جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم: الحقوق

أثر العرف على قضايا الأسرة

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر تخصص: قانون أسرة

من تقديم الطالبة:

بلكحلة دعاء

بونمور رقية

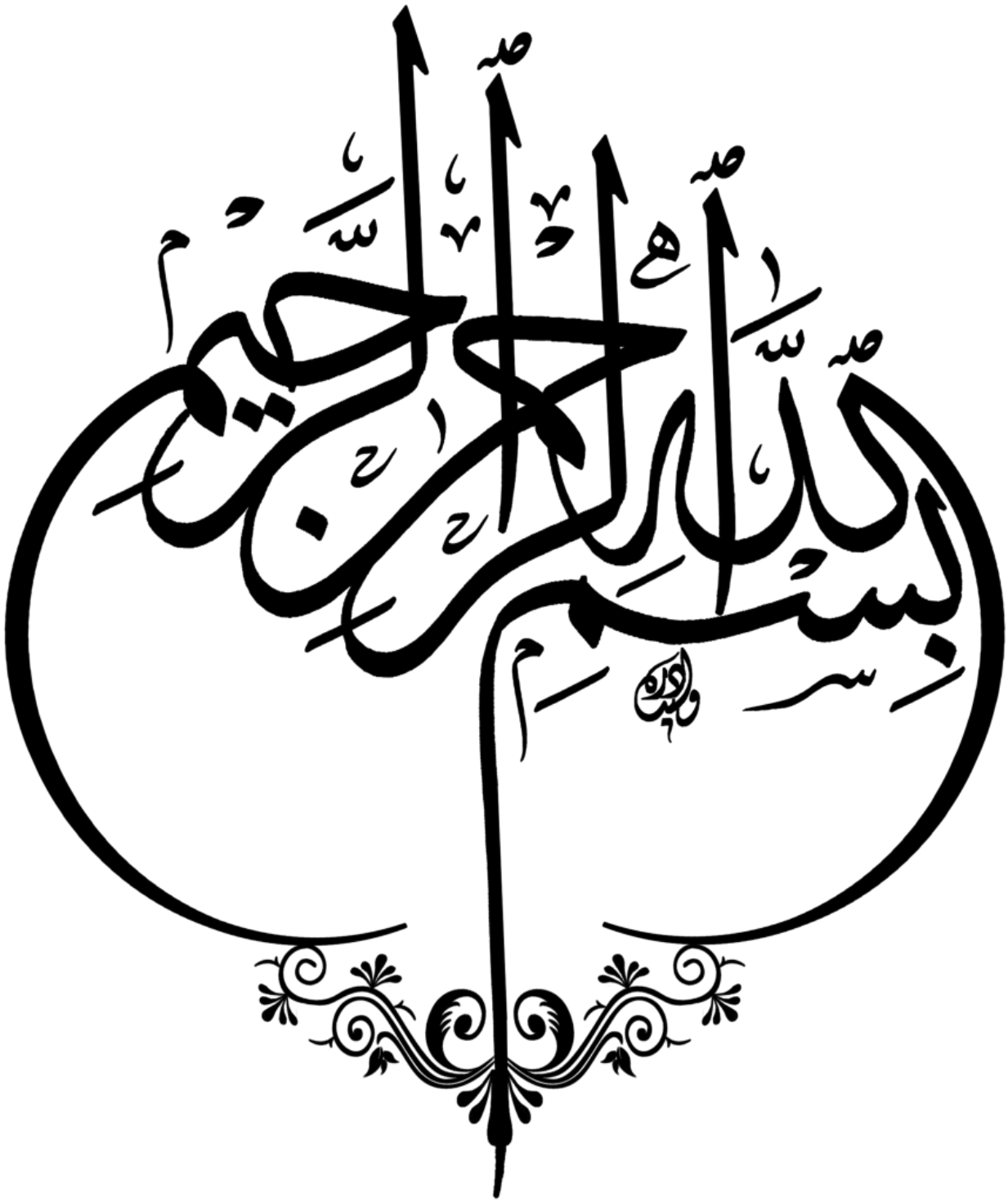
تحت إشراف :

د/ رواق أمال

أعضاء لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	الصفة
د/ مسيخ محمد لمين	أستاذ محاضر	رئيسا
د/ رواق أمال	أستاذ محاضر	مشرفا و مقررا
د/ قارة إيمان	أستاذ محاضر	مناقشا

دورة جوان2025


بسم الله الرحمن الرحيم

شكر وعرفان

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات،
وبفضله تُنال الغايات وتتحقق الأمنيات،

نتقدم بأسمى آيات الشكر والعرفان إلى الأستاذة الفاضلة رواق آمال، التي تولت الإشراف على هذه المذكرة بكل رحابة صدر، ورافقتنا بتوجيهاتها السديدة وملاحظاتها القيّمة، فكانت لنا خير سند في مختلف مراحل هذا العمل.

كما نعرب عن بالغ امتناننا لأعضاء لجنة المناقشة الموقّرين
د/ مسيخ محمد لمين رئيس اللجنة
د/ قارة إيمان المناقشة
الذين تكبدوا عناء قراءة المذكرة و نعدهم على الالتزام بتصحيح ما يقدمونه لنا من ملاحظات

ولا يفوتنا أن نتوجه بجزيل الشكر والتقدير لكل من ساندنا ووقف إلى جانبنا، من قريب أو بعيد، في سبيل إنجاز هذا العمل.

الإهداء

الحمد لله حباً وشكرا وامتنانا على البدء والختام (وَآخِرُ دَعْوَاهُمْ أَنِ الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ).

لم تكن الرحلة قصيرة ولا الطريق محفوفا بالتسهيلات، لكنني فعلتها، فالحمد لله الذي يستر البدايات وبلغنا النهايات بفضله وكرمه

أهدي هذا النجاح لنفسي الطموحه أولاً ابتدت بطموح وانتهت بنجاح، ثم إلى رفيقة الدرب في هذا العمل، وجودك كان النور الذي أضاء الطريق والدعم الذي جعل كل شيئ أسهل، شكرا لروحك الجميلة وتعاونك الذي لايقدر بثمن.

"رقية"

وبكل حب أهدي ثمرة نجاحي وتخرجي:

إلى النور الذي أنار دربي والسراج الذي لا ينطفئ نوره أبدا والذي بذل جهد السنين من أجل أن أعتلي سلالم النجاح إلى من أحمل اسمه بكل فخر إلى من حصد الأشواك عن دربي ليمهد لي طريق العلم لطالما عاهدته بهذا النجاح ها أنا أتممت وعدي وأهديته إليك " حبيبي وقدوتي أبي الغالي **عبد الرزاق"**

أهدي تخرجي إلى جنة الله في الأرض:

إلى من علمتني الأخلاق قبل الحروف إلى الجسر الصاعد بي إلى الجنة الى الداعمة الأولى في حياتي واليد الخفية التي أزالت عن طريقي الاشواك والمصاعب

أمي وصديقتي ورفيقة دربي **"فريدة"**

أهدي تخرجي إلى ملهمي نجاحي: من ساندني بكل حب عند ضعفي أخواتي ريان، منال، جيهان، وأخي سعد الدين.

أهدي تخرجي إلى أقرب شخص إلى قلبي إلى ضلي الحامي إلى توأم روحي، وجودك نعمة ورفقتك حياة

"أمنية".

واخيراً من قال أنا لها "نالها" وأنا لها إن أبت رغماً عنها أتيت بها.

الطالبة: بلكحلة دعاء

الإهداء

لكل بداية حكاية، وحكايتي بدأت بحلمٍ صغير كبر مع الأيام، وتزيّن بالإصرار، وتوّج بالنجاح.
شكرًا لي... لأنني واصلت رغم التعب، وآمنت رغم الشك، وثابرت رغم كل ما واجهته.
وشكرًا لصديقتي الغالية، شريكة الإنجاز، التي كانت الضوء في عتمة التعب، والسند في أوقات التحدي.

"دعاء"

إلى أمي مريم يا من كان دعاؤك ظهري، ورضاك نوري، وفرحك زادي في الطريق، لكِ كل الامتنان والحب.

وإلى أبي السعيد مصدر قوتي وطمأنينتي، وملهمي الأول في معاني العطاء والصبر، فوجودك نعمة لا توصف.

إلى من فتحوا لي الأبواب، واحتملوا صبري، وأعطوني الفرصة لتحقيق حلمي

إلى إخوتي الذين كانوا لي القوة والدعم، وإلى كل من رافقني بكلمة طيبة أو دعاء صادق.

موسى، مصعب، أم كلثوم، أحلام.

وإلى سكر البيت وقطعة من قلبي أخي الصغير "يونس".

إلى من كانوا بجانبي بقلبهم قبل وجودهم، صديقاتي العزيزات، رفيقات السهر والفرح، والشاهدات على كل لحظة تعب ونجاح.

إلى من أناروا لنا دروب العلم، وفتحوا لنا آفاق الفكر أساتذتي الكرام، شكرًا من القلب.

الطالبة: بونمور رقية

قائمة أهم المختصرات:

تح: تحقيق.

ج.ر.ع: الجريدة الرسمية، العدد.

د.ب.ن: دون بلد النشر.

ج: الجزء.

د.د.ن: دون دار النشر.

د.س.ن: دون سنة النشر.

د.ر.ط: دون رقم طبعة.

ص: الصفحة.

ص ص: الصفحتان.

ط: رقم الطبعة.

ع: العدد.

غ.أ.ش: غرفة الأحوال الشخصية.

ق.أ.ج: قانون الأسرة الجزائري.

ق.م.أ: قرار المحكمة الأعلى.

ق.م.ع: قرار المحكمة العليا.

مج: مجلد.

ملخص المذكرة

تسلّط هذه الدراسة الضوء على العرف باعتباره أحد المصادر غير المكتوبة للقواعد القانونية، مبيّنة دوره البارز في ملء الفراغ التشريعي وتفسير النصوص الغامضة، لا سيما في المسائل ذات الطابع الأسري، اعتمدت الدراسة على منهج يجمع بين التحليل النظري والتطبيق العملي، حيث تناولت مفهوم العرف، عناصره، وأنواعه، إلى جانب شروط اعتباره ملزمًا في الفقه الإسلامي والنظام القانوني، كما تم التمييز بين العرف وغيره من المفاهيم المشابهة كالعادة والعمل والتشريع، وركزت الدراسة على الأثر العملي للعُرف في تنظيم علاقات الزواج، من الخطبة إلى المعاشرة، ومرورًا بتحديد الصداق وفهم الرضا، ثم الطلاق وما يتفرع عنه من قضايا كالحضانة والنفقة والرجعة، كما ناقشت تأثير العرف في مسائل الميراث، مع التحذير من الأعراف الفاسدة التي تمسّ بحقوق الورثة، خصوصًا النساء، وخلصت الدراسة إلى أن العرف، رغم طابعه غير المكتوب، يشكل أداة مرنة وفعالة تساهم في ملاءمة القواعد القانونية للواقع الاجتماعي، شريطة ألا يخالف أحكام الشريعة أو مقتضيات النظام العام.

Summary of the memo

This study highlights custom as one of the unwritten sources of legal rules, demonstrating its prominent role in filling legislative gaps and interpreting ambiguous texts, especially in family matters. The study adopted an approach that combines theoretical analysis and practical application, addressing the concept of custom, its elements, and types, as well as the conditions for considering it binding in Islamic jurisprudence and the legal system. The study also distinguished between custom and other similar concepts such as habit, practice, and legislation. The study focused on the practical effect of custom in regulating marriage relationships, from engagement to cohabitation, and through the determination of dowry and understanding of consent, then divorce and its ramifications such as custody, alimony, and reconciliation. The study also discussed the impact of custom on inheritance issues, while warning against corrupt customs that infringe on the rights of heirs, especially women. The study concluded that custom, despite its unwritten nature, constitutes a flexible and effective tool that contributes to adapting legal rules to social reality, provided that it does not violate the provisions of Sharia or the requirements of public order.

مقدمة

يعد العرف من أقدم مصادر القاعدة القانونية، بل هو أسبقها نشأة وألصقها بالحياة الاجتماعية، إذ تبلور عبر ممارسات الأفراد المتكررة التي استقرت في وجدان الجماعة، فصارت ملزمة يحتكم إليها في تنظيم شؤون الناس ومعاملاتهم، ويقوم العرف في جوهره على عنصرين أساسيين: الاعتياد، وهو تكرار السلوك على نحو منتظم، والإلزام، أي شعور المجتمع بوجوب احترام ذلك السلوك، وقد اعترف الفقه الإسلامي بمكانة العرف، لا سيما في مجال المعاملات، كما تبنته التشريعات الوضعية كمصدر تكميلي يلجأ إليه عند غياب النص أو غموضه، بما يحقق التكييف الواقعي والمنصف للنزاعات.

وإذا كان العرف، بوجه عام، يعد أداة مرنة تعزز عدالة القانون وقابليته للتطبيق، فإن دوره يتعاظم في مجال الأسرة بوجه خاص، نظرا للطبيعة الخاصة التي تميز العلاقات الأسرية، والتي تتداخل فيها الجوانب الشرعية والقانونية مع الاعتبارات الاجتماعية والعاطفية والثقافية، فالمسائل الأسرية، لا تنظم بمجرد النصوص الجامدة، بل تتأثر تأثرا مباشرا بالعادات والتقاليد الراسخة في بيئة المجتمع، ما يجعل العرف في هذا المجال أكثر حضورا وتأثيرا من سواه.

ويبرز دور العرف بوجه أخص في مسائل الزواج وآثاره، والطلاق وآثاره، باعتبار أن هذه الجوانب تمس بنية الأسرة واستقرارها، فالزواج باعتباره علاقة إنسانية ذات طابع اجتماعي وقانوني، يتأثر في تكوينه وتنظيم آثاره بمجموعة من الأعراف الراسخة التي تواكب النصوص التشريعية، أما الطلاق فهو من المسائل التي تكتنفها اعتبارات عديدة تتجاوز الإطار القانوني المجرد، مما يجعل للأعراف دورا في تنظيم آثاره وتحديد كيفية التعامل معها في ضوء المصلحة الاجتماعية والأسرية.

أهمية الدراسة:

تكتسب هذه الدراسة أهميتها من ارتباط موضوعها بمجال يمس حياة الأفراد بشكل مباشر ويعكس أنماط سلوكهم اليومية وتقاليدهم المتوارثة.

فهي تسعى إلى توسيع دائرة النقاش حول مصادر التنظيم، من خلال إبراز مكانة العرف في ضبط العلاقات الأسرية، ولا سيما في المسائل التي لم تنظم بشكل تفصيلي.

تساعد على توضيح العلاقة بين القواعد المكتوبة والممارسات العملية المستقرة، من خلال التمييز بين ما يمكن اعتماده من أعراف وما ينبغي تجاوزه حين يتعارض مع المبادئ العامة.

يعول على هذه الدراسة في معالجة بعض جوانب الحياة الأسرية التي يصعب حصرها بنصوص جامدة، مما يجعل الأعراف وسيلة فعالة لفهم السياقات وتفسير التصرفات وتوجيه السلوك.

تسهم في تقليل حالات التنازع من خلال اعتماد قواعد مألوفة وراسخة في الوعي الجمعي، الأمر الذي يعزز الاستقرار ويسهل سبل الفصل في الخلافات، بالاعتماد على ما تعارف عليه الناس واستقرت عليه الممارسة.

إشكالية الدراسة:

بموجب ما سبق حول أهمية الموضوع يمكن طرح الإشكالية الاتية:

إلى أي مدى يعتبر العرف مصدرا قانونيا معترفا به، وكيف يتم تكييفه وتوظيفه في تنظيم قضايا الأسرة خاصة في مسائل الزواج والطلاق؟

وتحيط بهذه الإشكالية تساؤلات أخرى أهمها:

- ما المقصود بالعرف، وما مدى حجيته كمصدر يعتد به في الواقع العملي؟
- ما طبيعة العرف في الفقه الإسلامي؟ وكيف يتم تكييفه قانونا ضمن مصادر التشريع؟
- كيف يؤثر العرف في عقد الزواج وفي تحديد الحقوق والواجبات بين الزوجين؟
- ما أثر العرف في تنظيم الطلاق وما يترتب عليه من آثار شرعية وقانونية؟

أسباب إختيار الموضوع

إخترنا هذا الموضوع بناءا على عدة أسباب:

الأسباب ذاتية منها:

الاهتمام الشخصي والبحثي بقانون الأسرة، باعتباره من الفروع القانونية ذات الطابع الاجتماعي الحساس.

الرغبة في تعميق الفهم القانوني للعرف، وتتبع تطوره وأثره في العلاقات الأسرية داخل المجتمع الجزائري.

ملاحظتنا، كطلبة في ميدان الحقوق، لضعف الوعي المجتمعي بأهمية العرف المشروع، وما يترتب على غيابه من آثار سلبية على استقرار الأسرة.

تطلعنا للمساهمة في النقاش الأكاديمي حول مصادر القانون غير المكتوبة، وتوظيفها بما يخدم مصلحة الأسرة والمجتمع.

الأسباب موضوعية منها:

تراجع الطابع المحافظ للأسرة الجزائرية نتيجة تغير القيم الاجتماعية وضعف تأثير الأعراف التقليدية.

انحسار دور العرف في تنظيم العلاقات الأسرية، مقابل سيادة النصوص القانونية الوضعية التي قد لا تراعي دائمًا الخصوصية الثقافية للمجتمع.

الحاجة إلى معالجة إشكالية التعارض بين العرف والنص القانوني، خاصة في مسائل الزواج والطلاق والرجعة.

أهمية إعادة إبراز العرف كمصدر قانوني مساعد، قادر على تفسير النصوص وسد الفراغ التشريعي في قانون الأسرة.

محدودية الدراسات القانونية المتخصصة التي تناولت موضوع العرف في ضوء التغيرات الاجتماعية والتشريعية الحديثة، مما يجعل من البحث إضافة علمية في مجاله.

صعوبات الدراسة:

واجهنا خلال إعداد هذا البحث عدة صعوبات، كان من أبرزها:

اتساع موضوع العرف في قضايا الأسرة وتشعب مسائله، مما حال دون الإحاطة بجميع الجوانب المتعلقة به.

اضطررنا إلى حصر نطاق الدراسة في موضوعي الزواج والطلاق فقط، نظرا لضيق الوقت وحدود البحث الأكاديمي.

كما واجهنا صعوبة في التوفيق بين الطابع العملي للعرف وتطبيقاته المتنوعة من جهة، والنصوص القانونية المكتوبة من جهة أخرى، خاصة في ظل اختلاف الاجتهادات القضائية وتنوع الأعراف باختلاف البيئات الاجتماعية .

قلة الدراسات الميدانية الحديثة التي تتناول أثر العرف في قضايا الأسرة من منظور قانوني مقارن.

الهدف من الدراسة:

يهدف هذا البحث إلى بيان مكانة العرف كمصدر معترف به في تنظيم قضايا الأسرة.

التأكيد على أن الشريعة الإسلامية والتشريع الوضعي لم يهملاه، بل جعلاه مصدرا يستأنس به عند تنظيم أحكام الزواج والطلاق، خاصة في المواضع التي لا يرد فيها نص صريح أو تحتاج إلى تكييف مع الواقع الاجتماعي.

المنهج المتبع:

إعتمدنا في هذه الدراسة على المناهج الآتية:

. **المنهج الاستقرائي:** من خلال استقراء الجزئيات والتفصيلات المتعلقة بالعرف في كتب الفقهاء والمراجع الفقهية، وتتبع تطبيقاته العملية في قضايا الزواج والطلاق، وذلك بهدف بناء تصور عام عن كيفية توظيف العرف في الأحكام الأسرية.

. **المنهج التحليلي:** تم استخدامه في تحليل النصوص القانونية ذات الصلة بقانون الأسرة، بالإضافة إلى تحليل الآيات القرآنية والأحاديث النبوية التي تتناول موضوع العرف أو تتصل بأحكام الأسرة، سعيا لاستخلاص المعاني الفقهية والقانونية التي تدعم الطرح المطروح في الدراسة.

. **المنهج المقارن:** تم الاعتماد عليه من خلال دراسة الأساس الأصولي والقانوني للعرف، ومقارنة موقف الفقه الإسلامي بموقف التشريع الوضعي، خاصة في القانون الجزائري، لإعتبار العرف مصدرا منظما لأحكام الأسرة.

خطة البدراسة:

وللإجابة عن هذه الإشكالية المطروحة تم تقسيم هذا البحث إلى فصلين متكاملين معتمدين على التقسيم الثنائي.

يعالج الفصل الأول الجانب النظري التأصيلي، حيث تم التطرق إلى ماهية العرف، من خلال بيان مفهومه، أنواعه، وحجية اعتباره، ومكانته في كل من الفقه الإسلامي والتشريع الوضعي، وذلك بهدف تأصيل العرف كمصدر من مصادر الأحكام في قضايا الأسرة.

أما الفصل الثاني، فقد خصص للجانب التطبيقي العملي، حيث تناولنا من خلاله أثر العرف في بعض مسائل الأسرة، لا سيما في الزواج والطلاق، عبر استعراض نماذج تطبيقية وقراءة تحليلية لمواقف الفقه والقانون من تلك المسائل في ضوء الأعراف السائدة.

الفصل الأول

الإطار النظري للعرف ومكانته في التشريع الفقهي والقانوني

يشكل العُرف أحد أقدم وأهم المصادر التي نشأت لتنظيم العلاقات داخل المجتمعات البشرية، إذ تشكّل نتيجة لتكرار سلوك معين والتزام الناس به عبر الزمن حتى غدا مقبولًا ومُلزمًا في نظر الجماعة، وقد سبق العُرف ظهور التشريعات المكتوبة والقوانين الوضعية، فكان بمثابة التعبير الأول عن الحاجة إلى قواعد تضبط سلوك الأفراد داخل المجتمع.

ولم يقتصر دور العرف على ضبط السلوك الاجتماعي فحسب، بل تطور ليكتسب طابعًا قانونيًا، حيث أصبح معترفًا به في العديد من الأنظمة القانونية كمصدر من مصادر القاعدة القانونية، بالنظر إلى ما يتمتع به من مرونة وقابلية للتطور، مما يجعله أداة فعالة في مواكبة متغيرات الواقع وتلبية حاجات الناس.

وفي هذا السياق، يتناول هذا الفصل دراسة العُرف من خلال مبحثين أساسيين، يتطرق أولهما إلى مفهوم العُرف، في حين يُسلّط الثاني الضوء على مكانته في الفقه القانوني.

المبحث الأول: مفهوم العرف

يعتبر فهم مفهوم العرف خطوة أساسية تمهد لتحديد معالمه، وقد أولى الفقهاء والباحثون إهتمام كبيرا في وضع معايير وتعريفات التي تميز العرف وتضيط مفهومه بدقة، وفي هذا الإطار يعرض هذا المبحث مفهوم العرف من خلال مطلبين، يخصص أولهما لبيان الأسس العامة التي يقوم عليها في حين يتناول الثاني تقييم العرف وبيان أوجه تمييزه عن غيره من المفاهيم المشابهة.

المطلب الأول: الأسس العامة للعرف

و لأن العرف يُعد من المسائل الهامة في أصول الفقه لما له من أثر في استنباط الأحكام، وانطلاقًا من ذلك، سنتناول في هذا المطلب تعريف العرف، وبيان حجيته في الفقه الإسلامي في كفرع أول، وكذا أنواعه في الفرع الثاني.

الفرع الأول: تعريف العرف وحجيته

إن تحديد المفاهيم بدقة خطوة أساسية في كل دراسة علمية، لما له دور في توضيح الاطار الذي يدور حوله البحث، وإنطلاقا من ذلك يتناول هذا الفرع تعريف العرف بإعتباره مصطلحا محوريا في الموضوع، ثم ينتقل إلى بيان حجيته، وذلك لتحديد مدى الإعتداد به والأساس الذي يستند إليه في إعماله.

أولا: تعريف العرف

لأجل الإحاطة بمفهوم العرف على النحو دقيق، لابد من التمييز بين معناه في اللغة ومعناه في الاصطلاح فالفهم السليم لأي مصطلح قانوني أو فقهي يستوجب الوقوف أولا على جذوره اللغوية، ثم بيان مفهومه الاصطلاحي.

1- العرف في اللغة:

العرف جمعه أعراف له عدة معاني منها المألوف عند الناس منها:

-(العين والراء والفاء أصلان صحيحان، يدلُّ أحدُهما على تتابُع الشيء متَّصلا بعضه ببعض والآخر على السكون والطُّمأنينة)[1].

-فالتتابع المقصود به: أن المعاني الأصلية للفظ العرف في اللغة هو تتابع الشيء وتوليه ويشير إلى تكرار حدوث أمر ما وهو ما يتناسب مع كون العرف ما تعود عليه الناس وتكرر بينهم.

-والسكون والطمأنينة: العرف هو اسم لما تعرفه النفس من خير وتطمأن إليه والعرف ضد النكر.

وعرف العرف أيضا على أنه: (ما استقرّت عليه النفوس بشهادة العقول وتلقّته الطبَائع بالقبول)[2].

-ما استقرت عليه النفوس: أي ما اعتاده الناس في حياتهم وتعاملاتهم حتى صار جزءا من عادتهم وسلوكهم.

-بشهادة العقول: أي هذا الأمر مقبول عند أصحاب العقول السليمة، منطقي ومعقول، لا بتعارض مع العقل.

وتلقته الطبائع السليمة: أي أن النفوس والفطرة النقية تقبله ولا تنفر منه.

2- العرف في الاصطلاح:

تنوعت تعريفات العُرف بتنوع المنطلقات التي اعتمدها العلماء في مقارباتهم لهذا المفهوم، إذ حاول كل باحث أن يُحدده ضمن الإطار الذي ينسجم مع رؤيته المنهجية ومجاله المعرفي، وفي هذا السياق، تسعى هذه الدراسة إلى عرض أهم التعريفات الاصطلاحية للعُرف، وتحليلها نقدياً، بهدف التوصل إلى تعريف جامع يتسم بالدقة والشمول، ويُراعي الأبعاد النظرية والتطبيقية لهذا المصطلح.

[1] إبن فارس أبو الحسين أحمد، معجم مقاييس اللغة، ط1، دار جيل، بيروت، لبنان، ج4، ص281.

[2] الجرجاني علي بن محمد، التعريفات، ط1، دار الكتب العلمية ببيروت لبنان، السنة 1403هـ-1983م، ج1، ص149

–فقد عرف على انه: (العادة مأخوذة من المعاودة فهي بتكرارها ومعاودتها مرة بعد أخرى حتى صارت معروفة ومستقرة في النفوس والعقول متلقاة بالقبول من غير علاقة ولا قرينة حتى صارت حقيقة عرفية فالعادة والعرف بمعنى واحد من حيث الماصدق وإن اختلفا من حيث المفهوم).[1]

أي أن العادة هي ما يكرره الناس حتى يألفوه أما العرف فهو ما استقرت عليه الناس وأصبح مقبولا ومعتمدا في تنظيم شؤونهم، فكل عرف عادة لكن ليس كل عادة تعد عرفا.

–كما عُرف بأنه: (هو ما يتعارفه أكثر الناس ويجري بينهم من وسائل التعبير وأساليب الخطاب والكلام وما يتواضعون عليه من الأعمال ويعتادونه من شؤون المعاملات مما لم يوجد في نفيه ولا إثباته دليل شرعي)[2].

فالعرف قد يكون لفظا أو عملا أو معاملة أو أسلوب يعتادوه الناس بشرط ألا يكون هناك نص ينفي هذا العرف أو نص يثبته.

–و في تعريف آخر: العرف (الأمر المتكرر من غير علاقة عملية).[3]

فهذا التعريف لخص العرف على أنه تكرار دون سبب أو نص أو شرط أو علاقة.....

و بعد دراسة وتحليل التعاريف المختلفة لمفهوم العرف، يتبيّن أن **التعريف الثاني** يُعدّ الأكثر دقة وشمولًا، نظراً لما يتميز به من إحاطة متكاملة بجوانب العرف، سواء من حيث طبيعته القانونية أو بنيته التركيبية، بالإضافة إلى توضيحه لأنواعه بشكل منهجي مؤصل، أما **التعريف الأول**، فقد شابه نوع من الخلط بين العرف والعادة، حيث انطلق، من تعريف العادة وأسقطه على العرف، مما أدى إلى تداخل المفهومين وإضعاف التحديد الدقيق للعرف كمصدر قانوني متميز، وهو ما يخلّ بالصرامة العلمية المطلوبة في التعريفات القانونية، في المقابل جاء **التعريف الثالث** مقتضبًا إلى درجة الإخلال، إذ اقتصر على عرض فكرة عامة دون التوسع في الخصائص الجوهرية التي تميز العرف عن غيره من القواعد الاجتماعية، وهو ما جعله أقل إفادة من الناحية العلمية.

---

[1] ابن عابدين محمد أمين أفندي، رسائل ابن عابدين، ط1، دار السعادة إسطنبول، السنة 1325هـ – 1907م، ج2، ص 114.

[2] النملة عبد الكريم بن محمد، علم أصول الفقه المقارن، ط1، مكتبة الرشد، الرياض، السعودية، السنة 1420هـ – 1999م، ج3، ص، ص 1020.

[3] ابن أمير الحاج، التقرير والتحبير، ط1، دار المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، سنة 1403هـ–1983م ج1 ص 382.

وبناءً على ما سبق، يمكن اعتبار التعريف الثاني هو الأرجح والأكثر ملائمة في السياق القانوني، نظرًا لما يتضمنه من دقة ووضوح وشمولية تُسهم في إبراز ماهية العرف ووظيفته ضمن المنظومة القانونية.

3-تعريف العرف في القانون

جاء في نص المادة الأولى من القانون المدني: (يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها، وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف، فإذا لم توجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة)[1]، وبذلك فقد رتب المشرع الجزائري العرف في المرتبة التالية لمبادئ الشريعة الإسلامية ضمن المصادر الرسمية الإحتياطية، غير أنه لم يقم بتعريفه صراحة، تاركا هذه المهمة للفقه.

ويعرف العرف على أنه: "عادة تواضع الناس على إتباعها معتقدين في قوتها الملزمة أي أن العرف كان هو الطريق الطبيعي التي تخرج منه القواعد القانونية التي يحتاج إليها المجتمع"[2].

وعرف أيضا على أنه: "العرف عبارة عن عادات وتقاليد يرثها الأبناء عن الآباء والأجداد لتصبح مقدسا وجزءا من التراث الذي يتمسك به المجتمع ويعتز، كسمة من سمات شخصيته"[3].

