وزارة التعليـم العالـي والبحـث العلمـي

Ministère de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche Scientifique

جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم.:القانون خاص

المرجع: .....

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر

الخطبة في قانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي

ميدان الحقوق و العلوم السياسية

الشعبة: الحقوق

التخصص: القانون القضائي

من إعداد الطالب(ة):

مصطفاوي ذهبية

تحت إشراف الأستاذ(ة):

حيدرة محمد

أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذ(ة)	فرقاق معمر	رئيسا
الأستاذ(ة)	حيدرة محمد	مشرفا مقررا
الأستاذ(ة)	بن عوالي علي	مناقشا

السنة الجامعية: 2022/2021

تاريخ المناقشة :07 -07-2022

شـــكـــــــــر

الحمد لله رب العالمين الذي خلق الإنسان علمه البيان و الصلاة

و السلام على العالي البشير و السراب المنير من حث الأمة

على طلب العلم وجني ثماره.

أتقدم بجزيل الشكر للأستاذ حيدرة محمد لإشرافه على

دراستي و كافة الإرشادات التي دعمني بها .

إهـــــــــداء

إلـــى ملكـــة الحب و العطـــاء إلى أسطورة الماضي إلى موطن الجمال و الصفاء إلى من علمتني كيف اضحك أحب إلى رمز التضحية إلى ست الحبايب أمي الغالية .

إلى سندي في الشدائد و المحن وكان ينبوع الرحمة و الحب إلى رمز العطاء في الوجود إلى تاج راسي أبي الغالي .

إلى من علموني كيف أشق طريقي دون وجل و كيف ارسم الهدف و أحقق الأمل إلى أخواتي .

لقد اهتم المشرع الجزائري بعقد الزواج و أولى له أهمية بالغة بإعتباره أساسا لتكوين أسرة تسودها المودة و الرحمة، فقد نظم أحكامه وفقا للشريعة الإسلامية، حيث بين حقوق و واجبات كل زوج نحو الآخر بهدف إنشاء أسرة ثابة، و من أجل ذلك وضع له مقدمات تسمى قانونا بالخطبة.

و تمثل الخطبة في تقاليدنا إجراءا أوليا و تمهيديا من الإجراءات التي يقوم بها الخاطب و أقاربه بالإتصال بالمخطوبة أو وليها، بهدف التعرف على العروس و أسرتها من أجل تبادل الرضا و القبول مع أسرة المخطوبة بشأن المصاهرة و إقامة علاقة طيبة قبل انعقاد الزواج، لأن وجودها أحرى لدوام الزواج نظرا لإعتباره ميثاقا غليظا يستوجب اطمئنان كل طرف منه على أخلاق و سلوك الطرف الثاني تجنبا لإنحلاله.

استخلف الله الإنسان في الأرض بقوله سبحانه و تعالى « **و إذ قال ربك للملائكة إني جاعل في الأرض خليفة**» [1]، و جعل من سيدنا آ دم و حواء الزوجين و أودع في كل منهما ما يجعله يميل للآخر ليتم الازدواج كبقية المخلوقات الأخرى، و سنَّ لهما طريقة خاصة تتفق و منزلتهما بين سائر المخلوقات، فشرع المولى عزَّ و جل الزواج الذي يختص فيه الرجل بالمرأة لا يشاركه فيها غيره ليسلم الجنس البشري من اختلاط النسب و لتسلم البشرية من شرِّ طغيان الشهوات التي لا تعرف رباط العائلة، فجعل عقد الزواج من أعظم العقود التي يجريها الإنسان في حياته نظرا لكونه يقوم على دعائم قوية و أسس ثابتة، تحقق الراحة و السعادة ما دامت العشرة الزوجية قائمة على الحب و الوفاق و ذلك عملا بقوله تعالى: « **و من آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها و جعل بينكم مودة و رحمة إنَّ في ذلك لآيات لقوم يتفكرون**»[2].

[1] الآية 30 من سورة البقرة.

[2] الآية 21 من سورة الروم.

نظرا لمكانة الخطبة في المجتمع الجزائري الذي يتميز بتقاليد متنوعة فقد وضع أحكام خاصة بالوعد بالزواج منذ أول قانون صدر بعد إستقلال الجزائر بتاريخ 9 يوليو 1984 تحت رقم 11/84 الذي تضمن المادتين الخامسة و السادسة المتعلقة بالخطبة، و بعد واحد و عشرين سنة من التطبيق تبين من خلال الواقع التطبيقي لهذه النصوص وجود ثغرات قانونية كانت محل نقاش بين رجال الدين و القانون استدعى حتمية تعديلها بموجب القانون رقم 09/05 المؤرخ في 4 مايو 2005.

تكمن أهمية الخطبة في أنها فترة أساسية تسبق إبرام عقد الزواج يعتمد عليها المجتمع الجزائري، نظرا لما تبينه لكلا الخطيبين من أخلاق و عادات الطرف الأخر ، حيث تكشف عن شخصية كلا منهما من محاسن و مساوئ ، و قابليتهما للإنسجام مع بعضهما البعض لتكوين أسرة متينة أو تجنب ذلك في حالة التنافر تفاديا للوقوع في زواج فاشل ، حيث إهتم قانون الأسرة بها و أدخل تعديلا عليها خاصة ما تعلق بإقتران الفاتحة بالخطبة و إختلاف الآثار الشرعية و القانونية المترتبة عنها ، و أمام نقص البحوث حول هذا الموضوع ، إرتأينا إلى محاولة دارسته من خلال مختلف الجوانب النظرية و العملية.

أسباب اختيار الموضوع:

ترجع أسباب اختيارنا لهذا الموضوع إلى شخصية ذاتية وموضوعية، فالأسباب الشخصية الذاتية كثيرة من أهمها الرغبة الشديدة والميول إلى التعرف على ماهية الخطبة وأثار العدول عليها .

أما عن الأسباب الموضوعية في اختيار هذا الموضوع فتكمن في كون أن الموضوع مهم في حد ذاته،

الصعوبات التي واجهتنا:

أما عن الصعوبات التي واجهتنا من خلال هذه الدراسة، فتكمن أساسا في صعوبة دراسة الموضوع لكونه يتعلق بموضوع حساس ، مما وجدنا عراقيل في الحصول على المراجع.

المنهج المعتمد :

اعتمدت في هذه الدراسة على المنهج التحليلي.

إن الهدف المراد الوصول إليه من خلال دراسة موضوع البحث هو معالجة قانونية للخطبة في ظل القانون الجزائري وافقه الاسلامي معتمدين في ذلك على النصوص القانونية، الآراء الفقهية و ما توصلت إليه المحكمة العليا من إجتهادات في هذا الصدد و سوف تتم دراسة البحث وفق الإشكاليات التالية:

ما هو مضمون الخطبة من حيث تعريفها، أنواعها و الشروط المستوجبة شرعا لصحتها و الآداب المقررة لها من الناحية الشرعية ؟ وهل مجرد العدول عن الخطبة يرتب الحق في التعويض عن الضرر اللاحق بأحد الطرفين ؟وللإجابة على الإشكاية تناولنا خطة البحث التالية الفصل الأول ماهية الخطبة والفصل الثاني العدول عن الخطبة وأثاره.

الفصل الأول: ماهية الخطبة

لم يتطرق قانون الأسرة الجزائري في نصوصه إلى ماهية الخطبة بحيث بيّن الطبيعة القانونية لها و الآثار المترتبة جراء العدول عن الخطبة، فأدرج حق الطرفين في التعويض عن الضرر نتيجة العدول، فنظم الأحكام المتعلقة بالهدايا في حالة وجود نزاع مطروح أمام القضاء بشأن استردادها، وأحالنا المشرع الجزائري صراحة إلى تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في حالة غياب نص قانوني ينظم مسألة متعلقة بالأحوال الشخصية.

لهذا سنتطرق إلى مضمون الخطبة في المبحث الأول للتعريف بالخطبة وأنواعها مع إدراج المفهوم المتداول في المجتمع الجزائري في المطلب الأول، كما نتطرق في المطلب الثاني إلى بيان الشروط الشرعية لصحة الخطبة، ومدى تأثير تخلفها على عقد الزواج، وفي الأخير نبيّن في مطلب ثالث ما يتعلق بالآداب والصفات المستحبة شرعا في الخطبة.

في المبحث الثاني سنتناول الطبيعة القانونية للخطبة باعتبارها وعدا بالزواج في المطلب الأول ، ونبيّن حالة اقتران الخطبة بالفاتحة في الثاني، أما اقتران الفاتحة بالخطبة في مجلس العقد فسندرسه في مطلب ثالث.

المبحث الأول: مضمون الخطبة

إن قانون الأسرة نظم الأحكام المتعلقة بالخطبة في المادة الخامسة منه ، بحيث اعتبرها وعدا بالزواج يجوز للطرفين العدول عنها باعتبارها فترة تمهيدية تسبق مرحلة الزواج، لذلك سنقوم بدراسة المبحث من خلال بيان تعريفها، وأنواعها وشروط صحّتها من الناحية الشرعية ،وندرج حكم الخطبة المحرّمة على عقد الزواج من الناحية القانونية، كما نتطرق فيه للآداب المقررة لاختيار المخطوبة ، والحدود المرخصة لرؤية الخاطب لها، وكل ذلك في الإطار الشرعي والفقهي.

المطلب الأول: تعريف الخطبة وأنواعها

الخطبة في نظره هي إظهار الرجل الرغبة في التزوج بامرأة يحلّ له التزوج بها بنفسه أو من ينوب عنه منها أو من وليها، فإذا وافقت هي أو وليها كان ذلك بمثابة اتفاق مبدئي على الزواج، و لا ترقى إلى مرتبة العقد.[1]

الفرع الأول:التعريف اللغوي

الخطبة من الناحية اللغوية – بكسر الخاء –من الخاطب وهو الكلام ،ولها علاقة بكلمة الخطب بفتح الخاء وهو الشأن والحال.[2].

الفرع الثاني:التعريف الاصطلاحي

أما اصطلاحا فهي ألتماس الزواج من امرأة معينة تكون خالية من الموانع الشرعية،وذلك بالتقدّم إليها أو وليّها للتفاهم في أمر العقد ، وإذا أجيب طلبه بالقبول تمت الخطبة بينهما.

1 – محمد محدة، سلسلة فقه الأسرة الجزء الأول، الخطبة و الزواج الطبعة الثانية، شهاب سنة 1994،ص6.

2 - مولود ديدان،قانون الاسرة الجزائري :دار بلقيس للنشر،الطبعة،الاولى،الجزائر، 2018،ص10.

أما قانون الأسرة الجزائري، فلم يعرّف الخطبة، كما أنّه لم يتطرق إلى إجراءات الإعلان عنها، واكتفى بقوله: إن الخطبة وعد بالزواج، يجوز للخطيبين العدول عنها في المادة الخامسة منه، و ترك باقي الأمور إلى الفقه و اجتهادات المحكمة العليا، و بالرجوع إلى قرارات المحكمة العليا نجدها تعتبر الخطبة مقدمة لعقد الزواج ومتعلقا من متعلقاته ،باعتبارها مرحلة سابقة للعقد سواء طالت فترة الخطوبة أم قصر أمدها هذا مايتجلى لنا في القرار الصادر عنها في 1984/09/24 تحت رقم 34438، أهم ما جاء في حيثياته ما يلي: من المقرر كذلك أن الأصل في الخطبة وفي غالب الأحيان هي مقدمة للزواج و ليست زواجا.

وفي اجتهاد آخر لها اتجهت نفس الاتجاه القانوني المكرس في المادة الخامسة من قانون الأسرة و اعتبرت الخطبة وعدا بالزواج بقولها في القرار الصادر بتاريخ 1992/03/17 ملف رقم 81129 أنه من المقرر شرعا و قانونا أن الخطبة وعد بالزواج و لكلا الطرفين العدول عنها[1].

نجد أن معظم المحاكم تعطي للخطبة نفس التعريف القانوني و الذي هو في حقيقة الأمر بمثابة الطبيعة القانونية لها بحيث نجده مجسدا في الحكم الصادر عن محكمة عين تموشنت بتاريخ 1999/03/17 بقولها:"من المقرر شرعا و قانونا أن الخطبة وعد بالزواج و لكل من الطرفين العدول عنها"[2].

تعرَّف الخطبة في المجتمع الجزائري بأنها إظهار الرجل الرغبة في الزواج بامرأة إما منه شخصيا أو عن طريق وكيله دون أن تكون لهذه الرغبة في الزواج صفة العقد، ومن المستقر عليه أن الخطبة اتفاق يسبق قراءة الفاتحة و تقع غالبا بين

1 – ناصر الدين مروك، قانون الأسرة بين النظرية و التطبيق، 2006. ص 45.

2 – محكمة عين تموشنت قسم شؤون الأسرة، ملف رقم 08/0109 بتاريخ 2008/03/25.

الخطيبين و أوليائهما بالاتفاق على المصاهرة بين العائلتين ذلك بالتواعد على إبرام عقد الزواج خلال فترة معينة.

الفرع الثالث:أنواع الخطبة

هناك نوعان من الخطبة، وهما:

1.الخطبة بطريق التصريح:

الخطبة بالتصريح هي الإفصاح بما في النفس من رغبة بكل لفظ يدّل صراحة على إرادة الخطبة ولا يحتمل غيرها كأن يقول الرجل لمن يرغب الزواج بها : إني أريد أن أخطبك، أو إني أريد الزواج بك، إني راغب فيك أو يقول ولي الخاطب أريدك زوجة لابني فلان. و من بين العبارات المتداولة في المجتمع الجزائري بشأن طلب الخطبة أريد أن أطلب يدك للزواج، أريد أن أحدد موعدا لزيارة أهلك من أجل خطبتك، أو قول أم الخاطب للفتاة تحدثي مع أهلك لتحدد لنا موعدا لزيارتكم من أجل خطبتك.

2.الخطبة بطريق التعريض

الخطبة هنا تعني استعمال الخاطب لجمل يفهم قصد الخطبة من عرضها بالقرائن و التلميح و هذه الألفاظ تحتمل الخطبة و غيرها، غير أن دلالة الحال تكشف عن الرغبة في الخطبة بذكر الرجل للمرأة كلاما يفهم منه ضمنيا خطبتها دون أن يصرح بذلك كأن يقول مثلا إني أريد أن أتزوج امرأة صالحة و جميلة في مثل أخلاقك، أو أنا أبحث عن فتاة لكي أخطبها تشبهك تماما، أو إنك مؤدبة أو قوله إني عزمت على الزواج، و ما أشبه ذلك من العبارات التي يفهم منها أن الشخص يقصد وراء ذلك الخطبة.

و يعرّف القرطبي التعريض بأنّه ضد التصريح و هو إفهام المعنى بالشيء المحتمل له و لغيره و هو عرض الشيء و هو جانبه و مثل القرطبي به التلميح للمخطوبة فقال: كقوله: إني أريد الزواج، و إنّك جميلة، إنك صالحة، إن الله سائق إليك خيرا و إن قدر أمرا كان[1].

والتعريض هو ما يستعمل من ألفاظ يفهم منها قصد الخطبة من عدمها بالقرائن كمدح الشخص لنفسه و ذكر محاسنه و مآثره أمام المرأة التي يريد خطبتها و لقد فعل ذلك أبو جعفر محمد بن علي بن حسين[2].

قالت سكينة بنت خنضلة استأذن علي محمد بن علي و لم تنقض عدّتي من مهلك زوجي فقال: لقد عرفت قرابتي من الرسول ﷺ و قرابتي من علي و موضعي من العرب قلت: غفر الله لك يا أبا جعفر إنّك رجل يؤخذ عنك ، تخطبني في عدّتي؟ قال إنّي أخبرتك بقرابتي من الرسول و من علي[3].

وأسلوب التلميح عند خطبة المرأة غير جائز بإطلاق، فله ضوابط شرعية،حيث نجده مباحا عند المرأة المتوفى عنها زوجها ، و حرام ا عند جميع المعتدات دون استثناء، و اختلف الفقهاء في الخطبة بالتعريض بالنسبة للمطلقة طلاقا بائنا و هذا ما سنتطرق إليه بالتفصيل في المطلب اللاحق.

المطلب الثاني: شروط الخطبة

المشرع الجزائري لم يشترط أيّ شرط خاص بالخطبة سواء من الناحية الموضوعية أو الشكلية إذ أن السن الّذي اشترطه في الزواج لا يتعلق بالخطبة و إنّما

1 – القرطبي، الجامع لأحكام القرآن راجعه وضبطه محمد إبراهيم و أخرج أحاديثه محمود حامد عثمان ج3، دار الحديث، ص188.
2 – بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء 1، الزواج و الطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر 1999.
3 – علي بن عمر، الدار قطني سنن ج3، عالم الكتاب طبعة 2 سنة 1983، ص224.

هو من خصوصية عقد الزواج و ليس مطلوب ا في الخاطب و المخطوبة ذلك أن الخطبة لا ترقى إلى مرتبة العقد.

لمعرفة شروط الخطبة لا بد من الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية التي تشترط أن تكون الخطيبة خالية من الموانع الشرعية التي تمنع من إبرام عقد الزواج و تتمثل شروط الخطبة في شرطين أساسيين هما:

الشرط الأول: أن لا تكون المرأة محرمة على الخاطب

و حرمة المرأة تكون إمّا حرمة مؤبدة أو مؤقتة.

أ. الحرمة المؤبدة:

المرأة تكون محرّمة على الرجل مدى حياته بنص الشارع الحكيم الّذي نهى عن خطبة و زواج امرأة محرمة عليه [1]، و هذا ما تضمنه قانون الأسرة ضمن موانع الزواج من المادة 23 إلى 26 المتمثلة في المحرمات بالقربة و المصاهرة والرضاع قال -تعالى (حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ).

ب. الحرمة المؤقتة:

لقد اتفق الفقهاء على أنّه لا يجوز خطبة امرأة محرمة على الرجل مؤقتا ما دام سبب التحريم قائم، كأخت الزوجة و عمتها و خالتها و هنّ على سبيل التأقيت فالخطبة تكون جائزة بعد الطلاق، أمّا الجمع فيحرّم شرعا و قانونا، و من المحرمات مؤقتا ما يلي.

- ✓ المرأة المشركة:

1محمد محدة، المرجع السابق، ص 28.

يرى الفقهاء أنّه يجوز للرجل أن يتزوج و يخطب امرأة من ديانة أخرى كالمرأة المسيحية، مثلا ما عدا المرأة المشركة بدون دين محرمة عليه شرعا و قانونا إلا إذا زالسبب التحريم، كأن تسلم المشركةأو تعتنق دينا سماويا آخر [1]، و المرأة يحرّم عليها الخطبة أو الزواج بغير مسلم طبقا للمادة 30 من قانون الأسرة.

- ✓ المرأة المحصنة:

نقصد بها زوجة الغير، فلا تجوز خطبتها أو التلميح لها بالطلاق من أجل زواجها، لأنّها محرّمة عليه ما دامت في عصمة الرجل، و يعتبر ذلك اعتداء على حقه و كرامته.

- ✓ المعتدة من طلاق رجعي:

الطلاق الرجعي هو الطلاق الذي يملك فيه الزوج مراجعة زوجته ~~إلى عصمته~~ في العدّة بدون عقد و مهر جديدين و لو بدون رضاها[2]، و قد أجمع الفقهاء على أنّه لا تجوز خطبتها بطريق التصريح و التلميح معا لأنّها تأخذ حكم زوجة الغير [3].

- ✓ المعتدة من طلاق بائن:

الطلاق البائن نوعان إما أن يكون بائنا بينونة صغرى أو بينونة كبرى.

الطلاق البائن بينونة صغرى هو الذي يتم ما دون الثلاث طلاقات، و فيه يستطيع الزوج أن يعيد المرأة إلى عصمته مرة ثانية، لكن بمهر و عقد جديدين، ويكون برضا الزوجة لأن العصمة الزوجية غير قائمة.

---

1 – الدكتور عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها و قضاءا، دار الفكر العربي الطبعة الأولى، سنة 1984، ص 20.

2 – الدكتور السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، القسم الأول، عقد الزواج و آثاره، دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع عمان، سنة 1999 ص 23.

3 - الإمام محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج، دار الفكر العربي، القاهرة، ص 51.

الطلاق البائن بينونة كبرى هو الذي يتم بثلاث طلقات، لا يجوز هنا للزوج أن يراجعها إلى عصمته مرة أخرى إلاّ بعد أن تنقضي عدّتها و تتزوج رجل آخر غيره، ثم يطلقها و بعدها تنقضي العدّة، ثم يعقد عليها بعقد جديد و مهر جديد و بشرط رضاها.

و لقد اتفق الفقهاء على أنّ المرأة المعتدة من طلاق بائن بينونة كبرى أو صغرى لا يجوز لرجل خطبتها بطريق التصريح، أما بطريق التعريض فكان محل خلاف بعض الفقهاء كما يلي:

المالكية، الشافعية، الحنابلة، الشيعة و الجعفرية:

يرون انه تجوز خطبة المعتدة من طلاق بائن بينونة كبرى أو صغرى عن طريق التعريض و استدلوا في ذلك بقوله تعالى: « **لا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء**»[1]، و جاء لفظ النساء في الآية عاما تدخل فيه المعتدة، كما أن سلطة الزوج انقطعت على المرأة المطلقة طلاقا بائنا.

