

دور العرف وأثره في قانون الأسرة الجزائري - مرحلة انعقاد الزواج (مقدمته وآثاره) -

شتوح الطيب

كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة البليدة 02

chettouh1972@gmail.com

تاريخ القبول: 2019 /03/ 15

تاريخ الاستلام: 2019 /01 / 15

ملخص

إنّ عقد الزواج من العقود الخطيرة وذات الأهمية والمكانة في الاسلام , إذ اعتبرته الشريعة الاسلامية ميثاقا غليظا رفعا لقيمة الأسرة التي تعدّ اللبنة الأساسية في بناء المجتمع وقوامه. ولقد اعتمد قانون الأسرة الجزائري في مواده على المذاهب الفقهية الأربعة وغيرها بعدما انفتح المشرع الجزائري على كلّ المذاهب الفقهية , وبالتّظر في هذا القانون نجد أنّ للعرف دورا ومكانا لا يستهان به في تقنين هذا القانون , مواكبة لما استقرت عليه النفوس ورفعا للحرج ودفعا للمشقة عن الناس , وكلّ ذلك تماشيا مع يسر الشريعة الاسلامية. لقد كان العرف وما زال وسيظل بابا واسعا لتطور التشريع ونموه لأنّه يلاحق التطور البشري ويساير مقتضيات الزمان ويلبي حاجات الناس , وتبعا لذلك يمدّ الفقيه والمشرع بأحكام تناسب عصره وترشده إلى حاجات الناس ومقاصدهم في تصرفاتهم .

وفي هذا نجد أنّ المادة 222 من ق أ ج نصت على أنّه "كلّ ما لم يرد فيه نصّ في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية " أي الرجوع إلى المذاهب الفقهية والتي ترجع في كثير من الأحكام إلى العرف. وهو ما تطرق إليه أيضا القانون المدني الجزائري الذي اعتبر في مادته الأولى العرف مصدرا رسميا احتياطيا ثانيا يلي الشريعة الاسلامية . وسنحاول في هذه الورقة البحثية تتبع مظاهر وأثر العرف في قانون الأسرة الجزائري, ونقتصر الدراسة على مرحلة انعقاد الزواج في مقدمته وآثاره , وكلّ ذلك من خلال الإجابة على الإشكالية التالية :

ما مدى تأثير قانون الأسرة الجزائري بالعرف , خاصة في مرحلة انعقاد الزواج (مقدمته وآثاره) ؟

الكلمات المفتاحية: العرف , المصدر الاحتياطي , جحية , شروط اعتباره, القوة الملزمة , آثار الزواج , مقدمة الزواج

RESUME

Le contrat de mariage de contrats sérieux et importants et le statut dans l'Islam, considéré par la loi islamique une charte lourde pour élever la valeur de la famille, qui est la pierre angulaire dans la construction de la société et de sa force.

Le droit de la famille algérien a été adopté dans ses articles sur les quatre doctrines de la jurisprudence et d'autres après l'ouverture de la législature algérienne à toutes les doctrines de jurisprudence.

En vertu de cette loi, nous constatons que la coutume a un rôle et une place significatifs dans la codification de cette loi, au rythme de ce qui a été réglé par les âmes et soulève l'embarras et les difficultés du peuple, conformément à la flexibilité de la loi islamique.

Cela a été la coutume et sera encore une grande porte pour le développement de la législation et de la croissance, car elle poursuit le développement humain et les exigences du temps et de répondre aux besoins des personnes

, Et fournit en conséquence les dispositions au juriste et au législateur appropriées à son temps et le guide aux besoins des personnes et de leurs buts dans leurs actions.

L'article 222 du Code de famille algérien dispose que "tout ce qui n'est pas prévu par la présente loi est soumis aux dispositions de la loi islamique".

C'est à dire, référence aux doctrines d'al-Aqqihiyyah, qui dans de nombreuses dispositions se réfèrent à la coutume. C'est également l'objet du Code civil algérien qui, dans son premier article, est considéré la coutume comme une seconde source officielle de législation issue de la loi islamique. Dans cet article, nous tenterons de retracer les manifestations et l'impact de la coutume dans le droit de la famille algérien, et nous limiterons l'étude au stade du mariage dans son introduction et ses effets, Tout cela en répondant au problème suivant: Dans quelle mesure le droit de la famille algérien est-il influencé par la coutume, notamment au stade du mariage (son introduction et ses effets)?.

Mots-clés : coutume, source de réserve, jugement, conditions de considération, force obligatoire, effets du mariage, prélude au mariage.

مقدمة

عقد الزواج من العقود ذات القدسيّة إذ هو ميثاق غليظ ، ولهذه المكانة والأهمية نظّمه الشارع الحكيم تنظيمًا محكمًا، وأحاطه بسياج من الشّروط والضوابط التي تعدّ في كثير من أحكامها مستمدّة من العرف.

فالعرف واحد من مصادر التشريع في استنباط الأحكام التي تنظّم حياة النّاس وتلبي حاجاتهم التي تتغيّر بتغيّر الزّمان و المكان وذلك في إطار الشّريعة الاسلاميّة التي تسعى إلى رفع الحرج عن النّاس ودفع المشقّة عنهم .

فالشّريعة الاسلاميّة وما تتميّز به من يسر ومرونة ، وصلاحيّة دائمة راعت أعرف النّاس فأقرت الصّحيح منها وألغت الفاسد.

وبالتّظر في الشّريعة الاسلاميّة نجد أنّ أكثر المجالات تأثرا بالعرف هو مجال المعاملات ومجال الأسرة .

لقد استمدّ المشرّع الجزائري أحكام قانون الأسرة - رقم 11/84 المؤرّخ في 09/06/84 المعدّل والمتّمم بموجب الأمر 02/05 المؤرّخ في 27/02/05 - من الشّريعة الاسلاميّة ، واعتمد في مواده على المذاهب الفقهيّة الأربعة بعدما انفتح المشرّع الجزائري بموجب التعديل على كلّ المذاهب الفقهيّة .

لقد راعت الشّريعة الاسلاميّة في كثير من مسائل الزواج أعراف النّاس ، وتبعًا لذلك نجد أنّ قانون الأسرة الجزائري اعتمد في كثير من نصوصه على العرف ، حيث الكثير من أحكام الزواج وآثاره أعطت اعتبارًا لأعراف النّاس .

وفي هذا السّياق نحاول تسليط الضّوء على أثر العرف ومظاهره في قانون الأسرة الجزائري ، خاصّة في مقدّمة الزواج وآثاره ، محاولين البحث عن مدى مواكبة هذه الأحكام للمستجدات من أعراف النّاس خاصّة وأنّ العرف كان وسيظلّ بابًا واسعًا لتطوّر التشريع ونموه ، لأنّه يلاحق التطوّر البشري ويساير مقتضيات الزّمان ويلبي حاجات النّاس .

الاشكالية الرئيسيّة : تتمحور الإشكالية الرئيسيّة لهذه الورقة البحثيّة حول أثر العرف في قانون الأسرة الجزائري ومظاهر ذلك ، خاصّة في مرحلة انعقاد الزواج (مقدّمته وآثاره) .

واستجابة لمقتضيات هذه الورقة البحثيّة ، قسّمنا الموضوع إلى محورين :

المحور الأول: مفهوم العرف وحجتيه

ونتناول فيه : - تعريف العرف لغة واصطلاحا قانونيا

- حجية العرف في الفقه والقانون

المحور الثاني : اعتبار العرف في قانون الأسرة الجزائري (في مقدمة الزواج وآثاره)

ونتناول فيه : - اعتبار العرف في مقدمة الزواج (الخطبة ومشملاهما)

- اعتبار العرف في أركان وشروط وآثار عقد الزواج

* إذا كان القانون يعبر عن أفكار المجتمع ومفاهيمه وقيمه الأساسية السائدة فإنّ العرف يعدّ أكثر المصادر ترجمة لما يعيشه المجتمع من ظروف ، وفي هذا نحاول تلمّس أثر العرف في قانون الأسرة ، وهل كان ترجمة لواقع المجتمع بكلّ مستجداته ؟ وتبعاً لذلك : ماهو العرف وما حجتيه فقها وقانونا ؟

المحور الأول : مفهوم العرف وحجتيه

أوّلا تعريف العرف لغة واصطلاحا

1/ العرف لغة : من الفعل عرف ، يعرف عرفا ، قال ابن منظور " والعرف ضدّ التّكر. يقال : أولاه عرفا أي معروفا " ¹ ، ويقال عرف الفرس وذلك لتتابع الشّعْر عليه ، ويقال جاءت القطا عرفا عرفا ، أي بعضها خلف بعض ² ، وجاء في قوله تعالى " والمرسلات عرفا " { الآية 1 من سورة المرسلات } ، وقد فسّرت عند البعض على أنّها الملائكة ترسل متتابعة ، كما فسّرت أنّها الرّياح يتبع بعضها بعضا كعرف الفرس .

يفهم من معاني العرف المتقدّمة، أنّ العرف يدلّ على التّتابع والسّكون ويطلق على الشّيء المعروف المألوف لدى النّاس والمستحسن عندهم .

2/ في الاصطلاح الفقهي : هناك تعريفات فقهية عديدة نذكر منها مايلي :

عرّفه عبدا لله بن أحمد التّسقي بقوله : " هو ما استقرّ في النّفوس من جهة العقول وتلقته الطّباع السّليمة " ³ ، كما عرّفه الأستاذ الزرقا بالقول " هو عادة جمهور قوم في قول أو فعل " ⁴ ، وعرّفه الإمام أبو زهرة : " العرف ما اعتاده النّاس من معاملات واستقامت عليه أمورهم " ⁵ ، في حين عرّفه الدكتور محمّد محدّد بالقول : " هو عادة جمهور قوم من قول أو فعل أو ما تعوّدته النّاس واستقامت عليه أمورهم " ⁶ .

