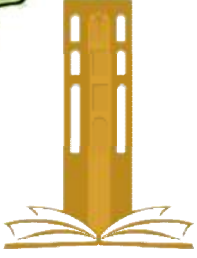


جامعة محمد بوضياف المسيلة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

1985



جامعة محمد بوضياف - المسيلة  
Université Mohamed Boudiaf - Msila

# اعتبار العرف في أحكام الخطبة والزواج في قانون الأسرة الجزائري

مذكرة مكملة لمقتضيات نيل شهادة الماستر في الحقوق  
تخصص: أحوال شخصية

إعداد الطالبة:

عزوز فاطمة الزهراء

لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الرتبة	الصفة
زين رشيد	أستاذ محاضر-أ.	رئيسا
أحمد غرابي	أستاذ محاضر-أ.	مشرفا
يحياوي لعلی	أستاذ محاضر-أ.	مناقشا

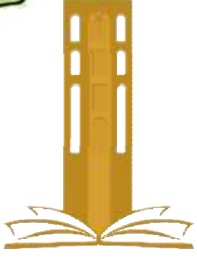
السنة الجامعية 1436-1437 هـ / 2015-2016 م

جامعة محمد بوضياف المسيلة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

1985



جامعة محمد بوضياف - المسيلة  
Université Mohamed Boudiaf - Msila

# اعتبار العرف في أحكام الخطبة والزواج في قانون الأسرة الجزائري

مذكرة مكملة لمقتضيات نيل شهادة الماستر في الحقوق  
تخصص: أحوال شخصية

إعداد الطالبة:

عزوز فاطمة الزهراء

لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الرتبة	الصفة
زين رشيد	أستاذ محاضر-أ.	رئيسا
أحمد غرابي	أستاذ محاضر-أ.	مشرفا
يحياوي لعلی	أستاذ محاضر-أ.	مناقشا

السنة الجامعية 1436-1437 هـ / 2015-2016 م

# بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿ وَمِنْ ءَايَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا  
وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴾

الروم: ٢١

# شكر وتقدير

أول الحمد والثناء لله عز وجل أن أكرم علي بتمام  
هذا العمل ووفقني إلى ما وصلت إليه، فله الحمد  
والشكر حمدا كثيرا عدد ما أحاط به علمه وخط به  
قلمه وأحصاه كتابه.

كما أتقدم بوافر الشكر والعرفان وجزيل الامتنان  
وأسمى معاني التقدير إلى الانسان الذي انطلقنا  
معه منذ بداية المشوار الجامعي برعاية الأب الحريص  
فكان لنا قبسا من نور يلج القلوب برزاته ونصائحه،  
أستاذي المبجل: الدكتور أحمد غرابي.

# الإهداء

إلى جنتي في الحياة الدنيا: أمي وأبي،  
إلى الشمس التي لا غنى لي عن نورها: أختي نسيمة،  
إلى القلوب التي أعيش بنبضاتها وفقط: فاتح،  
ياسين، فيصل، خير الدين.  
إلى أخواتي: رندة، سعاد، نيلة، كهينة، سهيلة،  
إلى روح جدي الطاهرة: عبد القادر،  
إلى شموع حياتي، صديقاتي ورفيقات عمرى: أم  
كلثوم، حنان، هناء، آسيا، أمينة، خولة.  
إلى كل من ساعدني في إنجاز هذا البحث.





## قائمة المختصرات:

ق.أ.ج: قانون الأسرة الجزائري.

د.ط: دون طبعة.

د.م.ن: دون مكان النشر.

د.ت.ن: دون تاريخ النشر.

ج: الجزء.

# مقدمة



باسم الله الذي لا إله إلا هو وحده والصلاة والسلام على من لا نبي بعده، أما بعد:

خلق الله تعالى السماوات والأرض وكل شيء لحكمة عنده ثم استخلف سيدنا آدم عليه السلام فيها وأمره أن يعمرها وبنيه بما يرضي الله تعالى، ومن هذه النقطة ابتدأ العد لعمارة الأرض بتكاثر الإنسان وتكوين الأسر والمجتمعات، والأسرة هي حجر الأساس في هذا التكوين وعليها يعتمد صلاح المجتمع وبقائه، ولذلك حظيت بالعناية فجعل لها الشارع أحكاماً خاصة وأفرد لها نظاماً يحاكي خطورة دورها باعتبارها إطاراً يرتبط فيه سلوك الفرد بسلوك الجماعة، وعليها تتوقف قوة المجتمع ومناعته، وحتى تنشأ الأسرة لا بد أولاً من ارتباط طرفيها ارتباطاً يقوم على رضائهما المتبادل ورغبتهما المشتركة في تشييد بناء أساسه المودة والرحمة وذلك بالزواج الشرعي الصحيح التام الأركان والشروط، والذي سماه الله تعالى بالميثاق الغليظ، بل وجعل منه آية للتدبر والتفكير، قال تعالى ﴿لَقَدْ كُنَّا أَهْلَ الْمَثَلِ الْأَوَّلِ ۚ لَمَّا جَاءَ أَحَدُكُمْ بِالْأُخْرَىٰ قَالَ أَعِدِّي لِي وَلِيَّ ۚ فَأُحْضِنُوا بَيْنَهُمَا مِصْرًا ۚ فَكَانَ مَثَلًا لِّلَّذِينَ خَلَوْا ۚ إِنَّهُمْ وَكِّلَ الْأَوَّلَ بِالْآخِرَةِ أَن تَنبَغَ ۚ فَانْتَبِهُوا ۚ وَإِنَّ رَبَّكُمُ الرَّحِيمُ ۚ﴾

وَمِمَّا يُوقِفُ الْمُؤْمِنِينَ ۚ إِنَّ رَبَّكَ لَذِي الْإِلَهِاتِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ ۚ ﴿١﴾

وعلى ذلك فهو ذو مكانة جليلة ويكتسي من الأهمية قدراً عظيماً، 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 استناداً إلى أحكام الشريعة الإسلامية واعتبرها مصدراً أصلياً لقانون الأسرة كما أولى لأعراف الناس وعاداتهم وتقاليدهم في مسائل الزواج أهمية كبيرة.

ويقصد بالعرف أن يتبع أفراد مجتمع ما أسلوباً معيناً في العمل أو التعامل بصفة متواترة وتتناقله الأجيال حاملين الاعتقاد بقوته الملزمة، وبذلك يكون للعرف ركنان: ركن مادي وهو يعني التكرار والعمومية، وآخر معنوي وهو يعني اكتساب السلوك المتواتر صفة

الإلزام<sup>1</sup>. 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.<sup>2</sup>

### أهمية الموضوع:

حاولت من خلال هذا البحث بيان أثر العرف ومدى اعتباره في أحكام الخطبة والزواج المحددة بقانون الأسرة الجزائري، وذلك لأن 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 الخطبة والزواج 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.

### 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.

1- محمد علي الزعابي، العرف وعلاقته بالقانون، -<http://www.bumoza.blogspot.com/10/10/2010/blog>،

تاريخ الاطلاع: 25-04-2016. 2011post.html.

2- محمد بوفراطس، "الأسرة الجزائرية بين القانون والعرف"، مجلة العلوم الإنسانية، عدد 33، 2010، ص 258-259.

- إن الأعراف تتنوع من مجتمع إلى آخر، وبالتالي فالفضول يدفع إلى معرفة مدى اعتمادها من قبل المشرع، خاصة ما كان منها مستتبطا من أحكام الشريعة الإسلامية.
- اهتمام الناس بالأعراف واعتمادها في المسائل الشخصية أكثر من اعتمادهم على النصوص القانونية.

### 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 استقراءها ومن ثمة استخلاص النتائج النهائية، وكذلك اعتمدت المنهج المقارن من خلال بيان موقف الفقه والقانون من المسائل التي تعرضت لها ثم أثر العرف فيها.

### 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 2014-2015، تعرض من خلالها إلى بيان أثر العرف في تنظيم مسائل الزواج ومقدماته 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.

### إشكالية البحث:

باعتبار أحكام الشريعة الإسلامية مصدرا أصليا لقانون الأسرة الجزائري وباعتبارها مقرة بالأعراف الصحيحة في جميع مجالات الحياة خاصة الأسرية منها فهذا يطرح التساؤلات الآتية:

- ما مدى اعتبار المشرع الجزائري للأعراف في تنظيم المسائل المتعلقة بالزواج والخطبة من خلال نصوص قانون الأسرة؟  
وينتج من هذه الإشكالية تساؤلات أخرى أهمها:
- 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 الولي والصدّق في عقد الزواج؟ وما مدى مراعاته لأعراف المجتمع فيها دون مصادمة لأحكام الشريعة الإسلامية؟  
ومحاولة للإجابة عن هذه التساؤلات قسمت الدراسة إلى فصلين:

**الفصل الأول:** عن اعتبار العرف في انعقاد الخطبة والعدول عنها وفيه مبحثان، الأول بعنوان اعتبار العرف في انعقاد الخطبة وقد قسمته إلى مطلبين حيث تناولت في المطلب الأول مفهوم الخطبة وتناولت في المطلب الثاني تكييف الخطبة واقترانها بالفاتحة والمبحث الثاني بعنوان اعتبار العرف في العدول عن الخطبة، وقد قسمته إلى مطلبين إذ تطرقت في المطلب الأول إلى العدول واعتبار العرف فيه ثم تطرقت في المطلب الثاني إلى آثار العدول عن الخطبة.

**أما الفصل الثاني:** فهو عن اعتبار 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 واعتبار العرف فيه، وخصصت المبحث الثاني لدراسة شروط عقد الزواج والاشتراط فيه وذلك من خلال مطلبين، الأول عن شروط عقد الزواج واعتبار العرف فيها والثاني عن الاشتراط في عقد الزواج واعتبار العرف فيه، وقد خصصت الدراسة بالمبحث في أعراف المجتمع الجزائري تحديداً.

# الفصل الأول

اعتبار العرف في انعقاد الخطبة

والعدول عنها

### تمهيد:

لابد لعقد الزواج من مقدمات تعطي طرفيه فرصة التريث في الاختيار حتى يكون كل منهما على علم بما يقدم عليه وحتى يحقق الزواج غايته المنشودة في بناء أسرة متكاملة قوامها المودة والرحمة كما جاء في القرآن الكريم، وهذه المقدمات تسمى بالخطبة والتي أحاطتها الشريعة الإسلامية بأحكام خاصة تنظم مختلف الإجراءات فيها وهو ما سار عليه العرف في أغلب المناطق في بلادنا خاصة والبلدان العربية عامة كما سعى المشرع الجزائري كذلك إلى ضبط أحكامها من خلال ما ورد في نصوص قانون الأسرة.

وفي هذا الفصل سأتطرق إلى أحكام الخطبة في الفقه والقانون واعتبار العرف فيها من حيث جانب انعقادها وفيه تبيان حقيقتها وشروطها واقترانها بالفاتحة، ومن حيث جانب العدول عنها وفيه حكم الهدايا والصداق والتعويض عن الضرر.

## المبحث الأول

### اعتبار العرف في انعقاد الخطبة

الخطبة باعتبارها مقدمة للزواج، لا بد من تبيان حقيقتها من خلال توضيح ما تعنيه وما يشترط فيها وكذا أسس اختيار طرفيها وهو ما يأتي بيانه:

#### المطلب الأول

#### مفهوم الخطبة

#### الفرع الأول

#### تعريف الخطبة ومشروعيتها وشروطها وحكمها

##### أولاً: تعريف الخطبة

**لغة:** الخطبة من الخطب وتأتي بعدة معان: الخطب بالفتح وتعني الشأن أو الأمر صغراً أو عظماً وقيل هو سبب الأمر. يقال: ما خطبك؟ أي ما أمرك؟.

والخطب: الذي يخطب امرأة وهي خطبه التي يخطبها والجمع أخطاب<sup>1</sup>.

**اصطلاحاً:** اختلفت تعاريفها عند الفقهاء فهي: عند المالكية: عبارة عن استدعاء النكاح وما يجري من المحاورة<sup>2</sup> وعرفوها أيضاً: "أنها فعل الخاطب من كلام وقصد واستلطاف بفعل أو قول"<sup>2</sup>.

**وعند الشافعية:** "التماس الخاطب النكاح من جهة المخطوبة"<sup>3</sup>.

وعرفها الفقهاء المعاصرون أيضاً بعدة تعريفات منها: "أنها تقدم رجل إلى امرأة معينة تحل له شرعاً أو إلى أهلها ليطالب الزواج بها بعد أن توجد لديه الرغبة في زواجها فإذا أجب طلبه تمت الخطبة بينهما"<sup>4</sup>.

1- ابن منظور، لسان العرب، المجلد الأول، دار الصادر، بيروت، ص360.

2- الحطاب الرعيني، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ط3، ج3، دار الفكر، (د.م.ن)، 1412-1992، ص407.

3- نجم الدين عبد الغفار بن عبد الكريم القزويني الشافعي، الحاوي الصغير، تحقيق صلاح بن محمد بن إبراهيم اليابس، ط1، دار ابن الجوزي، السعودية، 1430، ص453.

4- محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، ط2، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1982/1403، ص67.

وعليه فالخطبة تعني: أن يتقدم رجل لطلب امرأة للزواج بها على أن تكون خالية من الموانع الشرعية.

**قانونا:** جاء في المادة الخامسة من قانون الأسرة الجزائري رقم 11/84 المؤرخ في: 1984/06/09 المعدل والمتمم بالأمر رقم: 02-05 المؤرخ في: 2005/02/27 أن "الخطبة وعد بالزواج" حيث يتضح من هذا النص أن المشرع لم يعط تعريفا دقيقا للخطبة بل اكتفى ببيان طبيعتها القانونية ومؤدى ذلك أنه يجوز لكل من الخاطبين أن يعدل عن وعده في أي وقت شاء<sup>1</sup>، فالمادة اعتبرت الخطبة إجراءً تمهيديا يقوم به الخاطبان للتعرف على بعضهما البعض ولا يترتب أي أثر على الطرفين الذين يملكان العدول متى شاءا ذلك أو شاء أحدهما<sup>2</sup>.

ومفهوم الخطبة عند عامة الناس في مجتمعنا هي الاتصال الأولي الذي يقوم به أهل الرجل قصد التعرف على المرأة وأهلها وطلب يدها باستعمال ألفاظ متعارف عليها كأن يقول الرجل أو من ينوب عنه جنناكم قاصدين الحسب والنسب طالبين ابنتكم فلانة لابننا فلان<sup>3</sup>.

**ثانيا: مشروعية الخطبة:** الخطبة مشروعة بالكتاب والسنة:

عن القرين ككريم: قوله تعالى ﴿وَرَبُّهُمُ يَعْلَمُ خَيْرًا بِمَا خَافَ مِنْ هَيْدَرٍ أَوْ سَيْفٍ أَوْ عَدِائٍ لَكُم مِّن دُونِهِمْ﴾

ن ت م هـ أ ن ف س ك م هـ ٤ فالآية دلت على جواز الخطبة تعريضا.

1-محفوظ بن صغير، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، دار الوعي، الرويبة، الجزائر، 2013، ص59.

2- فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، ص17.

3- يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في شؤون الأسرة، ط3، دار هومه، الجزائر، 2011، ص8.

4- سورة البقرة، الآية 235.



ومن السنة النبوية: قوله ﷺ: "لا يخطب الرجل على خطبة أخيه"<sup>1</sup> ووجه الاستدلال من الحديث أنه دليل على مشروعية الخطبة للخطيب الأول وأنه يجب احترام حقه في الخطبة.<sup>2</sup>

**ثالثاً: شروط الخطبة:** للخطبة شروط مستحسنة وأخرى واجبة.

**1-الشروط المستحسنة:** فالشروط المستحسنة يندب لمريد الزواج مراعاتها وتحصيلها ولكنه إن أهملها ولم يحققها لا يؤثر ذلك في صحة الخطبة وذلك يعني أن هناك أسساً لاختيار الطرفين.

**-أسس اختيار المخطوبة:** هناك ضوابط يتم اختيار المخطوبة على أساسها ومنها:

(أ) أن تكون من النساء المتحليات بالخلق الحميد المتحلية بالدين فلا يتخيرها لجمالها أو غناها أو جاهها مهملاً الناحية الأخلاقية والدينية<sup>3</sup> مصداقاً لقوله ﷺ: "إن المرأة تتكح لدينها ومالها وجمالها فعليك بذات الدين تربت يداك"<sup>4</sup>، فالتوجيه النبوي في الحديث يرشد إلى اختيار ذات الدين وليس بالضرورة أن تكون ذات الدين مجردة من الموصفات الأخرى التي يرغب فيها الرجال<sup>5</sup>، والمراد بذات الدين أن تكون المرأة عفيفة عن المعاصي بعيدة عن الريب متقربة إلى ربها بالطاعات.<sup>6</sup>

(ب) وكذلك أن تكون بكرًا لحديث "جابر بن عبد الله رضي الله عنه قال: قال لي رسول الله ﷺ: "ما تزوجت؟" قلت تزوجت ثيباً فقال: "مالك وللعذارى ولعابها؟"<sup>7</sup> فيستحب للرجل اختيار من يريد نكاحها من الأباكر والبكر هي التي لم تتزوج بعد ولا شك أن

1- أبي داود، سنن أبي داود، كتاب النكاح، حديث رقم 2080، ج2، تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، (د.ت.ن)، ص228.

2- عماد شريقي، اعتبار العرف في مسائل الزواج وآثاره، رسالة ماجستير، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2014-2015، ص35.

3- بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، ط2، دار التأليف، مصر، 1961، ص28.

4- الترمذي، سنن الترمذي، كتاب النكاح، حديث 1086، (د.ط)، ج2، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1998، ص387.

5- عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، ط1، دار النفائس، الأردن، 1997/1418، ص48.

6- بدران أبو العينين بدران، المرجع نفسه، ص29.

7- صحيح البخاري، كتاب النكاح، حديث 5080، ط1، ج7، دار طوق النجاة، (د.م.ن)، 1422هـ، ص05.

المرأة بهذه الصفات أكثر استعداداً لإسعاد زوجها من غيرها ولكن أفضلية الزواج بال بكر قد تصير مفضولة وتتقدم عليها الثيب فيكون نكاحها هو الأفضل لسبب شرعي يستدعي هذا التفضيل ومن هذه الأسباب الشرعية كونها ذات دين وكذا الحاجة إلى الثيب.<sup>1</sup>

(ج) أن تكون ولوداً ودوداً، فبتزوج المرأة الولود يتحقق المقصود الأصلي من الزواج وهو مجيء الولد والتناسل<sup>2</sup> ولأن هناء الأسرة وسعادتها واستقرار حياتها إنما يتم بإنجاب الأولاد الذين هم أمل كل زوجين وبهم تقر العين ويمتد النسل ويوجد الوارث الأصيل والخلف المأمول كما يستحب أن تكون المرأة ودوداً بمعنى أنها حريصة على حب زوجها لها وميله إليها ورغبته فيها وإذا كانت كذلك فإنها تحرص دائماً على إرضائه<sup>3</sup>، ويُعرف هذان الوصفان في الأبكار من خلال ملاحظة أقاربهن واعتبارها بهن لأن الغالب سراية طباع الأقارب بعضهم إلى بعض<sup>4</sup>.

(د) أن تكون جميلة، فإن الجمال محبوب لكل نفس، ويشتاق إليه كل راغب في التزوج وهو الذي يساعد على العفة والصيانة وقد ذكره النبي الكريم صلى الله عليه وسلم في حديث المرغبات في المرأة، والجمال أمر نسبي فكل إنسان له تخيل خاص في الجمال الذي يهواه ويتأثر به فالبعض يرى الجمال في القصيرة وآخر يراه في الطويلة وثالث يراه مع هذا أو ذاك في السمراء ورابع تجذبه الشقراء أو البيضاء فالمستحب أن يتزوج الإنسان من يهوى جمالها حتى لا ينظر ويتشوف إلى غيرها وحتى يتحقق الهدف الأول من التزوج وهو العفة والصيانة للزوجين.<sup>5</sup>

1- عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، ط1، ج6، الرسالة، بيروت، لبنان، 1413هـ/1993م، ص48-50.

2- بدران أبو العينين بدران، مرجع سابق، ص30.

3- حسن أيوب، فقه الأسرة المسلمة، ط1، الرسالة، بيروت، 1413هـ/1993م، ص48-50.

4- عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، ص50.

5- حسن أيوب، مرجع سابق، ص15.

ه) أن تكون من البعيدات عن الخاطب لأن التزوج بالقريبات غالبا ما يسبب ضعف النسل ويجعل روح الفتور ساريا بين الزوجين بل لقد قالوا: إن في التزوج بالبعيدات نجابة للأولاد<sup>1</sup>.

#### -أسس اختيار الخاطب:

إذا كان الإسلام قد وضح الصفات التي يُستحب أن تتحلى بها المرأة والتي من أجلها تُفضل خطبتها فإنه راعى أيضا بالنسبة للرجل صفات هامة، على رأسها: التدين وطاعة الله تعالى والالتزام بالأخلاق الإسلامية الفاضلة وعلى ولي المرأة أن يتخير لها الرجل الصالح وألا يخدعه بريق المال ومباهج الحياة الدنيا وزخرفها فيزوجها من إنسان غني أو ذي مال أو جاه ولكنه غير مستقيم فإنه إن فعل جنى عليها وقطع رحمه<sup>2</sup> قال صلى الله عليه وسلم: "إذا خطب إليكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه"<sup>3</sup>.

فعلى الولي أن يختار لكريمته فلا يزوجه إلا لمن له دين وخلق فإن عاشرها عاشرها بمعروف وإن سرحها سرحها بإحسان، ومن زوج ابنته ظلما أو فاسقا أو مبتدعا أو شارب خمر فقد جنى على دينه وتعرض لسخط الله تعالى لما قطع من الرحم وسوء الاختيار<sup>4</sup>، وإن معرفة المرأة للرجل من ناحية الخلق ممكنة سهلة لأن الرجال يغدون ويروحون فمن السهل رؤيتهم، ومعرفة خلقه لا تكون إلا بالسؤال عنه وبالسؤال عن طبائع أسرته ومنبته الذي نبت فيه.<sup>5</sup>

1- بدران أبو العينين بدران، مرجع سابق، ص29.

