اعتبار العرف في مقدمات عقد الزواج (الخطبة)

مقاتل إيمان

المؤسسة : جامعة باجي مختار عنابة – الجزائر

elina_rayene@yahoo.fr

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

ملخّص

إن بناء أسرة قوامها المودة و الرحمة بين الزوجين ، لا يكون إلا بمقدمات شرعية تسمح باختيار الزوجين لبعضهما البعض على أسس نبيلة تصل بالأسرة إلى بر الأمان.

و الزواج لقدسيته نظم من الشارع تنظيما محكما، و لخطورتـــه أحاطه بالعديد من الضوابط و الشروط ، التي جاءت في بعض أحكامها معتبرة لأعراف الناس ، للتيسير و رفع الحرج .

كما أن قانون الأسرة الجزائري جاءت معظم مواده مستمدة من الشريعة الاسلامية التي اعتمد في كثير من مسائل الزواج على العرف ابتداء بالخطبة و انتهاء بالزواج و آثاره.

فما مدى نجاح العرف في أحكام الخطبة باعتباره وليد المجتمع و إلى أي حد يتماشى مع أحكام الشريعة و القانون؟.

الكلمات المفتاحية: العرف، قانون الأسرة، القران، التعدد، القضاء.

مقدمة

لقد اهتم الاسلام بعقد الزواج اهتماما كبيرا ، و جعل له مكانة مميزة، أضافت له طبيعة خاصة يختلف عن سائر العقود، لكونه ميثاقا غليظا ، و ذلك لما وضع له من مقاصد يجب أن يحققها، و لما يترتب عليه من آثار اجتماعية ، اقتصادية و حتى سياسية ، و فوائد روحية لا تتحقق إلا من عقد الزواج ، بالإضافة إلى أنه أساس في تكوين الأسرة.

و نظرا لأثر هذه العلاقة على الشخص في حياته و علاقته بالأسرة و المجتمع، و لأن عقد الزواج من أخطر العقود، فهو عقد الحياة، و فيه من التكاليف و الالتزامات ليس في غيره، فقد زادت عناية الشرع به فجعل له مقدمات تسمى في مجملها الخطبة التي نظمها و بين أحكامها، بحيث يختار فيه الشخص شريكه، و من ثم يكون الرضا من الطرفين، و ينتج عن هذا الاختيار حسن العشرة و دوام العلاقة. و من الأسباب التي تجعل الأسرة مستقرة ، و الكثير منا يجهل أن الوصول بالأسرة إلى السعـــــادة المنشـودة نتيجة لحسن اختيـــار كل زوج للأخر و بالتالي شرع الاسلام عدة خطوات قبل الاقدام على هذا الميثاق الغليـظ ، قصد المحافظة على الأسرة و بنائها على أسس قوية تضمن استمراريتها ، أهمها الخطبة التي تعد أول الخطوات لاختيار الشريك و وضع لها عدة ضوابط.

و أحكام الخطبة في الشريعة الاسلامية جاء العديد منها موافقا للعرف، لرفع الحرج عن الناس ، لهذا أقرت الشريعة الاسلامية الأعراف الصحيحة ، و ألغت الفاسدة منها.

و قانون الأسرة الجزائري 11/84 المؤرخ في 09 جوان 1984 المعدل و المتمم جاءت معظم قواعده مستمدة من الشريعة الاسلامية، التي اعتمدت في كثير من مسائل الزواج على العرف، فهو بطريقة غير مباشرة يعتمد في نصوصه عليه، خاصة و أن مسائل الزواج و آثاره ، الكثير من أحكامها أعطت اعتبار لأعراف الناس ،

حيث أن قانون الأسرة الجزائري مستمد من الشريعة الاسلامية بمختلف مصادرها ، و العرف هو أحد مصادر قانون الأسرة الجزائري فما مدى اعتبار العرف في مسائل الخطبة و آثاره في قانون الأسرة، و ما مدى مواكبة هذه الأحكام للمستجدات الحديثة في أعراف الناس؟

المبحث الأول : اعتبار العرف في مقدمات الزواج (الخطبة)

لا بد لعقد الزواج من مقدمات تعطي طرفيه فرصة التريث في الاختيار حتى يكون كل منهما على علم لما يقدم عليه و حتى يحقق غايته المنشودة في بناء أسرة متكاملة قوامها المودة و الرحمة كما جاء في القرآن الكريم، و هذه المقدمات تسمى بالخطبة .

المطلب الأول : مفهوم الخطبة

الفرع الأول : تعريف الخطبة و مشروعيتها و شروطها و حكمها

أولا : تعريف الخطبة : اختلف تعارفها عند الفقهاء فهي: عند المالكية : عبارة عن استدعاء النكاح و ما يجري من المحاورة ، و عرفوها أيضاً : " أنها فعل الخاطب من كلام ة قصد و استلطاف بفعل أو قول" [1].

و عند الشافعية : "التماس النكاح من جهة المخطوبة" [2].

و عرفها الفقهاء المعاصرون أيضاً بعدة تعريفات منها : "أنها تقدم الرجل إلى امرأة معينة تحل له شرعاً أو إلى أهلها ليطلب الزواج بها بعد أن توجد لديه الرغبة في زواجها فإذا أجيب طلبه تمت الخطبة بينهما" [3].

و عليه فالخطبة تعني : أن يتقدم رجل لطلب امرأة للزواج بها على أن تكون خالية من الموانع الشرعية.

