ [الطلاق:7]، وقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق:4]، وأما من السنة النبوية فمنها قوله صلى الله عليه وسلم في حجة الوداع: «ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف»³، وروي عن عائشة رضي الله عنها أن هذا قالت للنبي صلى الله عليه وسلم: إن أبا سفيان رجل شحيح فهل علي جناح أن آخذ من ماله قال: صلى الله عليه وسلم: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف»⁴ رواه البخاري في الصحيح، ومن الإجماع، فقد أجمع الفقهاء منذ عصر النبي صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا على وجوب النفقة.

أ- بداية وجوب النفقة:

اختلف الفقهاء في بداية وجوب النفقة للزوجة، على قولين:

¹ محمد بن محمد ابن عرفة الورغمي، المختصر الفقهي، ج5، ط1، تح حافظ عبد الرحمان محمد خير، مؤسسة خلف أحمد الخبتور للأعمال الخيرية، لا.م، 1435هـ_2014م، ص5.

² بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، لا.ط، لا.د، 1999، ص169.

³ تم تخريجه سابقا.

⁴ أخرجه البيهقي في السنن الكبرى 458هـ، كتاب النفقات، باب (وجوب النفقة للزوجة)، رقم: 15690، ج7، ص768.

القول الأول: ذهب الحنفية¹ والشافعي في القديم² إلى أن النفقة تجب من حين العقد، فإذا طالبها بالانتقال فرفضت، فإنها تكون ناشزا لا تستحق النفقة، ودليلهم قول النبي صلى الله عليه وسلم: ﴿ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف﴾³، ودل ذلك على وجوب النفقة حين العقد.

القول الثاني: ذهب المالكية⁴، والشافعي في الجديد⁵ والحنابلة⁶ إلى أنه لا تجب النفقة على الزوج لزوجته إلا بالتمكين من نفسها، واستدلوا لذلك أن ما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم عقد على عائشة رضي الله عنها وهي ابنة ست سنين⁷، ولم ينفق عليها إلا بعد أن دخل بها، فدل ذلك على أن النفقة إنما تجب بالتمكين لا بالعقد، إذ لو كانت حقا لها لما منعها إياها، ولو كان قد أنفق عليها، دل هذا على عدم وجوبها إلا بالتمكين⁸.

الترجيح: الراجح لنا والله أعلم، ما ذهب إليه الجمهور في أن النفقة تجب بعد الدخول إي بالتمكين، وذلك أن النبي صلى الله عليه وسلم لم ينفق على عائشة رضي الله عنها إلا بعد الدخول والتمكين، ففعله صلى الله عليه وسلم هو حجة في ذلك، ولا حرج في أن ينفق الزوج على زوجته قبل التمكين استحبابا.

¹ السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج5.

² الشريبي، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج5، ص167.

³ تم تخريجه سابقا.

⁴ ابن عبد البر، الكافي، تح محمد محمد أحمد ولد مادريك الموريتاني، ج2، ط2، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض _ المملكة العربية السعودية، 1400هـ/1980م، ص559.

⁵ الشريبي، مغني محتاج، مرجع سابق، ص165.

⁶ ابن قدامة، المغني، مرجع السابق، ج8، ص195.

⁷ أخرجه البخاري في صحيحه 256هـ، كتاب مناقب الأنصار، باب (تزويج النبي صلى الله عليه وسلم عائشة، وقدمها...)، رقم: 3894، ج5، ص55.

⁸ الشريبي، مغني المحتاج، مرجع السابق، ص151.

وما يمكن قوله في هذه المسألة أن للعرف تأثير كبير فيها، ويختلف العرف من منطقة لأخرى ومن زمن لآخر، فالبعض يرى أن النفقة تكون واجبة على الزوج تجاه زوجته بال عقد، ويرى البعض الآخر أن النفقة تجب بالتمكين¹.

أما في القانون: نصت المادة 74 من ق.أ.جعلي: "تجب النفقة على الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه بيينة مع مراعاة أحكام المواد 78 و79 و80² من هذا القانون"، ومنه فإن القانون الجزائري قد أخذ بالقول الثاني، الذين يرون وجوب نفقة الزوجة بالتمكين هو عرف المنطقة آنذاك.

أما في الجزائر، وسائر الدول العربية فإن العرف الجاري، يقضي بأن العرف نفقة الزوجة على زوجها لا تكون واجبة عليه إلا من وقت انتقالها إليه للعيش معه، إلا أن هناك من يعتبره عرفا فاسدا³.

ب- تقدير النفقة:

المعتبر في مقدار النفقة الواجبة في الشريعة الإسلامية الكفاية بالمعروف، فالنساء يختلفن من امرأة لأخرى من حيث مقدار ما يكفيها من نفقة، سواء كانت نفقة طعام أو كسوة العلاج، وتقدير هذه الحاجات خاضع لأعراف الناس وعاداتهم، وعليه فتقدير النفقة يختلف باختلاف الزمان والمكان والأوضاع⁴.

¹ أحمد رشاد عبد الهادي أبو حسين، أثر العرف في الأحوال الشخصية دراسة فقهية قانونية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، القضاء الشرعي، كلية الدراسات العليا، جامعة الخليل، 1435هـ/2013م، ص176.

² تنص المواد:

78: "تشمل النفقة: الغداء والكسوة والعلاج، والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة."

المادة 79: "يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يرجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم."

المادة 80: "تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بيينة لمدة تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى."

³ أحمد رشاد عبد الهادي أبو حسين، أثر العرف في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص176.

⁴ المرجع نفسه، ص178.

وبالعودة إلى قانون الأسرة الجزائري نجده، أخذ باعتبار حال الزوجين معا في تقدير النفقة وهو قول المالكية، وهذا ما تبين من خلال المادة 79 منه، ويفهم من نص المادة أن تقدير النفقة راجع للسلطة التقديرية للقاضي.

لقد أخذ المشرع الجزائري بعين الاعتبار العرف في تقدير النفقة حيث أرجعها إلى حالة الزوجين معا، من يسار أو إعسار، واشترطها حسب الوسع والمقدرة، مع مراعاة العادات والتقاليد¹.

ج- مشمولات النفقة:

تشمل النفقة كل من الطعام والكسوة والسكنى، وكذلك توابع أخرى كمصاريف العلاج والطبيب، ويعتبر الطعام والكسوة من ضروريات الحياة فلا غنى لزوجته عنها.

نفقة الغداء والكسوة:

الغذاء: يقصد به دفع الطعام للمرأة، واتفق الفقهاء على وجوبه، ولكن الخلاف في مقدار معينة لنفقة الزوجة²، وقد اختلف الفقهاء في ذلك، واتجهوا اتجاهاين كالتالي:
الاتجاه الأول: أصحابه هم جمهور الفقهاء³، وذهبوا إلى أن نفقة الطعام غير مقدرة بمقدار معين، وإنما تكون بالكفاية حسب العرف والعادة في البلد.
الاتجاه الثاني: وهو قول الشافعية، ورأيهم أن نفقة الطعام مقدرة⁴.

الترجيح: الراجح عندنا والله اعلم بعدما عرضنا أدلة القولين يترجح عندنا، ما ذهب إليه جمهور الفقهاء في أن نفقة الغداء، تقدر بالكفاية، وهذا لتغير واختلاف أحوال الناس من حيث الزمان ومكان وكذلك ظروف الزوجين.

¹ عماد شريقي، اعتبار العرف في مسائل الزواج وآثاره في قانون الجزائري_دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي_، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون أسرة، كلية الحقوق، جامعة محمد بوضياف المسيلة، 2014/2015، ص2.
² نوال سعيد حسن العفيفي، أثر العرف على حقوق الزوجة، رسالة مكملة لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير، الفقه المقارن كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، فلسطين، غزة، 1434هـ/2013م، ص57.
³ هم الحنفية والشافعية وحنابلة.
⁴ إسماعيل بن يحيى بن إسماعيل أبو إبراهيم المزني، مختصر المزني، ج8، لا.ط، دار المعرفة، بيروت، 1410هـ/1990م، ص336.

الكسوة: أجمع الفقهاء على أن الكسوة واجبة على الزوج، وهي معتبرة بكفائتها، وقد استدلوا بقوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: 233]، فيجب على الزوج كسوة زوجته بحسب المتعارف عليه من كسوة أمثالها من نساء بلدها، وما يلحقها بالكسوة من فراش ومستلزماته...، وقد اعتبر العرف في ذلك، فاجتهد العلماء كل بحسب أعراف بلاده¹.

