

مواضع الأخذ بالعرف في عقد الزواج على ضوء قانون الأسرة الجزائري

لعميري ياسين

كلية الحقوق جامعة يحيى فارس المدية

الجزائر

yassinlamiri1989@gmail.com

عيساوي عبد القادر

كلية الحقوق جامعة يحيى فارس المدية

الجزائر

takiamar71@gmail.com

تاريخ القبول: 15 / 03 / 2019

تاريخ الاستلام: 15 / 01 / 2019

ملخص

ركزت هاته الدراسة على بيان المدى الذي أخذ في إطاره المشرع الجزائري بالعرف في عقد الزواج ، من خلال استنباط تلك المواضع التي جعل فيها العرف أساسا للنص ، وبالمقابل تلك المواضع التي أهمل فيها العرف من النص رغم قيمته ، فكانت الخطبة والرضا ببعض ملابساتهما ، الأهلية والصدّاق ، وبعض الشرائط العقدية الخاصة (عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة) ، أبرز أمّارات الأخذ بالعرف، وسائر ذلك الاجتهاد القضائي في بعض قراراته، وعلامات أخرى تكفل الفقه الشرعي ببيانها ، ولا حرج في ذلك في ظل توافقه مع العرف، في حين أن ملابسات أخرى في الخطبة والرضا، وفي الوّلاية في الزواج، أهم علامات عدم اعتبار العرف، وذلك موقف لم يثبت في تشريعات الأقران ولم يقل به أي مذهب شرعي ، ولا شك أن ذلك يعد نقصا في النص ينبغي تداركه ، ولا حرج في تقديم اقتراحات في هذا المقام خلصت إليها دراسة الحال.

الكلمات المفتاحية: العرف، قانون الأسرة، القران، الطلاق، الإجهاد.

إن عملية وضع التشريعات في الحكومات والدول لم تعد تعترف بذلك الأسلوب التقليدي الذي ثبت جموده وعدم استجابته للتطلعات، وإنما اكتسبت فلسفة دفعتها إلى اعتماد المنهج العلمي السليم عند وضع التشريع ، حتى أصبحت تلك العملية صناعة لذاتها، عملية تبرهن على سلامة منهجها بأن تراعي كل المتغيرات وتعتبر لجميع الخصوصيات، وقد ثبت أن العامل الاجتماعي أبرز تلك المتغيرات لاحتوائه خصوصيات ينبغي مراعاتها -لأجل ذلك توصف القاعدة القانونية بأنها ذات سلوك اجتماعي- خصوصيات تختلف باختلاف المنظار العلمي الذي يعالجها، معتقدا ،عادة، تقليدا سميت، أو عرفا في لغة القانون.

لقد ثبت أن جل الحكومات والدول جعلت العرف مصدرا لصناعة تشريعاتها ومنبعا تنهل منه جواهر تبني عليها قواعد القانون، ولم يقع الاختلاف بينها إلا في مرتبة العرف أصليا هو أو احتياطيا، فالمهم اعتماده والأهم اعتبار قيمته مهما كانت منزلته، ولم يخرج المشرع الجزائري على هذا الركب وجعل العرف مصدرا من مصادر التشريع قاطبة ولو من باب الاحتياط.

ثم إن من أبرز ما ينبغي أن يحتاط للعرف عند وضع الأحكام نظرا لقيمته، قانون الأسرة ، وإلا أتهم بالقصور في شخصيته ، ويدق ناقوس ذلك بصفة خاصة في عقد الزواج الذي تتفق ملابساته مع جوهر العرف، فالمعنوية خصوصيته واللزوم حكمه، لسيما في مجتمع كالمجتمع الجزائري .

وبالنظر لتلك الخصوصية وذلك الحكم للعرف يجد المشرع نفسه في وضع حرج عند وضع الأحكام القانونية لعقد الزواج، ويشدد ذلك وطأة عليه في ظل اختلاف العرف بين المناطق والجهات.

ومن هنا تأتي هذه الورقة البحثية كدراسة قانونية تحليلية تستهدف استنباط تلك المواضع التي أخذ فيها المشرع الجزائري بالعرف في عقد الزواج، وبديهي أن تبين الدراسة بالمقابل تلك المواضع التي أعرض فيها المشرع عن الأخذ بالعرف وأهمل قيمته ،مع توضيح مدى تبرير إعراضه .

ولا شك أن معالجة ذلك تتطلب الانطلاق من إشكالية مفادها: إلى أي مدى أخذ المشرع الجزائري بالعرف في عقد الزواج؟، ووقفا على هاته الإشكالية وتحسيدها لها قسمت دراسة الحال إلى مبحثين، لجعل الأول لبيان مواضع الأخذ بالعرف في مقدمة الزواج وركنه، والثاني لبيان مواضع الأخذ بالعرف في شروط عقد الزواج واشتراطاته.

المبحث الأول: مواضع الأخذ بالعرف في مقدمة عقد الزواج وركنه

المقصود بمقدمة عقد الزواج في هذا المقام، الخِطبة بكسر الخاء، مرحلة تمهيدية لتمام انعقاد الزواج أعتبرت أو وعدا به ، فالمهم قيمتها في بناء هذا الميثاق الغليظ ، إذ تعتبر حجرا أساسا ووترا حساسا في هذا السياق، أما ركن الزواج فالمراد به الرضا، والذي يعتبر هو الآخر جوهر يدور عليه عقد الزواج فهو حلقة متينة في ذلك، وعليه فإن التنظيم القانوني لمقدمة الزواج وركنه ينبغي أن يراعي العرف الذي يضل بريقه ساطعا وذا أثر بليغ، ومن هنا سيعنى هذا المبحث باستنباط مواضع الأخذ بالعرف في الخِطبة كمقدمة لعقد الزواج (المطلب الأول)، ثم مواضع الأخذ بالعرف في الرضا كركن لعقد الزواج (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مواضع الأخذ بالعرف في الخِطبة كمقدمة لعقد الزواج:

بغض النظر على مدلول الخِطبة في أصل الوضع اللغوي وتعريفها لدى الفقه الشرعي، إذ أن التعريف القانوني يغني عن هذا الأخير وعلى سابقه من باب أولى، فإن ما يكون حليا بالبيان ، استنباط مقام اعتبار العرف في الخِطبة كمقدمة للزواج سواء كان ذلك على ضوء النصوص الصريحة أو المضمرة في قانون الأسرة الجزائري ، ليكون من أدق ما يبرز في هذا الإطار مسألتا اقتران الفاتحة بالخِطبة (الفرع الأول) ، والعدول عن الخِطبة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مسألة اقتران الفاتحة بالخِطبة واعتبار العرف فيها:

جاء في قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم ما يلي: «إن اقتران الفاتحة بالخِطبة لا يعد زواجا.

غير أن إقتران الفاتحة بالخِطبة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توافر ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في المادة 9 مكرر من هذا القانون»⁽¹⁾.

يتضح من هذا النص أن للعرف مقام للذكر، إذ اعتبر المشرع قيمته من زاويتين، أولهما لما نص على إمكانية اقتران الفاتحة بالخِطبة فاعترف ضمينا بقيمتها وبالعرف كدافع لها، ويتضح ذلك بالمقارنة ما بين النص السابق والنص الحالي المذكور أعلاه ، ففي سابق نص المادة كان هناك اعتراف صريح من قبل المشرع بإمكانية اقتران الفاتحة بالخِطبة: «يمكن أن تقترن الفاتحة مع الخِطبة أو تسبقها بمدة غير محددة»، بينما في النص الحالي حسب فقرته الأولى بيّن مباشرة القيمة القانونية للفاتحة المقترنة بالخِطبة فكان عدم اعتبارها زواجا حكما لها ، وكأن هناك اعتراف مسبق ثابت لدى المشرع بإمكانية -بل بوجود- الفاتحة المقترنة بالخِطبة، فأصبح ذلك تحصيل حاصل بالنسبة لديه، الدافع لتقريره عرف الناس وعاداتهم ، كما يفهم من النص الحالي في فقرته الأولى أن المشرع يخاطب أولئك الشباب المقبلين على الزواج بما مفاده أن الفاتحة التي جرى العرف على قراءتها تزامنا والخِطبة لا تعتبر في نظر القانون زواجا إلا من باب الاستثناء.

ثم إن من الدارسين من يعقب على الفقرة الأولى للمادة الحالية ويراه مجرد مصادرة عن المطلوب وأنه ما كان على المشرع أن يضعها وأن ذلك حث على فعلها وتشجيع على حكمها فهي زواج عرفي⁽²⁾ ، غير أن المشرع ما كان ليتحمل

عناء النص على الفاتحة المقترنة بالخطبة في طليعة نص المادة أعلاه، وما كان ليبين حكمها لولا عرف الناس وعاداتهم ، وبعبارة أدق لولا قيمة الفاتحة لدى أفراد المجتمع الجزائري ، إذ يقرأها الإمام أو الشيخ بحضور الجماعة ويتلو معها جملة من الأدعية، لا لشيء سوى لنزول البركة على الزوجين وعلى أسرتهما، فالفاتحة في نظرهما بادرة خير عليهما ، فتكون من الزوجين حمدا لله وامتنانا على التوفيق ودعاء للتسديد وطلبا للتحصين.

