

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة أكلي محند أولحاج بالبوية
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون الخاص



الاعتبار بالعرف في أحكام الخطبة وعقد الزواج بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون تخصص قانون الأسرة

إشراف الأستاذ:

إعداد الطالبان:

- بن سنوسي بلال
- غجاتي فؤاد
- تواتي علي

لجنة المناقشة

الرتبة الصفة

الأستاذ

رئيساً
أ. غجاتي فؤاد..... مشرفاً ومقرراً
ممتحنًا

السنة الدراسية: 2018/2017

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي
بَدَأَ خَلْقَ الْإِنسَانِ
مِنْ طِينٍ

قال الله تعالى:

« خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ ﴿١٩٩﴾ »

سورة الأعراف، الآية 199

الإهداء

أهدي هذا العمل المتواضع إلى أمي وأبي حفظهما الله، اللذان سهرا وتعبا في مساعدتي على إتمام هذا العمل.

وإلى أفراد أسرتي الذين هم سندي في الدنيا، وإلى كل أقاربي.

وإلى كل الأصدقاء من دون استثناء.

وإلى أساتذتي الكرام وكل رفقاء الدراسة وكل من ساعد من قريب أو من بعيد.

وفي الأخير أرجوا من الله تعالى أن يجعل عملنا هذا نفعا يستفيد منه جميع الطلبة.

نواتي علي

الإهداء

إلى روح الجدة لأب رحمها الله وأسكنها فسيح الجنان سائلا المولى عز وجل أن يجعل هذا العمل صدقة جارية لها
إلى يوم الدين وإلى الجد لأب أمدّ الله في عمره وبارك في صحته.

إلى منبع الحنان ومصدر القوّة، إلى من غرسا في قلبي حب العلم والتعلم وكانا الحافز الأكبر لما وصلت إليه والدي
الكريمين حفظهما الله.

إلى اللذين ربياني صغيرا وتفضلا عليّ بخناتهما وكرمهما "جدي" و"جديتي" لأم أمدّ الله في عمرهما وبارك في
صحتهما.

إلى أعز الناس، إلى من أشدّ بهم أزرى، إخوتي وأخواتي

إلى جميع أفراد عائلتي صغيرهم وكبيرهم.

إلى جميع من تربطني به علاقة الأخوة والدين، وتجمعني بهم أواصر المحبة فيه.

إلى عائلة طرابلسي وعائلة الهوشات وكافة أفراد البعثة الديبلوماسية الجزائرية بتركيا.

إلى كل من علمني حرفا.

إلى كل من ساعد من قريب أو بعيد في إتمام هذا الجهد.

بن سنوسي بلال

شكر وتقدير

الحمد لله الذي وفقنا ومنحنا القوة والصبر لإتمام هذا العمل ، فبعد شكر الله عز وجل نتقدم بجزيل الشكر وعظيم الامتنان إلى أستاذنا الفاضل: "فؤاد غجاتي"، الذي تولى الإشراف على هذه المذكرة، والذي لم يخل علينا بالنصح والتوجيه والإرشاد، سائلين المولى عزّ وجل أن يجعل هذا الجهد المبذول في ميزان حسناته.

والشكر كل الشكر إلى الأستاذ المعطاء، الناصح الموجه إلى من كان له الفضل في اختيارنا تخصص قانون الأسرة الأستاذ: إلياس دياب جفال.

والشكر موصول أيضا إلى من أثاروا لنا طريق العلم طوال مشوارنا الدراسي بالجامعة ونخص بالذكر الدكتور: كمال الدين قاري، والدكتور: الصادق ظريفي، والدكتور: زكرياء بن تونس.

ونتقدم بالشكر الجزيل والتقدير العظيم لأساتذتنا الكرام أعضاء لجنة المناقشة

كما نشكر كل من ساعدنا وقدم لنا النصائح والتوجيهات، وإن لم يسعف المقام لذكرهم، فهم أهل للفضل والخير والشكر.

قائمة أهم المختصرات

تح: تحقيق

ج. ر. ع: الجريدة الرسمية. العدد

ج: الجزء

د. ب: دون بلد نشر

د. د: دون دار نشر

د. س: دون سنة نشر

د. ر. ط: دون رقم طبعة

ص: الصفحة

ط. خ: طبعة خاصة

ط: الطبعة

ع: العدد

م. ع. س: المملكة العربية السعودية

مج: مجلد

ق. أ. ج: قانون الأسرة الجزائري

مقدمة

مقدمة:

بسم الله والصلاة والسلام على أشرف خلق الله تعالى سيدنا محمد وعلى آله وصحبه ومن سار على دربه إلى يوم الدين، وبعد:

إن المتأمل في كتب الفقه الإسلامي وقواعده ، وفي كتب أصول الفقه يجد أن علماء الأصول قد أوجدوا أدلة شرعية للتشريع في الإسلام ، فمنها المنفق عليها بين جمهور الفقهاء من القرآن الكريم، السنة النبوية الشريفة، القياس والإجماع، ومنه المختلف فيها، مثل: الاستصحاب ، الاستحسان ، العرف ، شرع ما قبلنا ، قول الصحابي وغير ذلك.

العرف واحد من هذه المصادر لاستنباط الأحكام، لأنه ملازم للمجتمعات الإنسانية عامة، والإسلامية على وجه الخصوص، حيث أنه ذو صلة وثيقة بالحياة اليومية للناس، فهو وليد حاجة المجتمع ، وتعبير عن مجموع الأقوال والأفعال الصادرة عن أفرادها، فجاء ليزيل الغموض عن كثير من الأحكام التي تتغير بتغير الزمان والمكان لرفع الحرج عن الناس، لهذا أقرت الشريعة الإسلامية صالح الأعراف دون فاسدها، وسارت على نحوها التشريعات الوضعية بما في ذلك التشريع الجزائري، الذي اعتبر العرف مصدرا من مصادر القانون، ولعل من أكثر التصرفات تأثرا بالعرف الزواج.

وعقد الزواج واحد من أهم العقود، وطريق مستقيم موصل إلى استحلال ما كان محرما قبله، وذلك لتحقيق مقصد مهم من مقاصد الشريعة الإسلامية وهو حفظ النسب، ومن المعلوم أن ثمرة الزواج هي تكوين أسرة، والأسرة هي اللبنة الأولى لبناء المجتمع.

ونظرا لأهمية عقد الزواج، فإن المشرع الجزائري وعلى غرار باقي التشريعات أولى له أهمية بالغة، إذ أحاطه بالعديد من الضوابط والشروط التي جاءت في بعض أحكامها معتبرة لأعراف الناس للتسيير ورفع الحرج عنهم.

وقانون الأسرة الجزائري 11/84 المؤرخ في 09 جوان 1984 المعدل والمتمم بالأمر 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005، جاءت مواده مستمدة من الشريعة الإسلامية، التي اعتمدت في كثير من مسائل الزواج ومقدماته على العرف، ومنه فالقانون سالف الذكر يعتمد في نصوصه بطريقة غير مباشرة على العرف لاسيما منها المتعلقة بمسائل الزواج.

أهمية البحث:

يكتسي هذا الموضوع أهمية بالغة نظرا لاعتبار العرف من المصادر الاحتياطية لقانون الأسرة، فضلا عن إظهار أصالة الشريعة الإسلامية ومرونتها، وقبولها للأحكام في كافة أمور الحياة، بالإضافة إلى بيان كيفية التوفيق بين المتناهي واللامتناهي، وبالاجتهاد والقياس وكذا العرف بصفة خاصة، وذلك باعتبار أن الوقائع لا متناهية والنصوص متناهية. كما أن لهذا الموضوع أهمية بالغة من الناحية العملية تتجلى في إعمال العرف في مسائل الأحوال الشخصية.

إشكالية البحث:

ما مدى اعتبار العرف كمصدر للتشريع في مسائل الخطبة والزواج ضمن

أحكام الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري؟

وتحيط بهذه الإشكالية تساؤلات أخرى أهمها:

- ما هو المفهوم الفقهي والقانوني للعرف؟ وما مدى التقارب بين العرف كمصدر

للتشريع الإسلامي والعرف كمصدر للقانون؟

- كيف نظم المشرع مسألة اقتران الخطبة بالفاتحة وآثار العدول عن الخطبة؟
وهل أولى اعتبارا للعرف فيهما؟
- كيف كانت النظرة الفقهية والقانونية لأركان وشروط الزواج؟ وما مدى مراعاة
المشرع لأعراف المجتمع فيهما دون مصادمة لأحكام الشريعة الإسلامية؟
- أسباب اختيار الموضوع:**
- اخترنا هذا الموضوع لأسباب شخصية وموضوعية وهي:
- الأسباب الشخصية:**
- الرغبة الشخصية في تناول موضوع العرف، لإظهار مرونة الشريعة الإسلامية،
وتبيان صلاحيتها لكل زمان ومكان.
- الأسباب الموضوعية:**
- الدور الكبير للعرف في حياة الناس، بحيث لا نكاد نمرّ على موضوع من
مواضيع حياتهم دون وجود أثر للعرف فيه.
- قلة تناول موضوع العرف في مسائل الأحوال الشخصية ، فلا نكاد نجد دراسة
تتكلم عنه.
- ندرة الدراسات المتخصصة في موضوع العرف، وإن وجدت فهي قليلة، كل هذه
الأسباب دفعتنا إلى البحث في هذا الموضوع الذي يكتسي أهمية بالغة.
- أهداف البحث:**
- الأهداف التي سعينا إلى تحقيقها من خلال دراستنا لموضوع العرف هي:
- التعريف بالعرف كمصدر من مصادر قانون الأسرة ومقارنته بمعنى العرف من
الناحية القانونية.
- إيضاح خطورة الأعراف الفاسدة على الأسرة والمجتمع، والدعوة إلى التمسك
بالأحكام الشرعية، والأعراف الصحيحة.

- تبيان المواضع التي أعطى فيها المشرع اعتبارا للعرف في قانون الأسرة، والنتائج المحققة بناء على هذا الاعتبار.
- التنويه بدور الأعراف الصحيحة للمساعدة في وضع تشريعات موافقة لها.
- تزويد الجامعة الجزائرية بمثل هذه الدراسات الخاصة بمجال التشريع الأسري، حتى يتسنى للباحثين الرجوع إليها والاستفادة من نتائجها.

الدراسات السابقة:

- حسب اطلاعنا فالموضوع الذي تناولناه بالدراسة قد سبق البحث فيه من خلال:
- مذكرة بعنوان: " اعتبار العرف في مسائل الزواج وآثاره" للطالب "عماد شريفي"، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة محمد بوضياف المسيلة نوقشت عام 2014- 2015، تناول من خلالها بيان أثر العرف في تنظيم مسائل الزواج ومقدماته وآثاره في نقاط معينة، منها ما لم نتطرق له، كاعتبار العرف في الشورى في الخطبة، وكذا في آثار عقد الزواج، وهناك مواضيع عالجتاها لم يتناولها بالدراسة، منها: التعويض عن الضرر عند العدول عن الخطبة واعتبار العرف فيه، وكذا أهلية الزواج واعتبار العرف فيها.
 - مذكرة بعنوان "اعتبار العرف في أحكام الخطبة والزواج في قانون الأسرة الجزائري" للطالبة "عزوز فاطمة الزهراء"، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف والتي نوقشت عام 2015- 2016 عرضت فيها إلى بيان اعتبار العرف في انعقاد الخطبة والعدول عنها وكذا اعتبار العرف في الزواج وهناك مواضيع تناولناها ولم نتطرق إليها بالدراسة منها: الدراسة الفقهية والقانونية للعرف.

- مذكرة بعنوان: "مدى سلطان العرف في قانون الأسرة الجزائري" للطالبة "زرقين عواطف" مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر

بسكرة، التي نوقشت عام 2014-2015 عرضت فيها إلى نشأة العرف وهو الذي لم نتطرق إليه، وتناولت أيضا بدراسة أصولية سطحية له دون الدراسة القانونية والذي كنا فيه أكثر توسعا من خلال دراسة الجانبين معا، كما تطرقت إلى النشأة التاريخية لقانون الأسرة واعتبار العرف في آثار عقد الزواج الذي لم نشمله بدراستنا، وهناك مواضيع تناولناها ولم نتطرق إليها بالدراسة منها: اعتبار العرف في الخطبة وكذا في أركان الزواج وشروطه.

المناهج العلمية المستعملة في الدراسة:

اعتمدنا في بحثنا هذا على المناهج التالية:

- **المنهج المقارن:** من خلال بيان الدراسة الأصولية والقانونية للعرف والتطرق إلى موقف الفقه والقانون من بعض مسائل الأسرة التي عرضنا لها ثم أثر العرف فيها.

- **المنهج الاستقرائي:** وذلك من خلال تتبع الجزئيات الموجودة في كتب فقهاء الشريعة والقانون ، ونقلها ، والاستدلال بها ؛ لبيان صحة الاستنتاج وسلامة الفكرة.

- **المنهج التحليلي:** وذلك لتحليل النصوص التشريعية المتعلقة بموضوع الدراسة.

طبيعة المصادر والمراجع وكيفية التعامل معها:

اعتمدنا في بحثنا هذا على مجموعة من المصادر، والمتمثلة في: القرآن الكريم، كتب السنة الأصلية، وكذا المعاجم، إضافة إلى المراجع: من كتب فقهية وأصولية، وكذا الكتب القانونية، إضافة إلى الرسائل الجامعية، المقالات، النصوص القانونية وكذا المواقع الالكترونية.

ولقد تم اعتماد المنهجية التالية في التعاطي مع مختلف عناصر البحث ومتطلباته، ففيما يخص آيات القرآن الكريم ، فقد اعتمدنا في كتابتها على خط

المصحف وتزقيمها بما يوافق رواية حفص ، مع الإحالة على الهامش لاسم السورة ورقم الآية، أما أحاديث النبي صلى الله عليه وسلم ، فقد اجتهدنا في اعتماد الأحاديث الصحيحة من الكتب الستة المعتمدة وغيرها ، مع الإشارة في الهامش إلى المصدر الذي ورد فيه الحديث، بالإضافة إلى الجزء ورقم الحديث والصفحة التي ذكر فيها، وفيما يخص المراجع المقتبس منها اكتفينا بذكر تفاصيل المرجع في أول ذكر له، وفي حالة الاستعانة به مجددا فإننا ذكرنا اسم الكاتب وأضفنا له عبارة مرجع سابق أو المرجع نفسه، بحسب الأحوال، وفيما يخص مصادر النصوص القانونية التي استشهدنا بها، فذكرنا تفاصيلها في الهامش عند أول ذكر لها من غير الحاجة إلى تكرار ذلك عند الاستشهاد بها مرة أخرى، كما أوردنا سيرة مختصرة للأعلام التي وردت أسماؤهم عرضا في سياق الكلام.

وفيما يخص الفهارس فقد وضعنا فهرسا للآيات الكريمة المستشهد بها، ورتبناها بحسب ترتيب السور الوارد في كتاب الله تعالى، وفهرسا للأحاديث النبوية بترتيب ألفبائي لبداية لفظ الحديث.

كما اعتمدنا منهجية واحدة في تفريع عناوين البحث على النحو التالي:

(الفصل، المبحث، المطلب، الفرع، أولا، 1، أ، أ-1، أ-1-1...)

خطة البحث:

وللإجابة عن الإشكالية والتساؤلات المذكورة سابقا اعتمدنا الخطة التالية القائمة على فصلين أولهما نظري تأسيلي؛ يعالج ماهية العرف في الفقه والقانون (الفصل الأول)، من خلال التطرق إلى مفهوم العرف وحجيته في الفقه والقانون في المبحث الأول، والمبحث الثاني تناولنا فيه أركان وشروط العرف ودوره في الفقه والقانون، والثاني تطبيقي أبرزنا فيه اعتبار العرف في بعض مسائل الأسرة (الفصل الثاني)،

من خلال تناول الخطبة واعتبار العرف فيها في المبحث الأول، ثم التطرق إلى الزواج واعتبار العرف فيه في المبحث الثاني.
ويأتي تفصيلها كالآتي:

مقدّمة

الفصل الأول: ماهية العرف في الفقه والقانون

المبحث الأول: مفهوم العرف وحجّيته في الفقه والقانون

المطلب الأول: مفهوم العرف وحجّيته في الفقه الإسلامي

المطلب الثاني: مفهوم العرف وحجّيته في القانون

المبحث الثاني: أركان وشروط العرف ودوره في الفقه والقانون

المطلب الأول: أركان وشروط العرف ودوره في الفقه الإسلامي

المطلب الثاني: أركان وشروط العرف ودوره في القانون

الفصل الثاني: اعتبار العرف في بعض مسائل الأسرة

المبحث الأول: الخطبة واعتبار العرف فيها

المطلب الأول: حقيقة الخطبة

المطلب الثاني: اعتبار العرف في الخطبة

المبحث الثاني: الزواج واعتبار العرف فيه

المطلب الأول: حقيقة الزواج

المطلب الثاني: اعتبار العرف في بعض مسائل الزواج

خاتمة

الفصل الأول:

ماهية العرف في الفقه والقانون

تمهيد

بما أن الحياة في تطور دائم ومستمر، أصبح لعادات الناس وأعرافهم ، سلطان على النفوس والعقول، مما يجعلها ضرورة من ضرورات الحياة التي لا يستغنى عنها، وهذا ما يجعل للعرف دورا واضحا ومهما في فهم الأحكام الشرعية في مختلف المجالات الاجتماعية ، الدينية، الاقتصادية والسياسية التي لها تأثير على حياة الناس، وهو بذلك يعد ترجمة لما يعيشه المجتمع من ظروف، ولما حُكِّمَت القوانين الوضعية في الدول العربية كان لزاما لأن تكون لهذه القوانين مصادر رسمية تقوم عليها، فكان للعرف مكان في هذه المصادر، فهناك من جعله يحتل المرتبة الثانية في المصادر بعد التشريع كمصر، وهناك من الدول من جعلته في المركز الثالث بعد التشريع والشريعة الإسلامية كالجزائر مثلا.

وفي هذا الفصل المعنون ب: " ماهية العرف في الفقه والقانون " سنتطرق إلى مفهوم العرف وحجتيه في الفقه والقانون كمبحث أول، ثم أركان وشروط ودور العرف في الفقه والقانون في المبحث الثاني.

المبحث الأول: مفهوم العرف وحجتيه في الفقه والقانون

سننظر في هذا المبحث إلى مفهوم العرف وحجتيه في الفقه (المطلب الأول)، ثم مفهوم العرف وحجتيه في القانون (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم العرف وحجتيه في الفقه الإسلامي

نستعرض في هذا المطلب مفهوم العرف في الفرع الأول، ثم نتناول حجتيه في الفرع الثاني.

الفرع الأول: مفهوم العرف في الفقه الإسلامي

وهذا الفرع قسمناه إلى ثلاثة عناصر، نستعرض تعريف العرف أولاً، ثم نميزه عما يشابهه من مصطلحات ثانياً، وأقسام العرف ثالثاً.

أولاً: تعريف العرف: سنقوم بتعريف العرف لغة واصطلاحاً.

1 - التعريف اللغوي للعرف:

العرف بالضم: بمعنى الجود وهو اسم دال على البذل والعطاء.¹ وقال ابن منظور: "العرف والعارفة والمعروف واحد، ضد النكر، وهو كل ما تعرفه النفس من الخير"، أي ما يستحسن من الأفعال.² وهو ما دل عليه قوله تعالى: « كُنْتُمْ خَيْرَ أُمَّةٍ أُخْرِجَتْ لِلنَّاسِ تَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَتَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ... »³ وقوله أيضاً: « يَبْنِي أَقِمِ الصَّلَاةَ وَأْمُرْ بِالْمَعْرُوفِ... »⁴.

¹: مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي، القاموس المحيط، تح: نعيم العرقسوسي، (مادة عرف)، ط 8، مؤسسة الرسالة، لبنان، 2005، ص 836.

²: أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، مج 9، (مادة عرف)، د. ر. ط، دار صادر، لبنان، د. س، ص 239.

³: سورة آل عمران، من الآية 110.

⁴: سورة لقمان، من الآية 17.

وجاء في مقاييس اللغة لابن فارس: "العين والراء والفاء أصلان صحيحان يدل أحدهما على تتابع الشيء متصلا بعبءه ببعض والآخر على السكون والطمأنينة"¹.

2- التعريف الاصطلاحي للعرف:

تعددت تعريفات العلماء ، القدماء منهم والمعاصرين للعرف، تبعا لاختلاف نظرتهم إليه، فمنهم من اقتصر على بيان ماهية العرف وحقيقته ، ومنهم من تطرق إلى بعض أقسامه، ومنهم من أشار إلى بعض شروطه، ومنهم من قصره على الصحيح منه دون الفاسد، وسنحاول عرض أهم التعريفات، مع محاولة النقد واختيار التعريف الصحيح المقترح.

أ تعريف العرف حسب النسفي:²

"العادة والعرف: ما استقر في النفوس من جهة العقول وثلقته الطباع السليمة بالقبول"³.

• **نقد التعريف:** ما يؤخذ على تعريف النسفي، أنه جعل العادة والعرف بمعنى واحد في حين أن العادة أعم من العرف، فكل عرف عادة ولا عكس، كما يفهم من سياق تعريفه أنه أراد به العرف الصحيح دون الفاسد، وبالتالي فهو غير جامع⁴.

ب -تعريف العرف حسب ابن عابدين⁵:

"العادة مأخوذة من المعاودة، فهي بتكرارها ومعاودتها مرة بعد أخرى صارت معروفة، مستقرة في النفوس والعقول، متلقة بالقبول من غير ع-لاقة ولا قرينة، حتى صارت حقيقة

¹: أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، مقاييس اللغة، تح: عبد السلام محمد هارون، ج 4، (مادة عرف)، د. ر. ط، دار الفكر، لبنان، 1979، ص 281.

²: عبد الله بن أحمد بن محمود النسفي، حافظ الدين (فقيه حنفي، مفسر)، توفي سنة 710 هـ، له مصنفات جلييلة منها: "مدارك التنزيل"، في تفسير القرآن، و"كنز الدقائق" في الفقه، و"المنار" في أصول الفقه والمستصفي. ينظر: خير الدين الزركلي، الأعلام، ج4، ط 15، دار العلم للملايين، لبنان، 2002، ص 67.

³: أحمد فهمي أبو سنة، العرف والعادة في رأي الفقهاء، د. ر. ط، مطبعة الأزهر، مصر، 1947، ص 8.

⁴: أسماء بنت عبد الله الموسى، العرف حجيته وآثاره الفقهية، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، مج 21، ع 41، م. ع. س، 1427 هـ، ص 7.

⁵: محمد أمين بن عمر بن عابدين الدمشقي، (فقيه الديار الشامية، وإمام الحنفية في عصره)، ولد في دمشق وتوفي سنة 1252 هـ، له مصنفات عديدة منها: رد المحتار على الدر المختار، العقود الذرية في الفتاوى الحامدية، ومجموعة من الرسائل. ينظر: الزركلي، الأعلام، ج 6، المرجع السابق، ص 42.

عرفية، فالعادة والعرف بمعنى واحد من حيث الماصدق¹، وإن اختلفا من حيث المفهوم².

• **نقد التعريف:** ما يؤخذ على تعريف ابن عابدين، أنه سوى بين العرف والعادة، كما أن العادة تثبت بتكرارها مرتين أو ثلاثة بخلاف العرف، فإنه لا يثبت إلا بالاستقرار والدوام بالإضافة إلى أنه غير جامع لعدم دخول العرف الفاسد فيه³.

ج- تعريف محمد بن فرحون اليعمري المالكي:

"العادة غلبة معنى من المعاني على جميع البلاد أو بعضها"⁴.

د- تعريف السيوطي:⁵

"قال الفقهاء: كل ما ورد به الشرع مطلقاً، ولا ضابط له فيه، ولا في اللغة، يُرجع فيه إلى العرف"⁶.

هـ- تعريف ابن عطية وابن ظفر:

"قال ابن عطية: إن معنى العرف: كل ما عرفته النفوس مما لم تُرده الشريعة، وقال ابن ظفر في الينبوع: العرف ما عرفه العقلاء بأنه حسن، وأقرهم الشارع عليه"⁷.

¹: المقصود به الفرد أو الأفراد التي ينطبق عليها اللفظ إذا تحقق فيها مفهومه الذهني. ينظر: عبد الرحمان حسن حبنكة

الميداني، ضوابط المعرفة وأصول الاستدلال والمناظرة، ط 4، سوريا، دار القلم، 1993، ص 45.

²: السيد محمد أمين بن عابدين، مجموعة رسائل ابن عابدين، نشر العرف، د. ر. ط، د. د. ب، د. س، ص 114.

³: أسماء بنت عبد الله موسى، المرجع السابق، ص 8.

⁴: محمد بن فرحون اليعمري المالكي، تبصرة الحكام في أصول أفضية ومناهج الأحكام، ج 2، ط. خ، دار عالم الكتب، م.

ع. س، 2003، ص 68.

⁵: هو عبد الرحمان بن كمال الدين بن أبي بكر بن محمد سابق الدين خضر الخضيرى الأسيوطي، المشهور باسم جلال الدين السيوطي، ولد سنة 867هـ بالقاهرة، وتوفي بها سنة 927هـ من مؤلفاته: الإتيان في علوم القرآن، الجامع الكبير. ينظر:

موقع ويكيبيديا، عبد المؤمن، جلال الدين السيوطي، [جلال_الدين_السيوطي](https://ar.wikipedia.org/wiki/جلال_الدين_السيوطي)، https://ar.wikipedia.org/wiki/جلال_الدين_السيوطي، تاريخ

الزيارة: 2018/06/13، على الساعة 19:10.

⁶: جلال الدين عبد الرحمان السيوطي، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، ط 1، دار الكتب العلمية، لبنان،

1983، ص 98.

⁷: محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن علي الفتوحى الحنبلي ابن النجار، شرح الكوكب المنير، تح: محمد الزحيلي ونزيه حمّاد،

مج 4، ط 1، وزارة الأوقاف السعودية، م. ع. س، 1993، ص ص. 448، 449.

و- تعريف العرف حسب عبد الوهاب خلاف:¹

"ما تعارفه الناس وساروا عليه من قول أو فعل، أو ترك"².

ي- تعريف العرف حسب مصطفى الزرقا³: "عادة جمهور قوم في قول أو عمل"⁴.

• التعريف المختار:

بعد ذكر التعريفات السابقة، يظهر أن التعريف الذي يقرب للمعنى الصحيح للعرف هو تعريف مصطفى الزرقا، وذلك لقلة الاعتراض عليه، وتعرضه إلى الشروط والأقسام، بالإضافة إلى اشتماله على الأقوال والأفعال.

• شرح التعريف:

• عادة: وتتمثل في كل متكرر من الأقوال والأفعال، سواء أكان صادرا عن الفرد أو الجماعة.⁵

• جمهور: يستفاد منه أن العرف لا يتحقق إلا بتوفر نصاب عددي من الناس، حتى ولو كان عرفا خاصا، وعليه فالعادة الفردية لا تعد عرفا والمشاركة لم تطرد بل اضطربت.⁶

• قوم: الملاحظ أن لفظ قوم جاء نكرة، ويستفاد من ذلك دخول العرف الخاص، وأنه محكم في من كان غالبا عليهم من نحو أهل بلد معين، أو أهل حرفة خاصة.

• قول أو فعل: هذا يدل على تقسيم العرف إلى عرف قولي وعرف فعلي، كما أن العرف لا يكون إلا في الأمور المنبثثة عن التفكير والاختيار، فيخرج عن معنى العرف ما كان ناشئا

¹: هو عبد الوهاب بن عبد الواحد خلاف، فقيه مصري، من بين تصانيفه: أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية وتاريخ

التشريع الإسلامي، وتوفي بالقاهرة 1375 هـ. ينظر: الزركلي، الأعلام، ج 4، المرجع السابق، ص 184.

²: عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، ط 8، مكتبة الدعوة الإسلامية، مصر، د. س، ص 89.

³: هو مصطفى بن أحمد بن الشيخ محمد الزرقاء، ولد عام 1329 هـ، من مؤلفاته: الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، شرح القانون المدني السوري، ونظام التأمين حقيقته والرأي الشرعي فيه، توفي سنة 1427 هـ. ينظر: محمد مجذوب، علماء ومفكرون عرفتهم، ج 2، ط 4، دار الشواف، م. ع. س، 1992، ص 343.

⁴: مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج 2، ط 1، دار القلم، سوريا، 1998، ص 872.

⁵: أحمد فهمي أبو سنة، المرجع السابق، ص 11.

⁶: عادل بن عبد القادر بن محمد ولي قوته، العرف حجبيته وأثره في فقه المعاملات المالية عند الحنابلة، ج 1، ط 1، المكتبة الملكية، م. ع. س، 1997، ص 101.

بسبب عادي من عوامل الطبع، كمنضج الثمار في البلاد الحارة، وإبطاء ذلك في البلاد الباردة.¹

• العلاقة بين المعنى اللغوي والمعنى الاصطلاحي:

تبين لنا أن العرف بالمعنى اللغوي: تتابع الشيء متصلاً ببعضه ببعض والسكون والطمأنينة، وكما ذكر سابقاً أن هذين المعنيين وارد في العرف بالمعنى الاصطلاحي؛ إذ أن تتابع الشيء يؤدي إلى الرسوخ في النفس واطمئنانها إليه.²

ثانياً: تمييز العرف عما يشابهه من مصطلحات:

سنقوم بتمييز العرف عن كل من العادة والإجماع والعمل، كآلاتي:

1) العرف والعادة:

حتى نبين الفرق بين العرف والعادة، لا بد من تعريف كل منهما، ولأن العرف سبق تعريفه، نكتفي بتعريف العادة في اللغة والاصطلاح.

