

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة أكلي محند أولحاج . البويرة .

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم القانون الخاص



## الاعتبار بالعرف في مسائل الطلاق و آثاره بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري

مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، تخصص: قانون الأسرة.

إشراف الدكتور: غجاتي فؤاد.

إعداد الطالبتين:

- عجال هاجر.

- بن سني خديجة.

لجنة المناقشة

د. ظريفي الصادق.....رئيسا.

د. غجاتي فؤاد.....مشرفا و مقرا.

د. لعميري ياسين.....ممتحنا.

نوقشت يوم: 27 سبتمبر 2020.

السنة الجامعية : 2020/2019

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قال الله تعالى:

(( خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ

وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ ))

سورة الأعراف، الآية 199.

# إهداء

إلى من منحاني كل الثقة و الدعم، من أنال رضاء الله تعالى بمحبتهم و طاعتهم:

والداي الكريمان.

إلى حصوني في وجه الزمان: عبد الرحيم، زياد و يعقوب.

إلى مهجة قلبي: أميرة.

إلى الصديقات الغاليات و أعز الذكريات.

إلى زملاء الدراسة و العمل.

إلى كل من علمني حرفا طيلة مشواري العلمي.

إلى أساتذة الحقوق بجامعة البويرة و جامعة تيارت.

إلى كل طلاب الحقوق.

أهدي ثمرة جهدي.

هاجر

# إهداء

- إلى الحب الأعظم في حياتي، إلى قلبي وقودتي ومسندي إلى أبي.
- إلى وطني الذي أسكنه، إلى من ملاكي وحيي الباقي إلى الأبد، إلى أمي.
- إلى صديقي ومرشدي ورفيق دربي في مشواري الدراسي إلى أخي الأكبر نور الدين.
- إلى من دعمني ووقف إلى جانبي، إلى جبلي الصامد، خليل.
- إلى الحنون دائماً، الوفي أبداً إلى محمد.
- إلى من يحمل في صدره كتاب الله، إلى إمامنا وناصحنا، صلاح الدين.
- إلى من عوضني وسيعوضني الله بهن عن حنان الأخت: أمينة وزهرة ورفيدة.
- إلى حلاوة البيت وزهوها: حبيب قلبي وروحي يحيي زكرياء.
- إلى الصغيرين يعقوب وبتول.
- إلى كل من ساعدني ووقف إلى جانبي طيلة حياتي، ومنحني القوة ولو بالكلمة الطيبة.
- إلى زملاء دراستي لهم مني تحية تقدير واحترام.
- إلى أساتذتي الكرام، الذين أعطونا وجادوا علينا بعلمهم جزاهم الله عنا كل خير.
- إلى كل معلمي وأساتذتي وزملائي خلال مشواري الدراسي.

خديجة

# شكر

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات.

نتقدم بشكرنا إلى الأستاذ الفاضل: **عجاتي فؤاد** الذي وافق بكل صدر رحب على

الإشراف على هذه المذكرة.

كما نشكر أعضاء لجنة المناقشة الأفاضل: رئيس اللجنة الدكتور **ظريفي الصادق**

والدكتور المناقش **لعميري ياسين**، الذين شرفونا بموافقتهم على مناقشة مذكرتنا و إبداء

التصويبات و التوجيهات.

دون ان ننسى شكر كل من ساعدنا من قريب أو من بعيد في إعداد هذا العمل.

## قائمة أهم المختصرات

تح: تحقيق.

ج.ر.ع: الجريدة الرسمية، العدد.

ج: الجزء.

د.ب.ن: دون بلد النشر.

د.د.ن: دون دار النشر.

د.س.ن: دون سنة النشر.

د.ر.ط: دون رقم الطبعة.

ص: الصفحة.

ص ص: الصفحتان.

ط: رقم الطبعة.

ط.خ: طبعة خاصة.

ع: العدد.

ع.خ: عدد خاص.

غ.أ.ش: غرفة الأحوال الشخصية.

ق.أ.ج: قانون الأسرة الجزائري.

ق.م.أ: قرار المجلس الأعلى.

ق.م.ع: قرار المحكمة العليا.

م.ق: مجلة قضائية.

مج: مجلد.

مقدمة



## مقدمة

الحمد لله وحده، و الصلاة و السلام على من لا نبي بعده، و بعد:  
تتضمن الشريعة الإسلامية مصادر زاخرة للتشريع، منها ما هو متفق عليه بين جمهور الفقه الإسلامي؛ على رأسها القرآن الكريم، ثم سنة النبي صلى الله عليه و سلم، ثم الإجماع، ثم القياس. و يطلق على هذه الأربع: المصادر الأصلية للتشريع الإسلامي.

و من المصادر ما هو مختلف بشأنه مثل: الاستحسان، الاستصحاب، العرف، شرع من قبلنا، سد الذرائع... و غيره مما يطلق عليه فقهاء الإسلام: المصادر التبعية للتشريع الإسلامي.

فالعرف إذن مصدر من مصادر التشريع الإسلامي؛ لما له من أهمية في حياة الناس و بناء عديد الأحكام عليه، لا سيما فيما يخص المسائل المتطورة و المتجددة مع تجدد الأجيال عبر العصور، و المتغيرة من مكان إلى آخر، فهو يعتبر أكثر الأدلة الشرعية إظهارا لصلاحيه الشريعة الإسلامية لكل زمان و مكان.

أما من المنظور القانوني، يعتبر العرف أحد المصادر الاحتياطية للقاعدة القانونية، حيث يلجأ إليه القاضي لاستنباط الحكم عند انعدام النص التشريعي المكتوب.

ومن أكثر مسائل الناس تأثرا بالعرف مسائل الأحوال الشخصية، لارتباطها الوثيق بحياة الناس، من بينها مسائل الطلاق و ما ينتج عنه من آثار، و على غرار باقي التشريعات؛ أولى المشرع الجزائري الطلاق والآثار المترتبة عنه بالعديد من الأحكام التي جاء أغلبها مسائرا لأعراف الناس، و ذلك تفاديا لوقوع النزاعات و تسهила لفضها في حالة وقوعها، حيث برز دور العرف بشكل مباشر تارة، و بشكل غير مباشر تارة أخرى في الأحكام الشرعية و القانونية المتعلقة بالطلاق و ما ينتج عنه من آثار.

لموضوع بحثنا أهمية بالغة، نظرا لكون العرف دليلا من الأدلة التي تتبني عليها الأحكام الشرعية، و مصدرا من مصادر القانون، كما أن دراسة مدى اعتبار العرف في المسائل الأسرية كالزواج و الطلاق و آثارهما يعود إلى أهمية الأسرة كونها قوام المجتمع و اللبنة الأولى، فلهذا أولى التشريع الإسلامي و القانون الجزائري عناية خاصة بهذه المؤسسة بدءا من

نشأتها إلى أدق تفاصيل وجودها.

كما أن موضوع بحثنا يدرس الجانب التطبيقي و الواقعي للعرف و مدى تأثيره على قانون الأسرة الجزائري، حيث كان العرف ولا يزال مصدرا لنمو التشريع الوضعي و تطوره، لأنه يتوافق مع واقع الناس و مقتضيات العصر.

إن اختيارنا لهذا الموضوع كان للأسباب التالية:

الأسباب الذاتية: تتمثل أساسا في رغبتنا الشخصية في دراسة موضوع العرف و إظهار مدى تأثيره على مسائل الأحوال الشخصية، رغم مخالفته أحيانا للشرع و للقانون. الأسباب الموضوعية:

- أهمية العرف و احتياج الناس لمعرفته، فكثيرا ما يكون معيارا للتحاكم به خاصة في قضايا الأحوال الشخصية.

- ندرة الدراسات المتعلقة بالعرف، و قلتها في حالة وجودها، يعد حافزا للبحث في هذا النوع من الدراسات.

- قلة تناول موضوع العرف في الرسائل الجامعية لطلبة الأحوال الشخصية.

أما بالنسبة للأهداف التي سعينا لتحقيقها من خلال هذا البحث فتمثل في:

- توضيح دور العرف الواسع في استنباط الأحكام الشرعية و حل النزاعات القانونية.

- تبيان المواضع التي أخذها المشرع الجزائري من العرف و قننها.

- إيضاح الأعراف الفاسدة المؤثرة في المجتمع من أجل تقادي الأخذ بها، نظرا للضرر الذي تلحقه.

- تسليط الضوء على الأعراف الصحيحة غير المخالفة للشرع و للقانون.

- تحفيز المشرع من خلال هذه الدراسات على تقنين الأعراف الصحيحة.

و قد واجهتنا بعض الصعوبات في دراستنا، منها:

- قلة المراجع القانونية حول موضوع العرف.

- غلق المكتبات الجامعية و المكتبات العامة إثر تفشي وباء فيروس كورونا.

- صعوبة البحث في المراجع الفقهية باعتبار عدم تخصصنا في المجال الفقهي

الإسلامي الأكاديمي.

و لدراسة و تحليل موضوع بحثنا نطرح الإشكالية الآتية:

**ما مدى الاعتبار بالعرف في مسائل الطلاق و آثاره ضمن الفقه الإسلامي و قانون**

**الأسرة الجزائري نسا و تطبيقا؟**

و تتفرع عنها الإشكالات الفرعية التالية:

- ما هو المفهوم الفقهي و القانوني للعرف؟ و هل هناك تشابه بين العرف كأصل من

أصول الفقه و العرف كمصدر للقانون؟

- ما هي أنواع فك الرابطة الزوجية؟ و كيف تأثرت أحكامها بأعراف الناس؟

- ما الآثار المترتبة عن الطلاق؟ و كيف برز أثر العرف عليها؟

أما فيما يخص مناهج الدراسة فلقد اعتمدنا في هذه الدراسة على: **المنهج المقارن** من خلال بيان مواطن اعتبار العرف في الفقه الإسلامي و مركزه في قانون الأسرة الجزائري. و على **المنهج الوصفي** عن طريق عرض المسائل الفقهية بذكر أقوال أئمة المذاهب الأربعة من جهة وكذا أقوال فقهاء القانون من جهة أخرى، كما اعتمدنا على **المنهج التحليلي** بتحليل النصوص التشريعية المتعلقة بموضوع الدراسة.

للإجابة على إشكالية بحثنا و التساؤلات المتفرعة عنها؛ اعتمدنا الخطة المتكونة من فصل تمهيدي عالجا فيه ماهية العرف كمصدر من مصادر التشريع الإسلامي و القانون الجزائري، من خلال التطرق الى مفهوم العرف و حجيته في المبحث الأول، ثم بيان أركان العرف و دوره في المبحث الثاني.

ليأتي بعد ذلك الفصل الأول الذي أبرزنا فيه مدى الاعتبار بالعرف في مسائل الطلاق، من خلال تناول الطلاق بالإرادة المنفردة و أثر العرف فيه كمبحث أول، ثم الخلع و أثر العرف فيه كمبحث ثان، يليهما التطلق و اعتبار العرف فيه كمبحث ثالث.

أما بالنسبة للفصل الثاني، فقد سلطنا الضوء فيه على مواطن اعتبار العرف في آثار الطلاق، ببيان أثر العرف على العدة في المبحث الأول، ثم الحضانة و أثر العرف فيها في المبحث الثاني، لنختم بأثر العرف على النزاع حول متاع البيت في المبحث الثالث.

و يأتي تفصيل خطة دراستنا كالتالي:

فصل تمهيدي: العرف كمصدر للتشريع الإسلامي و القانون الجزائري.

المبحث الأول: مفهوم العرف و حجيته.

المبحث الثاني: أركان العرف و دوره.

الفصل الأول: الاعتبار بالعرف في مسائل الطلاق.

المبحث الأول: الاعتبار بالعرف في الطلاق بالإرادة المنفردة.

المبحث الثاني: الاعتبار بالعرف في الخلع.

المبحث الثالث: الاعتبار بالعرف في التطليق (التفريق القضائي).

الفصل الثاني: الاعتبار بالعرف في آثار الطلاق.

المبحث الأول: الاعتبار بالعرف في العدة

المبحث الثاني: الاعتبار بالعرف في الحضانة.

المبحث الثالث: الاعتبار بالعرف في النزاع حول متاع البيت.

خاتمة

## فصل تمهيدي:

العرف كمصدر للتشريع الإسلامي و القانون الجزائري

## تمهيد

لطالما كان للناس عادات و أعراف ساروا عليها و احتكموا إليها على مر الزمن، اختلفت هذه الأعراف باختلاف الظروف الاجتماعية، الدينية، الاقتصادية و السياسية لكل مجتمع. ولأن هذه الأعراف كانت ملزمة لمن يتبعونها و لها تأثير واضح على حياتهم، فقد لعبت دورا مهما في فهم و تطبيق الأحكام الشرعية و القوانين الوضعية، خاصة قوانين الأحوال الشخصية التي نجد أن الكثير من أحكامها مبنية على أعراف الناس.

في هذا الفصل التمهيدي المعنون ب: "العرف كمصدر للتشريع الإسلامي و القانون الجزائري" سنتطرق إلى مفهوم العرف و حجيته في أصول الفقه الإسلامي و القانون الجزائري كمبحث أول، ثم سنتناول أركان العرف و دوره في أصول الفقه الإسلامي و القانون الجزائري كمبحث ثان.

## المبحث الأول: مفهوم العرف و حجيته في الفقه و القانون

يعتبر العرف دليلا من الأدلة الشرعية و مصدرا من مصادر القانون، في هذا المبحث سنحدد مفهوم العرف و حجيته في كل من أصول الفقه الإسلامي (مطلب أول) و القانون الجزائري (مطلب ثان).

### المطلب الأول: مفهوم العرف و حجيته في أصول الفقه الإسلامي

سنتناول في هذا المطلب المفهوم الفقهي للعرف (فرع أول) ثم سنتعرض إلى حجيته (فرع ثان).

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

لتحديد مفهوم العرف، يتعين علينا ذكر تعريفه، تمييزه عما يشابهه، ثم بيان أقسامه.

#### أولاً: تعريف العرف

سنعرف العرف من الناحية اللغوية ثم من الناحية الاصطلاحية.

#### 1- التعريف اللغوي للعرف

العرف بضم العين: هو البذل و العطاء، و قد يدل على الصبر<sup>(1)</sup>.

وعند ابن منظور: العرف من المعروف، أي ضد المنكر، و هو كل ما يستحسن من الأفعال<sup>(2)</sup>، و هذا ما دل عليه قوله تعالى: ((يَبْتَئِنَّا أَقِيمَ الصَّلَاةِ وَأُمْرًا بِالْمَعْرُوفِ وَأَنَّهُ عَنِ الْمُنْكَرِ وَأَصْبِرْ عَلَىٰ مَا أَصَابَكَ إِنَّ ذَٰلِكَ مِنْ عَزْمِ الْأُمُورِ ٧٧))<sup>(3)</sup> و قوله أيضا ((خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ ١٦٣))<sup>(4)</sup>.

ففي هذه الآيات الكريمة، أمر الله تعالى نبيه صلى الله عليه و سلم أن يأمر عباده بالمعروف و يدخل في ذلك جميع الطاعات<sup>(5)</sup>.

<sup>1</sup>- أحمد رضا، متن اللغة، مج 4، د.ر.ط، دار مكتبة الحياة، لبنان، 1960، ص 77.

<sup>2</sup>- جمال الدين بن منظور، لسان العرب، ج3، ط.خ، دار النوادر، الكويت، 2010، ص 239.

<sup>3</sup>- سورة لقمان، الآية 17.

<sup>4</sup>- سورة الأعراف، الآية 199.

<sup>5</sup>- إسماعيل بن كثير، تفسير القرآن العظيم، ج3، د.ر.ط، دار طيبة، السعودية، 1999، ص 532.

## 2- التعريف الاصطلاحي للعرف

عند الوقوف على تعريفات الأصوليين للعرف، نجد أن أقدم تعريف له هو تعريف الشيخ حافظ الدين النسفي، فنجد ان الكثير من العلماء و الباحثين اعتمدوا هذا التعريف<sup>(1)</sup>. حيث عرف الإمام النسفي العرف أنه "ما استقر في النفوس من جهة العقول ، و تلقته الطباع السليمة بالقبول"<sup>(2)</sup>.

كما عرف الشيخ أبو سنة العرف أنه: "الأمر الذي اطمأنت إليه النفوس و عرفته و تحقق في قراراتها و ألفته مستندة في ذلك إلى استحسان العقل، و لم ينكره أصحاب الذوق السليم في الجماعة، و إنما يحصل استقرار الشيء في النفوس و قبول الطباع له بالاستعمال الشائع المتكرر و الصادر عن الميل و الرغبة"<sup>(3)</sup>.

بينما عرفه الدكتور صالح عوض: "العرف ما استقر في النفوس و استحسنته العقول و تلقته الطباع السليمة بالقبول و استمر الناس عليه بما لا ترده الشريعة و أقرتهم عليه"<sup>(4)</sup>. و العرف حسب تعريف عبد الوهاب خلاف: "هو كل ما تعارفه الناس و ساروا عليه، من قول أو فعل أو ترك"<sup>(5)</sup>.

### ثانياً: أقسام العرف

ينقسم العرف في الفقه الإسلامي إلى عدة أقسام، باعتبارات مختلفة.

#### 1- العرف باعتبار مظهره: ينقسم إلى عرف قولي و عرف عملي.

فالعرف القولي هو إطلاق لفظ على معنى معين ثم شيوعه و استقراره في النفوس ، مما يجعل المعنى الذي نقل له اللفظ عرفاً منطبقاً عليه حتى يصعب إطلاقه على غيره دون قرينة<sup>(6)</sup>

<sup>1</sup> - عادل ولي قوته، العرف حجيته و أثره في المعاملات المالية عند الحنابلة- دراسة نظرية تأصيلية - ج1، ط1، المكتبة المكية، السعودية، 1997، ص 93.

<sup>2</sup> - حافظ الدين النسفي، المستصفي في فروع الحنفية ، نقلا عن: عادل ولي قوته، المرجع السابق، ص 94.

<sup>3</sup> - أحمد أبو سنة، العرف و العادة في رأي الفقهاء، د.ر.ط، مطبعة الأزهر، مصر، 1947، ص8.

<sup>4</sup> - صالح عوض، أثر العرف في التشريع الإسلامي، د.ر.ط، دار الكتاب الجامعي، مصر، 1972، ص 52.

<sup>5</sup> - عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، ط8، مكتبة الدعوة الإسلامية، مصر، د.س.ن، ص89.

<sup>6</sup> - مصطفى ودا ندادا ، حجية العرف عند الأصوليين و أثره في الفقه الإسلامي ، رسالة ماجستير في الدراسات الإسلامية، كلية التربية حنتوب، جامعة الجزيرة، السودان، 2019 . ص 34.



و مثال ذلك إطلاق لفظ الولد على الذكر دون الأنثى ، مع انه يشمل النوعين في اللغة، قال الله تعالى : ((يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ))<sup>(1)</sup>

إن طريق تكوين العرف القولي هو اتفاق الناس على هجر المعنى الأصلي ، و نقل اللفظ بواسطة الاستعمال الشائع المتكرر إلى المعنى الثاني ، فمرجع العرف القولي هو هجران المعنى الأصلي و نقله إلى المعنى الجديد<sup>(2)</sup>.

أما العرف العملي فهو أمر اشتهر بين الناس في التعامل فتعارفوا عليه و ساروا عليه في معاملاتهم و تصرفاتهم و شؤون حياتهم<sup>(3)</sup> أي ما اعتاده الناس من الأفعال العادية أو المعاملات المادية و مثاله تعجيل المهر أو جزء منه و تأجيل الباقي<sup>(4)</sup>.

## 2- العرف باعتبار مصدره: ينقسم إلى عرف عام ، عرف خاص ، عرف شرعي

فالعرف العام هو "ما تعارفه الناس جميعا في عصر من العصور..." ، و مثاله تعارف الناس على بيع المعاطاة بلا لفظ ، و هو بذلك يتكون من تعارف الناس على أمر معين على اختلاف طبقاتهم ، خلافا للإجماع الذي يكون باتفاق المجتهدين دون عامة الناس<sup>(5)</sup>.

أما العرف الخاص : فهو "ما تعارف عليه أهل بلد ما دون غيره من البلدان ، أو أهل حرفة دون أخرى" ، مثاله أن يعتاد الناس في بلد ما على لبس معين في المناسبات ، و أن يثبت التجار ديونهم من خلال دفاترهم التجارية<sup>(6)</sup>.

بينما يقصد بالعرف الشرعي: "اللفظ الذي يستعمل من قبل الشارع و يراد به معنى خاص، مثاله الصلاة التي نقلت من معناها اللغوي ( الدعاء ) إلى معناها الشرعي المتمثل في الحركات التي تبدأ بالتكبير و تنتهي بالتسليم ، و كذلك الصيام الذي مقل من معناه اللغوي (الإمساك المطلق) إلى معناه الشرعي المتمثل في الإمساك الخاص..."<sup>(7)</sup>.

<sup>1</sup>- سورة النساء، الآية 11.

<sup>2</sup>- أحمد أبو سنة، المرجع السابق، ص 18.

<sup>3</sup>- مصطفى ودا ندادا، المرجع السابق، ص 35 .

<sup>4</sup>- نوال العفيفي، أثر العرف على حقوق الزوجة، رسالة ماجستير تخصص فقه مقارن، الجامعة الإسلامية، فلسطين، 2014، ص 15.

<sup>5</sup>- وهبة الزحيلي، أصول الفقه الاسلامي، ج 02، ط 01، دار الفكر، سوريا، 1986. ص 829.

<sup>6</sup>- وهبة الزحيلي، المرجع نفسه، ص 830.

<sup>7</sup>- أحمد أبو سنة، مرجع سابق، ص 20.

3- العرف باعتبار صحته: ينقسم إلى عرف صحيح و عرف فاسد.

فالعرف الصحيح هو "كل ما تعارفه الناس و لم يكن مخالفا لنص شرعي ولا لإجماع، و لم يفوت مصلحة و لم يجلب مفسدة"<sup>(1)</sup>

أما العرف الفاسد فهو "كل أمر ذاع و شاع بين الناس و جرت عليه معاملاتهم، لكنه مخالف لما أتى به الشارع من الأوامر و النواهي"<sup>(2)</sup>، مثاله تعامل الناس مع البنوك الربوية، و اختلاط الرجال مع النساء في الأعراس.

ثالثا: تمييز العرف عما يشابهه من مصطلحات

سنقوم بتمييز العرف عن الإجماع، العمل و العادة.

## 1- تمييز العرف عن الإجماع

يعرف جمهور الأصوليين الإجماع أنه: " اتفاق المجتهدين من أمة محمد صلى الله عليه و سلم بعد وفاته في عصر من العصور على حكم شرعي"<sup>(3)</sup>.

و بين العرف و الإجماع فروق نوجزها فيما يلي:

- الإجماع لا يتحقق إلا بوجود مجتهدين، بينما العرف لا يشترط فيه هذا الشرط.

- الإجماع حجة لمن يأتي بعد عصر المجمعين، بينما العرف لا يلزم إلا من تعارفوا عليه.

- يتحقق الإجماع على المسألة بمجرد الاتفاق، أما العرف فلا يتحقق إلا إذا اطرده و شعر الناس بالزامه.

- للإجماع مستند: قد يكون قرآنا و سنة ، خلاف العرف الذي هو أمر مستقر تلقته العقول السليمة بالقبول<sup>(4)</sup>.

## 2- تمييز العرف عن العادة

العادة لغة هي: "تكرير الشيء دائما أو غالبا على نهج واحد بلا علاقة عقلية"<sup>(5)</sup>.

أما اصطلاحا؛ عرف أغلب الفقهاء العادة أنها الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية، فالأمر يشمل الأقوال و الأفعال، و التكرار يعني حصول الأمر مرة بعد الأخرى.

<sup>1</sup>- صالح عوض، مرجع سابق، ص 142.

<sup>2</sup>- مصطفى ودا ندادا، المرجع نفسه، ص 39.

<sup>3</sup>- علي عبد الرزاق، الإجماع في الشريعة الإسلامية، د.ر.ط، دار الكتاب الحديث، السعودية، 1947، ص 8.

<sup>4</sup>- حسنين محمود حسنين، مفهوم العرف في الشريعة الإسلامية، مجلة الشريعة والقانون، ع03، الإمارات، 1989، ص 110.

<sup>5</sup>- أحمد رضا، مصدر سابق، ص 227.

يتبين من معنى العادة ان بابها واسع، فهي تشمل كل متكرر من الأقوال و الأفعال، سواء كان صادرا عن الفرد أو الجماعة، و حسب الإمام القرافي؛ العادة التي تبنى عليها الأحكام هي العادة الجماعية، التي توفر فيها شرط الغلبة<sup>(1)</sup>.

و قد اختلف الفقهاء في التفرقة بين العرف و العادة؛ فمنهم من يرى ان العرف و العادة لهما معنى واحد، كالإمام النسفي و ابن عابدين و القرافي...، و منهم من فرق بينهما من حيث العموم و الخصوص؛ فالعرف أعم من العادة لأنه يكون قوليا و عمليا، كذلك قد تكون العادة فردية، بينما لا يكون العرف إلا جماعيا<sup>(2)</sup>.

### 3- تمييز العرف عن العمل

يتكرر مصطلح "العمل" في كلام أهل الفقه الإسلامي، كقولهم: "هذا عليه العمل" أو: "جرى به العمل".، إن مفهوم العمل قريب جدا إلى مفهوم العرف الخاص، حيث أنه عند المالكية خاص

بالقضاة و العلماء، إذا التزموا رأيا فقهيا و لو كان مرجوحا، و لكنه لا يخالف قواعد الشرع و ليس منكرا، و استقرت عليه الفتوى فجرت به الأحكام<sup>(3)</sup>.

و يظهر الفرق بين العمل و العرف في أمرين :

الأمر الأول: العمل خاص بالقضاة و العلماء، خلاف العرف الذي يشمل عامة الناس.

الأمر الثاني: العمل خاص بالترجيح في مسائل مختلف فيها ، بينما العرف أعم و أشمل من ذلك، لاختلاف و تنوع حوائج الناس<sup>(4)</sup>.

<sup>1</sup> - أحمد أبو سنة، المرجع السابق، ص12.

<sup>2</sup> - يعقوب الباحثين، قاعدة العادة محكمة، دراسة نظرية تأصيلية تطبيقية، ط2، مكتبة الرشد، السعودية، 2012، ص 25.

<sup>3</sup> - مشعل النفيعي، المسائل الفقهية المبنية على العرف عند شيخ الإسلام ابن تيمية ، رسالة دكتوراه في الفقه الإسلامي كلية الشريعة و الدراسات الإسلامية، جامعة ام القرى، السعودية، 2005، ص 81.

<sup>4</sup> - عادل ولي قوته، مرجع سابق، ص 121.

### الفرع الثاني: حجية العرف في الفقه الإسلامي

اختلفت وجهات نظر الفقهاء حول الاستدلال بالعرف وكذا حول إثبات حجيته، لكنهم أقرروا أهميته كمصدر للتشريع الإسلامي وبالرغم من اختلاف طريقة احتجاجهم بالعرف إلا أنهم اتفقوا في المجمل على حجيته واعتباره<sup>(1)</sup>.

فبالرجوع إلى كلام الفقهاء على اختلاف مذاهبهم، نجد أنهم اعتبروا العرف دليلا من أدلة التشريع الإسلامي متى كان صحيحا وتوافرت فيه شروط صحته واعتباره، وسنذكر أقوال وآراء بعض الفقهاء وأصحاب المذاهب كما يلي:

قال الإمام ابن عابدين رحمه الله "... و العرف في الشرع له اعتبار لذا عليه الحكم قد يدار...."<sup>(2)</sup>.

كما ذكر ابن نجيم في كتابه الأشباه والنظائر: "...و اعلم أن اعتبار العادة والعرف يرجع إليه في الفقه في مسائل كثيرة حتى جعلوا ذلك أصلا، فقالوا في الأصول في باب ما تترك به الحقيقة، تترك الحقيقة بدلالة الاستعمال والعادة..."<sup>(3)</sup>.

أما الشاطبي عن مذهب المالكية فقد ذكر في كتابه " الموافقات " في المسألة الخامسة عشرة "العوائد الجارية ضرورية الاعتبار شرعا، كانت شرعية في أصلها أو غير شرعية، أي: سواء

<sup>1</sup> - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 831

<sup>2</sup> - محمد أمين أفندي ابن عابدين، رسائل ابن عابدين، ج. 2، در.ط، د. س.ن، د. ب. ن، ص. 114.

<sup>3</sup> - زين العابدين بن محمد (ابن نجيم)، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، ط 1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1999، ص 79.

كانت مقررة بالدليل شرعا أمرا أو نهيا أو إذنا أم لا. .... ووجه رابع وهو أن العوائد لو لم تعتبر لأدى إلى تكليف ما لا يطاق، وهو غير جائز أو غير واقع...<sup>(1)</sup>.

أما مذهب الشافعية فقد ورد عن السيوطي رحمه الله قوله " اعلم أن اعتبار العادة والعرف رجع إليه في الفقه، في مسائل لا تعد كثيرة"<sup>(2)</sup>.

و قد قال ابن النجار وهو فقيه من مذهب الحنابلة في كتابه شرح الكوكب المنير " ومن أدلة الفقه أيضا: ( تحكيم العادة ) وهو معنى قول الفقهاء: " إن العادة محكمة " أي معمول بها شرعا..."<sup>(3)</sup>.

و لقد استدل هؤلاء الفقهاء وغيرهم حول اعتبار العرف من الأدلة الشرعية بأدلة من القرآن الكريم، ومن السنة النبوية الشريفة، ومن المعقول ونوردها حسب ترتيبها السابق كما يلي:

#### أولا: من القرآن الكريم

1- قوله تعالى: ((حُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ))<sup>(4)</sup>.

ووجه الاستدلال في هذه الآية الكريمة، أن الله تعالى أمر نبيه بالعرف وهو ما دل على اعتباره شرعا ولو لم يكن معتبرا شرعا ما لزم الأمر هنا<sup>(5)</sup>، كما أن العلماء فسروا العرف الوارد في الآية

1- أبو إسحاق الشاطبي، الموافقات، ط 1، مج 2، دار ابن عفا، 1997، ص ص. 493، 494.

2- جلال الدين السيوطي، الأشباه والنظائر في فقه الشافعية، ط 1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1983، ص 90 .

3- محمد الفتوح الحنبلي ( ابن النجار)، شرح الكوكب المنير، تح: محمد الزحيلي ونزير حماد، مج 4، د.د.ن، السعودية، 1993، ص 448.

4- سورة الأعراف، الآية 199.

5- جلال الدين السيوطي، الدر المنثور في التفسير المأثور، ج3، د.ر.ط، دار الفكر، لبنان، 2011، ص 628.

الكريمة أنه كل ما أمرك الله تعالى به، وتارة أنه المعروف من الإحسان، وتارة أخرى أنه أمر إلهي كمل قال عطاء يعني بلا إله إلا الله. وقيل أنه كل خصلة ترتضيها العقول وتطمئن لها النفوس<sup>(1)</sup>.

2- قوله تعالى: ((وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَالِدَيْهِ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَنْ تَرَاضٍ مِنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَنْ تَسْتَرْضِعُوا أَوْلَادَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُمْ مَا آتَيْتُمْ بِالْمَعْرُوفِ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ))<sup>(2)</sup>.

ووجه الاستدلال من الآية أن الله أوجب النفقة والكسوة على الأب على ما هو مستحسن شرعا وعرفا، مع اعتبار حالة الزوجين في اليسار والإعسار<sup>(3)</sup>.

ثانيا: من السنة النبوية الشريفة

1- ما ورد عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه: أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: ( ما رآه المسلمون حسن فهو عند الله حسن )<sup>(4)</sup>. ويدور معنى الحديث على أن ما رآه الناس في عاداتهم وحسب عقولهم مستحسنا فهو كذلك في الواقع، وكل ما هو على حق فهو عند الله حسن<sup>(5)</sup>.

<sup>1</sup>- أبو عبد الله القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، تح: هشام سمير البخاري، ج1، ط2، دار عالم الكتب، السعودية، 2003، ص 346.

<sup>2</sup>- سورة البقرة، الآية 233.

<sup>3</sup>- أحمد رشاد عبد الهادي، أثر العرف في الأحوال الشخصية- دراسة فقهية قانونية- رسالة ماجستير في القضاء الشرعي، جامعة الخليل، فلسطين، 2013، ص 20.

<sup>4</sup>- رواه أحمد، مسند الإمام أحمد، تح: مجموعة من علماء الحديث، ط 1، دار السلام للنشر والتوزيع، السعودية، 2013، ص 271.

<sup>5</sup>- يعقوب الباسين، مرجع سابق، ص 123.

2- حديث هند بنت عتبة الذي رواه الجماعة إلا الترمذي، عن عائشة رضي الله عنها أن هند بنت عتبة قالت لرسول الله صلى الله عليه وسلم يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم، فقال صلى الله عليه وسلم: (خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف) (1).

ووجه الدلالة في هذا الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بالمعروف، والمقصود به الأمر المعتاد المتعارف عند الناس، بمعنى القدر المعلوم عرفا وعادة أنه يكفي الزوجة وولدها ويقوم بحاجتهم، وهو ما يؤكد على اعتبار العرف في الأمور التي لم يرد نص شرعي بشأنها (2).

### ثالثا: من الإجماع

إن الإجماع كما ذكرنا سابقا هو اتفاق أهل الحل والعقد من هذه الأمة في أمر من الأمور، فالاتفاق هو الاشتراك في القول أو الفعل أو الاعتقاد، و أهل الحل والعقد هم المجتهدون في الأحكام الشرعية، أما الإجماع فهو إجماع العلماء على اعتبار عرف ما وموافقته عليه، ويكون في حالتين: إما بإقرارهم عرفا جرى عليه الناس وعدم إنكارهم له من أي أحد منهم وهو الإجماع السكوتي، وإما يكون بممارسة أهل الإجماع لهذا العرف مع الناس، وهذا هو الإجماع العملي (3).

والإجماع السكوتي حجة عند أكثر الحنفية قطعا، أما ما تكرر من الأمور ومعه السكوت فيقول بحجيته، وأرجع المالكية عرف أهل المدينة إلى الإجماع العملي لأهل المدينة وقد قال الإمام مالك رضي الله عنه لأبي يوسف رضي الله عنه لما ذهب إلى المدينة وبين له مقدار الصاع عند أهل المدينة بحضور جماعة منهم ذكروا أنهم توارثوا العمل به من عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم: "أتراهم يجمعون على باطل" وكذا تثنية الأذان وإفراد الإقامة فرجع أبو يوسف إلى قوله وقال: "لو رأى صاحبي - يقصد أبا حنيفة - ما رأيت لقال به" (4).

1- شهاب الدين العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، تح: شعيب الأرنؤوط وعادل مرشد، ط 1، دار الرسالة العلمية، سوريا، 2013، كتاب النفقات، ب 5/ ح 5360/5359، ص 349.

2- مشعل النفيعي، مرجع سابق، ص 127.

3- صالح عوض، مرجع سابق، ص 185.

4- صالح عوض، المرجع نفسه، ص 187، 188.

رابعاً: من المعقول

1- إن من يستقرأ فروع أحكام الشريعة الإسلامية يجد أن النصوص الشرعية أقرت بعض الأعراف التي كانت موجودة قبل الإسلام، مثل بيع السلم والمضاربة وكل ما يعتبر صالح في نظر الإسلام، كما ألغى الإسلام ما يسمى بالأعراف أو السلوكيات الفاسدة كعقود الربا والغرر<sup>(1)</sup>.

2- رتب الشارع الحكيم الاعتبار بالعرف والعادات العادية في حياة الناس والتي ترتب أحكامها على ممارستها، كالنكاح والتجارة وغيرها<sup>(2)</sup>.

3- أن العادات والأعراف ذات صلة شديدة بنفوس البشر، وهي غالباً تكشف عن ضرورة أو حاجة إنسانية، والشارع راعاها في الحدود التي يترتب عليها رفع الحرج وتحقيق مصالح العباد، واعتبار هذه العادات والأعراف راجع إلى الأمور الجبلية والطبيعية المخلوقة في الإنسان وليس له قدرة على الانفصال عنها، وبذلك يكون الشارع قد راعى التكليف بما تطيقه النفس البشرية<sup>(3)</sup>.

4- أن الشارع الحكيم اعتبر مصالح العباد وبالتالي اعتبر عوائدهم، فأصل التشريع سبب المصالح وهو معنى اعتباره للعادات في التشريع، كما أن ورود التكليف بميزان واحد في الخلق يدل على أن الشارع اعتبر العادات المطردة فيهم، ولو لم يعتبرها لاختلف التشريع واختلف الخطاب<sup>(4)</sup>.

5- إن العرف كأصل عام يعود إلى الأدلة الشرعية المعتبرة، كالإجماع والمصلحة المرسلة والذرائع، فمن العرف الراجع إلى الإجماع: الاستصناع ودخول الحمامات فقد جرى العرف بهما بلا إنكار فيكون من قبيل الإجماع والإجماع معتبر، ومن العرف ما يرجع إلى المصلحة

<sup>1</sup> - إلهام باجنيد، أثر العرف في الفرق ومتعلقاتها من أحكام فقه الأسرة - دراسات تطبيقية مقارنة - رسالة ماجستير، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، السعودية، ص 94، 95.

<sup>2</sup> - مشعل النفيعي، مرجع سابق، ص 139.

<sup>3</sup> - يعقوب الباحثين، مرجع سابق، ص 128.

<sup>4</sup> - أبو إسحاق الشاطبي، مرجع سابق، ص 493، 494.



المرسلة لأن العرف له سلطان على النفوس ومراعاته من باب التسهيل عليهم ورفع الحرج عنهم ما دام العرف صالحا غير فاسد<sup>(1)</sup>.

### المطلب الثاني: مفهوم العرف و أساس إنزاهه في القانون الجزائري

سنتناول في هذا المطلب المفهوم القانوني للعرف (فرع أول) ثم سنتعرض الى أساس قوته الملزمة (فرع ثان).

#### الفرع الأول: مفهوم العرف في القانون الجزائري

حتى نستطيع إعطاء مفهوم قانوني للعرف، يتعين لنا أن نستعرض تعريف العرف ثم نميزه عما يشابهه من مصطلحات، و كذا بيان أقسامه في القانون.

#### أولاً: تعريف العرف في القانون الجزائري

ذكر المشرع الجزائري العرف كمصدر من مصادر القانون، و ذلك في المادة الأولى من القانون المدني الجزائري، التي نصت على: "يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها، و إذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي و قواعد العدالة"<sup>(2)</sup>.

