مجلة التراث

J-ALT

2019/ Vol : 09 N° 01

Available online at: http://www.asjp.cerist.dz

https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/323

إعتبار العرف في مقدمات الزواج و تأثيره على دعم الاجتهاد القضائي

طالبة دكتوراه: **سارة قرميط**، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تخصص قانون الأسرة، مخبر قانون الأسرة، جامعة بن يوسف بن خده الجزائر1.

مجلة التراث، العدد 30 / أبريل 2019، المجلد الأول

لتوثيق هذا المقال:

سارة قرميط، اعتبار العرف في مقدمات الزواج و تأثيره على دعم الاجتهاد القضائي، **مجلة التراث**، العدد 30، المجلد الأول، أبريل 2019.

تاريخ الإستقبال: 2019-02-01

تاريخ التحكيم: 2019-06-03

تاريخ قبول النشر: 2019/04/15

ملخص :

اهتم الشارع الحكيم بعقد النكاح اهتماماً بالغاً، وميزه عن باقي العقود، وذلك لما له من أهمية بالغة في حفظ مقصد مهم من مقاصد الشريعة الإسلامية ألا وهو حفظ النسل، فرتب حقوقاً وواجبات للزوج على زوجته، وللزوجة على زوجها، وكذلك قرر حقوقاً مشتركة بين الزوجين، وأوجب مراعاة كل هذه الحقوق لتستقر الحياة الزوجية وتقوى الرابطة الأسرية التي هي اللبنة الأساسية في بناء المجتمع .

الأسرة تحتل مكانة متقدمة من اهتمام الشريعة، و ذلك بتنظيم الحياة الزوجية بإقرار الحقوق والواجبات المتعلقة بكل من الزوجين، وقد راعت العرف في كثير من الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية عامة، والأحكام المتعلقة بحقوق الزوجة خاصة ، وقد أقر الإسلام أعرافا كانت موجودة في الجاهلية، لأنها توافق الشريعة، بينما رفض وألغى أخرى خالفتها.

إن قانون الأسرة الجزائري المعدل و المتمم بالأمر 02/05 جاءت معظم مواده مستمدة من الشريعة الإسلامية، التي اعتمدت في كثير من مسائل الزواج على العرف، فهو بطريقة غير مباشرة يعتمد في نصوصه عليه، خاصة وأن مسائل الزواج وآثاره، الكثير من أحكامها أعطت اعتبار لأعراف الناس.

و عليه ، ولما كان العرف هو لب ومحور حياة الناس العملية والحاكم و القابض على كثير من التعاملات بينهم، و لما كانت أعراف الناس متغيرة و متجددة تبعاً لتغير الزمان والمكان، مما يؤثر على التطبيقات الفقهية و القانونية و القضائية المختلفة، فقد قررت البحث في مدى تأثير العرف على مقدمات الزواج ألا وهي الخطبة.

Abstract:

The Algerian family law came mostly from Islamic law, which was adopted in many matters of marriage on custom.

Since custom is the focus of the life of the working people and the ruler and holding on to many transactions between them, and since the customs of people changed and changed according to the change of time and space, which affects the various jurisprudence, legal and judicial applications, I decided to investigate the extent of custom on introductions Marriage is a sermon.

Keywords :

Family ; Marriage ; Custom : Islam

مقدمة:

اهتم الشارع الحكيم بعقد النكاح اهتماماً بالغاً، وميزه عن باقي العقود، وذلك لما له من أهمية بالغة في حفظ مقصد مهم من مقاصد الشريعة الإسلامية ألا وهو حفظ النسل، فرتب حقوقاً وواجبات للزوج على زوجته، وللزوجة على زوجها، وكذلك قرر حقوقاً مشتركة بين الزوجين، وأوجب مراعاة كل هذه الحقوق لتستقر الحياة الزوجية وتقوى الرابطة الأسرية التي هي اللبنة الأساسية في بناء المجتمع .

الأسرة تحتل مكانة متقدمة من اهتمام الشريعة، و ذلك بتنظيم الحياة الزوجية بإقرار الحقوق والواجبات المتعلقة بكل من الزوجين، وقد راعت العرف في كثير من الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية عامة، والأحكام المتعلقة بحقوق الزوجة خاصة ، وقد أقر الإسلام أعرافا كانت موجودة في الجاهلية، لأنها توافق الشريعة، بينما رفض وألغى أخرى خالفتها.

إن قانون الأسرة الجزائري المعدل و المتمم بالأمر 02/05 جاءت معظم مواده مستمدة من الشريعة الإسلامية، التي اعتمدت في كثير من مسائل الزواج على العرف، فهو بطريقة غير مباشرة يعتمد في نصوصه عليه، خاصة وأن مسائل الزواج وآثاره، الكثير من أحكامها أعطت اعتبار لأعراف الناس.

