

## رقابة المحكمة العليا على تطبيق العرف في مسائل الزواج والطلاق

عجالي خالد

كلية الحقوق والعلوم لسياسية، كلية الحقوق-جامعة ابن خلدون -تيارت- الجزائر

[khaledadjalidroit@yahoo.com](mailto:khaledadjalidroit@yahoo.com)

محمودي مليكة

كلية الحقوق والعلوم لسياسية، كلية الحقوق-جامعة ابن خلدون -تيارت- الجزائر

[kika.reine1@gmail.com](mailto:kika.reine1@gmail.com)

تاريخ الاستلام: 2019 /01 / 15

تاريخ القبول: 2019 /03/ 15

### ملخص

ذهب رجالالقانون إلى القول بأن جوهر القاعدة القانونية كونها ذو مضمون اجتماعي، لأن القانون تم إنشاؤه لغرض تنظيم الحياة الاجتماعية.

إن للعرف مكانته في أحكام الشريعة الإسلامية، كما أن المذاهب الفقهية الاسلامية متفقة على اعتبار العرف مصدرا للتشريع، وبأن قانون الأسرة الجزائري مستمد من الشريعة الإسلامية، نجد للعرف تأثيرا عليه في مضمونه وبناء أحكامه، مما يضع مسؤولية على القاضي في غياب نص إلى الاحتكام للعرف.

**الكلمات المفتاحية:** العرف، قانون الأسرة، الزواج، الطلاق، الرقابة.

يعتبر العرف من أقدم مصادر التشريع الإنساني، إذ أن القوانين بدأت بعادات وأعراف والتي كانت مصدرا اصيلا لتقنين التشريعات فيما بعد. فارتقى العرف بارتقاء مدارك الأمم ومعارفها مما جعل منها نظاما ملزما في معاملات الناس. ولا يزال العرف إلى يومنا هذا من أهم المصادر القانونية وإن تراجعت مرتبته -مصدر احتياطي- .

تمسك الفرد والجماعة على حد سواء بالعرف، حيث يتم ميلاده بفعل ما، فإذا استحکم هذا الفعل وتكرر وعملت به الجماعة أصبح عادة، فيصبح بذلك منهجا يتم السير على منواله، أما إذا ارتبطت العادة بصفة الإلزام الناتج عن الاعتقاد، فيصبح العرف كمصدر من مصادر التشريع.

يأخذ العرف الزاميته من الضرورة الاجتماعية التي تفرض نفسها حينما لا يوجد تشريع، أو يكون التشريع غامضا أو سكت على حكم ما، فنجد في هذه الحالة للعرف سلطانا.

تعتبر القاعدة العرفية متى توفرت شروط إعمالها، قاعدة قانونية يلزم القاضي بتطبيقها إذا تمسك بها الاطراف أو تبينت المحكمة ملائمتها للفصل في النزاع.

ويثور التساؤل حول ما إذا كان تطبيق القاضي للعرف مسألة من مسائل القانون يؤدي الخطأ فيها لرقابة المحكمة العليا؟

ويدق هذا الاشكال عندما نستقرأ المادة 358 من قانون الاجراءات المدنية والادارية، التي حددت أوجه الطعن في نطاق الأحوال الشخصية بالخطأ في تطبيق القانون.

إن مدلول كلمة القانون في نظرنا تشمل كل مصادر القاعدة القانونية بما فيها القاعدة العرفية.

ومنه تأتي هذه المداخلة من أجل فتح النقاش حول مسألة التزام قاضي شؤون الأسرة بالتطبيق السليم للعرف وما ينجر عن ذلك من آثار.

ونعالج هذه الإشكالية -بإذن الله- في مبحثين، نتناول في (المبحث الاول) مكانة العرف في قانون الأسرة(الزواج والطلاق نموذجاً)، لنستكمل هذه المداخلة بالتطرق لرقابة المحكمة العليا على تطبيق العرف في(المبحث الثاني).

## المبحث الأول: مكانة العرف في أحكام قانون الأسرة (الزواج والطلاق نموذجاً)

يعتبر العرف مصدراً من مصادر القاعدة القانونية، كما أنه يعتبر ترجمة لمفاهيم وأفكار المجتمع والقيم الأساسية التي تسود أرجاءه، وتتطور الحياة وارتقاءها كان لا بد من إيجاد تقنين يحكم المجتمع، وعلى هذا تم تجميع العادات والأعراف في تقنين يخضع له الناس في علاقاتهم ومعاملاتهم.

ومنه أصبح العرف قاعدة قانونية (المطلب الأول)، وأصبح له أثر على احكام مختلف القوانين بما فيهم قانون الأسرة، وستتطرق إلى اثر العرف في أحكام الزواج والطلاق (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: العرف قاعدة قانونية

احتل العرف فيما مضى الصدارة لكل القوانين في العصور القديمة، وظل محتفظاً بهذه المكانة لفترة من الزمن، فكان هو والقانون المكتوب في منزلة واحدة، إلا أنه بتقدم وتطور القانون، بدأ العرف يتلاشى ويضعف، ورغم كل الهزات التي تعرض إليها إلا أنه لم يفقد مركزه كأحد أهم المصادر القانونية. ومنه سنتطرق الى تعريف العرف وحجيته باعتباره قاعدة قانونية ومصدراً من مصادرها (الفرع الأول)، لنستكمل ها المطلب بتناول ضوابطه (الفرع الثاني)

### الفرع الأول: تعريف العرف

لقد تم التطرق من قبل الفقه الاسلامي وفقهاء القانون إلى بيان المقصود بالعرف، واختلفوا بما بينهم باختلاف زاوية النظر إليه، ومنه سنتطرق إلى المقصود بالعرف (أولاً)، ثم بيان حجتيه (ثانياً).

**أولاً: المقصود بالعرف:** جاءت معنى العرف في لسان العرب مختلفة ومتعددة، فقد أستعمل عندهم بمعنى الجود، والمستحسن من العادات والأفعال وغيرها من المعاني، إذ هو ضد النكر.<sup>1</sup> وقد أستدل أهل اللغة بالقرآن الكريم في قوله تعالى (يا بني أقم الصلاة وأمر بالمعروف).<sup>2</sup> وقوله أيضاً (تأمرن بالمعروف وتنهون عن المنكر).<sup>3</sup>

أما تعريف العرف اصطلاحاً، فقد تعددت تعاريف الفقه حسب زاوية النظر إليه، حيث عرفه "ابن عابدين" على أنه: "العادة مأخوذة من المعاودة، فهي بتكرارها ومعاودتها مرة بعد أخرى صارت معروفة مستقرة في النفوس والعقول، متلقاة بالقبول من غير علاقة ولا قرينة حتى صارت حقيقة عرفية، فالعادة والعرف واحد".<sup>4</sup> إلا أنه ما يلاحظ على التعريف أنه لم يفرق بين العرف والعادة، حيث سوى بينهما، في حين أن هناك عدة اختلافات بينهما.<sup>5</sup>

في حين عرف الأستاذ: "مصطفى الزرقا" العرف بأنه: "عادة جمهور قول أو فعل". وما يلاحظ على هذا التعريف على أنه إشتراط الشيوع في جماعة معينة.