قانونـــــــا: جاء في المادة 05 من قانون الأسرة الجزائري رقم 11/84 المؤرخ في 1984/06/09 المعدل و المتمم بالأمر رقم **02/05 المؤر**خ في 2005/02/27 التي تنص على :" الخطبة وعد بالزواج" حيث يتضح من هذا النص **أن المشرع لم يعد تعريفاً دقيقاً للخطية بل اكتفى ببيان طبيعتها القانونية و مؤدى ذلك أنه يجوز لكل من الخاطبين أن يعدل عن وعده في أي وقت شاء** [4] ، فالمادة اعتبرت الخطبة إجراءً تمهيدياً يقومُ الخاطبان للتعرف على بعضهما البعض و لا يترتب أي أثر على الطرفين الذين يملكان العدول متى شاء ذلك أو شاء أحدهما[5].

و مفهوم الخطبة عند عامة الناس في مجتمعِناَ هي الاتصال الأولي الذي يقوم به أهل الرجل قصد التعرفِ على المرأة و أهلها و طلب يدها باستعمال ألفاظٍ متعرف عليها كأن يقول الرجل أو من ينوب عنه جئناكم قاصدين الحسب و النسب طالبين ابنتكم فلانة لابنناَ فلان.[6]

ثانيا : مشروعية الخطبة: الخطبة مشروعة بالكتاب و السنة :

فمن القرآن الكريم :قوله تعالى :{{**لا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء أو كنتم في أنفسكم علم الله أنكم ستذكرونهن و لكن لا تواعدوهن سراً إلا أن تقولوا قولا معروفاً و لا تعزموا عد النكاح حتى يبلغ الكتاب أدله و اعلموا أن الله يعلم ما في أنفسكم فاحذروه و اعلموا أن الله غفور حليم** }} البقرة الآية 235 .

ومن السنة الشريفة: الخطبة مشروعة بالسنة القولية و الفعلية و التقريرية .

ثبت أن رسول الله ﷺخطب حفصة من أبيها عمر رضي الله عنهما ثم تزوجها ﷺ(7).

روى البخاري عن عروة : أن النبي صلى الله عيه و سلم خطب عائشة إلى أبي بكر ، فقال له أبو بكر: إنما أنا أخوك ، فقال (أنت أخي في دين الله و كتابه و هي لي حلال)(8)و عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه و سلم (إذا خطب إليكم من ترضون دينه و خلقه فزوجوه، ألا تفعلا تكن فتنة في الأرض و فساد عريض)(9).

ثالثا: شروط الخطبة: للخطبة شروط مستحسنة و أخرى واجبة.

أ–الشروط المستحسنة : و من المستحسن لمن يريد الزواج مراعاتها و تحصيلها و لكنه إن أهملها و لم يحققها لا يؤثرُ ذلك في صحة الخطبة و ذلك يعني أن أسساً لاختيارِ الطرفين.

و هذه الأسس أو الضوابط هي: أن تكون من النساء المتحليات بالخلق الحميد و الدين مصداقا لقوله ﷺ ﴿إن المرأة تنكح لدينها و مالها و جمالها فعليك بذات الدين تربت يداك ﴾، فالتوجيه النبوي في الحديث الشريف يرشد إلى اختيار ذات الدين ليس بالضرورة أن تكون ذات الدين مجردة من المواصفات الأخرى التي يرغب فيها الرجال**(10)**، و الراد بذات الدين أن تكون المرأة عفيفة عن المعاصي بعيدة عن الريب متقربة إلى ربها بالطاعات**(11)**.بالإضافة إلى أن تكون بكراً ، ولودا ودوداً،أن تكــون جميلـة ، فإن الجمال محبوب لكل نفس وأن تكون من البعيدات عن الخاطب لأن التزوج بالقريبات غالبـــــــــاً ما يسبب ضعف النسل و يجعل روح الفتور سارياً بين الزوجين بل لقد قالوا :" إن في التزوج بالبعيدات نجابة للأولاد "(12).

ب–الشروط الواجبة للخطبة : و تنحصر في شرطين أساسيين هما :

الشرط الأول : أن لا يُحرم الزواج بها شرعاً : بأن كانت من المحارم المحرمة تحريما مؤبداً كالأخت و العمة و الخالة أو تحريماً مؤقتاً كالزوجة و زوجة الغير (13).

ب–الشرط الثاني : ألا تكون مخطوبة لآخر : الأصل أنه لا يجوز للرجل أن يتقدم لخطبة امرأة تعلقت بها حقوق الغير و من تعلقت بها هذه الحقوق هي المرأة المخطوبة للغير و الحكمة من منع الخطبة على الخطبة واضحة ذلك أن تنافس

جماعة من الرجال على النساء أمر يحط قدرهم و يشيع بينهم التباغض و التطاحن من أجل امرأة و قد تجعل المرأة و أهلها في حرج[14].

ب-أسس اختيار الخاطب : إذا كان الاسلام قد وضح الصفات التي يستحب بها المرأة و التي من أجلها تُفَضل خطبتها فإنه راعى أيضا بالنسبة للرجل صفات هامة، على رأسها : التدين لطاعة الله تعالى و الالتزام بالأخلاق الفاضلة حيث قال رسـول الله ﷺ: " إذا خطب إليكم من ترضون دينه و خلقه فزوجوه" [15]. فالصفات التي يختار من أجلها الزوج تكاد تشبه في مجموعها الصفات التي يختار من أجلها الرجل لزوجته فمنها مثلا أن يكون الزوج بكرا (لم يتزوج من قبل) و منها ألا يكون عقيماً أو دميما ترغب عن مثله[16].

رابعا : اعتبار العرف في ضوابط اختيار الخاطبين و موقف القانون:

هذه الشروط و إن كانت مستحسنة بمعنى أن إهمالها لا يؤثر في صحة الخطبة إلا أنها تختلف من بيئة إلى أخرى و من مجتمع إلى آخر و تتفاوت في قوة اعتبارها و ترتيبها حسب الأعراف السائدة و كذا تفكير الأفراد، فما يكون ضابطا في مجتمع قد لا يكون كذلك في مجتمع آخر.