2- أحمد عمر هاشم، الأسرة في الإسلام، دار فباء، مصر، 1998، ص103.

3- الترمذي، سنن الترمذي، باب النكاح، حديث رقم1084، ج2، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1998، ص385.

4- حامد علي حامد، فقه الزواج وما يتعلق به في الفقه الإسلامي، ط1، جامعة الأزهر، مصر، 1414هـ/1993م، ص37.

5- محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، (دم.ن)، (د.ت.ن)، ص55.

فالصفات التي يُختار من أجلها الزوج تكاد تشبه في مجموعها الصفات التي يختار من أجلها الرجل زوجته فمنها مثلا أن يكون الزوج بكرا (لم يتزوج من قبل) ومنها ألا يكون عقيما أو أحمق أو دميما ترغب عن مثله.<sup>1</sup>

### اعتبار العرف في ضوابط اختيار الخاطبين وموقف القانون:

هذه الشروط وإن كانت مستحسنة بمعنى أن إهمالها لا يؤثر في صحة الخطبة إلا أنها تختلف من بيئة إلى أخرى ومن مجتمع لآخر وتتفاوت في قوة اعتبارها وترتيبها حسب الأعراف السائدة وكذا تفكير الأفراد، فما يكون ضابطا في مجتمع ما قد لا يكون كذلك في مجتمع آخر.

غير أن ما تعارف عليه الناس من أسس في اختيار الخاطبين يوافق إلى حد بعيد ما ورد في الشريعة الإسلامية، فالاتفاق حاصل في أعرافنا على اعتماد ضابط الدين والأخلاق، كما تجدر الإشارة إلى ضابط آخر وهو تقارب السن بين الخاطبين إذ المتعارف عليه في مجتمعاتنا أن يفوق سن الخاطب سن المخطوبة بضع سنوات وإن كان في بعض المجتمعات يجوز أن تفوق المخطوبة خاطبها سناً غير أن هذا أمر نادر الوقوع، وأما التقارب بين الخاطبين من حيث المستوى الاجتماعي والثقافي فهو ضابط قلما يعتمد عليه في أعرافنا.

كما أصبحت وظيفة الاختيار مقتصرة على الشاب والفتاة لوحدهما فالزواج في البيئة الأسرية الحديثة يخضع لشروط تختلف عن تلك التي كان يخضع لها في البيئة التقليدية فقد منح الآباء حرية اختيار الشريك للأبناء وبرروا ذلك بقولهم أن كل ما نتج عنهم ذلك الاختيار من نتائج سواء كانت حسنة أو سيئة فإن ذلك يكون منهم وإليهم وعليهما تحمل النتائج وحدهما وهذا التغير في الاختيار للزوج نتج عن التحضر والرقى الاجتماعي وتجسيدهما في الحرية الكبيرة التي منحها الآباء للأبناء في تقرير مصيرهم ورسم مستقبلهم مع الشخص

1- نور الدين أبو لحية، المقدمات الشرعية للزواج، ط1، دار الكتاب للحديث، القاهرة، (د.ت.ن)، ص113.

الذي يختارونه ويرونه الأمثل والأجدر للمشاركة في نفس المسكن والحياة الاجتماعية والاقتصادية.<sup>1</sup>

## 2- الشروط الواجبة للخطبة: وتتنحصر في شرطين أساسيين هما:

أ- الشرط الأول: أن لا يُحرم الزواج بها شرعاً: بأن كانت من المحارم المحرمة تحريماً مؤبداً كالأخت والعمة والخالة أو تحريماً مؤقتاً كأخت الزوجة وزوجة الغير.<sup>2</sup>

وتأسيساً على ذلك تُحرم خطبة هؤلاء:

1- المرأة المحرمة تحريماً مؤبداً: بأن تكون محرمة عليه بسبب من أسباب التحريم المؤبدة كأخته نسباً أو رضاعاً فلا يجوز خطبتها هنا لأن الخطبة وسيلة إلى العقد ومقدمة له وإذا كانت النتيجة غير ممكنة الحصول في الحال فالاشتغال بالوسيلة عبث يُصان العاقل عنه.<sup>3</sup>

2- المرأة المحرمة تحريماً مؤقتاً: ويشمل التحريم المؤقت:

### أ- المعتدة من طلاق رجعي:

إن المعتدة من طلاق رجعي لا تجوز خطبتها بالاتفاق لأن زوجيتها لا تزال قائمة وحق الزوج في مراجعتها قائم فله مراجعتها في أي وقت قبل انتهاء عدتها رضييت أو كرهت فتكون كالزوجة من كل الوجوه فتحرم خطبتها بأي شكل تصريحاً كانت أو تعريضاً لما في ذلك من إيذاء لزوجها أو إثارة للنزاع بيمه وبين من خطبها ولا يجوز ذلك حتى لو أذن الزوج في تلك اللحظة لأن حق الشارع في المنع قائم فلا يجوز إهداره.<sup>4</sup>

1- خباش فتيحة، تغير مفهوم الخطبة في الأسرة الجزائرية، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر 2، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، 2010/2011، ص 68.

2- عبد القادر حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 1428-2007، ص 37.

3- عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ط2، دار القلم، الكويت، 1410/1990، ص 19.

4- محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص 72.

جاء في مغني المحتاج: "ولا يحل تعريض لرجعية لأنها زوجة أو في معنى الزوجة ولأنها مجفوة بالطلاق فقد تكذب انتقاماً".<sup>1</sup>

#### ب-المعتدة من طلاق بائن:

أما المعتدة من طلاق بائن فالحنفية يذهبون إلى أنه لا يجوز خطبتها لا تصريحاً ولا تعريضاً لأن الطلاق البائن إن قطع رباط الزوجية إلا أن آثاره باقية وهذا كاف في منع خطبتها لئلا يؤدي ذلك إلى إثارة النزاع بين مطلقها وبين من خطبها ومن ناحية أخرى إن إباحة خطبتها قد يحملها على ارتكاب محذور إذا رغبت في الزواج ممن خطبها فتقر بانقضاء عدتها زاعمة أنها حاضت فيها ثلاث حيضات وتصدق في ذلك الإقرار لأنه أمر لا يعلم من جهتها وليس لأحد سلطان عليها، وأما أصحاب المذاهب الأخرى ومعهم الجعفرية فقرروا أنه لا يجوز خطبتها تصريحاً مراعاة لجانب الزوج المطلق لأنها معتدة منه وقد يثور النزاع بينه وبين من خطبها وجواز خطبتها التعريض لانقطاع الزوجية بالطلاق البائن وهو كاف في جواز التعريض الذي لا يثير النزاع بينه وبين مطلقها.<sup>2</sup>

وقد استدلل الجمهور بما رواه مسلم من أن أبا عمر وبن حفص طلق فاطمة بنت قيس البتة وهو غائب عنها فقال لها النبي صلى الله عليه وسلم إذا حلت فآذنيني فلما حلت ذكرت له أن معاوية بن أبي سفيان وأبا جهم خطباها فقال صلى الله عليه وسلم: أما أبو جهم فلا يضع عصاه على عاتقه وأما معاوية فصعلوك لا مال له انكحي أسامة بن زيد فكرهته ثم قال انكحي أسامة بن زيد فنكحته فجعل الله فيه خيراً كثيراً فاغتبطت وقد اعتبروا قوله ﷺ: فآذنيني تعريضاً.<sup>3</sup>

1- شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، ط1، ج3، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1997/1418، ص183.

2- مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص72-73.

3- أبو زهرة، مرجع سابق، ص58.

### ج-المعتدة من وفاة:

اتفقت كلمة الفقهاء فيها على أنه لا تجوز خطبتها تصريحاً وتجاوز خطبتها بطريق

وَالَّذِينَ يَتَّبِعُونَ وَيُفِيدُونَ نَزَلَ عَلَيْهِمْ تَوَالِي ۖ رَوْنُ أَرْوَجَ أَيْ بَصْنِ أَجْلٍ مِنْ غَلَا جَزَعًا عِلَّيْكَ مَفِيمٌ عِلَّيْكَ نَفْسٌ مِنْ جَالِدٍ هَاجِمٍ عِلَّيْكَ مَفِيمٌ خَاخِعٌ مَذْمُومٌ مِنْ خَطِّ بَيْتِ السَّاءِ وَنَزَلَ كَرُورٌ مِنْ بَوْلٍ كَرَنَ لَتَوْا عِدُّوْنَ سِرَالًا نَتَقُوا وَلَقَدْ وَلا مَعْرُوفٍ ۚ<sup>1</sup> فهذا النص الكريم يبين عدة المتوفي عنها زوجها والأحكام المتصلة بها ورفع الجناح عن التعريض بخطبتها في العدة ونهى عن المواعدة كي لا يحل<sup>2</sup> سِرَالًا وهو عقد موطن سِرَالًا لا تأنت قواولق وولا سِرَالًا وهو الخطبة الصريحة ثم نهى عن العقد عليها حتى تنتهي عدتها، والمراد بالنساء هن المتوفي عنهن أزواجهن بدليل سياق الكلام فيقتصر الاستثناء على موضعه، والسر في إباحة التعريض أن الزوجية قد انقطعت بالوفاة ولا أمل بعودتها، وأما منع التصريح فمراعاة لجانب المرأة من ناحية أخرى وهو حداها على زوجها.<sup>2</sup>

### د-زوجة الغير:

فلا يجوز للرجل أن يخطب ذات زوج بحال من الأحوال لأنها محرمة عليه مادامت زوجة ولأن خطبتها اعتداء على الزوج.<sup>3</sup>

جاء في بدائع الصنائع: "ومنها أن تكون منكوحة الخير القول به تعالى ۖ نَزَاتِ مِّنَ الْإِسْرَاءِ ۖ (النساء آية 24) معطوفات على قوله عَزَّ وَجَلَّ ۖ مَّاتَ كَمَ ۖ (النساء آية 23) إلى قوله: ۖ نَزَاتِ مِّنَ الْإِسْرَاءِ ۖ وهن نوات الأزواج وسواء كان زوجها مسلماً أو كافراً".<sup>4</sup>

1 - سورة البقرة، آية 234-235.

2- مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص 74-75.

3- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط3، دار الفكر العربي، 1377هـ/1957م، ص 28-29.

4- الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، كتاب النكاح، ط2، دار الكتب العلمية، 1406هـ/1986م، ص 268.

والفرق بين التصريح والتعريض هو أن التصريح في الخطبة هو ما يقطع بالرغبة في الزواج كقوله أريد أن أتزوجك أو إذا انقضت عدتك تزوجتك، ولا فرق في ذلك بين الحقيقة والمجاز والكناية كقوله: "أريد أن أنفق عليك نفقة الزوجات" فكل من الثلاثة إن أفاد القطع بالرغبة في النكاح فهو تصريح أو مجرد الاحتمال لها فهو تعريض، أما التعريض بالخطبة فهو ما يحتمل الرغبة في الزواج وغيره من الأقوال والأفعال ومن الأمثلة التي ذكرها الفقهاء لذلك:

**الأقوال:** وهي أن يقول الرجل للمرأة وهي في عدتها من وفاة زوجها: إنك علي لكريمة وإني فيك لراغب وإنك لإلى خير وإني لك لمحِب ونحو هذا من القول.

**الأفعال:** كأن يهدي إليها هدية.<sup>1</sup>

**ب- الشرط الثاني:** أن لا تكون مخطوبة لآخر: الأصل أنه لا يجوز للرجل أن يتقدم لخطبة امرأة تعلقت بها حقوق الغير ومن تعلقت بها هذه الحقوق هي المرأة المخطوبة للغير والحكمة من منع الخطبة على الخطبة واضحة ذلك أن تنافس جماعة من الرجال على النساء أمر يحط من قدرهم ويشيع بينهم التباعد والتطاحن من أجل المرأة وقد تجعل المرأة وأهلها في حرج.<sup>2</sup>

وقد ورد النهي عن الخطبة على الخطبة في السنة ومن ذلك قوله ﷺ: "لا يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى ينكح أو يترك"<sup>3</sup> ففي الحديث نهى والنهي للتحريم وقيل إن النهي للتأديب ولعل السر في تحريم الخطبة على الخطبة ما يترتب على حلها من الضغينة والنفرة بين الخاطبين وإيقاع العداوة بينهما لأن الرجل إذا خطب امرأة وركنت إليه ظهر

1- نور الدين أبو لحية، مرجع سابق، ص140-141.

2- عيسى حداد، عقد الزواج، منشورات باجي مختار، عنابة، الجزائر، 2006، ص17.

3 -النسائي، سنن النسائي، كتاب النكاح، حديث رقم3241، تحقيق عبد الفتاح أبو غدة، ط2، ج6، المكتبة العصرية، بيروت، لبنان، 1429هـ/2006م، ص513.



وجه لصالح منزله فيكون تأييسه عما هو بسبيله وتخيبه عن قصده إساءة له وظلما وتضييقا<sup>1</sup>.

ويُشترط لتحريم الخطبة على الخطبة ما يلي:

(1) أن تكون خطبة الأول جائزة ولو كانت مكروهة، أما إذا كانت خطبة الأول غير جائزة كخطبة امرأة وهي في عدتها فانه يجوز للثاني أن يخطبها بعد أن تنتضي عدتها.

(2) أن يعلم الثاني بحدوث الخطبة الأولى.

(3) أن يعلم الثاني بجواز خطبة الأول.

(4) أن يصرح بإجابة الأول ويعلم الثاني بحدوث ذلك.<sup>2</sup>

والخاطب له ثلاث أحوال من حيث إجابته:

\***الحالة الأولى:** أن تقبل خطبته وفي أثناء السير في العقد يتقدم خاطب آخر فتقدم هذا حرام بالإجماع.

\***الحالة الثانية:** أن ترفض خطبة الأول وبعد الرفض تجوز تقدم الثاني بالاتفاق وذلك لأنه لو منع لكان معنى ذلك أن من تخطب لا تجوز خطبتها مطلقا وفي ذلك تعطيل لمصلحتها أو إرغام لها على قبول الأول.

\***الحالة الثالثة:** هي حال التردد بين الرفض والقبول، وهذه موضع خلاف بين الفقهاء:

بعض الفقهاء ومنهم بعض الشيعة قال أن خطبة الثاني تجوز واستندوا في ذلك إلى حديث فاطمة بنت قيس التي خطبها النبي صلى الله عليه وسلم لأسامة بن زيد وقد سبقه معاوية بن أبي سفيان وأبو جهم ولأن عدم قبول الخاطب الثاني قد يكون فيه فوات مصلحة للمخطوبة معناه لم يثبت بعد أي حق للخاطب الأول ولو كان حقا معنويا ولأنه مادامت

1- بدران أبو العينين بدران، مرجع سابق، ص35.

2- محمد رأفت عثمان، عقد الزواج أركانه وشروط صحته في الفقه الإسلامي، ص54.

الخطبة لم تتم فيكون الأمر فيه كالرفض وقال بعض الفقهاء: لا يحل للخطيب الثاني أن يتقدم لأنه يجوز أن يكون ثمة قبول ولكن حصل الرفض بسبب تقدم هذا الأخير ولا شيء يقطع المودة أكثر من ذلك.<sup>1</sup>

#### رابعاً: حكم الخطبة

للخطبة حكم أصلي وأحكام عارضة، والعلماء فيه على قولين:

#### 1- الحكم الأصلي للخطبة:

اختلف العلماء في الحكم الأصلي للخطبة على قولين:

**القول الأول:** أن الأصل في حكم الخطبة هو الاستحباب، وهو مذهب جمهور العلماء ومن الأدلة على ذلك:

- أنه فعل النبي ﷺ فقد خطب عائشة بنت أبي بكر الصديق وحفصة بنت عمر.
- أن رجلاً قال للنبي ﷺ: "يا رسول الله، زوجنيها، فقال ﷺ: "زوجتكها بما معك من القرآن"، فلم يذكر خطبة، فدل على جواز التزويج بدون خطبة.
- خطب إلى عمر رضي الله عنه مولاة له فما زاد على أن قال: قد أنكحناك على ما أمر الله، على إمساك بمعروف أو تسريح بإحسان، ولم يذكر خطبة في ذلك.
- عن رجل من بني سليم قال: خطبت إلى رسول الله ﷺ أمانة بنت عبد المطلب فأنكحني من غير أن أتشهد.
- أنه عقد معاوضة فلم تجب فيه الخطبة.

**القول الثاني:** الوجوب، وهو قول داود الظاهري على ما نقله الناقلون عنه وربما استدل بما يدل على الاستحباب على القول بالوجوب فقد قال في المغني: "وما استدلوا به يدل على عدم

1- محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، مرجع سابق، ص 59-60.

الكمال بدون خطبة لا على الوجوب "وقال ابن القيم: "ووافقهم من الشافعية أبو عوانة ترجم في صحيحه: باب وجوب الخطبة عند العقد".<sup>1</sup>

## 2- الأحكام العارضة للخطبة:

يعرض للخطبة ما يعرض لعقد النكاح باعتبار وصفه من وجوب واستحباب وكرهه وتحريم باعتبارها وسيلة ومقدمة من مقدمات عقد النكاح فان الوسائل لها حكم مقاصدها وقد تحرم كما في حالة التصريح بها للمعتدة من وفاة أو التعريض أو التصريح بها للمعتدة من طلاق رجعي وقد تكره الخطبة التي تتم أثناء الإحرام بحج أو عمرة.<sup>2</sup>

### الحكمة من الخطبة:

للخطبة خطر بعيد وهي ذات شأن بعيد في عقد الزواج إذا روعيت أوضاعها الشرعية وتقيد القائمون على الأمر فيها بخطوات الشارع الحكيم لأنها قوة في الحياة الزوجية ونبراس تنير الطريق للزوجين على طريق الحياة وحماية لها من التفكك والانحلال ومن ثم حظيت الخطبة على اهتمام الشارع وعنايته بالقدر الذي يؤكد فاعليتها ويوضح أثرها في الحياة الزوجية ويؤكد شرف الغاية ونبل المقصد من الزواج.

ولما كان عقد الزواج من العقود ذات الشأن الكبير لزم أن يسبقه مقدمات تمهد له وتضمن بقاءه ودوامه وتتجلى أهمية الخطبة في الهدف الأسمى من ورائها وهو التعارف بين الرجل والمرأة الذين يعتزمان الزواج وبناء الحياة الأسرية معا.

فعن طريق هذه الخطوة يتم اطمئنان الطرفين على سلوك وأخلاق وعادات بعضهما قبل الخوض في الزواج وذلك من أجل حياة زوجية قائمة على دعائم قوية.

ولما كانت الخطبة من مقدمات الزواج والزواج عقد من أهم العقود لأنه عقد الحياة لابد أن يكون للخطبة حكم كبيرة تتجلى في الآتي:

1- نور الدين أبو لحية، مرجع سابق، ص136-137.

2- حامد علي حامد، مرجع سابق، ص42-43.

(1) أن يعلم كل من الرجل والمرأة صاحبه الذي سيرتبط معه برباط مفروض فيه هو رباط حياة أبدية.

(2) الخطبة تتيح تعرف عائلتين على بعضهما عن قرب وبالتالي إتمام العلاقة أو قطعها.

(3) إشاعة روح المودة بين الخاطبين والاحترام المتبادل والحرص على استمرارها بعد الزواج.

(4) تحقيق الاستقرار والسكن وذلك باطمئنان الطرفين لبعضهما.<sup>1</sup>

والحكمة من مشروعية الخطبة هي الدراسة المتأنية والموضوعية، والتخطيط السليم والإعداد الجيد لبناء البيت المسلم فكلما كان ذلك سليماً وموضوعياً كان البناء وما يتبعه من إجراءات سليمة وما يعلوه سليماً، ويجب عند الإقدام على الخطبة التوازن بين العاطفة والموضوعية والحيولة وبين الجبرع، ولصق الله القائل: ﴿مَدَّ يَدَيْهِ مِنْ حَرِّ رَجٍ﴾ الحج 78.

كما تساعد الخطبة كذلك في بيان التوافق بين الخاطب والمخطوبة في المبادئ والقيم والاتجاهات والأفكار والطبيعة والمزاج والرغبات والميول.<sup>2</sup>

## الفرع الثاني

### تعارف المخطوبين واعتبار العرف فيه

كما سبقت الإشارة فإن الخطبة مقدمة لعقد الزواج وتمهيد له يمكن الطرفين وأهلها من التحري والاستقصاء كل عن الآخر حتى يكون الإقدام على الزواج على تريض وبصيرة وفي تعارف الخاطبين على بعضهما جزئيات نورد منها ما يلي:

1- خباياش فتيحة، مرجع سابق، ص 84.

2- حسين حسين شحاتة، آداب الخطبة في الإسلام، ط1، دار المنار، 2002/1423، ص 14.

## أولاً: النظر إلى المخطوبة

حثت السنة النبوية في أحاديث كثيرة على جواز النظر إلى المخطوبة ومن ذلك ما رواه المغيرة بن شعبة أنه خطب امرأة فقال له النبي ﷺ: "أنظرت إليها" قال: "لا" قال: "أنظر إليها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما"<sup>1</sup> فالرسول ﷺ أمر بالنظر إلى من يريد الرجل خطبتها وعلل ذلك صلوات الله عليه وسلامه بقوله: "أحرى أن يؤدم بينكما" والمراد أن الذي يقدم على الزواج وقد رأى المخطوبة واستراحت نفسه إلى الإقدام على الزواج منها فإن هذا يؤدي في الغالب إلى دوام العشرة وهذا أولى من أن يراها بعد أن يعقد عقده عليها فيتفاجأ بأنها غير مناسبة له وتجفوها نفسه<sup>2</sup>.

**1-حكم النظر إلى المخطوبة:** اختلف الفقهاء في حكم النظر إلى المخطوبة في حال خوف الفتنة ومن الأقوال الواردة في المسألة:

**القول الأول:** أن النظر مستحب مطلقاً، وهو قول للمالكية<sup>3</sup> والشافعية<sup>4</sup> والحنفية<sup>5</sup> لإطلاق الأحاديث الواردة في ذلك قال الإمام الروياني: "وله النظر وإن خاف الفتنة لغرض التزوج وإذا لم تعجبه فليسكت ولا يقل لا أريدها لأنه إيذاء" وقد ورد في بعض كتب المالكية أن حكمه الجواز ووجهه عند الدسوقي بأن مرادهم الإذن لا الحكم، يقول الدسوقي عبارة أهل المذهب الجواز، ولم يحك ابن عرفة الاستحباب إلا عن ابن القطان، ويمكن حمل الجواز في كلام أهل المذهب على الإذن".