أما الفقه "بلانيول" عرفها بأنه: "هو ذلك القانون الذي لم يصدر أياً عن هيئة تشريعية، فهو يتكون من قواعد العادة، والتي تكونت شيئاً فشيئاً مع مرور الزمن". وهكذا إعتبر بلانيول أن العرف مصدراً من مصادر الرسمية للقانون.<sup>6</sup>

ومنه يمكن القول أن العرف يعد أساس تكوين القواعد العرفية، التي هي عبارة عن مجموعة قواعد قانونية التي تكونت من خلال تكرار سلوك لمدة معينة من الزمن مع الاعتقاد بالزاميتها قانوناً.<sup>7</sup>

**ثانياً: حجية العرف:** المقصود بالحجية، صلاحية العرف لاستنباط الأحكام الشرعية منه، وإلزام الأشخاص المكلفين بها، فالحجية إذن تتضمن من جهة شرعية أخذ الحكم، ومن جهة أخرى مشروعية الإيجاب عليه.<sup>8</sup>

ومنه للعرف حجية في الكتاب، والسنة النبوية، والإجماع. وقد إستدل العلماء الذين إعتبروا العرف من مصادر الأحكام الفقهية بقوله تعالى: "خذ العفو وأمر بالمعروف وأعرض عن الجاهلين".<sup>9</sup> وقد جاء معنى العرف في تفسير القرطبي بمفهوم الجميل المستحسن من الأفعال والشريعة هي تتبع كل ما استحسنت من عادات وطباع، وترك كل ما هو قبيح ومستهجن.<sup>10</sup>

كما جاءت السنة النبوية الشريفة لتؤكد اعتبار الشريعة الإسلامية لعادات الناس وأعرافهم، وقد تم الاستدلال بأحاديث عديدة نذكر منها، ما جاء عن ابن مسعود رضي الله عنه، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "ما رآه المسلمون حسن، فهو عند الله حسن". بمعنى أن المسلمين لا يرون ما هو حسن إلا فيما إعتاد العامة من الناس قبلوه ووجد بينهم استحساناً، ذلك أن أعراف تبني لدى عامة الناس على ما يرفع الحرج، ويفتح باب اليسر والخير، فيصبح ما هو متعارف بين الناس كالنظام المتكرر في قضاء الحاجات.<sup>11</sup> وجاء عن عروة ابن الجعد البارقني رضي الله عنه، أن النبي صلى الله عليه وسلم، أعطاه دينارا ليشتري به شاة، فاشترى به له شاتين، فباع إحداهما بدينار وجاءه بدينار وشاة، فدعا له ببركة في بيعه وكان لو اشترى التراب لربح فيه". فهذا الحديث له دلالة اعتبار الإذن العرفي، فيكون بذلك الوكيل مأذون له بالمخالفة الموكل إذا كان في ذلك خيراً له، حيث يعد ذلك من مقاصده ولو لم يصرح بذلك.<sup>12</sup>

أما في الإجماع، فالثابت إقرار الصحابة الذين كانوا منتشرين في الأقطار الإسلامية، وبذلك أخذوا من عاداتها وهكذا يمكن القول أنه جرى الإجماع على الأخذ بهذه الأعراف الصحيحة، وبذلك تثبت حجية العرف بالإجماع.<sup>13</sup>

ومنه العرف قد يستند إلى الإجماع كأن يتعارف الناس في عصر من العصور على عمل ما يبقى ذلك سائراً لمدة طويلة ولا يتم إنكاره من أحد، ومثاله عقد الاستصناع، فقد عمل به الناس لمدة طويلة، ومنه إن مستند الإستصناع هو الإجماع لطبيعة تعارف الناس عليه.<sup>14</sup>

أما بالرجوع الى المشرع، فنجد أنه قد اعتبر العرف في العديد من الأحكام، حيث أقره مع إحداث تعديل فيه، وأقره في بعض الحالات كما هو ونجد ذلك في المعاملات التجارية في وجه الخصوص.

## الفرع الثاني: ضوابط القاعدة العرفية

اشترط الفقه مجموعة من العناصر لا بد أن تتوفر في العرف لتطبيقه من قبل القاضي أو لتمسك الأطراف النزاع به. وتتنحصر هذه العناصر بأن يكون العرف مطردا وغالبا (أولاً)، وأن يكون العرف قائما عن إنشاء التصرف (ثانياً)، وأن لا يعارض العرف تصريح بخلافه (ثالثاً)، وأن لا يكون العرف مخالفا للنص التشريعي (رابعا).

**أولاً: أن يكون العرف مطردا وغالبا:** المقصود بالاطراد هنا: أن يكون العرف مستمرا بحيث لا يختلف في جميع الحوادث، والمراد بغلبة العرف أن يكون العرف كثيرا وشائعا، ولا يختلف إلا قليلا، ذلك أن الاطراد أو الغلبة يجعل العرف مقطوعا بوجوده، والتخلف لا يقدر في العمل بالعرف، لأن العبرة بالغالب الشائع لا للقليل النادر، سواء كان عرفا عمليا أو قوليا، والاطراد والغلبة لا يستلزمان أن يكون العرف عاما، فإن عموم العرف غير اطراده.<sup>15</sup>

**ثانياً: أن يكون العرف قائما عن إنشاء التصرف:** يقصد بأن يكون العرف قائما عند إنشاء التصرف، أن يكون العرف سابقا لتصرف، لأن كل من يقوم بالتصرف -سواء كان قوليا أو فعليا- إنما يتصرف بحسب ما جرى به العرف، ليصبح العمل على العرف القائم، فالعبرة بالعرف الطارئ بعد التصرف.<sup>16</sup>

**ثالثاً: أن لا يعارض العرف تصريح بخلافه:** إذا تم التعاقد مع فريقين مع سكوتهم على العرف القائم بينهما، لزم كل منهما بمقتضاه وهذا لإلزام من قبيل الدلالة، ومن هذا قول الفقهاء "المعروف عرفا كالمشروط شرط"، "الثابت بالعرف ثابت بالدليل الشرعي".

إذا صرح العاقدان بخلاف العرف فلا إعتبار للعرف لأن من القواعد الفقهية أنه لا عبرة لدلالة في مقابل التصريح.<sup>17</sup>

**رابعا: أن لا يكون العرف مخالفا للنص التشريعي:** بمعنى أن لا يكون ما تعارف عليه الناس مخالفا لأحكام الشرعية المنصوص عليها، وإلا فلا اعتبار للعرف، كتعارف الناس بشرب الخمر وتبرج النساء والتعامل بالعقود الربوية ونحو ذلك.