غير أن ما تعرف عليه الناس من أسس في اختيار الخاطبين يوافق إلى حد بعيد ما ورد في الشريعة الاسلامية ، فالاتفاق حاصل في أعرافنا على اعتما ضابط الدين و الأخلاق، كما تجدر الإشارة إلى ضابط آخر و هو تقارب السن بين الخاطبين إذ المتعارف عليه في مجتمعاتنا أن يفوق سن الخاطب سن المخطوبة بضع سنوات و إن كان في عض المجتمعات يجوز أن تفوق المخطوبة خاطبها سناً غير أن هذا الأمر نادر الوقوع، و أما التقارب بين الخاطبين من حيث المستوى الاجتماعي و الثقافي فهو ضابط قلما يعتمد عليه في أعرافنا.

كما أصبحت وظيفة الاختيار مقتصرة على الشاب و الفتاة لوحهما فالزواج في البيئة الأسرية الحديثة يخضع لشروط تختلف عن تلك التي كان يخضع لها في البيئة التقليدية فقد منح الآباء حرية اختيـــــار الشريك للأبناء و برروا ذلك بقولهم أن كل ما نتج عهنهم ذلك الاختيار من نتائج سواء كانت حسنة أو سيئة فـــإن ذلك يكون منهم و إليهم و عليهمـــــا تحمل النتائج وحدهما و هذا التغير في الاختيار للزوج نتج عن التحضر و الـــــرقي الاجتماعي و تجسيدهما في الحرية الكبيرة التي منحها الآباء للأبناء في تقرير مصيرهم و رسم متقبلهم مع الشخص الذي يختارونه و يرونه الأمثل و الأجدر للمشاركة في نفس السكن و الحياة الاجتماعية و الاقتصادية [17].

الفرع الثاني : تعارف المخطوبين و اعتبار العرف فيه

كما سبق الإشارة فإن الخطبة مقدمة لعقد الزواج و تمهيد له يمكن الطرفين و أهلها من التحري و الاستقصاء كل على الآخر حتى يكون الاقدام على الزواج على تريث و صيرة و في تعارف الخاطبين على بعضهما جزئيات نورد منها ما يلي :

أولا : النظر إلى المخطوبة :

حثت السنة النبوية في أحاديث كثيرة على جواز النظر إلى المخطوبة و من ذلك ما رواه الغيرة بن شعبة أنه خطب امرأة فقال له النبي ﷺ " أنظرت إليها " فقال "لا " قال :" أنظر إليها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما" [18].

فالرسول ﷺ أمر بالنظر إلى من يريد الرجل خطبتها و علل ذلك ﷺبقوله :" أحرى أن يؤدم بينكما" و المراد أن الذي يقدم على الزواج و قد رأى المخطوبة و استراحت نفسه إلى الاقدام على الزواج منها فإن هذا يؤدي في الغالب إلى دوام العشرة و هذا أولى من أن يراها بعد أن يعقد عقده عليها فيتفاجأ بأنها غير مناسبة له و تجفوها نفسه[19]

ب–نظر المرأة إلى خاطبها :

يباح للمرأة أن تنظر إلى خاطبها الذي يريد نكاحها ، فهي صاحبة الحق في قبول الخطبة أو رفضها، فمن مصلحتها أن يكون قبولها أو رفضها بعد نظرها إليه و لأن الحكمة التي من أجلها أبيح للخاطب أو ندب إليه النظر إلى المرأة هي نفسها التي تدعو إلى إباحة نظر المخطوبة إلى خاطبها و هذه الحكمة أن النكاح بعد تقديم النظر يتحقق فيه غالبا الألفة و دوام العشرة و بالتالي تتحقق مقاصد النكاح[20].

ثالثا: اعتبار العرف في تعارف المخطوبين خلال فترة الخطبة و موقف القانون:

أ–اعتبار العرف في تعارف المخطوبين : مما لا شك فيه أن التعارف عليه عند الأسر الجزائرية هو أن الخطبة مقدمة للزواج لا أكثر، و أن علاقة الخاطبين ببعضهما لا بد أن تكون محدودة و في دائرة ضيقة إلى أبعد الحدود، فنجد أن الأعراف الجزائرية لا تمنع رؤية الخاطب خطيبته أو العكس ، فقد جرت الأعراف أن ينظر الطرفان إلى بعضهما ابعض أثناء الخطبة في حضور محرم من عائلة المخطوبة، كما أن هناك بعض المناطق تعطي تسميات خاصة لهذه الحالة، أما ما يراه كل منهما من الآخر فالعرف يقضي حسب ما جرى به العمل بأن ينظر الخاطب من مخطوبته وجهها و كفيها لا أكثر.

و الناس في وقتنا الحاضر يقفون من علاقة الخاطب بخطيبته مواقف متباينة يمكن إجمالها فيما يلي :

الفئة الأولى : بعض الأسر و بمجرد تمام مراسيم الخطبة التقليدية يفتحون بيوتهم للخاطب يدخل عليهم وقت ما شاء و يخرج وقت ما شاء و يختلي بخطيبته و تسمح لخاطب بالخلوة في أماكن مختلفة و الانتقال بها من مكان لآخر بحجة التعرف على بعضهما أكثر.

الفئة الثانية : لا تسمح للخاطب برؤية خطيبته أو الجلوس معها حتى و لو كان بين أهلها و محارمها ، بالرغم من أن الاسلام يبيح للخاطب رؤية مخطوبته ، تحسبا لما قد يحدث من فشل فيكونون بذلك قد صانوا عرضهم و حموا شرفهم و إن كانت هذه الفئة بدت بالاختفاء تدريجيا بسبب انتشار الوعي الثقافي وفهم المجتمع للإسلام.

