أثر العرف في الخطبة والفاتحة في التشريع الجزائري

خالدي ثامر

المركز الجامعي للبيض *

tamerkhaldi@gmail.com

تاريخ الاستلام: 15 / 01/ 2019 تاريخ القبـول: 15 /03/ 2019

ملخّص

إنّ العرف هو اتباع النّاس سلوكا معينا في مسألة أو مجموع مسائل بصفة مستمرة ولمدة كافية، تجعل لها القوى الالزامية. من هنا نجد أن للعرف ركنا ماديا يظهر في ذلك السلوك الذي اعتاد عليه النّاس في مجتمع معين، بحيث أصبحوا لا يمكنهم معارضته، نظرا لديمومته وتكراره لفترة كافية من الزمن. كماله ركن معنوي يتمثل في ذلك الشعور الذي يحدث داخل نفسية كل فرد لمدى الزامية ووجوبية الامتثال لهذا السلوك وإلا تعرضوا للجزاء المادي أو المعنوي، وهذا ما يميز العرف عن العادة.

الكلمات المفتاحية: المرأة، الزاواج، الخطبة، العرف، الشريعة.

* tamerkhaldi@gmail.com

مقدمة

إنّ العرف هو اتباع النّاس سلوكا معينا في مسألة أو مجموع مسائل بصفة مستمرة ولمدة كافية، تجعل لها القوى الالزامية. من هنا نجد أن للعرف ركنا ماديا يظهر في ذلك السلوك الذي اعتاد عليه النّاس في مجتمع معين، بحيث أصبحوا لا يمكنهم معارضته، نظرا لديمومته وتكراره لفترة كافية من الزمن. كماله ركن معنوي يتمثل في ذلك الشعور الذي يحدث داخل نفسية كل فرد لمدى الزامية ووجوبية الامتثال لهذا السلوك وإلا تعرضوا للجزاء المادي أو المعنوي، وهذا ما يميز العرف عن العادة.

والعرف مصدر تبعي للشريعة الإسلامية، ومن ذلك يكون للعرف حجية متى لم يخالف الأحكام الشرعية الثابتة بالنصوص، لقوله تعالى: "خذ العفو وأمر بالعرف"، وقوله صلى الله عليه وسلم: "ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن". أما كمصدر للقانون، فإن أصل الكثير من القواعد القانونية في مختلف الفروع القانونية عبارة عن أعراف، وأن معظم تشريعات الدول تنص على أن العرف مصدر رسمي للقانون، وهذا على غرار ما جاء به المشرّع الجزائري في الفقرة 2 من المادة الأولى من القانون المدني.

ولقد كان ومازال للعرف أهمية بالغة في تنظيم العديد من الجوانب الاجتماعية، حيث أن الكثير من المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية كان مصدرها الأول القواعد العرفية، قبل أن تتدخل الشريعة الإسلامية أولا، والقوانين الوضعية لاحقا بالاعتراف ببعضها واعادة تنظيم البعض الآخر. وإلغاء البعض.

الإشكالية: إلى أي مدى استمد نظام الأحوال الشخصية من العرف في التشريع الجزائري في مسألتي الخطبة والفاتحة؟

للإجابة عن ذلك نقترح خطة من مبحثين، الأول أثر العرف في الخطبة، والثاني أثر العرف في الفاتحة.

المنهج المتبع: أما عن المنهج المتبع في ذلك فهو المنهج الوصفي، من خلال التعرض لأهم المفاهيم، والمنهج التحليلي، من خلال تحليل ونقد المفاهيم، والمنهج المقارن، من خلال مقارنة ما جاء في الشريعة الاسلامية والقانون الجزائري في مسائل الأحوال الشخصية، خصوصا الأحكام المتعلقة بالخطبة والفاتحة وأثر العرف في ذلك.

أهمية الموضوع: الدور الهام الذي يلعبه العرف في مسائل الخطبة والفاتحة. **وأهمية** العرف باعتباره مصدر من مصادر الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي.

أهداف البحث: تبيين أثر العرف في الشريعة الاسلامية والقانون فيما يتعلق بمسألتي الخطبة والفاتحة.

المبحث الأول: أثر العرف في الخطبة

إنّ من أسس بناء الأسرة في الاسلام الزواج، والذي يعتبر العقد الشرعي الذي يربط بين الرجل والمرأة لتكوين أسرة وإنجاب الأولاد. وهذا الميثاق الغليظ يمر بمرحلة تمهيدية تتمثل في الخطبة، والتي قد يليها ما يسمى في المجتمع الجزائري بالفاتحة، ليوثق كل ذلك بعقد يختلف عن بقية العقود الأخرى، سواء في شروطه أو أركانه أو آثاره، كل ذلك للعرف أثر فيه.

إنّ الخطبة هي وعد بالزواج[1]، وهي مرحلة تسبق عقد الزواج، حيث فيها يتقدم الرجل لطلب المرأة للزواج بها شرعا خالية من كل مانع[2]، وهذا الوعد له آثار على الزوجين. وإنّ للعرف أثر كبير في الخطبة، سواء في الشريعة الاسلامية، أو في المجتمع الجزائري، ويظهر ذلك في الطبيعة والشروط والآثار.

المطلب الأول: طبيعة الخطبة

فبالنسبة لطبيعة الخطبة وطبقا للمادة 5 فقرة 1 من الأمر 05-02، فإنها وعد بالعقد وليس عقدا، ومنه يكون المشروع قد استنبط هذا الحكم من أحكام الشريعة الاسلامية، حيث يرى جمهور الفقهاء أنه ليس للوعد بعقد قوة إلزام، وبالتالي فإنه يمكن لطرفيها العدول عن ذلك[3].

والمشرّع الجزائري استنبط أحكام هذه المادة، فيما يخص طبيعة الخطبة من الأعراف الجزائرية التي ترى أن نظام الخطبة هو مجرد وعد بالزواج غير ملزم ولا ترقى الى مرتبة العقد، وهي مجرد مرحلة تعارف بين الخاطبين، وبالتالي فإن أثر العرف بارز في هذه المسألة سواء على الصعيد الفقهي أو القانوني، وحتى الاجتهاد القضائي فهناك الكثير من القرارات القضائية تؤيد فكرة أن الخطبة ما هي الا مجرد وعد بالعقد لا يؤدي إلى أي التزام وليس عقدا يرتب التزامات، بل قررت أن الأصل في الخطبة هي مقدمة للزواج وليست زواجا[4]، وبالتالي فهناك الكثير من القضايا في مسألة الخطبة تم فيها العدول في المجتمع الجزائري وإلى اليوم سواء من طرف الرجل الخاطب أو المرأة المخطوبة، وأيدت المحكمة العليا ذلك في الكثير من قراراتها متماشية مع العرف السائد في المجتمع الجزائري، على اعتبار ان الخطبة مجرد وعد بالزواج وليست زواجا، وهذا ما قالت به الشريعة الاسلامية في الكثير من الأحكام الفقهية وآراء العلماء بالأمس واليوم وهذا كذلك تبناه المشرّع الجزائري في القانون رقم 84-11[5]، وفي الأمر رقم 05-02 المتعلق بقانون الأسرة.

