جامعة زيان عاشور -الجلفة-
Zian Achour University of Djelfa
كلية الحقوق والعلوم السياسية
Faculty of Law and Political Sciences

قسم الحقوق

مكانة العرف في المنظومة التشريعية الأسرية في الجزائر

مذكرة ضمن متطلبات
نيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون الأسرة

إعداد الطالب :
- غرابي عادل
-

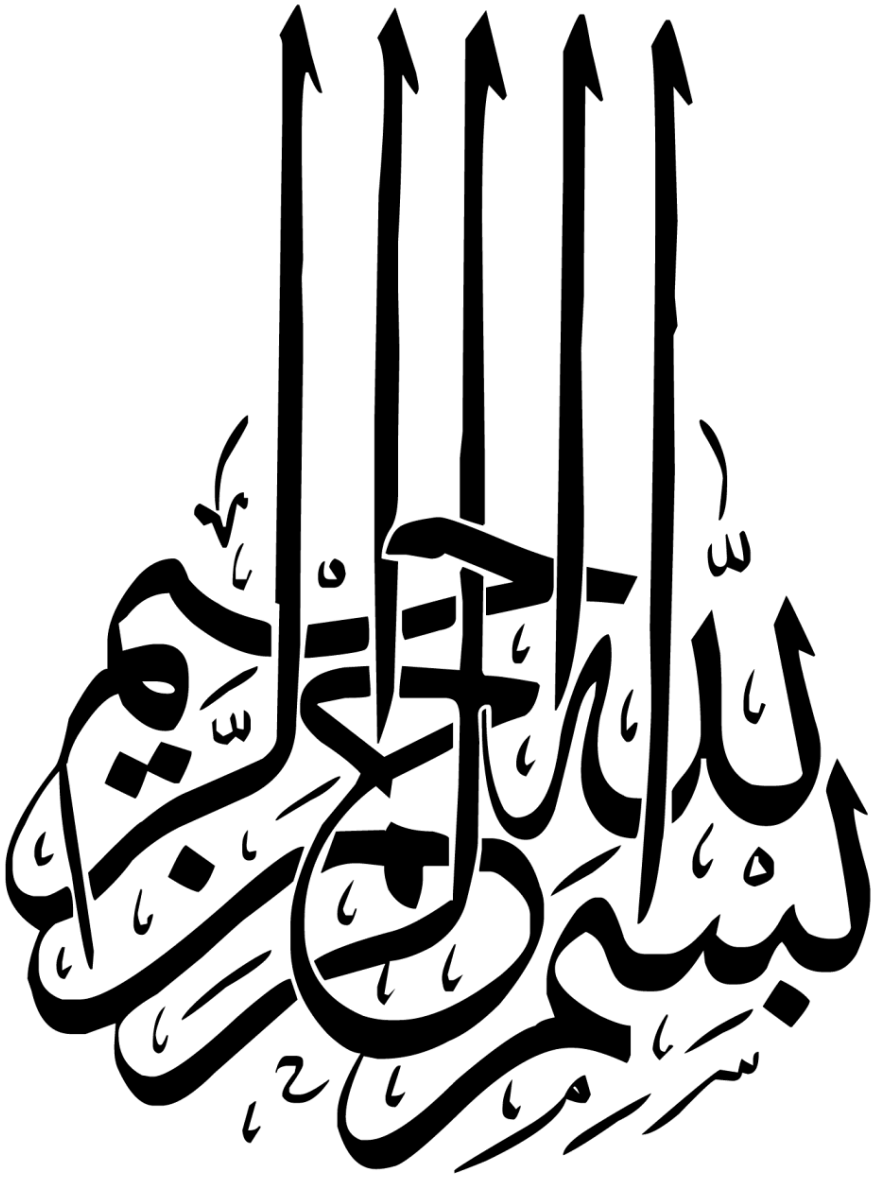
إشراف الأستاذ:
-د. بشيري عبد الرحمان

لجنة المناقشة

-د/أ. هلالي مسعود	رئيسا
-د/أ. بشيري عبد الرحمان	مقررا
-د/أ. معيزة عيسى	ممتحنا

الموسم الجامعي 2020/2019

2020/M071F/M075116255/


بسم الله الرحمن الرحيم

شكر وعرفان

الشكر والتقدير إلى أستاذي **بشيري عبد الرحمان** الذي تفضل عن طيب خاطر بقبوله تأطيري لإنجاز هذا البحث، الشكر له على كل توجيه ونصح.

الشكر له على صبره ودفعه لي للاستمرار في البحث لحظة خوار إرادتي.

الشكر لقسم الحقوق لذي وجدت لدى كل المشرفين عليه الدعم واليسر.

الشكر لكل الأصدقاء والزملاء الذين لم يتأخروا بمدّي بالمراجع والمصادر

الشكر للجنة المناقشة على قبولها الإشراف على مناقشة مذكرة تخرجي

الإهداء

أهدي هذه المذكرة إلى

الذي ذاب كالشمعة من اجل ان ينير طريقي ابي العزيز

الى التي سهرت على تربيتي ورعايتي ولم تبخل علي بشيء امي

الى زوحتي وابنائي وإخوتي وأخواتي

إلى كل هؤلاء اهدي عملي

مقدمة

يكتسي العرف في منظومة الأحوال الشخصية أهمية بالغة فهو مصدر من مصادرها ويستدل بعض الفقهاء لقوله تعالى ﴿**خذ العفو وأمر بالعرف وأعرض عن الجاهلين**﴾[الأعراف/199] وهو يعتبر من أقدم مصادر التشريع الإنساني النابع من الإرادة الجماعية، إذ أن البشرية بدأت بالعادات و الأعراف جعلت الشريعة يحتكم إليها .

وكما نعلم أن مصادر الإسلام القرآن والسنة وهي المصادر الأصلية أما المصادر التبعية فتفرعت منها الإجماع والقياس والاستحسان والعرف ..إلخ، ولأن من مظاهر يسر الشريعة واحاطتها بالمكلفين أنها راعت أعراف الناس فأقرت الصالح منها وألغت الفاسد من تلك العادات.

ولا يزال العرف إلى يومنا هذا من أهم المصادر القانون (المادة 1 / 2 من ق.م.ج) ومع ذلك لم يعد العرف في القانون الجزائري كافيا لتنظيم سلوك الأشخاص وعلاقاتهم في المجتمع الحديث ولم يعد محدود الحجم كالمجتمعات البدائية و انما تنوعت العلاقات مما زاد تدخل الدولة في شؤونه، ولكن يبقى العرف كمصدر احتياطي له أي يأتي في المرتبة الثالثة بعد التشريع بالنسبة للمشرع الجزائري ، وعلى ضوء هذه الأهمية يتعين على المجتهد مراعاته في تشريعه وعلى القاضي مراعاته في قضائه، ولهذا أردنا باختيارنا موضوع العرف الوقوف على هذا الأصل العظيم وقدرته على مواكبة تطور مجتمعات عبر كل زمان ومكان.

و هو ذو مكانة جليلة ويكتسي من الأهمية قدرا عظيما، لأنه عقد يسمو على كل العقود ولأنه السبيل إلى كل ما تصبوا إليه النفس البشرية من سكينة وأمن واطمئنان، وهو ما جعل فقهاء الشريعة الإسلامية يتناولونه من مختلف الجوانب بالاتفاق والاختلاف بينهم، وحظي بالتنظيم من قبل الشرائع الوضعية المختلفة على غرار المشرع الجزائري الذي تناول تنظيم الأسرة استنادا إلى أحكام الشريعة الإسلامية واعتبرها مصدرا أصليا لقانون الأسرة كما أولى لأعراف الناس وعاداتهم وتقاليدهم في مسائل الزواج أهمية كبيرة.

ويقصد بالعرف أن يتبع أفراد مجتمع ما أسلوبا معينا في العمل أو التعامل بصفة متواترة و تتناقله الأجيال حاملين الاعتقاد بقوته الملزمة، وبذلك يكون للعرف ركنان: ركن

مادي وهو يعني التكرار والعمومية، وآخر معنوي وهو يعني اكتساب السلوك المتواتر صفة الإلزام[1] وللعرف أنواع منها : العرف الصحيح وهو ما كان موافقا للنصوص الشرعية ومثاله تعارف الناس على تعجيل الصداق أو جزء منه أو تأجيله والعرف الفاسد وهو ما كان مخالفا للنصوص الشرعية كتعارف الناس على عدم توريث المرأة، والعرف العام وهو ما تعارف عليه جميع الناس وصار منتشرا بينهم كتعارف الناس على ألا تزف المرأة إلى زوجها إلا بعد استيفائها معجل صداقها، والعرف الخاص وهو ما كان خاصا بفئة معينة من الناس .[2]

و بما أن مسائل الأحوال الشخصية تندرج تحت الفقه الإسلامي فقد تأثرت بالعرف بشكل ملحوظ، مما دفعني إلى أن أبرز هذا الأثر في بحث خاص بعنوان : العرف في المنظومة التشريعية للأحوال الشخصية بالجزائر.

أولا :إشكالية البحث:

نظرا لأهمية موضوع العرف في تنظيم الحياة الأسرية الجزائرية فإن الباحثين عمدوا على دراسته ، لكونه دليلا مستقلا أم لا، ونظرة الأصوليين إليه ورجال القانون الجزائري ، ومدى تطبيقه باعتباره مصدر تبعي في الفقه الإسلامي ومصدر الاحتياطي الثاني بعد الشريعة الإسلامية في القانون الجزائري ، فهذا يطرح التساؤلات الآتية:

– ما مدى اعتبار المشرع الجزائري للأعراف في تنظيم المسائل المتعلقة بالأسرة ؟

وينتج من هذه الإشكالية تساؤلات أخرى أهمها:

– ما المقصود بالعرف وما مدى حجيته في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري ؟

– وما هو دور العرف باعتباره مصدرا تبعيا في الفقه الإسلامي و مصدرا احتياطيا في القانون؟

---

[1] محمد علي الزعابي، العرف وعلاقته بالقانون ، –http://wwwbumoza.blogspot.com/10/10/2010/blog 2011post.html

[2] محمد بوفرطاس،" الأسرة الجزائرية بين القانون والعرف"، مجلة العلوم الإنسانية، عدد3 ، 2010 ، ص258 –259.

-هل وفق المشرع في الحالات التي قرر فيها نصوصا دون اعتبار لأعراف الناس؟

-وكيف نظم المشرع مسألة اقتران الخطبة بالفاتحة وآثار العدول عن الخطبة؟

-كيف كانت نظرة المشرع لمسألة الزواج و أحكامه و الطلاق ، و ما يترتب عنهما ؟ وما مدى مراعاته لأعراف المجتمع فيها دون مصادمة لأحكام الشريعة الإسلامية؟

ثانيا : أهمية الموضوع

- للعرف دورا بارزا في تنظيم الكثير من هذه المسائل باعتبار الناس قد اعتادوا أحكاما استقر عليها تفكيرهم قبل صدور قانون الأسرة الجزائري والذي جاء مؤيدا لبعض هذه الأعراف أحيانا، كما أن تواتر الناس على بعض السلوكات في مجال الزواج و الطلاق يستدعي بيان أثرها ومدى صحتها وبالتالي ضرورة اعتبارها في نصوص قانون الأسرة الجزائري إذا كانت موافقة للشريعة الإسلامية أو إلغائها إذا كانت على خلاف ذلك، خاصة أن الأعراف تعكس تفكير الأفراد وقناعاتهم.

ثالثا : أسباب اختيار الموضوع

اخترت هذا الموضوع بناء على الرغبة الشخصية في دراسته إذ أردت أن أتناول موضوعا يمس بالجانب الشخصي في حياة الفرد كون قانون الأسرة قانونا يتناول الحالة الشخصية للمواطن بصفته فردا في الأسرة، والذي ينظم حياته الخاصة بناء على ما وصله من أعراف اعتاد عليها آباؤه وأجداده، فأردت بيان أهمية العرف في الزواج ومقدماته، و آثاره، و في فرق الزواج كالطلاق و الخلع .

رابعا : المنهج المتبع

إن الاختيار السليم للمنهج المتبع يحقق النتيجة المرجوة من البحث، وقد اعتمدت في بحثي على **المنهج التحليلي** من خلال دراسة المتوافر من المادة العلمية سواء كانت آراء فقهاء أو مواد قانونية ومحاولة استقرائها ومن ثمة استخلاص النتائج النهائية.

وكذلك اعتمدت **المنهج المقارن** من خلال بيان موقف الفقه والقانون من المسائل التي تعرضت لها ثم أثر العرف فيها.

خامسا : الدراسات السابقة

حسب اطلاعي فالموضوع الذي تناولته بالدراسة قد سبق البحث فيه من خلال:

– رسالة بعنوان" اعتبار العرف في مسائل الزواج وآثاره "للطالب" عماد شريفي" "رسالة ماجستير"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، نوقشت عام 2015، تعرض من خلالها إلى بيان أثر العرف في تنظيم مسائل الزواج ومقدماته– 2014 وآثاره في نقاط معينة منها ما لم أتطرق له كاعتبار العرف في الشورى في الخطبة وكذا في آثار عقد الزواج، وهناك مواضع تعرضت لها لم يتناولها بالدراسة منها : الاشتراط في عقد الزواج، والتعويض عن الضرر عند العدول عن الخطبة.

–العرف والعادة في أ ري الفقهاء :فهمي أبو سنة وهي عبارة عن رسالة دكتوراه الأزهر الشريف ونوقشت عام 1966 م والذي يلاحظ عليه عدم تطرقه للمقارنة.

– المسائل الفقهية مبنية على العرف عند شيخ الإسلام ابن تيمية دراسة تأهيلية تطبيقية موازنة :إعداد الطالب مشعل بن حمود بن نافع النفيعي، وهي عبارة عبن رسالة دكتوراه في الفقه جامعة أم القرى ونوقشت عام 1436 هـ.

– أثر العرف في التشريع الإسلامي :السيد صالح عوض، وهي رسالة دكتوراه وقد نوقشت سنة 1969 م.

سادسا : مصطلحات ومفاهيم الدراسة

استخدمت هذه الدراسة عدة مصطلحات، منها:

أ/ في القانون:

الأحوال الشخصية، النيابة العامة،قانون الأسرة ،الأحداث، الحدث الجانح ،القانون الاجتهاد القضائي،الدستور،المرسوم ، البت فيه، الاستئناف، مبدأ الفصل بين السلطات، المحكمة العليا، الخلع ،التطليق،الطلاق،.....

-**الأحوال الشخصية** :فيراد بها" :الأوضاع التي تكون بين الإنسان وأسرته، وما يترتب على هذه الأوضاع من آثار حقوقية، والتزامات أدبية أو مالية"،وأول من استعمل هذا المصطلح من علماء الإسلام كما ذكرنا سابقا هو محمد قدري باشا في أواخر القرن التاسع عشر الميلادي إذ سمى أحد كتبه ب" الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية"

ويتكون من 647 مادة ويدخل في هذا المصطلح أقسام ثلاثة:

- أحكام الزواج، وما يترتب عليه من مهر، ونفقه، ونسب، ورضاع، وطلاق، وعدة وغيرها.

-أحكام الأهلية، والحجر، والوصايا على الصغير وغيره، والوصية وأنواعها.

-أحكام الإرث وما يتعلق به.

وكانت كتب الفقه تتناولها في مباحث مستقلة، وجاءت غير متتابعة من حيث الترتيب في تبويبات هذه الكتب.

-**قانون الأسرة:** هو مجموعة القواعد القانونية التي تختص بالفصل في شؤون الأسرة.

-**الأحداث أو الحدث** : الحدث هو كل شخص لم يبلغ سن 18 سنة.

-**الحدث الجانح** : هو كل شخص لم يتم الثامنة عشرة من عمره , ارتكب فعلا يعاقب عليه القانون و صدر بحقه حكم بالإدانة.

- **القانون** :هو مجموعة القواعد العامة المجردة التي تنظّم سلوك الأفراد وتقترن بجزاء توقعه السلطة المختصة عند الاقتضاء

-**الخلع** :هو حق من حقوق الزوجة تتنازل بموجبه عن بعض الحقوق لتكسب حريتها المتمثلة بالطلاق أي أن تطلق الزوجة نفسها مقابل مبلغ مادي تدفعه للزوج بشرط ان يتم طلاقها منه.

-**التطليق** : هو فك الرابطة الزوجية بناءا على الإرادة المنفردة للزوجة ويتم بحكم قضائي رغم معارضة الزوج له طالما أنها متضررة ويفرق القاضي بينهما عملا بقواعد العدالة والإنصاف.

-**الطلاق** : هو فك الرابطة الزوجية ويقع بإرادة الزوج وهو نتيجة طبيعية لمبدأ الزعيم القاتل بأن العصمة بيد الزوجة.

-**النشوز** :النشوز لغة هو النفور والعصيان والتمرد واصطلاحا هو نفور الزوج عن زوجته وابتعادها عنها في الفراش

وبالنسبة للزوجة هو عصيان الزوجة وتمردها على طاعة زوجها والنشوز يعد سببا من أسباب الشقاق بين الزوجين وخصامهما.

ب / في علم الاجتماع:

الأسرة النووية، الأسرة الممتدة، أسرة تعدد الزوجات،الأسرة الوحدوية ،العلاقات الأسرية التنشئة الاجتماعية ، الضبط الاجتماعي،العنف ، العنف الأسري،القيم الاجتماعية.....

/الزواج:

- لغة :استعملت العرب لفظ الزواج في إقران أحد الشيئين بالآخر و ارتباط كل واحد بالآخر بعد أن كانا منفصلين مصداقا لقوله عز وجل : وزوجناهم بحور عين ، أي قرناهم بهن وقوله تعالى : وإذا النفوس زوجت أي قرنت بأبدانها أو أعمالها [1]

[1]بدران أبو العنيين بدران : الزواج والطلاق في الإسلام ، مؤسسة شهاب الجامعية ، دون ذكر بلد النشر ، سنة 1967 ، ص 09 .

ثم شاع استعماله في اقتران الرجل بالمرأة على سبيل الدوام والاستمرار لتكوين أسرة فصار عند الطلاق لا يراد منه إلا ذلك.

اصطلاحا :الزواج في الاصطلاح الشرعي هو عقد وضعه الشارع يفيد حل استمتاع كل من الزوجين بالآخر على الوجه المشروع ،وعلى سبيل القصد والتقيد بالقصد لئلا يشمل العقد الذي يفيد الحل لحل ضمنيا ملك اليمين الذي يثبت شراء أو هبة أو ميراث ،فإنه يحل لمالك الجارية الاستمتاع بها [1]

سابعا : صعوبات البحث

ما من شك أن كل بحث علمي تتخلله صعوبات وهي تتخلله صعوبات وهي تختلف من باحث إلى آخر، ومن الصعوبات التي وجهناها في انجاز هذا البحث والتي تم تجاوزها بفضل الله وتوفيقه منها:

- صعوبة تحميل بعض الكتب القانونية وبعض نماذج أو المذكرات المشهورة عن العرف كانت أكثرها تتمثل في شراء الكتب عبر المتجر الإلكتروني.

و للإجابة عن هذه التساؤلات قسمت الدراسة إلى مدخل، و ثلاث فصول :

المدخل : تطرقنا فيه إلى العرف مفهومه ، حجيته و تقسيماته ، و كذا تطور منظومة الأحوال الشخصية بالجزائر .

الفصل الأول : فهو عن العرف في الزواج وفيه مبحثان، الأول بعنوان حقيقة الزواج وفيه مطلبان، الأول تعرضت فيه إلى مفهوم الزواج والثاني تعرضت فيه إلى ركن الرضا في عقد الزواج و العرف فيه، وخصصت المبحث الثاني لدراسة شروط عقد الزواج والاشتراط فيه وذلك من خلال مطلبين، الأول عن شروط عقد الزواج و العرف فيها والثاني عن الاشتراط في عقد الزواج و العرف فيه، وقد خصصت الدراسة بالبحث في أعراف المجتمع الجزائري تحديدا.

[1] جميل الشرقاوي : الأحوال الشخصية لغير المسلمين و الأجانب ،الطبعة 2 ،النهضة العربة ، القاهرة ، سنة 1966 . ، ص10

أما الفصل الثاني : فهو عن العرف في فرق الزواج وفيه مبحثان، الأول بعنوان العرف في الطلاق وفيه مطلبان، الأول تعرضت فيه إلى مفهوم الطلاق والثاني تعرضت فيه إلى العرف فيه، وخصصت المبحث الثاني للخلع القضائي، و التفريق بسبب فقد الزوج وذلك من خلال مطلبين، الأول عن الخلع القضائي و العرف فيه والثاني عن العرف في التفريق بسبب فقد الزوج و العرف فيه.

و الفصل الثالث : تكلمنا فيه عن العرف في آثار الزواج ، و فيه مبحثان الأول بعنوان العرف في المسائل المادية و فيه مطلبان ، الأول تكلمت فيه عن العرف في المهر و الثاني عن العرف في النفقة و المتاع البيت، و المبحث الثاني عن العرف في المسائل المعنوية ، خصص المطلب الأول للعرف في الرضاعة و الثاني عن العرف في الحضانة و النسب .

اما الخاتمة : فتكلمت فيها عن نتائج البحث و توصياته .

مدخـــــــــــل

1-العرف في قانون الأسرة الجزائري

بما أن العرف هو المصدر الأصلي لقانون الأسرة هو الشريعة الإسلامية الغراء والتي لا تتنافى والكثير من العرف السائد في المجتمع نحاول معرفة العرف وأنواعه، شروطه ثم حجيته.

المقصود بالعرف :

المقصود بالعرف في اللغة هو الشيء المعروف أو المألوف أو المستحسن لذي الناس كما يقصد به الخير والرفق والإحسان [1] أما اصطلاحا فهو عادة جمهور قوم في كل قول أو فعل أو ما تعود الناس واستقامت عليه أمورهم [2]

وقد كان يعتبر العرف المصدر الأساسي في العصور القديمة ولا زال يعد مصدرا في التشريعات الحديثة رغم تناقص أهميته في الوقت الحاضر، وقد اعتمد التشريع الإسلامي منذ ظهوره على العرف وأكثر ما بد تأثيره واضحا في السنة التقريرية أي فعل العادات العربية التي سكت النبي صلى الله عليه وسلم عنها ما لم ينزل الوحي بإقرارها أو تعديلها أو إبطالها [3] وينقسم العرف إلى عدة أقسام.

أقسام العرف :

ينقسم العرف إلى أقسام منها الصحيح والفاسد، القولي والفعلي أو العملي والعام والخاص.

– **العرف الصحيح** :وهو الذي لا يخالف أصحابه أحكام الشريعة الإسلامية وعليه لم يخالفوا نصا ولا يحل حراما مثال ذلك تعارف الناس تعجيل جزء من المهر وتأجيل جزء منه.

[1] أحمد محمود الشافعي أصول الفقه الإسلامي دار الجامعة 2000 ص181

[2] محمد محده مختصر علم أصول النقد الإسلامي الشهاب الطبعة 5 سنة 1994 ص 288

[3] مصطفي الرفاعي تاريخ التشريع والقواعد القانونية الشرعية المرجع السابق ص327

– **العرف الفاسد** :هو الذي يخالف دليلا شرعيا وبذالك لا يعتبر حجة ولا دليلا يعتمد به . كإبطال واجبا. أو حل حراما مثال ذالك ما تعارف الناس عليه بعدم توريثالمرأة . والذي يعد مخالفا للنصوص التشريعية ، كذالك من الأعراف الفاسد أكل أبو الزوجة مهر ابنته في بعض المناطق رغم أن المهر شرعا هو حق المرأة وعليه فأكله دون رضاها يعد غير شرعي وذلك لقوله تعالى " وآتوا النساء صدقاتهن نحلة، فإن طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا . ."سورة النساء الآية1

وكذلك من الأعراف الفاسدة المنتشرة بين الناس خاصة التجار أصحاب الخضر والفواكه الذين يزينون الواجهة المعدة للبيع قصد ترغيب الناس على الشراء وهذا أمر غير شرعي ومخالف للسنة النبوية [1]

–**العرف القولى** :وهو ما يتعارف بالنسبة لدلالات الألفاظ كتعارفهم إطلاق لفظ الزوج على الذكر والأنثى وذلك صحيحا في اللغة العربية أما لفظ الزوجة بإضافة تاء (التأنيث ليست صحيحة لغويا ودائما استعملها الفقهاء لتفريق بين الذكر والأنثى [2]

كذلك العرف القولي الذي ينطق به القضاة أثناء تطبيق الحكم " حكمت المحكمة على الشخص الفلاني بكذا " فالأصل أن الحكم للقاضي وليس للمحكمة.

ولكن هذه القضية صارت مقبولة ومعقولة بين الناس المتقاضين.

– **العرف العملي** :وهو ما يعتاد عليه الناس بعمل معين مثل اعتاد الناس على إقامة حفل الزواج يوم الخميس والجمعة وذلك لمناسبته مع عطل الناس عن العمل لتأكيد الحضور لحفل الزفاف.

–**العرف العام** : وهو ما تعارف عليه جميع الناس وصار منتشرا بينهم وفي كل البلدان مثل تعارف الناس على أن لا تزف المرأة إلى زوجها إلى بعد أن تستوفي معجل صداقها، وكذلك ما تعارف عليه الناس من رجوع الجاهل إلى العالم في فتاويه واستفساراته.

[1] محمد محده مختصر علم أصول الفقه الإسلامي المرجع السابق ص291

[2] مصطفي الرفاعي تاريخ التشريع والقواعد القانونية الشرعية المرجع السابق ص291

– **العرف الخاص :** وهو الذي يخص فئة معينة أو بلد معين مثل تعود طلبة وأساتذة الثانويات على عدم الدراسة مساء يوم الاثنين.بعدما عرفنا أقسام العرف نتطرق إلى شروطه.