بناء على النص السابق، نستنتج أن المشرع الجزائري جعل العرف مصدرا رسميا احتياطيا بعد مبادئ الشريعة الإسلامية، إلا أنه لم يعرفه و ترك ذلك للفقهاء، و نرى أن هذا أمر مناسب لأن التعريفات من اختصاص الفقهاء و ليس المشرع، حتى لا يقع في الانتقادات. و يعرف العرف على أنه: "إطراد او تكرار سلوك الناس في مسألة ما بطريقة معينة، مع الاعتقاد بأن هذا السلوك ملزم لهم قانونا"<sup>(3)</sup>.

<sup>1</sup> - عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، ط 6، مؤسسة قرطبة، العراق، 1976، ص 255.

<sup>2</sup> - أمر رقم 75-158 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل و المتمم، ج.ر.ع.78 مؤرخة في 30 سبتمبر 1975.

<sup>3</sup> - أحمد سي علي، مدخل للعلوم القانونية، النظرية و التطبيق في القوانين الجزائرية، ط 2، دار هومة، الجزائر، 2010، ص

و يعرف أيضا أنه: " اعتياد الأشخاص على اتباع سلوك معين في مسألة معينة، بحيث يستقر الشعور لدى الجماعة باعتباره سلوكا ملزما و متبعا بتوقيع الجزاء عن المخالفة"<sup>(1)</sup>. و كتعريف جامع لما سبق: العرف مصدر رسمي احتياطي للقانون، يتمثل في اعتياد الناس و توافقهم على اتباع سلوك معين، في بيئة معينة و ناحية معينة من نواحي حياتهم الاجتماعية، اعتيادا مطردا مصحوبا باعتقاد لزوم هذا السلوك ووجوب احترامه و الخضوع لأحكامه، و ترتب الجزاء المادي الحال جبرا على مخالفته<sup>(2)</sup>.

### ثانيا: أقسام العرف في القانون

يقسم فقهاء القانون العرف الى عدة أقسام، باعتباريات مختلفة.

#### 1- من حيث طبيعة القاعدة العرفية

تبعاً لتقسيمات القاعدة القانونية، ينقسم العرف إلى عام و خاص، فالعرف العام هو مجموعة القواعد القانونية التي اطردت السلطات العامة في إتباعها خلال مدة زمنية طويلة بصفة منتظمة مثل العرف الدستوري، العرف الإداري، العرف الدولي... الخ، فالعرف العام من صنع السلطات المكونة للدولة. أما العرف الخاص، فهو من صنع الأفراد في تعاملاتهم مع بعض، كالعرف المدني و العرف التجاري، العرف البحري... الخ<sup>(3)</sup>.

#### 2- من حيث نطاق تطبيقه

ينقسم إلى عرف شامل و عرف إقليمي، فالعرف الشامل هو العرف الذي يحكم علاقات الأفراد في الدولة، بغض النظر عن إقليم أو طائفة الفرد، و هذا العرف كان منتشرا في المجتمعات القديمة، أما في المجتمعات الحديثة، فمن الصعب تصور وجود أو نشأة عرف شامل للمواطنين جميعا، فالعرف يبدأ بسلوك فرد أو مجموعة أفراد ثم يتواتر بطريق التقليد، و من الصعب تصور انضمام معظم الناس الذين يعيشون في مجتمعات واسعة حياة مستقلة إلى السلوك الذي بدأه فرد واحد أو مجموعة صغيرة منهم.

<sup>1</sup> - عمار بوضياف، المدخل الى العلوم القانونية، النظرية العامة للقانون و تطبيقاتها في التشريع الجزائري، ط 4، دار جسر، الجزائر، 2014، ص 167.

<sup>2</sup> - غالب علي الداودي، المدخل الى العلوم القانونية، ط 7، دار وائل، الأردن، 2004، ص 154.

<sup>3</sup> - عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 169.

أما العرف الإقليمي، فهو العرف الذي يقتصر تطبيقه على إقليم معين، و يسمى عرفا مهنيا اذا كان خاصا بمهنة معينة، كالمحاماة مثلا<sup>(1)</sup>.

### ثالثا: تمييز العرف عما يشابهه من مصطلحات

سنميز العرف عن بعض المفاهيم التي تشابهه في بعض الخصائص، و هي: عادات الحياة، العادة الاتفاقية، و التشريع.

### 1- تمييز العرف عن عادات الحياة

ان الحياة في أي مجتمع تقتضي وجود عادات تنظم سلوك الافراد، لكن لا تعتبر كل هذه العادات أعرافا، لأن الكثير منها لا تتمتع بعنصر الإلزام و إنما نشأت عادات الحياة هذه على سبيل المجاملة فحسب<sup>(2)</sup>.

و من هذه العادات: عادة صنع الحلويات في المناسبات السعيدة.

### 2 - تمييز العرف عن العادة الاتفاقية

الفرق الجوهرى بين العرف و العادة الاتفاقية هو أن العرف يشمل ركنين، ركن مادي هو تكرار السلوك لمدة معينة، و ركن معنوي يتمثل في الاعتقاد بالزامية السلوك، بينما العادة الاتفاقية تتكون من الركن المادي فقط و لا تتضمن عنصر الإلزام. إذا العادة الاتفاقية تستمد إلزامها من العقد أو الاتفاق الذي يربط أصحاب العلاقة، و إذا طبقتها القاضي فإنه يطبقها باعتبارها مجرد

اتفاق بين أطراف علاقة معينة و ليس باعتبارها قاعدة قانونية، خلافا للعرف الذي يلزم القاضي بتطبيقه باعتباره مصدرا من مصادر القانون<sup>(3)</sup>.

فالعرف ملزم لذاته، بينما العادة الاتفاقية لا تكون ملزمة إلا إذا اتجهت إرادة الأطراف الى التقيد بها، فتكون هنا ملزمة بالنسبة إليهم.

و لتمييز العرف عن العادة الاتفاقية آثار منها :

<sup>1</sup> - سمير تاناغو، النظرية العامة للقانون، د.ر.ط، دار المعارف، مصر، 1974، ص426.

<sup>2</sup> - محمد سعيد جعفرور، مدخل الى العلوم القانونية، الوجيز في نظرية القانون، ط18، دار هومة، الجزائر، 2011، ص 180.

<sup>3</sup> - عمار بوضياف، المرجع السابق، ص ص.174، 173.

- يعتبر العرف قاعدة قانونية، حيث تسري القواعد العرفية في حق الأفراد و لو كانوا يجهلونها تطبيقاً لمبدأ: لا عذر لمن يجهل القانون  
أما العادة الاتفاقية فلا تسري إلا في حق المتفقين على الأخذ بها و لا يتصور سريانها على من يجهلونها، لأنه في حالة الجهل بعادة معينة لا يتصور بدهاء اتجاه الإرادة إلى الأخذ بها.  
- إن العرف هو قانون، يطبقه القاضي من تلقاء نفسه حتى لو لم يتمسك به الخصوم، بينما العادة الاتفاقية تستمد إلزامها من اتفاق الأطراف، فلا يطبقها القاضي إلا إذا تمسكوا بها.  
- يعتبر العرف قانوناً، فلا يقع على الخصوم عبء إثباته، أما العادة الاتفاقية فعلى من يتمسك بها إثباتها.

- العرف قانون، و لهذا يخضع القاضي في تطبيق القواعد العرفية و تفسيرها لرقابة المحكمة العليا، بينما لا توجد هذه الرقابة على العادة الاتفاقية، لأن تفسيرها و تطبيقها متصل بشروط التعاقد، و هي من مسائل الواقع التي تخرج عن نطاق المحكمة العليا<sup>(1)</sup>.

### 3 - تمييز العرف عن التشريع

يعتبر التشريع المصدر الرسمي الأصلي للقانون في الجزائر ( لأن الأنظمة التشريعية تختلف بين الإسلامية والوضعية اللاتينية والأنجلوساكسونية والجرمانية ، ويختلف معها موضع التشريع في كل واحدة منها)، أما العرف فهو المصدر الثالث بعد التشريع و مبادئ الشريعة الإسلامية، فلا يلجأ إليه القاضي إلا عند عدم وجود نص تشريعي، أو مبادئ الشريعة الإسلامية.

كذلك، لا يمكن للقاعدة العرفية أن تخالف نصاً تشريعياً، كالعرف المنتشر في بعض المناطق الذي يقضي بحرمان النساء من الميراث، فهو عرف مخالف لقواعد الشريعة الإسلامية و القواعد القانونية المنصوص عليها في قانون الأسرة، لأنها قواعد تتعلق بالنظام العام بينما يمكن للعرف ان يخالف القواعد القانونية المكتملة، لكن هذا لا يعني أنه يلغى إنما يستبعد فقط، فالنص التشريعي لا يلغى إلا بنص تشريعي، بينما قد يلغى العرف لعدم استعماله<sup>(2)</sup>.

<sup>1</sup>- أحمد سي علي، مرجع سابق، ص ص. 268، 269.

<sup>2</sup>- بلال بن سنوسي، علي تواتي، الاعتبار بالعرف في أحكام الخطبة و الزواج بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر تخصص قانون الأسرة، جامعة البويرة، 2017/2018، ص 21.

كذلك، لا يمكن للقاعدة العرفية أن تخالف نصا تشريعيًا، كالعرف المنتشر في بعض المناطق الذي يقضي بحرمان النساء من الميراث، فهو عرف مخالف لقواعد الشريعة الإسلامية و القواعد القانونية المنصوص عليها في قانون الأسرة، لأنها قواعد تتعلق بالنظام العام بينما يمكن للعرف ان يخالف القواعد القانونية المكملة، لكن هذا لا يعني أنه يلغىها إنما يستبعدا فقط، فالنص التشريعي لا يلغى إلا بنص تشريعي، بينما قد يلغى العرف لعدم استعماله<sup>(1)</sup>.

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

اتفق الفقهاء أن العرف مع توافر أركانه المادي والمعنوي في تصرف ما ، يكون قاعدة قانونية ملزمة مصدرها العرف، وفي هذه الحالة لا يجوز للأشخاص مخالفتها أو الخروج عليها وإلا تعرضوا للجزاء القانوني<sup>(2)</sup>، لكن الاختلاف الأساسي بين الفقهاء كان حول مصدر الإلزام في القاعدة العرفية أو أساس القوة الملزمة للعرف، وتعددت آراؤهم والتي تجسدت في عدة مذاهب نوردتها كما يلي:

#### أولاً- نظرية الرضاء الضمني للمجتمع

يرجع أصحاب هذا المذهب أساس القوة الملزمة للعرف إلى الرضاء الضمني للمجتمع بشأن العرف، فالعرف يستمد قوته الملزمة من اعتياد الجماعة على إتباعه وشعورهم بلزومه وعدم جواز الخروج عليه. فالقانون في نظرهم ليس من خلق الحاكم أو السلطان ولكنه من صنع الزمن وينشأ في ضمير الجماعة بأجيالها المتعاقبة<sup>(3)</sup>.

لكن انتقد هذا المذهب على أساس أنه يغالي في جعل القانون إنتاج آلي ذاتي<sup>(4)</sup>، كما أنه يغفل بذلك عن دور المشرع في اختيار أنسب التشريعات التي تصلح للمجتمع<sup>(5)</sup>.

<sup>1</sup>- بلال بن سنوسي، علي تواتي، الاعتبار بالعرف في أحكام الخطبة و الزواج بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر تخصص قانون الأسرة، جامعة البويرة، 2018/2017، ص 21.

<sup>2</sup>- غالب علي الداودي، مرجع سابق، ص 165.

<sup>3</sup>- محمد سعيد جعفرور، مرجع سابق، ص 189.

<sup>4</sup>- غالب علي الداودي، المرجع والموضع نفسه.

<sup>5</sup>- محمد سعيد جعفرور، المرجع نفسه، ص 189.

## ثانيا - نظرية الرضاء الضمني للمشرع

يرى أنصار هذا المذهب أن أساس القوة الملزمة للعرف هو الرضاء الضمني للمشرع، ويتمثل ذلك في عدم اعتراضه عليه<sup>(1)</sup>، حيث أن القول بأن مصدر القوة الملزمة للعرف هو إرادة الشعب الضمنية لا يصدق إلا على المجتمعات التي يكون فيها الشعب هو صاحب سلطة التشريع، ولذلك من الأصوب القول بأن مصدر القوة الملزمة للعرف هو إرادة المشرع الضمنية باعتباره صاحب سلطة التشريع وبالتالي رضا المشرع عن عرف ما وسكوته على تطبيقه وعدم اعتراضه على إتباعه والعمل بموجبه وعدم إلغائه بتشريع ناسخ مع قدرته على ذلك يعتبر رضا ضمني من المشرع على إقراره من خلال إصداره تشريعا يراعي فيه سلوك الناس<sup>(2)</sup>.

وقد انتقد هذا الرأي على أساس أنه ينكر الحقيقة التاريخية التي تسلم بأن العرف كان أسبق في الظهور من التشريع فقد كان المصدر الوحيد للقواعد الملزمة في المجتمعات القديمة<sup>(3)</sup>، كما يؤخذ على أصحاب هذا المذهب أنه جعل للقانون مصدرا واحدا وهو التشريع الوضعي في حين أن مصادر القانون متعددة كالدين، وقواعد العدالة... الخ إضافة إلى أنه غلب إرادة الدولة على العرف الذي يعبر عن سلوك الأفراد وحاجياتهم<sup>(4)</sup>.

## ثالثا: نظرية الضرورة الاجتماعية

مفاد هذا الرأي أن العرف يستمد قوته الإلزامية من الضرورة الاجتماعية التي تفرض وتحتّم وجوده إلى جانب التشريع، فللعرف قوة ذاتية لأنه الوسيلة الطبيعية التي تمارسها كل مجموعة في تنظيم ما يصعب على التشريع تنظيمه، وقد أخذ بهذه النظرية كثير من الفقهاء باعتبار أن العرف تفرضه الحاجة الاجتماعية<sup>(5)</sup>.

## رابعا: نظرية تطبيق القضاء للعرف

فحوى هذا المذهب أن مصدر إلزامية العرف ليس اعتياد الناس على إتباع سلوك معين، إنما تطبيق القضاء لهذا العرف عند الفصل في القضايا هو الذي يضيف على القاعدة العرفية

1- أحمد سي علي، مرجع سابق، ص 269.

2- غالب علي الداودي، مرجع سابق، ص 166.

3- فريدة محمدي زاوي، المدخل للعلوم القانونية - نظرية القانون - د.ر.ط، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2002، ص 81.

4- محمد سعيد جعفرور، مرجع سابق، ص 188.

5- فريدة محمدي زاوي، المرجع نفسه، ص 81، 82.

عنصر الإلزام<sup>(1)</sup>، فالعرف لا ينشأ تلقائيا وتعارض مصالح الأفراد في إطار القواعد التي ينبغي أن تضبط علاقاتهم هو الذي يجعلهم يلجؤون إلى سلطة اجتماعية هي المحاكم يكون لها الفصل في النزاع، ومع تواتر أحكام هذه السلطة واستقرارها تصبح القاعدة العرفية ملزمة<sup>(2)</sup>. ولقد انتقد أصحاب هذا المذهب لأن الأخذ به يجعل القاضي غير ملزم بتطبيق القواعد العرفية وهو ما يتعارض مع القانون الذي يقضي بتطبيق العرف في حالة انعدام نص تشريعي يفصل في النزاع، فالقاضي هنا لا ينشئه إنما يكشف عن وجوده، فالمحاكم تطبق العرف لأنه موجود وليس العكس<sup>(3)</sup>.

### خامسا: نظرية الإرادة الصريحة للمشرع

يرى أنصار هذا المذهب أن أساس الإلزام في العرف هو الإرادة الصريحة للمشرع، فالعرف لا يكون له وجود إلا إذا نص المشرع على الأخذ به وارتضاء الأمة من خلال السلطة التشريعية العمل به، لأنه يستجيب لمقتضيات حاجياتها الاجتماعية<sup>(4)</sup>، وهو ما جسده المشرع الجزائري في المادة الأولى من القانون المدني، التي نصت على اعتبار العرف مصدرا رسميا احتياطيا للقانون الجزائري بعد مبادئ الشريعة الإسلامية، وهو ما يؤكد أن المشرع قد أخذ بهذا الرأي<sup>(5)</sup>. كخلاصة لما سبق، لا يمكن إنكار فضل المذاهب السابقة في تحليل القوة الملزمة للعرف، وحتى ولو لم تصلح أفكار الآراء السابقة في تقديم المبرر الكافي لإلزام العرف إلا أنها تصادف جانبا في هذا المقام، فلا شك أن العرف يعبر بصدق عن إرادة الجماعة لكنه لا ينشئ العرف، بل لابد من إرادة واعية وهي السلطة التشريعية إضافة إلى الإرادة الصريحة لها في تبني عرف ما كما أنه لا يمكن إنكار قوة العرف الذاتية المستمدة من الضرورات الاجتماعية والتي تتراوح حسب كل مجتمع سواء كان تقليدي أم منظم، أين يلعب العرف دورا هاما في معاونة

<sup>1</sup> - عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 172.

<sup>2</sup> - محمد سعيد جعفرور، مرجع سابق، ص 192.

<sup>3</sup> - غالب علي الداودي، مرجع سابق، ص 192.

<sup>4</sup> - محمد سعيد جعفرور، المرجع نفسه، ص 194.

<sup>5</sup> - محمد سعيد جعفرور، المرجع نفسه، ص 124.

التشريع وتكملة ما ينقصه، كما أن تطبيق المحاكم للعرف يؤدي إلى تأكيده وتدعيمه وإزالة كل لبس حول مضمونه<sup>(1)</sup>.

## المبحث الثاني: أركان العرف و دوره في الفقه الإسلامي و القانون الجزائري

سنتناول في هذا المبحث أركان العرف في الفقه الإسلامي وفي القانون الجزائري، في المطلب الأول أما المطلب الثاني فندرس فيه دور العرف في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

### المطلب الأول: أركان العرف و دوره في الفقه الإسلامي

سنحدد أركان العرف في منظور الفقه الإسلامي ثم نبين دوره.

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

انقسم فقهاء الشريعة الإسلامية في بيان أركان العرف في الفقه الإسلامي الى مذهبين:

**المذهب الأول:** يتزعمه الشيخ أحمد فهمي أبو سنة، الذي وضع أركان العرف بناء على التعريف السابق للشيخ حافظ الدين النسفي، حيث يرى أنصار هذا المذهب ان للعرف ركنين هما:

**الركن الأول:** هو الاستعمال المتكرر، و يقابله في التقسيم القانوني اعتياد الناس على سلوك معين.

**الركن الثاني:** رضا و قبول أصحاب الطباع السليمة في المجتمع، و يقابله في التقسيم القانوني استقرار الإيمان في نفوس الناس بالقوة الملزمة للسلوك المتعارف عليه<sup>(2)</sup>.

**المذهب الثاني:** هو مذهب يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين، الذي قسم أركان العرف إلى ثلاث:

**الركن الأول:** سماه المعتاد، و هو الشخص في العادة الفردية أو الجمهور في العادة الجماعية.

**الركن الثاني:** سماه المعتاد عليه، و هو محل الاعتياد من أفعال أو ألقاظ.

<sup>1</sup> - رمضان أبو السعود، محمد حسين منصور، المدخل إلى القانون - القاعدة القانونية - د.ر.ط، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003، ص 200.

<sup>2</sup> - أحمد أبو سنة، مرجع سابق، ص 08.



الركن الثالث: سماه الاعتیاد، و هو تكرار الفعل و العمل و القول، فلا يمكن أن يكون الفعل أو اللفظ عرفا إلا إذا حصل مرات عديدة<sup>(1)</sup>.

فالمذهب الثاني خالف ما تبناه رجال القانون في تقسيمهم لأركان العرف، ذلك لأنهم يعتبرون عنصر الإلزام ركنا من أركان العرف، بينما يراه يعقوب الباحسين أقرب للشرط، لأن العرف إذا كان فاسدا لا يتفق مع الشريعة الإسلامية ليس له أي قوة إلزامية، و هو ما لا يتفق مع مفهوم الركن.

### الفرع الثاني: دور العرف في الفقه الإسلامي

سنتطرق في هذا العنوان إلى عناصر مهمة هي؛ تعارض العرف مع الأدلة الشرعية ثم تعارض العرف مع الأحكام الاجتهادية.

### أولا: تعارض العرف مع الأدلة الشرعية

قد يتعارض العرف مع النصوص الشرعية الموجودة مسبقا، وقد تكون هذه المعارضة من جميع الوجوه وحينئذ يعمل بالنص ولا اعتبار للعرف ويعتبر العرف في هذه الحالة باطلا، لأن النص الشرعي أقوى من العرف<sup>(2)</sup> وهو ملزم للجميع في جميع الأزمنة والأمكنة، ومثال ذلك تعارف الناس على شرب الخمر وتبرج النساء والتعامل بالربا<sup>(3)</sup>... الخ.

كما قد تكون معارضة العرف للنص الشرعي من بعض الوجوه وهنا نفرق بين العرف الخاص والعرف العام.

فإذا كان العرف خاصا؛ كأن يتعلق بفئة معينة أو بلد معين، فلا عبرة بمخالفته للنص، لأن العرف الخاص لا يخصص عاما ولا يقيد مطلقا وهذا الرأي الراجح عند أصحاب المذهب الحنفي<sup>(4)</sup>، أما المالكية فلم يفرقوا بين العرف العام والخاص في تخصيص العموم<sup>(5)</sup>، وأصح القولين عند الشافعية أنهم لا يعتبرون العرف الخاص في تخصيص النص<sup>(6)</sup>.

<sup>1</sup> - يعقوب الباحسين، مرجع سابق، ص 85.

<sup>2</sup> - السيد صالح عوض، مرجع سابق، ص 206.

<sup>3</sup> - أبو الخير عابدين، رسائل ابن عابدين، ج 2، د.د.ن، د.ب.ن، د.س.ن، ص 116.

<sup>4</sup> - السيد صالح عوض، المرجع نفسه، ص 199.

<sup>5</sup> - إلهام باجنيد، مرجع سابق، ص ص. 119، 120.

<sup>6</sup> - جلال الدين السيوطي، الأشباه والنظائر، المرجع السابق، ص 96.

أما إذا كان العرف عاما؛ فيختلف هنا الحكم حسب نوع العرف ما إذا كان قوليا أو فعليا فإن كان العرف القولي فلا اختلاف بين الفقهاء في اعتباره وينزل النص الشرعي على حدود المعنى ما لم توجد قرينة تدل على أن الشارع أراد بهذا اللفظ معنى أوسع<sup>(1)</sup>، ويتحقق ذلك في حالتين: الأولى؛ تعارف الناس على لفظ يقتصر استعماله على بعض أفرادهم، حتى أصبح مستقرا في الذهن كلفظ الدابة الذي ينصرف حسب تعارف الناس إلى كل من تمشي على أربع أو إلى حيوانات معينة بينما معناها أوسع من ذلك في تنصرف إلى كل ما يدب في الأرض، أما الحالة الثانية؛ أن يصبح اللفظ شائعا في غير ما وضع له أولا، ويصبح ما وضع له أولا مجازا فيه وما نقل إليه حقيقة متعارفة بين الناس<sup>(2)</sup>، كلفظ الغائط ومعناه الحقيقي المطمئن من الأرض واستعمل عرفا على الخارج المستقذر ( أعزكم الله).

أما إذا كان العرف المخالف للنص العام فعليا فهنا لا يُرد العرف وإنما يعتبر عرفا مخصصا للعموم الموجود في النص وهذا ما قال به الحنفية والمالكية<sup>(3)</sup>. مثل عقد الاستصناع الذي هو بيع المعدوم وهو منهي عنه ومع ذلك أجازته العلماء فحديث الرسول صلى الله عليه وسلم: ( لا تبع ما ليس عندك)<sup>(4)</sup> هو حديث عام في النهي عن بيع ما ليس عند الإنسان، وبقي في الاستصناع لتسهيل التعامل بين الناس.

أما الشافعية والحنابلة فقد ذهبوا إلى أن العرف العملي لا يخصص العام ولا يقيد المطلق باعتبار أن عامة الناس يعتادون الحسن والقبيح<sup>(5)</sup>.

<sup>1</sup> - مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ط2، ج1، دار القلم ، سوريا، 2004، ص 910.

<sup>2</sup> - إلهام باجنيد، مرجع سابق، ص 108.

<sup>3</sup> - أحمد الساعاتي، نهاية الوصول إلى علم الأصول، ج2، سلسلة 20، مطابع جامعة أم القرى، السعودية، 1998، ص 490.

<sup>4</sup> - شهاب الدين العسقلاني، مرجع سابق، ب55/ح 2135، ص124.

<sup>5</sup> - عماد شريف، إعتبار العرف في مسائل الزواج و آثاره في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير تخصص قانون الأسرة، جامعة المسيلة، 2015، ص 26 .

و بالنسبة للعرف الحادث بعد صدور النص، اي العرف الذي ظهر بعد وجود النص الشرعي، ولذلك لا يعتبر ولا يصلح لتخصيص النص الشرعي وهذا باتفاق العلماء، وليس هناك فرق في هذه الحالة بين العرف العام أو الخاص ولا بين العرف اللفظي أو العملي، فالعرف هنا تكون بعد أن حدد النص الشرعي مفهومه ومراد الشارع منه وإن تم تخصيص النص بعد ذلك بهذا العرف الطارئ المخالف له، يعتبر نسخا للنص الشرعي بالعرف وهذا لا يجوز لأن تطبيق هذه القاعدة سيؤدي إلى نسخ وتبديل أغلب أحكام الشريعة بأعراف طارئة<sup>(1)</sup>.

### ثانيا: تعارض العرف مع اللغة

قدم الكثير من الفقهاء العرف على اللغة عند التعارض ومنهم الغزالي والقرافي وابن عبد السلام والبغوي وابن عابدين وغيرهم<sup>(2)</sup>.

قال السيوطي في الأشباه: "... والإمام والغزالي يريان: اعتبار العرف وقال في الأيمان ما معناه إن عمت اللغة قدمت على العرف وقال غيره: إن كان العرف ليس له في اللغة وجه البتة، فالمعتبر اللغة، وإن كان له فيه استعمال ففيه خلاف، وإن هجرت اللغة حتى صارت نسيا منسيا قدم العرف..."<sup>(3)</sup>.

أما القرافي فقد قال: "... إنما اختلف العلماء في العرف واللغة هل يقدم العرف على اللغة أم لا ؟ والصحيح تقديمه، لأنه ناسخ والناسخ مقدم على المنسوخ إجماعا..."<sup>(4)</sup>.  
و قد أورد البهوتي في كشف القناع ما يفيد تقديم العرف على اللغة "...و إن كان الذي اعتاده مخالفا لحقائقتها الأصلية اللغوية..."<sup>(5)</sup>.

<sup>1</sup>- مصطفى أحمد الزرقا، المرجع السابق، ص 919.

<sup>2</sup>- مصطفى أبو عجيبة، العرف وأثره في التشريع الإسلامي، ط1، دار الكتب الوطنية، ليبيا، 1986، ص 221.

<sup>3</sup>- جلال الدين السيوطي، الأشباه و النظائر، مرجع سابق، ص94.

<sup>4</sup>- شهاب الدين المالكي، الأحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام للإمام القرافي، ط2، دار البشائر الإسلامية، لبنان، 1994، ص 232.

<sup>5</sup>- منصور البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، ج 6، عالم الكتاب، لبنان، 1983، ص 304.

وقال ابن الشاط: " ...ففي الفتوى المعتبر: النية فإن لم تكن فالوطني، فإن لم يكن فاللغوي العرفي، فإن لم يكن فاللغوي الأصلي، فإن اجتمع في اللفظ الأصلي والعرفي والشرعي والوطني، فالمعتبر: الوطني. وفي الحكم لا نعتبر النية ويعتبر عداها..."(1).

### ثالثا: تعارض العرف مع الاجتهاد

اتفق الاجتهاد الإسلامي على أن الحكم القياسي يترك للعرف ولو كان عرفا حادثا، لأنه يفترض أن هذا العرف لا يعارضه نص خاص ولا عام معارضة مباشرة، والعرف مصدره الحاجة لذلك هو أقوى من القياس، فيُرجح بذلك العرف عند التعارض(2).

و بما أن العرف يترجح على القياس الذي يستند إلى نص شرعي فهو يترجح على الاستصلاح الذي لا يستند إلى نص(3).

أما إذا كانت علة القياس مستندة هي نفسها على العرف فهذا يعني أن تبدل الأحكام القياسية تتبدل بتبدل العرف، فتبدل الحكم هنا يكون تبعا لتبدل العرف تماشيا معه(4).

### المطلب الثاني: أركان العرف و دوره في القانون الجزائري

سنتناول في هذا المطلب أركان العرف في القانون الجزائري في الفرع الأول، اما الفرع الثاني فيتضمن دور العرف في القانون الجزائري ومختلف فروع القانون.

#### الفرع الأول: أركان العرف في القانون الجزائري

للعرف ركنان، ركن مادي و ركن معنوي

#### أولا: الركن المادي

نقصد بهذا الركن اطراد و إتباع و تكرار سلوك معين في مسألة معينة من طرف أفراد المجتمع بطريقة معينة(5).

1- شهاب الدين المالكي، أنوار البروق في أنواع الفروق، ط.خ، د.د.ن، السعودية، 2010م، ص39.

2- أبو الخير عابدين، مرجع سابق، ص 116.

3- مصطفى أحمد الزرقا، مرجع سابق، ص931.

4- المرجع والموضع نفسه.

5- أحمد سي علي، مرجع سابق، ص 236.

يتحقق الركن المادي بتوافر مجموعة شروط كالآتي:

**1 - القدم:** ينبغي أن تكون العادة التي تنشأ نتيجة تكرار السلوك و تواتره قديمة، بمعنى ان يمر على نشوئها زمن كاف لتأكيد تكرارها و رسوخها في نفوس الأفراد، و تحديد هذا الزمن متروك للسلطة التقديرية للقاضي وفقا للظروف، فهو يختلف باختلاف موضوع العرف.

**2 - الثبات:** يشترط أن تكون العادة ثابتة، أي أن تتكرر بصفة منتظمة فلا يتبعها الناس في أوقات معينة، و ينقطعون عنها في أوقات أخرى<sup>(1)</sup>.

**3 - العموم:** العرف ينشئ القاعدة القانونية، و القاعدة القانونية لا بد أن تكون عامة و مجردة فلا تتصرف أحكامها إلى شخص معين بذاته، و ليس معنى هذا أن يكون العرف عاما لكل الأشخاص في المجتمع، فقد يكون شاملا لفئة معينة كالتجار مثلا، مع ذلك لا يفقد صفة العمومية<sup>(2)</sup>.

**4 - عدم مخالفة النظام العام :** و هذا شرط يفرضه مبدأ المشروعية، فيجب ألا تكون العادة التي اطرد الناس على إتباعها مخالفة للنظام العام<sup>(3)</sup>، و هذا أمر بديهي؛ لأنه إذا سلمنا أن العرف قانون فلا يتصور أن يكون متعارضا مع النظام العام ، و لا أن يخالف نصا تشريعا آخرا أو مبدأ من مبادئ الشريعة الإسلامية، باعتبارهما مصدرين أعلى منه درجة<sup>(4)</sup>.

### ثانيا: الركن المعنوي

يقصد بالركن المعنوي للعرف، اكتساب السلوك المتواتر صفة الإلزام، و هذا الركن يرتقي بالعادة إلى منزلة العرف كمصدر احتياطي للقاعدة القانونية<sup>(5)</sup>.  
حيث يستقر الاعتقاد في نفوس الناس بالقوة الملزمة للسلوك المتواتر<sup>(6)</sup>.

<sup>1</sup>- محمد سعيد جعفرور، مرجع سابق، ص ص.176،175.

<sup>2</sup>- توفيق حسين فرج، مدخل للعلوم القانونية، موجز للنظرية العامة للقانون و النظرية العامة للحق، مؤسسة الثقافة الجامعية، لبنان، 1976، ص 92.

<sup>3</sup>- عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 171.

<sup>4</sup>- محمد سعيد جعفرور، المرجع نفسه، ص ص.178،177.

<sup>5</sup>- كتيبة حمودي، ليندة حساني، مركز العرف في الرابطة الزوجية. ، مذكرة لنيل شهادة الماستر تخصص قانون خاص جامعة بجاية، 2019/2018، ص 03.

<sup>6</sup>- نوال العفيفي، مرجع سابق، ص 13.

و الركن المعنوي هو ما يميز العادة عن العرف؛ فالعرف عبارة عن عادة يشعر الناس أنها ملزمة لهم من الوجهة القانونية، أما إذا خلت العادة من العنصر المعنوي، فلا تكون عرفاً، و لا تعتبر من مصادر القانون<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثاني: دور العرف في القانون الجزائري

لقد نصت المادة الأولى من القانون المدني الجزائري<sup>(2)</sup> في فقرتها الثانية على أنه إذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف وبذلك وضع المشرع ترتيباً لمصادر التشريع، فوضع العرف في المرتبة الثالثة بعد مبادئ الشريعة الإسلامية في حالة وجود نقص في التشريع الوضعي. ويلعب العرف دوراً مهماً في مختلف فروع القانون ويتمحور ذلك خاصة في ثلاثة أدوار مهمة نوردتها كما يلي:

#### أولاً: دور العرف كمصدر مكمل للتشريع

يفترض في هذه الحالة وجود نقص في التشريع، بمعنى أن نصوصه المكتوبة لم تعالج وضعاً معيناً وهو ما يُحتم على القاضي اللجوء للمصدر الموالي للتشريع في المرتبة وهو في القانون المدني الجزائري مبادئ الشريعة الإسلامية<sup>(3)</sup>، فإن لم يجد في هذا المصدر حلاً لمشكلته لجأ إلى المصدر الذي الموالي وهو العرف فإن وجد ضالته عُد العرف مصدراً مكملًا للتشريع لأنه سد النقص وساهم في حل مشكلة قانونية<sup>(4)</sup>. ويلاحظ أن دور العرف المكمل قليل بالمقارنة مع دوره المساعد للتشريع<sup>(5)</sup>، وتوجد أعراف مكملة لمختلف فروع القانون ومن بين هذه القوانين:

<sup>1</sup> - محمد عاشور، مدخل إلى علم القانون، د.ر.ط، الجامعة الافتراضية السورية، سوريا، 2018، ص 131.

<sup>2</sup> - تنص المادة الأولى من القانون المدني الجزائري: "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 يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة."

<sup>3</sup> - أحمد سي علي، مرجع سابق، ص 271.

<sup>4</sup> - عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 176.

<sup>5</sup> - فريدة محمدي زواوي، مرجع سابق، ص 82.

## 1: في مجال القانون العام

- القانون الدستوري: يشغل فيه العرف مكانة مرموقة في البلدان التي تتبنى دستورا مرنا (عرفيا) حيث تخضع القواعد الدستورية المهمة التي تنظم الدولة للعرف الدستوري، ويتضاءل دور العرف في الدساتير المكتوبة<sup>(1)</sup>.

- القانون الإداري: باعتبار أن القانون الإداري غير مقنن أصبح للعرف الإداري دور مهم في حل الإشكالات المطروحة أمام القضاء، ويقصد بالعرف الإداري؛ السلوك الذي تتبعه الإدارة بصورة متكررة ولمدة طويلة على نحو يجعل الأفراد والإدارة يعتقدون بالزامية انتهاج هذا السلوك<sup>(2)</sup>.

- القانون الجنائي: لا يعتبر العرف مصدرا احتياطيا للقانون الجنائي ونصوصه، لاستناد هذا القانون على قاعدة لا جريمة ولا عقوبة أو تدبير أمني بغير قانون<sup>(3)</sup>، فالتشريع احتكر حق تقرير الجرائم وفرض العقوبات، ولا يكون للقاضي بناء على ذلك عند خلو التشريع من نص يقضي بتجريم فعل والعقاب عليه إلا تبرئة المتهم<sup>(4)</sup>.

## 2: في مجال القانون الخاص

القانون المدني: يلعب العرف دورا محدودا في مجال القانون المدني لأن هذا الأخير أحاط وشمل مختلف العلاقات والروابط بين الأفراد، وهو ما يفسره القانون المدني الجزائري الذي يحتوي على أكثر من ألف مادة، فاقصر دور العرف هنا على ما أغفله المشرع وما لم تتضمنه مبادئ الشريعة الإسلامية ومن أمثلته احتفاظ المرأة بعد زواجها بلقبها العائلي إلى جانب لقب زوجها<sup>(5)</sup>.

<sup>1</sup> - غالب علي الداودي، مرجع سابق، ص 159، 160.

<sup>2</sup> - عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 177.

<sup>3</sup> - تنص المادة الأولى من الأمر رقم 66-156 مؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966، المتضمن

قانون العقوبات المعدل والمتمم: " لا جريمة ولا عقوبة أو تدابير أمن بغير قانون "

<sup>4</sup> - محمد سعيد جعفرور، مرجع سابق، ص 198.

<sup>5</sup> - عمار بوضياف، المرجع نفسه، ص 177.

**القانون الدولي الخاص:** يرى بعض الفقهاء أنه لا وجود لعرف دولي ملزم في ما يتعلق بالقانون الدولي الخاص، كما يرى بعضهم أن القانون الدولي الخاص تضمن كثيرا من القواعد العرفية، كقاعدة إخضاع العقد من حيث شكله لقانون المكان الذي أبرم فيه العقد، وقاعدة إخضاع المنقول في مواد الميراث لقانون موطن المتوفى<sup>(1)</sup>.

**القانون التجاري:** يكون للعرف فيه دور كبير فلقد ترك المشرع حل بعض المعاملات التجارية والمسائل الجزئية له نظرا لطبيعة معاملاته التي تتميز بسرعة تطورها، كما أن القواعد التي تنظم العلاقات بين التجار نشأت أصلا عن طريق العرف<sup>(2)</sup>.

