مآل الهدايا المقدمة إلى المخطوبة – إذا امتنعت عن الدخول بعد العقد – في قانون الأسرة الجزائري بين النص و النقص التشريعي

The fate of the gifts given to the fiancée - if she refuses to consummate the marriage after the contract - in Algerian family law between the text and legislative deficiency

ط.د: إسماعيل شيخ[1]*، أ.د: لخضر لخضاري[2]

[1] جامعة وهران1 (الجزائر)، chikh.ismail@edu.univ-oran1.dz

[2] جامعة وهران1 (الجزائر)، lakhdar.lakhdari@yahoo.fr

تاريخ الاستلام: 2026/07/12 تاريخ القبول: 2026/08/23

ملخص:

نظم قانون الأسرة الجزائري الأحكام المتعلقة بمصير هدايا الخطبة؛ عند العدول عنها قبل العقد؛ في الفقرتين 4-5 من المادة الخامسة، وسكت أو لم ينص لفظا عن مآل هذه الهدايا، أو تلك المقدمة بعد العقد؛ إذا وقعت الفرقة قبل الدخول؛ لاسيما إذا كان الامتناع عن الدخول من الزوجة من دون مسوغ مشروع، هذه الجزئية الأخيرة كانت محل قرار للمحكمة العليا قضت فيه برجوع الهدايا إلى الزوج، هذا القرار وصف من بعض الباحثين بأنه " مسخ " للقانون؛ إذ جزم بأن الهدايا في هذه النازلة تؤول إلى الزوجة.. فجاء هذا المقال لمباحثة الموقفين وأسسهما القانونية؛ في ضوء قواعد تفسير النصوص وحكمة تشريعها؛ بغية الوقوف على أيهما أسعد بتلك القواعد ومقاصد التشريع؛ من حيث الشهادة له.

كلمات مفتاحية: هدايا الخطبة، استرداد الهدايا، المادة 5 ق.أ.ج، رفض الزوجة الدخول، المنطوق والمفهوم، أحكام الشريعة الإسلامية.

Abstract:

The Algerian Family Law sorted the fate of engagement gifts in cases where the engagement is annulled before the contract is concluded in paragraphs 4-5 of Article 5.

And it was silent or didn't explicitly state their fate or the ones presented after the contract is concluded, if the separation occurs before consummation.

Especially, if the wife's refusal to consummate was without legitimate justification. This matter was the subject of a Supreme Court ruling, which stated that the gifts should return to the husband.

Some researchers described this ruling as a "distortion" of the law, arguing that the gifts in this case revert to the wife.

This article analyses both positions and their legal foundations, considering the rules of interpreting texts and the wisdom of their legislation, in order to determine which position is more favorable to these rules and the objectives of the legislation in terms of its testimony.

Keywords: Engagement gifts; Recovering gifts; Article 5 of The Algerian Family Law; Wife's refusal to consummate the marriage; Text and meaning; Provisions of Islamic Sharia.

---

*المؤلف المرسل: إسماعيل شيخ، كلية العلوم الإسلامية، جامعة وهران1

1. مقدمة:

إن ما ينتج عن الخطبة لغرض الزواج – غالبا – تقديم الهدايا من الخاطب إلى المخطوبة؛ إما اشتراطا، أو من غير اشتراط؛ بل تطوعا، ولما كانت الخطبة مجرد وعد بالزواج وليست عقدا، ولكل من الطرفين العدول عنها، فقد تقرر المخطوبة بمفردها عدم الاستمرار في الخطبة؛ فيكون من حق الخاطب – هنا – استرداد ما أهداه إليها مما لم يستهلك؛ طبقا للفقرة الخامسة من المادة 5 من قانون الأسرة الجزائري، وفي هذه الحالة لا إشكال – غالبا – لوجود هذا النص الخاص.

لكن قد تستمر الخطبة، وتثمر عقدا، ثم تمتنع الزوجة عن إتمامه بالدخول من دون مسوّغ مشروع، وفي هذه الحالة يثور النزاع بشأن مصير الهدايا، ومن الأحق بها؛ لانتفاء المنطوق الخاص بها تشريعا.

من وحي هذه الخصومة التي تنشأ بين الزوجين فيحتكمان إلى القضاء؛ انقدحت في الذهن **الإشكالية** التالية: هل يسعف قانون الأسرة الجزائري القاضي بحل لهذه الواقعة؟ ومن أي طريق يستفاد؟

في سبيل تحصيل الجواب المؤُصّل تم وضع ثلاث **فرضيات** ممكنة؛ الأولى: استفادة الحل من النص التشريعي (م 5 ق.أ.ج)[1]، والثانية: استفادته من القياس، والثالثة: طلبه من أحكام الشريعة الإسلامية (م222 ق.أ.ج)[2].

أهمية الموضوع: تكمن أهمية الموضوع؛ في خطورة الآثار الناشئة عن عدم استثمار قواعد تفسير النصوص، وعن إغفال الاستهداء بحكمة التشريع ومصادره؛ عند تقرير حكم مسألة كثيرة الوقوع في المجتمع – لاسيما مع إقرار الخلع الجبري في تعديل 2005 – منها: مناقضة غاية التشريع، وضياع الحقوق، والإغراء بالتحايل.

أما عن **أهداف البحث**؛ فإنه يطمح إلى:

- المساهمة – قدر الطاقة – في اقتراح الحل الصحيح للمسألة محل البحث؛ والذي يوافق الغاية التي استهدفها التشريع؛ في الجزئية المنصوص عليها لفظا في الفقرتين 4 و5 من المادة الخامسة من قانون الأسرة الجزائري
- التأكيد على أهمية التوسل بقواعد تفسير النصوص، عند الاشتباك مع التشريع؛ صونا للنظر الفقهي والقضائي عن الانحراف عن دلالات النصوص، ومقاصد تشريعها
- تنبيه أهل التشريع إلى ضرورة العناية بالمسألة هذه تقنينا؛ درءا لأي التباس، وحفظا لحقوق الناس.

في السير نحو الإجابة عن إشكالية البحث؛ توسلت ببعض المناهج المناسبة؛ فكان المنهج الاستقرائي؛ لتتبع أقوال فقهاء المذاهب، وتعليلاتهم المتعلقة بمآل هدايا الخطبة وأحكامها؛ تشوفا إلى

---

[1] – القانون رقم: 84-11، المؤرخ في: 09 – 06 – 1984، ج.ر، عدد (24) لسنة 1984، المعدل والمتمم بالأمر رقم: 05 – 02، المؤرخ في: 27-02-2005، ج.ر، عدد (15) لسنة 2005

[2] – المرجع نفسه

التكييف الفقهي الذي تنتظم في سلكه عندهم، وكذا المنهج الاستدلالي؛ لاستنباط الحكم الصحيح الذي تشهد له قواعد التفسير وغاية التشريع، هذا فضلا عن مناهج فرعية ملائمة في الوصف والتحليل والاستنتاج.

كل هذا؛ اقتضى تحريره في خطة انطلقت من مقدمة للتعريف بالموضوع وبيان الإشكالية، وانتهت إلى خاتمة محلاة بالنتائج والاقتراحات، وقامت – فيما بينهما – على ركنين أساسيين؛ أما الأول فخص لبيان مآل الهدايا في الفقه والقانون، وأما الثاني فتمحض لعرض الأسس القانونية لموقف الفقه والقضاء الجزائري، وتقويمها في ظل قواعد التفسير وحكمة التشريع.

2. مآل الهدايا المقدمة إلى المخطوبة إذا امتنعت عن الدخول بعد العقد في الفقه والقانون

لما كانت أغلب أحكام قانون الأسرة الجزائري تقنينا لقطعيات الشريعة الإسلامية ولاجتهادات فقهاء المذاهب، وقد سبقتها – إلى ذلك – قوانين عربية؛ استدعى هذا؛ تصدير المبحث الأول ببيان حكم المسألة في الفقه الإسلامي والقوانين التي استمدت منه (مطلب أول)، ثم يعقبه استكشاف حكمها في قانون الأسرة الجزائري (مطلب ثان)

1.2 مآل الهدايا في الفقه الإسلامي والقانون المقارن:

لم تحظ هدايا الخطبة – من حيث مآلها عند حصول الفرقة بعد العقد وقبل الدخول – بنص خاص في أغلب قوانين الأحوال الشخصية العربية (فرع ثان)، وهذا بالرغم من ورود حكم هذه الحالة في المصدر التاريخي الذي استقت منه هذه القوانين أحكام الهدايا (فرع أول)

1.1.2 مآل الهدايا إذا وقعت الفرقة قبل الدخول في الفقه الإسلامي:

اختلفت مذاهب الفقه الإسلامي في مآل الهدايا؛ إذا تم العقد ثم وقعت الفرقة قبل الدخول على التفصيل التالي:

الحنفية:

إذا أهدى لزوجته شيئا – أثناء قيام الزوجية – ثم طلقها، فلا يرجع بما أهداه؛ لأن من موانع الرجوع في الهبة عندهم الزوجية وقت الهبة[3] ، وعللوا ذلك بأن الغرض في هذه الهبة الصلة وزيادة الألفة بين الزوجية؛ وليس العوض، وفي الاسترداد قطيعة الألفة والتواد، فلا يجوز الرجوع تثبيتا للزوجية على المودة والألفة[4].