شروط العرف :

بداية يجب أن نذكر أن العرف المعتمد والمتبع هو العرف الصحيح الذي لا يتعارض وأحكام الشريعة الإسلامية .ذلك لأن هناك الكثير من الأعراف التي تعارف الناس عليها . وهي محرمة شرعا وذلك يعد أمرا باطلا ويخالف الشرع.

وعليه فهي أعراف غير معتمدة ولا يعتد بها وعليه يشترط في العرف ما يلي:

أولا :شرط استمرارية العرف واستقراره بين الناس وشعورهم بالراحة ويكفي أن يكون في بلد معين أو عند أصحاب حرفة معينة.

ثانيا :أن يكون العرف موجودا وقت حدوث التصرف المراد تحكيم العرف فيه وليس التصرف أسبق عند العرف.

ثالثا :أن لا يتعارض العرف مع نص شرعي.

رابعا :أن لا يعارض العرف بتصريح مع المعنيين ويخالفانه وذلك باشتراطهما شرطا يخالفه في الحكم والأثر .ذلك أن يكون العرف مثلا يقضي بأن المهر نصفه مؤجل والنصف الثاني معجل فإن اشترطت الزوجة أو وليها تعجيل المهر كله وإن لم تنتقل الزوجة إلى بيت الزوجية على أساس أنه لم يوف لها بمهرها لا تعد ناشزا ذلك لأن الشرط قد أوقف العرف حيث في هذه الحالة لا يعتمد بالعرف لأن الإرادة واضحة [1]

[1] محمد محده مختصر علم أصول الفقه الإسلامي المرجع السابق ص291

أدلة حجية العرف :

يعد العرف الصحيح أصل من أصول الفقه يجب الاعتماد عليه ومراعاته في التشريع ذلك لأن الأئمة الأربعة ذهبوا إلى القول والاحتجاج به رغم اختلافهم في بعض الجزئيات وسندهم في الأخذ به قول الرسول صلى الله عليه وسلم" وما رءاه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن "وقوله تعالى " وما جعل عليكم في الدين من حرج " سورة الحج الآية 13

وعليه فمخالفة العرف الصحيح الذي عهده الناس ويعد حسنا يعتبر ضيق وحرج للناس والله عز وجل لا يريد حرج لعباده وضيق، وهناك الكثير من الأدلة من القرآن والسنة ومن أعمال الصحابة التي تبرز أهمية الأخذ بالأعراف الصالحة التي لا تتناقض مع الكتاب والسنة .

2-التطور التاريخي لقانون الأحوال الشخصية الجزائري

توالت جملة من التعديلات القانونية أدخلت على القانون الأسري الإسلامي ونظام العائلة الجزائرية مثل قانون 2 ماي 1930 المتعلق بالخطبة وسن الزواج ومرسوم 19 ماي 1931 المتعلق بالحالة القانونية للمرأة الجزائرية والأمر الصادر في 23 نوفمبر 1944والمتعلق بتنظيم القضاء الإسلامي والقوانين الصادرة في 11 جويلية 1957 والمتعلقة بأحكام المفقود والوصاية والحجز وكيفية إثبات الزواج والأمر الصادر في 4 فبراير 1953 والمرسوم الصادر في 19 سبتمبر 1959 المتعلق بتنظيم الزواج وانحلاله في الجزائر.

مرحلة الاستقلال الفترة 1962-1984

بعد الاستقلال استمر العمل بالقانون الفرنسي [1] وذلك لسد الفراغ التشريعي إلى غاية صدور قانون 29 جوان 1963 المتعلق بتنظيم سن الزواج وإثبات العلاقة الزوجية . والأوامر الصادرة في 23 جوان 1966 و 16 سبتمبر 1969 و 22 سبتمبر 1971 والخاصة بكيفية إثبات الزواج ، بعد ذلك ثم إلغاء القوانين الفرنسية الداخلية من قبل المشرع الجزائري بمقتضى القوانين الصادرة وذلك إبتداءا من 5 جويلية 1973 .

و قد كان المنعطف التاريخي سنة 1962 م، الذي طالما انتظرته الأسرة الجزائرية لتتحرر من المستعمر وسياساته العنصرية وتعيش في كنف قيمها وثوابتها العربية الإسلامية، ولم يخب جيل الثورة أملها في استرجاعه لأرضه، وعاش جيل الثورة عهد الاستقلال محاولا

[1] القانون رقم 157/62 الصادر في 1962/12/31 الذي ينص على استمرارية العمل بالقانون الفرنسي ما عدا مواده الفرنسية والعنصرية أو المخالفة للحقوق والحريات العامة.

تحقيق آماله وطموحاته في حياة أفضل للمجتمع الجزائري العربي المسلم، وحق المواطن الجزائري في حياة أفضل على كافة المستويات[1] .

و بعد استرداد الجزائر استقلالها و تحررها من الهيمنة الاستعمارية أصبح من الضروري عليها وضع منظومة تشريعية تتماشى و سيادتها ،و يعد تطبيق القوانين الوطنية في مجال الأحوال الشخصية مظهرا من مظاهر السيادة الوطنية ، وقد صدرت عدة قوانين تخص تنظيم شؤون الأسرة في الفترة ما بين 1962الى سنة 1984 ،و التي تعتبر مرحلة حاسمة لصدور أول قانون جزائري خاص بتنظيم شؤون الأسرة.

و جدت الجزائر نفسها بعد الاستقلال في فراغ تشريعي ،و هذا بعد دخولها مرحلة القطيعة مع عهد الاستعمار الفرنسي،فمن غير المنطقي أن تبقى خاضعة للنظام القانوني للاحتلال

عرفت المنظومة التشريعية الجزائرية تدرجا في مراحل تقنينها في الفترة الممتدة ما بين 1962والى1984 ، وذلك كما يأتي:

أولا – مبدأ سريان التشريع الفرنسي وتأثيره على مجال الأحوال الشخصية:

بعد الاستقلال استمر القضاء المتعلق بالأسرة وفق قواعد النظام الفرنسي، وذلك سدا للفراغ التشريعي و القانوني ،و عليه صدر قانون رقم157 – 62 المؤرخ في 31 ديسمبر 1962 ، القاضي بمواصلة العمل بالتشريعات الفرنسية،فيما عدا مواده الاستعمارية و العنصرية،أو المخالفة للحقوق و الحريات العامة.

و يعتبر هذا القانون تكريسا و اختيارا للقانون الاسلامي في مجال الأحوال الشخصية خاصة و أن عملية الاستقلال توبعت بحركة تهدف الى تجزئة القوانين ، كما يعد هذا

[1] د .فريدة صادق زوزو، الأسرة الجزائرية بين التقاليد والتغريب ، ب،س ،ط

القانون ابقاء للأمر الملكي الصادر بتاريخ 10 أوت 1834 م، القاضي بتطبيق الشريعة الإسلامية في مجال الأحوال الشخصية ، و كذلك المرسوم الصادر في 31 ديسمبر 1859، ومرسوم 17 أفريل 1889 ، المتضمن تطبيق الشريعة الإسلامية في هذا المجال بالنسبة للجزائريين المسلمين، وكذلك القانون 1931 المتضمن اصلاح وضع المرأة في منطقة القبائل ،وقانون 1959 المتضمن تنظيم زواج الاناث.

ثانيا–التشريعات التي صدرت بعد قانون62 /157 :

في السنوات الأولى من الاستقلال بادر المشرع الجزائري بالسعي للتخلص من الازدواجية و التبعية القضائية و انشاء جهاز قضائي يتلاءم مع الأوضاع الجديدة،محاولا بذلك تغطية بعض الفراغات ليلغي محكمة النقض الفرنسية ، فكان أن صدر القانون رقم 18 –218 المؤرخ في 63 –05– 1963 على القرارات الصادرة عن محاكم الاستئناف الجزائرية ،و لينشئ مكانها المجلس القضائي الأعلى.

ثم سن القانون رقم63 –244المؤرخ في 29 –06– 1963 و الذي جاء بمبدأ شكلية عقد الزواج بتحديد سن الزواج، حيث جعل السن عند الرجل ببلوغ 18 سنة و عند المرأة ببلوغ 16 سنة كاملة

وهذه الشروط المحددة لسن الزاوج يكون المشرع الجزائري قد أرسى شرطا جوهريا يتعلق بصحة الزاوج ، ويكون بهذه الوسيلة قد أدخل على عقد الزاوج مانعا مؤقتا ، وهو بلوغ الزوجين سنا معينة.

ثالثا – صدور الأمر رقم16 –69 المؤرخ في 72 –09–1969:

حيث عدل بموجبه القانون رقم 72 -09- 1969المؤرخ في / 16 ثم صدر الأمر رقم69/224 فيما يتعلق باثبات الزواج. [1]

و قد ألغى المشرع الجزائري بمقتضى الأمر الصادر في 05 جويلية 1973 القوانين الفرنسية الداخلية ابتداء من 01 جويلية 1975 ، بعد أن قام بحركة تشريعية شاملة بهدف القضاء على التبعية القانونية و ظاهرة الاقتباس من التشريعات الأجنبية التي تربط المجتمع الجزائري بعجلة القوانين الدخيلة عليه.

حيث برزت وضعية قانونية تتمثل في ترك كل ما يتعلق بالأحوال الشخصية للشريعة و العرف ، وهذا ما يستخلص من الفقرة الثانية من نص المادة الأولى للقانون المدني بموجب الأمر75 - 58المؤرخ في 1975، حيث أنه لا يوجد قانون ينظم الأحوال الشخصية مما يستلزم على القاضي تطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية في هذا المجال ،وهو ما كان سائدا قبل صدور هذا القانون،كما أن المحكمة العليا أقرت في كثير من قراراتها القضائية مبدأ الأسبقية المطلقة لتطبيق أحكام الفقه الإسلامي بدون منازع، وهذا ما أخذ به قانون الأسرة الجزائري الصادر في 9- 6-1984.[2]

رابعا - قانون الأسرة الجزائري في ظل التعديلات الحديثة قانون الأسرة الجزائري لسنة 1984

بتاريخ 08 مارس من سنة 1979 استغلت مجموعة نساء جامعة الجزائر فرصة الاحتفال باليوم العالمي للمرأة للقيام بنشاط احتجاجي، وإصدار أول نشرية لها بعنوان: " من أجل حقوق المرأة". لقد كانت الجامعة الفضاء الوحيد للتعبير عن الرأي، لكن السلطة

[1] باديس ذياب، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون و القضاء في الجزائر، دار الهدى، عين مليلة ، الجزائر، 2007 ، ص 72

[2] العربي بلحاج، ص 21

لم تكن تنظر للأمور بعين الرضا، فكان القمع الرد الوحيد على مطالب النساء، حيث صودرت جوازات سفر الطالبات والمعلمات والمناضلات، فيم زج ببعضهن في السجن..وفي الوقت ذاته رخصت السلطة بتأسيس الجمعيات ذات الطابع الديني التي كان يشرف عليها الإسلاميون، والذين سرعان ما نفذوا تهديدهم حيث اغتالوا سنة 1980 " كمال أمزال"، وهو طالب ديمقراطي ومناضل من أجل حقوق الإنسان يدرس بنفس الجامعة[1].

في سنة 1980 عقدت جمعية نسوية متكونة من مثقفين ومناضلين سياسيين ملتقى بوهران حول وضعية المرأة وقدموا انتقادات لمشروع قانون الأسرة حيث طالبن بإلغائه جذريا، هذا المشروع الذي قدم للبرلمان من قبل الحكومة بتاريخ 28 سبتمبر 1981 ولم تتم المصادقة عليه حتى شهر جويلية من سنة 1984[2].

بتاريخ 1980/02/11 وزعت وزارة الداخلية التعليمة رقم 2 على كل من الولاة والمديرين العامين للأمن الوطني، تتعلق بوجوب الحصول على رخصة لإبرام عقد زواج الأجانب أمام ضابط الحالة المدنية الجزائري، وجاء في هذه التعليمة أن الأجنبي لا يجوز له إبرام عقد زواج إلا بعد الحصول على رخصة كتابية مسلمة من طرف الوالي، وقد تضمنت ثلاثة حالات من عقود الزواج هي: حالة زواج أجنبيين حاصلين على بطاقة الإقامة، وحالة كون الزوج أجنبي مقيم مع أجنبي غير مقيم، وحالة كون الزوج المستقبل للجزائري هو أجنبي، كما تضمنت مبدأ أن زواج المسلمة الجزائرية بغير المسلم غير جائز وممنوع بتاتا، ولا يمكن إعطاء أية رخصة بهذا الشأن. من خلال تحليل الأستاذ" عبد العزيز سعد" لنصوص هذه التعليمة الوزارية أكد بأنها وردت لأسباب أمنية حيث تقرر منع

[1] مجلة الجمعية الوطنية المرأة في اتصال، قانون الأسرة تمييز في نصه وروحه، المنشور 2،2008 ، ص 1.

[2] لوعيل محمد لمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري ،دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع،الجزائر ،2004 ص 25

الأجانب من إبرام عقود زواج فوق التراب الوطني إلا بعد الحصول على رخصة مسبقة من والي الولاية التي يوجد بها مكان إقامة الزوج المعني بناء على طلب خطي. وبعد أخذ رأي مصالح الأمن بالولاية إثر تحقيق شامل حول وضعية الأجنبي وظروف إقامته. ومن جهة أخرى توصي ضابط الحالة المدنية بأن لا يحرر أي عقد زواج يكون أحد طرفيه أو كلاهما أجنبيا إلا بعد الاستظهار برخصة صادرة عن الوالي. إن هذه التعليمة الصادرة عن وزارة الداخلية والموقعة من الأمين العام لهذه الوزارة. من غير أن تشارك وزارة العدل في إعدادها أو توزيعها.

ولم تبلغ إلى قضاة المحاكم بأي شكل من الأشكال فإن هذه التعليمة ليست إلا مجرد تعليمة إدارية موجهة من وزارة الداخلية إلى مصالحها الخارجية في الولايات، وليبست لها قوة القانون.وما دام الأمر كذلك فإن قضاة المحاكم غير ملزمين قانونا بتطبيقها [1].

بتاريخ 13 ديسمبر 1981، تم تنظيم تجمع نسوي انضمت إليه محاربات ثورة التحرير، وخرجن إلى الشارع تحت شعار" لا لخيانة مبادئ الفاتح من نوفمبر" ..؟ وتضمن البيان ستة مطالب هي: المساواة عند الطلاق، إلغاء تعدد الزوجات، التقاسم القانوني للممتلكات المشتركة، الحق اللامشروط في التعلم والعمل، حماية الطفل المولود خارج نطاق العلاقة الزوجية، الحق في الاعتراف بسن الرشد●. كما طالبن من رئيس الجمهورية " الشادلي بن جديد " سحب مشروع القانون الذي يتضمن تمييزا في حق المرأة من وجهة نظر جملة من الجمعيات في تلك الفترة، من بينها جمعية المرأة في اتصال، كما أحتج عليه النساء في تلك الفترة، وبالتحديد في جوان 1981، واعتبرنه إجراءا غير قانوني أتخذ في حقهن، لأنهن منعن من مغادرة التراب الوطني ما لم يكن مرفقات برجل(

[1] عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر،2002 ، ص 62

الزوج، الأخ، أو الأب أو أحد الأقارب)، وهو ما اعتبرنهن قرارا تعسفيا آخر بحرمانهن من أية وثيقة رسمية، وهو ما يعتبر تمييزا شنيعا ضدهن[1].

تم التخلي عن القرار فور إدراج مناقشة مشروع قانون الأسرة مجددا في جدول أعمال البرلمان الخريفية سنة 1981، وفي نوفمبر من نفس السنة اضطر ممثلو المجلس الشعبي الوطني إثر تجمع نظمته النساء أمام مبنى الهيئة التشريعية إلى استقبال وفد ممثل عنهن، وطلب منهن صياغة مقترحات تعديل قانون الأسرة. حيث اختلفت الآراء وحدث انشقاق في حركة النساء، فمجموعة نساء جامعة الجزائر التي تحصلت على نسخة من المشروع عارضت أي تعديل، فيما قدمت مجموعة أخرى بتعديلات للمشروع وتحققت حسب وجهة نظر جمعية المرأة في اتصال التفرقة، ووقع النساء في كمين[2].

في سنة 1981، بالرغم من عمل وزارة العدل على إبقاء القانون طي الكتمان، فقد تم تداول مشروع تمهيدي آخر بفضل المدافعات عن حقوق المرأة والمجاهدات، اللائي سعين لتحسيس الرأي العام بضرورة فتح نقاش عام، فنشرت الصحافة الحكومية رسائل القراء المعارضين لهؤلاء المدافعات عن حقوق المرأة ووصفهن الرئيس"الشادلي بن جديد" بالمستغربات اللواتي يردن أكل الكسكسى بلحم الخنزير".[3]

في سنة 1981 تقدمت الحكومة بمشروع قانون جديد للأحوال الشخصية يتسم بأقصى درجة من المرجعية، هذا ما أثار غضب النساء التقدميات، فقمن بمظاهرات أمام مبنى المجلس الشعبي الوطني في العاصمة، فلما حاولت الحكومة تعديله لإرضائهن

[1] مجلة الجمعية الوطنية المرأة في اتصال، نفس المرجع السابق، ص 10

[2] مجلة الجمعية الوطنية المرأة في اتصال، نفس المرجع، نفس الصفحة .

[3] مجلة الجمعية الوطنية المرأة في اتصال، نفس المرجع السابق، ص 8

ضغط عليهم الإسلاميين[1]، لذا اضطرت الحكومة إلى سحب المشروع جراء مظاهرة نظمت من طرف النساء.

وقد سجلت هذه الفترة صعود تيار الأصولية الإسلامية، الذي جعل من قانون الأسرة المدرسة والثقافة ووسيلة معركته، ولقد تيسرت الأمور للإسلاميين لا سيما وأن معالم مشروع المجتمع لم تحدد منذ سنة 1962، بحيث أكد مشروع 1981 البعد الوصائي غير المنصف على غرار النصوص التي سبقته، في هذا السياق ترى جمعية المرأة في اتصال بأن محاولات التشريع لقانون الأسرة إلى سنة 1981، قد سجلت تناقضات عميقة خضعت لأيديولوجيات مختلفة ومتناقضة تماما تمخض عنها إقرار مشروع رجعي للنساء داخل الأسرة الذي نتج عنه قانون الأسرة لسنة 1984، والذي لم يسع إطلاقا إلى تحقيق التوازن بين التأقلم مع الحداثة واحترام التقاليد، وإنما فضل دون أدنى تنازل لصالح الأسرة الأبوية، بذلك خضع وضع المرأة وقانون الأسرة، كما لم يسبق أن خضع من قبل إلى ذلك التصور الأحادي الذي ميز الأسرة والمجتمع بشكل خاص.[2]

بتاريخ 24 جانفي 1982، سحب مشروع القانون من نقاشات المجلس الشعبي الوطني، ولم يفتح باب النقاش حول الوثيقة حتى التاسع من جوان من عام 1984[3].

إذن تبين خلال الفترة الممتدة ما بين 1979 و قبل سنة 1984 محاولات عدة للتقنين الأسري حملت في ثناياها صراعا أيديولوجيا حملته المشاريع المختلفة لقانون الأسرة ما بين مطالب بضرورة منح المرأة الجزائرية حرية أكبر من خلال إلغاء تعدد الزوجات، وعدم حضور الولي في عقد القران، والمساواة في الميراث، والاعتراف بالأطفال

[1] أحمد أمين،في بيت أحمد أمين..ومقالات أخرى، ط2 ، مكتبة مدبولي، القاهرة،1989 ، ص 10

[2] مجلة الجمعية الوطنية المرأة في اتصال، نفس المرجع السابق، ص 8

[3] مجلة الجمعية الوطنية المرأة في اتصال، نفس المرجع السابق، ص 10

المولودين خارج إطار العلاقة الزوجية، ومطالب قوى أخرى تؤكد على ضرورة التقيد بأحكام الشريعة الإسلامية.

بما أن هذه الفترة من حياة النظام السياسي الجزائري، مازالت بعد الأحادية الحزبية السمة المميزة له إلى جانب سيطرة المؤسسة العسكرية التي لم يكن قانون الأسرة من بين اهتماماتها، بل كان جل تركيزها في كيفية الحفاظ على سلطتها، وترك التقنين الأسري للصراع الأيديولوجي، التي كانت الغلبة فيه للتوجه الإسلامي في تلك الفترة .

هذا ما ترتب عنه المصادقة على قانون للأحوال الشخصية بتاريخ 9 جوان 19، وهو أول وثيقة تنظم هذا المجال بعدما كان متروكا للاجتهاد القضائي، وتختلف الأحكام الصادرة في هذا الشأن من محكمة الى أخرى. وقد اعتمد هذا القانون المرقم تحت رقم 11-84 على الشريعة الإسلامية مغلبا المذهب المالكي على بقية المذاهب التي اعتمدت كمرجعية في الوثيقة التحضيرية لهذا القانون، من ناحية دستورية فقد استند المشرع في قواعد قانون الأحوال الشخصية الى المادتين 151 الفقرة الثانية والمادة 154 من دستور 1976، إذ تنص المادة الأولى على اعتبار الإسلام دين الدولة، وتنص الثانية أي المادة 154 على أن الأسرة هي الخلية الأساسية في المجتمع. وأهم ما يسجل على هذا القانون هو اعتماده على الشريعة الإسلامية كمصدر أساسي في تطبيقه في مجال الأحوال الشخصية، ويتضح هذا من خلال نص المادة 222 ق أ التي تنص على أنه في حالة ما إذا لم يرد النص عليه في هذا القانون يجب الرجوع الى أحكام الشريعة الإسلامية، وهي المادة التي جاءت أيضا بمبدأ تعميم تطبيق الشريعة دون تحديد المذهب الفقهي الذي له أولوية التطبيق.[1]

[1] لوعيل محمد لمين، القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري ،دار هومة للطباعة .والنشر والتوزيع،الجزائر ،2004 ص28-29

على العموم يتميز قانون الأسرة الذي احتوى على 224 مادة شملت الزواج وأحكامه الطلاق وآثاره الولاية، النيابة الشرعية، أحكام المواريث والوصية والهبة، بعدة سمات هي:

- صيغت معظم مواده من أحكام الشريعة الإسلامية.

- أخذ بمختلف المذاهب الفقهية، ولم يتقيد بمذهب فقهي بذاته.

- لم يجاف هذا القانون الأعراف السائدة في المجتمع الجزائري، والتي لا تصطدم بأحكام الشريعة الإسلامية، وإنما أحال القاضي في الكثير من المسائل إلى العرف. [1]

نصت المادة الأولي من قانون الأسرة بأن جميع العلاقات الأسرية تخضع لأحكام هذا القانون، لتضيف المادة الثانية بأن الأسرة هي المؤسسة القاعدية للمجتمع تتكون من أشخاص تجمع بينهم كلا من صلتي الزوجية والقرابة. لتحدد المادة الثالثة مقومات الأسرة، والمتمثلة في قيامها على أساس الترابط والتكافل وحسن المعاشرة وحسن الخلق ونبذ الآفات الاجتماعية. [2]

يمكن القول أنها بالرغم من اعتمادها على الشريعة الإسلامية، إلا أن هذا لم يمنع من وجود بعض المواد الغامضة، والتي تتعارض في بعض الأحيان مع تعاليم الدين الإسلامي كالمادة المتعلقة بالخلع، والذي هو من حق الزوجة شرعا، ولا يشترط فيه شرعا موافقة الزوج، إلا أن المشرع أو الساهرين على تطبيق القانون لم يتبعوا معالم الشريعة الإسلامية في ذلك فأصبح الخلع طلاقا بالتراضي على مستوى التطبيق، كما أصبح مجال لإفتزاز الزوجة، ومكسبا للربح المادي لصالح الزوج، هذا ما أثبته الواقع، كذلك أغفل المشرع الشروط التي يجب توفرها في الحاضن بالرغم من أن الدين الإسلامي قد تناولها.

[1] عيسى جعنيط، عيسى جعنيط، المرأة والأسرة الجزائرية – في مواجهة التغريب والعولمة – مجلة البصيرة، .العدد5 ، مؤسسة إبن خلدون للدراسات والبحوث،السداسي الأول2000 ، ص146

[2] قانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق ل 9 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة.

كذلك مكان أداء اليمين المتعلق بالنزاع حول متاع البيت والذي التجأ فيه القضاة الى قانون الإجراءات المدنية النابع من الثقافة الوضعية، مع العلم أن القانون الوحيد النابع من الشريعة الإسلامية هو قانون الأسرة، الذي كشفت هذه القراءة عن وجود بعض الثغرات.

خامسا- قانون الأسرة الجزائري لسنة 2005

يعود الفضل في فتح ملف مراجعة قانون الأسرة يعود بالدرجة الأولى الى المنظمات النسوية، التي استطاعت تمرير مطلبها هذا مستقوية بالمتغيرات الدولية من أبرزها إعادة النظر في مسألة حقوق الإنسان، وخاصة حقوق المرأة والطفل، وفقا لما نصت عليه الاتفاقيات والمعاهدات التي صادقت عليها الجزائر. كذلك أن إعادة النظر في قانون الأسرة هي موجة قد طالت كل دول المغرب والمشرق العربي (نتاج مصادقة هاته الدول على المعاهدات والاتفاقيات الدولية التي تؤكد على ضرورة إعادة النظر في حقوق كل من المرأة والطفل، من خلال إعادة نظر هاته الدول في تشريعاتها الداخلية)، فهي إذن موجة دولية، هذا ما أكسب تنظيمات المجتمع المدني قوة في الطرح، من خلال توحد قوى هاته التنظيمات وتكتلها كمجموعة 95 المغاربية التي تطالب بقانون أسرة قائم على مبدأ المساواة في الدول المغاربية الثلاث. ناهيك عن استفادتها من بعضها البعض في إطار الدفاع عن حقوق المرأة والطفل.