و عليه ، ولما كان العرف هو لب ومحور حياة الناس العملية والحاكم و القابض على كثير من التعاملات بينهم، و لما كانت أعراف الناس متغيرة و متجددة تبعاً لتغير الزمان والمكان، مما يؤثر على التطبيقات الفقهية و القانونية و القضائية المختلفة، فقد قررت البحث في مدى تأثير العرف على مقدمات الزواج ألا وهي الخطبة ، و من هذا المنطلق ما مدى اعتبار المشرع الجزائري العرف في مقدمات الزواج؟

إن السبب في اهتمام الشرع و الشارع بمقدمات الزواج أي الخطبة [1]، هو الحرص على إقامة الزواج على أمتن الأسس ، و أقوى المبادئ ، لتحقق الغاية الطيبة منه ، وهي الدوام و البقاء ، و سعادة الأسرة ، و الاستقرار و منع التصدع الداخلي ، و حماية هذه الرابطة من النزاع و الخلاف ، لينشأ الأولاد في جو من الحب و الألفة و الود و السكينة و اطمئنان كل طرف إلى الآخر [2]، قال تعالى : " وَمِنْ ءَايَـٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا لِّتَسْكُنُوٓا۟ إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ۚ إِنَّ فِى ذَٰلِكَ لَـَٔايَـٰتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴿٢١﴾"[3].

و قد نص قانون الأسرة الجزائري على الخطبة في المادة الخامسة [4] منه ، و اعتبرها مجرد وعد متبادل بين رجل و امرأة عل الزواج في المستقبل ، إذ أنها وسيلة لتعارف الخطيبين بعضهما ببعض ، و للتفاهم على الشروط الموضوعية و الشكلية لإبرام عقد الزواج [5] .

المحور الأول : اعتبار العرف في مواصفات اختيار الخاطبين

إن أصعب مرحلة في مقدمات النكاح هي مرحلة اختيار الخاطب أو المخطوبة، وقد بيّن لنا ديننا الحنيف كيفية بناء هذا الاختيار على أسس دينية أخلاقية، وليس استجابة لمصلحة مؤقتة، أو شهوة عارمة، أو جمال زائف زائل، وغيرها من الأسس الفانية التي لا تشكل قاعدة صلبة من قواعد الزواج، التي تضمن ديمومته و استمرار يته أمام مشاكل الحياة الزوجية. [6]

أولا – اعتبار العرف في اختيار الخاطبين في قانون الأسرة الجزائري:

إن بناء الأسرة المسلمة يبدأ من التأسيس الصحيح لها، وهذا لا يتحقق إلا بمراعاة أسس يتم على أساسها اختيار الخاطبين، ورغبت الشريعة فيها لأن استقرار الحياة الزوجية مرهون بحسن الاختيار.

لم يتعرض قانون الأسرة الجزائري لمسألة اختيار الزوجين، و ترك ذلك للشريعة الإسلامية، طبقا للمادة222 [7] ، و التي تحيلنا إلى الشريعة الإسلامية في حالة عدم ورود مسألة فيه، حيث راعت الشريعة أعراف الناس الصحيحة في الاختيار، لكن رغبت في الزواج بذات الدين لأن المرأة الصالحة خير متاع الدنيا، و حثت الزوجة على اختيار الزوج المتدين حسن الخلق، حتى تبنى أسرة إسلامية متماسكة، و الأعراف الجزائرية لا تختلف عن الدين الإسلامي في أسس الاختيار إلا ما فسد منها[8].

وبين الرسول صلى الله عليه أن الأمور التي تدفع الرجل إلى اختيار المرأة، أعراف الناس و الواقع المعاش [9]، مقررا ما تعارف عليه الناس كأساس للاختيار، من جمال و مال نسب و حسب، مما هو متعا رف عليه منذ القدم، وهو قائم في واقعنا الاجتماعي حتى يومنا هذا.

لكن الإسلام وضع ضابطا للزوج، لا يجوز له إهماله في الاختيار ألا وهو الدين، ثم بعد ذلك له أن يختار من الأوصاف الأخرى ما شاء، والمرأة كذلك يجب أن تضع نصب عينيها الدين والخلق أولا ثم باقي الصفات.

ثانيا –اعتبار العرف في علاقة الخاطب بالمخطوبة قبل العقد في قانون الأسرة الجزائري:

قانون الأسرة الجزائري، لم يتعرض لهذه المسألة وتركها للشريعة التي اعتبرت الأعراف الصحيحة، وفق ما جاءت به المادة 222 منه.

وجاءت الأعراف موافقة للشريعة الإسلامية في تحريم الخلوة بالمخطوبة، إلا أن هناك في الزمن الحاضر، من ادعى أن الزمان قد تغير نظرا للتطورات التكنولوجية والاجتماعية، وأصبح ينادي بإطلاق العنان للخاطبين، في التعرف أكثر على بعضهما، مع موافقة أهل المخطوبة على الخروج مع الخاطب إلى الأسواق ، و غيرها من العادات التي لا تمد للإسلام بصلة ، فهي عادات باطلة ، لكون الخطبة وعد بالزواج [10] لا أكثر.

