الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة عبد الرحمن ميرة- بجاية-

كلية الحقوق و العلوم السياسية

الخـــطبـــــة

وآثار العدول عنها

مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق

قسم القانون الخاص

تخصص القانون الخاص الشامل

من إعداد الطالبتين:

* إكاسولن خيرة
* تـــواتي طـاوس

تحت إشراف الأستاذة:

* مقنانة مبروكة

لجنة المناقشة:

-الأستاذة: تياب نادية .....رئيسا

-الأستاذة: مقنانة مبروكة.....مشرفة

-.الأستاذة: نجومن سناء.....ممتحنا

السنة الجامعية: 2012-2013

إهـــداء

إلى من ربّياني صغيرة وفتحا لي أبواب العلم والمعرفة، والديّ الغاليين أطال الله في عمرهما.

إلى إخوتي الأعزّاء: **عبد العزيز، نعيم، ومصطفى، حفظهم الله وصانهم من كلّ شرّ.**

إلى أختاي العزيزتين: **زهـرة، ونسيمة**، أنار الله طريقهما.

إلى جدّتي جميلة، وزوجة أخي: نورة.

إلى أخوالي وزوجاتهم وأبنائهم.

إلى خالاتي وأزواجهنّ وأبنائهنّ.

إلى الصّديقات والأصدقاء.

إلى روح أجدادي الطّاهرة.

وإلى طلاّب العلم في كلّ مكان، أهدي هذا العمل.

_ إكاسولن خيـرة _

إهـــداء

أهـــــدي هـــــذا العمـــل المتـــواضـــع:

إلى والدي الغاليين اللّذين طالما حرصا على تعليمي، أطال الله في عمرهما.

وإلى إخوتي رابح، فرحات، يوسف وإبراهيم، حفظهم الله وصانهم من كلّ شرّ.

وإلى روح أخي **أحمد** رحمه الله وأسكنه فسيح جنانه" اللهمّ آمين".

وإلى أخواتي لويزة ومبروكة وأبنائهما وأزواجهما وإلى أختي الصغرى ڤولتو.

وإلى خطيبي **مهدي** وعائلتي المستقبلية.

و إلى كل عائلتي صغيرا وكبيرا.

و إلى كل أصدقائي وصديقاتي.

_ تـــواتي طـــاوس _

بسم الله الرّحمن الرّحيم

"وَقُــــلْ رَبِّ زِدْنِــــي عِلْمًــــا"

الآية 114 من سورة طه.

شـكر وتقـديـــر

الحمد لله والشّكر لله ولا حول ولا قوّة إلاّ بالله

أمّا بعـد:

نتقدّم بخالص الشّكر إلى أسرة البحث العلمي بالكلّية : أساتذة وطلبة وإدارة ،

ونخصّ بالذّكر أساتذتنا الأفاضل: الأستاذة مبروكة مقنانة مشرفة، وأساتذة أعضاء لجنة المناقشة

كما لا يفوتنا أن نتقدّم بالشّكر إلى كلّ من ساهم من بعيد أو من قريب في انجاز هذا العمل.

لقد جعل الله عند خلقه لبني البشر أزواجا فخلق لآدم أب البشريّة زوجة له هي أمّ البشر حوّاء إذ قال تعالى:" **وَقُلْنَا يَا آدَمُ اسْكُنْ أَنْتَ وزَوْجُكَ الجَنَّةَ...**"[1]، فالزّواج هو السّبيل الوحيد في الإسلام للقضاء على شرّ طغيان الشّهوات الّتي لا تعرف رباط العائلة، ومن ثمّة آداء مهمّة خلافة الأرض مصداقا لقوله تعالى: " **وإذ قال ربّك للملائكة إنّي جَاعِلٌ فِي الأَرْضِ خَلِيفَةَ...**"[2] وقوله أيضا:"**وَلَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلاً مِنْ قَبْلِكَ وَجَعَلْنَا لَهُمْ أَزْوَاجًا وَذُرِيّة...**"[3].

فعقد الزّواج من أعظم العقود الّتي يجريها الإنسان في حياته لكونه عقد يقوم على دعائم قويّة وأسس متينة وثابتة تحقّق الرّاحة والسّعادة ما دامت العشرة الزّوجيّة قائمة على الحبّ والوفاء وذلك عملا بقوله تعالى:" **وَمِنْ آيَاتِه أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لآيَاتٍ لِقَومٍ يَتَفَكَّرُونَ**"[4].

إذ جعل الله علاقة الرّجل بالمرأة علاقة شرعيّة يثاب عليها وتليق برقيّ الإنسان وسموّه عن سائر المخلوقات، تهدف إلى إبقاء النّوع الإنساني واستمرار الذريّة، فالزّواج نعمة من نعم الله على عباده الّتي تولّد الألفة والتّراحم بين الرجل والمرأة، ونظرا لما لهذه العلاقة من شأن عظيم ومكانة مرموقة ومنزلة سامية فقد اعتنى الإسلام بها عناية خاصة إذ قال تعالى:" **وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إلى بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا**"[5]، وذلك لأنّ عقد الزّواج واحد من أخطر العقود وطريق مستقيم موصل إلى استحلال ما كان محرّما قبله، وذلك لتحقيق مقصد مهمّ من مقاصد الشّريعة الغرّاء وهو حفظ النّسب، ومن المعلوم أنّ ثمرة الزّواج هي تكوين الأسرة، والأسرة هي اللّبنة الأولى لبناء المجتمع.

ونظرا لأهمّية وخطورة عقد الزّواج فإنّ المشرّع الجزائري وعلى غرار باقي التّشريعات أولى له أهمّية بالغة، إذ نظّم أحكامه وفقا للشّريعة الإسلامية، ومن أجل بناء أسرة ملؤها الثّبات والدّوام والإستقرار فقد وضع لهذا العقد مقدّمات و من بين هذه المقدّمات ما يسمّى قانونا بالخطبة.

---

[1] سورة البقرة، الآية 35.

[2] سورة البقرة، الآية 30.

[3] سورة الرّعد، الآية 38.

[4] سورة الرّوم، الآية 21.

[5] سورة النّساء، الآية 21.

فالخطبة إجراء تمهيدي يقوم بها الخاطب وعائلته، بالتّقرّب من وليّ المرأة التّي يراها الخاطب نعم الزّوجة الصّالحة تكون له رفيقة وسند في اقتسام حلو الحياة ومرّها، لقوله صلّى الله عليه وسلّم:"**الدّنيا متاع وخير متاعها الزّوجة الصّالحة** "[6].

لذا يسعى كلا المخطوبين في هذه الفترة إلى التّعرّف على أخلاق وسلوك الطّرف الآخر تمهيدا لتبادل الرّضا على إتمام عقد الزّواج، ونظرا لمكانة الخطبة في المجتمع الجزائري الّذي يتميّز بتقاليد متنوّعة فقد وضع المشرّع الجزائري أحكام خاصّة بالوعد بالزّواج منذ أوّل قانون صدر تحت رقم 84-11 الّذي تضمّن المادّتين 05 و06 المتعلّقة بالخطبة، وبعدما تبيّن من خلال الواقع التّطبيقي لهذه النّصوص وجود ثغرات قانونيّة كانت محلّ نقاش بين رجال الدّين من جهة ورجال القانون من جهة أخرى، استدعى الأمر حتميّة تعديلها بموجب الأمر رقم 05-02 لسنة 2005.

إنّ الهدف المراد الوصول إليه من خلال دراسة هذا الموضوع بالتّحديد هو معالجة قانونيّة للخطبة في ظلّ القانون الجزائري معتمدين في ذلك على النّصوص القانونيّة والآراء الفقهيّة وتبيان مدى فعّاليّة التّعديل الّذي جاء به المشرّع، خاصة على المادّتين 05 و06 المتعلّقة بموضوع الخطبة، فما مفهوم الخطبة في الشّرع والقانون؟ وما هي الآثار المترتّبة عن العدول عنها؟

ولمعالجة الموضوع اتّبعنا الأسلوب التّحليلي تارة، والنّقدي تارة أخرى، ومن أجل ذلك ارتأينا تقسيم الخطّة المعتمدة إلى فصلين، حيث خصّصنا الأوّل منهما لماهيّة الخطبة، والثّاني لمسألة العدول عن الخطبة والآثار المترتّبة عنه.

---

[6] أخرجه النّسائي.

إنّ عقد الزّواج مثل كل العقود تسبقه مقدّمات حتى يتبيّن لكل واحد من العاقدين مدى تحقق رغباته، ومطالبه في العقد، ولما كان الزواج من أهم وأخطر العقود الّتي يبرمها الإنسان في حياته لاعتباره من التصرّفات ذات الشّأن العظيم لما يشتمل عليه من التزامات وما ينتج عنه من آثار.

وعلى هذا الأساس أقر التّشريع الإسلامي القيام بمقدّمات تمهيديّة للزّواج نظرا لأهمّيته البالغة ولاعتباره عقد يبرم على نيّة الدّوام والتّنجيز، ما بقي كلا الزّوجين على قيد الحياة.

ومقدّمة عقد الزّواج هي ما يعرف بالخطبة، فلقد شرّعت حتى يتسنّى لكل طرف التّعرّف على الطّرف الآخر، ومتى تطابقت إرادتهما بتبادل الإيجاب والقبول يتمّ العقد وكذلك يكون قد أنشأ رابطة زوجية مبنيّة على أسس وروابط قويّة.

وبهذا فإنّنا سنتناول بالدّراسة موضوع الخطبة من حيث مفهومها في مبحثين أوّلهما نبيّن فيه مفهوم الخطبة، وثانيهما:علاقة الفاتحة بالخطبة.

المبحث الأوّل

مفـهوم الخطبـة

لقد اعتنى الإسلام بالأسرة منذ بدء تكوينها فوضع الأسس والقواعد الّتي يعتلي عليها البناء الشّامخ والقويّ الذي لا تهزّه المشاكل ولا الأزمات، فجعل الدّين هو الأساس الأوّل في اختيار شريك أو شريكة الحياة، لأنّ الأسرة هي الخليّة الأساسيّة والعمود الفقري لتأسيس المجتمع، لذا يجب مراعاة الطّريق الأنسب الّذي يتم على أساسه تكوين الأسرة .

والزّواج هي الوسيلة المثلى الّتي شرّعها الخالق لبناء الأسرة، ونظرا لأهمّيته لابدّ من مقدّمات تمهيديّة للزواج أو ما يعرف بالخطبة، لذلك سوف نتطرّق إلى المقصود بالخطبة **(المطلب الأوّل)** وإلى أنواعها وشروطها **(المطلب الثانّي)**

المطلب الأوّل

المقصود بالخطبة

إنّ الخطبة وسيلة للتعرّف على المرأة الّتي يرغب الزّواج منها، فالخطبة تضمّنتها معظم تشريعات الأحوال الشّخصيّة لما في ذلك التشريع الجزائري وانطلاقا مما ذهب إليه الفقه والقانون سنعرّف الخطبة في الفرع الأوّل، ومشروعيّتها والحكمة منها في الفرع الثّاني، ونحدّد طبيعتها القانونيّة في الفرع الثالث.

الفرع الأوّل

تعريف الخطبة

سوف نتطرّق في هذا الفرع إلى الخطبة من حيث التّعريف اللّغوي، الفقهي، وأخيرا التّعريف القانوني:

أوّلا: التّعريف اللّغوي:

الخِطبة هي طلب الزواج، فيقال خَطَبَ فلان فلانة، أي طلبها للزواج وأصل لفظ الخِطبة مشتقّ من الخِطاب أو من الخَطْبْ، والخِطَاب هو الكلام، وتَخَاطُبًا بمعنى تكَلُّمًا وتحدّثًا، وخَاطَبَهُ في أمر بمعنى حدّثه بشأنه[7]،فإذا تعلّق الخِطَاب بامرأة اتّجه المعنى إلى الزّواج بها .

---

[7] عبد النّاصر توفيق العطار، خطبة النساء في الشّريعة الإسلامية، مطبعة السعادة، (د.ب.ن)،1976، ص.5.

كما أنّها بمعنى:خَطَبَ المرأة إلى أهلها وطلبها منهم للزّواج فهو خاَطِبٌ وهي مَخْطُوبَةٌ والكلام الذّي يُلقى في المحافل :خُطبَةٌ والجمع خُطبٌ[8].

"فالخِطبة بكسر الخاء هي التماس الزّواج من امرأة معيّنة، بتوجيه هذا الالتماس إليها و إلى وليّها، أو هي طلب الرّجل التّزوج بامرأة معيّنة خالية من الموانع الشّرعيّة، فإذا أُجيب إلى طلبه تمّت الخطبة بينهما"[9].

ثانيا: التّعريف الفقهي:

تعرّف الخطبة عند الفقهاء بأنّها إظهار الرّجل رغبته في الزّواج بامرأة معينة خالية من الموانع الشّرعيّة، فإذا تمّت هذه الرّغبة بالموافقة من المرأة أو ممّن له الحقّ في ذلك نيابة عنها، تمّت الخطبة بينهما وإذا تمّت الخطبة فإنّها لا تعدو إلاّ أن تكون مجرّد وعد بين الرّجل والمرأة بعقد زواجهما في المستقبل[10] كما عرّفها الفقه الجعفري بأنّها: طلب الزّوجة من نفسها أو وليّها وقد تكون بالتّعريض أو بالتّصريح[11].

أمّا الإمام محمّد أبو زهرة فقد عرف الخطبة بأنّها طلب الرّجل يدّ امرأة معيّنة للتزوّج منها والتقدّم إليها وإلى ذويها ببيان حاله[12].

وتعريف الخطبة مستنبط ممّا ورد في القرآن الكريم والسنّة النّبوية الشريفة.

فقال عزّ وجلّ :"**وَلاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ...**"[13]

وقال الرّسول صلّى الله عليه وسلّم:"**لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه**"[14].

---

[8] محمد علي الهمشري، السيّد أبو الفتوح، علي إسماعيل موسى، القاموس الإسلامي للناشئين والشباب:"الأسرة المسلمة"، ط1، دار أراكان، الرّياض، 1997، ص.45.

[9] العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري:"الزّواج والطّلاق"، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص.44.

[10] رمضان علي السيّد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت،2002، ص.29.

[11] محمد كمال الدين إمام، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين، ج1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص.67.

[12] محمّد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي،(د.ب.ن)، (د.س.ن)، ص.50.

[13] سورة البقرة ،الآية 235.

[14] محمد ناصر الدّين الألباني، سنن أبي داود، كتاب النّكاح: باب في كراهية أن يخطب الرجل على خطبة أخيه، الحديث رقم 2080، ط1، (د.ن)، عمّان، 1977، ص.361.

وممّا سبق يتّضح لنا أنّ الخطبة هي تلك الفترة التي تسبق عقد الزّواج من خلالها يتعرّف كل طرف على الآخر، وذلك من خلال الرّؤية في حدود المعقول حيث أباح الشرع الإسلامي للرّجل النّظر إلى مخطوبته، حيث روى جابر ابن عبد الله أنّ رسول الله صلّى الله عليه وسلّم قال:" **إذا خطب أحدكم امرأة فإن استطاع أن ينظر منها ما يدعوه إلى نكاحها فليفعل**"[15].

ثالثا: التعريف القانوني:

إنّ المشرّع الجزائري لم يعرّف الخطبة لا قبل التّعديل ولا بعده بل اكتفى بتكييفها على أساس أنّها وعد بالزّواج وذلك في المادّة 05 من ق.أ الّتي تنصّ على أنّ:"**الخطبة وعد بالزواج**"[16].

فالخطبة وعد بالزّواج"Promesse de mariage" وليست بزواج ولكلا الطّرفين حقّ العدول عنها، وذلك حسب ما ورد في الفقرة الثّانية من المادّة 05 الّتي تنصّ على أنّه:"**يجوز للطرفين العدول عن الخطبة**"[17].

ومفهوم الخطبة في مجتمعنا الجزائري هو عبارة عن اتفاق يسبق قراءة الفاتحة، ويقع غالبا بين والدي الخطيبين أو أوليائهما وينتهي بإيجاب وقبول المصاهرة بين العائلتين دون إبرام أي عقد وغالبا ما يكون ذلك غيابيّا دون حضور المخطوبين في مجلس المواعدة بالزّواج وإتمام مراسيم الخطبة لذلك فإنّ الخطبة بهذا المعنى لا ترتّب أيّ حقّ لأحد المخطوبين اتجاه الآخر ويمكن العدول عنها في أيّ وقت[18].

وما يمكن ملاحظته أن المشرع الجزائري لم يضع تعريفا محددا للخطبة بل اكتفى بالقول أنّها مجرّد وعد بالزّواج فالخطبة حسب نّص المادّة الخامسة هي مجرد مقدّمة تمهيديّة للزّواج يقوم بها الخطيبان للتّعارف وللتعرّف على بعضهما البعض.

---

[15] محمّد ناصر الدّين الألباني ، باب في الرّجل ينظر إلى المرأة وهو يريد تزويجها، الحديث رقم 2082، المرجع السّابق، ص.361.

[16] القانون رقم 84-11 مؤرّخ في 1984/06/09، المتضمّن قانون الأسرة، ج.ر.ج.ج عدد 31 الصادرة في 1984/07/31، المعدّل والمتمّم بموجب الأمر رقم 05-02 مؤرّخ في 2005/02/27، ج.ر.ج.ج عدد 15.

[17] الأمر رقم 05-02، المرجع نفسه.

[18] عبد العزيز سعد، الزّواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط3، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 1996،ص.84.

الفرع الثّاني

مشروعيّة الخطبة والحكمة منها

أوّلا: مشروعيّة الخطبة:

تستمد الخطبة مشروعيتها من القرآن الكريم والسّنة النبويّة.

❖ أدلّتها من القرآن الكريم:

قول الله سبحانه وتعالى:" **وَلاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ....**"[19].

❖ أدلّتها من السّنة النبويّة الشّريفة:

عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: **قال رسول الله صلى الله عليه وسلّم:" إذا خطب إليكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه ألاّ تفعلوه تكن فتنة في الأرض وفساد عظيم**"[20].

وعن عليّ بن أبي طالب رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلّى الله عليه وسلّم:" **يا عليّ: ثلاث لا تؤخرهنّ: الصّلاة إذا آنت، والجنازة إذا حضرت، والأيم إذا وجدت كفؤا**"[21].

ثانيا: الحكمة من الخطبة:

كما سبق الذّكر أنّ كلّ عقد من العقود تسبقه عادة مقدّمات ليستوثق العاقد أنّه يحقّق رغبته فيقدم عليه وإلاّ فيعرض عنه، ولذلك كان التسرّع في الارتباط به غالبا يعقبه النّدم ولهذا شرّعت الخطبة لتكون طريقا ليتعرّف كلّ من المخطوبين على الآخر إذ أنّها السّبيل إلى دراسة أخلاق وطبائع وميول كلّ طرف لكن هذا التّعارف الأوّلي يكون بالقدر المسموح له شرعا[22].

فالخطبة ليست فرضا ولا واجبا، بل هي مستحبة قبل انعقاد الزّواج لأنّ وجودها أحرى لدوام العشرة لتمكين كلا المخطوبين من معرفة الآخر ومدى احتمال البقاء معه وعدمه لأنّ عقد الزّواج ميثاق غليظ وعهد قويّ ومؤبّد وحتّى يتبيّن لكل منهما الصّفات التّي يرغبها وينشدها في الآخر ندبت له الخطبة.

---

[19] سورة البقرة، الآية 235.

[20] رواه الترميذي.

[21] رواه أحمد.

[22] عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2007، ص.37.

الفرع الثّالث

الطبيعة القانونية للخطبة

لقد اعتبرت الشّريعة الإسلامية الخطبة وعد بالزواج ولا ترقى إلى مستوى العقد وحتّى إن تمّت بتوافر رضا الطرفين، كما أنّه لا يرتّب ذلك أيّ حقّ لأحدهما نحو الأخر[23]، ولذلك انقسم فقهاء القانون حول الطّبيعة القانونيّة للخطبة إلى اتجاهين حيث ذهب البعض إلى اعتبارها عقدا بينما ذهب البعض الأخر إلى تكييفها بأنها مجرّد وعد.