أما الهدايا المقدمة أثناء الخطبة؛ ثم وقعت الفرقة بعد العقد وقبل الدخول؛ فلم أقف على نص لهم في المسألة؛ فهل يتحقق – عندهم – العوض أو الغرض وهو الزواج بالفرقة قبل الدخول؛ فلا يرجع بالهدية، أم لا يحصل العوض إلا بالدخول؛ فيسترد هديته ما لم يوجد مانع من موانع الرجوع الأخرى في الهبة، وهذا بخلاف العدول عن الخطبة قبل العقد؛ فقد نصوا على استردادها مطلقا؛ سواء كان العدول منه أو منها إلا إذا هلكت أو استهلكت؛ لأنها في معنى الهبة المشروطة بالعوض وهو التزوج (هبة الثواب)[5]

المالكية: وعند المالكية يكون مآل الهدايا إذا حصلت الفرقة قبل الدخول؛ على النحو التالي:

- الهدايا المقدمة من الخاطب إلى المرأة أو وليها أو غيرهما إذا اشترطت في العقد – أو قبله – لأجله فإنها تلحق بالصداق؛ فيسترد الزوج نصفها إذا طلق قبل الدخول؛ لأنها من جملة العوض الذي انعقد عليه النكاح[6][7]

---

[3] – ينظر: – ابن عابدين، محمد أمين، (2003م)، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج8، ص512 – المرغيناني، برهان الدين أبي الحسن علي، (دس)، الهداية شرح بداية المبتدي، م2، ج3، ص223

[4] – ينظر: – الموصللي، عبد الله بن محمود، (1998م)، الاختيار لتعليل المختار، م2، ج3، ص69 – حيدر، علي، (2003م)، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج2، ص464 في شرح المادة 867 من المجلة

[5] – ينظر: – الحصكفي، محمد بن علي، (2002م)، الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، ص 194– ابن عابدين، مرجع سابق، ج 4، ص 304 – الإنباني، محمد زيد، (1326 هـ)، مختصر شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، ص 120،121 – باشا، محمد قدري، (2007م)، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية على مذهب أبي حنيفة النعمان، المادة: 110 – حيدر، مرجع سابق، ص 463،464، وص 470 فما بعد في شرح المادة 871 من مجلة الأحكام العدلية

[6] – الجندي، خليل بن إسحاق، (2012م)، التوضيح شرح مختصر ابن الحاجب، م3، ص406

[7] – الباجي، أبو الوليد سليمان، المنتقى شرح موطأ مالك، ج5، ص42

واختلفوا في غير المشترطة مما جرى العرف بإهدائها؛ كما يدل عليه كلام خليل في التوضيح،[8] فألحقها شراح المختصر بما اشترط من الهدايا؛ لأنها مشترطة حكما[9] ، ويدل عليه ما نقله في النوادر والزيادات عن الإمام مالك[10].

هذا ما ذكرته أغلب مراجع المذهب؛ – التي وقفت عليها – نصوا على المشترطة وغير المشترطة، بيد أن الخرشي في شرحه على المختصر الخليلي زاد المتطوع بها، واستشكل هل هي كالمتطوع بها بعد العقد – الآتي حكمها قريبا – أم لا ؟، وأجاب بتردد بعضهم في ذلك، و"استظهر أنها بمنزلة المشترطة بدليل التفصيل فيما بعد العقد[11]"

- الهدايا المتطوع بها بعد العقد للزوجة ثم وقع الطلاق قبل الدخول: ففي المذهب قولان أو روايتان؛[12] الأولى: تتشطر كالصداق، والثانية: لا يسترد شيئا؛ لأنه طلق مختارا ولو أراد لم يطلق[13]، وقيل هو ظاهر المذهب[14]

---

[8] – الجندي، مرجع سابق، ص407، 408

[9] – ينظر: – الصاوي، أحمد، (1995م)، بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير، ج2، ص295 – الدسوقي، محمد عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2، ص319، 320 – عليش، محمد، (دس)، منح الجليل شرح على مختصر سيدي خليل، ج3، ص 215 – الشنقيطي، محمد بن محمد سالم المجلسي، (2015م)، لوامع الدرر في هتك أستار المختصر، م6، ص485

[10] – ابن أبي زيد القيرواني، أبو محمد عبد الله، (1999م)، النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات، م4، ص 490

[11] – الخرشي، أبو عبد الله محمد، (1317هـ)، شرح مختصر خليل وبهامشه حاشية العدوي، ج3، ص281

[12] – ينظر: – الجندي، مرجع سابق، ص 408 – الرهوني، محمد ابن أحمد، (1306هـ)، حاشية الرهوني على شرح الزرقاني وبهامشها حاشية علي كنون، ج4، ص 21 – الشنقيطي، مرجع سابق، ص 492

[13] – ينظر: – اللخمي، أبو الحسن علي، التبصرة، ج4، ص 1960 – ابن الجلاب، أبو القاسم عبيد الله، (1987م)، التفريع، ج2، ص 50 – ابن رشد، أبو الوليد، (1988م)، البيان والتحصيل، ج5، ص ص 67-69 – ابن أبي زيد القيرواني، مرجع سابق، ص 490، ص 492 – الأمير، محمد، (2005م)، ضوء الشموع شرح المجموع في الفقه المالكي ومعه حاشية الشيخ حجازي العدوي، ج2، ص 353 – الحطاب، أبو عبد الله محمد، (2003م)، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ج5، ص 209

- فإن كان العقد فاسدا وفسخ قبل الدخول؛ استرد القائم من الهدايا التي لم تفت؛ " لأنه حيل بينه وبين ذلك؛ فوجب أن يرجع؛ لأنها هبة من أجل النكاح[15]"، وقد بطل السبب الذي أهدى عليه، فوجب أن تبطل الهدية ببطلانه[16]؛ إذ هو في هذه الحال مغلوب على الفراق[17].
- فإن طُلّق عليه لعدم النفقة؛ فله أن يسترد هديته إن كانت قائمة على قول ابن نافع؛ الذي لا يرى للمرأة في ذلك شيئا من الصداق؛ كالفرقة بينهما بالجنون والجذام، ولا رجوع له في هديته عند ابن القاسم؛ على أصله في أن ذلك طلاق يجب للمرأة فيه نصف الصداق؛ فهو كطوعه،[18] قال اللخمي:" وفيه نظر؛ لأنه مغلوب على الفراق، وإذا كان الحكم أن يرجع في الهبة فإن ذلك له إذا كانت قائمة"[19].

الشافعية:

يسترد الخاطب جميع ما أهداه لمخطوبته؛ سواء كان العدول منه أو منها؛ قبل العقد أو عقد ثم طلق قبل الدخول، أو مات لا إن ماتت هي فلا يستردها كما في حاشية الجمل[20]، وفي الفتاوى الكبرى الفقهية؛ أن الهدية بعد العقد والمطلقة عن قيد العوض أو عدمه؛ – أي لا لقصد التزوج –لا رجوع فيها،

---

[14] – ينظر: الشنقيطي، مرجع سابق، ص 492 – الجندي، مرجع سابق، ص 408 – الخرشي، مرجع سابق، ص 283 – الرهوني، مرجع سابق، ص 21 – الدسوقي، مرجع سابق، ص 321 – الصاوي، مرجع سابق، ص 295، 296 – الزرقاني، عبد الباقي، (2002م)، شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل ومعه حاشية البناني، ج4، ص 55 – عليش، مرجع سابق، ص 216

[15] – اللخمي، مرجع سابق، ص 1960، وينظر: – الباجي، مرجع سابق، ص 42

[16] – ابن رشد، مرجع سابق، ص 69

[17] – ينظر: – الأمير، مرجع سابق، ص 353 – الصاوي، مرجع سابق، ص 296

[18] – ينظر: – اللخمي، مرجع سابق، ص 1961 – ابن رشد، مرجع سابق، ص ص 67-69 – القرافي، شهاب الدين، (1994م)، الذخيرة، ج4، ص 366 – الجندي، مرجع سابق، ص 408

[19] – التبصرة، مرجع سابق، ص 1961

[20] – الجمل، سليمان، حاشية الجمل على شرح المنهج، م4، ص 129

وكذلك إذا طلّق؛ لتسليطه إياهم على إتلاف ماله بغير عوض[21]، ويستفاد من تعليلاتهم أن الاسترداد يكون للهدايا المقدمة بقصد الزواج تصريحا أو بدلالة الحال ولم يحصل غرضه[22].