ومن جملة المنكرات و العادات الدخيلة إطالة فترة الخطوبة ، إما بسبب إثقال كاهل الخاطب بطلبات لا يستطيع أداءها ، و إما بسبب تلك الحيلة الإبليسية " حتى يتعرف الطرفان على بعضهما البعض " ، و إما لأجل إنهاء المخطوبة دراستها ، و كل هذه الأسباب غير شرعية ، و الواجب على من تقدم للخطبة أن يكون قد هيأ أسباب النكاح ، حتى يسرع في العقد و البناء ، و كذلك يجب على أهل المخطوبة و من يقوم بأمر ولايتها أن يسهل على الخاطب ، و أن ييسر له أمر النكاح ، و أن لا يثقل كاهله بما لا يستطيعه ، و أن يسارع بإعفاف و ليته بنكاحها . [11]

و إن من الأمور الخطيرة أيضا ، ما يحدث من التعارف بين بعض الخطيبين إذا لم يتم الزواج منها فقد تنشأ بينهما علاقات حب و غرام عبر أسلاك الهاتف ، أو قد يتم لقاؤهما ، فيستقبلها و تستقبله ، و قد تستمر هذه الحالة فترة طويلة و هذا عيب و نقص في حقها فوق أنه فعل محرم و خروج عن حدود الشرع الذي أباح له النظر فقط و لوقت محدد .[12]

و من العادات المذمومة المستفحلة في المجتمع الخلوة بالمخطوبة وهذا حرام ، إذ أنه من المقرر شرعا أن المخطوبة أجنبية عن الخاطب ، و أنها محرمة عليه كغيرها من النساء الأجنبيات عنه ، فليس بينهما أي رابط من روابط النكاح التي بين الزوجين .[13]

و إن الأضرار التي تحصل من الخلوة بالمخطوبة هي [14]:

- أنه مهما كان الإنسان تقيا فإن الشيطان يجد طريقه إليه في الخلوة بصفة عامة ، فكيف بها و بين الخاطب و مخطوبته.
- أن سمعة المرأة في حالة عدم التوافق و حصول الزواج سوف تتعرض للخطر و أنه في الغالب لن يقدم شخص آخر لخطبتها.

وعليه ،ليس هناك أي فائدة من المكث الطويل و الذهاب معا إلى الأسواق و المنتزهات و المكث في الخلوات، ولو كان ذلك مع وجود محرم ،لأنه مهما طال مكث الخاطبين مع بعضهما فإن كلا منهما لن يزداد معرفة سلوك و أخلاق صاحبه[15]، فهذا كله ممنوع شرعا ، بل إنه لا يحقق الغاية المرجوة إذا كل منهما يظهر بغير حقيقته ،و كما يقال باللغة الشعبية "الخطاب رطاب" و لأن الخاطب قد يتعجل الأمور ، و قد يستجيب الإنسان لتلبية الغريزة ، و يضعف عن مقاومتها في حال الإنفراد بالمرأة ، فيقع الضرر بها و تتأثر سمعتها عند العدول عن الخطبة.[16]

أما ما اعتاده الناس من محادثة و مجالسة المخطوبة في حضور المحارم، لضرورة ملحة، فلا بأس، أما ما نسمعه ونراه من تردد الخاطب من كثرة الزيارات إلى المخطوبة، فلم نجده و لو في كتاب واحد من كتب الشريعة، و ما سمعنا أحدا من السلف قد عمل به، فهو فهم خاطئ في تعريف الخطبة، قد أدى إلى مخالفات كثيرة وكبيرة، فما يدعيه بعض الناس من أن كثرة الزيارات فرصة لتعرف كلا الخاطبين على بعضهما هو بلا شك ادعاء يكذبه الواقع بما يحدث فيه، إذ سرعان ما تتبدد تلك المظاهر الخادعة، والكلام المعسول، ويكتشف كل واحد حقيقة الآخر بعد الزواج .[17]

ثالثا – اعتبار العرف في حالة اقتران الخطبة بالفاتحة :

ذهب بعض شراح قانون الأسرة الجزائري، إلى أن الفاتحة في العرف الجزائري تعتبر عقدا شرعيا لكونها تقرأ للتبرك بعد الانتهاء من عقد الزواج، أي تبادل الإيجاب و القبول بين ولي الزوج أو وكيله و ولي الزوجة أو وكيلها، بعد التفاهم على الصداق، بحضور الشهود، و بعد إبرام عقد الزواج، فإن الفاتحة تتلى آنذاك من أحد طرفي العقد، أو الإمام، أو أحد الأقارب، و هذا للتبرك لا غير، وبالتالي هي قرينة على وجود عقد الزواج، والمشرع الجزائري لم يعتبر هذا العرف، و لم يراعه لكون الفاتحة لا تتلى أثناء مرحلة الخطبة، ولا علاقة لها أبدا بها ، بل جرت العادة على تلاوتها في مجلس العقد ، وذهب البعض الآخر إلى كون الفاتحة تقرأ للتبرك فقط، سواء قرئت في مجلس الخطبة أو العقد، و أنها تتلى مصاحبة للقاء الخطبة وهذه الحالة هي المعمول بها في الغالب، في حياة الجزائريين [18].

وتبين لي مما سبق، أن سبب هذا الخلاف، يعود لكون الفاتحة، كانت تقرأ في العقد الشرعي فقط ومع مرور الزمن أصبحت في بعض المناطق تقرأ لمجرد التبرك ، و في مناطق أخرى بقيت تقرأ في العقد الشرعي، الذي يتوافر على أركان وشروط عقد الزواج، الأمر الذي جعل المشرع يقع في التباس كبير، نتجت عنه عدة إشكالات، فكل منطقة تساير ما هو جار في عرفها، مما حدا بالمشرع إلى جعل الفيصل في التفريق بين المجلسين هو وجود ركن و شروط عقد الزواج المقررة في المادة 09مكرر من قانون الأسرة الجزائري المعدل.