لقد أصبح ملف مراجعة قانون الأسرة الجزائري أمرا واقعيا، فرضته المتغيرات الدولية المتمثلة في مصادقة الجزائر على المعاهدات والاتفاقيات الدولية، التي أصبحت مصدر قوة للقوى المطالبة بقانون أسرة بديل، قائم على مبدأ المساواة ما بين الجنسين، لذا أمر

رئيس الجمهورية بإنشاء لجنة لمراجعة قانون الأسرة متكونة من 52 عضو*، تابعة لوزارة العدل برئاسة "محمد زغلول بوترن" (رئيس المحكمة العليا). [1]

شكل وزير العدل الجزائري الطيب بلعيز الإثنين 27-10-2003 لجنة مختصة لدراسة قانون الأسرة الجزائري، وتعديل مواد تراها الجمعيات النسائية -على مختلف اتجاهاتها السياسية- مجحفة بحق المرأة، فضلاً عن تعارضها مع الشريعة الإسلامية والدستور الجزائري. وأوضح وزير العدل الطيب بلعيز -في تصريحات لوسائل الإعلام- أن اللجنة -التي تضم خبراء متخصصين- ستدرس قانون الأسرة من زاويتي القانون والشريعة الإسلامية، مع الإسراع بتعديل بعض المواد المتعلقة بحضانة الأطفال وبيت الزوجية للمرأة المطلقة،[2] حيث قامت "بثينة شريط" الوزيرة المنتدبة المكلفة بالأسرة وقضايا المرأة في تلك الفترة بالبحث عن أسماء لتحقيق الإجماع السياسي، والتزمت أمام الرأي العام بأن اللجنة سوف تضم خبراء ومختصين من جميع الاتجاهات الفكرية والقانونية*.[3]

كما نظمت حركة مجتمع السلم، بتاريخ 10 نوفمبر 2003، بفندق السفير بإشراف "أبو جرة سلطاني" ملتقى حول قانون الأسرة على إثر التداعيات التي عرفها الملف في الساحة الوطنية، وشهدت التنصيب الرسمي من قبل وزير العدل للجنة المكلفة بتعديل قانون 1984، حيث تكلم بنبرة حادة ولهجة شديدة ضد القائمين على حملة التعديل مؤكدا بأنهم يمهدون إلى الإلغاء النهائي لهذا القانون في المستقبل. [4]

بالرغم من الحضور القليل لمجموع أعضاء اللجنة، إلا أنها قد قامت بإعداد مشروع لقانون الأسرة المتمثل فيما يلي:

---

[1] جريدة اليوم، العدد 1697 بتاريخ 1 سبتمبر 2004 ، ص3

[2] نقلا عن الموقع: http://www.islamonline.net

[3] جريدة الشروق اليومي، العدد700 بتاريخ 19 فيفري 2003 ص 3

[4] جريدة الشروق اليومي ، العدد 923 ،الثلاثاء 11 نوفمبر 2003، ص 3

– توضيح الوضع القانوني لعقد الزواج على أنه عقد رضائي يتم تجسيده بالضرورة بتحرير عقد.

– إلغاء الزواج بالوكالة.

– بقاء الحاضنة في بيت الزوجية.

– إسقاط ركن الولي بالنسبة للثيب و إقراره بالنسبة للبكر.

– توحيد سن الزواج بالنسبة للجنسين وتحديده بسن 19 ويمكن للقاضي أن يرخص بتزويج القصر لضرورة أو مصلحة مؤكدة.

– وجوب تقديم وثيقة طبية لكلا الزوجين لتحرير عقد الزواج.

– إخضاع تعدد الزوجات للشروط التالية: تأكد القاضي من موافقة الزوجة السابقة والمرأة التي يرغب الزواج بها. ترخيص القاضي بالزواج. إثبات المبرر الشرعي، وتأكد القاضي من قدرة الزوج على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية. إن عدم احترام هذه الشروط يؤدي الى فسخ الزواج الجديد قبل الدخول، وزيادة على ذلك في حالة الغش يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق.

– حق الزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، لا سيما فيما يتعلق بتعدد الزوجات، وعمل المرأة على أن لا تتنافى الشروط مع أحكام القانون.

– إقرار حق الزوجة في رفع دعوى التطليق لجملة من الأسباب العشر.

– تغيير ترتيب الحق في ممارسة حضانة الأطفال بتقديم الأب مباشرة بعد الأم

– منح الولاية للأم الحاضنة للأطفال من الزوجين المطلقين وزيادة على ذلك وفي غياب الأب وفي حالة عجزه تسند للام الولاية على الأطفال.

– اعتبار النيابة العامة طرفا أصليا في الدعاوى التي ترمي الى تطبيق قانون الأسرة من قبل الجهات القضائية، وكذا تعزيز صلاحيات رئيس المحكمة في مجال حق الحضانة وحق الزيارة والحق في المسكن ودفع النفقة الغذائية*.

إذن لقد تضمن المشروع التمهيدي المعد من طرف اللجنة، إلغاء شرط الولي في عقد الزواج مع أن بوتفليقة قد أمر بضرورة الأخذ بعين الاعتبار معالم الشريعة الإسلامية في إعداد المنظومة القانونية للأسرة في كم من مناسبة*

صادق مجلس الوزراء الجزائري، خلال اجتماعه برئاسة الرئيس "عبد العزيز بوتفليقة" على مشروع تعديل قانون الأسرة الصادر عام 1984، وهو المشروع الذي قدمته الحكومة برئاسة الأمين العام للتجمع الوطني الديمقراطي، إلا أن المجلس قد ألغى البند المتعلق بعدم حضور الولي في عقد القران، وهذا نتيجة لرفض كلا من الأحزاب الإسلامية والمؤسسات الدينية بسبب تعارضه مع أحكام الشريعة الإسلامية، وبإلغاء الرئيس لهذا البند من مشروع التعديل يكون الخلاف قد حسم لصالح أحكام الشريعة الإسلامية

و في أواسط أذار/ مارس 2005 صادق المجلس الشعبي الوطني (البرلمان) الجزائري، على تعديلات لقانون الأسرة الصادر في حزيران 1984. و يشتمل القانون المعدل على عدة نقاط كتوحيد سن الزواج بالنسبة للزوجين عند بلوغ سن 19عاماً (بدل 21 للذكر و18 للأنثى فيما مضى)، وتوفير سكن للزوجة المطلقة وأولادها القُصّر مع إعطائها حق الحضانة، ضرورة موافقة الزوجة الأولى على اقتران زوجها بامرأة أخرى، مع

تخويل القاضي صلاحية التحقق من الموضوع. وبقيت حقوق الوراثة على ما هي عليه (للمرأة نصف حصة الرجل) وبعكس ما هو مُتاح للرجل فلا يمكن للمرأة أن تطلب الطلاق إلا في حالات محددة بالمقابل يمكن للمرأة أن تُعطي جنسيتها لزوج أجنبي، ولأولادها، لكن القانون المعدل أبقى على مبدأ "الولي". [1]

[1] توفيق المديني، تطورات متفاوتة في حرية المرأة المغاربية. نقلا عن الموقع www.libyaforum.org

الفصل الأول

العــرف في الزواج

تمهيد

الزواج عقد عظيم الشأن ولهذا الاعتبار فهو يقوم على جملة من الأركان والشروط منها ما هو متفق عليه بين الفقهاء ومنها ما هو مختلف فيه، وكذلك فقد يقترن هذا العقد بشروط يحددها طرفاه، وكل من هذه الأركان والشروط قد نظمتها الشريعة الإسلامية وكذا المشرع الجزائري الذي اعتبر أعراف الناس في مسائل دون أخرى، وهو ما سيأتي بيانه في هذا الفصل، و فيما يلي نورد أهم ما ورد بالموضوع من خلال المباحث التالية :

المبحث الأول : حقيقة الزواج

المبحث الثاني : الشروط العامة لعقد الزواج و العرف فيها

المبحث الأول : حقيقة الزواج

نعرف الزواج في المطلب الأول ، ثم إلى الشروط العامة في عقد الزواج و العرف فيها في المطلب الثاني .

المطلب الأول : مفهوم الزواج

الزواج يمكن أن نعرفه لغة وإصطلاحا (الفرع الأول)، ثم حكمه و طبيعته (ا لفرع الثاني)، و اخيرا العرف في الزواج (ا لفرع الثالث).

الفرع الأول: تعريف الزواج

أولا : التعريف اللغوي

يعرف الزواج لغة بأنه إقتران لأحد الشيئين بالآخر وإزدواجهما بعد أن كان كل منهما منفردا عن الآخر [1] ومنها أخذ إقتران الرجل بالمرأة بعد أن كانا منفصلين صارا يكونان أسرة واحدة.

ثانيا: تعريف الزواج إصطلاحا

تعددت تعاريف الزواج عند الفقهاء المسلمين إلا أننا نجدها تقريبا متفقة على الغرض المبدئي له و ذلك رغم إختلافهم في التعابير فإنها تدور حول نفس المعنى، فهناك من عرّفه بأنه عقد يفيد حل إستمتاع كل من العاقدين بالآخر على الوجه المشروع [2] ، ويعرّفه آخرون بأنه عقد وضع لتملك المتعة بالأنثى قصدا [3]، وما يلاحظ على هذه التعاريف أنها ينطبق عليها ما قاله فيها الإمام أبو زهرة بأنها تدور حول إمتلاك المتعة وأنه من أغراض الزواج جعل المتعة حلال ومن أهدافه أيضا في الشرع الإسلامي التناسل وحفظ النوع الإنساني وأن يجد كل من العاقدين في صاحبه الإنس الروحي الذي يؤلف الله تعالى به بينهما ولهذا فقد عرّف الزواج " بأنه عقد يفيد حل العشرة بين الرجل و المرأة وتعاونهما ويحدد ما لكليهما من حقوق وما عليه من واجبات " [4]، ومن التعريفات التى تشتمل على معنى الزواج نجد ما ذهب إليه الأستاذ عبد العزيز سعد " بأنه عقد معاهدة ذات أبعاد دينية ودنيوية يتعهد فيها الزوج بإسعاد زوجته وإحترام كرامتها، وتتعهد الزوجة بموجبها بإسعاد زوجها ومساعدته، وأن يتعاهدا معا على التضامن والتعاون من أجل إقامة شرع

---

[1] محمد مصطفى شلبي ، أحكام الأسرة في الإسلام ، الطبعة الثانية 1977 ص 29 .

[2] الإمام أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، الطبعة الثانية ، دار الفكر العربي ص 19 .

[3] محمد مصطفى شلبي ، المرجع نفسه ، ص 30

[4] الإمام أبو زهرة ، المرجع نفسه ، ص 19 .

الله وإنشاء أسرة منسجمة ومتحابة تكون نواة لإقامة مجتمع المودة والرحمة والإستقرار [1] وفقا للآية الكريمة رقم 21 من سورة الروم " ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها ".

الفرع الثاني : حكم الزواج و طبيعته

أولا : حكم الزواج شرعا

ويقصد بحكم الزواج شرعا الوصف الشرعي الذي يتصف به وهو في الإصطلاح لا يخرج عن الحالات التالية: الوجوب، الإباحة أو الندبة، الفرض، الكراهية، الحرمة ونتعرض لها كما يلي:

- الزواج الفرض أو الواجب

يكون الزواج فرضا على من كان متأكد بأنه يقع في الزنى وهو قادر على الزواج والعدل مع أهله ويكون واجب إذ كان يغلب على ضن الشخص الوقوع في الزنى إن لم يتزوج مع مقدرته على الزواج والعدل مع أهله [2].

- الزواج المباح أو المندوب

يكون الزواج مندوبا إذا كان الشخص معتدلا لا يقع في الزنا إن لم يتزوج ولا يخشاه ولا يقع في الظلم ولا يخشاه إذا تزوج هذا عند الجمهور، أما عند الظاهرية فترى بأنه في هذه الحال هو فرض [3]

- الزواج المكروه أو المحرم

الزواج المكروه هو أن يغلب على ضن الزوج بأنه سيظلم زوجته إن تزوج أما إذا كان الزوج غير قادر على النفقة ومتأكد بأنه يقع في ظلم أهله قطعا فإن زواجه هنا محرما [4] .

ثانيا : طبيعة الزواج

-الزواج عقد أم مجرد إتفاق

قبل التطرق إلى ما ذهب إليه المشرع الجزائري نعرج قليلا على ما ذهب إليه الفقه، فيذهب البعض منه إلى إعتبار الزواج مجرد إتفاق ولا يرقى لأن يكون عقدا ومن بين الذين يقولون

[1] عبد العزيز سعد ، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، طبعة ثالثة ، دار هومة ص 81 .

[2] الإمام أبو زهرة ، المرجع السابق، ص 23 ، 24

[3] الإمام أبو زهرة ، المرجع السابق، ص 25

[4] الإمام أبو زهرة ، المرجع السابق، ص 26

بهذا الرأي الأستاد السنهوري الذي يقول: " بأنه يجدر أن لا تدعى هذه الإتفاقات عقود، وإن وقعت في نطاق القانون الخاص لأنها تخرج عن دائرة المعاملات المالية [1] ، في حين يرد أصحاب الإتجاه الذين يعتبرون الزواج بأنه عقد لما له من مواصفات العقد فهو تصرف إرادي ويرتب إلتزامات فكما يقول الأستاد الغوثي بن ملحة"

Le mariage considéré au plan de ses effets juridique, apparait comme un contrat par ce qu'il comprte des structures contractuel … il requiert l'échange de concentements et impose aux parties des obligations réciproques"[2] .

ولقد فصل المشرع الجزائري في الطبيعة القانونية للزواج وذهب إلى إعتباره عقد وهو ما جسّد في المادة الرابعة من قانون الأسرة بحيث تنص " الزواج هو عقد يتم بين رجل وإمرأة على الوجه الشرعي... "

- الزواج عقد مدني أم ديني أم هو ذو طبيعة أخري

ذهب بعض من الفقه إلى إعتبار عقد الزواج عقد مدني وإستندوا فيما ذهبوا إليه إلى أن القانون المنظم للأحوال الشخصية هو فرع من القوانين الوضعية ومن بينهم نجد عمر فروخ يقول" بأن الزواج أو النكاح كما يسمى في الشرع عقد مدني لفظي أو خطي بين رجل وإمرأة بالغين راشدين يحفظان به عفافهما وصلاحهما ثم تنشأ منه الأسرة [3] ويذهب البعض إلى إعتبار عقد الزواج عقد ديني يخضع للأحكام الدينية مستدلين على أن القانون المدني ينظم المعاملات المالية فقط أما عقد الزواج فيخضع للأحكام الدينية و هناك من ذهب إلى إعتباره عقد مدني ذو طبيعة خاصة لإحتوائه على قدسية معينة في حين نجد من إعتبره بأنه ذو طابع شرعي لورود النصوص الشرعية الواصفة والمحددة له ولكيفية إبرامه ولكن لم تشترط طقوس معينة مثلا كحضور رجل الدين وبالرجوع إلى نص المادة الرابعة من قانون الأسرة التى عرفت عقد الزواج حددت طبيعته بأنه عقد شرعي.

---

[1] الدكتور محمد محده ، المرجع السابق ، ص 109

[2] Ghaouti Ben Melha Le Droit Algerien De La Fammille Office Des Publications Univerrsitaires 07-1993 page 48

[3] الدكتور محمد محده – المرجع السابق، ص 110 .

- عقد الزواج بين الرضائية والشكلية

ذهب البعض إلى إعتبار عقد الزواج بأنه عقد رضائي بإعتبار أن أساسه هو رضا في حين ذهب أغلب الفقهاء إلى إعتباره عقد شكلي لما يشترط فيه من حضور الشهود واشتراط الولي أثناء إبرام عقد الزواج وهذين الشرطين يعتبر أن شرطين شكليين وهذا ما ذهب إليه القضاء الجزائري القديم ويعتبر هذا الرأي الذي يقول بأن

عقد الزواج عقد شكلي صائب لأنه إضافة إلى الشرطين السابقين أضاف المشرع شروط إدارية وتنظيمية لكي يرتب عقد الزواج آثاره.

وبعد التطرق إلى تعريف عقد الزواج وحكمه الشرعي وطبيعته نتعرض إلى النقاط الأساسية في الموضوع ألا وهي العرف في الزواج.

الفرع الثالث : العرف في الزواج

أولا : العرف في لفظ الزواج

من الثابت عند الفقهاء أن لفظ الزواج يدل في معناه على العقد غير أنهم اختلفوا في لفظ النكاح هل هو حقيقة أم مجاز في العقد؟ أم في الوطء؟.

القول الأول :أنه حقيقة في العقد مجاز في الوطء وهو قول للمالكية والشافعية وبعض الحنابلة . [1]
وقال الزمخشري" :لم يرد النكاح في القرآن إلا بمعنى العقد لأن كونه بمعنى الوطء من باب التصريح"، وقال الراغب" :يستحيل أن يكون النكاح حقيقة في الجماع ويكنى به عن العقد لأنه يصح نفيه عن الوطء وصحة النفي دليل المجاز " [2]، ولأن النكاح أحد الفظين الذين ينعقد بهما عقد النكاح فكان حقيقة فيه [3]

[1] الصاوي المالكي، حاشية الصاوي، د.ط ، دار المعارف، د.م.ن ، د.ت.ن .، ج2 ، ص. 332 الشربيني، مغني المحتاج ، ط1 ، دار المعرفة، بيروت، لبنان،1418 1997، ج4 ، ص 200 ؛ ابن قدامة، مكتبة القاهرة، مصر،1968-1383 ، ج7 ، ص3

[2] الشربيني، مغني المحتاج-، ج4 ، ص201

[3] ابن قدامة، المغني ، ج7 ، ص3

القول الثاني :أنه حقيقة في الوطء مجاز في العقد وبه قال الحنفية وبعض الحنابلة [1] .واستدلوا بما يلي:

-قوله تعالى: ﴿**الزَّانِي لَا يَنْكِحُ إِلَّا زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً وَالزَّانِيَةُ لَا يَنْكِحُهَا إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ ۚ وَحُرِّمَ ذَٰلِكَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ** ﴾ [2]فقالوا أن المراد هنا هو الوطء.

-أن النكاح لا يحمل على معنى العقد إلا لدليل اقترن به من ذكر العقد أو خطاب للأولياء أو اشتراط إذن الأهل [3] و من ذلك قوله تعالى:﴿ **وَ أَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ ۚ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ ۗ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ**﴾ [4]

و قوله : ﴿ **وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِإِيمَانِكُم ۚ بَعْضُكُم مِّن بَعْضٍ ۚ فَانكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ وَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ**﴾ . [5]

-أن التناسل الذي ورد في حديث الرسول صلى الله عليه وسلم إذا دعا إلى النكاح لا يكون إلا بين الذكور والإناث وأن ذلك لا يحصل بينهما إلا بالوطء فجعل الشارع طريق ذلك الوطء النكاح . [6]

القول الثالث :أن النكاح حقيقة في العقد والوطء معا وهو قول لبعض الحنابلة وذلك لقولهم بتحريم موطوءة الأب من غير تزويج كما قالوا بأن استعمال لفظ النكاح قد تحقق في العقد كما أنه قد تحقق في الوطء والأصل ك[7]ما هو معروف في الاستعمال فيكون حقيقة في كل من العقد والوطء.[8]

---

[1] السرخسي، المبسوط، د.ط ، ج4 ، دار المعرفة، بيروت، لبنان،2003 ، ص 192 ؛ ابن قدامة المقدسي، .الشرح الكبير على متن المقنع، د.ط ، ج7 ، دار الكتاب العربي، د.م.ن ، د.ت.ن ، ص333

[2]سورة النور، آية03

[3]السرخسي، المبسوط، ج4 ، ص192

[4]سورة النور، آية32

[5]سورة النساء، آية25

[6]السرخسي، المرجع نفسه، ج4 ، ص193

[7]ابن قدامة المقدسي، الشرح الكبير، دار الكتاب العربي، د.م.ن ، د.ت.ن، ج7 ، ص33

[8]محمد رأفت عثمان، عقد الزواج-أركانه وشروط صحته في الفقه الإسلامي- د.ط ، د.م.ن ، د.ت.ن .، ص 17،19

اعتبار العرف في حقيقة لفظ النكاح:

تعارف الناس على استعمال لفظ الزواج بدل النكاح وبذلك ينصرف معناه على معنى الزواج وهو العقد الذي يضفي صفة الشرعية على العلاقة بين الرجل والمرأة فمعروف استعمال لفظ الزواج لأنه أدق في المعنى حيث أنه لا يفضي إلى أي خلاف فقهي . [1]

[1] عماد شريفي، اعتبار العرف في مسائل الزواج وآثاره، رسالة ماجستير، جامعة محمد .بوضياف–المسيلة–، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2014، 2015 ص102

المطلب الثاني : أركان عقد الزواج، و العرف فيها

الفرع الأول : ركن الرضا في عقد الزواج و العرف فيه

اتفق كل من فقهاء الشريعة الإسلامية وفقهاء القانون ومختلف التشريعات وكذا الإتفاقيات الدولية على أن الرضا هو الركن الأساسي في عقد الزواج وهو القائم الذي يقوم عليه ويتوقف وجوده عليه وأختلف في تسميته فهناك من يطلق عليه تسمية الإيجاب والقبول وهناك من يسميه الصيغة وهناك من يسميه العنصر النفسي في عقد الزواج [1] و هذا الإختلاف هو لفظي فقط أما المعنى فهو واحد، ولقد نصت المادة 16 من ميثاق حقوق الإنسان على أنه " لايعقد الزواج إلا برضا الطرفين المزمع زواجهما زواجا كاملا لا إكراه فيه " ونصت المادة 23 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية والمادة 10 من العهد الدولي لحقوق الإنسان الإقتصادية والإجتماعية والتقافية على " لا ينعقد زواج إلا برضا الطرفين المزمع زواجهما رضاءا كاملا لا إكراه فيه "، ونصت المادة 16 من إتفاقية إلغاء التميز ضد المرأة لسنة 1975 على " للمرأة الحرية في إختيار الزوج وفي عدم الزواج إلا برضاها الحر والكامل " و نجد أن معظم التشريعات العربية قد سارت في هذا النهج وكمثال عن ذلك المشروع العربي الموحد لقانون الأحوال الشخصية نص في مادته 23 على أنه " ينعقد الزواج بإيجاب من أحد المتعاقدين وقبول من الآخر صادرين عن رضا تام ..."

أما المشرع الجزائري فكما ذكر سابقا حدد في المادة 09 من قانون الأسرة الرضا بأنه أحد أركان عقد الزواج ونصت المادة العاشرة منه على مكونات الرضا وكيفية التعبير عنه بالنسبة للقادر على الكلام وغير القادر على الكلام لعجز، ونصت المادتين 32 و 33 على أثر تخلف ركن الرضا .

أولا : المقصود بركن الرضا في عقد الزواج و العرف فيه

- **المقصود بالرضا في عقد الزواج**

لم يعرف قانون الأسرة ركن الرضا وإنما إكتفى فقط في الفقرة الأولى من المادة العاشرة بتحديد قسمي الرضا واللفظ بصفة عامة الذي يحوز به التعبير عن الإيجاب والقبول، وعدم تعريف المشرع الجزائري لركن الرضا بتركنا نذهب إلى التعريف الذي وضعه له الفقه ومن بين تلك

[1] Ghaouti Ben Melha Le Droit Algerien De La Fammille Page 49

التعريفات نجد السيد سابق يعرّفه " بأنه توافق إرادة الطرفين في الإرتباط بواسطة التعبير الدال على التصميم على إنشاء الإرتباط وإيجاده، وأنه ما صدر من الأول يعتبر إيجابا وما صدر من الثاني يعتبر قبولا [1] ويعرّفه الدكتور يدران أبو العينين بدران بأنه " الإيجاب والقبول الصادرين من التعاقدين الذين يرتبط أحدهما بالآخر فيفيدان تحقق المراد من صدورهما [2].

- العرف في الرضا

يقف العرف موقفا مسايرا لما ذهبت إليه الشريعة الإسلامية في ضرورة توافر الرضا في الزواج وهو ما اعتبره المشرع أيضا وخاصة رضا المرأة حيث أوكلت مهمة التعبير عن رضاها لوليها والذي جرت به الأعراف أن الأولياء لا يقبلون على مثل هذا العقد الخطير إلا باعتبار رضا المرأة خاصة في أيامنا الحالية أين انعدم التمييز بين إرادة المرأة والرجل فلا ينعقد الزواج بمجرد الطلب وإعلان الرغبة فيه من جانب واحد دون اعتبار لرضا المرأة [3] .

ثانيا : الألفاظ التي ينعقد بها الزواج واعتبار العرف فيها

ويقصد بها الكلام المعبر به عن إرادة الأطراف وهذه الألفاظ متنوعة منها المتفق عليه ومنها المختلف فيه.

وتجري الأعراف بانعقاد الزواج بالألفاظ التي اتفق عليها ولي المرأة والرجل أو وليه دون أن تشترط عبارات أو ألفاظ محددة حصرا، وفي أيامنا هذه أصبح يتم إرشاد المتعاقدين من طرف إمام المسجد أو ضابط الحالة المدنية المكلف بتوثيق عقد الزواج إلى الألفاظ الخاصة بأصول العقد والتي يكون أغلبها بلفظ التزويج.