ثانيا: حجية العرف

اعتمد أهل العلم في إثبات حجية العرف على أدلة من الكتاب والسنة والإجماع والمعقول وذلك وفق الآتي:

1- من القرآن الكريم:

-قال الله تعالى: (وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلاَدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لاَ تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلاَّ وُسْعَهَا لاَ تُضَآرَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلاَ مَوْلُودٌ لَّهُ بِوَلَدِهِ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ فَإِنْ أَرَادَا فِصَالاً عَن تَرَاضٍ مِّنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا وَإِنْ أَرَدتُّمْ

[1] المادة 01: من الأمر رقم 75_58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني الجزائري، ج ر ج ج عدد78 صادر في 24 رمضان 1395 الموافق 30 سبتمبر سنة 1975، المعدل والمتمم.

[2] يحي قاسم علي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، ط1، كوميت لتوزيع، القاهرة، سنة 1997م، ص108.

[3] غالب علي الداودي، المدخل إلى العلوم القانونية، ط7، دار وائل، الأردن، سنة 2004م، ص154.

أَن تَسْتَرْضِعُواْ أَوْلاَدَكُمْ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُم مَّا آتَيْتُم بِالْمَعْرُوفِ وَاتَّقُواْ اللّهَ وَاعْلَمُواْ أَنَّ اللّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ) [1].

وجه الدلالة : تدل الآية الكريمة على وجوب إنفاق والد الطفل على الوالدة بما يناسب مع قدرته المالية دون إسراف أو إقتار وفق لما هو معروف في ذلك البلد وما تأخذه مثيلاتها من كسوة ونفقة ورزق[2].

– قال الله تعالى : (خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ)[3] .

وجه الدلالة : وقد جاء ذلك في التفسير أن الله تعالى أمر نبيه بالعرف أي بالخير والمروءة والمعروف من الأقوال و الأفعال[4].

2– من السنة النبوية:

–في حديث هند بنت أبي سفيان عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال:"ما يكفيك وولدك بالمعروف[5].

والمقصود بالاستدلال هنا أن الرسول صلى الله عليه وسلم قد أقر بحق الزوجة في النفقة إذا لم ينفق الزوج على زوجته حق لها في الأخذ من ماله ما يكفيها هي وولدها ، ولم يحدد الرسول صلى الله عليه وسلم المقدار بل ترك ذلك للعرف[6].

–قال صلى الله عليه وسلم " الوزن وزن أهل مكة والمكيال مكيال أهل المدينة "[7].

---

[1] سورة البقرة، الآية :233.

[2] ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، ط 01، دار إبن حزم، بيروت لبنان، سنة 1420هـ – 2000م ج1، ص298

[3] سورة الأعراف، الأية: 199.

[4] السيوطي عبد الرحمان جلال الدين، الدر المنثور في التفسير المأثور، ط1، دار الفكر، بيروت لبنان، سنة 1433،1432هـ – 2011م، ج4، ص 628.

[5] البخاري محمد، صحيح البخاري، تحقيق مصطفى الباغا، دار ابن كثير بيروت، ط3، رواه البخاري، كتاب النفقات، باب إذا لم يُنفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها وولدها بالمعروف، حديث رقم: 5364، سنة 1407هـ – 1987م، ج1، ص2052.

[6] عوض أحمد إدريس، الوجيز في أصول الفقه، دار هلال، بيروت لبنان، ط01، سنة 1992م ، ج1 ص89.

[7] السجستاني أبي داود سليمان، سنن أبي داود، باب في قول النبي صلى الله عليه وسلم "المكيال مكيال أهل المدينة "، ط2، مطبعة السعادة، سنة 1369هـ – 1950 م، مصر، حديث رقم 3340، ج3، ص 335.

وجه الاستدلال أن الرسول صلى الله عليه وسلم جعل المكيال يكون كما اعتاده أهل المدينة أي ما هو معروف عندهم، والوزن يكون كما عرف عند أهل مكة وهنا يظهر اعتبار العرف في الوزن والمكيال[1].

3- من الإجماع

لقد أجمع العلماء منذ وفاة النبي صلى الله عليه و سلم إلى وقتنا الحالي على أن الأعراف السائدة في أي عصر من العصور تكون بعد تحري دقيق فأخضعوها لضوابط شرعية إبتداءا من موافقتها لأصول الدين الإسلامي، وتوافق ما كان سائد عند الناس مثال ذالك أن يتعارف الناس في وقت من الأوقات على عمل ما لمدة طويلة ولا يتم إنكارهم له[2].

قد يُستند في ثبوت العرف إلى ما يُعرف بالإجماع العملي، وهو نوع من الإجماع يُستدل به على الأمور العرفية من خلال تتبّع سلوك الناس وممارساتهم المتكرّرة عبر الأزمان، إذ يُعد هذا الإجماع دليلاً فعلياً على استقرار التعامل على وجه معين، متى ثبت أن الناس قد اعتادوا على ممارسة سلوك ما في زمن معين واستمرّوا عليه دون ظهور معارضة أو إنكار من أهل العلم أو المجتمع، مما يدل على قبوله واستقراره في وجدان الجماعة. ويُعتبر هذا النوع من الإجماع قرينة قوية على وجود عرف معتبر[3].

ومن أبرز الأمثلة الفقهية على ذلك: عقد "الاستصناع"[4]، حيث تعامل الناس به فعليًا على مرّ العصور، رغم عدم وجود نص صريح يُقرّه في بدايته، ولكن لما شاع التعامل به واستقرّ في أعراف الناس دون اعتراض، استُدل على مشروعيته بالإجماع العملي، الذي عبّر في حقيقته عن تعارف

---

[1] عبد الكريم بن محمد اللاحم، المطلع على دقائق زاد المستقنع المعاملات المالية، ط01، دار كنوز إشبيليا لنشر والتوزيع، الرياض، سنة 1429هـ-2008م، ج2، ص83.

[2] علاء الدين عبد الفتاح عبد الحميد، العرف وأثر العمل به في مسائل الأحوال الشخصية، مجلة التراث، جامعة الجلفة، مج 09، ع01، سنة 2019، ص 47.

[3] المرجع نفسه، نفس الصفحة.

[4] الإستصناع: هو عقد بيع بين الصانع والمستصنع على سلعة موصوفة في الذمة، مقابل ثمن يدفع مقدما أو يدفع مؤجلا على دفعة واحدة أو على عدة دفعات حسبما يتفقان عليه.

سماح طلحي، نسرين عوام، نوفل بعلول، دور عقد الإستصناع في تمويل الصناعات الصغيرة والمتوسطة دراسة حالة الجزائر، جامعة أم لبواقي الجزائر، مجلة المنهل الإقتصادي، مج 03، ع1، سنة 2020، ص363.

الناس عليه وقبوله بينهم. ومن ثمّ، فإن هذا النوع من الإجماع يُعدّ بمثابة تأييد عرفي لمشروعية بعض المعاملات التي لم يرد بها نص، لكنه ثبتت مشروعيتها باستقرار العمل بها.[1]

4- من المعقول

يُستفاد من تتبع فروع الشريعة الإسلامية أن مقاصدها الأساسية تقوم على تحقيق مصالح الناس في شتى جوانب حياتهم، سواء في معاملاتهم أو علاقاتهم الاجتماعية، وقد أخذت الشريعة في اعتبارها الأعراف المستقرة في المجتمع، فلم تتخذ موقف القطيعة منها، بل أقرّت ما كان منها محققًا للمصلحة ولا يتعارض مع المبادئ الإسلامية، وعلى الرغم من وجود هذه الأعراف قبل الإسلام، فقد أضفى عليها الشارع الحكيم صبغة شرعية ورتّب عليها آثارًا قانونية، مما يؤكد اعتباره للعُرف الصحيح مصدرًا من مصادر التشريع، شريطة ألا يخالف نصًا قطعيًا أو مبدأً شرعيًا ثابتًا[2].

ومن الناحية العقلية والمنطقية، يتمتع العرف بتأثير قوي على سلوك الأفراد، ويكتسب احترامًا جماعيًا يجعله بمثابة "طبيعة ثانية" للناس، يرضون به ويتبعونه طوعًا لما فيه من توافق مع مصالحهم الواقعية، وبما أن الشريعة الإسلامية قائمة على جلب المصالح ودرء المفاسد، فإن العرف الصحيح الذي يحقق هذه المصالح يُعدّ أصلًا معتبرًا في الاجتهاد ومصدرًا من مصادر الاستنباط الفقهي، وهكذا يتكامل العرف مع النصوص الشرعية والعقل السليم لبناء منظومة فقهية مرنة تستجيب لتغيرات الواقع وتطور المجتمع[3].

الفرع الثاني: أنواع العرف

يصنف العرف إلى أنواع متعددة بحسب الزاويا التي ينظر منها إليه، فحسب مصدره ينقسم إلى عرف قولي وعرف عملي، ومن حيث نطاقه وإطاره فينقسم إلى العرف العام والعرف الخاص، أما من حيث مشروعيته فهو قسمان عرف فاسد وعرف صحيح.

---

[1] عبد الله عبد المحسن التركي، أصول مذاهب الامام احمد، ط03، مؤسسة الرسالة، سنة 1410هـ_1990م، ج1، ص604.

[2] محمد برجي بن جلول، سلطان العرف وتأثيره على القوانين، مجلة التراث، مج 09، ع01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سوسة، تونس، سنة 2019م، ص135.

[3] الزحيلي محمد مصطفى، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي (المدخل، المصادر، الحكم الشرعي)، ط2، دار الخير لطباعة والنشرو التوزيع، دمشق، سوريا، السنة 1428هـ-2006م، ج1، ص267.

أولا: من حيث المصدر

إذا صدر العرف من حيث مصدره عن فعل قولي فهو عرف قولي وإذا صدر عن فعل عملي فهو عرف عملي

1-**عرف قولي:** هو المعنى الذي إستقر في ألسنة الناس وعرفهم اللفضي حتى صارت إطلاق الكلمة بنقل عن مدلولها اللغوي الأصيل إلى دلالة عرفية خاصة بسبب الإستعمال المتكرر وتداول هذه الألفاظ مثل: كلمة الدراهم ، تستعمل اليوم للإشارة إلى النقود بما في ذلك العملة الورقية رغم أن أصل الكلمة يخص نقود حقبة محددة[1].

2-**عرف عملي:** هو ماإعتاده الناس في سلوكهم اليومي أو معاملاتهم بحيث يصبح هذا الفعل أو الممارسة معروفا ومقبولا دون الحاجة إلى نص صريح كإعتياد قوم على أكل اللحم والضأن وأكل البر، وطريقة الأكل والشرب السائدة في مجتمع ما، أما في المعاملات الهدية عند الزيارة عرفا عمليا متعارف عليه[2].

ثانيا: من حيث النطاق

أما من حيث نطاق فهو ثلاثة أنواع عام وخاص وشرعي:

1-**العرف العام:** مجموعة القواعد والممارسات التي تعارف عليها الناس وإنتشرت بينهم في مختلف البلدان حيث أصبحت ذات إعتبار في تنظيم شؤونهم الحياتية والإجتماعية، ومن الأمثلة على ذلك تعارف الناس على عدم إتمام زفاف المرأة إلا بعد أخدها للمعجل من صداق وكذلك ما تعارف عليه المجتمع من ضرورة رجوع الجاهل إلى القايم في الأمور الفقهية والإستفسارات الشرعية[3].

2-**العرف الخاص:** هو ماتعارف عليه الناس في مهنة معينة أو بلد معين أو وقت معين من قواعد وسلوكات جرى العمل بها حتى أصبحت ملزمةومثاله كسب إجراء البيع البيع والشراء بين التجار (التسليم الفوري والتأجيل)[4].

---

[1] الزرقا مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، دار العلم دمشق، ط01، سنة 1418هـ -1992م ج1 ص ص 875،876

[2] المرجع نفسه، ص877.

[3] محمد صدقي بن أحمد، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، ط4، مؤسسة الرسالة العالمية، بيروت، لبنان، سنة 1416هـ-1996م، ص277.

[4] الزرقا مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، ص 878.

ثالثا: من حيث المشروعية

نقسم العرف من حيث المشروعية اللى ماهو صحيح وما هو فاسد:

1-**العرف الصحيح:** هو مايتوافق مع أحكام الشريعة الإسلامية وتوجيهاتها المقررة ولا يعارض نصوصها الثابتة أو مبادئها العامة ، ويعتبر هذا النوع معيارا أساسيا في عملية التقويم و الفقهي حيث يسند إليه في إستنباط الأحكام الشرعية ويشترط في العرف الصحيح أن يكون مدعوما بدليل شرعي معبر[1].

2-العرف الفاسد: هو كل سلوك أو تصرف يخالف أحكام الشريعة الإسلامية سواء بتحليل ما حرمته النصوص أو إبطال واجب فرضه الشرع ، أو مخالفة تعاليمها بشكل صريح ويشمل أيضا ما يؤدي إلى ضرر إجتماعي أو فردي أو يعارض المصالح التي تحرص الشريعة على تحقيقها، كما يطلق هذا المصطلح على الممارسات التي تتعارض مع الأعراف الإجتماعية المتعارف عليها في المناسبات الدينية أو العائلية شرط ألا تخالف الضوابط الشرعية[2].

المطلب الثاني: تقييم العرف وتمييزه عن غيره

يحظى العرف بمكانة هامة ضمن مصادر القاعدة القانونية، لما يقدمه من مرونة في التطبيق وقدرة على مسايرة تطورات المجتمع، إلا أنه لا يخلو من نقائص كالغموض وصعوبة الإثبات، وتكمن خصوصيته في كونه ملزما معتمدا قانونا، بخلاف مفاهيم قريبة منه، التي تفتقر إلى القوة الإلزامية والاعتراف القضائي، وهذا ما سنتناوله في هذا المطلب من حيث تقييم مزاياه وعيوبه وتمييزه عن غيره من المصطلحات المشابهة.

الفرع الأول: تمييز العرف على مايشابهه من المصطلحات

في كثير من الاحيان يقع خلط بين العرف وبعض المصطلحات المشابها له ولهذا ووجب التمييز بينهم.

---

[1] يوسف سرحوط، العرف وأثره في تغير الأحكام والفتاوى وتحقيق مقاصد الشريعة الإسلامية، مجلة التراث، المركز الجامعي نور البشير – ولاية البيض، الجزائر، مج09، ع 1، 2019، ص170.

[2] خلاف عبد الوهاب، علم أصول الفقه وخلاصة تاريخ التشريع المدني، ط7.، مطبعة االمدني، المؤسسة السعودية مصر القاهرة، سنة 1365ه -1946م، ج1، ص89.

أولا–تميز العرف عن التشريع

من أجل لتميز بين العرف والتشريع وجب تعريف هذا الاخير.

2– التشريع في الاصطلاح:

التشريع هو العملية التي تقوم بها سلطة عامة مختصة بإصدار القوانين، ويُعد من أبرز مصادر القانون، يهدف إلى وضع قواعد قانونية عامة ومجردة تهدف إلى تنظيم العلاقات بين الأفراد داخل المجتمع، وتحديد ما يجوز فعله وما يُمنع، بالإضافة إلى تنظيم مختلف مجالات الحياة وفقًا لضوابط محددة[1]، أما العرف قد عرف سابقا.

3–الفرق بين العرف والتشريع

ومن خلال تعريف كل من العرف والتشريع نستنتج ان الفرق بينهما يكمن في أن العرف يأتي كمصدر ثالث بعد التشريع ومبادئ الشريعة الإسلامية، ولا يُرجع إليه القاضي إلا في حال غياب نص تشريعي أو قاعدة شرعية. وبالتالي لا يجوز للعرف أن يخالف نصاً تشريعياً، فهذا العرف يُعتبر مخالفاً لأحكام الشريعة الإسلامية والقوانين السارية، ولا يعتد به أمام القضاء، كما أن العرف يُعتبر من القواعد القانونية التكميلية، أي أنه يطبق فقط في حال وجود فراغ تشريعي، ولا يمكن الاعتماد عليه إذا كان هناك نص قانوني صريح ينظم المسألة محل النزاع.

باختصار يتميز التشريع بكونه المصدر الأول والأسمى للقواعد القانونية، بينما يُعد العرف مصدراً مكملاً يلجأ إليه عند غياب النصوص التشريعية أو الشرعية، بشرط ألا يتعارض معهما.

ثانيا–تمييز العرف عن العادة:

من أجل توضيح الفرق بين العرف والعادة، لابد من تعريف كل من هما، ولأن العرف قد سبق وعرفناه، نكتفي بتعريف العادة في اللغة والاصطلاح.

[1] عبد الرحمن أسامه، "التشريع – Legislation"، الموسوعة السياسيّة، 2019–12–14، تاريخ آخر دخول: 2025–05–26 01:56، متاح على الرابط التالي:https://political–encyclopedia.org/dictionary/التشريع.

1-التعريف اللغوي للعادة :(الدربة والتمادي في الشيء حتى يصير له سجية)[1].

2-التعريف الاصطلاحي للعادة: تعرف العادة عند الأصوليين بأنها: (الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية)[2].

3- الفرق بين العرف والعادة:

إختلف الفقهاء في بيان الفرق بين العرف والعادة بين من يرى بأن العرف والعادة بمعنى واحد وأن العادة تلتقي مع العرف في معناها، ومن بين هؤلاء كالإمام النسفي وإبن عابدين في رسالته نشر العرف) حيث نص على أن العرف والعادة بمعنى واحد من حيث المعنى ولو إختلفا في المفهوم، ومنهم من فرق بينهما من حيث العموم والخصوص، مثل إبن همام والذي يرى أن العرف هو الأعم مطلقا من العادة، فكل عادة عرفا وليس كل عرف عادة[3].

ثالثا- تمييز العرف عن الإجماع:

ولتميز بينهما لابد من تعريف الإجماع لغة وإصطلاحا.

1-التعريف اللغوي للإجماع : هو(العزم والإتفاق)[4]، قال تعالى :{فَأَجْمِعُوا أَمْرَكُم}[5]. أي أعزموه.

2- التعريف الإصطلاحي للإجماع:هو (إتفاق العلماءالمجتهدين من أمة محمد صلى الله عليه وسلم على حكم شرعي بعد النبي صلى الله عليه وسلم)[6].

---

[1] ابن فارس أبو الحسين أحمد، مقاييس اللغة، تح: عبد السلام محمد هارون، مادة عرف، دار الفكر، لبنان، 1979م، ج 4، ص 182.

[2] سرير حاج خولة، قاعدة العادة محكمة وأثرها في نوازل الأسرة من خلال نوازل المازوني، جامعة وهران1 أحمد بن بلة، المجلة الجزائرية للمخطوطات، ع14، سنة يناير 2016، ص88.

[3] الباحسين يعقوب بن عبد الوهاب، قاعدة العادة محكمة، مكتبة الرشد، الرياض، ط2، سنة 1433هـ - 2012م، ص50.

[4] العثيمين محمد بن صالح، تعليق مختصر على كتاب لمعة الإعتقاد الهادي إلى سبيل الرشاد، مؤسسة الشيخ محمد بن صالح العثيمين الخيرية، المملكة العربية السعودية، ط6، 1442هـ، ص128.

[5] سورة يونس، آية: 71.

[6] العثيمين محمد بن صالح، المرجع السابق، ص128

3- الفرق بين العرف والإجماع:

إن العرف كما يتحقق بتوافق الناس جميعا يتحقق بغالبهم، ولا تأثر مخالفة القلة على إعتباره أو قيمته، بينا الإجماع لا يتم إلا بإتفاق جميع المجتهدين في عصر معين، فإن خالف أحدهم يعتبر ذلك مانعا يقلل من أثره، كما أن العرف لا يشترط أن يصدر من المجتهدين بل يمكن أن ينبثق من تصرفات عامة الناس سواء كانو مجتهدين أو لا، متعلمين أو أميين، أما الإجماع فيجب أن يكون صادرا عن المجتهدين فقط في قضايا شرعية، ولا يعتد برأي غيرهم، والعرف قابل لتغيير بينما الإجماع، بمجرد إنعقاده، يصبح غير قابل لتغيير ولايجوز الإجتهاد فيه[1].

رابعا: تميز العرف عن العمل

يختلف العرف عن العمل في امور عدة.

1-العمل في اللغة: (والعِين والمِيمُ واللامُ أصل واحد عام في كُلِ فِعل)[2].

2-العمل في الاصطلاح: (إذا علمت هذا، فإذا رجح بعض المتأخرين المتأهلين للترجيح قولاً للمشهور لوجود مرجّح عندهم وأخبروا به، فالعمل في الحكم يتعين على اعتقاد أتباعهم، فيُقدّم مقابل المشهور لرجحانه على المشهور بوجهه، لا لمجرد الهوى.[3]

3-الفرق بين العرف والعمل:

يتجلى الفرق بين العمل والعرف في الفقه الإسلامي من خلال نقطتين أساسيتين: أولاً، يقتصر العمل عادةً على فئة العلماء المتخصصين، بينما يشمل العرف عامة الناس وغيرهم، مما يجعل نطاق العرف أوسع من نطاق العمل، ثانياً يُستخدم العمل كمرجح بين الأقوال الفقهية المختلفة، في حين يعكس العرف تنوع حاجات الناس واختلافاتهم، مما يجعله أكثر شمولاً وعمومية، علاوة على ذلك، قد يتداخل العمل والعرف، حيث يمكن أن يكون العمل ناتجاً عن فتوى أو حكم يستند إلى

---

[1] سليمان محمود قاسم عدوان، معارضة العرف لخبر الواحد، مذكرة ماجستير في أصول الفقه، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة فلسطين،2007، ص22.

[2] ابن فارس أحمد ابن زكريا، معجم مقاييس اللغة، مرجع سابق، ج4، ص145.

[3] الهلالي أبي العباس سيدي احمد، نور البصر، شرح خطبة المختصر، ط1، دار يوسف بن تاشفين، مكتب الامام مالك، الامرات العربية المتحدة، سنة 1428هـ-2008م، ج1، ص134.

عرف، أو نتيجة التزامهم به حتى يتحول إلى عرف سائد بين الناس، أو نتيجة التزامهم به حتى يتحول إلى عرف متعارف عليه[1].

الفرع الثاني: مزايا العرف وعيوبه

يتميز العرف، ببعض المزايا التي تجعله مناسبا في مواقف معينة، لكنه في نفس الوقت يعاني من بعض العيوب التي قد تحد من فعاليته وسنذكر في هذا العنصر البعض من مزايا العرف والبعض من عيوبه.

أولا: مزايا العرف

رغم ما يُؤخذ على العرف من مآخذ، إلا أنه يتمتع بجملة من الخصائص التي تجعل منه مصدرًا مميزًا للقاعدة القانونية في بعض السياقات، ومن بين هذه المميزات:[2]

1-امتياز العرف بتطوره المستمر والتلقائي .

تُعدّ مرونة العرف وتطوره التلقائي من أبرز خصائصه التي تمنحه حيوية قانونية لا تتوافر بالقدر نفسه في التشريع المكتوب. فالعرف ينشأ في الواقع الاجتماعي، ويتكيف معه بصورة طبيعية دون الحاجة إلى تدخل سلطة تشريعية، مما يسمح له بمواكبة التحولات المتسارعة في حياة الأفراد والمجتمع. فالقواعد العرفية التي تفقد صلتها بالواقع تندثر تدريجيًا بفعل الإهمال المجتمعي، في حين تنشأ قواعد جديدة محلها من خلال ممارسات اجتماعية متكررة تتماشى مع التغيرات الطارئة، وعلى النقيض من ذلك، فإن التشريع يظل ثابتًا إلى أن يُعدَّل أو يُلغى عبر إجراءات رسمية قد تتسم بالبطء والتعقيد، مما قد يُبقي على قواعد قانونية جامدة وغير منسجمة مع الواقع المتغير، ويحد من فاعلية النظام القانوني في الاستجابة للحاجات المجتمعية المتجددة.

---

[1] عبد القادر عبد العزيز، أثر العرف وحجيته في فقه المعاملات المالية على مذهب الحنابلة، السعودية، ط1، 1997م، ج1، ص121.

[2] محمد حسين منصور، المدخل إلى القانون القاعدة القانونية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان، ط1، السنة 2010م، ص222.

2- العرف هو المصدر الشعبي الأصيل للقانون:

ينبثق العرف من داخل المجتمع نفسه، ويُعبّر عن إرادة أفراده من خلال تكرار سلوك معين واقتناعهم الجماعي بإلزاميته. وبهذا المعنى، يُعتبر العرف أكثر تعبيرًا عن الضمير الجمعي وتطلعات الناس الفعلية، بخلاف التشريع الذي قد يصدر أحيانًا بمعزل عن الواقع أو يتأثر برؤى سياسية أو إدارية لا تعكس دائمًا إرادة القاعدة الاجتماعية. كما أن نشأة العرف بطريقة تلقائية وتدريجية تجعله متسقًا مع البيئة الثقافية والاجتماعية والاقتصادية التي يتكوّن فيها، فيكون أكثر قبولًا وفاعلية في التطبيق العملي، وهذا ما يمنحه طابعًا شعبيًا وأصالة قانونية لا تقل قيمة عن التشريع، بل قد تفوقه من حيث الاندماج في حياة الأفراد اليومية.

3- لا يستطيع التشريع الإحاطة بجميع جوانب الحياة داخل المجتمع:

رغم ما يتمتع به التشريع من دقة وصياغة رسمية، إلا أنه يبقى محدودًا في قدرته على مواكبة كل تفاصيل الواقع الاجتماعي، خاصة في المجتمعات المعقدة والمتنوعة جغرافيًا وثقافيًا، فالمشرع مهما بلغ من الدقة، لا يمكنه أن يتنبأ بجميع الحالات أو الخصوصيات التي قد تنشأ، لا سيما في البيئات المتغيرة أو في القطاعات التي تتصف بالتجدد السريع، مثل المعاملات التجارية أو العرف الصناعي. وهنا تتجلى أهمية العرف بوصفه أداة مرنة قادرة على سد الفراغ التشريعي، وتوفير قواعد تطبيقية فعّالة في غياب النصوص القانونية، وقد لعب العرف دورًا محوريًا في القانون التجاري، حيث أُخذ به على نطاق واسع لتنظيم المعاملات المستجدة بين التجار، وتم الاعتراف به في كثير من الأنظمة القانونية كمصدر من مصادر القانون التجاري، إلى جانب القوانين المكتوبة والعقود.

ثانيا: عيوب العرف

وعلى الرغم من مزاياه، فإن العرف لا يخلو من نقائص تحدّ من كفاءته كمصدر قانوني، خاصة في ظل متطلبات الدولة الحديثة وسعيها نحو التنظيم الدقيق وكامثلة على هذه العيوب ما يلي:[1]

[1] يحيى قاسم علي، المدخل لدراسة العلوم القانونية نظرية القانون، نظرية الحق دراسة مقارنة، كوميت لتوزيع، القاهرة، ط 1،السنة 1997م، ص112.

1- العرف وسيلة بطيئة في إنتاج القواعد القانونية:

يرجع ذلك إلى أن العرف يتكوّن من خلال ممارسة سلوك معين بصورة متكررة ومنتظمة عبر فترة زمنية طويلة، حتى يستقر في وجدان الجماعة وتستشعر أنه ملزم، وهذه الطبيعة التراكمية التدرجية في تشكّله تجعله عاجزًا عن مواكبة سرعة التغيّرات الاقتصادية والاجتماعية والتكنولوجية التي تميز المجتمعات الحديثة، وفي ظل تعقّد العلاقات القانونية وتداخل المصالح، أصبحت الحاجة ماسّة إلى قواعد قانونية تصدر بسرعة ووضوح لمعالجة مستجدات الواقع، وهو ما يُمكن تحقيقه عبر التشريع لا العرف، وبالتالي فإن بطء العرف في إنتاج القاعدة القانونية يُعد من أبرز أوجه قصوره في البيئة القانونية المعاصرة.

2-غموض العرف وعدم وضوحه:

وذلك لكونه غير مكتوب وغير مقنّن في غالب الأحيان، مما يجعله عرضة لاختلاف التفسير والتأويل، سواء من جانب الأفراد أو حتى من جانب القضاء، فغياب النصوص الصريحة يؤدي إلى تضارب الآراء حول ما إذا كان سلوك معين يُعدّ عرفًا بالمعنى القانوني، ومدى إلزاميته، وما إذا كانت شروطه قد تحققت فعلًا، وهذا الغموض يتنافى مع مبدأ الأمن القانوني، الذي يتطلب من القاعدة القانونية أن تكون واضحة ومعلومة ومحددة حتى يتمكّن الأفراد من ضبط سلوكهم على ضوئها، كما يُضعف من قدرة القاضي على تطبيق القانون بشكل منضبط ومتّسق، ويُفسح المجال لاجتهادات قضائية متباينة.

3- الاعتماد على العرف يؤدي إلى تفاوت النظم القانونية داخل الدولة الواحدة:

يؤدي الطابع المحلي للعرف إلى اختلافه من منطقة لأخرى داخل الدولة، مما ينتج عنه تطبيق قواعد قانونية متفاوتة على نفس الوقائع، ويؤثر سلبًا على مبدأ وحدة القانون، ويُحدث ازدواجية وتفاوتًا في المعاملة القانونية، ويتعارض ذلك مع سعي الدولة الحديثة لتوحيد القواعد القانونية ضمانًا للمساواة وتيسير المعاملات وتحقيق الاستقرار القانوني، كما يخلق صعوبات عملية في العقود، وتنفيذ الأحكام، وتحديد الاختصاص القضائي نتيجة اختلاف الأعراف المحلية[1].

[1] يحيى قاسم علي، المدخل لدراسة العلوم القانونية نظرية القانون، نظرية الحق دراسة مقارنة، المرجع السابق، الصفحة نفسها.

المبحث الثاني: طبيعة العرف وتكييفه القانوني

تأسست القواعد القانونية وأحكام الدين الإسلامي من خلال تفاعلها مع العادات والأعراف السائدة في المجتمعات و إن تباينت درجة الأخذ بها وآليات توظيفها في التشريع الوضعي، تصبح الأعراف مع إزدهار الحياة الإجتماعية قوانين ملزمة، وتلغى بعض التشريعات التى تتعارض مع المصلحة العامة مما يجعل للعرف مكانة كمصدر يعترف به في القانون، ومصدر تكميلي يساهم في مرونة الشريعة الإسلامية لتتماشى مع الوقائع المتغيرة، وهكذا يتبين لنا أن كلا النظامين يستمدان شرعيتهما من الإنسجام مع الواقع العرفي، لكن بمنهجيتين مختلفتن : فبينما يقوم القانون بتثبيث العرف في نصوص مدونة، تحافظ الشريعة على حيويته كآلية مستمرة في تنزيل الأحكام.