أولا : تكييف الخطبة بأنّها عقد:

حسب أنصار هذا الاتّجاه فإنّ الخطبة بتوافر الإيجاب والقبول، وتطابق إرادة كلا من الخاطب والمخطوبة تعدّ عقدا، لدرجة أنّ البعض منهم يعرّف الخطبة بأنّها "عقد علني ذو صبغة دينيّة يتبادل فيه رجل وامرأة الوعد بالزّواج الآجل"[24] ويعتمدون في ذلك على أساسين، أوّلهما تاريخي وثانيهما قانوني.

1- الأساس التاريخي: اعتمدت هذه الزّمرة على الأساس التّاريخي بالقول بأنّ الخطبة تعتبر تقليد قديم تعود جذوره إلى ما قبل العهد الرّوماني، ومن نظر إلى هذا العقد بصفة خاصة يجد أنّ قانونه جعل الزّواج على مرحلتين:

الأولى منهما هي الخطبة: تتضمّن تطابق الإيجاب والقبول من حيث تحديد الشّروط وبالتالي فهي نتيجة لما اتّفق عليه من شروط وهذا ما يكسيها الصّبغة العقديّة يلتزم فيها الطّرفان بتنفيذ تلك الالتزامات.

وثانيهما مرحلة الزّواج: وهي انتقال المرأة من بيت أهلها إلى بيت زوجها بنيّة الاستقرار في بيت الزّوجيّة وتحقيق ما اتّفق عليه في مرحلة الخطبة تحقيقا واقعيا[25].

2- الأساس القانوني: يستدلّ أصحاب النّظرية العقديّة للخطبة بالمفهوم العادي للعقد والأركان العامة التي تقوم على أساسها وذلك في محاولة منهم لإضفاء صفة العقد على الوعد بالزّواج فيقرّون بأن العقد هو اتّفاق يلتزم بموجبه شخصان فأكثر بالقيام بعمل ما أو عدم القيام به[26].

---

[23] العربي بلحاج، أحكام الزّواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، ج1، ط1، دار الثّقافة للنّشر والتوزيع، الأردن، 2012، ص.113.

[24] محمد محدة، سلسلة فقه الأسرة:"الخطبة والزّواج"، ج1، ط2، (د.ن)، الجزائر، 1994، ص.42.

[25] محمد محدة، المرجع نفسه، ص.ص.42-43.

[26] فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري:"الزّواج والطّلاق"، ج1، المؤسّسة الوطنيّة للكتاب، الجزائر، 1986، ص.19.

وما دام لم يرد في ذلك القانون فإنّ الوعد بالزّواج يبقى ملزما للجانبين في إطاره العقدي المتفق عليه.

ثانيا: تكييف الخطبة بأنّها وعد:

أمّا أنصار هذا الاتجاه فقد كيّفوا الخطبة بأنها لا ترقى إلى مستوى العقد عكس الاتجاه الأول بل هي مجرد وعد فالخطبة بعد تمامها لا تعتبر عقدا ولا زواجا ولا يترتب عليها شيء من الالتزام بإتمام العقد ولكل من الخاطب والمخطوبة حق العدول عنها.

والوعد في العقود ليس له قوة إنشاء العقد لذا لا يترتب عليه أيّ أثر من آثار العقد وهذا الحكم متّفق عليه في المذاهب الإسلامية كلها ومتفق عليه في الفكر القانوني الحديث في العالم العربي[27] وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في الفقرة الأولى من المادّة 05 من قا.أ.التي تنصّ على أنّ:" **الخطبة وعد بالزّواج**" وبالعودة إلى أحكام القانون المدني في المادّتين 71 و72 [28]فإنّ مجرّد الوعد لا ينشئ التزاما.

وعليه فإنّ الخطبة لا تعدّ عقد زواج بل هي مرحلة تمهيديّة تسبق مرحلة الزّواج بحيث لكلا الطّرفين حقّ في العدول عنها بل إنّهما غير ملزمين قانونا بإتمام مشروع الزواج.

وتجدر الإشارة إلى أنّ المشرّع الجزائري استند إلى الاتجاه القائل بأنّ الخطبة وعد بالزواج حيث نصّ عليها صراحة في الفقرة الأولى من المادة الخامسة من قا.أ.

---

[27] العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص.114.

[28] أُنظر المادتين 71 و72 من الأمر رقم 75-58 المؤرّخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمّن القانون المدني، ج.ر.ج.ج، عدد 78 الصادرة في 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمّم بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، ج.ر.ج.ج. عدد 44.

المطلب الثّاني

أنواع الخطبة وشروطها

سوف نتطرّق في هذا المطلب إلى أنواع الخطبة إذ أنّ الخطبة يمكن التّعبير عنها بطريقين إمّا صراحة أو ضمنا وذلك في **(الفرع الأوّل)** أمّا في **(الفرع الثّاني)** سوف نبيّن شروط الخطبة حسب ما جاءت به الشّريعة الإسلاميّة.

الفرع الأوّل

أنواع الخطبة

الخطبة كما سبق تعريفها ليست إلاّ تمهيدا لعقد الزّواج وليست إلاّ وسيلة للتّعارف بين الخاطب والمخطوبة في حدود ما استقرّ عليه الشّرع، والتّعبير عن الخطبة قد يكون بطريقة مباشرة وهو ما يعرف بالخطبة الصّريحة و قد يكون التّعبير عنها بطريقة غير مباشرة وهو ما يعرف بالخطبة بالتّعريض.

أوّلا:الخطبة بالتّصريح:

هو ما يقطع بالرّغبة في النّكاح ولا يحتمل غيره[29] أو بتعبير آخر فهي طلب الرّجل الزّواج من امرأة وإظهار الرّغبة في ذلك صراحة بحيث لا يحتمل الطّلب غير الخطبة كأن يقول الخاطب لمن يخطبها:" إنّي أريد أن أتزوّجك"[30] هل تقبلين الزواج بي؟ أريد خطبتك....."

ثانيا: الخطبة بالتّعريض:

فهي تلك الخطبة التي يستعمل فيها الخاطب جمل وعبارات غير مباشرة أو مجرد تلميحات يفهم من خلالها طلب الخطبة وبمعنى أدقّ هي لفظ يظهر في معنى إلاّ أنه يراد به معنى آخر، والتّعريض هو ذكر الخطبة بلفظ، قد يحتمل الخطبة وقد يحتمل غيرها، ويكون ظاهره في سواها، وإذا كانت رغبة الخطبة تكشف عنها إشارات القول[31] كأن يقول الخاطب لمن يريد خطبتها " إنّك جميلة"، "أنت تقيّة وصالحة" أو " وددت أن ييسّر لي الله امرأة صالحة" أو قوله لها:" إذا انقضت عدّتك أعلميني".....و نحو ذلك من الجمل التي يفهم قصد الخطبة من عرضها بالقرائن.

---

[29] محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص.71.

[30] رمضان علي السّيّد الشرنباطي، المرجع السابق، ص.30.

[31] إسماعيل أمين نواهضة، أحمد محمّد الموني، الأحوال الشخصية، ط1، دار الميسرة للنّشر والتوزيع، الأردن، 2010، ص.43.

كما يعتبر تقديم الهديّة إلى المرأة عبارة عن تعريض وكذلك مدح الشخص لنفسه أمام المرأة وذكر محاسنه عبارة عن تعريض بالزّواج، ويعتبر التّعريض بالخطبة في التشريع الإسلامي جائزا.

وهذا لقوله تعالى:"**وَلاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُم بِه مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ اَكْنَنْتُم فِي أَنْفُسِكُمْ عَلِمَ اللهُ أَنَّكُمْ سَتَذْكُرُونَهُنَّ، وَلَكِنْ لَا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا إلاَّ أَنْ تَقُولُوا قَوْلاً مَعْرُوفًا، وَلاَ تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الكِتَابُ أَجَلُهُ واعْلَمُوا أَنَّ اللهَ يَعْلَمُ مَا فِي أَنْفُسِكُمْ فاحْذَرُوهُ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللهَ غَفُورٌ حَلِيمٌ**"[32].

ويقصد بالنّساء المعتدّات لوفاة أزواجهنّ ومن المستقرّ شرعا أن الخطبة بالتّصريح حرام لجميع المعتدات، أما الخطبة بالتّعريض مباحة للبائن وللمعتدة من وفاة وحرام للمعتدّة من طلاق رجعي[33] ولذلك فلا يحلّ للرّجل خطبة معتدّة غيره من طلاق رجعي لا بطريق التّصريح ولا بطريق التّعريض، لأنّها في حكم زوجة الغير فخطبتها تعتبر تعدّيا على حقّ من حقوقه، وأمّا المعتدّة من طلاق بائن ببينونة صغرى أو كبرى فيرى الأحناف أنّه لا تجوز خطبتها لا تصريحا ولا تعريضا ما دامت العدّة باقية، لبقاء بعض آثار الزّواج، غير أنّ المالكية والشّافعية وكذا الحنابلة والجعفريّة فيرون بجواز خطبتها تعريضا لأنّ الطّلاق البائن يقطع صلة الزّوج بزوجته[34].

الفرع الثّاني

شروط الخطبة

لم يشترط المشرّع الجزائري شروطا محدّدة يجب توافرها في الخطيبين وإنّما نستشفها من خلال أحكام الشريعة الإسلامية.

لم تنصّ معظم القوانين على أيّ شرط خاص بالخطبة سواء في موضوعها أو في الأشخاص المعنيّين بها، بينما هناك شروط تخصّ الزّوج والزّوجة وليست مطلوبة في الخاطب والمخطوبة[35].

وعليه قسّمت الشريعة الإسلامية شروط الخطبة إلى نوعين من الشروط: شروط واجبة وأخرى مستحسنة.

---

[32] سورة البقرة، الآية 235.

[33] أحمد خليفة العقيلي، الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية، ط1، الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع والإعلان، بنغازي، 1990، ص.14.

[34] الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة المعدّل: "دراسة مقارنة ببعض التّشريعات العربيّة"، ط1، دار الخلدونيّة للنّشر والتّوزيع، الجزائر، 2008، ص.27.

[35] مبروكة مقنانة، الخطبة وآثار العدول عنها، مذكرة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر يوسف بن خدة، 2008-2009، ص.24.

أوّلا: الشّروط الواجبة:

كما سبق وأن بيّنا أنّ الخطبة مقدمة لعقد الزواج لذا لا تباح خطبة المرأة إلا إذا كانت صالحة للزّواج في الحال، أمّا إذا كانت المرأة لا تحلّ للرّجل لسبب ما فلا تجوز خطبتها لامتناع الزّواج منها لذا اشترط الفقهاء لصحّة الخطبة أن لا تكون المرأة محرّمة على الرّجل حرمة مؤقتّة ولا حرمة مؤبّدة إذ يدخل في المحرّمات كلّ من المرأة المتزوّجة من الغير وكذا المطلّقة، والمتوفّى عنها زوجها أي المعتدّة من طلاق أو وفاة[36].

وبالتالي فإنّ الشّروط اللاّزمة للخطبة هي كالتّالي:

*** أن تكون المخطوبة خالية من الموانع الشّرعية:**

ومضمون هذا الشّرط أنّه لا يجوز للرّجل أن يخطب المرأة التي يحرم عليه شرعا الزواج منها، سواء كان تحريمها عليه مؤبدا أو مؤقتا.

والمرأة التي تحرّم على الرجل تحريما مؤبدا لا يجوز له خطبتها مطاقا كالأم والأخت والعمّة والخالة وغيرهنّ من المحرّمات مؤبدا، ولكن إذا كانت المرأة تحرّم عليه تحريما مؤقتا كزوجة الغير والمشركة وغيرهما فانّه تجوز خطبتهما بعد زوال المانع، أمّا قبل زوال هذا المانع فلا تجوز خطبتها فالمشركة إذا أسلمت أو اعتنقت أي دين سماوي فإنّه يجوز خطبتها، أمّا إذا ظلّت على حالها فلا تجوز خطبتها ما دامت هي كذلك[37].

وخير دليل على هذا الشّرط قوله تعالى :"**حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الأَخِ وَبَنَاتُ الأُخْتِ وَأُمَّهَاتُكُمْ اللاّتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ مِنَ الرّضَاعَةِ وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبَائِبِكُمْ اللاَّتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمْ اللاَّتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِن لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَحَلاَئِلِ أَبْنَائِكُمْ الّذِينَ مِنْ أَصْلاَبِكُمْ وأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الأُخْتَيْنِ إِلاَّ مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّ اللهَ كَانَ غَفُورًا رَحِيمًا**"[38].

وكما ورد في المادّة **23** من قا.أ.ج الّتي تنصّ على أنّه:"**يجب أن يكون كلّ من الزّوجين خلوا من الموانع الشّرعيّة المؤبّدة والمؤقّتة**"[39].

---

[36] سالم بن عبد الغني الرّافعي، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين في الغرب، ط1، دار ابن حزم للطباعة والنّشر، لبنان، 2002، ص.218.

[37] حسن حسن منصور، المحيط في شرح مسائل الأحوال الشخصية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية،1997، ص.87.

[38] سورة النّساء، الآية 23.

[39] القانون رقم 84-11، المرجع السابق.

وكنتيجة لما سبق فإنّه تباح خطبة المرأة الخالية من الموانع الشّرعية وهذه الموانع مستنبطة من الآية الكريمة المذكورة أعلاه وهي:

1- حرمة مؤبّدة من نسب ومصاهرة ورضاع: فهذه لا تجوز خطبتها بأيّ حال من الأحوال فهي حرمة مؤبّدة.

حيث نظّم المشرّع الجزائري الحرمة المؤبّدة في المواد في كلّ من المواد24، 25، 26 و27 [40].

2- حرمة مؤقتة: تجوز خطبتها بزوال المانع حيث يثبت التّحريم خلال مدّة قيام المانع وينتهي بانتهائه[41]، والحكمة في ذلك أنّ الخطبة وسيلة إلى الزّواج الحلال، كما هو معلوم، والزّواج بالمحرّمات حرام والوسيلة إلى الحرام، حرام أيضا[42].

في حين نظّم الحرمة المؤقتّة في المادّة 30من قا.أ[43].

*** أن لا تكون المرأة مخطوبة للغير:**

فقد يتوفّر في المرأة شرط صحّة الخطبة وهو كونها ممّن تحلّ للخاطب في الحال غير أنّه عرض لها عارض وهو أنّ غيره سبقه إلى خطبتها، ففي خطبتها اعتداء على حقّ الخاطب الأوّل[44].

ومثل هذه الخطبة ورد النّهي عنها طبقا لقول رسول الله صلى الله عليه و سلم "**المؤمن أخو المؤمن فلا يحلّ للمؤمن أن يبتاع على بيع أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه حتى يذر**"[45].

وفي قول أخر عن أبي هريرة رضي الله عنه، عن النّبي صلّى الله عليه وسلّم قال :"**لا يخطب الرّجل على خطبة أخيه حتّى يترك الخاطب قبله أو يأذن له الخاطب** "[46].

فهذه الأحاديث تفيد تحريما للخطبة الثانية على الخطبة الأولى وهذا في حالة قبول الخطبة الأولى.

وحكم الخطبة على الخطبة أحوال ثلاث من حيث إجابة الخاطب:

---

[40] أُنظر المواد 24،25،26،27 من القانون رقم 84-11، المرجع السّابق.

[41] جبر محمود الفضيلات، بناء الأسرة المسلمة على ضوء الفقه والقانون، دار الشهاب للطباعة والنشر، (د.س.ن)، ص.28.

[42] الرشيد بن شويخ، المرجع السّابق، ص.27.

[43] أُنظر المادّة 30 من الأمر 05-02، المرجع السّابق.

[44] محمد مصطفى شلبي ،أحكام الأسرة في الإسلام ، ط4 ،الدار الجامعية للطباعة والنشر، 1983، ص.28

[45] أخرجه مسلم، كتاب النّكاح: باب تحريم الخطبة على خطبة أخيه، حديث رقم 1414.

[46] أخرجه مسلم.

ـــ **الحالة الأولى:** أن تقبل خطبته، وفي أثناء السير في العقد يتقدم خاطب آخر، فتقدُّم هذا الأخير حرام بالإجماع.

ـــ **الحالة الثانية:** أن ترفض خطبة الأوّل، وبعد الرّفض يجوز تقدّم رجل ثاني، بالاتفاق وذلك لأنّه لو منع لكان معنى ذلك أنّ من تخطب لا يجوز خطبتها مطلقا وفي ذلك تعطيل لمصلحتها أو إرغام لها على قبول الأول[47].

ـــ **الحالة الثّالثة:** هي حالة ما إذا سكتت مخطوبة الغير، فقد اختلف الفقهاء على رأيين:

أوّلهما: هو ما ذهب إليه الحنفيّة والمالكيّة فإنّ الخطبة في هذه الحالة ممنوعة لأنّ الأحاديث النّبويّة نهت عنها، حيث أنّ الأوّل يسمّى خاطبا والمرأة مخطوبة له، وهذا السّكوت من جانبها وإن لم يدل على الرّضا بالخاطب فهو لا يدلّ على الرّفض، لاحتمال وجود أصل الرّغبة، فإباحة الخطبة الثّانية في هذه الحالة قد يترتّب عنها زوال تلك الرّغبة ورفض خطبة الأوّل وهو نوع من الاعتداء والله لا يحبّ المعتدين[48].

وثانيهما: هو إباحة هذه الخطبة وهذا رأي الشّافعيّة وقد استدلّ على هذا بحديث فاطمة بنت قيس التي أخبرت الرّسول صلّى الله عليه وسلّم أنّ معاوية و أبا جهم خطباها، فأمرها الرسول صلى الله عليه وسلّم :" أن تنكح أسامة"، فالحالة التي خطب فيها الرسول صلى الله عليه و سلم غير الحالة التي نهى عنها والحالة التي فيها حال من لم يجب الخاطب الأول[49].

وقد اتفق جمهور الفقهاء على أنّه لو خطب الرّجل على خطبة أخيه كان العقد صحيحا، ولكنه يفيد الإثم عند الله تعالى، وقد ذهب بعض المالكية إلى أنّ العقد يفسخ قبل الدخول، فإذا تمّ الدّخول فلا يفسخ.

ثانيا:الشّروط المستحسنة :

إضافة إلى الشّروط اللازمة أو الواجبة للخطبة هناك شروط أخرى مستحسنة حبّذا على من يريد الزّواج مراعاتها وتحصيلها، غير أنّه حتّى وإن لم يراعيها ويحقّقها فلا تؤثّر على صحّة الخطبة.

وتتمثّل هذه الشّروط فيما يلي:

---

[47] محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزّواج، المرجع السابق، ص.54.

[48] محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص.77.

[49] عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، ط2، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 1977، ص.44.

*** أن تكون المرأة المخطوبة ذات دين وخلق:**

والمقصود هنا بدين المرأة أن تكون عاملة بأحكام دينها من عبادة الله سبحانه وتعالى وطاعته والعمل بأحكام الدين يجعلها على خلق قويم، يحقق الصلاحية الزوجية و كذا الاستقرار والمودّة العائلية ولأنّ الدّين إذا سيطر على الحياة كانت السعادة بين الأفراد، وهو ثابت لا يتغير بتغير الأحوال أو الأشخاص، ولهذا فقد حض الإسلام على اختيار الزوجة ذات الدين و تقديمها على غيرها من النساء[50].

فالدّين هو الأساس الأوّل في الاختيار، وكل ما تتحلى به المرأة من زينة الدنيا زائل وفان فلا مال يبقى ولا جمال يدوم بل الدّين أولى من المال والجمال والحسب، فالرسول صلى الله عليه وسلم نهى عن كل تلك الصفات حيث قال:" **من تزوّج امرأة لعزّها لم يزده الله إلا ذلاّ، ومن تزّوجها لمالها لم يزده إلاّ فقرا، ومن تزوّجها لحسبها لم يزده إلاّ دناءة، ومن تزوّجها ولم يرد إلاّ أن يغضّ بصره، ويحصنّ نفسه بارك الله له فيها وبارك لها فيه**"[51].

