جـامعة محـمد خيضـر بسكرة

كـلية الحقوق والعلوم السياسية

قسـم الحقوق

مدى سلطان العرف في قانون الأسرة الجزائري (أمثلة وتطبيقات)

مشروع مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق
تخصص قانون الأحوال الشخصية

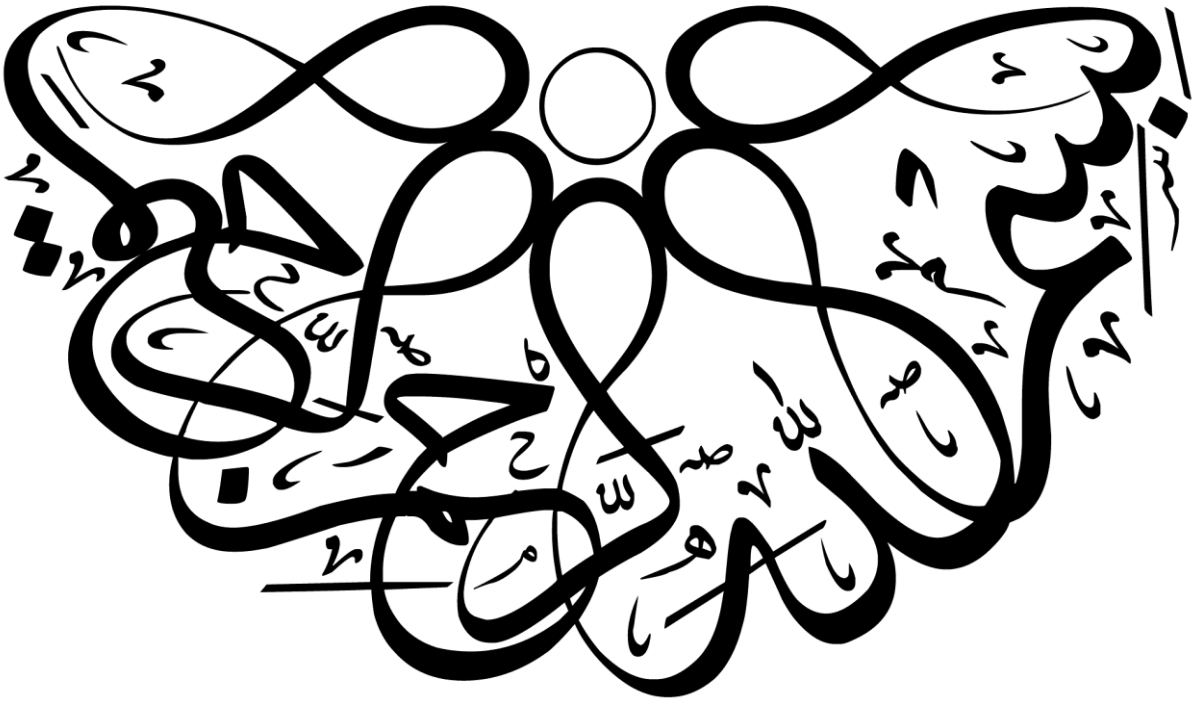
إعداد الطـالبة:

- زرقين عواطف

إشراف الأستاذ:

- **د. خلف الله ميلود**

السنة الجامعية 2014- 2015م



« فمهما تجدد العرف اعتبره ومهما سقط أسقطه، ولا تجمد على المسطور في الكتب طول عمرك، بل إذا جاءك رجل من غير أهل إقليمك يستفتيك، لا تجره على عرف بلدك واسأله عن عرف بلده وأجره عليه وأفته به، دون عرف بلدك والمقرر في كتبك، فهذا هو الحق الواضح والجمود على المنقولات أبدا ضلال في الدين وجهل بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضيين».

للإمام شهاب الدين القرافي

إهـــــــداء

أهدي حاصلة مدة دراستي إلى:

إليك يا من تعبت خلال مشواري الدراسي وسعيت وراء نجاحي **"أمي الغالية"**

إلى الذي علمني روح المثابرة وبث بداخلي روح السعي والبحث والطموح **"أبي العزيز"**

إلى اخوتي: ربيع، صلاح الدين، زوج أختي الحاج العيد

إلى أخواتي: سلمى، هاجر وزوجة أخي صوفيا

إلى أبناء أخي: نور-محمد الطاهر وإلياس

إلى أبناء أختي: محمد أيوب وآدم

إلى صديقاتي: العارم، رميساء، إيمان، ماريا، سهام، ابتسام، حكيمة، حياة، أمينة، بسمة، إيمان، منال خولة ورقية

إلى زملائي: عبد الرحمن، إلياس، عبد الخالق، محمد، مختار، الزين وهشام.

إلى كل الزملاء والزميلات بقسم الحقوق

عواطـــــــف

شكر وعرفان

الحمد لله الذي وفقني في إنجاز هذا العمل وبفضله أشكر الأستاذ: "خلف الله مولود"، الذي أشرف على إنجاز هذه المذكرة ولم يبخل علينا بنصائحه.

إلى كافة الأساتذة الذين ساهموا في تأطيرنا طوال فترة دراستنا.

إلى الجهاز الإداري لقسم الحقوق.

إلى كل من قدم لنا يد العون لإتمام هذا المجهود من قريب أو بعيد.

لكم منا جزيل الشكر وعظيم الامتنان

قائمة المختصرات

1- (ق.م): قبل الميلاد

2- (ق.م.ج): القانون المدني الجزائري.

3- (ق.ع.ج): قانون العقوبات الجزائري.

4- (ق.ح.م.ج): قانون الحالة المدنية الجزائري.

5- (ق.إ.م.إ.ج): قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

6- (ق.أ.ج): قانون الأسرة الجزائري.

7- (ق.إ.ج.ج): قانون الإجراءات الجزائية الجزائري.

8- (د.س.ن): دون سنة نشر.

9- (د.ب.ن): دون بلد نشر.

10- (ج): الجزء.

11- (ط): الطبعة.

12- (غ.م): غير منشورة.

13- (إ.ق): الاجتهاد القضائي.

14- (غ.أ.ش): غرفة الأحوال الشخصية.

15- (م.ق): المجلة القضائية.

مقدمـــــة

الإنسان بطبعه كائن اجتماعي لا يمكنه العيش في معزل عن بني جنسه، فهو بذلك محتاج إلى غيره لتحصيل ضرورات الحياة وهذا ما شهده تاريخ الحضارات الإنسانية منذ الأزل، وفي تراثنا العربي الاجتماعي:

الناس للناس من بدو وحاضرة بعضهم لبعض وإن لم يشعروا خدم

فلقد مر الإنسان بمراحل عدة من تطور حياته، فلما كان بدائيا لم تثر مسألة علاقاته يغيره وبالنمو والتكاثر الذي عرفته البشرية مما أدى إلى التجمع في منطقة واحدة صار لزاما عليه التعامل مع أخيه الإنسان، (علاقة الإنسان بالإنسان-علاقة الإنسان بالجماعة-علاقة الجماعة بالجماعة).

لأن الإنسان بطبعه يحمل بذور الأنوية* فإنه من الطبيعي أن تتناقض الميول والرغبات وتتصادم المصالح وهو ما أدى إلى التنافس* بين الأفراد إلى درجة الاقتتال في مرحلة من مراحل تاريخ المجتمعات مما جعلها مهددة بالانقراض.

بذلك كان لابد من التفكير في وسائل تنظم حياة الأفراد داخل المجتمع، هذا للحد من الحريات المطلقة واحترام حقوق الغير وذلك بضبط سلوك الأشخاص تجاه بعضهم البعض فيما يتعلق بمعاملاتهم، كان هذا بمنع المساس بسلامة أجسادهم وممتلكاتهم بالنهي والأمر من قبل شخص يتمتع بمركز خاص في المجتمع، أو هيئة معينة تعترف لها الجماعة بسلطة الأمر.

فالتاريخ لم يعرف الرقي الذي وصل إليه في مجالاته المختلفة دفعة واحدة ولا في عصر واحد من العصور، بل كان ذلك خلال فترات متعاقبة.

*يرى اتجاه حديث من علم النفس أن الأنا هو محور السلوك والتصرفات، علم النفس بعد فرويد.
*ليس التنافس كله مضر بالأنانية بل قد يكون أساسا لبناء الحضارات وقد جاء من تنافس الأفراد والجماعات (إشارة من المشرف).

القانون على غرار باقي العلوم نجده قد مر بمراحل عدة حتى وصوله إلى ما هو عليه الآن، حيث كانت الشرائع والقوانين في المجتمعات البدائية عبارة عن عادات وأعراف تطورت تدريجيا ثم ارتقت بارتقاء مدارك الأمم ومعارفها مما جعل منها نظاما ملزما في معاملات الناس وأعرافهم.

ما جعلنا نخص موضوع هذه الدراسة والتي يندرج موضوعها تحت عنوان: مدى سلطان العرف في قانون الأسرة الجزائري (أمثلة وتطبيقات)، بالبحث هو ما لهذا الموضوع من أهمية علمية وعملية، هذا ما سنوضحه على النحو التالي:

1-أهمية الموضوع من الناحية العلمية:

تبرز أهمية الموضوع من الناحية العلمية من خلال:

أ- إظهار أصالة الشريعة الإسلامية ومرونتها وقبولها للأحكام في كافة أمور الحياة، وأنها تشمل كل مناحي الحياة بطولها وعرضها.

ب- أن العرف أصل عريق من أصول الفقه.

ج- أن الوقائع لا متناهية والنصوص متناهية وكيف نوفق بين المتناهي واللامتناهي بالاجتهاد والقياس والعرف بصورة خاصة وهذا ما يظهر أهمية العرف كمصدر من مصادر التشريع الأصيلة.

2-أهمية الموضوع من الناحية العملية:

تبرز أهمية الموضوع من الناحية العملية من خلال:

أ- إعمال العرف في مسائل الأحوال الشخصية.

ب- بيان أثر العرف فيما يتعلق بالأحكام القضائية.

أما أسباب الدراسة فهي بدورها تنقسم إلى قسمين منها ما هو ذاتي ومنها ما هو موضوعي.

1-الأسباب الذاتية:

تتجلى في الرغبة والميل في تناول هذا الموضوع الجديد، الذي لم يتناول بالشكل الكافي.

2-الأسباب الموضوعية:

أ- على الرغم من وجود الدراسات المتعلقة بالعرف، إلا أن البحث في مجال إعماله لا يزال بحاجة إلى المزيد من الدراسات والبحوث التي توضحه وتبين أثره، هو ما سنتناوله ولو في إحدى جزئياته في هذا البحث.

ب- تناول العرف كمصدر من مصادر التشريع.

من خلال ما تقدم ذكره يمكننا طرح الإشكالية التالية:

إلى أي مدى أثَّر العرف في قانون الأسرة الجزائري؟

للإجابة على هذه الإشكالية تم إتباع المنهج الوصفي كمنهج أساسي لأنه الأنسب لهذه الدراسة فيما يتعلق بالوصف الدقيق وجمع المعلومات المتعلقة بالموضوع والربط بين المقدمات والنتائج.

وكمناهج مساعدة تم إتباع كل من:

1-المنهج التاريخي: إذ يتم الاعتماد فيه على تتبع تطور الفكر بشأن الموضوع، إعتمادا عن طريق النقد للوصول إلى التصور السليم، ووضع كل فكرة في سياقها التاريخي المناسب.

2-المنهج التحليلي: هو الأنسب لتحليل مختلف المعلومات المحصل عليها في البحث خاصة فيما يتعلق بالنصوص القانونية وكذا الأحكام القضائية، فلم نهمل هذا المنهج وإن اعتمدنا عليه في أضيق مجال.

في إطار عملية البحث هذه تم الاعتماد على بعض الدراسات التي رأينا أنها كانت رائدة في هذا المجال:

الدراسة الأولى: مؤلف بعنوان: "**العرف والعمل الجزائري وأثرهما في الفتاوي والحكام (منطقة الزواوة خلال فترة الاحتلال أنموذجا)**"، كركار جمال، 2013.

الدراسة الثانية: رسالة ماجستير بعنوان: "**أثر العرف في الفرق ومتعلقاتها من أحكام فقه الأسرة (دراسة تطبيقية مقارنة)**" للباحثة: إلهام عبد الله، باجنيد عبد الرحمن، 2003.

الدراسة الثالثة: مقال بعنوان: "**العرف وتطبيقاته المعاصرة**" الورقي بن عبد الله، سعود

غير أن هذه الدراسة التي نحن بصددها تختلف عن سابقاتها من حيث تركيزها على إعمال العرف في مجال الأحوال الشخصية، كذا بيان دوره وأثره في الجانب التشريعي هذا من جهة، أيضا في الجانب القضائي من جهة أخرى.

عن أهم نتائج الدراسة نجدها تتمثل في:

1-أن العرف يتغير بتغير الزمان والمكان وهو ما يؤدي إلى اختلاف الأحكام باختلاف الثقافات والحضارات، حتى قيل أن الفقهاء قد يختلفون اختلاف أحوال وزمان وليس اختلاف حجة وبرهان. (إشارة من المشرف).

2-أن الأحكام المترتبة عن العرف تسير معها في ذات الاتجاه وجودا وعدما.

وككل البحوث الجديدة فقد واجهتني بعض الصعوبات والتي أهمها قلة المؤلفات التي تتناول هذا الموضوع خاصة في جانبه التطبيقي، هذا بالإضافة إلى قلة المؤلفات المتخصصة سواء منها الجزائرية أو الأجنبية.

لقد تم تقسيم موضوع هذه الدراسة التي بين أيدينا بعد المقدمة إلى فصلين تناولنا في الفصل الأول: ماهية العرف والذي تم تقسيمه إلى مبحثين المبحث الأول معنون بنشأة العرف والمبحث الثاني مفهوم العرف.

أما الفصل الثاني فقد تناولنا فيه أثر العرف في قانون الأسرة الجزائري والذي بدوره قسمناه إلى مبحثين؛ المبحث الأول تحت عنوان: تاريخ تطور قانون الأسرة الجزائري والمبحث الثاني بعنوان تطبيقات حول العرف في مسائل الأحوال الشخصية إضافة إلى خاتمة سيتم فيها توضيح نتائج البحث المحصل عليها والاقتراحات إن وجدت.

الفصل الأول

ماهية العرف

تتنوع مصادر القانون بتنوع الظروف الاجتماعية، الدينية والاقتصادية والسياسية التي يمر بها المجتمع، فالقانون في أي مجتمع تعبير عن مفاهيم وأفكار المجتمع حول القيم الأساسية التي تسود أرجاءه، وهو بذلك ترجمة لما يعيشه المجتمع من ظروف حاضرة ومستقبلية.

واختلاف الشرائع بين الأمم ليس إلا تعبيرا عن الاختلاف الناجم عن التغيير في الظروف، الاجتماعية، الاقتصادية والثقافية وما إلى ذلك.

وبذلك سنتناول في هذا الفصل المعنون بماهية العرف، نشأة العرف في المبحث الأول، ثم مفهوم العرف في المبحث الثاني.

المبحث الأول: نشأة العرف

سنتناول في هذا المبحث، التشريع في الحضارات الشرقية القديمة في المطلب الأول، ثم التشريع في الحضارة الغربية القديمة في المطلب الثاني وفي المطلب الثالث التشريع في الإسلام، أما المطلب الرابع فخصصناه للتشريع في القوانين المعاصرة.

المطلب الأول: التشريع في الحضارات الشرقية القديمة

سنتناول هنا التشريع في الحضارة الفرعونية (حضارة مصر القديمة) ثم التشريع في حضارة بلاد الرافدين.

الفرع الأول: التشريع في مصر القديمة

إذا ما نظرنا إلى القانون في الحضارة الفرعونية يمكن القول أن تلك القوانين كانت عبارة عن مراسيم في صورة وثائق رسمية، صادرة عن ديوان القنصلية.(غسان رباح، 2007، ص13).

إذ تعتبر هذه المراسيم، بالنسبة لمصر سواء ما تعلق منها بالقانون العام أو القانون الخاص على حد السواء المصدر الذي يحتل المرتبة الأولى، فقد كانت تسير من خلالها مصالح الإدارة المركزية وتحصيل الضرائب وكذا تنظيم المصالح الخاصة بالأراضي، وكل ما يتعلق بالمراسيم الشخصية الصادرة عن الحكام.(غسان رباح، 2007، ص13).

هذا ما يتعلق بالقانون العام وإذا ما عرجنا إلى القانون الخاص، نجد هته المراسيم لا تقل أهمية عن سابقتها، فمن خلالها يمكن الإطلاع عن طرق منح الأراضي المقدمة من قبل الملك ووضعها القانوني، وكذا عناصر الهبة، وطرق إنشاء المؤسسات الدينية.(غسان رباح، 2007، ص14).

وعن التشريعات فيمكن القول بأنها: "**مجموعة القواعد القانونية، الصادرة عن سلطة عليا لها سلطة الفصل في القرار بالأمر والنهي، وتخضع لإجراءات عديدة من حيث تحريرها وإصدارها**".(غسان رباح، 2007، ص14).

إذن يمكن القول أنه بالوصول إلى هذه الدرجة من التشريع، فإنه يفترض وجود حضارة على قدر من التطور والتنظيم السياسي المتقدم. ولابد هنا للإشارة إلى وجود تعقيدات عدة، ترافق صدور التشريعات هذه التعقيدات تتلاءم ومتطلبات العصور السائدة آنذاك، فالفكر المتداول في

تلك الحقبة، أن كل تغيير قانوني يعد عملا خطيرا، مما يجعل من القوانين التشريعية نادرة الوجود.(غسان رباح، 2007، ص14).

وإذا ما أردنا الإطلاع على مجموعة هذه التشريعات، فيمكن حصرها في مجموعة النقوش الملكية الموجودة على المسلات والمقابر والمعابد وما إلى ذلك من معلومات ذات قيمة وأهمية في نشاط الحكام التشريعي.(غسان رباح، 2007، ص ص14-15).

ومن أمثلتها لوحة موجودة في المتحف البريطاني بلندن، حفر عليها قانون يتضمن نحو 12 مادة، يعود تاريخها إلى الفترة الأخيرة من حكم "**الملك نيونيد**" (539 ق م)، هذا التشريع يعالج نظم القانون الخاص، ومثال ذلك النظام المالي للزوجين، الميراث.

كما سن الملك "**داريوس**" عدة قوانين من خلال بعض النقوش وهو ما يعني وجود تشريعات فعلا، وإن لم يعثر على وثائق تتضمنها في وقتنا الحالي.(غسان رباح، 2007، ص15).

الفرع الثاني: التشريع في بلاد الرافدين

القول بالتشريع في بلاد الرافدين؛ يعني القول بشرعية حمرابي إذ يعود قانونه إلى الألف الثاني قبل الميلاد، بالضبط سنة ألف وسبع مائة (1700) ق م، حيث تضمن ذلك القانون (282 مادة).(آث ملويا بن شيخ حسين، 2000، ص13).

وإذا كنا لم نعرف تفاصيل كثيرة عن التقنينات القديمة، فالأمر ليس كذلك بالنسبة لتقنينات حمرابي، إذ عرفت بأكملها. ولعل السبب في ذلك يعود إلى وجود لوحة حجرية كبيرة عثرت عليها إحدى البعثات الأثرية الفرنسية، المعروفة باسم "**جاك دي مورجان**" عام 1902.(غسان رباح، 2007، ص17).

وأهم ما يميز هذا التقنيين، أنه لا ينظم كل مظاهر الحياة القانونية، حيث نجد أن المطبوعات الأساسية التي ركز عليها تتجلى في: (التنظيم القضائي، الإجراءات، القانون الجنائي، العقود، الأسرة، الزواج والإرث). ولا يمكن بأي حال اعتبار قانون حمرابي اليوم تقنينا بمعناه الفني الدقيق، بل هو تعبير عن إرادة التشريع والإصلاح، كما أنه ذو أهداف سياسية حيث جمع حمرابي بين مجموعتين من الشعوب (الأكديون-السومريون)، تحت سلطة حكم واحد.(غسان رباح، 2007، ص18).

وتعد المصادر القانونية لأحكام قانون حمرابي متنوعة، ومن ذلك القواعد العرفية والأحكام القضائية.

وما يميز قانون حمرابي هو تقدمه على العصر الذي وجد فيه، سواء تعلق ذلك بقانون الالتزامات، أو قانون التجارة وأحكام قانون العقوبات.

هذا بالإضافة إلى الأسلوب الموجز في التقنيين والمصطلحات الفنية، وهو ما جعل قانون حمرابي الأكثر شهرة وانتشارا.(غسان رباح، 2007، ص ص 18-19).

المطلب الثاني: التشريع في الحضارات الغربية القديمة

سنتناول في هذا المطلب التشريع في اليونان، ثم التشريع عند الرومان.

الفرع الأول: التشريع لدى قدماء اليونان

بالنسبة للحضارة اليونانية يمكن القول أن دراسة اليهوديات وهي يونانية في غالبيتها أدت إلى ظهور فكر متجدد من هذه الحضارة ونظمها ومدى انتشارها. (محمد الحفناوي عبد المجيد، "د س ن"، ص6).

وإذا ما أردنا التعرف على تاريخ اليونان القديم لابد من التطرق إلى أهم مراحله نظرا للإسهامات الحضارية الخالدة فيه.

حيث وفي سنة 621 ق م، سجل "**داركون**" القوانين الأثينية الأرستقراطية، ونظرا لأن هذه القوانين لم تتناول مشكلة طبقة التجار وبالتالي لم تحل مشاكل الطبقة العاملة، ظهر مشروع "**سولون**" حيث قام هذا الأخير بوضع تشريعات للحد من الصراع بين الطبقات وذلك بهدف التوفيق بين المصالح المتضاربة بين طبقات المجتمع.

وبذلك يعد "**سولون**" هو من وضع من خلال تشريعاته الأساس الدستوري لنظام الحكم في أوائل القرن السادس قبل الميلاد.(عبد الجواد سيد عبد الجواد).

أما بالنسبة للقانون الخاص، خاصة ما يتعلق فيه بمسائل الطلاق، فلدى اليونان كان للزوج الحق في تطليق زوجته.

غير أنه وبظهور العصر الكلاسيكي، اكتسبت المرأة الحق في التطليق، إلا ن هذا الحق كان مقيدا بطلب القاضي، وقد كانت استجابة هذا الأخير مشروطة بثبوت مجون الزوج وهجره لبيت الزوجية، إضافة إلى أن لها الحق في طلب التعويض الذي قد يلحقها.(آث ملويا بن شيخ حسين، 2000، ص14).

الفرع الثاني: التشريع لدى الرومان

إذا ما أمعنا النظر في القانون الروماني، نجد أن التشريع الروماني يظهر في نطاق ما يسمى "**بالقوانين الملكية**"، التي تصدر عن مجالس الشعب المقترحة من قبل الملك والمصادق عليها من قبل مجلس الشيوخ. (غسان رباح، 2007، ص61).

والأهمية التي أولاها مؤرخوا القوانين الرومانية للألواح الاثنى عشر (12)، تجعلنا نحاول معرفة الظروف التي أحاطت بها، وكذا معرفة أسلوبها ومضمونها.(غسان رباح، 2007، ص62).

إذ يعود إصدار هذا القانون لأسباب اجتماعية، حيث كان رجال الدين آنذاك يتعاملون مع الأعراف لحساب طبقة الأشراف وعلى حساب الطبقات العامة، حيث كان تفسير هذه النصوص تراعى فيه مصالح طبقة الأشراف، مما دفع بالطبقة العامة إلى تدوين المبادئ العرفية دون انحياز.

وإذا حاولنا معرفة أهم المسائل التي تضمنتها الألواح الاثني عشر (12)، نجدها تتعلق بـ:

- الجرائم العامة: (القتل–الشهادة الكاذبة).
- الجرائم الخاصة: (السرقة–السلب–الاعتداء).
- قضايا الالتزامات: (شكل الالتزام–القرض).
- الحقوق العينية: (الملكية العقارية–المنقولات).
- مسائل الأسرة: (الزواج وشكلياته–طلاق–وصاية، ميراث وغيرها).(غسان رباح، 2007، ص63).

