

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة محمد بوضياف - المسيلة

ميدان: الحقوق والعلوم السياسية
فرع: الحقوق
تخصص: قانون أسرة



كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم: الحقوق
رقم:

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر أكاديمي

إعداد الطالبة: طيايبة حسيبة

تحت عنوان

العرف كمصدر تشريعي في
مسائل الزواج والطلاق

لجنة المناقشة:

رئيسا	جامعة محمد بوضياف	الأستاذ: أحمد غرابي
مشرفا و مقررا	جامعة محمد بوضياف	الأستاذ: محمد الطاهر بلموهوب
مناقشا	جامعة محمد بوضياف	الأستاذ: ليلي العدوانى

السنة الجامعية: 2019/2018

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ ﴿١١٩﴾

سورة الأعراف الآية 199

شكر وتقدير

أرفع شكري وتقديري إلى جامعة محمد بوضياف - المسيلة - التي حضنتني

في رحابها طيلة هذه السنوات وكل العاملين فيها .

أتقدم بحالص شكري وتقديري لأستاذي (محمد الطاهر بلموهوب)، الذي

تفضل عليا بالإشراف على هذه الرسالة، فكان نعم الأستاذ ونعم الموجه فلم يبخل عليا

بعلمه ووقته جزاه الله خيرا .

أتقدم بالشكر والتقدير للأستاذين الفاضلين عضوي لجنة المناقشة على

تفضلهما بقبول مناقشة هذه الرسالة شاكرة لهما ما يقدمان من ملاحظات قيمة حول

هذه الرسالة .

إهداء

إلى سندي وسبب وجودي والديا الكريمن: أمي الحبيبة وأبي
الغالي.

إلى من كان يضيء لي الطريق ويساندني: زوجي العزيز.
إلى النجوم المضيئة: أختي وإخواني حفظهم الله.

إلى من تميزت بالعطاء: أفراد عائلتي وصديقاتي الغاليات جزاهم الله خير
جزاء

إلى جميع أساتذتي الذين علموني الخير جزاهم الله خيرا
إلى كل من آمن بالله ربا وبالإسلام ديننا وبمحمد صلى الله عليه وسلم نبيا
ورسولا

أهدي هذا الجهد المتواضع راجية المولى عز وجل أن يجعله خالصا لوجهه
الكريم وأن ينفع به ويجعله مقاربا للصواب

مقدمة

مقدمة

الحمد لله الذي علم بالقلم علم الإنسان ما لم يعلم وهداه إلى الدين الأقوم وميزه بالعقل ليعرف الحق من الباطل، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وأصحابه أجمعين ومن سار على درب النبوة إلى يوم الدين.
أما بعد:

العرف هو ما ألفه الناس وساروا عليه في تصرفاتهم سواء كان فعلا أو قولاً دون أن يصادم نصاً ويعتبر من أقدم مصادر التشريع الإنساني، وإذ أن التشريعات المختلفة بدأت بعادات وأعراف جعلته منها شريعة تحكم إليها، وهو من أهم المصادر القانونية والتشريعية، فبعد نزول الرسالة المحمدية بالشريعة السمحة، وجدت كثيراً من الأعراف فأقرت الصالح وألغت الفاسد⁽¹⁾، وللعرف أنواع: منها العرف الصحيح وهو ما كان موافقاً للنصوص الشرعية و مثاله: تعارف الناس على تعجيل الصداق أو جزء منه أو تأجيله، والعرف الفاسد هو ما كان مخالفاً للنصوص الشرعية كتعارف الناس على عدم توريث المرأة والعرف العام هو ما تعارف عليه جميع الناس وصار منتشرًا بينهم كأعراف الناس على ألا تزف المرأة إلى زوجها إلا بعد إستيفائها معجل صداقها، والعرف الخاص هو ما كان خاصاً بفئة معينة من الناس.

وإن من نعم الله على البشرية نعمة النكاح، فجعلها أساساً لديومة النسل البشري في الكون وجعلها تبنى على المودة والرحمة بين الزوجين، فالشريعة وضعت نظاماً واضحاً لعلاقة الزواج بين الرجل والمرأة، إن روعي ذلك الإطار الشرعي إكتملت حياة الفرد بما يرضى الله و يحقق السعادة لصاحبه، وإذا وجد ما يعكر الحياة بين الزوجين فقد اوجدت الشريعة حلولاً شرعية لتجنب المشكلات الأسرية طبقاً لقوله عزوجل: ﴿فَأَمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحُ بِإِحْسَانٍ﴾⁽²⁾.

(1) — محمد بوفطاس، "الأسرة الجزائرية بين القانون والعرف"، مجلة العلوم الإنسانية عدد 33، 2010، ص 258-259.

(2) — سورة البقرة الآية 229.

ولما كان الإسلام ديناً عاماً وواقعياً يراعي لكل الظروف والإحتمالات التي يتعرض لها الإنسان شرع الطلاق ليتخلص الزوجان من المفاسد والشُرور التي تترتب على بقاء الحياة الزوجية عند عدم القدرة على استمراريتها⁽¹⁾.

1- أهمية الموضوع

حاولت من خلال هذا البحث إبراز أعمال العرف في مسائل الزواج والطلاق وبيان أثر العرف فيها يتعلق بالأحكام القضائية، إضافة إلى تبيان أن الوقائع لا متناهية والنصوص متناهية وكيف نوفق بين المتناهي واللامتناهي بالإجتهد والقياس والعرف بصورة خاصة، وهذا ما يبرر أهمية العرف كمصدر من مصادر التشريع الأصلية، ذلك أن للعرف دوراً مهماً في تنظيم العديد من المسائل.

2- أسباب اختيار الموضوع:

- الرغبة والميل في تناول هذا الموضوع الجديد فلم يتناول بالشكل الكافي.
- إهتمام الناس بالأعراف والعمل بها في الكثير من المسائل الشخصية خاصة فيما يتعلق بالزواج والطلاق.

3- المنهج المتبع

إعتمدت في بحثي المنهج التحليلي من خلال دراسة المادة العلمية من مواد قانونية وبعض آراء الفقهاء، كما إعتمدت على المنهج الإستنباطي وفق للإجراءات التالية:
- إستعمال الآيات القرآنية .
- إستعمال الأحاديث.
- الرجوع إلى المصادر.
- الرجوع إلى المصادر قانون الأسرة الجزائري رقم 84-11.
- الرجوع إلى المعاجم اللغوية .
- بيان أثر العرف التشريعي في العديد من مسائل الزواج والطلاق.

(1) -محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق في الإجتهد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، دار الوعي للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص 09.

4-الدراسات السابقة

قد سبق البحث في موضوع العرف من خلال:

رسالة بعنوان "إعتبار العرف في مسائل الزواج وآثاره" للطالب عماد شريفني "رسالة ما جستير، 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 وهناك مواضع تعرضت لها لم يتناولها بالدراسة كالتعويض عن الضرر عند العدول عن الخطبة والطلاق وبعض من صور الطلاق.

5-إشكالية البحث: مر القانون بمراحل عدة حتى وصوله إلى ما هو عليه الآن، حيث كانت الشرائع والقوانين في المجتمعات البدائية عبارة عن أعراف تطورت وإرتقت بإرتفاع مدارك ومعارف الأمم، مما جعلها نظاما ملزما في أعراف الناس في جميع مجالات الحياة خاصة مسائل الزواج والطلاق، فما مدى إعمال العرف كمصدر تشريعي في مسائل الزواج والطلاق؟

وينتج من هذه الإشكالية تساؤلات أخرى:

-هل وفق المشرع في تنظيم مسائل الزواج والطلاق؟

-ما هي آثار الطلاق وكيف راعى المشرع أعراف المجتمع -ج- في الزواج والطلاق؟

ومحاولة للإجابة عن هذا التساؤل قد قسمت الدراسة إلى فصلين:

الفصل الأول العرف التشريعي في مسائل الزواج وفيه مبحثين، الأول العرف في الخطبة والزواج، قسمته إلى مطلبين، وتناولت في المطلب الأول العرف في الخطبة والمطلب الثاني العرف في الزواج، أما المبحث الثاني والذي عنوانه الشروط عقد الزواج والإشترط فيه، فقد قسمته إلى مطلبين الأول العرف في شروط عقد الزواج، والثاني الإشرط في عقد الزواج والعرف فيه.

أما الفصل الثاني فهو العرف التشريعي في مسائل الطلاق، فيه مبحثين الأول العرف التشريعي في ماهية الطلاق، وقسمته إلى مطلبين الأول العرف في ماهية الطلاق والثاني قيود إيقاع الطلاق شرعا وبالنسبة للمبحث الثاني بعض آثار الطلاق، وقد قسمته إلى ثلاثة مطالب الأول بعنوان المتعة والثاني النفقة أما المطلب الثالث العدة، وقد خصصت الدراسة بالبحث في العرف الجزائري.

الفصل الأول

الفصل الأول: العرف التشريعي في مسائل الزواج

جاء الدين الإسلامي ليخرج الناس من دائرة الكفر والضلال إلى النور والهداية، شاملا لجميع نواحي حياة الفرد، فلم يترك جانبا إلا نظمه وأعطاه من الحقوق ما يتناسب مع فطرة الإنسان لتقسيم الحياة. ومن أهم الأمور التي نظمها الإسلام الخطبة و الزواج، فالخطبة تعطي فرصة التريث في الإختيار لكلا الطرفين المرأة والرجل، حتى يحقق الزواج غايته المنشودة في بناء أسرة متكاملة متراحمة، فالخطبة تنظم مختلف الإجراءات وهذا ما جرت به أعرافنا.

والزواج هو ما سماه الله سبحانه وتعالى بالميثاق الغليظ، فهو يقوم على جملة من الشروط والأركان التي نظمتها الشريعة الإسلامية، وكذا المشرع الجزائري والعرف في العديد من المسائل.

هذا ما سأتطرق إليه في الفصل الأول في مبحثين المبحث الأول بعنوان العرف في الخطبة والمبحث الثاني العرف في الزواج.

المبحث الأول: العرف في الخطبة والزواج

تعتبر الخطبة من مقدمات الزواج، لذا لا بد من تبيان حقيقتها من خلال ما تعنيه والزواج، نظام شرعه الله تعالى لتكاثر الإنسان، فهو عقد يسمو على كل العقود لذا وجب علينا: أولاً بيان مقدمات الزواج (الخطبة) ثم التطرق إلى بيان حقيقة الزواج وفق ما يأتي:

المطلب الأول: العرف في الخطبة

نتناول في هذا المطلب: ماهية الخطبة (الفرع الأول)، إقتران الخطبة بالفاتحة والعرف فيها (الفرع الثاني)، العرف في آثار العدول عن الخطبة (الفرع الثالث).

الفرع الأول: ماهية الخطبة: سنتطرق في هذا الفرع لماهية الخطبة ومشروعيتها:

أولاً: تعريف الخطبة لغة وإصطلاحاً وقانوناً

أ- لغة: الخطبة من الخطب: الشأن والأمر صغر أو عظم -ج- خطوب، وخطب المرأة خطباً وخطبة⁽¹⁾. والخطبة بكسر الحاء طلب المرأة للزواج.
الخطبة: طلب المرأة للزواج، الخطبة المرأة المخطوبة⁽²⁾.

ب- إصطلاحاً: الخطبة: هي إظهار الرغبة في الزواج بإمرأة معينة وإعلام المرأة أو وليها بذلك، وقد يتم هذا الإعلام مباشرة من الخاطب أو بواسطة أهله⁽³⁾.

ج- قانوناً: تعريف المشرع الجزائري للخطبة.

لم يتعرض المشرع الجزائري لتعريف الخطبة، وإكتفى بوصف طبيعتها بأنها وعد بالزواج، وهو ما نصت عليه المادة 05 الفقرة 01 من قانون الأسرة المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05-02⁽⁴⁾، على أن الخطبة وعد بالزواج، حيث يتضح من هذا النص أن المشرع -ج- لم يعط تعريف دقيقاً للخطبة وإكتفى ببيان طبيعتها القانونية، أي يجوز لكل من الخاطبين أن يعدلا عن وعدها في أي وقت شاء.

ثانياً: مشروعية الخطبة: الخطبة مشروعية بالكتاب والسنة، فمن القرآن الكريم قوله تعالى: ﴿وَلَا

جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْنَنْتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ ۗ﴾⁽⁵⁾

(1) - الفيروز أبادي، القاموس المحيط، دار الحديث، القاهرة، مصر، 2008، ص478.

(2) - معجم المعاني، الموقع الإلكتروني: www.almoghny.com، تاريخ الإطلاع 03 ماي 2019، الساعة 17:41.

(3) - وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، الأحوال الشخصية، ج7، دار الفكر، ط2، دمشق، سوريا، 1989، ص10.

(4) - القانون رقم 84-11 المؤرخ 8 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية العدد 24 سنة 1984، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-02 المؤرخ في: 27 فبراير سنة 2005، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد15، المؤرخ في 27 فبراير 2005.

(5) - سورة البقرة، الآية 235.

الآية دلت على جواز الخطبة تعريضا.

ومن السنة قوله صلى الله عليه وسلم "لا يخطب الرجل على خطبة أخيه".⁽¹⁾

ثالثا: حكمها

الخطبة نعتبرها من مقدمات الزواج طريق التعرف كل من الخاطبين على الآخر، إذ أنها السبيل إلى دراسة أخلاق وطبائع وميول الطرفين، ولكن بالقدر المسموح به شرعا، وهو كاف جدا، فإذا وجد التلاقي والتجاوب أمكن الإقدام على الزواج الذي هو رابطة دائمة في الحياة، وإطمأن الطرفان إلى أنه يمكن التعايش بينهما بسلام وأمان، وسعادة ووثام، وطمأنينة وحب، وهي غايات يحرص عليها كل الشبان والشابات والأهل من ورائهم.⁽²⁾

وفي هذا الموضوع تحديدا تقف الأسر الجزائرية في مواقف متباينة.

بعض الأسر: بعد الخطبة، الخاطب وأهله يدخلون ويسمح للخاطبين بالخلوة في أماكن مختلفة قصد التعارف.

والبعض الآخر: لا يسمح للخاطب برؤية خطيبته أو الجلوس معها، فقد يحدث الانفصال.

وهناك أسر: لا مانع لديها من إقبال الخاطب ورؤيته لخطيبته والجلوس والكلام معها.

وهذا يختلف باختلاف البيئات والأسر الجزائرية وهو عرف فاسد.

الفرع الثاني: إقتران الخطبة بالفاتحة والعرف فيها

تعد مسألة إقتران الخطبة بالفاتحة من بين المسائل التي تثار فيها الخلاف بين الفقه والقضاء، وهو ما يستلزم مناقشة هذه المسألة .

فلم يعتبر الفقهاء الفاتحة من ماهية عقد الزواج ولا من شروطه فهي مشروعة للتبرك لقدسية عقد الزواج. والفاتحة وكما متعارف عليه في مجتمعنا المسلم هي قراءة سورة الفاتحة بعد أن تكون الخطبة قد تمت وبعد أن يكون الطرفين قد اتفقا على جميع الشروط وتوفر أركان الزواج.⁽³⁾

(1) - أبو 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) - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص10.

(3) - يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة (الزواج والطلاق)، دار هومو للطباعة والنشر والتوزيع، (د.ط)، الجزائر، 2007، ص10.

وجاء في المادة 06 من قانون الأسرة: "أن إقتران الفاتحة بالخطبة لا يعد زواجا غير أن إقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توافر ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في المادة 09 مكرر من هذا القانون"⁽¹⁾.

- إن إقتران الخطبة بالفاتحة لا يعد زواجا، سواء في مجلس العقد أو أي مجلس آخر، فإذا تقدم الرجل لخطبة امرأة ثم قرأت الفاتحة دون توافر أركان الزواج وشروطه فإن الزواج لم يتم، وتكون في حدود الخطبة والفاتحة تقرأ في الحالتين للتبرك لا غير.

- أن تقترن الفاتحة بالخطبة في مجلس العقد، أين يتبادل الطرفان وهما المرأة والرجل الإيجاب والقبول بشأن الزواج، ويتم الإتفاق على الصداق بحضور شاهدين وبحضور الولي في حال إشتراط الصداق، فإننا نكون بصدد عقد زواج وليس بصدد خطبة⁽²⁾.

والمشروع -ج- لم يحدد المقصود بالفاتحة فإن كان القصد منها هو مجرد قراءة سورة الفاتحة من أجل الدعاء والتبرك فهي لا تؤثر على العقد ولا على الخطبة، أما إذ كان القصد منها هو إبرام عقد الزواج فإن أحكامه تخضع للمادة 09 وما بعدها.

فالفاتحة كما هو متعارف عليه في مجتمعنا المسلم عامة والمجتمع الجزائري على الخصوص، هي قراءة سورة الفاتحة بعد اتمام الخطبة وبعد إتفاق الطرفين على جميع الشروط ووقوع التراضي.

والفاتحة إجتماع يحضره أولياء الزوج والزوجة و الأقارب والأصدقاء ويقع إبرام عقد الزواج شفهيًا وتحديد الصداق.

والعرف السائد في الجزائر هو قراءة الفاتحة بعد إتمام الخطبة، وتوافر جميع الشروط متبوعة بالدعاء والتبرك للعروسين.

الفرع الثالث: العرف في آثار العدول عن الخطبة

إن العدول عن الخطبة يعني تراجع أحد الخطيبين والتخلي نهائيا عن مشروع الزواج بالخطيب الآخر، والعدول بأنه: حق أو رخصة مخولة لكل من طرفي الخطبة له أن يستعمله متى شاء في حدود الشرع والقانون.

المادة 02/5 من قانون الأسرة المعدلة جاء فيها: "يجوز للطرفين العدول عن الخطبة".

(1) - القانون رقم 11/84 المعدل والمتمم، المرجع السابق.

(2) - لحسين بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، مدعما بإجتهاد المجلس الأعلى المحكمة العليا (من سنة 1982- إلى 2014)، دار هومه، (د.ط)، الجزائر 2014.

وما أكدت عليه المحكمة العليا في قرارها المشهور المؤرخ في: 17/03/1992 ملف 8119 من أن:
الخطبة وعد بالزواج، ولكل من الطرفين العدول عنها .

والخطبة التي تنتهي من غير زواج تطرح بعض المشاكل منها المشاكل القانونية تتعلق أساسا: بمصير
الصداق والهدايا، والتعويض عن الضرر.

أولا: العرف في حكم الصداق عند العدول

الصداق شرط من شروط صحة الزواج هذا ما أكده المشرع في المواد 9 مكرر و 14 وما بعدها من
قانون الأسر.

وقد أشارت المحكمة العليا في العديد من قراراتها، ومادام الزواج لم يتم فعلا فلا حق للمخطوبة في
الإحتفاظ به وتطبيقا لمبدأ عدم الإثراء بلا سبب.

والحكمة من المهر تكريم المرأة وإظهار الرغبة في الزواج بها، فهو شرط من شروط عقد الزواج ولا يجوز
الإتفاق على اسقاطه، وقد يتم تعيينه أثناء مجلس الخطبة أو قد لا يتم ذلك، فمن الثابت أن المهر أو
الصداق مرتبط بعقد الزواج، إلا أن الخاطب قد يبادر بدفعه فترة الخطبة سعيا منه لإبراز نيته وإستعداده
لإبرام عقد الزواج، غير أنه إذا تم العدول عن الخطبة بالإرادة المنفردة أو المشتركة للخطيبين ففي هذه
الحالة يثور نزاع حول مصير ما تم دفعه من صداق ومدى أحقية إسترداده.

