دورُ العُرف في مجال الخطبة والزواج في قانون الأسرة الجزائري

بوسعيد رويضة

مخبر البحث حول: المتوسطي للدراســات القــانـونيـة

كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد – تلمسان –، الجزائر.

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

ملخّص

إن العرف في المجال القانوني له مميزات تهدف إلى إعطاء المجتمع الإنساني الكثير من الحيوية والبقاء؛ فالنشاط الجماعي يعبر عن حقيقة ما هو كائن بدون تدخل الميول والمصالح الشخصية ويتطلب في نفس الوقت وضع قانون ينظم العلاقات الضرورية بين الأفراد.

فمن الوجهة القانونية، العرف "هو ما اعتاده الناس وساروا عليه من كل فعل شاع بينهم، و يعبر عن إلزامية إتباعه لدى جمهور الناس لاسيما في التعامل حيث أن؛ القاعدة العرفية في حدّ ذاتها قاعدة قانونية درج الناس عليها فترة طويلة من الزمن مع اعتقادهم على ضرورتها فأكسبها ذلك قوة الإلزام. ولاشك أن للعرف أهمية بالغة ودور بارز في القانون حيث أن القاعدة العرفية مصدر من مصادر القانون وبهذا يحتل المرتبة الثالثة في القانون الوضعي الجزائري فهو مصدر احتياطي لا يجوز للقاضي الرجوع إليه إلاّ عند خلو كل من التشريع ومبادئ الشريعة الإسلامية من نص.

الكلمات المفتاحية: العرف، قانون الأسرة، الخطبة، الفقه، القضاء.

مقدمة

إن العرف في المجال القانوني له مميزات تهدف إلى إعطاء المجتمع الإنساني الكثير من الحيوية والبقاء؛ فالنشاط الجماعي يعبر عن حقيقة ما هو كائن بدون تدخل الميول والمصالح الشخصية ويتطلب في نفس الوقت وضع قانون ينظم العلاقات الضرورية بين الأفراد.

فمن الوجهة القانونية، العرف "هو ما اعتاده الناس وساروا عليه من كل فعل شاع بينهم[1]، و يعبر عن إلزامية إتباعه لدى جمهور الناس لاسيما في التعامل حيث أن؛ القاعدة العرفية في حدّ ذاتها قاعدة قانونية درج الناس عليها فترة طويلة من الزمن مع اعتقادهم على ضرورتها فأكسبها ذلك قوة الإلزام. ولاشك أن للعرف أهمية بالغة ودور بارز في القانون حيث أن القاعدة العرفية مصدر من مصادر القانون وبهذا يحتل المرتبة الثالثة في القانون الوضعي الجزائري فهو مصدر احتياطي لا يجوز للقاضي الرجوع إليه إلاّ عند خلو كل من التشريع ومبادئ الشريعة الإسلامية من نص.

ففي نطاق المجالات التطبيقية للعرف في كل من القانون والشريعة الإسلامية، يكمن دور العرف نسبة إلى القانون الوضعي باعتباره مصدرا من مصادره حيث يلعب دورا مكملا تارة ودورا مساعدا تارة أخرى؛ فميزة التكميل تتجسد في افتراض نقص في كل من التشريع ومبادئ الشريعة الإسلامية من أجل حكم حالة معروضة أمام القضاء، أمّا الدور المساعد يتجلى عند احتياج القاضي عند تطبيقه للنصوص إلى الاستعانة بالعرف وبالتالي يقوم بتفسير وتحديد ما أحال إليه المشرع[2].

فالعرف إذاً هو أحد مصادر القانون؛ فهو عامل من عوامل تقدم القانون وتطوره ليس بالنسبة إلى تقرير قواعد ونظم جديدة فقط بل كذلك بالنسبة إلى تعديل نظم قديمة، فالعرف قد احتلّ الصدارة لكل القوانين في العصور القديمة، وظل محتفظا بهذه المكانة لفترة من الزمن، فكان هو والقانون المكتوب في منزلة واحدة. لكن بتقدم الزمن وتطور القانون، بدأ العرف يتلاشى ويضعف، إلاّ أنه لم يفقد مركزه كأحد مصادر القانون وإنما تحدد نشاطه نظرا للشروط التي وضعت لاعتباره، كذلك الشريعة الإسلامية أقرت بدورها الأعراف الصحيحة وسمحت باعتمادها، أمّا في مجال قانون الأسرة الجزائري[3] فزيادة عن كونه مصدرا من مصادر هذا القانون فالعرف يلعب دورا مهما في المجال الأسري فالعديد من نصوص قانون الأسرة الجزائري تشير إلى تطبيقه. ففي مسألتي الخطبة والزواج تلعب الأعراف دوراً بارزاً في عدّة جوانب، منها أسس اختيار الطرفين، كذلك فيما يخص أهلية الزواج والاشتراط في عقد الزواج...، فقد أخذ المشرع الجزائري بالعرف من خلال هذه النصوص وقواعد أخرى عديدة في قانون الأسرة تاركا بذلك الاعتبار لما تعارف عليه الناس.

وعلى هذا الأساس سيتم التطرق في هذه الدراسة إلى دور العرف في مسألتي الخطبة والزواج، ومدى إمكانية قاضي شؤون الأسرة الأخذ بتلك الأعراف. ومن ها تبرز أمامنا الإشكاليات التالية: ما هو دور العرف في الزواج و مقدماته؟ و إلى أي مدى أثر العرف فيهما؟ ومتى يكن للقاضي الرجوع إلى العرف باعتباره مصدرا لقانون الأسرة الجزائري؟

وعلى هذا الأساس سيتم تقسيم خطة البحث إلى:

المبحث الأول: دور العرف في مقدمات عقد الزواج.

المبحث الثاني: دور العرف في أركان وشروط عقد الزواج.