1- ابن ماجه، سنن ابن ماجه، كتاب النكاح، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، حديث رقم 1865، ط1، ج1، دار إحياء الكتب العربية، (د.ت.ن)، (د.م.ن)، ص599.

2- عمر سليمان الأشقر، مرجع سابق، ص51

3- ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث، القاهرة، مصر، 1425هـ/2004م، ص31.

4- النووي، منهاج الطالبين وعمدة المفتين في الفقه، تحقيق عوض قاسم احمد عوض، كتاب بالنكاح، ط1، (د.م.ن) 1425هـ/2005م، ص204.

5- الكاساني، مرجع سابق، ص331.

**القول الثاني:** أن النظر مستحب عند أمن الفتنة وهو قول الحنابلة ومروي عن المالكية، قال الخرشي: "يندب لمن أراد نكاح امرأة إذا رجا أنها ووليها يجيبانه إلى ما سأل وإلا حرم" فقد حكم بتحريم النظر في حال العلم برفضها أو رفض وليها.<sup>1</sup>

ولجواز النظر إلى المرأة المراد زواجها عدة شروط بينها العلماء:

**الشرط الأول:** أن يقصد النكاح، وهو شرط ملاحظ في الأصل إذ لو لم يكن قاصدا نكاحها لم يجز له أن ينظر إليها.

**الشرط الثاني:** أن يحصل عنده رجاء ظاهر في إجابة المرأة أو وليها لهذه الخطبة، وهو شرط قاله العز بن عبد السلام من الشافعية، وأما إذا علم الرجل الذي يريد النكاح عدم الإجابة فإن ابن القطان من المالكية وغيره منهم يرى أنه أن خيفت الفتنة حرم نظره إليها وإن لم تخف الفتنة كان النظر مكروها.

**الشرط الثالث:** أن يكون عالما بخلوها عن الزواج بآخر، وبخلوها عن عدة تحرم التعريض بالخطبة.<sup>2</sup>

**2- مواضع النظر:** باعتبار أنه لم يرد نص صريح من الأحاديث التي أجازت النظر إلى المخطوبة فقد اختلف العلماء في مواضع النظر إلى أقوال:

**القول الأول:** الوجه والكفان وهما مما اتفق الفقهاء جميعا على إباحة النظر إليهما ومن الأدلة التي ذكرت بجواز ذلك:

- أن الحاجة تدفع بالنظر إلى الوجه، فبقي ما عداه على أصل التحريم.
- أن النبي ﷺ لما أذن في النظر إليها من غير علمها علم أنه أذن في النظر إلى جميع ما يظهر عادة، إذ لا يمكن إفراد الوجه بالنظر مع مشاركة غيره له في الظهور، لأنه يظهر غالبا فأبيح النظر إليه كالوجه.

1- نور الدين أبو لحية، مرجع سابق، ص123.

2- محمد رأفت عثمان، مرجع سابق، ص82.

أنها امرأة أبيح النظر إليها بأمر الشارع، فأبيح النظر إليها كذوات المحارم.

**القول الثاني:** أن له النظر إلى ما عدا الوجه والكفين، ومن الأدلة التي استدلت بها هؤلاء أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه خطب ابنة علي رضي الله عنه فذكر منها صغرا فقالوا له: إنما ردك فعاوده فقال: نرسل بها إليك تنتظر إليها فرضيها، فكشف عن ساقها، فقالت: أرسل، فلو لا أنك أمير المؤمنين للطمت عينك "وقد اختلف أصحاب هذا القول في تحديد ما يراه على آراء متعددة منها:

**الرأي الأول:** جواز رؤية كل شيء ما عدا العورة المغلظة، والعورة المغلظة هي الفرجان.

**الرأي الثاني:** أن له النظر إلى مواضع اللحم وهو قول الأوزاعي.

**الرأي الثالث:** صح عن ابن عمر رضي الله عنه إباحة النظر إلى ساقها وبطنها وظهرها.

**الرأي الرابع:** صح عن أبي موسى الأشعري رضي الله عنه إباحة النظر إلى ما فوق السرة ودون الركبة.<sup>1</sup>

**3- علم المخطوبة عند النظر إليها:** اختلف الفقهاء في حكم هذه المسألة على قولين:

**\*القول الأول:** قال فقهاء المالكية: لا يجوز النظر إلى المخطوبة إلا بعلمها أو بعلم وليها حتى تصلح من شأنها وتنتهيأ له كي لا يراها الخاطب وهي في حالة لا ترضاها.

**\*القول الثاني:** قال فقهاء الشافعية: يجوز أن ينظر الخاطب إلى مخطوبته بدون علم منها ومن ذويها اكتفاء بإذن الشارع في النظر لكن شرط أن يكون هذا قبل عرض الخطبة حتى يراها الخاطب وهي في حالتها الطبيعية ولا يكون في الاعتراض عنها إن لم تلق قبولا عنده إخراجا لها ولا إخراجا لأسرتها وما ذهب إليه الشافعية قال به فقهاء الحنفية.<sup>2</sup>

1- نور الدين أبو لحية، مرجع سابق، ص 127-128.

2- حامد علي حامد، مرجع سابق، ص 67.

**4- وقت النظر إلى المخطوبة:** ذهب بعض الفقهاء إلى أنه يكون عند الخطبة وذهب آخر إلى أنه يكون قبلها عندما يعزم على التقدم لخطبتها، لأنه أوفق بحال المرأة لأنه إذا نظر إليها قد توافق رغبته، فيقدم وقد لا تعجبه فيحجم عنها. فإذا نظر إليها عند خطبتها ثم رغب عنها ترك ذلك في نفسها ألماً وحسرة، أما إذا كان النظر قبل الخطبة وقبل أن تعلم بذلك ولم يجد فيها ما يشجعه على التقدم لخطبتها، فإنه لا يترك في نفسها شيئاً.<sup>1</sup>

**5- نظر المرأة إلى خاطبها:** يُباح للمرأة أن تنتظر إلى خاطبها الذي يريد نكاحها، فهي صاحبة الحق في قبول الخطبة أو رفضها، فمن مصلحتها أن يكون قبولها أو رفضها بعد نظرها إليه ولأن الحكمة التي من أجلها أبيع للخاطب أو ندب إليه النظر إلى المرأة هي نفسها التي تدعو إلى إباحة نظر المخطوبة إلى خاطبها وهذه الحكمة أن النكاح بعد تقديم النظر يتحقق فيه غالباً الألفة ودوام العشرة وبالتالي تتحقق مقاصد النكاح.<sup>2</sup>

وفي ذلك جاء في كشف القناع: "تتظر المرأة للرجل إذا عزمت على نكاحه، لأنه يعجبها منه ما يعجبه منها"<sup>3</sup> كما جاء في مواهب الجليل: "لم أر فيه نصاً للمالكية والظاهر استحبابه وفقاً للشافعية قالوا: يستحب لها أيضاً أن تنتظر إلى وجهه وكفيه".<sup>4</sup>

## ثانياً: التواصل بين الخاطبين

ويندرج تحته الخلوة والاتصال بوسائل الاتصال الحديثة:

### 1- الخلوة بين الخاطبين:

الخطبة بعد تمامها لا تعدو أن تكون مجرد وعد واتفاق بين الطرفين على إنشاء عقد الزواج في المستقبل فما دام العقد لم يتم بينهما فالمخطوبة مازالت أجنبية لا يحل له منها ما

1- مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص 69-70.

2- عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، ص 69.

3- البهوتي، كشف القناع، (د.ط)، (د.م.ن)، (د.ت.ن)، ص 163.

4- الحطاب الرعيني، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ط 3، ج 3، دار الفكر، (د.م.ن)، 1412هـ/1992م،

ص 405.



يحل للرجل من زوجته من المعاشرة والخلوة والاختلاط على انفراد دون أن يكون معها محرم منها كأبيها أو أخيها حتى لا يكون الشيطان مكانا بينهما وهذا موقف الشريعة من الخطوبة وهو موقف وسط لا إفراط فيه ولا تفريط.<sup>1</sup>

فلا يجوز شرعا أن يخلو الخاطب بمخطوبته على انفراد لأنها لم تحل له بعد حتى يبرم عقد الزواج ولأنها مازالت أجنبية عنه، كما لا يجوز ترك الحرية للمخطوبين يخرجان حيثما شاءا، ويذهبان إلى أي مكان إن أرادا للنزهة أو لغير ذلك.<sup>2</sup>

فيظهر من ذلك أن ما اعتاده الناس من موافقتهم على خلوة الخاطب بابنتهم المخطوبة وموافقتهم على خروجها سوية بحجة أنهما خطيبان، هذا الاعتقاد باطل لا قيمة له ولا يغير حكم الشرع في تحريم الخلوة بينهما لأنهما لا يزالان أجنبيان.<sup>3</sup>

## 2-الاتصال بين الخاطبين بالوسائل الحديثة:

هناك الكثير من الوسائل الحديثة التي تتيح تواصل الخاطبين مع بعضهما ومنها الانترنت والهواتف وغيرها.

هذه الوسائل تحتاج إلى فتاوى شرعية تنظمها، وإن كانت الفتوى تتغير بتغير الزمان والأشخاص ومع ذلك يمكن وضع مجموعة من الضوابط للحكم الشرعي في هذه المسألة على سبيل العموم فحكم الاتصال عن طريق هذه الوسائل يخضع لما يلي:

أ) الرغبة الصادقة في الزواج فمن كانت رغبته غير كذلك لا يجوز له الاتصال.

ب) موضوع الاتصال، فلو كان موضوعا محرما كما هو الشأن اليوم من إرسال الصور عبر هذه الوسائل أو الكلام في النواحي غير الأخلاقية فإنه لا شك في حرمة ذلك.

ج) طريقة الحديث فإن كان فيها خضوع وتكسر وإغراء حرم ذلك لقوله تعالى: ﴿لَا

الذتي في نفسه به رض و ق ل ن ق و لا م م ر و ف ١﴾.

1- حامد علي حامد، مرجع سابق، ص 67.

2- حسين حسين شحاته، مرجع سابق، ص 28.

3- عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، ص 73.

(د) مدة الاتصال، فالمبالغة زيادة على الحاجة بحيث تصبح وسيلة للتشهي وإرواء الأهواء لا شك في حرمتها.

(هـ) الأمن من استغلال هذه الوسائل للتشهير وهتك الأعراض فيحرم حيث يمكن أن يستغل حديث المرأة لرميها أو هتك عرضها.<sup>2</sup>

### اعتبار العرف في تعارف المخطوبين خلال فترة الخطبة وموقف القانون:

مما لا شك فيه أن المتعارف عليه عند الأسر الجزائرية هو أن الخطبة مقدمة للزواج لا أكثر، وأن علاقة الخاطبين ببعضهما لا بد أن تكون محدودة وفي دائرة ضيقة إلى أبعد الحدود. فنجد أن الأعراف الجزائرية لا تمنع رؤية الخاطب خطيبته أو العكس، فقد جرت الأعراف أن ينظر الطرفان إلى بعضهما البعض أثناء الخطبة في حضور محرم من عائلة المخطوبة، كما أن هناك بعض المناطق تعطي تسميات خاصة لهذه الحالة، أما ما يراه كل منهما من الآخر فالعرف يقضي، حسب ما جرى العمل به، بأن ينظر الخاطب من مخطوبته وجهها وكفيها لا أكثر.

والناس في وقتنا الحاضر يقفون من علاقة الخاطب بخطيبته مواقف متباينة يمكن إجمالها في ثلاث مواقف:

**الفئة الأولى:** بعض الأسر وبمجرد إتمام مراسيم الخطبة التقليدية يفتحون بيوتهم للخاطب يدخل عليهم وقت ما شاء ويخرج وقت ما شاء ويختلي بخطيبته وتسمح للخاطب بالخلوة في أماكن مختلفة والانتقال بها من مكان إلى آخر بحجة التعرف على بعضهما البعض أكثر.

**الفئة الثانية:** بعض الأسر لا تسمح للخاطب برؤية خطيبته أو الجلوس معها حتى ولو كان بين أهلها ومحارمها، بالرغم من أن الإسلام يبيح للخاطب رؤية المخطوبة، تحسبا لما قد يحدث من فشل فيكونون بذلك قد صانوا عرضهم وحمو شرفهم وإن كانت هذه الفئة بدت بالاختفاء تدريجيا بسبب انتشار الوعي الثقافي وفهم المجتمع للإسلام.

1- سورة الأحزاب، آية 32.

2- نور الدين أبو لحية، مرجع سابق، ص133.

**الفئة الثالثة:** وهم ثلة قليلة لكنهم في ازدياد بعد انتشار الوعي الديني وارتفاع المستوى الثقافي، وهذه الفئة لا مانع لديها من رؤية الخاطب مخطوبته والجلوس والكلام معها ومحاورتها في أمور مستقبلهما.<sup>1</sup>

وإن كان هذا التصنيف يختلف باختلاف البيئات وتفكير الأفراد في مختلف المناطق الجزائرية، فمثلا نجد الأعراف السائدة في الوسط الجزائري، وإن كانت متباينة نوعا ما، فإنها لا تقضي بخلو الخاطبين ببعضهما أيا كانت الظروف، وأما الاتصال بينهما بوسائل الاتصال الحديثة فيسمح به ولكن بعد مرور مدة معقولة من الخطبة، وهناك من لا يسمح بذلك إلا بعد العقد المدني.

### موقف القانون:

بالرجوع إلى نصوص قانون الأسرة الجزائري لا نجد فيها أي نص تناول هذا الموضوع من أي جانب، فالمشرع لم ينظم بالتفصيل أو على الأقل بأحكام عامة مسألة تعارف الخاطبين، وقد ترك ذلك إلى أعراف الناس وعاداتهم، وكذلك فإن المادة 222 من هذا القانون تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية وبالتالي تطبيقها في حال غياب مثل هذا النص، وإن كان الأجدر إضافة نص يتضمن أحكاما كهذه باعتبارها سائدة في مجتمعنا وباعتبار قانون الأسرة يهدف في مواده إلى تنظيم الأحوال الشخصية للأفراد.

### المطلب الثاني

#### تكييف الخطبة واقترانها بالفاتحة

بعد بيان مفهوم الخطبة نتعرض إلى بيان طبيعتها في الفقه والقانون، هل تعتبر عقدا أم أنها مجرد وعد بالزواج غير ملزم؟ ومن ثمة يجدر بنا تحديد حكم اقترانها بالفاتحة كما هو جار العمل به في مجتمعاتنا.

1- عيسى حداد، مرجع سابق، ص 18-19.

## الفرع الأول

### تكييف الخطبة واعتبار العرف فيه

ونعني بتكييف الخطبة ما إذا كان يُقصد بها أنها عقد تام أم أنها مجرد وعد غير ملزم.

#### أولاً: تكييفها في الفقه

اتفق الفقهاء على أن الخطبة كمقدمة لعقد الزواج هي مجرد وعد غير ملزم وليست عقداً، فالخطبة ليست عقداً ولكنها وعد بعقد، والوعد بالعقود غير ملزم بعقده عند جمهور أهل العلم، والذين ألزموا بإمضاء الوعد قلة من أهل العلم ومن هؤلاء الحسن البصري.<sup>1</sup> فهي -أي الخطبة- ليست عقداً التزم فيه طرفاه التزامات لها قوة الإلزام ولكن أقصى ما تؤديه الخطبة إذا تمت أن تكون وعدا بعقد وليس للوعد بعقد قوة إلزام عند جمهور الفقهاء، وإذا لم تكن في الخطبة قوة الإلزام لأحد الطرفين فكل منهما أن يرجع عن قوله وإن فعل فهو يستعمل خالص حقه وليس لأحد عليه من سبيل، والمصلحة توجب أن يكون كلا طرفي عقد الزواج له الحرية التامة قبل إبرامه لأنه عقد حياة، ومن المصلحة التروي وترديد الأمر فيه حتى إذا تم كان ذلك برضا صحيح كامل لم تشبه شائبة، ولو ألزم الخاطب بخطبته كان في ذلك حمله على العقد قبل أن تتوافر لديه كل أسباب الدرس أحيانا وهذا ما تقرره كتب الفقه بالإجماع من غير خلاف.<sup>2</sup>

فالخطبة إذا قبلت مجرد وعد بالتزويج فلا يكره للولي الرجوع عنها إذا رأى المصلحة في ذلك.<sup>3</sup>

1- عمر سليمان الأشقر، مرجع سابق، ص 68-69.

2- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 35-36.

3- محمد سليمان عبد الله الأشقر، المجلي في الفقه الحنبلي، ط 1، ج 1، دار القلم، دمشق، سوريا، 1998/1419، ص 417.

وخلاصة ما تقدم أن الخطبة تعد شبه عقد مبدئي رضائي على الزواج يتم بإيجاب من المتقدم أو الملتمس للزواج وقبول من المتقدم إليه أو الملتمس منه الزواج، فإذا تم الإيجاب والقبول تكون الخطبة تامة وإذا لم يلاق الإيجاب قبولا كانت الخطبة ناقصة أو غير تامة، على أن هذا التكييف يدل دلالة واضحة على أن الشارع يرى الفشل في الخطبة بالعدول عنها وفسخها خير من الفشل في الزواج لخطورة آثاره لذا كانت بوضع الشارع مجرد وعد غير ملزم.<sup>1</sup>

## ثانيا: تكييفها في القانون

### 1- في القوانين الوضعية:

هناك من هذه القوانين من اعتبر الخطبة عقدا وهناك من اعتبرها وعدا.

أ- **الخطبة عقد:** تقوم فكرة الطبيعة العقدية للخطبة على أساس أنها عقد بين الطرفين يكون صحيحا وملزما لهما كأى من العقود الملزمة للجانبين التي تتيح لأطرافها التنصل أو الإلغاء بمحض الإرادة المنفردة وقد ظهر اتجاه النظرية العقدية للخطبة في فرنسا أما بالنسبة للأساس القانوني فيستند إلى كون الخطبة تشبه العقد في تكوينها فالعقد اتفاق بين شخصين أو أكثر للقيام أو الامتناع عن عمل وكذلك الخطبة اتفاق بين شخصين على الزواج ويؤكد هذا المعنى نص المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي.

ب- **الخطبة وعد غير ملزم:** ويرى أصحاب هذا الاتجاه أن الخطبة هي مجرد وعد بالزواج لا ترقى لمرتبة العقد حيث لا تزيد عن كونها التزاما أدبيا لا غير.<sup>2</sup>

وفي مصر تعتبر حرية الزواج من النظام العام ولهذا فإن المحاكم متفقة على أن الخطبة لا تلزم الطرفين بإجراء عقد الزواج وهي صريحة في ذلك ومحمولة على أساس هذا

1- محفوظ بن صغير، الاجتهاد الفقهي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه، جامعة

الحاج لخضر، باتنة، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، 1429-1430/2008-2009، ص303-304.

2- بن زيطة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، ط1، دار الخلدونية، الجزائر،

1428/2007، ص76-77.

المبدأ ولا يقف الفقه والقضاء في مصر على مجرد نفي صفة الإلزام في الخطبة بل يتعدى ذلك إلى نفي صفة العقد عنها، ومن الأحكام ما ذهب إلى أن الخطبة ما هي إلا وعد بالزواج وعليه يكون حق العدول عنها من الحقوق المطلقة التي لا يملك القضاء تقييدها مهما نجم عنها من المضار.<sup>1</sup>

## 2- في قانون الأسرة الجزائري:

نحى المشرع الجزائري في قانون الأسرة منحى التشريع الإسلامي باعتبار الخطبة مجرد وعد بالزواج ولكل من الخاطبين العدول عنها بعد وقوعها حيث تنص المادة الخامسة منه: "الخطبة وعد بالزواج ولكل من الطرفين العدول عنها" فهي لا تعدو أن تكون وعدا وليست عقدا وإن تمت باتفاق الطرفين وبالتالي فلا تبيح ما يباح بعقد الزواج.<sup>2</sup>

وواضح من خلال النص أنه حدد الطبيعة القانونية للخطبة بأنها وعد بالزواج من جهة ومن جهة أخرى اعتبر هذا الوعد غير ملزم أي جاز لكلا الطرفين العدول عنها، وأول ملاحظة على هذه الفقرة هي استعمال لفظ "الوعد" من حيث الصياغة القانونية فهذا المصطلح له دلالاته من الناحية القانونية في النظرية العامة للعقد في القانون المدني باعتباره الشريعة العامة من خلال نص المادة 72 منه: "إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وخاصة ما يتعلق منها بالشكل المتوفر قام الحكم مقام العقد" ويتضح من خلال نص هذه المادة أن الوعد بالتعاقد في النطاق المدني ملزم للواعد أما قانون الأسرة فيبدو أنه خالف هذه القاعدة في القانون المدني، لذا لا بد من العدول عن هذه الصياغة في قانون الأسرة وإيجاد صياغة أخرى بديلة عن مصطلح

1- عبد الله مبروك النجار، التعويض عن فسخ الخطبة، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2001-2002، ص33-34.

2- مجيدي العربي، نظرية التعسف في استعمال الحق وأثرها في أحكام فقه الأسرة، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية أصول الدين، 2002/2001، ص341.

الوعد لتحقيق الغرض المقصود والصيغة الجديدة المقترحة هي استبدال لفظ "الوعد" بلفظ "تمهيد" ليصبح النص على النحو التالي: "الخطبة تمهيد للزواج ولكل طرف العدول عنها"<sup>1</sup>. ولعل هذه الصياغة أفضل إلى حد بعيد، في توضيح طبيعة الخطبة القانونية. فالخطبة إذا من الناحية القانونية لا تعدو أن تكون مجرد وعد متبادل بين رجل وامرأة على الزواج في المستقبل

فهي وسيلة لتعارف الخاطبين بعضهما ببعض، وتأسيسا على ما تقدم فإنه ينبغي عدم الخلط بين المخطوبة والمعقود عليها وبناء على هذا التكييف القانوني فإن الخطبة ليست عقدا ملزما وليس لها شيء من أحكامه وآثاره<sup>2</sup>.