المطلب الأول: طبيعة العرف في الفقه الإسلامي

الإسلام نظامًا تشريعيًا متكاملاً يستند إلى مصادر أساسية كالنصوص الشرعية من القرآن الكريم والسنة النبوية، إلى جانب مصادر فرعية منها العرف، الذي يشكل جزءًا لا يتجزأ من منظومة التشريع الإسلامي، ويُعتد بالعرف في الفقه الإسلامي ما لم تتعارض مع النصوص القطعية أو القواعد الشرعية العامة ويأتي هذا الاعتراف بأهمية العرف في إطار استيعاب الشريعة الإسلامية لخصوصيات المجتمعات وظروفها المتغيرة، ومن هذا المنطلق، يستوجب البحث في شروط اعتبار العرف كمصدر تشريعي في الفقه الإسلامي، ودوره الفعلي في استنباط الأحكام الشرعية ، بما يضمن تحقيق العدالة والمصلحة العامة في ضوء المبادئ الإسلامية.

الفرع الأول: أركان العرف العرف في الفقه الإسلامي وشروطه

لا يمكن اعتبار العرف كمصدر للفقه الاسلامي إلا إذا توافرت فيه أركان وشروط التي تساهم في صبط التعملات والعقود لما يوافق مقاصد الشريعة.

أولا: أركان العرف في الفقه الاسلامي

يمكن الاشارة إلى أن العرف هو ما إستقر في النفوس من جهة العقول، وتلقته الطباع السليمة بالقبول، ومن خلال هذا التعريف نجد أن للعرف ركنين هما [1]:

1-لاستعمال المتكرر والمعقولية:

العرف أو العادة لا يتحقق إلا إذا تكرر استعمال أمر معين بين الناس بشكل مستمر، ويضاف إلى ذلك أن يكون هذا الاستعمال مقبولاً عقلياً ومنطقياً، أي أن يكون له وجهة عقلية تبرر انتشاره، هذا التكرار والاستمرار في الفعل أو القاعدة هو ما يجعلها تكتسب صفة العرف، بحيث تصبح مألوفة ومستقرة في النفوس، ويشعر الناس بأنها جزء من حياتهم اليومية أو تعاملاتهم، كما أن هذا التكرار لا يكفي وحده، بل يجب أن يكون مصحوباً بقبول اجتماعي عام ورضا من أصحاب الطباع السليمة في المجتمع.

2- رضا وقبول المجتمع:

لا يكفي أن يتكرر الفعل أو القاعدة حتى يصبح عرفاً، بل يجب أيضاً أن يلقى قبولاً ورضا من غالبية أفراد المجتمع، خاصة أصحاب الطباع السليمة، فالعرف يعبر عن القيم والمعايير التي يتفق عليها المجتمع ويعتبرها مناسبة وصحيحة، إذا كان هناك تكرار لفعل ما، ولكن المجتمع يرفضه أو لا يقبله، فلا يمكن اعتباره عرفاً، إذن، العرف يتطلب استقرار هذا الفعل في النفوس واطمئنان الناس إليه، بحيث لا يشعرون بالغربة أو الاستنكار عند ممارسته.

ثانيا: شروط العرف

لا يعتد بالعرف في الفقه الإسلامي إلا إذا توفرت فيه شروط معينة تضمن موافقته لضوابط الشرعية ومن بينها:

[1] الباحسين يعقوب بن عبد الوهاب، قاعدة العادة المحكمة، مرجع سابق، ص ص 58_59.

1-أن يكون مطردا أو غالبا: والمقصود هنا بالاطراد والغلبة هو إستمرارية العرف بين الأشخاص الذين يتشاركونه بهدف الحفاظ على الإلتزام به في جميع الأمور دون إنقطاع[1]، إذ أن العرف يعتبر ذات أهمية إذا كان مستقرا ومتواصلا لكن إذا كان العرف مضطربا وغير ثابت، فلا يمكن الإعتماد عليه أو الرجوع إليه في الأحكام. كما أنه لايجب أن يستخدم كمرجع أو دليل في مثل هذه الحالة[2].

2-أن لايكون مخالفا لنص شرعي أو أصل قطعي: يمكن القول هنا أن هناك حالتين هما : فعدم مخالفته لنص شرعي متى كان العرف فيه تعطيل لنص ثابت أو لأصل قطعي، فإن المبدأ العام المستنبط من آراء الفقهاء هو أنه إدا أدى العمل بالعرف إلى تعطيل نص شرعي او أصل قطعي في الشريعة فإن العرف لايكون له إعتبار في هذه الحالة حيث أن نصوص الشريعة تقدم على العرف[3]، ولا يكون هناك أي إعتبار للعرف المخالف لنص لأن العرف قد يكون باطلا بخلاف النص الشرعي يستحيل بطلانه[4].

وأن لايكون مخالفا لأصل قطعي إذا لم يكن فيه تعطيل أو كان مخالفا عن بعض الوجوه دون بعض وكان العرف مما يمكن تنزيل النص الشرعي عليه أو التوفيق بينهما فهنا يكون العرف معتبرا[5] حيث صح عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال لحكيم إبن حزام : "اتبع ماليس عندك"[6].

3-أن يكون العرف قائما عند إنشاء التصرف: العرف يأخد به فيما يطرأ بعد ظهوره، وليس فيما سبق وجوده، فالقاعدة أن العرف السائد والمتعلق بأمر معين بين الناس يجب أن يكون قائما ومعتمدا عند حدوث ذلك الأمر ليكون منطقيا الإستناد إليه، وهذا يستثنى منه العرف الجديد،[7] إذ لايعتبر له تأثير ولا أهمية فيما يتعلق بالقضايا التى وقعت في الماضي ولا يصلح للحكم عليه، وعلى هذا الأساس، فإن العرف المستجد لا يؤثر على أحكام التصرفات السابقة أو إلتزاماتها، ولو أخدنا

---

[1] الزرقا مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ص 897.

[2] عبد العزيز الخياط، **نظرية العرف**، د.ر.ط، مكتبة الأقصى، عمان، سنة 1397هـ _1977م، ص 53.

[3] الزرقا مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ص 902.

[4] إبن عابدين، رسائل ابن عابدين، مصدر سابق، ص115.

[5] أسماء بنت عبد الله الموسى، العرف حجيته وآثاره الفقهية، المجلة العربية لدراسات الأمنية والتدريب، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، مج21، ع 41، ص 49.

[6] السجستاني أبو داوود سليمان، سنن أبي داوود، تح: محمد عبد العزيز الخالدي، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، سنة 1416هـ_1996م، باب في الرجل يبيع ماليس عنده، حديث رقم 3503، ج 2، ص490.

[7] الزرقا مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ص899.

بتأثيره، لترتب على ذلك إضطراب في الأمور بسبب التغير المستمر للأعراف والعادات مع مرور الزمن[1].

4) ألا يصرح المتعاقدين بخلافه: ومعنى هذا أن الأطراف المتعاقدة أثناء إبرام التصرف لا يجدر بهم التصريح بما يخالف العرف السائد، سواء كان ذلك قولا أو فعلا، ويعتبر صمتهم في هذه الحالة بمثابة قبول ضمني وإعتماد منهم على العرف المتبع، ويستند هذا الشرط على القاعدة الفقهية التي تنص على "المعروف عرفا كالمشروط شرطا"[2].

فإذا توافرت هذه الشروط كلها دون إستثناء لأي شرط منها، أعتبر العرف حجة قائمة يأخذ بها.

بفضل القوة العلمية التي يتميز بها علم الفقه وأصوله المستمدة من مصادر الوحي، لم يشكل استبعاد "العرف" المخالف للشرع تحديات كبيرة أمام العلماء. فقد تمكنوا باستخدام القواعد الفقهية والأصولية من تحديد وشرح "الأعراف" التي تتنافى مع الشريعة، وبالتالي التأكيد على ضرورة إنهاء شرعية ممارستها أو التعامل بها بسهولة ويسر،[3] فمن شروط إعتبارالعرف في التشريع أن لايكون معارضا لنص شرعي[4].

الفرع الثاني: دور العرف في التشريع الإسلامي:

سنتقتصر في هذا الفرع على أهم العناصر وهي: تعارض العرف مع الأدلة الشرعية ثم تعارض العرف مع اللغة.

أولا: تعارض العرف مع الأدلة الشرعية:

نظرا لما يتمتع به علم الفقه وأصوله من قوة علمية متينة مستمدة من الوحي، لم يواجه العلماء صعوبة تُذكر في إزالة الأعراف التي تتعارض مع الشريعة، فقد مكّنهم الاستناد إلى القواعد الفقهية والأصولية من التمييز الواضح بين الأعراف المقبولة وتلك التي يجب إبطال العمل بها، غير أن

[1] عبد العزيز الخياط، نظرية العرف، مرجع سابق، ص56.

[2] الزرقا مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ص901.

[3] صالح بن طاهر مشوش، مفهوم العرف وسلطته دراسة أصولية نقدية في ضوء العمران البشري، مجلة الأصالة لدراسات والبحوث، مج03، ع6، سنة 2021، ص 58.

[4] صالح بن طاهر مشوش، المرجع نفسه، ص 58.

العلاقة بين العرف والشرع لا تقوم فقط على قاعدة مطلقة من التوافق، بل توجد حالات متباينة لا تنطبق عليها هذه القاعدة بشكل مباشر، فالعرف إن لم يكن مخالفًا للشرع من جميع الوجوه، كأن يكون الدليل الشرعي عامًا ويخالفه العرف في بعض الجزئيات، أو يكون الدليل قياسًا، فإن العرف يكون معتبَرًا بشرط أن يكون عامًا، إذ يُعدّ في هذه الحالة مخصصًا للعموم، كما يقدَّم على القياس ويتفرع عن هذه المسألة حالات أخرى منها[1]:

1-ما لا يترتب عليه حكم شرعي، فيُقدَّم فيه العرف اللغوي أو العرف الجاري بين الناس، فمثلاً إذا حلف ألا يأكل لحمًا، فلا يُحنث إذا أكل سمكًا، لأن العرف لا يعتبره لحمًا.

2-ما يتعلق بحكم شرعي، فيُقدَّم فيه المعنى الشرعي على المعنى العرفي، مثل من حلف ألا يصلي فلا يُحنث إلا بالصلاة التي فيها ركوع وسجود.

ثانيا: تعارض العرف مع اللغة

قال أحد الفقهاء:(... إنما إختلف العلماء في العرف واللغة هل يقدم العرف على اللغة أم لا؟ والصحيح تقديمه، لأنه ناسخ والناسخ مقدم على المنسوخ إجماعا)[2].

خرجت عن بناء الإيمان على العرف مسائل[3]:

1- من حلف ألا يأكل لحمًا، فإنه يُحنث بأكل لحم الخنزير أو الآدمي، كما ورد في الكنز، لكن الفتوى جرت على خلاف ذلك، وقد علّل الزيلعي ذلك بأن العرف هنا عملي، فلا يصلح أن يُقيد به اللفظ، بخلاف العرف اللفظي، وقد ناقض فتح القدير هذا التمييز، مؤكدًا أن القواعد الأصولية تقضي بتقديم العادة حتى على الحقيقة، لأن العادة نفسها نوع من العرف العملي.

2- إذا أقسم ألا يركب حيوانًا، وركب إنسانًا، انعقد اليمين وحنث، باعتبار أن اللفظ يشمله لغة، والعرف العملي لا يمنع ذلك، لأن الناس لا يركبون الإنسان عادة، ذكر الزيلعي هذا التفصيل،

[1] صالح بن طاهر مشوش، مفهوم العرف وسلطته دراسة نقدية في ضوء العمران البشري، مرجع سابق، ص58.

[2] شهاب الدين المالكي، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام للإمام القرافي، ط2، دار البشائر الإسلامية، لبنان، 1994، ص232.

[3] الباحسين يعقوب بن عبد الوهاب، نظرية القانون، المرجع السابق، ص84.

خلافًا لما لو قال "لا يركب دابة"، حيث يُخصّ العرف، وقد استمر الزيلعي على هذا الرأي، رغم أن ابن الهمام لم يردّ على هذا التفريع تحديدًا.

ثالثا: تعارض العرف مع الإجتهاد

يعد كل من العرف والاجتهاد من المصادر المكمّلة للتشريع في الفقه الإسلامي، وقد يؤدي اختلاف مقتضى العرف السائد مع نتيجة اجتهاد فقهي إلى حالة من التعارض، تثير إشكالية في تقديم أحدهما على الآخر، وتكمن أهمية هذا الموضوع في تحديد مدى سلطة العرف في تقييد الاجتهاد، ومدى مشروعية اعتماد المجتهد على اجتهاده مع وجود عرف مخالف، وذلك في ضوء القواعد الأصولية ومقاصد الشريعة، ويكون تعارض العرف مع الإجتهاد من خلال أمرين:[1]

1- **في الاجتهاد المستند إلى قياس نظري واستحسان أو استصلاح:** في حال عدم وجود نص شرعي صريح، يعتمد الفقهاء في استنباط الأحكام على أدوات الاجتهاد العقلي، ومن أبرزها:

أ- **القياس النظري:** وهو إلحاق واقعة لا نص فيها بأخرى منصوص عليها، لاشتراكهما في العلة المؤثرة في الحكم.

ب- الاستحسان: وهو العدول عن مقتضى القياس الظاهر إلى حكم آخر ترجح فيه المصلحة أو يرفع فيه الحرج، ويعد من وسائل التيسير في الفقه.

ت- الاستصلاح (المصلحة المرسلة): وهو الاعتماد على مصلحة معتبرة لم يرد في الشرع دليل خاص بشأنها، ما دامت ملائمة لمقاصد الشريعة العامة، كحفظ النفس أو المال أو النظام العام.غير أن هذه الأدلة الاجتهادية، وعلى رأسها القياس، تخضع للعرف إذا تعارضت معه، وذلك لأن:العرف يعكس حاجة الناس العملية وتطوراتهم الواقعية.كما أنه يمثل مصلحة مستقرة ومتحققة تفوق القياس المجرد في مراعاة الواقع، بل إن العرف في غياب النص يُعامل معاملة الإجماع العملي، لما فيه من استقرار وسكوت من أهل العلم.

[1] الزرقا مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ص ص931_932.

ولهذا، اعتبر الفقهاء الحنفية أن تقديم العرف على القياس هو نوع من الاستحسان، أي تفضيل ما يحقق مصلحة الناس على الحكم المستنتج بالقياس النظري.

2- **في القياس المستند إلى علة عرفية:** عندما تُبنى علة القياس على عرف سائد، فإن:

تغير العرف يؤدي إلى تغير الحكم، لأن الحكم يدور مع علته وجودًا وعدمًا، وهذا لا يُعد خروجًا عن القياس، بل هو امتداد طبيعي له، يعكس مرونة الفقه الإسلامي في التعامل مع الواقع المتجدد[1].

المطلب الثاني: تكيف العرف في القانون

تتشكَّل القوانين الوضعية والشرائع تدريجيًّا انطلاقًا من العادات والأعراف السائدة في المجتمع. ومع تطور الحياة وارتقائها، تبرز الحاجة إلى سلطة حاكمة تُنظِّم شؤون الأفراد، مما يستدعي تقنين تلك العادات وتحويلها إلى أنظمة ملزمة تحكم العلاقات والمعاملات بين الناس، وبذلك يحل القانون محل العادات القديمة، فيلغي ما ثبت عدم صلاحيته، ويحتفظ بما يتوافق مع مصالح المجتمع وتطوره، وهكذا تصبح العبرة في نصوص القانون ومقاصد المشرع، التي تعكس الرؤية التشريعية المستمدة من احتياجات المجتمع وقيمه، وذلك من خلال التطرق إلى:

الفرع الأول: شروط ووظائف العرف في القانون

فالعرف يشغل موقعا متميزا في البناء القانوني، غير أن اعتباره ملزما يتوقف على توافر شروط محددة تضمن استقراره وعلانيته، في حين تتنوع وظائفه بين استكمال القواعد القانونية القائمة، وتفسيرها، وملء ما قد يشوبها من نقص أو غموض.

أولاً: شروط العرف في القانون

لكي يُعتد بالعرف قانونًا، يجب أن تتوافر فيه مجموعة من الشروط، منها

1- عمومية العرف: يقصد بالعمومية أن يكون العرف شائعًا ومستقرا بين جمهور الناس أو بين فئة معينة منهم (كأصحاب مهنة معينة)، بحيث لا يكون مقصورا على عدد محدود من الأفراد

[1] الزرقا مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ص933.

أو حالات استثنائية، أي يجب أن يكون السلوك العرفي منتشرًا ومتبَعًا بشكل واسع، بحيث يمكن القول إنه يمثل إرادة الجماعة أو الفئة التي يسري عليها[1].

2 –أسبقية وأقدمية العرف: من الشروط الجوهرية لاعتماد العرف كمصدر من مصادر الحكم في المعاملات، أن يكون العرف قائماً وسائداً في المجتمع وقت وقوع التصرف محل النزاع، إذ لا يُعتد بالعرف الذي نشأ بعد إبرام التصرف، ولا يُمكن تطبيقه بأثر رجعي على تصرفات سابقة، ويستفاد من ذلك أن العبرة في تحكيم العرف تكون بوجوده الفعلي أثناء حدوث التصرف، وليس بوجوده أو ظهوره لاحقاً[2].

3–اطراد العرف واستمراره:حتى يتكوّن العرف، ينبغي أن يلاحظ الناس اتباع سلوك معين لفترة زمنية ممتدة، أي أن يكون هذا السلوك مستمراً في التطبيق، مع اختلاف مدة الالتزام به من سلوك إلى آخر، ومن مجتمع إلى آخر، وتُعد السلطة التقديرية للجهة المختصة هي الفيصل في تقدير ما إذا كانت الفترة الزمنية كافية لاستقرار السلوك وبلوغه مرتبة العرف، تعني أن العادة تُعتبر عادة فقط إذا كانت نابعة من اضطرار أو حاجة ملحة، أي عندما يكون الإنسان مضطراً لتكرار فعل معين بسبب ظروف أو حاجة متكررة، فيتحول هذا الفعل إلى سلوك آلي متكرر يسمى عادة، أما إذا لم يكن هناك اضطرار أو ضرورة، فلا يُعتبر التكرار عادة حقيقية[3].

4–أن لا يخالف النظام العام أو الآداب العامة: : فيما يتعلق بشرط مخالفة النظام العام والآداب العامة، فقد ثار خلاف بين فقهاء القانون حول هذا الموضوع، فهناك من يرى أن شرط عدم مخالفة النظام العام والآداب العامة يستقر على العرف العام الشامل[4].

بينما يرى آخرون أن العرف المحلي أو المهني هو المعتبر، بحيث لا يسلم إلا بالعرف المحلي أو المهني فقط. ويفسر ذلك بأن العرف العام إذا اعتُبر فإنه يكون قانوناً، ويستحيل أن يكون متعارضاً مع النظام العام. ومن جهة أخرى، فإن العرف الشامل يحكم علاقات جميع أفراد الدولة في كل أقاليمها، بغض النظر عن طوائفهم ومهنهم، وبصورة غير مباشرة يسهم في تحديد مضمون النظام

[1] محمد بوطرفاس، الاسرة الجزائري بين القانون والعرف، مجلة العلوم الإنسانية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منثوري قسنطينة، ع33، سنة 2010، ص259.

[2] محمد بوفرطاس، الاسرة الجزائري بين القانون والعرف، المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

[3] السيوطى جلال الدين عبد الرحمن، الأشباه والنضائر، ط1، دار الكتاب العلمية، بيروت لبنان، سنة 1983، ج1، ص92.

[4] محمد سعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانونية، دار هومة، الجزائر، ط15، 2008، ص ص175 _176.

العام والآداب العامة فيها، وبالتالي فإن مخالفة الآداب العامة والنظام العامل لا يتحقق إلا إذا تعارض مع العرف المحلي أو المهني[1].

ثانيًا: وظائف العرف في القانون:

يؤدي العرف في النظم القانونية أدوارًا متعددة، تنعكس في ثلاث وظائف أساسية هي كالأتي:

1-العرف المكمل للتشريع: يمثل العرف المكمل آلية قانونية جوهرية في البنيان التشريعي للدول ذات الأنظمة الوضعية، حيث يقوم بوظيفة مزدوجة تجمع بين سد الفراغ التشريعي وتكييف النصوص القانونية مع التحولات الاجتماعية، هذا المصدر التشريعي الثانوي ينبثق من الممارسة الاجتماعية المستمرة التي تكتسب صفة الإلزام القانوني عبر عملية تحول تدريجية تبدأ بالتكرار المستقر وتنتهي بالاعتراف الرسمي من قبل المؤسسات القضائية والتشريعية[2].

في الإطار التطبيقي، تتنوع مجالات تأثير العرف المكمل بين فروع القانون المختلفة، حيث يبرز بشكل خاص في القانون التجاري من خلال ما يعرف بالأعراف التجارية التي تحكم المعاملات التجارية الدولية، كما يظهر تأثيره البالغ في القانون الإداري عبر الممارسات الإدارية الراسخة، وفي القانون الدولي من خلال القواعد العرفية التي تحكم العلاقات بين الدول[3].

حيث تواجه عملية الاعتماد على العرف المكمل في العصر الراهن تحديات منهجية وعملية متعددة، أبرزها صعوبة التوفيق بين الخصوصية المحلية للممارسات العرفية ومتطلبات العولمة القانونية، إضافة إلى إشكالية تحديد زمن تكوّن العرف في ظل التسارع الرقمي الذي يقلص الفترات الزمنية التقليدية لتشكل الأعراف، كما تبرز إشكالية الإثبات القضائي للعرف في ظل تعقد البنى الاجتماعية الحديثة[4].

---

[1] مصطفى عرجاوي، النظرية العامة للقانون، ط1، المطبعة العربية الحديثة، مصر، 1985، ص251.

[2] عبد الرحمن أسامة، العرف في القانون، الموسوعة السياسية ،08-03-2020 https://pollitical-encyclopedia.org/dicationary/العرف في القانون.

[3] محمد برجي بن جلول، سلطان العرف وتأثيره على القوانين، مجلة التراث، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سوسة، تونس، مج09، ع1، السنة 2019، ص 138.

[4] أشوقي أحمد، محمد عبد الرحمن، المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للقانون، د.ر.ط، منشأة توزيع المعارف، الإسكندرية، 2005، ص 118.

رغم هذه التحديات، يظل العرف المكمل ركيزة أساسية في الهندسة القانونية المعاصرة، حيث يمثل آلية توازن بين ثبات التشريع ومرونة التطبيق، وبين الأصالة القانونية والتجديد الاجتماعي، مما يجعله عنصراً لا غنى عنه في أي نظام قانوني يسعى إلى تحقيق الانسجام بين النصوص والواقع.

2-العرف المساعد: يلعب العرف دورًا مساعدًا في التشريع، حيث يُعتبر مصدرًا تكميليًا يُستند إليه عند غياب النص القانوني الصريح أو الحاجة إلى تفسيره وتحديد نطاق تطبيقه، ويُلاحظ أن التشريعات غالبًا ما تُحيل إلى العرف في القواعد المكملة، وذلك من خلال نصوص قانونية حيث تنص الفقرة الثانية من المادة 1 من القانون المدني على أنه : (إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد فبمقتضى العرف، وإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي و قواعد العدالة)، مما يعكس اعتراف التشريع بأهمية العرف كمصدر ثانوي يُعين على سد الثغرات القانونية وتنظيم العلاقات القانونية بما يتفق مع الممارسات المعمول بها.[1]

ويتمثل دور العرف المساعد في تحديد مضمون النص التشريعي، لا سيما في مجال الالتزامات التعاقدية، فبحسب نص المادة 107 من القانون المدني الجزائري (يجب تنفيذ العقد طبقا لما أشتمل عليه وبحسن نية، ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام.....) فلا يقتصر الالتزام على ما ورد نصًا في العقد فقط، بل يشمل أيضًا ما يُعتبر من مستلزماته وفقًا للقانون والعرف والعدالة، وبما يتناسب مع طبيعة الالتزام، ومن ثم يُستخدم العرف لتفسير مفهوم "مستلزمات العقد"، وكذلك لتحديد نطاق مسؤولية البائع عن النقص في المبيع والعيوب التي قد تتضمنها السلعة، وفقًا لما يقرره العرف التجاري أو المدني.[2]

3- العرف المخالف للتشريع: يمكن تعريف العرف المُخالِف للتشريع بأنه ذلك العرف الذي يتعارض مع نص تشريعي نافذ، حيث تنقسم هذه المخالفة إلى صورتين أساسيتين: المخالفة الجزئية التي يُمكن معها اعتبار العرف مُخصصاً للقاعدة القانونية العامة دون أن يُفقدها جوهرها التشريعي،

[1] المادة 1 الفقرة 2، القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[2] المادة 107، من القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

والمخالفة الكلية التي تتعارض مع القواعد الآمرة (التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها) مما يستلزم إلغاء العرف المُخالِف والأخذ بالقانون، مع استثناء الأعراف العمالية التي تخدم مصلحة العامل إذ يجوز تطبيقاً لمبدأ حماية الطرف الضعيف الأخذ بها حتى لو خالفت النصوص الآمرة في قانون العمل، وذلك انسجاماً مع الفلسفة التشريعية التي تهدف لتحقيق التوازن في العلاقات غير المتكافئة وضمان العدالة الاجتماعية[1].

الفرع الثاني: أساس القوة الإلزامية للعرف وتأثيره في فروع القانون

تقوم دراسة هذا الفرع على بيان القوة الإلزامية للعرف كقاعدة قانونية، ثم الانتقال إلى تحليل مدى تأثيره في فروع القانون المختلفة، وذلك بحسب خصوصية كل فرع وما يتيحه من مجال لاعتماد العرف كمصدر من مصادر القاعدة القانونية.

أولا: أساس القوة الإلزامية للعرف

لقد تباينت الاتجاهات الفقهية القانونية بشأن الأساس الذي تستند إليه القوة الإلزامية للعرف، وانقسم الفقهاء إلى عدة آراء، فذهب فريق إلى أن العرف يُستمد من الإرادة الضمنية للمشرّع، إذ يُفترض أن المشرّع حين يسكت عن تنظيم مسألة ما، يُحيل ضمنًا إلى العرف السائد بشأنها، ورأى اتجاه ثانٍ أن العرف يستند إلى الإرادة الجماعية للأفراد، حيث تنتج الممارسة الاجتماعية المتكررة شعورا عاما بالإلزام يجعل العرف قاعدة واجبة الاتباع، بينما اعتبر آخرون أن القضاء، من خلال تكرار تطبيقه للعرف في أحكامه، يُضفي عليه طابع الإلزام، كما ظهر اتجاه يرجع الإلزام إلى الضرورة الاجتماعية، باعتبار أن الأعراف تنشأ لتلبية حاجات المجتمع وضبط سلوكه عند غياب النص[2].

[1] محمد المدني، محمد عبد الله حسن حمد، دور العرف في مجال العمل القانوني دراسة استقرائية تحليلية مقارنة، كلية الحقوق جامعة ظفار، سلطة عمان، وكلية العلوم والدراسات النظرية، السعودية، مجلة المستقل لدرسات القانونية والسياسية، مج 08، ع02، السنة 2025، ص 150.

[2] شتوح الطيب، دور العرف وأثره في قانون الأسرة الجزائري– مرحلة إنعقاد الزواج مقدمته وأثاره، كلية الحقوق والعلوم سياسة، جامعة البليدة، مجلة التراث، مج 09، ع01، سنة 2019، ص ص 94-95.

غير أن الرأي الراجح فقهيًا هو الذي يستند إلى الإرادة الصريحة للمشرّع، الذي ينص بوضوح على اعتبار العرف مصدرًا رسميًا للقاعدة القانونية، كما هو الحال في المادة الأولى من القانون المدني الجزائري المذكورة أعلاه[1].

ثانيا: تأثير العرف في فروع القانون

للعرف دور كبير في تشكيل قواعد العديد من فروع القانون، حيث يساهم في سد فرغات التشريع وتفسير النصوص، وسنتطرق إلى بيان كيفية تأثير العرف في بعض فروع القانون:

1- في القانون المدني: يُعد العرف مصدرا تكميليا للقانون المدني، حيث يُلجأ إليه في حالة عدم وجود نص تشريعي يحكم النزاع، ويتميز العرف بدورين رئيسيين:

دور تفسيري: حيث يُستعان به لتوضيح إرادة المتعاقدين عند غموض العقد، استنادًا إلى القاعدة القانونية التي تقر بأن"العادة المحكمة تعتبر بمثابة اتفاق ضمني بين الأطراف".

دور تشريعي تكميلي: إذ يعمل العرف على سد الفراغ التشريعي في المسائل التي لم يرد بشأنها نص صريح[2].

ومع ذلك، فإن سلطة العرف تظل مقيدة بعدم تعارضه مع النصوص القانونية الآمرة، حيث لا يجوز له أن يُلغِي حكما تشريعيا صريحا.

وقد أشار السنهوري في "الوسيط في نظرية العقد" إلى أن العرف لا يصل إلى مرتبة التشريع، بل يظل خاضعًا للإطار القانوني العام.[3]

وبالرغم من أهمية العرف في استقرار المعاملات، فإن بعض التشريعات المدنية – مثل القانون المصري – واجهت انتقادات بسبب المبالغة في الاعتماد على الأعراف المستمدة من الأنظمة القانونية الأجنبية، مما أثر على خصوصيتها التشريعية.

---

[1] المادة1 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[2] الشيخ كمال الدين جعيط، منظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع للمؤتمر الإسلامي، جدة، مج 04، ع05، ص 2419.

[3] الشيخ كمال الدين جعيط، منظمة المؤتمر الإسلامي، المرجع نفسه، ص 2419.

2- في القانون التجاري: يعتبر العرف أحد المصادر الهامة في القانون التجاري، حيث أن غالبية القواعد القانونية في هذا المجال نشأت في الأصل كأعراف بين التجار، ثم تم تقنينها لاحقًا لتصبح رسمية بعد أن أدرجها المشرع الجزائري ضمن نصوص القانون التجاري، فأصبحت نافذة ويتم تطبيقها في مختلف المسائل التجارية والعلاقات بين التجار وغيرهم، وبناءً على ذلك، يمكن القول إن القانون التجاري كان في بدايته عرفيًا، ثم اكتسب طابعًا رسميًا نظرًا لأهمية التجارة في الحياة اليومية. ومع التطورات الكبيرة التي شهدها هذا المجال، يرى بعض فقهاء القانون التجاري أن العرف لا يزال يحتل مكانة مهمة إلى جانب النصوص التشريعية في القانون التجاري، كما أن بعضهم يستند إلى التشريع المدني عند ترتيب مصادر القانون التجاري[1].

