جامعة محمد خيضر بسكرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

مذكرة ماستر

الميدان: الحقوق والعلوم السياسية

الفرع: حقوق

التخصص: قانون أسرة

رقم تسلسل المذكرة:

إعداد الطالبتان:

بن عبيد إلهام

تمامي بسمة

يوم:

العرف بين الشريعة وقانون الأسرة الجزائري

"نظرة جديدة في موضوع قديم"

لجنة المناقشة:

.....	أستاذ	بسكرة	رئيسا
خلف الله ميلود	أ محاضر أ	بسكرة	مشرفا
.....	أستاذ	بسكرة	مناقشا

السنة الجامعية: 2020– 2021م.

بسم الله الرحمن الرحيم

شكر وتقدير

أول الشكر وآخره الله عز وجل

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم

"من لا يشكر الناس لا يشكر الله"

صدق رسول الله صلى الله عليه وسلم

الحمد لله على إحسانه والشكر له على توفيقه وامتنانه ونشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له تعظيما لشأنه ونشهد أن سيدنا ونبينا محمد عبده ورسوله الداعي الى رضوانه

صلى الله عليه وعلى آله وأصحابه وأتباعه وسلم.

بعد شكر الله سبحانه وتعالى على توفيقه لنا لإتمام هذه المذكرة المتواضعة أتقدم بجزيل الشكر الى الوالدين العزيزين الذين أعانوني وشجعوني على الاستمرار في مسيرة العلم والنجاح وإكمال الدراسة الجامعية والبحث

كما أتوجه بالشكر الجزيل إلى من شرفني بإشرافه على مذكرتي الأستاذ الدكتور "خلف الله ميلود" الذي لن تكفي حروف هذه المذكرة لإيفائه حقه بصبره الكبير عليا ولتوجيهاته العلمية التي لا تقدر بثمن، والتي ساهمت بشكل كبير في إتمام واستكمال هذا العمل، إلى كل أساتذة قسم الحقوق، كما أتوجه بخالص شكري وتقديري إلى كل من ساعدني من قريب أو من بعيد على إنجاز وإتمام هذا العمل.

الإهداء

أحمد الله عز وجل على منه وعونه لإتمام هذه المذكرة.

إلى التي وهبت فلذة كبدها كل العطاء والحنان، إلى التي رعتني حق الرعاية وكانت سندي في الشدائد، وكانت دعواها لي بالتوفيق تتبعني خطوة بخطوة في عملي المتواضع، إلى من ارتحت كلما تذكرت ابتسامتها في وجهي نبع الحنان

أمي أعز ملاك على القلب والعين جزاها الله عني خير الجزاء في الدارين، وأطال الله في عمرها

إلى الذي سهر على تعليمي بتضحيات جسام مترجمة في تقديسه للعلم،

أبي الغالي على قلبي أطال الله في عمره،

إلى إخوتي وأختي الغالية حفظهم الله ورعاهم

وأهدي هذا العمل خاصة إلى من ربتني في كنفها جدتي الغالية وأمي الثانية

إلى صديقاتي العزيزات

إلى كل دفعة 2020- 2021 بكلية الحقوق

بسمة تهامي

الإهداء

أهدي هذا العمل المتواضع

إلى من أنارت دربي وكانت مصدر تشجيعي أمي الغالية

إلى روح والدي الطاهرة تغمده الله برحمته وأدخله فسيح جناته

"لطالما تمنيتك بجانبي أبي"

إلى كل من نذروا أنفسهم لصون حقوق الناس

إلى أستاذي الذي لطالما كان بجانبي

وإلى زوجي المستقبلي

إلهام بن عبيد

قائمة المختصرات

(ص) صلى الله عليه وسلم

(ط) الطبعة

(ص) الصفحة

(ق.م.ج) القانون المدني الجزائري

(ق.ا.ج) قانون الاسرة الجزائري

(م)الميلادي

(هـ)الهجري

مقدمة

مقدمة:

المجتمع الإنساني بمختلف أصنافه ولاسيما الأسرة باعتبارها لبنة أساسية تتسم على الدوام في حياته اليومية بحركية سلوكية لا تكاد تهدأ الأمر الذي يولد في ضميره انقيادا وانسياقا نحو تلك السلوكيات المعتادة ، عنها ما يسمى بالعرق الذي يعبر عن إدارة المجتمع حيث يرجع إليه في التعامل اليومي و يتحاكم إليه فيما يعد مقبولا أو مرفوضا ، بل يكون ملزما للقاعدة القانونية باعتبارها ناشئة عنه وعائدة إليه خال انعدامها أو غموضها من أجل ذلك شغلت الأعراف حيزا واسعا في النطاق القانوني والتشريعي إذ ،تبين المفاهيم وتشكل قرينة على مقصود الشارع و الشرع ومن هنا اعتبر العرف أحد المصادر المهمة لاستكمال التصور الفقهي والقضائي الصحيح ، و استمداد مقومات الاجتهاد المكين، وإرساء القاعدة القانونية الصلبة التي يتأسس عليها مجتمع العمل والإنصاف وإزاء ذلك طفحت أبوب الأحوال الشخصية يتحكم العارف والعرف في المسائل لا يكاد يحصى عددها ولا ينتهي تجددها .

ولا يزال العرف إلى يومنا هذا من أهم المصادر القانون (المادة 1/2 م ق . م.ج) ومع ذلك لم يعد العرف في القانون الجزائري كافيا لتنظيم سلوك الأشخاص وعلاقتهم في المجتمع الحديث ولم يعد محدود الحجم في المجتمعات البدائية إنما تنوعت العلاقات مما إزاء تدخل الدولة في شؤونه ، ولكن يبقى العرف كمصدر احتياطي له أي يأتي في المرتبة الثالثة بعد التشريع بالنسبة للمشرع الجزائري .

و للعرف اهمية عظيمة في الفقه الاسلامي ، اشترط في الفقيه ان يكون عارفا بأعراف البيئة التي يعيش فيها ، سواء كان قاضيا او مفتيا ، فيطلب من القاضي او المفتي ان يكون ملما بأعراف من يحكم بينهم و يفصل في خصوماتهم ، لكي يعرف الفاظهم الصريحة و الكناية في ابواب الطلاق والقذف والى ذلك ، كما يطلب المفتي ان يعرف اساليب وعاداتهم في كل التصرفات من طلاق ووصايا ووقف و بيع و شراء فان منزلة العرف في الفقه الاسلامي منزلة رفيعة يحافظ الفقه عليها ويرعاها ، و فقهاء الشريعة الاسلامية على اختلافهم ، متفقون على اعتبار العرف بصفة عامة دليلا يرجع اليه لمعرفة الاحكام الفقهية

ان اعوزهم النص الشرعي من الكتاب و السنة ، وهذا يدل على قولهم الثابت بالعرف مثل الثابت بالنص.

ومنه نطرح الاشكالية التالية : ما مدى تطبيق العرف بين الشريعة وقانون الاسرة الجزائري؟

أسباب اختيار الموضوع:

الأسباب الموضوعية:

1-من الأسباب الرئيسية لاختبار هذا الموضوع هو مدى سلطان العرق بين الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري وكذا مدى أخذ كلاهما بالأعراف الصحيحة.

2-أهمية ودور العرق في حياة الناس ن حيث لا تكاد تمر على موضوع من مواضيع حياتهم دون وجود أثر للعرف فيه ، وكذلك تناول العرف الكثير من شؤون حياتهم والكثير من الأمور الشرعية التي أحالها الشارع بحكمه إلى العرف والعادة، ليناسب حالهم وزمانهم .

3-الوصول إلى حقيقة العرف و مكانته كمصدر من مصدر الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وكذا معرفة حدود تطبيقاته في ما يخص المجتمعات والأسر.

4-كون المجتمع مبنيا على مبادئ الشريعة الإسلامية و القانون فلا يجب الخروج على الحدود والعادات خاصة في مختلف الثقافات العربية والأعراف.

5-الوصول إلى حقيقة العرف في الأسرة الجزائرية التي لا تخرج هذه الأخيرة عن نطاق الشريعة الإسلامية.

الأسباب الذاتية:

1-الرغبة الذاتية في معرفة مدى أهمية العرف.

2-الميول إلى اكتشاف الأعراف الجزائرية ومدى التفرقة بينها وبين الشريعة وق أ.ج.

3-الإسهام في إثراء المكتبة الإسلامية والقانونية التي تكاد تنعدم.

4-الرغبة الذاتية في تدقيق فيما يخص الأسرة الجزائرية من أعراف.

5-الرغبة في دراسة العرف لأخذه حيزا واسعا في حياتنا والأخذ به من ناحية أخرى.

أهداف البحث:

1-إيضاح الاعراف الفاسدة والصالحة.

2- معرفة خاصة للعرف من الناحية القانونية والناحية الشرعية ومدى اخذ الاسرة الجزائرية به.

3-توضيح ما مدى تطبيق الاعراف .

منهج الدراسة :

المنهج الاستقرائي : لجزيئات الاستقراء اقوال الفقهاء ورجال القانون من خلال تتبع الجزئيات الموجودة في كتبهم ونقلها والاستدلال والاعتماد عليها ، لبيان صحة الاستنتاج والوصول الى سلامة الفكرة التي تسمى اليها.

المنهج التحليلي : تحليل الآراء الفقهية والنصوص الشرعية وبعض المواد في الجريدة الرسمية.

المنهج المقارن : هذا المنهج الذي اعتمده من انجح المناهج لمعالجة هذا الموضوع للوصول الى النتائج التي سعينا من اجلها وذلك بغرض بمختلف اراء الفقهاء و رجال القانون و ادلتهم في مختلف النماذج التطبيقية التي عرضناها و اجتهدنا في المقارنة والتحليل وبيان الصحيح والراجح منها واتبعنا نصوص الجريدة الرسمية راي الشرائع في ذلك.

ومن بين اهم الصعوبات التي واجهتنا خلال البحث ما يلي :

-تناثر معلومات البحث في طيات المصادر والمراجع على شكل جزئيات بسيطة وتحت عناوين مختلفة ومتباعدة .

-نقص في المصادر والمعلومات التي تفيد في الالمام الكبير في هذا الموضوع.

و لإنجاز هذا البحث جوابا و حلا للإشكالية التي سبق اثارتها ارتأينا بعد بيان المقدمة ان نقسم خطة البحث الي فصلين ، بحيث تناول الفصل الاول ماهية العرف الذي تحدثنا فيها

على : مفهوم العرف وهو المبحث الاول اما المبحث الثاني تحدثنا على اوجه الشبه و الاختلاف في العرف بين الشريعة وقانون الاسرة الجزائري، اما في الفصل الثاني تناولنا تطبيقات العرف بين الشريعة و ق.أ.ج بحيث تحدثنا على الزواج في المبحث الاول اما المبحث الثاني فتحدثنا على الطلاق.

الفصل الأول:

ماهية العرف

يعتبر العرف مجموعة من لقواعد والممارسات التي يباشرها الناس بشكل تلقائي دون تدخل أي أحد، فهي بذلك تستمد قوتها من اتفاق الجماعة كما يعد ايضا أحد مصادر القانون فهو من عوامل تقدم القانون وتطوره ليس بالنسبة إلى تقرير قواعد ونظم جديدة بل كذلك بالنسبة لنظم قديمة هذا في إطار دور العرف في التشريع أما قضاءا فيتضح لنا أثر العرف من خلال الأحكام والقرارات من خلال ما يتعلق منها بالخلع الذي يحدد بمهر المثل وكذا مسألته تقدير النفقة وغير ذلك من الأحكام في مجال الاحوال الشخصية.

المبحث الأول: مفهوم العرف

العرف هو ألفه الناس وصاروا عليه في تصرفاتهم سواء كان فعلا أو قولا دون ان يصادم نصا، فيعتبر أقدم مصادر التشريع الانساني إذا أن التشريعات المختلفة بدأت، بعادات وأعراف جعلت منها شريعة تحتكم إليها، ولا يزال العرف إلى يومنا هذا من أهم المصادر القانونية والتشريعية.

المصلب الأول: تعريف العرف لغة

سنتطرق إلى تعريف العرف لغة واصطلاحا.

الفرع الأول: تعريف العرف

يطلق العرف في اللغة على معاني متعددة تختلف باختلاف تراكيبها وموقعها من سياق الكلام منها ما هو حقيقي وما هو مجازي، أما الحقيقي قال إبن فارس العين والراء والفاء أصلان صحيحان يدلان على:[1]

1. السكون والطمأنينة:

فالعرف: من الذكر فهو ما تعرفه النفس من الخير وتأني بمعنى العلم نقول عرف فلان فلانا وهذا الأمر معروف، أي معلوم فأنس به وتطمأن إليه[2].