الحنابلة:

يسترد الزوج هديته في كل فرقة قهرية أو اختيارية يسقط معها المهر؛ كالفسخ لفقد الكفاءة، والفسخ لعيب؛ لدلالة الحال على أنه أهدى بشرط بقاء العقد، أما الفرقة التي يتقرر معها المهر كاملا؛ كوطء وخلوة، أو يتشطر؛ كطلاق فتكون للزوجة المهدى إليها؛ لأنه هو المفوّت على نفسه، إذ زوال العقد ليس من قِبَلها[23].

2.1.2 مآل الهدايا في القانون المقارن:

نصت قوانين الأحوال الشخصية العربية على حكم الهدايا عند العدول عن الخطبة؛ أي قبل العقد، ولم تبين – في أغلبها – بنص خاص مصير الهدايا المقدمة قبل العقد إلى المخطوبة أو بعده ثم امتنعت عن إتمام الزواج بالدخول؛ عدا – فيما وقفت عليه – قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 36 لعام 2010م[24]، ثم القانون رقم 15 لعام 2019م الذي " بنى أغلب أحكامه ونصوصه على قانون عام 2010م[25]، فقد نص في المادة 114/أ على مآل الهدايا في هذه الحالة التي عنون لها بالتفريق للافتداء[26].

---

[21] – الهيثمي، ابن حجر المكي، الفتاوى الكبرى الفقهية، ج4، ص111،112

[22] – المرجع نفسه، ص ص 111-113

[23] – ينظر: – المرداوي، علاء الدين، (1997م)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج8، ص 296 – البهوتي، منصور بن يونس، (1997) م، كشاف القناع على متن الإقناع، ج5، ص 170 – ابن ضويان، إبراهيم بن محمد، (2000م)، منار السبيل، ص 544

[24] – الأشقر، د. عمر سليمان، (2019م)، الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 36 لعام 2010م، ص 264، 265

[25] – الأشقر، د. عمر سليمان، الأشقر، د. أسامة، (2021م)، الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 15 لعام 2019م، ص 5

[26] – المرجع نفسه، ص 269، 270

وبمقتضى هذا النص فإن الزوجة إذا طلبت التفريق قبل الدخول ورفض الزوج ذلك؛ بعد إيداعها المهر الذي قبضته والهدايا التي أخذتها ونفقات الزوج من أجل الزواج، فإن المحكمة تسعى إلى الصلح، فإن لم يحصل كلفت حكمين لأجل ذلك، فإن لم يتحقق الصلح حكمت المحكمة بفسخ العقد بين الزوجين، وإعادة المهر المقبوض والهدايا ونفقات الزواج إلى الزوج.

وقريب من هذا – في رد الهدايا – ما جاء في مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد في مادته 99/ب؛ إذ قضت برد الزوجة المهر والهدايا في المخالعة الجبرية – قبل الدخول أو بعده – بقرار الحكمين؛ إذا كانت الإساءة كلها منها، ورد هذا في الفصل المتعلق بالتفريق للمضارّة والشّقاق[27]، وكذا إذا لم تحصل إساءة منهما ولكن كرهت الزوجة البقاء مع زوجها وأصرّت على الفراق[28].

2.2 مآل الهدايا في قانون الأسرة الجزائري:

بعد ما تجلى حكم المسألة في الفقه الإسلامي والقانون المقارن – الذي خصها بالنص- أحاول تحت هذا العنوان استجلاء مصير الهدايا – محل البحث – في القانون الجزائري؛ طبقا لما جنح إليه الفقه (فرع أول) والقضاء (فرع ثان) في تفسيريهما للنص التشريعي المتعلق بهدايا الخطبة

1.2.2 موقف الفقه القانوني الجزائري:

من خلال تتبع بحوث ودراسات الفقه القانوني التي تناولت الأحكام المتعلقة بالخطبة في قانون الأسرة الجزائري؛ لم أقف – فيما اطلعت عليه منها – إلا على نتفٍ منها أشارت باقتضاب إلى مآل الهدايا بعد العقد – عموما – والطلاق قبل الدخول، ما خلا واحدة منها خصت قرارا للمحكمة العليا ورد في المسألة المبحوثة بالتعليق والنقد.

ولم يختلف هذا الفقه – الذي تناول المسألة – في مآل الهدايا المقدمة من الخاطب إلى المخطوبة إذا انبرم العقد؛ ولو لم يتم الزواج بالدخول، إذ قرر – طبقا لقانون الأسرة في نظرهم – أن مآلها إلى الزوجة ولا

---

[27] – لجنة خاصة، (1996م)، مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد للإقليمين المصري والسوري في عهد الوحدة، ص 195، 196.

[28] – المرجع نفسه، ص 205، 206.

مجال لإعمال الفقرتين الرابعة والخامسة من المادة 5 من قانون الأسرة الجزائري؛ سواء حصلت الفرقة بطلاق من الزوج قبل الدخول،[29] أو امتنعت الزوجة من الدخول ولو بسبب منها.

فالهدايا التي يقدمها الخاطب للمخطوبة أثناء الخطبة لا حق له في استردادها – حسب هذا الفقه – إلا في حالة واحدة؛ وهي عدول المخطوبة عن الخطبة لا غير؛ طبقا للمادة 5 من قانون الأسرة الجزائري[30].

2.2.2 موقف القضاء الجزائري:

باستقراء قرارات المحكمة العليا المتعلقة بمآل الهدايا عموما – في مظانها – وقفت على قرار لها يتعلق بالمسألة محل البحث؛ وهي حال امتناع الزوجة عن إتمام الزواج بالدخول، وقرار آخر – غير منشور – ورد في حيثياته أن ما قدمه الزوج لزوجته وسماه هدية لا يسوغ له استرداده إلا إذا فسخ عقد الزواج قبل البناء بها؛ فيسترد ما بقي من الهدية، وهذا استنادا إلى الشريعة الإسلامية[31].

ما يلاحظ على هذين القرارين أن المحكمة العليا لم تقض فيهما بما يوافق الفقه القانوني المشار إليه آنفا؛ من أن المسألة محسومة تشريعا، ولا سبيل إلى رد الهدايا إلا في حالة واحدة؛ وهي العدول قبل العقد.

ويتلخص القرار الوارد في المسألة محل البحث؛ في أن مجلس قضاء قسنطينة قضى برد جميع الهدايا إلى الزوج؛ بعد أن حمل الزوجة مسؤولية الطلاق قبل البناء، فطعنت بالنقض أمام المحكمة العليا، ناعية على قضاة المجلس القضائي خلطهم بين الخطوبة والزواج؛ بتطبيقهم الضمني لأحكام المادة 5 من قانون الأسرة المتعلقة بالخطوبة دون سواها.

هذا المستند أو الأساس لم ينهض حجة معتبرة في اجتهاد المحكمة العليا، فرفضت الطعن وأيدت قرار المجلس القضائي المقرر لحق الزوج في استرداد هداياه؛ لما ثبت لهم من عدول الزوجة عن إتمام

---

[29] – ينظر: – محده، د.محمد، (1994م)، سلسلة فقه الأسرة، ج1، الخطبة والزواج، ص 65 – شامي، أحمد، (2010م)، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات، ص 45

[30] – آث ملويا، لحسين بن الشيخ، (2006م)، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، ج1، ص 135

[31] – م.ع، غ.أ.ش، 1985/12/30، ملف رقم 39289 (غير منشور)، ينظر: – بلحاج العربي، (2012م)، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات، ص 39

الزواج من دون مسوغ شرعي أو قانوني، وانتهت إلى أن القرار المطعون فيه تطبيق سليم لأحكام الشريعة الإسلامية والقانون[32].