الفئة الثالثة : و هم ثلة قليلة و لكنهم في ازدياد بعد انتشار الوعي الديني و ارتفاع المستوى الثقافي، و هذه الفئة لا مانع لديها من رؤية الخاطب لمخطوبته و الجلوس و الكلام معها و محاورتها في أمور مستقبلهما[21].

ب–موقف القانون: بالرجوع إلى نصوص قانون الأسرة الجزائري لا نجد فيها أي نص تنازل هذا الموضوع من أي جانب، فالمشرع الجزائري لم ينظم بالتفصيل أو على الأقل بأحكام عامة مسألة تعرف الخاطبين ، و قد ترك ذلك إلى أعراف الناس و عاداتهم ، و كذلك المادة 222 من هذا القانون تحيلنا إلى أحكام الشريعة الاسلامية و بالتالي تطبيقها في حال غياب مثل هذا النص، و إن كان الأجدر إضافة نص يتضمن أحكاما كهذه باعتبارها سائدة في مجتمعنا و باعتبار قانون الأسرة يهدف في مواده إلى نظيم الأحوال الشخصية للأفراد.

المطلب الثاني: تكييف الخطبة و اقترانها بالفاتحة

بعد بيان مفهوم الخطبة نتعرض إلى بيان طبيعتها في الفقه و القانون ، هل تعتبر عقدا أم وعد بالزواج غير ملزم ؟ و من ثم يجدر بنا تحديد حكم اقترانها بالفاتحة كما هو جار العمل به في مجتمعاتنا.

الفرع الأول : تكييف الخطبة و اعتبار العرف فيه:

و نعني بتكييف الخطبة ما إذا كان يُقصد بها أنها عقد تام أم أنها مجرد وعد غير ملزم.

أولا : في الفقه: الخطبة في الشريعة الاسلامية هي وعد بالزواج و ليست عقداً ، و إن تمت باتفاق الطرفين ، و هي لا تتيح لهما أن يختلطا اختلاط الأزواج ، و لا يترتب على ذلك حق ما لأحدهما نحو الآخر حتى و لو ألبس الخاطب مخطوبته خاتم الخطبة ، أو قرأ الفاتحة أو قدم جزءا من المهر أو كله، أو هدايا إلى المخطوبة أو إلى أهلها، و لكن أقصى ما تؤديه الخطبة إذا تمت أن تكون وعدا بعقد و ليس للوعد بعقد قوة إلزام عند جمهور الفقهاء.

ثانيا : تكييفها في القانون: الخطبة وعد بالزواج غير ملزم و لكل من الطرفين العدول عنها، و ذلك أخذاً بمبدأ حرية الشخص في اختيار شريك المستقبل ، دون ضغط أو إكراه، و على ذلك نصت قوانين الأسرة العربية [22] ، كقانون الأسرة الجزائري الذي ورد في المادة 05 فقرة 01 المعدلة بالأمر رقم 02/05 التي تنص على أن " الخطبة وعد بالزواج " و في الفقرة 02 من نفس المادة " يجوز للطرفين العدول عن الخطبة" و طبقا للمادتين 71 و 72 من القانون المدني

الجزائري المعدل و المتمم فإن مجرد الوعد لا ينشئ التزام [23]كما أن مجرد العدول عنها لا يكون سببا موجبا للتعويض ما لم يقترن العدول بأفعال أخرى، فيكون سبب التعويض هو المسؤولية التقصيرية [24].

ثالثا : اعتبار العرف في طبيعة الخطبة

إن الخطبة في الأعراف الجزائرية هي مجرد وعد بالزواج غير ملزم و لا ترقى إلى مرتبة لعقد كما لا تترتب عيها ما يترتب على العقد من آثار، باعتبارها مرحلة تعارف بين الخاطبين و أهليهما و القول بإلزاميتها ينأى عن هذه الصفة و يضع طرفيها في حرج إذا ما أراد أحدهما العدول عنها لسبب قد يدفعه لذلك و عليه فالعرف من هذه الناحية مطابق لما ورد في قانون الأسرة الجزائري و كذا الفقه الاسلامي.

الفرع الثاني : اقتران الخطبة بالفاتحة و اعتبار العرف فيها

أولا : اقتران الخطبة بالفاتحة : قد يحدث في بعض الأحيان أن تقترن الخطبة بالفاتحة ،جاء في معنى المحتاج : و يستحب للخاطب أو نـائبه تقديم خطبة و هي الكلام المفتتـح بحمد الله و الصلاة و السلام على رسول الله صلى الله عليه و سلم المختتم بالوصية و الدعاء[25] ، و لم يعتبر الفقهاء الفاتحة من ماهية عقد الزواج و لا من شروطه فهي مشروعة للتبرك لقدسية عقد الزواج [26].

أما المشرع الجزائري فقد تناول المسألة في المادة 06 من قانون الأسرة المعدل و المتمم و لم يحدد المقصود بالفاتحة فإن كان المقصود منها هو مجرد قراءة سورة الفاتحة فإنها لا تؤثر على العقد و لا على الخطبة و إذا كان المقصود منها هو إبرام عقد الزواج فإن أحكامه تخضع للمادة 09 و ما بعدها [27]و سواء وقعت الخطبة أو الفاتحة منفردتين أو مقترنتين فإن أي منهما لا يعدو أن يكون وعدا بالزواج إذا لم تتوافر شروطه و ركن الرضا فيه.[28]

ثانيا : اعتبار العرف في اقتران الخطبة بالفاتحة:

الفاتحة في مفهوم شعبنا الجزائري هي عبارة عن اجتماع يحضره عـــادة أولياء الزج و الزوجـة و جمع من الناس و أقارب و أصدقاء الخطيبين و من أعيان المنطقة و يقع فيه إبرام عقد زواج شفهي و تحديد الصداق و ينتهي بقراءة الفاتحة متبوعة بالدعاء للعروسين[29].