إلاّ أنّه إضافة إلى صفة الدّين والخلق يستحبّ صفات أخرى في المخطوبة لا مانع من طلبها ولكن المنهى عنه طلب الصّفات الأخرى دون النظر إلى صفة الدّين[52] والرّسول عليه الصّلاة والسّلام أرشدنا إلى معايير اختيار المرأة حيث قال:" **تنكح المرأة لأربع: لمالها، ولحسبها ولجمالها ولدينها فاظفر بذات الدّين تربت يداك**"[53].

والمراد بذات الدّين المرأة العفيفة عن المعاصي والمتقرّبة إلى الله بالطّاعات حيث قال الرّسول صلّى الله عليه وسلّم أيضا:" **خير النّساء من إذا نظرت إليها سرّتك، وإذا أمرتها أطاعتك، وإذا أقسمت عليها أبرتك وإذا غبت حفظتك في نفسها**"[54].

إذ لا يجب أن يخطب الرّجل المرأة لجمالها، ولمالها وجاهها ويهمل الجانب الأساسي وهو جانب الخلق والدّين ولا يعني استبعاد الجمال والحسب والمال بل إضافة إلى هذه الصفات تكون المرأة متحلّية بالأخلاق الحميدة ومتشبّعة بالدّين.

---

[50] حسن حسن منصور، المرجع السابق، ص.ص.94-95.

[51] رواه الطّبراني في الأوسط، حديث رقم 2527.

[52] أحمد محمد علي داود، الأحوال الشخصية، ج1، ط1،دار الثقافة للنّشر والتوزيع، عمّان، 2009، ص.46.

[53] محمّد ناصر الدّين الألباني ، باب ما يؤمر به من تزويج ذات الدّين، المرجع السّابق ، ص.355.

[54] رواه النّسائي وغيره بسند صحيح .

*** أن تكون المرأة المخطوبة من غير القريبات للخاطب:**

وذلك لأنّ التزوج بالقريبة غالبا ما يكون النسل فيه ضعيفا روح الفتور شائعا بين الزوجين وقد قيل أنّ التزوج بالبعيدات فيه نجابة للأولاد وقوة لأبدانهم، فقد روى عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال لبني السائب، "قد ضويتم فانكحوا الغرائب" أي اقصدوا الغرائب عند تزوجكم حتى لا تضعفوا وكانت العرب تقول أن الولد يجيء من القريبة ضاويا، أي ضعيفا[55].

فالرّسول صلى الله عليه وسلّم نهى عن التزوّج بالقريبات، وذلك لأنّ الزّواج بين الأقارب ينتج عنه نسل ضعيف، وهذا ما أثبته العلم الحديث فمثل هذا الزواج ينتج أمراض خطيرة وأخرى وراثية، كالتّخلف الذّهني، الإعاقة البدنيّة...

وكذلك قد تحدث مشاكل بين العائلتين بسبب الخلافات التي قد تنشأ بين الزوجين وهذا ما يؤدي إلى حدوث عداوة بين الأقارب، إذا حدث شقاق أو طلاق بين الزوجين بحيث أنه من المعروف في مجتمعنا أن حصول الطلاق بين شخصين يولد البغضاء والحقد بين عائلتيهما منه يستحسن الزواج بالأباعد للحفاظ على شمل العائلة و تفادي قطع صلة الرحم.

*** أن تكون المرأة بكرا ولودا:**

لأنّ الأبكار تتوثق بهن الصّلات وتدوم معهنّ العشرة إلاّ إذا كانت هناك حاجة تدعو إلى الثّيب كأن يكون الزّوج كبير في السّن أو كون عنده أطفال في حاجة إلى امرأة ممن تزوّجت من قبل[56].

والتزوّج بالمرأة الولود يحقق المقصود من الزواج و هو تحصيل التناسل فقد روى عن معقل بن يسار قال. جاء رجل إلى النبي صلى الله عليه و سلم فقال: **إني أصبت امرأة ذات حسب وجمال وأنّها لا تلد أفأتزوجها؟** قال له الرسول صلى الله عليه و سلم:"**لا**"، **ثم أتاه الثانية فسأله فنهاه، ثم أتاه الثالثة** فقال الرسول صلى الله عليه و سلم:" **تزوجوا الولود الودود فإني مكاثر بكم الأمم يوم القيامة**"[57].

---

[55] بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية: "الزواج والطلاق"، ج1، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت،(د.س.ن)، ص.21.

[56] عبد الفتاح تقية، مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ وأحكام الفقه الإسلامي، دار ثالة للنشر، الجزائر، 2002، ص.83.

[57] محمّد ناصر الدّين الألباني، ، باب النّهي عن تزويج من لم يلد من النّساء، المرجع السّابق، ص.ص.355-356.

وكذلك روى عن جابر بن عبد الله أنّ النبي صلى الله عليه و سلم قال له:" **يا جابر: تزوجت بكرا أم ثيبا؟ قال ثيبا**، فقال الرسول: **هلا تزوج بكرا تلاعبها وتلاعبك**" وفي رواية تضاحكها وتضاحكك.هذا و يعرف كون المرأة ولود بأمها أو أخواتها أو خالاتها... [58].

*** أن يتعرّف الخاطب إلى المخطوبة:**

يستحسن لكلا من الخاطب والمخطوبة التعرّف على بعضهما في الحدّ المسموح به شرعا قبل الزواج، فتختلف طريقة المعرفة باختلاف ما يراد معرفته، فمن الأمور ما لا تعرف إلاّ بالنّظر والمشاهدة لكونه أمر حسيّ يدرك بالبصر مثل الخلقة وجمال الجسم من الامتلاء والنّحافة وطول القامة أوقصرها...ومنها ما لا يعرف إلا بالتّحري والبحث كالتديّن وحسن السّمعة، فلذا يستحسن شرعا أن يرى الرّجل بنفسه من يريد الزّواج بها، ويباح له أن يجتمع بها ويتحدّث إليها بشرط أن يكون معهما محرم منها[59].

وذلك لقوله صلّى الله عليه وسلّم:" **من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يخلو بامرأة ليس معها ذو محرم منها فإنّ ثالثهما شيطان**"[60].

وقد وردت أحاديث كثيرة بهذا الصدد منها: أنّ المغيرة بن شعبة خطب امرأة ليتزوّجها، فقال له النبيّ صلى الله عليه وسلم." **أنظرت إليها؟**" **قال:"لا"**، فقال عليه الصّلاة والسّلام:" **أنظر إليها فإنّه أحرى أن يؤدم بينكما**"، وكذلك قوله صلى الله عليه و سلم:" **إذا ألقى الله في قلب امرئ خطبة امرأة فلا بأس أن ينظر إليها**"[61].

أمّا مقدار نظر الخاطب للمخطوبة فيرى أكثر الفقهاء أن للخاطب أن ينظر إلى من يريد خطبتها إلى الوجه والكفّين فقط، لأنّ رؤيتها تحقّق المطلوب من الجمال وخصوبة البدن، فيدلّ الوجه على الجمال أو ضده والكفّان على خصوبة البدن أو عدمه[62].

فالمذهب الشافعي والمالكي، أجازا النّظر إلى الوجه والكفين فقط، لأنّ الحكمة عندهم من اقتصار النّظر على ذلك أنّ الوجه ما يستدلّ به على الجمال وفي اليدين ما يستدلّ على خصوبة البدن، أمّا

---

[58] محمّد ناصر الدّين الألباني، ، باب في تزويج الأبكار، المرجع السّابق، ص.355.

[59] أحمد محمود خليل، عقد الزواج العرفي: "أركانه وشروطه وأحكامه"، منشأة المعارف للنشر، الإسكندرية، 2002، ص.15.

[60] حديث صحيح.

[61] رواه الإمام أحمد.

[62] أحمد محمد علي داود، المرجع السابق، ص.45.

المذهب الحنفي يرى جواز النظر إلى الوجه والكفين والقدمين وأضاف المذهب الحنبلي جواز النظر إلى الرقبة[63].

والرّأي الرّاجح حسب ما ورد في الأحاديث النبويّة الشّريفة أنّه يجوز للخاطب أن يرى ممّن يريد التّزوج بها ما يدعوه إلى ذلك، وهذا لقوله صلّى الله عليه وسلّم:" **إذا خطب أحدكم امرأة فإن استطاع أن ينظر منها ما يدعوه إلى نكاحها فليفعل**"[64].

المبحث الثاني

الفاتــحة وعلاقتها بالخطبة

من مقدّمات الزّواج التّي جرت العادة بها عند الكثير من النّاس: قراءة الفاتحة، علامة على رضا الطّرفين، أو رضا وليّهما بالزّواج في المستقبل، وكذا الوعد بالزّواج الّذي يعبّر عن اتّفاق يسبق قراءة الفاتحة ويقع بين والدي الخطيبين، أو وليّهما حيث ينتهي بإيجاب و قبولهما بالزّواج، دون ابرام أيّ عقد إذ يختلف مفهوم الخِطبة عن الفاتحة في مفهوم عامة النّاس من حيث أنّ الفاتحة:هي السّورة المعروفة في القرآن الكريم، و قراءتها يعني الاعلان عن حصول الاتّفاق بين الطّرفين.

المطلب الأوّل

تعريف الفاتحة وحكمها

سوف نتطرّق في هذا المطلب إلى تعريف الفاتحة في **(الفرع الأوّل)**، وإلى حكمها في **(الفرع الثّاني)**.

الفرع الأوّل

تعريف الفاتحة

لقد عرّفنا الخطبة سابقًا بأنّها إظهار الرّغبة في الزّواج من امرأة معيّنة تكون خالية من الموانع الشرعيّة فإذا أُجيب لطلب الخاطب تمّت الخِطبة بينهما، أمّا الفاتحة عندنا فهي السّورة الكريمة في القرآن العظيم إذ فيها من البركة والخيْر الكثير، وقراءتها تعني الاعلان عن حصول الاتّفاق بين الطّرفين على أنّهما قد اتّفقا مبدئيًا على إبرام عقد الزّواج ولكن معنى الفاتحة عند اقترانها بالخطبة يختلف من بلد إلى آخر، وحتّى داخل البلد الواحد نجد اختلافا في مفهومها، ومن ثمّة تختلف آثارها تبعا لمفهومها.

---

[63] إسماعيل أمين نواهضة، أحمد محمد المومني، المرجع السّابق، ص.48.

[64] محمّد ناصر الدّين الألباني، المرجع السّابق، ص.361.

أوّلا: المدلول الأوّل للفاتحة:

إنّ الفاتحة عبارة عن اجتماع مجلس الرّجال يحضره عادة وليّ المخطوبة والخاطب، وجمعٌ من النّاس من أقارب الخطيبين وأصدقائهما، فتتمّ قراءة سورة الفاتحة في آخِر مجلس الخطبة، بعد تبادل إيجاب وقبول المصاهرة بين العائلتين مستقبلا.

ورغم اختلاف مفهوم الخِطبة عن مفهوم الفاتحة، إلاّ أنّه من الممكن أن تقعا في مجلس واحد، ولا مانع من وقوعهما في مجلسين مختلفين، وسواء كانت الخطبة قد وقعت قبل الفاتحة أو وقعتا معا في مجلس واحد فإنّه لا يكون لهما سوى مدلول واحد[65] وهذا ما جاءت به الفقرة الأولى من المادّة السّادسة من ق.أ.ج التّي تنصّ على أنّه :" **إنّ اقتران الفاتحة بالخطبة لا يعدّ زواجًا**"[66] فالمشرّع الجزائري في هذه الحالة اعتبر قراءة الفاتحة مجرّد فاتحة خطبة وليست بزواج.

ثانيا: المدلول الثّاني للفاتحة:

معنى الفاتحة في هذه الحالة يتجلّى في اقترانها بالخطبة في مجلس العقد وتوافّر ركن الرّضا وشروط عقد الزّواج:من صداق، شاهدين، وليّ، وانعدام الموانع الشّرعيّة، اعتبرت زواجًا صحيحًا، وجاز إلزام الطّرف الآخر بإتمامه، وهو رأي قضائي مستمّد من الشّريعة الإسلاميّة[67].

فتصبح المرأة المعقود عليها زوجة شرعيّة، ونكون بصدد الزّواج العرفي بحيث أنّه زواج صحيح، لا ينقصه إلاّ الرّسمية، إذ هو عقد يفيد تحليل العشرة الزّوجيّة بين الزّوجين لأنّه زواج استكمل شروطه الشّرعيّة، فإذا صاحب إعلان الخطبة وقراءة الفاتحة إيجاب وقبول الطّرفين في حضرة شاهدين عدلين وتحديد الصّداق بحضور الوليّ، كما جرت به العادة والعرف الاجتماعي فهو عقد نافذ شرعاً.

الفرع الثّاني

حكـم الفاتحـة

هناك من يرى أنّ قراءة الفاتحة لا تؤثّر في حقيقة الأمر على الخطبة ولا على عقد الزّواج أو حالة إقترانها بالخطبة، وليست لها قيمة شرعيّة لأنّها مجرّد دعاء اعتاد النّاس على قراءتها بمناسبة الخطبة أو الزّواج، بحضور إمام المسجد وجماعة من النّاس، فعدم قراءتها لا يغيّر شيئًا من الطّبيعة القانونيّة للخطبة أو الزّواج أو اقترانها بالخطبة، فما هو حكم اقتران الفاتحة بالخطبة في ظلّ القانون؟

---

[65] عبد العزيز سعد، الزّواج والطّلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السّابق، ص.85.

[66] الأمر رقم 05-02، المرجع السّابق.

[67] فضيل العيش ،شرح وجيز لقانون الأسرة الجديد، مطبعة طالب ،الجزائر، 2008، ص.11.

أوّلا: حكم الفاتحة قبل التّعديل:

لقد نصّت المادّة السّادسة قبل التّعديل على أنّه:"**يمكن أن تقترن الخطبة مع الفاتحة أو تسبقها بمدّة غير محدّدة.**

تخضع الخطبة والفاتحة لنفس الأحكام المبيّنة في المادّة 5 أعلاه"[68].

إذن حسب هذه المادّة فإنّ الخطبة والفاتحة وعد بالزّواج سواءً كانت الخطبة قد وقعت قبل الفاتحة أو وقعتا معًا في مجلس واحد زمانًا ومكانًا أو منفصلتين في مجلسين مختلفين من حيث الزّمان والمكان إذ أخضعهما المشرّع الجزائري لحكم واحد حيث يجوز للطّرفين العدول عن الخطبة في أيّ وقت شاءا قبل إبرام عقد الزّواج بصفة رسميّة أمام موظف الحالة المدنية أو لدى الموثّق.

فإذا رفع أحد الخطيبين دعوى أمام المحكمة يطالب فيها بأن تحكم له بإلزام الخاطب الذّي عدل عن إتمام إجراءات عقد الزّواج، فإنّ الحكم يكون برفض الدّعوى لأنّ اقتران الفاتحة بالخطبة تخضع لحكم المادّة 05 من ق.أ.ج وبالتّالي هي وعد بالزّواج يجوز للطّرفين العدول عنها، أمّا إن حكمت له المحكمة بما طلب فإنّها تكون قد أخلّت بركن الرّضا في الزّواج[69].

وبالرّجوع للاجتهاد القضائي في تعريف الفاتحة وحكم اقترانها بالخِطبة نجد أنّ هناك تذبذب في قراراتها إذ تعتبرها أحيانًا مجرّد قراءة سورة الفاتحة من باب التّبرّك والدّعاء للخطيبين وأنّها ليست ركن لانعقاد الزّواج أو شرط لصحّة الخطبة إلاّ أنّها في بعض القرارات تعتبرها عقد زواج عند توافر ركن وشروط العقد.

وعند استقراء القرار الصادر بتاريخ 1992/03/17، نجد فيه أنّ المحكمة العليا أخضعت اقتران الفاتحة بالخطبة لأحكام المادّة الخامسة معتبرة إيّاها وعد بالزّواج لا أكثر، إذ جاء القرار بما يلي :"حيث أنّه بالفعل فإنّ الشّهود الذّين وقع الاستماع إليهم سواءً أمام قاضي أوّل درجة أو أمام العضو المقرّر، يذكرون حضورهم لوليمة الخطبة أو فاتحة الخطبة وأنّ المحقّقين لم يضبطوا الأسئلة التّي تساعد على التّفريق بين ما حضره الشّهود، هل هي مجرّد خطبة بمعنى المادّة الخامسة من ق.أ.ج، أم أنّهم قد

---

[68] القانون رقم 84-11، المرجع السّابق.

[69] عبد العزيز سعد، الزّواج والطّلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السّابق، ص.85.

حضروا مجلس العقد بمعنى المادّة التّاسعة من نفس القانون، بينما الفاتحة ليست ركن من أركان الزّواج وليست شرط لوقوع الخطبة وإنّما هي من باب التّبرّك والدّعاء ولذلك يجب التّفريق بين الفاتحتين[70].

ومن خلال مناقشة القرار يتبيّن لنا أنّ المحكمة تميّز بين الفاتحتين بمعنى أنّ فاتحة الخطبة :هي عبارة عن قراءة سورة الكتاب أثناء حفل الاعلان عن الخطبة وفي مجلس العقد المستوفي ركنه وجميع شروطه بمعنى المادّة 09 و09مكرّر من ق.أ.ج.

ممّا يتّضح لنا أنّ الفاتحة يمكن أن تكون منفصلة عن الخطبة، فقد تُتلى في مجلس الخطبة، أو تُؤخّر عنه، على أن يكون ذلك قبل إبرام عقد الزّواج[71] وبالتّالي فإنّ اقتران الفاتحة بالخطبة في ظلّ القانون قبل تعديله هو مجرّد وعد بالزّواج و ليس عقد زواج.

ثانيا: حكم الفاتحة بعد التّعديل:

لقد حرص التّعديل الجديد على وضع حدّ لخلافٍ طال أمده وذلك حول مسألة اقتران الفاتحة بالخطبة، حيث تنصّ المادّة السّادسة المعدّلة:"**إنّ اقتران الفاتحة بالخطبة لا يعدّ زواجًا. غير أنّ اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجًا متى توافر ركن الرّضا وشروط الزّواج المنصوص عليها في المادة 9 مكرّر من هذا القانون**"[72].

فمن خلال هذه المادّة يتبيّن لنا أنّه متى اقترنت الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد وتمّ تبادل الايجاب والقبول بين الطّرفين وتوفّرت شروط الزّواج المنصوص عليها في المادة 9 مكرّر كانت الفاتحة قرينة عن الزّواج الشّرعي، وما يمكن ملاحظته أنّه حتّى في ظلّ القانون 84-11 اتّجهت المحكمة العليا في بعض قراراتها الى اعتبار اقتران الفاتحة بالخطبة في مجلس العقد زواجًا صحيحًا، متى توافرت أركانه، أمّا في ظلّ التّعديل الجديد أصبح الأمر واضحًا بين ما يعدّ زواجًا وما لا يعدّ كذلك والضّابط في ذلك اقتران الفاتحة بالخطبة بتحقّق ركن الرّضا وشروط عقد الزّواج[73].

---

[70] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشّخصيّة، قرار رقم 81129 مؤرّخ في 1992/03/17، قضيّة (ب.ع م) ضدّ (م.ه)، المجلّة القضائية، عدد خاص، 2001، ص.30.

[71] فضيل سعد، المرجع السّابق، ص.68.

[72] الأمر رقم 05-02، المرجع السّابق.

[73] أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقًا لأحدث التّعديلات:"دراسة فقهيّة ونقديّة مقارنة"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010، ص.34-35.