وما يميز هذه الألواح، هو أنها كانت تعد بدائية نظرا للقسوة في الجزاءات المفروضة، إذ كانت تبيح للدائن قتل مدينه، وإلى إمكانية استعباده وتشغيله في أملاكه إلى غاية سداد كامل دينه.

وقد قال الأستاذ "**مونييه**" في مجمل أحكام الألواح الاثنى عشر (12)، فيما معناه:"إننا في الحقيقة أمام تشريع بربري، يبرهن لنا في قضايا المدنين العاجزين عن الوفاء عن قسوة لا رحمة فيها".(غسان رباح، 2007، ص63).

وللإشارة فإن التشريع الذي جاءت به كل من الحضارة اليونانية والرومانية، هو نتاج شرقي خالص حيث أنه مستمد ومستنبط من مدرسة الإسكندرية. (إشارة من المشرف)

المطلب الثالث: التشريع في الإسلام

بمجيء الإسلام، كان للعرب عادات وتقاليد يسيرون عليها ويحتكمون لها منذ مئات السنين عادات امتزجت بالشرائع السابقة، وأصبحت من مرور الوقت ذات طابع إلزامي، فيها الصالح والفاسد تنازعتها العقول والأهواء.(بن غريب رابح، 2007، ص263).

ولأن الإسلام دين إصلاح جاء ليخرج الناس من الظلمات إلى النور، فلم يكن من المعقول أن يهدم كل ما وجد عندهم من عادات ونظم، بل إنه وقف مواقف متباينة من تلك العادات، فقام بإلغاء طائفة وإقرار أخرى، وتعديل طائفة ثالثة.(بن غريب رابح، 2007، ص264).

وسنتناول في هذا المطلب التشريع في مكة في الفرع الأول ثم التشريع في المدينة في الفرع الثاني.

الفرع الأول: التشريع في مكة

كان التشريع بمكة في أوله سريا، وبدعوة فردية، وقد ظل على هذه الحال لمدة ثلاث سنوات، أين جاء أمر الله تعالى للرسول صلى الله عليه وسلم بالدعوة، حيث قال تعالى: "**فَأَصْدَعْ بِمَا تُؤْمَرْ وَأَعْرِضْ عَنِ الْمُشْرِكِيْنَ**"(سورة الحجر آية94).

وإذا ما أمعنا النظر فيما نزل من القرآن الكريم بمكة، نجده أقل من الثلثين (2/3) بقليل، وكان يتميز بالدعوة إلى التوحيد في أغلبه، ولم يشتمل كثيرا على التشريع الفقهي.(إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم، 2006، ص54).

وقد كان فيه نبذ لما كان يعبد من أصنام قبل الإسلام، وتوحيد الناس للدين الحق، كما أن فيه دعوة إلى الإيمان بالرسل والملائكة والبعث والحساب واليوم الآخر والإرشاد إلى مكارم الأخلاق وأحسن الصفات.

بما في ذلك من دعوة إلى التفكر والتدبر في ملكوت السموات والأرض وإعمالهم لعقولهم، قد أكثر فيه الله تعالى ضرب الأمثال والقصص للأمم السابقة، وبيان ما حل بهم من عذاب

لمخالفتهم دعوة رسلهم. ودعاهم أيضا لترك آثار الجاهلية ومخلفاتها كالعصبية والقبلية ووأد البنات.(إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم، 2006، ص54).

وتتمثل التشريعات الواردة في هذه المرحلة فيما يلي:

I) تجنب عبادة الأصنام؛ فالرسول صلى الله عليه وسلم وحينما بعث واجهته هذه المشكلة، فقد كان العرب يعبدون الأصنام التي أقاموها حول الكعبة وكانوا يسجدون لها ويقدمون لها القرابين، وهكذا وبمجيء الإسلام كان لزاما القضاء على هذه الأصنام التي كانوا يعبدونها ظنا منهم أنها تقربهم إلى الله، مع إيمانهم واعتقادهم بأن خالق الكون هو الله عز وجل. (إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم، 2006، ص ص 54-55).

قال تعالى: "**وَلَئِنْ سَأَلْتَهُمْ مَنْ خَلَقَ السَمَوَاتِ وَالأَرْضَ وَسَخَّرَ الشَّمْسَ وَالقَمَرَ لَيَقُوْلَنَّ اللهُ فَأَنَّى يُؤْفَكُوْنَ**".(سورة العنكبوت، آية 61).

وبذلك يمكن القول أن القرآن المكي عنى بتحطيم هذه العقيدة الباطلة.

II) دعوة الناس إلى إعمال عقولهم ولفت أنظارهم من خلال التدبر في ملكوت الكون، وقدرة خالقه، ولعل أكثر الآيات نجدها تنتهي بالدعوة إلى العقل والتفكير والتبصر.

ومن ذلك قوله تعالى: "**أفلا تعقلون**"، "**أفلا تتفكرون**"، "**أفلا تبصرون**".

ومن ذلك أيضا آيات تلفت الأنظار إلى السموات والأرض والماء الذي أنزل من السماء إلى الأرض بإذن الله تعالى، وفي هذا قال تعالى: "**خَلَقَ السَمَوَاتِ بِغَيْرِ عَمَدٍ تَرَوْنَهَا وَأَلْقَى فِيْ الأَرْضِ رَوَاسِيَ أَنْ تَمِيْدَ بِكُمُ وَبَثَ فِيْهَا مِنْ كُلِّ دَابَةٍ وَأَنْزَلْنَا مِنَ السَمَاءِ مَاءً فَأَنْبَتْنَا فِيْهَا مِنْ كُلِّ زَوْجٍ كَرِيْمٍ، هَذَا خَلْقُ اللهِ فَأَرُوْنِيْ مَاذَا خَلَقَ الَذِيْنَ مِنْ دُوْنِهِ**".(سورة لقمان، أية 10-11).

وبين أيضا الصنع الدقيق للسموات والأرض،وما بث فيها من أنعام ولا يكون هذا إلا من لدن عليم خبير.(إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم، 2006، ص55).

وفي هذا قال تعالى: " **أَفَلَا يَنْظُرُوْنَ إِلَىَ الإِبِلِ كَيْفَ خُلِقَتْ وَإِلَىَ اَلْسَمَاءِ كَيْفَ رُفِعَتْ وَإِلَىَ اَلْجِبَالِ كَيْفَ نُصِبَتْ وَإِلَىَ اَلْأَرْضِ كَيْفَ سُطِحَتْ**" (سورة الغاشية، أية 17-18-19-20-21).

III) كما عالجت الآيات القرآنية مسألة البعث والجزاء، فالذين آمنوا بالله ورسوله لابد أنهم آمنوا بهذه الأمور لقوله تعالى "**وَهُمْ بِالآَخِرَةِ هُمْ يُوْقِنُوْنَ**" (سورة لقمان، آية04).

وفي هذا قال الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم: "**واللهِ لَتَمُوْتُنَ كَمَا تَنَامُونَ، وَلَتُبْعَثُنَ كَمَا تَسْتَيْقِظُوْنَ**". هكذا يتضح لنا أن الفناء محقق والبعث واقع لا محالة.(إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم، 2006، ص55).

الفرع الثاني: التشريع في المدينة

بعد ما تعرض له الرسول صلى الله عليه وسلم من مضايقات من قبل كفار قريش بمكة، هاجر إلى المدينة وهنا سار الوحي منحى آخر، حيث أنزلت التشريعات التي تشتمل على طرق حياة المسلمين ومعاملاتهم. (إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم، 2006، ص56).

وهكذا نرى أن التشريع المدني جاء بما يلي:

I) توضيح أن الإسلام هو دين عقيدة وشريعة، فقد أبطل العصبية والقبلية الجاهلية واستبدلها بأخوة الدين، كما ألغى فكرة الطبقية ووضع مبدأ المساواة والمؤاخاة بين الناس فلا فرق في الجنس واللون والعرق والنسب، والمعيار في هذا هو التقوى. (إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم، 2006، ص56).

لقوله تعالى: "**يَا أَيُّهَا اَلنَاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمُ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى وَجَعَلْنَاكُمُ شَعَوْبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوْا إِنَّ أَكْرَمَكُمُ عَنْدَ اللهِ أَتْقَاكُمُ إِنَّ اللهَ عَلِيْمٌ خَبِيْرٌ**" (سورة الحجرات، آية 13).

II) كما أن في التشريع المدني دعوة إلى الجهاد في سبيل الله، وتحريم غزوات الجاهلية، وإباحة الحرب الدفاعية، لدفع العدوان عن الدين والوطن، فقد جاءت الشريعة الإسلامية بقواعد وأصول الحرب، داعية إلى عدم الغدر ومنع الاعتداء على المسلمين وتحريم قتل الأطفال والنساء والشيوخ، والعجزة والأسرى والجرحى، ومن التمثيل بالعدو. (إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم، 2006، ص56).

وهذا مصداقا لقوله تعالى: "**وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوْا بِمِثْلِ مَاَ عُوْقِبْتُمْ بِهِ، وَلَئِنْ صَبَرْتُمْ لَهُوَ خَيْرٌ لِلْصَابِرِيْنَ، وَأَصْبِرُ وَمَا صَبْرُكَ إِلاَ بَاللهِ وَلاَ تَحْزَنْ عَلَيْهِمْ وَلاَ تَكُ فَيْ ضِيْقٍ مِمَا يَمْكُرُوْنَ، إِنَ اللهَ مَعَ اَلْذِيْنَ اتَقَوْا وَاَلْذِيْنَ هُمْ مُحْسِنُوْنَ**" (سورة النحل، آية 126-127-128).

III) وضع الإسلام أيضا فكرة الدولة، وجعل طاعة السلطان واجبة.

قال تعالى: "**يَا أَيُهَا اَلْذِيْنَ آمَنُوْا أَطِيْعُوْا اللهَ وَأَطِيْعُوْا اَلْرَسُوْلَ وَأُوْلِيْ اَلْأَمْرِ مِنْكُمْ**" (سورة النساء، آية 59).

كما قال الرسول صلى الله عليه وسلم: "**من أطاعني فقد أطاع الله ومن عصاني فقد عصى الله، ومن يطع الأمير فقد أطاعني ومن يعصي الأمير فقد عصاني**" (رواه البخاري) وفي ذلك أيضا قوله تعالى: "**وَأَمْرُهُمُ شُوْرَىَ بَيْنَهُمُ**" (سورة الشورى، آية 38).

وهكذا يمكن القول أن الإسلام قد قيّد سلطة الدولة وركز طاعتها على أساس ديمقراطي، وجعل من أسسها مبدأ الشورى. (إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم، 2006، ص56).

IV) كما اهتمت أيضا الآيات المدنية بنظام الأسرة، وما يتعلق بها، فمثلا بالنسبة للزواج وحيث كان في الجاهلية لا وجود لحد في عدد الزوجات؛ إذ كان للزوج الحرية المطلقة في الزواج دون تحديد لعدد الزوجات، وجاء الإسلام وحد ذلك بقصره على أربع زوجات فقط، إضافة إلى معالجته لمسألة الميراث، فبعد أن كانت المرأة والصغير يحرمان من الميراث، جاء في القرآن ما يقر حقهم في ذلك، كما اهتم أيضا بنظام الطلاق. (إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم، 2006، ص57).

وفي ذلك قوله تعالى: "**ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ فَإِمسَاكُ بِمَعرُوفٍ أَوتَسرِيحُ بِإِحسَٰن وَلَا يَحِلُّ لَكُمُ أَن تَأخُذُواْ مِمَّآ ءَاتَيتُمُوهُنَّ شَيئًا إِلَّآ أَن يَخَافَآ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَإِن خِفتُم أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيهِمَا فِيمَا ٱفتَدَت بِهِۦ تِلكَ حُدُودُ ٱللَّهِ فَلَا تَعتَدُوهَا وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ**" (سورة البقرة، آية 229).

V) وفي مجال الملكية الفكرية الفردية نجد أن الإسلام حرم التعدي والنهي والاستيلاء على أملاك الغير بدون حق لقوله تعالى :"**يَا أَيُهَا اَلْذِيْنَ آمَنُوا لاَ تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِاَلْبَاطِلِ إَلاَّ أَنْ تَكُوْنَ تِجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ مَنْكُمُ وَلاَ تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمُ إِنَّ اللهَ كَانَ بِكُمُ رَحِيمَا**"(سورة النساء، آية 29).

ومن جهة أخرى أقر حرية التملك ولكن قيدها بواجب تأمين العدالة الاجتماعية، والتكافل الاجتماعي، وبذلك فرض الزكاة وبين أنها واجبة على الأغنياء حق للفقراء. (إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم، 2006، ص57).

قال تعالى:"**وَفِيْ أَمْوَالِهِمِ حَقٌ لَلْسَائِلِ وَاَلْمَحْرُوْمِ**" (سورة الذاريات، آية19).

وفيما يتعلق بالعقود، فقد أوجب الله تعالى الوفاء بها من خلال قوله تعالى: "**يَا أَيُهَا اَلْذِيْنَ آمَنُوْا أَوْفُوْا بِاَلْعُقُوْدِ**" (سورة المائدة، آية01).

كما أحل البيع وحَرَّمَ الربا والغش والاحتيال في العقود لقوله صلى الله عليه وسلم: "**لَيْسَ مِنَا مَنْ غَشَّ**" (رواه أبو داود).

واستمر التشريع في العصر النبوي حتى اكتمال الوحي المنزّل، ونزل قوله تعالى: "**اَلْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِيْنَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِيَ وَرَضِيْتُ لَكُمُ اَلْإِسْلَامَ دِيْنَاَ**" (سورة المائدة، آية03).

وقد كان هذا قبل وفاة خاتم الأنبياء والمرسلين، محمد صلى الله عليه وسلم بثلاثة (03) أشهر، كانت هذه آخر ما أنزل من آيات الأحكام، ولم ينزل بعدها شيء.

فهذه التشريعات لم تنشأ دفعة واحدة، بل كان وفقا للحاجة التي يستدعيها رفع الحرج عن المسلمين. (إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم، 2006، ص58).

من هذا كله يتضح لنا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ومن خلال الوحي المنزل إليه، اعتبر العرف الذي وجده قائما، إلا أنه لم يعتبره لأنه معمول به من الأزل ولكن لما فيه من صلاح.

وبذلك أقر ما فيه مصلحة راجحة ودفع ما فيه مفسدة غالبة. (بن غريب رابح، 2007، ص64).

"هذا هو موقف رسول الإسلام من أعراف العرب، إقرار وتنظيم ووحي السماء ينزل عليه بقرآن وسنة وما أقره لم يبق على ما كان عليه عادة وعرفا بل أصبح تشريعا واجب الإتباع ودينا يتعبد به" (بن غريب رابح، 2007، ص267).

المطلب الرابع: التشريع في القوانين المعاصرة

إن القوانين الوضعية والشرائع كانت تتكون تدريجيا من خلال العادات والأعراف، وبتطور الحياة وارتقائها، أصبح لها سلطة حاكمه، مما يجعلها في حاجة إلى تقنين يحكم المجتمع، هذا ما جعلها تقنن تلك العادات، التي تصبح نظاما ملزما في علاقات الناس ومعاملاتهم، فيحل بذلك القانون محل العادات وينسخ اعتبارها فيلغي ما هو غير صالح، ويبقى على ما يراه صالحا، وهكذا تكون العبرة لنصوص القانون وروحه ومقاصد شارعه. (بن غريب رابح، 2007، ص254).

وبذلك يختلف التشريع الصادر عن هيئة مختصة عن العرف الذي ينشأ تلقائيا بإتباع مجموعة من الأفراد داخل مجتمع واحد لسلوك معين مدة من الزمن. (بعلي محمد الصغير، 2006، ص37).

وهنا لابد من التطرق إلى مركز العرف بالنسبة إلى التشريع، حيث سنتناول العرف المكمل للتشريع في الفرع الأول، والعرف المساعد في الفرع الثاني.

الفرع الأول: العرف المكمل للتشريع

إن مركز العرف يتحدد مقارنة مع التشريع، باكتساب التشريع المركز الأول، بهذا لا يكون أمام القاضي سوى اللجوء إلى النصوص القانونية، سواء ما كان منها آمرا أو مكملا، ولا يتم لجوء القاضي إلى العرف بأي حال من الأحوال، وهنا وحيث لا يعترف المشرع بدور العرف المساعد، يكون على القاضي تطبيق القاعدة المكملة إذا لم تستبعد من قبل الأطراف المتعاقدة، دون اللجوء إلى العرف. (الخليلي حبيب إبراهيم، 2006، ص155).

الفرع الثاني: العرف المساعد للتشريع

في هذه الحالة لابد التمييز بين أمرين:

فقد يكون العرف مساويا للتشريع، حيث لا يمكن تصور تطبيق أحدهما دون الآخر، ويكون هذا في القواعد التشريعية التي تحيل للعرف تحديد مضمونها، وكذا في حالة القواعد التي تحيل إلى العرف للاسترشاد به في التعرف على إرادة المتعاقدين. (الخليلي حبيب إبراهيم، 2006، ص156).

ففي هته القواعد التي يستعان فيها بالعرف، نلمح نوعا من التكامل، بين التشريع والعرف، إذن لا يمكن أن نتصور فصل القواعد العرفية عن القواعد التشريعية، ولا إعطاء أي منهما مركزا تسبق فيه إحداهما الأخرى. (الخليلي حبيب إبراهيم ، 2006، ص156).

وقد يحتل العرف المرتبة الأولى بالنسبة للتشريع، ويكون هذا في حال القواعد المكملة التي تحيلنا إلى العرف، أين يقوم هذا الأخير بدور مساعد للتشريع.

هذه القواعد تعطي للعرف المركز الأول، أي حيث لا يوجد اتفاق بين الأطراف المتعاقدة يطبق القاضي القاعدة العرفية، فإن لم تنشأ قاعدة عرفية طبق القاضي القاعدة المكملة. (الخليلي حبيب إبراهيم، 2006، ص ص156-157).

خلاصة لما سبق يمكن القول، أن العرف قد احتل الصدارة لكل القوانين في العصور القديمة، وظل محتفظا بهذه المكانة لفترة من الزمن، فكان هو والقانون المكتوب في منزلة واحدة.

لكن بتقدم الزمن وتطور القانون، بدأ العرف يتلاشى ويضعف، إلا أنه لم يفقد مركزه كأحد مصادر القانون وإنما تحدد نشاطه نظرا للشروط التي وضعت لاعتباره.

وبارتقاء التشريع، ووضع الأسس والقواعد القانونية العامة، أصبح للعرف مجددا اعتبار في نطاق يقوم فيه بدور المساعد للقانون، غير حقله الأول الذي كان فيه العرف والقانون واحد.

المبحث الثاني: مفهوم العرف

بعد أن تناولنا نشأة العرف في المبحث الأول؛ سنتناول في المبحث الثاني مفهوم العرف ففي المطلب الأول تعريف العرف ثم حجيته في المطلب الثاني وأقسام العرف في مطلب ثالث وأخيرا تمييز العرف عما يشابهه من مصطلحات في مطلب رابع.

المطلب الأول: تعريف العرف

سنقوم بتعريف العرف لغة واصطلاحا.

الفرع الأول: التعريف اللغوي للعرف

جاءت كلمة عرف في "اللسان العربي" بعدة معان، "واستعمل العرف عند العرب في كل ما هو مضاد للشر".

إذ هو من المعروف ضد النكر وهو اسم فعل يعرف بالعقل والشرع حسنه. (الزبيري الحسيني محمد مرتضى، 1987، ص135).

وفي هذا استدل أهل اللغة بالقرآن الكريم في قوله تعالى: "**يَا بُنَيَ أَقِمْ اَلْصَلَوَةْ وَأْمُرْ بِاَلْمَعْرُوْفِ**" (سورة لقمان، آية17). وقوله أيضا: "**تَأْمُرُوْنَ بِاَلْمَعْرُوَفِ وَتَنْهَوْنَ عَنِ اَلْمُنْكَرِ**" (سورة آل عمران، آية 110)، وفي نفس السياق قال "ابن منظور": "**والمعروف كالعرف**". وقد أكد على أنه المعنى المستحسن من الأفعال. (جمال الدين أبو الفضل (ابن منظور)، 1996، ص155). مستدلا بقوله عز وجل: "**وَصَاَحِبْهُمَاَ فَيَ اَلْدُنْيَا مَعْرُوْفَاً**" (سورة لقمان، آية 15).

الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي للعرف

لقد تناول العلماء تعريف العرف، بأشكال متعددة، ومختلفة، حاول كل منهم حصر تعريفه في مجال رأى فيه مناط التعريف وأساسه.

وفي عرضنا لهته الدراسة، سنحاول عرض أهم التعريفات مع محاولة النقد واختيار التعريف الصحيح المقترح.

أولا: تعريف العرف حسب "الجرجاني"

"العرف هو ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول، وتلقته الطباع بالقبول". (كركار جمال، 2013، ص60).

ثانيا: تعريف العرف حسب "ابن عابدين"

وقد عرفه كما يلي: "**العادة مأخوذة من المعاودة، فهي بتكرارها ومعاودتها مرة بعد أخرى صارت معروفة مستقرة في النفوس والعقول، متلقاة بالقبول من غير علاقة، ولا قرينة حتى صارت حقيقة عرفية، فالعادة و العرف واحد**". (كركار جمال، 2013، ص61).

يعاب على هذا التعريف أنه سوى بين العرف والعادة، في حين أن هناك اختلافات بينهما وهو ما سنتناوله لاحقا.

ثالثا: تعريف العرف: حسب "مصطفى الزرقا"

حيث عرفه كما يلي: "**هي عادة جمهور قوم، في قول أو فعل**"، من خلال هذا التعريف وباشتماله على لفظ "جمهور"، نجد أنه يدل على اشتراط شيوع الأمر، حيث يكون برتبة العرف الخاص على الأقل كأن يكون شائعا عن جماعات معينة، كأصحاب حرفة واحدة مثلا، وبذلك لا يدخل في هذا التعريف الاثنين والثلاثة، أو الجماعات القليلة مثلا.

كما أن فيه بيان لانقسام العرف إلى عرف قولي وعرف عملي وهذا من خلال عبارة "قول أو فعل".

أما كلمة "قوم" والتي جاءت من دون (ال) للتعريف، يجعل المعني ينحو حول العرف الخاص. (كركار جمال، 2013، ص63).

رابعا: تعريف العرف عند بلا نيول (Planial)

عرف الفقيه الفرنسي "**بلا نيول**" العرف بأنه "**هو ذلك القانون الذي لم يصدر أبا عن هيئة تشريعية، فهو يتكون من قواعد العادة، والتي تكونت شيئا فشيئا مع مرور الزمن**".

من خلال هذا التعريف يتضح لنا أن العرف هنا، يعد أحد مصادر الرسمية للقانون. (آث ملويا بن شيخ حسين، 2006، ص39).

وجاء في تعريف العرف أيضا: "**أنه إطراد أو تكرار سلوك الناس في مسألة معينة، مع الاعتقاد بأن هذا السلوك ملزم لهم قانونا**".

وهكذا فالعرف يعد أساس تكوين القواعد العرفية، التي هي عبارة عن مجموعة من القواعد القانونية التي تكونت من خلال تكرار سلوك ما لمدة من الزمن مع الاعتقاد بإلزاميتها قانونا. (سي علي أحمد، 2009، ص ص 261-262).

ومن خلال كل هذه التعريفات، يمكن القول أن التعريف الراجح هو تعريف مصطفى الزرقا، حيث يعتبر ملما بمعنى العرف من حيث التعريف والأقسام والعناصر.