إن من حق الخاطب إسترداد ما دفعه من صداق وذلك بأخذ عينه إن كان قائما، وإذا هلك وإستهلك
أسترد مثله إن كان مثليا، أو أن يسترد قيمته إن كان قيما وهذا ما أخذ به الفقه الإسلامي⁽¹⁾.

فالصداق من آثار عقد الزواج، إذا لم يتم العقد عاد المهر إلى الخاطب ولا تستحق المخطوبة منه
شيئا سواء كان العدول منها أو منه⁽²⁾.

لم يختلف الفقهاء على أنه في حال العدول عن الخطبة يجب أن ترد المخطوبة جميع ما دفعه الخاطب
على حساب المهر سواء كان عينا أو نقدا، فإن كان العين قائما رد بعينه، وإن كان هالكا ردت قيمته
يوم قبضه، ولا حرق في أن يكون العدول من الخاطب أو المخطوبة، أو أن يكون ذلك بأمر خارج عن
إرادتهما فالمخطوبة لا تستحق شيئا من المهر لإتمام العقد.

(1) - العربي بلحاج، الوجيز شرح قانون الأسرة الجزائري، ج 1، ديوان المطبوعات الجامعية، (د.ط)، الجزائر، 1999، ص 53.

(2) - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص 26.

والمشرع -ج- لم يتطرق ولم ينص صراحة على مسألة المهر المقدم خلال الخطبة وقبل إنعقاد العقد سواء في القانون رقم 84-11 أو حتى بعد التعديل الذي جاء به الأمر 05-02.

ومن المتعارف عليه أن حكم الصداق موافق لما ذهب إليه الفقهاء أي يجب رده كاملا سواء كان العدول من الخاطب أو من المخطوبة، فالصداق دليل على إتمام العقد بين طرفي العقد (الخاطب، المخطوبة)، وبإنقضاء هذا العقد فالمخطوبة لا تستحق منه شيئا.

ثانيا: العرف في الهدايا عند العدول عن الخطبة

بالنسبة للهدايا المتبادلة في فترة الخطبة، فإن الفقهاء متفقون في الجملة على ردها، وإن اختلفوا في التفاصيل:

- ذهب الحنفية: إلى حكمها حكم الهبة يرد منها ما كان قائما ولم يستهلك دون النظر إلى المتسبب في العدول عن الخطبة.

- قال الشافعية: بوجوب ردها مطلقا سواء كانت باقية أو هالكة لأنها في حكم مهر.

- قال الحنابلة: بعدم استرداد شيء من هذه الهدايا لأنها هبة عندهم.

- المالكية: إذا كان العدول من جانب الخاطب فلا يحق له أن يسترد شيء من الهدية سواء كانت مثلية أو قيمة، وسواء كانت قائمة أو مستهلكة⁽¹⁾.

وإذا كان العدول من جانب المخطوبة فللخاطب أن يسترد جميع ما قدمه من هدايا، فإن كانت قائمة إستردها، وإن كانت مستهلكة إسترد قيمتها.

وقد سار المشرع الجزائري في هذه المسألة على مذهب الإمام مالك، فالهدايا وفقا للتعديل الجزائري للمادة 05 من قانون الأسرة⁽²⁾، ترد بعينها إن كانت تستوجب على المشرع أن ينص كذلك على المثلية، أي يرد العادل ما يماثل الهدية التي استهلكت أو أتلفت، أو قيمتها يوم القبض.

(1) - خيرة إكاسولن و طاوس تواتي ، الخطبة وآثار العدول عنها، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون خاص شامل، جامعة عبد الرحمن ميرة ، بجاية، سنة 2012-2013، ص37.

(2) - غ.أ.ش.م، ملف رقم 13 93 21، وفي القرار الصادر بتاريخ 16/03/1999، ص39. نقلا عن الغوثي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، ص26.

وجاء في قرار المحكمة العليا: قانون أنه لا يسترد الخاطب شيئاً مما أهداه إذا كان العدول منه ومتى تبين في قضية الحال أن الطرفين جرت بينهما خطبة زواج ثم وقع العدول في الخطبة من طرف الخاطب فإن القضاة بقضائهم بتأييد الحكم المستأنف والقاضي يرفض إتمام الزواج وإلزام المدعي عليها بردها إلى المدعي ما قدمه من هدايا وحلي ونقود، وإعتروها صدقاً دون الرد على دفع الطاعنة أخطأوا في تطبيق القانون، وعرضوا قرارهم للقصور في التسبب "ومتى كان كذلك إستوجب نقض القرار المطعون فيه".
والعرف في مسألة الهدايا إن الهدية هي ما يمنح للمخطوبة أو للخاطب خلال فترة الخطبة كعربون محبة ودليل صدق النوايا وإبراز الرغبة والشغف لإبرام عقد الزواج من الطرفين، مصداقاً لقوله عليه الصلاة والسلام "تهادوا تحابوا".

فقد جرى العرف أن يقدم الخاطب لخطيبته حلي وملابس وغيرها في الأعياد والمناسبات، ليس هذا فحسب بل قد يمتد تبادل الهدايا إلى عائلي الخطيبين رغبة منهم في توطيد العلاقة بينهم⁽¹⁾.
إن حكم العرف في مسألة الهدايا موافق لما ذهب إليه المالكية فالناس تعارفوا على أن يسترد الخاطب ما قدمه من هدايا المخطوبة إذا حصل العدول منها، أما إذا كان العدول من الخاطب فليس له أن يسترد شيئاً مما أهداه لها وتأخذ الهدايا التي تقدمها المخطوبة للخاطب.
والخاطب ضرره كبير فهو من يقدم الهدايا في المناسبات خاصة إذا كانت مدة الخطبة طويلة فيكون إبقاء الهدايا في حوزته جبراً للخاطر، وقد يعدل الخاطب بعد مدة طويلة من الخطبة تاركاً المخطوبة في مواجهة المجتمع كما أنه يكون قد فوت عليها العديد من الفرص، جرت الأعراف ألا ترد المخطوبة شيئاً للخاطب إذا تم العدول منه.

ثالثاً: العرف في التعويض عن الضرر

قد يترتب عن العدول عن الخطبة ضرر يلحق أحد الطرفين مادي أو معنوي، وخاصة إذا إستمرت الخطبة لفترة طويلة، كما لو طالب الخاطب المخطوبة بترك وظيفتها وإعداد جهاز مهم أو شراء أثاث معين، وطالبته بإعداد مسكن في مكان معين أو بصورة معينة.
فقد اختلف الفقهاء في حكم التعويض على ثلاثة أقوال:

(1) - خيرة إكاسولن و طاوس تواتي، الخطبة وآثار العدول عنها، المرجع السابق، ص 37.

القول الأول: عدم التعويض لأن العدول حق ثابت للطرفين غير مقيد بشرط والعاقل إنما إستعمل حقه ولا ضمان في إستعمال الحق، ولأن الذي ناله ضرر يعلم أن للطرف الآخر العدول في أي وقت شاء.

القول الثاني: جواز التعويض عن الضرر الناتج عن العدول عملاً بالقاعدة الفقهية لا ضرر ولا ضرار.

القول الثالث: إذ يرى أن العدول لا يكون سبباً موجباً للتعويض لأنه حق، ولكنه قد يسبب الضرر للغير فإذا نشأ الضرر للخاطب دخلاً فيه لزمه التعويض، وإذا نشأ عن العدول ضرر وليس للخاطب دخل فيه لم يلزمه التعويض .

وما ذهب إليه المشرع -ج- في المادة 03/05 من قانون الأسرة بقوله: "إذا ترتب العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض".

وقد جاء النص عن الضرر الناجم عن العدول على أساس المسؤولية التقصيرية لا المسؤولية العقدية، لأن الخطبة ليست بعقد.⁽¹⁾

وقد جاء في قرار المحكمة العليا:

-من المقرر قانوناً، أنه يجوز تطليق الزوجة لكل ضرر معتبر شرعاً.

ومتى تبين -في قضية الحال- أن الطاعن عقد على المطعون ضدها لمدة طويلة، ولم يتم بإتمام الزواج بالبناء بها، فإن الزوجة تضررت خلال هذه المدة مادياً ومعنوياً مما يثبت تضررها شرعاً طبقاً لأحكام المادة 53 قانون الأسرة.

وعليه فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتطليق الزوجة وإلغاء عقد الزواج، وتعويضها على أساس تعسف الزوج وثبوت الضرر، طبقوا صحيح القانون، وحتى كذلك إستوجب رفض الطعن.⁽²⁾

إن الأعراف لا تقضي بالتعويض عن الضرر الناتج عن العدول فالعرف قد أقر حق العدول إلا أنه لم يقل بالتعويض عن الضرر الناتج، وهذا يعود إلى تفكير المجتمع والذي استبعد التعويض في حالة العدول إذ لا يقبل الطرف الذي عدل عنه فكرة أن يعوضه الطرف الذي عدل.

(1) - لعلى سعادى ، الزواج و إنحلاله في قانون الأسرة -ج- ، أطروحة دكتوراه علوم في القانون الخاص، جامعة الجزائر، 2014-2015، ص36-37.

(2) - م.ع.غ، أ-ش، 1999/03/16، ملف رقم 217 179، أ.ت.غ.أ.ش، عدد خاص، ص122، نقلاً عن بلحاج العري، المرجع السابق، ص52.

المطلب الثاني: العرف في الزواج

الفرع الأول: تعريف الزواج ومشروعيته

أولاً: تعريف الزواج

أ- الجانب الفقهي:

لغة: جاء في القاموس المحيط للفيروز آبادي⁽¹⁾: "الزوج= البعل والزوجة، خلاف الفرد،

قال الله تعالى ﴿ وَرَزَوْنَهُمْ بِحُورٍ عِينٍ ﴾⁽²⁾.

بمعنى قرناهم، والأزواج= القرناء.

وجاء في لسان العرب لابن منظور⁽³⁾: "الزوج خلاف الفرد ويقال هما زوجان لإثنين، وهما زوج والزوج=الفرد الذي له قرين، والزوج الإثنان".

شرعاً عرفه المالكية بأنه: عقد يجل تمتع بأنتى غير محرم وغير مجوسية أو أمة كتابية⁽⁴⁾.

وابن عابدين وهو إمام الحنيفة في عصره يعرفه بأنه عقد يغير ملك المتعة أي حل إستمتاع الرجل بإمرأة لم يمنع من نكاحها مانع شرعي، وعرفه الشافعي بأنه: عقد يتضمن إباحة وطئ بلفظ أو إنكاح أو نحوه كما عرفه الحنابلة بأنه: عقد التزويج.

أما أبو زهرة فعرفه بأنه: عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة وتعاونهما ويحدد ما لكليهما من حقوق وما عليه من واجبات⁽⁵⁾.

ب- قانوناً: عرفه المشرع الجزائري من خلال المادة 04 من ق. المعدلة بالأمر 05-02 بقوله: "الزواج عقد رضائي يتم بين رجل وإمرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة و التعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب".

ثانياً: مشروعيته: الزواج مشروع بالكتاب والسنة والإجماع :

(1)-الفيروز آبادي، القاموس المحيط، المرجع السابق، ص728.

(2)-سورة الدخان الآية 54.

(3)-ابن منظور، لسان العرب، دار أحياء التراث العربي، ج2، ط3، 1999، ص291.

(4)- محمد بلتاجي، أحكام الأسرة، دراسة مقارنة، الزواج والفرقة، مصر، القاهرة، 2010، ص102-103.

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

أ- من الكتاب:

قوله تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴿٣١﴾﴾⁽¹⁾.

وقال تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيْمَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ ﴿٣٢﴾﴾⁽²⁾.

ب- من السنة: وردت أحاديث كثيرة تحت على الزواج وترغب فيه، منها:

قوله صلى الله عليه وسلم: (يَا مَعْشَرَ الشَّبَابِ مَنِ اسْتَطَاعَ مِنْكُمُ الْبَاءَةَ فَلْيَتَزَوَّجْ)⁽³⁾ وقوله أيضا: (تَزَوَّجُوا الْوُدُودَ الْوُلُودَ ، فَإِنِّي مُكَاثِّرٌ بِكُمْ الْأُمَّمَ)⁽⁴⁾.

وقوله صلى الله عليه وسلم: (وَأَتَزَوَّجُ النِّسَاءَ ، فَمَنْ رَغِبَ عَن سُنَّتِي فَلَيْسَ مِنِّي)⁽⁵⁾.

- من الإجماع: فأجمع المسلمون على مشروعية الزواج، وجاء في المغني: وأجمع المسلمون على أن النكاح مشروع⁽⁶⁾.

الفرع الثاني: العرف في لفظ النكاح

أولاً: الحكم الشرعي للزواج

الزواج تعثره الأحكام الشرعية التكليفية الخمسة و ذلك يختلف باختلاف حال المكلف من رغبته في الزواج وقدرته عليه وعجزه عنه.

فيكون واجباً إذا كان الرجل قادراً على مطلب النكاح واثقاً في إقامة العدل في معاملة المرأة ويخشى على نفسه الوقوع في الزنا، لأنه لا بد للمسلم إعفاف نفسه من الوقوع في المحرم وهناك قاعدة شرعية أصولية وهي: ما لا يتم الواجب به فهو واجب⁽⁷⁾، ويكون حراماً: إذا كان الشخص غير قادر على نفقات

(1) -سورة الروم الآية 21.

(2) -سورة النور الآية 32.

(3) - البخاري، صحيح البخاري، تحقيق محمد زهير بن ناصر، ط1، دار طوق النجاة، (د.م.ن)، 1422.

(4) - أبو داود، سنن، أبي داود، كتاب النكاح، المرجع السابق، ص219.

(5) - أخرجه البخاري في كتاب النكاح، باب الترغيب، حديث رقم 5063.

(6) - ابن قدامي المغني، مكتبة القاهرة، مصر، 1383-1968، ج7، ص04.

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

الزواج وتيقن من أضراره بالزوجة وتؤكد من ظلمها إن تزوج، لأن كلما يفضي إلى الحرام يكون حراماً، والظلم حرام فيكون الزواج حراماً إذا ما أفضى إليه⁽¹⁾.

ويكون النكاح مباحاً إذا إنتفت الموانع منه بأن لا تتوق نفسه إليه لكن قادر عليه ومكروها إذا كان يغلب على ظنه أنه سيظلم زوجته في المعاشرة الزوجية لو يتزوج، أما في حال الاعتدال: فقد اختلف الفقهاء في حكمه على النحو الآتي:

- ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والحنفية والحنابلة⁽²⁾، أنه سنة مندوب إليها ودليلها في ذلك أن النبي صلى الله عليه وسلم وأكثر الصحابة داوموا على الزواج حتى إختارهم الله إلى جواره، ولو كان مباحاً غير مطلوب من الشارع لكان تفرغ الرسول صلى الله عليه وسلم والصحابة للعبادة أفصل من الزواج. وذهب الشافعية الذين قالوا بأن النكاح مباح فإن قصد به طاعة، فهو عمل يثاب عليه وإلا فهو مباح، وقالوا فإن فقد الأهلية إستحب له تركه⁽³⁾، وإستدلوا:

بقوله تعالى: ﴿ وَسَيِّدًا وَحَصُورًا ﴾⁽⁴⁾

مدح سيدنا يحي عليه السلام وقالوا أن الحصور هو من لا يأتي النساء مع القدرة على ذلك، أما الظاهرية فالنكاح عندهم فرض على كل قادر، وإستدلوا لظواهر النصوص الدالة على الزواج وقالوا أن هذه النصوص الأمر فيها للوجوب⁽⁵⁾.

ثانياً: العرف في لفظ النكاح: اختلف الفقهاء في لفظ النكاح هل هو حقيقة أم مجاز في العقد؟ أم في الوطء؟

الرأي الأول: أنه حقيقة في العقد مجاز في الوطء وهو قول الشافعية والمالكية وبعض الحنابلة.

لم يرد النكاح في القرآن الكريم إلا بمعنى العقد لأن كونه بمعنى الوطء من باب التصريح.

الرأي الثاني: أنه حقيقة في الوطء مجاز في العقد قال الحنفية وبعض الحنابلة وإستدلوا:

بقوله تعالى: ﴿ أَلْزَانِي لَا يَنْكِحُ إِلَّا زَانِيَةً ﴾⁽⁶⁾، فقالوا المراد هنا هو الوطء.

(1) -العربي بالحاج ، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، ج1، ط1، دار الثقافة السعودية، جدة، سنة 2012، ص83.

(2) -ابن قدامي المغربي، المرجع السابق، ص07.

(3) - شمس الدين محمد بن الخطيب الشريبي، مغني المحتاج ، ط1، دار المعرفة بيروت، لبنان، 1997، ص204،205.

(4) -سورة آل عمران الآية 39.

(5) -محمد بن عبد العزيز السديس، المرجع السابق، ص209.

(6) -سورة النور الآية 03.

أن النكاح لا يحمل على معنى العقد إلا لدليل إقترن به من ذكر العقد أو خطاب للأولياء أو إشتراط إذن الأهل لقوله تعالى: ﴿فَأَنْكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ﴾⁽¹⁾

الرأي الثالث: أن النكاح حقيقة في العقد والوطئ معا، وهو ما جاء به بعض الحنابلة وذلك بتحريم موطوءة الأب من غير تزويج⁽²⁾، بما قالوا بأن استعمال لفظ النكاح قد تحقق في العقد كما أنه قد تحقق في الوطئ.

وقد تعارف الناس على استعمال لفظ الزواج بدل النكاح، وبذلك يتطرق معناه على معنى الزواج وهو العقد الذي يضيف صبغة الشرعية على العلاقة بين الرجل والمرأة، هذا أدق لفظ في معنى الزواج حيث أنه لا يفضي الرأي خلاف فقهي⁽³⁾.

الفرع الثالث: العرف في ركن الرضا في عقد الزواج

الرضى هو الركن الأساسي الذي يقوم عليه عقد الزواج ككل العقود التي يبرمها الشخص في حياته.

– ركن الرضا فقها وقانونا

أولاً: في الفقه: لقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في تحديد معنى الركن، وتبعاً لذلك تباينت مواقفهم في عدة أركان عقد الزواج، فقد عرفه جمهور الفقهاء المالكية والشافعية والحنابلة أنه: ما لا توجد الماهية الشرعية إلا به، أو ما تتوقف عليه حقيقة الشيء سواء كان جزءاً منه أو خارجاً عنه، وبالتالي فأركان العقد عندهم أربعة: الصيغة (وهي الإيجاب والقبول) الزوجة، الزوج والولي⁽⁴⁾.

أما عند الحنفية فالركن: ما يتوقف عليه وجود الشيء ويكون جزءاً داخلاً في حقيقته، وركن الزواج عندهم هو الإيجاب والقبول فقط.

ثانياً: في القانون: تناول المشرع –ج– ركن الرضا في مادتين 9 و10 من قانون الأسرة المعدل، حيث اعتبره في المادة 09 الركن الوحيد في عقد الزواج، حيث جاء فيها "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين" وفصل في المادة 10 ما يقوم عليه الرضا، "يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يغير معنى النكاح شرعاً"، ومنه نستنتج:

(1) –سورة النساء الآية 25.

