

العرف كمصدر للتشريع في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون  
الأسرة الجزائري

مذكرة مكملة لمقتضيات نيل شهادة الماستر في العلوم الإسلامية

تخصص: شريعة وقانون

إشراف الأستاذ:

- بوهالي محمد

إعداد الطالبتين:

- بوشنافة مروى

- سعيداني حنان

لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الجامعة	الصفة
	محمد بوضياف - المسيلة	رئيسا
بوهالي محمد	محمد بوضياف - المسيلة	مشرف ومقرر
	محمد بوضياف - المسيلة	ممتحنا

السنة الجامعية: 2022/2021



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية  
 People's Democratic Republic of Algeria  
 وزارة التعليم العالي والبحث العلمي  
 Ministry of Higher Education and Scientific Research  
 جامعة محمد بوضياف بالمسيلة  
 University Mohamed Boudiaf of M'sila



Faculty of Humanities and Social Sciences  
 Vice-Deanship of the College for studies and  
 Student Status

كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية  
 نوبة العادة لتدريسك والمسائل المرتبطة بالعلمية  
 الترقى: 2022

**تصريح شرفي خاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز بحث**

لنا المعضى اذناه:

السيدة (ة): شعيرة اسحق صيات

الصفة (طالب، استاذ باحث، باحث وانتم): طالب

الحامل لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 200339830

الصادرة بتاريخ: 24 - 04 - 2016 عن دائرة: أعجل

المسجل بكلية: علوم إنسانية قسم: علوم إنسانية

تخصص: موسيقى وقانون رقم التسجيل: 174735104039

والمكلف بالبحث اصلا بحث (منكرة التخرج، منكرة منشور، منكرة ماجستير، لائحة تكتوراه)

عنوانها: الحرف كجسر للتجريب في لعقبة الاسلامي

وتطبيقاته في قانون المسرح الجزائري

اصرح شرفي بانني التزم بالمعايير العلمية والمنهجية ومعايير الاخلاقيات المهنية والنزاهة الاكاديمية المطلوبة في

تحجاز البحث المذكور اعلاه  
 اسماء المسجلين  
 مسجلين  
 موضوع: 16  
 وسعادة في: 16  
 عن رئيس المجلس العلمي

برسالة المصيبة لي: 16 من 2016  
 امضاء المعضى (ة):

للمرجع: لقرار المجلس العلمي رقم 07-2016 المتعلق بالوقاية من السرقة العلمية ومكافئتها.

عن رئيس المجلس العلمي  
 امضاء: بوقراب الطيب



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية  
 People's Democratic Republic of Algeria  
 وزارة التعليم العالي والبحث العلمي  
 Ministry of Higher Education and Scientific Research  
 جامعة محمد بوضياف بالمسيلة  
 University Mohamed Boudiaf of M'sila



Faculty of Humanities and Social Sciences  
 Vice-Deanship of the College for Studies and  
 Student Affairs

كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية  
 نهاية العادة للدراسات والمسابقات المرتبطة بالكلية  
 الرقم: 2022/

**تصريح شرفي خاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز بحث**

أنا الممضى أدناه:

السيد(ة): بوسنافة موري

الصفة(طالب، استاذ محاضر، باحث، باحث دكتوراه): طالبة

الحامل لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 201178429

الصادرة بتاريخ: 05-06-2022 عن دائرة: بوجماعة

السجل بكلية: علوم إنسانية قسم علوم إسلامية

تخصص: شريعة وقانون تحت رقم التسجيل: 171935104015

والمكلف بإنجاز أعمال بحث (مذكرة التخرج، مذكرة ماستر، مذكرة ماجستير، المروحة بمكتوراه)

عنوانها: العرف كمصدر للتشريع في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري

أصريح شرفي بالتزام بالمعايير العلمية والمنهجية ومعايير الاخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية المطلوبة من

بوسنافة موري

أعد مع الممضى (ة):

2022-07-28 للمعدن لتقوية العلاقة بالوزارة من تم قات العادة ومكافئتها  
 المرحوم: بوشعرا بوشعرا  
 المرحوم: بوشعرا بوشعرا

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

# شكر وتقدير

- استنادا لقوله تعالى: ﴿وَإِذْ تَأَذَّنَ رَبُّكُمْ لَئِن شَكَرْتُمْ لَأَزِيدَنَّكُمْ وَلَئِن كَفَرْتُمْ إِنَّ عَذَابِي لَشَدِيدٌ ﴿٧﴾



## سور إبراهيم - الآية 07-

- ولأن شكر الله يستلزم شكر أصحاب الفضل

فإننا نتوجه بالشكر إلى الصرح العلمي الشامخ جامعة محمد بوضياف بالمسيلة

التي حضنتنا بقسم العلوم الإسلامية

كما نشكر الأستاذ الفاضل محمد بوهالي الذي تفضل بالإشراف على هذه المذكرة،

والذي لم يبخل علينا بجهد أو نصح، بل كان مرافقا لنا وناصحا لنا طوال الخمس سنوات وكان

بمثابة الأب، فجزاه الله عنا كل الخير.

- ولا يفوتنا أن نشكر جميع الأساتذة والعاملين بالقسم على مجوداتهم المبذولة طوال

فترة دراستنا

- وكل الشكر والامتنان إلى من ساهم وأرشد أو نصح

فجزاهم الله خيرا

والحمد لله أولا وآخرا



# اهداء

\* أهدي هذا العمل إلى الكلمة الصادقة والنبيلة إلى نبع العطاء والصفاء إليك

يا من كلما أبصرت في هذا الوجود وجدتك المثل، وكلما فتحت يديّ رأيت فيك الشعاع والأمل

يا من نورت لي دربي وكنت محفزي على المضي قدما، أبي حفظك الله ورعاك

\* إلى من أروضتني الحب والحنان وإلى رمز الحب وبلسم الشفاء إلى القلب

الناصر بالبياض إلى والدتي الحبيبة

\* إلى من كان يضيء لي الطريق وساندني، إلى من كان دعما لي، إلى من أسكن إليه،

زوجي العزيز

\* إلى جدتي أطال الله في عمرها وإلى كل الأقارب خاصة ابنة خالتي وأختي دليلة

\* إلى النجوم المضيئة وربيع حياتي إخوتي : ناصر الدين و محمد الأمين و إلياس وأختي

خديجة

\* إلى كبدي وفؤادي إلى هدية الله لي إلى من أحب بناتي التوأم:

ألاء ساجدة "مكة" ورجاء سجود "مدينة"

\* إلى من سرنا سويا ونحن نشق الطريق معا نحو النجاح، إلى من تكاتفنا يدا بيد

لنقطف زهرة النجاح إلى صديقاتي: حنان، نادية، إيمان، خولة

\* إلى إخوانتي في الله اللواتي ليسوا من أمي وأبي بل ولدتهم لي الحياة

إلهام، لبنى و صفاء

\* إلى كل من صنع ذكرى رائعة في قلبي وحياتي

مروى



# اهداء

- أهدي ثمرت جهدي وطوال هاته السنين إلى حبيبتي غاليتي نبع الحنان  
إلى من كانت سببا في وصولي لهذا النجاح إلى قرّة عيني ملاكي أمي  
- إلى من تعب لأجلي وشقي إلى من أحاطني برعايته وفضله وكرمه  
وكان الحافز لوصولي إلى ما أنا عليه إلى أبي الغالي  
- إلى إخوتي أحبتي الذين هم سندي: سليم، مصطفى، كمال، يوسف، رمضان  
- إلى الصغيرين أحمد، سفيان  
- إلى الأساتذة الكرام لهم الفضل علينا فجادو بعملهم ولم يبخلوا  
لهم منا تحية تقدير واحترام  
- إلى من كانت لي عونا وحافزا إلى من كانت بجانبني في حلو الأوقات ومرها  
إلى من اجتزت معها مسيرتي إلى أختي صديقتي مروى  
- إلى رفيقاتي: نهى، خولة، نادية  
- إلى كل من كان له ذكرى طيبة من قريب أو بعيد.

## حنان



تح: تحقيق

ج. ر. ع: الجريدة الرسمية، العدد

ج: الجزء

د. ب. ن: دون بلد النشر

د. د. ن: دون دار النشر

د. س. ن: دون سنة النشر

د. ط: دون طبعة

ص: الصفحة

ص ص: الصفحتان

ط: رقم الطبعة

ع: العدد

ق. أ. ج: قانون الأسرة الجزائري

مج: مجلد

مقدمة

الحمد لله، خلق من الماء بشرا فجعله نسبا وصهرا، وكان ربك قديرا، وأشهد أنّ لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أنّ نبيا محمد عبد الله ورسوله، بعثه الله هاديا ومبشرا ونذيرا وداعيا إلى الله بإذنه وسراجا منيرا، صلى الله عليه وعلى آله وصحبه وسلم تسليما كبيرا، أما بعد:

تتضمن الشريعة الإسلامية مصادرا مختلفة، منها ما هو متفق عليه عند جمهور الفقهاء، على رأسها القرآن الكريم، ثم السنة، ثم الإجماع، ثم القياس، وتسمى هذه المصادر بالمصادر الأصلية للتشريع الإسلامي.

والنوع الثاني من المصادر ما يعرف بالمصادر التبعية، وهو مختلف فيها مثل: الاستحسان، الاستصحاب، العرف، سد الذرائع... وغيرها من المصادر.

فالعرف إذن مصدر من مصادر الفقه الإسلامي، وذلك لما له من أهمية في المجتمعات الإنسانية عامة، والإسلامية خاصة، فهو له صلة وثيقة بالحياة اليومية للناس، فهو يعتبر أكثر الأدلة الشرعية إظهارا لصلاحية الشريعة الإسلامية لكل زمان ومكان.

أما من الناحية القانونية، فالعرف مصدرا من المصادر الاحتياطية للقاعدة القانونية، ومن أكثر مسائل الناس تأثرا بالعرف مسائل الأحوال الشخصية ولهذا كان عنوان مذكرتنا كالتالي: **العرف كمصدر للتشريع في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري**

**أهمية موضوع البحث**

لموضوعنا أهمية بالغة، نظرا لكون العرف دليل من الأدلة التي تبنى عليها الأحكام الشرعية ومصدر من مصادر القانون، كما أن دراسة تطبيقات العرف في المسائل الأسرية يؤكد أهمية الأسرة كونها قوام المجتمع واللبننة الأولية له.

كما أنّ الناس قد اعتادوا أحكاما استقر عليها تفكيرهم قبل صدور قانون الأسرة والذي جاء مؤيد لبعض الأعراف أحيانا وهذا ما يستدعي إظهار أثر العرف ومدى اعتباره في قانون الأسرة الجزائري، وإذا ما كان موافقا للشريعة الإسلامية.

كما أنّ موضوع بحثنا يدرس الجانب التطبيقي والواقعي للعرف ومنه تأثيره على قانون الأسرة الجزائري، حيث كان العرف ولا يزال مصدرا لنمو التشريع الوضعي وتطوره.

## أسباب اختيار الموضوع

- رغبتنا الشخصية في دراسة موضوع العرف ومدى تأثيره على مسائل الأحوال الشخصية.
- كون هذا الموضوع كان سؤال دكتوراه في جامعتنا.
- أهمية العرف واحتياج الناس لمعرفته، فكثير ما يكون معيارا للتحاكم له خاصة في قضايا الأحوال الشخصية.
- ندرة الدراسات المتعلقة بالعرف وقلتها في حالة وجودها، يعد حافزا للبحث في هذا النوع من الدراسات.

## أهداف البحث

- التعريف بالعرف كمصدر للتشريع الإسلامي ومقارنته بمعناه من الناحية القانونية.
- تبيان تطبيقات العرف في قانون الأسرة الجزائري والنتائج المحققة عنه.
- تبيان المواضع التي أخذها المشرع الجزائري من العرف وقننها.
- تزويد الطلبة والجامعة الجزائرية بمثل هذه الدراسات الخاصة بمجال التشريع الأسري حتى يتسنى للباحثين الرجوع إليها والاستفادة من نتائجها.

## إشكالية البحث

ولدراسة وتحليل موضوع بحثنا نطرح الإشكالية الآتية:

- ما مدى اعتبار المشرع الجزائري للأعراف في تنظيم مسائل قانون الأسرة الجزائري؟
- وتتفرع منها الإشكاليات الفرعية التالية:
- ما هو المفهوم الفقهي والقانوني للعرف؟ وهل هناك تشابه بين العرف كمصدر للتشريع الإسلامي وكونه مصدرا للقانون؟
- ماهي أركان العرف وشروطه في الفقه والقانون؟ وهل هناك اختلاف بينهما؟
- ما هو دور العرف في كل من الفقه الإسلامي والقانون الجزائري؟

## المنهج المتبع

اعتمدنا في دراسة هذا الموضوع على المناهج الآتية:

01-المنهج الوصفي: وذلك عند سرد مختلف الآراء الفقهية التي قيلت في مسائل البحث، أو عند عرض النصوص القانونية المتعلقة بتلك المسائل.

02-المنهج التحليلي: اعتمده من خلال تحليل آراء الفقه الإسلامي بمذاهبه الأربعة، وموقف المشرع الجزائري وذلك لمعرفة طبيعة تلك الآراء والمواقف، والأسس التي بُنيت عليها، والأدلة التي استند إليها.

03-المنهج المقارن: واعتمدنا من خلال المقارنة بين المذاهب الفقهية أولاً، والمقارنة بين ما ذهب إليه هذه المذاهب وما ذهب إليه المشرع الجزائري؛ وذلك لمعرفة الرأي الراجح في كل من الفقه والقانون من جهة، ومعرفة أوجه التشابه والاختلاف من جهة أخرى.

### الدراسات السابقة

حسب اطلاعنا للموضوع الذي تناولناه بالدراسة فقد سبق البحث فيه من خلال:

- مذكرة بعنوان: "اعتبار العرف في أحكام الخطبة والزواج في قانون الأسرة الجزائري" للطالبة "عزوز فاطمة الزهراء"، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف والتي نوقشت عام 2015-2016 عرضت فيها بيان اعتبار العرف في انعقاد الخطبة والعدول عنها وكذا اعتبار العرف في الزواج، وهناك مواضيع تناولناها ولم نتطرق إليها بالدراسة منها: الدراسة الفقهية والقانونية للعرف.

- مذكرة بعنوان: "مدى سلطان العرف في قانون الأسرة الجزائري" للطالبة "زرقين عواطف" مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكر، التي نوقشت عام 2015-2016 عرضت فيها إلى نشأة العرف والذي لم نتطرق له في دراستنا، وهناك نقاط تناولناها بالدراسة في حين لم نتطرق لها منها: اعتبار العرف في الخطبة وفي أركان الزواج.

- مذكرة بعنوان: "الاعتبار بالعرف في أحكام الخطبة وعقد الزواج بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري" للطالبتين "بن سنوسي بلال وتواتي علي"، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج البويرة، التي نوقشت عام 2017-2018 عرضا فيها مفهوم العرف في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري كذا اعتبار العرف في الخطبة والزواج والذي تناولناه نحن أيضا،

وهناك مواضيع تناولناها ولم يتطرقا إليها بالدراسة منها: اعتبار العرف في النزاع في متاع البيت الزوجية.

## خطة البحث

وللإجابة عن الإشكالية والتساؤلات المذكورة سابقا اعتمدنا الخطة التالية القائمة على فصلين أولهما نظري تأسيلي، بعنوان العرف كمصدر للتشريع الإسلامي والقانون الجزائري (الفصل الأول)، من خلال التطرق إلى مفهوم العرف وحجيته في الفقه والقانون في المبحث الأول، والمبحث الثاني تناولنا فيه أركان وشروط العرف ودوره في الفقه والقانون، أما الفصل الثاني فكان تطبيقي تناولنا فيه تطبيقات العرف في قانون الأسرة الجزائري، والذي تناولنا فيه عقد الزواج واعتبار العرف فيه كمبحث أول، ثم تطرقنا إلى النزاع في متاع البيت الزوجية واعتبار العرف فيه في المبحث الثاني.

ويأتي تفصيلنا كآتي:

### مقدمة.

الفصل الأول: العرف كمصدر للتشريع في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

المبحث الأول: مفهوم العرف وحجيته في الفقه والقانون.

المبحث الثاني: أركان وشروط العرف ودوره في الفقه والقانون.

الفصل الثاني: تطبيقات العرف في قانون الأسرة الجزائري.

المبحث الأول: تطبيقات العرف في عقد الزواج

المبحث الثاني: النزاع حول متاع البيت الزوجية.

### خاتمة.

# الفصل الأول

العرف كمصدر للتشريع الإسلامي والقانون الجزائري

المبحث الأول: مفهوم العرف وحجتيته في الفقه والقانون

المبحث الثاني: أركان وشروط العرف ودوره في الفقه والقانون

## الفصل الأول

### العرف كمصدر للتشريع الإسلامي والقانون الجزائري

إن حياة الإنسان في تطور دائم ومستمر دون توقف، وهذا ما يجعل لعادات الناس وأعرافهم سلطانا على النفوس والعقول، مما جعلها تلعب دورا مهما في فهم وتطبيق الأحكام الشرعية والقوانين الوضعية فأصبحت مصدرا من مصادر الفقه والقانون.

وفي هذا الفصل الأول المعنون ب: **العرف كمصدر للتشريع الإسلامي والقانون الجزائري** سنتطرق إلى بيان مفهوم العرف وحجيته في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري كمبحث أول من خلال التطرق إلى تعريف العرف وأقسامه في كل من الفقه والقانون وتمييزه عما يشابهه من المصطلحات أيضا وبيان حجيته، ثم سنتناول أركان العرف ودوره في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري وتناول أيضا شروطه في كل منهما كمبحث ثاني.

**المبحث الأول: مفهوم العرف وحجيته في الفقه والقانون**

**المطلب الأول: مفهوم العرف وحجيته في الفقه الإسلامي**

**المطلب الثاني: مفهوم العرف وأساس إلزامه في القانون الجزائري**

**المبحث الثاني: أركان وشروط العرف ودوره في الفقه والقانون**

**المطلب الأول: أركان وشروط العرف ودوره في الفقه الإسلامي**

**المطلب الثاني: أركان وشروط العرف ودوره في القانون الجزائري**

## المبحث الأول

### مفهوم العرف وحجيته في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

يعتبر العرف دليلاً من الأدلة الشرعية ومصدراً من المصادر التبعية في الفقه الإسلامي، أما في القانون فهو مصدراً احتياطياً ثانياً من مصادر القانون الجزائري، لذا في هذا المبحث سنتناول مفهوم العرف وحجيته في الفقه الإسلامي (المطلب الأول) ومفهوم العرف وأساس إلزامه في القانون الجزائري (المطلب الثاني).