وعليه فاقتران الخطبة بالفاتحة لا يعد زواجا، حسب النص الصريح للفقرة 01 من المادة 06 ، من قانون الأسرة الجزائري المعدل، بل وعدا بالزواج، لكنه يعد زواجا شرعيا موجبا للتسجيل إذا اقترنت الفاتحة بالخطبة وثبت أن ركن الزواج، وشروطه من رضا و صداق و شهود وولي قد توفرت . وعليه حسنا فعل المشرع الجزائري بتثبيت هذا الأمر في المادة السادسة الفقرة 02 من قانون الأسرة الجزائري المعدل، للتفريق بين مجلسي الخطبة والعقد، ووضعه حلا للإشكال الذي كان قائما قبل التعديل .

رابعا – اعتبار العرف في العلاقة بين العاقدين بعد العقد وقبل البناء في قانون الأسرة الجزائري:

المتعارف عليه، أن الدخول بالزوجة المعقود بها لا يكون إلا بعد إعلان النكاح وإشهار حفل الزفاف، وهو الذي ينبغي مراعاته، إذ أن العرف معتبر ما لم يخالف النص الشرعي، ولم يجر العرف بخروج المرأة المعقود عليها مع زوجها والسفر معه والخلوة به والدخول عليها دون أي ضابط، ما لم يقع الزفاف، أما إذا وقع ذلك لتغير الأزمنة والأعراف، فالحال أنه غير محرم شرعا، باعتبارها زوجته بالعقد، مما يترتب على هذه الخلوة آثار ، كاستحقاقها كامل الصداق، لأن بالعقد تستحق نصفه، و تجب عليه نفقتها، و المقصود بالخلوة هو أن يجتمع الزوجان في مكان و ليس هناك مانع يمنعها من الوطء لا حسا و لا شرعا و لا طبعا .[19]

و المتعارف عليه في البلاد العربية تأخير الدخول بعد العقد، حتى إعلان حفل الزفاف، و بالتالي يجب مراعاة هذا العرف الجاري، وعدم الخروج عنه، لما فيه من حماية لمصلحة المعقود عليها، ومراعاة لمشاعر أهلها[20].

و المشرع الجزائري لم ينص على الخلوة و لم يبين أحكامها إذ أنه اقتصر على ذكر الأحكام الخاصة بالدخول و قبل الدخول دون أي إشارة إلى الخلوة و ما ينجر عنها من أثار ، إلا أن المحكمة العليا أشارت في قراراتها إلى أن الخلوة الصحيحة توجب كل الصداق و هذا ما جاء به قرار رقم 74375 الصادر بتاريخ 1991/06/18 [21]،و في قرار حديث ، حكمت محكمة التعقيب التونسية بتاريخ 22 ماي 2003 ، بأن الخلوة بين الزوجين تؤكد الدخول ، و على من يدعي خلاف ذلك إثباته [22] .

جاء قرار المحكمة العليا" :من المقرر شرعا أنه لا يعتبر دخولا ما يقع بين الزوجين–الخاطبين في الأصح –قبل إبرام عقد الزواج من علاقات جنسية، بل هو مجرد عمل غير شرعي لا يثبت عنه نسب الولد، و عليه فإنه لا وجود لأي تناقض لإثبات الزواج و نفي نسب الولد عن الزوج، و لما كان القرار المطعون فيه قد قضى بتصحيح عقد الزواج بعد إثبات توافر أركانه، و بنفي نسب الولد، فإنه بقضائه هذا كان مطبقا لأحكام الشريعة".[23]

و الملاحظ من خلال الاجتهادات القضائية أن الخلوة الصحيحة كُيفت على أنها دخول حقيقي، أو حكمي، و هو تكييف نسبي، و ذلك لوجود اختلاف في بعض الآثار بين الخلوة الصحيحة و الدخول الحقيقي، رغم وجود بعض الاتفاق في الآثار الأخرى.[24]

و عليه ، أن قانون الأسرة الجزائري نص على وجوب الصداق بالعقد الصحيح ، و أنه يتأكد بالدخول أو الوفاة، فلم يجعل للخلوة الصحيحة حكم الدخول في تأكيد الصداق ، غير أن قضاء المحكمة العليا أشار إلى الأخذ بالخلوة الصحيحة وهو اجتهاد صحيح و سليم سدا للذرائع في زمننا الحالي و دفعا للقيل و القال ، ثم إن الاستمتاع بما يبيحه الدخول ، كالتقبيل و اللمس بشهوة أو المداعبة أو مباشرتها فيما دون الفرج ، فإن مثل هذه المقدمات ولو كانت في غير خلوة أليست هي استيفاء لثمرات العقد الذي هو سبب الصداق ، وفقا للمادة 16 من قانون الأسرة .[25] و قد صدر من المحكمة العليا قرار آخر مؤرخ في 2002/05/08 في ملف رقم 289545 [26] ، بأن الخلوة الصحيحة بالزوجة بعد توافر أركان الزواج ، تجعل الدخول قد تم شرعا .