المطلب الثاني: حجية العرف

المقصود بالحجية أي صلاحية العرف لاستنباط الأحكام الشرعية منه، وإلزام الأشخاص المكلفين بها، فهي إذن تتضمن من جهة شرعية أخذ الحكم، ومن جهة أخرى مشروعية الإجبار عليه. (كمال الدين ومحمد علي، 2007، ص220).

وهذا ما سوف نتناوله على النحو التالي: حجية العرف من الكتاب في الفرع الأول، ثم حجية العرف من السنة في الفرع الثاني، وفي الفرع الثالث نتطرق لحجية العرف من الإجماع، ثم حجيته من المعقول في الفرع الرابع.

الفرع الأول: حجية العرف من الكتاب

استدل العلماء الذين اعتبروا العرف من مصادر الأحكام الفقهية بالأدلة الآتية:

قوله تعالى: "**وَعَلَى اَلْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِاَلْمَعْرُوفِ، لاَ يُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلاَ وُسْعَهَا**" (سورة البقرة، آية 233).

ووجه الاستدلال بهذه الآية الكريمة، أن الله تعالى قد بيّن حق المولود في الرزق والكسوة من غير تقديره بقدر معين بل ترك تقدير ذلك للعرف. (أحمد إدريس عوض، 1992، ص89).

ومن ذلك أيضا قوله تعالى "**خُذِ اَلْعَفْوَ وَأْمُرْ بِاَلْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ اَلْجَاَهِلِيْنَ**" (سورة الأعراف، آية 199).

وقد جاء معنى العرف في **تفسير القرطبي**، بمفهوم الجميل المستحسن من الأفعال، والشريعة هي تتبع كل ما أستحسن من عادات وطباع، وترك كل ما هو قبيح مستهجن. (كركار جمال، 2013، ص ص 87-88).

ما تم تناوله في هذا الصدد هو من قبيل الأدلة القرآنية الصريحة، أما ما يتعلق منها بالأدلة الضمنية، فنجدها من خلال إقرار القرآن الكريم لبعض عادات العرب عند نزوله، فيما يتعلق بالمعاملات والزواجز متى لم تخالف نصا، أو لم تعارض روحه، ومن أمثلة هذا "الأخذ بنظام الدية على العاقلة"، فهذه لا تجعل الدية عقوبة مصدرها العرف، لأن مشروعيتها تجيء من إقرار القرآن لها، لا من حيث وجودها كقاعدة عرفية حال نزوله وإنما تواتر إقرار العرف الصحيح

هو من يوجه المجتهد إلى جواز الاعتداد بهذا العرف السائد واعتباره دليلا. (كمال الدين ومحمد علي، 2007، ص223).

الفرع الثاني: حجية العرف من السنة النبوية الشريفة

إن السنة النبوية الشريفة، قد جاءت لتؤكد اعتبار الشريعة الإسلامية لعادات الناس وأعرافهم، وقد استدل الأصوليون بأحاديث عدة نذكر منها:

أولا: حديث ابن مسعود

عن ابن مسعود رضي الله عنه، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "**ما رآه السلمون حسن، فهو عند الله حسن**".

والشاهد هنا أن المسلمين لا يرون ما هو حسن إلا فيما اعتاده العامة من الناس قبلوه ووجد بينهم استحسانا. (كركار جمال، 2013، ص89).

فالأعراف لدى عامة الناس، تبنى على ما يرفع الحرج، ويفتح باب اليسر والخير، فيصبح ما هو متعارف بين الناس كالنظام المتكرر في قضاء الحاجات وبذلك يعملون منه ما تعارفه وجرت عليه عاداتهم. (كركار جمال، 2013، ص ص 89-90).

ثانيا: حديث هند زوجة أبي سفيان

وفي هذا قوله صلى الله عليه وسلم: "**خذي من مال أبي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف**".

ووجه الاستدلال هنا، هو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بيّن حق الزوجة والابن في مال الزوج، دون تحديده بمقدار معين تاركا ذلك للعرف. (أحمد إدريس عوض، 1992، ص89).

ثالثا: ما جاء عن عروة بن أبي الجعد البارقي رضي الله عنه

عن عروة بن أبي الجعد البارقي رضي الله عنه، أن النبي صلى الله عليه وسلم: "**أعطاه دينارا ليشتري له به شاة، فاشترى له بها شاتين، فباع إحداهما بدينار وجاءه بدينار وشاة، فدعا له بالبركة في بيعه وكان لو اشترى التراب لربح فيه**"؛ يتضح لنا من خلال هذا الحديث، دلالة اعتبار الأذن العرفي، فيكون بذلك الوكيل مأذون له بمخالفة الموكل إذا كان في ذلك خيرا له، حيث يعد ذلك من مقاصده، ولو لم يصرح بذلك. (كركار جمال، 2013، ص90).

أما ضمنيا، فنجد أن الشارع قد اعتبر العرف في العديد من الأحكام حيث أقره مع إحداث تعديل فيه هذا من جهة، كما أقره كما هو من جهة أخرى، حيث أقر بعض أنواع البيوع والرهون والايجارات وغيرها من أنواع المعاملات. (الجياش عبد الحميد، 2009، ص129).

وكما نهى عن بعض المعاملات المفضية للفساد، ومثاله: ربا النسيئة والفضل وبيع الغرر. (كركار جمال، 2013، ص91).

الفرع الثالث: حجية العرف من الإجماع

أما الإجماع فالثابت إقرار الصحابة الذي كانوا منتشرين في الأقطار الإسلامية، وبذلك أخذوا من عاداتها، وهكذا يمكن القول أنه جرى الإجماع على الأخذ بهذه الأعراف الصحيحة، وبذلك ثبتت حجية العرف بالإجماع.

ولم يقف الأمر عند هذا، بل عد من أسباب الخلاف بين الفقهاء في الوقائع الجزئية الاختلاف في المكان. (علي السيد وكمال الدين والشافعي، 2002، ص ص 190، 191).

ومن هنا يمكن القول أن العرف قد يستند إلى الإجماع العملي بمعنى أن يكون الدليل هو الإجماع ويكون بذلك هو سند اعتبار العرف وملاحظته في الحادثة المطروحة.

كأن يتعارف الناس في عصر من العصور على عمل ما ويبقى ذلك سائرا لمدة طويلة ولا يتم إنكاره من أحد ومثاله عقد الإستصناع فقد عمل به الناس لمدة طويلة، إذن مستند الإستصناع هو الإجماع على تعارف الناس عليه. (الورقي بن عبد الله سعود ، "د.س.ن"، ص20).

الفرع الرابع: حجية العرف من المعقول

أولا:

المتبع لفروع الشريعة الإسلامية يجد أن نصوصها الشرعية، جاءت لمصالح الناس وليس أقوم لمصالحهم إلا اعتبار أعرافهم وعاداتهم الفردية والجماعية وبذلك أقرت بعض الأعراف التي كانت موجودة قبل مجيء الإسلام، ومثاله بيع السلم والمضاربة وكل ما اعتبره الشارع صالحا للبقاء في ظل الإسلام.

ثانيا:

أنه لولا اطراد العادات لما تمت معرفة الدين ولا فروعه فوجب بذلك اعتبارها في الأحكام.

هنا يذهب علماء القانون والاجتماع إلى القاعدة القانونية هي قاعدة اجتماعية قبل كل شيء ولما كل المجتمع مكمن الأعراف كان للعرف سلطان كبير لدى فقهاء القانون (إشارة من الأستاذ المشرف).

وما يبين أهمية العرف في هذا الصدد، ما اشترط في الفقيه من معرفة متميزة بالواقع الذي يعيش فيه وأن يفتي للناس أو يقضي بينهم أو يعلمهم في ظل ظروفه وأوضاعه هذا إضافة لما يملك من معرفة علمية متميزة. (العوا محمد سليم، 2013، ص362).

ثالثا:

أن العوائد الجارية لابد وأن تكون ذات ضرورة وأهمية، فلا يستقيم التكليف إلا باعتبارها بدليل أن العادة دلت على أن البذور هي سبب لنبات الزرع، والزواج سبب للنسل والتجارة سبب لنماء المال، وغيرها من العادات وهكذا إذن شرعت الأحكام الخاصة بالمزارعة، والمساقات والزواج وغير ذلك مما يدل على وقوع المسببات عن أسبابها. (باجنيد عبد الرحمن إلهام عبد الله، 2003، ص ص 94-95).

المطلب الثالث: أقسام العرف

ينقسم العرف إلى أقسام عدة كل حسب اعتباره؛ فينقسم بحسب مظهره إلى عرف قولي وعرف عملي وهذا ما سنتناوله في الفرع الأول، ثم ينقسم باعتباره مصدره إلى عرف عام وعرف خاص وعرف شرعي وهذا ما سنتعرض إليه في الفرع الثاني وفي الفرع الثالث سنتناول العرف باعتبار مشروعيته والذي ينقسم إلى عرف صحيح وعرف فاسد.

الفرع الأول: العرف باعتبار مظهره

وفيه سنتناول العرف القولي والعرف العملي:

أولا: العرف القولي

"**هو ما تعارفه الناس من إطلاق لفظ على معنى خاص، حيث لا يتبادر عند سماعه غيره**" ومن أمثلة العرف القولي، تعارف الناس على إطلاق لفظ الولد على الذكر بالرغم من أنه في اللغة يشمل الذكر والأنثى (إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم (أ)، 1999، ص118).

كما جاء ذكره في القرآن الكريم في قوله تعالى: "**يُوصِيكُمُ اللهُ فِيْ أَوْلاَدِكُمُ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ اَلْأُنْثَيَيْنِ**" (سورة النساء، آية 11).

ثانيا: العرف العملي

يقصد به أن اللفظ المسمى عام واعتاد الناس استعماله على بعض أفراه دون البعض الآخر ومن أمثلة ذلك إطلاق لفظ (الطعام)، فهو موضوع في اللغة على كل ما يطعم وأن يكون استعمالها من قبل الناس في المعنى. (الخضري محمد، 2003، ص183).

الفرع الثاني: العرف باعتبار مصدره

سينصب مجال دراستنا في هذا الفرع حول العرف العام، العرف الخاص والعرف الشرعي.

أولا: العرف العام

"**هو ما يتعارفه الناس جميعا في عصر من العصور**" ومثاله تعارف الناس على بيع التعاطي من غير لفظ. (إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم، (ب)، 1999، ص178).

كما يمكن القول أن العرف العام هو العرف الذي يتفق عليه الناس في كل مناطق قطر معين في عصر من العصور، فهو بذلك يتكون من تعارف الناس على اختلاف طبقاتهم وهو بهذا يختلف عن الاجماع الذي يتم باتفاق جميع مجتهدي أمة محمد صلى الله عليه وسلم، في عصر من العصور بعد وفاة النبي صلى الله عليه وسلم دون عامة الناس. (أحمد إدريس عوض، 1992، ص88).

ثانيا: العرف الخاص

العرف الخاص هو ما يتعارف عليه أهل بلد ما دون غيره من البلدان أو حرفة دون أخرى، كأن يعتاد أهل بلد ما على لباس معين في المناسبات أو أن يثبت التجار ديونهم من خلال دفاترهم التجارية ومن دون إشهاد أو على اعتبار أصحاب حرفة ما على يوم معين يكون يوم عطلتهم. (كمال الدين ومحمد وعلي، 2007، ص217).

ثالثا: العرف الشرعي

هو اللفظ الذي يستعمل من قبل الشارع، يراد به معنى خاص كالصلاة التي نقلت من معناها اللغوي الذي يقصد به الدعاء إلى معناها الاصطلاحي المتمثل في الحركات المبتدئة بالتكبير والمختتمة بالتسليم. كذا الصيام من معناه الذي يقصد به مطلق الإمساك إلى الإمساك الخاص. (علي السيد وآخرون، 2002، ص186).

الفرع الثالث: العرف باعتبار مشروعيته

سنتناول في هذا الفرع كلا من العرف الصحيح والعرف الفاسد.

أولا: العرف الصحيح

وهو ما لا يخالف أحكام الشريعة وقواعدها ومبادئها العامة ولا يتعارض مع نصوصها، هذا النوع هو المعتمد لدى الفقهاء لتستنبط من خلاله الأحكام والفروع. (الشرنباصي علي السيد رمضان ، 2007، ص ص 236-237).

ثانيا: العرف الفاسد

وهو ما يتداول من سلوكيات مخالفة للشريعة من خلال تحليل الحرام أو إبطال الواجب ومنه تعارف الناس على بعض المنكرات في مناسباتهم سواء منها العائلية أو الدينية. (أحمد إدريس عوض، 1992، ص87).

المطلب الرابع: تمييز العرف عما يشابهه من مصطلحات

سنتناول في هذا المطلب تميز العرف عن العادة في الفرع الأول، ثم تمييزه عن الإجماع في الفرع الثاني ثم في الفرع الثالث العرف وتفسير النصوص وأخيرا العرف والترجيح في الفرع الرابع.

الفرع الأول: العرف والعادة

أولا: العادة لغة

هي الدُرْبَةُ والتمادي في الشيء حتى يصير له سجية، وجمعها عَادٌ، عَادَاتٌ وعَوَائِدٌ؛ سميت كذلك لأن صاحبها يعاودها أي يرجع إليها من حين لآخر. (باجنيد عبد الرحمن إلهام عبدالله، 2003، ص38).

ثانيا: العادة اصطلاحا والعلاقة بينها وبين العرف

لقد اختلفت التعريفات بين العادة والعرف وهذا الاختلاف يبنى على اختلاف نظرتهم في العلاقة بينهما.

I) فهناك من يرى التلازم بينهما وأن تكرار الأمر ومعاودته يؤدي لا محالة إلى الاستقرار متى تلقته الطباع السليمة بالقبول. (باجنيد عبد الرحمن إلهام عبد الله، 2003، ص39).

مما يجعل العادة والعرف واحد حسبهم، من هؤلاء **الإمام النسفي** –رحمه الله– الذي عرّف العادة بقوله: "العادة ما استمروا عليه وعادوا له مرة بعد أخرى".

وكذا الإمام الجرجاني، الذي جاء في تعريفه للعادة ما يلي: "**ما استمر الناس عليه على حكم العقول وعادوا إليه مرة بعد أخرى**". (باجنيد عبد الرحمن إلهام عبد الله، 2003، ص39).

II) بينما هناك من يرى وجود فرق بينهما؛ إذ من الفقهاء من يرى أن العلاقة بين العادة والعرف علاقة عموم وخصوص والعرف أعم، إذ لو أطلق لفظ العرف لشمل ذلك العرف القولي والعملي على حد السواء، أما إذا أطلقنا لفظ العادة فينصرف ذلك إلى العرف العملي فحسب وهذا هو قول الحنفية. (باجنيد عبد الرحمن إلهام عبد الله، 2003، ص41).

غير أن هناك من الباحثين المحدثين من جعل من العادة أعم من العرف، فتطلق العادة على كل من العادة الجماعية والعادة الفردية، خلافا للعرف الذي يقتصر على العادة الجماعية وهنا تصدق مقولة أن "كل عرف عادة وليست كل عادة عرف". (الشرنباصي علي السيد رمضان ، 2007، ص235).

إذن العادة هي بمثابة العرف العام الذي يتوارثه الأجيال جيلا بعد جيل، عن طريق الحفظ والسماع وهو بذلك يطبق على كل ماله علاقة بمسائل الأحوال الشخصية من زواج وطلاق ونسب وغير ذلك.

ويمكن أن نجدها أيضا في انتقال الملكية كالبيع والهبة والوصية كما أنها تطبق على الجرائم باختلاف أنواعها وتحديد عقوبتها وكذا على إجراءات المتابعة حتى آخر مرحلة وهي مرحلة تنفيذ العقوبة. (آث ملويا بن شيخ حسين ، 2006، ص44).

أما العرف فيمثل تلك التعديلات التي ترد على العادة والتي يكون منشؤها غالبا القانون الخاص لقرية ولا يمكن تطبيقه إلا على المناطق التابعة لها وهو بذلك يعد بمثابة العرف المحلي.

وللتوضيح أكثر يمكن أن نسوق هذا المثال: ففي حالة النزاع بين أشخاص من قبيلة واحدة هنا نكون بصدد العرف، أما إذا كان هذا النزاع من قبيلتين فهنا نكون أمام ما يسمى بالعادة. (آث ملويا بن شيخ حسين ، 2006، ص44).

الفرع الثاني: العرف والإجماع

أولا: الإجماع في اللغة

بمعنى الإحكام والعزيمة على الشيء وفي الحديث "**من لم يجمع الصيام من الليل فلا صيام له**".

والإجماع هو تجمع الشيء المتفرق جميعا، فإذا جعلته جميعا بقي كذلك ولم يكد يتفرق.

ثانيا: الإجماع اصطلاحا

فهو عند الأصوليين: اتفاق مجتهدي الأمة في عصر على أمر ولو كان فعلا اتفاقا كائنا بعد النبي صلى الله عليه وسلم. (باجنيد عبد الرحمن إلهام عبد الله، 2003، ص45).

وبالتالي يمكن القول أن هناك اختلاف بين العرف والإجماع يمكن سياقه كالآتي:

I) أن العرف يكون من خلال توافق غالبية الناس؛ سواء العامة منهم أو الخاصة على قول أو فعل، أما الإجماع فيكون باتفاق المجتهدين على حكم شرعي عملي.

II) أن العرف كما يتحقق بتوافق جميع الناس، يتحقق بتوافق غالبيتهم، من ذلك فالموقف الشاذ من قبل البعض لا ينقض العرف، بخلاف الإجماع الذي لا يمكن تحققه إلا باتفاق كافة المجتهدين في عصر من العصور ولو خالفه مجتهد واحد ينقض الإجماع.

III) أن الحكم المستند إلى الإجماع الصريح، مثله مثل الحكم المستند إلى النص، لا مجال فيه للاجتهاد، خلافا للعرف الذي يمكن إثبات غيره بتغير الأعراف في أجزاء منها، أي ليس للعرف قوة الحكم الذي سنه الإجماع. (كمال الدين ومحمد وعلي، 2007، ص227).

ويتفق كلاهما فيما يلي:

I) أن كليهما من مصادر الأحكام الشرعية.

II) ينقسم العرف إلى عام وخاص، وكذا الإجماع فينقسم إلى إجماع كل المجتهدين، كما قد ينصرف إلى إجماع الصحابة أو إجماع آل البيت وبذلك ففي الإجماع أيضا عموم وخصوص.

III) أنه يتغير العرف بتغير الأثر المترتب عليه، كذلك الحال بالنسبة للإجماع الذي سنده مصلحة فيتغير بتغير تلك المصلحة. (كمال الدين ومحمد وعلي، 2007، ص228).

الفرع الثالث: العرف وتفسير النصوص

يمكن القول هنا أن للعرف الأثر البالغ في تفسير النصوص سواء منها النصوص الشرعية والتي مصدرها الشارع الحكيم أو النصوص الوضعية.

أولا: النصوص الشرعية

يقول الإمام الشاطي في موافقاته: "لابد لمن أراد الخوض في عالم القرآن والسنة معرفة عادات العرب في أقوالهم وأفعالهم ومجاري عاداتهم حالة التنزيل من عند الله والبيان من رسوله لأن الجهل بها موقع في الإشكالات التي يتعذر الخروج منها إلا بهذه المعرفة".

على هذا اتفق الفقهاء أن صيغ العقود والعبارات المنشئة للتصرفات القانونية، يرجع في تفسيرها إلى العرف. (بن غريب رابح، 2007، ص284).

كما جاء في قواعدهم: "**مطلق الكلام فيما بين الناس ينصرف إلى المتعارف**". ولذلك قالوا: "أن الأيمان تبنى على العرف" فلو حلف أحد على أن لا يدخل بيتا، فإنه لا يحنث بدخول الكعبة أو المسجد، مع أن الله سبحانه وتعالى سمى الكعبة بيتا في قوله تعالى: "**إِنَ أَوَلَ بَيْتٍ وُضِعَ لِلْنَاسِ لَلْذِيْ بِبَكَّةَ مُبَارَكًا**". (سورة آل عمران، آية 96). والمساجد في قوله تعالى: "**فِيْ بُيُوْتٍ أَذِنَ اللهُ أَنْ تُرْفَعَ وَيُذْكَرَ فَيْهَا اِسْمُهُ**" (سورة النور، آية 36)، وأمثلة هذا كثيرة ومتنوعة في كتب الفقه. (بن غريب رابح، 2007، ص ص284-285).

ثانيا: النصوص القانونية

أما عن النصوص القانونية، فيمكن القول أن الأصل فيها أن القاضي يكون ملتزما بالمعنى المباشر للنص العربي لهذه القاعدة القانونية، وفي حالة غموض النص فعلى القاضي الاجتهاد،

لمعرفة سبب غموض النص، ثم بعد ذلك يرى المعاني ذات الدلالة حسب التخصيص الفقهي أو القانوني لألفاظ النص، فما كان منها خصص له معنى خاص سار عليه، سواء أكان هذا التخصيص بالنص في القانون ذاته أم أنه تخصيص بالعرف أم بالشرع في مصدر من مصادره. (حسين شحاته أحمد، 2009، ص39).

وإذا صعب عليه الأمر عاد إلى المذكرة الإيضاحية التي وضعت أثناء مناقشة القانون في البرلمان لما فيها من تفصيلات ومبررات لهذه القاعدة القانونية ثم إلى الكتب ذات الشروحات الفقهية المكتوبة من قبل أساتذة متخصصين وإن لم تجد هذه الوسائل فعليه بالاجتهاد وتفسير هذا النص حسب رأيه وقد يفسر المشرع، وهنا على القاضي الالتزام بهذا التفسير. (حسين شحاته أحمد ، 2009، ص39).

الفرع الرابع: العرف والترجيح

إن العرف قد يعتبر في بعض الأحيان قرينة مرجحة عند التنازع في الحقوق فإذا تنازع الزوجان حول متاع البيت ولا بينة لأحدهما نحكِّم العرف، فما اعتبر من اختصاص الرجل يحكم له به بعد يمينه وما اعتبر من اختصاص المرأة حكم لها به مع اليمين إلا أن يكون لأحدهما تجارة أو صنعه تصلح للأخر. (بن غريب رابح، 2007، ص285).

من خلال استقرائنا لما سبق تناوله في هذا المبحث المتعلق ببيان مفهوم العرف، يمكن أن تستنتج أن العرف وإن اختلف حوله حيث هناك من الفقهاء من يرى فيه مصدرا مستقلا من مصادر التشريع وهناك من يرى أنه مصدر تابع، إلا أنه ورغم هذا الاختلاف فلا يمكن إلغاء دور العرف وأهميته في مجالات عدة، فنجده في إنشاء الأحكام كما في تعديلها أو تفسيرها وحتى في تطبيقها.

هذه المرونة التي اتسم بها العرف جعلته صالحا لكل زمان ومكان مما جعل منه المصدر الملائم والمناسب للتشريع رفعا للحرج عن الناس وجعله المصدر الأول للتشريع في العصور القديمة وأحد المصادر ذات الأهمية في العصر الحديث وما سيأتي لأن فيه ملائمة لمستجدات العصر مع الاحتفاظ بالمبادئ العامة للتشريع، ضمانا لاستقرار المجتمع لذلك ظلت الأعراف النمرقة الوسطى بين ذوي الاتجاه التجديدي والمحافظ في كل شؤون المجتمع. (الوردي علي- بتصرف-، 1995، ص102).

الفصل الثاني

أثر العرف في قانون الأسرة الجزائري

لقد ظهر اصطلاح الأحوال الشخصية لأول مرة في القانون الروماني، وهذا في مقابل الأحوال العينية، التي تتعلق بالمسائل المالية؛ وبعد ذلك تبناه الفقه الإيطالي خلال القرنين الثاني عشر (12) والثالث عشر(13)، ثم استعمل كأحد قسمي القانون المدني. (بلحاج العربي، 2005، ص13).

كما استعمل في القرون الأولى من الحضارة الإسلامية في باب الفقه تحت مسمى المعاملات؛ إذ انقسم الفقه حينها إلى قسم العبادات وقسم المعاملات، ثم بعد ذلك استعمله "**قدري باشا**" في كتاب سماه "الأحكام الشرعية في معرفة الأحوال الشخصية".