مما تقدّم يتّضح أنّ العرف هو ما سار عليه النّاس في أقوالهم أو أفعالهم واعتادوا عليه واستقرّ في نفوسهم مع عدم مخالفته لنصّ شرعي .

3/التعريف القانوني للعرف : يعدّ العرف مصدرا من مصادر التشريع في استنباط الأحكام وقد كان يعدّ المصدر الرسمي الأوّل في النظم القانونية الأولى ، لكن مكانته تراجعت وأصبح من المصادر الرسمية الاحتياطية في كثير من التشريعات ومنها التشريع الجزائري ، حيث عدّه المشرّع الجزائري مصدرا رسميا احتياطيا ثانيا يلي مبادئ الشريعة الإسلامية⁷.

والعرف عرفه رجال القانون بالقول : " اعتياد الناس على سلوك معيّن لاعتقادهم أنّ ذلك السلوك ملزم " ⁸ ، كما يعرف بأنّه " مجموعة من القواعد غير المكتوبة التي أتبعها الأفراد في سلوكهم في مجتمع معيّن ، أجيالا متعاقبة ، حتى نشأ الاعتقاد لديهم أنّ هذه القواعد ملزمة " ⁹ .

ثانيا / حجية العرف في الفقه والقانون:

نتناول في هذه الجزئية حجية العرف في الفقه وشروط اعتباره ، كما نبين حجية العرف في القانون أي نبحث عن أساس القوة الملزمة له في القانون .

1/ حجية العرف في الفقه :

لقد كان الفقهاء ولا يزالون يعتبرون العرف وبينون عليه العديد من الأحكام ويستقونها ، وفي هذا يقول ابن عابدين :

" والعرف في الشرع له اعتبار = لذا عليه الحكم قد يدار " ¹⁰

ويعدّ المذهبان الملكي والحنفي من أكثر المذاهب توسّعا في الأخذ بالعرف في استقاء وبناء الأحكام ، يقول الإمام الشاطبي رحمه الله " العوائد الجارية ضرورة الاعتبار شرعا ، كانت شرعية في أصلها أو غير شرعية ، أي سواء كانت مقرّرة بالدليل شرعا أمرا أو نهيًا ، أو إذنا ، أم لا " ¹¹ .

فالعلماء رغم اختلافهم في كثرة الأخذ بالعرف أو قلّة ذلك إلا أنّهم لم يختلفوا في حجّيته وفي اعتباره دليلا من أدلّة الأحكام والتشريع في المجالات التي لا نصّ فيها ¹² .

أدلة اعتبار العرف وحجّيته :

1/ من الكتاب : قوله تعالى " خذ العفو وأمر بالمعروف وأعرض عن الجاهلين " {الأعراف 199}

وقد استدللّ بهذه الآية الكثير من الفقهاء والعلماء منهم الإمام شهاب الدّين القرافي وذكر ذلك في كتابه " الفروق " ، وكذا السيوطي في كتابه "الإكليل في استنباط التّنزيل " ، وجاء في تفسيره لقوله تعالى " ...وأمر بالعرف " اقض بما عرفته النفوس ممّا لا يرده الشرع، وهذا هو أصل القاعدة الفقهية في اعتبار العرف وتحتها مسائل كثيرة لا تعدّ ولا تحصى ¹³ .

وقد اعترض الكثيرون على هذا الاستدلال الذي أخذ به القرابي وغيره على اعتبار أنّ وجه الاستلال ضعيف لأنّ الآية مكية ، وهي فترة تتسمّ بترسيخ العقيدة ولا مجال فيها للاهتمام بالأحكام الفرعية المحالة على العرف . فالمراد بالعرف في هذه الآية المعروف من كلّ أعمال الخير قول أو عمل ، إذ يفهم أنّ الآية جاءت في سياق الإرشاد إلى مكارم الأخلاق أي الحثّ على مكارم الأخلاق ومحاسنها.

ويمكن القول أنّ المتمعّن في الآية يظهر له أنّ الاستلال بها على حجية العرف واعتبار الشّرع له إنّما جاء من قبيل التمسك بظواهر الألفاظ والنصوص . وهذه اللفظة لا تعدّ في حدّ ذاتها دليلا على اعتبار العرف من عدمه، غير أنّها أشارت ضمنيا إلى أنّ العرف المستحسن أو المألوف لا يمنعه عقل ولا يرده شرع وهذا يعني الاعتبار للعرف ضمنيا¹⁴. هذا ونشير أنّ هناك آيات عديدة أكثر وضوحا في الاستدلال بها على اعتبار العرف منها:

قوله تعالى : " لينفق ذو سعة من سعته " {الآية 7 من سورة الطلاق} ، فالآية تناولت الإنفاق الذي ليس له تقدير شرعي ، إنّما أحاله الشّارع الحكيم على العادة ، وهي دليل أصولي بنى الله سبحانه وتعالى عليه الأحكام وربط به الحلال والحرام¹⁵.

ونفس الأمر نجده في قوله تعالى : " ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف " {البقرة 227} ، وقوله تعالى : " وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف " {البقرة 233} ، فوجه الدلالة في الآيتين أنّ الإنفاق أو الكسوة والرّزق هي أمور غير مقدّرة، ولكنها مقيّدة بما تعارف عليه الناس واعتادوه .

ب/ من السنّة : هناك أحاديث نبوية كثيرة تمّ الاستلال بها على اعتبار العرف شرعا منها :

ب1/ عن عائشة رضي الله عنها " أنّ هند بنت عتبة قالت : يا رسول الله ، إنّ أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني ما يكفيني وولدي إلّا ما أخذت منه وهو لا يعلم ، فقال : خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف " ¹⁶.

ويستدلّ بهذا الحديث في الاستناد إلى العرف في تقدير التّفقة غير المحدّدة شرعا ، فالنّبي (ص) بيّن حقّ الزّوجة والابن في مال الزّوج ولم يحدّد مقدارا معيّنا بل ترك ذلك للعرف الذي يحدّد الكفاية استنادا إلى حال النّاس يسرا أو عسرا، وباختلاف الزّمان والمكان ، تيسيرا على النّاس ورفعاً للمشقة عنهم .

ب2/ حديث حرام بن محيصة الأنصاري " أنّ ناقة للبراء بن عازب دخلت حائط رجل فأفسدته ، فقضى رسول الله -- صلّى الله عليه وسلّم - على أهل الأموال حفظها بالتّهار وعلى أهل المواشي حفظها بالليل " ¹⁷.

فالنّبي (ص) بنى الضّمان على ما جرت به العادة ممّا يدلّ على اعتبار العادة في الأحكام الشّرعية . والعادة والعرف مفهومان مترادفان أو أنّ أحدهما يشمل الآخر (وذلك بحسب اختلاف التّظرة إليهما).

ج / حجية العرف بالمعقول : ج1/ إنّ المتتبّع لفروع الشّريعة الاسلامية يدرك أنّها جاءت في نصوصها لتحقيق مصالح النّاس، وحيث أنّ الاعتداد بأعراف النّاس وبعاداتهم الفردية منها والجماعية هي الأقوم لمصالحهم لذا فإنّ الشّريعة

الإسلامية أقرت بعض الأعراف التي كانت سائدة في الجاهلية كبيع السلم والمضاربة وأبقت على كل ما كان صالحا من الأعراف وغير مخالف للشرع ، وألغت الأعراف الفاسدة كعقود الرِّبا والغرر.

ج2/ ما ذكره الإمام الشاطبي من أنه لولا إطراد العادات لما عرف الدين أصلا ولما عرفت فروعه فوجب بذلك اعتبارها في الأحكام - وأن عدم اعتبار العرف والعوائد يؤدي إلى التكليف بما لا يطاق وهذا باطل شرعا¹⁸ .

د/ حجية العرف في القانون (أساس القوة الإلزامية له) : فقهاء القانون مجمعون على حجية العرف أو قوته الإلزامية لكنهم يختلفون حول أساس هذه القوة الملزمة ، وتبعاً لذلك ظهرت عدّة نظريات .

د1/ النظرية الأولى: أساس القوة الملزمة للعرف هي الإرادة الضمنية للمشرع

هذه نظرية محسوبة على المذهب الشكلي، وتردّ هذه النظرية القوة الملزمة للعرف إلى إرادة المشرع الذي رضي بالعرف ولم يبلغه وذلك من خلال إصدار تشريعات توافق سلوكات الناس أي أعرافهم، وبالتالي يأخذ العرف قوته الإلزامية من ذلك ((من الإرادة الضمنية)) .

وانتقدت هذه النظرية لاعتبارين : أولهما أنّ العرف أسبق من التشريع وثانيهما أنّ هذه النظرية قديمة أقامها فقهاء القانون الكنسي لترسيخ قوة الكنيسة والنظام الاستبدادي الملكي كمصدر وحيد للعرف والقانون¹⁹ .

د2/ النظرية الثانية : أساس القوة الملزمة للعرف هي الضمير الجمعي للشعب : وهي نظرية تستند إلى المذهب التاريخي في تأصيله للقانون ، فوفق هذه النظرية يستمدّ العرف قوته الإلزامية من الضمير الجمعي للشعب الذي ينشئ العرف عن طريق اعتياده على سلوك معين وتكراره له ليرسخ في وجدانه شعور بالزامه (الالتزام به وعدم الخروج عنه) .