1-الألفاظ المتفق على انعقاد الزواج بها :اتفق الفقهاء على أن الزواج ينعقد بلفظي الزواج والنكاح أو الإنكاح والتزويج ونحوهما [4]وذلك لورودهما في نصوص القرآن الكريم كقوله:﴿ **ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء** ﴾ [5] و قوله: ﴿ **وَإِذْ تَقُولُ لِلَّذِي أَنْعَمَ اللَّـهُ عَلَيْهِ وَأَنْعَمْتَ عَلَيْهِ**

[1]السيد سابق ، فقه السنة ، المجلد الثاني ، الطبعة السابقة ، دار الكتاب العربي، ص 34 2

[2]الدكتور بدران ابو العينين ، الزواج والطلاق في الشريعة الاسلامية والقانون ،مؤسسة شبان الجامعة، الإسكندرية ، الصفحة 56

[3]لوعيل محمد لمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، د.ط ، دار هومه، الجزائر، 2004 ، ص5

[4]وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ط4 ، دار الفكر، دمشق، سوريا، د.ت.ن ، ص6

[5]سورة النساء، آية22

أَمْسِكْ عَلَيْكَ زَوْجَكَ وَاتَّقِ اللَّـهَ وَتُخْفِي فِي نَفْسِكَ مَا اللَّـهُ مُبْدِيهِ وَتَخْشَى النَّاسَ وَاللَّـهُ أَحَقُّ أَن تَخْشَاهُ﴾ . [1]

2-الألفاظ المختلف في انعقاد الزواج بها :الفقهاء فيها على قولين:

القول الأول :لا يصح عقد النكاح إلا بلفظ مشتق من لفظ النكاح أو الزواج وهو مذهب الشافعية والحنابلة ورواية عن المالكية وعللوا قولهم بما يلي:

-خطورة عقد النكاح ومكانته فهو يقتصر على ما كان حقيقة فيه فقط.

-تمييز هذا العقد بين سائر العقود بوجوب الإشهاد عليه والشهود لا يشهدون إلا ما كان حقيقة وصريحا.

-لا يصح العدول عن الحقيقة إلى غيرها إلا لسبب.

-لم يرد النكاح في القرآن الكريم إلا بلفظ الحقيقة وهو النكاح أو الزواج.

القول الثاني :وهو للحنفية والمالكية ومن وافقهم فقد توسعوا في ألفاظ النكاح فأجازوا انعقاد الزواج بكل لفظ دل عليه سواء كان حقيقة أو كناية سواء كان صريحا أو غير صريح.

انعقاد الزواج بالألفاظ العامية:

تسمى هذه الألفاظ بالألفاظ المصحفة ولم يجز الحنفية انعقاد الزواج بها لانعدام القصد الصحيح ولكن لو اتفق قوم على النطق بهذه الغلطة حيث أنهم يطلبون بها الدلالة على الزواج وتصدر عن قصد منهم فينعقد بها الزواج لأن الفظ أصبح دالا على الزواج عرفا وقال الشافعية أنه ينعقد الزواج بها . [2]

موقف القانون :نصت المادة 10 من قانون الأسرة المعدل" :يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا "فالمشرع إذن لم يقيد إرادة الأطراف في تحديد الألفاظ التي ينعقد بها الزواج وترك الاعتبار للعرف والحرية للأفراد غير أنه اشترط أن تكون الألفاظ موافقة للشرع والمقصد من الزواج.

الفرع الثاني : ركن الولاية في عقد الزواج، و العرف فيها

[1] سورة الأحزاب، آية37

[2] عبد العزيز السديس، مقدمات النكاح، ط 128 ، الجامعة الاسلامية بالمدينة المنورة،1425 ، ص250

أخذ المشرع الجزائري بما ذهب إليه المذهب المالكي وأعتبر الولي على الزوجة ركن من أركان عقد الزواج ونظم هذا الركن في المواد 09 – 11 – 12 – 13 – 32 – 33 من قانون الأسرة .

أولا: تعريف الولاية وأقسامها ودليل شرعيتها

المشرع الجزائري لم يعرف الولاية في الزواج ولم يحدد أقسامها ولا دليل شرعيتها وهذا ما يؤدي بنا إلى الرجوع إلى ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية.

– تعريف الولاية

ونتعرض إلى تعريف الولاية لغة وإصطلاحا

أ– الولاية لغة: هي سلطة يملكها المرء على شيء من الأشياء ومنها أخذت كلمة الوالي الذي له سلطة ونفوذ على قطر معين [1] .

ب– الولايـة إصـطلاحا: ويقصد بها الفقهاء " تنفيذ القول على الغير والإشراف على شؤونه" [2]ويعرفها الإمام أبو زهرة بأنها "القدرة على إنشاء عقد الزواج نافذا من غير الحاجة إلى إجازة من أحد" [3].

ثانيا: أقسام الولاية في الزواج

يقسم الفقهاء الولاية في الزواج إلى قسمين ولاية إختيار و ولاية إجبار.

أ – ولايـة الإجبـار: وهي الولاية الكاملة لأن الولي يقوم بإنشاء عقد الزواج دون أن يشاركه فيه أحد وهي تثبت كما إتفق عليه جمهور الفقهاء على الصغير و الصغيرة والمجنون و المجنونة وزاد على ذلك الشافعي والإمام مالك وأحمد بن حنبل على أن البكر حتى ولو كانت بالغة فتكون عليها ولاية الإجبار مادامت لا تزال بكرا أما لمن تثبت هذه الولاية فقد اختلفوا فيها، فالحنفية ترى

[1]محمد مصطفى شلبي – المرجع السابق، ص 253

[2]عبد العزيز سعد – المرجع السابق، ص 120 .

[3]الامام ابو زهرة – المرجع السابق، ص 107

بأنه تثبت للعصبة وذوي الأرحام أما الشافعي فقد ثبتها للأب أو للوصي الذي جعل له الأب ولاية الزواج وهذا ما ذهب إليه أحمد إلا أن الوصي إشترط أن يكون الأب قد حدد الزوج [1].

ب- ولايـة الإختيـار (الإستحباب): وهي الولاية التى تثبت على المرأة البالغة، العاقلة الثيب لما ذهب إليه الجمهور في حين الحنفية ذهبت إلى أن المرأة البالغة الراشدة العاقلة لاولاية عليها وتبرم عقد زواجها بنفسها وبعباراتها ويستحب أن يتولى وليها ذلك فقط وأن يكون راضيا بذلك وإستبدلت الولاية بشرطين يجب أن تراعيهما الفتاة البالغة العاقلة التى تريد التزوج وهما الكفاءة ومهر المثل وأعطى للولي حق المطالبة بفسخ العقد إذا تزوجت الفتاة بمن هو غير كفىء لها وإذا كان العقد بأقل من مهر المثل جاز له المطالبة برفع المهر إلى غاية مهر المثل وإلا طالب بفسخ العقد.

ثالثا: دليل شرعيـة الولايـة في الزواج

يستدل جمهور الفقهاء على وجوب الولاية في الزواج بآيات وأحاديث كثيرة منها قوله تعالى في الآية 282 من سورة البقرة " وأنكحوا الأيامى منكم ..." وقوله تعالى في الآية 230 من سورة البقرة " ولا تنكحو المشركين حتى يؤمنوا " وقول الرسول صلى الله عليه وسلم " لا نكاح إلا بولي " وكذا قول الرسول صلى الله عليه وسلم " أيما إمرأة أنكحت نفسها بغير إذن وليها فنكاحها باطل، باطل، باطل وإن دخل بها فالمهر لها بما أصاب منها، فإن إشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له " وروي عن أبو هريرة أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال " لا تزوج المرأة المرأة ولا تزوج المرأة نفسها، فإن الزانية هي التى تزوج نفسها " هذه الأدلة التى أتى بها جمهور الفقهاء الذين يقولون بوجوب الولاية في الزواج أما الذين يرون أن الولاية لا تكون إلا على القصر والمجانين دون البالغة العاقلة فقد إختلفوا في تفسير تلك الآيات والأحاديث واستدلوا بالآية الكريمة قوله تعالى " فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره ..." وغيرها من الآيات وكذا الحديث النبوى الشريف " الأيم أحق بنفسها من وليها " ويقصدون بالأيم من لبس لها زوجا سواءا كانت بكرا أم ثيبا.

[1] الدكتور بدران ابو العينين – المرجع السابق، ص 148 – 149

رابعا : شروط الولـي

لم يحدد المشرع الجزائري الشروط التى يجب أن تتوافر في الولي ولهذا يجب الرجوع إلى ما حدده فقهاء الشريعة الإسلامية وفقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة ويمكن تقسيم هذه الشروط إلى قسمين:

- الشروط المتفق على وجوب توفرها في الولي

إتفق الفقهاء المسلمين على شروط يجب أن تتوفر في الولي وهي كالتالي:

1- **أن يكـون الـولي بالغـا عـاقلا حـرا:** يجب أن يكون الولي كامل الأهلية أي أن لا يكون فاقدا للأهلية ولا ناقصها

2- إتحـاد الدين بين الولي والمولى عليها: فإتحاد الدين تتفق المصلحة بين الولي والمولى عليها ويستثنى من هذه الشروط من له ولاية عامة القاضي والحاكم والمالك بالنسبة للأمة الكافرة.

- الشروط الغير متفق على وجوب توفرها في الولي

1- الـذكـورة: ذهب جمهور الفقهاء إلى إشتراط الذكورة في الولي وخالفهم أبو حنيفة وأجاز للمرأة أن تكون ولي على الصغير والكبير فاقد الأهلية عند عدم وجود الأولياء الذكور وذهبت المالكية إلى إجازة ولاية المرأة في حالات استثنائية جدا وهي حالة ما إذا تعاق الأمر بوصية من الولي أو إذا كانت مالكة [1]

أما بخصوص ما ذهب إليه المشرع الجزائري فيما يخص هذا الشرط فحسب رأي الشخصي فإنه يتماشى أكثر مع الرأى الذي يشترط الذكورة في الولي و فقا لما ورد في المادة 11 من قانون الأسرة .

2- العدالـة: لقد إشترط الشافعي وأحمد في الولي العدالة، ولم يجيزوا للفاسق تزويج غيره في حين ذهب مالك وأبو حنيفة إلى عدم إشتراط العدالة في الولي وأسسوا ذلك بأن الولاية جاءت

[1] الدكتور بدران أبو العينين بدران ، المرجع السابق، ص 146

للمصلحة وسببها الشفقة والفاسق لم يمنع من تزويج المولى عليهم من طرفه في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم، وبما أن المشرع الجزائري لم يحدد شروط الولي وبالتالي فوفقا لقاعدة مالم يمنع بنص فهو مباح فإنه لا يمنع الفاسق من تزويج موليته في الحدود التى يسمح بها القانون.

خامسا : الولي ووظيفته وفقا لما هو محدد في قانون الأسرة

بعد أن حددت المادة 9 من قانون الأسرة بأن ولي الزوجة هو ركن من أركان جاءت المواد 11 و 12 و 13 لتحدد من هو الولي ووظيفته وحدود وظيفته، وبالتالي سأتطرق إلى هذه النقاط كما يلي:

أ- ولي المرأة في الزواج

تنص المادة 11 على أن يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين والقاضي ولي من ولي له من خلال هذه المادة تستنتج أنه المشرع جعل ولي المرأة في الزواج هو أبوها مطلقا بغض النظر أكان للمرأة إبن أم لا و بالتالي فهو قد نهج بما ذهب إليه الشافعية والحنابلة في جعلهم الولاية ابتداء للأب ولو كان لها ابن وذلك بخلاف ما ذهب إليه فقهاء المذهب المالكي وبعض الحنفية في تقديمهم الفروع على الأصول، وبما أن المادة 11 لما سبقت الأصول على الفروع إبتداءا من الأب ثم الأقربون قد كان قصد المشرع الجزائري الأخذ بما ذهبت اليه الشافعية والحنابلة في تقديمهم الأب ثم الأقربون وإن علوا ثم يأتي بذلك الإبن وإبن الإبن وإن نزلوا ولقد إستدلوا الذين سبقوا الأصول في الولاية على الفروع بقول الرسول صلى الله عليه وسلم " أيما إمرأة أنكحت بغير إذن مواليها فنكاحها باطل " و الإبن حسبهم لا ينطبق عليه اسم مولى [1] وهذا بعكس ما ذهب إليه البعض إلى القول بأن المشرع الجزائري قد أخد بما ذهب إليه المذهب المالكي [2] وإن لم يكن للمرأة ولي على الإطلاق تنتقل هذه الولاية إلى القاضي الذي يعتبر ولي من لا ولي له.

[1] الدكتور محمد محده ، المرجع السابق، ص 235

[2] Ghaouti Ben Melha Le Droit Algeien De La Famille Page 100

ب- دور الولـي فـي الـزواج

لقد نصت المادتين 11 و 12 فقرة 02 على دور الولي في إبرام عقد الزواج فالولي هو الذي يتولي زواج المرأة وهذا يعني بتوافر رضا طرفي عقد الزواج يجب أن يرضى الولي بهذا الزواج ويقوم بنقل إرادة الزوجة خصوصا وإن حياء المرأة يمنعها من مناقشة أمور الزواج في مجلس العقد وبالتالي فهو الذي يقوم بهذه المهمة وهذا ما يتبين من خلال نص المادة 11، وهو ما عبر عنه الأستاذ الغوثي بن ملحة بقوله تدخل الولي تفسره الآداب التى تمنع الفتاة أو المرأة من منافستها مباشرة الرجل الذي يتقدم للزواج بها في شروط مستقبلهم الذي يجمعهم [1] وهذا ما يعني أنه إضافة إلى رضاه فهو بنقل إرادة موليته سواء كانت بكرا أم ثيب بالغة أم قاصرة.

أما الدور الثاني الذي يمكن أن نستشفه من خلال إطلاعنا على نص المادة 12 فقرة 2 فهو مقصور على الولي الأب ويستعمله فقط على إبنته البكر فقط وذلك بالتحري والحرص دائما على تحقيق مصلحة إبنته بحيث أن المادة 12 فقرة 02 تنص على مايلي " غير أن للأب أن يمنع بنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة للبنت " وهذ الفقرة الثانية جاءت موافقة لما يراه جمهور الفقهاء وخصوصا الأئمة الثلاث دون الحنفية بأن البنت البكر حتى وإن كانت بالغة عاقلة إلا أنها لا تعلم مصالح الزواج لأن علمها به متوقف على التجربة والممارسة .

-العرف في الولي كشرط لزواج المرأة الراشدة:

من المتعارف عليه أنه لا يوجد عبر القطر الوطني عرف يقضي بانفراد المرأة بإبرام زواجها في غياب ولي أمرها فالعرف في مسألة الولي يقف موقفا مسايرا لما ذهبت إليه المذاهب الفقهية، كما أن النساء في حد ذاتهن يرفضن فكرة تولية أمرهن لغير الأب أو الأخ..لأن المرأة يعرف عنها الحياء في مختلف المواقف خاصة بحضور الرجال فما بالك بعقد النكاح في غياب أحد من أهلها بل وهناك من الرجال من يستحي في مثل هذه المواقف . [2]

الفرع الثالث : ركن الصداق في عقد الزواج، و العرف فيها

[1] Ghaonti Ben Melha Le Droit Algerien De La Fammille Page 97

[2] عماد شريفي، مرجع سابق، ص135

إعتبر جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية وكذا مختلف التشريعات العربية أن الصداق ليس ركن ولا شرط في عقد الزواج وإنما هو أثر من آثاره بعد تمامه بإستثناء المذهب المالكي الذي إعتبره ركن صحة وإعتبره المشروع العربي الموحد للأحوال الشخصية في المادة 35 منه بأنه شرط من شروط عقد الزواج، في حين ذهب المشرع الجزائري وإعتبره في المادة 9 من قانون الأسرة ركن من أركان عقد الزواج، وموضوع الصداق تطرقنا إليه يستدعي منا التعرض للنقاط الثالية:

أولا : المقصود بالصداق

وتتعرض للمقصود بالصداق من خلال التطرق إلى تعريفه وتحديد طبيعته وشرعيته وهي كالتالي:

1- تعريف الصداق

تناول تعريف الصداق لغة و إصطلاحا:

أ – التعريف اللغوى للصداق:

يعرف الصداق لغة بأنه دفع مال المشهر بالرغبة في الزواج وقيل بأنه مأخود من الصدق ضد الكذب [1]

ب – التعريف الإصطلاحي للصداق:

تعددت التعاريف التى منحت للصداق فنجد المذهب المالكي يعرفه بأنه ما يجعل للزوجة في نظر الإستمتاع بها وعرّفته الشافعية بأنه ما وجب بنكاح أو وطأ أو تفويت بضع قهرا [2] وعرّفه عبد العزيز سعد بأنه هو المال الذي يدفعه الرجل للمرأة رمزا لرغبة الإقتران بها [3] كما نجد بعض التشريعات العربية عرّفته منها مدونة الأحوال الشخصية المغربية بأنه هو ما يبذله الزوج من

[1] الاستاد عبد الفتاح تقية ، مباحث في قانون الاسرة الجزائري ، ثالة ، طبعة 99 / 2000 ، ص 118 .

[2] الدكتور وهية الزجيلي ، المرجع السابق، ص 251

[3] الاستاد عبد العزيز سعد – المرجع السابق، ص 132

المال المشعر بالرغبة في عقد الزواج كما عرّفه قانون الأحوال الشخصية السورى في مادته 54 فقرة 2 " هو كل ما صح إلتزامه شرعا " أما المشرع الجزائري فقد عرّفه في نص المادة 14 من قانون الأسرة بأنه " هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا " ومن خلال هذه التعاريف نستنتج بأن الصداق يكون دائما ذا قيمة مالية وهذا ما يجعل هذه التعاريف قاصرة لأن الصداق بالرجوع إلى سنة الرسول صلى الله عليه وسلم خصوصا وأنه تكريم للمرأة وبالتالي فيمكن أن يكون الصداق أمرا لا يقدر بمال مثل ما ورد في الحديث النبوي الشريف أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لرجل " قد زوجتكها بما معك من القرآن " رواه البخاري ومسلم وهذا ما يثبت بأن الصداق قد يكون مال أو أمر آخر غير المال بعكس بعض الكتاب في القانون الذين أطلقوا عليه تسمية العنصر المادي في عقد الزواج [1] ، ولقد سمي الصداق بعدة تسميات منها النحلة، الأجر، الفريضة، الحباء و الشرط.

2-طبيعة الصداق

كما سبق ذكره فإن كل من الحنفية والحنابلة والشافعية ومعظم التشريعات العربية التى أخدت بهذه المذاهب إعتبرت الصداق حكم من أحكام الزواج وليس ركن ولا شرط ويستدلون على رأيهم هذا أن خلو العقد من المهر ولا يؤثر فيه لا من حيث الصحة والنفاد ولا من حيث اللزوم وذلك بقوله تعالى في الآية 235 من سورة النساء: " لا جناح عليكم إن طلقتم النساء مالم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة " فهذه الآية تدل دلالة واضحة على صحة الزواج بدون تحديد الصداق ولا تسميته في العقد في حين نجد المذهب المالكي كيفه على أنه ركن من أركان عقد الزواج وذلك بعدم صحة العقد الذي يتم فيه إشتراط إسقاط المهر، فعقد الزواج هو عقد معاوضة يفسد بشرط نفي العوض، وكما سبق ذكره أيضا فإن المشرع الجزائري كيف الصداق بأنه ركن من أركان عقد الزواج موافقا بذلك المذهب المالكي ونص صراحة في المادة 9 على أن الصداق هو ركن من

[1] Ghaouti Ben Melha Le Droit Algerien De La Fammille Page 77

أركان عقد الزواج وهذا ما كرسته التطبيقات القضائية في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 17 مارس 1998 تحت رقم 188707 " ...ومتى تبين في قضية الحال أن المستأنفة أتت بشهود مبينين في شهادتهم أركان عقد الزواج من ولي وشهود وصداق ..."[1]

3- شرعية الصداق

يستمد الصداق شرعيته من القرآن والسنة النبوية الشريفة، فنجد عدة آيات تناولت الصداق منها قوله تعالى في الآية الرابعة من سورة النساء " و آتو النساء صدقاتهن نحلة " وكذا قوله تعالى في الآية الكريمة رقم 24 من سورة النساء " فما إستمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن فريضة " أما في السنّة النبوية فنجد أحاديث كثيرة تناولت الصداق منها ما روي عن أحمد والبيهقي عن عائشة رضى الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال " إن أعظم النساء بركة أيسرهن صداق " وقوله أيضا " إلتمس ولو خاتما من حديد، فألتمس شيئا " وقوله أيضا " زوجتكها بما معك من القرآن ".

ثانيا : مقدرا الصداق

إتفق الفقهاء المسلمين على أن لا حد أعلى للصداق في حين أنهم لم يتفقوا على الحد الأدنى للصداق فالمالكية ترى الحد الأدنى للصداق هو ربع دينار أما الحنفية فجعلوه عشرة دراهم أما الحنابلة والشافعية فيرون بأنه لا حد أدنى للمهر، ومن المتفق عليه بين الفقهاء على أنه لا ينبغي المغالاة في المهور.

أما المشرع الجزائري فلم يحدد لا الحد الأدنى ولا الأعلى للصداق آخذا في ذلك بما ذهب إليه كل من المذهب الشافعي والحنبلي، وهذا الموقف الذي إتخذه المشرع الجزائري كان منطقيا جدا

[1] قرار المحكمة العليا – غرفة الاحوال الشخصية – ملف رقم 188707 مؤرخ في 17 مارس 1998 مجلة قضائية عدد خاص سنة 2001 ، ص 50

لتماشيه مع جميع طبقات المجتمع غني منها و فقير أي أنه لا يعجز الفقراء ولا يقيد إرادة البعض الآخر في الرفع من مبلغ الصداق.

العرف في مقدار الصداق:

إن الصداق في العرف غير مقدر بحد أدنى ولا أعلى إذ تركت الأعراف تقدير الصداق إلى الأطراف فلهم أن يتفقوا على المقدار الذي يناسب كل طرف دون إحراج لأحد وإن كانت بعض الأعراف في مناطق معينة تحدد مقدارا للصداق فلا يكون لطرفي العقد النزول عن ذلك القدر ويبقى الاتفاق بين الأطراف هو المعمول به بغض النظر عن العرف

فمثلا في المناطق الصحراوية يصل المهر إلى 100 مليون سنتيم ولا يقل عن 20 مليون أما في الغرب الجزائري فلا يقل المهر عن 10 ملايين سنتيم إضافة إلى الهدايا التي يلزم بها العريس في المناسبات [1]، أما في منطقة الوسط فإن قيمة المهر وإن تفاوتت تتراوح ما بين 10إلى 15 مليون وذلك حسب ما سيقدمه الرجل لزوجته، فإن كان المهر 10 ملايين يلزم بتقديم شيء من الذهب غير محدد القيمة كسلسلة أو ما شابه وإن كان المهر 15 مليون فلا يقدم الرجل إلا خاتما لزوجته في يوم يسبق يوم العرس كذلك فإنه حسب اطلاعي تعد منطقة القبائل أيسر المناطق مهرا أما أكثرها غلاءا فهي منطقة الشرق أين تصل قيمة المهر إلى 25مليون سنتيم زيادة على ما يلزم به الزوج من ذهب ليوم" الحنة "كما يسمى .

ثالثا : حـالات الصـداق

إتفق الفقهاء المسلمين على أن للصداق ثلاث حالات فإما أن يكون معجل كليا أو مؤجل كليا أو معجل في جزء ومؤجل في الجزء الآخر وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري في المادة 15 من قانون الأسرة وذهب إليه القضاء وهذه الحالات الثلاث هي كالتالي:

[1] عماد شريفي، مرجع سابق، ص219

الحالـة الأولـى: الصـداق المعجل كليا

ويقصد بهذه الحالة أن يدفع الصداق كاملا قبل الدخول أو بعد إبرام عقد الزواج مباشرة وهو ما جاء في نص المادة 15 من قانون الأسرة " ... سواء كان معجلا... " .

الحالـة الثانيـة: الصداق المؤجل كليا

وهو أن يتفق طرفي العقد على أن يؤجل الصداق ما بعد الدخول أو إلى تاريخ محدد وإذا لم يتفق الطرفان على التاريخ فإنه يستحق بعد الطلاق مباشرة أو بعد الوفاة وفقا لنص المادة 15 "... أو مؤجلا ... ".

الحالـة الثالثـة: الصداق المؤجل في جزء منـه والمعجل في الجزء الآخر

وهو الصداق الذي ينطبق على الجزء المعجل منه ما ينطبق على الصداق المعجل كليا وينطبق على الجزء المؤجل منه ما ينطبق على الصداق المؤجل كليا.

العرف في تأجيل الصداق وتعجيله:

إن حكم الصداق في العرف هو الوجوب وأنه شرط لا يكتمل عقد الزواج إلا به ولذلك فالأعراف جارية بتعجيل الصداق بأن يدفعه الرجل كله قبل الدخول بالزوجة وفي كل المناطق الجزائرية لا يوجد عرف يقضي بتأجيل الصداق بل يتم دفع كاملا معجلا وغالبا ما يتم ذلك في حضور إمام وجماعة من الناس في المسجد أو عند أهل الزوجة.

المبحث الثاني : الشروط العامة لعقد الزواج، و العرف فيها

نتطرق إلى شرط أهلية الزواج و العرف فيه في المطلب الأول، و الشروط المتعلقة بحالة تعدد الزوجات في المطلب الثاني .