ومن خلال هذا المدلول يتضح لنا أن الأحوال الشخصية تهتم بالمسائل المتعلقة بالحالة الأهلية والولاية على المال وكذا المسائل المتعلقة بالأسرة من زواج وطلاق، إضافة إلى الوصايا والمواريث.

ونجد أن بعض التشريعات العربية حملت مسماه، من بينها مصر وسوريا، بينما أطلق عليه المشرع الجزائري اسم "قانون الأسرة" حاله في ذلك حال المشرع اللبناني الذي سماه "بقانون العائلة". (تقية عبد الفتاح، 2000، ص20)

حيث أن قانون الأسرة الجزائري مستمد من الشريعية الإسلامية بمختلف مصادرها، لأن العرف هو أحد مصادر قانون الأسرة الجزائري، فسوف نحاول في هذا الفصل بيان أثر العرف في قانون الأسرة الجزائري.

المبحث الأول: تاريخ تطور قانون الأسرة الجزائري

إذا ما أردنا معرفة تطور قانون الأسرة الجزائري، لابد لنا من القيام بجولة قصيرة عبر المراحل التاريخية، ثم بعد ذلك نحاول تقديم مفهوم لقانون الأسرة الجزائري.

المطلب الأول: مراحل تطور قانون الأسرة الجزائري

في هذا المطلب سنتناول قانون الأسرة الجزائري في مرحلة ما قبل الاستعمار في الفرع الأول، ثم مرحلة الاحتلال في الفرع الثاني وأخيرا مرحلة ما بعد الاستقلال في الفرع الثالث.

الفرع الأول: قانون الأسرة الجزائري خلال مرحلة ما قبل الاستعمار (قبل سنة 1830)

اتسمت هذه المرحلة بإخضاع مادة الأحوال الشخصية لأحكام القرآن الكريم والسنة النبوية، فالقاضي خلال هذه المرحلة يعمد إلى استنباط أحكامه ابتداءا من القرآن الكريم ثم السنة النبوية الشريفة وإن لم يجد يجتهد.

كما كانت له الحرية في الاعتماد على آراء الفقهاء والفتاوى، كما قد يأخذ برأيه اعتمادا على تفسيره الخاص. (تشوار الجيلالي، 2012، ص4)، ولا ندري إن كان يعتبر سابقة ملزمة لمن بعده أم لا وهذا يفتح مجالا لباحث قادم؟

غير أنه وخلال فترة حكم الدولة العثمانية كان لزاما على القاضي استنباط أحكامه من المذهب الحنفي إذ كان هو المذهب الغالب آنذاك، فيما عدا ما يتعلق بالقضاء في الدولة الأندلسية التي كانت تسير وفقا للمذهب المالكي. (تشوار الجيلالي، 2012،ص4)

إذن يمكن القول أن الأسرة الجزائرية وقبل الاحتلال الفرنسي كانت خاضعة لأحكام وقواعد الفقه الإسلامي، وكذا للمعاملات والأعراف ذات الطابع المحلي. (بلحاج العربي، 2005، ص18)

الفرع الثاني: قانون الأسرة الجزائري خلال الاستعمار (بين1830-1962)

خلال فترة التواجد الفرنسي بالجزائر كانت السياسة الاستعمارية تعمل على دمج نظريات الفقه الإسلامي في القانون الفرنسي، من خلال جعل فلسفة نابليون، إذ يذهب كثير من مؤرخي

الفقه والقانون إلى أن قانون نابليون الشهير ظهر بعد الحملة الفرنسية على مصر وقد اقتنوا نسخة من شرح خليل في الفقه المالكي، التي كان لها أثرا شديد الوضوح في القانون المدني الفرنسي مما يعني أن بضاعتنا ردت إلينا. (إشارة من الأستاذ المشرف).

هذه الفلسفة التي تخدم وبصورة واضحة الأغراض الاستعمارية وهذا ما يحد ويضيق من إعمال أحكام الشريعية الإسلامية، كما كان المحتل يدعي بأن الفقه الإسلامي مثله مثل القانون الكنسي المسيحي؛ حيث أنه نظام غير قابل للتطور والتغير يملؤه نوع من الجمود الفكري والتقليد باعتبار أنه يعتمد على الأفكار الدينية والأعراف (بلحاج العربي، 2005، ص18)

وهو ما جسدته على أرض الواقع الغرفة الإستئنافية للمسائل الشرعية في الجزائر العاصمة، حيث تبنت سياسة قانونية هدفها القضاء على أحكام الفقه الإسلامي وأحلت محلها وبصورة تدريجية أحكام القانون المدني الفرنسي وبذلك تكون قد فرضت نوعا من التبعية القانونية القضائية. (بلحاج العربي، 2012، ص ص 27-28)

من جهة أخرى فقد تدخل المشرع الفرنسي في قانون الأسرة الاسلامي وكذا نظام العائلة الجزائرية وهذا من خلال مجموعة من التشريعات نذكر منها: القانون الخاص بالخطبة وسن الزواج الصادر في 02 ماي 1930، كذا المرسوم المتعلق بالحالة القانونية للمرأة الجزائرية الصادر بـ:19 ماي 1931 والأمر المتعلق بتنظيم القضاء الإسلامي الصادر بتاريخ 23 نوفمبر 1944، هذا بالإضافة للأمر المتعلق بأحكام المفقود والوصاية والحجر الصادر في 11جويلية1957، والأمر المتعلق بكيفية إثبات الزواج المؤرخ في 04 فيفري 1959، إضافة إلى المرسوم المتعلق بتنظيم الزواج وانحلاله المؤرخ في 17 سبتمبر 1959. (بلحاج العربي، 2012، ص28)

ما يمكن ملاحظته في هذا الصدد أن التشريع الفرنسي كان يهدف إلى إعمال العادات والتقاليد والأعراف حتى تكون راسخة لدى المواطنين الجزائريين؛ حيث عمد إلى حرمان المرأة القبائلية من الحق الذي أعطاه لها الشارع الحكيم في الميراث ورسخ العرف المحلي حتى يبعد أحكام الشريعة الإسلامية، هذا من خلال المرسوم المؤرخ في 19 ماي 1931 السابق ذكره.

هنا لابد لنا من الإشارة إلى مشروع قانون الأحوال الشخصية الذي قام به الفقيه المقرب من الدوائر الاستعمارية "مارسال موران Marcel Morand"، سنة 1916. (بلحاج العربي، 2012، ص28)

مع أن هذا القانون كان شديد البشاعة ويناقض روح الحداثة الأوربية إلا أنهم تمسكوا به في اعتقادنا لخلق تشريع موازي للأعراف الصحيحة للمبادئ الإسلامية، لكنها الغاية التي تبرر الوسيلة وهو ما أدى إلى استنكاره من قبل الشعب الجزائري وبالتالي استبعاده.

أخيرا يمكن القول أن نظام الأسرة في الجزائر أثناء العهد الاستعماري كان يستمد أحكامه ومبادئه من الفقه الإسلامي وأحكام الشريعة الإسلامية. (بلحاج العربي، 2012، ص29)

الفرع الثالث: قانون الأسرة الجزائري بعد الاستقلال (1962-2005)

إن التشريع خلال هذه الفترة مر بنوع من الفراغ القانوني، حيث كانت الجزائر حينئذ حديثة العهد بالاستقلال وبهذا كان لزاما العمل وفقا لقواعد النظام الفرنسي وهذا لسد الفراغ التشريعي والقانوني وبقى الحال على هذا إلى غاية صدور قانون 29 جوان 1963 الذي يتعلق بتنظيم سن الزواج وإثبات العلاقة الزوجية والأوامر الصادرة بـ 23 جوان 1966 و16سبتمبر1969 و22 سبتمر 1971، هذه الأوامر الخاصة بكيفية إثبات الزواج. (بلحاج العربي، 2012، ص29)

قد قام المشرع الجزائري بإلغاء القانون الفرنسي بالأمر الصادر في 05 جويلية 1973 والذي دخل حيز التنفيذ في 01 جويلية 1975 وقد قام بعد ذلك بإجراء حركة تشريعية وطنية ذات نطاق واسع ألغت من خلالها المحاكم الشرعية وتم نقل اختصاصها إلى الحكم المدني. (دكار أحمد ، (د.س.ن)، ص85).

بذلك كان أول تشريع نظم الأسرة بعد الاستقلال هو القانون رقم 11/84 الصادر في 09 يونيو 1984، المستمد في أغلبه من الشريعة الإسلامية الفقه المالكي خصوصا وإن كان قد جنح في بعض أحكامه إلى غير الفقه المالكي رفعا لبعض الحرج عن الناس وتوسيعا عليهم، هذا بعد أن كان المستعمر يحاول طمس هوية الشعب الجزائري العربية والإسلامية ولكن دون جدوى. (تقية عبد الفتاح، 2000، ص15)

المطلب الثاني: مفهوم قانون الأسرة الجزائري

سنتناول في هذا المطلب، تعريف قانون الأسرة الجزائري في الفرع الأول ثم تحديد مصطلح مصادر قانون الأسرة الجزائري في الفرع الثاني وأخيرا علاقة قانون الأسرة الجزائري بغيره من القوانين في الفرع الثالث.

الفرع الأول: تعريف قانون الأسرة الجزائري

يعد قانون الأسرة الجزائري من بين القوانين العربية المتأخرة من الناحية التاريخية، فقد تم صدوره سنة 1984، هذا القانون الذي لم يتبن مذهبا واحدا وإنما اعتمد فيه على الفقه المقارن بمذاهبه.

أما عن العمل القضائي قبل صدور هذا القانون فقد كان يعتمد بشكل واضح على الأحكام الفقهية والنصوص الشرعية.

وقد جاء هذا القانون لينظم في موضوعاته مسائل الزواج، الطلاق وآثارهما والنيابة الشرعية إضافة إلى أحكام الميراث والتبرعات. (بن شويخ الرشيد (أ)، 2008، ص ص 8، 9)

وإذا ما أردنا معرفة الأحكام المتعلقة به نجدها تنقسم إلى قسمين:

أولا: الأحكام الثابتة

يراد بها الأحكام التي تتضمنها قوانين الأحوال الشخصية أو قانون الأسرة الجزائري التي تعد من المواضيع الأساسية المستقرة والتي اعتبارا لأهميتها تتجسد في القانون، وهي بذلك المسائل المستمدة من تلك النصوص القطعية والتي تتسم بالثبات، غير أننا إذا ما أردنا ضبط أحكامها فإن ذلك قد يستدعي منا تنظيمها وصياغتها من أمثلتها: أحكام الزواج والطلاق والميراث والنيابية الشرعية. (بن شويخ الرشيد(أ)، 2008، ص14)

ثانيا: الأحكام المتغيرة

ويقصد بها أيضا الأحكام التي يتضمنها قانون الأسرة، غير أنه يمكن إخراجها من نطاقه إلى قوانين أخرى ومثاله الهبة على أساس أنها تعد من التصرفات المنتجة لأثارها في الحال وإن كان موضوعها يحمل في طياته صفة التبرع، من المعروف في هذا الصدد عدم الرجوع في الهبة من قبل الواهب والحالة الوحيدة التي يمكن فيها الرجوع هي هبة الوالد لولده، فبالرغم من أن هذا أمر مستهجن من قبل المجتمع إلا أن العرف فيها سائد وهو ما يبين لنا سلطة العرف في الوجدان الجزائري.

بالرغم من هذا فإنه لابد أن يكون مكانها الأصلي هو القانون المدني.

كذلك الحال بالنسبة للوقف كموضوع تناولته نصوص قانون الأسرة فإنه وبصدور قانون 1991 فإنه بهذه الصفة لابد أن يخرج عن قانون الأسرة. (بن شويخ الرشيد (أ)، 2008، ص14)

كما يقصد بالأحكام المتغيرة النصوص القانونية التي ورد خطأ في صياغتها من قبل المشرع سواء من حيث الشكل أو الموضوع، فإنه لابد من تعديلها بما يتلاءم والمقتضيات الشرعية والقانونية، كذلك الحال بالنسبة للموضوعات المستمدة من الفقه، والتي تحتوي على آراء عدة فإن الأخذ برأي دون الآخر هو أمر مباح ومسموح، فسواء أخذ المشرع بأحد هذه الآراء أو حاول الجمع بين عدة آراء ومذاهب، فهذا ليس من عمل المشرع الجزائري فحسب بل إن غالبية التشريعات العربية تعمل وفقا لهذا الأساس. (بن شويخ الرشيد(أ)،2008، ص ص 14-15)

الفرع الثاني: تحديد مصطلح مصادر قانون الأسرة الجزائري

لتحديد مصطلح مصادر قانون الأسرة الجزائري سنتناول هذا من شقين الشق الأول باعتباره مستمد من أحكام الشريعة الإسلامية والثاني على أساس أنه من القوانين الصادرة من هيئة مختصة والمتمثلة في السلطة التشريعية.

أولا: الشريعة الإسلامية كمصدر لقانون الأسرة الجزائري

كما سبق الذكر فإن الشريعة الإسلامية هي المصدر الذي استنبط منه قانون الأسرة الجزائري أحكامه، بمعنى أن نصوصه سيقت في إطار الشريعة الإسلامية باعتبارها الأصل، سواء فيما تعلق منها بالنصوص الشرعية أو الأحكام الفقهية.

ولعل السبب في ذلك مرده إلى أن مجال هذه الدراسة ليس منصبا على هذه المصادر في حد ذاتها بل للاستدلال من خلالها على أحكام قانون الأسرة، بعد ذلك ننسبها إلى هذه المصادر. (بن شويخ الرشيد (أ)، 2008، ص12)

ثانيا: القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية كمصدر لقانون الأسرة الجزائري

لقد ورد النص على المصادر الرسمية للقانون في الفقرة الثانية من نص المادة الأولى للقانون المدني، المادة 2/1 ق.م.ج: "وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف". (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، الأمر 58/75، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975)

ما يمكن استنتاجه من نص هذه المادة، أن قانون الأسرة، يندرج أيضا ضمن مجموعة القوانين التي ينطبق عليها نص المادة 2/1 ق.م.ج وللتوضيح أكثر فإن قانون الأسرة الجزائري مستمد جملة وتفصيلا من أحكام الشريعة الإسلامية مع اختلاف مذاهبها، هذا ما يتوافق ونص

المادة الثانية من التعديل الدستوري والتي جاء فيها: "الإسلام دين الدولة". (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، المرسوم الرئاسي 438/96، المؤرخ في 07 ديسمبر 1996)

الفرع الثالث: علاقة قانون الأسرة الجزائري بغيره من القوانين

إن قانون الأسرة كغيره من القوانين، له علاقة بالقوانين الأخرى سواء منها الموضوعية أو الإجرائية، العامة منها والخاصة، هذا ما سنتناوله في هذا الفرع.

أولا: علاقة قانون الأسرة الجزائري بالقوانين الموضوعية

I) علاقة قانون الأسرة بالقانون المدني

لأن القانون المدني هو أقدم فروع القانون الخاص، وهو الشريعة العامة التي يرجع إليها في حال عدم وجود نص في القوانين الخاصة، وقانون الأسرة كونه ينتمي إلى فئة القوانين الخاصة، فتوجد بذلك علاقة وثيقة بينه وبين القانون المدني. (بعلي محمد الصغير، 2006، ص28)

وإذا ما تصفحنا قليلا نصوص القانون المدني، نجد فيها ما يبيّن تلك العلاقة الواضحة بين القانون المدني الجزائري وقانون الأسرة الجزائري ومن بين هذه النصوص نص المادة 31 ق.م.ج التي جاء فيهاما يلي: "تجري على المفقود والغائب الأحكام المقررة في التشريع العائلي" (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، الأمر 58/75، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975)

للإشارة فإن النصوص التي اهتمت بالمفقود والغائب، في الأمر 02/05 المتضمن قانون الأسرة نجدها في المواد من المادة 109 إلى المادة 115.

وكذا جاء في المادة 44 ق.م.ج: "يخضع فاقدوا الأهلية وناقصوها بحسب الأحوال لأحكام الولاية أو الوصاية أو القوامة ضمن الشروط ووفقا للقواعد المقررة في القانون"، فعبارة "القواعد المقررة في القانون" تفيد الإحالة إلى قانون الأسرة.

إضافة إلى ما سبق ذكره فنجد المادتين 774، 775 ق.م.ج تنصان على التوالي على: "تسري أحكام قانون الأحوال الشخصية على تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الميراث وعلى انتقال أموال التركة"، "يسري على الوصية قانون الأحوال الشخصية والنصوص القانونية المتعلقة بها".

وهذا ما يتضمن إحالة صريحة وواضحة في مسائل الميراث والوصية على قانون الأحوال الشخصية.

II) علاقة قانون الأسرة بالقانون التجاري

تتضح لنا العلاقة بين قانون الأسرة والقانون التجاري في أن التاجر ولكونه شخصا طبيعيا حسب ما ورد عليه النص في المادة الأولى من القانون التجاري "يعد تاجرا كل شخص طبيعي..." (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، الأمر 59/75، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975)

على هذا الأساس فإنه يخضع في مسائل الأحوال الشخصية المتعلقة بالزواج والطلاق وغيرها من المسائل الأخرى إلى قانون الأحوال الشخصية، تلك هي إذن العلاقة بين القانون التجاري وقانون الأسرة. (بعلي محمد الصغير، 2006، ص29)

III) علاقة قانون الأسرة بقانون العقوبات

تظهر علاقة قانون العقوبات بقانون الأسرة، من خلال الحماية المقررة للأسرة في النظام الجزائري.

فالمادة 330 ق.ع.ج تعاقب على جريمة ترك الأسرة والمادة 331 ق.ع.ج تعاقب من امتنع عمدا ولمدة شهرين عن أداء النفقة؛ كذا المادة 363 ق.ع.ج فإنها تعاقب على جريمة الاستيلاء بطريق الغش على كامل الإرث أو على جزء منه قبل القسمة، لأن الشريعة الإسلامية وكما هو معلوم قد أقرت أن يكون نظام التوارث من وسائل التضامن الاجتماعي وكذا الأسري وإحدى وسائل التكافل بين الأزواج وذوي القربى من أفراد الأسرة الواحدة. (سعد عبد العزيز، 2013، ص168)

كما أن المادة 368 ق.ع.ج تعفي من العقوبة الأشخاص ذوي القرابة الواردة على سبيل الحصر فيها وهم كالآتي: "لا يعاقب على السرقات التي ترتكب من الأشخاص المبينين فيما بعد ولا تخول إلا الحق في التعويض المدني:

1-الأصول إضرارا بأولادهم أو غيرهم من الفروع.

2-الفروع إضرارا بأصولهم.

3-أحد الزوجين إضرارا بالزوج الآخر". (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، الأمر 156/66، المؤرخ في 08 يونيو 1966)

ثانيا: علاقة قانون الأسرة الجزائري بالقوانين الإجرائية

I) علاقة قانون الأسرة بقانون الحالة المدنية

تتجلى العلاقة بين قانون الأسرة وقانون الحالة المدنية في مسائل عدة منها الأمور المتعلقة ببيانات عقد الزواج الذي نصت عليه المادة 73 ق.ح.م.ج، كذا إثبات الزواج وتقييد عقد الزواج والموظف المختص بتحرير هذا العقد. (بلحاج العربي، 2005، ص24).

كما ورد في نص المادة 2/3 من نفس القانون "يكلف ضابط الحالة المدنية بمايلي: .....(2) تحرير عقد الزواج....". (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، الأمر 20/70، المؤرخ في: 19 فبراير 1970)

II) علاقة قانون الأسرة بقانون الإجراءات المدنية والإدارية

تتمثل العلاقة بينهما في إجراءات رفع الدعوى وطرق الطعن والتنفيذ في كافة أحكام الأحوال الشخصية. (بلحاج العربي، 2005، ص24)

وقد جاء في نص المادة 4 ق.إ.م.إ.ج: "يمكن للقاضي إجراء الصلح بين الأطراف أثناء سير الخصومة في أية مادة كانت". (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، قانون 09/08، المؤرخ في: 25 فبراير 2008)

وكذا المادة 49 ق.أ.ج، هذه المادة تفرض على القاضي إجراء محاولات الصلح بين الزوجين قبل الطلاق، والمادة 57 من نفس القانون تنص على أن أحكام الطلاق لا تقبل الطعن بالاستئناف ما عدا في جوانبها المادية. (بلحاج العربي، 2005، ص24)

III) علاقة قانون الأسرة بقانون الإجراءات الجزائية

بالنسبة لقانون الإجراءات الجزائية وعلاقته بقانون الأسرة، نجد أن المشرع الجزائري قد خص الكتاب الثالث من قانون الإجراءات الجزائية في مواده من المادة 442 إلى المادة 494 ق.إ.ج.ج، هذه المواد خاصة بكيفية التحقيق مع الأحداث ومعاملتهم وكذا محاكمتهم. (بلحاج العربي، 2005، ص25)

وقد جاء في نص المادة 1/448 ق.إ.ج.ج على "يمارس وكيل الجمهورية لدى المحكمة الدعوى العمومية لمتابعة الجنايات والجنح التي يرتكبها الأحداث دون الثامنة عشر من عمرهم". (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، الأمر 155/66، المؤرخ في: 08 يونيو 1966).

ختاما لما سبق ذكره يمكن القول، أن قانون الأسرة الجزائري هو عبارة عن قانون مستقل بذاته على أنه يستمد أحكامه من كلا القسمين الخاص منه والعام.

الخاص على أساس أن العلاقات الأسرية في أغلبها ذات طابع شخصي وهو ما تنظمه أحكام الشريعة الإسلامية، والعام من حيث تدخل الدولة في العلاقات الأسرية بهدف حمايتها وعلى هذا فغالبية القواعد المتضمنة في قانون الأسرة هي عبارة عن قواعد آمرة لاتصالها بالنظام العام، وبذلك لا يجوز الاتفاق على مخالفتها.

إذن فقانون الأسرة الجزائري هو عبارة عن قانون ذو طبيعة خاصة تميزه عن باقي القوانين، فهو إذن قانون أدبي يهدف إلى تنظيم السلوكات لا إلى فرض العقوبات.

المبحث الثاني: تطبيقات حول العرف في مسائل الأحوال الشخصية

سنتناول في هذا المبحث الصداق في المطلب الأول ثم الخلع في المطلب الثاني والنفقة في المطلب الثالث وأخيرا الميراث في المطلب الرابع.

المطلب الأول: الصداق (المهر)

سنتطرق هنا لمفهوم الصداق في الفرع الأول ثم مشروعيته في الفرع الثاني إضافة إلى تعجيل المهر وتأجيله في الفرع الثالث، في الفرع الرابع تحديد قيمة الصداق.

الفرع الأول: مفهوم الصداق

فيه سنتناول تعريف المهر لغة ثم اصطلاحا

أولا: تعريف المهر لغة

الميم والهاء والراء أصلان، يدل أحدهما على أجر في شيء خاص والآخر شيء من الحيوان.

فالأول بفتح الميم: "**مَهْرُ المرأة أجرها تقول مهرتها بغير ألف فإذا زوجتها من رجل على مهر قلت: أمهرتها**".

والثاني المُهْرُ بمعنى ذات المُهر "**المهر عظم في زور الفرس**" (زكريا أحمد بن فارس أبو الحسن، 1979، ص281).

ثانيا: تعريف المهر اصطلاحا

هو اسم للمال الذي يجب للمرأة على الرجل بعقد النكاح، أو الوطء؛ فهو حق خالص للمرأة تستحقه في مقابل قبولها لعقد النكاح (داودي عبد القادر، 2007، ص140).

كما يعرف بأنه "**المبلغ المالي الذي يقدمه الزوج لزوجته المستقبلية ويعتبر بذلك المال الذي يوضع تحت تصرف الزوجة تتصرف فيه كيف تشاء**" (Tichouar, 2004, p9).