ولقد اختلفت التشريعات في تحديد مركز وقيمة العرف التجاري ضمن مصادر القانون، ويعود ذلك لاختلاف النظم القانونية من دولة إلى أخرى، فمن حيث القيمة، هناك من يعتبره مصدرا تفسيريا فقط، وهناك من يعده مصدرا إلزاميا ورسميا، ومن حيث الترتيب، فإن هناك من يقدم التشريع على العرف، وهناك من يقدم العرف على التشريع، بل إن بعض الدول تجعل للعرف أولوية في التطبيق على بعض المصادر القانونية الأخرى، قد يُفضل المشرّع في بعض الأحيان العرف التجاري على نصوص التشريع، ويكون العرف في هذه الحالة مُلزماً للمتعاقدين، سواء كانوا على علم بأحكامه أم لا. ويقوم القاضي بتطبيق العرف والتحري عن وجوده، فإن لم يثبت لديه وجوده، قضى بعدم ثبوته[2].

3- في القانون الدولي الخاص:فقد عرفت القاعدة العرفية على أنها: قاعدة قانونية غير مكتوبة بتواتر أشخاص المجتمع الدولي على الإنصياع لها إقتناعا مشنهم بصفتها الإلزامية[3].

كما ورد في المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية تعريف للعرف الدولي، حيث جاء فيه: (...العادات الدولية المرعية المعبرة بمثابة قانون دل عليه تواتر الاستعمال)[4].

---

[1] عبد القادر بوجو، الوجيز في القانون التجاري الجزائري، دار هومة، الجزائر، ط2، 2018، ص45.

[2] ساعد العفون، مكانة العرف غي القانون التجاري الجزائري، مجلة الأستاذ الباحث لدراسات القانونية السياسية، مج04، ع2، السنة 2019، ص515

[3] ولهي المختار، العرف كمصدر للقانون الدولي بين الممراسة الحقيقية و الإعتقاد القانوني، جامعة محمد بوضياف المسيلة، مجلة الأستاذ الباحث للدرسات القانونية و السياسية،مج09، ع01، جوان2024، ص336.

[4] المادة 38، من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، باب المبادئ التنظيمية والكفاءة والنشاط والإجراءات الخاصة بها، الذي تم التوقيع عليه في 26 يونيو 1945، والذي دخل حيز الخدمة بتاريخ 24أكتوبر 1945.

أما المقصود بذلك فهو أي العادات الدولية التي يأخذها المجتمع الدولي بعين الاعتبار باعتبارها ملزمة قانوناً نتيجة تكرار استخدامها.

يُشكّل العرف الدولي ركيزة أساسية في المنظومة القانونية الدولية، حيث تطوّر من مجرد ممارسات متكررة بين الدول إلى قواعد قانونية ملزمة، وقد أسهمت عدة عوامل في ترسيخ مكانته، منها طول المدة الزمنية التي استقرت فيها هذه الممارسات، والاعتقاد الراسخ بإلزاميتها، وعلى الرغم من ظهور التشريعات الدولية المدوّنة، لا يزال العرف يحتفظ بأهميته كأحد المصادر الرئيسية للقانون الدولي، حيث يعترف به النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، ويتمتع بمرونة تتيح له مواكبة تطورات العلاقات الدولية[1].

4- في القانون الدستوري: اعتمدت النظم القانونية في بداياتها على الأعراف في تنظيم شؤون الحكم، وكانت أغلب القواعد الخاصة بميدان الحكم في القانون قواعد عرفية، وقد استمرت عدة أجيال للقواعد العرفية على القواعد المكتوبة حتى أواخر القرن التاسع عشر، ومع تطور الدساتير الأمريكية والفرنسية في أواخر القرن التاسع عشر، بدأت هذه القواعد في معظم الدول تأخذ طابعاً مكتوباً يطلق عليها الدساتير، وأصبحت أغلب الدول في الوقت الحاضر تملك دساتير مكتوبة، وأصبح للتشريع أهمية تفوق العرف كمصدر للقواعد الدستورية، ومع ذلك لا تزال العرفية في الشؤون الدستورية تلعب دوراً مهماً، وخاصةً في النظم الدستورية الأنجلو سكسونية التي تأخذ بقواعد عرفية وأخرى مدونة في وثائق[2].

ولقد قدمت عدة تعريفات للعرف دستوري أبرزهما أن العرف الدستوري قد عُرِّف بعدة تعريفات، فإن من أهم هذه التعريفات ما يلي: القاعدة المطردة يُقصد بها تنظيم العلاقات فيما بين السلطات الحاكمة بعضها وبعض، أو فيما بينها وبين الأفراد، ويكون لها صفة الإلزام في الرأي القانوني للجماعة[3].

---

[1] الشيخ كمال الدين جحيط، منظمة المؤتمر الإسلامي، مرجع سابق، ص2597.

[2] عبد الفتاح ساير، القانون الدستوري، ط2، مطابع دار الكتاب العربي، مصر، المؤسسة المصرية لطباعة الحديثة، السنة 2004، ج1، ص244.

[3] عبد الفتاح ساير، القانون الدستوري، المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

يتضح مما سبق أن العرف يشكل ركيزة أساسية في البناء القانوني، فهو يضفي على النظام القانوني مرونة وقدرة على مواكبة التطورات الاجتماعية والاقتصادية، ومع ذلك، يظل العرف خاضعًا لرقابة التشريع والقضاء، ولا يُعتد به إذا خالف النظام العام أو الآداب العامة.

يتضح لنا من هذا الفصل ان للعرف دوره بارز في تنظيم المعاملات الاجتماعية، يُعرف بأنه ما اعتاده الناس واستقر في تعاملهم دون أن يخالف نصًا شرعيًا أو قاعدة قانونية آمرة، وقد أقرّت الشريعة الإسلامية اعتباره مصدرًا معتبرًا، خصوصًا في مجال المعاملات، ما دام غير معارض لنص قطعي، ينقسم العرف بحسب طبيعته إلى قولي وعملي، ووفق نطاقه إلى عام وخاص، ووفق قيمته إلى صحيح وفاسد، ويتم تمييزه عن مفاهيم قريبة كالعادة والتشريع والإجماع والعمل، ومن مزاياه مرونته وارتباطه بالواقع، ومن عيوبه غموضه وتباين تطبيقه.

أما في الفقه الإسلامي، يُعتبر العرف مصدرًا تكميليًا يُؤخذ به إذا استوفى شروطًا معينة، وي قدَّم النص الشرعي عليه إن وُجد تعارض، أما في القانون الوضعي، فيُعد مصدرًا احتياطيًا يرجع إليه عند غياب النص، شريطة استيفائه شروط العمومية والثبات وعدم مخالفة النظام العام، رغم الخلاف حول قوته الإلزامية، فإن الرأي الراجح يرجعها إلى سكوت المشرّع أو النص عليها صراحة، وقد تجلّى أثره في فروع قانونية متعددة، مما يكرّس مكانته كأداة مرنة تراعي تطور المجتمع.

الفصل الثاني

التطبيقات العملية للعرف على بعض قضايا الأسرة

بعد التأسيس النظري لمكانة العرف ضمن المنظومة القانونية، وبيان مدى مشروعيته كأحد المصادر غير المكتوبة التي تُسهم في تكوين القاعدة القانونية، يتجه هذا الفصل إلى دراسة الأثر العملي للعرف في إطار العلاقات الأسرية، وذلك من خلال التركيز على المسائل المتعلقة بالزواج والطلاق.

تُظهر الممارسة الاجتماعية أن العديد من المعاملات المرتبطة بالروابط العائلية تتشكل وتُضبط في الواقع وفق أعراف مستقرة في أذهان الأفراد، بل وتتمتع بقوة تنظيمية قد توازي في بعض الأحيان النصوص القانونية المكتوبة، فالعرف لا يقتصر دوره على ملء الفراغ التشريعي، بل قد يتدخل أيضًا في تفسير النصوص أو تقييد تطبيقها وفق خصوصيات البيئة الاجتماعية.

ومن هذا المنطلق يسعى هذا الفصل إلى تحليل مظاهر تدخل العرف في تنظيم العلاقة بين الزوجين، منذ بداية العلاقة، مرورًا بإبرام العقد، ووصولًا إلى إنهائه وآثاره، وذلك من خلال مبحثين أساسيين: أولهما يُعالج أثر العرف في قضايا الزواج، من حيث مقدماته وشروطه، وثانيهما يتناول أثر العرف في قضايا الطلاق، من حيث مفهومه وأنواعه والنتائج المترتبة عليه، وتهدف هذه المعالجة إلى إبراز كيف يتعايش العرف مع النصوص القانونية المنظمة لهذه العلاقات، وما إذا كان هذا التعايش يؤدي إلى تكامل أو إلى نوع من التوتر أو التباين.

المبحث الأول: أثر العرف في عقد الزواج وآثاره

يُعد الزواج من العقود ذات الخصوصية البالغة، ليس فقط لطبيعته القانونية، بل لما يحمله من دلالات اجتماعية وثقافية متجذّرة في بنية المجتمع، وتبرز الأعراف في هذا السياق كعنصر تنظيمي محوري، سواء في المراحل التي تسبق العقد أو تلك التي ترافقه وتلي إبرامه، فالزواج لا يُعد مجرد ارتباط قانوني بين طرفين، بل هو نتاج لمسار اجتماعي تُحدده جملة من العادات والتقاليد الراسخة، والتي تمارس تأثيرًا فعليًا على محتوى العلاقة الزوجية وشكلها، ويعالج هذا المبحث المسألة من خلال مطلبين: يتناول الأول دور العرف في تكوين عقد الزواج، في حين يُخصص الثاني لبيان أثر العرف على نتائج هذا العقد وما يترتب عليه من التزامات وحقوق.

المطلب الأول: دور العرف في تكوين عقد الزواج

سنتناول في هذا المطلب إعتبار العرف في مقدمة الزواج في الفرع الأول وإعتبار العرف في ركن الزواج وشروطه في الفرع الثاني.

الفرع الأول: أثر العرف في مقدمة عقد الزواج

سنتطرق في هذا الفرع إلى التعريف الفقهي والقانوني للخطبة، ثم إعتبار العرف عند إقتران الخطبة بالفاتحة، وبيان أثر العرف عند العدول عن الخطبة والآثار المترتبة عن هذا العدول.

أولا: تعريف الخطبة

يقصد بالخطبة قيام الرجل بطلب يد إمراة معينة لزواج، سواء بتوجه إليها مباشرة أو عبر دويها يتم خلال الخطبة توضيح لحاله وظروفه، إلى جانب التفاوض حول أمور العقد وما يتصل به من متطلبات ومطالب بين الطرفين[1]، وعرفت بأنها إظهار الرغبة في الزواج بامرأة معينة، وإعلام المرأة أو وليها بذلك، وقد يتم هذا الإعلان مباشرة من الخاطب، أو بواسطة أهله[2].

[1] الإمام محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، د.س.إ، ص 26.

[2] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، ط 1، ج 7، سنة 1405هـ – 1985م، ص 10.

أما المشرع الجزائري فعرفها في المادة 5 من قانون الأسرة الجزائري والتي تنص على (الخطبة وعد بالزواج، ويجوز لطرفين العدول عن الخطبة)[1]، فالمشرع الجزائري أشار إلى الخطبة من حيث طبيعتها بأنها وعد بالزواج فقط تاركا تعريها للفقه.

في الأعراف الجزائرية هي وعد بالزواج وتعد مقدمة للزواج، ووسيلة يعبر بها الخاطب عن نيته إتجاه الطرف الآخر، كما تعتبر بداية إرتباط عائلتين لكن رغم أهميتها العاطفية والإجتماعية إلا أنها لاتعتبر عقدا شرعيا ملزما، وإنما مجرد وعد بزواج يمكن لأي من الطرفين العدول عنه وهذا موافق لما جاء في الشريعة الإسلامية[2].

يجدر التنبيه إلى تزايد انتشار بعض العادات والأعراف غير السليمة والمخالفة لتعاليم الشرع في مجتمعنا، من أبرزها المبالغة في استغلال رخصة النظر إلى المخطوبة، إلى جانب الخلوة بين الخاطب والمخطوبة، مثل هذه التصرفات تعد محرمة بشكل واضح وفق اتفاق الفقهاء، نظرا لكون المخطوبة لا تزال في حكم الأجنبية بالنسبة للخاطب[3]، ودليل تحريمها حديث إبن عباس قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول "لا يخلون رجل بامرأة إلا مع ذي محرم"[4].

ووجه الإستدلال من هذا الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم، نبه على خطورة الخلوة بين الرجل والمرأة الأجنبية، فالمرأة التي يراد خطبتها هي أجنبية بالنسبة إليه مادام لم يعقد عليها، والخلوة بالمرأة الأجنبية حرام[5].

[1] المادة 5 من القانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق ل 09 يوليو 1984 والمضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم: بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005، ج. ر. ع 15 مؤرخة في 27 فبراير 2005.

[2] محمودي مليكة، رقابة المحكمة العليا على تطبيق العرف في مسائل الزواج والطلاق، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة إبن خلدون – تيارت – الجزائر، مجلة التراث، مج 09، سنة 2019، ع 01، ص187.

[3] محمد رأفت عثمان، فقه النساء في الخطبة والزواج، د.ر.ط، دار الإعتصام، القاهرة، د، س، ن، ص38.

[4] رواه مسلم، صحيح مسلم، تح: أبو قتيبة، نظر محمد الفريابي، ط1، دار طيبة، م. ع. س، 2006، حديث رقم 1341، ج 1، ص 610.

[5] محمد رأفت عثمان، مرجع سابق، الصفحة نفسها.

ثانيا: أثر العرف في إقتران الخطبة بالفاتحة:

الفاتحة هي إجراء يتم بحضور ولي الزوجة والزوج أو وليه، ويتضمن الإيجاب والقبول بحضور شهود وذكر الصداق، إلى جانب الدعاء وتلاوة آيات قرآنية وأحاديث نبوية ذات صلة، تختلف الفاتحة عن الخطبة بشكلها ومضمونها حسب المناطق، ويُطلق عليها هذا الاسم بعد الاتفاق على قبول الخطبة حيث تُقرأ فاتحة الكتاب للتبرك فقط، وفي بعض الأحيان قد تكون الفاتحة مقترنة بالخطبة، إلا أن الفقهاء لم يعتبروها جزءًا من عقد الزواج أو من شروطه، بل هي مشروعة بهدف التبرك وإبراز قدسية عقد الزواج[1]، إذ تطرق قانون الأسرة الجزائري في المادة 6 إلى موضوع الخطبة المقترنة بالفاتحة، حيث نصت المادة على:(إن إقتران الفاتحة بالخطبة لا يعد زواجا غير أن إقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توافر ركن الرضا و شروط الزواج المنصوص عليها في المادة 9 من هذا القانون) [2].

مما يعني أن الخطبة المقترنة بالفاتحة تأخذ حكم الخطبة العادية، أي تُعتبر وعدًا غير ملزم لأي طرف ويمكن التراجع عنها في أي وقت دون تحميل المسؤولية لأي من الأطراف.

أما في أعراف الشعب الجزائري فتعتبر قراءة الفاتحة طقسًا مهما في إبرام عقد الزواج الشفهي المعروف بالزواج العرفي، يتم خلال هذا الطقس الاتفاق على تفاصيل المهر، ويختتم بقراءة سورة الفاتحة والدعاء للعروسين، وذلك بعد التفاهم بشأن الخطبة، في العديد من مناطق الجزائر، تعتبر قراءة الفاتحة عقدا شرعيا يعترف الجميع بآثاره وأحكامه، يتم هذا الإجراء بحضور الخاطب أو ممثله وولي المخطوبة، وعادة ما يقام في المسجد، في وجود جمع كبير من الحاضرين، بما في ذلك وجهاء المنطقة والإمام الذي يتولى إتمام العقد، يستخدم أثناء الطقس ألفاظ معينة بين ولي الخاطب وولي

[1] صلوح المكي، دور العرف في الخطبة وآثاره بين الشريعة الإسلامية والقانون، مجلة التراث، مج 09، ع 01، سنة 2019 ص 303.

[2] المادة 6 من القانون رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005، ج. ر. ع 15 مؤرخة في 27 فبراير 2005، المعدل والمتمم للأمر رقم 11-84 مؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق ل 09 يوليو 1984 والمتضمن قانون الأسرة.

المخطوبة تشير بوضوح إلى أنهما يبرمان عقد زواج رسمي وليس مجرد خطبة، مع تحديد المهر المتفق عليه، ينهي الحاضرون الطقس بقراءة الفاتحة والدعاء لتوفيق الخطيبين[1].

ثالثا: أثر العرف في العدول عن الخطبة:

يقصد بالعدول عن الخطبة أن يقدم أحد الخاطبين أو كلاهما على إنهاء الخطبة بعد الإتفاق والرضا مما يؤدي إلى فسخها[2]، أما المشرع الجزائري فقد نص على العدول عن الخطبة في المادة 05 من قانون الأسرة[3]، إذ أن المشرع الجزائري أقر صراحة بجواز العدول عن الخطبة لكلا الطرفين.

1- أثر العرف في حكم الهدايا والصداق عند العدول عن الخطبة:

فيما يعلق بموضوع الهدايا فالمتعرف عليه في مجتمعنا يتماشى مع مانص عليه المذهب المالكي، فإذا كان هذا العدول من طرف الخاطب فلا يحق له إسترداد أي شيئ من الهدايا التي قدمها إلى المخطوبة، أما إذا كان العدول من طرف المخطوبة فيستوجب عليها رد الهدايا للخاطب إن طالبها بذلك، وقد أضفى المالكية أهمية للعرف في هذه المسألة، فنجد هذا لصالح الفتاة (المخطوبة) وذلك لما نشاهده من غلاء وإرتفاع في الأسعار سواء في الحلي أو غيره من الهدايا التي تقدم للمخطوبة في المناسبات المتعارف عليها، مما يشكل نوعا من الردع للخاطب حتى لايتراجع عن الخطبة بعد فترة طويلة، ويترك المخطوبة تواجه أحكام المجتمع دون شفقة[4]، أما فيما يتعلق بحكم الصداق فإن العرف يتماشى مع ما أقره الفقهاء، حيث يتم إسترداد الخاطب لمهره بالكامل بغض النظر عن الطرف الذي قرر العدول عن الخطبة، ويعود ذلك إلى أن الصداق يعد بمثابة

---

[1] صلوح المكي، دور العرف في الخطبة وآثاره بين الشريعة الإسلامية والقانون، مرجع سابق، ص 303-304.

[2] حاج أحمد عبد الله، العدول عن الخطبة وأثره في استرداد المهر والهدايا "دراسة مدعمة بالإجتهاد القضائي"، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة الوادي، مجلة العلوم القانونية والسياسية، ع4، سنةم 2012، ص1780.

[3] المادة:05 القانون رقم 84-11 المؤرخ في9 رمضان 1404الموافق ل 9 جوان 1984، المتضمن قانون الأسرة، ج.ر. عدد24 الصادرة في 12 رمضان 1404 الموافق ل 12 جوان1984 المعدل والمتمم، بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005، ج. ر. ع 15 مؤرخة في 27 فبراير 2005.

[4] شندارلي توفيق، الخطبة والعدول عنها دراسة تحليلية فقها وتشريعا وقضاء، جامعة يحي فارس- المدية، مجلة الإجتهاد القضائي، مج 12، ع01، مارس 2020، ص245.

رمز لإتمام العقد بين الخاطب والمخطوبة، وبمجرد إنتهاء هذا العقد لا تعود المخطوبة بحاجة إليه، ومن ثم فقد أولت الشريعة الإسلامية أهمية هنا للعرف في هذه المسألة[1].

وقد جاء المشرع الجزائري موافقا للعرف في أحكام العدول عن الخطبة فنجد أنه نص على ذلك في المادة 5 الفقرة 3 و 4 من قانون الاسرة (لايسترد الخاطب من المخطوبة شيئا مما أهداها إن كان العدول منه، وعليه أن يرد للمخطوبة مما يستهلك مما أهدته له أو قيمته، وإن كان العدول من المخطوبة فعليها أن ترد للخاطب مالم يستهلك من الهدايا أو قيمته)[2]، أما فيما يخص الصداق فإن المشرع الجزائري لم يتطرق إليه فقد تناولة حكم الهدايا فقط وهذا يوجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية وفق ماجاء في المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري (كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية)[3].

2- أثر العرف في التعويض عن الضرر عند العدول عن الخطبة:

إن العدول يعتبر حقا لكلا الطرفين، يمكن لأي منهما إستخدامه متى أراد. لكن إذا نتج عن العدول ضرر لأحد الأطراف وكان مرتبطا بهذا العدول، فإن ذلك يستوجب التعويض، ومع ذلك لم تقتضي الأعراف بالتعويض عن الأضرار الناتجة عن العدول ،فالأعراف تعترف بحق العدول لكنها لا تحدد تعويضا له، وقد يكون هذا راجع لتفكير الأفراد الذين قد يعتبرون أنه غير معقول تقديم تعويض في هذه الحالة، حيث قد يرفض الطرف المتضرر فكرة التعويض من الطرف الذي قرر العدول [4].

غير أن المشرع الجزائري خالف العرف في هذه النقطة حث نص في نفس المادة السابق ذكرها الفقرة الثانية أنه إذا ترتب عند العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض.

---

[1] شندارلي توفيق، المرجع نفسه، ص347

[2] المادة 222 من القانون رقم 84-11، مرجع سابق

[3] شندارلي توفيق، الخطبة والعدول عنها دراسة تحليلية فقها وتشريعا وقضاء، مرجع سابق، ص345-346.

[4] مقاتل إيمان، إعتبار العرف في مقدمة عقد الزواج الخطبة، جامعة باجي مختار عنابة، مجلة التراث، مج09، السنة 2019، ع 01، ص 266.

الفرع الثاني: أثر العرف في عقد الزواج وشروطه

من أجل بيان دور العرف في عقد الزواج وشروطه لابد لنا من الإحاطة بتعريف الزواج في الفقه والقانون وإثباث مشرعيته، فقمنا بتقسيم هذا الفرع إلى ثلاث عناصر هما تعريف الزواج وبيان مشروعيته، إعتبار العرف في شروط صحة الزواج.

أولا: تعريف الزواج ومشروعيته

سنتناول في هذا العنصر التعريف الفقهي والقانوني لزواج من جهة ومشروعية الزواج من جهة أخرى.

1-التعريف الفقهي والقانوني لعقد الزواج:

يعد الزواج من أقدم الروابط الإنسانية، ووسيلة أساسية لبناء الأسرة واستمرار المجتمعات، وسنتناول في هذا العنصر تعريف عقد الزواج من الناحية الفقهية والقانونية.

أ) تعريف الفقهاء لعقد الزواج : إختلف الفقهاء في تعريف الزواج على النحو التالي لزواج عدة تعريفات ففي المالكية الزواج (عقد لحل تمتع بأنثى غير محرم ومجوسية، أو أمة كتابية، بصيغة لقادر محتاج أو راج نسلا)[1]، وعرفه الشافعية بأنه : (عقد يتضمن إباحة وطء بلفظ الإنكاح)، أما الحنابلة عرفته بأنه هو (عقد التزويج، فعند إطلاق لفظه ينصرف إليه، مالم يصرف عنه دليل)[2].

بناءً على ما سبق يمكن تعريف الزواج كعقد شرعي يبرم بين ذكر وأنثى بالغين وباختيارهما الكامل، مع التأكد من خلوهما من العيوب والموانع الشرعية، يقصد بهذا العقد تمكين الوطء المشروع وإنجاب الذرية وتأسيس أسرة قائمة على المودة والمسؤولية، مع تحديد الحقوق والالتزامات المتبادلة بين الزوجين.

[1] بالقاسم شتوان، الخطبة والزواج في الفقه المالكي، د.ر.ط، دار الفجر، الجزائر، السنة 1428هـ- 2007م، ص 94.

[2] لموشي عادل، الرضائية في عقد الزواج في القوانين الوضعية والفقه الإسلامي، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم تخصص قانون، جامعة ملود معمري تيزي وزو، السنة الجامعية: 2018-2019، ص25.

ب) تعريف المشرع الجزائري لعقد الزواج : عرفه المشرع الجزائري في المادة 4 من قانون الأسرة: (الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وإمرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب)[1].

2- مشروعية الزواج

ثبثت مشروعية الزواج بالكتاب والسنة وهذا ما سنتناوله فيما يلي:

أ) من القرآن الكريم

قال تعالى: (فَانكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاء)[2].

قال تعالى: (وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجاً لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ)[3].

كما قال تعالى: (هُوَ الَّذِي خَلَقَكُم مِّن نَّفْسٍ وَاحِدَةٍ وَجَعَلَ مِنْهَا زَوْجَهَا لِيَسْكُنَ إِلَيْهَا)[4].

ب) من السنة النبوية

حدثنا سعيد بن أبي مريم قال: أخبرنا محمد بن جعفر قال: أخبرني حميد بن أبي حميد الطويل أنه سمع أنس بن مالك رضي الله عنه يقول: جاء ثلاث رهط إلى بيوت أزواج النبي صلى الله عليه وسلم يسألون عن عبادة النبي صلى الله عليه وسلم فلما أخبرو كأنهم تقالوها فقالوا: وأين نحن من النبي صلى الله عليه وسلم؟ قد غفر له ماتقدم من ذنبه وما تأخر، قال أحدهم: أما أنا فإني أصلي الليل أبدا، وقال آخر: أنا أصوم الظهر ولا أفطر، وقال آخرك وأنا أعتزل النساء فلا أتزوج أبدا.

---

[1] المادة 4 من قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق.

[2] سورة النساء، الآية:3

[3] سورة الروم، الآية: 21

[4] سورة الأعراف، الآية: 189

فجاء رسول الله صلى الله عليه وسلم إليهم، فقال: "أنتم الذين قلتم كذا وكذا، أما والله إني لأخشاكم لله وأتقاكم له، لكني أصوم وأفطر، وأصلي وأرقد، وأتزوج النساء، فمن رغب عن سنتي فليس مني".[1]

قول النبي صلى الله عليه وسلم "من إستطاع منكم الباءة فليتزوج، فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج"[2].

ووجه الإستدلال من الأحاديث أن النبي صلى الله عليه وسلم حث الشباب القادر على مؤونة النكاح على الزواج لأنه مظنة القوة، وشدة الشهوة [3].

ثانيا: أثر العرف في شروط عقد الزواج:

قبل التطرق إلى إعتبار العرف في شروط عقد الزواج لابد لنا من ذكر أركان عقد الزواج وإعتبار العرف فيها ولأن المشرع الجزائري بعد التعديل الأخير قد خص ركن الزواج بالرضا أي رضا كلا الزوجين فقط فسنتطرق له ونبين مدى إعتبار العرف فيه.

1- أثر العرف في ركنية الرضا في عقد الزواج

الرضا هو تطابق الإيجاب مع القبول وهو الركن الذي يتطلب قيامه لصحة الزواج حيث أن المشرع الجزائري بعد التعديل حصر أركان الزواج في الرضا فقط وجعل الباقي من شروط صحة الزواج وهذا ما نص عليه صراحة في المادة 09 من قانون الأسرة الجزائري (ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين)[4]، أي أن الإيجاب والقبول يصدر ممن هم أهل لذلك.

ومن تطبيقات العرف في الفقه الإسلامي الخاص بركن الرضا سكوت الفتاة إذا قصدت لزواج وهذا مايدل على كونها راضية بالزواج لأنها لو كانت معارضة لكانت صرحت بإمتناعها عن

---

[1] البخاري عبد الله محمد، صحيح البخاري، د.ر.ط، جمعية البشرى الخيرية للخدمات الإنسانية والتعليمية، كراتشي. باكستان، السنة 1437هـ- 2012م باب الترغيب في النكاح، حديث رقم5063، ص2303.

[2] البخاري عبد الله محمد، صحيح البخاري، مرجع سابق، حديث رقم 4574، ص2304.

[3] عبد الله بن عبد الرحمان بن صالح، تيسير العلامة شرح عمدة الأحكام، ط2، دار المغني، الرياض، السعودية، تصحيح: محمد بن مجقان، سنة 1427هـ -2007م، ص803.

[4] المادة 9، قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق.

الزواج، فالحياء وفقا لما جرت عليه أعراف الناس وعاداتهم، يظهر عادة في سياق الرضا والقبول، وليس في سياق الرفض[1]،لكن في الواقع العملي اليوم يتم توجيه المتعاقدين من قبل إمام المسجد أو موظف الحالة المدنية المسؤول عن توثيق عقد الزواج إلى إستخدام الألفاظ المناسبة المتعلقة بأركان العقد، ؤوالتي غالبا ماتتضمن صيغة التزويج[2].

2- أثر العرف في شروط عقد الزواج

نصت المادة 09 مكرر من قانون الأسرة الجزائري، على أنه (يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الأتية: أهلية الزواج، الصداق، الولي، شاهدان، إنعدام الموانع الشرعية لزواج)، سوف نكتفي في دراستنا بالولاية في عقد الزواج، والصداق والأهلية.

أ- الولاية في عقد الزواج

عرفها الشيخ محمد أبو زهرة بقوله:"هي القدرة على إنشاء العقد نافدا"[3]، أو هي "سلطة شرعية تخول لصاحبها إنشاء العقود والتصرفات وجعلها نافدة، سواء كان موضوع التصرف يخصه أو كان يخص من في ولايته ممن له عليه سلطة مستمدة من الغير بما في ذلك تصرفات الوكيل في حدود عقد الوكالة"[4].

والولي في عقد الزواج هو"من له على المرأة ملك أو أبوة أو تعصيب أو إيصال أو كفالة أو سلطنة أو ذو إسلام"[5].

---

[1] بوسعيد رويضة، دور العرف في مجال الخطبة والزواج في قانون الأسرة الجزائري، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة ابو بكر بلقايد – تلمسان، مجلة التراث، مج 09، السنة 2019، ع 01، ص 348.

[2] بوسعيد رويضة، دور العرف في مجال الخطبة والزواج في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، الصفحة نفسها.

[3] محمد بجاق، مركز الولي في عقد الزواج فقها وقانونا وقضاء، جامعة الوادي، مجلة الدراسات الفقهية والقضائية، مج01، ع01، ديسمبر2015، ص 145.