الحنفية:

يرون أنّ المرأة المعتدة من طلاق بائن سواء كان بينونة صغرى أو كبرى، لا تجوز خطبتها بطريق التعريض لأنه قد يعرّضها إلى ارتكاب المحضور و قد يحملها حرصها على الزواج بهذا الخاطب إلى الإخبار بانقضاء عدّتها و هي لم تنقض بعد، فالمرأة هي المؤتمنة على عدّتها لأن قولها مصدق في ذلك، و خطبتها تثير الأحقاد بين مطلقها و خطيبها[2].

- ✓ خطبة المعتدة من وفاة:

1 – سورة البقرة، الآية رقم 235.

2 – وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته ج7، دار الفكر طبعة 2، سنة 1989، ص16.

لقد اتفق الفقهاء على أنّ المرأة المعتدة من وفاة لا يجوز خطبتها بطريق التصريح أثناء فترة العدّة مراعاة للحزن على وفاة الزوج، و شعور أقارب المتوفى بالأسى عن رحيله، حتى لا يتضرروا لخطبة قريبتهم التي لا تزال في العدّة [1]، أما بطريق التعريض بالنسبة للمتوفى عنها زوجها استثناء لا بد من العمل به في النطاق المحدد له، فيجوز خطبتها لقوله تعالى: « **لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُم بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْنَنتُمْ فِي أَنفُسِكُمْ ۚ عَلِمَ اللَّهُ أَنَّكُمْ سَتَذْكُرُونَهُنَّ وَلَٰكِن لَّا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلَّا أَن تَقُولُوا قَوْلًا مَّعْرُوفًا ۚ وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ ۚ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ يَعْلَمُ مَا فِي أَنفُسِكُمْ فَاحْذَرُوهُ ۚ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ حَلِيمٌ** " إن ظاهر الآية يوحي أنها خاصة بالمتوفى عنها زوجها و هنا إجازة الخطبة بالتعريض لها و العلّة في ذلك أنّ عدّتها محدودة بالأشهر أو وضع الحمل و كلاهما لا يمكن أن يجري فيه الكذب فليست عدّتها بالأقراء حتى يمكن أن تدّعي انتهائها لتتخلص من العدّة لأن عدّة الوفاة تكون إما بوضع الحمل إن كانت حاملا، أو بمرور أربعة أشهر و عشرة أيام إن كانت غير حامل، و بالتالي لا سبيل لها إلى الكذب في إقرارها بانقضاء العدّة لأن هذه الوقائع لا يؤخذ فيها إلا بمرور الوقت المحدد أو بوضع الحمل[2].

الشرط الثاني: أن لا تكون مخطوبة للغير

المخطوبة للغير هي المرأة التي تقدم رجل لخطبتها و رضيت به حرمت خطبتها من طرف رجل آخر باتفاق الفقهاء، لأنه منهي عليه بنص الحديث الشريف لقول الرسول ﷺ:"**ولا يخطُبُ الرجُلُ على خِطبةِ أخيه** 'لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه"[3]، لأن ذلك مبعث للعداوة و البغضاء بين الإخوة المسلمين، أما إذا أذن له

1 – الدكتور محمد السرطاوي، المرجع السابق، ص 23.

2 – د/ رمضان السيرنباظي و د/ جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة و حقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء دراسة مقارنة لأحوال الشخصية في مصر و لبنان، منشورات دار الحلبي الحقوقية، ص 55.

3 – فتح الباري، المرجع السابق، الجزء التاسع، ص 164.

الخاطب الأوّل جاز ذلك لما روي عن أبي هريرة أنّ الرسول ﷺ قال: "لا يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى يترك الخاطب قبله أو يأذن "[1]، و قوله عليه ﷺ: **لْمُؤْمِنُ أَخُو الْمُؤْمِنِ فَلَا يَحِلُّ لِلْمُؤْمِنِ أَنْ يَبْتَاعَ عَلَى بَيْعِ أَخِيهِ، وَلَا يَخْطُبَ عَلَى خِطْبَةِ أَخِيهِ حَتَّى يَذَرَ «رَوَاهُ أَحْمَدُ وَمُسْلِمٌ)**

و سبب ذلك أن الخطبة في هذه الحالة إ يذاء للخاطب الأول و اعتداء على حقه. و للخاطب ثلاثة أحوال من حيث إجابته نبينها فيما يلي:

الحالة الأولى : أن ترفض المخطوبة الخاطب الأول، وهنا يجوز أن يتقدم الخاطب الثاني، وهذا بإجماع جمهور الفقهاء لأن منع خطبتها لمصلحتها هو تعطيل و إرغامها على قبول الخاطب الأول.

الحالة الثانية: أن تقبل المخطوبة خطبة الخاطب الأوّل و أثناء السير في إبرام عقد الزواج تقدم خاطب آخر فهذه الخطبة حرام بإجماع الفقهاء [2]، إذ يرى الإمام مالك أن هذه الخطبة هي التي يقصدها الرسول ﷺ لأن فيها قبولا و إيجاب ا بين الطرفين و يتجسد هذا الإيجاب باتفاق الطرفين على صداق واحد و معلوم، أما الشافعية و الحنابلة فيرون أنه يكفي لتحريم الخطبة إذا صرحت المخطوبة ب الإجابة هي أو بواسطة وليها الذي أذنت له[3].

ونجد أن خطبة الرجل على خطبة أخيه محرّمة، و ينطبق نفس الحكم على خطبة المرأة على المرأة، و ذلك لاتحاد العلّة بالمضرة و الإيذاء حيث يرى ابن حجر في هذا الموقف أن المرأة إذا رغبي برجل ودعته إلى تزوجها ، و أجابها بالقبول ، ثم

1الشوكاني، نيل الأوتار الجزء السادس، دار الكتب العلمية، ص 149.

2 الإمام محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج و أثاره، المرجع السابق، ص 54.

3الشوكاني، المرجع السابق، ص 107.

جاءت امرأة أخرى فدعته إلى نفسها و قبلها فإن فعل الثانية حرام، إذ ا أراد الرجل الزواج من امرأة واحدة فقط فتعتبر من باب الخطبة المحرمة[1].

الحالة الثالثة : أن تكون المخطوبة في تردد بين الرفض و القبول، و هنا موضع خلاف بين الفقهاء و هذا ما نبينه حسب ما يلي.

بعض الشيعة: يرون أنا خطبة الثاني تجوز و استندوا في ذلك إلى حديث فاطمة بنت قيس التي وجهها الرسول ﷺ لاختيار أسامة بن زيد و قد سبقه معاوية و أبو جهم إلى خطبتها [2]، و سبب المنع حسب رأيهم، أن منع تقدم الخاطب الثاني يفوّت فرصة للمخطوبة مع أنّه لم يثبت بعد أي حق للخاطب الأول و لو كان حق ا معنويا، ما دامت الخطبة لم تتم بعد فيكون الأمر في خطبة الأول بمثابة الرد له.

الحنفية و المالكية: يرون أنه لا يجوز لشخص آخر أن يتقدم لخطبة المرأة التي تكون بين القبول والرفض، لأن السكوت عن الرد و إن لم يدّل على رفض الخاطب فإن هناك احتمال لقبوله، فإذا أبحنا للغير أن يتقدم لخطبتها فقد يترتب على ذلك زوال لاحتمال و رفض خطبته و هذا اعتداء على حق الخاطب الأوّل، و يترتب عن الخطبة الثانية مزاحمة الخاطب الأول، فقد ترفض خطبة هذا الأخير نتيجة لرجحان الخاطب الثاني، مما يؤدي إلى الشحناء و البغضاء بينهما.

و ذهب البعض منهم إلى عدم تحريم خطبة المرأة الراكنة للفاسق إذا كان الخاطب الثاني صالحا أو مجهول الحال لأنه في خطبة الثاني تخليص لها من الخاطب الأول[3].

1 – د/ محمد السرطاوي،المرجع السابق، ص20.

2 - الإمام محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص55.

3 – مواهيب الجليل،المرجع السابق، ص30.

الشافعية: يرى بعض الشافعية أنه يجوز للغير أن يتقدم لخطبة الفتاة المخطوبة لأن السكوت عن الرد يعتبر رفضا ضمنيا للخاطب الأول، لأنه في حالة التردد بين القبول و الرفض لم يثبت للخاطب الأول أي حق حتى تعد خطبة الثاني اعتداء على حق الخاطب الأول.

-أثر هذه الخطبة المحرمة على عقد الزواج:

إذا تمت الخطبة بين رجل و امرأة ثم خطب هذه الأخيرة خاطب ثان و قبلت به و تمَّ العقد عليها فما هو أثر هذه الخطبة المحرمة على عقد الزواج ؟

لم يبيّن لنا قانون الأسرة من الناحية القانونية مصير عقد الزواج في حالة إبرامه بناءا على خطبة محرمة شرعا، و بالتالي يتعيّن علينا الرجوع إلى الفقهاء حكم ذلك، و لقد اتفق الفقهاء على أن الرجل إذا خطب على خطبة غيره يأثم ديانة ، و لكنهم اختلفوا في أثر هذه الخطبة المحرمة في صحة عقد الزواج حسب وجهة نظرهم كما يلي:

الظاهرية: يرى الظاهرية أن العقد بعد الخطبة المحرمة باطل، و يجب فسخه سواء دخل الرجل بالمرأة أم لا لقول الرسول ﷺ:"لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه"، فالنهي الوارد في الحديث متوجه إلى عقد الزواج لا إلى الخطبة وحدها [1]، لأن الخطبة ما هي إلاّ طريق للزواج، كما أن العقد المبني على خطبة محرمة يكون محرما هو الآخر[2].

جمهور الفقهاء من الحنفية و الشافعية و الشيعة الجعفرية: يرون أن عقد الزواج صحيح و لا أثر للخطبة المحرمة عليه لاستيفاء العقد لجميع أركانه و

1د/ عبد العزيز عامر، المرجع السابق، ص 24.

عبد العزيز عامر،المرجع ،2.25

شروطه، كما أن النهي في قول الرسول ﷺ منصب على الخطبة لا على ذات العقد و النهي في أمر سابق عليه، و منه فإن عقد الزواج ليس محل النهي كما أن عقد الزواج بدون خطبة سابقة جائز شرعا و قانونا.

الإمام مالك: روي عنه ثلاثة آراء:

- ✓ الرأي الأول: العقد صحيح مثل ما قاله جمهور الفقهاء.
- ✓ الرأي الثاني: كقول أهل الظاهرية فالعقد الفاسد يأثم صاحبه.
- ✓ الرأي الثالث: أن العقد يفسخ قبل الدخول أما بعده فالعقد صحيح، لأن بالدخول قد تأكد العقد.

الرأي الذي نراه صوابا كونه ينسجم مع مقتضيات الحياة الاجتماعية هو رأي جمهور الفقهاء لأنه أقرب إلى المنطق، فالنهي منصب على الخطبة و ليس على عقد الزواج، كما أن إبرام هذا الأخير يستوجب توافر أركان و شروط منصوص عليها في المادة 9 مكرر من قانون الأسرة، و يترتب على تخلّف الركن البطلان، و بتخلف الشرط يفسخ عقد الزواج، أما على مستوى القضاء فحسب رأينا يختلف الأمر من قاض إلى آخر إلا أنّه لا يوجد مانع من تطبيق أحكام الشريعة استنادا إلى أحكام المادة 222 من قانون الأسرة لانعدام نص قانوني ينظم المسألة، و في هذا الصدد يرى الأستاذ بلقاسم شتوان أن العقد يفسخ قبل الدخول بطلقة بائنة و على القاضي أن يحكم به حتى لو لم يرفع الخاطب الأول دعوى الفسخ، لأنه حق الله تعالى، أما بعد الدخول فيثبت العقد، أما من الناحية العملية فلا نجد أي نزاع مطروح على المحاكم يطالب فيه المدعي بفسخ العقد لأنه مبني على خطبة محرمة، إلا في حالة واحدة يمكن أن يُستشف منه إمكانية فسخ العقد قبل الدخول عند عرض الدعوى أمام قاضي شؤون الأسرة و ذلك في القرار الصادر بتاريخ 1996/6/18 عن غرفة

الأحوال الشخصية للمحكمة العليا أهم ما جاء في حيثياته أنه من المقرر شرعا أنه تستوجب العدة للمرأة المطلقة و المتوفى عنها زوجها، و لا تستوجب للمرأة المطلقة غير المدخول بها و لما كان ثابتا في قضية الحال أن المطعون ضدها طلقت قبل الدخول و أعادت الزواج ثانية في الأسبوع الأول من طلاقها، فإن قضاة المجلس برفضهم لطلب الطاعن بفسخ الخطوبة لعدم إتمام العدة من الزواج الأول و الحكم بصحة الزواج و رجوع الزوجة إلى بيت الزوجية طبقوا صحيح القانون.

يتبين لنا بوضوح أن اتجاه المحكمة العليا كان يهدف إلى فسخ الخطوبة و الزواج الذي يليه لو كانت المطعون ضدها قد طلقت بعد الدخول و بالتالي يكون خطبتها في العدة و نكون في إطار الخطبة المحرمة شرعا.[1]

المطلب الثالث:آداب الخطبة

للخطبة آداب يتوجب مراعاتها نظرا لما هو متعارف عليه أن الخاطب لا يرى خطيبته إلاّ بعد أن يعلن رغبته في الخطبة، و عادة ما نجد أن المخطوبة و الخاطب لا يقدمان على الخطبة إلا إذا رأى كل منهما ما يدعو الآخر إلى النكاح من صفات حميدة مثل المال، الجمال و الأخلاق ، و سنتطرق في هذا المطلب إلى مستحبات الخطبة و المقدار المرخص لرؤية المخطوبة حسب المعيار الذي وضعته الشريعة الإسلامية.

أ. مستحبات الخطبة:

لقد وضع الشارع الحكيم صفات و مقاييس للزوجة و الزوج الصالح و أرشدنا إلى الصفات المستحبة فيها و أوصانا بضرورة مراعاتها عند الإقدام على الخطبة.

- **أن تكون المخطوبة ذات دين:**

1 – د/ بلقاسم شتوان، المرجع السابق، ص23.

يستحب في المخطوبة أو الخاطب أن يكونا ذوي دين لقول الرسول ﷺ في حديث شريف: "تنكح المرأة لأربع لمالها، لحسبها، لجمالها و لدينها ف اظفر بذات الدين، تربت يداك"[1]، فنجد الرسول ﷺ قد جعل الاعتبار الأول يتمثل في الدين لأن المرأة المتدينة تقوم بواجبها نحو زوجها و أسرتها حافظة لغيبته لقول الرسول ﷺ: " إن الدنيا متاع و خير متاع الدنيا المرأة الصالحة إذا نظر إليها أسرته و إذا غاب عنها حفظته وإذا أمرها أطاعته".[2]

- **أن تكون المخطوبة حسنة الخلق:**

إن للخلق في الإسلام منزلة لقوله ﷺ: "إن خياركم أحسنكم أخلاقا "، و في تفضيل حسن الخلق في المرأة يستحسن خطبة المرأة التي تكون مهذبة الطبع والمزاج تحسن معاشرة زوجها بالمعروفوالابتعادعن المرأة التي تكثر الأنين و الشكوى لزوجها.

- **أن تكون المخطوبة ذات جمال:**

يعتبر الجمال من الأمور التي تجذب الرجل إلى المرأة عادةً إذ يراعي الخاطب أن تكون خطيبته على قدر من الجمال لأنه أسكن للنفس و أغض للبصر، و لا شك أن جمال المرأة مقصد من مقاصد الزواج، فلا يتطلع الرجل إلى غير زوجته، و لكن ينبغي على الرجل أن لا يبالغ في طلب الجمال و يصرف النظر عن الدين و الخلق لأن الجمال قد يكون سبب في شقاء الرجل لقوله ﷺ:"إياكم و خضراء الدمن، قالوا : ما خضراء الدمن يا رسول الله؟ قال: المرأة الحسناء في المنبت السوء".[3]

1 – ابن ماجة، سنن ابن ماجة كتاب النكاح، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى باب تزويج ذات الدين، الرياض، ص323.

2 – النسائي، سنن النسائي، كتاب نكاح المرأة الصالحة، مكتبة المعارف للنشر و التوزيع، الرياض، ص 500.

3 – ابن حجر الهيثمي، الإفصاح تحقيق محمد شكور ج1 ، دار عمار،الأردن،ص 73.

- **أن تكون المخطوبة ذات مال:**

إنالنفس البشرية بطبيعتها تفضل الزوجة ذات المال على من ليس لها مال وهذا مستحسن لقول الرسول ﷺ: "تنكح المرأة لأربع ؛ لمالها ... "، و من جهة أخرى حذرنا من أن يكون هدف و مطلب الخاطب هو المال فقط لقوله في حديث آخر :" **لاتَزوَّجوا النساءَ لحُسنهنَّ ، فعسى حسنُهنَّ أن يُرديهنَّ ، ولا تزوَجوهنَّ لأموالهنَّ فعسى أموالُهنَّ أن تُطغيهنَّ ، ولكن تزوَّجوهنَّ على الدِّينِ ولأَمَةٌ خَرْماءُ سوداءُ ذاتُ دِينٍ أفضلُ** .

."[1]

- **أن تكون ذات نسب:**

لقد أوصانا الرسول ﷺبخطبة المرأة التي تكون من أصل طيب و عائلة متدينة، و لمعرفة ذلك نعود إلى نساء عائلتها كأمها، وأخواتها، وبنات عمها، وخالاتها و سائر من ينتسب إليها و هذا مصداقا لقوله ﷺ:"تخيروا لنطفكم فانكحوا الأكفاء و أنكحوا إليهم".[2]

- **أن تكون المخطوبة ولودا:**

يستحب في اختيار المخطوبة أن تكون ولودا لتحقيق المقصد الأصلي للزواج و هو تحصيل الأولاد، أما إذا لم تكن ولودا و زوجها له رغبة في الأولاد فتضيق نفسه بها، و لقد أوصانا الرسول ﷺ بالمرأة الولود بقوله: "تزوجوا الودود الولود فإنني مكاثر بكم الأمم يوم القيامة "[3]، و تعرف المرأة البكر ولودا بالنظر إلى أقاربها من النساء اللاتي يعرفن بكثرة الأولاد.

1 – أخرجه ابن ماجة من حديث عبد الله ابن عمر.

2 – رواه الحاكم.

3 – أبو داود صحيح سنن المصطفي كتاب النكاح دار الكتاب العربي لبنان باب في تزويج الأبكار ص320.

- **أن لا تكون المخطوبة قريبة للخاطب:**

يعتبر من حسن اختيار المخطوبة أن يبتعد الرجل عن خطبة الأقارب ما أمكن ذلك لأن الزواج من القريبات كبنت العم، بنت الخال أو بنت الخالة قد يتسبب في نسل ضعيف بينما الزواج بالبعيدات يؤدي إلى إنجاب أولاد ذو ي قوة جسديةوعقلية و لقد أثبتت التجارب و البحوث العلمية أنّ الزواج من القريبات يؤدي إلى إصابة النسل بالأمراض الوراثية الموجودة في العائلة و هذا مصداقا لقوله ﷺ:"لا تنكحوا القرابة القريبة فإن الولد يخلق ضاويا "[1]، و قول عمر رضي الله عنه لقوم : قد ضعف نسلهم قد ضويتم انكحوا الغرائب.[2]

- **أن تكون المخطوبة بكرا:**

إن اختيار الزوجة البكر مستحسن للشباب الّذين لم يتزوجوا من قبل فلا يختار ثيباإلاّ إذا اقتضت المصلحة لذلك، لأن البكر تتوثق بها الصلة و تدوم العشرة الزوجية معها لقوله ﷺ: "عليكم بأبكار فإنهن أعذب أفواها و أنتق أرحاما "[3]، و قد روى بن جابر عن بن عبد الله رضي الله عنه قال: لما تزوجت قال لي رسول الله ﷺ: بم تزوجت؟ قلت: ثيبا، قال لي: فهلا بكرا تلاعبها و تلاعبك، فقلت: يا رسول الله إنّ عبد الله قد مات و ترك سبعة أو تسع ة فجئت بمن يقوم عليهن، قال: فدع ا لي"[4]، إن التناسب في السن أمر جوهري في الزواج لأن فارق السن يؤثر على الأبناء و هذا ما أثبته علماء الإجرام بقولهم :إن فارق السن الكبير بين الأبوين يخلق لدى الطفل عاملا مهيأ للجريمة.

1 – رواه إبراهيم الحربي.

2 – الدكتور بلقاسم شتوان، المرجع السابق، ص 31.

3 – أنتق أرحاما بمعني أكثر ولدا ويقال للمرأة الكثيرة الولد ناتق أي الرمي.

4 – الترمذي، المرجع السابق، باب في تزويج الأبكار، ص 259، وأخرجه النسائي في سننه كتاب النكاح، في باب نكاح الأبكار، ص498.

