



وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة غرداية

كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية

قسم العلوم الإسلامية



أثر العرف في أحكام القضاء

دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات نيل شهادة الماستر في العلوم الإسلامية

تخصص: الشريعة والقانون

إشراف الأستاذ(ة):

-داودي مخلوف

إعداد الطالب (ة):

-ناصر عماد الدين

لجنة المناقشة

الصفة	الجامعة	الاسم واللقب
رئيسا	جامعة غرداية	د. حنطاوي بوجمة
مشرفا مقرررا	جامعة غرداية	أ.د. مخلوف داودي
مشرفا مساعدا	جامعة غرداية	أ.د. حمودين بكير
مناقشا	جامعة غرداية	أ.د. نذير شوقي

الموسم الجامعي:

2023-2022/هـ1445-1444



وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة غرداية



كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية

قسم العلوم الإسلامية

أثر العرف في أحكام القضاء

دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات نيل شهادة الماستر في العلوم الإسلامية

تخصص: الشريعة والقانون

إشراف الأستاذ(ة):

-داودي مخلوف

إعداد الطالب (ة):

-ناصر عماد الدين

لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الجامعة	الصفة
د. حنطاوي بوجمة	جامعة غرداية	رئيسا
أ.د. مخلوف داودي	جامعة غرداية	مشرفا مقرر
أ.د. حمودين بكير	جامعة غرداية	مشرفا مساعدا
أ.د. نذير شوقي	جامعة غرداية	مناقشا

الموسم الجامعي:

2023-2022/هـ1445-1444



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة غرداية



كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية
قسم العلوم الإسلامية

غرداية في: 07/09/2023

نصريح شرفي للطالب

(يلتزم فيه بالقواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية ومكافحتها وفقا للقرار رقم: 933 المؤرخ في 28 جويلية 2016)

أنا الممضي أسفله:

- (1) اسم ولقب الطالب (01): عماد الدين ناصف
رقم التسجيل: 1818 310 311 98
التخصص: الشريعة والقانون
(2) اسم ولقب الطالب (02):
رقم التسجيل:
التخصص:

المكلفان بإنجاز مذكرة التخرج لاستكمال متطلبات نيل شهادة الماستر والموسومة بـ

أثر العرف في أحكام القضاء دراسة مقارنة بين
الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

أصرح بشرفي أني قمت بإنجاز مذكرة نهاية الدراسة المذكور عنوانها أعلاه بجهدى الشخصي. ووفقا للمنهجية المتعارف عليها في البحث العلمي (دليل إعداد مذكرات التخرج)، وبذلك أتحمّل المسؤولية الكاملة عن أي مخالفة لقواعد الأمانة العلمية وما يترتب عن ذلك من متابعة بما فيها الإجراءات الإدارية حسب المقررات الوزارية المعمول بها.

التوقيع: الطالب الأول: الطالب الثاني:





غرداية في: 11/11/2013

اذن بالجليد والإيداع [مذكرة ماستر]

أنا المعضي أسفله الأستاذ(ة):
رئيس اللجنة المناقشة للمذكرة الموسومة بـ:
دراسة:
من إعداد الطلب(ة): 1-
2-

وأشرفت:
تخصص:
أقر بأن الطلبة أنجزوا عملهم وفق ما قدم لهم من ملاحظات وتعديلات في لجنة المناقشة.
ويمكنهم تجليد المذكرة وإيداعها عند إدارة القسم قصد إتمام الإجراءات الإدارية اللازمة.

امضاء رئيس لجنة المناقشة

امضاء المشرف:

الاهداء

أهدي تخرجي لمن أنارت طريقي وساعدتني في كل وقتي،
لأمي حبيبة قلبي رحمها الله، وجعلها تسكن جناتي النعيم،
أود أن أشكر تلك المرأة العظيمة التي كانت تتمنى دائمًا أن
ترى عينيها حالي في يوم مثل هذا اليوم والتي كان عيناها
مغطاة بالتراب قبل أن تتحقق أمنيتها.

والى من رباني صغير وصاحبني كبير، ومن سهر على راحتني
ومستقبلي الى قرة عيني وتاج رأسي أبي الغالي.
كما لا أنسى شقيقاتي الغاليات واصدقائي دون استثناء.

الشكر والتقدير

الحمد لله أولاً وقبل كل شيء الذي هدانا لهذا وما كنا لنهتدي لولا ان هدانا الله، لك الحمد يا رب كما ينبغي لجلال وجهك وعظيم سلطانك، والذي لا يستوفى شكره، الا من بلغ الرسالة وأدى الامانة ونصح الامة وهو نبي الرحمة عليه الصلاة والسلام قال صلى الله عليه وسلم: "من لم يشكر الناس لم يشكر الله". ومن هنا أتقدم بجزيل الشكر الى الأستاذ والدكتور داودي مخلوف الذي شرفني بإشرافه، فله مني جزيل الشكر وعميق الامتنان على كل ما قدمه لي من جهد ودعم طيلة فترة انجاز المذكرة كما لا يفوتني أن أتقدم بأسمى آيات الشكر والعرفان لكل اساتذة قسم العلوم الإسلامية وكلية العلوم الاجتماعية والانسانية لجامعة غرداية والى اعضاء لجنة المناقشة الذين قبلوا بصدر رحب قراءة ومناقشة وتصويب هذه المذكرة. وفي الاخير أتقدم بخالص شكري الى كل من ساعدني من قريب أو بعيد في انجاز هذا العمل المتواضع.

مقدمة

توطئة:

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا من يهده الله فلا مضل له ومن يضل فلا هادي لو، وأشهد أن لا إله الا الله وأن محمدا عبده ورسوله أما بعد :

يعبر العرف عن ضمير المجتمعات الإنسانية فقد لازمها في أولى تشكلاتها وتطور معها في كل مراحلها ؛ فلا غرو أن الفقه الإسلامي راعى هذا المعنى الإجتماعي في أصوله التشريعية فجعله إحدى حجج الشرع فيما لا نص فيه، يُرجع إليه في كثير من المسائل خاصة مسائل الأسرة ومسائل القانون المدني خاصة عقد البيع ؛ فالبناء عليه ظاهر في قضايهما؛ لأن الأسرة هي عينة مصغرة عاكسة للمجتمع، جارية على سنته، وعقد البيع هو أصل معاملات الناس في حياتهم، فكل ما تعارف عليه الناس من الأقوال والأفعال، ولم يخالف نصاً شرعياً، وليس له مدلول في الشرع أو اللغة، فإن مرجعه إلى العرف والعادة، وذلك يختلف باختلاف الزمان والمكان.

أما على مستوى القانون الجزائري -ففي الأرقم 11/84 المؤرخ في 1984/06/09 المعدل والمتمم بموجب الامر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 المتضمن قانون الأسرة و الامر رقم 58-75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم فقد راعى العرف في كثير من مسائل عقد البيع وهذا بالنظر إلى استمداد معظم أحكامه من الفقه الإسلامي.

ولمعالجة الموضوع في بعض مسائله الهامة في اعتماد قضاء الأسرة والبيع على العرف في الأمور التي لا تحديد فيها من قبل الشرع جاءت هذه المذكرة والموسومة بـ: " أثر العرف في أحكام القضاء دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري "

أهمية الموضوع:

تكمن أهمية الموضوع في أهمية العرف في قضاء الأسرة ومسائل البيع ففيه ما لا يحصى من كثرة المسائل التي يرجع فيها إلى العرف لحسم الخلاف وبناء الأحكام كمقدمات الخطبة ، والصيغة، والنفقة، وغير ذلك من المسائل.

ومن الأهمية كذلك تبيان بعض الفتاوى والأحكام القضائية التي تم بناؤها على الأعراف المستجدة.

الإشكالية:

■ ما مدى اعتبار العرف في بناء أحكام قضاء الأسرة وعقد البيع في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري ، وإلى أي مدى واكبت هذه الأحكام المستجدات العرفية في المجتمع؟

وتندرج تحت هذه الإشكالية عدة تساؤلات فرعية وهي كالآتي:

- ماهو مفهوم العرف في الفقه الإسلامي والقانون؟
- ما حجتيته؟
- ماهي تقسيماته؟
- وما دوره التشريعي في قضاء الأسرة باعتباره مصدرا تبعا في الفقه الاسلامي ومصدرا احتياطيا في القانون؟
- ماهية عقد البيع؟
- ماهو أثر العرف على عقد البيع؟

أسباب اختيار الموضوع:

أسباب موضوعية

1. الدور الكبير للعرف في حياة الناس، بحيث لا نكاد نمر على موضوع من مواضيع حياتهم دون وجود أثر للعرف فيه.
2. توضيح مدى اعتبار الفقه لأعراف الناس وعاداتهم لرفع الحرج عنهم.
3. بيان مرونة العرف وتطبيقه في الأحكام القضائية.

أسباب شخصية:

1. ميولي الشخصية لدراسة مسائل الأحوال الشخصية في الفقه والقانون.
2. الرغبة الشخصية في معرفة أعراف الناس في مجال الأسرة والمعاملة، ومدى إعتداد القضاء بها.

الاهداف:

- لدراسة الموضوع دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون الجزائري.
- لبيان ان العرف مصدر من مصادر الفقه والقانون.
- للتعرف على أثر العرف في مسائل والزواج والبيع في الفقه الاسلامية والقانون الجزائري.

المنهج المتبع:

ولتحقيق أهداف هذا البحث على الوجه الأكمل اتبعت المناهج التالية:

المنهج الاستقرائي: وذلك من خلال تتبع أقوال فقهاء الشريعة وأراء رجال القانون الموجودة في كتبهم، ونقلها والاستدلال بها لبيان صحة الاستنتاج وسلامة الفكرة التي توصلت إليها.

المنهج التحليلي: وقد اعملت هذا المنهج من خلال تحليل النصوص الشرعية والقانونية وآراء فقهاء الفقه الاسلامي وفقهاء القانون.

المنهج المقارن: وهذا المنهج هو المنهج الأساس في هذه الدراسات؛ وذلك قصد اوقوف من خلال إعمال هذا المنهج على أوجه الشبه والاختلاف في مختلف النماذج التي ذكرتها بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.

وقد أعوزني الأمر في بعض المواضع إلى الإجتهد في المقارنة والتحليل ، فإن أخطأت فأسأل الله أن يغفر لي، وإن اصبت فله الحمد والمنة.

الدراسات السابقة:

-العرف والعادة في رأي الفقهاء: فهمي محمد ابو سنة وهي عبارة عن رسالة دكتوراه في الازهر الشريف نوقشت عام 1966م، وطبعت في كتاب، والملاحظ على هذه الرسالة انها لم تتطرق للجانب القانوني للعرف وانما اكتفت بمقارنة آراء فقهاء الشريعة الاسلامية فقط اما دراستي فقد تناولت الجانب الشرعي والقانوني.

-العرف وأثره في حقوق الزوج في الفقه الاسلامي: رهيفة سلمان حمادة، وهي رسالة دكتوراه في الجامعة الاسلامية -غزة- نوقشت عام 2014م، وقد اشتملت هذه الرسالة على كل حقوق الزوجين وأثر العرف عليها والتي تطرقت الى واحدة منها وهي النفقة فقط، لكنها لم تشمل بعض الامور المتعلقة بالخطبة منها أثر العدول عليها والتي ذكرتها في بحثي.

-اعتبار العرف في مسائل الزواج وآثاره: للطالب "عماد شريفي" -مذكرة ماجستير- كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف المسيلة، نوقشت عام 2014م -2015م وقد تناول فيها صاحبها بيان أثر العرف في تنظيم مسائل الزواج ومقدماته وآثاره، والتي تطرق الى بعضها وهي الخطبة والنفقة وأثر العرف عليهم، ومع ذلك فصاحب هذه المذكرة لم يتطرق الى العدول عن الخطبة واعتبار العرف فيه وقد عاجلت هذا الموضوع.

-مدى سلطان العرف في قانون الاسرة الجزائري: للطالبة زرقين عواطف -مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة -نوقشت عام 2014م-2015م، والتي عرضت فيها صاحببتها الى نشأة العرف إليه، وهناك مواضيع تطرقت إليها ولم تتطرق إليها منها اعتبار العرف في الخطبة وكذا في العدول عن الخطبة كذلك.

الصعوبات :

ومما لا شك فيه أن أي بحث تتخلله صعوبات وهي تختلف من بحث لآخر، ومن الصعوبات التي واجهتها:

- صعوبة التحميل الإلكتروني لبعض الكتب القانونية وبعض المذكرات المشهورة عن العرف التي كانت أكثرها تتمثل في الشراء الإلكتروني.
- كذلك صعوبة إيجاد بعض الكتب القانونية في المكاتب العامة ومكاتب الجامعة.
- ضيق الوقت وذلك لأنني لم أكن أحسن استعمال برنامج الوارد في الحاسوب، والذي اخبرني الى الدورة الاستدراكية.

خطة البحث:

وللإجابة على الإشكالية والتساؤلات المطروحة اعتمدت على الخطة الآتية:

الفصل الاول: ماهية العرف في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

المبحث الاول: مفهوم العرف في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

المطلب الأول: تعريف وأركان العرف في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

فرع الاول: تعريف العرف وتمييزه عن العادة

الفرع الثاني: أركان العرف

المطلب الثاني: تقسيمات العرف في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

الفرع الاول: تقسيمات العرف في الفقه الإسلامي

الفرع الثاني: تقسيمات العرف في القانون الجزائري

المبحث الثاني: حجية العرف وشروط اعتباره في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

المطلب الاول: حجية العرف في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

الفرع الاول: حجية العرف في الفقه الإسلامي

الفرع الثاني: حجية العرف في القانون الجزائري

المطلب الثاني: شروط اعتبار العرف في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

الفرع الاول: شروط اعتبار العرف في الفقه الإسلامي

الفرع الثاني: شروط اعتبار العرف في القانون الجزائري

الفصل الثاني: نماذج من نطاق سريان العرف في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

المبحث الاول: نماذج من نطاق سريان العرف في الفقه الاسلامي وقانون الأسرة الجزائري

المطلب الاول: نماذج من نطاق سريان العرف في أحكام عقد الزواج في الفقه الإسلامي وقانون

الأسرة الجزائري

الفرع الاول: أثر العرف في الخطبة

الفرع الثاني: أثر العرف في حالة العدول عن الخطبة

المطلب الثاني: نماذج من نطاق سريان العرف في آثار عقد الزواج في الفقه الإسلامي وقانون

الأسرة الجزائري

الفرع الاول: أثر العرف في النفقة الزوجية

الفرع الثاني: بعض تطبيقات العرف في القضاء الجزائري

المبحث الثاني: نماذج من نطاق سريان العرف في عقد البيع في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري

المطلب الاول: ماهية عقد البيع

الفرع الاول: مفهوم عقد البيع

الفرع الثاني: أركان عقد البيع

المطلب الثاني: تطبيقات العرف في عقد البيع في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري

الفرع الاول: تطبيقات العرف في عقد البيع في الفقه الإسلامي

الفرع الثاني: تطبيقات العرف في عقد البيع في القانون المدني الجزائري

الفصل الأول: ماهية العرف في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

المبحث الأول: مفهوم العرف في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

المبحث الثاني: حجية العرف وشروط اعتباره في الفقه الإسلامي والقانون

الجزائري

تمهيد

يعدّ العرف أصل من أصول التشريع الإسلامي الذي تنبني عليه كثير من الأحكام الشرعية كما يعدّ أحد أهم المصادر القانونية الاحتياطية التي نص عليها المشرع الجزائري والتي لفت نظر القاضي إليها من أجل الاعتماد عليها أثناء الفصل في القضايا المعروضة عليه التي لا يجد لها نصا في المصادر الأصلية. وبناء على ما سبق سنتطرق في هذا الفصل إلى ماهية العرف، ومكانته في الاستدلال في كل من الفقه الإسلامي والقانون الجزائري. وقد قسّمت هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: مفهوم العرف في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

المبحث الثاني: حجية العرف وشروط اعتباره في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

المبحث الأول: مفهوم العرف في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

العرف له مفهوم محدد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي؛ لذا سنتطرق في هذا المبحث إلى التعريف بالعرف في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، وبيان أركانه في المطلب الأول، ثم في المطلب الثاني سنحاول التعرف على أهم تقسيماته في الفقه الإسلامي والقانون.

المطلب الأول: تعريف وأركان العرف في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

سنتعرف في الفرع الأول من هذا المطلب على تعريف العرف وتمييزه عن العادة، وأما في الفرع الثاني فسنحدد أركان العرف.

الفرع الأول: تعريف العرف وتمييزه عن العادة

أولاً: تعريف العرف

1. المدلول اللغوي

قال ابن فارس: (العين والراء والفاء أصلان صحيحان، يدل أحدهما على تتابع الشيء متصلاً بعضه ببعض، والآخر على السكون والطمأنينة)¹، كما يطلق ذلك على ما يستحسن من الأفعال قال ابن منظور-:(المعروف كالعرف، وقوله تعالى؛ وصاحبهما في الدنيا معروفاً)، قال الزجاج:(المعروف هنا ما يستحسن من الأفعال)².

2. المدلول الشرعي

لقد تطرقت كتب أصول الفقه إلى تعريف العرف باعتباره مصدراً من مصادر التشريع، ومن التعريفات نأخذ ما يلي:

أ-تعريف النسفي بقوله:(العادة والعرف ما استقر في النفوس من جهة شهادات العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول)³.

ب-وعرفه الجرجاني على أنه:(ما استقرت النفس عليه بشهادة العقول وتلقته الطباع بالقبول)⁴.

¹ ابن فارس، مقاييس اللغة، تحقيق؛ عبد السلام هارون، دار الفكر، ج:04، لبنان، (1399هـ-1979م)، ص281.

² ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، ط:03، ج:09، بيروت، لبنان، 1410هـ، ص239.

³ النسفي، كشف الأسرار شرح المصنف على المنار، دار الكتب العلمية، ج:02، بيروت، لبنان، (ب.س.ن)، ص593.

⁴ الجرجاني، معجم التعاريف، تحقيق: محمد صديق المنشاوي، دار الفضيلة، القاهرة، مصر، 2004، ص125.

ج-ومن تعريفات العلماء المعاصرين تأخذ تعريف عبد الوهاب خلاف:(العرف هو ما تعارفه الناس وساروا عليه من قول أو فعل أو ترك)¹.

أما التعريف المختار؛ لكونه جامعاً هو ما عرفه السيد صالح عوض بقوله:(العرف هو ما استقر في النفوس، واستحسنه العقول، وتلقته الطبائع السليمة بالقبول، واستمر الناس عليه، مما لا يردده الفقه وأقرته عليه).²

شرح التعريف المختار:

- (ما): تشمل كل عرف،
- (استقر في النفوس): يخرج العرف الذي لا يستقر ويزول كالعرف يحدث مرة واحدة أو أكثر دون أن يستقر في النفوس،
- (استحسنه العقول): يخرج من الأعراف ما لا تستحسنه العقول،
- (وتلقته الطبائع السليمة بالقبول): يخرج ما لم تتلقاه الطبائع السليمة بالقبول، وما تتلقاه الطبائع غير السليمة بالقبول، كاعتبار مظاهر الإباحة واللغو العابرة عرفاً كما في البلاد الأوروبية، وعند من يقلدونهم دون وعي لأنها طبائع ونسبتها الأهواء والشهوات،
- (واستمر الناس عليه): يخرج العرف الذي لا يستمر العمل به ويتغير،
- (مما لا يردده الفقه): يخرج العرف الذي يردده الفقه الإسلامي؛ لأنه يخالف نصوصها وأحكامها كالعامل بالربا بكل مظاهره وأنواعها في البنوك أو غيرها بما أنها أعراف استقرت تبعاً للأهواء والشهوات³.

3. المدلول القانوني

نصت المادة الأولى من القانون المدني الجزائري في الباب الأول من الكتاب الأول على ما يلي:(يسري القانون في جميع المسائل التي تتناول نصوصه في لفظها أو في فحواها، وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى العرف...)⁴، بناء على مضمون هذه المادة نجد أن المشرع الجزائري لم

¹ عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، مكتبة الدعوة الإسلامية شباب الأزهر، ط:07، 1956م، ص89.

² السيد صالح عوض، أثر العرف في التشريع الإسلامي، دار الكتاب الجامعي، القاهرة، مصر، (د.س.ن)، ص52.

³ المرجع نفسه، ص52.

⁴ المادة الأولى، الباب الأول، الكتاب الأول من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان لعام 1395هـ، الموافق 26 سبتمبر سنة 1975م المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

يتطرق إلى تعريف العرف بل ذكر فقط بأنه مصدر من مصادر التشريع الاحتياطية، لذلك نحاول ذكر بعض تعاريف فقهاء القانون للعرف، حيث عرّف بأنه: (مجموعة القواعد التي تنشأ من درج الناس عليها يتوارثونها جيلا عن جيل، والتي لها جزاء قانوني كالقانون المسنون سواء بسواء)¹.

وعرّف بأنه: (تكرار سلوك الناس في مسألة ما بطريقة معينة مع الاعتقاد أن هذا السلوك ملزم لهم قانونا)².