وللصداق عشرة أسماء: مهر، صداق، صَدُقة، نحلة، أجر، فريضة، حباء، عقد، لائق، طول ونكاح (بن حرز الله عبد القادر، 2007، ص128).

إضافة إلى أن له اسم دارج في لهجتنا؛ إذ يطلق عليه بـ: الشرط.

الفرع الثاني: مشروعية الصداق

سنتناول في هذا الفرع مشروعية الصداق من الكتاب ثم مشروعيته من السنة النبوية الشريفة.

أولا: مشروعية الصداق من الكتاب

إن الصداق مشروع بالكتاب والسنة فمن الكتاب قوله تعالى "**وَآتُوْا اَلْنِسَاءَ صَدَقَاتِهِنَ نِحْلَةً**" (سورة النساء، آية 04) وقوله أيضا: "**فَمَا اِسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَ فَآتُوُهُنَ أُجُوْرَهُنَ فَرِيْضَةً**" (سورة النساء، آية 24).

ثانيا: مشروعية الصداق من السنة

أما من السنة النبوية الشريفة فتتضح لنا مشروعية الصداق من خلال حيث سهل بن سعد الساعدي، حديث قال رسول الله صلة الله عليه وسلم: "**إلتمس ولو خاتما من حديد**". كذا حديث عبد الله بن عامر بن ربيعة عن أبيه (رضي الله عنه)، أن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز نكاح امرأة على نعلين. (داودي عبد القادر، 2007، ص147).

الفرع الثالث: تعجيل الصداق وتأجيله

سنتناول فيه أولا تعجيل الصداق ثم تأجيله.

أولا: تعجيل الصداق

يمكن القول أنه يجوز تعجيل المهر أو تأجيله وهذا حسب العادات والتقاليد والأعراف السائدة من منطقة لأخرى، ومن أدلة استحباب التعجيل في المهر أو في جزء منه ماروي عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم منع عليا أن يدخل بفاطمة حتى يعطيها شيئا فقال: ما عندي شيء، فقال "**فأين درعك الحطمية**" (سابق سيد، 1998، ص109).

ثانيا: تأجيل الصداق

إن تأجيل الصداق كذلك ورد العمل به من قبل المسلمين؛ حيث للزوج أن يدخل على زوجته دون أن تمتنع منه ولو لم يعطها شيئا مما اشترط تعجيله من المهر.

قال **ابن حزم:** "من تزوج فسمى صداقا أو لم يسم فله الدخول بها أحبت أم كرهت ويقضى لها بما سمى لها –أحب أم كره– ولا يمنع من أجل ذلك من الدخول بها، لكن يقضي له عاجلا بالدخول ويقضى لها عليه حسب ما يوجد عنده من الصداق فإن لم يسم لها شيئا قضى عليه بمهر مثلها إلا أن يتراضيا بأقل أو أكثر" (سابق سيد، 1998، ص109).

هكذا إذن يمكن القول أن كل من تعجيل الصداق وتأجيله عمل به في العهد النبيوي وكذا في عصر الصحابة وهذا ما يعني أن الأمر متروك لعادات الناس وأعرافهم حيث ترك الله سبحانه وتعالى جانبا من التشريع –ما يتعلق منه بالمعاملات– للناس يعملون به وفقا لمقتضى حالهم حتى يرفع عنهم الحرج وهذا ما يؤكده قوله تعالى: "**وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِيْ اَلْدِيْنِ مِنْ حَرَجٍ**" (سورة الحج، آية 78).

الفرع الرابع: تحديد مقدار الصداق

سنتناول في هذا الفرع تحديد مقدار الصداق عرفا وكذا قضاءا

أولا: تحديد مقدار الصداق عرفا

لمعرفة كيفية تحديد الصداق عرفا، لابد لنا من التطرق لمقدار المهر لدى بعض القبائل ومن أمثلة ذلك منطقة قبائل الزواوة حيث ثبت أنه في قبائل الزواوة وحسب ما جاء في قانون "**أمشد الن**" نصت المادة الأولى على : "أن صداق البكر خمسون (50) ريالا وكبشين سعر الواحد ثمانية (8) ريالات وصداق الثيب سبعون (70) ريالا وكبشين يبلغ الواحد منهما ثمانية (08) إلى عشرة (10) ريالات، لأب الزوجة أو أخيها".

وأن كل من تجاوز هذا الحد تأخذ منه الجماعة مقدار الصداق مع غرامة مالية مقدرة عندهم بثلاثين (30) ريالا. (كركار جمال، 2013، ص363).

من الواضح أن هذا التحديد مخالف للمذهب المالكي، حيث يتضمن هذا الأخير تحديدا لأقل قيمة الصداق، الذي يقدر عندهم بربع (4/1) دينار ذهبي، أو ثلاثة (03) دراهم فضية (داودي عبد القادر، 2007، ص148).

إضافة لما سبق ذكره عن تحديد الصداق في العرف الزواوي، نجد أن المهر في العرف القسنطيني، وفي تقدير قيمته يخضع لاعتبارات عدة منها مستوى المعيشة وكذا المداخيل وما تدل عليه المؤشرات الاقتصادية والثقافية كما يمكن أن لا نهمل مدى استقرار الأسعار وتطورها.

وقد كانت المهور تتراوح بين ريالين (02) اثنين وخمس مائة (500) ريالا في السنوات الأولى من القرن الثامن عشرة (18) الميلادي، كما كان من السائد عندهم أن مؤخر الصداق يطول عندهم لأكثر من خمس سنوات (5) على أن المهلة الممنوحة لتسديده بين سنتين (2) إلى

خمس (5) سنوات، كما يوجد من دفع الكل بين المهر العالية أو المتوسطة. (قشي فاطمة الزهراء، 2007، ص55)

هذا هو إذن ما هو متعارف عليه في قسنطينة في القرن الثامن عشر (18) فيما تعلق بتحديد قيمة الصداق.

ثانيا: تحديد مقدار الصداق قضاءا

باعتبار أن الصداق هو أحد شروط عقد الزواج، حسب ما هو منصوص عليه في المادة التاسعة في فقرتها الثانية م2/9 ق.أ.ج "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية:

- (.....).
- الصداق.
- (.....)" (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، القانون 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984)

فإنه لابد من تحديده خلال عقد الزواج، غير أن "عدم تحديد الصداق لا يبطل الزواج لأنه عند النزاع يقضى للزوجة بصداق المثل" وهو ما قضت به المحكمة العليا. (المحكمة العليا، القرار المؤرخ في: 17 نوفمبر 1998، ص53)

بذلك فإن المحكمة العليا في قرارها هذا قد طبقت صحيح القانون حيث سارت في اتجاه واحد ونص المادة 15 ق.أ.ج والتي جاء فيها ما يلي: "يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا، في حالة عدم تحديد قيمة الصداق تستحق الزوجة صداق المثل". (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، قانون 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984).

غير أنه إذا اتفق الأطراف على مهر محدد، وحصل نزاع قبل أن يدفع هذا المهر هنا ليس على القاضي إلا أن يرجع لاتفاق الأطراف وفي حالة عدم توفر ذلك يلجأ القاضي إلى وسائل الإثبات والمتمثلة في: الكتابة –إن كان هناك عقد موثق– أو الشهود أو آداء اليمين الحاسمة، وأخيرا الإقرار. (مقابلة مع السيد: مهرهرة عمر نائب رئيس محكمة بسكرة، محكمة بسكرة، يوم الثلاثاء 31 مارس 2015 من الساعة 10:00 إلى الساعة 10:24).

إذن من خلال ما سبق يمكن القول أنه في حالة عدم تحديد المهر يقضى القاضي بتحديده وفقا لمهر المثل وقت النزاع وفي حالة وجود اتفاق –والذي عادة ما يكون مبنيا على عرف– فإنه يعمل بهذا الاتفاق وهذا ما يتماشى مع القاعدة القانونية: "المعروف عرفا كالمشروط شرطا"

المطلب الثاني: الخلع

سنتناول في هذا المطلب مفهوم الخلع في الفرع الأول وفي الفرع الثاني الطبيعة الفقهية والقانونية للخلع وفي الفرع الثالث بدل الخلع.

الفرع الأول: مفهوم الخلع

فيه سنتناول التعريف بالخلع لغة ثم تعريفه اصطلاحا وتعريفه شرعا.

أولا: تعريف الخلع لغة

الخاء واللام والعين أصل واحد مطرد يقال: "**الخَلْعُ (بفتح الخاء) بمعنى النزع والإزالة، يقال خَلَعَ فُلَانٌ ثَوْبَهُ خَلْعًا أو نزعه وأزاله**".

و"**الخُلْعُ (بضم الخاء) طلاق المرأة ببدل منها أو من غيرها**".

في حين ذهب آخرون إلى أن ضم الخاء خلاف للقياس، مع أنه يعد مصدرا للتفرقة بين الإزالة بنوعيها الحسية والمعنوية، فإذا قلنا الخَلْعُ بفتح الخاء فهنا نكون أمام الإزالة الحسية أما إذا قلنا الخُلْعُ فنقصد هنا الإزالة المعنوية. (محمد بن يعقوب الفيروز آبادي ، 1995، ص18).

ثانيا: تعريف الخلع اصطلاحا

أما اصطلاحا فيعرف الخلع بأنه : "**إزالة ملك النكاح بعوض وبألفاظ مخصوصة**"، هو كذلك "**إنهاء الرابطة الزوجية بتراضي الزوجين في مقابل مال تدفعه الزوجة لزوجها**". (المشني منال محمود، 2008، ص38).

كما يعرف أيضا بأنه: "**الفرقة بين الزوجين بلفظ الخلع أو فيما معناه في مقابل عوض بأخذه الزوج من زوجته**" (شيبة عبد الغني مصطفى ، 2006، ص80).

وهو أيضا: "**إمكانية زوجة طلب التطليق بعرض مبلغ مالي تقدمه لزوجها بعد الاتفاق عليه**" (Garram, 1998, p170)

ثالثا: تعريف الخلع شرعا

ا) عرفه الحنفية بأنه: "**أخذ المال بإزالة ملك النكاح بلفظ الخلع**" (كليب أحمد بن محمد أحمد، 2009، ص131).

كما عرفه أيضا بأنه: "**إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبول المرأة بلفظ الخلع أو فيما معناه**".

وعرفه **عثمان بن علي الزيلعي الحنفي** بأنه: "**أخذ المال بإزالة الملك بلفظ الخلع**"

II) أما المالكية فجاء تعريفهم للخلع كما يلي:

أنه طلاق بعوض

أو هو "**طلاق بعوض ولو من غير الزوجة أو لفظ الخلع**" (المشني منال محمود ، 2008، ص39).

III) والخلع عند الشافعية:

"**هو الفرقة بعوض بلفظ طلاق أو خلع**" (كليب أحمد بن محمد أحمد ، 2009، ص131)

IV) الخلع لدى الحنابلة:

يرى الحنابلة أن: "**الخلع هو فراق الزوج لزوجته بعوض يأخذه منها أو من غيرها**".

وهو عن "**ابن قدامة**": "**فراق الزوج إمرأته بعوض فإن خالعها بغير عوض لم يصح، لكن إذ كان بلفظ الطلاق أو بنيته فهو طلاق رجعي**" (المشني منال محمود ، 2008، ص40)

الفرع الثاني: الطبيعة الفقهية والقانونية للخلع

سنتناول في هذا الفرع كلا من الطبيعة الفقهية للخلع ثم الطبيعة القانونية له.

أولا: الطبيعة الفقهية للخلع

لقد اختلف الفقهاء في تحديد الطبيعة الفقهية للخلع على رأيين:

I) يرى أصحاب الرأي الأول أن الخلع يعد يمينا من جانب الزوج وبذلك لابد أن تراعا فيه أحكام اليمين حيث أن الزوج في هذه الحالة يعلق طلاق زوجته على قبول المال والتعليق هنا يسمى يمينا لدى الفقهاء وهذا ما قال به أبو حنيفة. (المشني منال محمود، 2008، ص61).

ومن أثار اعتبار الخلع يمينا ما يلي:

1- أن إيجاب الزوج للخلع لا يبطل بقيامه من المجلس فلو أن الزوجة قبلت بذلك بعد قيامه كان الخلع صحيحا ووقع الطلاق.

2- لا يمكن للزوج أن يرجع عن الخلع قبل إبداء الزوجة لقبولها إذ لو قال الزوج لزوجته خالعتك على مائة دينار مثلا وأراد بعد ذلك الرجوع عن خلعه قبل أن تجيب هي فإنه لا يستطيع ذلك. (المشني منال محمود ، 2008، ص ص61-62).

3- لا يصح للزوج أن يجعل خيار الشرط لنفسه فلو قال لزوجته خالعتك على تبرئيني من مؤخر الصداق ولي في ذلك الخيار أربعة أيام مثلا وقبلت الزوجة وقع الطلاق حالا،

وكانت غير ملزمة بدفع المال حيث أن إشتراط الخيار للزوج فيه مخالفة لمقتصى الخلع ولو كان الخلع معاوضة لصح ذلك. (المشني منال محمود ، 2008، ص 62).

II) أما أنصار الرأي الثاني فيرون أن الخلع عبارة عن معاوضة من جانب الزوجة، حيث إلتزمت بدفع المال نظير خلاصها من زوجها وهو رأي المالكية ولا يمكن القول أن هذه المعاوضة هي معاوضة محضة، إذ هي أشبه بالتبرع لأن البدل الذي تدفعه الزوجة لا يقابله مال ولا أية معاوضة أخرى (المشني منال محمود، 2008، ص61).

فهي إذن مقابل مالي يكون من حق الزوج وهو أمر مادي في مقابل خلاص الزوجة منه وهو أمر معنوي.

من الآثار المترتبة على اعتبار الخلع عقد معاوضة ما يلي:

1-جواز رجوع الزوجة قبل قبول الزوج، لأنه يصح في المعاوضة الرجوع عن الإيجاب فلو أنها قالت لزوجها خلعت نفسي على مبلغ كذا ورجعت عن إيجابها قبل أن يبدي الزوج قبوله صح رجوعها.

2- أن تكون الزوجة حاضرة بمجلس الخلع عالمة بمعناه، فإن كانت لا تعلم معناه ولقنت معنى الخلع بلغة لا تعرفها وتكلمت بها وخالعها فإن الطلاق لا يقع ولا تكون ملزمة بدفع المال. (المشني منال محمود، 2008، ص 62).

3-من حق الزوجة إستعمال خيار الشرط في مدة محدودة فلو قال الزوج خالعتك على مائتي دينار فقالت قبلت على أن لي الخيار ثلاثة أيام فلها بعد ذلك قبوله أو رده في مدة الخيار لأن الخلع من جانبها معاوضة ويصح إشتراط الخيار في المعاوضة. (المشني منال محمود، 2008، ص 62).

ثانيا: الطبيعة القانونية للخلع

حسب نص المادة 48 ق.أ.ج والتي جاء فيها: "مع مراعاة أحكام الماة 49 أدناه، يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج،... أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من القانون" (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، قانون 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984).

من خلال نص هذه المادة يتضح لنا أن الطبيعة القانونية للخلع طلاق بطلب من الزوجة.

وبالرجوع للمادة 54 من نفس القانون فإن هذا الطلاق يكون في مقابل مالي باتفاق الطرفين.

الفرع الثالث: بدل الخلع

سنتناول في هذا الفرع ما يصح بدلا للخلع ثم أساس تحديد بدل الخلع

أولا: ما يصح بدلا للخلع

لمعرفة ما يصح أن يكون بدلا عن الخلع يمكن القول أن كل ما يصح أن يكون مهرا لعقد الزواج صح أن يكون بدلا (عوضا) في الخلع، سواء أكان ذلك نقدا أو عينا (كالعقارات والمنقولات) أو منفعة متقومة بالمال. (محمد المؤمني وأمين نواهضة ، 2009، ص82).

ثانيا: أساس تحديد بدل الخلع

I) أساس تحديد بدل الخلع عرفا

بالرجوع إلى عرف منطقة الزواوة، نجد أنه لا يدع للمرأة شيئا مع الرجل، فلا يمكن التصرف في شيء سواء أكان ذلك في المطالبة بما لها أو أن تطالب بمهرها ولو كانت هته المرأة تعاني ظلما وقهرا من قبل زوجها.

كما جاء في مخطوط "**سيرة الزواوة**": "أن المرأة إذا طلقت تهان...ثم ذكر كلاما يبين أن ليس لها مع الرجل كلمة فليس لها أن تطلب الخلع". (كركار جمال، 2013، ص367).

وتعد هذه إحدى العادات السيئة، إلا أنه وفي حالة قبول الخلع من قبل الزوج وهو حالات نادرة، فإن هذا يكون بدفع أضعاف ما قدم لها من صداق، ولا يتم هذا باللجوء إلى القاضي إذ تعتبر الزوجة عنهم ملكا للزوج. (كركار جمال، 2013، ص367).

في هذا قال **الشيخ أبو يعلي:** "ومنها عدم تحاكم الزوجين إلى القاضي ولا إلى العالم، يحكمون العرف في شأن الزوجية والعرف عندهم غير محدود... فقلما يتساهل في أخذ الخلع ولو بأضعاف ما بذل من الصداق ويعطيها مدة الحياة، ولا يجبر في أمثال هذه، فإذا أجبره قتله، لأنه يرى ذلك إعتاءا على حقه وعرضه ولا يقبل عقله أن الشريعة هي التي أجبرته لما رسخ في ذهنه أن امرأته خلص ملكه لا يشاركه فيها أحد من العالمين فالذي يطلقها عليه شاركه فيها وهذا من التعاليم المتوارثة". (كركار جمال، 2013، ص ص367-368).

II) أساس تحديد بدل الخلع قضاءا

عملا بنص المادة 54 ق.أ.ج "فإنه إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم".

وما يؤكد نص هذه المادة هو قرار صادر عن المحكمة العليا جاء فيه: "من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم.

إن المادة المذكورة من ق.أ.ج (أي المادة 54) تسمح للزوجة بمخالعة نفسها من زوجها على مال دون تحديد نوعه، كما يتفق الطرفان على نوع المال وقدره وفي حالة عدم اتفاقهما يتدخل القاضي لتحديده على أن لا يتجاوز ذلك قيمة صداق المثل وقت الحكم...". (قرار المحكمة العليا مؤرخ في 21 جويلية 1992، ص134).

المطلب الثالث: نفقة الزوجة

سنتناول في هذا المطلب مفهوم نفقة الزوجة في الفرع الأول ثم أدلة وجوبها في الفرع الثاني وطرق الإنفاق على الزوجة في الفرع الثالث وفي الفرع الرابع تقدير النفقة.

الفرع الأول: مفهوم النفقة

فيه سنتناول تعريف النفقة لغة ثم تعريف نفقة الزوجة اصطلاحا

أولا: تعريف النفقة لغة

نَفَقَ، النون والفاء والقاف أصلان صحيحان، يدل أحدهما على انقطاع شيء وذهابه والآخر على إخفاء شيء وإغماضه ومتى حُصِّلَ الكلام فيهما تقاربا.

فالأول: "**نَفَقَتِ الدابة نفوقا، ماتت ونَفَقَ السِعْرُ نَفَاقًا وذلك أن يمضي ولا يَكْسَدْ ولا يَقِفْ**"

والثاني: نَفَقَ الشيء، فنى، يقال: "**قد نَفِقَتْ نَفَقَةُ القوم، وأَنْفَقَ الرجل افتقر أي ذهب ما عنده**". (زكريا أحمد بن فارس أبو الحسين، 1979، ص454).

ثانيا: تعريف نفقة الزوجة اصطلاحا

تعرف النفقة بوجه عام بأنها: "**كل ما هو ضروري لتلبية الاحتياجات الأساسية من مأكل وسكن ولباس ومصاريف علاج...**" (Garram, 1998, p20).

أما عن نفقة الزوجة فتعرف بأنها: "**النفقة هي الغذاء والكسوة والمسكن ومصاريف العلاج وغير ذلك مما يقضي به الشرع**" ويتضح لنا بأن هذا التعريف ليس جامعا لكافة انواع النفقة ولا مانعا من دخول أنواع أخرى بل ذكر بعض الأنواع فقط ومنها الكسوة والغذاء والمسكن ومصاريف العلاج، معنى ذلك أن ما ذكر جاء على سبيل المثال لا الحصر، ما يدل على هذا هو عبارة –مما يقضي به الشرع– بمعنى كل ما يعتبره الشارع نفقة للزوجة على زوجها أو ملحقة من ملحقاتها" (البكري عزمي محمد، (د.س.ن)، ص ص254، 255).

كما جاء في تعريف آخر لنفقة الزوجة" **أنها كل نفقات المرأة وتكاليف معاشها إنما تجب على زوجها بالدخول بها**". (دوادي عبد القادر، 2007، ص181).

وهذا ما يتفق ونص المادة 74 ق.أ.ج والتي جاء فيها: "**تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه ببينة...**" الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، قانون 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984).

الفرع الثاني: أدلة وجوب نفقة الزوجة

هو ما سنتناول فيه أدلة وجوب النفقة من الكتاب ثم من السنة النبوية الشريفة وثالثا أدلة وجوب النفقة من الإجماع ورابعا أدلة وجوبها من المعقول.

أولا: أدلة وجوب النفقة من الكتاب

يتضح لنا وجوب النفقة من القرآن الكريم من خلال قوله تعالى: "**وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَا وُسْعَهَا**" (سورة البقرة، آية 233).

كما جاء في قوله تعالى: "**أَسْكِنُوهُنَ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُوهُنَ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَ وَإِنْ كُنَ أُوْلَاتِ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَ حَتَىَ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَ**" (سورة الطلاق، آية 06)

وقوله أيضا: "**لِيُنْفِقَ ذُوْ سِعَةٍ مِنْ سِعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقُ مِمَاَ آتَاهُ اللهُ**" (سورة الطلاق، آية 07).

ثانيا: أدلة وجوب النفقة من السنة النبوية الشريفة

أما من السنة فنجد أن هناك أدلة عدة تبين وجوب نفقة الزوجة سنوردها على النحو التالي:

ما رواه جابر بن عبد الله عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في حجة الوداع أنه قال: "**اتقوا الله في النساء، فإنهن عوان عندكم أخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله لكم، عليهن ألا يوطئن فراشكم أحدا تكرهونه ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف**" .

كما روي أن رجلا جاء إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال: ما حق المرأة على زوجها؟ فقال صلى الله عليه وسلم: "**يطعمها إذا طعم ويكسوها إذا كسي ولا يهجرها في المبيت ولا يضربها ولا يقبح**" .

وفي موضع آخر قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لهند بنت عتبة زوجة أبي سفيان لما قالت له: إن أبا سفيان رجل شحيح، لا يعطيني من النفقة ما يكفي بني إلا آخذ من ماله بغير علم. قال: "**خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفي بنيك**". (أمين نواهضة ومحمد المؤمني، 2010، ص224).

ثالثا: أدلة وجوب النفقة من الإجماع

أما من الإجماع فقد اتفق المجتهدون على أن نفقة الزوجة واجبة على زوجها وللقاضي أن يجبره على النفقة في حال امتناعه عنها دون عذر إذا طلبت الزوجة ذلك. (داودي عبد القادر، 2007، ص183).

رابعا: أدلة وجوب النفقة من المعقول

لأن من القواعد المقررة في الفقه الإسلامي أن من حبس لحق غيره فإن نفقته تجب عليه، كالمفتي والوالي والقاضي وكالجندي وغيرهم من العاملين في الدولة، فكل هؤلاء نفقاتهم واجبة في بيت مال المسلمين نظرا لحبس أنفسهم على طلب الرزق لمنفعة الدولة، لهذا حق عليها تقديم ما يكفيهم من نفقة وأهلهم بالمعروف ولأن الزوجة حبست نفسها للقيام بخدمة البيت ورعايته فحقت لها النفقة نظير هذا الإحتباس. (أمين نواهضة ومحمد المؤمني، 2010، 225).