أما الزاوية الثانية لاعتبار العرف، فمناطها لما بين المشرع صور الفاتحة المقترنة بالخطبة ولو على غير الصريح من قبله وذلك مراعاة لما هو سائد واقعيًا من أعراف مختلفة باختلاف الجهات والمناطق بخصوص مسألة الفاتحة، فأحيانا تقرأ لحظة الخطبة قبل استكمال العقد بضوابطه، وأحيانا أخرى تقرأ بمجلس العقد أي تزامنا مع استكمال تشكيلات العقد المتحقق ركنه والمستوفي لكامل شروطه بمفهومها القانوني، وعلى أساس ذلك ثبت الحكم من قبل المشرع ، أي تحت وطأة الحتمية إذ دُفع دفعا لبيان صوري الفاتحة المقترنة بالخطبة والتي جرى عليها العرف، وذلك حتى ولو كان بيانه هذا على وجه الإضمار كونه ذكر أحد الصور وهي تلك التي تقتزن فيها الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد، بمفهوم المخالفة يمكن أن تكون فاتحة مقترنة بالخطبة فقط أي دون مجلس عقد ، وعلى ذلك اختلف الحكم من قبل المشرع بخصوص القيمة القانونية للفاتحة المقترنة بالخطبة ففي أولى الصور لا تكون زواجا وفي ثانيها تكون كذلك ، ومن هنا يكون القول بأن للعرف دور في تقرير الحكم قولاً سديداً، وأن الزواج من دون فاتحة يعتر في العرف الجزائري كالجسد من روح .

ينبغي الإشارة أخيراً إلى مسألة جد مهمة مقارنة مع العرف الجزائري ، وهي مسألة النظر إلى المخطوبة والتي لم يبين لها المشرع الجزائري حكماً ولا مناطاً، وإنما تكفل الفقه بضبط حكمها، والذي ينبغي الرجوع إليه عملاً بمضمون نص المادة 222 من قانون الأسرة، وعموماً لا يتسع المقام للخوض تفصيلاً في كل ما ذهب إليه أهل الفقه الشرعي، فالخلاف والاختلاف سنة ثابتة عندهم، وعلى كل حال انعقد إجماعهم على جواز النظر إلى المرأة قبيل خطبتها ، وهو مشهور مذهب المالكية إذ أجاز الإمام النظر إلى الوجه والكفين⁽³⁾، كما أجاز الحنفية النظر إلى المرأة ممن يُقدم على خطبتها قبل استكمال نكاحها⁽⁴⁾، و قال الشافعية بجواز النظر للوجه لمعرفة الجمال وللکفين ظهراً وباطناً لمعرفة خصوبة البدن⁽⁵⁾، وعند الحنابلة يجوز لمن أراد أن يخطب امرأة النظر إلى وجهها وإلى ما يظهر غالباً كالرقبة واليدين والقدمين وإلى الرأس والساقين شريطة عدم الخلوة بها⁽⁶⁾، وكل ذلك ثابت وجوده في العرف الجزائري فالرؤية مستلزم ينبغي حصوله تمهيداً للخطبة، إذ تتفق الأسترتين على موعد لرؤية المخطوبة وبالعادة يذهب الشاب رفقة والديه وبعض أقاربه، أخته وجدته غالباً وتتم رؤية المخطوبة بحضور محرماً ، وفي دنيا الواقع ينظر الطرفين لبعضهما، وتكون لديهما ولأسرتهما قناعة قد تُكشف في حينها من جهة الشاب في الغالب بشكل ضمني لا صريح من خلال تقديم هبة مالية للمرأة ولأمها ومن خلال إطلاق زغاريد من قبل أمه.

الفرع الثاني: مسألة العدول عن الخطبة واعتبار العرف فيها:

نص المشرع في مقام مسألة الحال على ما يلي: «الخطبة وعد بالزواج، يجوز للطرفين العدول عن الخطبة إذا ترتب عن العدول ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض ، لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئا مما أهداها إن كان العدول منه ،وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته أو قيمته، وإن كان العدول من المخطوبة فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته»⁽⁷⁾.

على ضوء هذا النص يتضح أن مقام اعتبار العرف في مسألة العدول عن الخطبة لا يظهر بذلك الوجه الإيجابي البحت له، وإنما قد يظهر بوجه سلبي لا يستقيم معه ركني العرف الاعتياد مادي والإلزام معنوي، فيكون حينئذ في حكم العادة السيئة، أي بالركن الأول فقط، ذلك أن انتشار ظاهر العدول عن الخطبة في المجتمع الجزائري وارتفاع معدلاتها واقعا لسيما في زماننا هذا، فرض على المشرع أن يتدخل ليقر جواز العدول عن الخطبة ويضبط أحكامها لسيما مسألة التعويض عن الضرر المادي أو المعنوي الذي يلحق أحد الطرفين بسبب ذلك.

من ناحية ثانية ، اعترف المشرع مسبقا بمبدأ التهادي ما بين المخطوبين دون تردد ولا ريب وإنما بأسلوب الجزم كان اعترافه، عكس مسألة التعويض بسبب العدول عن الخطبة الذي جعله جوازا استثنائيا معلق دائما على شرط واقف وهو حدوث الضرر، كما بين ملاسبات التهادي ما بين المخطوبين بعد العدول ، كله استجابة لما هو سائد واقعا من عادات وتقاليد لدى الأسر الجزائرية بخصوص الخطبة في الزواج، إذ يتقارب الشابين المخطوبين مادي ومعنويًا، وذلك من خلال تلك الهدايا المقدمة لبعضهما أثناء فترة الخطوبة، وما خاتم الخطوبة وما يرافقه من هدايا أخرى مثل العطور وما قام مقامها والألبسة وغيرها أو ما يسمى في لغة العرف الجزائري **بالطبق** أو **الطبق** إلا أبرز علامات الهدايا المقدمة من الرجل ، في حين يتلقى هذا الأخير من مخطوبته خاتما من فضة في الغالب وعطور وغير ذلك، وبالنظر لكون مدة الخطوبة غير محدد قانونا وإنما لعرف الناس هي خاضعة فقد تطول وقد تقصر، فقد درج العرف الجزائري أن يقدم الخاطب لمخطوبته أثناء فترة الخطوبة وقبل العرس وإعلان الزواج، بعض الأشياء من نوع خاص تقدم بالعادة تزامنا مع الأعياد والمناسبات الدينية ، كعيد الفطر وعيد الأضحى وعاشوراء والمولد النبوي الشريف، أشياء تسمى في لغة عرفنا **بالتيزري** الذي يشمل في الغالب لباس العيد وعطور ومأكولات أو يعوض بمبلغ مالي يقدمه الخاطب، وذلك يدخل أيضا في حكم الهدايا المنصوص عليها بموجب المادة أعلاه.

ما تدق عليه الملاحظة وتجدر إليه الإشارة أن النص الحالي الذي يضبط حدود مسألة العدول عن الخطبة فيه من الأحكام وعليه من النقائص ما لا يتوافق مع العرف الجزائري في هذا الإطار، فالمشرع جعل الخطبة **وعدا بالزواج**، والوعد في نظر القانون ملزم ينبغي على من أعلنه أن يوفي به عينا وإلا حل الوفاء القضائي مقام الوعد الإرادي⁽⁸⁾ ، في حين أن الخطبة في عاداتنا وتقاليدنا ليست ملزمة للطرفين فهي متنافس يتعارف فيه الطرفان وتتقارب من خلاله الأسرتين ، وكما قد يكون الزواج نتيجة لذلك التعارف والتقارب قد يكون العدول نتيجة له ،ومن أجل ذلك مكن القانون منه، كمأن حقيقة الخطبة في أصل الوضع اللغوي مجرد طلب أو التماس الزواج⁽⁹⁾، وقد ورد في قرآننا ما ينساق في صميم هذا المعنى: [لا

جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ⁽¹⁰⁾، وفي ذات السياق ورد في الحاوي خبر من أجمل الأخبار عندما قال صاحبه: «والظاهر أن الخطبة ليست بعقد شرعي وإن تخيل بأنها عقدا فليس بلازم بل جائز من الطرفين قطعا»⁽¹¹⁾، وذلك ما ينسجم مع الحاصل واقعيًا، وبالنتيجة ينبغي على المشرع مراجعة نص المادة بجعل الخطبة طلب الزواج لا وعدا به .

كمأن العرف السائد في بعض المناطق يجعل المهر أو الصداق يقدم أثناء فترة الخطوبة وتزامنا معها وبالعادة تستغله المخطوبة لتحضير نفسها أو ما يسمى في لغة عرفنا بالجهاز، وهو الذي لم يبين له المشرع حكما ولم يجعل له اعتبارا من خلال نص المادة أعلاه، عكس ما فعل بالنسبة للهدايا، وهو ما يجب أخذه بعين الاعتبار في نص المادة، مراعاة لبعض الأعراف السائدة واقتداء ببعض التشريعات العربية، مثل المشرع المغربي الذي جل الصداق محورا عريضا من محاور العدول عن الخطبة ويتضح ذلك مما نص عليه: «إذا قدم الخاطب الصداق أو جزءا منه وحدث عدول عن الخطبة أو مات أحد الطرفين أثناءها، فللخاطب أو لورثته استرداد ما سلم بعينه إن كان قائما، وإلا فبمثله أو قيمته يوم تسلمه، إذا لم ترغب المخطوبة في أداء المبلغ الذي حول إلى جهاز تحمل المتسبب في العدول ما قد ينتج عن ذلك من خسارة بين قيمة الجهاز والمبلغ المؤدى فيه»⁽¹²⁾، وكذلك المشرع الأردني عنده نص: «...إذا عدل أحد الطرفين عن الخطبة أو انتهت بالوفاة فللخاطب أو ورثته الحق في استرداد ما دفع على حساب المهر من نقد أو عين إن كان قائما أو قيمته يوم قبضه إن تعذر رد عينه أو مثله، إذا اشترت المخطوبة بما قبضته على حساب المهر أو بيعته جهازا فلها الخيار بين إعادة ما قبضته أو تسليم ما اشترته من الجهاز كالا أو بعضا إذا كان العدول من الخاطب، ويسقط حقها في الخيار إذا كان العدول منها...»⁽¹³⁾

وأخيرا وكأنا بالمشرع الجزائري تناسى ما هو موجود في عرفنا من إمكانية أن تقدم المخطوبة هدايا لخاطبها ولم يبين مناط هاته الأخيرة من مسألة العدول، فالسؤال يبقى موجه للمشرع، هل تسرد المخطوبة ما أهدته لخاطبها إن كان العدول من قبلها؟، مع العلم أنها ملزمة في هذه الحالة بأن ترد له ما لم يستهلك مما أهداها أو قيمته حسب آخر فقرة للمادة أعلاه، وهو نفس موقف المحكمة العليا في الجزائر⁽¹⁴⁾، على عكس ذلك بيّن المشرع الحكم إن كان العدول من الخاطب إذ أنه لا يسترد شيئا مما أهداها وجسدت ذلك المحكمة العليا أيضا بعدة قرارات⁽¹⁵⁾ في مقابل التزامه بالرد على نسق التزامها بالرد إن كان العدول من قبلها أي يرد ما لم يستهلك أو قيمة ذلك، ومن هنا يكون من الحصيف أن يعامل المشرع الطرفين نفس المعاملة من جميع النواحي وفي كل الملابسات، ولا ضير في اقتراح تعديل آخر فقرة للمادة أعلاه لتصبح كما يلي: «...لا تسترد المخطوبة من الخاطب شيئا مما أهدته إن كان العدول منها، وعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك مما أهداه لها أو قيمته» .