إن معايير اختيار المخطوبة ليست خاصة للرجل لوحده و إنما إرشادات موجهة للمرأة و لوليها لاختيار الرجل المناسب و ذلك بالتأكد من أنه ذو دين، وخلق، ومال، ونسب و جمال و الدليل على ذلك قوله ﷺ في حديث له: إذا أتاكم من ترضون دينه و خلقه فزوجوه، إلا تفعلوا تكن فتنة في الأرض و فساد عريض [1]، بالإضافة إلى قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه في حديث له: يعمد أحدكم إلى بنته فيزوجها القبيح إنهن يحببن ما تحبون، و عليه فعلى المخطوبة أن تحرص على أن يكون خطيبها ذا دين وخلق و ذا قدر مناسب من الجمال و المال مع تناسب في السن معها و هذا ما ذهبت إليه الحنابلة بتحذيرهم من زواج الشابة بالرجل المسّن و ينصحون الأب أن لا يزوج ابنته الشابة من رجل كبير في السن.[2]

بعدما تطرقنا إلى المعايير المستحبة في الخطبة، فإننا نرى أنه ي توجب على كلا الطرفين سواء كان الخاطب أو المخطوبة الحرص على الاختيار، بالاعتماد على الدين و الخلق لأن المقصود بالزواج هو دوام العشرة الزوجية و الألفة بين الزوجين، فبهما تتسع مدارك العقل و تستمر العلاقة الزوجية إذا قامت الأسرة عليها، و لا مانع من طلب الجمال، والمال و النسب مع عدم الإفراط فيه ا و اعتباره ا الأسس الوحيدة لاختيار الشريك المستقبلي، لأنه غالبا ما يكون سببا في تفكك الأسرة بعد زواله ا و هذا مصداقا لقوله ﷺ:"**من تزوج امرأة لعزّها لم يزده الله إلاّ ذلا، و من يتزوجها لمالها لم يزده إلاّ فقرا، و من يتزوجها لحسبها لم يزده الله إلا دناءة، و من يتزوج امرأة لم يرد بها إلاّ أن يغض بصره و يحصّن فرجه أو يصل رحمة بارك الله له فيها و بارك لها فيه**".

1 – الترمذي، سنن الترمذي، كتاب النكاح، باب ما جاء إذا جاءكم من ترضون دينه فزوجه ط مكتبة المعارف، الرياض، ص 256، رقم الحديث1084.

2 – المجلة العربية للفقه والقضاء، صادرة عن الأمانة العامة لمجلس وزراء العرب، العدد الثاني، سنة 1985، ص 64.

ب. النظر إلى المخطوبة:

لقد أباح الشارع للرجل أن ينظر إلى من يريد خطبتها ليك ون على علم تام بتكوينها الجسماني و ما عليها من أخلاق و عادات ليك ون كل من الطرفين على دراية بخلق و صفات الطرف الآخر.

والنظر إلى المخطوبة مستحب لقوله ﷺ للمغيرة بن الشعبة عندما خطب امرأة فقال له: أنظرت إليها، فقال: لا، فقال ﷺ: انظر إليها فإنّه أحرى أن يؤدم بينكما[1].

كما روي عن جابر أن الرسول ﷺ قال: إذا خطب أحدكم المرأة فإن استطاع أن ينظر منها ما يدعوه لنكاحها فليفعل[2].

و عليه يجوز للطرفين النظر إلى الآخر حتى يرى ما يدعوه إلى النكاح منه إذ روي عن جابر رضي الله عنه أنه قال: خطبت جارية فكنت أتخبأ لها حتى رأيت منها ما دعاني إلى نكاحها فتزوجتها.

لقد عرف عن عمر رضي الله عنه أنه كان يأمر بإبراز الصبايا الصغيرات اللاتي لم يبلغن أمام أقارب الرجال من أجل التعرف عليهن لعلّ أحدا منهم يرغب في خطبتهن أو يدّل من يرغب في خطبتهن فيقول في هذا الصدد: ابرزوا الجواري اللاتي لم تبلغ لعل بني عمها أن يرغبوا فيها.[3]

إن كل الأحاديث النبوية نجدها تحث على رؤية الخاطب للمخطوبة كما أجمع الفقهاء على ذلك إلاّ أنهم اختلفوا في المقدار المرخص للنظر إليه و الوقت الذي يسمح فيه هذا ما نبينه وفقا للمذاهب الفقهية التالية:

1ابن ماجة، المرجع السابق، ص324 رقم 1865، و معنى يؤدم أنه يوافق و يؤلف.

2أبو داود، صحيح سنن المصطفى، المرجع السابق، باب في الرجل ينظر إلى المرأة و هو يريد تزوجها ج 1، ص 3325.

3محمد رواس، قلعة جي، فقه عمر بن الخطاب، ص644، من كتاب محمد محدة.

***المقدار المرخص لرؤية المخطوبة:**

يجيز المذهب الشافعي رؤية الوجه و الكفين لأن الوجه يدّل على الجمال والكفلن على النعومة و امتلاء الجسم، أما المذهب الحنفي فيجيز الرؤية إلى الوجه و الكفين مع القدمين خلافا للمذهب الشافعي، في حين يرى أنصار المذهب المالكي أن المقدار الواجب النظر إليه من طرف الخاطب هو الوجه والكف ان إذ علّلوا ذلك بقولهم:إن الوجه ملتقى المحاسن و الكفين فيهما دلالة صحة البدن و مال إلى هذا الرأي أغلبية أهل العلم، أما المذهب الحنبلي فقد أجاز الرؤية إلى الرقبة، والقدمين، والرأس و الساق، غير أن داود الظاهري يرى أنه يجوز للرجل أن ينظر إلى جميع البدن إذا كانت المرأة عارية ماعدا العورة المغلظة بشرط ألا تتعرى من أجل ذلك، ويستند في رأيه إلى ما روي عن عمر أنه خطب إلى علي ابنته أم كلثوم فذكر له صغرها فقال له: ابعث بها إليك فإن رضيت فهي امرأتك، فأرسل بها إليه، فكشف عن ساقها فقالت له : لولا أنّك أمير المؤمنين للطمت عينك و لما رجعت إلى أبيها قالت له بعثتني إلى شيخ سوء فعل كذا وكذا فقال لها: هو زوجك.[1]

كما أن الغرض من النظر في حد ذاته هو معرفة حال جسم المرأة على حقيقته و لا يتحقق ذلك إلاّ بالنظر إلى جميع البدن.

***وقت رؤية المخطوبة:**

لقد أباح الفقه الإسلامي النظر إلى المخطوبة استثناءا عن الأصل إلاّ أنهم اختلفوا في الوقت المناسب لذلك إذ يتوجب أن يكون بوجود محرم استنادا لقوله ﷺ:

1 – بدران أبو العينين، المرجع السابق، ص24.

من كان يؤمن بالله و اليوم الآخر فلا يخلون بامرأة ليس معها ذو محرم منها، فإن ثالثهما الشيطان.[1]

ويجوز أن يتكرر النظر و الاجتماع بالمخطوبة إذا كان ذلك لازما للتأكد مما هي عليه، حتى لا يقع فيما لا يريد بالنسبة لشريكة حياته المستقبلية، و ينطبق نفس الشيء على المرأة إذ أنّها أشّد لزوما لأنها إذا تزوجت بدون رؤية الخاطب، فوجدت فيه ما ينفر منه فإنها لا تستطع الفكاك من الرابطة الزوجية بخلافه لأن الطلاق أصلا بيد الرجل لا بيد المرأة، فعدم النص حديث المغيرة بن شعبة على الرؤية بالنسبة للمرأة لا يعارض أن لها الرؤية مثل الرجل، لأن الحديث لم ينص على غير ذلك.

لقد اختلف الفقهاء في وقت نظر الخاطب إلى المخطوبة حسب المذاهب التالية:

المذهب الشافعي و الحنفي:

ذهب الشافعية و الحنفية إلى أن الوقت الذي يجوز للخاطب النظر فيه للمخطوبة يكون قبل الخطبة و بعد العزم على النكاح، و له النظر بدون إذنها أو إذن وليها فاكتفوا بإذن الشرع حتى لو كان الأولى عندهما أن يستأذنها، و استدلوا بقول الرسول ﷺ: "إذا ألقي في قلب امرئ خطبة امرأة فلا بأس أن ينظر إليها "، ولئلا يتركها بعد الخطبة فيؤذيها، و إذا نظر و لم تعجبه فليسكت و لا يقول لا أريدها لأنه إيذاء.[2]

المذهب الحنبلي:

1 – الشوكاني، نيل الأوطار، المرجع السابق، ص 10.

2 – البيهقي السنن الكبرى، مكتبة الباز مكة المكرمة، المرجع السابق، ص 7 و 85.

ذهب إلى نفس اتجاه المذهب الشافعي إلاّ أنّه قيّده بما إذا غلب على ظنه إجابته إلى نكاحها ، واستدلوا بذلك بقول عقبة بن عامر أن الرسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "إياكم و الدخول على النساء".

المذهب المالكي:

يرى أن وقت النظر إلى المخطوبة يكون أثناء الخطبة و قبل العقد الزواج ويكون بقيد، و ذلك بالحصول على إذنها أو أخذ إذن وليه.

المرأة لها حق النظر إلى الرجل من غير عورته إذا أرادت الزواج منه لنفس السبب الخاص بالخاطب لأنها إذا لم يعجبها و لا يوجد أي شيء يدعوها إلى نكاحه فلا يمكن لها مفارقته لأن العصمة كأصل عام في يد الرجل.

للخاطبأن يكرر النظر إذ أمن الشهوة و الفتنة فإذا لم يتيسر له ذلك بعث امرأة تتأملها و تصفها له، لأن الرسول ﷺ قد بعث أم سليم إلى امرأة و قال انظري عرقوبيها و شمي عوارضها.[1]

يتبين من خلال آراء الفقهاء أن رؤية المخطوبة جائز شرعا إلا أننا نجد الكثير من العائلات المتشددة تمنع الخاطب من النظر و التحدث إلى المخطوبة بحجة أن النظر حرام و هذا إفراط في الدين فيتم تقديم صورة إلى أم الخاطب التي تقدمها إلى الخاطب و على أساسها تتم الخطبة بين الطرفين[2].

نجد هذا بكثرة في الأرياف و يتم العقد علي أساسها مما ينجر عنها مآسي كثيرة ة نظرا للمعلومات الخاطئة المنقولة و المبالغ فيها، كما أن هناك من يلجأ إلى هذه الطريقة رغبة منه في تزويج الرجل أو المرأة المصابة بعاهة جسمية كإعاقة أو

1 – وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته ج7، دار الفكر، بيروت ط1، سنة 1985 ص22.

2 - وهبة الزحيلي،المرجع السابق ،ص24.

آفة عقلية كالجنون، وبالمقابل نجد بعض العائلات تجيز للخاطب الاختلاء بالمخطوبة إلى درجة تجاوز حدود الشرع و معاشرتها معاشرة الأزواج، مما يؤدي إلى ما لا يحمد عقباه و وقوعهما في معصية الله.

نرى من جهتنا أن الشرع أباح النظر إلى المخطوبة و نفس الحق مكرس للمخطوبة بالنظر إلى خطيبها وفقا للمعايير المحددة في الشريعة الإسلامية بما يكفل سلامة المرأة و المحافظة على عرضها.

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية للخطبة

الخطبة وعد بالزواج بحق كلا الطرفين في العدول عنها صراحةً في نص المادة الخامسة منه حيث أن الخطبة مقدمة للعقد الزواج كما ألحق نفس الحكم عند اقتران الخطبة بالفاتحة.

الخطبة من الناحية القانونية وعد بالزواج لا تكتسي طابع ا إلزاميا تجبر الخطيبين أو أحدهما على إتمام مراسيم الزواج إذ يحِّق لهما العدول عن الخطبة باستعمال الحق المقرر لهما في المادة 05 من قانون الأسرة.

وقد أدخل المشرع الجزائري تعديلا على المادتين الخامسة و السادسة من قانون الأسرة بموجب حيث أن الأصل في الخطبة أنّها وعد بالزواج طبقا للمادة الخامسة و رتّب نفس القيمة القانونية لها في حالة اقتران الفاتحة بالخطبة، إلاّ أنّه أدرج استثناء في المادة السادسة المعدلة يجعل اقتران الفاتحة بالخطبة زواجا متى توافر ركن الرضا و شروط الزواج المنصوص عليها في المادة 9 مكرر من هذا القانون.وهذا ما سنبينه بالتفصيل ضمن هذا المبحث.

المطلب الأول: الخطبة وعد بالزواج

الخطبة في قانون الأسرة وعد بالزواج و ليست عقد ا حتّى و إن تمت باتفاق الطرفين إذ يحّق للخطيبين العدول عنها حيث ينتج عن العدول عن الخطبة ضرر معنوي أو مادي [1] طبقا لمبدأ حرية الشخص في اختيار شريكه في المستقبل دون إكراه مما تطلب من المشرع عدم إضفاء الصيغة الإلزامية على الخطبة لأنه باعتبارها عقدا يفقد الطرفان حرية الاختيار الّتي هي من متطلبات النظام العام.

اعتبر المشرع الجزائري أن الخطبة وعد بالزواج و جعل الوعد غير ملزم للطرفين إذ نصَّ في المادة الخامسة من قانون الأسرة على أن الخطبة وعد بالزواج ويجوز للطرفين العدول عنها و بهذا فهي لا ترقى إلى مرتبة العقد بل هي مجرد وعد بالنكاح ليس لها القيمة القانونية للعقد، حيث لا تزيد عن كونها التزاما أدبيا لا غير وعليه لو عدل أحد الطرفين عن خطبته تلك فإنّه بعدوله هذا لا يعَّد خارقا لاتفاق قانوني لهفي الإلزام بالزواج.[2]

الخطبة أنّها ليست عقدا و إلاكانت ملزمة إلزاما يستتبع حتمية عدم العدول و هذا ما لم يقل به جمهور فقهاء الشريعة [3]، لأن الشرع هو الذي يعطي للتصرفات قوة الإلزام و الخطبة خالية منه، فالتراضي في الخطبة لم يكن على أساس أنه لا يجوز لأحدهما أن يعدل عن الخطبة، بل جواز العدول يجب أن يتوقعه كل واحد منهما في أي وقت ما دام العقد لم يتم نهائيا.[4]

فالخطبة لا يترتب عنها الإلزام بإتمام العقد انطلاقا من مبدأ الرضائية في الزواج سواء كان من الناحية القانونية أو الشرعية، إلاّ أنه هناك رأي لابن شبرمة ،

1 - العربي بختي،المرجع السابق،ص17.

2 - د/ محمد محدة، المرجع السابق، ص45.

3محمد الصالح العياري، مذاكرات و بحوث قانونية، مؤسسات عبد الكريم بن عبد الله، تونس،الطبعة الأولى، ص 135.

4الإمام محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 68.

وهي إحدى الروايات في المذهب المالكي يذهب إلى القول بأنّ الواعد يلزم بالوفاء بوعده ويُجبَر على ذلك بواسطة القضاء إلاّ إذا وجد ما يمنع ذلك كموت أو عدم القدرة على التنفيذ مستندا في قوله إلى النصوص الواردة في الكتاب و السنة التي تأمر بالوفاء بالعهد بقوله سبحانه و تعالى: « **وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدتُّمْ وَلَا تَنقُضُوا الْأَيْمَانَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا وَقَدْ جَعَلْتُمُ اللَّهَ عَلَيْكُمْ كَفِيلًا ۚ إِنَّ اللَّهَ يَعْلَمُ مَا تَفْعَلُونَ 91**

الخطبة إذن لا تبيح للخطيبين اختلاط الأزواج و لا يترتب على لاحدهما حق الآخر حتى لو ألبس الخاطب خطيبته خاتم الخطبة أو قام بتقديم جزء من الصداق [1]، إذ يجوز العدول عن الخطبة بدون رضا الطرف الثاني وه ذا ما نجده معمولا به علي مستوى القضاء، حيث نجد أن الدعوى المرفوعة من أحد الخطيبين المعدول عنه لمطالبة العادل بإتمام مراسيم الزواج مرفوضة بسبب أن العدول حق مخول لكلا الطرفي، من بين ذلك القرار الصادر عن محكمة عين تموشنت ملف رقم 08/0109 بتاريخ 08/03/25 والذي قضى برفض طلب المدعية المتعلق بإلزام المدعي عليه بإتمام مراسيم الزواج، إلا أنه نجد بعض الأحكام التي قضت بإتمام مراسيم الزواج، منها ما صدر عن مجلس قضاء أم البواقي حيث جاء في منطوقه إلغاء الحكم القاضي بفسخ الخطوبة التي تمت ما بين المدعي و المدع ى عليها، مع إلزام المدعى عليها أن ترجع للمدعي قنطار الصوف المقدم لها و أن ترجع مبلغ 10 آلاف دينار و رفض ما زاد من الطلبات لعدم التأسيس، و القضاء من جديد بإلزامها بإتمام إجراءات البناء مع أمر بتسجيل الزواج بالحالة المدنية، و كان القرار محل طعن بالنقض أمام المحكمة العليا، و تم نقضه بتاريخ 2000/7/18 على أساس أن الزواج تم بانعدام الرضا و بالتالي لا يحق للقضاة إجبار المرأة غير الراضية به على

1العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزء الأول الزواج والطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 1994،ص51.

إتمام إجراءات الزواج[1]، حيث يتضح أن المجلس أعاد تكييف الوقائع من خطبة إلى زواج حسب السلطة التقديرية له، إلا أنه مع ذلك لا يملك السلطة في إجبار الطرف العادل عن الزواج بإتمام الدخول، لأن الأمر متعلق بحرية الفرد و رضا الطرف الثاني فكان الأمثل أن يكتفي بتسجيليه للحفاظ على حقوق كل طرف، ما دام ثبتت لهم قيام زواج شرعي

من خلال الدراسة القانونية للمادة 5 الفقرة الأولى أن الخطبة مقدمة للزواج ومرحلة تمهيدية للعقد، تماشيًا مع أحكام الشريعة الإسلامية التي بدورها تعتبرها وعدًا بالزواج، إلاّ أنّ الاختلاف يكمن في تفسير مدلول الوعد من الناحية القانونية، إذ أن النّص كيّف الخطبة على أنها وعد بالزواج و من جهة أخرى اعتبر هذا الوعد غير ملزم للطرفين فأجاز لهما العدول عنه.

إنّ استعمال لفظ (الوعد) من حيث الصياغة القانونية للمادة 5 الفقرة الأولى في غير محله في نظرنا لأن هذا المصطلح له دلالة من الناحية القانونية في النظرية العامة للعقد في القانون المدني، باعتباره الشريعة العامة من خلال نص المادة 71 من القانون المدني التي تنّص على أنه (إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد، و كانت الشروط اللازمة لإتمام العقد و خاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة قام الحكم بمقام العقد)، إذ أن الوعد بالتعاقد في النطاق المدني ملزم للواعد إلى حين انتهاء الأجل.

أما قانون الأسرة الجزائري فنجده خالف هذه القاعدة في القانون المدني بحيث أنه من جهة اعتبر الخطبة وعدًا بالزواج و من جهة أخرى اعتبرها غير ملزمة،

1المجلة القضائية للمحكمة العليا العدد 2 سنة 2003 ص 267.

وأجاز للطرفين العدول عنها و بالتالي لا سلطة لقاضي الشؤون الأسرة في إصدار حكم يقوم مقام الوعد بإلزام الخاطب بإتمام مراسيم الزواج، عكس القاضي المدني وبهذا فإننا نقترح صياغة بديلة لمصطلح الوعد بجعل الفقرة تنص على أن (الخطبة تمهيد لعقد الزواج و لكلا الطرفين حق العدول عنها.

المطلب الثاني: اقتران الفاتحة بالخطبة

إنّ المشرع الجزائري اِعتبر الخطبة وعدًا بالزواج وللطرفين العدول عنها، إلاّ أنه في الفقرة الثانية من المادة السادسة من قانون الأسرة نصّ على أنّ اقتران الفاتحة بالخطبة لا يعتبر زواجا، و لم يبيِّن المقصود الخاص بالفاتحة لهذا سنقوم بتوضيح مفهوم الفاتحة، ثم حكم اقترانها بالخطبة من الناحية القانونية و موقف القضاء من ذلك و هذا وفقا للقانون القديم و المعدل.

الفرع الأول:مفهوم الفاتحة

لم يبيِّن قانون الأسرة تعريف الفاتحة و إنّما اكتفى بالنّص على الطبيعة القانونية لها من خلال نص المادة السادسة إذ استمدها من الناحية الشرعية و من عادات المجتمع الجزائري.