إضافة إلى ذلك عرّف أيضا بأنه: (اعتقاد الناس على سلوك معين مع الاعتقاد بلزومه كقاعدة قانونية)³.

4. المقارنة بين التعريفين الشرعي والقانوني

إن العرف في القانون الوضعي هو اعتياد الناس على سلوك معين مع وجود الاعتقاد بإلزامه، كما سبق تعريفه، أما في الفقه الإسلامي فيتمثل في استمرار الناس على نهج سلوك معين من قبل كل الناس أو طائفة أو جماعة مما لا يردده الفقه، بحيث لا يشترط فقهاء الشريعة الإسلامية لقيام العرف توافر الاعتقاد بإلزامه، أما في القانون الوضعي فهو يستمد قوته من إرادة الأمة مع وجود الطبيعة الإلزامية فيه.

ثانيا: تمييز العرف عن العادة

أقرب المصطلحات التي قد تختلط بالعرف مصطلح "العادة" وعليه سنحاول في هذا الفرع تعريف العادة من الناحية اللغوية ومن الناحية الشرعية والقانونية، ثم بيان أهم الفروق بين العرف والعادة في الفقه الإسلامي والقانون.

أولا: تعريف العادة لغة واصطلاحا

1- تعريف العادة لغة

قال ابن فارس؛ (العادة الدربة، ويقال المواظبة على الشيء)⁴، وأما ابن منظور فقال: (العادة الدين يعاد إليه)⁵.

¹ عبد الرزاق السنهوري، أحمد أبو ستين، أصول القانون، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة، مصر، 1950م، ص 87.

² أحمد سي علي، مدخل للعلوم القانونية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2012م، ص 355.

³ محمد حسين منصور، مبادئ القانون، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2006م، ص 40.

⁴ ابن فارس، مرجع سبق ذكره، ص 182.

⁵ ابن منظور، مرجع سبق ذكره، ص 316.

2-تعريف العادة اصلاحا

أ- شرعا: عرفها الجرجاني بأنها: (ما استمر الناس عليه على حكم العقول، وعاودوا إليه مرة بعد مرة أخرى)¹، كما عرفها القراني بقوله؛ (العادة غلبة معنى من المعاني على الناس، وقد تكون هذه الغلبة في سائر الأقاليم، كما قد تكون خاصة ببعض البلاد)².

ب- قانونا: تعرف العادة عند فقهاء القانون بالعادة الاتفاقية، والتي تعني عندهم: (تلك القواعد التي تعارف الناس على اتباعها في معاملاتهم، والتي تصلح لتفسير نية المتعاقدين دون أن تكون بذاتها ملزمة)³.

ثانيا: أهم الفرق بين العرف والعادة عند فقهاء الفقه الاسلامي وفقهاء القانون

1. عند فقهاء الفقه الاسلامي: اختلفت نظرة فقهاء الفقه إلى العرف والعادة على ثلاثة أقوال:

أ. القول الأول: أن العادة والعرف مرادفان لهما معنى واحد، ومن اختار هذا القول النسفي في تعريفه الذي ذكرناه أعلاه، بقوله: (العادة والعرف ما استقر في النفوس من جهة شهادات العقول...)، وكذا القراني في تعريفه للعادة التي يقصد بها العرف كما ذكره الطاهر بن عاشور على حاشيته للتنقيح: (وعندنا العوائد مخصص للعموم)، لذا فإن القاعدة أن من له عرف وعادة في لفظ إنما يحمل لفظ على عرفه)⁴، فجعل العرف والعادة شيئا واحدا، وكذلك عبد الوهاب خلاف في تعريفه للعرف كما تقدم بأن العرف: (هو ما تعارف عليه الناس وسارو عليه من قول أو ترك الذي يسمى العادة)⁵.

ب. القول الثاني: أن العادة هي العرف العملي والعرف هو العرف القولي، وممن أخذ بهذا القول شمس الدين الفخاري، فقال: (..وحصرها المشايخ في خمسة؛ إما بدلالة العرف قولاً والعادة

¹ الجرجاني، مرجع سبق ذكره، ص123.

² القراني، شرح تنقيح الفصول في اختيار المحصول في الأصول، مكتب البحوث والدراسات في دار الفكر، بيروت، لبنان، 2004، ص352.

³ عبد الرزاق السنهوري، أحمد أبو ستين، مرجع سبق ذكره، ص95.

⁴ محمد طاهر بن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح لمشكلات التنقيح، مطبعة النهضة، ج:01، المنصورة، مصر، 1341هـ، ص248.

⁵ عبد الوهاب خلاف، مرجع سبق ذكره، ص89.

فعلا¹، إلا أن أبو سنة عارض هذا الاتجاه بقوله: (وهذا القصر لا معنى له، لأن الفقهاء من السلف والخلف أجروا العادة في الأقوال والأفعال معا)².

ت. القول الثالث: أقر بأن العاد أعم من العرف مطلقا فهي تشمل العادة الجماعية التي هي العرف، والعادة الفردية، لذلك فكل عرف عادة وليس العكس، لوجود بينهما علاقة عموم خصوص مطلق، ومن اختار هذا القول أبو سنة بقوله: (وبناء على التعريف الذي اخترته تكون العلاقة بين العادة والعرف العموم والخصوص المطلق، والعادة هي الأعم)³، وكذا صالح آل منصور بقوله: (العرف أخص من العادة، فالعرف يكون من الجماعة، والعادة تكون من الفرد، وقد تكون من الجماعة)⁴.

2. عند فقهاء القانون :

هذه الفئة يفرقون بين العرف والعادة على أن العرف يكون ملزما بخلاف العادة، فإنها لا تكون كذلك، وهذا ما ذكره عبد الرزاق السنهوري، أحمد أبو ستين بقولهما: (ومن هنا يتبين أن العادة تختلف عن العرف لكونها ليست ملزمة بذاتها كالعرف، إلا في حالة ما إذا اتفق عليها المتعاقدان صراحة أو ضمنا)⁵، بالتالي ينتج عن هذه التفرقة عدة فوارق أهمها: (أن للمحكمة أن تطبق العرف من نفسها، أما العادة فيجب على ذي المصلحة التمسك بها، ضف إلى ذلك، أن أحكام العرف تلزم الطرفين ولو كانا يجهلانها، أما العادة فلا تلزمهما إلا إذا قصد الإحالة عليها صراحة أو دلالة)⁶.

¹ شمس الدين الفخاري، فصول البدائع في أصول الشرائع، دار العالمية، ج: 02، بيروت، لبنان، 2006، ص 177.

² أحمد أبو سنة، العرف والعادة في رأي الفقهاء، مطبعة الأزهر، مصر، 1947م، ص 11.

³ مرجع نفسه، ص 13.

⁴ صالح آل منصور، أصول الفقه وابن تيمية، دار النصر للطباعة الإسلامية، ج: 02، مصر، (1405هـ-1975م)، ص 512.

⁵ عبد الرزاق السنهوري، أحمد أبو ستين، مرجع سبق ذكره، ص 95.

⁶ مرجع نفسه، ص 99.

الفرع الثاني: أركان العرف في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

سنحاول في هذا الفرع التطرق إلى بيان أركان العرف في الفقه الإسلامي (أولاً)، ثم في القانون (ثانياً).

أولاً: أركان العرف في الفقه الإسلامي

من خلال بحثي هذا لم أجد في كتب الفقهاء المتقدمين من تكلم عن أركان العرف، وإنما أشار بعض المتأخرين إليها من خلال تعريفهم للعرف، بالتالي نستنتج من التعريفات السابقة¹ أن للعرف ركنين أساسيين وهما:

أ. الاستعمال المتكرر: وهو الاستقرار في النفوس.

ب. رضا وقبول أصحاب الطباع السليمة في المجتمع².

رغم أن الدكتور الباحثين رأى رأياً آخر في كتابه قاعدة العادة محكمة: (لكننا نرى رأياً آخر في المسألة إذا كان الذي يترجح لدينا ن أركان العادة والعرف ثلاثة، وهي:

- المعتاد وهو الجمهور (الجماعة)؛

- المعتاد عليه وهو الأمر المتعارف عليه؛

- الاعتياد أي تكرار العمل بما اعتيد عليه³.

ثانياً: أركان العرف في القانون الجزائري

من خلال التعاريف التي ذكرناها سابقاً نستنتج أن العرف يقوم على ركنين جوهريين وهما الركن المادي والمعنوي.

أ. الركن المادي

يتمثل في اطراد العمل على سنة معينة التي تنشأ تلقائياً بسبب الحاجة إليها في العمل⁴، بالتالي تتوفر هذا الركن على العناصر المادية التالية:

¹ عبد المجيد زعلاني، المدخل لدراسة القانون؛ النظرية العامة للقانون، دار هومة، الجزائر، 2013-2014، ص ص 02-03.

² يعقوب بن عبد الوهاب الباحثين، قاعدة العادة محكمة، مكتبة الرشد، ط: 02، الرياض، المملكة العربية السعودية، (1433هـ/2012م)، ص 58.

³ مرجع نفسه، ص ص 60-61.

⁴ محمد حسين منصور، مرجع سبق ذكره، ص 40.

- أن يكون السلوك عاما ومجردا: أي يتعامل به عدد كبير من الأفراد في نشاط معين؛
- أن يكون السلوك قديما: أي مضت على ظهوره مدة تكفي لتأكيد استقراره؛
- أن يكون السلوك مطردا: أي أنه قد اتبع بصورة مستقرة ومستمرة دون انقطاع؛
- أن لا يكون السلوك مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة أو نص تشريعي¹.

ب. الركن المعنوي

وهو الاعتقاد بأن السلوك المتبع قد أصبح ملزما وواجب الإلتباع²، بحيث يقوم هذا الركن على العناصر الأساسية الآتية:

- أن يألف الناس احترام هذا السلوك؛
- اعتقاد الجماعة أن السلوك المعتاد عليه ذو طبيعة ملزمة لهم؛
- المجازاة على مخالفة السلوك³.

المطلب الثاني: تقسيمات العرف في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

ينقسم العرف إلى تقسيمات متعددة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري باعتبارات مختلفة وسنركز في هذا المطلب على أهمها.

الفرع الأول: تقسيمات العرف في الفقه الإسلامي

سنحاول في هذا الفرع التطرق إلى العرف العام والخاص (أولا)، ثم إلى العرف القولي والعملية (ثانيا)، وبعدها إلى العرف الصحيح والفاسد (ثالثا).

أولا: باعتبار من يصدر منه

1- العرف العام

¹ أحمد سي علي، مرجع سبق ذكره، ص 356-357.

² محمد حسين منصور، مرجع سبق ذكره، ص 40.

³ أحمد سي علي، مرجع سبق ذكره، ص 357.

وهو كما عرفه ابن عابدين بقوله: (هو ما تعارفه عامة أهل البلد سواء كان قديما أو حديثا)، ومن أمثله تعارف استعمال لفظ الطلاق في إزالة الزوجية¹؛ (ما تعارف عليه من أن ما تزود به السيارة من المصنع من المفكات والرافعات والعجلة الاحتياطية يكون داخلا في البيع)².

2- العرف الخاص

هو الذي يكون مخصوصا ببلد أو مكان دون آخر، أو بين فئة من الناس دون أخرى³، ومن أمثله؛ ما يتعارف عليه التجار من جهة القبض حيث ورد في الشرع مطلقا، فرجع فيه إلى أعراف الناس خاصة.

3- العرف الشرعي

وهو اللفظ الذي استعمله الشارع مريدا منه معنى خاصا⁴، ومن أمثلة ذلك؛ الصلاة نقلت عن الدعاء إلى العبادة المخصوصة، أو الحج الذي نقل من القصد مطلقا إلى قصد الكعبة في أشهر معلومة، لذلك فإن معظم فقهاء الفقه أدرجوا العرف الشرعي في العرف الخاص دون أن يفرده بقسم مستقل، غير أن الأفضل والأحسن إفراده كما ذكر أبو سنة بقوله: (والواقع أن العرف الشرعي من العرف الخاص إلا أنهم أفرده باسم لشرفه والتنويه به)⁵

ثانيا: باعتبار سببه

1- العرف القولي:

هو إطلاق لفظ لمعنى بحيث لا يتبادر عنه سماعه غيره⁶، ومن أمثلة ذلك؛ التعارف على أن لفظ الولد يشمل الذكر فقط رغم أن في الشرع واللغة تشمل الذكر والأنثى كقوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ﴾ [النساء:11]، أو إطلاق لفظ الدراهم على جميع النقود من دينار وفلوس وقروش حتى الورق، بينما هي في الأصل محدودة المعنى في المصنوع من الفضة.

¹ ابن عابدين، مجموعة رسائل ابن عابدين، نشر العرف بناء بعض الأحكام على العرف، ج:02، (ب.ب.ن)، (ب.س.ن)، ص139.

² مصطفى عبد الرحيم، العرف وآثره في التشريع الإسلامي، المنشأة العامة للنشر، طرابلس، ليبيا، 1986، ص108.

³ مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار القلم، ط:02، ج:02، دمشق، سوريا، (1925هـ/2004م)، ص778.

⁴ أحمد أبو سنة، مرجع سبق ذكره، ص21.

⁵ مرجع نفسه.

⁶ ابن عابدين، مرجع سبق ذكره، ص ص114-115.

2- العرف العملي:

هو اعتياد الناس على شيء من الأفعال العادية أو المعاملات المدنية¹ كحالة اعتياد الناس على تعطيل بعض أيام الأسبوع عن العمل، أو تقسيط الأجور السنوية للعقارات إلى أقساط محددة.

ثالثا: باعتبار حكمه الشرعي

1- العرف الصحيح:

أ- تعريفه: هو ما تعارفه الناس ولا يخالف دليلا شرعيا ولا يحل محرما ولا يبطل واجبا² كتعارف الناس على تقسيم المهر إلى مقدم ومؤخر، وهذا لا يخالف أي نص شرعي لكونه عرف صحيح.

ب- حكمه: بما أنه لا يخالف الشرع فيجب مراعاته والعمل به، قال عبد الوهاب خلاف: (أما العرف الصحيح فيجب مراعاته في التشريع والقضاء، فمادام لا يخالف الشرع وجبت مراعاته، لذلك فالشارع راعى الصحيح من عرف العرب في التشريع³).

2- العرف الفاسد:

أ- تعريفه: هو ما تعارفه الناس غير أنه يخالف أو يحل محرما، أو يبطل واجبا كتعارف الناس على عدة منكرات منها أكل الربا.

ب- حكمه: لا تجب مراعاته لمعارضته للدليل الشرعي⁴.

الفرع الثاني: تقسيمات العرف في القانون الجزائري

ينقسم العرف بدوره في القانون الجزائري إلى ما يلي:

أولا: العرف المكمل للتشريع

هو العرف الذي يقوم بتكملة ما أغفله الدستور من نقص، فهو يضيف قواعد قانونية جديدة إلى الدستور المكتوب⁵، لذا تشير المادة الأولى من القانون المدني الجزائري أن العرف مصدر رسمي واحتياطي للقانون، فإذا وجد نقص في التشريع فيمكن أن يلجأ القاضي إلى العرف لحل نزاع قانوني، وهذا بعد

¹ مصطفى الزرقا، مرجع سبق ذكره، ص 876.

² عبد الوهاب خلاف، مرجع سبق ذكره، ص 89.

³ مرجع نفسه.

⁴ عبد الوهاب خلاف، مرجع سبق ذكره، ص 89.

⁵ ضيف عبد النور، ملخص محاضرات القانون الدستوري، كلية الحقوق، (دون طبع)، 2018-2019، ص 05.

معانيته لهذا النقص، وعدم إمكانية سده بمبادئ الفقه الإسلامي باعتبارها المصدر الاحتياطي الأول، فإن وجد من العرف ما يفصل النزاع المعروض عليه، عد العرف بمثابة مصدر مكمل للتشريع لقدرته على سد النقص الموجود فيه.

كما يعد العرف مكملا للتشريع في كل فروع القانون غير أن هذه التكملة تختلف وتيرتها من فرع لآخر إلا في قانون العقوبات فلا دور للعرف في تكملة التشريع لما جاء في نص المادة الأولى من قانون العقوبات: (لا جريمة ولا عقوبة ولا تدابير أمن بغير قانون)¹؛ أي لا مكان إطلاقا للعرف بوصفه مصدرا تكميليا لذلك على القاضي حينما لا يجد نص في التشريع يقضي بتجريم الفعل مباشرة والعقاب عليه، وأن ينطق بالبراءة دون تردد².

ثانيا: العرف المساعد (المفسر) للتشريع

هو العرف الذي يهدف إلى تفسير نص من نصوص الدستور الغامضة، لذلك فهو لا يخلق قاعدة دستورية جديدة، بل هو بمثابة جزء من الدستور المدون³، ومن هنا يتوقف تطبيق القاضي للتشريع على ضرورة رجوعه للعرف لتفسير المسائل التي أحال إليها المشرع⁴، ومن أمثلة ذلك ما نصت عليه المادة 111 من الفقرة الثانية من القانون المدني بنصها: (أما إذا كان هناك محل للتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف على المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل الجاري في المعاملات)⁵، ففي هذه الحالة يتعذر على القاضي تطبيق التشريع إن لم يتعن بالعرف.

ثالثا: العرف المخالف للتشريع

مبدئيا لا يمكن للعرف أن يخالف التشريع باعتباره المصدر الاحتياطي الثاني بعد الفقه الإسلامي غير أنه قد يسمح التشريع مباشرة للعرف بأن يخالفه في بعض المسائل الفرعية باعتباره أكثر اتفاقا مع حاجات التعامل ومتطلبات الواقع في هذا المجال⁶، ومن أمثلة ذلك؛ ما نصت عليه المادة 499 من

¹ المادة الأولى، الأحكام التمهيدية، ج:01، الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر 1386هـ، الموافق 08 يونيو 1966م، المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.

² عبد المجيد زعلاني، مرجع سبق ذكره، ص82.

³ ضيف عبد النور، مرجع سبق ذكره، ص05.

⁴ عمار بوضياف، المدخل إلى العلوم القانونية، دار الجسور، ط:05، المحمدية، الجزائر، (1440هـ/2019م)، ص219.

⁵ المادة 111، القسم الثالث، الفصل الثاني، الباب الأول، الكتاب الثاني من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان لعام 1395هـ، الموافق 26 سبتمبر سنة 1975م المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

⁶ محمد حسين منصور، مرجع سبق ذكره، ص43.

القانون المدني الجزائري: (لا تطبق مقتضيات هذا الفصل على الشركات التجارية إلا فيما يخالف القوانين التجارية والعرف التجاري)¹، كما يستبعد القانون المدني هنا حتى في قواعده الآمرة لصالح العرف، وهذا ليس لضعف مرتبته بالنسبة للعرف ولكن لأنه ليس في مجال اختصاصه، بل لاختلاف المجالين المدني والتجاري)².

¹ المادة 499، القسم الخامس، الفصل الثالث، الباب السابع، الكتاب الثاني من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان لعام 1395هـ، الموافق 26 سبتمبر سنة 1975م المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

² عبد المجيد زعلاني، مرجع سبق ذكره، ص 85.

المبحث الثاني: حجية العرف وشروط اعتباره في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

سنتناول في هذا المبحث حجية العرف في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري في (المطلب الأول)، ثم نتطرق إلى شروط اعتباره في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: حجية العرف في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

العرف أصل معمول به في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، والنصوص التي استند إليها في كونه حجة كثيرة من المنقول والمعقول، أما في القانون الجزائري فقد نص على أنه مصدر احتياطي يلجأ إليه القاضي إذا لم يجد نصا في المصادر الأصلية.

وبناء على ما سبق سنتناول في هذا المطلب حجية العرف في الفقه الإسلامي (الفرع الأول)، وحجية العرف في القانون الجزائري في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: حجية العرف في الفقه الإسلامي

ذهب كثير من فقهاء الفقه الإسلامي إلى اعتبار العرف ومراعاته في كثير من الأحكام غير أنهم كانوا متفاوتين في الأخذ به واعتباره دليلا شرعيا، فالفقهاء المالكية كانوا أكثر توسعا في الأخذ به، ثم الحنفية، فالشافعية، فالحنابلة الذين استدلوهم الله بعدة أدلة نذكر منها:

أولا: القرآن الكريم

أ. قوله تعالى: ﴿ خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ ﴾ [الأعراف: 199]

- وجه الإستدلال: أن المراد بالعرف في الآية الكريمة عادات الناس وما جرى تعاملهم به، لذلك فإن أمر النبي صلى الله عليه وسلم به دليل على اعتباره في الشرع، وإلا لما كان للأمر به فائدة¹، حيث قال القرافي حول هذه الآية: (خذ العفو وأمر بالعرف، كل ما شهد به العادة قضى به لظاهر هذه الآية إلا أن يكون هناك بينة)².

¹ أحمد أبو سنة، مرجع سبق ذكره، ص 23.

² شهاب الدين القرافي، الفروق، دار النوادر، ج: 03، طبعة خاصة لوزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد بالمملكة العربية السعودية، الكويت، (1431هـ/2010م)، ص 149.