المطلب الثاني: مواضع الأخذ بالعرف في الرضا كركن للزواج:

يكون من اللازم استنباط مقام اعتبار العرف في الرضا كركن للزواج عند المشرع الجزائري، والذي يظهر من فحوى النصوص المعدلة والمتممة، أن العنوان الأبرز لأخذ العرف في الحسبان كان في حالتين، عند استعمال مصطلح الزواج واعتباره رضائيا (الفرع الأول)، وكذا التعبير عن الرضا في الزواج (الفرع الثاني).

الفرع الأول: استعمال مصطلح الزواج واعتباره رضائيا اعترافاً ضمني بالعرف:

إن التقارب بين الرجل والمرأة سنة ثابتة منذ الزمن الغابر وقد تطور ذلك وتشعب إلى أن أصبح له نظام قائم بذاته يسبغه عنوان معين، حتى أطلق عليه البعض تسمية الميثاق الغليظ، ثم إن أصل حقيقته الأكثر تداولاً ما يطلق عليه بالنكاح، وقد وردت آيات كثيرة تعبر عن ذلك مثل قوله تعالى: [وَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ]⁽¹⁶⁾، كما أن عقد النكاح ثابت مدلوله لدى أهل الفقه الشرعي، وبذلك المصطلح ورد في معظم كتبهم إذ خصصوا له باباً مستقلاً، ومن أشهر التعريفات عند المالكية تعريف ابن عرفة: «النكاح عقد على مجرد متعة التلذذ بأدمية غير موجب قيمتها ببينة قبله غير عالم عاقدها حرمتها إن حرّمها الكتاب على المشهور أو الإجماع على الآخر»⁽¹⁷⁾، في حين عرفه الحنفية بأنه: «عقد يرد على ملك المتعة قصداً»⁽¹⁸⁾، بينما عرفه الشافعية بأنه: «عقد يتضمن إباحة وطء بلفظ إنكاح أو تزويج، وهو حقيقة في العقد مجاز في الوطاء على الصحيح»⁽¹⁹⁾، وبنفس تعريف الشافعية تقريباً قال الحنابلة إذ هو: «حقيقة في العقد وفي الوطاء وقيل فيهما فالأشهر أنه مشترك»⁽²⁰⁾، بينما استعمل المشرع الجزائري مصطلح الزواج وعرفه في نص المادة 04 من قانون الأسرة كما يلي: «الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي ...».

إن في استعمال مصطلح الزواج لمراعاة أكيدة وأخذ في الحسبان للأعراف الجزائرية، إذ أن هذا المصطلح شائع في عرف مجتمعتنا، بل هو المتداول للتعبير على معنى الاقتران بين الرجل والمرأة، كما أضاف المشرع بموجب نص المادة المعدلة سنة 2005 وسما جديداً للزواج لما اعتبره رضائياً، وأكد ذلك بموجب نص المادة 09 المعدلة هي الأخرى وفقاً للصياغة التالية: «ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين»، وفي هذا المقام يظهر اعتبار آخر للعرف، ذلك أن المشرع لم يكن ليجعل الرضا ركناً وحيداً لعقد الزواج لولا ذلك التطور الحاصل في العرف الجزائري، ففي وقت مضى وفي ظل الأسرة الجزائرية البسيطة لم يكن الزواج لينعقد بمجرد تراضي الطرفين وإنما ينبغي عليهما افتكاك رضا الأسرتين لسيما الأبوين، بل إنه في بعض المناطق والجهات كانت الأم أو الأب من يختار الزوجة وما كان الزوج ليمارس حتى حق الرؤية لمخطوبته إلا يوم الدخول، بينما في زماننا هذا حصل تطور واضح في الأسر الجزائرية أين أصبح الشابين يتعارفان ويتراضيان لذاقهما عبر مختلف الوسائل والوسائط، وإذا ما أرادا ترسيم تلك العلاقة ما عليهما سوى إدخال الأسرتين في قواعد اللعبة، ولما كان التطور الحاصل مرحلياً استوى النص القانوني مع ذلك فأصبح الزواج رضائياً.

ولما جعل المشرع الجزائري من الرضا ركناً وحيداً لعقد الزواج وما دونه من ذلك شروط لصحته، فإن ذلك مدعاة للتساؤل لا على مدى صحة ذلك فالعرف الملزم يشفي غليل المتسائل، وإنما بأي موقف من مواقف الفقه بالذات أخذ المشرع؟

للوصول إلى إجابة شافية كافية ينبغي معرفة موقف فقهاء المذاهب الأربعة من مسألة أركان عقد الزواج، فبالنسبة للمالكية فلم يميزوا بين أركان الزواج وشروط صحته وإنما اعتبروا أركان الزواج هي الرضا وعبروا عليه بالصيغة، المحل المتمثل في الرجل والمرأة، والمهر والولي، أما الشاهدان فليسوا بركن ولا بشرط صحة وإنما شرط لحل الدخول كما قالوا، ولخص ذلك صاحب البهجة بيتين رائعين قائلا: **[المهر والصيغة والزوجان ثم الولي جملة الأركان]** ، **[وفي الدخول الختم في الإشهاد وهو مُكَمَّلٌ في الانعقاد]** ⁽²¹⁾، وقال الشافعية بنفس قول المالكية تقريباً فجعلوا ما يكون ركناً عند المالكية وكذلك الشاهدان هي أركان الزواج ⁽²²⁾ ، أما الحنابلة فقد اعتبروا أن ركن الزواج هو الرضا بالإيجاب والقبول ما بين الزوجين، وعبر على ذلك صاحب المتن قائلا: **[وما للانعقاد من حصول دون التقاء الإيجاب والقبول]**، **[والأول من وليها أو نائبه والثاني من خاطبها أو جانبه]** ⁽²³⁾ ، فالأركان عند الحنابلة ثلاثة الزوجان والإيجاب والقبول ⁽²⁴⁾ ، بينما الباقي شروط عددها كما يلي: (الولي، الشهادة، المكافأة، خلوا المرأة من الموانع) أما الصداق فيلزم في النكاح وورد في كتبهم على وجه الاستقلال دون بيان مقامه في عقد الزواج ركناً هو أو شرط ⁽²⁵⁾، أما فقهاء الحنفية فأجمعوا على أن الركن الوحيد في الزواج هو الإيجاب والقبول أي الرضا وما دون ذلك كله شروط وعلى كل حال قسموها إلى ثلاثة طوائف شرائط للانعقاد وأخرى للجواز والنفاد وأخرى شرط للزوم كما قالوا ⁽²⁶⁾، وبالنتيجة فإن المشرع الجزائري لما جعل الرضا ركناً وحيداً للزواج يكون قد حذا حذو فقهاء الحنفية واقتدى بمذهبهم وتأثر بالعرف في نفس الوقت.

الفرع الثاني: التعبير عن الرضا في الزواج واعتراف صريح بالعرف:

جاء في صريح نص المادة رقم 10 من قانون الأسرة الجزائري أنه: «يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعاً.

ويصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفاً كالكتابة والإشارة»

ومن هنا يتحقق الرضا في عقد الزواج بتوافق الإيجاب مع القبول، ويقصد بالإيجاب ذلك الكلام الصادر من أحد المتعاقدين والذي يحمل دلالة على الرضا بالعقد في حين أن القبول كلام يصدر من المتعاقد الآخر يتضمن موافقة على ما أبداه المتعاقد الأول ⁽²⁷⁾، وليس هناك تعيين بالذات للطرف الموجب والطرف القابل بموجب المادة أعلاه، فكما يمكن أن يكون الرجل موجبا والمرأة صاحبة القبول يمكن أن تكون هاته الأخيرة موجبة والرجل صاحب القبول، فقد شاع في زماننا هذا أن تكون المرأة هي المبادرة بطلب الزواج، وليس على ذلك غبار ولا غش، إذ أن المجتمع تطور ونمط التفكير ونظام الحياة فيه تغير، خاصة والأرقام التصاعدية لظاهرة العنوسة في المجتمع الجزائري، ومن هنا تكمن الحكمة في إطلاق النص عند المشرع في مراعاة عرف الناس في عرض وقبول الزواج.

