وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الجيلالي بونعامة خميس مليانة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

أحكام إنعقاد الخطبة في الشريعة الإسلامية والقانون الأسرة

مذكرة لنيل شهادة الماستر

تخصص: قانون الأسرة

إعداد الطالبان:

- عقون محفوظ

-سماي حميد

تحت إشراف:

- د/ديلمي شكرين

لجنة المناقشة:

د.قمار خديجة..... رئيسا

د.ديلمي شكرين.....مشرفا

د. محمد حسان ..... مناقشا

السنة الجامعية:2020/2019.

الإهـــداء

إلى سبب طموحي في الحياة وبذرة حلمي..... أبي

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

إلى الحضن والأمان..... إخواني و أخواتي و خالتي

إلى من شاركوني دربي ....صديقاتي وأصدقائي وأحبتي

إلى كل هؤلاء اهدي هذا العمل.

شكر و عرفان

نشكر الله عزو وجل الذي كرمنا بنعمة العقل وميزنا بها على سائر خلقه،

فلولاه لما رفعت هذا القلم وكتبت هذه الأحرف وتفوقت بهذا العمل، و تعلمت ما لم أكن اعلم ونهلت من بحر علمه الذي لا ينتهي... فالفضل والمنة لله وحده.

ثم الشكر إلى أستاذي المشرف" الديلمي شكرين "الذي أسرني العمل معه بلطفه وحسن معاملته، فلقد كان خير معلم وخير مشرف وخير إنسان طيبة،

لأنك كنت موجهي في هذا العمل وأنت من وضع حجر أساسه،

أشكرك كثيرا كثيرا وأتمنى لك النجاح وبلوغ المنايا،

كما أقوم بشكر جميع أساتذة كلية الحقوق،

كما اشكر كل من ساعدني على إنجاز هذا العمل من قريب او من بعيد.

مقدمة

تعدّ الأسرة اللبنة الأولى التي تتكون منها المجتمعات، حيث تحتل أهمية بارزة باعتبارها أحد الركائز الأساسية التي يقوم عليها المجتمع.

فالله تعالى خلق الرجل والمرأة وأودع في كل منهما ما يجعله يميل للآخر، ونظم هذا الميل لتحقيق البقاء النوعي فشرع لهما الزواج الذي يعتبر أقدس رابطة على الإطلاق، وهذا لمصلحة المجتمع الإنساني وحفظ كيان الأسرة التي هي عماد الأمة.

ولقد حرص الإسلام على إقامة الزواج على أمتن الأسس وذلك لتحقيق مقاصده، وعلى رأس هذه المقاصد دوام الأسرة وتمتعها بالاستقرار والركون، كما حرص أيضا على حماية هذه الرابطة من الخلافات لينشأ الأولاد في جوّ من الاطمئنان والحبّ والسكينة فقالى تعالى" ومن ءاياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لأيات لقوم يتفكرون "[1].

و نظرا لأهمية الزواج والمقاصد الجليلة التي شرع من أجلها، فقد ميزه الله تعالى من بين سائر العق ود بوجود مقدمات شرعها الإسلام له، وتسبق هذه المقدمات عقد الزواج والتي تسمى عند الفقهاء الخطبة، فهي إظهار الرغبة في الزواج من امرأة معينة خالية من الموانع الشرعية، كما أنها تعتبر وسيلة لتحقيق مقاصد الزواج بتوفير دوام الألفة وبقاء المودة.

والخطبة التي تسبق عقد الزواج لم يستحدثها الإسلام ولا القوانين الوضعية، وإنما وجدت في المجتمعات البدائية مع اختلاف في الآثار، إذ كان يباح للخاطب معاشرة خطيبته في صورة الحياة الزوجية الكاملة، كما استمر وجودها عند العرب في الجاهلية قبل الإسلام ثم جاء الإسلام لينظم هذه المرحلة التي تسبق عقد الزواج.

وتكمن أهمية الخطبة في كونها وسيلة للتعرف والتعارف، لكي يطمئن الطرفان على سلوك وأخلاق الآخر، والاقتناع الذاتي به، ولا يمكن تعرف الخطيبين على بعضهما البعض إلا عن طريق الرؤية أو النظر الذي أباحته الشريعة الإسلامية، كما أن لهذا إعطاء فرصة كافية للمرأة وأهلها للسؤال والتعرف على صفات الخاطب وسيرته، كما للخاطب الفرصة للتعرف على مواطن الصلاح في المخطوبة وذلك في الدين والأخلاق.

[1] سورة الروم الآية 21.

ولذاك تعتبر الخطبة مرحلة سابقة على الزواج تمهد له من خلال ما يتطلبه الزواج من شروط وشكليات لإبرامه، وكذلك تحقيق الاستقرار والسكن واتفاق الطرفين على إتمام الزواج، أما إذا لم يتفق الطرفان فإنه يحق لكليهما العدول عن الخطبة، فهو يعتبر حق مشروع ومقرر في الشريعة الإسلامية والتقنينات الوضعية.

الأسباب التي دعتني لمعالجة ودراسة موضوع الأحكام المتعلقة بالخطبة في قانون الأسرة الجزائري والشريعة الإسلامية :

باعتبار الخطبة أول خطوة يقوم بها أي فرد في المجتمع، فلا بد على الخطيبين المقدمين على الزواج معرفة هذه الأحكام والإلتزام بها قبل الزواج، وهذا حرصا على رعاية احترام الأحكام التي شرعها الإسلام، وضمانا على إقامة الرابطة الزوجية على الإستقرار.

بعد الشباب عن العقيدة الإسلامية في الوقت الحاضر وجهله بأحكام الشريعة الإسلامية وخاصة بأحكام الخطبة، واعتقاد الكثير منهم بأن الخطبة عقد زواج تبيح لكل من الخاطبين الاختلاط بالآخر وتقليد الأجانب، وهذا فيه مفسدة كبيرة واختلاط الأنساب ومخالفة ما جاء به الشرع الإسلامي بالتالي تهديم كيان الأمة.

الله تعالى حث من خلال رسوله الكريم على تيسير وخفة المهر، فيجب على المخطوبة أن تقلل من مهرها لأن في ذلك بركة ويمكن للشباب أن يقدم على الزواج ولا يخاف من هاجس غلاء المهور لأنه يصرف الناس عن الزواج.

وما دعاني أيضا إلى دراسة هذا الموضوع معرفة موقف القانون الجزائري من موضوع الخطبة، وخاصة فيما يتعلق بالفاتحة وموضوع تعويض الضرر الناتج عن العدول عن الخطبة ومقارنته ببعض التشريعات العربية فيما يخص هذه المسائل التي لم تقم الاجتهادات الفقهية والقانونية بعد في الفصل فيها.

وكذلك لكشف بعض الفراغات القانونية التي وقع فيها كل من قانون الأسرة الجزائري حول موضوع الخطبة

وتتجلى أهمية الموضوع أنه في عصرنا الحالي كثرت حالات العدول عن الخطبة وبدون أي سبب مشروع فلو طالت مدة الخطبة وفوت عليها فرصة الزواج، فيسبب ذلك في إنشاء خلافات حادة بين الخاطب والمخطوبة، ويمتد ذلك الخلاف حتى إلى أسرتيهما،

لأن الخطبة لا تتعلق بالمرأة وحدها بل بأوليائها كذلك، ويزرع أيضا في نفس الخطيبين نية الإنتقام من الآخر والحقد عليه.

كما أنّ لقراءة الفاتحة أثر على الخطبة والزواج بحيث يعتقد أكثر الناس أن الخطبة المقترنة بالفاتحة عقد زواج يبيح للخطيبين الاختلاط بالآخر، وهذا خطأ يجب تصحيحه، فالخطبة تمهيد للزواج فقط وليست بزواج، وإذا حصل العدول في هذه الحالة وكان الخاطب قد دخل بالمخطوبة دون العقد عليها، فيؤدي ذلك إل إنشاء مشاكل قانونية خطيرة، تثار أمام القضاء لحلها.

كما قد يقدم هذا الخاطب المهر أو هدايا للمخطوبة في فترة الخطية ثم يحصل العدول، وتمتنع المخطوبة عن ردهما فهنا تنشأ نزاعات حول هذه القضايا.

وتعدّ مسألة التعويض عن الضرر الناشئ عن العدول عن الخطبة مسألة جد مهمة في حياتنا، فإذا ألحق الخاطب أضرار مادية أو معنوية للمخطوبة يجب عليه أن يعوض والعكس ومن هنا نأتي إلى طرح الإشكالية التالية:

ما هي الأحكام الفقهية والقانونية للخطبة؟

ولمعالجة الموضوع اتبعت المنهج التحليلي والمقارن، وذلك للتعرض لأحكام الخطبة والآثار التي تترتب عن العدول عنها شرعا وقانونا، وتحليل الاراء الفقهية حول الخطبة وذلك للوصول إلى الرأي الراجح للتطبيق، وكذلك تحليل النصوص القانونية المتعلقة بأحكام الخطبة وآثار العدول عنها، كما اتبعت المنهج المقارن وذلك من خلال المقارنة بين قانون الأسرة أحكام الشريعة الإسلامية.

وللإجابة على الإشكالية المطروحة ارتأينا تقسيم الخطة إلى فصلين، نخصص الأول منهما لماهية الخطبة والذي بدوره يتضمن مبحثين حيث نتطرق إلى مفهوم الخطبة الخطبة وبيان أداب وأنواع الخطبة، ونتطرق إلى مواطن التحريم في الخطبة وضوابط النظر المبحث الثاني، وسنتناول بالدراسة في الفصل الثاني طبيعة الخطبة وأثار العدول عنها، حيث نتعرض إلى دراسة طبيعة الخطبة في القانون الجزائري والفقه الإسلامي و مشكلة اقتران الخطبة بالفاتحة بمجلس العقد في المبحث الأول، وأثار العدول عن الخطبة من مصير المهر والهدايا بعد العدول وحكم التعويض المترتب عن العدول في المبحث الثاني، وذلك بالمقارنة بين قانون الأسرة الجزائري وأحكام الشريعة الإسلامية .

الفـــصـــل الأول

مـــاهـــيـــة الـــخـــطـــبـــة

المبحث الأول :مفهوم الخطبة

لقد نظم قانون الأسرة والأحكام المتعلقة بالخطبة في المادة الخامسة منه، بحيث اعتبرها وعدا بالزواج يجوز للطرفين العدول عنها باعتبارها فترة تمهيدية تسبق مرحلة الزواج، لذلك سيتم دراسة المبحث من خلال بيان تعريفها و أنواعه وشروطها وصفات اختيار الخاطب والمخطوبة وأحكام النظر في اطارها القانوني والفقهي.

المطلب الأول :تعريف الخطبة

لقد اهتمت الشريعة الإسلامية بالخطبة وأولتها عناية بالغة، حيث خصصت لها أحكام متعددة يجب على الخطيبين مراعتها قبل الإقدام على الزواج، وكذلك لكي تقوم العلاقة الزوجية على الدوام، وبناء أسرة سليمة قائمة على أسس ثابتة من العقيدة الإسلامية الصحيحة بعيدا عن المفاسد و الإنحرافات.

ومن هنا نأتي إلى بيان ومعنى الخطبة، (الفرع أول) وكذا دارسة مشروعية الخطبة وحكمها والحكمة التي شرعت من أجلها (فرع ثاني).

الفرع الأول :معنى الخطبة

الخطبة توطئة لعقد الزواج وتمهيدا لحصول الرضا بين أطرافه، ومن ثمة قبول منهما الآخر قبل أن يقدم على الزواج، وللخطبة معاني عديدة في الشرع والقانون، حيث تستمد مشروعيتها من القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة.

أولا : معنى الخطبة: للخطبة عدة معاني لغوية وأخرى اصطلاحية مستمدة من الفقه والقانون.

أ-الخطبة لغة :هي مصدر الفعل الثلاثي خطب، استعملت العرب هذه الكلمة بضم الخاء في الكلام المنثور المسجع، وبكسرها في طلب الزواج، يقال خطب فلان أو الخطيب خطبة جميلة[1]. وخطب المرأة إلى القوم إذا طلب أن يتزوج منها، واخطبها واسم

[1] جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، مادة (خ.ط.ب)، دار صادر، المجلد الخامس، لبنان، 2005 ص98 .