(2) –ابن قدامي المقدسي، الشرح الكبير، دار الكتاب العربي، (د.م.ن)، (د.ت.ن)، ج7، ص33.

(3) –عماد شريف، إعتبار العرف في مسائل الزواج وآثاره، رسالة ماجستير، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2014-2015، ص102.

(4) –وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص36.

أن: التعبير عن رضا كل من الزوجين في الإقتران بالآخر رضا علنيا دون غش أو إكراه أو تهديد هو أمر لا بد من توفره صراحة⁽¹⁾، فبغيا ب هذا الركن الجوهرى لا يكون العقد صحىحا وىترتب علىه بطلانه مطلقا، وهذا ما جاء فى المادة 33 من قانون الأسرة الجزائرى: "ىبطل الزواج إذا إختل ركن الرضا".

والعرف يقف موقفا مسائرا لما ذهبت إىله الشرىعة الإسلامىة فى ضرورة توافق الرضا فى الزواج وهو ما إعتبره المشرع أىضا وخاصة رضا المرأة، حىث أوكلت مهمة التعبير عن رضاها لولىها والذى جرت به الأعراف أن الأولىاء لا يقبلون على مثل هذا العقد الخطىر، إلا بإعتبار رضا المرأة خاصة فى أىامنا الحالىة أىن إنعدم التمیىز بین إرادة المرأة والرجل، فلا یعقد الزواج بمجرد الطلب وإعلان الرغبة فىه من جانب واحد دون إعتبار لرضا المرأة، وما جرت به أعرافنا أن الرضا ىكون بصیغة من صیغ التراضى⁽²⁾.

(1) — عبد العزىز سعد، قانون الأسرة الجزائرى فى ثوبه الجدىد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعدیل، دار هومه، الجزائر، 2009، ص38.

(2) — محمد لمىن لوعىل، المركز القانونى للمرأة فى قانون الأسرة الجزائرى، (د.ط)، دار هومه الجزائرى، 2004، ص51.

المبحث الثاني: العرف في شروط عقد الزواج والاشتراط فيه

نتطرق في هذا المبحث لبيان أهم الشروط التي يقوم عليها عقد الزواج والشروط التي قد يقترن بها والتي يعددها الطرفان .

المطلب الأول: العرف في شروط عقد الزواج

يعرف الشرط بأنه هو كل ما يتوقف عليه وجود الشيء، ويكون خارجا عن حقيقته، وشروط عقد الزواج عددها جمهور الفقهاء المسلمين بثلاث شروط أساسية وهي: بشروط الصحة، شروط النفاذ شروط اللزوم وأضاف الحنيفة شروط الإنعقاد، غير أن هذه الشروط ليست المعنية بالدراسة في هذا المطلب وإنما سأعرض فيه إلى شروط الزواج وفق قانون الأسرة الجزائري.

الفرع الأول: عرف الولي في عقد الزواج

أولا: تعريف الولاية وأقسامها

أ- تعريف الولاية في الزواج:

الولاية: بوجه عام في اللغة تعني: المحبة والنصرة ومنه: قال الله تعالى: ﴿وَمَنْ يَتَوَلَّ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَالَّذِينَ ءَامَنُوا فَإِنَّ حِزْبَ اللَّهِ هُمُ الْغَالِبُونَ﴾⁽¹⁾ أما إصطلاحا فهي: "سلطة شرعية تمكن الشخص من القدرة على إنشاء العقود والتصرفات صحيحة، نافذة، سواء أكان ينشئها بنفسه أو لغيره"⁽²⁾.

ب- أقسامها: الولاية عند الفقهاء عدة أقسام وما يهمنا منها هو الولاية على النفس وهي قسمين:

- ولاية الإجمار: وهي التي تعتبر ولاية كاملة، لأن الولي يستبد فيها بتزويج من تحت ولايته بغير إذنه ورضاه، وتثبت للصغير أو من في حكمه بالنسبة للذكر، كما تثبت للصغيرة بالنسبة للبنات بكرًا كانت أو ثيبًا⁽³⁾.

(1)-سورة المائدة الآية 56.

(2)-رمضان علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي، سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج و الفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2011، ص202.

(3)-الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة المعدل، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص66.

-ولاية الاختيار: وتسمى ولاية النذب والاستحباب وتعني أن يباشر الولي عقد الزواج بإذن موليته⁽¹⁾.

ثانياً- دور الولي في عقد الزواج: إتفق الفقهاء على أن الولي لا يلزم بالنسبة للرجل في إبرام عقد زواجه وإتفقوا أيضاً على لزومه للصغيرة، إلا أنهم اختلفوا في حكم تزويجه للبكر البالغة⁽²⁾.

أ- حكم إجبار البكر البالغة على الزواج

الرأي الأول: المالكية والحنابلة في رواية والشافعية يرون أنه تثبت ولاية الإجماع على البكر البالغة وإشترطوا أن لا يكون بين الولي وموليته عداوة وأن يزوجه من كفى و بمهر المثل، جاء في المغني: "وإذا زوج الرجل إبنته البكر فوضعها في كفاءة فالنكاح ثابت وإن كرهت".
وإستدلوا بما يلي:

قول الرسول عليه الصلاة والسلام:

(لَا تُنكَحُ الْأَيُّمُ حَتَّى تُسْتَأْمَرَ، وَلَا تُنكَحُ الْبِكْرُ حَتَّى تُسْتَأْذَنَ، قَالُوا: يَا رَسُولَ اللَّهِ، وَكَيْفَ إِذْنُهَا؟ قَالَ: أَنْ تَسْكُنَتْ.)⁽³⁾

ووجه إستدلالهم بالحديث أنهم لما قسم النساء قسمين وأثبت الحق لأحدهما دل على نفيه عن الآخر، وهي البكر فيكون وليها أحق منها، والإستثمار هنا مستحب وليس واجب⁽⁴⁾.

الرأي الثاني: الحنيفة والحنابلة في رواية: يرون أن ولاية الإجماع لا تثبت على البكر فليس لوليها إجبارها على الزواج ولو من كفى بل يشترط رضاها وإذنها، وحثتهم في ذلك أنه جائزة التصرف في مالها فلم يجزم إجبارها كالثيب والرجل⁽⁵⁾.

وكذلك ما روى أن جارية بكرات أتت للنبي صلى الله عليه وسلم فذكرت له أن أباهما زوجها وهي كارهة فخيرها النبي صلى الله عليه وسلم⁽⁶⁾، ووجه الدلالة من الحديث أن إذن البكر واجب في زواجها وليس لوليها إكراهها على الزواج.

(1) عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، ط1، الرسالة، بيروت، لبنان، 1993، ص345.

(2) فاطمة الزهراء عزوز، اعتبار العرف في أحكام الخطبة والزواج، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص، أحوال شخصية، المسيلة، الجزائر، 2016، ص59.

(3) مسلم، صحيح مسلم، كتاب النكاح، ج2، حديث رقم 1419، ص1036.

(4) ابن قدامي المغني، المرجع السابق، ص40-41.

(5) السرخسي المبسوط، (د.ط)، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 2003، ج5، ص2.

(6) ابن ماجه، سنن ابن ماجه، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، ط1، دار إحياء الكتب العربية، (د.م.ن)، (د.ت.ن)، حديث رقم 1875، ج1، ص603.

ب- حكم إنفراد البالغة العاقلة بإنشاء عقد زواجها: اختلف فيها الفقهاء على رأيين:

الرأي الأول: جاء به إلى حنيفة وأبي يوسف ومفاده أن للمرأة العاقلة أن تنفرد بإنشاء عقد زواجها وليس لأحد من سلطان عليها.

مادام الزوج كفؤاً والمهر والمهر المثل كما لو أن تزوج غيرها وأدلتهم على ذلك :

قوله تعالى: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ﴾ (٢٣٢) ﴿١﴾

واستدلوا على وجهتين:

الوجه الأول: أنه أضاف النكاح إليهن فيدل على جواز النكاح بعبارتهم من غير اشتراط الولي.

الوجه الثاني: أنه نهي الأولياء عن المنع عن نكاحهن أنفسهن من زواجهن إذا تراضا الزوجان (٢) ونوقش

إستدلالهم بالآية أن الخطاب للأولياء ولم يكن لهم الحق في الولاية لما نُهوا عن العضل (٣)

لقوله تعالى: ﴿وَأَمْرًا مُمِينَةً إِنْ

وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا﴾ (٥) ﴿٤﴾

فالآية الشريفة نصت على انعقاد النكاح بعبارتها (٥).

***السنة:** قوله صلى الله عليه وسلم: (لَا تُنْكَحُ الْأَيُّمُ حَتَّى تُسْتَأْمَرَ) (٦)

والأيم من لزوج له بكر أو لا فإنه ليس للولي إلا مباشرة العقد إذا رضيت وقد جعلها أحق منه به (٧).

***القياس:** المرأة إذا انفردت بعقد زواجها إنما تصرفت في خالص حقها وهي من أهله لكونها عاقلة مميزة

لهذا كان لها التصرف في المال ولها اختيار الأزواج ويطالب الولي بمباشرة العقد كي لا تنسب إلى الوقاحة

وهي حرة قد كمل عقلها بالبلوغ بدليل توجيه الخطاب إليها، فكان زواجها كالتصرف في المال.

الرأي الثاني: وهو قول الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة وروى عن عمر وعلي وابن مسعود وابن

عباس وأبي هريرة وعائشة ومفاده أنه ليس للمرأة أن تنفرد بإبرام عقد زواجها أو أن تزوج غيرها (٨).

(١) -سورة البقرة الآية 232.

(٢) -الكاساني، بدائع الصنائع، ط2، دار الكتب العلمية، (د.م.ن)، 1986، ص248.

(٣) -إبن رشد القرطبي، المقدمات والمهدات، ط1، دار الغرب الإسلامي، (د.م.ن)، 1988، ص37.

(٤) -سورة الأحزاب الآية 50.

(٥) -الكاساني، المرجع السابق، ص248.

(٦) -مسلم، صحيح مسلم، كتاب النكاح، المرجع السابق، ص1036.

(٧) -ابن عابدين، رد المختار، ط2، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1992، ج3، ص56.

(٨) -فاطمة الزهراء عزوز، اعتبار العرف في أحكام الخطبة والزواج، المرجع السابق، ص61.

وإستدلوا بما يلي:

- من الكتاب : قوله تعالى : ﴿ وَأَنْكِحُوا الْأَيْمَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ ﴾⁽¹⁾

وهذا خطاب للأولياء أو متى تثبت الولاية على الأيم كانت هي موليا عليها ضرورة فلا تكون والية⁽²⁾.

من السنة : قوله صلى الله عليه وسلم:

(أَيُّمَا امْرَأَةٍ لَمْ يُنْكَحْهَا الْوَلِيُّ، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ)⁽³⁾.

واستدلوا: من مفهوم الحديث صحة النكاح بإذنه أي الولي ولأن المرأة منعت الاستقلال بالنكاح لقصور عقلها، فلا يؤمن انخداعها، وهذا مأمون فيما إذا أذن فيه وليها.

المصلحة: في إشتراط الولي أن عقد الزواج عظيم الخطر والرجال صناديق مغلقة لا تعرفهم النساء المعرفة الحق ويؤثر فيهن الحس 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⁽⁴⁾، والمعقول أن في منعها صيانة لها عن مباشرة ما يشعر بوقاحتها ورعونتها وميلها إلى الرجال، وذلك ينافي حال أهل الصيانة والمروءة⁽⁵⁾.

ثالثا: أثر تخلف شرط الولي في عقد الزواج

أ- **الجانب الفقهي:** يعتبر جمهور الفقهاء تخلف ركن الولي سببا لبطلان عقد الزواج فإن أوجب المرأة نفسها بغير إذن وليها كان زواجها باطلا⁽⁶⁾، أما عند الأحناف فالعقد صحيح لأن الولي لا يعد ركنا ولا حتى شرطا في عقد الزواج، وحسب رأيهم أن للمرأة حق إنشاء العقد من غيره موافقة الولي وزواجها صحيح.

(1) - سورة النور الآية 32.

(2) - الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ص 247.

(3) - ابن ماجة، سنن ابن ماجة، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، ج1، ط1، دار إحياء الكتب العربية، (د.م.ن)، (د.ت.ن)، حديث رقم 1879، ص 605.

(4) - أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، المرجع السابق، ص 179-177.

(5) - ابن قدامي المغربي، المرجع السابق، ص 08.

(6) - محمد كمال الدين إمام، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين، ج1، دار تاريخية وشرعية وقضائية، منشأة المعارف، (د.ت.ن)، ص 168-196.

ب- **الجانب القانوني:** كان المشرع الجزائري متأثراً برأي جمهور الفقهاء قبل تعديله لقانون الأسرة فنص صراحة على أن الولي ركن من أركان الزواج في المادة 09، فإذا إنتفى منه هذا الركن كان الزواج باطلاً قبل الدخول، ويصح بعده بمهر المثل، وذلك وفق المادة : 01-33، وإذا إنتفى منه أكثر من ركن فالزواج باطل حتى وإن تم الدخول، وهذا ما جاء في الفقرة الثانية من المادة 33 من نفس القانون.

أما بعد التعديل فقد أصبح الولي شرط صحة في عقد الزواج وفقاً لنص المادة 09 مكرر من ق.أ.ج، مع إضفاء حرية المرأة في إختياره فإن تخلفه يؤدي إلى فسخ عقد الزواج قبل الدخول، ولا تستحق المرأة الصداق، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل إذا استوفى العقد ركنه والشروط الأخرى⁽¹⁾ حسب المادة 02-33.

وفي الأخير يمكن القول بأن المشرع -ج- إعتبر الولي شرطاً من شروط عقد الزواج فجعل الولاية على الصغيرة أي القاصرة فقط، أما الراشدة فلها الحق في ترويج نفسها آخذاً بالرأي الحنفي، وقد ذهب لأبعد من ذلك حينما سمح لها بتعويض ذلك لأبيها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر، وقد يكون أجنبياً وهذا لا نجد له سندا في الفقه الإسلامي أو أي مذهب من المذاهب الفقهية⁽²⁾.

ومن المتعارف عليه أن المرأة سواء أكانت بكرًا أو ثيبًا فإنها تولى أمر زواجها لأبيها أو أخيها أو قريب لها ممن هو أجدر منها في ذلك وأعلم بحال الرجال، فلا يوجد عبر القطر الوطني عرف يقضي بإنفراد المرأة بإلزام زواجها في غياب ولي أمرها، فالعرف في مسألة الولي يقف موقفاً مسائراً 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، وفي الغالب ولي المرأة يوكل أكبر شخص في العائلة سواء كان جد المرأة من الأب أو من الأم، أو العم الكبير تبركاً به ولتوطيد العلاقات فيما بينهم، ففي حال حدث نزاع بين الزوجين في المستقبل يذهب كبير العائلة لإجراء الصلح⁽³⁾.

الفرع الثاني: العرف في الصداق

أولاً: تعريف الصداق ومقدار العرف فيه

أ- **لغة:** فعلة أصدق، أصدق المرأة أي سمية لها صداق وأعطائها الصداق⁽⁴⁾.

ويعني مهر المرأة، ويسمى بصداق لإشعاره بصداق رغبة باذلة في الزواج الذي هو الأصل في إيجاب المهر وجمعه أصدقه وصداق وله عدة أسماء : الصداق، المهر، الأجر، الصدقة، النحلة الفريضة والعقد.

(1) -العربي بلحاج ، أحكام الزواج في ضوء ق.أ. الجديد، المرجع السابق، ص223-224.

(2) -أحمد الشامي، قانون الأسرة الجزائري طبقاً لأحدث التعديلات، دراسة فقهية ونقدية مقارنة، (د.ط)، الدار الجامعية الجديدة، مصر، 2010، ص89.

(3) -عماد شريقي، اعتبار العرف في أحكام الزواج وآثاره، المرجع السابق، ص135.

(4) -إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، (د.ط)، دار الدعوة، (د.م.ن)، (د.ت.ن)، ص510.

ب-فقها: يعرف بأنه "المال الذي يدفعه الرجل للمرأة عربونا ورمزا لرغبته في الإقتران بها"⁽¹⁾.
 أما المشرع -ج- فقد عرف الصداق وعبر عنه بكونه هدية أو نحلة تدفع للزوجة فقد نصت المادة 14 ق.أ.ج، "الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من ما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء".

وما يلاحظ هنا أن المشرع -ج- قد ركز على القيمة المالية في تعريفه للصداق وأهمل في مقابل ذلك قيمته المعنوية ترمز للتعاطف و المودة التي يعبر بها الزوج بواسطته عن إرادته الجدية في بناء الحياة الزوجية⁽²⁾.

ج-العرف في مقدار الصداق: إن الصداق في العرف غير مقدر بحد أدنى ولا أعلى إذا تركت الأعراف تقدير الصداق إلى الأطراف فلهم أن يتفقوا على المقدار الذي يناسب كل طرف فدون إحراج لأحد وإن كانت بعض الأعراف في مناطق معينة تحدد مقدار للصداق، فلا يكون لطرفي العقد النزول عن ذلك القدر ويبقى الاتفاق بين الأطراف هو المعمول به بغض النظر عن العرف، فمثلا في المناطق الصحراوية يصل المهر إلى 100 مليون سنتيم ولا يقل عن 20 مليون أما في الغرب الجزائري فلا يقل المهر عن 10 ملايين سنتيم إضافة إلى الهدايا التي يلزم بها العريس في المناسبات⁽³⁾، أما في منطقة الوسط فإن قيمته 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 كعقد أو ما شابه وإن كان المهر 15 مليون فلا يقدم الرجل إلا خاتما لزوجته في يوم يسبق يوم العرس كذلك.

يصل المهر إلى 15 مليون في ولاية المسيلة، (ويشترطن الذهب والجهاز)، وكل يختلف باختلاف منطقتة، فقد يشترطن أساور مع خاتم العرس والجهاز وقد يشترطن أقراط أو عقد وخاتم العرس.

-موقف القانون: حسب نص المادة 14 من ق.أ.ج: يتضح أن المشرع لم يحدد مقدار للصداق بقوله: "بكل ما هو مباح شرعا"، وعليه يهم أن يكون الصداق من الأشياء المادية ذات القيمة الإقتصادية وكذا الخدمات والحقوق المعنوية المقومة بمال كحق الملكية التجارية العلامة التجارية⁽⁴⁾.
 وبذلك أخذ المشرع بمذهب الشافعية والحنابلة ومنه يظهر اعتباره للعرف في هذه المسألة .

(1) -عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص46.

(2) -العربي بلحاج ، أحكام الزواج في ضوء ق.أ. الجديد، المرجع السابق، ص267.

(3) -عماد شريفي، اعتبار العرف في أحكام الزواج وآثاره، المرجع السابق، ص219.

(4) -العربي بلحاج، المرجع السابق، ص212.

ثانيا: العرف في التعجيل والتأجيل

وقد اتفق جمهور الفقهاء على جواز تعجيل الصداق أو تأجيله كله، أو جعله مؤجلا في جزء منه ومعجلا في الجزء الآخر إلى أجل قريب أو بعيد، كما يجوز أن يدفع على أقساط بإتفاق الزوجين، وقد سار المشرع الجزائري على منوال الجمهور في جواز تعجيل أو تأجيل المهر حيث نص في المادة 15 على أنه: "يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا".