والملاحظ أن المشرع ربط التعبير عن الإيجاب والقبول في عقد الزواج من حيث الأصل بمعيار شرعي مفاده معنى النكاح عند أهله، وكثيرة هي الألفاظ التي يتحقق بها معنى النكاح عند أهل الفقه الشرعي، فالشافعية والحنابلة حصروها في لفظي النكاح والزواج ⁽²⁸⁾، في حين لم يضح الحنفية لفظاً مخصوصاً وإنما بكل لفظ يفيد التملك و يرد بأحد الزميين

إما الماضي أو المستقبل مثال الأول ، قول الرجل تزوجت وقول المرأة قبلت، ومثال الثاني زوجيني فتقول المرأة تزوجت⁽²⁹⁾ ، والمالكية قالوا بكل لفظ يقتضي التملك على وجه التأيد كالنكاح والتزويج والتمليك والبيع والهبة والصدقة شريطة أن يذكر معها المهر⁽³⁰⁾ ، رغم أن من هاته الألفاظ - باستثناء ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة - لا تصلح لزماننا ولا يستجيب لها عرفنا فالغالب الموجود في العرف الجزائري استعمال لفظ الزواج أو ما يحمل دلالة واضحة على معانيه، كأن يقول الرجل للمرأة أريد أن أرتبط بك أو أن أشاركك الحياة، أو يقول لوليها أريد أن أقترب منك أو أن أصبح نسيبا لك، وذلك حتى ولو استعملت اللغة العامية أو ما سماه بعض الفقه "اللغة المصحّفة" وحتى اللغة الأجنبية أو ما سماه الفقه باللغة الأعجمية⁽³¹⁾، وفي المقابل جعل المشرع العرف أساسا للتعبير عن الرضا في الزواج من باب الاستثناء ، وذلك في الحالة التي يكون فيها أحد الطرفين عاجزا ، وعندها يتحقق الرضا باستخدام ما يفيد معنى النكاح لغة" يراد به الوطء والضم والجمع"⁽³²⁾ أوعرفا بمختلف ما يفيد معنى النكاح، وذكر المشرع وسيلتين للتعبير عن ذلك هما الكتابة والإشارة، وسبق له وأن ذكر هاتين الوسيلتين بموجب نص المادة 60 من القانون المدني ، ومن هنا يكون المشرع بإحالته إلى الفقه الشرعي قد وسع من الألفاظ التي يعبر بها على الإيجاب والقبول في عقد الزواج غير مراعيًا بذلك الأعراف الجزائرية السائدة وذلك حتى وإن كانت في غالبها تصدر بلغة عامية، فلا حرج عليها كونها ألفاظ دأب عليها عرف المجتمع، [والعرف في الشرع له اعتبار، لذا عليه الحكم قد يُدار]، يقول ابن عابدين⁽³³⁾ .

وعلى هذا الأساس يكون من الواجب استخدام منهج يستنبط من الأحكام ما يتناسب وعرف المجتمع، وفي هذا الإطار ورد عن أحد الفقهاء خبر من أجمل الأخبار مفاده: " أن العمل بما ذهب إليه أهل الفقه الشرعي لا يتفق مع روح العصر ولا يعد ذلك قدحا في حقهم ، فهم مجتهدون متأثرون بزمانهم، لذلك ينبغي تسيطر النصوص الأسرية بجعل أحكامها مستنبطة من المذاهب الأربعة المشهورة بالاختيار منها ما يتوافق مع عرف الناس وروح عصرهم "⁽³⁴⁾ ، وعليه فالأفضل للمشرع أحد الخيارين إما تقييد اللفظ على نسق ما قال به الشافعية والحنابلة (لفظي الزواج أو النكاح) من حيث الأصل والكتابة والإشارة المعلومة بالنسبة للعاجز استثناء ، وذلك كما فعل المشرع الأردني مثلا ، إذ ورد عنده: «يكون كل من الإيجاب والقبول بالألفاظ الصريحة (كالإنكاح) والتزويج) وللعاجز عنهما بكتابته أو بإشارته المعلومة»⁽³⁵⁾ ، والخيار الثاني وهو الأنسب يكون بجعل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا أساسا للتعبير عن الرضا في الزواج وذلك من حيث الأصل في حين تعتبر الكتابة ثم الإشارة تواليا وسيلة للتعبير من قبل العاجز، وذلك على نسق ما فعل المشرع المغربي، إذ ورد في المدونة: «ينعقد الزواج بإيجاب من أحد المتعاقدين وقبول من الآخر بألفاظ تفيد معنى الزواج لغة أو عرفا، يصح الإيجاب والقبول من العاجز عن النطق بالكتابة إن كان يكتب وإلا فيإشارته المفهومة من الطرف الآخر ومن الشاهدين»⁽³⁶⁾

المبحث الثاني: مواضع الأخذ بالعرف في شروط عقد الزواج واشتراطاته

لما جعل المشرع من الرضا ركنا وحيدا لعقد الزواج يكون قد اعتبر ما كان في السابق أركاناً، شروطاً وفقاً للنصوص الحالية، من ناحية ثانية فإن الاشتراط في التعاقد مصلحة مشروعة ومستلزم عقدي نابع من صميم الاتفاق الإرادي، ولم يكن عقد الزواج بعيداً عن ذلك، ومن هنا سيعنى هذا المبحث باستنباط مواضع الأخذ بالعرف في شروط عقد الزواج (المطلب الأول)، ثم مواضع ذلك في اشتراطات عقد الزواج (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مواضع الأخذ بالعرف في شروط عقد الزواج:

ضبط المشرع شروط عقد الزواج بموجب نص المادة 09 مكرر المستحدثة سنة 2005 وفقاً للمضمون التالي: «يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: -أهلية الزواج، الصداق، الولي، شاهدان، انعدام الموانع الشرعية للزواج»، ولا يبدوا التأثير بالعرف في كامل هاته الشروط بل إن منها ما اعتُبر فيها العرف ومنها ما ضربت فيها قيمته عرض الحائط.

الفرع الأول: أهلية الزواج والصداق مقاماً لاعتبار العرف:

جاء في صريح نص المادة رقم 07 من قانون الأسرة المعدلة ما يلي: «تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج، يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات».

إن الواضح من هذا النص أن المشرع ساوى بين الرجل والمرأة في سن الزواج إذ أصبح 19 سنة لكل منهما بعدما كان في سابق نص المادة محدد بـ 21 سنة للرجل و18 سنة للمرأة، ومن هنا يكون المشرع كما فعل قد توافق مع سن الأهلية الثابت في المادة 40 من القانون المدني، ومع سن الشهادة طبقاً لقانون الحالة المدنية المعدل⁽³⁷⁾ غير أن المسألة في حقيقتها تنم عن وفاء بالتزام دولي للحكومة الجزائرية في هذا الإطار من منطلق المساواة بين الجنسين إذ صادقت الجزائر على اتفاقية إطار في هذا السياق، وهي "اتفاقية سيداو"⁽³⁸⁾، وقد أكدت في معظم تقاريرها أنها خطت شوطاً كبيراً في تجسيد بنود الاتفاقية ومن أبرز علامات ذلك توحيد سن الزواج وغيرها⁽³⁹⁾، وقد صاحب توحيد سن الزواج عند المشرع الجزائري منحٌ لسلطة واضحة للقاضي للترخيص بالزواج قبل سن 19 سنة، وذلك لمصلحة يقدرها هو المتحكم الرئيس فيها قدرة الطرفين على تحمل أعباء الزواج، وفي هاته النقطة الأخيرة يبدو التأثير القانوني بعرف المجتمع واضحاً.

إذ أنه لما سمح بالزواج قبل السن القانوني يكون قد أخذ في الحسبان ذلك التطور الحاصل في مجتمعنا، والذي كان له تأثير على عقلية الشباب الجزائري المقدم على الزواج، تغيير ما فتئ يأخذ حيزاً واضحاً حتى أصبح عرفاً ثابتاً، وذلك بمضمون مفاده رغبة الرجال بدرجة أكبر في الزواج في سن مبكرة وميول شديد نحو الاقتران بصغيرات السن حتى بالنسبة لأولئك الرجال المتأخرين عن الزواج، إذ أصبح صاحب الأربعين سنة يرفض من تجاوزت العشرين وصاحب الثلاثين يبحث عن صاحبة السبعة أو الثمانية عشرة سنة، ويعلق البعض عن المسألة بما مفاده أن صغر سن الفتاة أصبح مقياساً

يشترطه الشباب وهو ذي قيمة عالية في معتقدنا الشعبي⁽⁴⁰⁾، ومن أجل كل ذلك سُمح بالترخيص قبل السن المحددة ومنحت للزوج المرخص له كامل الأهلية لحماية مصالحه المشروعة قضاءً، هذا ويأخذ بعض الدارسين المشرع كونه لم يضع حداً أدنى ليقيد به القاضي عند الترخيص بالزواج وحسبه يمكن الترخيص بالزواج حتى لمن بلغت العاشرة من عمرها⁽⁴¹⁾.

غير أن الذي يبدو أن عُرف الناس وعاداتهم متحكم في المسألة، فمن غير المسموح به عرفاً ومن غير المستساغ في المجتمع الجزائري أن يُطلب الترخيص بالزواج للفتى ولسيما للفتاة التي يقل سنّها عن 15 أو 16 سنة في الغالب، كمأن الفتى أو الفتاة الذي يقل عمره على هذا المعدل السني لا يستجيب للضابط الذي وضعه المشرع وهو القدرة على الزواج أو تحمل مسؤولية ذلك كمقصود حقيقي للنص، لسيما في زماننا هذا، ويضيف البعض بأن عرف الأسر الجزائرية يجعلها تعزف عن تزويج أبنائها في سن مبكرة تقل عن سن 19 سنة لأن في ذلك أثر على مستقبلهم الدراسي والمهني⁽⁴²⁾، كمأن السن التي تتطلب ترخيصاً قضائياً حالياً كانت في وقت مضى أساساً لأهلية الزواج إذ حددت بـ 15 و 18 سنة في الأمر الصادر بتاريخ 1985/02/04، وبـ 18 و 16 سنة في القانون المؤرخ في 1963/06/29⁽⁴³⁾، وذلك دليل على أن العرف متحكم في المسألة تماشياً مع العادات السائدة آنذاك ومع طبيعة الرجل والمرأة الجزائرية في ذلك الوقت.