ولا يخلو مخالفة العرف لنص من حالتين، الحالة الأولى إذا خالف العرف النص الشرعي من كل وجه، والحالة الثانية إذا خالف العرف أيضا في بعض الوجوه.<sup>18</sup>

## المطلب الثاني: أثر العرف على أحكام الزواج والطلاق

لقد اهتمت أغلب التشريعات بعقد الزواج اهتماما بليغا، لكونه عقد يمتاز بخصوصية عن باقي العقود، وذلك لما له من أهمية عن باقي العقود في حفظ النسل، ومنه تم ترتيب بموجب هذا العقد مجموعة من الحقوق والواجبات لكلا الطرفين - الزوج والزوجة- كما تم تقرير حقوق مشتركة بين الزوجين، وأوجب مراعاة كل هذه الحقوق لتستقر الحياة الزوجية، وتقوى الروابط الاسرية التي هي الكتلة الأساسية لبناء المجتمع.

ولما كانت الاعراف هي لب حياة الناس العملية والحاكمة في الكثير من التعاملات بينهم، ولما كانت أعراف الناس متغيرة تبعا لتغير الزمان والمكان مما يؤثر على التطبيقات الفقهية المختلفة،

ومنه سنتناول أثر العرف على أحكام الزواج (الفرع الأول)، وأثره بالنسبة لأحكام الفرقة بين الزوجين (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: اثر العرف على أحكام الزواج

يبدأ نشوء الاسرة بارتباط طرفيها، وذلك بالرضاء المتبادل بينهما ورغبتهما المشتركة في تشييد بناء أساسه المودة والرحمة، والذي سماه الله في محكم تنزيله بالميثاق الغليظ،

ومنه تم تناول أحكام هذا العقد من قبيل الشريعة الاسلامية في مختلف الجوانب، كما حضي بالتنظيم من قبل الشرائع الوضعية المختلفة على غرار المشرع الجزائري الذي تناول تنظيم الأسرة استنادا إلى أحكام الشريعة الإسلامية بالدرجة الأولى حيث اتخذها مصدرا رسميا لقانون الأسرة، كما أولى لأعراف الناس وعاداتهم وتقاليدهم في مسائل الزواج أهمية كبيرة.

وسنقصر الحديث على أثر العرف على أحكام الخطبة (أولا)، وعلى انعقاد الزواج (ثانيا).

**أولا: أثر العرف على أحكام الخطبة:** يقصد بالخطبة، تقدم رجل إلى امرأة معينة تحل له شرعا أو إلى أهلها ليطلب الزواج بها بعد أن توجد لديه الرغبة في زواجها، فاذا اجيب طلبه تمت الخطبة بينهما.<sup>19</sup>

وقد جاء في المادة الخامسة من قانون الأسرة الجزائري<sup>20</sup> أن "الخطبة وعد بالزواج". حيث اكتفى المشرع ببيان الطبيعة القانونية للخطبة، وجواز العدول عنها، وبالتالي اعتبرت المادة أن الخطبة إجراء تمهيدي يقوم بها الخاطبين للتعرف على بعضهما البعض.

ومنه لم يتناول المشرع الجزائري بتفصيل أحكام الخطبة، ومنه بالرجوع الى نص المادة 222 من نفس القانون، التي تلزم القاضي في حالة عدم وجود نص اللجوء إلى أحكام الشريعة الإسلامية القائمة على عدة مذاهب مختلفة.

إن الخطبة في الاعراف الجزائر، هي مجرد وعد بالزواج غير ملزم، ولا ترقى إلى مرتبة العقد، كما تترتب عليها ما يترتب على العقد من آثار باعتبارها مرحلة تعارف بين الخاطبين وأهليهما، والقول بإلزاميتها يضع الطرفين في إحراج إذا ما اراد أحده العدول عنها لسبب قد يدفعه لذلك، ومنه فالأعراف الجزائرية جاءت مطابقة للفقه الإسلامي.

كما أنه طبقا للأعراف، للخطبة شروط مستحسنة وأخرى واجبة، فالأولى على الراغب في الزواج مراعاتها وتحصيلها، ولكن إذ أهملها ولم تحققها لا تؤثر ذلك في صحة الخطبة، وبالتالي من أسس اختيار المخطوبة أن تكون من النساء المتحليات بالخلق الحميدة، وبالدين، فلا يغلب الجانب الجمالي أو غناها أو جاهها مهما الناحية الأخلاقية والدينية،<sup>21</sup> وان تكون بكرًا، وتكون ولودة وودودة، وذلك لكي يتحقق الهدف الأول من الزواج، وهو العفة وصيانة الزوجين.<sup>22</sup>

ومن جهة أخرى هناك شروط لا بد من مراعاتها في الخطاب على رأسها التدين وطاعة الله تعالى والالتزام بالخلق الإسلامية الفاضلة.<sup>23</sup>

أما الشروط الواجبة للخطبة، فهي تنحصر في شرطين هامين، اولهما أن لا يحرم الزواج شرعا إذا ما كانت من المحارم المحرمة تحريما مؤبدا كالأخت والعممة والخالة، أو تحريما مؤقتا كأخت الزوجة أو زوجة الغير.<sup>24</sup> اما الشرط الثاني، هو أن لا تكون مخطوبة لشخص آخر.<sup>25</sup>

ثانيا: أثر العرف على أحكام انعقاد الزواج: يخضع الزواج إلى مجموعة من الشروط نظمتها الشريعة الإسلامية وكذا المشرع الجزائري الذي اعتبر أعراف الناس في مسائل دون الأخرى.

ويعرف الزواج، بأنه عقد حل العشرة بين الرجل والمرأة وتعاونهما ويحدد ما كليهما من حقوق وما عليهما من واجبات.<sup>26</sup>

وعرف المشرع الزواج بموجب المادة الرابعة من قانون الأسرة على أنه "عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الانساب".

ولانعقاد الزواج لا بد من توافر أركانه، وقد اختلف الفقه في أركان عقد الزواج، وذلك بسبب اختلافهم في تعريف الركن،<sup>27</sup> وبالرجوع إلى المشرع الجزائري فقد اعتبر الركن الوحيد في عقد الزواج هو ركن الرضا، والباقي شروطا لا يؤدي تخلفها إلى بطلان العقد، ومنه سنتطرق إلى شرط الصداق واعتبار العرف فيه.