2. العلو الارتفاع:

حسيا كان أم معنويا، من الأول: عرف الرض: ما ارتفع منها. وامرأة حسنت

[1]. ابن فارس، مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام هارون، دار الفكر، لبنان 1979، ص281.

[2]. إبن منظور، لسان العرب، دار الكتاب العلمية، لبنان، دار الفكر، لبنان، م 2899/9.

معارف، أي الأنف[1]، من الثاني وما كرم من معاني فالعرف. يأتي بمعنى المعروف والصبر

والنصح بقوله تعالى: "خذ العفو وأمر بالمعروف"[2].

أما المجازي:

- وتطلق على نتائج الشيء متصلة ببعض، بقوله تعالى: "والمرسلات عرفا"[3]. وهي الرياح المرسلات يتبع بعضها البعض وقيل الملائكة.

الفرع الثاني: تعريف العرف في الاصطلاح الشرعي.

وأما معنى العرف بحسب الاصطلاح فقد قيلت فيه تعريفات متعددة في جميع كتب الأصول الفقه المتداولة لهذا الموضوع بالدراسة والتحليل إلا أن معظمها يتفق على تعريف واحد وسنتطرق إلى قليهما.

1. تعريف الشيخ عبد الوهاب خلاف (ت 1357هـ): العفر هو ما تعارفه الناس وصاروا عليه من قول أو فعل أو ترك[4].

2. تعريف الشيخ محمد أبو زهرة: (ت 1394 هـ): ما اعتاده الناس في معاملتهم واستقامة عليه أمورهم[5].

3. وهبة الزحيلي: ما اعتاده الناس، وساروا عليه من كل فعل شاع بينهم، أو لفظ تعارفوا إطلاقه، على معنى خاص، لا تالفه اللغة ولا يتبادر غيره عن سماعه وهو بمعنى العادة

---

[1]. إبن فارس، مجهل اللغة، باب العين والراء وما يشابهها، ص 513.

[2]. سورة الأعراف آية 99.

[3]. سورة المرسلات، الآية 01.

[4]. عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، مكتبة الدعوة الإسلامية، شباب بالأزهر، 1383هـ، ص89.

[5]. محمد أبو زهرة، أصول الفقه، دار الفكر العربي، مصر، (د. ت)، ص 273.

الجماعية[1]، ويقصد به: أن من شروط العرف هو الاستمرار.

ويمكن القول أن التعريف المختار هو:

العرف: هو كل قول أو معنى أو فعل استقرت عليه نفوس جمهور القوم وشهدت له عقولهم، وتلفته الطبائع السلمية، بالقول مما لا ترده الشريعة.

وهذا التعريف يشترط التكرار وأن يكون العرف صحيح، ولا يعارض أي نص شرعي بالكتاب أو السنة ويحقق مصالح الناس.

الفرع الثالث: تعريف العرف في الاصلاح القانوني.

نصت المادة 1 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "سيري القانون على جميع المسائل التي تناولها نصوصه في لفظها أو فحواها.

وإن لم يجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى العرف..."[2].

ويتضح لنا جليا أن هذا النص بأن العرف المصدر الاحتياطي الثالث بعد مبادئ الشريعة الاسلامية وهذه المرتبة التي يحتلها العرف بأنه ذو أهمية قليلة، طالما أن القاضي لا يرجع إليه إلا إن لم يجد نصا تشريعيا ولابد من مبادئ الشريعة.

اعتياد الناس على سلوك معين واستقراء الاعتياد في نفوسهم بأن هذا السلوك قد صار ملزما لهم في معاملتهم.[3] "أو هو اعتياد الناس على سلوك معين في مسألة من مسائل مع اعتقادهم بلزوم هذا السلوك وبأن مخالفته تتبع توقيع الجزاء المادي"[4].

فالعرف هو إذن قانون غير مكتوب نشأ تلقائيا من ضمير الجماعة داخل المجتمع دون تدخل أي سلطة خارجية من العادات "مثلا الطريقة التي يرحب بها الناس بعضهم البعض، كالمصافحة بالأيدي" وقد تتحول أنواع معينة من القواعد أو العادات إلى قانون وربما يتم إدخال تشريع تنظيمي أو انقاض العرف "مثلا القوانين التي تحدد جانب الطريق الذي ينبغي

---

[1]. وهبة الزحيلي، أصول الفقه الاسلامي، دار الفكر، دمشق، ط1، 1406هـ، ص828.

[2]. المادة الأولى من قانون المدني الجزائري، الصادر بأمر 75 – 58 سنة 1975م.

[3]. عباس صراف، المدخل علم القانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط1، 2008، ص47.

[4]. محمد حسين قاسم، مبادئ القانون، دار الجامعية، 1998، ص202.

أن تسير فيه المركبات وهو أيضا او صورة ظهر بها القانون للوجود وهو أقدم المصادر الرسمية يقول حسن كيره "مصدر قطري"[1] أي ارتباط المجتمعات التقليدية بالعادات.

المطلب الثاني: شروط العرف وأركانه.

الفرع الأول: شروط العرف.

أولا: شروط العرف في الفقه الإسلامي.

يشترط في العرف حتى يكون معتبرا عدة شروط، ولهذا وضع الفقهاء للعرف شروطا ليكون في مؤشرا إذ يختلف أحدها أو اختل لم يضع تحكيم العرف ولم يكن صالحا للاعتداء به أو البناء عليه وهي:

1. **الشرط الأول: أن يكون العرف مطردا، غالبا[2]:**

المقصود بالإطراد: أن يعمل به جمع الحوادث من غير تخلف والمقصود بغلبته: شيوعه بين اهله بأكثر الحوادث، وقد عبر البعض عن هذا الشرط بهذا العموم[3]، وعبر عنه اخرون بالشيوع و الاستقامة بين جميع اهله[4]، يقول ابن عابدين: "اعلم أن كلا من العرف العام والخاص وإنما يعبر إذا كان شائعا بين أهله يعرفه جميعهم"[5].

فإذا اطرد في بلد ما تقسيم المهر في النكاح في جميع حوادث النكاح وكان غالبا أن حصل في أكثر الحوادث فيعتبر ذلك حاكما فيها[6].

---

[1]. حسن كيرة، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الاسكندرية، ط6، 1993، ص272.

[2]. عبد الرحمان بن أبي بكر، أشباه ونظائم، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1، 1990م، ص92.

[3]. الشاطبي، الموافقات، دار ابن عفاف، السعودية، ط1، 1997م، ص 53.

[4]. أبو سنة، العرف والعادة في رأي الفقهاء، عرض نظرية في الفقه الاسلامي مطبعة الازهر، 1947م، ص56.

[5]. ابن عابدين، مجموعة رسائل ابن عابدين، دار إحياء التراث العربي، ، ج2، (م132/2).

[6]. مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، ط1، 1998م، ص874.

ويخرج بهذا الشرط العرف المضطرب يقول السيوطي رحمه الله: "إنما تعتبر العادة إذا طردت فإذا اضطرت فلا[1]".

وقولهم أيضا: "إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت"[2].

ويخرج به أيضا العرف المشترك وهو ان يتساوى جريان العادة مع التخلف عنها، فيعد العرف عندها فاسدا لا يعتد به بتعارض العرفين فلا يقيد أحدهما الآخر ولا يخصصه.

وتجدر الإشارة إلى أنه لا يلزم من الاطراد والغلبة أن يعم جميع بلاد المسلمين بل يكفي شيوعه بين أهل بلد واحد، أو أهل حرفة واحدة، ليثبت حكمه عليه.

ولهذا فإن العرف سواء كان عاما أو خاصا، قوليا أو عمليا، لا من تحكيمه ما دام شائعا مضطردا، أو غالبا على أعمال أو أقوال أهله[3].

2. الشرط الثاني: أن لا يكون العرف مخالفا للنص الشرعي:

يشترط في العرف ألا يكون مخالفا للضرع فإذا ترتب على العمل بالعرف تعطيل نص شرعي أو أصل قطعي فلا يعمل بذلك العرف[4]، ويعتبر عرفا فاسدا ومثال ذلك تعارف الناس على كثير من المحرمات كالربا والخمر والميسر وكل محرم نصت عليه الشريعة، والعرف الذي لا يعد مخالفا حالتان:

الأولى:

أن يكون مما لا يعارض الشرع أصلا كتعارف الناس كثيرا من العوائد التجارية والخطط السياسية والإجراءات القضائية والأنظمة الاجتماعية مما هو ملائم لطبيعة الشرع وتقتضيه حوائج الناس، وتدفع إليه ضرورة التدبير والاستصلاح.

---

[1]. السيوطي، أشباه ونظائر، دار الكتب العلمية، ط1، 1990م، ص92.

[2]. ابن نجيم، أشباه ونظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، ص81.

[3]. محمد ابن إبراهيم، الاجتهاد والعرف، دار السلام، تونس، ط1، 2009م، ص180.

[4]. أبو سنة الفهمي، العرف والعادة في رأي الفقهاء، مرجع سابق، ص61.

الثانية:

أن يكون بين العرف وأدلة الشرع ظاهر تعارضي، يمكن معه التوفيق بينهما بوجه من أوجه التوفيق بينهما بوجه من أوجه التوفيق المعتبرة عند أهل العلم، أو يمكن تنزيل النص الشرعي على العرف بأن كان النص نفسه معللا بالعرف حين إذن مجال تأمله والبحث عن اعتباره والاعتداء به[1].

3. الشرط الثالث: أن يكون العرف قائما عند انشاء التصوف:

هو أن يكون العرف المراد تحكيمه موجودا معمولا به وقت انشاء هذا التصرف سواء كان هذا التصرف قولا او فعلا، والثاني يخرج أمران:

- ✓ ما إذا كان العرف طارئا على التصرف أو حادثا بعده.
- ✓ ما إذا كان سابقا على التصرف وتغير قبل إنشاءه، فإنه يعمل على كل منها[2].

فإن العرف المتجدد بعد أمر من أمور الناس لا اعتبار له، فالعرف الحاكم في أمر بين الناس يجب أن يكون موجودا عند وجود هذا الامر ليصح حمله عليه، وهذا احتراز عن العرف الحادث فإنه لا عبرة له بالنسبة إلى الماضي ولا يحكم فيه[3].

كما لو عقد رجل على امرأة قام بتعجيل بعض المهر وتأجيل بعضه لأن العرف شائع وهو فاصل في مثل هذا يقضي العرف بعدم تأجيل ثم لو حصل النزاع بين الزوجين بسبب العرف تغير إلى تعجيل بعضه وتأجيل بعضه الآخر فإنه يحكم بالعرف الذي كان وقت إنشاء العقد وهو تعجيل جميع المهر، ولا عبة بالعرف الجديد[4].

---

[1]. مصطفى الزرقاء، المدخل الفقهي العام، مطابع ألفا باء الأديب، دمشق، ط7، 1968م، ص880.

[2]. أبو سنة، مرجع سابق، ص66.

[3]. مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام، الفقه الإسلامي التوجه الجديد، طبعة دار الفكر، بيروت، ج2، ص870.

[4]. أسعد كاشف الغطاء، العرف حقيقته وحجيته، النجف الأشرف، 1415هـ، ص31.

4. الشرط الرابع: ألا يعارضه تصريح بخلافه:

لا يتصور هذا الأمر إلا في المعاملات لأن المعروف عرفا كمشروط بشرط ومن القواعد الفقهية المقررة لهذا الشرط: "لا عبرة بالدلالة في مقابل التصريح"[1]، إذا صرح العرف في العقد فلا يعمل العرف[2].

قال الإمام العز عبد السلام رحمه الله: "كل ما يثبت بالعرف إذا صرح المتعاقدان بخلافة لما يوافق مقصود العقد– صح".

ومثال ذلك:

لو اشترط المستأجر على الأجير العمل عنده من غير أكل او شرب من العصر إلى المغرب ليوم واحد لزمه ذلك، أما لو شرط عليه العمل شرطا متواصلا بلا أكل أو شرب لم يلزمه ذلك الوفاء به وتبطل الإجارة.[3]

5. الشرط الخامس: أن يكون العرف ملزما:

هو أن يحتم العمل بمقتضاه في نظر الناس[4].

وفي الظن أن هذا هو نتيجة لتحقق شرائط العرف لا شرطا له إذا تقدم وهذا في تعريف الاصطلاحي كون العرف ما استقر في النفوس من جهة العقول، وتلفته الطبائع السليمة بالقبول، واستقراره وتلقيه بالقبول إلا دليل الشعور بكونه ملزما.

---

[1]. محمد الزرقاء، شرح القواعد الفقهية، دار القلم، سوريا، ط2، 1989م، ص109.

[2]. مصطفى الزرقاء، المدخل الفقهي العام، المرجع السابق، ص631.