المطلب الثاني: الاختيار في الخطبة والنظر للمخطوبة

الفرع الأول: الاختيار في الخطبة

أما بالنسبة للاختيار في الخطبة، فهنا نميز بين الشروط الواجبة والشروط المستحسنة وأثر العرف في ذلك، ونركز هنا على الشروط المستحسنة، لأن أثر العرف فيها أكثر بروزا.

1- فعن الشروط الواجبة للخطبة فتظهر في شرطين في كل منهما يظهر أثر أحكام الشرع

فالشرط الاول، ألا تكون المخطوبة من المحرمات، سواء أكان تحريما مؤبدا أو مؤقتا، سواء أكان من المحرمات بالنسب أو المصاهرة أو بسبب الرضاع، وهذا مصداقا للآيات الكريمات[6] أو الأحاديث النبوية[7]. وبالتالي هنا لا يمكن تحكيم العرف في مسائل ورد فيها نص خاصة ما تعلق بالتحريم، ومن هنا تظهر حجية العرف في الشريعة الاسلامية، لأن فقهاء الشريعة الاسلامية على اختلافهم متفقون على أن العرف إذا خالف الأحكام الثابتة بالنصوص فلا عبرة به[8]،ولذلك فإنّ الشارع الحكيم ألغى الأعراف الفاسدة التي لا تتلاءم مع روح الشريعة الاسلامية كالتبني والزواج من المحرمات، أو الزواج أكثر من أربعة، وهذا كله كان سائدا كأعراف قبل أن تتدخل أحكام الشريعة الاسلامية وتلغيها، وإلى اليوم فإن الطبيعة البشرية تأبى القيام بمثل هذه الأفعال التي تنفرها النفوس قبل الأجسام.

أما الشرط الثاني فألا تكون المخطوبة مخطوبة لشخص آخر، وقد تدخلت الشريعة الاسلامية وذلك في قوله صلى الله عليه وسلم: "لا يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى ينكح أو يترك". وعن حكم زواج المخطوبة، فقد تضاربت آراء الفقهاء[9]، فما ذهب اليه جمهور الفقهاء هو أن خطبة الرجل على خطبة أخيه ليست لها أي تأثير على العقد، فالزواج صحيح، غير أن العقوبة فيه أخروية، وهذا ما ذهب اليه المشرّع الجزائري في المادة 5 من الأمر 05-02 لما نص على ان الخطبة مجرد وعد بالزواج يجوز للطرفين العدول عن ذلك، وبالتالي فإن المخطوبة التي وافقت على الزواج برجل ثاني زواجها صحيح لأن ذلك يدل على عدولها عن الخطبة الاولى ضمنيا، أما ما ذهب اليه الظاهرية فإن الزواج باطل وجب فسخه، ودليلهم الحديث الشريف الذي ينهى عن خطبة الرجل فوق خطبة أخيه، أما الاتجاه الثالث وهو ما ذهب اليه المالكية بأنّه يجب التفريق بين الدخول من عدمه، ففي الحالة الأولى فالزواج صحيح ولا يمكن فسخه، أما في الحالة الثانية فالعقد باطل .

لكن ما يمكن قوله بالنسبة للعرف السائد في المجتمع الجزائري، حول هذه المسألة، وبغض النظر عن إمكانية حدوث ذلك ضمنيا وفقا للتشريع الجزائري، فإن أي خاطب يتحرى ذلك قبل إقدامه على الخطبة، وهذا من باب تفادي الشحناء والبغضاء والتنازع، من جهة، ومن باب تفادي الضيق والحرج للمرأة وأهلها[10] إلا إذا كان هناك رفضا صريحا للخاطب الاول، وليس ضمنيا كما جاء به المشرّع الجزائري في المادة 5 السالفة الذكر، وهذا عرف حسن سار عليه الاولون والآخرون وأنكروا كل فعل مخالف لذلك، وكل من يفعل خلاف ذلك يتعرض لجزاء معنوي، يتمثل في نظرة المجتمع السيئة لهذا الخاطب الثاني وللمخطوبة التي وافقت على ذلك وحتى أهلها الذين قبلوا بهذا الأخير رغم وجود

الخاطب الأول بالرغم من صحة العقد فقها وقانونا. وهذا إنْ دل على شيء فإنما يدلّ على العمل بما جاء به الحديث الشريف حول نهيه عن الخطبة فوق الخطبة.

2- أما عن الشروط المستحسنة، فتتمثل في الخلق الحسن، وأن تكون المخطوبة من البعيدات، وأن تكون بكرا ولودا، بالإضافة الى التقارب الاجتماعي والثقافي والاقتصادي وحتى العمري، حيث أثبتت الحياة الاجتماعية بأن من اسباب الطلاق والمشاكل بين الزوجين هو عدم توفر هاته الشروط خاصة في المخطوبة، هنا يظهر الأثر البارز للعرف والشريعة الإسلامية في ذلك.

فإذا بدأنا بالشريعة الاسلامية نجد الكثير من النصوص الشرعية تعالج هذه الشروط المذكورة آنفا، فنجد في حديث للرسول صلى الله عليه وسلم في قوله: "فاظفر بذات الدين تربت يداك"، وقوله أيضا: "إذا جاءكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه"، وقوله صلى الله عليه وسلم أيضا: "اغتربوا لا تضووا"، وقوله أيضا: "تزوجوا الودود الولود فإني أباهي بكم الامم يوم القيامة"، وقوله أيضا: "من تزوج امرأة لمالها لم يزده الله الا فقرا، ومن تزوج امرأة لحسبها لم يزده الله الا دناءة، ومن تزوج امرأة ليغض بصره ويحصن فرجه أو يصل رحمه بارك الله له فيها وبارك لها فيه".

حتى أن المشرّع أشار الى بعض من ذلك عندما عرف الزواج في المادة 4 المعدلة بموجب الأمر رقم 05-02 السابق الذكر "الزواج عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب". كما ان كل هذه المقومات المذكورة في هذه المادة لا تتحقق إلا بالشروط المستحسنة. وأن للعرف أثر بارز على هذه الشروط المستحسنة في المجتمع الجزائري، حيث باتت معظم القواعد العرفية في هاته المسائل قواعد ملزمة لا تكاد أي جهة من جهات الوطن تخالفها، وما زاد في توثيقها أحكام الشرّع والقانون في ذلك.