الصداق، هو اسم للمال الذي يجب للمرأة على الرجل لعقد النكاح، إذ هو عقد خالص للمرأة تستحقه في مقابل قبولها لعقد لزواج.<sup>28</sup>

ويعتبر الصداق هو أحد شروط عقد الزواج، وذلك حسب ما هو منصوص عليه في المادة التاسعة في فقرتها الثانية من قانون الأسرة، حيث جاء فيها: "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: .... - الصداق...".

ومنه لا بد من تحديد مقدار الصداق في عقد الزواج، إلا أنه في حالة تخلف الشرط، نص المشرع في المادة 15 من نفس القانون، بأنه في حالة عدم تحديد قيمة الصداق، تستحق الزوجة صداق المثل، وهذا الأخير يكوم مبنيا على العرف عملا بالقاعدة الفقهية "المعروف عرفا كالمشروط شرطا".

ومنه يخضع مسألة تحديد مقدار الصداق إلى العرف، فمقدار العرف لدى بعض القبائل ومن أمثلة منطقة القبائل الزواوة، حيث أنه ثبت لديهم حسب قانون "أمشد الف" في المادة الأولى أن صداق البكر (50) ريالا وكبشين سعر الواحد ثمانية (8) ريالات، وصداق الثيب سبعون (70) ريالا وكبشين يبلغ الواحد منهما ثمانية (8) إلى عشرة (10) ريالات لأب الزوجة أو أخيها.

كما جاء في نفس المادة، أنه من يجاوز هذا الحد تأخذ منه الجماعة مقدار الصداق مع غرامة مالية مقدرة عندهم بثلاثون (30) ريالاً.<sup>29</sup>

وهذا التحديد مخالف لما جاء به المذهب المالكي، حيث يتضمن هذا الأخير تحديداً لأقل قيمة الصداق الذي يقدر عندهم بربع  $\frac{1}{4}$  دينار ذهبي، أو ثلاث دراهم فضية.<sup>30</sup>

أما العرف القسنطيني، يخضع في تقدير قيمته لاعتبارات عدة، منها المستوى المعيشية وكذا المداخيل، وما تدل عليه المؤشرات الاقتصادية والثقافية ومدى استقرار الأسعار وتطورها.<sup>31</sup> ويختلف تقدير قيمة الصداق من منطقة لأخرى.

### الفرع الثاني: أثر العرف على أحكام الطلاق

الطلاق هو حل الرابطة الزوجية الصحيحة في الحال والمال، بعبارة تفيد ذلك صراحة أو دلالة تصدر من الزوج، أو القاضي بناء على طلب الزوجة.

وقد شرع الطلاق في الشريعة الإسلامية، ليستطيع الزوجين الخلاص من الرابطة الزوجية إذ تبين أنها مصدر الشقاء، وأنه لا يمكن أن يتعاشر الزوجان بالمعروف ولأن يقوم كل منهما بحقوق الزوجية، وواجباتهما.<sup>32</sup>

وقد نص المشرع الجزائري في قانون الأسرة على أحكام الفرقة، كما نص على أنواع الطلاق في المادة 48 من نفس القانون، كما استكمل الباب المتعلق بانحلال الرابطة الزوجية بآثار الطلاق.

ومنه سنتطرق إلى الخلع واعتبار العرف فيه (أولاً)، والنزاع على متاع البيت نموذجاً عن آثار انحلال الرابطة الزوجية (ثانياً).

**أولاً: الخلع واعتماد العرف فيه:** عرف الخلع بأنه إزالة ملك النكاح بعوض وبألفاظ مخصوصة.<sup>33</sup> كما عرف أيضاً بأنه الفرقة بين الزوجين بلفظ الخلع أو فيم معناه في مقابل بعوض يأخذه الزوج من زوجته.<sup>34</sup>

وقد نص المشرع على شرعية الخلع في المادة 54 من قانون الأسرة، حيث أعطى للزوجة حق إنهاء الرابطة الزوجية بمقابل مالي باتفاق الطرفين، وهنا يثار التساؤل حول كيفية تحديد بدل الخلع؟

عملاً بنص المادة 54 التي جاء في فقرتها الثانية "فإنه إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة الصداق المثل وقت صدور الحكم".

ومنه في حالة عدم اتفاق الزوجان على بدل الخلع يتدخل القاضي لتحديده على أن لا يتجاوز ذلك قيمة صداق المثل وقت الحكم.

ومنه على القاضي الرجوع إلى العرف المعمول به، ونشير هنا أن هناك مناطق لا تخضع في أحكامها للقانون، وإنما يغلب العرف إلى ذلك، كمنطقة الزواوة حيث لا يمكن للمرأة أن تطلب الخلع، وإذا تم قبول الخلع من قبل الزوجة في حالات



نادرة، فإن هذا يكون بدفع أضعاف ما قدم لها من صداق.<sup>35</sup> وفي هذا قال الشيخ ابو علي " ومنها عدم تحاكم الزوجين إلى القاضي ولا إلى العالم يحكمون العرف في شأن الزوجية والعرف عندهم غير محدود...".<sup>36</sup>

**ثانيا: النزاع على متاع البيت واعتماد العرف فيه:** نص المشرع الجزائري على النزاع على متاع البيت في نص المادة 73 في الفقرة 15 وأسسها في ذلك على العرف.

حيث أنه في حالة نزاع حول متاع البيت ولم توجد بينة، فإننا نرجع في ذلك إلى العرف، فما يصلح للرجل فقط عرفا كان له، وما كان يصلح للمرأة فقط عرفا كالحلي فهو لها. وما كان يستعمل لكليهما فمرد ذلك للبيئة، فإن اعوزت فاليمين.<sup>37</sup>

### المبحث الثاني: رقابة المحكمة العليا على تطبيق العرف

متى اجتمع للعرف ركناه المادي والمعنوي أصبح قاعدة قانونية ملزمة يتعين على الأفراد العمل بمقتضاها، وقد اختلفت آراء الفقهاء حول تحديد الأساس الذي يستمد منه العرف قوته الملزمة بحيث يعتبر مصدرا رسمياً من مصادر القانون (المطلب الأول)، لنستكمل هذا المبحث بالتطرق إلى مسألة رقابة المحكمة العليا على تطبيق العرف مسألة قانونية أو موضوعية (المطلب الثاني).

#### المطلب الأول: القوة الملزمة للقاعدة العرفية

لقد اختلف الفقه حول مصدر القوة الملزمة للعرف، حيث ظهرت عدة آراء، فهناك من أسسها على الإرادة الضمنية للسلطة العامة (الفرع الأول)، وهناك من أسس القوة الملزمة للعرف على أحكام القضاء (الفرع الثاني)، وآخرون اسسوها على الضمير الجماعي (الفرع الثالث)، وهناك من راو أن القوة الملزمة للعرف تكمن في قوته الذاتية (الفرع الرابع).