[4] محفوظ بن صغير، ولاية التزويج في الإجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، جامعة محمد بوضياف–المسيلة، مجلة الدراسة والبحوث القانونية، ع08، ص33.

[5] عبد الله محمد الأنصاري الرصاع، شرح حدود إبن عرفة، ط1، دار الغرب الإسلامي، بيروت لبنان، تح: محمد أبو الأجفان، الطاهر المعموري، 1993م، ص241.

*** أثر العرف في شرط الولي:**

من المعروف في الأعراف الاجتماعية أن المرأة، سواء كانت بكرًا أو ثيبًا، لا تعقد زواجها بنفسها، بل يُعهد بذلك إلى وليّها من أقاربها كالأب أو الأخ، ممن يُحسن التقدير ويعرف بأحوال الرجال. وهذا العرف يتوافق مع ما أقرّته الشريعة الإسلامية، حرصًا على كرامة المرأة وضمانًا لحسن الاختيار، ومراعاةً للعادات الراسخة، وقد تبنّى جمهور الفقهاء هذا الرأي، حيث رأى بعض الحنفية، كأبي يوسف في رواية، أن المرأة لا تنفرد بعقد الزواج، بل يجب أن يباشره الولي، لأن إنشاء العقد من اختصاصه، مع ضرورة رضاها، في حين أجاز أبو حنيفة وزفر وأبو يوسف في رأي آخر، للمرأة العاقلة البالغة أن تعقد زواجها بنفسها، لكن الأولى أن يتولاه الولي، وتُسمى ولايته هنا "ولاية استحباب[1].

أما المشرع الجزائري فحسب ما نص عليه في المادة 11 من قانون الأسرة الجزائري على (تعقد المرآة الراشدة زواجها بحضور وليها و هو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص أخر تختاره)[2].

ب- الصداق:

تعريف الصداق:(الصداق هو إسم للمال الذي يوجب للمرأة على الرجل بعقد النكاح أو الوطء)[3].

عرفه المشرع الجزائري في المادة14 من قانون الأسرة على أنه : (الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء)[4].

[1] محمد أبو زهرة، المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

[2] المادة 4 من قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق.

[3] نور الدين مناني، أثر العرف في أحكام الصداق دراسة مقارنة بين الفقه المالكي والتشريع الجزائري، جامعة الوادي، مجلة الشهاب، مج 08، ع08، 2022م، ص370.

[4] المادة 14: من قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق.

*** أثر العرف على مقدار الصداق بين الفقه المالكي والتشريع الجزائري:**

بين فقهاء المذهب المالكي أن الصداق لا يُقيَّد بحدٍّ أعلى، إذ لم يرد في النصوص الشرعية ما يدلّ على تحديد أقصى له، واستندوا في ذلك إلى قوله تعالى :(وَإِنْ أَرَدْتُمُ اسْتِبْدَالَزَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَأَتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنْطَارًا فَلَا تَأخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا)[1]، والقنطار المال الكثير.

كما اتفقوا على أنه لا ينبغي المغالاة في الصداق، بل كرّه الإسلام ذلك وحث على التيسير فيه لأن المغالاة في الصداق تعطل الكثير من الرجال والنّساء عن النكاح[2].

أما عند المالكية فالحد الأدنى في الصداق قدر بربع دينار من الذهب، أو ثلاث دراهم كيلا من الفضة، أو ماساوى الدراهم الثلاثة[3].

لم يحدد المشرع الجزائري مقدارا معينا للصداق، سواء أكان حدا أدنى أم أقصى فقد نصت المادة 14 من قانون الأسرة على إطلاق الحرية في هذا الشأن بما يعني أن الصداق يقدر وفق ما يستطيع الزوج دفعه سواء كان مالا أو غيره مما يجوز شرعا، ولم يُقيَّد بحدود معينة بل ترك تقديره لاتفاق الطرفين ويتماشى هذا مع روح التشريع التي تهدف التيسير ورفع الحرج، ومراعاة الظروف المادية لكافة فئات المجتمع سواء الغنية أو الفقيرة[4].

للعرف دورا بارزا في تحديد مقدار المهر، حيث يختلف الفقهاء في مسألة وضع حد أعلى أو أدنى له وقد ترك هذا التحديد للعرف السائد بين الناس وعاداتهم، كما يتضح من مذهبي المالكية والحنفية اللذين لم يشترطا مقدارا معينا، بل اعتمدا على ما جرى به التعامل بين الناس وتعارفوا عليه، ويراعى في تقدير المهر تفاوت الحالات الشخصية والاجتماعية للمرأة فليس هناك مقدار موحد لكل النساء، بل يتغير حسب الوضع المالي للعروس، أو حسب مستواها العلمي والاجتماعي، فالمرأة

---

[1] سورة النساء، الآية: 20.

[2] نور الدين مناني، أثر العرف في أحكام الصداق ط1، دراسة مقارنة بين الفقه المالكي والتشريع الجزائري، مرجع سابق، ص376.

[3] إبن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، بيت الأفكار الدولية، الأردن، تح: أبو أوس يوسف بن أحمد البكري، 2009، ص545.

[4] نور الدين مناني، أثر العرف في أحكام الصداق دراسة مقارنة بين الفقه المالكي والتشريع الجزائري، المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

الحاصلة على مؤهل علمي عال، أو التي تشغل وظيفة مرموقة غالبا ما يطلب لها مهر أعلى مقارنة بغيرها، مما يعكس تأثر المهور بمكانة المرأة وموقعها في المجتمع وبذلك، فإن قيمة المهر أصبحت تتأثر بالوضع المهني والاجتماعي، مما أدى إلى تفاوت ملحوظ في تقدير المهور[1].

أما حسب أعرافنا في الجزائر فقيمة المهر يختلف من منطقة إلى أخرى حيث تعد منطقة القبائل الأرخص إذ يقدر المهر فيها من 1000 إلى 5000 دج، بينما تعتبر صحراء تيندوف الأغلى وقد تصل المهور فيها إلى 100مليون سنتيم، بينما تتفاوت المهور في باقي مناطق الشرق والغرب بين 10 و30 مليون سنتيم حسب العادات والتقاليد[2].

كما يمكن تحديد قيمة المهر حسب عادات وتقاليد كل منطقة من خلال إجتماع شيوخ ولجان

المنطقة كالمعمول به في دائرة الزيتونة ولاية السكيكدة، حيث تم تحديد قيمة المهر بـ 100000.0دج،[3] أو تحديد تكاليف الزواج وإلغاء بعض العدات المبالغ فيها، مثل ماجرى بع العرف في منطة القبائل أغيل إعلي ولاية بجاية[4].

***أثر العرف في تعجيل المهر وتأجيله:**

إختلف الفقهاء في حكم المهر إذا لم يذكر في العقد تعجيله أو تأجيله، وقد رجح فقهاء الحنفية الرجوع إلى العرف لتحديد ذلك، فإن جرى العرف على التعجيل أعتبر المهر معجلا، وإن كان العرف على التأجيل أو على تعجيل بعضه وتأجيل بعضه، عمل به بقدر ما تعارف الناس عليه، ويقدم النص الصريح أو الإتفاق بين الطرفين على العرف إن وجد، أما إذا نص في العقد على التأجيل

[1] عمار مولود حاجم، العرف المجتمعي وأثره على الحقوق المالية للزوجة دراسة مقارنة، كلية الحقوق جامعة تكريت، مجلة كلية القانون والعلوم السياسية، العدد 10، ص230.

[2] موقع طاسيلي الجزائر، مؤسسة شبكة طاسيلي، إختلاف المهر في الجزائر بالختلاف المناطق، https ://WWW.tassilialgerie.com/showthread.php?t=9860 تاريخ الزيارة: 2025/06/09، على الساعة: 03:09.

[3] أنظر الملحق 02.

[4] أنظر الملحق01.

دون تحديد زمن يرجع إلى العرف لتقدير الأجل، وإن لم يوجد عرف يبقى المهر دينا في ذمة الزوج حتى تطلبه الزوجة[1].

ج- أثر العرف في الشهود في عقد الزواج

إن تعريف الفقهاء لشهادة له معنى واحد رغم إختلاف صيغة التعبير.

عرف بعض الفقهاء الشهادة على أنها:(قول يوجب على الحاكم سماعه للحكم بمقتضاه إن عدل قائله مع تعدده أو حلف طالبه)[2].

إتفق فقهاء المسلمين عبر العصور على أن الغاية من إشتراط الشهادة في عقد الزواج هي إعلان النكاح وإشهاره بين الناس، إذ أن الفرق بين الحلال والحرام يكمن في الإعلان، كمكما دلت على ذلك الآثار، وتعارف عليه الناس مند أن عرفت شريعة الزواج حتى يومنا هذا[3].

المطلب الثاني: أثر العرف في الآثار المترتبة على عقد الزواج

يعد عقد الزواج من العقود ذات الطبيعة الخاصة، لما ينشئه من روابط أسرية وحقوق متبادلة بين الزوجين، تتجاوز الجوانب المالية إلى أبعاد اجتماعية وأخلاقية، وبمجرد إبرامه صحيحا مستوفيا لأركانه وشروطه، تترتب عنه آثار قانونية تمس كلا من الزوجين، وتنعكس كذلك على الأسرة والمجتمع. وتشمل هذه الآثار الحقوق والواجبات المتبادلة، كحق النفقة، والسكن، والمعاشرة بالمعروف، والولاية، وهي آثار تهدف في مجموعها إلى تحقيق الاستقرار الأسري والتكافل الاجتماعي، وفقا لما تقره الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية.

وسنتطرق في هذا المطلب إلى إعتبار العرف في فرعين هما: الآثار الشخصية والآثار المالية.

---

[1] آمنة علي البشير محمد، الأعراف والعدات الإجتماعية السيئة وآثارها السلبية على الزواج، جامعة الملك خالد، المملكة العربية السعودية، مجلة الشريعة والقانون تفهمنا الأشراف، ع28، يونيو2024، ج4، ص500.

[2] أبي عبد الله محمد الخرشي شرح مختصر خليل، ط2، مطبعة الأميرية، القاهرة مصر، السنة 1317هـ، ج7، ص175.

[3] محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، د.ر.ط، د.س.ن، ص52.

الفرع الأول: أثر العرف في الآثار الشخصية:

قام المشرع بإعادة هيكلة الحقوق والواجبات الزوجية، إذ عدل في التوزيع التقليدي في الآثار الشخصية لزواج وذلك حرصا على تعزيز مبدأ المساواة بين الزوجين، سابقا كانت الحقوق والواجبات تقسم إلى مشتركة بين الزوجين بحسب المادة 36 من قانون الأسرة، وحقوق خاصة بالزوج على الزوجة في المادة 37، وحقوق لزوجة على الزوج في المادة 38، والآن يشمل النص فقط الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين تحت عنوان حقوق وواجبات الزوجين، بموجب المادة 36 من قانون الأسرة[1]، والتي تنص على:

أولا: المعاشرة بالمعروف واعتبار العرف فيها:

لا يمكن تحقيق الغاية الأساسية من الرابطة الزوجية، إلا من خلال إقامة علاقة قائمة على أسس المودة، والرحمة، والتفاهم، وهي أسس لا تتحقق تلقائيا، بل تتطلب من الزوجين التزامًا فعليًا بسلوكيات إيجابية تعزز الاستقرار داخل الأسرة، ويتجلى ذلك في التحلي بجملة من الصفات الحميدة، كالتسامح في حال الخطأ، والمواساة في وقت الشدة، وحسن المعاشرة في مختلف الظروف، مع ضرورة اجتناب كل قول أو فعل من شأنه أن يؤدي إلى إثارة النزاع أو تعكير صفو العلاقة الزوجية، وتأسيسًا على ما قرره المشرّع من وجوب المعاشرة بالمعروف، فإن ذلك لا يعتبر مجرد توجيه أخلاقي، بل هو التزام قانوني متبادل يقع على عاتق الزوجين معا، ويقتضي احترام كل طرف لمشاعر الآخر، وتقديم العون والدعم له، وإظهار قدر كافٍ من الاحترام المتبادل في التعامل اليومي، فاللطف، واللين، والتقدير، ليست مجرد سلوكيات اجتماعية مستحسنة، بل تعد من موجبات العلاقة الزوجية الصحيحة، باعتبار أن المشرّع قد نص عليها كقاعدة عامة تحكم الحياة الزوجية، وتكرس مبدأ التعاون والتكافل الأسري، الذي يمثل الدعامة الأساسية لاستقرار الأسرة وبقائها[2].

إن التفاهم الجيد بين الزوجين لا يتحقق بمعزل عن البيئة الاجتماعية التي يعيشان فيها، إذ إن ما تعارف عليه الناس في زمان ومكان معينين يعد عنصرا مهما في تنظيم العلاقة بينهما، شريطة

[1] نظيرة عتيق، الحقوق الزوجية بعد تعديل قانون الأسرة 2005 بين الإسترشاد بالعرف والمواءة التشريعية، جامعة 20أوت 1955 سكيكدة، مجلة البحث القانوني والسياسي، مج 03، ع 01، السنة 2018، ص 36.

[2] المرجع نفسه، ص37.

ألا يتعارض ذلك العرف مع أحكام الشريعة الإسلامية ولا مع مقتضيات النظام العام، فالعرف، متى استوفى شروطه، يسهم في توجيه سلوك الزوجين وتحديد ما يُعتبر مقبولا أو غير مقبول في تعاملهما اليومي،ومن هذا المنطلق، ينبغي أن تبنى العلاقة الزوجية على دعائم قوية تتمثل في الاحترام المتبادل، والمعاملة الحسنة التي تقوم على المودة والرحمة، مع الحرص على المحافظة على أسرار الحياة الزوجية وعدم إفشائها للغير، كما يُلزم كل من الزوجين بأن يعامل الآخر بالمعروف، أي بما جرت به العادة الحسنة واستقر عليه التعامل بين الناس، في ضوء ما دعت إليه الشريعة الإسلامية من قيم أخلاقية وسلوكية رفيعة، وتعد مراعاة العرف في هذا السياق أداة مكملة للضوابط الشرعية، تُسهم في تحقيق الانسجام بين الزوجين، وتفادي النزاعات التي قد تنشأ بسبب اختلاف التوقعات أو السلوكيات، ما دامت الأعراف المعتمدة لا تخرج عن الإطار الذي رسمه الدين الإسلامي، ولا تتعارض مع قواعد النظام العام التي ترعى مصلحة الأسرة والمجتمع[1].

ثانيا: أثر العرف في المحافظة على روابط القرابة بالحسنى والمعروف:

عد احترام كل من الزوجين لأهل الطرف الآخر، والتعامل معهم بالحسنى، من أبرز مظاهر المعاشرة بالمعروف التي نصّت عليها الشريعة الإسلامية ودعّمتها التشريعات الوضعية، باعتبارها ركيزة أساسية لاستقرار الحياة الزوجية وتحقيق الألفة والمودة داخل الأسرة، فالمعاملة الطيبة مع أهل الزوج أو الزوجة لا تندرج فقط ضمن السلوكيات الأخلاقية، بل تُعد تجسيدًا عمليًا لمبدأ الرحمة والمودة التي ينبغي أن تسود بين الزوجين وتمتد لتشمل عائلاتهم، مما يسهم في تعزيز التلاحم الأسري وتفادي أسباب التنافر والشقاق، وتتجلى صلة الرحم، في هذا السياق، من خلال زيارة الزوجة لأهلها أو استقبالهم في بيت الزوجية، شريطة أن يتم ذلك في إطار منضبط لا يتعارض مع مقتضيات الحياة الزوجية أو يتسبب في اضطرابات عائلية، وأن يكون ضمن حدود الزمن المعقول والعادات الاجتماعية المتعارف عليها، فلا يجوز للزوج منع زوجته من صلة والديها أو زيارتهم، متى تم ذلك في حدود الاحترام والاعتدال، لأن في ذلك قطعًا لصلة الرحم وإخلالًا بواجب المعاشرة بالمعروف، وهو ما ترفضه الشريعة ويرفضه القانون[2].

[1] بلفار وفاء، إعتبار العرف في آثار عقد الزواج، مجلة التراث، ع 32، مج09، ديسمبر 2019، ص49

[2] بلفار وفاء، المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

وقد كرّس المشرع الجزائري هذا التوجه في المادة 36 من قانون الأسرة، التي تنص صراحة على ضرورة المعاشرة بالمعروف، بما في ذلك احترام الروابط الأسرية لكل من الزوجين، وتشجيع صلة الرحم والمعاملة الحسنة بين أطراف العائلة الموسعة، ولم يقف الاجتهاد التشريعي عند هذا الحد، بل ساندته الاجتهادات القضائية، حيث قضت المحكمة العليا الجزائرية في أحد قراراتها بوجوب النفقة على الوالدين عند الحاجة، وهو ما يكرّس مبدأ الإحسان إلى الأهل، ويؤكد على أن التزامات الزوجين لا تقتصر على محيطهما الضيق، بل تمتد لتشمل الواجبات الأخلاقية والاجتماعية تجاه الوالدين، في إطار من التوازن والاعتدال، وعليه، فإن احترام الأهل، وزيارتهم، والإحسان إليهم، لا يعد فقط التزامًا دينيًا وأخلاقيًا، بل هو كذلك جزء لا يتجزأ من البناء القانوني والاجتماعي للحياة الزوجية، بما يحقق التكافل والترابط الأسري الذي تسعى إليه التشريعات الحديثة، مستندة في ذلك إلى الأصول الشرعية والعرف السائد بين الناس[1].

الفرع الثاني: أثر العرف في الآثار المالية:

يعد العرف من المصادر المهمة في تنظيم العلاقات الأسرية، حيث يتدخل في تفسير وتحديد مضمون العديد من الحقوق والواجبات بين الزوجين، ومن بين المسائل التي يظهر فيها أثر العرف، تلك المتعلقة بالنفقات التي لم ينص عليها صراحة، مما يفتح المجال لاعتماد الأعراف السائدة في تقديرها وفهمها، بما يحقق التوازن والعدل داخل الأسرة.

أولا: تأثير العرف على النفقة

تعد النفقة ركنا أساسيا في قيام الأسرة وإستقرارها، وواجب شرعي يتحمله الزوج، وهذا مادفعنا لدراسة متى تكون النفقة واجبة، وتأثر العرف في تقديرها.

1- تأثير العرف على بداية وجوب النفقة:

اختلف الفقهاء في تحديد بداية وجوب النفقة للزوجة، وذلك بحسب المذهب الفقهي المعتمد، فقد ذهب فقهاء الحنفية، ومعهم الشافعي في القول القديم، إلى أن النفقة لا تجب للزوجة إذا امتنعت عن

[1] بلفار وفاء، إعتبار العرف في آثار عقد الزواج، المرجع نفسه، ص 50.

تنفيذ التزاماتها الزوجية، واعتبروا النشوز من موانع استحقاق النفقة، وبناءً على ذلك، فإن الزوجة إذا امتنعت دون مبرر شرعي عن الانتقال إلى بيت الزوجية، بعد أن دعاها زوجها إليه، تُعد ناشزًا، ويسقط عنها حقها في النفقة، لأنها لم تمكن الزوج من الحقوق المترتبة على عقد الزواج، وعلى خلاف هذا الرأي، ذهب جمهور المالكية، والشافعي في مذهبه الجديد، وكذلك الحنابلة، إلى أن النفقة لا تجب للزوجة لمجرد العقد الصحيح، بل يشترط لوجوبها أن تمكن الزوج من نفسها تمكينًا كاملًا لا شبهة فيه، أي أن الأصل في استحقاق النفقة هو تحقق الاستمتاع، أو على الأقل عدم وجود ما يمنعه من جهة الزوجة، لأن النفقة تعتبر في مقابل الاستمتاع المشروع، وبالتالي، فإن عدم تمكين الزوجة زوجها من نفسها يعد سببا في سقوط حقها في النفقة، ولو كان العقد قد تم بصورة صحيحة[1].

وماهو سائر في الدول العربية فنفقة ليست ملزمة على الزوج إلا من وقت إنتقالها للعيش معه، في حين إعتبر البعض هذا العرف لا صحة لوجوده[2] .

أما في قانون الأسرة الجزائري فالمشرع الجزائري أخد بقول المالكية والشافعي في الجديد والحنابلة الذين يرون وجوب نفقة الزوجة بالتمكين[3]، أي أن المشرع الجزائري أخد بالعرف في بداية وجوب النفقة.

2- تأثير العرف على تقدير النفقة:

المقدار المعتبر للنفقة الواجبة يتحدد بمبدأ الكفاية بالمعروف، حيث تختلف النساء في احتياجاتهن من طعام، وكسوة، ومسكن، وعلاج، وخدمة، ويتم تقدير هذه الاحتياجات بناء على العرف السائد والتقاليد المتبعة في كل بلد وظروف كل زمان ومكان، مع الأخذ بعين الاعتبار عوامل مثل ارتفاع الأسعار أو انخفاضها، حالة العمر بين الشباب والكبر، وكذلك الفصول المناخية كالصيف والشتاء، وقد تناول الفقهاء مسألة تحديد مقدار النفقة الواجب على الزوج تجاه زوجته بتفصيل كبير، مستندين

[1] عليلوش فتيحة، أثر العرف على حقوق الزوجة المالية، جامعة البليدة 2، مجلة الفكر القانوني والسياسي، مج 06، ع 02، سنة 2022، ص 1376.

[2] أحمد رشاد عبد الهادي أبو حسين، أثر العرف في الاحوال الشخصية دراسة فقهية قانونية، رسالة لإستكمال متطلبات الماجستير في القضاء الشرعي، كلية الدراسات العليا، جامعة الخليل، السنة 1435هـ-2013م، ص 176.

[3] عليلوش فاتيحة، أثر العرف على حقوق الزوجة المالية، مرجع سابق، الصفحة نفسها.

في الغالب إلى أعراف زمانهم، ومع تغيّر الكثير من تلك الأعراف، فإن المجتمعات اليوم بحاجة دائمة إلى إعادة تقدير النفقة بما يتماشى مع الأعراف الحالية التي تحكم في حياتهم[1].

ثانيا- تأثير العرف على مشتملات النفقة

سنتناول في هذا العنصر بيان أثر العرف في تحديد نفقة الزوجة، وذلك من خلال التطرق أولًا إلى مدى تأثيره على نفقة الغذاء والكسوة، ثم ننتقل إلى دراسة أثره على نفقة العلاج والسكن، باعتبار أن هذه الجوانب تمثل الأساسيات التي تقوم عليها معيشة الزوجة، والتي قد يختلف تقديرها باختلاف الأعراف السائدة في كل مجتمع وزمان.

1- أثر العرف في نفقة الغذاء والكسوة

يعد الغذاء والكسوة من العناصر الأساسية في النفقة الواجبة للزوجة، ويراعى في تقديرهما العرف السائد، بما يتناسب مع حال الزوجين وظروفهما المعيشية، دون إفراط يرهق الزوج، ولا تفريط يهدر حق الزوجة.

أ- تأثير العرف على نفقة الغذاء:

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الواجب في الطعام في نفقة الزوجة هو غالب قوت في البلد الذي يعيش فيه الزوجان لكنهم اختلفوا فيما ليس قوتا مما هو من الكماليات كالفاكهة، حيث يرى المالكية أنه لا تجب النفقة إلا في حدود ما هو ضروري للحياة، بينما ترى الحنفية أن الواجب هو الطعام الضروري وغيره من الفاكهة والخضروات والمواد الدهنية مما يحتاجه الطعام ولا يستغني عنه الإنسان، وإن كان غير ضروري للحياة فإن الطعام يحتاجه[2].

[1] أحمد رشاد عبد الهادي أبو حسين، أثر العرف في الاحوال الشخصية دراسة فقهية قانونية، مرجع سابق، ص 178.

[2] مشوات حليمة، حق الزوجة في النفقة في قانون الأسرة الجزائري مقارنا، بحث لنيل شهادة دكتورة في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة وهران، سنة1434هـ -2013م، ص38.

أما المشرع الجزائري ترك تحديد نفقة الغداء إلى العرف مراعيا في ذلك العرف السائد وحال البلد الظروف المعيشية لزوجين، فللقاضي الحق بتقديرها حسب الحالة[1].

وبذلك، فإن معيار تحديد الطعام الذي يلتزم الزوج بتوفيره لزوجته يُردّ إلى ما جرى به العرف في بلد الزوجين، وما اعتاد عليه الناس في معيشتهم اليومية من أطعمة أساسية ومكملاتها، ويُراعى في ذلك أيضًا التغير الموسمي، إذ تختلف أنواع الطعام المطلوبة بين فصل وآخر، وهذا يدخل ضمن ما يُعرف بتطور العرف وتغيره بحسب الزمان والمكان، ويُفضل أن يتم الاتفاق بين الزوجين على ما تحتاجه الزوجة من طعام بما يتناسب مع مستوى المعيشة والوضع المالي للأسرة، أما إذا وقع خلاف بين الطرفين بشأن هذا الالتزام، فإن الأمر يعرض على القضاء، الذي يفصل فيه بناءً على اجتهاده واستنادًا إلى العرف الغالب، مع مراعاة الوضع المالي للزوج، فإن كان موسرا وسع عليه في النفقة، وإن كان معسرا قدرت بقدر طاقته، على أن يشمل الطعام المألوف في محيطهم الاجتماعي، سواء من حيث الكمية أو النوع، بالإضافة إلى المتممات الضرورية للطعام بحسب العادة[2].

ب-تأثير العرف على نفقة الكسوة : يجب على الزوج أن يوفر لزوجته الكسوة اللازمة بحسب ما جرى عليه العرف، وبما يتناسب مع احتياجاتها وظروف الزمان والمكان، وتشمل الكسوة ما تلبسه الزوجة صيفًا وشتاء، مع مراعاة التغيرات المناخية والأعراف السائدة في المجتمع، كما يدخل ضمن ذلك ما تحتاجه من فراش ومستلزماته، ووسائل التنظيف الشخصية والمنزلية، إضافةً إلى الزينة التي تتناسب مع بيئتها وعصرها، في حدود المعقول، وقد اتفق الفقهاء على أن للزوجة حقًا في كسوتين خلال العام: واحدة لفصل الصيف وأخرى لفصل الشتاء، مع إمكانية الزيادة أو النقصان بحسب حال الزوج والزوجة، وما يقره العرف[3].

[1] قندوز رمزي، إعتبار العرف في تقرير النفقة، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، مجلة التراث، مج 09، السنة 2019، ع01، ص 216.

[2] عبد المنعم نعيمي، توظيف العرف في تقدير النفقة الزوجية في الفقه الإسلامي والقانون الأسرة الجزائري، جامعة الجزائر 01، مجلة البحوث الأسرية، مج01، العدد 1، ج1، ص35.

[3] عليلوش فتيحة، أثر العرف على حقوق الزوجة المالية، مرجع سابق، ص 137.

من الصعب تحديد قيمة ثابتة للنفقة، سواء في الغذاء أو الكسوة، لأن ذلك يختلف باختلاف الزمان والمكان، ويتأثر بظروف المعيشة وغلاء الأسعار، لذلك يراعى في تقديرها حال الزوجين والعرف السائد في المجتمع.

2- أثر العرف في نفقة العلاج والسكن

سنتناول في هذا العنصر أثر العرف على نفقة العلاج ونفقة السكن.

أ - تأثير العرف على نفقة العلاج : تعددت آراء الفقهاء بشأن مدى وجوب نفقة العلاج للزوجة، حيث ذهب جمهور فقهاء المذاهب الأربعة في الفقه الإسلامي إلى أن الزوج غير ملزم بتحمل تكاليف علاج زوجته، باعتبار أن النفقة تقتصر على الغذاء والكسوة والمسكن، ولا تشمل العلاج إلا إذا التزم به صراحة أو عرفا، في المقابل، يرى عدد من الفقهاء المعاصرين وجوب نفقة العلاج على الزوج، مستندين في ذلك إلى المقاصد الشرعية التي تهدف إلى حفظ النفس وصون الكرامة الإنسانية، واحتجوا بأن الزوج، ما دام ملزما شرعا بتوفير الطعام والشراب لزوجته حفاظا على حياتها، فإن حاجتها للعلاج عند المرض أشد وأولى بالاعتبار، لأن في تركه تهديدا مباشرا لحياتها وسلامتها الجسدية، وهو ما لا يتوافق مع روح الشريعة التي تدعو إلى الرحمة والتكافل بين الزوجين[1].

أما المشرع الجزائري فقد ترك تقديرها للعرف والعادات والتقاليد وهذا المتعارف عليه في زمننا الحالي فنفقت العلاج أصبحت على الزوج مهما قدرت التكاليف، وهذا من مظاهر المعاشرة بالمعروف[2].

ب- تأثير العرف على نفقة السكن : إتفق الفقهاء علو وجوب توفير السكن لزوجة، أو حتى أجرة المسكن، ودليل وجوب توفير السكن لزوجة قوله تعالى : {اسْكِنُوهُن مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ

[1] أوقنون بوسعد، أثر العرف على الحقوق المادية لزوجة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي –وزو، مجلة التراث، مج 09، السنة: 2019، ع 04، ص319.

[2] بلفار وفاء، إعتبار العرف في آثار عقد الزواج، مرجع سابق، ص 56.

وُجدِكُمْ}[1]، فمن المعروف أن يسكنها في مسكنا تستقر فيه وحماية لها من الحروالبرد وسترا من الأبصار[2].

منح المشرع الجزائري لزوجة الحق في الإستفادة من السكن باعتباره أثرا من آثار عقد الزواج، إذ نص في المادة 78 من قانون الأسرة على مايلي: (تشمل النفقة: الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة)[3].

[1] سورة الطلاق، الآية: 6.

[2] أوقنون بوسعد، أثر العرف على الحقوق المادية لزوجة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، مرجع سابق، ص318.

[3] المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق.

المبحث الثاني: تأثير العرف في أحكام فك الرابطة الزوجية وأثارها:

للعرف أثر في الطلاق، سواء من حيث صيغ التعبير عنه أو تفسير مدلولاته وفقًا لما جرى عليه التعامل بين الناس، كما يتجاوز تأثير العرف لحظة الطلاق، ليشمل الآثار المترتبة عنه، كالحضانة، والعدة، والميراث، وغيرها من المسائل المرتبطة بانفصال الزوجين، وبناءً عليه، سيتم في هذا المبحث دراسة أثر العرف من خلال مطلبين أساسيين: أولهما يتعلق بصيغ الطلاق، وثانيهما بالآثار الناتجة عنه.