فكل الشباب والشابات أو أهاليهم يبحثون عمن تتوفر فيه أو تتوفر فيها ضابط الدين والخلق الحسن. كما نجد اليوم ونظرا للظروف الاقتصادية والمعيشية يقبل الأطراف على صاحب أو صاحبة المال والوظيفة، وهذا ليس عيبا، بدليل قوله صلى الله عليه وسلم: "تنكح المرأة لأربع وذكر من بينها المال والجمال"، حتى أن المشرّع الجزائري جعل للطرفين امكانية الاشتراط في عقد الزواج[11]، ومن بين ذلك عمل المرأة، وهذا دليل على تغير نظرة المجتمع للمرأة العاملة، التي يعتبرها الكثيرون اليوم أكثر من ضروري، وهذا من أجل تعاون الزوجين على مشاق الحياة التي زادت صعوبة اليوم مع كثرة المتطلبات والضروريات، من هنا كان العرف من أقوى الوسائل في تطوير الفقه والقانون وجعلهما قادرين على الاستجابة لمتطلبات المجتمع[12].

وفي مسألة البكر الولود نجد أن الشباب من الرجال يقبلون على الزواج من البكر، أما الثيب فإن الذي يتزوجها إما مطلق أو الذي توفت عنه زوجته أو كان كبيرا في السن، وقلما نجد من الشباب من يفعل العكس حتى أن أهالي الشباب من الذكور يرفضون تزويج ابنهم من فتاة ثيب، وإن كان يكبرها سنا، كما أن هذا الشرط يحقق إمكانية الإنجاب، التي هي غريزة فطرية في الرجل والمرأة معا، وحالة نفسية شعورية وعاطفة أبوة وأمومة تتحرك بداخل كل شخص، وما الزواج الا

كآلية شرعية وقانونية وأساس لتحقيق ذلك. وفي ذلك توافق مع ما جاء في حديث النبي صلى الله عليه وسلم في حثه على الزواج من الولود، والمجتمع الجزائري ميال إلى هذه الظاهرة، حيث إذا لم يتحقق له ذلك نجده يقبل على الطلاق أو التعدد من أجل الإنجاب.

وبالنسبة لمسألة الكفاءة، فقد اتفق الفقهاء على ذلك، ومن بينهم المذهب الحنفي الذي يشترط في الزواج الكفاءة الخلقية والدينية والمالية والثقافية وحتى العمرية، فهنا يشترط 18 سنة للذكر و17 سنة للأنثى، والمالكية حددوها بـ 18 سنة لكلا الجنسين.[13]

والمشرّع الجزائري ووفقا لما جاء به في القانون رقم 84-11 في المادة 7 فإنه حدد سن الزواج بـ 21 سنة للذكر و 18 سنة للفتاة، وفي الأمر رقم 05-02 في المادة 7 معدلة فقد حدد السن بـ 19 سنة لكلا الطرفين، وبذلك فإن مشرّعنا حقق الكفاءة العمرية في الزواج، وهذا يتطابق ومقومات المجتمع الجزائري الذي من أعرافه أن يكون الرجل أكبر سنا أو مساويا لسن المرأة، وهذا ما يحقق التوافق والانسجام والمودة بين الزوجين، حيث قلما نجد أن الزوجة أكبر سنا من الزوج، أو وجود فارق كبير في ذلك، لأن هذا مدعاة للخلافات والمشاكل بين الزوجين وقد يؤدي الى الانفصال، وقلما نجد اليوم زواج القصر الذي كان سائدا بالأمس، رغم الامكانية القانونية لذلك، من خلال ما جاءت به المادة 7 من الأمر 05-02 حيث يمكن أن يمنح القاضي الإذن بالزواج لكل ذكر أو أنثى لا تتوافر فيه السن القانونية للزواج اذا كانت هناك مصلحة او ضرورة، مع قدرة الطرفين على تحمل تبعات الزواج. وهذا الحكم مأخوذ من أعراف المجتمع الجزائري وخاصة في زمن مضى، حيث كان الآباء والأمهات يزوجون أولادهم في سن صغيرة. وهناك من فقهاء القانون من يعتبون على المشرّع الجزائري لأنه جعل سن القاصر مطلق ولم يقيده بسن معينة، فكان عليه تحديدها بسن 17 سنة للفتاة و18 سنة للفتى لا يمكن النزول تحتها.[14]، وفي الحقيقة فإن المشرّع الجزائري أحسن التوفيق عندما لم يحدد سن زواج القاصر، وهذا تبعا لعادات وتقاليد المجتمع الجزائري، الذي وصل به الحد الى تزويج من هم في سن 15 سنة أو أقل في فترة من الفترات، وبالتالي أراد المشرّع عدم مخالفة ما هو سائد في المجتمع. ونظرا لتغير الظروف والأحوال، وكما أشارنا سابقا أنّ العرف يتغير تبعا لذلك، فإن شبابنا أصبح يتزوج في سن يفوق الثلاثين سنة وحتى الأربعين بالنسبة للفتيات وأصبحت هذه الظاهرة قاعدة ملزمة، قلما نجد من يتزوج وفق السن المنصوص عليه قانونا وهي 19 سنة. فنرى أنّه حان الأوان للنظر في هذه المسألة ووفق ما هو سائدا في أوساط المجتمع، الذي يرى أن سن الزواج الطبيعي اليوم هو 30 سنة أو أكثر، وفقا لعامل الخدمة الوطنية، واتمام الدراسة وإيجاد وظيفة وتكوين الذات ماديا ومعنويا، لأن الزواج من متطلباته القدرة على الانفاق، وهذا ما هو مطلوب شرعا وقانونا، وإلا يكون الزوج في مرتبة الظالم لزوجته، وكذلك عدم القدرة على الانفاق من أسباب الخلاف بين الزوجين وانفصالهما، وأكثر من ذلك، فالمشرّع الجزائري لم يتعرض الى مسألة الفارق في السن بين الخاطب والمخطوبة وترك ذلك للعرف، وهذا حسب الظروف، وعاملي الزمان والمكان، فقديما كان الخاطب يفوق المخطوبة بسن كبير جدا، واليوم نجد تقارب في السن بين الزوجين، وهناك أماكن مازال فيها تزويج الصغار، وأماكن أخرى اندثرت فيها هذه الظاهرة، وأصبح سن الزواج اليوم بين الشباب عاليا جدا. لذلك من الصعب على المشرّع تحديد سن الفارق بين المخطوبين كما فعلت بعض التشريعات العربية[15] ،وأكثر من ذلك، حتى التقارب بين الزوجين في المسائل

الاجتماعية والثقافية والاقتصادية يخضع للعرف، وقلما نجد عدم التوافق في ذلك، فكل من الخاطبين يريد الزواج بمن هو في مرتبته حتى المجتمع يفرض ذلك على الخاطبين، فنجد الوالدين يرفضون أن يتزوج ابنهم أو ابنتهم بمن هو دونه في المستوى، وهذا حفاظا على المكانة الاجتماعية، وعلى المال، وعلى المستوى الثقافي.

