



وزارة التعليم العالي و البحث العلمي  
جامعة الجيلالي بونعامة خميس مليانة

كلية الحقوق والعلوم السياسية.

قسم الحقوق.

## العدول عن الخطبة في قانون الأسرة الجزائري

مذكرة لنيل شهادة الماستر

تخصص: قانون أسرة

بإشراف الدكتورة: خنوسي كريمة

إعداد الطالبين:

مكلاتي رضوان

خواتمياني اسماعيل

لجنة المناقشة:

1) الدكتورة بعلوج أسماء..... رئيسا.

2) الدكتورة: خنوسي كريمة ..... مشرفا و مقورا.

3) الدكتور فيساح جلول..... مقورا.

تاريخ المناقشة: 24/ 06/ 2019

السنة الجامعية: 2018/2019

قال تعالى:

" ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم  
أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة  
ورحمة "

سورة الروم الآية 21

وقال أيضا: " وهو الذي خلقكم من نفس  
واحدة وجعل منها زوجها ليسكن إليها "

سورة الأعراف الآية: 189

# كلمة شكر

نحمد الله ونشكره على فضله ونعمه، وعملا بسنة نبينا محمد  
صلى الله عليه وسلم وتبعا لهديه فشكر الناس من  
شكر الله تعالى. " من لم يشكر الناس لم يشكر الله " لهذا  
أتقدم بالشكر الجزيل والامتنان الخالص الى:  
الأستاذ خنوسي كريمة على قبولها الإشراف على مذكرة  
تخرجي وعلى كل ما قدمته لي من عون  
والى كل أساتذتي بكلية الحقوق وكل من مد لي يد العون  
من قريب أو بعيد بالكثير او القليل  
أتقدم بالشكر.

# الإهداء

إلى سبب طموحي في الحياة وبذرة حلمي... أمي رحمها الله

إلى شعاع النور ودافعي في الحياة إلى أعظم الأباء .... أبي

أطال الله في عمره إلى الحزن والأمان ..... إخواني

وأخواتي وخالتي

إلى من شاركوني دربي ..... أصدقائي وأحبتي

إلى كل هؤلاء اهدي هذا العمل.



استخلف الله الإنسان في الأرض بقوله سبحانه وتعالى « وَإِذْ قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلَكَةِ إِنِّي جَاعِلٌ فِي الْأَرْضِ خَلِيفَةً<sup>1</sup>، وجعل من سيدنا آدم وحواء الزوجين وأودع في كل منهما ما يجعله يميل للأخر ليتم الازدواج كبقية المخلوقات الأخرى، وسنّ لهما طريقة خاصة تتفق ومنزلتهما بين سائر المخلوقات، فشرع المولى عز وجل الزواج الذي يختص فيه الرجل بالمرأة لا يشاركه فيها غيره ليسلم الجنس البشري من اختلاط النسب ولتسلم البشرية من شر طغيان الشهوات التي لا تعرف رباط العائلة، فجعل عقد الزواج من أعظم العقود التي يجريها الإنسان في حياته نظرا لكونه يقوم على دعائم قوية وأسس ثابتة، تحقق الراحة والسعادة مادامت العشرة الزوجية قائمة على الحب.

ومما لا ريب فيه أن الزواج هو الوسيلة الوحيدة لتكوين الأسرة وإنجاب الأولاد وحفظ النوع الإنساني، وهو السبيل الوحيد أين يجد كل من الزوجين فيصاحبه الأُنس الروحي الذي يؤلف الله تعالى بينهما وتكون به الراحة وسط متاعب الحياة ولذلك قال تعالى « وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ<sup>2</sup>».

ولعل الزواج أهم حدث في حياة الرجل والمرأة بالنظر لما يدخله على حياة كل منهما من تعديل وتغيير، إذ به يصبح الزوجان بمثابة اللباس لبعضهما البعض كدليل على دوام العشرة وجعل كل واحد منهما سكنا للأخر وهذا ما أشارت إليه الآية الكريمة: «هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ<sup>3</sup>».

ومن هذا يتضح لنا بأن الغرض من الزواج ليس هو قضاء وإشباع الغريزة الجنسية فحسب بل الهدف منه أسمى من ذلك، وهو تكوين الأسرة التي تعتبر الخلية الأساسية لبناء

<sup>1</sup> سورة البقرة الآية: 30.

<sup>2</sup> سورة الروم الآية: 21.

<sup>3</sup> سورة البقرة الآية: 187.

المجتمع، وكذا حفظ النوع الإنساني في جو من المعاني الخلقية النبيلة والراحة النفسية والتعاون والاستقرار .

لقد أشار المشرع الجزائري لهذه الدلالات في المادة الرابعة من قانون الأسرة حيث نص على أنه: " الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه: تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحسان الزوجين والمحافظة على الأنساب"<sup>1</sup>.

وبحكم العلاقة الزوجية يصبح الزوجان كالشخص الواحد، يدافع كل منهما عن الآخر ويتألم كل منهما بألم الآخر لقوله تعالى: " « وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَزْوَاجِكُمْ بَنِينَ وَحَفَدَةً وَرَزَقَكُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ »"<sup>2</sup> وقال: " « أَلْمَالُ وَالْبَنُونَ زِينَةُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا »"<sup>3</sup> أما رسول الله -صلى الله عليه وسلم- فقد حث على الزواج في الكثير من أحاديثه من بينها قوله: " من تزوج فقد أحرز شطر دينه فليتق الله في الشطر الآخر " .

كما نهى عن التهرب والإمتناع عنه فقال: " ألا أخبركم بخير ما يكنزه المرء؟ خير النساء المرأة الصالحة إذا نظر إليها سرته وإذا غاب عنها حفظته في نفسها وماله وإذا أمرها أطاعته " .

وقال صلى الله عليه وسلم: " النكاح من سنتي ومن لم يعمل بسنتي فليس مني " . وقال أيضا: " يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء " .

إن كل هذه الآيات والأحاديث وكثير أمثالها تدل على مشروعية الزواج والترغيب فيه، كما يحفظ المجتمع من المفسدات الاجتماعية والأخلاقية وهو ضرورة لا غني عنها والإعراض

<sup>1</sup> أمر رقم 05-02، المعدل والمتمم لقانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة، الجزائر، ج ر، عدد 15 لسنة 2005.

<sup>2</sup> سورة النحل الآية: 72.

<sup>3</sup> سورة الكهف الآية: 46.

عنه يفوت على الإنسان كثيرا من المنافع والمزايا كما يعتبر أحسن وضع طبيعي وأنسب مجال حيوي لإرواء الغريزة وإشباعها، فيهدأ البدن من الاضطراب وتسكن النفس من الصراع ويكف النظر عن التطلع إلى الحرام، وتطمئن العاطفة إلى ما أحل الله.

ونظرا لخطورة عقد الزواج فإن المشرع الجزائري وعلى غرار باقي التشريعات أولى له أهمية بالغة، إذ نظم أحكامه وفقا للشريعة الإسلامية، ومن أجل بناء أسرة ملؤها الثبات والدوام والاستقرار فقد وضع لهذا العقد مقدمات ومن بين هذه المقدمات ما يسمى قانونا بالخطبة.

فالخطبة إجراء تمهيدي يقوم بها الخاطب وعائلته للتقرب من ولي المرأة التي يراها الخاطب نعم الزوجة الصالحة تكون له رفيقة وسند اقتسام حلو الحياة ومرها، لقوله: "إن الدنيا كلها متاع وخير متاع الدنيا المرأة الصالحة"<sup>1</sup>.

وقد كانت الخطبة موجودة في المجتمعات البدائية وكان يباح فيها للخاطب معاشرته مخطوبته معاشرته تصل إلى صورة الحياة الزوجية الكاملة، كما استمر وجودها حتى عند العرب قبل الإسلام، حيث كانوا في الجاهلية يخطبون المرأة إلى أبيها أو أخيها أو عمها، ثم جاء الإسلام بدوره داعيا إلى هذه المقدمة التي تنشئ الرابطة الزوجية على خير الأسس وأقوم السبل.

ونظرا إلى أن كثيرا من الناس يفهمون الخطبة على غير وجهها الشرعي ويرتب المخطوبان عليها تصرفات لا تسمح بها الشريعة الإسلامية ولا تقرها، فقد خصها الشارع بأحكام تنظمها كما شرعها الله قبل الارتباط بعقد الزوجية ليعرف كل من الزوجين صاحبه ويكون الإقدام على الزواج على هدى وبصيرة.

الخطبة أول عمل شرعي تبدأ به إجراءات الزواج فهي مجرد إظهار الرغبة في الزواج بامرأة معينة، ولإلفاء لهذه الرغبة إليها أو إلى من يمثلها، هذه الرغبة قد تقابل بالقبول من

<sup>1</sup>- أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب، سنن النسائي، بشر حلال الدين السيوطي وحاشية الإمام السندي، الجزء الخامس كتاب النكاح، دار الكتب العلمية، لبنان، دون سنة نشر، ص.69.

جانب المرأة أو من يمثلها وتتم الخطبة بينهما، وقد تقابل بعدم قبولها وينتهي الأمر عند هذا الحد، فالخطبة قصد بها أن يعلم كل من الطرفين صاحبه برغبته في الارتباط به في عقد مفروض فيه أنه أبدي يتم برضاها.

وعليه لا يشترط لصحة الخطبة شروط عقد الزواج وكل ما يشترطه المشرع هي أن تكون الإرادة سليمة ولا يشوبها عيب من عيوب الإرادة كالغلط، الإكراه والتدليس التي تحول دون صحة الرضا (إيجاب وقبول).

ولما كانت الخطبة هي وعد بالزواج غير ملزم، منح المشرع حق العدول عنها.

إن الهدف المراد الوصول إليه من خلال دراسة هذا الموضوع بالتحديد هو معالجة قانونية للخطبة في ظل القانون الجزائري معتمدين في ذلك على النصوص القانونية والآراء الفقهية وتبيان مدى فعالية التعديل الذي جاء به المشرع، خاصة على المادتين 05 و06 المتعلقة بموضوع الخطبة، فما مفهوم الخطبة في الشرع والقانون؟ وما هي الآثار المترتبة عن العدول عنها؟ ولمعالجة الموضوع اتبعنا الأسلوب التحليلي تارة، والنقدي تارة أخرى، ومن أجل ذلك ارتأينا تقسيم الخطة المعتمدة إلى فصلين، حيث خصصنا الأول منهما لماهية الخطبة، والثاني لمسألة العدول عن الخطبة والآثار المترتبة عنه.

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

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

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

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

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

## المبحث الأول: مفهوم الخطبة

الأسرة هي الركيزة الأساسية والعمود الفقري لبناء المجتمع ومن أجل ذلك لا بد من الأخذ بعين الاعتبار الطريقة المثلى التي يتم على أساسها بناء الأسرة.

لذلك نقول أن الخطبة لا نعرف معناها إلا من خلال العادات والتقاليد، كما أنها تعتبر إجراء أولي وتمهيدي حيث هي معرفة الطرفين لبعضهما في حدود المعقول.

لذا إخترت هذا الموضوع حتى أسلط الضوء على هذا الحدث كثير الأهمية والذي لم تعط له الأهمية ولم تعترف به الكثير من الأوساط مع العلم أنه لا يمكن أن يتم الزواج بدونه.

وبما أن الخطبة من المقدمات التمهيديّة للزواج سوف نتطرق إلى تعريف الخطبة وأدلة مشروعيتها (المطلب الأول) وأنواعها وتحديد طبيعتها القانونية (المطلب الثاني).

## المطلب الأول: تعريف الخطبة وأدلة مشروعيتها

نظرا لما تكتسبه الخطبة من أهمية بالنسبة لعقد الزواج فقد تناولها الفقه بالدراسة وتضمنتها معظم تشريعات قانون الأحوال الشخصية بما في ذلك التشريع الجزائري وإنطلاقا مما ذهب إليه الفقه والقانون نحاول التعرف على الخطبة من جهة (فرع أول) ومشروعية الخطبة (فرع ثاني) والحكمة من الخطبة من جهة (فرع ثالث).

## الفرع الأول: تعريف الخطبة

نتعرض من خلال هذا الفرع إلى تعريف الخطبة من الناحية اللغوية، الفقهية، الاصطلاحية.

أولاً: التعريف اللغوي

الخطبة هي مصدر الفعل "خطب" بفتح حروفه الثلاثة، وحين يشتق الإسم منه " الخطبة " فإن حرف الخاء يكون مكسورا وتعني الإجراءات التي يقوم بها الرجل في طلب يد المرأة، إذ بموجب هذا الإجراء يتعرف الخاطب على خطيبته<sup>1</sup>.

كما أنها تعد التماس الزواج من امرأة معينة، بتوجيهه إليها وإلى وليها مباشرة أو عن طريق أجنب يبعثهم للتفاهم والتفاوض في هذا الأمر، فإذا أجبب إلى طلبه تمت الخطبة بينهما<sup>2</sup>.

و عرفها الإمام أبو زهرة بأنها طلب الرجل يد امرأة معينة للترجج بها والتقدم إلى ذويها ببيان حاله ومفاوضتهم في أمر العقد<sup>3</sup>.

بينما ضمها مشتقة من المخاطبة وهي الكلام والمحادثة التي تجري بين المتكلم والسامع: خاطبة، مخاطبه وخطابا وجمعها خطب والفاعل خطيب كخطبة الجمعة.

قد يتم الزواج بالاتصال الأول بين الخاطب والفتاة المرغوب الزواج بها ويتم ذلك مباشرة بعد إتمام الخطبة عن طريق تبادل الرضا بين الطرفين أو بين أب الفتاة أو وليها الشرعي.

إن طلب الزواج هو ما يعرف عندنا بالخطبة أو يفهم عند البعض با Fiancailles أو الوعد بالزواج وهي ليست عقد قانوني بل وعد بإبرام عقد الزواج<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، الجزء الأول، المؤسسة الوطنية للكتاب - الجزائر 1985، ص 17.

<sup>2</sup> بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزء الأول الجزائر، 1994، ص 43.

<sup>3</sup> الامام محمد أبوزهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الاولى، سنة 1971، ص 28.

<sup>4</sup> GHAOUTI BEN MELHA، le droit Algérien de la famille، OPU، P37 Alger 1993.

## ثانياً: التعريف الفقهي

الخطبة هي إعلان الرجل رغبته في الزواج من امرأة معينة تكون خالية من الموانع الشرعية، أو هي إظهار الرجل رغبته في التزوج بإمرأة يحل له الزواج بها وقد يكون<sup>11</sup> الطلب من الراغب في الزواج نفسه، وقد يكون ممن يبعثه من قريب أو صاحب أو أجنبي.

و قد عبر عنها القرآن الكريم وكذا السنة فقال تعالى في شأن النساء المتوفى عنهن أزواجهن: "وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْنَنْتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ عَلِمَ اللَّهُ أَنَّكُمْ سَتَذْكُرُونَهُنَّ وَلَكِنْ لَا تُؤَاعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلَّا أَنْ تَقُولُوا قَوْلًا مَعْرُوفًا وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ، وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ يَعْلَمُ مَا فِي أَنْفُسِكُمْ فَاحْذَرُوهُ وَأَعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ حَلِيمٌ"<sup>1</sup> وقول الرسول صلى الله عليه وسلم: " لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه"<sup>2</sup>.

فالخطبة إذن تعد فترة إختبار إذ يتعرف كل منهما على ما لصاحبه من مزايا ويتم ذلك العلم بالرؤية، بحيث يرى الخاطب وجه المخطوبة ويديها وقدميها والإستماع إلى صوتها، لذلك أباح الشارع الإسلامي للرجل أن ينظر إلى من يريد الزواج بها، بل حبيب ذلك وندب إليه حيث روى جابر بن عبد الله أن رسول صلى الله عليه وسلم قال: "إذا خطب أحدكم امرأة فإن استطاع أن ينظر منها ما يدعوه إلى نكاحها فليفعل".

فالخطبة إذن من مقدمات الزواج، وقد شرعها الله قبل الإرتباط بعقد الزوجية ليتعرف كل من الطرفين على صاحبه، ويكون الإقدام على الزواج على هدى وبصيرة<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> سورة البقرة: الآية 235.

<sup>2</sup> رواه صحيح مسلم.

<sup>3</sup> عز الدين بليق، مناهج الصالحين، دار الفتح للطباعة والنشر، بيروت، دون سنة النشر، ص. 335.

## ثالثا: التعريف إصطلاحي

لقد عرف المشرع الجزائري الخطبة في الفقرة الأولى من المادة الخامسة من الأمر رقم 02-05: " الخطبة وعد بالزواج كما نص في الفقرة الثانية من نفس المادة على إجازة العدول عن الخطبة كما يلي: " يجوز للطرفين العدول عن الخطبة"<sup>1</sup>.

و هو نفس التعريف الذي تضمنته قوانين الأحوال الشخصية في كل من تونس والمغرب وسوريا، أما القانون المدني الفرنسي فلم يتعرض إلى تعريف الخطبة وأثارها رغم أن الفرنسيين لا يتزوجون إلا بعد مرور بمرحلة الخطبة التي قد تقصر أو تطول حسب ظروف الخطيبين ووضعهما المالي والإجتماعي<sup>2</sup>.

و ما يمكن إستخلاصه هو أن المشرع الجزائري لم يعط تعريفا دقيقا للخطبة بل إكتفى بالقول أنها مجرد وعد بالزواج، لكنه يحيلنا إلى أحكام نص المادة 222 من قانون الأسرة التي تنص: " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية " <sup>3</sup>.

ويفهم من هذه المادة أن المشرع يحيلنا إلى التعاريف التي وردت في الشريعة الإسلامية، لأنه قد ثبت مشروعية الخطبة في القرآن والسنة وسبق ذكرها أعلاه.

إذن الخطبة حسب نص المادة الخامسة هي إجراء تمهيدي يقوم به الخطيبان للتعرف على بعضهما البعض ولا يترتب أي أثر على الطرفين اللذين يمتلكان حق العدول متى شاءا ذلك، أو شاء أحدهما إذ سمح المشرع الجزائري بذلك صراحة ضمن هذه المادة<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> أمر رقم 02-05: المعدل والمتمم لقانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة، الجزائر، الجزء الرابع، عدد 15 لسنة 2005.

<sup>2</sup> عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في القانون الاسرة الجزائري، الطبعة الثانية، ص 84 .

<sup>3</sup> قانون رقم 84 - 11 مؤرخ في 09 يونيو 1984 يتضمن قانون الأسرة الجزائري

<sup>4</sup> فضيل سعد، مرجع سابق، ص 17

### الفرع الثاني: مشروعية الخطبة

تستمد الخطبة مشروعيتها من القرآن الكريم والسنة النبوية .

- أدلتها من القرآن الكريم:

قوله سبحانه وتعالى: **وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ**<sup>1</sup>.

- أدلتها من السنة النبوية الشريفة

عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - " إذا خطب إليكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه إلا تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد عظيم"<sup>2</sup>.

وعن علي بن أبي طالب رضي الله عنه قال: " يا علي: ثلاث لا تؤخرهن: الصلاة إذا أتت والجنابة إذا حضرت والأيم إذا وجدت كفواً "<sup>3</sup>.

الاجماع: قد أجمع علماء المسلمين ماضيا وحاضرا على جواز الخطبة ومشروعيتها فيما جرى عرف المسلمين على الخطبة قبل الزواج، وهو عرف صحيح لا يعارض نصابي الكتاب أو السنة<sup>4</sup>.

### الفرع الثالث: الحكم من الخطبة

اتفق الفقهاء على مشروعية الخطبة، لما لها من الأدلة ولكن اختلفوا في حكمها.

وذهب المالكي إلى القول بأنها مستحبة والرملي من الشافعية قال هي: سنة مطلقة

واستدلوا بما يلي: بفعل النبي صلى الله عليه وسلم الذي خطب عائشة إلى أبي بكر.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> سورة البقرة: الآية 235.

<sup>2</sup> رواه الترميذي

<sup>3</sup> رواه أحمد.

<sup>4</sup> نايف محمود الرجوب، كتاب أحكام الخطبة في الفقه الإسلامي، طبعة الاولى، دار الثقافة، الأردن، 2008، ص54.

<sup>5</sup> نفس المرجع، ص. 54

وأما قول الشافعية كما قال النووي: " لا ذكر للإستحباب في كتب الأصحاب وإنما ذكروا الجواز واستدوا بما يلي: بفعل الصحابة رضي الله عنهم بعد الرسول وقد أمر النبي - صلى الله عليه وسلم- أن نتبع سنة الخلفاء الراشدين المهديين من

بعده فقال " فعليكم بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين من بعدي عضوا عليهم بالنواجذ "1. فإن كان الزواج واجبا كانت الخطبة واجبة وإن كان الزواج سنة مستحب، فالخطبة كذلك ومن الذين ذهبوا إلى هذا القول: البجيرمي والجمل في حاشيته واستدلوا بما يلي: " أن الخطبة وسيلة من وسائل الزواج، والوسائل التي تأخذ حكم المقاصد2.

### المطلب الثاني: أنواع الخطبة والطبيعة القانونية لها

سوف نتطرق في هذا المطلب إلى أنواع الخطبة إذ أن الخطبة يمكن التعبير عنها بطريقتين إما صراحة أو ضمنا وذلك في الفرع الأول أما في الفرع الثاني سوف نبين الطبيعة القانونية للخطبة.