غير أنه يستحب دفع المهر كله أو بعضه بمجرد العقد وقبل الدخول، كحاجة المرأة إليه وتمكينها من تجهيز نفسها وتغطية مصاريفها⁽¹⁾.

ويكون للصداق وقف لقانون الأسرة الجزائري ثلاث حالات:

- أن يكون معجلا كله: يدفع كاملا للزوجة قبل الدخول بها أو بعد إبرام العقد مباشرة.
- أن يكون مؤجلا كله: بأن يتفق الطرفان على أن لا تقبض الزوجة الصداق إلا بعد الدخول وفي وقت الحق يحددانه.

- أن يكون مؤجلا في بعضه ومؤجلا في البعض الآخر: بأن يدفع جزء من الصداق للزوجة ويؤجل الباقي إلى تاريخ محدد بعد الدخول، وإذا لم يحدد التاريخ معين فإنه ينصرف إلى تاريخ الطلاق أو تاريخ الوفاة⁽²⁾.

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 دفعه كاملا معجلا وغالبا ما يتم ذلك في حضور إمام وجماعة من الناس في المسجد أو من أهل الزوجة⁽³⁾.

ثالثا: حق المطلقة في المهر

وتوجد أحكام أخرى خاصة بالمهر وهي تدخل في آثار الطلاق في الفصل الثاني لكن سأتناولها هنا تجنباً للتكرار فقط.

(1)- الرشيد بن شويح، شرح قانون الأسرة المعدل، المرجع السابق، ص 77.

(2)- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص 48.

(3)- فاطمة الزهراء عزوز، اعتبار العرف في أحكام الخطبة والزواج، المرجع السابق، ص 69.

أ- حالات إستحقاق المطلقة للمهر

الصداق حق للمرأة المطلقة، ويكون هذا الحق في حالات حددها الشرع والقانون لابد فيها من دفع الصداق كاملا غير منقوص، كما توجد حالات قد يكون فيها قابلا للسقوط.

- إستحقاق المطلقة المهر كاملا

نصت المادة 16 من قانون الأسرة الجزائري: "تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول أو بوفاة الزوج وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول".

أي أن الصداق يتأكد كاملا للزوجة في حالة الدخول الحقيقي فالصداق بمجرد العقد في الزواج الصحيح، أو بالدخول الحقيقي في الزواج الفاسد طبقا للمادة 33 قانون الأسرة الجزائري: "يبطل الزواج إذا إختل ركن الرضا، إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق".

- إستحقاق المطلقة لنصف المهر

نصت المادة 16 من قانون الأسرة الجزائري: "تستحق الزوجة نصف الصداق قبل الدخول". وبالرجوع لقرار المحكمة العليا⁽¹⁾:

"كما ثبت من قضية الحال أن الطاعنة هي التي عدلت عن إتمام الزواج بدون مبرر شرعي أو قانوني فإنه لا يمكن في هذه الحالة تحميل المطعون ضده الحسائر والأضرار المترتبة عن ذلك، لأن دفع الطاعنة بأحقيتها في نصف المهر، إنما يتحقق لو تم الطلاق بإرادة الزوج مما يتعين القول أن قضاة الموضوع أصابوا في قضائهم يستجوب رفض الطعن".

وعليه إذا حصل طلاق بين في الزواج الصحيح الذي سمي فيه الصداق ولم يتم الدخول بالزوجة ولم تحصل الخلوة بينهم فالزوجة تستحق نصف المهر.

- إستحقاق المطلقة المهر المثل

لم يحدد المشرع حالات وجوب مهر المثل تحديدا مرتبا إلا أنه يمكن إستخلاصه من خلال نص المواد 15 و 33 من قانون الأسرة الجزائري وهما: "يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا".

(1) -ع.أ.ش.ق. رقم 57335 الصادر في 1990/04/30، نقلا عن: ربيعة إلفات، الحقوق الزوجية على ضوء الإجتهد الجزائري، أطروحة دكتوراه في الحقوق، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2011، ص129.

في حالة عدم تحديد قيمة الصداق تستحق الزوجة صداق المثل والمادة 33 من قانون الأسرة الجزائري تنص : "يطل الزواج إذا إختل ركن الرضا".

إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل.

- إذا لم يتم تحديد المهر في العقد مطلقا: المادة 02/15.

- إذا تم الدخول بدون مهر : المادة 02/33.

لكن المشرع لم يحدد لنا ما هي المعايير المستعملة التي يمكن اللجوء إليها لتحديد مهر المثل ، وهو ما يستدعي بنا الرجوع إلى ما ذهب إليه فقهاء الشريعة في تحديد مهر المثل⁽¹⁾.

ب- حالات إستحقاق المرأة المطلقة للمهر المؤجل

إذا حصل الدخول الحقيقي لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَعَآتَيْتُمْ إِحْدَهُنَّ قِنْطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُّبِينًا ﴿١١﴾ وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا ﴿١٢﴾﴾⁽²⁾، من الأسباب وجوب المهر المسمى كله.

إتفق الفقهاء على وجوب نصف المهر للزوجة بالفرقة قبل الدخول أكانت الفرقة طلاق أو فسحا فتستحق الزوجة نصف المهر لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ ﴿٣٧﴾﴾⁽³⁾

الفرع الثالث: العرف في أهلية الزوجين للزواج

نذكر منها الأهلية لما للعرف التشريعي فيها.

أولاً: سن أهلية الزواج

من المعلوم أنه لا توجد سن معين تحدد به أهلية الزواج في الفقه الإسلامي، وقد اختلف الفقهاء في تزويج الصغير والصغيرة على رأيين:

(1) - يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في شؤون الأسرة، المرجع السابق، ص 09.

(2) - سورة النساء الآية 20-21.

(3) - سورة البقرة الآية 237.

الرأي الأول: هو مذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والحنابلة والشافعية والمالكية⁽¹⁾، ومفاده أن للأب تزويج الصغير والصغيرة دون اعتبار صغر سنهما وإستدلوا بما لي:

من القرآن الكريم قوله تعالى: ﴿وَالَّتِي يَبْسُنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ أَرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَالَّتِي لَمْ يَحِضْنَ ﴿٤﴾﴾⁽²⁾.

فإنه تعالى حدد عدة الصغيرة التي لم تحض بثلاثة أشهر ولا تكون العدة إلا بعد الزواج وفراق فدل النص على أنها تزوج وتطلق ولا إذن لها⁽³⁾.

—من السنة: وما ورد عن أم المؤمنين عائشة قالت: "تزوجني رسول الله صلى الله عليه وسلم وأنا بنت ست سنين"⁽⁴⁾، فدل ذلك على جواز تزويج الصغيرة، كما زوج النبي صلى الله عليه وسلم ابنة عمه حمزة وأبي سلمة وهما صغيران، كما زوج على ابنته كلثوم وهي صغيرة عروة بن الزبير⁽⁵⁾.

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

قوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا ﴿٦﴾﴾⁽⁶⁾، فلو جاز التزويج قبل البلوغ لم يكن لهذا فائدة⁽⁷⁾.

كما أنه لا حاجة لهما بالنكاح لأن المقصود من النكاح شرعا هو النسل والصغر ينافي ذلك، ثم هذا العقد يقعد للعمر و تلزمهما أحكامه بعد البلوغ فلا يكون لأحد أن يلزمهما ذلك، إذ لا ولاية لأحد عليهما بعد البلوغ⁽⁸⁾.

ثانيا: موقف القانون

اعتبر المشرع الأهلية شرطا لصحة الزواج (م9 مكرر) وذهب إلى تحديد سن الزواج بموجب الأمر 02/05 19 سنة كاملة (م7) تماشيا مع سن الرشد في القانون المدني (م40)، غير أنه منح للقاضي سلطة الترخيص بالزواج قبل هذه السن (م2/7) دون أن يحدد السن الأدنى الذي لا يجب للقاضي أن

(1) —السرخسي المبسوط، المرجع السابق، ص212.

(2) —سورة الطلاق الآية 04.

(3) —وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، الأحوال الشخصية، ج9، دار الفكر، ط2، دمشق، سوريا، 1989، ص6683.

(4) —ابن ماجة، سن ابن ماجة، كتاب النكاح، حديث رقم 1876، المرجع السابق، ص603.

(5) —وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص6683.

(6) —سورة النساء الآية 06.

(7) —وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص6682.

(8) —السرخسي المبسوط، المرجع السابق، ص212.

ينزل دونه، وخروج المشرع عن القاعدة العامة لسن أهلية الزواج لم يكن سلبيا وإنما هو خروج مقيد بشرط وطلب 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⁽¹⁾.

ويعاب على المشرع أنه ساوى بين الجنسين في سن أهلية الزواج دون مسألة العرف.

لا يوجد في العرف ما يبين أن هناك سندا 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 بلوغهما 15 سنة حتى أما حاليا وبانتشار الوعي الثقافي والديني ارتفعت سن أهلية الزواج إلى أكثر من ذلك يختلف من شخص إلى آخر ومن بيئة إلى أخرى.

المطلب الثاني: الإشتراط في عقد الزواج والعرف فيه

نص المشرع الجزائري في المادة 19 المعدلة على أنه: "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لا حق كل الشروط التي يريانها ضرورية لا سيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام القانون".

ولذلك سأعرض في هذا المطلب إلى أهم الشروط التي قد تقترن بعقد الزواج وتثير النقاشات:

الفرع الأول: العرف في أحكام الإشتراط

أولا: موقف الفقه الإسلامي من الإشتراط

عرف الدكتور وهبة الزحيلي الشروط في الزواج بأنها: "ما يشترطه أحد الزوجين على الآخر مما له فيه غرض، ويراد بها الشروط المقترفة بالإيجاب أو القبول، أي أن الإيجاب يحصل ولكن يصاحبه شرط من الشروط"⁽²⁾.

فالشرط المقترن بالعقد يعتبر أمر زائدا عن العقد، "فإذا كان الشرط صحيحا صح العقد والشرط جميعا، وعمول الزوجان بمقتضاه، وإلا صح العقد ولغى الشرط".

أ- الشرط الصحيح عند أكثر الفقهاء:

(1)- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق، المرجع السابق، ص 97-101.

(2)- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 53.

أ- هو ما يقتضيه العقد كإشراطها أن ينفق عليها، أو يحسن معاشرتها.
 ب- أو هو ما كان مؤكداً بمقتضى العقد كإشراطها أن يكفل والد زوجها نفقتها أو مهرها.
 ج- أو ورد به شرع كإشراط الزوج أن يطلقها متى شاء.
 د- أو جاء به عرف كأن تشترط الزوجة تعجيل كل المهر أو نصفه حسب العرف المتبع في البلد الذي عقد عليها فيه.

ب- الشرط الباطل: هو ينافي مقتضى العقد ولم يرد الشرع بجوازها ولم يجربها العرف⁽¹⁾، كإشراط الزوج ألا ينفق عليها أو ألا يدفع لها مهراً أو إشرط الزوج أن يسكنها في بيت أهلها، أو يطلق ضرعتها، أو إشرط الزوجين المختلفين ديناً أن يتوارثا بأن كان الزوج مسلماً و الزوجة كتابية. فمثل هذه الشروط لا إعتبار لها عند الفقهاء ويصح معها العقد ويلغو الشرط ولا يجب الوفاء به لقوله صلى الله عليه وسلم "المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً"⁽²⁾. وقوله صلى الله عليه وسلم في حديث عائشة رضي الله عنها (ما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله؟ من إشرط شرطاً ليس في كتاب الله فليس له وإن اشترط مائة شرط)⁽³⁾. والخلاف بين الفقهاء جار حول الشروط التي يشرطها أحد الزوجين على الآخر يؤد عن الشارع دليل خاص بإعتبارها أو عدم اعتبارها ويكون فيها منفعة للمشرط، فهي أمور خارجة عن معنى العقد وملاسته الشرعية.

ثانياً: موقف المشرع الجزائري من الإشرط في عقد الزواج: كما سبقت الإشارة فالمشرع الجزائري تناول مسألة الشروط المقترنة بعقد الزواج في المادة 19، - كما أشرنا - والمادتين 32 و 35 على التوالي. فنجد في المادة 19 المعدلة أعطى للزوجين حق إشرط أي بشرط يريانه في مصلحتهما ما دام لم يتنافى هذا الشرط مع القانون، ويكون ذلك في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق، والحديد الذي أتى به المشرع في المادة 19 المعدلة هو إشارته إلى نوعين من الشروط على سبيل المثال وهما: شروط عدم تعدد الزوجات أو شرط عمل المرأة، وذلك بقوله: "للزوجين أن يشرطاً في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية لا سيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة ما لم تتنافى هذه الشروط مع القانون".

(1) - أبو زهرة الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 158.

(2) - البخاري، كتاب الإجارة، باب أجرة السمسرة بلفظ (المسلمون عند شروطهم) الجامع الصحيح، ج 2، ص 135.

(3) - البخاري، كتاب الشروط، باب المكاتب وما لا يحل من الشروط التي تخالف كتاب الله، حديث رقم 2561، الجامع الصحيح، ج 2، ص 225.

في حين نجد أن المادة 19 السابقة لم يحدد هذه الشروط بل قيدها بعدم مخالفتها لقانون فقط. أما المادة 32 فقد جاء فيها: "يبطل عقد الزواج إذا إشتمل على مانع أو شرط يتنافى و مقتضيات العقد"، فنجد أن المشرع من خلال هذه المادة حكم على العقد المشتمل على شرط يتنافى ومقتضى العقد بالبطلان، وكان الأولى بطلان الشرط وبقاء العقد على صحته، وهو ما اتفق عليه الفقهاء - كما رأينا- وجاءت به المادة 35 من قانون الأسرة: "إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيحا".

أما إذا حاولنا الجمع بين هذه المواد 19 المعدلة و 32 المعدلة و 35 نجد أنفسنا أمام إشكال فمن خلال المادة 32 المعدلة و 35 نجد أن العقد مشتمل على شرط يناهض مقتضى العقد، يكون تارة باطل -حسب المادة 32 المعدلة- وتارة العقد يكون صحيحا والشرط باطلا حسب المادة 35.

ولنصل إلى توافق بين هذه المواد الثلاثة نقترح إستغناء المشرع على جملة "أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد" الواردة في المادة 32 المعدلة فتصبح (يبطل الزواج إذا إشتمل على مانع)، فتخص بالبطلان عقد الزواج المشتمل على مانع فقط⁽¹⁾.

وتبقى المادتين 19 المعدلة و 35 هما الخاصتان بالإشتراط، فتكون المادة 19 المعدلة عامة لكل الشروط التي يراها الزوجان في مصلحتها ما لم يخالف القانون والمادة 35 مقيدة لها بعدم كون الشرط مخالف لمقتضى العقد.

أما بالنسبة للشروط اللذين ذكرهما المشرع على سبيل المثال فقد خصصها بالذكر نظرا لأهميتهما وهما: شرط عدم الزواج عليها وشرط عدم منعها من العمل.

ولالإشتراط في عقد الزواج مكانة هامة في العرف حيث أنه يقضي ومنذ زمن بعيد بجوار الإشتراط، وأنه للطرفين أن يضعوا ما يشاءان من الشروط عند العقد سواء بصفة مسبقة أو بصفة لاحقة عنه، كما يجري العرف حاليا بهذا.

خاصة وأن الشروط وليدة الأعراف ومع مضي الزمن فقط إستحدثت شروط أخرى مواكبة لتغير الأعراف والطبائع⁽²⁾، ويتطور التفكير وتغير الأعراف بإستمرار تظهر أنواع من الشروط غير أن العرف يقرها دائما .

(1) - يرى الأستاذ بلحاج العربي أنه: مادامت المادة 35 لا حقة للمادة 32 فإنه يستوجب تقليد المادة 35 من قانون الأسرة الجزائري بإعتبارها الموقف

النهائي للمشرع (بلحاج العربي، أحكام الزواج، ص201)، وهو ما يعرف فقها بالنسخ وكان المادة 35 المادة 32 لأنها أتت بعدها.

(2) - عماد شريف، المرجع السابق، ص143.

الفرع الثاني: شرطي عدم الزواج على المرأة وعملها

أولاً: شرط عدم الزواج على المرأة: وهو أول شرط ذكره المشرع الجزائري على سبيل المثال في المادة 19 المعدلة، فللمرأة إذن أن تشرط على زوجها عدم الزواج عليها من امرأة أخرى، فإذا أحل بهذا الشرط أثناء قيام الحياة الزوجية كان للزوجة الحق في طلب التطلاق وفقاً لما جاءت به المادة 53 المعدلة من قانون الأسرة في فقرتها 09 والتي نصت على أنه "يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق لأسباب التالية":
المادة 53-9 التي تنص: "مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج".

فلاحظ أن شرط عدم الزواج عليها أول شرط معتبر من الناحية القانونية، فإذا إشتطت المرأة على زوجها ألا يتراجع عليها فقبل بهذا الشرط فيجب عليه الوفاء به.

وإذا أراد أن يتخلص من هذا الشرط لسبب أو لآخر فما عليه سوى إقناعها بالتنازل عن الشرط⁽¹⁾. فالمشرع بهذا أخذ برأي الحنابلة -لزوم الشرط إذا قبله الزوج-، أما في رأي المالكية فهو شرط غير لازم لكن يستحب الوفاء به إن وقع.

ثانياً: شرط عمل المرأة: وهو الشرط الثاني الذي استحدثه المشرع في نص المادة 19 المعدلة حسب المثال، والمقصود بعمل المرأة هنا هو أنه يجوز للمرأة أثناء عقد زواجها أن تشرط على زوجها ألا يمنعها من العمل متى أرادت البحث عن وظيفة، وكذلك ألا يوقفها عن العمل إن كانت تعمل أصلاً قبل زواجها، وكذلك أن تشرط عليه إتمام دراستها إن كانت تدرس ولا يوقفها من الدراسة بسبب الزواج. وإذا أحل الزوج بهذا الشرط أثناء الحياة الزوجية كان للمرأة حق طلب التطلاق، وذلك وفق ما جاءت به المادة 53 في فقرتها 09، كما أن المشرع لم يجعل هذا الشرط: -عمل المرأة- سبباً كافياً في سقوط حق المرأة في الحضانة، وذلك وفق ما جاءت به المادة 67 من قانون الأسرة المعدلة بالأمر: 02-05 في فقرتها الثانية، وذلك بقولها... "ولا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سبباً من أسباب سقوط الحق عنها من ممارسة الحضانة".

فنجد قانون الأسرة الجزائري ومعه أغلب التشريعات العربية⁽²⁾ يعطون الحق في الفسخ و الطلاق عندما يتعلق الأمر بالإخلال بالشروط.

كما نلاحظ أيضاً أن الطلاق الذي جاء به المشرع الجزائري في المادة 19 المعدلة بشأن الإشتراط

(1) -الرشيد بن الشويخ، شرح قانون الأسرة المعدل والمتمم، المرجع السابق، ص 127.

(2) - ما نص عليه القانون الكويتي في الفقرة -ج- المادة 40: وإذا إقترن بشرط لا ينافي أصله ولا مقتضاه وليس محرماً شرعاً صح الشرط ووجب الوفاء به، فإن لم يوف به كان للمشروط له حق طلب الفسخ، بن الشويخ الرشيد، مرجع سابق، ص 135.