إذن هناك أدلة كثيرة من القرآن والحديث خاصة، وآراء للفقهاء والأئمة ترجح بأن الكفاءة شرط في لزوم الزواج، وقبل ذلك بين الخاطب والمخطوبة، وهذا أدعى لأن تستقر الأسرة، وبالتالي استقرار المجتمع ككل[16]، وللعرف أثر قوي في ذلك، فإذا لم يكن الزوج كفؤا لن تستمر الحياة الزوجية، وكذلك الأولياء خصوصا من جهة المخطوبة يرفضون وينفرون من مصاهرة من لا يناسبهم في دينهم وجاههم ونسبهم ومكانتهم الاجتماعية وثقافة ابنتهم ووضعهم الاقتصادي، وهذا ما يلاحظ وإلى اليوم في أعراف المجتمع الجزائري في هذا الجانب.

الفرع الثاني: النظر للمخطوبة

في مسألة النظر للمخطوبة لم ينص المشرّع على ذلك، بل تركها للشريعة الاسلامية وفقا لما جاء في المادة 222 من الامر 05-02، حيث إذا لم يوجد نص في قانون الأسرة يتم الرجوع في ذلك الى أحكام الشريعة الإسلامية، والتي تجيز للرجل النظر الى المخطوبة بوجود محرم وفي حدود معينة اتفق الفقهاء في ذلك على الوجه والكفين، وهذا أدعى لاستمرار الحياة الزوجية بينهما لقوله صلى الله عليه وسلم: "انظر إليها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما".

كما يمكن الرجوع الى العرف في مسالة النظر للمخطوبة، وهنا نفرق بين مرحلتين، ففي الماضي وفي بعض المناطق من الوطن، لا يتجرأ الرجل الى النظر الى المرأة، بل يرسل إحدى قريباته للقيام بهذه المهمة واطلاعه بكل ما رأته وسمعته منها وهذا ما سمي بالزواج التقليدي، أما اليوم فقد بدأت هذه الظاهرة بالاختفاء بسبب انتشار الوعي الديني، حيث أصبح لا مانع من رؤية الخاطب لمخطوبته والجلوس معها ومحاورتها، ولكن نجد بعض الفئات من المجتمع تعدت الحدود الشرعية والقانونية في اعتبار الخطبة مجرد وعد بالزواج يمكن العدول، فراحت تنظم لقاءات وتجري حوارات وتلتقط صورا فناهيك عن الخلوة وعدم وجود محرم بين الطرفين، هذا أدى الى تفشي ظاهرة العدول عن الخطبة من جهة، أو الانفصال المبكر إذا تم الزواج من جهة أخرى، وحتى إلى الطلاق قبل الدخول. فهذا النوع من العرف في مجتمعنا فاسد ينبغي التخلص منه حفاظا على الأسر والمجتمعات، والقضاء على ظاهرة الطلاق التي هي في انتشار رهيب بسبب هذه الظواهر الفاسدة. وأكثر من ذلك على المشرّع سد الفراغ في هذه المسائل وتنظيمها قانونيا، أي كل ما يتعلق بالخطبة وفقا لما هو سائد في المجتمع من أعراف حسنة.

المطلب الثالث: العدول عن الخطبة

أمّا بالنسبة للعدول عن الخطبة وآثاره وأثر العرف في ذلك، فإننا نجد وكما نص المشرّع على ذلك إمكانية لأحد الطرفين العدول عن الخطبة، فهي مجرد وعد بالزواج لا يرتب أية التزامات، سوى أن ذلك مجرد التزام أدبي على اعتبار أن الوفاء بالعهد واجب، وأن المجتمع ينفر من الطرف الذي يقوم بعملية العدول، وينظر الى الطرف الآخر نظرة شك وريبة واتهام ويضع علامة استفهام كبيرة. من هنا كان من الأحسن ضبط العدول بضوابط قانونية، ما لم تكن هناك أسباب جدية ومقنعة أدت الى العدول عن الخطبة كي لا يتحول هذا الأخير من حق الى ظلم وتعنيف. رغم أن الخطبة وفقا للشرع والقانون والعرف ما هي الا وعد بالزواج يجوز لطرفيها العدول عنها دون إلزامهما بإعطاء الأسباب لذلك، وهذه الظاهرة كثيرة الحدوث في مجتمعاتنا رغم اشمئزاز النّاس منها والنظر للفاعل على أنه مخالف للعهد والوعد.

وأخطار العدول تظهر فيما يحدثه من آثار على الطرفين ماديا ومعنويا، تتعلق بالصداق والهدايا والأضرار المادية والمعنوية. وهذا كله عالجه الشرع والقانون وللعرف أثر كبير فيه.

1- فالصداق هو ما يدفع للمرأة لقاء عقد الزواج[17]، لقوله تعالى: "وآتوا النساء صدقاتهن نحلة"، والعرف تدخل بشكل كبير في تنظيمه سواء من حيث مقداره أو من حيث دفعه أو من حيث مصيره.

فبالنسبة لمقداره، فهو غير محدد لا في الشرع ولا في القانون، حيث ترك ذلك للعرف، ولكن هناك نصوص شرعية، حسب ما جاء عن الرسول صلى الله عليه وسلم تحبذ أقله في قوله: "أيسرهن مهرا أكثرهن بركة"، وقوله: "ولو خاتم من حديد"، والله سبحانه وتعالى لم يتكفل بتحديده في قوله: "وآتيتم إحداهن قنطارا...".حتى نوعية الصداق غير محددة، فتكون بمنقولات أو عقارات أو أي شيء يصح التعامل به[18]، لذلك أحسن الشرع والمشرّع عملا، فذلك متروك لعامل الزمان والمكان وللظروف الاجتماعية والاقتصادية، فما يعتبر ذا قيمة اليوم قد يكون تافها ولا قيمة له في المستقبل، كما أن العرف في المجتمع الجزائري في مسألة المهر يخضع لمهر المثل، الذي يختلف من منطقة لأخرى[19].