#### الفرع الأول: أنواع الخطبة

كما سبق تعريفها ليست إلا تمهيدا لعقد الزواج وليست إلا وسيلة للتعرف بين الخاطب والمخطوبة في حدود ما استقر عليه الشرع، والتعبير عن الخطبة قد يكون بطريقة مباشرة وهو ما يعرف بالخطبة الصريحة وقد يكون التعبير عنها بطريقة غير مباشرة وهو ما يعرف بالخطبة بالتعريض.

<sup>1</sup> ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، تنوير الأبصار، الجزء الثالث، طبعة الاولى، دار الكتب العلمية، لبنان، 1994، ص534.

<sup>2</sup> رواه أبو داود.

أولاً: الخطبة بالتصريح

هو ما يقطع بالرغبة في النكاح ولا يحتمل غيره<sup>1</sup> أو بتعبير آخر فهي طلب الرجل الزواج من امرأة وإظهار الرغبة في ذلك صراحة بحيث لا يحتمل الطلب غير الخطبة كأن يقول الخاطب لمن يخطبها: "إني أريد أن أتزوجك"<sup>2</sup>، هل تقبلين الزواج بي؟ أريد خطبتك...

ثانياً: الخطبة بالتعريض

فهي تلك الخطبة التي يستعمل فيها الخاطب جمل وعبارات غير مباشرة أو مجرد تلميحات يفهم من خلالها طلب الخطبة وبمعنى أدق هي لفظ يظهر في معنى إلا أنه يراد به معنى آخر، والتعريض هو ذكر الخطبة بلفظ، قد يحتمل الخطبة وقد يحتمل غيرها، ويكون ظاهره في سواها، وإذا كانت رغبة الخطبة تكشف عنها إشارات القول<sup>3</sup> كأن يقول الخاطب لمن يريد خطبتها "إنك جميلة"، "أنت تقيّة وصالحة" أو "وددت أن يبسر لي الله امرأة صالحة" أو قوله لها: "إذا انقضت عدتك أعلميني"... ونحو ذلك من الجمل التي يفهم قصد الخطبة من عرضها بالقرائن.

كما يعتبر تقديم الهدية إلى المرأة عبارة عن تعريض وكذلك مدح الشخص لنفسه أمام المرأة وذكر محاسنه عبارة عن تعريض بالزواج، ويعتبر التعريض بالخطبة في التشريع الإسلامي جائزاً.

وهذا لقوله تعالى: وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْتَنْتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ عَلِيمَ اللَّهِ أَنَّكُمْ سَتَذَكُرُونَهُنَّ وَلَكِنْ لَا تُؤَاعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلَّا أَنْ تَقُولُوا قَوْلًا مَعْرُوفًا

<sup>1</sup> محمد كمال الدين إمام، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين، جزء الاول، منشأة المعارف، مصر، 2000، ص67.

<sup>2</sup> رمضان علي السيد الشرنباطي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، دون سنة النشر، ص 67.

<sup>3</sup> إسماعيل أمين نواهضة، أحمد محمد الموني، الأحوال الشخصية، طبعة الاولى، دار الميسرة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010، ص43.

وَلَا تَعْرِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ، وَأَعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ يَعْلَمُ مَا فِي أَنْفُسِكُمْ فَاحْذَرُوهُ وَأَعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ حَلِيمٌ<sup>1</sup>.

ويقصد بالنساء المعتدات لوفاة أزواجهن ومن المستقر شرعا أن الخطبة بالتصريح حرام لجميع المعتدات، أما الخطبة بالتعريض مباحة للبائن وللمعتدة من وفاة وحرام للمعتدة من طلاق رجعي<sup>2</sup> ولذلك فلا يحل للرجل خطبة معتدة غيره من طلاق رجعي لا بطريق التصريح ولا بطريق التعريض، لأنها في حكم زوجة الغير فخطبتها تعتبر تعديا على حق من حقوقه، وأما المعتدة من طلاق بائن بينونة صغرى أو كبرى فيرى الأحناف أنه لا تجوز خطبتها لا تصريحا ولا تعريضا ما دامت العدة باقية، لبقاء بعض آثار الزواج، غير أن المالكية والشافعية وكذا الحنابلة والجعفرية فيرون بجواز خطبتها تعريضا لأن الطلاق البائن يقطع صلة الزوج بزوجه<sup>3</sup>.

### الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للخطبة

انقسم فقهاء القانون فيما يتعلق بتكليف الخطبة إلى قسمين فقد ذهب البعض منهم إلى اعتبارها عقدا بينما ذهب البعض الآخر إلى اعتبارها وعدا بالزواج لا ترقى إلى مرتبة العقد، وقد استند كل فريق فيما ذهب إليه إلى جملة من المبررات، نستعرضها فيما يلي:

<sup>1</sup> سورة البقرة الآية: 235.

<sup>2</sup> أحمد خليفة العقيلي، الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية، طبعة الاولى، الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع والإعلان، بنغازي، 1990، ص14.

<sup>3</sup> الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة المعدل: "دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية"، طبعة الاولى، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص.27.

## - أولاً: تكييف الخطبة بأنها عقد

يصبح أنصار هذا الإتجاه الخطبة بالصبغة العقدية، حيث يرون بأن تطابق إرادة الطرفين في الخطبة تعد من قبيل العقد لدرجة أن البعض منهم يعرف الخطبة بأنها "عقد علني ذو صبغة دينية يتبادل فيه رجل وامرأة الوعد بالزواج الأجل"<sup>1</sup>.

ويعتمدون في ذلك على أساسين أحدهما تاريخي والآخر قانوني.

يتلخص مضمون هذا الأساس في أن الخطبة تقليد قديم تعود جذوره إلى ما قبل العهد الروماني، وبالنظر إلى القانون الروماني وكذا القانون الكنسي نجد أن كلاهما جعل الزواج على مرحلتين:

مرحلة الخطبة حيث يتم فيها تبادل الرضا بشأن الزواج وما فيه من شروط، وهي بهذه الصفة تحدد شكل العقد الذي يلتزم بمقتضاه المتعاقدان بتنفيذ ما اتفقا عليه<sup>2</sup>، ومرحلة ثانية تزف فيها المرأة إلى زوجها.

ومن الناحية القانونية يستدل أنصار النظرية العقدية للخطبة بالمفهوم العادي للعقد والأركان العامة التي يقوم على أساسها محاولين بذلك إضفاء صفة العقد على الوعد بالزواج، فيقولون بأن العقد إتفاق يلتزم بموجبه شخصان فأكثر بالقيام بعمل أو عدم القيام بعمل، وبالنظر إلى الخطبة نجدها مستوفية لكل شروط العقد ومتطلباته. وهذا ما أكدته المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي، حيث تنص على أن: " الإتفاقيات التي تتم على وجه شرعي تقوم مقام القانون لمن عقدها ".

ويترتب على تكييف الخطبة بأنها عقد جملة من النتائج نذكر منها:

- المسؤولية الناتجة عن فسخ الخطبة هي مسؤولية عقدية وليست تقصيرية.
- المسؤولية العقدية في العقد التبادلي تتطلب التنفيذ العيني فإن تعذر ذلك جاز

<sup>1</sup> محمد محده، الخطبة والزواج، الطبعة الثانية، سنة 1994، ص 43.

<sup>2</sup> محمد محده، مرجع سابق، ص 43.

الحكم بالتعويض .

- الفسخ المقرر في الخطبة، يشابه الفسخ المقرر في العقود الملزمة للجانبين والذي يعتبر خاصة من خصائص هذه الأخيرة.<sup>1</sup>

- **ثانياً: تكيف الخطبة بأنها وعد**

لما كانت الإرادة المتطابقة للطرفين ليست نهائية وإنما تنصب على مجرد رغبتها المتبادلة في إعلان الرغبة في الزواج مستقبلاً حيث جعل المشرع هذا الإتفاق وعداً أو مقدمة من مقدمات عقد الزواج لافتقاره إلى خصائص العقد.

ولتوضيح ذلك نضرب مثلاً، لو كان أحد يريد بيع سيارته وعرضها على صديق له ويعلن هذا الأخير أنه يملك الرغبة في شرائها، دون أن يمتد هذا الحوار إلى الأمور الجوهرية. وهذا ما يدفعنا لتمييز الوعد بالخطبة عن الوعد بالبيع من جهة والوعد بالجائزة من جهة أخرى.

### 1-تعريف الوعد بالخطبة:

هو التزام متبادل يتخذه شخصان أحدهما تجاه الآخر من أجل تحقيق غرض معين مستقبلاً وعادة ما يكون الوعد في الزواج أو ما يسمى بالخطبة إلا أنه عند حدوث عدول عن هذا الوعد خاصة إذا كان أحد الطرفين متعسفاً في استعمال هذا الحق ففي هذه الحالة يمكن الحكم بالتعويض للطرف المتضرر.

### 2-تمييز الوعد بالخطبة عن الوعد في القانون المدني:

كما سبق ورأينا فالوعد بالخطبة يعد مرحلة تمهيدية لإبرام عقد الزواج وهو في ذلك لا يختلف عن الوعد بالبيع الذي يهدف لإبرام عقد البيع كما لا يختلف الوعد بالخطبة عن الوعد بالجائزة المنصوص عليها في المادة 123 مكرر من القانون المدني والتي تنص على

<sup>1</sup> فضيل سعد، مرجع سابق، ص19.

أن: " الوعد بالجائزة هو تصرف قانوني بإرادة منفردة هي إرادة الواعد الذي يعلن للجمهور عن جائزة لأي شخص يقوم بعمل معين "<sup>1</sup>. ومن خلال كل هذه التعاريف يتبين أن الوعد بصفة عامة يكون الهدف من ورائه هو إبرام عقد بين الواعد والموعود له.

فهناك من يرى أن الخطبة مجرد وعد بالزواج لا يرقى إلى مرتبة العقد ولا تتمتع بالصيغة الإلزامية ولا القيمة القانونية، وما هي إلا مقدمة من مقدمات الزواج فهي لا تعدو عن كونها التزاماً أدبيا لا غير، وعليه فإن العدول عنها ما هو إلا مجرد خلف لوعد يترتب عليه معصية نقض العهد.

كما يجوز لكلا الطرفين العدول عنه ولا يعد ذلك خرقاً للاتفاق القانوني، ويستند القائلون بهذا الرأي إلى ما يلي:

- إن القانون لم ينص على الخطبة، الأمر الذي جعلهم يقولون أن الخطبة لا ترتب أي أثر يذكر، فلو كان المشرع يقصد من ورائها حصول آثار معينة لقام بتنظيمها وبيان أحكامها وبالتالي فمجرد العدول عنها لا يوجب المسؤولية ولا التعويض.
- إن حرية الشخص في اختيار شريكه دون إكراه أو ضغط تقتضي عدم إضفاء الصبغة الإلزامية على الخطبة.

وقد سلكت الشريعة الإسلامية مسلك الرأي الأخير فاعتبرت أن الخطبة هي وعد بالزواج وليست عقداً، وإن تمت باتفاق الطرفين لأن الوعد هو إتفاق على الإقدام على تصرف معين، وهي الخطبة في بحثنا هذا فهما لم يباشرا هذا التصرف وإنما لهما إرادة متحدة، متجهة في مرحلتها الأولى إلى إحداث هذا الأثر<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> أمر رقم 75 - 58، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975/ يتضمن القانون المدني، ج ر عدد 78 لسنة 1975 المعدل والمتمم.

<sup>2</sup> محمد محدة،، مرجع سابق، ص48.

وفي هذا يقول بعض الفقهاء ما يلي: " لا تخرج الخطبة عن كونها وعدا بالزواج والوعد ليس عقدا فلا يكون ملزما كالعقد، فيصح لكلا الطرفين أن يعدل عنها بفسخها. لأننا لو قلنا بإلزاميتها لحملنا الخطيبين على ما لا يريدانه وفي هذا من الضرر ما لا يخفي.<sup>1</sup>

وهذا ما أخذت به أيضا معظم التشريعات العربية بما في ذلك التشريع الجزائري حيث نصت المادة 5 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي: " الخطبة وعد بالزواج، يجوز للطرفين العدول عن الخطبة ".

كما لا تتيح هذه الخطبة للطرفين أن يختلطا إختلاط الزوجين لأنها وعد وهذا الوعد لا يرقى إلى مرتبة عقد الزواج، ولا يترتب على ذلك حق ما لأحدهما نحو الآخر حتى ولو ألبس الخاطب مخطوبته خاتم الخطبة.

وعلى هذا، فالخطبة بعد تمامها لا تعتبر عقدا ولا زواجا ولا يترتب عليها شيء من الالتزام بإتمام العقد وهذا الحكم متفق عليه بين المذاهب الإسلامية كلها وهو متفق مع الفكر القانوني الحديث.

كما أن الخطبة بإعتبارها وعد بالزواج، يجوز العدول عنها وتعتبر مجرد مرحلة تمهيدية للزواج وهذا ما نصت عليه المادة 1 / 5 من الأمر رقم 05-02: " الخطبة وعد بالزواج " <sup>2</sup>.

<sup>1</sup> نفس المرجع، ص48.

<sup>2</sup> أمر رقم 05 - 02، مرجع سابق

## المبحث الثاني: أحكام الخطبة

نظرا لأهمية وخطورة الخطبة في الإسلام، والتي من خلالها يتم الزواج، وتتكون الأسرة التي هي قوام المجتمع وعماده فقد حث الإسلام على الخطبة ووضع لها أحكام، وبين أسس إختيار الزوج، ودعا إلى التعرف على الزوج الآخر وشرع من الأحكام ما ينظم علاقة كل من الخاطبين أثناء الخطبة، فإن القاعدة العامة تبيح لمن يريد أن يتزوج خطبة أي امرأة تحل له شرعا أن يتزوجها في الحال، ولا تبيح له خطبة المرأة التي يحرم عليه شرعا أن يتزوجها تحريما مؤبدا أو تحريما مؤقتا، لذا علينا معرفة من تجوز خطبتها.

## المطلب الأول: من تحرم خطبتها من النساء

ونقصد بالمحرمات من النساء كل امرأة يحرم على الرجل الزواج منها بسبب وجود مانع شرعي محرم وهي قسمين:

## الفرع الأول: المحرمات من النساء تحريما مؤقتا

المحرمات مؤقتا هن النساء اللاتي لا يجوز للرجل أن يخاطبهن فضلا على أن يتزوجهن وذلك لعارض، فإذا زال جاز له بعد ذلك خطبتهن.

## أولا: زوجة الغير ومعتدته

يحرم على المسلم أن يتزوج بامرأة هي زوجة غيره أو معتدته. فإذا كانت المرأة زوجيتها بغيره قائمة حقيقة بأن لم تقع بينهما فرقة بأي سبب، أو قائمة حكما بأن كانت في العدة بعد الفرقة فإنه يحرم عليه التزوج بها. لكن إذا انقضت هذه الزوجية بتاتا بأن طلقت الزوجة أو مات عنها زوجها وانقضت عدتها فإن هذا التحريم يزول لزوال سببه. والدليل على هذا التحريم قوله تعالى في بيان المحرمات:

"وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ"<sup>1</sup>. والمراد هنا بالمحصنات المتزوجات فهن من المحرمات<sup>2</sup>. وقوله تعالى في شأن المعتدة من وفاة "وَلَا تَعْرِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ"<sup>3</sup>.

عقد الزواج حتى تنقضي العدة. وقوله سبحانه في شأن المطلقات: وَالْمُطَلَّقاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ"<sup>4</sup>، ينتظرن ولا يتزوجن. والحكمة في هذا منع الإنسان من الاعتداء على غيره بالتزوج من زوجته أو معتدته، وحفظ الأنساب من الاختلاط والضياع، ولهذا لم يفرق الشارع بين ما إذا كانت زوجة للغير بزواج صحيح، أو مدخولا بها بعد زواج فاسد، أو بناء على شبهة؛ لأنها في الحالات الثلاث فراش يثبت نسب ولدها من زوجها أو ممن دخل بها، وأما لو كانت المرأة حاملا من الزنى فإنها لم يبق بها سبب هذا التحريم؛ لأنها لا هي زوجة للغير ولا معتدته، فيحل التزوج بها لمن زنى بها ولغيره غير أنه إذا تزوجها من زنا بها لا يحرم عليه قربانها في الحال. وأما إذا تزوجها غير الزاني بها فإنه يحرم عليه أن يدخل بها قبل أن تضع حملها، لقوله -صلى الله عليه وسلم: "لا يحل لأمرئ يؤمن بالله واليوم الآخر أن يسقي ماؤه زرع غيره"<sup>5</sup>.

### ثانيا: الجمع بين أصول الزوجة

يحرم على المسلم أن يتزوج بامرأتين محرمين، أي: تحرم إحداهما على الأخرى بأي سبب من أسباب التحريم، لو فرضت إحداهما رجلا فلا يحل له أن يجمع بين الأختين ولا بين البنت وأمها أو عمتها أو خالتها لقوله تعالى: "وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ"<sup>1</sup>

<sup>1</sup> سورة النساء: الآية 24

<sup>2</sup> جميل فخري محمد جانم، مقدمات عقد الزواج الخطبة في الفقه والقانون، دار الحامد للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، سنة 2008، ص 37

<sup>3</sup> سورة البقرة: الآية 235.

<sup>4</sup> سورة البقرة: الآية 228.

<sup>5</sup> أخرجه أبو داوود.

اللَّهِ كَانَ غَفُورًا رَّحِيمًا"<sup>1</sup>. ولقوله -صلى الله عليه وسلم: "لا تتكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا على ابنة أخيها ولا على ابنة أختها فإنكم إن فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم"<sup>2</sup>. وذلك لأن العداوة بين الضرائر لا تخفى. فالمرأتان المحرمان لا يحل الجمع بينهما بالزواج لا حقيقة بأن يجعلهما معا في عصمته ولا حكما بأن يتزوج الثانية وما تزال الأولى في عدته؛ لأنها ما دامت في عدته فهي زوجته حكما، ولا فرق بين أن يكونا محرمين بسبب النسب أو بسبب الرضاع، فالأختان رضاعا كالأختين نسبا لا يحل الجمع بينهما؛ لأن الشارع لا يبيح ما يقطع الصلة ويفكك الروابط ويجعل نوات القربى ضرائر<sup>3</sup>.

ولا بد أن تكون الحرمة بينهما ثابتة من الجانبين على معنى أن أية واحدة منهما لو فرضت رجلا حرمت عليه الأخرى، فلو كانت الحرمة من جانب واحد جاز الجمع بينهما، فيجوز الجمع بين امرأة وبنت زوج كان لها من قبل؛ لأنه لو فرضت البنت رجلا ما جاز له أن يتزوج بامرأة أبيه ولكن لو فرضت المرأة رجلا جاز له التزوج بالبنت؛ لأنه لا صلة بينهما بقربة أو رضاع، فالحرمة من جانب واحد. ولهذا جاز الجمع.

ولو أقدم رجل على الجمع بين المجرمين وتزوج الأختين مثلا فإما أن يتزوجهما بعقد واحد أو بعقدين، فإن تزوجهما بعقد واحد وليس بواحدة منهما مانع فسد عقده عليهما، وتجري على هذا العقد أحكام الزواج الفاسد فيجب الافتراق على المتعاقدي...

وقال زفر<sup>4</sup>: متى ثبت حرمة إحداها على الأخرى ولو من جانب واحد يحرم الجمع بينهما والا فرق بينهما القضاء، وإذا حصل التفريق قبل الدخول فلا مهر لواحدة منهما ولا يترتب على مجرد هذا العقد أثر، وإن حصل بعد الدخول فللمدخول بها مهر المثل أو الأقل من مهر المثل والمسمى. ويترتب على الدخول بها سائر الآثار التي تترتب على الدخول بعد

<sup>1</sup> سورة النساء: الآية 23.

<sup>2</sup> رواه البخاري

<sup>3</sup> جميل فخري محمد جانم، مرجع سابق، ص 47-48.

<sup>4</sup> الإمام زفر بن الهذيل التميمي، أحد فقهاء الكبار في المذهب الحنفي.

الزواج الفاسد. أما إذا كان بإحداهما مانع شرعي بأن كانت زوجة غير أو معتدته مثلاً، والأخرى ليس بها مانع، فإن العقد بالنسبة للخالية من المانع صحيح، وبالنسبة للأخرى فاسد تجري عليه أحكامه.

وإن تزوجهما بعقدين متعاقبين واستوفى كل واحد من العقدين أركانه وشروطه وعلم أسبقهما فهو الصحيح واللاحق فاسد، وإن استوفى أحدهما فقط شروط صحته فهو الصحيح سواء كان السابق أو اللاحق.