وبالنتيجة يكون المتغير الاجتماعي المتمثل في عرف الناس أحد أهم اعتبارات المشرع بخصوص أهلية الزواج وأحكامها، فضلاً على متغيرات أخرى قانونية وسياسية.

أما اعتبار العرف في شرط الصداق فيبدو جلياً من خلال ما طرأ من تعديل على نص المادة 15 التي جاء فيها: «يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلاً أو مؤجلاً، في حالة عدم تحديد قيمة الصداق تستحق الزوجة صداق المثل»، فكانت الفقرة الثانية مركب جديد للنص، أين أوجب المشرع اعتبار صداق المثل في حالة عدم تحديده في العقد، وما اعتبار صداق المثل إلا اعتبار للعرف في حد ذاته، كون هذا الأخير متحكم رئيس ومرجع أكيد لما سماه بصداق المثل، فإذا حصل مثل هذا الإغفال في العقد أو لم يتفق الطرفان على قيمة محددة، تستحق الزوجة بقوة القانون نفس قيمة الصداق الذي يدفع لنظيراتها والذي دأب عليه عرف البلدة، وقد ثبت في الوسط الجزائري أن المهور منخفضة إلى حد ما في منطقة القبائل، ومرتفعة إلى حد ما في الغرب الجزائري، ومتوسطة معقولة في مناطق الوسط، كما خلصت بعض الدراسات إلى أن الصداق لم يطرأ عليه تغيير كممارسة اجتماعية وظل الأهالي يتعاملون به بنفس العملة رغم اختلاف قيمته من منطقة لأخرى⁽⁴⁴⁾.

الفرع الثاني: الولي في عقد الزواج مقاماً لاستبعاد العرف رغم قيمته:

يبدو أن المشرع الجزائري وفقاً لآخر التعديلات أفرغ الولي في عقد الزواج من محتواه، وليس السبب في ذلك جعله شرطاً للصحة لا ركناً للانعقاد - فمن الفقه الشرعي من جعله كذلك ولا يتسع المقام لتفصيل المسألة - وإنما هناك فعل كبح لإرادته وتغيب لسلطته من جهة، ومن جهة أخرى أضفى المشرع على الولي في عقد الزواج صفة الدخيل على الأسرة ولو من باب الاحتمال، والمحتمل يُحتمل أن يصير واقعاً حاصلاً، ويستنتج ذلك ويستشف من صريح النصوص لديه إذ جاء في المادة رقم 11 المعدلة أنه: «تتخذ المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون، يتولى زواج القصر أو لياؤهم وهم الأب فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي لمن لا ولي له».

ومن هنا يكون المشرع قد منح سلطة شبه مطلقة للمرأة الراشدة في عقد زواجها وما على الولي إلا أن يصحبها في ذلك فهي المبادرة وهو المرافق في مجلس العقد، وإرادتها هي الحاسمة وما عليه سوى الموافقة، وإذا عارض قناعتها المسبقة أو غاب عن مجلس العقد سواء كان أبوها أو أحد أقاربها، فيمكن لها أن تتخذ زواجها بحضور أي شخص آخر تختاره كما عبر على ذلك المشرع، عبارة يتسع نطاقها ومعناها لتنسحب على كل شخص غريب دخيل تنعدم بينه وبين من اختارته ولياً عليها أية قرابة، وذلك لم يقل به لا الفقه الإسلامي ولا أي تشريع من تشريعات الدول المغاربية حتى لا نقول العربية، إذ جاء مثلاً في المدونة الموريتانية: «الولاية تمارس لصالح المولى عليه، لا يصح تزويج المرأة البالغة بدون رضاها ولا أن تتزوج بدون وليها...»⁽⁴⁵⁾، وجاء في القانون العماني: «يتولى ولي المرأة عقد زواجها برضاها»⁽⁴⁶⁾، ولا شك أن ما أقره المشرع بخصوص الولي المختار من شأنه احتقار المرأة وتركها بلا سند وسلخها عن جلدتها⁽⁴⁷⁾، كما من شأنه أن يشجع على الانحلال الأسري والانحدار الاجتماعي، وذلك بعيد كل البعد على الحقيقة السمحة لأعرافنا وتقاليدينا، ثم إن مبدأ كون القاضي ولياً اعتمده المشرع جزئياً في النص لا كلياً، فاعتباره كان على القاصرة إذ انعدم وليها لا على الراشدة بذات الحال، رغم أنه الأولى سلطة والأدري بالراشدة مصلحة من الغير الغريب الذي مُنحت مكنة في اختياره.

كما قرر المشرع في نص المادة 13 المعدلة أنه: «لا يجوز للولي أباً كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها»، فهذا النص يضيف قطرات تفيض الكأس، كونه شمل منعا مطلقاً لسلطة الولي في تزويج القاصرة دون ضابط واضح، ولأن النص الحالي يُحمل على الولي مطلقاً حتى وإن كان القاضي نفسه عندما يكون ولياً لمن لا ولي له، مع العلم أنه صاحب سلطة أصيلة في الترخيص بزواج القاصرة وفي تقدير مدى توافر ضابط ذلك على أساس محور عريض مفاده "مبدأ المصلحة الفضلى للمرأة القاصرة"، كما لم يبين النص دور الولي في حالة ما إذا وافقت القاصرة على الزواج وهل له أن يغل إرادتها بمنعها عن ذلك؟، كون النص الحالي يُحمل على أنها رافضة للزواج لا موافقة عليه، كما تضمن النص تكرار لا طائلة منه، فلا فرق يبدو بين إجبار القاصرة على الزواج، وتزويجها بدون موافقتها فالمعنى يستوي في كلاهما.

ومن هنا فإن في الإهدار لدور الولي والتغيب لسلطته بالمطلق ضرب لأعرافنا ولبادئ مجتمعا عرض الحائط، كون الولي في جوهر العرف المتحذر في تلك الأسرة الجزائرية المتأصلة المحافظة التي تراعي مصلحة ابنتها وتحفظ كرامتها وتصون عرضها وشرفها ، هو الذي يتولى أمور الفتاة وعقد زواجها سواء كانت راشدة أو قاصرة ، وهو أدري بمصلحتها ومسؤول على الوصول لدراية كاملة حول من تقدم لزواج الفتاة ، ثم إن حقيقة الولي في أعرافنا ومجتمعنا لا تعترف بمبدأ استقلالية الولي والترتيب القانوني للأولياء، فكل أفراد الأسرة يكون وليا-إن صح التعبير- إذ تصبح الولاية ولاية شوري لا ولاية رأي واحد ، كمأن مصير الفتاة وما ستتلقاه مستقبلا يرجع بآثاره على الأسرة ككل لا على الفتاة فقط، وعلى أساس ما سبق يكون المشرع الجزائري مطالبا بإعادة الاعتبار لأعراف مجتمعنا ، بإعادة النظر في نص المادتين 11 و 13 من قانون الأسرة ولا بأس في إقتراح الصياغة التالية: «يتم زواج المرأة الراشدة برضاها وبحضور وليها اشتراكا معه في الرأي هو أبوها أو أحد أقاربها الأولين، دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون ، يتولى زواج القصر أو لياؤهم وهم الأب فأحد الأقارب الأولين

وفي كلتا الحالتين يكون القاضي وليا لمن لا ولي له».

«لا يجوز للولي أبا كان أو أحد الأقارب الأولين أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج إذا رفضت وكان أصلح لها ، كما لا يجوز له أن يمنعها من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها ، يتولى القاضي تقدير توافر المصلحة أو انعدامها والترخيص بالزواج أو رفضه تبعا لذلك».

المطلب الثاني: مواضع الأخذ بالعرف في اشتراطات عقد الزواج:

إن أول ما يطفوا إلى السطح لدى الأسر الجزائرية وما يتبادر ويدور في ذهن الشابين بعد الخطبة وتحقق الرؤية الشرعية وحصول الموافقة المبدئية، هو الشروط التي يلتزمها كل طرف، فذاك شائع في عرفنا ويشكل محورا جوهريا قد تبنى عليه العلاقة وتستمر وقد تنهدم وتنقطع، ولأجل ذلك التفت القانون لهاته النقطة الحساسة وضبطها ، وذلك ما يتضح من نص المادة 19 في صريح لفظها وواضح معناها: «للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يراها ضرورية ولاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون» ومن هنا جعل المشرع مسألة الاشتراط في الزواج نسبية مرنة، إذ أوردها على سبيل المثال لا الحصر، مراعي في ذلك اختلاف أعراف كل منطقة، فهاته الشروط لا تستوي لدى كل الشباب وفي أعراف كل منطقة، غير أن المشرع ذكر شرطين يمكن أن تتمسك بهما المرأة، ويعتبران وترا جد حساس في الوسط المجتمعي الجزائري، شرط عدم تعدد الزوجات (الفرع الأول)، وشرط عمل المرأة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: شرط عدم تعدد الزوجات مُكَنَّة قانونية دافعها العرف:

لقد تبني الإسلام نظام التعدد وقيده بضوابط ينبغي توافرها⁽⁴⁸⁾ ولما أخذ المشرع الجزائري بهذا النظام عكس بعض التشريعات العربية الأخرى مثل المشرع التونسي⁽⁴⁹⁾، يكون قد نهل من هاته الشريعة السمحة، ووضع بين أفراد المجتمع عسلا يتشبع به عرفهم، إذ ينبغي عدم إنكار أن ظاهرة تعدد الزوجات أخذت حيزا بينا في المجتمع الجزائري سيما في بعض المناطق عند ميسوري الحال، كما كان التعدد في الزواج ولا زال عرفا ثابتا راسخا في مناطق أخرى، مثل منطقة الجلفة وما جاورها، إذ تم تبني هذا النظام وتداوله أبا عن جد، ووصلت درجة التمسك به إلى حد يجعل الزوجة التي سيُعد عليها تختار وتخطب لزوجها، ولأجل ذلك كان من اللازم تقييد هذا النظام قانونا، بضوابط ينبغي توافرها ملخصة في نص المادة 08 المعدلة من قانون الأسرة الجزائري: «يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل، يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها وأن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية، يمكن لرئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد إذا تأكد من موافقتهم وأثبت الزوج المبرر الشرعي و قدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية».