فالناس قد تعارفوا على قراءة سورة الفاتحة بعد حصول الاتفاق و وقوع التراضي على الخطبة و تارة يكون ذلك بتوافر شروط العقد و تارة لا ، و ذلك حسب الأعراف و العادات ، فمثلا تقرأ الفاتحة عندنا بعد تحديد الصداق و توافر الشروط كلها.

المبحث الثاني: اعتبار العرف في العدول عن الخطبة و آثاره

لما كانت الخطبة مجرد وعد بالزواج غير ملزم ترتب على ذلك أن لكل من طرفيها حق العدول عنها و فسخها متى شاء ذلك و رأى العدول ضرورة توجبه دون أن يلزم بتقديم أي تبرير للطرف الآخر أو لغيره ، غير أن لهذا العدول آثارا تتحتم مراعاتها سواء على من عدل أو المعدول عنه و هذا ما أقرته الشريعة الاسلامية و قانون الأسرة الجزائري و الأعراف الجزائرية .

المطلب الأول : العدول عن الخطبة و اعتبار العرف فيه

الفرع الأول : تعريف العدول : إن العدول عن الخطبة يعني تراجع أحد الخاطبين و التخلي نهائيا عن مشروع الزواج بالخطيب الآخر و التوقف تماما عن السير في متابعة الأعمال و الاجراءات المؤدية إلى تحقيق إبرام عقد الزواج[30] ، فالعدول هو ترك الخطبة و التنازل عنها سواء وقع من الخاطب أو المخطوبة و في هذه الحالة تفسخ الخطبة [31]. و عليه يمكن تعريف العدول بأنه : حق أو رخصة مخولة لكل من طرفي الخطبة له أن يستعمله متى شاء في حدود الشرع و القانون".

الفرع الثاني : حكم العدول عن الخطبة و اعتبار العرف فيه

أولا : حكم العدول في الفقه : قلنا أن الخطبة وعد بالزواج في المستقبل و لذا يحق لكل من الخاطبين العدول عن ذلك الوعد و العدول عن الخطبة إخلاف بالوعد، و هو حرام ديانة إذا كان من غير سبب معقول، إلا أن الشريعة الاسلامية لم تلزم الخاطبين بإتمام العقد لأن في إلزامهما إكراها لهما على الزواج[32].

ثانيا : حكم العدول في القانون: إذا كانت الخطبة كما سبق القول هي مجرد وعد بالزواج و ليست زواجا فإنها لا ترقى إلى درجة العقد و ا يترتب عنها أي أثر من آثار عقد الزواج و أنه يجو العدول عنها و التراجع عن متابعة السير فيها في أي مرحلة من مراحلها و في أي وقت يريده أحد طرفي الخطبة و هذا هو المعنى الذي نصت عليه المادة 05 من قانون الأسرة الجزائري المعدل و المتمم .

ثالثا : اعتبار العرف في العدول عن الخطبة :

مما لا شك فيه أن الخطبة في أعرافنا ما هي إلا مقدمة لعقد الزواج و يترتب على ذلك جواز العدول عنها لكلا طرفيها في أي مرحلة دون أن يلزم بالتبرير.

المطلب الثاني : آثار العدول عن الخطبة و اعتبار العرف فيها

يترتب عن العدول عن الخطبة آثار تتعلق بالهدايا التي كان قد قدمها كل طرف للآخر و كذا بالمهر الذي قد يحدث أن يدفعه الخاطب كله أو بعضه قبل العقد ناهيك عن الأضرار المادية و المعنوية التي قد تلحق الطرفين أو أحدهما.

الفرع الأول : حكم الهدايا و الصداق :

أولا : حكم الهدايا: بالنسبة للهدايا المتبادل في فترة الخطبة ، فإن الفقهاء متفقون في الجملة على ردها ، إن اختلفوا في التفاصيل ، حيث ذهب الحنفية إلى أن حكمها حكم الهبة ، يرد منها ما كان قائما و لم يستهلك دون النظر إلى المتسبب في العدول عن الخطبة في حين قال الشافعية بوجوب ردها مطلقا ، سواء كانت باقية أم هالكة، لأنها في حكم المهر ، و ما دام الزواج لم يتم وجب ردها بعينها أو بقيمتها أو بمثلها ، سواء كان العدول من جانب الخاطب أو المخطوبة و قال الحنابلة بعدم استرداد شيء من هذه الهدايا لأنها هبة عندهم ، و القبض يمنع الرجوع بالهبة و يستوي إذا كان العول من جهة الخاطب أو المخطوبة ، لأن الهدايا قدمت على سبيل التبرع[33].

و أما المالكية فيذهبون إلى أنه إذا كان العدول من جانب الخاطب، فلا يحق له أن يترد شيئا من الهدية ، سواء كانت مثلية أو قيمية، سواء كانت قائمة أو مستهلكة ، و أما إذا كان العدول من جانب المخطوبة فللخاطب أن يسترد جميع ما قدمه من هدايا، فإن كانت قائمة استردها ، و إن كانت مستهلكة استرد قيمتها و هذه الأحكام تسري في حال عدم وجود شرط أو عرف ينافي ذلك[34].

و يظهر أن رأي المالكية هو رأي عادل و عقلاني لأن الخاطب إذا عدل عن خطوبتـــه فليس من اللائق مضاعفة ألم المخطوبة ، و لعل في ترك الهدايا بعض التخفيف من ألمها و مصابها، أما إذا كان العدول من جانبها فليس من العدالة أن تحرم الخاطب ما قدمه من هدايا و هو لم يقترف ذنبا أو يرتكب أي خطأ .