المطلب الأول: الطلاق وأثر العرف صيغه

تُعدّ صيغ الطلاق الوسيلة التي تُعبَّر بها إرادة إنهاء العلاقة الزوجية، وتتنوع هذه الصيغ بين الصريحة والكنائية، اللفظية والفعلية، وبالرغم من وجود ضوابط شرعية وقانونية تحدد كيفية التعبير عن الطلاق، فإن العرف يلعب دورًا مهمًا في تفسير هذه الصيغ، وتحديد مدى دلالتها على الطلاق الفعلي، خاصة في الحالات التي يعتريها الغموض أو التي لا يُنص عليها صراحة، وتختلف هذه الأعراف باختلاف البيئات الاجتماعية والثقافية، مما ينعكس على طريقة فهم صيغ الط، وانطلاقًا من ذلك، يتناول هذا المطلب بيان أثر العرف في صيغ الطلاق من خلال فرعين: الفرع الأول الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج والفرع الثاني الطلاق بغير إرادة الزوج.

لكن وقبل التطرق لهذه الصيغ وجب التعريف بالطلاق وبيان حكمه.

أولا: تعريف الطلاق: ذكرت عدة تعريفات لطلاق في اتجاهات مختلفة ومنها:

1- الطلاق لغة: الطَلاق: اسْم من التَّطْلِيق وَهُوَ الْإِرْسَال.[1]

الطلاق في أصله اللغوي يُفيد معنى الإرسال، أي ترك الشيء وإطلاقه من القيد.

[1] أبو البقاء الكفوي، تح عدنان درويش ومحمد المصري، الكليات، معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ج1، ص 584

2- الطلاق في الشرع: عرف الطلاق في الشرع بأنه "رفع القيد الثابت بالزواج. ومعناه حل رابطة الزوجية في الحلال أو السؤال بلفظ مخصوص."[1]

فالطلاق في الشرع يعني إنهاء عقد الزواج بين الزوجين بكلمة أو لفظ معين، ويُقصد به إنهاء العلاقة الزوجية إذا وُجدت حاجة أو مبرر لذلك، مثل عدم التفاهم أو الضرر، ويُشترط أن يتم بلفظ واضح ومشروع.

3- الطلاق في القانون: ولقد عرف قانون الأسرة الجزائري من خلال المادة 48: (مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه، يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو برضا الزوجين، أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون).[2]

يتضح من النص أن المشرّع لم يضع تعريفًا قانونيًا محددًا لمفهوم الطلاق، بل اقتصر على ذكر الوسائل التي تؤدي إلى إنهاء العلاقة الزوجية، دون التطرق بشكل مباشر إلى تعريف الطلاق أو تحديد أركانه وشروطه، ويبدو أن هذا التوجه يعكس رغبة المشرع في تجنب الالتزام بأي تعريف فقهي معين، الأمر الذي يمنحه مرونة أكبر في التشريع ويبعده عن التقيد بتبني أحد التعاريف الفقهية الخاصة بالطلاق.

4- الطلاق في العرف :لَفْظُ "الطلاق" في العُرف يُزيل قيد النكاح، فأصبح لفظ "الطلاق" دائرا بين الحقيقة المرجوحة والمجاز الراجح، فلا يُصرَف إلى حقيقته المرجوحة إلا بسبب النية.[3]

معنى لفظ "الطلاق". فبحسب العرف، عندما يُذكر لفظ "الطلاق"، يُفهم منه مباشرة إنهاء علاقة الزواج بين الزوجين. ولهذا السبب، أصبح هذا اللفظ يُستخدم غالبًا بمعناه المجازي الشائع (أي إنهاء الزواج)، وليس بمعناه اللغوي الأصلي الذي قد يكون أقل شهرة أو استعمالًا. فلا يُرجع إلى المعنى الأصلي أو الأقل شيوعًا إلا إذا كان هناك نية واضحة تدل عليه، إذن، العرف هو الذي جعل لفظ "الطلاق" يدل غالبًا على إنهاء الزواج، ولا يُصرف إلى معانٍ أخرى إلا بوجود نية خاصة.

---

[1] بدران أبو العين بدران، أحكام الزواج والطلاق، بحث تحليلي ودراسة مقارنة، ط2، دار التأليف، مصر، سنة 1921، ج 1، ص213.

[2] المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق.

[3] أبو البقاء الكفوي، مرجع سابق، ص191

ثانيا: مشروعية الطلاق "يُستمدّ الطلاق مشروعيته من نصوص القرآن الكريم وهدي السنة النبوية، حيث شُرِع كوسيلة مشروعة لإنهاء عقد الزواج عند تعذّر استمرار الحياة الزوجية، مع تنظيم أحكامه بما يضمن تحقيق العدل بين الطرفين".

1- من الكتاب:

قال الله تعالى: (الطَّلاَقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ)[1].

وقال تعال: (يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاء فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ)[2].

2- من السنة:

أ- حَدَّثَنَا كَثِيرُ بْنُ عُبَيْدٍ الْحِمْصِيُّ قَالَ: حَدَّثَنَا مُحَمَّدُ بْنُ خَالِدٍ، عَنْ عُبَيْدِ اللَّهِ بْنِ الْوَلِيدِ الْوَصَّافِيِّ، عَنْ مُحَارِبِ بْنِ دِثَارٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ، قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «أَبْغَضُ الْحَلَالِ إِلَى اللَّهِ الطَّلَاقُ ".[3]

ب- حَدَّثَنَا سُوَيْدُ بْنُ سَعِيدٍ، وَعَبْدُ اللَّهِ بْنُ عَامِرِ بْنِ زُرَارَةَ، وَمَسْرُوقُ بْنُ الْمَرْزُبَانِ، قَالُوا: حَدَّثَنَا يَحْيَى بْنُ زَكَرِيَّا بْنِ أَبِي زَائِدَةَ، عَنْ صَالِحِ بْنِ صَالِحِ بْنِ حَيٍّ، عَنْ سَلَمَةَ بْنِ كُهَيْلٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ جُبَيْرٍ، عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ، عَنْ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ، «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، طَلَّقَ حَفْصَةَ، ثُمَّ رَاجَعَه[4].

الفرع الأول: العرف في الطلاق بالإرادة المنفردة لزوج

يُعدّ الطلاق بالإرادة المنفردة من الحقوق التي يقرّها الفقه الإسلامي ويعترف بها التشريع، إذ يُخوّل الزوج قانونًا وشرعًا حق حل الرابطة الزوجية دون اشتراط موافقة الطرف الآخر، مادام ذلك ضمن الضوابط المحددة، غير أنّ ممارسة هذا الحق لا تنفكّ عن التأثر بالأعراف السائدة، لاسيما

[1] سورة البقرة، الآية: 229

[2] سورة الطلاق، الآية: 1

[3] القزويني أبي عبد الله محمد، **سنن إبن ماجة**، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، د ط، دار إحياء الكتب العربية، – كتاب الطلاق، باب حدثنا سويد بن سعيد، حديث رقم2018، ج1، ص 650.

[4] المرجع نفسه، الصفحة نفسها ، حديث رقم2016.

فيما يتعلّق بتقدير الألفاظ أو الأفعال الصادرة عن الزوج، والتي قد تُفسّر وفقًا للعرف على أنها تنطوي على إرادة الطلاق، حتى في غياب تصريحٍ صريح بذلك.

أولا: العرف في ألفاظ الطلاق بين الصريح والكنائي

يُفرّق الفقه الإسلامي بين الطلاق الصريح الذي لا يحتمل إلا معنى الطلاق، مثل "أنت طالق"،"طلقتك"وبين الكنايي الذي يحتمل أكثر من معنى، مثل "اذهبي إلى بيت أهلك" أو "أنت حرام عليا"[1]

فالطلاق الصريح لا يحتاج إلى إثباث، لأن الألفاظ الصريحة تُعتَبر نافذة دون الحاجة إلى النية إذا وقعت اتبعها الطلاق، فعن أبي هريرة رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه و سلم قال"ثلاث جدهن جد و هزلهن جد:النكاح، و الطلاق، و الرجعة" [2]

وتُعد الصيغة اللفظية للطلاق من المسائل التي تتأثر بالعُرف تأثرًا واضحًا، حيث تختلف الألفاظ المتداولة بين المناطق الجزائرية، فقد يُستعمل لفظ "أنت طالق" في بعض المناطق، بينما تُستخدم صيغ محلية مثل "أنت مطالقة" أو "طالقتك" في أخرى، رغم هذا التنوع يتعرف القضاء الجزائري استنادًا إلى المادة 222 من قانون الأسرة بهذه الصيغ ما دامت متعارفًا عليها ولا تتعارض مع الشريعة الإسلامية،

كما تقر القواعد الفقهية بأهمية العرف في تفسير الألفاظ الكنائية في الطلاق، استنادًا إلى أن الطلاق بالكناية لا يُعتدّ به شرعًا إلا إذا اقترن بقرينة تدلّ على نية الطلاق، وفقا لما عليه جمهور الفقهاء، ويُعدّ العرف في هذا السياق من أبرز القرائن المرجعية التي يستند إليها في التفسير، إذ يُراعى فيه المعنى المتعارف عليه للعبارات في البيئة الاجتماعية التي صدر فيها اللفظ، فالكنايات من قبيل "أنتِ علي حرام" أو "اذهبي إلى بيت أهلك"، لا تُعد ألفاظا صريحة في إيقاع الطلاق، وإنما تُقدَّر آثارها بالرجوع إلى نية المُطلِّق، ومدى تداول هذه الألفاظ في العرف المحلي للدلالة على الطلاق، فإن كان العرف الجاري يقضي بفهم هذه الألفاظ على أنها تعني الطلاق، واقترنت بوجود

[1] عبد الفتاح عمرو، السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية، ط1، دار النقاش، الأردن، سنة1418هـ_1998م، ص172.

[2] السجستاني أبي داود سليمان، سنن أبي داود، تح: الخالدي محمد عبد الفتاح، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، سنة 1416هـ-1996م، كتاب الطلاق، باب الطلاق على الهازل، حديث رقم2194، ج2، ص125.

نية صريحة، فإن الطلاق يقع، أما إذا لم تكن هذه العبارات مستخدمة في العرف للدلالة على الطلاق، ولم تقترن بنية إيقاعه، فإنها لا تُنتج أثرًا شرعيًا، ومن ثم فإن العرف يشكل أداة تفسيرية معتبرة في نطاق الكنايات، تعزز من مرونة التطبيق وتحقق الانسجام بين الأحكام الفقهية والواقع الاجتماعي[1].

ثانيا: أثر العرف في إثبات الطلاق العرفي

تنص المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري (لا يُثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته (3) أشهر إبتداءا من تاريخ رفع الدعوة، يتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي نتائج محولات الصلح يوقعه مع كاتب الضبط و الطرفين، تسجل اظحكام الطلاق وجوبا في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة) [2] .مما يدل على الطابع الرسمي والإجرائي لوقوع الطلاق، وأن المشرع لم يعترف بأي طلاق خارج إطار الرسمية.

غير أن الواقع الاجتماعي، خاصة في المناطق الريفية، يشهد انتشار الطلاق العرفي، الذي يتم دون اللجوء إلى القضاء، ويُثبت أحيانًا بشهادة شهود أو عبر الأعراف السائدة، وقد ساير القضاء الجزائري هذا الواقع في بعض الحالات، كما يتضح في قرار المجلس الأعلى لسنة 1984، الذي أقر بإمكانية إثبات الطلاق العرفي إذا وقع أمام جماعة من المسلمين مع توفر أدلة قوية، مانعًا الزوج من التراجع عنه، بذلك يعد العرف في هذه الحالة وسيلة إثبات تكمل النصوص القانونية عند تعذر الإجراء القضائي الرسمي[3].

رغم أن قانون الأسرة الجزائري لم ينص صراحة على الطلاق العرفي، إلا أن القضاء الجزائري أخدد به في بعض الحلات، مراعيا في ذالك العرف المعمول به في المجتمع، ومتقيدا في ذات الوقت بقواعد الشريعة الإسلامية، وذلك إستنادا لأحكام المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري، وبناءا على ذالك اعتمدت بعض المحاكم الجزائرية على هذا الأساس في القانوني لتثبيث حالات الطلاق التي

[1] عبد الفتاح عمرو، السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص177.

[2] نص المادة 49 الفقرة الأولى، قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق.

[3] ق.م.أ، ملف رقم 216850، الصادر بتاريخ 1989/12/17، غ أ ش، م ق، سنة 1989ع04، ص91.

تتم خارج الأيطار الرسمي، شريطة توفر شروط الطلاق للشرعي، بقرائن و الدلائل التي تثبتت حصول الطلاق عرفا، و بما لا يتعارض مع النضام العام.[1]

ثالثا: أثر العرف في تقدير الطلاق التعسفي والتعويض عنه

خول المشرّع الجزائري من خلال المادة 52 من قانون الأسرة، الحق للزوجة في المطالبة بالتعويض في حال ثبوت الطلاق التعسفي، و التي نصت على (إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها)، تاركًا أمر تحديد هذا التعويض للسلطة التقديرية للقاضي، الذي يلزم بمراعاة جملة من المعايير عند تقديره، وفي مقدمتها الظروف الاجتماعية والاقتصادية الخاصة بالزوجين، وكذا الأعراف والتقاليد السائدة في الوسط الاجتماعي الذي تنتمي إليه الزوجة، ويُعد العُرف، في هذا السياق، عنصرا مكمّلا يضطلع بدور مهم في توجيه القضاء نحو تقدير مدى جسامة الضرر الذي يلحق بالزوجة نتيجة الطلاق، فبينما قد تنظر بعض المجتمعات إلى الطلاق بوصفه حدثا عاديا لا يتطلب تعويضا كبيرا، تقابله مجتمعات أخرى تعتبره مساسًا خطيرا بالاستقرار الأسري وبمكانة المرأة، مما يدفع القاضي إلى تقدير تعويض يتناسب مع فداحة الضرر[2].

وقد أظهرت الأحكام القضائية في هذا المجال مرونة واضحة في التعامل مع خصوصيات كل حالة، حيث يتم الاستئناس بالعرف لتحديد ما إذا كانت نتائج الطلاق تشكل ضررا فادحا أم لا، مما يُؤكد أن العرف لا يعد فقط معيارا مفسرا بل كذلك أداة معيارية تؤثر في توجيه الحكم القضائي، بما يحقق التوازن بين النص القانوني والواقع الاجتماعي".

رغم أن الفقه الإسلامي يربط مسألة التعويض بمبدأ 'المتعة' المقررة شرعا، والتي تُعد نوعًا من التعويض المالي الذي يمنح للمطلقة، فإن هذا المبدأ لا يفهم على أنه مجرد إحسان أو تفضل من الزوج، بل هو واجب شرعي يراعى فيه حجم الضرر الذي لحق بالزوجة نتيجة الطلاق، سواء كان هذا الضرر نفسيًا بسبب الانفصال وما يخلفه من ألم ومعاناة، أو ماديا لما تفقده المرأة من استقرار

[1] أحمد بوجمعة، إثبات الطلاق العرفي في قانون الأسرة الجزائري، مجلة الأستاذ الباحث لدرسات القانونية والسياسية، جامعة المسيلة، مج02، ع03، سنة 2018، ص771.

[2] أسمهان عفيف، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في التعويض عن ضرر، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستر، تخصص قانون أسرة، جامعة العربي بن مهيدي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، سنة 2010، ص193.

اقتصادي بعد انحلال الرابطة الزوجية، ويُؤخذ في تقدير المتعة بالظروف الخاصة للمرأة، ومدة الزواج، وملابسات الطلاق، مما يجعلها تجسيدًا عمليًا لمقاصد الشريعة و لما هو عرف صحيح في تحقيق العدل ورفع الضر[1].

رابعا: أثر العرف في الطلاق الرجعي وإثبات الرجعة

الطلاق الرجعي يُعد من أهم صور الطلاق التي تبرز فيها مرونة التشريع الإسلامي، المذاهب الفقهية في شروط الرجعة ووسائل إثباتها، وقد أُدخل العرف عنصرا تفسيريا في هذا المجال، وبذلك يظهر أن العرف يستعمل كوسيلة لفهم مقاصد الألفاظ والأفعال عند تحقق الرجعة، لا سيما في المجتمعات التي قد تُعبّر عن الرجعة بطرق غير مباشرة.

فالطلاق الرجعي هو الطلاق الذي يُجيز للزوج مراجعة زوجته خلال العدة دون عقد جديد قبل نهاية العدة، و قد يكون هذا الإرجاع عن طريق أقوال أو أفعال دالة على رغبة الزوج في إرجاع طليقته[2].

وهذه الألفاظ فيها ما هو صريح و هو ما كنائي مثل ما هو الحال في صيغ الطلاق ، وتنعقد الرجعة بألفاظٍ صريحة تدل عليها بلا لبس، كقول الزوج: (راجعتك)، كما قد تستفاد من ألفاظ الكناية إذا اقترنت بالنية أو قرينة حال تدل على الرجعة غير أن الفقهاء قد اختلفوا في تقدير هذه الألفاظ وتحديد ما يعد منها صريحا أو كناية، تبعا لاختلاف اجتهاداتهم في ضوابط الألفاظ ودلالاتها، وما إذا كانت النية شرطا في الكناية أم لا"[3].

يلاحظ في التطبيق الواقعي أن بعض الألفاظ التي نص الفقهاء على اعتبارها صريحة في الرجعة، كلفظ (الإمساك)، قد فقدت دلالتها الشرعية في الاستعمال العرفي المعاصر، إذ لا يفهم منها لدى عامة الناس أنها تدل على الرجعة، وإنما يتبادر منها المعنى الحسي المجرّد كالإمساك

[1] فاطمة بن عيوشوش، حق المطلقة في المتعة المقررة بين الشريعة الإسلامية والقانون الأسرة الجزائري، مجلة صوت القانون، ع1، السنة أفريل 2018، ص ص183_184.

[2] عبد العزيز السويلم وآخرون، معجم المصطلحات العلوم الشرعية، ط2، مكتبة الملك فهد الوطنية، السعودية، سنة 2017م ص1063.

[3] إلهام باجنيد، أثر العرف في الفرق ومتعلقاتها من أحكام فقه الأسرة دراسة تطبيقية مقارنة، رسالة ماجستر، كلية الشريعة والدرسات الإسلامية، جامعة أم القرى، السعودية، 2003، ص278.

باليد أو المرافقة الاعتيادية، وبالتالي فإن استعمال الزوج لعبارات من قبيل: (أمسكتك) أو (أمسكت زوجتي)، لا يفهم منها عرفا أنه يقصد الرجعة، ما لم تقرن بقرائن دالة على ذلك، في المقابل، تعد ألفاظ مثل (راجعتك) أو (أعدتك) ذات دلالة واضحة ومباشرة في العرف على الرجعة، ولا تحتاج إلى بيان إضافي، ومن ثم فإن تفسير ألفاظ الرجعة يجب أن يكون مستندا إلى ما استقر عليه العرف في دلالات الألفاظ، لا إلى المعاني اللغوية المجردة[1].

وبالتالي فأن العرف يؤثر في تنظيم الطلاق بالإرادة المنفردة في، سواء من حيث الألفاظ أو إثبات الوقائع، أو تقدير التعويضات، أو تفسير نية الرجعة. وقد ساير كل من القضاء الجزائري والفقه الإسلامي هذا التوجه، مع مراعاة الضوابط الشرعية والتشريعية، ومن ثم، فإن تعزيز الانسجام بين القانون والعرف يستلزم ضبط المعايير القضائية وتطوير الإرشادات التطبيقية، بما يضمن تحقيق العدالة وحماية الحقوق، خاصة للمرأة، في حالات الطلاق المنفرد من الزوج.

الفرع الثاني: العرف في الطلاق بغير إرادة الزوج.

في حالات خاصة، يمكن أن تنفصل العلاقة الزوجية دون إرادة الزوج، وذلك بطريقين أساسيين: الخلع والتطليق، وهدا ما سنتناوله في هدا الفرع.

أولا: الخلع

عرف الخلع على أنه " الخلع هو فراق الزوجة بعوض "[2].

وقد نص المشرع على شرعية الخلع في المادة 54 من قانون الاسرة الفقرة للثانية حيث نصت على (إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي يحكم القاضي بقيمة ملا يتجاوز الصداق المثل وقت صدور الحكم) [3]، و بالتالي في حال تعذر اتفاق الزوجين على مقدار بدل الخلع، يتولى القاضي مهمة تحديد هذا البدل، شريطة ألا يتجاوز قيمته صداق المثل وقت صدور الحكم.

---

[1] إلهام باجنيد، أثر العرف في الفرق ومتعلقاتها من أحكام فقه الأسرة دراسة تطبيقية مقارنة، مرجع سلبق، ص279.

[2] خالد بن علي المشيقح، المختصر في الأنكحة والأطعمة والإيمان والنذور، ط1، دار الركائر، الكويت، سنة 1441هـ_20 19م، ج1، ص97.

[3] المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق.

كما يجوز للقاضي أن يحيد عن العرف السائد إذا اقتضت الضرورة ذلك. وتجدر الإشارة إلى وجود مناطق لا تخضع فيها الأحكام للضوابط القانونية، بل يسود فيها العرف، مثل منطقة الواحات، حيث لا يسمح للمرأة غالباً بطلب الخلع، وإن حدث وقُبل طلب الخلع من الزوجة، فإن ذلك يعد استثناءً نادراً يقتصر على بعض[1].

ولقد تأثر المشرّع الجزائري في تنظيمه للخلع بالمذهب المالكي، الذي يعتبر الخلع تصرفا انفراديا يصدر عن الزوجة دون، وقد عبرا بن رشد عن هذا المبدأ بقوله: "يجب على القاضي أن يجيب طلبا لخلع إذا طلبته الزوجة ورفضه زوجها"[2].

كما نظم المشرع الجزائري مسألة تحديد مقدار هذا المقابل، فنصّ على ألا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم. وفي حال اتفقا لطرفان على مقدار الخلع، يُعتد باتفاقهما، أم إذ انشأ خلاف، فإن تقدير المقابل يترك لتقدير القاضي بناء على أعراف المنطقة المعنية ،وهوما أقرته المحكمة العليا في اجتهاداتها مؤكدة أن اتفاق الطرفين يعد أساسا في الخلع، وأن الخلاف حول المقابل لا يؤثر في صحة الدعوى[3].

ثانيا: التطليق

يُعد العرف من العوامل المؤثرة في تشكيل أحكام التطليق، سواء في الفقه الإسلامي أو في قانون الأسرة الجزائري، ويبرز هذا الأثر في عدد من الحالات، منها التطليق للضرر أو الشقاق، أو لعدم الإنفاق، أو لفقد الزوج.

فيما يتعلق بالتطليق للضرر والشقاق، فقد أقر الفقه الإسلامي هذا النوع من التطليق لمعالجة استحالة استمرار الحياة الزوجية، خاصةً عند وقوع ضرر جسدي أو معنوي على الزوجة، وقد استدل

[1] حارات إبراهيم، الخلع القضائي في الفقه الإسلامي والتشريعين العراقي والجزائري دراسة مقارنة، مجلة الحقيقة للعلوم القانونية والسياسية، ع18، سنة 2019، جامعة تكريت، ص ص، 48–49.

[2] بوراس عبد القادر، شامي أحمد، إيقاع الخلع بين الضوابط الفقهية والاتجاه القضائي دراسة مقارنة، مجلة صوت القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون، تيارت، ع1، سنة 2020، ص1420_1421.

[3] بوراس عبد القادر، شامي أحمد، إيقاع الخلع بين الضوابط الفقهية والاتجاه القضائي دراسة مقارنة، المرجع نفسه، ص 1421_1422.

الفقهاء في ذلك بحديث النبي صلى الله عليه وسلم عن "المضار"، حيث قال النبي صلى الله عليه وسلم "لا ضرر ولا ضرار"[1]. مؤكدين على ضرورة إزالة الضرر.

ويُلاحظ أن تقدير الضرر ليس ثابتًا، بل يختلف باختلاف العرف والزمان والمكان، فما يعد ضررًا في بيئة معينة قد لا يعد كذلك في بيئة أخرى، وقد انعكس هذا المفهوم في القانون الجزائري، حيث نصت المادة 53 من قانون الأسرة على حق الزوجة في طلب التطليق للضرر، مستمدة من المذهب المالكي، مع ترك حرية التقدير للقاضي الذي يراعي في ذلك العرف المحلي، كما عالجت المادة 56 مسألة الشقاق المستمر، حيث يتم تعيين حكمين للنظر في النزاع، وإن فشلا يُحكم القاضي بالتطليق،[2] وهو ما ظهر في اجتهادات قضائية مثل القرار الصادر سنة 1996، الذي اعتبر الخصام الطويل ضررًا شرعيا يبرر التطليق[3].

أما في حالة التطليق لعدم الإنفاق، فقد اختلف الفقهاء في تحديد مقدار النفقة، فمنهم من قدّرها بالكفاية بحسب الأعراف السائدة (وهو قول الجمهور)، ومنهم من حددها بمقادير معينة. ومع تغير العرف وظهور عمل المرأة، برزت آراء فقهية جديدة حول بقاء النفقة أو سقوطها، حيث يرى بعضهم استمرارها إذا رضي الزوج بعمل زوجته، في حين يراها آخرون تسقط في حال مخالفتها له دون إذنه،[4] وقد أخذ القانون الجزائري بعين الاعتبار هذه التغيرات، فنص في المادة 78 على أن النفقة تشمل الغذاء، الكسوة، السكن، والعلاج، مع الإشارة إلى "الضروريات حسب العرف والعادة يراعي القاضي في تقدير هذه الحاجات طبيعة العرف السائد، وما استجد من ضروريات كالدراسة والاتصالات، خاصة مع الفروق بين البيئات الريفية والحضرية[5].

---

[1] مالك بن أنس، الموطأ برواياته الثمانية، تحقيق أبي أسامة سليم بن عيد الهلالي السلفي، دبي، مجموعة الفرقان التجارية، "كتاب الأقضية"، الحديث 1560، سنة 1424 هـ -2003م، ج 3، ص573.

[2] مكيد نعيمة، إشكالات إثبات حلات التطليق المنصوص عليها في المادة 53 من قانون الاسرة، مجلة البحوث والدارسات القانونية والسياسة، مج 11، ع1، سنة 2012، الصفحة 20.

[3] ق.م. أ. المصادر بتاريخ 24/06/1996، غ.أ.ش، ملف رقم 139353، سنة 1997، ع02، ص66.

[4] سيد سابق، فقه السنة، ط3، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، سنة 1397هـ-1977م، ج2، ص289.

[5] شام دبيح، التطبيق لعدم الاتفاق في قانون الاسرة الجزائري، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، مج 6، ع2، سنة 2021، ص456.

وفيما يخص التطليق لفقد الزوج، فقد اعتبر الفقه الإسلامي أن الزوجة تنتظر مدة أربع سنوات قبل أن تُطلّق، وهي مدة كانت تراعي ظروف التنقل والتواصل في الأزمنة السابقة، ومع تطور وسائل الاتصال الحديثة، اجتهد بعض العلماء في تقليص هذه المدة لتخفيف الضرر عن الزوجة وأصبحلها الحق في طلب التطليق وهذا بعد مرور سنة من غياب الزوج عنها[1].

أما في القانون الجزائري، فقد نصت المادة 112 على أنه (لزوجة المفقود أو الغائب أن تطلب الطلاق بناءا على الفقرة الخامسة من المادة 53 من هذا قانون)[2] ،و منه يمكن للزوجة طلب التطليق بعد غياب الزوج لمدة سنة دون عذر، بينما منحت المادة 113 القاضي سلطة إعلان وفاة المفقود بعد مرور أربع سنوات في حالات استثنائية، كالحروب، مع مراعاة العرف وظروف السفر والاختفاء، حي نصت هذه المادة على: (يجوز الحكم بموت المفقود في الحروب و الحلات الإستثنائية بمضي أربع سنوات بعد التحري، و في الحلات التي تغلب فيها السلامة يفوض الأمر ألا القاضي في تقدير المدة المناسبة بعد مضي أربع سنوات) [3].

المطلب الثاني: العرف في أثار الطلاق

ويشكل العرف دورًا مهمًا في تحديد آثار الطلاق المتعلقة بالحضانة والعدة والميراث، خاصة في المسائل التي لا يغطيها النص التشريعي صراحة، مما يعكس خصوصيات الواقع الاجتماعي ويكمل النصوص القانونية والشرعية، وهذا ما سنتطرق اليه في هدا المطلب.

الفرع الأول: أثر العرف في الحضانة

لقد تأثرت أحكام الحضانة بالعرف، كما هو الحال في بقية مسائل الأحوال الشخصية. ففي بعض الأحيان، يحدد العرف تفاصيل مهمة مثل مدة الحضانة، مدة الزيارة، نفقة الحضانة، وهذا بما ينسجم مع مصلحة الطفل ويعكس تقاليد المجتمع وظروفه الخاصة، وكذلك ما يتعلق بنفقة الطفل

[1] سليمان ولد خسال، المسير في شرح قانون الأسرة الجزائري والأمر المعجل له، شركة الأصالة للنشر والتوزيع، الجزائر العاصمة، ط2، سنة2012، ج1، ص 162.

[2] المادة 112 من قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق.

[3] المادة 113 من قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق.

ووقت زيارته. في هذا السياق، سنتناول هذه المسألة الحساسة، مع التركيز على كيفية تعامل العرف مع أحكام الحضانة وتفاصيلها في الواقع الاجتماعي.

أولا: تأثير العرف على مدة الحضانة: اختلف العلماء حول متى تنتهي حضانة الأطفال بعد الطلاق بين الزوجين، بعضهم يرى أن الطفل الذكر يبقى في حضانة أمه حتى يصبح قادراً على الاعتماد على نفسه في الأكل والشرب وغير ذلك، لأن بعدها يحتاج إلى تعلم أمور الرجال، والأب هو الأفضل لتربيته في هذه المرحلة. وغالباً يحددون سن سبع أو تسع سنوات لنهاية الحضانة.

جميع فقهاء الشريعة الإسلامية، بمذاهبهم المختلفة، اهتموا بتنظيم مسألة الحضانة بما يحقق مصلحة الطفل ويراعي احتياجاته النفسية والاجتماعية في كل مرحلة عمرية، وقد اختلفوا في تحديد مدة الحضانة، لكنهم اتفقوا على أن الأساس هو مصلحة الطفل، وأن العرف له دور كبير في تحديد تفاصيل هذه المدة.

الحنفية: حُددت مدة الحضانة للولد حتى سن السابعة، وللبنت حتى سن التاسعة، مع جواز استمرار الحضانة إذا اقتضت مصلحة الطفل ذلك، مع مراعاة العرف في التطبيق العملي[1].