المطلب الأول : شرط أهلية الزواج ، و العرف فيه

تعرف أهلية الزواج بأنها " تمتع الشخص بالحقوق والإلتزامات إبتداءا من اللحظة التى يبلغ فيها الشخص السن المعين للزواج " [1] ،ولقد تطرق الفقهاء المسلمين لهذا الشرط بإسهاب وكذا مختلف التشريعات العربية منها المشرع الجزائري الذي حددها في المادة السابعة من قانون الأسرة وسنفصل هذا الشرط في النقاط التالية:

الفرع الأول: موقف الفقه الإسلامي من أهلية الزواج:

لم ترد لا آيات ولا أحاديث نبوية تحدد سن الزواج ولكن الفقهاء المسلمين عالجوا هذه المسألة وكانت لهم آراء منها ما هي متفق عليها كعدم إنعقاد زواج الصغير الغير المميز، وكذا إعتبارهم للشخص البالغ العاقل أهلا لإبرام عقد الزواج و إختلفوا حول زواج الصبي المميز، فالحنفية إعتبرته أهلا للزواج وزواجه يكون موقوفا على إجازة وليه أما الجمهور فقد إعتبروه باطلا [2] وإختلفوا أيضا حول سن البلوغ أما جمهور الفقهاء ذهبوا إلى إعتبار سن البلوغ 15 سنة بخلاف المالكية التى إعتبرت نهايته في الثامن عشر (18) للفتى والفتاة [3] هذا من حيث السن أما من حيث العقل فلقد إتفق الفقهاء على عدم إشتراط العقل لصحة الزواج وإعتبروا تزويج المجنون والمجنونة، للمعتوه و المعتوهة صحيح إلا أنهم إختلفوا حول من يحق له تزويج من هو فاقد لعقله، فالحنفية والحنابلة يرون بأنة يحق للأب أو أي ولي آخر تزويجهم أما المالكية فقد قصرت ذلك على الأب فقط، وذهبت الشافعية إلى إعطاء صلاحية تزويجهم للأب ثم للجد ثم للسلطان و قرنتها بأنه يجب تزويج فاقد العقل بزوجة واحدة.

---

[1] محاضرات الأستاذ زودة عمر في مادة قانون الإجراءات المدنية .

[2] الدكتور وهبة الزجيلي ، المرجع السابق، ص 175 – 176 .

[3] الدكتور لعربي بلحاج ، المرجع السابق، ص 60 .

الفرع الثانـي: أهلية الزواج وفقا لقانون الأسرة

حدد قانون الأسرة أهلية الزواج في نص المادة 7 منه بحيث جعلها بالنسبة للرجل 21 سنة والمرأة بثمانية عشرة سنة وأجاز لمن لم يبلغ هذا السن المحدد بالنسبة للجنسين وكان يرغب في الزواج فأوجب عليه الحصول على رخصة قبلية من القاضي ومن هذا يستدعي تطرقنا لمسألة الأهلية في الزواج التعرض للنقاط التالية:

ب – الترخيص القبلي بالزواج:

كما سبق ذكره فإن المشرع لما إشترط سن معينة لإكتمال أهلية الزواج راعى وضعية وحالة بعض الأشخاص ونص في الشطر الثاني من المادة السابقة على أنه "... و للقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة " ومن خلال هذه المادة يمكن دراسة هذا الترخيص في النقاط التالية:

1- من حيث القاضي المختص:

إن المادة السابقة في شطرها الثاني قد نصت على أن القاضي هو المخول بمنح الترخيص بالزواج من دون أن تحدد من هو هذا القاضي هل القاضي المكلف بالأحوال الشخصية أم رئيس المحكمة وبخصوص هذه المسألة نجد رأيين هناك من يجعل منح الترخيص بالزواج من صلاحيات قاضي الأحوال الشخصية نظرا لدرايته وخبرته في هذا المجال، وكذا لأنها مسألة موضوعية ليست من إختصاص رئيس المحكمة في حين يذهب البعض إلى انها من إختصاص رئيس المحكمة وقد جارى هذا الإتجاه الثاني التطبيقات القضائية التى جرت عادة على أن رئيس المحكمة هو المختص بمنح الترخيص بالزواج لمن لم يبلغوا السن القانونية، وفي رأيي الشخصي فإن ما ذهب إليه الإتجاه الثاني الذي خول صلاحية منح الترخيص لرئيس المحكمة هو الذي جانبه الصواب بإعتبار أن منح هذه الصلاحية لرئيس المحكمة يخقق الغاية والمصلحة التي من أجلها وضع الترخيص لما فيه من سرعة لأن الأصل في الخروج عن السن المحدد قانون للزواج هو لتحقيق مصلحة مستعجلة إن لم تكن السرعة في الخروج عن السن القانوني للزواج ربما حدث ضرر ما بأحد الطرفين الذين يريدان الزواج أو بكلاهما، أما عن الدفع الذي يوجهه الرأي الآخر

بإعتبار أن القاضي المكلف بالأحوال الشخصية هو الأدرى فإنه غير منطقي لأنه قد يكون رئيس المحكمة هو قاضي الأحوال الشخصية في نفس الوقت.

2- من حيث السن الأدنى في حالة منح الترخيص:

لم يحدد المشرع الجزائري في الشطر الثاني من المادة 07 من قانون الأسرة التي تناولت الترخيص الحد الأدنى الذي يجب على القاضي في حالة ما إذا قرر منح الترخيص بالزواج أن لاينزل عنه بل ترك له المجال واسع وفقا لسلطته التقديرية الواسعة، إلا أن موقف المشرع الجزائري هنا غير موفق فيما ذهب إليه، لأن الزواج بغير البالغة أو البالغ تنتفي فيه الأغراض من الزواج التي هي أساسا الإنجاب وتكوين الأسرة لا إشباغ الرغبات الجنسية فقط، وكان بالتالي من الأجدر أنه يحدد الحد الأدنى في حالة منع الترخيص مثل ما هو في بعض التشريعات العربية مثل التشريع السوري الذي حدد الحد الأدنى لسن الزواج بـ 15 سنة للذكر و 13 سنة للأنثى [1].

3- من حيث المعيار الذي تحدد به المصلحة والضرورة:

وفقا لما ذكر أعلاه فإن المشرع الجزائري نص في المادة 7 فقرة 2 على أن القاضي يمنح الترخيص دون أن يقيده بحد أدنى للسن وإنما قيده بأن يراعي المصلحة والضرورة لكنه لم يحدد ما هي هذه المصلحة والضرورة وأي معيار يمكن إعتماده لتحديدهما وترك المجال للقضاء لكي يحدد ما هي هذه المصلحة والضرورة وفقا لسلطته التقديرية وهذا الموقف صائب إلى حد بعيد نظرا لأن مفهوم كل من المصلحة والضرورة يتغير من زمان إلى آخر ومن مكان لآخر وهما مفهومان نسبيان فمثلا ما نصت عليه المادة 326 من قانون العقوبات [2] فهذه الحالة تدخل ضمن المصلحة والضرورة متى رضيت الفتاة الضحية فيما بعد الزواج بالجاني، وهذا على خلاف البعض الذين يذهبون إلى إستبعاد فتطبيق نص المادة 7 فقرة 2 على هذه الحالة مطلقا.

[1] المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، ص 24 .

[2] نص المادة 326 من قانون العقوبات فقرة 2 " وإذا تزوجت القاصرة المخطوفة أو المبعدة من خاطفها فلا تتخذ إجراءات المتابعة الجزائية ضده الأخير إلابناءا على شكوى الأشخاص الذين لهم صفة في طلب إبطال الزواج و لا يجوز الحكم عليه إلا بعد القضاء بإبطاله " .

4- من حيث الإجراءات الواجب إتباعها لمنح الترخيص:

لم يحدد المشرع الجزائري الإجراءات والوثائق المتطلبة لتقديم طلب منح الترخيص بالزواج ولقد جرت التطبيقات العملية على أن يقدم ولي الطرف القاصر الذي يريد الزواج طلب إلى رئيس المحكمة التى يتواجد بها مسكن صاحب الطلب موقعا ومؤرخا ويذكر فيه التبريرات التى دفعته لتقديم طلب الترخيص بالزواج قبل السن القانوني ويرفقه بشهادة ميلاد كل من الطرفين الذين يريدان الزواج مع وصل تسديد الرسوم القضائية، وهناك في بعض الجهات القضائية يطلبون إرفاق الطلب أيضا بشهادة طبية تثبت مقدرة الطرفين على تحمل الأعباء النفسانية والجسمانية للزواج وفي رأيي حسنا ما فعلوا لما تسديه هذه الشهادة من معلومات للقاضي عندما يقدر المصلحة والضرورة لمنح الترخيص.

العرف في أهلية الزوجين للزواج:

لا يوجد في العرف ما يبين أن هناك سنا تتحدد به أهلية الرجل أو المرأة للزواج فبالنسبة للرجل كلما بدا نضجه وكان أهلا للزواج قادرا عليه كان له أن يتزوج سواء بلغ19 سنة أم لا والأمر سيان بالنسبة للمرأة وإن كان زواجها قد يتم في بعض الأحيان قبل هذه السن وقد كانت الأعراف قبل أمد تجري بزواج الفتاة قبل بلوغها 15 سنة حتى أما حاليا وبانتشار الوعي الثقافي والديني ارتفعت سن أهلية الزواج إلى أكثر من ذلك والأمر يختلف من شخص إلى آخر ومن بيئة إلى أخرى.

المطلب الأول : الشروط المتعلقة بحالة تعدد الزوجات

أباح المشرع الجزائري في نص المادة 8 من قانون الأسرة تعدد الزوجات في الحدود التى وضعها الشرع الإسلامي واضعا بذلك شروط منها ما أتفق عليها من طرف جمهور الفقهاء ومنها ما أختلف فيها ولقد رتب على تخلفها آثار معينة، وهذا ما سنتناوله في النقاط التالية:

الفرع الأول: الشروط المتطلبة في حالة تعدد الزوجات

1 – شرط العدد: وفقا لنص المادة 8 من قانون الأسرة فإن المشرع أباح التعدد في الزوجات لكنه لم يتركه بدون قيد و من بين تلك القيود التى وضعها هي أنه جعله في حدود ما أباحته الشريعة الإسلامية، وبالرجوع إلى ما ذهب إليه الفقهاء المسلمين أنهم حددوا العدد الذي لا يمكن

تجاوزه من الزوجات في حالة التعدد بأربع نساء وذلك وفقا للآية الكريمة رقم 3 من سورة النساء التى يقول فيها تعالي " فإن خفتم أن لا تقسطوا في اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى و ثلاث ورباع وإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت إيمانكم " وكذا الحديث النبوي الشريف الذي يؤكد جواز تعدد الزوجات أن قيس بن الحارث قال أسلمت وتحتى ثماني نسوة فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم فقلت له ذلك فقال " إختر منهن أربع ".

2- شرط المبرر الشرعي: إشترط المشرع الجزائري على الشخص الذي يريد أن يتزوج بأكثر من واحدة أن يتوافر لديه المبرر الشرعي الذي دفعه إلى ذلك لكنه لم يوضح ما هو المبرر الشرعي لكن كما قال الأستاذ عبد العزيز سعد نرجع إلى من مناقشات المجلس الشعبي الوطني لما كان بصدد إعداد قانون الأسرة وكذا منشورات وزارة العدل نجد أنه كان يقصد بالمبرر الشرعي مرض الزوجة الذي يعطلها عن القيام بالشؤون المنزلية والعناية بالأولاد، العقم، التوقف عن إنجاب الأطفال [1].

3- شرط نية العدل: لقد جارى المشرع الجزائري في إشتراطه لمن يريد التزوج بأكثر من زوجة واحدة فيه العدل وهو ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية دون أن يحدد ما المقصود بنية العدل بين الزوجات وهذا ما يؤدي بنا إلى الرجوع إلى ما ذهب إليه الفقهاء المسلمين لتحديد المقصود بهذا الشرط والذين نجدهم يحددونه بما يستطاع فيه العدل ألا وهو النفقة، المبيت، حسن المعاشرة أي ما يقصد به العدل الظاهر [2] أما ما لا يدخل تحت قدرة الإنسان ولا يملكه مثل الميل القلبي والمحبة فالزوج غير مكلف به وهذا ما جاء في الآية الكرية رقم 29 من سورة النساء التى يقول فيها تعالى " ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة وأن تصلحوا وتتقوا فإن الله غفور رحيم ".

4- شرط إعلام الزوجة السابقة والزوجة اللاحقة: إشترط المشرع الجزائري على الزوج الذي يود الزواج بأكثر من واحدة أن يعلم كل منهم أو منهن بأنه تزوج بأكثر من واحدة أو أنه متزوج من قبل بالنسبة للزوجة أو الزوجات التى يريد أن يتزوج بهن من دون أن يحدد في نص المادة 8 من قانون الأسرة على كيفية الإعلام ونجد البعض يحملون نص المادة 8 من قانون الأسرة أكثر مما

[1] الاستاذ عبد العزيز سعد – المرجع السابق، ص 150 .

[2] الإمام أبو زهرة ، محاضرات في عقد الزواج وآثاره ، دار الفكر العربي، ص 199

يحتمل بحيث يشترطون أن يعطي الزوج للزوجات اللاحقة معلومات عامة عن وضعيته العائلية وهذا مالا تشترطه المادة 8 [1] .

5- شرط القدرة على الإنفاق:

لم يتطرق المشرع الجزائري إلى هذا الشرط وهذا ما يستدعي بنا الرجوع إلى الشريعة الإسلامية لمعرفة ما يقصد به، وحسب جمهور الفقهاء فإن القدرة على الإنفاق يقصد بها أن يكون قادرا على مؤن الزواج وتكاليفه، والقدرة الدائمة على آداء النفقة الواجبة للأزواج مستدلين في ذلك بالحديث النبوي الشريف " يا معشر الشباب من إستطاع منكم الباءة فليتزوج ....." [2] والباءة في هذا الحديث يقصد به مؤونه النكاح.

الفرع الثاني: العرف في شرط حالة تعدد الزوجات

قبل زمن بعيد لم نكن نسمع بأن للزوجة أن تشترط على زوجها عدم الزواج عليها وبانتشار الوعي الثقافي وتقدم المستوى الاجتماعي أصبحت الكثير من النساء تشترطن ذلك ويتم ذلك حسب أعرافنا بحضور جماعة من جهة المنطقة بحضور أهل الخاطب والمخطوبة والإمام بمجلس واحد دون أن يتم التوثيق.

[1] الأستاذ عبد العزيز سعد ، المرجع السابق، ص 150 .

[2] رواه البخاري ومسلم و أبو داود والترمذي و النسائي وابن ماجة.

خلاصة الفصل

اعتبر المشرع العرف في مواضع دون أخرى غير أنه لم يوفق في بعض من المواضع حين خرج عما تعارف عليه الناس ولعل أبرز مثال عن ذلك إهماله لدور الولي في عقد الزواج وما نتج من إشكاليات عن ذلك.

الفصل الثاني

العــرف في الطلاق و الخلع

تمهيد

يقول الله عز وجل في كتابه الكريم :

ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئا إلا أن يخاف ألا يقيما حدود الله [1] لقد أمر الله سبحانه وتعالى عند تسريح الرجل للمرأة أن يكون بإحسان وهو ما يسمى بالطلاق ، ونهى الزوج لأن يأخذ من المهر شيئا إلا في حالة الخوف من ألا يقيما حدود الله أس القيام بالواجبات الزوجية وحسن المعاشرة والطاعة فإذا ظهرت بوادر الخلاف والشقاق واستحكمت أسباب الكراهية جاز للمرأة أن تفتدي نفسها وجاز للرجل أن يأخذ المال.

وطلاق المرأة على هذا الوجه هو المعروف بالخلع ، و فيما يلي نورد أهم ما ورد بالموضوع من خلال المباحث التالية :

المبحث الأول : العرف في الطلاق

المبحث الثاني : العرف في الخلع

[1] سورة البقرة، الآية 229 .

المبحث الأول : العرف في الطلاق

نتطرق إلى تعريف الطلاق و حكمه في المطلب الأول ، ثم إلى ألفاظ الطلاق و الحلف به في المطلب الثاني .

المطلب الأول : تعريف الطلاق و حكمه

الطلاق يمكن أن نعرفه لغة وإصطلاحا (الفرع الأول)، ثم حكمه (الفرع الثاني)، و اخيرا العرف في الطلاق (ا لفرع الثالث).

الفرع الأول: تعريف الطلاق

أولا : التعريف اللغوي

"ط لّق –طلاق اً –ت الم أ رة من زوجها :بانت عن زوجها وتركته فهي طال ق ج ط لّقُ وطالقة ج طوالق و–ت الناقة :انحلت من عقالها :طلقت، طلقا :تباعد، طلق قومه : تركهم وفارقهم والم أ رة زوجها :خلاها عن قيد الزواج، أطلق المرأة طلقها والمواشي سرحها والأسير خلا سبيله ." [1]

"طلَّق تطليقا الرجل امرأته ، خلا ها على قيد الزواج –وقومه :تركهم وفارقهم وال شعر هجره، تخلى عنه " [2]

"طلق الرجل امرأته تطليقا فهو مطلق، فإن كثر تطليقه للنساء قيل مِطْليق و مِطلاق والأصل الطلاق وطلقت هي التي تطلق من باب قتل وفي لغة باب قرب فهي طالق بغيرها، وقال الفارابي نعجة طالق بغيرها، إذا كانت مُخلاة وترعى وحدها فالتركيب يدل على الحل والانحلال، يقال أطلقت الأسير إذا حللت إساره وخليت عنه فانطلق أي ذهب في سبيله و اطلقت الناقة من عقالها وناقة طلق بضمتين بلا قيد وناقة طالق أيضا مرسلة ترعى حيث شاءت ." [3]

ثانيا: تعريف الطلاق شرعا

عرفه الحنفية" :إزالة النكاح الذي هو قيد معنى " [4]

---

[1] المنجد في اللغة والاعلام للأب مألوف المسوعي ، ط 21 ، دار المشرق، بيروت، 1973 ، ص470

[2] المعجم العربي الحديث لاروس للدكتور خليل ال جر، مكتبة لاروس، كندا، 1973 ، ص18

[3] المصباح المنير لأحمد بن محمد بن علي الفى ومي المقري، دار الحديث، القاهرة، مصر، ص224

[4] بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني الحنفي، تحقيق الشيخ علي محمد معوض والشيخ عادل أحمد عبد الموجود، الجزء ال ا ربع، كتاب الإيمان، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية ،بيروت، 1997 ، ص182.

-عرفه المالكية" :حل العصمة المنعقدة بين الزوجين بطريق مخصوص " [1]

-عرفه الشافعية" :حل عقد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه " [2]

-عرفه الحنابلة" :حل قيد النكاح او بعضه " [3]

بعد التطرق إلى تعريف الطلاق عند كل مذهب يمكن لنا الخروج بتعريف شامل لطلاق في الفقه الإسلامي وهو" :رفع قيد النكاح في الحال والاستقبال بعبارة وألفاظ تفيد الطلاق صراحة أو معنى ." [4]

ثالثا : تعريف الطلاق قانونا

لم يتعرض المشرع الجزائري لتعريف الطلاق واكتفى فقط بذكر الطلاق كصورة من صور يحل عقد / فك الرابطة الزوجية وذلك من خلال استقراء نص المادة 48 من ق أ الامر05 الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزواج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين53 – 54من هذا القانون ." [5]

ومنه نلاحظ أن المشرع قد عزف عن تبني تعريف قانوني للطلاق واكتفى ببيان طرق انحلال الرابطة الزوجية ولم يتطرق حقيقة إلى تعريفه وبيان أركانه وضوابطه وفي ذلك محاولة منه لتملص من أي التزام يقع عليه لتبنيه إحدى التعاريف الفقهية.

وبهذا فإن ق أ لم يتوسع في الأمور المتعلقة بالطلاق، كما توسع علماء الفقه ذلك أن المادة 48 من قانون الأسرة أجملت ما جاء مفصلا [6]

---

[1] دليل السالك لمذهب الإمام مالك في جميع العبادات والمعاملات و الميراث للشيخ محمد محمد سعد، دار الندوة،2001 ص 81

[2] العزيز في شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير للإمام أبي القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافعي القزويني الشافعي، تحقيق الشيخ محمد معوض ، الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، الجزء الثامن –تتمة النكاح، الصداق، القسم، النذور، الخلع، الطلاق، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997 ، ص 479

[3] كشاف القناع في متن الاقناع لشيخ منصور بن يونس بن إدريس البهوني، تحقيق محمد أمين الضناوي، الجزء الرابع، الطبعة الأولى، عالم الكتب، بيروت، 1997 ، ص205

[4] حقوق المرأة في الشريعة والقانون لمولاي ملياني بغدادي، قصر الكتب، الجزائر، 1997 ، ص19

[5] الأمر رقم 05- 02 المؤرخ في 27 فبراير 2995 يعدل و يتمم القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 جوان 1984 المتضمن قانون الاسرة الجريدة الرسمية عدد 15 بتاريخ 27 فبراير 2005 .

[6] العربي بختي، أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي–دراسة مقارنة في قانون الأسرة الجزائري –الطبعة الأولى، كنوز الحكمة، الجزائر ، 2013 ، ص 10.

العرف على لفظ الطلاق

الطـلاق و الإطـلاق فـي اللغـة بمعنـى واحـد، غيـر أن العـرف قصـر الإطـلاق علـى رفـع القيـد الحسـي،و قصـر الطـلاق و مـا اشـتق منـه علـى رفـع القيـد المعنـوي، ففـي العـرف تقـول : أطلقـت الأسير و لا تقول طلقته، و تقول طلقت امرأتي و لا تقول : أطلقتها, و لهذا كان الإطلاق و ما اشتق منه من الكنايات عن الطلاق لا من الصريح بحكم العرف . [1]

الفرع الثاني :حكمه ودليل مشروعيته

أولا – حكمه:

قبل أن نتطرق إلى الأحكام الخمسة التي تعتري الطلاق نتكلم أولا عن اختلاف الفقهاء في الحكم الأصلي للطلاق أهو الحظر أو الإباحة مستمدين الحجج و البراهين من القرآن والسنة.

فالذين يقولون بأن الأصل في الطلاق الإباحة استندوا لقوله تعالى: فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ [2]

وقوله : لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً [3]

فالآيات هنا تفيد إباحة الطلاق ولا جناح على الزوج الذي بيده العصمة في إيقاع الطلاق و الادلة من السنة أن الرسول صلى الله عليه وسلم ط لَّق زوجته حتى نزل الوحي يقول له ا رجعها فإنها صوامة قوامة والنبي لا يفعل المحظور.

أما الذين يقولون أن الأصل في الطلاق الحظر فاستندوا إلى قوله تعالى : فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا [4]

وهذه الآية تفيد أن الطلاق بدون حاجة بغي وظلم وهذا ممنوع ومحظور في الإسلام، ومن السنة قوله صلى الله عليه وسلم" :أبغَضُ الحلال إلى الله الطلاق " [5]

---

[1] البحر الرائق ، ابن نجيم ، ج 3، ص 252.

[2] سورة الطلاق ، الآية 1

[3] سورة البقرة ، الآية 236.

[4] سورة النساء ، الآية 34,

[5] سنن أبي داوود للإمام الحافظ أبي داوود سليمان بن أشعث الأزدي السجستاني، تحقيق :شعيب الأرنؤوط ومحمد كامل قره

و منه فإن الأصل في الطلاق الحظر وأن إباحته مقيدة بالحاجة وبعد محاولة الإصلاح أولا [1]

وبالتالي بالتعبير بأنه حلال مبغوض إلى الله يشعر بأنه رخصة شرعت للضرورة حين تسوء العشرة و تستحكم النفرة بين الزوجين ويتعذر عليهما أن يقيما حدود الله وحقوق الزوجية وقد قيل إن لم يكن وفاق ففراق [2]

و الذي نرجحه من الأقوال السابقة أن الأصل في الطلاق الحظر ولأنه لا يباح إلا لحاجته وأياً ما كان الأمر في اختلاف الفقهاء حول الحظر والإباحة في الحكم الأصلي للطلاق فإنهم يتفقون على أن الطلاق تعتريه الأحكام الخمسة وهي:

1-الوجوب :ويستمد مدلوله من تعبيره، فهو فك الرابطة الزوجية التي لا مناص ولا سبيل من غيرها، إذا كان هناك سبب قوي يستدعيه فإذا عجز الحكمان عن الإصلاح كان الطلاق واجبا كحالة العجز الجنسي الكلي فالأولى أن يحدث الطلاق لعدم تحقيق هدف التحصين[3]

2-الندب :ويكون كذلك إذا عجز الزوج عن القيام بحقوق زوجته أو عدم الميل اليها كلية أو كانت سيئة السلوك وبذيئة اللسان أو عند تفريطها في حق من حقوق الله [4]

3-الحرمة :كما هو الحال في الطلاق البدعي إذا كان في الحيض أو في طهر مسها فيه

الذي يترتب عليه تطويل أجل العدة.