موقف القانون : نصت المادة 05 في فقرتها 03 من قانون الأسرة الجزائي على ما يلي : " لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئا مما أهداها إذا كان العدول منه و عليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته أو قيمته ، و إن كان العدول من المخطوبة فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته "

فالواضح أن قانون الأسرة الجزائري قد فرق بين الحالة التي يكون فيها العدول بناء على إرادة و رغبة الخاطب وحده و الحالة التي يكون فيها العدول من جانب المخطوبة و بإرادتها وحدها، و قرر بأنه إذا كان الرجوع عن الخطبة قد وقع من جانب الخاطب فلا يحق له في طلب استرداد الهدايا التي قدما إلى مخطوبته لسبب الخطبة، سواء كانت استهلكت أو لا ، و إن كان العدول عن الخطبة من المخطوبة نفسها فإنه يجب عليها أن ترد كل ما أخذته من هدايا تزال قائمة عينا و لم تستهلك سواء كانت قابلة للاستهلاك أو لا ، أما ما استهلكته فلا يجب عليها رده و لا يحق للخاطب استرداده و لا يحق له طلب رده.

و بخلاف ما ذهب إليه قانون الأسرة أخذت بعض القوانين العربية بمذهب الأحناف ، معتبرة هذه الهدايا من قبيل الهبات، و يسري عليها ما يسري على الهبة من أحكام في القانون المدني التي تنص على رجوع الواهب في هيبته كالمادة 19 من القانون العراقي ، و المادة 65 من القانون الأردني و المادة 04 من القانون السوري.

و بخصوص هذه المسألة حكمت المحكمة العليا بأنه لا يسترد الخـــاطب شيئا مما أهداه إذا كان العدول منه ، و أنه يتوجب على المرأة المخطوبة عند عدولها عن إتمام الزواج أن ترد ما لم يستهلك من هدايا و غيرها.

ثـــانيا : حكم الصداق : الصداق شرط من شروط صحة الزواج على ما أكده المشرع نفسه (المـــواد 09 مكرر و 14 و ما يليها من قانون الأسرة) ، و قد أشارت إلى ذلك المحكمة العليا في العديد من قراراتها ، و ما دام الزواج لم يتم فعلا لا يحق للمخطوبة الاحتفاظ به تطبيقا لمبدأ عدم الاثراء بلا سبب ، و عليه فإنه في حال انقضاء الخطبة أو فسخها من الطرفين أو من أحدهما ، و كان الخاطب قد دفع صداق ، كله أو بعضه معجلا وجب على المخطوبة أن ترد قيمته عينا إن وجد ، أو قيمته إن تلف أو استهلك، بقطع النظر عن مسألة العدول و أسبابها ، لأن الصداق لا علاقة له بالطبة، فالمخطوبة ملزمة برده للخاطب أو لورثته إذا كان قد توفي قبل الاشهاد على الزواج[35].

رابعا : اعتبار العرف في حكم الهدايا و الصداق عند العدول عن الخطبة

إن حكم العرف في مسألة الهدايا موافق لمـــا ذهب إليه المالكية فقد تعارف الناس على أن يسترد الخاطب ما قدمه من هدايا لمخطوبته إذا حصل العدول من جانبها أمـــــا إذا كام العدول من جهة الخاطب فليس له أن يسترد شيئا مما أهداه لها و تأخذ الهدايا التي تقدمها المخطوبة للخاطب الحكم ذاته و إن مثل هذه الحالات قليلة فما جرى به العرف أن الخاطب هو من يقدم الهدايا في المناسبات المختلفة. و بالتالي يكون ضرر الخاطب كبير خاصة إذا طالت مدة الخطبة فيكون إبقاء الهدايا في حوزته جبرا للخاطر كما أن المعمول به في العرف يعتبر ردعا للخاطب حتى لا يعدل بعد مدة طويلة عن الخطوبة تاركا المخطوبة في مواجهة المجتمع دون رحمة[36].أما حكم الصداق فالمتعارف عليه موافق لما ذهب إليه الفقهاء في وجود رده كاملا سواء حصل العدول من جهة الخاطب أو المخطوبة ، ذلك أن الصداق دليل على إتمام العقد بين الطرفين و بانقضاء هذا العقد فلا حاجة للمخطوبة به.

الفرع الثاني : التعويض عن الضرر عند العدول و اعتبار العرف فيه:

أولا : التعويض عن الضرر : قد يترتب عن العدول على الخطبة ضرر يلحق أحد الطرفين ماديا أو معنويا ، و خاصة إذا استمرت الخطبة لفترة طويلة ، كما لو طلب الخاطب من المخطوبة بترك وظيفتها أو غيرها. و من الأضرار المعنوية نذكر خيبة الأمل ضد الطرف الآخر ، أو تأخير زواج المخطوبة مدة ارتباطها بالخطبة معه أو ضياع فرصة الزواج بالكلية، دون نسيان ما يمس كرامة الطرف بالآخر من إثارة الألسنة بالتجريح و التشهير بسمعة المخطوبة، نتيجة مخالطته لها و التردد على بيتها و غيرها،فما هو حكم العدول عن هذه الحالات؟ و الضرر المادي أو المعنوي قد أصاب الطرف الآخر حالا و مباشرا؟

– لا تجد في كتب الفقه الاسلامي القديم من تعرض لهذا الموضوع، و ذلك لأسباب عدة أهمها اختلاف الحياة الاجتماعية والأعراف و العادات في عصرهم عن عصرنا هذا ، و اعتبارهم بأن الزواج لا يتم إلا بالرضا الكامل و أن التعويض لا يكون إلا لسبب من أسباب الالتزام، كالإخلال بعقد مثلا ، و الخطبة ليست عقدا و لا يترتب عليه أثرا.