فإن الفقهاء لما قضوا نفقة الكسوة قد أخذوا بعين الاعتبار العرف الجاري في أيامهم وزمانهم، واليوم تغيرت الأعراف والعادات، وظهر ما يسمى بالموضة في لباس وما يلحقه من توابع؛ كحقتائب وأدوات الزينة... الخ.

إن المشرع الجزائري، نص على وجوب نفقة الغذاء والكسوة وما يشملهما، دون أن يتم فيها تحديد مقدارهما أو نوعهما، بل ترك للسلطة التقديرية للقاضي، معتبرا في تقديره للعرف السائد، وحال الزوجين، وهذا ما أشارت إليه المادة 79 و78 من قانون الأسرة الجزائري.

نفقة العلاج:

نفقة علاج الزوجة واحدة من أنواع نفقات الزوجة المتعددة، ويقصد بهذه النفقة: تكاليف الرعاية الصحية الشاملة للزوجة على قدر الكفاية بالمعروف؛ لحفظ صحتها القائمة، لاستعادة صحتها المفقودة²، أي أن نفقة علاج تشمل التطبيب في حالة المرض، وحفظ الصحة قبله، وتشمل أجرة الطبيب والمستشفى، وكذلك تكاليف العلاج والدواء.

اتفق الفقهاء على النفقة الواجبة من الزوج لزوجته وأنها متمثلة في الطعام والكسوة والمسكن، ولكن استثنوا من ذلك نفقة العلاج أو التطبيب، ففي حالة مرضها فإن نفقتها تكون على عاتقها، أما الفقهاء المعاصرين ذهبوا إلى وجوبها، وبرروا أقوال الفقهاء القدامى، بأن أن مداواة في زمانهم لم تكن أساسية وليست من ضروريات الحياة، فلم تكن هناك حاجة ماسة لطلب العلاج، فاجتهد الفقهاء مبني على العرف الموجود في عصرهم، أما الآن فقد أصبحت الحاجة إلى العلاج كالحاجة إلى الطعام والغذاء³.

¹ نوال سعيد حسن العفيفي، أثر العرف في حقوق الزوجة، المرجع السابق، ص59.

² فهد بن عبد الكريم السنيدي، نفقة علاج الزوجة دراسة فقهية، مجلة الجمعية الفقهية السعودية، العدد16، جمادى آخر/رمضان، 1434هـ/2013م، ص271.

³ عماد شريفني، اعتبار العرف في مسائل الزواج وأثره، المرجع السابق، ص168.

عند استقراء المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري، يلاحظ أن المشرع جعل من مشمولات النفقة "العلاج"، وحسن ما فعل في جعل نفقة العلاج واجب على الزوج بالمعروف.

العرف الجاري في أوساط المجتمع الجزائري يلزم الزوج بنفقة علاج زوجته، مراعاة للمعاشرة ومن باب المودة والرحمة المفروض تواجدها في أي علاقة زوجية.

_السكنى:

اتفق الفقهاء على أنه من واجب الزوج توفير للزوجة السكن الملائم، وإن لم يستطع يجب عليه توفير أجرة مسكن، وقد جاءت أدلة في فرض السكن الزوجي في قوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ﴾ [الطلاق:6]، فإذا وجبت السكنى للمطلقة فمن باب أولى أن تجب للزوجة.

ومن المعروف أن يسكنها في مسكن لائق، من شروط السكن أن يكون متوافقا مع حالة الزوج المالية، ويكون المسكن على غرار الطعام والكسوة، على قدر يسار الزوجين وإعسارهما، وأن يكون المسكن مستقلا عن الأهل، وعدم جمع بينها وبين ضررتها في نفس المنزل، إضافة إلى وجوب تأثيث المسكن، بحسب عرف الزمان والمكان¹.

يلاحظ من خلال المادة 78 من ق.أ.ج، أن السكن يدخل ضمن مشمولات النفقة الواجبة على الزوج تجاه زوجته، وأنه لم يفصل في المسكن، ولم يحدد شروطه، وتركه لعرف الناس.

لقد جرى العرف في الجزائر أن يوفر الزوج مسكن الزوجية بكل ضروريات الحياة التي يرجع للعرف في تحديدها، ولا يشترط فيه أن يكون مستقلا عن أهل الزوج، ويأخذ بالاعتبار يسر الزوج وعسره.

¹ عماد شريقي، اعتبار العرف في مسائل الزواج وأثره، المرجع السابق، 169/ 170.

المبحث الثاني

أثر العرف في الحقوق المشتركة

أقرت الشريعة الإسلامية والقانون حقوق يشترك فيها الزوجين اصطلاحاً عليه بالحقوق الزوجية المشتركة، وهي الحقوق التي يتركز عليها عقد الزواج وسعادة الأسرة، وهذا ما تناوله المشرع الجزائري في الأمر رقم 02_05 بعد التعديل الأخير، حيث ألغى الحقوق الخاصة بكل طرف وجمعها في المادة 36 منه، ومن هنا سندرس هذه الحقوق في مطلبين تناولنا في المطلب الأول: (أثر العرف في الحقوق الزوجية المعنوية المشتركة)، والمطلب الثاني: (أثر العرف في الحقوق الزوجية المادية المشتركة).

المطلب الأول

أثر العرف في الحقوق المعنوية المشتركة

تعد الحقوق المعنوية المشتركة بين الزوجين حقوق ذات طبيعة خاصة لكونها تشتمل على ناحيتين، هما الحق والواجب كما تتميز بخصوصية تتمثل في جانبها الوجداني والعاطفي الغير ملموس، لذلك سنبحث عن أثر العرف في الحقوق المعنوية المشتركة للزوجين في الشريعة (فرع أول)، والحقوق المعنوية المشتركة للزوجين في القانون الجزائري (فرع ثاني).

الفرع الأول

أثر العرف في حقوق الزوجين المعنوية المشتركة في الشريعة

أقرت الشريعة الإسلامية حقوق معنوية يشترك فيهما الزوجين سنتعرف على أثر العرف في هذا النوع من الحقوق فيما يلي:

أولاً: أثر العرف في حق الزوجين في المعاشرة بالمعروف

1_تعريف العشرة بالمعروف

أ_ العشرة في اللغة: المخالطة؛ عاشرته معاشرة، واعتشروا وتعاشروا: تخالطوا¹.

¹ ابن منظور، المرجع السابق، ج4، ص574.

ب_ **المعروف في اللغة:** وهو اسم جامع لكل ما عرف من طاعة الله والتقرب إليه والإحسان إلى الناس، وكل ما ندب إليه الشرع، والمعروف: النصفة وحسنالصحبة مع الأهل وغيرهم من الناس¹.

ج_ **المعاشرة بالمعروف في الاصطلاح:** هي حسن الصحبة للزوجة، وتشمل المعاشرة القولية والفعلية، وليس حسن الخلق معها، كف الأذى عنها، بل احتمال الأذى منها والحلم عند طيشها²، لأنه من مظاهر اكتمال الخلق ونمو الإيمان أن يكون المرء رقيقاً مع أهله³.

د- **الدليل على مشروعية المعاشرة بالمعروف:**

من الكتاب قوله سبحانه وتعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [النساء:19]، وقوله أيضاً: ﴿هُنَّ لِيَأْسَ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِيَأْسَ لَهُنَّ﴾ [البقرة:187] وكذا قوله صلى الله عليه وسلم: «خيركم خيركم لأهله وأنا خيركم لأهلي»⁴، وقوله عز وجل: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة:228]، والآية تدل أن الأزواج أن يتقوا الله في أزواجهن، كما عليهن أن يتقين الله في أزواجهن.

والمعاشرة بالمعروف ما أمر به الشارع من الحقوق التي بين الزوجين، وما جرى به عمل الناس مما لا يخالف الشرع، ومن المعروف المأمور به أن يحتفظ بأسرارها الزوجية وألا يشيع مشاكلهم وأن يصبرا كل منهما على الآخر وأن يتعاشرا بالمودة والرحمة، ولا ينسوا الفضل بينهم، وأن يسكنها في مسكن تآمن فيه على نفسها ومالها مثلاً، وكذلك في خدمة المرأة للرجل إذا جرى العرف أن الزوجة لا تخدم نفسها؛ لكونها من ذوي الأقدار، وكان الزوج موسراً وقادراً، فإنه من حسن العشرة أن يأتي لها بخادمة⁵، ويمكن القول أن هذا الحق تستقيم به حياة

¹ ابن منظور، المرجع السابق، ج9، ص240.