وبالرّجوع الى مضمون المادّة السّادسة من الأمر 05-02 المعدّل والمتمّم لقانون الأسرة نجد أنّ حكم الفاتحة إذن له معنيين إذ يفهم من خلال الفقرة الأولى من المادّة السّادسة أنّ اقتران الفاتحة بالخطبة لا يعدّ زواجًا بل هو تبارك متبوع بالدّعاء للطّرفين حتّى يُتمّ الله هذه الرّابطة بما فيه من خير وبركة تسود به المحبّة والمودّة بين الطّرفين، أمّا في الفقرة الثّانية من نفس المادّة، فقد كيّف المشرّع الجزائري اقتران الفاتحة بالخطبة، على أنّهاعقد شرعي إذا توافر فيها ركن الرّضا (المادة 09 من الأمر05-02) وكذا شروط عقد الزواج المنصوص عليها في المادة 09 مكرّر من نفس الأمر.

والفاتحة في هذه الحالة إذن تعدّ عقدًا شرعيًّا تترتّب عليه كافة الآثار المترتّبة عن الزّواج الصّحيح، كما أنّها تعتبر عقدًا شرعيّا حسب العرف السّائد منذ زمن بعيد، والذّي يفيد تحليل ما كان محرّما[74].

المطلب الثاني

علاقة الفاتحة بالخطبة وآثار إقترانها بها

بالعودة إلى القانون رقم 84-11 نجد أنّ المادّة السّادسة منه يشوبها نوع من الغموض، وذلك فيما يتعلّق بموضوع اقتران الخطبة بالفاتحة، فالمشرّع الجزائري سوّى بين الفاتحة والخطبة وأخضعها لنفس الأحكام المبيّنة في المادّة الخامسة من نفس القانون، وحسنًا ما فعل المشرّع الجزائري عند استدراكه للموقف وذلك في تعديل 2005 وتحديدًا في الفقرة الثّانية من المادّة السّادسة (الأمر رقم 05-02) إذ اعتبر اقتران الفاتحة بالخطبة زواجًا عند وقوعها في مجلس العقد.

أمّا الآثار المترتّبة عن اقتران الفاتحة بالخطبة في مجلس العقد فإنّها تختلف عن تلك الآثار المترتّبة عند اقتران الفاتحة بالخطبة دون مجلس العقد.

الفرع الأوّل

اقتران الفاتحة بالخطبة

تنصّ المادّة السّادسة من ق.أ.ج على:" **إنّ اقتران الخطبة بالفاتحة لا يعدّ زواجًا . غير أنّ اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توافر ركن الرّضا وشروط الزّواج المنصوص عليها في المادة 09 مكرّر من هذا القانون**[75].

ومنه سوف نفرّق بين اقتران الفاتحة بالخطبة دون مجلس العقد وبين اقترانها بها في مجلس العقد.

---

[74] مبروكة مقنانة ، المرجع السّابق، ص.37.

[75] الأمر رقم 05-02، المرجع السّابق.

أوّلا:اقتران الفاتحة بالخطبة دون مجلس العقد:

هذه الخطبة قد تقترن كما ذكر القانون بقراءة الفاتحة وذلك في المادّة السادسة أو قد تسبقها، ولا ندري ماذا يقصد المشرع بقراءة الفاتحة التي أعطاها حكم الخطبة وفق ما نص عليه في الفقرة الثانية من نفس المادّة وإحالتها إلى المادّة الخامسة لبيان إمكانية العدول عنها من كلا الطرفين وهذا قبل التعديل.

فإذا كانت الفاتحة تتمّ وفق ما يجرى في بعض المناطق وذلك بحضور الخاطب أو وليّه وولي المخطوبة وقد نصّت المادّة 06 في فقرتها الأولى بعد تعديل قانون الأسرة على أنه:"**إن اقتران الفاتحة بالخطبة لا يعدّ زواجا**"[76].

وبذلك تعدّ الخطبة منفصلة عن الاتفاق التمهيدي إذ يصحّ أن تتأخر الفاتحة إلى ليلة الدخول ما دامت في مرحلة الاتفاق المبدئي لإبرام عقد الزواج كما يجيز المشرع أن تتلى مصاحبة للقاء الخطبة وهذه الحالة هي المعمول بها في الغالب في واقع الجزائريين[77].

وفي الخطبة تجري عملية التعرّف الّتي قد يختلف شكلها من منطقة لأخرى إلاّ أنّها تتّفق في جوهرها فيما رَوَتهُ كتب الفقه من أن الخاطب ينظر إلى مخطوبته ويكلّمها في بيت أهلها بحضور وليّها (النظرة الشرعيّة)، إلاّأنّه حاليّا قلّ ماتتم الخطبة على هذا الشكل لأنّ التعارف بينهما قد يتمّ من قبل في الثانوية أو في الجامعة أو في محلّ العمل[78].

والفاتحة بتقدّمها أو تأخّرها عن مجلس العقد لا تغيّر من القيمة القانونيّة للخطبة بل تبقى مجرّد وعد بالزّواج وبالتّالي تخضع للآثار المنصوص عليها في المادّة 05/1 التي ترتّب هذه الآثار بالنّسبة للخطبة المقترنة بالفاتحة في نفس مجلس العقد وذلك دون توافر ركن الرّضا وشروط الزّواج المنصوص عليها في المادّة 9 مكرّر من الأمر رقم 05-02 وعليه يجوز للطّرفين العدول عن الخطبة سواءً كانت مقترنة بالفاتحة أم لا.

ثانيا: اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد:

تعتبر الفاتحة بمثابة عقد شرعي، مرتّب لكامل آثاره إذا اقترنت الفاتحة بمجلس العقد، والمقصود بمجلس العقد هنا توافر ركن الرّضا المتبادل بين المخطوبين وكذا شروط العقد من تحديد لقيمة الصّداق بصفة صريحة وحضور شاهدين أو أكثر من ذوي العقل والشّأن، وحضور وليّ المرأة وخلوّها من الموانع

---

[76] الأمر رقم 05-02، المرجع السابق.

[77] محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، قسم الشريعة، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2008-2009، ص.321.

[78] فضيل سعد، المرجع السابق، ص.28.

الشّرعيّة، وبهذا تعتبر الفاتحة زواجا شرعيّا وصحيحا، جاز إلزام الطرف الآخر بإتمامه إذ ينقصه التسجيل ليصبح زواجا رسميّا صحيحا و كاملا وهذا ما تمّ ترجمته من خلال المادة 06/2 المعدّلة من قا.أ.ج التي تنصّ على :"**غير أن اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توافر ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في المادّة 09 مكرر من هذا القانون**"[79].

وكذا ما ورد في الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصيّة في قضية (ب- ر) ضدّ (ص-س):

من المقرّر قانونا أنّه يمكن أن تقترن الفاتحة بالخطبة ومن المقرّر أيضا أنّه يثبت الزّواج بتوافر أركانه المقررة شرعا .

ومتى تبين في – قضية الحال- أن أركان الزواج قد توفّرت وتمّت بمجلس العقد وأنّه تمّ اقتران الخطبة بالفاتحة وبعد ذلك عدل الطّاعن عن اتمام الزّواج بالامتناع عن الدّخول لأنّه اعتبر الفاتحة كخطبة تسمح لكل من الطرفين بالعدول عنها.

وإنّ قضاة المجلس بقضائهم بإلغاء حكم المحكمة القاضي برفض الدّعوى والقضاء من جديد بصحّة الزواج الواقع بين الطرفين لتوافر أركانه والسّماع للشّهود والأمر بتسجيله فإنّهم كما قضوا قد طبّقوا صحيح القانون، ومتى كان ذلك استوجب رفض الطّعن[80].

وبالتّالي من خلال هذا القرار يتضح لنا أن اقتران الفاتحة بالخطبة في مجلس العقد بتوافر ركن الرّضا، وشروط العقد يعتبر زواجا صحيحا وجب تسجيله.

وعلى هذا الأساس، أصدرت وزارة الشّؤون الدّينية تعليمة تمنع الأئمّة من قراءة الفاتحة، ما لم يتمّ عقد الزّواج المدني، تفاديا لوقوع تجاوزات يدفع ثمنها الدّين ورجاله، كما أنّ المجلس الإسلامي الأعلى بالجزائر في دورته 31 المنعقدة بين 26 و27 ديسمبر 2006 أوصى بأنّ الفاتحة هي مجرد تبرّك فقط وأنّ تسجيل عقد الزواج في مصلحة الحالة المدنية أو لدى الموثّق يعدّ توثيقا للعقد الشّرعي الّذي تعارف النّاس على تسميته بالفاتحـة[81].

---

[79] الأمر رقم 05-02، المرجع السّابق.

[80] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 81877 مؤرخ في 1992/04/14، قضيّة (ب.ر) ضدّ (ص.س)، المجلة القضائية، عدد خاص، سنة2001، ص.33.

[81] العربي بلحاج ، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص.121.

الفرع الثاني

آثار اقتران الفاتحة بالخطبة

لم يتطرّق المشرّع الجزائري إلى آثار اقتران الفاتحة بالخطبة لا قبل التعديل ولا بعده، وهذا لا يمنع من استنتاج هذه الآثار من خلال المفهومين السّابقين لقراءة الفاتحة، لذا وجب علينا التّمييز بين الخطبة كمقدّمة لعقد الزواج وبين الفاتحة كعقد شرعي وذلك من خلال الآثار المترتّبة عن كلّ منهما:

1- يعتبر انعقاد الخطبة وعدا متبادلا بين الطّرفين بالزّواج في المستقبل، بينما تعتبر الفاتحة العرفيّة بعد تسجيلها عقد زواج صحيح منتج لآثاره تماما كعقد الزواج الشرعي والقانوني.

2- حسب ما جاءت به المادة 47 من قانون الأسرة الجزائري التي تنصّ على أنّه: "**تنحلّ الرّابطة الزّوجيّة بالطّلاق أو الوفاة**"[82]، إذ لا تنحلّ الرّابطة بين الطّرفين في اقتران الفاتحة بالخطبة إلاّ بالوفاة أو بالطلاق أو الخلع أو التطليق، لأنّ الفاتحة بهذا الحكم ترقى إلى مرتبة العقد الشّرعي، وبينما تنقضي الخطبة بالعدول عنها، وهي حقّ مكرّس لكلا الطرفين لأنّها مجرّد وعد بالزواج ولا ترقى إلى مرتبة العقد.

3- تعدّ المخطوبة أجنبيّة وغريبة عن الخاطب طيلة فترة الخطبة سواءً طالت هذه المدّة أو قصرت، لذا تحرم الخلوة بينهما إلاّ بحضور محرم لها وذلك كما ورد في الحديث النّبويّ الشريف أن ثالثهما شيطان، أمّا بعد الفاتحة فتتّحوّل المرأة من مخطوبة إلى زوجة شرعيّة وتحلّ بينهما العشرة الزّوجيّة ويصحّ البناء بينهما.

4- طبقا للقاعدة المتداولة شرعا "**العقد على البنات يحرّم الأمّهات والدخول بالأمّهات يحرّم البنات**"، فإنّ عقد الفاتحة الشّرعيّة ينتج عنها حرمة المصاهرة بين العائلتين ويحرم على الزوج الزّواج من أمّ المرأة المعقود عليها بالفاتحة الشّرعيّة .

5- إنّ المهر من شروط عقد الزّواج لذا لا تستحقّه المخطوبة سواءً كان العدول منها أو من الخاطب بحيث لا يهمّ ممّن صدر العدول وسواءً كان معجّلا أو مؤجّلا، في حين تستحقّ المرأة المهر كلّه في حالة الوفاة سواءً تمّ البناء أو لم يتمّ وتستحقّ نصفه في حالة الطّلاق قبل الدّخول **لقوله تعالى** : "**وَإِنْ طَلَّقتمُوهنّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلاَّ أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُو الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ، وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى وَلاَ تَنْسُوا بَيْنَكُمْ إِنَّ اللهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ**"[83].

---

[82] القانون رقم 84-11، المرجع السّابق.

[83] سورة البقرة، الآية 237.

وقوله أيضا:" **الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا أَتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلاَّ أَنْ تَخَافَا أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللهِ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودَ اللهِ فَلاَ تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ**[84].

كما تنصّ المادّة 16 من قا.أ.ج على أنّه: "**تستحقّ الزّوجة الصّداق كاملا بالدّخول، أو بوفاة الزّوج، وتستحقّ نصفه عند الطلّاق قبل الدّخول**"[85].

6- في حالة وفاة أحد الطرفين في فترة الخطبة فلا ميراث بينهما ولا تستوجب العدّة كذلك، أما إذا توفّى أحدهما بعد الفاتحة الشرعيّة فيصحّ التوارث بينهما سواءً تمّ الدخول أو لم يتمّ حسب المادة 130 من قا.أ.ج والتي تنصّ على:"**يوجب النكاح التوارث بين الزوجين ولو لم يقع بناء**"[86]، كما تعتدّ المرأة لوفاة زوجها إذا تمّ الدخول بها.

7- إذا ثبت حمل المرأة في فترة الخطبة فلا ينسب الولد لوالده لقول رسول الله صلّى الله عليه وسلّم :" **الولد للفراش وللعاهر الحجر** "[87]، لأنه ناتج عن علاقة غير شرعية فهو ابن غير شرعي، أمّا إذا اقترنت الفاتحة بالخطبة بتوافر ركن وشروط عقد الزّواج فإنّ الولد ينسب لوالده.

من خلال هذه الآثار يتّضح لنا أنّ الفاتحة الشرعيّة بمثابة زواج عرفي، لا ينقصه إلاّ التسجيل الرّسمي أمام مصلحة الحالة المدنيّة أو الموثّق كما جاء في نصّ المادّة 18 من قا.أ.ج الّتي تنصّ على أنّه"**يتمّ عقد الزّواج أمام الموثّق أو أمام موظّف مؤهّل قانونا مع مراعاة ما ورد في المادّتين 09 و09 مكرّر من هذا القانون**"[88]، لأنّ القاضي لا يمكنه إلزام أي طرف بهذه الآثار إلاّ بتوافر الرّسميّة، وبدونه سيبقى مجرّد عقد عرفي غير منتج لأثره في مواجهة الطرفين.

---

[84] سورة البقرة، الآية 229.

[85] القانون رقم 84-11، المرجع السابق.

[86] القانون رقم 84-11، المرجع نفسه.

[87] حديث صحيح.

[88] الأمر رقم 05-02، المرجع السّابق.

تتمّ الخطبة بين طرفيها وفقا للشّروط المحددّة شرعا، وذلك لفترة معيّنة تسمح للمخطوبين بالتّعرّف والتّعارف على بعضهما البعض، إلاّ أنّ هذه الفترة مهما طالت فإنها لا تدوم بل لا بدّ لها من نهاية فقد تتمثل هذه النهاية في إبرام عقد الزواج وهنا تكون الخطبة قد أدّت الغرض الذي أنشأت من أجله وتكون قد سلكت سبيلها الطبيعي باعتبارها تمهيدا لإبرام عقد الزواج.

لكن قد تكون نهاية الخطبة دون ابرام عقد الزواج الموعود به وذلك لأسباب غير إراديّة تعود إلى وفاة أحد المخطوبين أو قد يرجع ذلك إلى أسباب خاصّة لكل واحد منهما، كما قد يرجع ذلك إلى استعمال أحد المخطوبين أو كلاهما لحقه في العدول عن الخطبة باعتبارها وعد بالزواج كما جاء في الفقرة الأولى من المادّة 05 من قا.أ.ج.

فموضوع العدول عن الخطبة من أهم وأخطر المواضيع وأكثرها تعقيدا وانتشارا في الآونة الأخيرة حتى أصبحت موضة العصر، ولعلّ هذا ناتج عن كثرة الاختلاط وكذا التماطل في إبرام عقد الزواج بداعي التعرّف على الطرف الآخر، ممّا يطيل مدّة الخطبة إذ يؤثّر ذلك على حسن سير واستمرار العلاقة بين الطرفين وبالتالي اللّجوء إلى العدول عن الخطبة كحل نهائي للمشاكل التي قد تثور في هذه الفترة لكن قد يُنتج العدول عن الخطبة آثار هامة، سواء كان هذا العدول صادر من المخطوبة أو من الخاطب أو منهما معا.

لهذا فإنّنا سنتعرّض في **(المبحث الأوّل)** إلى العدول عن الخطبة وحكمه، في حين نتناول الآثار المترتبة عن العدول عن الخطبة في **(المبحث الثاني)**:

المبحث الأوّل

العدول عن الخطبة وحكمه

الخطبة وعد بالزواج و لكلا الطرفين حق العدول عنها، وهذا ما تضمّنه قا.أ.ج في المادّة 05 منه أين أجاز للمخطوبين الرّجوع عن الخطبة متى شاءا ذلك باعتبار العدول حقّ لهما دون أيّ قيد أو شرط قانوني فالقول بخلاف ذلك ينتج عنه عقد زواج دون رضا أحد الخطيبين وذلك ليس من مقتضيات عقد الزّواج، الذي يفترض فيه أن يكون الرّضا ركن أساسي يترتب على مخالفته البطلان.

ولقد أجمع الفقهاء على أنّ الخطبة وعد بالزواج يحقّ للطرفين العدول عنها لأنّ ذلك يتفق مع الحكمة منها فإلزام أحد الطرفين بإجراء العقد يتضمّن إكراه وهو ما لا يجوز في عقد الزواج إذ أنّه عقد أبدي، يستوجب أن تكون الجديّة في إنشائه أكثر من غيره من العقود[89].

لذلك سوف نبيّن أنواع العدول عن الخطبة في **(المطلب الأول)**، وحكمه في **(المطلب الثاني)**

المطلب الأول:

صور العدول عن الخطبة

إنّ العدول عن الخطبة هو تراجع أحد المخطوبين عن مشروع الزواج بالخاطب الآخر والتوقّف تماما عن السّير في متابعة الأعمال والإجراءات المؤدّية إلى تحقيق مشروع الزّواج كما كان مخططا له في بادئ الأمر بعد إتمام الخطبة لذلك إذا تمّ العدول انقضت الخطبة ولا يجوز للطرف الذي لم يعدل عنها أن يطلب من القضاء أن يحكم له بإلزام الطّرف الآخر بالاستمرار في الخطبة وإبرام العقد دون إرادته، لأنّ عقد الزّواج عقد يبنى على الإرادة المتبادلة بين المخطوبين [90].

والعدول عن الخطبة يكون إمّا بالإرادة المنفردة، أو بالإرادة المشتركة للخطيبين.

---

[89] لحسين بن آث الشيخ ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشّخصية، ج1، ط1، دار هومة للطّباعة والنشر والتّوزيع، الجزائر،2006، ص.33.

[90] عبد العزيز سعد، الزّواج والطّلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.85.

الفرع الأوّل

العدول عن الخطبة بالإرادة المنفردة

يتمثّل العدول بالإرادة المنفردة بتعبير إنفرادي صادر من الخاطب إلى خطيبته أو العكس، مستعملا حقّه المكرّس قانونا سواءً بوجود سبب جديّ، أو بانعدامه ويتمّ توجيهه من طرف الخاطب عادة إلى خطيبته، أمّا في الآونة الأخيرة فقد أصبح العدول بالإرادة المنفردة يصدر من الخطيبة، ولعلّ ذلك راجع إلى ما وفّره القانون والشّرع من حماية للمرأة.

وعادة ما يلجأ أحد المخطوبين إلى إبداء رغبته في إنهاء الخطبة بالإرادة المنفردة دون أن يصل إلى علم الطرف الثاني ولكن يفهم ضمنيا من خلال تصرفات الخاطب أو المخطوبة كأن يقوم الخاطب مثلا: بخطبة فتاة أخرى ثمّ تعلم خطيبته بذلك أو عزوف الخاطب عن زيارة المخطوبة في الأعياد والمناسبات والتخلّي عن كلّ الواجبات التي تقع على الخاطب بعد إتمام الخطبة[91].