الخطبة، فهو خاطب، وفي المثل :ذهب خاطبا، فيتزوج. ويقال لمن يخطب المرأة خِطْبٌ، وللمرأة المخطوبة خِطْبَةً، والجمع أَخْطَابٌ[1].

ب-الخطبة اصطلاحا : عرف الفقهاء الخطبة بتعاريف متقاربة، نذكر منها هذه التعاريف[2]:

1تعريف المالكية :عرف المالكية الخطبة بأنّها التماس التزويج و المحاولة عليه.

2تعريف الشافعية :عرف الشافعية الخطبة بأنّها التماس الخاطب النكاح من جهة المخطوبة.

3تعريف الحنابلة :عرّفها الحنابلة بأنها: خطبة الرجل المرأة لينكحها.

4تعريف الحنفية :بأنّها طلب التزويج.

ج- الخطبة قانونا:

نص المشرع الجزائري في المادة الخامسة من قانون الأسرة على أن": الخطبة وعد بالزواج ، يجوز للطرفين العدول عن الخطبة "وكما نص على أنه يمكن أن تقترن الخطبة بالفاتحة أو تسبقها بمدة غير محددة المادة 6 فقرة1، وعليه فإنه يدخل في حكم الخطبة قراءة الفاتحة من طرف مجلس الرجال ،وكذا ما جرت به العادة و العرف من تبادل الهدايا المادة 6 فقرة 2وبالتالي فإنه قد اكتفى بتبيان طبيعة الخطبة، ولم يتطرق لنا المشرع إلى تعريفها تاركا ذلك إلى الفقه[3].

وبالرجوع إلى قرارات المحكمة العليا نجدها تعتبر الخطبة مقدمة لعقد الزواج باعتبارها مرحلة سابقة للعقد سواء طالت فترة الخطوبة أم قصر أمدها هذا ما يتجلى لنا في القرار الصادر عنها في 24 سبتمبر1984تحت رقم 34484، أهم ما جاء في حيثياته ما يلي :

---

[1] مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، الطبعة الأولى، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1997، ص 836.

[2] جمال فخري محمد ناجم، مقدمات عقد الزواج (الخطبة) في الفقه والقانون ، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن ، ط1ن، 2009، ص 20.

[3] بلحاج العربي، أحكام الزوجية وأثارها في قانون الأسرة الجزائري ، دار هومه، الجزائر، سنة 2013، ص114.

من المقرر كذلك أن الأصل في الخطبة وفي غالب الأحيان هي مقدمة للزواج وليست زواجا ، وفي اجتهاد آخر لها اتجهت نفس الاتجاه القانوني المكرس في المادة الخامسة من قانون الأسر ، واعتبرت الخطبة وعدا بالزواج بقولها في القرار الصادر بتاريخ17 مارس 1992 ملف رقم 81129 أنه من المقرر شرعا و قانونا أن الخطبة وعد بالزواج ولكلا الطرفين العدول عنها[1].

نجد أن معظم المحاكم تعطي للخطبة نفس التعريف القانوني و الذي هو في حقيقة الأمر بمثابة الطبيعة القانونية لها ،بحيث نجده مجسدا في الحكم الصادر عن محكمة عين تموشنت بتاريخ 17 مارس1992 بقولها من المقرر شرعا و قانونا أن الخطبة وعد بالزواج و لكل من الطرفين العدول عنها.

رأي الفقهاء

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

تعريف الإمام أبو زهرة:

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

تعريف الأستاذ أبو العنين:

الخطبة في نظره هي إظهار الرجل الرغبة في التزوج بامرأة يحل له التزوج بها بنفسه أو من ينوب عنه منها أو من وليها، فإذا وافقت هي أو وليها كان ذلك بمثابة اتفاق مبدئي على الزواج ، ولا ترقى إلى مرتبة العقد[3] .

[1] المجلة القضائية سنة 1990 ، ص 87.

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

[3] محمد محدة، سلسلة فقه الأسرة، ج 4 .، الخطبة والزواج، دار شهاب، الجزائر، ط2، 1994، ص6.

تعريف الأستاذ حسني نصار:

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

الفرع الثاني : دليل مشروعية الخطبة و الحكمة منها.

أولا – مشروعية الخطبة

الخِطبة عامة مشروعة في الفقه ومستحسنة، لما تتيحه من التروي والتبيُّن مما يظن معه توفير قدر أكبر من الانسجام والتفاهم بين الزوجين، وهو مقصود هام شرع له الزواج، وقد كانت الخِطبة معروفة لدى الأمم جميعاً منذ أول التاريخ، وإن كانت أحكامها وشروطها وأشكالها تختلف بينهم بحسب ظروفهم؛ وقد ثبت مشروعية الخِطبة بالكتاب والسنة.

أ – من الكتاب:

قال الله تعالى:" ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء أو أكننتم في أنفسكم علم الله أنكم ستذكرونهن ولاكن لا تواعدوهن سرا إلا أن تقولوا قولا معروفا ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله وأعلموا أن الله يعلم ما في أنفسكم فاحذروه واعلموا أن الله غفور حليم"[2]. البقرة الآية 235

ب – من السنة:

1 – حديث أبي حُمَيد رضي الله عنه قال :قال رسول الله صلى الله عليه وسلم "إِذَا خَطَبَ أَحَدُكُمْ امرأة فلاجُنَاحَ عَلَيْهِ أَنْ يَنْظُرَ إِلَيْهَا إِذَا كَانَ إِنَّمَا يَنْظُرُ إِلَيْهَا لِخِطْبَةِ، وَإِنْ كَانَتْ لَا تَعْلَمُ"[3].

---

[1] حسين ناصر، حقوق المرأة في التشريع الإسلامي والدولي المقارن، دار الثقافة والنشر، الإسكندرية، د/ط ، ص275.

[2] سورة البقرة ، الآية 235.

[3] أخرجه :أحمد بن حنبل ت 241 هـ، المسند .تحقيق :شعيب الأرنؤوط وعادل مرشد ج 39(ط1 ؛ بيروت :مؤسسة الرسالة، 1421هـ/ 2001 م)، أحاديث أبي حُمَيد الساعدي برقم 23602 :، ص 16 (وقال المحققان :حديث إسناده صحيح).

2 – حديث جَابِرِ بْنِ عَبْدِ الله رضي لله عنهما قَالَ :قَالَ رَسُول الله صلى الله عليه وسلم" إِذَا خَطَبَ أَحَدُكُمْ الْمَرأة فَإِنْ اسْتَطَاعَ أَنْ يَنْظُرَ إِلَى مَا يَدْعُوهُ إِلَى نِكَاحِهَا فَلْيَفْعَلْ" قال فخطبتُ جارية فَكُنت أَتَخبَّأ لها، حَتى رأَيْتُ مِنهَا ما دَعَانِي إِلى نِكَاحِهَا فَتَزَوجتُها[1].

3 – ومن السنة الفعلية : فقد خطب الرسول صلى لله عليه و سلم بعض زوجاته حفصة، وعائشة، وأم سلمة رضي لله عنهن أجمعين؛ فقد روي عن عروة رضي لله عنه قال أن النبي صلى الله عليه وسلم خطب عائشة إلى أبي بكر، فقال له أبو بكر: إنما أنا أخوكَ، فقال له أَنْتَ أَخِي في دِينِ للهِ وكِتابِهِ، وهِيَ لي حَلالٌ "[2].

ج– من الإجماع:

قد أجمع علماء المسلمين ماضيا و حاضرا على جواز الخطبة و مشروعيتها ،كما جرى عرف المسلمين على الخطبة قبل الزواج، وهو عرف صحيح ،لا يعارض نصا في الكتاب أو السنة[3].

ثانيا: حكم الخطبة والحكمة من تشريعها

تعتبر الخطبة مقدمة لعقد الزواج يتروى فيها الخاطبان قبل أن يقدما على هذا العقد إلا أن هذه الخطبة ليست ركنا من أركان العقد، وليست شرطا من شروط صحته، ولكن الفقهاء اختلفوا في حكمها هل هي مستحبة أم حلال؟ وفي تشريع الخطبة عدة حكم ومنافع كونها مقدمة وممهدة لعقد الزواج.

أ– حكم الخطبة

يتفق معظم الفقهاء على مشروعية الخطبة لما لها من أدلة من القرآن والسنة النبوية

---

[1] أخرجه :أبو داود سليمان بن الأشعث السِّجِسْتاني ت 275 ه، سنن أبي داود .تحقيق :شعيب الارنؤوط ومحمد كامل قرة بللي ج6 (ط1؛ لا.م، سوريا :دار الرسالة العالمية، 1430ه / 2009) كتاب النكاح، باب :الرجل ينظر إلى المرأة وهو يريد تزويجها برقم 2082 :، ص. 424 (وقال المحققان :حديث حسن.)

[2]أخرجه :البخاري محمد بن إسماعيل ت 256 ه، الجامع الصحيح .تحقيق :محب الدين الخطيب ج3 (ط1؛ القاهرة:المكتبة السلفية، 1400ه) كتاب النكاح، باب :تزويج الصغار من الكبار برقم 5080 :، ص358.

[3]القرطبي الجامع لأحكام القرآن ،راجعه وضبطه محمد إبراهيم وأخرج أحديثه محمود حامد عثمان، ج3 ، دار الحديث،ص188.

الشريفة، ولكن اختلفوا حول حكمها على النحو التالي:

الخطبة ليست شرطا لصحة الزواج، فلو تم بدونها كان صحيحا، أما حكمها فهو الإباحة عند جمهور الفقهاء[1].

1- ذهب المالكية إلى القول بأنها مستحبة واستدلوا على ذلك بفعل النبي صلى الله عليه وسلم أنه خطب عائشة من أبي بكر، وخطب حفصة بنت عمر بن الخطاب، وأرسل عمر بن الخطاب ليخطب له أم سلمة .واستدلوا كذلك بالفوائد الكثيرة والحكم التي تنطوي عليها الخطبة الذي يؤكد استحبابها.

2- وذهب الشافعية إلى أن الخطبة مستحبة لمن كان في حقه مستحبا أو واجبا بدليل أن الرسول صلى الله عليه وسلم قد خطب عائشة بنت أبي بكر الصديق [2].وذهب فريق آخر من الشافعية إلى القول بالإباحة وعبروا عنه بالجواز، واستدل هذا الفريق على الجواز أن النبي صلى الله عليه وسلم زوج المرأة التي وهبت نفسها إليه لأحد أصحابه دون خطبة[3].

3- وذهب فريق ثالث إلى القول بأن الخطبة تأخذ حكم الزواج فإن كان الزواج واجبا كانت الخطبة واجبة، وإن كان الزواج سنة مستحبة كانت الخطبة كذلك، وإن كان الزواج محرما كانت الخطبة محرمة، واستدلوا بأن الخطبة وسيلة من وسائل الزواج، والوسائل تأخذ حكم المقاصد[4].

الرأي الرجح عند جمهور الفقهاء : إن الرأي الراجح في هذه المسألة كما يظهر القول بالاستحباب وذلك لعدة أسباب:

[1]محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، دار الجامعة للطباعة والنشر، لبنان، ص41.

[2]إسماعيل أبا بكر البامري، أحكام الأسرة، الزواج والطلاق بين الحنفية والشافعية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دارالحامد، عمان، الأردن، 2009 ، ص64 .

[3]نايف محمود الرجوب، أحكام الخطبة في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار الثقافة، الأردن، 2008 ، ص56.

[4]نايف محمود الرجوب، المرجع نفسه، ص57 .

لفعل النبي صلى الله عليه وسلم والسلف الصالح الذين كانوا في الأغلب يسبقون الزواج بخطبة، وما تركوا الخطبة إلا نادرا وهذا الوصف ينسجم مع الفعل المستحب وليس مع المباح الذي يستوي فيه الفعل والترك.

لما للخطبة من فوائد كثيرة وذلك عند تشريعها كمقدمة لعقد الزواج[1].

ب- الحِكْمة من الخِطبة.