#### المطلب الأول

##### مفهوم العرف وحجيته في الفقه الإسلامي

سنتناول في هذا المطلب المفهوم الفقهي للعرف (الفرع الأول) ثم سنتطرق إلى حجيته (الفرع الثاني).

##### الفرع الأول: مفهوم العرف في الفقه الإسلامي

للإحاطة بمفهوم العرف يتعين علينا ذكر تعريفه، تمييزه عما يشابهه، ثم بيان أقسامه.

##### أولاً: تعريف العرف

سنتعرف عليه من ناحيتين: ناحية لغوية وأخرى اصطلاحية.

##### 1-التعريف اللغوي للعرف:

العين والراء والفاء أصلان صحيحان يدل أحدهما على تتابع الشيء متصلاً بعضها ببعض والآخر على السكون والطمأنينة<sup>1</sup>.

العرف والعارفة والمعروف ضد النكر وهو ما تعرفه النفس من الخير أي ما يستحسن من

الأفعال<sup>2</sup>، وهذا ما دل عليه قوله تعالى: ﴿ خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ ﴾

##### سورة الأعراف- الآية 199

1- أبو الحسن أحمد بن فارس بن زكريا، مقاييس العقد، ج4، (مادة العرف)، د.ر.ط، لبنان، 1979، ص 281.

2- بو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، مج9، (مادة العرف)، د.ر.ط، دار صادر، لبنان، د.س، ص 239.

**2-التعريف الاصطلاحي للعرف:**

عرفه الإمام النسفي بأنه: "ما استقر في النفوس من جهة العقول وتلفته الطباع السليمة بالقبول"<sup>1</sup>.  
 وعرفه الدكتور صالح عوض:"العرف ما استقر في النفوس واستحسنته العقول وتلفته الطباع السليمة بالقبول واستمر الناس عليه بما لا تردده الشريعة وأقرته عليه"<sup>2</sup>.  
 وعرفه مصطفى الزرقا بأنه:"عادة جمهور قوم في قول أو عمل"<sup>3</sup>.  
 وعرفه الزحيلي بأنه: "هو ما تعارفه الناس ويسيروا عليه، من كان فعل شاع بينهم أو لفظ تعارفوا إطلاقه على معنى خاص لا تألفه اللغة ولا يتبادر غيره من سماعه"<sup>4</sup>.  
 وعرفه الزحيلي بأنه: "ما اعتاد الناس وساروا عليه، من كل فعل شاع بينهم أو لفظ تعارفوا إطلاقه على معنى خاص لا تألفه اللغة ولا يتبادر غيره من سماعه"<sup>5</sup>.  
 وعرفه الدكتور وليد بن علي على أنه:"عادة جمهور قوم في قول أو فعل"<sup>6</sup>.

**ثانيا: تمييز العرف عما يشابهه:**

**1- العرف والعادة:**

العادة هي:" الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية"<sup>7</sup>.  
 وفي الفرق بين العادة والعرف نجد أن هناك اختلاف بين الفقهاء: "فمنهم من يرى أنّ العرف والعادة لهما معنى واحد كالإمام النسفي وابن عابدين والقرافي.

1- عجال هاجر، بن سني خديجة، الاعتبار بالعرف في مسائل الطلاق وآثاره بين الفقه الاسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البويرة، 2020، ص 18.

2- صالح عوض، أثر العرف في التشريع الاسلامي، د.ط، دار الكتاب الجامعي، مصر، 1972، ص 52.

3- مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ط1، دار القلم، سوريا، 1998، ص 872.

4- عبد الوهاب خلاف، مصادر التشريع الاسلامي فيما لا نص فيه، ط5، دار القلم، لبنان، 1982، ص 145.

5- وهبة الزحيلي، أصول الفقه الاسلامي، ط 2، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1947، ص 89.

6- وليد بن علي الحسين، مجالات اعمال العرف، د.ط، د.د.ن، د.س.ن، ص 10.

7- مصطفى أحمد الزرقا، المرجع السابق، ص 871.

ومنهم من فرق بينهما من حيث العموم والخصوص، فالعرف عندهم أهم من العادة وذلك لكونه قوليا وفعليا، كما أنّ العادة يمكن أن تكون فردية لا جماعية عكس العرف"<sup>1</sup>.

## 2- العرف والعمل:

"إنّ مفهوم العمل قريب جدا إلى مفهوم العرف الخاص، حيث أنه عند المالكية خاص بالقضاة والعلماء إذا التزموا رأيا فقهيا ولو كان مرجوحا، ولكنه لا يخالف قواعد الشرع وليس منكرا، واستقر عليه الفتوى فجرت به الأحكام"<sup>2</sup>.

ومن هنا يظهر الفرق بين العرف والعمل في نقطتين:

- 1- العرف شامل لعامة الناس بينما العمل خاص بالعلماء والقضاة.
- 2- العمل خاص بالترجيح في مسائل مختلف فيها، بينما العرف أعم وأشمل من ذلك، لاختلاف وتنوع حوائج الناس"<sup>3</sup>.

## 3- العرف والإجماع:

عرف الأصوليون الإجماع بأنّه: "اتفاق المجتهدين من أمة سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم بعد وفاته في عصر من العصور على حكم شرعي"<sup>4</sup>.

ونلاحظ أنّه بين العرف والإجماع فروقات كثيرة نوجزها فيما يلي:

- 1- الإجماع حجة لمن يأتي بعد عصر المجمعين، بينما العرف لا يلتزم به إلا من تعارفوا عليه.
- 2- الإجماع بمجرد الاتفاق يتحقق بينما العرف لا يتحقق إلا إذا التزم بيه الناس.
- 3- للإجماع مستند من القرآن أو السنة بينما العرف هو أمر مستقر تلفته العقول السليمة بالقبول.

1- يعقوب الباحثين، قاعدة العادة محكمة، دراسة نظرية تأصيلية تطبيقية، ط2، مكتبة الرائد، السعودية، 2012، ص 25. بتصرف.  
2- مشعل النفيعي، المسائل الفقهية المبنية على العرف عن شيخ الاسلامي ابن تيمية، رسالة دكتوراة في الفقه الاسلامي، جامعة أم القرى، السعودية، 2005، ص 81.

3- عادل ولي قوته، العرف حجيبه وأثره في المعاملات المالية عند الحنابلة، ط1، المكتبة المكية، السعودية، 2010، ص 121. بتصرف.

4- علي عبد الرزاق، الاجماع في الشريعة الإسلامية، د.ط، دار الكتاب الحديث، السعودية، 1947، ص 5.

4-الإجماع لا يتحقق إلا بوجود مجتهدين، بينما العرف لا يشترط فيه هذا الشرط"<sup>1</sup>.

### ثالثاً: أقسام العرف في الفقه الإسلامي

للعرف في الفقه الاسلامي أقسام كثيرة، وهذا راجع لاعتبارات مختلفة:

#### 1- العرف باعتبار موضوعه

ينقسم إلى قسمين: عرف قولي وعرف عملي.

أ-**العرف القولي**: هو إطلاق لفظ على معنى معين بحيث يتم شيوعه واستقراره عن الناس، مما يجعل هذا اللفظ المنقول على المعنى الذي نقل له يصعب اطلاقه على غيره<sup>2</sup>.

ومثال ذلك إطلاق لفظ الولد على الذكر دون الأنثى، مع انه يشمل النوعين في اللغة، قال الله تعالى:

﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَّاتِ﴾ سورة النساء- الآية 11.

ب-**العرف العملي**: فهو أمر اشتهر بين الناس في التعامل فتعارفوا عليه وساروا عليه في معاملاتهم وتصرفاتهم وشؤون حياتهم أي ما اعتاده الناس من الأفعال العادية أو المعاملات المادية ومثاله تعجيل المهر أو جزء منه وتأجيل الباقي<sup>3</sup>.

#### 2- العرف باعتبار مصدره

ينقسم إلى ثلاث أقسام عرف عام، عرف خاص، وعرف شرعي.

أ-**العرف العام**: هو كل قول أو عمل يتعارف عليه جميع الناس أو أغلبهم، ويكون فاشياً في جميع البلاد أو أغلبها، ومثال ذلك تعارف الناس في بعض البلاد الإسلامية على تقسيم المهر إلى معجل ومؤجل<sup>4</sup>.

1- حسين محمد حسنين، مفهوم العرف في الشريعة الإسلامية، مجلة الشريعة والقانون، ع3، الامارات، 1989، ص110، بتصرف.

2- مصطفى ودا نداد، حجية العرف عند الأصوليين وأثره في الفقه الاسلامي، رسالة ماجستير في الدراسات الاسلامية، كلية التربية حنتوب، جامعة الجزيرة، السودان، 2019، ص34، بتصرف.

3- عجال هاجر، المرجع السابق، ص 9.

4- بن سنوسي بلال، تواتي علي، الاعتبار بالعرف في أحكام الخطبة وعقد الزواج بين الفقه الاسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البويرة، 2018، ص 12.

ب-**العرف الخاص**: هو كل قول أو فعل يكون مخصوصا ببلد أو مكان دون آخر وأو بين فئة من الناس دون أخرى، ومثال ذلك التعارف على أن أجور المحامين تكون بالنصف في بداية الدعوى على أن يكون الباقي مؤجلا ومعلقا على ربح الدعوى وتنفيذها<sup>1</sup>.

ج-**العرف الشرعي**: هو اللفظ الذي يستعمل من قبل الشارع ويراد به معنى خاص، مثاله الصلاة التي نقلت من معناها اللغوي (الدعاء) إلى معناها الشرعي المتمثل في الحركات التي تبدأ بالتكبير وتنتهي بالتسليم<sup>2</sup>.

## 2- العرف باعتبار حكمه الشرعي

ينقسم إلى صحيح وفساد:

أ-**العرف الصحيح**: هو ما تعارفه الناس ولم يخالف النص الشرعي ولا الإجماع أو يفوق المصلحة أو يجلب مفسدة سواء كان قولا أو فعلا<sup>3</sup>.

ب-**العرف الفاسد**: هو ما تعارفه الناس وكان مخالفا لأدلة الشرع، يعارض دليلا شرعيا يبطل الواجب أو يحل الحرام<sup>4</sup>.

## الفرع الثاني: حجية العرف في الفقه الإسلامي

اختلف الفقهاء حول إثبات حجية العرف إلا أنهم لم ينكروا أهميته كونه مصدرا من مصادر التشريع الإسلامي، ورغم هذا الاختلاف إلا أنهم اتفقوا حول كونه حجة. ومن أدلة حجيته نذكر:

### أولاً: من القرآن الكريم

1- قوله تعالى: ﴿ خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ ﴾ ﴿١٩٩﴾ سورة الأعراف- الآية 199

وَوَجِهَ الْإِسْتِدْلَالَ فِي هَذِهِ الْآيَةِ الْكَرِيمَةِ "أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى أَمَرَ نَبِيَّهُ بِالْعُرْفِ وَهُوَ مَا دُلَّ عَلَى اعْتِبَارِهِ

1- بن سنوسي بلال، المرجع السابق، ص 13.

2- أحمد أبو سنة، العرف والعادة في رأي الفقهاء، د.ط، مطبعة الازهر، مصر، 1947، ص 20.

3- عبد العزيز الخياط، نظرية العرف، د.ط، مكتبة الأقصى، عمان، 1398 هـ، ص 38.

4- عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه ومصادر التشريع الاسلامي، د.ط، دار الفكر العربي، مصر، 1997، ص 85.

شرعا ولو لم يكن معتبرا شرعا مالزم الأمر هنا"<sup>1</sup>.

2- قوله تعالى: ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ

رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ وَبِوَالِدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَالِدِهِ وَعَلَى

الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَنْ تَرَاضٍ مِنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَنْ تَسْتَرْضِعُوا أَوْلَادَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُمْ مَا بَاءْتُمْ بِالْمَعْرُوفِ وَأَتَقُوا اللَّهَ وَاعْتَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ ﴿٢٣٣﴾ ٢٣٣. ٢٣٣

سورة البقرة- الآية 233

ووجه الاستدلال من الآية أنّ الله أوجب النفقة والكسوة على الأب على ما هو مستحسن شرعا

وعرفا مع اعتبار حالة الزوجين في اليسار والاعسار<sup>2</sup>.

ثانيا: من السنة النبوية:

1- عن عائشة رضي الله عنها أنّ هند بنت عتبة قالت: يا رسول الله إنّ أبا سفيان رجل شحيح، وليس

يعطيني ما يكفيني وولدي إلاّ ما أخذته منه وهو لا يعلم. فقال: "خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف"<sup>3</sup>.

ووجه الدلالة من الحديث: "فيه اعتماد على العرف في الأمور التي ليس فيها تحديد شرعي".

2- عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه أنّ النبي صلى الله عليه وسلم قال: "ما رآه المسلمون حسن

فهو عند الله حسن"<sup>4</sup>.

ووجه الاستدلال من الحديث: "أنّ كل ما رآه الناس في عاداتهم وحسب عقولهم مستحسنا فهو كذلك

1- جلال الدين السيوطي، الدر المنثور في التفسير المأثور، ج3، د.ط، دار الفكر، لبنان، 2011، ص628.

2- أحمد رشاد عبد الهادي، أثر العرف في الأحوال الشخصية، رسالة ماجستير في القضاء الشرعي، جامعة الخليل، فلسطين، 2013، ص20.

3- أخرجه البخاري، الجامع الصحيح، اعتنى به عبد السلام بن محمد بن عمر علوس، ط2، مكتبة الرشد، السعودية، كتاب البيوع، ص290.

4- رواه أحمد بن حنبل، مسند الإمام أحمد بن حنبل، تحرير سعيد الأرنؤوط، ج6، د.ط، مؤسسة الرسالة، لبنان، د.س، حديث رقم3600، ص84.

في الواقع، وكل ما هو على حق فهو عند الله حسن"<sup>1</sup>.

3-وقوله صلى الله عليه وسلم: "من سنّ في الإسلام سنة حسنة فله أجرها وأجر من عمل بها من غير أن ينقص من أجورهم شيء...".

يفهم من هذا الحديث أنّ العادات الحسنة -وهي ما تتوافر فيها شروط العرف- يطلب التفكير فيها وبالتالي إحداثها وإتباعها"<sup>2</sup>.

### ثالثا: من الإجماع

أخذ الصحابة رضوان الله عليهم بالعرف وأقروه ما لم يتتافى مع مبادئ الإسلام، وعلى نهجهم سار الفقهاء والمجتهدين في مختلف العصور، ومن أمثلة اعتبار العرف عندهم نذكر:

يقول القرافي المالكي: "نقل عن مذهبنا أنّ من خواصه اعتبار العادات والمصلحة المرسلّة وسد

الذرائع وليس كذلك، وأما العرف فيشترك بين المذاهب من استقرأها وجدّهم يصرحون بذلك فيها"<sup>3</sup>.

ويقول السرخسي من الحنفية: "إنّ الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي، لأنّ في النزاع عن العادة

الظاهرة حرجا بيّنا"<sup>4</sup>.

### المطلب الثاني

#### مفهوم العرف وأساس إلزامه في القانون الجزائري

سنتناول في هذا المطلب مفهوم العرف في القانون الجزائري كفرع أول من خلال إبراز تعريفه في

القانون أولا، ثم سنتكلم عن تقسيماته ثانيا، أما ثالثا فسنميزه عن بعض المصطلحات، أما في الفرع

الثاني فسنتكلم عن أساس القوة الملزمة للعرف.

1- يعقوب الباحسين، المرجع السابق، ص123.

2- الرحيم أبو عجيبة، العرف وأثره في التشريع الإسلامي، ط1، المنشأة العلمية، ليبيا، 1986، ص153.

3- محمد مصطفى الشلبي، أصول الفقه الإسلامي، د.ط، دار الجامعية، لبنان، 1983، ص343.

4- محمد مصطفى الشلبي، المرجع نفسه، ص343.

## الفرع الأول: مفهوم العرف في القانون الجزائري

لأجل إعطاء مفهوم قانوني للعرف، يتعين لنا أن نستعرض تعريف العرف ثم تمييزه عما يشابهه، وأخيرا نبين أقسامه في القانون.

### أولا: تعريف العرف في القانون الجزائري

ذكر المشرع الجزائري العرف كمصدر من مصادر القانون، وذلك في المادة الأولى من القانون المدني الجزائري، والتي جاء فيها: "يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها، وإذ لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة"<sup>1</sup>.

بناء على نص المادة نستنتج أن المشرع الجزائري جعل العرف بعد مبادئ الشريعة الإسلامية في المصادر الرسمية الاحتياطية، إلا أنه لا يوجد تعريف له بل ترك ذلك لفقهاء القانون.

حيث أن العرف يعرف قانونا بأنه "القاعدة القانونية غير المسنونة التي نشأت عما درج الناس عليه من إتباع سلوك معين في شؤونهم مع شعورهم بلزوم احترام هذا السلوك والخضوع لأحكامه"<sup>2</sup>. وعرف أيضا على أنه: "اعتیاد الناس على إتباع سلوك معين في مسألة معينة بحيث يستقر الشعور لدى الجماعة باعتباره سلوكا ملزما ومنتبعا بتوقيع الجزاء عند المخالفة"<sup>3</sup>.

كما عرف بأنه: "اعتیاد الناس على متابعة سلك معين واستقراء الاعتیاد في نفوسهم بأن هذا السلوك قد صار ملزما في معاملاتهم"<sup>4</sup>.

ويعرف كذلك بأنه: "اطراد أو تكرار سلوك الناس في مسألة ما بطريقة معينة، مع الاعتقاد بأنّ

1- أمر رقم 75-158 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم، ج.ر، ع 78 مؤرخة في 30 سبتمبر 1975.

2- غالب علي الداودي، المدخل إلى العلوم القانونية، ط7، دار وائل، الأردن، 2004، ص155.