الفرع الثاني

العدول عن الخطبة بالإرادة المشتركة

لم ينظّم المشرّع الجزائري العدول عن الخطبة بالإرادة المشتركة لا قبل التّعديل ولا بعده وهذا لا يمنع من استنتاجه من خلال ما نعيشه اليوم في مجتمعنا إذ كثرت في الحقبة الأخيرة حالات العدول عن الخطبة ومن بينها العدول بالإرادة المشتركة للمخطوبين، وذلك يتحقق بمحض إرادتهما على إنهاء الخطبة القائمة بينهما، بعد مناقشة أو قيام نزاع، ممّا يؤدّي إلى اتخاذ قرار الرجوع عن الخطبة.

ويتّخذ بذلك اقتناع الطرفين بأنّ كلّ منهما لا يصلح أن يكون زوجا للآخر ونجد أنّ هذه الطّريقة منتشرة في وقتنا الحاضر وذلك نتيجة للتطوّر الثقافي والوعي لدى الأفراد بخطورة السّير في إجراءات إبرام عقد زواج فاشل، يصعب التخلّص منه بعد انعقاده.

كما قد يلجأ أحد المخطوبين إلى إبداء رغبته صراحة في إنهاء الخطبة، لأسباب معيّنة يقوم بشرحها للطرف الثاني بعد مناقشتها و اقتناع هذا الأخير بجديّة السبب كأن يطلب الخاطب من مخطوبته بتقديم استقالتها من وظيفتها بعد إبرام عقد الزواج ورفضها دون إقناع أحدهما للآخر برأيه فيتمّ الاتفاق

---

[91] كريمة وعراب، الخطبة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرّج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدّفعة 17، الجزائر،2006-2009، ص.38.

بمحض إرادتهما على العدول ليتمّ الإعلان عن ذلك بحضور وليّ المخطوبة وأقارب الخاطب بانقضاء الخطبة[92].

إنّ المادّة الخامسة من قانون الأسرة نصّت على العدول الذي يتمّ بالإرادة المنفردة لأحد المخطوبين واعتباره حقّ يجوز اللّجوء إليه دون تبيان أسباب وبواعث هذا العدول نظرا لكونه حق شخصي يخضع لاعتبارات خاصّة لكلّ من طرفيّ الخطبة ولا سلطة للقضاء عليه بحيث تركت الحريّة الكاملة في الإقدام أو الإحجام عن الزّواج إذ أنّ الشّخص هو الأدرى بشؤونه والأعرف بمصالحه الخاصّة في هذا العقد[93].

فأسباب العدول متعددّة ومتغيّرة حسب متطلّبات المجتمع وأعرافه وعادات كلّ منطقة كونها أسباب داخليّة يصعب على المشرّع حصرها كما يصعب على القاضي فهمها والعلم بها وبالرّجوع إلى واقع المجتمع الجزائري نجد أسباب العدول الأكثر انتشارًا تعود إلى مايلي:

- ❖ اختلاف وجهات النّظر إلى الحياة من حيث الأفكار، التّربيّة والعادات ممّا يؤدّي إلى انعدام الانسجام بين المخطوبين.
- ❖ انعدام التّكافؤ العلمي والثّقافي بين المخطوبين.
- ❖ حصول الخاطب أو المخطوبة على تأشير الخروج إلى بلاد أجنبيّة وبعد فترة من الإقامة يصرف النّظر عن الخطبة و يعلن عدوله عنها.
- ❖ مطالبة المخطوبة بإعداد منزل الزّوجيّة مستقلّ عن أهل الخاطب.
- ❖ مطالبة الخاطب لخطيبته بتقديم استقالتها من الوظيفة التّي تشغلها بمجرّد خطبتها.
- ❖ نشوب نزاعات عائليّة بين أسرتي المخطوبين تؤدّي إلى العدول عن الخطبة.
- ❖ الخطبة التّي تتمّ بدون رؤية الخاطب للمخطوبة، أو الخطبة الّتي تتمّ بون رؤية المخطوبة للخاطب[94].

ولقد جعل المشرّع الجزائري العدول عن الخطبة حقّ للطّرفين باعتبار أنّ الخطبة وعد بالزّواج لاترقى إلى مرتبة العقد بالتّالي لا يترتّب إلتزاما بإبرام عقد الزّواج.

---

[92] كريمة وعراب، المرجع السّابق، ص.39.

[93] فتحي الدّريني، دراسات وبحوث في الفكر الإسلامي المعاصر، ط1 ، دار تقيّة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 1988،ص.146.

[94] كريمة وعراب ، المرجع السّابق، ص.ص.39-40.

المطلب الثّاني

حكم العدول عن الخطبة

لمّا كانت الخطبة مجرّد وعد بالزّواج، يتمكّن فيها الطّرفان من التّعرّف على بعضهما والنّظر في أمرهما، لذا فإنّه قد يكتشف أحد الطّرفين عدم التّلاؤم بينه وبين الطّرف الآخر، فيحقّ له الانسحاب من الخطبة وعدم اتمام الزّواج لأنّ الاسلام وإن أوجب الوفاء بالوعد إلاّ أنّ الخطبة وعد مشروط بحصول التّوافق والملاءمة، فإن تخلّف هذا الشّرط فلا حرج من عدم انجاز الوعد والعدول عنه.

ويستوي في العدول طول مدّة الخطبة أو قصرها وقد أشارت إلى ذلك محكمة النّقض المصريّة في أحد أحكامها حيث قالت :"إنّ استطالة أمد الخطبة في الزّواج والإحجام عن إتمامه ثمّ العدول عن الخطبة كلّ ذلك أمور لا تعدّ أعمالاً مستقلّة بذاتها عن هذا العدول[95].

فيجوز العدول عن الخطبة في أيّ وقت وفي أيّة مرحلة من مراحل الخطبة ويجوز لكلا منهما الرّجوع عن ذلك.

ولهذا سنتعرّض لما ذهب إليه كلّ من الفقه والقانون:

الفرع الأوّل

حكم العدول عن الخطبة في الفقه الإسلامي

كما تقدّم فالخطبة وعد بالزّواج، لذا فخلفُ الوعد مكروه عند الجمهور، إذ ينبغي أن يكون حكم العدول عن الخطبة أنّه مكروه، وهذا ما ذهب إليه المالكيّة، أمّا الحنفيّة والحنابلة فذهبوا إلى القول بجواز العدول، غير أنّ الحنابلة قالوا بالكراهة إن كان العدول لغير غرض، فإن كان العدول لغرض مشروع فالجميع على عدم الكراهة، إذ استدلّ المالكيّة على كراهة العدول عن الخطبة بالأدلّة المانعة من خلف الوعد نفسها الدّالة على كراهته _لأنّ الخطبة وعد بالزّواج _ وهي من الكتاب العزيز والسّنة المطهّرة، وأبرز دليل على ذلك قوله تعالى:" **وَأَوفُوا بِالعَهْدِ إنَّ العَهْدَ كَانَ مَسْؤُولاً** "[96]، فالعهد يُطلب الوفاء به وهي من الأمور التّي يُسأل عنها العبد يوم القيامة، فمخالفة الوعد مكروه.

وكذلك قول الرّسول صلّى الله عليه وسلّم:" **آية المنافق ثلاث: إذا حدث كذب، وإذا وعد أخلف، وإذا ائتمن خان**"[97] ومحلّ الشّاهد هو قوله "وإذا وعد أخلف"، فخلف الوعد خصلة من النّفاق والإتيان أو

---

[95] محمد كمال الدّين إمام، المرجع السّابق، ص.79.

[96] سورة الإسراء، الآية 34.

[97] صحيح البخاري.

الاتّصاف بها مكروه، ومن الجدير بالذّكر أنّ الوعد عند المالكيّة غير ملزم، وهو كذلك عند الجمهور حيث أقرّوا بأنّ خلف الوعد مكروه، وهذا دليل على عدم الإلزام وإلاّ لكان خلف الوعد حرامًا[98].

ولو سلّمنا بلزوم الوفاء بالوعد وحرمة الإخلاف به، فإنّ الخاطب أو المخطوبة لا يستطيعان العدول عن الخطبة إذا أرادا ذلك لئلا يقعا في الإثم فيضطران إلى عقد نكاحهما مكرهين وهذا الإكراه يتنافى وحرّية الاختيار والإرادة الواجب توفّرهما في العقود ولاسيما في عقد الزّواج.

أمّا الحنفيّة والحنابلة فقد استدلّوا بجواز العدول عن الخطبة بما يلي:

عن ابن عمر_رضي الله عنهما_ أنّه كان يقول:" نهى النّبيّ_صلّى الله عليه وسلّم_أن لا يبيع بعضكم على بيع بعض، ولا يخطب الرّجل على خطبة أخيه حتّى يترك الخاطب قبله أو يأذن له الخاطب".

إذ نهى النّبيّ_صلّى الله عليه وسلّم_ أن يخطب الرّجل على خطبة أخيه لأنّ للخاطب الأوّل حقًّا في الفتاة فلا ينازع عليه لئلا يسري التّباغض والتّشاحن بين المسلمين إذ جعل للخاطب الأوّل حقّ التّرك وأجاز له التّنازل للخاطب الثّاني فالنّبيّ _صلّى الله عليه وسلّم_ أجاز العدول عن الخطبة وصوّرها في صورتين: التّرك أو اعطاء الاذن للغير كي يتقدّم لخطبة الفتاة وفيه اشعار بإسقاط الحقّ النّابع من العدول عن الخطبة.

أمّا عليّ _كرّم الله وجهه_ فخطب بنت أبا جهل فلمّا أنكر عليه النّبيّ _ صلّى الله عليه وسلّم_ أعرض عليّ عن الخطبة فلو كان الاعراض عن الخطبة مكروها لما أنكر النّبيّ _عليه الصّلاة والسّلام_ عليّ رضي الله عنه وهذا لكي لا يظطرّ للوقوع في المكروه بل لأنّ العدول جائز وهو حقّ للخاطب ولكن النّبيّ صلّى الله عليه وسلّم كرّه هذه الخطبة لسبب مذكور، فهو إعراض لسبب[99].

كما أنّ عقد الزّواج عقد أبدي يدوم فيه الضّرر إن كان، والخطبة مقدّمة تحسب فيها المنافع والمضار، فإن غلبت المنافع فيها وعمّت، وإلاّ فالعدول عن الخطبة.

والترجيح الذّي تركن إليه النفس هو قول الحنابلة ّالذين أقرّوا فيه بجواز العدول عن الخطبة إن كان للعدول سبب ولو كان هذا السبب هو كراهيّة الفتاة للرّجل أو العكس استنباطا من قصّة سيّدنا عليّ _كرّم الله وجهه_ حيث عدل عن خطبته لسبب وهو كراهة النبيّ عليه الصّلاة والسّلام لتلك الخطبة.

---

[98] رباب عبد العاطي، الزّواج بين الشّريعة والقانون، 02-10-2007، http://www.arabsys.net/pic/bsm/2

[99] رباب عبد العاطي، الزواج بين الشريعة والقانون، المرجع نفسه.

أماّ العدول دون سبب فمكروه لأنّه من قبيل الاخلاف بالوعد و إن كان الحديث الشريف يجيز العدول مطلقا، إلاّ أنّ هذه الأجازة لابدّ أن تقيّد بسبب وهذا الحكم يتناسب مع السّياج الأخلاقي الّذي يفرضه الإسلام على كلّ مسلم[100].

الفرع الثّاني

حكم العدول عن الخطبة في القانون الجزائري

لقد سلك المشرّع الجزائري مسلك الفقه الإسلامي حيث يرى بأنّ الخطبة هي مجرّد وعد بالزّواج ولا يرقى إلى مرتبة العقد ويجوز لكلا الطّرفين العدول عنها وهذا ما نصّت عليه المادة الخامسة في فقرتيها الأولى والثّانيّة:

"_الخطبة وعد بالزّواج.

_ يجوز للطّرفين العدول عن الخطبة "[101].

حيث يتّضح من نصّ هذه المادّة أنّه يصحّ لكلّ طرف أن يعدل عن الخطبة بإرادته المنفردة دون الرّجوع للطّرف الثّاني سواء كان بسبب أو بدونه وذلك لأنّ عقد الزّواج عقد رضائي وليس عقد إذعان فإنّ المحكمة الّتي تحكم بإلزام الطّرف المتراجع بالإبقاء على الخطبة أو الفاتحة المنعدمة من ركن الرّضى وإجباره على متابعة اجراءات عقد الزّواج، فإنّها تكون قد هدّمت أهمّ ركن والّذي يعتبر الوحيد لإبرام عقد الزّواج، وتكون قد خرقت أحكام الشّريعة الإسلاميّة والقانون[102] .

فالعدول عن الخطبة أمر مباح، لا إثم ولا عقاب عليه، ومن ثمّة فلا إثم ولا خطيئة عن العادل، لكونه قد استعمل حقّا شرعيّا ثابتا له وغير مقيّد بأيّ شرط فيه، والحكمة من إجازة العدول عن الخطبة وإباحته هو تمكين طرفي الخطبة من تفادي الارتباط بزواج لا يحقّق الغاية المقصودة والمرجوّة منه وتفاديا للوقوع في متاهة فكّ الرّابطة الزّوجيّة[103].

---

[100] رباب عبد العاطي، الزواج بين الشريعة والقانون، 02-10-2007, http://www.arabsys.net/pic/bsm/2

[101] الأمر رقم 05-02، المرجع السّابق.

[102] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هومه، الجزائر، 2005، ص.18.

[103] أحمد خليفة العقيلي، المرجع السّابق، ص.43.

المبحث الثّاني

الآثار المترتّبة عن العدول عن الخطبة

لمّا كان العدول حقّ مقرّر لكلّ من الخاطب والمخطوبة، وقد يمارس أحد الطّرفين هذا الحقّ ويعدل عن الخطبة إلاّ أنّه في هذه الفترة قد تصدر بعض التّصرّفات سواءًا من الخاطب أو من المخطوبة أو كلاهما معا تمهيدا لعقد الزواج، وتتمثّل هذه التصرّفات في تبادل الهدايا فيما بينهما، وقد يقدّم لها جزء من المهر أو كلّه أو ما يعرف بتعجيل المهر، وذلك لتقوية وتثبيت الصّلة بينهما، إلاّ أنّ العدول عن الخطبة قد يصاحبه أضرارا ماديّة وأخرى معنويّة قد تمسّ أحد الطرفين.

والسّؤال الذي يطرح نفسه هو ما حكم ما يقدّمه المخطوبين لبعضهما من مهر وهدايا إذا تراجع أحدهما عن الخطبة؟ وهل يمكن التّعويض عن الأضرار الّتي تنجم عن العدول عنها؟

المطلب الأوّل

حكم المهر والهدايا

كما سبق الذّكر فإنّه يترتّب على انقضاء الخطبة عدّة آثار شرعيّة وقانونيّة تطرّق إليها قانون الأسرة في المادّة الخامسة وتتمثّل في حكم المهر و الهدايا المقدّمان في فترة الخطبة وسنبيّن ذلك في هذا المطلب مع بيان موقف القانون في مسألة استرداد المهر المقدّم قبل العقد.

الفرع الأوّل

حكم المهر المعجّل

تنصّ المادّة 14 من ق.أ.ج على أنّه:"**الصّداق هو ما يدفع نحلة للزّوجة من نّقود أو غيرها من كلّ ما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرّف فيه كما تشاء**"[104].

فالمهر واجب وأبرز دليل على ذلك قوله تعالى:"**وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا**"[105] .

---

[104] القانون رقم 84-11، المرجع السّابق.

[105] سورة النّساء، الآية 04.

وقوله أيضا:"**لاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعاً بِالْمَعْرُفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ**"[106] وكذلك قول الرّسول_عليه الصّلاة والسّلام_**التمس ولو خاتم من حديد**"[107].

والحكمة من المهر تكريم المرأة وإظهار الرّغبة في الزّواج بها، فهو شرط من شروط عقد الزّواج ولا يجوز الاتّفاق على إسقاطه، وقد يتمّ تعيينه أثناء مجلس الخطبة أو قد لا يتمّ ذلك، فمن الثّابت أنّ المهر أو الصّداق مرتبط بعقد الزّواج، إلاّ أنّ الخاطب قد يبادر بدفعه في فترة الخطبة سعيا منه لإبراز نيّته واستعداده لإبرام عقد الزّواج، غير أنّه إذا تمّ العدول عن الخطبة بالإرادة المنفردة أو المشتركة للخطيبين، ففي هذه الحالة يثور نزاع حول مصير ما تمّ دفعه من صداق ومدى أحقّية استرداده[108].

إنّ من حقّ الخاطب استرداد ما دفعه من صداق وذلك بأخذ عينه إن كان قائما، وإذا هلك أو اُستهلك استردّ مثله إن كان مثليّا، أو أن يستردّ قيمته إن كان قيميّا وهذا ما أخذ به الفقه الإسلامي[109] فالصّداق من آثار عقد الزّواج، إذا لم يتمّ العقد عاد المهر إلى الخاطب ولا تستحقّ المخطوبة منه شيئا سواء كان العدول منهاأو منه[110].

لم يختلف الفقهاء على أنّه في حال العدول عن الخطبة يجب أن تردّ المخطوبة جميع ما دفعه الخاطب على حساب المهر سواءا أكان عينا أو نقدا، فإن كان العين قائما ردّ بعينه، وإن كان هالكا ردّت قيمته يوم قبضه، ولا فرق في أن يكون العدول عن الخطبة من قبل الخاطب أو المخطوبة، أو أن يكون ذلك بأمر خارج عن إرادتهما، ذلك أنّ المخطوبة لا تستحقّ شيئا من المهر إلاّ بتمام العقد[111].

فإذا قدّم الخاطب لخطيبته مهرا غير النّقود، كتقديمه عددا من المواشي مثلا أو قدّم لها بستان ثمّ عدل عن الخطبة فله أن يستردّ المواشي ومواليدها، كما له أن يستردّ البستان وثماره على أن يدفع لخطيبته ما أنفقته لقاء ذلك[112].

---

[106] سورة البقرة، الآية 236.

[107] حديث صحيح، رواه البخاري ومسلم.

[108] أحمد شامي، المرجع السّابق، ص.37.

[109] العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري:"الزواج والطلاق"، المرجع السّابق، ص.53.

[110] وهبة الزّحيلي، الفقه الإسلامي وأدلّته، ج7، دار الفكر للطّباعة والنّشر، دمشق، 1992، ص.26.

[111] إسماعيل أمين نواهضة، أحمد محمّد الموني، المرجع السّابق، ص.52.

[112] عبد الرّحمان الصّابوني، شرح الأحوال الشّخصيّة السّوري:"الزّواج والطّلاق"،ط3، المطبعة الجديدة، دمشق، 1979، ص.44.

وإذا تصرّفت الخطيبة في المهر بإعداده جهازا لاستقبال الحياة الزّوجيّة، فإنّه في هذه الحالة استرداد المهر فيه مضرّة للخطيبة وقد يرهقها عسرا فيجوز للخطيبة أن تعطي بدل المهر ما اشترى باحتباس قيمته يوم الشّراء بما أنّه مفصّل ومجهّز على مقاسها وهذا ما ذهب إليه جانب من الفقه.

رغم أنّ المشرّع الجزائري قد عرّف المهر في المادة 14 من القانون رقم 84-11 إلاّ أنّه لم يتطرّق ولم ينصّ صراحة على مسألة المهر المقدّم خلال فترة الخطبة وقبل انعقاد العقد، سواء في القانون رقم 84-11 أو حتّى بعد التعديل الّذي جاء بموجب الأمر 05-02 إلا أنّه وبالرجوع إلى نص المادّة 15 من قا.أ.ج التي جاء فيها ما يلي:"**يحدد الصّداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا، في حالة عدم تحديد قيمة الصّداق تستحقّ الزّوجة صداق المثل**"[113].

ويمكن القول أنّ الصّداق باعتباره من مستلزمات العقد أي أنّه شرط من شروط عقد الزّواج فعلى المخطوبة ردّه لأنّ العقد لم يتمّ بعد، وحتّى لو تمّ العقد وحدثت الفرقة قبل الدّخول فلم يكن لها الحقّ إلاّ في نصف الصّداق[114] ودليل ذلك قوله تعالى:" **وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلاَّ أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى وَلاَ تَنْسَوُا الفَضْلَ بَيْنَكُمُ إِنَّ اللهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ**"[115] وكذلك ما جاءت به المادّة 16 من ق.أ.ج الّتي تنصّ على أنّه:" **تستحقّ الزوجة الصّداق كاملا بالدّخول، أو بوفاة الزّوج، وتستحقّ نصفه عند الطّلاق قبل الدّخول**[116].