فالفاتحة في نظر الفقه الإسلامي تعتبر عقد زواج شرعي، و من بين أنصار هذا الموقف إبراهيم الجيلاني عندما سُئِل عن حكم ما جرى عليه العرف في قول الرجل عندما يخطب امرأة و يتلقى إيجابا منها أو من وليها و يتواعدون بالعقد ليلة البناء ثم يبعث للمرأة حناء و حوائج في المواسم و الأعياد ويسمع الناس بأن فلان زوجة له و يتم قراءة الفاتحة بالمسجد، فأجاب بقوله أن الأمر المؤكد جارٍ مجرى العقد في كل ما يرتب عليه بالإشهاد، و الإشهاد ليلة البناء إنما هو لتحقيق قدر

المهر و أجله و ما قبض و ما بقي في ذمته، فإن النكاح لازما لهما و إن كانت العادة المذكورة إنما هي توطئة للعقدة الشرعية التي تقع ليلة البناء.[1]

هناك من يرى أن الفاتحة هي الصيغة التي يتم بها عقد الزواج بمعنى {زوجني ابنتك فلانة على صداق قدره كذا و قول أب الزوجة زوجتك إياها فمن باب تسمية الأصل للفرع صار يطلق العقد الذي تقرأ فيه الفاتحة بالفاتحة، و قد أخذ بهذا الرأي الأستاذ محمد تقية عندما سُئِل عن الزواج الشرعي الذي لم يُسجَّل بعدُ في الحالة المدنية و أكّد أنه زواج صحيح مادام هناك اقتران فاتحتها بالخطبة فأجاب أن صيغة الزواج إن تمت باللفظ فإنّ الزواج الأول صحيح و لا يجوز تزويجها للغير إلا بعد الطلاق أو موت الزوج الأول.[2]

هناك من يرى أن المقصود بالفاتحة هي قراءة الفاتحة لكونها لا تؤثر في حقيقة الأمر على الخطبة و لا على عقد الزواج أو حالاقترانها بالخطبة و ليست لها قيمة شرعية لأنها مجرد دعاء اعتاد الناس على قراءتها بمناسبة الخطبة أو الزواج بحضور إمام المسجد و جماعة من الناس فعدم قراءتها لا يغير شيئًا من الطبيعة القانونية للخطبة أو الزواج أو اقترانها بالخطبة.

الفرع الثاني:حكم اقتران الفاتحة بالخطبة من الناحية القانونية

أولا: حكمهاحكم اقتران الفاتحة بالخطبة في ظل القانون القديم:

لقد اِعتبرت المادة 6 من القانون رقم 11/84 أن الخطبة و الفاتحة وعد بالزواج سواء كانت الخطبة قد وقعت قبل الفاتحة أو وقعتا معا في مجلس واحدزمانا و مكانا أو منفصلتين في مجلسين مختلفين من حيث الزمان و المكان إذ أخضعهما

1 – التاودي، شرح وجيز على رجز الإمام محمد بن عاصم مخطوط، ص138.

2 – محمد محدة، المرجع السابق، ص50.

لحكم واحد، حيث يجوز للطرفين العدول عنها في أي وقت شاء قبل إبرام عقد الزواج بصفة رسمية أمام موظف بالحالة المدنية.

إذا رفع أحد الخطيبين دعوى أمام المحكمة يطالب فيها بأن تحكم له بإلزام الطرف الذي عدل عن الخطبة بإتمام إجراءات عقد الزواج فإن الحكم يكون برفض الدعوى، لكون أن اقتران الخطبة بالفاتحة يخضع إلى حكم المادة 5 من قانون الأسرة و بالتالي هي وعد بالزواج يجوز للطرفين العدول عنه؛ أما إن حكمت له بما طلب فإنها تكون قد دمرت ركن الرضا في الزواج[1].

بالرجوع للاجتهاد القضائي في تعريف الفاتحة وحكم اقترانها بالخطبة نجد هناك تذبذبفي قرارات المحكمة العليا إذ يعتبرها عادةً مجرد قراءة سورة الفاتحة من باب التبرك والدعاء للخطيبين و أنها ليست ركنامن أركان الزواج أو شرطا لصحة الخطبة إلاّ أنها في بعض القرارات تعتبرها عقد زواج عند توافر أركان و شروط العقد

عند استقراء القرار الصادر بتاريخ 1992/03/17 تحت رقم فهرس 811/92 نجده أخضعت فيه المحكمة العليا اقتران الخطبة بالفاتحة لأحكام المادة 5 معتبرة إياها وعدا بالزواج لا أكثر، أهم ما جاء في حيثياته ما يلي: حيث إنه بالفعل فإن الشهود الذين وقع الاستماع إليهم سواء أمام قاضي أول درجة أو أمام العضو المقرر يذكرون حضورهم لوليمة الخطبة أو فاتحة الخطبة و أن المحققين لم يضبطوا الأسئلة التي تساعد على التفريق بين ما حضره الشهود هل مجرد خطبة بمعنى المادة 5 من قانون الأسرة، أم أنهم قد حضروا مجلس العقد بمعنى المادة 9 من النفس القانون بينما الفاتحة فهي ليست ركن ا من أركان الزواج وليست شرط ا لوقوع

1عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون أسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر سنة 1996، ص 85.

الخطبة و إنّما هي من باب التبرك و الدعاء و على ذلك يجب التفريق بين الفاتحتين.[1]

من خلال مناقشة القرار يتضح لنا أن المحكمة العليا تميِّز بين الفاتحتين بمعنى فاتحة الخطبة التي هي عبارة عن قراءة سورة أثناء إجراء حفل إعلان الخطبة ومجلس العقد عقد عرفي المتوافر فيه جميع أركانه و شروطه بمعنى المادة 9 من قانون الأسرة.

لقد اعتبرت المحكمة العليا في قرار آخر لها أن اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد زواجٌ شرعي و مستوفٍ لأركانه إلاّ أنه غير مسجل بالحالة المدنية أهم ما جاء فيه: من المقرر قانونا أنه يمكن أن تقترن الخطبة بالفاتحة أو تسبقها لمدة غير محددة و من المقرر أيضا أنه يثبت الزواج بتوافر أركانه المقررة شرعًا و متى تبين في قضية الحال أن أركان الزواج قد توافرت و تمت بمجلس العقد و أنه تم اقتران الخطبة بالفاتحة و بعد ذلك عدل الطاعن عن الزواج بالامتناع عن الدخول لأنه اِعتبر الفاتحة كالخطبة وعدا بالزواج.[2]

و في قرارٍ آخر صادر بتاريخ 1984/11/19 اعتبرت أن مرحلة الخطبة قد انتهت بالزواج وبالتالي استبعدت اقتران الخطبة بالفاتحة و إنّما اكتفت بوجود خطبة فقط إذ جاء في حيثياته: أنه من المقرر أن الأصل في الخطبة أنَّها مقدمة للزواج وليست زواجا غير أنَّها قد تتجاوز مرحلة التماس النكاح إلى النكاح الشرعي وأصبح فعلا زواجا شرعيا إذ واكبها تحديد شروطه و تحقق أركانه و هذا باشتماله على

1المجلة القضائية، العدد ص30.

2 – القرار الصادر بتاريخ 14/04/1992 تحت رقم فهرس 877 81، المجلة القضائية لسنة 2001، ص 33 و ما يليها.

الإيجاب و القبول حاملين لصيغة الزواج و حضور شهود و تول ي الأب لنكاح ابنته.[1]

مناقشة قرارات المحكمة العليا أن اقتران الخطبة بالفاتحة بمجلس العقد تأخذ حكم الزواج الصحيح إذ توافرت أركانه طبقا للمادة 9 من قانون الأسرة، و هذا متطابق مع أحكام الشريعة الإسلامية إذ أنه زواجٌ شرعي يستوجب الاعتراف به نظرا لما يترتب عليه من آثار تختلف عن مرحلة الخطبة خاصة ما يتعلق منها بحقوق المرأة.

إن الفاتحة غير ملزمة في عقد الزواج و لا في الخطبة لأن العقد يبرم لمجرد توافر أركانه و شروطه سواء تمت الخطبة أو اقترنت بالفاتحة فإنَّها لا تهم إطلاقا في نظرنا لأن العبرة بأركان و شروط الزواج و هذا ما يدّل على أن نية المحكمة العليا اتجهت إلى اعتبار الفاتحة عبارة عن قراءة سورة الفاتحة من طرف إمام المسجد عند إبرام عقد الزواج في مجلس العقد المستوفي لأركانه و شروطه طبقا للمادة 9 من قانون الأسرة، فإن قراءة الفاتحة في الخطبة أو عندما تسبقها لمدة غير محدودة دون توافر أركان الزواج لا يعتبر زواجا صحيحا و إنّما مجردُ وعدٍ بالزواج.

اتجهت المحكمة العليا اتجاه ا آخر في القرار الصادر بتاريخ 1995/04/4 بقولها: حيث أن المادة 6 من قانون الأسرة تقتضي بأنّه يمكن أن تقترن الخطبة مع الفاتحة أو تسبقها بمدة غير محددة فإن سبقت الخطبة الفاتحة تلك هي الخطبة المنصوص عليها في المادة 5 من نفس القانون و هي التي تعتبر وعدًا بالزواج، أما

1 – المجلة القضائية، للمحكمة العليا، العدد الأول، سنة 1990، ص67.

حالة اقتران الخطبة بالفاتحة بحسب المادة المشار إليها فهي زواج متى توافرت أركانه طبقا للمادة 9.[1]

نلاحظ أن قضاة المحكمة العليا قد أعطوا للخطبة المقترنة بالفاتحة في مجلس العقد صفة الزواج الصحيح عندما تكون بحضور الشهود و الولي و تحديد الصداق طبقا للمادة 9 من قانون الأسرة و حسنًا فعلوا، لأنه زواجٌ شرعي من الناحية الدينية إلاّ أنه يلاحظ خلط بين ما يعتبر خطبة و ما هو زواج عندما اعتبرت أن الخطبة التي تسبق الفاتحة وعدا بالزواج طبقا للمادة 5 من قانون الأسرة لأن الفقرة الثانية من المادة 6 صريحة في إخضاع الفاتحة في حالة اقترانها بالخطبة أو تسبقها لمدة غير محددة إلى أحكام المادة 5 في كلتا الحالتين.

الفرع الثالث:اقتران الخطبة بالفاتحة

لقد أدخل المشرع الجزائري تعديلا على نص المادتين الخامسة و السادسة من قانون الأسرة بموجب الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 من أجل تفادي الخلط الواقع بين الخطبة و الفاتحة إذ نصَّ على أن اقتران الفاتحة بالخطبة لا يعَّدُ زواجًا.

يتضح لنا أن القانون المعدل للمادتين 5 و 6 اعتبر أن الخطبة وعد بالزواج في المادة 5 و نفس الحكم ينطبق على اقتران الفاتحة بالخطبة الذي لا يعتبر زواجا، فهي ترتب نفس الآثار المتعلقة بالخطبة.

فالأصل العام أن الفاتحة عند اقترانها بالخطبة لا تُعد زواجا، مما يجعل اعتبارها خطبة أما على مستوى المحاكم نجد أنها تعتبر الفاتحة المقترنة بالخطبة تخضع إلى أحكام المادة الخامسة منها الحكم الصادر بتاريخ 2007/01/16 أهم ما

1 – المجلة القضائية للمحكمة العليا لسنة 1995، ص 36.

جاء في حيثياته مايلى: حيث أن ال مدعى عليه دفع بأن المدعية قرأت فاتحتها مع شخص ثان و أنه لن يقوم بإتمام مراسيم الزفاف إلا بعد أن يتأكد بأنها لم تعد بعصمة ذلك الرجل حيث بالاطلاع على ملف الدعوى الحالي تبين للمحكمة بأن الطرفين متزوجان بموجب عقد زواج صحيح في 2006/01/30 تحت رقم 8 بحاسي الغلة، حيث أن المدعية تطالب بإتمام مراسيم الزفاف و أن المدع ى عليه لا يرغب بذلك حيث طالما أن الزواج يكون بالإرادة المشتركة للطرف ين فإنه لا يسع المحكمة إلا أن تقضي برفض طلب المدعية الرامي إلى إتمام مراسيم الزواج.

حيث بخصوص دفع المدعى عليه بأن المدعية قرأت فاتحتها مع شخص ثان فهو دفع لا تعتد به المحكمة حيث طبقا للمادة 6 من قانون الأسرة فإن اقتران الخطبة بالفاتحة لا يعد زواجا وعليه يتعين رفض دفعه[1].

إلا أنه ورد استثناء في الفقرة الثانية من المادة 6 حيث اعتبر اقتران الفاتحة بالخطبة عقد زواج متى كان ذلك في مجلس العقد و توافرت فيه ركن الرضا المحدد في المادة 9 و شروط الزواج المتعلقة بالأهلية، الصداق، الولي، الشاهدان و انعدام الموانع الشرعية للزواج.

عند استقراء الفقرة الأولى من المادة السادسة نفهم أن اقتران الفاتحة بالخطبة لا يعد زواجا في الأصل مما يدل على أن قراءة سورة الفاتحة بمجلس الخطبة عبارة عن وعد بالزواج بمعنى المادة 5 من قانون الأسرة لأن الأصل في الفاتحة أنها تقرأ في عقد الزواج و ليس في الخطبة.

1محكمة عين تموشنت قسم شؤون الأسرة بتاريخ 2007/01/16 تحت رقم فهرس 07/1911.

و بهذا أصبحت الفاتحة من هذا المنطق تنصرف إلى عقد زواج شرعي و أصبح الناس يعتقدون أن الإمام ركن ضروري لصحة الزواج إذ بمجرد قراءة الفاتحة يعتقد الطرفلن أن عقد الزواج قد تم بينهما حتى و لو لم يتوفر العقد على أركانه و شروطه حيث يتم إجراءها في بعض المناطق في مجلس الخطبة الذي يقام للإعلان عن الخطبة بين الطرفين، ينتهي بقراءة الإمام سورة الفاتحة و الدعاء للخطيبين للتبرك لهما، إلا أن الطرفين لا تتوفر فيهما شروط الزواج كأن تكون المخطوبة مثلا قاصرة و لم تحصل على ترخيص من القاضي أو تكون غير راضية على إجراء الفاتحة أصلا كما أنه لا يتم تحديد الصداق فيه من الناحية الشرعية ينعقد الزواج ولو لم يتم تحديد الصداق].

لقد أخذ قانون الأسرة المعدل في المادة 6 باجتهادات المحكمة العليا وما استقرت عليه مبادئ الشريعة الإسلامية إذ اعتبر مفهوم الفاتحة أنها قراءة سورة الفاتحة و أن تقديمها أو تأخيرها أو اقترانها بالخطبة لا تغير من القيمة القانونية للوعد بالزواج و بالتالي ينتج عن العدول عنها ما يترتب عن الخطبة لأن الأصل العام أن حضور الإمام لقراءة سورة الفاتحة تكون عادة في مجلس العقد لا في مجلس الخطبة و أن الفاتحة هذه لا تعتبر أصلا ركنا أو شرط للزواج و من هنا فإن عبارة الفاتحة لا تعتبر زواجا لوحدها أو عند اقترانها بالخطبة، ويترتب ع ليها من الناحية الشرعية و القانونية ما يتعلق من أحكام الخطبة[1].

نجد في بعض المناطق أن هناك من الأطراف من يستوفي الأركان و شروط الزواج المنصوص في المادة 9 من قانون الأسرة في مجلس الإعلان عن الخطبة حيث يكون بحضور إمام مسجد يقوم بالقراءة الفاتحة الذي هو في حقيقة الأمر زواج شرعي و الدليل على ذلك أن الطرفين عادة عند إجراء الحفل الثاني لوليمة الزواج

1 - المرجع نفسه.

من أجل الدخول بالزوجة لا يتوجب عليهم إحضار إمام المسجد لأنه حضر في حفل إعلان الخطبة.

المطلب الثالث: اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد

نصت المادة 6 من القانون رقم 09/05 المؤرخ في 4 مايو 2005[1] أن اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توفر ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في المادة 9 مكرر من هذا القانون.

بهذا فإن المشرع الجزائري وضع استثناء عن الأصل العام الوارد في الفقرة الأولى من المادة السادسة إذ أن المبدأ العام في اقتران الفاتحة بالخطبة أنه لا يعد زواجا، غير أن اقترانها بمجلس العقد يعتبر زواجا عند توفر ركن الرضا و شروط الزواج المتعلقة بأهلية الزواج، و تقديم الصداق بحضور الشهود و ولي الزوجة مع خلو الطرفين من الموانع الشرعية الزواج.

لقد كرّس قانون الأسرة المعدّل للمادة السادسة اجتهادات المحكمة العليا المتعلقة بالطبيعة القانونية لاقتران الفاتحة بالخطبة إذ اعتبرها عقد زواج صحيح متى توافرت أركانه و شروطه في مجلس العقد إلا أنه غير مسجل بالحالة المدنية.

و لتطبيق نص المادة 6 يتوجب على القاضي الذي يعرض النزاع عليه قبل الفصل في القضية أن يقوم بتكييف الوقائع المطروحة عليه أولا على أنها زاوج شرعي إذا اقترنت الفاتحة بالخطبة *بمجلس العقد* و منه يخضع إلى أحكام المادة 9، أو أنها مجرد وعد بالزواج يخضع للمادة 6 فقرة 1 منه و لذلك يأمر بإجراء تحقيق

---

[1] قانون رقم 05 - 09 مؤرخ في 25 ربيع الأول عام 1426 الموافق 4 مايو سنة2005 ، يتضمن الموافقة على الأمر رقم 02 - 05 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005 الذي يعدل و يتمم القانون رقم 11 - 84 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984 و لمتضمن قانون الأسرة.

في القضية بسماع الطرفين و الشهود و ولي الزوجة للتأكد من توافر شروط الفقرة الثانية من المادة السادسة المتمثلة فيما يلي:

1.وجود مجلس العقد: إن فكرة مجلس العقد نظرية مستمدة من الفقه الإسلامي تطبق على جميع العقود سواء كانت رضائية أو شكلية و أخذ بها قانون الأسرة في المادة السادسة و لم يعرف المقصود منه، إلاّ أن الفقهاء أجمعوا على تعريفه بأنه مكان و زمان التعاقد [1]، الذي يبدأ بالإشغال بالصيغة و ينقضي بانتهاء الأشغال بالتعاقد و له ركنان هما:

الركن المادي:

هو الحيِّز الثابت أو المتحرك الذي يكون فيه المتعاقد ان منشغلين بصيغة التعاقد، سواء كان الحيز مغلقا أو غير مغلق، و أن له نطاق ا أو مرمى أو حزم ا سمعي و بصري ا حيث يمتد المكان ليشمل المرمى السمعي و البصري سطحيا و أفقيا.

الركن المعنوي:

يقصد به زمن أو وقت الاشتغال بالتعاقد سواء طالت مدّة الفترة أم قصرت وأن نطاقه محدد يتم ربطه بأمري المكان و الانشغال بالتعاقد.

و مجلس العقد إما يكون مجلسا حقيقيا أو حكميا.

* مجلس العقد الحقيقي:يكون المجلس حقيقيا عندما يكون المتعاقد ان حاضرين بمجلس العقد و هذا هو الأصل فيه يبدأ المجلس بصدور الإيجاب من أحد المتعاقدين و يكون عادة من طرف الزوج بقوله زوجني ابنتك فلانة ثم

1 – رمضان السيرنباطي، المرجع السابق، ص 112.

يقترن بقبول الزوجة أو وليِّها و يتم تبادل صيغة العقد بقوله زوجتك إياها، وينتج آثاره من لحظة علم الموجب بالقبول.

* مجلس العقد الحكمي:يكون مجلس الزواج بدون حضور أحد المتعاقدين نظرا لغيابه و هذا المجلس يبدأ من لحظة التبليغ بالإيجاب و ينتج آثاره من لحظة الإعلام بالقبول.

2.صيغة التعاقد:

الأصل أن الإيجاب و القبول في عقد الزواج يجب أن يكون بالعبارة أو الإشارة أو الكتابة أو الألفاظ التي ينعقد بها النكاح شرعا، و لقد اتفق الفقهاء على أن اللفظ يؤخذ من مادتي الزواج و النكاح لأن أكثر النصوص الواردة جاءت بهما، و الزواج من العقود الأبدية لأنه يفيد ملك المتعة فالزواج لا ينعقد بألفاظ الوصية حتى و إن أفادت التملك لأنه مضاف إلى ما بعد الموت و الزواج يقتضي التملك في الحال مثلا هب لي ابنتك بمهر كذا، و يقول الآخر قبلت. أجاز المالكية أن تكون الصيغة بالتمليك أو الهبة إذا صاحبتها قرائن تدل على إرادة عقد النكاح، كقوله: هبني ابنتك بصداق قدره كذا.

3.طرفامجلس العقد:

الأصل أن الزوج و الزوجة هما طرفا مجلس العقد و هما من تصدر عنهما الصيغة أو التعبير عن الإرادة التي يتكون العقد بها و يتم إبرامه، مع مراعاة عدم مباشرة المرأة لعقد زواجها أصالة عن نفسها و إنّما يكون من طرف وليِّها و يحضر مجلس العقد شاهدان للشهادة على واقعة الزواج.

4.توافر ركن الرضا:

لقد نصّت المادة التاسعة من قانون الأسرة أن الزواج ينعقد بتبادل الرضا بين الزوجين و يكون بإيجاب من أحد الطرفين و قبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا سواء لغة أو عرفا كالكتابة أو الإشارة.

أ – الإيجاب: هو ما صدر من أحد المتعاقدان على ما يريده من إنشاء العقد ويسمى الشخص الذي صدر منه الإيجاب مُوجِبا.

ب – القَبول: هو ما صدر ثانيا من الطرف الثاني لآخر دليل على موافقته على ما أوجبه الأول و سمي الشخص هنا قابلا.