3- عمار بوضياف، المدخل إلى العلوم القانونية (النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الإسلامي)، ط4، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2014، ص167.

4- عباس صراف، المدخل إلى علم القانون، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008، ص47.

هذا السلوك ملزم لهم قانوناً<sup>1</sup>.

ثانياً: تمييز العرف عما يشابه

### 1- العرف وعادات الحياة:

"الحياة في أي مجتمع كان، تحتاج إلى عادات كثيرة تنظم سلوك الأفراد، فالعادة هي عبارة عن سلوك عام ينبع من الأفراد بصورة عامة، مطردة ومتواترة، دون الاعتقاد بالزاميتها قانوناً، أي أنه لا يقوم في أذهان من اعتادوا عليها الاعتقاد بضرورة إتباعها، واحترامها، بل إنّ نشوءها فيما بينهم كان من باب المجاملة فقط، ومن هذه العادات، عادة تبادل الهدايا في المناسبات السعيدة"<sup>2</sup>.

### 2- العرف والتشريع:

"إنّ أساس التمييز بين العرف والتشريع يكمن في أنّ التشريع المصدر الرسمي الأصلي للقانون، أمّا العرف فهو المصدر الثالث بعد التشريع والشريعة الإسلامية، وعليه لا يجوز للقاعدة العرفية مخالفة نص تشريعي، كما أنه يمكن للقاعدة العرفية مخالفة قاعدة تشريعية مكملة، غير أنّ هذا لا يعني أنّ العرف يلغي القاعدة القانونية بل إنّما يستبعدا فقط، كما أنّ النص التشريعي لا يلغى إلاّ بنص تشريعي، أمّا العرف إذا ترك يلغى لعدم استعماله"<sup>3</sup>.

### 3- العرف والعادات الاتفاقية:

"الفرق الجوهرية بين العرف والعادات الاتفاقية هو أنّ العرف يشمل ركنين، ركن مادي هو تكرار السلوك لمدة معينة، وركن معنوي يتمثل في الاعتقاد بالزامية السلوك، بينما العادة الاتفاقية تتكون من الركن المادي فقط ولا تتضمن عنصر الإلزام، إذا العادة الاتفاقية تستمد إلزامها من العقد أو الاتفاق الذي يربط أصحاب العلاقة، وإذا طبقها القاضي فإنّه يطبقها باعتبارها مجرد اتفاق بين أطراف علاقة

1- أحمد سي علي، مدخل للعلوم القانونية (النظرية والتطبيق في القوانين الجزائرية)، ط2، دار هومة، الجزائر، 2010، ص261.

2- بن سنوسي بلال، المرجع السابق، ص20.

3- حمد الصغير بعلي، المدخل إلى العلوم القانونية (نظرية القانون، نظرية الحق)، د.ط، دار العلوم، الجزائر، ص54- 55، بتصرف.

معينة وليس باعتبارها قاعدة قانونية، خلافا للعرف الذي يلزم القاضي بتطبيقه باعتباره مصدرا من مصادر القانون.

فالعرف ملزم لذاته بينما العادة الاتفاقية لا تكون ملزمة إلا إذا اتجهت إرادة الأطراف إلى التقيد بها، فتكون هنا ملزمة بالنسبة إليهم<sup>1</sup>.

### ثالثا: أقسام العرف في القانون الجزائري

للعرف في القانون أقسام عدة كلّ حسب اعتبار معين.

#### 1- من حيث طبيعة القاعدة العرفية:

حسب تقسيمات القاعدة القانونية ينقسم العرف إلى عام وخاص.

"فالعرف العام: هو مجموعة القواعد القانونية التي اطردت السلطات العامة في إتباعها خلال مدة زمنية طويلة بصفة منتظمة مثل الدستوري، العرف الدولي... الخ.

أمّا العرف الخاص: فهو من صنع الأفراد في تعاملاتهم مع بعض، كالعرف التجاري والمدني مثلا"<sup>2</sup>.

#### 2- من حيث نطاق تطبيقه:

ينقسم إلى عرف شامل وعرف إقليمي.

" فالعرف الشامل هو العرف الذي يحكم علاقات جميع أفراد الدول بغض النظر عن الطائفة أو الإقليم أو المهنة التي ينتمون إليها"<sup>3</sup>.

أمّا "العرف الإقليمي فهو العرف الذي ينحصر تطبيقه على إقليم معين، ويسمى عرفا مهنيا إذا كان خاص بمهنة معينة، كالمحاماة مثلا"<sup>4</sup>.

1- عجال هاجر، المرجع السابق، ص 10.

2- عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 169، بتصرف.

3- مير تناغو، النظرية العامة للقانون، د.ط، منشأة المعارف، مصر، 1974، ص 425.

4- سمير تناغو، المرجع نفسه، ص 426.

## الفرع الثاني: أساس القوة الملزمة للعرف في القانون الجزائري

اتفق فقهاء القانون على أنّ العرف قاعدة قانونية ملزمة، لكن محل الخلاف بينهم كان حول مصدر الالتزام في القاعدة العرفية أو أساس القوة الملزمة للعرف، بحيث سنتناول في هذا الفرع عدّة نظريات فقهية تبرر كل واحدة منها أساس القوى الملزمة للعرف، كالتالي:

### أولاً: تأسيس قوة العرف الملزمة على الإرادة الضمنية للمشرع:

يرى أصحاب هذا المذهب أنّ أساس القوة الملزمة للعرف ترجع إلى الإرادة الضمنية للمشرع، ويتمثل ذلك في عدم اعتراضه عليه<sup>1</sup>. حيث تقوم هذه النظرية على أساس المذهب الشكلي في تأصيل القانون، وانتقدت هذه النظرية على أساس أنّه قد أنكرت الحقيقة التاريخية المتمثلة في أسبقية العرف عن التشريع، حيث أنّه ينشأ تلقائياً بعيداً عن إرادة السلطة سابقاً بذلك التشريع، كما يعاب على هذه النظرية أنّها أخلطت بين العرف والتشريع<sup>2</sup>.

### ثانياً: تأسيس القوة الملزمة على أساس الرضا الضمني للمجتمع:

"يرى أصحاب المذهب أنّ أساس القوة الملزمة للعرف ترجع إلى الرضا الضمني للمجتمع، فالعرف يستمد قوته الملزمة من اعتياد الجماعة على إتباعه وشعورهم بلزومه وعدم جواز الخروج عليه"<sup>3</sup>. فالقانون في نظرهم ليس من خلق الحاكم أو السلطان ولكنّه من صنع الزمن وينشأ في ضمير الجماعة بأجيالها المتعاقبة<sup>4</sup>. وانتقدت هذه النظرية في كونها غالت في جعل القانون إنتاج آلي ذاتي<sup>5</sup>.

1- أحمد سي علي، المرجع السابق، ص 269.

2- بن سنوسي بلال، المرجع السابق، ص ص 22-23.

3- عجال هاجر، المرجع السابق، ص 21.

4- محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية، الوجيز في نظرية القانون، ط 18، دار هومة، الجزائر، 2011، ص 189.

5- غالب علي داوودي، المدخل إلى العلوم القانونية، ط 7، دار وائل، الأردن، 2004، ص 154، بتصرف.

**ثالثا: نظرية الضرورة الاجتماعية:**

يرى أصحاب هذا الرأي أنّ العرف يستمد قوته من الضرورة الاجتماعية التي تفرض وتحتّم وجوده على جانب التشريع، فالعرف إذن هو قوة ذاتية لأتّه الوسيلة الطبيعية التي تمارسها كل مجموعة في تنظيم ما يصعب على التشريع تنظيمه<sup>1</sup>.

**رابعا: نظرية تطبيق القضاء للعرف:**

"يرى أصحاب هذا الرأي، أنّ العرف لا ينشأ تلقائيا من اعتياد الناس على إتباع سلوك معين وإنّما اعتماد المحاكم على هذا العرف في فصلها في القضايا، هو الذي يكسب القاعدة العرفية إلزاميتها، وبالتالي فإنّ السلطة القضائية هي التي تبعث في القاعدة العرفية روح الإلزام، وتشعر الفرد بقوتها"<sup>2</sup>.  
 "وانتقدت بكون القضاء مكلف بتطبيق القانون بعد وجوده لا بإنشائه"<sup>3</sup>.

**خامسا: نظرية الإرادة الصريحة للمشرع:**

يرى أصحاب هذا المذهب أنّ أساس الإلزام في العرف هو وجود نص للمشرع على الأخذ به، "ومن هذا القبيل نص التقنين المدني الجزائري صراحة في مادته الأولى على اعتبار العرف مصدرا رسميا احتياطيا ثانيا للقانون الجزائري"<sup>4</sup>.

1- محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص188، بتصرف.

2- عمار بوضياف، المرجع السابق، ص172.

3- محمد سعيد جعفر، المرجع نفسه، ص193.

4- بن سنوسي بلال، المرجع السابق، ص 24.

## المبحث الثاني

### أركان وشروط العرف ودوره في الفقه والقانون

في هذا المبحث سنتناول أركان وشروط العرف ودوره في الفقه الإسلامي كالمطلب الأول وفي المطلب الثاني سيكون الحديث فيه مقتصرًا عن أركان وشروط العرف ودوره في القانون الجزائري.

#### المطلب الأول

##### أركان وشروط العرف ودوره في الفقه الإسلامي

سنحدد أركان العرف في منظور الفقه الإسلامي ثم نبين كلا من دوره وشروطه.

##### الفرع الأول: أركان العرف وشروطه في الفقه الإسلامي

سيكون الحديث في هذا الفرع مقتصرًا عن أركان العرف في الفقه الإسلامي أولاً، وسنتكلم عن شروط اعتبار العرف ثانياً.

##### أولاً: أركان العرف في الفقه الإسلامي

نبين أركان العرف في الفقه الإسلامي من خلال ما جاء في المذهبين التاليين:

**1-المذهب الأول:** "هو ما ذهب إليه الشيخ أحمد فهمي أبو سنة ومن تابعه من الذين كتبوا في هذا الموضوع، فاستند في بيان أركان العرف إلى تعريف هذا الأخير أن العرف هو ما استقر في النفوس من جهة العقول وتلفته الطباع السليمة بالقبول فجعل بذلك العرف ركنان:

1-الاستعمال المتكرر.

2-رضا وقبول أصحاب الطباع السليمة في المجتمع"<sup>1</sup>.

**2-المذهب الثاني:** "وما ذهب إليه يعقوب بن عبد الله الوهاب الباحسين، حيث بين أركان العرف اعتماداً على مفهوم الركن وحقيقته في الاصطلاح فجعل للعرف ثلاثة أركان:

1-المعتاد: وهو الشخص في العادة الفردية، أو الجمهور في العادة الجماعية أو العرف.

1-يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين، قاعدة العادة محكمة، ط2، مكتبة الرشد، الرياض، 2012، ص ص 57- 58.

2-المعتاد عليه: وهو محل الاعتقاد كالألفاظ المستعملة في معنى العرفي يختلف عن المعنى اللغوي، أو تصرفات المتعارف عليها.

3-الاعتقاد: وهو تكرار العمل بما جرى عليه أي أنه إذا جرى العمل وفقا تصرفات معينه من طرف الأفراد والجماعات، فإن هذا لا يكون عادة أو عرفا إلا إذا تكرر عدة مرات<sup>1</sup>.

### ثانيا: شروط العرف في الفقه الإسلامي

جعل الفقهاء للعرف شروطا متى يعتبر ويتعهد عليه في الاستنباط الأحكام، وهي:

1-أن يكون العرف مطردا أو غالبا: المقصود باطراد العرف العمل به مستمر في جميع الحوادث لا يختلف في واحدة أما عليه فتعنى العمل به في أكثر الحوادث إن لم يكن في جميعها<sup>2</sup>.

وهذا الشرط ينطبق على العرف سواء كان لفظيا أو عمليا، عاما أو خاصا، حيث قال مصطفى أحمد الزرقا: ومن ثم كان من شرائط العرف اعتبار العرف بتتوعه بتتوعه اللفظي والعملي أن يكون مطردا أو غالبا... فكل من العرف العام والخاص يشترط باعتباره وتحكيمه في المعاملات المطلقة أن يكون في محيطه مطردا أو غالبا على أعمال أهله<sup>3</sup>.

وإعمالا لهذا الشرط فإنه لا اعتبار للعرف المضطرب وفي ذلك قال السيوطي إنما تعتبر العادة إذا اطردت فإن اضطربت فلا وإن تعرضت الظنون في اعتبارها فخلاف<sup>4</sup>.

فعند اضطراب العرف لا يؤخذ به ولا يكون مستند للأحكام وإذا اختلف في العمل به فإنه يختلف في تحكيمه كما لو استأجر أحد للخياطة فالخيط على الخياط فإذا اضطرب العرف وجب البيان<sup>5</sup>.

1- يعقوب بن عبد الوهاب الباسين، المرجع نفسه، ص 58.

2- مصطفى ديب البغا، أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي، د.ط، دار الإمام البخاري، دمشق، د.س.ن، ص 280.

3- مصطفى أحمد الزرقا، المرجع السابق، ص 898.

4- السيوطي: جلال الدين عبد الرحمن، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، ط1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1983، ص 92.

5- السيوطي، المرجع نفسه، ص 92.

كما أنه بهذا الشرط يخرج العرف المشترك وهما سواء قيمة الجري على العادة والتخلق عنها حيث أنه عرفا خاصا ولا يرجع إليه ولا تبني عليه أحكام وذلك للتردد في مراد التصريف<sup>1</sup>.

**2- لا يكون العرف مخالفا لنص شرعي:** قد يوافق العرف الدليل الشرعي وقد يخالفه فان وافقه فلا كلام فهو معتبر ويعمل به، وإن خالفه فهذه المخالفة قد تكون من كل وجه بأن يلزم منه ترك النص فالعرف هنا مردود ولا شك في ذلك كتعارف الناس كثيرا من المحرمات مثل الربا وشرب الخمر وغير ذلك.

وقد تكون مخالفة العرف للنص في بعض الوجوه كأن يرد الدليل عاما والعرف خالفه في بعض أفراده في هذه الحالة يكون العرف معتبرا إذا كان عاما في العرف العام يصلح مخصصا كما هو في مسألتى الاستصناع ودخول الحمام، وإن كان خاصا فإنه لا يعتبر ولو أنه أفتى به كثير من المشايخ خاصة مشايخ بلخ حيث اعتبروا بأنه تخصيص إلا أنه لا يجوز ذلك لأنه تعامل أهل بلدة إن اقتضى أن يجوز التخصيص، فترك التعامل من أهل بلدة أخرى يمنع التخصيص فلا يثبت التخصيص بالشك بخلاف ان يكون التعامل موجود في البلاد كلها كالاستصناع<sup>2</sup>.

**3- أن يكون العرف قائما عند إنشاء التصرف:** أي أنه عند تحكيم الأعراف لتصرفات والعمل بها، لا بد أن تكون هذه الأعراف جارية موجودة قبل نشوء التصرف وسابقة له، فتستمر إلى زمانه ويكون معمول بها ومقارنة حدوث التصرف<sup>3</sup>.

قال السيوطي: العرف الذي تحمل عليه الألفاظ إنما هو المقارن السابق دون المتأخر، وإذا قالوا لا عبرة بالعرف الطارئ<sup>4</sup>.

يلاحظ أنه خص الكلام بالعرف الذي تحمل عليه الألفاظ مع أن هذا الشرط يجري في العرف الذي تحمل عليه الألفاظ والأفعال سواء<sup>5</sup>.

1- أحمد فهمي أبو سنة، العرف والعادة في رأي الفقهاء، د.ط، مطبعة الأزهر، مصر، 1947، ص 57.

2- ابن عابدين محمد امين افندي (ت: 1252هـ): مجموعه رسائل ابن عابدين، د ط، د. د. ن. د. س، ص 116.

3- صالح عوض، المرجع السابق، ص 225.

4- السيوطي: جلال الدين عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 96.

5- أحمد فهمي أبو سنة، المرجع السابق، ص 65.

بين الشاطبي أن العوائد تختلف باختلاف الأعصار والأمصار والأحوال، فلا يقضى بها على ما تقدم حتى يقوم دليل على موافقة العرف الجاري لما سبقه فيقضى به على ما مضى بذلك الدليل لا بمجرد العادة، وكذلك في المستقبل لا يحكم فيه العرف السابق، وذلك الاحتمال التبدل والتخلف<sup>1</sup>. إذا استنادا لهذا الشرط فإنه لا عبرة بالأعراف الطارئة المتأخرة على التصرف، فلا بد لها من زمن كان لتأصلها في النفوس، كما أنه لا تحكم الأعراف القديمة والتي تغيرت قبل قيام التصرف كونها غير مستقرة فلا تحكم إلا في التصرفات التي كانت وقت أعمالها.

**4- ألا يعارض العرف تصريح بخلافه:** يستند هذا الشرط للقاعدة "المعروف عرفا كالمشروط شرطا"<sup>2</sup> فسكوت المتعاقدين عن الأمر المتعارف وعدم اشتراطهما إياه صراحة يعتبر إقرارا منهما له فالحكم العرفي في هذه الحالة، مثبت من قبيل الدلالة فإن صرح بخلافه أصبحت الدلالة باطلة<sup>3</sup> تبعا للقاعدة الفقهية القائلة "لا عبرة بالدلالة في مقابل التصريح"<sup>4</sup>.

قال الإمام أبو عبد السلام: «كل ما يثبت بالعرف أن صرح المتعاقدان بخلافه بما يوافق مقصود العقد صح»<sup>5</sup>.

فإن عارض المتعاقدان العرف واشترطا ما يخالفه وكان موافقا لمقصود العقد وكان لهما القدرة على الوفاء به جاز لهما ذلك ويبطل العرف في ماصرحا به.

**5- أن يكون العرف عاما: للعلماء في هذا الشرط رأيان:**

1- اعتبار العرف العام في بناء الأحكام دون الخاص، قال به الحنفية ومن وافقهم من الشافعية<sup>6</sup>.

1- الشاطبي أبي إسحاق إبراهيم بن موسى (ت: 790هـ)، الموافقات، تعليق أبو عبيدة مشهور بن حسن دار ابن عفان، ط01، د.د.ن، 1997، ص 509.