### ثانيا: دور العرف كمساعد للتشريع

لا نكون في هذه الحالة بصدد سد نقص موجود في التشريع، حيث يستعين المشرع أثناء عرضه لمسألة معينة في القاعدة بالعرف لتحقيق أغراض مختلفة يكون العرف فيها أكثر ملائمة للتشريع، فنجد كثيرا من النصوص التشريعية تحيل القاضي إلى العرف<sup>(3)</sup>، ويكون ذلك بصور عدة:

**الصورة الأولى:** إحالة القاضي على العرف في القاعدة المكملة لاستكمال النقص الذي يشوب اتفاق المتعاقدين، فإن أهمل المتعاقدان الاتفاق فيما بينهما، يطبق القاضي العرف للتعرف على المكان أو الزمان، فإن لم يجد ما يطبقه عرفا يلجأ إلى ما تقضي به القاعدة القانونية<sup>(4)</sup> مثال ذلك اعتبار العرف السائد في منطقة معينة لتحديد قيمة المهر، و اعتماد مهر المثل المتعارف عليه في تلك المنطقة متى ثار النزاع بين الأطراف و لم تكن قيمة الصداق محددة، و هو ما تضمنته المادة 15 من قانون الأسرة الجزائري<sup>(5)</sup> التي جاء نصها كالتالي:

"يحدد الصداق في العقد، سواء كان معجلا او مؤجلا. في حالة عدم تحديد قيمة الصداق، تستحق الزوجة صداق المثل."

<sup>1</sup> - فريدة محمدي زواوي، مرجع سابق، ص 83.

<sup>2</sup> - غالب علي الداودي، مرجع سابق، ص 161.

<sup>3</sup> - فريدة محمدي زواوي، المرجع نفسه، ص 85.

<sup>4</sup> - محمد سعيد جعفرور، مرجع سابق، ص 199.

<sup>5</sup> - أمر رقم 02-05 مؤرخ في 27 فبراير 2005 يعدل ويتمم القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة، ج.ر.ع 15 مؤرخة في 27 فبراير 2005.



**الصورة الثانية:** إحالة القاضي على العرف للاسترشاد به في التعرف على نية المتعاقدين: بحيث يستعين القاضي بالعرف لتفسير إرادة المتعاقدين وهذا ما تضمنته المادة 111 من القانون المدني بنصها: "إذا كان هناك محل لتأويل العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجاري في المعاملات". فدور العرف هنا مساعدة القاضي في تفسير العقد من أجل التعرف على نية المتعاقدين مع ترجيحه التفسير المطابق للعرف السائد<sup>(1)</sup>.

**الصورة الثالثة:** إحالة القاضي على العرف لتحديد مضمون القاعدة القانونية: وهنا يقتصر دور القاعدة القانونية على تقرير الالتزام المتعاقد، ثم يحال القاضي إلى العرف من أجل تحديد ماهية هذا الالتزام<sup>(2)</sup>. و مثال ذلك أعمال العرف في تحديد الضروريات التي تجب في النفقة، و هو ما جاءت به المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري<sup>(3)</sup>.

### ثالثا: دور العرف المخالف للتشريع

بالرجوع للمادة الأولى من القانون المدني الجزائري، نجد أن ترتيب العرف يقع بعد التشريع الذي تليه في الرتبة مبادئ الشريعة الإسلامية، ولذلك وتبعاً لمبدأ تدرج القوانين لا يجوز للعرف مخالفة أو إلغاء التشريع لأنه أعلى منه درجة، غير أنه يمكن - كاستثناء - للعرف مخالفة التشريع في بعض المجالات نوردها بالشكل التالي:

#### 1: مجال القواعد الآمرة

الأصل أنه لا يلجأ القاضي إلى العرف في حالة وجود القاعدة الآمرة<sup>(4)</sup>، كما لا يجوز أن ينشأ عرف في الجماعة مخالف لقاعدة آمرة<sup>(5)</sup>، وهذا ما ينطبق على أحكام القانون المدني، غير أن الاستثناء يتعلق بالعرف التجاري والذي يجوز له مخالفة نص تشريعي مدني آمر، وهذا ما صرحت به المادة 449 من القانون المدني حيث استبعدت هذه المادة قواعد القانون المدني

<sup>1</sup> - محمد سعيد جعفرور، مرجع سابق، ص 200.

<sup>2</sup> - أحمد سي علي، مرجع سابق، ص 275.

<sup>3</sup> - جاء في المادة 78 ق.أ.ج: "تشمل النفقة... و ما يعتبر من الضروريات في العرف و العادة".

<sup>4</sup> - القاعدة الآمرة: هي القواعد التي يجبر الأفراد على احترامها ولا يجوز لهم الاتفاق على مخالفتها.

<sup>5</sup> - أحمد سي علي، المرجع نفسه، ص 280.

لفائدة العرف التجاري نظرا لاختلاف المجالين المدني والتجاري<sup>(1)</sup>. و بالتالي يجوز للقاضي استثناءا إعمال العرف التجاري المخالف لقاعدة آمرة.

أما في قضايا شؤون الأسرة، فلا يجوز إعمال العرف المخالف لقاعدة آمرة، لأن المصدر الأول لقواعد قانون الأسرة هو أحكام الشريعة الإسلامية، ثم يأتي بعده التشريع، ليليهما العرف كمصدر ثالث، فلا يجوز لقاضي شؤون الأسرة الأخذ بالعرف في وجود مصادر تسبقه.

## 2: مجال القواعد المكملة

إن الغاية من وجود النصوص القانونية المكملة<sup>(2)</sup> هو تكملة ما نقص من شروط العقد في حالة سكوت المتعاقدين عن تنظيم هذه الشروط ولذلك يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها ومن باب أولى يجوز لأن ينشأ عرف يخالفها<sup>(3)</sup>.

إذن يمكن للقاضي إعمال العرف المخالف للقواعد المكملة متى تمسك به أصحاب الحقوق.

و كخلاصة لما سبق: العرف عند الأصوليين و الفقهاء هو كل قول أو فعل تعارف عليه الناس و ساروا عليه مدة معينة مع الاعتقاد بالزاميته، سواء كان عاما أو خاصا أو شرعيا، و سواء كان صحيحا أو فاسدا. فهو مصدر من المصادر التبعية للتشريع الإسلامي اتفق الفقهاء و الأصوليون على حجيته و اعتباره.

أما في القانون؛ العرف مصدر احتياطي للقاعدة القانونية، يتمثل في إتباع سلوك معين لفترة معينة مع الاعتقاد بالزامية هذا السلوك قانونا، يلجأ القاضي إلى إعمال العرف في حالة انعدام النص التشريعي و مبادئ الشريعة الإسلامية، كما قد يلجأ إليه كمكمل للتشريع أو مساعد له، و أحيانا يحكم القاضي استنادا إلى العرف رغم مخالفته للنصوص التشريعية.

<sup>1</sup> - عبد المجيد زعلاني، المدخل لدراسة القانون - النظرية العامة للقانون، د.ر.ط، دار هومة، 2010، الجزائر، ص 84.

<sup>2</sup> - القاعدة المكملة: هي قواعد يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالف حكمها لأنها مكملة لإرادة الأفراد.

<sup>3</sup> - محمد سعيد جعفرور، مرجع سابق، ص 197.

## الفصل الأول:

الاعتبار بالعرف في مسائل الطلاق.

## تمهيد

الأصل في عقد الزواج هو التأييد، فهو عقد قائم على ثلاثة أسس متينة هي: المودة و الرحمة و السكن، لكن يحدث أن تنهار إحدى هذه الأسس أو جميعها في بعض الزيجات مما يخلق مشاكل أو عوائق، تجعل من استمرار الحياة الزوجية أمرا مستحيلا أو صعبا لأحد الزوجين أو لكليهما، لهذا شرع الدين الإسلامي الطلاق بصورة الثلاث: بإرادة الزوج، الخلع، التفريق القضائي أو ما يعرف قانونا بالتطليق.

في هذا الفصل سندرس هذه الحالات كل على حدا، ثم سنظهر مدى الاعتبار بالعرف في كل منها، وفق منظور الفقه الإسلامي و القانون الجزائري. و ذلك في ثلاثة مباحث:

**المبحث الأول: الاعتبار بالعرف في الطلاق بالإرادة المنفردة.**

**المبحث الثاني: الاعتبار بالعرف في الخلع.**

**المبحث الثالث: الاعتبار بالعرف في التطليق ( التفريق القضائي ).**

## المبحث الأول: الاعتبار بالعرف في الطلاق بالإرادة المنفردة

إن أكثر أنواع الطلاق شيوعا وتعارفا عليه هو الطلاق بإرادة الزوج، في هذا المبحث سنبين مفهوم فك الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة كمطلب أول، من خلال ذكر التعريف اللغوي، الاصطلاحي و القانوني للطلاق، ثم بيان حكمة و طبيعته القانونية ، بعد ذلك سنرى مدى الاعتبار بالعرف في الطلاق بالإرادة المنفردة لدى كل من الفقه و القانون كمطلب ثان.

### المطلب الأول: مفهوم الطلاق بالإرادة المنفردة

كي يتسنى لنا ضبط مفهوم الطلاق بالإرادة المنفردة، يتعين علينا ذكر تعريفه (الفرع الأول) وكذا إيراد أدلة مشروعيته (الفرع الثاني).

#### الفرع الأول: تعريف الطلاق بالإرادة المنفردة

سنعرف الطلاق من الناحية اللغوية، ثم من الناحية الاصطلاحية بإيراد التعريف الفقهي الإسلامي و التعريف القانوني.

#### أولاً: التعريف اللغوي للطلاق

طَلَّقَ، الطلق: طلق المخاض عند الولادة، الطلق وجع الولادة وطلاق المرأة بينونتها عن زوجها وامرأة طالق من نسوة طُلق وطالقة من نسوة طوالق، وطلق الرجل امرأته، وطلاق النساء لمعنيين أحدهما حل عقدة النكاح والآخر بمعنى التخلية والإرسال ويقال للإنسان إذا عتق طليق أي صار حراً وأطلق الناقة من عقالها وطلقها فطَلقت هي بالفتح، وناقاة طُلق وطلق لا عقال عليها والجمع أطلاق...<sup>(1)</sup>.

جاء لفظ الطلاق والإطلاق بنفس المعنى في اللغة، لكن جرت العادة والعرف على أن لفظ الطلاق يقتصر على رفع القيد المعنوي، فنقول عرفاً طَلقت امرأتي ولا نقول أطلقتها، أما لفظ الإطلاق فيقتصر على رفع القيد الحسي فنقول عرفاً أطلقت الأسير ولا نقول طلقتة<sup>(2)</sup>.

<sup>1</sup> - جمال الدين بن منظور، مصدر سابق، ص ص.96،95.

<sup>2</sup> - أحمد رشاد عبد الهادي، مرجع سابق، ص 129.

## ثانياً: التعريف الاصطلاحي للطلاق

سنستعرض التعريف الفقهي ثم التعريف القانوني للطلاق.

### أ: تعريف الفقه الإسلامي للطلاق

الطلاق في الفقه "إزالة عقد النكاح في الحال أو المستقبل بلفظ مخصوص"، كقوله أنت طالق أو ما يقوم مقامه كقوله: اذهبي إلى أهلك، ومن أمثلته اختصاص الرجل بإيقاع الطلاق، وله أن يوكل به (1) ومن شواهد قوله تعالى ((يَأْتِيهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا)) (2).

حيث عرف الحنفية الطلاق أنه: "رفع القيد الثابت شرعا بالنكاح تطبيقها واحدة في طهر لا وطء فيه وتركها" (3)، كما عرفه المالكية بأنه: "صفة حكمية ترفع حلية متعة الزوج بزوجته موجب تكررها للحر مرتين ومرة لذي رق حرمتها عليه قبل زوج" (4)، وعرفه الشافعية: "حل عقد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه" (5)، بينما كان تعريف الحنابلة للطلاق: "حل قيد النكاح أو بعضه" (6).

### ب : التعريف القانوني للطلاق

لم يتطرق المشرع الجزائري لتعريف الطلاق بالإرادة المنفردة، إنما تعرض له كصورة من صور فك الرابطة الزوجية، حيث نصت المادة 48 من قانون الأسرة المعدلة بالأمر 02/05 على أنه: "مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو

<sup>1</sup>- عبد العزيز السويلم وآخرون، معجم مصطلحات العلوم الشرعية، ط 2، مج 1، مكتبة الملك فهد ، السعودية، 2017، ص 1063.

<sup>2</sup>- سورة الطلاق، الآية 01.

<sup>3</sup>- حافظ الدين النسفي، البحر الرائق - شرح كنز الدقائق - ، ط 1، ج 3، دار الكتب العلمية، لبنان، 1997، ص 409.

<sup>4</sup>- محمد الشنقيطي، لوامع الدرر في هتك أستار المختصر، ط 1، مج 7، دار الرضوان، نواكشوط، موريتانيا، 2015، ص 11.

<sup>5</sup>- شمس الدين الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، تح: علي معوض وعادل الموجود، ب.ط، ج 4، دار الكتب العلمية، لبنان، 2000، ص 455.

<sup>6</sup>- منصور البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ط 1، ج 3، دار عالم الكتب، لبنان، 1993، ص 73.

بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون".

وكالعادة نلاحظ أن المشرع لم يتناول تعريف الطلاق قانوناً لأنه ليس اختصاصه بالأساس، واكتفى ببيان الأهم وهو طرق انحلال الرابطة الزوجية<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثاني: مشروعية الطلاق

شرح الطلاق في الإسلام كنعمة، حتى يتمكن الزوجان المتباغضان أو غير المتفاهمين من التخلص من الرابطة التي تجمعهما، ليجد كل منهما من هو خير له<sup>(2)</sup>، وذلك متى ساءت العشرة و اشتد الخلاف بينهما.

فالطلاق جائز في الشريعة الإسلامية، و من أدلة جوازه:

أولاً: من القرآن الكريم.

1 - قوله تعالى : ((وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَّغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُوًا وَاذْكُرُوا نِعْمَتَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَمَا أَنْزَلَ عَلَيْكُمْ مِنَ الْكِتَابِ وَالْحِكْمَةِ يَعِظُكُمْ بِهِ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ ﴿٣١﴾ وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَّغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَضُوا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ ذَلِكَ يُوعِظُ بِهِ مَنْ كَانَ مِنْكُمْ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَمْ أَزْكَى لَكُمْ وَأَطْهَرُ وَاللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ ))<sup>(3)</sup>.

2 - قوله تعالى : ((يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَتَّعُوهُنَّ وَسَرَّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا))<sup>(4)</sup>.

<sup>1</sup> - العربي بختي، أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري- دراسة مقارنة- ط 1، كنوز الحكمة، الجزائر، 2013، ص 86.

<sup>2</sup> - سعادي لعلی، الزواج و انحلاله في قانون الأسرة الجزائري، اطروحة دكتوراه علوم في القانون الخاص، جامعة الجزائر1، 2014-2015، ص 222.

<sup>3</sup> - سورة البقرة، الآيتان 231 و 232.

<sup>4</sup> - سورة الأحزاب، الآية 49.

3 - قوله تعالى: (( يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا ))<sup>(1)</sup>.

4 - قوله تعالى: (( عَسَى رَبُّهُ إِنْ طَلَّقَكُنَّ أَنْ يُبَدِّلَهُ أَرْوَاجًا خَيْرًا مِنْكُنَّ مُسَلِّمَاتٍ مُؤْمِنَاتٍ قَنِيَتٍ تَكْتَبِينَ عِبَادَاتٍ سَدَّحَاتٍ تَيَّبَاتٍ وَأَبْكَارًا ))<sup>(2)</sup>.

ثانيا: من السنة

1- قوله صلى الله عليه و سلم: " ما أحل الله شيئا أبغض إليه من الطلاق "<sup>(3)</sup>.

2- قوله صلى الله عليه و سلم: " ثلاث جدهن جد و هزلهن جد : النكاح و الطلاق و الرجعة "<sup>(4)</sup>.

3- طلق عبد الله بن عمر - رضي الله عنهما - امرأته و هي حائض، على عهد الرسول صلى الله عليه و سلم، فسأل عمر بن الخطاب رسول الله صلى الله عليه و سلم عن ذلك فقال: " مرة فليراجعها، ثم ليمسكها حتى تطهر، ثم تحيض، ثم تطهر، ثم إن شاء أمسك بعد، و إن شاء طلق قبل أن يمس، فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء "<sup>(5)</sup>.

ثالثا: من الإجماع

أجمع فقهاء الإسلام على مشروعية الطلاق من لدن عهد الرسول صلى الله عليه و سلم، وأنه يجوز للرجل أن يطلق زوجته و لم ينكر على ذلك أحد<sup>(6)</sup>، فقد يفسد الحال بين الزوجين فيصير بقاء الزواج مفسدة و ضررا محضا، لسوء العشرة و الخصومة الدائمة بين الزوجين<sup>(7)</sup>. لذلك وقع الإجماع على جواز الطلاق لتزول المفسدة الحاصلة من عقد الزواج.

<sup>1</sup> - سورة الطلاق، الآية 01.

<sup>2</sup> - سورة التحريم، الآية 05.

<sup>3</sup> - أبو داود السجستاني، سنن أبي داود، تح: شعيب الارنؤوط و محمد كامل قوبلي، ج3، ط خ دار الرسالة العلمية، لبنان، 2009، ص 504.

<sup>4</sup> - أبو عيسى الترمذي، سنن الترمذي، تح: رائد بن صبري بن أبي علفه، ط2، دار الحضارة، السعودية، 2015 ص249.

<sup>5</sup> - ابو عبد الله البخاري، صحيح البخاري، مج 07، ط1، دار التأصيل، مصر، 2012، ص 111.

<sup>6</sup> - ابن المنذر النيسابوري، الإجماع، تح: أبو حماد حنيف، ط 02، مكتبة الفرقان، الإمارات، 1999، ص 112.

<sup>7</sup> - موفق الدين بن قدامه، المغني، تح: عبد الله بن عبد المحسن التركي و عبد الفتاح محمد الحلو، ج 10، ط2، دار عالم الكتب، السعودية، 1992، ص323.



### الفرع الثالث: حكم الطلاق و طبيعته القانونية

سنتناول في هذا الفرع عنصران؛ العنصر الأول هو حكم الطلاق في التشريع الإسلامي ثم نتطرق في العنصر الثاني إلى الطبيعة القانونية للطلاق بالإرادة المنفردة بحكم أن القانون سمي الطلاق الصادر من الزوج بالطلاق بالإرادة المنفردة.

### أولاً: حكم الطلاق في التشريع الإسلامي

اختلف الفقهاء حول الوصف الشرعي للطلاق.

حيث يرى أبو زهرة أن الأصل في الطلاق الحظر حتى تدعو حاجة إليه<sup>(1)</sup>، واستدل أصحاب هذا الرأي بقوله تعالى: ((الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ فَأَلْصَلِحَتْ فَنِتَتْ حَفِظَتْ لِلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ وَالَّتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَأَهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَأَضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا))<sup>(2)</sup>.

فحصول الطلاق مع عدم الحاجة إليه هو ظلم للمرأة، كما روى أبو داود أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (ما أحل الله شيئاً أبغض إليه من الطلاق)<sup>(3)</sup>، كما روى أنه صلى الله عليه وسلم قال: (لا تطلقوا النساء إلا من ريبة فإن الله لا يحب الذواقين ولا الذواقات)، كما روي عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (أبغض الحلال إلى الله عز وجل الطلاق)<sup>(4)</sup>.

<sup>1</sup> - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط 3، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1957، ص 284.

<sup>2</sup> - سورة النساء، الآية 34.

<sup>3</sup> - أبو داود السجستاني، السنن، ط 1، مج 4، تح: عادل ابن محمد وأبي عمر وعماد الدين بن عباس، دار التأصيل، 2015، باب كراهية الطلاق، 2166/3، ص 178.

<sup>4</sup> - أبو داود السجستاني، المرجع والموضع نفسه، باب كراهية الطلاق، 2167/3.

أما الذين يرون أن الأصل في الطلاق الإباحة<sup>(1)</sup> فقد احتجوا بقوله تعالى: (( لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَّعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ ))<sup>(2)</sup> فهذه الآية تبيح الطلاق ولا جناح على الزوج طلاق زوجته.

ولذلك فالطلاق مشروع، وجائز بالإجماع تطبيقاً لقوله تعالى: ((الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ))<sup>(3)</sup> وكذلك قوله تعالى: (( يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ ))<sup>(4)</sup>، كما روي عن ابن عمر رضي الله عنه أنه قال: (كان تحتي امرأة أحبها وكان أبي يكرهها فأمرني أن أطلقها، فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم فأمرني أن أطلقها)<sup>(5)</sup>.

والرأي الأصح بين الفقهاء هو الذي ذهب إلى حظره إلا لحاجة وهم الأحناف والحنابلة<sup>(6)</sup>.

إلا أن الفقهاء قد اتفقوا على الأحكام التكليفية الخمسة التي تعتري الطلاق وهي كما يلي:

**1- الوجوب:** فقد يكون الطلاق واجبا في حالة المولي بعد مرور فترة الأربعة أشهر، وامتناعه عن الرجوع لمعاشرة زوجته فيجبر حينها على الطلاق، و يكون واجبا في حقه<sup>(7)</sup>، وطلاق الحكيم في الشقاق بين الزوجين إذا رأيا أن الطلاق هو الوسيلة لقطع الشقاق<sup>(8)</sup>.

**2- الندب أو الاستحباب:** ويكون في حالة تضرر المرأة بالمقام لبغض أو غيره، أو كونها مفرطة في حقوق الله تعالى أو أن تكون غير عفيفة<sup>(9)</sup>.

1- محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 284.

2- سورة البقرة، الآية 236.

3- سورة البقرة، الآية 229.

4- سورة الطلاق، الآية 01.

5- رواه أحمد، مسند الإمام أحمد، مرجع سابق، ح/4711، ص 348.

6- علي الطهطاوي، تنبيه الأبرار بأحكام الخلع والطلاق والظهار، ط 1، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003، ص 86.

7- إلهام باجنيد، مرجع سابق، ص 139.

8- علي الطهطاوي، المرجع السابق، ص 86.

9- جمال الدين الحنبلي (المعروف بابن المبرد)، الدر النقي في شرح الفاظ الخرقى، ط 1، دار المجتمع، السعودية، 1991، ص 272.

- 3- التحريم: إذا كان لغير حاجة تدعو إليه أو كان طلاق البدعة ولم يكن على السنة<sup>(1)</sup>.
- 4- الكراهية: إذا طلق الزوج زوجته بدون سبب باعتبار أن الأصل في الطلاق عدم الجواز<sup>(2)</sup>.
- 5- الإباحة: ويكون في حالة ما إذا لم يفت به أو بتركه مصلحة، ولم ينتج عليه أو ضده ضرر<sup>(3)</sup>.

### ثانيا: الطبيعة القانونية للطلاق

يعتبر الطلاق طريقا من طرق انحلال الرابطة الزوجية، حيث نصت المادة 47 من قانون الأسرة على: " تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة ".  
و طبقا للمادة 48 من نفس القانون؛ الطلاق قد يكون بالإرادة المنفردة للزوج، و هو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في إحدى قراراتها الذي قضى بأن الطلاق بالإرادة المنفردة حق للزوج<sup>(4)</sup>.  
كما قد يكون الطلاق باتفاق الطرفين أي بالتراضي، و هو ما أكدته المادة 427 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية<sup>(5)</sup>. و كذا قرار المحكمة العليا بأن الطلاق بالتراضي هو إسهاد من المحكمة على رغبة الطرفين في الطلاق<sup>(6)</sup>.  
تجدر الإشارة أن للزوجة الحق في طلب تعويض عن الضرر اللاحق بها إذا تعسف الزوج في الطلاق و ذلك عملا بالمادة 52 من قانون الأسرة<sup>(7)</sup>، و نشير أيضا أنه يمكن للزوج توكيل طرف آخر من أجل مباشرة إجراءات الطلاق، و في هذه الحالة لا بد أن تكون الوكالة مكتوبة و خاصة طبقا لأحكام المواد 572 و 574 من القانون المدني الجزائري<sup>(8)</sup>.

1- عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية، في الشريعة الإسلامية، ط 2، دار القلم، الكويت، 1990، ص 143.

2- عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ط 2، ج 4، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003، ص 264.

3- عبد الكريم اللاحم، المطلع على دقائق زاد المستنقع - فقه الأسرة - ط 1، مج 3، دار الكنوز اشبيلية، السعودية، 2010، ص 17.

4- ق.م.ع الصادر بتاريخ 15/06/1999، غ.أ.ش، ملف رقم 223019، م.ق سنة 2001، ع.خ، ص 104.

5- قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فبراير 2008، متضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ج.ر.ع 21 مؤرخة في 24 ابريل 2008.

6- ق.م.ع الصادر بتاريخ 23/05/2000، غ.أ.ش، ملف رقم 243943، م.ق سنة 2001، ع.خ، ص 122.

7- تنص المادة 52 ق.أ.ج: " إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطالبة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها "

8- تتكلم المادتان عن الوكالة و شروطها في القانون الجزائري.

أما الطلاق بالتراضي فيتم بواسطة عريضة مشتركة موقعة من طرف الزوج و الزوجة معا وفقا لأحكام المادة 428 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية<sup>(1)</sup>.

### المطلب الثاني: اثر العرف في الطلاق بالإرادة المنفردة

في هذا المطلب سنرى مدى سلطان العرف في أحكام الطلاق بالإرادة المنفردة بين الفقه الإسلامي (الفرع الأول) و قانون الأسرة الجزائري. (الفرع الثاني)

#### الفرع الأول: أثر العرف في الطلاق بالإرادة المنفردة وفقا للتشريع الإسلامي

لأن مسائل الطلاق و إشكالاته كثيرة لا حصر لها، سنقتصر في بحثنا هنا على أثر العرف في ألفاظ الطلاق و صيغه، و أثر العرف في الرجعة.

#### أولاً: أثر العرف في ألفاظ الطلاق و صيغه

يبرز العرف بشكل ملحوظ في الألفاظ و الصيغ التي يقع بها الطلاق.

#### 1 : الطلاق الصريح و الطلاق الكناي

الطلاق الصريح هو ما لا يحتمل غير معناه الموضوع له، حيث لا يتبادر عند إطلاقه غير المعنى الذي شاع استعماله فيه<sup>(2)</sup>، كقول الرجل: "أنت طالق" أو "طلقتك" أو "أنت مطلقة" حيث يفهم منه عند النطق به معنى الطلاق و لا يستعمل عرفاً إلا فيه، و هو كذلك كل لفظ اعتاد الناس على استعماله لرفع قيد الزواج<sup>(3)</sup> مثل: "علي الحرام" أو "أخرجتك من رقبتي". و الصريح عند الحنفية و المالكية هو لفظ الطلاق وحده، أما الشافعية و الحنابلة فالصريح عندهم ثلاث: الطلاق و الفراق و السراح، لكن العرف يؤيد ما ذهب إليه الحنفية و المالكية لأن اللفظ المتعارف عليه و المشهور بين الناس هو لفظ الطلاق، و نادراً ما يستعمل لفظ السراح و الفراق للدلالة على الطلاق<sup>(4)</sup>.

<sup>1</sup>- تنص المادة 428 ق.إ.م.إ: "...في حالة الطلاق بالتراضي يقدم طلب مشترك في شكل عريضة وحيدة...".

<sup>2</sup>- إلهام باجنيد، مرجع سابق، ص 175.

<sup>3</sup>- عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية، في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 134.

<sup>4</sup>- أحمد رشاد عبد الهادي، مرجع سابق، ص 137.

## الفصل الأول:..... الاعتبار بالعرف في مسائل الطلاق.

أما الطلاق الكنائي فهو ما يحتمل لفظه معنى الطلاق و غيره<sup>(1)</sup>، كقول الرجل: "الحقي بأهلك" أو "أخرجي من بيتي"، و اتفق الفقهاء أن ألفاظ الكناية لا يقع بها الطلاق إلا إذا كانت مقترنة بنية الطلاق، و مما استدلوا عليه ما روته السيدة عائشة - رضي الله عنها - ان ابنة الجون (أميمة بنت النعمان) لما دخلت على الرسول صلى الله عليه و سلم و دنا منها قالت: "أعوذ بالله منك"، فقال لها الرسول صلى الله عليه وسلم: "لقد عدت بعظيم، فالحقي بأهلك" قاصدا طلاقها<sup>(2)</sup>.

و الحكم الشرعي في إيقاع الطلاق الكنائي يتغير بتغير أعراف الناس في كل زمان و مكان، و لذلك يرى الحنفية ان الطلاق الكنائي ألفاظ عرفية إذا اشتهرت في عرف جماعة بمعنى الطلاق البائن يقع بائنا، و إذا اشتهرت بمعنى الطلاق الرجعي يقع رجعيا، فاللفظ لم يتغير و إنما يتغير عرف الناس و استعمالهم لهذا اللفظ<sup>(3)</sup>.

### 2 : الطلاق بلفظ واحد

الأصل أن يطلق الزوج زوجته طلاقة واحدة في طهر لم يمسه فيه، عملا بقوله تعالى: ((يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ))<sup>(4)</sup>، لكن المعروف و المشاع بين أكثر الناس هو قول الزوج - خاصة في لحظة غضبه - : أنت طالق طالق أو: أنت طالق بالثلاث.

انقسم الفقهاء في حكم هذه المسألة إلى ثلاثة أقوال:

القول الأول: تقع الطلقات ثلاثا، فتبين منه بينونة كبرى، و هو قول جمهور العلماء<sup>(5)</sup>.

القول الثاني: تقع طلاقة واحدة، و هو قول بن تيمية و تلميذه بن القيم.

<sup>1</sup>- مصطفى ابن العدوي، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، ط1، مكتبة بن تيمية، مصر، 1988، ص34.

<sup>2</sup>- ابو بكر البهقي، السنن الكبرى، تح: محمد بن عبد القادر عطا، ج7، ط3، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003، كتاب الخلع و الطلاق، ص56.

<sup>3</sup>- أحمد رشاد عبد الهادي، مرجع سابق، ص 138.

<sup>4</sup>- سورة الطلاق، الآية 01.

<sup>5</sup>- علي ابو البصل، مسألة الطلاق الثلاث بلفظ واحد، موقع شبكة الألوكة الشرعية <https://www.alukah.net>، تاريخ التصفح 2020/06/08، الساعة 00:31.

القول الثالث : فرق بين المدخول بها و غير المدخول بها؛ فيرون أن الطلاق يقع ثلاثا إذا كانت الزوجة مدخولا بها، و طلقة واحدة بائنة إذا كانت غير مدخول بها، و هو قول مروى عن أصحاب ابن عباس عطاء و سعيد بن جبير و غيرهم<sup>(1)</sup>.

### ثانيا: أثر العرف في الرجعة

1- تعريف الرجعة: الرجعة لغة: هي اسم مصدر رجع: يقال رجع عن سفره، وعن الأمر رجعا ورجوعا ورجعي ومرجعا، قال ابن السكيت: هو نقيض الذهاب، فيقال: رجعت عن الشيء وإليه، ورجعت الكلام وغيره أي رددته<sup>(2)</sup>، قال تعالى: ((فَإِنْ رَجَعَكَ اللَّهُ إِلَى طَائِفَةٍ مِّنْهُمْ فَاسْتَعْذَنُواكَ لِلْخُرُوجِ فَقُلْ لَنْ تَخْرُجُوا مَعِيَ أَبَدًا وَلَنْ تُقْتَلُوا مَعِيَ عَدُوًّا إِنَّكُمْ رَضِيتُمْ بِالْقُعُودِ أَوَّلَ مَرَّةٍ فَاقْعُدُوا مَعَ الْخَالِفِينَ))<sup>(3)</sup>.

شرعا: يطلق على استرجاع الزوج مطلقته غير البائن قبل انتهاء عدتها من غير عقد جديد، ومن أمثله مشروعية رد الزوج مطلقته غير البائن قبل انتهاء عدتها وقد تكون هذه الرجعة بالقول بعبارة تدل على إرجاعها من غير عقد جديد كقول الزوج لمطلقته: راجعتك أو رددتك أو أمسكتك أو أنت زوجي<sup>(4)</sup> كما قد تكون بالفعل (الوطء) .

فالطلاق الرجعي هو الذي يوقعه الزوج على زوجته المدخول بها حقيقة، بحيث لا يكون مسبقا بطلقة سابقة أصلا، أو قد يكون مسبقا بطلقة واحدة، كما لا يكون في مقابل مال<sup>(5)</sup>. وعرفه الحنفية: "هو الذي يملك فيه الزوج على زوجته رجعتها من غير اختيارها وأن من شرطه أن يكون في مدخول بها"<sup>(6)</sup>.

وعرفه الشافعية "هو الرد إلى النكاح بعد طلاق غير بائن"<sup>(7)</sup>.

1- أحمد رشاد عبد الهادي، المرجع نفسه، ص 131.

2- وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية الكويتية، الموسوعة الفقهية، ط 2، ج 22، الكويت، 1992، ص 104.

3- سورة التوبة، الآية 83.

4- عبد العزيز السويلم وآخرون، مرجع سابق، ص 827.

5- علي الطهطاوي، مرجع سابق، ص 111.

6- محمد بن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ط 1، ج 3، تح: محمد حسن حلاق، مكتبة ابن تيمية، مصر، 1995، ص 117.

7- بدر الدين الأسدي، بداية المحتاج في شرح المنهاج، ط 1، مج 3، دار المنهاج، السعودية، 2011، ص 287.

وعرفه المالكية بأنه "استدامة الملك القائم للمطلقة بلا عوض ما دامت في العدة"<sup>(1)</sup>.  
أما الحنابلة فقالوا عن الرجعة "هي إعادة مطلقة غير بائن إلى ما كانت عليه بغير عقد"<sup>(2)</sup>.

## 2: حكم الطلاق الرجعي وشروطه

أ: حكم الطلاق الرجعي: هو مشروع بلا خلاف<sup>(3)</sup> وأدلة مشروعيته :

- قوله تعالى: ((وَالْمُطَلَّاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِنْ كُنَّ يُؤْمِنَنَّ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ))<sup>(4)</sup>.

- قوله تعالى: ((وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لَتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُوًا وَاذْكُرُوا نِعْمَتَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَمَا أَنْزَلَ عَلَيْكُمْ مِنَ الْكِتَابِ وَالْحِكْمَةِ يَعِظُكُمْ بِهِ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ))<sup>(5)</sup>.

- ما ورد من أن رسول الله صلى الله عليه وسلم طلق حفصة ثم راجعها<sup>(6)</sup>.

- ما ورد في حديث الرسول صلى الله عليه وسلم: ( مره فليراجعها، ثم ليمسكها حتى تطهر، ثم تحيض ثم تطهر، ثم إن شاء أمسك بعد ذلك وإن شاء طلق قبل أن يمس)<sup>(7)</sup>. حيث أمر ابن عمر أن يراجع امرأته لما طلقها أثناء فترة الحيض.

<sup>1</sup>- محمد أمين (ابن عابدين)، رد المحتار على الدر المختار - شرح تنوير الأبصار - ط.خ، ج 5، تح: عادل عبد الموجود وعلي معوض، دار عالم الكتب، السعودية، 2003، ص 23.

<sup>2</sup>- منصور البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، د.ر.ط، ج 5، عالم الكتب، لبنان، 1983، ص 341.

<sup>3</sup>- عبد الكريم اللاحم، مرجع سابق، ص 08.

<sup>4</sup>- سورة البقرة، الآية 228.

<sup>5</sup>- سورة البقرة، الآية 231.

<sup>6</sup>- ابو داود السجستاني، مرجع سابق، باب في المراجعة، 2273/38، ص 240.

<sup>7</sup>- ابو داود السجستاني، المرجع نفسه، باب في طلاق السنة، 2168/4، ص 178.

## ب: شروط الطلاق الرجعي

- أن تكون الزوجة مدخولا بها لأن الرجعة لا تكون إلا في العدة وغير المدخول بها لا تعتد، فلا تصح الرجعة لغير المدخول بها، لقوله تعالى: ((يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَتَّعُوهُنَّ وَسَرَحوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا))<sup>(1)</sup>.

ولقد اتفق المالكية<sup>(2)</sup> والحنفية<sup>(3)</sup> والشافعية<sup>(4)</sup> على أنه تثبت الرجعة عندهم بخلوة ثابتة بشهادة الشهود ولو بشهادة امرأتين مع إقرار الزوجين بالإصابة فيها أي اشترطوا الوطاء لصحة الرجعة عكس الحنابلة الذين تثبت الرجعة عندهم بمجرد إرخاء الستار وإغلاق الباب<sup>(5)</sup>.

- أن يكون النكاح الذي تم به الطلاق صحيحا، فإذا لم يصح النكاح لم يصح الطلاق وهذا الشرط متفق عليه بين أصحاب المذاهب الأربعة<sup>(6)</sup>.

- ألا يستوفي الزوج عدد الطلقات المحددة شرعا وهي ثلاث للحر واثنان للعبد أي أن يكون طلاق الحر دون الثلاث طلقات ويكون طلاق الرقيق واحدة، ولذلك فلا رجعة لمن استكمل عدد ما يملك من الطلقات<sup>(7)</sup>.

- أن يكون الطلاق بغير عوض، فإن كان بعوض نكون أمام خلع لا طلاق وحكم الخلع أنه بائن لا رجعة فيه إلا بعقد ومهر جديدين<sup>(8)</sup>.

<sup>1</sup>-سورة الأحزاب، الآية 49.

<sup>2</sup>- محمد بن عبد الرحمان المغربي، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ج 5، ط 1، دار عالم الكتب، د.ب.ن، د.س.ن، ص ص.403،404.

<sup>3</sup>- محمد بن رشد، مرجع سابق، ص 117.

<sup>4</sup>- شمس الدين الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، د.ر.ط، ج 5، تح: علي معوض وعادل الموجود، دار الكتب العلمية، لبنان، 2000، ص 06.

<sup>5</sup>- منصور البهوتي، مرجع سابق، ص 342.

<sup>6</sup>- محمد بن عبد الرحمان المغربي، مرجع سابق، ص 403.

<sup>7</sup>- عبد الكريم اللاحم، مرجع سابق، ص 13.

<sup>8</sup>- محمد المغربي، المرجع نفسه، ص 403.



- الإشهاد على الرجعة وهذا الشرط كان محل خلاف بين الفقهاء وانقسموا فيه لقولين: الأول أن الإشهاد على الرجعة مستحب وليس شرط فإن لم يُشهد الزوج على الرجعة صحت وهو قول الحنفية<sup>(1)</sup> وقول الشافعية في الجديد<sup>(2)</sup> ورواية عن أحمد<sup>(3)</sup>، أما القول الثاني وأصحابه المالكية<sup>(4)</sup> فيرى وجوب الإشهاد في الرجعة وإن تمت هذه الأخيرة دون إشهاد لم تصح (الرجعة) واستدلوا على ذلك بقوله تعالى: (( وَأَشْهَدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ ))<sup>(5)</sup> وظاهر الأمر هنا الوجوب باعتبار أن الرجعة استباحة بضع مقصود فوجبت الشهادة فيه كالنكاح<sup>(6)</sup>.