أ - تعريف العادة:

• **التعريف اللغوي للعادة:** "هي الدراسة والتمادي في شيء حتى يصير له سجية"³.

وجمعها: عاد، عادات وعيد، وتعود الشيء واستعادته وأعادته أي صار عادة له.⁴

• **التعريف الاصطلاحي للعادة:** لقد عرّف علماء أصول الفقه العادة بأنها: الأمر المتكرر

من غير علاقة عقلية، فالأمر المتكرر على علاقة عقلية لم يكن أبداً من قبيل العادة، بل يعتبر من التلازم العقلي، وذلك لتكرر حدوث الأثر كلما حدث المؤثر، بسبب أن المؤثر علة لا يتأخر عنها معلولها، ومثال ذلك: تحرك الخاتم بحركة الإصبع، فهذا لا يسمى عادة مهما تكرر لأنه ناشئ عن تلازم وارتباط بين العلة والمعلول، وليس ناشئ عن طبع أو ميل أو عامل طبيعي.⁵

ب - الفرق بين العرف والعادة:

¹: عادل بن عبد القادر بن محمد ولي قوته، المرجع السابق، ص 101.

²: أحمد بن رفاع بن حامد العزيزي المطبيري، العرف في التشريع الجنائي دراسة تأصيلية مقارنة، رسالة ماجستير في العدالة الجنائية، كلية الدراسات العليا، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، م. ع. س، 2010، ص 17.

³: أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، المصدر السابق، (مادة عود)، ص 182.

⁴: ابن منظور، لسان العرب، مج 3، المصدر السابق، ص ص. 316، 317.

⁵: مصطفى أحمد الزرقا، المرجع السابق، ص 871.

اختلف الفقهاء في تحديد الفرق بين العرف والعادة: حيث ذهب جمهور الفقهاء إلى أن العرف والعادة بمعنى واحد¹، ومن بين هؤلاء: حافظ الدين النسفي، وابن عابدين الحنفي الذي قال: "فالعادة والعرف بمعنى واحد من حيث الماصدق، وإن اختلفا من حيث المفهوم" ومن العلماء المعاصرين عبد الوهاب خالف².

ويذهب آخرون إلى التفرقة بينهما، من حيث العموم والخصوص، فهناك من يجعل العادة أعم من العرف، فتطلق العادة على كل من العادات الجماعية و العادة الفردية، خلافا للعرف الذي يقتصر على العادة الجماعية، وبالتالي فإن العادة أعم من العرف، والعرف أخص منها، إذن نقول: كل عرف عادة وليس كل عادة عرف³، وممن قال بهذا أحمد فهمي أبو سنة⁴. بينما هناك من يرى بأن العرف أعم من العادة، بحيث أنه لو أطلق لفظ العرف لشمّل العرف القولي والعملي معا، أما إذا أطلقنا لفظ العادة، فينصرف ذلك إلى العرف العملي فحسب، وهذا قول الحنفية⁵.

(2) العرف والإجماع:

حتى نبين الفرق بين العرف والإجماع، كان لا بد من تعريف الإجماع لغة واصطلاحا.

أ - تعريف الإجماع:

¹: عمر بن عبد الكريم الجدي، العرف والعمل في المذهب المالكي ومفهومهما عند علماء المغرب، د. ر. ط، مطبعة فضالة، المغرب، 1982، ص 37.

²: عماد شريقي، اعتبار العرف في مسائل الزواج وآثاره في قانون الأسرة الجزائري-دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي-، مذكرة ماجستير في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، الجزائر، 2015، ص 6.

³: عمر بن عبد الكريم الجدي، المرجع نفسه، ص 38؛ أحمد فهمي أبو سنة، المرجع السابق، ص 13.

⁴: هو أحمد فهمي أبو سنة، ولد عام 1331هـ وتوفي سنة 1428هـ، من مؤلفاته: الوسيط في أصول الفقه. ينظر: أرشيف إسلام أون لاين، وفاء سعداوي، أحمد فهمي أبو سنة.. شيخ الأصوليين بين العلم والحياة.. سيرة موجزة لعالم، <http://archive.islameonline.net/?p=9539>، تاريخ الزيارة: 2018/06/13، على الساعة: 19:21.

⁵: زرقين عواطف، مدى سلطان العرف في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، 2015، ص 27؛ نقلا عن: باجنيد عبد الرحمان إلهام عبد الله، أثر العرف في الفرق ومتملقاتها من أحكام فقه الأسرة، مذكرة ماجستير، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، م. ع. س، 2003، ص 41.

• **التعريف اللغوي للإجماع:** بمعنى الاتفاق ، إحكام النية والعزم على الشيء ، يقال:

أجمعت الرأي وعزمت عليه وأجمع أمره؛ أي جعله جميعا بعدما كان متفرقا¹.

• **التعريف الاصطلاحي للإجماع:** هو اتفاق مجتهدي أمة محمد صلى الله عليه وسلم في

أي عصر كان بعد وفاته على حكم شرعي².

ب الفرق بين العرف والإجماع: ذكر العلماء فروقا كثيرة بين العرف والإجماع، نذكر

أهمها:

• إن العرف ينشأ من توافق غالب الناس على قول أو فعل ، بما فيهم العامة والخاصة ؛

أي شذوذ بعض الأفراد عما عليه العرف لا ينقض العرف، أما الإجماع فلا ينشأ إلا من اتفاق

كل المجتهدين دون غيرهم، في عصر بعد وفاة الرسول صلى الهن عليه وسلم على حكم شرعي

أي أن مخالفة مجتهد واحد أو أكثر للإجماع ينقضه³.

• إذا صدر الحكم المستند إلى الإجماع فلا مجال للاجتهاد فيه، خلاف للعرف فإنه مع

تحققه يجوز الاجتهاد فيه⁴، أي ليس للعرف قوة الحكم الذي سنه الإجماع.

• إن الإجماع متى تم كان ملزما للمجمعين وغيرهم، في زمانهم وفي الأزمنة اللاحقة، أما

العرف فحجيته قاصرة على من تعارفوا عليه دون غيرهم، سواء أكانوا من معاصريهم أو ممن

يأتون بعدهم⁵.

(3) العرف والعمل: من أجل بيان الفرق بين العرف والعمل، لابد من تعريف العمل لغة

واصطلاحا

أ - تعريف العمل:

• **التعريف اللغوي للعمل:**

¹: ابن منظور، لسان العرب، مج 8، المصدر السابق، ص ص. 57، 58.

²: عبد القادر شيبية الحمد، إمتاع العقول بروضة الأصول، ط 3، مكتبة الملك فهد الوطنية، م. ع. س، 2014، ص 51.

³: سليمان محمود قاسم عدوان، معارضة العرف لخبر الواحد، مذكرة ماجستير في أصول الفقه، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين، 2007، ص 22.

⁴: المرجع والصفحة نفسها.

⁵: نصر فريد محمد واصل، المدخل الوسيط لدراسة الشريعة الإسلامية والفقه والتشريع، ط 2، المكتبة التوفيقية، مصر، د.

بمعنى السعي، لقوله عز وجل في آية الصدقات «...وَالْعَمَلِينَ عَلَيْهِمْ...»¹؛ هم السعاة

الذين يأخذون الصدقات من أربابها، ويأتي أيضا بمعنى المهنة والفعل، والجمع أعمال، عمل عملا وأعماله غيره واستعمله²

• التعريف الاصطلاحي للعمل:

إن العمل المقصود هنا ليس العمل بمفهومه العام، وإنما نقصد به ما يرد ويتكرر في كلام أهل العلم، كقولهم: "هذا عليه العمل" أو "جرى به العمل" وما يشبه هذه العبارات، حيث أن له مفهومه ودلالته الخاصة به، حيث أن هذه العبارات لا تستخدم في مسألة أو حكم معين إلا بعد توفر عدة أمور هي:

- أن يكون هذا الحكم مستندا على رأي فقهي موافق لقواعد الشرع، وأن لا يكون هذا الرأي منكرا.³

- استقرار الفتوى علي في الغالب، وتجري به أحكام القضاء نتيجة لالتزام القضاة به.

- أن تكون حفظ مصلحة من المصالح المرعية هي الدافع لاختيار هذا الحكم، وجعل العمل عليه دون غيره واستقرار الفتوى والقضاء عليه.⁴

ب الفرق بين العرف والعمل: من أهم الفروق بين العرف والعمل ما يلي:

- إن العمل خاص بالعلماء، بخلاف العرف فإنه يشمل عامة الناس علماء وغيرهم.

- إن العمل خاص بالترجيح في مسائل مختلف فيها بخلاف العرف فهو أعم وأشمل من ذلك.⁵

ثالثا: أقسام العرف في الفقه الإسلامي:

ينقسم العرف في الفقه الإسلامي إلى عدة أقسام، كل حسب اعتباره، فينقسم باعتبار

موضوعه إلى عرف قولي وعملي، وباعتبار مصدره إلى عرف عام وعرف خاص وعرف

¹: سورة التوبة، من الآية 60.

²: ابن منظور، لسان العرب، مج 11، المصدر السابق، ص ص. 474، 475.

³: عادل بن عبد القادر بن محمد ولي قوته، المرجع السابق، ص ص. 119، 120.

⁴: المرجع والصفحة نفسها.

⁵: عادل بن عبد القادر بن محمد ولي قوته، المرجع السابق، ص ص. 120، 121.

شرعي، وباعتبار حكمه الشرعي إلى عرف صحيح وعرف فاسد، وهو ما سنبيّنه من خلال العناصر التالية:

1) باعتبار الموضوع:

أ **العرف القولي**: هو اللفظ الذي يشاع عند القوم على إطلاقه واستعماله في غير معناه اللغوي؛ أي يراد منه غير مدلوله¹ "بحيث لا يتبادر عند سماعه غيره"²، "بلا قرينة ولا علاقة عقلية"³، وعليه يتبادر عند إطلاق اللفظ المعنى العرفي دون الأصلي.

ومثال ذلك: إطلاق كلمة ولد على الذكر دون الأنثى مع أنها في اللغة تشمل الاثنين معاً، لقوله تعالى: « **وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمْ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَنَّ**... »⁴.

ب - العرف العملي:

هو ما تعارف عليه أهل المجتمع أو أغلبهم، في زمن من الأزمان وساروا عليه⁵ "من الأفعال العادية أو المعاملات المدنية"⁶؛ أي ما يتعلق بشؤون حياتهم ، تبادل مصالحهم وتصرفاتهم من بيع، شراء وعقود أنكحة.⁷ ومثال الأفعال العادية: اتخاذ يوم الجمعة عطلة دون سائر الأيام⁸، ومثال المعاملات المدنية: اعتياد الناس في بيع بعض الأشياء الثقيلة ، مثل: الحطب والقمح أن تكون على البائع حمولتها إلى بيت المشتري⁹.

2) باعتبار مصدره:

¹: مصطفى عبد الرحيم أبو عجيل، العرف وأثره في التشريع الإسلامي، ط 1، المنشأة لعامة، ليبيا، 1986، ص 101.
²: ابن عابدين، المرجع السابق، ص 115.
³: مصطفى أحمد الزرقا، المرجع السابق، ص 875.
⁴: سورة النساء، من الآية 12.
⁵: مصطفى عبد الرحيم أبو عجيل، المرجع نفسه، ص 105.
⁶: مصطفى أحمد الزرقا، المرجع نفسه، ص 876.
⁷: عمر بن عبد الكريم الجبدي، المرجع السابق، ص 97.
⁸: عماد شريقي، المرجع السابق، ص 8.
⁹: مصطفى أحمد الزرقا، المرجع السابق، ص 877.

أ - العرف العام:

هو كل قول أو عمل يتعارف عليه جميع الناس أو أغلبهم، ويكون فاشيا في جميع البلاد أو أغلبها¹، ومثال ذلك: تعارف الناس في بعض البلاد الإسلامية على تقسيم المهر إلى معجل معجل ومؤجل².

ب - العرف الخاص:

هو كل قول أو فعل يكون مخصوصا ببلد أو مكان دون آخر، أو بين فئة من الناس دون أخرى³، ومثال ذلك: التعارف على أن أجور المحامين تكون بالنصف في بداية الدعوى، على أن يكون الباقي مؤجلا ومعلقا على ربح الدعوى وتنفيذها⁴.

ج - العرف الشرعي:

هو اللفظ الذي استعمله الشارع مريدا منه معنى خاص، ومثال ذلك: الصلاة فإنها في الأصل تأتي بمعنى الدعاء لكن الشارع أراد بها شيئا مخصوصا⁵.

3) باعتبار حكمه الشرعي:

أ - العرف الصحيح:

هو ما تعارفه الناس دون أن يخالف دليلا شرعيا، أو يحل محرما، أو يحرم حلالا، أو يبطل واجبا¹، بحيث لا يخالف قواعد الشريعة²، ولا يفوت مصلحة معتبرة، ولا يجلب مفسدة راجحة³.

¹: مصطفى عبد الرحيم أبو عجيبة، المرجع السابق، ص 107.

²: مصطفى أحمد الزرقا، المرجع نفسه، ص 878.

³: عمر بن عبد الكريم الجيدي، المرجع السابق، ص 99.

⁴: عماد شريقي، المرجع والصفحة نفسها.

⁵: عبد الكريم بن علي بن محمد النملة، المهذب في علم أصول الفقه المقارن، مج 3، ط 1، مكتبة الرشيد، م. ع. س، 1999، ص 1021.

ومثال ذلك: تعارف الناس على أن ما يقدمه الخاطب إلى مخطوبته من ثياب ونحوها ، يعتبر هدية ولا يدخل في المهر.

ب **العرف الفاسد:** هو ما يتعارف عليه الناس من أقوال وأفعال مخالفة للشريعة، بحيث يحل المحرم، أو يحرم الحلال، أو يبطل الواجب⁴، أو يجلب ضرراً، أو يدفع مصلحة. ومثال ذلك: تعارف الناس استعمال العقود الباطلة، كالاتقراض بالربا⁵.

الفرع الثاني: حجية العرف في الفقه الإسلامي:

ذهب جمهور العلماء ، من الحنفية ، المالكية، الشافعية والحنابلة إلى اعتبار العرف دليلاً من أدلة الأحكام إذا كان صحيحاً ؛ بحيث لا يخالف نصوص الشريعة ومبادئها ، ومتى تحققت شروط العمل به⁶.

وينص فقهاء الأحناف على أن الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي⁷.

كما نجد الإمام ابن عابدين رحمه الله يقول:

"والعرف في الشرع له اعتبار لذا عليه الحكم قد يدار⁸".

¹: عبد الوهاب خلاف، المرجع السابق، ص 89؛ وهبة مصطفى الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، ج 2، ط 1، دار الفكر، سوريا، 1986، ص 830.

²: يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين، قاعدة العادة محكمة، ط 2، مكتبة الرشد، م. ع. س، 2012، ص 44.

³: عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، ط 6، مؤسسة قرطبة، العراق، 1976، ص 253.

⁴: عبد الوهاب خلاف، المرجع والصفحة نفسها؛ وهبة الزحيلي، المرجع والصفحة نفسها.

⁵: عبد الكريم زيدان، المرجع والصفحة نفسها.

⁶: ظريفي الصادق، مدخل إلى الشريعة الإسلامية (محاضرات لطلبة السنة الثانية ليسانس تخصص القانون الخاص)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العقيد أكلي محند أولحاج، البويرة، الجزائر، 2016، ص 54.

⁷: ابن عابدين، المرجع السابق، ص 115.

⁸: ابن عابدين، المرجع السابق، ص 114.

ويقول ابن نجيم¹: "وأعلم أن اعتبار العادة والعرف يرجع إليه في الفقه وفي مسائل كثيرة حتى جعلوا ذلك أصلاً، فقالوا في الأصول في باب ما تترك به الحقيقة: تترك الحقيقة بدلالة الاستعمال والعادة"².

ويقول الشاطبي³ رحمه الله من المالكية: "العوائد الجارية ضرورية الاعتبار شرعاً، كانت شرعية في أصلها أو غير شرعية؛ أي: سواء كانت مقررة بالدليل شرعاً أمراً أو نهياً أو إذناً أم لا"⁴.

وعند الشافعية اعتبار للعرف وعادة الناس وإن كانت قليلة كما يقول السيوطي "أعلم أن اعتبار العادة والعرف رجح إليه في الفقه في مسائل لا تعد كثيرة"⁵.

ومما ورد عند الحنابلة مما يدل على اعتبارهم للعرف، قول الفتوحى: "من أدلة الفقه أيضاً: (تحكيم العادة) وهو معنى قول الفقهاء: إن العادة محكمة أي معمول بها شرعاً"⁶.

بعد ذكر بعض آراء العلماء من مختلف المذاهب فلا بد أن يكون لما قالوه دليل، واستدلوا على حجية العرف بأدلة من القرآن، السنة، الإجماع والمعقول، نوردتها كمايلي:

أولاً: من الكتاب:

¹: هو زين الدين بن إبراهيم بن محمد الشهير بابن نجيم، كان وحيد دهره عمدة العلماء العاملين وختام المحققين والمفتين، توفي سنة 970 هـ، من مصنفاته: الفوائد الزينية في فقه الحنفية، تعليق على الهداية. ينظر: الزركلي، الأعلام، ج 3، المرجع السابق، ص 64.

²: زين الدين بن إبراهيم بن محمد ابن نجيم، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، ط 1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1999، ص 79.

³: هو إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي، أصولي حافظ، توفي عام 790 هـ، ومصنفاته كثيرة منها: شرح الجليل على الخلاصة، الاعتصام. ينظر: الزركلي، الأعلام، ج 1، المرجع نفسه، ص 75.

⁴: إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي، الموافقات، مج 2، ط 1، دار ابن عفان، 1998، ص 493.

⁵: جلال الدين عبد الرحمان السيوطي، المرجع السابق، ص 90.

⁶: ابن النجار، المرجع السابق، ص 448.

1 قوله تعالى «وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنَمِّمَ الرِّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا...»¹.

وجه الاستدلال: أن الله تعالى قد بين حق ال مولود في الرزق والكسوة، وأوجب ذلك على الآباء، دون أن يحدد نوع ولا مقدار ولا صفة الرزق والكسوة الواجب دفعهما²، بل يُجمع في ذلك كله إلى المعتاد من أمر الناس³، وعليه فإن اعتبار الشارع للعرف في تقدير النفقة دليل على اعتباره حجة يرجع إليه.

2 قوله تعالى: «...وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرِدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا وَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْنَّ دَرَجَةٌ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ»⁴.

وجه الاستدلال: أن الله عز وجل أرشد الزوجين إلى أداء الحقوق المترتبة على بعضهم البعض، وفقا لما تعارفه الناس واعتادوه.⁵

3 قوله تعالى: « خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ»⁶.

وجه الاستدلال: "مبني على أن الأمر بالعرف في الآية الكريمة عادات الناس وما جرى تعاملهم به: فحيث أمر الله نبيه صلى الله عليه وسلم بالأمر بل ذلك على اعتباره في الشرع، وإلا لما كان في الأمر به فائدة."⁷

ثانيا: من السنة:

¹: سورة البقرة، من الآية 233.

²: أحمد رشاد عبد الهادي أبو حسين، أثر العرف في الأحوال الشخصية دراسة فقهية قانونية، مذكرة ماجستير في القضاء الشرعي، كلية الدراسات العليا، جامعة الخليل، فلسطين، 2013، ص 20.

³: عمر بن عبد الكريم الجديدي، المرجع السابق، ص 62.

⁴: سورة البقرة، من الآية 228.

⁵: عمر عبد الكريم الجديدي، المرجع والصفحة نفسها.

⁶: سورة الأعراف، الآية 199.

⁷: أحمد فهمي أبو سنة، المرجع السابق، ص 23.

1 عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه: أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «ما رآه المسلمون حسن فهو عند الله حسن»¹.

وجه الاستدلال من الحديث أنه كل ما رآه المسلمون بعقولهم حسناً، من العادات وغيره، قد حكم بحسنه عند الله فهو حق لا باطل فيه؛ لأن الله لا يحكم بحسن الباطل؛ فإذا كان العرف من أفراد ما استحسنته المسلمون كان محكوماً بحقيقته واعتباره².

2 عن عائشة رضي الله عنها، أن هند بنت عتبة، قالت: يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني ما يكفيني وولدي، إلا ما أخذت منه وه ولا يعلم، فقال: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف»³.

وجه الاستدلال من الحديث، أن تحديد النبي صلى الله عليه وسلم للمرأة أن تأخذ من مال زوجها القدر الذي يكفيها، ويقوم بحاجتها حسب المعروف، الذي نقصد به الأمر المعتاد المتعارف عليه عند الناس كل على حسب قدرته، من حيث اليسر والعسر، وكذلك من حيث المكان والزمان، وهذا تيسير للعباد⁴.

3 عن حزام بن سعد بن محصينة: أن ناقة للبراء بن عازب دخلت حائطاً لقوم فأفسدت فيه، فقاضى رسول الله صلى الله عليه وسلم على أهل الأموال حفظها بالنهار، وما أفسدت المواشي بالليل فهو ضامن على أهلها⁵.

وجه الاستدلال من الحديث أنه دل على اعتبار العادة في الأحكام الشرعية؛ إذ بنى النبي صلى الله عليه وسلم التضمين على ما جرت به العادة⁶؛ إذ كل من صاحب الناقة وصاحب

¹: رواه أحمد بن حنبل، مسند الإمام أحمد بن حنبل، تح: شعيب الأرنؤوط، ج 6، د. ط، مؤسسة الرسالة، لبنان، د. س، حديث رقم 3600، ص 84.

²: أحمد فهمي أبو سنة، المرجع السابق، ص 24.

³: رواه محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة الجعفي البخاري، صحيح البخاري، ط 1، دار ابن كثير، سوريا، 2002، حديث رقم: 5364، ص 1367.

⁴: عماد شريقي، المرجع السابق، ص 13.

⁵: رواه مالك بن أنس، الموطأ، (رواية يحيى بن الليثي الأندلسي)، تح: بشار عواد معروف، مج: 2، ط 2، دار الغرب الإسلامي، لبنان، 1997، الحديث رقم: 2177، ص 293.

⁶: ابن النجار، المرجع السابق، ص 452.

البستان معذور في دعواه، ففضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بما هو معروف من عاداتهم، من حفظ أهل الحوائط أموالهم بالنهار، وحفظ أهل المواشي مواشيهم بالليل.¹

ثالثاً: من الإجماع

إن الاستدلال على حجية العرف من الإجماع، إما أن يكون عن طريق إطلاع أهل الإجماع على الأعراف السائدة بين الناس والسكوت عليها؛ أي بعدم إنكارها، أو أنهم أقرّوها، وبالتالي يكون لدينا إجماع سكوتي، الذي هو حجة حتى عند الإمام الشافعي، الذي ينكر حجية الإجماع السكوتي، أما إذا كان في أمر تكرر وتكرر معه السكوت، فهو يقول بحجيته وبالتالي، يكون الإجماع السكوتي دليلاً على حجية العرف.

وإما أن يكون أهل الإجماع أنفسهم قد شاركوا في العمل بالعرف الذي جرى به العمل بين الناس²، وهذا ما بيناه سابقاً على أنه العرف العملي، ومثال ذلك: عقد الاستصناع الذي قال فيه الكساني³: "وأما جوازه فالقياس أن لا يجوز لأنه بيع ما ليس عند الإنسان لا على وجه السلم وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم ويجوز استحباباً لإجماع الناس على ذلك لأنهم يعملون ذلك في سائر الأعصار من غير نكر...".⁴، ومن هنا نرى بأن حجية العرف مبنية على تعامل الناس الذين من بينهم أهل الإجماع⁵، وهذا ما يجعل في هذه الحالة الإجماع العملي دليلاً على حجية العرف.

¹: أحمد ولي الله ابن عبد الرحيم الدهلوي، حجة الله البالغة، تح: السيد سابق، ج 2، ط 1، دار الجيل، 2005، ص 243.

²: السيد صالح عوض، أثر العرف في التشريع الإسلامي، د. ر. ط، دار الكتاب الجامعي، مصر، 1979، ص ص. 184، 185.

³: هو علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، ومن تصانيفه: السلطان المبين في أصول الدين، توفي في سنة 587. ينظر: ابن العديم، بغية الطلب في تاريخ حلب، تح: سهيل زكار، ج 11، د. ر. ط، دار الفكر، لبنان، د س، ص ص. 4347، 4348.

⁴: علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 5، ط 2، دار الكتب العلمية، لبنان، 1986، ص ص. 2، 3.

⁵: يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين، المرجع السابق، ص 126.

رابعاً: من المعقول:

استدلوا بالمعقول من وجوه:

- 1 فلولاً اضطراد العادات لما عرف الدين أصلاً ولما عرفت فروعها، لأن الدين لا يعرف إلا بالنبوة، والنبوة لا تعرف إلا بالمعجزة، ولا معنى للمعجزة إلا أنها فعل خارق للعادة المطردة، فلولاً اعتبار العادة لما اعتبر الأمر الخارق لها¹.
- 2 إن المتأمل في الأفعال المتعارف عليها، الحسنة أو المباحة، التي يشهد لها الشرع بالاعتبار والقبول، يدرك أنه ينبغي الاعتداد بها، واحترامها في دائرة اعتبارها الشرعية، ذلك لأنه من الأمور المقاصدية للعرف رفع الحرج والتيسير على الناس².
- 3 إن الأمر الذي تعارفه الناس، والذي يكون فيه مصلحة لهم رد إلى أصل الإباحة، وإن كان فيه ضرر رد إلى أصل الحظر³، وهذا ما يوافق قول الشيخ أبو زهرة: "ولا شك أن مراعاة العرف الذي لا فساد فيه ضرب من ضروب المصلحة، لا يصح أن يتركه الفقيه بل يجب الأخذ به"⁴.
- 4 إن من أدلة صحة اعتبار العرف عمل الفقهاء به في بناء الأحكام الشرعية في مختلف العصور، وذلك راجع لكون عملهم به ينزل منزلة الإجماع السكوتي، فإن صرح البعض به فيكون اعتباره حينئذ ثابتاً بالإجماع⁵.

¹: الشاطبي، المرجع السابق، ص 484.

²: عادل بن عبد القادر بن محمد ولي قوته، المرجع السابق، ص 139.

³: أحمد فهمي أبو سنة، المرجع السابق، ص 39.

⁴: عادل بن عبد القادر بن محمد ولي قوته، المرجع نفسه، ص 141.

⁵: الصادق ظريفي، المرجع السابق، ص 55.

المطلب الثاني: مفهوم العرف وحجيته في القانون

سنتناول في هذا المطلب، مفهوم العرف في الفرع الأول وحجيته في الفرع الثاني.

الفرع الأول: مفهوم العرف في القانون

وهذا الفرع قسمناه إلى ثلاثة عناصر، نستعرض تعريف العرف في القانون أولاً، ثم نميزه عما يشابهه من مصطلحات ثانياً، وأقسام العرف في القانون ثالثاً.

أولاً: تعريف العرف في القانون.

جاء في نص المادة الأولى من القانون المدني: «يسري القانون على جميع المسائل التي

تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها. وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف»¹، وعليه فالمشرع الجزائري جعل العرف بعد مبادئ الشريعة الإسلامية في المصادر الرسمية الاحتياطية، إلا أنه لم ينص على تعريف له وترك ذلك للفقه.

ويعرّف على أنه "اعتیاد الناس على اتباع سلوك معين في مسألة معينة بحيث يستقر

الشعور لدى الجماعة باعتباره سلوكاً ملزماً ومستتباً بتوقيع الجزاء عند المخالفة"².

وعرف أيضاً على أنه: "القاعدة القانونية غير المسنونة التي نشأت عما درج الناس عليه

من اتباع سلوك معين في شؤونهم مع شعورهم بلزوم احترام هذا السلوك والخضوع لأحكامه"³.

ومن خلال التعريفات السالفة للعرف، يمكن أن نورد تعريفاً جامعاً لها، فيعرّف إذا على

أنه "اعتیاد الناس على سلوك معين في العمل مع الاعتقاد بلزوم هذا السلوك كقاعدة قانونية"⁴.

¹: أمر رقم 75-158 للمؤرخ في 20 رمضان عام 1395هـ الموافق 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، ج.ر.ع. 78، المؤرخة في 30 سبتمبر 1975. معدل بالأمر 05-10 مؤرخ في 20 جويلية 2005، ج.ر.ع. 44 لسنة

2005، ومعدل بالأمر رقم 07-05 مؤرخ في 13 مايو 2007، ج.ر.ع. 31، الصادرة في 13 مايو 2007.

²: عمار بوضياف، المدخل إلى العلوم القانونية (النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري)، ط 4، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2014، ص 167.

³: غالب علي الداودي، المدخل إلى العلوم القانونية، ط 7، دار وائل الأردن، 2004، ص 155.

⁴: محمد حسين منصور، مبادئ القانون، د. ر. ط، الجامعة الجديدة، مصر، 2006، ص 40.

ثانياً: تمييز العرف عما يشابهه من مصطلحات:

سنقوم بتمييز العرف عن كل من عادات الحياة، العادات الاتفاقية والتشريع، على النحو

التالي:

1 العرف وعادات الحياة:

الحياة في أي مجتمع كان، تحتاج إلى عادات كثيرة تنظم سلوك الأفراد، فالعادة هي عبارة عن سلوك عام يتبعه الأفراد بصورة عامة، مطردة ومتواترة، دون الاعتقاد بالزاميتها قانوناً¹؛ أي أنه لا يقوم في أذهان من اعتادوا عليها الاعتقاد بضرورة اتباعها، واحترامها، بل إن نشوءها فيما بينهم كان من باب المجاملة فقط، ومن هذه العادات، عادة تبادل الهدايا في المناسبات السعيدة².