المحور الثاني : أثر العرف في حالة العدول عن الخطبة

الخطبة مجرد وعد متبادل بين رجل و امرأة على الزواج في المستقبل، و بالتالي يمكن لأحد الطرفين أن يعدلا نهائيا عن مشروع الزواج بإرادة منفردة في أي وقت شاءا، فإذا وقع العدول انقضت الخطبة و لا يجوز للطرف الذي لم يعدل أن يطلب من القضاء أن يحكم له بإلزام الطرف الآخر بالاستمرار في الخطبة أو إبرام عقد الزواج، غير أنه في بعض الأحيان يمكن أن ينتج عن العدول عدة مشاكل بين الخاطب و المخطوبة و خاصة إذا تبادلا الهدايا أو دفع الخاطب الصداق، فضلا عن الأضرار المعنوية وكذلك المادية التي يمكن أن تنجم عن العدول .

أولا –اعتبار العرف في استرداد الهدايا في حال انقضاء الخطبة بالعدول في قانون الأسرة الجزائري:

جرى العرف على أن لا يسترد الخاطب شيئا مما أهدى إذا كان العدول منه، وأن يسترد الهدايا إذا كان العدول من المخطوبة، والشريعة أعطت اعتبار للعرف بإعطاء الأولوية له أو للاتفاق، والمتعارف عليه في هذا الشأن موافق لما قال به المالكية، وسبب ذلك أن العدول بعد إتمام الخطبة يسبب إيلاما للطرف الآخر، و لا يمكن أن يضاف بعد هذه الآلام ألم رد الهدايا، و بالتالي إبقاءها في حوزته جبرا للخاطر، خاصة و نحن في زمن كثرت فيه الهدايا المقدمة للمخطوبة في الأعياد و المناسبات، و تنوعها و غلاء أسعارها، ما يجعل الخاطب يتضرر ضررا كبيرا في حالة عدول المخطوبة دون أن ترجع له شيئا، وكذلك يعتبر ردعا للخاطب، حتى لا يعدل بعد مدة طويلة عن الخطوبة، دون مبرر تاركا المخطوبة في مواجهة المجتمع دون رحمة[27].

وضمّن المشرع الجزائري في المادة 5 الفقرة 3 من قانون الأسرة المعدل كيفية استرداد الخاطب أو المخطوبة للهدايا بعد العدول، فنصت المادة على أنه ":لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئا مما أهداها إن كان العدول منه، و عليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته، و إن كان العدول من المخطوبة فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته"، و قد أعطى المشرع تفصيلا في الهدايا، و ذلك لأن الخطبة في العادة مكلفة لما يهدى فيها، و بذلك رأى اعتبارها و النص عليها لأنها من شأنها أن تثير الكثير من النزاعات لإحساس الخطاب بأهمية ما دفعوه[28].

أهمل المشرع مسألة من المسؤول عن العدول، ففي بعض الأحيان يكون أحد الخاطبين مضطرا للعدول نتيجة فرض الطرف الآخر شروطا تعجيزية، كطلب المخطوبة منزلا خاصا، أو طلب ولي المخطوبة مهرا مرتفعا، أو طلب الخاطب التعجيل بالزواج، أو إطالة مدة الخطبة، ففي هذه الأحوال يجب البحث في سبب العدول، و ليس النظر فقط في من بادر بإنهاء هذه الخطبة، و يجب تقييد التعويض كذلك بالمتسبب في العدول، و ليس بالطرف الصادر منه العدول، و يترك التحقيق في ذلك إلى السلطة التقديرية للقاضي و كذلك عدم ذكره صراحة مصير الهدايا التي قدمتها المخطوبة للخاطب عندما يكون العدول منها، فكان على المشرع أن يوازي بينها و بين الخاطب في عدم استرداد الهدايا في حالة عدوله كذلك.[29]

ثانيا–اعتبار العرف في حكم استرداد الصداق:

المعلوم أن المخطوبة لا تستحق المهر إلا عند إبرام عقد الزواج، ويتأكد ذلك بالدخول [30] ، كما أن قانون الأسرة الجزائري قد سكت عن حالة ما إذا كان الخاطب قد دفع الصداق للمخطوبة، وأشار فقط إلى مسألة الهدايا. ومرد ذلك في الغالب إلى كون الخطبة مجرد وعد بالزواج ولا ترقى إلى مرتبة العقد ولا يتصور دفعه أثناء الخطبة .[31]

ومع ذلك فإنه من الممكن أن يدفع الخاطب إلى المخطوبة المهر في مرحلة الخطبة وذلك لتجهيز نفسها أو لتجهيز المنزل، وهذا ما جرت عليه العادة في بعض المجتمعات العربية. غير أن قانون الأسرة السوري قد نص في الفقرة الأولى من المادة الرابعة على أنه إذا دفع الخاطب المهر نقدا واشترت المرأة به جهازا، ثم عدل الخاطب فللمرأة الخيار بين إعادة مثل النقد أو تسليم الجهاز.