[3]. العز ابن عبد السلام، قواعد الأحكام في مطالع الأنام، مكتبة الأزهرية، القاهرة، ، ص186.

[4]. الطنطاوي، أصول الفقه الإسلامي، ط1، 1990م، ص313.

ثانيا: شروط العرف في القانون.

وحتى يعتد بالقاعدة العرفية لتكون مصدرا من مصادر القانون وجب توفر الشروط وهذه الشروط هي التي يجب أن تتوفر في العادة حتى تكون عرفا وهي شروط الركن المادي للعرف عند رجال القانون وتتمثل في:

1. **العمومية:** وهي عنصر لازم حتى يكتسب السلوك صفة القاعدة العرفية التي تعبر كمصدر للقانون، وجب أن يكون خطابها موجها إلى مجموعة من الأشخاص غير المعنيين بذواتهم، وليس معنى العمومية أن يكون هذا السلوك شاملا بكل أقاليم الدولة، قد يكون خاصا بطائفة معينة أو بإقليم معين[1]، أو بأصل مهنة معينة، كالتجار أو الأطباء أو الصناعيين ومنه يفهم أن العموم ليس معناه الاجماع وإنما يكفي الشيوع لنشوئه حتى ولو شن بعض الأفراد عن الإقليم أو الدولة[2].
2. **القدم:** حتى ينشأ العرف يجب أن يطرد الناس على اتباع السلوك مدة زمنية طويلة[3]، ومعناه استمرار العمل به، وتختلف مدة القدم من سلوك لآخر، ومن مجتمع لآخر، ولقاضي الموضوع السلطة التقديرية في تقدير ما إذا كانت المدة الزمنية كافية لاستقرار السلوك إلى عرف يعتد به[4].
3. **الثبات والإطراء:** والثبات معناه أن يكون السلوك المنشئ للعرف قد أطرد اتباعه منذ نشوئه دون انقطاع بشكل واضح وجلي مستمر[5]، فحتى تكتسب العادة قوة العرف يشترط ان يتبعها الناس بطريقة منتظمة، دون تعبير أو انقطاع، فغياب السلوك تارة وظهوره تارة أخرى لا يمكن القول أنه سلوك يمكنه أن يكون عرف لفقدانه الانتظام في مدة زمنية معينة[6].

---

[1]. حبيب إبراهيم الخليلي، المدخل للعلوم القانونية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط9، 2008م، ص143.

[2]. شاهين اسماعيل، المدخل لدراسة العلوم القانونية، دار المطبوعات والنشر، الجزائر، 2007م، ص ص160- 161.

[3]. مصطفى عرجاوي، النظرية العامة للقانون، المطبعة العربية الحديثة، مصر، ط1، 1985م، ص250.

[4]. أحمد بن علي، مدخل العلوم القانونية، دار هومة، الجزائر، 2009م، ص262.

[5]. عمار بوضياف، المدخل للعلوم القانونية، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، ط3، 2007م، ص171.

[6]. علي فيلالي، مدخل في القانون، موفم للنشر، الجزائر، 2010م، ص251.

4. عدم مخالفة النظام العام والآداب العامة: ويهدف هذا الشرط إلى منع استقرار الناس على قواعد عرفية ناشئة من تواتر اتباعهم لسلوك سيء وضار[1]، وأمثلة ذلك الأخذ بالثأر في صعيد مصر.

وهذا الشرط وقع فيه خلاف بين فقهاء القانون، فهناك من يسلم أن الشرط منافاة النظام العام والآداب العامة يستقر على العرف العام الشامل، والعرف المحلي والمهني معا[2]، وهناك من الفقهاء من لم إلا بالعرف المحلي والمهني فقط، وتفسيرهم لذلك أن العرف العام إن اعتبر فإنه يكون قانونا، ويستحيل ان يكون متعارض مع النظام العام، ومن جهة أخرى أن العرف الشامل يحكم علاقات جميع أفراد الدولة في كل أقاليمها، بغض النظر عن طوائفها ومهنها، وبصورة غير مباشرة يسهم في تحديد مضمون النظام العام والآداب العامة فيها، والتالي مخالفة للآداب العامة والنظام العام لا تصدق إلا على العرف المحلي أو المهني[3].

الفرع الثاني: أركان العرف.

أولا: أركان العرف في افقه الإسلامي.

من خلال بحثي في كتب الفقهاء المتقدمين لم أجد من يتكلم عن أركان العرف لكن بعض الفقهاء المعاصرين من تطرق إلى أركان العرف وهم على مذهبين:

المذهب الأول: تقسيم الأركان في الفقه إلى التقسيم الذي يعتمد عليه القانونيون ومن وجود ركنين مادي ونفسي (معنوي)، واستنبطوا ذلك من التعريف الاصطلاحي للعرف هو ما

[1]. عبد الرحمان حمدي، مبادئ القانون، دار النشر، مصر، 2003م، ص96.

[2]. مصطفى عرجاوي، النظرية العامة للقانون، مرجع سابق، ص251.

[3]. محمد سعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانونية، دار هومة، الجزائر، ط15، 2008م، ص ص175- 176.

استقر في النفوس من جهة العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول[1]، واضعين نصب أعينهم أن التعريف الأخير يتركز أساسا على السلوك وبالتالي يقسمونه إلى:

أ. **الركن المادي:** وهو الإطراء والغلبة والمقصود بالإطراء أن يكون العمل بالعرف المتعارف بينهم مستمرا في جميع الحوادث دون تخلف، أما الغلبة فهو حصول العمل بالعرف في أكثر الحوادث إلا في حالات استثنائية نتيجة ظروف معينة.

ب. **الركن المعنوي (النفسي):** وهو عنصر الالزام، أي شعور داخلي يؤدي بالناس إلى الشعور أن هذا المسلك واجب الاتباع وملزم، فاستقرار العرف في النفوس معناه أنه أصبح مسلكا واجب الاتباع واستنبطوا عنصر الالزام لأنهم لم يذكر صراحة من تعريفهم للعرف والعادة، واشترط بعضهم أن يكون ملزما يتحتم العمل بمقتضاه في نظر الناس[2].

المذهب الثاني: قسم أركان العرف إلى ثلاثة أقسام وهي المعتاد والمعتاد عليه والاعتياد[3].

- ✓ **المعتاد:** هو الشخص في العادة الفردية او الجمهور في العادة الجماعية.
- ✓ **المعتاد عليه:** هو محل الاعتياد وهي الأفعال المعتاد عليها والألفاظ بمعناها العرفي المتداولة في غير معناها اللغوي.
- ✓ **الاعتياد:** هو تكرار افعل واعمل والقول، وذلك أن أي عمل أو لفظ عرفي لا يمكن اعتباره عرفا إلا إذا حصل تكراره مرات عديدة.

وقد ذهب هذا المذهب إلى اعتبار الأركان السابقة الذكر في القفه، دون التقيد بالأمر بالأركان التي حددها رجال القانون لاعتقادهم أن عنصر الالتزام الذي يجعله فقهاء القانون ركنا إنما هو أقرب للشرط من الركن، لأن القوة الملزمة للعرف إذا كان فاسدا لا يمكن أن تجعله يتفق مع روح الشريعة الإسلامية وبالتالي ترفضه ولا تعتد به[4].

---

[1]. الشيخ حافظ الدين النسقي، رسالة ابن عابدين، نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف، ابن عابدين مجموعة رسائل ابن عابدين، ج2، ص114.

[2]. محمد محدة، مختصر أصول الفقه، دار الشهاب، باتنة، الجزائر، ص293.

[3]. يعقوب بحسين، القاعدة العامة المحكمة، مكتبة الرشد، الرياض، ط2، 2012م، ص53.

[4]. المرجع نفسه، ص59.

ثانيا: أركان العرف في القانون الجزائري.

كما قلنا فإن العرف هو اعتبار الناس على سلوك معين واعتقادهم بأن هذا السلوك ملزم من خلال هذا التعريف يتضح أن للعرف ركنا الأول هو الاعتياد أو ما يعرف بالركن المادي، والثاني الشعور بالالتزام أو ما يعرف بالركن المعنوي.

أ. الركن المادي: الاعتياد على سلوك معين:

يقصد به اعتياد الناس على اتباع مجموعة من التصرفات التي تخص أمور حياتهم في المجتمع[1]، أو هو تكرار الناس لسلوك معين، أي تكرار نفس السلوك من قبل الجماعة عند توفر نفس الظروف القيام بهذا السلوك[2]، ولتوفر هذا الركن يلزم تحقق الشروط التالية:

- **أن تكون العادة عامة:**

يلزم أن تكون العادة عامة ومجردة على غرار القاعدة التشريعية، أي أن يتصرف حكمها على الأشخاص بصفاتهم لا بذواتهم ولا يقصد بالعموم هنا ان تخاطب القاعدة العرفية كافة أفراد المجتمع فقد تكون مهنية خاصة بمهنة معينة مثل: التجارة، بل هي سلوك عام[3].

- **أن تكون العادة منظمة وثابتة:**

ومعناه أن تكون العادة متبعة من طرف الناس بصفة متواترة ومنظمة يطبعها الاستقرار وعدم الانقطاع[4].

---

[1]. شلالي رضا، محاضرات في مقياس مدخل للعلوم القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2016- 2017م، ص17.

[2]. محمد حسن قاسم، مبادئ القانون، المدخل إلى قانون الالتزامات، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2002م، ص303.

[3]. توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للقانون النظري العام للحق، مؤسسة المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1992م، ص92.

[4]. عمار بوضياف، المدخل للعلوم القانونية النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري، دار الريحانة، الجزائر، ط2، 2007م، ص144.

➢ **أن تكون العادة قديمة:**

أي مضى على ظهورها مدة تكفي للتأكد من استقراره في المجتمع ومسألة تحديد المدة اللازمة لاعتبار العادة قديمة هو متروك للسلطة التقديرية للقاضي[1]، وفقا للظروف لأنه يختلف باختلاف موضوع العلاقات التي يضمنها.

➢ **أن تكون العادة مطابقة للنظام العام:**

بمعنى أن يكون ما تعود عليه الناس لا يتنافى في مضمونه مع النظام العام والآداب العامة كما تعود الناس على أخذ ثأرهم بأنفسهم، فإن هذه العادة لا يصح اعتبارها عرفا، مهما كان قدمها لأنه لا يجوز مثلا ان ينشأ العرف يجيز المبارزة أو الانتقام.

ب. الركن المعنوي (الشعور بالالتزام):

هو اعتقاد الناس بإلزامية العادة أي شعور الناس كافة بانهم ملزمون باتباع هذه السلوكات وصار مفروضا ولم يعد تفضيلا بل إلزام[2]، أي أصبحت قاعدة قانونية ويتعرضون للجزاء في حالة مخالفتهم لها[3].

فإذا توافر هذان العنصران أنشأ العرف قواعد قانونية ملزمة دون حاجة إلى إجراء آخر هذه القواعد الملزمة قد تكون قواعد آمرة وقد تكون قواعد مكملة، ومثال القواعد العرفية الآمرة القاعدة التي تقضي في بعض الدول بتسمية الزوجة بلقب زوجها، مثال: القواعد العرفية المكلمة، القاعدة التي تقتضي باعتبار أثاث المنزل في الأسرة الملزمة ملكا للزوجة[4].

---

[1]. سمير عبد السيد التناغي، النظرية العامة للقانون، منشأ المعارف، الاسكندرية، مصر، 1984م، ص430.

[2]. همام محمد محمود، المدخل إلى القانون نظرية القانون، منشأ المعارف، الاسكندرية، 2001م، ص303.

[3]. شلالي رضا، المرجع السابق، ص17.

[4]. الحاج طاس، محاضرات قانون كلية الشريعة والقانون، كلية الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، 2014/ 2015م، ص25.

وقد يتفق بعض الأفراد على عادة معينة يلتزمون بها وهذا ما يسميها الفقهاء بالعادة الاتفاقية تتكون من الركن المادي فقط وتفقد للعنصر المعنوي.

فهي لا تنطبق إلا من قبل الأفراد ومصدرها الإرادة الذاتية، إذ هي ليست بقانون فلا نلزمهم، وأن القاضي لا يعمل بها إلا إذا تم الاتفاق بين الأفراد صراحة أو ضمنا على تطبيقها[1].

[1]. حسن الصغير، النظرية العامة للقانون ببعديها، الغربي والشرقي (دراسة مقارنة)، ط1، دار المحمدية، الجزائر، 2001م، ص122.

المبحث الثاني: أوجه الشبه والاختلاف في العرف بين الشريعة الاسلامية وقانون الأسرة الجزائري.