ومن هنا يكون المشرع قد تشدد مع ضوابط التعدد بالمقارنة مع سابق نص المادة، إذ أصبح من اللازم افتكاك موافقة الزوجة والمرأة اللاحقة لا مجرد علمهما، كما أصبح لزوما على الزوج أن يثبت قدرته على توفير الشروط الضرورية للحياة لا مجرد نية العدل، كما وضّح المشرع طبيعة الدعوى التي ترفع في حالة التدليس وهي دعوى التطليق، ويُن مآل الزواج الجديد غير المرخص به وهو الفسخ قبل الدخول حسب المادتين 08 مكرر و 08 مكرر 01، وكذلك المادة 53 فقرة 09، ولم يكتفي المشرع بوضع قيود للتعدد وإنما منح مُكَنَّة قانونية للزوجة تكبح من خلالها التعدد وتغل إرادة زوجها في ذلك، من خلال اشتراط عدم التعدد عليها إما في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق سواء حرره موظف عام مثل ضابط الحالة المدنية أو ضابط عام مثل الموثق، ولا وجود لما يمنع هذا الشرط ما دام أن مصدره الاتفاق العقدي للطرفين، ثم إن المشرع ما كان ليفسخ المجال لمثل هذا الاشتراط لولا انتشار هذه الظاهرة في الوسط الجزائري، كمأن المسألة بدأت تأخذ منحى يمكن وصفه بالخطير على مصالح الأسرة عموما، إذ أن بعض الشباب اكتسب ثقافة التعدد ومال إلى ذلك سيما إذا كان المرأة اللاحقة صغيرة السن، وما كان ليعدد سوى لأن أباه عدد على أمه، حتى وإن لم تكن لديه القدرة على توفير كامل المتطلبات والاستجابة لكافة الضوابط، فالمسألة بالنسبة لديه عادة أو تقليد راسخ، ويعلق البعض قائلا: "إن التقاليد والعادات إذا رسخت في الأذهان هي أشد من الاستعمار ولن يتخلى عنها أصحابها ولو وضعوا في السجون"⁽⁵⁰⁾

وبالنتيجة فإن العرف أحد دوافع تبني نظام التعدد وضبط أحكامه قانونا وفي نفس الوقت سبب لإتاحة إمكانية كبحه عن طريق اشتراط عكسه.

الفرع الثاني: شرط عمل المرأة إقرار بالعرف السائد:

بغض النظر على الحكم الشرعي لعمل المرأة وبصرف النظر على الجدل الذي طرح لدى الفقه المعاصر في هذا الإطار، وتجاوز تلك المفاعلة الاجتماعية والقانونية التي أثّرت واقعيا في هذا الخصوص من منطلق عدم التمييز بين الجنسين، فإن المهم أن القانون منح مكنة قانونية للمرأة لاشتراط عملها والمحافظة عليه ، والأكد أن هذا التمكين تعددت من ورائه الأسباب والدوافع ، ويبدو أن أبرز ما ساق المشرع نحو النص للمرأة على اشتراط عملها، هو العرف المنتشر ضياؤه لسيما في هذا الزمان، إذ أصبحت المرأة تضاهي الرجل وتنافس به بل إنها قد تتجاوزه وتسيطر عليه إذا بقيت العادة على نفس الوتيرة، وقد أثبت الواقع أنها تتجاوزته في بعض الميادين (الميدان التعليمي مثلا) ، ولعل ذلك نابع من فلسفة اجتماعية نتجت عنها ثقافة مكتسبة-أصلية كانت أو بالتأثر من ثقافات الغير - ثقافة أصبحت تسير كل السير نحو تمكين المرأة من عملها، وقد أثبت الواقع المعاش والعرف السائد في بعض المناطق (مناطق الشمال الجزائري خصوصا) عزوف الشباب على الزواج بسبب ظروف اجتماعية واقتصادية بالدرجة الأولى لا تستجيب لتطلعاتهم ، ووجود رغبة شديدة من قبلهم في الاقتتان بالمرأة العاملة، بل أصبح يُبحث عنها قصد الزواج، وبعد ذلك من قبيل الأولويات الحياتية للشباب، وما ينبغي التنويه إليه أن تجسيد شرط عمل المرأة شكليا يكون إما في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق على نسق اشتراط عدم التعدد (فالفرصة متاحة أوليا للمرأة عند عقد زواجها وعلى سبيل الاستدراك بعد العقد).

إن في تمكين المرأة من اشتراط عملها يستتبعه آثار قانونية على الطرفين وعلى الرابطة الزوجية ككل ، إذ تصير لها ذمة مالية مستقلة مثل ذمة الرجل أو أكثر منه ، ويصير من حقها الاستئثار بها أو جعلها مشتركة مع زوجها، ومن هنا يستقيم القول بأن الزواج تطور في المجتمع الجزائري وتجاوز الوصف العادي ، إذ انتقل ليشمل بعدا ماديا لا معنويا فقط، بل يصبح بالإمكان وصفه بالشركة الخاصة الجديدة قانونا لا مجرد عقد ، ومن أجل ذلك تدخل المشرع وعدل نص المادة 37 والتي أصبحت تقضي: «لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر، غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق حول الأموال المشتركة بينهما التي يكتسبانهما خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول لكل واحد منهما»، بل أكثر من ذلك ثبت عمليا تشدد الزوجة في تجسيد شرط عملها ومطالبة الزوج بتنفيذه حتى وإن اضطرت لمنع نفسها من الدخول وقد سايرت المحكمة العليا في الجزائر ذلك على أساس قدسية الاتفاق العقدي: "حيث صرح المطعون ضدها أنها لا تمنع في اتمام مراسيم الدخول شريطة أن يسكنها بمدينة سطيف وألا يعترض على بقائها تزاوّل عملها بالعلمة وأكدت أنها اشتراط ذلك قبل إبرام عقد الزواج بينهما...، ولما كان عقد الزواج مبني على أساس الرضا وهو ركن له كما أنه عقد رضائي...وعليه لا يمكن للقضاة إجبار الزوجة على الدخول...وتبعا لذلك رفض الطعن"⁽⁵¹⁾، وبالنتيجة فإن العرف دافع قوي لتمكين المرأة من اشتراط عملها وتقوية مركزها قانونا وقضاء، وسبب في تغيير وصف الزواج ونظامه القانوني.

وأخيرا ينبغي الإشارة إلى أن هناك العديد من الشروط التي يمكن أن يراها الزوج مهمة مثل شرط "العيش مع والديه" ، وذلك عرف منتشر بكثرة في مجتمعنا، ومن أجله جعل المشرع من أبرز آثار عقد الزواج "المحافظة على روابط القرابة والتعامل مع الوالدين والأقربين بالحسنى والمعروف" حسب نص المادة 36 المعدلة من قانون الأسرة الجزائري.

خاتمة

خلاصة الكلام في هذا المقام أن المشرع الجزائري أخذ العرف بعين الاعتبار إلى حد ما عند سن الأحكام القانونية لعقد الزواج فتلك حقيقة لا يمكن إنكارها، إذ يعد أحد أهم المتغيرات التي تم مراعاتها من قبله، غير أن أخذه بالعرف عرف تذبذبا إذ اتسم بالجزئية والنسبية.

1- مواضع أخذ المشرع بالعرف في عقد الزواج:

- عندما نص على إمكانية اقتران الفاتحة بالخطبة فاعترف ضمينا بقيمتها وبالعرف كدافع لها،
- عندما نص على صورتى الفاتحة، تلك التي تقتزن فيها الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد، وتلك التي تكون فاتحة مقتزنة بالخطبة فقط، وذلك مراعاة للعرف السائد،
- في مسألة رؤية المخطوبة الشائعة في العرف الجزائري ولو على وجه الإضمار عندما أحال إلى فقه الشريعة الإسلامية والذي اتفق قوله عموما مع العرف السائد في المجتمع الجزائري،
- في مسألة العدول عن الخطبة بسبب انتشار الظاهرة في الوسط الجزائري ولما اعترف بمبدأ التهادي ما بين المخطوبين،
- لما استعمل مصطلح الزواج عكس أصل هذا العقد لدى الفقه الشرعي والذي استعمل في الغالب مصلح النكاح،
- لما جعل من عقد الزواج رضائيا أخذ بموقف فقهاء الحنفية واعتبر ذلك التطور الحاصل في العرف الجزائري،
- في التعبير عن الرضا في الزواج في بعض النقاط ، عندما فسح المجال للطرفين في إصدار الإيجاب وتلقي القبول فلم يربط كل وسيلة بشخص معين بالذات، وفي التعبير عن الرضا بالنسبة للعاجز،
- لما وحد سن الزواج بين الطرفين ولما نص على إمكانية الترخيص القضائي بالزواج قبل تلك السن دون تحديد حد أدنى ،
- لما نص على اعتماد صداق المثل عند عدم تحديده في العقد،
- عندما تبنى نظام التعدد وضبط أحكامه قانونا وفي نفس الوقت لما مكّن المرأة من كبحه عن طريق اشتراط عدم التعدد ،
- لما مكّن المرأة من اشتراط عملها ولما راعى الآثار المترتبة على ذلك والتي غيّرت من وصف الزواج ونظامه القانوني فدفع إلى ضبط مسألة الذمة المالية للزوجين،
- أخيرا عندما جعل من أبرز آثار الزواج المحافظة على روابط القرابة والتعامل مع الوالدين بالحسنى والمعروف.