3. الأسس القانونية لموقف الفقه الجزائري والقضاء ومناقشتها في ضوء قواعد تفسير النصوص ومقاصد تشريعها

كانت هذه محاولة للوقوف على ما تبناه الفقه والقضاء من حلّ بشأن الواقعة محل البحث، وقد سعى كل منهما إلى التأصيل لما انتهى إليه في اختياره، فتوكّأ الفقه القانوني على حجج لم تسلم من النقد (مطلب أول) كما استند القضاء إلى أساس لم يكن هو أيضا في منأى عن أي اعتراض (مطلب ثان)

1.3 الأسس القانونية لموقف الفقه الجزائري ومناقشتها :

تقدم أن الفقه الجزائري – الذي وقفت عليه في خصوص هذه المسألة – جنح إلى القول بأن هدايا الخطبة لا تسترد إذا وقع العقد، وقد أقام بعض الحجج انتصارا لما اختاره (فرع أول)، فما مدى سلامتها من الاعتراض والقوادح (فرع ثان).

1.1.3 الأساس القانوني لموقف الفقه الجزائري :

لقد استند الفقه الجزائري القائل بأن هدايا الخطبة لا يمكن استردادها متى حصل عقد الزواج – ولو كان الامتناع عن الدخول من المهدى إليها بلا مسوغ مشروع – إلى جملة من الحجج تتلخص فيما يلي:

أ- ما فهمه من الفقرة الخامسة (م 5 ق.أ.ج) من أن استرداد الهدايا مقصور على حال العدول قبل العقد؛ لأن المشرع بيّن ذلك عندما وصف صاحب الحق في الاسترداد بالخاطب أو المخطوبة وليس الزوج أو الزوجة[33]، فالمادة 5 من قانون الأسرة الجزائري – حسب هذا الفقه – قصرت حق استرداد

---

[32] – م.ع، غ.أ.ش، 1993/07/13، ملف رقم 92714، م.ق، ع1، 1995م، ص128 فما بعدها

[33] محده، مرجع سابق، ص 65

الخاطب لهداياه في حالة واحدة؛ وهي عدول المخطوبة عن الخطبة، فلا يحق للزوج استرداد الهدايا بعد العقد مطلقا؛ لعدم تراجع الزوجة أثناء الخطبة[34].

إذن الأساس الأول الذي اعتمده هذا الفقه هو النص التشريعي (م 5 ق.أ.ج)؛ الذي استنتج منه أن الرجوع بالهدايا لا يستساغ إلا في حالة العدول أثناء الخطبة، حتى إذا ما تم العقد فلا سبيل لاسترجاعها لعدم حصول تراجع وقت الخطبة.

ب- بالعقد على المخطوبة تتحقق الغاية المبتغاة من الخطبة، فلا وجه إذن للمطالبة بالهدايا التي تصير بالعقد هبة[35].

ج- لا يمكن الاستدلال بقياس الرجوع عن الزواج على العدول عن الخطبة؛ لأن الاستدلال بالقياس يكون بين " مسألتين موجودتين "، وهذا غير متحقق هنا؛ لأن الخطبة " قد انتهت فهي في حكم العدم "[36].

هذه هي الحجج التي اتكأ عليها الفقه القانوني لنصرة رأيه في هذه المسألة – فيما وقفت عليه – فهل تنهض حجة على المطلوب؟

2.1.3 مناقشة أسس الفقه القانوني:

الجواب عن ذلك يتحصّل من خلال مباحثة هذه الحجج وتقويمها حسب ترتيبها:

أ- إن المسألة محل البحث؛ إما أن يكون حكمها منصوصا عليه في تشريع الأسرة، وإما أن ينعدم النص التشريعي، فإذا انتفى النص؛ يتعين طلب حكم المسألة من أحكام الشريعة الإسلامية طبقا للمادة 222 من قانون الأسرة الجزائري، وإذا وجد النص التشريعي فلا إشكال، فهل هو موجود في خصوص هذه المسألة؟

---

[34] – آث ملويا، مرجع سابق، ص 135

[35] – ينظر: – محده، مرجع سابق، ص 65 – آث ملويا، مرجع سابق، ص 135

[36] – آث ملويا، مرجع سابق، ص 135

إن بعض الفقه القانوني وصف قرار المحكمة العليا – المذكور سابقا– في خصوص هذه النازلة والقاضي برد الهدايا إلى الزوج بأنه " يشكل مسخا للقانون[37] "، وهذا يقتضي وجود نص تشريعي، فأين النص الذي خرقته أو تجاوزته المحكمة العليا في قرارها " فمسخت بذلك القانون"؟

يجيب هذا الفقه بأنه المادة 5 من قانون الأسرة الجزائري، فيتوجه إليه السؤال: كيف استفدت هذا الحكم من المادة 5 ؟

يقرر أنه استفيد من قصر حق استرداد الهدايا على حالة العدول أثناء الخطبة وليس بعدها، ويشهد لذلك استعمال المشرع للفظ الخاطب والمخطوبة.

هذا هو توجيهه – الفقه القانوني – للمادة 5، وكأني به يتصور استفادة الحكم من طريق المفهوم المخالف للمنطوق، فأين القصر في نص المادة 5 ؟ وأين تعليق الحكم على قيد؛ حتى إذا ما انتفى القيد قُرّر نقيض الحكم؟

إن المادة الأولى من القانون المدني[38] تقرر في فقرتها الأولى سريان القانون " على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها"، فدلالة النصوص التشريعية على الأحكام – طبقا لهذه الفقرة – تكون بأحد هذه الطرق: المنطوق أو عبارة النص، دلالة الإشارة، دلالة الاقتضاء، دلالة الإيماء، مفهوم الموافقة أو دلالة النص، مفهوم المخالفة [39]، فهل تشهد دلالة من هذه الدلالات للحكم الذي اختاره الفقه القانوني؛ وهو عدم رد الهدايا مطلقا بعد العقد.

---

[37] – آث ملويا، مرجع سابق، ص 135

[38] – الأمر رقم: 75-58، المؤرخ في: 26 سبتمبر1975، ج.ر، عدد (78) لسنة 1975، المعدل والمتمم

[39] – على خلاف في شمول النص لهذه الطرق كلها، ينظر: – شيخ، إسماعيل، 2014م، الإشكالات الواردة على تطبيق المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري، ص 51 والمراجع المشار إليها في الهامش – الزلمي، د.مصطفى إبراهيم ، (2014م)، الصلة بين المنطق والقانون، ص ص 18-20 – الزلمي، د.مصطفى إبراهيم، (2014م)، معين القضاة لتحقيق العدل و المساواة، ص ص 37-42 – شريف أحمد، د.محمد، (2015م)، نظرية تفسير النصوص المدنية، ص 67 فما بعدها - **أكلي، د.تومي، (2017م)، قواعد المنهج العلمي وتطبيقاتها في العلوم القانونية، ص 215 وص220**

الظاهر أن لا واحدة من هذه الدلالات تشفع لهذا الرأي الفقهي؛ لا منطوق النص (الصريح أو غير الصريح)، ولا مفهومه (الموافق أو المخالف)، وبيان ذلك فيما يلي من النقد الذي يتوجه إلى هذا الاستدلال:

- إن استعمال المشرع للفظ الخاطب وليس الزوج؛ لا يستفاد منه الحكم الذي قرره هذا الفقه، ولا يسلب الحكم الوارد فيه عن حالة وقوع العقد ثم الفرقة قبل الدخول؛ لأن النص سيق لبيان الخطبة والأحكام المتعلقة بها قبل العقد، وهذا هو اللفظ المناسب فلا مفهوم له
- ما قرره هذا الفقه من عدم رد الهدايا مطلقا بعد العقد؛ ليس مفهوما مخالفا لمنطوق المادة 5 من قانون الأسرة الجزائري؛ فأين التقييد بالغاية في النص مثلا حتى يكون ما بعدها مخالفا في الحكم لما قبلها
- ثم إن هذا الفقه لم يبين وجه الدلالة في النص التشريعي على الحكم الذي قرره؛ ذلك أن الاستنباط من النص يكون —كما مر – إما عن طريق اللفظ أو الفحوى؛ أما من جهة اللفظ فلا وجود للحكم الخاص بالمسألة محل البحث؛ لا من طريق العبارة و لا الإشارة و لا الاقتضاء و لا الإيماء، و أما من جهة الفحوى؛ فحتى على القول بدخول مفهوم المخالفة فيها[40]، ومع التسليم — جدلا – بدلالة هذا المفهوم على الحكم المقرر من هذا الفقه؛ فإنه لا يمكن المصير إليه واعتماده قانونا؛ لأن مفهوم الموافقة مقدم عليه؛ إذ أن من شروط العمل بمفهوم المخالفة ألاّ تظهر أولوية المسكوت عنه بالحكم المنطوق أو مساواته[41]