وذلك لأنّ وجوب الصّداق بالعقد على أساس المعاوضة أي أنّ الصّداق دفع لغرض معيّن لم يتمّ هذا الغرض وهو الزّواج ووجب استرداده لأنّ الخطبة مجرّد وعد بالزّواج وفي هذه المسألة يرى الأستاذ محمّد محدّه أنّه يجب التّفريق بين ما إذا كان العدول عن الخطبة من جانب الخاطب أو من جانب المخطوبة فإذا كان العدول من الخاطب فعليه تحمّل تبعات المهر، أمّا إذا كان العدول من المخطوبة فعليها أن تعيد المهر كما هو ولا يجبر الخاطب على تقبّل الأشياء الّتي حوّل عليها ما قدّمه من صداق[117].

---

[113] القانون رقم 84-11، المرجع السّابق.

[114] أحمد شامي، المرجع السّابق، ص.39.

[115] سورة البقرة، الآية 237.

[116] الأمر رقم 05-02، المرجع السّابق.

[117] محمّد محدّة، المرجع السّابق، ص.ص.59-60.

الفرع الثّاني

حكم الهدايا المتبادلة بين الخطيبين

إنّ الهديّة هي ما يمنح للمخطوبة أو للخاطب خلال فترة الخطبة كعربون محبّة ودليل على صدق النّوايا وإبراز الرّغبة والشّغف لإبرام عقد الزّواج من الطّرفين، مصداقا لقوله عليه الصّلاة والسّلام:"**تهدوا تحبوا**"[118].

إذ جرى العرف أن يقدّم الخاطب لخطيبته حليّ وملابس وغيرها في الأعياد والمناسبات، ليس هذا فحسب بل قد يمتدّ تبادل الهدايا إلى عائلتي الخطيبين رغبة منهم في توطيد العلاقة القائمة بين الأسرتين بمناسبة الخطوبة.

أوّلا:حكم الهدايا المتبادلة بين الخطيبين في الفقه الإسلامي:

لقده اختلف الفقهاء في مسألة استرداد الهدايا المتبادلة بين الخطيبين خلال فترة الخطبة في حال عدول أحد الطّرفين عن الخطبة :

فقد ذهب فقهاء الحنفيّة إلى اعتبار هذه الهدايا من قبيل الهبة وتسري عليها الأحكام الخاصّة بالهبة، وحكمها هو جواز الرّجوع فيها، فللواهب أن يرجع عن الهبة فيستردّ الموهوب من الموهوب له ما لم يوجد هناك مانع يمنع من الرّجوع فيها، كهلاك العين الموهوبة أو استهلاكها أو حتّى خروجها من يدّ الموهوب له، وكذلك الزّيادة المتّصلة التّي لا يمكن فصلها[119].

أمّا الشّافعيّة فيرون أنّ كلّ من أهدى شيئا لخطيبته ثمّ عدل عن الخطبة فله أن يستردّ ما أهداه عينا إذا كان قائما، أمّا إن كان ذلك الشّيء الموهوب قد هلك فيستردّ قيمته لأنّ هذا الشّيء المهدى قدّم على أساس عقد الزّواج والعقد لم يتمّ بعد، ممّ يوجب استرداد ما قدّم سواء كان العدول عن الخطبة من طرف الخاطب أو من المخطوبة أو منهما معا[120].

ولقد ذهب الحنابلة للقول بأنّه إذا تمّ تبادل الهدايا بين المخطوبين ثمّ عدل أحدهما عن اتمام الزّواج، فإنّه لا يجوز استرداد الهدايا المتبادلة بينهما في هذه الفترة لأنّ الهديّة هبة، والهبة حسب رأيهم لا يجوز الرّجوع فيها، إلاّ إذا كانت قبل قبضها أمّا إذا استلمها وانتقلت إلى المهدى إليه فلا رجوع فيها.

---

[118] حديث صحيح.

[119] حسن حسن منصور، المرجع السّابق، ص.ص.114-115.

[120] محمّد أبو زهرة، الأحوال الشّخصيّة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1971، ص.59.

إلاّ أنّ فقهاء الحنابلة لم يفرّقوا بين العدول الصّادر من الخاطب وبين العدول الصّادر من المخطوبة، فالحكم سويٌّ في كلتا الحالتين وهو عدم جواز استرداد الهدايا إن كانت قائمة أو قد استهلكت[121].

أمّا فقهاء المالكيّة فذهبوا إلى التّمييز بين الطّرف العادل عن الخطبة والطّرف المعدول عنه فإذا كان العدول عن الخطبة من جانب الخاطب لن يستردّ شيئا ممّا أهداه أمّا إن كان العدول من طرف المخطوبة جاز للخاطب أن يستردّ ما أهداه، فيأخذها عينا إن كانت قائمة وإذا هلكت أخذ مثلها إن كانت مثليّة، أو قيمتها إن كانت قيميّة، إلاّ إذا كان هناك شرط أو عرف يقتضي غير هذا العمل فيعمل به[122].

من خلال ما سبق يتبيّن لنا أنّ رأي الفقه المالكي هو الرّأي الصّحيح والرّاجح وذلك لما يتميّز به من الإنصاف والعدالة، فلا شكّ أنّ المخطوبة سوف تتألّم من عدول خطيبها عن الخطبة وليس من اللاّئق مضاعفة الألم ولعلّ في ترك الهدايا بعض التّخفيف من الألم، أمّا إذا كان العدول عن الخطبة من جانب المخطوبة فليس من العدالة أن تحرم الخاطب ممّا قدّمه لها من هدايا وهو لم يقترف أيّ ذنب أو خطأ.

ثانيا: حكم الهدايا المتبادلة بين الخطيبين في القانون الجزائري:

قبل تعديل قانون الأسرة الذي صدر سنة 2005 وضع المشرّع الجزائري حكم واحد لمسألة استرجاع الهدايا عند العدول عن الخطبة وذلك في الفقرتين 3 و4 من المادّة الخامسة والّتي تنصّ على أنّه:"**لا يستردّ الخاطب شيئا ممّا أهداه إن كان العدول منه وإن كان العدول من الخطوبة فعليها ردّ ما لم يستهلك**[123] .

ويتّضح من خلال نصّ هذه المادّة أنّ المشرّع الجزائري قد فرّق بين الحالة الّتي يكون فيها العدول عن الخطبة من جانب الخاطب بناءا على إرادته والحالة الّتي يكون فيها العدول من جانب المخطوبة بناءا على إرادتها حيث إذا كان العدول عن الخطبة قد صدر من جانب الخاطب فلا حقّ له أن يطالب باسترداد ما قدّمه من هدايا بغضّ النّظر عمّا إذا كانت قد استهلكت أو لازالت قائمة، أمّا إذا كان العدول عن الخطبة قد صدر من جانب المخطوبة فإنّه يجب عليها أن تردّ ما أخذته من هدايا إذا كانت قائمة

---

[121] عبد الرّحمان الصّابوني، المرجع السّابق، ص.42.

[122] مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص.83.

[123] القانون رقم 84-11، المرجع السّابق.

سواء كانت قابلة للاستهلاك كالمأكولات، العطور، الملابس... أو غير قابلة لذلك، أمّا إذا كانت الهدايا قد استهلكت فلا يجب عليها ردّها ولا يحقّ للخاطب المطالبة بها[124].

وبالنّظر إلى النّصّ القانوني المذكور سابقا يتّضح لنا أنّه أغفل الإشارة إلى حكم الهدايا المقدّمة من طرف المخطوبة ولعلّ ذلك يعود إلى أنّ الأصل في الهديّة تقدّم من طرف الخاطب حسب العرف الجاري، إلاّ أنّ هذا قد تغيّر بتغيّر المجتمع الجزائري، حيث صار الخطيبين يتبادلان الهدايا في كلّ المناسبات.

أمّا بعد التّعديل الذي جاء به المشرّع الجزائري بموجب الأمر 05-02 فأصبحت المادّة الخامسة في فقرتيها 4 و5 تنصّ على أنّه:" **لا يستردّ الخاطب من المخطوبة شيئا ممّا أهداه إذا كان العدول منه، وعليه أن يردّ للمخطوبة ما لم يستهلك ممّا أهدته له أو قيمته، وإن كان العدول من المخطوبة فعليها أن تردّ للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته**"[125].

ويتّضح من خلال هاتين الفقرتين أنّ المشرّع الجزائري قد تفطّن إلى مسألة التّمييز بين الحالة الّتي يكون فيها العدول عن الخطبة من جانب الخاطب بناءا على إرادته المنفردة، وبين الحالة الّتي يكون فيها العدول من جانب المخطوبة بناءا على رغبتها، كما فرّق بين ما استهلك من هدايا وما لم يستهلك منها.

فإذا عدل الخاطب عن الخطبة سقط حقّه في استرداد ما أهداه بل عليه ردّ ما لم يستهلك ممّا أهدته المخطوبة أثناء فترة الخطبة، فإن استهلكت ردّ قيمتها وإن كان العدول من المخطوبة فعليها ردّ ما لم يستهلك ممّاأهداها الخاطب من هدايا في فترة الخطبة وإن استهلكت ردّت قيمتها[126].

وما يمكن ملاحظته أنّ المشرّع الجزائري بعد تعديل 2005 قد استدرك الموقف وأزال الغموض الّذي شاب مسألة استرداد الهدايا بعد العدول عن الخطبة وذلك بالتّمييز بين حالة عدول الخاطب وحقّ المخطوبة في استرداد الهدايا الّتي قدّمتها واحتفاظها بما قُدّم لها من هدايا، وحالة عدول المخطوبة وحقّ الخاطب في استرداد الهدايا الّتي قدّمها وحقّه في الاحتفاظ بما قُدّم له من طرف المخطوبة، لكن ما يعاب عليه المشرّع الجزائري هو عدم تفصيله في مسألة الهدايا المتبادلة بين عائلتي المخطوبين في حالة

---

[124] عبد العزيز سعد، الزّواج والطّلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السّابق، ص.86.

[125] الأمر رقم، 05-02، المرجع السّابق.

[126] محفوظ بن صغير، المرجع السّابق، ص.307.

العدول عن الخطبة، فهل يعني سكوته هذا أنّها تأخذ نفس الحكم الّذي تأخذه الهدايا المتبادلة بين الخطيبين؟ أم أنّها تخضع لرغبة ومشيئة العائلتين في الاسترداد من عدمه.

كما يعاب عليه أيضا أنّه لم يضع الأسباب الممكنة الّتي قد تؤدّي إلى العدول عن الخطبة، كما لم يبيّن ما حكم الطّرف المتسبّب في العدول، فقد تتعرّض المخطوبة مثلا لضغطات وسوء معاملة الخاطب لها، ألا يدفعها هذا إلى العدول عن الخطبة؟ أليس الخاطب المتسبّب في صدور العدول منها؟

ألا تعتبر الخطيبة في هذه الحالة ضحيّة لما قد يقوم به الخاطب من ضغوطات عليها؟ وليس هذا فحسب بل ويطالبها باسترداد الهدايا الّتي قدّمها؟ فبأيّ حقّ؟

المطلب الثاني

حكـم التّـعويض

إنّ العدول عن الخطبة حقّ مكرّس لكلا المخطوبين خاصّة في حالة استعماله دون أيّ تعسّف وهذا ما ورد في المادّة 05 من الأمر رقم 05-02 والّتي تنصّ على أنّه : "**يجوز للطرفين العدول عن الخطبة**" [127] ، لكن قد ينجرّ عن هذا العدول أضرار وخيمة قد يتحمّلها أحد الطرفين أو كلاهما معا والدّليل على ذلك ما ورد في الفقرة الثالثة من المادّة الخامسة من قا.أ.ج الّتي تنصّ على أنّه: " **إذا ترتّب عن العدول عن الخطبة ضرر ماديّ أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض**"[128].

فحسب هذه الفقرة يجوز المطالبة بالتعويض عن الضرر في حالة ما إذا اقترن العدول بأفعال أخرى ألحقت ضررا لأحد المخطوبين فقد تكون هذه الأضرار ماديّة أو معنويّة تمسّ أحدهما خاصّة الطرف المعدول عنه (أضرار معنويّة) نتيجة التعسّف في استعمال الحقّ في العدول المكرّس بموجب الفقرة 2 من المادّة الخامسة كأن يطلب أحدهما من الآخر التخلّي عن العمل و التّفرّغ لشؤون ما أو الانقطاع عن مزاولة مهنة معيّنة ثمّ يلجأ بعد فترة و بصورة فجائيّة و دون أيّ عذر مقبول إلى إنهاء الخطبة والعدول عنها لأنّ العدول في هذه الحالة يعدّ تعسّفا يتنافى ورخصة العدول ولا يمكن أن يُعفى الخاطب من المسؤوليّة المدنيّة نظرا لاقتران الأمر المباح بالتعسّف والأضرار المترتّبة عنه، كما قد يفوّت الخاطب عن خطيبته فرصة الزّواج من غيره بعد تماديه في خطبتها زمنا طويلا وإظهارها معه بمظهر زوجته المستقبليّة ممّا يترتّب عليه أن تنصرف عنها رغبة غيره من طالبي الزواج ثمّ يعدل الخاطب بدون

---

[127] الأمر رقم 05-02، المرجع السابق.

[128] الأمر رقم 05-02، المرجع نفسه.

مبرّر شرعي وبطريقة عنيفة قُبيل الموعد المحدّد للاحتفال بإتمام العقد فمثل هذا العدول لا شكّ أنّه يؤثّر على مستقبل زواج الفتاة المخطوبة ويتركها نهبا للظنون ويلحق بها ضررا لا يحمد عقباه[129].

الفرع الأوّل

التعويض عن الضرر المادّي

لم يتحدّث الفقهاء القدامى عن المسؤوليّة النّاشئة عن العدول عن الخطبة باعتبار أنّها وعد بالزواج في المستقبل ويجوز للطرفين أو لأحدهما العدول عنها وفي استعمال هذا العدول يعتبر استعمالا لحقّ شرعي ومن استعمل حقّه الشّرعي غير ضامن ولا مطالب بالتعويض عمّا نشأ عن هذا الاستعمال من الضرر[130].

يقال عادة لا مسؤوليّة بدون ضرر فالضّرر هو الّذي يقدَّر التعويض بمقداره في المسؤوليّة التقصيريّة فلا بدّ من ثبوت الضرر في هذه المسؤوليّة حتّى يستحقّ التعويض ولا يكفي أن يقع فعل ضار لكي يسأل عنه فاعله ما لم يكن قد أحدث الغير ضررا[131].

أمّا الضّرر المادّي فهو ما يصيب الشّخص في جسمه أو في ماله كأن يصرف الخاطب أموالا في الهدايا الّتي يعطيها للخطيبة تقرّبا منها وأملا منه بالزواج بها[132].

فهو إخلال محقّق بمصلحة ذات قيمة ماليّة كأن تقوم المخطوبة بشراء الجهاز حسب رغبة خاطبها أو قد تترك المخطوبة منصب عملها، أو تتخلّى عن مزاولة دراستها بناءً على طلبه، و يشترط في الضرر المادّي أن يكون محقّقا، وذلك سواء كان حالا أو مستقبلا طالما أنّه من المقطوع به أنّه سيقع وللقاضي أن يقوم بالحكم وذلك بالتعويض عن الضرر الحالي ويحفظ للمضرور حقّه في الرّجوع إليه في خلال مدّة معيّنة عندما تسوء حالته مستقبلا [133].

---

[129] السعيد مقدّم، نظريّة التّعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية، المؤسّسة الوطنيّة للكتاب، الجزائر، 1992، ص.225.

[130] حسن حسن منصور، المرجع السّابق، ص.118.

[131] علي علي سليمان، النظريّة العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعيّة، الجزائر،1990، ص.162.

[132] أمال دراوي، الخطبة وآثار العدول في القانون الجزائري، 2010/07/01،http://www.norliman.com/forum

[133] محمد حسنين، الوجيز في نظريّة الالتزام:"مصادر الإلتزام وأحكامها في القانون المدني الجزائري"، الشركة الوطنيّة للنشر والتوزيع، الجزائر، 1983، ص.161.

كما يشترط في الضرر المادّي أن يكون فيه مساس بحق أو مصلحة، فإن كانت المصلحة غير مشروعة فلا حقّ لمن أضير فيها أن يرجع على المضرور بالتعويض لأنّ فقدانها لا يعدّ من الأضرار المعتبرة قانونا [134].

فبمجرّد العدول عن الخطبة لا يكون سببا موجبا للتعويض أمّا إذا اقترن بالعدول أفعال أخرى تترتّب عنها أضرار مادّية أومعنويّة جازت المطالبة بالتعويض[135] وهذا ما دفع بالفقهاء المحدثين للأخذ بأحكام المسؤوليّة الناشئة عن العدول عن الخطبة استنادا إلى ما ورد في الحديث الشّريف " **لا ضرر ولا ضرار**".

لقد اختلف الفقه حول إمكانية تعويض المعدول عنه من عدمه وعن مدى إلزاميّة التعويض إذ ذهب فريق إلى القول بإلزاميّة التعويض وفريق آخر ذهب إلى القول بعدم إمكانيّته.

فيرى **الفريق الأوّل:** أنّ مجرّد العدول عن الخطبة لا يستوجب التعويض لأنّ الخطبة وعد بالزواج غير ملزم من حيث الوفاء لأنّ الفعل المشروع يرفع عن صاحبه الضمان طبقا لقاعدة "الجواز الشّرعي ينافي الضّمان" وبالتالي لا يلزم العادل بالتعويض عن الضرر وفي ذلك قال ابن حزم الظاهري: " لا ضرر أعظم من أن يمنع المرء من التّصرف في ماله مراعاة لنفع غيره فهذا هو الضرر حقّا"[136].

و في هذا الصدد يقول جانب من المؤيّدين لهذا الاتجاه:

أليس ترك المخطوبة لمنصب عملها أو امتناعها عن مزاولة دراستها يعتبر سوء تصرف منها واستعجال منها في اتّخاذ قرارها وخطأ منها في حساب عواقب الأمور.

فلقد تصرّفت بمطلق حرّيتها وإرادتها وهي وحدها تتحمّل مسؤوليّة تصرّفاتها وسوء تقديرها لأنّها تعلم أنّ الخطبة مجرّد وعد بالزواج والعدول عنها حقّ لكلاهما ولا وجه للضّمان عن استعمال الحقّ[137].

أمّا **الفريق الثاني:** فقد رتّبوا عن العدول عن الخطبة إمكانية التّعويض عن الأضرار المادّية الّتي تنشأ عن هذا العدول، إلاّ أنّهم انقسموا بدورهم إلى قسمين:

---

[134] علي علي سليمان، المرجع السابق، ص.163.

[135] السعيد مقدّم، المرجع السّابق، ص.252.

[136] كريمة وعراب، المرجع السّابق، ص.52.

[137] أمال دراوي، الخطبة وآثار العدول في القانون الجزائري،http://www.norliman.com/forum,2010-07-01

فيرى القسم الأوّل منهم أنّ التّعويض عن الأضرار يتحقّق إذا صاحب العدول أفعال مستقلّة ألحقت ضررا للمعدول عنه بغضّ النظر عن العدول المجرّد وهذه تستوجب التعويض طبقا لقواعد المسؤوليّة المدنيّة عن الأفعال الخاطئة[138].

وفي هذا الصدد يقول الأستاذ عبد الرّزاق السّنهوري: "إنّ انحراف الخطيب في العدول عن الخطبة عن السلوك المألوف للشخص العادي في مثل الظروف الخارجيّة الّتي أحاطت بالخطيب كان فسخ الخطبة خطأ يوجب المسؤوليّة التّقصيريّة" [139].

وليتحقّق التّعويض يستوجب توافر شروط هي:

❖الخطبة ليست بعقد ملزم.