وإن لم يعلم أسبقهما أو علم ونسي كأن يوكل رجلين بتزويجه فيزوجانه من اثنين يتبين أنهما أختان، ولا يعلم أسبق العقدين، أو علم ونسي فالعقدان غير صحيحين لعدم المرجح وتجري عليهما أحكام الزواج الفاسد.<sup>1</sup>

### ثالثاً: الجمع بين أكثر من أربع زوجات

يحرم على المسلم أن يجمع في عصمته أكثر من زوجات أربع، فمن في عصمته أربع زوجات وعقد زواجه بخامسة، فإن زواجه بهذه الخامسة فاسد؛ "لأنها محرمة عليه ما دام في عصمته أربع سواها، ولا فرق بين أن تكون الأربع في عصمته حقيقة بأن لم يطلق واحدة منهن، أو حكماً بأن طلق إحداهن ولكنها ما زالت في عدته. والدليل على إباحة التزوج بأربع وتحريم ما زاد عليهن قوله تعالى في سورة النساء: **وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَتِلْكَ وَرَبْعٌ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ**."<sup>2</sup> وقوله -صلى الله عليه وسلم- لمن أسلم وكانت له عشر نسوة في الجاهلية أسلمن معه: "أمسك أربعاً وفارق سواهن"<sup>3</sup>، والحكمة في إباحة تعدد الزوجات أمور:

<sup>1</sup> بن رشد، بداية المجتهد، الطبعة الأولى بيروت دار بن حزم (1420-1999)، ص 326.

<sup>2</sup> سورة النساء: الآية 03

<sup>3</sup> السنن الكبرى، البيهقي، باب من يسلم وعنده أكثر من أربع نسوة، الجزء السابع، ص 181.

منها أن الرجل قد لا تحصن نفسه واحدة فصورنا له من الزنا واتخاذ الخليلات أباح الله له التزوج بأكثر من واحدة، ولم يبيح للمرأة أكثر من زوج لئلا تضيع الأولاد باختلاط الأنساب. ومنها أن عدد النساء في الغالب يزيد على عدد الرجال في أكثر الأمم، فإذا لم يبيح للرجل إلا واحدة بقي عدد من النساء بلا عائل يقوم بشؤونهن ومن غير زوج يحصن نفوسهن فيكن عرضة للسقوط، ومنها أن الغرض الأول من الزواج وهو التوالد والتناسل يكون أكثر تحققا بتعدد الزوجات. ومنها أن الزوج قد يجد زوجته عقيما ولا يرضى أن يفارقها لعقمها ولا يرضى أن يعيش محروما من نعمة الأبوة، فأباح الله له أن يتزوج معها أخرى للخلاص من هذا الحرج. ومما يعترض إباحة التعدد أنه يؤدي غالبا إلى فساد الأسر؛ لأن العداوة بين الضرائر لا تنقطع ولها أسوأ النتائج في حل الروابط بين أفراد الأسرة؛ ولأن أولاد الرجل الواحد من أمهات شتى ينشئون متعادين متباغضين؛ ولأن الرجل في الغالب لا يستطيع العدل بين الزوجات ولا القيام بشؤونهن جميعا فتكثر الخصومات والمنازعات؛ ولأن شعور الزوجة بأن لزوجها هذا الحق يجعلها غالبا مطمئنة. ولكن الشارع رأى أن مضار إباحة التعدد أخف من مضار حظره، فاتقى أشد الضررين وأباح التعدد، وقيد هذه الإباحة بالقدرة

على العدل بين الزوجات، فمن خاف أن لا يعدل بين المتعددات فلا تباح له إلا واحدة.<sup>1</sup> وأن ما أباحه الشارع من التعدد مع تقيد العدد بقصره على أربع واشتراط القدرة على العدل بينهما هو وسط معتدل بين ما كانت عليه الجاهلية من إباحة التعدد إلى غير حد. وما عليه بعض الأمم الآن من حظر التعدد مطلقا، فإن لكل من هذين الطرفين أضرارا لا تخفى على من ينظر بعين النصفة ويبتغي وجه الحق.

<sup>1</sup> بن رشد، بداية المجتهد مرجع سابق، ص 327.

رابعاً: المطلقه ثلاثاً

من طلق زوجته ثلاثة تطليقات فقد استنفد ما يملكه من عدد طلاقاتها، وبانت منه بينونة كبرى، وصارت لا تحل له إلا إذا انقضت عدتها منه ثم تزوجها زوج آخر، وفارقها هذا الآخر بعد أن دخل بها وانقضت عدتها، فحينئذ يحل لمطلقها الأول أن يتزوجها ثانياً. والدليل على هذا قوله تعالى: **الطَّلُقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ**<sup>1</sup>، ثم قوله: **فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ**<sup>2</sup> وبينت السنة أن زواج الثاني لا يحلها للأول إلا بعد الدخول الحقيقي. والحكمة في هذا أن الزوج إذا علم أنه بإيقاع الطلقات الثلاث تحرم عليه زوجته حتى تتزوج غيره يتروى في إيقاع الطلاق، ولا يتسرع في الإقدام عليه فيكون حل العصمة على أساس التفكير وتدبر العواقب. وكذلك الزوجة إذا علمت أن وقوع الطلقات الثلاث عليها يحرمها على مطلقها ويضطرها إلى الزواج بغيره حملها ذلك على حس العشرة واجتناب ما يؤدي إلى إيقاع طلاق عليها. وحكمة ثانية: أن الزوجة إذا عادت إلى مطلقها بعد أن تزوجت غيره تكون قد خبرت أخلاق الرجال وعادت إلى زوجها الأول بعد هذه التجربة بأخلاق غير الأولى فلا يعود الشقاق الذي كان قد استوجب وقوع تلك الطلقات<sup>3</sup>.

خامساً: المرأة المشركة

يحرم على المسلم أن يتزوج امرأة لا تدين بدين سماوي ولا تؤمن برسول ولا كتاب إلهي بأن تكون مشركة من الوثنيات اللاتي يعبدن الأصنام أو المجوسيات اللاتي يعبدن النار أو الصابئات اللاتي يعبدن الكواكب. وإنما يباح للمسلم أن يتزوج مسلمة أو كتابية ممن

<sup>1</sup> سورة البقرة: الآية 229.

<sup>2</sup> سورة البقرة: الآية 230.

<sup>3</sup> جميل فخري محمد جانم، مرجع سابق، ص 37.

تؤمن برسول وكتاب، كاليهودية التي تؤمن بموسى والتوراة والمسيحية التي تؤمن بعيسى والإنجيل. ولا يباح للمسلمة أن تتزوج إلا مسلماً. أما الدليل على أن المسلم لا يباح له زواج المشركة فهو قوله تعالى: **وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَةَ حَتَّىٰ تُؤْمِنَ ۖ وَلَا أُمَّةٌ مُّؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِّنْ مُّشْرِكَةٍ وَلَا أَعْجَبَتْكُمْ**<sup>1</sup>.

وقوله صلى الله عليه وسلم في شأن المجوس: " سنوا بهم سنة أهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا أكلي ذبائحهم"<sup>2</sup>.

وأما الدليل على أن المسلم يباح له زواج المسلمة والكتابية فهو قوله تعالى: **الْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمْ الطَّيِّبَاتُ وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَهُمْ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِن قَبْلِكُمْ**<sup>3</sup>.

وأما الدليل على أن المسلمة لا يباح لها أن تتزوج غير المسلم فهو قوله تعالى: **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا جَاءَكُمُ الْمُؤْمِنَاتُ مُهَاجِرَاتٍ فَامْتَحِنُوهُنَّ ۗ اللَّهُ أَعْلَمُ بِإِيمَانِهِنَّ فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ لَا هُنَّ حِلٌّ لَّهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ**<sup>4</sup>.

والحكمة في هذه الأحكام أن أهم أغراض الزوجية من سكون أحد الزوجين للآخر واطمئنانه إليه، وتعاونهما وتبادلها المودة والرحمة لا تتحقق غالباً إلا مع اتحاد الزوجين ديناً؛ لأن اعتقادهما يكون واحداً، وكذلك ما يجب عليهما وما يحرم وما يحل. ولكن لما كان المسلم والكتابية تجمعهما كلمة واحدة وهي كلمة التوحيد كان بينهما من التقارب ما يمكن أن تتحقق معه أغراض الزوجية<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> سورة البقرة: الآية 221.

<sup>2</sup> رواه أبو علي الحنفي

<sup>3</sup> سورة المائدة: الآية 5

<sup>4</sup> سورة الممتحنة: الآية 10.

<sup>5</sup> محمد محدة، مرجع سابق ص 334.

قال تعالى: **قُلْ يَا أَهْلَ الْكِتَابِ تَعَالَوْا إِلَى كَلِمَةٍ سَوَاءٍ بَيْنَنَا وَبَيْنَكُمْ أَلَّا نَعْبُدَ إِلَّا اللَّهَ وَلَا نُشْرِكَ بِهِ شَيْئًا وَلَا يَتَّخِذَ بَعْضُنَا بَعْضًا أَرْبَابًا مِّنْ دُونِ اللَّهِ**"<sup>1</sup>

فهذه الكلمة السواء بين المسلم وأهل الكتاب قاربت بينهم وأحلت زواج المسلم بالكتابية. ولا كذلك المسلم والمشركة، فإنهما لا تجمعهما كلمة وبينهما غاية البون وشدة الخلف، ولا تتحقق بينهما أغراض الزوجية فهذا حرمت على المسلم المشركة.

ولما كان للزوج سلطان على زوجته، وهي في الغالب عرضة؛ لأن تتأثر به وتتابعه في دينه حرم على المسلمة أن تتزوج غير مسلم حتى لا تكون عرضة لمفارقتها الإسلام بتأثير زوجها وسلطانها؛ لأن الدين لا يبيح للمتدين به ما يجعله عرضة للخروج منه.<sup>2</sup>

#### سادسا: الخطبة على الخطبة

فإذا كانت مخطوبة لغيره فلا يحل له خطبتها، لحديث ابن عمر رضي الله عنه قال: " نهى النبي صلى الله عليه وسلم أن يبيع بعضكم على بيع بعض ولا يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى يترك الخاطب قبله أو يأذن له الخاطب"<sup>3</sup>، ولما فيه من الإيحاش لقلب الخاطب الأول وإثارة الشحناء بين الناس، وقطع أواصر القربى والرحم والمودة بينهم، وهو ممنوع، لقوله تعالى: **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اجْتَنِبُوا كَثِيرًا مِّنَ الظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ وَلَا تَجَسَّسُوا وَلَا يَغْتَب بَّعْضُكُم بَعْضًا أَيُحِبُّ أَحَدُكُمْ أَنْ يَأْكُلَ لَحْمَ أَخِيهِ مَيْتًا فَكَرِهْتُمُوهُ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ تَوَّابٌ رَّحِيمٌ**<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> سورة آل عمران: الآية 10.

<sup>2</sup> محمد محدة، مرجع سابق، ص 335.

<sup>3</sup> رواه البخاري.

<sup>4</sup> سورة الحجرات: الآية 12.

إلا أن الفقهاء اشترطوا لتحريم خطبة المخطوبة شروطاً، فإذا تخلفت حلت خطبتها، وهذه الشروط هي:

1- أن تكون المخطوبة أو أولياؤها قد ركنوا للخاطب الأول، وذلك بالموافقة على طلبه بعبارة صريحة، كأن يقولوا له قبلنا خطبتك أو أجبننا طلبك، أو... فإذا وافقوا تعويضاً من غير تصريح، كأن يقولوا له مثلاً: إنك أمرؤ لا يرغب عنك، وما إليه، فقد ذهب بعض الفقهاء إلى إلحاقه بالركون الصريح، وحرّموا خطبتها بعد ذلك، وهم الحنبليّة، وهو قول مرجوح لدى الشافعية، مستدلين بأن الإيحاء يحصل بخطبتها ثانية بعده، فكان كالتصريح، وذهب الحنفية والمالكية والشافعية في الراجح، إلى أن ركونها وتعريضها لا يحترّم خطبة غيره لها، لأن الخطبة لم تتم به.

فإذا فسخت الفتاة أو أهلها الخطوبة بعد الاتفاق عليها، أو فسخها الخاطب، حلت خطبتها من غيره بعد ذلك بالاتفاق، لزوال الخطوبة الأولى بذلك، للقاعدة الفقهية: (إذا زال المانع عاد الممنوع).

2- أن لا يأذن الخاطب الأول للخاطب الثاني بخطبتها، فإن أذن له بذلك حل له خطبتها، لأن المنع لحقه، للقاعدة الفقهية السابقة: (إذا زال المانع عاد الممنوع).

3- أن يعلم الخاطب الثاني بخطبة الأول لها وبركونها إليها، فإذا جهل ذلك لم تحرم خطبته لها، لجهله هذا.

4- أن تكون الخطبة الأولى جائزة، فإذا كانت محرمة لم تحرم الثانية، لسقوط الأولى بتحريمها، كأن يخطب الرجل أخته رضاعة، فإن هذه الخطبة لا تحترّم على غيره خطبتها لسقوطها، وكذلك إذا خطب المعتدة الممنوع من خطبتها لعدتها، ثم انقضت عدتها، فإنه يحل لغيره خطبتها بعد ذلك، لسقوط الخطبة الأولى لحرمتها، هذا ما لم يجدد الخاطب الأول الخطبة ثانية بعد انقضاء العدة، وإلا حرمت خطبتها على الثاني، لصحة الخطبة<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> جميل فخري، محمد ناجم، مرجع سابق، ص 82-83.

الثانية من الأول. ونص المالكية على أن الخاطب الأول إذا كان فاسقا وكان الثاني تقياً حل للثاني خطبتها رغم خطبة الأول لها، لما فيه من المصلحة الغالبة إلا أن في ذلك خطراً وذريعة إلى إثارة النزاع، ولهذا لم يأخذ به الكثير من الفقهاء.

### الفرع الثاني: المحرمات من النساء تحريماً مؤبداً

المحرمات من النساء تحريماً مؤبداً هن النساء اللاتي لا يحل للرجل أن يتزوج بهن أبداً وكان سبب تحريمهن وصفاً قائماً ودائماً غير قابل للزوال، كالبنوة والاختوة والعمومة وهن ثلاثة أنواع:

#### أولاً: المحرمات بسبب القرابة: وهن أربعة أصناف:

- فروع الرجل من النساء وإن نزلن فتحرم عليهم بنته وبنت ابنه مهما نزلن.
- أصول الرجل وإن علون فتحرم عليه أمه وجداته من جهة أبيه أو من جهة أمه جميعاً.
- فروع أبيه وإن نزلن وفروع الأبوين هنا: الأخوات سواء كن شقيقات أم الأب والام وتحرم عليه بنت أخته وبنت أخيه وبنت بنت أخته وبنت ابن أخيه وإن نزلن.
- فروع الأجداد والجدات إذا انفصلن بدرجة واحدة فتحرم عليه الخالات والعمات مهما تكن درجة الجد والجدة فتحرم عليه عماته وخالاته وعمات أبيه وعمات أمه وخالات أبيه وخالات أمه.<sup>1</sup>

#### ثانياً: المحرمات بسبب المصاهرة: وهن أربعة أصناف:

- زوجات أصوله فتحرم عليه زوجة أبيه وزوجة جده لأبيه وزوجة جده لأمه وإن علون سواء أدخل بها الأصل أم لم يدخل حيث تتحقق الحرمة بمجرد عقد الأب أو الجد

<sup>1</sup> جميل فخري محمد جانم، مرجع سابق ص32.

عليها وإن لم يدخل بها والدليل على ذلك قول الله تعالى: **وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فَحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا**<sup>1</sup>.

- زوجات فروعهم فتحرم عليه زوجة ابنه وزوجة ابن ابنه وزوجة ابن ابنته وأن نزلوا وسواء ادخل الفرع بزوجه أم لم يدخل فاذا عقد الفرع زواجه على امرأته عقدا صحيحا حرمت على أصله بمجرد هذا العقد فلا يحل له أن يتزوجها أبدا حتى وإن فارقها الفرع بالطلاق أو الموت ولا يخطبها والدليل على ذلك قال الله تعالى: **وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ**<sup>2</sup>.

قيد الله تعالى في هذه الآية الأبناء بأن يكونوا من الأصلاب ليخرج زوجات الأبناء بالتبني فانهن لا يحرمن وقد حرم الله التبني وألغى كل آثاره.

- أصول زوجته سواء أدخل زوجته أم لم يدخل فتحرم عليه أم زوجته وجدتها وإن علت سواء من الأب أو من جهة الأم بمجرد العقد على الزوجة ودليل ذلك قول الله تعالى: **"وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ"** والآية معطوفة على قول الله تعالى: **"حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ"** فيكون معنى الآية حرمت عليكم نسائكم ولم تقيد الآية تحريم أم الزوجة بالدخول بها.

فتحرم بمجرد العقد على البنت وهذا معنى قول الفقهاء: العقد على البنات يحرم الأمهات<sup>3</sup>.

- فروع زوجته المدخول بها، سواء أبقيت الزوجة في عصمته أم طلقها أم ماتت فتحرم عليه بنات زوجته المدخول بها من غيره. وبنات بناتها وبنات، أبنائها وأن نزلن فإن لم يدخل بالأم فلا تحرم عليه بناتها بمجرد العقد والدليل ذلك قول الله تعالى: **"وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنَ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ**

<sup>1</sup> سورة النساء: الآية 22.

<sup>2</sup> سورة النساء: الآية 23.

<sup>3</sup> جميل فخرى محمد ناجم، مرجع سابق، ص 34

بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ<sup>1</sup> والآية الكريمة معطوفة على قول الله تعالى: "حرمت عليكم امهاتكم".

والربيبة محرمة سواء كانت في الحجر او لم تكن وذلك لأن هذا القيد في الرائب لم يذكر على انه شرط في تحريمه بل لان العادة بين الناس أن تكون البنت مه الام في حجر زوج أمها، فقد انكر الرسول عليه الصلاة والسلام \_خطبة درة بنت ام سلمة رضي الله عنها لأنها تحرم عليه لسببين هما: انها ربيبة وآنها ابنة أخيه من الرضاعة، فقد روت ام سلمة عن أم حبيبة بنت أبي سفيان أنها قالت: دخل علي رسول الله فقلت له: هل لك في أختي بنت ابي سفيان؟ فقال: افعل ماذا؟ قلت: تتكحها. قال: او تحبين ذلك؟ قلت: لست لك بمخلية. وأحب من شركني في الخير أختي. قال: فإنها لا تحل لي قالت: فإنني أخبرت أنك تخطب درة بنت أبي سفيان قال: بنت ام سلمة؟ قلت: نعم قال: لو أنها لم تكن ربيبي في حجري ما حلت لي أنها ابنة أخي من الرضاعة أرضعتني وأباها ثويبة فلا تعرضن على بناتن ولا أخواتكن وقال مالك<sup>2</sup>: لا تحرم الربيبة الا إذا كانت صغيرة وقت الزواج وجعلت في حجره وتكفلها تمسكا بظاهر الآية.

### ثالثا: المحرمات بسبب الرضاعة

يحرم بسبب الرضاع ما يحرم بسبب النسب والمصاهرة لذا كانت المحرمات بسبب الرضاع ثمانية أصناف هي:

- أصول الرجل من الرضاع فتحرم عليه أمه التي أرضعته وأمها وأبيه الرضاعي لأنهن جداته وإن علون.
- فروع الرجل من الرضاع: فتحرم إبنته رضاعا وهي التي تكون قد رضعت من لبن كان هو سبب وجوده وتحرم ابنة إبنه من الرضاع أو ابنة إبنته من الرضاع وإن نزلن.

<sup>1</sup> سورة النساء: الآية 23

<sup>2</sup> رواه صحيح البخاري.

- فروع أبويه من الرضاع وهن الأخوات رضاعا وبنات أخوته وأخواته رضاعا مهما نزلن فتحرم عليه الأخت او الشقيقة من الرضاعة والأخت لام من الرضاعة والأخت الأب من الرضاعة سواء إتحد زمن الرضاعة أو لم يتحد.
- فروع اجداده من الرضاع إذا انفصلن بدرجة واحدة سواء أكن من جهة الأم أم جهة الاب فتحرم عليه عمته الرضاعية وخالته الرضاعية من جهة الأب أو الأم وإن علون.
- أصول زوجته من الرضاع فتحرم عليه من أرضعت زوجته لأنها أمها وتحرم عليه ام مرضعة زوجته لأنها جدة لزوجته وتحرم عليه أم أبي زوجته الرضاعي لأنها جدة زوجته وإن علت سواء دخل بزوجته أو لم يدخل بها.
- فروع زوجته من الرضاع أن دخل بزوجته فتحرم عليه من أرضعتها زوجته المدخول بها لأنها إبنة زوجته وتحرم عليه بنت ابن زوجته الرضاعي وبنت بنت زوجته الرضاع إن نزلن.
- زوجات أصوله من الرضاع فتحرم عليه زوجة أبيه من الرضاعة وزوجة جده من الرضاع سواء دخل او لم يدخل.
- زوجات فروع من الرضاع فتحرم عليه زوجة ابنه من الرضاع وتحرم عليه زوجة ابن بنته الرضاعية وتحرم عليه زوجة ابن ابنه الرضاعي وإن نزلوا وإن لم يدخل الفرع بزوجته.

والدليل على تحريم ما سبق:

1- قال الله تعالى: "وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَعَةِ" <sup>1</sup>.

<sup>1</sup> سورة النساء: الآية 23.