- طريقة الرجعة وفيها اختلاف بين مذاهب الأئمة الأربعة، فأجاز الحنفية أن تكون بالقول أو بالفعل فإن قال راجعتك كانت الرجعة وإن دخل بها اعتبرت رجعة، أما الشافعي فيرى أن الرجعة لا تكون إلا بالقول لأن حقوق الزوجية زالت بالطلاق حتى وإن كان رجعيًا وإذا هو دخل بها قبل قوله راجعتك فقد ارتكب أمرًا محرماً عليه<sup>(7)</sup>، والمشهور عند المالكية حصول الرجعة بالوطء لكن بشرط نية الرجعة فإن وطأ دون نية ارتجاعها لم تكن رجعة، ويكون آثماً<sup>(8)</sup>، ويقول الحنابلة بأن الرجعة قد تكون تارة بألفاظ مخصوصة وتارة تكون بالوطء سواء نوى الرجعة أو لا<sup>(9)</sup>.

### 3: أثر العرف في ألفاظ الرجعة

ألفاظ الرجعة فيها ما هو صريح وما هو كناية مثلها مثل ألفاظ الطلاق، واتفق الفقهاء على صراحة لفظ الرجعة لأن هذا اللفظ مشهور استعماله بين أهل العرف فيطلقونه على عودة المطلقة لزوجها أثناء العدة " رجعة " والزوجة " رجعية "<sup>(10)</sup>.

<sup>1</sup>- محمد بن رشد، المرجع نفسه، ص 163.

<sup>2</sup>- محي الدين النووي، روضة الطالبين، ط 3، ج 8، المكتب الإسلامي، لبنان، 1991، ص 216.

<sup>3</sup>- شمس الدين الزركشي، شرح الزركشي على مختصر الخرق، ط 1، ج 4، دار الكتب العلمية، لبنان، 2002، ص 489.

<sup>4</sup>- محمد المغربي، مرجع سابق، ص 411.

<sup>5</sup>- سورة الطلاق، الآية 02.

<sup>6</sup>- عبد الكريم اللاحم، مرجع سابق، ص 21.

<sup>7</sup>- محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 313.

<sup>8</sup>- عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ط 2، ج 4، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003، ص 378.

<sup>9</sup>- عبد الرحمان الجزيري، المرجع نفسه، ص 379.

<sup>10</sup>- إلهام باجنيد، مرجع سابق، ص 267.

واختلف أصحاب المذاهب حول الصريح من ألفاظ الرجعة والكناية فيها فيرى الحنابلة<sup>(1)</sup> أن الرجعة تحصل بألفاظ صريحة، كراجعتك وارتجعتك ورددتك، وأمستك لأنها ألفاظ وردت في الكتاب والسنة، وإن قال الزوج نكحتها أو تزوجتها فهذا ليس بصريح فيها لأن الرجعة ليست نكاح وانقسموا فيه لرأيان : الأول يرى أنه لا تحصل به الرجعة لأنه كناية، وبما أن الرجعة استباحة بضع مقصود فهي لا تحصل بالكناية كالنكاح، أما الرأي الثاني فيرى بأنه تحصل به الرجعة لأنه تباح به الأجنبية، فالرجعة أولى ويحتاج أن ينوي به الرجعة لأنه كناية والكناية تحتاج إلى نية.

ويرى الحنفية أنه تثبت الرجعة بقوله : راجعتك، ورجعتك ورددتك، وأمستك لأنها ألفاظ صريحة والكناية عندهم ان يقول لها أنت عندي كما كنت أو أنت امرأتي ونوى ذلك فتصح الرجعة<sup>(2)</sup>.

والصريح عند الشافعية راجعتك، ورجعتك، وارتجعتك لأنها ألفاظ شائعة ولا بد عندهم من إضافتها إلى مظهر كراجعت فلانة أو مضمّر كراجعتك أو مشار إليه كراجعت هذه، وأما مجرد لفظ راجعت وارتجعت فلا ينفع كما أن الرد والإمساك عندهم لفظان صريحان في الأصح عندهم، وأن لفظ التزويج والنكاح كنياتان لعدم استعمالهما في الرجعة في القول الأول عندهم، وفي القول الثاني: هما صريحان لأنهما صالحان لابتداء العقد والحل فيصلحان للتدارك، وقول ثالث: يرى أنهما لغو لعدم الإشعار بالتدارك، ولو قال: اخترت رجعتك، ونوى الرجعة حصلت الرجعة على الأصح<sup>(3)</sup>.

ويرى المالكية أن الرجعة تحصل بالقول الصريح مع النية، كراجعت زوجتي وارتجعتها ورددتها لنكاحي وراجعتها وتصح ولو هزلاً - في الظاهر لا الباطن - مجرداً عن نية الرجعة، كما تحصل بكل قول يحتمل الارتجاع إذا نواه به كأعدت الحل أو رفعت التحريم<sup>(4)</sup>.

<sup>1</sup> - عبد الله بن قدامة، المغني لابن قدامة، ط 1، ج 7، تح: محمود فايد وعبد القادر عطا، مكتبة القاهرة، مصر، 1989، ص 524.

<sup>2</sup> - عبد الله بن مودود، الإختيار لتبليغ المختار، د.ر.ط، ج 3، دار الكتب العلمية، لبنان، د.س.ن، ص ص.147،148.

<sup>3</sup> - بدر الدين الأسدي، مرجع سابق، ص 288.

<sup>4</sup> - محمد الشنقيطي، مرجع سابق، ص ص.329،330.

إن الاختلاف بين أصحاب المذاهب حول ما هو صريح من ألفاظ الرجعة وما هو كناية هو دليل على أن هذه الألفاظ مصدرها العرف، حيث أن الصريح هو ما تداوله الناس وما شاع عندهم أم الكناية فلها دلالة احتمالية والاختلاف في الأفهام يؤدي إلى الاختلاف في الألفاظ.(1).

ولقد حاول الشافعية ضبط هذه النقطة حينما قرروا أن اللفظ الصريح هو ما ورد على لسان الشرع بشرط أن تكون هذه الألفاظ صريحة وليست كناية، واستشهدوا بقوله تعالى: (فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف) فلفظ الإمساك هنا ليس بالضرورة لفظ صريح وإنما يدل على معنى آخر هو الإحسان للمرأة بعد الرجعة(2)، كما أن لفظ " فارقوهن " لا يدل على معنى الفراق في الطلاق بل هو يتعلق بتبرك رجعة المرأة حتى تمضي عدتها قبل ارتجاعها(3).

وكذلك هو الحال في زمننا هذا حيث أن لفظ الإمساك لا يفهم منه الرجعة مباشرة، فإن قال الزوج لمطلقتها (في الطلاق الرجعي) في حضورها أمسكتك أو قال في عدم حضورها أمسكت زوجتي لا يفهم منها الرجعة عند العوام، بل إن المفهوم الذي قد يتبادر إلى أذهانهم هو الإمساك باليد في حين أنه إذا استعمل الزوج لفظ الرجعة أو الرد أو الإعادة فإنه يفهم منه الرجعة مباشرة، كما أن لفظ الزواج والنكاح لا يفهم منه اليوم الرجعة لأنها ألفاظ ذات معان خاصة تدل على ابتداء عقد الزواج على خلاف الرجعة التي تتم بدون عقد(4).

### الفرع الثاني: أثر العرف في الطلاق وفقا للقانون الجزائري

#### أولاً: أثر العرف في لفظ الطلاق

يقع الطلاق عادة حسب العرف السائد في كل منطقة، وحسب الألفاظ المعتاد إطلاقها في مثل هذا الظرف؛ والتي تنحصر في معظمها في لفظ الطلاق عموماً في المجتمع الجزائري بتنوع

<sup>1</sup> - إلهام باجنيد، مرجع سابق، ص 278.

<sup>2</sup> - إلهام باجنيد، المرجع نفسه، ص 279،

<sup>3</sup> - عبد الله بن قدامة، مرجع سابق، ص 386 .

<sup>4</sup> - إلهام باجنيد، المرجع و الموضوع السابقين.

## الفصل الأول:..... الاعتبار بالعرف في مسائل الطلاق.

مناطقه وربوعه، فمن الناس في منطقة معينة من يقول: "أنت طالق"، و قد نجد في منطقة أخرى من يقول: "أنت مطلقة"، و منهم من يقول: "طلقتك".

وهي صورة من صور اعتبار العرف في صيغ الناس ودلالاتهم على المقصود من ألفاظهم، حيث أنها أعراف صحيحة يعتبرها القضاء ويأخذ بها لأنها نابعة من استعمال الناس وعاداتهم في ذلك فيما لا يخالف القانون ولا يناقض مقصده<sup>(1)</sup>.

### ثانيا: أثر العرف في إثبات الطلاق العرفي

من خلال استقراء نصوص ق.أ.ج، نجد أن المشرع لم يشر صراحة إلى مسألة الطلاق العرفي الذي يقع خارج ساحات القضاء، بل أشار إلى خلاف ذلك و هو أن الطلاق لا يثبت إلا بحكم قضائي<sup>(2)</sup> وذلك من أجل حفظ حقوق أطراف عقد الزواج.

لكن هذا لا يعني أن القانون لا يعترف بالطلاق العرفي، فكثير من الاجتهادات القضائية أثبتت الطلاق العرفي بأثر رجعي كالقرار الصادر عن المجلس الأعلى سنة 1984 و الذي قضى

بإلزام القاضي بإثبات الطلاق العرفي<sup>(3)</sup>، و القرار الصادر عن المحكمة العليا والذي قضى: "... و متى تبين في قضية الحال أن الطلاق وقع بين جماعة من المسلمين وأن المجلس أجرى تحقيقا وسمع الشهود الذين أكدوا أن الزوج طلق فعلا المطعون ضدها أمام مجموعة من المسلمين وبالتالي لا يحق له التراجع عن هذا الطلاق..."<sup>(4)</sup>.

ولقد أخذ قضاء شؤون الأسرة بالطلاق العرفي مراعيًا في ذلك العرف المعمول به وقواعد الشريعة الإسلامية والتي يرجع إليها بموجب المادة 222 من ق.أ.ج.<sup>(5)</sup>

<sup>1</sup> - عبد الفتاح عمرو، السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية، ط 1، دار النفائس، الأردن، 1998، ص 225.

<sup>2</sup> - تنص المادة 01/49 ق.أ.ج على: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم...".

<sup>3</sup> - ق.م.أ الصادر بتاريخ 1984/12/17، غ.أ.ش، ملف رقم 35322، م.ق سنة 1989، ع 04، ص 91.

<sup>4</sup> - ق.م.ع الصادر بتاريخ 1999/2/16، غ.أ.ش، ملف رقم 216850، م.ق، سنة 2001، ع.خ، ص 100.

<sup>5</sup> - أحمد بوجمعة، إثبات الطلاق العرفي في قانون الأسرة الجزائري، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة المسيلة، مج 2، عدد 3، 6/10، 2018، ص 771.

### ثالثا: أثر العرف في التعويض عن الطلاق التعسفي

إن الطلاق حق مشروع لكنه قد يستعمل أحيانا لغير حاجة، وهو ما يسبب ضررا للزوجة فإذا طلق الزوج زوجته بدون سبب مشروع ألزم بموجب القانون بتعويض الزوجة، ولهذا نصت المادة 52 من ق.أ.ج على أنه إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها، وهو يختلف عن حق المرأة في المتعة في الشريعة الإسلامية؛ باعتبار أن المتعة حق مالي مقرر لكل مطلقة من أجل تعويضها والتخفيف عنها لكن الاجتهادات الصادرة عن المحكمة العليا فسرت في كثير من الحالات التعويض عن الطلاق التعسفي على أنه المتعة المقررة شرعا، رغم الاختلاف بينهما<sup>(1)</sup>.

ويعود للقاضي تقدير مدى تعسف الزوج في استعمال حقه والتعويض عنه، لأن المشرع سكت عن تبيان الحالات التي يكون فيها الزوج متعسفا ويرجع فيها للاجتهاد القضائي الذي تناول بعض الحالات.

كما أن المشرع لم يبين للقاضي الأساس الذي يحدد به مبلغ التعويض، غير أنه لا بد على القاضي أثناء تقديره لمبلغ التعويض أن يراعي المعروف والمألوف في ذلك بأن يأخذ بعين الاعتبار حال الزوجة ومركزها الاجتماعي والثقافي ويراعي عادات وأعراف المنطقة الموجودة بها، وهنا يلجأ القاضي للاجتهاد لأن مثل هذه القضايا تختلف باختلاف ظروف أطرافها<sup>(2)</sup>. وهو ما يؤكد القرار الصادر في 1989/2/24 الذي أقر بأن تقدير التعويض خاضع لسلطة قضاة الموضوع، وهو لا يخضع لرقابة المحكمة العليا إذا كان مجحفا بأحد الزوجين إجحافا مألوفاً بالنسبة لحالتها<sup>(3)</sup>. كما يلاحظ أن الأحكام القضائية تقضي بمبالغ زهيدة مقارنة بحجم الضرر الذي يصيب الزوجة غالبا<sup>(4)</sup>.

<sup>1</sup> - فاطمة بن عيشوش، حق المطلقة في المتعة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مجلة صوت القانون، ع01، أفريل 2018، ص ص.183، 184.

<sup>2</sup> - أسمهان عفيف، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في التعويض عن الضرر، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير تخصص قانون أسرة، جامعة العربي بن مهيدي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2010، ص 193.

<sup>3</sup> - ق.م.ع، غ.ا.ش، ، ملف رقم 39689، غير منشور، نقلا عن: أسمهان عفيف، المرجع والموضع السابقين.

<sup>4</sup> - أسمهان عفيف، المرجع نفسه، ص 197.

## المبحث الثاني: الاعتبار بالعرف في أحكام الخلع

يعتبر الخلع طريقاً للزوجة لحل الرابطة الزوجية بإرادتها، فيما سيأتي سندرس فك الرابطة الزوجية بالخلع من خلال مفهومه (المطلب الأول)، ثم سنبين أثر العرف على أحكام الخلع (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: مفهوم الخلع (حقيقته)

حتى نفهم حقيقة الخلع، يجب علينا بيان تعريفه (الفرع الأول)، ثم أدلة مشروعيته (الفرع الثاني).

#### الفرع الأول: تعريف الخلع

سنعرض إلى تعريف الخلع من الناحية اللغوية، ثم من الناحية الاصطلاحية، ثم من الناحية القانونية.

#### أولاً- التعريف اللغوي للخلع

الخلع بفتح الخاء: يعني النزع و الإزالة؛ يقال: خلعت الثوب أي أزلته الخلع بضم الخاء: طلاق المرأة ببذل منها<sup>(1)</sup>، و ذلك لأن كل من الزوج و الزوجة هما لباس بعضهما، تصديقا لقوله تعالى: ((أَجَلٌ لَكُمْ لَيْلَةٌ الصَّيَامِ الرَّفْتُ إِلَى نِسَائِكُمْ هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ))<sup>(2)</sup> فالخلع هو إزالة هذا اللباس.

#### ثانياً: التعريف الاصطلاحي للخلع

##### 1: التعريف الفقهي

اختلفت تعريفات الخلع باختلاف المذاهب الفقهية.

حيث عرفه المالكية أنه "الطلاق بعوض"<sup>(3)</sup> و عرفه الشافعية أنه: "الفرقة بعوض بلفظ الطلاق أو الخلع"<sup>(4)</sup>، بينما يرى الحنابلة أن الخلع هو: "فراق الزوجة على عوض"<sup>(5)</sup>.

<sup>1</sup>-جمال الدين بن منظور، مصدر سابق، ص 76.

<sup>2</sup>-سورة البقرة، الآية 187 .

<sup>3</sup>-محمد الشنقيطي، مرجع سابق، ص 02.

<sup>4</sup>-سراج الدين الشافعي، التدريب في الفقه الشافعي، تح: أبو يعقوب بن كمال المصري، ج 03، ط 01، دار القبلتين، السعودية، 2012، ص 188.

<sup>5</sup>-عبد الكريم اللاحم، مرجع سابق، ص 385.

أما الأحناف فكان تعريفهم للخلع: "إزالة ملك النكاح ببذل"<sup>(1)</sup>.

## 2 : التعريف القانوني

نصت المادة 54 من الأمر (84-11) المتضمن قانون الأسرة قبل التعديل على أنه: "يجوز للزوجة أن تخالع زوجها على مال يتم الاتفاق عليه"، هذا النص لم يعرف الخلع و لم يحدد مركز الزوج في فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع، لذلك كان الاجتهاد القضائي السائد آنذاك أن الخلع لا يكون إلا بموافقة الزوج<sup>(2)</sup> و هو ما يتوافق مع مفهوم الطلاق بالتراضي، إلى غاية صدور قرار استقر فيه اجتهاد المحكمة العليا على أن طلب الخلع لا يشترط موافقة الزوج<sup>(3)</sup> ، و هو رأي موافق لأحكام الفقه الإسلامي و هو ما تبناه تعديل قانون الأسرة في المادة 54 المعدلة<sup>(4)</sup>.

## الفرع الثاني: مشروعية الخلع

ذهب جمهور الفقهاء المسلمين إلى جواز الخلع، و استدلوا على مشروعيته بأدلة من القرآن الكريم و من السنة النبوية الشريفة و من الإجماع.

### أولاً: من القرآن

- قوله تعالى: ((الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ))<sup>(5)</sup> ، فالله عز و جل يبين انه لا جناح على الزوجين أن يتفقا على افتداء المرأة بنفسها، إن خافا ألا يقيما حدود الله ؛ و حدود الله في هذه الآية هي السكن و المودة و الرحمة و حسن العشرة.<sup>(6)</sup>

<sup>1</sup>- زين الدين بن نجيم، شرح البحر الرائق، ج4، 04، ط01، دار الكتب العلمية، لبنان، 1997، ص 119.

<sup>2</sup>- رابح بن غريب، أحكام الخلع في قانون الأسرة الجزائري، مجلة تاريخ العلوم، ع07، مارس 2017، الجزائر، ص78.

<sup>3</sup>- ق.م.ع الصادر بتاريخ 1996/07/30، غ.أ.ش، ملف رقم 141262، م.ق سنة 1998، ع01، ص 120.

<sup>4</sup>- نصت المادة 54 من الأمر 05-02 : "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي، إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم"

<sup>5</sup>- سورة البقرة، الآية 229.

<sup>6</sup>- سامح عبد السلام محمد، الخلع و الحكمة من تشريعها، موقع شبكة الألوكة الشرعية <https://www.alukah.net>، تاريخ النصف 2020/06/02، الساعة 12:38.

## ثانيا: من السنة النبوية

- عن ابن عباس ان امرأة ثابت بن قيس أنت النبي صلى الله عليه و سلم فقالت: "يا رسول الله ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين، لكنني أكره الكفر في الإسلام، فقال رسول الله صلى الله عليه و سلم: "أتردين عليه حديقته؟"، فقالت: نعم، فقال رسول الله صلى الله عليه و سلم: "أقبل الحديقة و طلقها تطليقة"<sup>(1)</sup>.

## ثالثا: من الإجماع

أجمع الفقهاء على ان الخلع جائز و مشروع، و لم يشذ عن هذا الإجماع إلا بكر بن عبد الله المزني<sup>(2)</sup>.

## الفرع الثالث: حكم الخلع وطبيعته القانونية

سنبين حكم الخلع في الفقه الإسلامي، ثم طبيعته وفق قانون الأسرة الجزائري.

## أولا: حكم الخلع في التشريع الإسلامي

الخلع نوع من أنواع الطلاق لأن الطلاق قد يكون بدون عوض، كما قد يكون بعوض وهذا الأخير هو الخلع، والأحكام التي يوصف بها الطلاق يوصف بها الخلع إلا أن الخلع يمكنه الوقوع في الوقت الذي لا يجوز فيه الطلاق، حيث يصح أن يقع والمرأة حائض أو نفساء أو في طهر جامعها فيه زوجها عكس الطلاق<sup>(3)</sup>.

و قد اتفق جمهور العلماء ومنهم الأئمة الأربعة على أن الأصل في الخلع الكراهة<sup>(4)</sup>. أما البهوتي<sup>(5)</sup> وهو فقيه الحنابلة فقد لخص أحكام الخلع فقال أنه يباح لسوء عشرة بين زوجين بان

<sup>1</sup>- أبو عبد الله البخاري، مصدر سابق، ص129.

<sup>2</sup>- ذكر الطبري عن عقبة بن أبي الصهباء أنه قال: "سألت بكرا بن عبد الله المزني عن رجل تريد امرأته منه الخلع فقال: "لا يحل أن يأخذ منا شيئا" قلت: "يقول الله تعالى في كتابه: ((فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ))" فقال: "هذه نسخت و حفظت في سورة النساء في قوله تعالى: ((وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بِهَيْئَتِنَا وَإِنَّمَا مِيبَتًا))". انظر: عامر الزبياري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، ص 60.

<sup>3</sup>- عبد الرحمان الجزيري، مرجع سابق ص ص. 347،348.

<sup>4</sup>-- عامر الزبياري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، ط 1، دار ابن حزم، لبنان، 1997، ص 66.

<sup>5</sup>- منصور البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مرجع سابق، ص ص. 335،336.



صار كل منهما كارها للآخر لقوله تعالى: ((الطَّلُقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ۗ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ۗ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ))<sup>(1)</sup>.

كما يباح لمبغضة زوجها بحيث تخشى ألا تقيم حدود الله في حقه لحديث ابن عباس ( أن امرأة ثابت بن قيس بن شماس اختلعت من زوجها على عهد النبي صلى الله عليه وسلم فأمرها النبي أن تعتد بحيضة)<sup>(2)</sup>، ويكره الخلع مع استقامة حال الزوجين لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: ( أيما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة)<sup>(3)</sup>. أما الشافعية فقالوا الأصل فيه الكراهة، ويكون مستحبا إذا أساءت المرأة المعاشرة ولا يكون حراما ولا واجبا عندهم<sup>(4)</sup>.

وقال المالكية لا يصح الخلع في الزمن المنهي عنه كالطلاق<sup>(5)</sup>، أما الحنفية فقد قال ابن الهمام: " والأصح حظره إلا لحاجة "<sup>(6)</sup>.

### ثانيا - الطبيعة القانونية للخلع

الخلع عقد معاوضة رضائي وثنائي الأطراف شرع لمصلحة الزوجة غايته إنهاء الحياة الزوجية بحكم قضائي بناء على عرض أحد الزوجين وقبول الآخر لرغبة الزوجة مقابل مال مقوم شرعا تدفعه الزوجة، فيتفقان على نوعه أو مقداره في جلسة حكم أو يحدده القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم<sup>(7)</sup>.

<sup>1</sup> -سورة البقرة، الآية 229.

<sup>2</sup> - أبو عيسى الترمذي، سنن الترمذي (الجامع الكبير)، ط 2، مج 2، تح: مركز البحوث وتقنية المعلومات، دار التأصيل، القاهرة، مصر، 2016، ح 1230/10، ص 358.

<sup>3</sup> - ابن ماجة القزويني، السنن، ط 1، مج 2، تح: مركز البحوث وتقنية المعلومات، دار التأصيل، القاهرة، مصر، 2014، ح 2046/1، ص 355.

<sup>4</sup> - عامر الزبياري، المرجع السابق، ص 66.

<sup>5</sup> - عبد الرحمان الجزيري، مرجع سابق، ص 348.

<sup>6</sup> - كمال الدين السيواسي (ابن الهمام)، شرح فتح القدير، ط 1، ج 4، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، 1316، ص 212.

<sup>7</sup> - سعد عبد العزيز، المرجع السابق، ص 284.

لكن المشرع الجزائري لم يتطرق في قانون الأسرة رقم 84-11 لطبيعة الخلع واكتفى في نص المادة 54 منه بالنص على جواز مخالعة الزوجة نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه فلم يحدد بذلك هل يقع الخلع بإرادة الزوج أم دونها، وبالنتيجة تتحدد طبيعة الخلع هل هو يمين من جانب الزوج لأنه يرتبط بالطلاق، أم هو عقد معاوضة من جانب الزوجة لأن الخلع يكون بالتعويض، وقد اعتبر بعض الشراح بأنه لا يقع الخلع دون إرادة الزوج وفسروا المادة 54 على أساس أن الخلع عقد فاعتبروه يمينا من جانب الزوج ومعاوضة من جانب الزوجة بعد اتفاقهما على ذلك<sup>(1)</sup>. والسبب في هذا التفسير هو غموض النص القانوني الذي لم يوضح اعتبار موافقة الزوج شرطا لإتمام الخلع من عدمه.

وفسر البعض عبارة " أن تخالع نفسها من زوجها " أن المشرع قصد منها اشتراط موافقة الزوجين<sup>(2)</sup>.

لكن بعد تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر 02/05 فصل المشرع في تكييف الخلع واعتبره حق أصيل للزوجة لما أقر أنه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها بمقابل مالي دون موافقة الزوج<sup>(3)</sup>.

### المطلب الثاني: أثر العرف في الخلع

سنرى في هذا المطلب مدى تأثير الخلع بالعرف، و ذلك وفق منظور الفقه الإسلامي(الفرع الأول) و القانون الجزائري(الفرع الثاني).

#### الفرع الأول: أثر العرف في الخلع وفقا للفقه الإسلامي

سننتقل في هذا الفرع إلى اعتبار العرف في صيغ الخلع أولا ثم المباراة ثانيا ثم ثالثا أثر العرف في الخلع مقابل نفقة الولد.

<sup>1</sup>-العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري- الزواج والطلاق-، ط 4، ج 1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص ص.263،264.

<sup>2</sup>- سامية سلمي، الخلع بين الشريعة والقانون، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2013، ص 20.

<sup>3</sup>- سعاد لعلى، مرجع سابق، ص 307.

## أولاً: أثر العرف في صيغ الخلع

الصيغة هي اللفظ الذي يقع به الخلع، أي صدور إيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر وقد تكون لفظية، كما قد تكون بالفعل<sup>(1)</sup>.

ولقد اختلف الفقهاء حول الصيغة اللفظية التي يقع بها الخلع ، فيرى الأحناف أن الخلع طلاق بائن ولهذا يعتبر الخلع عندهم طلاق وهو طلاق بالكناية ولذلك لفظ الخلع من كنايات الطلاق البائن التي تشترط لوقوع الطلاق النية أو دلالة الحال ( وهي هنا وجود العوض) فإذا وقع الخلع بلفظ الخلع ولم ينو به الطلاق ووجد العوض كان طلاقاً بائناً، لأن وجود العوض يغني عن النية.

أما إذا وقع الخلع بلفظ الخلع ولم يذكر العوض أو كان محرماً ونوى به الطلاق كان بائناً

أيضاً، وتكون ألفاظ الخلع عند الأحناف إنا بلفظ الخلع وما في معناه كالمفارقة والمباراة والمباينة وهو من ألفاظ الكناية، وإما بلفظ الطلاق على مال وهو لفظ صريح<sup>(2)</sup>.

وإذا وقعت الفرقة ولم يذكر في الصيغة العوض وكانت بلفظ الخلع فهي طلاق بائن لأن لفظ الخلع من كنايات الطلاق التي يشترط لوقوع الطلاق بها النية أو دلالة الحال<sup>(3)</sup>.

وإذا كانت الفرقة بلفظ الطلاق على مال مع خلوها من المال فهي طلاق رجعي وهناك من الحنفية من لم يفرق بين الخلع والطلاق على مال<sup>(4)</sup>.

أما ألفاظ الخلع عند المالكية فتشمل كل لفظ يؤدي بالمرأة دفع مالها لتملك نفسها أو أدى إلى الفرقة ولو بدون عوض مثل الخلع، المباراة والمصالحة والمفاداة، وميز علماءه بين هذه الألفاظ حسب العوض المبذول فمنهم من يرى أن الخلع يختص برد المرأة جميع ما أعطتها الرجل مهراً والصلح يختص ببعضه والفدية بأكثره والمباراة بإسقاطها حقاً لها عليه<sup>(5)</sup>، ويجوز الخلع عند

<sup>1</sup> - عامر الزبياري، مرجع سابق، ص 127.

<sup>2</sup> - إلهام باجنيد، مرجع سابق، ص 248.

<sup>3</sup> - المرجع والموضع نفسه.

<sup>4</sup> - عامر الزبياري، المرجع نفسه، ص 128.

<sup>5</sup> - محمد بن رشد، مرجع سابق، ص 129.

## الفصل الأول:..... الاعتبار بالعرف في مسائل الطلاق.

المالكية بدون عوض ويقع الطلاق بائنا ولا فرق بين وقوع الخلع عندهم بصريح لفظه أو ما في معناه كما أن الطلاق على مال يقع بائنا عندهم<sup>(1)</sup>.

أم الشافعية فلهما قولان في ألفاظ الخلع: الأول أن لفظ الخلع أو المفاداة صريحة في الطلاق فلا يحتاج معها إلى نية، ذلك لأن الخلع تكرر على لسان العلماء وجرى العرف به على أن المقصود منه الفرقة بين الزوجين، أما المفاداة فقد وردت في كتاب الله تعالى<sup>(2)</sup>.

أما القول الثاني يرى أصحابه أنهما كنايةتان لأنهما لا يشبهان لفظ الطلاق الوارد صراحة في القرآن والسنة فألفاظ الطلاق محصورة وليس من ضمنها الخلع أو المفاداة<sup>(3)</sup>.

فإن كان الخلع بعوض وقبلت الزوجة وقع طلاقاً بائناً والتزمت الزوجة بالبدل، أما عدم ذكر المال ففيه قولان عندهم، القول الأول إذا قال لها خالعتك أو فاديتك وينوي التماس قبولها تبين منه ويجب مهر المثل وهو ما يقضي به العرف، والقول الثاني إذا قال لها خالعتك ولم يذكر عوضاً وقع الطلاق رجعيًا دون أن تدفع مالاً<sup>(4)</sup>.

أما الحنابلة فألفاظ الخلع عندهم قسمان: ألفاظ صريحة وهي لفظ الخلع لأنه ورد في السنة ولفظ المفاداة لوروده في القرآن ولفظ الفسخ لأنه حقيقة فيه، أما ألفاظ الكناية فهي براءتك وأبنتك وفارقتك ولا يقع الخلع في هذه الحالة إلا مع النية<sup>(5)</sup>.

بالرغم من اختلاف ألفاظ الخلع عند أصحاب المذاهب فيصح وقوع الخلع بأي لفظ دل عليه سواء كانت صريحة أو كناية باعتبارها ألفاظ عرف استعمالها فيه، وكلما استعمل لفظ دل عليه حصل به<sup>(6)</sup>.

<sup>1</sup> - عامر الزبياري، مرجع سابق، ص 132.

<sup>2</sup> - شمس الدين الشربيني، مرجع سابق، ص 439.

<sup>3</sup> - شمس الدين الشربيني، المرجع نفسه، ص 440.

<sup>4</sup> - عامر الزبياري، المرجع نفسه، ص 135.

<sup>5</sup> - عبد الله بن قدامة، مرجع سابق، ص 329.

<sup>6</sup> - الهام باجنيد، مرجع سابق، ص 253.

## ثانياً: أثر العرف في المبرأة

المبرأة من بارأه: فارقه وبارأ المرأة وصالحها على الفراق<sup>(1)</sup>.

لفظ المبرأة غير وارد في مسألة الخلع في لروايات التي وقعت في عصر رسول الله صلى الله عليه وسلم، لكنه ورد في كتب الحنفية في أقوال الإمام أبي حنيفة وصاحبيه كاصطلاح له مفهومه الخاص وهو ما يثبت أنه عُرِفَ جديد عُرِفَ في عصر التابعين، كما استعمله المالكية بنفس الطريقة.

أما الحنابلة والشافعية لم يتكلموا عن لفظ المبرأة إنما استعملوا لفظ الإبراء ومدى تعلقه بالخلع من حيث العوض في مواضع متفرقة<sup>(2)</sup>.

ويرى الأحناف أن المبرأة كالخلع يسقطان كل حق لكل واحد من الزوجين على الآخر فيما يتعلق بالنكاح حتى لو كان قبل الدخول، فلا تطالب بمهر ولا نفقة ماضية لكنه لا يسقط حقها في النفقة والسكنى ولا يطالبها بنفقة دفعها مسبقاً أو مهر سلمه قبل الخلع كل هذا إن لم يسميا المال عند الخلع، أما إن سميا المهر في المبرأة فإن كان مقبوضاً رجع به عليها، وإن لم يكن مقبوضاً سقط عنه<sup>(3)</sup>.

أما المبرأة عند المالكية فهي التي لا تأخذ ولا تعطي سواء قبل الدخول أو بعده<sup>(4)</sup> بمعنى يسقط حقها في السكنى التي هي واجبة عندهم في عدة المختلعة غير المبرأة، وكل من كان طلاقها بائناً وهي مدخول بها (لأن المختلعة عند المالكية وكل من كان طلاقها بائناً، وهي مدخول بها لها السكنى ولا نفقة لها ولا كسوة إلا إذا كانت حاملاً فلها النفقة والكسوة والسكنى حتى تنقضي عدتها والمبرأة لا تأخذ ولا تعطي وبالتالي يسقط حقها في السكنى<sup>(5)</sup>).

وبما أن الخلع يقع عند الحنفية والمالكية طلاقاً بائناً حتى عند خلوه من العوض فإن طلاق المرأة في المبرأة يقع طلاقاً بائناً لأنه وقع على وجه الخلع.

<sup>1</sup> - مجد الدين الفيروزآبادي، القاموس المحيط، تح: مكتب تحقيق التراث، ط 02، دار الرسالة، لبنان، 2005، ص 34.

<sup>2</sup> - إلهام باجنيد، مرجع سابق، ص 254.

<sup>3</sup> - عبد الله بن مودود، مرجع سابق، ص 160.

<sup>4</sup> - سليمان الباجي، المنتقى شرح موطأ الإمام مالك، ط 1، ج 4، مطبعة السعادة، مصر، ص 68.

<sup>5</sup> - مالك التنوخي، المدونة الكبرى عن إمام دار الهجرة مالك بن أنس، د.ر.ط، مج 5، د.د.ن، السعودية، د.س.ن، ص 20.

ولقد عُرف طلاق المبرأة عند المتأخرين من فقهاء الحنفية والمالكية وكثر تردده في كتبهم تحت تسمية طلاق المبرأة وأن استعمالهم لهذا الاصطلاح يدل على أنه كان شائعاً معروفاً عندهم<sup>(1)</sup>.

### ثالثاً: أثر العرف في الخلع مقابل نفقة الولد

يصح أن يكون بدل الخلع مالا معيناً أو موصوفاً، كما يصح أن يكون منفعة تقابل بالمال، كأن ترضع الزوجة ولدها و تحتضنه من غير أجر، أو كأن يتفق الزوجان على أن إنفاق المرأة على ولدها لمدة معينة هو بدل للخلع<sup>(2)</sup>.

و قد اتفق جمهور العلماء على صحة الخلع مقابل الإبراء من نفقة الولد، و إذا لم تحدد مدة هذه النفقة فيؤخذ بمدة الرضاع المعتبرة شرعاً و هي سنتان<sup>(3)</sup>؛ لقوله تعالى: ((وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنِمَّ الرِّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ))<sup>(4)</sup>.

و يقيد الجمهور هذه النفقة في صفتها و قدرها، سواء كانت طعاماً أم كسوة أم سكنى، بما هو معروف من نفقة من في مثل سنه، شأنها شأن بقية النفقات، بينما ذهب الشافعية إلى وجوب ذكر صفة هذه النفقة و قدرها، و تحديد مدتها، كونهم لا يجيزون الخلع على مجهول<sup>(5)</sup>.

<sup>1</sup>- إلهام باجنيد، مرجع سابق، ص ص. 258، 259.

<sup>2</sup>- محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 333.

<sup>3</sup>- عامر الزبياري، مرجع سابق، ص 195.

<sup>4</sup>- سورة البقرة، الآية 233.

<sup>5</sup>- إلهام باجنيد، المرجع نفسه، ص 263.

## الفرع الثاني: أثر العرف في الخلع وفقا لقانون الأسرة الجزائري

تأثر المشرع الجزائري بالمذهب المالكي القائل بأن الخلع تصرف انفرادي للزوجة لا يشترط فيه رضا الزوج، ويمكن للقاضي إجبار الزوج على الخلع إذا ما رفض طلب الزوجة للخلع ، وهذا ما قال به ابن رشد حيث قال أنه يجب على القاضي أن يستجيب لطلب الخلع إذا ما طلبت الزوجة ذلك ورفض زوجها<sup>(1)</sup>.

وبذلك يعتبر المشرع الجزائري الخلع خلعا قضائيا حيث أعطى للزوجة الحق في فك الرابطة الزوجية بإرادتها المنفردة عن طريق الخلع، ويكون ذلك في مقابل عوض تمنحه لزوجها طبقا للمادة 54 من ق.أ.ج حيث قضت بأنه يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي.

وقد فصل المشرع الجزائري في مقدار بدل الخلع حيث أن المادة نصت على أن المقابل المالي للخلع لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم فإذا اتفق الزوجان على مقدار الخلع كان بها وإن اختلفا يعود الأمر لقاضي الموضوع لتحديد قيمته بصداق المثل وقت صدور الحكم وليس وقت العقد حسب أعراف كل منطقة<sup>(2)</sup>، وهذا ما جاء في قرار للمحكمة العليا "من المقرر فقها أنه في حالة الاتفاق بين الزوجين على مبدأ الخلع والاختلاف على مقداره فإن أمر تقديره يعود لقاضي الموضوع باعتبار أن ذلك يعتبر اتفاقا على مبدأ الطلاق بالخلع، ومن ثمة يتعين على القاضي تقدير قيمة الخلع ثم الحكم بالطلاق، وتأكيدا لهذا المبدأ يستوجب نقض القرار الذي يقضي برجع الزوجة لمحل الزوجية إذا طلبت الطلاق بخلع مقدار صداقها واشتراط الزوج خلعا قدره خمسين ألف دينار جزائري رغم انصراف إرادة الطرفين إلى الطلاق بخلع وطلبهما له معا"<sup>(3)</sup>.