واتفق الفقهاء على أن هذا الطلاق يقع حراما وأن فاعله آثم ،و ذلك لما ورد عن نافع عن عبد الله بن عمر رضي الله عنه أنه طلق زوجته وهي حائض على عهد الرسول صلى الله عليه وسلم، فسأل عمر بن الخطاب الرسول صلى الله عليه وسلم عن ذلك، فقال صلى الله عليه وسلم ": مره

بللي وشادي محسن الشياب، ج3 ، كتاب الطلاق، باب كراهية الطلاق، دار الرسالة العالمية، دمشق، 2009 ، ص505

[1]محمد كمال إمام، الطلاق عند المسلمين –د ا رسة فقهية وقانونية، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1997 ، ص .ص15 ،14

[2]الحلال و الحرام في الإسلام ليوسف القرضاوي، دار المعرفة، الدار البيضاء، 1985 ، ص200

[3]باديس ديابي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر،2012 ص14

[4]ناجي بلقاسم علالي، الطلاق في المجتمع الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2013 ، ص62

فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر، ثم تحيض ثم تطهر، ثم إن شاء أمسك بعد ذلك وإن شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء " [1]

4-الكراهة :لأن ابغض الحلال إلى الله الطلاق، فيترجح تركه على فعله هذا إذا كان الطلاق بدون مبرر ولا سبب جدي يستدعي ذلك ولا حاجة تدعو إليه . [2]

5-الإباحة :يكون مباح لحاجة لأن الطلاق ش رِع لتيسير الخلاص من الحياة الزوجية إذا أصبحت منار للفتن ومحلا للأحقاد وذلك من رحمة الله ولطفه بنا، فيكون عند الحاجة إليه لسوء خلق المرأة وسوء عشرتها والتضرر بها من غير حصول الغرض منها . [3]

ثانيا – أدلة مشروعيته:

لا خلاف بين الفقهاء في مشروعية الطلاق بالكتاب والسنة والاجماع وكذا العقل.

من القرآن الكريم :قوله تعالى : الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ ۖ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ [4]

هذه الآية فيها بيان لعدد الطلقات وتقديره ثلاث طلقات، ويجوز الرجعة في اثنتين ولا تجوز في الثالثة لقوله تعالى : فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ [5]

و قوله أيضا : يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ [6]

وفي هذا التوجيه الإلهي دعوة لرجال أن يتمهلوا فلا يتسرعوا في فصل عري الزوجية فإن الطلاق أبغض الحلال إلى الله و لولا الضرورة القسرية لما أبيح الطلاق لأنه هدم للأسرة، وأن طلقها يحق

---

[1] فتح الباري شرح صحيح البخاري لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني، ج9 ، كتاب الطلاق، باب العدة، دار المعرفة للطباعة والنشر، لبنان، ص345

[2] محمد كمال إمام، المرجع السابق، ص34

[3] أبغض الحلال لنور الدين عتر، ط4 ، مؤسسة الرسالة، سوريا، 1985 ، ص44

[4] سورة البقرة، الآية 229

[5] سورة البقرة، الآية 230

[6] سورة الطلاق، الآية1

للمطلقة بل وواجبها البقاء في بيتها .وهو بيت مطلقها فترة العدة لا تخرج إلا أن تأتي بفاحشة مبينة [1]

وقوله جلّ وعلا : لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً [2]

ودلالة الآية أن لا إثم عليكم أيها الرجال إن طلقتم النساء قبل المسيس الجماع وقبل أن تفرضوا لهن مهرا، فالطلاق في هذه الحالة غير محضور، إذا كان لمصلحة أو ضرورة . [3]

2-من السنة :ثبت أن الرسول طلق حفصة ثم راجعها وأن ابن عمر طلق زوجته وهي

حائض فسأل عمر في ذلك فقال لعمر " :مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء أمسك وٍ ان شاء طلق قبل أن يمس، فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء " [4]، وقال النبي صلى الله عليه وسلم ": ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة " [5]، وقال النبي صلى الله عليه وسلم ":إنما الطلاق لمن أخذ بالساق " [6]

3-من الاجماع :أجمع فقهاء الاسلام على مشروعية الطلاق من لدن عهد رسول الله صلى

الله عليه وسلم، و أنه يجوز للرجل أن يطلق زوجته ولم ينكر أحد هذا فكان إجماعا [7]

4-من العقل :لأن العشرة بالمعروف قد لا تدوم بين الزوجين وأن الغاية التي من أجلها شرع الزواج قد تنتفي منه من حيث السكن والمودة، فكان الأولى بهما أن يتفرقا.

ثالثا : عدد الطلقات

---

[1] في ظلال القرآن لسيد قطب، م6 ، ط 10 ، دار الشروق، بيروت، 1982 ، ص3593

[2] سورة البقرة، الآية 236

[3] صفوة التفاسير للشيخ محمد علي الصابوني، ج1 ، المكتبة العصرية، بيروت، 2010 ، ص128

[4] موطأ للإمام أبو عبد الله مالك بن أنس، إعداد أحمد راتب عرموس، ط4 ، دار النفائس، بيروت، 1980 ، ص194

[5] سنن ابن ماجة للحافظ ابي عبد الله بن محمد بن يزيد القزويني، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، ج1 ، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، ص658

[6] سنن الدار قطني للإمام الكبير علي بن عمر الدار قطني، تعليق ابي الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادي، ط1 ، دار ابن حزم، بيروت 2011 ، ص885

[7] إسماعيل أبا بكر علي الباموني، أحكام الأسرة – الزواج والطلاق بين الحنفية والشافعية، دراسة مقارنة بالقانون، ط1 ، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2008 ، ص230

يملك الرجل على زوجته طلقة وطلقتان وثلاث ويجوز مراجعتها بعد الأولى والثانية، لقوله تعالى ": الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ " [1]، إن نوى بكلامه عدد معين أو صرح بعدد قرنه بالطلاق وقع ما نواه أو صرح به من العدد فيقع ثلاثا إذا تكرر منه أو قيد بلفظ الثلاث سواء طلق المرأة واحدة بعد واحدة أم جمع الثلاثة في كلمة واحدة فإن قال لها انت طالق ثلاثا وقع ثلاث دخل بها أم لا.

وإذا قال لها أنت طالق أنت طالق أنت طالق يقع ثلاثا إلا إذا لم يتخلل فصل بين الجملتين وقصد به تأكيد الطلقة السابقة فيقع طلاقا واحدا.

ويرى المالكية صحة الاستثناء في الطلاق بأحد أدوات الاستثناء إلا، سوى ...ولو لفظ بها سرا، مثل قوله أنت طالق ثلاث إلا واحدة فيلزمه اثنان بشرط اتصال المستثنى بالمستثنى منه ولا يضر العطاس أو السعال أما الفاصل الاختياري لا يصح وأن يقصد بالاستثناء الإخراج "إلا واحدة أو إلا اثنان" وأن لا يستغرق المستثنى منه المستثنى لقوله" أنت طالق ثلاث إلا ثلاث فلزمه الثلاث " [2]

موقف قانون الأسرة الجزائري من عدد الطلقات:

لم يورد المشرع أي نص في هذا الشأن غير أنه اعتبر في م 51 ق أ05 -02[3] الطلاق البات الذي يُحرم الزوجة على زوجها بتاتا هو ما كان بعد ثلاث طلقات متتالية متفرقات، تعتد المرأة بعد إيقاع كل طلقة بعدة الطلاق وهذا أمر يتماشى مع حكمة التشريع الإسلامي [4]، مع أن أن الطلاق لا يقع من الناحية القانونية إلا بحكم قضائي.

العرف على حكم طلاق الثلاث بلفظ واحد:

ورد نص شرعي في حكم طلاق الثلاث بلفظ واحد ، و هو في حديث ابن عباس الذي رواه مسلم، و يشترط لمسائل السياسة الشرعية و التي من بينها العرف أن لا يرد بخصوصها نص من

[1] سورة البقرة، الآية229

[2] عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق ، ص، ص26,25

[3] المادة 51 ق أ " لا يمكن ان يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية الا بعد ان تتزوج غيره و تطلق منه او يموت عنها بعد البناء."

[4] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية. الطبعة الرابعة، الجزائر 2005، ص252

كتاب أو سنة أو اجماع، أو يرد بخصوصها نص معلل ، و هنا ورد النص الخاص المعلل من السنة .

فعمر بن الخطاب رضي الله عنه ، و الصحابة في زمانه ، رأو أن النص الوارد في هذه المسألة من إيقاع الثلاث واحدة في زمن الرسول صلى الله عليه وسلم هو نص معلل ، و الله جعل الطلاق مرات ثلاث ، و أراد إيقاعه مرة بعد مرة ، لحكمة بالغة حتى لا يتسرع المسلمون في أمر يعود عليهم بالضرر .

و تبعا لأعراف الناس بما يحقق المصلحة و يدرا المفسدة ، رأى واضعو القانون بأن الملائم للناص في زماننا هذا الحكم و هو ايقاع الثلاث واحدة ، تبعا لتغير ظروف المجتمع و عرفه في ملدلولات الألفاظ ، وفق مقاصد الشريعة التي وضعت لصالح العباد [1]

المطلب الثاني : ألفاظ الطلاق ، و الحلف به

الفرع الأول : الفاظ الطلاق

اتفق الفقهاء على أن الزواج ينتهي بالطلاق بالعربية أو بغيرها سواء لفظا أو كتابة أو إشارة وسواء كان اللفظ صريح أو كناية.

1-اللفظ الصريح :هو اللفظ الذي ظهر المراد منه، وغلب استعماله عرفا في الطلاق كالألفاظ المشتقة من الطلاق مثل :انت طالق، طلقتك، انت مطلقة.

2-**اللفظ الكناية** :وهو كل لفظ يحتمل الطلاق وغيره ولم يتعارفه الناس بإرادة الطلاق كقول

الرجل لزوجته الحقي باهلك واخرجي واذهبي، انت بائن، انت بتة، استبرئي رحمك، امرك بيدك.

وعند المالكية الكناية نوعان ظاهرة وخفية والكناية الظاهرة لها حكم الصريح كلفظ التسريح و الفراق أو قوله انت بائن وبتة أما الخفية كقوله اعتدي فيقع بها طلقة واحدة إلا إذا نوى أكثر من ذلك [2]

[1] تطبيقات السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية ، عبد الفتاح عمرو، رسالة دكتوراه ، الأردن، 1994، ص 150

[2] عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق – في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له ، ط 1، دار الخلدونية ، الجزائر ، 2007، ص218

واتفق الفقهاء على وقوع الطلاق بالكتابة وبإرسال رسول وحكمه حكم الطلاق الصريح كما يقع الطلاق بالإشارة المفهمة بيد أو رأس عند الضرورة كالأخرس، ولا يصح الطلاق بالإشارة للقادر على الكلام والكتابة، وعند المالكية إشارة القادر على الكلام كالكناية تحتاج إلى النية[1]

موقف القانون الجزائري من ألفاظ الطلاق

يقع الطلاق بالأسلوب الذي ينعقد به الزواج أي بالألفاظ الصريحة، كما يقع بالكتابة وبما أن الطلاق هو تعبير عن الإرادة وفق م 48 ق أ05 – 02 الذي يكون باللفظ – المفهمة، و بالكتابة أو الإشارة المتداولة عرفا، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه حسب م 60 من ق أ05 –02 ، وقد ذهبت م ع في قرارها المؤرخ في 14–05–1984 بأنه " من المقرر شرعا أن الطلاق هو حل عقد الزواج، ويتم بإرادة الزوج الذي يملك وحده فك عصمة النكاح ولا ينوب عنه في ذلك إلا من فوض لهم أمره، ولا يتم ذلك إلا بصيغة صريحة وواضحة "[2]

العرف في الطلاق الكنائي:

وضع فقهاء كل مذهب عددا من الألفاظ التي تدل على الطلاق الكنائي، فالمذهب الحنفي [3] عدد ألفاظ الكنايات ضربان : ضرب يقع به طلقة رجعية واحدة مثل : اعتدي و استبرئي رحمك ... و ضرب يقع به طلقة بائنة مثل بتة .. و أما المذهب المالكي [4] فقد ذهب إلى أن كنايات الطلاق تنقسم إلى قسمين : كنايات ظاهرة، مثل : بتة .. و هذه يقع بها الثلاث و إن نوى بها واحدة إلا أن تكون غير مدخول بها ، و كنايات خفية، مثل انصرفي، اذهبي و ما شابه ذلك فيقبل منه ما يدعيه من إرادة الطلاق أو غيره أو الثلاث فدونها، و أما الشافعية [5] : فالألفاظ الكناية عددهم

---

[1] عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص222

[2] بلحاج العربي ،المرجع السابق ،ص 251

[3] المبسوط ، شمس الدين أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي ، دار الفكر، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى ، 2000، دراسة و تحقيق خليل محي الدين الميس ، ج 6، ص 61.

[4] التلقين في الفقه المالكي ، أبو محمد عبد الوهاب بن علي ابن نصر الثعلبي البغدادي المالكي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى ، 2004، تحقيق : أبو أويس محمد بو خبزة الحسني التطواني ، ج 1، ص 128.

[5] روضة الطالبين و عمدة المفتين ، أبو زكريا محمد الدين يحي بن شرف النووي المكتب الإسلامي ، بيروت ، 1405هـ ، ج 8، ص 26.

كثيرة، مثل : أنت برية و بتة و بائن و اعتدي و استبرئي رحمك و الحقي بأهلك و حبلك على غاربك، و اما المذهب الحنبلي [1] فقسم الكنايات إلى ثلاثة أقسام : كنايات ظاهرة مثل : برية ... و كنايات خفية مثل : اخرجي و اذهبي... و كنايات مختلف فيها مثل : الحقي أهلك و حبلك غاربك .

يتضح أن هذه الألفاظ التي وضعها الفقهاء ألفاظ عرفية كانت مستعملة في زمانهم، و ما يقع بهذه الألفاظ من طلاق رجعي أو بائن هو على حسب عرفهم في إيقاعها .

فالحكم الشرعي في إيقاع الطلاق الكنائي يدور مع تغير العرف في كل زمان و مكان، و لذلك قرر في المذهب الحنفي : أن الطلاق الكنائي إذا اشتهر في عرف جماعة بمعنى البائن، يقع بائنا، و إذا تغير عرف الناس و أصبحوا لا يقصدون به إلا الرجعي، يجب أن يقع اللفظ نفسه رجعيا، واللفظ لم يتغير ، و إنما تغير عرف الناس و استعمالهم لهذا اللفظ [2]

الفرع الثاني : الحلف بالطلاق

تتنوع صيغة الطلاق إلى ثلاثة أنواع :صيغة منجزة ومعلقة وصيغة مضافة، وهنا نتكلم عن أحدها و هي الصيغة المعلقة ، و المعروف عنها أنها ما ترتب وقوعه عل حصول أمر في المستقبل بأداة من أدوات الشرط كإن إذا دخلت دار فلان فأنت طالق، ويشترط لصحة التعليق ما يلي:

أ –أن يكون حال قيام العلاقة الزوجية،

ب – أن يكون الشرط المعلق عليه معدوما في الحال الذي قد يحصل في المستقبل أولا [3]

موقف قانون أ .ج من أنواع صيغة الطلاق:

---

[1] المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي أبو محمد ، دار الفكر ، بيروت، الطبعة الأولى ، 1405هـ ، ج 8، ص 275.

[2] رد المحتار على دار المختار شرح تنوير الأبصار، ابن عابدين محمد علاء الدين أفندي ، دار الفكر ، بيروت، 2000، ج 3، ص 299، تطبيقات السياسة الشرعية، عبد الفتاح عمرو ، ص 164.

[3] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص254

لم يتعرض المشرع لأنواع صيغة الطلاق واليمين بالطلاق تاركا هذه الأمور لمبادئ الفقه

غير أن سكوت المشرع لا يعني توقف سير العدالة وعلى – الإسلامي م 222 ق أ05 – 02

القاضي ضرورة الاجتهاد والبحث والعمل بما أخذت به القوانين العربية المعاصرة بأن الحلف

باليمين و الحرام لا يقع به طلاقا وأن الطلاق المعلق على فعل شيء أو تركه ،وما في معناه هو طلاق لاغ [1]

العرف في الحلف بلفظ (علي الحرام) :

جاء في المذهب المالكي : التفريق بين علي حرام، و عليى الحرام، فقالوا : إن علي الحرام استعمل في العرف في حل العصمة ، بخلاف علي حران ، فمن قاس علي الحرام على لفظ علي حرام فقد أخطأ في الفياس لوجود الفارق و خالف النصوص عليه عند الفقهاء [2]

و حكم من تلفظ بعلي الحرام عندهم إذا حنث أن تلزمه الثلاث في المدخول بها، و ينوى في غيرها، لأن العرف استعمل هذا اللفظ لحل العصمة [3]

[1] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 256.

[2] رد المحتار، ابن عابدين، ج 3، ص 299.

[3] شرح مختصر خليل للخرشي، محمد بن عبد الله الخرشي ، ج 4، ص 48، دار الفكر .

المبحث الثاني : العرف في الخلع

نتطرق إلى تعريف الخلع في المطلب الأول، و الأساس القانوني للخلع ، و العرفي في المطلب الثاني .

المطلب الأول : تعريف الخلع

قال تعالى : وإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به تلك حدود الله فلا تعتدوها ومن يعتدي حدود الله فأولئك هم الظالمون [1]

انطلاقا من ذلك عرفت كلمة الخلع عدة ألفاظ لدى الفقهاء سنبينها كل على حدى في الفروع التالية تعريف الخلع من الناحية الشرعية(فرع أول) ، وتعريفه من الناحية الفقهية (فرع ثاني)، ثم من الناحية القانونية (فرع ثالث) .

الفرع الأول: تعريف الخلع شرعا

أولا: تعريف الخلع لغة

الخلع في اللغة بفتح الخاء معناه النزع والإزالة ويقال خلع فلان ثوبه [2]

ويقال خلع الرجل ثوبه خلعا أزاله عن بدنه ونزعه عنه ويقال: خلعت النعل خلعا ونزعه ويقال: خلع الرجل إمرأته وخالعت المرأة زوجها مخالعة إذا افتدت منه [3]

أما الخلع بضم يستعمل في الأمرين (الحسية والمعنوية) غير أنه يستعمل حقيقة في إزالة الزوجية وهذا وقد قال الفقهاء أن العرف خص إستعمال الخلع بالفتح في إزالة غير الزوجية (الأمور الحسية) والخلع بالضم بإزالة الزوجية (الأمور المعنوية) [4]

ثانيا: تعريف الخلع إصطلاحا

---

[1] الآية 229 سورة البقرة.

[2] بلحاج العربي، نفس المرجع السابق، صفحة 261.

[3] عبد الرحمان الجزيري. كتاب الفقه عن المذاهب الأربعة، دار الكتب العلمية، لبنان. صفحة 386

[4] محمد مصطفى شلبي. أحكام الأسرة في الإسلام، الطبعة الرابعة. الدار الجامعية لبنان.1983 . صفحة 551، 552

والخلع في الشرع هو إزالة ملك النكاح [1] بأخذ المال [2] ويعرف كذلك بأنه (فراق الرجل زوجته ببدل [3] يحصل له [4] ومعنى ذلك أن الرجل يقبل أن تخلعه زوجته مقابل عوض من المال يحصل عليه.

ثالثا : ألفاظ الخلع

ويرى الفقهاء أن الخلع لابد أن يكون بلفظ الخلع في معناه [5] وألفاظ الخلع عند الحنفية سبعة وهي: خالعتك، باينتك، بارأتك، فارقتك، طلقي نفسك على ألف، والبيع كبعت نفسك، الشراء كإشترى نفسك.

وأربعة عند المالكية وهي: الخلع، الفدية، الصلح، المبارأة.

وأما عند الشافعية والحنابلة: تنقسم إلى صريح وكناية فالصريحة المتفق عليها عندهما لفظان: لفظ خلع وما يشتق منه لأنه ثبت له العرف [6]

وفيما يلي سنعرف ألفاظ الخلع كل لفظ على حدى:

-**الصلح** [7] :هو بذل المرأة العوض على طلاقها والفرق بينه وبين الخلع هوأن هذا الأخير يطلق غالبا على حالة بذلها له جميع ما أعطاها، أما الصلح فعلى حالة بذلها بعض ما أعطاها.

- **الفدية** [8]: الفدية والخلع معناهما واحد وهو بذل المرأة العوض على طلاقها ولفظ المفادلة من الألفاظ الصريحة في الخلع عند الشافعية والحنابلة.

-**الفسخ** [9]: ذكر الأسيوطي وابن نجيم أن الفسخ هو حل العقد والفسخ قلب كل واحد من

---

[1] ملك النكاح: العصمة

[2] من الأنترنيت. موقع الشيخ محمد بن عبد الغفار الشريف (الكويت). رقم الفتوى 282 .www.adrals herif.net

[3] البدل: إتخذ عوضا منه، أبدل الشئ منه إتخذه منه بدلا أي عوضا أو خلفا. البدل جمع أبدال وبدلاء: العوض والخلف.

[4] السيد سابق. فقه السنة. المجلد الثاني. دار الفتح. مصر 2000 . صفحة 191.

[5] السيد سابق. نفس المرجع . صفحة 192.

[6] من الأنترنيت. الموسوعة الشاملة الكويتية

[7] الصلح: صلح صلاحا و صلوحا وصلاحية، ضد فسد. زال عنه الفساد. صلحت حال فلان أي زال عنها الفساد ويقال من المجاز "هذا يصلح لك صلاحا" أي يوافقه

[8] يقال فدت المرأة نفسها من زوجها، أي أعطته مالا حتى تخلصت منه بالطلاق وفدى تفدية فلان بنفسه

[9] الفسخ : افساخ الرأي والنقض والتفريق ة انفسخ العزم والبيع و النكاح أي انفسخ العزم في النكاح.

العوضين إلى صاحبه وصلة الفسخ قلب كل واحد من العوضين إلى صاحبه وصلة الفسخ بالخلع هي أن الخلع فسخ على قول.

– **المبارأة :** في الإصطلاح اسم من أسماء الخلع والمعنى واحد وهو بذل المرأة العوض في مقابل طلاقها ولكن هذا اللفظ يخص إذا أسقطت المرأة حقا من الحقوق التي تجب لها في مقابل الخلع ومن أمثلة هذه الحقوق إسقاط الحضانة في مقابل منحها الخلع.

– **الطـلاق** [1]: الطـلاق هو من ألفاظ الخلع عند الشافعية والحنابلة والطلاق يعني فك الرابطة الزوجية بإرادة منفردة من الزوج وصلته بالخلع هي أن الفقهاء إختلفوا كون الخلع طلاق بائن أو رجعي [2]

الفرع الثاني: تعريف الخلع فقها

في إصطلاح الفقهاء الخلع هو اتفاق الرجل والمرأة على الطلاق مقابل مال تدفعه الزوجة لزوجها. ولا فرق في أن يكون الإيجاب من قبل الزوج أو من قبل الزوجة، غير أن الفرقة لا تقع إلا بعد القبول [3] لأن الخلع عقد اتفاقي وثنائي الأطراف [4] وهو عقد على طلاق بعوض ولا يستحق العوض العوض بدون قبول [5]

وفيما يلي سنبين تعريف الخلع عند أكبر المذاهب الفقهية.

أولا: تعريفه عند الحنفية

الخلع هو إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبول المرأة بلفظ الخلع أو ما في معناه :

- الأمر الأول: إذا خالعها في العدة بعد إبانتها فأن الخلع لا يصح وذلك لأن ملك النكاح قد زال بإبانته فلو خالعها بمال ثم خالعها في العدة بمال آخر فإن الخلع الثاني لا يصح.

[1] الطلاق: قال عثمان وزيد الطلاق بالرجال والعدة بالنساء هذا متعلق بهؤلاء، الرجل يطلق والمرأة تعتد

[2] موقع رسالة الإسلام www. Islammessage.com

[3] بلحاج العربي. نفس المرجع سابق. صفحة 262.

[4] عبد الغفار سعد. الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري. دار البعث للطباعة والنشر. الجزائر 1989. صفحة 248.

[5] بلحاج العربي. المرجع نفسه ،. الصفحة نفسها

- الأمر الثاني: المرتدة إذا خالعها زوجها وهي مرتدة فإن الخلع لا يصح لأن الردة أزالت ملك النكاح، والخلع هو إزالة ملك النكاح فلم يتحقق معناه فإذا خالعته على مهرها لم يسقط المهر ويبقى له العصمة.
- الأمر الثالث: فإذا نكح إمرأة نكاحا فاسدا ووطئها فأن المهر يتقرر لها بالوطء فإذا خالعته على مهرها فأن الخلع لا يصح ولكن في هذه المسألة خلاف فبعضهم يقول أن مهرها يسقط بالخلع فلا حق لها فيه بعد ذلك، والبعض الآخر يقول أن المهر لا يسقط لأن الزواج فاسد وبالتالي الخلع فاسد.

ثانيا: تعريفه عند المالكية

الخلع شرعا هو الطلاق بعوض وقد شمل الطلاق عندهم التصريح والكناية الظاهرة أو أي لفظ آخر إذا كان بنية الطلاق فإذا قالت له زوجته: طلقني على مهري أو على مئة ألف دينار مثلا فقال: طلقتك على مئة دينار لزمه طلاق بائن [1] ولزمها العوض. وكذا إذا أجابها بكناية ظاهرة فإنه يقع الطلاق البائن، وكذا إذا أجابها بأي لفظ ناويا به طلاقها فأنه يلزمه طلاق بائن وبالتالي فالخلع عند المالكية يشمل فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع بعوض أو من غبر عوض.

وهذا فقد عرفه بعضهم بأنه عقد معاوضة على البضع [2] تملك الزوجة به نفسها ويملك به الزوج العوض [3] وبتعبير قانوني هو عقد معاوضة بين الطرفين أي الزوج والزوجة تستطيع عن طريقه الزوجة التخلص من الرابطة الزوجية وتأخذ حريتها وفي المقابل الزوج يأخذ العوض أي مقابل الخلع.

الفرع الثالث: تعريف الخلع قانونا

أولا : تعريفه لدى المشرع الجزائري

[1] بائن : بانت المرأة عن الرجل وهي بائن انفصلت عنه بالطلاق

[2] البضع: يقال فلان بضع فلانة إذا ملك عقدة نكاحها و هو كناية عن الموضع و يقال إبتضع فلان و البضع هنا هو فك الرابطة الزوجية و الذي تملك به الزوجة نفسها بعقد معاوضة

[3] عبد الرحمان الجزيري. مرجع سابق. صفحة 391، 392

ورد لفظ الخلع في المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري ولكن المشرع لم يبين في نص المادة تعريف الخلع حتى يمكن القاضي أن يسير في الدعوى.