وانتقدت هذه النظرية على أساس أنّها تجعل من ضمير الشعب مؤسساً للعرف وملزماً له في الوقت نفسه.

د3/ النظرية الثالثة : أساس القوة الملزمة للعرف هي أحكام القضاء

يستمدّ العرف قوته الإلزامية حسب هذه النظرية من نشأته عن طريق أحكام القضاء، فحسب بعض الفقهاء العادة لا تصبح عرفاً إلا بتطبيق القضاء لها وبتكرار الحكم فيها، فالأحكام القضائية هي التي تمدّ القاعدة العرفية بروح الإلزام وتجعل الأفراد يشعرون بقوتها.

هذه النظرية ظهرت في ظلّ نظام السوابق القضائية المقررة في القانون الانجليزي ، لكنّها منتقدة على أساس أنّ القضاء لا ينشئ القاعدة العرفية بل يطبقها لأنّها ملزمة وأسبق وجوداً في الواقع ويكمن دور القضاء في التأكيد من وجودها²⁰ .

د4/ النظرية الرابعة : أساس القوة الملزمة للعرف هي الضرورية الاجتماعية

ترى هذه النظرية أنّ القوة الإلزامية للعرف هي قوة ذاتية كامنة في العرف فرضتها الضرورة الاجتماعية ، فالمجتمعات وفي إطار المحافظة على عاداتها وتقاليدها في مواجهة المستجدات ، يشعر أفرادها بقوة داخلية ملزمة تدفعهم إلى التمسك بعاداتهم وتقاليدهم ومواجهة كلّ طارئٍ ومستجدٍ يمسّ بكنهها²¹ .

وانتقدت هذه النظرية على أساس أنّ الإلزام علّة في حدّ ذاته وليس مصدرا.

د5/ النظرية الخامسة : أساس القوة الإلزامية للعرف هي الإرادة المباشرة الرّسمية للمشرّع

حسب هذه النظرية تكون القوة الملزمة للعرف بشكل رسمي من خلال التّفنين، أي النصّ على اعتبار العرف في النصّ التشريعي ، وهذا ما نجدّه في القانون المدني الجزائري ، إذ بموجب المادة 01 من ق م ج اعتبر المشرّع الجزائري العرف مصدرا رسميا احتياطيا يلي الشريعة الإسلامية ، وهذا العرف المعبر عن إرادة الأمة يجد تطبيقه عن طريق السلطة التشريعية تيسيرا لحاجات الناس ومعاملاتهم .

ويرجح الكثير من رجال القانون النظرية الخامسة ، إذ الإرادة الرّسمية للمشرّع المعبرة عن إرادة الأمة هي التي تعطي القوة الإلزامية للعرف²² .

شروط اعتبار العرف في الفقه والقانون : يشترط الفقهاء ورجال القانون عدّة شروط لاعتبار العرف والاستناد إليه في استنباط الأحكام نذكرها بإيجاز .

1/ شروط اعتبار العرف في الفقه : يشترط الفقهاء شروطا لاعتبار العرف وهي :

- أن يكون العرف مطّردا - أن يكون العرف موجودا قائما وقت إنشاء التّصرّف المراد تحكيم العرف فيه
- أن لا يعارض العرف تصرّحا مشروعا بخلافه .
- أن لا يكون العرف مخالفا لنصّ شرعي .

2/ شروط العرف في القانون : حتّى يعتدّ بالقاعدة العرفية لتكون مصدرا من مصادر القانون لا بدّ من توفّر الشّروط

التّالية : - العمومية - القدم - الثّبات والاطّراد - عدم مخالفة لنظام العام والآداب العامة .

المحور الثاني : اعتبار العرف في قانون الأسرة الجزائري ((مقدمته وآثاره))

بعدها تطرّفنا إلى مفهوم العرف وحجّيته فقها وقانونا ، وتبيّن لنا أنّ المشرّع الجزائري اعتدّ بأعراف الناس ، واعتبر العرف مصدرا رسميا احتياطيا يلي الشريعة الاسلامية وذلك بموجب المادة 01 من ق م ج .

وسنبحث في هذا المحور اعتبار العرف في قانون الأسرة الجزائري أولا في مقدمة الزواج (الخطبة ومشمّلاتها) ، وثانيا في أركان وشروط وآثار العقد .

• أولا / اعتبار العرف في مقدمة الزواج (الخطبة ومشمّلاتها)

إنّ الأسرة الاسلامية لا يستقرّ حالها ولا تصل إلى السعادة المنشودة إلا إذا بنيت على أسس سليمة وكان قوامها المودّة والرّحمة ، ولتحقيق ذلك شرع الإسلام عدّة خطوات لمن أراد الدخول في هذا الرّباط المقدّس ، حيث شرع الخطبة كخطوة أولى لاختيار الشريك ووضع لها شروطا وضوابط كان للعرف دور كبير فيها.

الخطبة: عرّفها الفقهاء بأنّها " طلب الزواج بامرأة معيّنة خالية من الموانع الشرعية " ²³.

وعرّفها قانون الأسرة الجزائري في المادة 05 " الخطبة وعد بالزواج، يجوز للطرفين العدول عن الخطبة " .

فالخطبة مجرد وعد بالزواج وهي وسيلة للتعارف بين الخطيبين والاتّفاق على الأمور الشّكلية والموضوعية للزواج ²⁴ ، وهذا ما جاء في قرار للمحكمة العليا " من المقرّر شرعا وقانونا أنّ الخطبة هي مجرد وعد بالزواج ولكلّ من الطرفين العدول عنه " ²⁵ .

وتعدّ مرحلة اختيار الخاطب أو المخطوبة أصعب مرحلة في مقدّمات الزواج . فكيف يتمّ الاختيار في ق أ ج ؟

• ا / اعتبار العرف في أسس الاختيار (اختيار الزوج أو الزوجة) في قانون الأسرة الجزائري:

بالنظر إلى المواد المتعلّقة بالخطبة نجد أنّ المشرّع الجزائري لم يتناول مسألة اختيار الزوجين تاركا ذلك للشريعة الاسلامية بموجب المادة 222 ق أ ج التي تحيلنا إلى الشريعة الاسلامية في حالة عدم وجود نصّ ، وقد راعت الشريعة الاسلامية أعراف الناس الصّحيحة في اختيار الزوجين ، وفي هذا روى أبو هريرة قول الرسول (ص) : " تنكح المرأة لأربع لمالها ولحسبها وجمالها ولدينها فاظفر بذات الدين تربت يداك " ، فحديث النبي جاء مقرّرا لما تعارف عليه الناس كأسس للاختيار - من مال وحسب ونسب وجاه ومكانة ورفع - قديما وحديثا . غير أنّ الاسلام وضع ضابطا أساسيا لا يجب تجاوزه وهو الدين سواء في اختيار الزوجة " فاظفر بذات الدين تربت يداك " أو اختيار الزوج وفي هذا جاء قوله صلّى الله عليه وسلّم لوليّ المرأة " إذا جاءكم من ترضون دينه وخلقه فأنكحوه إلاّ تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد كبير " ²⁶ .

وإسلام حين يرشدنا إلى اختيار الزوجة ذات الدين فهو لا يدعوننا أن نهمّل الجمال الذي هو من بواعث الألفة والمودة²⁷ ، ولا إهمال الجوانب الأخرى التي تعارف عليها الناس ، إنما يرشدنا ويحثنا إلى السعي وراء الدين والخلق إذ الدين هو الخير والمعين الذي لا ينضب .

المشرّع الجزائري في قانون الأسرة لم يضع ضوابط للاختيار تاركاً ذلك كما فلنا للشريعة الإسلامية والتي بمرونتها ويسرها راعت أعراف الناس الصحيحة تيسيراً لمصالحهم ورفعاً للمشقة عنهم ، والأعراف الجزائرية في هذا الباب لا تخالف الدين في أسس الاختيار إلا ما فسد منها. غير أنه ونتيجة الحضارة المعاصرة وإفرازاتها التي غيرت أنماط الحياة ووسائلها ففسدت معها أعراف الناس ، وبات من الصعوبة بمكان إيجاد الشريك الذي تتوفّر فيه الشروط سالفة الذكر .

● ب/ اعتبار العرف في تحديد سنّ الخاطب والمخطوبة في ق أ ج

الشريعة الإسلامية لم تحدّد سنّاً معيّنة في الخطبة تاركة ذلك لأعراف الناس ، كذلك لم تحدّد سنّ الزواج تحديداً معيّناً ، غير أنه يستشفّ من أحكام الشريعة أنّ سنّ الزواج يكون بالبلوغ ، والبلوغ يكون بالسنتين وذلك ببلوغ الفتى والفتاة 15 سنة وهو قول الشافعي والزيدية ، أو ببلوغ الفتى 18 سنة ، والفتاة 17 سنة وهو قول المالكية وأبي حنيفة والزمخشري²⁸ ، كما يكون البلوغ بالأمارات { غلظ الصوت ، بروز نهود الأنثى ، ظهور شعر الشارب أو العانة } .

فالفقهاء المتقدمون متفقون على تحديد الحد الأدنى لسنّ الزواج كأصل عام سواء كان التحديد بالسنتين أو بالأمارات ، أمّا إجازة زواج الصغار فهو استثناء²⁹ . أمّا زواج الصغار فظلّ محلّ خلاف بين مجيز ومعتزض ، خاصة بين الفقهاء المعاصرين .