قريب إلى ما ذهب إليه الإمام أحمد بن حنبل، الذي يرى جواز ولزوم الشرط مطلق إلا إذا ورد النص بإبطاله. وهذا ما نراه ونختاره لأن الأصل في الشروط الصحة والجواز إلا ما ورد الدليل من الكتاب والسنة الإجماع بتحريمه أو إبطاله.

مع إقتراح حصر هذه الشروط وكتابتها رفعا للبس والحرج عن جميع الأطراف، هذا من جهة ومن جهة أخرى حتى لا يبالغ الناس في الإشتراط، بحيث تصبح منغصة على الزوجين. كما أقتراح الرجوع إلى الإجتهدات القضائية⁽¹⁾ للإستفادة من هذه الشروط.

وفي شرطي عدم الزواج على المرأة وعملها، مما لا شك فيه أن الأعراف عندنا تقر حق الأزواج في تعدد مواكبة لما ورد في الشريعة الإسلامية، وإذا كانت هناك الكثير من المشكلات تطرح في واقعنا من الأزواج بسبب التعدد، وقبل زمن بعيد لم نكن نسمع بأن للزوجة أن تشتترط على زوجها عدم الزواج عليها وبانتشار الوعي الثقافي وتقدم المستوى الإجتماعي، أصبحت الكثير من النساء تشتترطن ذلك والأمر سيان فيما يخص عمل المرأة حيث أصبحت النساء يشتترطن على الرجال عدم منعهن من العمل بعد الزواج وأن لا تخرج للعمل، ويتم ذلك حسب أعرافنا بحضور جماعة من جاهة المنطقة بحضور أهل الخاطب والمخطوبة و الإمام بمجلس واحد دون أن يتم التوثيق⁽²⁾.

نصت المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد سمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية"، فالملاحظ أن المشرع - ج - منح للزوجين حق الإشتراط على أن توثيق ذلك وقت ذكر بعض الشروط، التي يضعها طرفي العقد على سبيل المثال لا يحصر، وبذلك قد جعل العرف التشريعي كمصدر في مسائل الزواج.

الفرع الثالث: شرط الدراسة والسكن عند الأهل

جاء في قرار المحكمة المؤرخ 1988/06/20 ما يلي: "من المقرر شرعا أن الشرط الوارد في عقد الزواج الذي لا العقد ينافيه، والذي يدخل في باب الكرامة لما فيه من التحجير لا يلزم الزوج به ولا يؤثر في عقد الزواج، ومن ثم فإن القضاة بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الشريعة"⁽³⁾.

(1) - قرار المحكمة العليا الذي يقضي بجواز إشتراط الزوجة في عقد الزواج ما تشاء من الشروط إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا، ويشترط ألا تناقض روح العقد (المحكمة العليا، غ.ق.خ)، 03،03،1971، (ن ق) 1972، عدد 02 ص 396، نقلا عن: بالحاج العربي، قانون الأسرة، مرجع سابق، ص 94.

(2) - فاطمة الزهراء عزوز، المرجع السابق، ص 78.

(3) - ق.م.ع. غ.أ.ش، ملف رقم 49575، المؤرخ في 20 جوان 1988، المجلة القضائية 1991، العدد 02، ص 54، المشار إليه بالحاج العربي، قانون الأسرة مبدأ الإجتهد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، 2000، الجزائر، ص 25.

وفي برنامج فقهي تقدمه الدكتورة سعاد صالح في أحد القنوات الفضائية سألتها مشاهداً "تزوجت وأنا طالبة جامعية، واشترطت في عقد زواجي أن أستكمل دراستي إلا أنه عند التطبيق العملي لهذا الشرط حدثت مشكلات وهددني زوجي باعتباري ناشزاً، فما حكم الشرع في مشكلتي".

ردت عليها: يعد عقد الزواج من أهم العقود التي يبرمها الإنسان في حياته، لأنه يقيم أقدس علاقة إنسانية، لهذا جعل الله الزواج آية من آياته نتيجة مما يترتب على هذا العقد من نتائج، وأضافت: يجوز شرعاً للزوجة أو ولي أمرها أن يشترط عند عقد الزواج شروطاً لمصلحة الزوجة بشرط أن لا تخالف الشرع وإذا وافق الزوج بما عليه الوفاء بالشروط، وقد وافقها في الرأي العديد من المفتين⁽¹⁾.

إضافة لشرطي عمل المرأة وعدم التعدد للزوجة الحق في شرط السكن عند الأهل لإتمام الدراسة.

(1)-الموقع الإلكتروني: www.lahan.com ، تاريخ الإطلاع 20/05/2019، على الساعة 13:26.

الفصل الثاني

الفصل الثاني : العرف التشريعي في مسائل الطلاق

يعد الطلاق مشكلة إجتماعية نفسية، وهو ظاهرة عامة في جميع المجتمعات، ويبدو أنه يزداد إنتشاراً في مجتمعاتنا، والطلاق أبغض الحلال إلى الله لما يترتب عليه من آثار سلبية في تفكك الأسرة والمجتمع، فقد قيده الشرع بجملة من الأحكام حتى يقع الطلاق ويعتبر سنياً وصحيحاً، وأباحه الشرع إلا للضرورة هذا بعد إستنفاد جميع طرق الإصلاح، بداية من الموعظة إلى الهجر في المضجع إنتهاءً بالضرب الغير مبرح، لقوله تعالى: ﴿ وَالَّتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَأَهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَأَضْرِبُوهُنَّ ^ط ٣٤ ﴾⁽¹⁾، فإن لم تنفع هذه الطرق نلجأ إلى الإصلاح بينهم وإدخال طرف ثالث فقوله تعالى: ﴿ وَالصُّلْحُ خَيْرٌ ^و ١٢٨ ﴾⁽²⁾، فالطلاق آخر حل لإنهاء العلاقات الزوجية التي لم يقدر لها الإستمرار.

وهذا ما ستناوله في هذا الفصل الذي قسمته إلى المبحث الأول ماهية الطلاق و المبحث الثاني بعض آثار الطلاق.

(1) -سورة النساء الآية 34.

(2) -سورة النساء الآية 128.

المبحث الأول: العرف التشريعي في ماهية الطلاق

لما كان العرف ذا أهمية كبيرة في ملء مساحة واسعة من الأحوال، ولغموض التشريع الأسري في تنظيم بعض المسائل، أخذ به المشرع في مسألة الطلاق وفي هذا المبحث سنتطرق إلى ماهية الطلاق في المطلب الأول وقيود إيقاع الطلاق شرعا في المطلب الثاني.

المطلب الأول: ماهية الطلاق

نتناول في هذا المطلب تعريف الطلاق ومشروعيته، ألفاظه والحلف بالطلاق.

الفرع الأول: تعريف الطلاق ومشروعيته

أولا: تعريف الطلاق

أ- لغة: حل عقد النكاح، التخلية والإرسال ورفع العقيدة⁽¹⁾.

يقول العرب: أطلقت الأسير أي حللت قيده وأرسلته كما أنه من التخلية من الوثائق: فهم يقولون أطلقت البعير من عقاله وطلقت، وهو طالق بلا قيد ومنه استعير تعبير: طلقت المرأة، أي خليتها فهي طالق، أي مخلاة عن حبال النكاح⁽²⁾.

ب- إصطلاحا: رفع قيد النكاح الحال بالبائن والمآل بالرجعي بلفظ مخصوص، فهو حل قيد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه⁽³⁾. كما عرف أنه حل قيد النكاح⁽⁴⁾.

ج- قانونا: عرفه المشرع الجزائري في المادة 48 بأنه⁽⁵⁾:

(يحل عقد الزواج بالطلاق، الذي يتم بإرادة الزوج وبتراضي الزوجين، وبطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 56 و 54 من هذا القانون).

وإستعمل المشرع كلمة (حل) التي تشمل طرق إنحلال الزواج وصور الطلاق سواء بالإرادة المنفردة أو بالتراضي، أو بواسطة الحكم القضائي.

(1) أبو البقاء أيوب بن موسى الحسيني الكفوهي، الكليات، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1998، ص922.

(2) العربي بجتي، أحكام الطلاق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بقانون الأسرة الجزائري، ط1، مؤسسة كنوز الحكمة للنشر والتوزيع، الجزائر 2013، ص08.

(3) إسماعيل أبا بكر علي البارموني، أحكام الأسرة الزواج والطلاق بين الحنفية والشافعية، دراسة مقارنة بالقانون، ط1، دار الحامد، عمان، الأردن، 2009، ص229.

(4) المرجع نفسه، ص229.

(5) القانون رقم 84-11، المعدل والمتمم.

وهو ما ذهب إليه المشرع المغربي في المادة 44 من المدونة بقوله " الطلاق هو حل عقدة النكاح بإيقاع الزوج أو وكيله أو من فوض له ذلك أو الزوجة إن ملكت هذا الحق القضائي".
ونص القانون المغربي في المادة 71 على أن ينحل عقد الزواج بالوفاة أو الفسخ⁽¹⁾. وهذا ما لم يذكره المشرع الجزائري.

ثانيا: مشروعية الطلاق

الأصل في مشروعية الطلاق الكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب:

قال تعالى ﴿الطَّلُقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾⁽²⁾

قال تعالى ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾⁽³⁾

قال تعالى ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾⁽⁴⁾

أما السنة:

فقد روى البخاري في صحيحه: عن عبد الله بن عمر رضي الله عنه أنه طلق إمرأته وهي حائض في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم، فسأل عمر بن الخطاب رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم " مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر، ثم تبيض ثم تطهر، ثم إن شاء الله أمسك بعد، وإن شاء الله طلق قبل أن يمسي، فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء"⁽⁵⁾.

وعن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم "طلق حفصة ثم راجعها".

أما الإجماع: فقد أجمع المسلمون على جواز الطلاق.

(1) — العربي بالحاج، المرجع السابق، ص 208.

(2) —سورة البقرة، الآية 229.

(3) —سورة البقرة، الآية 236.

(4) —سورة الطلاق، الآية 01.

(5) —الجامع الصحيح، محمد بن اسماعيل إبراهيم بن المغيرة البخاري، أبو عبد الله، ج 7، ص 58، رقم 5251.

الفرع الثاني: عرف الطلاق الثلاث بلفظ واحد

الأصل في إيقاع الطلاق أن يطلق الرجل زوجته في طهر لم يمسه فيها طلقة واحدة، عملاً بقوله تعالى ﴿ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ﴾ (1).

وقول الرسول صلى الله عليه وسلم " مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر، ثم تحيض ثم تطهر، ثم إن شاء الله أمسك بعد، وإن شاء الله طلق قبل أن يمسي " (2).

فإذا خالف الزوج هذا المهدي، فطلق أكثر من واحدة، كأن يقول لزوجته: أنت طالق، طالق ولم ينوي تأكيد الأولى فما الحكم؟

أولاً: مذاهب الفقهاء

القول الأول: تقع الطلقات الثلاث لا فرق بين قبل الدخول وبعده وهو مذهب جمهور الفقهاء الحنفية والمالكية، والشافعية، والحنابلة (3).

القول الثاني: تقع طلقة واحدة، وإلى هذا ذهب ابن تيمية وتلميذه ابن القيم (4).

القول الثالث: التفريق بين المدخول بها وغير المدخول بها، فيرون أن الطلاق يقع ثلاثاً إذا كانت الزوجة مدخولاً بها، ويقع واحدة بائنة، إذا كانت غير مدخول بها، وهو مروى عن بعض أصحاب ابن عباس - عطاء وطاوسي وسعيد بن جبير وغيرهم - (5).

ثانياً: الأدلة: نناقش القول الأول و الثاني، لأنهما الاتجاهين الرئيسين .

أدلة الجمهور القائلين بوقوع الطلقات الثلاثة

قال تعالى ﴿ أَلطَّلِقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ﴾ (6)

ظاهر الآية يدل على جواز جمع الثنتين دفعة واحدة، وإذا جاز جمع الثنتين جاز جمع الثلاثة، كما أن التسريح بإحسان عام يتناول إيقاع الثلاث دفعة واحدة.

(1) -سورة الطلاق، الآية 01.

(2) -سبق تخريجه، ص129.

(3) -ابن قدامة المغني، دار عالم الكتب للطباعة السعودية، ج8، ط3، 1997، ص241.

(4) -ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ج3، دار الجيل، بيروت، ص48.

(5) - ابن قدامة المغني، المرجع السابق، ج8، ص241.

(6) - سورة البقرة، الآية 229.

قوله تعالى ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَقَرِّضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ (٣٦) (١)

وقوله تعالى ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ (٣٧) (٢)

وغيرها من الآيات التي تدل كعلى وقوع الطلاق دون بين من طلق واحدة أو اثنتين أو ثلاث.

- ما رواه سهل بن الساعدي في قصة لقمان عويمر العجلاني وزوجته فقد جاء في الحديث " فلما فرغا قال عويمر: كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها، فطلقها ثلاث قبل أن يأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم، قال ابن شهاب فكانت تلك سنة المتلاغين" (٣)، وجه الإستدلال أن عويمرا أوقع الثلاث في كلمة واحدة ولم ينكر عليه النبي صلى الله عليه وسلم، والسكوت في معرض الحاجة بيان.

- ما روي أن ركانة بن عبد يزيد طلق إمرأته سهيمة البتة فأخبر النبي صلى الله عليه وسلم بذلك وقال والله ما أردت إلا واحدة، فقال الرسول صلى الله عليه وسلم "والله ما أردت إلا واحدة" فقال ركانة والله ما أردت إلا واحدة، فردها إليه الرسول صلى الله عليه وسلم فطلقها الثانية في زمان عمر والثالثة في زمان عثمان وجه الدلالة : أن النبي صلى الله عليه وسلم إستحلفه بأنه لم يرد إلا واحدة، وهذا يدل على أنه لو أراد الثلاث لوقعت (٤).

الشارع الحكيم جعل الطلاق مرات ثلاث، وأراد إيقاعه مرة بعد مرة بحكمة بالغة وأمر عظيم من أمور المسلمين لكي لا يشرعوا في أمر يعود عليهم بالضرر .

وبالتالي فإن هذه المسألة من المسائل الشرعية التي يختلف فيها الحكم تبعا لإختلاف ظروف الناس وأحوالهم وأعرافهم بما يحقق المصلحة ويدراً المفسدة، وقد رأى واضعوا القانون أن الملائم للناس في زماننا هذا الحكم (وهو إيقاع الثلاث الواحدة) تبعا لتغير ظروف المجتمع وعرفه في مدلولات الألفاظ وفق مقاصد الشريعة التي وضعت لمصالح العباد.

(١) -سورة البقرة، الآية 236.

(٢) -سورة البقرة، الآية 230.

(٣) -الجامع الصحيح البخاري، المرجع السابق، رقم 5259، ص 54.

(٤) -أحمد رشاد عبد الهادي أبو حسين، أثر العرف في الأحوال الشخصية، دراسة فقهية قانونية، كلية الدراسات العليا، رسالة ماجستير في القضاء الشرعي بكلية الدراسات العليا في جامعة الخليل، 1435، 2013، ص 132.

الفرع الثالث: صيغة الطلاق والحلف به

أولاً: الصيغة أو ما يقع به لطلاق

اتفق الفقهاء على أن الزواج ينتهي بالطلاق بالعربية أو بغيرها، سواء باللفظ العربي أم بالكتابة أم بالإشارة .

واللفظ إما صريح أو كناية:

الطلاق الصريح: هو اللفظ الذي ظهر المراد منه وغلب استعماله عرفاً في الطلاق، كالألفاظ المشتقة من كلمة (الطلاق) مثل: أنت طالق، ومطلقة ، وطلقتك ومنه قول الرجل: (أنت عليا حرام أو حرمتك أو محرمة)، لكنه وإن كان في الأصل كناية، فقد غلب استعماله بين الناس في الطلاق، فصار من الألفاظ الصريحة، هذا مذهب الحنفية وقال المالكية الكتابة الظاهرة لها حكم الصريح وهي التي جرت العادة أن يطلق بها في الشرع أو في اللغة كلفظ التسريح والفراق، وكقوله أنت بائن ونحوها. واتفق الفقهاء على وقوع الطلاق بالكتابة.

قال المالكية من كتب الطلاق عازماً عليه، لزمه إذا لم يكن متردداً فيه فإن كتب الطلاق عازماً عليه لم يكن له نية، لزمه بمجرد كتابة (طالق)، وإن لم يكن عازماً عليه الطلاق حال الكتابة، بل كان متردداً أو مستشيراً فلا يقع ما لم يخرج الكتاب من يده، ويعطيه لمن يوصله، فيصل إليها أو وليها فإن أخرجه من يده فيقع بمجرد إنفاذه ولو لم يصل، وإن أخرجه غير عازم ولم يصل فالأرجح عدم اللزوم. ويلزم عازم ولم بمجرد إرساله مع رسول ولو لم يصل فمت قال للرسول أخبرها بأني طلقته لزمه الطلاق. واتفق الفقهاء أيضاً على وقوع الطلاق بالإشارة المفهومة من يد أو رأس المعهودة عند العجز عن النطق كالأخرس ونحوه دفعا للحاجة فإذا **طلق الأخرس** بالإشارة طلق زوجته⁽¹⁾.

و العرف التشريعي في ما يقع به الطلاق صريحاً إذا وقع بلفظ صريح أو بلفظ اشتهر العرف بإستعماله في الطلاق والطلاق الصريح يقع بمجرد التلفظ به ولا يحتاج إلى نية كما يقع أيضاً بالألفاظ الكنائية، إذا كانت تحتل الطلاق ومستعملة في عرف الناس على إيقاع الطلاق وهي تحتاج إلى نية الزوج من إرادة الطلاق أو عدم إرادته فالطلاق يقع بما اشتهر به الناس عرفاً دون الحاجة إلى نية والصيغة المتداولة في منطقتنا: أخرجني عليا، روعي تروحي لداركم، هزي قشك وصدي عليا.

(1)—عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له، قانون رقم 05-09 المؤرخ في 2005، ط1، دار الخلدونية، جامعة باتنة، 2007، ص223،222.

ثانيا: الحلف بالطلاق

لقد شاع استعمال لفظ أنت عليا حرام بمعنى اليمين، وهي ليست من صيغ الأيمان المعروفة في الشرع، وإنما استعملها الناس عرفا في ذلك، وقد اختلف أهل العلم في هذه المسألة على ثلاثة أقوال:

القول الأول: يقع الطلاق، وهذا قول جمهور الفقهاء الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة، وإستدلوا بإطلاق الآيات الدالة على مشروعية الطلاق وتفويض الأمر فيه إلى الزوج، مثل

قوله تعالى ﴿الطَّلُقُ مَرَّتَانٍ ۗ﴾ (٢١٩) ⁽¹⁾، فهي لم تفرق بين منجز ومعلق، ولم تقيد وقوعه بشيء والمطلق يعمل على إطلاقه فيكون للزوج إيقاع الطلاق حسبما يشاء منجزا أو مضاف أو معلق على وجه اليمين أو غيره ⁽²⁾.