وأنه من عادات المجتمع الجزائري، وعلى العكس مما هو معمول به في دول المشرق العربي فإن المهر يدفع معجلا وكاملا، ورغم أن لا الشرع ولا القانون يفرض ذلك، فيستطيع الرجل دفع جزء معجل وجزء آخر مؤجل[20] لما بعد الطلاق أو الوفاة. كما أنه وتبعا للأعراف السائدة في المجتمع العربي، فإن المهر يدفع للمرأة ولها حق التصرف فيه، حيث تشتريه جهازا تحضره معها الى بيت الزوج، وأنها لا تزف قبل أن يدفع الرجل معجل مهره كله أو بعضه[21]، ومن المتعارف عليه في المجتمع الجزائري في زمن دفع المهر، فإنه يكون بين فترة الخطبة والفاتحة، هذا يطرح إشكال حول مصير الصداق إذا تم العدول عن الخطبة. هذا لم ينص عليه المشرّع الجزائري في قانون الأسرة، هنا نرجع الى الشرع وما هو سائد من أعراف في هذا المجال، فالقاعدة أن الصداق مقابل عقد الزواج، ومادام أن العملية هي مجرد وعد بالعقد، فإنه على المرأة إرجاعه للرجل سواء أكان العدول منها أو منه، وهذا ما ذهب اليه جل فقهاء الشرع، ماعدا في حالة الطلاق قبل الدخول فإنها تستحق نصفه، وفي حالة الوفاة قبل الدخول تستحقه كاملا[22].

إذن فتأجيل الصداق أو تعجيله هو من اختصاص الطرفين (الزوجين)، وفي حالة لم يذكر شيء حول ذلك في العقد فيتبع العرف السائد في المجتمع، وهو عندنا التعجيل به، كما أن تحديد مبلغ الصداق يكون في العقد، وإذا لم يتم ذلك فالقاعدة العرفية تنص على اعتماد آلية مهر المثل، وهذا ما ذهب اليه المشرّع الجزائري[23].

2-أما حكم العرف في مسألة الهدايا والتعويض، فجاء موافقا لما جاء به الشرع في المذهب المالكي والقانون، حيث تم الاتفاق على أن الذي يعدل عليه رد هدايا الطرف الآخر وإن استهلك يتم دفع قيمتها[24] ولكن العرف السائد عندنا أن تقديم الهدايا هو من اختصاص الرجل، وقلما نجد العكس، وأن الحكمة من رد الخاطب الهدايا للمخطوبة هو ردع للخاطب حتى لا يقدم على العدول تاركا المخطوبة في مواجهة المجتمع دون رحمة، وهذا ما هو معمول به في العرف في مثل ذلك[25]. حتى أن الأضرار المادية أو المعنوية التي قد يتعرض لها الطرف الآخر وخاصة المرأة، جراء عملية العدول فإنه يجب جبرها، عملا بالقاعدة العرفية: "الضرر يزال"، ومن عادات مجتمعنا أنه لا يرحم المرأة المعدول عنها، وينظر إليها نظرة شك واتهام. ويطرح تساؤلات عديدة حول سبب العدول، وبالتالي فإن لهذا الأخير آثارا سلبية على سمعة وشرف المخطوبة، قد يؤثر سلبا على زواجها مستقبلا، كما أنه قد يؤدي الى عنوستها إلى الأبد، من هنا وفق المشرّع حينما نص على إمكانية المطالبة بالتعويض عن الضرر المادي، وحتى المعنوي.[26]

إذن فالعرف له آثار كبيرة وواضحة في الخطبة، بدء من طبيعتها القانونية، إلى شروطها المستحسنة وصولا الى العدول وآثاره، والقاعدة أن كل ما لم يرد الاتفاق عليه بين الطرفين يتم الرجوع فيه إلى العرف السائد، وأن الكثير من الأحكام لم يتم تنظيمها شرعا ولا قانونا، وترك ذلك للقواعد العرفية، كما أن الكثير من القواعد القانونية في مسائل الخطبة وما يتعلق بها في الأصل قواعد عرفية كمسألة الكفاءة والأهلية ودفع المهر وإرجاع الهدايا والتعويض. بل أكثر من ذلك أن آثار الاستمداد من العرف واضحة في الشريعة الاسلامية وقانون الأسرة فيما يتعلق بمسألة الخطبة.

المبحث الثاني: أثر العرف في الفاتحة

إنّ الفاتحة هي خطبة مفتتحة بحمد الله والصلاة والسلام على رسوله الكريم مع اختتام ذلك بالوصية والدعاء[27]. والمشرّع الجزائري تناول هذه المسألة في قانون الأسرة رقم 84-11 وفي الأمر رقم 05-02 ولم يعطي تعريفا لها[28]، ونشير أن للعرف حظ أوفر في مسألة الفاتحة، حتى أن فقهاء الشرع لم يتناولوا ذلك، والمشرّع تناولها بشكل مقتضب، وكان للاجتهاد القضائي دور في ذلك، فمسألة الفاتحة منظمة في المجتمع الجزائري بموجب قواعد عرفية، أصبحت لها الصفة الالزامية وفرضتها الأحكام والقرارات القضائية.

المطلب الأول: مفهوم الزواج بالفاتحة

إنّ الزواج بالفاتحة هو زواج عرفي، وهذا طبقا لما جاء في الكثير من القرارات القضائية، لكن يجب التفريق بين هذا النوع من الزواج في المجتمع الجزائري ولدى المشارقة، فهو عندنا هو زواج صحيح متوفر على الشروط والأركان، ولكن تنقصه الرسمية، أي أنه لم يتم توثيقه لدى ضابط الحالة المدنية أو لدى الموثق[29]، والمشرّع اعترف به ضمنيا عندما سمح بإمكانية توثيقه بموجب حكم.[30] بينما لدى المشارقة فهو زواج سري، حيث يتوفر على بعض الشروط والأركان ويهمل الأخرى، هذا يجعل الزوجة في حرج، ومصير الأبناء مجهول، لأنه يصعب إثباته إذا ضاعت الورقة أو مزقت وأنكر الشهود ذلك .

والمشرّع الجزائري لم ينكر هذا النوع من العقود، حفاظا على الأسرة التي تشكلت وعلى مصير الأبناء الذين قد يولدوا في ظل أسرة متكونة بموجب عقد زواج عرفي، لأن المجتمع الجزائري ولفترة طويلة وإلى اليوم، ورغم منع الأئمة من إبرام هذا النوع من العقود، مازال النّاس يكونون أسرا بموجب عقد عرفي أو بمجرد قراءة الفاتحة وحضور الجماعة للوليمة، ولنا في الأحكام والقرارات القضائية الكثيرة على مستوى المحاكم والمجالس والمحكمة العليا الدليل على ذلك، بل أكثر من ذلك وصل الأمر الى رفع دعاوى قضائية لإثبات الزواج بعد الوفاة، بل أكثر من ذلك اقتران زواج عرفي مع طلاق، لكن الاجتهاد القضائي في الجزائر وجد المخرج لهذه الاشكالات، وذلك بتثبيت الزواج العرفي بموجب حكم، ويتم تسجيله في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة، وكذلك بتثبيت الزواج العرفي والطلاق في نفس الحكم، إذا اقترن الطلاق بوجود زواج عرفي .