2 العرف والعادات الاتفاقية:

إن الفارق الأساسي بين العرف والعادة الاتفاقية، يكمن في كون العرف يجمع بين الركن المادي والركن المعنوي³، بينما العادة الاتفاقية تتكون من الركن المادي وحده؛ أي عدم توافر الإلزام فيها، فالعرف ملزم لذاته، أما العادة الاتفاقية لا تكون ملزمة، إلا إذا اتجهت إرادة الأفراد الصريحة أو الضمنية إلى ذلك، ويعبر عنها أيضاً بالعادات الإرادية، لأنها تستمد قوتها من إرادة المتعاملين، وهي توجد بصفة خاصة في نطاق العقود، فهي في الأصل شرط يتضمنه العقد ويستند في صحته إلى رضا المتعاقدين به، فإذا تعذر إدراج هذا الشرط في العقود فإنه يعتبر موجوداً ضمناً، دون الحاجة إلى النص عليه صراحة، ومن ثم فإن أساس أعمال العادة الاتفاقية هو الرضا الضمني للطرفين بها، بينما تستمد القاعدة العرفية قوتها من الاقتناع الشعبي بالزاميتها، وتطبيق العادة الاتفاقية من قبل القاضي باعتبار أنها ليست قاعدة قانونية، لا يكون إلا إذا تمسك بها الأفراد وقاموا بإثباتها أمامه، ويقتصر سريانها على علم الطرفين بها، أما العرف، فهو قانون يجب على القاضي العلم به، وتطبيقه من تلقاء نفسه، دون الحاجة إلى تمسك الخصوم به، سواء أكانوا عالمين أو جاهلين بوجوده، كما أن الحكم الذي يخالف تطبيق

¹: أحمد سي علي، مدخل للعلوم القانونية (النظرية والتطبيق في القوانين الجزائرية)، ط 2، دار هومة، الجزائر، 2010، ص 267.

²: محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية (الوجيز في نظرية القانون)، ج 1، ط 18، دار هومة، الجزائر، 2011، ص 180.

³: فينظر: إلى هذه المذكرة، ص 35.

العرف يكون قابلاً للطعن بالنقض فيه، ومن أمثلة العادة الاتفاقية، العادة التجارية المتعارف عليها بشأن إضافة 5% لوزن القطن.¹

3 العرف والتشريع:

إن أساس التمييز بين العرف والتشريع، يكمن في أن التشريع يعتبر المصدر الرسمي الأصلي للقانون، أما العرف فهو المصدر الثالث بعد كل من التشريع والشريعة الإسلامية، ومنه فلا يجوز اللجوء إليه إلا عند عدم وجود نص تشريعي، أو مبادئ الشريعة الإسلامية، كما أنه لا يجوز للقاعدة العرفية بأي حال من الأحوال مخالفة نص تشريعي، كما لو وجد عرف يقضي بحرمان النساء من الإرث فإنه باطل لمخالفته قواعد الشريعة الإسلامية، لأنها قواعد قانونية متعلقة بالنظام العام، غير أنه يمكن للقاعدة العرفية، أن تخالف قاعدة تشريعية مكملة، وهذا لا يعني أن العرف يلغي القاعدة القانونية، وإنما يستبعدها فقط، كما أن النص التشريعي لا يلغى إلا بنص تشريعي، أما العرف إذا ترك يلغى لعدم الاستعمال.²

ثالثاً: أقسام العرف في القانون:

ينقسم العرف في القانون من حيث طبيعة القاعدة العرفية إلى عرف عام و عرف خاص، ومن حيث نطاق تطبيقه إلى عرف شامل و عرف إقليمي.

1 من حيث طبيعة القاعدة العرفية:

أ - العرف العام: هو الذي ينظم العلاقات بين أشخاص القانون العام³، حيث يعتبر مجموعة من القواعد القانونية التي أنشأت من طرف السلطات العامة، في معاملاتها مع غيرها من السلطات، وعلاقتها مع الأفراد، خلال فترة زمنية منتظمة ومتواترة.⁴

ب العرف الخاص: هو مجموعة القواعد التي ينشؤها الأفراد في مباشرتهم لمعاملاتهم المدنية والتجارية والبحرية⁵، أي يقتصر على طائفة أو مهنة معينة.

¹: محمد حسين منصور، نظرية القانون، د. ر. ط، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2002، ص ص. 348، 349؛ محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص ص. 180، 181.

²: محمد الصغير بعلي، المدخل إلى العلوم القانونية (نظرية القانون، نظرية الحق)، د. ر. ط، دار العلوم، الجزائر، 2006، ص ص. 54، 55.

³: همام محمد محمود، المدخل إلى القانون (نظرية القانون)، د. ر. ط، منشأة المعارف، مصر، 2001، ص 299.

⁴: عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 169.

⁵: المرجع نفسه، ص 170.

2 من حيث نطاق تطبيقه:

أ **العرف الشامل**: هو العرف الذي يحكم علاقات جميع أفراد الدولة، بغض النظر عن الإقليم أو الطائفة، أو المهنة التي ينتمون إليها¹.

ب **العرف الإقليمي**: هو العرف الذي ينحصر تطبيقه في إطار إقليم معين أو مدينة معينة².

الفرع الثاني: حجية العرف في القانون

إن حجية العرف أو القوة الملزمة للقاعدة العرفية ليست محل خلاف بين فقهاء القانون، وإنما الخلاف يكمن في أساس هذه القوة الملزمة، بحيث سناقش في هذا الفرع عدة نظريات فقهية تبرر كل واحدة منها أساس القوة الملزمة للعرف، كالتالي:

أولاً: تأسيس قوة العرف الملزمة على الإرادة الضمنية للمشرع:

ذهب أنصار هذه النظرية إلى أن قواعد العرف تستمد قوتها الملزمة من الإرادة الضمنية للمشرع³، والتي تستخلص من أمرين هما:

- رضا المشرع عن العرف، وعدم اعتراضه عليه.

- كفالة المشرع لاحترام قواعد العرف، وتطبيقها بواسطة السلطة العامة⁴؛ وهذا يتجلى من خلال إصداره تشريعاً يراعي فيه سلوك الناس.

• مناقشة النظرية:

تقوم هذه النظرية على أساس المذهب الشكلي⁵ في تأصيل القانون، وانتقدت هذه النظرية النظرية على أساس أنه قد أنكرت الحقيقة التاريخية المتمثلة في أسبقية العرف عن التشريع، حيث أنه ينشأ تلقائياً، بعيداً عن إرادة السلطة سابقاً بذلك التشريع⁶، كما يعاب على هذه النظرية

¹: سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، د. ر. ط، منشأة المعارف، مصر، 1974، ص 425.

²: همام محمد محمود، المرجع السابق، ص 298.

³: محمد حسين منصور، نظرية القانون، المرجع السابق، ص 367.

⁴: محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص 187.

⁵: هو المذهب الذي يعتبر القانون مجرد تعبير عن إرادة الدولة، بحيث لا وجود لقانون لا يستند إلى إرادة الدولة ومشيتها، ومن أبرز أنصاره الفقيه الإنجليزي أوستان والفيلسوف الألماني هيجل وفقهاء الشرح على المتن. ينظر: محمد سعيد جعفرور، المرجع نفسه، ص ص. 187، 188.

⁶: محمد حسين منصور، نظرية القانون، المرجع نفسه، ص ص. 367، 368.

النظرية أيضا أنها أخلطت بين العرف والتشريع، مما يجعل إرادة المشرع هي المصدر الوحيد للقانون، وبالتالي تغليب إرادة الدولة على العرف المعبر عن حاجيات الأفراد ومتطلباتهم.¹

ثانيا: تأسيس القوة الملزمة على أساس الضمير الجماعي للشعب:

يرى أنصار هذه النظرية، أنّ اعتياد الناس على سلوك معين، تكراره وتعاقب الأجيال عليه، مع مرور الزمن وشعورهم بلزومه وعدم جواز الخروج عليه، هو الذي يكسب العرف قوته الملزمة.²

• مناقشة النظرية:

تقوم هذه النظرية على أساس المذهب التاريخي³ في أصل القانون وغاياته، وانتقدت هذه النظرية على أساس أن مصدر القانون هو ضمير الشعب، وهذا راجع إلى ما تكتنفه هذه الفكرة من غموض وإبهام، مما يجعل من الصعب أن يتحدد على أساسها القانون المطبق في الدولة، كما يعاب على هذه النظرية أيضا، الإسراف في ربط القانون بالبيئة الاجتماعية، وذلك بإهمال دور المشرع واعتبار العرف المصدر المثالي للقانون.⁴

ثالثا: تأسيس قوة العرف الملزمة على أحكام القضاء:

يرى أنصار هذه النظرية، أن العرف لا ينشأ تلقائيا من اعتياد الناس على اتباع سلوك معين، وإنما اعتماد المحاكم على هذا العرف في فصلها في القضايا، هو الذي يكسب القاعدة العرفية إلزاميتها، وبالتالي فإن السلطة القضائية هي التي تبعث في القاعدة العرفية روح الإلزام، وتشعر الأفراد بقوتها.⁵

• مناقشة النظرية:

انتقدت هذه النظرية، على أساس أن القضاء مكلف بتطبيق القانون بعد وجوده لا بإنشائه.⁶

¹: محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص 188.

²: محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص ص. 368، 369.

³: هو المذهب الذي نادى به في ألمانيا الفقيه سافيجني في أوائل القرن 19 لمعارضة فكرة الدعوة التي ظهرت في بلاده عام 1814 إلى تقنين القانون المدني أسوة لما سبقت إليه فرنسا في هذا المجال، فناهض مذهب القانون الطبيعي، في هذا الصدد، وما يقوم عليه من مسلمات أولية لا يسندها دليل مادي في الواقع. ينظر: محمد سعيد جعفرور، المرجع نفسه، ص 189.

⁴: محمد سعيد جعفرور، المرجع نفسه، ص 190.

⁵: عمّار بوضياف، المرجع السابق، ص 172.

⁶: محمد سعيد جعفرور، المرجع نفسه، ص 193.

رابعاً: تأسيس إلزامية العرف على القوة الذاتية:

يرى أنصار هذه النظرية، أن أساس القوة الملزمة للعرف لا تستمد من الإرادة الضمنية للمشرع ولا من ضمير الشعب ولا من أحكام القضاء، بل أن للعرف قوة ذاتية ملزمة يستمدّها من الضرورة الاجتماعية، التي يفرضها وجوب تنظيم المجتمع تنظيماً عادلاً، يحقق الصالح العام، وذلك في حالتي نقص التشريع أو غيابه.¹

• مناقشة النظرية:

انتقدت هذه النظرية على أساس أن "الإلزام في حد ذاته علة وليس مصدراً فالعرف ملزم لأنه ضروري لتنظيم حياة الناس، فهذه الضرورة هي علة إلزام للقاعدة العرفية، وليست مصدر للإلزام"².

خامساً: تأسيس القوة الملزمة للعرف من الناحية الرسمية على الإرادة الصريحة للمشرع:

يرى أنصار هذه النظرية، أن العرف لا تكون له قيمة إلا إذا أحال إليه المشرع إحالة صريحة، ومن هذا القبيل نص التقنين المدني الجزائري صراحة في مادته الأولى على اعتبار العرف مصدراً رسمياً احتياطياً ثانياً للقانون الجزائري، بعد مبادئ الشريعة الإسلامية، وعليه فإن العرف يستمد قوته الإلزامية من السلطة التشريعية، التي تعبر عن رضا الأمة في العمل بموجب العرف، وذلك قصد التيسير عليها في معاملاتها وحاجاتها الاجتماعية.³

• الرأي المختار:

من خلال دراستنا للنظريات السابقة، ووقوفنا على الانتقادات الموجهة لكل واحدة منها، فإن الراجح عندنا هي النظرية الخامسة (تأسيس القوة الملزمة للعرف من الناحية الرسمية على الإرادة الصريحة للمشرع)، وذلك راجع لكون أن الأعراف غير ثابتة، بحيث تتغير بتغير الأزمان وتختلف باختلاف المناطق، وباعتبار أن السلطة التشريعية هي هيئة نيابية تعبر عن إرادة الشعب، فإن العرف يستمد قوته الملزمة من الإرادة الصريحة للمشرع.

¹: غالب علي الداودي، المرجع السابق، ص 168.

²: عماد شريقي، المرجع السابق، ص 15. نقلاً عن لطفي محمود، المدخل لدراسة القانون، ط 5، د. د. مصر، 2003، ص 211؛ مصطفى عرجاوي، النظرية العامة للقانون، ط 1، المطبعة العربية الحديثة، مصر، 1985، ص 256.

³: محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص 194.

المبحث الثاني: أركان وشروط العرف ودوره في الفقه والقانون

سننظر في هذا المبحث إلى أركان وشروط العرف ودوره في الفقه (المطلب الأول)، ثم أركان وشروط ودور العرف في القانون (المطلب الثاني).

المطلب الأول: أركان وشروط العرف ودوره في الفقه الإسلامي

نستعرض في هذا المطلب أركان العرف وشروطه (الفرع الأول) ثم نتناول دور العرف (الفرع الثاني).

الفرع الأول: أركان العرف وشروطه في الفقه الإسلامي

قسمنا هذا الفرع إلى عنصرين نستعرض أركان العرف أولاً، ثم نتطرق إلى شروط العرف ثانياً.

أولاً: أركان العرف في الفقه الإسلامي

تطرق بعض الفقهاء المعاصرين إلى أركان العرف في الفقه الإسلامي، وهم في ذلك على مذهبين:

1 -المذهب الأول: اعتمد أنصار هذا المذهب، ومنهم الشيخ أحمد فهمي أبو سنة في وضع أركان للعرف على تعريف الشيخ حافظ الدين النسفي للعرف السالف الذكر، وقد ترتب على هذا عندهم أن للعرف ركنين هما:

أ -الركن لأول: الاستعمال المتكرر، يضاف إليه المعقولية وفق وجهة من أدخل ذلك في معنى العرف.

ب -الركن الثاني: رضا وقبول أصحاب الطباع السليمة في المجتمع.

والمتمثل في هذا التقسيم، يرى بأن أنصار هذا المذهب قد وافقوا التقسيم الذي سار عليه رجال القانون، الذين يرون أن العرف هو سنة يضعها الناس أنفسهم ويتبعونها على نسق متواتر، حتى تصبح عامة على نحو ما يعتقدون معه أنها ملزمة لهم في التعامل، وعليه فالقاعدة العرفية لا تتحقق إلا بتوفر ركنان هما:

- الركن المادي: وهو اعتياد الناس على سلوك معين.
- الركن المعنوي: وهو استقرار الإيمان في نفوسهم بالقوة الملزمة لهذا السلوك.¹

¹: يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين، المرجع السابق، ص ص. 57، 58.

2 - **المذهب الثاني:** وهو مذهب يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين، حيث قسم العرف إلى ثلاثة أركان وهي المعتاد والمعتاد عليه والاعتیاد.

أ - **المعتاد:** هو الشخص في العادة الفردية أو الجمهور في العادة الجماعية.

ب **المعتاد عليه:** هو محل الاعتیاد وهي الأفعال المعتاد عليها والألفاظ بمعناها العرفي المستعملة في غير معناها اللغوي.

ج **الاعتیاد:** هو تكرار الفعل والقول، بحيث أن أي عمل أو لفظ بمعناه العرفي لا يمكن اعتباره عرفاً إلا إذا تم تكراره مرات عديدة¹.

وبالتالي فإن المذهب الثاني، يرى بخلاف ما يراه رجال القانون فيما يخص أركان العرف، وذلك لاعتقادهم أن عنصر الإلزام ركن من أركان العرف، في حين أن يعقوب الباحسين يراه أقرب للشرط؛ لأنه لا يتفق مع مفهوم الركن، خاصة إذا كان العرف فاسداً لا يتفق مع قواعد الشريعة.

ثانياً: شروط العرف في الفقه الإسلامي

يشترط في العرف حتى يكون معتبراً عدة شروط هي:

1 **الاطراد والغلبة:**

المراد بالاطراد والغلبة في العرف استمرار العمل به بين متعارفيه في جميع الحوادث لا يتخلف إلا قليلاً²، وهذا التخلف لا يقدر في العمل بالعرف؛ لأن العبرة للغالب الشائع لا للقليل النادر³، بغض النظر عما إذا كان العرف قولياً أو عملياً⁴، ومثال ذلك: تقسيم المهر في النكاح إلى معجل ومؤجل، إنما يكون مطرداً في البلد إذا كان أهله يجرون على هذا التقسيم في جميع حوادث النكاح⁵.

وقد صرح الفقهاء باعتبار هذا الشرط، لاعتبار العوائد المنتشرة بين الناس وما يؤكد ذلك

ما يلي:

¹: يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين، المرجع السابق، ص 60، 61.

²: مصطفى أحمد الزرقا، المرجع السابق، ص 897.

³: السيد صالح عوض، المرجع السابق، ص 190.

⁴: مصطفى أحمد الزرقا، المرجع نفسه، ص 898.

⁵: المرجع نفسه، ص 897.

- قال السيوطي: "إنما تعتبر العادة إذا اطردت، فإن اضطربت فلا"¹.
- قال الشاطبي: "وإذا كانت العوائد المعتبرة شرعا، فلا يقدح في اعتبارها انخراقها ما بقيت عادة على الجملة"².

ويحصر العرف في الاطراد والغلبة يخرج العرف المشترك؛ وهو ما تساوى فيه الجري على العادة والتخلف عنها³.

وفي هذا الصدد قال ابن نجيم: "إنما نعتبر للعادة إذا أطردت أو غلبت، قالوا في البيع: لو باع بدراهم أو دنائير وكانا في بلد اختلف فيه النقود مع الاختلاف في المالية والرواج، انصرف البيع في الأغلب، قال في الهداية: لأنه هو المتعارف، فينصرف المطلق إليه."⁴

2 - عدم مخالفته لنص شرعي أو أصل قطعي:

يشترط في العرف المعتبر شرعا، ألا يكون معطلا لنص شرعي أو مناقض لأصل من الأصول الشرعية القطعية، فإن خالف العرف النص الشرعي فلا يخلو من حالتين:

أ - الحالة الأولى:

إذا كان العرف مخالفا لنص شرعي، أو أصل قطعي من جميع الوجوه، وأدى ذلك إلى ترك العمل بالنص الشرعي، لم يكن عندئذ للعرف اعتبار، لأن نص الشارع مقدم على العرف⁵.
العرف⁵.

ومثال ذلك: تعارف الناس على التعامل بالربا.

قال ابن عابدين: "إذا خالف العرف الدليل الشرعي، فإن خالفه من كل وجه بأن لزم منه ترك النص فلا شك في رده كتعارف الناس كثيرا من المحرمات من الربا وشرب الخمر ولبس الحرير والذهب وغير ذلك مما ورد تحريمه نصا"⁶.

ب - الحالة الثانية:

إذا كان العرف مخالفا لنص شرعي أو أصل قطعي من بعض الوجوه دون بعض بحيث

¹: أحمد فهمي أبو سنة، المرجع السابق، ص 36.

²: الشاطبي، المرجع السابق، ص 495.

³: أحمد فهمي أبو سنة، المرجع نفسه، ص 57.

⁴: ابن نجيم، المرجع السابق، ص 81.

⁵: مصطفى أحمد الزرقا، المرجع السابق، ص 902.

⁶: ابن عابدين، المرجع السابق، ص 116.

يمكن تنزيل النص الشرعي على العرف أو التوفيق بينهما، فالعرف عندئذ معتبر¹، فإذا كان النص عاما والعرف خاصا، فإنه في هذه الحالة يعمل بالعرف والنص معا، فيخصص العرف عموم النص ويقيد إطلاقه، وهذا لا يعد إبطالا للنص أو تركا له.²

ومثال ذلك: ما جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم، أنه قال لحكيم بن حزام: «لا تبع ما ليس عندك»³ فهذا نص عام، ينهى عن بيع ما ليس عند الإنسان، إلا أن الفقهاء قد أجازوا عقد الاستصناع لتعارف الناس على التعامل به ووقوعهم في حرج كبير نتيجة تخليهم عنه، فعُمل بالعرف في عقد الاستصناع وبالنص فيما عداه، فلم يترك النص بالعرف كليا⁴.

3 عدم التصريح بخلاف العرف:

ومعنى ذلك أن لا يصرح المتعاقدين أثناء إنشاء إنشاء التصرف بخلاف العرف، سواء بالقول أو بالعمل، وسكوتهم هذا يعتبر قبولا واعتمادا منهم على العرف الجاري، وأساس هذا الشرط القاعدة الفقهية القائلة: «المعروف عرفا كالمشروط شرطا»، فيكون العرف بدلالة الشرط ملزم، وبالتالي فإن إثبات الحكم العرفي في هذه الحالة من قبل الدلالة، فإذا صرح المتعاقدين بما يدل على خلاف العرف بطلت هذه الدلالة ويصح ويلزم العمل بما صرحا به؛ لأن الدلالة أضعف من الصراحة⁵، وهذا ما يوافق القاعدة الفقهية القائلة «لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح»⁶. ومثال ذلك: كأن يكون العرف يقضي بأن يكون الصداق نصفه معجل والنصف الآخر مؤجل إلى ما بعد الدخول، وقابلت الزوجة ذلك بالرفض، وطلبت كامل صداقها قبل الدخول، فهنا الزوج مجبر على أدائه، ولا يعتبر نشوزا كونه لم يوف لها صداقها، وهنا الشرط قد أوقف العرف.⁷

¹: مصطفى أحمد الزرقا، المرجع السابق، ص 902.

²: أسماء بنت عبد الله موسى، المرجع السابق، ص 33.

³: أبو داود سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني، سنن أبي داود، تح: شعيب الأرنؤوط ومحمد كمال قووبللي، ج 5، ط. خ، دار الرسالة العالمية، لبنان، 2009، ص 362.

⁴: أسماء بنت عبد الله موسى، المرجع نفسه، ص 33، 34.

⁵: يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين، المرجع السابق، ص 68؛ مصطفى أحمد الزرقا، المرجع نفسه، ص 901.

⁶: محمد الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، ج1، ط1، دار الفكر، سوريا، 2006، ص 154.

⁷: عماد شريفي، المرجع السابق، ص 21.

4 أن يكون العرف قائما عند إنشاء التصرف:

ومعنى هذا الشرط أن يكون حدوث العرف سابقا على حدوث التصرف ومقارنا له، سواء أكان التصرف قولاً أو فعلاً، وعلى ذلك فلا عبرة بالعرف إذا كان طارئاً على التصرف أو حادثاً بعده، لأن العرف يؤثر فيما وجد بعده، لا فيما مضى قبله، وكذلك لا عبرة بالعرف إذا كان سابقاً على التصرف وتغير قبل إنشائه.¹

وفي هذا الصدد قال ابن نجيم: "العرف الذي تحمل عليه الألفاظ إنما هو المقارن السابق دون المتأخر، ولذا قالوا لا عبرة بالعرف الطارئ...".²

وتجدر الإشارة إلى أن الإمام ابن نجيم، قد خص هذا الشرط بأن يكون العرف مقارناً بالعرف الذي تحمل عليه الألفاظ، مع أنه يجري في العرف الذي تحمل عليه الألفاظ وكذلك الأفعال سواء، كالبيع بالمعاطاة.³

الفرع الثاني: دور العرف في استنباط الأحكام المستجدة:

قسمنا هذا الفرع إلى ثلاثة عناصر، العرف المكمل حال انعدام النص الشرعي أولاً، العرف المفسر للنص الشرعي ثانياً، ثم العرف المخالف للنص الشرعي ثالثاً.

أولاً: العرف المكمل حال انعدام النص الشرعي

هو العرف الذي يلجأ إليه القاضي، أو المفتي لتنظيم حالة لم يرد بخصوصها حكم شرعي، ومن هنا يكون العرف أصلاً أو دليلاً مستقلاً، يمكن الاعتماد عليه في استنباط الأحكام الجديدة.⁴

ومثال ذلك: عقد الاستصناع، وهو عقد عمل على مبيع في الذمة، يشترط فيه العمل على وجه مخصوص، كأن يقول إنسان لصانع الخفاف، اعمل لي خفا من عندك بثمن كذا، ويتفقان

¹: حسنين محمود حسنين، مفهوم العرف في الشريعة الإسلامية، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ع3، الإمارات العربية المتحدة، 1989، ص 112.

²: ابن نجيم، المرجع السابق، ص 86.

³: أحمد فهمي أبو سنة، المرجع السابق، ص 65.

⁴: محمد جبر الألفي، العرف (بحث فقهي مقارن)، كتاب مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ج 6، ع 5، م. ع. س، د. س، ص 2696؛ المكتبة الشاملة الحديثة، WWW.al-maktaba.org/book/8356/11286#p1 ، تاريخ الزيارة:

2018/06/05، على الساعة: 13:00.

على ما يعمل وصفته وقدره.¹

ثانياً: العرف المفسر للنص الشرعي:

ويقصد به ما اعتاد الناس عليه في تعاملاتهم، ويهدف إلى بيان المراد من النص وما يقتضيه من شروط في تطبيقه، بحيث يأتي مفسراً لبعض الأحكام "التي ثبت أصلها بالنص، وترك الشارع تفصيلها للعرف".²

ومثال ذلك: قوله تعالى: «وَأَبْتَلُوا الْيَتِيمَ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ^ط وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَنْ يَكْبَرُوا^ع وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ^ط وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ^ع ...»³.

يبين الله تعالى في الآية ما يحل للولي أو الوصي من أموال اليتامى، فأمر الغني منهما بالاستعفاف وتوفير مال الصبي، وسمح للفقير أن يأكل مال اليتيم بالمعروف، والمقصود بالمعروف هنا المتعارف به بين الناس.⁴

وكذلك قوله تعالى: «وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ^ط لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ^ع...»⁵.

ومعنى ذلك أن الواجب من النفقة والكسوة، هو على قدر حال الرجل في إعساره وبساره، إذ ليس من المعروف إلزام المعسر أكثر مما يقدر عليه، ولا إلزام الموسر الشيء الطفيف، فأحالت الآية إلى العمل بالعرف منعا للنزاع.⁶

¹: الكاساني، المرجع السابق، ص 02.

²: حسنين محمود حسنين، المرجع السابق، ص 172.

³: سورة النساء، من الآية 06.

⁴: محمد بن علي بن محمد الشوكاني، فتح القدير (الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير)، ط 4، دار المعرفة، لبنان، 2007، ص ص. 272، 273.

⁵: سورة البقرة، من الآية 233.

⁶: أبي بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص، أحكام القرآن، تح: محمد الصادق قمحاوي، ج 2، د. ر. ط، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1996، ص 105.

ثالثاً: العرف المخالف للنص الشرعي:

إن اختلاف العرف مع الدليل الشرعي وارد، والدليل قد يكون نصاً من الكتاب أو من السنة، أو قد يكون إجماعاً أو قياساً، ويمكن أن يخالف العرف أيضاً، بعض الآراء الاجتهادية والأحكام الشرعية الظنيّة، المستنبطة من الأدلة الشرعية.¹

وجملة القول في ذلك: أن الفقهاء يفرقون بين حالتين:

حالة مخالفة العرف لنص شرعي وحالة مخالفته لحكم فقهي اجتهادي ونبين ذلك على

النحو التالي:

1 مخالفة العرف لنص شرعي:

ويكون تعارضه هنا مع الأدلة الشرعية على قسمين، القسم الأول يكون من كل وجه،

والثاني يقتصر على بعض الوجوه فقط.

أ - مخالفة العرف للنص الشرعي من كل وجه:

في هذه الحالة، فإن تعارف الناس على أمر يعارض نصاً شرعياً معارضة تامة، فلا اعتبار للعرف عندئذٍ ولا قيمة له، سواء أكان حادثاً بعد ورود النص، أو قائماً قبله، فهو عرف مرفوض لا يجوز القضاء به بأي حال، ومثال ذلك: تعارف الناس في الجاهلية على نكاح الشغار²، الذي نهى الإسلام عنه، وكذلك تعارفهم على التبني الذي ورد بخصوصه نهياً في القرآن.³

ب مخالفة العرف للنص الشرعي من بعض الوجوه:

في هذه الحالة لا يخلو أن يكون العرف عاماً أو خاصاً، وبالتالي وجب التفريق بينها على

النحو الآتي:

ب-1 في حالة العرف العام : وهنا نكون بصدد التمييز بين العرف المقارن والعرف

الحادث (الطارئ) بمايلي:

¹: إبراهيم فاضل الدبو، نظرية العرف في الفقه الإسلامي، كتاب مجلة الفقه الإسلامي، ج 6، ع 5، م. ع. س، د. س، ص 2620؛ المكتبة الشاملة الحديثة <https://al-maktaba.org/book/8356/11200>، تاريخ الزيارة: 2018/06/06، على الساعة: 14:00.

²: هو أن يتفق شخصان فيزوج كل منهما الآخر قريبته فتكون هي كمهر للأخرى. ينظر: أحمد مصطفى الزرقا، المرجع السابق، ص ص. 907، 908.

³: المرجع نفسه، ص 905.

ب-1-1-العرف المقارن: وينقسم إلى قسمين:

• **العرف المقارن القولي:**

لا خلاف بين الفقهاء في اعتبار العرف القولي، فهو قادر على تخصيص العام وتقييد المطلق¹.