وجه الدلالة: نصت الآية الكريمة على تحريم الأصول والاخوات من الرضاع ويفهم من الآية أيضا تحريم الباقي من المحرمات إذ كيف تحرم الأخت الرضاعية ولا تحرم البنت الرضاعية وكيف تحرم الأخت الرضاعية ولا تحرم بنت البنت الرضاعية.

2- عن عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله (ص): "يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة"<sup>1</sup>.

3- أجمعت الأمة على ثبوت حرمة الرضاع بين الرضيع والمرضعة وانتشار هذه الحرمة بين المرضعة وأولاد الرضيع وبين الرضيع وأولاد المرضعة. كما ثبت بالإجماع على أنه يحرم أيضا بالمصاهرة ما يحرم بالرضاع<sup>2</sup>.

وهذا قد نصت عليه المادة 27 من قانون الأسرة الجزائري.

### المطلب الثاني: الفاتحة وعلاقتها بالخطبة

إن الخطبة في مجتمعنا الجزائري اليوم عبارة عن اتفاق يسبق قراءة الفاتحة ويقع غالبا بين والدي الخطيبين أو أولياءهما وينتهي بإيجاب وقبول المصاهرة بين العائلتين دون إبرام أي عقد، وغالبا ما يكون ذلك غيايبا دون حضور الخطيبين إلى مجلس المواعدة بالزواج وإتمام مراسيم الخطبة، لذلك فالخطبة بهذا المعنى لا يترتب عنها أي حق لأحد الخطيبين على الآخر، ويمكن العدول عنها في أي وقت<sup>3</sup>.

ويختلف مفهوم الخطبة عن الفاتحة في مفهوم عامة الشعب حيث أن الفاتحة هي السورة المعروفة في القرآن الكريم، وقراءتها تعني الإعلان عن حصول الاتفاق بين الطرفين.

<sup>1</sup> كتاب صحيح مسلم.

<sup>2</sup> جميل فخري محمد جانم، مرجع سابق، ص 32-37.

<sup>3</sup> عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 84.

### الفرع الأول: تعريف الفاتحة

إن الخطبة في مفهوم عامة الناس يعني إظهار رغبة أحد الخاطبين في الزواج بالآخر أو رغبة ولي الخاطب أو وكيله في تزويجه بفتاة معينة.

أما الفاتحة فهي السورة المعروفة في القرآن العظيم وفيها من البركة الخير الكثير، وقراءتها تعني الإعلان عن حصول الاتفاق بين الطرفين على أنهما قد اتفقا مبدئياً عازمين على إبرام عقد الزواج.

ولكن معني الفاتحة يختلف من بلد إلى آخر وحتى داخل البلد الواحد نجد اختلافاً في مفهومها، ومن ثم آثارها تختلف تبعاً لمفهومها.

### أولاً: المدلول الأول للفاتحة

عبارة عن اجتماع يحضره عادة ولي المرأة (المخطوبة) وولي الرجل (الخاطب) وجمع من الناس من أقارب الخطيبين وأصدقائهما، فيتم قراءة سورة الفاتحة في آخر مجلس الخطبة بعد تبادل الإيجاب وقبول المصاهرة بين العائلتين.

فالفاتحة يمكن أن تكون في نفس مجلس الخطبة أو بعدها والمشرع الجزائري سوى بين الفاتحة والخطبة حيث أنها لا تعد لا زواجا ولا عقدا حسب نص الفقرة الأولى من المادة السادسة من الأمر رقم 02-05 بل الغرض منها التبارك عقب الدعاء للطرفين دون أن يتم العقد بينهما فالفاتحة بهذا المفهوم مطابقة تماماً للخطبة في أحكامها وآثارها<sup>1</sup>.

### ثانياً: المدلول الثاني للفاتحة

يراد بها ذلك المجلس الذي يحضره كل من الإمام والشهود والأقارب والأصدقاء والولي بحيث يتم تحديد الصداق أو يدفع في الحين يتم تعجيله فيدفع كله أو بعضه مع

<sup>1</sup> الأمر رقم 02-05، مرجع سابق.

تبادل الإيجاب والقبول بين المتعاقدين وتليه قراءة سورة الفاتحة حيث يتم العقد الشرعي بكامل شروطه.

فتصبح المرأة المعقود عليها زوجة شرعية ونكون بصدد الزواج العرفي بحيث هو زواج صحيح تتقصه الرسمية فقط وهو عقد يفيد حل العشرة الزوجية بين الزوجين حيث هو زواج استكمل شروطه الشرعية<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: حكم الفاتحة

رأينا أن الفاتحة هي السورة المعروفة في القرآن العظيم، وهي أم القرآن وفيها من البركة الخير الكثير، فلذلك جرى العرف على أن تطلق هذه التسمية على كلمات التبرك التي تتلو قراءة الفاتحة مباشرة بعد التعبير على تطابق إرادة الطرفين على الإتفاق على الزواج، ذلك الاتفاق التمهيدي الذي سمي بالوعد بالزواج أو الخطبة.

فحكم الفاتحة له معنيين بالرجوع إلى ما نص عليه المشرع في مضمون المادة 6 من الأمر رقم 05-02 المعدل والمتمم لقانون الأسرة، فيفهم أن حكم الفاتحة بالنسبة للفقرة الأولى التي تنص على اقتران الخطبة بالفاتحة لا يعد زواجا حكمها للتبرك فقط متبوعة بالدعاء للطرفين حتى يتم الله هذه الرابطة بما فيه الخير والبركة وتسود المودة والمحبة بين الطرفين حتى يقدمان على عقد الزواج.

بينما المفهوم الثاني حسب ما جاء في مضمون الفقرة الثانية من المادة 6 من الأمر 02 - 05 المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري جعلها زواجا يعني عقدا شرعيا متوفر على ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في المادتين 09 و 09 مكرر من الأمر المذكور أعلاه، فحكم الفاتحة في هذه الحالة تعد عقدا شرعيا يترتب عليه كافة الآثار المترتبة عن الزواج، كما تعد عقدا شرعيا حسب العرف السائد منذ زمن بعيد الذي يفيد تحليل العلاقة الزوجية.

<sup>1</sup> الامر رقم 02-05، مرجع سابق.

فالخطبة إذن من الناحية القانونية عندنا كالناحية الشرعية لا تعدو أن تكون وسيلة للتعرف وفق أحكام الشرع وتحديد الشروط الموضوعية والشكلية لإبرام عقد الزواج.

وما دام هذا حالها فإنها لا تتمتع بأية قوة إلزامية بالنسبة للطرفين ولو طال أمد تراكبهما، أو صبت في قالب رسمي وشكلي، ذلك لأن القانون لم يرق بها إلى مرتبة العقد، بل أقر لها الصفة الشرعية وهي مجرد وعد بالزواج من الطرفين مع أحقية العدول والتراجع عنها ورفض إبرام عقد الزواج وهذا وفق نص المادة "05" السالفة الذكر.

ومن نظر إلى مجلة الأحكام الشرعية الجزائرية الصادرة سنة 2003 أنه:

جاء في المادة الأولى منها (الوعد بالنكاح في المستقبل ومجرد قراءة الفاتحة بدون إجراء عقد صحيح كل منهما لا ينعقد به نكاح، وللخاطب العدول عن خطبها، وللمخطوبة أيضا رد الخاطب الموعود بتزويجها منه).

وفي هذا النص تكلم المشرع عن الوعد بالنكاح في حد ذاته مبينا بأنه لا يمكن أن يكون عقد زواج ولا ينعقد به النكاح وعليه أمكن القول بأن النص أراد أن يخلع على الخطبة صفة الزواج، لا صفة العقدية بوجه مطلق، الأمر الذي جعل البعض يقول أن الوعد بالزواج لا يعتبر حقا عقد زواج، ولكن يمكن اعتباره عقدا من نوع خاص، كأن يسمى عقد خطبة مثلا، ويجعل من مقتضياته الالتزام ببذل عناية قصد الوصول إلى عقد الزواج.

وليس المقصود من الفاتحة هو ما يقرأ، فإن ذلك مندوب فقط، وإنما القصد من الفاتحة هو تلك الصيغة التي تتم بها، وهي زوجني ابنتك فلانة على صداق قدره كذا، وزوجتك إياها على مهر قدره كذا.

فهذا الذي نعنيه، ولكن من باب تسمية الأصل بالفرع أو كل بالجزء صار يطلق على العقد الذي تقرأ فيه الفاتحة بالفاتحة.

وهذا الرأي هو ما يقول به المجلس الأعلى، ووضحه محمد تقيية عندما سئل عن الزواج الشرعي الكامل الأركان والذي لم يسجل أيعد صحيحا؟ فقال: " المجلس الأعلى حطم

جميع القيود، ومادامت الزوجة تدعي بالزوجية، وقد تم أمام جماعة، وهناك أبناء فالزواج قائم وصحيح، والهدف من ذلك هو تفادي مشكل اجتماعي<sup>1</sup>.

ولكن مع هذا نحث ولي أمر الزوجة والزوجة نفسها إذا قرئت فاتحتها أن تقوم بتسجيل عقدها حتى لا تبقى بعد ذلك تحت رحمة الزوج، الذي ربما قد يكون ضعيف الإيمان أو قليل المروءة، أو تقوم بممانعته من شيء قد أجاز شرعا، فحتى لا يحدث هذا أو ذلك عليهما بالتسجيل.

كالشرق الجزائري مثلا وخاصة قسنطينة أما الجنوب فإنه لا يوجد بعد الخطبة إلا العقد الشرعي.

أما إن كان ما يعنيه المشرع الشرقيون في كتاباتهم فإننا نقول بأن العادات تختلف والمراحل أيضا تختلف، الشيء الذي أدى إلى اختلاف في النتائج والآثار.

ذلك أن الفاتحة عند الشرقيين تأتي قبل الخطبة وهو ما صرح به أنور العمروسي عند بيانه للمراحل التي تسبق الخطبة في مقال له نشر في مجلة المحاماة حيث يقول:

إن المرحلة الأولى للزواج هي التعرف على الفتاة ولقد كان فيما مضى التعرف يكون بمراودة الفتاة عند خروجها من بيت أهلها لذهابها لبعض شؤونها أما في العصر المتمدن صار التعرف يتم إما في المدرسة أو في العمل أو السوق.

ثم بعد هذه المرحلة التمهيديّة تأتي الفاتحة والتي هي في العادة تحصل بين طالب الزواج وبين ولي الفتاة أو كليهما في حفل صغير يضم نفرا قليلا جدا من أهل الطرفين لمجرد التدليل على الرضا بالزواج والوعد به من الطرفين.

وبين بعد ذلك حكم هاتين المرحلتين فقال: " وهاتان المرحلتان لا ترتبان لأي من الطرفين قبل الآخر حقوقا فيجوز لكل منهما أن ينقض ما تم الاتفاق عليه ".

<sup>1</sup> محمد محدة، مرجع سابق، ص 48-51

وبعد هذا انتقل إلى المرحلة الهامة والخطيرة جدا وهي الخطبة.

أين جعل الفاتحة قبل الخطبة وله الحق في قوله بعد ذلك بأن هاتين المرحلتين لا ترتبان لأي من الطرفين قبل الآخر حقوقاً<sup>1</sup>.

كما أن الاختلاف حاصل أيضا من حيث الكيفية والإجراءات فإذا كانت الفاتحة عندنا يحضرها جم غفير من الناس فإنها عندهم تحصل بين طالب الزواج وولي الفتاة في حفل صغير بضم نفرا قليلا جدا من أهل الطرفين يدلون فيه فقط على الرضا المتبادل بينهما بالزواج وبالوعد به.

بينما عندنا تتم بصيغة الزواج وبحضرة الترويج ويعين المهر ويذكر صراحة، وهذا الحكيم لإنشاء العلاقة الزوجية.

### الفرع الثالث: آثار اقتران الفاتحة بالخطبة

من خلال تحليلنا لهذين المفهومين، سوف نتطرق إلى التمييز بين الفاتحة المرادفة المعنى العقد الشرعي وبين الخطبة وذلك من حيث الآثار المترتبة عنها:

1- إذا تم تسجيل الفاتحة العرفية تصبح عقدا ملزما منتج الآثار أما الخطبة فلا تلزم الطرفين إلا من الناحية الأدبية والأخلاقية.

2- لا تتحل العلاقة في الفاتحة إلا بالوفاة أو بالطلاق أو بالتطليق أو بالخلع في حين الخطبة تتحل بالعدول، لأن الفاتحة في هذه الحالة ترتقي إلى مرتبة العقد ووفقا للمادة 47 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص: " تتحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة"<sup>2</sup>.

3- تعد المرأة بعد الفاتحة زوجة شرعية، أما المخطوبة فتظل أجنبية عن الخاطب طول فترة الخطبة مهما طال أو قصرت المدة، لذلك تكون الخلوة بها محرمة دون حضور محرم.

<sup>1</sup> محمد محدة، مرجع سابق، ص 51، 50.

<sup>2</sup> قانون رقم 84 - 11، مرجع سابق

4- بمجرد تمام عقد الفاتحة، الفاتحة تنتج حرمة المصاهرة بين الأُسرتين طبقاً للقاعدة القائلة: "العقد على البنات يحرم الأمهات، والدخول بالأمهات يحرم البنات." "

5- كما يحرم على الزوج الزواج بزوجة ابنه المعقود عليها بالفاتحة.

6- المهر المؤجل من مستلزمات عقد الزواج، إذ يسلم في أقرب الأجلين: الوفاة أو الطلاق، تستحق المرأة المهر كله في حالة الوفاة سواء تم البناء أم لا وتستحق نصف المهر في حالة الطلاق قبل الدخول لقوله تعالى: "وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدَةُ النِّكَاحِ وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ وَلَا تَنْسُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ إِنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ" <sup>1</sup> وتنص المادة 16 من القانون رقم 84-11 على أنه: "تستحق الزوجة الصداق كاملاً بالدخول بوفاة الزوج، وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول"، أما في الخطبة فالمرأة لا تستحق المهر سواء كان العدول منها أو من الخاطب لأن المهر شرط من شروط عقد الزواج.

7- إذا مات أحدهما بعد الفاتحة الشرعية يرثه الآخر سواء تم الدخول أو لم يتم وتعتد المرأة عدة الوفاة في حين في الخطبة لا ميراث ولا عدة وهذا ما جاءت به المادة من قانون الأسرة الجزائري التي تنص: "يوجب النكاح التوارث بين الزوجين ولو لم يقع بناء". <sup>2</sup>

8- إذا حملت المرأة في فترة الفاتحة فهو ابن شرعي وينسب لوالده ما لم ينفيه باللعان، أما إذا كانت حامل حين الخطبة فهو ابن زنا اتفاقاً.

ويستنتج مما سبق أن الذي يتولى بيان وتطبيق الآثار السابقة والزام الأطراف بها هو القاضي، وليس الإمام أو غيره، كما أن الفاتحة الشرعية إذا لم تقترن بتسجيل رسمي، فإن القاضي لا يمكنه الحكم بأي حق لأي طرف كان بل تبقى مجرد عقد شرعي غير منتج

<sup>1</sup> سورة البقرة: الآية 237.

<sup>2</sup> قانون رقم 84 - 11، مرجع سابق.

الآثار حتى يتم تسجيله بمصلحة الحالة المدنية وهو إجراء تنظيمي صيانة للحقوق ودفعاً للتهم عن الأعراض وإجفاف الحقوق وضياع الأولاد.

الخطبة اتفاق رضائي يتم بإيجاب وقبول وهي وعد بعقد الزواج فهي ليست عقدا يلتزم فيه الطرفان بالتزامات، لها قوة الإلزام فإن للعقد ركنا لا يتحقق بدونه وله شروط لا يصح غيرها والزواج يكون صحيحا إذا تمت شروطه وركنه.

والخطبة وعد غير ملزم بعقد الزواج وبطبيعة الحال لا توجد بداية بدون نهاية لكن قد تكون نهاية منتجة لأثرها وقد تكون غير منتجة وعليه فتؤول الخطبة إلى العدول عنها وخصصنا في هذا الفصل مبحثين لبيان في المبحث الأول العدول عن الخطبة وحكمه أما المبحث الثاني فخصصناه للآثار المترتبة عن العدول.

### المبحث الأول: العدول عن الخطبة وحكمه

القانون لم يلزم الخطيبين بضرورة إتمام عقد الزواج لأن في ذلك إكراه لهما، والزواج عقد أبدي ينبغي أن ينتزه عن كل إكراه كون الضرر الناتج عن الزواج أكبر من الضرر الناتج عن العدول، وللخطبة أسباب كثيرة الإنقضائها، فقد تتحل بإتمام العقد الموعود به وتتخذ بذلك المسار العادي الذي شرعت من أجله، كما أنها قد تتحل بالعدول عنها بالإرادة المنفردة أو بالإتفاق على إنهاءها، لذا سنتطرق في هذا المبحث إلى أنواع العدول وحكمه.

### المطلب الأول: أنواع العدول وحكمه

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

ولقد أجمع الفقهاء على أن الخطبة وعد بالزواج يحق للطرفين العدول عنها لأن ذلك يتفق مع الحكمة منها، فالإزام أحد الطرفين بإجراء العقد يتضمن إكراه وهو ما لا يجوز في عقد الزواج إذ أنه عقد أبدي يستوجب أن تكون الجدية في إنشائه أكثر من غيره من العقود<sup>1</sup>. والعدول عن الخطبة يكون إما بالإرادة المنفردة أو بالإرادة المشتركة للخطيبين<sup>2</sup>.

### الفرع الأول: العدول بالإرادة المنفردة

ينص قانون الأسرة في المادة الخامسة منه: يتجسد العدول بالإرادة المنفردة بتعبير إنفرادي صادر من الخاطب إلى خطيبته أو عكس ذلك دون رغبة ورضى الطرف الثاني

<sup>1</sup> حسين بن الشيخ أث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2006، ص 33.

<sup>2</sup> سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، 1996، ص 85.

ممارسا بذلك حقه المكرس قانونا سواء بوجود سبب جدي أو بانعدامه، ويتم توجيهه من طرف الخاطب عادة إلى خطيبته، ونادرا ما نجد العدول الصادر من المخطوبة إلى خاطبها والسبب أن المخطوبة هي التي تتحمل الخاطب في أخلاقه وعاداته.

### الفرع الثاني: العدول بالإرادة المشتركة للخطيبين

لم ينظمه المشرع الجزائري، ويتحقق باتفاق الطرفان بمحض إرادتهما على إنهاء الخطبة القائمة بينهما وبعد مناقشة الموضوع واتخاذ قرار فسخ الخطوبة في النهاية، ويتخذ هذا النوع من العدول عند إقتناع الطرفين بأن كل منهما لا يصلح أن يكون زوجا للآخر. هذه الطريقة منتشرة في وقتنا الحاضر نتيجة لتطور الثقافة والوعي لدى الأفراد بخطورة السير في إجراءات إبرام عقد الزواج الفاشل والذي يصعب التخلص منه بعد انعقاده، فالعدول في هذه الحالة وقاية من مستقبل مظلم.

والعدول عن الخطبة يتخذ إحدى الصورتين: العدول الضمني نقطة أولى، والعدول الصريح نقطة ثانية.

### أولا: العدول الضمني

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

### ثانيا: العدول الصريح

وتظهر هذه الطريقة في العدول بالإرادة المشتركة للخطيبين حيث يلجأ أحد الخطيبين إلى إبداء رغبته صراحة في إنهاء الخطبة لأسباب معينة يقوم بشرحها للطرف الثاني بعد مناقشتها وإقتناع هذا الأخير بجدية السبب كأن يطلب الخاطب من مخطوبته بتقديم استقالتها من وظيفتها بعد إبرام عقد الزواج ورفضها دون إقناع أحدهما للآخر برأيه فيتم الإتفاق

بمحض إرادتهما على العدول ليتم الإعلان عن ذلك بحضور ولي المخطوبة وأقارب الخاطب بفسخ الخطوبة.

وهذا ما نصت عليه المادة الخامسة من قانون الأسرة في إن العدول الصريح الذي يتم بالإرادة المنفردة لأحد الخطيبين واعتباره حق يجوز اللجوء إليه دون تبيان أسباب وبواعث هذا العدول نظرا لكونه حق شخصي يخضع لإعتبارات خاصة لكل من طرفي الخطبة، ولا سلطة للقضاء عليه بحيث تركت الحرية الكاملة في الإقدام أو الإحجام عن الزواج إذ أن الشخص هو الأدرى بشؤونه والأعرف بمصالحه الخاصة في هذا العقد وله حق العدول<sup>1</sup>.

إن أسباب العدول متعددة ومتغيرة حسب متطلبات المجتمع وأعرافه وعادات كل منطقة كونها أسباب داخلية يصعب على المشرع حصرها كما يصعب على القاضي فهمها والعلم بها، وبالرجوع إلى واقع المجتمع الجزائري نجد أسباب العدول الأكثر انتشارا تعود إلى ما يلي:

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

<sup>1</sup> فتحي الدين، دراسات وبحوث في الفكر الإسلامي المعاصر، المجلد الثاني، الطبعة الأولى، دار تقيّة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت سنة 1995، ص 40.