المبحث الأول: دور العرف في مقدمات عقد الزواج

إن العرف في كل الأحيان ينشأ في بدايته من رحم المجتمع، وبذلك فهو ملازم له وينعدم الوجود بدونه، والمجتمع نقصد به في هذه الدراسة تلك المعتقدات الوجدانية ، التي تحدد بصفة جلية تمركز الشخص ككيان متميز له معالم واضحة تظهر من خلالها اتجاه حياته وتطوره، لا يكون إلا في كنف مجموعة مسائل مقدسة يصعب التنازل عنها أو تبديلها. والعرف يلعب دورا هاماً في مادّة الأحوال الشخصية، فمثلا أحكام الخطبة في الشريعة الإسلامية جاء العديد منها موافقا للعرف إذ تعتبر الخطبة للزواج من مكارم العرب قبل الإسلام والتي أبقى عليها الإسلام وهذبها، ونظرا لقدسية عقد الزواج في الإسلام فقد أحاطه الشارع بأحكام تضمن للزوجين الاستقرار والسعادة ومن هذه الأحكام جعل له مقدمة هي الخطبة والتي تعتبر بدورها مقدمة أخطر عقد في حياة الإنسان.

وعلى هذا الأساس سيتم من خلال هذا المبحث التطرق إلى مفهوم الخطبة شرعا وقانوناً (المطلب الأول)، ثم دور العرف في مجال الخطبة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم الخطبة

من خلال هذا المطلب سيتم الإحاطة بمعنى الخطبة (الفرع الأول)، ثم إلى الحكمة من تشريع الخطبة(الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف الخطبة

أولا- تعريف الخطبة:

من خطب و(الخطب) سبب الأمر،نقول ما خطبك؟ أي ما أمرك، وتقول: هذا خطب جليل ، وخطب يسير، وجمعه خطوب والمخاطبة هي الكلام بين المتكلم والسامع، ومنه اشتقاق الخطبة (بضم الخاء) و(كسرها) باختلاف المعنيين.

وخطب المرأة إلى القوم إذا طلب أن يتزوج معهم.

والخطبة بالكسر تعني طلب النكاح، أو من خطب امرأة إذا طلب أو التمس من قوم الزواج منهم[4].

ثانيا- الخطبة اصطلاحا:

الخطبة اصطلاحا هي إظهار الرغبة في الزواج بامرأة معينة، وإعلام المرأة أو وليها بذلك. وقد يتم هذا الإعلام مباشرة من الخاطب أو بواسطة أهله؛ فإن وافقت المخطوبة أو أهلها ، فقد تمت الخطبة بينهما وترتبت عليها أحكامها و أثارها الشرعية[5] .

ولقد عرف الفقهاء الخطبة بعدة تعريفات منها:

-عند المالكية: هي استدعاء النكاح وما يجري من المحاورة، عند الشافعية: هي التماس الخاطب النكاح من جهة المخطوبة، عند الحنفية: هي طلب التزوج.

أمّا الفقهاء المعاصرون فقد خصوها بتعريفات مقاربة لتعريفات الفقهاء "وهي أن يتقدم الرجل إلى امرأة معينة تحلّ له شرعاً أو إلى أهلها ليطلب الزواج بها، وذلك بعد أن توجد الرغبة عنده في زواجها، فإذا أجيب إلى طلبه تمت الخطبة بينهما[6].

ثالثا- تعريف الخطبة قانوناً:

عرف القانون الجزائري في مادته 01/05 الخطبة بأنها:"الخطبة وعد بالزواج "،وعليه يستنتج من هذا النص القانوني أنّ الخطبة هي مجرد وعد بالزواج ،بين رجل وامرأة ،وهي وسيلة تعارف بين الخاطبين للاتفاق على متطلبات عقد الزواج[7]، وهو ما سارت عليه المحكمة العليا في إحدى قراراتها: " من المقرر شرعا وقانوناً أنّ الخطبة هي مجرّد وعد بالزواج ولكل من الطرفين العدول عنها"[8].

الحكمة من تشريع الخطبة

نظرت الشريعة الإسلامية إلى الزواج على انه ميثاق غليظ وعهد قوي به ترتبط القلوب وتسكن النفوس و بها أيضا يتعاون الزوجان على تكوين أسرة عمادها المودة والرحمة ،وعليه يمكن تلخيص الحكمة من الخطبة بالأمور التالية:

إعطاء الفرصة الكافية للمرأة وأهلها للسؤال عن الخاطب والتعرف على ما يهم المرأة وأهلها من خصال الخاطب مثل تدينه، وأخلاقه، وسيرته، ونحو ذلك.

كذلك الخطبة هي فرصة للخاطب ليعرف عن المرأة ما لم يعرفه عنها قبل الخطبة وذلك لأنه وان قام بالسؤال عنها وأهلها قبل الخطبة فانه قد يفوته شيء عن المرأة وأخلاقها، وطباعها فإذا قام بخطبتها عن طريق إرسال بعض أهله فقد يعرفون من المرأة و أهلها ما لم يعرف الخاطب منها ومنهم فإذا ما حصل الرضا والاطمئنان من قبل الطرفين مضيا في إنشاء عقد الزواج.

ثم إن التمهيد لعقد الزواج بالخطبة إظهاراً وإعلاناً لأهمية هذا العقد كما يمنح الفرصة لإشراك أهل المرأة فيه على نحو ما مثل إبداء رأيهم بعد التحري عن الخاطب [9].

المطلب الثاني: مجال إعمال العرف في الخطبة والعدول عنها

تمثل الخطبة في تقاليدنا الشعبية إجراءا أوليا يقوم بها في الغالب أقارب الخاطب أو هو بنفسه للاتصال بالمخطوبة وأهلها من أجل التعارف وتبادل علامة الرضا والقبول والسعي إلى إقامة العلاقات الطيبة.

من خلال هذا المطلب سيتم تسليط الضوء على تطبيقات العرف في الخطبة (الفرع الأول)، وكذا على تطبيقاته في مجال العدول عن الخطبة (الفرع الثاني)، وذلك بالرجوع للتشريع ومبادئ الشريعة الإسلامية.

الفرع الأول: دور العرف في مجال الخطبة

أولا– دور العرف في اختيار والتعرف على مواصفات الخاطبين:

تعتبر مرحلة اختيار الخاطبين أصعب مرحلة في مقدمات الزواج ،ولقد جاء الإسلام وبين لنا كيفية بناء هذا الاختيار على أسس دينية وأخلاقية صلبة والتي من شأنها ضمان ديمومة واستقرار الزواج و إستمراريته أمام مشاكل الحياة الزوجية. ولكل من الخاطب و المخطوبة أسس لاختيار .