المشرّع الجزائري لم يشترط في قانون الأسرة سنّاً معيّنة للخطبة تاركاً ذلك للعرف ، غير أنه حدّد سنّ الزواج بعد تعديل المادة 07 من قانون الأسرة بموجب الأمر 02/05 ، حيث وحدّ سنّ الزواج وجعله 19 سنة للجنسين وذلك تماشياً مع المعايير الدولية واستجابة للمتغيّرات المختلفة التي عرفها المجتمع الجزائري وبما لا يتعارض مع الشريعة الإسلامية ، ومراعاة منه لوحدة البناء التشريعي (جعل سنّ الزواج مساوياً لسنّ الرشد المدني) . ويلاحظ أنّ المشرّع الجزائري عند تحديد سنّ الزواج راعى ما يستدعي التزول عن هذا السنّ المقررة قانوناً لمصلحة أو ضرورة وذلك متى تأكّدت قدرة الطرفين على الزواج حسب ما جاء في المادة 1/07 ق أ ج³⁰ . وما يعاب على المشرّع الجزائري عدم تحديد الحد الأدنى لسنّ الزواج في حالة الترخيص القضائي بالزواج لمن هو دون السنّ القانونية ، إذ تنتفي مع هذا الأمر الحكمة من الزواج ، فكان على المشرّع أن يجعل حدّ أدنى لسنّ الزواج في حالة الترخيص القضائي³¹ أسوة بما فعله المشرّع السوري في المادة 18 من قانون الأحوال الشخصية إذ وضع حدّ لسنّ الزواج بموجب الترخيص القضائي وحدّده ب 15 سنة للفتى و 13 سنة للفتاة ، أمّا القانون الأردني وفي مادته ال 10 من قانون الأحوال الشخصية رقم 36 لسنة 2010 ، حدّد الحدّ الأدنى بالزواج بموجب ترخيص ب 15 سنة لكلّ من الجنسين .

• ج/ حكم استرداد الهدايا والصدّاق في حالة العدول عن الخطبة في ق أ ج واعتبار العرف فيه

العدول عن الخطبة : نصّ المشرّع الجزائري في المادة 05 من ق أ ج " الخطبة وعد بالزّواج - يجوز للطرفين العدول عن الخطبة " ، إذا كانت الخطبة مجرد وعد بالزّواج ، ويجوز لكلّ من الطرفين العدول عنه متى وجدت مبررات مقبولة ، فما مصير الهدايا والصدّاق المقدّمة أثناء الخطبة ؟.

ج1/ اعتبار العرف في استرداد الهدايا في حالة العدول عن الخطبة في ق أ ج :

جرى العرف أنّ الخاطب لا يستردّ شيئا ممّا أهدها إذا كان العدول منه ، أمّا إذا كان العدول من المخطوبة كان له أن يستردّ هداياه ، وفي هذا المجال أعطت الشريعة أولوية للعرف والاتّفاق ، فقد كان الفقه المالكي موافقا للمتعرف عليه . إذا كان العدول من الخاطب فلا يستردّ شيئا جبرا لخاطر المخطوبة ، وردعا للخاطب ، أمّا في حالة العدول من المخطوبة جاز له استرداد هداياه ، خاصّة في زمن كثرت فيه الهدايا وغلا ثمنها .

في قانون الأسرة الجزائري حدّد المشرّع في المادة 05 منه كيفية استرداد الهدايا بعد العدول بالقول : " لا يستردّ الخاطب من المخطوبة شيئا ممّا أهدها إذا كان العدول منه ، وعليه أن يرّد للمخطوبة ما لم يستهلك ممّا أهدهت أو قيمته - وإذا كان العدول من المخطوبة فعليها أن تردّ للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته "

إنّ هذا التّصّ جاء في بدايته مطابقا لرأي المالكية القائل بعدم استرداد الخاطب للهدايا إذا كان العدول منه حتّى لا يجمع للمخطوبة أمان ، ألم الإعراض وألم الاسترداد ، أمّا في نهاية الفقرة فأخذ بالمذهب الحنفي في مسألة الاسترداد في حالة الهلاك (عليه أن يرّد للمخطوبة ما لم يستهلك) ، حيث الهدايا تأخذ حكم الهبة³² ، فكان على المشرّع أن يأخذ برأي المالكية في كامل التّصّ لأنّه رأي قيمّ وجيه يحمّل العادل تبعات عدوله إمّا بخسارة ما قدّمه من هدايا ، أو بإرجاعه الهدايا التي قدّمت له ، والأخذ برأي المالكية على إطلاقه يجعل المخطوبة إذا كان العدول منها تردّ الهدايا إذا كانت قائمة ، فإن كانت هالكة أو مستهلكة تردّ مثلها أو قيمتها و في ذلك سدّ لباب التّحاييل من الجانبين³³ .

ج2/ اعتبار العرف في استرداد الصدّاق في حالة العدول عن الخطبة في ق أ ج

المشرّع الجزائري لم يتعرّض في المادة 05 من ق أ ج - المتعلّقة بالخطبة والعدول - لمسألة المهر الذي يقدم فترة الخطبة ، والعلّة في ذلك أنّ المشرّع الجزائري رأى أنّ عادات المجتمع الجزائري وما تعارف عليه أن المهر لا يدفع أثناء الخطبة بل بعد العقد أو أثناءه ، ممّا يستوجب الرّجوع إلى أحكام الشريعة الاسلامية وهذا بخلاف الكثير من التشريعات العربية ، فقانون الأحوال الشخصية السوري وفي مادته الرابعة الفقرتين 1 و2 نصّ على " 1) إذا دفع الخاطب المهر نقدا واشترت به المرأة جهازها ، ثمّ عدل الخاطب فللمرأة الخيار بين إعادة مثل التّقد أو تسليم الجهاز. 2) إذا عدلت المرأة فعليها إعادة مثل المهر أو قيمته "³⁴ ، وفي نفس الاتجاه ذهب قانون الأحوال الشخصية الكويتي في مادته الرابعة .

• د/ اقتران الفاتحة بالخطبة في ق أ ج واعتبار العرف فيها

د1/ اقتران الفاتحة بالخطبة في الفقه الاسلامي : جرى العرف على قراءة الفاتحة في نهاية عقد الزواج تبركا مما رسّخ الاعتقاد بأن هذا العقد لا يتمّ دون قراءة الفاتحة وهي فكرة خاطئة في نظر الفقهاء الذين يعتبرون قراءة الفاتحة يكون من باب الاستحباب فقط وليست من أركان عقد الزواج ولا من شروطه .

ولأنّ عادة قراءة الفاتحة سواء في مجلس الخطبة أو مجلس العقد قد انتشر في بلاد المغرب العربي ونتج عن ذلك التباس بين المجلسين ممّا حدا بالفقهاء للبحث على معايير للتفرقة بينهما ، فظهر معياران.

- فريق من الفقهاء جعلوا من العادة الجارية - العرف - هي معيار التفرقة بين مجلس الخطبة والعقد واقتراهما بالفاتحة.

- وفريق من الفقهاء جعل العبرة والمعيار في التفرقة بين الخطبة المقترنة بالفاتحة والعقد الشرعي هو توافر أركان وشروط عقد الزواج ، فإن تمّ أثناء مجلس الخطبة قراءة الفاتحة مع توافر أركان عقد الزواج وشروطه ، حيث تمّ الايجاب والقبول وتمت الصيغة بين المتعاقدين وبحضور وليّ الزوج ووليّ الزوجة ، وتمّ ذكر أنّ فلانا تزوّج فلانة وبحضور شهود كذا أمام عقد شرعي ملزم ومنتج لآثاره ، وأنّ الخطبة هنا اقترنت بالفاتحة والعقد في ذات الوقت³⁵ ، أمّا إذا كان ما تمّ مجرد توطئة للعقد وتواعد دون ذكر الصيغة " ايجاب وقبول " كان هذا مجلس خطبة وليس عقد زواج ، ولا يترتب على ذلك أيّ أثر.

• د2/ اعتبار العرف في اقتران الفاتحة بالخطبة في ق أ ج

جرى العرف في بلادنا أن تتمّ أثناء الخطبة قراءة الفاتحة بغرض التبرك ، وقد يتمّ خلالها أحيانا توافر أركان وشروط عقد الزواج حسب عرف كلّ منطقة ، وهي ما يسميه الفقهاء اقتران الخطبة بالفاتحة ممّا نتج عن ذلك اشكالات كثيرة في ساحات القضاء وتضاربت الأحكام نتيجة الالتباس القائم بين قراءة الفاتحة للتبرك بمناسبة الخطبة وبين كونها عقد زواج شرعي مكتمل الأركان والشروط ملزما للجانبين ، هذا التضارب أشارت إليه قرارات المحكمة العليا التي رأت أنّ المحاكم أحيانا تعطي تفسيرات للفاتحة على أنّها خطبة ، وأحيانا أخرى تؤوّل ذلك على أنّه عقد زواج ، ومن قرارات المحكمة العليا نذكر ما يلي :

1 / القرار الشهير للمحكمة العليا بتاريخ 17/03/1992 والذي أكّدت فيه أنّ قضاة الموضوع أخلطوا بين الخطبة والزواج ولم يضبطوا الأسئلة التي تساعد الشهود على تمييز ما حضروه ، هل كان خطبة بمفهوم المادة 05 من قانون الأسرة، أم أنّه مجلس عقد على معنى المادة 09 مكرّر من قانون الأسرة الجزائري³⁶ .