المالكية: جعلوا الحضانة للأم حتى يبلغ الطفل سن البلوغ أو حتى تتزوج البنت، مع مراعاة ما جرى به العرف في المجتمع[2].

الحنابلة: يرون أن الحضانة للأم حتى سن السابعة، ثم يُخيّر الطفل بين والديه، وهذا التخيير يُحدد غالبًا بحسب العرف وقدرة الطفل على التمييز[3].

[1] عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية على وقف مذهب أبي حنيفة وما عليه العمل بالمحاكم، ط2، دار القلم، الإمرات العربية المتحدة، سنة 1410هـ-1990م، ج1، ص197.

[2] وجنات عبد الرحيم ميمني، لمن الحضانة، مجلة جامعة أم القرى لمقررات الشريعة واللغة العربية وآدابها، ج15، ع28، جمادى الثانية 1424هـ، ص 390.

[3] عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ط2، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، السنة 1424هـ-2003م، ج4، ص539.

الشافعية: لم يحددوا مدة معينة للحضانة، بل جعلوا الأمر مرتبطًا بتمييز الطفل وقدرته على الاختيار، مع إعطائه حق تغيير قراره متى شاء، وراعوا في ذلك العرف السائد في المجتمع[1].

يتضح من ذلك أن جميع الفقهاء اعتبروا العرف مصدرًا مهمًا في تحديد مدة الحضانة، حيث تختلف احتياجات الأطفال وظروف الأسر من مجتمع إلى آخر، ومن زمن إلى آخر، فالعرف هو الذي يحدد متى يكون الطفل قادرًا على الاستغناء عن رعاية النساء، أو بحاجة إلى تعلم أخلاق الرجال، أو متى تنتقل الحضانة من الأم إلى الأب أو إلى غيرهما من الأقارب.

ثانيا: العرف في مدة الزيارة

من المتعارف عليه أن لوالد طفل غير الحاضن حق رؤية وزيارة و لده، وهذا حق شرعي أقرّه الفقهاء، وإن اختلفوا في تفاصيل تطبيقه، فإذا كان الطفل في حضانة أمه، فمن حق والده أن يراه وأن يخرج الصغير إلى مكان يمكنه من رؤيته، وقد ذهب بعض الفقهاء إلى أن الرؤية تكون كل يوم، بينما رأى آخرون أن تك ون كل أسبوع أو أسبوعين، أو بحسب ما تقتضيه مصلحة الطفل وظروفه أما إذا كان الطفل صغيراً يحتاج إلى رعاية مستمرة، فقد رأى بعض العلماء أن من المناسب أن تكون الزيارة بشكل متكرر، كأن تكون كل يوم أو كل أسبوع، وذلك حتى لا يحرم الطفل من التواصل مع والده، خاصة فيما يتعلق بالتربية والتعليم والاطمئنان على أحواله، أما إذا كان الطفل قد بلغ سن التمييز، فقد أشار بعض الفقهاء إلى أنه لا يجوز منع الأب من زيارة ابنه، إلا إذا كان في ذلك ضرر واضح على الطفل أو كان هناك مانع معتبر، كأن يكون مريضًا بمرض معد[2].

وفيما يتعلق بزيارة الأم لأولادها، فقد جرت العادة أن الأم تزور أبناءها ولا يمنع ذلك عنها، وهذا ما جرى عليه العرف، فالعرف له دور في تحديد أوقات الزيارة، فقد قال بعضهم إن الزيارة تكون كل يوم، وآخرون قالوا كل أسبوع، وبعضهم رأى أن البنت تجبر على الذهاب إلى أمها في أوقات محددة شإذا كانت الحضانة للأب، وذلك بحسب ما جرت عليه العادة في المجتمع[3].

---

[1] عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، مرجع سابق ص 538.

[2] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ط2، دار الفكر لطباعة والتوزيع، دمشق، سنة 1404هـ-1985م، ص ص740-741.

[3] المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

ويعتبر العرف مرجعاً عملياً في مثل هذه المسائل، إذ يُحتكم إليه عند اختلاف وجهات النظر أو غياب نص قانوني أو شرعي محدد ينظم ويحديد أوقات زيارة المحضونين وتنظيمها بين الأطراف، فالعرف السائد في المجتمع يحدد مدى تكرار الزيارة، سواء كان ذلك بشكل يومي أو أسبوعي أو في أوقات معينة بحسب ما استقر عليه الناس وتعارفوا عليه، فهناك من يرى أن الزيارة تكون كل يوم، بينما يرى آخرون أن الزيارة الأسبوعية تكفي، وقد يلزم العرف الفتاة مثلا بالذهاب إلى والدتها في أوقات محددة إذا كانت الحضانة للأب، أو العكس، ويأخذ بعين الاعتبار مصلحة الطفل واستقرار العلاقات الأسرية، مما يجعله أداة فعالة لتحقيق التوازن بين حق المحضون في التواصل مع والديه وبين متطلبات الحياة اليومية، ولهذا، فإن الالتزام بما جرى عليه العرف يحقق الانسجام الاجتماعي ويقلل من النزاعات، ويضمن احترام حقوق جميع الأطراف المعنية[1].

ثالثا: نفقة الحضانة وأثر العرف في تقديرها

تمثل نفقة الحضانة في الشريعة الإسلامية حقاً واجباً للصغير، يشمل كافة متطلباته المعيشية من مأكل وملبس ومسكن ورعاية صحية، بالإضافة إلى أجر الحاضنة مقابل رعايتها، وتعد النفقة من الحقوق الأساسية التي أقرّتها الشريعة الإسلامية للطفل، حيث أوجبت على الوالدين توفير احتياجاته الأساسية من طعام وكسوة ومسكن، بما يحقق مصلحته ويحفظ كرامته، وقد شددت المصادر الفقهية على أن النفقة واجبة بغض النظر عن حالة الوالدين المادية، إذ لا تسقط إلا في حالات استثنائية، مثل عجز الأب عن الإنفاق أو عدم وجود مال له. كما أن النفقة لا تقتصر على الطعام والكسوة فقط، بل تشمل أيضاً التعليم والرعاية الصحية وكل ما يحتاج إليه الطفل لينمو نمواً سليماً ومتوازنا[2].

والشريعة الإسلامية قد راعت في تحديد نفقة الحضانة عنصرين أساسيين: ثبات الأصل الشرعي لوجوب النفقة، ومرونة التقدير وفق العرف والمعروف، مما يجعل التشريع الإسلامي قادراً على مواكبة مختلف الظروف الاجتماعية والاقتصادية.

[1] فريال بن جدي، تأثير العرف على أثار الحضانة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة إبن خلدون،تيارت، مج09،ع01 سنة2019، ص205.

[2] سليمان بن محمد اللهميد، شرح بلوغ المرام بطريقة سؤال وجواب، د.ر.ط، د.س.ن، ج3، الصفحة 387.

كما هو الحال في القانون الوضعي حيث عالج المشرع الجزائري موضوع تقدير قيمة النفقة بالمادة 79 قانون الأسرة والتي نصت على: (يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم)[1]، وعليه فمسألة تقدير النفقة تعد سلطة جوازيه للقاضي ينظر فيها باجتهاده، وتقديره دون رجوع لما يطلبه أهل الخصوم ولا ما يعرض المكلف بالنفقة. والقاضي في تقديره ينظر إلى معيارين اثنين: تعلق أولهما بأشخاص الدعوى، أما الثاني فمرتبط بالظروف والأحوال الاجتماعية السائدة، وهنا يبرز دور العرف في تقدير نفقة المحضون حيث أن القاضي هنا يأخذ بعين الاعتبار ما هو معروف من أساسيات وضروريات في ذالك الوقت وذالك المجتمع وما يتناسب مع الظروف المادية للملزم بالنفقة وما يحتاجه المحضون[2].

الفرع الثاني: أثر العرف في العدة والميراث

يظهر أثر العرف في العدة والميراث بعد الطلاق من خلال استكماله لما سكت عنه النص، كبيان زمن العدة واستمرار النفقة في حالات مخصوصة.

أولا: أثر العرف في العدة

يُعد التزام المطلقة بفترة العدة من الأمور المقررة شرعًا وقانونا، حيث يفرض عليها البقاء خلالها احترامًا لمقتضياتها، ويأتي هذا الالتزام في إطار تحقيق الحكمة التشريعية من تشريع العدة، والمتمثلة في إتاحة الفرصة للزوجين لإعادة النظر في علاقتهما الزوجية، على أمل أن يسهم ذلك في إصلاح ما بينهما واستئناف الحياة الزوجية مجددا[3].

1-مدة العدة ومكان إقامتها:

و لقد راعت الشريعة الإسلامية العرف في تحديد تفاصيل مدة العدة، رغم وجود نصوص تحدد أصل المدة حسب نوع الفرقة، فمدة الحيض والطهر تختلف بين النساء، ولذلك اعتمدت الشريعة

[1] المادة 79 من قانون الأسرة الجزايري، مرجع سابق.

[2] نور الهدى بولمش، مدى اعتبار العرف في التقدير القضائي لنفقة المحضون، مجلة التراث، مج 09، ع01، السنة 2019، ص 281.

[3] عبد الفتاح تقية، قانون الأسرة مدعما بالاجتهادات القضائية والتشريعية، ط1، دار الكتاب الحديث القاهرة، مصر، سنة 2011، ص 229.

على العرف الغالب بينهن لضبط تطبيق الحكم، تحقيقا لمقاصد العدة كالتثبت من براءة الرحم وحفظ الأنساب[1].

يرى الحنفية أن أقل مدة لانقضاء العدة هي ستون يوما، بناء على حساب ثلاث حيضات كاملة مع الطهر بينها، حيث تكون مدة الحيض عشرة أيام والطهر خمسة عشر يوما، فإذا ادعت المرأة انقضاء عدتها قبل هذه المدة، لا تقبل دعواها[2].

أما المالكية فيشترطون انقضاء العدة بثلاث أطهار، وأقل مدة لذلك شهر واحد، ويعتمدون أيضا على العرف والعادة السائدة بين النساء، فإذا ادعت المرأة انقضاء عدتها في زمن لا يتناسب مع العرف، لا تصدق إلا بشهادة الخبيرات من النساء[3].

ويذهب الشافعية إلى أن العدة تنقضي بثلاثة أطهار كاملة، وأقل مدة لانقضائها تسعة عشر يومًا، وذلك في حال طلقت المرأة في طهرها، بينما يرى الحنابلة أن العدة تنقضي بثلاث حيضات، وأقل مدة لذلك واحد وعشرون يومًا، بناءً على أقل مدة للحيض والطهر عندهم[4].

يُظهر هذا الاختلاف بين المذاهب دور العرف والعادة في تحديد أحكام العدة، حيث يتم الرجوع إلى ما هو متعارف عليه بين النساء وما جرت عليه العادة في كل مذهب.

كما يتجلى تأثير العرف على أحكام العدة في قانون الأسرة الجزائري من خلال عدة جوانب، أبرزها تحديد مفهوم "القروء" ومسألة بقاء المعتدة في مسكن الزوجية، ففيما يخص القروء، نجد أن المادة 58 من قانون الأسرة استخدمت هذا المصطلح في قولها (تعد المطلقة الغير المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء، و اليائسمن المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق)[5]، فذكر المصطلح دون تفصيل ما إذا كان المقصود به الظهور أو الحيض، مما يعكس مراعاة المشرع

[1] إلهام باجنيد، أثر العرف في الفرق ومتعلقاتها من أحكام فقه الأسرة دراسات تطبيقية مقارنة، مرجع سابق، ص 280.

[2] عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ط2، دار العلم، الكويت، سنة 1990، ص 145.

[3] عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، سنة 2003هـ-1424م، ج 4، ص397-398.

[4] محي الدين النووي، روضة الطالبين ط3، المكتب الإسلامي، لبنان، سنة 1991، ج 8، ص218.

[5] المادة 58 من قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق.

للخلاف الفقهي حول هذه المسألة، و ترك المشرع هذا التفسير للفقهاء و تقديراتهم حسب ما هو معروف و مألوف عندهم.

أما بالنسبة لبقاء المعتدة في بيت الزوجية، فقد ألزمت المادة 61 الزوجة بالبقاء في المسكن خلال فترة العدة، سواء في حالة الطلاق الرجعي أو الوفاة، وذلك تماشياً مع أحكام الشريعة الإسلامية التي تهدف إلى صيانة حقوق الزوجة وإتاحة الفرصة للإصلاح بين الزوجين[1]و مع ذلك، يخالف العرف السائد هذا النص القانوني، حيث تلجأ العديد من الزوجات إلى مغادرة بيت الزوجية فور الطلاق والانتقال إلى منزل أهلها[2]، بل إن بعض الأزواج يطردون زوجاتهم من المسكن، كما أن بعض الزوجات يتركن المنزل بسبب خلافات زوجية دون أن تصل إلى حد الطلاق[3]، هذه الممارسات تُعد مخالفةً للشريعة الإسلامية، مما دفع المشرع إلى التأكيد على حق المعتدة في البقاء في مسكن الزوجية من خلال النص القانوني السابق ذكره.

2- نفقة العدة ومتاع البيت

تختلف أحكام نفقة العدة تبعًا لنوع الطلاق وظروف المرأة المعتدة، حيث تستحق المعتدة من طلاق رجعي النفقة سواء كانت حاملاً أو غير حامل، نظرًا لاستمرار العلاقة الزوجية شرعًا خلال فترة العدة، ويستند ذلك إلى النصوص القرآنية التي تؤكد حق المرأة في النفقة خلال هذه الفترة. أما المعتدة من طلاق بائن، فتجوز النفقة لها إذا كانت حاملاً، بحسب اتفاق الفقهاء، بينما اختلفوا في حالة عدم الحمل، حيث يرى بعضهم عدم وجوب النفقة استنادًا إلى أحاديث نبوية، في حين يؤكد آخرون وجوبها اعتمادًا على عموم النصوص الشرعيةن من جهة أخرى، لا تستحق المعتدة من وفاة الزوج النفقة بسبب انقضاء العلاقة الزوجية بالموت، ويُضاف إلى ذلك دور العرف في بعض الحالات، خاصة فيما يتعلق بنفقة المطلقة البائن غير الحامل، حيث يمكن الاعتماد على العرف

[1] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ص 675.

[2] حنان شريف، التطليق وفقا لقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، تخصص قانون الأسرة، جامعة المسيلة، سنة 2016-2017، ص36.

[3] بكري سمير، العدة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير تخصص أحوال شخصية، جامعة المسيلة، سنة 2016، ص63.

الاجتماعي لتقدير النفقة بما يتناسب مع الظروف المعيشية للمرأة، مما يعكس تفاعل الأحكام الشرعية مع الواقع الاجتماعي[1].

بموجب المادة 61 من قانون الأسرة الجزائري التي نصت على (..... ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق)، وبالتالي يحق للمرأة المطلقة أثناء فترة العدة الحصول على النفقة من زوجها السابق طوال مدة العدة، ويُطلب من المطلق تحمل هذه النفقة، حيث يتعين على المحكمة أن تصدر حكمًا بها، سواءً بشكل إجمالي أو شهري، مع الإشارة إليها في نفس الحكم القاضي بالطلاق.[2]

يتمثل دور العرف في قانون الأسرة الجزائري كآلية قانونية واجتماعية لفض النزاعات المتعلقة بمتاع البيت عند انعدام البيانات، حيث يلجأ القاضي إلى الأعراف السائدة في المجتمع لتحديد ملكية الأشياء المتنازع عليها، فالمادة 73 من قانون الأسرة تنص على أن القاضي يحكم بناءً على العرف المحلي في توزيع متاع البيت عند عدم وجود دليل مادي، فيقبل قول الزوجة مع اليمين فيما تعارفت عليه العادة أنه من ممتلكات النساء، ويقبل قول الزوج مع اليمين فيما جرت العادة على أنه من ممتلكات الرجال، بينما يتم تقسيم المشتركات بينهما مع تحليف اليمين[3].

وبهذا يظهر العرف كمعيار حاسم في تسوية هذه النزاعات، حيث يفرض على القاضي الالتزام بما استقر عليه العرف المحلي من توزيع للممتلكات بين الجنسين، مما يجعل منه أداة قانونية تعكس القيم الاجتماعية السائدة وتضمن تحقيق عدالة نسبية تتوافق مع تقاليد المجتمع وثقافته. وهذا ما يؤكد تداخل الجانب القانوني بالاجتماعي في المنظومة القضائية الجزائرية، حيث يصبح العرف مصدراً تشريعياً مكملاً عند غياب النص الصريح أو الدليل المادي، أما مقدار النفقة فيتم تحديده بناء على الظروف المعيشية وقدرة الزوج المادي، مع مراعاة فترة العدة التي تقضيها الزوجة، وذلك وفقًا لأحكام المادة 79 من قانون الأسرة الجزائري[4].

---

[1] عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، مرجع سابق، ص400-401.

[2] المادة 61 من قانون الاسرة الجزائري، مرجع سابق.

[3] االمادة 73 من القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل والمتمم.

[4] عبد الحميد الشافعي، الوسيط في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، ط 1989، ص 91.

ثانيا: أثر العرف في الميراث

أثر العرف في مسائل الميراث يختلف باختلاف طبيعته، فالتمييز بين العرف الصحيح والعرف الفاسد يشكل معيارا أساسيا في مدى اعتباره قانونيا أو إقصائه. إذ يُقصد بالعرف الصحيح، ذلك العرف الذي لا يُخالف نصًا شرعيا أو قانونيا آمرا، بل يتوافق مع أحكام الشريعة الإسلامية ومبادئ النظام العام، ويُطبّق في المسائل التي سكت عنها النص أو في تنظيم آليات تنفيذ الأحكام الشرعية بطريقة سلمية بين أفراد المجتمع، كما هو الحال في بعض المناطق التي تقسم فيها التركة عرفا وفق الأنصبة الشرعية دون اللجوء إلى القضاء، ما يرسخ الاستقرار ويحقق العدالة الاجتماعية بين الورثة[1].

أما العرف الفاسد فهو اذي يتعارض صراحة مع النصوص القطعية في القرآن الكريم أو القانون، ويؤدي إلى المساس بحقوق الورثة، كحرمان المرأة من الميراث، أو اشتراط عدم زواج المرأة من خارج القبيلة للسماح لها بالإرث[2].

فالعرف يلعب دور مزدوج في تشكيل الممارسات المرتبطة بتوزيع الميراث، خاصة فيما يتعلق بحق المرأة في التركة. تتفاوت آثار العرف بين الإيجاب والسلب؛ فقد يُكمل النصوص الشرعية ويُيسر تطبيقها في بعض السياقات، كما قد يُفضي إلى إقصاء النساء من حقوقهن الشرعية، لا سيما في البيئات القبلية، في بعض قبائل منطقة الزواوة، وخصوصًا في تيزي وزو، ساد عرف يقضي بعدم توريث النساء، نتيجة لتاريخ اجتماعي متأثر بواقعة وباء في القرن السابع الهجري، نتج عنه توافق محلي على توريث العاصب مقابل التزامه برعاية النساء، وعلى النقيض، تُظهر منطقة بجاية التزامًا أوضح بقواعد الشريعة الإسلامية في تقسيم التركات، مع تمكين المرأة من حقها في الإرث دون تمييز، يعكس هذا التباين كيف أن الأعراف المحلية قد تُعيد تشكيل تطبيق الأحكام الشرعية تبعًا للظروف التاريخية والدينية، مما يبرز الحاجة إلى مواءمة دائمة بين النص والممارسة لضمان تحقيق العدالة، خاصة في قضايا الميراث النسوي[3].

---

[1] عادل قرباع، الحق في الميراث بين العرف والقانون، مجلة التراث، ع 01، مج 10، أفريل 2020، ص 51.

[2] عادل قرباع، الحق في الميراث بين العرف والقانون، المرجع نفسه، ص52.

[3] الزواوي أبو يعلي، تاريخ الزواوة، ط1، مشورات وزاة الثقافة الجزائر، سنة 2005، ج1، ص129.

وهو ما يُعد مخالفة صريحة لما قرّره المشرّع الجزائري، الذي حسم موقفه من الأعراف المخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية، لا سيما في ميدان الميراث، حيث أكد في عدة مواد من قانون الأسرة على أن الإرث حق شرعي محدد لا يجوز الانتقاص منه أو تعديله بأي شكل من الأشكال، وذلك من خلال المادة من 126 الى المادة 183 من قانون الأسرة.

وبناءً عليه، فإن أي ممارسة عرفية تؤدي إلى إقصاء المرأة، أو الطفل، أو المفقود من نصيبه في التركة تُعد مخالفة للقانون، وتُعتبر باطلة بطلانًا مطلقًا لأنها تصطدم بنصوص آمرة لا تقبل الاتفاق المخالف، وقد صنّف المشرّع بعض هذه الأفعال، مثل الاستيلاء على التركة دون وجه حق، ضمن الجرائم الماسة بالأسرة، نظرًا لخطورتها على البناء الاجتماعي للأسرة الجزائري[1].

وبالتالي، فإن القانون لا يُقرّ أي عرف، مهما كانت قوته أو رسوخه الاجتماعي، إذا كان ينتهك الحقوق الثابتة للورثة، ويُجيز الطعن في القسمة العرفية التي بنيت على أعراف فاسدة أمام القضاء المختص.

وعمل الاجتهاد القضائي على ردم الهوة بين الأعراف الفاسدة والنصوص الشرعية والقانونية، خاصة في ظل التداخل بين الأحكام القانونية والتقاليد المجتمعية في الجزائر، فقد تبنّت المحكمة العليا، في العديد من قراراتها، مبدأ سُمو النص القانوني والشرعي على القاعدة العرفية، وأبطلت بناءً عليه الكثير من القسمة العرفية التي قامت على أساس حرمان المرأة من الميراث أو تجاهل حقوق المفقود، كما اعتبر القضاء أن قاعدة "العرف المُخالف للنظام العام يُلغى ولا يُعمل به" تنطبق على أعراف الميراث الباطلة، ولو كانت سارية العمل بها في مجتمعات معينة منذ عقود[2].

[1] عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، ط2، دار الهدى، الجزائر، 2014، ص170.

[2] ق.م.أ، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 374633، الصادر بتاريخ 2007/11/15، مجلة المحكمة العليا، ع 1، سنة 2009، ص 336.

وقد أشارت بعض القرارات القضائية صراحة إلى أن التقاليد الاجتماعية، إذا تعارضت مع النصوص الصريحة في الشريعة أو القانون، لا يُعتد بها ولا تكون سندًا قانونيًا مشروعًا، بل يُمكن اعتبارها تجاوزًا يُعرّض مرتكبه للمساءلة، ومن هذا المنطلق، فإن الاجتهاد القضائي شكّل أداة تصحيح فعّالة في مواجهة الأعراف الفاسدة في مسألة الميراث ، وساهم في إعادة الاعتبار لحقوق الفئات المهمّشة خاصة النساء، وفق أحكام الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري[1].

مما سبق نستنتج أن العرف يُعد مصدرًا عمليًا مرنًا في تنظيم العلاقات الأسرية، خاصة في مسائل الزواج والطلاق، حيث يظهر أثره في مختلف المراحل، من مقدمات الزواج كالخطبة وقراءة الفاتحة، إلى شروط العقد كالرضا، الولي، والصداق، وفقًا لخصوصيات كل مجتمع محلي، كما يُؤثر العرف في آثار الزواج، كالمعاشرة والنفقة، مستجيبًا للواقع الاجتماعي ومتطلبات الحياة الزوجية، أما في الطلاق، فيُستخدم العرف لتفسير الصيغ الكنائية، وتقدير نية المطلق، بل ويُستند إليه أحيانًا لإثبات الطلاق العرفي خارج القضاء، كما في بعض الاجتهادات القضائية، ويُراعى أيضًا في تقدير الضرر والتعويض، وإثبات الرجعة، فضلاً عن تنظيم آثار الطلاق كالحضانة والنفقة ومتاع البيت، وفي الميراث فرّق المشرّع بين العرف الصحيح الذي يُكمل النصوص، والعرف الفاسد المخالف للشريعة، كحرمان النساء من الإرث، والذي يُعتبر باطلًا، وهكذا يتكامل العرف مع القانون في تحقيق العدالة الاجتماعية، ما دام لا يتعارض مع النصوص القطعية أو النظام العام.

[1] أسماء بنت عبد الله الدوسي، العرف حجيته وآثاره الفقهية، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، مج21، ع41، ص22.

الخاتمة

بعد استعراض الجوانب النظرية والتطبيقية المتعلقة بأثر العرف في قضايا الأسرة، ولا سيما في مسائل الزواج والطلاق، وتبيان موقعه ضمن منظومة التشريع الإسلامي، وتسليط الضوء على الوظيفة الاجتهادية التي يؤديها العرف في معالجة مستجدات الواقع الأسري، باعتباره وسيلة فاعلة لضمان التوازن بين النص والواقع، بات من الضروري الوقوف على أهم النتائج التي أسفرت عنها هذه الدراسة، إلى جانب تقديم بعض التوصيات التي يمكن أن تسهم في تطوير الفهم الفقهي والقانوني للعُرف الأسري وتعزيز دوره في خدمة الاستقرار الأسري والاجتماعي.

أهم النتائج:

1. العرف هو سلوك متكرر اعتاده الناس واستقر في تعاملاتهم، حتى أصبح قاعدة ملزمة يُعمل بها دون الحاجة إلى نص مكتوب.

2. مكانة العرف كمصدر من مصادر التشريع في الفقه الإسلامي ثابتة، وتستند حجيته إلى أدلة من الكتاب والسنة، والإجماع، والعقل، ويُبنى عليه الحكم في العديد من المسائل.

3. تميُّز العرف عن مفاهيم مشابهة مثل العادة والإجماع، يظهر في قوته الإلزامية، وانتشاره بين الناس، ودوامه الزمني الكافي لاكتساب الصفة القانونية.

4. اعتماد الفقه الإسلامي على العرف ظاهر في مسائل عديدة، خصوصًا ما يتعلق بالمعاملات والعلاقات الأسرية، مما يُبرز مرونة الشريعة وقدرتها على التكيف مع الواقع.

5. إقرار أغلب التشريعات الوضعية بالعرف كمصدر احتياطي للتشريع يُظهر مكانته، خاصة عند غياب النصوص القانونية الصريحة في بعض المسائل.

6. أثر العرف في تكوين عقد الزواج يتجلى في تفسير الشروط الضمنية والسلوكيات المتعارف عليها بين الزوجين، والتي لا تُذكر صراحة في نصوص العقد.

7. الاعتماد على العرف في تحديد آثار الزواج غير المنصوص عليها قانونًا، يشمل مثلًا تقدير المهر وتنظيم شؤون النفقة والمعاشرة حسب السياق الاجتماعي.

8. تنظيم بعض أنواع الطلاق وصِيغه بالاستناد إلى العرف يسمح بمراعاة البيئة الاجتماعية، دون الإخلال بثوابت الأحكام الشرعية.

9. المساهمة الفاعلة للعرف في ضبط الحقوق الناتجة عن انتهاء العلاقة الزوجية، تشمل ترتيبات الحضانة، والعدة، والحقوق المالية، خاصة الميراث، وذلك عند غياب النصوص الصريحة.

التوصيات:

1- مراجعة التشريعات المتعلقة بقضايا الأسرة، وتعديلها بما يضمن مراعاة الأعراف المحلية السائدة، بشرط ان لا يعارض احكام الشريعة الإسلامية اولاً وكذا احكام الدستور والقانون الدولي.

2- التحذير من الأعراف التي تغالي في المهور وتكاليف الزواج، لما لها من أثر سلبي في تعطيل الزواج ومخالفة مقاصده الشرعية في التيسير.

3 -رفض الأعراف التي تقصي المرأة من حقوقها الشرعية، كالتنازل عن النفقة أو منعها من الطلاق عند الضرر، باعتبارها أعرافًا جائرة ومخالفة للعدل.

4-إدماج موضوع الأعراف الفاسدة ضمن برامج التكوين الأسري، لتوعية المقبلين على الزواج بمخاطرها وضرور التمسك بالضوابط الشرعية.

5- تشجيع الباحثين والمهتمين بالشأن القانوني على إجراء المزيد من البحوث والدراسات حول العرف وتطبيقاته في قضايا الأسرة مثل النيابة الشرعية والتبرعات.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع:

-القرآن الكريم، برواية حفص

أولا: المصادر

1-الأحاديث

1. -صحيح البخاري
2. -صحيح مسلم
3. -سنن أبي داود
4. -سنن إبن ماجة

-النصوص القانونية

1. النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، باب المبادئ التنظيمية والكفاءة والنشاط والإجراءات الخاصة بها، الذي تم التوقيع عليه في 26 يونيو 1945، والذي دخل حيز الخدمة بتاريخ 24أكتوبر 1945.
2. الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني الجزائري، ج ر ج ج عدد78 صادر في 24 رمضان 1395 الموافق 30 سبتمبر سنة 1975،
3. القانون رقم 84-11 المؤرخ في9 رمضان 1404الموافق ل 9 جوان 1984، المتضمن قانون الأسرة، ج.ر. عدد24، الصادرة في 12 رمضان 1404 الموافق ل12 جوان1984 المعدل والمتمم: بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005، ج . ر .ع 15 مؤرخة في 27 فبراير 2005.
4. الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق ل 27 فبراير 2005، المتعلق بقانون الاسرة المتضمن تعديل وتتميم الأمر رقم 84-11 المؤرخ في9 رمضان 1404 الموافق ل 9 يونيو 1984، المتعلق بقانون الأسرة، ج.ر. عدد15، الصادرة بتاريخ 2 مارس 2005.

2-المعاجم والقواميس

1. ابن عابدين محمد أمين أفندي، رسائل ابن عابدين، ط1، دار السعادة إسطنبول، السنة
2. ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ط1، دار جيل ببيروت، لبنان،1325هـ – 1907م.
3. ابن كثير أبو الفداء إسماعيل، تفسير القرآن العظيم، ط1، دار إبن حزم، بيروت لبنان، سنة 1420هـ – 2000م.
4. أبو البقاء الكفوي، تحقيق عدنان درويش ومحمد المصري، الكليات، معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، د.ر.ط، مؤسسة الرسالة، بيروت، سنة 1094هـ-1683.
5. الجرجاني علي بن محمد، التعريفات، ط1، دار الكتب العلمية ببيروت لبنان،
6. السنة 1403هـ-1983م.