<sup>1</sup> - حارث إبراهيم، الخلع القضائي في الفقه الإسلامي والتشريعين العراقي والجزائري - دراسة مقارنة - مجلة الحقيقة للعلوم الاجتماعية والإنسانية، مج 18، عدد 04، 2019، كلية القانون، جامعة بغداد، العراق، 2019/12/30، ص ص.48،49.

<sup>2</sup> - احمد شامي وعبد القادر بوراس، إيقاع الخلع بين الضوابط الفقهية والاجتهاد القضائي، مجلة صوت القانون، مج7، ع01، كلية الحقوق والعلوم السياسية/ جامعة ابن خلدون، تيارت، 2020/05/30، ص 1422.

<sup>3</sup> - ق.م.ع الصادر بتاريخ 1985/04/22، غ.أ.ش، ملف رقم 36709، م.ق سنة 1989، ع01، ص 92.

## الفصل الأول:..... الاعتبار بالعرف في مسائل الطلاق.

وتعتبر مسألة تحديد مقدار ونوع الصداق من المسائل الجوهرية التي تثير العديد من النقاط القانونية المرتبطة أساسا بالعادات والتقاليد والأعراف التي تتقيد بها كل منطقة على حد(1).

ويجب على القاضي الخاص بالأحوال الشخصية أن يكون ملما بالقواعد التشريعية والشرعية من جهة، والقواعد والأحكام العرفية المتعارف عليها في كل منطقة من المناطق الجزائرية أين يتقيد بها خاصة في المسائل المتعلقة بالصداق وتبعاته والمصطلحات المشابهة له(2).

كما أنه يفترض في القاضي عند تحديد وتقدير مقابل الخلع أن يراعي في ذلك مبلغ الصداق الذي تم دفعه من طرف الزوج وفترة الزواج وأسباب طلب الخلع والحالة المادية للزوجة لأنها هي المطالبة بدفع المقابل بالرغم من أن هذه العناصر للاستئناس فقط(3).

<sup>1</sup> - حورية بن أحمد، الصداق بين التشريع والعرف، مجلة التراث، ع03، ديسمبر 2018، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، الجزائر، ص 672.

<sup>2</sup> - حورية بن أحمد، المرجع نفسه، ص 675.

<sup>3</sup> - احمد شامي وعبد القادر بوراس، المرجع السابق، ص 1423.



## المبحث الثالث: الاعتبار بالعرف في أحكام التطلاق

في هذا المبحث؛ سنقوم بدراسة بعض حالات التطلاق التي تحدث عنها التشريع و الفقه الإسلامي وكذا قانون الأسرة في المطلب الأول، بينما نبرز في المطلب الثاني اعتبار العرف في حالات التطلاق المدروسة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، كما ننوه أن مصطلح "التطلاق" في قانون الأسرة الجزائري يقابله مصطلح "التفريق القضائي" في الفقه الإسلامي.

### المطلب الأول: بعض حالات التطلاق ( التفريق القضائي).

الحالات التي تجيز للزوجة طلب فك الرابطة الزوجية كثيرة و متعددة، سندرس في هذا المطلب أربع حالات هي: التفريق للضرر، التفريق للشقاق، التفريق لعدم الإنفاق، و التفريق لفقد الزوج.

#### الفرع الأول: التطلاق للضرر والشقاق.

##### أولاً: التطلاق للضرر والشقاق في الفقه الإسلامي.

المقصود بالشقاق النزاع الشديد والخلاف المتحکم بين الزوجين، وإيذاء الزوج لزوجته بالضرب المبرح أو الشتم المقذع، والتقبیح المخل بالكرامة أو الطعن فيها بما يسيء إلى الشرف والمروءة والحمل على فعل ما حرم الله، أو الإعراض والهجر بغير حق ونحو ذلك من الإساءة القولية أو الفعلية التي تجعل الحياة الزوجية على غير ما يحب الله ويرضى من المودة والرحمة<sup>(1)</sup>.

أما الضرر فيكون بأن تتضرر الزوجة من البقاء على ذمة زوجها، مع وجود سبب أدى إلى حدوث الضرر، وعلى هذا الأساس يكون للزوجة حق التفريق<sup>(2)</sup> فإن تضررت الزوجة رفعت أمرها إلى القضاء فيزجره القاضي إن أرادت البقاء معه، فإن عجزت عن إثبات الضرر أسكنها القاضي بين قوم صالحين، فإن ادعى كلاهما الضرر بعث القاضي حكّمين من أهلها للإصلاح

<sup>1</sup> - عبد الفتاح عمرو، مرجع سابق، ص 230.

<sup>2</sup> - محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 361.

بينهما فإن لم يحصل إصلاح فرق بينهما إما بخلع على المهر إن كان الضرر من جانبها أو بغير خلع إن كان الضرر من جانبه<sup>(1)</sup>.

ولقد انقسم الفقهاء حول مسألة التطبيق للشقاق أو الضرر إلى مذهبين<sup>(2)</sup>:

يرى الحنفية والشافعية في القول الثاني وأحمد في رواية<sup>(3)</sup>، أنه لا يجوز للمرأة أن تطلب التطلق بسبب الشقاق أو الضرر مهما كان مقداره، ويقتصر القاضي على أمر الزوج بحسن المعاشرة والإحسان في المعاملة، كما يمكن أن يحكم على الرجل بالتأديب فلا يجوز للقاضي أن يوقع الطلاق ودليل هؤلاء قوله تعالى: ((وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا))<sup>(4)</sup>.

لأن دور الحكيمين هو الإصلاح.

في حين ويرى أصحاب المذهب الثاني وهم المالكية والشافعية في أحد القولين وأحمد بن حنبل في رواية عنه<sup>(5)</sup> أن الإمساك يستوجب المعروف وإن غاب المعروف حرم الإمساك، كما أن الإمساك مع غياب المعروف فيه ظلم، لذلك يتوجب إزالة الظلم فجاز التطلق من أجل رفع الظلم<sup>(6)</sup>. ودليلهم على ذلك قوله تعالى: (( إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَّغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرَحوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُوًا وَاذْكُرُوا أَنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ وَمَا أَنْزَلَ عَلَيْكُمْ وَمَا أَنْزَلَ عَلَيْكُمْ مِنَ الْكِتَابِ وَالْحِكْمَةِ يَعِظُكُمْ بِهِ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ...))<sup>(7)</sup>.

<sup>1</sup>- محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 362.

<sup>2</sup>- سعاد لعلی، مرجع سابق، ص 296.

<sup>3</sup>- عبد الفتاح عمرو، مرجع سابق، ص 227.

<sup>4</sup>- سورة النساء، الآية 35.

<sup>5</sup>- عبد الفتاح عمرو، المرجع والموضع نفسه.

<sup>6</sup>- أحمد رشاد عبد الهادي، مرجع سابق، ص 160.

<sup>7</sup>- سورة البقرة، الآية 231.

## ثانيا: التطليق للضرر أو الشقاق في قانون الأسرة الجزائري

نصت الفقرة الثامنة من المادة 53 من ق.أ.ج على أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق في حالة الشقاق المستمر بين الزوجين، وهذه الحالة أضيفت بموجب الأمر رقم 02/05 (كانت هذه الفقرة نتاج الاجتهاد القضائي)، فإن أثبتت الزوجة صحة دعواها طلقها القاضي منه طلاقة بائنة لأن بقاءها على الزوجية بوجود إساءة العشرة يجلب المضرة، وإن عجزت عن إثبات دعواها يرفض القاضي طلبها للتطليق، وإن تكررت الشكوى ولم تستطع إثبات الضرر الواقع عليها عين القاضي لهما حكيم للتوفيق والإصلاح بينهما.

وهذا ما ورد في المادة 56 من ق.أ.ج<sup>(1)</sup>، فيبحث الحكمين أسباب الشقاق ومواطن الضرر ثم يرفعا تقريرهما للقاضي، فإن عجز الحكمين على الإصلاح قضى القاضي بتطليقها منه<sup>(2)</sup>. وهو ما قضت به المحكمة العليا عن غرفة الأحوال الشخصية في قرارها<sup>(3)</sup>: "تطبيق بناء على استمرار الشقاق بين الزوجين...إن استفحال الشقاق بين الزوجين يقضي بالتفريق القضائي شرعا، ولما كان ثابتا في قضية الحال أن المطعون ضدها تضررت من جراء استفحال الخصام مع زوجها لمدة طويلة مما نتج عن إصابتها بمرض الأعصاب، وأصبحت الحياة مستحيلة بينهما فإن القضاة بقضائهم بتطليق الزوجة لهذا السبب كافي للتفريق القضائي، وطبقوا صحيح القانون."

نلاحظ أن المشرع الجزائري سمح للزوجة أن تطلب التطليق للشقاق تحت مصطلح الضرر المعتبر شرعا، باعتبار مصطلح الضرر هو مصطلح واسع وأن استمرار الشقاق يعتبر ضررا يدخل ضمن الفقرة العاشرة من المادة 53 من ق.أ.ج، وبهذا فإن موقف الفقه الإسلامي والقانون

<sup>1</sup> - مما جاء في المادة 56 ق.أ.ج: "إذا اشتد الخصام بين الزوجين و لم يثبت الضرر وجب تعيين حكيم للتوفيق بينهما...".

<sup>2</sup> - سعاد لعلى، مرجع سابق، ص 299.

<sup>3</sup> - ق.م.ع الصادر بتاريخ 1996/09/24، غ.أ.ش، ملف رقم 139393، م.ق سنة 1997، ع02، ص 96.

من التطلق الشقاق المستمر بين الزوجين هو نفس موقفهما من التطلق لكل ضرر معتبر شرعا<sup>(1)</sup>

### الفرع الثاني: التطلق لعدم الإنفاق

سنرى في هذا الفرع حالة التطلق لعدم الإنفاق و أدلة القائلين بها و معارضيتها. بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري.

#### أولاً: التطلق لعدم الإنفاق في الفقه الإسلامي

النفقة حق للزوجة المدخول بها، و واجب من واجبات الزوج على زوجته و أبنائها، فإذا امتنع الزوج عن أدائها جاز للزوجة أن تطالب بالتفريق لعدم الإنفاق<sup>(2)</sup>. و هو ما ذهب إليه جمهور الفقه الإسلامي من المالكية و الشافعية و الحنابلة؛ حيث أجازوا للزوجة إذا أعسر زوجها بالنفقة أو إذا لم يجد ما ينفقه عليها أو منعها من النفقة عمداً، ان ترفع أمرها إلى القاضي، هذا الأخير يخير الزوج بين الإنفاق أو الطلاق، فإذا لم يفعل قام القاضي و طلقها عليه<sup>(3)</sup>.

و استدل الجمهور على جواز التفريق لعدم الإنفاق بالأدلة التالية:

- 1- قوله تعالى: ((وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ))<sup>(4)</sup>.
- 2- قوله صلى الله عليه و سلم: ( لا ضرر ولا ضرار )<sup>(5)</sup>.

<sup>1</sup> -صالح حسيني، انحلال الرابطة الزوجية على ضوء الأحكام المستجدة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في العلوم القانونية، تخصص أحوال شخصية، جامعة الشهيد حمه لخضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الوادي، 2014، ص ص.54،55.

<sup>2</sup> -سلطانة الشارف عيسى، التطلق و أسبابه في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر تخصص قانون خاص جامعة مستغانم، 2018/2019، ص 40.

<sup>3</sup> -منى منصور، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي و القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر تخصص شريعة و قانون، جامعة الوادي، 2014/2015، ص 39.

<sup>4</sup> -سورة البقرة، الآية 231.

<sup>5</sup> -ابو داود السجستاني، مرجع سابق ، مج 5، أول كتاب الأفضية، ح 3591، ص ص.611،612.

فإمساك الزوجة دون الإنفاق عليها هو إضرار بها، حيث يطلقها القاضي إذا امتنع الزوج عن طلاقها؛ عملاً بالقاعدة الفقهية: "الضرر يزال".

بينما يرى الحنفية أن عدم الإنفاق ليس سبباً للتفريق بين الزوجين؛ حيث يمكن للمرأة أن تستدين أو أن تتفق على نفسها أن كانت ذات مال، و يكون هذا الإنفاق ديناً على ذمة الزوج يدفعه حين يساره<sup>(1)</sup>، مستدلين بقوله تعالى: ((لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قَدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا))<sup>(2)</sup>.

#### ثانياً: التطليق لعدم الإنفاق في قانون الأسرة الجزائري

أخذ المشرع برأي الجمهور؛ و جعل عدم الإنفاق سبباً من الأسباب التي تبيح للزوجة طلب التطليق، و هو ما أكدته المادة 01/53 ق.أ.ج التي نصت على:

"يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية: 1- عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد 78 و 79 و 80 من هذا القانون."

باستقراء النص القانوني المذكور، نستخلص أن ثمة شروط ينبغي توافرها قبل أن تقوم الزوجة بطلب التطليق لعدم الإنفاق و هي:

1- صدور حكم قضائي يقضي بوجوب دفع النفقة: حيث ينبغي للزوجة رفع دعوى ضد الزوج لاستصدار حكم بدفع النفقة كمرحلة أولى، فإذا امتنع الزوج عن تنفيذ هذا الحكم؛ جاز لها أن تطلب التطليق كمرحلة ثانية<sup>(3)</sup>.

2- ألا تكون الزوجة عالمة بإعسار زوجها وقت الزواج: فإذا كانت عالمة سقط حقها في طلب التطليق لعدم الإنفاق؛ لأن علمها يعتبر بمثابة رضاها على وضعه المادي<sup>(4)</sup>.

3- مراعاة أحكام المواد 78 و 79 و 80 من ق.أ.ج: و التي تتعلق بالنفقة و مشتملاتها؛ حيث تكون النفقة الممتنع عن تقديمها تتعلق بالأكل و الشرب و اللباس و العلاج و المسكن، و ما

<sup>1</sup>-سعاد لعلی، مرجع سابق، ص 260.

<sup>2</sup>-سورة الطلاق، الآية 07.

<sup>3</sup>-سعاد لعلی، المرجع نفسه، ص 261.

<sup>4</sup>-عبد الكريم الغوط، سلطة القاضي في إبرام عقد الزواج و إنهائه، رسالة ماجستير تخصص شريعة و قانون، جامعة وهران، 2007، ص 96.

يدخل في ضروريات الحياة حسب قدرة زوجها، فلا يمكن لها مطالبته بما يفوق قدرته المادية، و على القاضي مراعاة الوضع المادي للطرفين و ظروف المعاش عند تقديره للنفقة<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثالث: التطليق في حالة فقدان الزوج

#### أولاً: التطليق في حالة فقدان الزوج في الفقه الإسلامي

يقال: فقد الشيء أي ضاع منه وفقدت المرأة زوجها فهو فاقد والمفعول مفقود<sup>(2)</sup>.

أما اصطلاحاً فالمفقود من غاب وانقطع خبره عن الناس، فلا يعلم حي هو أم ميت<sup>(3)</sup>، ويشمل بذلك من خرج من بيته ولم يعد إليه وانقطعت أخباره وهي غيبة ظاهرها السلامة، كما يشمل من فقد في المعارك أو غرق مع آخرين في سفينة، ويدخل في حكمه أيضاً من فقد في زلزال أو غارات العدو وهي غيبة ظاهرها عدم السلامة<sup>(4)</sup>.

ولقد اختلف الفقهاء في التفريق بين الزوجين بسبب فقد الزوج إذا ما طالبت زوجته بالتفريق، فيرى أصحاب الرأي الأول وهم الشافعية<sup>(5)</sup> والحنفية<sup>(6)</sup>، أنه ليس لزوجة المفقود أن تطلب التفريق بسبب الفقد، ولا يكون التفريق بينهما إلا عند الحكم بموته، أما الحنابلة<sup>(7)</sup> فيرون أنه لا يحق للزوجة أن تطلب التفريق إذا كان ظاهر غيبته السلامة كسفر أو تجارة، فلا تزول الزوجية إلا إذا ثبت موته وإن كانت غيبته ظاهرها الهلاك كمن غرق في مركب، أو فقد في مهلكة تتربص زوجته أربع سنين أكثر مدة الحمل، ثم تعدد للوفاة أربع أشهر وعشراً.

<sup>1</sup> - منى منصور، مرجع سابق، ص 42.

<sup>2</sup> - إبراهيم أنس و آخرون، المعجم الوسيط، ط 4، مكتبة الشروق الدولية، مصر، 2004، ص 679.

<sup>3</sup> - عبد العزيز السويلم وآخرون، مرجع سابق، ص 1589.

<sup>4</sup> - عبد الفتاح عمرو، مرجع سابق، ص 216.

<sup>5</sup> - محي الدين النووي، مرجع سابق، ص 400.

<sup>6</sup> - عبد الله ابن مودود، مرجع سابق، ص 37.

<sup>7</sup> - عبد الله بن قدامة، مرجع سابق، ص 130، 131.

ويرى المالكية أنه يجوز التفريق بينهما للفقد وتتربص الزوجة أربع سنين وتعتد للوفاة أربعة أشهر وعشراً<sup>(1)</sup> واستدلوا على مدة السنين الأربع بفعل عمر بن الخطاب ولا يجوز التفريق بين المفقود وزوجته إلا أن يكون له مال تتفق منه، وإلا يفرق الحاكم بينهما لعدم الإنفاق<sup>(2)</sup>، واستدل أصحاب الرأي الأول بحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم المنقول عن مغيرة بن شعبه رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ( امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها البيان)<sup>(3)</sup> كما ورد أن علياً رضي الله عنه قال في امرأة المفقود: ( هي امرأة ابتليت فلتصبر حتى يأتيها موت أو طلاق)<sup>(4)</sup>.

واستدل أصحاب الرأي الثاني وهم الحنابلة والمالكية بقضاء عمر رضي الله عنه في زوجة المفقود وموافقة أصحابه له<sup>(5)</sup> حيث قال: ( أيما امرأة فقدت زوجها فلم تدر أين هو فإنها تنتظر أربع سنين ثم تعتد أربعة أشهر وعشراً ثم تحل)<sup>(6)</sup>، كما استدلوا بحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم: ( لا ضرر ولا ضرار)<sup>(7)</sup>، لأن فقد الزوج وغيابه عن زوجته يلحق بها الضرر والأذى، والضرر لا بد أن يزال والتفريق هنا هو وسيلة لدفع الضرر<sup>(8)</sup>.

1- عبد الله بن قدامة، مرجع سابق، ص 131.

2- عبد الفتاح عمرو، مرجع سابق، ص 219.

3- أبو بكر البيهقي، السنن الكبرى، ط 3، ، تح: محمد عطا، دار الكتب العلمية، لبنان، 2002، ح/15565، ص 731.

4- سليمان الباجي، مرجع سابق، ص 296.

5- عبد الله بن قدامة، المرجع نفسه، ص 131.

6- أبو بكر البيهقي، المرجع نفسه، ص 732.

7- ابن ماجة القزويني، مرجع سابق، ص 467.

8- أحمد رشاد عبد الهادي، مرجع سابق، ص 155.

## ثانيا: التطليق في حالة فقدان الزوج في قانون الأسرة الجزائري

تناولت المادة 109 من ق.أ.ج وما بعدها أحكام المفقود ونصت المادة السابقة على أن المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا حياته أو موته ويعتبر مفقودا بموجب حكم وبذلك تطابق تعريف المفقود في القانون مع تعريف في التشريع الإسلامي.

كما نصت المادة 110 من نفس القانون على أن الغائب هو الذي منعت ظروف قاهرة من الرجوع على محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر للغير وهو يعتبر كالمفقود.

ولقد حددت المادة 111 من ق.أ.ج من نفس القانون كيفية حماية أموال المفقود، أما عن زوجة المفقود فقد تكلمت عنها المادة 112 من ق.أ.ج والتي سمحت للزوجة أن تطلب التطليق تأسيسا على المادة 53 في فقرتها الخامسة تحت عنوان الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة، ولذلك لا يجوز لزوجة المفقود أن تطلب التطليق إلا بشروط وهي:

1- الغيبة بعد مرور سنة فإن قلت المدة عن سنة لا يجوز للزوجة طلب التطليق وكذلك الحال بالنسبة لزوجة المفقود<sup>(1)</sup>.

2- أن تكون غيبة الزوج دون عذر: وهو ما تضمنه المادة 53 في فقرتها الخامسة ويكون الغياب بغير عذر كأن يسافر الزوج بدون عودة، فيعتبر مهملًا لعائلته وواجباته تجاههما، أما إن كان سفره مبررا كأن يكون لدراسة أو مهمة وطنية تفوق السنة أو لأي سبب جدي آخر يخضع تقديره لسلطة قاضي الموضوع، ففي هذه الحالة يرفض طلب التطليق المقدم من طرف الزوجة<sup>(2)</sup>.

<sup>1</sup>- ياسين علال، عدة زوجة المفقود في قانون الأسرة الجزائري، مجلة الحقيقة، ع40، جامعة قلمة، 2017، ص 350.

<sup>2</sup>- سعاد لعلى، مرجع سابق، ص 278.



3- أن يترك الغائب الزوجة بدون نفقة لمدة سنة فلا تجد ما تنفقه على نفسها وأولادها، فإن غاب لغير عذر وترك أموالا تنفق منها لا يجوز لها أن تطلب التطليق طبقا للفقرة الخامسة من المادة 53 من ق.أ.ج<sup>(1)</sup>.

وبالتالي هذه الشروط التي يجب توفرها حتى تتمكن الزوجة من طلب التطليق، فإن اختلف أحد هذه الشروط فلا يجوز لها طلب التطليق حينئذ وتكون للقاضي السلطة التقديرية في تحديد الضرر الواقع عليها ومن ثمة الفصل في طلب التطليق إما بقبول الطلب أو برفضه<sup>(2)</sup>.

ولقد أثارت المادة 53 في فقرتها الخامسة جدلا كبيرا حول التناقض الوارد فيها لأنها خلطت بين المفقود والغائب في حين أن لكل منهما أحوال خاصة فالمفقود معذور في كل الأحوال إلى حين عودته<sup>(3)</sup>، أما الغائب فقد يغيب لأي سبب وبغير عذر في حين جاءت المادة 110 وعرفت الغائب بأنه من منعه ظروف قاهرة من الرجوع لمحل إقامته وهنا وقع التناقض لأن الظروف القاهرة هي مبرر معتبر قانونا واعتبرته كالمفقود<sup>(4)</sup> وفي هذا خلط بين أحوال الغائب والمفقود في ق.أ.ج.

كما أن أحكام المفقود الواردة في المواد السابقة جاءت بصورة عامة حيث لم تفرق كما فعل فقهاء التشريع الإسلامي بين المفقود والغائب، كما أنها لم تفرق بين المفقود في حالة السلامة وما هي هذه الحالات وبين المفقود وقت الهلاك وما هي أوقات الهلاك وإنما أشار في المادة 113 إلى بعض الحالات<sup>(5)</sup>، حيث نصت المادة 113 من ق.أ.ج على أن الموت الحكمي للمفقود والذي يكون بعد مرور أربع سنوات في الحروب والحالات الاستثنائية، أما الحالات التي تغلب فيها السلامة فيفوض الأمر للقاضي لتقدير المدة المناسبة بعد مضي أربع سنوات، وبذلك فقد ميزت المادة بين المفقود في فترة تغلب فيها السلامة أين تكون لقاضي الموضوع كامل

<sup>1</sup> - ياسين علال، المرجع السابق، ص 352.

<sup>2</sup> - عبد الكريم الغوط، مرجع سابق، ص 98.

<sup>3</sup> - ياسين علال، المرجع و الموضوع نفسه.

<sup>4</sup> - سعاد لعل، مرجع سابق، ص 279.

<sup>5</sup> - نصر سلمان، التفريق القضائي بين الزوجين بسبب فقدان والغياب والحبس - دراسة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري - جامعة الأمير عبد القادر، د.ر.ع، قسنطينة، د.س.ن، ص 7.

السلطة في تقدير هذه المدة فيراعي الظرف الذي فقد خلاله الشخص وحالته الصحية وسنه ثم يقرر مدة معينة يبدأ نفاذها بعد احتساب أربع سنوات<sup>(1)</sup>.

وإن فقد الشخص في فترة يغلب فيها الهلاك كالحروب والحالات استثنائية كالزلازل والفيضانات فيحكم فيها القاضي بموت المفقود بعد مضي أربع سنوات يبدأ حسابها من تاريخ الفقد المثبت في الحكم وليس من تاريخ الحكم بالفقد وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في إحدى قراراتها<sup>(2)</sup>.

### المطلب الثاني: أثر العرف في التطليق

تأثرت أحكام التطليق بالقواعد العرفية لكل زمان و مكان، فيما يلي سنرى مدى الاعتبار بالعرف في حالات التطليق المذكورة آنفاً ، بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري.

#### الفرع الأول: أثر العرف في التطليق للضرر والشقاق

حاولنا في هذا الفرع التطرق لأثر العرف في نوعين من أنواع التطليق وهما التطليق للضرر والتطليق للشقاق وبما أنهما يتشابهان في من حيث الأسباب والنتائج جمعناهما في عنوان واحد.

#### أولاً: أثر العرف في التطليق للضرر والشقاق في الفقه الإسلامي

شرع التطليق أو التفريق بين الزوجين لمعالجة الحياة الزوجية التي استحال استمرارها لسبب أو لآخر، وبما أنه للزوج حق طلاق زوجته إذا ما تضرر منها فإنه للمرأة التي تضررت من نشوز زوجها أن تلجأ للمخالعة لتفتدي نفسها منه بالمال وقد يرفض الزوج مخالعتها، فيكون في هذه الحالة مضار وينطبق عليه وصف الرسول صلى الله عليه وسلم عن صاحب النخلة سمرة بأنه مضار لما رفض أن يبيع النخلة التي في حائط جاره الأنصاري ورفض أن يناقله إياها لذلك قال عنه رسول الله أنه مضار<sup>(3)</sup> لأن في ذلك ضرر لجاره وهو لم يستجب لطلب جاره وحتى

<sup>1</sup> - ياسين علال، مرجع سابق، ص 360.

<sup>2</sup> - ق.م.ع الصادر بتاريخ 2002/04/10، غ.أ.ش، ملف رقم 290808، م.ق سنة 2006، ع01، ص 103.

<sup>3</sup> - الحديث سبق تخريجه.

## الفصل الأول:..... الاعتبار بالعرف في مسائل الطلاق.

أنه لم يستجب لما أمره رسول الله، فأمر الرسول صلى الله عليه وسلم الأنصاري أن يقتلع النخل لأن الضرر لا بد أن يزال.

### ثانيا: أثر العرف في التطبيق للضرر والشقاق في قانون الأسرة الجزائري

إن الأصل التشريعي للمادة 53 من ق.أ.ج هو المذهب المالكي الذي يبيح للزوجة طلب التطلاق إذا ما أصابها ضرر من زوجها فيحاول القاضي البحث والتأكد من الضرر ونوعه وهل هو ناتج عن عمل الزوج، كما أن الإمام مالك لا يفرق بين المدخول بها وغير المدخول بها في إيقاع التطلاق للضرر<sup>(1)</sup>.

أما عن التطلاق للشقاق المستمر والذي عبر عنه المشرع في المادة 56 من نفس القانون، فإن كانت الإساءة أو الضرر غير معروف المصدر وكل طرف ينسب لصاحبه الضرر فيجب على القاضي هنا بذل الجهد في البحث عن جذور الخلاف، ويلجأ في ذلك إلى تعيين الحكامين فإن لم يستطع الحكامين تسوية النزاع حكم القاضي بالتطلاق، وتجدر الإشارة إلى أن هذه المادة جاءت نتاجا لاجتهادات قضائية للمحكمة العليا منها القرار الذي الصادر بتاريخ 1996/09//24 الذي نص على أنه "...من المستقر عليه قضاء أنه يجوز تطلاق الزوجة لاستفحال الخصام وطول مدته بين الزوجين باعتباره ضررا شرعيا ..."<sup>(2)</sup>.

ولقد منح القانون لقاضي الموضوع مطلق الحرية في تقدير الضرر الواقع على الزوجة صاحبة الدعوى وهو ما تضمنه فحوى القرار الصادر عن المحكمة العليا الذي أقر بصلاحيه قاضي الموضوع في تقدير الضرر الواقع على الزوجة<sup>(3)</sup>.

ويظهر أن المشرع الجزائري وكذا الفقه الإسلامي قد أخذ بالمعيار الشخصي في تقدير الضرر حيث يجب على القاضي أو الحاكم أن ينظر كل حالة على حدة وأن يبني حكمه على الظروف

<sup>1</sup> - مباركة جليخي، الضرر كسبب لفك الرابطة الزوجية، مذكرة لنيل شهادة ماستر، تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2015/2014، ص 26.

<sup>2</sup> - ق.م.ع الصادر بتاريخ 1996/06/24، غ.أ.ش، ملف رقم 139353، م.ق سنة 1997، ع02، ص 66.

<sup>3</sup> - ق.م.ع الصادر بتاريخ 1999/05/18، غ.أ.ش، ملف رقم 222134، م.ق سنة 2001، ع خ، ص 126.

المرافقة لكل حالة وأن يراعي أحوال الناس وأعرافهم في كل منطقة<sup>(1)</sup>.

ويبدو أن المشرع الجزائري وفق لما منح القاضي هذه السلطة لأن ما يعتبر ضررا لزوج ما لا يكون كذلك عند أخرى، كما أن الضرر المعتبر شرعا في زمن ما وعند جماعة ما قد لا يكون كذلك عند جماعة أخرى في زمن آخر، ولذلك لا بد أن يكون تقييم القاضي من وجهة نظر اجتماعية وثقافية محضة، وقد تصعب مهمة القاضي في هذا الزمن لأن السلوكيات تغيرت واندثرت معها مكارم الأخلاق وكثرت الأنانية والفجور والجحود والعصيان، وابتعدت المجتمعات الإسلامية عن قيمها الدينية حتى تشبهت بالشعوب الغربية التي تعتمد أساسا على المادة<sup>(2)</sup>.

كما تجدر الإشارة إلى أن تحول الأعراف في المجتمعات قد يتجه إلى إبراز الجانب الشكلي في العلاقات الأسرية ويهمل المضمون بعدما كان دور العرف هو تثبيت قيم الأسرة وتماسكها في المجتمعات الإسلامية من الناحية الوظيفية وإنتاج أكبر قدر من التكامل والتعاقد والتساند، فأصبحنا نلمس حالات طلاق لأسباب تافهة تتمحور حول الشكليات والمظاهر<sup>(3)</sup>.

### الفرع الثاني: أثر العرف في التطلاق لعدم الإنفا.

سنبين في هذا الفرع إلى أي مدى طغى العرف على التطلاق لعدم الإنفاق، في الفقه الإسلامي ثم في القانون الجزائري.

#### أولا: أثر العرف في التطلاق لعدم الإنفاق في الفقه الإسلامي

سنرى فيما يأتي كيف برز أثر العرف على تحديد النفقة، ثم نتطرق إلى موضوع مهم في عصرنا هذا وهو نفقة المرأة العاملة.

#### 1: تحديد مقدار النفقة

اختلف الفقهاء في تحديد مقدار نفقة الزوجة إلى قولين:

<sup>1</sup> - عبد الكريم الغوط، مرجع سابق، ص 110.

<sup>2</sup> - اليزيد عيسات، التطلاق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري، مدعم بالاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2003، ص 137، 138.

<sup>3</sup> - إبراهيم رحمانى، الأسرة المسلمة في ظل التغيرات المعاصرة (أثر العرف والتحول الاجتماعي في الأسرة المسلمة)، دار الفتح للدراسات والنشر، الو.م.أ، 2015، ص 343.

القول الأول: يرى أنها مقدرة بكفاية الزوجة، و هو قول الجمهور و الشافعي في القديم.

القول الثاني: يرى أنها مقدرة بمقدار محدد، و هو قول الشافعي في الجديد<sup>(1)</sup>.

و الأرجح هو أن الواجب في النفقة حد الكفاية دون تقدير، لأن النفقة تختلف باختلاف المكان و الزمان، و تتغير بتغير أعراف الناس و أحوالهم؛ فتقديرها بمقدار معين قد يكون فيه إضرار بالزوج إذا كلف بالزيادة، و إضرار بالزوجة إذا كان أقل من قدر حاجتها<sup>(2)</sup>.

و دليل عديم تقدير النفقة قوله تعالى: ((وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ))<sup>(3)</sup>.

## 2 : نفقة الزوجة العاملة

إن المتعارف عليه في وقتنا الحالي هو أن غالبية النساء أصبحن يتمن دراساتهن ويدخلن إلى عالم العمل، سواء كان العمل وظيفة إدارية أو مهنة حرة أو حتى حرفة معينة<sup>(5)</sup>. لذلك أثارت نفقة الزوجة العاملة جدلاً واسعاً بين الفقهاء المعاصرين، و سنختصر آراءهم في هذا الموضوع إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول: يرى أنه إذا كان خروج المرأة للعمل برضاء زوجها، فإن عملها لا يسقط نفقتها لأن رضاه الزوج بخروجها للعمل يمثل رضاه بالاحتباس الناقص.

الاتجاه الثاني: يرى أنه إذا لم يرض الزوج بعمل زوجته و استمرت فيه رغم طلبه منها التوقف عنه، أو إذا كانت الزوجة تخرج للعمل دون إذن زوجها، سقط حقها في النفقة؛ لأنها تعتبر ناشزا و الناشز لا نفقة لها<sup>(4)</sup>.

و نتيجة لتغير العرف، و تغير الظروف المعيشية و الغلاء الفاحش؛ أصبح عمل الزوجة أمراً ضرورياً في وقتنا الحالي؛ لأن الزوج - غالب الأحيان - إذا استطاع أن يوفر لزوجته و أولاده ضروريات الحياة، فإنه يصعب عليه توفير الكماليات و التحسينيات.

<sup>1</sup>- أحمد رشاد عبد الهادي، مرجع سابق، ص 192.

<sup>2</sup>-إلهام باجنيد، مرجع سابق، ص 401.

<sup>3</sup>-سورة البقرة، الآية 233.

<sup>5</sup>- نصيرة حاج عمر - وهيبه صادقي، حقوق الزوجين: نفقة الزوجة العاملة نموذجا، مذكرة ماستر تخصص قانون الأسرة، جامعة خميس مليانة، 2019/2018، ص 53.

<sup>4</sup>-حليمة مشوات، حق الزوجة في النفقة في ق.أ.ج، أطروحة دكتوراه تخصص قانون خاص، جامعة وهران، 2013/2012، ص 117.

## ثانيا: أثر العرف في التطبيق لعدم الإنفاق في قانون الأسرة الجزائري

جاء في المادة 78 من قانون الأسرة: " تشمل النفقة: الغذاء و الكسوة و العلاج، والسكن أو أجرته، و ما يعتبر من الضروريات في العرف و العادة".

حيث ان عناصر النفقة التي نص عليها المشرع الجزائري هي:

**1- نفقة الغذاء:** حيث ينبغي للزوج أن يوفر لزوجته أصناف الطعام و الشراب، حسب الشرع و العرف و وفقا لقدرته المادية، أو أن يمنحها مقابل ذلك مبلغا من المال تشتري به ما تشتهي و تحتاج.

**2 - نفقة الكسوة:** يجب على الزوج أن يحضر لزوجته الملابس الضرورية من خمار و حجاب و أثواب... الخ حتى تظهر بالمظهر الملائم أمام أقاربها و معارفها، حسب حالته المادية و الأعراف و الظروف المحيطة<sup>(1)</sup>.

**3 - نفقة السكن:** على الزوج أن يوفر لزوجته مسكنا حسب حالته المادية، سواء سكن مستقل ملك له، أو حجرة مع أهله، و إلا فعليه دفع الإيجار؛ و الحد الأدنى من السكن غرفة خاصة بها تأمين فيها على نفسها و مالها، مرفقة بمطبخ و حمام.

**4 - نفقة العلاج:** إذا مرضت الزوجة فعلى الزوج علاجها، و يتحمل نفقات الطبيب و الأدوية و تكاليف المشفى، سواء كانت تلك النفقات كثيرة أم قليلة<sup>(2)</sup>، كما يتحمل نفقات المتابعة الطبية للزوجة أثناء الحمل و الولادة.

**5 - ما يعتبر من الضروريات في العرف و العادة:** الضروريات في العرف و العادة هي كل ما تعارفه الناس و اعتاده، حيث يشكل فقده نقصا و شذوذا.

أن النفقة تختلف من وقت إلى وقت، و من منطقة إلى أخرى؛ فما هو ضروري الآن لم يكن ضروريا في السابق، كنفقة الدراسة إذا كانت الزوجة تدرس، نفقات النقل، الانترنت و الأجهزة التكنولوجية... الخ، أيضا ما هو ضروري في المدينة لا يشترط ان يكون ضروريا في الريف وهكذا...<sup>(3)</sup>.

<sup>1</sup>- عبد الكريم الغوط، مرجع سابق، ص 84.

<sup>2</sup>-فاطمة الزهراء بوختاش، النفقة على ضوء قانون الأسرة و قانون العقوبات الجزائري، مذكرة ماستر تخصص قانون خاص، جامعة مستغانم، 2018/2019، ص 12.

<sup>3</sup>-حليمة مشوات، مرجع سابق، ص 54.

### الفرع الثالث: أثر العرف في التطليق لفقد الزوج

للعرف أثر في أحكام التطليق لفقدان الزوج، سنرى ذلك فيما يلي:

#### أولاً: أثر العرف في التطليق لفقد الزوج عند الفقه الإسلامي

لا شك أن الزوجة تتضرر من غياب زوجها ويزداد ضررها لأنها لا تعلم حياته من موته وهل سيعود زوجها الغائب أم يطول غيابه، فتبقى معلقة لا هي علمت موته فاعتدت و استأنفت حياتها من جديد خاصة إن كانت شابة فتية فتصبح حالة زوجة المفقود صعبة، ولذلك اجتهد الفقهاء وبحثوا حلولاً لرفع الضرر عنها وحاولوا تحديد مدة معينة لإعلان وفاة المفقود من أجل تحرير الزوجة وتقدير فترة تربصها بأربعة أشهر وعشرة أيام للتخفيف عنها<sup>(1)</sup>، كما أن الفقهاء لما اجتهدوا راعوا الضرر اللاحق بالمفقود إذا ما عاد من غيبته فيجد زوجته في عصمة غيره ويوزع ماله فكانت فترة الأربع سنوات مقدرة عرفاً في الزمان السابق نظراً لصعوبة التنقل وعدم وجود وسائل نقل ولذلك كانت فترة الأربع سنوات ملائمة للزوجة لانتظار زوجها، كما أنها مدة مقنعة للمفقود إذا ما رجع ولم يجد زوجته وأمواله.