ونص في الفقرة الثانية على أنه إذ عدلت المرأة فعليها إعادة المهر أو قيمته، وهو أيضا نفس ما جاء به قانون الأحوال الشخصية الكويتي [32] . كما أن قانون الأحوال الشخصية الإماراتي نص على حكم المهر عند العدول عن الخطبة في المادة 18 منه كما يلي: «إذا عدل أحد الطرفين عن الخطبة أو مات يسترد المهر لذي أداه عينا أو قيمته يوم القبض إذا تعذر رده عينا، وإذا اشترت المخطوبة بمقدار مهرها، أو ببعضه جهازا، ثم عدل الخاطب، فلها الخيار بين إعادة المهر أو تسليم ما يساويه من الجهاز وقت الشراء، ويعتبر من المهر الهدايا التي يجري العرف باعتبارها منه".[33]

وقد اتفق الفقهاء المسلمون على أن للخاطب الحق في استرداد ما دفعه من مهر إذا قرر العدول عن الخطبة وتراجع عن الزواج بالمخطوبة قبل إبرام العقد، لأن المهر لا يجب للمرأة إلا بالعقد الصحيح عند الحنفية وبالدخول عند الشافعية، فإذا لم يتم الزواج فلا تستحق المرأة المهر ويجب عليها رده عينا أو مثله أو قيمته يوم القبض، سواء كان العدول من الخاطب أو من المخطوبة [34] .

و عليه وجب على المشرع الجزائري، أن يأخذ بعين الاعتبار مسألة مصير الصداق خلال الخطبة قبل العقد و بعد العدول، حيث أن تقديم الصداق قبل العقد ظاهرة شائعة الحدوث في المجتمع الجزائري، ومن المتعارف عليه أن المخطوبة تقوم مباشرة بعد تسلمها الصداق بتحضير جهاز عرسها، وبالتالي قد يتم العدول من قبلها أو من الخاطب، فهنا إشكال عملي أمام القضاء لغياب النص، و من المفروض أن المشرع الجزائري لما تطرق إلى مسألة استرداد الهدايا، كان عليه التطرق لمسألة استرداد الصداق خلال فترة الخطبة، كما فعلت التشريعات المقارنة، و ذلك بإتباع المذهب المالكي الذي اعتبر العرف حلا لهذه المسألة.[35]

وهناك أيضا بعض العادات والأعراف التي يتبعها الخاطبان في الصداق تبعا لما درج عليه الناس في بلادهم ، إذ جرى العرف أن يتقدم الخاطب فيبعض الأحيان بتقديم هدية العرس ، و قد تقدم هذه الهدية على شكل حقيبة ملابس و أدوات للزينة و طقم ذهب وهذا ما يسمى بالعامية(الدفوع أو الطبق) ، فهل يجرى على هذه الهدايا حكم المهر فيستردها الخاطب بالعدول أو لها حكم الهدايا ؟

و عليه إذا اختلف الخاطبان بعد العدول عن الخطبة فيما قدمه الخاطب في أثناء الخطبة أهو مهر أو هدية ؟ فادعى الخاطب أنه من المهر ليثبت لنفسه حق استرداده ، و ادعت المخطوبة أنه هدية لتنفي عنه ذلك الحق ، فالحكم في ذلك على النحو التالي :[36]

- ينظر إلى من يثبت كلامه بالبينة ، فإنه يحكم له وفق هذه البينة .
- و إن لم يكن لأحدهما بينة ، فالحكم للعرف الجاري في البلاد فإن قضى العرف بأنه من المهر كان القول قول الخاطب مع يمينه ، و إن قضى العرف أنه من الهدايا كان القول قولها مع يمينها.
- و إن تساوى العرف في ذلك فكان مشتركا بأن يسوغ أن يكون مهرا و أن يكون هدية فالقول قول الخاطب مع يمينه لأنه المملك فيكون له القول في كيفية التمليك.

و الراجح فيما يسمى الطبق أو الشبكة عند المشارقة – عند انعدام البينة – هو ما يرجحه العرف بين الناس ،و لم يتعرض قانون الأسرة الجزائري ، لمسألة الاختلاف بين الخاطبين، في كون المرسل إليها هدية أو صداقا، بل لم يتعرض في الأساس إلى مصير الصداق في حال العدول عن الخطبة –كما ذكرنا سابقا –و بالتالي لم يعتبر المعيار الذي يمكن أن نفرق فيه بين الهدايا و الصداق، ألا و هو العرف.

أما في القانون المقارن فقد نصّ قانون الأحوال الشخصية الإماراتي في الفقرة الرابعة من المادة" : 18 يعتبر من المهر الهدايا التي جرى العرف باعتبارها منه." حيث جاء في المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية الإماراتي أنه ما جرى العرف باعتباره من المهر يجري عليه حكم المهر في جميع الأحوال، و مثاله البارز كما سبق الذكر الشبكة في عرف مصر التي هي عبارة عن طقم من الذهب و أغراض ثمينة تقدم للعروس فكل هذه الهدايا تعتبر في وقتنا الحاضر من أهم ما تتناوله مفاوضات الزواج، و قد تكون بالنسبة لقيمتها هي الصداق الحقيقي أو تمثل جزءا كبيرا منه .

و بالتالي وجب على المشرع مراعاة العرف و إضافة مواد قانونية تخص التفريق بين ما يقدم كهدية، و بين ما يقدم على أساس أنه صداق، حتى نتجنب الكثير من الإشكالات، و نقترح نص المادة المضاف إلى المواد السابقة في مصير الصداق عند العدول كالتالي " :و يعتبر من الصداق الهدايا التي جرى العرف باعتبارها منه[37]."