2- البورتو محمد الصديقي بن احمد، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، ط04، مؤسسة الرسالة لبنان، 1996، ص 306.

3- يعقوب عبد الوهاب الباحسين، المرجع السابق، ص 68.

4- البورتو محمد الصديقي بن أحمد، المرجع نفسه، ص 201.

5- عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام (ت: 660هـ) قواعد الأحكام في مصالح الأنام، تعليق طبعه الرؤوف سعد، (د م ت)، (د ط) 1411هـ، 1990م، ج 2، ص 186

6- صالح عوض، المرجع السابق، ص 196.

قال ابن نجيب: "هل يعتبر في بناء الأحكام العرف العام أو مطلق العرف ولو كان خاصا... والحاصل أن المذهب عدم اعتبار العرف الخاص"<sup>1</sup>.

ويقول ابن عابدين: "والمفهوم من كلام جمهور الفقهاء الحنفية، أن العرف الخاص لا يعتبر وأن القول باعتباره قول ضعيف في المذهب اللهم إلا إذا كان العرف مقررا بالسنة فإنه يعتبر حينئذ"<sup>2</sup>.

2- اعتبار كل من العرفين العام والخاص وبه قال المالكية ومن وافقهم<sup>3</sup>.

قال القرافي عند تعريفه للعادة بأنها غلبة معنى من المعاني: "وقد تكون هذه الغلبة في سائر الأقاليم كالحاجة للغذاء والتنفس في الهواء، وقد تكون خاصة ببعض البلاد كالنقود والحبوب، وقد تكون خاصة ببعض الفرق كالأذان للإسلام والناقوس للنصارى، فهذه يقضى بها عندنا"<sup>4</sup>. يفهم من قوله تصريحاً باعتبار العرف الخاص عند المالكية كما أنهم أعملوا عرف أهل المدينة في كثير من الأحكام وهو عرف خاص<sup>5</sup>.

إلا أن اشتراط العموم والخصوص للعرف لا يتوقف عليه إعماله واعتباره بل يعتبر كل من العرف العام والخاص إذا تحقق فيه ما معنى الاطراد والغلبة، وحكم العرف يثبت عند أهله، فالعرف العام يثبت حكمه على أهل سائر البلاد والعرف الخاص ببلدة واحده يثبت حكمه عند أهل تلك البلدة<sup>6</sup>.

أن يكون العرف ملزماً: ومعنى ذلك أن يتحتم العمل بمقتضاه في نظر الناس، وهو نتيجة لتحقيق شرائط العرف السابقة، إلا أن هذا الشرط ليس في كل عرف بل يكون في العرف الذي يتضمن الحق على وجه الإلزام، أما غيره فلا يشترط فيه. فيخرج بهذا الشرط، العرف الذي ليس بملزم لأنه لا يعتبر

1- ابن نجيم زيد الدين ابن ابراهيم بن محمد ت 970 هـ، الاشباه و النظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، ط01، دار الكتب العلمية لبنان، 1999، ص ص 88-89.

2- ابن عابدين محمد أمين أفندي، المرجع السابق، ص 132.

3- صالح عوض، المرجع السابق، ص 352.

4- لقرافي شهاب الدين أبو العباس أحمد ت 684 هـ، شرح تنقيح الفصول، د.ط، دار الفكر، لبنان، 2004، ص 352.

5- صالح عوض، المرجع نفسه، ص 204.

6- صالح عوض، المرجع نفسه، ص 196.

في المعاملات ولا يصلح مستندا لإثبات الحقوق، مثلما يبذله التجار عادة لعملائهم من التسهيلات والهدايا على سبيل الاستمالة والترغيب<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: دور العرف في الفقه الإسلامي

دور العرف في الفقه الإسلامي يأتي إما مكملا للتشريع أو مفسرا له بمعنى مساعدا للتشريع، أو يأتي مخالفا للتشريع الإسلامي، وهذا ما سنفصل فيه في هذا الفرع.

#### أولا: العرف المكمل للتشريع:

يقصد به العرف الذي يلجأ إليه القاضي لتنظيم حالة لم يرد بشأنها حكم شرعي، حيث يكون أصلا أو دليلا مستقلا يمكن الاعتماد عليه في إنشاء حكم جديد. مثل: وقف المنقول فإن القياس يقضي بعدم جوازه عند الأحناف لأنهم يشترطون التأييد في صحة الوقف والعقار وحده هو الذي يقبل التأييد ويدوم الانتفاع به مادامت رقبته وقد تمسك الإمام أبو حنيفة بهذا الأصل فلم يجز وقف المنقول مطلقا سواء أكان وقفه قصدا واستقلالاً أم كان وقفه تبعا للعقار الموقوف<sup>2</sup>.

#### ثانيا: العرف المساعد للتشريع -المفسر-:

هو ما يحيل عليه التشريع لبيان مضمون حكم شرعي ثبت أصله بالنص أو للاستعانة به في تفسير إرادة المكلف بالحكم.

مثل قوله تعالى: ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضَعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾<sup>3</sup>. سورة البقرة، آية 233.

فبينت الآية أنه على الآباء أن يقدموا إلا للوالدات ما يلزمهن من نفقة وكسوة بالمعروف أي بالطريقة التي تعارف عليها العقلاء، بدون إسراف أو تقتير<sup>3</sup>.

1- حمد فهمي ابو سنة، المرجع السابق، ص66.

2- محمد جبر الالفي، العرف بحث فقهي مقارن، كتاب مجلة مجمع الفقه الإسلامي، المملكة العربية السعودية ج5، ع5، ص2297، المكتبة الشاملة، <http://shab.ela.ws/book/8356> تاريخ الزيارة 2022-04-13.

3- ابن عابدين محمد أمين أفندي، المرجع السابق، ص48.

وكما نقل ابن عابدين عن فتاوى العلامة قاسم: "التحقيق أن لفظ الواقف والموصي والحالف والناذر وكل عاقد يحمل على عادته في خطابه ولغته التي يتكلم بها وافقت لغة العرب ولغة الشارع أولاً"<sup>1</sup>.

### ثالثاً: العرف المخالف للتشريع:

سيكون الحديث هنا مقتصرًا عن العرف المخالف للنصوص الشرعية والعرف المخالف للأحكام الإجتهدية.

**1- مخالفة العرف للنصوص الشرعية:** فتكون هذه المخالفة من كل وجه وقد تكون في بعض الوجوه، فإذا خالف العرف شرع من كل وجه فلا اعتبار له مطلقاً سواء كان عاماً أو خاصاً لأن النص أقوى من العرف، ولأن العرف كثير منه يتبع الأهواء والشهوات بخلاف النص فهو صادر عن الشارع الحكيم، الأدرى بمصالح الناس وهو حق وحجة قائمة عليه<sup>2</sup>.

أما إذا خالف العرف النص الشرعي في بعض الوجوه هنا لا يكون العرف مبطلاً للنص الشرعي ويمكن تنزيله عن النص أو التوفيق بينهما، وفي هذه الحالة نفرق بين العرف الخاص والعرف العام.

**أ- العرف الخاص:** لا عبرة فيه بمخالفة النص لأن العرف الخاص لا يخصص العام ولا يقيد المطلق، وهو قول جمهور العلماء، إلا أن مشايخ بلخ من الحنفية خالفوا جمهوراً وذهبوا إلى أن النص يخصص بالعرف الخاص<sup>3</sup>.

**ب- العرف العام:** وفيه نميز بين العرف القولي والعرف العملي.

**ب 1- العرف القولي:** العرف في هذه الحالة معتبر حيث ينزل النص التشريعي على حدود معناه العرفي ما لم توجد قرينة دالة على أن الشارع أراد بلفظه حدوداً أوسع، فالعرف اللفظي العام هو لغة التخاطب ويوجه الألفاظ إلى معانيها في حدودها المألوفة فيجعل المعنى المتعارف حقيقة عرفية<sup>4</sup>.

1- صالح عوض، المرجع السابق، ص 206.

2- صالح عوض، المرجع نفسه، ص 210.

3- أسماء بن عبد الله الموهي، العرف حجبه وأثره الفقهي، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، مج 21، ع 41، ص ص 39-

40.

4- مصطفى أحمد الزرقا، المرجع السابق، ص ص 913 - 914.

وللعلماء في ذلك آراء ففريق يرجعوا إلى الحقيقة اللغوية أولاً، وفريق يأخذ بالدلالة العرفية أولاً، وفريق ثالث يقول أن تطابق العرف والوضع فذاك وإن اختلف فأصحاب الشافعي يميلون إلى اعتبار الوضع، و الإمام الشافعي والغزالي يريان اعتبار العرف.

وقال آخرون: إن كان العرف ليس له وجه في اللغة البتة فالمعتبر اللغة، وإن كان له فيه استعمال ففيه خلاف، وإن هجرت اللغة حتى صارت نسيا منسيا قدم العرف<sup>1</sup>.

**ب-2- العرف العملي:** نبين فيه حالتين:

- **عرف سابق لورود النص:** أي أن يرد النص بلفظ تناول ماء اعتاده المخاطبين وغيرهم، وفي هذه الحالة هل يكون العرف العملي مخصصاً للنص؟

ذهب الجمهور -خلافاً للحنفية- إلى عدم التخصيص به لأن الحجة بما ورد من الله تعالى أو من رسول الله صلى الله عليه وسلم، ولو قبل بتخصيص النص العام بالعرف العملي للزم أن تكون العوائد حاکمة على النصوص، وهذا باطل<sup>2</sup>.

- **عرف حادث بعد صدور النص:** فإن كان في عهد النبي صلى الله عليه وسلم بأن ورد النص ثم اطردت العادة بترك بعض أفراد المأمور به أو بفعل أفراد المنهي عنه، وقد علمه النبي صلى الله عليه وسلم، فهذا يخصص العام، والمخصص في الحقيقة هو إقرار النبي صلى الله عليه وسلم.

وإن كان بعد عهد النبي صلى الله عليه وسلم، فإذا كان هذا العرف قد اطرد العمل به حتى صار ذلك إجماعاً عملياً فهو يخصص العام، والمخصص هو الإجماع<sup>3</sup>، وإن كان غير ذلك فقد اتفق الفقهاء على عدم اعتبار العرف المعارض للنص الحادث بعده، عاماً أو خاصاً، لفظياً أو عملياً، ذلك لأن العرف الحادث هو طارئ بعد حدد مفهوم النص التشريعي وأصبحنا قداً، وأنه لو جاز تخصيصه بعد

1- عبد العزيز الخياط، نظرية العرف، د.ط، مكتبة الأقصى، عمان 1977، ص 62.

2- أسماء بنت عبد الله موسى، المرجع السابق، ص 41.

3- أسماء بنت عبد الله موسى، المرجع نفسه، ص 40-41.

ذلك بعرف طارئ مخالفًا لكان نسخًا للنص وهو غير جائز ولأدى إلى تبديل أحكام الشريعة بأعراف طارئة، ولا يكون بذلك معنى للشرع<sup>1</sup>.

ينشأ من ذلك حالتان، أي يعتبر العرف الحادث عند مخالفته للنص في حالتين:

1- إذا كان النص التشريعي نفسه معللاً بالعرف أي مبني على عرف عملي قائم عند وروده، عندئذ إذا تبدل ذلك العرف يتبدل الحكم تبعاً له.

2- إذا كان النص تشريعي تقسّى معللاً بعلّة ينفى العرف الحادث سواء كانت علّة النص مصححاً بها أو مستتبطة بطريق الاجتهاد<sup>2</sup>.

## 2- مخالفة العرف للأحكام الاجتهادية:

إذا تعارض العرف مع الحكم الاجتهادي المستفاد بطريقة القياس، أو بأحد الأدلة الفرعية الأخرى كالاستحسان والاستصحاب وغيرها فإن العرف معتبر ويتزك به القياس، ويرجح عليه فهو أولى منهم، ولو كان عرفاً حادثاً، فالعرف غالباً دليل الحاجة فهو أقوى من القياس<sup>3</sup>.

## المطلب الثاني

### أركان وشروط العرف ودوره في القانون

تحت هذا المطلب نتناول فرعين: الأول سيكون الحديث فيه عن أركان وشروط العرف في القانون أما الفرع الثاني فسنناول فيه دور العرف في القانون.

### الفرع الأول: أركان العرف وشروطه في القانون

سنعالج هذا الفرع من خلال تناول أولاً دور العرف ثم الحديث عن شروط اعتبار العرف في القانون.

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

2- مصطفى أحمد الزرقا، المرجع نفسه، ص 923.

3- عمر عبد الكريم الجبدي، العرف والعمل في المذهب المالكي ومفهومها لدى علماء المغرب، د.ط، مطبعة فضالة، المغرب، 1982، ص 177.

## أولاً: أركان العرف في القانون

من خلال تعريف العرف يتضح أن له ركنين يقوم عليهما وهما:

**1-الركن المادي:** وهو اعتياد الناس على سلوك معين ومعنى ذلك أن يكون قد تكرر من الناس إتباع القاعدة بحيث يستنتج منه استقرار الجماعة على الالتزام به فلا يتبعون السلوك فترة ثم يتحولون عنه ثم يعودون إليه<sup>1</sup>.

**2-الركن المعنوي:** وهو الاعتقاد بالزامية السلوك المتبع ومعنى ذلك أن يتولد اعتقادا لدى الناس بأن القاعدة ملزمة باعتبارها قاعدة قانونية لها جزء مادي توقعه السلطة العامة جبرا على من يخالفها، وهذا الاعتقاد لا يتولد دفعة واحدة بل يتكون تدريجيا حتى يصل في وقت ما إلى أن يكون محققا لا نزاع فيه.

والركن المعنوي هو الذي يميز بين العرف والعادة في العرف يختلف عن العادة بكونه يتوفر على ركنان مادي ومعنوي، بينما العادة لها ركن مادي فقط<sup>2</sup>.

## ثانياً: شروط العرف في القانون

لا بد للعرف من شروط حتى يعمل به قانونا وهذه الشروط تتمثل فيما يلي:

**1-القدم:** ويعني ذلك أن تمضي مدة طويلة على إتباع مسلك معين والاعتياد عليه حتى يقال إن الناس قد اطرادوا على مسلك معين، وفي تقدير المدة التي يجب مرورها حتى يمكن القول بأن هذا الاعتياد قديم يرى بأنه ليس هناك حدا أدنى يجب أن تبلغه هذه المدة بل يكفي إلا يتذكر جيل معين متى نبت هذا المسلك والأمر متروك لتقديره للقاضي، فهو الذي يقرره مسلك معين قد استقر في المجتمع. كما يصدر أن ننوه إلى أن المدة التي يتوافر بها القدم تختلف في كل نوع من العادات مثلا العادات الزراعية في تكوينها مدتها أطول من العادات التجارية<sup>3</sup>.

1- يحيى قاسم علي، المدخل لدراس القانون، نظرية القانون، ط 01، د.د.ن، مصر، 1997، ص ص 109-110.

2- يحيى قاسم علي، المرجع نفسه، ص ص 110-111.

3- أحمد محمد الرفاعي، المدخل للعلوم القانونية نظرية القانون، د.ط، د.د.ن، 2008، ص ص 168 - 169.

**2- العموم والتجريد:** معنى ذلك أن لا يكون حكم العرف خاصا بأشخاص معينين بالذات<sup>1</sup>، وذلك بأن يعتاد جميع الأشخاص سواء في سائر أنحاء الدولة أو في إقليم معين من أقاليمها، أو في وسط اجتماعي معين إتباع هذا المسلك، والعموم هنا يكفي فيه الشيوخ حيث يعتبر متوافر حتى ولو شذ عن إتباع العادة فردا أو بعض الأفراد<sup>2</sup>، فقد يكون محليا خاصا بمجموعة من الناس ولا يفقد صفة العمومية كالقانون التجاري.

كما قد تعتبر العادة عامة حتى ولو سار عليها شخص واحد كاعتقاد رئيس الجمهورية إصدار قرار معين في مناسبة معينة<sup>3</sup>.

**3- الثبات:** يقصد به الاستقرار على مضمون المسلك أو العادة بأن يتبع مسلك معين دون انقطاع بشكل ظاهر للعيان، ولا يؤثر فيه خروج بعض الأشخاص على هاته العادة في فترات متباعدة، بل يكفي إتباعها من قبل الغالبية بانتظام معين<sup>4</sup>.

**4- المطابقة للنظام العام والآداب العامة في المجتمع:** أي أن لا يكون في إتباع السلوك مساسا بالأسس الرئيسية التي يقوم عليها المجتمع سواء كان العرف إقليميا أو محليا أو مهنيا أو شاملا. ونشير إلى أن العرف الشامل لسائر البلاد ليس له أولوية في التطبيق على حساب النظام العام والآداب، هذا إذا لم يتصادم مع قواعد متعلق بالنظام العام والآداب مقررة بنصوص تشريعية أمره ففي هذه الحالة لا تجوز مخالفتها<sup>5</sup>.

### الفرع الثاني: دور العرف في القانون

سنتطرق تحت هذا العنوان للعناصر التالية: العرف المكمل للتشريع، العرف المساعد للتشريع، والعرف المخالف للتشريع.

1- يحيى قاسم علي، المرجع السابق، ص 109.

2- احمد محمد الرفاعي، المرجع نفسه، ص 170.

3- يحيى قاسم علي، المرجع نفسه، ص 110.

4- احمد محمد الرفاعي، المرجع نفسه، ص 170-171.

5- أحمد محمد الرفاعي، المرجع نفسه، ص 171.

**أولاً: العرف المكمل لتشريع**

للعرف المكمل دوراً أساسياً باعتباره مصدر رسمياً احتياطياً ثانياً بعد شريعة حسب ما نصت عليه المادة الأولى من القانون المدني، حيث في حالة غياب نص تشريعي شرعي يلزم القاضي بالرجوع للعرف<sup>1</sup>، إلا أن هذا الأخير بدوره المكمل، يكمل نقص التشريع ولكن بنسب متفاوتة حيث يظهر ذلك من خلال:

**1- في القانون العام:**

**أ- القانون الإداري:** العرف المكمل في هذا القانون له دور جلي حيث أن هذا الأخير غير مقنن مما يسمح بالإعمال العرف الإداري في حل الإشكالات القانونية أمام الإدارة بشكل كبير ومتكرر حيث كل ما طال إتباعها لسلوك معين كان الشعور بالزاميتها محققاً<sup>2</sup>.