الفرع الثالث: طرق الإنفاق على الزوجة

سنتناول فيه على التوالي كلا من طريق التمكين وطريق التمليك.

أولا: طريق التمكين

معنى التمكين هو قيام الزوج بالإنفاق بنفسه على زوجته، بأن يأتي لها بما يكفيها من طعام وكسوة وتهيئة السكن لها وهو ما تستوجبه العشرة الزوجية من الألفة والمودة بين الزوجين وهذا هو الأصل. (البكري عزمي محمد، (د.س.ن)، ص286).

ثانيا: طريق التمليك

في حال لم تتمكن الزوجة من اكتساب كافة حقوقها المقررة لها في النفقة شرعا بطريق التمكين، هنا ينتقل الوجوب إلى طريق التمليك ويكون هذا في حالة ما إذا كان الزوج مقترا ولم يقدم لزوجته ما يكفيها من طعام وكسوة ولا السكن الملائم بحسب حاله جاز للزوجة أن تطلب فرض مقدار محدد من النفقة لتنفق هي على نفسها، وإلا لها أن تطلب ذلك من القاضي وإذا ما ثبتت صحة دعواها فرض لها القاضي تلك النفقة. (البكري عزمي محمد، (د.س.ن)، ص286).

الفرع الرابع: تقدير النفقة

لابد أن نتناول هنا تقدير النفقة فقها ثم تقديرها قضاءً.

أولا: تقدير النفقة فقها

لتحديد مقدار النفقة من الناحية الشرعية نجد أن الفقه انقسم في هذا إلى رأيين:

I) حيث يرى أصحاب الرأي الأول وهم الأحناف بأن النفقة ليست مقدرة بالشرع وأنه يجب على الزوج أن يقدم لزوجته ما يكفيها من احتياجاتها حسب المتعارف عليه وهذا ما يختلف باختلاف الزمان والمكان وكذا الأحوال كما اعتبروا أن تقدير نفقة الزوجة على زوجها يكون بحسب حال الزوج يسرا أو عسرا مهما كانت حالة الزوجة.

II) أما الشافعية وهم أصحاب الرأي الثاني فزعموا إنما هي مقدرة بالشرع، ولم يتركوا تقديرها إلى ما فيه الكفاية وإن اتفقوا مع الأحناف في اعتبار حال الزوج يسرا وعسرا، حيث فرقوا بين الموسر والمعسر وجعلوا لكل منهما قدرا معينا، إلا أنهم لم يحددوا المقدار وتركوا ذلك للاجتهاد. (سابق سيد، 1998، ص120)

ومن هنا يمكن القول أن هذه الآراء وإن اختلفت إلا أنها تلتقي من حيث أن كلا منها اعتمد العرف من خلال أحوال الناس من يسر أو عسر وكذا اختلاف الأزمنة والأمكنة كأساس لتقدير النفقة.

ثانيا: تقدير النفقة قضاءًا

حسب ما جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا والذي ورد فيه "من المقرر فقها وقضاءًا أن تقدير النفقة المستحقة للزوجة يعتمد على حال الزوجين يسرا أو عسرا، ثم حال المعيشة ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفة للقواعد الشرعية". (قرار المحكمة العليا الصادر في 09 فيفري 1987، ص55).

وعلى هذا نجد أن المحكمة العليا في قرارها هذا قد طبقت صحيح القانون حيث وبالرجوع إلى نص المادة 79 ق.أ.ج نجدها تنص على: "يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم" (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، القانون 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984).

إذن فكيفية تقدير النفقة هي مهمة موكلة للقاضي الذي يقوم بمنح الزوجة مبلغا من المال شهريا، على أن يراعي في هذا ما يلي:

- الظروف المعيشية.
- القدرة الشرائية.
- عمل الزوجة.
- حالة الزوج (يسرا وعسرا).
- عدد الأولاد.

كل هذا لإحداث نوع من التوازن بين الطرفين. (مقابلة مع السيد مهرهرة عمر: نائب رئيس محكمة بسكرة، محكمة بسكرة، يوم الثلاثاء: 31 مارس 2015 من الساعة 10:00 إلى الساعة 10:24).

هكذا إذن نستطيع القول أن مسألة تقدير النفقة، هي مسألة اتفق فيها الفقه والقضاء فكليهما أخضعه لظروف الحال، سواء من جانب الزوج أو الزوجة وكذا أحوال المعيشة.

المطلب الرابع: الميراث

سنتطرق في هذا المطلب إلى التطور التاريخي للميراث في الفرع الأول ثم مفهوم الميراث في الفرع الثاني وفي الفرع الثالث الحكمة من مشروعية الميراث وأخيرا ميراث المرأة بين العرف والشريعة.

الفرع الأول: التطور التاريخي للميراث

حتى نعرض التطور التاريخي للميراث، لابد أولا أن نتناول الميراث في عصور ما قبل الإسلام ثم الميراث في الإسلام.

أولا: الميراث في عصور ما قبل الإسلام

يعد الميراث من المبادئ والأساسيات المعترف بها لدى الشعوب القديمة، فهو عريق في ظهوره بعراقة الأمم، رغم التباين والاختلاف بين الأمم، فعند المصريين القدامى كانت طريقة التوريث أن يحل كبير الأسرة عندهم محل المتوفي في زراعة الأرض. (بلحاج العربي، 2009، ص29).

أما في حضارة بلاد الرافدين فيمكن القول أن القواعد الخاصة بالإرث اتسمت عندهم بالدقة والعدل؛ إذ القاعدة الأساسية في قانون حمرابي هي أن أموال المتوفى تؤول للأولاد الذكور بالتساوي دون الإناث، إلا أنها أعطت الامتياز للأكبر من الزوجة الأولى وذلك بالحق في الاختيار أولا عند القسمة، إضافة إلى أن هذه المساواة لا تتحقق بين أبناء الجواري وأبناء الزوجة الشرعية، حيث يكون أبناء هذه الأخيرة الأوفر حظا والأعلى مرتبة. (محمد علي إبراهيم، 2012، ص4).

قد نصت المادة 170 من قانون حمرابي على: "إذا كان للأب أولاد من زوجته الأولى وأنجبت له أمته أولاد (أيضا) واعترف بهم في حياته فبعد ذهاب الوالد إلى أجله سيتقاسم أولاد الزوجة الأولى مع أولاد الأمة أموال بيت الوالد بالتساوي والوريث هو ابن الزوجة الأولى يختار حصته أولا، بعد ذلك يوزعها بين إخوته". (محمد علي إبراهيم، 2012، ص4).

في حضارة اليونان نجدها تعتمد على اختيار خليفة له قبل وفاته على أن يكون هذا الاختيار في شكل وصية تخضع لرقابة القضاء لمنع النزاع.

وعند الرومان نجدها تشبه إلى حد بعيد ما هو عليه الحال في الحضارة اليونانية، إذ يختار الشخص خليفة له في حياته سواء أكان من أبنائه أو من غيرهم وتتوقف صحة هذا الاختيار على موافقة القبيلة. (بلحاج العربي، 2009، ص ص 29-30).

وبالرجوع لنظام الميراث في الجاهلية، نستطيع القول أن القبيلة العربية ولأنها كانت تعد جزءا من مجتمع له عاداته وأعرافه فهي بذلك قد تأثرت بأفكار ذلك المجتمع وهذا ما ينعكس على مسار بعض التقاليد ومنها الميراث، إذ كان المعيار في ذلك هو القوة والشجاعة اللذين كانا عنصرين هامين فيما يتعلق بأحكام الميراث، فقد كان الميراث من نصيب الفرد الذي يمتلك القوة والرجولة واتقان فنون القتال، هكذا كان الرجال المقاتلون هم المفضلون عن غيرهم في التركة. (محمد علي إبراهيم، 2012، ص6)

حيث كانوا لا يورثون: "إلا من قاتل على ظهور الخيل وطاعن بالرماح وضارب بالسيف وحاز الغنيمة"

بذلك جرت العادة عندهم على أن الرجال وحدهم هم من يرث أما البنات فلا يرثن، كما أن الإرث يقسم بين الرجال بالتساوي ومن يستحق الميراث عندهم هو من تربطه بالقبيلة رابطة النسب والتبني والحلف. (محمد علي إبراهيم، 2012، ص6)

ثانيا: الميراث في الإسلام

خلافا لما سبق ذكره في خضوع الميراث إلى الأعراف السائدة حسب كل عصر؛ حيث كان البعض يخضعه لمعيار القائم بشؤون الأسرة والقبيلة والبعض الآخر يخضعه لمعيار القوة والشجاعة، جاء الإسلام ليبطل كل هاته الأحكام التي كانت مبنية عن الهوى وليقيم العدل وبذلك وضع الله سبحانه وتعالى نظاما متسقا وحكيما للميراث وقد كان في هذا التشريع تدرج وتسلسل حتى يستطيع الأفراد تقبله دون عناء، فكانت التركة في بادئ الأمر توزع فقط على الوالدين والأقارب دون تحديد لمراتبهم في الاستحقاق. (بلحاج العربي، 2009، ص33)

لقوله تعالى: "**كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمُ اَلْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا اَلْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَاَلْأَقْرَبِينَ بِاَلْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى اَلْمُتَّقِينَ**". (سورة البقرة، آية180)

بمرور فترة من الزمن وباستقرار الوضع على هذه الحال، نزل قوله تعالى: "**لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِمَّا تَرَكَ اَلْوَالِدَانِ وَاَلْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِمَا تَرَكَ اَلْوَالِدَانِ وَاَلْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَفْرُوضًا**". (سورة النساء، آية 07)

ثم جاء بعد ذلك تفصيل للوارثين وأنصبتهم وهذا ما كان فيه إتمام لنظام الميراث الذي كانت تراعي فيه مبادئ العدالة والإنصاف، بذلك تم إبطال ما كانت عليه الأعراف السائدة قبل الإسلام كالميراث بالهجرة والميراث بالمؤاخاة والميراث بالعقد والميراث بالمحالفة. (بلحاج العربي، 2009، ص33)

قال تعالى: "**وَأُوْلُوْا اَلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ فِيْ كِتَابِ اللهَ إِنَ اللهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيْمٌ**". (سورة الأنفال، آية 75)

كما حرّم الإسلام أيضا التوارث بالتبني لقوله عز وجل: "**أُدْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللهِ فَإِنْ لَّمْ تَعْلَمُوا آَبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِيْ اَلْدِّيْنِ وَمَوَالِيْكُمْ**". (سورة الأحزاب، آية05)

الفرع الثاني: مفهوم الميراث

سنتناول في هذا الفرع تعريف الميراث لغة ثم تعريفه اصطلاحا

أولا: تعريف الميراث لغة

"**وَرَثَ، يَرِثُ، وِرْثًا ووَرْثًا، إِرْثًا، إِرْثَهُ، وَرِثَةً وتُرَاثًا فلان انتقل إليه مال فلان بعد وفاته، يقال وَرِثَ المال والمجد عن فلان إذا صار مال فلان ومجده إليه**". (معلوف لويس، 1965، ص895).

ثانيا: تعريف الميراث اصطلاحا

أما اصطلاحا فيعرف الميراث بأنه "**انتقال الملكية من الميت إلى ورثته الأحياء، سواء أكان المتروك عقارا أو منقولا أو حقا من الحقوق الشرعية القابلة للانتقال بطريق الميراث**". (بن شويخ الرشيد (ب)، 2008، ص74)

الفرع الثالث: الحكمة من مشروعية الميراث

لقد جاء الإسلام بنظام قويم ومحدد ونظام فيه من الحكمة والتفصيل ما يحدد أنصبة الوارثين بعدل وإنصاف وعلى أساس من الحب والعطف والتكافل وانطلاقا من الواقع العملي الذي يهدف لتحقيق المصالح الاجتماعية نجد أن الإسلام قد شرع للميراث قواعد وأسس وذلك بأن جعل تركة الشخص المتوفى ملكا لورثته وهذا ما يؤكد احترام الملكية الفردية إضافة لنظام عادل يهتم برعاية أقارب الهالك. (بلحاج العربي، 2009، ص25)

هذا كله كان دافعا قويا لاجتهاد الأفراد وكدهم للحصول على الأموال وهم على ثقة برجوع هذه الأموال لأقاربهم بعد الوفاة، هو ما يؤكد العدالة الإلهية، فالمنطق هو أن تنقل أموال المتوفى إلى أولاده وأقاربه. (بلحاج العربي، 2009، ص25)

وفي هذا قوله تعالى: "**لِلرِجَالِ نَصِيْبٌ مِمَّا تَرَكَ اَلْوَالِدَانِ وَاَلْأَقْرَبُوْنَ وَلِلنِسَاءِ نَصِيْبٌ مِمَا تَرَكَ اَلْوَالِدَانِ وَاَلْأَقْرَبُوْنَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيْبًا مَفْرُوْضًا**". (سورة النساء، آية 07)

كما راعى الشارع الحكيم في هذا إحساس من حضر القسمة من الأقارب الذين لم يقرر لهم نصيب محدد ومفروض في الميراث أو من ذوي الحاجة. (بلحاج العربي، 2009، ص26)

حيث قال تعالى: "**وَإِذَا حَضَرَ اَلْقِسْمَةَ أُوْلُوْا اَلْقُرْبَى وَاَلْيَتَامَى وَاَلْمَسَاكِيْنُ فَاَرْزُقُوْهُمْ مِنْهُ وَقُوْلُوْا لَهُمْ قَوْلاً مَعْرُوْفًا**" (سورة النساء، آية 08)

هكذا إذن فإن المال ينتقل إلى الورثة الشرعيين من بنين وحفدة وكذا من تربطه بهم رابطة القرابة وبذلك فإن الإسلام قد أبطل نظام الإرث الذي كان قائما على أساس الظلم والهوى. (بلحاج العربي، 2009، ص26)

الفرع الرابع: ميراث المرأة بين العرف والشريعة

سنعمد إلى تناول ميراث المرأة في العرف، ثم ميراث المرأة في الشريعة الإسلامية.

أولا: ميراث المرأة عرفا

بالرجوع إلى مسألة الميراث في العرف الزواوي، نجد أن قبائل منطقة الزواوة لا تورث النساء وقد أشار "**أبو يعلى الزواوي**" في ذلك قائلا: "ومنها عدم توريث قبائل تيزي وزو للنساء بخلاف قسم بجاية وسبب عدم التوريث في القسم الأول أنه على ما حدثني والدي رحمه الله طارئ بعد وباء أوائل القرن السابع، هلك فيه الكثير من العلماء فاتفقوا على أن يتولى العاصب إرث المخلف ويلتزم بالقيام بحقوق النساء وحمايتهن والنفقة عليهن...". (الزواوي أبو يعلى، 2005، ص129)

والسبب عندهم في عدم توريث المرأة يرجع إلى أحد أمرين:

الأول: يعود إلى الاجتماع الذي قامت به مجموعة من القرى لم يتجاوز عددها العشرين (20) قرية واتخذت بذلك قرارها نيابة عن ألف (1000) قرية، إذ كان من بين قرارات هذا الاجتماع عدم توريث المرأة القبائلية، إلا أن هذا الاجتماع وجهت له مجموعة من الانتقادات أهمها أن عدد القرى التي حضرت وهي عشرون (20) قرية فقط مقارنة بعدد قرى المنطقة والتي يتجاوز عددها الآلف (1000) قرية إضافة إلى ذلك فإن من حضر هذا الاجتماع ليسوا من العلماء المعتبرين، ولا من أهل الفتوى والفقه. (كركار جمال، 2013، ص394)

يبدو أن هؤلاء الفقهاء، إنما يتبجحون إذ يلبسون لباس الفقهاء، كما يقول المثل الفرنسي "القميص لا يصنع القسيس" فكيف تسرب رأي هؤلاء الفقهاء إلى المجتمع؟

فلم يعرف في تاريخ الجزائر في العهد العثماني أو الفرنسي في أي منطقة من لهم مصلحة بأن نادوا بنقض هذا العرف الجاهلي على عدم توريث البنات في كافة مناطق الجزائر. (أطفيش إبراهيم أبو اسحاق، رأيه في مسألة توريث البنات)

الثاني: يرجع إلى بعض القوانين العرفية لبعض القرى والتي تقر بعدم السماح لزوج من قبيلة مغايرة لقبيلة زوجته أخذ حق الميراث في قرية تمنع دخول الأجانب في تسيير ممتلكاتها وأراضيها. (كركار جمال، 2013، ص395)

ثانيا: ميراث المرأة في الشريعة الإسلامية

أما عن ميراث المرأة في الشريعة الإسلامية، يتضح لنا من خلال قوله تعالى: "**يُوصِكُمُ اللهُ فِيْ أَوْلاَدِكُمُ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِ اَلْأُنْثَيَيْنِ فَإِنْ كُنَ نِسَاءً فَوْقَ اِثْنَتَيْنِ فَلَهُنَ ثُلُثَا مَاَ تَرَكَ، وَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا اَلنِصْفُ وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِ وَاحِدٍ مِنْهُمَا اَلْسُدُسُ**". (سورة النساء، آية 11)

وقال أيضا: "... **وَلَهُنَّ اَلرُبْعُ مِمَّا تَرَكْتُمُ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمُ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَكُمُ وَلَدٌ فَلَهُنَّ اَلثُمُنُ مِمَّا تَرَكْتُمُ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُوُنَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ، وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُوَرَثُ كَلَالَةً أَوْ اِمْرَأَةً وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِ وَاحِدٍ مِنْهُمَا اَلْسُدُسُ، فَإِنْ كَانُوْا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمُ شُرَكَاءُ فِيْ اَلْثُلُثِ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوُصِيْ بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارِ وَصِيَّةً مِنَ اللهِ واللهُ عَلِيْمٌ حَلِيْمٌ**". (سورة النساء، آية 12)

هكذا يتضح لنا أن الإسلام قد أقر توريث المرأة سواء أكانت بنتا أو أما أو زوجة أو أختا.

كما جاء في **تفسير الطبري**: "تعطى المرأة الربع (1/4) والثمن (1/8) وتعطى الابنة النصف (1/2) ويعطى الغلام الصغير وليس من هؤلاء أحد يقاتل القوم ولا يجوز الغنيمة". (كركار جمال، 2013، ص397)

خلاصة لما سبق ذكره يمكن القول أن مسائل الأحوال الشخصية قد تأثرت بصورة واضحة بالأعراف، فبالنسبة للمهر مثلا تظهر لنا سيطرة العرف، فبالنظر إلى ما هو سائد في بلادنا (الجزائر) نجد أن العرف المعتمد في المهر هو تقديمه معجلا ولا يكاد يكون تأجيله، هذا ما يبين مدى تقييد الأحكام خلافا لما هو عليه الحال في دول المشرق العربي والتي تعمد إلى تعجيل بعضه وتأجيل البعض الآخر.

أما ما يتعلق بالخلع، فإنه ولحقبة من الزمن لا يكاد يكون موجودا لكن ولتغير الظروف نجد له ظهورا في وقتنا الحالي، إلا أن الأعراف السائدة تحاول الحد منه وتضييقه كما تخضع النفقة في تقديرها لمسألة العرف، سواء أكان ذلك من خلال تقديرها ابتداءً أو إذا ما تعلق الأمر بإعادة تقديرها مجددا.

يظهر كذلك أثر العرف في مسألة الميراث خاصة ما يتعلق منه بميراث المرأة، فنجده خاضع وبصورة جلية للأعراف على اختلافها من منطقة لأخرى.

الملاحظ أننا في دراستنا هذه قد ركزنا العمل على عرف منطقة الزواوة وما يبرر هذا هو ظهور سلطان العرف بشكل واضح في هته المنطقة، التي بالرغم من تغير الزمان والأحوال بقي العرف فيها محافظا على مكانته بشكل واضح.

الخاتمـــــة

نخلص من خلال دراستنا هذه إلى أن العرف قد مر بمراحل عدة حيث كان يمثل المصدر الأول والأساسي للمجتمعات البدائية، ثم أخذ في التطور تدريجيا وبارتقاء حياة الأمة ومداركها ومعارفها، أصبحت ذات سلطة وسيادة، بذلك كان لزاما أن تقنن هته الأعراف، هو ما جعل منها نظاما ملزما في معاملات الناس وعلاقاتهم، بهذا حل القانون محل الأعراف والعادات وأصبح ينسخ اعتبارها فألغى منها ما هو فاسد واعتبر منها ما كان صالحا وبذلك أصبحت العبرة لنصوص القانون ومقاصد شارعه، حتى وإن كان مصدره عرفا مضمنا.

وبارتقاء التشريع ووضعه القواعد القانونية والأسس الحقوقية، ترك للأعراف رسم الحدود الفاصلة والجزئيات التي كان من الصعب على المشرع استقصائها بالنصوص وبدخول التشريع طور تفعيل القواعد العامة عاد للعرف اعتباره في نطاق صار يقوم فيه بدور المساعد للقانون بعد أن كان العرف والقانون واحد.

وبما أنه لا زال للعرف سلطانه ومكانته يمكن أن نستنتج ما يلي:

1-أن الأحكام المترتبة عن الأعراف تدور معها كيفما دارت وجودا وعدما.

2-أن العرف يتغير بتغير الأزمنة والأمكنة ويختلف باختلاف الثقافات والحضارات، بذلك يمكن أن نستنتج أنه إذا تغيرت الأعراف نتيجة لهذه العوامل تتغير معها تلك الأحكام بما يتلاءم والأعراف المستجدة، لعل ما يؤكد هذا ما فعله الإمام الشافعي حين عودته من العراق إلى مصر حيث وجد أن الأعراف متغيرة عما كان الأمر عليه، مما دعاه إلى التراجع عن الكثير من الأحكام التي كان قد أفتى بها، كما أنه اضطر إلى الافتاء بأحكام مغايرة لها نتيجة للعرف القائم في مصر آنذاك.

في هذا زعم علماء الاجتماع في العصر الحديث أن المجتمع متغير والثبات طارئ عليه وهذا عكس اعتقاد العلماء القدامى الذين رأوا بأن الثبات الاجتماعي هو الأصل.

أخيرا نستطيع القول أن العرف في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة خصوصا وما له من سلطان إلا أنه ولاعتباره لابد من توافر مجموعة من الشروط تتمثل في الآتي:

1-أن لا يعارض العرف نصا شرعيا.

2-أن يكون العرف غالبا مطردا.

3-أن يكون العرف موجودا وقائما.

إذ لابد أن تكون هذه الأعراف صحيحة، فلا عبرة للعرف الفاسد ولو فتحنا الباب لهذا لأدى ذلك إلى نقض التكاليف الشرعية، فالشريعة إنما جاءت لتخضع المكلفين لأحكامها لا لأن تكون خاضعة لأعراف الناس وأهوائهم الفاسدة، هو ما يتوافق أيضا والقوانين الوضعية التي تمنع التعامل بما يتعارض والنصوص القانونية والتي تعد من النظام العام.

ما يمكن اقتراحه في هذا الصدد هو:

1-أنه على أفراد المجتمع أن لا يتمسكون بأعراف بالية وما يجسد لا لشيء إلا لأنهم وجدوا عليها آباءهم لقوله تعالى "**قُلْ أَوَلَوْا جِئْتُكُمْ بِأَهْدَى مِمَا وَجَدْتُمْ عَلَيْهِ أَبَائَكُمُ قَالُوْا إِنَا بِمَا أُرْسِلْتُمُ كَافِرُونْ**" (سورة الزخرف آية24)، بل عليهم أن يتمتعوا بالحس التجديدي.

2-أن لا تكون مشاريع القوانين المقترحة لدى البرلمان مناقضة لروح المجتمع وعاداته وأعرافه.

3-أن يكون القاضي والفقيه كلاهما ملما بأعراف المجتمع الذي يمارس فيه وظيفته كي لا يكون هناك تناقض بين ما يصدر من أحكام وما هو شائع من أعراف داخل ذات المجتمع.