² أبو حامد محمد بن محمد بن أحمد الطوسي الغزالي، إحياء علوم الدين، ج2، لا.ط، دار المعرفة، بيروت، لا.س، ص44.

³ سيد سابق محمد التهامي، فقه السنة، ج2، ط3، دار الكتاب العربي، بيروت_لبنان، 1397هـ/1977م، ص154.

⁴ أخرجها الترميذي في سننه 279هـ، كتاب المناقب، باب (في فضل أزواج النبي صلى الله عليه وسلم)، رقم: 3895، ج5، ص709.

⁵ أبو زكريا يحيى بن شرف الحزامي النووي، شرح المهذب، ج18، لا.ط، دار الفكر، لا.م، لا.س، ص259.

الناس على اختلاف طبائعهم وأزمانهم وأعراقهم وأجناسهم من كل جوانب الحياة وخاصة في الحقوق الزوجية.

ثانياً: أثر العرف في حق الزوجين في التشاور

إن أساس العلاقة الزوجية، التشاور لأن الإنسان خلق في هذه الحياة لينفع ويتنفع، ولهذا أعطاه المولى سبحانه وتعالى عقلاً يفكر ويدبر وكلفه بمسؤوليات على عاتقه، لذا نجد الإسلام بنى المجتمعات في إدارتها وتنظيم شؤونها، مع تعيين مصدر القوامة فيها، على أساس من الشورى وتبادل الرأي، يشاور الرئيس المرؤوس، والحاكم والمحكوم، ويكون العزم في الفعل على ما يتم عن طريق المشورة لهذا قرر الإسلام هذا وجعله شأناً من شؤون المسلمين في مجتمعهم، لقوله صلى الله عليه وسلم: ﴿وَأْمُرُهُمْ شُورَى بَيْنَهُمْ﴾ [الشورى:38]، وقد أمر الله بها النبي صلى الله عليه وسلم، تعرفوا لما ينبغي أن يكون، وتطيبوا لقلوب أصحابه، وإشعار لهم بأنهم أصحاب شأن في كل ما يعني للمجتمع، فقال: ﴿وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ﴾ [آل عمران:159]، ومع هذا لم يخص الله الشورى بمجتمع الحاكم والمحكوم، بل تعداها إلى حياة الزوج وزوجته في البيت والأسرة¹، لهذا لا بد من الزوجين التشاور فيما بينهم من أمور حياتهم الزوجية، لكي تستقيم العلاقة، والتي أساسها المودة والرحمة.

ومن المتعارف عليه أن التشاور بين الزوجين في كل أمور حياتهم الزوجية اقتداءً بنبينا الكريم صلى الله عليه وسلم الذي كان يشاور زوجته ويأخذ برأيهن، فيما يعرض عليه من أمور كما روى الإمام البخاري في صحيحه، أن صلى الله عليه وسلم استشارة زوجته أم سلمة في الحديبية، فأخذ بمشورتها فعلاً، فكان فيها مصلحة لأصحابه ولأمته، فصار دليل شرعياً لاستشارة المرأة الفاضلة، فإن الشورى في الإسلام هي قاعدة اجتماعية، وأساس شرعي لمجتمع متكافل ملتزم بالتضامن الاجتماعي؛ فإنه خاب من استخار ولا ندم من استشار²، فمثلاً عند خروج الزوجة إلى زيارة أقاربها أو للتسوق أو للفسحة أو للعمل وللدراسة، يجب عليها مشاورة

¹ محمود شلتوت، الإسلام عقيدة وشريعة، ط18، دار الشروق، القاهرة، 1421هـ/2001م، ص158.

² بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في ق.أ.ج، المرجع السابق، ص526.

زوجها، وفي مسألة إنجاب الأولاد من المتعارف عند عامة الناس، أن على الزوج والزوجة تبادل الرأي في هذا الموضوع، لأن من نعم الله تعالى على عباده نعمة الإنجاب لتفان المجتمع لقوله صلى الله عليه وسلم: «تَزَوُّجُوا الْوُلُودَ الْوُدُودَ، فَإِنِّي مَكَايِرُ بِكُمْ»¹، لأن النبي منع عملية تحديد النسل، إلا أنه في حالة مرض الزوجة لتتابع الحمل، أو أن الرجل لا يستطيع تربية الأولاد تربية صحيحة أباح عملية تنظيم النسل²، لأنه مقصد ضروري من مقاصد الشريعة الإسلامية، فعن جابر قال: «كنا نغزل على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فبلغ ذلك فلم ينهانا»³، ونخلص إلى أن الشريعة أقرت ما جاء به العرف في المسائل التي يتشاور فيها الزوجين ما لم تخالف ما يكون إثماً أو ظلماً أو تجاوزاً في حق الله وحق العباد.

الفرع الثاني

أثر العرف في الحقوق المعنوية المشتركة في القانون

تعد الحقوق المعنوية المشتركة في قانون الأسرة الجزائري، حقوقاً ذات طبيعة خاصة كونها تحمل جانبيين، إيجابيين، فهي حق من جهة وواجب من جهة أخرى يقع على أحد الزوجين ذاته للطرف الآخر على النحو المطلوب، ومن بين هذه الحقوق حق الزوجين في المعاشرة بالمعروف (أولاً) وحقوق الزوجين في حق التشاور (ثانياً)، وهو ما سنتحدث في أثر العرف فيهما تباعاً.

أولاً: أثر العرف في حق الزوجين في المعاشرة بالمعروف

بما أن المعاشرة بالمعروف من الحقوق المتبادلة بين الزوج والزوجة، وهذا ما هو متعارف عليه، فوجب على كل من الزوجين أن يحسن معاشرة صاحبه بالمعروف الذي لا ينكره الشرع والعرف، قولاً وفعلاً وخلقاً، ويكون هذا بالتعاون على جلب الخير ورفع الشر، والتسامح والإخلاص في أداء الواجب والمحافظة على الروابط الزوجية⁴، والتي أساسها الاحترام المتبادل

¹ أخرجه النسائي في سننه 303هـ، كتاب النكاح، باب (النهي عن تزويج المرأة التي لا تلد)، رقم: 5323، ج5، ص160.

² سيد سابق، فقه السنة، المرجع السابق، ص193/194.

³ أخرجه مسلم في صحيحه 261هـ، كتاب النكاح، باب (حكم العزل)، رقم: 1440، ج2، ص1065.

⁴ بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص521.

بينهما، وقد أقر المشرع الجزائري هذا الحق في المادة 36 من ق.أ.جمن الفقرة 2 حيث جاء فيها: "المعاشرة بالمعروف، وتبادل الاحترام والمودة والرحمة"، لأن أهداف الزواج الناجح، تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون، وفقا للمادة 4 من ق.أ.ج ومن ثم لا يمكن للحياة الزوجية أن تستمر بين الزوجين كما يجب شرعا و قانونا إذا كان الزوج يستغل القوامة استغلالا سيئا، وبصفة تعسفية أو بدون قيد؛ فيتخذ منها أداة للبطش والتسلط؛ كاستعمال العنف والضرب والجرح العمدي، والطرده من المسكن الزوجي، و الإهانات المتكررة والإساءة للآخر، وعدم توفير المسكن المنفرد المستقل عن الأهل، وغيرها من المنغصات التي يجب الكف عنها، بإشاعة المودة والمحبة الصادقة في البيت الزوجي، وترك الهجر لغير مشروع¹، والملاحظ أن هذا الحق أصبح محلا للنزاع في أحيان كثيرة، وهذا بسبب تطور واختلاف الأجيال لما كانت عليه من قبل، وأيضا عدم امتثال الأسر إلى القيم الدينية والاجتماعية، ومرددها إلى سوء إختيار الزوج المناسب الذي يحقق ويلبي الاستقرار الدائم بينه وبين الزوجة، بالرجوع إلى المادة 53 من ق.أ.ج "يجوز للزوجة طلب التطلق في حالة الشقاق المستمر"، أي الخلافات التي تؤدي إلى انعدام العشرة والتفاهم بينهما.

ومنه نقول أن المشرع لحق الشريعة الإسلامية في مفهوم حق العشرة بين الزوجين فردها إلى العرف بقوله المعاشرة بالمعروف أي بما تعارف عليه المجتمع المسلم في مفهومه للعشرة الطيبة بين الزوجين.