**ب- القانون الدستوري:** دور العرف في هذا القانون يختلف باختلاف أنواع الدساتير فيكون أعماله واسعة في الدساتير المرنة، مثل ما هو عليه فيه بريطانيا، ويقبل أعماله في الدساتير الجامدة<sup>3</sup>.

**ج- القانون الجنائي:** يعد دور العرف المكمل في القانون الجنائي منعدم وذلك لكونه يحكمه مبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص تشريعي، وعليه فالقاضي عند خلو التشريع من نص يقضي بتحريم فعل، والعقاب عليه ليس له إلا تبرئة المتهم<sup>4</sup>.

**2- في القانون الخاص:**

**أ- القانون التجاري:** يعمل بالعرف المكمل في القانون التجاري أكثر من أي قانون آخر حيث يعد مجال أعماله واسعاً جلياً وذلك لكون التجار اعتادوا على الأعراف التجارية لفترات طويلة مما ألزمهم إتباعها وعدم الخروج عليها<sup>5</sup>.

1- محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 197.

2- عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 176-177.

3- عمار بوضياف، المرجع نفسه، ص 176.

4- محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 196.

5- عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 178.

دور العرف المكمل في القانون المدني ضئيل جدا حيث يضيق دوره التكميلي لأن القانون المدني له درجة كبيرة من الإحاطة والشمول حيث احتوى على 1003 مادة مست كل أنواع التصرفات المدنية<sup>1</sup>.

### ثانيا: العرف المساعد للتشريع

هو الذي يرجع فيه القاضي إلى قواعد العرف ليستعين بها في كيفية تطبيق المعايير المرنة الواردة في النص التشريعي بهدف تطبيق حكم النص بأسلوب أكثر ملائمة، حيث استعانة القاضي بالعرف تكون إما لتحديد مضمون النص، أو الاستفاء نقص في اتفاق المتعاقدين أو للتعرف على نية المتعاقدين<sup>2</sup>.

1-إحالة المشرع للعرف لتحديد مضمون النص: مثل ما نصت عليه المادة 365 الفقرة واحد من القانون المدني الجزائري إذا عين في عقد البيع مقدار المبيع كان البائع مسؤولا عما ينقصه منه بحسب ما يقضي به العرف... فهاته القاعدة بينت أن البائع مسؤول على النقص الذي يمس المبيع، وتضمنت هذه القاعدة إحالة للعرف لبيان مقدار النقص المسؤول عنه البائع<sup>3</sup>.

2-إحالة المشرع للعرف لاستفاء ما يوجد من نقص في اتفاق المتعاقدين: مثل ما نصت عليه المادة 387 الفقرة واحد من القانون المدني الجزائري: "... يدفع ثمن المبيع في مكان تسليم المبيع مالم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك...." لما جاء في هذا النص فإن القاضي يحيل الى العرف لبيان مكان دفع ثمن المبيع إذا أهمل المتعاقدان الاتفاق عليه<sup>4</sup>.

3-إحالة المشرع للعرف للتعرف على نية المتعاقدين: مثل ما جاء في المادة 111 الفقرة 02 من القانون المدني الجزائري «...أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد يجب البحث عن نية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهداء في ذلك لطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافرا في أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجاري في المعاملات».

1- عمار بوضياف، المرجع نفسه، ص 177.

2- احمد حسني علي، مدخل العلوم القانونية النظرية والتطبيق في القوانين الجزائرية، ط02، دار هومة، الجزائر، 2010، ص273.

3- محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص198.

4- محمد سعيد جعفرور، المرجع نفسه، ص 199.

فص المادة يبين استناد القاضي على العرف للبحث عن نية المتعاقدين وتفسير العقد بترجيح التفسير الملائم للعرف السائد<sup>1</sup>.

### ثالثا: العرف المخالف للتشريع

نعني بذلك العرف المخالف للقاعدة القانونية مكملة على خلاف العرف المخالف للقاعدة القانونية أمرة الذي يبطل العمل به لعدم جواز الاتفاق على خلاف أحكام القواعد الآمرة. نطاق هذا العرف فأخذ فيه بمبدأ عدم جواز قيام العرف المخالف للتشريع ويتقيد بمجال كل فرع من فروع القانون، كالعرف المدني لا يجوز أن يخالف قاعدة أمرة من قواعد القانون المدني والعرف التجاري لا يجوز أن يخالف قاعدة أمرة من قواعد القانون التجاري، بينما يجوز أن يخالف عرف تجاري قاعده أمرة من قواعد القانون المدني<sup>2</sup>.

1- أحمد سي علي، المرجع السابق، ص 278.

2- محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص 197.

## ملخص الفصل الأول

نخلص من خلال ما تعرضنا له في هذا الفصل إلى:

- للعرف في الفقه الإسلامي عدة تعاريف منها أنه "عادة جمهور قوم في قول أو فعل".
- أما في القانون فوجدنا أنّ "المشرع لم يضع تعريفا صريحا للعرف بل ترك الأمر لفقهاء القانون".
- ميزنا بين العرف وبعض المصطلحات المشابهة في كل من الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.
- وجدنا أن للعرف في كل من الفقه والقانون تقسيمات مختلفة حسب اعتبارات مختلفة.
- اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول إثبات حجية العرف لكن لم ينكروا كونه حجة.
- اتفق فقهاء القانون على كون العرف قاعدة قانونية ملزمة، لكن محل الخلاف بينهم كان حول مصدر الإلزام في القاعدة العرفية.
- أركان العرف في الفقه الإسلامي على مذهبين: الأول جعل له ركنان والثاني جعل للعرف ثلاثة أركان.
- للعرف في القانون ركنان: ركن مادي وركن معنوي وهو ما يوافق المذهب الأول في الفقه الإسلامي.
- شروط العرف في الفقه لم تختلف عن القانون كثيرا فكل شرط في الفقه يوافقه شرط في القانون.
- أما الحديث عن دور العرف فكان إما مكملا أو مخالفا في كل من الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

# الفصل الثاني

## تطبيقات العرف في قانون الأسرة الجزائري

المبحث الأول: تطبيقات العرف في عقد الزواج

المبحث الثاني: النزاع حول متاع البيت الزوجية

## الفصل الثاني

### تطبيقات العرف في قانون الأسرة الجزائري

قال الله تعالى: ﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَعْتَكِرُونَ ﴾ ﴿٥١﴾ الروم الآية 21.

يعتبر الزواج في الإسلام عقدا دائما مبنيا على المودة والرحمة والألفة بين الزوجين، ومبني على قيم ومبادئ من شأنها تحقيق الاستقرار الأسري، ولأجل تحقيق كل هذا لا بد لعقد الزواج من مقدمات تعطي للطرفين فرصة اختيار الشريك المناسب، وهذه المقدمة تسمى بالخطبة.

في هذا الفصل سنتطرق إلى مفهوم الخطبة واعتبار العرف فيها من حيث اقترانها بالفاتحة، ثم نتناول عقد الزواج واعتبار العرف فيه، وصيغته والألفاظ التي تركز فيه على العرف، أما فيما يخص الشروط فالحديث سيكون مختصرا على الصداق الذي ترك تحديد قدره وتأجيله وتعجيله للعرف وهذا كله سيكون تحت عنوان تطبيقات العرف في عقد الزواج كمبحث أول، أما المبحث الثاني فالحديث فيه سيكون حول النزاع في متاع البيت.

**المبحث الأول: تطبيقات العرف في عقد الزواج**

**المطلب الأول: اعتبار العرف في الخطبة**

**المطلب الثاني: اعتبار العرف في الزواج**

**المبحث الثاني: النزاع حول متاع البيت الزوجية**

**المطلب الأول: مفهوم المتاع**

**المطلب الثاني: قسمة متاع البيت الزوجية**

## المبحث الأول

### تطبيقات العرف في عقد الزواج

الزوجية من سنن الله عز وجل في الخلق والتكوين، فالزواج هو نظام إلهي شرعه الله تعالى لرفع مرتبة الإنسان وتعظيمه.

لذا سيكون الحديث في هذا المبحث عن تطبيقات العرف في عقد الزواج على مطلبين: المطلب الأول سنتعرف فيه على اعتبار العرف في الخطبة، أما في مطلب الثاني فسنتعرف فيه على اعتبار العرف في الزواج.

#### المطلب الأول

##### اعتبار العرف في الخطبة

تعتبر الخطبة من مقدمات الزواج، فهي مرحلة تسبق عقد الزواج وتعتبر مرحلة حساسة ومهمة. لذا سنتكلم في هذا المبحث عن اعتبار العرف في الخطبة من خلال التطرق لمفهوم الخطبة في الفرع الأول واقتران الخطبة بالفاتحة واعتبار العرف فيها كفرع ثاني.

##### الفرع الأول: مفهوم الخطبة

لكي نتعرف بوضوح على مفهوم الخطبة سنتطرق إلى تعريفها في الفقه والقانون ثم سنتناول مشروعيتها.

##### أولاً: تعريف الخطبة

سنتناول تعريف الخطبة من ناحيتين، الأولى في الفقه الإسلامي والثانية في قانون الأسرة الجزائري.

##### 1- تعريف الخطبة في الفقه الإسلامي:

عرفها الحنفية: الخطبة بكسر الخاء هي طلب التزويج<sup>1</sup>.

عرفها المالكية بأنها: "التماس النكاح" وعرفها الجمل في المالكية "بأنها التماس الخاطب

1- مريم سليمان، أحكام الخطبة، مذكرة ماستر، كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة الوادي، 2015، ص 02 .

النكاح من جهة المخطوبة"<sup>1</sup>.

وعرفها الشافعي بقولهم: "الخطبة بكسر الخاء هي التماس الخاطب النكاح من جهة المخطوبة"<sup>2</sup>.

وعرفها ابن قتادة من الحنابلة بأنها "خطبة الرجل للمرأة لينكحها"<sup>3</sup>.

## 2-تعريف الخطبة في القانون الجزائري:

عرفها المشرع الجزائري الخطبة في المادة 5 من قانون الأسرة على أنها "وعد بالزواج، ولكل من الطرفين العدول عنها"<sup>4</sup>، ويتضح من خلال هذا النص أن المشرع لم يعطي تعريفا دقيقا للخطبة بل اكتفى ببيان طابعها القانوني<sup>5</sup>، فقد اعتبر الخطبة مجرد وعد بالزواج فالخطبة إذا هي مجرد إجراء تمهيدي يقوم به الخاطبان للتعرف على بعضهما ويجوز لكل من الطرفين العدول عنها.

أما مفهوم الخطبة في مجتمعنا الجزائري حاليا، فهو عبارة عن اتفاق بين العائلتين يسبق قراءة الفاتحة، ويقع غالبا بين والدي الخاطبين، وينتهي بالإيجاب والقبول المصاهرة دون إبرام أي عقد<sup>6</sup>.

## ثانيا: مشروعية الخطبة

الخطبة مشروعية بالكتاب والسنة الشريفة وهي مستحبة.

### 1- من الكتاب:

قوله تعالى: ﴿ وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ ﴾<sup>7</sup>. البقرة، الآية 275

1- نايف محمد الرجوي، أحكام الخطبة في الفقه الإسلامي، ط 01، دار الثقافة للنشر، الأردن، 2008، ص 52.

2- مريم سليمان، المرجع السابق، ص 03.

3- نايف محمد الرجوي، المرجع نفسه، ص 53.

4- لأمر رقم 84-11 المؤرخ 8 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية ع24 سنة 1984، المعدل والمتمم بالأمر 84-

13 مؤرخ في 27 فبراير 2005، ج ر، العدد 15 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

5- محفوظ بن صغير، أحكام الزواج في الاجتهاد الفعلي وقانون الأسرة الجزائري: الجزائر، د ط، دار الوعي، الجزائر، 2013، ص

9.

6- بن سنوسي بلال، المرجع السابق، ص 45.

## 2- من السنة:

\* روى البخاري عن عروة أن النبي صلى الله عليه وسلم خطب عائشة إلى أبي بكر، فقال له أبو بكر: إنما أنا أخوك، فقال: (أنت أخي في دين الله وكتابه وهي لي حلال)<sup>1</sup>.

\* عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: لا يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى يترك الخاطب قبله أو يأذن له الخاطب<sup>2</sup>.

## 3- من الإجماع:

قد أجمع علماء المسلمين ماضيا وحاضرا على جواز الخطبة ومشروعيتها، كما جرى عرف المسلمين على الخطبة قبل الزواج، وهو عرف صحيح، لا يعارض نصا في الكتاب والسنة<sup>3</sup>.

## الفرع الثاني: اقتران الخطبة بالفاتحة واعتبار العرف فيها

في هذا الفرع سنتعرف على معنى الفاتحة أولا، ثم سنتكلم اقترانها بالخطبة كعنصر ثاني.

## أولا: تعريف الفاتحة

الفاتحة كما هو متعارف عليه في مجتمعنا المسلم عامة والمجتمع الجزائري على الخصوص، هي قراءة سورة الفاتحة بعد إتمام الخطبة وبعد اتفاق الطرفين على جميع الشروط وقوع التراضي<sup>4</sup>. إذن الفاتحة هي عبارة عن اجتماع يحضره أولياء المخطوبين (الزوج والزوجة) والأقارب وغيرهم من الاصدقاء، فتتم فيه قراءة سورة الفاتحة في آخر المجلس مع توافر جميع الشروط متبوعة بالدعاء والتبرك للعروسين.

1- صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب عرض الإنسان ابنته أو أخته على أهل الخير، ج2، دار الكتاب العربي، ص 1077، رقم الحديث 5082.

2- صحيح البخاري، المصدر نفسه، حديث رقم، 5142، ص 1311.

3- بن سنوسي بلال، المرجع السابق، ص 47.

4- طيانية حسبية، العرف كمصدر تشريعي في مسائل الزواج والطلاق، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المسيلة، الجزائر، 2019، ص 11.

## ثانيا: اقتران الخطبة بالفاتحة واعتبار العرف فيها:

جاء في المادة (06) من قانون الأسرة الجزائري: "أن اقتران الفاتحة بالخطبة لا يعد زواجا، غير أن اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواج متى توافر ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في المادة (09) مكرر من هذا القانون<sup>1</sup>، وهي: أهلية الزواج، والصداق، والولي، والشاهدان، وانعدام الموانع الشرعية للزواج<sup>2</sup>.

ويلاحظ من النص أعلاه أنه فرق بين حالتين هما:

1- أن اقتران الفاتحة بالخطبة لا يعتبر زواجا: سواء في مجلس العقد أو أي مجلس آخر، فإذا تقدم الرجل لخطبة ثم قرأت الفاتحة دون توافر أركان الزواج وشروطه، فإن الزواج لم يتم ونكون في حدود الخطبة، والفاتحة تقرأ في الحالتين للتبرك لا غير<sup>3</sup>.

2- إذا اقترنت الفاتحة بالخطبة مع توافر ركن الرضا وشروط الزواج من صداق وولي وأهليه وشاهدين وانعدام الموانع الشرعية للزواج، كانت تلك الفاتحة قرينة قاطعة على إتمام عقد الزواج شرعا إذ يمكن تسجيله في سجل الحالة المدنية<sup>4</sup>.

فالعبرة في اعتبار عقد الزواج من عدمه يكمن في توفر ركن الرضا وشروط الزواج، وليس مجرد الفاتحة وإن كان الغالب في مجتمعنا اقتران الفاتحة بعقد الزواج<sup>5</sup>.

1- الأمر رقم 84-11 المؤرخ 8 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية ع24 سنة 1984، المعدل والمتمم بالأمر رقم

02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية، العدد 15، المؤرخ في 27 فبراير 2005.

2- الأمر رقم 84-11 المؤرخ 8 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية ع24 سنة 1984، المعدل والمتمم بالأمر رقم

09/05 المؤرخ في 04 مايو سنة 2005.

3- لحسين بن شيخ اث ملويا، قانون الأسرة (دراسة تفسيرية)، ط 01، دار الهدى، الجزائر، 2014، ص19.

4- نسرین شريقي، كمال بوفوروة، قانون الأسرة الجزائري د ط، دار بالقيس، الجزائر 2010، ص 16.

5- نسرین شريقي، المرجع نفسه، ص16.

## المطلب الثاني

### إعتبار العرف في الزواج

سنتناول في هذا المطلب مفهوم الزواج كفرع أول واعتبار العرف في ركن الرضا وشرط الصداق كفرع ثاني.

#### الفرع الأول: مفهوم الزواج

لكي نضع مفهوم للزواج سنتعرف أولا على تعريف الزواج ثم سنتطرق إلى حجيته.

#### أولا: تعريف الزواج

سنتناول تعريف الزواج في الفقه ثم في قانون الأسرة الجزائري.

#### 1- التعريف الفقهي:

الزواج عند المالكية: هو عقد لحل تمتع بأنثى غير محرم ومجوسية، وأمة كتابية بصيغة<sup>1</sup>.  
الزواج عند الشافعية: قال الزحيلي: أن النكاح عقد إباحة أو تملك<sup>2</sup>.  
قال القليوبي من الشافعية أيضا: "عقد يتضمن إباحة الوطاء، بلفظ انكاح أو تزويج، فهو ملك انتفاع لا ملك منفعة<sup>3</sup>.

الزواج عند الأحناف: عقد يراد على ملك المتعة قصدا<sup>4</sup>.

الزواج عند الحنابلة: هو عقد بين الزوجين يحل به الوطاء<sup>5</sup>.

وعرفه أبو زهرة بقوله: إنه عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة، وتعاونهما ويحد مال كليهما من

1- أحمد بن محمد أحمد الدردير، أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، باب نذب النكاح، مكتبة أيوب، نيجيريا، 1420هـ، ص 58.

2- ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار على متن تنوير الابصار، ج 2، كتاب النكاح، دار الطباعة، مصر، د.س، ص 179.

3- عبيد فاطمة زهرة، عقد الزواج في ظل الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مستغانم، الجزائر، 2018، ص 12.

4- عبيد فاطمة الزهراء، المرجع نفسه، ص 11.

5- محمد بن علي الشوكاني، نيل الاوطار من اسرار منتقى الاخبار، تحرير: محمد صبحي بن حسن حلاق، ط 01، دار الجوزي، السعودية، 2006، ص 20.