### المطلب الثاني: حكم العدول عن الخطبة

إذا كانت الخطبة كما سبق القول هي وعد بالزواج وليست زواجا فإنها لا ترقى إلى درجة العقد ولا يترتب عنها أي أثر من آثار عقد الزواج بل هي مرحلة تمهيدية للعقد وليست عقدا وإن كان هناك من المستحدثين من يرى إمكانية ذلك لاستمالتها على الإيجاب والقبول واطهار الرغبة<sup>1</sup>.

ويجوز العدول للخطاب أو المخطوبة عن الخطبة، وهو ما اعتمده قانون الأسرة الجزائري، فلكل منهما أن يعدل عن الخطبة وينقض وعده على أساس عدم وجود فكرة العقد أو الإلزام<sup>2</sup>. وهذا ما هو منصوص عليه صراحة في المادة 05 فقرة 1 منه: "الخطبة وعد بالزواج"، يعني أنها ليست عقدا.

أما الفقرة 2 تنص: "يجوز للطرفين العدول عن الخطبة"<sup>3</sup>، بمعنى أن حقيقة العدول مقررة لكل من الخطاب والمخطوبة، دون الرجوع إلى الطرف الثاني وطلب رضاه في ذلك العدول لكونه مباح شرعا وجائز قانونا.

### الفرع الأول: حكم العدول عن الخطبة في الفقه الإسلامي

اختلفت آراء الفقهاء في حكم العدول عن الخطبة باختلاف وجهة نظرهم إلى طبيعتها، ويتضح لنا ذلك من خلال القولين الآتيين:

#### أولا: المذهب المالكي

كما لو قال الواعد للموعد تزوج وأنا أعطيك المهر، أو أهدم دارك وأنا أمنحك قيمة البناء ففي هذه الحالة يجب الوفاء بالوعد. كما هو مشهور من مذهب المالكية فإنه لا يكفي لوجوب الوفاء أن يكون الوعد مقترنا بالسبب، وإنما لا بد أن يكون الموعد قد دخل فيه.

<sup>1</sup> محمد محده، مرجع سابق، ص51.

<sup>2</sup> عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، طبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2007، ص42.

<sup>3</sup> القانون رقم 84-11، سابق الذكر.

ففي المثالين السابقين يجب للوفاء أن يكون الموعد قد قام بالهدم فعلا، أو شرع في الزواج عملا، وبدون ذلك الدخول في السبب لا يجب الوفاء<sup>1</sup>.

### ثانيا: المذهب الحنفي

يرى أتباعه بأنه إذا كان الوعد معلقا كما لو قال الواعد، إذا لم يوف لك مدينتك بدينك سوف أوفيك به، ومنهم من قال أنه لازم مطلقا وهو ما رجحه الامام الشيباني، حيث قال الوعد كله لازم ويقضي به على الواعد ويجبر<sup>2</sup>.

وقد استدل القائلون بالزام الواعد بما وعد من كتاب الله لقوله تعالى: يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لِمَ تَقُولُونَ مَا لَا تَفْعَلُونَ كَبِرَ مَقْتًا عِنْدَ اللَّهِ أَنْ تَقُولُوا مَا لَا تَفْعَلُونَ<sup>3</sup>.

فتدل هذه الآية الكريمة على ذم فعل من يقول ولا ينفذ، وذلك من خلال وصفه بأنه أكبر المقت، وهذا دليل على التحريم، وما يمنع الحرام واجب، ولهذا يتعين الوفاء بالوعد خروجاً من احتمال الوقوع في المحرم الذي دل عليه وصف الشارع لمن يقول ما لا يفعل بالمقت في الآية الكريمة.

فهذه الأدلة وإن كانت تدل على وجوب الوفاء بصفة عامة، إلا أن ذلك العموم يعتريه التخصيص الوارد على الإلزام بأنه أخلاقي يؤخذ من أخلف الوعد فيه يوم القيامة وليس إلزاماً في الدنيا، ولا يوجد ما يدل على وجوب الوفاء به قضاء<sup>4</sup>، ولكن مع ذلك التخصيص يبقى الإلزام به قائماً سواء كان الوعد مقترنا بسبب أم لا.

أما القول الثاني يرد العدول عن الخطبة جائز إذا كانت هناك مبررات لهذا العدول فهي وعد بالزواج غير ملزم ومن حق الطرفين العدول ما دام لم يتم العقد بعد، وهذا إذا لم يحدث تفاهم وانسجام بين الطرفين بلا شك أحسن من الطلاق بعد الزواج.

<sup>1</sup> أحمد بن إدريس القرافي، الفروق، الجزء الرابع، عالم الكتب، بيروت، دون سنة النشر، ص23. 293 3، د. س. ن، ص237.

<sup>2</sup> ابن نجيم، شرح الأشباه والنظائر، الجزء الثالث، دار الكتب العلمية، دون سنة النشر، ص237.

<sup>3</sup> سورة الصف: الآية 2-3.

<sup>4</sup> ابن حزم الظاهري، المحلي، الجزء الثامن، المكتب التجاري للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، دون سنة النشر، ص378.

لكن إذا لم تكن هناك مبررات قوية وجدية لهذا العدول كره ذلك، لأن في ذلك إخلاف الوعد الذي يعتبر من الأخلاق الذميمة التي حذر الإسلام منها وبين بأنها من خصال المنافقين<sup>1</sup>.

بحيث يقول الدكتور فتحي الدريني: "بأنه لا بد من الإشارة إلى أن الوفاء بالوعد واجب ديانة وخلقا ومروءة، إلا إذا كان ثمة مسوغ قوي يقضي هذا العدول، والوفاء بالوعد التزام خلقي ودياني، لا قضائي حفظا للكرامة أن تهدر والمشاعر أن تمس، وللشبهات أن تنثور وللسمعة أن تتال منها الأقاويل"<sup>2</sup>.

### ثالثا: المذهب الحنبلي

جاء في آرائه بأنه لا يكره للولي ولا للمرأة الرجوع عن الإجابة لغرض صحيح، لأنه عدول عما يدوم الضرر فيه، فكان لها الاحتياط لنفسها والنظر في حظها والولي قائم مقامها فيجدا منذ ذلك، وإن لم يكن الرجوع لغرض صحيح كره منه ومنها لما فيه من إخلاف الوعد والرجوع عن القول، ولا يحرم لأن الحق بعد لم يلزمهم<sup>3</sup>.

### رابعا: المذهب الشافعي

يرى أصحابه أنه يجوز للخاطب أن يعدل عن الخطبة لسبب مشروع، وهذا حق له، كما يجوز ذلك للمخطوبة ووليها، أما إن لم يكن هناك سبب مشروع فيكره، بسبب الوعد، وعلل ذلك بأن عقد الزواج عقد دائم يدوم الضرر فيه، لذا فإن لكل واحد من الخاطبين النظر في أمره، وفترة الخطوبة هي فترة نظر وتردد فلكل واحد منهما أن يحتاط لنفسه، وأن ينظر في حظه قبل أن يعزم على الزواج، لأن حق العدول لم يلزم الخاطبين بعد كمن ساوم على سلعة ثم بدا له ألا يبيعهها<sup>4</sup>.

<sup>1</sup>نصر سليمان، سعاد سطحي، مرجع سابق، ص61.

<sup>2</sup>فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصولها، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2008، ص463.

<sup>3</sup>شمس الدين السرخسي، المبسوط، الجزء الثالث، دار المعرفة، بيروت، 1986، ص124.

<sup>4</sup>سليمان بن محمد بن عمر البجيرمي، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، الجزء الرابع، دار الكتب العلمية، لبنان، 1996، ص155.

فالمنصوص عليه فقها أنه لا يكره الرجوع في الخطبة سواء أكان من الرجل أم من المرأة أم من وليها، إذا كان لغرض صحيح، أما إذا لم يكن الرجوع مسوغه وغرضه الصحيح فإنه يكون مكروها عند الله تعالى، لما فيه من خلف الوعد ونقض العهد، والوفاء بالعهد من حسن الخلق ومكارمه، والمكروه هو الفعل الذي لا يثاب فاعله ولا يَأثم بفعله وبالتالي فلا يعاقب عليه بشيء.

قد سئل الدكتور يوسف القرضاوي عن حكم العدول عن الخطبة فقال: "ما دام الزواج لم يتحقق بعد، تظل المخطوبة أجنبية عن خاطبها، لا يحل له الخلوة بها، وإذا ترك الخاطب مخطوبته بعد فترة طالت أو قصرت، فلا يجب عليه إلا ما توجبه الأخلاق والتقاليد من نوم وتأنيب الضمير<sup>1</sup>".

#### الفرع الثاني: حكم العدول عن الخطبة في قانون الأسرة الجزائري

لقد سلك المشرع الجزائري مسلك الفقه الإسلامي حيث يرى بأن الخطبة مجرد وعد بالزواج ولا ترقى إلى مرتبة العقد، ويجوز لكلا الطرفين العدول عنها وهذا ما نصت عليه المادة 05 في فقرتها أو التي تنص:

- "الخطبة وعد بالزواج"

- "يجوز للطرفين العدول عن الخطبة"<sup>2</sup>.

فالمشرع استعمل عبارة الخطبة وعد بالزواج ولكل من الطرفين العدول عنها، وقد استعمل عبارة (ولكل) أي المرأة والرجل على حد سواء حق العدول عن الخطبة في أي وقت شاء.

حيث يتضح من نص هذه المادة أنه يجوز لكل طرف أن يعدل عن الخطبة بإرادته المنفردة دون الرجوع للطرف الثاني، سواء كان بسبب أو بدونه، وذلك لأن الزواج عقد رضائي وليس عقد إذعان، فالمحكمة التي تحكم بإلزام الطرف المتراجع بالإبقاء على الخطبة

<sup>1</sup> يوسف القرضاوي، فتاوى معاصرة في شؤون المرأة والأسرة، دار الشهاب، الجزائر، 1993، ص 61، 60.

<sup>2</sup> القانون رقم 84-11، سابق الذكر.

أو الفاتحة المنعدمة من ركن الرضى وإجباره على متابعة إجراءات عقد الزواج، تكون قد هدمت أهم ركن والذي يعتبر الوحيد لإبرام عقد الزواج، وتكون قد خرقت أحكام الشريعة الإسلامية والقانون<sup>1</sup>.

فالعدول عن الخطبة أمر مباح لا إثم ولا عقاب عليه، ومن ثمة فلا إثم ولا خطيئة عن العادل، لكونه قد استعمل حقا شرعيا ثابتا له وغير مقيد بأي شرط فيه، والحكمة من إجازة العدول عن الخطبة وإباحته، هو تمكين طرفي الخطبة من تفادي الارتباط بالزواج الذي لا يحقق الغاية المقصودة والمرجوة منه وتفاديا للوقوع في متاهة فك الرابطة الزوجية<sup>2</sup>.

### المبحث الثاني: الآثار المترتبة عن العدول عن الخطبة

إن العدول حق مقرر لكل من الخاطب والمخطوبة، وقد يمارس أحد الطرفين هذا الحق ويعدل عن الخطبة، ولم يجعل الشارع لإخلاف الوعد عقوبة مادية يجازي بمقتضاها العادل، وإن كان ذلك خلقا نميما ومن صفات المنافقين إلا إذا كان هناك ضرورة تقتضي عدم الوفاء بالوعد وقد جاء عن الرسول أية المنافق ثلاثة، إذا حدث كذب، وإذا وعد أخلف، وإذا أوتمن خان<sup>3</sup>. كما أن الله سبحانه وتعالى أمر بالوفاء بالعهود، قال تعالى: **وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ** **إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا** وأوفوا بالعهد إن الفهد كان مسؤولا<sup>4</sup>، وتتمثل هذه التصرفات في المهر والهدايا المتبادلة بين الطرفين.

لذا سنخصص في المطلب الأول: آثار العدول عن الخطبة على المهر والهدايا، وفي المطلب الثاني تعويض عن الأضرار التي تتجم عن العدول عنها.

<sup>1</sup> عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، شرح أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، الطبعة الثانية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص 17.

<sup>2</sup> خيرة إكاسولن، طاوستواتي، الخطبة وآثار العدول عنها، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، فرع القانون الخاص، تخصص القانون الخاص الشامل، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2013، ص 33.

<sup>3</sup> صحيح البخاري، كتاب الوصايا، رقم الحديث 33، الطبعة الأولى، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، 2007، ص 111.

<sup>4</sup> سورة الاسراء الآية: 34.

المطلب الأول: حكم المهر والهدايا

فإنه يترتب على انقضاء الخطبة عدة آثار شرعية وقانونية تطرق إليها قانون الأسرة في المادة الخامسة وتتمثل في حكم المهر والهدايا المقدمان في فترة الخطبة وسنبين ذلك في هذا المطلب مع بيان موقف القانون في مسألة استرداد المهر المقدم قبل العقد.

الفرع الأول: حكم المهر المعجل

تنص المادة 14 من ق.أ.ج على أنه: "الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نفود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء"<sup>1</sup>.

فالمهر واجب وأبرز دليل على ذلك قوله تعالى: "وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طِبَّنَاكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيًّا"<sup>2</sup>.

وقوله أيضا: "لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرَهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرُهُ وَمَتَّعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ"<sup>3</sup>، وكذلك قول الرسول عليه الصلاة والسلام: " التمس ولو خاتم من حديد "<sup>4</sup>.

والحكمة من المهر تكريم المرأة وإظهار الرغبة في الزواج بها، فهو شرط من شروط عقد الزواج ولا يجوز الاتفاق على إسقاطه، وقد يتم تعيينه أثناء مجلس الخطبة أو قد لا يتم ذلك، فمن الثابت أن المهر أو الصداق مرتبط بعقد الزواج، إلا أن الخاطب قد يبادر بدفعه في فترة الخطبة سعيا منه لإبراز نيته واستعداده لإبرام عقد الزواج، غير أنه إذا تم العدول عن الخطبة بالإرادة المنفردة أو المشتركة للخطيبين، ففي هذه الحالة يثور نزاع حول مصير ما تم دفعه من صداق ومدى أحقية استرداده<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> قانون رقم 84-11، مرجع سابق. سورة النساء الآية: 4.

<sup>2</sup> سورة النساء الآية: 04.

<sup>3</sup> سورة البقرة، الآية 236.

<sup>4</sup> حديث صحيح، رواه البخاري ومسلم.

<sup>5</sup> أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات " دراسة فقهية ونقدية مقارنة "، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010، ص 37.

إن من حق الخاطب استرداد ما دفعه من صداق وذلك بأخذ عينه إن كان قائماً، وإذا هلك أو أستهلك استرد مثله إن كان مثلياً، أو أن يسترد قيمته إن كان قيمياً وهذا ما أخذ به الفقه الإسلامي<sup>1</sup> فالصداق من آثار عقد الزواج، إذا لم يتم العقد عاد المهر إلى الخاطب ولا تستحق المخطوبة منه شيئاً سواء كان العدول منها أو منه<sup>2</sup>.

لم يختلف الفقهاء على أنه في حال العدول عن الخطبة يجب أن ترد المخطوبة جميع ما دفعه الخاطب على حساب المهر سواء أكان عيناً أو نقداً، فإن كان العين قائماً رد بعينه، وإن كان هالكا ردت 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 أن المخطوبة لا تستحق شيئاً من المهر إلا بتمام العقد<sup>3</sup>.

فإذا قدم الخاطب لخطيبته مهراً غير النقود، كتقديمه عدداً من المواشي مثلاً أو قدم لها بستان ثم عدل عن الخطبة فله أن يسترد المواشي ومواليدها، كما له أن يسترد البستان وثماره على أن يدفع لخطيبته ما أنفقته لقاء ذلك<sup>4</sup>.

وإذا تصرفت الخطية في المهر بإعداده جهازاً لاستقبال الحياة الزوجية، فإنه في هذه الحالة استرداد المهر فيه مضرراً للخطيبة وقد يرهقها عسراً فيجوز للخطيبة أن تعطي بدل المهر ما اشترى باحتباس قيمته يوم الشراء بما أنه مفصل ومجهز على مقاسها وهذا ما ذهب إليه جانب من الفقه.

رغم أن المشرع الجزائري قد عرف المهر في المادة 14 من القانون رقم 84-11 إلا أنه لم يتطرق ولم ينص صراحة على مسألة المهر المقدم خلال فترة الخطبة وقبل انعقاد العقد، سواء في القانون رقم 84-11 أو حتى بعد التعديل الذي جاء بموجب الأمر 05-02

<sup>1</sup> بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 53.

<sup>2</sup> وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء السابع، دار الفكر للطباعة والنشر، دمشق، 1992، ص 26.

<sup>3</sup> إسماعيل أمين نواهضة، أحمد محمد الموني، مرجع سابق، ص 52.

<sup>4</sup> عبد الرحمان الصابوني، شرح الأحوال الشخصية السوري: "الزواج والطلاق"، الطبعة الخامسة، المطبعة الجديدة، دمشق، 1979، ص 44.

إلا أنه وبالرجوع إلى نص المادة 15 من ق.أ.ج التي جاء فيها ما يلي: "يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلاً أو مؤجلاً، في حالة عدم تحديد قيمة الصداق تستحق الزوجة صداق المثل"<sup>1</sup>.

ويمكن القول أن الصداق باعتباره من مستلزمات العقد أي أنه شرط من شروط عقد الزواج فعلى المخطوبة رده لأن العقد لم يتم بعد، وحتى لو تم العقد وحدثت الفرقة قبل الدخول فلم يكن لها الحق إلا في نصف الصداق<sup>2</sup>، ودليل ذلك قوله تعالى: **وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ وَلَا تَنْسُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ إِنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ**<sup>3</sup>.

وكذلك ما جاءت به المادة 16 من ق.أ.ج التي تنص على أنه: "تستحق الزوجة الصداق كاملاً بالدخول، أو بوفاة الزوج، وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول"<sup>4</sup>. وذلك لأن وجوب الصداق بالعقد على أساس المعاوضة أي أن الصداق دفع لغرض معين لم يتم هذا الغرض وهو الزواج ووجب استرداده لأن الخطبة مجرد وعد بالزواج وفي هذه المسألة يرى الأستاذ محمد محده أنه يجب التفريق بين ما إذا كان العدول عن الخطبة من جانب الخاطب أو من جانب المخطوبة فإذا كان العدول من الخاطب فعليه تحمل تبعات المهر، أما إذا كان العدول من المخطوبة فعليها أن تعيد المهر كما هو ولا يجبر الخاطب على تقبل الأشياء التي حول عليها ما قدمه من صداق<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> القانون رقم 84-11، مرجع سابق.

<sup>2</sup> أحمد شامي، مرجع سابق، ص 39.

<sup>3</sup> سورة البقرة الآية: 237.

<sup>4</sup> الأمر 05-02، مرجع سابق.

<sup>5</sup> محمد محده، مرجع سابق، ص 59-60.

الفرع الثاني: حكم الهدايا المتبادلة بين الخطيبين

قبل التطرق إلى حكم الهدايا بمفهومها العام لا بد من التطرق أولاً إلى حكم الهدايا التي قدمت كجزء من المهر.

قد تعد بعض الهدايا المقدمة أثناء الخطبة جزءاً من المهر وذلك إذا جرى العرف بين الناس على إعتبارها كذلك، وبذلك إذا تم العدول عن الخطبة فإن هذه الهدايا يسري عليها الإسترداد كالمهر، وقد ذهب بعض الفقهاء في هذا الشأن إلى القول بأنه: " يعتبر من المهر الهدايا التي جرى العرف بإعتبارها منه مثل الشبكة في مصر إذ هي من أهم وأول ما تتناوله مفاوضات الزواج أو قد تكون بالنظر إلى قيمتها هي المهر الحقيقي أو تمثل جانباً كبيراً منه، أما إذا كان العرف لا يعتبرها من المهر فإنها تأخذ حكم الهدايا<sup>1</sup>.

أولاً: حكم الهدايا التي قدمت كجزء من المهر

وتعتبر الشبكة في مصر أبرز مثال على الهدايا التي تعد جزءاً من المهر، وتعرف الشبكة بأنها ما يقدمه الخاطب إلى الخطيبة عند الخطبة أو بمناسبة من أشياء ذات قيمة غالباً ما تكون حلياً، أو تكون في بعض الحالات مبلغاً من النقود، وتختلف قيمة الشبكة عادة باختلاف يسر الخاطب وإستعداده ومركز المخطوبة ومركز أسرتهما. وتعتبر الشبكة من هدايا الخاطب وتكون من المهر ولا تأخذ حكمه إلا في حالتين:

- أن يتفق على أنها مهر.

- أن يجرى العرف على إعتبارها من المهر

ولقد جرى العرف في مصر على إعتبارها جزءاً من المهر، فالمهر وفقاً لما ذهب إليه المصريون ينقص بقدر قيمة الشبكة عند تقديمها ويزيد بقدرها إذا تقدم.

<sup>1</sup> أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، ص 66.

أفتت دار الإفتاء المصرية بتاريخ 21 يناير 1970 في طلب رقم 01 بأنه من المقرر شرعا أن الخطبة ليست عقدا ولا زواجا والزواج يترتب عليه الشيء من آثار والشبكة التي تقدم للمخطوبة وقد جرى العرف على اعتبارها جزءا من المهر فأنها تأخذ حكمه<sup>1</sup>.