الخِطبة كغيرها من مقدمات الزواج هي طريق للتعرّف كل من الخاطبين على الآخر؛ إذ إنها السبيل إلى دراسة أخلاق وطبائع وميول الطرفين، ولكن بالقدر المسموح به شرعاً، وهو كاف جداً، فإذا وُجد التلاقي والتجاوب أمكن الإقدام على الزواج الذي هو رابطة دائمة في الحياة، واطمأن الطرفان إلى أنه يمكن العيش بسلام وأمان، وسعادة ووئام، وطمأنينة وحب مع الطرف الآخر، وهي غاية يحرص عليها كل الشبان والشابات والرجال والنساء والأهل من و رائهم[2].

المطلب الثاني : صفات اختيار الزوجة والزوج الصالح وانواعها

الإسلام بتشريعه السامي، ونظامه الشامل، وضع أمام كلٍّ من الخاطب والمخطوبة قواعد وأحكاما إن اهتدى الناس بهديها، ومشوا على نهجها، كان الزواج في غاية التفاهم والمحبة، ومن بينها الصفات الصالحة في الزوجين لأجل أن يكون الزواج مستمرا وناجحًا.

الفرع الأول معايير الخطبة

أولا :صفات الزوجة الصالحة.

1-أن تكون المخطوبة ذات الدين:

ونقصد بالدين الالتزام الكامل بمناهج الشريعة، ومبادئها العامة أو الشاملة ، فعندما يكون الخاطب، أو المخطوبة على هذا المستوى من الفهم والتطبيق والالتزام لأحكام الدين يمكن أن نطلق على أحدهما أنه ذو دين، وذو خلق وأرشد النبي صلى عليه وسلم راغبي

[1] نايف محمود الرجوب، مرجع سابق، ص 59.

[2] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته .ج 7(ط2 :؛ دمشق :دار الفكر، 1405 هـ /1985 م) ، ص 10.

الزواج بأن يظفروا بذات الدين[1] روي عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال:* تُنْكحُ المرأة لأرْبَعٍ :لِمَالِهَا ولِحَسَبها ولِجَمَالها وَلِدِينِهَا :فَاظْفَرْ بذاتِ الدِّينِ تَرِبَتْ يَدَاكَ[2] * فقوله صلى الله عليه وسلم تربت يداك من باب الزجر الشديد عن زوج المرأة لأسباب الدنيا وهو الدعاء بالفقر، فيكون الجزاء من جنس العمل ولا حرج من طلب امرأة جامعة لهذه الصفات[3].

2- أن تكون المخطوبة حسنة الخلق:

إن الخلق في الإسلام منزلة لقوله صلى الله عليه وسلم إن خياركم أحسنكم أخلاقا، و في تفضيل حسن الخلق في المرأة يستحسن خطبة المرأة التي تكون مهذبة الطبع و المزاج تحسن معاشرة زوجها بالمعروف و الإبتعاد من المرأة التي تكثر الأنين و الشكوى لزوجها[4].

3- أن تكون المخطوبة ذات جمال:

يعتبر الجمال من الأمور التي تجذب الرجل إلى المرأة عادةً إذ يراعي الخاطب أن تكون خطيبته على قدر من الجمال لأنه سكنا للنفس و أغض للبصر، و لا شك أن جمال المرأة مقصد من مقاصد الزواج، فلا يتطلع الرجل إلى غير زوجته، و لكن ينبغي على الرجل أن لا يبالغ في طلب الجمال و يصرف النظر عن الدين والخلق لأن الجمال قد يكون سبب في شقاء الرجل لقوله صلى الله عليه وسلم إياكم و خضراء الدمن، قالوا ما خضراء الدمن يا رسول الله قال :المرأة الحسناء في منبت السوء[5].

---

[1]مصطفى العدوي، جامع أحكام النساء.ج 5 (ط1 :؛ مصر :دار ابن عفان، 1419 هـ/1999م) ص328.

[2]أخرجه :البخاري، الجامع الصحيح، كتاب النكاح، باب :الأكفاء في الدين برقم 5090 (360/3) أخرجه :ابن ماجه، شروح سنن ابن ماجه، كتاب النكاح، باب :تزويج ذوات الدين برقم 1858 :، ص 733 (وقال ابن ماجه حديث صحيح).

[3]عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة.(ط1 :؛ الأردن :دار النفائس، 1418 هـ/1997 م)، ص 49.

[4]بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج و الطلاق في الإسلام بحث تحليلي ودراسة مقارنة، الطبعة الأولى، مطبعة دار التأليف، مصر، 1961 ، ص39 .

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

4- أن تكون المخطوبة ذات مال:

إن النفوس البشرية بطبيعتها تفضل الزوجة ذات المال على من ليس لها مال و هذا مستحسن لقول الرسول صلى الله عليه وسلم تنكح المرأة لأربع... لمالها، و من جهة أخرى حذرنا من أن يكون الهدف و مطلب الخاطب هو المال فقط لقوله في حديث آخر لا تنكحوهن لمالهن فلعل يطعن[1].

5- أن تكون ذات نسب:

لقد أوصانا الرسول صلى الله عليه وسلم على خطبة المرأة التي تكون من أصل طيب و عائلة متدينة، و لمعرفة ذلك نعود إلى نساء عائلتها كأمها، أخواتها، بنات عمها، خالاتها و سائر من ينتسب إليها و هذا مصداقا لقوله صلى الله عليه وسلم تخيروا لنطفكم فانكحوا الأكفاء و أنكحوا إليهم[2].

6- أن تكون المخطوبة ولودا:

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

7- أن لا تكون المخطوبة غير قريبة للخاطب:

يعتبر من حسن إختيار المخطوبة أن يبتعد الرجل عن خطبة الأقارب ما أمكن ذلك لأن الزواج من القريبات كبنت العم، بنت الخال أو بنت الخالة قد يتسبب في نسل ضعيف بينما الزواج بالبعيدات يؤدي إلى إنجاب أولاد ذو قوة جسدية و لقد أثبتت التجارب و البحوث العلمية أنّ الزواج من القريبات يؤدي إلى إصابة النسل بالأمراض

---

[1] أخرجه ابن ماجة من حديث عبد الله ابن عمر.

[2] رواه الحاكم.

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

الوراثية الموجودة في العائلة و هذا مصداقا لقوله صلى الله عليه وسلم لا تنكحوا القرابة القريبة فإن الولد يخلق ضاويا ، و قول عمر رضي الله عنه لقوم قد ضعف نسلهم قد ضويتم أنكحوا الغرائب [1].

8- أن تكون المخطوبة بكرا:

ولْيُقدِمْ في اختياره البكر على الثيب، فقد روي عَنْ جَابِرٍ قَالَ تَزَوَّجْتُ امرأة فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم فَهَلاَّ : « فقُلْتُ ثَيِّبًا قَالَ ». أَبِكْرا أَمْ ثَيِّبًا : « قُلْتُ نَعَمْ .قَالَ ». ؟ أَتَزَوَّجْتَ ياجابر :« فهلا بكر تُلاَعِبُهَا وَتُلاَعِبُكَ». وليس في هذا ما يقتضي كراهية الزواج بالثيب، ولكن متى كان الرجل بك ا رً استحب أن من مثله، فإنها تكون مضنة الولد لأن الثيب ممكن أن تتقاعس عن الإنجاب من الزوج الجديد، عندما يكون لها الولد من الزوج الأول ثم إن البكر ساذجةٌ لم يسبق لها عهدُ بالرجال، فيكون التزويج بها أدعى إلى تقوية عُقْدَةِ النكاحِ، ويكون حبها لزوجها ألصق بقلبها فما الحُب إلا للحبيب الأول[2] .

ثانيا :صفات الزوج الصالح.

قبل أن نذكر صفاته يجب أن يشترط فيه الإسلام وأن لا يكون محرما عليها سواء كان تحريم مؤبدًا أو مؤقتًا.

1 أن يكون ذا دين:

قال ابن رشد : أما الكفاءة فإنهم اتفقوا على أن الدين معتبر في ذلك، إلا ما روي عن

محمد بن الحسن من إسقاط اعتبار الدين، ولم يختلف المذهب أن البكر إذا زوجها الأب من شارب خمر وبالجملة من فاسق فإن لها أن تمنع نفسها وينظر الحاكم في ذلك فيفرق

[1] بلقاسم شتوان ، الخطبة و الزواج في الفقه المالكي ، دراسة أكادمية مدعمة بالأدلة الشرعية و قانون الأسرة الجزائري ، الجزائر، ص 31.

[2] عمرو عبد المنعم سليم، آداب الخطبة والزفاف من الكتاب وصحيح السنة).لا.ط؛ لا.م،دار الضياء للنشر والتوزيع د.ت) ص33.

بينهما"[1]، يجب على ولي المرأة أن يتخير لها الرجل الصالح صاحب الدين وإن كان فقيرا لقوله تعالى : (ولعبد مؤمن خير من مشرك ولو أعجبكم)[2] البقرة الآية 221

وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم إِذَا جَاءكُمْ مَنْ تَرْضَوْنَ دِينَهُ وَخُلُقَهُ فَزَوِّجُوهُ، إِلَّا تَفْعَلُوا تَكُنْ فِتْنَةٌ فِي الْأَرْضِ وَفَسَادٌ عَرِيضٌ»وقال الشوكاني وقوله" إذا جَاءكُمْ من ترضون دينه وخلقه "فيه دليل على اعتبار الكفاءة في الدين والخلق وليس الفاسق كفؤا لصالحة[3].

2 الكفاءة في الحسب والنسب:

اعتبر العلماء الكفاءة في الحسب والنسب حتى لا يحدث النفرة والنشوز[4] ، وكذلك الكفاءة في المستوى المعيشي فمثلا تتزوج طبيبة بعامل نظافة في نفس المستشفى فلا شك أن هذا حلال ولكن سيحدث نفور وتعالي من هذه الزوجة في غالب الأحوال[5].

3 يستحب أن يكون رفيقاً بالنساء :

وذلك لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال في شأن أبي جهم ومعاوية « أَمَّا أَبُو جَهْمٍ، فَلَا يَضَعُ عَصَاهُ عَنْ عَاتِقِهِ، وَأَمَّا مُعَاوِيَةُ فَصُعْلُوكٌ لَا مَالَ لَهُ، وَلَكِنْ انْكِحِي أُسَامَةَ بْنَ زَيْدٍ»فَكَرِهْتُهُ، ثُمَّ قَالَ : «انْكِحِي أُسَامَةَ بْنَ زَيْدٍ » فنكحته فجعل الله عز وجل فيه خيرا واغتبطت به[6]» .

4 السلامة من العيوب:

يستحب للمرأة أن تختار رجلاً سليماً من العيوب لقوله صلى لله عليه وسلم « وفِرَّ مِنْ المَجْذُوم فِرارك مِنْ الأسدْ[7] » ثم إن العيوب التي يعلم بها كل الزوجين أو العيوب

---

[2]محمد بن أحمد بن رشد القرطبي ت 595 هـ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد.ج2 (ط6 :؛ بيروت :دار المعرفة لنشر والتوزيع، 1402 هـ/ 1982 م) ص16 .

[2]سورة البقرة الآية 221.

[3]محمد بن علي بن عبد الرحمن الحصكفي ت 1088 هـ، الدرر المختار (ط1 :؛ بيروت : دار الكتب العلمية، 1423هـ/2002م) ، ص187 .

[4]عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، مرجع سابق، ص228 .

[5]مصطفى العدوي، جامع أحكام النساء، مرجع سابق، ص345.

[6]أخرجه :النسائي، سنن النسائي، كتاب النكاح، باب :إذا استشارة المرأة رجلا، برقم 3245 ص 502 وقال الالباني حديث صحيح.