وقد كرس الاجتهاد القضائي في الجزائر ذلك، إذ اعتبر أن الخطبة هي وعد بالزواج ولكل من الطرفين العدول عنها.<sup>3</sup>

#### اعتبار العرف في طبيعة الخطبة:

إن الخطبة في الأعراف الجزائرية هي مجرد وعد بالزواج غير ملزم ولا ترقى إلى مرتبة العقد كما لا تترتب عليها ما يترتب على العقد من آثار، باعتبارها مرحلة تعارف بين الخاطبين وأهليهما والقول بالزاميتها ينأى بها عن هذه الصفة ويضع طرفيها في حرج إذا ما أراد أحدهما العدول عنها لسبب قد يدفعه لذلك، وعليه فالعرف من هذه الناحية مطابق لما ورد في قانون الأسرة الجزائري وكذا الفقه الإسلامي.

1- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة المعدل، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص30-31.

2- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط6، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، (د.ت.ن)، ص84-85.

3- فضيل العيش، شرح وجيز لقانون الأسرة الجزائري، مطبعة طالب، (د.م.ن)، (د.ت.ن)، ص11.

## الفرع الثاني

### اقتران الخطبة بالفاتحة واعتبار العرف فيها

قد يحدث في بعض الأحيان أن تقترن الخطبة بالفاتحة، جاء في مغني المحتاج: ويستحب للخاطب أو نائبه تقديم خطبة وهي الكلام المفتوح بحمد الله والصلاة والسلام على رسول الله ﷺ المختتم بالوصية والدعاء<sup>1</sup>. ولم يعتبر الفقهاء الفاتحة من ماهية عقد الزواج ولا من شروطه فهي مشروعة للتبرك لقدسية عقد الزواج<sup>2</sup>.

أما المشرع الجزائري فقد تناول المسألة في المادة 06 من قانون الأسرة المعدل ولم يحدد المقصود بالفاتحة فإن كان المقصود منها هو مجرد قراءة سورة الفاتحة فإنها لا تؤثر على العقد ولا على الخطبة وإذا كان المقصود منها هو إبرام عقد الزواج فإن أحكامه تخضع للمادة 9 وما بعدها<sup>3</sup>. وسواء وقعت الفاتحة أو الخطبة منفردتين أو مقترنتين فإن أي منهما لا يعدوا أن يكون وعدا بالزواج إذا لم تتوافر شروطه وركن الرضا فيه<sup>4</sup>.

### اعتبار العرف في اقتران الخطبة بالفاتحة:

الفاتحة في مفهوم شعبنا الجزائري هي عبارة عن اجتماع يحضره عادة أولياء الزوج والزوجة وجمع من الناس وأقارب وأصدقاء الخطيبين ومن أعيان المنطقة ويقع فيه إبرام عقد زواج شفهي وتحديد الصداق وينتهي بقراءة سورة الفاتحة متبوعة بالدعاء للعروسين<sup>5</sup>. فالناس قد تعارفوا على قراءة سورة الفاتحة بعد حصول الاتفاق ووقوع التراضي على الخطبة وتارة يكون ذلك بتوافر شروط العقد وتارة لا، وذلك حسب الأعراف والعادات، فمثلا تقرأ الفاتحة عندنا بعد تحديد الصداق وتوافر الشروط كلها.

1- الشربيني، مغني المحتاج، ج4، ص223.

2- محفوظ بن صغير، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص87.

3- بن شويخ الرشيد، مرجع سابق، ص50-51.

4- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، (د.ط)، دار هومه، الجزائر، (د.ت.ن)، ص16-17.

5- المرجع نفسه، ص15-16.



## المبحث الثاني

### اعتبار العرف في العدول عن الخطبة وآثاره

لما كانت الخطبة كما سبق بيانه مجرد وعد بالزواج غير ملزم ترتب على ذلك أن لكل من طرفيها حق العدول عنها وفسخها متى شاء ذلك ورأى في العدول ضرورة توجبه دون أن يلزم بتقديم أي تبرير للطرف الآخر أو لغيره، غير أن لهذا العدول آثارا تتحتم مراعاتها سواء على من عدل أو المعدول عنه وهذا ما أقرته الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري والأعراف الجزائرية.

### المطلب الأول

#### العدول عن الخطبة واعتبار العرف فيه

#### الفرع الأول

#### تعريف العدول

**لغة:** من الفعل عدل وعدل عن الشيء يعدل عدلا وعدولا: حاد، وعن الطريق جار وعدل إليه عدلا: رجع وعدل الطريق، والعدل أن تعدل الشيء عن وجهه، نقول: عدلت فلانا عن طريقه فالعدول يأتي بمعنى الرجوع.<sup>1</sup>

**اصطلاحا:** إن العدول عن الخطبة يعني تراجع أحد الخطيبين والتخلي نهائيا عن مشروع الزواج بالخطيب الآخر والتوقف تماما عن السير في متابعة الأعمال والإجراءات المؤدية إلى تحقيق إبرام عقد الزواج<sup>2</sup>، فالعدول هو ترك الخطبة والتنازل عنها سواء وقع من الخاطب أو المخطوبة وفي هذه الحالة تفسخ الخطبة.<sup>3</sup>

وعليه يمكن تعريف العدول بأنه: "حق أو رخصة مخولة لكل من طرفي الخطبة له أن يستعمله متى شاء في حدود الشرع والقانون".

1- ابن منظور، لسان العرب، ج11، ص434-435.

2- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط2، دار البعث، قسنطينة، 1998، ص85.

3- سليمان ولد خصال، الميسر في قانون الأسرة الجزائري، ط2، شركة الأصالة، الجزائر، 1434هـ/2012م، ص38.

## الفرع الثاني

### حكم العدول عن الخطبة واعتبار العرف فيه

#### 1- حكم العدول في الفقه:

قلنا أن الخطبة وعد بالزواج في المستقبل ولذا يحق لكل من الخاطبين العدول عن ذلك الوعد والعدول عن الخطبة إخلاف بالوعد، وهو حرام ديانة إذا كان من غير سبب معقول، ومع أن العدول عن الخطبة حرام لأنه إخلاف بالوعد إلا أن الشريعة الإسلامية لم تلزم الخاطبين بإتمام العقد لأن في إلزامهما إكراها لهما على الزواج.<sup>1</sup>

وفي حكم العدول عن الخطبة رأيين:

\*الرأي الأول: ذهب جمهور أهل العلم إلى القول بأن العدول عن الخطبة حق جائز للطرفين إلا أنه على خلاف ما تقتضي به المروءة إذا لم يكن ثمة غرض صحيح يقتضيه نظرا لما فيه من إخلاف الوعد.<sup>2</sup>

وقد جاء في كشف القناع: "ولا يكره للولي المجرى الرجوع عن الإجابة لغرض ولا يكره للمرأة غير المجبرة الرجوع عن الإجابة لغرض صحيح لأنه عقد عمر يدوم الضرر فيه فكان لها الاحتياط لنفسها".<sup>3</sup>

\*الرأي الثاني: ذهب بعض الفقهاء إلى القول بلزوم الوفاء بالوعد وأنه يجب القضاء به حينما يمتنع الواعد عن تنفيذ ما وعد به عملا بالأمر الذي جاء في الوفاء وهو قوله تعالى:

﴿وَالَّذِينَ عَاهَدُوا لَكَ بِالْكَفَالَةِ لَوْلَا الْكَفَالَةُ لَخَالَفُوا﴾<sup>4</sup> وهذا يقتضي لزوم الوفاء بالخطبة من الخاطب

1- محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط3، دار الفكر، الأردن، 1431هـ/2010م، ص22.

2- حامد علي حامد، مرجع سابق، ص70.

3- البهوتي، كشف القناع، مرجع سابق، ص19.

4- سورة الإسراء، آية 34.

والمخطوبة بعد تمام الخطبة بينهما ضرورة أنها وعد بإنشاء عقد الزواج في المستقبل فإذا عدل أحدهما عن الخطبة فلا تفسخ بل يلزمه البقاء عليها حتى الزواج.<sup>1</sup>

وخلاصة ما تقدم أن العدول عن الخطبة بالاتفاق يجوز للطرفين متى اقترن بسبب شرعي يوجب غير أنه يكون غير جائز إذا كان لغرض غير شرعي كإلحاق الضرر بالغير أو لم يكن له سبب ومبرر إذ يعتبر العادل في هذه الحالة متعسفا في عدوله.

## 2-حكم العدول في القانون:

إذا كانت الخطبة كما سبق القول هي مجرد وعد بالزواج وليست زواجا فإنها لا ترقى إلى درجة العقد ولا يترتب عنها أي أثر من آثار عقد الزواج وأنه يجوز العدول عنها والتراجع عن متابعة السير فيها في أي مرحلة من مراحلها وفي أي وقت يريده أحد طرفي الخطبة وهذا هو المعنى الذي نصت عليه المادة الخامسة من قانون الأسرة الجزائري والتي جاء فيها: "الخطبة وعد بالزواج لكل من الطرفين العدول عنها".<sup>2</sup>

فالعدول عن الخطبة عمل مباح ولو كان لسبب غير ظاهر، بل ولو لم يستند إلى أسباب معقولة وذلك لأن المشرع الجزائري لم يرتب عن العدول في حد ذاته أي نوع من الالتزامات أو التعويضات ولو طالمت مدة الخطبة فإذا وقع العدول انقضت الخطبة ولا يجوز للطرف الذي لم يعدل أن يطلب من القضاء الحكم له بإلزام الطرف الآخر بالاستمرار في الخطبة وإبرام عقد الزواج أو إتمام مراسيم الدخول رغم معارضته أو عدم رضاه فان للخطابين ممارسة حق العدول ومن المعلوم أن ممارسة حق من الحقوق لا توجب الشخص بالتعويض، فهذا هو المبدأ.<sup>3</sup>

1- حامد علي حامد، المرجع نفسه، ص70-71.

2- عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص85.

3- بلحاج العربي، مرجع سابق، ص95-96.

## اعتبار العرف في العدول عن الخطبة:

مما لا شك فيه أن الخطبة في أعرافنا ما هي إلا مقدمة لعقد الزواج ويترتب على ذلك جواز العدول عنها لكلا طرفيها في أي مرحلة دون أن يلزم بالتبرير.

### المطلب الثاني

#### آثار العدول عن الخطبة واعتبار العرف فيها

يترتب عن العدول عن الخطبة آثار تتعلق بالهدايا التي كان قد قدمها كل طرف للآخر وكذا بالمهر الذي قد يحدث أن يدفعه الخاطب كله أو بعضه قبل العقد ناهيك عن الأضرار المادية والمعنوية التي قد تلحق الطرفين أو أحدهما.

### الفرع الأول

#### حكم الهدايا والصداق

##### أولاً: حكم الهدايا

من المتعارف عليه أن يقدم الخاطب لمخطوبته بعض الهدايا بغض النظر عن قيمتها المادية أثناء فترة الخطبة سواء كان ذلك بمناسبة أو بغير مناسبة وهو ذات الشيء الذي تقوم به المخطوبة إذا حدث أن عدل أحدهما عن الخطبة فما يكون حكم هذه الهدايا؟

#### 1- موقف الفقهاء: اختلف الفقهاء حول حكم الهدايا عند العدول عن الخطبة كما يلي:

أ- **مذهب الحنفية:** يذهب الحنفية إلى وجوب ردها إن كانت موجودة في يدها من غير زيادة متصلة لا يمكن فصلها فإن هلك كعقد فقد أو ساعة تكسرت أو استهلكت كطعام أكل أو ثوب لبس أو زادت زيادة متصلة لا يكمن فصلها كقماش خيط ثوبا أو خرجت عن ملكها بان تصرف فيها ببيع أو هبة لا يجب ردها في جميع تلك الصور، لأنهم أعطوا الهدية حكم الهبة والهبة يمنع الرجوع فيها بموانع منها الهلاك والاستهلاك والخروج عن الملك والزيادة المتصلة التي لا يمكن فصلها.<sup>1</sup>

1- مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص 83.

**ب-مذهب المالكية:** يفرقون بين هدايا من يعدل عن الخطبة وهدايا الآخر، فإن كان الذي أهدى هو الذي عدل عن الخطبة فليس له أن يسترد شيئاً من الهدايا ولو كانت قائمة حتى لا يجتمع على الطرف الآخر ألم العدول وألم الاسترداد، ولأن إبطال العمل تم من جانبه ومن سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه وإن كان المهدي هو الطرف الذي لم يعدل فله أن يسترد كل ما أهدى سواء كان قائماً أو هالكا أو مستهلكاً، ويرد القائم بعينه والهالك أو المستهلك بعوضه.<sup>1</sup>

**ج-مذهب الشافعية:** ذهب الشافعية إلى أن للخاطب الرجوع في كل ما قدمه للمخطوبة، فما كان قائماً أخذ وما كان هالكا أخذ قيمته، سواء أكان الترك من جهة الخاطب أو المخطوبة.<sup>2</sup>

**د-مذهب الحنابلة:** إن مذهب الحنابلة في هدايا الخاطب لمخطوبته إذا حصل الرجوع عن الخطبة من قبلها أو من قبله هو عدم حق الخاطب في استرداد ما قدم لخبيبته من هدايا لأنها هبة والهبة لا يجوز الرجوع فيها لغير الأب.<sup>3</sup>

غير أن الخاطب قد يرسل لمخطوبته في بعض الحالات هدايا قيمة أو غالية الثمن، فهل يكون تصنيفها ضمن الهدايا أو ضمن الصداق؟ خاصة وأن الخاطب حين يرسلها لا يبين نوعها.

وفي ذلك ذهب مصطفى شلبي إلى أن يحكم العرف أو اليمين بينهما وهذا في حال انعدام البينة، فإذا أقام أحدهما البينة وحده قضي له وإذا أقام كل منهما البينة على دعواه رجحت بينتها لأنها أثبتت خلاف الظاهر والظاهر هنا مع الزوج لأنه يجب عليه المهر دون الهدايا، وإذا عجز عن إقامة البينة حكمنا العرف فإذا جرى بأن ما قدم يكون مهراً قضي للزوج إذا حلف اليمين وإن كان جارياً على أنه يعتبر هدية قضي لها مع اليمين فإن نكل أحدهما عن اليمين حكم للآخر، وإذا لم يوجد عرف في ذلك فالقول له مع اليمين لأنه

1- محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، مرجع سابق، ص66.

2- محمود علي السرطاوي، مرجع سابق، ص22.

3- عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، ص76.

المعطي وهو أدرى بما أداه إن كان مهرا أو هدية إلا إذا كان ما أعطاه لا يستساغ في عرف الناس أن يكون مهرا كالأشياء المأكولة مثلا.<sup>1</sup>

## 2- موقف القانون:

نصت المادة الخامسة في فقرتها الثالثة من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي: "لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئا مما أهداها إن كان العدول منه وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته وإن كان العدول من المخطوبة فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته"

فالواضح أن قانون الأسرة الجزائري قد فرق بين الحالة التي يكون فيها العدول بناء على إرادة ورغبة الخاطب وحده والحالة التي يكون فيها العدول من جانب المخطوبة وبإرادتها وحدها، وقرر بأنه إذا كان الرجوع عن الخطبة قد وقع من جانب الخاطب فلا حق له في طلب استرداد الهدايا التي قدمها إلى مخطوبته بسبب الخطبة، سواء استهلك أو لم تستهلك وإن كان الرجوع عن الخطبة قد حصل من المخطوبة نفسها فإنه يجب عليها أن ترد كل ما أخذته من هدايا تكون ما تزال قائمة عينا لم تستهلك سواء كانت قابلة للاستهلاك مثل المأكولات وبعض أنواع الملابس أو غير قابلة للاستهلاك، أما ما تكون قد استهلكته فلا يجب عليها رده ولا يحق للخاطب استرداده ولا يحق له طلب رده، غير أن ما يمكن أن نلاحظه هنا هو أنه إذا كان قانون الأسرة الجزائري قد تحدث عن حكم الهدايا التي يكون الخاطب قد قدمه إلى خطيبته ثم وقع التراجع عن الخطبة منها أو منه فإنه قد سهى أن يتحدث عن حكم الهدايا التي يمكن أن تقدمها العروس إلى خطيبها ثم يقع التراجع عن الخطبة والعدول عنها من جهة المخطوبة نفسها أو من جهة الخاطب كما أغفل أن يشير إلى الهدايا التي غالبا ما تقدم إلى المخطوبة ليس من الخاطب نفسه شخصا ولكن العرف قد جرى في بعض المناطق في بلادنا على أن تقدم الهدايا إلى المخطوبة من بعض أقارب

1- مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص 85-86.

الخطب أو أهله مثل أمه وخالته وعمته أو غيرهن لذلك فإننا نعتقد بالمقابل أنه يجوز للعروس أن تطالب برد الهدايا التي كانت قد قدمتها إلى عريسها إذا كانت مما يستهلك أو استهلك فعلا سواء وقع التراجع منها أو منه ولها أن تسترد ما بقي عينا مثل الخواتم أقلام الحبر الفاخرة وآلات التصوير وساعة اليد إذا كان العدول عن الخطبة صادرا بناء على رغبتها وحدها.

وأما الأشياء التي يقدمها أقرباء أحد الخطيبين أو أحد أهاليهما إلى الخطيب الآخر بسبب الخطبة إكراما للخطب أو المخطوبة فإننا نعتقد أن تطبق بشأنها أحكام الهبة وفي جميع الأحوال فإن قانون الأسرة لم يفرق بين الحالة التي يكون فيها عدول الخطب بسبب من المخطوبة أو لاكتشاف عيب فيها وبين الحالة التي يكون فيها عدول المخطوبة لسبب من الخطب أو لاكتشاف عيب فيه.<sup>1</sup>

كما أن المشرع لم يتطرق لمسألة الخلاف بين الخطيبين حول المرسل إلى المخطوبة من حيث كونه مهرا أم هدايا.

### حكم الصداق:

إذا عدل الخطب عن خطبته بعد تمامها ورضي الطرفين أو عدلت المخطوبة بعد إعلان الخطبة وكان الخطب قد دفع المهر كله أو بعضه فله المطالبة باسترداده وأخذه بعينه أن كان قائما أو أخذ مثله إن مثليا وقيمه إن كان قيميا هالكا وهذا لأن وجوب المهر بالعقد وهو لم يوجد بعد.<sup>2</sup>

وهو ما ذهب إليه أغلب الفقهاء فقد جاء في متن الخرقى: "وإذا أصدقها عبدا بعينه فوجدت به عيبا فردت كان لها عليه قيمته وكذلك إذا تزوجها على عبد فخرج حرا أو استحق سواء سلمه إليها أو لم يسلمه"<sup>3</sup>.

1- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق، مرجع سابق، ص 86-87.

2- بدران أبو العينين بدران، مرجع سابق، ص 39.

3- أبو القاسم عمر بن الحسين الخرقى، متن الخرقى، ط 1، دار الصحابة للتراث، طنطا، 1413هـ/1993م، ص 106.

العلة في استرداده -حسب الشيخ أبو زهرة- أنه قدم على أساس أنه تنفيذ لحكم من أحكام العقد ليكون دليلاً على تمام الرغبة ومادام العقد لك يتم، وانصرف الطرفان عنه فإنه لا معنى لتنفيذ حكم عقد أصبح بعيد الوقوع.<sup>1</sup>

ولم يتطرق المشرع الجزائري إلى هذه المسألة إذ أنه تناول حكم الهدايا فقط عند العدول وهذا يوجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية والعمل بالمتفق عليه فقها وهذا تأكيداً لنص المادة 222 من قانون الأسرة.

فعلى المخطوبة أن ترد الصداق كاملاً إن كان قائماً ومثله إن كان مثلياً أو قيمته إن كان قيمياً في حال استهلاكه وقد أشار الدكتور بلحاج العربي إلى مسألة هامة وهي أن المخطوبة قد تستعجل التصرف في الصداق بشراء جهاز البيت بقصد تهئئ الزفاف واعتبر أن المعول عليه في هذه الحالة هو الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقاً لنص المادة 222 من قانون الأسرة.<sup>2</sup>

وكان الأجدد بالمشرع الجزائري تضمين هذه المسألة في نصوص قانون الأسرة باعتبارها قائمة بذاتها وغالباً ما تطرح إشكالات على المستوى العملي في حال العدول عن الخطبة.

#### اعتبار العرف في حكم الهدايا والصداق عند العدول عن الخطبة:

أن حكم العرف في مسألة الهدايا موافق لما ذهب إليه المالكية فقد تعارف الناس على أن يسترد الخاطب ما قدمه من هدايا لمخطوبته إذا حصل العدول من جانبها أما إذا كان العدول من جهة الخاطب فليس له أن يسترد شيئاً مما أهداه لها وتأخذ الهدايا التي تقدمها المخطوبة للخاطب الحكم ذاته وإن مثل هذه الحالات قليلة فما جرى به العرف أن الخاطب هو من يقدم الهدايا في المناسبات المختلفة.

1- أبو زهرة محاضرات في عقد الزواج وآثاره، مرجع سابق، ص 80.

2- بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 97.



وبالتالي يكون ضرر الخاطب كبيرا خاصة إذا طالت مدة الخطبة فيكون إبقاء الهدايا في حوزته جبرا للخطر كما أن المعمول به في العرف يعتبر ردعا للخاطب حتى لا يعدل بعد مدة طويلة عن الخطوبة تاركا المخطوبة في مواجهة المجتمع دون رحمة.<sup>1</sup>

أما حكم الصداق فالمتعارف عليه موافق لما ذهب إليه الفقهاء في وجوب رده كاملا سواء حصل العدول من جهة الخاطب أو من جهة المخطوبة، ذلك أن الصداق دليل على إتمام العقد بين الطرفين وبانقضاء هذا العقد فلا حاجة للمخطوبة به.