وفي هذا الصدد قال الأستاذ مصطفى الزرقا: "إذا كان لفظيا فلا خلاف بين الفقهاء في اعتباره، فينزل النص التشريعي العام على حدود معناه العرفي عند الخلو عن القرائن، ولو كانت دلالة اللفظ الذي استعمله الشارع هي في أصل اللغة أوسع من دلالاته العرفية، لأن العرف اللفظي العام هو لغة التخاطب..."².

• **العرف المقارن العملي:**

اختلف العلماء حول قدرة العرف المقارن العملي على التخصيص إلى قولين:
-**القول الأول:** ذهب جمهور المالكية والحنفية وابن رجب الحنبلي³، إلى اعتبار أن العرف العملي المقارن يخصص العام ويقيد المطلق، وحبثهم في ذلك أنه مادام العرف القولي يخصص النص العام، فإن العرف العملي كذلك.⁴

-**القول الثاني:** ذهب الشافعية والحنابلة، إلى أن العرف العملي المقارن لا يخصص العام ولا يقيد المطلق، وحبثهم في ذلك أن عامة الناس، يعتادون الحسن والقبيح.⁵

ب-1-2-العرف الحادث بعد صدور النص:

ذهب جمهور الفقهاء، إلى أن العرف الحادث بعد صدور النص ساقط الاعتبار؛ أي لا ينهض على تخصيص العام أو تقييد المطلق، لأن العرف الحادث هو طارئ بعد ورود النص

¹: جمال كركار، العرف والعمل الجزائري وأثرهما في الفتاوى والأحكام منطقة الزواوة خلال فترة الاحتلال نمودجا، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، 2007، ص 45.

²: أحمد مصطفى الزرقا، المرجع السابق، ص 913.

³: هو عبد الرحمان بن احمد بن رجب السلامي البغدادي ثم الدمشقي، أبو الفرج زين الدين، حافظ للحديث، من العلماء، ولد في بغداد 736 هـ ونشأ توفي في دمشق 795 هـ، من كتبه: شرح جامع الترميذي وجامع القلوب والحكم. ينظر: الزركلي، الأعلام، ج 3، المرجع السابق، ص 295.

⁴: عماد شريقي، المرجع السابق، ص 26؛ نقلا عن: القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، تح: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، ج 3، ط 2، مصر، 1964، ص 163.

⁵: المرجع والصفحة نفسها؛ نقلا عن: القرافي، الفروق، تح: مركز الدراسات الفقهية، ج 1، د. ر. ط، دار السلام، مصر، 2001، ص 173.

ونفاذه، وسواء في ذلك أكان العرف عملي أو لفظي، فإنّ جاز تخصيص عموم النص بالعرف الطارئ، فهذا يعدّ نسخاً للنص الشرعي وهذا لا يجوز¹.

ب-2- في حالة العرف الخاص:

إذا كان العرف القائم خاصاً بفئة أو أهل صناعة، فالراجح عند جمهور الفقهاء، أنه لا يخصص العام ولا يقيد المطلق، غير أن بعض فقهاء الحنفية، خالفوا الجمهور وذهبوا إلى اعتبار العرف الخاص في هذه المعارضة رأياً مرجوحاً؛ بمعنى أنه يخصص النص العام ويقيد المطلق².

2 مخالفة العرف للأحكام الاجتهادية:

إذا تكوّن عرف يخالف بعض الأحكام الفقهية، التي استنبطها المجتهدون بطريق القياس أو بإحدى الأدلة الفرعية الأخرى كالاستحسان، الاستصحاب، المصالح المرسلة وغيرها، فإن الفقهاء يكاد يتفقون على أن يعمل بالعرف ويترك ما دون ذلك من الأدلة الأخرى سابقة الذكر، والعرف هنا معتبر ولو كان طارئاً³.

وإذا ترجح العرف على القياس الذي يستند إلى نص تشريعي، فإنه يترجح على الاستحسان، والاستصحاب، والمصالح المرسلة، الذين لا يستندون على نص شرعي، ومثال ذلك: أن القواعد القياسية تقضي بأن الوفاء بالدين لا ينفذ إلا إذا تم لصاحبه أو من ينوب عنه، ولكن ترك هذا القياس في البنت البكر البالغ إذا قبض أبوها مهرها من زوجها، فاعتبروا هذا القبض مبرئاً لذمة الزوج، ونافاذا عليها، معللين ذلك بالمعروف⁴.

¹: أحمد مصطفى الزرقا، المرجع السابق، ص 919.

²: جمال كركار، المرجع السابق، ص ص. 47، 48.

³: عمر بن عبد الكريم الجدي، المرجع السابق، ص 177.

⁴: المرجع نفسه، ص 178.

المطلب الثاني: أركان وشروط العرف ودوره في القانون

سنتناول في هذا المطلب أركان العرف وشروطه (الفرع الأول)، ثم نستعرض دور العرف في القانون (الفرع الثاني).

الفرع الأول: أركان وشروط العرف في القانون

قسمنا هذا الفرع إلى عنصرين، أركان العرف أولاً، ثم شروط العرف ثانياً.

أولاً: أركان العرف في القانون

ينقسم العرف عند فقهاء القانون إلى ركنين هما:

- 1 - **الركن المادي:** هو تواتر العمل بسلوك معين لفترة طويلة، مما يترتب عليه إشاعة هذا السلوك بين الناس في المجتمع، أو أغلبهم على الأقل، بحيث تنشأ بينهم عادة معينة.¹ ومثال ذلك: اعتياد الناس في عقد الزواج على تقسيم المهر إلى معجل ومؤجل.
 - 2 - **الركن المعنوي:** هو ركن نفسي غير مادي، يقصد به شعور الأفراد بالزامية السلوك أو العادة التي جرى العمل بها؛ أي شعور الناس كافة بأنهم ملزمون باتباع هذه العادة؛ لأنها أصبحت قاعدة قانونية، بحيث يتعرضون لجزاء في حالة مخالفتهم لها²، ولا يوجد ضابط يمكن الاستناد إليه لتحديد الوقت الذي يتم فيه توافر الشعور بالزام العرف، ولكن ينشأ هذا الشعور تدريجياً ومتى استقر أصبحت العادة عرفاً.
- وبالتالي، فإن الركن المعنوي هو الفاصل فيما إذا كان التصرف المعتاد عرفاً أو عادة؛ بمعنى أنه إذا لم يتوافر الركن المعنوي في العادة لا يقوم العرف الملزم الذي تتولد منه قاعدة قانونية ملزمة، وعليه فإن الركن المعنوي هو الذي يميز العرف عن غيره من المصطلحات^{3,4}.

¹: محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 175.

²: سمير تناغو، المرجع السابق، ص 430؛ عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 172.

³: وهذا ما تطرقنا إليه في الفصل الأول من خلال تمييزنا بين العرف وعادات الحياة والعادات الاتفاقية من جهة وبين العرف والتشريع من جهة أخرى. يرجع إلى هذه المذكرة، ص ص. 21، 22.

⁴: محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 54.

ثانياً: شروط العرف في القانون

يشترط في العرف حتى يكون معتبراً من الناحية القانونية عدة شروط هي:

1 الاطراد والثبات:

يقصد بالاطراد التزام الناس بالسلوك المنشئ للعرف؛ أي تكرار تطبيقه على نسق واحد، بحيث يتوافر له عندئذ معنى الاستقرار، ويقصد بالثبات استمرار العمل بالعرف بصورة غير منقطعة، بحيث يتأكد وجوده، فإذا اتبع لفترة معينة وعدل عنه بعدئذ ينتفي وجوده.¹

2 العموم والتجريد:

ومعنى ذلك أن يكون العرف مألوفاً بين عدد كبير من الأفراد في نشاط معين، فهو لا يخص جماعة معينة بذاتها، وإنما يشمل غالبية أفراد المجتمع، بحيث أنه ليس المقصود بالعمومية هنا أن يكون السلوك المنشئ للعرف شاملاً لكل إقليم الدولة، بل يقتصر على طائفة معينة، أو إقليم معين، أو أهل مهنة معينة.²

3 القِدم:

المقصود بالقِدم هو استمرار الناس في اتباع السلوك المنشئ للعرف لمدة زمنية كافية، حتى يستقر أثره في النفوس، ويطمئن الناس للحل الذي يضعه، وليست هناك مدة محددة في هذا الشأن؛ إذ تختلف من سلوك إلى آخر ومن مجتمع إلى آخر، وعليه فإن تحديد المدة اللازمة لاعتبار السلوك قيماً ومستقراً يخضع لتقدير القاضي.³

4 عدم مخالفة النظام العام والآداب العامة:

هذا الشرط يفرض مبدأ المشروعية⁴، فالسلوك المتبع من طرف أفراد المجتمع لا يمكن أن نفسره عرفاً، إلا إذا كان موافقاً لما يقتضيه النظام العام والآداب العامة، وهذا الشرط يستقر على العرف المحلي أو المهني، أما العرف الشامل الذي ينطبق على كامل إقليم الدولة، فلا يتصور أن يخالف النظام العام والآداب العامة، وتفسير ذلك يرجع إلى كون أن العرف العام عندئذ يصبح قانوناً، وبالتالي يسهم في تحديد مفهوم النظام العام والآداب العامة في الدولة.⁵

¹: عبد الباقي البكري وزهير البشير، المدخل لدراسة القانون، د. ط، المكتبة القانونية، العراق، د. س، ص 140.

²: غالب علي الداودي، المرجع السابق، ص 161، 162.

³: أحمد سي علي، المرجع السابق، ص 263.

⁴: عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 171.

⁵: عبد الباقي البكري وزهير البشير، المرجع نفسه، ص 141.

فإذا جرت عادة الناس على الأخذ بالثأر مثلاً، وأن تتقاضى مبالغ إضافية نظير التعاقد عند وجود أزمة في أي من السلع، أو المنافع فمثل هذا العرف لا يعتبر؛ لأن النظام العام لا يسمح لأي كان أن يأخذ ثأره بنفسه، بل يرجع ذلك إلى الدولة، كما أن الآداب العامة في المجتمع تأبى الاستغلال¹.

الفرع الثاني: دور العرف في العملية الاجتهادية:

قسمنا هذا الفرع إلى ثلاثة عناصر، العرف المكمل للتشريع أولاً، العرف المساعد للتشريع ثانياً، ثم العرف المخالف للتشريع ثالثاً.

أولاً: العرف المكمل للتشريع

طبقاً لنص المادة- الأولى من القانون المدني يعتبر العرف مصدر رسمي احتياطي، إذا لم يجد نصاً تشريعياً، أو حكماً في الشريعة الإسلامية، باعتبار هذه الأخيرة مصدراً ذا أولوية على العرف، فإذا وجد نقص في التشريع، ولم تسد مبادئ الشريعة الإسلامية هذا النقص، تعين على القاضي أن يكمل هذا النقص مستعيناً بالعرف².

والعرف كمكمل للتشريع، يختلف دوره من فرع إلى آخر، بصور متفاوتة، ولنا بعض

الأمثلة:

1 في مجال القانون العام:

أ - القانون الدستوري: يختلف دور العرف في القانون الدستوري باختلاف نوع الدساتير، فيتعاطم دوره أكثر إذا كان الدستور مرناً (عرفياً)، كما هو الحال في بريطانيا، فمعظم القواعد الدستورية التي تدير عليها الحكومات البريطانية تخضع لما يسمى بالعرف الدستوري، وهذا الدور يقل بدرجة كبيرة في الدول التي تأخذ بالدساتير الجامدة³.

ب القانون الإداري:

كما هو معلوم أن القانون الإداري غير مقنن، مما يترتب على ذلك إعمال العرف الإداري في حل الإشكالات القانونية المطروحة أمام الإدارة، فالإدارة عند اتباعها سلوك معين، بصورة

¹: محمد محمود محمد الجمال، تطبيقات العرف في المعاملات المالية المعاصرة (دراسة مقارنة)، د. ر. ط، دار الفكر الجامعي، مصر، 2008، ص 53.

²: محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 197.

³: عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 176.

متكررة ولمدة طويلة نسبيا، يجعلها والأفراد المتعاملين معها يشعرون بالزاميته، فيحكم على هذا السلوك بأنه عرف إداري.¹

ج- القانون الجنائي:

بالرجوع إلى نص المادة الأولى من قانون العقوبات، التي تنص على أنه: "لا جريمة ولا عقوبة أو تدابير أمر بغير قانون"²؛ بمعنى أن التشريع يحتكر حق تقرير الجرائم، وفرض العقوبات، وعليه فإن القاضي عند خلو التشريع من نص يقضي بتجريم فعل، والعقاب عليه، لا يكون أمامه إلا تبرئة المتهم، وبالتالي فإن العرف لا يعتبر مصدرا احتياطيا لقواعد القانون الجنائي، وليس له أي دور فيه.³

2 في مجال القانون الخاص:

أ- القانون المدني:

ضاق الدور التكميلي للعرف في نطاق القانون المدني، لأن التقنين المدني بلغ درجة كبيرة من الإحاطة والشمول، بدليل أن القانون المدني الجزائري قد احتوى على 1003 مادة مست كل أنواع التصرفات المدنية، وعليه فإن دور العرف يقتصر فقط على سد ما غفل عنه المشرع، ولم تشر إليه مبادئ الشريعة الإسلامية.⁴

ب القانون الدولي الخاص:

اختلف الفقهاء حول دور العرف في نطاق القانون الدولي الخاص إلى فريقين:

- الفريق الأول: أنكر وجود عرف دولي ملزم في مجال القانون الدولي الخاص.
- الفريق الثاني: يرى بأن للقاعدة العرفية، تأثير كبير على القانون الدولي الخاص، حيث ما توصل المشرعون لتقنينه ما هو إلا عبارة عن جمع لأعراف كانت سائدة، أو مستقرة، منذ زمن طويل.⁵

¹ عمار بوضياف، المرجع السابق، ص ص. 176، 177.

² الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 08 يونيو 1966، الذي يتضمن قانون العقوبات، ج. ر. ع 37، بتاريخ 22 يونيو 2016.

³ محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص 198.

⁴ عمار بوضياف، المرجع نفسه، ص 177.

⁵ المرجع والصفحة نفسها.

ج- القانون التجاري:

نظرا لاعتیاد التجار منذ مدة زمنية طويلة على أعراف تجارية، جعلتهم يسلمون بالزاميتها، وعدم جواز الخروج عنها، فإن العرف يعد مصدرا رسميا لقواعد القانون التجاري، باعتبار أن للعرف مجالا خصبا فيه.¹

ثانيا: العرف المساعد للتشريع:

يقوم العرف بدور مساعد للتشريع، عندما يحيل إليه المشرع، من أجل استعانة القاضي به في حل القضايا المطروحة أمامه، ولسنا هنا بصدد نقص في التشريع يكمله العرف، وإنما بصدد تشريع يمدنا بنصوص، يحتاج القاضي عند تطبيقها إلى الاستعانة بالعرف، إما لتحديد مضمون هذا النص أو لاستيفاء نقص في اتفاق المتعاقدين، أو يحيل إليه للتعرف على نية المتعاقدين²، وسوف نتطرق إلى هذه الحالات على النحو التالي:

1 الحالة الأولى: إحالة القاضي للعرف لتوضيح وتحديد مضمون قاعدة قانونية:

وهذا ما جاء في المادة 365 الفقرة 1 من القانون المدني الجزائري «إذا عين في عقد البيع مقدار المبيع كان البائع مسؤولا عما ينقص منه بحسب ما يقضي به العرف...»، فهذه القاعدة القانونية تقر مسؤولية البائع على النقص الذي يشوب المبيع، ثم يحيل القاضي المسألة إلى العرف، لمعرفة مقدار النقص الذي يسأل عنه البائع.³

وما نصت عليه المادة 107 الفقرة 2 من نفس التقنين «ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام»، طبقا لهذا النص فإن التزام المتعاقد يتقرر بكل ما يعتبر من مستلزمات العقد، ثم يحيل القاضي إلى العرف ليستعين به في تحديد ما هو من مستلزمات العقد⁴.

¹: عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 178.

²: أحمد سي علي، المرجع السابق، ص 273.

³: محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص 198.

⁴: أحمد سي علي، المرجع نفسه، ص ص. 274، 275.

2- الحالة الثانية: إحالة القاضي للعرف لاستيفاء ما يوجد من نقص في اتفاق المتعاقدين:

وهذا ما جاء في نص المادة 387 الفقرة 1 من التقنين المدني الجزائري «يدفع ثمن المبيع في مكان تسليم المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك...»، وجاء في المادة 388 الفقرة 1 من نفس التقنين «يكون ثمن المبيع مستحقا في الوقت الذي يقع فيه تسليم المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بخلاف ذلك...»، إعمالا لهذين النصين، فإن القاضي يلجأ إلى العرف للتعرف على المكان، أو الزمان، إذا أهمل المتعاقدين الاتفاق عليهما، فإذا لم يسعفه العرف في هذا الصدد، فعليه تطبيق القاعدتان المذكورتان¹.

3- الحالة الثالثة: إحالة القاضي للعرف للاسترشاد به في معرفة نية المتعاقدين

وهذا ما نصت عليه المادة 111 الفقرة 2 من التقنين المدني الجزائري «...أما إذا كان هنالك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهداء في ذلك لطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجاري في المعاملات».

ففي هذه الحالة، العرف يساعد القاضي الذي يبحث في تفسير العقد، للتعرف على نية المتعاقدين، وذلك بترجيح التفسير الأكثر مطابقة للعرف السائد².

ثالثا: العرف المخالف للتشريع

وفقا لمبدأ تدرج القوانين، فإن العرف متخلف عن التشريع في المرتبة، مما يجعله غير قادر على إلغائه أو مخالفته، غير أن التشريع قد يسمح مباشرة للعرف بأن يخالفه في بعض المجالات الفرعية، باعتباره أكثر اتفاقا مع حاجات التعامل، ومتطلبات الواقع في هذا المجال³، وسوف نتعرض لهذه المجالات التي تسمح بمخالفة العرف للتشريع استثناء من خلال مجال القواعد الآمرة ومجال القواعد المكملة.

¹: محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص 199.

²: أحمد سي علي، المرجع السابق، ص 278.

³: محمد حسين منصور، نظرية القانون، المرجع السابق، ص 353.

1 مجال القواعد الآمرة:

الأصل في القاعدة العرفية ألا تكون مخالفة للقواعد الآمرة¹، ولمبادئ الشريعة الإسلامية، باعتبار مكانتها ضمن ترتيب مصادر القانون، وهذا الأصل يطبق بدون استثناء في إطار القانون المدني، غير أنه واستثناء على هذا الأصل، يجوز للعرف التجاري أن يخالف نص تشريعي مدني أمر، لما للعرف في هذا القانون من دور متميز، وقد صرح القانون المدني الجزائري في بعض النصوص، بتغليب العرف التجاري على النص المدني الأمر، ونصت في هذا الشأن المادة 449 من القانون المدني: « لا تطبق مقتضيات هذا الفصل على الشركات التجارية إلا فيما يخالف القوانين التجارية والعرف التجاري » فقد استبعدت هذه المادة قواعد القانون المدني الآمرة لصالح العرف التجاري، وهذا ليس لضعف مرتبته وإنما لاختلاف المجالين المدني والتجاري.²

2 مجال القواعد المكملّة:

على خلاف ما سبق ذكره فإنه يمكن للعرف أن يخالف قاعدة تشريعية مكملّة³، لأن طبيعتها تسمح بذلك، فيما أنه يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها، فإنه من باب أولى أن ينشأ عرف في الجماعة بمخالفتها⁴. ومثال ذلك: ما نصت عليه المادة 387 من التقنين المدني الجزائري «يدفع ثمن المبيع في مكان تسليم المبيع، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك...» ففي هذه الحالة يؤخذ بالاتفاق إن وجد، وإن لم يوجد اتفاق يطبق العرف رغم وجود القاعدة التشريعية.⁵

¹: هي القواعد التي يجب على الأفراد احترامها بصفة مطلقة ولا يجوز لهم الاتفاق على خلافها أو تعديلها. ينظر: حاتم الرواتي، النظرية العامة للقانون (محاضرات لطلبة السنة الأولى في القانون)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تونس، تونس، 2011، ص 08.

²: عبد المجيد زعلاني، المدخل لدراسة القانون (النظرية العامة للقانون)، د. ط، دار هومة، الجزائر، 2010، ص 84، 85.

³: هي القواعد التي يجوز للأطراف الاتفاق على خلافها وتعويضها بشروط أخرى يلتزمون بها وتقوم مقام القانون بينهم. ينظر: حاتم الرواتي، النظرية العامة للقانون، ص 09.

⁴: عبد المجيد زعلاني، المرجع نفسه، ص 85.

⁵: محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص 197.

الفصل الثاني:

اعتبار العرف في بعض مسائل الأسرة

تمهيد:

وضع الإسلام نظاما محكما للزواج، يقوم على أقوى المبادئ والقيم التي من شأنها تحقيق الاستقرار الأسري، وانتشار الفضيلة في المجتمع، فأضفى عليه قدسية تجعله فريدا بين سائر العقود، لذلك كان لا بد له من مقدمات تعطي طرفيه فرصة التريث في الاختيار، وهذه المقدمات تسمى بالخطبة، والتي أحاطتها الشريعة الإسلامية بأحكام خاصة تنظم مختلف الإجراءات فيها، وهو ما سار عليه العرف في أغلب المناطق في بلادنا، كما سعى المشرع الجزائري كذلك إلى ضبط أحكامها من خلال ما ورد في نصوص قانون الأسرة، وبما أن عقد الزواج يعتبر أهم علاقة ينشئها الإنسان في حياته، فقد أحاطته الشريعة الإسلامية بالعديد من المقومات والضوابط لا ينعقد إلا بها. حيث تنقسم إلى أركان وشروط، جعل للعرف اعتبار في العديد من أحكامها، فجعلت في ركن الرضا الصيغة في بعض ألفاظها تركز على العرف، أما فيما يخص الشروط، فالحديث سيكون مقتصرًا على الصداق الذي ترك تحديد قدره وتعجيله وتأجيله للعرف، وكذا أهلية الزواج لما للعرف من اعتبار في تحديد سن الزواج.

وفي هذا الفصل المعنون ب: "اعتبار العرف في بعض مسائل الأسرة"، سنتطرق إلى الخطبة واعتبار العرف فيها كمبحث أول ثم الزواج، واعتبار العرف فيه كمبحث ثانٍ.

المبحث الأول: الخِطبة واعتبار العرف فيها

سننطلق في هذا المبحث، إلى حقيقة الخِطبة (المطلب الأول)، ثم اعتبار العرف فيها (المطلب الثاني).

المطلب الأول: حقيقة الخِطبة

نستعرض في هذا المطلب تعريف الخِطبة في الفرع الأول، ثم نتناول مشروعية الخِطبة في الفرع الثاني، وحكمها في الفرع الثالث.

الفرع الأول: تعريف الخِطبة:

وقسمنا هذا الفرع إلى ثلاثة عناصر متمثلة في: التعريف اللغوي للخِطبة أولاً، والتعريف الاصطلاحي ثانياً، وثالثاً التعريف القانوني للخِطبة.

أولاً: التعريف اللغوي للخِطبة:

لغة: الخِطبة من الخِطب وتأتي بعدة معاني: الخِطبة بالفتح وتعني الشأن، أو الأمر صغر أو كبر وقيل هو سبب الأمر، فيقال ما خطبك؟ أي ما أمرك؟¹ والخِطبة بالضم هو اسم للكلام الذي يتكلم به الخطيب، والخِطبة بكسر الخاء هو طلب الرجل المرأة للنكاح، وخطب المرأة خطبا وخطبة وخطيبى دعاها إلى التزوج.²

ثانياً: التعريف الاصطلاحي:

1 - عند الحنفية: عرفها ابن عابدين فقال: "الخِطبة بكسر الخاء طلب التزوج"³.

¹: ابن منظور، المصدر السابق، مادة (خطب)، ص ص. 360، 361.

²: بطرس البستاني، محيط المحيط، مادة (خطب)، ط. ج، مكتبة لبنان، لبنان، 1987، ص 240.

³: ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار (حاشية ابن عابدين)، تح: عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، ج 4، ط. خ، دار علم الكتب، م. ع. س، 2003، ص 66.

- 2 - عند المالكية: الخِطبة بكسر الخاء هي: عبارة عن استدعاء النكاح وما يجري من المجاورة: وقال ا لحطاب نقلا عن ا لقرطبي¹: "هي فعل الخُطب في الكلام وقصد واستلطاف بفعل أو قول"².
- 3 - عند الشافعية: "الخِطبة بكسر الخاء هي التماس من الخاطب النكاح من جهة المخطوبة"³.
- 4 - عند الحنابلة: "الخِطبة بكسر الخاء طلب المرأة للزواج"⁴.

ثالثا: تعريف الخِطبة في قانون الأسرة الجزائري:

عرف المشرع الجزائري الخِطبة في المادة 05 من قانون الأسرة على أنها «وعد بالزواج، ولكل من الطرفين العدول عنها»⁵، ويتضح من هذا النص أن المشرع لم يعط تعريفا دقيقا للخِطبة، بل اكتفى ببيان طبيعتها القانونية، فقد اعتبر الخِطبة جزء تمهيدا يقوم به الخاطبان للتعرف على بعضهما البعض.

¹: هو أبو العباس ضياء الدين أحمد بن عمر بن إبراهيم بن عمر الأنصاري الأندلسي القرطبي المالكي، ولد سنة 578هـ في القرطبة، وتوفي 656هـ، إمام، فقيه ومحدث، ومن أبرز مؤلفاته: مختصر بخاري، تلخيص صحيح مسلم، كتاب شرح التلغين. ينظر: موقع ويكيبيديا، أبو العباس_أحمد_بن_عمر_القرطبي <https://ar.wikipedia.org/wiki/> الزيارة: 2018/11/30، على الساعة: 14:30.

²: أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمان المغربي المعروف بالحطاب الرعيني، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ج 5، ط 1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1995، ص 25.

³: شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، تح: علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، ج 4، د. ر. ط، دار الكتب العلمية، لبنان، 2000، ص 219.

⁴: بدر الدين محمد بن علي البعلي، فقه الدليل شرح التسهيل، ج 4، ط 2، مكتبة الرشد، د. ب، د. س، ص 294.

⁵: قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق لـ 09 يونيو 1984 والمضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم: بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005، ج. ر. ع 15 مؤرخة في 27 فبراير 2005.

أما مفهوم الخطبة في مجتمعنا الجزائري حاليا ، فهو عبارة عن اتفاق بين العائلتين يسبق قراءة الفاتحة، ويقع غالبا بين والد ي الخاطبين ، وينتهي بالإيجاب وقبول المصاهرة دون إبرام أي عقد.¹

الفرع الثاني: مشروعية الخطبة

دلّ على مشروعية الخطبة نصوص قرآنية ، أحاديث نبوية وإجماع مؤكدة على أنّ الخطبة مشروعنة كتمهيد لعقد الزواج.

أولا: من القرآن:

قال تعالى: «وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ، مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْنَنْتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ عِلْمَ اللَّهِ أَنْكُمْ سَتَذَكُرُونَهُنَّ وَلَكِنْ لَا تُوعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلَّا أَنْ تَقُولُوا قَوْلًا مَعْرُوفًا وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ ع وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ يَعْلَمُ مَا فِي أَنْفُسِكُمْ فَاحْذَرُوهُ ع وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ حَلِيمٌ»².

ووجه الاستدلال من الآية الكريمة ، هو أن الإنسان قد يسعى للزواج من امرأة معينة ، قد تكون معتدة عن وفاة، ويتمنى لو تكون من نصيبه، فالشارع هنا لا يحظر عليه ذلك، لكن في حدود اللبقة والآداب الإسلامية، وعليه فإن المرأة المعتدة عليها حقوق غيره، ففي هذه الحالة تكون خطبتها محظورة، إلا أن الخطاب جاء بأنه لا حرج، ولا إثم عليكم أيها الناس، فيما عرضتم به للمعتدات من وفاة، وعليه فالشارع الحكيم ، أباح التعريض بخطبتهن دون

¹: عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة، ط 2، دار البعث، الجزائر، 1989، ص 84.

²: سورة البقرة، الآية 235.

التصريح¹، أي أنّ الله عز وجل أجاز خطبة المعتدة من وفاة تعريضا، وخطبة غيرها من غير المحرمات جائزة من باب أولى.²

ثانيا: من السنة:

دلّت السنة النبوية القولية، الفعلية والتقريرية، على مشروعية الخطبة في عدة أحاديث منها:

عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «لا يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى يترك الخاطب قبله أو يأذن له الخاطب»³ ووجه الاستدلال من الحديث، هو أن الخطبة مشروعة للخاطب الأول، واحترام حقه في الخطبة واجب.⁴

ومن السنة الفعلية: فقد روي عن عروة رضي الله عنه: «أن النبي صلى الله عليه وسلم خطب عائشة من أبي بكر، فقال له أبو بكر: إنما أنا أخوك، فقال له: أنت أخي في دين الله وكتابه، وهي لي حلال»⁵.

ومن السنة التقريرية: فقد ثبت أن الصحابة رضوان الله عليهم، مارسوا الخطبة في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم، فأقرهم ولم ينكر عليهم، مثال ذلك: أنّ المغيرة بن

¹: نايف محمود الرجوب، أحكام الخطبة في الفقه الإسلامي، ط 1، دار الثقافة، الأردن، 2008، ص 54.

²: عبد الناصر توفيق العطار، خطبة النساء في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية للمسلمين وغير المسلمين، د. ر. ط، مطبعة السعادة، مصر، 1976، ص 13.

³: رواه البخاري، المصدر السابق، حديث رقم 5142، ص 1311.