ب. قوله تعالى ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: 233]

- وجه الدلالة: أن تحديد الرزق والكسوة ونوعيهما تابع للعرف إذ قد أحال الله إليه¹، حيث قال ابن جرير: (بالمعروف)؛ بما يجب بمثلها على مثله، إذ كان الله تعالى ذكره قد علم تفاوت أحوال خلقه بالغنى والفقر، وأن منهم الموسع، والمقتّر وبين ذلك، فأمر كلا أن ينفق على من لزمته نفقته من زوجته وولده على قدر ميسرته)²، فالإمام الطبري فسر (بالمعروف): (بمثلها على مثله، وهذه لا تعرف إلا بالعرف).

- قوله تعالى ﴿فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ

﴿[المائدة: 89]

- وجه الدلالة: أن الله عز وجل لم يقدر الوسط الواجب دفعه بل أطلقه ووكله إلى عرف الناس، لذلك فإن الناس متفاوتون في إطعامهم في بلدانهم لأن كل بلد له طعامه الخاص³.

ثانيا: السنة النبوية

أ. قول النبي صلى الله عليه وسلم لهند زوج أبي سفيان حينما اشتكت إليه بخل زوجها بالنفقة، فقال لها: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف»⁴.

- وجه الدلالة: يعني (بالمعروف): أي القدر الذي عرف بالعادة أنه كفاية⁵، وهذه العبارة فيها تصريح بدلالة الحديث على اعتبار العرف في التشريع فيما جاء من الأحكام مطلقا لم يفصل، فكأنه قال: فقد وجه على الزوج النفقة الزوجية، وترك أمر تقديرها إلى ما يجري به العرف بينكم بحسب الأحوال والأشخاص والأماكن والأزمان⁶.

¹ بلقاسم الزبيدي، الاجتهاد في مناط الحكم الشرعي؛ دراسة تأصيلية تطبيقية، رسالة دكتوراه، قسم أصول الفقه بكلية الشريعة، مركز تكوين للدراسات والأبحاث جامعة أم القرى لعام 1435هـ، المملكة العربية السعودية، (1435هـ/2014م)، ص474.

² محمد بن جرير الطبري، جامع البيان في تأويل أي القرآن، تحقيق؛ عبد الله التركي، دار الهجرة، م:04، دمشق، سوريا، (1422هـ/2001م)، ص211.

³ صالح آل منصور، مرجع سبق ذكره، ص513.

⁴ رواه البخاري، كتاب النفقات، باب إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها وولدها بالمعروف، رقم 5364 (65/7)، ومسلم في كتاب القضية، باب قضية هند، رقم 1714 (1338/3).

⁵ القرطبي أحمد أبو العباس، المفهم لما أشكل من تلخيص كتاب مسلم، تحقيق؛ محي الدين ديب ميسو وأحمد محمد السيد، دار ابن كثير، ج:05، دمشق، بيروت، (ب.س.ن)، ص161.

⁶ السيد صالح عوض، مرجع سبق ذكره، ص182.

ب. ما روي موقوفا عن ابن مسعود: "ما رأى المؤمنون حسن فهو عند الله حسن"¹.

- وجه الدلالة: أن ما رآه المسلمون مستحسننا فهو قد حكم بحسنه عند الله فهو حق لا باطل فيه، لأن الله لا يحكم بحسن الباطل، فإذا كان العرف من أفراد ما استحسنت المسلمون كان محكوماً بحقيقته واعتباره².

ثالثاً: المعقول

ثبت ذلك بالاستقراء؛ وحاصله أن من تتبع فروع الفقه الاسلامي يجد أن نصوصها قد أقرت بعض الأعراف التي كانت موجودة قبل الإسلام، حيث قال السيد صالح عوض: (فالإسلام لم يقر من أعراف الناس إلا ما كان موافقاً لمنهاج الإسلام التشريعي، وما كان مخالفاً نهي عنه، وكذا ما كان من شعار الكفار أبطله وبين أنواع المعاملات الحرام منها والمباح، وما يجب فعله وما لا يجب، ونهى عن الفساد، وأمر بالصلح)³.

الفرع الثاني: حجية العرف في القانون الجزائري

اتفق فقهاء القانون على حجية العرف على أساس أن القاعدة العرفية لها قوة الإلزامية للمخاطبين بها مثلها مثل القاعدة القانونية غير أنهم اختلفوا في أساس هذه القوة الملزمة، فظهرت عدة نظريات التي سنعددتها على النحو الآتي:

أولاً: نظرية أساس القوة الملزمة للعرف الإرادة الضمنية للسلطة العامة (المشرع)

إن مضمون هذه النظرية أن: (العرف يستمد إرادته من إرادة المشرع الضمنية من خلال المشرع عليه، وعدم إلغائه، وذلك بإصدار تشريع موافق لسلوك الناس)⁴.

ثانياً: نظرية أساس القوة الملزمة للعرف الضمير الجماعي للشعب

¹ رواه أحمد في مسنده، في مسند المكثرين من الصحابة، مسند عبد الله ابن مسعود، رقم 3600 (84/6)، وقد اختلف في هذا الأثر أهو مرفوع أم موقوف، أنظر الأشباه والنظائر للسيوطي، ص 99، وكذا الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص 03، مجمع الزوائد للهيثمي (178/1).

² أحمد أبو سنة، مرجع سبق ذكره، ص 24.

³ السيد صالح عوض، مرجع سبق ذكره، ص 184.

⁴ عمار بوضياف، مرجع سبق ذكره، ص 173.

إن مفاد هذه النظرية أن الشعب هو الذي ينشأ العرف عن طريق اعتياده على سلوك، وتكراره ثم شعوره بلزومه وعدم جواز الخروج عليه، فرضاه به هو مصدر القوة الملزمة للخضوع له والالتزام بحكامه¹.

ثالثا: نظرية أن القوة الملزمة للعرف هي أحكام القضاء

يقصد بذلك أن العرف يستمد قوته الإلزامية من خلال نشأته عن طريق أحكام القضاء، إذ يعتبر بعض الفقهاء أن العادة لا تصبح عرفا إلا بتطبيق القضاء عليها، وبتكرار الحكم فيها، وبالتالي فالسلطة القضائية هي التي تبث في القاعدة العرفية روح الإلزام التي من خلالها يشعر الأفراد بقوتها².

رابعا: نظرية أساس القوة الملزمة للعرف من الناحية الرسمية هي الإرادة المباشرة للمشرع

يرى عناصر هذه النظرية أن القوة الملزمة تكون من خلال التقنين كالتقنين المدني الجزائري في مادته الأولى الذي ينص على اعتبار العرف مصدرا رسميا واحتياطيا ثانيا للقانون بعد مبادئ الفقه الإسلامي الذي هو إرادة الأمة التي تجدد في تطبيقها عن طريق السلطة التشريعية تيسيرا لمعاملاتها وحاجاتها الاجتماعية³.

غير أن الذي يظهر لي والله أعلم أن النظرية الرابعة هي التي تعطي للعرف قوة الإلزام لأن الحاجة وليدة الظروف التي تتغير بتغير الزمان، لذلك تعد إرادة المشرع هي القوة الملزمة للعرف.

المطلب الثاني: شروط اعتبار العرف في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

سنتناول في هذا المطلب أهم شروط الاعتداد بالعرف في الفقه الإسلامي (الفرع الأول)، وكذا في القانون الجزائري (الفرع الثاني).

الفرع الأول: شروط اعتبار العرف في الفقه الإسلامي

يشترط في العرف حتى يعتد به ويكون معتبرا عدة شروط جوهرية التي ذكرها الفقهاء في كتبهم على النحو الآتي:

أولا: أن يكون العرف مطردا وغالبا

¹ محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية، دار هومة، ط:15، الجزائر، (ب.س.ن)، ص173

² محمد حسام محمود لطفي، المدخل لدراسة القانون في ضوء الفقه وأحكام القضاء، دار النهضة العربية، ط05، (ب.ب.ن)، 2000، صص 211-212.

³ محمد سعيد جعفرور، مرجع سبق ذكره، صص 191-192.

قال السيوطي: (إنما تعتبر العادة إذا أطردت، فإن اضطربت فلا)¹، ومعنى الاطراد أن تكون العادة كلية بمعنى أنها لا تختلف، وقد يعبر عنه بالعموم، فيقال: يشترط في العرف أن يكون هاما أي شائعا مستفيضا بين أهله بحيث يعرفه جميعهم في البلاد كلها، ومعنى الغلبة أن تكون أكثرية بمعنى أنها لا تختلف كثيرا²، لذلك فلا يقدح في العرف إذا ترك العمل به في بعض الأمور القليلة لأنه لا يزال يعتبر غالبا، وهذا ما تؤكدته القاعدة الفقهية (العبرة بالغالب، والنادر لا حكم له)³.

كما تجدد الإشارة إلى أن الاطراد بخلاف العرف العام الذي عرفناه سابقا بأنه كل ما تعارفه عامة أهل البلد، أما العرف الخاص فهو الذي يكون مخصوصا ببلد، أو مكان دون آخر، بالتالي فالعرف المطرد كما عرفناه هنا هو العرف الذي لم يتخلف، استنادا لما سبق، يتضح أن العرف إذا لم يكن مطردا أو غالبا فإنه لا يجوز الاعتداد به، والاحتكام إليه.

ثانيا: أن يكون العرف الذي يحمل عليه التصرف موجودا وقت إنشائه

قال السيوطي: (العرف التي تحمل عليه الألفاظ، إنما هو المقارن السابق دون المتأخر)⁴، وهذا الشرط: (هو أن يكون حدوث العرف سابقا على وقت التصرف، ثم يستمر إلى زمانه، فيقارنه سواء كان التصرف قولاً أو فعلاً)⁵، وعلى هذا فالعرف المتجدد بعد الحادثة من حوادث الناس لا يعتد به ولا اعتبار له.

قال مصطفى الزرقا: (فالعرف الحاكم في أمر من الأمور بين الناس يجب أن يكون موجودا عند وجود هذا الأمر ليصح حمله عليه، وهذا احترازاً عن العرف الحادث، فإنه لا عبرة له بالنسبة إلى الماضي ولا يحكم فيه)⁶.

ثالثا: أن لا يكون العرف مخالفا لأدلة الشرع

¹ جلال الدين السيوطي، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، (ب.ب.ن)، (1403هـ/1983م)، ص92.

² أحمد أبو سنة، مرجع سبق ذكره، ص57.

³ علي أحمد الندوي، القواعد الفقهية، دار القلم، ط03، دمشق، سوريا، (1414هـ/1994م)، ص164-261.

⁴ جلال الدين السيوطي، مرجع سبق ذكره، ص96.

⁵ أحمد أبو سنة، مرجع سبق ذكره، ص65.

⁶ مصطفى الزرقا، مرجع سبق ذكره، ص899.

بمعنى أن تكون عادات الناس موافقة للأحكام التي أفادتھا الأدلة، فلو خالفها بطل اعتباره، كتعارف الناس على شرب الخمر، ولعب الميسر، ومشى النساء وراء الجنائز، وإضاءة الشموع على المقابر¹، وعليه فإن العرف الذي لا يعد مخالفا للأدلة الشرعية له حالتان:

أ. حالة كون العرف غير معارض للشرع أصلا: كتعارف الناس على الإجراءات القضائية والخطط السياسية مما هو ملائم لطبيعة الشرع وتفتضيه حوائج الناس، وتدفع إليه ضرورة التدبير والإصلاح².

ب. حالة كون العرف وأدلة الشرع ظاهر تعارض: هي محاولة التوفيق بينهما بوجه من أوجه التوفيق المعتبرة عند أهل العلم، قال أبو سنة: (أم إن كان بينهما معارضة فلا يعتبر العرف إلا إذا توفر فيه أمران جوهریان:

- أن يكون العرف عاما؛

- أن يكون العرف خاصا بشرط تقرير السنة له؛ فإن لم تقر له فلا عبرة به إلا على قول البلخيين أو إمكانية رده إلى دليل من الأدلة، وانما يعتبر في هذه الحالة لأن حاصل الأمر تعارض دليلين من أدلة الشرع، فيتلخص من هذا التعارض بالتخصيص إن كان النص عاما، وبالتقييد إن كان مطلقا، والمصير إلى الاستحسان إن كان قياس³.

رابعا: أن لا يعارض العرف تصريح بخلافه

إن سكوت المتعاقدين عن الأمر المتعارف دليل على إقراره والرضى به، فإذا صرحا بخلافه كان ذلك ناقصا لهذه الدلالة مبطلا لهذا العرف لأن هذا الأخير أضعف من دلالة اللفظ⁴، حسب القاعدة الفقهية التي تقول بأن العبرة بالدلالة في مقابل التصريح⁵.

قال العز بن عبد السلام: (كل ما يثبت من العرف إذا صرح المتعاقدان بخلافه بما يوافق مقصود العقد صح، ومثال ذلك: حالة اشتراط المستأجر على الأجير أن يستوعب النهار بالعمل من غير أكل

¹ أحمد أبو سنة، مرجع سبق ذكره، ص 61.

² عادل ولي قوته، العرف حجيته وأثره في فقه المعاملات المالية عند الحنابلة، المكتبة المكية، م: 01، مكة المكرمة، المملكة العربية السعودية، (1418هـ/1997م)، ص 244.

³ أحمد أبو سنة، مرجع سبق ذكره، ص 63.

⁴ عادل ولي قوته، مرجع سبق ذكره، ص 241.

⁵ علي أحمد الندوي، مرجع سبق ذكره، ص ص 180-417-459.

وشرب، ويقطع المنفعة لزمه ذلك¹، هذا وقد ذكر بعض الباحثين منهم أبو سنة شرطاً إضافياً، وهو أن يكون العرف إلزامياً، غير أن الرأي الذي أراه صائباً والله أعلم، هو أنه ليس من شروط العرف لأن حدا العرف في الاصطلاح الذي ذكرناه أعلاه غير مشعر بأن من شروطه الإلزام، وإنما الإلزام هو نتيجة الشروط السابقة، قال السيد صالح عوض: (نتيجة الشروط المتقدمة أن يصبح العرف ملزماً، وأصبح معتبراً في التشريع²).

الفرع الثاني: شروط اعتبار العرف في القانون الجزائري

لقد تطرق فقهاء القانون إلى الشروط الواجبة للعرف حتى يعتد به ويصبح مصدراً من مصادر القانون حسبما تداولوه في كتبهم التي هي نفسها شروط الركن المادي التي ذكرناها سابقاً بإيجاز على النحو الآتي:

أولاً: أن يكون العرف عاماً

هذا الشرط ليس المقصود منه أن يكون شاملاً، إذ قد يكون خاصاً بإقليم أو طائفة من الناس، وعموميته مسألة موضوعية³، وتتوفر هذا الشرط في القاعدة العرفية يكسبها صفة من صفات القاعدة القانونية (صفة العمومية)، كما لا نقصد بالعمومية أن يشمل سلوك كل أفراد الجماعة بل قد يخص منطقة دون أخرى، أو فئة من أفراد الجماعة دون فئة أخرى، كأن تكون القاعدة العرفية معروفة ومطبقة فيما بين التجار أو الصيادين، أو المزارعين، ورغم ذلك لا تفقد خاصية العمومية⁴، بالتالي فإن فقدان هذا الشرط تفقد القاعدة العرفية صفة العمومية والاعتبار، ولا يمكن أن تصبح قاعدة قانونية.

ثانياً: أن يكون العرف قديماً

بمعنى أن يمضي على العرف مدة تكفي لتأكيد استقراره بحيث يخضع تحديد المدة للزمة لتقدير القاضي، لاختلاف البيئة التي نشأ فيها هذا العرف، بالتالي فإذا كان في بيئة زراعية يسودها البطء اقتضى الأمر اعتبار العرف قديماً مدة طويلة، بينما تقتصر المدة اللازمة لتكوين العرف بالنسبة للعادات التي تنشأ

¹ عزالدين بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، مكتبة الكليات الأزهرية، ج:02، القاهرة، مصر، (1414هـ/1991م)، ص186.

² السيد صالح عوض، مرجع سبق ذكره، ص228.

³ عبد الرزاق السنهوري، أحمد أبو ستين، مرجع سبق ذكره، ص87.

⁴ عمار بوضياف، مرجع سبق ذكره، ص211.

في البيئات الصناعية والأوساط التجارية، إذ يجد العرف في هذه البيئة الفرصة للتكوين والاستقرار بسرعة في وقت قصير نسبيا لكثرة التكرار¹.

ثالثا: أن يكون العرف ثابتا

والثبات معناه أن يكون السلوك المنشأ للعرف قد أطرده اتباعه منذ نشوئه دون انقطاع بشكل واضح وجلي ومستمر²، وحتى تكتسب العادة قوة العرف يشترط فيها اتباع الناس لها بطريقة منتظمة دون أي انقطاع على أساس أن غياب السلوك تارة وظهوره تارة أخرى لا يمكن القول انه سلوك يمكنه أن يكون عرفا لفقدانه التواتر والانتظام في مدة زمنية معينة³.

رابعا: أن يكون العرف ملزما

وهذا هو الشرط الهام الذي يميز العرف عن العادة، والذي مقتضاه أن يقوم في ذهن الناس وجوب اتباع ما جرو عليه، ومعتقدين بوجود جزاء قانوني له لكونه يكسب حقا تمكن المطالبة به، لذلك على السلطة العامة أن توصله إلى صاحبه⁴.

كما أن هناك شرط اختلف فقهاء القانون فيه، فبعضهم عدده شرطا وبعضهم الآخر قال بان هذا الشرط خارج، وهو يقضي بأن لا يكون مخالفا للتشريع والآداب العامة، غير أنه على العموم إذا توافرت هذه الشروط في العرف أصبح ولا بد كقاعدة قانونية يعتد به ويقضى به في المحاكم.

¹ أحمد سي علي، مرجع سبق ذكره، ص356، بتصرف.

² عمار بوضياف، مرجع سبق ذكره، ص171.

³ علي فيلاي، المدخل في القانون، دار مولف، الجزائر، 2010، ص251.

⁴ عبد الرزاق السنهوري، أحمد أبو ستين، مرجع سبق ذكره، ص87.

الفصل الثاني: نماذج من نطاق سريان العرف في الفقه الإسلامي والقانون
الجزائري

المبحث الأول: نماذج من نطاق سريان العرف في الفقه الإسلامي وقانون
الأسرة الجزائري

المبحث الثاني: نماذج من نطاق سريان العرف في الفقه الإسلامي والقانون
المدني الجزائري

تمهيد:

وضع الإسلام نظاما محكما للزواج، وافضى اليه قدسية تجعله فريدا من بين سائر العقود، ولذلك كان لزاما من مقدمات تعطي طرفيه فرصة التريث في الاختيار، وهذه المقدمات تسمى بالخطبة، وكذلك قد نظم الشارع الحكيم الزواج بعد العقد لما للزوجين من حقوق على بعضهما ومن أهم تلك الحقوق النفقة الزوجية، وكذلك عقد البيع الذي هو من أهم العقود والذي ينظم حياة الناس في معاملاتهم، ولقد أحاط الفقه الاسلامي هذه الأمور بأحكام خاصة، تنظم مختلف الإجراءات فيها وهو ما سار عليه العرف في أغلب المناطق في البلاد، كما سعى المشرع الجزائري في ضبط أحكامها من خلال ما ورد من نصوص في قانون الأسرة والقانون المدني وكذلك ما تركه للاجتهادات القضائية.

وبناء على ما سبق تم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: نماذج من نطاق سريان العرف في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

المبحث الثاني: نماذج من نطاق سريان العرف في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري

المبحث الأول: نماذج من نطاق سريان العرف في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

لما كان عقد النكاح من أهم العقود التي يبرمها الشخص في حياته، نظمه الشارع الحكيم مسائله منها مسألة الخطبة والنفقة الزوجية؛ والتي لم يستوعب جوانبها الإسلام ولا القانون الوضعي استيعابا دقيقا وقد تركا ذلك للعرف السائد في البلد، ونظرا لانتشار ظاهرة العدول عن الخطبة والتخلف عن النفقة الزوجية في مجتمعنا مما نتج عن ذلك اللجوء إلى المحاكم وجب دراسة هذا الموضوع على النحو الآتي

المطلب الأول: نماذج من نطاق سريان العرف في أحكام عقد الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

المطلب الثاني: نماذج من نطاق سريان العرف في آثار عقد الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

المطلب الأول: نماذج من نطاق سريان العرف في أحكام عقد الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

الفرع الأول: أثر العرف في الخطبة

أولا: ماهية الخطبة

1 : تعريف الخطبة:

- لغة: الخطبة بكسر الخاء، طلب النكاح من امرأة معينة.¹
- شرعا: قال صاحب "مغني المحتاج": (الخطبة وهي بكسر الخاء: التماس الخاطب النكاح من جهة المخطوبة له)².

¹ أنظر: ابن منظور، لسان العرب، مرجع سبق ذكره، (ج 1/ ص 360)

ابن فارس، مقاييس اللغة، مرجع سبق ذكره، (ج 2/ ص 198)

² محي الدين الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، الطبعة الأولى، 1415هـ-1994م، (ج 5/ ص 219)

- وعرفها الأستاذ مصطفى شلي بقوله: (الخطبة بكسر الحاء هي أن يتقدم الرجل إلى امرأة معينة لا تحل له شرعا أو إلى أهلها لطلب الزواج بها بعد أن توجد له الرغبة في زواجها)¹.