### الفرع الثاني

#### التعويض عن الضرر عند العدول واعتبار العرف فيه

من الواضح أن العدول عن الخطبة لا بد وأن يسبب ضررا للطرف المعدول عنه سواء كان هذا الضرر ماديا أو معنويا وهذا الضرر قد يصيب الطرف الذي عدل عن الخطبة فمثلا قد تعدل الفتاة لعيب في الشاب غير أن السنة الناس تطالها هي بالكلام السيئ، وقد طرح موضوع التعويض عن الضرر إشكالات عديدة، وهو موضوع لم يتناوله الفقهاء القدامى وإنما تطرق إليه الفقهاء المعاصرون.

#### أولا: المقصود بالضرر وصوره

إن المقصود بالضرر هنا هو ما يصيب أحد الخطيبين من جراء عدول الخاطب الثاني عن إتمام وعده.<sup>2</sup>

وقد يكون هذا الضرر ماديا أو معنويا، فالأول: هو الذي يصيب الشخص في ذمته المالية<sup>3</sup>، أما الضرر المعنوي أو الأدبي فهو كل أذى يصيب الإنسان في عرضه أو عاطفته أو شعوره.

1- عماد شريفي، مرجع سابق، ص80.

2- فضيل سعد، مرجع سابق، ص24.

3- محفوظ بن صغير، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص71.

وكلا النوعين من الضرر له العديد من الصور، ولعل من صور الضرر الأدبي أو المعنوي أن تكون الفتاة في سن يكثر معها الخاطبون فتختار واحدا منهم ثم تمتد الخطبة سنتين أو أكثر بكثير ثم يعدل الخاطب عن الخطبة بعد أن فاتها العديد من الخاطبين الأكفاء قد يكونوا أحسن مستقبلا وأعظم مكانة اجتماعية من خطيبها الذي عدل أخيرا أما صور الضرر المادي فهي كثيرة منها أن يشترط عليها ترك وظيفتها<sup>1</sup> ومنها أيضا أن تنقطع الفتاة عن دراستها أو تتجهز بجهاز قيم أو ثمين وهذه الأضرار نفسها قد تصيب الشاب الذي قد يضطر مثلا إلى اقتناء منزل في مكان معين... الخ.

### ثانيا: حكم التعويض عن الضرر عند العدول

اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاث مواقف:

**الاتجاه الأول:** وقد ذهب أصحابه إلى عدم التعويض لأن العدول حق ثابت للطرفي غير مقيد بشرط والعادل إنما استعمل حقه ولا ضمان في استعمال الحق ولأن الذي ناله ضرر يعلم أن للطرف الآخر العدول في أي وقت شاء.<sup>2</sup>

**الاتجاه الثاني:** وذهب أصحابه إلى جواز التعويض عن الضرر الناتج عن العدول عملا بالقاعدة الفقهية لا ضرر ولا ضرار لأن الخطبة وإن لم تكن عقدا فهي ارتباط قد ينشأ عنه تصرفات يتحمل أحدهما بسببه مغارم مالية فالعدول بذلك لا يخلو من التخريب وليس التعويض هنا لأن العادل استعمل حقه ولكن لأنه استعمله في وقت يلحق فيه ضرر للغير.<sup>3</sup>

**الاتجاه الثالث:** هو قول وسط بين الاتجاهين السابقين وهو لأبي زهرة إذ يرى أن العدول لا يكون سببا موجبا للتعويض لأنه حق ولكنه قد يسبب الضرر للغير فإذا نشأ ضرر للخاطب

1- سليمان ولد خصال، مرجع سابق، ص 41.

2- مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص 41.

3- أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 36.

دخل فيه لزمه التعويض وإذا نشأ عن العدول ضرر وليس للخاطب دخل فيه لم يلزمه التعويض.<sup>1</sup>

### موقف القانون من التعويض عن الضرر عند العدول:

ذهب المشرع الجزائري إلى تقرير حق التعويض لمن ناله ضرر جراء العدول عن الخطبة من خلال نص المادة 3/5 من قانون الأسرة المعدل، والمشرع بالنص على التعويض لم يوجبه وإنما جعله جائزا لأنه لا يمكن أن يكون كل عدول مصاحبا للضرر فقد أباح العدول كقاعدة عامة وجعل التعويض عن الضرر الناتج عن العدول استثناءا<sup>2</sup>. وبذلك جاء موقف المشرع الجزائري على إطلاقه دون تحديده للأضرار المادية والمعنوية على أساس أن التعويض سببه إلحاق الضرر بالطرف الآخر وليس هو استعمال حق العدول في حد ذاته<sup>3</sup>، والأجدر كما ذهب إليه الأستاذ العربي مجيدي أن يقيد نص المادة بناء على مبدأ التعسف في استعمال الحق بأن يقيد الأفعال بكونها مقترنة بالخطبة حتى تستوجب التعويض.<sup>4</sup>

### اعتبار العرف في التعويض عن الضرر عند العدول عن الخطبة:

باعتبار العدول حقا مخولا للطرفين فإنه لكل منهما استعماله متى شاء فإذا نتج عن العدول ضرر لأحدهما وكان ذا صلة بالعدول استوجب ذلك التعويض غير أن الأعراف لا تقضي بالتعويض عن الضرر الناتج عن العدول فالعرف قد أقر حق العدول إلا أنه لم يقل بالتعويض وهذا يرجع إلى تفكير الأفراد والذي يستبعد التعويض في هذه الحال إذ قد لا يقبل الطرف الذي عدل عنه فكرة أن يعوضه الطرف الذي عدل.

1- أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص37.

2- فضيل سعد، مرجع سابق، ص26.

3- محفوظ بن صغير، مرجع سابق، ص83-84.

4- مجيدي العربي، مرجع سابق، ص349-350.

# **الفصل الثاني**

## **اعتبار العرف في الزواج**

## تمهيد

الزواج إطار يجمع أسمى القيم والمعاني فهو نظام محكم بعناية إلهية لأن فيه من المودة والرحمة ما يحقق الاستقرار والسكينة داخل الأسرة والمجتمع، وهو 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 يقترب هذا العقد بشروط يحددها طرفاه، وكل من هذه الأركان والشروط قد نظمها الشريعة الإسلامية وكذا المشرع الجزائري الذي اعتبر أعراف الناس في مسائل دون أخرى، وهو ما سيأتي بيانه في هذا الفصل.

## المبحث الأول

### حقيقة الزواج

إن الزواج نظام شرعه الله تعالى لتكاثر الإنسان على وجه يحفظ كرامته فهو عقد يسمو على كل العقود ولعظمة مكانته يجدر بنا أولاً بيان حقيقته من خلال ما يلي:

### المطلب الأول

#### مفهوم الزواج

#### الفرع الأول

#### تعريف الزواج مشروعيته وحكمه

#### أولاً: تعريف الزواج

وقبل التطرق لتعريف الزواج نعرف العقد في اللغة والاصطلاح.

**1-تعريف العقد:** لغة: من الفعل عقد فقولنا عقد الحبل أي شده وأصل العقد نقيض الحل

والعقد بفتح وسكون العهد وجمعه العهود<sup>1</sup> **أقال تعالى:** ﴿نُؤَيِّنُ فِيمَا بَيْنَهُمَا عَهْدًا وَمَعَاذَ اللَّهِ﴾<sup>2</sup> ويقال عقدت الحبل فهو معقود وكذلك العهد ومنه عقدة النكاح.<sup>3</sup>

**تعريف العقد اصطلاحاً:** العقد في الاصطلاح له معنيان أحدهما عام والآخر خاص:<sup>4</sup>

**المعنى العام:** هو كل التزام تعهد الإنسان بالوفاء به.

**المعنى الخاص:** هو الالتزام الصادر من طرفين متقابلين.

1- مرتضى الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، ج8، دار الهداية، (د.م.ن)، (د.ت.ن)، ص394-395.

2- سورة المائدة، آية01.

3- ابن منظور، لسان العرب، ج3 ص296.

4- محفوظ بن صغير، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص23.

**2-تعريف الزواج:** لغة: الزوج للمرأة البعل وللرجل الزوجة<sup>1</sup>. والزوج هو الفرد الذي له قرين<sup>2</sup>، فهو الاقتران، قوله تعالى: ﴿لَا مَبْرَحَ لَكُمْ مِنْهُنَّ مَا كُنْتُمْ يَكُونُونَ﴾<sup>3</sup> أي قرانهم<sup>4</sup>. فتزوج امرأة وتزوج بها اتخذها زوجة والزوج هو كل واحد معه آخر من جنسه وهو اقتران الزوج بالزوجة والذكر بالأنثى<sup>5</sup>.

ويرادفه لفظ النكاح وهو في اللغة بعدة معان: الاختلاط يقال نكح المطر الأرض اختلط في ترابها وأنكح المرأة تزوجها وتناكحت الأشجار انضم بعضها لبعض<sup>6</sup>. اصطلاحاً: عرفه المالكية بأنه: عقد لحل تمتع بأنثى غير محرم وغير مجوسية أو أمة كتابية<sup>7</sup>. وعرفه الحنفية بأنه: عقد يفيد ملك المتعة قصداً وأنه حل استمتاع الرجل من امرأة لم يمنع من نكاحها مانع شرعي<sup>8</sup>. وعرفه الشافعية بأنه: عقد يتضمن إباحة وطء بلفظ إنكاح ونحوه<sup>9</sup>. وعرفه الحنابلة بأنه عقد التزويج فعند إطلاق لفظه ينصرف إليه ما لم يصرفه عنه دليل<sup>10</sup>. وعرفه من الفقهاء المعاصرين عبد الوهاب خلاف بأنه: عقد يفيد حل استمتاع كل من الزوجين بالآخر على الوجه المشروع ويجعل لكل منهما حقوقاً قبل صاحبه وواجبات عليه<sup>11</sup>. وعرفه أبو زهرة بأنه: عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة وتعاونهما ويحدد ما لكليهما من حقوق وما عليه من واجبات<sup>12</sup>.

1- مرتضى الزبيدي، مرجع سابق، ج6، ص20.

2- ابن منظور، المرجع نفسه، ج2، ص291.

3- سورة الطور، آية 20.

4- الفيروز ابادي، القاموس المحيط، ط8، ج1، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1426-200، ص192.

5- إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، ج1، دار الدعوة، (دم.ن)، (د.ت.ن)، ص405.

6- إبراهيم مصطفى وآخرون، المرجع نفسه، ج2، ص951.

7- الصاوي المالكي، حاشية الصاوي، (د.ط)، ج2، دار المعارف، (دم.ن)، (د.ت.ن)، ص333.

8- ابن عابدين، رد المحتار، ط2، ج3، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1412-1992، ص3-5.

9- البيجرمي، حاشية البيجرمي، (د.ط)، ج3، مطبعة الحلبي، 1369-1950، ص321.

10- ابن قدامة، المغني، ج7، ص3.

11- عبد الوهاب خلاف، مرجع سابق، ص15.

12- أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص17

**التعريف القانوني:** عرفته المادة الرابعة من قانون الأسرة المعدلة بأنه: "عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحسان الزوجين والمحافظة على الأنساب".

### ثانياً: مشروعية الزواج

النكاح مشروع بالقرآن والسنة والإجماع:

أ - نكحوا . ي فلهن . للقوانك قولهم تعالى ﴿لَا يَحِلُّ لَكَ وَالِدُكِ مِنْ مِّنْ عِبَادِكَ مِمَّا وُفِّعَ إِيَّاهُ﴾<sup>1</sup> .  
 ففي هذا الخطاب دلالة على أهمية تزويج الأيم وفيه الأمر بالنكاح وهو الأمر بتسهيله وإشاعته وتمكين كل بالغ وبالغة حتى يعف النساء والرجال<sup>2</sup>، وقوله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَحْذَرُوا الْوَالَاتِ﴾<sup>3</sup> ففي الآية دلالة على أن الزواج من نعم الله ومشاهد كونه بأن خلق للإنسان من جنسه زوجاً منه ليسكن إليه ويستأنس ويطمئن كل زوج بزوجه<sup>4</sup>.

ومن السنة قوله ﷺ: "من استطاع منكم الباء فليتزوج فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء"<sup>5</sup> ووجه الدلالة من الحديث أن على من استطاع منهم مؤن النكاح فليتزوج ومن لم يستطع فعليه بالصوم<sup>6</sup>، وقوله أيضاً: "أربع من سنن

1- سورة النور، آية 32.

2- أبو زهرة، زهرة التفاسير، ج10، دار الفكر العربي، (د.ط)، (د.م.ن)، (د.ت.ن)، ص5187.

3- سورة الروم، آية 21.

4- دروزة محمد عزة، تفسير الحديث، ج5، (د.ط)، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، 1383، ص438.

5- أبي داوود، سنن أبي داود، كتاب النكاح، حديث رقم 2046، ج2، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، لبنان، (د.ت.ن)، ص219.

6- ابن حجر العسقلاني، فتح الباري، (د.ط)، ج9، دار المعرفة، بيروت، 1379، ص108.



المرسلين: الحياء والتعطر والسواك والنكاح"<sup>1</sup>، وأما الاجماع فالاتفاق حاصل على مشروعية النكاح فقد جاء في المغني: وأجمع المسلمون على أن النكاح مشروع"<sup>2</sup>.

وفي هذا التشريع الرباني حكمة بالغة منها أن في الزواج إعافا للنفس عن الوقوع في الحرام وإقامة الأسرة التي بها يتم تنظيم المجتمع وإيجاد التعاون بين أفرادها<sup>3</sup>، ثم إن غريزة الأبوة والأمومة تنمو وتتكامل في ظلال الطفولة وتنمو مشاعر العطف والود والحنان وهي فضائل لا تتكامل إنسانية إنسان بدونها كما أنه يخلق الشعور بالمسؤولية ورعاية الأولاد وبيعث على بذل الوسع.<sup>4</sup>

### ثالثا: حكم النكاح

والمراد بحكم النكاح معرفة تكييفه من الناحية الشرعية أو حكمه التكليفي وقد اختلف الفقهاء في حكم النكاح هل هو سنة أم واجب أم غير ذلك.

يكون النكاح واجبا إذا كان الرجل قادرا على مطالب النكاح واثقا في إقامة العدل في معاملة المرأة ويخشى على نفسه الوقوع في الزنا لأنه لا بد للمسلم من إعفاف نفسه من الوقوع في المحرم وهناك قاعدة شرعية أصولية وهي: ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب<sup>5</sup>. واجب<sup>5</sup>. جاء في المغني: إن خاف على نفسه الوقوع في محذور إن ترك النكاح فهذا يجب عليه النكاح.<sup>6</sup>

ويكون حراما إذا تيقن الشخص من ظلم المرأة والإضرار بها إذا تزوج بأن كان عاجزا عن تكاليف الزواج أو لا يعدل إن تزوج بزوجة أخرى لأن ما أدى إلى الحرام فهو

1- سنن الترمذي، كتاب النكاح، حديث رقم 1080، ص382.

2- ابن قدامة، المغني، ج7، ص04.

3- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ط4، ج9، دار الفكر، دمشق، سوريا، (د.ت.ن)، ص6515.

4- سيد سابق، فقه السنة، ط3، ج2، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، 1397-1977، ص14-15.

5- محمد بن عبد العزيز السديس، مقدمات النكاح، ط128، الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، 1425، ص208.

6- ابن قدامة، المغني، ج7، ص04.

حرام<sup>1</sup>، ويباح النكاح إذا انتفت الدواعي إليه وانتفت الموانع منه بأن لا تتوق نفسه إليه لكنه قادر عليه<sup>2</sup>، أما في حال الاعتدال فقد اختلف الفقهاء في حكمه على النحو الآتي بيانه:

**الرأي الأول:** ذهب جمهور الفقهاء من المالكية<sup>3</sup> والحنفية<sup>4</sup> والحنابلة<sup>5</sup> وبعض الشافعية<sup>6</sup> إلى أن أن النكاح سنة مؤكدة، واستدلوا بأن النبي ﷺ حث على النكاح ورغب فيه وفعله ﷺ وهذا الفعل منه ﷺ يدل على أنه سنة، وترغيبه وحثه يدل على أنه سنة مؤكدة كما فعله الصحابة من بعده<sup>7</sup>.

**الرأي الثاني:** وهو مذهب بعض الشافعية الذين قالوا بأن النكاح مباح فإن قصد به طاعة فهو من عمل يثاب عليه وإلا فهو مباح، وقالوا فإن فقد الأهلية استحب له تركه<sup>8</sup>، واستدلوا بقوله **وَسَيُجَازِيهِ تَعَالَى ﴿حَصْرٌ﴾** في مدح سيدنا يحيى عليه السلام وقالوا أن الحصور هو من لا يأتي النساء مع القدرة على ذلك، ولو كان النكاح أفضل لما مدح الله عز وجل يحيى بتركه **زَيْنٌ لِمَنْ يَقُولُ لَأَسْأَلُهَا: ﴿بِالْوَشِّ الْمَوْبِ اسْتَنْمِقِ﴾** **قَسَمَ نِجَاءً طَرِيقًا** **مَوْقٍ نَظَرَةٍ** <sup>10</sup> وهذه الآية جاءت في سياق الذم وهذا يدل على أن الترك للعبادة أفضل<sup>11</sup>.

1- وهبة الزحيلي، ج9، ص6516.

2- محمد بن إبراهيم التويري، موسوعة الفقه الإسلامي، ط1، ج4، بيت الأفكار الدولية، 1430-2009، ص13.

3- ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج3، ص30.

4- ابن عابدين، رد المحتار، ج3، ص07.

5- ابن قدامة، المغني، ج7، ص04.

6- أبو الحسين اليمني الشافعي، البيان في مذهب الإمام الشافعي، ط1، ج9، دار المنهاج، جدة، 1421-200، ص109.

7- محمد السديس، مرجع سابق، ص211.

8- الشربيني، مغني المحتاج، ج4، ص204-205.

9- سورة آل عمران، آية39.

10- سورة آل عمران، آية41.

11- محمد السديس، مرجع سابق، ص210.

الرأي الثالث: وهو للظاهرية فالنكاح عندهم فرض على كل قادر<sup>1</sup>، واستدلوا بظواهر النصوص الدالة على الزواج وقالوا أن هذه النصوص الأمر فيها للوجوب<sup>2</sup>، ومنها: قوله ﷺ: «يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج»<sup>3</sup> وقوله ﷺ: «يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج»<sup>4</sup>.

### الفرع الثاني

#### حقيقة لفظ النكاح واعتبار العرف فيها

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 الوطاء؟  
القول الأول: أنه حقيقة في العقد مجاز في الوطاء وهو قول للمالكية والشافعية وبعض الحنابلة<sup>5</sup>.

وقال الزمخشري: "لم يرد النكاح في القرآن إلا بمعنى العقد لأن كونه بمعنى الوطاء من باب التصريح"، وقال الراغب: "يستحيل أن يكون النكاح حقيقة في الجماع ويكنى به عن العقد لأنه يصح نفيه عن الوطاء وصحة النفي دليل المجاز"<sup>6</sup>. ولأن النكاح أحد اللفظين الذين ينعقد بهما عقد النكاح فكان حقيقة فيه<sup>7</sup>.

القول الثاني: أنه حقيقة في الوطاء مجاز في العقد وبه قال الحنفية وبعض الحنابلة<sup>8</sup>. واستدلوا واستدلوا بما يلي:

1- ابن حزم الظاهري، المحلى بالآثار، (د.ط)، ج9، دار الفكر، بيروت، (د.ت.ن)، ص04.

2- السديس، المرجع نفسه، ص209.

3- سورة النساء، آية03.

4- سبق تخريجه، ص49.

5- الصاوي، حاشية الصاوي، ج2، ص332. الشربيني، مغني المحتاج، ج4، ص200؛ ابن قدامة، المغني، ج7، ص3.

6- الشربيني، مغني المحتاج، ج4، ص201.

7- ابن قدامة، المغني، ج7، ص3.

8- السرخسي، المبسوط، (د.ط)، ج4، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1413هـ/1993م، ص192؛ ابن قدامة المقدسي،

الشرح الكبير على متن المقنع، (د.ط)، ج7، دار الكتاب العربي، (د.م.ن)، (د.ت.ن)، ص333.

- قوله **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ اللَّاتِي لَكُمْ مِنْ دُونِ أُمَّهَاتِكُمْ فَإِنْ لَا بَعْلَ لَكُمْ وَهِيَ مُحْصَنَةٌ فَزَوِّجُوهُنَّ عَلَى مَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ اللَّاتِي لَكُمْ مِنْ دُونِ أُمَّهَاتِكُمْ** <sup>1</sup> 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 <sup>2</sup> ومن أذلك **نَقُولُ: لَا تَعَالَى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ اللَّاتِي لَكُمْ مِنْ دُونِ أُمَّهَاتِكُمْ فَإِنْ لَا بَعْلَ لَكُمْ وَهِيَ مُحْصَنَةٌ فَزَوِّجُوهُنَّ عَلَى مَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ اللَّاتِي لَكُمْ مِنْ دُونِ أُمَّهَاتِكُمْ﴾** <sup>3</sup>
- فـ **إِنْ كَانَ بَعْلُهَا أَيْ ذَا بَعْلٍ لَهَا** <sup>4</sup>.
- أن التنازل 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. <sup>5</sup>

**القول الثالث:** أن النكاح حقيقة في العقد والوطء معا وهو قول لبعض الحنابلة وذلك لقولهم بتحريم موطوءة الأب من غير تزويج <sup>6</sup> كما قالوا بأن استعمال لفظ النكاح قد تحقق في العقد كما أنه قد تحقق في الوطء والأصل كما هو معروف في الاستعمال فيكون حقيقة في كل من العقد والوطء. <sup>7</sup>

### اعتبار العرف في حقيقة لفظ النكاح:

تعارف الناس على استعمال لفظ الزواج بدل النكاح وبذلك ينصرف معناه على معنى الزواج وهو العقد الذي يضيفي صفة الشرعية على العلاقة بين الرجل والمرأة فتعريف استعمال لفظ الزواج لأنه أدق في المعنى حيث أنه لا يفضي إلى أي خلاف فقهي. <sup>8</sup>

1- سورة النور، آية 03.

2- السرخسي، المبسوط، ج4، ص192.

3- سورة النور، آية 32.

4- سورة النساء، آية 25.

5- السرخسي، المرجع نفسه، ج4، ص193.

6- ابن قدامة المقدسي، الشرح الكبير، ج7، ص33.