[7]أخرجه :البيهقي أبو بكر أحمد بن الحسين ت 458 هـ، السنن الكبرى .تحقيق :محمد عبد القادر عطا ج7 (ط3 :؛

الظاهرة فإن الفقهاء لا يعرضون لها؛ لأن مردها إلى رضا الطرف السليم بالطرف المريض[1]، ونظر الفقهاء للعيوب غير المعنى الذي نظروا إليه في الكفاءة وإن أكثر الفقهاء يجعلون الحق في فسخ النكاح لكل واحد من الزوجين إذا وجد بزوجه عيبا أما الكفاءة يجعلونها حقاً لزوجة وأوليائها ، وقد اعتَبَرَ المالكية والشافعية السلامة من العيوب أحد خصال الكفاءة، وعللّ و لما ذهبوا إليه بأن النفس تعاف صحبة من به عيب، ويختل بهذه العيوب مقصود النكاح وجملة العيوب ثلاثة عشرعيبا[2] ؛ أربعة مشتركة بين الرجل المرأة :الجنون والجذام والبرص والعذيطة، وأربعة خاصة بالرجل، وهي" :الجَب والخَصاء والاعتراض والعُنة "وخمسة خاصة بالمرأة وهي" :الرتْق والقرن والعَفْل والإفْضاء والبخر".

5 **أن يكون مستطيعا للباءة:**لأن النبي حث الشباب على الزواج عند استطاعتهم الباءة قَالَ رَسُولُ الله صلى لله عليه وسلم :« يَا مَعْشَرَ الشَّبَابِ مَنِ اسْتَطَاعَ مِنْكُمُ الْبَاءَةَ فَلْيَتَزَوَّجْ، فَإِنَّهُ أَغَضُّ لِلْبَصَرِ وَأَحْصَنُ لِلْفَرْجِ، وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَعَلَيْهِ بِالصَّوْمِ فَإِنَّهُ لَهُ وِجَاءٌ[3]».

6الحرية:

اعتبر العلماء الكفاءة في الحرية، فلا يكون عبد ولا المدبر والمكاتب كفأ للحرة، ويقول ابن رشد"[4] أما الحرية فلم يختلف المذهب أنها من الكفاءة ."وقال النووي" [5]:لا يكون الرقيق كفأ لحرة أصيلة ولا عتيقة".

8 **كما يستحب في الزوج أن يكون حاملا لقدر من كتاب لله عز وجل،** ويستحب أن لا تتزوج رجلاً عقيماً، وأن تتزوج من تسر برؤيته حتى لا تحدث النفرة[6].

دار الكتب العلمية،1424هـ/2003م) كتاب النكاح، باب :اعتبار السلامة في الكفاءة، برقم 13778 :، ص 218.

3عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، مرجع سابق، ص 234.

[4]الصادق عبد الرحمن الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته .ج 2 (ط1 :؛ بيروت :مؤسسة الريان،1423هـ/2002م) ص 508 .

[3]أخرجه :مسلم بن الحجاج النيسابوري ت 261 هـ، صحيح مسلم .تحقيق :محمد فؤاد عبد الباقي(ط1 :؛ بيروت :دار الكتب العلمية (1412هـ/1991م)، كتاب النكاح باب: استحباب النكاح لمن تاقت نفسه اليه برقم :1400ص1018.

[4]ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مرجع سابق ص 200 .

[5]يحيى بن شرف النووي محيي الدين ت676هـ، روضة الطالبين وعمدة المفتيين .تحيقق :زهير الشاويش ج7 (ط3 دمشق :المكتب الإسلامي، 1412هـ/1991م)ص80 .

[6]مصطفى العدوي، جامع أحكام النساء، مرجع سابق ص 328 .

الفرع الثاني أنواع الخطبة:

ويكون التعبير عن الخطبة على نوعين، فقد تكون بطريق التصريح أو بطريق التعريض.

أولا : الخطبة بطريق التصريح :فهي طلب التزوج بالمرأة وإظهار الرغبة في ذلك صراحة بحيث لا يحتمل الطلب غير الخطبة، كأن يقول :الخاطب لمن يخطبها إني أريد أن أتزوجك.

وهو أيضا التعبير الصريح والمفهوم وهو أن يعلن الخاطب أو من ينوب عنه للمخطوب بعبارة قاطعة الإعلان عن الرغبة في عقد القران الزواج وهذا التعبير لا يدع مجالا للتأويل لقوله للمرأة أرغب في الزواج منك، أو أريد أن تكوني لي زوجة أو شريكة الحياة، لأن الخطبة ليس لها تعبير خاص أو صيغة معينة بل كل ما يفهم منه الغرض الذي يريده الخاطب والاتفاق على الزواج في المستقبل قراءة الفاتحة نوع من التأكيد لمثل هذه الخطبة الصريحة.

ثانيا الخطبة بطريق التعريض:

الخطبة هنا تعني استعمال الخاطب لجمل يفهم قصد الخطبة من عرضها بالقرائن و التلميح وهذه الألفاظ تحتمل الخطبة و غيرها ،غير أن دلالة الحال تكشف عن الرغبة في الخطبة بذكر الرجل للمرأة كلاما يفهم منه ضمنيا خطبتها دون أن يصرح بذلك كأن يقول مثلا إني أريد أن أتزوج امرأة صالحة و جميلة في مثل أخلاقك ،أو أنا أبحث عن فتاة لكي أخطبها تشبهك تماما،أو إنك مؤدبة أو قوله إني عزمت على الزواج ،وما أشبه ذلك من العبارات التي يفهم منها أن الشخص يقصد وراء ذلك الخطبة. و يعرّف القرطبي التعريض على أنّه ضد التصريح و هو إفهام المعنى بالشيء المحتمل له ولغيره وهو عرض الشيء وهو جانبه كأن يحرم به الشيء ولا يطهره و مثل القرطبي به التلميح للمخطوبة فقال كقوله إني أريد الزواج، وأنك جميلة ،أنك صالحة ،إن الله سائق إليك خيرا وإن قدر لها أمر لكان. والتعريض هو ما يستعمله من ألفاظ يفهم منها قصد الخطبة من عرضها بالقرائن مدح الشخص لنفسه وذكر محاسنه ومآثره أمام المرأة التي يريد خطبتها ولقد فعل ذلك أبو جعفر محمد بن علي بن حسين. قالت سكينة بنت خنضلة استأذن علي محمد بن علي ولم تنقضي عدّتي من مهلك زوجي فقال: لقد عرفت قرابتي من

الرسول صلى الله عليه وسلم وقرابتي من علي و موضعي من العرب قلت :غفر الله لك يا أبا جعفر إنّك رجل يؤخذ عنك، تخطبني في عدّتي؟ قال إنيّ أخبرتك بقرابتي من الرسول ومن علي ،وأسلوب التلميح غير جائز عند خطبة المرأة فله ضوابط شرعية فنجده مباحا عند المرأة المتوفى عنها زوجها وحرام عند جميع المعتدات دون استثناء ،واختلف الفقهاء في الخطبة بالتعريض بالنسبة للمطلقة طلاقا بائنا وهذا ما سنتطرق إليه بالتفصيل في المطلب اللاحق[1] .

ثالثا الخطبة عبر الوسائل الإلكترونية:

ونلاحظ هنا، أنه يمكن للخاطبين التعارف عن طريق وسائل الاتصال الحديث، باستعمال الحاسوب الآلي(الكمبيوتر)، الموصول بشبكة المعلومات العالمية أو "الأنترنت"، أي على شبكة المواقع أو الويب، وكذا عن طريق الهاتف المحمول (في حالة الخطوبة عن بعد) وقد طور حديثا هاتف يمكن كل واحد من المتحادثين رؤية الآخر والتحدث معه، بالمحادثة والمشاهدة عبر شاشات الحاسب الآلي، والمسمى بالشات ، عن طريق نقل التلفاز صورة وصوت كل منها للآخر بواسطة الأقمار الصناعية؛ وقد يتم ذلك أيضا عن طريق البريد الإلكتروني(أي التراسل الإلكتروني) [2].

وبالإضافة إلى هذا، فإن نظام الميسانجر، يلعب دورا إيجابيا كوسيلة إلكترونية من وسائل التعارف الفوري، والتي تتم بسرعة فائقة في الإرسال والاستقبال .كما أن الدخول مباشرة إلى شبكة الويب العالميةأو" الفيس بوك"، يمكننا من ولوج مواقع تعنى بالتزويج، وتوفير الزواج للعزاب والعوانس، وتعارف الخطاب تحت إشراف خبراء في علم الاجتماع العائلي وعلم النفس الأسري، والتأهيل للحياة الزوجية .ومن المعلوم أن الإعلان عن الرغبة في الخطبة والزواج في شبكة المواقع، يعد مجرد دعوة للتعاقد، وليس إيجابا باتا[3]. فإنه لا مانع من العملية ،إذا كانت ضمن الأخلاق الكريمة والآداب العامة ، بعيدا عن التبرج و

---

[1]بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ،الجزء الأول ، الزواج والطلاق ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر،1999 ص 158.

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

[3]عبد الله ناصر، العقود الإليكترونية ن مجلة البحوث الفقهية المعاصرة ، ع 73 ، سنة 2007 ،ص 289 و ص29.

الاختلاط والخلوة ، مع ضرورة حماية المتعاملين مع هذه الأجهزة الإلكترونية من الإعلانات الكاذبة أو المضللة . فإن القانون الجزائري يحمي المستهلك الإلكتروني من كل تضليل أو تدليس أو غش ، ولو كان التعامل عن بعد . وبالإضافة إلى هذا ،يوجب مبدأ حسن النية الأمانة و الاستقامة ، كما أنه يقتضي الالتزام بالإفضاء بكافة المعلومات و البيانات المتعلقة بالخدمة محل التعامل الإلكتروني[1].

لا يوجد في استعمال هذه الوسائل الإلكترونية الحديثة على هذا النحو أي محذور قانوني ، فالنصوص الآمرة بالرؤية في مجال الخطبة تشمل هذه الصورة المعاصرة بعمومها ؛ بشرط التأكد من هوية الشخص الذي يستخدم التراسل الإلكتروني وفقا للمادتين 327 و 323 من ق.م الجديد المعدل بالأمر 10/05 المؤرخ في2006/06/26 ومن ناحية أخرى ،فإن الإسلام يبيح النظر إلى المخطوبة مع أنها أجنبية عن الخاطب شريطة أن تكون الرؤية في حدود الآداب الشرعية ، خالية من كل تزوير أو احتيال أو خديعة ؛و بشرط الابتعاد عن المفاسد و الأضرار ، التي تخالف طبيعة عقد الزواج ،ومقاصده التي شرع من أجلها. والجدير بالتنويه ، أن مجمع الفقه الإسلامي لمنظمة المؤتمر الإسلامي ، في دورة مؤتمره السادس المنعقدة في جدة بالسعودية ، وكذا اللجنة الدائمة للبحوث العلمية و الإفتاء بالرياض في السعودية ، قد منعت عقد الزواج عبر الأنترنت ، كتابة ومشافهة ، لسد أبواب الفتنة ، ولما يترتب عليه من الأضرار و المفاسد التي تخالف مقتضى عقد النكاح و مقاصده التي شرع من أجلها. وذلك لأن هذا الطريق ،قد يدخل أحد الأطراف في التغرير والخداع و التزوير لتحقيق الغرض المطلوب ،وانتحال شخصيات غير المعنيين . ومن ثم فإن عقد الزواج يجب أن يحتاط فيه ، ما لا يحتاط في غيره من عقود المعاملات ، لحفظ الفروج و الأعراض[2].

و في هذا الخصوص ، أن التحوط في الفروج و الأعراض واجب ، ولكن لا يل زم منه المنع ، فالتحوطيلزم اتخاذ إجراءات تضمن سلامة إجراء التعاملات الإلكترونية ، من وجود الإشهاد لحظة تبادل الإيجابو القبول عبر وسائل الانترنت ؛ كما أن الشهود يمكنهم

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

[2] أسامة الأشقر، المرجع السابق، ص 104.

الإطلاع على الكتابة لحظة وصول الرسالة الإلكترونية .ومن ناحية أخرى فإن الوسائل الإلكترونية الحديثة تقلل من التزوير ، كرؤية كل واحد من العاقدين الآخر عبر الشاشة ، وحضور الشهود الذين يسمعون الخطاب[1].