يلاحظ وجود تطابق بين معنى الخطبة في الشرع ومعناها في اللغة.

● **قانونا:** عرفها المشرع الجزائري في نص المادة 5 من قانون الأسرة الجزائري بقوله: (الخطبة وعد بالزواج)².

هذا ويعد مفهوم الخطبة في الأعراف الجزائرية ومجتمعاته أنها: (الاتصال الأولي الذي يقوم به أهل الرجل قصد التعرف على امرأة وأهلها وطلب يدها باستعمال ألفاظ متعارف عليها كأن يقول الرجل أو من ينوب عنه جئناكم قاصدين الحسب والنسب طالبين ابنتكم فلانة بنت فلان)³.

2 : مشروعيتها:

-الخطبة مشروعة بالكتاب والسنة.

● من الكتاب:

قال تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْنَنْتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ

﴾ [البقرة: 235]

وجه الدلالة:

أن الله عز وجل أجاز التعريض للرجال بخطبة النساء المعتدات من وفاة أزواجهن دون التصريح، وأباح الخطبة للخاطب⁴.

¹ محمد مصطفى شلي، أحكام الأسرة في الإسلام، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، الطبعة الرابعة، 1403هـ-1973، ص 67.

² المادة 5، من القسم الأول، من الفصل الأول، من الباب الأول من الكتاب الأول-الزواج-، من القانون رقم 84-19 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق لـ 9 يوليو سنة 1984 المتضمن قانون الأسرة، المتمم والمعدل.

³ يوسف دلانة، دليل المتقاضى في شؤون الأسرة، ط 3، 2011، دار هومة، الجزائر، ص 08.

⁴ محمد بن جرير الطبري، جامع البيان في تأويل آيات القرآن، تفسير الطبري، تحقيق عبد الله التركي، دار هجر للطباعة والنشر، الطبعة الأولى، 1422هـ-2001م، (ج 4/ص 261).

• من السنة:

- أن ابن عمر رضي الله عنه كان يقول: «نهى النبي صلى الله عليه وسلم أن يبيع بعضكم على بيع بعض، ولا يخطب الرجل على خطبة أخيه»¹.

- ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «إذا خطب إليكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه، إلا تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد عريض»².

3 : شروط الخطبة:

للخطبة شروط مستحسنة وأخرى واجبة:

• الشروط الواجبة:

وهذه الشروط التي يجب تحصيلها وعدم إهمالها، إذ أن إهمالها تؤثر في صحة الخطبة وتنحصر في شرطين أساسيين:

أ. أن لا يحرم الزواج بها شرعا: (فإن كانت من المحارم المحرمة تحريما مؤبدا كالأخت والعممة والخالة أو تحريما مؤقتا كزوجة رجل آخر)³.

ب. أن لا تكون مخطوبة لآخر: (الأصل أنه لا يجوز للرجل أن يتقدم لخطبة امرأة تعلقت بها حقوق الغير، ومن تعلقت بها هذه الحقوق هي المرأة المخطوبة للغير والحكمة من منع الخطبة على الخطبة واضح، وذلك أن تنافس جماعة من الرجال على النساء أمر يحط قدرهم ويشيع بينهم التباغض والتطاحن من أجل امرأة وقد تجعل المرأة وأهلها في حرج)⁴.

وهذا مصداقا لقوله صلى الله عليه وسلم: «ولا يخطب الرجل على خطبة أخيه»⁵.

¹ أخرجه البخاري، [باب النكاح- لا يخطب على خطبة أخيه]، [برقم 5142] [ج7 / ص 19]، مرجع سابق.

² أخرجه الترمذي، [أبواب النكاح- باب ما جاء إذا جاءكم من ترضون دينه ...]، [برقم 1084]، (ج 3 / ص 386)، سنن الترمذي - تح: أحمد شاكر، مطبعة مصطفى باي العلي-مصر، ط 2، 1395هـ/1975 م.

³ عبد القادر حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، الطبعة الأولى، 1428هـ-2007 م، دار الخلدونية، الجزائر، ص 37.

⁴ عيسى حداد، عقد الزواج، 2006، منشورات باجي مختار، عنابة، الجزائر، ص 17.

⁵ سبق تخريجه.

● الشروط المستحسنة:

وهي أن يحسن لمن أراد الزواج مراعاتها وتحسينها حتى وإن أهملت فهذا لا يؤثر على صحة الخطبة، وهي شروط خاصة بالخطاب أو المخطوبة.

أ. شروط خاصة بالمخطوبة:

- الدين وحسن الخلق: وهي أن تكون المخطوبة محافظة على فرائضها، معروفة بالعفة والصلاح وهذا مصداقا لقوله صلى الله عليه وسلم: «تنكح المرأة لأربع: لمالها وحسبها وجمالها ولدينها فاظفر بذات الدين تربت يداك»¹.

- الجمال والحسب: الرجال بطبعهم ميالون للمرأة الحسناء والجميلة، ويعتبر الجمال من أسرع الوسائل التي تجلب الخطاب للمرأة²، ويدل على هذا حديث يحيى بن جحش عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (خير فائدة استقادها المسلم بعد الإسلام امرأة جميلة، تسره إذا نظر إليها وتطيعه إذا أمرها وتحفظه إذا غاب عنها في ماله ونفسه)³.

- المال وأن تكون ودودا ولودا: أما المال فهو لحديث النبي صلى الله عليه وسلم «تنكح المرأة لأربع لمالها»⁴.

وأما الودود الولود لقوله صلى الله عليه وسلم: «تزوجوا الودود فالودود فإني مكاثر بكم الأمم يوم القيامة»⁵.

ب. شروط خاصة بالخطاب: الصفات الخاصة بالمخطوبة تقريبا هي التي يجب أن تتوفر في الخطاب وقد نص الفقه على ذلك بأن يكون حسن الخلق والدين وهذا لقوله صلى الله عليه وسلم: «إذا

¹ البخاري، صحيح البخاري، [كتاب النكاح- باب الأكلفاء في تحقيق الدين]، (برقم 5090)، (ج 7- ص 7).

² عبد الناصر العطار، خطبة النساء، 1967، مطبعة السعادة-مصر-، ص 55.

³ أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه، المصنف في الأحاديث والآثار [كتاب النكاح- المرأة الصالحة والسيئة الخلق]، (برقم 17141) (ج3/ ص 559)، الطبعة الأولى 1409، مطبعة الرشد - الرياض.

⁴ سبق تخريجه.

⁵ أخرجه البيهقي في السنن، [كتاب النكاح-باب الترتيب في النكاح] ، (برقم 2351)، (ج3/ ص 10)، ط 1، 1410، جامعة الدراسات الإسلامية-باكستان.

خطب إليكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه إلا تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد عريض
«¹.

أولاً : أثر العرف في مواصفات اختيار الخطابين واقتران الخطبة بالفتحة.

1 : أثر العرف في ضوابط اختيار الخطابين:

إن بناء الأسرة المسلمة يبدأ بالتناسب، وهذا لا يتحقق إلا بمراعاة ضوابط يتم على أساسها اختيار الخطابين.

تعرض قانون الأسرة الجزائري لمسألة اختيار الزوجين وطبقاً للمادة 222 من قانون الأسرة الجزائري التي نصها: (كل ما لم يرد نص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الفقه)².

وبالتالي فإن قانون الأسرة الجزائري قد أحال للشريعة الإسلامية في ضوابط اختيار الخطابين وعليه

فإن الفقه الإسلامي قد ضبط أعراف الناس الصحيحة في اختيار الزوجين لكنها رغبت في الزواج بذات الدين حيث أن المرأة الصالحة هي خير متاع الدنيا، وحثت الزوجة على اختيار الزوج المتدين حسن الخلق، حتى تبني الأسرة المتماسكة، والأعراف الجزائرية لا تختلف عن الدين الإسلامي في ضوابط الاختيار إلا ما ندر منها³.

وقد بين النبي صلى الله عليه وسلم أن الأمور التي تدفع الرجل إلى اختيار المرأة الصالحة هي أعراف الناس والواقع المعاش⁴ وقد قرر عليه الصلاة والسلام ما تعارف عليه الناس منذ القدم لضوابط الاختيار الزوجية، ومن هذه الضوابط:

¹ سبق تخرجه.

² المادة 222 من الفصل الرابع من الكتاب الرابع من الباب الثاني من الكتاب الأول من القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان الموافق 9 يوليو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم.

³ عماد شريفي، اختيار العرف في مسائل الزواج وآثاره، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، 2014-2015، ص 39.

⁴ الشوكاني، نيل الأوطار، الطبعة الأولى، 1413-1993، دار الحديث، مصر، ج 6، ص 126.

- الدين وحسن الخلق.

-الجمال والحسب والنسب

-المال وأن تكون ودودا ولودا.

2 : نظرة الخاطب والمخطوبة إلى بعضهما البعض:

• نظرة الرجل إلى خطيبته:

حثت السنة النبوية في أحاديث كثيرة على جواز النظر إلى المخطوبة ومن ذلك ما رواه المغيرة بن شعبة أنه خطب امرأة فقل النبي صلى الله عليه وسلم «أنظر إليها، فإنه أحرى أن يؤدم بينكما»¹.

فالرسول صلى الله عليه وسلم أمر بالنظر إلى من يريد الرجل خطبتها وعلل ذلك بقوله: «أحرى أن يؤدم بينكم» (والمراد أن الذي يقدم على الزواج وقد رأى المخطوبة واستراحت نفسه إلى الإقدام على الزواج منها فإن ذلك يؤدي في الغالب إلى دوام العشرة وهذا أولى من أن لا يراها إلا بعد أن يعقد عقده عليها فيتفاجأ بأنها غير مناسبة له وتبغضها نفسه)².

• نظرة المرأة إلى خاطبها:

يباح للمرأة أن تنظر إلى خاطبها الذي يريد نكاحها، فهي تصاحبه الحق في قبول الخطبة أو رفضها فمن مصلحتها أن يكون قبولها أو رفضها بعد نظرها إليه ولأن الحكمة التي من أجلها أبيع للخاطب النظر إلى المرأة هي نفسها التي تدعو إلى إباحة نظر المخطوبة إلى خاطبها وهي الحكمة أن النكاح بعد تقديم النظر يتحقق فيه غالب الألفة ودوام العشرة وبالتالي تحقق مقاصد النكاح.³

أما المشرع الجزائري فلم يتطرق إلى نظر الخاطبين إلى بعضهما البعض وبالتالي تبعا لنص المادة 222 فإن أحكام النظر تستمد من الفقه الاسلامي.

¹ أخرجه الترمذي، [أبواب النكاح - باب ما جاء في النظر إلى المخطوبة]، برقم 1087، ج3، ص389، سنن الترمذي، مرجع سبق ذكره.

² عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، الطبعة الأولى، 1418-1997، دار النفائس، الأردن، ص51.

³ محمد مصطفى شلي، أحكام الأسرة في الإسلام، مرجع سبق ذكره، ص 51.

3 : أثر العرف في تعارف المخطوبين خلال فترة الخطبة وموقف قانون الأسرة الجزائري.

• أثر العرف في تعارف المخطوبين:

مما لا شك فيه أن المتعارف عليه عند الأسر الجزائرية أن الخطبة مقدمة للزواج لا أكثر، وأن علاقة الخاطب بخطيبته علاقة محدودة وفي دائرة ضيقة، إلا أن بعض الأسر أطلقت العنان للخاطبين في التعارف مع موافقة أهل المخطوبة التي تخرج مع الخاطب إلى الأسواق، وغيرها من العادات مما لا تمت إلى الإسلام بصلة.

ويمكن تلخيص مواقف الناس مع الخاطبين في الوقت الراهن في الآتي:

أ. الفئة الأولى:

بعض الأسر وبمجرد تمام مراسيم الخطبة التقليدية يفتحون بيوتهم للخاطب يدخل عليها وقتما شاء ويخرج وقتما شاء، ويحتلي بخطيبته في البيت أو خارجه والانتقال بها من مكان لآخر بحجة التعرف على بعضهما البعض أكثر.

ب. الفئة الثانية:

لا تبيح للخاطب رؤية خطيبته والجلوس معها حتى ولو كان بين أهلها ومحارمها، بالرغم من أن الإسلام يبيح للخاطب رؤية مخطوبته تجنباً لما قد يحدث فيكونون بذلك قد صانوا عرضهم وحمو شرفهم، وإن كانت هذه الفئة قد بدأت بالاختفاء تدريجياً بسبب افتقار الوعي الثقافي وفهم المجتمع الإسلامي.

ج. الفئة الثالثة:

وهم قلة قليلة ولكنهم في ازدياد بعد انتشار الوعي الديني وارتفاع المستوى الثقافي، وهذه الفئة لا مانع لديها من رؤية الخاطب لمخطوبته والجلوس والكلام معها ومحاورتها في أمور مستقبلهما.¹

¹ عيسى حداد، عقد الزواج، مرجع سبق ذكره، ص 18-19.

وإن الفئة الأولى هي الأكثر إضراراً بالمجتمعات، (فخلوة الخاطبين حرام لأنه من المقرر شرعاً أن المخطوبة أجنبية عن الخاطب كغيرها من النساء، فإن الأضرار التي تحصل من الخلوة بالمخطوبة كثيرة منها:

- أنه مهما كان الإنسان تقياً فإن الشيطان في طريقه إليه في الخلوة بصفة عامة، فكيف بها وبين الخاطب ومخطوبته.

- أن سمعة المرأة في حالة عدم التوافق وحصول الزواج سوف تتعرض للضرر وأنه في الغالب لن يتقدم شخص آخر لخطبتها)¹.

● موقف قانون الأسرة الجزائري:

بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري لا نجد فيه أي نص أشار إلى هذا الموضوع، فالمشرع الجزائري لم يتطرق لهذه المسألة بشكل تفصيلي ولا عام، وقد ترك ذلك إلى أعراف الناس وعاداتهم ولذلك المادة 226 من قانون الأسرة الجزائري فهي تحيل إلى أحكام الفقه الإسلامي، وهي التي تناولت هذا الموضوع في حدود الكتاب والسنة.

4: اقتراح الخطبة بالفاتحة واعتبار العرف فيها

● اقتراح الخطبة بالفاتحة:

أ. في الفقه الإسلامي :

قد يحدث في بعض الأحيان أن تقتن الخطبة بالفاتحة لأن الأصل في الفاتحة أن تقتن بالعقد، قال صاحب "مغني المحتاج": (ويستحب للخاطب أو نائبه تقديم خطبة - بضم الخاء - وهي الكلام المفتوح بحمد الله والصلاة على الرسول صلى الله عليه وسلم المختمة بالوصية والدعاء)² وقال أيضاً: (قال البلال البلقيني ومن الاستحباب تقديم الخطبة في الخطبة الجائز فيها التصريح)³.

¹ على عبد الرحمان الحسون، أحكام النظر إلى المخطوبة، الطبعة الثانية، 1425هـ، دار العاصمة، الرياض، السعودية، ص 86.

² محي الدين الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، مرجع سابق، (ج4/ص 223)

³ نفس المرجع (ج4/ص 224)

ولم يعتبر فقهاء الشريعة الإسلامية الفاتحة من ماهية عقد الزواج ولا شروطه فهي مشروعة للتبرك لقدسية عقد الزواج¹.

ب. في قانون الأسرة الجزائري:

تطرق المشرع الجزائري إلى مسألة اقتران الخطبة بالفاتحة في المادة 6 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم²، ولم يحدد المقصود بالفاتحة فإن كان المقصود منها هو مجرد قراءة سورة الفاتحة فإنها لا تؤثر في العقد ولا على الخطبة، وإذا كان المقصود هو إبرام عقد الزواج فإن أحكامه تخضع للمادة 9 وما بعدها من قانون الأسرة الجزائري³.

وسواء وقعت الخطبة والفاتحة منفردتين أو مقترنتين فإن أي منهما لا يعدو أن يكون وعدا بالزواج إذا لم تتوفر فيه شروطه وركن الرضا فيه⁴.

• اعتبار العرف في اقتران الخطبة بالفاتحة:

الفاتحة في مفهوم شعبنا الجزائري هو عبارة عن اجتماع يحضره عادة أولياء الزوج والزوجة وجمع من الناس وأقارب وأصدقاء الخاطبين، ومن أعيان المنطقة، ويقع فيه إبرام عقد زواج شفهي وتحديد الصداق وينتهي بقراءة سورة الفاتحة متبوعة بالدعاء للعروسين⁵ وقد جاء قرار المحكمة العليا يؤكد أن الفاتحة إنما تقر للتبرك فقط وليست ركنا من أركان الزواج ونص قراره: (... علما أن الفاتحة ليست من بين أركان الزواج وإنما هي من باب التبرك وأن مجلس الخطبة يختلف عن مجلس العقد)⁶.

الفرع الثاني: أثر العرف في العدول عن الخطبة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

أولا: ماهية العدول عن الخطبة

¹ محفوظ بن صغير، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، 2009، دار الوعي، روية، الجزائر، ص 59.
² نص المادة: " إن اقتران الخطبة بالفاتحة لا يعد زواجا غير أن اقتران الخطبة بالفاتحة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توفر فيه ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في المادة 9 مكرر من هذا القانون.
³ بن شويخ راشد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، الطبعة الأولى، 2008، دار الخلدونية، الجزائر ص 50-51.
⁴ عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، دار هومة، الجزائر، ص 16-17.
⁵ عبد العزيز سعد، المرجع نفسه، ص 15-16.
⁶ قرار رقم 81129 بتاريخ 17/03/1992، المجلة القضائية العدد 3، سنة 1994، ص 62.

1: تعريف العدول عن الخطبة

● **العدول لغة:** قال ابن منظور: "من الفعل عدل، وعدل عن الشيء أي حاد عنه، وعن الطريق جار وعدل إليه عدلت أي رجعت وعدل الطريق، ونقول عدل فلان عن طريقه أي بمعنى الرجوع"¹.

أ : العدول عن الخطبة في الفقه :

عَرَّفَ العدول عن الخطبة بأنه:(هو إعلان الخاطب أو المخطوبة عن تراجعها على استمرار الخطبة)².

ب : العدول عن الخطبة في القانون الأسرة الجزائري:

نصت المادة 05 من قانون الأسرة الجزائري ان " الخطبة وعد بالزواج يجوز للطرفين العدول عن الخطبة"، وعليه فإن العدول حق قره القانون للطرفين بإرادتهما المنفردة دون الرجوع. وقد عرفها بعض فقهاء القانون:

- "العدول عن الخطبة، هو رجوع أحد الخاطبين والتخلي نهائيا عن مشروع الزواج من الطرف الآخر، وفي هذه الحالة نقول فسخت الخطبة"³.

وبالنظر الى تعاريف العدول عن الخطبة في اللغة والشرع والقانون نجد أنها متقاربة جدا ويمكن وضع تعريف لها وهي: "حق محول لكل من الخاطب والمخطوبة له ان يستعمله متى شاء في حدود الشرع والقانون".

2 : حكم العدول عن الخطبة

● في الفقه الاسلامي :

بما ان الخطبة ليست زواجا، وانما هي وعد بالزواج، فيجوز في رأي اكثر الفقهاء للخاطب او المخطوبة العدول عن الخطبة، لأنه ما لم يوجد العقد فلا إلزام ولا التزام. لكن يطلب ادبيا الا ينقض أحدهما وعده الا لضرورة او حاجة شديدة، مراعاة لحرمة البيوت وكرامة الفتات. ويستحسن شرعا وعرفا التعجيل في العدول إذا بدا سبب واضح يقتضي ذلك.⁴

¹ ابن منظور، لسان العرب، مرجع سبق ذكره، (ج11/ص4334)

² محمد طاهر الجوي، المجتمع والاسرة في الإسلام، الطبعة الثالثة، 1421-2000، جار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، ص103

³ سليمان ولد خسال، الميسر في قانون الاسرة الجزائري، الطبعة 02، 2012، شركة الأصالة للنشر والتوزيع، الجزائر، ص38

⁴ وهبة بن مصطفى الزحليلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الطبعة الرابعة، دار الفكر، سوريا، دمشق، (ج9/ص6509)

وعدول أحد الخاطبين دون مسوغ شرعي يعد نقضا للعهد او الوعد قال الله تعالى: ﴿ وَأَوْفُوا

بالعهد إن العهد كان مسؤولاً ﴾ [الاسراء: 34]

وقال صلى الله عليه وسلم: «اضْمَنُوا لِي سِتًّا مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَضْمَنْ لَكُمْ الْجَنَّةَ: اصْدُقُوا إِذَا حَدَّثْتُمْ، وَأَوْفُوا إِذَا وَعَدْتُمْ، وَأَدُّوا إِذَا ائْتَمَنْتُمْ، واحفظوا فُرُوجَكُمْ، وَاغْضُوا أَبْصَارَكُمْ، وَكُفُّوا أَيْدِيَكُمْ»¹.

● في قانون الاسرة الجزائري:

نصت المادة 05 من قانون الأسرة الجزائري على ان «الخطبة وعد بالزواج ويجوز للطرفين العدول عنها».