2 / قرار المحكمة العليا بتاريخ 14/04/1992 ، اعتبرت فيه اقتراح الخطبة بالفاتحة زواجا صحيحا لتوافر جميع أركانه ، أي اعتبرت الفاتحة عقدا ، ومما جاء في هذا القرار ((من المقرر قانونا أنه يمكن أن تقتزن الخطبة مع الفاتحة أو تسبقها بمدة غير محددة ومن المقرر أيضا أنه يثبت الزواج بتوافر أركانه المقررة شرعا

ومما توفر - في قضية الحال - أنّ أركان الزواج قد توفرت وتمت بمجلس العقد ، وأنه تمّ اقتراح الخطبة بالفاتحة ، وبعد ذلك عدل الطّاعن عن الزواج بالامتناع عن الدخول لأنّه اعتبر الفاتحة كالخطبة تسمح لكلّ من الطرفين بالعدول عنها ، وأنّ قضاة المجلس بقضائهم بإلغاء حكم المحكمة القاضي برفض الدّعى والقاضي من جديد بصحة الزواج الواقع بين الطرفين لتوافر أركانه والسّماع للشهود والأمر بتسجيله فإنهم كما قضوا طبّقوا صحيح القانون ومتى كان ذلك استوجب رفض الطّعن))³⁷ . وهذا التناقض في الأحكام استدعى تدخلا تشريعا ، جاء بموجبه تعديل المادة 06 من قانون الاسرة الجزائري بموجب الأمر 02/05.

إنّ ما سلكه الاجتهاد القضائي في القرارات المشهورة كما رأينا كان محلّ اتّباع من المشرّع في التّعديل الأخير للمادة 06 من ق أ ج التي أشار فيها إلى كون اقتراح الفاتحة بالخطبة فقط لا يعتبر زواجا ، وأمّا إن كان اقتراح الفاتحة بالخطبة في مجلس العقد بحضور الولي والشهود وذكر الصّدق وتوافر الرضا الكامل من طرفي الخطبة يعتبر عقد زواج صحيح من الناحية الشرعية ، لكنّه غير مسجّل من الناحية القانونية ، ويجب تصحيحه وإثباته قانونا بموجب حكم طبقا لأحكام المادة 22 من ق أ ج³⁸ . فالمشرّع ومن خلال تعديل المادة 06 ق أ ج ، لم يعتبر ذلك العرف الذي ترسّخ لدي البعض والقائل أنّ الفاتحة تعتبر عقدا شرعيا عرفيا ، بل صوّب هذا العرف ومنع الاختلاف بين مناطق البلاد ، وكترس اجتهادات المحكمة العليا في هذا الباب .

ونظرا لأهمية الموضوع أصدرت وزارة الشّؤون الدّنية تعليمة سنة 2006 تمنع الأئمة من قراءة الفاتحة ما لم يتمّ عقد الزواج المدني ، كما أنّ المجلس الإسلامي الأعلى بالجزائر وفي دورته 31 المنعقدة بين 26 و 27 ديسمبر 2006 أوصى بأنّ الفاتحة هي مجرد تبرّك فقط³⁹

• ثانيا / اعتبار العرف في أركان وشروط وآثار عقد الزواج في ق أ ج :

نظرا لأهمية الزواج في المجتمع إذ هو قوامه وأساس بنائه فقد أحاطته الشريعة الإسلامية بسياس من الضوابط والمقومات المتمثلة في الأركان والشروط التي لا تخلو في أحكامها من اعتبار لأعراف الناس تيسيرا لهم ورفعاً للمشقة والحرص عنهم.

1/ اعتبار العرف في أركان الزواج : تعريف الزواج : لغة : الاقتراح والاختلاط⁴⁰ ومنه قوله تعالى " وإذا النفوس زوجت " {الآية 7 التكوير} وسمي أيضا النكاح ، وهو المصطلح الأكثر شيوعا في الفقه الإسلامي ومنه قوله تعالى " ولا تنكحوا ما نكح آبؤكم من النساء إلا ما قد سلف " {النساء الآية 22} .

الزواج اصطلاحا : للفقهاء عدّة تعريفات للزواج تتفق غالبا في المعنى وإن اختلفت من حيث المبنى فالزواج عند الفقهاء " عقد يفيد حلّ الاستمتاع كلّ من العاقدین بالآخر على الوجه المشروع " ⁴¹ ، كما عرفه بعض الفقهاء

المعاصرين تعريفاً يبيّن حقيقته ومقاصده من ذلك تعريف الشيخ بدران أبو العينين بدران بأنه " عقد وضعه الشارع يفيد حلّ استمتاع كلّ من الزوجين بالآخر على الوجه المشروع وعلى سبيل القصد " ⁴².

التعريف القانوني : عرّفته المادة 04 من ق أ ج المعدّل " الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي . من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودّة والرّحمة والتّعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب " ، فهذا التعريف أبرز الرّضائية وبيّن طريفي العقد وأهدافه ، ولم يتطرق إلى الجانب الموضوعي للعقد ولا لآثاره القانونية .

أ 1/ اعتبار العرف في حقيقة لفظ الزواج في ق أ ج : المشرّع الجزائري اختار لفظ " الزواج " الدّال على اقتران الرّجل بالمرأة على سبيل الدّوام لتكوين أسرة بدل لفظ " التّكاح " الّذي ظلّ محلّ خلاف فقهي ، وهذا الاختيار كان صائباً لأنّ لفظ الزواج شائع في عرف النّاس وخاصّة في المجتمع الجزائري وموافقاً لعاداتهم ، خاصّة وأنّ هذا العرف لا يخالف نصّاً شرعياً ولا يتعارض مع مصلحة عامة ⁴³ .

أ 2/ اعتبار العرف في اللفظ الّذي ينعقد به الزواج في ق أ ج : أخذ قانون الأسرة الجزائري بعد التّعديل بالمذهب الحنفي في تحديد أركان الزواج ، إذ عدّ الرّضا ركناً وحيداً للزواج في المادة 09 منه " ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين " ، أمّا بقية الأركان الأخرى الّتي كانت مدرجة في القانون السّابق فأصبحت شروط صحّة .

هذا الرّضا يجب أن يعبر عنه تعبيراً صحيحاً خالياً من العيوب وإلاّ أصبح الرّكن محتلاً ، وترتّب عنه بطلان العقد وهذا ما جاء في المادة 33 من ق أ ج " يبطل عقد الزواج إذا اختلّ ركن الرّضا " ، والتّعبير عن الرّضا يكون بإيجاب من الرّوج وقبول من الرّوجة وهذا ما نصّت عليه المادة 1/10 من ق أ ج .

فماهي المادة اللفظية الّتي ينعقد بها عقد الزواج في ق أ ج ؟ وهل كان للعرف اعتبار في ذلك ؟

نصّت المادة 10 من ق أ ج المعدّل على أنّه " يكون الرّضا بإيجاب أحد الطّرفين وقبول الطّرف الآخر بكلّ لفظ يفيد منعى التّكاح شرعاً " . يتبيّن من المادة أنّ المشرّع لم يشترط ألفاظاً مخصوصة ينعقد بها عقد الزواج ، بل ربط تلك الألفاظ بالعرف عملاً بالمذهب المالكي ، وذلك خلافاً لبعض التّشريعات المقارنة ⁴⁴ ، وقد وّفّق المشرّع الجزائري في اعتبار العرف في المادة اللفظية الّتي ينعقد بها عقد الزواج مع وجود قرينة دالّة ، تيسيراً على النّاس ورفعاً للحرج والمشقّة عنهم . وقد رأى البعض أنّه كان على المشرّع الأخذ بالمذهبين الشافعي والحنبلي حتّى يبرز تميّز هذا العقد وقداسته وخطورته ⁴⁵ .

المشرّع الجزائري لم يكتف بربط الألفاظ الّتي ينعقد بها الزواج بالعرف بل اعتبر العرف في انعقاد الزواج بالألفاظ المصحّفة " العامية " ، فقد جرى العرف في بعض مناطق الوطن استعمال كلمة " تزوزت " و " تجوزت " بدلا عن كلمة " تزوجت " خلال صيغة العقد وقد جرى العرف قبول ذلك ، وهو ما عبّرت عنه الفقرة 02 من المادة 10 من ق أ ج المعدّل بالقول " ويصحّ الإيجاب والقبول من العاجز بكلّ ما يفيد معنى التّكاح لغة أو عرفاً كالكتابة والإشارة " ، ويفهم من هذه الفقرة أنّ من ينطق بكلمات مصحّفة " عامية " للدّلالة بها على لفظ الزواج يدخل في حكم العاجز عن نطق تلك الألفاظ الصّحيحة ، وبالتالي تصحّ منه قانوناً كما صحّت منه عرفاً ⁴⁶ .

ب/ اعتبار العرف في الشّروط الموضوعية لعقد الزّواج في ق أ ج

تعريف الشّروط: لغة: علامة وجمعه شروط وشرائط، قال تعالى " فهل ينظرون إلاّ الساعة أن تأتيهم بغتة، فقد جاء أشراطها " {سورة محمد من الآية 18} .

واصطلاحا: هو ما يتوقّف عليه وجود الشّيء، أي ما يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم.

شروط عقد الزّواج في ق أ ج: نصّت المادة 09 مكرّر على أنّه " يجب أن تتوفر في عقد الزّواج الشّروط التالية :
- أهلية الزّواج - الصّدق - الوليّ - شاهدان - انعدام الموانع الشّرعية للزّواج " .

وباعتبار الأهلية تمّ التّطرق إليها في مسألة تحديد سنّ الخاطب والمخطوبة، فنركّز على الصّدق والوليّ حيث للعرف فيهما اعتبار .