العرف هو مجموعة من المعايير او المفاهيم او المعايير الاجتماعية او المقاييس المتفق عليها او المنصوص عليها او المقبولة بشكل عام ،و التي كثيرا ما تاتي في صورة عادة و هنا ما يظهر ان العرف يتميز و يختلف عن مجموعة من المفاهيم.

المطلب الأول: تمييز العرف عما يشابهه.

الفرع الأول: الفرق بين العرف والعادة.

أولا: العادة.

1. تعريف العادة لغة:

إن العادة في اللغة تطلق على تكرار الشيء مرة بعد مرة[1]، ويقول في تأكيد هذا المعنى الفيروز آبادي صاحب القاموس المحيط، العادة: هي الديدن، المعاودة والمواظبة والبطل، وأعاده إلى مكانته، رجعه، والكلام كرره[2].

قال صاحب كتاب تيسير التحرير بأنها: "الأمر متكرر ولو من غير علاقة عقلية"[3].

2. تعريف العادة اصطلاحا:

عرفت العادة بعدة تعريفات المختار منها هو تعريف الأصوليين الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية.

---

[1]. ابن منظور، لسان العرب، دار الفكر، لبنان، (م9/ 3158).

[2]. ابن بعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط2، 1408هـ، ص330.

[3]. محمد أمين الشهير بأمير باشا، تيسير التحرير، (م2/ 20).

وقد رجع هذا التعريف بعض العلماء والباحثين حيث لم يخص العادة بكونها موافقة للعقل أو الشرع فهي عادة وإن خالفت ذلك.

ثانيا: الفرق بين العرف والعادة.

1. عند علماء الشريعة:

العلماء فرقوا بين العرف والعادة وبيان النسبة بينهما إلى ثلاث اتجاهات، وهل يشتمل التعبير بالعرف والعادة ام هي تشمله أم هم مترادفان؟

- **الاتجاه الأول:**

إن العرف والعادة لفظان مترادفان معناهما واحد واختياره جملة من أصل العلم قال الأستاذ عبد الوهاب خلاف رحمه الله: "معبرا عن هذا الاتجاه العرف والعادة في لسان شرعيين لفظ مترادفان معناهما واحد"[1].

والشاطبي عبر في كتابه الموافقات على أن: "العوائد والعادات عما يسمى في الاصطلاح بالعرف مما يدل على أن العرف والعادة بمعنى واحد"[2].

- **الاتجاه الثاني:**

إن العرف مخصوص بالقول والعادة، والعادة مخصوصة بالفعل أي العرف عملي.

وقد نقد أبو سنة هذا الاتجاه بقولين: "وهذا القصد لا معنى له، لأن الفقهاء من السلف والخلف أجروا العادة في الأقوال والأفعال معا"[3].

---

[1]. عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، المرجع السابق، ص502.

[2]. فديغي موسى، أصول الفقه الإمام مالك وأدلته العقلية، دار التدميرية، الرياض، 2007م، ص490.

[3]. أبو سنة، العرف والعادة في رأي الفقهاء، مرجع سابق، ص11.

وعلى هذا الرأي المنتقد تكون النسبة بين العادة والعرف العموم والخصوص والعرف أعم.

- **الاتجاه الثالث:**

إن العادة اعم من العرف لان العادة تشمل العادة الناشئة عن عامل تطبيعي والعادة الفرعية وعادة الجمهور التي هي العرف.

وعليه: تكون النسبة بين العادة والعرف العموم والخصوص المطلق، لأن العادة اعم مطلقا أبدا والعرف أخص إن هو عادة مقيدة فكل عرف هو عادة.

وليت كل عادة عرف لأن العادة تكون فردية ومشتركة[1].

2. عند رجال القانون:

أما رجال القانون فإنهم يعتبرون العادة أخص ويفرقون بين العرف والعادة بالفروق التالية:

- ✓ إن أحكام العرف تلزم الطرفين ولو كان يجهلانه، أما العادة فلا تلزمها إلا إذا قصد الإحالة عليها صراحة أو دلالة.
- ✓ على من يريد التمسك بالعادة أو يثبتها، بخلاف العرف فلا محل لإثباته إذ أن معرفته كمعرفة القانون المفروض لمهمة القاضي.
- ✓ يجب على القاضي ان يراعي العرف حتما وإلا تعرض حكمه لرقابة طرق سلطة أعلى منه بخلاف العادة التي لا تخرج عن ان تكون واقعة بكيف القاضي الحكم معها ولا تثير لديه أكبر اهتمام.
- ✓ للحاكم ان يطبق العرف من تلقاء نفسه، أما العادة فيجب على صاحب القضية ان يتمسك بها.

[1]. مصطفى الزرقي، المدخل الفهمي العام، مرجع سابق، ص743.

- ✓ وبناء على ما سبق يمكن القول: أن رجال القانون ينظرون إلى العرف من منظور آخر حيث أنهم يشترطون ان يتوافر في العرف ركنان، المادي، المعنوي.

بينما علماء الأصول يشترطون فيها ركن معنوي ، وهو استقرار النفوس بقبوله أما الركن الالزامي فلم يتطرقون إليه ولذا يقول الفاسي: "ويطلق العرف في العصر الحديث على مجموعة من القواعد التي تنشأ عن مضي الناس عليها يتوارثونها خلف عن سلف بشرط أن يكون لها جزاء قانوني كالتشريع سواء سوآءا.[1]

الفرع الثاني: الفرق بين العمل والعرف:

أولا: تعريف العمل

فيكون مفهوم العمل عن الامام مالك: " وهذا الأمر هو الذي أدركت عليه الناس وأهل العلم ببلدنا، وعرفه بعض المعاصرين بقوله" ما أتفق عليه العلماء والقضاء بالمدينة كلهم أو أكثرهم في زمن مخصوص سواء كان سنده نقلا أو اجتهادا".[2]

ثانيا: الفرق بين العمل والعرف

ومما تقدم تبين أن الفرق بين العرف والعمل في أمرين:

- ✓ أن العمل الخاص بالعلماء وبخلاف العرف فإنه يشمل عامة الناس العلماء وغيرهم.
- ✓ أن العمل الخاص بالترجيح في المسائل المختلفة فيها بخلاف العرف فهو أعم وأشمل من ذلك بمقتضى اختلاف وتنوع حوائج الناس.
- ✓ ويظهر أيضا ان العرف والعمل قد يتداخلان بأن يكون باعث العمل الفتوة أو الحكم

[1]. علال الفاسي، مقاصد الشريعة الاسلامية ومكارمها، مطبعة نجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط1: 1991م، ص156.

[2]. مشعل بن حمود بن نافع النقيعي، المسائل الفقيه المبنية على العرف عند شيخ الإسلام ابن تيمية (دراسة تاميلية تطبيقية موازية)، رسالة مقدمة لنيل الدكتوراه في الفقه المملكة العربية السعودية، 1436هـــ، ص79.

✓ بنص عرف جاري به أو إطراء التزام العمل وشيوع المعمول به حتى يصير عرفا.[1]

الفرع الثالث: الفرق بين الاجتماع والعرف

أولا: تعريف الإجماع:

تعريف لغة: يطلق الاجماع في اللغة على العزم والتصميم أو الالتفاف على الأم والاتفاق عليه[2]

اصطلاحا: هو اتفاق المجتهدين من أمة محمد (صل) بعد وفاته في عصر من عصور حكم شرعي.[3]

وعرفه أيضا اتفاق علماء العصر من أمه محمد (صل) بعد وفاته من أمر من أمور الدين.[4]

والمراد باتفاقهم: اتحاد اعتقادهم

ثانيا: العرف بين العرف والاجماع

✓ **في الانعقاد:** ينعقد العرف باتفاق غالب الأمة على غالب من الأمور سواء كان فيه مجتهدون ام لا اما الاجماع لا ينعقد باتفاق جميع مجتهدي الأمة دون غيرهم.

✓ **في المخالفة:** العرف لا يأثر في شذوذ طائفة عن العمل به أما الاجماع لا ينعقد عن مخالفة أحد المجتهدين.

✓ **في التحقق:** لا يتحقق العرف إلا بعد استمرار والدوام عليه، حتى يقع التواطؤ عليه والعمل به أما الاجماع يتحقق بمجرد اتفاق المجتهدين على أمر دون الحاجة لتكريره.

---

[1]. عادل بن عبد القادر محمد علي قوته، العرف وحجته في فقه معاملات مالية عند الحنابلة، السعودية، ط 1، 1997، ج 1، ص121.

[2]. الفيومي، المصباح المنير، المكتبة العلمية، لبنان، ص 109.

[3]. وهبة الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه، مرجع السابق، ص46.

[4]. محمد الامين الشنقيطي، مذكرة في أصول الفقه، دار الانقاذ، الاسكندرية، القاهرة، ص169.

- ✓ **في الفساد:** العرف من الجائر أن يكون فاسدا بأن يتعارض الناس على ما هو مخالف لنصوص الشرع أو مقاصده: كالتبرج والنذور وتعاطي الربا، أما الاجماع لا يكون فاسدا أو باطلا متى تحقق لكنه أساسا على دليل شرعي.
- ✓ **في الالتزام:** لا التزام في العرف ما لم يكن مستندا إلى دليل شرعي عن معتد به من نص أو إجماع، أما الاجماع متى ما تحقق فهو ملزم وحجة قطعية على حكم ما أجمع عليه.
- ✓ **في المستند:** مستند العرف ومحله الباعث عليه حوائج الناس وتحقيق مصالحهم ورفع الحرج عنهم أما الاجماع لابد أن يكون مستند في الادلة الشرعية.
- ✓ **في الحكم:** يتغير العرف ولا يكون ملزما إلا من تعارف عليه، أما الاجماع لا مجال لتغيره أو تبديله حجة على من بعد عصر المجتمعين[1].

المطلب الثاني: أوجه الشبه والاختلاف في العرف بين الشريعة الاسلامية والقانون الجزائري.

من الخطأ في القول أن نقارن بين شرع الله وتقنين الناس أي بين نظريات الفقيه الاسلامي والقانون الوضعي، وذلك للحقائق الشائعة بين شرع الله وتقنين الانسان، وبين الخالق والمخلوق، وبين الثريا والثرى، لكن هذا لا يمنع من أن نلقي نضرة خاطفة على نظرية العرف في كل من الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، ونريد لذلك بيان حقيقة للناس ليقف عليها من يريد الفهم والانصاف.

الفرع الأول: أجه التشابه:

أن للعرف دورا هاما في قسم المعاملات في كل من الفقه الاسلامي والقانون الوضعي فكثيرا ما نجد العرف هو المحكم في البيع الناس وشرائهم بل في معاملاتهم كلها.

- ✓ أن كلا من الفقه الاسلامي والقانون الوضعي يحيل في نصوصه على العرف في كثيرا من المسائل فمثلا الفقه الاسلامي أحال على العرف مقدار النفقة وجنسها والتفريق بين البيع،

[1]. محمد الامين الشنقيطي، المرجع السابق، ص169.

والحرز في الوديعة وفي باب السرقة كما أن القانون يحيل على العرف أن كل إقليم له عرفه الخاص بقه، والقانون لا يمكنه تصنفهم على عرف كل إقليم لأنه يأدي إلى التناقض والاضطراب حيث أن العرف قد يكون مخالفا العرف الاقليم الآخر.

- ✓ إن كلا من الشريعة الاسلامية والقانون العضوي لا يعتبر العرف إذا عارض نصوصه إلا إذا كان العرف موجودا في عهد الرسول (ص) كما مضى الحديث عن ذلك في تعارض العرف مع النصوص الشرعية وكذلك ما صارت عليه بعض الدول من جعل العرف في منزلته التقنين.
- ✓ يشترط للعرف في كل من الفقه الاسلامي والقانون الوضعي أن يكون مطردا وثابتا، وموجودا عن إنشاء التصرف، حتى يتمكن الفقيه والقانوني من الالتزام به وبناء الحكم عليه.
- ✓ إن كلا من الفقيه في الشريعة الاسلامية والقانوني في القانون الوضعي في حاجة ماسة إلى العلم بالعرف، حتى يتمكن من إجراء الحكم على الوجه السليم.

الفرع الثاني: أوجه الاختلاف

أما الجوانب المختلفة فيها فيمكن الإشارة إلى أهمها فيما يلي[1]:

أولا: إن العرف في الفقه الاسلامي يعتمد في إقراره والالتزام به على شريعته الله تعالى العالم بما يصلح للناس، لأنه خالقهم والخالق الحقيقة أعلم بما يصلح لها.

أما العرف في القانون الوضعي: فإنه في إقراره والالتزام به على القانون الذي هو من وضع البشر، يعتريه القصور والنقص، لأن صانعه قاصرا ناقص والصنعة تأخذ صفته مانعها.