القول الثاني: إن الحنث باليمين في الطلاق لا يقع به طلاق، ويعتبر يمينا تجب كالكفارة إن حنث في يمينه، وهذا قول ابن تيمية وابن القيم وإستدلوا بأن الطلاق المعلق القسمي إذا كان المقصود منه الحنث

على الفعل أو المنع منه أو تأكيد الخبر كان في معنى اليمين، فيكون داخلا في أحكام اليمين في قوله تعالى ﴿قَدْ فَرَضَ اللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَانِكُمْ وَاللَّهُ مَوْلَاكُمْ وَهُوَ الْعَلِيمُ الْحَكِيمُ ۗ﴾ (3)

و قوله تعالى ﴿ذَلِكَ كَفْرَةٌ أَيْمَانِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ وَأَحْفَظُوا أَيْمَانَكُمْ كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ آيَاتِهِ لَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ﴾ (٨٩) ⁽⁴⁾

وثبتت عن النبي صلى الله عليه وسلم : أنه قال "من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليأتها وليكفر عن يمينه" ⁽⁵⁾.

وهذا يتناول جميع أيمان المسلمين لفظا ومعنى.

(1) -سورة البقرة، الآية 229.

(2) -وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج9، المرجع السابق، ص422.

(3) -سورة التحريم، الآية 02.

(4) -سورة المائدة، الآية 89.

(5) -الجامع الصحيح، مسلم، ج5، رقم 4362، ص85.

القول الثالث: إن الحلف بالطلاق لا يقع به طلاق ولا يلزم به شيء، وهذا قول ابن حزم وإستدل بأن تعليق الطلاق يمين، واليمين بغير الله تعالى لا يجوز لقوله صلى الله عليه وسلم "من كان حالفا فلا يحلف إلا بالله"⁽¹⁾

المطلب الثاني: العرف في قيود إيقاع الطلاق شرعا

يكون الطلاق سنيا مشروعا لا إثم فيه إذا روعي فيه ثلاث قيود⁽²⁾:

- 1- أن يكون لحاجة.
- 2- أن يكون في طهر لم يجامعها فيه.
- 3- أن يكون طلقة واحدة لا يتبعها طلاق آخر.

الفرع الأول: أن يكون لحاجة مقبولة شرعا

يرى الجمهور غير الحنفية أن الأصل في الطلاق هو الحضر والمنع وخلاف الأولى، و أولى أن يكون لداع يدعو الزوج لإيقاعه كسوء سلوك الزوجة أو إيذائها أو تعذر الحياة معها.

ويعد الطلاق في أشهر الأعراف مباحا لكن الطلاق هو أبغض الحلال إلى الله، فإذا حدث الطلاق من غير حاجة أو سبب يدعوا إليه فإنه يقع بالإتفاق لكن المطلق يأثم ديانة لأن الحاجة قد تكون تقديرية أو نفسية ففيه لا تخضع للإثبات الظاهر في القضاء (وهذا عرف فاسد).

لذا كان الأصح ألا يحكم على الرجل بتعويض مادي للمطلقة بسبب كون الطلاق تعسفا، وهذا ما جاء في نص المادة 52 قانون الأسرة : (إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم المطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها)، بل تكتفي بما يقرره الشرع بدفع مؤخر الصداق، ونفقة العدة والمتعة التي هي تعويض عن الضرر الناجم عن الطلاق.

(1)-الجامع الصحيح، البخاري، ج5، رقم 3836، ص53.

(2)-وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص400.

الفرع الثاني: أن يكون في طهر لم يجامعها فيه

وهذا متفق عليه بين الفقهاء، فإذا أوقع الزوج الطلاق في حال الحيض أو النفاس أو في طهر جامعها فيه، كان الطلاق عند الجمهور حراماً شرعاً، ومكروها تحريماً عند الحنفية، وهو المسمى بالطلاق البدعي ضد طلاق السنة.

وقصد المالكية التحريم على حال الحيض والنفاس وكرهوه في طهر جامعها فيه لإحتمال أن تكون قد حملت من ذلك الوطاء، فكره له أن يدخل عليها اللبس في العدة وأمر أن لا يطلقها إلا في موضع تعرف عدتها ما هي لتستقبلها.

لقوله تعالى ﴿ فَطَلَّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ ﴾⁽¹⁾

أي مستقبلاً عدتهن فيكون سبب النهي في الأحوال الثلاثة: إطالة العدة على المرأة فالمقرر عند الفقهاء أن علة تحريم الطلاق في الحيض أو النفاس هو تطويل العدة على المطلقة لأن المطلق إذا طلق زوجته في الحيض يكون قد زادها في العدة أيام الحيض التي طلقها فيها، وهي لا تعتد بها في أقرائها، فتكون في تلك المدة كالمعلقة لا معتدة ولا ذات زوج ولا فارغة من زوج، وذلك إضراراً بها وهو منهي عنه فعن ثور بن زيد الديلي أن الرجل كان يطلق إمرأته ثم يراجعها و لا حاجة له بها ولا يريد إمساكها كي تطول بذلك عليها العدة ليضارها، فأنزل الله تبارك وتعالى الآية ﴿ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ ﴾⁽²⁾

فنهى الله عن ذلك وأمر بأن يكون الطلاق في طهر تبدأ فيه المطلقة عدتها دون إضرار بها⁽³⁾. وقال بعض الفقهاء: أن النهي عن الطلاق في الحيض تعدي غير معقول المعنى، قال الإمام بن عبد السلام: والقول بكونه معقول المعنى أجرى على الأصول لأن الحكم إذا تعارض فيه إعتقاد كونه متعبداً به أو معقول المعنى، حمل على كونه معقول المعنى إذا وجد له معنى مناسب وقد وجد هنا. وإذا خالف الرجل هذا القيد وقع الطلاق إتفاقاً، لأن النبي صلى الله عليه وسلم أمر ابن عمر بمراجعة إمرأته التي طلقها وهي حائض والمراجعة لا تكون إلا بوقوع الطلاق⁽⁴⁾.

(1) -سورة الطلاق، الآية 01.

(2) -سورة البقرة، الآية 231.

(3) -عبد القادر حرز الله، المرجع السابق، ص 226، 227.

(4) -المرجع نفسه، ص 228.

الفرع الثالث: أن يكون طلقة واحدة لا يتبعها طلاق آخر

وهذا متفق عليه بين الفقهاء فيكون الطلاق السني هو الواقع مفرقا واحدا بعد الآخر، لا يتبعه طلاق بعده ولا يكون إيقاع الثلاث دفعة واحدة لقوله تعالى ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ﴾⁽¹⁾.

أي أن الطلاق المشروع ما كان مرة بعد مرة، فإذا جمع الرجل الطلقات الثلاث بكلمة واحدة أو بألفاظ متفرقة في طهر واحد يكون الطلاق بدعيا محظورا في مذهب المالكية والحنفية وابن تيمية وابن قيم الجوزية بما أخرجه النسائي عن محمود بن لبيد قال: أخبر الرسول صلى الله عليه وسلم عن رجل طلق إمرأته ثلاث تطليقات جميعا فقام غضبان ثم قال: "أيلعب بكتاب الله وأنا بين أظهركم، حتى قام رجل فقال: يا رسول الله ألا أقتله".

ثم إن الأصل عند الجمهور في الطلاق الحضر، وإنما أبيح للحاجة الإستثنائية لتنافر الطباع وسوء العشرة وتحقق الحاجة بالطلقة الواحدة، ثم يتمكن بعدها من الرجعة عند الندم. وإذا خالف الرجل هذا القيد، كان آثما مستحقا للتأديب لكن الطلاق بحسب العدد الواقع⁽²⁾.

(1) -سورة البقرة، الآية 229.

(2) -عبد القادر حرز الله، المرجع السابق، ص 227، 228.

المبحث الثاني: العرف في بعض آثار الطلاق

سنتناول في هذا المبحث متعة الطلاق في المطلب الأول ثم نفقة الزوجة في مطلب الثاني، ثم عدة المطلقة في المطلب الثالث.

المطلب الأول: متعة الطلاق ومسألة العرف فيه

تحدث القرآن الكريم عن المتعة في آيات عدة منها قوله تعالى ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرُهُ وَمَتَّعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾⁽¹⁾

الفرع الأول: تعريف المتعة وحكمها

أولاً: تعريفها

أ- لغة: هي من متع، وهو كل ما جاء، والمتاع، في الجودة والغاية، والمتاع هو ما ينفع به، ويتلغ به ويتزود والغناء يأتي عليها في الدنيا⁽²⁾.

ب- اصطلاحاً: المتعة هي ما يجب للمطلقة جبراً وترفيها وتخفيفاً لما يصيبها من أسف وحسرة ووحشة بسبب استعمال حق الطلاق الذي منحه الله للزوج على سبيل الإستثناء⁽³⁾. هي ما يؤمر الزوج بإعطائه الزوجة لطلاقه إياها⁽⁴⁾.

لقوله تعالى ﴿وَالْمُطَلَّاتِ مَتَّعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾⁽⁵⁾

ثانياً: حكمها: حكم المتعة يختلف فيه الفقهاء على أقوال:

القول الأول: ذهب الشافعي في الجديد وأحمد في رواية⁽⁶⁾ عنه إلى أن المتعة واجبة لكل مطلقة إلا التي طلقت قبل الدخول، وقد سمي لها مهر ودليلهم قوله عزوجل ﴿وَالْمُطَلَّاتِ مَتَّعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى

الْمُتَّقِينَ﴾⁽⁷⁾

(1) -سورة البقرة، الآية 236.

(2) -ليلة عدنان وكريمة علاوة، الحقوق المالية بعد الطلاق، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق، شعبة حقوق، تخصص قانون الخاص الشامل، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، سنة 2015-2016، ص 11.

(3) -المرجع نفسه، ص 11.

(4) -ناصر سليمان و سعاد سطحي، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة مع قانون الأسرة، دار الهدى للطباعة والنشر، عين مليلة، ص 200.

(5) -سورة البقرة الآية 241.

(6) -ابن قدامة المغني، ج 8، المرجع السابق، ص 47.

(7) -سورة البقرة الآية 241.

أما التي أطلقت قبل الدخول وقد سمي لها مهرا فلا متعة لها لقوله تعالى ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ

مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ ﴿٢٣٧﴾⁽¹⁾

القول الثاني: ذهب المالكية⁽²⁾ إلى أن المتعة مستحبة غير واجبة في جميع الأحوال لقوله تعالى

﴿مَتَعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ ﴿٢٣٦﴾﴾⁽³⁾، فخص الله المحسنين بها على سبيل الإحسان

والتفضل والإحسان ليس بواجب، ولو كانت واجبة لم تختص بالمحسنين دون غيرهم.

القول الثالث: ذهب الحنفية والشافعية في القديم⁽⁴⁾ وأحمد في ظاهر المذهب إلى وجوب المتعة لمن طلقت

قبل الدخول ولم يسم لها مهر في لعقد، وما عداها من النساء المطلقات يندب تمتيعهن، وذلك

لقوله تعالى ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً

وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدَرُهُ مَتَعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى

الْمُحْسِنِينَ ﴿٢٣٦﴾﴾⁽⁵⁾

ويحمل معنى الأمر في الآية التي إستدل بها الشافعية على الإستحباب.

"ويقترح بعض المفكرين أن يكون للمرأة على الزوج تعويض إذا أساء إستعمال حقه في الطلاق، ليفكر

في عاقبة أمره قبل أن يقدم على تطليق إمرأته، والشريعة العادلة أرفق بالمرأة وأرحم وأسبق إلى ما فكروا

فيه، فقد أوحيت لها التعويض بإسم المتعة، أي الترفيه و تحقيق الآلام، سواء أساء الرجل في استعمال

حقه أم أحسن، لأن في إستقلاله بالطلاق إساءة لها إيجاشا على كل حال، ومن الظلم للمرأة في نظري

ألا تقرر القوانين لهذا الحق ولو قررته لفكر الرجل في أمر الطلاق، وكثيرا قبل أن يقدم عليه، ولو أن المرأة

رفعت صوتها بالمطالبة به الآن، لكان هذا خير لها من المطالبة بمنع الطلاق أو جعله بيد القاضي لانها

ستكون مطالبة بحق يؤيدها في القرآن الكريم"⁽⁶⁾.

(1) - سورة البقرة، الآية 237.

(2) - ابن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، بداية المجتهد، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، ج2، مصر ط4، 1975، ص97.

(3) - سورة البقرة، الآية 236.

(4) - المحتاج الشريبي مغني، ج3، المرجع السابق، ص317.

(5) - سورة البقرة، الآية 236.

(6) - محمد بلتاجي، في أحكام الأسرة، المرجع السابق، ص370-371.

الفرع الثاني: العرف في مقدار المتعة

فالمتعة مبلغ من المال يختلف باختلاف حال الزوج يسرا وعسرا⁽¹⁾، فليس للمتعة حد مقرر فهي كسوة ونفقة: أو هي مبلغ من المال على حساب غني الزوج وفقره.

إن تقدير المتعة وتحديد من يراعي حالتها عند تقديرها أهو الزوج أو الزوج أم هما معا؟
موضوع إختلاف بين الفقهاء:

أولا: عند المالكية والحنابلة

تقدر المتعة بحال الزوج، إيسارا وإعسارا، فإن كان غنيا لزمه متعة الأغنياء وهو ما يساوي الخادم في زمانهم، وإن كان فقير ألزمه متعة الفقراء، وهي كسوة كاملة مع ألبسة المرأة: عند الخروج من المنزل حسب المتعارف في بلادها وحدها الأدنى ثلاث أشياء ثوب يستر بدنها كله، وخمار يغطي الرأس والنحر ويستتر الوجه متى آرادت الخروج⁽²⁾.

ثانيا: عند الحنفية

قد إختلفوا في تقديرها، فقال الحسن الكرخي: يجب إعتبار حال المرأة أيضا لأن الله تعالى علق الحكم في تقدير المتعة بشيئين: حال الرجل إيساره وإعساره وأن يكون مع ذلك بالمعروف وليس من المعروف أن تعطي الغنية ثوبا لا يليق بأمثالها.

ثالثا: عند الشافعية: يرجع في تقديرها رأي الحاكم⁽³⁾.

رابعا: موقف القانون الجزائري

قانون الأسرة الجزائري لم ينص على متعة الطلاق ولم يجعلها أثرا من آثار الطلاق قبل الدخول ولا بعد الدخول، وإنما بدلها التعويض عن الطلاق التعسفي، فقد ما شى قانون الأسرة الجزائري مذهب الإمام مالك⁽⁴⁾، ونص في المادة 52 المعدلة على أنه: " إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر".

(1) —أحمد رشاد و عبد الهادي أبو حسين، أثر العرف في الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص171.

(2) — عبد الوهاب فادي و سفيان غناي، الحقوق المالية للمرأة المطلقة فقها وقانونا، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون، قسم القانون الخاص، جامعة البويرة، 2013-2014، ص10.

(3) —نصر الدين سليمان و سعاد سطحي، أحكام الطلاق في الشريعة، المرجع السابق، ص202.

(4) —العربي بختي، أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص180.

إن المتعة ليست من المقدرات الشرعية الثابتة، وإنما هو أمر يلجأ في تقديره إلى الإجتهد الشرعي والعرف الزماني والمكاني للملائم للمقاصد الشرعية.

والعرف السائد في الجزائر لا يقدم للمرأة المطلقة على خلاف التعويض عن الضرر الناتج عن تعسف الزوج في الطلاق، وهو عرف فاسد، لأن المطلقة تكون الضحية الأولى لعملية الطلاق، فالنساء غالباً لا يردن ولا يجذبن الانفصال وتخريب عش الزوجية، لأنهن يجدن أنفسهن في وضعية حرجة للغاية وتقل فرصهن في الزواج مرة أخرى، وخاصة إذا تطلقت وهي في مقتبل العمر، فالعديد من الأسر الجزائرية لا تقبل عودة الفتاة المطلقة، فالمشكل يكمن في العقلية التقليدية المتحجرة التي لا تفهم أن الطلاق ظاهرة اجتماعية، فالمرأة إنسانة قبل كل شيء تملك قلباً وعقلاً وإحساساً فطلاقها قدر أراد الله لحكمة يعلمها.

والمتعة هي جبر وتخفيف للمطلقة لما أصابها من حسرة و ألم، وللأسف العرف الجزائري لا يقدم المتعة للمطلقة بل يعوضها عن الأضرار فقط.

المطلب الثاني: العرف في النفقة الزوجية

نتناول في هذا المطلب مفهوم النفقة في (الفرع الأول) ثم شروط وجوب النفقة في (الفرع الثاني) والعرف في تقدير النفقة في (الفرع الثالث).

الفرع الأول: مفهوم النفقة

أولا سنعرف النفقة لغة ثم نفقة الزوجة إصطلاحاً ثم أدلة وجوبها ثانياً.

أولاً: تعريف النفقة:

أ- لغة: تعني الهلاك، الزواج، الغلاء، ضد الكساد والقلة والنقص، والذهاب والخروج والإفئثار و النفاذ، الصرف، الإطعام، التصدق، الإذهاب، كثرة الخطاب، كثرة المشتريين، والشتم، وسرعة الكفر وإظهار الإيمان والإنتثار والتتشير ووعاء المسك والموضع من السراويل وأسم رجل⁽¹⁾.

ب- شرعاً: الطعام والكسرة والسكن، وفي عرف الفقهاء: هي الطعام فقط، ولذا يعطفون عليه الكسوة والسكن والعطف بمقتضى المغايرة⁽²⁾.

(1) -محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، ط1، دار الكتاب العربي، بيروت، 1979، ص673-674.

(2) -عبد القادر حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، المرجع السابق، ص380.

وعرفها بدران أبو العينين بدران بأنها: إسم لما يصرفه الإنسان على زوجته وعياله وأقاربه، ومما يملكه من طعام وكسوة وسكن وخدمة وكل ما يلزم من فرش وغطاء و أدوات منزلية بحسب المتعارف بين الناس.

ج- قانونا: المشرع -ج- لا يعرف النفقة على غرار قوانين أ.ش العربية، لكن نجد شرح هذا القانون تناولوها بالتعريف، حيث عرفها الأستاذ فضيل سعد بأنها: مجموعة الرسائل الضرورية لضمان حياة الشخص وحفظ صحته وكرامته⁽¹⁾.

ثانيا: أدلة وجوبها (حكمها)

النفقة عامة و نفقة الزوجة خاصة واجبة بالكتاب والسنة والإجماع.

أ- من الكتاب: قوله تعالى: ﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قَدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَّا آتَاهَا﴾⁽²⁾.

ب- من السنة: قوله صلى الله عليه وسلم في حديث حجة الوداع عن جابر "إتقوا الله في النساء فإنهن عون عندكم أخذتموهن بأمانة الله، وإستحللتم فروجهن بكلمة الله، ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف" رواه مسلم أبو داود ومالك في الموطأ وغيرهم.

وجاءت هند إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت: "يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح، وليس يعطيني ما يكفيني وولدي، فقال: خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف"⁽³⁾.

وفيه دلالة على وجوب النفقة الزوجية وأنها مقدرة بكفايتها وأن النفقة بالمعروف، وأن لها أن تأخذ نفقتها بنفسها من غير علمه إذا لم يعطها إياه.

فالنفقة واجبة على الزوجة وعلى الأبناء وإلا لما أمرها الرسول صلى الله عليه وسلم بان تأخذ من ما له وهو لا يعلم.