7- محمد رأفت عثمان، مرجع سابق، ص17، 19.

8- عماد شريقي، مرجع سابق، ص102.

## المطلب الثاني

### ركن الرضا في عقد الزواج

إن عقد الزواج كغيره من العقود لا بد فيه من رضا الأطراف وأن يكون الرضا خالياً من العيوب.

### الفرع الأول

#### ركن الرضا في الفقه والقانون واعتبار العرف فيه

##### أولاً: في الفقه

اختلف الفقهاء في أركان عقد الزواج وذلك بسبب اختلافهم في تعريف الركن<sup>1</sup>، فأركان الزواج عند المالكية هي: الولي والمحل والمهر والصيغة وعند الحنابلة هي: الزوجان والإيجاب والقبول وعند الشافعية هي: الصيغة والزوج والزوجة والولي والشاهدان<sup>2</sup>. وبخصوص ركن الرضا فالإتفاق حاصل بينهم على أنه من بين أركان عقد الزواج غير أن الحنفية خالفوا الجمهور فاعتبروا الرضا الركن الوحيد فيه<sup>3</sup> وعليه إذا تحقق هذا الركن وجد العقد بعد توافر شروطه الأخرى والاكتفاء بهذا الركن لأنه يستلزم وجود العاقدین فلا حاجة لذكرهما<sup>4</sup>. ويعبر عن الرضا بالإيجاب والقبول والذين اختلف الفقهاء في تعريفهما:

1- الركن عند الجمهور هو ما لا توجد الماهية الشرعية إلا به سواء كان جزءاً منه أو خارجاً عنه وعند الأحناف هو ما يتوقف عليه وجود الشيء ويكون داخلاً في حقيقته. أنظر: وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج9، ص6521.

2- النفراوي، الفواكه الدواني، ج2، دار الفكر، (د.م.ن)، 1415-1995، ص04. السيوطي، مطالب أولي النهى، ج5، ص46. الشربيني، مغني المحتاج، ج4، ص226.

3- الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص229.

4- عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، ص80.

فالإيجاب عند الجمهور هو اللفظ الصادر من الولي أو من يقوم مقامه كوكيل، وعند الحنفية هو ما يصدر أولا من أحد المتعاقدين، أما القبول فهو عند الجمهور اللفظ الدال على الرضا بالزواج الصادر من الزوج وعند الحنفية هو ما يصدر ثانيا من المتعاقد الآخر.<sup>1</sup>

### ثانيا: في القانون

تناول المشرع الجزائري ركن الرضا في المواد 9 و10 من قانون الأسرة المعدل حيث اعتبره في المادة 09 الركن الوحيد في عقد الزواج وفصل في المادة 10 ما يقوم عليه الرضا ومنه نستنتج أن التعبير عن رضا كل من الزوجين في الاقتران بالآخر رضا علنيا دون غش أو إكراه أو تهديد هو أمر لا بد من توفره صراحة<sup>2</sup> فبغيا هذا الركن الجوهري لا يكون العقد صحيحا ويترتب على ذلك بطلانه مطلقا (م33 ق.أ.ج).

فيمكن أن نلاحظ أن المشرع الجزائري سار وفق المذهب الحنفي كما أنه ذكر تحت عنوان أركان عقد الزواج الشروط اللازمة توافرها في العقد حسب المادة 9 مكرر وكان عليه أن يفرد لها تحت مسمى عقد الزواج.<sup>3</sup>

### اعتبار العرف في الرضا في عقد الزواج:

يقف العرف موقفا مسائرا لما ذهب إليه الشريعة الإسلامية في ضرورة توافر الرضا في الزواج وهو ما اعتبره المشرع أيضا وخاصة رضا المرأة حيث أولكت 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.<sup>4</sup>

### الفرع الثاني

1- وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص6525.

2- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص38.

3- محفوظ بن صغير، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص105، 107.

4- لوعيل محمد لمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، (د.ط)، دار هوم، الجزائر، 2004، ص51.

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

تَنكِحُوا نِسَاءَ آبَائِكُمْ وَأُمَّهَاتِكُمْ وَأُولَئِكَ يَدْعُونَ تَقْوَىٰ اللَّهِ وَأَقْرَبُونَ الْقُرْبَىٰ وَلَمْ يُحَرِّمُوا عَلَيْهِمْ هَٰذَا وَلَئِنْ لَمْ تُحِمْهُمْ يُضَاعِلُوا أَخْوَارَ اللَّهِ وَإِنَّمَا تَحْرِيمُ هَٰذَا لِقَوْمٍ إِفْكًا عَلِيمًا مِّنْ قَبْلِهِمْ ۚ وَلَئِنْ لَمْ تُحِمْهُمْ يُضَاعِلُوا أَخْوَارَ اللَّهِ وَإِنَّمَا تَحْرِيمُ هَٰذَا لِقَوْمٍ إِفْكًا عَلِيمًا مِّنْ قَبْلِهِمْ ۚ وَلَئِنْ لَمْ تُحِمْهُمْ يُضَاعِلُوا أَخْوَارَ اللَّهِ وَإِنَّمَا تَحْرِيمُ هَٰذَا لِقَوْمٍ إِفْكًا عَلِيمًا مِّنْ قَبْلِهِمْ ۚ

**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:

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

(4) 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.<sup>4</sup>

1- وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 6523.

2- سورة النساء، آية 22.

3- سورة الأحزاب، آية 37.

4- عبد العزيز السديس، مرجع سابق، ص 250-251.

### 3- انعقاد الزواج بالألفاظ العامة:

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 اللفظ أصبح دالا على الزواج عرفا وقال الشافعية أنه ينعقد الزواج بها.<sup>1</sup>

**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.

#### اعتبار العرف في الألفاظ التي ينعقد بها الزواج:

تجري 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.<sup>2</sup>

1- وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 6525-6526.

2- عماد شريقي، مرجع سابق، ص 110.



## المبحث الثاني

### اعتبار العرف في شروط عقد الزواج والاشتراط فيه

بعد بيان الركن الجوهري الذي يقوم عليه عقد الزواج نتطرق إلى الشروط التي يقوم عليها والشروط التي قد يقتترن بها والتي يحددها الطرفان.

### المطلب الأول

#### شروط عقد الزواج واعتبار العرف فيه

للزواج في الفقه أربعة شروط وهي شروط انعقاد وشروط صحة وشروط نفاذ وشروط لزوم غير أنها ليست المعنية بالدراسة في هذا المطلب وإنما سأعرض فيه إلى شروط الزواج وفق قانون الأسرة الجزائري.

### الفرع الأول

الشروط الشرعية واعتبار العرف فيها: وأذكر منها الولي والصدّاق

أولاً: الولي في عقد الزواج واعتبار العرف فيه

#### 1-تعريف الولاية:

لغة: من الفعل وَلَّى والاسم الوليُّ وله معان كثيرة منها: المحب وهو ضد العدو ومنها الصديق والنصير، وولي الشيء وولي عليه ولاية وولاية بالكسر والفتح وهي بالكسر السلطان وبالفتح هي النصرة.<sup>1</sup>

اصطلاحاً: الولاية هي تنفيذ القول على الغير<sup>2</sup>، وعُرفت أيضاً بأنها قدرة الشخص شرعاً على إنشاء التصرف الصحيح النافذ على نفسه أو ماله أو على نفس الغير وماله<sup>3</sup>.

2-أقسام الولاية: للولاية عند الفقهاء عدة أقسام، وما يهمنا منها هو الولاية على النفس وهي على قسمين:

1 - مرتضى الزبيدي، تاج العروس، ج40، ص242.

2- ابن عابدين، رد المحتار، ج3، ص55.

3- عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، ص339.

أ-ولاية إجبار: وتعني أن الولي ينفرد برأيه في تزويج من تحت ولايته دون أن يكون له حق الرفض والاعتراض.

ب-ولاية اختيار: وتسمى ولاية النذب والاستحباب وتعني أن يباشر الولي عقد الزواج بإذن موليته<sup>1</sup>.

3-دور الولي في عقد الزواج: اتفق الفقهاء على أن الولي لا يلزم بالنسبة للرجل في إبرام عقد زواجه واتفقوا أيضا على لزومه للصغيرة، إلا أنهم اختلفوا في حكم تزويجه للبكر البالغة.

أ-حكم إجبار البكر البالغة على الزواج:

الفريق الأول: يرى أنه تثبت ولاية الإيجار على البكر البالغة وهو قول للمالكية والحنابلة في رواية والشافعية<sup>2</sup>، واشتراطوا أن لا تكون بين الولي وموليته عداوة وأن يزوجه من كفاء وبمهر المثل، جاء في المغني: " وإذا زوج الرجل ابنته البكر فوضعها في كفاءة فالنكاح ثابت وإن كرهت"<sup>3</sup>، واستدلوا بما يلي:

-قول الرسول ﷺ: "لا تنكح الأيم حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن" قالوا: "يا رسول الله وكيف إذن؟" قال: "أن تسكت"<sup>4</sup> ووجه استدلالهم بالحديث أنه لما قسم النساء قسمين وأثبت الحق لأحدهما دل على نفيه عن الآخر وهي البكر فيكون وليها أحق منها والاستئثار هنا مستحب وليس واجب<sup>5</sup>.

الفريق الثاني: ويرى أن ولاية الإيجار لا تثبت على البكر فليس لوليها إجبارها على الزواج ولو من كفاء بل ويشترط رضاها وإذنها وهو قول للحنفية والحنابلة في رواية وهو مذهب

1- عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، ص345.

2- ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج3، ص37. ابن قدامة، المغني، ج7، ص40. الشربيني، مغني المحتاج، ج4، ص246.

3- ابن قدامة، المغني، ج7، ص40.

4- مسلم، صحيح مسلم، كتاب النكاح، حديث رقم1419، ج2، ص1036.

5- ابن قدامة، المغني، ج7، ص40-41.

الأوزاعي والثوري وأبي عبيد وأبي ثور وابن المنذر وحثتهم في ذلك أنه جائزة التصرف في مالها فلم يجز إجبارها كالثيب والرجل<sup>1</sup>، وكذلك ما روي أن جارية بكرا أتت النبي ﷺ وسلم فذكرت له أن أباه زوجها وهي كارهة فخيرها النبي ﷺ<sup>2</sup>، ووجه الدلالة من الحديث أن إذن البكر واجب في زواجها وليس لوليها إكراهها على الزواج.

ب- حكم انفراد البالغة العاقلة بإنشاء عقد زواجها: وهي أيضا مسألة خلافية بين الفقهاء فهم فيها على رأيين:

الرأي الأول: وهو لأبي حنيفة وأبي يوسف ومفاده أن للمرأة العاقلة أن تتفرد بإنشاء عقد زواجها وليس لأحد من سلطان عليها مادام الزوج كفؤا والمهر مهر المثل كما لها أن تزوج غيرها<sup>3</sup>. وأدلتهم على ذلك:

لا . ع . هـ . ض . ط . ز . ح . د . ر . ج . ن . أ . ز . و . ا . ج . م . ن . ﷺ<sup>4</sup> واستدلوا بالآية من وجهين:

الأول: أنه أضاف النكاح إليهن فيدل على جواز النكاح بعبارتهن من غير اشتراط الولي.  
الثاني: أنه نهى الأولياء عن المنع عن نكاحهن أنفسهن من أزواجهن إذا تراضى الزوجان<sup>5</sup>، ونوقش استدلالهم بالآية أن الخطاب للأولياء ولم يكن لهم الحق في الولاية لما نهو عن العضل<sup>6</sup>.

إ . ن . و . ب . ي . ق . و . ل . م . ن . هـ . ط . ز . ح . د . ر . ج . ن . أ . ز . و . ا . ج . م . ن . ﷺ<sup>7</sup> فالآية الشريفة نصت على انعقاد النكاح بعبارتها<sup>8</sup>.

1- السرخسي، المبسوط، ج5، ص02.

2- ابن ماجة، سنن ابن ماجة، كتاب النكاح، حديث رقم1875، ج1، ص603.

3- السرخسي، المبسوط، ج5، ص10.

4- سورة البقرة، آية232.

5- الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص248.

6- القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج3، ص37.

7- سورة الأحزاب، آية50.

8- الكاساني، المرجع نفسه، ص248.

أفلا تـ حـ قولـ تعـلى من عـد حـ عـ نـكـح زـ وـ جـ عـ عـ هـ<sup>1</sup> واستدلوا بالآية من وجهين:

الأول: أنه أضاف النكاح إليها فيقتضي تصور النكاح منها.

الثاني: أنه جعل نكاح المرأة غاية الحرمة فيقتضي انتهاء الحرمة عند نكاحها نفسها وعنده لا تنتهي.<sup>2</sup>

من السنة: قوله ﷺ: "لا تتكح الأيم حتى تستأمر"<sup>3</sup>، والأيم من لا زوج له بكرا

أو لا فإنه ليس للولي إلا مباشرة العقد إذا رضيت وقد جعلها أحق منه به.<sup>4</sup>

قوله ﷺ: "ليس للولي مع الثيب أمر"<sup>5</sup> وهذا قطع لولاية الولي عنها.<sup>6</sup>

القياس: أن المرأة إذا انفردت بعقد زواجها إنما تصرفت في خالص حقها وهي من أهلها لكونها عاقلة مميزة ولهذا كان لها التصرف في المال ولها اختيار الأزواج ويطالب الولي بمباشرة العقد كيلا تنسب إلى الوقاحة وهي حرة قد كمل عقلها بالبلوغ بدليل توجيه الخطاب إليها فكان زواجها كالتصرف في المال.<sup>7</sup>

الرأي الثاني: وهو قول الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة وروى عن عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس وأبي هريرة وعائشة<sup>8</sup> ومفاده أنه ليس للمرأة أن تنفرد بإبرام عقد زواجها أو أن تزوج غيرها واستدلوا بما يلي:

1- سورة البقرة، آية 230.

2- الكاساني، مرجع سابق، ج2، ص248.

3- سبق تخريجه، ص59.

4- ابن عابدين، رد المحتار، ج3، ص56.

5- النسائي، سنن النسائي، كتاب النكاح، حديث رقم 3263، ط2، ج6، ص85.

6- الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص248.

7- المرغيناني، الهداية، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ص191.

8- بن قدامة، المغني، ج7، ص7.

من القرآن الكريم قوله وتعالى ﴿إِذَا طَلَّقَ الْمَرءُ نِسَاءً فَلَا مَنَعَ لَهَا أَنْ يَتَزَوَّجَ بِمَا مَلَكَتْ يَمِينُهَا مِنْ قَبْلِهَا وَهِيَ فِي ذِمَّتِهِ لَوْ عَزَمَ الْوَلِيُّ وَكُنْتَ تُدْرِكُهَا فِي الْوَلَايَةِ﴾<sup>1</sup> فهذا خطاب للأولياء ومتى تثبت الولاية على الأيم كانت هي موليا عليها ضرورة فلا تكون والية.<sup>2</sup>

فلا مَنَعَ لَهَا أَنْ يَتَزَوَّجَ بِمَا مَلَكَتْ يَمِينُهَا مِنْ قَبْلِهَا وَهِيَ فِي ذِمَّتِهِ لَوْ عَزَمَ الْوَلِيُّ وَكُنْتَ تُدْرِكُهَا فِي الْوَلَايَةِ<sup>3</sup> فقال الشافعي هذه أبين آية في كتاب الله تدل على أن النكاح لا يجوز بغير ولي وإنما يتحقق المنع منه إذا كان الممنوع في يده.<sup>4</sup>

من السنة: قوله ﷺ: "أَيُّمَا امْرَأَةٍ لَمْ يَنْكِحْهَا الْوَلِيُّ فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ"<sup>5</sup> واستدلوا بالحديث من حيث أن مفهومه صحة النكاح بإذنه أي الولي ولأن المرأة إنما منعت الاستقلال بالنكاح لقصور عقلها فلا يؤمن انخداعها وهذا مأمون فيما إذا أذن فيه وليها.<sup>6</sup>

المصلحة: والمصلحة في اشتراط الولي أن عقد الزواج عظيم الخطر والرجال صناديق مغلقة لا تعرفهم النساء المعرفة الحق ويؤثر فيهن الحس ويتبعن العاطفة فكان لوليها تزويجها لأنه يختبر ويبحث من غير أن يستهويه منظر أو مظهر كما أن هذا العقد يعود على الولي بالعار أو الفخار لأن الزواج رابط بين أسرتين وليس عقد الزواج كالعقود المالية لأن خطرها ليس كخطره ولأن التخلص من آثارها سهل والغبن فيها لا يؤثر في سير الحياة.<sup>7</sup>

1- سورة النور، آية 32.

2- الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص247.

3- سورة البقرة، آية 232.

4- السرخسي، المبسوط، ج5، ص11.

5- ابن ماجه، سنن ابن ماجه، كتاب النكاح، حديث رقم 1879، ج1، ص605.

6- ابن قدامة، المغني، ج7، ص05.

7- أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، مرجع سابق، ص176-177.

والمعقول أن في منعها صيانة لها عن مباشرة ما يشعر بوقاحتها ورعونتها وميلها إلى الرجال وذلك ينافي حال أهل الصيانة والمروءة.<sup>1</sup>

**4- التكييف القانوني للولي:** ورد ذكر الولي في المواد: 9، 11، 12، 13 من قانون الأسرة رقم 11/84 حيث اعتبرته المادة التاسعة ركنا في عقد الزواج وقد أخذ المشرع في ذلك بالمذهب المالكي ومن وافقهم، وحدد في المادة 11 ترتيب الأولياء وهم الأب، أحد الأقارب، ثم القاضي وفي المادة 12 تناول مسألة العضل<sup>2</sup> حيث منح المرأة حق رفع أمرها إلى القاضي إذا عضلها وليها أما المادة 13 فقرر فيها أن الولاية المعتمد عليها هي ولاية الاختيار وبذلك لم يفرق المشرع بين البكر والثيب مثلما فرق المالكية بينهم ويبدو أن نص المادة موافق للحنفية، كما أن المشرع لم يحدد ترتيب الأولياء مما يحيلنا على المادة 222 والتي تحيلنا إلى الشريعة الإسلامية غير أنها لم تحدد مذهباً معيناً<sup>3</sup>. وبعد تعديل قانون الأسرة بالأمر 02/05 أصبح الولي مجرد شرط في عقد الزواج وهو ما نصت عليه المادة 09 مكرر وألغيت المادة 12 مما أوجد فراغاً تشريعياً وعدلت المادة 11 وكذلك المادة 13 وبذلك نجد أن المشرع حاول أن يرضي بعض السياسيين ممن عملوا على إلغاء الولي في عقد الزواج وأن يرضي بالمقابل بعض المتسييسين المتفقهين ممن أصرروا على إبقائه وبذلك تحول المشرع عن المذهب المالكي وأخذ برأي بعض الأفكار الفقهية التي لا تقول بولاية الإجماع إلا على الصغار<sup>4</sup>، فالمشرع كرس حق المرأة في مباشرة عقد زواجها بنفسها واشترط فقط حضور الولي سواء كان الأب أو أحد الأقارب أو أي شخص تختاره وهو ما يفتح الباب أمام التأويل

1- ابن قدامة، المغني، ج7، ص08.

2- العضل هو منع الولي المرأة العاقلة البالغة من الزواج بكفئتها إذا طلبت ذلك ورغب كل منهما في صاحبه، أنظر، وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص6720.

3- نصر سليمان وسعاد سطحي، أحكام الخطبة والزواج في الشريعة الإسلامية، ط1، دار الفجر، الجزائر، 1426/2005، ص191-192.

4- عبد العزيز سعد قانون الأسرة في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص14.

لأن "أو" تفيد التخيير والمرأة إذن أن تستغني عن الأب لتختار شخصا آخر وهذا يعد غريبا في مجتمعنا لأنه متناقض مع العرف<sup>1</sup>، كما يطرح إشكال بخصوص لفظ "بحضور" والذي جاء غامضا في معناه فهل يفهم منه أن حضور الولي شكلي فقط ولا أثر لإهماله في العقد؟ كما أنه وسع دائرة الأولياء فكان من المستحسن أن يمنح هذه السلطة إلى الأب وحده أو على الأقل كان ليبقي نص المادة كما كان قبل التعديل.

### اعتبار العرف في الولي كشرط لزواج المرأة الراشدة:

من المتعارف عليه أن المرأة سواء كانت بكرا أو ثيبا فإنها تولي أمر زواجها لأبيها أو أخيها أو قريب لها ممن هو أجدر منها في ذلك وأعلم بحال الرجال، فلا يوجد عبر القطر الوطني عرف يقضي بانفراد المرأة بإبرام زواجها في غياب ولي أمرها فالعرف في مسألة الولي يقف موقفا مسائرا 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.<sup>2</sup>

### ثانيا: شرط الصداق واعتبار العرف فيه

#### 1-تعريفه: لغة: فعله أصدق، أصدق المرأة أي سمى لها صداقا وأعطاه الصداق.<sup>3</sup>

ويسمى بالمهر والجمع مهور ومهر المرأة وأمهرها أي ساق لها مهرا.<sup>4</sup>

**اصطلاحا:** عرفه المالكية بأنه: ما يعطى للزوجة في مقابل الاستمتاع بها<sup>5</sup> وعرفه الحنابلة أنه: العوض في النكاح ونحوه سواء سمي في العقد أو فرض بعده بتراضيهما أو

1- بن شويخ رشيد، مرجع سابق، ص 65-66.

2- عماد شريفي، مرجع سابق، ص 135.

3- إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، ص 510.

4- ابن منظور، لسان العرب، ج 5، ص 184.

5- الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج 4، دار الفكر، (د.م.ن)، (د.ت.ن)، ص 293.