#### الفرع الأول: تأسيس القوة الملزمة للعرف على الإرادة الضمنية للسلطة العامة

ذهب رأي قديم في الفقه الفرنسي إلى القول بأن القوة الملزمة للعرف يمكن تأسيسها على الإرادة الضمنية للسلطة العامة في الدولة، فإذا كان التشريع يستمد قوته الملزمة من خلال الإرادة الصريحة لهذه السلطة، فإن لعرف يستمد هذه القوة الملزمة من خلال إرادتها الضمنية المتمثلة في إقرارها للعرف وتكفلها باحترامه.

قد تعرضت فكرة تأسيس القوة الملزمة للعرف على إرادة السلطة العامة إلى النقد من وجهتين أولهما - أن هذه الفكرة تتجاهل حقيقة تاريخية مفادها أن العرف يسبق التشريع في الوجود، فهو أول المصادر القانونية التي حكمت المجتمعات البدائية بما يؤكد كونه مصدراً مستقلاً عن التشريع، ولا شك في أن هذا الأمر يجعلنا نتصور إمكانية وجوده دون إقرار المشرع له أو رضائه به .

وقد احسن جانب من الفقه المصري التعبير عن هذا النقد بالقول بأنه : "إذا قلنا أن العرف يستمد قوته الملزمة من الرضاء الضمني للسلطة التشريعية، فمن أين كان يستمد تلك القوة قبل أن توجد هذه السلطة؟" <sup>38</sup> ثانيهما -تقوم هذه الفكرة على الخلط بين التشريع والعرف بما لا يسمح بإمكانية رسم الحدود الفاصلة بينهما، فالتشريع عبارة عن قواعد مكتوبة تصدرها السلطة المختصة في الدولة في الوقت الذي يريده، في حين أن العرف يتكون بالتدريج من اعتياد الناس على اتباع سلوك معين والشعور بكونه يشكل قاعدة ملزمة.

### الفرع الثاني: تأسيس القوة الملزمة للعرف على أحكام القضاء

يذهب أنصار هذه الفكرة إلى القول بأن العرف يستمد قوته الإلزامية من أحكام القضاء، فالقاضي حينما يعرض أمامه نزاع معين فإنه يستطيع من خلاله أن يكشف عن وجود العرف ويحدد مضمونه، ومعنى ذلك أنه لا يتكون إلا بعد حكم القضاء به، فبحكم القضاء يستمد العرف قوته الملزمة.

وقد ظهرت هذه الفكرة وانتشرت في بادئ الأمر بين فقهاء القانون الإنجليزي حيث نظام السوابق القضائية يلعب دوراً هاماً في إبراز القواعد العرفية وإكسابها القوة الملزمة، ثم انتقلت بعد ذلك إلى فرنسا لتجد بعض مؤيديها من الفقهاء الفرنسيين.

بالرغم من الدور الهام الذي يلعبه القضاء في تحديد العرف وتوضيحه، إلا أنه لا يمكن الجزم بتأسيس القوة الملزمة للعرف على أحكام القضاء ، وذلك لسببين رئيسيين:

أولهما -من المتعارف عليه أن العرف، باعتباره أحد مصادر القاعدة القانونية، ينشأ ويستقر ويكتسب قوته الملزمة قبل أن تطبقه المحاكم، وإلا كيف يتسنى لنا القول بأن القضاء يطبقه قبل أن يصير قانوناً؟ وثانيهما-إن القول بتأسيس القوة الملزمة للعرف على أحكام القضاء يغفل مبدأ الفصل بين السلطات، فطبقاً لهذا المبدأ تنحصر سلطة القاضي في تطبيق القانون دون التعرض لإنشائه، وبالتالي لا يمكن الاعتماد على أحكام القضاء لتأسيس القوة الملزمة للعرف.

### الفرع الثالث: تأسيس القوة الملزمة للعرف على الضمير الجماعي

ظهرت هذه الفكرة وتم تأييدها من جانب أنصار المدرسة التاريخية التي تذهب إلى أن القانون ينبع عن الحاجات الاجتماعية والتاريخية والسياسية للجماعة، وأن العرف هو صاحب الدور الرئيسي في خلق القواعد القانونية، ومن ثم فهو يستمد قوته الملزمة من ضمير الجماعة التي على أساس حاجاتها المختلفة ولد العرف.

وقد اتجه جانب من الفقه المصري إلى تأييد هذه الفكرة بالقول بأن العرف يستمد قوته الملزمة من الرضاء الضمني لأفراد المجتمع، فالمجتمع- في نظرهم- هو الذي يخلق العرف ويطبقه ويتعهد باحترامه.

وعلى الرغم من اقتناع كثير من الفقهاء سواء في مصر أو فرنسا بتأسيس القوة الإلزامية للعرف على ضمير الجماعة إلا أن هذه الفكرة تعرضت بدورها للنقد من وجهتين رئيسيتين:

أولهما - أن الأفراد في المجتمعات الحديثة لا يقومون بأنفسهم بعمل القوانين، وإنما يتنازلوا عن هذا العمل إلى هيئة خاصة هي الهيئة التشريعية التي يمنحها الدستور هذا الحق، وبالتالي لا يمكن القول بأن الجماعة هي التي تقوم بنفسها بخلق القواعد القانونية. وثانيهما - أن تأسيس إلزام العرف على الضمير الجماعي لا يفيد أو يقدم كثيرا، نظرا لما يحيط فكرة الضمير الجماعي من غموض وإبهام يجعل وجود هذا الضمير محل شك.

#### الفرع الرابع: تأسيس القوة الملزمة للعرف على قوته الذاتية

انطلق أنصار هذا الرأي من رفضهم لتأسيس القوة الملزمة للعرف على إرادة المشرع، أو على أحكام القضاء، أو حتى على فكرة الضمير الجماعي، وإنما يتجهون إلى القول بأن للعرف قوة إلزام ذاتية تنبع من العادات التي يسير عليها الأفراد في سلوكهم، ومن الضرورات الاجتماعية التي تفرض ظهور العرف عندما لا يوجد تشريع، كما كان عليه الحال في المجتمعات القديمة، أو عندما يوجد نقص في التشريع، مثلما عليه الحال في المجتمعات المعاصرة.