توافر شروط الزواج المنصوص في المادة 9 مكرر:

1/ أهلية الزواج:

تتمثل شروط صحة الزواج عند اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد في أن يكون الزوجان على أهلية لإبرام العقد و ذلك ببلوغ سن 19 سنة كاملة طبقا للمادة 7 من قانون الأسرة، أما ناقص الأهلية فيجب أن يكون حاملا لترخيصٍ من رئيس المحكمة يسمح له بإبرام العقد قبل السن القانوني.

2/ الصداق:

يعتبر الصداق ما يدفع نحلة للزوجة من نقود و غيرها من كل ما هو مباح شرعا، و هو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء، إذ يتم تحديده في العقد سواء كان معجلا أم مؤجلا.

3/ الولي:

لصحة عقد الزواج يشترط أن يحضر الولي مجلس العقد الذي اقترنت فيه الفاتحة بالخطبة و عادة هو الذي يتولى إبرام العقد بحضوره نيابة عن الزوجة، إذ

يصدر القبول منه نظرا لعدم حضور المرأة بمجلس العقد، و يمكن لها أن تعقد زواجا بحضور أحد أقاربها أو أي شخص تختاره طبقا للمادة 11 من قانون الأسرة.

4/الشاهدان:

يعتبر الشهود أمرًا وجوبيا في عقد الزواج كونهما شاهدين على صيغة التعاقد وشروط العقد في حالة وجود نزاع، حيث أنّ الشاهد يرتب حق ا لغيره، ويشترط أن يكونا قد حضرا مجلس العقد لتكون شهادتهما جائزة شرعا و قانونا، ويجب أن يتحقق فيه نصاب الشهادة لإثبات الزواج رجلان أو رجلوامرأتان.[1]

5/انعدام الموانع الشرعية للزواج:

يشترط لانعقاد الزواج في حالة اقتران الفاتحة بمجلس العقد أن لا يكون عند الطرفينمانع من الموانع الشرعية للزواج المتمثلة في موانع المؤبدة أو المؤقتة المنصوص عليها في المواد 23 إلى 30 من قانون الأسرة.

هناك من يرى أن انعقاد مجلس العقد يتطلب وجود عقد مسجل بالحالة المدنية ويستدلون بتعليمة وزارة الشؤون الدنية والأوقاف لمختلف الأئمة بعدم إجراء الفاتحة إلا بعد العقد الرسمي، إلا أن العقد في حقيقته قد تم بمجرد توافر ركن الرضا وشروط صحة الزواج دون الحاجة إلى إمام، إلا أن هدف المشرع من ذلك هو التوفيق بين الزواج الشرعي و الزواج القانوني، كما يقلل من ظاهرة الزواج بالفاتحة الذي تنجر عنه عدة مسائل شرعية تستوجب حلا قانوني، و بالتالي منع إثبات الزواج غير الشرعي و إلحاق نسب أولاد الزنا.

فبالتالي بعد تحقق القاضي من توافر الشروط سالفة الذكر يقضي بإثبات الزواج الشرعي إن تم الدخول مع أمر ضابط الحالة المدنية لمكان انعقاد الزواج

1رمضان السيرنباطي، المرجع السابق، ص 112.

بتسجيله و التأشير على هامش عقدي ميلادهما بذلك، إلا أن الإشكال يثار عندما يكون النزاع قبل الدخول حيث يدعي أحدهما بوجود خطبة، و الطرف الثاني يؤكد إبرام عقد شرعي بالفاتحة و يدعي في كثير من الأحيان بأنه قد تم الدخول بالمدعى عليها ويطالب القضاء بالحكم له بتسجيل الزواج قبل الدخول مما يطرح على القاضي عدة مسائل شرعية تحتاج إلى حل قانوني مثل مطالبة الزوجة لنصف الصداق في حال الطلاق قبل الدخول و المدعي عليه ينكر واقعة الزواج العرفي ويتمسك بوجود خطبة لا أكثر.

و نجد أن المحكمة العليا قد طبقت نص المادة 6 في فقرتها الثانية بعد تعديلها ذلك في القرار الصادر بتاريخ 2005/10/12 في الملف رقم 340671 و أهم ما جاء في حيثياته (ذلك أن المطعون ضدها لما أقامت دعواها أمام محكمة أول درجة صرحت بأنها و الطاعن وقعت بينهما خطبة مقرونة بالفاتحة (أي عقد زاوج) بتاريخ 2005/09/11 بحضور جماعة من المسلمين أين تم تحديد الصداق بأربعين ألف دينار و خاتم الحنة إلى جانب توابع هذه الأخيرة (حقيبة تشتمل على عدّة أشياء سار عليها عرف الجهة) و حرّر قاضي أول درجة أقوالها هذه في محضر مؤرخ في 2002/9/8 و أن الطاعن حاليا دعاها لترك وظيفتها في التعليم إلاّ أن طلبه هذا رفضته و بناءا عليه نشأت دعوى الحال و تطالب بفسخ خطوبتها مع منحها تعويضا بسبب الضرر اللاحق بها، و حيث يتضح من أقوال المدعية و التي أيدها الطاعن أن ما يربط طرفي النزاع هو عقد زاوج تتوفر فيه جميع أركانه و بالتالي يتعيّن إصدار حكم إما بالتطليق أو الطلاق و لا يجوز في مثل قضية الحال حلّ الرابطة الزوجية بين طرفي النزاع بفسخ الزواج لأن الفسخ تطبق عليه المادة 33 الفقرة الثانية و المادة 34من قانون الأسرة، و عليه فكان المفروض على قضاة

الموضوع القضاء في قضية الحال بالتطليق إذ رأوا أن المدعية محقة في طلبها لكون ما يربطها و الطاعن هو زاوج عرفي تام الأركان بإقرار الزوجين و وقائع القضية.[1]

إن المحكمة العليا أقرّت بتطبيق المادة 6 في فقرتها الثانية[2] كون الوقائع ينطبق عليها وصف الزواج العرفي الذي تم بالفاتحة و ليست خطبة و أن الدخول لم يتِّم بين الطرفين حسب معطيات القضية مما أدى بمن حضر المجلس يعتقدون أن ما يربط الطرفين هي خطبة لا أكثر نظرا لاعتقادهم أنّ الزواج العرفي يستوجب الدخول لإثباته إلاّ أنه في حقيقة الأمر الدخول ليس ركن ا أو شرط الانعقاد الزواج كما أن القانون يعترف بالطلاق قبل الدخول دون تحديد إن كان عقد الزواج مسجلا أم لا.

1 – المجلة المحكمة العليا العدد الثاني 2005، ص 397.

2 – المادة6 من الأمر 09.05 المؤرخ في4 مايو سنة 2005 المعدل لقانون الأسرة.

يقصد بالعدول عن الخطبة تراجع أحد الخطيبين والتخلي نهائيا عن مشروع الزواج بالخطيب الآخر والتوقف تماما عن السير في متابعة الأعمال و الإجراءات المؤدية إلى تحقيق إبرام عقد الزواج كما كان مخططا له في أول الأمر بعد إتمام الخطبة، لذلك إذا وقع العدول انقضت الخطبة، ولا يجوز للطرف الذي لم يعدل أن يطلب من القضاء الحكم بإلزام الطرف الآخر بالاستمرار في الخطبة و إبرام العقد دون إرادته، لأن هذا الأخير ينبني على الرغبة المعلنة و الإرادة المتبادلة للخطيبين.

و إذا كانت الخطبة من مقدمات الزواج كما سبق الإشارة إليه، فهي لا تعتبر زواجا شرعيا فهي مجرد وعد بالزواج لا يرقى إلى درجة العقد ولا يترتب عنها أي أثر من آثار الزواج، وعليه فإنه يجوز العدول عنها و التراجع عن متابعة السير فيها في أية مرحلة من مراحلها، و في أي وقت يريده أحد طرفي الخطبة، و هذا ما نصت عليه المادة 5/2 ق.ا.ج بالقول " : للطرفين العدول عن الخطبة ".

المبحث الأول: أسباب العدول عن الخطبة.

القانون لم يلزم الخطيبين بضرورة إتمام عقد الزواج لأن في ذلك إكراه لهما، و الزواج عقد أبدي ينبغي أن يتنزه عن كل إكراه كون الضرر الناتج عن الزواج أكبر من الضرر الناتج عن العدول، و للخطبة أسباب كثيرة لإنقضائها، فقد تنحل بإتمام العقد الموعود به و تتخذ بذلك المسار العادي الذي شرعت من أجله، كما أنها قد تنحل بالعدول عنها بالإرادة المنفردة أو بالإتفاق على إنهاءها، كما أنها تنقضي بوفاة أحد الخطيبين أو كلاهما، لذا سنتطرق في هذا المبحث إلى الأسباب التي تنحل بها الخطبة.

المطلب الأول: فك الخطبة بالزواج.

بعد إعلان الخطبة و مرور الخطيبين بفترة تجربة تمهيدا لعقد الزواج كون أنها وعد بالزواج و من خلالها يتعرف كل طرف على ميول و رغبات الطرف الآخر من حيث الأفكار و انسجامهما معا، كل هذا سيكشف النقاب عن ما يمكن أن يكون من إختلاف بين الطبعين و المزاجين تمهيدا لتجنب هذا الخلاف و حله مسبقا قبل أن يصطدم الزوجين مستقبلا كما يتم التفاهم حول طريقة تأثيث البيت و ترتيبه بما يتوافق و مزاجيهما بقدر الإمكان و مناقشة مسألة الجهاز المناسب للزوجة حسب قدرة الزوج و ما هو مستقر عليه في المنطقة التي يقطن بها الخاطب أو خطيبته، و قد يتم الإتفاق على أن يكون المهر مقدم أو معجل، أو يترك أمره إلى ما بعد الدخول في حالة إعسار الزوج.

الفرع الأول:الزواج

بعد تأكد الخطيبين من وجود التوافق بينهما يقوم الخاطب بتحديد تاريخ إبرام عقد الزواج بالإتفاق مع خطيبته ليتم الإعلان عنه لأهلهما و البدء في الإجراءات التحضيرية لوليمة الزواج حسب عادات و تقاليد كل منطقة أين يقوم الخاطب بإعداد وليمة الزواج.

و يتم عقد الزواج بحضور الخاطب إلى مجلس العقد إضافة إلى أهل العروسين و أقاربهم بحيث يتم التفاهم على صداق الزوجة و قيمته بحضور شهود على ذلك و ولي الزوجة أين يتبادل صيغة عقد الزواج متبوعة بقراءة سورة الفاتحة من طرف إمام المسجد كإجراء أخير في حفل تكون فيه وليمة الزواج.

عند إبرام عقد الزواج الشرعي الذي يكون مستوفي لركن الرضا بين الزوجين وفقا للمادة 9 من قانون الأسرة بشرط أن يكون خال من عيوب الرضا مع توفر الشروط المنصوص عليها في المادة 9 مكرر منه، ليتم تسجيل عقد الزواج أمام ضابط الحالة المدنية قبل أن يتم الدخول.

و قد يؤجل الطرفان تسجيل عقد الزواج في الحالة المدنية إلى وقت لاحق و هذا ما نجده بكثرة في بعض مناطق الوطن و الذي يثير إشكالات عند رغبة الزوجة بتسجيله و رفض الزوج بعد الدخول نتيجة لمشاكل زوجية، قد ينجر عن ذلك طلاق شرعي بعد الدخول

دون أن يكون العقد مسجلا و حينها تجد الزوجة صعوبة في إثبات عقد الزواج العرفي خاصة أمام إنكار الزوج له، أو رفض الشهود الإدلاء بشهادتهم أمام القضاء.

أمام هذه الإشكالات يكون القاضي الخيار بين أمرين، إما تطبيق النص القانوني أو تحكيم الشريعة الإسلامية، فهل يجوز له أن يقضي بإثبات الزواج العرفي بعد التأكد من توافر شروطه قبل الدخول في حالة وجود نزاع حول واقعة الدخول وإدعاء أحد الأطرف بوجود مجرد خطبة ودفع المدعى عليها بوجود عقد عرفي بالفاتحة وعلى أساسه يطالب بإثبات الزواج.

في هذه الحالة تكون الخطبة قد أخذت مسارها العادي و المشروع و حققت الهدف المتوخى منها، و بإتفاق الطرفين على دخول مرحلة إبرام عقد الزواج يتحول الخاطب إلى مركز الزوج و المخطوبة إلى مركز الزوجة بمجرد العقد عليها، سواء كان عقدا عرفيا أو مسجلا بالحالة المدنية لأنه يمكن للطرفين اللجوء إلى المحكمة، قسم شؤون الأسرة، لتثبيت هذا الزواج العرفي و تسجيله بالحالة المدنية كون هذا الأخير لا يعدو أن يكون إلا وسيلة إثبات له طبقا لنص المادة 22 من قانون الأسرة.

المطلب الثاني: فك الخطبة بالعدول.

الخطبة وعد بالزواج و لكلا الطرفين حق العدول عنها و بالتالي رفض المضي قدما في إبرام عقد الزواج الموعود به، و هذا ما تضمنه قانون الأسرة في المادة الخامسة منه أين أجاز للخطيبين فسخ الخطوبة متى شاء ذلك بإعتبار العدول حق لهما دون أي قيد أو شرط قانوني فالقول بخلاف ذلك ينتج عنه إبرام عقد الزواج بدون رضى أحد الخطيبين و ذلك ليس من مقتضيات عقد الزواج الذي يفترض فيه أن يكون الرضا ركن أساسي فيه يترتب على مخالفته البطلان طبقا للمادة 9 من القانون 09/05 المؤرخ في 4 مايو 2005.

و لقد أجمع الفقهاء على أن الخطبة وعد بالزواج يحّق للطرفين العدول عنها لأن ذلك يتفق مع الحكمة منها، فإلزام أحد الطرفين بإجراء العقد يتضمن إكراه و هو ما لا يجوز في عقد الزواج إذ أنه عقد أبدي يستوجب أن تكون الجدية في إنشائه أكثر من غيره من العقود.[1]

العدول عن الخطبة هو تراجع أحد الخطيبين عن مشروع الزواج بالخطيب الآخر، و التوقف تماما عن السير في متابعة الأعمال و الإجراءات المؤدية إلى تحقيق الزواج كما كان مخططا له في أول الأمر بعد إتمام الخطبة، لذلك إذا تم العدول انقضت الخطبة و لا يجوز للطرف الذي لم يعدل عنها أن يطلب من القضاء الحكم بإلزام الطرف الآخر بالإستمرار في الخطبة و إبرام العقد دون إرادته لأنه عقد يبنى على الإرادة المتبادلة للخطيبين.[2]

و العدول عن الخطبة يكون إما بالإرادة المنفردة أو بالإرادة المشتركة للخطيبين.

1)العدول بالإرادة المنفردة:

ينص قانون الأسرة في المادة الخامسة منه: يتجسد العدول بالإرادة المنفردة بتعبير إنفرادي صادر من الخاطب إلى خطيبته أو عكس ذلك دون رغبة و رضى الطرف الثاني ممارسا بذلك حقه المكرس قانونا سواء بوجود سبب جدي أو بانعدامه، و يتم توجيهه من طرف الخاطب عادة إلى خطيبته، و نادرا ما نجد العدول الصادر من المخطوبة إلى خاطبها و السبب أن المخطوبة هي التي تتحمل الخاطب في أخلاقه و عاداته.

2)العدول بالإرادة المشتركة للخطيبين:

لم ينظمه المشرع الجزائري، و يتحقق بإتفاق الطرفان بمحض إرادتهما على إنهاء الخطبة القائمة بينهما بعد مناقشة الموضوع و اتخاذ قرار فسخ الخطوبة في النهاية، و يتخذ هذا النوع من العدول عند إقتناع الطرفين بأن كل منهما لا يصلح أن يكون زوجا للآخر و

[1] حسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر 2006، ص 33.

[2] سعد عبد العزيز، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر 1996، ص 85.

نجد أن هذه الطريقة منتشرة في وقتنا الحاضر نتيجة لتطور الثقافة و الوعي لدى الأفراد بخطورة السير في إجراءات إبرام عقد الزواج الفاشل و الذي يصعب التخلص منه بعد انعقاده، و ما يترتب من تعاسة و شقاء فالعدول في هذه الحالة وقاية من مستقبل مظلم و الوقاية خير من العلاج.

الفرع الاول:العدول الضمني

عادة ما يلجأ أحد الخطيبين إلى إبداء رغبته في إنهاء الخطبة بالإرادة المنفردة دون أن يصل إلى علم الطرف الثاني، و لكن يفهم ضمنيا من خلال تصرفات الخاطب أو المخطوبة كأن يقوم الخاطب مثلا بخطبة فتاة أخرى ثم تعلم خطيبته بذلك، أو عزوف الخاطب عن زيارة المخطوبة في الأعياد و المناسبات و التخلي عن كل الواجبات التي تقع على الخطيب بعد إتمام الخطبة.

الفرع الثاني: العدول الصريح:

نجد هذه الطريقة مجسدة عند العدول بالإرادة المشتركة للخطيبين حيث يلجأ أحد الخطيبين إلى إبداء رغبته صراحة في إنهاء الخطبة لأسباب معينة يقوم بشرحها للطرف الثاني بعد مناقشتها و إقتناع هذا الأخير بجدية السبب كأن يطلب الخاطب من مخطوبته بتقديم إستقالتها من وظيفتها بعد إبرام عقد الزواج و رفضها دون إقناع أحدهما للآخر برأيه فيتم الإتفاق بمحض إرادتهما على العدول ليتم الإعلان عن ذلك بحضور ولي المخطوبة و أقارب الخاطب بفسخ الخطوبة.

إن المادة الخامسة من قانون الأسرة نصت على العدول الذي يتم بالإرادة المنفردة لأحد الخطيبين و اعتباره حق يجوز اللجوء إليه دون تبيان أسباب و بواعث هذا العدول نظرا لكونه حق شخصي يخضع لإعتبارات خاصة لكل من طرفي الخطبة، و لا سلطة للقضاء عليه بحيث تركت الحرية الكاملة في الإقدام أو الإحجام عن الزواج إذ أن الشخص هو

الأدرى بشؤونه و الأعرف بمصالحه الخاصة في هذا العقد فكان لهوى النفس أن دخل في العدول.[3]

إن أسباب العدول متعددة و متغيرة حسب متطلبات المجتمع و أعرافه و عادات كل منطقة كونها أسباب داخلية يصعب على المشرع حصرها كما يصعب على القاضي فهمها و العلم بها، و بالرجوع إلى واقع المجتمع الجزائري نجد أسباب العدول الأكثر انتشارا تعود إلى ما يلي:

- ✓ إختلاف وجهات النظر إلى الحياة من حيث الأفكار، التربية و العادات مما يؤدي إلى إنعدام الإنسجام بين الخطيبين.
- ✓ إنعدام التكافؤ العلمي و الثقافي بينهما.
- ✓ حصول الخاطب أو المخطوبة على تأشيرة الخروج إلى بلاد أجنبية و بعد فترة من الإقامة يصرف النظر عن الخطبة و إعلانه العدول عنها.
- ✓ مطالبة المخطوبة بإعداد منزل للزوجية مستقل عن أهل الخاطب.
- ✓ مطالبة الخاطب خطيبته لتقديم استقالتها من الوظيفة التي تشغلها بمجرد العقد عليها.
- ✓ نشوب نزاعات عائلية بين أسرتي الخطيبين تؤدي إلى العدول عن الخطبة.
- ✓ الخطبة التي تتم بدون رؤية الخاطب للمخطوبة أو العكس.

لقد جعل المشرع الجزائري العدول عن الخطبة حق للطرفين باعتبار أن الخطبة وعد بالزواج لا أكثر و بالتالي لا يرتب إلزاما بإبرام عقد الزواج، و عند لجوء أحد الخطيبين إلى القضاء بسبب عدول الطرف الثاني و رفضه تقبل فسخ الخطوبة للمطالبة بإتمام مراسيم الزواج فإن القاضي يرفض الطلب لأن الخطبة لا تعدو أن تكون وعد، و هو المعمول به

[3] فتحي الدريني، دراسات و بحوث في الفكر الإسلامي المعاصر، المجلد الثاني، الطبعة الأول، دار تقية للطباعة و النشر و التوزيع، بيروت سنة 1988.

قضائيا إلا أنه نجد في بعض المحاكم من يلزم الخاطب بإتمام مراسيم الزواج برغم من إدعاء الطرف الثاني بأنه تجمعه به خطبة فقط منها.

المطلب الثالث: فك الخطبة بوفاة أحد الخطيبين.

تنقضي الخطبة استثناءًا عن الأصل الذي شرعت من أجله, بوجود وقائع مادية خارجة عن إرادة الخطيبين تحول دون استمرار الخطبة في المضي نحو الهدف التي شرعت من أجله، ذلك بوفاة أحد الخطيبين، أو كلاهما مما يؤدي إلى عدم إبرام عقد الزواج الموعود به.