ج- إجماعا: اتفق جمهور الفقهاء على وجوب نفقة الزوجة على زوجها إلا الناشر منهن، وإذا إمتنع الزوج عن الإنفاق عن زوجته دون حق شرعي كان ظلما، وفرض القاضي عليه نفقتها إذا طلبت ذلك⁽⁴⁾.

الفرع الثاني: شروط وجوب النفقة

(1)- فضيل سعد، شرح قانون الأسرة -ج- ، ج1، د.ط، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، ص177.

(2)- سورة الطلاق الآية 07.

(3)- أبي عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري، صحيح البخاري، حقق أصولها وأجازها الشيخ عبد العزيز بن عبد الله بن باز، رقم الحديث:

237/5364، 6، دار الفكر للنشر والطباعة، سنة 1994، ص958.

(4)- بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن لأصول، ش- بين المذاهب الأربعة، دار النهضة العربية، بيروت، ط1967، ص234.

أولاً: قبل الدخول: وهي أربعة:

- التمكين من الدخول: بأن تدعوا المرأة زوجها بعد العقد على الدخول بها أو يدعوه وليها المخبر أو وكيلها، فإن لم تحصل هذه الدعوة أو إمتنعت من الدخول لغير عذر فلا نفقة لها.
- أن تكون الزوجة مطيقة الوطئ: فإن كانت الزوجة صغيرة لا تصلح للدخول بها فلا نفقة لها، فإن دخل بها وكان بالغا لزمته النفقة، وإن كان بها مانع فلا نفقة لها، إلا أن يلذذ بها عالماً بالعيب.
- أن يكون الزوج بالغاً: فلو كان الزوج صغيراً ولم يدخل فلا نفقة لها، وإن دخل فلها النفقة، وأوجب الجمهور النفقة على الصبي لإمرأته الكبيرة، لأنها سلمت نفسها تسليماً صحيحاً، كما لو كان الزوج كبيراً.

-ألا يكون أحد الزوجين مشرفاً على الموت عن الدعوة إلى الدخول، فإن كان في حالة نزاع فلا نفقة للزوجة لعدم القدرة على الإستمتاع⁽¹⁾.

ثانياً: بعد الدخول : وهي شرطان:

- أن يكون الزوج موسراً: وهذا الذي يقدر على النفقة بماله أو كسبه، فلو كان معسراً لا نفقة عليه مدة إعساره، لقوله تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَاءَ عَاتِنَهَا﴾⁽²⁾، فالمعسر لا يكلف إذا بالإتفاق.

-الا تفوت الزوجة على زوجها حق الإحتباس بدون مسوغ شرعي: فلو فوتت ذلك بالنشوز، أي الخروج عن طاعة الزوج، فلا نفقة لها.

ومنه: المدخول بها تجب لها النفقة مطلقاً وإن لم تكن الزوجة مطيقة للوطئ ولا الزوج بالغاً، أما قبل الدخول فلا نفقة لغير ممكنة من نفسها أو لم يحصل منها أو من وليها دعوة للدخول، أو حصل قبل مضي زمن يتجهز فيه كل منها للدخول ولا غير مطيقة بها مانع إلا يتلذذ بغير الوطئ كونه عالماً بالعيب⁽³⁾.

نصت المادة 74 من قانون الأسرة: "تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه بينة مع مراعاة المواد 78-79-80 من نفس القانون".

(1) -عبد القادر حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، المرجع السابق، ص 383-384.

(2) -سورة الطلاق الآية 07.

(3) -عبد القادر حرز الله، المرجع السابق، ص 385.

إذن حسب نص المادة 74 فنفقة الزوجة واجبة بالدخول وليس بإبرام عقد الزواج، وهو مبدأ مستمد من الشريعة، أما إذا كانت المرأة حامل وهي مطلقة فستمر النفقة حتى تضع حملها، حسب المشرع -ج- لما كان سبب إحقاق الزوجة نفقتها على زوجها وهو الإحتباس المشروع و المؤدي إلى تحقيق مقاصد الزواج.

الفرع الثالث: العرف في تقدير النفقة

نتناول في هذا الفرع تقدير النفقة فقها وقضاء:

أولاً: تقدير النفقة فقها

تحديد مقدار النفقة من الناحية الشرعية نجد ان الفقه إنقسم في هذا إلى رأيين:

الرأي الأول: يرون اصحاب هذا الرأي وهم الأحناف بأن النفقة ليست مقدرة بالشرع وأنه يجب على الزوج ان يقدم لزوجته ما يكفيها من إحتياجاتها حسب المتعارف عليه، وهذا ما يختلف باختلاف الزمان والمكان، وكذا الأحوال كما اعتبروا أن تحديد نفقة الزوجة على زوجها يكون بحسب حال الزوج يسراً أو عسراً مهما كانت حالة الزوجة.

الرأي الثاني: أصحاب هذا الرأي وهم الشافعية فزعموا إنما هي مقدرة بالشرع ولم يتركوا تقديرها إلى مافيه الكفاية وأن إنفقوا مع الأحناف في إعتبار حال الزوج يسراً أو عسراً، حيث فرقوا بين الموسر والمعسر وجعلوا لكل منهما قدراً معيناً إلا أنهم لم يحددوا المقدار وتركوا ذلك للإجتهد.

ومن هنا يمكن القول أن هذه الآراء وإن اختلفت إلا أنها تلتقي من حيث أن كلا منها إعتد العرف من خلال أحوال الناس وأعرافهم من يسر أو عسر، وأيضاً إختلاف الأزمنة والأمكنة كأساس التقدير النفقة، ومشمولاتها من غذاء وكسوة وعلاج وسكن أو أجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة.

ثانياً: تقدير النفقة قضاء

جاء في نص المادة 79 قانون الأسرة: "يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم"، حيث جاء في قرار المحكمة العليا: من المقرر قانون عدم الإطلاع على الوضعية المادية والاجتماعية للزوج، وعلى مرتبه الشهري وإغفال ذكر السندات التي إعتد عليها في تقدير مبلغ النفقة، كل ذلك يجعل القرار يستوجب النقض⁽¹⁾.

(1) م.ع.أ.ش، 15/12/1980، ملف رقم 21823، ن، ق، 1981، عدد2، ص105، نقلاً عن: بلحاج العربي، قانون الأسرة، المرجع السابق، ص419.

كما أن مراعاة حال الزوجين تستوجب من القاضي التحري عن حالها معرفة مصدر معيشة الزوج ومدخيلها كالإطلاع على قسيمة الأجرة أو كشف بالملتمكات وللقاضي الإستعانة بالخبراء في ذلك. و لتماشي النفقة مع تغير ظروف المعيشة، بإستطاعة القاضي مراجعة تقديره مع مطلع كل سنة جديدة إبتداءً من النطق بالحكم المقدر للنفقة أو الحكم المراجع لها⁽¹⁾. إذن فكيفية تقدير النفقة هي مهمة موكلة للقاضي الذي يقوم بمنح الزوجة مبلغاً من المال شهرياً على أن يراعي في هذا ما يلي:

- الظروف المعيشية، القدرة الشرائية، عمل الزوجة، حال الزوج، عدد الأولاد

من أجل إحداث توازن بين الطرفين .

ومنه نستنتج أن: مسألة تقدير النفقة، هي مسألة إتفق فيها الفقه والقضاء فكلاهما أخضعه لظروف الحال وكذلك أحوال المعيشة.

المطلب الثالث: العرف في العدة

من المعلوم شرعاً وقانوناً أن كل مطلقة فرض عليها الإمتثال لفترة العدة وإحترام آجالها لما في ذلك من حكمة شرعية إقتضاها الشارع الحكيم للزوجين لمراجعة نفسيتهما عسى أن تتحسن العشرة، فيعودان لبعضهما البعض⁽²⁾.

الفرع الأول: تعريف العدة ومشروعيتها

أولاً: تعريف العدة

أ- لغة: مأخوذة من العدد والإحصاء، أي ما تحصيه وتعهده من الأيام والأقراء.

وهي إسم المدة التي تنتظر فيها المرأة وتمتنع عن التزويج بعد وفاة زوجها، أو فراقه لها⁽³⁾.

وأجمع العلماء على وجوبها لقوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾⁽⁴⁾

ب- إصطلاحاً

-تعرف بأنها تربص يلزم المرأة عند زوال ملك المتعة المتأكد بالدخول أو الخلو أو الموت.

وفي رأي الجمهور: العدة هي مدة تربص فيها المرأة لمعرفة براءة رحمها.

(1)-لحسين بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص285-286.

(2)-عبد الفتاح تقي، قانون الأسرة مدعماً بأحداث الإجتهاادات القضائية والتشريعية، ط1، دار الكتاب الحديث، القاهرة، مصر، 2011، ص229.

(3)-السيد سابق، فقه السنة، نظام الأسرة، الحدود والجنايات، ط1، ط2، دار الفكر للطباعة، بيروت، لبنان، ص277.

(4)-سورة البقرة الآية 228.

- كما تعرف العدة بأنها التبرص المحدود شرعا والمراد بالعدة الأجل الذي ضربه الشارع للمرأة⁽¹⁾.

العدة واجبة شرعا وهي ثابتة بالكتاب والسنة والإجماع:

-الكتاب: قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ

يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِنْ كُنَّ يُؤْمِنَنَّ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ﴾⁽²⁾

-السنة: قوله صلى الله عليه وسلم "لا يحل لإمرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أشهر وعشر".

-الإجماع: أجمع الفقهاء على وجوبها⁽³⁾.

الفرع الثاني: موقف القانون من العدة والعرف فيها

المشرع الجزائري لم يبين مفهوم العدة ولم يأت بتعريف في لفظه أو فحواه، إلا أنه يمكن إيجاد تعريف لها من خلال مجموعة المواد التي قررت أحكامها، والشروط المقررة في محتواها.

وتنص المادة 58 من قانون الأسرة الجزائري⁽⁴⁾: "تعتد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء، واليأس من الحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق".

وقد جاء في قرار المحكمة العليا: أنه:

-من المقرر شرعا أن أمد العدة ثلاثة أشهر عند الطلاق، إلا إذا كانت الزوجة حاملا⁽⁵⁾.

-الفائدة من العدة هو إستبراء الرحم أي التأكد من إنعدام الحمل، ولهذا لا عدة في حالة عدم الدخول بالزوجة المطلقة، ولهذا تعتد الصغيرة (أي التي تحيض) بثلاث حيضات واليأس من الحيض بثلاثة أشهر، على أن يبدأ ذلك من تاريخ التصريح بالطلاق، إذ قد يتصل الزوج جنسيا بزوجه أثناء فترة الصبح أي ما بين رفع الدعوى وصدور الحكم بالطلاق، ولهذا أراد المشرع أن يقضي على كل شك أو شبهة بأن جعل العدة تبدأ من النطق بالحكم بالطلاق.

(1) - سهام حميش و يوسف براهم ، حقوق المرأة المطلقة في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون الخاص الشامل جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، الجزائر، 2015، ص42-43.

(2) -سورة البقرة الآية 228.

(3) -سهام حميش و يوسف براهم ، حقوق المرأة المطلقة، في قانون الجزائري، المرجع السابق ص46.

(4) -القانون رقم 84-11، المرجع السابق.

(5) -م.ع.ق.خ، 1986/11/06، م.أ، ج1، ص66/ن.س، 1986، ص127، نقلا عن: بالحاج العربي، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات ومعلق عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة، خلال أربع وأربعين سنة 1966-2010، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، 2012/11، ص316.

حيث جاء في قرار المحكمة العليا: هذا الوجه في غير محله، ذلك أن العدة لا تجب على المطعون ضدها التي طلقت قبل الدخول من زوجها الأول وتزوج من ساعة طلاقها إن شاءت، ومن ثم يكون النعي على القرار بهذا الوجه على غير أساس⁽¹⁾.

وتنص المادة 60 من قانون الأسرة الجزائري⁽²⁾: "عدة الحامل وضع حملها، وأقصى مدة الحمل عشرة (10) أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة".

وقد جاء في قرار المحكمة العليا:

- من المقرر شرعا أن أمد العدة ثلاثة أشهر عند الطلاق، إلا إذا كانت الزوجة حاملا⁽³⁾.

- حيث أن الإفتراض لا يقبل في القضاء، وحيث أن الشريعة الإسلامية أفرضت بأن أدنى الحمل ستة أشهر وأن أقصاه عشرة أشهر، وحيث أن الولد المتنازع من أجله ولد في مدة ستة أشهر وخمسة عشر يوما بع البناء بأمه.

حيث أن هذا الوجه مؤسس، مما يستوجب معه نقض وإبطال المقدار المنتقد⁽⁴⁾.
عدة المطلقة الحامل هو وضع حملها أو سقوطه.

المادة 61 من قانون الأسرة الجزائري: " لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من مسكن الزوجية مادامات في عدة طلاقها أو وفاة زوجها، إلا في حالة الفاحشة المبينة ولها الحق في النفقة أثناء العدة".

بما أن الهدف من العدة هو إستبراء الرحم، وإلحتمال أن تكون الزوجة حاملا فإنها تخرج من مسكن الزوجية في حالة الطلاق أو في حالة وفاة زوجها إلا إذا ارتكب فاحشة مبينة مثل الزنا. وتستحق الزوجة النفقة في حالة العدة إطلاقا، فالمشرع لم يفرق بين المطلقة رجعيًا والمبتوتة .

(1) - (ق.م.ع، غ...ش بتاريخ 18 يونيو 1996 ملف رقم 137571، م.ق. عدد 02 لسنة 1997، ص94)، نقلا عن: أ.لحسين بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، مدعما بإجتهد المجلس الأعلى والمحكمة العليا (من سنة 1982-2014)، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2014، ص199.

(2) - الق.رقم 84-11، المرجع السابق.

(3) - م.ع.غ.ق.خ، 1968/11/06، م.أ.ج.1، ص66/ ن.س، 1968، 127، نقلا عن: بالحاج العربي، قانون الأسرة، ص319.

(4) - م.ع.غ.أ.ش، 1985/12/30، ملف رقم 39664، (غير منشور)، نقلا عن: بالحاج العربي، ص319.

حيث جاء في قرار المحكمة العليا⁽¹⁾: حيث أن القرار موافق لأحكام الشريعة إذ أسقط جميع حقوق المطعون ضدها (المرتكبة لفاحشة الزنا) ما عدا نفقة العدة الواجبة لها في كل حال من الحالات سواء ظالمة أو مظلومة وبالتالي لا يوجد أي خرق، كما يزعم الطاعن الأمر الذي يستوجب رفض الطعن. وجاء في قرار المحكمة العليا: أن الزوجة المطلقة في العدة واجبة على الزوج في حالة نشوز الزوجة لأنها فترة براءة الرحم كما أن مصاريف وضع الرحم واجبة على المطلق كذلك، مما يجعل هذا الوجه المثار مؤسسا ويتعين معه نقض القرار جزئيا فيما يتعلق بالتعويض فقط وبدون إحالة ...⁽²⁾.

كما جاء: حيث أن قاضي أول درجة ارتكب خطأ آخر عندما قضى بالطلاق في قضية الحال دون منح المطلقة نفقة العدة، لأنه يجب على المطلقة أن تعتد من كل طلاق، وبالتالي فالنفقة واجبة على الزوج في قضية الحال، وعلى الزوجة أن تعتد لأن العدة من النظام العام...⁽³⁾.

جرى العرف أن المطلقة طلاق رجعيًا يلزمها الإعتداد في بيت زوجها ولا يجوز للزوج إخراجها منه إلا أن تأتي بفاحشة مبينة ولا يحل لها الخروج إلا إذا أخرجها، وأما المطلقة طلاقاً بائناً وهي التي طلقت المطلقة الثالثة فلها أن تعتد في بيت أهلها ولها أن تعتد في بيت زوجها إن إنتفت الخلوّة بينهما، وجرت الأعراف أن لا تخرج المعتدة من بيتها في الليل إلا لضرورة وتخرج في النهار للحاجة، وبعض الأعراف الأخرى، لا يلزمها ذلك فتخرج كبقية الزوجات سواء أذن لها المطلق في الخروج أو لا، لأنها من حقوق العدة فلا يملك الزوج إسقاط شيء من حقوقها، والمرأة التي تعتد في بيت أهلها تفوت على نفسها فرصة الرجعة، فالأولى أنها تعتد في بيت زوجها لتستكمل شروط الطلاق السني الصحيح.

(1) -ق.م.أ.غ.أ.ش، بتاريخ 22 أكتوبر 1984، ملف رقم 34327، م.ق، عدد 03 لسنة 1989، ص70، نقلا عن أ.الحسين بن شيخ آث ملويا، ص201.

(2) -ق.م.ع.غ.أ.ش، بتاريخ 27 أبريل 1993، ملف رقم 90947، م.ق، عدد 02 لسنة 1994، ص74-75، نقلا عن: أ.الحسين بن شيخ آث ملويا، ص201.

(3) -ق.م.ع.غ.أ.ش، بتاريخ 12 يوليو 2006، ملف رقم 35848، م.م.ع، عدد 01 لسنة 2006، ص453، نقلا عن: أ.الحسين بن شيخ آث ملويا، ص201-202.

الخطاتمة

الخاتمة

بعد إستعراضنا لموضوع العرف كمصدر تشريعي في مسائل الزواج والطلاق نستطيع أن نذكر أهم

النتائج:

يبرز دور العرف في أحكام الزواج والطلاق في العديد من الجوانب نذكر منها:

-تواصل الخطابين فيما بينهما في حدود أحكام الشريعة، هو عرف سائد.

-إقتران الخطبة بالفاحة وعد بالزواج.

-في حكم العدول في الخطبة عن الهدايا والصدقات يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية والعرف .

-أما فيما يتعلق بالزواج فمن الضروري توافر الرضا في العقد وضرورة وجود الولي، وتوافر الأهلية لكلا

الطرفين.

-وبالنسبة للطلاق اللفظ المشهور للدلالة عليه هو لفظ الطلاق.

-جرت الأعراف على أن المرأة المعتدة تعتد في بيت أهلها في غالب الأحيان وهو عرف فاسد.

-تغير واقع الأعراف وعادات المجتمعات كما كان عليه في عصر الفقهاء أثر في حكم مشاركة الزوجة العاملة

في النفقة في حال فقر الزوج أو إعساره، حيث ألزمها بالمشاركة، وفي الماضي أعطاها حق الفسخ دون إنذار.

-المعتبر في مقدار النفقة الواجبة الكفاية بالمعروف وفق العرف السائد بين الناس.

من خلال النتائج السابقة نقترح ما يلي:

1-عمل دراسة فقهية تطبيقية للمسائل والأحكام المبنية على العرف في سائر موضوعات الفقه.

2-التنويه بدور الأعراف السائدة في المجتمع على أن تكون موافقة لأحكام الشريعة.

3-فرض المتعة لكل مطلقة عدا من طلقت قبل الدخول، وقد فرض له مهر، فلها نص ما فرض لها، والإلتزام

بأحكام المتعة فيما ورد في الشريعة الإسلامية.

4-على أفراد المجتمع عدم التمسك بالأعراف الفاسدة.

الملاحق

الملحق رقم 01

ملف رقم 11876 قرار بتاريخ 1995/04/04.