⁴: عبد الناصر توفيق العطار، المرجع نفسه، ص 13.

⁵: رواه البخاري، المصدر نفسه، حديث رقم 5081، ص 1296.

شعبة رضي الله عنه، أنه خطب امرأة، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: « أنظر إليها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما»¹؛ أي أحرى أن تدوم المودة بينكما، فدلّ هذا على مشروعية الخطبة.

ثالثاً: من الإجماع:

قد أجمع علماء المسلمين ماضياً وحاضراً على جواز الخطبة ومشروعيتها، كما جرى عرف المسلمين على الخطبة قبل الزواج، وهو عرف صحيح، لا يعارض نصاً في الكتاب أو السنة².

الفرع الثالث: حكم الخطبة:

اتفق الفقهاء على مشروعية الخطبة، لما مر من الأدلة، ولكن اختلفوا في حكمها على النحو التالي:

الفريق الأول: القائلون بأنها مستحبة:

ذهب المالكية إلى أن خطبة المرأة مستحبة من نفسها أو أهلها، وقال مالك في هذا الشأن "هي مستحبة وهي من الأمر القديم، وليست بواجبة وعلى ذلك جميع الفقهاء"³، وقال باستحباب الخطبة أيضاً الرملي من الشافعية، حيث قال: "هي سنة مطلقاً"⁴.

¹: رواه الترمذي، الجامع الكبير، تح: بشار عواد معروف، مج: 2، ط 1، دار الغرب الإسلامي، لبنان، 1996، حديث رقم 1087، ص 383.

²: محمد سكمال المحرابي، المهذب من الفقه المالكي وأدلته، ج 2، ط 1، دار الوعي، الجزائر، 2010، ص 5.

³: بلقاسم شتوان، الخطبة والزواج في الفقه المالكي، د. ر. ط، دار الفجر، الجزائر، 2007، ص 14.

⁴: شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة ابن شهاب الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج 6، ط 3، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003، ص 202.

الفريق الثاني: القائلون بالإباحة:

ذهب الحنابلة، وقول عند الشافعية، إلى أن الخطبة مباحة في الأصل¹، غير أنها قد تحرم في بعض الحالات، كالتصريح بها للمعتدة من وفاة، أو التعريض أو التصريح بها لمعتدة من طلاق رجعي، وتكون مكروهة إذا تمت أثناء الإحرام لحج أو عمرة.²

الفريق الثالث: القائلون بأن الخطبة تأخذ حكم الزواج:

يرى أصحاب هذا الرأي، أن للخطبة حكم النكاح من وجوب، ندب وكراهة، والخطبة وسيلة من وسائل الزواج، وعليه، إذا كان الزواج مستحبا فهي مستحبة، وإذا كره الزواج كرهت وهكذا.³

• **الترجيح:** والراجح في هذه المسألة، أن الخطبة مستحبة، وهو ما ذهب إليه أصحاب

القول الأول، وذلك لعدة أسباب:

لفعل النبي صلى الله عليه وسلم والسلف الصالح الذين كانوا يسبقون الزواج بالخطبة، وما تركوها إلا نادرا، وهذا الوصف ينسجم مع الفعل المستحب وليس مع المباح، الذي يستوي فيه الفعل والتترك.

كما للخطبة فوائد كثيرة، وذلك عند تشريعها كمقدمة لعقد الزواج.⁴

¹: ابن قدامة، المغني ويليهِ الشرح الكبير، ج 7، د. ر. ط، دار الكتاب العربي، د. ب، د. س، ص 433.

²: عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص 14.

³: سليمان بن محمد بن عمر البجيرمي الشافعي، حاشية البجيرمي علي الخطيب، ج 4، ط 1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1996، ص 150.

⁴: نايف محمود الرجوب، المرجع السابق، ص 59.

المطلب الثاني: اعتبار العرف في الخطبة

سنتناول في هذا المطلب تكييف الخطبة واعتبار العرف فيها في الفرع الأول، ثم اقتران الخطبة بالفتحة واعتبار العرف فيها في الفرع الثاني، وخصّصنا الفرع الثالث إلى العدول عن الخطبة وآثاره واعتبار العرف فيهما.

الفرع الأول: تكييف الخطبة واعتبار العرف فيها

قسّمنا هذا الفرع إلى عنصرين، أولهما التكييف الفقهي والقانوني للخطبة، واعتبار العرف في تكييف الخطبة كعنصر ثانٍ.

أولاً: التكييف الفقهي والقانوني للخطبة

1 التكييف الفقهي للخطبة:

الخطبة باتفاق الفقهاء، لا تعدوا أن تكون وعدا بالزواج فهي ليست عقداً، بل وعد بعقد، وليس للوعد بعقد قوة إلزام عند جمهور الفقهاء¹، و لا يمكن أن يترتب عليها ما يترتب على عقد الزواج من آثار، وحقوق، وواجبات، وعليه جاز لكل من الطرفين العدول عنها، ومن ثم فلا إلزام ولا التزام، لأنّ الخطبة ليست جزء من عقد الزواج، ولا ركناً فيه، ولا شرطاً لانعقاده²، وفي هذا يقول الإمام السيوطي: "والظاهر أن الخطبة ليست بعقد شرعي، وإن تخيل كونها عقداً، فليس بلازم، بل جائز من الجانبين قطعاً"³.

¹: خالف الإمام مالك جمهور الفقهاء في بعض الأقوال المروية عنه، بأن الوعد يجب الوفاء به بحكم القضاء في بعض الأحوال. غير أنه لا يلزم الوفاء بالوعد في الخطبة لأن الوفاء بهذا الوعد يفضي إلى أن يمضى عقد الزواج على شخص غير راض به، وليس للقضاء سلطان الإكراه على هذا العقد الخطير، وهذا ما ذهب إليه الإمام أبو زهرة. ينظر: محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط 3، دار الفكر العربي، مصر، 1957، ص 35.

²: فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، ط 2، مؤسسة الرسالة، لبنان، 2008، ص ص. 462، 463.

³: السيوطي، الحاوي للفتاوى، ج 1، ط 1، دار الكتب العلمية، لبنان، 2000، ص 180.

ومن خلال ما تقدم ، فإن الخطبة تتم بإيجاب من الملتمس للزواج وقبول من الملتمس منه الزواج ، ومنه يمكن اعتبار الخطبة شبه عقد مبدئي رضائي على الزواج، فإذا تم الإيجاب والقبول تكون الخطبة تامة، وإذا لم يلاقي الإيجاب قبولا كما نت الخطبة غير تامة، على أن هذا التكيف يدل دلالة واضحة على أن الشارع يرى الفشل في الخطبة بالعدول عنها وفسخها، خير من الفشل في الزواج لخطورة آثاره، لذا كما نت بوضع الشارع مجرد وعد غير ملزم¹.

2 التكيف القانوني للخطبة:

لقد اعتبرت الشريعة كما ذكرنا سابقا، الخطبة وعد بالزواج، ولا ترقى إلى مستوى العقد، وحتى إن تمت بتوافر رضا الطرفين²، وهذا ما ذهب إليه قوانين الأحوال الشخصية في جميع البلاد العربية³، ومنها قانون الأسرة الجزائري ، الذي نص في فقرته الأولى من المادة 05 بأنها: «وعد بالزواج يجوز للطرفين العدول عنها»، وعليه فإن الخطبة لا تعد عقد زواج، بل هي مرحلة تمهيدية تسبق مرحلة الزواج ، بحيث لكلا الطرفين الحق في العدول عنها، بل إنهما غير ملزمين قانونا بإتمام مشروع الزواج.

ثانيا: اعتبار العرف في تكيف الخطبة:

إن العرف السائد في الجزائر بالنسبة للخطبة ، هو اعتبارها وعدا بالزواج غير ملزم ، يلجأ إليه الأشخاص ليستطيع كل طرف أن يتعرف على الطرف الآخر، ويعرف أحواله وأخلاقه ويفهم نفسيته، من خلال التحري عن حال الخاطب وحال المخطوبة ، نظرا لأهمية عقد الزواج، فإذا حدث خلاف بينهما ، جاز لكلا الطرفين العدول عن الخطبة، وبالتالي فهذا

¹: محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه، جامعة الحاج لخضر، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، باتنة، 2009، ص ص. 303، 304.

²: العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، ج 1، ط 1، دار الثقافة، الأردن، 2012، ص 113.

³: محفوظ بن صغير، المرجع نفسه، ص 304.

موافق لما جاء في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، وتجدر الإشارة إلى انتشار بعض الأعراف الفاسدة والمخالفة لنصوص الشرع في مجتمعنا، ومنها إفراط الناس في استعمال رخصة النظر للمخطوبة، بالإضافة إلى خلوة الخاطب بالمخطوبة، فهو تصرف محرم باتفاق جميع الفقهاء¹، لكون المخطوبة أجنبية بالنسبة للخاطب، ودليل ذلك حديث ابن عباس قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: «لا يَخْلُونَ رجل بامرأة إلا مع ذي محرم»²، ووجه الاستدلال من هذا الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم، بين خطورة الخلوة بين الرجل والمرأة الأجنبية، وما المخطوبة قبل العقد إلا كذلك، ومن صور الخلوة السفر مع الخاطب دون محرم، أو الخروج معه للتنزه، أو الذهاب إلى الأسواق، وقد تكون الخلوة في بيت المخطوبة³.

ومن الأعراف المنتشرة أيضا: لمس المخطوبة، سواء بالمصافحة، أو التقبيل أو المعاشرة الجنسية⁴، وهي تصرفات محرمة باتفاق الفقهاء، وذلك لكون المخطوبة في حكم الأجنبية⁵ ودليل التحريم هنا قوله صلى الله عليه وسلم: «لأن يُطَعَنَ في رأس أحدكم بمخيطة من حديد خير له من أن يمس امرأة لا تحل له»⁶، ووجه الاستدلال من الحديث، حرمة لمس المرأة الأجنبية، وعليه، فإنه لا يجوز للخاطب لمس المخطوبة مهما كان.

¹: ابن قدامة، المغني، تح: عبد الله بن عبد المحسن التركي، عبد الفتاح محمد الحلوج، ج 9، ط 3، دار عالم الكتب، م. ع. س، 1997، ص 490.

²: رواه مسلم، صحيح مسلم، تح: أبو قتيبة، نظر محمد الفاريابي، مج 1، ط 1، دار طيبة، م. ع. س، 2006، حديث رقم 1341، ص 610.

³: نايف محمود الرجوب، أحكام الخطبة في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 197.

⁴: جميل فخري محمد جانم، مقدمات عقد الزواج، ط 1، دار الحامد، الأردن، 2008، ص 132.

⁵: الرملي، المرجع السابق، ص 195.

⁶: رواه الطبراني، المعجم الكبير، تح: حمدي عبد المجيد السلفي، ج 20، د. ر. ط، مكتبة ابن تيمية، مصر، د. س، حديث رقم 486، ص 212.

الفرع الثاني: اقتران الخطبة بالفاتحة واعتبار العرف فيها

قسمنا هذا الفرع إلى عنصرين، تعريف الفاتحة وعلاقتها بالخطبة **كعنصر أول**، واعتبار العرف في اقتران الخطبة بالفاتحة **كعنصر ثان**.

أولاً: تعريف الفاتحة وعلاقتها بالخطبة

1 تعريف الفاتحة:

إن الفاتحة عبارة عن اجتماع مجلس الرجال ، يحضره عادة ولي المخطوبة ، ولي الخاطب والخطاب، وجمع من الناس من أقارب الخطيبين وأصدقائهم، فتتم قراءة سورة الفاتحة في آخر مجلس الخطبة، بعد تبادل إيجاب وقبول المصاهرة بين العائلتين مستقبلاً.

2 علاقة الفاتحة بالخطبة

أ - اقتران الفاتحة بالخطبة دون مجلس العقد:

ورغم اختلاف مفهوم الخطبة عن مفهوم الفاتحة، إلا أنه من الممكن أن تقعا في مجلس واحد، ولا مانع من وقوعهما في مجلسين مختلفين، وسواء كانت الخطبة قد وقعت قبل الفاتحة أو وقعتا معا في مجلس واحد، فإنه لا يكون لهما سوى مدلول واحد¹، وهذا ما جاءت به الفقرة الأولى من المادة السادسة من ق. أ. ج التي تنص على أنه: «إن اقتران الفاتحة بالخطبة لا يعد زواجا»، فالمشرع الجزائري في هذه الحالة اعتبر قراءة الفاتحة مجرد فاتحة خطبة وليست بزواج.

ب - اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد:

معنى الفاتحة في هذه الحالة يتجلى في اقترانها بالخطبة في مجلس العقد ، وتوافر ركن الرضا وشروط عقد الزواج: من صداق، شاهدين، ولي، وانعدام الموانع الشرعية، وبذلك

¹: عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط 3، دار هومة، الجزائر، 1996، ص 85.

اعتبر اقتران الفاتحة بالخطبة زواج صحيحا ، جاز إلزام الطرف الآخر بإتمامها ، وهو رأي قضائي مستمد من الشريعة الإسلامية¹.

فتصبح المرأة المعقود عليها زوجة شرعية ، وتكون بصدد الزواج العرفي ، بحيث أنه زواج صحيح ، لا ينقصه إلا الرسمية ؛ إذ هو عقد يفيد تحليل العشرة الزوجية بين الزوجين ، لأنه زواج استكمل أركانه وشروطه الشرعية ، فإذا صاحب إعلان الخطبة وقراءة الفاتحة إيجاب وقبول الطرفين في حضرة شاهدين عدلين ، وتحديد الصداق بحضور الولي ، كما جرت به العادة والعرف ، فهو عقد نافذ شرعا ، وهو ما قضت به المادة 6 فقرة 2 التي نصت على أنه «غير أن اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توافر ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في المادة 9 مكرر من هذا القانون»

ثانيا: اعتبار العرف في اقتران الخطبة بالفاتحة:

جرى العرف في المجتمع الجزائري ، على تلاوة الفاتحة بعد تبادل الإيجاب والقبول في مجلس العقد ، بين الزوج وولي الزوجة ، والتفاهم على الصداق بحضور الشهود ؛ أي أن الفاتحة تقرأ بعد إبرام عقد الزواج بقصد التبرك² ، مما رسخ اعتقادا سائدا في مجتمعنا مفاده أن العقد دون فاتحة لا يتم ، وهذا اعتقاد خاطئ لكون قراءة الفاتحة ليست من أركان عقد الزواج ولا من شروطه ، ولكنها مستحبة في اعتبار الفقهاء من باب التبرك ، وعليه لا يترتب عن تخلفها بطلان الزواج³ ،⁴.

¹: فضيل العيش ، شرح وجيز لقانون الأسرة الجديد ، مطبعة طالب ، الجزائر ، 2008 ، ص 11.

²: أحمد نصر الجندي ، شرح قانون الأسرة الجزائري ، د. ر. ط ، دار الكتب القانونية ، مصر ، 2009 ، ص 24.

³: محفوظ بن صغير ، أحكام الزواج ، ط 1 ، دار الوعي ، الجزائر ، د. س ، ص 87.

⁴: في حين ترى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء أنها بدعة لم ترد عن النبي صلى الله عليه وسلم في عقود الزواج.

ينظر: اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء ، فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء ، جمع وترتيب أحمد بن عبد

الرزاق الدويش ، ج 19 ، ط 5 ، دار المؤيد ، السعودية ، 2003 ، ص 146.

والمشرع الجزائري لم يعتبر هذا العرف في قانون الأسرة الجزائري، ذلك لأن الفاتحة في عرفنا لا تتلى أثناء مرحلة الخطبة، بل جرت العادة على تلاوتها في مجلس العقد¹.

ومن الأعراف المذمومة المخالفة للشريعة، خروج الفتاة إلى خطيبها يوم الخطوبة غير متحجبة وفي كامل زينتها، وهذا يعد حراما مادام الخاطب لم يعقد عليها².

ويدخل ضمن الأعراف الفاسدة أيضا الحديث مع المخطوبة في غياب محرم من محارمها، وأن يكون هذا الحديث فاحشا ومنكرا المتضمن كلام الحب والغرام ونحوه، فكل هذا ذريعة للفساد³.

الفرع الثالث: العدول عن الخطبة وآثاره واعتبار العرف فيهما

قسمنا هذا الفرع إلى عنصرين، العدول عن الخطبة واعتبار العرف فيه كعنصر أول، وآثار العدول عن الخطبة واعتبار العرف فيها كعنصر ثان.

أولاً: العدول عن الخطبة واعتبار العرف فيه:

1 تعريف العدول وبيان حكمه:

أ تعريف العدول:

أ-1- لغة: من الفعل عدل، وعدل عن الشيء يعدل عدلا وعدولاً: والعدل أن تعدل الشيء عن وجهه، نقول: عدلت فلان عن طريقه، فالعدول يأتي بمعنى الرجوع⁴.

¹: عماد شريقي، المرجع السابق، ص 88.

²: الصادق الغرياني، الزفاف وحقوق الزوجين، ط 4، دار ابن حزم، لبنان، 2007، ص 22.

³: عبد الناصر توفيق العطار، خطبة النساء، المرجع السابق، ص 125.

⁴: ابن منظور، لسان العرب، مج 11، مادة (عدل)، المصدر السابق، ص ص. 434، 435.

أ-2- اصطلاحاً: هو تراجع أحد المخطوبين عن مشروع الزواج بالخاطب الآخر ،
والتوقف تماماً عن السير في متابعة الأعمال والإجراءات المؤدية إلى تحقيق مشروع الزواج ،
كما كان مخططاً له في بادئ الأمر بعد إتمام الخطبة¹.

ب -حكم العدول واعتبار العرف فيه:

ب-1- حكم العدول في الفقه:

كما تقدّم فالخطبة وعد بالزواج، لذا فخلف الوعد مكروه عند جمهور الفقهاء، إذ ينبغي أن يكون حكم العدول عن الخطبة أنه مكروه، وهذا ما ذهب إليه المالكية، أمّا الحنيفة والحنابلة فذهبوا إلى القول بجواز العدول، غير أنّ الحنابلة قالوا باللّواهة إن كان العدول لغير غرض، فإن كان العدول لغرض مشروع فالجميع على عدم اللّواهة، إذ استدلّ المالكية على لّواهة العدول عن الخطبة بالأدلة المانعة من خلف الوعد نفسها الدّالة على كراهته _ لأنّ الخطبة وعد بالزواج _ وهي من الكتاب العزيز والسنة المطهّرة، وأبرز دليل على ذلك قوله تعالى:

«... وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا»²، فالعهد يظلّ الوفاء به، وهي

من الأمور التي يسأل عنها العبد يوم القيامة، فمخالفة الوعد مكروه.

وكذلك قول الرسول صلّى الله عليه وسلم: «آية المنافق ثلاث: إذا حدث كذب، وإذا وعد أخلف، وإذا اتّمن خان»³، ومحلّ الشاهد، هو قوله " وإذا وعد أخلف"، فخلف الوعد خصلة من النفاق، والإتيان أو الاتّصاف بها مكروه، ومن الجدير بالذّكر أنّ الوعد عند

¹: عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 85.

²: سورة الإسراء، من الآية 34.

³: رواه البخاري، المصدر السابق، الحديث رقم: 33، ص 18.

المالكيّة غير ملزم، وهو كذلك عند الجمهور حيث أقرّوا بأنّ خلف الوعد مكروه، وهذا دليل على عدم الإلزام وإلاّ لكان خلف الوعد حراماً¹.

ولو سلّمنا بلزوم الوفاء بالوعد وحرمة الإخلاف به، فإنّ الخاطب أو المخطوبة لا يستطيعان العدول عن الخطبة إذا أرادا ذلك لئلا يقع في الإثم، فيضطران إلى عقد نكاحهما مكرهين، وهذا الإكراه يتنافى وحرية الاختيار والإرادة الواجب توفّرها في العقود، ولاسيما في عقد الزواج.

أمّا الحنفية والحنابلة فقد استدلّوا بجواز العدول عن الخطبة بما يلي:

عن ابن عمر رضي الله عنهما _ أنّه كان يقول "نهى النبيّ _ صلى الله عليه وسلم_ أن لا يبيع بعضكم على بيع بعض، ولا يخطب الرجل على خطبة أخيه حتّى يترك الخاطب قبله أو يأذن له الخاطب."

إذ نهى النبيّ _ صلى الله عليه وسلم_ أن يخطب الرجل على خطبة أخيه، لأنّ للخاطب الأول حقاً في الفتاة فلا يناع عليه، لئلا يسري التباغض والتشاحن بين المسلمين، إذ جعل للخاطب الأول حقّ التّرك وأجاز له التنازل للخاطب الثاني، فالنبيّ _ صلى الله عليه وسلم_ أجاز العدول عن الخطبة، وصوّرها في صورتين: التّرك أو إعطاء الإذن للغير؛ كي يتقدّم لخطبة الفتاة، وفيه إشعار بإسقاط الحقّ النّابع من العدول عن الخطبة.

أمّا عليّ _ رضي الله عنه _ فخطب بنت أبا جهل، فلمّا أنكر عليه النبيّ _ صلى الله عليه وسلم_ أعرض عليّ عن الخطبة، فلو كان الإعراض عن الخطبة مكروها لما أنكر النبيّ _ عليه الصلّاة والسّلام_ على عليّ رضي الله عنه، وهذا لكي لا يضطرّ للوقوع في المكروه،

¹: إكاسولن خيرة وتواتي طاوس، الخطبة وآثار العدول عنها، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2012-2013، ص 31. نقلا عن: رباب عبد العاطي، الزواج بين الشريعة والقانون، عبر موقع: <http://www.arabsys.net/pic/bsm/2>، عريسي،

بل لأنّ العدول جائز وهو حقّ للخاطب، ولكن النبيّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لَوَّه هذه الخطبة لسبب مذكور، فهو إعراض لسبب¹.

كما أنّ عقد الزّواج عقد أبديّ يدوم فيه الضّهر إن كان، والخطبة مقدّمة تحسب فيها المنافع والمضار، فإن غلبت المنافع فيها وعمّت، وإلّا فالعدول عن الخطبة.

والترجيح الذي تركز إليه النفس، هو قول الحنابلة، الذين أقرّوا فيه بجواز العدول عن الخطبة إن كان للعدول سبب، ولو كان هذا السبب هو لخواهية الفتاة للرجل أو العكس، استتباطاً من قصّة سيّدنا عليّ _ رضي الله عنه _ حيث عدل عن خطبته لسبب وهو لخواهية النبيّ عليه الصّلاة والسّلام لتلك الخطبة.

أمّا العدول دون سبب فمكروه؛ لأنّه من قبيل الإخلاف بالوعد وإن كان الحديث الشريف يجيز العدول مطلقاً، إلّا أنّ هذه الإجازة لا بدّ أن تقيّد بسبب، وهذا الحكم يتناسب مع السياج الأخلاقي الذي يفرضه الإسلام على كلّ مسلم².

ب-2- حكم العدول عن الخطبة في القانون الجزائري

لقد سلك المشرّع الجزائري مسلك الفقه الإسلامي، حيث يرى بأنّ الخطبة هي مجرد وعد بالزّواج ولا تنقّي إلى مرتبة العقد، ويجوز لكلا الطرفين العدول عنها، وهذا ما نصّت عليه المادة الخامسة في فقرتها الأولى والثانية:

- "الخطبة وعد بالزّواج.

- يجوز للطرفين العدول عن الخطبة "

¹: إكاسولن خيرة وتواتي طاوس، المرجع السابق، ص 32. نقلاً عن: رباب عبد العاطي، الزواج بين الشريعة والقانون، المرجع السابق.

²: المرجع نفسه، ص 33.

حيث يتّضح من نصّ هذه المادّة، أنّه يصحّ لكلّ طرف أن يعدل عن الخطبة بإرادته المنفردة دون الرجوع للطرف الثاني، سواء كان بسبب أو بدونه، وذلك لأنّ عقد الزواج عقد رضائي وليس عقد إذعان، فإنّ المحكمة التي تحكم بإلزام الطرف المتولّج بالإبقاء على الخطبة أو الفاتحة المنعدمة من ركن الرضى وإجباره على متابعة إجراءات عقد الزواج، فإنّها تكون قد هدّمت أهمّ ركن، والذي يعتبر الوحيد لإبرام عقد الزواج، وتكون قد خرقت أحكام الشريعة الإسلاميّة والقانون¹.

فالعُدول عن الخطبة أمر مباح، لا إثم ولا عقاب عليه، ومن ثمّة فلا إثم ولا خطيئة على العادل، لكونه قد استعمل حقّاً شرعيّاً ثابتاً له وغير مقيد بأيّ شرط فيه، والحكمة من إجازة العُدول عن الخطبة وإباحته، هو تمكين طرفي الخطبة من تفادي الارتباط بزواج لا يحقّق الغاية المقصودة والمرجوّة منه، وتفادياً للوقوع في متاهة فك الرابطة الزوجية².

2 اعتبار العرف في حكم العُدول عن الخطبة:

كما ذكرنا سابقاً فالخطبة في أعرافنا ، هي مقدمة لعقد الزواج وليست عقداً ، ومن ثمّ جاز لكلا الطرفين العُدول عنها في أيّ مرحلة كانت عليها الخطبة، دون أن يلزم أيّ طرف بالتبرير، غير أن عدم التبرير من شأنه أن يفتح باباً للإشاعات والافتراءات تمس الطرفين وعائلتيهما، لذلك كان من الأفضل تقديم تبريرات من الخاطب لولي المخطوبة إذا كان العُدول منه، ومن ولي المخطوبة إلى الخاطب إذا كان العُدول من ها، وذلك حفظاً لأعراض كلا من العائلتين.

¹: عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، د. ر. ط، دار هومة، الجزائر، 2005، ص 18.

²: أحمد خليفة العقيلي، الزواج والطلاق في الشريعة الإسلاميّة، ط 1، الدار الجماهيرية، ليبيا، 1990، ص 43.

ثانيا: آثار العدول عن الخطبة واعتبار العرف فيها:

1 حكم الصداق والهدايا واعتبار العرف فيهما:

أ - حكم الصداق والهدايا:

أ-1- حكم الصداق والهدايا في الفقه:

أ -1-1- حكم الصداق:

اتفق الفقهاء على أنه في حالة العدول عن الخطبة سواء كان من كلا الطرفين أو أحدهم، فإن المخطوبة ملزمة برد ما أخذته من الصداق، ويكون الرد حسب طبيعة الصداق، فتزد إليه عينه إن كان قائما، وإذا كان مثليا ردت له مثله، وإن كان قيميا ردت قيمته، وذلك راجع لكون المهر لا يجب إلا بالعقد، وبما أن الخطبة ليست عقدا فإن المهر يبقى ملكا له¹.

أ -1-2- حكم الهدايا:

اختلف الفقهاء في حكم ما يقدمه الخطيبين لبعضهما البعض من الهدايا على النحو التالي:

الحنفية: ذهب فقهاء الحنفية إلى اعتبار هذ هالهدايا من قبيل الهبة ، وتسري عليها الأحكام الخاصة بالهبة، وحكمها هو جواز الرجوع فيها، وذلك ما لم يوجد مانع يمنع ذلك، كهلاك العين الموهوبة أو استهلاكها أو حتى خروجها من يد الموهوب له، وكذلك الزيادة المتصلة التي لا يمكن فصلها².

الشافعية: يرون أن كل من أهدى شيئا لخطيبته ثم عدل عن الخطبة فله أن يسترد ما أهداه عينا إذا كان قائما، أما إن كان ذلك الشيء المهدي قد هلك فيسترد قيمته، لأن هذا الشيء المهدي قدم على أساس عقد الزواج والعقد لم يتم بعد، ممّ يوجب

¹: محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 306.

²: أحمد إبراهيم بك وواصل علاء الدين أحمد إبراهيم، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون، ط 1، د. د. ب، 1994، ص 59.

استرداد ما قدم سواء كان العدول عن الخطبة من طرف الخاطب ، أو المخطوبة ، أو من كليهما¹.

الحنابلة: لقد ذهب الحنابلة ، للقول بأنه إذا تم تبادل الهدايا بين المخطوبين ثم عدل أحدهما على إتمام الزواج، فإنه لا يجوز استرداد الهدايا المتبادل ة بينهما في هذه الفترة، لأن الهدية هبة، والهبة حسب رأيهم لا يجوز الرجوع فيها، إلا إذا كانت قبل قبضها، أما إذا استلمها وانتقلت إلى المهدى إليه فلا رجوع فيها، وسواء كان العدول من الخاطب أو المخطوبة².

المالكية: لقد ذهب فقهاء المالكية ، إلى التمييز بين الطرف العادل عن الخطبة والطرف المعدول عنه، فإذا كان العدول عن الخطبة من جانب الخاطب لن يسترد شيئاً مما أهداه، أما إن كان العدول من طرف المخطوبة جاز للخاطب أن يسترد ما أهداه، فيأخذه عينا إن كانت قائمة وإذا هلكت أخذ مثلها إن كانت مثلية، أو قيمتها إن كانت قيميّة، إلا إذا كان هناك شرط أو عرف يقتضي غير هذا العمل فيعمل به³.

الترجيح: من خلال ما سبق ، يتبين لنا أن رأي الفقه المالكي هو الرأي الراجح، وذلك لما يتميز به من الإنصاف والعدالة، فلا شك أن المخطوبة سوف تتألم من عدول خطيبها عن الخطبة ، وليس من اللائق مضاعفة الألم ، ولعل في ترك الهدايا بعض التخفيف من الألم، أما إذا كان العدول عن الخطبة من جانب المخطوبة ، فليس من العدالة أن تحرم الخاطب مما قدمه لها من هدايا، وهو لم يقترف أي ذنب أو خطأ⁴.