الفرع الأول: وفاة أحد الخطيبين

تعتبر وفاة أحد الخطيبين من الأسباب غير الطبيعية لنهاية الخطبة، يترتب عليها آثار معينة من الناحية الشرعية، حيث أن قانون الأسرة لم ينظم هذه الحالة و يرجع الأمر في ذلك إلى خصوصية المجتمع الجزائري الذي يتميز بتقاليده المحافظة، و تماسكه عند الشدة، إذ لا يمكن للخاطب أن يطالب أهل المخطوبة بالمهر المقدم لها خلال فترة الخطوبة أو بهداياه الممنوحة لها بعد وفاتها، خلافا للقانون اللبناني الذي نجده ينص في المادة 2 من قانون العائلة على أنه: بعد تمام الوعد، إذا امتنع أحد الطرفين عن النكاح أو توفي فللخاطب أن يسترد الأشياء التي أعطاها حسابا عن المهر عينا إن كانت قائمة، و بدلا إن تلفت، أما الأشياء التي أعطاها الطرفان لبعضهما البعض هدية فتجري أحكام الهبة بحقها"[4]، حيث يجوز حسب النص القانوني استرداد المهر عند العدول والوفاة أما الهدايا فإنه طبق بشأنها أحكام الهبة لأن عدم الزواج ليس من جهة المتوفى و إنما لوجود العارض في الخطبة لا يمكن ضبطه، كما نجد نفس الحكم تضمنه القانون الخاص بالطائفة الإنجيلية الذي ينص على أنه إذا مات أحد الخطيبين و كانت الخطبة تمت بصفة رسمية فللخاطب الآخر أن يسترجع ما أعطاه للمتوفى من مهر أو هدية ما عدا ما استهلك بشرط رد ما يكون قد أخذه من المتوفى[5]، إذ أن هذا القانون منح للخاطب الذي تمت خطبته بصفة رسمية حق

[4] أبو السعود رمضان، الوجيز في شرح أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين، دار المطبوعات الجامعية، سنة 1997، ص 246.

[5] أبو السعود رمضان، المرجع السابق، ص 247.

المطالبة بالمهر و الهدايا المقدمة إذا توفي أحد الخطيبين بشرط أن يرد لهذا الأخير ما أخذه منه و يعفى من الإسترداد كل ما هو مستهلك.

نجد أن القانون المنظم لطائفة المسيحيين بدوره نص على انقضاء الخطبة بالوفاة و أجاز للخاطب الذي هو على قيد الحياة حق استرداد المهر المقدم أو قيمته في حالة التصرف فيه، و ذلك في المادة 14 التي تنص على أنه: إذا توفي الخاطب قبل الزواج فلورثته استرداد المهر أو ما اشتري به من الجهاز إذا توفيت المخطوبة فللخاطب أن يسترد المهر أو ما اشتري به من جهاز أما الهدايا فلا ترد في الحالتين غير أنه إذا لم يحصل إتفاق على المهر و إنما قدمت هدية لتقوم مقام المهر فتكون لها حكم المهر.[6]

من خلال النصوص القانونية يتضح لنا جليا أن الورثة لهم الحق في إقامة الدعوى أمام القضاء لمطالبة المخطوبة بالمهر أو قيمته عند تصرفها فيه و على القاضي الإجابة لطلبهم لأنه مؤسس من الناحية القانونية بحسب القانون سالف الذكر.

لم يتطرق قانون الأسرة الجزائري إلى انقضاء الخطبة بالوفاة مما يثير تساءل حول مصير الدعوى المرفوعة من طرف الخاطب أمام القضاء عند وفاة المخطوبة لمطالبة ورثتها بالمهر المقدم لها أثناء الخطبة، مما يجعل قاضي شؤون الأسرة يقع في إشكال إما تطبيق أحكام الشريعة أو رفضه للدعوى.

و عند عرض النزاع أمام قاضي شؤون الأسرة، فإنه يأمر بإجراء تحقيق في القضية من أجل التأكد من وجود خطبة بين المدعي و المدعى عليه، مع إثبات أن الصداق مقدم لها أثناء فترة الخطبة بما فيها شهادة الشهود الذين حضروا واقعة تسلم المهر قبل عقد الزواج، كما أنه يتلقى تصريحات ورثة الزوجة المتوفية في محاضر تحقيق حول ما إذا كان الخاطب قد سلم لمخطوبته صداقا أم لا.

[6] أبو السعود رمضان، نفس المرجع السابق، ص 245.

بعد الإنتهاء من إجراءات التحقيق يصدر القاضي حكمه إما برفض الدعوى لعدم التأسيس عند عجز الخاطب في إثبات دعواه خاصة فيما يتعلق بقبض المخطوبة للصداق أثناء الخطبة لأن الورثة عادة ما ينكرون واقعة تسلم مورثتهم للصداق.

الحالة التي يثبت فيها الخاطب أنه فعلا سلم للمخطوبة صداق في فترة الخطبة فإن القاضي يلزم الورثة بإرجاع الصداق إلى الخاطب لأنه لا يستحق للمرأة إلاَّ بعقد الزواج و هذا ما أجمع عليه فقهاء الشريعة الإسلامية و نفس الحكم نجده في المادة 15 من قانون الأسرة التي تنص على أن تحديد المهر في العقد سواء كان معجلا أم مؤجلا، و بالتالي لا يحق للورثة تمللك الصداق لأنه ليس حق للمرأة إلا بالعقد عليها.

المبحث الثاني: الآثار المترتبة عن إنقضاء الخطبة.

يترتب على إنقضاء الخطبة عدة أثار شرعية وقانونية تطرق إليها قانون الأسرة في المادة الخامسة، تتمثل في حكم الهدايا و المهر المقدمان في فترة الخطبة و الضرر المترتب عن العدول الذي ينشأ حقا لصاحبه في المطالبة بالتعويض أمام القضاء، و سنبين كل ذلك في هذا المبحث مع بيان موقف القانون في مسألة استرداد المهر المقدم قبل العقد حسب تقاليد المجتمع الجزائري.

المطلب الأول: حكم الهدايا المقدمة في فترة الخطوبة.

لقد اتفق الفقهاء في مجملهم على رد الهدايا المقدمة من الخاطب إلى مخطوبته في حالة العدول عن الخطبة، غير أنهم اختلفوا في التفاصيل كالأتي :

فالهدايا في المذهب الحنفي تأخذ حكم الهبة، وحكم الهبة أن الواهب له حق الرجوع في إذا لم يوجد مانع من موانع الرجوع في الهبة كخروج الموهوب من ملك الموهوب له، أو تغير صفته، وهذا الحكم يستوي أن يكون العدول فيه من الرجل أو من المرأة أو منهما معا .

و يميل أكثر الشافعية إلى وجوب رد الهدايا بعينها إن كانت قائمة، أو بمثلها وقيمتها إز هلكت أو استهلكت سواء كان العدول من الرجل أو المرأة، و ذلك على أساس أن إبقاء

الهدايا بعد العدول لا أساس له، كون الهدايا قدمت على أساس إتمام الزواج وهذا لم يتم بالإضافة إلى أنها تؤدي إلى الإثراء بلا سبب.

أما الحنابلة فانقسموا إلى رأيين، رأي يوافق معظم الشافعية، ورأي آخر مفاده أن الهدايا لا.ترد لأن الهبة عندهم لا يجوز الرجوع فيها إلا في هبة الوالد لولده فتأخذ بذلك الهدية حكم الهبة.

أما المالكية ففي رأيهم أن الهدية لا تأخذ حكم الهبة العادية، فإذا كان العدول من جانب الخاطب فلا يحق له أن يسترد شيئا من الهدية سواء كانت مثلية أم قيمة، وسواء كانت قائمة أم مستهلكة، أما إذا كان العدول من جانب المخطوبة فللخاطب أن يسترد جميع ما قدمه من هدايا، فإن كانت قائمة استردها وإن كانت مستهلكة استرد قيمتها، و هذه الأحكام تسري في حال عدم وجود شروط أو عرف ينافي ذلك.

و يظهر لنا أن رأي الفقه المالكي هو رأي عادل و عقلاني فلا يجمع على المهدي الم العدول عنه وألم الخسارة المالية، و هذا ما سار عليه المشرع الجزائري في نص المادة 5/4 و5 ق.أ التي تنص 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."

نعرف الهدية على أنها ما يمنح للمخطوبة أو الخاطب خلال فترة الخطوبة كعربون محبة و صدق نية الطرفان في إبرام عقد الزواج مصداقا لقوله ﷺ : "تهدوا تحبوا" إذ جرى العرف أن يقدم الخاطب للمخطوبة حلي، ملابس و أغراض منزلية و غيرها خاصة في الأعياد و المناسبات، و قد يمتد عادة تبادل الهدايا إلى عائلة الخطيبين توطيدا للعلاقة القائمة بين الأسرتين بمناسبة الخطوبة.

الفرع الأول:اختلاف الفقهاء

و لقد اختلف الفقهاء في مسألة استرداد الهدايا المقدمة من طرف الخطيبين خلال فترة الخطوبة عند عدول أحد الطرفين عن الخطوبة و ذلك بحسب إختلاف المذاهب الفقهية كما هو واضح فيما يلي:

1) المذهب الشافعي:

يرى الشافعية أن كل من أهدى شيئا ثم عدل عن خطوبته فله أن يسترد هديته سواء كانت قائمة فيستردها عينا، أما إن كانت هالكة فيسترد قيمتها لأن هذه الهدية قدمت على أساس عقد الزواج و العقد لم يم بعد مما يوجب استرداد ما قدمه سواء كان العدول منه أو من المخطوبة أو منهما معا.[7]

2) المذهب الحنبلي:

يرى فقهاء المذهب الحنبلي أنه لا يجوز لأحد الخطيبين إن قدم للآخر هدية ثم عدل عن الخطوبة أن يستردها كون الهدية هبة، و الهبة لا يجوز الرجوع عنها إلا إذا كانت قبل قبضها أما إذا تسلمها و انتقلت إلى المهدي إليه فلا رجوع فيها إلا أنهم لم يفرقوا بين عدول الخاطب أو المخطوبة فالحكم واحد و هو عدم إسترداد الهدايا سواء كانت قائمة أو مستهلكة.[8]

3) المذهب الحنفي:

الهدايا تأخذ حكم الهبة، فيقرون وجوب ردها إلا لمانع من موانع الهبة و هي زيادة الموهوب، موت الواهب أو الموهوب له، خروج الموهوب من ملك الموهوب له، الزوجية القائمة بين الواهب و الموهوب له وقت الهبة أو هلاك العين الموهوبة في يد الموهوب له.

---

[7] الإمام محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 59.

[8] عبد الرحمان الصابوني، شرح الأحوال الشخصية السوري الزواج و آثاره الجزء الأول، مطبعة دمشق سنة 1971.

كما أعطى الحنفية للهدية حكم الهبة و يمنع الرجوع فيها عند الهلاك، و هذا بصرف النظر عمن عدل و لا يهم إن كان العدول لمبرر أو بدونه.

4) المذهب المالكي:

يفرق الإمام مالك بين حالتين و هما:

الحالة الأولى: إن وجد شرط بين الطرفين أو عرف متبع عمل بالشرط أو العرف لأن المعروف عرفا كالمشروط شرطا.[9]

الحالة الثانية: إن لم يكن شيء مما سبق فإن كان العدول من جهة الخاطب فلا يسترد من المخطوبة ما أهداه إليها سواء كانت مثلية أو قيمية، و لا يهم إن كانت الهدية قائمة أو مستهلكة، و قالوا حتى لا يجتمع عليها ألمان ألم الإعراض و ألم الإسترداد، أما إن كان العدول من جهتها فللخاطب أن يسترد كل ما قدمه من هدايا فإن كانت قائمة استردها، و إن كانت مستهلكة استرد قيمتها أو مثلها لأنه لا وجه لها في أخذها بعد أن ألمته بالرجوع عن الخطبة كون أن ما قدمه لها لا يمكن اعتباره هبة مطلقة بل هبة مقيدة بالخطبة و مواصلة الزواج فإن لم يتحقق الغرض الذي من أجله قدمت الهدايا فإن العدل يقضي بأن المتسبب في منع الزواج هو الذي يتحمل نتيجة عمله.[10]

الفرع الثاني:التشريع الجزائري

أما قانون الأسرة فقد أعطى أهمية للهدايا المقدمة خلال فترة الخطوبة نظرا للنزاعات التي تترتب بشأن طلب استردادها عند إعلان أحد الخطيبين عدوله عن الخطبة و ذلك في المادة الخامسة بقولها: لا يسترد الخاطب شيئا مما أهداه إن كان العدول منه، و إن كان العدول من المخطوبة فعليها رد ما لم يستهلك.

[9] حسين بن الشيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص 34.

[10] د/ جبر محمود الفضيلات، بناء الأسرة المسلمة على ضوء الفقه و القانون، ص 35.

و لقد أدخل المشرع الجزائري تعديل على هذه المادة بموجب القانون رقم 09/05 المؤرخ في 4 مايو 2005 و سنتطرق إلى بيان حكم الهدايا في ظل القانونين القديم ثم الحالي، و نقوم بالتحليل القانوني لنص المادة 5 من قانون الأسرة.

أ) حكم الهدايا المقدمة في فترة الخطوبة في ظل القانون القديم:

لقد وضع المشرع الجزائري حكم واحد في مسألة إسترجاع الهدايا عند العدول، و قرر عدم إسترداد الخاطب لها إن كان العدول عن الخطبة منه، أما إذا كانت المخطوبة هي العادلة فإنها ترجع للخاطب الهدايا غير المستهلكة وهو ما قضت بيه المحكمة العليا في قراراتها الصادرة في هذة المسألة[11]، أما ما أُستهلك فلا يحق له المطالبة به.

المبدأ المقرر في إسترجاع الهدايا هو الطرف العادل عن الخطبة و لا أحقية له فيما أهداه للطرف الثاني، أما إن كانت المخطوبة هي العادلة فأن اِدعت أن الهدايا استهلكت فلا يمكن للقاضي الحكم بإسترداد الخاطب لهداياه.

و بالتالي فإن النص القانوني قد أخذ في بداية الفقرة برأي المالكية و جاء منسجما معه، أما في نهاية الفقرة فجاء مخالف في موضوعه [12]، و ذلك بالقول: فعليها رد ما لم يستهلك، بحيث أخذ برأي الحنفية في عدم إسترداد الهدايا المستهلكة بإعتبارها تأخذ حكم الهبة، و الهبة لا تسترجع إن استهلكت لأن هذا يعتبر مانع من موانع الرجوع عن الهبة، و تبعا لهذا فإن إدعاء المخطوبة أمام القضاء عند عدولها عن الخطبة بأن الهدايا المقدمة من طرف الخاطب قد استهلكت أو تصرفت فيها سيجعل القاضي يرفض طلب الخاطب لأن القانون هنا لا يلزم المخطوبة بإرجاع ما استهلك.

إذ أن نص المادة الخامسة يفتح الباب أمام المخطوبة للتحايل لأن لفظ الإستهلاك موجه إلى المخطوبة بقول المشرع: فعليها رد ما لم يستهلك، و هذا ما يثير الغموض بحيث

[11] المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية "1985/12/30 ملف رقم 39065، انظر بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 3.

[12] الأستاذ بن شويخ، محاضرات في الأسرة، جامعة بومرداس، سنة 2004، ص 7.

لا يفهم المقصود بالإستهلاك، فهل اتجهت نية المشرع إلى عدم رد الهدايا التي تستهلك بطبيعتها كالطعام، الملابس لقلة قيمتها، أو غير ذلك من الأمثلة لأن لفظ الإستهلاك مصطلح إقتصادي يطلق على الأشياء و المنقولات بعد مرور مدة زمنية من الإستعمال.

لم يبين النص القانوني من المتسبب في العدول لأنه قد يقدم الخاطب هدية ذات قيمة معتبرة و قد تكون بطلب من المخطوبة نفسها و هذا ما يحدث خاصة إذا كان الخاطب من عائلة غنية، ثم تتصرف بشكل لا يرضيه لتتعمد الخصام معه و تدفعه إلى العدول عن الخطبة حتى تتجنب إرجاعها للهدايا بإدعائها أمام القضاء أن الهدايا قد استهلكت بالرغم من أنها هي المتسببة الوحيدة في العدول عن الخطبة.

لذا فمن الضروري على قاضي شؤون الأسرة أن يراعي أسباب العدول قبل الحكم في مسألة إسترجاع الهدايا، فإذا تبين له أن أحد الطرفين قد تسبب في العدول مما دفع الطرف الثاني إلى العدول عن الخطبة جاز له أن يلزم المتسبب في العدول بإرجاع الهدايا أو رفض طلبه بإسترداد هداياه حتى و لو كان العدول من الطرف الآخر عملا بالقاعدة الفقهية القائلة بأن التغرير يوجب الضمان.

و لذا فإننا نرى أنه توجد أسباب جدية للعدول لا بد من أخذها بعين الإعتبار عند الفصل في مسألة إرجاع الهدايا كون أن العدول نادرا ما يتم من دون سبب، و عادة ما يكون العدول كنتيجة لصدور حكم قضائي يعاقب أحد الخطيبين لإرتكابه جنحة أو جناية تمس بشرف و سمعة الطرف الثاني مما يضطره إلى العدول، بالرغم من أن النص واضح بجعله حكم إسترداد الهدايا يتحدد بحسب الطرف العادل عن الخطوبة.

و بالنظر إلى النص القانوني فإنه يتبين لنا أنه قد أغفل الإشارة إلى الهدايا المقدمة من المخطوبة للخاطب نظرا إلى أن الأصل في الهدية حسب العرف الجاري تقدم من الخاطب إلا أن هذا قد تغير بتطور المجتمع الجزائري بحيث صار الخطيبين يتبادلان الهدايا في كل المناسبات المعروفة خاصة إذا كانت المخطوبة عاملة أو ميسورة الحال فتقدم هدايا ثمينة للخاطب، فهل تفقد حقها في استردادها إن كان العدول من الخاطب؟ أم أن القاضي عند

عرض النزاع عليه سيطبق حكم الفقرة السابقة من المادة على المخطوبة و يلزم بذلك الخاطب برد الهدايا المقدمة له.

يتضح لنا من خلال نص المادة الخامسة من قانون الأسرة أنها لم تعالج مصير الهدايا المقدمة من طرف أهل الخطيبين إلى المخطوبة أو الخاطب، فهل يجوز من الناحية القانونية أن ترفع دعوى لإسترجاع ما قدم من هدايا للمخطوبة من طرف أهل خاطبها إن كانت هي التي عدلت عن الخطبة ؟

نرى حسب وجهة نظرنا أن الدعوى تكون غير مقبولة لإنعدام الصفة لدى أهل الخاطب أو المخطوبة من أجل المطالبة بالهدايا، لأن الدعوى مخولة قانونا للخاطب و المخطوبة، كما أنه و من جهة أخرى فإن النص القانوني لم يشير إلى مصير الهدايا المقدمة في حالة وفاة أحد الخطيبين و ربما هذا يعود إلى تقاليد المجتمع الجزائري المحافظ و الذي لا يمكن فيه تصور مطالبة أهل المتوفي بالهدايا التي قدمها، إلا أنه و مع التطور الأوضاع من الناحية الإقتصادية و تعقد المصالح الإنسانية فقد تطرأ حالات كهذه و خاصة إذا كانت الهدايا المقدمة من قيمة باهظة كمنح فيلا أو سيارة.

ب) حكم الهدايا المقدمة خلال فترة الخطوبة في ظل القانون الحالي:

لقد أدخل المشرع تعديل على المادة الخامسة بموجب القانون رقم 09/05 المؤرخ في 4 مايو سنة 2005 حيث أضاف بعض الفقرات و أصبحت تنص المادة في الفقرة الثالثة 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 ستهلك من الهدايا أو قيمته و بهذا أصبح النص أكثر وضوحا من سابقه لأنه تطرق إلى الهدايا التي تقدمها المخطوبة للخاطب كما أغلق باب الاحتيال في وجه المخطوبة حيث يجوز للخاطب أو المخطوبة بمقتضي النص المعدل أن يطالب أمام القضاء بقيمة الهدايا المستهلكة عند ادعاء احديهم باستهلاكها لأن المشرع أضاف مصطلح "أو قيمتها" و حسن ما فعل المشرع حيث أخذ في تعديله بالمذهب المالكي الذي يستوجب في استرداد الهدايا المقدمة في فترة الخطبة سواء كانت قائمة أم مستهلكة برد

قيمتها حيث يتبن لنا عند مناقشة المادة أن تعديل الذي طرأ عليها أزال الثغرة التي كانت تسود النص القديم إلا أننا نلاحظ بعض الغموض فيما يخص حق المخطوبة في استرجاع الهدايا المقدمة للخاطب عندما تقدم على العدول مما يضعنا في إشكال هل نطبق عليها نفس الحكم الخاطب الذي يعدل وبذلك لا تسترد الهدايا التي قدمتها للخاطب إن عدلت أم لها الحق في استردادها ما دام النص لم يشير إليها، كما أن الصياغة النص في بعض فقراته غير واضحة خاصة عندما أضاف مصطلح أو قيمتها فهل يقصد من وراء ذلك قيمة الهدايا التي استهلكت أو أعطي للعادل أو العادلة حرية الأخيار بين رد الهدية ذاتها أو قيمتها نقدا لأن النص تضمن على أداة التخير إضافة إلى انه لم يحدد للقاضي أساس قيمة الهدية التي يحكم بها هل بقيمة وقت منحها أو بقمتها وقت صدور الحكم.

إن أحكام المادة 5 من قانون الأسرة قد وضعت لتطبق في حالة وجود خطبة بين الطرفين أو عدول الخاطب أو المخطوبة عن إبرام عقد الزواج، إلا أن بعض المحاكم نجدها تخلط بين مرحلة الخطوبة و مرحلة الزواج بحيث تلزم الزوجة بإرجاع الهدايا لزوجها عند طلبها الطلاق قبل الدخول.