و عليه ،فإننا نشترط في التعارف بين الخاطبين بأجهزة الاتصال الحديثة ،أن يكون بعلم الأهل و على قدر الحاجة ،وان تكون النظم المعلوماتية أمنة ،حتى لا تستغل هذه الوسائل الالكترونية استغلالا سيئا من ضعاف النفس و أهل الفساد في معاكسة النساء ،و التعرض لهن عبر الهاتف(بالرسائل القصيرة أو حتى بالبلوتوث)أو الحاسب الآلي أو الأجهزة الرقمية الذكية، بالكذب والغش والإحتيال والتزوير والقرصنة واستعمال المعلومات الشخصية غير المحمية في أمور مشبوهة أو خطيرة. وقد أوجب الإسلام الشاهد حين عقد الزواج ، حفاظا على حقوق الزوجين،ولبيان أهمية الزواج ومكانته العظيمة ،لقوله عليه الصلاة والسلام": لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل"؛ كما نهى الله تبارك وتعالى عن إقامة العلاقة الزوجية في السر، فقال سبحانه:"ولكن لتواعدوهن سرا إلا أن تقولوا قولا معروفا"[2]

[1] محمد النجيمي ، المرجع السابق، ص 16.

[2] سورة البقرة الآية 235 .

المبحث الثاني : مواطن التحريم في الخطبة وضوابط النظر

على المرأة المراد خطبتها أن تكون خالية من الموانع الشرعية التي تمنع من الزواج منها؛ سواء كان هذا المانع مؤبداً أو مؤقتاً.

الرجل إن أراد نكاح امرأة فله أن ينظر إليها؛ كما أن للمرأة النظر إلى الرجل، ذلك أن المتعة مشتركة بين الرجل والمرأة، ثم إن من أهم الأمور التي يتم الاستمتاع بها هو البدن وما هو عليه من الشكل والصفات التي ينشدها الناس، وهو أمر مهم ومطلب أكيد لكلا الزوجين.

المطلب الأول : شروط الخطبة وحكم الخطبة على خطبة الغير

لمعرفة شروط الخطبة لابد من الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية التي تشترط أن تكون الخطيبة خالية من الموانع الشرعية التي تمنع من إبرام عقد الزواج وأن لا تكون مخطوبة للغير خطبة شرعية .فيشترط لجواز الخطبة شرطان:

الفرع الأول شروط جواز الخطبة

لا تباح خطبة امرأة إلا إذا توافر فيها شرطان:

الأول: أن تكون خالية من الموانع الشرعية التي تمنع زواجه منها في الحال.

الثاني: أن لا يسبقه غيره إليها بخطبة شرعية.

فإذا كانت تمت موانع شرعية كأن تكون محرمة عليه بسبب من أسباب التحريم المؤبد كالأخت و العمة و الخالة و الأخت من الرضاعة، أو بسبب من أسباب التحريم المؤقت، مثل أخت الزوجة مادامت الزوجة قائمة بينهما، و الخامسة لمن كان تحته أربع نسوة، وزوجة الغير أيضا، فإن كل هؤلاء يحرم على المسلم التزوج بهن أثناء الخطبة، فتكون الخطبة محرمة كذالك[1].

هذا فضلا عما في خطبة الزوج من الإعتداء على حقوق زوجها، وإفساد الحياة الزوجية بينهما، ناهيك عما ينشأ من وراء ذلك من العداوة و البغضاء أساس الشرور.

وكذلك يحرم خطبة المشغولة بأثر زواج الغير وهي المعتدة.

[1]رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية، الإسكندرية، مصر2002 ص39.

حكم خطبة معتدة الغير

***حكم معتدة من طلاق رجعي** حرمت خطبتها، لأنها لم تخرج عن عصمة الزوج، وله مراجعتها في أي وقت شاء، وقبل انتهاء العدة.

وقد نقل الإمام القرطبي إجماع العلماء على حرمت خطبة المعتدة من طلاق رجعي تصريحا أو تعريضا بقوله"ولا يجوز التعريض لخطبة الرجعيين إجماعا لأنها كالزوجة[1].

***حكم معتدة من وفاة**، فإنه يجوز التعريض لخطبتها أثناء العدة دون التصريح،لأن صلة الزوجية قد انقطعت بالموت،أي: بموت الزوج، فلم يبقى للزوج حق يتعلق بزوجته التي مات عنها،إلا ما كان مما يتعلق بمعنى الأية {ولا تنسوا الفضل بينكم }[2] البقرة 237.

وإنما حرم خطبتها بطريق التصريح، رعاية لحزن الزوجة وإحدادها، هذا من جانب، ومن جانب آخر: محافظة على شعور أهله من والد أو والدة، وأهل وعشيرة، وورثته كذلك.

قال الله تعالى:{ ولا جناح عليكم فيما عرّضتم به من خطبة النساء أو أكننتم في أنفسكم،علم الله أنكم ستذكرونهن ولكن لا تواعدوهن سراّ إلا أن تقولوا قولا معروفاّ، ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله، واعلمو أن الله يعلم ما في أنفسكم فاحذروه، واعلموا أن الله غفور حليم }[3] البقرة 235.

***حكم معتدة من طلاق بائن بينونة صغرى**، حرمت خطبتها بطريق التصريح إذا كان الخاطب أجنبي عنها، أما إذا كان الخاطب صاحب العدة فإن كان له أن يتزوجها في عدتها كالمختلعة فيجوز له التصريح بخطبتها وإن كان لا يحل له أن يتزوجها إلا بعد انقضاء عدتها كالموطوءة بشبهة فهو كالأجنبي لا يصرح بخطبتها .

أم الخطبة بطريق التعريض إختلف الفقهاء في ذلك .

المذهب الأول: ذهب جمهور الفقهاء إلى جواز التعريض للمعتدة من طلاق بائن بينونة صغرى لقوله تعالى{ ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء}[4].

---

[1]أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرأن، طبعة مصورة عن طبعة دار الكتب المصرية، دار الكتاب العربي للطباعة والنشر، مصر، ص 188.

[2] سورة البقرة الآية 237.

[3] سورة البقرة الآية 235.

[4] سورة البقرة الآية 235.

لأن المطلقة طلاقا بائنا ببينونة صغرى لايستطيع مطلقها مراجعتها في العدة ،وإن كان له أن يعقد عليها زواجا جديدا فاختلف ت عن المطلقة طلاقا رجعيا ولم يكن في التعريض لخطبتها اعتداء على أحد[1].

المذهب الثاني: ذهب الحنفية والشافعية إلى حرمت التعريض بخطبة المعتدة من طلاق بائن ببينونة صغرى واستدلوا على ذلك بما يلي:[2]

أثار الزواج لازال قائم مثل النفقة العدة

إن في إجازة الخطبة مفسدة وهي حمل المطلقة على أخبارها بانقضاء عدتها طمعا في الزواج من الخاطب وقد تكون كاذب في الواقع.

الرأي الراجح عند الفقهاء يرجح تحريم خطبة المعتدة من طلاق بائن ببينونة صغرى وذلك لان الأية التي أجازت التعريض في الخطبة أثناء العدة كانت للمتوفى عنها زوجها دون سواها حيث وردت في المتوفى عنها زوجها وبذلك حرمة خطبة المعتدة من طلاق بائن ببينونة صغرى تصريحا وتعريضا[3].

***حكم معتدة من طلاق بائن ببينونة كبرى**

عند جمهور الفقهاء اجازو الخطبة بالتعريض لا بتصريح ويستدلون ذلك بما رواه مسلم من أن أبا عمرو بن حفصة طلق فاطمة بنت قيس البتة وهو غائب عنها، فقال النبي صلى الله عليه وسلم إذا حللت فآذنيني، فلما حلت ذكرت له أن معاوية بن أبي سفيان وأبا جهم خطباها، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أما أبو جهم فلا يضع عصاه عن عاتقه وأما معاوية فصعلوك لا مال له، أنكحي أسامة بن زيد فكرهته، ثم قال أنكحي أسامة بن زيد فنكحته ،فجعل الله فيها خيرا كثيرا واغتبطت.وقد اعتبرو قوله صلى الله عليه وسلم ذا حللت فآذنني تعريضا[4].

---

[1] جميل فخري محمد جانم، المرجع نفسه، ص61 .

[2] ابن عابدين، مرجع سابق، ص682.

[3] جميل فخري محمد جانم، المرجع نفسه، ص62.

[4] جميل فخري محمد جانم، مرجع سابق، ص63.

خطبة المعتدة من فسخ أو نكاح فاسد

اتفق الفقهاء على تحريم التصريح للمعتدة من فسخ أو نكاح فاسد وشبههما كالمعتدة من لعان أو ردة أو رضاع[1] أما بخصوص التعريض هناك مذهبين.

المذهب الأول: ذهب جمهور الفقهاء إلى القول بجواز التعريض بخطبة المعتدة من فسخ أو نكاح فاسد فالفسخ برضاع أو اللعان ونحوه مما لا تحل بعده لزوجها وأجاز المالكية التعريض بخطبتها إذا كانت مم يحل لزوجها نكاحها.

وللشافعية والحنابلة في ذلك رأيان :

الأول: وهو الأظهر أي الجواز ن والثاني المنع وحجة الجمهور القياس عل المطلقة ثلاثا لأنها بائن ، وأن سلطة الزوج قد انقطعت.

المذهب الثاني: ذهب عامة الحنفية إلى تحريم التعريض بخطبة المعتدة من فسخ أو نكاح فاسد وبنى بعضهم التحريم و الجواز على خروج المعتدة من بيت العدة فإن جاز خروجها جاز التعريض لها وإن منع خروجها منع التعريض لها وبنى البعض الأخر كالتحريم و الجواز على علة العداوة بين الخاطب والمطلق فحيث توفرت العداوة منع التعريض.
إذا كان الخاطب صاحب العدة، فيحرم عليه التصريح والتعريض بخطبتها مما لا تحل له كالفسخ برضاع ونحوه ، ويجوز التصريح و التعريض بخطبتها إذا كانت مما يحل له نكاحها كالفسخ لغيبة أو إعسار أو نحوه.

وخلاصة الأراء : أن التصريح حرام لجميع المعتدات ، و التعريض مباح للبائن وللمعتدة من وفاة وحرام في المعتدة من طلاق رجعي.

الفرع الثاني حكم الخطبة على خطبة الغير:

لقد حفظ الإسلام حق المسلم على المسلم، ومنه هذا الأدب الإسلامي الرفيع، وهو عدم الخطبة على خطبة الغير حتى يدع، لأنّ فعل ذلك فيه إيغار للصدور، وقد يبعث على البغض و الكره للأخر[1].

[1]ابن عابدين، مرجع سابق، ص672.

روى الشافعي – رحمه الله– من طريق مالك عن نافع ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه). متفق عليه.

وروى أيضا من طريق ابن عمر رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى أن يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى ينكح أو يترك. متفق عليه

فكان الظاهر من هذين الحديثين أنّ من خطب امرأة لم يكن لأحد أن يخطبها حتى يأذن الخاطب، أو يدع الخطبة، وكانت محتملة لأن يكون نهي النبي صلى الله عليه وسلم أن

يخطب الرجل على خطبة أخيه في حال دون حال، فوجدنا سنة النبي صلى الله عليه وسلم تدل على أنه صلى الله عليه وسلم إنما نهى في حال دون حال.

و الملاحظ أنه يجب في حكم الخطبة على الخطبة أن نميز بين ثلاث حالات:

إما أن توافق المخطوبة على الخاطب الأول وإما أن ترفض وإما أن تسكت.

1/ حالة الموافقة على الخاطب الأول: فهنا لا يجوز لخاطب أخر أن يتقدم لخطبتها، استنادا لنهي الرسول– صلى الله عليه وسلم–

2/ حلة الرفض أو التراجع من الخاطب، فهنا اتفق عل جواز الخطبة من أي خاطب أخر لزوال المنانع.

3/ حالة السكوت أو التردد فلم يرد منها لا صريح الرفض وهنا اختلف الفقهاء، إذ يجيز الشافعية الخطبة لأن التردد لا يعتبر موافقة بعد. أما المالكية و الحنفية وهو الرأي الراجح فقالوا بعدم جواز الخطبة من خاطب أخر على هذه الخطبة. لأن التردد فيه مرحلة التفكير وفيه احتمال الموافقة[2].

أثر الخطبة على خطبة في العقد

ظهر اختلاف في بين الفقهاء

[1]نسرين شريقي قانون الأسرة الجزائري دار بلقيس للنشر دار البيضاء الجزائر 2018ص 12.