إذن فالزواج العرفي أو الزواج بالفاتحة، هو زواج فرضته القواعد العرفية، ليصبح فيما بعد قاعدة قانونية، تناولها المشرّع في قانون الأسرة سواء في القانون رقم 84-11 أو في الأمر رقم 05-02، ومازال إلى اليوم يتم العمل بهذه القاعدة، لأنها قاعدة اجتماعية قديمة وصحيحة، حتى أن الاجتهاد القضائي واكب ذلك، واعتبر أن الزواج العرفي أو الزواج بالفاتحة هو زواج صحيح متى اقترن بمجلس العقد، وما على الأطراف المعنية إلا إثباته بحكم، وهذا أحسن ما فعل المشرّع وتبعه في ذلك الاجتهاد القضائي على اعتبار تجذر هذه القاعدة العرفية، وبذلك تراجع المشرّع على اعتبار الفاتحة مجرد خطبة كما فعل في قانون الأسرة 84-11، ويعتبرها زواجا صحيحا ولكنه عرفي يحتاج إلى توثيقه، وهذا ما تبناه في الأمر رقم 05-02.

المطلب الثاني: طبيعة الزواج بالفاتحة

الزواج بالفاتحة هو زواج عرفي، يعتبر مجرد خطبة، أي وعد بالزواج إذا اقترنت بمجلس الخطبة، أي مجرد وعد لا ترقى الى عقد كامل، وهذا لعدم اكتمال الشروط والأركان، وبالتالي يجوز للطرفين العدول عنها، فالمشرّع الجزائري صريح في ذلك، حيث نص على أنه إذا اقترنت الفاتحة بالخطبة فهذا لا يعد زواجا.[31] وفي ظل القانون رقم 84-11 أنكر المشرّع كلية الزواج بالفاتحة في المادة 6، حيث نص على أنه يمكن أن تقترن الخطبة مع الفاتحة أو تسبقها بمدة غير محددة، تخضع الخطبة والفاتحة لنفس الأحكام.

نستطيع القول هنا أن المشرّع الجزائري في ظل القانون القديم أراد أن يتخلى عن القاعدة العرفية السائدة في المجتمع الجزائري الذي كان أغلبه إن لم نقل كله يبرم عقد زواجه عن طريق نظام الفاتحة، ولما لم تنجح القاعدة القانونية في إلغاء القاعدة العرفية المتجذرة في المجتمع الجزائري، جاءت قرارات قضائية تصحح الوضع، وذلك بموجب اجتهادات قضائية صادرة من المحكمة العليا، تنمّ عن ترسيم القاعدة العرفية لأن السلوك الذي اتبعه الجزائريون في مسألة الفاتحة بصفة مستمرة، ولمدة طويلة تجعل منها قاعدة ملزمة، وبالتالي لم يستطع المشرّع حتى تصحيحها، بل نص فيما بعد على إعادتها من جديد بموجب الأمر رقم 05-02،بل أكثر من ذلك، وفي ظل إلغائها جاءت اجتهادات المحكمة العليا تثبتها، رغم أن القاعدة هي "لا اجتهاد مع نص".

ومن ثم يكون المشرّع قد كيف الفاتحة على أساس أنها خطبة وليس زواجا، غير أن هذا الحكم الذي كان يتبناه المشرّع في هذا المجال لا يتماشى مع عادات المجتمع الجزائري، لأن قراءة الفاتحة تكيف على أساس أنها زواج لاشتمالها على جميع الأركان والشروط المطلوبة في عقد الزواج، ولتفادي هذا المشكل، جاءت قرارات المحكمة العليا لتصحح الأمر وتعيد الوضع الذي كان سائدا[32]، أي العمل بالقاعدة العرفية، غير أن اقتران الفاتحة بالخطبة في مجلس العقد يعتبر زواجا صحيحا، متى توافر على الشروط والأركان المطلوبة لذلك في المادة 09 مكرر من قانون الأسرة، ومنه فهذا الزواج شرعي، وعقده يرتب آثارا أثناء الحياة أو بعد الوفاة، فلها نصف الصداق إذا طلقها، لأننا هنا أمام عقد وليس مجرد وعد بالعقد، ففي الحالة الأولى يكون طلاقا قبل البناء، وفي الحالة الثانية هو عدول. لكن يبقى هذا العقد ناقصا ليكتمل بتوثيقه لدى ضابط الحالة المدنية أو ضابط عمومي مختص (موثق)، أو تثبيته بموجب حكم قضائي، فالرسمية في عقد الزواج ليست للانعقاد بل للإثبات، حيث نص المشرّع في المادة 22 معدلة من الأمر رقم 05-02 على: "يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي...".

إنّ هذا التعبير الذي جاء به المشرّع في مسألة هذا النوع من الزواج، هو دليل على عدم قدرته على إلغاء القاعدة العرفية السائدة التي ساندتها اجتهادات المحكمة العليا، وبالتالي تم التمييز بين مجلس الخطبة ومجلس العقد. ففي الحالة الأولى تعتبر مجرد وعد بالزواج يمكن العدول عنه، والثانية عقد زواج صحيح يرتب آثارا شخصية ومالية، وفي حالة العدول يعتبر ذلك طلاقا قبل الدخول.

وحسن فعل المشرّع الجزائري عندما اعترف بالزواج بالفاتحة، وأعطى إمكانية تثبيته، وهذا لأن هذه القاعدة العرفية متجذرة، ولم يتم الغاءها بموجب نص قانوني هذا من جهة، ومن جهة أخرى نظرا للآثار السلبية لهذا النوع من الزواج لو لم يعترف به المشرّع من ضياع حقوق المرأة، وضياع حقوق الأبناء خاصة في مسألة النسب.

ورغم أهمية الاعتراف بالزواج العرفي إلا أن له بعض الآثار لكنها أخف وطئا مما لو حدث العكس، ويظهر في اللجوء إلى الزواج العرفي من أجل التحايل، فنظرا لتشدد المشرّع في بعض المسائل كالتعدد، فإن الرجال يلجؤون الى الزواج العرفي للهروب من هذه الضوابط التي يرونها قاسية خاصة مسألة الحصول على ترخيص بالزواج، ثم يقومون بتوثيق العقد بموجب حكم قضائي.

المطلب الثالث: الزواج بالفاتحة يحتاج الى توثيق للإثبات

إن الزواج بالفاتحة إذا كان في مجلس الخطبة، فهو مجرد وعد بالزواج يمكن لطرفيه العدول عنه، لأنه مجرد مرحلة تمهيدية للزواج وليس زواجا، لكن إذا كان الزواج بالفاتحة في مجلس العقد، هنا نكون أمام عقد زواج حقيقي لأنه يتوفر على شروطه وركن الرضا.