¹: محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، ط 2، دار الفكر العربي، مصر، 1971، ص 66.

²: محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 306.

³: محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، المرجع والصفحة نفسها.

⁴: محفوظ بن صغير، المرجع نفسه، ص 307.

أ-2- حكم الصداق والهدايا في قانون الأسرة الجزائري:

أ-2-1- حكم الهدايا:

جاء في نص المادة 5 الفقرة 4 و 5 من قانون الأسرة الجزائري على أنه : «لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئاً م ما أهداه إذا كان العدول منه، وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته، وإن كان العدول من المخطوبة فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته».

وعليه، فإذا عدل الخاطب عن الخطبة سقط حقه في استرداد ما أهداه، بل عليه رد ما لم يستهلك مما أهدته المخطوبة أثناء فترة الخطبة، فإن استهلكت رد قيمتها، وإن كان العدول من المخطوبة فعليها رد ما لم يستهلك مما أهداها الخاطب من هدايا في فترة الخطبة ، وإن استهلكت ردت قيمتها¹، والملاحظ هنا، أن المشرع الجزائري قد أخذ برأي المالكية في مسألة حكم الهدايا السالف ذكره.

أ-2-2- حكم الصداق:

إن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى هذه المسألة ؛ إذ أنه تناول حكم الهدايا فقط عند العدول، وهذا يوجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقاً لنص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على أنه: «كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية».

¹: محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق، ص 307.

ب - اعتبار العرف في حكم الهدايا والصداق عند العدول عن الخطبة:

فيما يخص الهدايا ، فإن المتعارف عليه في مجتمعنا جاء موافقا لما قال به المالكية، بحيث إذا كان العدول من الخاطب فإنه لا يسترد شيئا مما أهداه للمخطوبة، وإذا كان العدول منها فإن الخاطب يسترد هداياه، وعليه فإن المالكية أعطوا اعتبارا للعرف في هذه المسألة، وباعتبار أننا في زمن كثرت فيه الهدايا المقدمة للمخطوبة في الأعياد والمناسبات وتنوعت وغلاء أسعارها، فإن المعمول به عرفا يعتبر ردعا للخاطب ، حتى لا يعدل بعد مدة طويلة من الخطوبة عن المخطوبة، تاركا هذه الأخيرة في مواجهة المجتمع دون رحمة.¹

أما حكم الصداق ، فالعرف موافق فيه لما ذهب إليه الفقهاء ، بحيث يسترد الخاطب مهره كاملا بغض النظر عن الطرف العادل عن الخطبة، ذلك لأن الصداق دليل على إتمام العقد بين الخاطب والمخطوبة ، وبانقضاء هذا العقد فلا حاجة للمخطوبة به، وبالتالي: فإن الشريعة الإسلامية قد أعطت اعتبارا في هذه المسألة للعرف.²

وقانون الأسرة الجزائري لم يتعرض لمسألة الصداق المقدم خلال فترة الخطوبة، لا في القانون 11/84 الصادر في 1984/06/09، ولا في التعديل بالأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27، لا صراحة ولا ضمنا، مما يستوجب الرجوع لأحكام المادة 222³ التي تحيلنا إلى الشريعة الإسلامية.

2- التعويض عن الضرر في العدول واعتبار العرف فيه:

أ - التعويض عن الضرر في العدول عن الخطبة:

أ - 1- تعريف الضرر:

المقصود بالضرر، هو: ما يصيب أحد الخطيبين من جراء عدول الخاطب الثاني عن إتمام وعده.

¹: عماد شريقي، المرجع السابق، ص 78.

²: المرجع نفسه، ص 81.

³: المادة 222: «كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامي».

والضرر نوعان: ضرر مادي "هو الضرر الذي يصيب الشخص في ذمته المالية"، وضرر أدبي "هو كل ما يصيب الشخص معنويا كخدش في شعوره، أو في شرفه أو في عاطفته أو في سمعته"¹.

أ -2- حكم التعويض عن الضرر عند العدول عن الخطبة فقها وقانونا:

أ-2-1- فقها: اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاث مواقف:

• **الاتجاه الأول:** يرى أصحاب هذا الاتجاه، بعدم التعويض عند العدول عن الخطبة،

وممن ذهب إلى هذا الرأي، الشيخ محمد بخيت المطيعي -من كبار علماء الأزهر-.

وبناء على هذا الاتجاه، لا يجوز للقاضي التعويض عن الضرر الناجم عن العدول عن الخطبة، وذلك لكون العدول حق لكلا الطرفين، بلا قيد ولا شرط ولا ضمان في استعمال الحق².

• **الاتجاه الثاني:** ذهب أصحاب هذا الاتجاه، إلى وجوب التعويض مطلقا، ومن

أنصار هذا الاتجاه، الشيخ محمود شلتوت³، ولأن الخطبة وإن لم تكن عقدا فهي في نهاية الأمر ارتباط، فلا بد من العمل بالقاعدة الفقهية، لا ضرر ولا ضرار، والضرر يزال وطريق إزالته هو التعويض⁴.

• **الاتجاه الثالث:** صاحب هذا الاتجاه، هو الشيخ محمد أبو زهرة، الذي يقول فيه قولا

وسطا بين الاتجاهين إذ يرى أن العدول عن الخطبة في ذاته لا يكون سببا للتعويض، لأنه

¹: محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 309.

²: المرجع نفسه، ص 312.

³: هو محمود شلتوت، ولد سنة 1305هـ، وتوفي سنة 1385هـ، عالم إسلامي مصري وشيخ الجامع الأزهر، كان أول حامل للقب الإمام الأكبر. ينظر: موقع المعرفة، شافي، محمود شلتوت، محمود شلتوت/ www.marefa.org، تاريخ

الزيارة: 2018/09/04، على الساعة: 12:00.

⁴: أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 36.

حق، والحق لا يترتب عليه تعويض، غير أنه يمكن أن يلحق بالمخطوبة ضرر بسبب العدول، فإذا كان الخاطب سببا فيه لزمه التعويض، وإذا لم يكن للخاطب دخل فيه لم يلزمه التعويض¹.

أ-2-2- قانونا:

إنّ العدول عن الخطبة حقّ مكرّس لكلا المخطوبين، خاصّة في حالة استعماله دون أيّ تعسّف، وهذا ما ورد في المادة 05 من الأمر رقم 05-02، والتي تنصّ على أنّه: «يجوز للطرفين العدول عن الخطبة»، لكن قد ينجّر عن هذا العدول أضرار وخيمة، قد يتحمّلها أحد الطرفين أو كلاهما معا، والدليل على ذلك ما ورد في الفقرة الثالثة من المادّة الخامسة من قا.أ.ج التي تنصّ على أنّها: «إذا ترتّب عن العدول عن الخطبة ضرر ماديّ أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض».

فحسب هذه الفقرة، يجوز المطالبة بالتعويض عن الضرر في حالة ما إذا اقترن العدول بأفعال أخرى ألحقت ضررا لأحد المخطوبين، فقد تكون هذه الأضرار ماديّة أو معنويّة، تمسّ أحدهما خاصّة الطرف المعدول عنه (أضرار معنويّة)، نتيجة التعسّف في استعمال الحقّ في العدول المكرّس بموجب الفقرة 02 من المادّة الخامسة، كأن يطلب أحدهما من الآخر التخلّي عن العمل والتفرّغ لشؤون ما أو الانقطاع عن مزاولة مهنة معيّنة، ثمّ يلجأ بعد فترة وبصورة فجائيّة ودون أيّ عذر مقبول إلى إنهاء الخطبة والعدول عنها؛ لأنّ العدول في هذه الحالة يعدّ تعسفا يتنافى ورخصة العدول، ولا يمكن أن يعفى الخاطب من المسؤولية المدنيّة نظرا لاقتران الأمر المباح بالتعسّف والأضرار المترتّبة عنه، كما قد يفوّت الخاطب عن خطيبته فرصة الزواج من غيره بعد تماديه في خطبتها زمنا طويلا، وإظهارها معه بمظهر زوجته المستقبلية، ممّا يترتّب عليه أن تتصرف عنها رغبة غيره من طالبي الزواج، ثمّ يعدل

¹: أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 37.

الخاطب بدون مبرر شرعي وبطريقة عنيفة، وقيل الموعد المحدد للاحتفال بإتمام العقد، فمثل هذا العدول لا شك أنه يؤثر على مستقبل زواج الفتاة المخطوبة ويتركها نهبا للظنون، ويلحق بها ضررا لا يحمد عقله¹.

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

ذكرنا سابقا أن مسألة العدول عن الخطبة لها اعتبار عرفي في مجتمعنا ، موافق للفقهاء المالكي وقانون الأسرة الجزائري ، وبالرغم من أن فترة الخطوبة عادة ما تكون طويلة في مجتمعنا، فإن العدول عنها يترتب أضرار مادية ومعنوية تستوجب التعويض، إلا أن هذا التعويض ليس له اعتبار في العرف وهذا راجع إلى تفكير الأفراد الذين يستبعدون التعويض في هذه الحالة، إذ قد لا يقبل الطرف الذي عدل عنه أن يعوضه الطرف الذي عدل.

¹: السعيد مقدّم، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية، د. ر. ط، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1992، ص 225.

المبحث الثاني: الزواج واعتبار العرف فيه

سنعالج في هذا المبحث حقيقة الزواج (المطلب الأول)، ثم اعتبار العرف في بعض مسائل الزواج (المطلب الثاني).

المطلب الأول: حقيقة الزواج

نتناول في هذا المطلب تعريف الزواج في الفرع الأول، ثم نتطرق إلى مشروعية الزواج في الفرع الثاني، وحكمه في الفرع الثالث.

الفرع الأول: تعريف الزواج:

وهذا الفرع قسمناه إلى ثلاثة عناصر، نستعرض التعريف اللغوي للزواج أولاً، ثم التعريف الاصطلاحي ثانياً، وبعده التعريف القانوني ثالثاً.

أولاً: لغة:

الزواج من لفظ زوج، يُزوج، زواجا، وزوج الشيء بالشيء أي قرنه¹، والزواج خلاف الفرد، ويدل على أن الزوجين في كلام العرب اثنان لقوله عز وجل « وَأَنَّهُ خَلَقَ الزَّوْجَيْنِ

الذَكَرَ وَالْأُنثَىٰ »² فالزوج ينطبق على الذكر والأنثى وزوج المرأة بعلمها، وزوج الرجل

امراته، والرجل زوج المرأة، وهي زوجه وزوجته.³

¹: محمد مرتضى الحسيني الزبيدي، تاج العروس، تح: حسين نصار، ج 6، د. ر. ط، مطبعة حكومة الكويت، الكويت، 1969، ص 23.

²: سورة النجم، الآية 45.

³: ابن منظور، المصدر السابق، (مادة زوج)، ص ص. 291، 292.

وقد يستعمل لفظ مرادف للزواج وهو النكاح، ومعناه في اللغة: الوطء والعقد له، ويُقال ناكح وناكحة، أي ذات زوج، واستنكحها بمعنى نكحها؛ أي تزوجها، وأنكحها بمعنى زوجها.¹

ثانياً: اصطلاحاً:

اختلف الفقهاء في تعريف الزواج على النحو التالي:

- 1 **تعريف الحنفية:** "هو عقد يرد على ملك المتعة قصداً يجب عند التوقان وبكره عند خوف الجور ويسن مؤكداً حالة الاعتدال وينعقد بإيجاب وقبول كلاهما بلفظ"².
 - 2 **تعريف المالكية:** هو "عقد لحل تمتع بأنثى غير محرم وغير مجوسية أو أمة كتابية بصيغة لقادر محتاج أو راج نسلًا"³.
 - 3 **تعريف الشافعية:** عقد يتضمن إباحة وطء بلفظ إنكاح أو تزويج⁴.
 - 4 **عند الحنابلة:** هو عقد بين الزوجين يحل به الوطء⁵.
- وقد عرفه من المعاصرين أبو زهرة بأنه: "عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة وتعاونهما، ويحدد ما لكليهما من حقوق وما عليه من واجبات"⁶.

¹: الفيروز آبادي، المصدر السابق، (مادة زوج)، ص 246.

²: إبراهيم بن محمد بن إبراهيم الحلبي، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، تح: عبد الرحمان بن محمد بن سليمان الكلبيولي، ج 1، ط 1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1998، ص 467.

³: الشربيني، المرجع السابق، ص 200.

⁴: المرجع والصفحة نفسها.

⁵: محمد بن علي الشوكاني، نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار، تح: محمد صبحي بن حسن حلاق، ج 12، ط 1، دار بن الجوزي، م. ع. س، 2006، ص 20.

⁶: محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 17.

ثالثاً: تعريف الزواج في قانون الأسرة الجزائري:

عرف المشرع الجزائري الزواج في مادته الرابعة من ق. أ بأنه «عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحسان الزوجين والمحافظة على الإنسان».

الفرع الثاني: مشروعية الزواج

ثبتت مشروعية الزواج بالكتاب والسنة والإجماع وهذا ما سنتناوله فيما يلي:

أولاً: القرآن الكريم:

قال تعالى: « وَأَنْكِحُوا الْأَيْمَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ ۚ إِنْ

يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ ۗ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ ۝١٣١ »¹.

ووجه الاستدلال من الآية ، أن فيها خطاباً للأولياء ، بأن يزوجوا من لا زوج له من الرجال والنساء، ذلك لأن الأيأمى جمع أيم، وهو من لا زوج له من النساء والرجال، وإن شاع استعمالها في النساء²، وفي الآية دلالة على أن الزواج سبيل إلى الغنى، ويكون معينا للمرأة على تحمل أعباء الفقر والتغلب على أسبابه.³

¹: سورة النور، الآية 32.

²: أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، تح: عبد الله بن عبد الحسن التركي، ج 15، ط 1، مؤسسة الرسالة، لبنان، 2006، ص ص. 229، 230.

³: السيد سابق، فقه السنة، ج 2، د. ر. ط، الفتح للإعلام العربي، مصر، د. س، ص 7.

قال تعالى: « وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا

وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴿٦٠﴾ »¹.

ووجه الاستدلال من الآية أن الله تعالى "خلق سائر الأزواج من أمثالهم من الرجال والنساء ليستأنسوا إليها، لأنه جعل بين الزوجين من الأُنس ما لم يجعل من غيرهما"².

ثانيا: السنة النبوية:

وردت أحاديث كثيرة تدل على مشروعية الزواج، وترغب فيه، منها ما يلي:

1 - قال صلى الله عليه وسلم «يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج، فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج، ومن لم يستطع فعليه بالصوم، فإنه له وجاء»³ ووجه الاستدلال من الحديث، أن على من استطاع منهم مؤن النكاح فليتزوج، ومن لم يستطع فعليه بالصوم.⁴

2 - عن أنس بن مالك رضي الله عنه، قال: «جاء ثلاثة رهط إلى بيوت أزواج النبي صلى الله عليه وسلم، يسألون عن عبادة النبي صلى الله عليه وسلم فلما أخبروا كأنهم تقالوها، فقالوا: وأين نحن من النبي صلى الله عليه وسلم؟ قد غفر له ما تقدم من ذنبه وما تأخر، قال أحدهم: أما أنا فإني أصلي الليل أبدا، وقال آخر: أنا أصوم الدهر ولا أفطر، وقال آخر: أنا أعتزل النساء فلا أتزوج أبدا، فجاء رسول الله صلى الله عليه وسلم إليهم،

¹: سورة الروم، الآية 21.

²: أبو الحسن علي بن محمد بن الحبيب الماوردي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، تح: علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، ج 9، ط 1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1994، ص 3.

³: رواه البخاري، المصدر السابق، حديث رقم 5066، ص 1293.

⁴: أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، ج 9، ط 1، المكتبة الكبرى الميرية، مصر، د. س، ص 94.

فقال: «أنتم الذين قلمت كذا وكذا؟، أما والله إني لأخشاكم لله وأتقاكم له، لكني أصوم وأفطر، وأصلي وأرقد، وأتزوج النساء، فمن رغب عن سنتي فليس مني»¹.

ووجه الاستدلال من الحديث، أنه قد رغب في الزواج من خلال فعل خير البشر صلى الله عليه وسلم، وبيّن الفطر الصحيحة للإنسان، وقد جعل منه سنة من سنن الرسول المحظور مخالفته فيه².

ثالثاً: الإجماع: "أجمع المسلمون على أن النكاح مشروع"³.

الفرع الثالث: حكم الزواج:

يختلف حكم الزواج باختلاف أحوال الناس، فهو لا يأخذ حكماً واحداً في جميع الحالات، لأن منهم من يحسن العشرة الزوجية ومنهم من لا يحسنها ، ومنهم القادر على تكاليفه والعاجز عنها ، ومنهم من يخشى على نفسه الوقوع في الفاحشة، وهذا الاختلاف ما يؤدي إلى اختلاف حكمه، فتنعدد أحكامه باختلاف أحوال الناس، وعلى هذا فإن حكم الزواج تعتبره الأحكام الخمسة، من وجوب، نذب، إباحة، كراهة وحرمة، وهذا ما سنفصل فيه على النحو التالي:

أولاً: الزواج الواجب:

يكون الزواج واجباً على الرجل والمرأة في حالة الخوف من الزنا، لأن تحصين النفس من الزنا واجب، والزواج وسيلته، وهذا قول عامة الفقهاء⁴، حيث جاء في الم غي لابن قدامة

¹: رواه البخاري، المصدر السابق، حديث رقم 5063، ص 1292.

²: السيد سابق، المرجع السابق، ص 7.

³: ابن قدامة، المغني، ج 9، المرجع السابق، ص 340.

⁴: عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج 6، ط 1، مؤسسة الرسالة، لبنان، 1993، ص 14-17.

الحنبلي: "من يخاف على نفسه الوقوع في المحذور إن ترك النكاح، فهذا يجب عليه النكاح في قول عامة الفقهاء، لأنه يلزمه إعفاف نفسه وصونها عن الحرام، وطريقه النكاح"¹.

ووسيلة الرجل في الزواج هي التقدم للمرأة، في حين أن وسيلة المرأة في الزواج حال وجوبه عليها، تتمثل في عدم الامتناع عليه إذا تقدم إليها الرجل الكفاء لخطبتها، وعلى وليها في هذه الحالة أن لا يمتنع من تزويجها.²

ثانياً: الزواج المحرم:

يكون الزواج حراماً على الرجل، إذا كان غير قادر على نفقات الزواج أو كان متيقناً من وقوعه في الظلم³، كما يحرم عليه في حالة عجزه عن الوطاء، إلا إذا علمت المرأة بعجزه عن الوطاء، وعدم قدرته على الإنفاق ورضيت به زوجاً، فيكون الزواج حينها جائزاً.⁴ كما يحرم الزواج على المرأة في حالة عجزها عن القيام بحقوق الزواج، ولم تكن بحاجة إلى الزواج.⁵

وحرمة الزواج في هذه الحالات تكون لغيره⁶.

ثالثاً: الزواج المكروه

يكون الزواج مكروهاً في حق المكلف رجلاً كان أو امرأة إذا غلب عليه الظن أنه سيقع في الظلم إن تزوج⁷، بالإضافة إلى عدم التوق إلى الوطاء والخشية من عدم القيام بالحقوق الزوجية.⁸

¹: ابن قدامة، المغني، ج 9، المرجع السابق، ص 341.

²: عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 18.

³: أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 22.

⁴: عبد الكريم زيدان، المرجع والصفحة نفسها.

⁵: المرجع نفسه، ص 19.

⁶: أبو زهرة، المرجع نفسه، ص 23.

⁷: المرجع والصفحة نفسها.

⁸: عبد الكريم زيدان، المرجع نفسه، ص 22.

رابعاً: الزواج المندوب (المستحب)

الزواج المندوب الفقهاء فيه على أقوال ، فالحنفية يرون أن الزواج يكون مندوباً في حق المكلف الذي يمكنه حفظ نفسه من الزنا؛ أي كل من لا تتوق نفسه إلى الوطء، وعند المالكية يستحب الزواج لمن كانت عنده مؤونة النكاح من مهر ونفقة سواء كان راغباً في النكاح أو لم يرغب به، على ألا يخاف على نفسه من الزنا في حالة عدم الزواج ، بشرط ألا يؤدي هذا الزواج إلى حرام، كالإضرار بالزوجة، أما الشافعية فيستحب النكاح عندهم في حق من يتوق للوطء، وتتوفر لديه مؤونة النكاح من مهر ونفقة للزوجة، ويكون الزواج مندوباً عند الحنابلة لمن له شهوة يأمن معها الوقوع في الزنا¹.

خامساً: الزواج المباح:

الزواج المباح الفقهاء فيه على أقوال، فيكون الزواج مندوباً في حق المكلف إذا كان في اعتدال بحيث لا يقع في الزنا إذا لم يتزوج ولا يخشاه ، ولا يقع في الظلم ولا يخشاه، وهذا مذهب الحنفية²، في حين أن المالكية يرون أن الزواج يكون مندوباً في حق من لا رغبة له فيه، فلا يصرفه هذا الزواج عن مندوب ، ولا يرجو به نسلاً وكان قادراً على مؤونته، وإباحة الزواج عند الشافعية تكون لمن لا يتوق للوطء، ووجد مؤونة النكاح من مهر ونفقة، ويكون النكاح مباحاً عند الحنابلة لمن لا شهوة له ، بحيث لا خوف عليه من الوقوع في الزنا ، وذلك لمرض وكبر في السن ، فلا ينصرف إليه الخطاب الشرعي في النكاح ، غير أنه مباح في حقه³.

¹: عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 24-26.

²: أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 23.

³: عبد الكريم زيدان، المرجع نفسه، ص ص. 27، 28.

المطلب الثاني: اعتبار العرف في بعض مسائل الزواج

سندرس في هذا المطلب، أركان الزواج وألفاظ انعقاده واعتبار العرف فيهما في الفرع الأول، ثم نتطرق إلى شروط عقد الزواج واعتبار العرف فيها في الفرع الثاني.

الفرع الأول: أركان الزواج وألفاظ انعقاده واعتبار العرف فيهما

قسمنا هذا الفرع إلى عنصرين، العنصر الأول نرى فيه أركان الزواج واعتبار العرف فيه، والعنصر الثاني خصصناه لألفاظ انعقاد الزواج واعتبار العرف فيها.

أولاً: أركان الزواج واعتبار العرف فيها:

1 أركان الزواج:

أ- أركان الزواج في الفقه الإسلامي:

الفقهاء في تحديد أركان الزواج على خلاف، وسبب الخلاف راجع لاختلافهم في تحديد المفهوم الاصطلاحي للركن¹، وسوف نتعرض إلى أركان الزواج عند كل من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة على النحو التالي:

أ-1- أركان عقد الزواج عند الحنفية:

ذهب الأحناف إلى حصر أركان عقد الزواج في ركن الرضا فقط، والمتمثل في الإيجاب والقبول، والإيجاب هو ما صدر أولاً من أحد المتعاقدين، سواء أكان الرجل أو المرأة، والقبول هو ما صدر ثانياً من المتعاقد الآخر، سواء أكان الرجل أو المرأة².

¹: الركن عند الجمهور جانب الشيء القوي الذي يتوقف عليه وجوده لكونه جزء من الماهية، أما عند الأحناف فركن الشيء هو ما يقوم به الشيء ويتحقق به وجوده بحيث إذا انتفى لم يكن له وجود. ينظر: جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج، د. ر. ط، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007، ص 99.

²: المرجع والصفحة نفسها.

أ -2- أركان عقد الزواج عند المالكية:

ذهب المالكية إلى أن أركان الزواج أربعة وهي: الولي، الصداق، الصيغة والمحل.¹

أ -3- أركان الزواج عند الشافعية:

ذهب الشافعية إلى أن أركان الزواج خمسة وهي: الصيغة، الزوجة، الشاهدان، الزوج والولي²، في حين اعتبروا الصداق حكما من أحكام الزواج.³

أ -4- أركان الزواج عند الحنابلة:

ذهب الحنابلة إلى أن أركان الزواج ثلاثة وهي: الزوجان الخاليان من الموانع وبالإضافة إلى ركن الإيجاب وركن القبول.⁴

ب أركان الزواج في قانون الأسرة الجزائري

نص المشرع الجزائري، على أركان الزواج في المادتين 9 و 10 من ق. أ. ج، حيث اعتبر الرضا الركن الوحيد لانعقاد الزواج، طبقا لما جاء في المادة 9 التي نصت على أنه «ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين»، بمعنى أن انعقاد الزواج يكون بإيجاب وقبول صادران ممن هما أهل لذلك، وفصل في المادة 10 ألفاظ الإيجاب والقبول، التي يقوم عليها الرضا ولم يقيد ذلك بألفاظ مخصوصة، لأن العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ

¹: أحمد دكار، الزواج والطلاق في الشريعة والقانون والعرف، د. ر. ط، در الغرب، الجزائر، 2005، ص 63.

²: الشرييني، المرجع السابق، ص 188.

³: المرجع نفسه، ص 291.

⁴: منصور بن يونس البهوتي، روض المربع شرح زاد المستتفع، د. ر. ط، دار المؤيد، م. ع. س، 1991، ص 511.

والمباني، وعليه ينعقد الزواج بكل لفظ يدل على النكاح شرعا أو عرفا وبأي لغة كانت¹، ومن خلال ما ذكرنا نلاحظ أن المشرع الجزائري أخذ برأي الحنفية فيما يخص أركان الزواج.

2 اعتبار العرف في أركان عقد الزواج (الرضا):

يعد التوافق في إرادتي طرفي عقد الزواج ركنا لقيامه شرعا وقانونا، بحيث يترتب عن تخلفه بطلان عقد الزواج، ومن ثم تجدر الإشارة إلى أن انعقاد الزواج في مجتمعنا مرّ بمرحلتين، فالمرحلة الأولى كان سائدا في الوسط التقليدي الجزائري؛ أي في كنف العائلة الجزائرية التقليدية، حيث كانت عملية الزواج من اختصاص العائلة، خاصة الوالدين أو أحد الأولياء من الأقارب، فبالنسبة للرجل هم الذين يختارون الزوجة التي يمكن أن يرتبط بها ويحددون موعد زواجه، وكذلك الأمر بالنسبة للفتاة، فلا يحق لها هي الأخرى مفاتحة عائلتها حول موضوع زواجها أو الشخص الذي تتوي الزواج به، وعليه فإن الأعراف السائدة في ذلك الوقت لم تكن تسمح للشباب الجزائري باختيار زوجته ولا حتى مشاهدتها قبل ليلة الزفاف، ويمكن إرجاع سبب ذلك إضافة للأعراف، إلى التربية التي يتلقاها هؤلاء الأشخاص عند الصغر، في حين عرف نظام الزواج في العائلة الجزائرية الحديثة نظرة تختلف عن تلك التي كانت سائدة من قبل، فبعدما كان الزواج من الوظائف المنوطة بالعائلة وتتولى إتمام عقده بدون حضور المعنيين بالأمر ودون اعتبار لإرادتهما، فأصبح اليوم مشروعا يتعلق بالفرد أكثر، حيث أصبح مسألة الاختيار في الزواج شخصية ورأي الوالدين فيه يكون شكليا في الغالب، غير أن السائد في مجتمعنا أن المقبل على الزواج يسعى إلى عدم فرض قراره وإيجاد وسيلة قصد الحصول على الموافقة والرضا، وبهذا انتقل الزواج في المجتمع الجزائري من الزواج المرتب التقليدي إلى الزواج المرتب الحر.²

¹: بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج 1، ط 6، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، ص 143.

²: مليكة لبديري، الزواج والشباب الجزائري إلى أين؟، ط 1، دار المعرفة، الجزائر، 2005، ص 49-57.

وعليه يمكن القول أن العرف في هذه المسألة، يقف موقفاً مسائراً لما ذهب إليه الشريعة الإسلامية، وكذا قانون الأسرة الجزائري في ضرورة توافر ركن الرضا في الزواج.

ثانياً: ألفاظ انعقاد الزواج واعتبار العرف فيها:

1 +الألفاظ التي ينعقد بها الزواج:

اتفق الفقهاء على انعقاد الزواج بلفظي التزويج والإنكاح، واختلفوا فيما دون ذلك¹ على ثلاثة أقوال:

القول الأول: ذهب الشافعية² والحنابلة³، إلى أنه يمنع انعقاد العقد بغير لفظي التزويج والإنكاح، واستدلوا على ذلك بما يلي:

هذين اللفظين ورد ذكرهما في كتاب الله وسنة نبيه وأهل العرف، دون غيرهما⁴، قال تعالى: «... فَلَمَّا قَضَى زَيْدٌ مِّنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَاكَهَا...»⁵، وقال أيضاً: «وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ...»⁶.

- وعن جابر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في خطبة الوداع بعرفة «اتقوا الله في النساء فإنكم أخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله»⁷ ووجه الدلالة من الحديث أن كلمة الله التي وردت في الكتاب هي الزواج والنكاح⁸.

¹: جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص 101.

²: محمد كمال الدين إمام، الزواج في الفقه الإسلامي، د. ر. ط، دار الجامعة الجديدة، مصر، 1998، ص 77.

³: ابن قدامة، المغني، ج 9، المرجع السابق، ص 339، 340.

⁴: المرجع نفسه، ص 339.

⁵: سورة الأحزاب، من الآية 37.

⁶: سورة النساء، من الآية 22.

⁷: رواه أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، السنن الكبرى، تح: محمد عبد القادر عطا، ج 7، ط 3، دار الكتب

العلمية، لبنان، 2003، حديث رقم 14774، ص 496.