أما في زماننا هذه تبدو مدة الأربع سنوات طويلة نظراً لما أوردنا سابقاً عن تغير الزمان وتطور وسائل الاتصال والنقل أين صار التواصل يتم بسرعة البرق، ولذلك تبقى هذه المسألة محل اجتهاد الفقهاء لتحديد التصرفات والسلوكات التي صارت من عوائد الناس والتي تختلف حسب كل منطقة ومجتمع<sup>(2)</sup>.

#### ثانياً: أثر العرف في التطليق لفقد الزوج في قانون الأسرة الجزائري

جاء في نص المادة 112 من ق.أ.ج أنه يجوز لزوجة المفقود أو الغائب أن تطلب الطلاق بناء على الفقرة الخامسة من المادة 53 من نفس القانون ونصت المادة 53 في فقرتها الخامسة على أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق بسبب الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة، ولذلك نجد أن ق.أ.ج أخذ بقول الفقهاء الذين أجازوا التفريق للفقد وهم المالكية والحنابلة، وذلك مراعاة لدفع الضرر المترتب على الزوجة كما هو معمول به في أعراف الناس وأحوالهم.

<sup>1</sup> - عبد الفتاح عمرو، مرجع سابق، ص 217.

<sup>2</sup> - أحمد رشاد عبد الهادي، مرجع سابق، ص 156.

وبالرجوع للمادة 113 من نفس القانون والتي خولت القاضي كيفية الحكم على المفقود بالموت ومنحت القاضي السلطة التقديرية لإصدار حكمه بموت المفقود، وفصلت هذه المادة في حالات غياب المفقود، فإن غاب في فترة غلب فيها الهلاك (حالة استثنائية) جاز للقاضي أن يحكم بموت المفقود بمرور أربع سنوات وهي نفس المدة التي حددها المالكية، وإن كانت الفترة التي غاب فيها تغلب فيها السلامة يكون للقاضي حرية تقدير مدة التحري للتأكد من حياة أو وفاة المفقود وقد تكون قصيرة أو طويلة بعد مرور أربع سنوات من اعتبار الزوج مفقود، ويرجع في تقديره بهذه المدة إلى اعتبار من بقي من أقرانه ومتوسط حياتهم باعتماد المتعارف عليه في محيطه وعلى الظروف التي غاب فيها أو مدة سفر طريق معين وما تعارف عليه الناس من وسيلة للسفر وتقدير وقت الذهاب والإياب وطبيعة سبب السفر كل ذلك بحسب العرف السائد في تلك الفترة التي غاب فيها<sup>(1)</sup>.

أما عن العرف السائد في وقتنا الحالي، فإن زوجة المفقود تتعرض لضرر كبير خاصة مع انتشار الحروب في الدول العربية واختفاء أعداد كبيرة من الشباب، ومع تغير الزمان حالياً بسبب التكنولوجيا المتطورة يكون في بقاء الزوجة وانتظارها زوجها مشقة وضرر يصعب تحمله مقارنة بالعصور السالفة أين كان السفر والتنقل يأخذ وقتاً طويلاً فلا تدري الزوجة ماذا تفعل وفي أغلب الأحيان تنتظره سنين عدة.

ولذلك أقر كثير من علماء الأزهر وعلماء الاجتماع أنه لا يجوز لها أن تنتظر كل تلك المدة لأن في ذلك انتهاكاً لأدميتها وظلماً مبيناً كما قال الدكتور محمد الراوي (عضو مجمع البحوث الإسلامية) كما اتفق الدكتور محمد المنسي (أستاذ الشريعة بكلية دار العلوم جامعة القاهرة والدكتورة آمنة نصير أنه مع تطور التكنولوجيا وانتشار وسائل الاتصالات يمكن للزوجة أن تطلب الطلاق من المحكمة بمرور ستة أشهر أو أربعة أشهر من غياب الزوج رحمة بها ودرءاً للمفاسد وحتى لا تبقى عرضة لكلام الناس تطبيقاً لحديث عائشة حول مدى قدرة الزوجة على تحمل بعد زوجها عنها والتي عبرتها بأربعة أشهر، فتستأنف حياتها وتزوج من جديد، وإن عاد

<sup>1</sup> - عبد الكريم الغوط، مرجع سابق، ص ص 127، 128.



## الفصل الأول:..... الاعتبار بالعرف في مسائل الطلاق.

زوجها كان لها التخيير بين أن تطلق زوجها الثاني وتعود لزوجها الأول أو تبقى في ذمة زوجها الثاني<sup>(1)</sup>.

كخلاصة لهذا الفصل: نرى أن العرف قد برز بشكل ملحوظ في مسائل الطلاق، فكان له الأثر في الألفاظ التي يقع بها الطلاق بإرادة الزوج، أيضا كان له الأثر على الطلاق الرجعي و شروطه و ألفاظه، كما أن للطلاق العرفي تطبيقات قضائية أثبتته و قضت بالأخذ به. و بالنسبة للخلع؛ كان للعرف أثر في صيغته و كذلك في تقدير بدل الخلع الذي تدفعه المخلعة. أما فيما يخص التطلق؛ فإن القاضي يحكم بالعرف في تقدير الضرر اللاحق بالزوجة، و في تقدير النفقة و عناصرها، كما يستعين القاضي بالعرف في تحديد الزمن الكافي لتطلب الزوجة التطلق لفقدان الزوج أو غيابه.

<sup>1</sup>- عبد الهادي أبو سريع و آخرون، غياب الزوج و حقوق الزوجة في الطلاق و الإنفاق تشغل بال العلماء، موقع مجلة البيان عبر الإمارات <https://www.albayan.ae/>، تاريخ التصفح: 2020/08/16، الساعة: 09.26.

الفصل الثاني:

الاعتبار بالعرف في آثار الطلاق.

## تمهيد

إن عقد الزواج ليس كبقية العقود؛ فهو عهد على سنة الله و نبيه سماه الله تعالى بالميثاق الغليظ، فانهلاله ليس بالأمر الهين.

لذلك يترتب على فك الرابطة الزوجية آثار، نظمت أحكامها الشريعة الإسلامية و قوانين الأحوال الشخصية على غرار قانون الأسرة الجزائري، في المواد من 58 الى 73 من تقنين الأسرة.

سنرى في هذا الفصل مدى الاعتبار بالعرف في آثار الطلاق، في ثلاثة مباحث:

**المبحث الأول: الاعتبار بالعرف في العدة.**

**المبحث الثاني: الاعتبار بالعرف في الحضانة.**

**المبحث الثالث: الاعتبار بالعرف في النزاع حول متاع البيت.**

## المبحث الأول: الاعتبار بالعرف في العدة

إن أول أثر من آثار فك الرابطة الزوجية هي العدة المفروضة شرعا و قانونا على الزوجة المطلقة أو المتوفى عنها زوجها، فلتشريع العدة حكم ربانية و فوائد اجتماعية. لذلك سنتطرق في هذا المبحث إلى مفهوم العدة و ضوابطها في **المطلب الأول**، ثم سنبرز مدى تأثير أحكام العدة بأعراف الناس ضمن أحكام الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، في **المطلب الثاني**.

### المطلب الأول: مفهوم العدة و ضوابطها

قبل إبراز أثر العرف على أحكام العدة، يتعين علينا تحديد مفهومها (فرع أول)، و ذلك من خلال تعريفها و ذكر أدلة مشروعيتها و كذا ذكر أنواعها، ثم سنمر إلى دراسة ضوابط العدة (فرع ثان) بتبيان طريقة حسابها، و الحالات التي تتداخل فيها أنواع العدة.

#### الفرع الأول: مفهوم العدة

لتحديد مفهوم العدة، ينبغي تعريفها. ثم ذكر أدلة مشروعيتها، و بعدها بيان أنواعها.

#### أولا: تعريف العدة

العدة أجل حدده الشارع لانقضاء ما تبقى من آثار الرابطة الزوجية بعد انحلالها؛ فالزوجة المدخول بها إذا انحل عقد زواجها لأي سبب من أسباب انحلال عقد الزواج، فإنها تنتظر مدة معينة و لا تتزوج ثانية حتى تنقضي هذه المدة المسماة ب "العدة"<sup>(1)</sup>، و سميت العدة لأن الزوجة تعد و تحصي الأيام التي تمتع فيها عن الزواج.

و لتشريع العدة حكم كثيرة منها الإحداد على الزوج السابق و تكريم ذكره في حالة الوفاة، كما أنها وقت مقرر لاستبراء الرحم تجنباً لاختلاط الأنساب، كذلك تعد العدة بمثابة فرصة للزوج لمراجعة زوجته إذا ندم على طلاقها، فالطلاق في الأصل يكون رجعياً<sup>(2)</sup>.

<sup>1</sup>- عبد الوهاب خلاف، أحكام الاحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 167.

<sup>2</sup>- أحمد ابو زهرة، مرجع سابق، ص 372.

## ثانيا: مشروعية العدة

العدة واجبة على المرأة المطلقة أو المتوفى عنها زوجها، و من أدلة وجوبها:

### 1: من القرآن الكريم

أ - قوله تعالى: ((وَالْمُطَلَّاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ))<sup>(1)</sup>.

ب - قوله تعالى: ((وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا))<sup>(2)</sup>.

ج - قوله تعالى: ((وَالَّذِي يَبْسُجُ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ أَرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ وَالَّذِي لَمْ يَحِضْ وَأُولَئِكَ الْأَحْمَالُ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مِنْ أَمْرِهِ يُسْرًا))<sup>(3)</sup>.

### 2: من السنة النبوية الشريفة

أ- قوله صلى الله عليه و سلم لعبد الله بن عمر - رضي الله عنهما- حين طلق زوجته: " مرة فليراجعها، ثم ليمسكها حتى تطهر، ثم تحيض، ثم تطهر، ثم إن شاء أمسك بعد، و إن شاء طلق قبل أن يمس، فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء"<sup>(4)</sup>.

ب- عن ابن عطية أن النبي صلى الله عليه و سلم قال: "لا تحد المرأة فوق ثلاث إلا على زوج فإنها تحد عليه أربعة أشهر و عشرة، لا تلبس ثوبا مصبوغا إلا ثوب عصب، و لا تكتحل ولا تمس طيبا..."<sup>(5)</sup>.

### ثالثا: أنواع العدة

تختلف العدة من حيث سبب انحلال الزواج أو من حيث المدة التي تستغرقها، تبعا لحالة كل معتدة، حيث تنقسم العدة إلى ثلاثة أنواع:

<sup>1</sup>-سورة البقرة، الآية 228.

<sup>2</sup>-سورة البقرة، الآية 234.

<sup>3</sup>-سورة الطلاق، الآية 04.

<sup>4</sup>-سبق تخريجه.

<sup>5</sup>-خليل السهازنفوري، بذل المجهود في حل سنن أبي داود، تح: تقي الدين الندوي، ج08، ط01، مركز الندوي للدراسات

الإسلامية، الهند، ح/2302، ص 206.

## 1 : العدة بالقروء

تكون العدة بالقروء للمعتدة من غير وفاة، من ذوات الحيض و غير حامل؛ لقوله تعالى: ((وَالْمُطَلَّاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ<sup>(1)</sup>))، و هو ما تبناه المشرع الجزائري في المادة 01/58 من قانون الأسرة<sup>(2)</sup>.

و القروء عند الحنفية و الحنابلة هي الحيضات، أما عند الشافعية و المالكية فهي الأطهار التي تكون بين الحيضات، فلفظ القروء مشترك و من صاحبة من قال انه الطهر و منهم من قال أنه الحيض<sup>(3)</sup>.

و مقدار العدة بالقروء هي ثلاثة قروء؛ أي ثلاث حيضات لمن قال أن القروء حيض، و ثلاثة أطهار لمن قال أن القروء طهر.

### 2- العدة بالأشهر: تعدت بالأشهر من النساء اثنتان:

**الأولى:** المرأة التي لا تحيض، سواء لصغر سنها او لكبره، و التي حصلت الفرقة بينها و بين زوجها و لم تكن حاملا؛ فعدتها ثلاثة أشهر من تاريخ الفرقة، لقوله تعالى: ((وَأَلَّتِي يَيْسُنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ أَرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَالَّتِي لَمْ يَحِضْنَ...))<sup>(4)</sup> و هو ما أقرته في المادة 58 من قانون الأسرة الجزائري في فقرتها الثانية<sup>(5)</sup>.

**الثانية:** من توفى عنها زوجها و لم تكن حاملا، سواء كانت من ذوات الحيض أم ليست منهن فعدتها أربعة أشهر و عشرة أيام، لقوله تعالى: ((وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذُرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا...))<sup>(6)</sup>، و هذا ما أخذ به المشرع الجزائري في المادة 59 من قانون الأسرة الجزائري<sup>(7)</sup>.

<sup>1</sup>-سورة البقرة، الآية 228.

<sup>2</sup>-نصت المادة 01/58 ق.أ.ج: "تعدت المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء".

<sup>3</sup>-محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 373.

<sup>4</sup>-سورة الطلاق، الآية 04.

<sup>5</sup>-نصت المادة 02/58 ق.أ.ج: "و اليائس من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق".

<sup>6</sup>-سورة البقرة، الآية 234.

<sup>7</sup>-نصت المادة 59 ق.أ.ج: "تعدت المتوفى عنها زوجها بمضي أربعة أشهر و عشرة أيام...".

### 3: العدة بوضع الحمل

تبدأ عدة المرأة الحامل، سواء كانت هذه العدة لوفاة أو طلاق، من تاريخ الفرقة حتى وضع حملها، لقوله تعالى: ((...وَأُولَئِكَ الْأَحْمَالُ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ...))<sup>(1)</sup>، فإذا وضعت المعتدة حملها انقضت عدتها بغض النظر عما إذا طال الزمن بعد الفراق أم لم يطل<sup>(2)</sup>.

و هذا ما أخذت به المادة 60 من قانون الأسرة الجزائري<sup>(3)</sup>.

### الفرع الثاني: ضوابط العدة

سنرى في هذا الفرع كيفية حساب المرأة لمدة عدتها، ثم الحالات التي قد تتحول فيها العدد من نوع إلى آخر.

#### أولاً: حساب مدة العدة

بما أن سبب وجود العدة هو الفرقة؛ فإن ابتداء حساب مدة العدة يكون من لحظة الفرقة فوراً متى كان الزواج صحيحاً، سواء كانت الفرقة بطلاق أو بفسخ، أما إذا كان الزواج فاسداً أو في حالة الوطء بشبهة، فتبدأ العدة عقب التفريق من القاضي أو بعد المتاركة (ترك الرجل زوجته)<sup>(4)</sup>.

و لا يشترط علم الزوجة بالطلاق أو بالوفاة لبدء العدة؛ لأن العدة أجل حدده الشارع، فإذا لم تعلم الزوجة بطلاقها أو بوفاة زوجها إلا بعد مضي أجل العدة فإن عدتها تعتبر قد انقضت شرعاً<sup>(5)</sup>.

<sup>1</sup> -سورة الطلاق، الآية 04.

<sup>2</sup> -كهينة منقلتي، آثار فك الرابطة الزوجية في القانون الجزائري، مذكرة ماستر تخصص قانون خاص داخلي، جامعة تيزي وزو، 2016/201، ص 55.

<sup>3</sup> -نصت المادة 60 ق.أ.ج: "عدة الحامل وضع حملها، و أقصى مدة الحمل عشرة أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة".

<sup>4</sup> -عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 172.

<sup>5</sup> -سمير بكري، العدة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر تخصص أحوال شخصية، جامعة المسيلة، 2015/2016، ص 48.

هذا إن كانت الزوجة مدخولا بها، فإذا لم يكن مدخولا بها و طلقت فلا عدة عليها؛ لقوله تعالى: ((يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَتَّعُوهُنَّ وَسَرَخُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا))<sup>(1)</sup>.

بينما تبدأ عدة الوفاة بمجرد وفاة الزوج، بغض النظر عن صحة الزواج أو فساده، و سواء كانت الزوجة مدخولا بها ام لا<sup>(2)</sup>.

أما من الناحية القانونية، فبالرجوع لقانون الأسرة الجزائري نجد المادة 49 في فقرتها الأولى تنص على: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي..."

يفهم من هذه المادة أن الحكم القضائي يكون لإثبات الطلاق، أما إيقاع الطلاق فيكون من طرف الزوج، حيث أن هذا الأخير إذا تلفظ بالطلاق قبل رفع الدعوى، فإن هذا الطلاق يقع و يرتب آثاره، و هو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الذي جاء فيه: "أن القرار الذي قضى بأن الطلاق لا يثبت إلا بتصريح أمام القاضي يعد مخالفا للشريعة الإسلامية."<sup>(3)</sup>

بالتالي؛ حساب عدة الطلاق يبدأ من إيقاع الطلاق أي من تاريخ التلفظ به، و على القاضي التحري و إجراء التحقيق حول واقعة الطلاق العرفي و تحديد تاريخه لمعرفة بداية سريان العدة. أما بالنسبة لحالات الطلاق بالتراضي، التطليق و الخلع؛ تبدأ العدة من تاريخ صدور الحكم فهنا الحكم يعتبر منشأ لواقعة الطلاق<sup>(4)</sup>.

#### ثانيا: تداخل العدد

يحدث أحيانا ان تتداخل العدد، و ذلك عندما تعتد المرأة بنوع من أنواع العدة، ثم يطرأ سبب يغير نوع العدة فيتغير تقديرها تبعا لذلك، و يكون ذلك في الحالات التالية:

#### 1 - تحول العدة من الأشهر إلى القروء

إذا طلقت الصغيرة أو اليائسة من المحيض، فشرعت في العدة بالأشهر ثم أتاها الحيض قبل انتهاء العدة؛ فيجب عليها ان تنتقل العدة بالقروء و يبطل ما مضى من عدتها، حيث لا تنتهي

<sup>1</sup> -سورة الأحزاب، الآية 49.

<sup>2</sup> -محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 374.

<sup>3</sup> -ق.م.ع الصادر بتاريخ 1984/12/03، غ.أ.ش، ملف رقم 35026، م.ق سنة 1989، ع04، ص 86.

<sup>4</sup> -كهينة منقلتي، مرجع سابق، ص 59.



عدتها إلا بمضي ثلاث حيضات كاملات عند الحنفية و الحنابلة، و ثلاثة أطهار عند المالكية و الشافعية<sup>(1)</sup>.

ذلك أن الأشهر بدل للقرء، فلا يجوز الاعتداد بالبدل مع وجود الأصل.

### 2: تحول العدة من القروء إلى الأشهر

إذا بدأت المرأة في الاعتداد بالحيض ثم آيست منه، فإنها تنتقل إلى الاعتداد بالأشهر، فتستأنف عدة جديدة بثلاثة أشهر كاملة<sup>(2)</sup>.

### 3: تحول العدة من القروء أو الأشهر إلى عدة وضع الحمل

إذا بدأت المرأة في الاعتداد بالقروء أو بالأشهر، سواء كانت العدة لطلاق أو لوفاة، ثم اتضح أنها حامل، تتحول عدتها إلى عدة وضع حمل، و الحمل دليل براءة الرحم، فتتقضي عدتها بوضعها لحملها<sup>(3)</sup>.

### 3: تحول العدة من عدة طلاق إلى عدة وفاة

إذا طلقت الزوجة طلاقا رجعيا، ثم مات زوجها و هي في العدة، لزمها الانتقال من عدة الطلاق إلى عدة الوفاة؛ لأنها ما زالت على ذمة زوجها، فتتعد أربعة أشهر و عشرة أيام. أما إذا كان طلاقها بائنا، و مات الزوج أثناء العدة، فإنها تتم عدة طلاقها و لا تعدد عدة وفاة<sup>(4)</sup> إلا إذا طلقها بائنا أثناء مرض موته و هذا ما يسمى ب "طلاق الفار"، فإنها تعدد بأبعد الأجلين، أي أبعد العدتين<sup>(5)</sup>.

<sup>1</sup>-وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، ج 07، ط 02، دار الفكر، سوريا، 1985، ص 645.

<sup>2</sup>-كهينة منقلتي، مرجع سابق، ص 56.

<sup>3</sup>-سعاد لعلی، مرجع سابق، ص 344.

<sup>4</sup>-عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 171.

<sup>5</sup>-محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 378.

## المطلب الثاني: أثر العرف في العدة

تأثرت أحكام العدة بالقواعد العرفية المتبعة بين الناس، في هذا المطلب سنبين مدى هذا التأثير ضمن أحكام الفقه الإسلامي (فرع أول) و قانون الأسرة الجزائري (فرع ثان).

### الفرع الأول: أثر العرف في العدة عند الفقه الإسلامي

سنتطرق في هذا الفرع إلى عنوانين مهمين فقط نظرا لاعتبار العرف فيهما بشكل كبير وهي أثر العرف على انقضاء العدة أما العنوان الثاني فهو أثر العرف على الحداد وترك الزينة بالنسبة للمرأة المتوفى عنها زوجها.

#### أولا: أثر العرف على انقضاء العدة

تعتبر العدة الفترة التي تتعلق بإمكانية رجوع المطلقة لزوجها ولذلك بحث الفقهاء في تحديد أقل مدة قد تنقضي بها العدة مراعاة لعدة اعتبارات مثل ألا تقع الزوجة في الغلط وتتزوج برجل آخر وهي لا زالت في فترة العدة أي أنها لا تزال على ذمة زوجها. واختلف الفقهاء في تحديد مدة انقضاء العدة إلا أن الأصل في تحديدها هو المتعارف عليه لدى النساء وما يتعلق بهن من أمور الحيض والطمهر<sup>(1)</sup>.

حيث يرى الحنفية أن أقل مدة تصدق فيها الزوجة هي ستين يوما لأنها تحتاج إلى ثلاث حيض كاملة يتخللها طهران وللحيضات الثلاث ثلاثون يوما باعتبار أن أكثر مدة الحيض هي عشرة أيام، وللطهرين ثلاثون يوما باعتبار أن أقل مدة الطهر هي خمسة عشر يوما فإذا مضى عليها أكثر من ستين يوما من طلاقها وادعت انقضاء صدقت بيمينها ولا تصح الرجعة بعد ذلك، و إذا مضى عليها أقل من ستين يوما من طلاقها لا تصدق في ادعائها انقضاء عدتها وتصح الرجعة<sup>(2)</sup>.

ويرى المالكية بأنه تنقضي العدة بثلاث أطهار لا بثلاث حيض وأقل مدة تنقضي فيها العدة بالإقراء شهر، إذا طلقها في أول الشهر وهي طاهرة ثم حاضت بعد الطلاق بلحظة فيحسب الطهر لها، لكنهم يأخذون بقول النساء وما جرت عليه العادة عندهن فإن ادعت المرأة انقضاء عدتها في زمن لا يمكن انقضاؤها فيه مطلقا وهي أقل من شهر لا تصدق في دعواها

<sup>1</sup> - إلهام باجنيد، مرجع سابق، ص 280.

<sup>2</sup> - عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية، في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 145.

ولا يسأل النساء في شأنها، وإن ادعت انقضاء عدتها في زمن يندر انقضاؤها فيه وهو الشهر مثلا ففي هذه الحالة تصدق بشهادة الخبيرات من النساء وإن ادعت انقضاء عدتها في زمن يغلب انقضاؤها فيه تصدق بلا يمين ولا سؤال النساء<sup>(1)</sup>.

وذهب الشافعية إلى أن المعتدة بالأقراء إن طلقت في الطهر حسب بقية الطهر قرءا، وإن طلقت في الحيض اشترط مضي ثلاثة أطهار كاملة، وأقل مدة تنقضي فيها العدة إذا طلقت المرأة في طهر هي اثنان وثلاثون يوما ولحظتان، وذلك بأن تطلق وقد بقي من الطهر لحظة، ثم تحيض يوما وليلة، ثم تطهر خمسة عشر يوما ثم تحيض يوما وليلة ثم تطهر خمسة عشر ثم تطعن في الحيض<sup>(2)</sup>.

أما الحنابلة فيقولون أن القرء هو الحيض ولا بد أن تحيض الحرة ثلاث حيضات وأقل مدة الحيض عندهم تسعة وعشرون يوما ولحظة، لأن أقل الحيض يوم وليلة وأقل الطهر بين الحيضتين ثلاثة عشر يوما فإن ادعت المرأة أن عدتها انقضت في أقل من هذه المدة لا تسمع دعواها وتنقضي عدة الأمة في خمسة عشر يوما ولحظة<sup>(3)</sup>.

### ثانيا: الحداد و ترك الزينة

الحداد لغة: الامتناع عن الزينة، أما اصطلاحا: ترك الطيب و الزينة و الملابس المزينة، و هو خاص بالبدن، فلا يشمل البيت و أثاثه و فراشه...<sup>(4)</sup>.

و الحداد واجب على المعتدة من وفاة لقول النبي صلى الله عليه و سلم: "لا تحد المرأة فوق ثلاث إلا على زوج فإنها تحد عليه أربعة أشهر و عشرا، لا تلبس ثوبا مصبوغا إلا ثوب عصب، و لا تكتحل ولا تمس طيبا..."<sup>(5)</sup>، فالحداد يكون بترك المرأة المتوفى عنها زوجها ما تنزير به من حلي و طيب و ترك الثوب المصبوغ، وغيرها من وسائل الزينة الأخرى<sup>(6)</sup>.

1- عبد الرحمان الجزيري، مرجع سابق، ص ص.397،398.

2- محي الدين النووي، مرجع سابق، ص 218.

3- عبد الرحمان الجزيري، المرجع نفسه، ص 403.

4- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، مرجع سابق، ص 659.

5- حديث سبق تخريجه.

6- سمير بكري، مرجع سابق، ص 88.

إن الزينة التي تتجنبها الحادة، فتختلف باختلاف العادات و الأعراف في كل مكان وزمان و قد ذكر الفقهاء بعض أنواع الزينة التي كانت في عصرهم؛ كالثياب المصبوغة التي تقابلها اليوم الثياب المطرزة، و الكحل و العطور و الحناء...، و من الزينة أيضا زينة الوجه و هو ما يعرف اليوم بالمكياج. و كل ما يعتبر زينة في العرف و العادة<sup>(1)</sup>.

غير أن الحداد لا يعني أن تتخلى المرأة عن نظافتها؛ حيث يجوز لها الاغتسال بالماء و الصابون، و تمشيط شعرها، و قص أظفارها و نتف إبطنها و حلق عانتها<sup>(2)</sup>.

### الفرع الثاني: أثر العرف على العدة في قانون الأسرة الجزائري

تأثرت نصوص العدة في قانون الأسرة الجزائري بالعرف، و يظهر ذلك من خلال:

#### أولاً: تحديد مفهوم القرء

مما جاء في نص المادة 58 من قانون الأسرة الجزائري: "تعد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء".

يظهر من هذا النص أن المشرع استعمل لفظ القرء لكن لم يبين ما إذا كان القرء طهرا او حياضا؛ و هذا أحسن ما فعل لتجنب الانتقادات، فالمسألة مختلف فيها بين الفقهاء كما ذكرنا سابقا<sup>(3)</sup>، لذلك ترك المشرع تحديد القرء للسلطة التقديرية للقاضي الذي يحكم بناء على العرفما لم يوجد حل للمسألة في التشريع أو في قواعد الشريعة الإسلامية.

#### ثانياً: بقاء المعتدة في مسكن الزوجية

بقاء المعتدة في مسكن الزوجية هو حق لها و واجب على الزوج، لقوله تعالى: ((يَأْتِيهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْضُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تَخْرُجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا))<sup>(4)</sup>.

<sup>1</sup>- إلهام باجنيد، مرجع سابق، ص 379.

<sup>2</sup>- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، مرجع سابق، ص 662.

<sup>3</sup>- انظر الصفحة 86 من هذه المذكرة.

<sup>4</sup>- سورة الطلاق، الآية 01.

و قد ساير المشرع الجزائري الشريعة الإسلامية في بقاء المعتدة في بيت الزوجية، و ذلك من خلال المادة 61 من قانون الأسرة، التي جاء نصها كالتالي: "لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة و لها الحق في النفقة في عدة الطلاق".

فعلى المرأة المعتدة من طلاق رجعي أو وفاة ملازمة بيت الزوجية، و ذلك تكريما لذكرى الزوج في عدة الوفاة، و ليتمكن الزوج من صيانتها و رعايتها في عدة الطلاق لأنها لا تزال تحت ذمته، و لعل هذا يكون سببا في إصلاح علاقتهما الزوجية، فقربها من زوجها قد يلين قلبه فيجعله يعيد التفكير في قراره<sup>(1)</sup>.

لكن العرف الجاري بين الناس خلاف ذلك؛ حيث أن الزوجة بمجرد أن يطلقها زوجها تأخذ أمتعتها و تذهب إلى بيت أهلها لتقضي عدتها هناك<sup>(2)</sup>، و أحيانا نجد أن المطلق هو من يقوم بطرد طليقته من بيت الزوجية و يمنعها من أداء العدة فيه<sup>(3)</sup>، كما أنه في العديد من الأحيان تغادر الزوجة مسكن الزوجية لخلاف لم يصل حد الطلاق<sup>(4)</sup>، و هذه أعراف فاسدة لا توافق الشريعة الإسلامية، لذلك ألزم المشرع المعتدة بالبقاء في بيت زوجها من خلال المادة 61 أعلاه.

<sup>1</sup>- وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي و أدلته، مرجع سابق، ص 675.

<sup>2</sup>- حنان شريف، التطليق وفقا لقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر تخصص قانون الأسرة، جامعة المسيلة، 2017/2016، ص 36.

<sup>3</sup>- كهينة منقلتي، مرجع سابق، ص 60.

<sup>4</sup>- سمير بكري، مرجع سابق، ص 63.

## المبحث الثاني: الاعتبار بالعرف في الحضانة

من أهم المسائل التي تثور بعد الطلاق و تقوم بشأنها مشاكل عديدة هي مسألة حضانة الأطفال، نظرا لأهميتها على الحياة الاجتماعية و الصحة النفسية للطفل . خصوصا بعد انفصال والديه و تفكك الجو الأسري الذي كان يعيش فيه.

في هذا المبحث؛ سنبين مفهوم الحضانة الفقهي و القانوني في المطلب الأول، ثم نظهر مدى تأثر أحكامها بالعرف، بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، في المطلب الثاني.

### المطلب الأول: مفهوم الحضانة

حتى يتضح مفهوم الحضانة، سنقوم بتعريفها و ذكر خصائصها ( فرع أول) ثم نبين حكمها الشرعي و طبيعتها القانونية (فرع ثان).

#### الفرع الأول: تعريف الحضانة و خصائصها

في هذا الفرع سنعرف الحضانة، ثم نذكر بعض الخصائص التي تمتاز بها.

#### أولاً: تعريف الحضانة

الحضانة في اللغة حضنه وحضانة: جعله في حضنه، يقال حضن الطائر البيض: رقد عليه للتفريخ، وحضن الرجل الصبي: رعاه ورباه فهو حاضن<sup>(1)</sup>.

وتعريفها في الاصطلاح الفقهي فهي حفظ الصغير الذي لا يستقل بأموره ورعايته وتربيته بما يصلحه ومن أمثلته أن الأم أولى بالحضانة من الأب<sup>(2)</sup>.

والمقصود بمن لا يستقل بأموره؛ الصغير والمعتوه والمجنون لأنهم لا يقدرّون على القيام بمصالحهم ولا يدركون ما ينفعهم وما يضرهم<sup>(3)</sup>.

<sup>1</sup> - إبراهيم أنس و آخرون، مصدر سابق، ص 182.

<sup>2</sup> - عبد العزيز السويلم و آخرون، مرجع سابق، ص ص.693،694.

<sup>3</sup> - عبد الكريم اللاحم، مرجع سابق، ص 406.

## الفصل الثاني:..... الاعتراف بالعرف في آثار الطلاق.

ولقد عرفها الحنابلة: " حفظ صغير ومجنون ومعتوه وهو مختل العقل بما يضرهم وتربيتهم بعمل مصالحتهم كغسل رأس الطفل ويديه وثيابه ودهنه وتكحيله وربطه في المهد وتحريكه لينام ونحوه"<sup>(1)</sup>.

وعرفها المالكية: " حفظ الولد في مبيته ومؤنة طعامه ولباسه ومضجعه وتنظيف جسده"<sup>(2)</sup>.

وعرفها الشافعية: " هي القيام بحفظ من لا يميز ولا يستقل بأمره، وتربيته بما يصلحه، ووقايته عما يؤذيه"<sup>(3)</sup>.

وعرفها الحنفية: " تربية الولد لمن له حق الحضانة"<sup>(4)</sup>.

أما المشرع الجزائري فقد عرف الحضانة في المادة 62 من ق.أ.ج بأنها رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا، ويلاحظ من خلال هذه المادة أن المشرع عرف الحضانة من الجانب الروحي والعائدي للطفل، ومحاولة تقوية الجانب العقلي على الجانب الجسدي كما أنه حاول أن يركز على رعاية المحضون من طرف الحاضن، حيث حدد نطاقها ووظائفها مراعاة لمصلحة المحضون<sup>(5)</sup>، و جاء هذا التعريف شاملا لأفكار لم تتضمنها غيره من القوانين العربية، حيث جمع في مضمونه كل ما يتعلق بحاجيات الطفل الدينية والصحية والخلقية والتربوية والمادية<sup>(6)</sup> ويؤخذ على هذا التعريف أنه استخدم مصطلح الولد دون أن يشير إلى مصلحة المحضون سواء كان ذكرا أو أنثى<sup>(7)</sup>.

<sup>1</sup> - منصور البهوتي، مرجع سابق، ص ص. 495، 496.

<sup>2</sup> - محمد المغربي، مرجع سابق، ص 593.

<sup>3</sup> - محي الدين النووي، مرجع سابق، ج 9، ص 98.

<sup>4</sup> - محمد أمين (ابن عابدين)، رد المحتار، ط.خ، ج 5، تح: عادل عبد الموجود وعلى معوض، دار الكتب، الرياض، م.ع.س، 2003، ص 252.

<sup>5</sup> - كمال بعاكية، الحضانة وشروطها بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مجلة الإجتهد للدراسات القانونية والاقتصادية، جامعة وهران، ع 6، 2018/10/02، ص 425.

<sup>6</sup> - سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط 3، دار هومة، الجزائر، د.س.ن، ص 293.

<sup>7</sup> - نشوان زكي سليمان، الحضانة وشروط ممارستها، مجلة الرافدين للحقوق، كلية الحقوق، جامعة الموصل، عدد 59، مج 16، العراق، 2018، ص ص. 65، 66.

## ثانيا: خصائص الحضانة

بالرجوع للمادة 62 من ق.أ.ج نجد أن مصلحة المحضون تقتضي حفظه وتربيته في ذاته وإطعامه وكسوته وغيرها من الأمور ولا يجوز الإخلال بحق الحضانة لأن الطفل مخلوق ضعيف وعاجز عن رعاية نفسه، ولذلك يتمتع حق الحضانة بمميزات نوردها كما يلي:

### 1: الحضانة من النظام العام

لأن في ترك هذا الواجب تضييع للطفل وهلاك له، فهي تعمل على رعاية الطفل وتحقق له الأمن الغذائي من إطعام وكساء وعلاج، كما تعمل على غرس السلوكيات الضرورية فيه من أجل تكوين شخص مقبول اجتماعيا في البيئة التي نشأ فيها<sup>(1)</sup> ولذلك يرى جانب من الفقه أنها من النظام العام، وليس للأبوين تغيير قواعدها ولابد من احترام شروطها وقواعد ترتيب الحاضنين فيها، فمثلا إذا اتفقت الم مع والد الطفل على التخلي عن حضانة ابنها لأي سبب فإن الحضانة لا تسقط عنها إن استوفت الشروط فيها وكانت مؤهلة لممارستها، لأن الحضانة شرعت لحفظ النفوس ولا تسقط إلا بعذر شرعي، كما أنها ولاية شرعية مقدرة يحكم بها القاضي على وجه الإلزام ولا يجوز التحلل منها إلا بإذن قضائي<sup>(2)</sup>.

وقد تشترط الأم التنازل عن حضانة طفلها إذا ما خالعت نفسها بمقابل مادي، فيقع الخلع صحيحا لكن حضانتها للطفل تبقى قائمة لأنها ليست حقا خالصا للأم بل حق للطفل بالدرجة الأولى، فيبقى الاتفاق قائما ( الخلع) ويقع الشرط باطلا ( التنازل عن الحضانة)<sup>(3)</sup>.

### 2: الحضانة حق مشترك

أي أنها حق للطفل الذي يحتاج الرعاية والاهتمام والقيام بشؤونه وتربيته، كما أنه للحاضن حق ممارسة الحضانة عليه لما ثبت في حديث الرسول صلى الله عليه وسلم للمرأة ( أنت أحق

<sup>1</sup> - سامية بن قوية، آثار الحضانة في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري - دراسة مقارنة- المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، ع 01، 2010، ص 141.

<sup>2</sup> - إيمان معمري، ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائري في إسناد الحضانة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص أحوال شخصية، جامعة الوادي، 2015/2014، ص 22.

<sup>3</sup> - كمال بعاكية، المرجع السابق، ص 418.



به ما لم تتكحي ) فإن وجد من يقوم بها لا تجبر عليها، وحق المحضون أقوى لأن مصلحته مقدمة على مصلحة حاضنيه وهي واجب على أكثر منها حق لأن المحضون هو المحتاج للرعاية ويكون واجبا على الأم لأنها الأقدر على ذلك، وبعد استغنائه عن رعاية الأم يتولى أبوه هذا الواجب<sup>(1)</sup>، فإن تخلت الأم عن هذا الواجب لا يسقط بذلك إلا حقها ويبقى حق الطفل قائما، ولذلك تجبر على حضانته إن كانت أصلح له ولم يكن للطفل غيرها من الحاضنين<sup>(2)</sup>.