و قد صدر قرار عن مجلس قضاء قسنطينة في هذا الصدد بتاريخ 1990/12/04 جاء في منطوقه ما يلي: قبول الإستئناف شكلا، و بالمصادقة مبدئيا على الحكم المستأنف و تعديلا له القول أن مسؤولية الطلاق قبل البناء تقع على عاتق المستأنف عليها (م.و) و بالتالي إلغاء الحكم المستأنف فيما قضى فيه بالأثاث و المصوغ و بنصف الصداق لصالح المستأنفة عليها و من جديد بأن تؤدي مبلغ الصداق المقدر بألف دينار إلى المستأنف، و مبلغ عشرة آلاف دينار تعويضا له عن الأضرار اللاحقة به، مع تمكينه من جميع الهدايا المقدمة لها من طرفه حسب القائمة المرفقة و المذكورة في منطوق هذا القرار.[13]

و كان هذا القرار محل طعن بالنقض أمام المحكمة العليا من طرف الزوجة صدر قرار عنها بتاريخ 1993/07/13 قضى بقبول الطعن من حيث الشكل و رفضه من حيث الموضوع، و أهم ما جاء في حيثياته: إن قضاة القرار المطعون فيه ثبت لهم عدول الطاعنة

[13] حسين بن الشيخ آث ملويا، المرجع السابق ص 35.

عن إتمام الزواج دون مبرر شرعي أو قانوني، و أن هذا العدول لا يمكن أن يتحمل المطعون ضده شرعا و لا قانونا الخسائر و الأضرار المترتبة عنه مما دفعه من هدايا و غيرها خاصة تلك التي قدمها للطاعنة بهدف إتمام الزواج، و قد أتاحت المادة 5 من قانون الأسرة للخاطب فرصة أن يستعيد كل ما لم يستهلك من هدايا إن عدلت المخطوبة عن الخطوبة فأحرى و أولى أن يكون ذلك في حالة الزوجة عن إتمام الزواج دون مبرر شرعي و قانوني كما هو بشأن قضية الحال التي لم يخطئ القضاة في شأن تطبيق أي نص قانوني.[14]

من خلال دراستنا للقرار السابق يتبين أن قضاة المجلس و المحكمة العليا قد طبقوا أحكام المادة 5 من قانون الأسرة عند وجود عقد الزواج، و عدول الزوجة أو رفضها للدخول دون وجود سبب جدي بناءا عن إرادتها المنفردة.

و نحن نرى أنه قد وقع خلط بين مرحلتي الخطبة و الزواج و هما مرحلتان تملكان أحكام مختلفة من حيث الآثار، كون أن مرحلة الخطوبة قد انتهت بإبرام عقد الزواج و بالتالي فنحن لسنا أمام عدول عن الخطبة، و تبعا لهذا فإن الهدايا المقدمة من الزوج الذي كان خاطبا سابقا تكون من حق الزوجة المخطوبة سابقا، و لا يحق للزوج طلب إستردادها لعدم عدول الزوجة أثناء الخطوبة عن إبرام عقد الزواج، فهنا تحقق الغرض من الخطبة و تم الزواج و استحقاق المخطوبة للهدايا خلال هذه المرحلة يتجسد في الوعد بالزواج بإبرام العقد.

و التبرير الذي أعطاه قضاة المحكمة العليا عن طريق القياس بين الرجوع عن الخطبة و الرجوع عن الزواج بعدم الدخول في غير محله، بحسب رأينا، لأن الإستدلال بالقياس يكون عند وجود مسألتين موجودتين فعلا و الحال هنا أن الخطوبة انتهت بإبرام عقد الزواج و لا يجوز للقاضي التطرق إليها أصلا لأنها في حكم العدم و كل ما قدم أثناء مرحلة الخطوبة من هدايا صارت هبة أو تبرع[15]، و تحقق الهدف من منحها للمخطوبة بإبرام العقد

[14] المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد الأول لسنة 1995، ص 128 و ما بعدها.

[15] حسين بن الشيخ آث ملويا، المرجع السابق ص 135.

يجعل المخطوبة التي أصبحت زوجة مطلقة قبل الدخول تستحق الهدايا و أن الحكم بوجوب ردها لزوجها يشكل خرقا لأحكام المادة 5 و كان من الأحسن أن ترفض الدعوى إما لإنعدام الصفة لأن طلب إسترداد الهدايا يستوجب أن ترفع من الخاطب أو المخطوبة و ليس من الزوج و الزوجة.

المطلب الثاني: حكم المهر المقدم في فترة الخطوبة.

إن الصداق شرط في عقد الزواج و للعاقد أن يقدمه مع العقد أو مع الدخول، لكن قد يقدم الخاطب الصداق (المهر) بمجرد الخطبة دلالة على الرغبة الصادقة في إتمام الزواج. ثم يحدث بعد ذلك عدول، فالصداق هنا يرجع للخاطب في كل الأحوال سواء أكان العدول منه أو من المخطوبة لأن ملكيته مازالت قائمة للرجل.

لكن قد يحدث أن تتصرف المخطوبة في الصداق ففي هذه الحالة إذا كان المهر مثليا يسترد الخاطب مثله، وإذا كان قيميا استرد قيمته

قد يترتب على العدول عن الخطبة ضرر يلحق بأحد الطرفين ماديا أو أدبيا، وخاصة إذا استمرت الخطبة عدة سنوات، كما لو كلف الخاطب نفسه بإعداد مسكن للزوجية المرتقبة ثم عدلت المخطوبة عن الخطبة بغير مبرر، أوطلب الخاطب من مخطوبته ترك دراستها أو الاستقالة من وظيفتها، أو إعداد ج ٥از مهم. كما قد يفوت عنها الخاطب خطابا آخرين، أو يكون في فسخ الخطوبة ما يمس كرامة الطرف الآخر.

ونشير هنا إلى أن الفقه الإسلامي السابق لم يتعرض لهذا الموضوع، نظرا للالتزام بالأحكام الشرعية في فترة الخطبة ولانتشار الآداب والأخلاق آنذاك، إذ هي وليدة الأعراف والعادات الجديدة في المجتمع.

وتنص المادة 5/3 ق.أ.ج على أنه : " إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض".

و عليه، بما أن الخطبة ليست بعقد ملزم فإن مجرد العدول عنها لا يكون سببا موجبا للتعويض، إلا في حال اقترن العدول عن الخطبة بأفعال الحقت ضررا بأحد الخطيبين، ف٥نا

جاز الحكم بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية استنادا للمادة 124 من القانون المدني و توافقا مع مبادئ الشريعة التي قررت " لا ضرر ولا ضرار" وأن " الضرر يزال شرعا "، كما تتفق مع مبدأ إساءة استعمال الحق، فيكون التعويض في الحقيقة ليس

المهر هو ما يقدم نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل شيء مباح شرعا و هو ملك للزوجة تتصرف فيه كما تشاء و الحكمة منه تكريم المرأة و إظهار الرغبة في الزواج و يعتبر المهر بإتفاق الفقهاء أنه من مستلزمات عقد الزواج، و اعتبره المشرع الجزائري شرط من شروط الزواج في المادة 9 مكرر من قانون الأسرة.

و قد جرت العادة في المجتمع الجزائري على أن يدفع الخاطب المهر أو جزء منه أثناء فترة الخطوبة بغرض تجهيز المرأة لإبرام عقد الزواج و الإنتقال إلى بيت الزوجية فقانون الأسرة لم يتطرق لمسألة حكم المهر في حالة تسلم المخطوبة له قبل إبرام العقد و قامت بالتصرف فيه بشراء جهازها من ملابس و حلي و أدوات منزلية.

إن قبض المخطوبة للمهر خلال فترة الخطبة و قبل العقد عليها يخلق إشكالات عملية عند طرح النزاع أمام القضاء خاصة إذا علمنا أنه هناك خلط بين ما يعتبر مهرا و ما يعتبر هدية، بحيث تدعي المخطوبة أنها تسلمت هدايا في حين أن الخاطب يدعي أنه سلم لها المهر.

و لحل هذا الإشكال فإننا نرجع إلى رأي جمهور الفقهاء و الذين يرون أنه للخاطب الحق في استرداد ما دفعه من مهر إذا قرر العدول عن الخطبة و الزواج قبل إبرام العقد، لأن المهر لا يجب للمرأة إلا بالعقد الزواج [16]، و إذا لم يتم الزواج فلا تستحق المرأة المهر بل يجب عليها رده للخاطب سواء كان العدول من طرفه أو من المخطوبة.

إن الفقه الإسلامي يجمع على إسترداد الخاطب لما دفعه من مهر لمخطوبته إن كان موجودا بعينه أو بقيمته إذا كان قيما أو مثله إن كان من المثليات، أو بدله إن اِشترت به

[16] العمروسي أنور، موسوعة الأحكام الشرعية في الزواج و الطلاق و الخلع, الجزء 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، سنة 2003.

مصوغات أو مجوهرات [17]، دون النظر إلى كون العدول عن الخطبة كان من طرفه، لأن المهر من متطلبات عقد الزواج لا من متطلبات الخطبة، و دليل ذلك أن المرأة تستحق نصف الصداق عن الطلاق قبل الدخول لقوله تعالى: **«إن طلقتهن من قبل أن تمسهن و قد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم»**.[18]

الأصل في المهر أنه شرط لصحة عقد الزواج يتم دفعه عند إبرام العقد إما كليا أو جزئيا طبقا للمادة 15 من قانون الأسرة التي تنص على أنه يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا، و في حالة عدم تحديد قيمة الصداق تستحق الزوجة صداق المثل إلا أن دفعه في فترة الخطوبة لا يغير من ذلك شيئا فإنه يستوجب بالضرورة على المخطوبة إرجاع المهر كاملا[19]، كون الصداق من مقتضيات عقد الزواج وأركانه و الخطبة لا تكيف بأنها عقد الزواج للخاطب دون البحث عن الطرف العادل و ما أحدثه العدول عن الخطبة من ضرر مادي لها، لأنه لا بد من التمييز بين الهدايا التي هي من آثار العدول عن الخطبة و بالتالي فإن استرجاعها يخضع لحكم المادة 5 من قانون الأسرة أين يأخذ بعين الإعتبار الطرف العادل و الذي لا يحق له إسترجاع هداياه ما دام أن العدول قد صدر عنه، إلا أن الأمر إذا تعلق بالمهر الذي تستحقه الزوجة لمجرد العقد عليها فلا يكون لها إلا نصف المهر إذا حدثت الفرقة قبل الدخول، و تستحقه كاملا بالدخول أو وفاة الزوج طبقا لنص المادة 16 من قانون الأسرة، و إذا احتفظت المخطوبة بالمهر فسيكون بغير سبب شرعي و هذا هو حكم الشريعة الإسلامية لأن المهر وجب للزوجة عند العقد عليها و هو حكم من أحكامه و شرط لعقد الزواج و ما دام أن الزواج لم يتم فلا حق لها في المهر بل هو حق خالص للزوج.

[17] بدارن أبو العنين، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، الجزء الأول، ص 32.

[18] الآية 237 من سورة البقرة.

[19] بدران أبو العينين، المرجع السابق، ص 33.

الملاحظ أن فقهاء الشريعة الإسلامية لو يفرقوا بين ما إذا كان العدول من الخاطب أو كان من المخطوبة، و ذهب بعضهم إلى التفرقة بين الخاطب و المخطوبة [20] في حالة تصرف المخطوبة في المهر المقدم لها إن كان مبلغ مالي معين و قامت بشراء جهازها من ثياب و حلي و غيرهما فإن كان العدول من الخاطب كان من الظلم أن نلزم المخطوبة برد مثله نقدا أو قيمته لأنها تصرفت فيه بعد الإعلان عن الخطبة و إذا ألزمناها عند العدول برد مثله نقدا فقد ألزمناها بأن تتحمل الأضرار التي لحقتها من شراء الجهاز.

و الرأي الذي نراه معقولا هو أن نجعل تبعات المهر لمن صدر منه العدول، فإن كان العدول من الخاطب يكون ملزما بتسلم ما آل إليه مقدار الصداق من أشياء، لأنه لا مبرر من إجبار المخطوبة على تملك تلك الأشياء فلولا الخطبة و دفع المهر من الخاطب لما تصرفت فيه أما إذا كان العدول من المخطوبة فعليها إرجاع الصداق إلى الخاطب بعينه أو مثله إن كان مثليا و لا يوجد مبرر لإرغام الخاطب هنا على قبول الملابس و الأثاث الذي اشترته المخطوبة على ذوقها و تحميله المصاريف التي صرفتها في ذلك، لأنه قد لا يجد من ترغب فيه و يضطر بالتالي إلى بيعه و الإنقاص من قيمته، و بذلك يجتمع ضررين أمام الخاطب، ضرر العدول و ضرر الإنقاص من مقدار المهر.

قد يقع خلاف بشأن طبيعة الحلي و النقود الممنوحة للمخطوبة حول ما إذا كان صداقا أم هدية ولا يوجد خلاف بين الفقهاء في أن ما يقدم من الخاطب لمخطوبته تأكيدا لمعني الخطبة مما لا يكون محلا لورد العقد عليه هدية [21] بعد تمسك كلا الطرفين أمام قاضي شؤون الأسرة بطلباتهما بإسترجاع المهر و طلب المخطوبة برفض هذا الطلب كون أن الحلي هدية و أن الخاطب هو الطرف العادل عن الخطبة.

في هذه الحالة يلجأ القاضي إلى تطبيق العرف السائد بالمنطقة و بالتالي هو ملزم بمعرفة عادات و أعراف المنطقة إن لم يكن من أهلها، لأن تقديم الحلي أو النقود قد يكون على سبيل الهدية أو المهر بحسب ما هو متداول عرفا.

---

[20] مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية الزواج و انحلاله، مطبعة دمشق، سنة 1997، ص 7.

[21] أحمد ناصر الجندي، مبادئ القضاء في الأحول الشخصية، الحديثة للطباعة، القاهرة، ص 54.

إذا تعذر على القاضي معرفة عادات و تقاليد المنطقة و عجز الأطراف عن الإثبات يمكن اللجوء إلى اليمين الحاسمة التي يوجهها أحد الطرفين إلى الآخر، كما يجوز العودة إلى الأصل أو المبدأ العام الذي يعتبر أن الهدايا هي الممنوحة خلال فترة الخطوبة أما المهر فيكون استثناءا فيها لأنه يمنح عند إبرام عقد الزواج، فإذا تأكد القاضي أن الحلي و النقود قد دفعت على أساس أنها صداق فإنه سيقضي عند العدول عن الخطبة من أحد الطرفين أو كلاهما معا برد الحلي و النقود للخاطب، و إن تأكد من خلاف ذلك أي بأنها قدمت على سبيل الهدية فسيرفض الدعوى كون أن طلب الإسترداد غير مؤسس قانونا لفقدان الخاطب حقه بمجرد عدوله عن الخطبة.[22]

بالرجوع إلى إجتهادات المحكمة العليا، نجد أنها و في قرارها الصادر بتاريخ 1999/03/16 تحت رقم 219313 قد قضت بوجود خطبة زواج بين الطرفين ثم وقع العدول عن الخطبة من طرف الخاطب، فإن القضاة بقضائهم بتأييد الحكم المستأنف القاضي برفض طلب إتمام الزواج و إلزام المدعى عليها بردها إلى المدعي ما قدمه لها من هدايا و حلي و النقود و اعتبروها صداقا دون الرد على دفوع الطاعنة أخطئوا في تطبيق القانون و عرضّوا قرارهم للقصور في التسبيب مما يستوجب النقض.

و بهذا يكون قضاة المحكمة العليا قد اعتبروا أن الحلي و النقود المقدمان في فترة الخطوبة عبارة عن هدايا و ليست مهرا و أن عدول الخاطب عن الخطبة بحضور شاهدان يفقده الحق في إسترداد الهدايا، و أهم ما جاء في حيثيات قرارهم ما يلي: حيث تبين من أوراق الطعن أنه جرت خطبة نكاح بين الطرفين ثم زالت بعدول الخاطب عنها، لذلك لا يعتبر ما قدمه إلى المخطوبة من حلي و نقود صداقا و إنما يعتبر من الهدايا التي يقدمها الخاطب إبان فترة الخطوبة إلى المخطوبة، و بالتالي لا يحق له إسترداد ما أهداه لها طالما كان العدول من جانبه وفقا لما نصت عليه المادة 5 من قانون الأسرة.

[22] حسين بن الشيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص 39.

و لما كان ذلك و كان القرار المطعون فيه قضى بتأييد الحكم المستأنف دون أن يتضمن الرد على دفاع الطاعنة في كون الخطبة زالت بعدول الخاطب عنها بحضور شاهدين فإنه مشوب بالقصور و مخالفته للقانون.[23]

يتضح لنا من وقائع القرار حسب الوجه المثار من الطاعنة أن الحلي و النقود إنما تم تقديمه على سبيل الصداق و ليس كهدية، و أن قضاة المحكمة العليا قد أعطوا وصف الهدايا للحلي و النقود التي قدمها الخاطب بدلاً من وصف الصداق على أساس أن العدول عن الخطبة تم من طرف الخاطب، و هذه ليست بالقرينة القاطعة على أن ما قدمه من قبيل الهدايا، أو أن عدوله قرينة على أنه قدم هدايا، إلا أن المحكمة العليا في نظرنا طبقت الأصل في الهدايا أنها تمنح في فترة الخطوبة و المهر استثناء في هذه المرحلة لأنه يكون بالعقد.

إن الهدايا محل النص التشريعي هي تلك التي لم تلحق بها عقد الزواج فإن عقد الخاطب على مخطوبته يحوِّل الخطبة إلى عقد زواج و بالتالي لا صفة للزوج في المطالبة بإسترداد الهدايا لأن المشرع وضع وصفا للمطالب بالهدايا أو مستردها، إما الخاطب أو المخطوبة و لم يصفه بالزوج أو الزوجة، و بالتالي فإن الدعوى ترفض من القاضي لإنعدام الصفة و لعدم وجود خطبة بين الطرفين.[24]

المطلب الثالث: حكم التعويض المترتب عن العدول من الخطبة.

الخطبة وعد بالزواج يجوز للطرفين العدول عنها إلاّ أنّه إذا ترتب عن هذا الأخير ضرر لدى أحد الطرفين جاز للقاضي الحكم له بالتعويض و هذا طبقا للفقرة الثانية من المادة الخامسة بقولها: إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض.

[23] المجلة القضائية لمحكمة العليا، سنة 2001، ص 39-41.

[24] حسين بن الشيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص 35.

إنّ النص القانوني منح للخطيبين حق العدول عن الخطبة و من جهة أخرى منح لهما حق التعويض عن الضرر الناتج منه إلاّ أنه ترك السلطة التقديرية لقاضي الموضوع في تقدير مدى وجود الضرر من عدمه و لمعرفة الأسس التي سيستند عليها قاضي شؤون الأسرة في تقرير وجود الضرر ثم تقديره لمقدار التعويض يتعيّن علينا الرجوع لآراء الفقه و إجتهادات المحكمة العليا.

الفرع الاول:الآراء الفقهية:

لم تثر مسألة التعويض إلا حديثا و بالأخص عندما مارست القوانين الوضعية في تشريعات البلدان الإسلامية و تمكنت العادات المستردة داخل مجتمعاتها.[25]

رأي أغلب الفقهاء على أن التعويض عن الضرر الناتج عن العدول عن الخطبة يكون نتيجة لما صاحب العدول من أفعال محدثة أضرار مادية أو معنوية بالطرف المعدول عنه و تكون إما أجنبية عن الخطبة أو ناتجة عنها فابنسبة للأضرار الأجنبية فهي محل اتفاق فقهي على استحقاق المضرور للتعويض [26]، أمّا الأضرار الناتجة من تصرفات غير أجنبية فهي محل خلافٍ فقهي من منكر إلى مؤيد له.

الأضرار المادية:

1)الرأي الأوّل:

يرى أن التعويض المترتب عن مجرد العدول لا يستوجب التعويض لأنّ الخطبة وعد بالزواج غير ملزم من حيث الوفاء لأن الفعل المشروع يرفع عن صاحبه الضمان طبقا لقاعدة الجواز الشرعي ينافي الضمان و بالتالي لا يلزم العادل بالتعويض عن الضرر و في ذلك قال ابن حزم الظاهري: لا ضرر أعظم من أن يمنع المرء من التصرف في ماله نفس مراعاة لنفع غيره فهذا هو الضرر حقا.

[25] محمد مصطفي شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة، دار النهضة العربية طبعة 2، بيروت، سنة 1977، ص 69.

[26] د/ محمد محدة، المرجع السابق، ص 66.