⁸: الشربيني، المرجع السابق، ص 190.

إن الحكم الأصلي للنكاح هو الازدواج، فوجب تخصيصه بلفظ يدل على الازدواج، وهو لفظ التزويج والإنكاح دون غيرهما¹.

القول الثاني: ذهب الحنفية²، إلى أن النكاح ينعقد بلفظ البيع والشراء، الهبة، الصدقة، الصدقة، التملك وكل لفظ يدل على التزويج، واستدلوا على ذلك بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم، أنه قد زوج رجلا امرأة فقال: «أذهب فقد ملكتها بما معك من القرآن»³، فهذا نص صريح في انعقاد النكاح بلفظ التملك.

القول الثالث: ذهب المالكية⁴، إلى انعقاد النكاح بلفظ الهبة بشرط ذكر الصداق، وفي انعقاده بلفظ الصدقة والتمليك قولان، الأول ينعقد إن ذكر معها المهر، والقول الثاني لا ينعقد سواء ذكر معها المهر أو لم يذكر.

الترجيح: بعد النظر في أقوال الفقهاء وأدلتهم، فالراجح هو قول الحنفية والمالكية، إذ ينعقد الزواج بكل لفظ أو عبارة تدل على إرادة المتعاقدين الجازمة، ولا يشترط في ذلك ألفاظ مخصوصة، لأن العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني وليس بالألفاظ والمباني.

2 اعتبار العرف في الألفاظ التي ينعقد بها الزواج:

إن المشرع الجزائري، من خلال نص المادة 10 من قانون الأسرة، التي جاء فيها: «يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر، بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا. ويصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا كالكتابة والإشارة»، قد ربط الألفاظ التي ينعقد بها عقد الزواج بالعرف، وبالتالي يكون قد أخذ

¹: الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 2، المرجع السابق، ص ص. 229، 230.

²: عمر عبد الله ومحمد حامد فتحاوي، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين، د. ر. ط، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2003، ص 28.

³: رواه البخاري، المصدر السابق، الحديث رقم 5087، ص 1297.

⁴: الحطاب، ج 5، المرجع السابق، ص 44.

بقول المالكية والحنفية السالف ذكرهما، وعليه فإن عقد الزواج ينعقد بلفظ الإنكاح والتزويج، وكذا بكل صيغة عدت في العرف دالة على الزواج، فإذا تعارف قوم على لفظ، مثل تعارف مجتمعنا على لفظ "مدلي ابنتك" أو "ملكني ابنتك"، فإن ذلك يعد صالحا للنكاح باعتباره لفظا دالا على إرادة الزواج.¹

وتجدر الإشارة، إلى انتشار انعقاد الزواج في بلادنا بالألفاظ المصحفة (العامية)، التي قد لا يفهمها العاقدان والشهود، مما يستلزم وجود قرينة تدل على الزواج، ومنه، أصبح في أيامنا هذه يتم إرشاد المتعاقدين من طرف إمام المسجد أو ضابط الحالة المدنية المكلف بتوثيق عقد الزواج، إلى الألفاظ التي يتم بها عقد الزواج ويكون في الغالب بلفظ التزويج.²

الفرع الثاني: شروط عقد الزواج واعتبار العرف فيها:

نصت المادة 9 مكرر من قانون الأسرة الجزائري، على أنه «يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزواج، الصداق، الولي، شاهدان، انعدام الموانع الشرعية للزواج»، والملاحظ أن المشرع الجزائري، قد أضاف إلى الشروط الشرعية للزواج شرط قانوني وهو الأهلية، وسوف نكتفي في دراستنا بالصداق والأهلية، لما للعرف فيهما من اعتبار.

أولاً: الصداق واعتبار العرف فيه:

1 - تعريف الصداق وبيان مشروعيته:

أ - تعريف الصداق:

أ- 1 - لغة: يعرف الصداق لغة بأنه: دفع مال الأشهر بالرغبة في الزواج، أو هو مهر الزوجة، وجمعه أصدقة وصدق.³

¹: عماد شريقي، المرجع السابق، ص 106.

²: المرجع نفسه، ص ص 106، 107.

³: مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، ط 4، مكتبة الشروق الدولية، مصر 2004، ص ص. 510، 511.

أ- 2- اصطلاحاً: تعددت التعاريف الفقهية للصدّاق، وهذه بعضها:

- عرفه الحنفية: "اسم للمال الذي يجب في عقد النكاح على الزوج في مقابلة البضع"¹.
- عرفه المالكية: "ما يجعل للزوجة في نظير الاستمتاع بها"².
- عرفه الشافعية: العوض المستحق في عقد النكاح"³.
- عرفه الحنابلة: "العوض في النكاح سواء سمي في العقد أو فرض بعده بتراضيهما..."⁴.

• تعريف المشرع الجزائري للصدّاق:

عرف المشرع الجزائري الصدّاق في نص المادة 14 من قانون الأسرة بأنه: «هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعاً وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء».

ب مشروعية الصدّاق: الصدّاق مشروع من الكتاب والسنة والإجماع:

ب- 1- من الكتاب: قوله تعالى: «وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً...»⁵,

وقوله تعالى: «... فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً...»⁶.

ب- 2- من السنة:

أما من السنة النبوية فتتضح لنا مشروعية الصدّاق من خلال حديث سهل بن سعد رضي الله عنه: أن امرأة أتت النبي صلى الله عليه وسلم فعرضت عليه نفسها، فقال: «مالي

¹: ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، المرجع السابق، ص 230.

²: الدردير، الشرح الصغير، ج 2، د. ر. ط، دار المعارف، مصر، د. س، ص 428.

³: الماوردي، المرجع السابق، ص 393.

⁴: البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج 5، د. ر. ط، عالم الكتب، لبنان، 1983، ص 128.

⁵: سورة النساء، من الآية 4.

⁶: سورة النساء، من الآية 24.

اليوم في النساء من حاجة»، فقال رجل: يا رسول الله زوجنيها، قال: «ما عندك؟»، قال: ما عندي شيء، قال: «أعطها ولو خاتم من حديد» قال: ما عندي شيء، قال: «فما عندك من القرآن؟»، قال: كذا وكذا، قال: «فقد ملكتها بما معك من القرآن»¹.

ب- 3- من الإجماع: أجمعت الأمة الإسلامية على مشروعية الصداق في النكاح².

2- مقدار الصداق واعتبار العرف فيه:

أ- مقدار الصداق:

اتفق الفقهاء³ على أنه لا حد لأكثر المهر، وذلك لقوله تعالى: «وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَنْ تُبَدِّلُوا

زَوْجَ مَكَانَ زَوْجٍ وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَ بِمُهْتِنًا وَإِنَّمَا مِيبِنًا»⁴.

وأما أقل المهر فقد اختلف الفقهاء فيه على قولين:

• القول الأول: ذهب الشافعية⁵ والحنابلة⁶، إلى أن أقل المهر غير مقدر بل كل ما

جاز أن يكون ثمنا أو مبيعا أو أجرة أو مستأجرا جاز أن يكون صداقا، قل أو أكثر ما لم ينته في القلة إلى حد لا يتمول.

• القول الثاني: ذهب الحنفية⁷ والمالكية⁸، إلى أن المهر الأقل مقدر في نظرهم،

فذهب الحنفية إلى أن أقل المهر 10 دراهم أو ما قيمة 10 دراهم، ويرى المالكية أن أقل المهر ربع دينار أو 3 دراهم.

¹: رواه البخاري، المصدر السابق، حديث رقم 5087، ض 1297.

²: ابن قدامة، المغني، ج 9، المرجع السابق، ص 352.

³: ابن جزى، القوانين الفقهية، د. ر. ط، د. د. ن، د. ب، د. س، ص 135.

⁴: سورة النساء، الآية 20.

⁵: الشربيني، مغني المحتاج، ج 3، المرجع السابق، ص 292.

⁶: ابن قدامة، المغني، ج 9، المرجع نفسه، ص 414.

⁷: ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، د. ر. ط، شركة علاء الدين، لبنان، د. س، ص 152.

⁸: ابن جزى، المرجع والصفحة نفسها.

الترجيح: يترجح لدينا ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة على أنه لا حد لأقل الصداق، لأنه لو كان له قدر لبينه الرسول صلى الله عليه وسلم.

موقف قانون الأسرة الجزائري:

من خلال نص المادة 14 ق. أ. ج، يتضح أن المشرع لم يحدد أكثر الصداق ولا أقله وبالتالي فإن المشرع قد اخذ بمذهب الشافعية والحنابلة.

ب اعتبار العرف في مقدار الصداق:

لم يرد نص من كتاب الله ولا من سنة نبيه ولا من إجماع، يحدد الحد الأعلى للصداق أو الحد الأدنى له، وكذلك الحال بالنسبة للمشرع الجزائري كما ذكرنا سابقاً، فإنه أخذ بمذهب الشافعية والحنابلة في أنه لا حد للصداق، وبالتالي فالمسألة متروكة لأعراف الناس في كل زمان ومكان، فتقدير الصداق يختلف من زمان لآخر ومن مكان إلى آخر، وبحسب ما يترضى عليه الأهل وبحسب تفاوتهم في الغنى والفقير، فيعطي كل منهم بحسب حاله، وحال من يرغب في الزواج بها، فهذا فيه رفع للحرَج وتيسير على الناس.

ومقدار الصداق في الجزائر، يختلف من منطقة إلى أخرى، فهناك من يغالون في المهور كمنطقة الشرق الجزائري، وهناك من يبسرون فيها، كمنطقة القبائل، وتبقى أعراس المناطق الوسطى هي الأكثر عقلانية من حيث قيمة المهر.¹

ومثال ذلك: اتفاق أعيان بلدية آيت آرزين، بولاية بجاية، على تحديد قيمة المهر 100 ألف دينار جزائري.² وكذلك الأمر بالنسبة لأعيان بلدية الزيتونة بولاية سكيكدة، حيث اتفقوا على تحديد مصاريف الزواج بـ: 100 ألف دينار جزائري، مخصصين 8 آلاف دينار جزائري من هذا المبلغ للمهر.³

¹: موقع طاسيلي الجزائري، مؤسس شبكة طاسيلي، اختلاف المهر في الجزائر باختلاف المناطق، <https://www.tassialgerie.com/vb/showthread.php?t=9860>، تاريخ الزيارة: 2018/09/18،

على الساعة: 20:45.

²: ينظر: للملحق المتعلق بمحضر اجتماع ممثلي الجمعيات التابعة لقرى بلدية آيت آرزي.

³: ينظر: للملحق المتعلق بملخص تعديل عرف الزواج بالزيتونة.

3 تعجيل الصداق وتأجيله واعتبار العرف فيه:

أ - تعجيل الصداق وتأجيله:

اتفق الفقهاء، على أن للصداق ثلاث حالات: إما أن يكون معجلاً كلياً أو مؤجلاً كلياً أو معجلاً في جزء ومؤجلاً في الجزء الآخر، ونبيّن ذلك على النحو التالي:

الحنفية: ذهب الحنفية، إلى جواز تأجيل الصداق وتعجيله كله أو بعضه، بشرط أن لا يكون الأجل مجهولاً، وفي حالة اتفاق الطرفين على مهر دون ذكر تأجيله أو تعجيله يكون العمل بحسب عرف البلد، وفي حالة اتفاقهما صراحة على تقسيط المهر عمل به¹.

المالكية: ذهب المالكية، إلى عدم جواز تأجيل المهر إذا كان معيناً وموجوداً حتى ولو رضيت الزوجة بذلك، في حين يجوز تأجيله كله أو بعضه إذا كان المهر غير معين، ويشترط لجواز التأجيل أن يكون الأجل معلوم وغير بعيد².

الشافعية والحنابلة: "أجاز الشافعية والحنابلة تأجيل المهر كله لأجل معلوم؛ لأنه عوض في معاوضة فإن أطلق ذكره اقتضى الحلول، وإن أجل لأجل مجهول لم يصح، وإن أجل ولم يذكر الأجل فالمهر عند الحنابلة صحيح ومحلّه الفرقة أو الموت..."³.

موقف القانون:

نصت المادة 15 من ق. أ. ج، على أنه «يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلاً أو مؤجلاً»، ويفهم من هذه المادة أنه يجوز تعجيل الصداق أو تأجيله لأجل محدد، كله أو

¹: عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج 4، ط 2، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003، ص ص. 138، 139.

²: المرجع نفسه، ص ص. 139، 140.

³: محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 352.

بعضه حين العقد وهذا حسب العرف السائد في المكان الذي يوجد به الزوجان¹، والملاحظ أن المشرع الجزائري قد أخذ بمذهب الجمهور في جواز تعجيل أو تأجيل المهر كله أو بعضه².

ب اعتبار العرف في تعجيل الصداق وتأجيله:

المشرع الجزائري من خلال المادة 15 ق.أ. ج، قد أولى اعتبارا للعرف، من خلال تركه أمر التعجيل والتأجيل لأعراف الناس، غير أن العرف السائد في مجتمعنا في هذه المسألة يقضي بتعجيل الصداق، وذلك بأن يدفعه الرجل كله قبل الدخول بالزوجة، ولا يوجد في حدود علمنا عرف يقضي بتأجيل الصداق في كل المناطق الجزائرية، بل إن السائد دفعه كاملا وعاجلا بحضور إمام وجماعة من الناس في الغالب.

ثانيا: أهلية الزواج واعتبار العرف فيها:

1 أهلية الزواج:

أ تعريف الأهلية في عقد الزواج:

"هي صفة يقدرها الشارع في الشخص تجعله محلا صالحا لخطاب تشريعي"³ أو هي "عبارة عن صلاحية الإنسان لأن تثبت له حقوق من قبل الغير، وتثبت في ذمته التزامات نحوهم، وصلاحيته لاستعمال هذه الحقوق وأداء هذه الالتزامات"⁴.

¹: بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 212.

²: المرجع نفسه، ص 353.

³: مصطفى أحمد الزرقا، المرجع السابق، ص 783.

⁴: محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 416.

ب تحديد سن الزواج:

ب-1- فقها:

ليس في الفقه الإسلامي تحديد لسن الزواج، بل ترك ذلك للعرف تيسيرا على الناس، غير أنه يستنتج من أحكام الفقه العامة أن سن الزواج مرتبط بالبلوغ الجنسي، وهو المقدر بـ: 15 سنة على الراجح عند العلماء¹، إلا أنهم اختلفوا في تزويج الصغير والصغيرة إلى قولين:

- القول الأول: ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية، المالكية، الشافعية والحنابلة إلى جواز تزويج الصغيرة من طرف وليها أبا كان أو غيره²، وقالوا بعدم تحديد سن الزواج³.

واستدلوا على ذلك بما يلي:

من القرآن: قوله تعالى « وَالَّتِي يَبْسُنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ أَرْتَبْتُمْ

فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ وَالَّتِي لَمْ تَحْضَنْ ... »⁴، تناولت الآية الكريمة الحكم بصحة

طلاق الصغيرة التي لم تحض، والمعلوم أن الطلاق لا يقع إلا في نكاح صحيح، وعليه فقد دلت الآية على جواز تزويج الصغيرة⁵.

من السنة: ما جاء في حديث عائشة رضي الله عنها: «أن النبي صلى الله عليه

وسلم تزوجها وهي بنت ست سنين، وأدخلت عليه وهي بنت تسع، ومكثت عنده

تسعا»⁶، وتضمن الحديث معنيين، أحدهما جواز تزويج الأب الصغيرة، والآخر أن لا

لا خيار لها بعد البلوغ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يُخَيَّرَ عائشة رضي الله

¹: محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 416.

²: عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج 6، المرجع السابق، ص 390.

³: عماد شريقي، المرجع السابق، ص 49.

⁴: سورة الطلاق، من الآية 04.

⁵: الجصاص، المرجع السابق، ص 346.

⁶: رواه البخاري، المصدر السابق، حديث رقم 5133، ص 1309.

عنها بعد بلوغها¹، ولا دليل على خصوصية ذلك بالنبي صلى الله عليه وسلم، بل نقل الدليل على عدم الخصوصية، لما نقل عن عدد من الصحابي ما يدل على أن زواج الصغار كان جائزا عندهم، فقد روي أن علي بن أبي طالب -رضي الله عنه- زوج ابنته أم كلثوم وهي صغيرة لعمر بن الخطاب².

• **القول الثاني:** ذهب ابن شبرمة وأبو بكر الأصبم، إلى أنه لا يجوز للولي أبا كان أو غيره تزويج الصغير أو الصغيرة³، وقالوا بتحديد سن لعقد الزواج، وإذا زوج الصغير يعتبر زواجه باطلا⁴، ودليلهم في ذلك قوله تعالى: «... حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ...»⁵، فيدل هذا هذا على أن الصغيرة لا حاجة بها إلى النكاح، فلو جاز التزويج قبل البلوغ، لم يكن لهذا فائدة.⁶

الترجيح: والراجح هو ما ذهب إليه أصحاب الرأي الثاني، بأنه لا يجوز للولي أبا كان أو غيره تزويج الصغير أو الصغيرة، وذلك لكون سن الصغيرة لا يسمح لها من تحقيق مقاصد الزواج، من حسن معاشرته، تناسل والسكن النفسي، كما أنها في حالة لا يسمح لها فيها باعتبار إذنها لقصور عقلها.⁷

ب-2- قانونا:

اعتبر المشرع الجزائري توفر الأهلية الكاملة من مقتضيات عقد الزواج وشرطا لانعقاده، وهذا ما ترجمته المادة 9 مكرر من قانون الأسرة، ونظرا لما يترتب عن الزواج من

¹: الجصاص، المرجع السابق، ص 346.

²: عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 390.

³: المرجع نفسه، ص 388.

⁴: عماد شريقي، المرجع السابق، ص 50.

⁵: سورة النساء، من الآية 6.

⁶: وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 7، ط 2، دار الفكر، سوريا، 1985، ص 179.

⁷: محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص

الالتزامات المالية والواجبات الاجتماعية العائلية، فإنه ليس من اللائق السماح لكل فرد من الإقدام عليه، وعلى هذا الأساس حددت المادة 7 ق. أ سن الزواج بـ: 19 سنة، غير أنه منح للقاضي سلطة الترخيص بالزواج قبل هذا السن، حسب نص المادة 7 فقرة 2 دون أن يحدد سن أدنى لذلك¹.

وجاء في نص المادة 13 من نفس القانون: «لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها»، ومن خلال المادتين السابقتين يتضح لنا بأن المشرع الجزائري قد عدل عن مذهب الجمهور، وأخذ بالرأي الثاني القائل بتحديد سن الزواج وعدم ثبوت ولاية الإجماع على الصغيرة.

2 اعتبار العرف في أهلية الزواج:

تعد أهلية الزواج شرطا قانونيا لقيامه، حيث حددها المشرع الجزائري بسن 19 سنة للذكر والأنثى على سواء²، كما منع الولي من إجبار القاصرة التي هي في ولايته على الزواج³، وعُرف مجتمعنا في هذا مرّ بمرحلتين، فالمرحلة الأولى كانت سائدة في الوسط التقليدي الجزائري، حيث كان الآباء يزوجون أبناءهم في سن مبكرة وذلك تبعا لظروف الحياة التي كانت في ذلك الزمان، وعليه لم يكن هناك سن معين للزواج لكلا الجنسين، بل كان الضابط هو البلوغ الجنسي، موافقين في ذلك رأي جمهور الفقهاء⁴، غير أن تبدل الأحوال في زماننا، اقتضى تعارف الناس على العمل بأصول أخرى في هذا الباب، ويتجلى ذلك من خلال انصراف أولويات الناس إلى تربية أبنائهم، تعليمهم وضمان مكانتهم الاجتماعية، إضافة إلى أزمة السكن، ظاهرة المغالاة في المهور وتكاليف الزواج، وتراجعت على إثر ذلك

¹: بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 116، 117.

²: تنص المادة 07 من ق. أ. ج: «تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة».

³: تنص المادة 13 من ق. أ. ج: «يجوز للولي أبا كان أم غيره، أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز أن يزوجه بدون موافقتها».

⁴: عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 390.

فكرة التزويج المبكر للأبناء، حيث أشارت الإحصائيات في 2008، الصادرة عن جامعة الدول العربية على إثر المشروع العربي للصحة، أن متوسط سن الزواج في الجزائر بالنسبة للإناث هو 29 سنة، وبالنسبة للذكور هو 33 سنة¹، وهذا ما جعل العرف الحالي موافقا لما جاء به القانون، في كون أنه لا زواج إلا بعد بلوغ سن الرشد القانوني، ولا إجبار للصغيرة عليه.

¹: محمد صالي، تأخر سن الزواج في المجتمع الجزائري الواقع والأسباب، مجلة العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة محمد بن أحمد وهران 2، ع 30، 2017، ص 124.

خاتمة

في ختام بحثنا هذا الذي تطرقنا فيه إلى اعتبار العرف في مسائل الخطبة والزواج بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري توصلنا إلى النتائج التالية:

- 1 للعرف عند الأصوليين: عادة جمهور قوم في قول أو فعل.
- 2 للعرف عند القانونيين: اعتياد الناس على سلوك معين في العمل مع الاعتقاد بلزوم هذا السلوك كقاعدة قانونية.
- 3 يعتبر العرف من المصادر التبعية للتشريع الإسلامي، ومصدرا احتياطيا ثانيا للقانون بعد التشريع ومبادئ الشريعة الإسلامية.
- 4 اشترط الأصوليون عدة شروط للعمل بالعرف، وهي: أن يكون مطردا أو غالبا، وأن لا يكون مخالفا لنص شرعي، وأن لا يعارضه تصريح بخلافه من قبل المتعاقدين، وأن يكون قائما عند إنشاء التصرف.
- 5 اشترط فقهاء القانون عدة شروط للعمل بالعرف، وهي: أن يكون مطردا وثابتا، وأن يكون عاما ومجردا، وأن يكون قديما وغير مخالف للنظام العام والآداب العامة.
- 6 الأحكام المبنية على العرف تتغير إذا تغير عرف الناس بخلاف الأحكام المستندة إلى الأدلة الشرعية التي لم تبني على العرف والعادة فإنها لا تتغير.
- 7 أقرت الشريعة الإسلامية الأعراف الصحيحة، واستبعدت الفاسدة منها، وأقر القانون الأعراف غير المخالفة للنظام العام واستبعد المخالفة له.
- 8 أولى المشرع الجزائري اعتبارا لعرف الناس بقراءة الفاتحة في الخطبة، واشترط عند اقترانهما (الخطبة والفاتحة) توافر أركان الزواج وشروطه حتى يتم العقد.
- 9 جرى عرف الناس على تبادل الهدايا بين الخاطبين، وقد وافقت الشريعة الإسلامية هذا العرف، وهو ما سار عليه قانون الأسرة الجزائري.

- 10 -تختلف الأعراف باختلاف الأزمنة والأمكنة حول حكم رد الهدايا، في حال العدول عن الخطبة، وهذا كان سببا في اختلاف الفقهاء فيه، وأقربها للواقع المذهب المالكي الذي فيه إنصاف لكلا الخاطبين، وقد أولى المشرع الجزائري اعتبارا للعرف الجاري في الجزائر الموافق للمذهب المالكي.
- 11 -ينعقد الزواج بلفظ الإنكاح والتزويج، وبكل لفظ عدّ في العرف والشرع دالا عليه، والمشرع الجزائري اعتبر ذلك رفع للحرّج والمشقة على الناس.
- 12 -لم يرد نص من الشارع، يحدد الحد الأعلى للمهر أو الحد الأدنى له، وبالتالي فهي متروكة لأعراف الناس في كل زمان ومكان، وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري.
- 13 -تعجيل المهر وتأجيله راجع إلى عرف الناس في كل بلد، وإذا تعارف أهل بلد على نمط معين صح ذلك، والمشرع الجزائري اعتبر ذلك رفعا للحرّج والمشقة على الناس، بالرغم من أن المتعارف عليه في الجزائر هو تعجيل الصداق كله.
- 14 -يقنضي العرف السائد في الجزائر حاليا على عكس ما كان سائدا في القديم ، توافر الرضا بين الزوجين لقيام الزواج، وهو ما سار عليه المشرع الجزائري.
- 15 -لم يرد نص شرعي يفيد سن الزواج، وذلك متروك لأعراف الناس في كل زمان ومكان، والعرف السائد في الجزائر حاليا هو أن سن الزواج يكون بعد بلوغ سن الرشد القانوني، وهو ما سار عليه المشرع الجزائري.

الاقتراحات:

- تنظيم الندوات والملتقيات العلمية المتعلقة بالأعراف قصد بيان مركزه بين مصادر التشريع الإسلامي والقانون، وكذا بيان الأعراف الفاسدة والصحيحة.
- توجيه طلبة الماستر إلى دراسة اعتبار العرف في المسائل التي لم يُتطرق لها، كالطلاق وآثاره مثلا.

الملاحق

الملحق رقم 02

بسم الله الرحمن الرحيم
و من يسر عن معسر يسر
الله عليه في الدنيا و الآخرة
و الصلاة والسلام على رسوله الكريم
في عون أخيه

بكن الله في عون العبد لئلا يلزمه الجحيم

الموضوع ملخص تعديل عرف الزواج بالزيتونة

أما بعد : فمن خلال الاجتماع الذي ضم الإمام و اللجنة الدينية و أعيان هذه البلدة و المصلين و الذي تطرقنا فيه إلى مسألة تيسير الزواج على الشباب و تشجيعهم عليه و بعد جلمستين متتاليتين و أخذ و رد تم بحمد الله الاتفاق على البنود التالية :

- 1- تحديد مصاريف الزواج ب 100000.0 دج مائة ألف دينار جزائري دون تقديم أي شيء آخر بعدها من (لباس و مل و ذهب و أشياء أخرى ...)
و ينقسم هذا المبلغ كالآتي:
- المهر: 8000.00 دج
- الجهاز: 52000.00 دج
- العشاء (وليمة العروس) : 40000.00 دج
- 2- أما بالنسبة ليوم الحنة فيقدم العريس مايلي : (لباس داخلي + قندورة + حذاء + خمار + خاتم ذهب أو أقراط الأذن و فقط في حقيبة أو فاليزة)
- 3- و تم خلال هذه الجلسة إلغاء العادات التالية :
- التعيينة و ما يتبعها
- تقديم الأشياء المكلفة و الثمينة في المناسبات
- نقل الأثاث (أفرشة صوفية + صالونات + آلات كهربومنزلية.....) بالنسبة للعروس
- حفلة العقد المدني في البلدية بجميع أشكاله مثل كثرة المدعوين و تقديم الهدايا و المأكولات...

ملاحظة لا يتم العقد الشرعي في المسجد لمن خالف العرف المتفق عليه و يتحمل عواقب و إثم الخروج عن جماعة المسلمين.

- وفي الأخير ندعو بالخير و البركة لكل من طبق هذا العرف المبارك.

الإمام المسجد
الإمام المعتمد
الإمامة البراهيم

اللجنة الدينية
المسجد
الإمامة البراهيم

قائمة المصادر والمراجع

المصادر: القرآن الكريم.

أولاً: كتب الأحاديث:

- 1) أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، السنن الكبرى، تح: محمد عبد القادر عطا، ج 7، ط 3، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003.
- 2) أبو داوود سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني، سنن أبي داوود، تح: شعيب الأرنؤوط ومحمد كمال قوبللي، كتاب البيوع، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده، ج 5، ط. خ، دار الرسالة العالمية، لبنان، 2009.
- 3) أحمد بن حنبل، مسند الإمام أحمد بن حنبل، تح: شعيب الأرنؤوط، ج 6، د. ر. ط، مؤسسة الرسالة، لبنان، د. س.
- 4) محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة الجعفي البخاري، صحيح البخاري، ط 1، دار ابن كثير، سوريا، 2002.
- 5) الترمذي، الجامع الكبير، تح: بشار عواد معروف، مج: 2، ط 1، دار الغرب الإسلامي، لبنان، 1996.
- 6) الطبراني، المعجم الكبير، تح: حمدي عبد المجيد السلفي، ج 20، د. ر. ط، مكتبة ابن تيمية، مصر، د. س.
- 7) مالك بن أنس، الموطأ، (رواية يحيى بن الليثي الأندلسي)، تح: بشار عواد معروف، مج: 2، ط 2، دار الغرب الإسلامي، لبنان، 1997.
- 8) مسلم، صحيح مسلم، تح: أبو قتيبة، نظر محمد الفاريابي، مج 1، ط 1، دار طيبة، م. ع. س، 2006.

ثانياً: المعاجم:

- 1) أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، مقاييس اللغة، تح: عبد السلام محمد هارون، ج 4، د. ر. ط، دار الفكر، لبنان، 1979.

- (2) أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، مج 9، د. ر. ط، دار صادر، لبنان، د. س.
- (3) بطرس البستاني، محيط المحيط، ط. ج، مكتبة لبنان، لبنان، 1987.
- (4) مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي، القاموس المحيط، تح: نعيم العرقسوسي، ط 8، مؤسسة الرسالة، لبنان، 2005.
- (5) محمد مرتضى الحسيني الزبيدي، تاج العروس، تح: حسين نصار، ج 6، د. ر. ط، مطبعة حكومة الكويت، الكويت، 1969.
- (6) مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، ط 4، مكتبة الشروق الدولية، مصر 2004.