ب1 / اعتبار العرف في الصّدق (تحديده، تعجيله وتأجيله) في ق أ ج :

الصّدق لغة: مهر المرأة، الصّدقة لقوله تعالى " وآتوا النّساء صدقاتهنّ نحلة " { من الآية 04 من النّساء }

اصطلاحا: عرّفه المالكية بأنّه " ما يجعل للمرأة نظير الاستمتاع بها " وعرّفه الأستاذ الدكتور وهبة الزّحيلي أنّه " هو كلّ متقوم معلوم مقدور على تسليمه " ⁴⁷ .

التّعريف القانوني للصّدق: عرّفه المشرّع الجزائري في المادة 14 من ق أ ج بالقول " الصّدق هو ما يدفع للزّوجة من نقود أو غيرها من كلّ ما هو مباح شرعا ، وهو ملك لها تتصرّف فيه كما تشاء " .

ب1-1 / اعتبار العرف في حدّ الصّدق في ق أ ج: بقراءة المادة 14 من ق أ ج المعدّل يتبيّن أنّ المشرّع لم يحدّد مقدارا للصّدق تاركا ذلك للعرف والاتّفاق بين الزّوجين تيسيرا على النّاس ورفعاً للحرج والمشقّة عنهم ، وهو توجّه يتماشى وروح الشريعة الاسلامية، غير أنّه كان على المشرّع أن ينصّ على تخفيف الصّدق أسوة ببعض التّشريعات المقارنة ، إذ جاء في المادة 28 من مدونة الأسرة المغربية المعرّفة للصّدق أنّه " كلّ ما صلح التزامه شرعا صلح أن يكون صداقا ، والمطلوب شرعا هو تخيف الصّدق " ، خاصّة وأنّ الجزائر تعرف أعرافا مختلفة بخصوص الصّدق ، فالمهور تصل إلى حدود مبالغ فيها وغير معقولة في الجنوب والشرق الجزائري ، ولعلّ الأفضل منطقة القبائل التي جرى العرف عندهم تيسير المهور ، وهو عرف يتماشى وروح التّشريع الاسلامي الداعي إلى التّخفيف من ذلك قول الرّسول (ص) " أكثر النّساء بركة ايسرهنّ مؤونة " وقوله (ص) " التمس ولو خاتما من حديد " .

ب1-2 / اعتبار العرف في تعجيل الصّدق وتأجيله في ق أ ج :

جرى العرف لدى النّاس بتعجيل الصّدق كلّه ، أو بتعجيل جزء منه وتأجيل الباقي وهو أمر جائز شرعا ، أمّا في الجزائر فلا يمكن تصوّر البناء بالمرأة والدخول بها قبل أن تكون الزّوجة قد قبضت مهرها ، إذ العرف في الجزائر لا يقرّ التّأجيل تماشيا مع المذهب المالكي الذي يرى

كراهية تأجيل الصّدق ، إلا أنّ المشرّع الجزائري وفي المادة 15 من ق أ ج المعدّل استبدل كلمة " يجب " التي تفيد الإلزام الواردة في ذات المادة قبل التعديل بكلمة " يحدّد " والتي تدلّ على الجواز ، متّبعا مذهب الجمهور بعدما كان يتّبع المذهب المالكي الذي ذهب إلى استحباب تقديم شيء من المهر المؤجّل قبل الدّخول ، مع كراهيتهم للتأجيل واستحبابهم التّعجيل ، معتبرين التأجيل إلى أقرب الأجلين الطّلاق أو الموت أجلا مجهولا وبالتالي لا يجوز⁴⁸ . ومنه جعل المشرّع الجزائري أمر التّعجيل والتأجيل باتّفاق الزوجين أو من يقوم مقامهما ، أمّا في حالة عدم الاتّفاق فالأصل الرّجوع إلى العرف ، وهو أمر سكت عنه المشرّع وكان حريّ به الإشارة إلى ذلك أسوة ببعض التّشريعات العربية ، من ذلك قانون الأحوال الشّخصية الكويتي الذي جاء في المادة 56 منه " يجوز تأجيل بعض المهر وعند عدم النّصّ يتبع العرف " ، أمّا قانون الأحوال الشّخصية الأردني فنصّ في المادة 41 منه على أنّه " يجوز تعجيل المهر المسّمى وتأجيله كلّه أو بعضه على أن يؤيّد ذلك بوثيقة خطيّة ، وإذا لم يصرّح بالتأجيل يعتبر المهر معجّلا " .

ب2/ اعتبار العرف في الولاية على الزواج :

الولاية لغة : بكسر الواو وفتحها هي النّصرة والقدرة .

واصطلاحا: سلطة شرعية تمكّن صاحبها من مباشرة العقود وترتب آثارها عليها دون توقّف على إجازة أحد⁴⁹

وهي قسمان ولاية إجبار وولاية اختيار.

ب2-1/ اعتبار العرف في اشتراط الولي في زواج المرأة الرّاشدة العاقلة في ق أ ج

نصّت المادة 09 من ق أ ج 11/84 " يتمّ عقد الزواج برضا الزوجين وبوليّ الرّوجة وشاهدين وصدّق "

فالوليّ يعدّ ركنا في عقد الزواج حسب نصّ هذه المادة و المرأة لا يجوز لها تزويج نفسها دون وليّ وهو ما أكّده المادة أيضا المادة 11 من ذات القانون وهو ما يتماشى مع مذهب الجمهور (مالكية وشافعية وحنابلة).

ويتماشى أيضا مع أعراف المجتمع الجزائري . غير أنّ نصّ هذه المادة يتعارض مع نصّ المادتين 32 و 33 من ذات القانون إذ جاء في المادة 32 " يفسخ النّكاح إذا احتلّ أحد أركانه ... " وجاء في المادة 33 " ... ويثبت بعد الدّخول بصدّق المثل إذا احتلّ ركن واحد ويبطل إذا احتلّ أكثر من ركن واحد " ، فالمشرّع حسب نصّ المادتين لا يعتبر الوليّ ركنا بل شرط صحّة ولا يترتب على احتلاله بطلان إلا إذا احتلّ ركن آخر معه كاجتماع الوليّ مع الصّدق⁵⁰ ، وعلى هذا سارت المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 1989/01/02.

هذا التّناقض استدعى تدخلا تشريعيّا، فجاء ق أ ج بموجب الأمر 02/05 ومن خلاله جعل المشرّع وفي المادة 09 منه الرّضا الرّكن الوحيد في الزواج ومنه لم يعد الوليّ ركنا وإنما شرط صحّة وأدرج في المادة 09 مكرّر من هذا القانون، ويترتب على تخلفه أو أيّ شرط آخر فسخ العقد قبل الدّخول ويثبت الزواج بعد الدّخول بصدّق المثل . يلاحظ أنّ هذا التّعديل أزال التّعارض الذي كان قائما.

لم يكتف المشرع بجعل الولي شرط صحة بموجب المادة 09 مكرر ، بل اعتبر الولاية أمرا شكليا وهذا يستشف من تعديل المادة 11 من ذات القانون والتي أصبحت تنص على أنه " تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره ... " ، فكلمة " أو " تفيد التخيير لا الترتيب وبذلك استبدل المشرع معيار القرابة بمعيار الاختيار من طرف المرأة الراشدة.

يعدّ هذا التعديل الذي مسّ مواد الولاية خروجاً عن المذهب المالكي إلى المذهب الحنفي. لكن بالنظر في المادة 13 من ق أ ج المعدل التي نصّت على أنه " لا يجوز للوليّ أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي في ولايته على الزواج ، ولا يجوز له أن يزوجه دون موافقتها " نجد أنّ المشرع لم يأخذ بالرأي الراجح لدى الحنفية فيما يخصّ الولاية على القاصرة ، فالولاية على القاصرة في المذهب الحنفي هي ولاية إجبار ، بينما اعتبرها ق أ ج المعدل ولاية اختيار⁵¹. يلاحظ أنّ المشرع الجزائري - حين كرّس حقّ المرأة الراشدة في مباشرة زواجها بنفسها بموجب المادة 11 من ق أ ج المعدل ، واشترط حضور الولي فقط سواء كان أبا أو أحد الأقارب ، أو أي شخص تختاره بما يمكنها من الاستغناء عن أبيها و استبداله بأي شخص - خالف العرف الجزائري ، إذ هذا الأمر يعتبر غريبا على العرف في الجزائر⁵².

ج/ اعتبار العرف في آثار عقد الزواج في ق أ ج

يترتب على عقد الزواج في ق أ ج جملة من الآثار تتمثل في الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين المادة 36 ق أ ج ، وثبوت النسب المواد من 40-46 ، ونفقة الزوجة والأولاد المواد 74-80. ونقتصر الدراسة على اعتبار العرف في النفقة الزوجية في ق أ ج .

تعريف النفقة : لغة : لها معان عدّة منها : الهلاك والموت ، الرواج ، الافتقار

اصطلاحاً : النفقة اسم لما يصرفه الرجل على زوجته وأولاده وأقاربه من طعام وكسوة ومسكن وعلاج وكلّ ما يلزم للمعيشة بحسب المتعارف عليه بين الناس وحسب وسع الزوج⁵³.

أسباب وجوب النفقة : الرّاجح من أقوال الفقهاء أنّ سبب النفقة هو التّمكين من الاستمتاع بعد العقد الصحيح عن طريق الدّخول أو بدعوتهما إليه بالدّخول وهو قول المالكية ، أمّا جعل الاحتباس شرط النفقة كما قال بذلك الحنفية لا يستقيم مع الواقع المعيش ، إذ تغيّرت أعراف الناس بتغيّر الظروف الاجتماعية .