ثانيا: أثر العرف في حق الزوجين في التشاور

عرفنا سابقا أن التشاور بين الزوجين من أهم الأسس لبناء حياة زوجية سعيدة ومستقرة، ويتيح لهما تبادل الآراء والمشاعر واحتياجاتهما، والوصول إلى حلول توافقية ترضي الطرفين، ولهذا نجد القانون، جعله من الحقوق المتبادلة بين الزوجين، وفقا لنص المادة 36 من الفقرة 4 من ق.أ.ج، المعدلة بالأمر رقم 05-02، أي التشاور في اتخاذ القرارات المتعلقة بتسيير شؤون الأسرة والأطفال وتنظيم النسل، وهذا تبعا للأساس الذي قام عليه قانون الأسرة الجزائري، من حيث المساواة بين الزوجين حتى يعمل معا على رعاية الأسرة وتنظيم الولادات،

¹ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص522/523.

لما فيه مصلحة الأسرة والمجتمع، وهو من المتعارف عليه في القانون الجزائري في تطبيقه لحق التشاور، من خلال تفسيره وتطبيقه بشكل يتوافق مع العادات والتقاليد السائدة في المجتمع¹، وهذا ما جعله يقر بهذا الحق في العديد من الأمور المتعلقة بالحياة الزوجية.

المطلب الثاني

أثر العرف في حقوق الزوجين المادية المشتركة

لكل من الزوج والزوجة أموال خاصة بهما، و يعرف هذا النظام باسم النظام المالي للزوجين، والذي "يعد مجموعة من القواعد القانونية أو المتفق عليها بين الزوجين، تهدف هذه القواعد إلى تحديد حقوق وواجبات كل منهما فيما يتعلق بملكية أموالهما، وإدارتهما والاستفادة منها، و الديون التي تتكبدتها قبل الزواج وأثناءه، وبعد انتهاء عقد الزواج، يسعى إلى تسوية حقوق كل من الزوجين بعد انتهاء الزواج"²، ولهذا سوف نناقش في هذا الموضوع تأثير العرف في حقوق الزوجين المادية المشتركة من خلال فرعين: الأول يتناول (الحقوق المادية المشتركة في الشريعة الإسلامية)، والفرع الثاني يتحدث عن (الحقوق المادية في القانون الجزائري).

الفرع الأول

أثر العرف في حقوق الزوجين المادية المشتركة في الشريعة

اهتمت الشريعة الإسلامية بحقوق الزوجين المادية المشتركة، وبينت أحكامها، وقد فصلت في هذا النطاق بين الأموال المشتركة للزوجين، وحق كل منهما في الذمة المالية المستقلة، لهذا سيأتي ذكرها وتبين أثر العرف عليها.

أولاً: أثر العرف في حقوق الزوجين في الأموال المشتركة

¹ بلحاجالعربي، المرجع السابق، ص 526/525.

² مسعودي رشيد، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، جامعة أوبوكر بالقواعد تلمسان، كلية الحقوق، 2006/2005، ص 4.

لم يتعرض الفقهاء في كتبهم لذكر هذا النوع من المال بين الزوجين بهذا المسمى، ويقصد بالمال المشترك بين الزوجين المال المكتسب من قبلهما أثناء قيام العلاقة الزوجية، ولا شك في أن الحياة الزوجية يتخللها خلافات ونزاعات، قد تصل لفك الرابطة الزوجية وما يتبعه من حدوث نزاع بشأن الأموال المشتركة بين الزوجين، وقد يستمر النزاع حتى بعد وفاة أحدهما أم كلاهما في طرف الورثة، وكمثال على الأموال المشتركة، متاع البيت وهو أكثر الأموال المشتركة المتنازع عليها لأنه غالباً ما يشترك فيه الزوجان¹.

فإذا اختلف الزوجان على متاع البيت الذي يسكنان فيه، وادعى كل من الزوجين أنه ملكه، ولا يينة لأحدهما على دعواه، اختلف الفقهاء في ذلك على مذهبين:

1- المذهب الأول: ذهب إليه الحنفية² والمالكية³ والحنابلة⁴، إلى أنه ينظر لما هو متعارف عليه في أنه يكون للرجل عادة كلباس رجال أو سلاح وما شابه ذلك أو المرأة كحلي، وخميرهن.. ، فما شهد أنه خاص لأحدهما أخذه مع اليمين؛ أي أن يقسم أنه ملكه، أما إذا كانت مما يصلح لرجال ونساء معاً، كالدرهم والأثاث والأجهزة ونحوها مما يصلح للجميع، فقد اختلف الفقهاء فيه على أقوال:

أ_ القول الأول: ذهب (أبو حنيفة ومحمد)⁵ والمالكية⁶، إلى أن القول فيه قول الزوج مع يمينه، لأن يد الزوج أقوى من يد المرأة، لأن يده يد تصرف في المتاع، وأما يد المرأة فهي للحفظ، ويد التصرف أقوى من يد الحفظ.

ب_ القول الثاني: ذهب أبو يوسف⁷، إلى أن قول الزوجة مع يمينها في مقدار ما يجهز به مثلها عادة وعرفاً، والقول قول الزوج في الباقي.

¹ الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، ج2، ص308.

² الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع نفسه، ج2، ص309.

³ القراني، الفروق، المرجع السابق، ج3، ص148.

⁴ ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج10، ص283.

⁵ الكاساني، مرجع سابق، ج2، ص309.

⁶ القراني، الفروق، المرجع سابق، ج3، ص148.

⁷ الكاساني، مرجع سابق، ج2، ص309.

جـ_ القول الثالث: ذهب الحنابلة¹، إلى أنه بينهما أي يتناصفان ولا مزية لأحدهما على الآخر فالبيت بينهما.

2_ المذهب الثاني: ذهب الشافعي²، إلى تناصف كل ما في البيت بشرط أن يحلف كل منهما على نصفه فيأخذه.

الترجيح: يترجح لنا والله أعلم، قول الشافعي في التناصف لأنه في وقتنا باتت يد المرأة تساوي يد الرجل في القوة وقد تفوقه أحياناً، بسبب العمل خارج البيت أو دخله عن طريق الحرف اليدوية.

وإجمالاً لما ذهب إليه الفقهاء في هذه المسألة أنه: إذا تنازع الزوجان على متاع البيت، يحكم العرف فيما شهد أنه خاص بما أخذه المشهود مع اليمين، والحاصل أن العمدة فيما يعرف للرجال أو للنساء على ما جرى به العرف في مثل الزوجين قالوا حتى إن الشيء الواحد في الزمن الواحد والمكان الواحد يكون من متاع الرجل بالنسبة إلى قوم ومن متاع النساء بالنسبة إلى آخرين والله أعلم³، كالكتب حالياً، وفي إطار عمل المرأة في شتى المجالات أصبحت لها القدرة على امتلاك ما قد يظن أنه لرجل عادة كالسيارة، فحال الزمان تغير وكذلك الأعراف.

ثانياً: أثر العرف في حقوق الزوجين في الذمة المالية المستقلة

إن مجال الذمة في الشريعة الإسلامية واسع ويشمل الحقوق المالية والحقوق غير مالية، وتكون هذه الحقوق إما لله تعالى، أو للعباد وبالتالي، يعتبر نطاق الذمة في الفقه الإسلامي هو توجيه جميع الحقوق والواجبات، سواء كانت مالية مثل الصدقة والزكاة، أو غير مالية مثل الصلاة والصيام والحج، وعليه سنقوم بتعريف مفهوم الذمة في اللغة ثم في الاصطلاح الفقهي.

1- تعريف الذمة في اللغة: "هي العهد والكفالة وجمعها ذمام، وفلان له ذمة أي حق"⁴.

2- تعريف الذمة في الاصطلاح الفقهي: وجاء في كتاب التعريفات منهم من جعلها وصفاً؛ فعرفها بأنها: "وصف يصير الشخص به أهلاً للإيجاب له وعليه، ومنهم من جعلها ذاتاً فعرفها

¹ ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج10، ص283.

² محمد بن إدريس القرشي المطلبي الشافعي، ج5، لا.ط، دار المعرفة، بيروت، 1410هـ/1990م، ص103.

³ الخطاب، مواهب الجليل، ج3، ط3، دار الفكر، لا.م، 1412هـ/1992م، ص540.

⁴ ابن منظور، المرجع السابق، ج4، ص11.

هي: نفس لها عهد؛ فإن الإنسان يولد وله ذمة صالحة للوجوب له وعليه، عند جميع الفقهاء، بخلاف سائر الحيوانات¹.