نلاحظ من خلال نص المادة ان القانون "قد أباح العدول ولو كان بسبب غير ظاهر حتى لو طال مدة الخطبة، وبما ان الخطبة في أعرافنا ما هي الا مجرد مقدمة لعقد الزواج فيمكن للطرفين جواز العدول عنها في أي مرحلة دون ان يلزم بالتبرير."²

ثانيا : أثر العرف في العدول عن الخطبة

الخطبة كما ذكرنا سابقا هي مجرد وعد بالزواج ويحق لكلا الطرفين العدول عنها، ولا يحق للطرف الآخر ان يطلب من القضاء بالإجبار العادل بالاستمرار في الخطبة، غير انه في بعض الأحيان قد تحدث مشاكل بين الخاطب والمخطوبة عند العدول وهذا إذا تبادل الهدايا او دفع الصداق وهذا ما سأتطرق إليه في هذا الفرع.

1 : حكم الهدايا في حالة العدول عن الخطبة واعتبار العرف فيها:

● في الفقه الاسلامي :

اختلف فقهاء الشريعة الاسلامية في حكم الهدايا المقدمة في الخطبة بعد العدول الى ثلاثة أقوال وهي:
أ. القول الاول هو قول الحنفية:

¹ اخرجه احمد، في المسند (تممة مسن الأنصار -حديث عبادة بن الصامت)، مؤسسة الرسالة -الطبعة الأولى 1421-2001،

تح: شعيب الأرنؤوط وعادل مرشد، (ج37/ص417)، برقم 22756

² العربي بالحاج، الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري، الطبعة الرابعة، 2005، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، (الجزء -01

الزواج والطلاق)، ص 96

يجب رد الهدايا القائمة دون الهالكة او المستهلكة ما لم يحدث مانع من موانع الرجوع في الهبة.¹ فنلاحظ من قول الحنفية انهم اعملوا قواعد الهبة، ومذهبهم جواز الرجوع في الهبة الا لمانع، ومن هذه الموانع خروج العين الموهوبة من ملك الموهوب له او استهلاكها، او تغيير وصفها او صورتها، وان لم تهلك مادتها.²

ب. القول الثاني: وهو قول الشافعية والحنابلة

ترد الهدايا القائمة بعينها والمستهلكة بقيمتها³، وذلك؛ لأن الاهداء كان على أساس تمام الزواج وقد ابعد، فزال السبب الذي حمل على الاهداء، وإذا زال السبب كان له الاستيراد.⁴

ج. القول الثالث: هو قول المالكية

وهو على التفصيل:

- إذا وجد شرط بينهما او عرف قائم بين الناس عمل به أولاً.

- إذا لم يكن هناك شرط او عرف ينظر الى المتسبب في العدول.⁵

"فإن كان الذي أهدى الذي عدل عن الخطبة فليس ان يسترد شيئاً من الهدية ولو كانت قائمة، حتى لا يجمع على الطرف الاخر ألم العدول وألم الاسترداد. وإن كان المهدي إليه هو الذي عدل فيسترد المهدي كل ما اهداه، سواء كان قائماً، ام كان هالكا او مستهلكا، ويرد القائم بعينه، والهالك او المستهلك بعوضه.⁶

ويظهر لي ان قول المالكية هو الرأي العادل والقول الصحيح، فصاحب العدول هو الذي يتحمل الوزر، لأن الطرف الاخر يكون مشغولاً بألم العدول وفي ترك الهدايا قد يكون تخفيفاً عليه من هذا الالم.

● في قانون الاسرة الجزائري:

¹ علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الطبعة الثانية، 1406 هـ - 1986 م، دار الكتب العلمية، (ج 06/ص 131)

² محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، ص 65-66

³ أنظر: المغني لابن قدامة، ط 1، 1389 هـ - 1969 م، تح: طه الزيني مكتبة القاهرة، (ج 6/ص 65)

المجموع شرح المذهب مع التكملة، للفوي، دار الفكر، (ج 15/ص 389)

⁴ محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، مرجع سبق ذكره، ص 66

⁵ الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، (ج 4/ص 114)

⁶ محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، مرجع سبق ذكره، ص 66

نصت المادة 05 في الفقرة 03 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي: "لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئاً مما اهداها ان كان العدول منه وعليه ان يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما اهدته له او قيمته وان كان العدول من المخطوبة، فعليها ان ترد للخاطب ما لم يستهلك من هدايا او قيمته". من خلال نص المادة نلاحظ ان المشرع قد فرق ان كان العدول من الخاطب او المخطوبة. فإن كان العدول من الخاطب فلا يحق له استرداد الهدايا التي قدمها الى المخطوبة لسبب الخطبة، سواء كانت استهلكت او لا.

وان كان العدول من جهة المخطوبة فإنها ترد كل ما أخذته من هدايا لا تزال قائمة عينا ولم تستهلك سواء كانت قابلة للاستهلاك او لا، اما ما استهلك فلا يجب عليها رده وهذا ما اكدته المحكمة العليا بقولها:

"من المقرر شرعا وقانونا انه لا يسترد الخاطب شيئاً مما اهداه ان كان العدول منه"¹.

وقولها: "من المقرر قانونا انه يتوجب على المرأة المخطوبة عند عدولها عن اتمام الزواج ان ترد ما لم يستهلك من هدايا وغيرها"².

• اعتبار العرف في حكم الهدايا:

ان العرف في مسألة الهدايا موافق لما ذهب إليه المالكية فقد تعارف الناس على ان يسترد الخاطب ما قدمه من هدايا الى مخطوبته اذا حصل العدول من جانبها اما اذا كان العدول من جانبه فليس له ان يسترد شيئاً مما اهداه لها وتأخذ الهدايا التي تقدمها المخطوبة للخاطب الحكم ذاته وان مثل هذه الحالة قليلة الوقوع فما جرى به العرف ان الخاطب هو من يقدم الهدايا في المناسبات المختلفة، وبالتالي يكون ضرر الخاطب كبيراً خاصة اذا طالت مدة الخطبة فيكون ابقاء الهدايا في حوزته خيراً للخاطب كما ان المعمول به في العرف يعتبر ردعاً للخاطب حتى لا يعدل بعد مدة طويلة عن الخطوبة تاركا المخطوبة في مواجهة المجتمع دون رحمة³.

1 : حكم الصداق في حالة العدول عن الخطبة واعتبار العرف فيه:

• في الفقه الإسلامي :

¹ قرار رقم 73919 بتاريخ 1991/04/23، المجلة القضائية، العدد 02، 1993، ص53

² قرار رقم 92744 بتاريخ 1993/07/13، المجلة القضائية، العدد 01، 1995، ص128

³ عماد شريف، مرجع سبق ذكره، ص24

إذا عدل أحد الطرفين بعد اعلان الخطبة وكان الخاطب قد قدم المهر لمخطوبته ولم يكن قد تم العقد، فإن له باتفاق الفقهاء أن يسترده وذلك لأنه دفعه على اساس ان يتم العقد، وان كان مثليا استرده مثله، وان كان قيميا استرده بعينه، الا إذا هلك فإنها تجب قيمته، وذلك لأنه قدم على اساس اتمام العقد¹.

• في قانون الاسرة الجزائري:

لم يتطرق المشرع الجزائري في المادة 05 من قانون الأسرة الجزائري المتعلقة بالخطبة والعدول لمسألة الصداق الذي يقدم في مرحلة الخطبة، وذلك ان الصداق لا يدفع اثناء الخطبة بل بعد العقد²، فالصداق شرط من شروط صحة الزواج على ما اكده المشرع نفسه في المواد (09-14-15-16-17)، ومادام الزواج لم يتم فعلا فلا يحق للمخطوبة والاحتفاظ به، تطبيقا لمبدأ عدم الاثراء بلا سبب، وعليه في حالة انقضاء الخطبة او فسخها من الطرفين او احدهما، وكان الخاطب قد دفع الصداق، كله او بعضه معجلا وجب على المخطوبة ان ترد قيمته عينا ان وجد، او قيمته ان تلف او استهلك، بقطع النظر عن مسألة العدول وسببها لأن الصداق لا علاقة له بالخطبة فالمخطوبة ملزمة برده للخاطب او ورثته ان كان قد توفي قبل الاشهاد على الزواج³.

• اعتبار العرف في حكم الصداق:

سارت الاعراف الجزائرية في مسألة الصداق المقدم في مرحلة الخطبة بما ذهب إليه الفقهاء في وجوب رده كاملا إذا حصل عدول من جهة الخاطب او المخطوبة، ذلك ان الصداق دليل على اتمام العقد بين الطرفين، وبانقضاء العقد لا حاجة للمخطوبة به.

المطلب الثاني: نماذج من نطاق سريان العرف في آثار الزواج

الفرع الاول: أثر العرف في النفقة الزوجية في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

¹ محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، مرجع سابق، ص 65

² يوسف دلانة، دليل المتقاضي في قضايا شؤون الاسرة (الزواج والطلاق)، الطبع الثانية، 2008، دار همومه، الجزائر، ص12-

13

³ سعاد لعلی، الزواج والخلاله في قانون الاسرة الجزائري، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه علوم القانون، جامعة الجزائر 01، كلية

الحقوق، 2014-2015، ص32

اولا: ماهية النفقة الزوجية

1 : تعريف النفقة الزوجية ومشروعيتها

• تعريف النفقة الزوجية

أ. لغة: لها معنيان:

- الاول: نفقت الدابة نفوقا اي ماتت، ونفقت السعر نفاقا وذلك ان يمضي ولا يكسد ولا يقف.
- الثاني: نفق الشيء اي فني: يقال: قد نفقت نفقة القوم وأنفق الرجل افتقر اي ذهب ما عنده¹.

ب. شرعا :

عرفها عبد الرحمان الجزيري: إخراج مؤنة من تجب عليه نفقته من خبز وادم وكسوة ومسكن وما يتبع ذلك من ثمن ماء، ودهن ومصباح ونحو ذلك².

وعرفها عبد العزيز عامر: "الطعام والكسوة والسكن الذي يكون من الشخص على زوجته وعياله وأقاربه ومماليكه"³.

ج. قانونا :

لم يتطرق المشرع الجزائري الى تعريف النفقة ولذلك سنذكر تعريف الفقهاء.

عرفها العربي بالحاج بقوله: "النفقة اسم لما يعرفه الرجل على زوجته واولاده واقاربه من طعام وكسوة ومسكن وعلاج وكل ما يلزم للمعيشة بحسب المتعارف عليه بين الناس وحسب ومع الزوج"⁴.

• مشروعية النفقة الزوجية

النفقة الزوجية مشروعة بالكتاب والسنة والاجماع:

أ. من الكتاب :

قال الله تعالى: ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ [البقرة: 233]

¹ أنظر: ابن فارس، مقاييس اللغة، مرجع سبق ذكره، (ج/6ص454)

² عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، 1969، دار احياء التراث العربي، بيروت، (ج/4ص553)

³ عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، 1402هـ-1984م، دار الفكر العربي، ص208

⁴ العربي بالحاج، الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري، مرجع سبق ذكره، ص577

رزقهن وكسوتهن: أي رزق وكسوة والدتهن، فأمر كلا من ينفق على من لزمته نفقته من زوجته وولده على قدر ميسرته¹.

وقال تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ﴾ وقال جل وعلى: ﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ﴾ [الطلاق: 06-07]

وهذا امر بإسكان المطلقة التي هي في عدتها والانفاق عليها حتى تنتهي من عدتها، فإذا أمر جل وعلى بالإنفاق حال العدة فمن باب اولى ان النفقة تجب على الزوجة حال قيام الزوجية.

ب. من السنة :

قوله صلى الله عليه وسلم في حجة الوداع: «اتَّقُوا اللَّهَ فِي النِّسَاءِ؛ فَإِنَّكُمْ أَخَذْتُمُوهُنَّ بِأَمَانَةِ اللَّهِ، وَاسْتَحْلَلْتُمْ فُرُوجَهُنَّ بِكَلِمَةِ اللَّهِ، وَإِنَّ لَكُمْ عَلَيْهِنَّ أَلَّا يُؤْطِئَنَّ فُرُوشَكُمْ أَحَدًا تَكْرَهُوهُنَّ، فَإِنْ فَعَلْنَ ذَلِكَ فَاضْرِبُوهُنَّ ضَرْبًا غَيْرَ مُبْرَحٍ، وَهِنَّ عَلَيْكُمْ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ»².

ومنها ما رواه مسلم في صحيحه ان هند بنت عتبة امرأة ابي سفيان دخلن على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله إن ابي سفيان رجل شحيح، لا يعطيني من النفقة ما يكفيني ويكفي بني إلا ما أخذت من ماله بغير علمه فعل على في ذلك من حرج؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم «وخذي من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفي بنيك»³.

2 : أسباب وجوب النفقة الزوجية واعتبار العرف فيها في الفقه الاسلامي وقانون الاسرة الجزائري

• أسباب وجوب النفقة الزوجية في الفقه الاسلامي

اختلف فقهاء الشريعة الاسلامية وأسباب وجوب النفقة الزوجية على قولين:

-القول الاول: وهو وجوب النفقة بتمكين الزوجة نفسها بعد العقد الصحيح وهو قول الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة.

قال محمد بن يوسف المالكي: "النكاح يوجب النفقة بشروط التمكين وبلوغ الزوج"⁴.

¹ الطبري، تفسير بر الطبري، مرجع سبق ذكره، (ج5/ص44-45)

² أخرجه مسلم، (كتاب الحج -باب حجة النبي صلى الله عليه وسلم)، برقم 1218، (ج2/ص886)، مرجع سابق

³ أخرجه مسلم، (كتاب الاقضية-باب قضية هند)، مرجع سابق، برقم 1714، (ج3/ص1338)،

⁴ محمد بن يوسف المواق المالكي، التاج والاكليل لمختصر خليلي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، (1416-1994)،

(ج5/ص541)

وقال تقي الدين الحصني الشافعي: "ونفقة الزوجة توجب للمكنته من نفسها"¹.

وذكر صاحب كتاب -الجامع لعلوم اللمام احمد- الفقه: "وجوب النفقة على الزوجة التي تسلمها زوجها وتمكن منها"².

- القول الثاني: وهو وجوب النفقة بمجرد تحقق الاحتباس الناتج عن الزواج الصحيح وهو قول....

قال الكاساني الحنفي: "قال اصحابنا: سبب وجوب هذه النفقة استحقاق الحبس الثابت بالنكاح للزوج عليها"³

ان قول الجمهور هو القول الصحيح الذي مفاده ان سبب النفقة هو تمكين الزوجة بعد العقد الصحيح، ولأن جعل النفقة بدل الاحتباس بالعقد، لا يمكنه ان يحاكي الواقع المعاش الذي تغير فيه الواقع الاجتماعي والاعراف وأصبحت المرأة تخرج للعمل، وبالتالي لا عبرة بالاحتباس كمعيار في وقتنا الحاضر⁴.

• أسباب وجوب النفقة الزوجية في قانون الاسرة الجزائري

نصت المادة 74 من قانون الاسرة الجزائري: "تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها او دعوتها إليه بينه مع مراعات أحكام المواد 74-78-80 من هذا القانون" يتضح لنا من خلال نص المادة ان المشرع الجزائري اخذ بقول جمهور فقهاء الشريعة في وجوب النفقة على الزوجة بمجرد الدخول او دعوته إليه وهو التمكين.

وجاء في قرار المحكمة العليا ان النفقة تجب بمجرد الدخول ولو لم يكن هناك وطء ونص القرار من المقرر ايضا ان الدخول المسلم به يوجب العدة حتى ولو اتفق الطرفان على عدم الوطاء ويوجب نفقتها ما قبلها من غياب المسقط عليها⁵

¹ تقي الدين الحصني الشافعي، كفاية الاخير في حل غاية الاختصار، تحقيق وهي سليمان، الطبعة 01، دار الخير، دمشق، ص443

² خالد الرباط، سيد عزت عيد، الجامع لعلوم الامام أحمد الفقه، الطبعة الأولى، 1430هـ -2009، دار الفلاح الغيوم، مصر، (ج11/ص561)

³ علاء الدين الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الطبعة الثانية، 1406هـ -1986م، دار الكتب العلمية، (ج04/ص16)

⁴ عماد شريفني، مرجع سبق ذكره، ص161

⁵ قرار رقم 55116 بتاريخ 1989/10/02، المجلة القضائية، العدد 01، سنة 1991، ص 33-34

● اعتبار العرف في أسباب وجوب النفقة

ان العرف الجزائري يتمشى مع ما اخذ به المشرع الجزائري وقول الجمهور، اذ المتعارف عليه في المجتمع الجزائري ان النفقة لا تكون واجبة للزوجة الا بعد الدخول، اما قبل ذلك فنفتها على والدها ولو مكثت وقتا طويلا بعد تمام العقد في بيت ابيها.

ثانيا : مجالات اعتبار العرف في النفقة الزوجية

1 : اعتبار العرف في معيار تقدير النفقة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

● في الفقه الإسلامي :

اختلف فقهاء الشريعة الاسلامية في معيار تقدير النفقة الى قولين:

- **القول الاول:** وهو ان النظر يكون الى حالة الزوج يسرا او عسرا بغض النظر الى حالة الزوجة وبه قال الحنفية والشافعية.

قال السرخسي الحنفي في شرحه قوله تعالى: ﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ﴾ [الطلاق: 07] قال: "الآية تبين ان التكليف بحسب الوسع؛ وان النفقة على الرجال بحسب حالهم"¹

- **القول الثاني:** وهو ان تقدير النفقة ينظر فيه الى حال الزوجين معا، فإن كان الزوجان ميسورين لها نفقة وان كان معسرين فتجب لها نفقة المعسرين وان اختلفا في اليسر والاعسار وجب لها نفقة الوسط بين اليسار والاعسار، وهو ما قال به المالكية والحنابلة.

قال الدسوقي المالكي في قوله تعالى: ﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ﴾ قال: "واعلم ان اعتبار حالهما لا بد منه سواء تساويا غنا أو فقرا او كان أحدهما غنيا والآخر فقيرا لكن اعتبر حالهما عند تساويهما غنا او فقرا ظاهر، واما عند تساويهما فلازم حالة وسطى بين الحالتين"².

● في قانون الاسرة الجزائري:

نصت المادة 79 من قانون الاسرة الجزائري: "يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم"³.

¹ محمد ابن ابي سهل السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، 1993/14/14، (ج05/ص182)

² محمد الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، (ج02/ص509)

³ المادة 79 من الفصل الثالث من الباب الثاني من الكتاب الأول من القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان عام 14 الموافق

1984 المتضمن قانون الاسرة، المتمم والمعدل

يتبين من خلال نص المادة ان المشرع الجزائري أخذ بالمذهب المالكي والحنبلي في اعتبار حال الزوجين معا في تقدير النفقة، كما يفهم انه في حالة النزاع يكون تقدير النفقة سلطة تقديرية لقاضي الموضوع الذي نظر في حال الزوج المالية والى ظروف المعاش من حيث الزمان والمكان كما ينظر الى حال الزوجة حسب المستجدات والأعراف المستحدثة في المجتمع، فالنفقات والمصاريف ومتطلبات الحياة تغيرت تعليما وصحة¹.

● أثر العرف في تقدير النفقة:

ان تقدير النفقة بالعرف يتقرر بحال الزوجين معا، اي بحسب حال الزوج والزوجة يسرا وعسرا على ان لا تقل الى حد الكفاية، ويرعاها في تقديرها عرف وعادات اهل البلد، وحال الاسعار والوقت مع اعتبار الوسط² وبهذا نجد أن العرف قد أثر على النفقة بتغير بتغير الاعراف والاعراف تتغير بتغير الازمان.

2 : اعتبار العرف على مشمولات النفقة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

والنفقة تشمل كلا من:

● نفقة الطعام

أ. في الفقه الإسلامي :

ذهب جمهور الفقهاء الى ان الواجب في الطعام في نفقة الزوجة هو الغالب قوت البلد الذي يعيش فيه الزوجان لكنهم اختلفوا فيما ليس قوتا مما هو من الكماليات كالفاكهة، حيث يرى المالكية انه لا تجب النفقة الا في حدود ما هو ضروري للحياة بينما الحنفية يقولون الواجب هو الطعام الضروري وغيره من الفاكهة والخضروات والمواد الدهنية مما يحتاجه الطعام ولا يستغن عنه الانسان³.

كما اتفق جمهور الفقهاء على ان الواجب في مقدار الطعام هو الكفاية اي ما يكفي الزوجة من الطعام استنادا الى قول صلى الله عليه وسلم لهند: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف»⁴، وقال

¹ العربي بالحاج، أحكام الزوجية وأثرها في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2013، ص 57

² عماد شريف، مرجع سبق ذكره، ص 163

³ مشوات حليلة، حق الزوجة في النفقة في قانون الاسرة الجزائري، مقارن، أطروحة لينل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق

والعلوم السياسية، جامعة وهران، 2013، ص 38-39

⁴ سبق تخريجه، ص 46

تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: 233] فإن ايجاب اقل من الكفاية ترك للمعروف، كون هذه الأدلة صريحة بإيجاب قدر الكفاية¹.