4-أن العرف وما يجري العمل به ينبغي أن يبحث فيه عن الأسباب والدوافع الاجتماعية التي أدت إلى سن تلك الأعراف وهو ما يدعونا لاقتراح القيام بدراسات اجتماعية في هذا الجانب، هذا ما تمثله النزعة الحديثة من تكامل بين المعرفة العلمية والاجتماعية.

الملاحـــــــق

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبيـــــة

المكتب العمومي للتوثيق
حي الأمل1000مسكن
بسكـــــــرة
رقم: / 2014
في: / /2014

ملحق: 01

عقـــــد زواج

أمام الأستاذ/هبيرات عبد الحميد الموثق بحي الأمل1000مسكن بسكرة.--
الممضي أسفله.----------

حضـــــــــــر
الـــــــــــزوج

اللقب والإسم:..... أبوه/..... امه /.....
المولود بـــ:..... في:...../...../.....رقم الميلاد.....
مهنتـــــــه:.....الساكن: .....
الحامل لـــ.....
.....
الحالة المدنية:.....
.....
.....
الحالة الصحية /.....
.....
.....

ـــــــ تزوج على بركة الله وحسنال عونه وسنة رسوله ـــــــــ

الزوجـــــــــــة

اللقب والإســـــم.....أبوها/..... /أمها/.....
المولودة بـــ:..... في:...../...../.....رقم الميلاد.....
مهنتـــــــها:.....الساكنة: .....
الحاملة لـــ:.....
.....
الحالة المدنية:.....
.....
الحالة الصحية /.....
.....
.....
بالغة سن الرشد قاصر:بولاية (ابيها)السيد:.....
.....
.....
.....

الصفحة الاولى

شروط الزوجين:.....
.....
على صداق قدره: .....
.....
.....
.....
المعجـــل/.....
.....
.....
المؤجـــل/.....
.....
.....
وقـــد شورها وليها من خالص ماله بمايلي: .....
.....
.....
.....
تاخذها الزوجة الى بيت زوجها عندالبناءبهابمحضرالزوج وقبوله بما ذكر.بهذا تم الزواج بتراضي الزوجين وقبولهما بمجلس العقد.وقبل الزوج الزواج لنفسه وبنفسه،وتم عقدالزواج تماما شرعيا.-----

إثباتـــا لمـــا ذكـــــــــــــر

حرر هذا العقد بمكتب التوثيق الواقع بحي الأمل1000مسكن بسكرة.----------
بحضورالشاهدين:----------
01)**السيد/**.....
.....
.....
02)**السيد/**.....
.....
.....

الشاهدان المعرفان اللذان اثبتاللموثق هويةالزوجين ونسبهمامصرحين بذلك بمعرفتهما التامة للزوانذارهما من قبل الموثق بكل العقوبات القانونية المسلطة ان كانت شاهدتهما مبنية على عمل تدليسي.----------

وبعد التلاوة أمضاه الأطراف مع الموثق بتاريخ:

تؤدى حقوق التسجيل طبقالأحكام المادتين59و208من قانون التسجيل الجزائري المعدل والمـــتمم. وأحكـــام المادة04 من قانون الطابع المعدل والمتمم.----------
حـــــرر ووقـــــع فـــــي اليـــــوم والشهـــــــر والسنـــــــة.----------

الصفحة الثانية والأخيرة

نسخة عادية

ملحق: 02

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

باسم الشعب الجزائري

حـــكـــم

جلس قضاء:
محكمـــة:
القســـم: شؤون الأسرة

رقم الجدول:
رقم الفهرس:
تاريخ الحكم:
مبلغ الرسم/ 300 دج

بالجلسة العلنية المنعقدة بمقر محكمة
بتاريخ:
برئاسة السيد (ة): قاضي
و بمساعدة السيد (ة): أمين ضبط
وبحضور السيد(ة): و كيل الجمهورية

صدر الحكم الآتي بيانه

بين السيد (ة):

بين /

1): مدعي حاضر
العنوان :
المباشر للخصام بواسطة الأستاذ (ة):

وبين /

ضد /

السيد وكيل الجمهورية لدى محكمة

1). مدعي عليه حاضر
العنوان :
المباشر للخصومه بواسطة الاستاذ (ة):
2):السيد وكيل الجمهورية لدى محكمة حاضر حاضر

بيان وقائع الدعوى

بموجب عريضة افتتاح دعوى مودعة و مسجلة لدى أمانة ضبط محكمة بسكرة قسم شؤون الأسرة بتاريخ 16/10/2012 تحت رقم 2965/2012 أقامت المدعية و المباشرة الخصام بواسطة محاميها الأستاذ دعوى قضائية ضد المدعى عليه المباشر الخصام بواسطة محاميه ، و بحضور السيد وكيل الجمهورية جاء فيها : أن المدعية تزوجت بالمدعى عليه بموجب عقد زواج رسمي مسجل بالحالة المدنية لبلدية بسكرة بتاريخ و لسوء تفاهم وقع بينهما تم الطلاق و التفريق بينهما بموجب الحكم الصادر بتاريخ و لأنهما من عائلة واحدة و تدخل الأهل في الإصلاح رجعا بعقد عرفي جديد متوافر اركانه بحضور شاهدين يعود إلى سنة 2002 و تم ميلاد الإبن بتاريخ و تم تثبيت الزواج العرفي بموجب الحكم الشخصي المؤرخ تحت رقم ، إلا أنه لم يغير من تصرفاته خاصة التغيب المستمر عن زوجته تاركها وحدها تعيش عند اهلها رفقة الإبن دون أن ينفق عليهما ملتمسة في الشكل قبول الدعوى وفي الموضوع الحكم بفك الرابطة الزوجية بالطلاق بين الطرفين عن طريق الخلع طبقا لنص المادة 54 من قانون الأسرة مقابل دفع المدعية للمدعى عليه مبلغ 20.000 دج مع حفظ حقوقها للمطالبة بها مستقبلا ، تحميله المصاريف القضائية .

رقم الجدول: 12/02965
رقم الفهرس: 13/00084

أجاب المدعى عليه بموجب مذكرة جوابية لجلسة 04/12/2012 جاء فيها : أنه فعلا يوجد شقاق مستمر بينهما ملتمسا الإشهاد للمدعى عليه بعدم معارضته لطلب المدعية المتعلق بالخلع و كذا المقابل المقترح ، مع تمكينه من زيارة ابنه أيام العطل الأسبوعية و المناسبات الدينية و الوطنية و العطل الصيفية و المدرسية بينهما .

ردت المدعية بموجب مذكرة جوابية لجلسة 11/12/2012 ملتمسة الحكم بإسناد حضانة الإبن لها و على نفقة والده بمبلغ 10.000 دج شهريا إلى غاية سقوط حضانته شرعا ، و نفقة إهمالها بواقع 6000 دج بأثر رجعي يعود إلى سنة قبل رفع الدعوى ، و نفقة عدتها بمبلغ 50.000 دج .

رد المدعى عليه بموجب مذكرة جوابية لجلسة 25/12/2012 ملتمس القضاء بجعل نفقة الإبن 3000 دج شهريا و رفض طلب نفقة الإهمال لعدم التأسيس و في حالة الإستجابة لمبلغ نفقة العدة المطالب بها من قبل المدعية فإن المدعى عليه تمكينه من مبلغ 100.000 دج مقابل الخلع .

بغرض استيفاء إجراء محاولات الصلح المقرر قانونا أمرت المحكمة بالحضور الشخصي للطرفين لإصلاح ذات البين وكان ذلك لجلسة 11/12/2012 .

بعد اكتفاء الطرفين أحيل الملف على النيابة لتقديم طلباتها فالتمست تطبيق القانون.

عند هذا الحد صارت القضية جاهزة للفصل فوضعت للنظر فيها وفقا للقانون و النطق بالحكم بجلسة 08/01/2013 .

وعليـــــــــه فـــــإن المحكـــــمـــة

بعد الإطلاع على ملف الدعوى والوثائق المرفقة به .

بعد الإطلاع على المواد3- 8-13-14-15-18-19-20-21-22-32-275-276-277-288-419 - 423-451 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

بعد الاطلاع على المواد 3مكرر-48-49-54-61-74-من قانون الأسرة.

بعد الإطلاع على التماسات النيابة.

بعد النظر وفقا للقانون.

من حيث الشكل:

حيث جاءت الدعوى مستوفية لكافة الأوضاع الشكلية المنصوص عليها قانونا مما يتعين معه التصريح بقبولها.

من حيث الموضوع:

حيث رافعت المدعية المدعى عليه إلتمست الحكم بفك الرابطة الزوجية بالطلاق بين الطرفين عن طريق الخلع مقابل دفع المدعية للمدعى عليه مبلغ 20.000 دج ، إسناد حضانة الإبن لها و على نفقة والده بمبلغ 10.000 دج شهريا إلى غاية سقوط حضانته شرعا ، و نفقة إهمالها بواقع 6000 دج بأثر رجعي يعود إلى سنة قبل رفع الدعوى ، و نفقة عدتها بمبلغ 50.000 دج .

حيث أن المدعى عليه إلتمس عدم معارضته لطلب المدعية المتعلق بالخلع ، مع تمكينه من زيارة ابنه أيام العطل الأسبوعية و المناسبات الدينية و الوطنية و العطل الصيفية و المدرسية بينهما ، جعل نفقة الإبن 3000 دج شهريا و رفض طلب نفقة الإهمال لعدم التأسيس و في حالة الإستجابة لمبلغ نفقة العدة المطالب بها من قبل المدعية فإن المدعى عليه تمكينه من مبلغ 100.000 دج مقابل الخلع .

حيث يتمحور جوهر النزاع القضائي حول فك الرابطة الزوجية بين الطرفين عن طريق الخلع.

حيث ثبت للمحكمة أن الطرفين مقترنين بعقد زواج رسمي مسجل ببلديه في إعتراف عام ببلدية تحت رقم بناءا على عقد الزواج ، و أنه تم إنجاب الإبن المولود في ببسكرة بناءا على بطاقة الحالة العائلية .

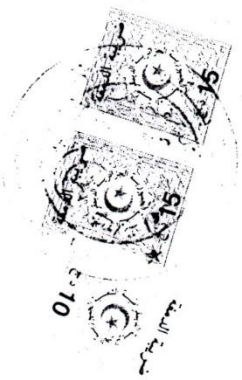
حيث المحكمة سعت إصلاح ذات بين الطرفين بأن أمرت بالحضور الشخصي لهما أمامها

رقم الجدول: 12/02965
رقم الفهرس: 13/00084

وكان ذلك لجلسة 11/12/2012 .غير أن مساعيها باءت بالفشل لتمسك الزوجة بالخلع و بالمقابل تغيب الزوج عن الحضور للجلسة .
حيث من الثابت شرعا أن للزوجة حق مخالعة نفسها عن زوجها الذي لا تطيق العيش معه ومن المقرر قانونا طبقا لنص المادة 54 من قانون الأسرة أن للزوجة حق المطالبة بفك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع بمقابل مالي دون أن تتوقف الاستجابة لطلبها على موافقة الزوج.
حيث بناء على ما تقدم فإن طلب المدعية الرامي للخلع من المدعى عليه هو طلب مؤسس يتعين الاستجابة إليه.
حيث من المقرر قانونا بالمادة 54 من قانون الأسرة أن يكون الخلع بمقابل مالي يتفق عليه الطرفان و عند عدم اتفاقهما تقضي المحكمة بما لا يتجاوز صداق المثل وقت صدور الحكم وان المدعية قد عرضت مبلغ عشرون ألف (20000دج) و أن المدعى عليه التمس مبلغ مئة ألف (100000دج.)مما يتعين معه تقدير صداق المثل.
حيث من المقرر قانونا بالمادة 61 من قانون الأسرة أنه تجب نفقة العدة للزوجة المطلقة لتغطية حاجياتها طيلة فترتها من مأكل و ملبس و مشرب و علاج . وعليه فان طلب المدعية مؤسس قانونا مما يتعين الاستجابة له غير أنه مبالغ فيه ويتعين رده إلى الحد المعقول.
حيث ثبت للمحكمة أن المدعية هي التي بادرت بطلب الخلع ، مما يجعل معه مطالبتها بنفقة إهمال غير جائزة قانونا ، تعين عدم الإستجابة له .
/في الحضانة و توابعها :
حيث من المقرر قانونا بالمادة 64 من قانون الأسرة أن الأم أولى بحضانة أولادها و التي تنقضي بالنسبة للذكور ببلوغهم 10 أعوام و ببلوغ الإناث سن الزواج كما يمكن تمديدها للذكور إلى حين بلوغهم 16 عاما متى كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية و أن المحكمة تراعي في جميع الأحوال مصلحة المحضون عند إسناد الحضانة و أن تقضي للوالد هو الأخر بحق الزيارة.
حيث أن المحكمة ترى أن مصلحة الإبن المولود في تكمن في إسناد حضانته لوالدته لحاجته لرعاية الأم .
حيث أن المدعية التمست إسناد الحضانة لها و على نفقة والده وأن طلبها هذا مؤسس يتعين الاستجابة له.
حيث من المقرر قانونا بالمادتين 64 و87 من قانون الأسرة انه على القاضي لدى الحكم بإسناد الحضانة منح حق الولاية على المحضون للحاضنة ، ومنح الأب حق الزيارة مما يتعين منح المدعية حق الولاية على الإبن المحضون ومنح المدعى عليه حق زيارته .
حيث من المقرر قانونا بالمادة 75 أن نفقة الولد واجبة على أبيه ما لم تسقط عنه و أن المحكمة تقضي بها على أن تراعي في تقديرها حال الطرفين و ظروف المعاش. وبالتالي طلب المدعية بخصوصها مؤسسا قانونا و يتعين الاستجابة له مع تخفيض المبلغ المطالب به إلى الحد المعقول و تصرح بسريانها من تاريخ رفع الدعوى لعدم تقديم البينة باستحقاقها قبل هذا التاريخ.
حيث من المقرر قانونا بالمادة 72 من قانون الأسرة أنه عند الحكم بالطلاق و إسناد الحضانة أن تقضي المحكمة للحاضنة بالسكن الملائم لممارسة الحضانة أو بدل إيجاره و هذا الأخير يعتبر من مشتملات النفقة مما يتعين عند تقديره مراعاة حال الطرفين و ظروف المعاش السائدة مما يجعل طلب المدعى عليها مؤسسا قانونا و يتعين الاستجابة له مع تخفيض مبلغ بدل الإيجار المطلوب إلى الحد المعقول.
حيث أن المصاريف القضائية تقع على عاتق المدعى عليه خاسر الدعوى طبقا للمادة 419 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

ولـــــــــــهـــــذه الأســـــــــباب

حكمت المحكمة حال فصلها في قضايا شؤون الأسرة علنيا ، حضوريا ، نهائيا فيما يخص الخلع ، و ابتدائيا فيما عداه.



رقم الجدول: 12/02965
رقم الفهرس: 13/00084

في الشكل: قبول الدعوى.
في الموضوع:بفك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة بالخلع بين المسماة .
و المسمى

مع امر ضابط الحاله المدنيه بتسجيل هذا الطلاق و التأشير به على هامش عقد زواج و عقدي ميلاد الطرفين .
وبإلزام المدعية بأن تدفع للمدعى عليه مبلغ تسعون ألف دينارجزائري (90.000دج) مقابل الخلع.
وبإلزام المدعى عليه بأن يدفع للمدعية المبلغ التالية:
ثلاثون ألف (30.000دج) نفقة عدة .
وإسناد حضانة الإبن لوالدته و على والده نفقته بمبلغ أربعة ألاف دينار جزائري (4000دج) تسري شهريا من تاريخ النطق بالحكم الحالي إلى غاية سقوط موجبها القانوني . مع منح الأم الحاضنة حق الولاية عليه قانونا و منح الأب حق زيارته أيام العطل الأسبوعية من الساعة التاسعة صباحا إلى غاية الرابعة مساء وفي الأعياد الدينية والوطنية والعطل المدرسية مناصفة.
و كذا إلزام المدعى عليه بأن يوفر مسكنا ملائما لممارسة الحضانة و إن تعذر ذلك فعليه دفع بدل إيجار للمدعية بمبلغ أربعة ألاف دينار جزائري(4000دج) تسري شهريا من تاريخ صدور الحكم الحالي إلى غاية انقضاء الحضانة أو سقوطها قانونا.
و رفض ما زاد عن ذلك من طلبات لعدم التأسيس .
مع تحميل المدعى عليه بالمصاريف القضائية .
هكذا صدر الحكم و أفصح به جهارا بالجلسة العلنية المنعقدة في نفس اليوم و الشهر و السنة المذكورين أعلاه و أمضاه كل من رئيس الجلسة و أمين الضبط .

الرئيس (ة)

أمين الضبط

رقم الجدول: 12/02965
رقم الفهرس: 13/00084

نسخة عادية

ملحق:03

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

باسم الشعب الجزائري

حـــكـــم

مجلس قضاء:
محكمـــة:
القســـم: شؤون الأسرة

رقم الجدول:
رقم الفهرس:
تاريخ الحكم:

مبلغ الرسم/ 300 دج

بالجلسة العلنية المنعقدة بمقر محكمة
بتاريخ:
برئاسة السيد (ة): قاضي
و بمساعدة السيد (ة): أمين ضبط
وبحضور السيد(ة): وكيل الجمهورية

صدر الحكم الآتي بيانه

بين /

بين السيد (ة):

1) مدعي حاضر
العنوان :
المباشر للخصومة بنفسه

وبين /

ضد /

السيد وكيل الجمهورية لدى محكمة

1): مدعي عليه حاضر
العنوان :
المباشر للخصومة بواسطة الأستاذ (ة):
2): السيد وكيل الجمهورية لدى محكمة حاضر حاضر

بيان وقائع الدعوى

بموجب عريضة افتتاح دعوى مودعة ومسجلة لدى أمانة ضبط محكمة بسكرة قسم شؤون الأسرة بتاريخ تحت رقم أقام المدعي و المباشر الخصام بنفسه دعوى قضائية ضد المدعى عليها و المباشرة الخصام بواسطة محاميها و بحضور السيد وكيل الجمهورية جاء فيها : أن المدعي إقترن بالمدعى عليها بموجب عقد زواج رسمي مسجل بالحالة المدنية لبلدية ، و لم يثمر زواجهما على اي أبناء و أن المدعى عليها مر عليها شهر و هي في منزل أبيها و رغم المساعي المبذولة من قبل المدعي لارجاعها باءت بالفشل و رفض المدعية الرجوع الى بيت الزوجية و ان المدعي عامل خارج مقر إقامته مما يظطره الى التنقل من اسبوع الى اسبوع للعمل في كأستاذ في المدرسة الابتدائية و ان المدعى عليها تقلل من احترامها له و لابيه و امه و اهله و انها تعصي اوامره دائما وبشكل مستمر و منذ مغادرتها المنزل بتاريخ و هي لحد الآن في منزل ابيها رافضة الرجوع محاولته لارجاعها مشترطة مسكن مستقل و انه لا يستطيع توفير مسكن مستقل خاصة و أنه عامل بمكان بعيد عن مقر اقامته و اشترط عليها قبل الزواج عدم استطاعته توفير مسكن مستقل ملتمسا في الشكل قبول الدعوى شكلا و في الموضوع القضاء بفك الرابطة الزوجية بين المدعي و المدعى عليها على مسؤوليتها مع امر ضابط الحالة المدنية

رقم الجدول: 12/03456
رقم الفهرس: 13/00410

و التأشير به على عقد ميلادهما .
بجلسة أجابت المدعى عليها بموجب مذكرة جوابية جاء انها تعرضت لكل الاهانات من طرفه و من اهله رغم ذلك هي مستعدة لمواصلة الحياة الزوجية مع المدعي ، و هو من قام بايصال المدعى عليها لبيت اهلها قصد الزيارة و ليست هي من قامت بمغادرة البيت الزوجية و الدليل انها لم تأخذ حتى بطاقة الخاصة بها لان نيتها كانت الزيارة فقط عكس ما يزعمه المدعي و انها مستعدة للموافقة على الرجوع الى بيت الزوجية على شرط ان يكون مستقلا اثاث و معاشا سواء بمدينة او بمقر عمله حيثما كان و هذا حقها الشرعي ملتمسة الاشهاد للمدعى عليها باستعدادها لمواصلة الحياة الزوجية مع المدعي شرط ان يكون مسكنها مستقلا اثاث و معاشا سواء بمدينة او بمقر عمله حيثما كان و في حالة تمسكه بطلب الطلاق يكون على مسؤوليته لوحده و تمكينها من : - مبلغ 200.000دج تعويض عن الطلاق التعسفي و مبلغ 50.000دج نفقة عدة و مبلغ 8000دج نفقة اهمالها تسري من تاريخ 2012-11-05 و تستمر إلى غاية النطق بالطلاق مع الزامه بتمكينها من اثاثها و لباسها و مصوغها حسب قائمتها المرفقة بمذكرة الجوابية و تحميله المصاريف القضائية .
بعد قيام المحكمة بمحاولة للصلح و هذا بجلسة2013-01-22 و 2013-02-05 .
بعد عرض الملف على ممثل النيابة العامة لتقديم التماساته المتمثلة تطبيق القانون .
وضعت القضية في النظر لجلسة 2013-02-12 .

وعليـــــــــــه فـــــــإن المحكـــــــمـــة

بعد الإطلاع على العريضة الافتتاحية و ملف الدعوى .
بعد الإطلاع على أحكام قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .
بعد الإطلاع على أحكام قانون الأسرة .
بعد الإطلاع على محضر عدم الصلح .
بعد النظر في القضية وفقا للقانون.
من حيث الشكل:
حيث أن العريضة الافتتاحية جاءت وفقا للشروط و الشكليات المنصوص عليها مما يتعين التصريح بقبولها.
حيث أن الدعوى جاءت وفقا للشروط والإجراءات الشكلية المنصوص عليها قانونا مما يتعين قبولها .
من حيث الموضوع:
حيث أن المدعي إلتمس الحكم فك الرابطة الزوجية بين الطرفين على مسؤولية المدعى عليها .
حيث أن المدعى عليها إلتمست الحكم بمواصلة الحياة الزوجية مع المدعي على ان يكون مسكنها مستقلا اثاث و معاشا سواء بمدينة او بمقر عمله حيثما كان و في حالة تمسكه بطلب الطلاق يكون على مسؤوليته و تمكينها من مبلغ 200.000دج تعويضا عن الطلاق التعسفي و مبلغ 50.000دج نفقة عدة و مبلغ 8000دج نفقة اهمالها تسري من تاريخ 2012-11-05 و تستمر إلى غاية النطق بالطلاق مع الزامه بتمكينها من اثاثها و لباسها و مصوغها حسب قائمتها المرفقة .
حيث أن موضوع النزاع ينصب حول فك الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة للزوج.
حيث أن ممثل النيابة العامة يلتمس تطبيق القانون .
حيث أن الطرفين يربطهما عقد زواج رسمي المسجل ببلدية ، و بذلك فعلاقة الزوجية قائمة .
حيث أن المحكمة سعت إلى إصلاح ذات البين بين الطرفين وهذا بجلسة الصلح المنعقدة بتاريخ 2013-01-22 و 2013-02-05 إلا أنها باءت بالفشل أمام تمسك الزوج بفك الرابطة الزوجية بإرادته المنفردة و بالمقابل تمسك الزوجة بالرجوع إلى بيت الزوجية .
/في طلب الطلاق :

رقم الجدول: 12/03456
رقم الفهرس: 13/00410

حيث أنه من المقرر قانونا و شرعا أن العصمة بيد الزوج الذي خوله القانون و طبقا للمادة 48 من قانون الأسرة و الشرع حق فكها بإرادته المنفردة مما يجعل طلب المدعي مؤسس قانونا مما يتعين الاستجابة له.

/ في مسؤولية الطلاق:

حيث أن المدعي أسس طلبه للطلاق بسبب تصرفات الزوجة لكن هذا السبب تعتبره المحكمة غير جدي باعتباره غير مؤسس قانونا.