2-مواضع إعراض المشرع عن الأخذ بالعرف في عقد الزواج :

- أهمل حقيقة العرف لما اعتبر الخطبة وعدا بالزواج الذي يكون ملزما من حيث المبدأ القانوني، في حين أن العرف يجعلها مجرد طلب أو التماس الزواج ويُمكن من العدول عنها،
- لم يأخذ المشرع بالعرف الذي يجعل الصداق في بعض المناطق يقدم أثناء فترة الخطوبة وبذلك لم يجعل له مناطا من مسألة العدول عن الخطبة عكس بعض التشريعات العربية،
- تناسى المشرع ما يقضي به العرف من إمكانية أن تقدم المخطوبة هدايا لخطبتها ولم يبين مناط هاته الأخيرة من مسألة العدول وهل لها أن تسترد ما قدمته إن كان العدول من قبلها،
- لما ربط التعبير عن الإيجاب والقبول في عقد الزواج من حيث الأصل بمعيار شرعي مفاده معنى النكاح عند أهله، يكون قد أخذ بمعيار واسع النطاق ولم يراعي العرف السائد،
- أهمل العرف مطلقا في مسألة الولاية في الزواج سواء على الراشدة أو القاصرة ، إذ غيَّب سلطته وأفرغه من قيمته الثابتة عرفا ، والأدهى والأمر جعل للولي صفة الدخيل على الأسرة (الولي المختار) غير مبالي بعرف المجتمع ، ولا بقول بعض الفقه الإسلامي لسيما المالكية كما شذ موقفه على باقي التشريعات العربية.
- وأخير ينبغي إعادة الاعتبار للعرف السائد في المجتمع الجزائري في مقام ما أعرض عنه المشرع ، بالنظر لخصوصية عقد الزواج المرتبطة وثيقة بأعرافنا، وبناء على ذلك واقتداء ببعض التشريعات العربية لسيما المشرع المغربي والموريتاني ، الأردني والعماني، تقدم الاقتراحات التالية:
- تعديل المادة 05 من قانون الأسرة الجزائري لتصبح كما يلي:«الخطبة طلب الزواج، يجوز للطرفين العدول عن الخطبة، إذا ترتب عن العدول ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض ، لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئا مما أهداها إن كان العدول منه ،وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته أو قيمته، ولا تسترد المخطوبة من الخاطب شيئا مما أهدته إن كان العدول منها، وعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك مما أهداه لها أو قيمته.
- إذا قدم الخاطب الصداق أو جزءا منه وحدث عدول عن الخطبة أو مات أحد الطرفين أثناءها، فللخاطب أو لورثته استرداد ما سلم بعينه إن كان قائما، وإلا فبمثله أو قيمته يوم تسلمه، إذا لم ترغب المخطوبة في أداء المبلغ الذي حول إلى جهاز تحمل المتسبب في العدول ما قد ينتج عن ذلك من خسارة بين قيمة الجهاز والمبلغ المؤدى فيه ،»
- تعديل المادة 10 لتصبح كما يلي:«ينعقد الزواج بإيجاب من أحد المتعاقدين وقبول من الآخر باللفاظ تفيد معنى الزواج لغة أو عرفا، يصح الإيجاب والقبول من العاجز عن النطق بالكتابة إن كان يكتب وإلا فيإشارته المفهومة من الطرف الآخر ومن الشاهدين ،»

المادة 11 لتصبح كما يلي: «يتم زواج المرأة الراشدة برضاها وبحضور وليها اشتراكا معه في الرأي هو أبوها أو أحد أقاربها الأولين، دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون ، يتولى زواج القصر أو لياؤهم وهم الأب فأحد الأقارب الأولين، وفي كلتا الحالتين يكون القاضي وليا لمن لا ولي له».

المادة 13 لتصير: «لا يجوز للولي أبا كان أو أحد الأقارب الأولين أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج إذا رفضت وكان أصلح لها ، كما لا يجوز له أن يمنعها من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها ، يتولى القاضي تقدير توافر المصلحة أو انعدامها والترخيص بالزواج أو رفضه تبأ لذلك ».

الهوامش:

(1) أنظر نص المادة 06، من القانون رقم 11/84، المؤرخ في 1984/06/09، المتضمن قانون الأسرة ، الجريدة الرسمية عدد رقم 24، المؤرخة في 1984/06/12، المعدلة والمتمة بموجب الأمر رقم 02/05، المؤرخ في 2005/02/27، الجريدة الرسمية عدد رقم 15، المؤرخة في 2005/00/00.

(2) راجع في هذا المعنى، الدكتور سليمان ولد خصال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثانية، شركة الأصالة للنشر والتوزيع، الجزائر العاصمة، 20012، ص 31.

(3) راجع، الإمام القاضي أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الأندلسي الشهير بابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء الثاني، الطبعة الثالثة، مكتبة الخانجي، القاهرة مصر، 1994، ص 03.

(4) راجع، محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، شر تنوير الأبصار، ومعه تكملة ابن عابدين لنحل المؤلف، دراسة وتحقيق وتعليق، الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، والشيخ علي محمد معوض، قدم له وقّضه الأستاذ الدكتور محمد بكر إسماعيل، الجزء الرابع، طبعة خاصة، دار عالم الكتاب، الرياض السعودية، 2003، ص 67.

(5) راجع، العلامة الفاضل أبي بكر المعروف بالسيد البكري، إعانة الطالبين، الجزء الثالث، دون رقم طبعة، مطبعة دار إحياء الكتب العربية لأصحابها عيسى البابي الحلبي وشركاؤه، دون سنة، ص 257.

(6) راجع، شيخ الإسلام موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المنقح في فقه الإمام أحمد رحمه الله تعالى، ومعه المطالع على أبواب المنقح للشيخ أبي عبد الله محمد بن أبي الفتح البعلي الحنبلي، تحقيق محمد حسن محمد حسن إسماعيل، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 2005، ص 433 ، 434.

(7) أنظر نص المادة 05، من القانون رقم 11/84، المؤرخ في 1984/06/09، السابق الذكر، المعدلة والمتمة بموجب الأمر رقم 02/05، المؤرخ في 2005/02/27، السابق الذكر.

(8) وفي هذا الإطار جاء في القانون المدني الجزائري: «إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد وكانت الشروط اللازمة لتتمام العقد وخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة، قام الحكم مقام العقد»-أنظر المادة 72، من الأمر رقم 58/75، المؤرخ في 1975/09/26، الجريدة الرسمية عدد رقم 78، المؤرخة في 1975/09/30.

(9) راجع مثلاً، أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي ، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، تحقيق الدكتور عبد العظيم الشناوي، الطبعة الثانية، دار المعارف، مصر، دون سنة نشر، ص 183.

(10) البقرة، الآية رقم 233.

(11) راجع ، الإمام العلامة جلال الدين عبد الرحمان بن أبي بكر السيوطي، الحاوي للفتاوى في الفقه وعلوم التفسير والحديث والأصول والنحو والإعراب وسائر الفنون، ضبطه وصححه عبد اللطيف حسن عبد الرحمان، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية بيروت لبنان، 2000، ص 180.

(12) أنظر المادة رقم 09، من القانون رقم 70.03، بمثابة مدونة الأسرة، الصادر في تنفيذه الظهير الشريف رقم 1.04.22 ، المؤرخ في 2004/02/03، الجريدة الرسمية للمملكة المغربية عدد رقم 5184، المؤرخة في 2004/02/05.

(13) أنظر المادة رقم 04 فقرة ب ، ج، من القانون رقم 36 لعام 2010، المتضمن قانون الأحوال الشخصية الجديد، الجريدة الرسمية للمملكة الأردنية عدد رقم 5061، المؤرخة في 2010/10/17.