---

[40] – اختلف الفقه القانوني في ذلك، ينظر: – الزلمي، معين القضاة، مرجع سابق، ص43،44 – شريف أحمد، مرجع سابق، ص 79 و ص 269 وما بعدها – شيخ، مرجع سابق، ص 51 – بيومي، د.سعيد أحمد، (2010م)، لغة القانون في ضوء علم لغة النص، ص460،461 – أكلي، د.تومي، مرجع سابق، ص 220

[41] – ينظر: – شريف أحمد، مرجع سابق، ص 86 – الدريني، د.فتحي، (2008م)، المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي، ص 319

- على أن المفهوم المخالف للخاطب – على فرض ذلك – هو غير الخاطب، فعلى هذا يسترد غير الخاطب – ومنه الزوج – هداياه ولو كان العدول منه؟ والناقد لقرار المحكمة العليا لا يقول بهذا! فمن أين وكيف استفاد الحكم الذي قرره !؟
- إن المفهوم المخالف المستفاد من الفقرة الرابعة للمادة الخامسة (ق.أ.ج) هو مفهوم الشرط " إن كان العدول منه "؛ إذ أن مفهومه: للخاطب استرداد ما أهداه إلى المخطوبة إن لم يكن العدول منه، على أن هذا المفهوم المخالف قد نطق به النص في الفقرة الخامسة من المادة ذاتها
- لا وجه لاستناد هذا الفقه إلى القصر؛ إذ صيغة النص لا تدل عليه، فلو أراد المشرع قصر الحق في استرداد الهدايا على حالة العدول قبل العقد؛ لجاء بصيغة القصر في النص مثل: (لا تسترد الهدايا إلا في حالة عدول الطرف المهدى إليه قبل العقد)
- على أن – بمنطق بعض الفقه –[42] نص المادة 5 قبل تعديل 2005؛ لا تندرج فيه هدايا المخطوبة؛ لأنه ذكر هدايا الخاطب وليس المخطوبة، ومع هذا عدّاه هذا الفقه إلى هدايا المخطوبة بالقياس، ولم يقف عند لفظ الخاطب فحسب، وهذا بالرغم من أن إعمال المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري أولى من القياس[43]
- إذن تبين أن التشريع ساكت عن حكم المسألة، وبدهي أنه لا يقال – مثلا – لو قصد المشرع تعميم الحكم الوارد في (المادة:5/4-5 ق.أ.ج) إلى ما بعد العقد لأشار إلى ذلك؛ لأن المشرع لم ينظم جميع الأحكام، بل سكت عن أحكام أخرى في شأن الهدايا رغم صلتها بالخطبة وليس بما بعد العقد
- ثم إنه من المفارقة أو الغرابة؛ أن تجد هذا الفقه يصوب قرار المحكمة العليا ذاته في جزئية رد الصداق كاملا إلى الزوج؛[44] مع وجود نص تشريعي عام يقضي بتشطير الصداق في الطلاق قبل الدخول (المادة: 16ق.أ.ج)، حيث خصص هذا العموم بالرجوع إلى المصدر التاريخي للنص (الآية 235 من

---

42 – محده، مرجع سابق، ص 63

43 – شيخ، مرجع سابق، ص 53،52

44 – آث ملويا، مرجع سابق، ص 135،136

سورة البقرة والقواعد الفقهية)،[45] فحمل النص التشريعي (المادة 16) على " الطلاق الصادر عن الزوج، أو الذي يطلبه من القاضي قبل الدخول "؛[46] بينما تجاوز هذا المسلك في مسألة لا منطوق فيها تشريعا ولو عاما

- إن المصدر التاريخي للفقرتين 4و5 من (المادة 5 ق.أ.ج) – وهو المذهب المالكي حسب القرائن[47] – يقضي بأن الهدايا المقدمة – أثناء فترة الخطبة – من الخاطب إلى المخطوبة؛ تلحق بالصداق إذا وقع العقد، فإذا طلق الزوج قبل الدخول فإنها تتشطر كالصداق؛ لأنها في حكمه،[48] وبمقتضى قوله – هذا الفقه القانوني – هنا بردّ الصداق كاملا إلى الزوج؛ فإن الهدايا كذلك؛ تخريجا على تعليلات المصدر التاريخي

ب– أما تعلق هذا الفقه بكون الهدايا صارت بالعقد هبة، و تحقق الغرض منها و هو عقد الزواج؛ فلا يسلّم له في المسألة محل البحث؛ إذ لم يتحقق المقصد لا حقيقة و لا حكما؛ لأن الغرض هو إتمام الزواج بالدخول ولم يحصل، و لم يكن الزوج سببا في عدم تحققه؛ إذ لم يطلّق باختياره؛ فلا هو استوفى غرضه من تقديم الهدايا، و لا هو مُكّن منه فتركه باختياره، وهذا ظاهر من التعليلات التي أوردها فقهاء المذهب المالكي المذكورة سابقا، هذا فضلا عن أن الهدايا – طبقا لاختيار المشرع الجزائري و المصدر التاريخي له – هي هبة ثوابٍ؛ أي لغرض الزواج وليست هبة مطلقة

ج– أما ما انتقد به هذا الفقه استدلال المحكمة العليا بالقياس – مع ملاحظة أن ما استدلت به هو قياس الأولى أو مفهوم الموافقة (فحوى النص) وليس القياس الأصولي – من أن القياس يكون بين " مسألتين موجودتين "؛ فغريب ولا يحتاج إلى رد؛ ذلك أن القياس يقوم على الاشتراك في علة الحكم؛ " فالتماثل بين الأحوال يعتبر الركن الأساس لقياس المشابهة أو النظير"،[49]

---

[45] – المرجع نفسه، ص 135، 136

[46] – المرجع نفسه، ص 136

[47] – ما خلا تقييد النص القانوني الحق في استرداد الهدايا بعدم استهلاكها

[48] – تقدم توثيقه عند عرض المذاهب الفقهية

[49] – شريف أحمد، مرجع سابق، ص 312

2.3 الأساس القانوني لموقف القضاء الجزائري بين الشواهد والشوائب:

تقدم أن المحكمة العليا قضت في النازلة محل البحث بخلاف ما جنح إليه الفقه القانوني – الذي وقفت عليه – ولا شك أن هذا الاختلاف ناشئ عن الاختلاف في مستند الحكم، فقد بنت المحكمة العليا قرارها على أساس مغاير؛ (فرع أول) قد ترد عليه بعض الاعتراضات (فرع ثان)

1.2.3 أساس قرار المحكمة العليا ومناقشته:

ألحقت المحكمة العليا المسألة محل البحث – في الحكم – بالهدايا المقدمة من الخاطب إلى المخطوبة ثم وقع العدول منها عن الخطبة، فتوسلت بقياس الأولى طلبا للحل؛ أي استفادت الحكم من طريق الفحوى (مفهوم الموافقة أو الاستنتاج بطريق الأولى)، حيث ظهرت لها العلة التي بني عليها حكم الواقعة المنطوق بها تشريعا، ثم وجدتها متحققة في النازلة المسكوت عنها محل القرار من باب أولى – حسبها – فأعطتها الحكم ذاته؛ وهو الحق في استرداد الهدايا، وبهذا تكون قد ساوت بين الواقعتين؛ بل جعلت الواقعة المسكوت عنها – وهي عدول الزوجة بعد العقد و قبل الدخول – أولى بالحكم من الواقعة المنطوق بها – وهي عدول المخطوبة عن الخطبة –، وهذا قياس الأولى أو مفهوم الموافقة من باب أولى؛ فهو استنباط للحكم من طريق الفحوى، وليس عن طريق القياس الأصولي، فهل كان قرارها سليما أساسا ونتيجة؟

أسارع إلى القول أن الأساس – وليس النتيجة – الذي توكأت عليه المحكمة العليا في قضاءها؛ لاستنباط حكم النازلة المعروضة عليها، و المتمثل في قياس الأولى[50] لا تُقَرّ عليه؛ لأن الأولوية بالحكم المنطوق غير متحققة في هذه الواقعة المسكوت عنها؛ لعدم توافر العلة المشتركة بصورة أقوى فيها، فالأولوية تكون في مثل تحريم ضرب الوالدين المستفاد بطريق الأولى[51] من تحريم مجرد التأفيف في الآية الكريمة: " فَلَا تَقُل لَّهُمَآ أُفّٖ وَلَا تَنْهَرْهُمَا وَقُل لَّهُمَا قَوْلٗا كَرِيمٗا " الإسراء/23؛ لأن الضرب أشدّ في الإيذاء من مجرد كلمة " أف "، أما ظهور علة حكم الواقعة المنصوص عليها في المسألة محل القرار؛ فلا يتجاوز مرتبة المساواة.