ب. في قانون الأسرة الجزائري:

نصت المادة 78 من قانون الاسرة الجزائري على ان النفقة تشمل نفقة الغذاء وما يشملها، مع انه لم يبين مقدارها ونوعها بل ترك تقديرها للقاضي وهذا ما نصت عليه المادة 79 من قانون الاسرة الجزائري.

ج. أثر العرف في اعتبار نفقة الغذاء:

من خلال نصوص الفقه الاسلامي السالفة الذكر ونص المادة 78 من قانون الاسرة الجزائري نجد ان كلا منهما منح للعرف تقدير نفقة الطعام، اذ ان كفاية المرأة وحاجاتها تختلف من زوجة الى اخرى، ومن بلد لآخر ومن زمان لآخر، تبعاً لعادة أمثالها من اهل بلدها، على ان يتم مراعاة حال الزوج حال تقدير النفقة من يسر أو اعسار.

● نفقة الكسوة:

أ. في الفقه الإسلامي :

أجمع العلماء على انه يجب للزوجة على زوجها كسوة بالمعروف اي بحسب المتعارف عليه من كسوة أمثالها من نساء بلدها وما يلحق بالكسوة من فراش ومستلزماته، ومن وسائل تنظيف وزينة بما يناسب عصرها وأعراف بلدها كما اجمعوا على وجوب كسوتين في السنة كسوة اول الشتاء وكسوة اول الصيف²، واستدلوا على وجوبها لقوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾.

ب. في قانون الأسرة الجزائري:

قد اوجب المشرع الجزائري نفقة الكسوة في المادة 78 من قانون الاسرة الجزائري، دون ان يبين مقدارها ونوعها، حيث كما سبق القول تركها للسلطة التقديرية للقاضي³.

ج. أثر العرف على اعتبار نفقة الكسوة

¹ مشوات حليلة، مرجع نفسه، ص 41

² نوال سعيد حسن للعنفي، أثر العرف على حقوق الزوجة، رسالة مكملة لمتطلبات الحصول على درجة ماجستير، قسم الفقه

المقارن، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، 2013، ص 59

³ عماد شريفي، مرجع سبق ذكره، ص 167

واجمع فقهاء الفقه والقانون على اعتبار العرف في تقدير نفقة الكسوة، واتفقوا على انتهت مقدرة بكفاية الزوجة بما يعني ان تقدير الكفاية من الكسوة مرجعة العرف، والتي تختلف باختلاف البلاد في الحر والبر، وبحسب عرف اهلها وعاداتهم في اللباس، كما تختلف باختلاف النساء في الطول والقصر، والسمن والهزل¹، على ان تتم مراعات حال الزوج حين تقدير هذه النفقة يسرا او عسرت كما سبق ذكره.

● نفقة السكن:

أ. في الفقه الإسلامي :

لم يختلف الفقهاء حول اعتبار السكن عنصر من عناصر النفقة الواجبة على زوجها مصداقا لقوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ﴾ [الطلاق: 06] اي بحسب سعتهن وقدرتهن المالية ولأن جل وعلى قال: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [النساء: 19]، فمن المعروف ان يسكنها مسكنا يكون سترها لها من الأبصار ويقضيها من الحر والبرد ويكون عوننا لها على التصرف والاستمتاع وحفظ المتاع².

ب. في قانون الأسرة الجزائري:

يلاحظ من خلال المادة 78 من قانون الاسرة الجزائري ان السكن يدخل ضمن مشمولات النفقة الواجبة على الزوج اتجاه زوجته، والمشرع الجزائري لم يفصل في المسكن ولم يحدد شروطه ومميزاته وانما تركه.

ج. أثر العرف في تقدير نفقة السكن:

لقد جرى العرف في الجزائر ان يوفر الزوج مسكن الزوجية بما يليق بزوجه بحيث يتميز هذا المسكن بتوفره على ضروريات الحياة التي يتدخل الزمان والمكان بتحديدتها من مفروشات واثاث وأواني وغيرها. وتكون هذه المرافق خاصة بالسكن، الا إذا كان الزوج فقيرا يعيش في غرفة في منزل كبير متعدد الغرف والسكان، على شرط ان يكون الجيران صالحين³، وهذا كله يتغير بحسب الاعراف، فالعرف يؤثر على السكن بحسب الزمان والمكان.

¹ نوال سعب حسن العفيفي، مرجع سبق ذكره، ص 60

² مشوات حليلة، حق الزوج في النفقة، مرجع سابق، ص 49

³ أنظر: وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وادلته، مرجع سبق ذكره

نوال سعيد حسن الحفيف، أثر العرف في حقوق الزوجة، مرجع سبق ذكره، ص 66

• نفقة العلاج:

أ. في الفقه الإسلامي :

لقد اتفق الفقهاء على ان النفقة الواجبة للزوج على زوجته هي نفقة الغذاء والكسوة والمسكن واستثنوا منها نفقة العلاج وقالوا بأنها تكون عاتق الزوجة¹، غير ان الفقهاء المعاصرين كوهبة الزحيلي ذهبوا الى وجوبها على الزوج بحجة ان المداواة في زمن الفقهاء القدامى لم تكن اساسية لان حياتهم كانت بسيطة، ولم تكن هناك حاجة ماسة للعلاج فاجتهد الفقهاء حسب العرف الذي كان سائدا في زمنهم، اما الان ونظرا لفترة الامراض في زمننا والتي يصعب علاجها بالمواد البسيطة، أصبحت الحاجة ملحة للعلاج كالطعام والتراب².

ب. في قانون الأسرة الجزائري:

جاء في نص المادة 78 من قانون الاسرة الجزائري انه من مشمولات النفقة العلاج، وقد أحسن صنعا المشرع في اعتبار نفقة العلاج يجعلها على عاتق الزوج بالمعروف وقد ساير بذلك متطلبات العصر الحالي، وازدياد الحاجة الى العلاج³.

ج. أثر العرف في تقدير نفقة العلاج:

العرف الجاري في اوساط المجتمع الجزائري يتمثل في إلزام الزوج بنفقة علاج زوجته، مراعاة للمعاشرة بالمعروف ومن باب المودة والرحمة المفروض تواجدتها في اي علاقة زوجية.

• ما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة:

يقصد بالضروريات في العرف والعادة ما تعارفه الناس وامت تعودوه حيث ينظر الى فاقده نظرة نقص وشذوذ والمتعارف عليه هذا يختلف من وقت الى وقت، ومن بلد الى بلد، فما هو ضروري في المدينة قد لا يكون كذلك في الريف، وما هو ضروري في المناطق الحارة قد لا يكون ضروريا في المناطق الباردة بل قد يتطلب نقضه⁴.

ولقد نص عليها المشرع الجزائري في المادة 78 من قانون الاسرة الجزائري، واعتبارها نوع من انواع النفقة الواجبة على الزوج، وهذا ما ذهبت اليه المحكمة العليا في احدى قراراتها عندما قضت بأن مصاريف

¹ الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، (ج04/ص20)

² وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي، الطبعة الثالثة، 2012، دار الفكر، دمشق، سوريا، (ج08/ص750)

³ عماد شريف، مرجع سبق ذكره، ص169

⁴ مشوات حليلة، حق الزوجية في النفقة، مرجع سابق، ص54

النفاس (أي الولادة) تعتبر من الضروريات في عرف وعادات المجتمع الجزائري يلتزم الزوج بمصاريفها¹، ويمكننا القول بأن المشرع الجزائري قد حكم الشرع والعرف لبيان مشتملات النفقة الواجبة على الزوج اتجاه زوجته.

على ان يراعي في تقدير النفقة حال الزوجين وظروف المعاش بمعنى ينظر الى حالة الزوج المالية وحالة الزوجة، تبعا للمستجدات والأعراف المستحدثة في المجتمع كالتعليم والتعليم الخصوصي ومصاريف السكن، ويتم التحقق من ذلك من خلال الوثائق والمستندات التي تثبت وتحدد الوضعية الاقتصادية للزوج، وقد يستعين القاضي بالخبرة قبل تحديد مبلغ النفقة وذلك بإجراء بحث حول وضعية الزوج المالية².

¹ قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية في 10 جوان 2009، في الملف 502268، مجلة المحكمة العليا، العدد 01، سنة 2010، ص 219

² عماد شريف، اعتبار العرف في مسائل الزواج، مرجع سبق ذكره، ص 163-164

الفرع الثاني: بعض تطبيقات العرف في القضاء الجزائري

أولاً: نماذج من تطبيق العرف في القضاء الأسرة الجزائري في مسائل الخطبة

1 : نماذج من تطبيقات العرف في القضاء الجزائري في مسألة الطبيعة القانونية للخطبة

لقد سار القضاء الجزائري على اعتبار العرف وتأثيره في الخطبة، وقد جاء قرار المحكمة العليا سنة 1992¹ مؤكداً لذلك حيث أن الطاعن جلب نقض وإبطال القرار الصادر عن مجلس قضاء بسكرة بتاريخ 30 أكتوبر 1989 القاضي بتأييد حكم محكمة بسكرة المؤرخ في 30 مارس 1988 القاضي بصحة الزواج وأمرت بتسجيله، حيث استند الطاعن على وجه وحيد للنقض وهو المأخوذ من مخالفة المادة 9 من قانون الأسرة الجزائري بدعوى أن القرار المنتقض قد قضى بصحة الزواج؛ بناء على قرار الزوج في مذكرته المؤرخة في 10 أكتوبر 1988 دون التحقق من توفر أركان الزواج المنصوص عليها بالمادة المشار إليها رغم أن الطاعن قد اعترف بالخطبة فقط والخطبة لا تعني الزواج. وقد تم التأكد من الشهود في القرار المنتقض الذين تم سماعهم يوم 16 جانفي 1988 بأنهم حضروا وليمة الخطبة ولدى مطالبتهم بقراءة سورة الفاتحة علموا أن هذا الحفل يخص الطرفين، الأمر الذي جعل قضاة الموضوع لم يعطوا لقرارهم الأساس القانوني مما يتعين نقضه.

ولهذه الأسباب قررت المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية نقض القرار المطعون فيه الصادر عن مجلس قضاء بسكرة، وإحالة القضية والطرفين على نفس المجلس مشكل من هيئة أخرى للفصل فيها طبقاً للقانون وتحميل المطعون ضدها المصاريف القضائية. وعلى هذا فإن المحكمة العليا قد أعملت نص المادة 9 من قانون الأسرة والعرف في كون أن الفاتحة ليست من شروط ولا أركان عقد الزواج وأن اتصالها بالخطبة إنما هو للتبرك فقط كما فرقت في الفاتحة المقترنة بالخطبة والفاتحة المقترنة بعقد الزواج.

1 ملف رقم 81129 قرار بتاريخ 17 مارس 1992؛ المجلة القضائية الصادرة عن المحكمة العليا لسنة 1994، عدد 3، ص 62.

2 : نماذج من تطبيقات العرف في قضاء الأسرة الجزائري في مسألة العدول عن الخطبة.

• جاء عن المحكمة العليا في القرار الصادر بتاريخ 23 أبريل 1991¹ أن السيد (ب.م) أقام طعنا يرمي إلى نقض القرار الصادر بينه وبين (ب.ح) من مجلس قضاء الجزائر في 12 جويلية 1988، الذي قضى بالطلاق للزوجين قبل الدخول بخطأ الزوج وعلى المدعي دفع 1500 دج إلى المدعى عليه قيمة نصف الصداق المستحق له وللمدعية النصف المتبقي وعلى المطلق دفع 17.000 دج تعويضا عن الضرر المادي والمعنوي الذي أصاب المدعية بعد العدول عن الخطبة التي دامت أربع سنوات، ورفض جميع طلبات المدعى عليه.

واستند الطعن إلى ثلاثة أوجه، أهمها سببان هما:

- أنه من خرق القانون، حيث أن القرار المطعون فيه خالف القانون عندما قضى على المدعي في الطعن بدفع تعويض قدره 17.000 دج بدعوى العدول عن الخطبة، في حين أنه لا توجد خطبة وإنما هناك عقد زواج رسمي مسجل بالحالة المدنية، بدليل أنه قضى من ناحية بالطلاق ومن ناحية أخرى بنصف الصداق. وكان على قضاة الموضوع أن لا يقضوا بالتعويض لهذا السبب.
- مأخوذ من تناقض الأسباب:

حيث أن القرار المطعون فيه عندما صادق على حكم المحكمة أخذ من أسبابه أن المدعي في الطعن لا يحق استرجاع الهدايا عند العدول عن الخطبة في حين أن الحكم المستأنف يقرر في أسبابه أن للمدعى عليها في الطعن حق العدول عن الخطبة لأنها مجرد اختيار يجوز لأحد الطرفين التراجع عليه وقد أجابت المحكمة العليا على هذه الأوجه بالتالي:

- **الوجه الأول:** إن الثابت في الطعن أن المدعى عليها أصابتها أضرار مادية ومعنوية من جراء انتظار مدة 4 سنوات كخطيبة وأن المدعي تراجع عن إتمام إجراءات الزواج والدخول على الرغم من طلبه

¹ ملف رقم 73919 بتاريخ 23 أبريل 1991-المجلة القضائية الصادرة عن المحكمة العليا، عدد 2، 1993، ص 56.

من طرف الزوجة وتسجيل الزواج في الحالة المدنية وأن قضاة الموضوع لم يخالفوا القانون عندما قضوا بالتعويض المحكوم به.

● **الوجه الثاني:** لما كان العدول عن عدم إبرام الزواج من دخول وغيره من طرف المدعي مع أن الزوجة دعته لإتمام ذلك وذلك لعدم توفر مسكن الزوجية الذي هو حق الزوجة. ولهذا الأسباب قررت المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية رفض الطعن الصادر عن مجلس قضاء الجزائر 12 جويلية 1988 وقضت على الطاعن بالمصاريف القضائية.

وبالنظر في القرار نجد أن المحكمة العليا قضت بقوانين الأسرة والأعراف السائدة في المجتمع، حيث قضت بعدم رد الهدايا للطاعن تكليفه بنصف الصداق.

2. جاء قرار المحكمة العليا بتاريخ 13 جويلية 1993¹ أن الطاعن (م.و) طعن بعريضة قدمتها بمجلس قضاء قسنطينة بتاريخ 04 ديسمبر 1990، قضى فيه نهائيا بقبول الاستئناف شكلا، وأن مسؤولية الطلاق قبل البناء تقع على عاتق المستأنف عليها (م.و) وبالتالي إلغاء الحكم المستأنف فيها قضى بالأثاث والمصوغ وبنصف الصداق لصالح المستأنف عليها، وأن تؤدي مبلغ 10.000 دج تعويضا عن الضرر اللاحق به، وأن تمكنه من جميع الهدايا المقدمة لها من طرفه.

وقد استندت المحكمة على مخالفة الأحكام الجوهرية في الإجراءات، فقد نصت المادة 141 من قانون الإجراءات المدنية على إطلاع النائب العام على كل القضايا المتعلقة بحالة الأشخاص، وتطبيقا لنص المادة 57 من قانون الأسرة الجزائري فإن الأحكام بالطلاق غير قابلة للاستئناف ما عدا في جوانبها المادية، فالجلس كان مخطئا في إطلاع النائب العام على قضية لا تتعلق سوى بهذه الجوانب المادية، ثم إن المطعون ضده طالب بالبناء ومبلغ 3000 دج و 7000 دج عن التقاضي احتياطيا في حالة الطلاق، طالب باسترجاع 2000 دج قيمة المهر وكذا جميع الأثاث المقدم وكذلك الهدايا المقدمة بسبب العدول عن إتمام

¹ ملف رقم 92714، قرار بتاريخ 13 جويلية 1993، المجلة القضائية الصادرة عن المحكمة العليا، عدد 1، سنة 1995، ص

الزواج يكونون قد طبقوا ضمنا المادة 415 من قانون الأسرة الجزائري المتعلقة بالخطوبة دون سواها، فأخلط القضاة بين الخطوبة والزواج، كما أن الحكم على الطاعنة بردها كامل المهر إلى المطعون ضده خرق للمادة 16 من قانون الأسرة الجزائري.

وأجابت المحكمة العليا:

"لكن المادة 141 من قانون الإجراءات المدنية في الفقرة الأخيرة أنه يجوز إرسال بقية القضايا، فالمجلس لم يخالف المادة 141 من قانون الإجراءات المدنية وقد قررت المحكمة إتمام الزواج وأن عدول الطاعنة عنه لم يكن بمبرر وعليه فلا يتحمل المطعون ضده الخسائر والأضرار المترتبة عليه مما دفعه من هدايا وغيره، خاصة التي قدمها لإتمام الزواج، وطبقا للشريعة الإسلامية والعرف المتعارف عليه بين الناس فإن الصداق يرد للخطاب، وأما ادعاء المدعية بنصف الصداق فإن أحكام الفقه تعطي أحكام الصداق إن كان العدول من الرجل كما قال تعالى: ﴿إِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة: 237]. والمادة 16 من قانون الأسرة الجزائري مستمدة من هذه الآية التي تؤكد حق الزوجة في نصف الصداق إذا طلقها الزوج بإرادته.

والحال في هذه القضية أن الزوجة هي التي عدلت عن إتمام الزواج، وحالت دون وقوعه رغم إصرار الزوج على البناء بها فلا يعقل أن تطالب بنصف الصداق، فالقرار المطعون فيه بقضائه كما فعل قد طبق أحكام الفقه الاسلامي والقانون، والعرف تطبيقا سليما دون أي خرق للقانون أو خطأ في تطبيقه ويرد الوجه بذلك."

وبهذا حكمت المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية قبول الطعن شكلا ورفضه موضوعا، وحكمت على الطاعن بالمصاريف القضائية.

وبالنظر في القرار نجد أن المحكمة العليا قضت بما هو ساري عليه عرف البلد وما ذهب إليه جمهور الفقهاء من رد هدايا الخطبة قيمة أو نقدا عندما حصل العدول من المخطوبة.

ثانيا : نماذج حول تطبيق العرف في قضاء الأسرة الجزائري في مسألة النفقة الزوجية

سأذكر في هذا الفرع بعض قرارات المحكمة العليا حول تقدير النفقة وتحديد مشمولاتها التي اثرت عليها الأعراف والعادات.

1 : في تقدير النفقة

لقد سار القضاء الجزائري على اعتبار العرف وتأثيره في تقدير النفقة.

وقد جاء قرار المحكمة العليا لسنة 2000¹ مؤكداً لذلك حيث ان الطاعنة رفعت طعنا بالرفض في القرار الصادر في 1999/03/08 من مجلس قضاء البلدية الذي يقضي بإلغاء الحكم المستأنف جزئياً فيما يخص نفقة الزوجة والحدة ونفقة البنين المحضونتين، وقد استندت الطاعنة من وجه وحيد للطعن مأخوذ عن الخطأ في تطبيق القانون على اعتبار أن مجلس قضاء البلدية قضى بإلغاء النفقة المقضي بها بمحكمة اول درجة على اساس يسارها فهي طيبية في المستشفى، دون الاخذ في الحسبان ان المطعون ضده له مصدر دخله الخاص من عمله كطبيب في عيادته الخاصة الذي لم يذكر اعساره المدعى به امام قضاة محكمة اول درجة واكتفى بإثباته امام قضاة المجلس فقط.

ومن ثم تبين ان قضاة المحكمة العليا قد وقفوا في قبول الطعم شكلا وموضوعا ونقض القرار الصادر عن مجلس قضاء البلدية بتاريخ 1999/03/08 بدون إحالة مع إلزام الطعون ضده بالمصاريف. وهذا طبقا لما جاء في نص المادة 79 من قانون الاسرة الجزائري "يراعي القاضي في تقدير النفقة حاب الطرفين وظروف والمعاش."

فالمحكمة العليا أعملت نص المادة مع مراعات العرف في الحالة المعيشية للمطعون ضده.

2 : في تحديد مشتملات النفقة.

جاء من المحكمة العليا في القرار الصادر بتاريخ 2006/11/15² ضد القرار الصادر عن مجلس قضاء الجزائر القاضي بتأييد الحكم المستأنف مبدئياً وتعديلا له في رفع مبلغ النفقة المحكوم بها لـ 6000 دج شهريا وتتميمها له إلزام المستأنف به بدفع مبلغ 2000000 دج مقابل مصاريف علاج البنت المحضونة.

¹ ملف رقم 237148، قرار بتاريخ 2000/02/22 المجلة القضائية الصادرة عن المحكمة العليا، العدد الأول لسنة 2001، ص 284

² ملف رقم 372242 بتاريخ 2006/11/15 المجلة القضائية الصادرة عن المحكمة العليا لسنة 2007، العدد الأول، ص 493

حيث ان الطاعن أثار وجهين للطعن.

الاول: يتعلق بقصور في التسبيب باعتبار الطاعن لم يتحمل لجوء المطعون ضدها الى العدالة قصد رفع مبلغ النفقة من 1500 دج الى 3000 دج ثم الى 6000 دج في زمن قياسي، خاصة انه لا يمكن تحميل الطاعن الزامات مادية أكثر من مدخوله خاصة وأنه إسكافي فقط ولا عائلة ينفق عليها.