–أما في الفقه الاسلامي الحديث فنجد في هذه المسألة عدة آراء : ما ذهب إليه الشيخ محمد بخيت رحمه الله (مفتي الديار المصرية سابقا) إلى أنه لا تعويض في حال العدول عن الخطبة لأن الخطبة ليست عقدا و إنما هي وعدا ، و لا إلزام في هذا الوعد ، و من عدل عن خطوبته إنما يمارس حقا من حقوقه الشرعية، و به قال الدكتور عمر الأشقر أما رأي الشيخ محمود شلتوت رحمه الله (شيخ الأزهر السابق) كان مخالفا حيث يرى أن العدول عن الخطبة تستوجب التعويض للطرف الآخر ، من غير تفصيل في ماهية الضرر ، و قال به أيضا الدكتور عبد الرحمان الصابوني و الدكتور مصطفى السباعي. و قد تعددت الآراء بين مؤيد و معارض لفكرة التعويض.

ثانيا : موقف القانون من التعويض عن الضرر عند العدول :ذهب المشرع الجزائري إلى تقرير حق التعويض لمن ناله ضرر جراء العدول عن الخطبة من خلال نص المادة 05 فقرة 03 من قانون الأسرة المعدل و المتمم ، و المشرع بالنص على التعويض لم يوجبه و إنما جعله جائزا لأنه لا يمكن أن يكون كل عدول مصاحبا للضرر فقد أباح العدول كقاعدة عامة و جعل التعويض عن الضرر الناتج عن العدول استثناءً [37] ، و بذلك جاء موقف المشرع الجزائري على إطلاقه دون تحديد للأضرار المادية و المعنوية على أساس أن التعويض سببه إلحاق الضرر بالطرف الآخر و ليس هو استعمال حق العدول في حد ذاته[38]، كما ذهب إليه الأستاذ العربي مجيدي أن يقيد نص المادة بناء على مبدأ التعسف في استعمال الحق بأن يقيد الأفعال بكونها مقترنة بالخطبة ، حتى تستوجب التعويض[39].

و الجدير بالذكر أن تقدير الضرر مسألة موضوعية من اختصاص و تقدير قضاة الموضوع ، بأن يتناسب مقدار التعويض و الضرر الذي يلحق بالمضرور، فلا يجوز الحكم بالتعويض عن العدول عن الخطبة بأكثر مما يدفعه المطلق، ثم إن الخطبة بحكم طبيعتها تفرض عدم إمكانية التعويض عن الأضرار المألوفة ، لأن العدول عنها هو حق شرعي ، و هو أمر ينبغي أن يكون في الحسبان، و متوقعا من الخاطبين عند إبرامه ، و من الطبيعي أن ينجم عن العدول شيء من الآلام و المعاناة و شيء من القيل و القال[40].

ثالثا : اعتبار العرف في التعويض عن الضرر عند العدول عن الخطبة

باعتبار العدول حقا مخولا للطرفين فإنه لكل منهما استعماله متى شاء فإذا نتج عن العدول ضرر لأحدهما و كان ذا صلة بالعدول استجوب ذلك التعويض غير أن الأعراف لا تقضي بالتعويض عن الضرر الناتج عن العول ، فالعرف قد أقر حق العدول إلا أنه لم يقل بالتعويض و هذا راجع إلى تفكير الأفراد و الذي يستبعد التعويض فيهذا الحال إذ قد لا يقبل الطرف الذي عدل عنه فكرة أن يعوضه الطرف الذي عدل.

خاتمة

الزواج إطار يجمع أسم القيم و المعاني فهو نظام محكم بعنابة إلاهية لأن فيه من المودة و الرحمة ما يحقق الاستقرار و السكينة داحل الأسرة و المجتمع ، و هو عقد عظيم الشأن و بهذا الاعتبار فقد جعلت له مقدمات تسمى بالخطبة مهمتها فسح المجال أمام المخطوبين للتعارف و منحهم فرصة التريث في الاختيار حتى يكون كل منهما على علم بما يقدم عليه و حتى يحقق الزواج غايته المنشودة ،و قد أحاطتها الشريعة الاسلامية بأحكام خاصة تنظم مختلف الإجراءات فيها و هو ما سرا عليه العرف في أغلب المناطق في بلادنا خاصة و البلدان العربية عامة كما سعى المشرع الجزائري كذلك إلى ضبط أحكامها من خلال ما ورد من نصوص في قانون الأسرة .

كما نستنتج أن العرف يلعب دورا بارزا في حياة الفرد الجزائري ، إذ يعتمد عليه في لكثير من المسائل خاصة ما تعلق بالجانب الشخصي. كما اعتبره المشرع الجزائري أحد المصادر الاحتياطية للقانون ما لم يكن مخالفا للنظام العام و الآداب العامة ، عملا بالشريعة الاسلامية التي أقرت بدورها بالأعراف الصحيحة و سمحت باعتمادها و يظهر دور العرف في الخطبة في عدة جوانب أهمها أسس اختيار الطرفين التي تركها المشرع الجزائري للعرف ما دامت موافقة للشريعة حيث سكت عن بيانها.

التوصيات و الاقتراحات:

يمكن إجمالها فيما يلي:

1-إعادة النظر في النصوص القانونية التي تنظم مسائل الخطبة بصياغتها بطريقة تساير و تعتبر الأعراف الصحيحة.

2-التنويه بدور العرف الموافق لأحكام الشريعة الاسلامية و السائد في المجتمع الجزائري.