ثانيا: المراجع

1 -الكتب:

1. ابن أمير الحاج، التقرير والتحبير، ط2، دار المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، سنة 1403هـ-1983م.
2. إبن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ط1، بيت الأفكار الدولية، الأردن، تح: أبو أوس يوسف بن أحمد البكري، 2009.
3. أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، مقاييس اللغة، تح: عبد السلام محمد هارون، مادة عرف، دار الفكر، لبنان، 1979،
4. أبي عبد الله محمد الخرشي، شرح مختصر خليل، مطبعة الأميرية، القاهرة مصر، ط2، السنة 1317هـ.
5. أشوقي أحمد، محمد عبد الرحمن، المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للقانون، منشأة توزيع المعارف، الإسكندرية، 2005.
6. الباحسين يعقوب بن عبد الوهاب، قاعدة العادة المحكمة، مكتبة الرشد، الرياض: الطبعة الثانية: السنة 1433هـ/20012م897
7. بالقاسم شتوان، الخطبة والزواج في الفقه المالكي، د.ر.ط، دار الفجر، الجزائر، سنة 2007.
8. بدران أبو العين بدران، أحكام الزواج والطلاق، بحث تحليلي ودراسة مقارنة، ط2، دار التأليف، مصر، سنة 1921.

9. الجزيري عبد الرحمن بن محمد عوض، الفقه على المذاهب الأربعة، ط2، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، سنة 1424هـ-2003م.

10. الجزيري عبد الرحمن، الفقه على المذاهب الأربعة، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، سنة 2003-1424.

11. خالد بن علي المشيقح، كتاب المختصر في الأنكحة والأطعمة والإيمان والنذور، ط1، دار الركائز، الكويت، سنة 1441هـ-2019م.

12. خلاف عبد الوهاب، علم أصول الفقه وخلاصة تاريخ التشريع المدني، ط7، مطبعة االمدني، المؤسسة السعودية مصر القاهرة، سنة 1365هـ -1946م.

13. الزحيلي محمد مصطفى، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي المدخل، المصادر، الحكم الشرعي، ط2، دار الخير لطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، سوريا، السنة 1428-2006.

14. الزواوي أبو يعلي، تاريخ الزواوة، ط1، مشورات وزاة الثقافة الجزائر، سنة 2005.

15. زين الدين بن إبراهيم بن محمد بن بكر، الأشباه والنظائر على مدهب ابي حنيفة النعمان، دار الكتب العلمية بيروت لبنان، ط1، السنة 1419هـ - 1999م.

16. سليمان بن محمد اللهميد، شرح بلوغ المرام بطريقة سؤال وجواب، د.ر.ط، د. س. ن.

17. سليمان ولد خسال، المسير في شرح قانون الأسرة الجزائري والأمر المعجل له، شركة الأصالة للنشر والتوزيع، الجزائر العاصمة، ط2، سنة2012.

18. سيد سابق، فقه السنة، ط3، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، سنة 1397هـ-1977م.

19. السيوطى جلال الدين عبد الرحمن، الأشباه والنضائر، ط1، دار الكتاب العلمية، بيروت لبنان، سنة 1983.

20. شهاب الدين المالكي، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام للإمام القرافي، ط2، دار البشائر الإسلامية، لبنان، 1994.

21. عبد الرحمان جلال الدين السيوطي، الدر المنثور في التفسير المأثور، ط1، دار الفكر، بيروت لبنان، سنة 1433،1432هـ - 2011م.

22. عبد العزيز الخياط، نظرية العرف، مكتبة الأقصى عمان، 1397هـ ،1977م.

23. عبد العزيز السويلم وآخرون، معجم المصطلحات العلوم الشرعية، ط2، مكتبة الملك فهد الوطنية، السعودية، سنة 2017م.

24. عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، دار الهدى، الجزائر، الطبعة الثانية، 2014.

25. عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، ط2، دار الهدى، الجزائر، 2014.

26. عبد الفتاح تقية، قانون الأسرة مدعما بالاجتهادات القضائية والتشريعية، ط 1، دار الكتاب الحديث القاهرة، مصر، سنة 2011.

27. عبد الفتاح خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية، على وقف مذهب أبي حنيفة، وما عليه العمل بالمحاكم، ط1، دار الكتب، بيروت، لبنان، سنة 1888هـ-1952م.

28. عبد الفتاح ساير، القانون الدستوري، ط2، مطابع دار الكتاب العربي، مصر، المؤسسة المصرية لطباعة الحديثة، سنة 2004.

29. عبد الفتاح عمرو، السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية، ط:1، دار النقاش، الأردن، سنة1418هـ-1998م.

30. عبد القادر بوجو، الوجيز في القانون التجاري الجزائري، ط2، دار هومة، الجزائر، سنة2018.

31. عبد القادر عبد العزيز، أثر العرف وحجيته في فقه المعاملات المالية على مذهب الحنابلة، السعودية، ط1، 1997م.

32. عبد الكريم بن محمد اللاحم، المطلع على دقائق زاد المستنقع المعملات المالية"، ط1 دار كنوز إشبيليا لنشر والتوزيع، الرياض، سنة 1429-2008.

33. عبد الله بن عبد الرحمان بن صالح، تيسير العلامة شرح عمدة الأحكام، دار المغني، الرياض، السعودية، تح: محمد بن مجقان، ط2، سنة 1427هـ -2007م.

34. عبد الله عبد المحسن التركي، أصول مذاهب الامام احمد، ط3، مؤسسة الرسالة سنة 1410-1990.

35. عبد الله محمد الأنصاري الرصاع، شرح حدود إبن عرفة، ط1، دار الغرب الإسلامي، بيروت لبنان، تح: محمد أبو الأجفان، الطاهر المعموري، 1993م.

36. عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ط2، دار العلم، الكويت، سنة 1990.

37. العثيمين محمد بن صالح، تعليق مختصر على كتاب لمعة الإعتقاد الهادي إلى سبيل الرشاد، مؤسسة الشيخ محمد بن صالح العثيمين الخيرية، المملكة العربية السعودية، ط6، 1442هـ.

38. عوض أحمد إدريس، الوجيز في أصول الفقه دار هلال، بيروت لبنان، الطبعة الأولى سنة 1102.

39. عوض أحمد إدريس، الوجيز في أصول الفقه دار هلال، بيروت لبنان، ط1، سنة 1102،

40. غالب علي الداودي، المدخل إلى العلوم القانونية، ط7، دار وائل الأردن، 2004م.

41. مالك بن أنس، الموطأ برواياته الثمانية، تحقيق أبي أسامة سليم بن عيد الهلالي السلفي، دبي، مجموعة الفرقان التجارية، "كتاب الأقضية"، الحديث 1560، سنة 1424 هـ -2003م،

42. محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، د.ر.ط، د.س.ن.

43. محمد أبو زهرة، عقد الزواج وآثاره، ط2، دار الفكر العربي، د.ب. ن، د.س.ن.

44. محمد حسين منصور، المدخل إلى القانون القاعدة القانونية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان، ط1، السنة 2010م.

45. محمد رأفت عثمان، فقه النساء في الخطبة والزواج، د.ر.ط، دار الإعتصام، القاهرة، د. س. ن.

46. محمد سعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانونية، دار هومة، الجزائر، ط15، 2008.

47. محمد صدقي بن أحمد، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، ط4، مؤسسة الرسالة العالمية، بيروت، لبنان، سنة 1416-1996.

48. محي الدين النووي، روضة الطالبين، ط3، المكتب الإسلامي، لبنان، سنة 1991.

49. مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار العلم دمشق، ط1، سنة 1418هـ - 1992م.

50. مصطفى عرجاوي، النظرية العامة للقانون، المطبعة العربية الحديثة، مصر، ط1، 1985.

51. النملة عبد الكريم المهذب، علم أصول الفقه المقارن، ط1، مكتبة الرشد، الرياض، السعودية، السنة 1420هـ - 1999م.

52. الهلالي ابي العباس سيدي احمد، نور البصر، شرح خطبة المختصر، ط1، دار يوسف بن تاشفين، مكتب الامام مالك، الامرات العربية المتحدة، السنة 1428هـ-2008م.

53. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ط2، دار الفكر لطباعة والتوزيع، دمشق، سنة 1404هـ-1985م.
54. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، ط 1، السنة 1405هـ – 1985م.
55. يحيى قاسم علي، المدخل لدراسة العلوم القانونية نظرية القانون، نظرية الحق دراسة مقارنة، كوميت لتوزيع، القاهرة، ط1، السنة 1997م.
56. يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين، قاعدة العادة محكمة، مكتبة الرشد، الرياض، ط2، السنة 1433هـ – 2012م.

2 / الرسائل والمذكرات

1. أحمد رشاد عبد الهادي أبو حسين، أثر العرف في الاحوال الشخصية دراسة فقهية قانونية، رسالة لإستكمال متطلبات الماجستير في القضاء الشرعي، كلية الدراسات العليا، جامعة الخليل، السنة 1435هـ-2013م.
2. أسمهان عفيف، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في التعويض عن ضرر، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستر، تخصص قانون أسرة، جامعة العربي بن مهيدي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، سنة 2010.
3. إلهام باجنيد، أثر العرف في الفرق ومتعلقاتها من أحكام فقه الأسرة، دراسة تطبيقية مقارنة، رسالة ماجستر، كلية الشريعة والدرسات الإسلامية، جامعة أم القرى، السعودية، 2003.
4. إلهام باجنيد، أثر العرف في الفرق ومتعلقاته من أحكام فقه الأسرة دراسات تطبيقية مقارنة رسالة ماجستير، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، السعودية، السنة 1424هـ-2003م.
5. إلهام باجنيد، أثر العرف في الفرق ومتعلقاتها من أحكام فقه الأسرة دراسات تطبيقية مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، المملكة العربية السعودية، 2003.
6. بكري سمير، العدة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير تخصص أحوال شخصية، جامعة المسيلة، سنة 2016.
7. حنان شريف، التطبيق وفقًا لقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، تخصص قانون الأسرة، جامعة المسيلة، سنة 2016-2017.

8. سليمان محمود قاسم عدوان، معارضة العرف لخبر الواحد، مذكرة ماجستير في أصول الفقه، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة فلسطين،2007.
9. سليمان ولد خسال، المسير في شرح قانون الأسرة الجزائري والأمر المعجل له، ط2، شركة الأصالة للنشر والتوزيع، الجزائر العاصمة، 2012.
10. لموشي عادل، الرضائية في عقد الزواج في القوانين الوضعية والفقه الإسلامي، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم تخصص قانون، جامعة ملود معمري تيزي وزو، السنة الجامعية: 2018-2019.

3/المجلات

1. أحمد بوجمعة، إثيات الطلاق العرفي في قانون الأسرة الجزائري، مجلة الأستاد الباحث لدرسات القانونية والسياسية، جامعة المسيلة، عدد03، السنة 2018.
2. أسماء بنت عبد الله الموسى، العرف حجيته وآثاره الفقهية، المجلة العربية لدراسات الأمنية والتدريب، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، عدد 41.
3. آمنة علي البشير محمد، الأعراف والعدات الإجتماعية السيئة وآثارها السلبية على الزواج، جامعة الملك خالد، المملكة العربية السعودية، مجلة الشريعة والقانون تفهمنا الأشراف، عدد28، يونيو2024،
4. أوقنون بوسعد، أثر العرف على الحقوق المادية لزوجة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، مجلة التراث، عدد04، السنة 2019.
5. بلفار وفاء، إعتبار العرف في آثار عقد الزواج، مجلة التراث، عدد 32، ديسمبر 2019.
6. بوراس عبد القادر، شامي أحمد، إيقاع الخلع بين الضوابط الفقهية والاتجاه القضائي دراسة مقارنة، مجلة صوت القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون، تبيارت، عدد1، سنة 2020.
7. بوسعيد رويضة، دور العرف في مجال الخطبة والزواج في قانون الأسرة الجزائري، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة ابو بكر بلقايد تلمسان، مجلة التراث، ع 01، السنة 2019.

8. حاج أحمد عبد الله، العدول عن الخطبة وأثره في استرداد المهر والهدايا دراسة مدعمة بالإجتهاد القضائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة الوادي، مجلة العلوم القانونية والسياسية، عدد1، سنة 2012م.
9. حاج أحمد عبد الله، العدول عن الخطبة وأثره في استرداد المهر والهدايا "دراسة مدعمة بالإجتهاد القضائي"، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة الوادي، مجلة العلوم القانونية والسياسية، ع4، سنة 2012م.
10. حارات إبراهيم، الخلع القضائي في الفقه الإسلامي والتشريعين العراقي والجزائري دراسة مقارنة، مجلة الحقيقة للعلوم القانونية والسياسية، جامعة تكريت، عدد 18، سنة 2019.
11. ساعدا العفون، مكانة العرف غي القانون التجاري الجزائري، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية السياسية، عدد04، السنة 2019.
12. سرير حاج خولة، قاعدة العادة محكمة وأثرها في نوازل الأسرة من خلال نوازل المازوني، جامعة وهران1 أحمد بن بلة، المجلة الجزائرية للمخطوطات، العدد 14، سنة يناير 2016.
13. شام دبيح، التطليق لعدم الاتفاق في قانون الاسرة الجزائري، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، عدد 2، سنة 2021.
14. شتوح الطيب، دور العرف وأثره في قانون الأسرة الجزائري مرحلة إنعقاد الزواج مقدمته وأثاره، كلية الحقوق والعلوم سياسة، جامعة البليدة، مجلة التراث، عدد01، سنة 2019.
15. شندارلي توفيق، الخطبة والعدول عنها دراسة تحليلية فقها وتشريعا وقضاء، جامعة يحي فارس المدية، مجلة الإجتهاد القضائي، عدد01، مارس 2020.
16. الشيخ كمال الدين جعيط، منظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع للمؤتمر الإسلامي، جدة، عدد05.
17. صالح بن طاهر مشوش، مفهوم العرف وسلطته دراسة أصولية نقدية في ضوء العمران البشريمجلة الأصالة لدراسات والبحوث، عدد 06، سنة 2021.
18. فريال بن جدي، تأثير العرف على أثار الحضانة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة إبن خلدون،تيارت،عدد01، سنة2019.

19. ولهي المختار، العرف كمصدر للقانون الدولي بين الممراسة الحقيقية و الإعتقاد القانوني، جامعة محمد بوضياف المسيلة، مجلة الأستاذ الباحث للدرسات القانونية و السياسية، عدد01، جوان2024.

5/الأحكام القضائية

1. ق.م.أ، الصادر بتاريخ 1989/12/17، غ أ ش. ملف رقم 216850، م ق، سنة 1989ع04.
2. ق.م. ع المصادر بتاريخ 24/06/1996، غ.أ.ش، ملف رقم 139353، برقم سنة 1997، ع.02.
3. ق.م.ع، الغرفة الأحوال الشخصية، رقم 108741، الصادر بتاريخ 1991/12/10، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، سنة 1993.
4. ق.م.ع، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 374633، الصادر بتاريخ 2007/11/15، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، سنة 2009.

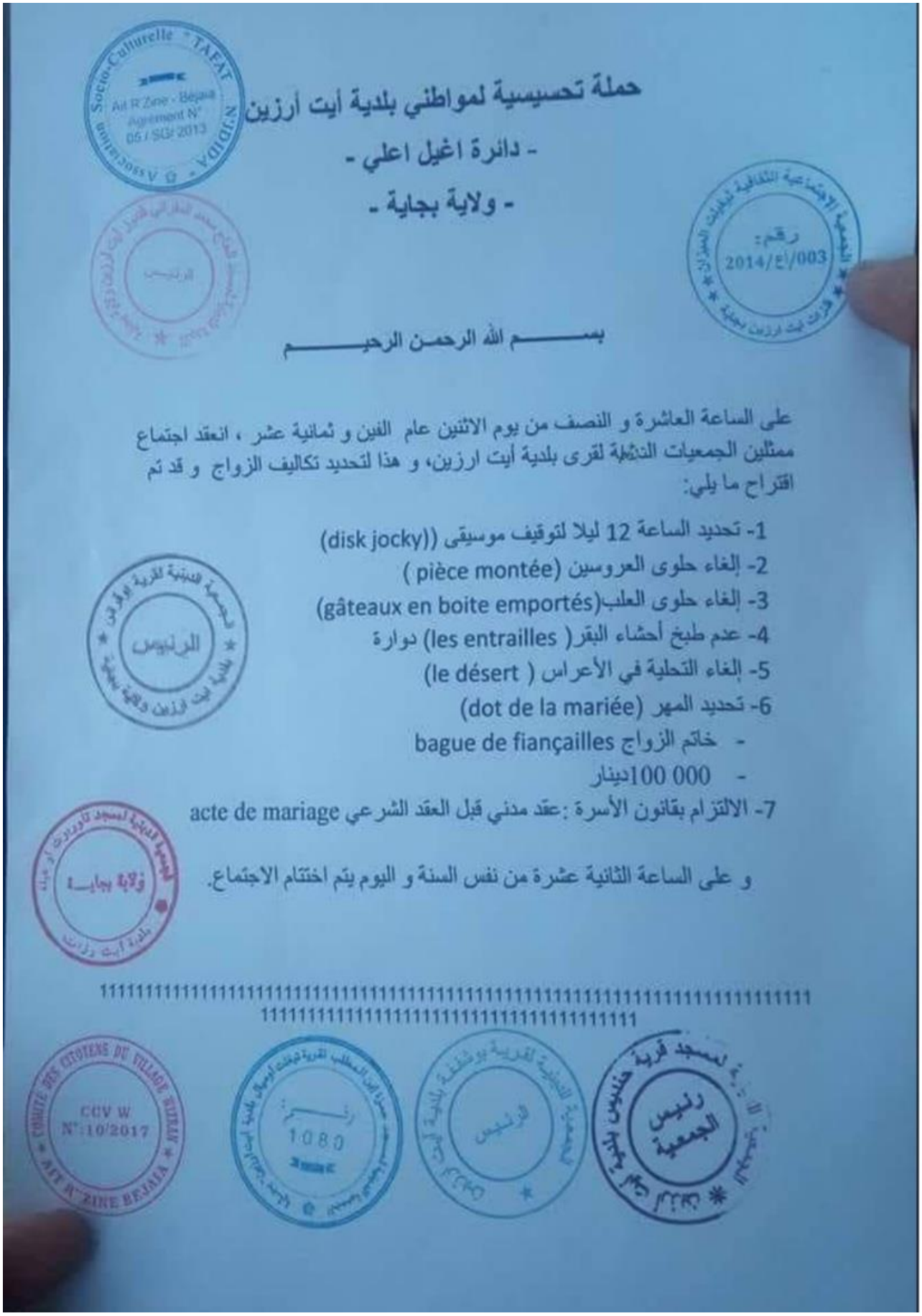
المواقع الالكترونية

– عبد الرحمن أسامه، "التشريع – Legislation"، الموسوعة السياسيّة، 2019-12-14، تاريخ آخر دخول: 2025-05-26 01:56، متاح على الرابط التالي:
https://political-encyclopedia.org/dictionary/التشريع
-عبد الرحمن أسامة، العرف في القانون، الموسوعة السياسية ،08-03-
https://pollitical-encyclopedia.org/dicationary/2020العرف في القانون.
-موقع طاسيلي الجزائر، مؤسسة شبكة طاسيلي، إختلاف المهر في الجزائر بالختلاف المناطق، https ://WWW.tassilialgerie.com/showthread.php?t=9860 تاريخ الزيارة: 2025/06/09، على الساعة: 03:09.

6/الوثائق

1. أنظر الملحق 01.
2. أنظر الملحق 02.

الملاحق



حملة تحسيسية لمواطني بلدية أيت أرزين

- دائرة اغيل اعلي -

- ولاية بجاية -

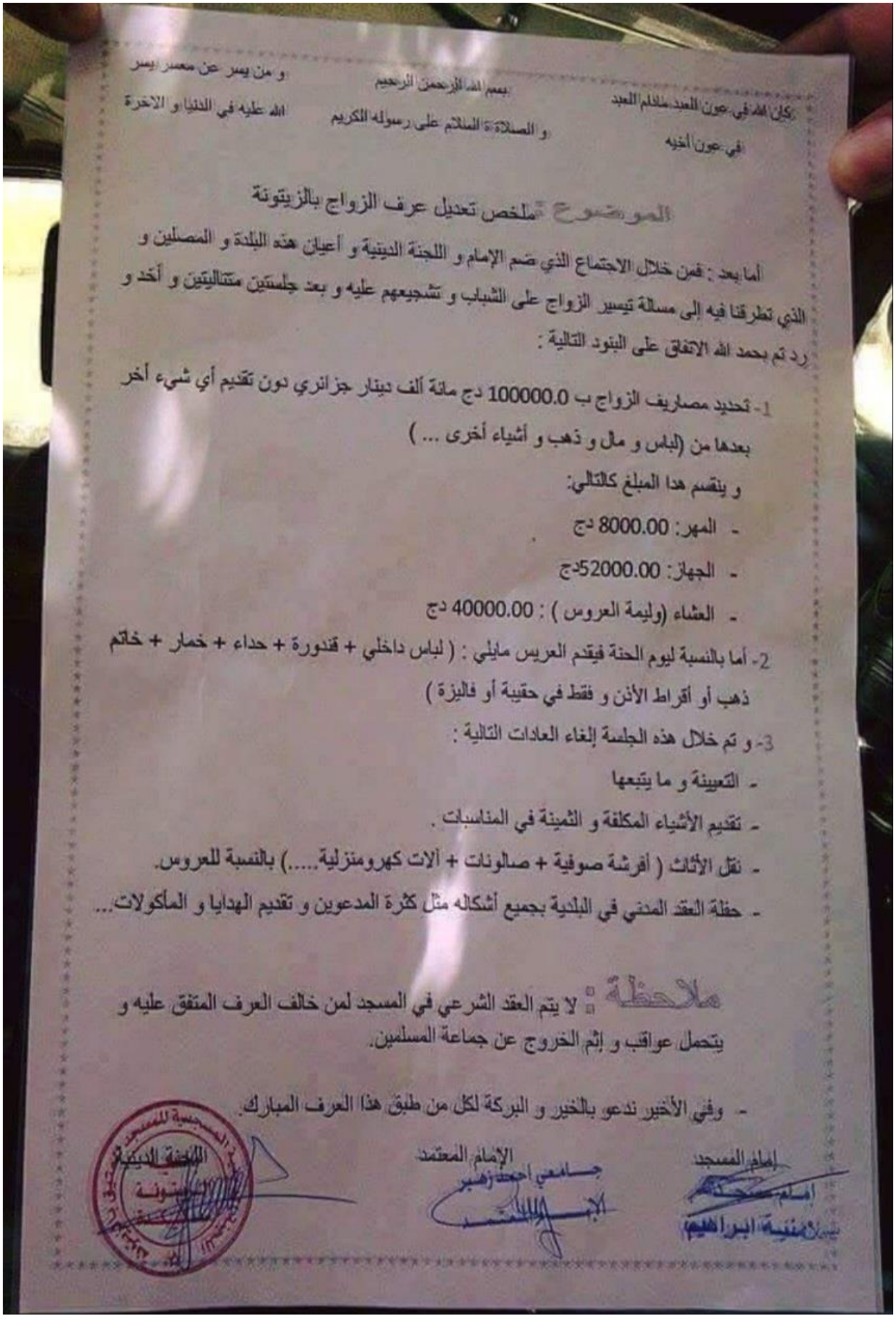
بســـــــم الله الرحمـن الرحيـــــــم

على الساعة العاشرة و النصف من يوم الاثنين عام الفين و ثمانية عشر ، انعقد اجتماع ممثلين الجمعيات النشطة لقرى بلدية أيت ارزين، و هذا لتحديد تكاليف الزواج و قد تم اقتراح ما يلي:

1- تحديد الساعة 12 ليلا لتوقيف موسيقى ((disk jocky
2- إلغاء حلوى العروسين (pièce montée)
3- إلغاء حلوى العلب(gâteaux en boite emportés)
4- عدم طبخ أحشاء البقر(les entrailles) دوارة
5- إلغاء التحلية في الأعراس (le désert)
6- تحديد المهر (dot de la mariée)
- خاتم الزواج bague de fiançailles
- 100 000دينار
7- الالتزام بقانون الأسرة :عقد مدني قبل العقد الشرعي acte de mariage

و على الساعة الثانية عشرة من نفس السنة و اليوم يتم اختتام الاجتماع.

1111111111111111111111111111111111111111111111111111111111111111111111111111111111111111111111111111111111111111111111111111111111111111



و من يسر عن معسر يسر الله عليه في الدنيا و الاخرة

بسم الله الرحمن الرحيم

و الصلاة السلام على رسوله الكريم

كان الله في عون العبد مادام العبد في عون أخيه

الموضوع : ملخص تعديل عرف الزواج بالزيتونة

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

1- تحديد مصاريف الزواج ب 100000.0 دج مائة ألف دينار جزائري دون تقديم أي شيء آخر بعدها من (لباس و مال و ذهب و أشياء أخرى ...)

و ينقسم هذا المبلغ كالتالي:

- المهر: 8000.00 دج
- الجهاز: 52000.00دج
- العشاء (وليمة العروس) : 40000.00 دج

2- أما بالنسبة ليوم الحنة فيقدم العريس مايلي : (لباس داخلي + قندورة + حذاء + خمار + خاتم ذهب أو أقراط الأذن و فقط في حقيبة أو فاليزة)

3- و تم خلال هذه الجلسة إلغاء العادات التالية :

- التعيينة و ما يتبعها
- تقديم الأشياء المكلفة و الثمينة في المناسبات .
- نقل الأثاث (أفرشة صوفية + صالونات + آلات كهرومنزلية.....) بالنسبة للعروس.
- حفلة العقد المدني في البلدية بجميع أشكاله مثل كثرة المدعوين و تقديم الهدايا و المأكولات...

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

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

اللجنة الدينية

الإمام المعتمد

إمام المسجد

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات

البسملة .....
الإهداء .....
الشكر.....
قائمة المختصرات.....
الملخص.....
مقدمة..... أ

الفصل الأول: الإطار النظري للعرف ومكانته في التريع الفقهي والقانوني

المبحث الأول: مفهوم العرف 08
المطلب الأول: الأسس العامة للعرف 08
الفرع الأول: تعريف العرف وحجيته..... 08
أولا: تعريف العرف..... 08
ثانيا: حجية العرف..... 11
الفرع الثاني: أنواع العرف..... 14
أولا: من حيث المصدر 14
ثانيا: من حيث النطاق 15
ثالثا: من حيث المشروعية..... 15
المطلب الثاني: تقييم العرف وتمييزه عن غيره 16
الفرع الأول: تمييز العرف عما يشابهه من المصطلحات 16
أولا: تمييز العرف عن التشريع..... 17
ثانيا: تمييز العرف عن العادة..... 17
ثالثا: تمييز العرف عن الإجماع 18
رابعا: تمييز العرف عن العمل..... 19
الفرع الثاني: مزايا العرف وعيوبه..... 20
أولا: مزايا العرف 20
ثانيا: عيوب العرف..... 21

المبحث الثاني: طبيعة العرف وتكييفه القانوني 23
المطلب الأول: طبيعة العرف في الفقه الإسلامي..... 23
الفرع الأول: أركان العرف في الفقه الإسلامي وشروطه..... 23
أولا: أركان العرف في الفقه الإسلامي..... 24
ثانيا: شروط العرف في الفقه الإسلامي..... 24
الفرع الثاني: دور العرف في الفقه إسلامي..... 26
أولا: تعارض العرف مع الأدلة الشرعية 26
ثانيا: تعارض العرف مع اللغة..... 27
ثالثا: تعارض العرف مع الإجتهاد..... 28
المطلب الثاني: تكييف العرف في القانون..... 29
الفرع الأول: شروط ووظائف العرف 29
أولا: شروط العرف في القانون 29
ثانيا: وظائف العرف في القانون..... 31
الفرع الثاني: أساس القوة الإلزامية للعرف وتأثيره في فروع القانون 33
أولا: أساس القوة الإلزامية للعرف..... 33
ثانيا: تأثير العرف في فروع القانون..... 34

الفصل الثاني: التطبيقات العملية للعرف على بعض قضايا الأسرة

المبحث الأول: أثر العرف في عقد الزواج وآثاره..... 40
المطلب الأول: دور العرف في تكوين عد الزواج..... 40
الفرع الأول: أثر العرف في مقدمة عقد الزواج 40
أولا: تعريف الخطبة 40
ثانيا: أثر العرف في إقتران الفاتحة بالخطبة..... 42
ثالثا: أثر العرف في العدول عن الخطبة..... 43
الفرع الثاني: أثر العرف في عقد الزواج وشروطه..... 45
أولا: تعريف عقد الزواج ومشروعيته..... 45
ثانيا: أثر العرف في شروط عقد الزواج..... 47

المطلب الثاني: أثر العرف افي الآثار المترتبة على عقد الزواج..... 52
الفرع الأول: أثر العرف في الآثار الشخصية..... 53
أولا: المعاشرة بالمعروف وإعتبار العرف فيها 53
ثانيا: أثر العرف في المحافظة على روابط القرابة بالحسنى والمعروف..... 54
الفرع الثاني: أثر العرف في الآثار المالية 55
أولا: تأثير العرف على النفقة 55
ثانيا: تأثير العرف على مشتملات النفقة 57
المبحث الثاني: تأثير العرف في أحكام فك الرابطة الزوجية وآثارها 61
المطلب الأول: الطلاق وأثر العرف في صيغه..... 61
الفرع الأول: العرف في الطلاق بالإرادة المنفردة لزوج..... 63
أولا: العرف في ألفاظ الطلاق بين الصريح والكنائي..... 64
ثانيا: العرف في إثبات الطلاق العرفي..... 65
ثالثا: أثر العرف في الطلاق التعسفي والتعويض عنه 66
رابعا: أثر العرف في الطلاق الرجعي وإثبات الرجعة..... 67
الفرع الثاني: العرف في الطلاق بغير إرادة الزوج..... 68
أولا: الخلع..... 68
ثانيا: التطليق..... 69
المطلب الثاني: العرف في آثار الطلاق..... 71
الفرع الأول: أثر العرف في الحضانة 71
أولا: تأثير العرف في مدة الحضانة..... 72
ثانيا: العرف في مدة الزيارة..... 73
ثالثا: نفقة الحضانة وأثر العرف في تقديرها..... 74
الفرع الثاني: أثر العرف في العدة والميراث..... 75
أولا: أثر العرف في العدة..... 75
ثانيا: أثر العرف في أحكام الميراث..... 78
الخاتمة..... 83

قائمة المراجع والمصادر 86
الملاحق 96
فهرس المحتويات..... 99