ج1/ اعتبار العرف في أسباب وجوب النفقة في ق أ ج : نصّ المشرع الجزائري في المادة 74 ق أ ج على أنه " تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه بيّنة... ". يتبين من نصّ المادة أنّ المشرع الجزائري أخذ بالمذهب المالكي في سبب وجوب النفقة وربطها بالدخول المتمثل في الخلوة الصحيحة ، سواء تمّ الاتصال الجنسي أو لم يتمّ متى كان ذلك بسبب الزوج ، أمّا إذا كان بسبب امتناع الزوجة لسبب غير مشروع سقط حقّها في النفقة في هذه الحالة لأنّها تعتبر ناشزا⁵⁴.

إنَّ أخذ المشرِّع الجزائري بالمذهب المالكي في هذا المقام يتماشى والعرف الجاري في الجزائر ، إذ المتعارف عليه في المجتمع الجزائري أنَّ النفقة لا تكون واجبة للزوجة إلاَّ بعد الدَّخول ، أمَّا قبل ذلك فنفتقتها على والدها ولو مكثت وقتنا طويلا بعد تمام العقد في بيت أبيها .

ج2/ اعتبارا لعرف في تقدير النفقة : معيار تقدير النفقة : انقسم الفقهاء في تقدير النفقة على فريقين :

الفريق الأول : النفقة تقدَّر بالنظر إلى حال الزوج يسارا أو إعسارا دون النظر إلى حال الزوجة وهو قول الشافعية والحنفية واستدلوا بقوله تعالى " لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفسا إلاَّ ما آتاه سيجعل الله بعد عسر يسرا " { الآية 07 الطلاق } ، ووجه الدلالة أنَّ الخطاب موجَّه للزوج واعتبار النفقة واجبة عليه وتختلف حسب يساره وإعساره .

الفريق الثاني : النفقة تقدَّر بالنظر إلى حال الزوجين وهو قول المالكية والحنابلة والحصَّاف من الحنفية ، وقد زاد المالكية ضرورة مراعاة حال البلد والسعر والعرف⁵⁵ ، ودليلهم قوله تعالى " وعلى المولود له رزقهنَّ وكسوتهنَّ بالمعروف " { الآية 233 البقرة } ، فوالد المولود ملزم بنفقة الوالدة وكسوتها بالمعروف أي حسب ما جرت به العادة في بلدها دون إسراف ولا تقتير .

وحديث عائشة رضي الله عنها : " " أنَّ هند بنت عتبة قالت : يا رسول الله ، إنَّ أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني ما يكفيني وولدي إلاَّ ما أخذت منه وهو لا يعلم ، فقال : خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف "56 .

ج3/ اعتبار العرف في تقدير النفقة في ق أ ج : قبل الحديث عن تقدير النفقة نشير أنَّ النفقة تشمل الغذاء والكسوة والسكن الملائم ومصاريف العلاج ، وكلَّ ما يعتبر ضروريا في العرف والعادة في المجتمع وهذا ما ذكره المشرِّع الجزائري في المادة 78 من ق أ ج " تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته ، وما يعتبر من الضَّروريات في العرف والعادة " .

وبخصوص تقدير النفقة نصَّ المشرِّع في المادة 79 من ق أ ج المعدل " يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ، ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم " . يتبيَّن من المادة أنَّ المشرِّع الجزائري أخذ بالمذهب المالكي في اعتبار حال الزوجين معا في تقدير النفقة ، كما يفهم أنَّه في حالة النزاع يكون تقدير النفقة سلطة تقديرية لقاضي الموضوع الذي ينظر في حال الزوج المالية وإلى ظروف المعاش من حيث الزمان والمكان، كما ينظر إلى حال الزوجة حسب المستجدات والأعراف المستحدثة في المجتمع، فالنفقات والمصاريف ومتطلبات الحياة تغيَّرت تعليما وصحة⁵⁷ وغيرها، وما كان من الكماليات صار من الضَّروريات .

وكون النفقة غير مقدَّرة شرعا فالمشرِّع الجزائري اعتبر العرف في تقديرها مرجعا ذلك إلى حال الزوجين وظروف المعاش . وفي نفس الاتجاه جاءت قرارات المحكمة العليا ، حيث جاء في قرار لها بتاريخ 89/02/29 ((تقدير النفقة المستحقة يعتمد على حال الزوجين يسرا وعسرا ثمَّ حال مستوى المعيشة ، ومن ثمَّ فإنَّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعدَّ

مخالفا للقواعد الشرعية " 58 ، وقرار آخر بتاريخ 86/04/13 ()...تقدير التفقة موكول لرأي القاضي على أساس امكانيات الزوج المادية والاجتماعية بعد مراعاة العادة والعرف والأسعار الجارية في البلد (...))⁵⁹ .

خاتمة

لقد اعتمد قانون الأسرة الجزائري في مواده على المذاهب الفقهية الأربعة وغيرها بعد أن انفتح المشرع على كل المذاهب وبالنظر في مواد قانون الأسرة نجد أنّ للعرف دورا ومكانا لا يستهان به في هذا التقنين، وقد اعتبر المشرع العرف في كثير من المسائل تيسيرا على الناس ورفعاً للحرج والمشقة عنهم، مراعيًا المتغيرات ومتماشيا مع يسر الشريعة الاسلامية .

ولقد خالصنا إلى جملة من النتائج نوجزها في ما يلي :

- اعتبر المشرع الجزائري العرف مصدرا رسميا احتياطيا يلي الشريعة الاسلامية م 1 ق م ج .
- اعتبار العرف في الفقه الاسلامي يخضع لشروط صارمة ولا يعتبر إلا الصحيح منها عكس القوانين الوضعية.
- شروط اعتبار العرف في القانون أن يكون : قديما - عاَمًا - ثابتا ومطردا - أن لا يخالف النظام العام والآداب العامة .
- أخذت الشريعة الاسلامية بالعرف الصحيح في الاختيار (اختيار الزوج والتزوجة) ، أما المشرع الجزائري فلم يتطرق لذلك وهو سكوت يدل على اعتبار عرف الناس السائد .
- الشريعة الاسلامية لم تحدّد سنا للخطبة وتركت ذلك للعرف ، وقد نحا المشرع نفس المنحى لكنّه حدّد سنّ الزواج ووضع حدّ أدنى له موخدا بين الجنسين تماشيا مع المتغيرات وتماشيا مع المعايير الدولية ودون تعارض مع الشريعة الاسلامية ، وترك امكانية النزول على شرط السن القانوني للزواج متى وجدت مصلحة أو ضرورة وترك الأمر سلطة تقديرية للقاضي .
- المشرع الجزائري لم يعتبر العرف الجاري في الجزائر بخصوص ردّ هدايا الخطبة بخلاف المذهب المالكي .
- استعمل المشرع لفظ الزواج بدل النكاح لشيوعه في المجتمع الجزائري واعتيادهم عليه .
- اعتبر المشرع أنّ عقد الزواج ينعقد بكلّ لفظ يفيد معنى النكاح شرعا ، حتّى اللفظ العامي رفعا للحرج ودفعا للمشقة عن الناس .
- لم يضع المشرع حدّا للصدّاق مراعيًا العرف السائد ومتماشيا مع الشريعة ، أمّا تعجيل الصّدّاق وتأجيله فتركه للعرف رغم أنّ المتعارف عليه في المجتمع الجزائري هو تعجيل الصّدّاق .

- إلغاء الولاية على المرأة الراشدة ، وتكريس حثّها في مباشرة زواجها بنفسها استنادا للمذهب الحنفي وبحضور الولي أو غيره على سبيل الخيار للمرأة ، وهو ما يتعارض مع العرف في الجزائر الذي يتماشى والمذهب المالكي في هذا الشأن .
- ترك المشرّع تقدير النفقة للعرف وهو كرسّته الشريعة الاسلامية .
- وتبعاً لهذا نقدّم بعض الاقتراحات البسيطة :
- إعادة النظر في كثير من مواد قانون الأسرة التي تتعارض مع أعراف المجتمع الجزائري لا سيما الولاية
- تفعيل دور المجلس الأعلى للقضاء وإعطائه دوراً لا سيما في رصد الأعراف السائدة و مدّ القضاء بها .
- إعداد قضاة مؤهلين من الناحية الشرعية والقانونية ملمين بأعراف مجتمعهم .