كذلك فإن عقد الزواج هو عقد رضائي، كما عرفه المشرّع الجزائري في المادة 4 من الأمر 05-02، وما الرسمية فيه إلا للإثبات، وأكثر من ذلك، فقد أجاز المشرّع إمكانية إثباته بموجب حكم قضائي، وبالتالي يمكن القول أن الزواج إن توفرت شروطه والرضا كان عقدا صحيحا وإن لم يوثق، واللجوء إلى الحكم القضائي لتثبيته دليل على اعتراف ضمني من المشرّع بصحة العقد العرفي القائم على نظام الفاتحة، وبالتالي اعتراف بصحة القاعدة العرفية، التي تحولت بموجب الأمر رقم 05-02 إلى قاعدة قانونية. ولكن الغاية التي توخاها المشرّع من اشتراط الرسمية في عقد الزواج هو إثباته ومن الجانب الشرعي اعتبرها الامام مالك شرطا لترتيب آثار الزواج[33]. وهذا حماية للحقوق. ولتحقيق ذلك كانت آلية الشهادة في الفقه الاسلامي، التي تقابلها اليوم الكتابة عن طريق ضابط الحالة المدنية أو الموثق في قانون الأسرة الجزائري.

كما أنّ الرسمية تحقق العلنية أو الشهر، بالإضافة الى حفل الزفاف الذي يعتبر من القواعد العرفية كل بيئة أو منطقة طريقتها في الاحتفال، وقد أعلن الرسول صلى الله عليه وسلم ذلك بقوله: "أعلنوا النكاح"، كل هذا يحقق العلانية والإشهار للزواج بالإضافة الى الإشهاد، وهذا للحيلولة دون سريّته.

كما أنّ الشهر والعلانية تحقق بمجرد حضور ولي الزوجة وولي الزوج (الوكلاء) وجمع من كبار أهل المنطقة ومن الأقارب، وفي هذه الجلسة يتم تحديد الصداق، وحتى ما يمكن أن يشترطه الطرفان مع تقديم الوليمة للحضور، وتلاوة الفاتحة والدعاء للزوجين في نهاية المجلس، هنا نرى توفر الرضائية ووجود الولي والشهود وتسمية الصداق، ومنه فالزواج مكتمل.

إذن فالعرف في هذه المسألة له دور كبير سواء في مسألة الحفل الذي لا يتنافى مع الشرع والقانون من أجل إعلان الزواج وتفادي السرية. أو من حيث الولي، حيث حسب الأعراف السائدة في الجزائر، وفي كل المناطق تقريبا أن الرضائية

تصدر من الزوجين، والتعبير عنها يكون من ولي الزوج وولي الزوجة كوكلاء عنهما، لأن الأعراف ترى أنه من الأخلاق ألا يكون هناك كلام عن الزواج بين الأولياء وكبار السن والمقبلون على الزواج من الشباب[34].

وعلى الرغم من أن المشرّع في التعديل الأمر رقم 05-02 غير من وضعية الولي بالنسبة للمرأة الراشدة، حيث يمكنها أن تختار أي ولي لإبرام عقد زواجها[35] ،إلا أنه متأكد أن العرف السائد في كل المناطق الجزائرية، أن أول ما تختار المرأة كولي تختار أباها، وأكثر من ذلك وكما أشرنا سابقا، فإن العرف عندنا رضا الزوج كذلك يعبر عنه عن طريق وكيله وهو أبوه، والعرف عندنا كذلك أن الإيجاب يصدر من الزوج، والقبول يصدر من الزوجة، والتعبير عنه علنا يكون عن طريق الأولياء (الآباء). وفي العرف عندنا أيضا أن أي عيب من عيوب الإرادة خصوصا التدليس، الذي يحدث خاصة من طرف أهل المرأة يؤدي الى الطلاق أو الى الطلاق قبل الدخول إذا اكتشف ذلك قبل البناء.

كل هذا لم يتناوله المشرّع بل ترك ذلك للشرع والعرف ليبت فيه. وأكثر من ذلك كان في ظل القانون القديم 84-11، وفي المادة 20 منه إبرام عقد الزواج عن طريق الوكالة، نظرا للعرف السائد آنذاك، وهو أنه من الاحترام والأخلاق ألا يواجه المتزوجان أبواهما، حيث تنص المادة على: "يصح أن ينوب عن الزوج وكيله في إبرام عقد الزواج بوكالة خاصة".

حتى الألفاظ التي يتم التعبير بها عن الرضا تركها المشرّع للعرف، حيث نص في المادة 10 من قانون الأسرة، الأمر رقم 05-02: "يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا"، حتى أن الشرع خصوصا ما ذهب اليه المالكية، ربطوا الألفاظ التي ينعقد بها عقد الزواج بالعرف[36]، لأنهم ومشرّعنا لم يشترطوا ألفاظا معينة للتعبير عن الارادة، وحسنا فعلوا لأن لكل منطقة ألفاظها وعباراتها التي تفيد معنى النكاح الشرعي، حتى في الجزائر، فلكل منطقة خصوصيتها في ذلك، واختلافها في اللهجات، وبالتالي الاختلاف في التعبير عن هذه المسألة حتى أن أغلبية التعابير عن ذلك اليوم تكون بالعامية، ولكل منطقة لهجتها .

حتى مسألة الصداق تتم إثارتها في مجلس العقد، وللعرف أثر كبير فيها ، بل لكل منطقة قاعدتها العرفية في ذلك، سواء في قيمته ، لأنه غير محدد أدناه أو أقصاه شرعا وقانونا، رغم أنه يجب تحديده في العقد، وبالتالي فإن القاعدة ترى أن الصداق إذا لم يكن محددا يتم الرجوع في ذلك إلى العرف السائد في المنطقة كما يمكن اللجوء إلى مهر المثل، أضف إلى ذلك، وفي العرف الجزائري وعلى العكس مما هو سائد في منطقة المشرق العربي، فإن المهر يدفع كاملا ومعجلا وفي الفترة بين الخطبة والفاتحة وأن الذي يتسلمه هو ولي الزوجة الذي يقوم بشرائه جهازا لابنته تأخذه معها يوم زفافها، فكل ذلك لم يتعرض له قانون الأسرة ولم ينكره ، حيث ترك ذلك للعرف للتكفل بتنظيمه .