خاتمة :

قد مر العرف بمراحل عدة حيث كان يمثل المصدر الأول والأساسي للمجتمعات البدائية، ثم أخذ في التطور تدريجيا وبارتقاء حياة الأمة ومداركها ومعارفها، أصبحت ذات سلطة وسيادة، بذلك كان لزاما أن تقنن هاته الأعراف ، هو ما جعل منها نظاما ملزما في معاملات الناس وعلاقاتهم، بهذا حل القانون محل الأعراف والعادات وأصبح ينسخ اعتبارها فألغى منها ما هو فاسد واعتبر منها ما كان صالحا وبذلك أصبحت العبرة لنصوص القانون ومقاصد شارعه، حتى وان كان مصدره عرفا مضمنا .

وبارتقاء التشريع ووضعه القواعد القانونية والأسس الحقوقية، ترك للأعراف رسم الحدود الفاصلة والجزئيات التي كان من الصعب على المشرع استقصائها بالنصوص وبدخول التشريع طور تفعيل القواعد العامة عاد للعرف اعتباره في نطاق صار يقوم فيه بدور المساعد للقانون بعد أن كان العرف والقانون واحد. وبما أنه لازال للعرف سلطانه ومكانته يمكن أن نستنتج ما يلي :

1-أن الأحكام المترتبة عن الأعراف تدور معها كيفما دارت وجودا وعدما.

2-أن العرف يتغير بتغير الأزمنة والأمكنة ويختلف باختلاف الثقافات و الحضارات، بذلك يمكن أن نستنتج أنه إذا تغيرت الأعراف نتيجة لهذه العوامل تتغير معها تلك الأحكام بما يتلاءم و الأعراف المستجدة.

3- أخذت الشريعة الإسلامية بالأعراف الصحيحة، في حسن اختيار الزوجين، وكذلك فعل قانون الأسرة الجزائري، عندما سكت على ذلك.

4- لم يتطرق المشرع الجزائري في قانون الأسرة، إلى موضوع الخلوة، والدخول بالمعقود عليها قبل الزفاف، رغم أن المتعارف عليه في المجتمع الجزائري منع العاقد ، من الدخول بالمعقود عليها قبل الزفاف.

5- جرى عرف الناس على تبادل الهدايا بين الخاطبين، و قد وافقت الشريعة الإسلامية هذا العرف، و هو ما سار عليه قانون الأسرة الجزائري.

6- إغفال المشرع الجزائري لمصير الصداق خلال الخطبة، وقبل العقد، و بعد العدول، خاصة أن المجتمع الجزائري تعارف على تقديم الصداق عند إتمام الخطبة.

وفي الأخير نقترح مجوعة كم التوصيات والاقتراحات :

1- عمل دراسات فقهية تطبيقية للمسائل و الأحكام المبينة على العرف في سائر الموضوعات المتصلة بأحكام الأسرة ، و إعادة النظر في مواكبتها للعرف الواقع المعتبر ، ليكتسب التشريع تلاؤما مع البيئة و العصر بما يألفه الناس .

2- أن لا تكون مشاريع القوانين المقترحة لدى البرلمان مناقضة لروح المجتمع وعاداته و أعرافه.

3-أن يكون القاضي والفقيه كلاهما ملما بأعراف المجتمع الذي يمارس فيه وظيفته كي لا يكون هناك تناقض بين ما يصدر من أحكام وما هو شائع من أ ع ا رف داخل ذات المجتمع.

4-أن العرف وما يجري العمل به ينبغي أن يبحث فيه عن الأسباب والدوافع الاجتماعية التي أدت إلى سن تلك الأعراف وهو ما يدعونا لاقتراح القيام بدراسات اجتماعية في هذا الجانب، هذا ما تمثله النزعة الحديثة من تكامل بين المعرفة العلمية والاجتماعية.

5- ضرورة تعديل قانون الأسرة بإضافة مواد قانونية، تأخذ بعين الاعتبار الأعراف غير المخالفة للشريعة في بعض المسائل.

6- قيام جهات مختصة تابعة للقضاء بتدوين الأعراف المعتبرة الجارية ، لتكون مرجعا معتمدا للقاضي في القضايا التي يكون الحكم فيها للعرف .

الهوامش :

[1] الخطبة : هي إظهار الرغبة في الزواج بامرأة معينة ، و إعلام المرأة أو و ليها بذلك . و قد يتم الإعلام مباشرة من الخاطب ، أو بواسطة أهله ، فإن وافقت المخطوبة أو أهلها ، فقد تمت الخطبة بينهما ، و ترتبت عليها أحكامها و آثارها الشرعية . أنظر وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي و أدلته ، ج7، ط2، دار الفكر ، دمشق ، 1985،ص 10.

[2] المرجع السابق ، ص 9.

[3] سورة الروم ، الآية 21.

[4] المادة الخامسة من قانون الأسرة :" الخطبة وعد بالزواج ..."

[5] العربي بلحاج ، أحكام الزوجية و آثارها في قانون الأسرة الجزائري ، د.ط، دار هومة ، الجزائر ، 2013، ص 138.

[6] عماد شريفي ،اعتبار العرف في مسائل الزواج و آثاره (مذكرة ماجستير)، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة محمد بوضياف المسيلة ،2015/2014، ص 39

[7] المادة 222 : " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية."