### 3: يمكن التنازل عن الحضانة

حيث استدلت البعض بحديث الرسول صلى الله عليه وسلم للمرأة ( أنت أحق به ما لم تتكحي) وقالوا أنه حق للحاضنة ولها أن تتنازل عنه في أي وقت شاءت وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 66 من ق.أ.ج حيث جعل للحاضنة الحق في التنازل عن حضانتها، لكنه ربط هذا الحق دائما بشرط مراعاة مصلحة المحضون، وقد يكون التنازل صريحا كما قد يكون ضمنيا بعدم المطالبة بحق الحضانة مدة سنة كاملة بعد سقوطها، كما يدخل ضمن التنازل الضمني إهمال الطفل بعد صدور الحكم بالطلاق أو ترك الطفل في المستشفى بعد ولادته<sup>(3)</sup>، وفي هذا الصدد أصدرت المحكمة العليا قرارا يقضي بأنه تقتضي مصلحة المحضون إسناد حضانته لأمه بالرغم من تنازلها عنها في دعوى التطليق بسبب الحكم على الزوج لارتكابه جريمة مخلة بشرف الأسرة<sup>(4)</sup>.

### الفرع الثاني: حكم الحضانة و طبيعتها القانونية

بما أن موضوع الحضانة متشعب فقد اقتصرنا في هذا الفرع على تحديد الحكم الشرعي للحضانة في الفقه الإسلامي وطبيعتها القانونية في قانون الأسرة الجزائري.

<sup>1</sup>- زكي نشوان سليمان، مرجع سابق، ص 70.

<sup>2</sup>- كمال بعاكية، مرجع سابق، ص 419.

<sup>3</sup>- المرجع والموضع نفسه.

<sup>4</sup>- ق.م.ع الصادر بتاريخ 2010/10/14، غ.أ.ش، ملف رقم 581222، م.ق سنة 2011، ع 01، ص 248.

### أولاً: الحكم الشرعي الحضانة

قال الفقهاء أن الحضانة واجبة على الحاضن لأن المحضون يهلك بتركها<sup>(1)</sup>، واعتبرها البعض منهم فرض كفاية من أجل العناية بالصغير وتنمية عقله وحفظ دينه، لكن إن تخلى عنها جميع من تجب عليهم فإنها تصبح فرض عين، حتى لا يتعرض الطفل إلى التهلكة، وهي من فروض الكفاية إن قام بها أحد الحاضنين سقطت عن غيره، لكن إن تخلى عنها جميع من تجب عليهم فإنها تصبح فرض عين، فإن أبت الأم القيام بها لا تجبر عليها وبهذا القول قال الحنفية والمالكية والحنابلة، فإن لم يكن للولد أب ولا مال تجبر على حضانتها، وإن أرادت الأم حضانتها فحقها مقدم على حق غيرها<sup>(2)</sup> وهي أحق من الأب.

ودليل وجوبها من القرآن الكريم قوله تعالى: ((فَتَقَبَّلَهَا رَبُّهَا بِقَبُولٍ حَسَنٍ وَأَنْبَتَهَا نَبَاتًا حَسَنًا وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا كُلَّمَا دَخَلَ عَلَيْهَا زَكَرِيَّا الْمِحْرَابَ وَجَدَ عِنْدَهَا رِزْقًا قَالَ يَمْرِئُمُ أَنَّى لِكَ هَذَا قَالَتْ هُوَ مِنْ عِنْدِ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ يَرْزُقُ مَنْ يَشَاءُ بِغَيْرِ حِسَابٍ))<sup>(3)</sup>.

ومن السنة ما روي عن الرسول صلى الله عليه وسلم حيث جاءته امرأة وقالت له يا رسول الله إن ابني هذا كان له بطني له وعاء وثديي له سقاء وحجري له حواء وإن أباه طلقني وأراد أن ينزعه مني فقال الرسول صلى الله عليه وسلم: ( أنت أحق به ما لم تتكحي )<sup>(4)</sup>.

### ثانياً: الطبيعة القانونية للحضانة

تعتبر الحضانة عملاً مادياً ومعنوياً ذو وجهين؛ فهي حق وواجب، حق من جهة المحضون والحاضن وواجب من جهة الحاضن لأن المحضون ضعيف يهلك بدون رعاية.

<sup>1</sup> - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ص 718.

<sup>2</sup> - إلهام باجنيد، مرجع سابق، ص 430.

<sup>3</sup> - سورة آل عمران، الآية 37.

<sup>4</sup> - أبو داود السجستاني، مرجع سابق، مج 4، باب من أحق بالولد، 35/2266، ص 237.

ولقد اختلف الفقهاء بشأن مصدر هذا الالتزام من جانب الحاضن، فهناك من يرى أنها من آثار عقد الزواج لأنها تتعلق بالبنوة وهناك من اعتبرها أثراً من آثار انحلال الرابطة الزوجية باعتبار أن النزاع حول الحضانة يثار كأصل عام أمام القضاء بسبب فك الرابطة الزوجية، وهناك من قال بأنها من آثار النسب<sup>(1)</sup>، واعتبر الشراح أن حق الحضانة مشترك بين الصغير والحاضنة فليس حقاً خالصاً للصغير وليس حقاً للأم لكن حق الصغير أقوى لأن مصلحته مقدمة على مصلحة أبويه<sup>(2)</sup>.

### المطلب الثاني: أثر العرف في أحكام الحضانة

تأثرت أحكام الحضانة على غرار باقي أحكام الأحوال الشخصية بأعراف الناس باختلاف الأزمنة و الأمكنة، سنوضح هذا الأثر في أحكام الفقه الإسلامي (فرع أول) ثم في قانون الأسرة الجزائري (فرع ثان).

#### الفرع الأول: أثر العرف على أحكام الحضانة في الفقه الإسلامي

سنرى في هذا الفرع أثر العرف على انتهاء مدة الحضانة، ثم أثر العرف في أوقات الزيارة.

#### أولاً: أثر العرف في انتهاء مدة الحضانة

اختلف الفقهاء حول إنهاء الحضانة على الصغار في حالة وقوع الفرقة بين الزوجين، فيرى الحنفية أن حضانة الغلام تمتد إلى غاية الاستغناء عن خدمة النساء، واستقلال الطفل بنفسه في القيام بجميع شؤونه من أكل وشرب ولبس وغيرها، لأنه بعدها يحتاج إلى تعلم آداب الرجال والأب هو الأقدر على تأديبه و تثقيفه وقدروا سن الاستغناء بسبع سنين أو تسع وتمتد حضانة البنت ببلوغها إما بالحيض أو الاحتلام أو السن أن كانت حاضنتها أمها أو جدتها لأنها بعد الاستغناء تحتاج لتعلم آداب النساء والمرأة أقدر على ذلك وأصلح، وبعد البلوغ تنتقل الحضانة للأب لأنه هو الأولى في تحصينها وحفظها و سن البلوغ عندها تسع أو عشر سنين<sup>(3)</sup>.

<sup>1</sup> - نشوان زكي سليمان، مرجع سابق، ص 71.

<sup>2</sup> - كمال بعاكية، مرجع سابق، ص 419.

<sup>3</sup> - عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 197.

## الفصل الثاني:..... الاعتبار بالعرف في آثار الطلاق.

وقال المالكية تنتهي حضانة الغلام بالاحتلام ويقوم الأب بتأديبه بالنهار ويعود لأمه ليلا والجارية حتى تبلغ مبلغ النكاح فإن خيف عليها نظر تبقى عند أمها إن كانت في حرز وأمها أحق بها وإن بلغت الأربعين ما دامت بكرا<sup>(1)</sup>، ويرى الشافعية أن حد انتهاء الحضانة هو تمييز المحضون وقدر هذا السن بسبع أو ثمان سنوات فيخير بين أمه في كل مرة لأن أحوال الحاضن تتغير فيتغير رأي المحضون<sup>(2)</sup>.

وتمتد حضانة الغلام إلى حين بلوغه سبع سنين فيخير بين أبويه ويكون عند من اختاره عند الحنابلة<sup>(3)</sup>، ودليلهم على ذلك أن امرأة جاءت رسول الله فقالت فذاك أبي وأمي إن زوجي يريد أن يذهب بابني وقد نفعني وسقاني من بئر أبي فجاء زوجها وقال من يخاصمني في ابني فقال الرسول صلى الله عليه وسلم: (هذا أبوك وهذه أمك فخذ بيد أيهما شئت) فأخذ بيد أمه فانطلقت به<sup>(4)</sup> فدل هذا الحديث على جواز تخيير المحضون بين أبويه.

وبرر المالكية والحنفية رأيهم بعدم تخيير الطفل بعد سن معينة بأنه لا قول له ولا تمييز فقد يختار من يلعب معه ويترك تأديبه<sup>(5)</sup>.

ويظهر مما سبق وبالرغم من اختلاف الفقهاء حول مدة انتهاء حضانة الولد إلا أن آراءهم جاءت تبعا للغالب في عصرهم وجريا على العادة في ذلك الزمان، ولذلك فتحديد سن انتهاء المحضون يدخل تحت أحكام العرف، حيث يجوز للفقهاء الاجتهاد فيه كما يجوز تغييره بحسب تغير الزمان والمكان والعادات والأعراف، فكما قال الحنفية في مدة الحضانة أنها تنتهي بالاستغناء لأي سن يتبين فيها أن الصبي قادر على إدارة أموره الخاصة بنفسه يكون قد استغنى عن خدمة النساء ويعطي لوالده وحددها الحنفية بسبعة أو تسعة سنوات لأنها عادة وقتهم آنذاك وعرفهم يقول ذلك وهم اجتهدوا في تحديد سن الاستغناء حسب العرف السائد وهذا الاجتهاد ليس مستقرا بل هو قابل للتغيير والاجتهاد فيه بتغير العصر والأجيال، وبحسب أحوال كل صبي لأنه كل طفل يختلف عن غيره، أما عن دور القاضي إذا ما عرضت عليه مسألة ما

<sup>1</sup> - مالك التنوخي، مرجع سابق، ص 38.

<sup>2</sup> - محي الدين النووي، مرجع سابق، ص 103.

<sup>3</sup> - عبد الله بن قدامة، مرجع سابق، ص 239.

<sup>4</sup> - محمد الشوكاني، نيل الأوطار، ط 1، ج 6، دار الحديث، مصر، 1993، ح/2985، ص 391.

<sup>5</sup> - عبد الفتاح عمرو، مرجع سابق، ص 108.

أن يبحث عن الأعراف السائدة والتي قد تحل المشكلة فيراعي حال المحضون ومدى تمييزه ووعيه وعلى ها الأساس يصدر حكمه مراعيًا في المرتبة الأولى مصلحة المحضون.

### ثانياً: أثر العرف في أوقات زيارة المحضون

من الطبيعي أن يكون للوالد غير الحاضن حق رؤية وزيارة ابنه فهو حق مقرر شرعاً باتفاق الفقهاء حفاظاً على الأرحام لكنهم اختلفوا في آرائهم حول هذا الحق فقال الحنفية إذا كان الولد عند الحاضنة فلأبيه حق رؤيته بأن تخرج الصغير إلى مكان يبصره فيه أبوه كل يوم وكذلك هو الحال إذا كانت حضانتها عند أبيه، والحد الأقصى كل أسبوع وقال المالكية أنه للأُم أن ترى أولادها الصغار كل يوم مرة والكبار كل أسبوع مرة وبعد بلوغه سن التربية والتعليم يطالع ولده من آن لآخر، أما الحنابلة والشافعية فقالوا أن الأب لا يمنع ابنه المميز الذي اختاره من زيارة أمه ويمنع الأنثى حتى لا تألف البروز للناس وأمها أولى بزيارتها وتكون الزيارة مرة في أيام أو يومين فأكثر وإن مرض المحضون ترضه أمه<sup>(1)</sup>، ولا يمنعها الأب من زيارة ابنها لكن مع عدم إطالة المكث.

ولذلك تعد زيارة الأم لأولادها تكون بحسب العادة، كما أن الأم هي التي تزور ابنتها ولا تأتي إليها البنت وهذا أيضاً من العادة والعرف فالبنت يخشى عليها من الكلام عليها أو تَعُودها الخروج دون سبب وكل هذا عرف.

كما يظهر تأثير العرف على أوقات زيارة المحضون فمنهم من قال كل يوم ومنهم من قال كل يومين مرة، أو كل أسبوع، كما أن البنت تجبر على الذهاب إلى أبيها في سن السابعة عند الحنابلة وتقيم عنده وتزورها أمه وهذه عادة عندهم، وهذا إن دل على شيء إنما يدل على أن العادة في وقتهم كانت كما جاءت به كتبهم<sup>(2)</sup>.

<sup>1</sup> - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ص 740.741

<sup>2</sup> - إلهام باجنيد، مرجع سابق، ص 443.

## الفرع الثاني: أثر العرف على أحكام الحضانة في قانون الأسرة الجزائري

ارتأينا في هذا الفرع التطرق لموضوع الزيارة وأوقاتها وكذا نفقة المحضون لأن للعرف مكانة في هذين الموضوعين خاصة.

### أولاً: أثر العرف في أوقات الزيارة ومدتها

نصت المادة 64 من ق.أ.ج المعدلة بموجب الأمر 02/05 على ترتيب الحاضنين ثم ذكرت بأنه يجب على القاضي بعد أن يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة ، ويفهم من هذه المادة أن القاضي إذا حكم بالطلاق بين الزوجين وأسند حضانة الأولاد إلى الأم عليه أن يحكم بحق الزيارة للأب ويحدد أوقاتها وكذلك هو الحال إذا أسندت الحضانة للأب<sup>(1)</sup>.

وبما أن المشرع الجزائري نص على حق الزيارة في المادة التي تتعلق بترتيب أصحاب الحق في الحضانة فهذا يعني أنه لهؤلاء فقط حق طلب الزيارة دون غيرهم كما أنه يجب على القاضي حين الحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة للطرف الآخر<sup>(2)</sup>.

والملاحظ أن المشرع لم يبين للقاضي كيفية تحديد أوقات الزيارة ومدتها وكيفية ممارستها، وبذلك يكون له كاملاً لسلطة في تقدير الأصلح للمحضون، وأن هذه السلطة التقديرية تختلف حسب كل قضية لأن لهذه الأخيرة ظروف خاصة بها تساعد القاضي في تقدير مصلحة المحضون<sup>(3)</sup>.

لم يحدد المشرع الجزائري كيفية تحديد أوقات الزيارة ولا مدتها لأن الأصل في هذه المسألة أن تكون رضائية، ذلك أن الهدف منها تقوية العلاقة بين الآباء والأبناء، وعدم إلحاق الضرر بنفسية المحضون بحرمانه من أحد والديه عند فك الرابطة الزوجية<sup>(4)</sup>.

<sup>1</sup> - ربيحة الغات، الحضانة بين أحكام التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري مدعماً باجتهادات قضاء المحكمة العليا، مجلة حوليات، ج 1، ع 27، جامعة الجزائر، 2015، ص 44.

<sup>2</sup> - إيمان معمري، مرجع سابق، ص 97.

<sup>3</sup> - سليمة صباطة، دور القضاء في حماية الحقوق المعنوية والمالية للطفل، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2016، ص 128.

<sup>4</sup> - سامية بن قوية، مرجع سابق، ص 155.

ولقد تكرر حق الزيارة في عدة قرارات للمحكمة العليا حيث جاء في أحد قراراتها " متى أوجبت أحكام المادة 64 من ق.أ.ج على أن القاضي حينما يقضي بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة، فإنه من الواجب أن يكون ترتيب هذا الحق ترتيبا مرنا وفقا لما تقتضيه حالة الصغار فمن حق الأب أن يرى أبناءه على الأقل مرة في الأسبوع لتعده بما يحتاجون إليه والتعاطف معهم ومن ثمة فإن القرار المطعون فيه والقاضي بترتيب حق زيارة الأب مرتين كل شهر يكون قد خرق القانون ومتى كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"<sup>(1)</sup>.

وبما أنه يكون للقاضي السلطة التقديرية في تحديد أوقات ومدة الزيارة مع مراعاة مصلحة المحضون والتي تختلف باختلاف لبلد وباختلاف الزمان كما قد تختلف من محكمة إلى أخرى<sup>(2)</sup>، فلا بد للقاضي أن يحدد أوقات الزيارة ومدتها بما يتوافق مع ما هو متعارف عليه في تلك المنطقة، ولقد استقر العمل فيما يخص أيام الزيارة، بمنح أيام العطل المدرسية الأسبوعية والموسمية والأعياد والمناسبات الدينية والوطنية، وجرت العادة على تقسيم العطل المدرسية مناصفة بين الأم إذا كانت هي الحاضنة وأب المحضون، أما المناسبات الدينية كالأعياد فيكون اليوم الأول من نصيب الحاضن أما اليوم الثاني فيكون للطرف الآخر ويقضي المحضون عطلة نهاية الأسبوع مع الأب، أما وقت الزيارة فغالبا ما يكون من التاسعة صباحا إلى الرابعة مساء وإن كان المحضون رضيعا تكون الزيارة بالتأكيد أقل من ذلك.

### ثانيا: أثر العرف على نفقة المحضون

نصت المادة 79 من ق.أ.ج على أنه يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم ولذلك هذه المادة حددت معايير تقدير النفقة بين الزوجين، لكن لا مانع من اعتماد هذه المادة لتحديد نفقة المحضون، ويجب على القاضي أن يراعي ظروف المعيشة والمستوى الاجتماعي.

<sup>1</sup> - ق.م.ع الصادر بتاريخ 16/04/1990، غ.أ.ش، ملف رقم 59784، م.ق سنة 1991، ع04، ص 126.

<sup>2</sup> - لجنة بوزيتونة، حق زيارة المحضون في قانون الأسرة الجزائري - دراسة بين القانون والواقع - المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، مج 3، عدد 20، 2019، ص 290.

## الفصل الثاني:..... الاعتراف بالعرف في آثار الطلاق.

وعليه فإن تقدير النفقة في قانون الأسرة الجزائري يخضع للسلطة التقديرية للقاضي المختص على حسب حال الطرفين اعتبارا من يوم الطلب فيراعي حال الزوج المالية، و تغير الأسعار في الأسواق وظروف المعيشة و يراعي في ذلك ألا تقل النفقة عن الحاجات الضرورية مهما كان وضع الزوج من العسر<sup>(1)</sup>.

ولقد جاء في قرار للمحكمة العليا "وأن تقرير النفقة موكل لرأي القاضي على أساس إمكانيات الزوج المادية والاجتماعية بعد مراعاة العادة والعرف والأسعار الجارية في البلد... وأنه يجب على القاضي أن يراعي في تحديد النفقة حال الزوج ووضعه المالي وغلاء الأسعار وتطورها من ارتفاع وانخفاض وخول له القانون سلطة تقديرها بعد دراسة أحوال الطرفين وجعل الاستئناس بالخبرة عند اللزوم"<sup>(2)</sup>.

<sup>1</sup> - نسيمه أمال حيفري، نفقة المحضون في ظل التعديلات المستحدثة في قانون الأسرة الجزائري، مجلة دراسات وأبحاث، عدد 2017/06/27، ص 07.

<sup>2</sup> - ق.م.ع الصادر بتاريخ 1986/04/13، غ.أ.ش، ملف رقم 28393، غير منشور.



## المبحث الثالث: الاعتبار بالعرف في النزاع حول متاع البيت

إن من أكثر آثار الطلاق انتشارا و أشدها تعقيدا هو النزاع حول محتويات بيت الزوجية من أثاث و مفروشات، حيث أن متاع البيت يكون مكلفا ماديا للزوجة التي تنفق مالها على جهازها لتأتي به إلى بيت الزوجية، و على الزوج الذي يقوم بإعداد مسكن الزوجية و تجهيزه ليحدث الطلاق و يثور النزاع بينهما حول ملكية هذا المتاع، فكل طرف يدعي أنه مالك له.

سنتطرق في هذا المبحث الى مسألة النزاع حول متاع البيت و تأثير العرف عليها، و ذلك بتحديد مفهوم المتاع و كيفية إثبات ملكيته (مطلب أول)، ثم بيان أثر العرف على النزاع حول متاع البيت (مطلب ثان).

### المطلب الأول: مفهوم متاع البيت و كيفية إثبات ملكيته

فيما يأتي سنحدد المفهوم اللغوي و الاصطلاحي لمتاع البيت في الفرع الأول، ثم نبين كيفية إثبات ملكيته بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري في الفرع الثاني.

#### الفرع الأول: مفهوم متاع البيت

**المتاع لغة:** ذكر الله عز وجل و الاستمتاع و التمتع في كتابه، و هو أيضا السلعة والمنفعة<sup>(1)</sup>.

**أما اصطلاحا:** متاع البيت هو جميع الأدوات و الوسائل التي تستخدم في البيت، مثل الفراش و الأواني و الأجهزة الكهرومنزلية و غيرها... ، سواء كان من جهاز المرأة، أو من ممتلكات الزوج أو تم اقتناؤه بعد الزواج<sup>(2)</sup>.

**أما الجهاز:** فهو المتاع الذي يجهزه أهل العروس لها، من فراش و ملابس و أدوات للمطبخ أو غرفة النوم... الخ، لتقوم بحمله إلى السكن الذي تقيم فيه مع زوجها قبيل حفل زفافها<sup>(3)</sup>.

<sup>1</sup>- جمال الدين ابن منظور، مصدر سابق، ص 427.

<sup>2</sup>- صونية بلقاسم، الآثار المادية للطلاق في ظل الشريعة الإسلامية و ق.أ.ج، مذكرة ماستر تخصص عقود و مسؤولية، جامعة البويرة، 2013/2012، ص 33.

<sup>3</sup>- حفصية دونة، أحكام النفقة و متاع البيت كأثر من آثار الطلاق في ق.أ.ج، رسالة ماجستير تخصص أحوال شخصية، جامعة الوادي، 2015/2014، ص 41.

## الفرع الثاني: إثبات ملكية متاع بيت الزوجية

ثار الاختلاف حول إثبات ملكية متاع بيت الزوجية، سنبين في هذا الفرع موقف كل من الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري من ملكية هذا المتاع.

### أولاً: موقف الفقه الإسلامي من ملكية متاع بيت الزوجية

إذا اختلف الزوجان أو ورثتهما حول ملكية متاع البيت الذي يسكنانه، سواء كان الاختلاف أثناء قيام الزواج أو بعد انحلاله ( بالطلاق أو بالوفاة)، فادعى الزوج أن متاع البيت له، و ادعت الزوجة أن متاع البيت لها؛ فإنه يقضى بملكية متاع البيت لمن أقام البينة، و إذا كانت لكل منهما بينة رجحت بينة من يثبت خلاف الظاهر؛ لأن البيئات شرعت لإثبات خلاف الظاهر، و الظاهر في قضايا متاع البيت هو صلاحية الشيء المتنازع فيه لأيهما<sup>(1)</sup>.

أما إذا لم تكن لأي منهما بينة، فذهب القول بملكية متاع البيت إلى رأيين:

**الرأي الأول:** إذا اختلف الزوجان حول ملكية متاع البيت او اختلف أحدهما مع ورثة الآخر او اختلف ورثتهما؛ و لم تكن لأحدهما بينة، يقسم المتاع بينهما بالنصف بعد أداء اليمين، دون اعتبار لما يصلح للرجل و ما يصلح للمرأة، و هو ما ذهب إليه الشافعية<sup>(2)</sup>.

**الرأي الثاني:** إذا اختلف الزوجات أو ورثتهما حول ملكية متاع البيت ولا بينة لأحدهما، حكم للزوجة بما كان من متاع النساء مع يمينها<sup>(3)</sup>، و حكم للزوج بما كان من متاع الرجال مع يمينه، و هذا رأي المالكية و الأحناف<sup>(4)</sup>.

أما المشتركات<sup>(5)</sup> ففيها خلاف؛ إذ قال المالكية أنها للرجل باعتبار الظاهر أنه صاحب الدار<sup>(6)</sup> بينما قال أبو يوسف (تلميذ الإمام أبي حنيفة) أنها للمرأة؛ لأن الظاهر أن المرأة لا تدخل بيت زوجها إلا بجهاز يليق بها<sup>(7)</sup>.

<sup>1</sup>- عبد الوهاب خلاف، أحكام الاحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية، مرجع سابق، ص 103.

<sup>2</sup>- محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 230.

<sup>3</sup>- محمد الشنقيطي، مرجع سابق، ص 572.

<sup>4</sup>- صونية بلقاسم، مرجع سابق، ص 35.

<sup>5</sup>- المشتركات من متاع البيت: ما يشترك في استعماله الرجل و المرأة؛ كالتلفاز و الثلاجة و الأفرشة... الخ

<sup>6</sup>- عبد السلام عبد القادر، النزاع حول متاع البيت بين النص التشريعي و الاجتهاد القضائي، مجلة الأحياء، ع05. 2002، ص 257.

<sup>7</sup>- محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 330.

## ثانيا: موقف قانون الأسرة الجزائري من ملكية متاع بيت الزوجية

بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري، نجد أنه تناول مسألة النزاع حول متاع البيت في مادة وحيدة هي المادة 73 منه كالتالي:

"إذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت و ليس لأحدهما بينة فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء و القول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال.

و المشتركات بينهما يقتسمانها مع اليمين".

يتضح لنا من نص المادة أنه عند حدوث النزاع بين الزوجين أو ورثتهما حول متاع بيت الزوجية، سواء أثناء قيام الزواج أو في حالة الطلاق أو بعد وفاة أحدهما و/أو كليهما، و كان لأحدهما بينة حول ملكية متاع البيت قضي له ببينته، و إذا كان لكل منهما بينة رجحت أحد البيئات، أما إذا انعدمت البينة لديهما فيعمل بالقرائن<sup>(1)</sup>؛ حيث أن ما كان من المعتاد للنساء من المتاع فالقول فيه للزوجة أو ورثتها مع اليمين، و ما كان من المعتاد للرجال من المتاع فالقول فيه للزوج أو ورثته مع اليمين، و هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها<sup>(2)</sup> الذي قضى بأن الزوجان يحلفان على البت و الورثة يحلفون على العلم، و القضاء بخلاف ذلك يعد خرقا للقواعد الشرعية و تشويها للوقائع.

أما بالنسبة للمشاركات من المتاع، فتقسم بين الزوجين مع اليمين إذا لم تكن لأحدهما بينة إعمالا للفقرة 02 من المادة 73 السالفة الذكر، فإذا أدى زوج اليمين و امتنع الآخر، أعطي المتاع للحالف<sup>(3)</sup>.

من خلال ما سبق، نستنتج أن المشرع الجزائري قد وازن بين الرأيين السابقين بخصوص ملكية متاع البيت؛ حيث أخذ برأي المالكية في الحكم للزوجة بما هو متاع للنساء، و الحكم للزوج بما هو متاع للرجال، بينما أخذ برأي الشافعية في قسمة المتاع بالمناصفة لما يعتبر من المشتركات بين الرجل و المرأة.

<sup>1</sup> - حفصية دونة، مرجع سابق ، ص 76.

<sup>2</sup> - المجلة القضائية للمحكمة العليا، ع02، 1990، ص 78، نقلا عن: عبد السلام عبد القادر، المرجع السابق، ص 257.

<sup>3</sup> - صونية بلقاسم، مرجع سابق ، ص36.

## المطلب الثاني: أثر العرف في النزاع حول متاع البيت

للعرف أثر بارز في تسوية النزاعات المتعلقة بمتاع البيت، سنرى في هذا المطلب مدى اعتبار العرف في النزاع حول متاع البيت ضمن أحكام الفقه الإسلامي (فرع أول) و قانون الأسرة الجزائري (فرع ثان).

### الفرع الأول: أثر العرف في النزاع حول متاع البيت في الفقه الإسلامي

يثار خلال هذا الفرع إشكاليين هما من هو الطرف الملزم بتجهيز البيت وكيف يتم حل النزاع بين الزوجين في حالة اختلافها حول ملكية هذا المتاع ؟

#### أولاً: الطرف الملزم بتجهيز متاع البيت

اختلف الفقه الإسلامي في تحديد الطرف الملزم بتجهيز متاع البيت، حيث ذهب الحنفية الى أن إعداد البيت و تجهيزه على الزوج؛ لأنه ملزم بنفقة المسكن، و متاع البيت من قبيل هذه النفقة، أما مهر الزوجة عوضاً لمتاع البيت بل هو عطاء و نحلة خالصة لها تتصرف فيها كما تشاء<sup>(1)</sup>.

أما المالكية فيرون أن إعداد البيت و تجهيزه يقع على الزوجة؛ فهي ملزمة بأثاث المنزل و حاجاته بعد قبض صداقها في حدود ما جرى به العرف بين مثيلاتها، فإذا لم تقبض صداقها فلا تلزم بمتاع البيت إلا إذا جرى العرف بأن المتاع عليها<sup>(2)</sup>.

و الراجح أن إعداد البيت و متاعه واجب على الزوج، باعتباره الطرف الملزم بالنفقة والسكن فالمرأة ليست مجبرة على إعداد البيت من مهرها لأنه حق خالص لها<sup>(3)</sup>، لكن المتعارف عليه في وقتنا الحالي أن المرأة تقوم بإحضار جهازها الذي يحتوي في الغالب على أفرشة و بضع مستلزمات للبيت إلى بيت الزوجية، و الرجل يجهز البيت بالآلات الكهرومنزلية اللازمة كالثلاجة و الغسالة و كذا أدوات المطبخ... الخ، فالعرف يجعلهما يتشاركان مسؤولية إعداد متاع البيت في أغلب الحالات، و المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً.

<sup>1</sup>-محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 225.

<sup>2</sup>-وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، مرجع سابق، ص 808.

<sup>3</sup>- أحمد رشاد عبد الهادي، مرجع سابق، ص 197.

### ثانيا: اختلاف الزوجين حول ملكية متاع البيت

إذا تنازع الزوجان حول ملكية متاع البيت و لم تكن لأحدهما بيعة، فإن العرف هو الفيصل في حل هذا النزاع؛ حيث يكون للزوجة ما هو متعارف عليه أنه للنساء كالملابس و أدوات الزينة و ماكينة الخياطة<sup>(1)</sup>، أما الزوج فيكون له ما هو متعارف عليه أنه للرجال؛ كثيابه و أدوات عمله و بندقية الصيد... الخ<sup>(2)</sup>.

كما يحكم بالعرف كذلك على المشتركات من متاع البيت، كأثاثه و أفرشته و أجهزته؛ فإذا تعارف الناس في منطقة معينة بأن الزوجة و أهلها يقومون بإعداد الجهاز و تأثيث البيت سواء كان ذلك من مهرها أو من مال أبيها<sup>(3)</sup>، فإن هذا الأثاث عند الطلاق و النزاع يرجع إليها. أما إذا جرى العرف بأن الزوج هو من يتكفل كليا بأثاث البيت و لوازمه و أجهزته، فيحكم بملكية هذا المتاع له.

### الفرع الثاني: أثر العرف في النزاع حول متاع البيت في قانون الأسرة الجزائري

من خلال استقراء نص المادة 73 السالفة الذكر؛ يتضح لنا أن النزاع حول متاع البيت وأثاثه ينتهي لصالح من له بيعة<sup>(4)</sup>، و هو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها<sup>(5)</sup> الصادر بتاريخ 1999/03/16 الذي جاء فيه: "من المقرر قانونا أنه في حالة إنكار وجود المتاع المطالب به عند الزوجين تطبيق القاعدة العامة في الإثبات: البيعة على من ادعى و اليمين على من أنكر."

أما في حالة انعدام البيعة، يبرز دور القاضي في حل النزاع بمقتضى سلطته التقديرية المخولة له بقوة القانون، حيث يقوم بإعمال القواعد العرفية المتبعة بين الناس في دائرة اختصاصه، فما كان من المعروف أنه للنساء؛ كالمجوهرات و أدوات التجميل و الألبسة النسائية، و كذلك آلات

<sup>1</sup> - محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 230.

<sup>2</sup> - عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق ص 103.

<sup>3</sup> - مروان قدومي، جهاز المرأة في ضوء الشريعة و قانون الأحوال الشخصية، مجلة النجاح للأبحاث العلمية، ع01 فلسطين، 2005، ص 135.

<sup>4</sup> - حنان شريف، مرجع سابق، ص 38.

<sup>5</sup> - ق.م.ع الصادر بتاريخ 1999/03/16، غ.أ.ش، ملف رقم 216836، م.ق. سنة 2001، ع.خ، ص 245.

الخطاطة و ملحقاتها إذا كانت الزوجة خطاطة مثلا، و غيرها مما يشهد العرف أنه من مستلزمات النساء، يحكم به القاضي للزوجة مع تأديتها لليمين<sup>(1)</sup>. أما ما كان متعارفا عليه بين الناس أنه من مستلزمات للرجال، كأدوات الصيد و أدوات النجارة أو الحدادة و الألبسة الرجالية، و غيرها مما يشهد العرف أنها للرجال، يحكم به القاضي للزوج مع تأدية اليمين<sup>(2)</sup>. تجدر الإشارة إلى أن العرف - كما ذكرنا في بداية بحثنا- يتغير من منطقة لأخرى، حيث يمكن أن يحكم قاض في محكمة معينة للزوج بمتاع ما يعتبره العرف أنه للرجال، و يحكم قاض في محكمة أخرى بنفس المتاع للزوجة لأن عرف منطقتها يعتبر هذا المتاع للنساء، فالقاضي ابن بيئته<sup>(3)</sup>.

من خلال ما سابق، نستخلص ان العرف كان له دور بارز في الآثار المترتبة عن الطلاق؛ فبالنسبة للعدة، يعتبر بالعرف في حساب انقضاء مدة انقضائها، و تحديد مفهوم القرء.

و بالنسبة للحضانة، نجد أن أغلب أحكامها خاضعة لما تعارف عليه الناس، كنفقة المحضون، مكان و زمان زيارته، و سن انتهاء الحضانة.

أما بالنسبة للنزاع حول متاع بيت الزوجية و أثاثه، فيكون العرف هو الفيصل في حل هذا النزاع، حيث تأخذ الزوجة من المتاع ما هو متعارف عليه انه للنساء في تلك المنطقة، و يأخذ الزوج ما هو متعارف عليه أنه للرجال.

<sup>1</sup>- الرشيد بن شويخ، دور القاضي في حماية الأسرة في النزاعات المالية بين الزوجين، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية و الإنسانية، ع20، جوان، 2018، ص 177.

<sup>2</sup>- حفصية دونة، مرجع سابق، ص 77.

<sup>3</sup>- خليل درش، متاع بيت الزوجية بين النص الخاص و القاعدة العامة نظريا و عمليا، مجلة البحوث القانونية و السياسية لجامعة سعيدة، ع12، سبتمبر 2019، ص 97.

الختامة

من خلال دراستنا السابقة؛ توصلنا الى ان العرف يلعب دورا كبيرا في حل الكثير من النزاعات التي تثور في قضايا شؤون الاسرة، خاصة قضايا افك الرابطة الزوجية و ما ينجم عنها من آثار، و استخلصنا بعض النتائج نوردها كالاتي:

1- أن العرف عند جمهور العلماء الأصوليين هو عادة جمهور قوم سواء قولاً كانت أم فعلاً، أما العرف في القانون فهو تكرار الناس سلوكاً ما بطريقة ما مع الاعتقاد بالزامية هذا السلوك قانوناً.

2- أن العرف في التشريع الإسلامي هو مصدر تبعية أي أنه من المصادر المختلف عليها حيث يلجأ إليه في حالة عوز النص التشريعي واعتبره الشارع الإسلامي رفعا للحرج عن الأمة، أما العرف في القانون الجزائري فهو مصدر احتياطي بعد مبادئ الشريعة الإسلامية.

3- أن الأحكام الفقهية المستخلصة من العرف تتغير لتغير أعراف الناس حسب الزمان والمكان على عكس الأحكام الفقهية التي مصدرها الأدلة الشرعية غير المبنية على العرف والعادة فلا تتغير ولا تتبدل.

4- اتفق علماء الأصول على اعتبار العرف القولي خاصا كان أم عاما، وأن العرف القولي يخص النص الشرعي سواء كان عاما أو خاصا، وبناء عليه وجب اعتبار عرف كل بلد فيما يتعلق بألفاظ الطلاق والرجعة والخلع، كما أن لفظ الطلاق هو اللفظ المستعمل والمشهور للدلالة على الطلاق.

5- يصح وقوع الخلع بأي لفظ دل عليه عند أصحاب المذاهب الأربعة سواء كان صريحا أو ضمنيا بالألفاظ المتعارف عليها كما أن طلاق المبرأة عرف عند المتأخرين من فقهاء الحنفية والمالكية، نظرا لأنه كان شائعا ومعروفا عندهم، كما اتفق جمهور العلماء على صحة الخلع مقابل الإبراء من نفقة الولد مع تقييد هذه النفقة بما هو معروف من نفقة من في مثل سنه.

6- بما أنه لم يرد نص شرعي ينص على الحد الأعلى أو الأدنى للصداق، يبقى أمر تحديده متروكا لما هو متعارف عليه بين الناس، وهو يختلف حسب كل منطقة وحسب كل حقبة زمنية، ولذلك يبقى تحديد مقدار بدل الخلع متروكا لأعراف الناس، فيأمر القاضي في حالة اختلاف الزوجين على قيمة بدل الخلع بمهر المثل بناء على العرف السائد في المنطقة.



7- أجاز الفقهاء في أغلبهم التفريق للضرر والشقاق رفعا للضرر عن الزوجة وهو نفس الموقف الذي اتخذه قانون الأسرة الجزائري بعد استنفاد كل محاولات الصلح والتحكيم، كما أجاز جمهور العلماء التفريق لعدم الإنفاق وكذلك فعل المشرع الجزائري واعتبرها سببا من أسباب طلب الزوجة للتطليق طبقا للمادة 53 من ق.أ.ج مع مراعاة الحاكم أو القاضي حال الزوج ومقدار النفقة الواجبة على الزوج والتي يعود للعرف في تقديرها، كما أجمع الفقهاء على تطليق الزوجة في حالة فقدان زوجها رفعا للضرر عنها كما فعل ذلك المشرع الجزائري.

8- أن المعتبر في مقدار النفقة الواجبة على الزوج الكفاية بالمعروف حسب العرف السائد في كل مجتمع وبحسب كل زمان ومكان.

9- اختلف الفقهاء في تحديد مدة انقضاء العدة واعتمدوا على ما هو معروف عند النساء وما يتعلق بهن، كما أنهم اختلفوا حول مفهوم القرء وترك المشرع الجزائري للقاضي السلطة التقديرية في تقدير العدة وتحديد معنى القرء على العرف.

10- أن تحديد سن انتهاء الحضانة ونفقة المحضون وزيارته كلها خاضعة لما هو متعارف عليه، وأن الفقهاء راعوا في تحديدها أحوال الناس وظروفهم وهو ما أخذ به قانون الأسرة الجزائري متأثرا في ذلك بالمذهب المالكي.