- (14) إذ جاء في أحد قراراتها: "من المقرر وقانوناً أنه يجب على المخطوبة عند عدولها عن إتمام الزواج أن ترد ما لم يستهلك من هدايا" - أنظر القرار الفاصل في الملف رقم 92714 بتاريخ 13/07/1993، الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية، المنشور بالمجلة القضائية لسنة 1995، العدد الأول، ص 128.
- (15) مثلاً القرار الذي جاء فيه "من المقرر شرعاً وقانوناً أنه لا يسترد الخاطب شيئاً مما أهداه إن عدول منه، ومن ثم فإن النعي عن القرار المطعون فيه يتناقض الأسباب غير سديد يستوجب رفضه، ولما ثبت في قضية الحال أن الطاعن تراجع عن إتمام إجراءات الزواج والدخول على الرغم من طلبه من طرف الزوجة فإن قضاة الموضوع برفضهم طلب الطاعن لاسترجاع الهدايا طبقوا صحيح القانون" - أنظر القرار الفاصل في الملف رقم 73919 بتاريخ 23/04/1991، الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية، المنشور بالمجلة القضائية لسنة 1993، العدد الثاني، ص 58.
- (16) سورة النساء الآية رقم 03.
- (17) راجع في ذلك، أبي عبد الله محمد الأنصاري الرصاع، شرح حدود ابن عرفة الموسوم "الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية"، تحقيق محمد أبو الأحفان، محمد المعموري، القسم الأول، الطبعة الأولى، دار الغرب الإسلامي، بيروت لبنان، 1993، ص 235.
- (18) راجع، الإمام أبي البركات عبد الله بن أحمد النسقي، كنز الدقائق في الفقه الحنفي، تحقيق وتعليق، الأستاذ الدكتور، سائد بكداش، الطبعة الأولى، دار البشائر، بيروت لبنان، ودار السراج، المدينة المنورة السعودية، 2011، ص 251.
- (19) راجع، أحمد زين الدين بن عبد العزيز المعبري الملباري الفناني الشافعي من علماء القرن العاشر الهجري، فتح المعين بشرح فرة العين بمهمات الدين، بعناية بسام عبد الوهاب الجاني، الطبعة الأولى، دار ابن حزم، بيروت لبنان، 2004، ص 444.
- (20) راجع، الإختيارات الفقهية لشيخ الإسلام ابن تيمية، جمع وإعداد سامي بن محمد بن جاد الله، المجلد الثاني، الطبعة الأولى مؤسسة الراجحي، السعودية، 1435 هجري، ص 675.
- (21) في هذا ولأكثر تفصيل راجع، أبي الحسين علي بن عبد السلام التسولي، البهجة في شرح التحفة، على الأرجوزة المسماة بتحفة الحكام للقاضي أبي بكر محمد بن محمد بن عاصم الأندلسي، ومعه حلي المعاصم لفكر ابن عاصم للإمام أبي عبد الله محمد بن محمد التاودي، ضبطه وصححه محمد عبد القادر شاهين، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 1998، ص 377، 381.
- (22) راجع في هذا، ابن الملقن عمر بن علي بن أحمد بن محمد المصري الشافعي، التذكرة في الفقه الشافعي، تحقيق، محمد حسن محمد حسن إسماعيل، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 2006، ص 96، 97.
- (23) راجع، كتاب متن الموثق من عمدة الموفق، كتاب عبارة عن أرجوزة مباركة، ص 198.
- (24) راجع، أبي بكر محمد عارف بن عبد القادر خوقير المكي الحنبلي، مختصر في فقه الإمام أحمد بن حنبل، اعتنى به الدكتور عبد السلام بن محمد الشويعر، دون رقم طبعة، مكتبة الرشد السعودية، 1424 هجري، ص 139.
- (25) راجع في ذلك ابن الجوزي رحمه الله، المذهب الأحمد في مذهب الإمام أحمد، دون رقم طبعة، طبع على نفقة الشيخ فاسم بن وروش فخرو، قطر، دون سنة، ص 82، 83، 88.
- (26) راجع في ذلك، الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 1986، ص 229، 231.
- (27) راجع الأستاذ الدكتور، محمود علي السراطوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، الطبعة الثالثة، دار الفكر، عمان الأردن، 2010، ص 29.
- (28) راجع للشافعية، الإمام أبي إبراهيم إسماعيل بن يحيى بن إسماعيل المصري المزني، مختصر المزني في فروع الشافعية، وضع حواشيه محمد عبد القادر شاهين، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 1998، ص 224، وراجع للحنابلة، راجع نجم الدين أحمد بن حمدان الحراني الحنبلي، الرعاية في الفقه، دراسة وتحقيق الدكتور علي بن عبد الله بن حمدان الشهري، الجزء الأول، دون رقم طبعة، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض السعودية، دون سنة، ص 942.
- (29) راجع، الإمام برهان الدين أبي المعلي محمود بن صدر الشريعة ابن مازة البخاري، المحيط البرهاني لمسائل المبسوط والجامعين والسير والزيادات والنوادر والفتاوى والواقعات مدلة بدلائل المتقدمين رحمهم الله، تخريج وتسلم، نعيم أشرف نور أحمد، المجلد الرابع، الطبعة الأولى، طبع مؤسسة نزبه كركي، بيروت لبنان، 2004، ص 05.
- (30) راجع، شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، الذخيرة، الجزء الرابع، الطبعة الأولى، دار الغرب الإسلامي، بيروت لبنان، 1994، ص 396.
- (31) ليس هناك مانع من انعقاد الزواج بالغة العامة أو المصحفة لأنها تعبر على حقيقة عرفية فتكون مثل باقي الحقائق ومثل الألفاظ الأعجمية الموضوعية للنكاح فيصح بها العقد لوجود طلب الدلالة على المعنى المراد وإرادته من اللفظ قصداً - راجع محمد أمين الشهير بابن عابدين، المرجع السابق الذكر، ص 84، 85.
- (32) راجع، أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، المجلد الثاني، دار صادر، بيروت لبنان، 1991، ص 626.
- (33) أنظر، محمد أمين الشهير بابن عابدين، مخطوط "مجموعة الرسائل لابن عابدين"، الجزء الثاني، ص 114.

- (34) راجع في هذا المعنى، الإمام محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، القاهرة مصر، 1957، ص 18.
- (35) أنظر المادة رقم 07 فقرة ب، ج، من القانون رقم 36 لعام 2010، السابق الذكر.
- (36) أنظر المادة رقم 10، من القانون رقم 70.03، بمثابة مدونة الأسرة، الصادر في تنفيذه الظهير الشريف رقم 1.04.22، المؤرخ في 03/02/2004، السابق الذكر.
- (37) تنص المادة 33 من قانون الحالة المدنية على أنه: «يجب على الشهود المذكورين في شهادات الحالة المدنية أن يكونوا بالغين سن 19 سنة على الأقل سواء كانوا من الأقارب أو غيرهم...» -المادة 33، من الأمر رقم 20/70، المؤرخ في 19/02/1970، الجريدة الرسمية عدد رقم 21، المؤرخة في 27/02/1970، المعدلة بموجب القانون رقم 08/14، المؤرخ في 09/08/2014، الجريدة الرسمية عدد رقم 49، المؤرخة في 20/08/2014.
- (38) صدرت هاته الإتفاقية سنة 1979، وافقت عليها الجزائر بتحفظ بموجب الأمر رقم 03/96، المؤرخ في 10/01/1996، الجريدة الرسمية عدد رقم 03، المؤرخة في 14/01/1996، وانضمت إليها بتحفظ بموجب المرسوم الرئاسي رقم 51/96، المؤرخ في 2/01/1996، المتضمن انضمام الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية مع التحفظ إلى اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979، الجريدة الرسمية عدد رقم 06، المؤرخة في 24/01/1996.
- (39) جاء مثلا في أحد التقارير أنه: "...ولقد أصبح الزواج عقدا توافقا بين الطرفين... وأصبح يمنع على الولي إجبار القاصرة على الزواج دون موافقتها... وقد حددت السن القانونية لتوفير القدرة على الزواج ب 19 سنة وهذا فيه ضمانه لصون حقوق الشخص المعني لسما المرأة..." -أنظر التقرير الدوري الثالث والرابع للجزائر، المقدم للجنة المعنية بالقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة المتفرعة عن لجنة حقوق الإنسان بمينة الأمم المتحدة، وذلك عن تنفيذ اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، بتاريخ 18/05/2009، ص 17، 18.
- (40) راجع، نافحة عب المالك، عادات وطقوس الزواج "مقاربة أنثروبولوجية للمجتمع المحلي بالشرية"، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم الاجتماعية جامعة مستغانم، 2018، ص 76.
- (41) راجع، عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر، 1996، ص 97.
- (42) راجع، فاصولي زينب، الاستقرار الزواجي عند المتزوجات في سن مبكر "دراسة ميدانية لعينة من الزوجان بمنطقة رأس جنات بومرداس"، رسالة ماجستير، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية جامعة الجزائر، 2009، ص 251.
- (43) راجع، الدكتور، ولد خصال سليمان، المرجع السابق الذكر، ص 56.
- (44) راجع، المؤرخة عائشة غطاس، الصداق في مجتمع مدينة الجزائر 1672 م-1854 م، مقال منشور بمجلة إنسانيات، الصادرة عن جامعة الجزائر، العدد رقم 04، 1998، ص 37.
- (45) أنظر المادة رقم 09، من القانون رقم 2001—052، المؤرخ في 19/07/2001، المتضمن مدونة الأحوال الشخصية، الجريدة الرسمية للجمهورية الإسلامية الموريتانية عدد رقم 1004، المؤرخة في 15/08/2001.
- (46) أنظر المادة رقم 19، من المرسوم السلطاني رقم 97/32، المؤرخ في 04/06/1997، بإصدار قانون الأحوال الشخصية، المنشور بالجريدة الرسمية لسلطنة عمان عدد رقم 601، المؤرخة في 15/06/1997.
- (47) راجع، الدكتور، عبد الحفيظ بقة، ركن الولي في عقد الزواج والإشكالات التي تثيرها المادة 11 من قانون الأسرة الجزائري، مقال منشور بمجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، الصادرة عن جامعة المسيلة، العدد رقم 23، المجلد الأول، ص 115.
- (48) راجع، عبد العزيز سعد، المرجع السابق الذكر، ص 154.
- (49) منع المشرع التونسي نظام تعدد الزوجات وجرمه بصريح نص الفصل رقم 18 من المجلة المنقح والذي جاء فيه: «تعدد الزوجات ممنوع، كل من تزوج وهو في حالة الزوجية وقبل فك عصمة الزواج السابق يعاقب بالسجن لمدة عام وبخطة قدرها مئتان وأربعون ألف فرنك أو بإحدى العقوبات ولو أن الزواج الجديد لم يبرم طبق أحكام القانون، ويعاقب بنفس العقوبات كل من كان متزوجا على خلاف الصيغ الواردة في القانون عدد 3 لسنة 1957 المؤرخ في 4 محرم 1377 (أول أوت 1957) والمتعلق بتنظيم الحالة المدنية ويبرم عقد زواج ثان ويستمر على معاشرته زوجه الأول، ويعاقب بنفس العقوبات الزوج الذي يعتمد إبرام عقد زواج مع شخص مستهدف للعقوبات المقررة بالفقرتين السابقتين، ولا ينطبق الفصل 53 من القانون الجنائي على الجرائم المقررة بهذا الفصل».
- (50) راجع، الدكتور غنية قري، شرح قانون الأسرة المعدل، دراسة مقارنة بين الشرع والقانون، الطبعة الأولى، دار طليطلة، المحمدية الجزائر، 2011، ص 81.
- (51) أنظر القرار الفاصل في الملف رقم 415123، الصادر بتاريخ 12/03/2008، عن غرفة الأحوال الشخصية، المنشور بالمجلة القضائية للمحكمة العليا لسنة 2008، العدد الأول، ص 277.