وقد رفض أنصار فكرة الضمير الجماعي تأسيس القوة الملزمة للعرف على قوته الذاتية، فهم يرون - من ناحية أولى - أن مثل هذا الأساس يكتنفه الغموض لأنه بمثابة عدول عن وضع أي نظرية في أساس القوة الملزمة للعرف، كما يرون - من ناحية أخرى - أنه إذا كانت ضرورة العرف الذاتية لتنظيم المجتمع هي التي تبرز اعتباره مصدراً للقواعد القانونية، إلا أنها لا يمكن بأي حال من الأحوال أن تعطي للعرف قوته الملزمة.<sup>39</sup>

وفي الأخير يمكن القول بأن العرف لا يستمد قوته الإلزامية من فكرة واحد، ولكن من مختلف الأفكار التي سبق ذكرها، حيث أنها تؤثر وتتأثر بمختلف الجوانب، وذلك لكون أن العرف يبقى مصدراً للقاعدة القانونية سواء كان مصدراً رسمياً أو احتياطياً، كما أن الزمن بين لنا دور القضاء في الكشف عن القواعد العرفية وترسيخها في نفوس الأفراد وإن كان دور إرادة الأفراد لها الفضل الأول في صنع العادات والأعراف.

#### المطلب الثاني: الزامية القاضي بتطبيق العرف ورقابة المحكمة العليا

سبق القول أن العرف يعتبر مصدراً للقانون، وتختلف درجته من قانون لآخر، إلا أنه يجب الإشارة بأن القاضي غير ملزم بتطبيق العرف دائماً، وذلك لصعوبة العلم به، أو تعارضه مع القانون المعمول به... الخ (الفرع الأول)، كما أن تطبيق القاعدة العرفية من القاضي تخضع لرقابة المحكمة العليا (الفرع الثاني).

#### الفرع الأول: تطبيق العرف

لا يستمد العرف دائماً الزامية تطبيقه من قبل القاضي للقانون، وإنما قد يكون خاضعاً لإرادة الاطراف، وهو ما يطلق عليها العرف الاتفاقي ويقع عبء الإثبات على أطراف (أولاً)، بينما يختلف الامر بالنسبة للعرف باعتباره قاعدة قانونية الذي يستمد قوته من القانون مباشرة بإلزام القاضي للاحتكام إليه (ثانياً).

**أولاً: تطبيق العرف الإتفاقي :** العرف الاتفاقي -العادة الاتفاقيه- هي سلوك يستقر الناس على اتباعه مدة من الزمن دون الاستناد الى عقيدة الزامية بوجوب مراعاتها واحترامها ، فهي مجرد سنة مضطردة في العمل ينقصها ركن الاعتقاد باللزوم . وهكذا فالعادة عرف ناقص،<sup>40</sup> فاذا استمر الناس مدة طويلة في العمل بقاعدة معينة ولكن الشعور بضرورة احترامها لم يتوافر لديهم ، لم يكن هناك عرف بل مجرد عادة.

ويتضح من ذلك أن العادة ليست قانوناً ولا تتضمن قاعدة قانونية ، ولا تطبق الا اذا اتفق الأفراد على اتباع حكمها . وهي ليست ملزمة بذاتها ، بل تستمد الزامها من ارادة واتفاق الأطراف بقبول اتباع هذه العادة ، والاتفاق على اتباع حكم العادة قد يتم بصورة صريحة بين الأطراف وقد يقع الاتفاق على اتباع العادة ضمناً ، أي يتضح هذا الاتفاق من ظروف التعاقد و ملابساته . ويمكن أن يستشف تراضي الأطراف ضمناً على الأخذ بالعادة من مجرد علمهما بوجودها . ويفترض هذا العلم من شيوع العادة وجريان الناس عليها.

ونظراً لأن العادة ليست قانوناً فان القاضي لا يطبقها من تلقاء نفسه ، بل ينبغي على الأفراد التمسك بتطبيقها . ولا يجوز للمحكمة أن تطبق العادة الاتفاقيه الا اذا طلب منها أحد الخصوم ذلك بشرط أن يثبت اتجاه قصد الأطراف الى أعمال حكمها صراحة أو ضمناً ، وأن يقيم الدليل على وجود مثل هذه العادة . أي أن عبء اثبات العادة يقع على عاتق صاحب المصلحة . لذا قضى بأنه متى كان الطاعن يدعي قيام العادة بين الشركة و موظفيها على العمل في الخارج وفي غير أوقات العمل لديها فان عليه هو لا على الشركة اثبات وجودها واثبات أن المتعاقدين كليهما قد قصدا الالتزام بها واتباعها.

والعادة الاتفاقيه هي مجرد واقعة مادية يجوز اثباتها بكافة طرق الاثبات ، ويتمتع قاضي الموضوع بسلطة تقديرية كاملة في اثبات العادة بوصفها عنصراً من عناصر الواقع ، دون الخضوع في ذلك لرقابة محكمة النقض.<sup>41</sup>

**ثانياً: تطبيق القاعدة العرفية:** ما العرف فهو كالقانون المكتوب سواء بسواء ، فالقاعدة العرفية كالقاعدة التي ينص عليها التشريع تلزم الناس ولا يجوز لهم الاحتجاج بجهلها، وذلك أن العرف قانون ولا يعذر أحد بجهله القانون ، ويطبق على الناس ولو لم يعلموا به ، وان كان من الصعب تصور قيام عرف لا يعلم الناس به لأنه سلوك تلقائي شائع بين الناس يقومون باتباعه مع الاعتقاد بالزامه.

ويترتب على ذلك أن المتخاصمين لا يلزمون باثبات وجود العرف لأنه قانون ويفترض في القاضي أن يعلم به،<sup>42</sup> ذلك أن واجبه أن يكون ملماً بالقانون أياً كان مصدره . فالمفروض في القاضي العلم بالقواعد القانونية بما في ذلك القواعد العرفية . ويجب على المحكمة أن تطبق العرف من تلقاء نفسها حتى ولو لم يثبت أو لم يتمسك به الخصم طالما لم يوجد تشريع يحكم النزاع المعروض عليه ، واذا تخلف القاضي عن ذلك اعتبر مخطئاً في تطبيق القانون.

ولا يمكن انكار الصعوبة العملية التي يجدها القاضي في الثبوت من قيام العرف بالمقارنة بالتشريع . فالتشريع يصدر في وثيقة مكتوبة لذا يسهل على القاضي العلم به والتعرف عليه . أما العرف فسنة متواترة يجري العمل عليها في الجماعة ،

وقد يصعب على القاضي العلم الكامل والاحاطة التامة بالعرف وتبين أركانه ، خاصة بالنسبة للعرف الطائفي أو المحلي الذي يختلف باختلاف الطوائف والمناطق . لذلك يجوز للقاضي أن يطلب من الخصوم معاونته في اثبات العرف . بل أن الخصم صاحب المصلحة الذي يتمسك بالعرف هو الذي يبادر غالباً بتقديم الدليل على وجود القاعدة العرفية المراد تطبيقها.<sup>43</sup>

ولكن ينبغي ملاحظة أن مجرد عجز الخصم عن اثبات العرف لا يعد في ذاته سبباً كافياً لرفض الأخذ بالعرف ، فيجدر بالقاضي أن يتحرى بنفسه قيام العرف وتوافر ركنيه وأن يثبت ذلك في حكمه مع بيان الأسباب المؤدية لما أخذ به . وإذا رفض القاضي تطبيق العرف وجب أن يكون هذا الرفض مبنياً على الاقتناع بعدم قيام هذا العرف . مثال ذلك ما قضت به محكمة النقض بأنه ليس من الثابت وجود عرف مستقر يقضي بوجود وكالة ضمنية من الزوجة لزوجها بمجرد قيام الزوجية . أي أنه لا يوجد عرف في مصر على أن الزوج هو وكيل عن زوجته في معاملاتها بمجرد كونه زوجها.