الثاني: استند فيه الطاعن الى انعدام الاساس القانوني معتبرا ان رفع قيمة النفقة بهذه الكيفية بالإضافة إلزامه بتكاليف العلاج دون اعطاء تبريرات قانونية او اساس قانوني هو حكم جائز.

وقد اجابت المحكمة العليا على اوجه الطعن وناقشها ليتبين ان الطاعن صناعي يملك شركة لصناعة الاحذية بوهران كما هو ثابت بسجله التجاري، وكذا امتلاكه لنشاطات صناعية تجارية اخرى بالدار البيضاء بالمغرب.

كما نوهت المحكمة العليا ان الحكم على الطاعم بمصاريف علاج البنت المحضونة لم يخالفوا بذلك القانون ولا الشرع فالعلاج من مشمولات النفقة.

فالمحكمة العليا أعملت العرف في مراعات حال الطاعن وعندما وجدته ميسورا قضت بوجوب مصاريف العلاج للبنت المحضونة.

المبحث الثاني: نماذج من نطاق سريان العرف في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري

لما كان عقد البيع من أهم العقود التي يبرمها الأشخاص في حياته، نظمته الشارع الحكيم مسائله منها مسألة الصيغة و أحكام البيع والبائع والمشتري والتي لم يستوعب جوانبها الإسلام ولا القانون الوضعي

استيعابا دقيقا وقد تركا ذلك للعرف السائد في البلد، وجب دراسة هذا الموضوع على النحو الآتي

المطلب الأول: ماهية عقد البيع

المطلب الثاني: تطبيقات العرف في عقد البيع في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري

المطلب الأول: ماهية عقد البيع

الفرع الأول: مفهوم عقد البيع

أولاً: تعريف البيع:

لغة: الباء والياء والعين أصل واحد وهو بيع الشيء، وربما يسمى ... بيع والمعنى واحد¹

شرعاً: الجرجاني: "مبادلة المال المتقوم بالمال المتقوم تملكاً وتملكاً".²

قانوناً :

نصت المادة 351 - من القانون المدني الجزائري على ان: "البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع او ينقل

للمشتري ملكية شيء او حقا ماليا اخر في مقابل ثمن نقدي

يظهر من خلال نص المادة ان عقد البيع عقد رضائي وهو من عقود المعاوضة.

وعرفه عبد الرزاق السنهوري: "البيع عقد يلتزم به البائع ان ينقل للمشتري ملكية شيء او حقا ماليا اخر

في مقابل ثمن نقدي"³

ثانياً: مشروعية البيع:

مشروعية البيع ثابتة بالكتاب والسنة والاجماع:

من القرآن:

قال الله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [البقرة 275]

وقال الله تعالى: ﴿وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾ [البقرة 282]

¹ ابن فارس، مقاييس اللغة، مرجع سابق، -ج1/ص327)

² الجرجاني، التعريفات، مرجع سابق، ص44

³ المادة -351- الامر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدل

هذه الآيات صريحة في جل البيع وان كانت مسوقة لأغراض أخرى غير افادة الحل¹.
من السنة :

قول صلى الله عليه وسلم: "لأن يأخذ أحدكم أحبله ثم يأتي الجبل، فيأتي بخزمة من حطب على ظهره فيبيعهها، فيكف الله بها وجهه، خير له من أن يسأل الناس، أعطوه أو منعوه"²
وقال صلى الله عليه وسلم: "أفضل الكسب بيع مبرور، وعمل الرجل بيده"³
والبيع المبرور هو الذي لا يغش فيه صاحبه ولم يخن، وحكمه الحل لما يترتب عليه من تبادل منافع.
الاجماع: اجمعن الامة على مشروعية البيع وانه أحد اسباب التملك⁴.

الفرع الثاني: اركان عقد البيع

أولاً: أركان عقد البيع في الفقه الاسلامي:

1-العاقدان :وهما البائع والمشتري، فيجب أن يتمتع العاقد بأهلية التصرف بأن يكون بالغاً عاقلاً، حتى يعقد بعقده وتترتب عليه اثاره الشرعية، فلا يصح التعاقد من المجنون ولا الصبي غير المميز او السكران الذي لا يعرف الارض عن السماء⁵، ان السكران الذي معه تمييز بعقله فيجوز عليه كل ما فعله من بيع وغيره.

2-المعقود عليه:وهما الثمن والمثمن.

يشترط فيه ان يكون طاهراً ينتفع بيه شرعاً، غيب منهي عن بيعه مقدوراً على تسليمه، معلوما للمتابعين فلا يصح بيع نجس ولا منتجس، واما ما يمكن تطهيره فيصبح ويجب البيان⁶.

3-صيغة العقد:

¹ عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، مرجع سابق، ص495

² اخرجه البخاري (كتاب الزكاة -باب الاستعفاف عن المسألة) مرجع سابق، (ج2/ص123) (رقم 1471)

³ اخرجه احمد (مسند المكين ، حديث ابي بردة بن نيار) برقم 15836 مرجع سابق (ج25/ص157)

⁴ علي حيدر، دور الحكام في شرح مجلة الاحكام -دار الجليل بيروت، (ج3/ص101)

⁵ محمد الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مرجع سابق، (ج7، ص5)

⁶ محمد جمعة عبد الله، الكواكب الدرية في فقه المالكية، الطبعة السابعة، مكتبة الازهرية للتراث، (ج3/ص5)

ينعقد البيع بكل قول او فعل يدل على ارادة البيع واشراء.

-**الصيغة القولية:** وتسمى الايجاب والقبول، كبتت واشترت ويقوم مقامها ما يدل على الرضا من اشارة او كتابة من الجانبين او أحدهما.

وينعقد البيع بقول المشتري للبائع: اشترتها منك بكذا ويقول البائع: بعتك بكذا ويرض الاخر.

-**الصيغة الفعلية:** وتسمى بالمعاطاة، بأن يدفع المشتري الثمن للبائع ويأخذ المثلن او يدفع لهالبائع¹.

ثانيا:أركان عقد البيع في القانون المدني الجزائري:

1-التراضي:

نصت المادة 59 من القانون المدني الجزائري على ما يلي:

"يتم العقد بمجرد ان يتبادل الطرفان التعبير عن ارادتهما المتطابقتين دون الاخلال بالنصوص القانونية².

من خلال نص المادة فإنه لا ينعقد البيع الا إذا اتفق المتعاقدان على طبيعة العقد الذي يقصدان ابرامه، بحيث يتلاقى الايجاب والقبول على حصول البيع.

والايجاب هو العرض الذي يعبر به الشخص الصادر منه على وجه جازم عن ارادته في ابرام عقد معين بحيث اذا اقترن به قبول مطابق له انعقد العقد.وأما القبول فهو الرد بالموافقة على العرض وهذا بنية قاطعة كذلك.

وبخصوص عقد البيع فيكون بالإيجاب الصادر من البائع مع القبول الصادر من المشتري على حصول البيع، ولا يلزم لانعقاد البيع اثبات الايجاب والقبول في مجلس واحد، اذ يجوز استخلاص تلك من اية مراسلة بين الطرفين³.

2-المحل:

وهو القالب القانوني الذي تجسد فيه ارادة المتعاقدين بنقل الملكية في العوضين.

¹ محمد جمعة عبد الله، الكواكب الدرية في فقه المالكية، (ج3/ص5)

² المادة 59، من الامر رقم 75-58، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم

³ محمد، محاضرات في الالتزامات أُلقيت على طلبة السنة الثانية حقوق بكلية الحقوق، جامعة وهران، سنة 1992-1993

شروط المحل:

ان يكون مشروعاً وقابلًا للتعامل فيع كما نصت المادة 93 من القانون المدني الجزائري ولا مخالفًا لآداب والنظام العام¹ وان يكون معيناً او قابلًا للتعين والا بطل العقد كما نصت المادة 94 من القانون المدني الجزائري².

علم المشتري بالمبيع علماً كافياً وهذا ما نصت عليه المادة 352 من القانون المدني الجزائري³.

3- الثمن:

هو الذي يميز عقد البيع عن غيره من التصرفات القانونية كالهبة المقايضة، ويكفي تعيينه ولا يشترط ان يذكر قبضه او دفعه، لأن الوفاء بالثمن شرط من شروط صحة عقد البيع⁴.

من شروط الثمن:

- أن يكون نقوداً.

- أن يكون معيناً معيناً دقيقاً يقطع المنازعة مستقبلاً.

¹ نص المادة: "اذا كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته او مخالفاً للنظام العام او الآداب العامة كان باطلاً بطلاناً مطلقاً"

² نص المادة: "اذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته، وجب ان يكون معيناً بنوعيه، ومقداره والا كان العقد باطلاً"

³ نص المادة: "يجب ان يمون المشتري علماً بالمبيع علماً كافياً"

⁴ عز الدين الدناصوري، عبد الحميد الشواربي، المشكلات العلمية والدعوى في عقد البيع، مكتبة الجامعي الحديث، الإسكندرية،

مصر، طبعة 2002، ص 37

المطلب الثاني: تطبيقات العرف في عقد البيع في الفقه الإسلامي والقانون المدني

الفرع الأول: تطبيقات العرف في عقد البيع في الفقه الإسلامي

سأذكر هنا على سبيل المثال من مسائل عقد البيع التي فيها للعرف مدخل؛ أثر العرف على بيع الخيار وبيع السلم؛ فبيع الخيار هو البيع المشروط بشرط أحد العاقدين، وخيار الشرط: هو ان يكون لأحد العاقدين او كلاهما الحق في إمضاء العقد او فسخه في مدة معلومة اذا اشترط ذلك في العقد.

أولاً: أثر العرف في تحديد مدة الخيار:

ذهب مالك إلى أن ذلك ليس له قدر محدود في نفسه، وإنما يتقدر بقدر الحاجة إلى اختلاف المبيعات، ذلك أن الخيار مشروع للتروي والمشورة، وذلك يختلف عادة باختلاف السلع ويتفاوت بتفاوت المبيعات، فمثل الشهر ونحوه في اختيار الدار وكذا الأرض وما يتصل بها من بناء وشجر، ومثل ثلاثة أيام في اختيار ثوب¹.

وذلك يختلف باختلاف اعراف الناس وطباعهم في معاملاتهم.

يشترط أحد المتعاقدين مدة مجهولة، كقول أحدهم الى ان يأتي فلان او الى ان ينزا المطر، او نحو ذلك شخص بعيد فإن البيع المحتوي على الخيار بهذا الشرط باطل لأنه عقد قارنه شرط فاسد.

اما ان سكت عن تحديد المدة وتركها مطلقة اي كان اشتراط الخيار مطلقا، صح العقد والخيار ويضرب لهما السلطان فيه اجل مثله حسبما ذكر في المدة لكل سلعة، لأن ذلك مقررا في العادة فإن أطلقا ولم يحددا يضرب بهما مدة يختبر المبيع في مثلها في العادة، وخاصة ان السكوت عن مدة الخيار لا يبطله².

ثانياً: أثر العرف في بيع السلم:

1-تعريفه: بيع السلم هو: عقد معاوضة يوجب عمارة ذمة بغير عين ولا منفعة غير متمائل العوضين، ويسنى بيع السلف.

2-شروط السلم وأثر العرف عليها:

¹ أحمد اردريس عبده، فقه المعاملات على مذهب الامام مالك، عين مليلة، الجزائر، دار الهدى، ص150

² أحمد اردريس عبده، فقه المعاملات على مذهب الامام مالك، مرجع نفسه، ص152

أ- شروط خاصة برأس المال:

-تعجيل رأس المال،

-تأخير رأس المال إذا لم يكن عيبا،

-تأخير رأس المال إذا كان منافع لا يجوز.

ب-شروط خاصة بالمسلم (السلعة):

-أن يكون المسلم دينيا،

-أن يكون المسلم مؤجلا،

-أن يكون المسلم فيه مضبوطة بالعادة التي يجري فيها العرف في الكيل أو وزن أو عد،

-أن يكون المسلم في الذمة.

-أن تبين الأوصاف التي تختلف بها الاغراض عادة بيانا ثانيا.

-أن يوجد فيه المسلم عن حلوله غالبا.¹

3- الشروط التي للعرف أثر فيها:

-شروط ان يضبط السلم بعادته التي جرى بها العرف في كيل او وزن او عدد، وهذا اي عادة اهل العقد

من كيل (كالقمح)، او وزن (كاللحم)، او عد (كالثياب والحيوان)²، فلا يجوز السلم من غير ضبط ولا

حذاف، ولا باشتراط للقبض بمعيار مجهول القدر.

وما بيع بالعدد الكرمان والبيض والبطيخ ونحوهم مما فيه اختلاف بالكبر والصغر، يقاس بخيط ويوضع

ذلك الخيط عند شخص امين حيث يتم الأجل فيقاس به عن التسليم.³

ولا يجوز بيع السلم إذا كانت السلعة مضبوطة بما يخالف عرف البلد، كأخذ مائة في قنطار من البيض

لأن البيض يباع بالعد ولا بالقنطار، وهذا كله مرده للعرف.

¹ أبو بكر بن حسن الكشناوي، اسهل المدارك، الطبعة الثانية، بيروت، دار الفكر، (ج2، ص311-312)

² الدسوقي المالكي، حاشية على الشرح الكبير، مرجع سابق، (ج3-ص207°)

³ احمد ادريس عبده، مرجع سابق، ص233

ومن الشروط كذلك الذي للعرف أثر فيه:

شروط ان تكون السلعة معروفة الصفة، وذلك بأن تبين صفة السلعة التي يكون لها تأثير في الثمن عادة وتختلف فيها الرغبات ... الصنع في المصنوعات، وبيان الجودة والرداءة او التوسط، ويرجع في تفسير الجيد والرديء الى العرف، كالكبير والصغير، ويتبين ذلك في التمر والحوت كونه كبيرا او صغيرا او متوسط¹.

الفرع الثاني: تطبيقات العرف في عقد البيع في القانون المدني الجزائري

سأطرق في هذا الفرع الى أثر العرف في التراضي وأثره في التزام المشتري بدفع الثمن.

أولاً: أثر العرف في ركن التراضي في عقد البيع في القانون المدني الجزائري

نصت المادة -65- من القانون المدني الجزائري على انه: "إذا اتفق الطرفان على جميع المشاكل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترط الاثر للعقد عند عدم الاتفاق عليها، اعتبر العقد مبرما وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فإن المحكمة تقتضي فيها طبقا لطبيعة العاملة لأحكام القانون والعرف والعدالة².

يتضح من خلال نص المادة السالفة الذكر انه إذا لم يتفق الطرفان على مسألة تفصيلية في العقد فيرد النزاع الى قاضي المحكمة وهو الذي يحكم بدوره من خلال القواعد القانونية او العرف المطبق والسائد لدى الباعة في تلك المنطقة.

ثانياً: اثر العرف في التزام المشتري بدفع الثمن:

نصت المادة 388 من القانون المدني الجزائري على انه:

"يكون ثمن المبيع مستحقا في الوقت الذي يقع فيه تسليم المبيع مالم يوجد اتفاق او عرف يقتضي بخلاف ذلك"

¹ احمد عبد، مرجع نفسه، ص234

² المادة 68- من الامر رقم 75-58- المتضمن القانوني المدني المعدل والمتمم

يتضح من خلال نص المادة السالفة الذكر ان القاعدة العامة في دفع الثمن هو اعمال اتفاق المتعاقدين على زمن معين وعدم وجود عرف يحدد ذلك¹ وهو متعلق بزمن للوفاء بالثمن.

اما بخصوص مكان وفاء بالثمن فيحدد ذلك بالعرف عند النزاع وذلك ما نصت عليه المادة -387- من القانون المدني الجزائري بقوله: "يدفع ثمن المبيع في مكان تسليم المبيع ما لم يوجد اتفاق او عرف يقتضي بغير ذلك"

من خلال المادة نجد انه إذا كان هناك عرف يقتضي بأن الثمن لا يقدم مكان تسليم السلعة فهذا هو المعمول به اذا كان الامر يرجع الى تقدير القاضي في اعمال العرف الساري في المنطقة.

¹ نذير بن عمو، العقود الخاصة (البيع والمقايضة)، الطبعة الاولى، مجد للنشر والتوزيع، 2008م، ص260

الخاتمة

وفي الختام فإن هذا البحث قد بينت فيه العرف ومنزلته في الفقه والقانون، وركزت على دوره في بعض المسائل الهامة لعقد الزواج وآثاره كانعقاد الخطبة وانتهائها والنفقة ومشتملاتها ومدى تأثيره على الاحكام القضائية الصادرة في مجال الاحوال الشخصية ومن بينهم مسألة الخطبة والنفقة الزوجية وما اثارته هاتين المسألتين من إشكالات، كما تطرقت فيه إلى تطبيقاته في بعض مسال عقد البيع الذي يعتبر من أهم العقود المدنية لجريان التعامل الكبير به في معاملات الناس، وقد توصلت الى النتائج التالية:

1. يلعب العرف دورا بارزا في حياة الفرد خاصة فيما يتعلق بالجانب الشخصي.
2. يعتبر العرف مصدرا تبعا في الشريعة الاسلامية، كما انه يعد المصدر الاحتياطي الثاني بعد الشريعة الاسلامية في القانون الجزائري، وذلك ما لم يخالف النظام العام والآداب العامة.
3. إلزام العرف في الفقه الاسلامي يشترط فيه توفر الركن المعنوي وهو استقرار النفوس ولم يتشروطوا الركن المادي، اما فقهاء القانون فشد اشترطوا الركن المعنوي والركن المادي كذلك والذي هو الإلزام.
4. لا يكون العرف معتبرا في الفقه والقانون الا بتوفر شروط منها (أن لا يخالف العرف نصا شرعيا او قانونيا).
5. الفقه الاسلامي وكذا القوانين الوضعية أقرت بدور العرف في مسائل الاحوال الشخصية، ويظهر ذلك جليا في انعقاد الخطبة وانتهائها ومسائل النفقة.
6. يظهر دور العرف عند اقتران الخطبة بالفاحة والتي فصل فيها المشرع باعتبار توافر الأركان والشروط حسب ما تعارف عليه الناس.
7. المشرع الجزائري لم يعتبر العرف الجاري في الجزائر بخصوص رد هدايا الخطبة وكذلك خلافا لما ذهب إليه المالكية في ذلك.
8. إهمال المشرع الجزائري لمصير الصداق خلال الخطبة، وقبل العقد وبعد العدل عن الخطبة، خاصة ان المجتمع الجزائري تعارف على تقديم الصداق عند اتمام الخطبة، لكن مع ذلك فإن المادة 222 من قانون الاسرة الجزائري تحيل الى الشريعة الاسلامية حالة غياب النص والفقه قد أملت بهذا الموضوع.
9. لم يتطرق كل من المشرع الجزائري والشريعة الإسلامية لمسألة تقدير النفقة وانما تركها للعرف والقاضي التقديري.

10. أن صيغة عقد البيع لها تأثير كبير في كلام الناس لما اعتادوه في معيشتهم، فالعرف هو الذي يحدد مراد المتصرفين فيجري الشارع أحكام تصرفاتهم على ما يفيد.
11. للعرف دور بارز في المعاملات المالية خاصة عقد البيع.

بعض التوصيات :

1. يجب ان يكون القاضي والفقير ملما بأعراف المجتمع الذي يمارس فيه وظيفته كي لا يكون تناقض بين ما يصدر من أحكام، وما هو شائع من أعراف داخل ذلك المجتمع.
2. تنظيم الندوات والمليقيات العلمية المتعلقة بالأعراف قصد التعريف بالعرف وانه من مصادر التشريع الاسلامي والقانوني وكذا بيان الاعراف الصحيحة والفاصلة.