وَأَتَى فَمِنْ الْقُرْآنِ قَوْلُهُ **مُحَالِيذٌ** قَالُوا لَنْ نَحْجُزَكَ عَنْ عِلْمِكَ وَالْحَدِيثِ أَيُّ عَطِيَّةٍ مِنْ اللَّهِ مَبْدَأُ أَوْ  
أَوْ هَدِيَّةٍ وَهُوَ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّ الْمَهْرَ رَمَزٌ لِلْإِكْرَامِ الْمَرْأَةِ وَالرَّغْبَةِ فِي الْإِقْتِرَانِ.<sup>7</sup>  
وَمِنْ السَّنَةِ: قَوْلُهُ **مُحَالِيذٌ**: "تَزَوَّجْ وَلَوْ بِخَاتَمٍ مِنْ حَدِيدٍ".<sup>8</sup>  
وَأَمَّا الْإِجْمَاعُ فَقَدْ أَجْمَعَ الْمُسْلِمُونَ عَلَى مَشْرُوعِيَّةِ الصَّدَاقِ فِي النِّكَاحِ.<sup>9</sup>

– 65 –



## 2- مقدار الصداق واعتبار العرف فيه:

الفقهاء متفقون على أن الصداق غير مقدر لا أكثره ولا أقله بل كل ما جاز أن يكون مالا جاز أن يكون صداقا<sup>1</sup> وإن كانوا قد اختلفوا في الحد الأدنى للصداق على أقوال: فذهب الحنفية أن أقله عشرة دراهم<sup>2</sup> لحديث الرسول ﷺ: "إلا مهر دون عشرة دراهم"<sup>3</sup> وذهب المالكية المالكية إلى أن أقل المهر ربع دينار من الذهب أو ثلاثة دراهم كيلا من فضة أو ما ساوى الدراهم الثلاثة<sup>4</sup> ودليلهم أن المهر وجب في الزواج إظهارا لكرامة المرأة ومكانتها فلا يقل عن هذا المقدار الذي هو نصاب السرقة عندهم مما دل على خطره<sup>5</sup> وذهب الشافعية والحنابلة والحنابلة إلى أنه لا حد أدنى للصداق بل ضابطه كل ما صح كونه مبيعا عوضا أو معوضا عينا أو دينا أو منفعة كثيرا أو قليلا ما لم ينته في القلة إلى حد لا يتمول وبه قال الثوري والأوزاعي وإسحاق وأبو ثور<sup>6</sup> بن قاسم<sup>7</sup> واستدلوا بقوله تعالى: ﴿م . ه . و . ا ل ك م﴾<sup>7</sup>، وقوله ﷺ: "تزوج ولو بخاتم من حديد"<sup>8</sup>.

## اعتبار 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

1- ابن قدامة، المغني، ج7، ص210.

2- المرجع نفسه، ص211.

3- الدارقطني، سنن الدارقطني، كتاب النكاح، حديث رقم3601، ط1، ج4، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 2004/1425، ص358.

4- ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج3، ص45.

5- وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج9، ص6764.

6- الشربيني، مغني المحتاج، ج4، ص367-368. ابن قدامة، المغني، ج7، ص210.

7- سورة النساء، آية24.

8- سبق تخريجه، ص65.

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<sup>1</sup>، أما في منطقة الوسط فإن قيمة المهر وإن تفاوتت تتراوح ما بين 10 إلى 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 غلاء فهي منطقة الشرق أين تصل قيمة المهر إلى 25 مليون سنتيم زيادة على ما يلزم به الزوج من ذهب ليوم "الحنة" كما يسمى.

**موقف القانون:** باستقراء نص المادة 14 من ق.أ.ج يتضح أن المشرع لم يحد مقدارا للصدّق بقوله: "من كل ما هو مباح شرعا" وعليه يصح أن يكون الصّدّق من الأشياء المادية ذات القيمة الاقتصادية وكذا الخدمات والحقوق المعنوية المقومة بمال كحق الملكية التجارية (العلامة التجارية)<sup>2</sup>، وبذلك أخذ المشرع بمذهب الشافعية والحنابلة ومنه يظهر اعتباره للعرف في هذه المسألة. وهذا الموقف منه يتماشى وروح التشريع في التيسير ورفع الحرج بما يتناسب وجميع طبقات المجتمع أي أنه لا يعجز الفقير ولا يقيد إرادة البعض في الرفع من مبلغ الصّدّق.<sup>3</sup>

### تعجيل الصّدّق وتأجيله واعتبار العرف في ذلك:

من المتفق عليه أن الصّدّق كشرط في عقد الزواج لابد من تحديده عند العقد أما مسألة تعجيله وتأجيله فهي محل خلاف بين الفقهاء:

1- عماد شريفي، مرجع سابق، ص219.

2- بلحاج العربي، مرجع سابق، ص212.

3- محفوظ بن صغير، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص148.

فذهب الحنفية<sup>1</sup> على إعمال العرف في ذلك فيصح تعجيل الصداق أو تأجيله إن جرى العرف بذلك، باعتبار المعروف كالمشروط، واشترطوا أن لا يكون الأجل مجهولا جهالة فاحشة وإلا وجب حالا إلا إذا كان هذا الأجل هو الطلاق أو الموت.

وذهب الشافعية والحنابلة إلى جواز تعجيل الصداق كله أو بعضه إلى أجل معلوم لأنه عوض في معاوضة فإن أطلق ذكره اقتضى الحلول وإن أجل لأجل مجهول لم يصح وإن أجل ولم يذكر الأجل فالمهر عند الحنابلة صحيح ومحلّه الفرقة أو الموت وعند الشافعية المهر فاسد ولها مهر المثل<sup>2</sup> أما المالكية<sup>3</sup> فقالوا: أن النكاح يفسد إذا أجل بعض الصداق إلى أجل مجهول أو أجل كله أو بعضه ولم يقيد الأجل، فإن وجد عرف بذلك حكم هذا العرف.

**موقف القانون:** نصت المادة 15 من ق.أ.ج على ما يلي: "يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا" وما يفهم من النص أنه يجوز تأجيل الصداق وتعجيله متى تراضى الطرفان على ذلك. ومن هنا يكون للصداق وفق قانون الأسرة الجزائري ثلاث حالات:<sup>4</sup>

(1) أن يكون معجلا كله: بأن يدفع كاملا للزوجة قبل الدخول بها أو بعد إبرام العقد مباشرة.

(2) أن يكون مؤجلا كله: بأن يتفق الطرفان على أن لا تقبض الزوجة الصداق إلا بعد الدخول أو في وقت الحق يحدده.

(3) أن يكون مؤجلا في بعضه ومعجلا في البعض الآخر: بأن يدفع جزء من الصداق للزوجة ويؤجل الباقي إلى تاريخ محدد بعد الدخول. وإذا لم يحدد تاريخ معين فإنه ينصرف إلى تاريخ الطلاق أو تاريخ الوفاة.<sup>5</sup>

1- ابن عابدين، رد المحتار، ج3، ص144.

2- وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج9، ص6787-6789.

3- ابن قدامة المقدسي، الشرح الكبير، ج8، ص25.

4- محفوظ بن صغير، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص155.

5- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص48.

### اعتبار 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 كاملاً معجلاً وغالباً ما يتم ذلك في حضور إمام وجماعة من الناس في المسجد أو عند أهل الزوجة.

### الفرع الثاني

#### الشروط القانونية واعتبار العرف فيها

وسأذكر منها الأهلية لما للعرف من اعتبار فيها:

#### سن أهلية الزواج:

من المعلوم أنه لا توجد سن معين تتحدد به أهلية الزواج في الفقه الإسلامي وقد اختلف الفقهاء في تزويج الصغير والصغيرة على رأيين: الرأي الأول: هو مذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والحنابلة والشافعية والمالكية<sup>1</sup> ومفاده أن للأب تزويج الصغير والصغيرة دون اعتبار لصغر سنهما واستدلوا بما يلي:

يَسِّرْ مِنَ الْقُرْآنِ الْكَرِيمِ قَوْلُهُمْ تَعْلَمُونَ ﴿الْأَلَسِي أَدْرِكُ مِمَّا إِنْ أَرْتَهُ تَمَّ فَهَدَّ مِمَّا نَ﴾

شَرِّهِمْ وَرَوَّاهُ الْإِسْلَامُ بِمَا يَحْضَرُ مِنْ ﴿فَاللَّهُ تَعَالَى حَدَّدَ عِدَّةَ الصَّغِيرَةِ الَّتِي لَمْ تَحْضُ بِثَلَاثَةِ أَشْهُرٍ وَلَا تَكُونُ الْعِدَّةُ إِلَّا بَعْدَ زَوَاجٍ وَفِرَاقٍ فَدَلَّ النَّصُّ عَلَى أَنَّهَا تَزَوَّجَ وَتَطْلُقَ وَلَا إِذْنَ لَهَا<sup>3</sup>، وكذا قوله

وَأَنْ نَكْرَهُ تَعَالَى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَنْكِحُوا الَّذِينَ لَا يَرْغَبُونَ النِّكَاحَ﴾<sup>4</sup> والأيم من لا زوج لها صغيرة أو كبيرة<sup>5</sup>.

1- السرخسي، المبسوط، ج4، ص212؛ ابن قدامة، المغني، ج7، ص41؛ الشافعي، الأم، (د.ط)، ج7، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1410هـ/1990م، ص163؛ القرافي، الذخيرة، ط1، ج4، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1994، ص217.

2- سورة الطلاق، آية4.

3- وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج9، ص6683.

4- سورة النور، آية32.

5- وهبة الزحيلي، المرجع نفسه، ج9، ص6683.

**من السنة:** ما ورد عن أم المؤمنين عائشة قالت: "تزوجني رسول الله ﷺ وأنا بنت ست سنين"<sup>1</sup> فدل ذلك على جواز تزويج الصغيرة، كما زوج النبي ﷺ ابنة عمه حمزة من ابن أبي سلمة وهما صغيران، كما زوج علي ابنته كلثوم وهي صغيرة من عروة بن الزبير.<sup>2</sup>

**الرأي الثاني:** وهو قول لابن شبرمة وأبو بكر الأصم وعثمان البتي ومفاده أنه ليس للولي أبا كان أو غيره تزويج الصغير والصغيرة ما لم يبلغ كل منهما واستدلوا على ذلك:

ح قوله تعالى ﴿لَا يَحِلُّ لَكَ الْفَوَاحِشَ﴾<sup>3</sup> فلو جاز التزويج قبل البلوغ لم يكن لهذا فائدة.<sup>4</sup>

كما أنه لا حاجة لهما بالنكاح لأن مقصود النكاح شرعا هو النسل والصغر ينافي ذلك ثم هذا العقد يعقد للعمر وتلزمهما أحكامه بعد البلوغ فلا يكون لأحد أن يلزمهما ذلك إذ لا ولاية لأحد عليهما بعد البلوغ.<sup>5</sup>

**موقف القانون:** اعتبر المشرع الأهلية شرطا لصحة الزواج (م9 مكرر) وذهب إلى تحديد سن الزواج بموجب الأمر 02/05 ب 19 سنة كاملة (م7) تماشيا مع سن الرشد في القانون المدني (م40 منه) غير أنه منح للقاضي سلطة الترخيص بالزواج قبل هذه السن (م2/7) دون أن يحدد السن الأدنى الذي لا يجب للقاضي أن ينزل دونه، وخروج المشرع عن القاعدة العامة لسن أهلية الزواج لم يكن سلبيا وإنما هو خروج مقيد بشرط هو طلب إعفاء مسبق يقدم إلى القاضي مع وجود المصلحة والضرورة إلا أنه لم يحدد طريقة تقديم طلب الإعفاء أو شكله أو شكل الإذن الذي يمنحه القاضي ولم يحدد فيما إذا كان الولي هو من يقدم الطلب أو المعني.<sup>6</sup>

1- ابن ماجه، سنن ابن ماجه، كتاب النكاح، حديث رقم 1876، ج1، ص603.

2- وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج9، ص6683.

3- سورة النساء، آية6.

4- وهبة الزحيلي، المرجع نفسه، ج9، ص6682.

5- السرخسي، المبسوط، ج4، ص212.

6- عبد العزيز سعد الزواج والطلاق، مرجع سابق، ص97، 101.

ويعاب على المشرع أنه ساوى بين الجنسين في سن أهلية الزواج دون اعتبار للعرف.

### اعتبار 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 بلغ 19 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 الثاني

#### الاشتراط في عقد الزواج

باعتبار الزواج عقد عمر يدوم بدوام الحياة وباعتبار الأصل فيه الاستمرارية والأبدية بين الطرفين كان لا بد من توافر الاتفاق بينهما حول كل ما يريانه ضروريا في هذا العقد وبناء على ذلك منحت الشريعة وكذا القانون والأعراف لكلا الطرفين حق الاشتراط فيه بأن يضع كل واحد منهما شروطا تساعد في إتمام العقد مادام الطرف الآخر راضيا بها قادرا على الوفاء بها ولذلك سأعرض في هذا المطلب إلى أهم الشروط التي قد تقترن بعقد الزواج وتثير النقاشات:

### الفرع الأول

#### حكم الاشتراط في عقد الزواج واعتبار العرف فيه

بداية لابد من بيان تعريف الشرط ومواقف الفقه من الاشتراط:

**1-تعريف الشرط: لغة:** أشرطه جعل له علامة واشترط عليه كذا وشرط القوم كذا جعلوا بينهم علامة فالشرط هو العلامة وهو ما يوضع ليلتزم في بيع أو نحوه.<sup>1</sup>

**اصطلاحاً:** هو ما يتوقف عليه وجود الشيء ويكون خارجاً عن حقيقته.<sup>2</sup>  
وأما كون الأصل في الاشتراط في عقد الزواج الحل أو الحرمة فالفقهاء فيه على قولين:

**القول الأول:** أن الأصل فيها الحظر ولا يباح منها إلا ما أذن الشرع في إباحته وحله وهو مذهب الظاهرية.

**القول الثاني:** أن الأصل فيها الحل ولا يحرم منها إلا ما دل الشرع على تحريمه نصاً أو قياساً وهو مذهب الجمهور.<sup>3</sup>

قال عليه السلام: "أحق ما وفيتم به الشروط أن توفوا ما استحللتم به من الفروج"<sup>4</sup> فدل على استحقاق الشروط الوفاء وأن شروط الزواج أحق بالوفاء من غيرها.<sup>5</sup>

**3- أنواع الشروط في عقد الزواج:** هذه الشروط أنواع منها:

**أ-الشروط التي يجب الوفاء بها:** وهي ما كانت من مقتضيات العقد ومقاصده ولم تتضمن تغييراً لحكم الله ورسوله كاشتراط العشرة بالمعروف والإنفاق عليها وكسوتها وأن لا تخرج إلا بإذنه ولا تأذن في بيته إلا بإذنه.<sup>6</sup>

**ب-الشروط التي لا يجب الوفاء بها:** وهذه الشروط إما أن تكون منافية لمقتضى العقد وإما أن تكون منهي عنها شرعاً:

1- المعجم الوسيط، ص478-479.

2- وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج9، ص6532.

3- عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، ص130.

4 - البخاري، صحيح البخاري، كتاب النكاح، حديث رقم 5151، ج7، ص20

5- نور الدين أبو لحية، عقد الزواج وشروطه، ط1، دار الكتاب الحديث، القاهرة، مصرن (د.ت.ن)، ص83.

6- سيد سابق، مرجع سابق، ص51.

-الشروط المنافية لمقتضى عقد الزواج: وهي تلك التي لا يقتضيها العقد ولا تؤكد ما يقتضيه ولم يرد الشرع بجوازها ولم يجر بها العرف<sup>1</sup>، فهذه الشروط تكون في مقصدها متعارضة مع المقصد من عقد الزواج أما حكمها فهو البطلان ويصح العقد، ومثلها أن يشترط أن لا مهر لها أو أن لا ينفق عليها أو شرط على المرأة أن تتفق عليه فهذه الشروط كلها باطلة في نفسها لأنها تنافي مقتضى العقد ولأنها تتضمن إسقاط حقوق تجب بالعقد قبل انعقاده أما العقد في نفسه فصحيح لأن هذه الشروط تعود إلى معنى زائد في العقد لا يشترط ذكره فلم يبطله.<sup>2</sup>

-الشروط التي ورد النهي عنها بنص الشارع: فهذه قد ورد بشأنها دليل شرعي ينهى عن مثلها ويحرمها ومنها أن تشترط المرأة طلاق ضررتها أو أن يشترطاً التأقيت في الزواج، قال ﷺ: "لا يحل لامرأة أن تسأل طلاق أختها لتستفرغ صفحتها فإنما لها ما قدر لها"<sup>3</sup> فهي تبطل النكاح من أصله لأنها باطلة في نفسها.<sup>4</sup>

3-شروط اختلف الفقهاء في حكمها: وهي شروط ليست من مقتضيات العقد كما أنها لا تنافيه ولم يرد من الشرع بالنهي عنها:

القول الأول: ذهب أصحابه إلى لزومها ووجوب الوفاء بها وأنها إذا اقترنت بالعقد كان صحيحاً فإن لم يف بها الطرف الذي ألزم بها كان للطرف الآخر حق الفسخ وممن قال به الحنابلة وعمر بن الخطاب وسعد بن أبي وقاص ومعاوية وعمرو بن العاص وعمر بن عبد العزيز وجابر بن زيد وطاووس والأوزاعي وإسحاق<sup>5</sup>، واستدلوا بما يلي:

(1) قوله ﷺ: "أحق ما أوفيتم به من الشروط أن توفوا ما استحللتم به الفروج".<sup>6</sup>

1- محفوظ بن صغير، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص346-347.

2- ابن قدامة، المغني، ج7، ص94.

3- البخاري، صحيح البخاري، كتاب النكاح، حديث رقم 5152، ج7، ص21.

4- ابن قدامة، المرجع نفسه، ج7، ص95.

5- ابن قدامة المقدسي، الكافي في فقه الإمام أحمد، ط1، ج3، دار الكتب العلمية، 1414-1994، ص39.

6- سبق تخريجه، ص72.



- (2) أنه شرط لها منفعة مقصودة لا تمنع المقصود من النكاح فكان لازماً.<sup>1</sup>
- (3) روى الأثر أن رجلاً تزوج امرأة وشرط لها دارها ثم أراد نقلها فتخاصموا إلى عمر فقال عمر: لها شرطها فقال الرجل إذن يطلقنا فقال عمر: مقاطع الحقوق عند الشروط.<sup>2</sup>

**القول الثاني:** ويفيد بكراهة الوفاء بهذه الشروط وقال به المالكية إذ يكره عندهم اشتراطها ولا يفسد العقد باشتراطها ولا يفسخ لا قبل ولا بعد ولا يلزم الوفاء به.<sup>3</sup> واستدلوا بما يلي:

1- قال مالك: "أشرت على قاض منذ دهر أن ينهى الناس أن يتزوجوا على الشروط وأن لا يتزوجوا إلا على دين الرجل وأمانته وأنه كان كتب بذلك كتاباً وصيح به في الأسواق وعابها عيباً شديداً".<sup>4</sup>

2- منافاة ذلك لسنة السلف الصالح.<sup>5</sup>

**القول الثالث:** ويفيد بأن هذه الشروط باطلة ولا تؤثر في صحة العقد فهي ملغاة والعقد صحيح وبه قال الشافعية<sup>6</sup> والحنفية، واستدلوا بما يأتي:<sup>7</sup>

- (1) قوله ﷺ: "المسلمون على شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً" قالوا وهذا الشرط الذي اشترط يحرم الحلال وهو التزوج والسفر وهذه كلها حلال.
- (2) قوله ﷺ: "كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل" قالوا وهذا ليس في كتاب الله لأن الشرع لا يقتضيه.

(3) قالوا أن هذه الشروط ليست من مصلحة العقد ولا مقتضاه.

1- مصطفى بن سعد السيوطي، مطالب أولي النهى، ط2، ج5، المكتب الإسلامي، 1415-1994، ص120.

2- المرجع نفسه، ص120.

3- أحمد بن غانم الأزهرى النفراوى، الفواكه الدواني، ج2، دار الفكر، 1415-1995، ص14.

4- ابن رشد القرطبي، المقدمات الممهدات، ط1، ج1، دار الغرب الإسلامي، 1408-1988، ص482.

5- نور الدين أبو لحية، عقد الزواج وشروطه، مرجع سابق، ص77.

6- الشافعي، الأم، ج5، ص79.

7- سيد سابق، مرجع سابق، ص254-255.

## اعتبار العرف في الاشتراط في عقد الزواج:

يأخذ الاشتراط في عقد الزواج مكانة هامة في العرف حيث أنه يقضي ومنذ زمن بعيد بجواز الاشتراط وأنه للطرفين أن يضعوا ما يشاءان من الشروط عند العقد سواء بصفة مسبقة أو بصفة لاحقة عنه، كما يجري العرف حالياً بهذا، خاصة وأن الشروط وليدة الأعراف ومع مضي الزمن فقد استحدثت شروط أخرى مواكبة لتغير الأعراف والطبائع<sup>1</sup> وبتطور التفكير وتغير الأعراف باستمرار تظهر أنواع من الشروط غير أن العرف يقر بها دائماً.

### الفرع الثاني

#### شرطي عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة واعتبار العرف فيهما

##### أولاً: شرط عدم تعدد الزوجات

##### 1- تعدد الزوجات في الفقه والقانون

##### أ- في الفقه:

إن مسألة تعدد الزوجات قد شرعها الله تعالى في كتابه العزيز، ورغم ذلك فإنها تعد أحد المسائل التي تناولها الفقهاء واختلفوا فيها، وقد دل على مشروعية التعدد قوله

«وَلَا تَجْعَلُوا لَهُ سُلُوكًا مِثْلَ مَا جَعَلْتُمْ لِحُكْمِكُمْ»<sup>2</sup> فالآية جاءت صريحة بإباحة التعدد غير أنه قرنته بشروط معينة إذ لم

يأت التعدد فيها مطلقاً عن القيود وبعبارة أدق شرع الله تعالى التعدد بعد أن قصره على أربع وجعله مرتبطاً بالعدل والمساواة بين الزوجات وهناك قيد آخر وهو القدرة على الإنفاق على أكثر من زوجة لأن القدرة شرط في إباحة أصل الزواج فهذه القيود تكاد تحصر التعدد في دائرة ضيقة إذ أن مجرد الخوف من عدم إقامة العدل يمنع التعدد.<sup>3</sup>

1- عماد شريفي، مرجع سابق، ص143.

2- سورة النساء، آية3.

3- مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص254-255.