حقوق وما عليهما من واجبات<sup>1</sup>.

## 2- تعريف الزواج في قانون الأسرة الجزائري:

نصت المادة 04 من قانون الأسرة الجزائري: "الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة، والتعاون وإحصان الزوجين، والمحافظة على الأنساب".

وعليه، فإن عقد الزواج عقد رضائي ذو طبيعة خاصة تميزه عن غيره من العقود، كون أنه:

- عقد يتعلق بذات الإنسان.
- قائم على التأييد وآثاره تستوعب حياة الفرد.
- أساس بناء الأسرة التي يقوم عليها المجتمع<sup>2</sup>.

## ثانياً: مشروعية الزواج

النكاح مشروع بالقرآن والسنة والإجماع.

### 1- من القرآن الكريم

- قال تعالى: ﴿يَأْتِيهَا النَّاسُ أَتْفُقُوا رَبِّكُمْ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً وَأَتْفُقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا ﴿١٠﴾﴾ سورة النساء، الآية 01.
- قوله تعالى: ﴿فَأَنكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبْعًا ﴿٣﴾﴾ سورة النساء، الآية 03
- قوله تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَعْتَكِرُونَ ﴿٢١﴾﴾ سورة الروم، الآية 21
- قال الله تعالى: ﴿هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ ﴿١٨٧﴾﴾ سورة البقرة، الآية 187
- قال الله تعالى: ﴿وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ بَيْنًا وَحَفَدَةً ﴿٧٢﴾﴾ سورة النحل، الآية 72.

1- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط 03، دار الفكر العربي، مصر، 1957، ص 17.

2- نسرين شريقي، المرجع السابق، ص 08.

**2- من السنة النبوية**

عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج، فإنه أغض للبصر، وأحصن للفرج، ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء<sup>1</sup>.

**3- من الإجماع:**

أجمع المسلمون على أن النكاح مشروع.

**الفرع الثاني: تطبيقات العرف في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري**

في هذا الفرع سنتكلم عن أركان الزواج أي الكلام سيكون عن ركن الرضا في كعنصر أول ونتكلم عن الصداق كشرط من شروط الزواج واعتبار العرف فيه كعنصر ثاني.

**أولاً: ركن الرضا في عقد الزواج واعتبار العرف فيه**

سوف نتطرق في هذا العنصر الى ركن الرضا في عقد الزواج وفق من انتهجه المشرع الجزائري في قانون الأسرة.

**1- تعريف ركن الرضا:**

عرف الرضا في الفقه الإسلامي بأنه: "توافق إرادة الطرفين في الارتباط بواسطة التعبير الدال عن التصميم على إنشاء الارتباط وإيجاده"، ويتمثل التعبير فيما يجري من عبارات بين المتعاقدين من إيجاب وقبول<sup>2</sup>.

ويعرف أيضا بأنه: هو الإيجاب والقبول الصادرين من المتعاقدين الذي يرتبط أحدهما بالآخر فيفيدان تحقيق المراد من صدورهما<sup>3</sup>.

1- رواه البخاري، المصدر السابق، حديث رقم 5066، ص 1293.

2- علي أحمد عبد العال الطهطاوي، شرح كتاب النكاح، ط01، دار الكتب العلمية، لبنان، 2005، ص 61

3- بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، ط 02، مطبعة دار التأليف، مصر، 1961، ص 41.

وقد سار المشرع الجزائري على نفس المنوال الذي جاء به الفقه الإسلامي، فقد اعتبر الرضا أمر جوهري في عقد يرتبط فيه شخصان ارتباطاً مؤبداً، حيث جاء في نص المادة 04 من قانون الأسرة الجزائري على أن "الزواج عقد رضائي".

كما نصت المادة 09 منه على أنه "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين".

كما جاء في نص المادة 10 أنه "يكون الرضا بالإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بلفظ يفيد معنى النكاح شرعاً".

ومن خلال المادة 04 و 09 و 10 نلاحظ أن المشرع الجزائري لم يعطي تعريفاً لركن الرضا صراحة وإنما اكتفى فقط بتحديد قسيمي الرضا واللفظ بصفة عامة.

إذا نستنتج أن الرضا هو اللفظ الدال على حصول الزواج وتحققه إيجاباً وقبولاً، والإجابة هو التعبير الدال على الرضا الصادر ممن هو أهل له، ويسمى الشخص الذي صدر منه الإيجاب موجباً، أما القبول وهو ما صدر ثانياً من الطرف الذي صدر منه القبول قابلاً<sup>1</sup>.

## 2- صور الرضا:

نصت المادة 10 من قانون الأسرة الجزائري "يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعاً".

ويصبح الإيجاب والقبول من العاجز لكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفاً كالكتابة والإشارة". من خلال نص المادة 10 أن للإجابة والقبول صوراً مختلفة، فقد يكون لفظاً، كما يمكن أن يكون بصور غير لفظية كالكتابة والإشارة.

لذا سنتكلم على الصيغة اللفظية كعنصر أول ثم الصيغة الغير لفظية كعنصر ثاني.

### أ- الصيغة اللفظية:

جاء في نص المادة 10 من قانون الأسرة الجزائري على أنه "يكون الرضا بالإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعاً".

1- البشير كوثر، أحكام الزواج في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مستغانم، الجزائر،

من خلال النص نجد أن المشرع الجزائري لم يحدد أي لفظ يتم به التعبير عن الإيجاب والقبول حيث تكلم عنه بالعموم، وهذا ما يستلزم الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي وفقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري.

### - الألفاظ المعتبرة شرعا عن النكاح

يقصد بها الألفاظ التي يصح التعبير بها عن عقد الزواج، وهي قسمان: قسم متفق عليه وقسم اختلف فيه الفقهاء.

#### 01- الألفاظ المتفق عليها أنها تؤدي معنى النكاح شرعا

- ألفاظ متفق على صحة العقد بها: أجمع الفقهاء على أن الزواج ينعقد بكل لفظ مأخوذ من كلمة الزواج والنكاح، لورودهما في نص القرآن في عدة آيات، منها قوله تعالى: ﴿فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَّةَ وَرُبُعَ﴾<sup>1</sup>. سورة النساء، الآية 3.

وقوله تعالى: ﴿فَلَمَّا قَضَى زَيْدٌ مِنْهَا وَطْرًا زَوَّجْنَاكَهَا﴾<sup>2</sup> سورة الأحزاب، الآية 37.

- ألفاظ متفق على عدم صحة العقد بها: اتفق الفقهاء على عدم انعقاد الزواج بالألفاظ التي تدل على تملك العين في الحال، ولا على بقاء الملك مدى الحياة وهي: الإباحية الإعارة، الإجازة، المتعة، الوصية، الرهن، الوديعة، وغيرها<sup>1</sup>.

#### 02- الألفاظ المختلف فيها

اختلف الفقهاء في لفظ البيع والهبة والصدقة، والعطية ونحوها مما يدل على تملك العين في الحال وبقاء الملك مدة الحياة، فذهب الحنفية المالكية إلى جواز العقل بها بشرط وجود نية أو قرينة تدل على إرادة الزواج، كتحديد الصداق وحضور الناس وفهم الشهود المقصود<sup>2</sup>.

**لفظ الهبة:** اختلفوا في عقد النكاح بلفظ الهبة، فقال الشافعي لا ينعقد، واختلف أصحاب مالك أحدهما كقول الشافعي، والآخر ينعقد إذا سمى الصداق، وقال أبو حنيفة: ينعقد إذا أشهد عليه ولها

1- البشير كوثر، المرجع السابق، ص 09.

2- عبد النور تمين، التراضي في عقد الزواج بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المسيلة، الجزائر، 2019، ص 36.

المهر المسمى، واستدل الشافعية والحنبلة بأن لفظ الهبة في الآية خاص بالنبي صلى الله عليه وسلم<sup>1</sup>.

**استعمال اللفظ العربي:** ينعقد النكاح في الأصل بما عده الناس نكاحاً بأي لغة ولفظ وفعل كان، ومثله كل عقد، والشرط بين الناس ما عدوه شرطاً، وهل ينعقد بغير العربية لمن يحسنها، فعند الحنبلة قولان، استظهر صاحب المنتهى عدم الصحة من العالم بالعربية، وهو قول الظاهرية وعند الشافعية ثلاثة أوجه، الأول أنه لا يصح مطلقاً، والثاني إن كان يحسن العربية فلا يصح، والثالث الجواز مطلقاً، سواء كان يحسنها أم لا<sup>2</sup>.

### ب- الصيغة غير اللفظية:

تناول المشرع الجزائري انعقاد الزواج بغير اللفظ في المادة 10 من قانون الأسرة الجزائري والتي جاء فيها: "ويصبح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفاً كالكتابة والإشارة".

من خلال نص المادة نجد أن المشرع الجزائري قد منح للعاجز طرقاً أخرى غير كلامية يتم بها عقد النكاح كالكتابة والإشارة.

**ب-1- انعقاد الزواج بالإشارة:** إذا كان أحد العاقدين أخرس فهل يجوز له أن يعقد زواجه بالإشارة إذا كان يعرف الكتابة ذهب الرأي الراجح في المذهب الحنفي إلى أنه لا يلجأ إلى الإشارة إذا كان الأخرس يجيد الكتابة، لأن الكتابة أبين وأقوى في التعبير عن الإرادة ومن يستطيع الأعلى لا يقبل منه الأدنى، فلا تقبل الإشارة لأنها قاصرة عن الكتابة في الدلالة<sup>3</sup>.

بينما ذهب الجمهور إلى الأصل في العقد أن يكون بالخطاب فإذا عجز عنه استعين بغيره من أنواع الدلالات، لأن العبرة بحصول الإفهام والكتابة لديه سواء<sup>4</sup>.

1- عبد النور ثمين، المرجع نفسه، ص 36.

2- عبد النور ثمين، المرجع نفسه، ص 37.

3- البشير كوثر، أحكام الزواج في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مستغانم، الجزائر، 2018، ص 13.

4- البشير كوثر، المرجع نفسه، ص 13.

**ب-2- انعقاد الزواج بالكتابة:** إذا كان أحد العروسين عاجزا ولا يملك القدرة اللازمة للتعبير بلسانه عن إرادته في عقد زواجه مع شخص آخر معين، ولكنه قادرا على الكتابة والتعبير بها عن مراده في الزواج فإنه يرخص له شرعا وقانونا باستعمال الكتابة كوسيلة للتعبير عن إرادته في الزواج بالإيجاب والقبول على أنه يكون ذلك في مجلس العقد نفسه أمام الموظف المؤهل بتحرير للعقد، بحضور الولي ثم يطلب منه بعد ذلك أن يوقع على وثيقة عقد الزواج إلى جانب الأطراف الآخرين<sup>1</sup>.

**3- حكم انعقاد الزواج بالألفاظ العامية:** تسمى هذه الألفاظ بالألفاظ المصحفة ولم يجرز الحنفية انعقاد الزواج بها لانعدام القصد الصحيح ولكن لو اتفق قوم على النطق بهذه الغلطة حيث أنهم يطلبون بها الدلال على الزواج وتصدر عن قصد منهم في عقد الزواج بها<sup>2</sup>.

### ثانيا: تعجيل الصداق وتأجيله واعتبار العرف فيه

سوف نتطرق أولا إلى مفهوم الصداق ثم نتناول أثر العرف فيه وفق ما انتهجه المشرع الجزائري في قانون الأسرة.

#### 1- مفهوم الصداق

سننتاول تعريفه ثم مشروعيته.

**أ-الصداق:** للصداق أسماء عدة منها: المهر، نحلة، أجر، فريضة، ويطلق عليه في لهجتنا ب: شرط أما عن تعريفه فقها فلله عدة تعاريف فاذكر منها:

"عرفه الحنفية: اسم للمال الذي يجب في عقد النكاح على الزوج في مقابلة البضع.

وعرفه المالكية: ما يجعل للزوجة في نظير الاستمتاع بها.

عرفه الشافعية: العوض المستحق في عقد النكاح.

عرفه الحنابلة: العوض في النكاح سواء سمي في العقد أو فرض بعده بتراضهما"<sup>3</sup>.

1- البشير كوثر، المرجع السابق، ص13.

2- غرابي عادل، مكانة العرف في المنظومة التشريعية الاسرية في الجزائر، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجلفة، الجزائر، 2020، ص18.

3- بن سنوسي بلال، المرجع السابق، ص79.

وعرفه المشرع الجزائري في نص المادة 14 من قانون الأسرة الجزائري: "هو ما يدفع نحلة لزوجته من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء".

## 2- مشروعية الصداق

الصداق مشروع بالكتاب والسنة.

### أ- من الكتاب:

قوله تعالى: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾. سورة النساء-الاية 04-

وقوله تعالى: ﴿فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً﴾... سورة النساء-الاية 24-

### ب- من السنة:

يتضح لنا مشروعيته مشروعية الصداق من السنة النبوية من خلال "حديث سهل بن سعد حيث قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (التمس ولو خاتما من حديد). كذا حديث عبد الله بن عامر بن ربيعة عن أبيه رضي الله عنه، أن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز نكاح المرأة على نعلين"<sup>1</sup>.

## 3- الصداق المعجل والمؤجل وأثر العرف فيه

سنتعرف أولا على تأجيل الصداق وتعجيله في الفقه وموقف القانون منه ثم نتعرف على أثر العرف فيه.

أ- **تعجيل الصداق أو تأجيله:** اتفق الفقهاء على كون أن للصداق ثلاث حالات أن يكون إما مؤجلا كليا أو معجلا كليا أو معجل في جزء ومؤجل في الجزء الآخر.

**الحنفية:** ذهب الحنفية إلى جواز تأجيل الصداق وتعجيله كله أو بعضه، بشرط أن لا يكون الأجل مجهولا، وفي حالة اتفاق الطرفين على مهر دون ذكر تأجيله أو تعجيله يكون العمل بحسب عرف البلد، وفي حالة اتفاقهما صراحة على تقسيط المهر عمل به<sup>2</sup>.

1- زرقين عواطف، مدى سلطان العرف في قانون الأسرة الجزائري، امثلة وتطبيقاته، مذكرة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، الجزائر، 2015، ص14.

2- بن سنوسي بلال، المرجع السابق، ص82.

**المالكية:** ذهب المالكية إلى عدم جواز تأجيل المهر إذا كان معيناً موجوداً حتى ولو رضيت الزوجة بذلك، في حين يجوز تأجيله كله أو بعضه إذا كان المهر غير معين، ويشترط لجواز التأجيل أن يكون الأجل معلوماً وغير بعيد<sup>1</sup>.

**الشافعية والحنابلة:** أجاز الشافعية والحنابلة تأجيل المهر كله لأجل معلوم، لأن عوض في معاوضة فإن أطلق ذكره اقتضى الحلول، وإن أجل لأجل مجهول لم يصح، وإن أجل ولم يذكر الأجل فالمهر عند الحنابلة صحيح ومحل الفرقة أو الموت....<sup>2</sup>.

**ب- موقف القانون:** نصت المادة 15 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي: "يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلاً أو مؤجلاً" وما يفهم من النص أنه يجوز تأجيل الصداق وتعجيله متى ترضى الطرفان على ذلك.

ومن هنا يكون للصداق وفق قانون الأسرة الجزائري ثلاث حالات:

- أن يكون معجلاً كله: بأن يدفع كاملاً للزوجة قبل الدخول بها أو بعد إبرام العقد مباشرة.
- أن يكون مؤجلاً كله: بأن يتفق الطرفان على أن لا تقبض الزوجة الصداق إلا بعد الدخول أو في وقت لاحق يحدده.
- أن يكون مؤجلاً في بعض معجلاً في البعض الآخر: بأن يدفع جزء من الصداق للزوجة ويؤجل الباقي إلى تاريخ محدد بعد الدخول وإذا لم يحدد تاريخ معين فإنه ينصرف إلى تاريخ الطلاق أو تاريخ الوفاة<sup>3</sup>.

**ج- اعتبار العرف في تأجيل الصداق وتعجيله:** إن حكم الصداق في العرف هو الوجوب وأنه شرط لا يكتمل عقد الزواج إلا به ولذلك فإن الأعراف الجارية بتعجيل الصداق بأن يدفعه الرجل كله قبل الدخول بالزوجة وفي كل المناطق الجزائرية لا يوجد عرف يقضي بتأجيل الصداق بل يتم دفع كامل معجلاً وغالباً ما يتم ذلك في حضور إمام وجماعة من الناس من المسجد أو عند أهل الزوجة<sup>4</sup>.

1- بن سنوسي بلال، المرجع نفسه، ص 82.

2- بن سنوسي بلال، المرجع السابق، ص 82.

3- عزوز فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص 68.

4- عزوز فاطمة الزهراء، المرجع نفسه، ص 69.

## المبحث الثاني

### النزاع حول متاع البيت الزوجية

سننظر في هذا المبحث إلى مفهوم المتاع، والذي سنتعرف فيه على التعريف اللغوي والاصطلاحي والقانوني والشرعي للمتاع كمطلب أول، ثم نتعرف على حكم المتاع وطبيعة الأشياء المتنازع فيها كمطلب ثاني.

#### المطلب الأول

##### مفهوم المتاع

في هذا المطلب سنتعرض مجموعة من التعاريف لمتاع بيت الزوجية، حيث سنعرض التعريف اللغوي والاصطلاحي كفرع أول، ثم التعريف القانوني كفرع ثاني.

#### الفرع الأول: التعريف اللغوي والاصطلاحي لمتاع البيت

##### أولاً-المتاع لغة:

قال الزهراوي: فإنما المتاع في الأهل فكل شيء ينتفع به وتبلغ به ويتزود به. والفناء يأتي عليه في الدنيا<sup>1</sup>.

وقال ابن المظفر: من امتعه البيت: وما يستمتع به الإنسان في حوائجه وكذلك كل شيء<sup>2</sup>.

ونصف الليث: المتاع ما يستمتع به الإنسان في حوائجه<sup>3</sup>.

##### ثانياً-المتاع اصطلاحاً:

هو ما يجب على الزوج أن يوفره لزوجته من متاع البيت، أو هو ما يجب على الزوج لزوجته في البيت، ويتمثل ذلك في آلات اكل وشرب وطبخ وغيرها<sup>4</sup>.