على هدى تعريفه للمقصود بالخلع زمن ثم فإن الخلع مسكوت على تعريفه في القانون الجزائري ولذلك على قاضي الدعوى أن يرجع إلى المذهب الواجب التطبيق الذي هو مذهب

الإمام مالك الذي عرف الخلع على أنه فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع بعوض* أومن غير عوض. وبتعبير آخر الخلع هو عقد معاوضة بين الطرفين فالزوجة تتخلص من الرابطة الزوجية وتأخذ حريتها وفي الجهة المقابلة الزوج يأخذ العوض. ونفس الأمر بالنسبة للقانون المصري فهو قد أورد في المادة 20 من القانون الصادر بالقانون رقم 2000/1 أربع مرات ولم يبين النص تعريفا للخلع ولذلك كان على القاضي أن يرجع إلى المذهب المعتمد حسب المادة الثالثة من قانون الإصدار رقم 2000/1 التي تنص على أن تصدر الأحكام طبقا لقوانين الأحوال الشخصية والوقف المعمول بها، ويعمل فيها فيما لم يرد بشأنه نص في تلك القوانين بأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبي حنيفة [1].

ويمكن تعريف الخلع بصياغة قانونية على أنه دعوى ترفعها الزوجة ضد زوجها إذا بغضت الحياة معه ولم يكن هناك أمل في استمرار الحياة بينهما وخشيت الزوجة ألا تقيم حدود الله وفي هذه الحالة تفتدي الزوجة نفسها بارجاع المهر للزوج والتنازل على كافة حقوقها الشرعية [2].

المطلب الثاني: الأساس القانوني للخلع ، و العرفي

الفرع الأول: الأساس القانوني للخلع في قانون الأسرة الجزائري

يتمثل الأساس القانوني للخلع في التشريع الجزائري في مادة واحدة فقط نص عليها في قانون الأسرة المعدل و المتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 15 فيفري 2005. يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي.

[1] احمد نصر الجندي . من فوق الزوجية. دار الكتب القانونية. مصر 2005، صفحة 42 .43

[2] موقع .شبكة المعلومات القانونية لدول مجلس التعاون الخليجي www.gcc-legal.org

إذا لم ينفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الوقت .

وقد تمكن المشرع عن العديد من الأحكام الخلع الأخرى تاركا للقاضي اللجوء في حل النزاع إلى المذهب المعتمد وهو مذهب الإمام مالك.

وجاء في مادة 110:

1- الخلع عقد بين الزوجين يتراضيان فيه على إنهاء عقد الزواج بعوض تبذله الزوجة أو غيرها.

2- يصح من مسمى بدل الخلع ما تتم تسميته من المهر، ولا يصح التراضي على إسقاط نفقة الأولاد أو حضانتهم.

3- إذا لم البدل في الخلع وقع الخلع واستحق الزوج المهر

4- الخلع فسخ

5- استثناه من أحكام للبند [1] من هذه المادة إذا كان الرفض من جانبه تعنتا. وخيف ألا يقيما حدود الله. حكم القاضي بالمخالفة مقابل بدل مناسب.

أما المادة 111: يشترط لصحة البدل في الخلع أهلية بادل العوض وأهلية الزوج لإيقاع الطلاق.

وهنا تلاحظ أن القانون الإمراتي قد طول أن ينص على جميع أحكام الخلع في قانونه موضحا بذلك العديد من الأمور [2].

الفرع الثاني : العرف في الخلع

إذا تضرر الزوج من زوجته كان له طلاقها، و إذا تضرر المرأة من زوجها كان لها أن تلجأ إلى المخالعة و فداء نفسها منه بالمهر المدفوع لها، و هذا مشروط برضا الزوج و موافقته، فإذا رفض

[1] بلحاج العربي ، المرجع السابق . ص 262 .

[2] موقع شبكة المعلومات القانونية لدول مجلس التعاون الخليجي WWW.gcc.legal.arg

الزوج هذا الاتفاق ، فإن الزوج يكون مضارا ، و حديث النبي صلى الله عليه و سلم : لا ضرر و لا ضرار [1]

فإذا حصل ذلك فللقاضي إيقاع الطلاق جبرا عن الزوج كالطلاق للضرر، لأن الضرر يزال، و لا تحكم المحكمة بالتطليق للخلع إلا بعد عرض الصلح بين الزوجين عن طريق التحكيم و إعطاء المدة الكافية لذلك، و نستطيع هنا لتغير أعراف الناس و أحوالهم و ضعف الوازع الديني أن نغير من هذه الوسائل بما يحقق الغاية المرجوة و هي أن التفريق هو العلاج النهائي لمشكلة استعصت الزوجين ، فقد نعطي الحق للقاضي بالتحري و التعرف على أسباب طلب الزوجة الخلع حتى لا تكون الزوجة في بعض الحالات كما هو ملاحظ من واقع حياة الناس و أعرافهم أنها مغلوبة على أمرها في طلب التطليق ، و ليس ذلك خيارها، و لو أعطينا القاضي و الزوجين فسحة من الوقت كافية ، فإن الزوجة قد تتراجع عن طلب الفراق .

و إذا كان طلب الزوجة لازما اقتنع القاضي بذلك و حكم به، لأن الرسول صلى الله عليه و سلم أمره بالتطليق لعلمه باستحالة الحياة الزوجية بينهما، و حسب رأي الدكتور عمر الأشقر فطلب الزوجة يصبح لازما إذا اقتنع القاضي بذلك و حكم به [2]

و كذلك إذا تعذر استمرار الحياة الزوجية إلا بالكراهية و البغضاء، و الضرر و الشقاق، فعندئذ يتدخل العرف لسد باب الوقوع في المسائل المحرمة [3]، حيث ثبت من أعراف الناس أن المرأة التي يصيبها الضرر جراء الحياة الزوجية، و أما رفض الزوج أمام طلبها بالمخالعة ، يتدخل القضاء لرفع الضرر، و يشهد ذلك حدوث حالات كثيرة طالبت فيها النساء بالطلاق و لم يتم فسخ الزواج بسبب رفض الرجال [4]

---

[1] سنن ابن ماجة، أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني ، مكتبة أبي المعاطي ، ج 3، ص 430، مسند الإمام أحمد بن حنبل، أحمد بن حنبل أبو عبد الله الشيباني ، مؤسسة قرطبة القاهرة، تعليق شعيب الأرنؤوط ، ج 1، ص 313.

[2] الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، عمر سليمان الأشقر، دار النفائس ، الأردن ، الطبعة الرابعة ، 2007، ص 275,

[3] تطبيقات السياسة الشرعية ، عبد الفتاح عمرو، ص 232-229 ,

[4] روسيا اليوم . http://arabic.rt.com/news_all_news/news/596344

خلاصة الفصل

الفصل الثالث

العـــرف في آثار الزواج

تمهيد

أعطى الشارع الحكيم أهمية بالغة لعقد الزواج و نظمه تنظيما محكما، و نظرا لأهميته أحاطه بالعديد من الضوابط و الشروط، التي جاءت في بعض أحكامها معتبرة لأعراف الناس الصحيحة، للتيسير و رفع الحرج عنهم .

فالعرف هو مصدر من مصادر استنباط الأحكام في الشريعة الإسلامية، لأنه ظهر من حاجة المجتمع، و تعبيرا عن مجموع الأقوال و الأفعال الصادرة عنه .

لذا اقتصر هذا الفصل على العرف في آثار عقد الزواج من خلال المباحث التالية :

المبحث الأول : العرف في المهر

المبحث الثاني : العرف في النفقة، و النزاع حول متاع البيت

المبحث الأول : العرف في المهر

نتطرق إلى تعريف المهر و مشروعيته في المطلب الأول ، ثم إلى تسليم المهر و العرف فيه في المطلب الثاني .

المطلب الأول : تعريف المهر ، و مشروعيته

وفيه ثلاث فروع :

الفرع الأول : تعريف المهر لغة و اصطلاحا

أولا : لغة : الصَّدَاق، وجمعها مُهور. [1]

ثانيا : تعريف المهر شرعاً: المال الواجب على الرجل للمرأة بعقد النكاح أو الوطء[2]. ويطلق على المهر أسماء أخرى مثل: الصَّدَاق، والصَّدَقة، والنِّحلة، والأجْر، والفريضة، والعَلائق، والعُقر، والحِبَاء[3].

الفرع الثاني : مشروعية المهر

المهر حق واجب يقدمه الرجل للمرأة إشعاراً لها وعنواناً منه للتعارف معها، والتقارب منها، والتآلف بها للزواج، وقد ثبتت[4] مشروعيته بالقرآن الكريم والسنة النبوية ، وبيان ذلك في الآتي:

القرآن الكريم:

1- قال تعالى: ﴿وَآتُواْ النَّسَاء صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾ سورة النساء، آية 4.

2- قال تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاء ذَلِكُمْ أَن تَبْتَغُواْ بِأَمْوَالِكُم مُّحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ فَمَا اسْتَمْتَعْتُم بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ سورة النساء، آية 24.

---

[1] ابن منظور، محمد بن مكرم ت 711ه ، لسان العرب، حرف الراء فصل الميم، ط1، تحقيق: عامر حيدر، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003م، ج5، ص216.

[2] ابن عابدين، محمد أمين ت 1252ه ، حاشية ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ط2، دار إحياء التراث العربي، دار الفكر، بيروت، 1386ه، ج3، ص100 101.

[3] الزيلعي، عثمان بن علي ت 743ه ، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، ج2، ص136.

[4] ابن قدامة، عبد الله بن أحمد ت 682ه ، المغني، دار إحياء التراث العربي، دار الحديث، القاهرة، ج7، ص161

وجه الدلالة: ثبت فيما سبق بمنطوق الآيتين الكريمتين وجوب دفع المهر (صَدُقاتهن، أجورهن) من الرجل للمرأة[5].

السنة النبوية:

1- عن أنس بن مالك ·: أن عبد الرحمن بن عوف جاء إلى رسول الله · وبه أثر صفرة، فسأله رسول الله · فأخبره أنه تزوج امرأة من الأنصار، قال: "كم سقت إليها"؟ قال: "زِنة نواة من ذهب" قال رسول الله ·: "أَوْلِمْ ولو بِشَاة"[1].

2- عن سهل بن سعد أن النبي · قال لرجل: "تزوج ولو بخاتم من حديد"[2]

وجه الدلالة: دلّ الحديثان السابقان بمنطوقهما على مشروعية المهر وتحقيقه شرعاً[3].

المطلب الثاني : تسليم المهر و العرف فيه

إذا حدت نزاع بين زوج وزوجته في تسليم المهر من عدمه فأدعى الزوج أنه سلم لها المهر وأنكرت هي ذلك قال الإمام مالك " القول للزوجة قبل الدخول أما بعد الدخول فإن القول قول الزوج.

بينما بعض أصحابه خالفوه الرأي وقالوا لابد من مراعاة حال البلد والعرف السائد فيه ، فإن كان العرف عندهم يقضي بأن لا يدخل الزوج بزوجته إلا بعد دفع الصداق فالقول قولها قبل الدخول أما بعده فالقول قوله، أما إذا لم يوجد عرف فالقول لها مطلقا وهذا الرأي أولى من سابقه لأخذه بقرينة العرف كسند عند العوز من جميع الأدلة.

وما دام العرف عندنا أن الزوج يلزم بدفع المهر قبل الدخول بزوجته كانت قرينة الدفع موجودة إلى جانبه إن ثم الدخول ألا وهي العرف.

وهذا ما جاء به إبن جزئ ملخصا بقوله " إن أختلف في القبض فالقول قولها مثل الدخول والقول قوله بعد الدخول إلا أن يكون هناك عرف فيرجع إليه "

---

[5] ابن كثير، إسماعيل بن عمر ت 774ه ، تفسير القرآن العظيم، دار الجيل، بيروت، ج4، ص600، 630.

[1] متفق عليه، صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب الصفرة للمتزوج، حديث 4858)، واللفظ له، ج5، ص1979. وانظر: باب قول الرجل لأخيه انظر أيّ زوجتيّ شئت حتى أنزل، حديث 4785)، ج5، ص1952. وباب قول الله "وَآتُواْ النِّسَاء صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً"، حديث 4853)، ج5، ص1977. صحيح مسلم، كتاب النكاح، باب الصداق وجواز كونه تعليم قرآن وخاتم حديد، حديث 1427)، ج2، ص1042.

[2] صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب المهر بالعروض وخاتم من حديد، حديث 4855)، ج5، ص1978.

[3] ابن حجر، فتح الباري، ج9، ص240 250. النووي، شرح صحيح مسلم، ج9، ص216 219.

وعلى هذا الأساس نجد المادة 01 من قانون الأسرة الجزائري جاءت آخذة بما تعارف عليه الناس و تنص : في حالة النزاع في الصداق بين الزوجين أو ورثتهما وليس لأحدهما بينة وكان قبل الدخول، فالقول للزوجة، أو ورثتها مع اليمين وإذا كان بعد البناء ،فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين "

المبحث الثاني : العرف في النفقة، و النزاع حول متاع البيت

نتطرق إلى العرف في النفقة في المطلب الأول، و النزاع حول متاع البيت في المطلب الثاني .

المطلب الأول : العرف في النفقة

النفقة و العرف فيها :

أ – النفقة في اللغة:

النفقة اسم من المصدر: نَفْق، يقال: نَفَقَت الدراهم نَفْقاً: أي نفدت، وجمع النفقة: نِفَاق، مثل رَقَبَة ورِقَاب، وتجمع على نَفَقَات [1]، وأشار بعضهم إلى معنى النفقة بحسب الاستعمال اللغوي العام فقال هي: الإدرار على شيء بما فيه بقاؤه [2]، وهذا يقرب من المعنى الفقهي للنفقة.

ب – النفقة في الاصطلاح:

عرفت النفقة فقهاً بتعريفات كثيرة، أشير إلى أهمها ثم أورد التعريف المختار.

قيل هي: "الطعام والكسوة والسكنى" [3]، وهذا التعريف غير جامع؛ لأنه اكتفى بالمهمات، وأهمل بعض مشمولات النفقة مع أهمية الإشارة إليها، مثل أدوات النظافة والفرش والخادم لمن تحتاجه وتوابع هذه الأشياء.

وقيل هي: "ما به قوام معتاد حال الآدمي دون سرف" [4]

وهذا التعريف أعم من نفقة الزوجة، فهو غير مانع، إذ تدخل فيه نفقة الأولاد والمملوك.

وقيل هي: "معاوضة في مقابلة التمكين والاستمتاع" [5]

وهذا التعريف وإن كان مختصاً بنفقة الزوجة لأنه نص على التمكين والاستمتاع، لكنه لم يتعرض لموضوع النفقة وموجباتها .

---

[1] ابن منظور، لسان العرب، مادة (نفق) (357/10).

[2] ابن عابدين؛ محمد علاء الدين أفندي، حاشية الدر المختار (573/3)،دار الفكر، بيروت، 1421هـ.

[3] الحصكفي؛ محمد علاء، الدر المختار شرح تنوير البصار (572/3)، دارالفكر، بيروت، 1986م.

[4] الصاوي؛ أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير 729/2، دار المعارف.

[5] الهيتمي؛ أحمد بن محمد بن علي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج (302/8)، بيروت، دار إحياء التراث، 1357هـ.

وقيل هي: "كفاية من يمونه خبزاً وأدماً وكسوة ومسكناً وتوابعها" [1]، وهذا التعريف مع شموله، إلا أنه طوَّ ما حقه الاختصار، ولو اقتصر على الطعام دون تسمية الخبز والأدم لكان أولى، فضلاً عن عدم تقييده بالمعروف ولهذا فيستدرك عليه أيضاً ترك التنصيص على الخادم.

حكم النفقة على الزوجة:

اتفق الفقهاء على وجوب إنفاق الزوج على زوجته في الجملة [2]، وثبت هذا الوجوب بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول، وفيما يأتي بيان ذلك:

أ – دليل النفقة من الكتاب:

-قوله تعالى: وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا سورة البقرة الآية 233

وجه الاستدلال: الآية نص في وجوب النفقة على الزوجة، وإنما نص على وجوب النفقة عليها حال الولادة ليدل على "أن النفقة تجب لها حال اشتغالها عن الاستمتاع بالنفاس؛ لئلا يتوهم متوهم أنها لا تجب لها" [3] أي في حال النفاس، أي أنها تستحق النفقة ولو لم تكن محلاً للاستمتاع بسبب عذر النفاس.

-قوله تعالى: الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ سورة النساء الآية 34 .

---

[1] البهوتي؛ منصور بن يونس، شرح منتهى الإرادات (649/5)، ت: د. عبد الله التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط أولى،1421هـ، أبو النجا الحجاوي؛ الإقناع (136/4).

[2] في الجملة؛ لأنهم اختلفوا في مواضع أهمها: نفقة الناشز، فذهب الجمهور إلى أنه لا نفقة لناشز، وخالفهم ابن عبد الحكم وابن حزم، ينظر: أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر؛ الإشراف على مذاهب العلماء (154/5)، ت: أبو حماد صغير بن أحمد الأنصاري، مكتبة مكة الثقافية، رأس الخيمة، ط أولى، 1428هـ، أبو محمد علي بن أحمد بن حزم؛ مراتب الإجماع (90)، دار الآفاق الجديدة، بيروت، ط ثالثة، 1402هـ، الهداية بأعلى فتح القدير (321/3) ط التجارية، وحاشية ابن عابدين على الدر المختار (572/3)، المواق؛ محمد بن يوسف العبدري، التاج والإكليل (181/4-182)، النووي؛ أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف، روضة الطالبين وعمدة المفتين (40/9)، والإنصاف 376/9.

[3] العمراني؛ أبو الحسين يحيى بن أبي الخير الشافعي؛ البيان في مذهب الإمام الشافعي (185/11)، اعتنى به قاسم محمد النوري، مكتبة المنهاج، بيروت، ط أولى، 1421هـ.

وجه الاستدلال: أن الله تعالى بيّن أنه فضّل الرجال على النساء وجعلهم أهل قيام عليهن بسبب "سَوْقهم إليهنّ مهورهن، وإنفاقهم عليهن أموالهم، وكفايتهم إياهن مُؤَنهن، وذلك تفضيل الله تبارك وتعالى إياهم عليهن" [1]، فدل على مشروعية النفقة على الرجل لزوجته.

ب – دليل النفقة من السنة:

–عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في خطبته في حجة الوداع: فاتقوا الله في النساء، فإنكم أخذتموهن بأمان الله، واستحللتم فروجهن بكلمة الله، ولكم عليهن ألا يوطئن فرشكم أحداً تكرهونه، فإن فعلن ذلك فاضربوهن ضرباً غير مبرح، ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف" [2]

وجه الاستدلال: ظاهر، فقد نص على أن للزوجات على أزواجهن النفقة بالرزق والكسوة بالمعروف.

–عن عائشة رضي الله عنها أن هند بنت عتبة رضي الله عنها قالت: يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم، فقال: "خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف" [3]

وجه الاستدلال: رخص النبي صلى الله عليه وسلم لهند بأن تأخذ من مال زوجها مقدار النفقة الواجبة لها ولولدها، وهو ما يكفيها وولدها بالمعروف، وهي فتيا تدل على استحقاق الزوجة النفقة من زوجها.

ج – دليل النفقة من الإجماع:

اتفق الفقهاء على وجوب نفقة الزوجة في مال زوجها ما لم تكن ممتنعة منه، وذلك أن تمكنه من نفسها وأن تكون مطيقة للوطء وغير ناشز، إلا إذا كان الامتناع لسبب مشروع فتكون معذورة حينئذ، وقد حكى الإمام ابن المنذر وغيره اتفاق أهل العلم على وجوب نفقات الزوجات على أزواجهن إذا كانوا بالغين إلا الناشز منهن[4] ، وأما نفقة الزوجة الغنية على زوجها الفقير فقد انفرد

[1] الطبري؛ جامع البيان في تأويل القرآن (290/8).

[2] أخرجه مسلم (3009).

[3] متفق عليه، أخرجه البخاري (5364)، ومسلم (4574).

[4] ابن قدامة؛ أبو محمد عبد الله بن أحمد المقدسي، المغني، دار الفكر، بيروت، ط أولى، 1405هـ، (230/9)،

ابن حزم بأن الزوجة الغنية تكلف بالإنفاق على زوجها الفقير[1] ، وخالف بذلك قول جمهور الفقهاء، والصحيح أنه لا يجب عليها بل يستحب لها ذلك وتؤجر عليه، وعليه أن يتعفف عن مالها ما استطاع ولا تتشوف نفسه لشيء من مالها ما لم تطب نفسها بذلك، وقد قال تعالى: الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ [2]

العرف في اسباب وجوب النفقة :

مع واقعنا و عاداتنا و أعرافنا، المرأة تخرج للعمل و لام معنى للانفاق عليها بمجرد الاحتباس في وقتنا الحالي، كما أنه معروف أن الاب هو الذي ينفق على ابنته المخطوبة بل وحتى المعقود عليها إلى غاية زفافها .

و برجوعنا لقانون الاسرة الجزائري نجد المشرع اخذ بما أخذ به جمهور الفقهاء في وجوب النفقة على الزوجة بمجرد الدخول بها أو دعوتها لزوجها ، و ذلك في نص المادة 74 من قانون الأسرة الجزائري و الذي جاء فيه : تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه ببينة مع مراعاة أحكام المواد 78 و 79 و 80 من هذا القانون " [3]، و يتضح من خلال نص المادة أن النفقة تجب بمجرد الدخول أو الخلوة الصحيحة، سواء تم الإتصال أم لم يتم، لأن العبرة بدعوة الزوجة زوجها إلى ذلك .

أما إذا امتنعت الزوجة من إعطاء زوجها حقه الشرعي بدون سبب مشروع يعتبر ذلك نشوزا منها و يسقط حقها الشرعي في النفقة . [4]

كما أن القانون لم يفرق بين الزوجة الماكثة في البيت و الزوجة العاملة في استحقاقها للنفقة، و بالتالي فإن الزوجة العاملة تستحق النفقة من زوجها مثلها مثل الزوجة الماكثة في البيت، أما

---

[1] ابن حزم، المحلى (254/9).

[2] سورة النساء الآية 34

[3] فركوس دليلة و عياشي جمال ، محاضرات في قانوف الأسرة ، دار الخلدونية للنشر، الجزائر، سنة 2016 ، ص 225

[4] حداد عيسى، عقد الزواج ، منشورات جامعة باجي مختار عنابة ، سنة 2006، ص 269، أحمد محمد علي داوود، القرارات الإستئنافية في الأحوال الشخصية ، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، سنة 2011، ص 309.

بالرجوع إلى القواعد الفقهية فنجدها توجب النفقة على الزوج اتجاه زوجته العاملة بشرط رضائه بعملها خارج البيت، أما إذا لم يرض به و طلب منها تركه و لم تفعل لا تستحق النفقة [1]

و قد جاء في قرار المحكمة العليا ما يلي : " أن القرار قضى بإلغاء النفقات المقضي بها بالحكم المستأنف على أساس يسارها كطبيبة في المستشفى، مع أن هذا لا يعتبر مستندا صحيحا لإسقاط حقها و حق البنتين في النفقة طبقا لأحكام قانون الأسرة في هذا الخصوص .. [2] بما يعني أن نفقة الزوجة العاملة تكون على زوجها بما أنه لم يرفض هذا العمل ، و حتى لو كانت موسرة فهذا لا يسقط حقها في النفقة .

و هو العرف المعمول في الجزائر حيث أن الزوجة العاملة ينفق عليها زوجها، و هناك من تنفق هي عليه و على البيت إذا كان لا يعمل، أو يتشاركان في الإنفاق على البيت و الأولاد حسب الاتفاق بينهما مع مراعاة العادات و التقاليد و العرف المعمول به .

العرف في معيار تقدير النفقة :

قرر جمهور الفقهاء بأن النفقة تقدر حسب حال الزوجين معا، أي بحسب عسر أو يسر كل منهما [3]، على أن تكون حد الكفاية بلا إسراف و لا تقتير في حدود العرف، و حسب طاقة الزوج، و يراعى في تقديرها عرف و عادة أهل البلد، و حال الأسعار في السوق غلاء أو رخصا [4]

و أخذ المشرع الجزائري برأي المذهب المالكي في نص المادة 79 من قانون الأسرة الجزائري و التي جاء فيها ما يلي : يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين، و ظروف المعاش، و لا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم " .

---

[1] لحسين بن الشيخ اث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، الجزء الأول ، الطبعة الثالثة، دار هومة للطباعة و النشر، الجزائر، سنة 2011، ص 537.

[2] قرار المحكمة العليا، رقم 237148، بتاريخ 2000/02/22، غرفة الأحوال الشخصية و المواريث، ، المجلة القضائية، عدد 01، سنة 2001، ص 284 و ما بعدها .

[3] محمد كمال الدين إمام و جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، سنة 2003، ص 312، أحمد نصر الجندي، النفقات في الشرع و القانون، دار الكتب القانونية المحلة الكبرين مصر، سنة 1995، ص 27

[4] أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، سنة 1997، ص 255.

أي أن تقدير النفقة يبقى تحت السلطة التقديرية للقاضي [1]، الذي يراعي في ذلك الوضعية المالية للزوجين يسرا أو عسرا [2]، و ظروف المعيشة زمانا و مكانا[3]، على أن لا تقل على حد الكفاية و ذلك حسب المستجدات و الأعراف المستحدثة في المجتمع، من نفقات و مصاريف كمدرسة الأولاد و تعليمهم، و أجرة السكن [4].