وبالرجوع لقانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع لم يتعرض لمسألة اختيار الزوجين، وترك ذلك للشريعة الإسلامية، طبقا للمادة 222 منه[10]،و التي تحيلنا إلى الشريعة الإسلامية في حالة عدم وجود نص، حيث راعت الشريعة الإسلامية أعراف الناس الصحيحة في الاختيار لكن رغّبت في الزواج بذات الدين لأن المرأة الصالحة خير متاع الدنيا، وحثت الزوجة على اختيار الزوج المتدين ذا الخلق الحسن حتى تُبنى أسرة إسلامية متماسكة، والأعراف الجزائرية لا تختلف عن الدين الإسلامي في أسس الاختيار.

وبيّن الرسول صلى الله عليه وسلم أن الأمور التي تدفع الرجل إلى اختيار المرأة ، أعراف الناس والواقع المعيشي فجاء حديثه:" تنكح المرأة لأربع: لمالها، ولحسبها، وجمالها، ولدينها، فظفر بذات الدين تربت يداك"[11]، مقرراً بذلك ما تعارف عليه الناس كأساس للاختيار، من جمال ومال وعراقة نسب ورفعة وجاه، مما هو متعارف عليه منذ القدم، وهو قائم في واقعنا الاجتماعي حتى يومنا هذا، فالإسلام لا ينكر هذا العرف ولا يصرف الناس عن مصالحهم فيه[12] .

ثانيا:–دور العرف في الشورى قبل الزواج:

قانون الأسرة الجزائري لم يذكر مسألة الشورى في مسألة الخطبة كذلك، وترك ذلك للشريعة الإسلامية التي حكّمت العرف في استشارة كل من الخاطب والمخطوبة عن الآخر، وقد جرى العرف عند الناس على أن يسأل كلا الخاطبين الناس والأصدقاء والجيران، وأقارب كل طرف عن أخلاقه وطباعه ومركزه الاجتماعي، وكل ما يريده كل طرف في شريك حياته، وجرت العادة على عدم إجابة الخاطب أو رفضه فور قدومه بطلبه خطبة المرأة، بل يطلب أهلها مهلة قد تطول أو تقصر، وهي مدة تكون للتحري والمشاورة بين المرأة وأهلها حول مدى صدق ما تحدث به من صلاح ونسب ومال،

والإسلام أخذ بالعرف في استحباب استشارة كل من الخاطب والمخطوبة عن الآخر، وذلك باستشارة المؤمنين التقات والصادقين، فمن شاور الناس فقد شاركهم عقولهم[13] .

ثالثا– دور العرف في مجال تحديد سن الخاطب والمخطوبة:

في مسألة تحديد سن كل من الخاطب والمخطوبة لم تشترط الشريعة الإسلامية سناً معينة للخطبة بل تُرك ذلك للعرف، تيسيرا على الناس، لكن الأولى اجتناب خطبة الصغار لما فيه من ضرر إرغام الفتى أو الفتاة على الخطبة التي لا يدركان معناها، و لما فيها من تضييع لحق الاختيار لديهما، ولما ينتج عنه من عداوة وبغضاء بين الأقارب ،أو لاحتمال عدول احدهما عند البلوغ بسبب عدم الرضا بهذا الاختيار، ومثاله: العرف الفاسد في بعض المناطق حين يتفق الأهل على أنّ فلانة مسماة لفلان من المهد وعند البلوغ يواجه الفتى أو الفتاة مصيرا محتوما أمام اختيار إما الزواج "بالمسمى" أونيل غضب الوالدين وعقوقهما مما قد يؤدي إلى زواج دون رضا وما ينجر عنه من مشاكل تنتهي على الأغلب بالطلاق فمن الأحسن الابتعاد عن الأعراف الفاسدة.

أما بالنسبة لقانون الأسرة الجزائري فلم يشترط المشرع سنا معينة للخطبة أيضا تاركا بذلك المجال للعرف، لكنه تدخل في تحديد سن الزواج –أهلية الزواج– وذلك من خلال المادّة 07 من قانون الجزائري، وهو 19 سنة كاملة للرجل والمرأة[14].

رابعا– اقتران الخطبة بالفاتحة ودور العرف فيها:

لقد اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على أنّ الخطبة كمقدمة لعقد الزواج هي مجرّد وعد غير ملزم وليست عقداً، فالخطبة هي وعد بعقد والوعد بالعقود غير ملزم عند جمهور أهل العلم ، فالخطبة ليست عقدا التزم فيه طرفاه التزامات لها قوة الإلزام ولكن أقصى ما تؤديه الخطبة إذا تمت أن تكون وعدا بعقد؛ وليس للوعد بعقد قوة إلزام عند جمهور الفقهاء.

حتى في الأعراف الجزائرية الخطبة هي مجرد وعد بالزواج غير ملزم ولا ترقى إلى مرتبة العقد كما لا يترتب عليها ما يترتب على العقد من أثار، باعتبارها مرحلة تعارف بين الخاطبين، وعليه فالعرف من هذه الناحية مطابق لما ورد في قانون الأسرة الجزائري وكذا الفقه الإسلامي.

وقد يحدث في بعض الأحيان أن تقترن الخطبة، بالفاتحة التي لم يعتبرها الفقهاء من ماهية عقد الزواج ولا من شروطه فهي مشروعة للتبرك لقدسية عقد الزواج.

أمّا المشرع الجزائر بموجب قانون الأسرة رقم 84-11 فقد تناول مسألة اقتران الخطبة بالفاتحة وقد جاءت نصوصه متناقضة مع بعضها ،وهذا التناقض خاصة بين المادة 06و المادة22 منه انعكس سلبا على الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا حيث وجد تعارض فيما يعد خطبة وما يعد زواجا، علما أن مسألة إثبات الزواج الشرعي خاضعة للسلطة التقديرية للقاضي ،ومن ثم فقد أرجعت المحكمة العليا في أحد قراراتها الشهيرة بسبب هذا التناقض في الأحكام وذلك لان قضاة

الموضوع أخلطوا بين الخطبة والزواج. ثم جاء في قرار آخر للمحكمة العليا ينص على أنه" من المقرر قانونا في قضية الحال أن أركان الزواج قد توافرت وتمت بمجلس العقد وأنه تم اقتران الخطبة بالفاتحة وبعد ذلك عدل الطاعن عن الزواج بالامتناع عن الدخول لأنه اعتبر الفاتحة كالخطبة...وأن قضاة المجلس بقضائهم بإلغاء حكم المحكمة القائل برفض الدعوى والقضاء من جديد بصحة الزواج الواقع بين الطرفين .....فإنهم كما قضوا قد طبقوا صحيح القانون ...."[15] من هنا يظهر جليا أن التناقض والخلط بين أحكام قانون الأسرة فيما يخص الخطبة و الفاتحة لم يكن على مستوى التشريع والقضاء فحسب بل كان عند عامة الناس.