**ثانيا: حكم الهدايا التي لا تعد كجزء من المهر<sup>2</sup>.**

هدايا الخطبة هي ما يقدمه كل من الخاطب والخطيبة إلى الآخر إبان فترة الخطبة بقصد تودد كل منهما وتأكيد الصلة الجديدة بينهما، وتشمل هدايا الخطبة ما يقدمه المهدي إلى المهدي إليه من منقولات قابلة للإستهلاك أو غير قابلة له كالحلي والأمتعة والأواني والسيارات والملابس وغير ذلك تعبيرا عن المودة، والهدية بصفة عامة مستحبة أو مندوب إليها ولا خلاف بين المسلمين في ذلك لقوله صلى الله عليه وسلم: " تهادوا تحابوا " ويزداد إستحباب الهدية بمناسبة الخطبة، والهدية عادة ما تكون متبادلة بين الخطيبين فليست مقصورة على طرف واحد، وعلى كل واحد منهما أن يقبل الهدية المقدمة من الطرف الآخر مهما كانت قيمتها ولا يمكنه ردها نظرا لما في الرد من الإهانة وغلظة المعاشرة<sup>3</sup>.

وكما تستحب الهدية للمخطوبة فإنها تستحب لأهلها من أب وأم وغيرها ممن لهم صلة الرحم مباشرة بالمخطوبة، والعكس صحيح بالنسبة للخاطب وعائلته، لأنه من شأن الهدية إحداث الألفة بين الخاطب وأهل مخطوبته وتمتين العلاقة الأخوية المتبادلة ومن ثم دعم الحياة الزوجية المستقبلية وقد رغب الرسول صلى الله عليه وسلم في ذلك قوله: " أحق ما يكرم عليه الرجل إبنته وأخته ".

**الفرع الثالث: حكم الهدايا في الفقه والقانون الجزائري**

وفي هذا الصدد حاول الفقه والقانون والواو التحرك بها فيما يلي:

<sup>1</sup> محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية، دار محمود للنشر والتوزيع، ص35-36

<sup>2</sup> أنظر الملحق رقم 01.

<sup>3</sup> أحمد فراج حسين، مرجع سابق، ص66.

أولاً: حكم الهدايا في الفقه

إذا عدل أحد الخاطبين عن الخطبة وكان أحدهما قد قدم هدايا للطرف الآخر فإن الإشكالية التي تطرح في هذه الحالة هي مدى إمكانية استرداد الهدايا وحكم هذه الأخيرة ولو تم استهلاكها؟

وفي هذا الصدد حاول الفقه والقانون إيجاد حلول لهذه المسائل نستعرضها فيما يلي:

أولاً: حكم الهدايا في الفقه

لقد اختلفت المذاهب الإسلامية في تحديد حكم الهدايا التي تقدم في فترة الخطبة من أحد الخاطبين للآخر:

1- المذهب الحنفي:

لقد طبق المذهب الحنفي على الهدايا التي يكون قدمها الخاطب إلى خطيبته أو العكس قدمت من طرف المخطوبة إلى خطيبها قواعد الهبة حيث طبقها تطبيقاً دقيقاً فالهدايا عندهم تأخذ حكم الهبة، والصحيح أن الهبة لا يجوز الرجوع فيها إذا كانت تبرعاً لا لأجل العوض لأن الموهوب له حين قبض العين الموهوبة دخلت في ملكه وجاز له التصرف فيها ورجوع الواهب فيها يعتبر إنتزاع لملكه منه بغير رضا، وهذا باطل شرعاً وعقلاً.

أما إذا كان الشخص قد وهب للتعويض عن هبته جاز له في هذه الحالة حق الرجوع في الهبة<sup>1</sup>، إلا بمانع من الموانع كخروج الموهوب من ملك الموهوب له أو استهلاكه أو تغيير وصفه أو صورته وإن لم تهلك مادتها، وبتطبيق حكم الهبة على هدية الخطبة باعتبارها تقدم على أساس المعاوضة أو بعبارة أخرى قصد الزواج، فإذا حصل العدول فيكون للمهدي أن يستردها بعينها إذا كانت قائمة لم يحصل تغيير فيها وهي في ملك المهدي إليه، فإن تغيرت أو استهلكت فلا يمكنه المطالبة باستردادها لحدوث مانع من موانع الرجوع.

<sup>1</sup> بدر أبو العينين بدران، الزواج والطلاق، الإسكندرية، 1974، ص33.

ومن ثم لو كانت الهدية مأكولات استهلكت أو لباس أخيط أو أهدي إلى الغير فكل هذه الهدايا لا يسترد الذي أهدي منها شيئاً لفوات عينها أو الإتصالها بزيادة غيرت من وصفها الحقيقي.

وعلى هذا، فإن قدم الخاطب لخطيبته أو العكس قدمت الخطيبة لخطيبها هدية تم العدول عن الخطبة فإن للخاطب أن يستردها مادامت من القائمة غير المستهلكة وفي ملك المخطوبة ما لم تتغير صفتها أو شكلها<sup>1</sup>.

## 2-المذهب الشافعي:

قال الشافعية في بعض أقوالهم على المهدي له أن يسترد هديته كاملة بعينها إن كانت قائمة وبتعويضها إن كانت هالكة أو استهلكت، وذلك لأن الإهداء في هذه الحالة قد تم بقصد إبرام عقد الزواج، وبما أن العقد لم يتم فيجب أن يسترد ما قدمه<sup>2</sup>.  
والحكم واحد فيما لو قدمت المخطوبة لخطيبها هدية.

ولقد احتج الشافعية في ذلك بقول عمر بن الخطاب رضي الله عنه: " من وهب هبة لصلة رحم أو على وجه صدقة فإنه لا يرجع فيها، ومن وهب هبة يرى أنه إنما أراد بها الثواب فهو على هبته يرجع فيها إن لم يرض عنها. "

وهذا كله ما لم تتغير تلك الهدايا بزيادة أو نقصان أو تستهلك، فإن حصل شيئاً من ذلك كان للمهدي أن يطلب قيمتها يوم حصولها ما لم يشترط عدم الرجوع<sup>3</sup>.

واختار الرافعي من الشافعية رأياً مخالفاً للرأي السابق حيث قال بأنه إذا كان العدول من المخطوبة أو من وليها فللخاطب المطالبة باسترداد ما أهدها وإذا كان العدول منه فلا يمكنه المطالبة به.

<sup>1</sup> عبد الرحمان الصابوني، مرجع سابق، ص 45.

<sup>2</sup> عبد الرحمان الصابوني، مرجع سابق، ص 45.

<sup>3</sup> محمد محدة، مرجع سابق، ص 62.

### 3-المذهب المالكي:

في المذهب المالكي يفرقون بين نوعين من الهدايا:

- هدايا من يعدل عن الخطبة.

- هدايا أخرى

فإذا كان العدول من جانب الخاطب فلا يحق له أن يسترد شيئاً من الهدية سواء كانت مثلية أو قيمة وسواء كانت هدية قائمة أو لا.

ذلك حتى لا يجتمع على الطرف الآخر ألم العدول وألم الإسترداد، ولأن إبطال العمل تم من جانبه ومن سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه.

أما إذا كان العدول من جانب المخطوبة فللخاطب أن يسترد جميع ما قدمه من هدايا، فإن كانت قائمة استردها وفي حالة استهلاكها استرد قيمتها.

ويعتبر هذا الرأي صحيحاً وراجحاً وذلك نظراً لما يتميز به من العدالة والرفق بالناس حتى لا يجمع على المخطوبة ألم الفراق وكذا ألم استرداد الهدايا إذا كان العدول من الخاطب وحتى لا يتضرر الخاطب إذا عدلت المخطوبة فلا ضرر ولا ضرار.

### 4-المذهب الحنبلي:

وذهب الحنابلة إلى أنه لا يجوز لأحد الخطيبين إذا قدم للآخر هدية ثم عدل عن الخطبة، أن يستردها لأن الهدية هبة، والهبة في مذهبهم لا يجوز الرجوع عنها، إلا إذا كانت قبل القبض، وبما أن الهدايا تم فيها القبض حيث انتقلت إلى المهدي إليه فلا رجوع فيها.

ولم يفرق فقهاء الحنابلة بين العدول الصادر من الخاطب أو العدول الصادر من المخطوبة، ففي كلتا الحالتين الحكم واحد وهو عدم جواز استرداد الهدايا سواء كانت قائمة أو مستهلكة.

ويجب أن نلاحظ أن الحكم نفسه لو كانت الهدايا من قبل الخطيبة لخطيبها<sup>1</sup>.

<sup>1</sup>عبد الرحمان الصابوني، مرجع سابق، ص42.

ثانيا: حكم الهدايا في القانون الجزائري

أما بالنسبة للتشريع الجزائري فقد نظم قانون الأسرة الهدايا وكيفية استردادها في المادة 5 التي تنص في فقرتها الثالثة على ما يلي: "لا يسترد الخاطب شيئا مما أهداه إن كان العدول منه".

وتضيف الفقرة الرابعة تنص على ما يلي: "وإن كان العدول من المخطوبة فعليها رد ما لم يستهلك " هذا قبل التعديل.

ويتضح من خلال نص هذه المادة أن قانون الأسرة الجزائري قد فرق بين الحالة التي يكون فيها العدول من الخاطب بناء على إرادته والحالة التي يكون فيها العدول من جانب المخطوبة وبإرادتها حيث قرر أنه إذا كان العدول قد وقع من جانب الخاطب فلا يحق له المطالبة باسترداد ما قدمه من الهدايا بغض النظر عما إذا كانت قائمة أو استهلكت أما إذا كان العدول عن الخطبة قد حصل من جانب المخطوبة فإنه يجب عليها أن ترد ما أخذته من هدايا إذا كانت قائمة سواء كانت قابلة للاستهلاك كالمأكولات أو غير قابلة للاستهلاك أما إذا كانت الهدايا قد استهلكت فلا يجب عليه ردها ولا يحق للخاطب المطالبة بها<sup>1</sup>.

ويتبين من نص المادة السابقة الذكر أن المشرع الجزائري لم ينظم الهدايا التي تقدم من طرف المخطوبة إلى الخاطب وكيفية استردادها والتي تخضع إلى بعض الفقهاء إلى نفس الحكم الذي تخضع له الهدايا المقدمة من الخاطب إلى مخطوبة وذلك لاتحاد العلة بينهما والمتمثلة في عدم إمكانية الجمع بين الضررين، كما لم يتعرض التشريع الجزائري للحالة التي يكون فيها العدول بسبب مشروع ومبرر معقول كأن يعدل الخاطب عن الخطبة بسبب المخطوبة نفسها أو العكس<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 86.

<sup>2</sup> محمد محده، مرجع سابق، ص 63.

أما بعد التعديل الذي صدر بموجب الأمر رقم 05-02 المعدل والمتمم لقانون الأسرة فإنه تعرض إلى تعديل المادة الخامسة المذكورة أعلاه والتي تنص في فقرتها الرابعة والخامسة على ما يلي:

**الفقرة الرابعة:**

- " لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئاً مما أهداها إن كان العدول منه، وعليه أنيرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته".

**الفقرة الخامسة:**

- " وإن كان العدول من المخطوبة، فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته".

لقد جرى العرف على تبادل الهدايا بين المخطوبين خاصة من جهة الرجل في المناسبات، محبة واستلطافاً للمرأة، فإذا ما وقع العدول عن الخطبة وقع النزاع حولها فالخاطب يطالب بها على أساس أن الزواج لم يتم بينهما فلا وجه لبقائها في يد المخطوبة بل عليها إعادتها لمالكها الأصلي وهو الخاطب، في حين ترى هي أنها أحق بها لأنها قد امتلكتها وأصبحت في حيازتها، والهدية لا ترد.

بالنظر إلى هذه المسألة من الزاوية الشرعية نجد أن الفقهاء يعتبرون الهدية مندرجة في باب الهبات فهي إذن تأخذ نفس أحكامها ووردت الإشارة لهذه المسألة في الفقرتين من المادة الخامسة المذكورة أعلاه.

وهذا مستقي من المذهب المالكي الذي يقرر في إحدى الآراء الثابتة في المذهب أنه لا رجوع في الهدايا لمن صدر منه العدول وفي القول الآخر يطبق هذا الحكم ما لم يوجد شرط أو عرف يقضي بخلاف ذلك: المعروف عند شروطهم عرفاً كالشروط شرعاً والمسلمون والملاحظة التي تم الوصول إليها:

- في القانون القديم أغفل المشرع مصير الهدايا التي يتلقاها الخاطب من مخطوبته

والظاهر أنها تأخذ نفس حكم هدايا الخاطب فالمستهلك لا رجوع فيه والقائم يرد لها، وقد تدارك ذلك في التعديل الجديد بالنص على: "...وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته".

- كما أن المشرع أغفل ولم يتطرق إلى الهدايا المقدمة والمتبادلة بين عائلتي المخطوبين وما حكمها في حالة العدول.

- اعتبر المشرع الناكل عن الخطبة سببا لمنعه من استرداد الهدايا التي قدمها، دون النظر في سبب العدول، إن كان السبب اضطراري أم بشروط يملئها الطرف الآخر، كاشتراط التوقف عن العمل بالنسبة للمخطوبة العاملة، أو لاكتشاف عيب أو إخفائه زواجه بأخرى أو الاتصاف بالفسق والانحراف بعد التظاهر بالصلاح.

ومنه فإنه في أغلب الأحوال لا يقع العدول عن الخطبة إلا تحت تأثير سبب معين، لذلك وجب التنقيب عن السبب لتحديد الأحق بامتلاك الهدايا.

### المطلب الثاني: التعويض عن الضرر الناجم عن العدول عن الخطبة

إن العدول عن الخطبة قد يسبب أضرارا مادية أو أدبية لأحد الطرفين، دون أن يطالب ببيان الدوافع والمبررات التي دفعته للعدول، فهذا مما يتنافى مع النظام العام والآداب العامة، وما تتعرض فيه الأسرة إلى كشف أسرارها، إلا أن هذا العدول قد يوقع الضرر بالخطيب أو المخطوبة، فقد تستمر الخطبة زمنا طويلا، فيعلم الناس أن تلك الفتاة مخطوبة، فلا يتقدم لها أي خاطب، ثم يعدل عن الخطبة، فيفوت عليها فرصة أن يتقدم إليها خاطب آخر، بعد مضي هذه السنين الطوال، حيث أصبحت في سن يقل الراغبون في زواجها، وفي هذا العدول ضرر الحق بالمخطوبة، وقد يقوم الخاطب بإعداد مسكن جديد يلائم الحياة الزوجية القادمة، ويقوم بتجهيز أثاث البيت، ثم تعدل المخطوبة عن الخطبة فيلحقه ضرر بسبب العدول<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> جميل فخري، محمد جانم، مرجع سابق، ص 254.

ومن هنا يمكن أن نتساءل هل للمتضرر من هذا العدول أن يطالب الطرف الآخر بالتعويض أم لا؟

وهذا ما سنعالجه في المطلب الأول: التعويض عن الضرر المادي بينما في المطلب الثاني: التعويض عن الضرر المعنوي.

### الفرع الأول: التعويض عن الضرر المادي

يقال عادة لا مسؤولية بدون ضرر، فالضرر هو الذي يقدر التعويض بمقدار في المسؤولية التقصيرية، فلا بد من ثبوت الضرر في هذه المسؤولية حتى يستحق التعويض ولا يكفي أن يقع فعل ضار لكي يسأل عنه فاعله ما لم يكن قد أحدث الغير ضرراً<sup>1</sup>.

كما هو معلوم أن التعويض عن الضرر المادي قد يكون إما قانونياً أو اتفاقياً أو قضائياً، فمجرد العدول عن الخطبة لا يكون سبباً موجباً للتعويض، أما إذا اقترنت بالعدول أفعال أخرى تترتب عنها أضرار مادية جازت المطالبة بالتعويض<sup>2</sup>.

بالتالي فإنه لا يمكن القول بأن يكون التعويض اتفاقياً، وكذلك لا يوجد في قانون الأسرة ما يحدد هذا التعويض ولا طريقة حسابه، مما يخرج من دائرة التعويض القانوني إذ اكتفى المشرع بإقرار مبدأ التعويض عن العدول عن الخطبة، ولذلك فإنه يبقى فقط التعويض القضائي الذي تمنح فيه السلطة الكاملة للقاضي في تقديرية وكيفية دفعه<sup>3</sup>.

ونتيجة ذلك أن العدول عن الخطبة للضرر ليس إكراهاً على إتمام العقد، وإنما هو محاولة رفع الظلم عن الطرف المتضرر، لهذا وقع اختلاف حول إمكانية تعويض المعدول عنه من عدمه وعن مدى إلزامية التعويض إذ ذهب اتجاه إلى القول بإلزامية التعويض واتجاه آخر ذهب إلى القول بعدم امكانيته.

<sup>1</sup> علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في قانون المدني الجزائري، الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص162.

<sup>2</sup> سعيد مقدم، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1992، ص252.

<sup>3</sup> مهدي حساني، تعويض الضرر الناجم عن العدول عن الخطبة، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، تخصص قانون الأسرة، جامعة ألكلي محند أولحاج-البويرة، 2015، ص4.

أولاً: الاتجاه المعارض للتعويض

يرى أنصار هذا الاتجاه أن مجرد العدول عن الخطبة لا يستوجب التعويض، لأن الخطبة وعد بالزواج غير ملزم من حيث الوفاء، لأن الفعل المشروع يرفع عن صاحبه الضمان طبقاً لقاعدة الجواز الشرعي ينافي الضمان" وبالتالي لا يلزم العادل بالتعويض عن الضرر<sup>1</sup>.

وفي هذا الصدد يقر هذا الاتجاه أنه إذا كان الحق يفهم من نفس تعريفه بأنه المصلحة التي يقرها الشرع أو القانون بسلطته ويحميها بقوته، وهو معين الحدود والمدى بحيث يقدر صاحبه على استعماله ضمن تلك الحدود باسم القانون نفسه ودون معارضة أحد الناس، وبديهي أنه متى قيل أن الإنسان يستعمل حقه يفهم أنه لا يستعمل إلا ما أولاه إياه القانون وأجازه له، وبديهي أن هذه الإجازة القانونية ترفع عنه في الأصل كل تبعة اتجاه الغير، من جراء ما ينتج عن استعمال حقه ضمن حدوده القانونية<sup>2</sup>.

إن المتضرر كان بوسعه أن يتفادى ذلك الضرر لأنه يعلم أن الطرف الآخر يملك حق العدول عن الخطبة، بحيث إذا أقدم على عمل بعد إتمام الخطبة ثم حصل عدول ترتب عليه

ضرر فالضرر كان نتيجة اغتراره، ومن المقررات الفقهية أنه من يقع في ضرر بسبب اغترار فليس له أن يضمن أحداً، كمن يشتري شيئاً يظنه على حال ولم يشترطها في العقد ثم يتبين أن المعقود عليه على غير هذه الحالة وتضرر فإنه ليس له أن يرجع على أحد بتعويض الضرر لأنه جاء نتيجة اغتراره هو من غير تعزير أحد<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> كريمة وعراب، الخطبة في القانون الجزائري، مذكرة تخرج لنيل اجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة، 17 الجزائر، 2009، ص 38.

<sup>2</sup> محمد محده، مرجع سابق، ص 70-71.

<sup>3</sup> محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 73.

ثانياً: الاتجاه المؤيد للتعويض

يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى إمكانية التعويض عن الأضرار المادية الناتجة عن العدول عن الخطبة، إذ أنهم انقسموا بدورهم إلى قسمين: فيري القسم الأول منهم أن التعويض عن الأضرار يتحقق إذا صاحب العدول أفعال مستقلة ألحقت ضرراً للمعدول عنه بغض النظر عن العدول المجرد، وهذه تستوجب التعويض طبقاً لقواعد المسؤولية المدنية عن الأفعال الخاطئة<sup>1</sup>. في هذا الصدد يقول الأستاذ أحمد عبد الرزاق السنهوري: " إن انحراف الخطيب في العدول عن الخطبة عن السلوك المألوف للشخص العادي في مثل الظروف الخارجية التي أحاطت بالخطيب، كان فسخ الخطبة خطأً يوجب المسؤولية التقصيرية"<sup>2</sup>. وليتحقق التعويض يستوجب توافر شروط هي:

- الخطبة ليست بعقد ملزم
- مجرد العدول عن الخطبة لا يكون سبباً موجباً لتعويض.
- إذا اقترنت بالعدول عن الخطبة أفعال أخرى ألحقت ضرراً بأحد الخطيبين جاز الحكم بالتعويض.

فمن صور الإكراه أن نفرض غرامة مالية لمن يعدل عن الخطبة، فقد يمضي أحدهما في إتمام العقد خوفاً من الغرامة التي يتوقعها إن عدل، فالقول بالتعويض قد يولد إكراهاً ناتجاً عن كون العدول قد يدفع إلى إتمام الزواج خوفاً من تحمله تعويضاً قد لا تتحمله ذمته المالية خاصة إذا كان غير ميسور الحال، كما أن الإكراه يؤدي إلى إجبار الشخص على التزوج بامرأة لا يرغب فيها أو إجبار المرأة على الزواج برجل لا ترغب فيه، وهذا الإكراه ينتافي والمبادئ التي يقوم عليها عقد الزواج<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> محمد محده، مرجع سابق، ص.74.