---

50 – ويطلق عليه أيضا: الاستنتاج من باب أولى والمفهوم من باب أولى وفحوى الخطاب والتفسير لسبب أقوى

51 – ابن بيه، عبد الله، (2007م)، أمالي الدلالات ومجالي الاختلافات، ص 137

إذا تقرر هذا، فإن حكم المسألة محل البحث تتنازعه ثلاثة مصادر؛ الأول: المفهوم الموافق المساوي (دلالة المساواة)، والثاني: أحكام الشريعة الإسلامية (م 222 ق.أ.ج)، والثالث: القياس.

فأما القياس – بالمعنى الأصولي؛ حيث علة الحكم فيه لا تدرك إلا بالاجتهاد والنظر لخفائها [52] – فلا مجال للأخذ به هنا؛ لأن المادة 222 صريحة في أن حكم المسائل غير المنصوص عليها في قانون الأسرة يلتمس من أحكام الشريعة الإسلامية؛ فرجوع القاضي إليها بحثا عن الحل معلق على شرط انتفاء النص التشريعي، والنص يستفاد منه الحكم لفظا أو فحوى طبقا للمادة الأولى من القانون المدني –كما مر – و ما ثبت بالقياس ليس مستفادا من طريقيهما على الرأي الراجح عند فقهاء الشريعة و القانون؛[53] وعليه فهو ليس ثابتا بالنص؛ فيتحقق شرط الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية[54].

أما الاستناد – في استنباط حكم المسألة هذه – إلى المفهوم الموافق المساوي (دلالة المساواة)؛ فيتوقف على أمرين؛ الأول أن يكون الاستنتاج من هذا الطريق مندرجا في البيان بالفحوى، وهذا هو الرأي الراجح في أصول الفقه والقانون؛ إذ البيان بالفحوى يشمل المفهوم الموافق الأولى والمساوي[55].

والأمر الثاني؛ أن يتحقق شرط الإلحاق في الحكم عن طريق هذه الدلالة؛ وهو اشتراك الواقعتين في معنى واضح يفهم بمجرد اللغة[56] – من غير حاجة إلى الاجتهاد – أنه العلة التي استوجبت حكم الواقعة المنطوق بها، فإذا وجدت هذه العلة – المفهومة لغة – في الواقعة المسكوت عنها، وكانت مساوية لها في القوة و الظهور فلا مناص من التسوية في الحكم، ولعل هذا الشرط متحقق هنا؛ فقد علل المالكية – وهم المصدر التاريخي لما اختاره المشرع الجزائري في المادة 5 – الحكم باسترداد الخاطب لما قدمه من الهدايا إذا

---

[52] – ينظر: – الدريني، مرجع سابق، ص 249 – عبد اللطيف، د. محمود فريد، (2018م)، تفسير النصوص القانونية في قضاء المحكمة الدستورية العليا، ص 395

[53] – ينظر: – شريف أحمد، مرجع سابق، ص 345، ص 347، 348 – شيخ، مرجع سابق ص 52، 53 – عاشور عبدالله، د.عامر، (2012م)، القياس في القانون المدني والفقه الإسلامي، ص 68، ص71 – عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 395،396

[54] – شيخ، مرجع سابق، ص 53

[55] – ينظر: – شريف أحمد، مرجع سابق، ص 80، وص ص 262-264 – الدريني، مرجع سابق، ص 252 – ابن بيه، مرجع سابق، ص ص 136- 138 – عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 393 – بيومي، مرجع سابق، ص456،457

[56] – وهذا هو الفرق بين هذه الدلالة والقياس، ينظر: الدريني، مرجع سابق، ص249 – شريف، مرجع سابق، ص 262،263

عدلت المخطوبة عن الخطبة؛ بأن ما أعطى لأجله لم يتم له[57]، وهذه العلة موجودة بالتساوي في النازلة محل القرار، و واضحة تفهم بمجرد اللغة؛ فيكون حكمها ثابتا بدلالة نص (المادة 5 ق.أ.ج) – المفهوم الموافق المساوي–، ولا مجال لإعمال (المادة 222 ق.أ.ج)؛ لأن المسألة – بهذا – منصوص عليها بالفحوى، وعللوا أيضا الحكم بعدم استرداد الهدايا إذا عدل الخاطب؛ بأن التمكين كالاستيفاء،[58] فيؤخذ من هذا التعليل أنهم أعطوا الهدايا حكم هبة الثواب؛ أي لغرض و هو الزواج.

أما إذا افترضنا عدم تحقق الأمرين السابقين؛ بأن كانت علة الحكم غير واضحة؛ فلا تدرك إلا بالاجتهاد والنظر؛ لا بمجرد اللغة، أو خلت منها النازلة محل البحث، أو أن الدلالة بالفحوى لا تشمل إلا الاستنتاج بطريق الأولى – على رأي بعض فقهاء القانون[59] – فيتعين المصير إلى أحكام الشريعة الإسلامية لإكمال النقص التشريعي (م222 ق.أ.ج).

و بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية؛ و بالضبط إلى المصدر التاريخي لاختيار المشرع الجزائري في المادة 5؛ لم أعثر – فيما تيسر الاطلاع عليه من المصادر والمراجع – على نص لفقهاء المالكية في خصوص هذه النازلة؛ أعني رفض الزوجة الدخول من غير مسوغ مشروع، لكن بناء على تتبع تعليلات فقهاء المذاهب لأحكام الهدايا حسب الحالات – لاسيما المذهب المالكي[60] – في بحوثهم المتعلقة بالهدايا و الصداق من حيث التشطير و السقوط؛ يمكن القول – تخريجا على تلك التعليلات و التوجيهات – أن للزوج استرداد ما قدمه من الهدايا؛[61] سواء على القول بأنها في حكم المشترطة فتلحق بالصداق؛ إذ

---

57 – ينظر: – ابن رشد، مرجع سابق، ص ص 15-17 – الونشريسي، أبو العباس أحمد بن يحي، (1981م)، المعيار المعرب والجامع المغرب، ج3، ص353، وص371، 372 – الصاوي، مرجع سابق، ص222 – الخرشي، مرجع سابق، ص171

58 – ينظر – الونشريسي، مرجع سابق، ص 371 – الخرشي، مرجع سابق، ص 171

59 – وهو خطأ تشريعي في نظرهم عندما استعمل المقنن العربي مصطلح "الفحوى "بدل المصطلح الصحيح وهو "المفهوم" ينظر: – الزلمي، الصلة بين المنطق والقانون، مرجع سابق، ص 23 – وفي تأييده: العبيدي، عواد حسين ياسين، (2019م)، تفسير النصوص القانونية باتباع الحكمة التشريعية من النصوص، ص 85

60 – تقدم بيانها عند عرض مذاهب الفقه الإسلامي

61 – التي لم تستهلك طبقا للمادة 5 ق.أ.ج

الصداق هنا يسقط جميعه؛ لأن الفرقة لم تكن باختياره و من جانبه؛ بل جبرا عليه ومن قِبَلها[62]، أو على القول بأنها في حكم المتطوع بها بعد العقد على الروايتين أو القولين؛ أعني أنها تأخذ حكم الصداق، و هذا ظاهر وقد مر، أو لا تأخذ حكمه بل تكون للزوجة؛ لأنهم عللوا هذا القول – لا يسترد الزوج الهدايا – بأنه طلق باختياره، و في هذه النازلة لم يطلق باختياره؛ فيسترد هداياه، و عللوا استرداد القائم منها في الفسخ؛ بأنه مغلوب على الفراق أو لأنها هبة من أجل الزواج، وعلل اللخمي[63] قول ابن نافع فيمن طُلّق عليه لعدم النفقة؛ بأنه مغلوب على الفراق، إلى غير ذلك من التعليلات لحالات أخرى؛ يستفاد من مجموعها أنهم كيّفوا هذه الهدايا على أنها هبة ثواب؛ أي لغرض وهو الزواج، فإذا لم يتحقق له هذا الغرض؛ كان له استرداد هداياه

ولعل بهذا التأصيل والتوجيه الذي مر؛ يظهر رجحان ما ذهبت إليه المحكمة العليا؛ وإن أخطأت في تسمية الطريق الذي استُفيد منه الحكم.

غير أنه – ومع هذا الظهور – قد ترد على هذا الاختيار ومسلكه بعض الاعتراضات

2.2.3 دفع الاعتراضات الواردة على قضاء المحكمة العليا برد الهدايا:

من الاعتراضات التي قد ترد على ما قررته المحكمة العليا من حق الزوج في استرداد هداياه المقدمة وقت الخطبة؛ تقرير تشطير الهدايا على قول من ألحقها بالصداق[64]؛ إما تعلقا بالاختلاف الفقهي الواقع في تشطير الصداق بالخلع قبل الدخول، وإما استنادا إلى عموم لفظ الطلاق قبل الدخول (المادة 16 ق.أ.ج)[65] في إدراج الفرقة من جانب الزوجة فيه؛ فيتنصف الصداق.