وقد تم تدارك هذا التناقض بموجب قانون الأسرة المعدل بالأمر 05-02 والذي حرص على وضع حد لخلاف طال أمده حول مسالة اقتران الخطبة بالفاتحة وقد تم تكريس هذا التعديل على مستوى المحكمة العليا التي أشارت في أكثر من قرار إلى أن الخطبة ليست إلا تمهيدا لعقد الزواج[16] .

أما في العرف فقد ذهب شرّاح قانون الأسرة الجزائري إلى أن الفاتحة في العرف الجزائري تعتبر عقدا شرعيا عرفيا، لكونها تقرأ للتبرك بعد الانتهاء من عقد الزواج بين أهل الزوجان، غير أن المشرع لم يعتبر هذا العرف لكون الفاتحة لا تتلى في مرحلة الخطبة بل في العادة تكون تلاوتها في مجلس العقد، ومن خلال ما سبق يتبين أن الفاتحة كانت تقرا في العقد الشرعي فقط ومع مرور الزمن أصبحت تقرا في بعض المناطق لمجرد التبرك الأمر الذي جعل من المشرع يقع في التباس نتجت عنه عدة إشكالات نتيجة لمسايرة كل منطقة في الوطن للعرف الجاري فيها،مما حدا بالمشرع إلى التفريق بين الفاتحة والخطبة والزواج من خلال المادة 06 المعدلة وكذا ذكر مقومات عقد الزواج بالمادة 09 مكرر من قانون الأسرة الجزائري[17] .

الفرع الثاني: دور العرف في حالة العدول[18] عن الخطبة

يحق لكل من الخاطبين العدول عن الخطبة متى شاءا، وذلك لأنها مجرّد وعد بالزواج والوعد غير ملزم كما سبق ذكره، وللخاطبين أن يستردا ما قدماه حال عدول الطرف الآخر من بينهما، فما قول فقهاء الشريعة في ذلك؟ و ما هو موقف قانون الأسرة الجزائري بالنسبة لهذه الأمور؟ وما دور العرف فيها؟

أولا– دور العرف في ما قدمه الخاطبين من هديا بعد العدول عن الخطبة:

لقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في حكم الهدايا المقدمة في الخطبة بعد العدول عنها إلى ثلاثة أقوال:

1.قول الحنفية: يجب ردّ الهدايا القائمة دون الهالكة أو المستهلكة، ما لم يحدث مانع من موانع الرجوع في الهبة،وعليه فحسب هذا القول فإن الخاطب يستردّ هداياه القائمة في يد المخطوبة كالحلي ،والذهب والقماش الذي لم يخيط أما ان ضاع أو استهلك كاللباس الذي تم استعماله أو طعام قد تم أكله فلا يجوز استرداد قيمته وكذلك لو طرأت على الهبة زيادة أو تغيير كما لو كان قماشا فخاطته.

2.قول المالكية: يكون حكم الهدايا على أساسين وهما:

-إذا وجد شرط بينهما أو عرف قائم بين الناس عمل به أولاً.

-إذا لم يكن هناك شرط أو عرف ينظر إلى المتسبب في العدول؛ فمن كان العدول من جانبه حق للأخر رد ما دفعه من هدايا فإن كان قائما فبعينه، وإن كان هالكا فبقيمته.

3.قول الشافعية والحنابلة:ترد الهدايا القائمة بعينها والمستهلكة بقيمتها[19].

أما من الناحية القانونية فان العدول عن الخطبة لا يرتب أي التزام و أي تعويض، لأن الخطبة مجرد وعد بالزواج وهو ما أكدته المادة 05 من قانون الأسرة الجزائري. أما فيما يخص الهدايا فقد جرى العرف على انه من عَدَلَ يرُدُّ ولا يستردُّ، والشريعة أعطت الاعتبار للعرف بإعطاء الأولوية له أو للاتفاق، والمتعارف عليه في هذا الشأن موافق لما قال به المالكية وسببه أن العدول يسبب إيلاما للطرف الآخر وبالتالي تبقى الهدايا بحوزته جبرا لخاطره، ونحن في زمن كثرت فيه الهدايا المقدمة للمخطوبة في الأعياد والمناسبات مما يجعل الخاطب يتضرر في حالة عدول المخطوبة دون إرجاع شيء ، ويعتبر كذلك ردع للخاطب حتى لا يعدل بعد مدة طويلة عن الخطوبة تاركا المخطوبة في مواجهة المجتمع.

وقد ضمن المشرع الجزائري في المادة 03/05 من قانون الأسرة المعدل كيفية استرداد كل من الخاطب والمخطوبة للهدايا بعد العدول [20] آخذاً بذلك من العرف والشريعة الإسلامية، وقد أعطى المشرع تفصيلا في الهدايا وذلك لأن الخطبة في العادة مكلفة لما يهدى فيها ،وبذلك رأى بوجوب النص عليها لأنها من شانها أن تثير الكثير من النزاعات[21].

أما في الاجتهاد القضائي فقد جاء قرار المحكمة العليا "من المستقر شرعا وقانونا أنه لا يسترد الخاطب شيئا مما أهداه إن كان العدول منه..."[22] وهذا في حالة عدول الخاطب، أما في حالة عدول المخطوبة جاء في قرار آخر للمحكمة العليا " من المقرر قانونا أنه يتوجب على المرأة المخطوبة عند عدولها عن إتمامها الزواج، أن ترد ما لم يستهلك من هدايا وغيرها"[23].