11- يعتمد القاضي في النزاع حول متاع البيت بعد انحلال الرابطة الزوجية على البيئة التي تقوم على إثبات عكس الظاهر، وفي حالة انعدام البيئة من الطرفين يلجأ القاضي إلى عرف

و كختام لبحثنا، نقترح النقاط التالية:

- نشر الوعي الاجتماعي عن طريق الجمعيات وممثلي المجتمع المدني حول المعتقدات الدينية والعرفية في المجتمع الجزائري والتركيز على مدى خصوصيتها على الأسرة الجزائرية.

- تعميق تكوين القضاة خاصة قضاة شؤون الأسرة والأحوال الشخصية حول مصدر الشريعة الإسلامية كمصدر أساسي لقانون الأسرة الجزائري والتي تستلهم الكثير من أحكامها من العرف.

- إقامة مؤتمرات وندوات وملتقيات علمية لإظهار الأعراف المتنوعة في الجزائر الكبيرة حتى تطلع عليها خاصة الكفاءات اللاحقة المعنية بها.
- توجيه طلبة الماجستير إلى التركيز أكثر على موضوع العرف في الأحوال الشخصية ودراسة كل موضوع على حدا كالطلاق والتطليق والخلع وآثار الطلاق، إضافة إلى اقتراحنا تكملة موضوع اعتبار العرف في آثار الطلاق التي لم نتطرق لها في بحثنا نظرا لانتساع موضوع البحث وتشعبه.

قائمة المصادر

و المراجع

## المصادر:

- القرآن الكريم، برواية حفص.

- أولاً: كتب تفسير القرآن وعلومه.

1 - أبو جعفر الطبري، جامع البيان عن تأويل آي القرآن، ط1، مؤسسة الرسالة، لبنان، 1994.

2 - أبو عبد الله القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، تح: هشام سمير البخاري، ج1، ط2، دار عالم الكتب، السعودية، 2003.

3 - إسماعيل بن كثير، تفسير القرآن العظيم، ج3، د.ر.ط، دار طيبة، السعودية، 1999.

4 - محمد الأندلسي، تفسير البحر المحيط، ج2، د.ر.ط، دار الكتب العلمية، لبنان، 1971.

- ثانياً: كتب الأحاديث.

1 - أبو بكر البهقي، السنن الكبرى، تح: محمد بن عبد القادر عطا، ج7، ط3، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003.

2 - أبو داود السجستاني، سنن أبي داود، تح: شعيب الارنؤوط و محمد كامل قوبللي، ج3، ط.خ، دار الرسالة العلمية، لبنان، 2009.

3 - أبو داود السجستاني، السنن، تح: عادل ابن محمد وأبي عمر وعماد الدين بن عباس، مج4، ط1، دار التأصيل، د.ب.ن، 2015.

4 - أبو عبد الله البخاري، صحيح البخاري، مج7، ط1، دار التأصيل، مصر، 2012.

5 - أبو عيسى الترمذي، سنن الترمذي، تح: رائد بن صبري بن أبي علفه، ط2، دار الحضارة، السعودية، 2015.

6 - أبو عيسى الترمذي، سنن الترمذي (الجامع الكبير)، تح: مركز البحوث وتقنية المعلومات، مج2، ط2، دار التأصيل، مصر، 2016.

7 - ابن ماجه القزويني، السنن، تح: مركز البحوث وتقنية المعلومات، مج2، ط1، دار التأصيل، مصر، 2014.

8 - أحمد بن حنبل، مسند الإمام أحمد، تح: مجموعة من علماء الحديث، ط1، دار السلام للنشر والتوزيع، السعودية، 2013.

9- خليل السهارنفوري، بذل المجهود في حل سنن أبي داود، تح: تقي الدين الندوي، ج8، ط1، مركز الندوي للدراسات الاسلامية، الهند، د.س.ن.

10 - شهاب الدين العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، تح: شعيب الأرنؤوط وعادل مرشد، ط1، دار الرسالة العلمية، سوريا، 2013.

11 - محمد الشوكاني، نيل الأوطار، ج6، ط1، دار الحديث، مصر، 1993.

### - ثالثاً: المعاجم.

1 - أحمد رضا، متن اللغة، مج04، در.ط، دار مكتبة الحياة، لبنان، 1960.

2 - إبراهيم أنس و آخرون، المعجم الوسيط، ط04، مكتبة الشروق الدولية، مصر، 2004.

3- جمال الدين بن منظور، لسان العرب، ج02، ط.خ، دار النوادر، الكويت، 2010.

4 - عبد العزيز السويلم وآخرون، معجم مصطلحات العلوم الشرعية، مج01، ط2، مكتبة الملك فهد الوطنية، السعودية، 2017.

5 - مجد الدين الفيروزآبادي، القاموس المحيط، تح: مكتب تحقيق التراث، ط 02، دار الرسالة، لبنان، 2005،

6- وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامية الكويتية، الموسوعة الفقهية، ط02، ج22، د.د.ن، الكويت، 1992.

### المراجع:

- أولاً: الكتب.

#### أ - الكتب الأصولية و الفقهية:

1 - كتب المذهب المالكي:

- أبو إسحاق الشاطبي، الموافقات، ط1، مج ، دار ابن عفان، د.ب.ن، 1997.

- سليمان الباجي، المنتقى في شرح موطأ الإمام مالك، ط1، ج4، مطبعة السعادة، مصر، 1911.

- شهاب الدين المالكي، أنوار البروق في أنواع الفروق، ط.خ، د.د.ن، السعودية، 2010.

- شهاب الدين المالكي، الأحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام للإمام القرافي، ط2، دار البشائر

- مالك التنوخي، المدونة الكبرى عن إمام دار الهجرة مالك بن أنس، در.ط، مج 5، د.د.ن، السعودية، د.س.ن.

- محمد الشنقيطي، لوامع الدرر في هتك أستاذ المختصر، ط 1، مج 7، دار الرضوان، موريتانيا،  
2015

- محمد المغربي، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، د.ر.ط، ج 5، دار عالم الكتب، د.ب.ن،  
د.س.ن

- محمد بن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ط 1، ج 3، تح: محمد حسن حلاق، مكتبة ابن  
تيمية، مصر، 1995.

## 2 - كتب المذهب الشافعي:

- ابن المنذر النيسابوري، الإجماع، تح: أبو حماد حنيف، ط 02، مكتبة الفرقان، الامارات،  
1999.

- بدر الدين الأسدي، بداية المحتاج في شرح المنهاج، ط 1، مج 3، دار المنهاج، السعودية،  
2011.

- جلال الدين السيوطي، الأشباه والنظائر في فقه الشافعية، ط 1، دار الكتب العلمية، لبنان،  
1983.

- جلال الدين السيوطي، الدر المنثور في التفسير المأثور، ج 3، د.ر.ط، دار الفكر، لبنان،  
2011.

- سراج الدين الشافعي، التدريب في الفقه الشافعي، تح: أبو يعقوب بن كمال المصري، ج 03،  
ط 01، دار القبلتين، السعودية، 2012.

- شمس الدين الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، تح: علي معوض وعادل  
الموجود، ج 4، د.ر.ط، دار الكتب العلمية، لبنان، 2000.

- محي الدين النووي، روضة الطالبين، ط 3، ج 8، المكتب الإسلامي، لبنان، 1991.

- وهبة الزحيلي، أصول الفقه الاسلامي، ج 02، ط 01، دار الفكر، سوريا، 1986.

- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، ج 07، ط 02، دار الفكر، سوريا، 1985.

### 3 - كتب المذهب الحنبلي:

- أحمد الساعاتي، نهاية الوصول إلى علم الأصول، ج2، سلسلة 20، مطابع جامعة أم القرى، السعودية، 1998.
  - جمال الدين الحنبلي (المعروف بابن المبرد)، الدر النقي في شرح الفاظ الخرقى، ط 1، ق 2، دار المجتمع، السعودية، 1991.
  - عادل ولي قوته، العرف حجيته و أثره في المعاملات المالية عند الحنابلة، ج1، ط1، المكتبة المكية، السعودية، 1997.
  - عبد الكريم اللاحم، المطلع على دقائق زاد المستنقع - فقه الأسرة - مج 3، ط 1، دار الكنوز اشبيليا، السعودية، 2010.
  - عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، ط 6، مؤسسة قرطبة، العراق، 1976.
  - عبد الله بن قدامة، المغني، تح: محمود فايد وعبد القادر عطا، ج 7، ط 1، مكتبة القاهرة، مصر، 1989.
  - عبد الله بن قدامه، المغني، تح: عبد الله بن عبد المحسن التركي و عبد الفتاح محمد الحلو، ج 10، ط2، دار عالم الكتب، السعودية، 1992.
  - علي الطهطاوي، تنبيه الأبرار بأحكام الخلع والطلاق والظهار، ط1، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003.
  - محمد الحنبلي ( ابن النجار)، شرح الكوكب المنير، تح: محمد الزحيلي ونزير حماد، مج 4، د.د.ن، السعودية، 1993.
  - منصور البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ط1، ج3، دار عالم الكتب، لبنان، 1993.
  - منصور البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج 6، عالم الكتاب، لبنان، 1983.
  - يعقوب الباحسين، قاعدة العادة محكمة، ط2، مكتبة الرشد، السعودية، 2012.
- ### 4 - كتب المذهب الحنفي:

- أحمد أبو سنة، العرف و العادة في رأي الفقهاء، د.ر.ط، مطبعة الأزهر، مصر، 1947.
- حافظ الدين النسفي، البحر الرائق - شرح كنز الدقائق - ، ط 1، ج 3، دار الكتب العلمية، لبنان، 1997.
- زين الدين بن نجيم، شرح البحر الرائق، ج04، ط01، دار الكتب العلمية، لبنان، 1997.

- زين الدين بن نجيم، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، ط 1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1999 .

- عبد الله بن مودود، الإختيار لتعليل المختار، د.ر.ط، ج 3، دار الكتب العلمية، لبنان، د.س.ن.  
- عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية، في الشريعة الإسلامية، ط 2، دار القلم، الكويت، 1990.

- عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، ط8، مكتبة الدعوة الإسلامية، مصر، د.س.ن.

- كمال الدين السيواسي، شرح فتح القدير، ط1، ج4، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، 1895.

- محمد ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار - شرح تنوير الأبصار - ج 5، ط.خ،  
تح: عادل عبد الموجود وعلي معوض، دار عالم الكتب، السعودية، 2003.

- محمد ابن عابدين، رسائل ابن عابدين، ج 2، د.د.ن، د.ب.ن، د.س.ن

#### 5 - كتب الفقه العام و المقارن:

- إبراهيم رحمانى، الأسرة المسلمة في ظل التغيرات المعاصرة (أثر العرف والتحولت  
الاجتماعية في الأسرة المسلمة)، دار الفتح للدراسات والنشر، الو.م.أ، 2015.

- صالح عوض، أثر العرف في التشريع الإسلامي، د.ر.ط، دار الكتاب الجامعي، مصر، 1972.

- عامر الزبياري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، ط1، دار بن حزم، لبنان، 1997.

- عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج4، ط2، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003.

- عبد الفتاح عمرو، السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية، ط1، دار النفائس، الأردن، 1998.

- علي عبد الرازق، الاجماع في الشريعة الاسلامية، د.ر.ط، دار الكتاب الحديث، السعودية، 1947.

- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط 3، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1957.

- مصطفى أبو عجيلة، العرف وأثره في التشريع الإسلامي، ط1، دار الكتب الوطنية، ليبيا، 1986

- مصطفى ابن العدوي، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، ط1، مكتبة بن تيمية، مصر،  
1988.

- مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ط2، ج1، دار القلم ، سوريا، 2004.



## ب- الكتب القانونية:

- 1 - أحمد سي علي، **مدخل للعلوم القانونية- النظرية و التطبيق في القوانين الجزائرية-ط02**، دار هومة، الجزائر، 2010.
- 2- العربي بختي، **أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري- دراسة مقارنة-**، ط01، دار كنوز الحكمة، الجزائر، 2013.
- 3 - العربي بلحاج، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري- الزواج والطلاق-**، ج01، ط04، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
- 4- توفيق حسين فرج، **مدخل للعلوم القانونية، موجز للنظرية العامة للقانون و النظرية العامة للحق،** د.ر.ط، مؤسسة الثقافة الجامعية، لبنان، 1976.
- 5 - رمضان أبو السعود، محمد حسين منصور، **المدخل إلى القانون - القاعدة القانونية-** د.ر.ط، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003.
- 6- سامر عاشور، **مدخل الى علم القانون**، د.ر.ط، الجامعة الافتراضية ،سوريا، 2018.
- 7 - سعد عبد العزيز، **الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري**، ط03، دار هومة، الجزائر، د.س.ن.
- 8-سمير تاناغو، **النظرية العامة للقانون**، د.ر.ط، دار المعارف، مصر، 1974.
- 9 - عبد المجيد زعلاني، **المدخل لدراسة القانون- النظرية العامة للقانون**، د.ر.ط، دار هومة، الجزائر، 2010.
- 10 - عمار بوضياف، **المدخل الى العلوم القانونية، النظرية العامة للقانون و تطبيقاتها في التشريع الجزائري**، ط03، دار جسر، الجزائر، 2014.
- 11 - غالب علي الداودي، **المدخل الى العلوم القانونية**، ط07، دار وائل، الأردن، 2004.
- 12 - فريدة محمدي زاوي، **المدخل للعلوم القانونية - نظرية القانون** - د.ر.ط، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2002.
- 13 - محمد سعيد جعفرور، **مدخل الى العلوم القانونية، الوجيز في نظرية القانون**، ط18، دار هومة، الجزائر، 2011.

## ثانيا: الدراسات الجامعية:

### أ - أطروحات الدكتوراه:

1 - حليلة مشوات، حق الزوجة في النفقة في ق.أ.ج، أطروحة دكتوراه تخصص قانون خاص، جامعة وهران، 2013.

2 - سعادي لعلی، الزواج و انحلاله في قانون الأسرة الجزائري، اطروحة دكتوراه علوم في القانون الخاص، جامعة الجزائر 1، 2015.

3 - مشعل بن حمود النفيعي، المسائل الفقهية المبنية على العرف عند شيخ الإسلام ابن تيمية ، رسالة دكتوراه في الفقه الإسلامي، جامعة ام القرى كلية الشريعة و الدراسات الإسلامية، السعودية، 2005.

### ب - رسائل الماجستير:

1 - أحمد رشاد عبد الهادي أبو حسين، أثر العرف في الأحوال الشخصية- دراسة فقهية قانونية- رسالة ماجستير تخصص: القضاء الشرعي، جامعة الخليل، فلسطين، 2013.

2 - اليزيد عيسات، التطبيق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري، مدعم بالإجتهد القضائي للمحكمة العليا، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص تخصص عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر، 2003.

3 - إسمهان عفيف، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في التعويض عن الضرر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير تخصص قانون أسرة، جامعة العربي بن مهدي، كلية الحقوق، 2010.

4 - إلهام باجنيد، أثر العرف في الفرق ومتعلقاتها من أحكام فقه الأسرة- دراسات تطبيقية مقارنة- ، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، السعودية، 2003.

5 - إيمان معمري، ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائري في إسناد الحضانة، رسالة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص أحوال شخصية، جامعة الوادي، 2015.

6 - حفصية دونة، أحكام النفقة و متاع البيت كأثر من آثار الطلاق في ق.أ.ج، رسالة ماجستير تخصص أحوال شخصية، جامعة الوادي، 2015.

7 - سليمة صباطة، دور القضاء في حماية الحقوق المعنوية والمالية للطفل، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة تلمسان، 2016.

8- صالح حسيني، انحلال الرابطة الزوجية على ضوء الأحكام المستجدة في قانون الأسرة الجزائري، رسالة لنيل شهادة ماجستير في العلوم القانونية، تخصص أحوال شخصية، جامعة الوادي، 2014.

9 - عبد الكريم الغوط، سلطة القاضي في إبرام عقد الزواج و إنهائه، رسالة ماجستير تخصص شريعة و قانون، جامعة وهران، 2007.

10 - عماد شريفي، إعتبار العرف في مسائل الزواج و آثاره في قانون الأسرة الجزائري، رسالة لنيل شهادة الماجستير تخصص قانون الأسرة، جامعة المسيلة، 2015.

11- مصطفى ودا ندادا ، حجية العرف عند الأصوليين و أثره في الفقه الإسلامي ، رسالة ماجستير في الدراسات الإسلامية جامعة الجزيرة ،مصر، 2019.

12 - نوال العفيفي، أثر العرف على حقوق الزوجة، رسالة ماجستير تخصص فقه مقارن، الجامعة الإسلامية، فلسطين، 2014.

### ج - مذكرات الماستر:

1- بلال بن سنوسي، علي تواتي، الاعتراف بالعرف في أحكام الخطبة و الزواج بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر تخصص قانون الأسرة، جامعة البويرة، 2018.4

2 - حنان شريف، التطبيق وفقا لقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر تخصص قانون الأسرة، جامعة المسيلة، 2017.

3 - سامية سلمي، الخلع بين الشريعة والقانون، مذكرة لنيل شهادة الماستر تخصص عقود و مسؤولية ، جامعة البويرة، 2013.

4 - سلطانة الشارف عيسى، التطبيق و أسبابه في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر تخصص قانون خاص، جامعة مستغانم، 2018.

5 - سمير بكري، العدة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر تخصص أحوال شخصية، جامعة المسيلة، 2016.

6 - صونية بلقاسم، الآثار المادية للطلاق في ظل الشريعة الإسلامية و قانون الاسرة الجزائري ،مذكرة ماستر تخصص عقود و مسؤولية، جامعة البويرة، 2013.

- 7 - فاطمة الزهراء بوختاش، النفقة على ضوء قانون الأسرة و قانون العقوبات الجزائري، مذكرة ماستر تخصص قانون خاص، جامعة مستغانم، 2019/2018
- 8 - كتيبة حمودي، ليندة حساني، مركز العرف في الرابطة الزوجية. ، مذكرة لنيل شهادة الماستر تخصص قانون خاص، جامعة بجاية، 2018.
- 9 - كهينة منقلتي، آثار فك الرابطة الزوجية في القانون الجزائري، مذكرة ماستر تخصص قانون خاص داخلي، جامعة تيزي وزو، 2016.
- 10 - مباركة جليخي، الضرر كسبب لفك الرابطة الزوجية، مذكرة لنيل شهادة ماستر تخصص أحوال شخصية، جامعة الجلفة، 2015.
- 11 - منى منصور، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي و القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر تخصص شريعة و قانون، جامعة الوادي، 2014.
- 12- نصيرة حاج عمر - وهيبة صادقي، حقوق الزوجين: نفقة الزوجة العاملة نموذجا، مذكرة ماستر تخصص قانون الأسرة، جامعة خميس مليانة، 2019.
- ثالثا: المقالات.**

- 1 - أحمد بوجمعة، إثبات الطلاق العرفي في قانون الأسرة الجزائري، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية و السياسية، ع10، جوان 2018.
- 2 - احمد شامي وعبد القادر بوراس، إيقاع الخلع بين الضوابط الفقهية والاجتهاد القضائي، مجلة صوت القانون، مج7، ع01، جامعة تيارت، 2020.
- 3 - الرشيد بن شويخ ، دور القاضي في حماية الأسرة في النزاعات المالية بين الزوجين، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية و الانسانية، ع20، 2018.
- 4 - حارث ابراهيم، الخلع القضائي في الفقه الإسلامي والتشريعين العراقي والجزائري - دراسة مقارنة - مجلة الحقيقة للعلوم الاجتماعية والإنسانية، مج 18، عدد 04، 2019، كلية القانون، جامعة بغداد، العراق، 2019.
- 5 - حسنين محمود حسنين، مفهوم العرف في الشريعة الإسلامية، مجلة الشريعة و القانون، ع03، الإمارات، 1989.
- 6 - حورية بن أحمد، الصداق بين التشريع والعرف، مجلة التراث، ع03، جامعة تلمسان، 2018.
- 7 - خليل درش، متاع بيت الزوجية بين النص الخاص و القاعدة العامة نظريا و عمليا، مجلة البحوث القانونية و السياسية لجامعة سعيدة، ع12، 2019.
- 8 - رابح بن غريب، أحكام الخلع في قانون الأسرة الجزائري، مجلة تاريخ العلوم، ع07، مارس 2017.

- 9 - ربيعة الغات، الحضانة بين أحكام التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري مدعما باجتهادات قضاء المحكمة العليا، مجلة حوليات، الجزء الاول، ع 27، جامعة الجزائر1، 2015.
- 10 - سامية بن قوية، آثار الحضانة في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري - دراسة مقارنة- المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، ع 01، 2010.
- 11 - عبد السلام عبد القادر، النزاع حول متاع البيت بين النص التشريعي و الاجتهاد القضائي، مجلة الأحياء، ع05، الجزائر، 2002.
- 12- فاطمة بن عيشوش، حق المطلقة في المتعة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مجلة صوت القانون، ع 01، أبريل 2018
- 13- كمال بعاكية، الحضانة وشروطها بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، جامعة وهران، ع 6، 2018.
- 14-لينة بوزيتونة، حق زيارة المحضون في قانون الأسرة الجزائري - دراسة بين القانون والواقع- المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، مج 3، ع 20، 2020.
- 15 - مروان قدومي، جهاز المرأة في ضوء الشريعة و قانون الأحوال الشخصية، مجلة النجاح للأبحاث العلمية، ع01، فلسطين، 2005.
- 16 - نسيمة أمال حيفري، نفقة المحضون في ظل التعديلات المستحدثة في قانون الأسرة الجزائري، مجلة دراسات وأبحاث، عدد 2017/06/27، الجزائر، 2017.
- 17-نشوان زكي سليمان، الحضانة وشروط ممارستها، مجلة الرافدين للحقوق، كلية الحقوق، جامعة الموصل، عدد 59، مج 16، العراق، 2018.
- 18 - نصر سلمان، التفريق القضائي بين الزوجين بسبب فقدان والغياب والحبس- دراسة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري-، جامعة الأمير عبد القادر، د.ر.ع، قسنطينة، د.س.ن.
- 19-ياسين علال، عدة زوجة المفقود في قانون الأسرة الجزائري، مجلة الحقيقة، ع40، جامعة قالمة، 2017.

رابعا: النصوص القانونية.

أ - التشريعات:

- 1 - أمر رقم 66-156 مؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966، المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم، ج.ر.ع 37، مؤرخة في 22 يونيو 2016.

2 - أمر رقم 75-158 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل و المتمم، ج.ر.ع 78 مؤرخة في 30 سبتمبر 1975.

3 - قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة، ج.ر.ع 24 مؤرخة في 12 يونيو 1984.

4- أمر رقم 05-02 مؤرخ في 27 فبراير 2005 يعدل ويتمم القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة، ج.ر.ع 15 مؤرخة في 27 فبراير 2005.

5 - قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ع 21 مؤرخة في 24 ابريل 2008.

#### ب - قرارات المحكمة العليا:

1-قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1984/12/03، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 35026، المجلة القضائية لسنة 1989، العدد الرابع.

2 - قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1984/12/17، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 35322، المجلة القضائية لسنة 1989، العدد الرابع.

3 - قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1985/04/22، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 36709، المجلة القضائية لسنة 1989، العدد الأول.

4 - قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1986/04/13، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 28393، غير منشور.

5 - قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1996/06/24، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 139353، المجلة القضائية لسنة 1997، العدد الثاني.

6 - قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1996/07/30، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 141262، المجلة القضائية لسنة 1998، العدد الأول.

7 - قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1996/09/24، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 139393، المجلة القضائية لسنة 1997، العدد الثاني.

8- قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1999/2/16، غرفة الاحوال الشخصية، ملف رقم 216850، المجلة القضائية لسنة 2001، عدد خاص.

- 9 - قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 16/03/1999، غرفة الأحوال الشخصية ، ملف رقم 216836، المجلة القضائية لسنة 2001، عدد خاص.
- 10 -قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 18/05/1999، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 222134، المجلة القضائية لسنة 2001، عدد خاص.
- 11 -قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 15/06/1999،غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 223019، المجلة القضائية لسنة 2001، عدد خاص.
- 12 - قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 23/05/2000،غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 243943، المجلة القضائية لسنة 2001، عدد خاص.
- 13 - قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 10/04/2002،غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 290808، المجلة القضائية لسنة 2006، العدد الاول
- 14 - قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 14/10/2010، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 581222، المجلة القضائية لسنة 2011، العدد الأول.

خامسا: المواقع الإلكترونية.

1 - موقع شبكة الألوكة الشرعية <https://www.alukah.net>

2- موقع مجلة البيان عبر الإمارات <https://www.albayan.ae/>

فہرست



## فهرس

01	مقدمة
05	فصل تمهيدي: العرف كمصدر للتشريع الإسلامي و القانون الجزائري
07	المبحث الأول: مفهوم العرف و حجيته في الفقه و القانون
07	المطلب الأول: مفهوم العرف و حجيته في أصول الفقه الإسلامي
07	الفرع الأول: مفهوم العرف في أصول الفقه الإسلامي
07	أولاً: تعريف العرف
08	ثانياً: أقسام العرف
10	ثالثاً: تمييز العرف عما يشابهه من مصطلحات
12	الفرع الثاني: حجية العرف في أصول الفقه الإسلامي
13	أولاً: من القرآن الكريم
14	ثانياً: من السنة النبوية
15	ثالثاً: من الإجماع
16	رابعاً: من المعقول
17	المطلب الثاني: مفهوم العرف و أساس إلزامه في القانون الجزائري
17	الفرع الأول: مفهوم العرف في القانون الجزائري
17	أولاً: تعريف العرف في القانون الجزائري
18	ثانياً: أقسام العرف في القانون الجزائري
19	ثالثاً: تمييز العرف عما يشابهه
21	الفرع الثاني: أساس القوة الملزمة للعرف في القانون الجزائري
21	أولاً: نظرية الرضاء الضمني للمجتمع
22	ثانياً: نظرية الرضاء الضمني للمشرع
22	ثالثاً: نظرية الضرورة الاجتماعية
22	رابعاً: نظرية تطبيق القضاء للعرف
23	خامساً: نظرية الارادة الصريحة للمشرع

المبحث الثاني: أركان العرف و دوره في الفقه الاسلامي و القانون الجزائري.....	24
المطلب الأول: أركان العرف و دوره في الفقه الاسلامي.....	24
الفرع الأول: أركان العرف في الفقه الاسلامي.....	24
الفرع الثاني: دور العرف في الفقه الإسلامي.....	25
أولاً: تعارض العرف مع الأدلة الشرعية.....	25
ثانياً: تعارض العرف مع اللغة.....	27
ثالثاً: تعارض العرف مع الاجتهاد.....	28
المطلب الثاني: أركان العرف و دوره في القانون الجزائري.....	28
الفرع الأول: أركان العرف في القانون الجزائري.....	28
أولاً: الركن المادي.....	28
ثانياً: الركن المعنوي.....	29
الفرع الثاني: دور العرف في القانون الجزائري.....	30
أولاً: دور العرف كمصدر مكمل للتشريع.....	30
ثانياً: دور العرف المساعد للتشريع.....	32
ثالثاً: دور العرف المخالف للتشريع.....	33
الفصل الأول: الاعتبار بالعرف في مسائل الطلاق.....	35
المبحث الأول: الاعتبار بالعرف في الطلاق بالإرادة المنفردة.....	37
المطلب الأول: مفهوم الطلاق بالإرادة المنفردة.....	37
الفرع الأول: تعريف الطلاق بالإرادة المنفردة.....	37
أولاً: التعريف اللغوي.....	37
ثانياً: التعريف الاصطلاحي.....	38
الفرع الثاني: مشروعية الطلاق.....	39
أولاً: من القرآن الكريم.....	39
ثانياً: من السنة النبوية.....	40

40.....	ثالثا: من الإجماع.....
41.....	الفرع الثالث: حكم الطلاق و طبيعته القانونية.....
41.....	أولا: الحكم الشرعي للطلاق.....
43.....	ثانيا: الطبيعة القانونية للطلاق.....
44.....	المطلب الثاني: أثر العرف في الطلاق بالإرادة المنفردة.....
44.....	الفرع الأول: أثر العرف في الطلاق بالإرادة المنفردة وفقا للفقهاء الاسلامي.....
44.....	أولا: أثر العرف في ألفاظ الطلاق و صيغته.....
46.....	ثانيا: أثر العرف في الرجعة.....
51.....	الفرع الثاني: أثر العرف في الطلاق بالإرادة المنفردة وفقا لقانون الأسرة الجزائري.....
51.....	أولا: أثر العرف في لفظ الطلاق.....
52.....	ثانيا: أثر العرف في إثبات الطلاق العرفي.....
53.....	ثالثا: أثر العرف في التعويض عن الطلاق التعسفي.....
54.....	المبحث الثاني: الاعتبار بالعرف في أحكام الخلع.....
54.....	المطلب الأول: مفهوم الخلع (حقيقته).....
54.....	الفرع الأول: تعريف الخلع.....
54.....	أولا: التعريف اللغوي.....
54.....	ثانيا: التعريف الاصطلاحي.....
55.....	الفرع الثاني: مشروعية الخلع.....
55.....	أولا: من القرآن الكريم.....
56.....	ثانيا: من السنة النبوية.....
56.....	ثالثا: من الإجماع.....
56.....	الفرع الثالث: حكم الخلع و طبيعته القانونية.....
56.....	أولا: الحكم الشرعي للخلع.....
57.....	ثانيا: الطبيعة القانونية للخلع.....
58.....	المطلب الثاني: أثر العرف في الخلع.....

- 58.....الفرع الأول: اثر العرف في الخلع وفق الفقه الاسلامي
- 59.....أولاً: أثر العرف في صيغ الخلع
- 51.....ثانياً: أثر الخلع في المبرأة
- 62.....ثالثاً: اثر العرف في الخلع مقابل نفقة الولد
- 63.....الفرع الثاني: اثر العرف في الخلع وفق قانون الأسرة الجزائري
- 65.....المبحث الثالث: الاعتبار بالعرف في أحكام التطلق (التفريق القضائي)
- 65.....المطلب الأول: بعض حالات التطلق
- 65.....الفرع الأول: التطلق للضرر و الشقاق
- 65.....أولاً: التطلق للضرر و الشقاق في الفقه الإسلامي
- 67.....ثانياً: التطلق للضرر و الشقاق في قانون الأسرة الجزائري
- 68.....الفرع الثاني: التطلق لعدم الإنفاق
- 68.....أولاً: التطلق لعدم الإنفاق في الفقه الاسلامي
- 69.....ثانياً: التطلق لعدم الإنفاق في قانون الأسرة الجزائري
- 70.....الفرع الثالث: التطلق في حالة فقدان الزوج
- 70.....أولاً: التطلق في حالة فقدان الزوج في الفقه الإسلامي
- 72.....ثانياً: التطلق في حالة فقدان الزوج في قانون الأسرة الجزائري
- 74.....المطلب الثاني: أثر العرف في التطلق
- 74.....الفرع الأول: أثر العرف في التطلق للضرر و الشقاق
- 74.....أولاً: أثر العرف في التطلق للضرر و الشقاق في الفقه الإسلامي
- 75.....ثانياً: أثر العرف في التطلق للضرر و الشقاق في قانون الأسرة الجزائري
- 76.....الفرع الثاني: أثر العرف في التطلق لعدم الإنفاق
- 76.....أولاً: أثر العرف في التطلق لعدم الإنفاق في الفقه الاسلامي
- 78.....ثانياً: أثر العرف في التطلق لعدم الإنفاق في قانون الأسرة الجزائري
- 79.....الفرع الثالث: أثر العرف في التطلق في حالة فقدان الزوج
- 79.....أولاً: أثر العرف في التطلق في حالة فقدان الزوج في الفقه الإسلامي
- 79.....ثانياً: أثر العرف في التطلق في حالة فقدان الزوج في قانون الأسرة الجزائري

82.....	الفصل الثاني: الاعتبار بالعرف في آثار الطلاق.....
84.....	المبحث الأول: الاعتبار بالعرف في العدة.....
84.....	المطلب الأول: مفهوم العدة و ضوابطها.....
84.....	الفرع الأول: مفهوم العدة.....
84.....	أولاً: تعريف العدة.....
85.....	ثانياً: مشروعية العدة.....
85.....	ثالثاً: أنواع العدد.....
87.....	الفرع الثاني: ضوابط العدة.....
87.....	أولاً: حساب مدة العدة.....
88.....	ثانياً: تداخل العدد.....
90.....	المطلب الثاني: أثر العرف في العدة.....
90.....	الفرع الأول: أثر العرف على العدة في الفقه الاسلامي.....
90.....	أولاً: أثر العرف على انقضاء العدة.....
91.....	ثانياً: أثر العرف على الحداد و ترك الزينة.....
92.....	الفرع الثاني: أثر العرف على العدة في قانون الأسرة الجزائري.....
92.....	أولاً: أثر العرف في تحديد مفهوم القرء.....
92.....	ثانياً: أثر العرف في بقاء المعتدة بمسكن الزوجية.....
94.....	المبحث الثاني: الاعتبار بالعرف في الحضانة.....
94.....	المطلب الأول: مفهوم الحضانة.....
94.....	الفرع الأول: تعريف الحضانة و خصائصها.....
94.....	أولاً: تعريف الحضانة.....
96.....	ثانياً: خصائص الحضانة.....
97.....	الفرع الثاني: حكم الحضانة و طبيعتها القانونية.....
98.....	أولاً: الحكم الشرعي للحضانة.....
98.....	ثانياً: الطبيعة القانونية للحضانة.....
99.....	المطلب الثاني: أثر العرف على الحضانة.....

99	الفرع الأول: أثر العرف على الحضانة في الفقه الاسلامي.....
99	أولاً: أثر العرف على انتهاء مدة الحضانة.....
101	ثانياً: أثر العرف على أوقات زيارة المحضون.....
102	الفرع الثاني: أثر العرف على الحضانة في قانون الأسرة الجزائري.....
102	أولاً: أثر العرف على أوقات الزيارة و مدتها.....
103	ثانياً: أثر العرف على نفقة المحضون.....
105	المبحث الثالث: الاعتبار بالعرف في النزاع حول متاع البيت.....
105	المطلب الأول: مفهوم متاع البيت و كيفية إثبات ملكيته.....
105	الفرع الأول: مفهوم متاع البيت.....
106	الفرع الثاني: إثبات ملكية متاع البيت.....
106	أولاً: موقف الفقه الإسلامي من ملكية متاع البيت.....
107	ثانياً: موقف قانون الأسرة الجزائري من ملكية متاع البيت.....
108	المطلب الثاني: أثر العرف في النزاع حول متاع البيت.....
108	الفرع الأول: أثر العرف في النزاع حول متاع البيت في الفقه الاسلامي.....
108	أولاً: أثر العرف في تحديد الطرف الملزم بتجهيز متاع البيت.....
109	ثانياً: اثر العرف في اختلاف الزوجين حول ملكية متاع البيت.....
109	الفرع الثاني: أثر العرف في النزاع حول متاع البيت في قانون الأسرة الجزائري.....
111	خاتمة.....
115	قائمة المصادر و المراجع.....
128	فهرس.....

## ملخص البحث

في هذا البحث أبرزنا مدى تأثير مسائل الطلاق و الآثار المترتبة عنه بالعرف الذي يعتبر دليلا من الأدلة الشرعية و مصدرا من مصادر القانون الجزائري، في دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري.

حيث تناولنا في مبحث تمهيدي المفهوم الفقهي و القانوني للعرف، ثم تطرقنا الى حجيته عند الأصوليين، والحالات التي يلجأ فيها القاضي الى اعمال العرف لحل النزاعات و حفظ الحقوق.

بعدها سلطنا الضوء في الفصل الاول على مدى الاعتبار بالعرف في احكام الطلاق، كالألفاظ التي يقع بها الطلاق، و اثر العرف على تقدير بدل الخلع و تحديد الظروف التي يجوز فيها للزوجة طلب التطليق.

اما في الفصل الثاني فقد قمنا ببيان مدى سلطان العرف في آثار الطلاق، حيث تخضع العدة للعرف في العديد من أحكامها مثل حساب انقضاء مدتها و تحديد مفهوم القرء، كما ان الحضانة بدورها تخضع للعرف في الكثير من أحكامها منها نفقة المحضون و مكان و زمان زيارته. كذلك نجد ان العرف هو الفيصل في حل النزاعات التي تثور حول متاع البيت، حيث تأخذ الزوجة ما هو متعارف عليه انه من متاع النساء، و يأخذ الزوج ما هو متعارف عليه انه من متاع الرجال.

من خلال ما سبق، توصلنا الى ان العرف كان ولا يزال طريقا لحل الكثير من النزاعات التي تثور في قضايا شؤون الاسرة خاصة قضايا الطلاق و ما ينجم عنه، في ظل العوز التشريعي لقانون الاسرة الجزائري و كثرة و تنوع قضايا الأحوال الشخصية، مما يجعلنا نقترح تقنين بعض الأعراف مستقبلا.

## **Abstract of research**

The present research highlighted the extent to which divorce provisions and their implications are affected by the customs which are considered to be one of the origins of Islamic Jurisprudence and a source of Algerian law, through a comparative study between Islamic Jurisprudence and Algerian Family Law.

We presented in a preliminary study the jurisprudential and legal concept of customs, then we explained its evidence among fundamentalists and the cases in which the judge resorts to implement customs to settle disputes and preserve rights.

In the first chapter, we shed the light on the extent to which customs are taken into consideration for the provisions of divorce, such as the divorce words, the impact of customs on estimating the "Khul 'allowance" (divorce initiated by woman) and determining the circumstances where the wife may request divorce.

And in the second chapter, we showcased the extent of the authority of customs on the divorce impacts, where the "Iddah" (period of waiting after divorce) is subject to customs in many of its provisions such as calculating the expiration of its period and defining the concept of the woman's monthly period. The custody, in its turn, is subject to the customs in many of its provisions, including the maintenance of the custody child and the place and time of his/her visit. We also find that customs are decisive in resolving disputes that arise over household belongings, where the wife takes what is known to be from the women's possessions, while the husband takes what is known to be from the men's possessions.

According to the aforementioned, we inferred that customs were, and still, a way to solve many of the disputes that arise in family affairs lawsuits, especially divorce cases and its results. In light of the legislative deficiency of the Algerian Family Law and the big number of different personal status lawsuits, we recommend codification of some customs in the future.