[8] عماد شريفي ، مرجع سابق ، ص 48.

[9] الشوكاني ، نيل الأوطار ، ج6 ، ط1، دار الحديث، مصر ، 1993.ص 126.

[10] المادة 5 /1: " الخطبة وعد بالزواج "

[11] عمرو عبد المنعم سليم ، آداب الخطبة و الزفاف، ط3، دار الضياء ، مصر ، 2001،ص 27.

[12] محمد بن ناصر الجعوان ، معالم مكتوبة في رؤية المخطوبة ، ط1، دار الضياء ، السعودية ، 1990، ص 15-16.

[13] علي بن عبد الرحمان الحسون ، أحكام النظر إلى المخطوبة ، ط2، دار العاصمة ، الرياض ، 1425هـ، ص63

[14] المرجع سابق، ص 86.

[15] علي بن عبد الرحمان الحسون ،مرجع سابق ، ص 86.

[16] و هبة الزحيلي ، مرجع سابق ، ص 25.

[17] عماد شريفي ، مرجع سابق ، ص 71-72.

[18] المرجع السابق ، ص 88-89

[19] بدران أبو العينين بدران ، أحكام الزواج و الطلاق في الإسلام ، ط2، دار التأليف ، مصر ، 1961، ص 151.

[20] عماد شريفي ، مرجع سابق ، ص 73

[21] المجلة القضائية ، غرفة الأحول الشخصية ، العدد 1 ، 1993 ، قرار رقم 74375، الصادر بتاريخ 1991/06/18 ، ص 61.

[22] القرار رقم 23997 بتاريخ 2003/05/22 ، أنظر العربي بلحاج ، أحكام الزوجية و آثارها في قانون الأسرة الجزائري ، دار هومة ، الجزائر ، 2013، ص 371.

[23] المجلة القضائية ، غرفة الأحوال الشخصية ، العدد1، 1990 ، قرار رقم 34046 الصادر بتاريخ 1984/11/19، ص67.

[24] عماد شريفي ، مرجع سابق ، ص 74.

[25] العربي بلحاج ، مرجع سابق ، ص 372.

[26] مجلة المحكمة العليا ، العدد 2، 204 ، ص 373.

[27] عماد شريفي ،مرجع سابق ، ص 78

[28] المرجع السابق ، ص 78

[29] المرجع السابق ، ص 79.

[30] بن شويخ الرشيد ،شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل ، ط1، دار الخلدونية ، الجزائر ، 2008 ص 48

[31] يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في قضايا شؤون الأسرة (الزواج والطلاق)، الطبعة الثانية، دار هومه، الجزائر، 2008. ص 12-13.

[32] عبد العزيز سعد ، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري ،ط3،دار هومة ، الجزائر،1995 ص 87

[33] بن شويخ الرشيد ، مرجع سابق ، ص 49.

[34] عبد العزيز سعد ، مرجع سابق ، ص 87-88.

[35] عماد شريفي ، مرجع سابق ، ص82.

[36] رهيفة سليمان حمادة ، العرف و أثره في حقوق الزوج في الفقه الإسلامي (مذكرة ماجستير)، كلية الشريعة و القانون ، جامعة غزة، 2014

[37] عماد شريفي ،مرجع سابق ، ص 83-84.

قائمة المراجع :

- **القرآن الكريم.**

- **الكتب :**

1- بدران أبو العينين بدران ، أحكام الزواج و الطلاق في الإسلام ، ط2، دار التأليف ، مصر ، 1961.

2- بن شويخ الرشيد ،شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل ، ط1، دار الخلدونية ، الجزائر ، 2008 .

3- الشوكاني ، نيل الأوطار ، ج6 ، ط1، دار الحديث، مصر ، 1993.

4- عبد العزيز سعد ، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري ،ط3،دار هومة ، الجزائر،1995 .

5- العربي بلحاج ، أحكام الزوجية و آثارها في قانون الأسرة الجزائري ، دار هومة ، الجزائر ، 2013.

6- عمرو عبد المنعم سليم ، آداب الخطبة و الزفاف، ط3، دار الضياء ، مصر ، 2001.

7- علي بن عبد الرحمن الحسون ، أحكام النظر إلى المخطوبة ، ط2، دار العاصمة ، الرياض ، 1425هـ.

8- حمد بن ناصر الجعوان ، معالم مكتوبة في رؤية المخطوبة ، ط1، دار الضياء ، السعودية ، 1990.

9- وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي و أدلته ، ج7، ط2، دار الفكر ، دمشق ، 1985.

10-يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في قضايا شؤون الأسرة (الزواج والطلاق)، الطبعة الثانية، دار هومه، الجزائر، 2008.

- **الرسائل الجامعية:**

1- رهيفة سليمان حمادة ، العرف و أثره في حقوق الزوج في الفقه الإسلامي (مذكرة ماجستير)، كلية الشريعة و القانون ، جامعة غزة، 2014.

2- عماد شريفي ،اعتبار العرف في مسائل الزواج و آثاره (مذكرة ماجستير)، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف المسيلة ،2015/2014.

- قانون الأسرة الجزائري.

كل الحقوق محفوظة