ثانيا- دور العرف في ما قدمه الخاطب من صداق[24] بعد العدول عن الخطبة:

في الأعراف الجزائرية، تتم عملية دفع الصداق بعد اختيار الزوجة، وعادة ما يدفع أثناء حفلة الخطبة إلى عائلة الزوجة حيث تتصرف فيه كما تشاء نظرا لمتطلبات البنت في قضية تجهيزها إلى غير ذلك من الأمور المرتبطة بالزواج[25]،فمن الناحية الشرعية يعتبر الصداق أمرا واجبا على الزوج وإذا لم يقدمه عند العقد يبقى دينا عليه، أما شرعيته فمأخوذة من قوله تعالى: "وَءَاتُواْ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحۡلَةٗۚ فَإِن طِبۡنَ لَكُمۡ عَن شَيۡءٖ مِّنۡهُ نَفۡسٗا فَكُلُوهُ هَنِيٓـٔٗا مَّرِيٓـٔٗا"[26]

أما من الناحية القانونية فقد عرفه المشرع الجزائري بموجب المادّة 14 من قانون الأسرة الجزائري والتي تنص:"الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا، وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء"، وقد اعتبره المشرع شرطا من شروط عقد الزواج بموجب المادة 09 مكرر من الأمر 05-02 ورتب على تخلفه الفسخ المادة 33 من نفس القانون[27] .

ويعتبر الصداق رمزا لإكرام المرأة وضمان على إظهار الرغبة في الزواج بها والبناء بها خلال زمن لاحق، يحدد باتفاقهما أو اتفاق أوليائهما و تستحقه المرأة بعد الزواج . غير أن وهناك بعض العادات والأعراف التي درج عليها الناس كأن يتقدم الخاطب إلى أهل المخطوبة فيدفع قيمة الصداق أو جزءا منه في فترة الخطبة فإذا كان الصداق نفدا فقد تشتري به المخطوبة أشياء جهازيه فما حكم ذلك عند العدول شرعا وعرف وقانونا؟.

لقد اتفق الفقهاء على ثبوت حق العدول عن الخطبة ومن ثمة فللخاطب أن يسترد ما دفعه على حساب المهر أ الصداق لأن المرأة لا تستحق الصداق إلا بعقد الزواج هذا من الناحية الشرعية وباتفاق الفقهاء، أما بالنسبة للعرف فهو كذالك غير أنه في حال شراء أشياء جهازية منه فالراجح عند العدول يعطى حق الخيار للمعدول عنه بين إعادة الجهاز أو قيمته.

أما في حالة اختلاف الخاطبان بعد العدول فيما قدمه الخاطب أهو صداق أم هدية ، فادعى هو أنه مهر ليثبت لنفسه حق استرداده وادعت المخطوبه أنه هدية لتنفي عنه ذلك الحق فالحكم كالتالي:

ينظر إلى من يثبت كلامه ببينة، فإنه يحكم له وفقها فإذا قدم كلاهما بينة فترجح بينة المخطوبة لأنها تثبت خلاف الظاهر، أما إذا لم يكن لأحدهما بينة فالحكم للعرف الجاري في بلادهم فإن قضى العرف بأنه من المهر كان قول الخاطب مع يمينه وإن قضى العرف أنه من الهدايا فالقول للمخطوبة مع يمينها أما إذا تساوى العرف بين أن يكون مهرا وهدية فالقول للخاطب مع يمينه.

بالنسبة لقانون قانون الأسرة الجزائري في حالة الاختلاف في الصداق بين الزوجين قد أشار في المادة17 إلى انه"في حالة نزاع حول الصداق بين الزوجين أو ورثتهما وليس لأحدهما بينة وكان قبل الدخول فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين وإذا كان بعد البناء فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين"، فالمشرع قد اتفق مع ما جاء به المذهب المالكي من تفريق بين النزاع قبل الدخول أو بعده والذي اعتبر العرف الجاري في البلد، فتمام الدخول لا يكون إلا بعد قبض الصداق أو جزء منه وهو العرف الجاري في الجزائر وقد جسدت التطبيقات القضائية هذه المسألة في عدة قرارات[28] ،[29].

إذا كان للعرف دور في مجال تطبيقه في أحكام الزواج، فما هو يا ترى الدور الذي يلعبه في عقد الزواج؟

المبحث الثاني: دور العرف في أركان وشروط عقد الزواج

نظرا لخطورة و لأهمية عقد الزواج في المجتمع، لاسيما تعلقه بأغراض الناس فقد أحاطته الشريعة الإسلامية بالعديد من المقومات و الضوابط التي لا ينعقد إلا بها وهذه المقومات تنقسم إلى أركان وشروط، فلما أقرتها جعلت العديد من أحكامها لا تخلو من اعتبار لأعراف الناس تيسيرا عليهم ولرفع الحرج، غير أن فقهاء المسلمين اختلفوا في تحديد أركان عقد الزواج وهذا الاختلاف لم يقتصر عليهم فقط و إنما تعدى إلى قوانين الأحوال الشخصية العربية وهو أمر منطقي باعتبار أن كل تشريع أخذ بمذهب معين أما المشرع فقد اقتصر على ركن واحد وهو الرضا وأربعة شروط صحة وستكون دراستنا لهذا المبحث وفقا للتقسيم الذي جاء به قانون الأسرة الجزائري.

المطلب الأول: مفهوم الزواج

من خلال هذا المطلب سيتم التطرق إلى مفهوم عقد الزواج وذلك من خلال تعريفه (الفرع الأول)، وبيان مشروعيته (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف الزواج

أولا–الزواج لغة:

الزواج هو اقتران أحد الشيئين الآخر، والارتباط كل واحد بالأخر بعد أن كانا منفصلين[30].

والزواج لفظ شائع يفيد اقتران الرجل بالمرأة على سبيل الدوام والاستمرار؛ لتكوين أسرة بأبعادها البيولوجية والنفسية والاجتماعية لأن وجودها أو عدمها كذلك شكلها ونظامها أمور يتوقف عليها مصير البشر[31].

ثانيا– الزواج اصطلاحا:

للزواج عدّة تعريفات، تختلف في عباراتها و تعابيرها ولكنها ترجع في مقاصدها ومعانيها الى معنى واحد،فنجد الحنفية يعرفون عقد الزواج بأنه: "عقد يفيد المتعة" ، ومعناه تحليل الاستمتاع بالمرأة متى التقى الايجاب بالقبول، وعرفه الشافعية بأنه "عقد يتضمن إباحة الوطء بلفظ النكاح أو تزويج أو ترجمته"، أمّا الحنابلة فقد عرفوه بأنه "عقد تزويج أي عقد يعتبر فيه لفظ إنكاح أو تزويج في الجملة والمعقود عليه منفعة الاستمتاع"[32].

ثالثا– التعريف القانوني لعقد الزواج:

لقد عرف المشرع الجزائري عقد الزواج من خلال المادة04 من قانون الأسرة والتي تنص على أنّ: " الزواج هو عقد يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، ومن أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب".