فمن خلال التعريف اللغوي والاصطلاحي، يمكن القول بأن الذمة المالية المستقلة في الشريعة الإسلامية بأنها: "هي محل اعتباري في الشخص تشغله الحقوق التي تتحقق عليه"².
أثر العرف في تصرف الزوجة في مالها:

لقد ذكر الفقهاء في تصرف الزوجة في مالها فقالوا، لا يجوز للزوجة أن تأخذ من مال زوجها إلا برضاه، وكذلك لا يجوز للزوج أن يأخذ من مال زوجته الذي ورثته أو من راتبها أو أرباح تجارتها إلا برضاها؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «لَا يَحِلُّ لِامْرَأٍ أَنْ يَأْخُذَ عَصَا أَخِيهِ بِغَيْرِ طِبِّ نَفْسِهِ»³، سواء كان رجلا أو امرأة، زوجا أو زوجة، أبا أو ابنا، حتى الأب لا يجوز أن يأخذ من أموال ابنه بدون رضاه، وهذا المتعارف عليه عند عامة الناس، لا يتعدى أي شخص على حاجة أخيه إلا بإذنه، ف كذلك الزوج والزوجة فلا يمكنهما أن يتصرف في أموالهما إلا إذا كان متفقان في ذلك، لكن فإذا كان الزوج يمنعها من حقها في النفقة، يجوز لها أن تأخذ من ماله بقدر نفقاتها بالمعروف، ففي صحيح البخاري عن عائشة رضي الله عنها أن هند بنت عتبة قالت: «يا رسول الله إن أباسفيان رجل شحيح وليس يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم. فقال: خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف»⁴، فإذا أخذت المرأة من مال الزوج أكثر من نفقتها ولم يأذن لها الزوج في ذلك، يجب عليه أن يختار بين أن يسقط هذا الحق وبين مطالبتها به، لذا وجب عليه أن يتصرف مع زوجته بمسلك أهل مكارم الأخلاق فيعفوا ويصلح بقدر استطاعته⁵، فإن الله عز وجل قال: ﴿وَلَا تَلْسُوا الْفُضْلَ بَيْنَكُمْ﴾ [البقرة: 237]، وفي قرار من مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر، فلزوجة الأهلية الكاملة والذمة المالية المستقلة لها، حيث لها الحق المطلق في

¹ الجرجاني، المرجع السابق، ص 107.

² الزرقا، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 201.

³ أخرجه البيهقي في السنن الكبرى 458هـ، كتاب الغصب، باب (من غصب لوحا فأدخله في سفينة أو بنى عليه جدارا)، رقم: 11542، ج 6، ص 165.

⁴ تم تخريجه سابقا.

⁵ ربيحة إلغات، الحقوق الزوجية على ضوء الاجتهاد القضائي الجزائري، أطروحة دكتوراه في الحقوق، فرع القانون الخاص، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، 2011، ص 185/184.

كسبها من عملها وتمتلك ثروتها الخاصة ولها الحق في التصرف بما لها دون الحاجة إلى إذن الزوج، لقوله تبارك وتعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِخْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُبِينًا وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا﴾ [النساء: 20_21]، وهذا دليل على استقلالية الذمة المالية في الشريعة الإسلامية، ولكن يفضل في حال التبرع بما يزيد عن الثلث الاستئذان من الزوج¹، كما تشير الآراء الفقهية إلى أنه إذا وهبت المرأة للزوج بعد الزواج وكانت حرة في التصرف بما لها، فإن الهبة نافذة وإذا زادت المرأة على تصدقها بأكثر من ثلثها، يكون للزوج الخيار في قبولها أو ردها².

ويتبين لنا مما سبق أن الشريعة الإسلامية قد أعطت كل من الزوج والزوجة ذمة مالية مستقلة عن الآخر، وهذا هو الأمر المتفق عليه بين الناس في معظم المجتمعات العربية، عكس ما كان عليه من قبل مجيء الإسلام فكان حق الزوجة مهضوم، أما الآن فأصبح لكل منهما ذمة مالية خاصة به، وله التصرف في أموال الآخر إلا بموافقة وفقاً لحدود الشريعة، وهذا يعني أن الأعراف لا تصادم الشريعة في هذا الجانب، إلا أن الشريعة قد بينت حق المرأة في التصرف في مالها بشكل مفصل دفعاً للجرور والظلم، وتركت أمر استشارة الزوج في التبرع به من باب الاستحسان والاستئناس بالعرف الذي يوجب على الزوجة احترام زوجها والأخذ برأيه في هذا الجانب.

الفرع الثاني

أثر العرف في حقوق الزوجين المادية المشتركة في القانون

اعتنى المشرع بالحقوق المادية المشتركة للزوجين ونظمها في قانون الأسرة الجزائري، وقد فصل في هذا النطاق بين الأموال المشتركة بين الزوجين، وحق كل واحد من الزوجين في ذمة مستقلة ينفرد بها عن الآخر، وسندرس أثر العرف في كلاهما، فنبداً بأثر العرف في حقوق الزوجين في الأموال المشتركة (أولاً) وأثر العرف في حقوق الزوجين في الذمة المالية المستقلة (ثانياً).

¹ <http://www.islamweb.net/ver2/Fatwa/ShowFatwa.php?lang=A&Id=109830>

الاربعاء 5 جوان، 2014:45 &Option=FatwaI.21

² ربيحة إلغات، مرجع سابق، ص 186.

أولاً: أثر العرف في حقوق الزوجين في الأموال المشتركة

يقصد بالأموال المشتركة، تلك الأموال التي تحصلت عليها الأسرة بعد الزواج، والتي جاءت نتيجة للجهد المبذول من قبل الزوجين سواء من خلال العمل المنزلي للمرأة أو العمل خارج المنزل للرجل والمرأة¹، وفي حالة تنازع الزوجان عن نصيب كل منهما، حيث يكتر هذا النوع من النزاعات في حالات عمل المرأة ومساهمتها في الأعباء المالية الأسرية.

نص المشرع الجزائري في المادة 37 الفقرة 02 على أنه: "غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد لاحق حول الأموال المشتركة التي يكتسبها خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما".

والتي تعني أنه يجوز للزوجين أن يتفقا على الأموال المشتركة المكتسبة أثناء قيام الحياة الزوجية مع مراعاة مجهود كل واحد من الزوجين، وعلى طريقة استثمارها وتنميتها وتوزيعها وتوثيق ذلك رسمي إما في عقد الزواج أو في وثيقة خاصة مستقلة²، وتتجسد هذه الأموال في ملكية متاع البيت؛ وهي مجموعة من الأشياء الموجودة في المنزل الزوجية، أو ممتلكات أخرى خارج المنزل كالعقارات والمنقولات.

والمتعارف عليه في زماننا الحالي مشاركة المرأة لزوجها في تحمل الأعباء المالية، كتجهيزات المنزل ومشاركته في المشاريع وامتلاك العقارات بل وحتى المساهمة في النفقة، إلا أنه لا يقمن بتوثيق ذلك لا في عقد الزواج ولا في عقد مستقل حيث يقمن بإنماء الثروة العائلية بكل حسن نية وأمان وثقة، ولا يوجد في القانون ما يمنع ذلك.

¹ مرزوقي سمية ومحوشي عبلة، الذمة المالية للزوجين بين الاستقلالية والمشاركة، رسالة مكملة لمتطلبات الماستر تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، 2022/2021، ص 23.

²² بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 330.

ثانيا: أثر العرف في حق الزوجين في ذمة المالية المستقلة

تعد الذمة المالية المستقلة للزوجين مبدأ قانونيا يتيح لكل منهما إدارة أمواله الخاصة بشكل مستقل عن الآخر، مع مراعاة بعض الواجبات المتبادلة، لهذا وجب علينا أن نعرف الذمة المالية في القانون كما يلي: "هي محل اعتباري في الشخص تشغله الحقوق التي تتحقق عليه"، أي ذمة مالية متصلة بالشخص نفسه لا بأمواله و ثروته وهي غير محدودة السعة والاستيعاب فثبتت فيها الحقوق المالية وغير مالية مهما كان نوعها ومقدارها وأيضا تشغلها الأعمال المستحقة كعمل الأجير، وتشغلها الواجبات الدينية من صلاة وصيام ونذور وغيرها¹. يتمتع كل من الزوجين بأهلية قانونية كاملة وفقا للمادة 37 الفقرة 1 من ق.أ.ج، طبقا لنظام انفصال الأموال بين الزوجين، أو الاستقلال النظري لدم الزوجين، فلكل منهما الحق في التصرف بأمواله، بكافة أنواع التصرفات المالية المشروعة، كما أنه يلتزم كل منهما بوفاء الديون المترتبة بذمته، دون أن يؤثر الزواج في ذلك، وهي القاعدة التي تضعها الشريعة الإسلامية منذ خمسة عشر قرناً، والتي مفادها أن الزواج لا أثر له على مال الزوجين، سواء كان عقاراً، أو منقولاً، فلكل زوج يحتفظ بذمته المالية المستقلة عن ذمة الزوج الآخر، فلا يحق للزوج أن يأخذ شيئاً من مال زوجته إلا أن يكون ذلك برضاها²، وكذلك التصرفات القانونية المالية التي تصدرها الزوجة العاقلة الرشيدة كالبيع والإجارة و الشركة وغيرها، إذا كانت من أموالها الخاصة، مهراً كانت أو نفقة أو هبة أو إرثاً، سواء اكتسبتها قبل الزواج أم أثناءه هي تصرفات نافذة ولا تحتاج إلى إذن زوجها³، ومن المتعارف عليه في المجتمع الجزائري أن الزوجة تبقى محتفظة بانتمائها العائلي، ولقبها الذي كانت قبل الزواج، ولا يعطى لها اسم عائلة الزوج، كما هو الحال في المجتمعات الغربية، كما أنها تتمتع بذمتها المالية المستقلة عن زوجها، الأمر الذي يخولها التصرف

¹ الزرقا، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 201.

² بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 539/538.

³ بلحاج العربي، بحوث قانونية في ق.أ.ج الجديد، لا.ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2014، ص 153.

في أموالها دون رقابة الزوج، إذ لا ولاية للزوج على أموال زوجته حسب ما جاء في المادة 38
الملغاة¹.

ونستخلص أن قانون الأسرة الجزائري حفظ للمرأة حقوقها الشرعية في إعطائها حرية
التصرف في مالها دون إذن زوجها، إلا أن المشرع أعطى للزوجين حرية الاتفاق في الأموال
المشتركة بينهما في الفقرة 2 من المادة 37 والتي تنص على "يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد
الزواج أو في عقد رسمي لاحق، حول الأموال المشتركة بينهما، والتي يكتسبها خلال الحياة
الزوجية وتحديد النسب التي تؤول إل كل واحد منهما"، وهذا المتعارف عليه عند عامة الناس
في المجتمع الجزائري وهذا من أجل الابتعاد عن الخلافات، التي قد تؤدي إلى انحلال الرابطة
الزوجية، وهذا ما أقره القانون.

¹ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 540.

مما سبق يتضح أن العرف الصحيح، له دوراً فعال في تقرير حقوق الزوجين، وقد راعتها الشريعة الإسلامية وكذلك القانون الجزائري في تقدير الكثير من الحقوق كحقي النفقة والمهر، ولعل العرف يقوي حق ويهدم آخر وأنه بتغير الزمان تتغير الأعراف فالعرف أضفى جانب المرونة للشريعة الإسلامية، وساعد المشرع الجزائري في الكثير من المسائل المتعلقة بحقوق الزوجين، إلا أن المشرع الجزائري قد اعتبر العرف الصحيح في حق دون آخر مثلاً: حين ألغى حق الطاعة.

خاتمة

خاتمة

بعد البحث في موضوع أثر العرف على حقوق الزوجين في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري حصلنا على نتائج عديدة، دفعتنا إلى إدراج بعض التوصيات التي رأينا أنها مهمة في تطوير وإثراء هذا الموضوع.

أولاً: النتائج

- 1- العرف الصحيح يعتبر حجة لدى فقهاء الشريعة والقانون، وهو مصدر تبعية للشريعة واحتياطي للقانون الأسرة الجزائري.
- 2- العلاقة بين العرف العادة هي علاقة عموم وخصوص، والعادة هي بداية للعرف.
- 3- تتغير الأعراف بتغير الأزمنة.
- 4- من الحقوق المعنوية للزوج حق الطاعة من قبل زوجته والذي أقرته الشريعة الإسلامية وكذلك الأعراف، إلا أن المشرع الجزائري لم ينص عليه في التعديل الأخير ولم يصرح بخلافه.
- 5- حق الزوج في الاحتباس هو حقايات بالأعراف.
- 6- يعتبر حق عدم الإضرار بالزوجة وحق الإعفاف من الحقوق المعنوية المخولة لها شرعا والتي أقرتها الأعراف، إلا أن القانون لم ينص عليها صراحة.
- 7- من المتعارف عليه عند عامة الناس، أن الزوجة عليها حفظ مال زوجها من الهلاك وهو حق مالي خاص به.
- 8- النفقة واجبة شرعا وقانونا، ولكن مقدارها ومشمولاتها ترك تقديرها للعرف الناس وحاجاتهم.
- 9- لم يحدد الفقه الإسلامي وكذلك القانون الجزائري مقدار قيمة المهر بل تركه لعرف الناس.
- 10- من الحقوق المشتركة المعنوية بين الزوجين حق المعاشرة بالمعروف وحق التشاور، لأنهما أساس بناء أسرة ناجحة ووافقهما العرف في ذلك.
- 11- لكل من الزوج والزوجة ذمة مالية مستقلة عن الآخر، ولا يجوز لأي طرف منهما أن يتصرف في مال الآخر إلا برضاه وهذا حق مكفول في الشرع والقانون وهذا ما جرت به العادة والعرف عندنا.

12- أقرت الأعراف حق الزوجين في الأموال المشتركة بينهما في حالات النزاع وترك تقدير هاته الأموال للعرف في حالة عدم وجود اتفاق مسبق بينهما.

ثانيا: التوصيات ومقترحات:

— على القائمين تنظيم حملات تحسيسية لتعريف الأشخاص المقبلين على الزواج والأزواج السابقين لتعريفهم بحقوقهم التي أقرتها لهما الشريعة والقانون لتفادي وقوعهما تحت شبك الأعراف الفاسدة.

— تنصيب قضاة على دراية واسعة بأعراف الناس و أحوالهم، في المناطق التي تدخل ضمن اختصاصهم القضائي.

— تدوين الأعراف الصحيحة من قبل شيوخ البلاد كي يسهل الرجوع إليها في حل النزاعات، أو الاستئناس بها في المحكمة.

— لم يتسنى لنا دراسة أثر العرف على كافة الحقوق الزوجية ولكن نطمح أن يواصل أحد الباحثين دراستها.

— من المستحسن إدراج المشرع الجزائري لمادة قانونية صريحة تقرر بمركز العرف في الجانب الحقوقي للزوجين، دفعاً للبس والغموض خاصة عند تصدي القضاة للنزاع في مسائل تتعلق باعتماد العرف.

وأخيراً، هذا ما وفقنا إليه وهدينا لتحريره، فما كان فيه من خطأ ونقص فمن أنفسنا ومن الشيطان، وما كان من الصواب فمن الله أولاً وأخيراً، ثم توجيهات الأستاذة المشرفة آمال بولوسة حفظها الله وراعها، و الحمد لله في الأول والختام، وعلى رسولنا محمد أفضل الصلاة وأزكى السلام.

سبحانك اللهم وبمحمدك، أشهد ألا إله إلا أنت، أستغفرك وأتوب إليك.

الفهارس

أولاً: فهرس الآيات القرآنية

الصفحة	رقم الآية	اسم السورة	الآية
62	187	البقرة	هُنَّ لِيَاسٍ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِيَاسٍ لَهُنَّ
40	222		وَلَا تَقْرُبُوهُنَّ حَتَّى يَطْهُرْنَ
40	223		يَسَاوُكُمْ حَزَبٌ لَكُمْ فَأَتَوْا حَزَبَكُمْ
30	228		وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ
42	231		فَأَمْسِكُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ
49	232		لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَالِدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ
49	233		وَالْوَالِدَاتُ يُرْضَعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ.. فَإِذَا عَزَمْتَ فَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ
70	237		﴿وَلَا تَتَّبِعُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ﴾
51	4	النساء	وَأَتَوْا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً
47	19		وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ
51	20		وَأَتَيْتُمْ إِخْدَاهُنَّ قِنطَارًا
51	24		فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ
37	34		﴿حَافِظَاتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ﴾
13	28	الأنعام	وَلَوْ زِدُوا لَعَادُوا لِمَا نَهَوْا عَنْهُ
21	199	الأعراف	حُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ
43	7-5	المؤمنون	وَالَّذِينَ هُمْ لِغُرُوحِهِمْ.... فَأُولَئِكَ هُمُ الْعَادُونَ
43	31-30		قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا... وَقُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ يَغُضُّضْنَ

		النور	
48	6	الطلاق	أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ
48	6		وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمَلٍ فَأَنْفِقُوا
48	6		فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ...وَإِنْ تَعَاسَرْتُمْ فَسَتْرَضِعْ لَهُ
55	7		لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ

ثانيا: فهرس الأحاديث النبوية الشريفة

رقم الصفحة	طرف الحديث
40	إذا دعا الرجل امرأته إلى فراشه، فأبت أن تجيء، لعنتها الملائكة
40	البيسي ثيابك والحقي بأهلك وأمر لها بالصداق
51	التمس ولو خاتما من حديد
52	أعظم النساء بركة أيسرهن صداقا
45	إن الله كره لكم ثلاثا: قيل وقال، وإضاعة المال، وكثرة السؤال
64	تزوجوا الولود الودود، فأني مكاثركم
56/46	خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف
62	خيركم خيركم لأهله وأنا خيركم لأهلي
45	كلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته
64	كنا نعزل على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فبلغ ذلك فلم ينهانا
38	لا تصم المرأة وبعلاها شاهد إلا بإذنه، ولا تأذن في بيته وهو شاهد.
41	لا ضرر ولا ضرار
69	لا يحل لامرئ أن يأخذ عصا أخيه بغير طيب نفسه

51	من كشف امرأة فنظر إلى عورتها فقد وجب الصداق
40	والذي نفسي بيده ما من رجل يدعو امرأته إلى فراشها فتأبى عليه
43	وفي بضع أحدكم صدقة
56/47	ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف

ثالثا: فهرس الآثار الصحابة

الصفحة	صاحبه	الأثر
43	عمر بن خطاب	بينما في حراسة المدينة

رابعا: فهرس الأعلام المترجم لهم

الصفحة	العلم
21	ابن القيم
28	أحمد فهمي أبوسنة
11	الإمام النسفي
33	السيوطي
11	عبد الوهاب خلاف
23	القرافي

رابعاً: فهرس المصادر والمراجع

1_ القرآن الكريم وعلومه

القرآن الكريم

1_ أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع للأحكام القرآن، تح أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، ط2، دار الكتب المصرية، القاهرة، 1384هـ/1964م.

2_ الحديث النبوي وعلومه

2_ أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني النسائي، المجتبى من السنن (السنن الصغرى للنسائي)، تح عبد الفتاح أبو غدة، ط2، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب، 1406هـ/1986م.

3_ أبو بكر بن أبي شيبة، عبد الله بن محمد بن إبراهيم بن عثمان بن خواسطي العبسي، الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار، تح كمال يوسف الحوت، ط1، مكتبة الرشد، الرياض، 1409هـ.

4_ ابن ماجة أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني وماجة اسم أبيه يزيد، سنن ابن ماجه، تح محمد فؤاد عبد الباقي، لا.ط، دار إحياء الكتب العربية، لا.م، لا.س.

5_ ابن دقيق العيد، إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام، لا.ط، مطبعة السنة المحمدية، لا.م، لا.س.

6_ أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني، المراسيل، تح شعيب الأرنؤوط، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1408هـ.

7_ أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسرُوْجِردِي الخراساني، أبو بكر البيهقي، السنن الكبرى، تح محمد عبد القادر عطا، ط3، دار الكتب العلمية، بيروت _ لبنان،

8_ أبو عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله بن محمد بن حمدويه بن نُعيم بن الحكم الضبيالطهماني النيسابوري المعروف بابن البيع المستدرك على الصحيحين، تح مصطفى عبد القادر عطا، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1411هـ/1990م.

9_ الاستذكار، تح سالم محمد عطا، محمد علي معوض، ج5، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1421هـ/2000م، 1424هـ/2003م.

10_ محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه (صحيح البخاري) ، تح محمد زهير بن ناصر الناصر، ط1، دار طوق النجاة، 1422هـ.

11_ محمد بن عيسى بن سَورة بن موسى بن الضحاك، الترمذي، سنن الترمذي، تح أبو عيسوإبراهيم عطوة عوض، ط2، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، 1395 هـ / 1975م.

12_ أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي،

13_ مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري، المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، تح محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لا.س.

3_ الكتب

أ_ الكتب الفقهية والأصولية

ج_ كتب التراجم

73_ زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب بن الحسن، السلاامي، البغدادي، ثم الدمشقي، ذيل طبقات الحنابلة، تح عبد الرحمن بن سليمان العثيمين، ج5، ط1، مكتبة العبيكان، الرياض، 1425 هـ / 2005 م.

74_ عبد القادر بن محمد بن نصر الله القرشي، أبو محمد، محيي الدين الحنفي، الجواهر المضية في طبقات الحنفية، لا.ط، مير محمد كتب خانة - كراتشي، لا.م، لا.س.

75_ عمر بن رضا بن محمد راغب بن عبد الغني كحالة الدمشقي، معجم المؤلفين، لا.ط، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لا.س.

76_ أعضاء ملتقى أهل الحديث، المعجم الجامع في تراجم العلماء وطلبة العلم المعاصرين، ج1، لا.ط، لا.د، لا.م، لا.س.

4_ رسائل جامعية

77_حمودي كتيبة وحساني فريدة، مركز العرف في الرابطة الزوجية دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وتشريعات بعض الدول العربية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان، بجاية _الجزائر، 2019/2018.

78_عماد شريفي، اعتبار العرف في مسائل الزواج وآثاره في قانون الجزائري_دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، مذكرة مكلمة لنيل شهادة الماجستير، في قانون أسرة، كلية الحقوق، جامعة محمد بوضياف المسيلة، 2014/2015م.

79_رييحة إغات، الحقوق الزوجية على ضوء الاجتهاد القضائي الجزائري، أطروحة دكتوراه في الحقوق، فرع القانون الخاص، جامعة الجزائر1، كلية الحقوق، 2011.

80_رهفة سليمان حمادة، العرف وأثره في حقوق الزوج في الفقه الإسلامي، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في الفقه المقارن كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة _ فلسطين، 2014.

81_مرزوقي سمية ومحوشي عبلة، الذمة المالية للزوجين بين الاستقلالية والمشاركة، رسالة مكلمة لمتطلبات الماستر تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة_الجزائر، 2022/2021.

82_مسعودي رشيد، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائريدراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، جامعة أبوبكر بالقائد تلمسان، كلية الحقوق، 2006/2005.

83_نوال سعيد حسن العفيفي، أثر العرف على حقوق الزوجة، رسالة مكلمة لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير، الفقه المقارن كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، فلسطين، غزة، 1434هـ/2013م.

5_ أ_ الكتب القانونية

- 84_ أحمد محمود الخوالي، نظرية الحق بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ط1، دار السلام، القاهرة_ مصر، 1423هـ/2003م.
- 85_ البدر اوي عبد المنعم، المدخل للعلوم القانونية، ط1، مطابع دار الكتاب العربي، القاهرة، 1949.
- 86_ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، لا.ط، لا.د، 1999.
- 87_ بلحاج العربي، بحوث قانونية في ق.أ.ج الجديد، لا.ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2014.
- 88_ حسن كيرة، المدخل إلى القانون، لا.ط، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1969.
- 89_ سامية لموشية، المدخل للعلوم القانونية، لا.ط، مطبعة منصور، الوادي_ الجزائر، 1443هـ/2022م.
- 90_ عبد الرزاق السنهوري و أحمد حشمت ابوستيت، أصول القانون، لا.ط، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة، 1950.
- 91_ عبد المجيد زعلاني، المدخل لدراسة القانون النظرية العامة، لا.ط، دار هومه، الجزائر، 2007.
- 92_ عبد المنعم فرج صده، أصول القانون، لا.ط، شركة مكتبة ومطبعة البابي الحلبي وأولاده، مصر، 1965.
- 93_ عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، لا.ط، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2018.
- 94_ عمار بوضياف، المدخل إلى العلوم القانونية (النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري)، ط4، دار جسور للنشر والتوزيع، لا.م، 1438هـ/2017م.
- 95_ عمار بوضياف، المدخل للعلوم القانونية، ط2، دار ربحانة، الجزائر، 1999.
- 96_ غالب علي الداودي، المدخل إلى علم القانون، ط7، دار وائل للطباعة والنشر، الأردن، 2004م.
- 97_ محفوظ بن الصغير، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل

- بالأمر 02_05، ط2، دار الوعي للنشر والتوزيع، روية_ الجزائر، 1436هـ/2015م.
- محمد السعيد جعفرور، نظرية القانون، ط21، دار هومة، الجزائر، لا.س.
- 98_ محمد حسين منصور، المدخل إلى القاعدة القانونية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت_ لبنان، 2010.
- 99_ محمد سامر عاشور، مدخل إلى علم القانون، لا.ط، من منشورات الجامعة الافتراضية السورية، سوريا، 2018.
- 100_ محمد طه بدوي، القاعدة القانونية مدخل إلى دراسة القانون الوضعي، لا.ط، دار المعارف، القاهرة_ مصر، 1954.