والجواب عن هذا الاعتراض:

---

[62] – ولا يعترض على هذا بوجود الخلاف الفقهي حول تشطير الصداق في الخلع قبل الدخول، وسيأتي الجواب عنه لاحقا

[63] – التبصرة، مرجع سابق، ص1961

[64] – ينظر: ما تقدم من هذه الدراسة عند عرض مذاهب الفقه الإسلامي (المالكية والحنابلة)

[65] – القانون رقم: 84-11، مرجع سابق

أما على قول من يسقط جميع المهر بالخلع قبل الدخول[66] فلا إشكال، و أما على رأي من ذهب إلى تشطيره – وهو محل الاعتراض – فإن ذلك مقيد بحال التخالع على شيء من مالها – غير الصداق – في القول المخالف للمشهور عند المالكية[67]، أو على جزء من الصداق فيتنصف الباقي منه[68]، ومعلل عند الحنابلة بأنه فرقة من قبل الزوج؛ لأن المغلّب فيه جانب الزوج[69]، فضلا عن أنه في مقابل بدل يتفقان عليه تدفعه الزوجة المخالعة لزوجها، والنازلة محل القرار لا ينطبق عليها هذا، فلا يمكن التخريج عليه؛ لأنه لم يقع تخالع على شيء غير الصداق أو على جزء من الصداق فلا يوجد بدل في مقابل الخلع، بل أرادت –كما جاء في حيثيات القرار – أن تحصل على نصفه بالرغم من أنها هي التي رفضت الدخول من غير مسوغ معتبر، هذا فرق أول، والثاني: أن الخلع – محل الخلاف في التشطير فقها – هو الخلع الرضائي باتفاق الطرفين، وهو الذي بحثه الفقه الإسلامي، وما في المسألة محل البحث لا يصدق عليه هذا؛ إذ الفرقة كانت بغير رضى الزوج؛ بل من جانبها منفردة.

و مع وجود هذين الفرقين المؤثرين في اختلاف الحكم؛ فإنه لا يتأتّى للمعترض التعلق بقول من ذهب من الفقهاء إلى تشطير الصداق في الخلع قبل الدخول.

أما الاستناد – في تنصيف الصداق بالفرقة قبل الدخول ولو كانت من جانب الزوجة – إلى العموم في (المادة 16ق.أ.ج)؛ وهو ما قررته المحكمة العليا في بعض قراراتها[70]، وبالرغم من أنه محل نظر؛ لأن لام التعريف المحلى بها المفرد أو الداخلة على المفرد لا تتمحض لاستغراق الجنس؛ فقد تكون للعهد، فضلا عن أن العام يقبل التخصيص، فيحمل بهذا الطلاق في المادة على الفرقة التي تكون من جهة الزوج

---

66 – وهو القول المشهور عند المالكية إذا تخالعا على شيء من مالها وسكتا عن الصداق، الجندي، مرجع سابق، ص 420، وهو أحد الوجهين عند الحنابلة، والوجه الآخر: يتشطر، المرداوي، مرجع سابق، ص 279

67 – الجندي، مرجع سابق، ص 420

68 –

69 – البهوتي، مرجع سابق، ص 165

70 – م.ع، غ.أ.ش، 1993/10/16، ملف رقم 96801، (2001 م)، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، ص 266 فما بعدها

– كما فعلت المحكمة العليا في القرار محل البحث – حتى ينسجم مع المقررات الشرعية التي استقى منها المقنن الجزائري نص المادة 16.

بالرغم من هذا كله؛ فإن المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري[71] تقضي بأن الخلع يكون بمقابل مالي في حال الاتفاق، و في غير ذلك يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل، و على هذا فقد يكون بدل الخلع هو رد الصداق إلى الزوج، و إذا كان هذا واردا وسائغا – قانونا وشرعا – حتى في الخلع بعد الدخول؛ فإنه يسوغ قبله من باب أولى، و لما كان الزوج في المسألة محل البحث مصرّا على إتمام الزواج و غير مضارٍّ بزوجته؛ بل هي التي امتنعت عن الدخول لغير سبب مشروع؛ فلا أقل من أن يُقضى له باسترداد نصف الصداق منها، أما النصف الآخر فهو حقه؛ فيعود إليه الصداق كله، والهدايا تتبعه؛ لأنها ملحقة به على القول الفقهي الذي يُبنى عليه الاعتراض.

والحاصل؛ أنه حتى في ظل القول بإلحاق الهدايا بالصداق – لا بالهبة لغرض – ومع التسليم – جدلا – ببقاء هذا الاعتراض المستند إلى عموم (المادة 16ق.أ.ج) قائما وسالما من النقد، وبصحة قرار المحكمة العليا الذي قضى بتنصيف الصداق في الفرقة قبل الدخول مطلقا؛ فإن الزوجة في هذه النازلة – محل البحث – لا حق لها في الاحتفاظ بالهدايا كلها؛ بل تتشطر تبعا للصداق؛ على فرض صحة هذا الذي مر، وإلا فهو غير مسلّم؛ لما تقرر في الجواب عنه.

4. خاتمة

إلى هنا انتهت – بفضل الله وتوفيقه – هذه الدراسة التي عنيت بالاشتباك مع نازلة كانت محل خلاف في الفقه والقضاء الجزائري؛ لانعدام المنطوق الخاص بها تشريعا، وتتعلق بحكم هدايا الخاطب إلى المخطوبة – من حيث المآل – إذا انبرم العقد ثم رفضت الزوجة الدخول من دون مسوغ مشروع، وللمشاركة في مباحثة التفسير الفقهي والقضائي بشأن هذه المسألة؛ استوجب استدعاء قواعد تفسير النصوص، و استكشاف غاية النص في الواقعة المقننة؛ استئناسا بالمصدر التاريخي؛ من خلال التَّطواف برياض النُظّار الكاشفين عن مقاصد الأحكام، وتعليلات نصوص واختيارات الأصحاب؛ وهذا تشوّفا إلى

[71] – الأمر رقم: 05 – 02، مرجع سابق

تحرير الجواب عن إشكالية البحث، و استخلاص الحل الذي تسنده الشواهد المعتبرة، فكانت محصّلة هذه المساهمة البحثية النتائج والتوصيات التالية:

النتائج:

- إن الأساس القانوني الذي يحكم مآل الهدايا محل البحث؛ دائر بين إلحاقها بالواقعة المنصوص عليها (م5/5 ق.أ.ج)؛ وهي حق الخاطب في استرداد هداياه إذا عدلت المخطوبة أثناء الخطبة، وبين تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية (م 222 ق.أ.ج)، وفي كليهما يحق للزوج استرداد هداياه.
- كان قرار المحكمة العليا القاضي بحق الزوج في استرداد الهدايا التي قدمها إلى المخطوبة – إذا وقع الامتناع عن الدخول بعد العقد من جهتها – صائبا وإن أخطأ في تسمية الأساس المستند إليه؛ فلم يخالف التشريع؛ لا نصا ولا غاية.
- قرار المحكمة العليا يسدّ بابا خطيرا للتحايل والإثراء على حساب الغير
- أخطأ الفقه القانوني عندما وصف قرار المحكمة العليا بأنه " مسخ " للقانون، متعقبا إياه – القرار – بأن مآل هدايا الخطبة بعد العقد محسوم في قانون الأسرة الجزائري؛ بتقريره عدم الحق في استردادها مطلقا
- ولعل السبب الرئيس الذي أوقع هذا الفقه في الخطأ؛ هو تجاوز قواعد تفسير النصوص، فضلا عن إغفال حكمة التشريع

التوصيات:

- ضرورة تقنين المسألة محل البحث؛ دفعا لأي خطأ في التطبيق؛ حفظا للحقوق وسدا لباب التحايل، وتيسيرا على القاضي والمتقاضي
- على المتصدي لتفسير النصوص القانونية؛ استثمار كافة طاقة النص التشريعي طبقا لقواعد التفسير، فضلا عن البحث عن الغاية التي استهدفها؛ حذرا من تحميل النصوص ما لا تحتمله، ومن مناقضة حكمة التشريع

- ضرورة عناية مؤسسات التكوين بتدريس قواعد تفسير النصوص لمن يشتبك مع التشريع؛ تنظيرا أو تطبيقا.