❖مجرّد العدول عن الخطبة لا يكون سببا موجبا للتعويض.

❖إذا اقترنت بالعدول عن الخطبة أفعال أخرى ألحقت ضررا بأحد الخطيبين جاز الحكم بالتّعويض، فإذا كان الحقّ يفهم من تعريفه بأنّه المصلحة الّتي يقرّها الشّرع أو القانون بسلطته ويحميها بقوّته وهو معيّن الحدود والمدى بحيث يقدر صاحبه على استعماله ضمن تلك الحدود باسم القانون نفسه ودون معارضة أحد من النّاس ومن البديهي أنّه متى قيل أنّ الإنسان يستعمل حقّه يفهم أنّه لا يستعمل إلاّ ما أولاه إيّاه القانون وأجازه له ومن البداهة أنّ هذه الإجازة القانونيّة ترفع عنه في الأصل كلّ تبعة اتّجاه الغير من جرّاء ما ينتج عن استعمال حقّه ضمن حدوده القانونيّة [140].

فمن صور الإكراه أن نفرض غرامة ماليّة لمن يعدل عن الخطبة فقد يمضي أحدهما في إتمام العقد خوفا من الغرامة الّتي يتوقّعها إن عدل فالقول بالتّعويض قد يولّد إكراها ناتجا عن كون العدول قد يدفع إلى إتمام الزواج خوفا من تحمّله تعويضا قد لا تتحمّله ذمّته الماليّة خاصّة إذا كان ميسور الحال كما أنّ الإكراه يؤدّي إلى إجبار الشّخص على التّزوج بامرأة لا يرغب فيها أو إجبار المرأة على الزّواج برجل لا ترغب فيه وهذا الإكراه يتنافى والمبادئ الّتي يقوم عليها عقد الزواج، وفي هذا الصّدد يقول بعض الفقه :" فمن صور الإكراه أن تفرض غرامة ماليّة لمن يعدل من أحد العاقدين فإنّ ذلك فيه نوع من الإكراه إذ قد يمضي في إتمام العقد خوفا من الغرامة الّتي يتوقّعها من عدل عن الخطبة" [141].

---

[138] محمد محدة، المرجع السّابق، ص.74.

[139] عبد الرّزاق السّنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، دار النّهضة العربيّة، القاهرة، 1981، ص.827.

[140] محمد محدة، المرجع السّابق، ص.ص.70-71.

[141] محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزّواج وآثاره، المرجع السّابق، ص.72.

فكان بوسع المتضرّر أن يتفادى ذلك الضّرر لأنّه يعلم أنّ الطّرف الآخر يملك حقّ العدول عن الخطبة متى شاء لكونها ليست عقدا ملزما، فإذا أقدم على عمل بعد إتمام الخطبة ثمّ حصل عدول ترتّب عليه ضرر فالضرر كان نتيجة لاغتراره، ومن المقرّرات الفقهيّة أنّه من يقع في ضرر بسبب اغتراره فليس له أن يضمن أحدا كمن يشتري شيئا يظنّه على حال ولم يشترطها في العقد ثمّ يتبيّن أنّ المعقود عليه على غير هذه الحال و تضرّر، فإنّه ليس له أن يرجع على أحد بتعويض الضرر لأنّه جاء نتيجة اغتراره هو ومن غير تغرير أحد [142].

ونفس الأمر أخذ به الإمام محمّد أبو زهرة إذ أوجب التّعويض عن الأفعال المقترنة بالعدول الّتي تكون للخاطب دخل فيها بقوله: " يكون الضرر على قسمين ضرر ينشأ وللخاطب دخل فيه غير مجرّد العدول، وضرر ينشأ عن مجرّد الخطبة والعدول من غير عمل من جانب العادل. فالأوّل يعوّض والثاني لا يعوّض، إذ أنّ الأوّل فيه تغرير يوجب الضمان كما هو مقرّر في قواعد الفقه الحنفي وفي قضايا العدل والمنطق [143].

أمّا فيما يتعلّق بضمان التّعدّي فيجب أن نفرّق بين الضرر الناتج عن اغترار من نزل به وهذا الأخير لا ضمان فيه، والضّرر الذي يكون نتيجة التّغرير فهو موجب للضّمان.

وبما أنّ العدول وفقا لما ذهب إليه بعض الفقهاء المحدثين لا يخلو من التغرير وذلك لكون الأشياء الماديّة الّتي يتحمّلها الطرف الّذي نال الضرر تمّت تحت عين وبصر من عدل عن الخطبة، وهـــذا ما ذهب إليه جانب من الفقه إذ يقرّ التّعويض بالاستناد إلى قواعد الشّريعة العامّة أمثال تحريم التّغرير وإيجاب الضمان، وقاعدة "لا ضرر ولا ضرار"، وما يترتّب عن هذه الأخيرة من تطبيق نظريّة التّعسّف في استعمال الحقّ.

كما يمكن تأصيل التّعويض عن ضرر العدول بمبدأ الالتزام المالكي في مشهور الأقوال وهو أنّ الوعد بشيء يقضي بتنفيذ الوعد إذا كان مبنيّا على سبب ودخل الموعود بالسّبب، فيجب الوفاء بالوعد المعلّق على سبب إذا باشر الموعود السّبب ونفّذه مثل: شراء سلعة أو تزوّج المرأة، فإذا تزوّج فعلا وجب عليه إعراضه [144].

---

[142] محمّد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزّواج وآثاره، المرجع السابق، ص.73.

[143] محمّد أبو زهرة ، الأحوال الشّخصيّة، المرجع السّابق، ص.34.

[144] أمال دراوي ، الخطبة وآثار العدول في القانون الجزائري،01-07-2010,http://www.norliman.com/forum

أمّا القسم الثاني فقد ذهب إلى القول بأنّ الخطبة وعد غير ملزم يجوز لأيّ من الخطيبين العدول عنها، ولكن إذا صاحب العدول أضرارا سواء نتجت عن العدول في حدّ ذاته بسبب خطأ أو تقصـــير أو إخلال بواجب الحيطة أثناء العدول، أم بسبب تصرّفات أخرى أجنبية عنه فهي واجبة التعويض.

فالتعويض يكون عند مصاحبة العدول لأضرار ناتجة عن التقصير أو الإخلال بواجب الحيطة أثناء العدول أو نتيجة لتصرّفات أجنبيّة عنه بسبب التعسّف في استعمال الحقّ لكونه ألحق ضرر بغيره بلا مبرر فعليه التعويض عن هذا الضرر.

فالعدول لا يمكن أن يكون في حدّ ذاته سببا للتعويض لأنّه حق والحقّ لا يترتّب عليه تعويض ولكن ربّما يكون الخاطب قد تسبّب في أضرار مسّت بالمخطوبة لا بمجرّد الخطبة والعدول؛ وإنّما لأنّه قد طلب منها إعداد نوع من الجهاز أو طلبت منه إعداد البيت ثمّ يكون العدول والضرر فالضرر وقع في هذه الحالة بسبب عمل كان من الطرف الّذي عدل عن الخطبة فيعوّض، وأساس التّعويض هنا ليس المسؤوليّة العقديّة ولكن المسؤوليّة التّقصيرية[145] وذلك ما نصّت عليه المادّة 124 من قا.م.ج[146].

وبهذا الرّأي أخذ الإمام أحمد، ومالك وبعض الشّافعيّة، إذ يعنون بذلك كلّ التّصرّفات الّتي من شأنها أن تلحق أضرارا بالغير مستدلّين عليها بجملة من الأدلّة منها قوله تعالى: " **وإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ وَلاَ تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللهِ هُزُوًا وَاذْكُرُوا نِعْمَتَ اللهِ عَلَيْكُمْ وَمَا أَنْزَلَ عَلَيْكُم مِّنَ الكِتَابِ وَالحِكْمَةِ يَعِظُكُم بِهِ واتّقُوا اللهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ**"[147].

وكذلك قوله صلى الله عليه وسلّم: "**لا ضرر ولا ضرار في الإسلام** "[148].

كما أخذ بهذا الرّأي أغلب الفقهاء والمحدثين حيث جاء عن بعضهم أنّ العدول عن الخطبة لا يمكن أن يكون في حدّ ذاته سببا للتعويض، لأنّه و كما سبق الذكر، حقّ والحقّ لا يترتّب عليه أيّ تعويض لكن قد يتسبّب الخاطب في إلحاق الأضرار بمخطوبته بسبب أعمال أو تصرّفات أخرى لا علاقة لها بالعدول.

---

[145] عبد العزيز عامر، الأحوال الشّخصية في الشّريعة الإسلاميّة، ط1، دار الفكر العربي، (د.ب.ن)، 1984، ص.29.

[146] تنصّ المادّة 124 من ق.م.ج على أنّه:" كلّ فعل أيّا كان يرتكبه الشّخص بخطئه، ويسبّب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتّعويض".

[147] سورة البقرة، الآية 231.

[148] رواه أبي سعيد الحدري.

كما جاء عن البعض الآخر أنّ التعويض لا يحصل إلاّ بتوافر الشّروط التّالية:

– أن لا يكون لمن عدل مبرر ينزع عن أفعاله صفة السلوك الخاطئ المعتبر أساسا للتعويض وذلك كأن يتوفى أحد المخطوبين، حيث يكون تنفيذ العقد في هذه الحالة مستحيلا، ولا دخل لإرادة الطرف الآخر الباقي على قيد الحياة في عدم تنفيذه أو الرّدة بعد الخطبة أمّا إسلام المخطوبة فلا يعدّ مبرّراوكذلك الشّأن إذا اكتشف أحد المخطوبين في الطرف الآخر مانعا من موانع الزّواج لو علم به من قبل لمّا تمّت الخطبة كأن يتبيّن للخاطب بأن من خطبها هي أخته من الرّضاع.

– أن يكون للعادل يدّ في إحداث الضرر الحاصل للمعدول عنه وذلك كالأمر بإجراء تصرّف على وجهة معيّنة وفجأة تنقلب الأوضاع رأسا على عقب فيحدث ذلك ضررا ماليا للمتصرّف وفقا لتلك الآراء وذلك كأن يُعلم الخاطب خطيبته بتاريخ الدّخول وطلب منها التّخلّي عن عملها لكن قبل التّاريخ المحدّد وبعد قيام المخطوبة بالتّخلي عن عملها فعلا عدل الخاطب عن الخطبة، فالأضرار الّتي لحقت المخطوبة في هذه الحالة كانت نتيجة تصرّفات وقعت من الخاطب فلولا طلبه ما تخلّت عن منصب عملها، وبمفهوم المخالفة لو أنّ تخلّيها عن العمل كان لرغبة منها دون إيحاء منه أو طلب منه فلا أحقيّة لها في طلب التعويض حتّى ولو ادّعت بأنّها تخلّت عن عملها نتيجة للخطبة وذلك لعلمها بأنّ الخطبة لا ترتّب أيّ إلتزام على الخاطب أو على المخطوبة [149].

الفرع الثّاني

التّعويض عن الضّرر المعنوي

يعرّف الضّرر المعنوي بأنّه ذلك الضّرر الّذي لا يصيب الشّخص في ماله بل يصيبه في شرفه ويضرّ بسمعته واعتباره بين الناس بسب العدول عن الخطبة فتكون نتيجته الآلام والأحزان التي تبعث القلق والاضطراب النّفسي[150] وغالبا ما يكون نتيجة تصرّفات غير مشروعة كخروج المخطوبة مع خطيبها إلى أماكن اللّهو والتنزه معرّضة بذلك سمعتها للأقاويل وهذا ما يسمّى بالضرر الأدبي.

ويعرّف أيضا بأنّه تلك الآلام والأحزان والجروح الّتي تصيب عاطفة أحد المخطوبين وذلك بالمساس بسمعته أو شرفه ممّا يشكل شعور بالحزن و ضيق في الصدر ومثال ذلك أن يعدل الخاطب ثمّ يسيء إلى سمعة المخطوبة وأسرتها بالكلام و التجريح عنها بأنّها عديمة الأخلاق[151].

---

[149] محمّد محدّة، المرجع السّابق، ص.77.

[150] أحمد فراج حسين، أحكام الزّواج في الشّريعة الإسلاميّة، دار المطبوعات الجامعيّة، مصر، 1997، ص.72.

[151] مبروكة مقنانة، المرجع السابق، ص.77.

فالضرر المعنوي إذن هو كلّ ما يصيب الإنسان في عاطفته وسمعته.

ويرى الأستاذ عبد الرّزاق السّنهوري أنّ العدول عن الخطبة لا يكون سببا إلاّ في التعويض عن الضّرر المادّي، أمّا الضرر الأدبي فإنّه لا يعوّض إلاّ إذا سبقه إستغواء مصحوب بخديعة أو غشّ أو ضغط أدبي[152]

نفس الرأي تبنّاه الإمام أبو زهرة في قوله بعدم التّعويض عن الضرر المعنوي لأنّه ناشئ عن الإخلال بقواعد الشّريعة الإسلاميّة نتيجة تصرّفات غير مشروعة ومنهى عنها أصلا لذا فلا يعقل ولا يتصوّر أن ينهي الشّرع على شيء ويحرّمه، ثمّ يعطي من يفعل ذلك تعويضا للمتضرر منه إذا ما لحقه ضرر نتيجة تلك المخالفة.

والفقه الإسلامي القديم لم يتطرّق إلى التعويض عن الضرر المعنوي نتيجة لتمسّك المجتمع بالتّقاليد الإسلاميّة إلاّ أنّ تطوّر الحياة الاجتماعيّة للمجتمع الجزائري من حيث ثقافته ونمط عيشه أصبح من الضروري النّص على تعويض الضرر المعنوي.

ولقد نصّ المشرّع الجزائري صراحة على التعويض عن الأضرار المعنويّة النّاتجة عن العدول عن الخطبة وذلك من خلال نصّ المادّة 05 في فقرتها الثّالثة من الأمر رقم 05-02 المعدّل والمتمّم لقانون الأسرة الجزائري الّتي تنصّ على أنّه: "**إذا ترتّب عن العدول عن الخطبة ضرر مادّي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض**" [153] .

وقد استندت المحكمة العليا في قرارها الصّادر بتاريخ 15 ديسمبر 1989؛ حيث أقرّت بمبدأ التعويض عن الأضرار بنوعيها المادّية والمعنويّة موضّحة بأنّ الاعتراف بالخطبة أمام القضاء يعدّ إقرارا قضائيّا وما دامت المخطوبة قد اعترفت أمام القضاء بذلك وأنّ العدول عن الخطبة كان من فعلها وحيث أنّه من المقرّر أيضا أنّه إذا ترتّب على العدول عن الخطبة ضرر مادي أو أدبي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض وإنّ القضاء بما يخالف هذين المبدأين يعدّ خرقا للقانون[154] فالتعويض إذاً يخضع للقواعد العامّة.

---

[152] عبد الرزاق السنهوري، المرجع السّابق، ص.865.

[153] الأمر رقم 05-02، المرجع السابق.

[154] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصيّة، قرار رقم 56097 قضيّة (ب خ) ضدّ (ب ف)، (ب ع)، المجلّة القضائيّة، العدد الرابع، 1991، ص.102.

إنّ الأحكام الصادرة بشأن التّعويض عن العدول عن الخطبة نجدها في بعض الأحيان لا تبيّن لنا أسباب تقدير التعويض المّادي أوالمعنوي المقرّر للطّرف المتضرّر إذ تكتفي معظم المحاكم بالإشارة إلى نصّ المادّة 05 الّتي تجيز للقاضي الحكم بالتعويض وهذا ما نلمسه في قرار المحكمة العليا الّتي تقرّ بضرورة تعويض الطرف المعدول عنه إذا كان العدول من الطرف الثاني ثابت دون النظر إلى أسباب العدول والتقدير لوجود الضرر من عدمه وهذا ما يتبيّن لنا من القرار السّالف الذّكر.

أمّا في الفقرة الثّالثة من المادّة 05 نلاحظ أنّها كرّست مبدأ الحقّ في طلب التّعويض بشرط حصول ضرر بسبب العدول وأخضعه إلى السّلطة التّقديرية لقاضي الموضوع دون قيده ممّا يتعيّن على المحاكم أن تحكم به للطرف المتضرر متى ثبت لديها تعسّف الطرف العادل في استعمال حقّه في العدول عن الخطبة من أجل إخراج الأضرار النّاتجة من مجرّد العدول من دائرة التعويض وبالتّالي يجب ضبط أساس التّعويض بالتعسّف في استعمال الحقّ[155].

[155] أمال دراوي،الخطبة وآثار العدول عنها في القانون الجزائري,http://www.norliman.com/forum

النّتيجة المتوصّل إليها من خلال دراستنا للموضوع أن الخطبة وسيلة لتيسير سبل التعارف بين الخطيبين وعائلتيهما بتنمية المودة والطّمأنينة، إذ تساعد كل من الخاطب والمخطوبة على التكيّف التدريجي على العشرة بمعرفة أخلاق وعادات كل طرف تمهيدا لعقد الزواج، كما أنّها تمكن كلاهما من الاستقرار النفسي إذ أن الخطبة تربط المخطوبين برباط تمهيدي يمكّنهما من الاطمئنان على زواجهما وذلك بعد أن يتحرى ويسأل كل منهما عن الآخر حسب ما جرى عليه العرف والعادة.

فقد تطرقنا إلى شروط الخطبة بالرّغم أنّ المشرع لم يتناولها واستندنا في ذلك إلى ما جاءت به الشّريعة الإسلامية، فالدّين هو المعيار الأساسي لتكوين أسرة تقوم على دعائم قوية وأسس ثابتة، كما بيّنا أن المخطوبة أجنبية عن الخاطب خلال هذه الفترة مما جعل النظر إليها استثناء عن الأصل العام، كما وضحنا الشروط الشرعية لصحة الخطبة وأثرها على عقد الزواج وقولنا 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 والسادسة من قانون الأسرة اللتان أدخل المشرع عليهما تعديلا بموجب الأمر رقم 05-02، حيث لم يعرّف الخطبة بل كيّفها على أساس أنها وعد بالزواج، وأجاز 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 للنص قبل تعديله مع إضافة مصطلح يجوز في الشطر الأول مما أضفى وضوحا للنص مكرسا في ذلك حق العدول عن الخطبة وبالتالي فإن مضمونها لم يتغير عن النص السابق، كما بيّنا الطبيعة القانونية للخطبة إذ تعتبر وعد بالزواج كأصل عام وقولنا أن نفس الحكم ينطبق على اقتران الفاتحة بالخطبة حسب تعديل قانون الأسرة إلا أن هناك استثناء في الفقرة الثانية من المادة السادسة حيث جعلها المشرّع عقد زواج إذا كان الاقتران في مجلس العقد بشرط توافر ركن الرضا وشروط عقد الزواج المنصوص عليها في المادة 09 مكرّر.

كما عالجنا الأحكام المتعلقة بالهدايا عند العدول عن الخطبة حيث أن الخاطب إذا عدل عن الخطبة لا يسترد شيئا مما أهداه من المخطوبة كما ألزمه القانون أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته وبالتالي منح للمخطوبة حق استرداد الهدايا، عكس ما جاء به قبل التّعديل.

لقد تطرّقنا لأهمّ سبب قد تنقضي على أساسه الخطبة وهي بعدول أحد المخطوبين أوكلاهما، لتجنب الوقوع في متاهة عقد زواج فاشل، وبينا الآثار المترتبة عنها من الهدايا والمهر والتّعويض عن الضرر الناتج عن العدول الذي وجدنا أن الفقهاء قد أجمعوا على التعويض عنه عندما يكون الضرر

مادي واختلفوا في الضرر المعنوي، وقانون الأسرة رتب التعويض عنه فجاء النص عام وترك مسألة تقديره لقاضي الموضوع.