[2]نسرين شريقي المرجع السابق، ص13.

الظاهرية يرى الظاهرية أن عقد بعد خطبة محرمة باطل ويجب فسخه سواء دخل الرجل بالمرأة أم لا لقول الرسول– صلى الله عليه وسلم– لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه فالنهي الوارد في الحديث متوجه إلى عقد الزواج لا إلى الخطبة وحدها، كما أن العقد المبني على خطبة محرمة يكون محرما هو الأخر.

جمهور الفقهاء يرون أن عقد الزواج صحيح ولا أثر للخطبة المحرمة عليه لإستفاء العقد لجميع أركانه وشروطه، كما أن النهي في قول الرسول صلى الله عليه وسلم منصب على الخطبة لا على ذات العقد و النهي في أمر سابق عليه، ومنه فإن عقد الزواج ليس محل النهي كما أن عقد الزواج بدون خطبة سابقة جائزة شرعا و قانونا.

الإمام مالك روي عنه ثلاثة أراء:

الرأي الأول: القد صحيح مثل ما قاله جمهور الفقهاء

الرأي الثاني: كقول أهل الظاهرية فالعقد الفاسد يأثم صاحبه.

الرأي الثالث: فسخ العقد قبل الدخول و الحكم بصحته إذا تم الدخول الرأي الذي نراه على الصواب كونه ينسجم مع مقتضيات الحياة الاجتماعية هو رأي جمهور الفقهاء لأنه أقرب إلى المنطق،فنهي منصب على الخطبة وليس على عقد الزواج كما أن ابرام هذا الأخير يستوجب توافر أركان وشروط ويترتب على تخلف الركن البطلان وعلى تخلف الشرط الفسخ، ولنعدام النص النص القانوني نرجع إلى أحكام المادة 222 ق أ ج وعليه فإن رأي المالكية يأخذ به وهو الفسخ قبل الدخول وبعد الدخول يتم تثبيته[1].

المطلب الثاني: حكم نظر الخِطبة والحكمة من تشريع النظر

الرجل إن أراد نكاح امرأة فله أن ينظر إليها؛ كما أن للمرأة النظر إلى الرجل، ذلكأن المتعة مشتركة بين الرجل والمرأة، ثم إن من أهم الأمور التي يتم الاستمتاع بها هو البدن وما هو عليه من الشكل والصفات التي ينشدها الناس، وهو أمر مهم ومطلب أكيد لكلا الزوجين.

[1]نسرين شريقي المرجع السابق، ص14 .

الفرع الأول :حكم نظر الخِطبة.

نظر الرجل إلى المرأة التي يرغب في نكاحها ويغلب على ظنه أنه يجاب إلى نكاحهمنها جائز في قول عامة أهل العلم.

قال **الحنفية**" يحل النظر إلى مواضع الزينة[1] " و"أجاز **مالك** النظر إلى المرأة عند الخطبة[2] "، وقال **الشافعية**" إذا رغب في نكاحها، استحب أن ينظر إليها لئلا يندم" ، وقال**الحنابلة**" من أراد نكاح امرأة فله النظر إليها [3]."وقال بذلك **الظاهرية** أيضا.

قال ابن قدامة" لا نعلم من أهل العلم خلافًا في إباحة النظر إلى المرأة لمن أراد نكاحها. إضافة إلى هذا الاتفاق بين أهل العلم على الجواز فقد ذهب كثير منهم إلى أن القول بأنه مستحب ومندوب إليه ، بينما صرح البع الآخر بأنه مباح فقط .

أولا : أدلة النظر إلى المخطوبة :أدلة النظر إلى المخطوبة كثيرة نذكر منها:

* حديث جَابِرِ بْنِ عَبْد الله رضي لله عنهما قَالَ :قَالَ رَسُولُ الله صلى الله عليه وسلم « إذا خَطَبَ أَحَدُكُمْ المرأة فَإِنْ اسْتَطَاعَ أَنْ يَنْظُرَ إِلَى مَا يَدْعُوهُ إِلَى نِكَاحِهَا فَلْيَفْعَلْ»

قال فخطبتُ جارية فَكُنت أتَخبَّأ لها، حَتى أَ ريْتُ مِنهَا ما دَعَانِي إِلى نِكَاحِهَا فَتَزَوجتُها[4]»

* حديث الْمُغِيرَةِ بْنِ شُعْبَةَ قَالَ :خَطَبْتُ امراة، فَقَالَ لِيَ النَّبِيُّ صلى الله عليه وسلم« هل نَظَرْتَ إِلَيْهَا؟»

قُلْتُ لَا : « قَالَ انْظُرْ إِلَيْهَا فَإِنَّهُ أَحْرَى أَنْ يُؤْدَمَ بَيْنَكُمَا »[5].

---

[1]علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكسائي ت 587 ه، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع.ج5 (ط2 :؛ بيروت :دار الكتاب العربي،1974 ص122

[2]محمد بن أحمد بن رشد القرطبي ت 595 ه، شرح بداية المجتهد .تحقيق :عبد لله العبادي، ج3(ط1 ؛ مصر :دار السلام،1995 ص1238.

[3]ابن قدامة المقدسي ت 620 ه ،الكافي .تحقيق :عبد لله بن عبد المحسن التركي ج4ط 1 :؛ مصر :دارهجر،1997 ص 214.

[4]شمس الدين الزركشي، شرح الزركشي على مختصر الخرقي جزء 5 ط1 الرياض السعودية 1993 ص143.

[5]أخرجه :الترمذي، سنن الترمذي، كتاب النكاح، باب :ما جاء في النظر إلى المخطوبة برقم 1087 :، ص25

ووجه الدلالة من الحديثين :أنه لا بأس بنظر الرجل إلى المرأة التي يريد أن يتزوجها والأمر المذكور للإباحة بقرينة قوله صلى الله عليه وسلم« فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِ»[1].

1 تزين المخطوبة للخاطب عند النظر.

المخطوبة لها أن تتزين له عند النظرة الشرعية، وقد جاء في كتب المالكية"لها أن تتزين للناظرين، بل لو قيل :أنه مندوب ما كان بعيداً، ولو قيل :إنه يجوز لها التعرض لمن يخطبها إذ سلمت نيتها في قصد النكاح لم يبعد[2] "فلا بأس من التزين ووضع القليل من مساحيق الزينة للدخول على الخاطب بحيث تبقى على طبيعتها وشكلها الحقيقي بدون تصنع وتغير.

2 نظر المرأة إلى الرجل:

كما أن للرجل حق النظر إلى المرأة فللمرأة أيضًا الحق في النظر إليه؛ ولها أن تنظر إلى خاطبها فإنه يُعجِبُها منه مثلُ ما يعجبهُ منها ، قال المالكية" يستحب للمرأة نظر الرجل " وقال الشافعية" و المرأة أيضًا تنظر إلى الرجل إذا أرادت تزوجه، فإنه يعجبها منه ما يعجبه منها[3]".

ثانيا :الحكمة من تشريع النظر.

1إن عقد النكاح من العقود التي وصفها الله بالميثاق الغليظ وأنه لا ينبغي الدخول فيه والإقدام عليه إلا عن بينة ووضوح، والنظر فيه مصلحة للعقد، يكون نافعًا مفيدًا إن أقدما عليه، وإن عدلا عنه فينتفي الضرر الذي يمكن أن يحصل لو أقدم الزوجان على الزواج بدون رؤية .وأن يكون أبعد من الندم الذي يلزمه إن أقتحم في النكاح[4].

[1]محمد بن علي الشوكاني، نيل الأوطار، مرجع سابق ص47.

[2]الحطاب الرعيني، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل المرجع السابق ص22/5.

[3] المرجع نفسه ص23/5.

[4]مساعد بن قاسم الفالح، دليل الطالب في حكم نظر الخاطب ط1 :؛ الرياض دار العاصمة ، 1413 هـ ص14.

2اطلاع كل من الزوجين واطمئنانه على م واصفات صاحبه الجسمية، وكذلك اطمئنان على خلو صاحبه من العيوب والعاهات التي لا يقبل بصاحبه لو اطلع عليه قبل العقد، وذلك تفاديا لما قد يحصل من الغرر والخديعة[1].

3تحقق الاطمئنان والارتياح النفسي من خلال اللقاء، فإن رآها أعجب بها وارتاح إليها، وكذلك هي، و هذا يؤدي في الغالب إلى دوام العشرة [2] وقد أدركت هذه الحكمة من حديث الرسول صلى الله عليه وسلم « الأَرْوَاحُ جُنُودٌ مُجَنَّدَةٌ ، مَا تَعَارَفَ مِنْهَا ائْتَلَفَ، وَمَا تَنَاكَرَ مِنْهَا اخْتَلَفَ »

4إتمام الزواج على بينة وعدم لوم الآخرين[3] .

الفرع الثاني مقدار النظر ووقت رؤية المخطوبة

المقصود من الرؤية هو التعرف على الشكل والمظهر العام، وعلى الأوصاف من جمال ودمامة ومن طول وقصر ومن سمن وضعف، وهذا الأمر يتم عادة في وقت قصير فَيُكتفَى به، فلا يطيل النظر ولا يكرره؛ إلا أن المرء أحيانا لا يستطيع أن يتحقق من مطلوبه في وقت قصير فهل له أن يكرر النظر وفي أي وقت يكون.

أولاً :مقدار النظر.

الذي تدل عليه أقوال العلماء رحمهم الله أن هذا النظر إنما أبيح للضرورة، وما أبيح للضرورة فإنه يتقدر بقد رها، فإذا حصل بنظره حرم ما زاد عليها، وللخاطب تكرير النظر؛ حيث جاء في كتب **الحنفية**" :ينظر إلا لحاجة كخاطب[4] "، وقالوا لو اكتفى بالنظر إليها بمرة حرم الزائد؛ لأنه أبيح للضرورة فيتقيد بها[5] وقال **المالكية**" :أراد تزويج امرأة نظر إليها

[1]علي عبد الرحمان الحسون، أحكام النظر إلى المخطوبة ط2 :؛ الرياض :دار العاصمة، 1425 هـ ص25.

[2]محمود المصري، الزواج الإسلامي السعيد ط1 :؛ مصر :مكتبة الصفاء، 2006 1427 ، ص285

[3]سمير بن أمين الزهيري، الأحكام المطلوبة في رؤية المخطوبة الأمة، سلسلة توضيح السنة إلى نساء، العدد 2 :ط1 : القاهرة مصر :مكتبة التوحيد، 1411 هـ، ص49.

[4]ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، مرجع سابق،4 ص/110.

[5]المرجع نفسه، ص111 .

بإذنها "فهو لم يحدده مقدار النظر وله التكرار وهو محدود بغاية حصول الغرض واندفاع الحاجة[1].

أما **الشافعية** قالوا" :وله تكرير النظر إن احتاج إليه ليتبين هيئتها فلا يندم بعد النكاح، إذ لا يحصل الغرض غالبا بأول نظرة[2] "

وجاء في كتب **الحنابلة**" :ويباح لمن أراد خطبة امرأة وغلب على ظنه إجابته –نظر مايظهر غالبًا، كوجه ورقبة ويد وقدم ...مرارا، أي يكرر النظر؛ لأنهصلى الله عليه وسلم صعّد النظر وصوّبه ويتأمل المحاسن؛ لأن المقصود إنما يحصل بذلك؛ ولا يحتاج في النظر إلى إذنها[3].

ومنه فإن ما شاع عند بعض الناس من إطلاق النظر إلى المخطوبة دون تقييد بماحرره العلماء –أمر يتنافى مع قواعد الشريعة ومبادئ الدين .فليس من الشرع أن ينفرد الخاطب بالمرأة، أو أن تخرج معه بدعوى تعرّف كل منهما بخُلق صاحبه وطباعه وليس من الشرع أيضًا أن يجاوز الخاطب بنظره ما يحصل به المقصود ويتحقق به الغرض، إن كان في ذلك فتنة، وما قرره العلماء من تأمل المحاسن وتكرار النظر محدود بغاية حصول الغرض واندفاع الحاجة، فإذا تم للخاطب ذلك فتعد أجنبية عنه ويتعامل معها كما يتعامل مع الأجنبية

ثانياً :أخذ إذن المخطوبة في النظر.