فنلاحظ أن المشرع الجزائري عرّف الزواج تعريفا شاملا من حيث ماهيته وغايته فلم يجعله مجرد عقد يحصل منه كل طرف على متعة آنية بل سما به إلى أبعد من ذلك فأعطاه صبغته القدسية إذا جعله ترابط معنوي بين رجل وامرأة على وجه الدوام لبناء الأسرة وتحمُّل أعبائها.

الفرع الثاني: مشروعية الزواج

الزواج مشروع بالكتاب والسنة والإجماع:

أولا– من الكتاب: قوله تعالى" وَمِنْ ءَايَـٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا لِّتَسْكُنُوٓا۟ إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ۚ إِنَّ فِى ذَٰلِكَ لَـَٔايَـٰتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴿٢١﴾ " [33].

ثانيا– من السنة : وردت أحاديث كثيرة تحثُّ على الزواج وترغّب فيه، منها:

قوله صلى الله عليه وسلم: " يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج"[34]، وقوله صلى الله عليه وسلم: " تزوجوا الولود الودود فإني مكاثر بكم الأمم يوم القيامة" [35].

ثالثا– من الإجماع: أجمع المسلمون على مشروعية الزواج [36].

المطلب الثاني: دور العرف في مجال أركان وشروط صحة عقد الزواج

من خلال هذا المطلب سيتم التطرق إلى دور العرف في أركان عقد الزواج (الفرع الأول)،ثم إلى دوره في شروط عقد الزواج (الفرع الثاني).

الفرع الأول: دور العرف في أركان عقد الزواج

أولا– تعريف ركن الرضا في عقد الزواج:

الرضا هو حق للزوجين ليقع العقد صحيحا،وهو ما يعبر عنه الفقه الإسلامي بمصطلح الصيغة[37] والتي تفيد الإيجاب والقبول.

1.الرضا لغة : هو مصدر للفعل رضي، وهو ضدّ السخط، ومنه قوله تعالى:" أَفَمَنِ ٱتَّبَعَ رِضْوَٰنَ ٱللَّهِ كَمَنۢ بَآءَ بِسَخَطٍ مِّنَ ٱللَّهِ وَمَأْوَىٰهُ جَهَنَّمُ ۚ وَبِئْسَ ٱلْمَصِيرُ ﴿١٦٢﴾ " [38]وقوله أيضا:" ذَٰلِكَ بِأَنَّهُمُ ٱتَّبَعُوا۟ مَآ أَسْخَطَ ٱللَّهَ وَكَرِهُوا۟ رِضْوَٰنَهُۥ فَأَحْبَطَ أَعْمَـٰلَهُمْ ﴿٢٨﴾ "[39] ،[40]

2.الرضا اصطلاحا: وفي الفقه الإسلامي بالتحديد فقد عرفه بعض الفقه " هو توافق إرادة الطرفين في الارتباط بواسطة التعبير الدال على التصميم على إنشاء الارتباط و'إيجاده ، وأنه ما صدر من الأول يعتبر إيجابا وما صدر من الثاني يعتبر قبولا"

– والإيجاب : هو اللفظ الذي يصدر أولا من أحد المتعاقدين دالا على رضاه بالعقد.

–والقبول :هو اللفظ الذي يصدر ثانيا من المتعاقد الأخر دالا على موافقته على رغبة الأول.

أما من الناحية القانونية فمن خلال قراءتنا للمادة 10 من قانون الأسرة الجزائري يتبين لنا أن ركن الرضا في عقد الزواج يتمثل في الإيجاب والقبول. وهو ما يتفق تماما مع ما ذهب إليه الفقه الإسلامي[41].

ثانيا–دور العرف في ركنية الرضا في عقد الزواج:

ومن تطبيقات العرف في الفقه الإسلامي الخاص بركن الرضا سكوت الفتاة البكر إذا استأذنت في النكاح يدل ظاهرا على الرضا بالنكاح لأنها لو كانت كارهة لصرحت بامتناعها عنه ، ذلك أن الحياء في عرف الناس وعاداتهم و إنما يكون في الرضا والقبول، لا في الرفض[42].

لقد ذكر المشرع الجزائري أركان عقد الزواج في المادة 09 من قانون الأسرة الجزائري" ينعقد الزواج بتبادل رضا " الزوجين " يفهم من هذه المادة أن المشرع قد حصر أركان عقد الزواج في الرضا فقط. وهو ما استقر عليه الاجتهاد القضائي[43].

ومن خلال قراءتنا للمادة 01/10 من قانون الأسرة الجزائري : " يكون الرضا بإيجاب أحد الطرفين وقبول من الطرف الأخر لكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا" منه يتبين لنا أن المشرع قد اخذ بالعرف بصفة واضحة وهو قول المذهب المالكي وذلك عندما ربط الألفاظ التي ينعقد بها عقد الزواج بالعرف، غير مشترط ألفاظ المخصصة كالتزويج و النكاح كما فعلت بعض التشريعات المقارنة و ربما كان هدفه في ذلك رفع الحرج والمشقة عن الناس.

غير أنه في الواقع العملي اليوم يتم إرشاد المتعاقدين من طرف إمام المسجد أو ضابط الحالة المدنية المكلف بتوثيق عقد الزواج إلى الألفاظ الخاصة بأصول العقد بما تحتويه من ألفاظ والتي يكون اغلبها بلفظ التزويج.

الفرع الثاني: دور العرف في شروط صحة عقد الزواج

نصت المادة 09 مكرر من قانون الأسرة الجزائري المعدل على:" يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية:

أهلية الزواج، الصداق، الولي، شاهدان، انعدام الموانع الشرعية للزواج"، وستقتصر الدراسة على الولي وأهلية الزواج ودور العرف فيهما.

أولا– الولاية في الزواج ودور العرف فيها:

تعريف الولاية:

لغة: الولاية لغة بكسر الواو هي النصرة والمحبة، ومنه قوله تعالى: " **وَمَن يَتَوَلَّ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ وَٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ فَإِنَّ حِزۡبَ ٱللَّهِ هُمُ ٱلۡغَٰلِبُونَ** ﴿٥٦﴾ "، ويسمى متولي العقد الولي، زمنه قوله تعالى:" **فَلۡيُمۡلِلۡ وَلِيُّهُۥ بِٱلۡعَدۡلِۚ** " [44].

الولاية اصطلاحا: "هي سلطة شرعية تخول لصاحبها إنشاء العقود والتصرفات وجعلها نافذة؛ سواء كان موضوع التصرف يخصه أو كان يخص من في ولايته ممن له عليه سلطة مستمدة من الغير بما في ذلك تصرفات الوكيل في حدود عقد الوكالة"[45].

الولي في الزواج هو الذي يتوقف عليه صحة العقد فلا يصح بدونه[46].

دور العرف في الولاية:

من المتعارف عليه أن المرأة سواء كانت بكرا أو ثيبا فإنها تولي أمر زواجها لأبيها أو أخيها أو قريب لها ممن هو أجدر منها في ذلك وأعلم بحال الرجال فلا يوجد عبر القطر الوطني عرف يقضي بانفراد المرأة بإبرام زواجها في غياب ولي أمرها. وهو أيضا ما قضت به الشريعة الإسلامية وذلك لما فيه من استحسان حضور ولي الزوجة نيابة عنها ولعدم الخروج عن العادات.

أما المشرع الجزائري و بموجب المادّة 11 فقد كرس حق المرأة في مباشرة زواجها بنفسها واشترط حضور الولي فقط سواء كان أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره، وهذا ما يعتبر غريبا على العرف في بلادنا[47].

ثانيا–أهلية الزواج ودور العرف فيها:

1.تعريف أهلية الزواج:

يعرف الفقهاء الأهلية على أنها:" صلاحية الإنسان لما يجب عليه من الحقوق، وما يلزمه من واجبات بعد توفر الشروط اللازمة في المكلف، لصحة ثبوت الحقوق له، والواجبات عليه"، وتنقسم الأهلية إلى قسمين أهلية الوجوب وأهلية الأداء ، أما أهلية الزواج تقتضي أن يتوفر في عاقده، أهلية الأداء إذ لا تكتفي أهلية الوجوب ، ولا يشترط اكتمالها، فيكفي أن يكون المتعاقد أهلا لمباشرة العقد، وذلك بالتمييز فحسب.

2.دور العرف في أهلية الزواج:

وقد اعتبر قانون الأسرة الجزائري الزواج من التصرفات التي تقتضي توفر الأهلية الكاملة؛ ويترتب عليه من الالتزامات المالية وواجبات اجتماعية عائلية ، ذلك أنه ليس من المصلحة العامة ولا الخاصة السماح لكل فرد الإقدام عليه من غير نضج فكري، وقدرة مالية ومعرفة بشؤون الحياة والأعباء الزوجية.

لقد حدد المشرع الجزائري أهلية الزواج بموجب المادة 07 من قانون الأسرة المعدلة وهو 19 سنة كاملة للرجل والمرأة، وهو في ذات الوقت سن الرشد القانوني، ولم يعتبرها بالبلوغ وقد أخذ هذا التحديد من القوانين المقارنة والتي تمنع زواج الصغار وغير القادرين على تحمل التزامات الزواج وتكاليفه، وقد راعى فيها مصلحة وضرورة الطرفين في النزول عن السن المقرر قانونا، وكذلك أعراف كل منطقة ، وقد أجاز للطرفين استصدار ترخيص من طرف القاضي متى تأكد من قدرة الطرفين على الزواج والتي تركها لسلطة القاضي .

أما مسألة الفارق في السن فهذا ما لم تشترطه لا الشريعة الإسلامية ولا قانون الأسرة الجزائري وتركت للأعراف باختلاف أمكنتها وأزمنتها[48].

خاتمة

لقد بات واضحا أن دور العرف كمصدر احتياطي للتشريع أو لفض الخلافات الناجمة في مواد الأحوال الشخصية ، يبرز أساسا في حالة انعدام النص أو ما يعرف بالفراغ القانوني ومن هنا يستعين القضاة في فصلهم بالعرف وذلك إما باللجوء إليه في تفسير مواد قانونية أي استنباط ما يعرف بحكمة التشريع التي في أساسها تدور حول حماية مصلحة أو جلب منفعة أو درء مفسدة أو غير ذلك.

من أهم النتائج التي تم الوصول إليها من خلال هذه الدراسة، ما يلي :

لقد أقرت الشريعة الإسلامية الأعراف ومن الأعراف الفاسدة ما استبعدته ومنها ما هذبته، وقد أدت بالعرف في عدة مواضع الخاصة بالخطبة والزواج، وكذلك فعل قانون الأسرة الجزائري وذلك عندما سكت على النص عن بعض الأمور تارة وعلى النص باعتبار الأعراف تارة أخرى ولقد وفق المشرع الجزائري في بعض المسائل التي اعتمد في صياغتها على العرف، سواء كان صراحة أو ضمنا والتي كان الهدف منها رفع الحرج عن الناس .

ولكنه اخفق في بعض منها خاصة فيما يتعلق بالولاية حيث خرج المشرع الجزائري عن ما جاءت به الشريعة الإسلامية من جهة وعن أعراف المجتمع الجزائري من جهة أخرى، لدى على المشرع الجزائري تدارك هذا الأمر والفصل في الأمور التي أغفلها بالخصوص تلك التي تعتمد الى مراعاة الأعراف الصحيحة.

بالنسبة للاجتهادات القضائية ،فقد ساهمت عدة قرارات للمحكمة العليا في شرح وتوضيح النصوص القانونية التي تم الاعتماد فيها على العرف ، كما ساهمت في الحث على تطبيق الأعراف الصحيحة من قبل قضاة الموضوع.

التهميش:

[1] أحمد رشاد عبد الهادي أبو حسين، أثر العرف في الأحوال الشخصية دراسة فقهية قانونية، مذكرة ماجستير، تخصص القضاء الشرعي، كلية الدراسات العليا، جامعة الخليل،2013، الصفحة 06.

[2] عمر ديدي، العرف كمصدر للقانون والثقافة، مذكرة ماجستير، تخصص الثقافة الشعبية، معهد الثقافة الشعبية، جامعة تلمسان ، 1994-1995، الصفحة 2.

[3] القانون رقم84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، جريدة رسمية، العدد 31، الصادرة بتاريخ 1984،المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير، جريدة الرسمية، عدد ،15، مؤرخة في 27 فبراير2005.