أخيرا نرى أن أحكام الخطبة تنسجم مع طبيعة المجتمع الجزائري، خاصة بعد تعديل المادتين الخامسة والسادسة، حيث أصبح يعترف بإقتران الفاتحة بالخطبة في مجلس العقد على أنه زواج عند توافر ركن الرّضا وشروط الزّواج المنصوص عليها في المادّة 09 مكرّر من قانون الأسرة، وبالتالي نجده قد أخذ بعين الاعتبار عرف وعادات المجتمع الجزائري الذي يعتبر المرأة التي تقرأ الفاتحة عند خطبتها زواجا شرعيا يستوجب الاعتراف به، وترتب له نفس الآثار القانونية للعقد المسجل بالحالة المدنية أو لدى الموثّق، وقد أحسن ما فعل المشرع عند تعديله لنص المادة السادسة بجعل إقتران الفاتحة بالخطبة لا يعد زواجا، وبالتالي سد باب تحايل الأفراد على القانون من أجل تثبيت الزواج غير الشرعي أمام القضاء خاصة بعد ما أصدرت وزارة الشؤون الدينية والأوقاف تعليمة تمنع الأئمة من قراءة الفاتحة قبل وجود العقد المسجل لدى الجهة المختصّة قانونا من أجل التوفيق بين العقد الشرعي والرسمي والتقليل من القضايا المطروحة على المحاكم بإثبات الزواج غير الشرعي وسد باب التّلاعب على القانون عند خرق الإجراءات المنصوص عليها في قانون الأسرة ثم المطالبة بتسجيل الزواج.

هناك بعض الثّغرات القانونية تحتاج إلى مزيد من التعديل للنصوص المنظمة لأحكام الخطبة من بينها ما يلي:

- ✓ فيما يتعلق باقتران الفاتحة بالخطبة حيث ورغم التعديل الأخير إلاّ أنّ الفاتحة لم ترقى إلى درجة الزّواج كما أقرّتها الشريعة الإسلامية، وسيبقى هذا المشكل يطرح خاصة في بعض المناطق التي تعتبر الفاتحة زواجا صحيحا بالرّغم من اعتراف المشرّع في الفقرة الثّانية من المادّة 06 على أنّ الفاتحة تعدّ زواجا إلاّ أنّها تنقصها الرّسميّة حيث أنّها تبقى مجرّد عقد شرعي غير منتج لآثاره حتّى يسجّل لدى مصلحة الحالة المدنيّة أو أمام الموثّق.

- ✓ لم يبين المشرع حكم عقد الزواج المبرم بناءا على الخطبة المحرمة شرعا من الناحية القانونية، فهل القاضي يطبق أحكام الشريعة متى تبيّن له انعقاد الزواج بعد خطبة محرمة أم أنّه يلتزم بالحالات المحدّدة قانونا لفسخ عقد الزواج حسب المادة 34 من قانون الأسرة ؟

- ✓ يجب مراجعة حكم الهدايا المقدّمة في فترة الخطبة عند عدول أحد المخطوبين وذلك بربط حقّ إسترجاع الهدايا بسبب العدول لا بالعدول في حد ذاته.

✓ كما أنّ المشرّع الجزائري لم يتطرّق إلى مصير الهدايا المتبادلة بين المخطوبين في حال العدول عن الخطبة بالإرادة المشتركة، لا قبل التّعديل ولا بعده، فهل يعني ذلك أنّها تأخذ حكم استرداد الهدايا في حال العدول بالإرادة المنفردة؟ وإن كان الأمر كذلك فإنّه لا يمكن تحديد الطّرف الّذي يلتزم بردّ أو إسترداد الهدايا لأن هذا العدول صادر من الطّرفين في آن واحد، كما لم يعالج حكم الهدايا المتبادلة بين عائلتي المخطوبين ومصيرها في حالة العدول عن الخطبة.

✓ 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.

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

✓ وحبّذا لو أشار المشرّع إلى المسألة المتعلّقة بالخلوة والإختلاط بين المخطوبين، بشكل يحدّ من هذه الظاهرة الّتي بدأت تتفشّى في المجتمع وتأخذ بذلك مجرى آخر غير الذي عرف سابقا وحسب ما جاءت به الشّريعة الإسلاميّة وذلك تفاديا للمطالبة بالتّعويض عن الضّرر المعنوي الذي يصعب تحديده، كما أنّ المشرّع أغفل مسألة التّعويض المعنوي في حالة عدول أحد الطّرفين عن الخطبة دون سبب أو مبرّر شرعي، خاصة وأنّ حالات العدول عن الخطبة انتشرت في الآونة الأخيرة بشكل يفرض على المشرّع أخذ هذه المسألة بعين الاعتبار في تعديل قانون الأسرة.

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

✓ إلا أنه في المقابل أصاب حين اعتبر الخطبة وعدا بالزواج وأباح العدول عنها وجعلها حقا للخطيبين ولأن العدول عن الحق لا يرتب حقا، فإن التعويض عن الضرر لا يكون لسبب العدول وإنما بمقتضى عوامل مستقلة التي تكون قد صاحبته وكذلك أصاب حين اتبع رأي المالكية فيما يخص الهدايا. إلاّ أنّ السؤال المطروح والذي يمهّد للمواضيع اللاحقة: هل تكفي الخطبة ليكون الزّواج صحيحا ويكون سببا كافيا لدوام العشرة بين الزّوجين؟

تـمّ بعــون الله تعالى

الملحق رقم01

ملف رقم 11876 قرار بتاريخ 1995/04/04.

قضية: (ع م) ضدّ: (ع ق)

حكم اقتران الخطبة بالفاتحة بمجلس العقد- زواج صحيح

(المادتان 06-09 ق أ)

إنّ اقتران الخطبة بالفاتحة بمجلس العقد تعتبر زواجا متى توافرت أركانه طبقا للمادة 09من ق أ.

ومتى تبيّن – في قضية الحال – أنّ الخطبة لم تسبق الفاتحة حتى تعتبر وعدا بالزواج طبقا للمادة 05 من ق أ، وإنّما اقترنت الخطبة بالفاتحة أثناء مجلس العقد بحضور الشهود والولي وتحديد الصداق وبالتالي فإنّ اقتران الخطبة بالفاتحة في هذه الحالة يعتبر زواجا صحيحا متى توافرت أركانه طبقا للمادة 09 من ق أ، وعليه فإن قضاة الموضوع باعتبارهم الفاتحة مثل الخطبة تعتبر وعدا بالزواج رغم تقديم الطاعنة لشهودها على وقوع الزواج وتوافر أركانه فإنّهم بقضائهم كما فعلوا أخطأوا في تطبيق القانون.

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.

لهذه الأسباب

قررت المحكمة العليا – غرفة الأحوال الشخصية – نقض القرار المطعون فيه الصادر عن مجلس قضاء تيزي وزو بتاريخ 1991/08/07. وإحالة القضية والطرفين لنفس المجلس مشكل من هيئة أخرى للفصل فيها طبقا للقانون وتحميل المطعون ضده المصاريف القضائيّة.

بذا صدر القرار ووقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ الرابع من شهر أفريل سنة خمسة وتسعين وتسعمائة وألف ميلادية من قبل المحكمة العليا – غرفة الأحوال الشخصية –

الملحق رقم 02

ملف رقم 21931 قرار بتاريخ1999/03/16.

قضية: (ب ص و) ضد: (ب أ م).

العدول عن الخطبة من طرف الخاطب – الهدايا لا تعتبر صداقا.

(المادّة 05 فقرة 04 من ق.أ)

من المقرر قانونا أنه لا يسترد الخاطب شيئا مما أهداه إذا كان العدول منه ، ومتى تبين – في قضية الحال – أنّ الطرفين جرت بينهما خطبة زواج ثم وقع العدول عن الخطبة من طرف الخاطب فإن القضاة بقضائهم بتأبيد الحكم المستأنف والقاضي برفض إتمام الزواج وإلزام المدعي عليها ردها إلى المدعى ما قدمه لها من هدايا وحلي ونقود واعتبروها صداقا دون الرّد على دفوع الطاعنة أخطؤوا في تطبيق القانون، وعرضوا قرارهم للقصور في التّسبيب.

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.

لهذه الأسباب

قررت المحكمة العليا– غرفة الأحوال الشخصيّة والمواريث –بقبول الطعن شكلا وموضوعا ونقض القرار المطعون فيه الصادر عن مجلس قضاء البليدة بتاريخ 1989/01/12 وإحالة القضية والأطراف إلى نفس المجلس مشكّلا من هيئة أخرى للفصل فيها من جديد طبقا للقانون مع إلزام المطعون ضدّه بالمصاريف القضائية.

بذا صدر القرار ووقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ السادس عشر من شهر مارس سنة تسعة وسبعين وتسعمائة وألف ميلادية.

الملحق رقم 03

ملف رقم 56097 قرار بتاريخ: 1989/12/25.

قضية: (ب خ) ضدّ: (ب ف) (ب ع)

إقرار قضائي. حجة على المقر. خطوبة. العدول عنها. تلزم تعويض المتضرر.

(المادتان341و342 من ق.م)، (م 05 ق.أ).

من المقرر قانونا أن الإقرار القضائي هو اعتراف الشخص بواقعة قانونية مدعى بها عليه أمام القضاء وهو حجة قاطعة على المقر، ومن المقرر أيضا أنّه إذا ترتب على العدول على الخطوبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض ومن ثم فإنّ القضاء بما يخالف هذين المبدأين يعد خرقا للقانون.

ولمّا كان من الثابت_في قضية الحال_ أنّ المجلس القضائي بإلغائه الحكم المستأنف ورفضه الدعوى المتضمّنة طلب تعويض من الطاعن على الضرر الذي أصيب به بالرغم من إقرار المطعون ضدها بفسخ الخطوبة أمام القضاء يكونوا قد خالفوا القانون.

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.

لهذه الأساب

قرر المجلس الأعلى غرفة الأحوال الشخصيّة نقض القرار المؤرخ في 1986/06/01 والصادر من مجلس قضاء الجزائر والمطعون فيه ودون إحالة وقضى بالمصاريف القضائيّة على المطعون ضدها.

بذا صدر القرار ووقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ الخامس و العشرين من شهر ديسمبر سنة تسعة وثمانين وتسعمائة وألف ميلادية.

قائـمـــــــة المراجـــــــع:

أوّلا: القرآن الكريـــــــــم

ثانيا:السنّة النبويّة:

– محمّد ناصر الدّين الألباني، سنن أبي داود، كتاب النّكاح، ط1، (د.ن)، عمّان، 1977.

ا.القواميس:

1- محمّد علي الهمشري، السّيد أبو الفتوح، علي إسماعيل موسى، القاموس الإسلامي للناشئين والشباب: "الأسرة المسلمة"، الطبعة الأولى، دار أراكان، الرياض، 1997.

II.الكـــــتـــــب:

1- أحمد خليفة العقيلي، الزواج والطلاق في الشريعة الإسلاميّة، الطبعة الأولى، الدّار الجماهيريّة للنشر والتوزيع والإعلان، بنغازي،1990.

2- أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات:"دراسة فقهيّة ونقديّة مقارنة"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندريّة، 2010.

3- أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلاميّة، دار المطبوعات الجامعيّة، مصر،1997.

4- أحمد محمود خليل،عقد الزواج العرفي:"أركانه وشروطه وأحكامه"، منشأة المعارف للنشر،الإسكندريّة، 2002.

5- أحمد محمّد علي داود، الأحوال الشخصيّة، الجزء الأوّل، الطبعة الأولى،دار الثّقافة للنّشر والتّوزيع، عمان، 2009.

6- الرّشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة المعدّل:"دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربيّة"، الطبعة الأولى، دار الخلدونيّة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.

7- السعيد مقدّم، نظريّة التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤوليّة المدنية، المؤسسة الوطنيّة للكتاب، الجزائر، 1992.

8- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري:"الزواج والطلاق"، الجزء الأوّل، ديوان المطبوعات الجامعيّة، الجزائر، 1999.

9- العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، الجزء الأوّل، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2012.
10- إسماعيل أمين نواهضة، أحمد محمّد المومني، الأحوال الشخصيّة، الطبعة الأولى، دار الميسرة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010.
11- بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصيّة:" الزواج والطلاق"، الجزء الأوّل، دار النّهضة العربيّة للطباعة والنشر، بيروت،(د.س.ن).
12- جبر محمود الفضيلات، بناء الأسرة المسلمة على ضوء الفقه والقانون، دار الشهاب للطباعة والنشر، (د.ب.ن)، (د.س.ن).
13- حسن حسن منصور، المحيط في شرح مسائل الأحوال الشخصيّة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1997.
14- رمضان علي السيّد الشّرنباطي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلاميّة، منشورات الحلبي الحقوقيّة بيروت، 2002.
15- سالم بن عبد الغني الرافعي، أحكام الأحوال الشخصيّة للمسلمين في الغرب، الطبعة الأولى، دار ابن حزم للطباعة والنشر، بيروت، 2002.
16- عبد الرّحمان الصابوني، شرح الأحوال الشخصيّة السوري:" الزواج والطلاق"، الطبعة الخامسة المطبعة الجديدة، دمشق، 1979.
17- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981.
18- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثالثة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 1996.
19- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هومة، الجزائر، 2005.
20- عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصيّة في الشريعة الإسلامية ، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، (د.ب.ن)،1984.
21- عبد الفتّاح تقيّة، مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ وأحكام الفقه الإسلامي، دار ثالة للنشر، الجزائر، 2002.
22- عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، الطبعة الأولى، دار الخلدونيّة، الجزائر، 2007.

23- عبد الناصر توفيق العطّار، خطبة النّساء في الشريعة الإسلاميّة، مطبعة السّعادة، (د.ب.ن)، 1976.

24- علي علي سليمان، النظريّة العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعيّة، الجزائر، 1990.

25- عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنّة، الطبعة الثالثة، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 1997.

26- فتحي الدّريني، دراسات وبحوث في الفكر الإسلامي المعاصر، الطبعة الأولى، دار تقيّة للطباعة و النشر والتوزيع، بيروت، 1988.

27- فضيل العيش، شرح وجيز لقانون الأسرة الجديد، مطبعة طالب، الجزائر، 2008.

28- فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري:" الزواج والطلاق"، الجزء الأوّل، المؤسّسة الوطنيّة للكتاب، الجزائر، 1986.

29- لحسين بن آث الشيخ ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصيّة، الجزء الأوّل، الطبعة الأولى، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2006.

30- محمّد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، (د.ب.ن)، (د.س.ن).

31- محمّد أبو زهرة، الأحوال الشّخصيّة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1971.

32- محمّد حسنين، الوجيز في نظريّة الالتزام:" مصادر الالتزامات وأحكامها في القانون المدني الجزائري"، الشركات الوطنيّة للنشر والتوزيع، الجزائر،1983.

33- محمّد كمال الدّين إمام، أحكام الأحوال الشخصيّة للمسلمين، الجزء الأوّل، منشأة المعارف، الإسكندريّة، 2000.

34- محمّد محدة، سلسلة فقه الأسرة:"الخطبة والزواج"، الجزء الأوّل، الطبعة الثانية، (د.ن)، الجزائر، 1994.

35- محمّد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، الطبعة الرابعة، الدّار الجامعيّة للطبعة والنشر، (د.ب.ن)، 1983.

36- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلّته، الجزء السابع، دار الفكر للطباعة والنشر، دمشق، 1992.

III.الرسائل والمذكرات الجامعيّة:

1- محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائـري، رسالة دكتوراه، كليّة العلوم الاجتماعيّة والعلوم الإسلاميّة، قسم الشريعة، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2008 -2009.

2- مبروكة مقنانة، الخطبة وآثار العدول عنها، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، يوسف بن خدة، 2008-2009.

3- كريمة وعراب، الخطبة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدّفعة17، الجزائر، 2006-2009.

IV.النصـــــوص القانونيّـــــــة:

1- القانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 جوان 1984، المتضمن قانون الأسرة، ج.ر.ج.ج. عدد31 الصادرة في 1984/07/31، المعدّل والمتمّم بموجب الأمر رقم 05-02 مؤرّخ في 2005/02/27، ج.ر.ج.ج. عدد 15.

2- الأمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمّن القانون المدني، ج.ر.ج.ج. عدد 78 الصادرة في 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمّم بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، ج.ر.ج.ج. عدد 44.

V.الأحكام والقرارات القضائيّة:

1- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، العدد الرابع، 1991.

2- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصيّة، ، المجلّة القضائية، عدد خاص، 2001.

VI.المواقع الإلكترونيّة:

1- أمال دراوي، الخطبة وآثار العدول عنها في القانون الجزائري،

http://www.norliman.com/forum,2010/07/01

2- رباب عبد العاطي، الزّواج بين الشّريعة والقانون،

http://www.arabsys.net/pic/bsm/2,2007/10/02

الفهـــــرس

الموضوع: **الصّفحة**

مقدمـــة: 01

الفصل الأوّل: ماهيــة الخطبة 03

المبحث الأوّل: مفهوم الخطبة 04

المطلب الأوّل: المقصود بالخطبة 04

الفرع الأوّل: تعريف الخطبة 04

أوّلا: التّعريف اللّغوي 04

ثانيا: التّعريف الفقهي 05

ثالثا: التّعريف القانوني 06

الفرع الثّاني: مشروعيّة الخطبة والحكمة منها 07

أوّلا: مشروعيّة الخطبة.....07

ثانيا: الحكمة من الخطبة.....07

الفرع الثّالث: الطّبيعة القانونيّة للخطبة 08

أوّلا: تكييف الخطبة بأنّها عقد 08

ثانيا: تكييف الخطبة بأنّها وعد 09

المطلب الثّاني: أنواع الخطبة وشروطها 10

الفرع الأوّل: أنواع الخطبة 10

أوّلا: الخطبة بالتّصريح 10

ثانيا: الخطبة بالتّعريض 10

الفرع الثّاني: شروط الخطبة 11

أوّلا: الشّروط الواجبة 12

ثانيا: الشّروط المستحسنة 14

المبحث الثّاني: الفاتحة وعلاقتها بالخطبة 18

المطلب الأوّل: تعريف الفاتحة وحكمها 18

الفرع الأوّل: تعريف الفاتحة 18

أوّلا: المدلول الأوّل للفاتحة 19

ثانيا: المدلول الثّاني للفاتحة 19
الفرع الثّاني: حكم الفاتحة 19
أوّلا: حكم الفاتحة قبل التّعديل 20
ثانيا: حكم الفاتحة بعد التّعديل 21
المطلب الثّاني: علاقة الفاتحة بالخطبة وآثار إقتران بها 22
الفرع الأوّل: اقتران الفاتحة بالخطبة 22
أوّلا: اقتران الفاتحة بالخطبة دون مجلس العقد 23
ثانيا: اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد 23
الفرع الثّاني: آثار اقتران الفاتحة بالخطبة 25
الفصل الثّاني: العدول عن الخطبة والآثار المترتّبة عنه 27
المبحث الأوّل: العدول عن الخطبة وحكمه 28
المطلب الأوّل: أنواع العدول عن الخطبة 28
الفرع الأوّل: العدول عن الخطبة بالإرادة المنفردة 29
الفرع الثّاني: العدول عن الخطبة بالإرادة المشتركة 29
المطلب الثّاني: حكم العدول عن الخطبة 31
الفرع الأوّل: حكم العدول عن الخطبة في الفقة الإسلامي.....31
الفرع الثّاني: حكم العدول عن الخطبة في القانون الجزائري.....33
المبحث الثّاني: الآثار المترتّبة عن العدول عن الخطبة 34
المطلب الأوّل: حكم المهر والهدايا 34
الفرع الأوّل: حكم المهر المعجّل 34
الفرع الثّاني: حكم الهدايا المتبادلة بين الخطيبين 37
أوّلا: حكم الهدايا المتبادلة بين الخطيبين في الفقه الإسلامي.....37
ثانيا: حكم الهدايا المتبادلة بين الخطيبين في القانون الجزائري.....38
المطلب الثّاني: حكم التّعويض 40
الفرع الأوّل: التّعويض عن الضّرر المادّي 41
الفرع الثّاني: التّعويض عن الضّرر المعنوي 46
خاتمـــة 49

الملاحق: 52
قائمة المراجع: 55
الفهرس: 59