لا يشترط استئذان المخطوبة من أجل النظر عند جمهور الفقهاء من الحنفية و الشافعية والحنابلة [4] ويجوز للخاطب أن ينظر إليها وإن لم تأذن أو يأذن وليها؛ أما المالكية قالوا من أراد تزويج امراة نظر إليها بإذنها فقد كره مالك أن يغفلها وذلك سد لذريعة مخافة أن يتسبب أهل الفساد بالنظر فإذا اطلع عليهم يقولون كنا خطابا[5].

---

[1]الحطاب الرعيني، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، مرجع سابق،5 ص/22.

[2]محمد الخطيب الشربيني، مغنى المحتاج، مرجع سابق، ص173.

[3]عبد الرحمن بن محمد العاصمي النجدي ت 1392 هـ، حاشية الروض المربع شرح زاد المستنقع ج6. ط1 :؛لا دار نشر 1399 ص233 .

[4]ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، مرجع سابق، ص4 /80.

[5]الحطاب الرعيني ، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، مرجع سابق ص21/5 .

وقت رؤية المخطوبة.

لقد اختلفت عبارات الأحاديث الدالة على مشروعية رؤية المراة لمن اراد نكاحها فأشار بعضها إلى أن الرؤية تكون قبل الخطبة وأشار البعض الآخر إلى أن الرؤية تكون بعدها، ولهذا اختلف أقوال العلماء في المسألة؛ وفي ما يلي أقوالهم.

1القول الأول:

أن الرؤية تكون قبل الخطبة وبعد العزم على نكاحها وقال بذلك الحنابلة [1] وهذا هو المشهور والصحيح من مذهب الشافعية وقد استدلوا بحديث جابر بن عبد الله أن الرسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لا جُنَاحَ عَلَى أَحَدِكُمْ إِذَا أراد أَنْ يَخْطُبَ المرأة أَنْ يَغْتَرَّهَا، فَيَنْظُرَ إِلَيْهَا، فَإِنْ رَضِيَ نَكَحَ، وَإِنْ سَخِطَ تَرَكَ»

والحديث يدل على أن الرؤية تكون قبل الخطبة حيث رتب النظر على إرادة الخطبة وليس على الخطبة نفسها[2].

2القول الثاني:

أن الرؤية تكون بعد الخطبة لا قبلها وهذا هو ظاهر المشهور من قول المالكية حيث ذكروا" أن الرؤية لا تكون إلا بعلم المرأة أو وليها، وأنه لا يجوز أو يكره اغتفالها[3] "، وهو قولعند الشافعية واستدلوا بحديث جَابِرِ بْنِ عَبْدِ الله رضي الله عنهما قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «إِذَا خَطَبَ أَحَدُكُمْ المرأة فَإِنْ اسْتَطَاعَ أَنْ يَنْظُرَ إِلَى مَا يَدْعُوهُ إِلَى نِكَاحِهَا فَلْيَفْعَلْ » قالفخطبتُ جارية فَكُنت أتَخبَّأ لها، حَتى رأيْتُ مِنهَا ما دَعَانِي إِلى نِكَاحِهَا فَتَزَوجتُها فقد دل الحديث على أن الرؤية تكون بعد الخطبة[4].

الأَولى أن يكون هذا النظر قبل الخطبة وبعد العزم على النكاح؛ لأنه قد يرد أو يعرض فيحصل التأذي والكسر[5].

---

[1] شمس الدين الزركشي، شرح الزركشي على مختصر الخرقي، مرجع سابق ص 147/5.

[2] علي بن عبد الرحمن الحسون، أحكام النظر إلى المخطوبة، مرجع سابق، ص 49.

[3] الحطاب الرعيني، مواهب الجليل، مرجع سابق،ص 5 /21 .

[4] علي بن عبد الرحمن الحسون، أحكام النظر إلى المخطوبة، مرجع سابق، ص 50.

[5] محمد الخطيب الشربيني، مغنى المحتاج، مرجع سابق، ص3/ 172.

الفصل الثاني
طبيعة الخطبة وأثار العدول عنها

المبحث الأول: طبيعة القانونية للخطبة

اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية حول طبيعة الخطبة بكونها اتفاق أو وعد بالزواج، ولكن اختلفوا في مدى لزوم هذا الوعد وهل يجب الوفاء به.

إن الخطبة باعتبارها مقدمة لعقد الزواج فهي ترتب آثار شرعية وقانونية وهذا انطلاقا من المركز الذي تحتله باعتبارها سابقة له، ولذلك يجب بيان مركز الخطبة كتصرف إ رادي بين الخطيبين من خلال تحديد طبيعتها في الفقه الإسلامي وفي القانون الوضعي.

المطلب الأول :طبيعة الخطبة في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي:

تعد الخطبة عند فقهاء الشريعة الإسلامية وعد بالزواج وليست عقدا[1] وهذا باتفاقهم جميعا ولكن اختلفوا في مدى إلزامية هذا الوعد.

الفرع الأول : طبيعة الخطبة في الفقه الاسلامي

أ – **الخطبة وعد ملزم يجب الوفاء به** : الوعد أو العهد عبارة عما يلتزم به المرء للآخر، وهو بعمومه يشمل ما عاهد المؤمنون عليه الله بإيمانهم من السمع والطاعة وبكل ما جاء به دينه، وقد ورد ذكر العهد في القرآن الكريم والسنة كثيرا ر ويراد به ما يعاهد الناس بعضهم بعضا، وفي معنى العهود العقود ويذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى اعتبار الخطبة وعدا لازما بالزواج وواجب الوفاء به، استنادا لما ورد في الشريعة الإسلامية من الإلزام بالوفاء بالوعد والحث عليه.

ومن بين هؤلاء الفقهاء ابن حجر العسقلاني فقد استدل هؤلاء الفقهاء بقوله تعالى:(واذكر في الكتاب إسماعيل إنه كان صادق الوعد وكان رسولا نبيا)[2] حيث قالوا بأن الله أثنى في هذه الآية على سيدنا إسماعيل بكونه صادق الوعد، وهذا دليل على أن الوعد ملزم ويجب الوفاء به[3].

وقد أضاف ابن حجر العسقلاني ":والدلالة للوجوب منها قوية، فكيف حملوه على كراهية

---

[1]فرج توفيق حسن، الطبيعة القانونية للخطبة، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة، مصر، 1963 ، ص68 .

[2]سورة مريم، الآية 54 .

[3]عبد الهادي ين زيطة، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، الطبعة الأولى دار الخلدونية، الجزائر 2007 ، ص 65 .

التنزيه مع الوعيد الشديد، وينظر هل يمكن أن يقال يحرم الإخلاف ولا يجب الوفاء، أي يأثم بالإخلاف وإن كان لا يلزم بالوفاء بذلك[1].

ويستفاد من هذه الآية حمل الوفاء بالوعد على اللزوم والوجوب، وهذا لارتباط هذه الصفة بالمؤمنين وخصال الأنبياء .واستدلوا من السنة النبوية الشريفة بقول النبي صلى الله عليه وسلم آية المنافق ثلاث :إذا حدث كذب وإذا وعد أخلف، وإذا أؤتمن خان[2].

ويستنتج من هذا الحديث أن صفة الإخلاف بالوعود والعهود لا يجوز في حق المؤمن الصادق لأن ذلك من صفات المنافقين.

ب – الخطبة وعد غير ملزم.

وتعتبر الخطبة وفق هذا الرأي وعد غير ملزم، ولكن يندب الوفاء به لأن ذلك من مكارم الأخلاق، وعدم لزوم الوفاء بالوعد قال به جمهور العلماء.

واستدل هذا الفريق بأن الوعد بالعقد غير ملزم عند جمهور الفقهاء، وعليه تعتبر الخطبة "ولا يخطب على _ بذلك وعدا بالزواج غير ملزم وكذلك نستنبط طبيعة الخطبة من قوله :خطبة أخيه .والسوم على السوم هو أن يأخذ شيئا ليشتريه فيقول له آخر رده لأبيعك خيرا منه بثمنه ومثله بالرخيص، ومن هنا نستنتج أن وجه الاستدلال يتمثل في انصراف حكم السوم على السوم إلى الخطبة على الخطبة، إذ أن البيع هنا صحيح مع تأثيم فاعله، وهو الحكم نفسه في الخطبة[3].

كما يجمع الفقهاء المعاصرون على أن الخطبة ليست إلا تمهيدا للزواج، ووعداً به، ومن بين هؤلاء الفقهاء الشيخ أبو زهرة الذي يرى أن الخطبة ليست عقدا ينشئ بين طرفيه التزامات لها قوة الإلزام، ولكن أقصى ما تؤديه الخطبة إذا تمت أن تكون وعدا بالعقد وهذا خلافا لمالك في بعض أقواله[4].

---

[1] ابن حجر العسقلاني، كتاب الشهادات، باب من أمر بإنجاز الوعد، وفعله الحسن، الجزء الخامس، مرجع سابق ص 290 .

[2] الإمام الحافظ أبي الحسن مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، كتاب الإيمان، باب بيان خصال المنافق، مرجع سابق، رقم59 ص 55.

[3] عبد الهادي بن زيطة، مرجع سابق، ص 70.

[4] محمد أبو زهرة، مرجع السابق ص 35.

والراجح عند جمهور الفقهاء أن الخطبة في نظر الشريعة الإسلامية وعد بالزواج يجب الوفاء به ديانة، وهذا إن لم يكن أسباب للعدول عنها، فإن وجدت أسباب ومبررات لترك الخطبة والعدول عنها، ويجوز التحلل من هذا الوعد، وهذا ما أجمع عليه الفقهاء حيث يقول الدكتور السباعي " :أن من عدل عن الخطبة من غير سبب مقبول كان آثما عند الله، وإن عدل في الخطبة لسبب مشروع يقبله العقلاء فلا إثم عليه[1].

إذن فالخطبة تعدّ في الشريعة الإسلامية وعد بالزواج وليست عقدا، إن تمت باتفاق ورضا الطرفين [2]وهي لا تبيح لهما أن يختلطا اختلاط الأزواج، ولا يترتب على ذلك حق ما من أحدهما نحو الآخر، فالخطبة بعد تمامها لا تعد عقدا ولا زواجا[3].

الفرع الثاني :طبيعة الخطبة في القانون الوضعي

في قانون الأسرة الجزائري :كيفت المادة الخامسة الفقرة الأولى من قانون الأسرة الجزائري المعدل على أنها وعد بالزواج، وجاء نصها كما يلي" :الخطبة وعد بالزواج ويجوز للطرفين العدول عنها."

واضح من النص أنه حدد الطبيعة القانونية للخطبة بأنها وعد بالزواج من جهة، ومن جهة أخرى اعتبر هذا الوعد غير ملزم، أي أجاز لكلا الطرفين العدول عنها .وما يمكن ملاحظته في هذه المادة هي استعمال لفظ الوعد وهذا المصطلح له دلالته من الناحية القانونية في النظرية العامة للعقد في القانون المدني باعتباره الشريعة العامة[4].

حيث تنص المادة 72« إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقضاه المتعاقد الأخر طالبا تنفيذ الوعد، وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة، قام الحكم مقام العقد»

يتضح من خلال نص المادة أن الوعد بالتعاقد في النطاق المدني ملزم للوعد وهو على صورتين:

---

[1]جميل فخري محمد جانم، مرجع سابق، ص228 .

[2]عبد الرحمن الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، الجزء الأول، الزواج وآثاره، الطبعة التاسعة، منشورات جامعة دمشق، سوريا، 1996 ، ص 25.

[3]لعربي بلحاج، مرجع سابق، ص 80.

[4]بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، ط1 ، دار الخلدونية،الجزائر، 2008 ، ص11 .

الصورة الأولى: أن يكون العقد المراد إبرامه في المستقبل من العقود الشكلية، وهنا تطلب القانون، أن يكون الوعد المنصب عليه شكلي أيضا، و لا يكون له أثر بمعنى لا يعتد به القانون.