5. قائمة المصادر والمراجع:

بعد القرآن الكريم برواية ورش عن الإمام نافع

- ابن أبي زيد القيرواني، أبو محمد عبد الله، (1999م)، النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات، ط1، ت الدكتور محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت
- ابن بيه، عبد الله، (2007م)، أمالي الدلالات ومجالي الاختلافات، ط1، دار المنهاج، جدة
- ابن الجلاب، أبو القاسم عبيد الله، (1408هـ-1987م)، التفريع، ط 1، ت الدكتور حسين بن سالم الدهماني، دار الغرب الإسلامي، بيروت
- ابن رشد، أبو الوليد، (1408هـ-1988م)، البيان والتحصيل، ط2، ت محمد العرايشي، دار الغرب الإسلامي، بيروت
- ابن ضويان، إبراهيم بن محمد، (1421هـ-2000م)، منار السبيل، ط1، ت زهير الشويش، المكتب الإسلامي، بيروت دمشق عمان
- ابن عابدين، محمد أمين، (1423هـ-2003م)، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ط خاصة، ت عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض، دار عالم الكتب، الرياض
- آث ملويا، لحسين بن الشيخ، (2006م)، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، ط2، دارهومه، الجزائر
- الأشقر، د. عمر سليمان، (1441هـ-2019م)، الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 36 لعام 2010م، ط7، دار النفائس، عمان
- الأشقر، د. عمر سليمان، الأشقر، د. أسامة، (1442هـ-2021م)، الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 15 لعام 2019م، ط8، دار النفائس، عمان

- أكلي، د.تومي، (2017م)، قواعد المنهج العلمي وتطبيقاتها في العلوم القانونية، دط، دار الخلدونية، الجزائر
- الأمير، محمد، (1426هـ-2005م)، ضوء الشموع شرح المجموع في الفقه المالكي ومعه حاشية الشيخ حجازي العدوي، ط1، ت محمد محمود ولد محمد الأمين المسومي، دار يوسف بن تاشفين ومكتبة الإمام مالك، نواكشوط
- الإنباني، محمد زيد، (1326هـ)، مختصر شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، ط1، مطبعة الواعظ، مصر
- الباجي، أبو الوليد سليمان، المنتقى شرح موطأ مالك، ت محمد عبد القادر أحمد عطا، دار الكتب العلمية، بيروت
- باشا، محمد قدري، (1428هـ-2007م)، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية على مذهب أبي حنيفة النعمان، ط1، بعناية بسام عبد الوهاب الجابي، الجفان والجابي ودار ابن حزم، بيروت
- البغدادي، القاضي عبد الوهاب، المعونة على مذهب عالم المدينة، دط، ت حميش عبد الحق، المكتبة التجارية، مكة المكرمة
- بلحاج العربي، (2012 م)، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر
- البهوتي، منصور بن يونس، (1418هـ-1997م)، كشاف القناع على متن الإقناع، ط1، ت أبي عبد الله محمد حسن إسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت
- بيومي، د.سعيد أحمد، (2010م)، لغة القانون في ضوء علم لغة النص ، ط1، دار الكتب القانونية ودار شتات، مصر
- الجمل، سليمان، حاشية الجمل على شرح المنهج، دار إحياء التراث العربي، بيروت

- الجندي، خليل بن إسحاق، (1433هـ-2012م)، التوضيح شرح مختصر ابن الحاجب، ط1، ت أبو الفضل الدمياطي، مركز التراث الثقافي المغربي ودار ابن حزم، الدار البيضاء وبيروت
- الحصكفي، محمد بن علي، (1423هـ-2002م)، الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، ط1، ت عبد المنعم خليل إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت
- الحطاب، أبو عبد الله محمد، (1423هـ-2003م)، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ط خاصة، ت زكريا عميرات، دارعالم الكتب، الرياض
- حيدر، علي، (1423هـ-2003م)، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، طخ، تعريب: فهمي الحسيني، عالم الكتب، الرياض
- الخرشي، أبو عبد الله محمد، (1317هـ)، شرح مختصر خليل وبهامشه حاشية العدوي، ط2، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق
- الدريني، د.فتحي، (2008م)، المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي، ط3، الرسالة ناشرون، دمشق-بيروت
- الدسوقي، محمد عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دط، دار إحياء الكتب العربية
- الرهوني، محمد ابن أحمد، (1306هـ)، حاشية الرهوني على شرح الزرقاني وبهامشها حاشية علي كنون، ط1، المطبعة الأميرية، بولاق
- الزرقاني، عبد الباقي، (1422هـ-2002م)، شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل ومعه حاشية البناني، ط1، ت عبد السلام محمد أمين، دار الكتب العلمية، بيروت
- الزلمي، د. مصطفى إبراهيم، (1435هـ-2014م)، الصلة بين المنطق والقانون، ط1، دار إحسان، دم
- الزلمي، د. مصطفى إبراهيم، (1435هـ-2014م)، معين القضاة لتحقيق العدل والمساواة، ط1، دار إحسان، دم

- شامي، أحمد، (2010م)، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات، دط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية
- شريف أحمد، د. محمد، (1436هـ-2015م)، نظرية تفسير النصوص المدنية، ط1، التفسير، أربيل، أروقة، عمان
- الشنقيطي، محمد بن محمد سالم المجلسي، (1436هـ-2015م)، لوامع الدرر في هتك أستار المختصر، ط1، دار الرضوان، نواكشوط
- شيخ، إسماعيل، (2014م)، الإشكالات الواردة على تطبيق المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري، ماجستير، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران
- الصاوي، أحمد، (1415هـ-1995م)، بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير، ط1، ت محمد عبد السلام شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت
- عاشور عبدالله، د.عامر، (2012م)، القياس في القانون المدني والفقه الإسلامي، مجلة الرافدين للحقوق، الموصل، المجلد17، العدد52، ص ص53-78
- عبد اللطيف، د. محمود فريد، (2018م)، تفسير النصوص القانونية في قضاء المحكمة الدستورية العليا بين النظرية والتطبيق ، ط1، مركز الدراسات العربية، الجيزة
- العبيدي، عواد حسين ياسين، (2019م)، تفسير النصوص القانونية باتباع الحكمة التشريعية من النصوص، ط1، المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية، القاهرة
- عليش، محمد، (دس)، منح الجليل شرح على مختصر سيدي خليل، دط، دار الفكر، بيروت
- القرافي، شهاب الدين، (1994م)، الذخيرة، ط1، ت محمد بو خبزة، دار الغرب الإسلامي، بيروت
- لجنة خاصة، (1416هـ-1996م)، مشروع قانون أحوال الشخصية الموحد للإقليمين المصري والسوري في عهد الوحدة، ط1، دار القلم، دمشق، الدار الشامية، بيروت
- اللخمي، أبو الحسن علي، التبصرة، ت أحمد عبد الكريم نجيب، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر

- محده، د. محمد، (1994م)، سلسلة فقه الأسرة، الخطبة والزواج، ط2، شهاب 2000
- المرداوي، علاء الدين، (1418هـ-1997م)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ط 1، ت أبي عبد الله محمد حسن إسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت
- المرغيناني، برهان الدين أبي الحسن علي، (دس)، الهداية شرح بداية المبتدي، دط، ت محمد عدنان درويش، دار الأرقم، بيروت
- الموصللي، عبد الله بن محمود، (1419هـ-1998م)، الاختيار لتعليل المختار، ط1، ت علي عبد الحميد أبو الخير ومحمد وهبي سليمان، دار الخير، دمشق بيروت
- الهيثمي، ابن حجر المكي، الفتاوى الكبرى الفقهية، عبد الحميد أحمد الحنفي، مصر
- الونشريسي، أبو العباس أحمد بن يحي، (1401هـ-1981م)، المعيار المعرب والجامع المغرب، ط1، ت جماعة من العلماء بإشراف الدكتور محمد حجي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية للمملكة المغربية
- الأمر رقم: 75-58، المؤرخ في 20 رمضان 1395هـ الموافق 26 سبتمبر1975، ج.ر،ج.ج، عدد (78) لسنة 1975، المعدل والمتمم
- القانون رقم : 84-11،المؤرخ في 09 – 06 – 1984، ج.ر،ج.ج عدد (24) لسنة 1984، المعدل والمتمم بالأمر رقم: 05 – 02،المؤرخ في 27-02-2005،ج.ر،ج.ج عدد (15)لسنة 2005
- المحكمة العليا، (1995م) المجلة القضائية، ع1
- المحكمة العليا، (2001 م)، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص