وزارة التـــعليـــم العـــالـــي والبـــحـــث العـــلـــمـــي

جامعـــة عبد حميـــد ابن باديـــس مـــسـتـغـانـم

كليـــة الحقـــوق والـعـلـوم السياسيـــة

قسم القانون الخاص

مـذكرة تـخرج لـنـيل شهـــادة الماستر

في الحقوق

تخصص : قانون خاص معمق

موسومة بـ

الخطبة في ظل قانون الأسرة الجزائري

من إعداد الطالبة :

خراشي فاطمة

تحت إشراف الأستاذ :

بن فريحة رشيد

لجنـــــة أعضاء المناقشـــــة

أستاذ :	زواتين خالد	رئيسا
الدكتور:	بن فريحة رشيد	مشرفا
أستاذ :	جلطي منصور	مناقشا

السنة الجامعية 2018/2017

كلمة شكر

نحمد الله ونشكره على فضله و نعمه ،وعملا بسنة نبينا محمد

صلى الله عليه وسلم وتبعا لهديه فشكر الناس من

شكر الله تعالى .

" من لم يشكر الناس لم يشكر الله "

لهذا أتقدم بالشكر الجزيل و الامتنان الخالص الى :

الأستاذ بن فريحة رشيد

على قبوله الإشراف على مذكرة تخرجي وعلى كل ما قدمه لي من عون

والى كل أساتذتي بكلية الحقوق

وكل من مد لي يد العون من قريب او بعيد بالكثير او القليل

اتقدم بالشكر .

الإهداء

الى سبب طموحي في الحياة وبذرة حلمي.... أبي رحمه الله

الى شعاع النور ودافعي في الحياة الى أعظم الأمهات..... أمي

الى الحضن و الأمان.....إخواني وأخواتي و خالتي

الى من شاركوني دربي ..... صديقاتي و أصدقائي و أحبتي

الى كل هؤلاء اهدي هذا العمل .

قائمة المختصرات

ص : صفحة

ط: طبعة

ع : عدد

ق.أ.ج: قانون الاسرة الجزائري

مقدمـــــــة

استخلف الله الإنسان في الأرض بقوله سبحانه و تعالى « **و إذ قال ربك للملائكة إني جاعل في الأرض خليفة**»[1]، و جعل من سيدنا آدم 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].

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.

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

[1] - سورة البقرة الآية 30.

[2] - سورة الروم الآية 21.

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 ومساوئ، 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.

إن الهدف المراد الوصول إليه من خلال دراسة موضوع البحث هو معالجة قانونية للخطبة في ظل القانون الجزائري معتمدين في ذلك على النصوص القانونية، الآراء الفقهية و ما توصلت إليه المحكمة العليا من إجتهادات في هذا الصدد مع إبراز أهم الإشكالات المطروحة على مستوى الواقع العملي للقضاة، و تبيان من جهة أخرى مدى فعالية التعديل الذي طرأ على المادتين الخامسة و السادسة مع تقديم الإقتراحات البديلة لذلك في حالة وجود غموض أو إشكال حسب وجهة نظرتنا.

و لمعالجة الموضوع سنتبع الأسلوب التحليلي و النقدي للنصوص القانونية، و من أجل ذلك ارتأينا لتقسيم الخطة إلى فصلين، نخصص الأول منهما لماهية الخطبة و الذي يتضمن مبحثين نتطرق في الأول إلى مضمون الخطبة من حيث تعريفها، أنواعها، معاييرها، الشروط المستوجبة شرعا لصحتها و الآداب الشرعية للخطبة، و نخصص المبحث الثاني إلى تبيان الطبيعة القانونية للخطبة من حيث اعتبارها وعدا بالزواج ثم ذكر

حالات إقتران الخطبة بالفاتحة من حيث التكييف القانوني لها طبقا لأحكام المادة الخامسة من قانون الأسرة، وموقف المشرع الجزائري فيما يخص حالة الإقتران بينهما في مجلس العقد أين يتوافر ركن الرضا و شروط الزواج المنصوص عليها في المادة 9 مكرر، و سنتناول بالدراسة في الفصل الثاني مسألة انقضاء الخطبة و الآثار المترتبة عنها، بحيث أننا سنبين في المبحث الأول منه أسباب انقضاءها و ذلك إما بالزواج، بعدول أحد الخطيبين عنها، أو بوفاة أحدهما، في حين نبين الآثار المترتبة عن إنحلال الخطبة و ما يتعلق بها من أحكام في المبحث الثاني من خلال تبيان حكم كل من الهدايا المقدمة خلال فترة الخطوبة و أثرها على إبرام عقد الزواج و مصير المهر المقدم خلالها و التعويض عن الضرر الناتج عن عدول أحد الخطيبين، مع بيان سلطة قاضي الموضوع في تقديره.

و سوف تتم دراسة البحث وفق الإشكاليات التالية:

1. ما هو مضمون الخطبة من حيث تعريفها، أنواعها و الشروط المستوجبة شرعا لصحتها و الآداب المقررة لها من الناحية الشرعية ؟

2. ما تأثير الخطبة المحرمة على صحة عقد الزواج ؟

3. هل إقتران الخطبة بالفاتحة يعتبر وعدا بالزواج في كل الحالات، أم أنه زواج صحيح متى توفر ركن الرضا و شروط المادة 9 مكرر من قانون الأسرة في مجلس العقد ؟

4. ما حكم المشرع بالنسبة للهدايا و المهر المقدمين خلال فترة الخطوبة خاصة عند العدول أو في إبرام عقد الزواج أو عند وفاة أحد الخطيبين ؟

5. هل مجرد العدول عن الخطبة يرتب الحق في التعويض عن الضرر اللاحق بأحد الطرفين، أم يستوجب على القاضي البحث في أسباب العدول لتقرير التعويض من عدمه، و على أي أساس يتم تعويضه ؟

هل تتطابق أحاكم الخطبة المنصوص عليها قانون مع طبيعة المجتمع الجزائري؟

ولدراسة هذا الإشكال وتساؤلاته الفرعية سيتبع المنهج الوصفي التحليلي وذلك بالوقوف على جل الأحكام المتعلقة بموضوع الخطبة وتحليل النصوص المتعلقة بها، كما يتم الاستعانة بالمنهج المقارن للمقارنة بين تلك الأحكام الواردة في القانون الوضعي وبين أحكام الشريعة الإسلامية.

ويتم تقسيم البحث وفقا لما سبق إلى فصلين، يتم التطرق في الفصل الأول إلى أحكام انعقاد الخطبة، وفي الفصل الثاني يتم التطرق إلى أحكام انقضاء الخطبة وما يترتب عنه من آثار.

الفصل الأول

أحكام انعقاد الخطبة

لما كان عقد الزواج من أخطر العقود التي يجريها الإنسان في حياته، ومن أهم التصرفات ذات الشأن الكبير،لما اشتمل عليه من حقوق والتزامات عديدة عظيمة الأثر وطويلة الأمد، فقد اختص المشرع الجزائري عقد الزواج من بين العقود بمقدمات تمهيدية تمهد لإبرام العقد.

بحيث درج الناس على ألا يقدموا على إنشاء هذا العقد إلا بعد التمهيد له بهذا الإجراء، أي بمرحلة سابقة على التعاقد النهائي بعد تفكير و تدبير، حتى تنشأ الرابطة الزوجية على أسس ثابتة ودعائم قوية بين الطرفين.

بالإضافة إلى هذا، فإن عقد الزواج يتطلب تحديد الصداق و الشروط و نفقات الزفاف، وموعد وشكل الاحتفال به، فلا مناص إذا من التمهيد لإبرام العقد بفترة الخطبة ،يتم خلالها التعارف بين الخطيبين و بين عائلتيهما، واستقصاء بعضهم أحوال بعض .

فإن الخطبة ليست إلا تمهيدا لعقد الزواج الأمر الذي يجعل من حق كل من الخاطبين العدول عنها.

وعليه سيتم التطرق في هذا الفصل إلى دراسة الخطبة باعتبارها من أهم هذه المقدمات من خلال بعض المسائل الهامة .

المبحث الأول: مفهوم الخطبة

لقد نظم قانون الأسرة والأحكام المتعلقة بالخطبة في المادة الخامسة منه، بحيث اعتبرها وعدا بالزواج يجوز للطرفين العدول عنها باعتبارها فترة تمهيدية تسبق مرحلة الزواج، لذلك سيتم دراسة المبحث من خلال بيان تعريفها و أنواعها و طبيعتها القانونية، كل ذلك في الإطار القانوني و الفقهي.

المطلب الأول: تعريف الخطبة

نظرا للأهمية الزواج الكبيرة، وضع له المشرع أسس وقواعد وأحكام، ولحماية الأسرة سبقته مرحلة الخطبة، لتعرف كلا الخاطبين على الطرف الأخر.

وعليه سيتم التطرق في هذا المطلب إلى دراسة الخطبة وذلك بتعريفها والبحث عن أدلة مشروعيتها.

الفرع الأول: مضمون الخطبة

سنتطرق في هذا الفرع إلى تعريف الخطبة لغة وإصطلاحا وقانونيا

أ. تعريف الخطبة لغة:

هي من الفعل الثلاثي خطب ،و خطب المرأة يخطبها خطبا و الخطبة بكسر الخاء ،أي طلبها للزواج قال الله تعالى :"ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء " [1] .

الخطب:

الذي يخطب المرأة و العرب تقول فلان خطب المرأة ،واختطب القوم فلانا إذ دعوه إلى تزويج صاحبتهم و يقال خطب فلانة خطبا و خطبة .

[1] – سورة البقرة ، الآية 235.

ب . التعريف الاصطلاحي:

الخطبة اصطلاحا هي التماس الزواج من امرأة معينة تكون خالية من الموانع الشرعية، وذلك بالتقدم لها أو وليها للتفاهم في أمر العقد ، و إذا أجيب طلبه بالقبول تمت الخطبة بينهما .

وقد عرفها الفقهاء بعدة تعاريف:

. تعريف **المالكية** بأنها "التماس التزويج و المحاولة عليه".

. تعريف **الشافعية** بأنها "التماس الخاطب النكاح من جهة المخطوبة "

. تعريف **الحنابلة** بأنها "خطبة الرجل للمرأة لينكحها"

كما أن التعريف الفقهي للخطبة يختلف من فقيه إلى آخر حسب وجهة نظر كل واحد للطبيعة القانونية للخطبة وهذا ما يتبين في التعاريف المتداولة فقها كما يلي:

تعريف الأستاذ أبو العنين:

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

تعريف الإمام أبو زهرة :

الخطبة هي طلب الرجل يد امرأة معينة للتزوج بها و التقدم إلى ذويها ببيان حالة و مفاوضتهم في أمر العقد[2] .

[1] – محمد محدة، سلسلة فقه الأسرة، ج.1 ، الخطبة والزواج، دار شهاب، الجزائر، ط.2، 1994، ص 06.

[2] – الإمام أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، دار الفكر العربي، القاهرة، ط1 ، سنة 1971، ص28.

تعريف الأستاذ حسني نصار :

يعرف الخطبة على أنها عقد النية بين طالبي الزواج أو الخطيبين، على أن يختارا معا تجربة شخصية خلال فترة تسبق عقد الزواج ،فيختار كل منهما الآخر تمهيدا لعقد الزواج مع الإعداد و التجهيز بما يناسب العائلة ،التي تتطلبها أحكام الزواج[1].

تعريف العمروسي أنور :

يعرف الخطبة على أنها طلب المرأة للزواج بها، وقيل هي ما يفعله الطالب من استلطاف، بالقول أو الفعل، وهي الذكر الذي يستدعي به إلى عقد النكاح، والخطبة وسيلة لعقد الزواج ومقدمة تسبقه.[2]

بالنظر إلى هذه التعريفات نجد أن جلها تتكلم عن تقدم الرجل وطلبه يد المرأة قصد الزواج لأنه المعتاد لدى الناس لما عرف عن المرأة من حياء، إلا أنه ليس هناك ما يمنع من أن تكون الخطبة من المرأة، فالشارع الحكيم أعطى حق الدعوة لكل من الرجل و المرأة ،فأباح لها و لوليها إذا ما كان هناك رجل مناسب للزواج منها إما لدينه أو لماله أو لخلقه ،أو غير ذلك من الصفات الحميدة التي ينبغي توافرها في عقد الزواج ، أن تعرض نفسها عليه ليخطبها و لا ينال من كرامة الرجل كما لا يقلل من عزة المرأة .

عند إطلالتنا في التاريخ نجده مليء بالنماذج التي عرض فيها الأولياء بناتهم أو عرضت فيها المرأة نفسها على الرجل الصالح، من قبل ذلك ما رواه البخاري من أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: أتيت عثمان فعرضت عليه حفصة، فقال: سأنظر في أمري فلبث لليالي ثم لقيني فقال: قد بدا لي ألا أتزوج في يومي هذا ،قال عمر فلقيت أبا بكر فقلت إن شئت زوجتك حفصة بنت عمر فصمت ولم يرجع لي شيئا، و كنت أوجد عليه مني من عثمان فلبث الليالي ثم خطبها رسول الله صلى الله عليه وسلم فنكحتها إياه، فلقيني أبو

[1] – حسين ناصر ، حقوق المرأة في التشريع الإسلامي والدولي المقارن، دار الثقافة والنشر ، الإسكندرية ، دون طبعة،دون سنة نشر ، ص 275.

[2] – العمروسي أنور ، موسوعة الأحكام الشرعية في الزواج و الطلاق والخلع، ج.1 ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية،ص 203.

بكر فقال : لعلك وجدت علي حين عرضت علي حفصة فلم أرجع إليك شيء، قلت نعم، قال أبو بكر: فإنه يمنعني أن أرجع إليك فيما عرضت علي إلا أني علمت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قد ذكرها فلم أكن لأفشي سر رسول الله صلى الله عليه وسلم ولو تركها رسول الله قبلتها.[1]

كما أن سيدنا شعيب عليه السلام دعا موسى عليه السلام للتزوج من إحدى ابنتيه الصغرى و الكبرى فقال الله تعالى :"قال إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين"،[2] وكانت التي اختارها موسى عليه السلام الصغرى دون أختها لأنها هي التي عرف أخلاقها باستحيائها وكلامها،[3] وروي عن أنس قال: جاءت امرأة إلى رسول الله صلى الله عليه و سلم تعرض نفسها قالت: يا رسول الله ألك بي حاجة فقالت بنت أنس: ما أقل حياؤها و أسوأتاه و أسوأتاه قال هي خير منك رغبت بالرسول صلى الله عليه وسلم فعرضت نفسها على الرجل الصالح لأجل اعفاف و إحصان خير من التي تخضع له وربما قد تقع فيما يغضب الله تعالى "[4].

ويتجلى لنا من خلال التاريخ أن الإسلام منح حق الخطبة لكل من الرجل و المرأة إلا أنه نادرا ما تبادر المرأة إلى خطبة الرجل نظرا لحياء المرأة و تربيتها بتقاليد يعتقد الناس أنها مستمدة من الشريعة الإسلامية ،إلا أنها في حقيقة الأمر مأخوذة من العادات البالية، كما يعود إلى خصوصية عقد الزواج الذي يستوجب على الرجل توفير مسكن لزوجته، وإلزام المرأة بانتقالها إليه ،مما يصعب على المرأة أن تقدم على خطبة الرجل.

ج . التعريف القانوني:

نص المشرع الجزائري في المادة الخامسة من قانون الأسرة على أن :"الخطبة وعد بالزواج ،يجوز للطرفين العدول عن الخطبة" وكما نص على أنه يمكن أن تقترن الخطبة بالفاتحة أو تسبقها بمدة غير محددة المادة 6 فقرة1، وعليه فإنه يدخل في حكم الخطبة قراءة الفاتحة من طرف مجلس الرجال ،وكذا ما جرت به العادة

[1] – صحيح البخاري ، تحقيق وتخريج أحمد زهو وأحمد عناية ، دار الكتاب العربي، سنة 2004 ، رقم الحديث 5122، ص 1077.
[2] – سورة القصاص، الآية 27.
[3] – بلقاسم شتوان ، الخطبة و الزواج في الفقه المالكي ،دراسة أكادمية مدعمة بالأدلة الشرعية و قانون الأسرة الجزائري ، الجزائر، ص10
[4] – صحيح البخاري ، ص1076 ، رقم الحديث 5120.

و العرف من تبادل الهدايا المادة 6 فقرة 2 وبالتالي فإنه قد اكتفى بتبيان طبيعة الخطبة، ولم يتطرق لنا المشرع إلى تعريفها تاركا ذلك إلى الفقه[1] .

وبالرجوع إلى قرارات المحكمة العليا نجدها تعتبر الخطبة مقدمة لعقد الزواج باعتبارها مرحلة سابقة للعقد سواء طالت فترة الخطوبة أم قصر أمدها هذا ما يتجلى لنا في القرار الصادر عنها في 24 سبتمبر 1984 تحت رقم 34438 ، أهم ما جاء في حيثياته ما يلي: من المقرر كذلك أن الأصل في الخطبة وفي غالب الأحيان هي مقدمة للزواج وليست زواجا ،وفي اجتهاد آخر لها اتجهت نفس الاتجاه القانوني المكرس في المادة الخامسة من قانون الأسرة ،واعتبرت الخطبة وعدا بالزواج بقولها في القرار الصادر بتاريخ 17مارس1992 ملف رقم 81129 أنه من المقرر شرعا و قانونا أن الخطبة وعد بالزواج ولكلا الطرفين العدول عنها.[2]

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 17مارس 1999 بقولها من المقرر شرعا و قانونا أن الخطبة وعد بالزواج و لكل من الطرفين العدول عنها .

الفرع الثاني :حكم الخطبة و أدلة مشروعيتها

سنتناول في هذا الفرع حكم الخطبة و أدلة مشروعية الخطبة

اتفق الفقهاء على مشروعية الخطبة ولكن اختلفوا في حكمها:

[1] – بلحاج العربي، أحكام الزوجية وأثارها في قانون الأسرة الجزائري ، دار هومه ، الجزائر، سنة 2013، ص 114.

[2] – المجلة القضائية سنة 1990، ص 87.

أ. حكم الخطبة

الفريق الأول :القائلون بأنها مستحبة

1. ذهب المالكية إلى القول بأنها مستحبة و الشافعية قالوا هي سنة مطلقة واستدلوا بما يلي : بفعل النبي صلى الله عليه و سلم الذي خطب عائشة إلى أبي بكر.[1]

الفريق الثاني:القائلون بالإباحة

وهو قول الشافعية كما قال النروي"لا ذكر للاستحباب في كتب الأصحاب و إنما ذكروا الجواز واستدلوا بما يلي :بفعل الصحابة رضي الله عنهم بعد الرسول ،وقد أمر النبي صلى الله عليه وسلم أن نتبع سنة الخلفاء الراشدين المهديين من بعده فقال: "فعليكم بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين المهديين من بعدي.

الفريق الثالث: القائلون الخطبة تأخذ حكم الزواج

فإن كان الزواج واجبا كانت الخطبة واجبة و إن كان الزواج سنة فالخطبة كذلك ،ومن الذين ذهبوا إلى هذا القول :البجيرمي والجمل في حاشيته و استدلوا بما يلي:"إن الخطبة وسيلة من وسائل الزواج ،والوسائل تأخذ حكم المقاصد."

ب . أدلة مشروعية الخطبة:

دلت على مشروعية الخطبة نصوص قرآنية وأحاديث نبوية صحيحة، مؤكدة على أن الخطبة من وضع الخالق . عز وجل . تمهيدا لعقد الزواج ثبتت مشروعية الخطبة بالقرآن و بأحاديث كثيرة رويت عن الرسول صلى الله عليه و سلم و بالإجماع.

[1] – نايف محمود الرجوب ،كتاب أحكام الخطبة في الفقه الإسلامي، ، الطبعة الأولى ، دار الثقافة ، عمان الأردن، سنة 2008،ص 54.

1. أدلة مشروعية الخطبة من القرآن:

ظهرت مشروعية الخطبة في الكتاب و السنة ، فظهرت دلالتها في القرآن الكريم في قوله عز وجل :"ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء أو أكننتم في أنفسكم علم الله أنكم ستذكرونهن ولكن لا تواعدوهن سرا إلا أن تقولوا قولا معروفا ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله واعلموا أن الله يعلم ما في أنفسكم فاحذروه واعلموا أن الله غفور حليم" [1] تشير الآية الكريمة هنا إلى أمر هام وهو أن الإنسان قد يسعى إلى تحقيق شيء تحدثه به نفسه كالزواج من امرأة معينة كأن تكون امرأة في حالة عدة الوفاة ، ويتمنى لو تكون من نصيبه فالمشرع هنا لا يحظر عليه ذلك ،لكن في حدود اللياقة و الآداب الإسلامية ، و الخلق الرفيع ،و عليه فإن المرأة المعتدة عليها حقوق غيره ،فهنا يحظر عليه الشرع خطبتها في هذه الحالة إلا أنه جاء الخطاب بأن لا حرج،ولا إثم عليكم أيها الناس فيما عرضتم به للمعتدات من وفاة ،من خطبة النساء ،وذلك لحاجتكم إليهن ،فلم تصرحوا لهن بالنكاح و الحاجة إليهن ،إذا أكننتم في أنفسكم ،فأسررتم حاجتكم إليهن و خطبتكم "[2]إياهن في أنفسكم ،ما دمن في عددهن ،علم الله أنكم ستذكرون خطبتهن وهن في عددهن فأباح لكم التعريض بذلك لهن ،أي أن الله أجاز خطبة المعتدة.

2. أدلة مشروعية الخطبة من السنة:

دلت السنة النبوية القولية و الفعلية و التقريرية على مشروعية الخطبة في عدة أحاديث منها: عن أبي هريرة :قال رسول الله صلى الله عليه و سلم :"لا يخطب الرجل على خطبة أخيه ".ومن السنة الفعلية فها هي السيدة حفصة بنت عمر بن الخطاب تزوجها الرسول صلى الله عليه وسلم ،وهي أرملة حيث خطبها من أبيها فزوجه إياها .قال عمر :خطب النبي صلى الله عليه وسلم حفصة فأنكحته.

---

[1] - سورة البقرة الآية 235 .

[2] – نايف محمود الرجوب ، المرجع السابق،ص 34-35.

ومن السنة التقريرية ،فقد ثبت أن الصحابة رضوان الله عليهم مارسوا الخطبة في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم و لم ينكر عليهم ،مثال ذلك :حديث جابر بن عبد الله قال:"فخطبت جارية فكنت أتخبأ لها حتى رأيت منها ما دعاني إلى نكاحها فتزوجتها"،فدلت كل هذه الأحاديث على مشروعية الخطبة .

3 . أدلة مشروعية الخطبة من الإجماع:

قد أجمع علماء المسلمين ماضيا و حاضرا على جواز الخطبة و مشروعيتها ،كما جرى عرف المسلمين على الخطبة قبل الزواج،وهو عرف صحيح ،لا يعارض نصا في الكتاب أو السنة "[1].

الفرع الثالث :أنواع الخطبة

سنتطرق في هذا الفرع إلى أنواع الخطبة في الأول الخطبة في طريق التصريح و الثاني عن طريق التعويض و ثالثا الخطبة عن الوسائل الإليكترونية

هناك نوعان من الخطبة ،وهما:

1.الخطبة بطريق التصريح :

الخطبة بالتصريح هي الإفصاح بما في النفس من رغبة بكل لفظ يدل 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 ومن 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 لتحديد لنا موعدا لزيارتكم من أجل خطبتك.

[1] – القرطبي الجامع لأحكام القرآن ،راجعه وضبطه محمد إبراهيم وأخرج أحديثه محمود حامد عثمان، ج3، دار الحديث،ص 188.

2.الخطبة بطريق التعريض:

الخطبة هنا تعني استعمال الخاطب لجمل يفهم قصد الخطبة من عرضها بالقرائن و التلميح وهذه 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 ،وما أشبه ذلك من العبارات التي يفهم منها أن الشخص يقصد وراء ذلك الخطبة .

و يعرّف القرطبي التعريض على أنّه ضد التصريح و هو إفهام المعنى بالشيء المحتمل له ولغيره وهو عرض الشيء وهو جانبه كأن يحرم به الشيء ولا يطهره و مثل القرطبي به التلميح للمخطوبة فقال كقوله إني أريد الزواج،وأنك جميلة ،أنك صالحة ،إن الله سائق إليك خيرا وإن قدر لها أمر لكان.

والتعريض هو ما يستعمله من ألفاظ يفهم منها قصد الخطبة من عرضها بالقرائن مدح الشخص لنفسه وذكر محاسنه ومآثره أمام المرأة التي يريد خطبتها ولقد فعل ذلك أبو جعفر محمد بن علي بن حسين .

قالت سكينة بنت خنضلة استأذن علي محمد بن علي ولم تنقضي عدّتي من مهلك زوجي فقال :لقد عرفت قرابتي من الرسول صلى الله عليه وسلم وقرابتي 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 ومن علي ،وأسلوب التلميح غير جائز عند خطبة المرأة فله ضوابط شرعية فنجده مباحا عند المرأة المتوفى عنها زوجها وحرام عند جميع المعتدات دون استثناء ،واختلف الفقهاء في الخطبة بالتعريض بالنسبة للمطلقة طلاقا بائنا وهذا ما سنتطرق إليه بالتفصيل في المطلب اللاحق[1].

[1] – بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ،الجزء الأول ، الزواج والطلاق ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر،1999 ، ص158.

3 . الخطبة عبر الوسائل الإلكترونية:

ونلاحظ هنا، أنه يمكن للخاطبين التعارف عن طريق وسائل الاتصال الحديث، باستعمال الحاسوب الآلي (الكمبيوتر)، الموصول بشبكة المعلومات العالمية أو "الأنترنت"، أي على شبكة المواقع أو الويب، وكذا عن طريق الهاتف المحمول (في حالة الخطوبة عن بعد).وقد طور حديثا هاتف يمكن كل واحد من المتحادثين رؤية الآخر والتحدث معه، بالمحادثة والمشاهدة عبر شاشات الحاسب الآلي، والمسمى بالشات ، عن طريق نقل التلفاز صورة وصوت كل منها للآخر بواسطة الأقمار الصناعية؛ وقد يتم ذلك أيضا عن طريق البريد الإلكتروني (أي التراسل الإلكتروني) [1].

وبالإضافة إلى هذا، فإن نظام الميسانجر، يلعب دورا إيجابيا كوسيلة إلكترونية من وسائل التعارف الفوري، والتي تتم بسرعة فائقة في الإرسال والاستقبال. كما أن الدخول مباشرة إلى شبكة الويب العالمية أو "الفيس بوك"، يمكننا من ولوج مواقع تعنى بالتزويج، وتوفير الزواج للعزاب والعوانس، وتعارف الخطاب تحت إشراف خبراء في علم الاجتماع العائلي وعلم النفس الأسري، والتأهيل للحياة الزوجية. ومن المعلوم أن الإعلان عن الرغبة في الخطبة والزواج في شبكة المواقع، يعد مجرد دعوة للتعاقد، وليس إيجابا باتا[2].

فإنه لا مانع من العملية ،إذا كانت ضمن الأخلاق الكريمة والآداب العامة ، بعيدا عن التبرج و الاختلاط والخلوة ، مع ضرورة حماية المتعاملين مع هذه الأجهزة الإلكترونية من الإعلانات الكاذبة أو المضللة . فإن القانون الجزائري يحمي المستهلك الإلكتروني من كل تضليل أو تدليس أو غش ، ولو كان التعامل عن بعد . وبالإضافة إلى هذا ،يوجب مبدأ حسن النية الأمانة و الاستقامة ، كما أنه يقتضي الالتزام بالإفضاء بكافة المعلومات و البيانات المتعلقة بالخدمة محل التعامل الإلكتروني[3].

---

[1] – أسامة الأشقر ، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق،دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن،2000،ص 103

[2] – عبد الله ناصر، العقود الإليكترونية ن مجلة البحوث الفقهية المعاصرة ، ع 73، سنة 2007،ص 289 و ص 29.

[3] – محمد النجيمي، إبرام عقود الأحوال الشخصية عبر الوسائل الإليكترونية ، الرياض ، ع 60، دون سنة نشر، ص 15 وما بعدها

لا يوجد في استعمال هذه الوسائل الإلكترونية الحديثة على هذا النحو أي محذور قانوني ، فالنصوص الآمرة بالرؤية في مجال الخطبة تشمل هذه الصورة المعاصرة بعمومها ؛ بشرط التأكد من هوية الشخص الذي يستخدم التراسل الإلكتروني وفقا للمادتين327و323 من ق.م الجديد المعدل بالأمر 05-10المؤرخ في 26-06-2005. ومن ناحية أخرى ،فإن الإسلام يبيح النظر إلى المخطوبة مع أنها أجنبية عن الخاطب شريطة أن تكون الرؤية في حدود الآداب الشرعية ، خالية من كل تزوير أو احتيال أو خديعة ؛و بشرط الابتعاد عن المفاسد و الأضرار ، التي تخالف طبيعة عقد الزواج ،ومقاصده التي شرع من أجلها.

والجدير بالتنويه ، أن مجمع الفقه الإسلامي لمنظمة المؤتمر الإسلامي ، في دورة مؤتمره السادس المنعقدة في جدة بالسعودية ، وكذا اللجنة الدائمة للبحوث العلمية و الإفتاء بالرياض في السعودية ، قد منعت عقد الزواج عبر الأنترنت ، كتابة ومشافهة ، لسد أبواب الفتنة ، ولما يترتب عليه من الأضرار و المفاسد التي تخالف مقتضى عقد النكاح و مقاصده التي شرع من أجلها .وذلك لأن هذا الطريق ،قد يدخل أحد الأطراف في التغرير والخداع و التزوير لتحقيق الغرض المطلوب ،وانتحال شخصيات غير المعنيين . ومن ثم فإن عقد الزواج يجب أن يحتاط فيه ، ما لا يحتاط في غيره من عقود المعاملات ،لحفظ الفروج و الأعراض[1].

و في هذا الخصوص ، أن التحوط في الفروج و الأعراض واجب ، ولكن لا يلزم منه المنع ، فالتحوط يلزم اتخاذ إجراءات تضمن سلامة إجراء التعاملات الإلكترونية ، من وجود الإشهاد لحظة تبادل الإيجاب و القبول عبر وسائل الانترنت ؛ كما أن الشهود يمكنهم الإطلاع على الكتابة لحظة وصول الرسالة الإلكترونية. ومن ناحية أخرى فإن الوسائل الإلكترونية الحديثة تقلل من التزوير ، كرؤية كل واحد من العاقدين الآخر عبر الشاشة ، وحضور الشهود الذين يسمعون الخطاب[2].

[1] – أسامة الأشقر، المرجع السابق، ص 104.

[2] – محمد النجيمي ، المرجع السابق، ص 16.

و عليه ،فإننا نشترط في التعارف بين الخاطبين بأجهزة الاتصال الحديثة ،أن يكون بعلم الأهل و على قدر الحاجة ،وان تكون النظم المعلوماتية أمنة ،حتى لا تستغل هذه الوسائل الالكترونية استغلالا سيئا من ضعاف النفس و أهل الفساد في معاكسة النساء ،و التعرض لهن عبر الهاتف (بالرسائل القصيرة أو حتى بالبلوتوث) أو الحاسب الآلي أو الأجهزة الرقمية الذكية، بالكذب والغش والإحتيال والتزوير والقرصنة واستعمال المعلومات الشخصية غير المحمية في أمور مشبوهة أو خطيرة.

وقد أوجب الإسلام الشاهد حين عقد الزواج ، حفاظا على حقوق الزوجين،ولبيان أهمية الزواج ومكانته العظيمة ،لقوله عليه الصلاة والسلام :"لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل"؛ كما نهى الله تبارك وتعالى عن إقامة العلاقة الزوجية في السر ، فقال سبحانه: "ولكن لتواعدوهن سرا إلا أن تقولوا قولا معروفا"[1].

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للخطبة

لقد اعتبر قانون الأسرة أن الخطبة وعد بالزواج و اعترف بحق كلا الطرفين في العدول عنها صراحة في نص المادة الخامسة منه حيث أن الخطبة مقدمة لعقد الزواج تختلف عنه من حيث وجودها الشرعي و القانوني كما ألحق نفس الحكم عند اقتران الخطبة بالفاتحة .

الخطبة من الناحية القانونية وعد بالزواج لا تكتسي طابع إلزامي ، تجبر الخطيبين أو أحدهما على إتمام مراسيم الزواج ، إذ يحق لهما العدول عن الخطبة باستعمال الحق المقرر لهما في المادة 5 من قانون الأسرة.

أدخل المشرع الجزائري تعديل للمادتين الخامسة و السادسة من قانون الأسرة بموجب القانون رقم 09/05 المؤرخ في 4 مايو من سنة 2005 حيث أن الأصل في الخطبة أنها وعد بالزواج طبقا للمادة الخامسة و رتّب نفس القيمة القانونية لها في حالة اقتران الفاتحة بالخطبة ، إلا أنه أدرج استثناء في المادة السادسة المعدلة يجعل

[1] – سورة البقرة ، الآية 235.

اقتران الفاتحة بالخطبة زواجا متى توافر ركن الرضا و شروط الزواج المنصوص عليها في المادة 9 مكرر من هذا القانون ، وهذا ما نبينه بالتفصيل ضمن هذا المطلب .

الفرع الأول: الخطبة وعد بالزواج

سنتناول في هذا الفرع أولا الخطبة وعد بالزواج وثانيا إقتران الخطبة بالفاتحة

أولا : الخطبة وعد بالزواج

الخطبة في قانون الأسرة وعد بالزواج و ليست عقد حتّى و إن تمت باتفاق الطرفين إذ يحّق للخطيبين العدول عنها طبقا لمبدأ حرية الشخص في اختيار شريكه في المستقبل دون إكراه مما تطلب على المشرع عدم إضفاء الصيغة الإلزامية على الخطبة لأنه باعتبارها عقد يفقد الطرفين حرية الاختيار التّي هي من متطلبات النظام العام .

اعتبر المشرع الجزائري أن الخطبة وعد بالزواج و جعل الوعد غير ملزم للطرفين إذ نصّ في المادة الخامسة من قانون الأسرة أن الخطبة وعد بالزواج و يجوز للطرفين العدول عنها و بهذا فهي لا ترقى إلى مرتبة العقد ، بل هي مجرد وعد بالنكاح ليس لها القيمة القانونية ،حيث لا تزيد عن كونها التزاما أدبيا لا غير وعليه لو عدل أحد الطرفين عن خطبته تلك فإنه بعدوله هذا لا يعّد خارقا لاتفاق قانوني له في الإلزام بالزواج[1].

فالخطبة قانونا لها نفس القيمة الشرعية إذ أنها ليست عقدا و إلا كانت ملزمة إلزاما يستتبع حتمية عدم العدول و هذا ما لم يقر به جمهور فقهاء الشريعة [2]، 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[3].

[1] – محمد محدة ، المرجع السابق،ص 45.

[2] – محمد صالح العياري، مذكرات والبحوث القانونية، مؤسسات عبد الكريم بن عبد الله ، تونس ، الطبعة الأولى ، سنة 2010، ص 135.

[3] – الإمام محمد أبو زهرة، المرجع السابق،ص 68.

فالخطبة لا يترتب عنها الإلزام بإتمام العقد انطلاقا من مبدأ الرضائية في الزواج سواء كان من الناحية القانونية أو الشرعية ، إلا أنه هناك رأي لابن شبرمة في إحدى الروايات في المذهب المالكي يذهب إلى القول بأنّ الواعد يلزم بالوفاء بوعده و يُجبر على ذلك بواسطة القضاء إلا إذا وجد ما يمنع ذلك كالموت أو عدم القدرة على التنفيذ مستندا في قوله إلى النصوص الواردة في الكتاب و السنة التي تأمر بالوفاء بالعهد بقوله سبحانه و تعالى :"وأوفوا بعهد الله إذا عاهدتم ولا تنقضوا الإيمان بعد توكيدها ".

الخطبة إذن لا تبيح للخطيبين اختلاط الأزواج و لا يترتب على أحدهم حق على الآخر حتى لو ألبس الخاطب خطيبته خاتم الخطبة أو قام بتقديم جزءا من الصداق [1]، إذ يجوز فسخ الخطبة بدون رضا الطرف الثاني و هذا ما نجده معمول به على مستوى القضاء ،حيث نجد أن الدعوى المرفوعة من أحد الخطيبين المعدول عنه لمطالبة العادل بإتمام مراسيم الزواج مرفوضة بسبب أن العدول حق مخول لكلا الطرفين، ومن بين ذلك القرار الصادر عن محكمة عين تموشنت ملف رقم 08.0109 بتاريخ 2008./03/25 والذي قضى برفض طلب المدعية المتعلق بإلزام المدعي عليه بإتمام مراسيم الزواج ، إلا أنه نجد بعض الأحكام التي قضت 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 المدعي عليه ،مع إلزام المدعي عليها أن ترجع للمدعي قنطار صوف المقدم لها و أن ترجع مبلغ 10 آلاف دينار جزائري و رفض ما زاد من الطلبات لعدم التأسيس ، و القضاء من جديد بإلزامها بإتمام إجراءات البناء مع الأمر بتسجيل الزواج بالحالة المدنية ، و كان القرار محل الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا ، وتم نقضه بتاريخ 2000.7.18 على أساس أن الزواج تم بانعدام الرضا وبالتالي لا يحق للقضاة إجبار المرأة الغير الراضية به على إتمام إجراءات الزواج، حيث يتضح أن المجلس أعاد تكييف الوقائع من خطبة إلى زواج حسب

[1] – العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزء الأول ، الزواج وطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 1994، ص 51.

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 من الأمثل أن يكتفي بتسجيله للحفاظ على حقوق كل طرف ، ما دام ثبتت لهم قيام زواج شرعي .

الخطبة ليست بعقد زواج و لا تبيح المخالطة الجنسية و كل العلاقات التي تتم قبل إبرام العقد مجرد عمل غير مشروع لا يثبت نسب الولد[1]، فالخطبة لا تخرج عن كونها وعد بالزواج والوعد ليس بعقد لأنه ليس ملزم لأننا لو قلنا بذلك لحملنا الخطيبين ما لا يريدانه و هذا ضرر لهما .

من خلال الدراسة القانونية للمادة 5 الفقرة الأولى أن الخطبة مقدمة للزواج و مرحلة تمهيدية للعقد ، تماشيا مع أحكام الشريعة الإسلامية التي بدورها تعتبرها وعدا بالزواج ، إلا أن 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.

إن 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 تنصّ على أنه (إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل و قاضاه 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 فنجده خالف هذه القاعدة في القانون المدني بحيث انه من جهة اعتبر الخطبة وعدا بالزواج ومن جهة أخرى اعتبرها غير ملزمة ،و أجاز للطرفين العدول عنها و بالتالي لا سلطة لقاضي شؤون الأسرة في إصدار حكم يقوم مقام الوعد بإلزام الخاطب بإتمام مراسيم الزواج، عكس القاضي المدني و بهذا

[1] – العربي بلحاج ، المرجع السابق ص 52

فإننا نقترح صياغة بديلة لمصطلح الوعد بجعل الفقرة تنص على أن (الخطبة تمهيد لعقد الزواج و لكل الطرفين حق العدول عنها).

ثانيا: إقتران الخطبة بالفاتحة.

إنّ المشرع الجزائري اِعتبر الخطبة وعدًا بالزواج و للطرفين 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.

مفهوم الفاتحة:

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

فالفاتحة في نظر الفقه الإسلامي تعتبر عقد الزواج 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 إيجاب منها أو من وليها و يتواعدون بالعقد ليلة البناء ثم يبعث للمرأة حناء و حوائج في المواسم و الأعياد و يسمع الناس بأن فلان زوجة له و يتم قراءة الفاتحة بالمسجد، فأجاب بقوله أن الأمر المؤكد جاريا 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

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

الفاتحة بالفاتحة، و قد أخذ بهذا الرأي الأستاذ محمد تقية عندما سُئِل عن الزواج الشرعي الذي لم يُسجَّل بعد في الحالة المدنية و أكّد أنه زواجا صحيح مادام هناك إقتران فاتحتها بالخطبة فأجاب أن الصيغة الزواج إن تمت باللفظ فإنّ الزواج الأول صحيح و لا يجوز تزويجها للغير إلا بعد الطلاق أو موت الزوج الأول.[1]

هناك من يرى أن المقصود بالفاتحة هي قراءة الفاتحة لكونها لا تؤثر في حقيقة الأمر على الخطبة و لا على عقد الزواج أو حالة اقترانها 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.

حكم إقتران الفاتحة بالخطبة من الناحية القانونية:

1 – حكمها 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 واحدا زمانا و مكانا أو منفصلتين في مجلسين مختلفين من حيث الزمان و المكان إذ أخضعهما للحكم واحد، حيث يجوز للطرفين العدول عنها في أي وقت شاء قبل إبرام عقد الزواج بصفة رسمية أمام موظف بالحالة المدنية.

رفع أحد الخطيبين دعوى أمام المحكمة يطالب فيها بأن تحكم له بإلزام الخطيب الذي عدل على إتمام إجراءات عقد الزواج فإن الحكم يكون برفض الدعوى، لكون أن إقتران الخطبة بالفاتحة يخضع إلى حكم المادة 5 من قانون الأسرة و بالتالي وعد بالزواج يجوز للطرفين العدول أما إن حكمت له بما طلب فإنها تكون قد دمرت ركن الرضا في الزواج[2].

[1] – محمد محدة، المرجع السابق، ص 50.

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

بالرجوع للإجتهاد القضائي في تعريف الفاتحة و حكم اقترانها بالخطبة نجد هناك تذبذب في قراراتها إذ يعتبرها عادةً مجرد قراءة سورة الفاتحة من باب التبرك والدعاء للخطيبين و أنها ليست ركن عن أركان الزواج أو شرط 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 إقتران الخطبة بالفاتحة لأحكام المادة 5 معتبرة إياها وعد بالزواج لا أكثر، أهم ما جاء في حيثياته ما يلي: حيث أنه بالفعل فإن الشهود الذين وقع الإستماع 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 من أركان الزواج و ليست شرط لوقوع 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 و في مجلس العقد المدني المتوافر فيه جميع أركانه و شروطه بمعنى المادة 9 من قانون الأسرة.

لقد اعتبرت المحكمة العليا في قرار أخر لها أن إقتران الفاتحة بالخطبة في مجلس العقد زواجٌ شرعي و مستوفي 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

[1] – المجلة القضائية, العدد ص30.

قضية الحال أن أركان الزواج قد توافرت و تمت بمجلس العقد و أنه تم إقتران الخطبة بالفاتحة و بعد ذلك عدل الطاعن عن الزواج بالإمتناع عن الدخول لأنه إعتبر الفاتحة كالخطبة وعد بالزواج.[1]

و في قرارٍ آخر صادر بتاريخ 1984/11/19 اعتبرت أن مرحلة الخطبة قد إنتهت بالزواج و بالتالي استبعدت إقتران الخطبة بالفاتحة و إنّما اكتفت بوجود خطبة فقط إذ جاء في حيثياته: أنه من المقرر أن الأصل في الخطبة أنَّها مقدمة للزواج و ليست زواجا غير أنَّها قد ستجاوز مرحلة إلتماس النكاح إلى النكاح الشرعي وأصبح فعلا زواجا شرعيا إذ واكبها تحديد شروطه و تحقق أركانه و هذا باشتماله على الإيجاب و القبول حاملين لصيغة الزواج و حضور شهود و تولى الأب بالنكاح ابنته.[2]

يستساغ من مناقشة قرارات المحكمة العليا أن إقتران 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 الإعتراف 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 العبارة بأركان و شروط الزواج و هذا ما يدّل على أن نية المحكمة العليا اتجهت إلى اعتبار الفاتحة عبارة عن قراءة سورة فاتحة 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.

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

[2] – المجلة القضائية، للمحكمة العليا، العدد الأول، سنة 1990، ص67.

اتجهت المحكمة العليا اتجاه 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 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 وعد 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.

2 – إقتران الخطبة بالفاتحة في ظل قانون الحالي:

لقد أدخل المشرع الجزائري تعديل على نص المادتين الخامسة و السادسة من القانون 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 إقتران الفاتحة بالخطبة الذي لا يعتبر زواجا، فهي ترتب نفس الآثار المتعلقة بالخطبة.

فالأصل العام أن الفاتحة عند اقترانها بالخطبة لا يعَّد 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 جاء في حيثياته مايلى: حيث أن الدعي عليه دفع بأن المدعية قرأت فاتحتها مع

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

شخص ثاني و أنه لن يقوم بإتمام مراسيم الزفاف إلا بعد أن يتأكد بأنها لم تعد بعصمة ذلك الرجل حيث بالإطلاع 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 المدعي عليه لا يرغب بذلك حيث طالما أن الزواج يكون بالإرادة المشتركة للطرفان فإنه لا يسع المحكمة إلا أن تقضي برفض طلب المدعية الرامي إلى إتمام مراسيم الزواج.

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

إلا أنه ورد استثناء في الفقرة الثانية من المادة 6 حيث اعتبر إقتران 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 إنعدام الموانع الشرعية للزواج.

عند استقراء الفقرة الأولى من المادة السادسة نفهم أن إقتران 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.

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 الطرفين 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

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

راضية على إجراء الفاتحة أصلا كما أنه لا يتم تحديد الصداق فيه فإن الفاتحة المقرونة بالخطبة لا تعتبر من الناحية الشرعية و القانونية زواجا.

لقد أخد قانون الأسرة المعدل في المادة 6 باجتهادات المحكمة العليا وما استقرت عليه من 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 عنها من الناحية الشرعية و القانونية ما يتعلق من أحكام الخطبة.

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 زواجا شرعيا و الدليل على ذلك أن الطرفين عادة عند إجراء الحفل الثاني لوليمة الزواج من أجل الدخول بالزوجة لا تستوجب عليهم إحضار إمام المسجد لأنه حضر في حفل إعلان الخطبة.

ثالثا: إقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد.

لقد نصت المادة 6 من القانون رقم 09/05 المؤرخ في 4 مايو 2005 أن إقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توفر ركن الرضا و شروط الزواج المنصوص عليها في المادة 9 مكرر من هذا القانون.

بهذا فإن المشرع وضع استثناء عن الأصل العام الوارد في الفقرة الأولى من المادة السادسة إذ أن المبدأ العام في إقتران الفاتحة بالخطبة لا يعد زواجا، غير أن اقترانها بمجلس العقد يعتبر زواجا عند توفر ركن الرضا

وشروط الزواج المتعلقة بأهلية الزواج، و تقديم الصداق بحضور الشهود و ولي الزوجة مع خلو الطرفين من الموانع الشرعية الزواج.

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

و لتطبيق نص المادة 6 يستوجب على القاضي الذي يعرض النزاع عليه قبل الفصل في القضية أن يقوم بتكييف الوقائع المطروحة عليه أولا على أنها زاوج شرعي إذ 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 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 بإنتهاء الأشغال بالتعاقد و له ركنان هما:

أ/ الركن المادي:

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

[1] – رمضان السيرنباطي، المرجع السابق، ص 112.

ب/ الركن المعنوي:

يقصد به زمن أو وقت الإشغال بالتعاقد سواء طالت مدّة الفترة أم قصرت و أن نطاقه محدد يتم ربطه بأمري المكان و الإنشغال بالتعاقد و مجلس العقد إما يكون مجلسا حقيقيا أو حكميا.

مجلس العقد الحقيقي:

يكون المجلس حقيقيا عندما يكون المتعاقدين 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 يقترن بقبول الزوجة أو وليِّها و يتم تبادل صيغة العقد بقوله زوجتك إياها، و ينتج 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 يأخذ 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 إبنتك بمهر كذا، و يقول الأخر قبلت.

3 – طرفي مجلس العقد:

الأصل أن الزوج و الزوجة هما طرفي 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 شاهدين للإشهاد 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.

الإيجاب: هو ما صدر من أحد المتعاقدان على ما يريده من إنشاء العقد و يسمى الشخص الذي صدر منه الإيجاب موجبا.

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 إقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد في أن يكون الزوجين 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 وجوبي في عقد الزواج كونهما شاهدين على صيغة التعاقد و شروط العقد في حالة وجود نزاع، حيث أنّ الشاهد يرتب حق لغيره، ويشترط أن يكونا قد حضرا مجلس العقد لتكون شهادتهما جائزة شرعا و قانونا، ويجب أن يتحقق فيه نصاب الشهادة لإثبات الزواج رجلان أو رجل و امرأتين.[1]

5- انعدام الموانع الشرعية للزواج:

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

هناك من يرى أن إنعقاد مجلس العقد يتطلب وجود عقد مسجل بالحالة المدنية ويستدلون بتعليمة وزارة الشؤون الدنية و الأوقاف 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

[1] - رمضان السيرنباطي، المرجع السابق، ص 112.

بين الزواج الشرعي و الزواج القانوني، كما يقلل من ظاهرة الزواج بالفاتحة الذي تنجر عنه عدة مسائل شرعية تستوجب حل قانوني، و بالتالي منع إثبات الزواج الغير 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 إنعقاد الزواج 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 بإبرام عقد شرعي بالفاتحة و يدعي في كثير من الأحيان بأنه قد تم الدخول بالمدعى عليها ويطالب القضاء الحكم له بتسجيل الزواج قبل الدخول مما يطرح على القاضي عدة مسائل شرعية تحتاج إلى حل قانوني مثل مطالبة الزوجة لنصف الصداق في حالة 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 الأول 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 فسخ خطوبتها مع منحها تعويض 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 يتّم بين الطرفين حسب معطيات القضية مما أدى بمن حضر المجلس يعتقدون أن ما يربط الطرفين هي خطبة لا أكثر نظرا لإعتقادهم أنّ الزواج العرفي يستوجب الدخول لإثباته إلاّ أنه في حقيقة الأمر الدخول ليس ركن أو شرط لإنعقاد الزواج كما أن القانون يعترف بالطلاق قبل الدخول دون تحديد إن كان عقد الزواج مسجلا أم لا.

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

المطلب الأول :شروط الخطبة.

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.

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

[2] – المادة 6 من الأمر 09.05 المؤرخ في4 مايو سنة 2005 المعدل لقانون الأسرة.

أ – الحرمة المؤبدة:

المرأة تكون محرّمة على الرجل لمدى 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 و الرضاع.

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:

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 زال سبب التحريم, كأن تسلم المشركة أو تعتنق دينا سماويا آخر، و المرأة يحرّم عليها الخطبة أو الزواج بغير مسلم طبقا للمادة 30 من قانون الأسرة. [2]

– 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 إعتداء على حقه و كرامته.

[1] – محمد محدة، المرجع السابق، ص 28.

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

– خطبة المعتدة من طلاق رجعي:

الطلاق الرجعي هو الطلاق الذي يملك فيه الزوج المراجعة إلى عصمته في العدّة بدون عقد و مهر جديدين و بدون رضاها[1]،

و قد اجمع الفقهاء على أنّه لا تجوز خطبتها بطريق التصريح و التلميح معا لأنّها تأخذ حكم زوجة الغير[2].

– خطبة المعتدة من طلاق بائن:

الطلاق البائن نوعان إما أن يكون بائن 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, و يكون برضا الزوجة لأن العلاقة الزوجية غير قائمة.

الطلاق البائن بينونة كبرى هو الذي يتم بثلاث طلاقات، 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**»، و جاء لفظ النساء في الآية عاما

[1] – 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.

[2] – الإمام محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج، دار الفكر العربي، القاهرة، ص 51.

تدخل فيه المعتدة، كما أن سلطة الزوج انقطعت على المرأة المطلقة طلاقا بائنا. [1]

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 بإنقضاء عدّتها و هي لم تنقضي بعدة، فالمرأة هي المؤتمنة على عدّتها لأن قولها مصدق في ذلك، و خطبتها تثير الأحقاد بين مطلقها و خطيبها[2].

– خطبة المعتدة من وفاة:

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[3]، أما بطريق التعريض بالنسبة للمتوفى عنها زوجها استثناء لا بد من العمل به في النطاق المحدد له فيجوز خطبتها لقوله تعالى: « **و لا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء أو اكننتم في أنفوسكم علم الله أنكم ستذكروهن و لكن لا تذكروهن سرا ألا أن تقولوا قولا معروفا**»[4].

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 بالأقرء حتى يمكن أن تدّعي انتهائها لتخلص من العدّة لأن عدّة الوفاة تكون إما بوضع الحمل إن كانت حاملة، أو بمرور

[1] – سورة البقرة، الآية رقم 235.
[2] – وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته ج7، دار الفكر طبعة 2، سنة 1989، ص 16.
[3] – الدكتور محمد السرطاوي، المرجع السابق، ص 23.
[4] – سورة البقرة، الآية 235.

أربعة أشهر و عشرة أيام إن كانت غير حامل، و بالتالي لا سبيل لها إلى الكذب في إقرارها بإنقضاء العدّة لأن هذه الوقائع لا يؤخذ فيها إلا بمرور الوقت المحدد أو بوضع الحمل[1].

الشرط الثاني: أن لا تكون مخطوبة للغير.

المخطوبة للغير هي المرأة التي تقدم رجل لخطبتها و رضيت به حرمت خطبتها من طرف رجل آخر بإتفاق الفقهاء، لأنه منهي عليه بنص الحديث الشريف لقول الرسول ﷺ لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه[2]، لأن ذلك مبعث للعداوة و البغضاء بين الإخوة المسلمين، أما إذا أذن له الخاطب الأوّل فجاز ذلك لما روي عن أبي هريرة أنّ الرسول ﷺ قال: لا يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى يترك الخاطب قبله أو يأذن[3] و قوله عليه ﷺ: المؤمن أخ المؤمن لا يحل أن يبتاع على بيع أخيه حتى يدر، و سبب ذلك أن الخطبة في هذه الحالة إذاء للخاطب الأول و إعتداء على حقه و للخاطب ثلاثة أحوال من حيث إجابته نبينها فيما يلي:

الحالة الأولى، أن ترفض المخطوبة الخاطب الأول, و بعد ذلك فيجوز أن يتقدم الخاطب الثاني و هذا 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[4]، إذ يرى الإمام مالك أن هذه الخطبة هي التي يقصدها الرسول ﷺ لأن فيها قبول و إيجاب بين الطرفين و يتجسد هذا الإيجاب بإتفاق الطرفين على الصداق واحد و معلوم، أما

[1] – رمضان السيرنباظي وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء دراسة مقارنة لأحوال الشخصية في مصر و لبنان، منشورات دار الحلبي الحقوقية، بيروت، ص 55.

[2] – فتح الباري، المرجع السابق، الجزء التاسع، ص 164.

[3] – الشوكاني، نيل الأوطار، الجزء السادس، دار الكتب العلمية، بيروت، ص 149.

[4] – الإمام محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج و أثاره، المرجع السابق، ص 54.

الشافعية و الحنابلة فيرون أنه يكفي لتحريم الخطبة إذا صرحت المخطوبة بإجابة هي أو بواسطة وليها الذي أذنت له[1].

ونجد أن خطبة الرجل على خطبة أخيه محرّمة، و ينطبق نفس الحكم على خطبة المرأة على المرأة، و ذلك لإتحاد العلّة بالمضرة و الإيذاء حيث يرى ابن حجر في هذا الموقف أن رغبة المرأة برجل و إن دعته إلى تزوجها و أجابها بالقبول ثم جاءت امرأة أخرى فدعته في نفسها و قبلها فإن فعل الثانية حرام، إذ أبدى الرجل رغبته بالزواج من امرأة واحدة فقط فتعتبر من باب الخطبة المحرمة[2].

الحالة الثالثة، هي 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 لإختيار أسامة ابن زيد و قد سبقه معاوية و أبو جهم إلى خطبتها[3]، 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 له حق معنوي، 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 و الرفض، 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 يرتب 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

[1] – الشوكاني، المرجع السابق، ص 107.

[2] – محمد السرطاوي، المرجع السابق، ص20.

[3] – الإمام محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص55.

الراكنة للفاسق إذا كان الخاطب الثاني صالحا أو مجهول الحال لأنه في خطبة الثاني تخليص لها من الخاطب الأول[1].

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 إعتداء على حق الخاطب الأول.

إذا تمت الخطبة بين رجل و امرأة ثم خطب هذه الأخيرة خاطب ثاني 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 جمهور الفقهاء لنبيّن 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 آخيه، فالنهي الوارد في الحديث متوجه إلى عقد الزواج لا إلى الخطبة وحدها[2]، لأن الخطبة ما هي إلاّ طريق للزواج، كما أن العقد المبني على خطبة محرمة يكون محرما هو الآخر.

جمهور الفقهاء من الحنفية و الشافعية و الشيعة الجعفرية: يرون أن عقد الزواج صحيح و لا أثر للخطبة المحرمة عليه لإستفاء العقد لجميع أركانه و شروطه، كما أن النهي في قول الرسول ﷺ منصب على الخطبة لا

[1] – مواهيب الجليل، المرجع السابق، ص30.

[2] – عبد العزيز عامر، المرجع السابق، ص 24.

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 على صواب كونه ينسجم مع مقتضيات الحياة الإجتماعية 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 لإنعدام 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 الدعوة 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 ثابت 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.[1]

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.[2]

حكم الخطبة على الخطبة:

ذكر سابقا،بأنه يجب أن لا تكون من يراد خطبتها مخطوبة لأحد،لقوله عليه الصلاة و السلام :"لا يخطب الرجل على خطبة أخيه ،حتى ينكح أو يترك "؛وعن أبي هريرة رضي الله عنه ،عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : "**المؤمن أخ المؤمن،فلا يحل للمؤمن أن يبتاع على بيع أخيه ،ولا يخطب على خطبته حتى يذر**"[3] .

و الحكمة من هذا التحريم هي تلاقي الشحناء و البغضاء التي تنشأ بين الخاطبين ،غير ان الفقهاء اختلفوا فيما لو خطب الرجل على خطبة أخيه مع العلم بذلك ،فهل هذه الخطبة تؤثر على صحة العقد.

يلاحظ في حكم الخطبة على الخطبة ثلاث حالات:

إما أن توافق مخطوبة الغير على الخطبة ،و إما أن ترفض ،وإما أن تسكت . فإذا وافقت على خطبتها فلا يجوز لخاطب آخر ان يتقدم لخطبتها آخذا بظاهر قول الرسول عليه الصلاة و السلام في النهي على خطبة الرجل على خطبة أخيه. و إن رفضت الخطبة صراحة جاز لأي خاطب أن يخطبها لزوال المانع. إما إذا

[1] – المجلة القضائية للمحكمة العليا العدد الثاني لسنة 1997.

[2] – بلقاسم شتوان، المرجع السابق، ص23.

[3] – رواه أحمد و البخاري و النسائي راجع نيل الأوطار ج6 ص114

سكتت و لم يوجد منها صريح القول و لا صريح الرفض ، فقد أباح الشافعية في قول لهم جواز خطبتها لان السكوت يعتبر رفضا ضمنيا . [1]

في حين ذهب المالكية و الحنفية إلى انه لا يجوز للخاطب الثاني أن يخطبها ،لان سكوتها لا يدل على الرفض فربما كانت تتحرى عن الخاطب الأول ، و تقدم الخاطب الثاني قد يمنعها من استمرارها في التحري فيكون في تصرفه اعتداء على غيره الذي يتوقع قبول خطبته [2]

و قد ذكر ابن القاسم من المالكية، انه إنما تحرم خطبة الثاني على الأول إذا كان متساويين في الصلاح و الاستقامة ، أما إذا كان الأول غير صالح ،و الثاني صالحا ، أو كان الأول غير أهل في العادة لخطبة فتلة و الثاني أهلا لها ، فلا يمتنع على الثاني أن يخطبها هو رأي ابن القاسم هو الراجح في المذهب المالكي [3] .

هذا و قد اتفق جمهور الفقهاء على انه لو خطب الرجل على خطبة أخيه، وعقد عليها ، كان العقد صحيحا ، و لكنه يفيد الإثم عند الله [4] .

و قال بعض المالكية ها هنا ، على انه يفسخ قبل الدخول ، فإذا تم الدخول فلا يفسخ [5].

و لم يتعرض قانون الأسرة للمسالة ، و اكتفى بالنص العام الوارد في المادة 34 من قانون الأسرة التي تنص على أن كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول و بعده ؛مما يفيد بأنه يكون عقد الزواج الناتج عن الخطبة فاسدا و يتعين فسخه بطلاق ، و من المعلوم أن المحكمة العليا قررت بأنه من الموانع الشرعية المانع لزواج امرأة هي وجودها رجل آخر أو في عدة طلاق أو عدة من وفاة ، و انه يعتبر زنا حالة الزوجة التي لم تنظر الفصل في القضية المنشورة بينها و بين زوجها و التي تزوجت من شخص آخر بالفاتحة .

---

[1] رواه أحمد و مسلم عن عقبة بن عامر

[2] – الرملي،نهاية المحتاج ،ج6 ، ص103

[3] – ابن قدامة المغني ، ج6 ، ص604

[4] – ابن راشد ، بداية المجتهد ، ج2 ،ص3،

[5] – ابن جزي، القوانين الفقهية ، ص 142

المطلب الثاني: آداب الخطبة.

للخطبة آداب يستوجب مراعاتها عند الخطبة 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:

يستحب في المخطوبة أو الخاطب أن يكونا ذوي دين لقول الرسول ﷺ في حديث شريف: تنكح المرأة لأربع لمالها، لحسبها، لجمالها و لدينها فأظفر بذات الدين, تربت يداك[1]، فنجد الرسول ﷺ قد جعل الإعتبار 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 الخلق في الإسلام منزلة لقوله ﷺ إن خياركم أحسنكم أخلاقا، و في تفضيل حسن الخلق في المرأة يستحسن خطبة المرأة التي تكون مهذبة الطبع و المزاج تحسن معاشرة زوجها بالمعروف و الإبتعاد من المرأة التي تكثر الأنين و الشكوى لزوجها.

[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، ص500.

– 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 سكنا 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 منبت السوء.[1]

– أن تكون المخطوبة ذات مال:

إن النفوس البشرية بطبيعتها تفضل الزوجة ذات المال على من ليس لها مال و هذا مستحسن لقول الرسول ﷺ تنكح المرأة لأربع ...لمالها، و من جهة أخرى حذرنا من أن يكون الهدف و مطلب الخاطب هو المال فقط لقوله في حديث آخر لا تنكحوهن لمالهن فلعل يطعن.[2]

– أن تكون ذات نسب:

لقد أوصانا الرسول ﷺ على خطبة المرأة التي تكون من أصل طيب و عائلة متدينة، و لمعرفة ذلك نعود إلى نساء عائلتها كأمها، أخواتها، بنات عمها، خالاتها و سائر من ينتسب إليها و هذا مصداقا لقوله ﷺ تخيروا لنطفكم فانكحوا الأكفاء و أنكحوا إليهم.[3]

– أن تكون المخطوبة ولودا:

يستحب في إختيار 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:

---

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

[2] – أخرجه ابن ماجة من حديث عبد الله ابن عمر.

[3] – رواه الحاكم.

تزوجوا الودود الولود فإنني مكاثر بكم الأمم يوم القيامة[1]، و تعرف المرأة البكر ولودا بالنظر إلى أقاربها من النساء اللاتي يعرفن بكثرة الأولاد.

– أن لا تكون المخطوبة غير قريبة للخاطب:

يعتبر من حسن إختيار 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 قوة جسدية 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[2]، و قول عمر رضي الله عنه لقوم قد ضعف نسلهم قد ضويتم أنكحوا الغرائب.[3]

– أن تكون المخطوبة بكرا:

إن إختيار الزوجة البكر مستحسن للشباب الّذين لم يتزوجوا من قبل فلا يختار ثيبا إلاّ إذا اقتضت مصلحة لذلك، لأن البكر تتوثق بها الصلة و تدوم العشرة الزوجية معها لقوله ﷺ: عليكم بأبكار فإنهن أعذب أفواها و أنتق أرحاما[4]، و قد روى بن جابر عن بن عبد الله رضي الله عنه قال: لما تزوجت قال لي رسول الله ﷺ: بما تزوجت؟ قلت: ثيب، قال لي: فهلا بكرا تلاعبها و تلاعبك، فقلت: يا رسول الله إنّ عبد الله قد مات و ترك سبعة أو تسع فجئت بمن يقوم عليهن، قال: فدعى لي[5]، إن التناسب في السن أمر جوهري في الزواج لأن فارق السن يؤثر على الأبناء و هذا ما أثبته علماء الإجرام بقولهم أن فارق السن الكبير بين الأبوين يخلق لدى الطفل عاملا مهيأ للجريمة.

---

[1] – أبو داود، صحيح سنن المصطفى، كتاب النكاح، باب في تزويج الأبكار، دار الكتاب العربي، لبنان ص320.

[2] – رواه إبراهيم الحربي.

[3] – الدكتور بلقاسم شتوان، المرجع السابق، ص 31.

[4] – أنتق أرحاما بمعني أكثر ولدا ويقال للمرأة الكثيرة الولد ناتق أي الرمي.

[5] – الترمذي، المرجع السابق، باب في تزويج الأبكار، ص 259، أخرجه النسائي في سننه كتاب النكاح، في باب نكاح الأبكار، ص 498.

إن معايير إختيار المخطوبة ليست خاصة للرجل لوحده و إنما إرشادات موجهة للمرأة و لوليها لإختيار الرجل المناسب و ذلك بالتأكد من أنه ذو دين، خلق، مال، نسب 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 ذو دين، خلق و ذو 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 يستوجب على كلا الطرفان سواء كان الخاطب أو المخطوبة الحرص على الاختيار، بالاعتماد على الدين و الحب 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، المال و النسب مع عدم الإفراط فيهم و اعتبارهم الأسس الوحيدة لإختيار الشريك المستقبلي، لأنه غالبا ما يكون سبب في تفكك الأسرة بعد زوالهم 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 يريد 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 الحديث 1084.

[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 ليكن على علم تام بتكوينها الجسماني و ما عليها من أخلاق، و عادات ليكن كل من الطرفين على دراية بخلق و صفات الطرف الآخر.

النظر إلى المخطوبة مستحب لقوله ﷺ للمغيرة بن الشعبة عندما خطب امرأة فقال له: أنظرت إليها، فقال: لا، فقال ﷺ: أنظر 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 التي 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:

---

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

[2] – أبو داود, صحيح سنن المصطفى, المرجع السابق, باب في الرجل ينظر إلى المرأة و هو يريد تزوجها ج1، ص 3325.

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

1 – المقدار المرخص لرؤية المخطوبة:

يجيز المذهب الشافعي الرؤية للوجه و الكفين لأن الوجه يدّل على الجمال و الكفين 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 و الكفين إذ علّلوا ذلك بقولهم أن 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، القدمين، الرأس 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, و يستند 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.

2 – وقت الرؤية المخطوبة:

لقد أباح الفقه الإسلامي النظر إلى المخطوبة استثناءا عن الأصل إلاّ أنهم اختلفوا في الوقت المناسب لذلك إذ يستوجب أن يكون بوجود محرم استنادا لقوله ﷺ: من كان يؤمن بالله و اليوم الأخر فلا يخلون بامرأة ليس معها ذو محرم منها, فإن ثالثهما الشيطان.[2]

يجوز أن يتكرر النظر و الإجتماع 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

[1] – بدران أبو العينين، المرجع السابق، ص24.

[2] – الشوكاني، نيل الأوطار، المرجع السابق، ص 10.

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، و لئلا يتركها بعد الخطبة فيؤذيها، و إذا نظر و لم تعجبه فليسكت و لا يقول لا أريدها لأنه إذاء.[1]

المذهب الحنبلي:

ذهب إلى نفس اتجاه المذهب الشافعي إلاّ أنّه قيّده بما إذا غلب على ظنيه إجابته إلى نكاحها و استدلوا بذلك إلى قول عقبة بن عامر أن الرسول (ص) قال: "إياكم و الدخول على النساء".

المذهب المالكي:

يرى أن وقت النظر إلى المخطوبة يكون أثناء الخطبة و قبل العقد الزواج و يكون 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.

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

للخاطب أن 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 أنظري عرقوبيها و شمي عوارضها.[1]

لقد جرت العادة أن الرؤية تتم بحضور ولي المرأة أو أخاها أو عمها، إلا أنه في بعض المناطق تكون الرؤية بدون ذلك خشية من حياء المرأة و عدم التمكن من النظر إلى خطيبها و لدواعي العزة و الأنفة تحضر إحدى النساء المسنات كجدة المخطوبة مثلا و هذا مستحب لدى الفقهاء كما نجد أن هناك من ينظر إلى المخطوبة خفية من الأب بحيث تأتي أم الخاطب و تخبر أم المخطوبة بذلك و تدعو الفتاة إلى منزلها و يتم النظر بحضورها.

يتبين من خلال أراء 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.

نجد هدا 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 المصاب بعاهة جسمية كإعاقة أو 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, إلا أن واقعنا يفرض على الرجل رؤية المرأة و التحدث إليها نظرا لمخالطة المرأة الرجل في كل ميادين العمل, و بالتالي فإن الإشكال

[1] – وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، ج7، دار الفكر، بيروت، ط1، سنة 1985، ص 22.

غير قائم حاليا, و من الأجدر أن يتخذ الخاطب موقف وسط يحاول فيه التوفيق بين ما قرره الشارع الحكيم و الواقع الحاضر.

حكم الاتصال الجنسي بين الخطيبين

إن المرأة في فترة الخطبة أجنبية عمن تقدم بطلب الزواج منها، ولهذا يحرم عليه أن يختلي بها، لأن الخلوة من الآثار المترتبة على عقد الزواج[1]. وإنما يجوز له النظر إلى المخطوبة، في الحدود التي تتناسب مع الآداب، وفي حضرة أحد من محارم المخطوبة[2]. ودليل النهي عن الخلوة بالأجنبية، مارواه ابن عباس رضي الله عنه، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : "**لا يخلون رجل بامرأة إلا مع ذي محرم**"[3]. وقوله عليه الصلاة والسلام: "**إن الشيطان يجري من الإنسان مجرى الدم**"[4].

وعلى هذا الأساس، فإن كل علاقة جنسية بين الخاطب ومخطوبته تعتبر علاقة غير شرعية، ولا تلحق نسب الولد الناتج منها بأبيه[5]. وهو ما قررته المحكمة العليا بأن الولد للفراش الصحيح، وأن النسب لا يثبت إلا بالفراش الصحيح ما لم يتم الإنكار بالطرق المشروعة، وأن أقل مدة الحمل هي ستة أشهر[6]. ولا يعتبر دخولا من الناحية الشرعية مايقع بين المخطوبين قبل إبرام عقد الزواج من علاقات جنسية، بل هو عمل غير شرعي لا يثبت عنه نسب الولد. ومن ثم، فإن الإتصال الجنسي بين المخطوبين قبل العقد يعد زنا، وأن ابن الزنا لا ينسب إلى أبيه شرعا، وأن مجرد العزم على الزواج لا تأثير له على جريمة المواقعة.

---

[1] – ناصر النشوي ،الخلوة و الآثار المترتبة عليها في الشريعة الإسلامية ،ص149.

[2] – نزيه حماد ،الأحكام الشرعية للعلاقات الجنسية ،ص51

[3] – رواه البخاري و مسلم ، أنظر فتح الباري ، ج9 ،ص272و 273.

[4] – رواه مسلم .

[5] – المحكمة العليا ، غ،أ،ش ، 1984/10/08 ، ملف رقم 34137، العدد 04 ، ص79.

[6] – وهبة الزحيلي ، فتاوى معاصرة ، ص195 ، الأسرة المسلمة في العالم المعاصر ، ص51.

إن الزواج الشرعي لابد أن يشتمل على الأركان والشروط المنصوص عليها في المادة 9 ق.أ، كالرضا والصداق والولي والشهود والدخول، وهو يقوم على العلانية. وعلى هذا فإن العلاقات الجنسية أو الغرامية (بما فيها المعاشرة الجنسية)، حتى ولو ثبتت لا تفيد الزواج الشرعي، وكل ما نتج عنها لا يفيد عنه البنوة المشروعة.

وهذا اجتهاد سليم، لأن المخطوبة قبل العقد لا تزال أجنبية بالنسبة لخاطبها، ولو استمرت الخطبة سنين طويلة؛ والخلوة بها كالخلوة بالأجنبية، سواء بسواء وجدت شهوة أم لا.

وقد ذكر الفقهاء أضرارا كثيرة تنشأ عن خلوة الخاطب بمخطوبته، ومن أبرز هذه الأضرار: إغواء الشيطان للخاطب والمخطوبة بالزنا، لقوله صلى الله عليه وسلم: "**ما خلا رجل بامرأة إلا كان الشيطان ثالثهما**"، وتعريض سمعتها للخطر، ثم إن الخلوة ليست فرصة للتعرف الحقيقي، بل تجعل التفكير بالجنس يطغى على عامل التعقل.

الفصل الثاني

أحكام إنقضاء الخطبة والآثار المترتبة عنها

تنعقد الخطبة بين الخطيبين وفقا للشروط المحددة شرعا لفترة معينة، إلا أنها لا تدوم بل لا بد لها من نهاية، و قد تتمثل هذه النهاية في إبرام عقد الزواج، و هنا تكون الخطبة قد أدت الغرض الذي أنشأت من أجله و سلكت سبيلها الطبيعي باعتبارها تمهيدا لعقد الزواج.