إذن فالشروط المطلوبة في عقد الزواج، وركن الرضا حاضرة في مجلس الفاتحة، ويظهر أثر العرف في ذلك، سواء في الايجاب والقبول، أو في اهلية الزوجين، أو في مسألة الولي والشهود والصداق. من هنا نقول أن الزواج بالفاتحة عقد صحيح كما أشار إلى ذلك المشرّع في الأمر رقم 05-02، وفقا للقاعدة العرفية، لكن ينقصه التوثيق فقط من أجل الحفاظ على الحقوق الشخصية والمالية التي تنتج عن عقد الزواج. وكان الأجدر بالمشرّع ترك إمكانيته للأئمة في إبرام (توثيق) هذا النوع من العقود، كما كان سائدا من قبل، وتفادي مشكل الشكلية بالنسبة للزواج بالفاتحة. فالزواج بالفاتحة

معترف به من المشرّع، فمن المفروض تدعيمه بدور الأئمة بتوثيقه ما دام أنه عقد متوفر على الشروط المطلوبة شرعا وقانونا ومتوفر على ركن الرضا.

خاتمة

إنّ الاستمداد من العرف واضح على مستوى الشريعة الاسلامية على اعتبار أنّه مصدر تبعي لها، وكذلك على مستوى القانون باعتباره أحد مصادره الرسمية، والدليل على ذلك ما ورد في أحكام الفقه الاسلامي وقانون الأسرة الجزائري فيما يتعلق بالأحوال الشخصية الذي يظهر أثره في مسألتي الخطبة والفاتحة. بل أكثر من ذلك، هناك الكثير من المسائل لم يتناولها لا الشرع ولا القانون وترك الأمر في ذلك للقواعد العرفية. كما أن هناك الكثير من القواعد القانونية فيما يتعلق بمسائل الأحوال الشخصية عموما، والخطبة والفاتحة خصوصا، هي في الأصل قواعد عرفية. وما يمكن الخروج به كنتائج من هذه المداخلة ما يلي:

1- كل الأعراف تقريبا في المجتمع الجزائري فيما يتعلق بالأحوال الشخصية والخطبة والفاتحة خصوصا أعراف جيدة لا تتنافى مع أحكام الشرع وتتماشى ومقومات المجتمع الجزائري.

2- هناك بعض القواعد القانونية في الأمر 02/05 خاصة ما يخص الولي تتنافى وأعراف المجتمع الجزائري حيث لا يمكن للفتاة سواء كانت راشدة أو قاصرة أن تختار وليا غير الأب إن كان موجودا.

3- هناك أعراف جديدة في المجتمع الجزائري غريبة عن مجتمعنا وديننا كمسألة العلاقة بين الخاطب والمخطوبة قبل الزواج، والغلاء الفاحش للمهور والترف والبذخ في الاحتفالات، هذا جعل هناك عزوفا كبيرا للشباب عن الزواج.

4- على المشرّع إرجاع دور الأئمة في إبرام عقود الزواج، تفاديا لمشكل توثيق عقود الزواج العرفية.

التهميش:

[1]- المادة 5 الفقرة 1 من الأمر رقم 05-02، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المؤرخ في 27 فيفري 2005، الجريدة الرسمية، العدد 15، الصادر في 27فيفري 2005، ص18.

[2]- الجيلالي تشواز، محاضرات في قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2009، ص07.

[3]- محفوظ بن صغير، الاجتهاد الفقهي في الفقه الاسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه، كلية العلوم الاسلامية، جامعة باتنة، 2008-2009، ص303-304.

[4]- ملف رقم 81129، قرار صادر بتاريخ 1992/03/17، مجلة المحكمة العليا، لسنة 2001، ص30.

[5]- المادة 05 الفقرة 01 من القانون رقم 84-11، المؤرخ في 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية، العدد 24، المؤرخ في 12 يونيو 1984.

[6]– قوله تعالى: " حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُوا دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ وَأَن تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَّحِيمًا (23)....."

[7]– قوله صلى الله عليه وسلم: "يحرم بالرضاع ما يحرم من النسب".

[8]– محمد مقبول حسين، المرجع السابق، ص94-95.

[9]– الجيلالي تشوار، المرجع السابق، ص19.

[10]– عماد شريفي، اعتبار العرف في مسائل الزواج وآثاره في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجيستير، قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة المسيلة، 2015، ص61.

[11]– المادة 19 من الأمر رقم 05-02:"للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج... وعمل المرأة ....".

[12]– محمد مقبول حسين، المرجع السابق، ص96.

[13]– الجيلالي تشوار، المرجع السابق، ص20.

[14]– نفس المرجع، ص22.

[15]– عماد شريفي مرجع سابق، ص53.

[16]– أحمد رشاد عبد الهادي أبو حسين، أثر العرف في الأحوال الشخصية، رسالة ماجيستير، القضاء الشرعي، كلية الدراسات العليا، جامعة الخليل، فلسطين، 2013، ص88.

[17]– عرفه المشرّع في المادة 14 من الأمر رقم 05-02.

[18]– المادة 14 من الأمر رقم 05-02.

[19]– للتعرف أكثر على مقدار المهر حسب الأعراف السائدة في كل منطقة من الوطن، أنظر عماد شريفي، المرجع السابق، ص115.

[20]– المادة 15 فقرة 1 من الأمر رقم 05-02.

[21]– محمد مقبول حسين، المرجع السابق، ص91.

[22]– المادة 16 من الأمر رقم 05-02..

[23]– المادة 155 فقرة 02 من الأمر رقم 05-02:"في حالة عدم تحديد قيمة الصداقة تستحق الزوجة صداق بالمثل".

[24]– المادة 05 الفقرة 4 و5 من الأمر رقم 05-02.

[25]– عماد شريفي، المرجع السابق، ص78.

[26]– المادة 05 الفقرة 03 من الأمر رقم 05-02، وجيلالي تشوار، المرجع السابق، ص12-13.

[27]– محفوظ بن صغير، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، دار الوعي، الروبية، الجزائر، 2013، ص87.

[28]– المادة 06 من القانون رقم 84-11، المعدلة بالمادة 06 من الأمر رقم 05-02.

[29]– المادة 18من الأمر رقم 05-02.

[30]– المادة 22 من الأمر رقم 05-02.

[31]– المادة 06 الفقرة 1 من الأمر رقم 05-02.

[32]– ملف رقم 111876، قرار بتاريخ 1995/04/04، جملة المحكمة العليا، سنة 2001، ص36:" إن اقتران الخطبة بالفاتحة بمجلس العقد تعتبر زواجا متى توافرت أركانه....".

[33]– جمعي ليلى، ضبط حقيقة الزواج بالفاتحة، مجلة الحضارة الاسلامية، وهران، المجلد 13، العدد 17، 2012/11/01، ص 270.

[34] – نفس المرجع، ص 269.

[35]– المادة 11 من الأمر رقم 05-02.

[36]– عماد شريفي، المرجع السابق، ص106.