1- بنت مهدي فوزيه، النظام المالي للزوجين في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر، مع هذه العلوم الاقتصادية، التجارية وعلوم التسيير، جامعة عين تموشنت، الجزائر، 2020، ص 101.

2- بنت مهدي فوزيه، المرجع نفسه، ص 101.

3- بنت مهدي فوزيه، المرجع نفسه، ص 101.

4- حفصية دونه، أحكام النفقة ومتاع البيت كأثر من آثار الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة الوادي، الجزائر، 2015، ص 41.

المتاع هو كل ما ينتفع به عروس الدنيا كثيرها وقليلها سواء الفضة والذهب وعرفا كل ما يلبسه الناس ويبسطه<sup>1</sup>.

هو ما يتمتع به الزوجان في حياتهما من لباس واداءه وادوات منزليه معدة للطبخ وغيره، أو للركوب كالسيارة أو وسائل الترفيه كبنديقية الصيد للرجال والحلي للنساء<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني: تعريف المتاع قانونا

لم يتطرق المشرع لتعريف المتاع وإنما اكتفى بذكر أحكام التنازع فيه<sup>3</sup>.

متاع البيت هو مجموعة الأشياء الموجودة في منزل الزوجية، والمخصصة للاستعمال المشترك داخل المنزل لكل من الزوجين وباقي أفراد الأسرة، مثل الافرشة والاعطية وجهاز التلفزيون والبراد....<sup>4</sup>.

ولقد عرفه محمد الازهر في كتابه شرح مدونة الأسرة المغربية بقوله: "المراد ما ينتفع به في بيت الزوجية ويشمل الجهاز وغيره من أثاث البيت والأدوات المنزلية وغيرها"<sup>5</sup>.

### المطلب الثاني

#### قسمه متاع البيت الزوجية

سنتطرق من خلال هذا المطلب إلى أحكام قسمة متاع البيت الزوجية في الفقه الإسلامي وفي القانون كفرع أول ثم سنتناول النزاع في متاع البيت كفرع ثاني.

#### الفرع الأول: حكم متاع البيت

سنتناول الحكم في الفقه الإسلامي أولا ثم في قانون الأسرة الجزائري ثانيا.

1- عزه يمينة، كرفاوي مسعود، أحكام النفقة ومتاع البيت كاتر من آثار الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، مذكرة ماستر، جامعة الجلفة، الجزائر، 2021، ص 24.

2- عدنان ليلي، علاوة كريمة، الحقوق المالية بعد الطلاق، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، الجزائر، 2016، ص 18.

3- حفصية دونه، المرجع السابق، ص 41.

4- رحال خالد، النزاع حول متاع بيت الزوجية، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، الجزائر، 2016، ص 09.

5- حفصية دونه، المرجع نفسه، ص 41 .

## أولاً: حكم متاع بيت الزوجية في الفقه الإسلامي

أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية أنه في حال اختلاف الزوجين في أثاث بيت الزوجية، فأدى كل منهما ملكيته هذا الأخير، أن يكون الأثاث لمن أقام البينة منهما، وإن قام كلاهما البينة رجحت بينة من يدعي خلاف الظاهر لأن البينة شرعت لإثبات خلاف الظاهر، أما إذا لم تكن بينة لأحدهما، اختلف الفقهاء في ملكية أثاث بيت الزوجية إلى عدة آراء<sup>1</sup>:

1- رأي الشافعية: ذهب الشافعية إلى أنه في حالة اختلاف الزوجين في ملكية اثاث بيت الزوجية، أو اختلف أحدهما مع ورثه الآخر أو اختلف ورثتهما، فإن أقام أحدهما البينة يكون الاثاث له، أما إذا لم تكن لأحدهما البينة فيقسم الأثاث بينهما مناصفة، سواء في ذلك ما يصلح له ما بعد أن يحلف اليمين وذلك لكون الظاهر مع الزوجين<sup>2</sup>.

2- رأي المالكية: ذهب المالكية إلى أنه إذا اختلف الزوجان في متاع البيت، فدع كل واحد منهما أنه له، ولا بينة لهما أو لأحدهما، فمن كان من متاع النساء حكم به للمرأة مع يمينه، وما كان من متاع الرجال حكم به للرجل مع يمينه، أما ما يصلح لهما كالنقود مثلاً وهو للرجال بعد أداء اليمين، وقال سحنون إن ما يعرف لأحدهما فهو له من غير يمين<sup>3</sup>.

## ثانياً: حكم متاع البيت الزوجية في قانون الأسرة الجزائري

جاء في نص المادة 73 من قانون الأسرة الجزائري إذا وقع النزاع في بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت وليس لأحدهما بينة فالقول للزوجة أو ورثتهما مع اليمين في المعتاد للنساء والقول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال، والمشاركات بينهما يتقاسمه مع اليمين. يتضح من خلال هذه المادة أن النزاع في متاع البيت ينتهي لصالح صاحب البينة انطلاقاً من القاعدة الفقهية التي تقضي أن البينة على من ادعى واليمين على من أنكر<sup>4</sup>.

1- عدنان ليلي، المرجع السابق، ص34.

2- عدنان ليلي، المرجع نفسه، ص34.

3- عدنان ليلي، لمرجع نفسه، ص34.

4- حفصيه دونه، المرجع السابق، ص35.

فإذا قام أحد الزوجين حجة أو دليلا على كون أن هذا المتاع له حكم له به، أما ان لم يقدّم الدليل فالقاضي يلجئ إلى سلطة تقديرية في تحديد ما هو متاع للنساء وما هو متاع للرجال ويعطي الحق لمن يحلف واليمين عن ينكر<sup>1</sup>.

وعليه فلا يمكن تطبيق أحكام المادة 73 من قانون الأسرة الجزائري إلا إذا توفرت ثلاث شروط.

- 1- أن يكون موضوع النزاع قائم حول متاع البيت.
- 2- عدم وجود حجة كتابية أو شفوية لإثبات ملكية المتاع من أحد الزوجين.
- 3- أن يكون النزاع منصب على حق أحدهما في ملكيه ما يدعيه ملكيه خالصه<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني: النزاع في متاع البيت الزوجية

يعتبر النزاع في متاع البيت الزوجية من أهم الآثار الناتجة عن انحلال الرابطة الزوجية سواء بوفاة أو طلاق. حيث نجد أن المشرع الجزائري قام بتنظيمه في مادة واحدة حيث جاء في نص المادة 73 من قانون الأسرة الجزائري المذكورة سابقا.

#### أولا: طبيعة الأشياء المتنازع فيها

1- **الأشياء المتنازع فيها بحكم طبيعتها للمرأة:** أثناء الحياة الزوجية قد تقوم المرأة باقتناء بعض اللوازم التي جرت العادة والعرف باعتبارها أشياء خاصة بالمرأة ولا يتصور أن يقوم الرجل بشراء هذه الأغراض كالحلي وبعض الملابس المخصصة للنساء وأدوات التجميل، وعليه فمن غير المعقول أن يقوم الزوج بمنازعه الزوجة في هذه الأغراض ويمتد هذا الحكم إلى ورثة الزوج بعد المطالبة بالحصول على هذه الأشياء باعتبارها ملكا لمورثهما<sup>3</sup>.

2- **الأشياء المتنازعة فيها بحكم طبيعتها للرجال:** ويعني ذلك أن كل ما يصلح للرجال من ملابس وأدوات صيد وأدوات الرجالية كأداة الحلاقة... إلى آخره، وكل ما يستمد العرف حكما أنه للرجل، فإنه للرجل وإذا طالبه الزوج ونازعته زوجته عليه فالقول للزوج مع اليمين.

1- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 394، بتصرف.

2- عدنان ليلي، المرجع السابق، ص 35.

3- عدنان ليلي، المرجع نفسه، ص 36.

**3-الأشياء المتنازع فيها بحكم طبيعتها المشتركة:** من الناحية العملية هذه الحالة هي الأكثر صعوبة سواء للزوج أو الزوجة في إثبات ملكيتهم لشيء المتنازع عليه، أو بنسبة للقاضي في الفصل في هذا النزاع إذ يدعي كل منهما ملكيته بما في البيت من مفروشات وأثاث وأدوات مثل آلة الغسيل والتلفاز والثلاجة وغيرها، لأنه قد سارت الأعراف في مجتمعاتنا أن تقوم الزوجة بمساعدة زوجها في هذا الشأن بأموالها الخاصة التي تفتتها من أجره عملها إذا كانت عاملة وحتى من المهر الذي يعد حقا خالصا لها<sup>1</sup>.

### ثانيا: مكان حلف اليمين وكيفية أدائه

رغم سكوتي قانون الأسرة عن مكان وكيفية أداء اليمين المنصوص عليه في المادة 73، فكان عليه أن يلجأ الى تطبيق القواعد العامة على أن يقوم الخصم بحلف اليمين في الجلسة بحضور الخصم الاخر أو بعد تبليغه بتاريخ ومكان الجلسة وأن تصدر صيغة اليمين بعبارة احلف بالله العظيم، وإن خالف القضاة هذا النصوص فإنهم يكونون قد حرفوا إجراءات جوهرية وعرضوا أحكامهم للنقض<sup>2</sup>.

1- عدنان ليلي، المرجع السابق، ص ص 36-37.

2- مسعود رشيد، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، مذكرة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، الجزائر، 2006، ص

## ملخص الفصل الثاني

أهم ما رأيناه في الفصل الثاني هو:

- عرف المشرع الجزائري الخطبة في المادة 05 من قانون الأسرة.
- الخطبة مشروعة بالكتاب والسنة وهي مستحبة.
- تناول المشرع الجزائري اقتران الخطبة بالفاتحة في المادة 06 من قانون الأسرة.
- لم يعتبر المشرع الجزائري اقتران الفاتحة بالخطبة زواجا إلا إذا توافر ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في المادة 09.
- عرف المشرع الجزائري الزواج في المادة 04 من قانون الأسرة.
- الزواج مشروع بالكتاب والسنة.
- جعل المشرع الزواج ركن واحد المتمثل في الرضا.
- لم يعطي المشرع الجزائري تعريفا صريحا لركن الرضا.
- تناول المشرع الجزائري صور الرضا في المادة 10 من قانون الأسرة.
- من صور الرضا أن يكون الإيجاب والقبول بصيغة لفظية أو صيغة غير لفظية كانعقاد الزواج بالكتابة والإشارة مثلا.
- من شروط الزواج شرط الصداق والذي عرفه المشرع الجزائري في المادة 14 من قانون الأسرة.
- تكلم المشرع الجزائري عن مسألة الصداق المعجل والمؤجل في المادة 15 من قانون الأسرة.
- لم يتطرق المشرع لتعريف المتاع وإنما اكتفى بذكر أحكام التنازع فيه.
- قام المشرع الجزائري بتنظيم النزاع في متاع ابنت الزوجية في مادة واحدة وذلك في نص المادة 73 من قانون الأسرة الجزائري.

خاتمة

في ختام بحثنا هذا الذي كان بعنوان العرف كمصدر للتشريع في الفقه الإسلامي وتطبيقات في قانون الأسرة الجزائري توصلنا إلى النتائج التالية:

- 01- العرف في الفقه الإسلامي عادة جمهور قوم في قول أو فعل.
- 02- العرف عند القانونيين: اعتياد الناس على سلوك معين في العمل مع الاعتقاد بلزوم هذا السلوك كقاعدة قانونية.
- 03- يعتبر الفرد من المصادر التبعية للتشريع الإسلامي، ومصدرا احتياطيا ثانيا للقانون.
- 04- أولى المشرع الجزائري اعتبارا لعرف الناس بقراءة الفاتحة في الخطبة، واشترط عند اقترانهما توافر أركان الزواج وشروطه حتى يتم العقد وذلك في المادة 06 من قانون الأسرة.
- 05- ينعقد الزواج بلفظ الإنكاح أو التزويج، وبكل لفظ عدّ في العرف والشرع دالا عليه وهذا ما اعتبره المشرع الجزائري في المادة 10 من قانون الأسرة وذلك رفعا للحرج والمشقة.
- 06- لم يرد نص من الشارع يحدد أعلى المهر أو أدناه بل تُرك ذلك لأعراف الناس وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري.
- 07- تعجيل المهر وتأجيله متروك لعرف الناس فكل بلد وهذا ما اخذ به المشرع الجزائري في المادة 15 من قانون الأسرة.
- 08- يقتضي العرف السائد في الجزائر حاليا توافر ركن الرضا بين الزوجين لقيام الزواج، وهو ما سار عليه المشرع الجزائري.
- 09- يعتبر النزاع في متاع البيت من أهم الآثار المترتبة على انحلال الرابطة الزوجية سواء بالوفاة أو بالطلاق.
- 10- تناول المشرع الجزائري مسألة النزاع في متاع البيت في المادة 73 من قانون الأسرة.
- 11- لم يحدد المشرع الجزائري في قانون الأسرة مكان أداء اليمين.

## الاقتراحات والتوصيات

- 01-تنظيم الندوات والملتقيات العلمية المتعلقة بالأعراف قصد بيان مركزي بين مصادر التشريع الإسلامي والقانون.
- 02-أن لا تكون مشاريع القوانين المقترحة لدى البرلمان مناقضة لروح المجتمع وعاداته وأعرافه.
- 03-أن يكون كل من الفقيه والقاضي ملما بأعراف المجتمع الذي يمارس فيه وظيفته.
- 04-إنشاء مركز للبحوث القانونية والقضائية مهامه الاهتمام بالتشريع المتعلق بالأحوال الشخصية الخاصة بالأسرة.

# فهرس سور والآيات القرآن الكريم والأحاديث النبوية

1- فهرس سور وآيات القرآن الكريم:

رقم الصفحة	رقم الآية	السورة والآية
<b>سورة البقرة</b>		
13-25	233	﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ... ﴾
37	275	﴿ وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِي مَا عَرَّضْتُمْ ﴾
41	187	﴿ هُنَّ لِبَاسٍ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٍ لَهُنَّ ﴾
<b>سورة النساء</b>		
11	11	﴿ يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ ﴾
44-41	03	﴿ فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مِمَّنْ وَرَبِّعٌ ﴾
41	01	﴿ يَأْتِيهَا النَّاسُ آتِقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَجِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا ﴾
47	4	﴿ وَءَاتُوا النِّسَاءَ صَدَقَاتِهِنَّ نِحْلَةً ﴾
47	24	﴿ فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً ﴾
<b>سورة الأعراف</b>		
12-8	199	﴿ خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ ﴿١٩٩﴾ ﴾
<b>سورة النحل</b>		
42	72	﴿ وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا ﴾
<b>سورة الروم</b>		
41-35	21	﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا ..... ﴿٢١﴾ ﴾
<b>سورة الأحزاب</b>		
44	37	﴿ فَلَمَّا قَضَى زَيْدٌ مِنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَاكَهَا ﴾

## 2- فهرس الأحاديث النبوية:

رقم الصفحة	الحديث
13	خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف
13	ما رآه المسلمون حسن فهو عند الله حسن...
14	من سنّ في الإسلام سنّة حسنة فله أجرها...
38	أنت أخي في دين الله وكتابه وهي لي حلال
38	لا يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى يترك ...
42	يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج،...
47	التمس ولو خاتما من حديد

# قائمة المصادر والمراجع

## قائمة المصادر والمراجع

### -القران الكريم

#### أولاً: كتب التفسير والحديث:

1. أحمد بن حنبل، مسند الإمام أحمد بن حنبل، تحرير سعيد الأرنؤوط، ج6، د.ط، مؤسسة الرسالة، لبنان، د.س.
2. البخاري، الجامع الصحيح، اعتنى به عبد السلام بن محمد بن عمر علوس، ط2، مكتبة الرشد، السعودية، كتاب البيوع، د.س.
3. جلال الدين السيوطي، الدر المنثور في التفسير المأثور، ج3، د.ط، دار الفكر، لبنان، 2011.
4. صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب عرض الإنسان ابنته أو أخته على أهل الخير، ج2، دار الكتاب العربي، د.س.

#### ثانياً: المعاجم والقواميس اللغوية:

5. أبو الحسن أحمد بن فارس بن زكريا، مقاييس العقد، ج4، (مادة العرف)، د.ر.ط، لبنان، 1979.
6. أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، مج9، (مادة العرف)، د.ر.ط، دار صادر، لبنان، د.س.

#### ثالثاً: الكتب الأصولية والفقهية:

7. ابن عابدين محمد امين افندي (ت: 1252هـ): مجموعه رسائل ابن عابدين، د ط، د.ن، د.س.
8. ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار على متن تنوير الابصار، ج 2، كتاب النكاح، دار الطباعة، مصر، د.س.

9. ابن نجيم زيد الدين ابن ابراهيم بن محمد ت 970 هـ، الاشباه و النظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، ط01، دار الكتب العلمية لبنان، 19990.
10. أحمد أبو سنة، العرف والعادة في رأي الفقهاء، د.ط، مطبعة الأزهر، مصر، 1947.
11. أحمد بن محمد أحمد الدريير، أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، باب نذب النكاح، مكتبه أيوب، نيجيريا، 1420هـ.0.
12. أحمد فهمي أبو سنة، العرف والعادة في رأي الفقهاء ،د.ط، مطبعة الأزهر، مصر، 1947
13. بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، ط 02، مطبعة دار التأليف، مصر، 1961.
14. البورتو محمد الصدقي بن احمد ،الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية ،ط04،مؤسسة الرسالة لبنان، 1996.
15. حسين محمد حسنين، مفهوم العرف في الشريعة الاسلامية ، مجلة الشريعة والقانون ، ع3 ، الامارات ، 1989.
16. الرحيم أبو عجيبة، العرف وأثره في التشريع الاسلامي، ط1، المنشأة العلمية، ليبيا، 1986.
17. السيوطي: جلال الدين عبد الرحمن، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، ط1 ، دار الكتب العلمية، لبنان، 1983.
18. الشاطبي أبي إسحاق إبراهيم بن موسى (ت:790هـ)، الموافقات، تعليق ابو عبيدة مشهور بن حسن دار ابن عفان، ط01، د.د.ن، 1997.
19. صالح عوض، أثر العرف في التشريع الاسلامي، د.ط، دار الكتاب الجامعي، مصر، 1972.
20. عادل ولي قوته ، العرف حجيته وأثره في المعاملات المالية عند الحنابلة ، ط 1 ،المكتبة المكية ، السعودية ، 2010 .