<sup>2</sup> أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981، ص.827.

<sup>3</sup> محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وأثاره، المرجع السابق، ص.72.

ونفس الأمر أخذ به الإمام محمد أبو زهرة إذ أوجب التعويض عن الأفعال المقترنة بالعدول التي تكون للخاطب دخل فيها بقوله: " يكون الضرر على قسمين ضرر ينشأ وللخاطب دخل فيه غير مجرد العدول، وضرر ينشأ عن مجرد الخطبة والعدول من غير عمل من جانب العادل، فالأول يعوض والثاني لا يعوض، إذ أن الأول فيه تغرير يوجب الضمان كما هو مقرر في قضايا العدل والمنطق"<sup>1</sup>.

أما القسم الثاني فقد ذهب إلى القول بأن الخطبة وعد غير ملزم يجوز لأي من الخاطبين العدول عنها، ولكن إذا صاحب العدول أضرار سواء نتجت عن العدول في حد ذاته بسبب خطأ أو تقصير أو إخلال بواجب الحيطة أثناء العدول، أم بسبب تصرفات أخرى أجنبية عنه فهي واجبة التعويض<sup>2</sup>.

فالتعويض يكون عند مصاحبة العدول لأضرار ناتجة عن التقصير أو الإخلال بواجب الحيطة أثناء العدول، أو نتيجة لتصرفات أجنبية عنه بسبب التعسف في استعمال الحق لكونه ألحق ضرراً بغيره بلا مبرر فعلية التعويض عن هذا الضرر.

فالعدول لا يمكن أن يكون في حد ذاته سبباً للتعويض لأنه حق، والحق لا يترتب عليه تعويض ولكن ربما يكون الخاطب قد تسبب في أضرار مست بالمخطوبة لا بمجرد الخطبة والعدول، وإنما لأنه قد طلب منها إعداد نوع من الجهاز أو طلبت منه إعداد البيت ثم يكون العدول والضرر، فالضرر وقع في هذه الحالة بسبب عمل كان من الطرف التي عدل عن الخطبة فيعوض، وأساس التعويض هنا ليس المسؤولية العقدية ولكن المسؤولية التقصيرية<sup>3</sup>.

عملاً بقواعد العدالة في الشريعة الإسلامية أي أنه إذا كانت حرية الزواج قد منحت في الشرع لكل إنسان عدلاً، فمن العدل أن نعطي لكل طرف الحق في العدول، مما يقتضيه

<sup>1</sup> محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص38.

<sup>2</sup> محمد محده، مرجع سابق، ص74.

<sup>3</sup> عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، طبعة الأولى، دار الفكر العربي، 1984، ص29.

العدل كذلك الإلزام بالتعويض بالنسبة إلى من ألحق ضرراً بغيره تعسفاً، وكلاهما واجب النفاذ لأن العدل لا يتجزأ، وإلا كان الظلم لاحقاً بالمضروب دون مسوغ.

الضرر ممنوع في الفقه الإسلامي وعليه نجد الفقهاء منعوا جميع التصرفات التي تلحق أضراراً بالآخرين<sup>1</sup>، وهذا لقوله تعالى: وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرَحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ<sup>2</sup> وقوله أيضاً: "مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرِ مُضَارٍّ حَلِيمٌ"<sup>3</sup>.  
وحديث النبي -صلى الله عليه وسلم-: "لا ضرر ولا ضرار"<sup>4</sup>.

ويقول الشيخ محمد أبو زهرة: "يميل بعض المحدثين ممن كتبوا في الفقه بالحكم في التعويض إذا نال أحد الفريقين بسبب العدول لأحد الأطراف عن الزواج، لأنه من المقرر في الشريعة أن لا ضرر ولا ضرار، كما ورد في الحديث الصحيح، والضرر يزال وطريق إزالته هو التعويض"<sup>5</sup>.

كما جاء عن البعض الآخر أن التعويض لا يحصل إلا بتوافر الشروط التالية:  
- ألا يكون لمن عدل مبرر ينزع عن أفعاله صفة السلوك الخاطئ المعتبر أساساً للتعويض وذلك كأن يتوفى أحد المخطوبين، حيث يكون تنفيذ العقد في هذه الحالة مستحيلاً، ولا دخل الإدارة الطرف الآخر الباقي على قيد الحياة في عدم تنفيذه أو الردة بعد الخطبة، أما إسلام المخطوبة فلا يعد مبرراً وكذلك الشأن إذا اكتشف أحد المخطوبين في الطرف الآخر مانعاً من موانع الزواج ولو علم به من قبل لما تمت الخطبة، كأن يتبين للخاطب بأن من خطبها هي أخته من الرضاعة.

<sup>1</sup> نصر سليمان، سعاد سطحي، المرجع السابق، ص72 و73. نقلاً عن فتحي الدريني، دراسات وبحوث في الفقه الإسلامي المعاصر، ص743.

<sup>2</sup> سورة البقرة الآية 231.

<sup>3</sup> سورة النساء، الآية 12.

<sup>4</sup> الموطأ، تصحيح وترقيم وتخريج أحاديث وتعليق محمد فؤاد عبد الباقي، الجزء الأول، كتاب الأفضية، رقم الحديث 31، دار الكتاب اللبناني، لبنان، 1918، ص745.

<sup>5</sup> محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 36.

- أن يكون للعادل يد في إحداث الضرر الحاصل للمعدول عنه، وذلك كالأمر بإجراء تصرف على وجهة معينة وفجأة تتقلب الأوضاع رأساً على عقب فيحدث ذلك ضرراً مالياً للمتصرف وفقاً لتلك الآراء، وذلك كأن يعلم الخاطب خطيئته بتاريخ الدخول وطلب منها التخلي عن عملها لكن قبل التاريخ المحدد وبعد قيام المخطوبة بالتخلي عن عملها فعلا عدل الخاطب عن الخطبة، فالأضرار التي لحقت المخطوبة في هذه الحالة كانت نتيجة تصرفات وقعت من الخاطب فلولا طلبه ما تخلت عن منصب عملها، وبمفهوم المخالفة لو أن تخليها عن العمل كان رغبة منها دون إحياء منه أو طلب منه فلا أحقية لها في طلب التعويض، حتى ولو أدعت بأنها تخلت عن عملها نتيجة للخطبة وذلك لعلمها بأن الخطبة لا ترتب أي التزام على الخاطب أو على المخطوبة<sup>1</sup>.

#### الفرع الثاني: التعويض عن الضرر المعنوي

التعويض عن الضرر المعنوي إن التعويض عن الضرر المعنوي أصبح مبدأ مسلماً به فقها وقضاء، حيث يترتب عن العدول عن الخطبة أضرار تنشأ عن ظروف العدول عنها، خاصة فيما يتعلق بالخطبة التي استمرت لفترة طويلة تنشأ علاقات بين الطرفين لا يمكن إغفالها ولا تجريدها من أي تقدير قانوني.

كأن يتمادى الخاطب في خطبته للمرأة لمدة طويلة حيث يظهرها معه بمظهر زوجته المستقبلية مما يترتب عليه أن تتصرف عنها رغبة غيره من طالبي الزواج، ثم يعدل عن الخطبة، إذ لا شك أنه يؤثر على مستقبل زواج الفتاة المخطوبة لأن العدول في مثل هذه الظروف يتركها عرضة للظن ويلحق بها ضرراً معنوياً له أثر مادي في حياتها<sup>2</sup>.

إذ أن الخاطب بعدوله قد يسبب ضرراً يصيب الشرف ويمس بالكرامة بين الناس، ولذا قضت بعض المحاكم في بعض البلاد الإسلامية بالتعويض عن الضرر المعنوي، غير أن هذا لا يتفق ونصوص الشريعة الإسلامية، فلا مجال لتبرير الحكم بالتعويض بحجة

<sup>1</sup> محمد محده، مرجع سابق، ص 77-78.

<sup>2</sup> سعيد مقدم، مرجع سابق، ص 250.

مبادئ العدالة وتغيير الأوضاع الاجتماعية، لأنها حجة مردودة لأن الإسلام لا يفصل على أوضاع المجتمع فإذا اتسعت اتسع وإذا ضاقت ضاق، بل العكس هو الصحيح، فالمجتمع هو الذي يجب أن يكون في إطار حكم الإسلام، فإذا تغيرت الظروف والأوضاع في المجتمع إلى غير الإسلام، وجب ردهما إليه ليحكم في صحتها أو بطلانها<sup>1</sup>.

حيث أن التعويض عن الضرر المعنوي في فسخ الخطبة لا يزال مجالاً خصباً للاجتهاد المدعم بالأراء الفقهية والاتجاهات التشريعية المعاصرة<sup>2</sup>.

وهو ما سنحاول بيانه في الفروع الآتية، حيث سنعرض التعويض عن الضرر المعنوي في الفقه الإسلامي أولاً، ثم في قانون الأسرة الجزائري، وأخيراً التعويض عن الضرر في بعض التشريعات العربية.

#### أولاً: التعويض عن الضرر المعنوي في الفقه الإسلامي

لا شك أن كلا من المخطوبين اللذان تم العدول عن خطبتهما، يعانيان من جراء الشائعات التي تلحقهما أو تعيرهما بالعيب أو غيرها من الأقوال والآثار المخلفة للضرر المعنوي، فما هو النظر الفقهي في التعويض عن مثل هذه الأضرار؟

الفقه الإسلامي القديم لم يتطرق لمبدأ التعويض عن الضرر المعنوي نتيجة لتمسك المجتمع بالتقاليد الإسلامية، إلا أن تطور الحياة الاجتماعية للمجتمع من حيث ثقافته ونمط عيشه، ونتيجة تطور المجتمعات ظهرت مستجدات فقهية كثيرة لم تكن معهودة سابقاً، مما أدى إلى خلاف فقهي حول مشروعية التعويض عن الأضرار المعنوية الناتجة عن العدول عن الخطبة من عدم مشروعيته فظهر اتجاهان:

<sup>1</sup> محمد سمارة، احكام واثار الزوجية، شرح مقارن لقانون الاحوال الشخصية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع الارين، 2008، ص 42.

<sup>2</sup> عبد الهادي بن زيطة. تعويض الضرر المعنوي في قانون الاسرة الجزائري، الطبعة الأولى، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 89.

الاتجاه الأول: عدم جواز التعويض عن الضرر المعنوي الناتج عن العدول عن الخطبة  
ذهب أنصار هذا الاتجاه إلى رفض فكرة التعويض عن الضرر المعنوي الناتج عن  
الخطبة ومن حججهم في ذلك:

من المقرر شرعا أن العدول حق مكفول للطرفين، ومن المقرر أيضا أن الجواز  
الشرعي ينافي الضمان، أي أن من يمارس حقا مشروعاً لا يكون مسؤولاً حتى إن ترتب  
ضرره<sup>1</sup>.

هذا ما ذهب إليه الشيخ مصطفى الزرقاء " أنه ما من مبرر استصلاحي لمعالجة  
الأضرار الأدبية مادامت الشريعة قد فتحت مجالاً واسعاً لقمعه بالزواج التعزيرية، بل أن  
قبول مبدأ التعويض المالي يفتح باب الدعاوى والأقضية التي تحوي أرقاما بالملايين مقابل  
أضراراً تافهة"<sup>2</sup>، كما يرى أيضاً الدكتور عمر سليمان الأشقر " أن القول بالتعويض مخالف  
لإجماع الأمة الإسلامية، وحكم على أن الأمة الإسلامية ضلت عن الحق عبر تاريخها  
الطويل في هذه المسألة"<sup>3</sup>.

إن فكرة الضرر الواجب تعويضه في الشريعة الإسلامية فكرة محددة ضيقة، حيث لم  
تقم بتعريف التعويض عن الضرر المعنوي، وسند الفقه الإسلامي في ذلك أنه طالما أن  
التعويض لا يكون إلا بالمال على أساس المماثلة أو المعادلة، وجب أن يكون الضرر  
المقابل له ضرراً مالياً، أما غير المالي فلا يقوم بالمال ولا يعوض عنه، ومن ثم فلا تعويض  
عن الضرر المعنوي.

كما يستندون في تبريرهم لعدم تعويض الضرر المعنوي، إلى أن التعويض بالمال  
يقوم على الجبر بالتعويض، لرد الحال إلى ما كانت عليه قبل وقوع الضرر، وفي هذا النوع  
من الضرر لا يتحقق ذلك، لأن دفع مبلغ نقدي عن الضرر الذي يتمثل في جرح الشعور أو

<sup>1</sup> عبد الهادي بن زينة، مرجع سابق، ص 89-91.

<sup>2</sup> مصطفى الزرقاء، الفعل الضار والضمان فيه، الطبعة الأولى، دار القلم، دمشق، دون سنة نشر، ص 124.

<sup>3</sup> عمر سليمان الأشقر، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، طبعة الأولى، دار النفائس، عمان، 2000، ص 61.

ثم الشرف لا يعيد المضرور إلى ما كان عليه قبل وقوع الضرر، ولا يرفع الضرر ولا يزيله وبالتالي مما ينافي المثل العليا للأخلاق<sup>1</sup>.

بالرغم من تبيان أصحاب هذا الاتجاه لحججهم وأدلتهم إلا أن هناك من قام بانتقادهم على النحو التالي:

إن اعتبار التعويض عن الضرر الأدبي غير جائز ومخالف للشرع لأن الجواز الشرعي ينافي الضمان، لا ينطبق على الحكم بالتعويض عن الضرر الأدبي الناتج عن العدول عن الخطبة، وذلك لأن التعويض ليس عن الحق بل عن التعسف في استعمال حق العدول إذا كان العدول بغير سبب، أو كان العدول عن الخطبة للإضرار بالطرف الآخر، وكان لسبب غير مشروع<sup>2</sup>.

والقول بصعوبة التقدير العادل، والتعويض الملائم للضرر المعنوي لا يعتبران عائقاً للتعويض حتى لو كان المبلغ تافهاً، بل من الخير أن يكون هناك مقابل ولو غير ملائم فيكون خيراً من لا شيء، إذ عندما يتألم المضرور يكون قد منحه مبلغاً نقدياً يجلب له على الأقل ترضية أي نوع من المواساة.

ثم إن الادعاء بأن هناك خطر ذا طابع أخلاقي يتجلى في منح مفتعلي الآلام والأضرار المعنوية للتعويضات النقدية، أخطر بلا ريب من ترك المسؤول عن الضرر الذي أحدثه بفعل سلوكه الضار<sup>3</sup>.

### الاتجاه الثاني: جواز التعويض عن الضرر المعنوي الناتج عن العدول عن الخطبة

يرى أصحاب هذا الاتجاه أنه لا ينكر حق الخاطب في العدول إلا أنه يلزمه بأن يستعمل هذا الحق بعناية وحرص، حتى لا يسبب للمخطوبة أقل ضرر ممكن فليس له أن يتركها معلقة به ويزعم بعد ذلك أنه راجع نفسه كونه أفضل من الاقتران بها، ويتضمن هذا

<sup>1</sup> سعيد مقدم، المرجع السابق، ص.ص. 63-64، نقلاً عن سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية،

ج2، معهد الدراسات العربية العالية، دون بلد نشر، 1971، ص.71.

<sup>2</sup> عبد الهادي بن زينة، مرجع سابق، ص.96.

<sup>3</sup> سعيد مقدم، مرجع سابق، ص.79.

الاتجاه مذهبين، الأول يوجب التعويض مطلقاً دون تفصيل في ماهية الضرر، أما الثاني فهو مذهب وسط بين الاتجاه القائل بعدم جواز التعويض والاتجاه القائل بجواز التعويض مطلقاً وأدلة أصحاب هذا الاتجاه هي:

يقر هذا الاتجاه التعويض عن الضرر المعنوي إذا لم ترافق العدول عن الخطبة أسباب معقولة، وهذا ما ذهب إليه الشيخ أبو زهرة الذي يرى: "أن العدول عن الخطبة في ذاته لا يكون سبباً للتعويض لأنه حق والحق لا يترتب عليه تعويض قط، ولكن إذا تسبب الخاطب بفعله في أضرار وجب تعويضها حينئذ"<sup>1</sup>.

إن الحق في الشريعة الإسلامية مقيد بمنع الضرر قصداً أو مالا أياً كان منشؤه عملاً بالقاعدة الفقهية "لا ضرر ولا ضرار"، وهذا ما ذهب إليه الكثير من الفقهاء المسلمين من بينهم الإمام أبو حنيفة الذي أقر التعويض في حالة إساءة استعمال الحق في كثير من فروع الفقه<sup>2</sup>.

إذا كان الوعد بالخطبة غير ملزم بالزواج بإجماع الفقهاء المسلمين وكذا عند الفقه المالكي، إذن لا بد من اعتبار الضرر الناشئ عند النكول بهذا الوعد موجب التعويض عنه<sup>3</sup>.

ومن الانتقادات الموجهة لهذا الاتجاه تتمثل فيما يلي:

إن النصوص الشرعية تظافرت على تأكيد تحريم الشريعة الأضرار الأدبية، وحد القذف مثال واضح على ذلك، لكن الأسلوب الذي اتبعته الشريعة في معالجة الأضرار الأدبية إنما هو التغيرير الزاجر وليس التعويض المالي، إذ أن الشريعة لا تعد شرف الإنسان وسمعته مالا منقولاً يعوض بمال آخر إذا اعتدى عليه<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> محمد أبو زهرة، مرجع سابق ص37.

<sup>2</sup> فتحي الدريني، مرجع سابق، ص524.

<sup>3</sup> مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، الجزء الأول، طبعة الأولى، المكتب الإسلامي، بيروت، 1997، ص64.

<sup>4</sup> عبد الله مبروك النجار، التعويض عن فسخ الخطبة "أسسه ومدى مشروعيته في الفقه الإسلامي والقانون"، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 181-182.

إن التعويض المالي على الضرر الأدبي ما هو إلا مجارة للقوانين الغربية التي تختلف عتا في أعرافها وتقاليدها.

### الرأي الراجح:

من خلال الأدلة التي تم عرضها لكل اتجاه، نجد أن كلا الاتجاهين يتفقان على أن الخطبة وعد بالزواج، وهي لا ترقى إلى مرتبة عقد الزواج، فلكل من الطرفين حق العدول عن الخطبة وبالتالي فالعدول هو حق لكل طرف، واستعمال الحق لا يترتب عنه تعويض، وذلك عملاً بقاعدة الجواز الشرعي ينافي الضمان" إلا أن التعويض هنا ليس عن الحق، بل نتيجة إساءة استعمال الحق وإلحاق الضرر بالغير<sup>1</sup>.

فإذا كان العدول عن الخطبة بغير سبب واضح، وسبب أزمة نفسية للطرف المعدول عنه، فإن هذا يعد ضرراً أدبياً ناتجاً عن العدول عن الخطبة أو التعسف في العدول عن الخطبة وبالتالي جواز الحكم بالتعويض، على هذا الأساس فإن مجرد العدول عن الخطبة لا يكون سبباً للتعويض، أما إذا اقترن العدول بأفعال أخرى ترتب عنها أضرار مادية أو معنوية بأحد الطرفين جازت المطالبة بالتعويض<sup>2</sup>.

وهذا ما استقرت عليه أحكام قانون الأسرة الجزائري في المادة 05 منه، التي من خلالها يتضح أن المشرع استعمل لفظ الجواز، أي أن الحكم بالتعويض هو أمر جوازي متروك للسلطة التقديرية للقاضي، أو هذا اللفظ ينصرف لاستيعاب دلالة الخلاف الفقهي الوارد في مسألة التعويض عن الضرر المعنوي من عدم جواز ذلك، فيمكن للقاضي أن يحكم بالتعويض عن الضرر الأدبي، كما يمكنه عدم الحكم به إذا ما بدت له المبررات المقنعة بأن لا وجود لضرر معنوي معتبر<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> عبد الهادي بن زيطة، مرجع سابق، ص 96.

<sup>2</sup> سعيد مقدم، مرجع سابق، ص 252.

<sup>3</sup> عبد الهادي بن زيطة، مرجع سابق، ص 104-105.

الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري

أولاً: التعويض عن الضرر المادي والمعنوي في القانون المدني الجزائري

بالرجوع إلى القانون المدني الجزائري نجد أن المشرع الجزائري يشترط لقيام المسؤولية التقصيرية قيام عنصر الخطأ إلى جانب العنصرين الآخرين الضرر والعلاقة السببية حيث نص المشرع في نص المادة 124 مكرر منه التي جعلت المسؤولية التقصيرية عن الأعمال الشخصية تقوم على أساس الخطأ الواجب الإثبات بحيث تنص: "يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات الآتية":

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.

- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير.

- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة<sup>1</sup>.

وبالتالي فإن المشرع الجزائري قد اعتبر التعسف في استعمال الحق خطأ يترتب المسؤولية التقصيرية، وعلى هذا الأساس يكون العدول عن الخطبة بغير مبرر أو بقصد الإضرار بالطرف الآخر أو لسبب غير مشروع هو خطأ تقصيري يوجب المسؤولية.

ثانياً: التعويض عن الضرر المادي والمعنوي في قانون الأسرة الجزائري

لقد نص المشرع الجزائري صراحة على التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية الناتجة عن العدول عن الخطبة، وذلك من خلال نص المادة 05 فقرة 3 من الأمر رقم 02-05 المعدل والمتمم لقانون الأسرة الجزائري التي تنص على أنه: "إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض"<sup>2</sup>.