[4] حمزة جبايلي،ضوابط الزواج في المجتمع الجزائري بين قانون الأسرة والأعراف الاجتماعية، مذكرة ماجستير،تخصص علم الاجتماع القانوني ،كلية العلوم الاجتماعية و العلوم الإسلامية،جامعة الحاج لخضر، باتنة ،2008-2009،الصفحة 24.

[5] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، الجزء السابع، الصفحة 10.

[6] عماد شريفي،اعتبار العرف في مسائل الزواج وأثاره في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي،تخصص قانون الأسرة ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2014-2015 ، الصفحة 34.

[7] العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة 6، 2010، الصفحة 84.

[8] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1992/03/17، قرار رقم81129، المجلة القضائية ، العدد3، 1994، الصفحة 62.

[9] عماد شريفي،اعتبار العرف في مسائل الزواج وأثاره في قانون الأسرة الجزائري...، المرجع نفسه، الصفحة 37.

[10] تنص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري على:"كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

[11] أخرجه البخاري، كتاب النكاح، باب الأكفاء في الدين، حديث رقم 5090، الجزء 3، الصفحة217.

[12] عماد شريفي،اعتبار العرف في مسائل الزواج وأثاره في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق،الصفحة 39.

[13] عماد شريفي،اعتبار العرف في مسائل الزواج وأثاره في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، المرجع السابق، الصفحة 55.

[14] عماد شريفي،اعتبار العرف في مسائل الزواج وأثاره في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، نفس المرجع، الصفحة 52.

[15] قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية 14-04-1994، ملف رقم 81877، اجتهاد قضائي، عدد خاص 2001، الصفحة33.

[16] سعادي لعلى، الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه،تخصص قانون خاص،كلية الحقوق، جامعة الجزائر،2014-2015، الصفحة 30.

[17] عماد شريفي،اعتبار العرف في مسائل الزواج وأثاره في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، الصفحة 88-89.

[18] العدول هو رجوع أحد الخاطبين والتخلي عن مشروع الزواج بالطرف الآخر والتوقف عن الإجراءات المؤدية إلى إبرام عقد الزواج فإذا وقع عدول وتم التراجع عن الخطبة فان مشروع الخطبة يكون قد الغي، انظر، عبد العزيز سعد،قانون الأسرة في ثوبه الجديد، دار هومه، الصفحة 17.

[19] رهيفة سليمان حمادة، العرف وأثره في حقوق الزوج في الفقه الإسلامي،رسالة ماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية ،غزة،2014، الصفحة 40.

[20] المادة03/05" لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئا مما أهداها إن كان العدول منه، وعليه أن يردّ للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته وإن كان العدول من المخطوبة فعليها أن ترد للخاطب ما لم من هدايا أو قيمته".

[21] عماد شريفي،اعتبار العرف في مسائل الزواج وأثاره في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، المرجع السابق، الصفحة78-79.

[22] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية،1991/04/23، ملف رقم73919، المجلة القضائية،1993،العدد2، الصفحة 58.

[23] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ،1993/07/13،ملف رقم92714، المجلة القضائية، 1995، العدد1،الصفحة128.

[24] الصداق لغة: الصداق بفتح الصاد، وكسرها مع فتح الدّال، وهي اسم مصدر،أما اصطلاحا: هو اسم للمال الذي يجب للمال في عقد النكّاح في مقابل الاستمتاع بها، عمر ديدي، العرف كمصدر للقانون والثقافة، المرجع السابق، الصفحة 136.

[25] عمر ديدي، العرف كمصدر للقانون والثقافة، المرجع السابق الصفحة 135.

[26] سورة النساء ،الأية 4.

[27] سعادي لعلى، الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري...، المرجع السابق ، الصفحة 83.

[28] المحكمة العليا ،غرفة الأحوال الشخصية،05-06-1989، قرار رقم 54198، المجلة القضائية،العدد4،1994، الصفحة80.

[29] عماد شريفي،اعتبار العرف في مسائل الزواج وأثاره في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، المرجع السابق، الصفحة 121.

[30] بوكان أبو بكر كريم، نظرية البطلان والفساد في عقد الزواج في الأحوال الشخصية دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، الإمارات، 2012، الصفحة 59.

[31] أحمد دكار، الزواج والطلاق في الشريعة والقانون والعرف،دار الغرب للنشر والتوزيع،الصفحة95.

[32] أحمد رشاد عبد الهادي أبو حسين، المرجع السابق،الصفحة 55.

[33] سورة الروم، الاية21.

[34] أخرجه البخاري في صحيحه رقم:5066. وأخرجه مسلم في صحيحه حديث رقم 1400.

[35] أخرجه أحمد في المسند 156/3، وأخرجه البيهقي في سننه في كتاب النكاح، باب استحباب التزوج بالودود، 81/7 ،و إسناده حسن.

[36] سعادي لعلى، الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري ..، المرجع السابق، الصفحة 19.

[37] الصيغة : عي ركن انعقاد الزواج والركن هو ما يتوقف وجود الشيء على وجوده وكان جزءا من حقيقته والذي يكون جزءا من العقد هو الإيجاب والقبول فقط،زبير مصطفى حسين، الطبيعة القانونية لعقد الزواج،دار الكتب القانونية، دار شتات للشر والبرمجيات،مصر، الإمارات،2012، الصفحة45.

[38] سورة أل عمران، الآية 162.

[39] سورة محمد، الآية 28

[40] سعيد قاضي، الرضا المكلفة في إنشاء عقد الزواج في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري،رسالة ماجستير،تخصص أصول الفقه، كلية العلوم الإسلامية ،جامعة الجزائر،201-2011، الصفحة 22.

[41] سعادي لعلى، الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري...، المرجع السابق، الصفحة 44.

[42] رهيفة سليمان حمادة، العرف وأثره في حقوق الزوج...،الصفحة 29.

[43] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية 23-02-1993، ملف رقم :88856، المجلة القضائية، سنة 1996، الصفحة 69.

[44] سورة البقرة، الآية 282.

[45] سعادي لعلى، الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري...، المرجع السابق، الصفحة60.

[46] عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة ، شركة الأرقم بن أبي الأرقم، لبنان، الصفحة28.

[47] بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل،دار الخلدونية،الجزائر،الطبعة2008،1، الصفحة65.

[48] عماد شريفي،اعتبار العرف في مسائل الزواج وأثاره في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، المرجع السابق، الصفحة 52.