ثانيا: العرف في القانون مصدر أصيل من مصادره العامة فهو ثاني مصدر للحديث بل هو التقنين في مرئية واحدة لدى بعض الدول.

---

[1]. الورقي بن عبد الله سعود، العرف وتطبيقاته المعاصرة: elibrary,mediu,edu, pdf،my/books/mal03775، يوم: السبت 2021/05/20

أما العرف في الشريعة الاسلامية: فلا يعد أن يكون قاعدة من قواعدها الفقهية يعمل به في نطاق خاص.

ثالثا: أن الشريعة الاسلامية لا تعتبر من الاعراف إلا ما كان صحيحا، يحقق مصلحة للناس ولذلك قسم الفقهاء العرف إلى صحيح وفاسد.

أما العرف في القانون: فلا يعتبر فيه هذه النظرة، بل يعمل بالعرف الفاسد كما يعمل بالعرف الصحيح، وذلك لم يقسم القانونيون إلى صحيح وفاسد شأن علماء الشريعة الاسلامية.

رابعا: العرف في الفقه الاسلامي يأتي في وسائل العبادات بل في جميع أبوابه هذا بخلاف العرف في القانون: فإنه لا دخل له إلا في المعاملات انطلاقا من فصل الدين عن الدولة، وأن ما لله لله وما للقيصر للقيصر.

خامسا: العرف في الشريعة الاسلامية منظم وموجه ومن عبد القرآن الكريم عنه بالمعروف في أكثر من موضع، وهذا بخلاف القانون: فإنه منظم وليس موجه: لأنه فقد صبغته الدينية التي تدعي الشعور، وتحاسب الضمير.

سادسا: إن العادة في الفقه الاسلامي أهم من العرف، فكل عرف من غير العكس أما القانون فإنه يعتبر العادة مرحلة اولية للعرف: أي الركن المادي له فإذا ما توفر فيهما الركن المعنوي (اعتماد الناس بأن هذه العادة ملزمة) ارتقت إلى درجة العرف.

سابعا: يشترط في العرف في الفقه الاسلامي توفر الركن المعنوي وهو استقرار النفوس في قبوله أما الركن الإلزامي لم يتطرق إليه.

أما رجال القانون ينظرون إلى العرف بمنظور آخر ويشترطون أن يتوافر الركنان معا المادي والمعنوي.

الفصل الثاني:

تطبيقات العرف بين الشريعة وقانون الأسرة الجزائري

يبرز دور العرف في أحكام الزواج والطلاق من الجوانب، نذكر منها، تواصل الخاطبين ما بينهما في حدود أحكام الشريعة، هو عرف سائد، اقتران الخطبة بالفاتحة وعد بالزواج في حكم العدول في الخطبة عن الهدايا والصداق يرجع إلى احكام الشريعة الاسلامية والعرف والقانون أما فيما يتعلق بالزواج فمن الضروري توافر الرضا في العقد وضرورة وجود الولي وتوافر الاهلية لكل الطرفين، وبالنسبة للطلاق اللفظ المشهور للدلالة عليه هو لفظ الطلاق، جرت الاعراف على أن المرأة المعتدة تعتد في بيت اهلها في غالب الحيان وهو عرف فاسد تغير واقع الأعراف وعادات المجتمعات كما كان عليه في عصر الفقهاء أثر في حكم مشاركة الزوجة العاملة في الفقه في حال فقر الزوج أو الخسارة حيث ألزمها بالمشاركة وفي الماضي أعطاها حق الفسخ دون إنذار، المعتبر في مقدار النفقة الواجبة الكافية بالمعروف وفق العرف السائد بين الناس.

المبحث الأول: الزواج

الزواج هو من الطرق التي تترجم النسبة فقد أعطاها المشرع الجزائري أهمية بالغة وذلك بإعطائه الصفة الرسمية عليه والتي تهدف إلى إثبات الحقوق والواجبات ولأن الزواج العرفي ليس مخالفا للشريعة الإسلامية فقد حاول المشرع الجزائري في كل مرحلة معالجة عقود الزواج العرفية عن طريق سن مجموعة من النصوص القانونية.

المطلب الأول: الخطبة:

سنقوم بتعريف الخطبة لغة واصطلاحا وقانونا.

الفرع الأول: تعريف الخطبة.

أولا: الخطبة لغــة

الخطبة: مصدر خطب المرأة يخطبها خطبا وخطبة بالكسر: أي طلبها للزواج[1] قال الله تعالى: "ولا جناح عليكم بما عرضتم به من خطبة النساء"[2]

وخطب المرأة إلى القوم: إذا طلب ان يتزوج منهم، وإختطبها، والاسم الخطبة، فهو خاطب، وفي المثل: ذهب خاطبا فتزوج.[3]

يقال لمن يخطب المرأة: خطب، وللمرأة المخطوبة، خطبة والجمع أخطاب[4] وكذلك خطبته وخطبته بالضم والكسر، وذلك هو خيباه وكما يقال: ذبح للمذبوح، وقد خطبها خطبا

---

[1]. القاموس المحيط، الفيروز ابادي، ص836، لسان العرب: ابن منظور 1/ 855، مختار الصحاح، الرازي ص180.

[2]. سورة البقرة، 235.

[3]. المعجم الوسيط: إبراهيم مصطفى وآخرون، لسان العرب: ابن منظور

[4]. القاموس المحيط: فيروز أبادي ص836، لسان العرب: ابن منظور 855/1،

كما يقال: ذبحا[1] وخطبته وأخطبه لمن أجاب الخاطب.[2]

ويقال: خطب المرأة إلى لوليها، إذا كان الرجل يخطب المرأة لنفسه ويقال خطب على فلانية إذا كان يخطبها لغيرة، قال إبن حجر في شرح الحديث: (بايعت رسول صل الله عليه وسلم أنا وأبي وجدي وخطب على فأنكحني أي طلب لي النكاح فأجيب)، قال خطب المرأة لو ليها إذا ارادها الخاطب لنفسه، وعلى فلان كما إذا أرادها لغيره.

ثانيا: الخطبة اصطلاحا:

عرف الفقهاء الخطبة، بتعاريف متقاربة، نذكر من هذه التعاريف

- عرف المالكية الخطبة بأنها: "التماس التزويج والمحاولة عليه".
- عرف الشافعية الخطبة بأنها: التماس الخاطب النكاح من جهة المخطوبة"

وهذه التعاريف تطابق المعنى اللغوي للخطبة، ويمكننا أن يعرف الخطبة بأنها: "طلب الرجل النكاح من امرأة معينة خالية من الموانع الشرعية"

ثالثا: الخطبة قانونا:

نص المشرع الجزائري في المادة 05 من ق. أ. ج على أنه: "الخطبة وعد بالزواج يجوز للطرفين العدول عن الخطبة".[3]

وبالتالي فإنه قد اكتفى بتبيان طبيعة الخطبة بأنها وعد بالزواج، ولم يتطرق إلى تعريفها تاركا ذلك إلى الفقه، أما مفهوم الخطبة في مجتمعنا الجزائري اليوم فهي عبارة عن اتفاق بسبق قراءة الفاتحة، ويقع غالبا بين والدي الخاطبين أو أوليائهم، وينتهي بإيجاب

---

[1]. نفس المرجع

[2]. لسان العرب :ابن منظور855/1 ، المعجم الوسيط :ابراهيم مصطفى و اخرون242/1.

[3]. جميل فخري محمد جانم، مقدمات عقد الزواج الخطبة (في الفقه والقانون الطبعة الأولى، 2009، دار الحامد للنشر والتوزيع، ص20.

وقبول المصاهرة بين العائلتين، دون إبراح أي عقد، وقد تكون الخطبة بطلب الرجل التزويج بالمرأة، وتختلف الخطبة بين "الفاتحة" في مفهوم عام المجتمع من حيث أن الفاتحة عندنا عن المجلس أو اجتماع يحظره عادة ولي الزوجة والزوج أو كلاهما،[1] وجمع من الناس من اقارب الخطبين ويتم فيه تجديد الصداق، تليه قراءة الفاتحة وبهذا تكون عبارة عن عقد زواج شفهي وفقا لقواعد الشريعة الاسلامية.[2]

الفرع الثاني: مشروعية الخطبة.

من الكتاب: ظهرت دلالتها في القرآن الكريم في قوله عز وجل :" وَلَا جُنَاحَ عَلَيۡكُمۡ فِيمَا عَرَّضۡتُم بِهِۦ مِنۡ خِطۡبَةِ ٱلنِّسَآءِ أَوۡ أَكۡنَنتُمۡ فِيٓ أَنفُسِكُمۡۚ عَلِمَ ٱللَّهُ أَنَّكُمۡ سَتَذۡكُرُونَهُنَّ وَلَٰكِن لَّا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلَّآ أَن تَقُولُواْ قَوۡلٗا مَّعۡرُوفٗاۚ وَلَا تَعۡزِمُواْ عُقۡدَةَ ٱلنِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبۡلُغَ ٱلۡكِتَٰبُ أَجَلَهُۥۚ "[3] وجه الدلالة في الآتية أنها تفيد مشروعية الخطبة بشكل عام والتصريح بخطبة من لا يوجد مانع شرعي من خطبتها.[4]

ثانيا: من السنة النبوية:

أما السنة فقد دلت على مشروعية الخطبة منها:

---

[1]. المر رقم 05، المعدل والمتمم للقانون (11/84) المتضمن قانون الأسر الموافق (27 فيفري 2005، الجريدة الرسمية، العدد15.

[2]. عبد العزيز سعد ، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار البعث ، الجزائر، الطبعة الثانية، 1989، ص84.

[3] سورة البقرة، الآية 235.

[4]. نايف محمود الرجوب، احكام الخطبة في الفقه الاسلامي، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الطبعة الألى الإصدار الأول، – 2008– ص54.

- ✓ عن عبد ابن عمر– رضى الله عنهما– عن النبي (ص) أنه قال "ولا يخطب بعضكم على خطبة أخيه"[1]
- ✓ وفي رواية أخرى عن أبي هريرة رضى الله عنه أنه النبي (ص) " ولا يخطب المرء على خطبة أخيه"[2]
- ✓ عن جابر بن عبد الله رضى الله عنه قال: قال الرسول (ص) " إذا خطب أحدكم المرأة فإن استطاع أن ينتظر إلى ما يدعوه إلى نكاحها فليفعل"[3]
- ✓ عن عروة أن النبي (ص) خطب عائشة إلى ابي بكر فقال له أبو بكر: "إنما أنا أخوك فقال له انت أخي في دين الله وكتابه وهي لي حلال"
- ✓ عن أبي عباس رضى الله عنه : "فيما عرضتم به من خطبة النساء"[4]

ثالثا: من الاجماع والعرف

قد أجمع علماء المسلمين ماضيا وحاضرا على جواز الخطبة ومشروعيتها كما جرى عرف المسلمين على الخطبة قبل الزواج، وهو عرف صحيح لا يعارض نصا في الكتاب أو السنة.[5]

المطلب الثاني: الصادق

سنقوم بالتحدث على مشروعية الصداق وتحديد مقدار الصداق عرفا وقضاء.

---

[1]. صحيح مسلم: مسلم 5/ 2012، صحيح البخاري ، 9/ 105 حديث 51142، سنن ابن ماجنة 1/ 600 حديث 1867.

[2]. صحيح مسلم 2013/5 ، حديث 1413

[3].صحيح سنن ابي داوود: الاباني 392/2 حديث 1832.

[4].محمد ابن اسماعيل البخاري ، صحيح البخاري، تحقيق محمد زهير، طرطوق النجاة، السعودية،ط1422،9ه،ج7،ص5.

[5]. نايف محمود الرجوب، أحكام الخطبة في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص53.

الفرع الأول: مشروعية الصداق:

أولا: من الكتب

قوله تعالى: لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة"[1]

- قوله تعالى: "وآتو النساء صدقائهن نحلة"[2]

- قوله تعالى: " فأنكحوهن بإذن اهلهن وآتوهن أجورهن بالمعروف"[3].

ثانية: من السنة النبوية

حديث عن الواهبة نفسها الرسول (ص)[4] فقال (ص) للرجل الذي سأله أن يزوجه المرأة التي وهبت نفسها للنبي ولكن النبي لم يودها فقال له زوجنها إن لم تكن لها بها حاجة، فسألها (ص) صداقها بقوله" التمس ولو خاتما من حديد" ثم زوجها إيها بما يحفظ من القرآن ووجه الاستدلال من الحديث من الحديث أنه (ص) لما وهبته المرأة نفسها للنبي لم يذكر ذلك عليها، ولما سأله الرجل نكاحها لم يجعل له إلى ذلك سبيلا دون صداق مع حاجة الرجل وفقره وعدم وجود ما يصدقها إياه حتى أنكحها إياه بما معه من القرآن، ولو جاز أن يخلو النكاح من مهر لما منعه النبي (ص) من ذلك.