حيث من الثابت قانونا بالمادة 52 من قانون الأسرة متى تبين للقاضي تعسف الزوج في إيقاع الطلاق أن يقضي للمطلقة بتعويض عن ذلك على أن يتناسب هذا الأخير و جسامة الضرر الحاصل و حجم تعسف الزوج ، وبالتالي رد المبلغ المطالب به إلى الحد المعقول.

/في نفقة العدة :

حيث من المقرر قانونا بالمادة 61 من قانون الأسرة أنه تجب نفقة العدة للزوجة المطلقة لتغطية حاجياتها طيلة فترتها من مأكل و ملبس ومشرب و علاج الأمر الذي يتعين معه مراعاة حال الطرفين و ظروف المعاش السائدة عند تقديرها.وعليه فإن طلب المدعى عليها لها مؤسس يتعين الاستجابة له مع تخفيض المبلغ المطالب به إلى الحد المعقول.

/في نفقة الاهمال :

حيث من الثابت قانونا بالمادة 74 من قانون الأسرة انه تجب نفقة الزوجة على الزوج بالدخول بها و تستحقها طالما كانت في عصمته وتسقط عنها في حالة النشوز ،وأن القاضي يحكم بها من تاريخ رفع الدعوى أو سنة قبل ذلك متى قامت البينة على الإهمال على أن يراعي في تقديرها حال الطرفين و ظروف المعاش السائدة.و عليه فان طلب المدعى عليها بخصوصها مؤسس تستجيب له المحكمة مع تخفيض المبلغ المطالب به إلى الحد المعقول.

حيث أنه بموجب العريضة الإفتتاحية للمدعي أنه يقر أن المدعية في بيت أهلها بتاريخ

و أنه بموجب المذكرة الجوابية لجلسة للمدعى عليها تطلب نفقة إهمالها من تاريخ و منه فإن الطرفين متفقان حول تاريخ المغادرة بيت الزوجية .

و عليه فان طلب المدعى عليها بخصوصها مؤسس تستجيب له المحكمة مع تخفيض المبلغ المطالب به إلى الحد المعقول.وجعلها تسري من تاريخ إلى غاية النطق بالحكم الحالي . طبقا للمادتين 79و80 من قانون الأسرة

في طلب الأثاث والمصوغ:

حيث التمست المدعى عليها إلزام المدعي بتمكينها من قائمة أثاثها و المصوغ المرفقة بالملف.

حيث أنه تبين للمحكمة بعد الإطلاع على ملف الدعوى و بالرجوع إلى محضر محاولة الصلح المؤرخ الذي حضر فيه المدعي و صرح أنه مستعد من تمكين المدعى عليها من الأثاث و المصوغ بالقائمة و هو إقرار منه و يعتبر حجة عليه قانونا ، مما يتعين معه الإستجابة لطلبها و إلزام المدعي من تمكين المدعى عليها من قائمة الأثاث و المصوغ المؤشر عليها من طرف المحكمة بتاريخ المتكونة من صفحتين و ذلك عينا .

حيث أن المصاريف القضائية يتحملها خاسر الدعوى طبقا للمادة 419 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ولـــــــــــهـــــذه الأســـــــــباب

حكمت المحكمة حال فصلها في قضايا شؤون الأسرة علنيا ، حضوريا نهائيا فيما يخص الطلاق و ابتدائيا فيما عداه:

في الشكل/ قبول الدعوى.

في الموضوع/بفك الرابطة الزوجية بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج وعلى مسؤوليته بين المسمى ولاية

ولاية

رقم الجدول: 12/03456
رقم الفهرس: 13/00410

مع أمر ضابط الحالة المدنية بتسجيل هذا الطلاق و التأشير به على هامش عقدي ميلاد الطرفين و عقد زواجهما .
و بإلزام المدعي بأدائه للمدعى عليها المبالغ التالية: مبلغ مئة ألف دينار جزائري(100.000دج) تعويض عن الطلاق التعسفي و مبلغ ثلاثون ألف دينار جزائري (30.000دج) نفقة عدة و مبلغ ثلاثة ألاف دينار جزائري (3000دج) نفقة إهمالها تسري شهريا من تاريخ 05/11/2012 إلى غاية النطق بالحكم الحالي .
إلزام المدعي من تمكين المدعى عليها من قائمة الأثاث و المصوغ المؤشر عليها من طرف المحكمة بتاريخ . المتكونة من ، و ذلك عينا.
مع تحميل المدعي بالمصاريف القضائية.
هكذا صدر الحكم و أفصح به جهارا بالجلسة العلنية المنعقدة في نفس اليوم و الشهر و السنة المذكورين أعلاه و أمضاه كل من رئيس الجلسة و أمين الضبط .

الرئيس (ة) أمين الضبط .

٨٨٣٤

26 مارس 2013

رقم الجدول: 12/03456
رقم الفهرس: 13/00410

ملحق: 04

البرلمان سيناقض الظاهرة ، مونية مسلم :

حرمان المرأة من الميراث تحول إلى مشكل وطني

وهيبة سليماني

2015/04/23

وزيرة التضامن والأسرة وقضايا المرأة، مونية مسلم سي عامر

صورة: ح.م

دعت برلمانيات جزائريات إلى ضرورة طرح مسألة حق المرأة في الميراث ضمن نقاش في المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة، حيث أكدت السيدة لويزة شاشوة، رئيسة لجنة الصحة، الشؤون الاجتماعية، العمل والتضامن الوطني بمجلس الأمة، عن تلقيها تقارير من نساء هضم حقهن في الميراث، مشيرة إلى أن في الكثير من الأحيان يهيمن الإخوة على حق البنات في التركة.

من جهتها، أكدت وزيرة التضامن والأسرة وقضايا المرأة، مونية مسلم سي عامر، أنها تحدثت مع المجمع الإسلامي العالمي، لفتح باب الاجتهاد حول قضايا تعيشها الدول الإسلامية والعربية منها الجزائر نجمت عن عدم فهمها مشاكل عدة كالميراث الذي أصبحت الكثير من النساء تحرم منه بسبب هيمنة الذكر على الأنثى في الكثير من العائلات.

و قالت الوزيرة إن المجمع الإسلامي العالمي رحب بفكرتها واعتبرها شجاعة، مضيفة أن الوزارة بصدد إعداد ورقة طريق لتحديد النساء المتضررات من أمر الميراث واللواتي لم تستطعن اللجوء إلى العدالة، وكذا الوقوف مع المرأة التي يضيع حقها في الميراث.

وفيما وقع جدل بسبب تضارب في الآراء خلال لقاء جمع وزيرة التضامن ببرلمانيات وممثلات عن المجتمع المدني للنقاش حول مشاركة الجزائر في الدورة الـ 59 للجنة قضايا المرأة، بفندق الأوراسي، حول مسألة الميراث، حيث قالت النائب سعيدة بوناب إن الشرع حدد نصيب كل من المرأة والرجل وهي قضية يجب عدم النقاش حولها.

قائمة المصادر والمراجع

أولا: المصادر

I- القرآن الكريم

- إدارة البحوث والتأليف والترجمة بمجمع البحوث الإسلامية بالأزهر الشريف بمعرفة لجنة مراجعة المصاحف برئاسة: المصراوي أحمد عيسى. (2008). القرآن الكريم بالرسم العثماني برواية ورش عن نافع. مصر: دار المدينة.

II- السنة

1-البغوي بن الفراء الحسين بن مسعود. (1983). شرح السنة. تحقيق الشاويش زهير والأرناؤوط شعيب. لبنان: المكتب الإسلامي.

2-الجوزية ابن القيم. (2000). جامع الفقه، ج4. جمع ووثق نصوصه وخرج أحاديثه محمد يسري السيد. مصر. دار الوفاء.

3-العسقلاني بن حجر أحمد بن علي. (2001). فتح الباري بشرح صحيح الإمام البخاري، برواية الهروي أبي ذر. ج9. تقديم وتحقيق وتعليق الحمد شيبة عبد القادر. السعودية: دار الغد الجديد.

III- المعاجم اللغوية

1-الزبيدي الحسيني محمد مرتضى. (1987). تاج العروس من جواهر القاموس، تحقيق حجازي مصطفى، الكويت: مطبعة حكومة الكويت.

2-جمال الدين أبو الفضل. (ابن منظور). (1996). لسان العرب، تحقيق عبد الوهاب أمين والصادق محمد. لبنان: دار إحياء التراث العربي.

3-زكريا أحمد بن فارس أبو الحسين. (1979). مقاييس اللغة. ج5. تحقيق هارون عبد السلام، لبنان: دار الفكر.

4-محمد يعقوب الفيروز آبادي. (1995). القاموس المحيط. ج3. تحقيق مكتبة تحقيق التراث في مكتبة الرسالة تحت إشراف: العرقسوسي محمد نعيم. لبنان: دار الفكر.

5-معلوف لويس. (1965). المنجد في اللغة. لبنان: المطبعة الكاثوليكية.

IV- النصوص القانونية

1. التشريع الأساسي

- المرسوم الرئاسي رقم 96-438 المؤرخ في 07 ديسمبر 1996 **المتضمن الدستور**، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 76، لسنة 1996 المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 02-03 المؤرخة في 10 أبريل 2002 الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد25 لسنة 2002، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 08-09 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008 المتضمن التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد63 المؤرخة في 16 نوفمبر 2008.

2. التشريع العادي

1-الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن **قانون الإجراءات الجزائية**، المعدل والمتمم بالقانون رقم 06-22 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد84، المؤرخة في 24 ديسمبر 2006.

2-الأمر 66-156 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن **قانون العقوبات**، المعدل والمتمم بالقانون رقم 11-14 المؤرخ في 02 أوت 2011، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد44، المؤرخة في 02 أوت 2011.

3- الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 19 فبراير 1970، المتعلق **بالحالة المدنية**، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد21، المؤرخة في 27 فبراير 1970.

4- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمر 1975، المتضمن **القانون المدني**، المعدل والمتمم بالأمر رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد31، المؤرخة في 13 مايو 2007.

5- الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن **القانون التجاري**، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-02 المؤرخ في 06 فبراير 2005، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد11، المؤرخة في 09 فبراير 2005.

6- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984، المتضمن **قانون الأسرة**، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد15، المؤرخة في 27 فبراير 2005.

7- قانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن **قانون الإجراءات المدنية والإدارية**، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، المؤرخة في 23 أبريل 2008.

ثانيا المراجع باللغة العربية

I- المؤلفات المتخصصة

1-آث ملويا بن شيخ حسين. (2006). القانون العرفي الآمازيغي. الجزائر: دار الخلدونية.

2-دكار أحمد. (د.س.ن). الزواج والطلاق في الشريعة والقانون والعرف (دراسة ميدانية). الجزائر: دار الغرب.

3- الزواوي أبو يعلى. (2005). تاريخ الزواوة، مراجعة وتعليق الخالدي سهيل. الجزائر: وزارة الثقافة.

4- كركار جمال. (2013). العرف والعمل الجزائري وأثرهما في الفتاوى والأحكام (منطقة الزواوة خلال فترة الاحتلال أنموذجا). الجزائر: منشورات المجلس الإسلامي الأعلى.

5- قشي فاطمة الزهراء. (2007). الزواج والأسرة في قسنطينة في القرن الثامن عشر (18). الجزائر: دار القصبة.

II- المؤلفات العامة

1-إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم. (أ) (1999). علم أصول الفقه الإسلامي. الأردن: مكتبة دار الثقافة.

2- ـــــــــــــــــــــ. (ب) (1999). المدخل لدراسة الفقه الإسلامي (تاريخه ومصادره ونظرياته العامة). الأردن: مكتبة دار الثقافة.

3- ـــــــــــــــــــــ. (2006). المدخل لدراسة الفقه الإسلامي (تاريخه ومصادره ونظرياته العامة). الأردن: دار الثقافة.

4- أحمد إدريس عوض. (1992). الوجيز في أصول الفقه. لبنان: دار مكتبة الهلال.

5- إمام كمال الدين محمد ودراز محمد علي رمزي. (2007). أصول الفقه الإسلامي. لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية.

6- أمين نواهظة إسماعيل ومحمد المؤمني أحمد. (2010). الأحوال الشخصية (فقه النكاح). الأردن: دار المسيرة.

7- آث ملويا بن شيخ حسين. (2000). بحوث في القانون (أحكام الطلاق وأسبابه، العناصر الموضوعية الخاصة بعقد الشركة، القواعد الأساسية لنظرية الإثبات في المنازعات المدنية والإدارية، مقدمات التنفيذ الجبري). الجزائر: دار هومة.

8- البكري عزمي محمد. (د.س.ن). الأحوال الشخصية (طاعة الزوجة، الاعتراض على إنذار الطاعة، النفقة الزوجية. منازعات السفر إلى الخارج، نفقة العدة، الحبس في دين النفقة، جريمة هجر العائلة، الحجز على الأجور والمرتبات وفاء لديون النفقة، وفاء بنك قاصر لديون النفقة). مصر: دار محمود.

9- بلحاج العربي. (2005). الوجيز في قانون الأسرة الجزائري (الخطبة، الزواج، الطلاق، الميراث، الوصية). ج1. ط4. الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية.

10- ـــــــــــــــــــــ. (2009). احكام التركات والمواريث على ضوء قانون الأسرة الجديد (مع التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا). الأردن: دار الثقافة.

11- ـــــــــــــــــ. (2012). أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد (وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا). ج1. الأردن: دار الثقافة.

12- بن حرز الله عبد القادر. (2007). الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق (في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له قانون رقم 05-09 المؤرخ في 04 مايو سنة 2005). الجزائر: دار الخلدونية.

13- بن شويخ الرشيد (أ). (2008). شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل (دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية). الجزائر: دار الخلدونية.

14- ـــــــــــــــــ (ب). (2008). الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري (دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية). الجزائر: دار الخلدونية.

15- بن غريب رابح. (2007). المدخل إلى دراسة الشريعة الإسلامية. الجزائر: دار العلوم.

16- بعلي محمد الصغير. (2006) المدخل للعلوم القانونية (نظرية القانون، نظرية الحق). الجزائر: دار العلوم.

17- الجياش عبد الحميد. (2009). التعريف بالفقه الإسلامي والنظريات الفقهية. لبنان: دار النهضة العربية ومكتبة الزهراء.

18- داودي عبد القادر. (2007). الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية (دراسة شرعية قانونية مقارنة). الجزائر: دار البصائر.

19- الوردي علي. (1995). وعاظ السلاطين. ط2. لبنان: دار كوفان.

20- حسين شحاتة أحمد محمد. (2009). القانون دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية. مصر: المكتب الجامعي الحديث.

21- كليب أحمد بن محمد أحمد. (2009). مسائل مقارنة في الأحوال الشخصية الطلاق والخلع والظهار (على فقه المذاهب الأربعة والإمام طاووس). عمان: دار النفائس.

22- محمد الحفناوي عبد المجيد. (د.س.ن). تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية. مصر: منشأة المعارف.

23- محمد المؤمني أحمد وأمين نواهضة إسماعيل. (2009). الأحوال الشخصية (فقه الطلاق والفسخ والتعريق والخلع). الأردن: دار المسيرة.

24- المشني منال محمود. (2008). الخلع في قانون الأحوال الشخصية أحكامه آثاره (دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون). الأردن: دار الثقافة.

25- سابق سيد. (1998). فقه السنة. ج2. لبنان: دار الفكر.

26- سي علي أحمد (2009). مدخل للعلوم القانونية (النظرية والتطبيق). الجزائر: دار هومة.

27- سعد عبد العزيز. (2013). الجرائم الواقعة على نظام الأسرة. الجزائر: دار هومة.

28- الشرنباصي علي السيد رمضان وإمام كمال الدين محمد والشافعي عبد الهادي سالم جابر (2002). المدخل لدراسة الفقه الإسلامي ونظرياته العامة (النشأة، التطور، المعاصرة). مصر: منشأة المعارف.

29- الشرنباصي علي السيد رمضان. (2007). المدخل لدراسة الفقه الإسلامي. مصر: دار الجامعة الجديدة.

30- شيبة عبد الغني مصطفى. (2006). أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية الطلاق وآثاره (دراسة مقارنة). ليبيا: دار الكتب الوطنية.

31- تقية عبد الفتاح. (2000). مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ وأحكام الفقه الاسلامي. د.ب.ن): دار ثالة.

32- الخليلي حبيب إبراهيم. (2006). المدخل للعلوم القانونية (النظرية العامة للقانون). ط8. الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية.

33- الخضري محمد. (2003). أصول الفقه. مصر: دار الخلدونية.

34- غسان رباح. (2007). الوجيز في القانون الروماني والشريعة الإسلامية (دراسة مقارنة). لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية.

III- رسائل الماجستير

- باجنيد عبد الرحمن إلهام عبد الله. (2003). أثر العرف في الفرق ومتعلقاتها من أحكام فقه الأسرة: دراسة تطبيقية مقارنة. رسالة مقدمة لنيل الماجستير (غ.م). كلية الشريعة والدراسات الإسلامية. جامعة أم القرى. مكة

IV- المجلات والدوريات

1-العوا محمد سليم. (2013)، الفقه الإسلامي في طريق التجديد، **المجلة المصرية الأزهر**، عدد ديسمبر.

2- محمد علي إبراهيم. (2012)، الإرث في العرف القبلي قبيل الإسلام وعصر الرسالة **مجلة كلية العلوم الإسلامية**، جامعة الموصل، المجلد السادس عشر (16)، العدد الثاني عشر (12).

V- القرارات القضائية

1-قرار ملف رقم: 210422، الصادر بتاريخ: 17 نوفمبر 1998، المحكمة العليا، إ.ق.غ.أ.ش، عدد خاص.

2-قرار ملف رقم 83603، الصادر بتاريخ: 21 جويلية 1992، المحكمة العليا، إ.ق.غ.أ.ش، عدد خاص.

3- قرار ملف رقم 44630، الصادر بتاريخ: 09 فيفري 1987، المحكمة العليا، م.ق 1990، عدد03.

VI- الوثائق

1. المحاضرات

- تشوار الجيلالي. (2012)، محاضرات في قانون الأسرة الجزائري (التطور التاريخي لقانون الأسرة الجزائري)، جامعة تلمسان.

2. مقالات على الانترنت

1-الورقي بن عبد الله سعود، العرف وتطبيقاته المعاصرة elibrary.mediu.edu.my/books/MAL03775.pdf يوم السبت: 2015/02/07 على الساعة 12.30

2-عبد الجواد سيد عبد الجواد، مختصر اليونان القديم، محاضرة بمركز الابداع بالأسكندرية www.civicegypt.org/?p:22599 يوم الأحد: 2015/02/08 على الساعة 16.26.

ثالثا: المراجع باللغة الفرنسية

I- Les Ouvrages :

- Tichouar J, (2004), Reflexion sur les questions epineuses du code Algérien de la famille (la dot, la tutelle matrimoniale, la Polygamy, le divorce, répudion et l'adoption). Algerie : office des publications universitaires.

II- Les Dictionnaires :

- Garram I, (1998), Terminologie juridique (dans la législation Algérienne). Algerie : Palais du livre.

الفهـــــرس

مقدمـــة ..... أ
الفصل الأول ماهية العرف..... 6
المبحث الأول: نشأة العرف 8
المطلب الأول: التشريع في الحضارات الشرقية القديمة 8
الفرع الأول: التشريع في مصر القديمة 8
الفرع الثاني: التشريع في بلاد الرافدين 9
المطلب الثاني: التشريع في الحضارات الغربية القديمة 10
الفرع الأول: التشريع لدى قدماء اليونان 10
الفرع الثاني: التشريع لدى الرومان 11
المطلب الثالث: التشريع في الإسلام.....12
الفرع الأول: التشريع في مكة 12
الفرع الثاني: التشريع في المدينة 14
المطلب الرابع: التشريع في القوانين المعاصرة.....16
الفرع الأول: العرف المكمل للتشريع 17
الفرع الثاني: العرف المساعد للتشريع.....17
المبحث الثاني: مفهوم العرف 19
المطلب الأول: تعريف العرف.....19
الفرع الأول: التعريف اللغوي للعرف 19

الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي للعرف 19
المطلب الثاني: حجية العرف 21
الفرع الأول: حجية العرف من الكتاب 21
الفرع الثاني: حجية العرف من السنة النبوية الشريفة 22
الفرع الثالث: حجية العرف من الإجماع.....23
الفرع الرابع: حجية العرف من المعقول 23
المطلب الثالث: أقسام العرف 24
الفرع الأول: العرف باعتبار مظهره.....24
الفرع الثاني: العرف باعتبار مصدره.....25
الفرع الثالث: العرف باعتبار مشروعيته 26
المطلب الرابع: تمييز العرف عما يشابهه من مصطلحات.....26
الفرع الأول: العرف والعادة 26
الفرع الثاني: العرف والإجماع.....28
الفرع الثالث: العرف وتفسير النصوص.....29
الفرع الرابع: العرف والترجيح.....30
الفصل الثاني أثر العرف في قانون الأسرة الجزائري.....32
المبحث الأول: تاريخ تطور قانون الأسرة الجزائري 34
المطلب الأول: مراحل تطور قانون الأسرة الجزائري.....34
الفرع الأول: قانون الأسرة الجزائري خلال مرحلة ما قبل الاستعمار (قبل سنة 1830) .34

الفرع الثاني: قانون الأسرة الجزائري خلال الاستعمار (بين1830-1962) 34

الفرع الثالث: قانون الأسرة الجزائري بعد الاستقلال (1962-2005).....36

المطلب الثاني: مفهوم قانون الأسرة الجزائري 36

الفرع الأول: تعريف قانون الأسرة الجزائري 37

الفرع الثاني: تحديد مصطلح مصادر قانون الأسرة الجزائري.....38

المبحث الثاني: تطبيقات حول العرف في مسائل الأحوال الشخصية 43

المطلب الأول: الصداق (المهر) 43

الفرع الأول: مفهوم الصداق.....43

الفرع الثاني: مشروعية الصداق 44

الفرع الثالث: تعجيل الصداق وتأجيله 44

الفرع الرابع: تحديد مقدار الصداق.....45

المطلب الثاني: الخلع.....47

الفرع الأول: مفهوم الخلع 47

الفرع الثاني: الطبيعة الفقهية والقانونية للخلع 48

الفرع الثالث: بدل الخلع.....50

المطلب الثالث: نفقة الزوجة 51

الفرع الأول: مفهوم النفقة 51

الفرع الثاني: أدلة وجوب نفقة الزوجة.....52

الفرع الثالث: طرق الإنفاق على الزوجة 53

الفرع الرابع: تقدير النفقة.....54
المطلب الرابع: الميراث 55
الفرع الأول: التطور التاريخي للميراث 55
الفرع الثاني: مفهوم الميراث.....58
الفرع الثالث: الحكمة من مشروعية الميراث.....58
الفرع الرابع: ميراث المرأة بين العرف والشريعة.....59
الخاتمـــة 62
قائمة المصادر والمراجع 78
الفهـــــرس 87

الملخص:

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

كما يعد أيضا أحد مصادر القانون؛ فهو من عوامل تقدم القانون وتطوره ليس بالنسبة إلى تقرير قواعد ونظم جديدة بل كذلك بالنسبة إلى نظم قديمة أو تعديل أخرى، هذا في إطار دور العرف في التشريع.

أما قضاءا فيتضح لنا أثر العرف من خلال الأحكام والقرارات، مثال ذلك ما يتعلق منها بالخلع الذي يحدد بمهر المثل وكذا مسألة تقدير النفقة وغير ذلك من الأحكام في مجال الأحوال 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'ensemble.

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 règlements cela dans le rôle de la coutume et de la législation.

Ce qui concerne la justice qu'est claire à nous l'influence de la coutume et les dispositions et les décisions, par exemple ce qui concerne le « Khol'a » ce qui précise la dot équivalente et l'estimation de la pension.