2) الرأي الثاني:

يرى أن التعويض عن الخطبة يتحقق إذا صاحب العدول أفعال مستقلة ألحقت ضرر للمعدول عنه بغض النظر عن العدول المجرد و هذه تستوجب التعويض طبقا لقواعد المسؤولية المدنية عن الأفعال الخاطئة.[27]

و في هذا الصدد يقول الأستاذ السنهوري: إن إنحراف الخطيب و هو بفسخ الخطبة عن السلوك المألوف للشخص العادي في مثل الظروف الخارجية التي أحاطة بالخطيب كان فسخ الخطبة خطأ يوجب المسؤولية التقصيرية.[28]

و ليتحقق التعويض يستوجب توافر شروط هي:

- الخطبة ليست بعقد ملزم.
- مجرد العدول عن الخطبة لا يكون سبب موجبا لتعويض.
- إذا اقترنت بالعدول عن الخطبة أفعال أخرى ألحقت ضرر بأحد الخطبين.جاز الحكم بالتعويض.

و نفس الإتجاه أخذ به الشيخ أبو زهرة إذ أوجب التعويض عن الأفعال المقترنة بالعدول التي تكون للخاطب دخل فيها بقوله: يكون الضرر قسمين ضرر ينشأ و للخاطب دخل فيه غير مجرد العدول و ضرر ينشأ عن مجرد الخطبة و العدول من غير عمل من جانب العادل فالأول يعوض و الثاني لا يعوض إذ الأول فيه تغرير يوجب الضمان كما هو مقرر في قواعد الفقه الحنفي و في قضايا العقل و المنطق.[29]

3) الرأي الثالث:

[27] د/ محمد محدة، المرجع السابق، ص 74.

[28] د/ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط الجزء الأول، المرجع السابق، ص 827.

[29] الإمام محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 34.

التعويض يكون عند مصاحبة العدول لأضرار ناتجة عن التقصير أو الإخلال بواجب الحيطة أثناء العدول أو نتيجة لتصرفات أجنبية عنه بسبب التعسف في إستعمال الحق لكونه ألحق ضرر بغيره بلا مبرر فعليه التعويض عن هدا الضرر [30]، و قد بينت هدة المحاكم أحكامها على أمرين هما سواء إستعمال الحق وترتب الضرر و في هذا يقول الأستاذ أنور العمروسي: إن فسخ الخطوبة حق مقيد و إن إساءة استعمالها تستوجب على الطرف المسيء التعويض ذلك لأن الحق لم يعد سلطة مطلقة يستعمله صاحبه على النحو الذي يراه بل أصبح وظيفة مقيدة بعدم إساءة إستعمالها فالتعسف هو إستعمال للحق في غير غايته و هو منشأ المسؤولية عن الضرر الناجم عن هذا التعسف حتى لو لم يكن تمت تغرير أو أفعال ضارة مستقلة عن العدول لأن المسؤولية ناتجة عن فعل مشروع في الأصل لأنه استعمال للحق إلا أن هناك إساءة له.

الأضرار المعنوية:

تعرّف الأضرار المعنوية بتلك التي لا تصيب الشخص في ماله بل في سمعته و شرفه أو عرضه كالقذف أو السب أو هتك العرض و غيرها مما يمّس بإعتباره و كرامته، و يرى السنهوري أن فسخ الخطوبة و العدول عنها لا يكون سببا إلاّ في التعويض عن الضرر المادي أما الضرر الأدبي فإنه لا يعوَّض إلاَّ إذا سبقه استغواء مصحوب بخديعة أو غش أو ضغط أدبي.[31]

نفس الرأي تبناه الإمام أبو زهرة في قوله بعدم التعويض عن الضرر المعنوي لأنه ناشئ عن الإخلال بقواعد الشريعة الإسلامية نتيجة تصرفات غير مشروعة و منهيٌ عنها أصلا لذا فلا يعقل و لاُ يتصور أن ينهي الشرع على شيء و يحرمه ثم يعطي من يفعل ذلك تعويضا للمتضرر منه إذا ما لحقه ضرر نتيجة تلك المخالفة.

و نفس الإتجاه ذهب اليه الشيخ محمد بخيت إذ يرى أنه لا وجه للإلتزام بالتعويض عن الأضرار سواء كاتب معنوية أو مادية في حالة استسلام الخطيب إلى الضعف الجنسي

[30] زهدي يكن، الزواج و مقارنته بقوانين العالم، منشورات المكتبة العصرية، بيروت، ص 114.

[31] عبد الرزق السنهوري، المرجع السابق، ص 865.

و هذه الأضرار عادة تلحق المخطوبة نتيجة لتجاوز النطاق المألوف بالإجتماع بها دون حضور محارمها حيث صار الإنفراد بها و إسطحابها إلى الأماكن العامة ثم العدول عن ذلك و يؤدي إلى المساس بسمعتها و عواطفها و التأثير على مستقبلها في الزواج نتيجة لما تتداوله الناس بشأنها.

و الفقه الإسلامي القديم لم يتطرف إلى التعويض عن الضرر المعنوي نتيجة لتمسك المجتمع بالتقاليد الإسلامية إلا أن تطور الحياة الاجتماعية للمجتمع الجزائري من حيث ثقافته و نمط العيش أصبح من الضروري النص على تعويض الضرر المعنوي.

الفرع الثاني:رأي الإجتهاد القضائي:

الحكم بالتعويض عن الضرر الناتج عن العدول عن الخطبة تحكم به المحاكم إما نتيجة لطول فترة الخطوبة التي تمت بين الخطيبين و التي من شأنها أن تفوّت فرص الزواج عليها و عادة ما يكون الحكم به دون البحث عن أسباب العدول لكون التعويض حق للطرف المتضرر متى أثبت وجود خطبة قائمة بين الطرفين و إعلان الخاطب للعدول عن الخطبة.

و هذا ما يتجلى لنا من حيثيات الحكم الصادر بتاريخ 2008/03/25 تحت رقم فهرس 08/0584 بقوله: حيث من المقرر قانونا أنه إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضررٌ مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض و بما أن الضرر المعنوي خاصة الذي لحق بالمدعية قائم و ثابت في دعوى الحال من خلال طول فترة الخطوبة قبل العدول عنها و تفويت فرص الزواج الأمر الذي يجعلها محقة في طلب التعويض وفقا لما نصّت عليه المادة 05 من قانون الأسرة[32]، و تقدره المحكمة بعد إرجاعه إلى الحد المعقول بعشرة آلاف دينار (10.000 دج)، و نفس الشيء نجده في قرار صادر عن مجلس قضاء بلعباس قضي فيه بمنح تعويض للمستأنفة نتيجة للضرر الذي لحقها من تماطل المستأنف عليه في إتمام مراسيم الزواج حيث جاء في حيثياته ما يلي: حيث أن الطلب جاء مؤسسا كون المستأنفة لحقها ضرر من تماطله في إتمام المراسيم المتعلقة بالزواج و أن دفع المستأنف عليه بتأخير الإجراءات في الحصول على رخصة الزواج لا مبرر له و أن

[32] الحكم صادر عن قسم شؤون الأسرة بمحكمة عين تموشنت.

المستأنفة لحقها ضرر مما يتعين إلغاء الحكم المعاد فيما قضي بالأشهاد للطرفين عن العدول عن الخطبة و القول أن العدول كان بسبب المستأنف عليه و إلزامه بأداء للمستأنفة مبلغ 20.000 دج كتعويض.[33]

إن الأحكام الصادرة بشأن التعويض عن العدول نجدها في بعض الأحيان لا تبيِّن لنا أسباب تقدير التعويض المادي و المعنوي المقرر للطرف المتضرر إذ تكتفي معظم المحاكم بالإشارة إلى نص المادة الخامسة الذي يجيز للقاضي الحكم بالتعويض، و هذا ما نلمسه في قرار المحكمة العليا التي تقر بضرورة التعويض الطرف المعدول عنه إذ كان العدول من الطرف الثاني ثابت دون النظر إلي أسباب العدول و التقدير وجود الضرر من عدمه و يتبين لنا في القرار السابق حيث جاء في حيثياته أنه: بدعوي أنه من المقرر أن قضاة الموضوع لمجلس قضاء تبسة عند رفضهم لطلب التعويض من المدعي في الطعن بالرغم من إصرار المدعي عليها في الطعن على فسخ الخطوبة يكونوا قد خالفوا القانون ومن المقرر قانونا و بنص المادة الخامسة انه إذا ترتب على العدول على الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض.

يتبين لنا من نص المادة الخامسة أنها كرست مبدأ حق في طلب التعويض بشرط حصول ضرر من العدول وأخضعه إلي سلطة التقديرية للقاضي الموضوع دون قيده مما يتعين على المحاكم أن تحكم بيه للطرف المتضرر مات ثبت لديها تعسف الطرف العادل في إستعمال حقه في العدول عن الخطبة من أجل إخراج الأضرار الناتجة من مجرد العدول من دائرة التعويض و بالتالي يجب ضبط أساس التعويض بالتعسف في إستعمال الحق.

[33] قرار صادر عن مجلس بلعباس غرفة شؤون الأسرة بتاريخ 2007/04/25 تحت رقم فهرس 07/01017.

وختام دراستنا هذه أن الخطبة وسيلة لتسير سبل التعارف بين الخطبين و أهلهما بتنمية المودة، إذ تساعد كل من الخاطب و المخطوبة على التكيف التدريجي على العشرة بمعرفة أخلاق و عادات كل طرف تمهدا لعقد الزواج، كما أنها تمكن كلاهما من الاستقرار النفساني إذ أن الخطبة تربط الخطبين برباط تمهدي يمكنهما من الاطمئنان على زواجه و ذلك بعد أن يتحرى و يسأل كل منهما عن الأخر حسب ما جرت عليه العادة و العرف.

تطرقنا إلى أدب الخطبة حسب رأي الفقه الإسلامي لأن المشرع لم يتناولها، فوضع معاير لاختيار المخطوبة استمدها من الشريعة الإسلامية، و جعل من الدين المعيار الأساسي من أجل تكوين أسرة تقوم على دعائم قوية، كما بينا أن المخطوبة أجنبية عن الخاطب خلال هذه الفترة مما جعل النظر إليها استثناء عن الأصل العام، كما وضحت شروط الشرعية لصحة الخطبة و أثرها على عقد الزواج و قولنا أن العقد صحيح لكونها لا تعتبر شرط أو ركن لصحة عقد الزواج و بالتالي لا يترتب عنها فسخ أو إبطال عقد الزواج.

حيث عرف الخطبة أنها وعد بالزواج، و أجاز للطرفين العدول عن الخطبة، و جعل الوعد غير ملزم للطرفين إذ يجوز استعمال الحق دون إمكانية اللجوء إلى القضاء للمطالبة بإصدار حكم يلزم الطرف العادل على إتمام مراسيم الزواج، فأبقى على نفس الصياغة القانونية لنص القديم مع إضافة مصطلح يجوز في الشطر الأول مما أصفى وضوح للنص مكرسا في دلك حق العدول عن الخطبة وبالتالي فإن مضمونها لم يتغير عن النص السابق، كما بينت الطبيعة القانونية للخطبة إذ تعتبر وعد بالزواج كأصل عام وقولنا أن نفس الحكم ينطبق على اقتران الفاتحة بالخطبة حسب التعديل قانون الأسرة إلا أن هناك استثناء في الفقرة الثانية من المادة السادسة حيث جعلها عقد زواج إذ كان الاقتران في مجلس العقد بشرط توافر ركن الرضي و شروط الزواج المنصوص عليها في المادة التاسعة من نفس لقانون.

كما عالجت أحكام المتعلقة بالهدايا عند العدول عن الخطبة حيث أن الخاطب إذ عدل عن الخطبة لا يسترد شيئا من المخطوبة مما أهداه كما ألزمه القانون أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته و بالتالي منح للمخطوبة حق استرداد الهدايا ، عكس القانون السابق.

تناولنا أسباب انقضاء الخطبة، التي تكون غالبا بإبرام عقد الزواج و بهذا يتحقق الغرض الذي شرعت من أجلها الخطبة و استثناء بعدول أحد الخطبين تجنب لعقد زواج فاشل، و بينا الآثار المترتبة عنها من الهدايا و المهر و التعويض عن الضرر الناتج عن العدول الذي وجدنا أن الفقهاء قد أجمعوا على التعويض عنه عندما يكون الضرر مادي و اختلفوا في الضرر المعنوي، و قانون الأسرة رتب التعويض عنه فجاء النص عام و ترك مسألة تقديره للقاضي الموضوع، مما استدعي ضرورة تقيده.

هناك بعض الإقتراحات تحتاج إلى التعديل للنصوص المنظمة لأحكام الخطبة من بينها ما يلي:

- ✓ لم يبين المشرع حكم عقد الزواج المبرم بناءا على الخطبة المحرمة شرعا من الناحية القانونية، فهل القاضي يطبق أحكام الشريعة مات تبين له إنعقاد زواج بعد خطبة محرمة أم انه يلتزم بحالات المحددة قانونا لفسخ عقد الزواج حسب المادة 34 من قانون الأسرة ؟

- ✓ يجب مراجعة حكم الهدايا المقدمة في فترة الخطبة عند العدول أحد الخطيبين و ذلك بربط حق إسترجاع الهدايا بسبب العدول لا بالعدول في حد ذاته.

- ✓ المشرع أغفل حكم المهر المقدم في فترة الخطبة، مما يستوجب تدخل القانون لحسم النزاع مثل ما فعل بالنسبة للهدايا، لأن القضاة عادة ما يضفون صفة الهدايا على المهر، بحجة أن النزاع كان في فترة الخطبة.

1 القران الكريم

الكتب :

1. أبو سعود رمضان، الوجيز في شرح أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، سنة 1997.
2. أحمد ناصر الجندي، مبادئ القضاء في الأحوال الشخصية، القاهرة الحديثة للطباعة، القاهرة، سنة 1996.
3. الإمام أبو محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج، دار الفكر العربي، القاهرة، سنة 1971.
4. الإمام محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، سنة 1971.
5. البخاري، صحيح البخاري، تحقيق و تخريج أحمد زهو و أحمد عناية، دار الفكر العربي, سنة 2004.
6. بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، الجزء الأول، دار الفكر العرب، سنة 1968.
7. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري الجزء الأول، الزواج و الطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر سنة 1999.
8. حسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقي في قضاء الأحوال الشخصية، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، سنة 2006.
9. حسين ناصر، حقوق المرأة في التشريع الإسلامي و الدولي المقارن، دار الثقافة و النشر الإسكندرية.
10. الدكتور بلقاسم شتوان، الخطبة و الزواج في الفقه المالكي، دار الفجر للطباعة و النشر، سنة 2007.

11. الدكتور عبد الرحمان الصابوني، شرح الأحوال الشخصية السوري، الزواج و أثاره الجزء الأول، مطبعة دمشق، سنة 1971.

12. الدكتور عبد الرزاق السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1981.

13. الدكتور محمد محدة، سلسلة قانون الأسرة الجزء الأول الخطبة و الزواج، دراسة مدعمة بالقرارات و الأحكام القضائية، الطبعة 2، شهاب، سنة 1994.

14. رمضان السيرنباطي و جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج و الفرقة و حقوق الأولاد في الفقه الإسلامي و القضاء، دراسة مقارنة الأحول الشخصية في مصر و لبنان، منشورات حلبي الحقوقية، سنة 2000.

15. زهدي يكن، الزواج و مقارنته بقوانين العالم، بيروت، منشورات المكتبة المصرية، الطبعة الأولى.

16. السرطاوي، شرح فانون الأحوال الشخصية الأردني، القسم الأول عقد الزواج و آثاره، دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع، عمان، طبعة 1999.

17. سعد عبد العزيز، الزواج و الطلاق، طبعة3، دار هومة، الجزائر، سنة 1996.

18. الشوكاني، نيل الأوطار، من أحاديث السيد الأخبار، دار العلم بيروت.

19. عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة فقها و قضاءا الزواج، دار الفكر العربي, الطبعة الأولى، سنة 1984.

20. علي بن عمر، دار قطني الجزء 3، عالم الكتاب، طبعة 2، سنة 1983.

21. العمروسي أنور، موسوعة الأحكام الشرعية في الزواج و الطلاق و الخلع، الجزء الأول, دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، سنة 2003.

22. فتحي الدريني, دراسات و بحوث في الفكر الإسلامي المعاصر, المجلد الثاني, طبعة 1, دار تقية للطباعة و النشر, بيروت, سنة 1988.

23. محمد الصالح العياري، مذكرات و بحوث قانونية، نشر و توزيع عبد الكريم عبد الله، الطبعة الأولى.

24. مصطفي السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، الزواج و انحلاله، مطبعة دمشق، سنة 1997.

25. مصطفي شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، بيروت الطبعة 2، سنة 1977.

26. مواهب الجليل، لشرح مختصر الخليل، الحطاب، دار الفكر الطبعة 3، سنة 1992.

27. مواهب الجليل، لشرح مختصر خليل و بأسفله التاج و الإكليل للمواق، الجزء 5، دار الكتب العلمية، لبنان.

28. النووي، صحيح مسلم، بشرح النووي ضبط و ترقيم، محمد فؤاد عبد الباقي، دار الكتاب العالمية، طبعة 1، بيروت، سنة 2000.

29. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، الجزء 7، دار الفكر، الجزائر، طبعة 1، سنة 1991.

محاضرة:

بن شويخ، محاضرات في قانون الأسرة، جامعة بومرداس، سنة 2004.

القوانين:

1. قانون الأسرة، رقم 11/84، المؤرخ في 9 يونيو 1984.

2. القانون المدني، رقم 58/75، المؤرخ في 26سبتمبر 1975، المعدل و المتمم.

3. قانون الأسرة، رقم 09/05، المؤرخ في 4 مايو 2005.

الاهداء

الشكر

مقدمة..... 1

الفصل الأول: ماهية الخطبة..... 04

المبحث الأول: مضمون الخطبة..... 05

المطلب الأول: تعريف الخطبة و أنواعها..... 05

الفرع الأول:التعريف اللغوي..... **05**

الفرع الثاني:التعريف الاصطلاحي..... **05**

المطلب الثاني: شروط الخطبة..... 09

الفرع الأول: أن لا تكون المرأة محرمة على الخاطب..... **09**

الفرع الثاني: أن لا تكون مخطوبة للغير..... **12**

المطلب الثالث: آداب الخطبة..... 16

الفرع الاول:مستحبات الخطبة..... **17**

الفرع الثاني:النظر إلى المخطوبة..... **22**

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية للخطبة..... 23

المطلب الأول: الخطبة وعد بالزواج..... 23

المطلب الثاني: إقتران الفاتحة بالخطبة..... 25

الفرع الأول:مفهوم الفاتحة..... **30**

الفرع الثاني:حكم اقتران الفاتحة بالخطبة من الناحية القانونية..... **31**

الفرع الثالث:اقتران الخطبة بالفاتحة 35

المطلب الثالث: إقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد..... 37

الفرع الاول:وجود مجلس العقد..... 39

الفرع الثاني:توافر شروط الزواج المنصوص في المادة 9 مكرر..... 41

الفصل الثاني: العدول عن لخطبة و آثاره..... 45

المبحث الأول: أسباب إنقضاء الخطبة..... 46

المطلب الأول: فك الخطبة بالزواج..... 48

الفرع الأول:الزواج..... 48

المطلب الثاني: إنقضاء الخطبة بالعدول..... 50

الفرع الاول:العدول الضمني..... 49

الفرع الثاني: العدول الصريح..... 49

المطلب الثالث: فك الخطبة بالوفاة..... 41

الفرع الأول: وفاة أحد الخطيبين..... 51

المبحث الثاني: الآثار المترتبة عن انحلال الخطبة..... 53

المطلب الأول: حكم الهدايا المقدمة خلال فترة الخطوبة..... 53

الفرع الأول:اختلاف الفقهاء..... 53

الفرع الثاني:التشريع الجزائري..... 55

المطلب الثاني: حكم المهر المقدم خلال فترة الخطوبة..... 56

المطلب الثالث: حكم التعويض المترتب عن العدول عن الخطبة..... 58

الفرع الاول:الآراء الفقهية..... 66

الفرع الثاني:رأي الإجتهاد القضائي..... 69

خاتمــة..... 72

قائمة المراجع.....74

مـلخص مذكرة

تكمن أهمية الخطبة في أنها فترة أساسية تسبق إبرام عقد الزواج يعتمد عليها المجتمع الجزائري، نظرا لما تبينه لكلا الخطيبين من أخلاق و عادات الطرف الأخر ، حيث تكشف عن شخصية كلا منهما من محاسن و مساوئ ، و قابليتهما للإنسجام مع بعضهما البعض لتكوين أسرة متينة أو تجنب ذلك في حالة التنافر تفاديا للوقوع في زواج فاشل ، حيث إهتم قانون الأسرة بها و أدخل تعديلا عليها خاصة ما تعلق بإقتران الفاتحة بالخطبة و إختلاف الآثار الشرعية و القانونية المترتبة عنها

الكلمات المفتاحية1-الخطبة2- الزواج3-فك4- الفاتحة5-الاسرة6-زواج

Master's Note Summary

The importance of the engagement lies in the fact that it is a basic period prior to the conclusion of the marriage contract on which Algerian society depends, due to the morals and customs of the other party, which reveal the character of each of them from the advantages and disadvantages, and their ability to harmonize with each other to form a solid family or avoid This is in the case of disharmony in order to avoid falling into a failed marriage, as the family law took care of it and introduced an amendment to it, especially with regard to the association of Al-Fatihah with the engagement and the different legal and legal consequences of it.

Keywords 1- Engagement 2- Marriage 3- Fka 4- Al-Fatihah 5- Family 6- Marriage