و يتضح أن المشرع وضع اعتبارا للعرف في تقدير النفقة إذ أرجعها لحال الزوجين يسرا أو عسرا مع مراعاة العادات و التقاليد التي تختلف من زمان لأخر و من مكان لآخر.

مشمولات النفقة و العرف فيها :

نص المشرع الجزائري في المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري على : تشمل النفقة : الغذاء و الكسوة و العلاج، و السكن أو أجرته، و ما يعتبر من الضروريات في العرف و العادة " .

و يبدو من خلال المادة أن مشتملات النفقة جاءت على سبيل المثال لا على سبيل الحصر، بدليل أن المشرع قد أضاف في العبارة الأخيرة ما يعتبر من الضروريات في عرف الناس و عاداتهم .

و هو ما يظهر بأن المشرع الجزائري أراد أن يشمل القانون العديد من عناصر النفقة التي تناولها الفقه و اتفق على بعضها و اختلف على بعضها الآخر، و أرجعها إلى العرف و العادة التي تختلف من بلد لآخر و من زمن لآخر [5].

و سنتطرق لهذه المشمولات كما يلي :

نفقة الغذاء و العرف فيها :

تشمل نفقة الغذاء الطعام و الشراب و ما يتبعهما، و نفقة الطعام غير مقدرة بمقدار معين حسب قول الفقهاء، بل يرجع تحديدها إلى العرف و العادة، بحسب الكفاية و باختلاف الأمكنة و الأزمنة و الأحوال ، من رخص و غلاء ، و شباب و هرم، و شتاء و صيف، و قول جمهور الفقهاء لأن

---

[1] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 590- 589.

[2] قرار المحكمة العليا، رقم 44630، بتاريخ 1987/02/09، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية ، عدد 03، سنة 1990، ص55 .

[3] قرار المحكمة العليا، رقم 51715 ، بتاريخ 1989/01/16، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية ، عدد 02، سنة 1992، ص55 .

[4] بلحاج العربي ، المرجع نفسه، ص 590.

[5] لوعيل محمد لمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للنشر و التوزيع، بوزريعة ، الجزائر ، سنة 2004، ص 140، فركوس دليلة و عياشي جمال ، المرجع السابق، ص 219,

نفقة الطعام لا يجب أن تكون مقدرة بمقدار معين و من الأفضل اعتبار العرف فيها، بالنظر لحال الزوجين في اليسار و الإعسار ، و حسب الكفاية [1]

و المشرع الجزائري لم يحدد مقدار و نوع نفقة الغذاء و ما يشملها في المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري بل تركها لتقدير القاضي في المادة 79 من نفس القانون حسب العرف المعمول به آخذا بعين الاعتبار حال الزوجين و ظروف المعاش .

نفقة الكسوة و العرف فيها :

تتبع الكسوة أيضا أدوات الزينة من حناء و كحل ، و كل ما تقتضيه المعاشرة بالمعروف، و اعتبر الفقهاء العرف الجاري في أيامهم عندما قضوا بهذه النفقة [2]، أما اليوم فقد تغيرت الأعراف و العادات و التقاليد في اللباس و أصبح يشمل الكثير من الأشياء، و يختلف باختلاف الزمن لأن اللباس الشتوي يختلف عن اللباس الصيفي .

و ذكر المشرع نفقة الكسوة في نص المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري ، دون تفصيل فيها ، فلم يبين مقدارها و نوعها و تركها للأعراف والعادات السائدة في البلاد و جعلها تخضع للسلطة التقديرية للقاضي مع مراعاة حال الزوجين [3]

نفقة العلاج و العرف فيها :

اتفق الفقهاء على النفقة الزوجية للزوج على زوجته هي نفقة الغذاء و المسكن، و استثنوا منها نفقة العلاج، و قالوا بأنها تكون على عاتق الزوجة [4]، و ذهب بعض الفقهاء المعاصرون و من بينهم وهبة الزحيلي ، إلى وجوبها على الزوج، بحجة أن المداواة في زمن الفقهاء القدامى لم تكن أساسية، لأن حياتهم كانت بسيطة و لم تكن هناك حاجة ماسة للعلاج، و الآن في زماننا أصبحت الحاجة ملحة للعلاج كالحاجة للطعام و الشراب [5]

---

[1] الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء الرابع، الطبعة الثاني' ، دار الكتب العلمية، لبنان، سنة 1986، ص 23 و ما بعدها ,

[2] الخرشي، شرخ مختصر خليل، الجزء الرابع، الطبعة الثانية، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق مصر ، سنة 1317هـ، ص 186.

[3] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 588.

[4] الكاساني، المرجع السابق، ص 20.

[5] وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي، الجزء الثامن، الطبعة الثالثة، دار الفكر دمشق، سنة 2012، ص 750.

و المشرع الجزائري أمر تقدير هذه النفقة للعرف و العادات و التقاليد ، فأصبح من المتعارف عليه في زماننا أن الزوج هو الذي ينفق على زوجته حال مرضها مهما قدرت هذه التكاليف، و ذلك من باب المروءة و من مظاهر المعاشرة بالمعروف [1]

و ذكرها المشرع الجزائري صراحة في نص المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري، و حسنا فعل بذلك لأنه قد ساير متطلبات العصر الحالي، و ازدياد الحاجة للعلاج، في حدود ما أقره الناس و تعارفوا عليه، و حسب العرف الجاري العمل به في المجتمع الجزائري هو التزام الزوج بالإنفاق على زوجته لعلاجها سواء كانت غنية أو فقيرة [2]

نفقة المسكن و أجرته و العرف فيها :

المسكن هو نفقة الزوجة بلا خلاف ، إذ يجب على الزوج حسب العرف المعمول به أن يوفر للزوجة مسكنا ملائما لما يليق بها و يشمل كل ما يلزم للسكن من مفروشات و أثاث و أواني و غيرها [3]

و اشترط المشرع الجزائري المسكن أو أجرته في المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري دون أن يبين شروطه و ما يشمله و ترك ذلك للأعراف و العادات و التقاليد .

الضروريات في العرف و العادة :

أحسن المشرع عندما حكم العرف و العادة في بيان الأمور الضرورية للنفقة ، لأن النفقة تختلف من مكان لآخر، فما هو ضروري في بلد معين قد لا يعتبر كذلك في بلد آخر، و ما يعتبر ضروريا في زمن ما قد لا يكون كذلك في زمن لاحق .

و من امثلة الضروريات في عرف و عادات العائلات الجزائرية نفقة الحمل و النفاس [4]، و هو ما اقرته المحكمة العليا في إحدى قراراتها و الذي جاء فيه ما يلي : " و من ثم يصوغ للطاعنة أن تطالب بمصاريف النفاس باعتباره من الضروريات في عرف و عادات العائلة الجزائرية [5]

---

[1] جاثم جميل فخري، آثار عقد الزواج، الطبعة الأولى، دار الحامد، عمان، الأردن، سنة 2009، ص 265.

[2] محمد حدة، الخطبة و الزواج، الطبعة الثانية، مطابع عمار قرفي، باتنة، سنة 1994، ص 383.

[3] محمد كمال الدين إمام و جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص 313.

[4] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 588.

[5] قرار المحكمة العليا، رقم 502268، بتاريخ 2009/06/10، غرفة الأحوال الشخصية، مجلة المحكمة العليا، عدد 01، سنة 2010، ص 219.

المطلب الثاني : النزاع حول متاع البيت و العرف فيه

في حالة نزاع حول متاع البيت ولم توجد بينة لدي أي منهما فإننا نرجع في ذلك إلى العرف فما كان يصلح للرجل فقط عرفا كان له وما كان يصلح للمرأة فقط عرفا كالحلي فهو لها، وما كان يستعمل لهما فمرد ذلك للبينة فإن أعوزت فاليمين، ذلك [1] ما نصت عليه المادة 73 من قانون الأسرة الجزائرية و أساسها في ذلك عرفي.

[1] المادة 73 قانون الأسرة الجزائري : " إذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت، وليس لأحدهما بينه فالقول للزوجة. أو ورثتهما مع اليمين في المعتاد للنساء والقول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال والمشتركات بينهما يتقاسمانها مع اليمين "

خلاصة الفصل

خصصت هذا الفصل للعرف في آثار عقد الزواج، لإظهار أهمية العرف و أثره على آثار عقد الزواج، و مدى اعتبار قانون الأسرة و القضاء الجزائري لأعراف الناس و عاداتهم و تقاليدهم و أخذهم بها من عدمه .

خاتمة

في ختام هذا البحث ، الذي تناولت فيه العرف في الزواج و آثاره، و في اسباب الفرقة في صيغتي الطلاق و الخلع، توصلت إلى عدة نتائج أهمها ما يلي :

-أن العرف يلعب دورا بارزا في حياة الفرد الجزائري، إذ يعتمد عليه في الكثير من المسائل خاصة ما تعلق منها بالجانب الشخصي.

-اعتبر المشرع الجزائري العرف أحد المصادر الاحتياطية للقانون ما لم يكن مخالفا للنظام العام والآداب العامة.

-أن الشريعة الإسلامية أقرت بدورها بالأعراف الصحيحة وسمحت باعتمادها.

-يظهر دور العرف في الزواج في عدة جوانب منها:

- ضرورة توافر الرضا في عقد الزواج وهو ما سار عليه المشرع الجزائري.

- ضرورة وجود الولي وتوافر الأهلية اللازمة في الطرفين، وإن كان المشرع قد خالف الشريعة الإسلامية والأعراف في إسقاط دور الولي، إلا أنه اعتبر العرف في أهلية الزواج.

- جواز الاشتراط في عقد الزواج وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري تاركا الاعتبار لما تعارف عليه الناس.

وعليه يمكن أن نستنتج أن المشرع قد اعتبر العرف في مواضع دون أخرى غير أنه لم يوفق في بعض من المواضع حين خرج عما تعارف عليه الناس ولعل أبرز مثال عن ذلك إهماله لدور الولي في عقد الزواج وما نتج من إشكاليات عن ذلك.

أما من حيث أهمية العرف و دوره في آثار عقد الزواج :

-تركت الشريعة أمر تقدير النفقة للعرف، لأن ذلك يختلف حسب حالة الزوج و الزوجة و تغير الزمان و المكان، و كذلك قانون الأسرة اعتبر ذلك .

- ترك المشرع الجزائري مشمولات النفقة و ما يعتبر فيها من الضروريات للعرف .

التوصيات والمقترحات:

- إعادة النظر في النصوص القانونية التي تنظم مسائل الخطبة والزواج بصياغتها بطريقة تساير وتعتبر الأعراف الصحيحة خاصة مسألة الولي.

– التنويه بدور الأعراف الموافقة لأحكام الشريعة الإسلامية والسائدة في المجتمع الجزائري.

– دعوة المشرع لتشجيع القضاة على الأخذ بالأعراف السائدة في المجتمع في جميع النزاعات التي تعرض عليهم، لأن الأعراف هي لب حياة الناس .

الفهرس

شكر .....
إهداء.....
مقدمة .....أ
الفصل الأوّل: العرف في الزواج
المبحث الأول : حقيقة الزواج 10
المطلب الأول : مفهوم الزواج..... 10
المطلب الثاني : أركان عقد الزواج و العرف فيها 16
المبحث الثاني : الشروط العامة لعقد الزواج و العرف فيها 29
المطلب الأول : شر ط أهلية الزواج و العرف فيها 29
المطلب الثاني : الشروط المتعلقة بحالة تعدد الزوجات 32
الفصل الثاني: العرف في الطلاق و الخلع
المبحث الأول : العرف في الطلاق 38
المطلب الأول : تعريف الطلاق و حكمه 38
المطلب الثاني : ألفاظ الطلاق و الحلف به..... 45
المبحث الثاني : العرف في الخلع 49
المطلب الأول : تعريف الخلع..... 49
المطلب الثاني : الأساس القانوني و العرفي للخلع 53
الفصل الثاني: العرف في آثار الزواج
المبحث الأول : العرف في المهر..... 60
المطلب الأول : تعريف المهر و مشروعيته 60
المطلب الثاني : تسليم المهر و العرف فيه 61
المبحث الثاني : العرف في النفقة ، و النزاع حول متاع البيت 63
المطلب الأول : العرف في النفقة..... 63
المطلب الثاني : النزاع حول متاع البيت و العرف فيه 71
خاتمة 74
قائمة المراجع 77

الفهرس 45

قائمة المراجع

المراجع بالعربية :

أولا : القرآن الكريم و تفسيره

– القرآن الكريم برواية حفص

ثانيا : كتب الحديث

–البخاري (محمد بن سماعيل)، نصب الراية لأحاديث الهداية، ط 1، مصر، 1930 م

– الترمذي، صحيح سنن الترمذي، ط 1، مكتبة المعارف ، الرياض ، 2000 م .

–مسلم (محمد بن محمد)، صحيح مسلم، المطبعة الخيرية، مصر ، 1319هـ .

كتب الفقه

– الإمام أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، الطبعة الثانية ، دار الفكر العربي .

–ابن قدامة، مكتبة القاهرة، مصر،1968–1383 ، ج7

–ابن قدامة المقدسي، الشرح الكبير على متن المقنع، د.ط ، ج7 ، دار الكتاب العربي، د.م.ن ، د.ت.ن

– وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ط4 ، دار الفكر، دمشق، سوريا، د.ت.ن

– الإمام أبو زهرة ، محاضرات في عقد الزواج وآثاره ، دار الفكر العربي

– بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني الحنفي، تحقيق الشيخ علي محمد معوض والشيخ عادل أحمد عبد الموجود، الجزء الرابع، كتاب الإيمان، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية ،بيروت، 1997

– دليل السالك لمذهب الإمام مالك في جميع العبادات والمعاملات و الميراث للشيخ محمد محمد سعد، دار الندوة،2001

– العزيز في شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير للإمام أبي القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافعي القزويني الشافعي، تحقيق الشيخ محمد معوض ، الشيخ عادل أحمد

-عبد الموجود، الجزء الثامن -تتمة النكاح، الصداق، القسم، النذور، الخلع، الطلاق، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997

- البحر الرائق ، ابن نجيم ، ج 3

- الحلال و الحرام في الإسلام ليوسف القرضاوي، دار المعرفة، الدار البيضاء، 1985 ،

- فتح الباري شرح صحيح البخاري لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني، ج9 ، كتاب الطلاق، باب العدة، دار المعرفة للطباعة والنشر، لبنان

- سنن ابن ماجة للحافظ ابي عبد الله بن محمد بن يزيد القزويني، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، ج1 ، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة

- ابن قدامة، عبد الله بن أحمد ت 682هـ ، المغني، دار إحياء التراث العربي، دار الحديث، القاهرة، ج7

ابن كثير، إسماعيل بن عمر ت 774هـ ، تفسير القرآن العظيم، دار الجيل، بيروت، ج4،-

-الزيلعي، عثمان بن علي ت 743هـ ، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، ج2

-ابن منظور، محمد بن مكرم ت 711هـ ، لسان العرب، حرف الراء فصل الميم، ط1، تحقيق: عامر حيدر، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003م، ج5

-ابن عابدين، محمد أمين ت 1252هـ ، حاشية ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ط2، دار إحياء التراث العربي، دار الفكر، بيروت، 1386هـ، ج3

-ابن حجر، فتح الباري، ج9،

-النووي، شرح صحيح مسلم، ج9،

-الحصكفي؛ محمد علاء، الدر المختار شرح تنوير البصار ، دارالفكر، بيروت، 1986م.

-الصاوي؛ أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير ، دار المعارف.

-الهيتمي؛ أحمد بن محمد بن علي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج ، بيروت، دار إحياء التراث، 1357هـ.

-البهوتي؛ منصور بن يونس، شرح منتهى الإرادات ، ت: د. عبد الله التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط أولى،1421هـ، أبو النجا الحجاوي؛ الإقناع

-الطبري؛ جامع البيان في تأويل القرآن

-ابن قدامة؛ أبو محمد عبد الله بن أحمد المقدسي، المغني، دار الفكر، بيروت، ط أولى، 1405هـ

- سنن أبي داوود للإمام الحافظ أبي داوود سليمان بن أشعث الأزدي السجستاني، تحقيق : شعيب الأرنؤوط ومحمد كامل قره بللي وشادي محسن الشياب، ج3 ، كتاب الطلاق، باب كراهية الطلاق، دار الرسالة العالمية، دمشق، 2009

- في ظلال القرآن لسيد قطب، م6 ، ط 10 ، دار الشروق، بيروت، 1982

- صفوة التفاسير للشيخ محمد علي الصابوني، ج1 ، المكتبة العصرية، بيروت، 2010

-موطأ للإمام أبو عبد الله مالك بن أنس، إعداد أحمد راتب عرموس، ط4 ، دار النفائس، بيروت، 1980

- سنن الدار قطني للإمام الكبير علي بن عمر الدار قطني، تعليق ابي الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادي، ط1 ، دار ابن حزم، بيروت 2011

– المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي أبو محمد ، دار الفكر ، بيروت، الطبعة الأولى ، 1405هـ ، ج 8

– رد المحتار على دار المختار شرح تنوير الأبصار، ابن عابدين محمد علاء الدين أفندي ، دار الفكر ، بيروت، 2000، ج 3

– شرح مختصر خليل للخرشي، محمد بن عبد الله الخرشي ، ج 4، دار الفكر .

– عبد الرحمان الجزيري. كتاب الفقه عن المذاهب الأربعة، دار الكتب العلمية، لبنان.

– سنن ابن ماجة، أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني ، مكتبة أبي المعاطي ، ج 3، ص 430، مسند الإمام أحمد بن حنبل، أحمد بن حنبل أبو عبد الله الشيباني ، مؤسسة قرطبة القاهرة، تعليق شعيب الأرنؤوط ، ج 1

– العمراني؛ أبو الحسين يحيى بن أبي الخير الشافعي؛ البيان في مذهب الإمام الشافعي (185/11)، اعتنى به قاسم محمد النوري، مكتبة المنهاج، بيروت، ط أولى، 1421هـ.

– الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء الرابع، الطبعة الثاني' ، دار الكتب العلمية، لبنان، سنة 1986

– الخرشي، شرخ مختصر خليل، الجزء الرابع، الطبعة الثانية، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق مصر ، سنة 1317هـ

– وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي، الجزء الثامن، الطبعة الثالثة، دار الفكر دمشق، سنة 2012.

– السيد سابق. فقه السنة. المجلد الثاني. دار الفتح. مصر 2000 .

ثالثا : كتب اللغة و المصطلحات

- المنجد في اللغة والاعلام للأب مألوف المسوعي ، ط 21 ، دار المشرق، بيروت، 1973

- المعجم العربي الحديث لاروس للدكتور خليل الجر، مكتبة لاروس، كندا، 1973

-القوانين :

- الأمر رقم 05- 02 المؤرخ في 27 فبراير 2995 يعدل و يتمم القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 جوان 1984 المتضمن قانون الاسرة الجريدة الرسمية عدد 15 بتاريخ 27 فبراير 2005 .

- قانون العقوبات

- كتب القانون

-محمد مصطفى شلبي ، أحكام الأسرة في الإسلام ، الطبعة الثانية 1977 .

- عبد العزير سعد ، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، طبعة ثالثة ، دار هومة .

- الصاوي المالكي، حاشية الصاوي، د.ط ، دار المعارف، د.م.ن ، د.ت.ن ، ج 2

-الشربيني، مغني المحتاج ، ط1 ، دار المعرفة، بيروت، لبنان،1418 1997، ج4

- السرخسي، المبسوط، د.ط ، ج4 ، دار المعرفة، بيروت، لبنان،2003 ،

- محمد رأفت عثمان، عقد الزواج-أركانه وشروط صحته في الفقه الإسلامي- د.ط ، د.م.ن ، د.ت.ن .

- عماد شريفي، اعتبار العرف في مسائل الزواج وآثاره، رسالة ماجستير، جامعة محمد بوضياف-المسيلة-، كلية الحقوق والعلوم السياسية،2014 ، 2015

- السيد سابق ، فقه السنة ، المجلد الثاني ، الطبعة السابقة ، دار الكتاب العربي،

– الدكتور بدران ابو العينين ، الزواج والطلاق في الشريعة الاسلامية والقانون ،مؤسسة شبان الجامعة، الإسكندرية ،

– لوعيل محمد لمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، د.ط ، دار هومه، الجزائر، 2004 ،

–عبد العزيز السديس، مقدمات النكاح، ط 128 ، الجامعة الاسلامية بالمدينة المنورة، 1425

–الاستاد عبد الفتاح تقية ، مباحث في قانون الاسرة الجزائري ، ثالة ، طبعة 99 / 2000

–مجلة قضائية مؤرخ في 17 مارس 1998 عدد خاص سنة 2001

–محاضرات الأستاد زودة عمر في مادة قانون الإجراءات المدنية .

– المصباح المنير لأحمد بن محمد بن علي الفيومي المقري، دار الحديث، القاهرة، مصر

–كشاف القناع في متن الاقناع لشيخ منصور بن يونس بن إدريس البهوني، تحقيق محمد أمين الضناوي، الجزء الرابع، الطبعة الأولى، عالم الكتب، بيروت،1997

– حقوق المرأة في الشريعة والقانون لمولاي ملياني بغدادي، قصر الكتب، الجزائر، 1997

– العربي بختي، أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي–دراسة مقارنة في قانون الأسرة الجزائري –الطبعة الأولى، كنوز الحكمة، الجزائر ، 2013

– محمد كمال إمام، الطلاق عند المسلمين –دراسة فقهية وقانونية، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1997

– باديس ديابي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر،2012

– ناجي بلقاسم علالي، الطلاق في المجتمع الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2013

- أبغض الحلال لنور الدين عتر، ط4 ، مؤسسة الرسالة، سوريا، 1985
- إسماعيل أبا بكر علي الباموني، أحكام الأسرة – الزواج والطلاق بين الحنفية والشافعية، دراسة مقارنة بالقانون، ط1 ، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2008

- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية. الطبعة الرابعة، الجزائر 2005

- عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق – في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له ، ط 1، دار الخلدونية ، الجزائر ، 2007،

- المبسوط ، شمس الدين أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي ، دار الفكر، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى ، 2000، دراسة و تحقيق خليل محي الدين الميس ، ج 6

- التلقين في الفقه المالكي ، أبو محمد عبد الوهاب بن علي ابن نصر الثعلبي البغدادي المالكي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى ، 2004، تحقيق : أبو أويس محمد بو خبزة الحسني التطواني ، ج 1

- روضة الطالبين و عمدة المفتين ، أبو زكريا محمد الدين يحي بن شرف النووي المكتب الإسلامي ، بيروت ، 1405هـ ، ج 8

- محمد مصطفى شلبي. أحكام الأسرة في الإسلام، الطبعة الرابعة. الدار الجامعية لبنان.1983 .

- عبد الغفار سعد. الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري. دار البعث للطباعة والنشر. الجزائر 1989.

- احمد نصر الجندي . من فوق الزوجية. دار الكتب القانونية. مصر 2005

- الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، عمر سليمان الأشقر، دار النفائس ، الأردن ، الطبعة الرابعة ، 2007

- تطبيقات السياسة الشرعية ، عبد الفتاح عمرو

- فركوس دليلة و عياشي جمال ، محاضرات في قانوف الأسرة ، دار الخلدونية للنشر، الجزائر، سنة 2016

- حداد عيسى، عقد الزواج ، منشورات جامعة باجي مختار عنابة ، سنة 2006، ص 269، أحمد محمد علي داوود، القرارات الإستئنافية في الأحوال الشخصية ، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، سنة 2011

- لحسين بن الشيخ اث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، الجزء الأول ، الطبعة الثالثة، دار هومة للطباعة و النشر، الجزائر، سنة 2011

- محمد كمال الدين إمام و جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، سنة 2003، ص 312، أحمد نصر الجندي، النفقات في الشرع و القانون، دار الكتب القانونية المحلة الكبرين مصر، سنة 1995

- أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، سنة 1997- لوعيل محمد لمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للنشر و التوزيع، بوزريعة ، الجزائر ، سنة 2004

- جاثم جميل فخري، آثار عقد الزواج، الطبعة الأولى، دار الحامد، عمان، الأردن، سنة 2009 .

- محمد حدة، الخطبة و الزواج، الطبعة الثانية، مطابع عمار قرفي، باتنة، سنة 1994.

سادسا : الرسائل الجامعية

- تطبيقات السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية ، عبد الفتاح عمرو، رسالة دكتوراه ، الأردن، 1994

سابعا : المجلات

- المجلة القضائية ، العدد 03 ، سنة 1990
- المجلة القضائية ، العدد 02 ، سنة 1992
- المجلة القضائية ، العدد الأول ، سنة 2001
- المجلة القضائية ، العدد الأول ، سنة 2010
- المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية .

ثامنا : مواقع الانترنت

- موقع الشيخ محمد بن عبد الغفار الشريف (الكويت). رقم الفتوى 282 . www.adrals herif.net
- الموسوعة الشاملة الكويتية
- موقع رسالة الإسلام www. Islammessage.com
- موقع .شبكة المعلومات القانونية لدول مجلس التعاون الخليجي -www.gcc legal.org
- موقع شبكة المعلومات القانونية لدول مجلس التعاون الخليجي WWW.gcc.legal.arg
- روسيا اليوم http://arabic.rt.com/news_all_news/news/596344

المراجع باللغة الفرنسية :

- Ghaouti Ben Melha Le Droit Algerien De La Fammille Office Des Publications Univerrsitaires 07-1993