وما يلاحظ من خلال نص المادة 05 من ق أ ج أن المشرع الجزائري لم يجعل التعويض واجبا وإنما جائزا، لأنه ليس معقولا أن كل عدول عن الخطبة يصاحبه ضرر، وكقاعدة عامة أباح العدول، فهو حق لكلا الطرفين، لكنه جعل التعويض أمرا جوزيا فقط

<sup>1</sup> أمر رقم 75-58، مرجع سابق.

<sup>2</sup> القانون رقم 84-11، مرجع سابق.

عند ترتب الضرر، وهذا ما يمكن القول معه بأنه مهما استتال أمد الخطبة فلا تعويض عن مجرد العدول. وقد استندت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 25 / 12 / 1989، حيث قضت بموجبه بأنه: "أقرت بمبدأ التعويض عن الأضرار بنوعيتها المادية والمعنوية موضحة بأن الاعتراف بالخطبة أمام القضاء يعد إقراراً قضائياً وما دامت المخطوبة قد اعترفت أمام القضاء بذلك، وأن العدول عن الخطبة كان من فعلها، حيث أنه من المقرر أيضاً أنه إذا ترتب على العدول عن الخطبة ضرر مادي أو أدبي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذين المبدأين يعد خرقاً للقانون"<sup>1</sup>.

يتضح لنا أن التعويض عن الضرر المعنوي المترتب عن العدول عن الخطبة أمر ثابت بموجب أحكام القانون واجتهادات القضاء، يسري عليه ما يسري على الضرر المادي فهما على حد سواء، غير أن الإشكال الحقيقي في هذا يكمن في إثبات الضرر المعنوي، إذ غالباً ما يكون التعويض في هذه الحالة مرتبطاً بالآلام النفسية تلحق بالمعدول عنه أو المساس بشرفه وسمعته، ذلك لأن الخطبة في طبيعتها ليست بالأمر السري، بل هي محل إشهار بين المحيطين به.

<sup>1</sup> أنظر الملحق رقم 02.

تعد الرابطة الزوجية من أهم الروابط الإجتماعية القائمة بين الناس نظرا لما ترتبه هذه الأخيرة من نتائج بالغة الأهمية سواء بالنسبة لطرفيها أو بالنسبة للمجتمع ككل.

ولما كان عقد الزواج من أهم العقود وأقدسها، فهو في أمس الحاجة إلى بسط تشريعات ونظم تشمله وتنظمه، وضوابط تقف في وجه كل من أراد إساءة استعمال هذه العلاقة الكريمة. كما أنه في حاجة إلى بيان أسسه وسبله وأحكامه حتى يكون كل واحد، ذكر كان أو أنثى على بينة من أمره قبل إقدامه على إبرام هذه العلاقة، وكذلك حتى يصل الجميع إلى بناء أسرة مترابطة يضمن استمرارها وفعاليتها في نسيج المجتمع البشري.

ومسألة الخطبة والعدول عنها وما يترتب هذا الأخير من آثار تعد من أهم الإشكاليات المطروحة في مجال العلاقات الأسرية.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن الخطبة هي إتفاق بين الطرفين تتم بعد التحري والتقصي وهي لا تعدو أن تكون وعدا للزواج وتمهيدا لإبرام العقد وفقا لما يقتضيه الشرع الإسلامي الحنيف.

وتختلف مظاهر الخطبة من مجتمع لآخر وفقا لأعرافه وتقاليده فقد يقتصر البعض فيها على مجرد الحديث بين العائلتين كما أنها قد تأخذ شكلا علنيا في حالة قراءة الفاتحة في المسجد بحضور مجمع من أفراد العائلة والمعارف والمصلين.

وعليه لا يمكن تصور إبرام عقد زواج دون المرور بمرحلة الخطبة كفترة تمهيدية يتعرف فيها الخاطب على خطيبته أو الخطيبة على خطيبها بشكل يبعث السكن النفسي أو الروحي أو بشكل يبعث المودة التي ترقى على المحبة لما تتطوي عليه من حسن المعاملة والرحمة.

ومن أجل ذلك كان من الأجدر بالقوانين الوضعية أن تتطرق لهذه المسألة بالتفصيل، وذلك في غياب البحث والتمحيص من جانب الفقه خاصة فيما يتعلق بالآثار المادية والمعنوية المترتبة عن العدول عن الخطبة، وذلك بالرغم من أهميتها وكثرة النزاعات القائمة حولها.

وبالرغم من أن الخطبة وعد غير ملزم فإنه يظهر غالبا إتمام هذا الوعد حفاظا على العلاقات الطيبة بين الناس وإشاعة الثقة بينهم وبقائهم وعدهم بالزواج وشروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما، إلا في حالة استحالة تنفيذ الوعد بالزواج للتدليس أو الغش أو عدم اقتناع أحد الطرفين بأخلاق وشخصية الطرف الآخر.

ونشير إلى أن الإسلام وضع المبادئ النبيلة والأحكام المنطقية العادلة والسبل القويمة، التي تكفل للناس حياة سعيدة آمنة لا خوف فيها ولا قلق تحول دون انتشار المفساد ودون قيام علاقات مشبوهة قائمة على الريبة وسوء الظن.

لذلك قامت التشريعات العربية بتكريس هذه المبادئ في نصوصها القانونية حيث عمدت إلى وضع قواعد وأحكام تنظم وبصفة واضحة الخطبة وآثار العدول عنها بصياغة هذه المبادئ بشكل يضع حدا لكل النزاعات التي تطرح حول هذه المسألة.

والملاحظات المستخلصة من هذا البحث تتمثل في بعض النقاط التالية:

- الحد الذي أورده المشرع في تعريف الخطبة غير مفصل وغير دقيق، لاعتباره

الخطبة وعدا وإقرار حق العدول عن هذا الوعد الآن فيه تناقض لأن نقض العهد مذموم عقلا وشرعا وإن الله تعالى ورسوله عليه الصلاة والسلام يحثون على الوفاء بالعهود لأنه من مكارم الأخلاق.

- لم يتعرض قانون الأسرة بتاتا إلى مصير المهر المعجل بعد العدول عن الخطبة، وقد

يكون السبب في ذلك أن المسألة لا خلاف فيها بين الفقهاء على الخاطب أن يسترد كل المهر المعجل بغض النظر عن الطرف العادل عن الخطبة.

وكان عليه أن يشير إليه ولو إشارة مختصرة خاصة إذا ما تصرفت فيه المرأة، فهل تعيد القيمة المقبوضة بعينها، أم المتاع المشتري؟ على غرار الأمور التي فصل فيها المقنن كالهيايا والتعويض عن الضرر.

- في القانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة قبل التعديل أغفل المشرع مصير الهيايا

الهيايا التي يتلقاها الخاطب من مخطوبته، والظاهر أنها تأخذ نفس حكم هيايا الخاطب فالمستهلك لا رجوع فيه والقائم يرد له.

لكن قد يدعي أحدهما استهلاكها حتى لا يردها وقد تدارك ذلك في التعديل الصادر

بتاريخ في 27 فبراير 2005 بموجب الأمر رقم 05-02 المعدل والمتمم لقانون الأسرة حيث

عدل المادة الخامسة كما يلي: "... وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو

قيمته".

ويكون المشرع بهذا قد إستدرك حكم الهدايا المتبادلة بين المخطوبين في حالة العدول.

- اعتبر الطرف الناكل عن الخطبة سببا لمنعه من استرداد الهدايا التي قدمها، دون

النظر في سبب العدول، ومنه في أغلب الأحوال لا يقع العدول إلا تحت تأثير سبب معين.

- بالنسبة للفاتحة الشرعية التي نص عليها المشرع في المادة 6 في فقرتها الثانية:

" غير أن إقتزان الفاتحة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توافر ركن الرضا وشروط الزواج

المنصوص عليها في المادة ومكرر من هذا القانون ."

إذا لم تقترن بتسجيل رسمي فإن القاضي لا يمكنه الحكم بأي حق لأي طرف كان، بل تبقى

مجرد عقد شرعي غير منتج الآثار حتى يسجل بمصلحة الحالة المدنية.

- لم يعالج ولم يتعرض المشرع إلى حكم الهدايا المتبادلة بين عائلة الخاطب وكذا

عائلة المخطوبة ومصيرها في حالة العدول من طرف أحد الخاطبين.

ويؤخذ على المشرع عدم تعرضه للحالة التي يكون فيها العدول بسبب مشروع ومبرر

معقول.

كما أن المشرع أغفل مسألة التعويض المعنوي في حالة عدول أحد الطرفين عن الخطبة

دون سبب أو مبرر شرعي خاصة وأن حالات العدول عن الخطبة انتشرت في وقتنا الحالي

بشكل يفرض على المشرع أخذ بعين الاعتبار هذه النقطة في تعديل قانون الأسرة.

صحيح أن الشريعة الإسلامية لم تتطرق إلى هذه النقطة على أساس أن الخطيب لا يرى خطيبته إلا بحضور محرم لها إلا أن ذلك لا يمنع من اتخاذ المشرع مبادرة إضافة هذه النقطة خاصة في حالة ما إذا استمرت الخطبة لمدة طويلة ويظهر الخطيب مع خطيبته بمظهر الزوجين هذا ما يؤدي إلى عدم خطبتها في حالة عدول الخاطب.

خاصة إذا علمنا أن المادة 222 من قانون رقم 84-11 المتعلق بالأسرة تحيل إلى الشريعة الإسلامية وأمام هذا كان لا بد من الإشارة إلى هذه النقائص التي تحول دون تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في مجتمعاتنا نظرا للغموض والفراغ القانوني الذي يكتنف قواعد وأحكام قانون الأسرة.

تم بعون الله هذا العمل

## قائمة المراجع:

أولاً: القرآن الكريم

ثانياً: الأحاديث النبوية

1- السنن الكبرى، البيهقي، باب من يسلم وعنده أكثر من أربع نسوة، الجزء السابع.

ثالثاً: المراجع باللغة العربية

الكتب:

1. ابن حزم الظاهري، المحلي، الجزء الثامن، المكتب التجاري للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، دون سنة نشر.
2. ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، تنوير الأبصار، الجزء الثالث، طبعة الاولى، دار الكتب العلمية، لبنان، 1994.
3. ابن نجيم، شرح الأشباه والنظائر، الجزء الثالث، دار الكتب العلمية، دون سنة نشر.
4. أبو عبد الرحمان أحمد بن شعيب، سنن النسائي، بشر حلال الدين السيوطي وحاشية الإمام السندي، الجزء الخامس كتاب النكاح، دار الكتب العلمية، لبنان، دون سنة نشر.
5. أحمد بن إدريس القرافي، الفروق، الجزء الرابع، عالم الكتب، بيروت، دون سنة نشر.
6. أحمد خليفة العقيلي، الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية، طبعة الاولى، الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع والإعلان، بنغازي، 1990.
7. أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقاً لأحدث التعديلات " دراسة فقهية ونقدية مقارنة"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010.
8. أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981.
9. أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية.
10. إسماعيل أمين نواهضة، أحمد محمد الموني، الأحوال الشخصية، طبعة الاولى، دار الميسرة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010.

11. الإمام زفر بن الهذيل التميمي، أحد فقهاء الكبار في المذهب الحنفي.
12. الامام محمد أبوزهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الاولى، سنة 1971.
13. بدر أبو العينين بدران، الزواج والطلاق، الإسكندرية، 1974.
14. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزء الأول الجزائر، 1994.
15. بن رشد، بداية المجتهد، الطبعة الأولى بيروت دار بن حزم (1420-1999).
16. جميل فخري محمد جانم، مقدمات عقد الزواج الخطبة في الفقه والقانون، دار الحامد للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، سنة 2008.
17. حسين بن الشيخ أث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2006.
18. خيرة إكاسولن، طاوستواتي، الخطبة وأثار العدول عنها، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، فرع القانون الخاص، تخصص القانون الخاص الشامل، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2013.
19. الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة المعدل: "دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية"، طبعة الاولى، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.
20. رمضان علي السيد الشرنباطي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، دون سنة النشر.
21. سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، 1996.
22. سعيد مقدم، المرجع السابق، ص.ص. 63-64، نقلا عن سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، الجزء الثاني، معهد الدراسات العربية العالية، دون بلد نشر، 1971.

23. سعيد مقدم، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1992.
24. سليمان بن محمد بن عمر البجيرمي، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، الجزء الرابع، دار الكتب العلمية، لبنان، 1996.
25. شمس الدين السرخسي، المبسوط، الجزء الثالث، دار المعرفة، بيروت، 1986.
26. صحيح البخاري، كتاب الوصايا، رقم الحديث 33، الطبعة الأولى، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، 2007.
27. عبد الرحمان الصابوني، شرح الأحوال الشخصية السوري: "الزواج والطلاق"، الطبعة الخامسة، المطبعة الجديدة، دمشق، 1979.
28. عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في القانون الاسرة الجزائري، الطبعة الثانية.
29. عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، شرح أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، الطبعة الثانية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009.
30. عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، طبعة الاولى، دار الفكر العربي، 1984.
31. عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، طبعة الاولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2007.
32. عبد الله مبروك النجار، التعويض عن فسخ الخطبة "أسسه ومدى مشروعيته في الفقه الإسلامي والقانون"، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002
33. عبد الهادي بن زيطة. تعويض الضرر المعنوي في قانون الاسرة الجزائري، الطبعة الأولى، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007
34. عز الدين بليق، مناهج الصالحين، دار الفتح للطباعة والنشر، بيروت، دون سنة النشر.
35. علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في قانون المدني الجزائري، الطبعة الاولى، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.

36. عمر سليمان الأشقر، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، طبعة الأولى، دار النفائس، عمان، 2000.
37. فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصولها، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2008.
38. فتحي الدريني، دراسات وبحوث في الفكر الإسلامي المعاصر، المجلد الثاني، الطبعة الأولى، دار تقيّة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت سنة 1995.
39. فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، الجزء الأول، المؤسسة الوطنية للكتاب - الجزائر 1985.
40. الفقه الإسلامي المعاصر.
41. كريمة وعراب، الخطبة في القانون الجزائري، مذكرة تخرج لنيل اجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة، 17 الجزائر، 2009.
42. محمد سمارة، احكام واثار الزوجية، شرح مقارن لقانون الاحوال الشخصية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع الاردن، 2008.
43. محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية، دار محمود للنشر والتوزيع.
44. محمد كمال الدين إمام، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين، جزء الاول، منشأة المعارف، مصر، 2000.
45. محمد محده، سلسلة فقه السنة الخطبة والزواج، الجزء الأول، الطبعة الثانية، سنة 1994.
46. مصطفى الزرقاء، الفعل الضار والضمان فيه، الطبعة الاولى، دار القلم، دمشق، دون سنة نشر.
47. مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، الجزء الاول، طبعة الاولى، المكتب الإسلامي، بيروت، 1997.

48. مهديّة حساني، تعويض الضرر الناجم عن العدول عن الخطبة، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، تخصص قانون الأسرة، جامعة أكلي محند أولحاج-البويرة، 2015.
49. الموطأ، تصحيح وترقيم وتخريج أحاديث وتعليق محمد فؤاد عبد الباقي، الجزء الاول، كتاب الأفضية، رقم الحديث 31، دار الكتاب اللبناني، لبنان، 1918.
50. نايف محمود الرجوب، كتاب أحكام الخطبة في الفقه الإسلامي، طبعة الاولى، دار الثقافة، الأردن، 2008.
51. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء السابع، دار الفكر للطباعة والنشر، دمشق، 1992.
52. يوسف القرضاوي، فتاوى معاصرة في شؤون المرأة والأسرة، دار الشهاب، الجزائر، 1993.

#### رابعاً: نصوص قانونية

1. أمر رقم 05-02: المعدل والمتمم لقانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة، الجزائر، الجزء الرابع، عدد 15 لسنة 2005 .
2. أمر رقم 75 - 58، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975/ يتضمن القانون المدني، ج ر عدد 78 لسنة 1975 المعدل والمتمم .
3. قانون رقم 84 - 11 مؤرخ في 09 يونيو 1984 يتضمن قانون الأسرة الجزائري.

#### خامساً: المراجع باللغة الأجنبية

1-GHAOUTI BEN MELHA ،le droit Algérien de la famille, OPU, P37  
Alger1993.

الملحق رقم (01)

ملف رقم 21913 قرار بتاريخ: 1998

قضية: (ب ص و) ضد (ع م ر)

من المقرر قانوناً أنه لا يسترد الخاطب شيئاً مما أهداه إذا كان العدول منه، ومتى تبين -في قضية الحال- أن الطرفين جرت بينهما خطبة زواج ثم وقع العدول عن الخطبة من طرف الخاطب فإن القضاة بقضائهم بتأييد الحكم المستأنف والقاضي برفض إتمام الزواج وإلزام المدعى عليها بردها إلى المدعي ما قدمه لها من هدايا وحلي ونقود واعتبروها صداقاً دون الرد على دفع الطاعة اخطأوا في تطبيق القانون، وعرضوا قرارهم للقصور في التسبيب. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.

لهذه الأسباب

قررت المحكمة العليا -غرفة الأحوال الشخصية والمواريث- بقبول الطعن شكلاً وموضوعاً ونقض القرار المطعون فيه الصادر عن مجلس قضاء البلدة بتاريخ 12 / 01 / 1998 وإحالة القضية والأطراف إلى نفس المجلس شكلاً من هيئة أخرى للفصل فيها من جديد طبقاً للقانون مع إلزام المطعون ضده بالمصاريف القضائية.

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

الملحق رقم (02)

ملف رقم 56097 قرار بتاريخ: 1989/12/25

قضية: (ب خ) ضد (ب ف) (ب ع)

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

(المادتين 341 و342 من ق. م)، (المادة 05 ق. أ)

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

ولما كان من الثابت في القضية الحال أن المجلس القضائي بإلغائه الحكم المستأنف ورفضه الدعوى المتضمنة طلب التعويض من الطاعن على الضرر الذي أصيب به بالرغم من إقرار المطعون ضدها بفسخ الخطوبة أمام القضاء يكون قد خالفوا القانون. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.

لهذه الأسباب

قرر المجلس الأعلى غرفة الأحوال الشخصية نقض القرار في 01-06-1986 والصادر من مجلس قضاء الجزائر والمطعون فيه ودون إحالة وقضى بمصاريف القضائية على المطعون ضدها.

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

أ	.....	مقدمة
		الفصل الأول: ماهية الخطبة
07	.....	المبحث الأول: مفهوم الخطبة
07	.....	المطلب الأول: تعريف الخطبة وأدلة مشروعيتها
07	.....	الفرع الأول: تعريف الخطبة
11	.....	الفرع الثاني: مشروعية الخطبة
11	.....	الفرع الثالث: الحكم من الخطبة
12	.....	المطلب الثاني: أنواع الخطبة والطبيعة القانونية لها
12	.....	الفرع الأول: أنواع الخطبة
14	.....	الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للخطبة
19	.....	المبحث الثاني: أحكام الخطبة
19	.....	المطلب الأول: من تحرم خطبتها من النساء
19	.....	الفرع الأول: المحرمات من النساء تحريماً مؤقتاً
28	.....	الفرع الثاني: المحرمات من النساء تحريماً مؤبداً
32	.....	المطلب الثاني: الفاتحة وعلاقتها بالخطبة
33	.....	الفرع الأول: تعريف الفاتحة
34	.....	الفرع الثاني: حكم الفاتحة
37	.....	الفرع الثالث: آثار اقتران الفاتحة بالخطبة
		الفصل الثاني: العدول عن الخطبة والآثار المترتبة عنه

42	.....المبحث الأول: العدول عن الخطبة وحكمه
42	.....المطلب الأول: أنواع العدول وحكمه
42	.....الفرع الأول: العدول بالإرادة المنفردة
43	.....الفرع الثاني: العدول بالإرادة المشتركة للخطيبين
45	.....المطلب الثاني: حكم العدول عن الخطبة
45	.....الفرع الأول: حكم العدول عن الخطبة في الفقه الإسلامي
48	.....الفرع الثاني: حكم العدول عن الخطبة في قانون الأسرة الجزائري
49	.....المبحث الثاني: الآثار المترتبة عن العدول عن الخطبة
50	.....المطلب الأول: حكم المهر والهدايا
50	.....الفرع الأول: حكم المهر المعجل
53	.....الفرع الثاني: حكم الهدايا المتبادلة بين الخطيبين
54	.....الفرع الثالث: حكم الهدايا في الفقه والقانون الجزائري
60	.....المطلب الثاني: التعويض عن الضرر الناجم عن العدول عن الخطبة
61	.....الفرع الأول: التعويض عن الضرر المادي
66	.....الفرع الثاني: التعويض عن الضرر المعنوي
72	.....الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري
74	.....خاتمة
80	.....قائمة المراجع
86	.....الملاحق

# الفصل الأول

## ماهية الخطبة

# الفصل الثاني

## العدول عن الخطبة والآثار المترتبة عنها

الختامة

# قائمة المراجع

الفهرس