21. عبد العزيز الخياط، نظرية العرف، د.ط، مكتبة الأقصى، عمان، 1398 هـ.
22. عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه ومصادر التشريع الاسلامي، د.ط، دار الفكر العربي، مصر، 1997.
23. عبد الوهاب خلاف، مصادر التشريع الاسلامي فيما لا نص فيه، ط5، دار القلم، لبنان، 1982.
24. عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام (ت: 660هـ) قواعد الأحكام في مصالح الأنام، تعليق طبعه الرؤوف سعد، (د م ت)، (د ط) 1411هـ، 1990م، .
25. علي أحمد عبد العال الطهطاوي، شرح كتاب النكاح، ط01، دار الكتب العلمية، لبنان، 2005.
26. علي عبد الرزاق، الاجماع في الشريعة الإسلامية، د.ط ، دارالكتاب الحديث ، السعودية ، 1947.
27. علي عبد الرزاق، الاجماع في الشريعة الإسلامية، د.ط ، دارالكتاب الحديث ، السعودية ، 1947 .
28. عمر عبد الكريم الجيدي، العرف والعمل في المذهب المالكي ومفهومها لدى علماء المغرب، د.ط، مطبعة فضالة، المغرب، 1982.
29. القرافي شهاب الدين أبو العباس أحمد ت 684هـ، شرح تنقيح الفصول، د.ط، دارالفكر، لبنان، 2004 .
30. محمد بن علي الشوكاني، نيل الاوطار من اسرار منتقى الاخبار، تحرير: محمد صبحي بن حسن حلاق، ط 01، دار الجوزي، السعودية، 2006.
31. محمد مصطفى الشلبي، أصول الفقه الإسلامي، د.ط، دار الجامعية، لبنان، 1983.
32. مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ط1، دار القلم، سوريا، 1998.

33. مصطفى ديب البغا، أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي، د.ط ، دار الإمام البخاري، دمشق، د.س.ن، .
34. نايف محمد الرجوي، أحكام الخطبة في الفقه الإسلامي، ط 01، دار الثقافة للنشر، الأردن، 2008.
35. وليد بن علي الحسين، مجالات اعمال العرف، د.ط ، د.د.ن، د.س.ن.
36. وهبة الزحيلي، أصول الفقه الاسلامي، ط 2، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1947.
37. يعقوب الباحسين، قاعدة العادة محكمة، دراسة نظرية تأصيلية تطبيقية، ط2، مكتبة الرائد، السعودية، 2012.
38. يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين، قاعدة العادة محكمة، ط2، مكتبة الرشد، الرياض، 2012.
- رابعاً: الكتب القانونية:**
39. احمد حسني علي، مدخل العلوم القانونية النظرية والتطبيق في القوانين الجزائرية، ط02، دار هومة، الجزائر، 2010.
40. أحمد سي علي، مدخل للعلوم القانونية(النظرية والتطبيق ي القوانين الجزائرية)، ط2، دار هومة، الجزائر، 2010.
41. أحمد محمد الرفاعي، المدخل للعلوم القانونية نظرية القانون ،د.ط، د.د.ن، 2008
42. سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، د.ط، منشأة المعارف، مصر، 1974.
43. الصغير بعلي، المدخل إلى العلوم القانونية(نظرية القانون، نظرية الحق)، د.ط، دار العلوم، الجزائر.
44. عباس صراف، المدخل إلى علم القانون، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008.
45. عبد العزيز الخياط، نظرية العرف، د.ط، مكتبة الأقصى، عمان 1977.

46. عمار بوضياف، المدخل إلى العلوم القانونية (النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الاسلامي)، ط4، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2014.
47. غالب علي الداودي، المدخل إلى العلوم القانونية، ط7، دار وائل، الأردن، 2004.
48. لحسين بن شيخ اث ملويا، قانون الأسرة (دراسة تفسيرية)، ط01، دار الهدى، الجزائر، 2014.
49. محفوظ بن صغير، أحكام الزواج في الاجتهاد الفعلي وقانون الأسرة الجزائري: الجزائر، د ط، دار الوعي، الجزائر، 2013.
50. محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط03، دار الفكر العربي، مصر، 1957.
51. محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية، الوجيز في نظرية القانون، ط18، دار هومة، الجزائر، 2011.
52. نسرين شريقي، كمال بوفرورة، قانون الأسرة الجزائري، د ط، دار بالقيس، الجزائر 2010.
53. يحيى قاسم علي، المدخل لدراس القانون، نظرية القانون، ط01، د.د.ن، مصر، 1997.
- خامسا: الرسائل الجامعية:**
54. أحمد رشاد عبد الهادي، أثر العرف في الأحوال الشخصية، رسالة ماجستير في القضاء الشرعي، جامعة الخليل، فلسطين، 2013.
55. البشير كوثر، أحكام الزواج في قانون الاسرة الجزائري، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مستغانم، الجزائر، 2018
56. بن سنوسي بلال، تواتي علي، الاعتبار بالعرف في أحكام الخطبة وعقد الزواج بين الفقه الاسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البويرة، 2018

57. بنت مهدي فوزيه، النظام المالي للزوجين في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر، مع هذه العلوم الاقتصادية، التجارية وعلوم التسيير، جامعة عين تموشنت، الجزائر، 2020
58. حفصية دونه، أحكام النفقة ومتاع البيت كأثر من آثار الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة الوادي، الجزائر، 2015
59. رحال خالد، النزاع حول متاع بيت الزوجية، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، الجزائر، 2016.
60. زرقين عواطف، مدى سلطان العرف في قانون الاسرة الجزائري، امثلة وتطبيقاته، مذكرة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، الجزائر، 2015.
61. طيايبية حسيبة، العرف كمصدر تشريعي في مسائل الزواج والطلاق، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المسيلة، الجزائر، 2019.
62. عبد النور تميم، التراضي في عقد الزواج بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المسيلة، الجزائر، 2019.
63. عبيد فاطمه زهرة، عقد الزواج في ظل الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مستغانم، الجزائر، 2018.
64. عجال هاجر، بن سني خديجة، الاعتبار بالعرف في مسائل الطلاق وآثاره بين الفقه الاسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البويرة، 2020.
65. عدنان ليلي، علاوة كريمة، الحقوق المالية بعد الطلاق، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، الجزائر، 2016.
66. عزه يمينه، كرفاوي مسعود، أحكام النفقة ومتاع البيت كأثر من آثار الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، مذكرة ماستر، جامعة الجلفة، الجزائر، 2021

67. غرابي عادل، مكانة العرف في المنظومة التشريعية الاسرية في الجزائر، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجلفة، الجزائر، 2020.
68. مريم سليمان، أحكام الخطبة، مذكرة ماستر، كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة الوادي، 2015.
69. مسعود رشيد، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، مذكرة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، الجزائر، 2006.
70. مشعل النفعي، المسائل الفقهية المبنية على العرف عن شيخ الاسلامي ابن تيمية، رسالة دكتوراة في الفقه الاسلامي، جامعة أم القرى، السعودية، 2005.
71. مصطفى ودا نداد، حجية العرف عند الأصوليين وأثره في الفقه الاسلامي، رسالة ماجستير في الدراسات الاسلامية، كلية التربية حنتوب، جامعة الجزيرة، السودان ، 2019 .
- سادسا: المواقع الالكترونية:**
72. محمد جبر الالفي، العرف بحث فقهي مقارن، كتاب مجلة مجمع الفقه الإسلامي، المملكة العربية السعودية ج5، ع5، المكتبة الشاملة، <http://shab.ela.ws/book/8356>. تاريخ الزيارة 2022-04-13.
- سابعا: القوانين:**
- قانون 1984/11/84 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27.
- أمر رقم 75-158 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم، ج.ر، ع 78 مؤرخة في 30 سبتمبر 1975.



# فهرس الموضوعات

الصفحة	المحتويات
	الشكر والتقدير
	الإهداء
أ-هـ	مقدمة
4	المدخل
7	الفصل الأول العرف كمصدر للتشريع الإسلامي والقانون الجزائري
8	المبحث الأول: مفهوم العرف وحجيته في الفقه والقانون
8	المطلب الأول: مفهوم العرف وحجيته في الفقه الإسلامي
8	الفرع الأول: مفهوم العرف في الفقه الإسلامي
8	أولاً: تعريف العرف
8	1-التعريف اللغوي للعرف
9	2-التعريف الإصطلاحي للعرف
9	ثانياً تمييز العرف عما يشابهه
9	1-العرف والعادة
10	2-العرف والعمل
10	3-العرف والإجماع
11	ثالثاً: أقسام العرف في الفقه الإسلامي
11	1-العرف بإعتبار موضوعه
12	2-العرف بإعتبار حكمه الشرعي
12	الفرع الثاني: حجية العرف في الفقه الإسلامي
12	أولاً: من القرآن الكريم
13	ثانياً: من السنة النبوية
14	ثالثاً: من الإجماع
14	المطلب الثاني: مفهوم العرف وأساس إلزامه في القانون الجزائري

15	الفرع الأول: مفهوم العرف في القانون الجزائري
15	أولاً: تعريف العرف في القانون الجزائري
16	ثانياً: تمييز العرف عما يشابهه في القانون
16	1- العرف وعادات الحياة
16	2- العرف والتشريع
16	3- العرف والعادات الإتفاقية
17	ثالثاً: أقسام العرف في القانون الجزائري
17	1- من حيث طبيعة القاعدة العرفية
17	2- من حيث نطاق تطبيقه
18	الفرع الثاني: أساس القوة الملزمة للعرف في القانون الجزائري
18	أولاً: تأسيس قوة العرف الملزمة على الإرادة الضمنية للمشرع
18	ثانياً: تأسيس القوة الملزمة على أساس الرضا الضمني للمجتمع
19	ثالثاً: نظرية الضرورة الاجتماعية
19	ربعا: نظرية تطبيق القضاء للعرف
19	خامساً: نظرية الإرادة الصريحة للمشرع
19	<b>المبحث الثاني: أركان وشروط العرف ودوره في الفقه والقانون الجزائري</b>
20	المطلب الأول: أركان وشروط العرف ودوره في الفقه الإسلامي
20	الفرع الأول: أركان العرف وشروطه في الفقه الإسلامي
20	أولاً: أركان العرف في الفقه الإسلامي
20	1- المذهب الأول
20	2- المذهب الثاني
21	ثانياً: شروط العرف في الفقه الإسلامي
21	1- ان يكون العرف مطرداً أو غالباً
22	2- لا يكون العرف مخالفاً لنص شرعي

22	3- أن يكون العرف قائما عند إنشاء التصرف
23	4- ألا يعارض العرف تصريح بخلافه
23	5- أن يكون العرف عاما
25	الفرع الثاني: دور العرف في الفقه الإسلامي
25	أولا: العرف المكمل للتشريع
25	ثانيا: العرف المساعد للتشريع
26	ثالثا: العرف المخالف للتشريع
26	1- مخالفة العرف للنصوص الشرعية
28	2- مخالفة العرف للأحكام الإجتماعية
28	المطلب الثاني: أركان وشروط العرف ودوره في القانون الجزائري
28	الفرع الأول: أركان العرف وشروطه في القانون الجزائري
28	أولا: أركان العرف في القانون الجزائري
29	1- الركن المادي
29	2- الركن المعنوي
29	ثانيا: شروط العرف في القانون الجزائري
29	1-القدم
30	2-العموم والتجريد
30	3-الثبات
30	4- المطابقة للنظام العام والآداب العامة في المجتمع
30	الفرع الثاني: دور العرف في القانون
31	أولا: العرف المكمل للتشريع
31	1- في القانون العام
31	2- في القانون الخاص
32	ثانيا: العرف المساعد للتشريع

32	1- إحالة المشرع للعرف لتحديد مضمون النص
32	2- إحالة المشرع للعرف للإستفاء ما يوجد من نقص في اتفاق المتعاقدين
32	3- إحالة المشرع للعرف للتعرف على نية المتعاقدين
33	ثالثا: العرف المخالف للتشريع
34	ملخص الفصل الأول
36	الفصل الثاني: تطبيقات العرف في قانون الأسرة الجزائري
37	المبحث الأول: تطبيقات العرف في عقد الزواج
37	المطلب الأول: إعتبار العرف في الخطبة
37	الفرع الأول: مفهوم الخطبة
37	أولا: تعريف الخطبة
37	1- تعريف الخطبة في الفقه الإسلامي
38	2- تعريف الخطبة في القانون الجزائري
38	ثانيا مشروعية الخطبة
38	1- من الكتاب
38	2- من السنة
38	3- من الإجتماع
39	الفرع الثاني: إقتران الخطبة بالفاتحة واعتبار العرف فيها
39	أولا: تعريف الفاتحة
40	ثانيا: إقتران الخطبة بالفاتحة و إعتبار العرف فيها
41	المطلب الثاني: إعتبار العرف في الزواج
41	الفرع الأول: مفهوم الزواج
41	أولا: تعريف الزواج
41	1- التعريف الفقهي للزواج
42	2- تعريف الزواج في قانون الأسرة الجزائري

42	ثانيا: مشروعية الزواج
42	1- من القرآن الكريم
43	2- من السنة النبوية
43	3- من الإجماع
43	الفرع الثاني: تطبيقات العرف في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري
43	أولا: ركن الرضا في عقد الزواج وإعتبار العرف به
43	1- تعريف ركن الرضا
44	2- صور الرضا
47	ثانيا: تعجيل الصداق وتأجيله وإعتبار العرف فيه
47	1- مفهوم الصداق
48	2- مشروعية الصداق
48	3- الصداق المعجل والمؤجل وأثر العرف فيه
50	المبحث الثاني: النزاع حول البيت الزوجية
50	المطلب الأول: مفهوم المتاع
50	الفرع الأول: التعريف اللغوي والإصطلاحي لمتاع البيت
50	أولا: المتاع لغة
51	ثانيا المتاع إصطلاحا
51	الفرع الثاني: تعريف المتاع قانونا
52	المطلب الثاني: قسمة متاع البيت الزوجية
52	الفرع الأول: حكم متاع البيت الزوجية
52	أولا: حكم متاع البيت الزوجية في الفقه الإسلامي
52	1- رأي الشافعية
52	2- رأي المالكية
53	ثانيا: حكم متاع البيت الزوجية في قانون الأسرة الجزائري

53	الفرع الثاني: النزاع في متاع البيت الزوجية
53	أولاً: طبيعة الأشياء المتنازع فيها
53	1- الأشياء المتنازع فيها بحكم طبيعتها للمرأة
53	2- الأشياء المتنازع فيها بحكم طبيعتها للرجل
54	3- الأشياء المتنازع فيها بحكم طبيعتها المشتركة
54	ثانياً: مكان حلف اليمين وكيفية أدائه
55	ملخص الفصل الثاني
57	<b>الخاتمة</b>
59	فهرس السور والآيات القرآن الكريم
60	فهرس الأحاديث النبوية
60	قائمة المصادر والمراجع
68	فهرس الموضوعات
73	ملخص البحث

**الملخص:**

عُني هذا البحث بواحد من الموضوعات المهمة، ذات الصلة بواقع المجتمع، ألا وهو العرف كمصدر في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، حيث تطرقنا فيه الى مفهوم العرف وحجيته في الفقه الإسلامي ومفهومه وأساس إلزامه في القانون الجزائري، ثم إستعرضنا كلا من دوره وشروطه وأركانه في الفقه والقانون.

وقد تناولنا تطبيقات العرف في قانون الأسرة الجزائري في الخطبة بالضبط في مسألة إقتران الفاتحة بالخطبة، ثم تناولنا إعتبره في عقد الزواج في ركن الرضا بالضبط في صيغته، وتناولنا إعتبره في شرط الصداق في مسألة الصداق المعجل والمؤجل، ثم تناولنا إعتبره في نزاع حول المتاع البيت الزوجية، وفي ختام البحث تطرقنا الى أهم النتائج والتوصيات التي توصلنا إليها.

**الكلمات المفتاحية:** العقد - الزواج - الخطبة - المتاع - العرف - الفقه الإسلامي - قانون الأسرة الجزائري - الصداق - الرضا.

**Abstract:**

This study dealt with one of the important topics relating to the realities of society, i.e. custom as a source of Islamic jurisprudence and Islamic applications in Algerian family law. We discussed the concept of custom and its authenticity in Islamic jurisprudence and its concept and the basis of its obligation in Algerian law.

We have addressed the application of custom in Algeria's family law in the conditional engagement of the issue of sermon. Then we looked at it in the marriage contract at the consent corner in its exact form. We have considered this in the item of friendship on the issue of accelerated and deferred friendship.

**Keywords:** Contract - Marriage - Sermon - Luggage - Custom - Islamic Jurisprudence - Algerian Family Law - Friendship - Satisfaction.



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية  
People's Democratic Republic of Algeria  
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي  
Ministry of Higher Education and Scientific Research  
جامعة محمد بوضياف بالمسيلة  
University Mohamed Boudiaf of M'sila



Faculty of Humanities and Social Sciences  
Vice-Deanship of the College for Studies and  
Student Affairs

كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية  
نوبة العادة للدراسات والمسائل المرتبطة بالطلبة

### وثيقة ابداع مذكرة ماستر

الموضوع:

الحرف كمصدر للتشريح في الفقه الاسلامي وتطبيقاته  
في قانون الأسرة الجزائري

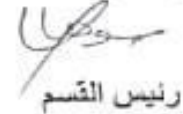
إعداد الطلبة:

- 1- بوشناق حروي
  - 2- سعيداني حنان
- القسم: العلوم الإسلامية الشريعة: شريعة  
إشراف: محمد بوهالي الرتبة: أستاذ مساعدا

أقر بأنني تابعت العمل المذكور أعلاه في جلسات إشرافية طيلة الـ رسم الجامعي: 2021-2022 وأسمح  
بإيداعه على مستوى ادارة القسم للمناقشة والتقييم.

رئيس فريق الاختصاص

موافقة وإمضاء الاستاذ(ة) المشرف(ة):

  
رئيس القسم

تحميل الوثيقة برقم مسح الرمز