---

[1]. سورة البقرة، الآية 235.

[2]. سورة النساء آية 4

[3]. سورة النساء، آية 25.

[4]. الحافظ أحمد بن علي حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 773-852، 773- 852 هجري، ج 9، ص:205.

قوله (ص) خير الصداق أيسرّ رواه الحاكم البيهقي وصححه الألباني في صحيح الجامع[1]، أن الرسول (ص) أعتق صفية وجعل عتقها صداقها

ثالثا: الإجماع

فقد أجمع الصحابة رضوان الله عليهم على وجوب المهر ، ولم يرد على أحد منهم رأي مخالف، ولم يخل زواج من مهر في عهدهم وعلى ذلك عمل المسلمين إلى يومنا هذا.[2]

الفرع الثاني: تحديد الصداق.

لقد أخذ المشرع الجزائري أن الصداق في عقد الزواج أخذ برأي المالكية، وهو ما نصت عليه المادة 9 مكرر بعد تعديل 02/ 05 والذي تعتبر الصداق شرطا من شروط الزواج وأضافت المادة 15 ق.أ.ج وجود تسمية الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مأجلا، وبهذا وضع المشرع الجزائري حدا للاضطراب الذي كان عليه ق.ا (84/ 11)، الذي جعل الصداق ركنا في المادة 09 ثأرها وشرطا في المادة 33 تارة أخري، لكن بعد التعديل أصبح شرطا إذا تخلف بفتح الزواج قبل الدخول ويثبت بمهر المثل بعد الدخول حسب نص المادة 33 من تعديل 05/ 02[3]، وهو كذلك ما استقرت عليه المحكمة العليا في مجمل قراراتها، بأن أركان النكاح أربعة هي: الرضا الولي ، الصداق، الشاهدين، إضافة إلى خلو الزوجين من الموانع الشرعية.[4]

---

[1]. محمد ناصر الدين الألباني، صحيح وضعيف الجامع الصغير، حديث، 3279.

[2]. محمد سمارة، أحكام وأثار الزوجية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الاردن، ط 2008، ص162.

[3]. سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الاسرة الجزائري، منشورات دار طليطة، الجزائر، طبعة 01/ 2010، ص68.

[4]. المحكمة العليا غرفة الحوال الشخصية، 2/1/ 1989، ملف رقم 1107، المجلة القضائية سنة 1992، عدد 3، ص53، قرار 17/ 03/ 1992، ملف رقم 81129 عدد خاص بالاجتهادات القضائية للغرفة الحوال الشخصية، ص30.

المبحث الثاني: الطلاق

إن انفصال الزوجين عن بعضها البعض بأي صورة الانفصال، وبغض النظر عن المسبب فيه، قد يرتب تبيعات مالية يتحملها الزوج المطلق في غالب الأحيان، ويلزم قضائيا ببعضها لمطلقته وأولاده فإذا إلتزم بما قضى به الحكم طوعا واختيار غائبا رأيه مشكلة، وإنما المشكلة إن كان ممتنعا أو مماطلا يتعمد التهرب من التنفيذ، كما قد يكون عاجزا لا يقدر على الكسب أو لم له محل إقامة معروف، أو بسبب عدم وجود نص قانوني رادع فيما عدا نص المادة 331 من قانون العقوبات وهي المادة تتطلب إجراءات كثيرة ومعقدة وطويلة فإن الأمر يزداد تعقيدا إن تعجز الزوجة أو المطلقة الحاضنة في مثل هذه الحلات من تحصيل نفقتهما ونفقت أطفالها.

أما بالنسبة للنفقة قال ابن عربي في كتابه أحكام القرآن: "إن اختلف الزوج مع الزوجة في أمر النفقة حكم القاضي بما اعتاد عليه الناس بلا اسراف ولا تقتير"(اشارة من الاستاذ المشرف)

المطلب الأول: الخلع

للخلع أدلته من القرآن والسنة والقانون سنتطرق إليها.

الفرع الأول: الخلع في الشريعة

أولا: من القرآن الكريم

قال تعالى: "الطلاق مرتان فإمساك بمعروف او تسريح بإحسان ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهم شيئا إلا أن يخاف أن لا يقيما حدود الله فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا

جناح عليها فيما افتدت إليه تلك حدود الله فلا تعتدوها ومن يتعدى حدود الله فأولئك هم الظالمون"[1]

لا يحل للزوج أن يأخذ من زوجته مالا لا تملكه إلا في حالة الخوف من عدم إقامة حدود الله وأداء الحقوق الزوجية فيما بينهما مثل: بغض المرأة لزوجها أو سوء سلوكها في بيتها ففي هذه الحالة التي يحدث فيها الشقاق أو النشوز، إذ تعدم الإصلاح أو الوفاق، اجز الاسلام للزوج أن يأخذ من زوجته مالا لتملك عصمتها.[2]

وقال تعالى: "ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما أتيتموهن إلا أن يأتين بفاحشة مبنية وعاشروهن بالمعروف فان كرهتموهن فعسى ان تكرهوا شيئا يجعل الله فيه خيرا كثيرا"[3]

لا يجوز للرجال أن يضاروا بزوجاتهم حتى يفتدين معهم إلا إذا أتت بفاحشة من زنا أو مطلقة العصيان على خلاف فحين إذن يجوز للرجال مفارقتها مقابل استرجاع ماله الذي أعطاه لها.[4]

فقد ذكر أهل الحديث روايات في مشروعيته الخلع وهي إن كانت معظمها تدور حول قضية واحدة وهي خلع امرأة جاءت إلى رسول الله (ص) تشكو زوجها إلا أنها تختلف فيما بينها من حيث زيادة ألفاظ في بعضها أو إختلاف في سبب شكواها منه هي:

روى صحيح البخاري عن عكرمة عن ابن عباس رضى الله عنهما قال أتت امرأة ثابت ابن قيس عن النبي (ص) فقالت: يا رسول الله ثابت ابن قيس ما أعتب عليه في دين

---

[1]. سورة البقرة، أية 229.

[2]. عامل السعيد الزيباري، أحكام الخلع في الشريعة الاسلامية، طبعة أولى 1797، ص55.

[3]. سورة النساء، أــية 19.

[4]. عامر سعيد الزيباري، مرجع سابق، ص55.

ولا في خلق ولكني أكره الكفر في الإسلام، فقال رسول الله (ص) أتردين عليه حديقته قالت: نعم، قال الرسول (ص): أقبل الحديقة وطلقها تطليقا.

روى ابن عبد البر في الاستيعاب إن جميلة بنت أبي سلول كانت عند ثابت ابن قيس فنشرت عليه فأرسل إليها النبي (ص)، فقال: يا جميلة ما كرهت في ثابت؟ قالت: والله ما كرهت منه دينا ولا خلقا إلا اني كرهت دمامته فقال لها: أتريدين حديقته؟ قالت: نعم، فرد الحديقة وفرق بينهما.

روى الطبري عن باستناده عن عائشة رضى الله عنها: إن حبيبة بنت سهل كانت ثابت بن قيس فضربها فكسر نغصها فأتت رسول الله (ص) بعد الصبح فأشكته فدعها الرسول (ص) ثابت فقال: "خذ بعض مالها وفارقها"، فقال: ويصلح ذلك يا رسول الله؟، قال: خذهما وفارقها، ففعل.

روى الحاكم في المستدرك عن عكرمة أمه قال: كان ابن عباس يقول: إن أول خلع كان في الاسلام، أخت عبد الله ابن أبي: انها أتت رسول الله (ص) فقالت: يا رسول الا يجمع رأسه ورأسي شيئا أبدا إني رفعت جابب الخباء فرأيته أقبل في عدة فإذا هو أشدهم سواء وأقصرهم قامة وأقبحهم وجها، قال زوجها: يا رسول الله (ص) اني أعطيتها أفضل ما لي حديقة فإن ردت علي حديقتي، قال رسول (ص): ما تقولين: فقالت: نعم، وإن شاء ردته، قال ففرق بينهما[1].

ثالثا: عند المذاهب:

- ✓ **عند الحنفية:** وقد عرفه الحنفية بأنه إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبول المرأة بلفظ الخلع او فيما معناه.

[1]. عامر سعيد الزيباري، المرجع السابق، ص58.

- ✓ **عند المالكية:** وقد عرفه المالكية بأنه: "طلاق بعوض بكل ما اشتمل الطلاق بألفاظ صريحة أو كناية ظاهرة أو أي لفظ إذا كان بنية الطلاق فإن قال لها: طلقتك على ذلك، أجابها بكتابة ظاهرة من كتابات الطلاق يقع الطلاق البائن ويلزمها العوض وكذا إذا أجابها بأي لفظ ناويا به طلاقها فإنه يلزمه طلاق بائن، ولفظا من ألفاظ الطلاق الصريح فإن أجابها بقوله: "خالعتك أو اختلعتك" كان بمنزلت قوله لها: أنت طالق وإذا قال لها: خالعتك أو اختلعتك، بدون ذكر العوض لزمن طلاق بائن وقد عرفه بعضهم بأنه عقد معاوضة على البضع تملك الزوجة نفسها ويملك به الزوج العوض.[1]
- ✓ **عند الشافعية:** فقد عرفت الخلع بأنه الفرقة بين الزوجين بعوض مقصود راجع جهة الزوج بلفظ من ألفاظ الطلاق، وقيل للخلع إزالة ملك النكاح ببدل بلفظ الخلع وفي معناه كالمباراة خلوا نتض البدل عليه على طلاق بائن، وإذا لم يوجد لفظ الخلع ولا في معناه كان طلاق على المال كما قال لها أنت طالق في مقابل 50 جنيه"[2]

حسب ما يقول إبن شهاب الدين الرملي في تعريف الخلع: "هو الفرق بعوض مقصود بلفظ طلاق أو خلع راجع لجهة الزوج"[3]

- ✓ **عند الحنابلة:** يرى الحنابلة بأن: "هو فراق الزوج لزوجته بعوض بألفاظ مخصومة"، والخلع أيضا: "إمكانية زوجة طلب التعليق بعوض مالي تقدمه لزوجها بعد الاتفاق عليه"[4]

الفرع الثاني: الخلع قانونا

عرف المشرع الجزائري في المادة 54 من ق. أ. ج في صياغتها الأصلية على أنه "يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه فإن لم يتقاض على شيء يحكم القاض بمالا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم"

---

[1]. عبد الرحمان الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، المكتبة التوفيقية ، ص 344.

[2]. رمضان علي الشرنباصي، احكام الاسرة في الشريعة الاسلامية، الدار الجامعية، 2001، ص103.

[3]. عامر علي الزياري، أركان الخلع في الشريعة الاسلامية، دار ابن حزم، 1996، ص49- 50.

[4] . Garram 1, (1998), terminologie juridique (dans la législation) algérienne, Algérie : plaisdulivre, p20.

لكن بعد التعديل بموجب المر02-05 لسنة 2005 أضيفت عبارة" دون موافقة الزوج" فأصبحت تنص على ما يلي: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج ان تخالع نفسها بمقابل مالي، وإذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بمالا يتجاوز صداق المثل وقت صدور الحكم"

لذلك فإننا في إطار محاولة تحليل ومعارضة النصين نود أن نشير إلى أن القضاء الجزائري كان حتى في وقت متأخر يعتبر أن الخلع قد شرع لمصلحة الزوجة في صورة رخصة لها لتمكينها من طلب التطليق أو الطلاق من الزواج أصبحت تبغضه ولم تحتمل عشرته ولم يمنعه لها بصورة- حق من الحقوق الزوجية، مقابل حق الزوج في الطلاق بالإرادة المنفردة.

وتبعا لذلك فإن التعديل الحالي لم يشتمل فقد على تغييب وإهمال إرادة وتبعا لذلك فإن التعديل الحالي لم يشتمل فقد على تغييب وإهمال إرادة الزوج بمسألة الخلع وإنما أقر تغييبها وإهمالها أيضا في مسألة مقابل الخلع حيث نصت الفقرة الثانية من نفس المادة على أنه إذا لم يقبل أو لم يرضا الزوج بقيمة المبلغ المالي المقدم من الزوجة فلا عبرة لعدم قبوله وإنه يجوز للقاضي في مثل هذه الحالة أن يترك إرادة الزوج جانبا وأن يحكم له مبلغا لا يجوز أن يتجاوز قيمة الصداق المثل وقت صدور الحكم سواء رضي بالطلاق مقابل الخلع أو لم يرضى وسواء قيل بالمبلغ المعروض عليه أو لم يقبل.