ونظراً لأن اثبات العرف يتعلق بوجود قاعدة قانونية ، فانه لا يجوز التعويل على الاقرار أو اليمين لأن القانون لا يثبت عن طريقهما ، وإنما يجوز اثبات العرف عن طريق السوابق العلمية أو القضائية أو شهادة ذوي الخبرة ، فيمكن اثبات العرف التجاري عن طريق شهادة من الغرفة التجارية مثلاً ، وقد تلجأ المحكمة الى أهل النقابات المهنية في اثبات العرف المهني . ويجوز للقاضي ندب خبير للتحقق من وجود العرف.<sup>44</sup>

### الفرع الثاني: رقابة المحكمة العليا على مدى تطبيق السليم للقاعدة العرفية

من المتفق عليه أن قاضي الموضوع يتمتع بسلطة تقديرية كاملة في كل ما يتعلق بالعادات الاتفاقية من حيث التثبت من قيامها أو من حيث تفسيرها وتطبيقها ، وهو لا يخضع لذلك لرقابة محكمة النقض. وذلك لكون ان الفقه اعتبر العرف العادة الاتفاقية ليست قانوناً ومنه لا يخضع لرقابة القضائية، الا إذا كان مفسراً لنص قانوني.<sup>45</sup>

أما بالنسبة للعرف باعتبارها قاعدة قانونية فقد استقرت محكمة النقض على التفرقة بين أمرين: التحقق من قيام العرف من جهة ، وصحة تطبيقه من جهة أخرى.

استقر قضاء محكمة النقض على أن تحري العرف في ذاته والتثبت من قيامه يعتبر من أمور الموضوع التي لا تخضع لرقابة محكمة النقض . ومن ثم فان المنازعة فيه تعتبر من قبيل الجدل الموضوعي الذي لا يجوز اثارته لأول مرة أمام محكمة النقض . بل ينبغي التمسك به أمام محكمة الموضوع حتى يمكنها التثبت من أمر قيام العرف.

ويبدو أن قضاء النقض قد صدر انطلاقاً من الضرورات العملية التي تجعل من الصعب على القاضي التثبت من قيام العرف والتحقق من شروطه ودور القاضي في هذا الشأن يتصل بالواقع . ومن ثم فان محكمة النقض اعتبرت أن الامر يتعلق بالموضوع ويصعب عليها أمام عدم وجود صياغة لفظية للقاعدة العرفية مراقبة وجودها وتفسيرها.

اعتبرت محكمة النقض أن تطبيق العرف مسألة قانونية ويخضع بالتالي لرقابة محكمة النقض . وقضت بأنه وان كان التثبت من قيام العرف متروكاً لقاضي الموضوع الا أنه لا يعني من بيان دليله على قيامه والمصدر الذي استقى منه ذلك اذا نازع أحد الخصوم في وجود العرف<sup>46</sup> .

يتضح من ذلك القضاء أن محكمة النقض وان كانت لا تراقب قاضي الموضوع في التحقق من وجود العرف الا أنها تتطلب منه أن يبين في حكمه دليله على قيام العرف والمصدر الذي استقى منه ذلك والسند الذي استند اليه في هذا الشأن . ومن جهة أخرى فانه ليس لقاضي الموضوع أن يمتنع عن تطبيق عرف متى تثبت لديه وجوده<sup>47</sup> .

#### خاتمة:

في الأخير نصل إلى القول بأن، العرف مصدر من مصادر الأنظمة القانونية، وتختلف درجة ترتيبه باختلاف نصوص التشريع.

إن العرف غير مكتوب، يفهم عقلا من خلال إدراك الواقع، ومن خلال إمكانية القاضي فهمه وتفسيره لتطبيقه على الواقعة المعروضة عليه، ومنه القول بوجود رقابة المحكمة العليا على العرف هي مسألة مازالت في قيد البحث، وذلك لما ينطوي عليه من صعوبة، خاصة إذ ما كان العرف خاصا بإقليم معين، بما يؤثر على وحدة النظام القانوني الواجب التطبيق، وصعوبة العلم به من قبل القاضي.

إلا أنه يمكن القول باعتبار أن العرف قاعدة قانونية ملزمة، فأن عدم تطبيق السليم للقاضي لها، أو الخطأ في تطبيقه أو الخطأ في توصيفه لا بد أن يتم الرقابة عليه من قبل القضاء (المحكمة العليا)، حيث أنه رغم كون للعرف سلطانا واعتقاد بالزاميته لدى الأفراد والقاضي، إلا أن بابه ليس مشرعا على مصرعيه، وإنما تضبطه شروط تميز الصالح من غيره، وتبين المجالات التي لا بد من اعتباره فيه، ومنه كان لا بد من بسط الرقابة عليه من طرف المحكمة العليا باعتباره مسألة قانونية، خاصة وأن قانون الأسرة الجزائري مستمد من أحكام الشريعة الإسلامية المؤسسة على المذاهب الفقهية الإسلامية حيث يجد العرف فيها سلطانا.

#### الله ولي التوفيق

#### التهميش:

<sup>1</sup> - السيد مرتفي الحسيني الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس دار الهداي للطباعة والنشر والتوزيع، د ذ البلد، د ط، 1987، ص 135.

<sup>2</sup> - سورة لقمان، آية رقم 17.

<sup>3</sup> - سورة آل عمران، آية رقم 110.

<sup>4</sup> - كركار جمال، العرف والعمل الجزائري وأثرهما في الفتاوى والأحكام (منطقة الزواوة خلال فترة الإحتلال نموذجاً)، منشورات المجلس الاسلامي الأعلى، الجزائر، 2013، ص 61.