المراجع:

أولاً: الكتب الأصولية والفقهية:

- (1) إبراهيم بن محمد بن إبراهيم الحلبي، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، تح: عبد الرحمان بن محمد بن سليمان الكليبولي، ج 1، ط 1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1998.
- (2) إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي، الموافقات، مج 2، ط 1، دار ابن عفان، 1998.
- (3) ابن العديم، بغية الطلب في تاريخ حلب، تح: سهيل زكار، ج 11، د. ر. ط، دار الفكر، لبنان، د. س.
- (4) أبي بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص، أحكام القرآن، تح: محمد الصادق قمحاوي، ج 2، د. ر. ط، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1996.
- (5) أبو الحسن علي بن محمد بن الحبيب الماوردي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، تح: علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، ج 9، ط 1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1994.
- (6) أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، تح: عبد الله بن عبد الحسن التركي، ج 15، ط 1، مؤسسة الرسالة، لبنان، 2006.
- (7) أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمان المغربي المعروف بالحطاب الرعيني، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ج 5، ط 1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1995.

- 8) ابن جزري، القوانين الفقهية، د. ر. ط، د. د. ن، د. ب، د. س.
- 9) ابن قدامة، المغني ويليهِ الشرح الكبير، ج 7، د. ر. ط، دار الكتاب العربي، د. ب، د. س.
- 10) ابن قدامة، المغني، تح: عبد الله بن عبد المحسن التركي، عبد الفتاح محمد الحلو، ج 9، ط 3، دار عالم الكتب، م. ع. س، 1997.
- 11) أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، ج 9، ط 1، المكتبة الكبرى الميرية، مصر، د. س.
- 12) أحمد خليفة العقيلي، الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية، ط 1، دار الجماهيرية، ليبيا، 1990.
- 13) أحمد فهمي أبو سنة، العرف والعادة في رأي الفقهاء، د. ر. ط، مطبعة الأزهر، مصر، 1947.
- 14) أحمد ولي الله ابن عبد الرحيم الدهلوي، حجة الله البالغة، تح: السيد سابق، ج 2، ط 1، دار الجيل، 2005.
- 15) بدر الدين محمد بن علي البعلي، فقه الدليل شرح التسهيل، ج 4، ط 2، مكتبة الرشد، د. ب، د. س.
- 16) بلقاسم شتوان، الخطبة والزواج في الفقه المالكي، د. ر. ط، دار الفجر، الجزائر، 2007.
- 17) جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج، د. ر. ط، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007.
- 18) جلال الدين عبد الرحمان السيوطي، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، ط 1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1983.
- 19) جلال الدين عبد الرحمان السيوطي، الحاوي للفتاوى، ج 1، ط 1، دار الكتب العلمية، لبنان، 2000.
- 20) خير الدين الزركلي، الأعلام، ج 4، ط 15، دار العلم للملايين، لبنان، 2002.
- 21) الدردير، الشرح الصغير، ج 2، د. ر. ط، دار المعارف، مصر، د. س.

- (22) زين الدين بن إبراهيم بن محمد ابن نجيم، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، ط 1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1999.
- (23) زين الدين بن إبراهيم بن محمد ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، د. ر. ط، شركة علاء الدين، لبنان، د. س.
- (24) سليمان بن محمد بن عمر البجيرمي الشافعي، حاشية البجيرمي علي الخطيب، ج 4، ط 1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1996.
- (25) السيد سابق، فقه السنة، ج 2، د. ر. ط، الفتح للإعلام العربي، مصر، د. س.
- (26) شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج 6، ط 3، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003.
- (27) شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، تح: علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، ج 4، د. ر. ط، دار الكتب العلمية، لبنان، 2000.
- (28) الصادق الغرياني، الزفاف وحقوق الزوجين، ط 4، دار ابن حزم، لبنان، 2007.
- (29) صالح عوض، أثر العرف في التشريع الإسلامي، د. ر. ط، دار الكتاب الجامعي، مصر، 1979.
- (30) عادل بن عبد القادر بن محمد ولي قوته، العرف حجيته وأثره في فقه المعاملات المالية عند الحنابلة، ج 1، ط 1، المكتبة الملكية، م. ع. س، 1997.
- (31) عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج 4، ط 2، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003.
- (32) عبد الرحمان حسن حبنكة الميداني، ضوابط المعرفة وأصول الاستدلال والمناظرة، ط 4، سوريا، دار القلم، 1993.
- (33) عبد القادر شيبه الحمد، إمتاع العقول بروضة الأصول، ط 3، مكتبة الملك فهد الوطنية، م. ع. س، 2014.
- (34) عبد الكريم بن علي بن محمد النملة، المهذب في علم أصول الفقه المقارن، مج 3، ط 1، مكتبة الرشيد، م. ع. س، 1999.

- (35) عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج 6، ط 1، مؤسسة الرسالة، لبنان، 1993.
- (36) عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، ط 6، مؤسسة قرطبة، العراق، 1976.
- (37) عبد الناصر توفيق العطار، خطبة النساء في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية للمسلمين وغير المسلمين، د. ر. ط، مطبعة السعادة، مصر، 1976.
- (38) عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، ط 8، مكتبة الدعوة الإسلامية، مصر، د. س.
- (39) علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 5، ط 2، دار الكتب العلمية، لبنان، 1986.
- (40) عمر بن عبد الكريم الجيدي، العرف والعمل في المذهب المالكي ومفهومهما عند علماء المغرب، د. ر. ط، مطبعة فضالة، المغرب، 1982.
- (41) عمر عبد الله ومحمد حامد فتحاوي، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين، د. ر. ط، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2003.
- (42) فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، ط 2، مؤسسة الرسالة، لبنان، 2008.
- (43) اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء، فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء، جمع وترتيب أحمد بن عبد الرزاق الدويش، ج 19، ط 5، دار المؤيد، السعودية، 2003.
- (44) محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط 3، دار الفكر العربي، مصر، 1957.
- (45) محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، ط 2، دار الفكر العربي، مصر، 1971.
- (46) محمد الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، ج 1، ط 1، دار الفكر، سوريا، 2006.
- (47) محمد أمين بن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، تح: عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، ج 4، ط. خ، دار علم الكتب، م. ع. س، 2003.
- (48) محمد أمين بن عابدين، مجموعة رسائل ابن عابدين، ج 2، د. ر. ط، د. د. ب، د. س.

- (49) محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن علي الفتوحى الحنبلى ابن النجار، تح: محمد الزحيلي ونزید حماد، شرح الكوكب المنير، مج 4، د. ر. ط، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوى والإرشاد، م. ع. س، د. س.
- (50) محمد بن علي بن محمد الشوكاني، فتح القدير (الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير)، ط 4، دار المعرفة، لبنان، 2007.
- (51) محمد بن علي الشوكاني، نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار، تح: محمد صبحي بن حسن حلاق، ج 12، ط 1، دار بن الجوزي، م. ع. س، 2006.
- (52) محمد سكمال المجابى، المهذب من الفقه المالكي وأدلته، ج 2، ط 1، دار الوعي، الجزائر، 2010.
- (53) محمد كمال الدين إمام، الزواج في الفقه الإسلامي، د. ر. ط، دار الجامعة الجديدة، مصر، 1998.
- (54) محمد مجذوب، علماء ومفكرون عرفتهم، ج 2، ط 4، دار الشواف، م. ع. س، 1992.
- (55) مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج 2، ط 1، دار القلم، سوريا، 1998.
- (56) مصطفى عبد الرحيم أبو عجيلة، العرف وأثره في التشريع الإسلامي، ط 1، المنشأة لعامة، ليبيا، 1986.
- (57) منصور بن يونس البهوتي، روض المربع شرح زاد المستنفع، د. ر. ط، دار المؤيد، م. ع. س، 1991.
- (58) منصور بن يونس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج 5، د. ر. ط، عالم الكتب، لبنان، 1983.
- (59) نايف محمود الرجوب، أحكام الخطبة في الفقه الإسلامي، ط 1، دار الثقافة، الأردن، 2008.
- (60) نصر فريد محمد واصل، المدخل الوسيط لدراسة الشريعة الإسلامية والفقه والتشريع، ط 2، المكتبة التوفيقية، مصر، د. س.
- (61) وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، ج 2، ط 1، دار الفكر، سوريا، 1986.
- (62) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 7، ط 2، دار الفكر، سوريا، 1985.

63) يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين، قاعدة العادة محكمة، ط 2، مكتبة الرشد، م. ع. س، 2012.

ثانيا: الكتب القانونية:

- 1) أحمد إبراهيم بك وواصل علاء الدين أحمد إبراهيم، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون، ط 1، د. د. ب، 1994.
- 2) أحمد دكار، الزواج والطلاق في الشريعة والقانون والعرف، د. ر. ط، در الغرب، الجزائر، 2005.
- 3) أحمد سي علي، مدخل للعلوم القانونية (النظرية والتطبيق في القوانين الجزائرية)، ط 2، دار هومة، الجزائر، 2010.
- 4) أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، د. ر. ط، دار الكتب القانونية، مصر، 2009.
- 5) جميل فخري محمد جانم، مقدمات عقد الزواج، ط 1، دار الحامد، الأردن، 2008.
- 6) السعيد مقدّم، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية، د. ر. ط، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1992.
- 7) سمير تتاغو، النظرية العامة للقانون، د. ر. ط، منشأة المعارف، مصر، 1974.
- 8) عبد الباقي البكري وزهير البشير، المدخل لدراسة القانون، د. ر. ط، المكتبة القانونية، العراق، د. س.
- 9) عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة، ط 2، دار البعث، الجزائر، 1989.
- 10) عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط 3، دار هومة، الجزائر، 1996.
- 11) عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، د. ر. ط، دار هومة، الجزائر، 2005.
- 12) عبد المجيد زعلاني، المدخل لدراسة القانون (النظرية العامة للقانون)، د. ر. ط، دار هومة، الجزائر، 2010.
- 13) العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، ج 1، ط 1، دار الثقافة، الأردن، 2012.

- 14) العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج 1، ط 6، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010.
- 15) عمار بوضياف، المدخل إلى العلوم القانونية (النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري)، ط 4، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2014.
- 16) غالب علي الداودي، المدخل إلى العلوم القانونية، ط 7، دار وائل الأردن، 2004.
- 17) فضيل العيش، شرح وجيز لقانون الأسرة الجديد، مطبعة طالب، الجزائر، 2008.
- 18) محفوظ بن صغير، أحكام الزواج، ط 1، دار الوعي، الجزائر، د. س.
- 19) محمد الصغير بعلي، المدخل إلى العلوم القانونية (نظرية القانون، نظرية الحق)، د. ر. ط، دار العلوم، الجزائر، 2006.
- 20) محمد حسين منصور، مبادئ القانون، د. ر. ط، الجامعة الجديدة، مصر، 2006.
- 21) محمد حسين منصور، نظرية القانون، د. ر. ط، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2002.
- 22) محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية (الوجيز في نظرية القانون)، ج 1، ط 18، دار هومة، الجزائر، 2011.
- 23) محمد محمود محمد الجمال، تطبيقات العرف في المعاملات المالية المعاصرة (دراسة مقارنة)، د. ر. ط، دار الفكر الجامعي، مصر، 2008.
- 24) مليكة لبيديري، الزواج والشباب الجزائري إلى أين؟، ط 1، دار المعرفة، الجزائر، 2005.
- 25) همام محمد محمود، المدخل إلى القانون (نظرية القانون)، د. ر. ط، منشأة المعارف، مصر، 2001.
- ثالثا: الرسائل الجامعية:**
- 1) أحمد بن رفاع بن حامد العزيمي المطيري، العرف في التشريع الجنائي دراسة تأصيلية مقارنة، رسالة ماجستير في العدالة الجنائية، كلية الدراسات العليا، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، م. ع. س، 2010.

2) أحمد رشاد عبد الهادي أبو حسين، أثر العرف في الأحوال الشخصية دراسة فقهية قانونية، رسالة ماجستير في القضاء الشرعي، كلية الدراسات العليا، جامعة الخليل، فلسطين، 2013.

3) إكاسولن خيرة وتواتي طاوس، الخطبة وآثار العدول عنها، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2012-2013.

4) جمال كركار، العرف والعمل الجزائري وأثرهما في الفتاوى والأحكام منطقة الزواوة خلال فترة الاحتلال نموذجاً (دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون)، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، 2007.

5) زرقين عواطف، مدى سلطان العرف في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، 2015.

6) سليمان محمود قاسم عدوان، معارضة العرف لخبر الواحد، رسالة ماجستير في أصول الفقه، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين، 2007.

7) عماد شريفي، اعتبار العرف في مسائل الزواج وآثاره في قانون الأسرة الجزائري-دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي-، رسالة ماجستير في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، الجزائر، 2015.

8) محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه، جامعة الحاج لخضر، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، باتنة، 2009.

رابعاً: المقالات:

1) إبراهيم فاضل الدبو، نظرية العرف في الفقه الإسلامي، كتاب مجلة الفقه الإسلامي، ج 6، ع 5، م. ع. س، د. س.

2) أسماء بنت عبد الله موسى، العرف حجيته وآثاره الفقهية، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، مج 21، ع 41، م. ع. س، 1427 هـ.

3) حسنين محمود حسنين، مفهوم العرف في الشريعة الإسلامية، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ع 3، الإمارات العربية المتحدة، 1989.

4) محمد جبر الألفي، العرف (بحث فقهي مقارن)، كتاب مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ج 6، ع 5، م. ع. س، د. س.

5) محمد صالي، تأخر سن الزواج في المجتمع الجزائري الواقع والأسباب، مجلة العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة محمد بن أحمد وهران 2، ع 30، 2017.

خامسا: النصوص القانونية:

1) أمر رقم 75-158 للمؤرخ في 20 رمضان عام 1395 هـ الموافق 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، ج. ر. ع. 78، المؤرخة في 30 سبتمبر 1975. معدل بالأمر 05-10 مؤرخ في 20 جويلية 2005، ج. ر. ع. 44 لسنة 2005، ومعدل بالأمر رقم 07-05 مؤرخ في 13 مايو 2007، ج. ر. ع. 31، الصادرة في 13 مايو 2007.

2) الأمر رقم 66-156 للمؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 08 يونيو 1966، الذي يتضمن قانون العقوبات، ج. ر. ع. 37، بتاريخ 22 يونيو 2016.

3) قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق لـ 09 يونيو 1984 والمضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم : بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005، ج. ر. ع. 15 مؤرخة في 27 فبراير 2005.

سادسا: المحاضرات:

1) حاتم الرواتي، النظرية العامة للقانون (محاضرات لطلبة السنة الأولى في القانون)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تونس، تونس، 2011.

2) ظريفي الصادق، مدخل إلى الشريعة الإسلامية (محاضرات لطلبة السنة الثانية ليسانس تخصص القانون الخاص)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العقيد أكلي محند أولحاج، البويرة، الجزائر، 2016.

سابعا: المواقع الالكترونية:

1) أرشيف إسلام أون لاين، وفاء سعداوي، أحمد فهمي أبو سنة.. شيخ الأصوليين بين العلم والحياة.. سيرة موجزة لعالم، <http://archive.islameonline.net/?p=9539>، تاريخ

الزيارة: 2018/06/13، على الساعة: 19:21.

- (2) طاسيلي الجزائري، مؤسس شبكة طاسيلي، اختلاف المهر في الجزائر باختلاف المناطق،
تاريخ الزيارة: <https://www.tassilialgerie.com/vb/showthread.php?t=9860>، 2018/09/18، على الساعة: 20:45.
- (3) عرسييس، رباب عبد العا طي، الزواج بين الشريعة والقانون، عبر موقع:
<http://www.arabsys.net/pic/bsm/2>
- (4) المكتبة الشاملة الحديثة، محمد جبر الألفي، العرف (بحث فقهي مقارن)،
WWW.al-maktaba.org/book/8356/11286#p1، تاريخ الزيارة: 2018/06/05، على الساعة: 13:00.
- (6) المعرفة، شافي، محمود شلتوت، محمود شلتوت www.marefa.org/، تاريخ الزيارة :
2018/09/04، على الساعة: 12:00.
- (7) المكتبة الشاملة الحديثة، إبراهيم فاضل الدبو، نظرية العرف في الفقه الإسلامي،
<https://al-maktaba.org/book/8356/11200>، تاريخ الزيارة: 2018/06/06،
على الساعة: 14:00.
- (8) موقع ويكيبيديا، أبو_العباس_أحمد_بن_عمر_القرطبي/
<https://ar.wikipedia.org/wiki/القرطبي>، تاريخ الزيارة: 2018/11/30، على الساعة:
14:30.
- (9) ويكيبيديا، عبد المؤمن، جلال الدين السيوطي،
[جلال_الدين_السيوطي](https://ar.wikipedia.org/wiki/جلال_الدين_السيوطي)، تاريخ الزيارة:
2018/06/13، على الساعة 19:10.

الفهارس

فهرس الآيات

الصفحة	رقم الآية	السورة	الآية
15	228	سورة البقرة	«... وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرِدْهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَاللرِّجَالُ عَلَيْنَّ دَرَجَةٌ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ﴿٢٢٨﴾»
30 ، 15	233	سورة البقرة	« وَالْوَالِدَاتُ يُرْضَعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا ... »
45	.235	سورة البقرة	« وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِي مَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْنَنْتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ عَلِمَ اللَّهُ أَنَّكُمْ سَتَذْكُرُونَهُنَّ وَلَكِنْ لَا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلَّا أَنْ تَقُولُوا قَوْلًا مَعْرُوفًا وَلَا تَعْزَمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجْلَهُ وَأَعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ يَعْلَمُ مَا فِي أَنْفُسِكُمْ فَاحْذَرُوهُ وَأَعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ حَلِيمٌ ﴿٢٣٥﴾»
03	110	سورة آل عمران	« كُنْتُمْ خَيْرَ أُمَّةٍ أُخْرِجَتْ لِلنَّاسِ تَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَتَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ...»

79	04	سورة النساء	«وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً...»
85، 30	06	سورة النساء	« وَأَبْتَلُوا أَلَيْتَمَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَنْ يَكْبَرُوا ۚ وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ ۚ وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ ... »
11	12	سورة النساء	« وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُن لِهِنَّ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمْ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَنَّ ... »
80	20	سورة النساء	«وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَسْتَبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَهُنَّ قِنْطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا ۚ أَتَأْخُذُونَهُ بِهْتِنًا وَإِنَّمَا مُبِينًا ﴿٢٠﴾»
76	22	سورة النساء	«وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ...»
79	24	سورة النساء	« فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ۚ فَرِيضَةٌ...»
15	199	سورة الأعراف	« خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ »

10	60	سورة التوبة	«...وَالْعَمَلِينَ عَلَيْهَا ...»
55	34	سورة الإسراء	«... وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا ﴿٣٤﴾»
68	32	سورة النور	« وَأَنْكِحُوا الْأَيْمَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ ۚ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ ۗ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ ﴿٣٢﴾ »
69	21	سورة الروم	« وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً ۗ إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴿٢١﴾ »
03	17	سورة لقمان	« يَبْنِي أَقِمِ الصَّلَاةَ وَأْمُرْ بِالْمَعْرُوفِ...».
76	37	سورة الأحزاب	«... فَلَمَّا قَضَىٰ زَيْدٌ مِنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَاكَهَا...»
66	45	سورة النجم	« وَأَنَّهُ خَلَقَ الزَّوْجَيْنِ الذَّكَرَ وَالْأُنثَىٰ ﴿٤٥﴾ »
84	04	سورة الطلاق	« وَالَّتِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَالَّتِي لَمْ تَحِضْنَ ۚ...»

فهرس الأحاديث

الصفحة	نص الحديث
76	«اتقوا الله في النساء فإنكم أخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله»
77	«أذهب فقد ملكتها بما معك من القرآن»
84	«أن النبي صلى الله عليه وسلم تزوجها وهي بنت ست سنين، وأدخلت عليه وهي بنت تسع، ومكثت عنده تسعا»
46	« أن النبي صلى الله عليه وسلم خطب عائشة من أبي بكر، فقال له أبو بكر: إنما أنا أخوك، فقال له: أنت أخي في دين الله وكتابه، وهي لي حلال»
-79 80	أن امرأة أتت النبي صلى الله عليه وسلم فعرضت عليه نفسها، فقال: «مالي اليوم في النساء من حاجة»، فقال رجل: يا رسول الله زوجنيها، قال: «ما عندك؟»، قال: ما عندي شيء، قال: «أعطها ولو خاتم من حديد» قال: ما عندي شيء، قال: «فما عندك من القرآن؟»، قال: كذا وكذا، قال: «فقد ملكتها بما معك من القرآن»
47	«أنظر إليها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما»
16	أن ناقة للبراء بن عازب دخلت حائطا لقوم فأفسدت فيه، فقاضى رسول الله صلى الله عليه وسلم على أهل الأموال حفظها بالنهار، وما أفسدت المواشي بالليل فهو ضامن على أهلها.
55	«آية المنافق ثلاث: إذا حدث كذب، وإذا وعد أخلف، وإذا أئتمن خان»
-69 70	«جاء ثلاثة رهط إلى بيوت أزواج النبي صلى الله عليه وسلم، يسألون عن عبادة النبي صلى الله عليه وسلم فلما أخبروا كأنهم تقالُّوها، فقالوا: وأين نحن من النبي صلى الله عليه وسلم؟ قد غفر له ما تقدم من ذنبه وما تأخر، قال أحدهم: أما أنا فإنني أصلي الليل أبدا، وقال آخر: أنا أصوم الدهر ولا أفطر، وقال آخر: أنا أعتزل النساء فلا أتزوج أبدا، فجاء رسول الله صلى الله عليه وسلم إليهم، فقال: «أنتم الذين قلتم كذا وكذا؟»، أما والله إني لأخشاكم لله وأتقاكم له، لكني أصوم وأفطر، وأصلي وأرقد، وأتزوج

	النساء، فمن رغب عن سنتي فليس مني»
16	«خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف»
46	«لا يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى يترك الخاطب قبله أو يأذن له الخاطب»
51	«لا يَخْلُونَ رجل بامرأة إلا مع ذي محرم»
51	«لأن يطعن في رأس أحدكم بمخيط من حديد خير له من أن يمس امرأة لا تحل له»
16	«ما رآه المسلمون حسن فهو عند الله حسن»
69	«يا معشر الشباب من استطاع الباءة فليتزوج، فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج، ومن لم يستطع فعليه بالصوم، فإنه له وجاء»

فهرس المحتويات

الإهداء

الإهداء

شكر وتقدير

قائمة أهمّ المختصرات

أ	مقدّمة.....
1	الفصل الأول: ماهية العرف في الفقه والقانون.....
3	المبحث الأول: مفهوم العرف وحجّيته في الفقه والقانون.....
3	المطلب الأول: مفهوم العرف وحجّيته في الفقه الإسلامي.....
3	الفرع الأول: مفهوم العرف في الفقه الإسلامي.....
3	أولاً: تعريف العرف في الفقه الإسلامي.....
7	ثانياً: تمييز العرف عما يشابهه من مصطلحات.....
11	ثالثاً: أقسام العرف في الفقه الإسلامي.....
13	الفرع الثاني: حجّية العرف في الفقه الإسلامي.....
15	أولاً: من الكتاب.....
16	ثانياً: من السنة.....
17	ثالثاً: من الإجماع.....
18	رابعاً: من المعقول.....
19	المطلب الثاني: مفهوم العرف وحجّيته في القانون.....
19	الفرع الأول: مفهوم العرف في القانون.....
19	أولاً: تعريف العرف في القانون.....
20	ثانياً: تمييز العرف عما يشابهه من مصطلحات.....
21	ثالثاً: أقسام العرف في القانون.....

22	الفرع الثاني: حجية العرف في القانون.....
22	أولاً: تأسيس قوة العرف الملزمة على الإرادة الضمنية للمشرع.....
23	ثانياً: تأسيس القوة الملزمة على أساس الضمير الجماعي للشعب
23	ثالثاً: تأسيس قوة العرف الملزمة على أحكام القضاء.....
24	رابعاً: تأسيس إلزامية العرف على القوة الذاتية.....
24	خامساً: تأسيس القوة الملزمة للعرف من الناحية الرسمية على الإرادة الصريحة للمشرع.....
25	المبحث الثاني: أركان وشروط العرف ودوره في الفقه والقانون.....
25	المطلب الأول: أركان وشروط العرف ودوره في الفقه الإسلامي.....
25	الفرع الأول: أركان العرف وشروطه في الفقه الإسلامي.....
25	أولاً: أركان العرف في الفقه الإسلامي.....
26	ثانياً: شروط العرف في الفقه الإسلامي.....
29	الفرع الثاني: دور العرف في استنباط الأحكام المستجدة
29	أولاً: العرف المكمل حال انعدام النص الشرعي.....
30	ثانياً: العرف المفسر للنص الشرعي.....
31	ثالثاً: العرف المخالف للنص الشرعي.....
34	المطلب الثاني: أركان وشروط العرف ودوره في القانون.....
34	الفرع الأول: أركان وشروط العرف في القانون.....
34	أولاً: أركان العرف في القانون.....
35	ثانياً: شروط العرف في القانون.....
36	الفرع الثاني: دور العرف في العملية الاجتهادية.....
36	أولاً: العرف المكمل للتشريع.....
38	ثانياً: العرف المساعد للتشريع.....
39	ثالثاً: العرف المخالف للتشريع.....
41	الفصل الثاني: اعتبار العرف في بعض مسائل الأسرة.....
43	المبحث الأول: الخطبة واعتبار العرف فيها.....
43	المطلب الأول: حقيقة الخطبة.....

43	الفرع الأول: تعريف الخطبة
43	أولاً: التعريف اللغوي للخطبة
43	ثانياً: التعريف الاصطلاحي للخطبة
44	ثالثاً: تعريف الخطبة في قانون الأسرة الجزائري
45	الفرع الثاني: مشروعية الخطبة
45	أولاً: من القرآن
46	ثانياً: من السنة
47	ثالثاً: من الإجماع
47	الفرع الثالث: حكم الخطبة
49	المطلب الثاني: اعتبار العرف في الخطبة
49	الفرع الأول: تكييف الخطبة واعتبار العرف فيها
49	أولاً: التكييف الفقهي والقانوني للخطبة
50	ثانياً: اعتبار العرف في تكييف الخطبة
52	الفرع الثاني: اقتران الخطبة بالفاتحة واعتبار العرف فيها
52	أولاً: تعريف الفاتحة وعلاقتها بالخطبة
53	ثانياً: اعتبار العرف في اقتران الخطبة بالفاتحة
54	الفرع الثالث: العدول عن الخطبة وآثاره واعتبار العرف فيهما
54	أولاً: العدول عن الخطبة واعتبار العرف فيه
59	ثانياً: آثار العدول عن الخطبة واعتبار العرف فيها
66	المبحث الثاني: الزواج واعتبار العرف فيه
66	المطلب الأول: حقيقة الزواج
66	الفرع الأول: تعريف الزواج
66	أولاً: لغة
67	ثانياً: اصطلاحاً
68	ثالثاً: تعريف الزواج في قانون الأسرة الجزائري
68	الفرع الثاني: مشروعية الزواج

68	أولاً: القرآن الكريم.....
69	ثانياً: السنة النبوية.....
70	ثالثاً: الإجماع.....
70	الفرع الثالث: حكم الزواج.....
70	أولاً: الزواج الواجب.....
71	ثانياً: الزواج المحرم.....
71	ثالثاً: الزواج المكروه.....
72	رابعاً: الزواج المندوب (المستحب).....
72	خامساً: الزواج المباح.....
73	المطلب الثاني: اعتبار العرف في بعض مسائل الزواج.....
73	الفرع الأول: أركان الزواج وألفاظ انعقاده واعتبار العرف فيهما.....
73	أولاً: أركان الزواج واعتبار العرف فيها.....
76	ثانياً: ألفاظ انعقاد الزواج واعتبار العرف فيها.....
78	الفرع الثاني: شروط عقد الزواج واعتبار العرف فيها.....
78	أولاً: الصداق واعتبار العرف فيه.....
83	ثانياً: أهلية الزواج واعتبار العرف فيها.....
88	خاتمة.....
91	الملاحق.....
94	قائمة المصادر والمراجع.....
106	الفهارس.....
107	فهرس الآيات.....
110	فهرس الأحاديث.....
112	فهرس المحتويات.....

ملخص البحث

يعتبر العرف مجموعة من القواعد والممارسات التي يباشرها الناس بشكل تلقائي دون تدخل أي أحد، فهي بذلك تستمد قوتها من اتفاق الجماعة.

والقول أن التشريع الإسلامي صالح لكل زمان ومكان ليس شعارا فضفاضاً، بل مبدأ أساسياً، ومن هنا كانت إحدى الوسائل التي تجعل في الشريعة المرونة المطلوبة هو بناء العديد من أحكامها على العرف الذي يتغير بتغير الأزمنة والأمكنة، وعليه كان العرف مصدراً من المصادر التبعية للتشريع الإسلامي، وكذا مصدراً احتياطياً للقانون.

وباعتبار أن مسائل الأحوال الشخصية المنظمة من خلال قانون الأسرة مستوحاة من الفقه الإسلامي، كان هذا البحث محاولة لبيان مدى اعتبار العرف في بعض مسائل الخطبة والزواج فقهيًا ثم إسقاطها على قانون الأسرة الجزائري وتبيان اعتباره للعرف من عدمه.

وقد احتوت هذه المذكرة على مقدمة وفصلين، فصل نظري وفصل تطبيقي وخاتمة.

الفصل النظري، تطرقنا فيه إلى ماهية العرف من خلال دراسته دراسة أصولية وقانونية، وفصل ثانٍ، تطبيقي، أبرزنا فيه اعتبار العرف في بعض مسائل الخطبة والزواج بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.