وقد تكون نهاية الخطبة بدون إبرام عقد الزواج الموعود به ذلك بإستعمال أحد الخطيبين أو كلاهما لحقه في العدول عنها بإعتبارها وعد بالزواج، و يرجع هذا إلى أسباب خاصة لكل واحد منهما، كما تنقضي الخطبة لأسباب غير إرادية، تعود إلى وفاة أحد الخطيبين أو كلاهما.

نشير إلى أن المشرع الجزائري لم ينص على الحالة الأخيرة، و لكن نظم الأحكام الخاصة بالعدول عن الخطبة في المادة 5 من قانون الأسرة، و منح الحق في ذلك لكلا الطرفين دون ذكر أسباب العدول، و يترتب عن انحلال الخطبة أحكام خاصة بالهدايا المقدمة خلال فترة الخطوبة، و ذلك من خلال إسترجاع الهدايا المقدمة بحسب الطرف الذي بدر منه العدول، كما يؤدي العدول عن الخطبة إلى خلق بعض الإشكالات من الجانب التطبيقي و التي تحتاج إلى البحث عن حلول قانونية، بالإضافة إلى الضرر الذي يجوز لمن لحق به أن يطالب بالتعويض، و ترك المشرع سلطة تقديره للقاضي الموضوع.

و تبعا لذلك سنتناول في المبحث الأول الأسباب التي تؤدي إلى إنحلال الخطبة من خلال ثلاثة مطالب و المتمثلة في إنقضاء الخطبة بإبرام عقد الزواج، بالعدول عنها أو بوفاة أحد الخطيبين مما يحول دون الزواج و سنخصص المبحث الثاني إلى الآثار القانونية و الشرعية المترتبة عن إنحلال الخطبة سواء كان الأثر متعلق بحكم الهدايا المقدمة خلال فترة الخطوبة أو المهر المسلم للمخطوبة، أو التعويض عن الضرر اللاحق بالطرف الثاني و الناتج عن العدول.

المبحث الأول: أسباب إنقضاء 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: إنقضاء 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 يخّق 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

[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.

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.[1]

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 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.

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

و العدول عن الخطبة يتخذ إحدى الصورتين التاليتين:

أ) 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.

ب) 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.[1]

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.

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

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 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 الثاني: إنقضاء 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.

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"[1]، 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

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

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[1]، إذ أن هذا القانون منح للخاطب الذي تمت خطبته بصفة رسمية حق 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.[2]

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

[1] – أبو السعود رمضان، المرجع السابق، ص 247.
[2] – نفس المرجع السابق، ص 245.

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.

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.

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.

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 يتم بعد مما يوجب استرداد ما قدمه سواء كان العدول منه أو من المخطوبة أو منهما معا.[1]

2) المذهب الحنبلي:

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

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.[1]

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.

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.[2]

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

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

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

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.[1]

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.

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[2]، أما ما أُستهلك فلا يحق له المطالبة به.

[1] – جبر محمود الفضيلات، بناء الأسرة المسلمة على ضوء الفقه و القانون، ص 35.

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

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 إدعت 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[1]، 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 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

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

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.[1]

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

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 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.[1]

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.

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

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[1]، و تحقق الهدف من منحها للمخطوبة بإبرام العقد 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 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.

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.

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

1) الآراء الفقهية:

لم تثر مسألة التعويض إلا حديثا و بالأخص عندما مارست القوانين الوضعية في تشريعات البلدان الإسلامية و تمكنت العادات المستردة داخل مجتمعاتها.[1]

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[2]، 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.

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

[2] – 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.[1]

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.[2]

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.[3]

[1] – محمد محدة، المرجع السابق، ص 74.

[2] – عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 827.

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

3) الرأي الثالث:

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[1]، 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.[2]

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.

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

[2] – عبد الرزق السنهوري، المرجع السابق، ص 865.

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 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.

2) 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[1]، 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 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.[2]

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

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

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

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.

الخاتمة

ما توصلنا إليه من خلال الموضوع 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.

إن الخطبة في التشريع الجزائري منظمة في المادتين الخامسة و السادسة من قانون الأسرة اللتان أدخل المشرع عليهما تعديلا بموجب القانون رقم 09/02 المؤرخ في مايو 2005، 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.

لقد تطرقت إلى 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.

أخيرا نرى أن أحكام الخطبة تنسجم مع طبيعة المجتمع الجزائري، خاصة بعد تعديله للمادتين الخامسة و السادسة، حيث أصبح يعترف بإقتران الفاتحة بالخطبة في مجلس العقد على أنه زواج عند توافر أركان وشروط الزواج المنصوص عليها في هدا القانون، وبتالي نجده قد أخد بعين الاعتبار عرف و عادات المجتمع الجزائري الذي يعتبر المرأة التي تقرأ الفاتحة عند خطبتها زواجا شرعي يستوجب الاعتراف به، وترتب له نفس الآثار القانونية للعقد المسجل بالحالة المدنية، و أحسن المشرع عند تعديله لنص المادة السادسة بجعل إقتران الفاتحة بالخطبة لا يعد زواجا، و بالتالي سد باب التحايل الأفراد على القانون من أجل تثبت الزواج الغير الشرعي أمام القضاء خاصة بعد ما أصدرت وزارة الشؤون الدينية و الأوقاف تعليمة تمنع على الأئمة من قراءة الفاتحة قبل وجود العقد المسجل في الحالة المدنية من أجل التوفيق بين العقد الشرعي و الرسمي و التقليل من القضايا المطروحة على المحاكم بإثبات الزواج غير الشرعي و سد باب التحايل على القانون عند خرق الإجراءات المنصوص عليها في قانون الأسرة ثم المطالبة بتسجيل الزواج.

هناك بعض الإشكالات مطروحة على ساحة القضاء تحتاج إلى مزيد من 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.

- ✓ القانون لم يبين لنا حكم تصرف المخطوبة في المهر المقدم لها في فترة الخطبة، فهل يسترد عينا أم انه يمكن تطبق عليه الأحكام المتعلقة بالهدايا عند استهلاكها ؟

- ✓ يجب تحديد الضرر الموجب للتعويض و جعله يقتصر على الأضرار الناتجة عن التعسف في إستعمال أحد الخطيبين لحقه في العدول من أجل إخراج الأضرار الناتجة من مجرد العدول من دائرة التعويض.

قائمة المراجع

قائمة المراجع

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. أسامة الأشقر ، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق،دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن،2000.
4. بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، الجزء الأول، دار الفكر العرب، سنة 1968.
5. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري الجزء الأول، الزواج و الطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر سنة 1999.
6. بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزء الأول ، الزواج وطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، سنة 1994.
7. بلحاج العربي، أحكام الزوجية وأثارها في قانون الأسرة الجزائري ، دار هومه ، سنة 2013.
8. التاودي, شرح وجيز على رجز الإمام محمد بن عاصم مخطوط.
9. الدكتور بلقاسم شتوان، الخطبة و الزواج في الفقه المالكي، دار الفجر للطباعة و النشر، سنة 2007.
10. مصطفي السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، الزواج و انحلاله، مطبعة دمشق، سنة 1997.
11. مصطفي شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، بيروت الطبعة 2، سنة 1977.

12. الإمام أبو محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج، دار الفكر العربي، القاهرة، سنة 1971.

13. الإمام محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، سنة 1971.

14. محمد النجيمي، إبرام عقود الأحوال الشخصية عبر الوسائل الإليكترونية ، الرياض ، العدد 60،.

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

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

17. حسين ناصر، حقوق المرأة في التشريع الإسلامي و الدولي المقارن، دار الثقافة و النشر الإسكندرية.

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

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

20. عبد الله ناصر، العقود الإليكترونية ن مجلة البحوث الفقهية المعاصرة ، العدد 73، سنة 2007.

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

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

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

24. 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.

25. حسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقي في قضاء الأحوال الشخصية، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، سنة 2006.

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

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

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

29. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، الجزء7، دار الفكر، الجزائر، طبعة1، سنة 1991.

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

31. أبو داود، صحيح سنن المصطفي، دار الكتاب العربي، لبنان، طبعة1، سنة 1992.

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

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

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

35. النسائي، سنن النسائي، كتاب نكاح المرأة الصالحة، مكتبة المعارف للنشر و التوزيع, الرياض.

36. ابن حجر الهيثمي، الإفصاح تحقيق محمد شكور، الجزء الأول، دار عمار، الأردن.

37. البخاري، صحيح البخاري، تحقيق و تخريج أحمد زهو و أحمد عناية، دار الفكر العربي, سنة 2004.

38. القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، راجعه و ضبطه محمد إبراهيم و خرج أحاديثه محمود حامد عثمان، الجزء 3.

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

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

41. ابن ماجة، سنن ابن ماجة، كتاب النكاح، مكتبة المعارف للنشر و التوزيع، الرياض.

42. نايف محمود الرجوب ، كتاب أحكام الخطبة في الفقه الإسلامي، ، الطبعة الأولى ، دار الثقافة ، عمان الأردن، سنة 2008

محاضرة:

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

المجلات:

1. المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 2، سنة 1990.
2. المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد2، سنة 1995.
3. المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 2، سنة 2002.
4. المجلة القضائية للمحكمة العليا العدد 2، سنة 2003.
5. المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 2، سنة 2005.

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.

الفهرس

إهداء

شكر

مقدمـــــــة 5

الفصل الأول : أحكام انعقاد الخطبة 5

المبحث الأول: مفهوم الخطبة 7

المطلب الأول: تعريف الخطبة 7

الفرع الأول: مضمون الخطبة 7

الفرع الثاني :حكم الخطبة و أدلة مشروعيتها 11

الفرع الثالث :أنواع الخطبة 14

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للخطبة 18

الفرع الأول: الخطبة وعد بالزواج 19

المبحث الثاني: أحكام الخطبة 34

المطلب الأول :شروط الخطبة. 34

المطلب الثاني: آداب الخطبة. 44

الفصل الثاني :أحكام إنقضاء الخطبة والآثار المترتبة عنها 54

المبحث الأول: أسباب إنقضاء الخطبة. 56

المطلب الأول: إنقضاء الخطبة بالعدول. 56

المطلب الثاني: إنقضاء الخطبة بوفاة أحد الخطيبين. 60

المبحث الثاني: الآثار المترتبة عن إنقضاء الخطبة. 63

المطلب الأول: حكم الهدايا المقدمة في فترة الخطوبة. 63

المطلب الثاني: حكم التعويض المترتب عن العدول من الخطبة. 71

الخاتمة..... 78
قائمة المراجع 82
الفهرس..... 88