وفي جميع الأحوال فإن حكم الطلاق في إطار الخلع وإن كان يقبل الطعن بالنقض فإنه لا يقبل أبدا الطعن فيه بطريقة الاستئناف وذلك تنفيذا لما نصت عليه المادة 57 من ق. أ. ج، الأحكام الصادرة في دعاوى التطليق والطلاق والخلع غير قابلة الاستئناف"[1]

بمعنى آخر أن التعديل الذي جاء به ق. أ.ج ينص على عدم الرضا نية الخلع وهذا ما أخذ به ايضا القانون المصري في تعديلاته الجديدة فقام المشرع المصري بضبط مواد

[1]. عبد العزيز سعد، قانون الاسرة الجزائري في ثوبه، أحكام الزواج والطلاق، ص130.

الخلع، فتحت عليه في المادة 20 من القانون رقم 01 من سنة 2000 بقوله: "لزوجين أن يتراضى فيما بينهما على الخلع، فإن لم يتراضا عليه وأقامة الزوجة دعواها بطلبه وافتدت وخالعة زوجها بتنازل على جميع حقوقها المالية الشرعية وردت عليه الصداق الذي إعطاء لها حكم المحكمة بتطليقها منه، ولا تحكم المحكمة بالتطليق للخلع إلا بعد محاولة الصلح بين الزوجين وتديها لحكمين لموالاة الصلح بينهما خلال مدة لا تتجاوز 3 أشهر".

وعلى الوجه المبين في الفقرة 2 من المادة 18 والمادة 19 من هذا القانون وبعد أن تقرر الزوجة صراحة أنها تبغض الحياة مع زوجها.

وأنه لا سبيل الاستمرار للحياة الزوجية بينهما فتخشى أن لا تقييم حدود الله في سبب هذا الغرض.

المطلب الثاني: الحضانة

الفرع الأول: مشروعية الحضانة:

سنلقي في هذا المطلب مشروعية الحضانة وكذا الشروط ممارستها بين الفقه الاسلامي و ق.أ.ج:

أولا: في القرآن الكريم

لقوله تعالى: "والوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين"[1]

فقد دلت هذه الآية الكريمة على أحقية الطفل في الرضاعة ولا شك ان فترة الرضاع من مدة الحضانة.

[1]. سورة البقرة: من الآية 233

وقوله أيضا: "ولا تقتلوا أولادكم من أملاق"[1] الاملاق يعني الفقر فالصيغة هنا بالأمر أي أن الوالدين ملزمان بالإنفاق على ابنائهم.

ثانيا: من السنة النبوية.

ما روى عن عمر بن شعيب عن ابيه عن جده قال: " إن امرأة أتت رسول الله (ص) فقالت: يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وثدي له سقاء وحجري له حواء، وإن اباه طلقني، وأراد ينزعه عني، فقال لها رسول الله (ص) أنت أحق به ما لم تتزوجي.[2]فهذا الحديث، دليل واضح على أن الأم أحق بحضانة ولدها إذا أراد الأب انتزاعه منها، وقد ذكرت هذه المرأة صفات افتحت بها تقتضي استحقاقها وأولويتها بحضانة ولدها، وقد أقرص الرسول (ص) على ذلك، وأن العلل والمعافي معتبرة في اثبات الاحكام مستقرة في النظر السليمة والحكم الذي دل عليه الحديث لا خلاف فيه، وقضى به أبو بكر ثم عمر رضي الله عنهما.

وبما روى عن سعيد بن المسيب: أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه طلق زوجته أم ابنه أم ابنه عاصم، فتنازعا، وارتفعا إلى ابي بكر الصديق رضي الله عنه فقال له ابو بكر : (خير له من شهد وعسل عندك يا عمر، ودفعة إليها، وكان ذلك بمحض من المحابة من غير تكبر.[3])

ففي هذا الحديث دليل على مشروعية الحضانة وأن الأم أحق بها عند الفرقة بين الزوجين.

---

[1]. سورة البقرة: الآية 232.

[2]. أخرجه أحمد وأبو داود البيهقي.

[3]. عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، الانسان المساعد تقسيم الفقه، الحضانة وأثرها في تنمية سلوك الطفال في الفقه الاسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر، ص8.

ثالثا: في الاجماع

فقد انعقد الاجماع على مشروعية الحضانة لمصلحة الولد، ولذلك وجبت إنجاء للطفل من الهلكة.

رابعا: عند مختلف الفقهاء

- ✓ فالحضانة عند الاحناف هو عبارة تربية الطفل ورعايته والقيام بجميع أموره في سن معين على من له الحق في الحضانة.
- ✓ أما عند المالكية فالحضانة هي صيانة هي صيانة العاجز والقيام بالمصالحة
- ✓ عن الشافعية هي حفظ من لا يستقل بأمور نفسه عما يوازيه لعدم تميزه لصغر أو جنون أو عته.[1]
- ✓ عن الحنابلة تعني عندهم ضم المحضون وتربيته وهي مأخوذة من الحضن لأن المربي يضم الطفل إلى حضنه وكفا لله واجبه لأنه يتركها يهلك لذا وجب حفظه من الهلاك كما يجب الاتفاق عليه.[2]

خامسا الحضانة قانونا:

عرف قانون الاسرة الجزائري الحضانة في المادة 62 ق.أ.ج منه بنصها " الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلفا، ويشترط في الحاضن أن يكون اهلا للقيام بذلك.[3]

---

[1]. أحمد فراج حسين، أحكام الاسرة في الاسلام وفقا لأحداث التشريعية القانونية، د ط، دار الجامعية الجديدة، مصر، 2004، ص255.

[2]. وجنات عبد الرحيم ميمني، لمن الحضانة ؟ مجلة جامعة أم القرى لعلوم الشريعة واللغة العربية والآداب، كلية التربية الاعداد المعلمات، ج 15، ع 27، السعودية، 1424 هـ، ص371.

[3]. أحمد شامي، قانون الاسرة الجزائري، طبعا لأحداث التعديلات، دراسة مقارنة، ط 1، كلية الحقوق، 2010، ص302.

الفرع الثاني: شروط ممارسة الحضانة في الفقه الاسلامي و ق.أ.ج

أولا: الشروط الفقهية للحضانة

اشترط الفقهاء عدة شروط وجب توفرها في الحاضن لكي تكون أهلا للحضانة الولد الصغير لكن نجد أن كل مذهب اشترط شروطا خاصة به.

- **الشروط التي اشترطها الحنفية:**

الشروط التي اشترطها الحنفية في الحاضنة وهي:

- ✓ أن لا ترتد: فإن ارتدت سقط حقها في الحضانة، سواء لحقت بدار الحرب أولا، فإن ثابت رجع لها حقها.
- ✓ أن تكون فاسقة غير مؤمونة عليه: فإن ثبت فجورها بفسق أو بسرقة أو كانت محترفة
- ✓ لحرفة دنيئة فإن حقها يسقط.
- ✓ التي تزوج غير أبيه: إلا إذا تزوجت رحما لصغير كان يكون عما له، فإن تزوجت بأجنبيا عن الصغير سقط حقها في الحضانة، إلا غذا طلقت من زوجها فإنه بذلك يعود حقها بالحضانة للصغير.[1]
- ✓ أن لا تترك الصغير بدون مراقبة ودون رعاية مكنها: فإن فعلت سقط حقها في حضانة الصغير.[2]

الشروط التي اشترطها الشافعية:

اشترط الشافعية بشروط الحاضن والحاضنة منها:

---

[1]. عبد الرحمان الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الاربعة، ج 4، كتاب النكاح ، كتاب الطلاق، ط 2، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003، ص522.

[2]. احمد فراج حسين، مرجع سابق، ص236- 237.

- ✓ **العقل:** في حضانة للمجنون إلا غن كان جنونه قليلا نادرا كيوم واحد في سنة كلها
- ✓ الحرية والحضانة لرقيق
- ✓ الاسلام فلا حضانة للكافر على المسلم إلا في حالة حضانة الكافر للكافر والمسلم للكافر فإنها ثابتة
- ✓ **العفة:** فلا حضانة لفاسق أو تارك للصلاة أو تاركة صلاة[1]
- ✓ الشروط التي اشترطها الحنابلة:
- ✓ قالوا أنه يشترط الحضانة ما يلي:
- ✓ العقل: فلا حضانة لمجنون
- ✓ الحرية: فلا يكون رقيقا
- ✓ ألا يكون عاجزا كأعمى لعدم حصول المقصود به
- ✓ أن لا يكون ابرص أو أجدم وإلا سقط في الحضانة[2]
- ✓ الشروط المالكية:"
- ✓ اشترطوا شروط تخص الذكر والأنثى
- ✓ العقل: فلا حضانة لمجنون ولا لمن به حقه عقل أو طيش
- ✓ القدرة على القيام بشأن المحضون فلا تجوز حضانة للعاجز
- ✓ أن يكون للحاضن مكان آمن يمكن حفظ البنت من الفساط فتسط الحضانة لعدم توفره[3]
- ✓ الأمانة في الدين فلا حضانة للفاسق
- ✓ أن لا يكون الحاضن مصاب بمرض معدي يخشى على الطفل منه[4]

---

[1]. عبد الرحمان الجزيري، مرجع سابق، ص523.

[2]. محمد ابو زهرة ، الحوال الشخصية، د ط، دار الفكر العربي، مصر، 1950، ص407.

[3]. عبد لرحمان الجزيري، مرجع ، ص523.

[4]. محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص408.

ثانيا: الشروط القانونية للحضانة.

رغم التعديل الاخير لقانون 11/ 84 رغم التعديل الاخير لقانون الاسرة 84/11 في الاسرة 02- 05 إلا أن المشروع الجزائري في الفقرة الثانية للمادة الثانية ق.أ.ج ركز على شرط واحد آلا وهو أن يكون الحاضن اهل للقيام بذلك دون أن يفصل في باقي الشروط[1]

طبقا للمادة 62 من ق.أ.ج فإن الشروط القانونية للحضانة هي الاصلية والتي تعتبر القدرة على القيام بمهمة شاقة ومحفوظة بالمخاطر تتعلق بتربية الطفل وإعداده اعدادا سليما، ليكون قادرا على الاعتماد على نفسه في المستقبل، لتحديد كل الشروط الواجب توفرها في الحاضن لا بد لنا من الاستناد بنص المادة 222 من ق.أ.ج التي تنص على أنه:

- ✓ كل مالم يرد (النص عليه في هذا القانون يرجع فيه الى احكام الشريعة الاسلامية)
- ✓ ان نص المادة سالفة الذكر تحيلنا الى قواعد الشريعة الاسلامية في حالة عدم وجود نص يتعلق بمسالة من المسائل المطروحة.

[1]. نورة منصوري، التطليق والخلع وفقا للقانون والشريعة، د ط، دار الهدى ، الجزائر، 2012، ص65

الخاتمة

الخـــــاتـــمـــة:

ختام مشوارنا لهذا البحث الذي قد تناولنا في دراسته عن العرف بين الشريعة وقانون الاسرة الجزائري نظرة جديدة في موضوع قديم، توصلنا إلى عدة نتائج اوجزها في ما يلي:

1. يعتبر العرف أحد المصادر الاحتياطية للقانون ما لم يكن مخالف للنظام العام والآداب العامة.
2. يعتبر العرف في الشريعة الاسلامية كل ما سار عليه الناس لمدة زمنية ما لم يخالف شرع الله .
3. و نجد أن لكل مجتمع عرف مستقل يتميز به، وأن العرف هو أحد أنواع السلطة الغير رسمية واحدى المسلمات التي يعتمدها افراد المجتمع، يعاقب كل من يخالفها وأنه لا يمكن ان توجد اعراف دولية وايضا يعد العرف أحد المصادر الاساسية التي يستمد منها القانون صياغته وأن العرف مستمد في كثير من الاحيان من الدين السائد في أي مجتمع و يعد مصدرا أساسيا للعرف والقانون.
4. في الفقه الاسلامي لا بد من توافق الركن المعنوي وهو استقرار النفوس اما الركن المادي لم يتطرق اليه لكن في القانون اشترطوا توافر الركن المادي و المعنوي.
5. لكي يكون في القانون له اعتبار وحجية لابد أن لا يخالف النظام العام اما في الأحكام الشرعية لابد أن يكون غير مخالف للنص الشرعي.
6. كون العرف أمر يسري عليه المجتمعات فله صلة كبيرة تربطه بمختلف المصطلحات المتتابعة منها العادة التي لم تخرج عن التكرار من غير علاقة عضلية وكذا العمل.
7. اغفال المشرع الجزائري بمصير الصداق خلال الخطبة، وقبل العقد وبعد العدو لخاصة أن المجتمع الجزائري تعارف على تقديم الصداق على اتمام الخطبة.
8. يشترط للعرف في كل من القانون الوضعي والفقه الاسلامي ان يكون مطردا وثابتا وموجودا عند إنشاء التصرف حتى يتمكن الفقيه والقانوني من الالتزام به وبناء الحكم عليه.