ب_ النصوص القانونية

- 101_ القانون رقم 11/84، المؤرخ في 9 رمضان محرم عام 1404هـ الموافق 9 يونيو 1984م، المعدل والمتمم بالأمر رقم 02_05 المؤرخ في 18 محرم عام 1426هـ الموافق 27 فبراير سنة 2005م، والمتضمن : قانون الأسرة (الجمهورية الجزائرية الجريدة الرسمية، العدد 15، 27 فبراير 2005م).
- 102_ القانون رقم 10_05 المؤرخ في 13 جمادي الأولى عام 1426هـ الموافق 20 يونيو سنة 2005م المعدل والمتمم بالأمر رقم، 58_75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395هـ الموافق 26 سبتمبر سنة 1975م، والمتضمن: القانون المدني، المعدل والمتمم (الجمهورية الجزائرية الجريدة الرسمية، العدد 44، السنة42، 26 يونيو 2005م).
- 103_ المادة (1) من قانون رقم 15-19 المؤرخ في 30 ديسمبر سنة 2015، المعدل والمتمم بالأمر رقم 66_156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون العقوبات.
- 103_ المادة (4) من القانون رقم 11_84 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 هـ الموافق 09 يونيو 1984 م المعدل والمتمم للأمر رقم 02_05 المؤرخ في 18 محرم عام 1426هـ الموافق ل 27 فبراير 2005م والمتضمن: قانون الأسرة، المعدل والمتمم(الجمهورية الجزائرية الجريدة، العدد27، 15 فبراير 2005).

6_ الاجتهاد القضائي

105_ المحكمة العليا غ.أ.ش، 1987/02/07، ملف رقم 47915، م ق، 1990، العدد 3.

7_ مقالات ومجلات

106_ توفيق بن علي بن أحمد الشريف، الحقوق المالية للزوجة في الفقه الإسلامي، مجلة كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر_ فرع أسبوط، العدد 32، 2020، ج 2.

107_ فهد بن عبد الكريم السنيدي، نفقة علاج الزوجة دراسة فقهية، مجلة الجمعية الفقهية السعودية، العدد 16، جمادى آخر/رمضان، 1434هـ/2013م.

108_ محمد برجى بن جلول، سلطان العرف وتأثيره على القوانين، مجلة التراث، تونس، كلية الحقوق جامعة سوسة، العدد 1، 2019.

109_ نظيرة عتيق، الحقوق الزوجية بعد تعديل قانون الأسرة 2005 بين الاسترشاد بالعرف والمواءمة التشريعية، مجلة البحث، جامعة 20 أوت 1955م، سكيكدة (الجزائر)، العدد 2018، 1.

8_ كتب أخرى

110_ حسن ملحم، التحليل الاجتماعي للسلطة، ط 1، منشورات دحلب، الجزائر، 1993.

9_ المواقع الإلكترونية

111

[http://www.islamweb.net/ver2/Fatwa/ShowFatwa.php?lang=A&Id=109830
&Option=FatwaI](http://www.islamweb.net/ver2/Fatwa/ShowFatwa.php?lang=A&Id=109830&Option=FatwaI)

خامسا: فهرس الموضوعات

الصفحة	الموضوع
	إهداء
	شكر وتقدير
	الملخص
أ	مقدمة
الفصلا لأول: الأساس التشريعي للعرف وحقوق الزوجين	
10	المبحث الأول: المركز التشريعي للعرف
10	المطلب الأول: مفهوم العرف في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي
10	الفرع الأول: مدلول العرف في الشريعة والقانون
12_10	أولا: تعريف العرف
16_12	ثانيا: تميز العرف عما يشابهه من المصطلحات
16	الفرع الثاني: مقومات العرف
18_16	أولا: أركان العرف
20_18	ثانيا: تقسيمات العرف
21	المطلب الثاني: حجية العرف في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي
21	الفرع الأول: حجية العرف في الفقه الإسلامي
23_21	أولا: مشروعية العرف
24_23	ثانيا: الحكمة من تقرير العرف في الشريعة
24	الفرع الثاني: حجية العرف في القانون الوضعي
25_24	أولا: الطبيعة القانونية للعرف
26_25	ثانيا: اعتبار العرف في القانون

27	المبحث الثاني: حقوق الزوجين بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي
27	المطلب الأول: مفهوم حقوق الزوجين بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي
27	الفرع الأول: تعريف حقوق الزوجين
30_28	أولاً: تعريف حقوق الزوجين في اللغة
31_30	ثانياً: تعريف حقوق الزوجين في اصطلاح.
31	الفرع الثاني: تقسيمات حقوق الزوجين
32_31	أولاً: حقوق الزوجين الخاصة
32	ثانياً: حقوق الزوجين المشتركة
32	المطلب الثاني: علاقة العرف بحقوق الزوجين في الفقه الإسلامي والقانون
33	الفرع الأول: علاقة العرف بحقوق الزوجين في الفقه الإسلامي
33	أولاً: العرف كمصدر للحقوق في الشريعة الإسلامية
33	ثانياً: العرف كمصدر معتبر في الجانب الأسري
34	الفرع الثاني: علاقة العرف بحقوق الزوجين في القانون الوضعي
34	أولاً: العرف كمصدر للحقوق في القانون
35_34	ثانياً: العرف كمصدر معتبر في قانون الأسرة
الفصل الثاني: دور العرف في تقرير حقوق الزوجين في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري	
37	المبحث الأول: أثر العرف في حقوق الزوجين الخاصة
37	المطلب الأول: أثر العرف في حقوق الزوجين المعنوية الخاصة
37	الفرع الأول: أثر العرف في حقوق الزوج المعنوية
39_37	أولاً: أثر العرف في حق الزوج في الطاعة
41_39	ثانياً: أثر العرف في حق الزوج في الاحتباس
41	الفرع الثاني: أثر العرف في حقوق الزوجة المعنوية
42_41	أولاً: أثر العرف في حق الزوجة في عدم الإضرار بها
44_42	ثانياً: أثر العرف في حق الزوجة في الإعفاف

45	المطلب الثاني: أثر العرف في حقوق الزوجين المادية الخاصة
45	الفرع الأول: أثر العرف في الحقوق المادية للزوج
46_45	أولاً: أثر العرف في حفظ مال الزوج
50_46	ثانياً: أثر العرف في حق خدمته وإرضاع أولاده
50	الفرع الثاني: أثر العرف في الحقوق المادية للزوجة
55_50	أولاً: أثر العرف في حق الزوجة في المهر
61_55	ثانياً: أثر العرف في حق الزوجة في النفقة
61	المبحث الثاني: أثر العرف في الحقوق المشتركة
61	المطلب الأول: أثر العرف في الحقوق المعنوية المشتركة
62	الفرع الأول: أثر العرف في الحقوق المعنوية المشتركة في الشريعة
63_62	أولاً: أثر العرف في حق الزوجين في المعاشرة بالمعروف
64_63	ثانياً: أثر العرف في حق الزوجين في التشاور
65	الفرع الثاني: أثر العرف في الحقوق المعنوية المشتركة في القانون
66_65	أولاً: أثر العرف في حق الزوجين في المعاشرة بالمعروف
66	ثانياً: أثر العرف في حق الزوجين في التشاور
67_66	المطلب الثاني: أثر العرف في حقوق الزوجين المادية المشتركة
67	الفرع الأول: أثر العرف في حق الزوجين في الأموال المشتركة في الشريعة
69-67	أولاً: أثر العرف في حق الزوجين في الأموال المشتركة
71-69	ثانياً: أثر العرف في حق الزوجين في الذمة المالية المستقلة
72	الفرع الثاني: أثر العرف في حقوق الزوجين المادية المشتركة في القانون
72	أولاً: أثر العرف في حق الزوجين في الأموال المشتركة
74_72	ثانياً: أثر العرف في حق الزوجين في الذمة المالية المستقلة
78-77	الخاتمة

الفهارس العلمية	
81-80	فهرس الآيات القرآنية
82	فهرس الأحاديث النبوية
83	فهرس لآثار الصحابة
83	فهرس الأعلام المترجم لهم
94-84	قائمة المصادر والمراجع
98-95	فهرس الموضوعات