الفهارس العامة

قائمة الفهارس العامة:

الآيات:

الرقم	الآية	السورة	رقم الآية	الصفحة
01	﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾	البقرة	233	52
02	﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾	البقرة	233	57-56-29
03	﴿ وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْنُتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ ﴾	البقرة	235	39
04	﴿ إِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ ﴾	البقرة	237	64
05	﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا ﴾	البقرة	275	67
06	﴿ وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ ﴾	البقرة	282	67
07	﴿ يُوَصِّيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ ﴾	النساء	11	24
08	﴿ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾	النساء	19	58
09	﴿ فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ ﴾	المائدة	89	29
10	﴿ خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ ﴾	الأعراف	199	28
11	﴿ وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا ﴾	الاسراء	34	47
12	﴿ أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ ﴾	الطلاق	06	53

55-53	07	الطلاق	﴿ لِنْفِقُ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ ﴾	13
-------	----	--------	---------------------------------------	----

الأحاديث:

الرقم	الحديث	الصفحة
01	روي عن ابن عمر رضي الله عنه أنه كان يقول: «نهى النبي صلى الله عليه وسلم أن يبيع بعضكم على بيع بعض، ولا يخطب الرجل على خطبة أخيه»	40
02	عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «إذا خطب إليكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه، إلا تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد عريض»	40-41
03	قال النبي صلى الله عليه وسلم: «تنكح المرأة لأربع: لمالها وحسبها وجمالها ولدينها فاظفر بذات الدين تربت يداك»	41
04	قال النبي صلى الله عليه وسلم: «تزوجوا الودود الولود فإني مكاثر بكم الأمم يوم القيامة»	41
05	قال النبي صلى الله عليه وسلم «أنظر إليها، فإنه أحرى أن يؤدم بينكما»	43
06	عن يحيى بن جحش عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (خير فائدة استقادها المسلم بعد الإسلام امرأة جميلة، تسره إذا نظر إليها وتطيعه إذا أمرها وتحفظه إذا غاب عنها في ماله ونفسه)	41

48	قال صلى الله عليه وسلم: «اضْمَنُوا لِي سِتًّا مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَضْمَنْ لَكُمْ الْجَنَّةَ: اَصْدُقُوا إِذَا حَدَّثْتُمْ، وَأَوْفُوا إِذَا وَعَدْتُمْ، وَأَدُّوا إِذَا اتُّمِنْتُمْ، وَاحْفَظُوا فُرُوجَكُمْ، وَغَضُّوا أَبْصَارَكُمْ، وَكُفُّوا أَيْدِيَكُمْ»	07
53	قال صلى الله عليه وسلم في حجة الوداع: «اتَّقُوا اللَّهَ فِي النِّسَاءِ؛ فَإِنَّكُمْ أَخَذْتُمُوهُنَّ بِأَمَانَةِ اللَّهِ، وَاسْتَحَلَلْتُمُ فُرُوجَهُنَّ بِكَلِمَةِ اللَّهِ، وَإِنَّ لَكُمْ عَلَيْهِنَّ إِلَّا يُوطِئَنَّ فُرْشَكُمْ أَحَدًا تَكْرَهُونَهُ، فَإِنْ فَعَلْنَ ذَلِكَ فَاضْرِبُوهُنَّ ضَرْبًا غَيْرَ مُبْرِحٍ، وَلَهِنَّ عَلَيْكُمْ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ»	08
53	فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم «وخذي من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفي بنيك»	09
67	قول صلى الله عليه وسلم: "لَأَنْ يَأْخُذَ أَحَدُكُمْ أَحِبْلَهُ ثُمَّ يَأْتِيَ الْجَبَلَ، فَيَأْتِي بِحِزْمَةٍ مِنْ حَطَبٍ عَلَى ظَهْرِهِ فَيَبِيعُهَا، فَيَكْفَى اللَّهَ بِهَا وَجْهَهُ، خَيْرٌ لَهُ مِنْ أَنْ يَسْأَلَ النَّاسَ، أَعْطَوْهُ أَوْ مَنَعُوهُ"	10
67	قال صلى الله عليه وسلم: "أفضل الكسب بيع مبرور، وعمل الرجل بيده"	11
30	ما روي موقوفا عن ابن مسعود: "ما رأى المؤمنون حسن فهو عند الله حسن"	12

قائمة المصادر والمراجع

1. القرآن الكريم

2. كتب الحديث وشروحه:

- ابن أبي شيبة، المصنف في الأحاديث والآثار، ط1، 1409هـ، مطبعة الرشد، الرياض.
- أحمد بن حنبل، مسند الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق أحمد شاكر، دار الحديث، القاهرة، مصر (1416هـ، 1995م)
- البخاري، صحيح البخاري، تح: جماعة من العلماء، طبعة السلطانية، بالمطبعة الكبرى الأميرية، ببولاق مصر، 1311هـ
- البيهقي، سنن البيهقي، ط1، 1410، جامعة الدراسات الإسلامية، باكستان
- القرطبي أحمد أبو العباس، المفهم لما أشكل من تلخيص كتاب مسلم، تحقيق؛ محي الدين ديب ميستو وأحمد محمد السيد، دار ابن كثير، دمشق، بيروت، (ب.س.ن)
- محمد بن جرير الطبري، جامع البيان في تأويل أي القرآن، تحقيق؛ عبد الله التركي، دار الهجرة، دمشق، سوريا، (1422هـ/2001م)
- محمد بن عيسى الترمذي، سنن الترمذي تح: أحمد شاكر، مطبعة مصطفى البابي العلي، مصر، ط2، (1395هـ/1975م)
- مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، تح: محمد فؤاد عبد الباقي، مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه، القاهرة، (1374هـ، 1955م)

3. كتب الفقه الاسلامي :

- ابن عابدين، مجموعة رسائل ابن عابدين، نشر العرف بناء بعض الأحكام على العرف، (ب.ب.ن)، (ب.س.ن)
- ابن فارس، مقاييس اللغة، تحقيق؛ عبد السلام هارون، دار الفكر، لبنان، (1399هـ-1979م)
- ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، ط:03، بيروت، لبنان، 1410هـ
- أبو سنة، العرف والعادة في رأي الفقهاء، مطبعة الأزهر، مصر، 1947م
- تقي الدين الحصني الشافعي، كفاية الاخير في حل غاية الاختصار، تحقيق وهي سليمان، الطبعة 01، دار الخير، دمشق.

قائمة المصادر والمراجع

- الجرجاني، معجم التعاريف، تحقيق: محمد صديق المنشاوي، دار الفضيلة، القاهرة، مصر، 2004
- جلال الدين السيوطي، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، (ب.ب.ن)، (1403هـ/1983م)
- حمد طاهر بن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح لمشكلات التنقيح، مطبعة النهضة، المنصورة، مصر، 1341هـ
- حمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، الطبعة الرابعة، (1403هـ-1973م)
- خالد الرباط، سيد عزت عيد، الجامع لعلوم الامام أحمد الفقه، الطبعة الأولى، 1430هـ — 2009م، دار الفلاح الغيوم، مصر.
- الدسوقي — حاشية الدسوقي على الشرح الكبير — دار الفكر.
- شمس الدين الفخاري، فصول البدائع في أصول الشرائع، دار العالمية، بيروت، لبنان، 2006م
- شهاب الدين القرافي، الفروق، دار النوادر، طبعة خاصة لوزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد بالمملكة العربية السعودية، الكويت، (1431هـ/2010م)
- شهاب الدين القرافي، شرح تنقيح الفصول في اختيار المحصول في الأصول، مكتب البحوث والدراسات في دار الفكر، بيروت، لبنان، 2004
- الشوكاني، نيل الأوطار، الطبعة الأولى 1413-1993، دار الحديث، مصر.
- صالح آل منصور، أصول الفقه وابن تيمية، دار النصر للطباعة الإسلامية، مصر، (1405هـ-1975م)
- صالح عوض، أثر العرف في التشريع الإسلامي، دار الكتاب الجامعي، القاهرة، مصر، (د.س.ن)
- عادل ولي قوته، العرف حجيته وأثره في فقه المعاملات المالية عند الحنابلة، المكتبة المكية، مكة المكرمة، المملكة العربية السعودية، (1418هـ/1997م).
- عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، 1969، دار احياء التراث العربي، بيروت.

قائمة المصادر والمراجع

- عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، 1402هـ - 1984م، دار الفكر العربي.
- عبد الناصر العطار، خطبة النساء، 1967، مطبعة السعادة، مصر
- عز الدين بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، مصر، (1414هـ/1991م)
- علاء الدين الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الطبعة الثانية، 1406هـ - 1986م، دار الكتب العلمية.
- علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الطبعة الثانية، 1406هـ - 1986م، دار الكتب العلمية.
- علي عبد الرحمان الحسون، أحكام النظر إلى المخطوبة، الطبعة الثانية، 1425هـ، دار العاصمة، الرياض، السعودية.
- علي حيدر، دور الأحكام في شرح مجلة الاحكام - دار الجليل بيروت
- عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، الطبعة الأولى، 1418- 1997، دار النفائس، الأردن.
- محمد ابن ابي سهل السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، 1414هـ، 1993م
- محمد بن يوسف المواق المالكي، التاج والاكليل لمختصر خليل، ط 1 1416هـ-1994م، دار الكتب العلمية.
- محمد طاهر الجوي، المجتمع والاسرة في الإسلام، الطبعة الثالثة، 1421-2000، جار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع.
- محي الدين الشرييني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان. الطبعة الأولى، 1415 هـ- 1994 م.
- محمد جمعة عبد الله، الكواكب الدرية في فقه المالكية، الطبعة السابعة، مكتبة الازهرية للتراث
- مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار القلم، ط: 02، دمشق، سوريا، (1925هـ/2004م)

قائمة المصادر والمراجع

- مصطفى عبد الرحيم، **العرف وآثره في التشريع الإسلامي**، المنشأة العامة للنشر، طرابلس، ليبيا، 1986

4. المعاجم والتعاريف:

- المغني لابن قدامة، ط1، 1389هـ - 1969م، تحقيق - طه الزيني مكتبة القاهرة.
- النسفي، **كشف الأسرار شرح المصنف على المنار**، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، (ب.س.ن)
- وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، الطبعة الرابعة، دار الفكر، سوريا، دمشق.
- وهبة الزحيلي، **موسوعة الفقه الإسلامي**، الطبعة الثالثة، 2012، دار الفكر، دمشق، سوريا
- يعقوب بن عبد الوهاب الباسين، **قاعدة العادة محكمة**، مكتبة الرشد، ط02 الرياض، المملكة العربية السعودية، (1433هـ/2012م)

5. كتب القانون:

- أحمد سي علي، **مدخل للعلوم القانونية**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2012م
- بن شويخ راشيد، **شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل**، الطبعة الأولى 2008، دار الخلدونية، الجزائر
- بوضياف، **المدخل إلى العلوم القانونية**، دار الجسور، ط:05، الحمديّة، الجزائر، (1440هـ/2019م)
- سليمان ولد خسال، **الميسر في قانون الاسرة الجزائري**، الطبعة 02، 2012، شركة الأصالة للنشر والتوزيع، الجزائر.
- عبد الرزاق السنهوري، أحمد أبو ستين، **أصول القانون**، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة، مصر، 1950م
- عبد العزيز سعد، **الزواج والطلاق في قانون الاسرة الجزائري**، ط02، 1998، دار البحث، قسنطينة.
- عبد العزيز سعد، **قانون الأسرة في ثوبه الجديد**، دار هومة، الجزائر
- عبد القادر حرز الله، **الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق**، الطبعة الأولى، 1428هـ - 2007م، دار الخلدونية، الجزائر.

قائمة المصادر والمراجع

- عبد المجيد زعلاني، المدخل لدراسة القانون؛ النظرية العامة للقانون، دار هومة، الجزائر، 2013-2014
- العربي بالحاج، أحكام الزوجية وأثرها في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2013م.
- العربي بالحاج، الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري، الطبعة الرابعة، 2005، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.
- عز الدين الدناصوري، عبد الحميد الشواربي، المشكلات العلمية والدعوى في عقد البيع، مكتبة الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، طبعة 2002
- علي أحمد الندوي، القواعد الفقهية، دار القلم، ط03، دمشق، سوريا، (1414هـ/1994م)
- علي فيلاي، المدخل في القانون، دار مولف، الجزائر، 2010
- عيسى حداد، عقد الزواج، 2006، منشورات باجي مختار، عنابة، الجزائر.
- محفوظ بن صغير، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، 2009، دار الوعي، روية، الجزائر
- محمد حسام محمود لطفي، المدخل لدراسة القانون في ضوء الفقه وأحكام القضاء، دار النهضة العربية، ط05، (ب.ب.ن)، 2000م
- محمد حسين منصور، مبادئ القانون، دار الجامعية الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2006م
- محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية، دار هومة، ط:15، الجزائر، (ب.س.ن)
- يوسف دلانة، دليل المتقاضي في شؤون الأسرة، ط3، 2011، دار هومة، الجزائر.
- يوسف دلانة، دليل المتقاضي في قضايا شؤون الاسرة (الزواج والطلاق)، الطبع الثانية، 2008، دار همومه، الجزائر.

6. المذكرات الأكاديمية:

- بلقاسم الزبيدي، الإجهاد في مناهج الحكم الشرعي؛ دراسة تأصيلية تطبيقية، رسالة دكتوراه، قسم أصول الفقه بكلية الشريعة، مركز تكوين للدراسات والأبحاث جامعة أم القرى لعام 1435هـ، المملكة العربية السعودية، (1435هـ/2014م)
- سعاد لعلی، الزواج وانحلاله في قانون الاسرة الجزائري، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه علوم القانون الخاص، جامعة الجزائر 01، كلية الحقوق، 2014-2015.

قائمة المصادر والمراجع

- عماد شريفى، اعتبار العرف في مسائل الزواج وآثاره، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، 2014-2015.
- مشوات حليلة، حق الزوجة في النفقة في قانون الاسرة الجزائري، مقارن، أطروحة لينل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، 2013.
- نوال سعيد حسن للعفيفى، أثر العرف على حقوق الزوجة، رسالة مكمله لمتطلبات الحصول على درجة ماجستير، قسم الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، 2013.

7. القوانين والقرارات:

- رقم 92744 بتاريخ 13/07/1993، المجلة القضائية، العدد 01، 1995
- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية في 10 جوان 2009، في الملف 502268، مجلة المحكمة العليا، العدد 01، سنة 2010
- قرار رقم 55116 بتاريخ 02/10/1989، المجلة القضائية، العدد 01، سنة 1991
- قرار رقم 73919 بتاريخ 23/04/1991، المجلة القضائية، العدد 02، 1993
- قرار رقم 81129 بتاريخ 17/03/1992، المجلة القضائية العدد 3، سنة 1994
- المادة 111، القسم الثالث، الفصل الثاني، الباب الأول، الكتاب الثاني من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان لعام 1395هـ، الموافق 26 سبتمبر سنة 1975م المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.
- المادة 222 من الفصل الرابع من الكتاب الرابع من الباب الثاني من الكتاب الأول من القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان الموافق 9 يوليو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم.
- المادة 5، من القسم الأول، من الفصل الأول من الباب الأول من الكتاب الأول-الزواج-من القانون رقم 84-19 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق لـ 9 يوليو سنة 1984 المتضمن قانون الأسرة، المتمم والمعدل.
- المادة 78 من الفصل الثالث من الباب الثاني من الكتاب الأول من القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان عام 14 الموافق 1984 المتضمن قانون الاسرة، المتمم والمعدل

قائمة المصادر والمراجع

- المادة 79 من الفصل الثالث من الباب الثاني من الكتاب الأول من القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان عام 14 الموافق 1984 المتضمن قانون الأسرة، المتمم والمعدل
 - المادة 9، من القسم الأول، من الفصل الأول من الباب الأول من الكتاب الأول-الزواج-من القانون رقم 84-19 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق لـ 9 يوليو سنة 1984 المتضمن قانون الأسرة، المتمم والمعدل.
 - المادة الأولى، الأحكام التمهيديّة، ج:01، الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر 1386هـ، الموافق 08 يونيو 1966م، المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.
 - المادة الأولى، الباب الأول، الكتاب الأول من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان لعام 1395هـ، الموافق 26 سبتمبر سنة 1975م المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.
 - ملف رقم 237148 - قرار بتاريخ 2000/02/22 المجلة القضائية الصادرة عن المحكمة العليا - العدد الأول لسنة 2001
 - ملف رقم 372242 بتاريخ 2006/11/15 المجلة القضائية الصادرة عن المحكمة العليا لسنة 2007، العدد الأول
8. المحاضرات والملخصات:
- ضيف عبد النور، ملخص محاضرات القانون الدستوري، كلية الحقوق، (دون طبعة)، 2018-2019
 - محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي.

ملخص:

تهدف هذه الدراسات إلى التطرق لموضوع آثار العرف في أحكام القضاء بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، فمن خلاله تفصي المادة العلمية وجدت أن العرف يلعب دورا هاما في حاجيات الناس اليومية وهذا راجع لأثره الواضح في الأحكام الفقهية والقانونية التي تحكم تصرفاتهم، فالعرف يعد دليلا من الأدلة التابعة في الشريعة الإسلامية كما أنه يعد المصدر الاحتياطي الثاني بعد الشريعة الإسلامية، في القانون الجزائري، ويعتبر مجال الأحوال الشخصية من أكثر المجالات التي رسى عليها العرف أحكامه وقواعده ومن بين المواضيع المهمة في الأحوال الشخصية مقدمات عقد الزواج وآثاره.

وباعتباري أن مقدمات عقد الزواج وهي الخطبة أهم شيء قبل العقد، فهي سبب لتعرف المخطوبين ومن خلال النظر إلى بعضهما البعض وتبادلهما للهدايا، فنجد أن العرف هو الحاكم لهذه المسئلة اختلاف الأزمنة والأمكنة، وحتى في العدول عن الخطبة نجد أن العرف هو الذي يسير أمور العدول فالشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري قد أحالا للعرف في هذه القضايا.

كذلك للعرف أثر على النفقة الزوجية التي هي من آثار الزواج، فالنفقة المقررة للزوجة سواء كانت نفقة طعام أو كسوة أو حتى نفقت علاج أو سكن جميعها للعرف فيها تأثير، فنجد أن المشرع الجزائري قد ذكر ما تشمله النفقة وذلك في المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري ولكنه لم يحدد قيمتها بل تركها للقاضي التقديري والعرف كما في المادة 79 من قانون الأسرة الجزائري، وحتى في الشريعة الإسلامية كما وقال تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: 233]، ونحن نلتمس تأثير العرفي في كل هذه المسئلة من خلال الشواهد والأمثلة الموجودة في حياتنا إني اليومية.

Summary:

These studies aim to address the issue of the effects of custom in judicial rulings between Islamic law and Algerian family law. Through examining the scientific material, I found that custom plays an important role in people's daily needs, and this is due to its clear impact on the jurisprudential and legal rulings that govern their actions. Custom is considered evidence. Subordination in Islamic law is also considered the second reserve source after Islamic law, in Algerian law. The field of personal status is

considered one of the areas on which custom has established its provisions and rules. Among the important topics in personal status are the introductions to the marriage contract and its effects.

Considering that the introduction to the marriage contract, which is the engagement, is the most important thing before the contract, it is a reason for the engaged couple to get to know each other and by looking at each other and exchanging gifts. We find that custom is the ruler of this issue due to the difference in times and places, and even in retracting the engagement, we find that custom is what facilitates the matters of rescission, so the law Islamic and Algerian family law has referred to custom in these cases.

Custom also has an effect on marital alimony, which is one of the effects of marriage. The alimony assigned to the wife, whether it is expenses for food or clothing, or even expenses for treatment or housing, all have an effect on custom. We find that the Algerian legislator has mentioned what alimony includes in Article 78 of the Algerian Family Code, but He did not specify its value, but rather left it to the discretionary judge and custom, as in Article 79 of the Algerian Family Code, and even in Islamic law, as God Almighty said: □ And upon the children of his, He provided for them and clothed them according to His will. □ [Al-Baqarah: 233]◌ and we have obtained Touch the influence of custom in all of this accountability through the existing evidence and examples In our daily life.

فهرس المحتويات

الصفحة	فهرس المحتويات
-	الاهداء
-	الشكر
1	مقدمة
	الفصل الاول: ماهية العرف في الفقه الاسلامي والقانون الجزائري
17	المبحث الاول: مفهوم العرف في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري
17	المطلب الأول: تعريف وأركان العرف في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري
17	فرع الاول: تعريف العرف وتمييزه عن العادة
22	الفرع الثاني: أركان العرف
23	المطلب الثاني: تقسيمات العرف في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري
23	الفرع الاول: تقسيمات العرف في الفقه الإسلامي
25	الفرع الثاني: تقسيمات العرف في القانون الجزائري
28	المبحث الثاني: حجية العرف واعتبار شروطه في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري
28	المطلب الاول: حجية العرف في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري
28	الفرع الاول: حجية العرف في الفقه الإسلامي
30	الفرع الثاني: حجية العرف في القانون الجزائري
31	المطلب الثاني: شروط اعتبار العرف في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

31	الفرع الاول: شروط اعتبار العرف في الفقه الاسلامي
34	الفرع الثاني: شروط اعتبار العرف في القانون الجزائري
	الفصل الثاني: نماذج من نطاق سريان العرف في الفقه الاسلامي وقانون الأسرة الجزائري
38	المبحث الاول: نماذج من نطاق سريان العرف في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري
38	المطلب الاول: نماذج من نطاق سريان العرف في أحكام عقد الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري
38	الفرع الاول: أثر العرف في الخطبة
46	الفرع الثاني: أثر العرف في حالة العدول عن الخطبة
51	المطلب الثاني: نماذج من نطاق سريان العرف في آثار الزواج في الفقه الاسلامي وقانون الأسرة الجزائري
51	الفرع الاول: أثر العرف في النفقة الزوجية
61	الفرع الثاني: بعض تطبيقات العرف في قضاء الأسرة الجزائري
67	المبحث الثاني: نماذج من نطاق سريان العرف في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري
67	المطلب الاول: نماذج من نطاق سريان العرف في عقد البيع في الفقه الاسلامي والقانون المدني
67	الفرع الاول: ماهية عقد البيع
68	الفرع الثاني: اركان البيع
71	المطلب الثاني: أثر العرف في عقد البيع في الفقه الإسلامي والقانون المدني
71	الفرع الاول: اثر العرف في عقد البيع في الفقه الاسلامي

فهرس المحتويات

73	الفرع الثاني: أثر العرف في عقد البيع في القانون المدني الجزائري
75	خاتمة
78	الفهارس العامة
82	قائمة المصادر والمراجع