9. يجب على كل فقيه في الشريعة الاسلامية والقانوني في القانون في حاجة ماسة إلى العلم بالعرف حتى يتمكن من أجراء الحكم على الوجه السليم.
10. أن العادة في الفقه الاسلامي أعم من العرف فكل عرف عادة من غير العكس أما القانون فانه يعتبر العادة مرحلة اولية للعرف أي الركن له أما توفر فيهما الركن المعنوي (اعتقاد الناس بان هذه العادة ملزمة) ارتقت الى درجت العرف.

قائمة

المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع:

القران الكريم

أ- المصادر:

السنة النبوية:

1. سنن ابن ماجة 600/1 ، حديث 1867
2. صحيح البخاري : البخاري 9/105 ، حديث 5142
3. صحيح سنن ابي داوود : الاباني 3922 ، حديث 1382
4. صحيح مسلم 392/2 ، حديث 1413
5. صحيح مسلم20125

النصوص القانونية :

1. الامر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني ، المعدل و المتمم
2. الامر رقم 0205 المعدل و المتمم لقانون 84/11 المتضمن لقانون الاسرة الموافق ل 27 فيفري 2005 الجريدة الرسمية لعدد 15

احكام و قرارات قضائية :

المحكمة العليا غرفة الاحوال الشخصية 1989/1/2، ملف رقم 51107 المجلة القضائية سنة 1993، عدد3

قرار 17 مارس 1992، ملف رقم 81129 عدد خاص بالاجتهادات القضائية لغرفة الاحوال الشخصية

القواميس :

1. ابن منظور، لسان العرب، دار الكتاب العلمية، لبنان، 1290ه
2. الفيروز ابادي ، القاموس المحيط ، مؤسسة الرسالة، 1410ه
3. محمد بن ابي بكر، مختار الصحاح، مكتبة لبنان، 1865م

ب- المـــراجـــــــع:

الكتب:

1. ابن عابدين، مجموعة رسائل ابن عابدين، دار احياء التراث العربي، ج2
2. ابن فارس، مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام هارون، دار الفكر، لبنان، 1979 م
3. ابن نجيم، اشباه و نظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1999م
4. ابن، فارس، مجمل اللغة، باب العين و الراء وما يشابهها
5. ابو سنة العرف والعادة في راي الفقهاء، عرض نظرية في الفقه الاسلامي، مطبعة الازهر،1947م
6. ابوسنة الفهمي العرف والعادة، طبعة الازهر،1947
7. احمد بن علي، مدخل العلوم القانونية، دار هومة، الجزائر ،2009م
8. توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للقانون النظري العام للحق، مؤسسة المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1992م
9. الحافظ احمد بن علي حجر العسقلاني، فتح الباري، شرح صحيح البخاري، دار المعارف، بيروت لبنان، 773 -852 ، 852-773 هـــ.
10. حسن كيره، المدخل الى علوم القانون، منشاة المعارف، الاسكندرية، ط 6، 1993م
11. حسين الصغير، النظرية العامة للقانون ببعديها الغربي والشرقي(دراسة مقارنة)، دار المحمدية، الجزائر،2001م
12. حبيب ابراهيم الخليلي، المدخل للعلوم القانونية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط9، 2008م

13. رمضان علي الشرنباصي، احكام الاسرة في الشريعة الاسلامية، الدار الجامعية، 2001م
14. سليمان ولد خسان، الميسر في شرح قانون الاسرة الجزائري، منشورات دار طليطة، الجزائر، ط1، 2010م
15. سمير عبد السيد الثناني، الجزائر، ط2، 2007م
16. الشاطبي، الموافقات، دار ابن عفان، السعودية، ط1، 1997م
17. شاهين اسماعيل، المدخل لدراسة العلوم القانونية، دار المطبوعات الجامعية والنشر، الجزائر،2007م
18. الطنطاوي، اصول الفقه الاسلامي،1990م
19. عادل بن عبد القادر محمد علي قوته، العرف وحجيته في فقه معاملات مالية عند الحنابلة، ط1، ج1، 1989م
20. عامر السعيد الزيباري، احكام الخلع في الشريعة الاسلامية، ط1، 1997م
21. عباس صراف، المدخل الى علم القانون، دار الثقافة والنشر والتوزيع، عمان، ط 1، 2008م
22. عبد الرحمان ابن ابي بكر، اشباه ونظائر، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1، 1990م
23. عبد الرحمان الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الاربعة، المكتبة التوفيقية
24. عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الاسرة الجزائري، دار البعث، الجزائر، ط1، 1989م
25. عبد المطلب عبد الرازق حمدان و الانسان المساعد تقسم الفقه، الحضانة اثرها في التنمية سلوك الاطفال في الفقه الاسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر
26. عبد الوهاب خلاف ،علم اصول الفقه، مكتبة الدعوة الاسلامية، شباب الازهر، 1375 هـ.
27. العز ابن عبد السلام، قواعد الاحكام في مطالع الانام، مكتبة الازهرية، القاهرة
28. علال الفاسي، مقاصد الشريعة الاسلامي ومكارمها، مطبعة نجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط1، 1991م

29. عمار بوضياف، المدخل للعلوم القانونية، جسم للنشر والتوزيع، الجزائر، ط15، 2008م
30. محمد ابن ابراهيم، الاجتهاد والعرف، دار السلام، تونس، ط1 ، 2009م
31. محمد ابو زهرة، دار الفكر العربي، مصر
32. محمد الزرقاء، شرع القواعد الفقهية، دار القلم، سوريا، ط2، 1989م
33. محمد الامين الشنيطي، مذكرة في اصول الفقه، دار الانقاذ، الاسكندرية، القاهرة
34. محمد حسين قاسم، مبادئ القانون، دار الجامعية، 1998م
35. محمد سمارة، احكام واثار الزوجية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الاردن، 2008م
36. محمد محمدة، مختصر اصول الفقه، دار الشهاب باتنة، الجزائر
37. مصطفى احمد، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، ط1، 1998م
38. مصطفى الزرقاء، المدخل الفقهي العام، مطابع الف باء الاديب، دمشق، ط7، 1968م
39. مصطفى عرجاوي، النظرية العامة للقانون، المطبعة العربية الحديثة، مصر، ط1، 1985م
40. نايف محمد الرجوب، احكام الخطبة في الفقه الاسلامي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، الاصدار الاول، 2008م
41. نورة منصوري، التطليق والخلع وفقا للقانون والشريعة، دار الهدى، الجزائر
42. همام محمد محمود، المدخل الى القانون نظرية القانون، منشاة المعارف، الاسكندرية، 2001م
43. وهبة الزحيلي، اصول الفقه الاسلامي، دار الفكر، دمشق، ط 1، 1406 هـ
44. يعقوب بحسين، القاعدة العامة المحكمة، مكتبة الرشد، الرياض، ط2، 2012م

كتب اجنبية :

1. Garram i, (1998), terminologie juridique(dans la législation algérienne) , Algérie : palais du livre

رسائل التخرج :

1. مشعل بن محمود بن نافع النفيعي، المسائل الفقهية المبنية على العرف عند شيخ الاسلام ابن تيمية(دراسة تأملية، تطبيقية، موازية)، رسالة لنيل الدكتور في الفقه، المملكة العربية السعودية، 1436هـ.

محاضرات:

1. الحاج طاس، محاضرات كلية الشريعة والقانون كلية الشريعة والاقتصاد، جامعة الامير عبد القادر، قسنطينة، 2014،2015
2. شلالي رضا، محاضرات في مقياس مدخل للعلوم القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2017- 2014

المقالات العلمية:

1. وجنات عبد الرحيم ميمني، لمن الحضانة؟ مجلة جامعة ام القرى، ج2، السعودية، 1424هـ

مواقع الكترونية:

الورقي بن عبد الله سعود، العرف وتطبيقاته المعاصرة: elibrary,mediu,edu my/books/mal03775 pdf

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات:

قائمة المختصرات.....6

مقدمة:.....أ

الفصل الاول: ماهية العرف

المبحث الأول: مفهوم العرف 7

المصلب الأول: تعريف العرف لغة 7

الفرع الأول: تعريف العرف 7

الفرع الثاني: تعريف العرف في الاصطلاح الشرعي.....8

الفرع الثالث: تعريف العرف في الاصلاح القانوني. 9

المطلب الثاني: شروط العرف وأركانه.....10

الفرع الأول: شروط العرف. 10

أولا: شروط العرف في الفقه الإسلامي. 10

ثانيا: شروط العرف في القانون. 14

الفرع الثاني: أركان العرف. 15

أولا: أركان العرف في افقه الإسلامي. 15

ثانيا: أركان العرف في القانون الجزائري. 17

المبحث الثاني: أوجه الشبه والاختلاف في العرف بين الشريعة الاسلامية وقانون الأسرة الجزائري. 20

المطلب الأول: تمييز العرف عما يشابهه..... 20
الفرع الأول: الفرق بين العرف والعادة..... 20
أولا: العادة. 20
ثانيا: الفرق بين العرف والعادة. 21
الفرع الثاني: الفرق بين العمل والعرف: 23
أولا: تعريف العمل 23
ثانيا: الفرق بين العمل والعرف..... 23
الفرع الثالث: الفرق بين الاجتماع والعرف 24
أولا: تعريف الإجماع: 24
ثانيا: العرف بين العرف والاجماع..... 24
المطلب الثاني: أوجه الشبه والاختلاف في العرف بين الشريعة الاسلامية والقانون الجزائري..... 25
الفرع الأول: أجه التشابه:..... 25
الفرع الثاني: أوجه الاختلاف 26
الفصل الثاني: تطبيقات العرف بين الشريعة وقانون الأسرة الجزائري
المبحث الأول: الزواج 30
المطلب الأول: الخطبة:..... 30
الفرع الأول: تعريف الخطبة. 30
أولا: الخطبة لغـــة 30

ثانيا: الخطبة اصطلاحا: 31
ثالثا: الخطبة قانونا: 31
الفرع الثاني: مشروعية الخطبة. 32
ثانيا: من السنة النبوية: 32
ثالثا: من الاجماع والعرف 33
المطلب الثاني: الصادق 33
الفرع الأول: مشروعية الصداق: 34
أولا: من الكتب 34
ثانية: من السنة النبوية 34
ثالثا: الإجماع 35
الفرع الثاني: تحديد الصداق. 35
المبحث الثاني: الطلاق 36
المطلب الأول: الخلع 36
الفرع الأول: الخلع في الشريعة 36
أولا: من القرآن الكريم 36
ثالثا: عند المذاهب: 38
الفرع الثاني: الخلع قانونا 39
المطلب الثاني: الحضانة 41
الفرع الأول: مشروعية الحضانة: 41

الفرع الثاني: شروط ممارسة الحضانة في الفقه الاسلامي و ق.أ.ج..... 44

أولا: الشروط الفقهية للحضانة 44

ثانيا: الشروط القانونية للحضانة. 46

الخـــــاتـــمـــة:..... 48

قائمة المصادر والمراجع: 51

فهرس المحتويات **57**

الملخص:

الملخص :

يعتبر العرف مجموعة من القواعد و الممارسات التي يباشرها الناس بشكل تلقائي دون تدخل اي احد فهي بذلك تستمد قوتها من اتفاق الجماعة .

كما يعد ايضا احد مصادر القانون ، فهو من عوامل تقدم القانون و تطوره ليس بالنسبة الى تقرير قواعد و نظم جديدة بل كذلك بالنسبة الى نظم قديمة او تعديل اخرى ، هذا اطار دور العرف في التشريع.

اما قضاءا فيتضح لنا اثر العرف من خلال الاحكام و القرارات ، مثال ذلك ما يتعلق منها بالخلع الذي يحدد بمهر المثل و كذا مسالة تقدير النفقة و غير ذلك من الاحكام في مجال الاحوال الشخصية.

Résumé :

On considère la coutume un ensemble de règles et les pratiques que les gens exercent inconsciemment sans l'intervention de quelqu'un.

Ce qui lui permet de prendre sa force avec l'accord de l'ememble .

Ainsi , on peut la considérer l'origine du lois , elle est parmi les facteurs l'évolution de la loi et son développement n'est pas pour les rapports des règles et des systèmes ou bien d'autres règlement ce la dans le rôle de la coutume et de la législation.

Ce qui concerne la justice qu'est clair à nous l'influence de la coutume et les dispositions et les décisions , par exemple ce qui concerne « khôl'a » ce qui précise la dot équivalente et l' estimation de la personés