قضية: (ع م) ضد: (ع ق)

حكم اقتران الخطبة بالفاتحة بمجلس العقد - زواج صحيح

(المادتان 06-09 ق أ)

إن اقتران الخطبة بالفاتحة بمجلس العقد تعتبر زواجا متى توافرت أركانه طبقا للمادة 09 من ق أ.

ومتى تبين - في قضية الحال - أن الخطبة لم تسبق الفاتحة حتى تعتبر وعدا بالزواج طبقا للمادة 05 من ق أ، وإنما اقترنت الخطبة بالفاتحة أثناء مجلس العقد بحضور الشهود والولي وتحديد الصداق وبالتالي فإن اقتران الخطبة بالفاتحة في هذه الحالة يعتبر زواجا صحيحا متى توافرت أركانه طبقا للمادة 09 من ق أ، وعليه فإن فضاة الموضوع باعتبارهم الفاتحة مثل الخطبة تعتبر وعدا بالزواج رغم تقديم الطاعنة لشهودها على وقوع الزواج وتوافر أركانه فإنهم بقضائهم كما فعلوا أخطأوا في تطبيق القانون.

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.

لهذه الأسباب

قررت المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية - نقض القرار المطعون فيه الصادر عن مجلس قضاء تيزي وزو بتاريخ 1991/08/07. وإحالة القضية والطرفين لنفس المجلس مشكل من هيئة أخرى للفصل فيها طبقا للقانون وتحميل المطعون ضده المصاريف القضائية.

بذا صدر القرار ووقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ الرابع من شهر أبريل سنة خمسة وتسعين وتسعمائة وألف ميلادية من قبل المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية -

الملحق رقم 02

ملف رقم 21931 قرار بتاريخ 16/03/1999.

قضية: (ب ص و) ضد: (ب أ م).

العدول عن الخطبة من طرف الخاطب - الهدايا لا تعتبر صداقا.

(المادة 05 فقرة 04 من ق.أ)

من المقرر قانونا أنه لا يسترد الخاطب شيئا مما أهداه إذا كان العدول منه ، ومتى تبين - في قضية الحال - أن الطرفين جرت بينهما خطبة زواج ثم وقع العدول عن الخطبة من طرف الخاطب فإن القضاة بقضائهم بتأييد الحكم المستأنف والقاضي برفض إتمام الزواج وإلزام المدعي عليها ردها إلى المدعى ما قدمه لها من هدايا وحلي ونقود واعتبروها صداقا دون الرد على دفع الطاعة أخطؤوا في تطبيق القانون، وعرضوا قرارهم للقصور في التسيب.

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.

لهذه الأسباب

قررت المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية والمواريث -قبول الطعن شكلا وموضوعا ونقض القرار المطعون فيه الصادر عن مجلس قضاء البلدية بتاريخ 12/01/1989 وإحالة القضية والأطراف إلى نفس المجلس مشكلا من هيئة أخرى للفصل فيها من جديد طبقا للقانون مع إلزام المطعون ضده بالمصاريف القضائية.

بذا صدر القرار ووقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ السادس عشر من شهر مارس سنة تسعة وسبعين وتسعمائة وألف ميلادية.

الملحق رقم 03

ملف رقم 56097 قرار بتاريخ: 1989/12/25.

قضية: (ب خ) ضد: (ب ف) (ب ع)

إقرار قضائي. حجة على المقر. خطوبة. العدول عنها. تلزم تعويض المتضرر.

(المادتان 341 و342 من ق.م)، (م 05 ق.أ).

من المقرر قانوناً أن الإقرار القضائي هو اعتراف الشخص الواقعة قانونية مدعى بها عليه أمام القضاء وهو حجة قاطعة على المقر، ومن المقرر أيضاً أنه إذا ترتب على العدول على الخطوبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض ومن ثم فإنّ القضاء بما يخالف هذين المبدئين يعد خرقاً للقانون.

ولما كان من الثابت في قضية الحال أن المجلس القضائي بإلغائه الحكم المستأنف ورفضه الدعوى المتضمنة طلب تعويض من الطاعن على الضرر الذي أصيب به بالرغم من إقرار المطعون ضدها بفسخ الخطوبة أمام القضاء يكونوا قد خالفوا القانون.
ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.

لهذه الأسباب

قرر المجلس الأعلى غرفة الأحوال الشخصية نقض القرار المؤرخ في 1986/06/01 والصادر من مجلس قضاء الجزائر والمطعون فيه ودون إحالة وقضى بالمصاريف القضائية على المطعون ضدها. بدأ صدر القرار ووقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ الخامس والعشرين من شهر ديسمبر سنة تسعة وثمانين وتسعمائة وألف ميلادية.

قائمة المصادر

والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: القرآن الكريم

ثانياً: كتب السنة والفقہ

- 1- ابن رشد القرطبي، المقدمات والممهدات، ط1، دار الغرب الإسلامي، 1988.
- 2- ابن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، بداية المجتهد، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، ج2، مصر ط4، 1975.
- 3- ابن عابدين، رد المختار، ج3، ط2، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1992.
- 4- ابن قدامة المغني، مكتبة القاهرة، ج7، مصر، 1383-1968.
- 5- ابن قدامى المغني، دار عالم الكتب للطباعة السعودية، ج8، ط3، 1997.
- 6- ابن قدامة المقدسي، الشرح الكبير، دار الكتاب العربي، ج7، (د.م.ن)، (د.ت.ن).
- 7- ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ج3، دار الجيل، بيروت.
- 8- ابن ماجة، سنن ابن ماجة، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، ج1، ط1، دار إحياء الكتب العربية، (د.م.ن)، (د.ت.ن).
- 9- أبو داود، سنن أبي داود، كتاب النكاح، ج2، تحقيق: محمد محي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، (د.ت.ن).
- 10- أبو زهرة، زهرة التفاسير، دار الفكر العربي، (د.ط)، (د.م.ن)، (د.ت.ن).
- 11- البخاري، أبي عبد الله محمد بن اسماعيل، صحيح البخاري، حقق أصولها وأجازها الشيخ عبد العزيز بن عبد الله بن باز، دار الفكر للنشر والطباعة، سنة 1994.
- 12- البخاري الجامع الصحيح، أبو عبد الله محمد، ج7، (د.ط)، (د.ت.ن)، (د.س.ن).
- 13- البخاري، صحيح البخاري، تحقيق محمد زهير بن ناصر، ط1، دار طوق النجاة، (د.م.ن)، 1422.
- 14- البخاري، كتاب الإجارة، باب أجرة السمسرة بلفظ المسلمون عند شروطهم، الجامع الصحيح، ج2، (د.ت.ن)، (د.س.ن).
- 15- البخاري، كتاب الشروط، باب المكاتب وما لا يجل من الشروط التي تخالف كتاب الله، الجامع الصحيح، ج2، (د.ت.ن)، (د.م.ن).
- 16- الرازي محمد بن أبي بكر عبد القادر، مختار الصحاح، ط1، دار الكتاب العربي، بيروت، 1979.
- 17- الزحيلي وهبة، الفقه الاسلامي وأدلته، الأحوال الشخصية، ج7، دار الفكر، ط2، دمشق، سوريا، 1989.
- 18- الزحيلي وهبة، الفقه الاسلامي وأدلته، الأحوال الشخصية، ج9، دار الفكر، ط2، دمشق، سوريا، 1989.
- 19- السديس محمد بن عبد العزيز، مقدمات النكاح، ط128، الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، 1425.
- 20- السرخسي المبسوط، (د.ط)، دار المعرفة، ج5، (د.ط) بيروت، لبنان، 2003.
- 21- السيد سابق، فقه السنة، نظام الأسرة، الحدود والجنايات، ط1، ط2، دار الفكر للطباعة، بيروت، لبنان.

22- السيد الشرنباصي رمضان علي و جابر عبد الهادي و سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج و الفرقة و حقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2011.

23- الشامي أحمد ، قانون الأسرة الجزائري طبقاً لأحدث التعديلات، دراسة فقهية ونقدية مقارنة، (د.ط)، الدار الجامعية الجديدة، مصر، 2010.

24- الكاساني، بدائع الصنائع، ط2، دار الكتب العلمية، (د.م.ت)، 1986.

25- إمام محمد كمال الدين ، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين، دار تاريخية وشرعية وقضائية، ج1، منشأة المعارف، (د.ت.ن).

26- بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأصول، ش- بين المذاهب الأربعة، دار النهضة العربية، بيروت، ط1967.

27- بن الخطيب الشريبي و شمس الدين محمد ، مغني المحتاج ، ط1، دار المعرفة بيروت، لبنان، 1997.

28- مسلم، صحيح مسلم، كتاب النكاح، ج2.

ثالثاً: الكتب القانونية

1- إسماعيل أبا بكر علي البارمري، أحكام الأسرة الزواج والطلاق بين الحنفية والشافعية، دراسة مقارنة بالقانون، دار الحامد، ط1، عمان ، الأردن، 2009.

2- بختي العربي، أحكام الطلاق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بقانون الأسرة الجزائري، ط1، مؤسسة كنوز الحكمة للنشر والتوزيع، الجزائر 2013.

3- محمد بلتاجي، أحكام الأسرة، دراسة مقارنة، الزواج والفرقة، ط، 2001، مصر، القاهرة .

4- بالحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، ج1، ط1، دار الثقافة السعودية، جدة، سنة 2012.

5- بلحاج العربي ، الوجيز شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.

6- بن حرز الله عبد القادر، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له، قانون رقم 05-09 المؤرخ في 2005، ط1، دار الخلدونية، جامعة باتنة، 2007.

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

8- بن شيخ آث ملويا الحسين ، المرشد في قانون الأسرة، مدعماً بإجتهد المجلس الأعلى المحكمة العليا من 1982-2014، دار هومه، الجزائر 2014.

9- بن الصغير محفوظ ، قضايا الطلاق في الإجتهد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، دار الوعي للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.

10- عبد الفتاح تقي، قانون الأسرة مدعماً بأحداث الإجتهدات القضائية والتشريعية، ط1، دار الكتاب الحديث، القاهرة، مصر، 2011.

11- يوسف دلاندة، دليل المتقاضين في مادة شؤون الأسرة (الزواج والطلاق)، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.

12- عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، ط1، الرسالة، بيروت، لبنان، 1993.
13- سعد عبد العزيز ، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، دار هوم، الجزائر ، 2009.

14- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، (د.ط)، دار هوم، الجزائر، (د.ت.ن).

15- فضيل سعد، شرح قانون الأسرة -ج- ، ج1، (د.ط)، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986.

16- سليمان ناصر و سطحي سعاد ، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة مع قانون الأسرة، دار الهدى للطباعة والنشر، عين مليلة، (د.ت).

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

رابعاً: الرسائل الجامعية

1- أحمد رشاد عبد الهادي أبو حسين، أثر العرف في الأحوال الشخصية، دراسة فقهية قانونية، كلية الدراسات العليا، رسالة ماجستير في القضاء الشرعي بكلية الدراسات العليا في جامعة الخليل، 1435، 2013.

2- إكاسولن خيرة و تواتي طاوس، الخطبة وآثار العدول عنها، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون خاص شامل، جامعة عبد الرحمان ميرة ، بجاية، سنة 2012-2013.

3- حميش سهام، براهيم يوسف، حقوق المرأة المطلقة في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون الخاص شامل جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، الجزائر، 2015.

4- سعادى لعلى، الزواج و إنحلاله في قانون الأسرة -ج- ، أطروحة دكتوراه علوم في القانون الخاص، جامعة الجزائر، 2014-2015.

5- شريفي عماد ، إعتبار العرف في مسائل الزواج وآثارة، رسالة ماجستير، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2014-2015.

6- عدنان ليلة، وعلاوة كريمة، الحقوق المالية بعد الطلاق، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق، شعبة حقوق، تخصص قانون الخاص شامل، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، سنة 2015-2016.

7- عزوز فاطمة الزهراء، اعتبار العرف في أحكام الخطبة والزواج، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص، أحوال شخصية، المسيلة، الجزائر، 2016.

8- فادي عبد الوهاب، غناي سفيان، الحقوق المالية للمرأة المطلقة فقها وقانونا، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون، قسم القانون الخاص، جامعة البويرة، 2013-2014.

خامساً: المقالات

1- محمد بوفراطس، "الأسرة الجزائرية بين القانون والعرف"، مجلة العلوم الإنسانية عدد 33، 2010.

سادساً: المعاجم والقواميس

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

2- الفيروز أبادي، القاموس المحيط، دار الحديث، القاهرة، مصر، 2008.

- 3- ابن منظور، لسان العرب، دار أحياء التراث العربي، ج2، ط3، 1999.
- 4- أبو البقاء أيوب بن موسى و الحسيني الكفوهي، الكليات، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1998.
- 5- معجم المعاني: الموقع الإلكتروني: www.almoghny.com ، تاريخ الإطلاع 03 ماي 2019، الساعة 17:41.

سابعاً: المواقع

- 1- المراجع القانونية، العرف كمصدر من مصادر التشريع ،
<http://m.facebook.com/ah.alhashemi/posts/94876487> ، تاريخ الإطلاع:
2019/05/11 على الساعة 15:23.
- 2- الموقع الإلكتروني: www.lahan.com ، تاريخ الإطلاع 2019/05/20، على الساعة 13:26.

ثامناً: القوانين

- 1- القانون رقم 84-11 المؤرخ 8 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية العدد 24 سنة 1984، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-02 المؤرخ في: 27 فبراير سنة 2005، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد15، المؤرخ في 27 فبراير 2005.

الفهرس

شكر وتقدير

إهداء

(أ-ت)

مقدمة

الفصل الأول: العرف التشريعي في مسائل الزواج

09	المبحث الأول: العرف في الخطبة والزواج
09	المطلب الأول: العرف في الخطبة
09	الفرع الأول: ماهية الخطبة
10	الفرع الثاني: إقتران الخطبة بالفاثحة والعرف فيها
11	الفرع الثالث: العرف في آثار العدول عن الخطبة
16	المطلب الثاني: العرف في الزواج
16	الفرع الأول: تعريف الزواج ومشروعيته
17	الفرع الثاني: العرف في لفظ النكاح
19	الفرع الثالث: العرف في ركن الرضا في عقد الزواج
21	المبحث الثاني: العرف في شروط عقد الزواج والاشتراط فيه
21	المطلب الأول: العرف في شروط عقد الزواج
21	الفرع الأول: عرف الولي في عقد الزواج
25	الفرع الثاني: العرف في الصداق
29	الفرع الثالث: العرف في أهلية الزوجين للزواج
31	المطلب الثاني: الإشتراط في عقد الزواج والعرف فيه
31	الفرع الأول: العرف في أحكام الإشتراط
34	الفرع الثاني: شرطي عدم الزواج على المرأة وعملها
35	الفرع الثالث: شرط الدراسة والسكن عند الأهل

الفصل الثاني: العرف التشريعي في مسائل الطلاق

39	المبحث الأول: العرف التشريعي في ماهية الطلاق
39	المطلب الأول: ماهية الطلاق
39	الفرع الأول: تعريف الطلاق ومشروعيته
41	الفرع الثاني: عرف الطلاق الثلاث بلفظ واحد
43	الفرع الثالث: صيغة الطلاق والحلف به
45	المطلب الثاني: العرف في قيود إيقاع الطلاق شرعا
45	الفرع الأول: أن يكون حاجة مقبولة شرعا
46	الفرع الثاني: أن يكون في طهر لم يجامعها فيه
47	الفرع الثالث: أن يكون طلقة واحدة لا يتبعها طلاق آخر
48	المبحث الثاني: العرف في بعض آثار الطلاق
48	المطلب الأول: متعة الطلاق ومسألة العرف فيه
48	الفرع الأول: تعريف المتعة وحكمها
50	الفرع الثاني: العرف في مقدار المتعة
51	المطلب الثاني: العرف في النفقة الزوجية
51	الفرع الأول: مفهوم النفقة
53	الفرع الثاني: شروط وجوب النفقة
54	الفرع الثالث: العرف في تقدير النفقة
55	المطلب الثالث: العرف في العدة
55	الفرع الأول: تعريف العدة ومشروعيتها
56	الفرع الثاني: موقف القانون من العدة والعرف فيها
60	الخاتمة
63	الملاحق
67	قائمة المصادر والمراجع
	الفهرس

الملخص

يتمحور موضوع دراستنا حول العرف كمصدر تشريعي في مسائل الزواج والطلاق، والذي تناولنا في الإشكالية التالية، ما مدى إعمال العرف في مسائل الزواج والطلاق، وللإجابة عن الإشكالية المطروحة قسمت بحثي إلى فصلين تطرقت في الفصل الأول للعرف التشريعي في مسائل الزواج، أما في الفصل الثاني العرف التشريعي في مسائل الطلاق وتوصلت إلى أن للعرف دور كبير ومهم، بحيث يعد دليل يستعان به في التعرف على مقاصد الناس ونياتهم. كما أن أهميته مقتصرة على جميع مجالات الحياة خاصة فيما يتعلق بمسائل الزواج والطلاق فقد تأثرت بصورة واضحة بالأعراف، فبالنسبة للمهر مثلا تظهر لنا سيطرة العرف فيه وبالنظر للعرف السائد في بلدنا نجد أن العرف المعتمد في المهر هو تقديمه معجلا لا مؤجلا، أما فيما يتعلق بمسألة الزواج فمن الضروري توافر الرضا ووجود الولي في العقد وهذا ما سارت عليه أعرافنا، كما تخضع أحكام المتعة والنفقة في تقديرها لظروف الحال وعدة المطلقة لمسألة العرف.

وتوصلنا في هذه الدراسة إلى أن للعرف الدور البارز فيما يتعلق بالجانب الشخصي للفرد خاصة في مسائل الزواج والطلاق، كما أن للمحكمة العليا وما جاء في قراراتها دور هام في حل العديد من مشكلات الزواج والطلاق.

Résumé:

l'objet de notre étude : portant sur la coutume en tant que source législative en matière de mariage et de divorce, dont on a traité le problème suivant : dans quelle mesure la coutume s'appliquait en matière de mariage et de divorce et pour répondre au problème posé: j'ai divisé ma recherche en deux chapitres.

Dans le premier j'ai abordé la coutume législative en matière de mariage, par contre dans le deuxième chapitre la coutume législative en matière de divorce, et j'ai trouvé que la coutume atteint un rôle important et un guide utile dans l'identification des buts et intentions des personnes.

Et son importance paraît dans tous les domaines de la vie, spécialement en matière de mariage et de divorce, ont été vraiment clairement influencés par les coutumes.

En ce qui concerne la dot, par exemple, on voit l'autorité de la coutume et concernant la coutume qui domine dans notre pays, nous constatons que la coutume adoptée dans la dot est sa présentation tôt ou tard ; par contre la question du mariage, il est nécessaire de réunir l'accord et la présence du tuteur dans l'acte. C'est ce que nos coutumes ont suivi. Sans oublier que les dispositions de jouissance et de pension sont également soumises aux circonstances de l'espèce, ainsi que la retraite légale IDDA concernant la coutume.

On est arrivé dans cette étude que le rôle de l'individu en ce qui concerne la vie privée de l'individu est particulièrement important en matière de mariage et de divorce et que la Cour suprême et ses décisions jouent un rôle important dans la résolution de nombreux problèmes de mariage et de divorce.