- <sup>5</sup> - يرى الأستاذ الزرقا، والاستاذ ابو سنة وآخرون، أن العادة أعم من العرف، وهذا هو الراجح، لأن العاد تشمل: العادة الناشئة عن عامل طبيعي، والعادة الفردية، وعادة الجمهور للتي هي العرف، وبالتالي تكون النسبة بين العرف والعادة هي العموم والخصوص المطلق. محمد مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، مطبعة جامعة دمشق، سوريا، ط7، 1963، ص 841.
- <sup>6</sup> - آت ملويا بن شيخ حسين، القانون العربي الامازيغي، دار الخلدونية، الجزائر، 2006، ص 99.
- <sup>7</sup> - سي علي أحمد، مدخل إلى العلوم القانونية (النظرية والتطبيق)، دار هومه، الجزائر، 2009، ص 261-262.
- <sup>8</sup> - كمال الدين ومحمد علي رمزي، أصول الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007، ص 220.
- <sup>9</sup> - سورة الأعراف، الآية رقم 199.
- <sup>10</sup> - كركار جمال، المرجع السابق، ص 87، 88.
- <sup>11</sup> - المرجع نفسه، ص 89.
- <sup>12</sup> - المرجع نفسه، ص 90.
- <sup>13</sup> - علي السيّد وآخرون، المرجع السابق، ص 190-191.
- <sup>14</sup> - الورتقي بن عبد الله سعود، العرف وتطبيقاته المعاصرة، مقال منشور على الموقع:
- <Http://Elibrary.mediu.edu.my/Books/MAL03775>
- تم الاطلاع عليه، يوم: 2018/08/15 على الساعة 22:00.
- <sup>15</sup> - أحمد رشاد عبد الهادي أبو حسين، أثر العرف في الأحوال الشخصية "دراسة فقهية قانونية"، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة الخليل، 2013، ص 28.
- <sup>16</sup> - ابن نجيم، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1980، ص 101. نقلا عن، أحمد رشاد عبد الهادي أبو حسين، المرجع السابق، ص 28.
- <sup>17</sup> - أحمد رشاد عبد الهادي أبو حسين، المرجع السابق، ص 29.
- <sup>18</sup> - المرجع نفسه، ص 30.
- <sup>19</sup> - محمد مصطفى الشلي، أحكام الاسرة في الإسلام، دار الجامعة، بيروت، لبنان، ط2، 1982، ص 67.
- <sup>20</sup> - القانون رقم: 84-11 المؤرخ في: 09-06-1984، المتضمن قانون الاسرة، ج ر عدد 31، المؤرخة في: 30-09-1985. والمعدل والمتمم بالقانون رقم: 05-02 المؤرخ في: 27-02-2005، ج ر 15، المؤرخة في: 27-02-2005.
- <sup>21</sup> - بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج الطلاق في الإسلام، دار التأليف، مصر، ط2، 1961، ص 28.
- <sup>22</sup> - المرجع نفسه، ص 30.
- <sup>23</sup> - أحمد عمر هاشم، الاسرة في الاسلام، دار قباء، مصر، 1998، ص 103.
- <sup>24</sup> - عبد القادر درز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، دار الخلدونية، الجزائر، ط1، 2007، ص 37.
- <sup>25</sup> - عيسى حداد، عقد الزواج، منشورات باجي مختار، عنابة، الجزائر، 2006، ص 17.
- <sup>26</sup> - أبو زهرة محمد، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، مصر، ط3، 1957، ص 17.
- <sup>27</sup> - الركن عند الجمهور هو لا توجد الماهية الشرعية إلا به، سواء كان جزءا منه أ خارجا عنه، وعند الأحناف هو ما يتوقف عليه وجود الشيء ويكون داخلا في حقيقته. وهبة الزحلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج9، دار الفكر، دمشق، سوريا، ط4، ص 65.
- <sup>28</sup> - داودي عبد القادر، الأحكام الشرعية في عقد الزواج، "دراسة شرعية قانونية مقارنة"، دار البصائر، الجزائر، 2007، ص 140.
- <sup>29</sup> - كركار جمال، المرجع السابق، ص 363.
- <sup>30</sup> - داودي عبد القادر، المرجع السابق، ص 148.
- <sup>31</sup> - قشي فاطمة الزهراء، الزواج والأسرة في قسنطينة في القرن الثامن عشر (18)، دار القصبة، الجزائر، د ط، د س ن، د ص.
- <sup>32</sup> - عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية، دار القلم لنشر والتوزيع، الكويت، ط2، 1990، ص 128.
- <sup>33</sup> - المشني منال محمود، 2008، ص 38.
- <sup>34</sup> - شيبية عبد العنفة مصطفى، المرجع السابق، ص 80.
- <sup>35</sup> - كركار جمال، المرجع السابق، ص 367.

<sup>36</sup>-المرجع نفسه، ص 367-368.

<sup>37</sup>-محمد بوطرفاس، الاسرة الجزائرية بين القانون والعرف، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة منتوري، قسنطينة، الجزائر، عدد 33، جوان 2010، ص 260.

<sup>38</sup>-دون ذكر صاحب المقال، متوفر على الموقع:

<https://www.business4lions.com/2017/04/The-basis-of-binding-force-of-custom.html>

تم الاطلاع عليه: يوم 20/08/2018، على الساعة 19:24.

<sup>39</sup>- دون ذكر صاحب المقال، متوفر على الموقع:

<https://www.business4lions.com/2017/04/The-basis-of-binding-force-of-custom.html>

تم الاطلاع عليه: يوم 20/08/2018، على الساعة 19:24 .

<sup>40</sup>-إبراهيم رحمان: الأدوار الوظيفية في ضوء التحولات الإجتماعية المعاصرة "دراسة مقارنة"، د ذ المجلة، متوفر على الموقع:

<https://www.search.mandumah.com/Record/764408/Details>

تم الاطلاع على المقال يوم: 23-08-2018 على الساعة: 20:30.

<sup>41</sup>-مرودة ابو العلا، إثبات العرف ورقابة محكمة النقض في التقنين المدني المصري، 16 اغسطس 2017، متوفر على الموقع:

<https://www.mohamah.net/law//اثبات-العرف-ورقابة-محكمة-النقض-في-التق>

تم الاطلاع عليه يوم: 21/08/2018، على الساعة: 22:30.

<sup>42</sup>-إن الأحكام القانونية التي يعمل بها القاضي ليست نوعا واحدا، بل تنقسم إلى درجات، فهناك نصوص ملزمة لا يجوز للقاضي تجاوزها أو أن يعمل بخلافها أو تفسيرها أو تأويلها، وهناك أحكام سكت عليها التشريع الوضعي بغية تحكيم العرف بها. حمزة حمزة، رقابة القضاء على العرف "دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون" مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية كلية الشريعة، دمشق، سوريا، -المجلد 24-العدد الأول-2008، ص 654.

<sup>43</sup>-مرودة ابو العلا، المرجع السابق، د ص.

<sup>44</sup>- المرجع نفسه، د ص.

<sup>45</sup>-حمزة حمزة، المرجع السابق، ص668.

<sup>46</sup>-مرودة ابو العلا، المرجع السابق، د ص.

<sup>47</sup>-المرجع نفسه، د ص.