ومذهب الشريعة في إباحة التعدد بهذين القيدين هو مسلك وسط بين الشرائع فمنها من أباحت التعدد من دون قيد ومنها ما منعتة مطلقا وهو هذا مسلك حسن من محاسن الشريعة الإسلامية بالإضافة إلى أن التعدد أحيانا يكون علاجا اجتماعيا للأمة حين يعترئها نقص في عدد الرجال.<sup>1</sup>

ورغم إباحة الشريعة للتعدد إلا أن للمرأة حق الاشتراط على زوجها أن لا يتزوج عليها فلو شرطت ذلك صح الشرط ولزم، وروي عن النبي ﷺ أنه قال: "إن بني هشام بن المغيرة استأذنوني أن ينكحوا ابنتهم من علي بن أبي طالب فلا آذن ثم لا آذن ثم لا آذن إلا أن يريد بن أبي طالب أن يطلق ابنتي وينكح ابنتهم فإنما ابنتي بضعة مني يربيني ما أربأها ويؤذيها ما آذاها" قال ابن القيم فتضمن هذا الحكم أمورا أن الرجل إذا اشترط لزوجه أن لا يتزوج عليها لزمه الوفاء بالشرط ومتى تزوج عليها فلها الفسخ ووجه تضمن الحديث ذلك أنه صلى الله عليه وسلم أخبر أن ذلك يؤذي فاطمة رضي الله عنها وأنه يؤذيها صلى الله عليه وسلم ويريبه.<sup>2</sup>

### ب- في القانون:

نص المشرع على مسالة التعدد من خلال المواد: 8 و 8 مكرر و 8 مكرر 1 من ق.أ. وتحليل هذه النصوص يتبين ما يلي:

- أن المشرع أبقى على نظام تعدد الزوجات كما أقرته الشريعة الإسلامية.
  - أنه وضع شروطا لحماية هذا المبدأ.
  - أنه قرر الجزاء في حال مخالفة هذه الشروط.
- وقد انتقد المشرع على ما ورد في هذه النصوص ومن ذلك أنه اشترط لضرورة التعدد وجود مبرر شرعي دون أن يحدد نوع هذا المبرر أو شكله واشترط نية العدل وهي

1- محمد عبد اللطيف قنديل، فقه النكاح والفرائض، (د.ط)، (د.م.ن)، (د.ت.ن)، ص 65.

2- سيد سابق، مرجع، سابق، ص 113.

من مكنونات النفس ولم يبين فيما إذا كان يجب توافرها قبل إبرام العقد أم بعده وكذلك اشترط ضرورة إعلام الزوجة الأولى والثانية ولم يبين كيفية الإعلام<sup>1</sup>. وبالمقارنة بين قانون الأسرة رقم 11/84 وقانون الأسرة المعدل بالأمر 02/05 نلاحظ أن المشرع قد ضيق أكثر في مسألة التعدد و أنه قرر ضوابط وشروط غير واردة بالشريعة الإسلامية خاصة منها إخضاع المسألة لإذن القاضي وتقديره وهذا غير صائب لأن القاضي ليس أعلم بمصالح الناس من أنفسهم كما أن ذلك يخرج عقد الزواج إلى عقد تبادلي تنتثر فيه أسرار البيوت أمام المحاكم كما أنه لم ينقل إلينا في عصر من عصور الإسلام من عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال أحد من الفقهاء باشتراط إذن القاضي لإباحة التعدد ولو كان هذا الشرط مشروعاً لما خلت كتب الفقه والقضاء من ذكر وقوعه<sup>2</sup>. فكان الأجدر إلغاء هذا الشرط وأن يقرر نظام التعدد وفق أحكام الشريعة الإسلامية.

### ثانياً: شرط عمل المرأة

إن عمل المرأة ومشاركتها للرجل في هذا الميدان من بين أهم المسائل الخلافية التي تتجاذبها الآراء فمن الناس من يرفض الفكرة ومنهم من يؤيدها خاصة وأن الأوامر الربانية جاءت بتحريم اختلاط المرأة بالرجول، فقال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَخْلُطُوا بَيْنَ الزَّوْجِ وَالْأُنثَىٰ﴾<sup>3</sup> فأمر الله أمهات المؤمنين وجميع المسلمات والمؤمنات بالقرار في البيوت لما في ذلك من صيانتهم وإبعادهم عن الفساد لأن الخروج لغير حاجة قد يفضي إلى شرور كثيرة<sup>4</sup> وعند الحنفية يحق للزوج منع زوجته من العمل، جاء في رد المحتار: بل له أن يمنعها من الأعمال كلها المقتضية للكسب<sup>5</sup> وذهب المالكية إلى استحباب خدمتها بنفسها تبرعاً لأنه معونة للزوج<sup>6</sup> واعتبر البعض

1- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق، مرجع سابق، ص 149، 151.

2- الشيخ شمس الدين، قانون الأسرة والمقترحات البديلة، ط1، دار الأمة، الجزائر، 2003، ص 105-105.

3- سورة الأحزاب، آية 33.

4- عبد العزيز بن باز، التبرج وخطر مشاركة المرأة للرجل في ميدان عمله، ط1، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، السعودية، 1423، ص 25-26.

5- ابن عابدين، رد المحتار، ج3، ص 703.

6- الحطاب الرعيني، مواهب الجليل، ج4، ص 185.

أن اقتحام المرأة لميدان الرجال الخاص بهم يعتبر إخراجا لها عن تركيبتها وأن عمل المرأة أن تقوم بتربية الأولاد والحضانة والتطبيب لهم وأنها إن تركت واجبات البيت يعتبر ذلك ضياعا له بمن فيه ويترتب على ذلك تفكك الأسرة والمجتمع والحجة في ذلك أن القوامة للرجل على المرأة.<sup>1</sup>

والأسباب التي تدفع المرأة للعمل عديدة منها:

- **الأسباب الشخصية:** منها ما يحيط بها من ظروف صعبة تدفعها للبحث عن الرزق حتى تجعل يدها عليا خاصة وأن بعض الرجال في مجتمعنا لا يطبقون المبادئ الشرعية إما بحكم الأنانية فلا يلزم المرأة إلا بالطاعة وقبول فكرة التعدد دون إلزام نفسه بالنفقة ومن هذه الأسباب أيضا عدم وجود بيت مال للإنفاق على المرأة التي لا مورد لها.
- **الظروف العائلية:** ومنها عدم وجود فرد في العائلة لينفق على المرأة كأن يكون والدها مريضا أو عاجزا، وإذا كان من الرجال من يدعي أن عمل المرأة حرام فكيف بهم يطلبون أن تقوم بالكشف على نسائهم طبيبة؟ إذ كيف توجد الطبيبة وهم يرفضون فكرة عملها؟<sup>2</sup>
- اعتبار العرف في شرطي عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة وموقف القانون:**

مما لا شك فيه أن الأعراف عندنا تقرر حق الأزواج في التعدد مواكبة لما ورد في الشريعة الإسلامية وإن كانت هناك الكثير من المشكلات تطرح في واقعنا من الأزواج بسبب التعدد وقبل زوم 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 والأمر سيان فيما يخص عمل المرأة حيث أصبحت النساء يشترطن على الرجال عدم منعهن من العمل أو عدم إيقافهن عن العمل وفي المقابل قد يشترط الرجل أن تقرر المرأة في البيت بعد الزواج وأن لا تخرج للعمل ويتم ذلك حسب أعرافنا بحضور جماعة من جاهة المنطقة بحضور أهل الخاطب والمخطوبة والإمام بمجلس واحد دون أن يتم التوثيق.

1- عبد العزيز بن باز، مرجع سابق، ص23-24.

2- غنية قري، شرح قانون الأسرة المعدل، ط1، دار طليطلة، الجزائر، 1432-2011، ص112، 106.

**موقف القانون:** نصت المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري على أنه "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية" فالملاحظ أن المشرع الجزائري قد منح للزوجين حق الاشتراط على أن يتم توثيق ذلك وقد ذكر بعض الشروط التي قد يضعها طرفي العقد على سبيل المثال لا الحصر وبذلك قد جعل الاعتبار لأعراف الناس وعاداتهم.

# الخاتمة

## الخاتمة:

وفي خاتمة هذا البحث يمكن تدوين النتائج التالية:

- (1) أن العرف يلعب دورا بارزا في حياة الفرد الجزائري، إذ يعتمد عليه في الكثير من المسائل خاصة ما تعلق منها بالجانب الشخصي.
- (2) اعتبر المشرع الجزائري العرف أحد المصادر الاحتياطية للقانون ما لم يكن مخالفا للنظام العام والآداب العامة.
- (3) أن الشريعة الإسلامية أقرت بدورها بالأعراف الصحيحة وسمحت باعتمادها.
- (4) يظهر دور العرف في الخطبة والزواج في عدة جوانب منها:
  - أ) أسس اختيار الطرفين التي تركها المشرع الجزائري للعرف ما دامت موافقة للشريعة الإسلامية حيث سكت عن بيانها.
  - ب) نظر الخاطبين إلى بعضهما أثناء الخطبة ويظهر اعتبار المشرع للعرف في هذه المسألة من خلال عدم التعرض لها.
  - ج) تواصل الخاطبين فيما بينهما في حدود أحكام الشريعة الإسلامية، والمشرع لم يتطرق لذلك ما يعني اعتباره للعرف والشريعة الإسلامية في ذلك.
  - د) اقتران الخطبة بالفاتحة والتي فصل فيها المشرع باعتبار توافر الأركان والشروط.
  - هـ) حكم الهدايا والصداق عند العدول عن الخطبة، وإن كانت الأعراف متباينة في ذلك من مجتمع لآخر، والمشرع لم يعتبر العرف في رد الهدايا ولم يتطرق لحكم الصداق ما يعني الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية والعرف.
  - و) ضرورة توافر الرضا في عقد الزواج وهو ما سار عليه المشرع الجزائري.
  - ز) 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.



ح) 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.

#### التوصيات والمقترحات:

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

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



# قائمة المصادر والمراجع

## قائمة المصادر والمراجع

أولاً: القرآن الكريم

ثانياً: كتب التفسير والحديث

- 01- أبو زهرة، زهرة التفاسير، دار الفكر العربي، (د.ط)، (د.م.ن)، (د.ت.ن).
  - 02- عزة محمد، تفسير الحديث، (د.ط)، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، 1383.
  - 03- ابن ماجة، سنن ابن ماجة، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، ط1، دار إحياء الكتب العربية، (د.م.ن)، (د.ت.ن).
  - 04- أبو داود، سنن أبي داود، تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، (د.ت.ن).
  - 05- البخاري، صحيح البخاري، تحقيق محمد زهير بن ناصر الناصر، ط1، دار طوق النجاة، (د.م.ن)، 1422.
  - 06- الترمذي، سنن الترمذي، تحقيق بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1998.
  - 07- الدارقطني، سنن الدارقطني، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1425-2004.
  - 08- العسقلاني، فتح الباري، (د.ط)، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1379.
  - 09- النسائي، سنن النسائي، تحقيق عبد الفتاح أبو غدة، ط1، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب، سوريا، 1406-1986.
  - 10- مسلم، صحيح مسلم، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، (د.ت.ن).
- ثالثاً: كتب فقهية
- كتب الفقه المالكي:
- 11- ابن رشد القرطبي، المقدمات والممهدات، ط1، دار الغرب الإسلامي، 1408-1988.

12- ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث، القاهرة، مصر، 1425-2004.

13- الحطاب الرعيني، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ط3، دار الفكر، (د.م.ن)، 1412-1992.

14- الدسوقي، حاشية الدسوقي، (د.ط)، دار الفكر، (د.م.ن)، (د.ت.ن).

15- الصاوي المالكي، حاشية الصاوي، (د.ط)، دار المعارف، (د.م.ن)، (د.ت.ن).

16- القرافي، الذخيرة، ط1، دار الغرب الإسلامي، 1994.

17- النفراوي، الفواكه الدواني، دار الفكر، (د.م.ن)، 1415-1995.

#### كتب الفقه الشافعي:

18- أبو الحسن اليمني، البيان في المذهب الشافعي، ط1، دار المنهاج، جدة، السعودية، 1421-2000.

19- البجيرمي، حاشية البجيرمي، (د.ط)، دار الفكر، (د.م.ن)، 1415-1995.

20- الشافعي، الأم، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1410-1990.

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

22- القزويني، الحاوي الصغير، تحقيق صلاح بن محمد بن إبراهيم اليابس، ط1، دار ابن الجوزي، السعودية، 1430.

23- النووي، منهاج الطالبين، تحقيق عوض قاسم أحمد عوض، ط1، (د.م.ن)، 1425-2005.

#### كتب الفقه الحنفي:

24- ابن عابدين، رد المحتار، ط2، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1412-1992.

25- السرخسي، المبسوط، (د.ط)، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 2003.

26- الكاساني، بدائع الصنائع، ط2، دار الكتب العلمية، (د.م.ن)، 1406-1986.

27- المرغيناني، الهداية، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، (د.ت.ن).

**كتب الفقه الحنبلي:**

28- ابن قدامة، الشرح الكبير، دار الكتاب العربي، (د.م.ن)، (د.ت.ن).

29- ابن قدامة، المغني، مكتبة القاهرة، مصر، 1383-1968.

30- البهوتي، كشف القناع، (د.ط)، دار الكتب العلمية، (د.م.ن)، (د.ت.ن).

31- الخرقى، مختصر الخرقى، ط1، دار الصحابة للتراث، طنطا، 1413-1993.

32- السيوطي، مطالب أولي النهى، ط2، المكتب الإسلامي، 1415-1994.

**كتب الفقه الظاهري:**

33- ابن حزم الظاهري، المحلى بالآثار، (د.ط)، دار الفكر، بيروت، لبنان، (د.ت.ن).

**رابعاً: كتب عامة في الفقه**

34- أبو العيين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، ط2، دار التأليف، مصر، 1961.

35- أبو زهرة محمد، الأحوال الشخصية، ط3، دار الفكر العربي، (د.م.ن)، 1377-1957.

36- أبو زهرة محمد، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، (د.م.ن)، (د.ت.ن).

37- أبو لحية نور الدين، المقدمات الشرعية للزواج، ط1، دار الكتاب للحديث، القاهرة، مصر، (د.ت.ن).

38- أبو لحية نور الدين، عقد الزواج وشروطه ط1، دار الكتاب للحديث، القاهرة، مصر، (د.ت.ن).

39- الأشقر عمر سليمان، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، ط1، دار النفائس، الأردن، 1418-1997.

40- الأشقر محمد سليمان، المجلي في الفقه الحنبلي، ط1، دار القلم، دمشق، سوريا، 1412-1998.

- 41-التويجري محمد بن إبراهيم، موسوعة الفقه الإسلامي، ط1، بيت الأفكار الدولية، (د.م.ن)، 1430-2009.
- 42-الزحيلي وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، ط4، دار الفكر، دمشق، سوريا، (د.ت.ن).
- 43-السديس محمد بن عبد العزيز، مقدمات النكاح، ط128، الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، 1425.
- 44-السرطاوي محمود علي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط3، دار الفكر، الأردن، 1431-2010.
- 45-النجار عبد الله مبروك، التعويض عن فسخ الخطبة، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2001-2002.
- 46-أيوب حسن، فقه الأسرة المسلمة، ط1، الرسالة، بيروت، لبنان، 1413-1993.
- 47-بن باز عبد العزيز، التبرج وخطر مشاركة المرأة للرجل في ميدان عمله، ط1، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، السعودية، 1423.
- 48-حامد علي حامد، فقه الزواج وما يتعلق به في الفقه الإسلامي، ط1، جامعة الأزهر، مصر، 1414-1993.
- 49-خلاف عبد الوهاب، أحكام الأحوال الشخصية، ط2، دار القلم، الكويت، 1410-1990.
- 50-زيدان عبد الكريم، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، ط1، الرسالة، بيروت، لبنان، 1413-1993.
- 51-سابق سيد، فقه السنة، ط3، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، 1397-1977.
- 52-شحاتة حسين حسين، آداب الخطبة في الإسلام، ط1، دار المنار، 1423-2002.
- 53-شليبي مصطفى، أحكام الأسرة في الإسلام، ط2، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1403-1982.

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

55-قنديل عبد اللطيف، فقه النكاح والفرائض، (د.ط.)، (د.م.ن.)، (د.ت.ن.).

56-هاشم عمر أحمد، الأسرة في الإسلام، (د.ط.)، دار قباء، مصر، 1998.

#### خامسا: كتب قانونية

57-الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة المعدل، شرح قانون الأسرة المعدل، دار الخلدونية، الجزائر، 2008.

58-العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط6، ديوان المطبوعات الجامعية، 2010.

59-العيش فضيل، شرح وجيز لقانون الأسرة الجزائري، (د.ط.)، مطبعة طالب، (د.م.ن.)، (د.ت.ن.).

60-بن صغير محفوظ، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، دار الوعي، الرويبة، الجزائر، 2013.

61-حداد عيسى، عقد الزواج، منشورات باجي مختار، عنابة، 2006.

62-حرز الله عبد القادر، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2008.

63-دلاندة يوسف، دليل المتقاضي في شؤون الأسرة، ط3، دار هومة، الجزائر، 2011.

64-سعد عبد العزيز، قانون الأسرة في ثوبه الجديد،

65-سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط2، دار البعث، قسنطينة، 1998.

66-سعد فضيل، شرح قانون الأسرة الجزائري، (د.ط.)، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986.

67- سليمان نصر وسطحي سعاد، أحكام الخطبة والزواج في الشريعة الإسلامية، ط1، دار الفجر، الجزائر، 1426-2005.

68- شمس الدين، قانون الأسرة والمقترحات البديلة، ط1، دار الأمة، الجزائر، 2003.

69- عبد الهادي بن زيطة، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 1428-2007.

70- قري غنية، شرح قانون الأسرة المعدل، ط1، دار طليطلة، الجزائر، 1432-2011.

71- محمد لمين لوعيل، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، (د.ط)، دار هومة، الجزائر، 2004.

72- ولد خسال سليمان، الميسر في قانون الأسرة الجزائري، ط2، شركة الأصالة، الجزائر، 1434-2012.

#### سادسا: الرسائل الجامعية

73- العربي مجيدي، نظرية التعسف في استعمال الحق وأثرها في أحكام فقه الأسرة، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية أصول الدين، 2001-2002.

74- بن صغير محفوظ، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه، جامعة الحاج لخضر، باتنة، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، 2008-2009.

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

76- فتيحة خباش، تغير مفهوم الخطبة في الأسرة الجزائرية، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر02، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، 2010-2011.

#### سابعا: المقالات

77- محمد بوفرطاس، "الأسرة الجزائرية بين القانون والعرف"، مجلة العلوم الإنسانية، عدد33، 2010.



**ثامنا: القوانين**

-قانون 1984/11/84 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27.

**تاسعا: المعاجم والقواميس**

77-ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، لبنان، ط3، 1414هـ.

78-الزبيدي، تاج العروس، دار الهداية، (د.م.ن)، (د.ت.ن).

79-الفيروز أبادي، القاموس المحيط، تحقيق محمد نعيم العرقسوسي، ط8، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1426-2005.

80-إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، (د.ط)، دار الدعوة، (د.م.ن)، (د.ت.ن).

**عاشرا: المواقع الإلكترونية**

81-محمد علي الزعابي، العرف وعلاقته بالقانون

<http://www.bumoza.blogspot.com/10/10/2010/blog>

# فهرس المحتويات

# فهرس الموضوعات

الصفحة

المحتوى

الإهداء

شكر وتقدير

قائمة المختصرات

مقدمة ..... أ

## الفصل الأول: اعتبار العرف في انعقاد الخطبة والعدول عنها

المبحث الأول: اعتبار العرف في انعقاد الخطبة ..... 8

المطلب الأول: مفهوم الخطبة ..... 8

الفرع الأول: تعريف الخطبة ومشروعيتها وشروطها وحكمها ..... 8

الفرع الثاني: تعارف المخطوبين واعتبار العرف فيه ..... 21

المطلب الثاني: تكيف الخطبة واقترانها بالفاتحة ..... 28

الفرع الأول: تكيف الخطبة واعتبار العرف فيه ..... 29

الفرع الثاني: اقتران الخطبة بالفاتحة واعتبار العرف فيه ..... 33

المبحث الثاني: اعتبار العرف في العدول عن الخطبة وآثاره ..... 34

المطلب الأول: العدول عن الخطبة واعتبار العرف فيه ..... 34

الفرع الأول: تعريف العدول ..... 34

الفرع الثاني: حكم العدول واعتبار العرف فيه ..... 35

المطلب الثاني: آثار العدول عن الخطبة واعتبار العرف فيه ..... 37

الفرع الأول: حكم الهدايا والصداق واعتبار العرف فيه ..... 37

الفرع الثاني: التعويض عن الضرر واعتبار العرف فيه ..... 42

## الفصل الثاني: اعتبار العرف في الزواج

المبحث الأول: حقيقة الزواج .....	47
<b>المطلب الأول: مفهوم الزواج .....</b>	<b>47</b>
الفرع الأول: تعريف الزواج ومشروعيته وحكمه .....	47
الفرع الثاني: حقيقة لفظ النكاح واعتبار العرف فيها .....	52
<b>المطلب الثاني: ركن الرضا في عقد الزواج .....</b>	<b>54</b>
الفرع الأول: ركن الرضا في الفقه والقانون واعتبار العرف فيه .....	54
الفرع الثاني: الألفاظ التي ينعقد بها الزواج واعتبار العرف فيها .....	56
المبحث الثاني: اعتبار العرف في شروط عقد الزواج والاشتراط فيه .....	58
<b>المطلب الأول: شروط عقد الزواج واعتبار العرف فيها .....</b>	<b>58</b>
الفرع الأول: الشروط الشرعية .....	58
الفرع الثاني: الشروط القانونية (الأهلية) .....	69
<b>المطلب الثاني: الاشتراط في عقد الزواج واعتبار العرف فيه .....</b>	<b>71</b>
الفرع الأول: حكم الاشتراط في عقد الزواج .....	71
الفرع الثاني: شرطي عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة واعتبار العرف فيها .....	75
الخاتمة .....	81
قائمة المصادر والمراجع .....	84
فهرس المحتويات .....	92
ملخص	

الحمد لله