التهميش:

- ¹ ابن منظور :لسان العرب، دار صادر ،بيروت ، لبنان ، ط1414، ج3، ص9، ج9، ص239.
- ² ابن فارس : معجم مقاييس اللغة ،تحقيق عبدالسلام هارون ،دار الفكر، بيروت ،لبنان، 1979، ج4، ص281.
- ³ التسقي ، كشف الأسرار ((593))، نقلا عن رهيبة سليمان حمادة ،العرف وأثره في حقوق الزوج في الفقه الاسلامي ، رسالة ماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقاون ،الجامعة الاسلامية ، غزة، 2014، ص 3 .
- ⁴ مصطفى الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، دار القلم ،دمشق ، سورية، ط1، 1981، ص872.
- ⁵ محمد أبو زهرة ، أصول الفقه، دار الفكر العربي، بيروت، لبنان، (دط - دت)، ص273.
- ⁶ محمد محدة ،مختصر أصول الفقه ،دار الشهاب ،باتنة، (دط-د ت)، ص298.
- ⁷ الأمر 58/75 المؤرخ في 75/09/26 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدّل والمتمّم ، تنصّ مادته الأولى " يسري القانون على جميع المسائل التي تناوّلها نصوصه في لفظها أو في محتواها .- وإذا لم يوجد نصّ تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية -إذا لم يوجد فبمقتضى العرف ..."
- ⁸ علي فيلاي ، المدخل في القانون ، موفم للنشر ،الجزائر ،(د.ط)، 2010، ص250.
- ⁹ سعيد سعد عبد السلام ،المدخل في نظرية القانون ، جامعة المنوفية ، مصر ، ط1 ، 03/02، ص214.
- ¹⁰ رهيبة سليمان حمادة ، المرجع السابق ، ص10، انظر في هذا المقام ابن عابدين ،نشر العرف (112/2).
- ¹¹ الشاطي ، الموافقات (575/2).
- ¹² د / رقية طه جابر العلواني ،أثر العرف في فهم التصوص "فضايا المرأة أمودجا" ،دار الفكر ، دمشق، 2003، ط1، ص51.
- ¹³ السيوطي :الإكليل في استنباط التنزيل ،تحقيق عبد القادر الكاتب، دار الكتب العلمية ، لبنان، ط1 ، 1981، ص132. نقلا عن عماد شريفي :اعتبار العرف في مسائل الزواج وآثاره في ق أ ج ، دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي ، رسالة ماجستير ، 2015 ، ص12 .
- ¹⁴ د / رقية طه جابر العلواني ،أثر العرف في فهم التصوص ، المرجع السابق ، ص54.
- ¹⁵ رهيبة سليمان حمادة ، العرف وأثره في حقوق الزوج في الفقه الاسلامي ، المرجع السابق ، ص12. انظر ابن العربي :أحكام القرآن (289/4). وابن قدامة : المغني (195/8).
- ¹⁶ أخرجه البخاري : كتاب النفقات ، حديث رقم 5364، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار الإمام مالك، الجزائر، ط2010، ج3، ص315.
- ¹⁷ الهام عبدالله عبد الرحمان باجنيد ،أثر العرف في الفرق ومتعلقاتها من أحكام فقه الأسرة ، رسالة ماجستير ، جامعة أم القرى ، 2003، ص90. انظر مالك في الوطأ ، كتاب الأفضيو ، (747/2).
- ¹⁸ رهيبة سليمان حمادة ، المرجع السابق ، ص14.

- 19 محمد حسين منصور ، نظرية القانون ، دار الجامعة الجديدة ، مصر ، (دط)، 2001، ص367. عمار بوضياف ، المدخل إلى العلوم القانونية ، ص173. نقلا عن عماد شريفي ، اعتبار العرف في مسائل الزواج وآثاره في ق أ ج ، دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي ، المرجع السابق ، ص14
- 20 عماد شريفي ، اعتبار العرف في مسائل الزواج وآثاره في ق أ ج ، دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي ، المرجع السابق ، ص15. انظر محمد السعيد جعفرور ، مدخل إلى العلوم القانونية ، ص190-191 ، عمار بوضياف ، المدخل إلى العلوم القانونية ، ص172.
- 21 حبيب ابراهيم الخليلي ، المدخل إلى العلوم القانونية ، د م ج ، الجزائر ، ط2008، ص9، ص147.
- 22 عماد شريفي ، ، اعتبار العرف في مسائل الزواج وآثاره في ق أ ج ، دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي ، المرجع السابق ، ص16. انظر محمد سعيد جعفرور ، ص191-192.
- 23 د/ عبد الزحمان الصابوني :شرح قانون الأحوال الشخصية السوري ، ج1، الزواج وآثاره، منشورات جامعة دمشق ، 1995، ص28.
- 24 بلحاج العربي، الوجيز في شرح ق أ ج ، د م ج ، الجزائر ، ط6 ، 2010 ، ص84 .
- 25 المحكمة العليا : غ أ ش، قرار رقم 81129 ، بتاريخ 92/03/17 ، م ق ، ع ، 1994، ص3، ص62.
- 26 أخرجه الترمذي في سننه في كتاب النكاح ، حديث رقم 1085 ، تحقيق بشار عواد معروف ، دار الغرب الاسلامي ، بيروت ، (دط)، 1998 ، ج2 ، ص386، حسنه الألباني . نقلا عن عماد شريفي ، اعتبار العرف في مسائل الزواج وآثاره في ق أ ج ، دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي ، المرجع السابق، ص46.
- 27 بن شويخ رشيد ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل ، دار الخلدونية للنشر والتوزيع ، ط1 ، 2008 ، ص25.
- 28 محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، دار الفكر العربي ، ص48 .
- 29 عبد المؤمن شجاع الدين ، تحديد سنّ الزواج ، دراسة فقهية قانونية مقارنة ، جامعة صنعاء ، مارس 2008 ، ص06.
- 30 محفوظ بن صغير ، أحكام الزواج ، ص283.
- 31 عبد العزيز سعد ، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، دار البعث الجزائري ، ط2 ، 1989 ، ص99-100.
- 32 بن شويخ رشيد ، شرح ق أ ج المعدل ، المرجع السابق ، ص42.
- 33 بن شويخ رشيد ، شرح ق أ ج المعدل ، المرجع السابق ، ص43.
- 34 عماد شريفي ، اعتبار العرف في مسائل الزواج وآثاره في ق أ ج ، دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي ، المرجع السابق، ص81.
- 35 عماد شريفي ، اعتبار العرف في مسائل الزواج وآثاره في ق أ ج ، دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي ، المرجع السابق، ص86.
- 36 المحكمة العليا ، قرار صادر بتاريخ 1992/03/17 ، ملف رقم 81129 ، م ق ، عدد03 ، 1994، ص30. انظر أحمد شامي ، ق أ ج طبقا لأحدث التعديلات ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، مص ، 2010 ، ص32-33.
- 37 المحكمة العليا ، غ أ ش ، قرار بتاريخ 92/04/14 ، ملف رقم 81877 ، م ق ، عدد خاص ، 2001، ص33. انظر أحمد شامي ، ق أ ج طبقا لأحدث التعديلات ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، مص ، 2010 ، ص32-33.
- 38 بلحاج العربي ، أحكام الزوجية وآثارها ، المرجع السابق ، ص145.
- 39 بلحاج العربي ، أحكام الزوجية وآثارها ، المرجع السابق ، ص147.
- 40 ابن منظور ، لسان العرب ، ج2 ، ط3 ، دار صادر ، بيروت ، لبنان ، سنة 94، ص291.
- 41 دليلة فركوس ، جمال عياشي ، محاضرات في قانون الأسرة (انعقاد الزواج) ، (د.ط) ، 2016 ، دار الخلدونية ، الجزائر ، ص35.
- 42 بدران أبو العينين بدران ، الفقه المقارن للأحوال الشخصية ، دار النهضة العربية ، بيروت ، لبنان ، (د.ط ، د.ت) ، ص10 .
- 43 عماد شريفي ، اعتبار العرف في مسائل الزواج وآثاره في ق أ ج ، دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي ، المرجع السابق ، ص99.
- 44 نصّت المادة 41 من ق أ ش الإماراتي رقم 38 لسنة 2005 : " يشترط في الايجاب والقبول أن يكونا بلفظ التزويج أو الإنكاح " .
- 45 سليمان ولد حسال ، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري ، ص46.
- 46 عماد شريفي ، اعتبار العرف في مسائل الزواج وآثاره في ق أ ج ، دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي ، المرجع السابق ، ص107.
- 47 دليلة فركوس ، جمال عياشي ، محاضرات في قانون الأسرة (انعقاد الزواج) ، (د.ط) ، 2016 ، دار الخلدونية ، الجزائر ، ص120. انظر وهبة الزحيلي ، الفقه الاسلامي وأدلته ، ج9 ، دار الفكر ، دمشق ، سوريا ، ط12 ، دون سنة ، ص67-68.

- 48 عماد شريفي ، اعتبار العرف في مسائل الزواج وآثاره في ق أ ج ، دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي ، المرجع السابق ، ص 115-116. انظر التعليق ، التلقين في الفقه المالكي ، تحقيق محمد بو خيزة ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط 1 ، 2004 ، ج 1 ، ص 115.
- 49 عبد الرحمان الصّابوني ، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري ، المرجع السابق ، ص 107.
- 50 أحمد شامي ، ق أ ج طبقا لأحدث التعديلات ، المرجع السابق ، ص 85.
- 51 أحمد شامي ، ق أ ج طبقا لأحدث التعديلات ، المرجع السابق ، ص 88.
- 52 رشيد بن شويخ ، شرح ق أ ج المعدل ، المرجع السابق ، ص 66.
- 53 بلحاج العربي ، أحكام الزوجية وآثارها ، المرجع السابق ، ص 577.
- 54 عيسى حداد ، عقد الزواج منشورات جامعة باجي مختار ، عنابة ، الجزائر ، (د.ط) 2006 ، ص 269 . عماد شريفي ، المرجع السابق ، ص 161-162.
- 55 عماد شريفي ، اعتبار العرف في مسائل الزواج وآثاره في ق أ ج ، دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي ، المرجع السابق ، ص 162-163.
- 56 سبق تخريجه ، ص 6.
- 57 بلحاج العربي ، أحكام الزوجية وآثارها ، المرجع السابق ، ص 590 .
- 58 المحكمة العليا ، غ أش ، 87/02/09 ، قرار رقم 44630 ، م ق ، ع 3 ، 1990 ، ص 55.
- 59 المحكمة العليا ، غ أش ، 86/04/13 ، ملف رقم 39382 ، غير منشور ، انظر بلحاج العربي ، الوجيز في شرح ق أ ج ، د م ج ، الجزائر ، ط 5 ، 2005 ، ج 1 ، ص 175.