التهميش:

[1]-الحطاب الرعيني، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ط3، ج 3 ، دار الفكر، (د م ن)، 1412-1992 ، ص :407.

[2]- نجم الدين عبد الغفار عبد الكريم القزويني الشافعي، الحاوي الصغير، تحقق صلاح بن محمد بن ابراهيم اليابس، ط1 ، دار الجوزي، السعودية ، 1430 ، ص :453.

[3]- محمد مصطفى شلبي ، أحكام الأسرة في الاسلام، ط 2 ، الدار الجامعية ، بيروت ، لبنان، 1403 /1982 ، ص: 67.

[4]-محفوظ بن صغير، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي ، و قانون الأسرة الجزائري، دار الوعي، الرويبة، الجزائر، 2013 ، ص:59.

[5]–فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري، ج 1 ، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986 ، ص:17.

[6]–يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في شؤون الأسرة، ط3 ، دار هومة ، الجزائر، 2011 ، ص: 08.

[7]– صحيح البخاري، كتاب النكاح باب عرض الانسان ابنته أو أخته على أهل الخير، طبعة دار الكتاب العربي ص: 1077 رقم الحديث: 5122 .

[8]– صحيح البخاري، كتاب النكاح باب عرض الانسان ابنته أو أخته على أهل الخير، طبعة دار الكتاب العربي ص: 1069 رقم الحديث: 5082 .

[9]–الترمذي سنن الترمذي كتاب النكاح، باب ما جاء إذا جاءكم من ترضون دينه فزوجوه ،طبعة مكتبة المعرف ، الرياض، ص:252 رقم الحديث 1084، قال الترمذي :حسن صحيح.

[10]–عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب و السنة، طبعة الاولى، دار النفائس، الاردن، 1997/1418 ، ص: 48.

[11]– بدران أو العينين بدران ، أكام الزواج و الطلاق في الاسلام، ط2 ، دار التأليف ، مصر ، 1961 ، ص: 28.

[12]– بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق ، ص: 29.

[13]– عبد القادر حرز الله ، الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق، ط1 ، دار الخلدونية، الجزائر، 1428 -2007 ، ص: 37.

[14]–عيسى حداد ، عقد الزواج ، منشورات باجي مختار ، عنابة ، الجزائر ، 2006 ، ص: 17.

[15]–الترمذي ، سنن الترمذي ، باب النكاح ، حديث رقم 1084، ج 2، دار الغرب الاسلامي، بيروت، 1998 ، ص:385.

[16]–نور الدين أبو لحية ، المقدمات الشرعية للزواج، ط1 ، دار الكتاب الحديث، القاهرة، ص: 113.

[17]– خباش فتيحة ، تغير مفهوم الخطبة في الأسرة الجزائرية، رسالة ماجستير ، جامعة الجزائر 02 ،كلية العلوم الانسانية و الاجتماعية، 2011/2010 ، ص: 68.

[18]– ابن ماجة ، سنن ابن ماجة ، كتاب النكاح ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، حديث رقم 1865 ، ط 1 ، ج 1 ، دار إحياء الكتب العربية ، (د ت ن) ، (د م ن) ، ص: 599.

[19]– عمر سليمان الأشقر ، مرجع سابق ، ص: 51.

[20]–مصطفى شلبي ، مرجع سابق ، ص: 69-70 .

[21]– عيسى حداد مرجع سابق ، ص : 18-19.

[22]– سعاد لعلى ، الزواج و انحلاله في قانون الأسرة الجزائري – دراسة مقارنة- أطروحة دكتوراه علوم في القانون الخاص، جامعة الجزائر01 ، كلية الحقوق ، 2015/2014 ، ص: 27 .

[23]– المحكمة العليا ، الغرفة المدنية ، 2000/05/24 ، لف رقم 223852 ، مجلة القضاة 2001 ، العدد 01 ، ص : 138.

[24]– شامي أحمد ، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية، 2010 ، ص : 30-31.

[25]– الشربيني ، مغني المحتاج ، ج 4 ، ص: 223.

[26]– محفوظ بن صغير ، أحكام عقد الزواج في الاجتهاد الفقهي و قانون الأسرة الجزائري ن مرجع سابق ، ص: 87.

[27]– بن شويخ الرشيد ، مرجع سابق ، ص: 50-51 .

[28]– عبد العزيز سعد ، قانون الأسرة في ثوبه الجديد ، دار هومة ، د ط ، الجزائر ، ص: 16-17.

[29]– عبد العزيز سعد ، المرجع نفسه ، ص: 15-16.

[30]– ابن منظور ، لسان العرب ، ج 11 ، ص 434 ، 435 .

[31]– عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، ط 02 ، دار البعث، قسنطينة ، 1998 ، ص: 85.

[32] – محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، طبعة ، دار الفكر ، الأردن ، 2010/1431 ، ص: 22.

[33]– أبو زهرة محمد ، محاضرات في عقد الزواج و آثاره ، ص : 99.

[34]– الزرقاني محمد ، شرح الزرقاني على الموطأ ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان ، 1401 ، 1981 .

[35]– سعاد لعلى ، المرجع السابق ، ص: 32.

[36]– عماد شريفي ، مرجع سابق ، ص: 24.

[37] – أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، مرجع سابق ، ص: 37.

[38] –محفوظ بن صغير ، مرجع سابق ص: 83 -84 .

[39] – مجيدي العربي ، نظرية التعسف في استعمال الحق و أثرها في أحكام فقه الأسرة ، رسالة ماجستير ، جامعة الجزائر ، كلية أصول الدين، 2002/2001 ، ص: 349 -350 .

[40]– بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص: 249.