الصورة الثانية: أن يكون العقد المراد إبرامه في المستقبل من العقود الرضائية لا يتطلب، الرسمية، في هذه الحالة يكون ملزما لصاحبه، إذا يتوجب عليه البقاء على وعد إلى حين انتهاء، الأجل، فإذا انتهى الأجل و لم يعلن الموعود له الرغبة في التعاقد جاز للواعد الرجوع في الوعد.

أما قبل انتهاء المدة فلا يجوز له الرجوع في الوعد إلا بموافقة الطرف الموعود له.

أما قانون الأسرة فيبدو أنه خالف هذه القاعدة في القانون المدني، فمن جهة اعتبر الخطبة وعد بالزواج، ومن جهة أخرى اعتبرها غير ملزمة، أي أجاز لكلا الطرفين العدول عنها، وتطبيق النصوص القانونية بهذه الصفة يؤدي إلى تضارب الأحكام في القانون المدني وفي قانون الأسرة في المصطلح القانوني الواحد، ولأن توحيد المصطلح القانوني مسألة مهمة من الناحية القضائية والتطبيقية[1].

وطبقا لمادتين 71 و72[2] من القانون المدني فأن مجرد الوعد لا ينشئ التزاما [3]هذا وان وصفت أو كيفت الخطبة بوعد ،فهذا لا يعني التطبيق عليها أحكام المادة 71 من القانون المدني التي تعرضت إلى الاتفاق الذي يعد له كلا من المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل، ويستبعد كذلك في الوعد بالزواج الحكم الوارد في المادة 72 من القانون المدني والذي يطبق على الوعد بالتعاقد ولذا فالخطبة وعد من نوع خاص، يخضع لأحكام خاصة من حيث الشروط ومن حيث الآثار[4].

فالخطبة إذن من الناحية القانونية، لا تعدو أن تكون مجرد وعد متبادل بين رجل وامرأة

---

[1]بن شويخ الرشيد، مرجع سابق، ص ص23 ،24.

[2]امر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام1395هـ الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005.

[3]قرار المحكمة العليا ،2000/05/24 ملف رقم 223852 المجلة القضائية 2002 العدد الأول ص138 غير منشور.

[4]الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2005ص ص 20 21.

على الزواج في المستقبل، فهي وسيلة لتعارف بين الخطيبين ولتفاهم على الشروط الموضوعية والشكلية لإبرام عقد الزواج، وهو ما سار عليه اجتهاد المحكمة العليا من أن الخطبة لا يعتبر زواجا و انما وعد به فقط [1]، فهي مرحلة سابقة على الزواج تمهد له لا غير ومن ثم فإنه يستوجب عدم الخلط بين الخطبة وعقد الزواج وبين الخطوبة والمعقود عليها المطلقة قبل البناء. وقد ذهب بعض الفقه إلى القول بأن الخطبة من حيث أحكامها وآثارها هي عبارة عن مرحلة تمثل نصف الزواج، وقال آخرون بأنها عقد تمهيدي يهدف للتمهيد لعقد الزواج الذي قد يبرم أو ربما لا يبرم [2] ونستنتج أن الخطبة هي مجرد وعد بالزواج ولا ترقي لمرتبة العقد، وليست لها الصيغة الإزامية ولا القيمة القانونية، حيث لا تزيد عن كونها التزاما أدبيا لا غير، وهذا استنادا إلى مبدأ حرية الشخص في اختيار شريكه دون أدنى ضغط أو لأنه من النظام العام فحرية العدول يجب أن تكون مجردة من كل قيد، ويمكن القول أنه ليس للخطبة أية قوة ملزمة وإلزامية الوعد فيها باطلة بطلانا مطلقا لمنافاتها لحرية الزواج التي هي من النظام العام[3].

وقد دأب القضاء الجزائري على تكريس ما ذهب إليه قانون الأسرة من خلال اجتهاداته المختلفة، فقد قررت المحكمة العليا بأن الأصل في الخطبة وفي غالب الأحيان أنها مقدمة لزواج وليست زواج[4].

---

[1]قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، 1994 ، ملف رقم 81129 ، العدد الأول، ص 62 ، أكد الشهود حضورهم لوليمة الخطبة وتمت قراءة الفاتحة.

[2]عبد الرزاق نجيب، طبيعة الخطبة في رؤية فقهية جديد، مجلة الحقوق، العدد الأول، الكويت، ص 358 وما يليها

[3]فرج توفيق حسن، مرجع سابق، ص 95.

[4]قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 34046 بتاريخ1984/11/19، المجلة القضائية العدد الأول، 1990،ص67.

المطلب الثاني: إقتران الخطبة بالفاتحة

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

الفرع الأول : مفهوم الفاتحة

إذا كان معنى الخطبة هو إجراء يعني إظهار رغبة الخاطب أو ممثله في تزويجه بفتاة معينة من عائلة معينة، دون أن تكون لهذه الخطبة صفة العقد الرسمي للزواج، وتختلف الخطبة عن الفاتحة من حيث أن الفاتحة هي عبارة عن مجلس، أو اجتماع بحضور عادة أولياء الزوج والزوجة أو من يمثلها شرعا وقانونا، كما يحضره جمع من الناس من أقارب وأصدقاء الخطيبين ومن أعيان المنطقة، ويقع فيه إبرام عقد زواج شفهي بعد تعريف الخاطب والمخطوبة، وتحديد الصداق، وينتهي بقراءة سورة الفاتحة قراءة متبوعة بالدعاء للعروسين بالسعادة والهناء[1] وقراءة الفاتحة يقصد بها التبرك في مرحلة الخطبة لعل الله يتم بها زواجا سعيدا[2].

والفاتحة بهذا المعنى تكون عبارة عن إبرام عقد زواج شفهي وفقا لقواعد الشريعة الإسلامية يع بر فيها المتعاقدين عن ركن الرضا بواسطة ممثليها وحضور ولي كل منهما، والشهود وتحديد الصداق، وتجتمع فيه العلانية والإشهار، في حين أن الخطبة لا تتعدى حدود إجراءات تحضيرية تقتصر على مجرد إعلان الرغبة في الزواج والمصاهرة ثم إبرام عقد الزواج في وقت لاحق وفقا للقواعد المدنية.

وهنا يجدر بنا القول أنه إذا كان من الممكن اختلاف مفهوم ومضمون الخطبة عن مفهوم

---

[1] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هومه الجزائر،2005 ص16.

[2] أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2009،ص 20.

ومضمون الفاتحة فإن من الممكن أيضا أن يقعا معا وفي مجلس واحد متحدين زمانا ومكانا[1] .

حيث تعتبر الخطبة التي وقعت قبل الفاتحة أو وقعا معا في مجلس واحد قانونا وعدا بالزواج يحق لكل واحد من الخاطبين أن يتراجع عن وعده ويعدل عنه في أي وقت يشاء قبل إبرام عقد الزواج بصفة رسمية أمام الموظف المختص قانونا[2].

ويعتقد بعض الناس أن تلاوة هذه السورة بعد إعلان الخطبة تبيح كل شيء، وهو تصور خاطئ، وجهل بأحكام الشريعة والقانون والصحيح أن ذلك مجرد تأكيد للوعد بالزواج فقط[3].

أولا : حكم إقتران الفاتحة بالخطبة من الناحية القانونية

1 – حكمها في ظل القانون القديم:

لقد اِعتبرت المادة 6 من القانون11/84 أن الخطبة و الفاتحة وعد بالزواج سواء كانت الخطبة قد وقعت قبل الفاتحة أو وقعتا معا في مجلس واحدا زمانا و مكانا أو منفصلتين في مجلسين مختلفين من حيث الزمان و المكان إذ أخضعهما للحكم واحد، حيث يجوز للطرفين العدول عنها في أي وقت شاء قبل إبرام عقد الزواج بصفة رسمية أمام موظف بالحالة المدنية.

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

بالرجوع للإجتهاد القضائي في تعريف الفاتحة و حكم اقترانها بالخطبة نجد هناك تذبذب في قراراتها إذ يعتبرها عادةً مجرد قراءة سورة الفاتحة من باب التبرك والدعاء للخطيبين و

---

[1] عبد العزيز سعد، مرجع نفسه، ص16.

[2] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثالثة، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائري ، 1996ص85.

[3] لعربي بلحاج، مرجع سابق، ص89 .

أنها ليست ركن عن أركان الزواج أو شرط لصحة الخطبة إلاّ أنها في بعض القرارات تعتبرها عقد زواج عند توافر أركان و شروط العقد.

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

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

لقد اعتبرت المحكمة العليا في قرار أخر لها أن إقتران الفاتحة بالخطبة في مجلس العقد زواج شرعي و مستوفي لأركانه إلاّ أنه غير مسجل بالحالة المدنية أهم ما جاء فيه :من المقرر قانونا أنه يمكن أن تقترن الخطبة بالفاتحة أو تسبقها لمدة غير محددة و من المقرر أيضا أنه يثبت الزواج بتوافر أركانه المقررة شرعًا و متى تبين في قضية الحال أن أركان الزواج قد توافرت و تمت بمجلس العقد و أنه تم إقتران الخطبة بالفاتحة و بعد ذلك عدل الطاعن عن الزواج بالإمتناع عن الدخول لأنه اِعتبر الفاتحة كالخطبة وعد بالزواج[1].

و في قرارٍ آخر صادر بتاريخ 1984/11/19 اعتبرت أن مرحلة الخطبة قد إنتهت بالزواج و بالتالي استبعدت إقتران الخطبة بالفاتحة و إمّا اكتفت بوجود خطبة فقط إذ جاء في حيثياته :أنه من المقرر أن الأصل في الخطبة أنَّها مقدمة للزواج و ليست زواجا غير أنَّها قد ستجاوز مرحلة إلتماس النكاح إلى النكاح الشرعي وأصبح فعلا زواجا شرعيا إذ

[1] القرار الصادر بتاريخ 1992/04/14 تحت رقم الفهرس 81877 ،المجلة القضائية لسنة 2001،ص33 و ما يليها.

واكبها تحديد شروطه و تحقق أركانه و هذا باشتماله على الإيجاب و القبول حاملين لصيغة الزواج و حضور شهود و تولى الأب بالنكاح ابنته[1].

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

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

اتجهت المحكمة العليا اتجاه آخر في القرار الصادر بتاريخ 1995/04/04 بقولها :حيث أن المادة 6 من قانون الأسرة تقتضي بأنّه يمكن أن تقترن الخطبة مع الفاتحة أو تسبقها بمدة غير محددة فإن سبقت الخطبة الفاتحة تلك هي الخطبة المنصوص عليها في المادة 5 من نفس القانون و هي التي تعتبر وعدًا بالزواج، أما حالة اقتران الخطبة بالفاتحة بحسب المادة المشار إليها فهي زواج متى توافرت أركانه طبقا للمادة 9[2].

نلاحظ أن قضاة المحكمة العليا قد أعطوا للخطبة المقترنة بالفاتحة في مجلس العقد صفة الزواج الصحيح عندما تكون بحضور الشهود و الولي و تحديد الصداق طبقا للمادة 9 من قانون الأسرة و حسنًا فعلوا، لأنه زواج شرعي من الناحية الدينية إلاّ أنه يلاحظ خلط بين ما يعتبر خطبة و ما هو زواج عندما اعتبرت أن الخطبة التي تسبق الفاتحة وعد بالزواج طبقا للمادة 5 من قانون الأسرة لأن الفقرة الثانية من المادة 6 صريحة في

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

[2] المجلة القضائية للمحكمة العليا، لسنة 1996 ، ص36.

إخضاع الفاتحة في حالة اقترانها بالخطبة أو تسبقها لمدة غير محددة إلى أحكام المادة5 في كلتا الحالتين.

-إقتران الخطبة بالفاتحة في ظل قانون الحالي:

لقد أدخل المشرع الجزائري تعديل على نص المادتين الخامسة و السادسة من القانون الأسرة بموجب الأمر رقم02/05 المؤرخ في2005/02/27 من أجل تفادي الخلط الواقع بين الخطبة و الفاتحة إذ نصَّ على أن اقتران الفاتحة بالخطبة لا يعَّدُ زواجًا.

يتضح لنا أن القانون المعدل للمادتين 5 و6 اعتبر أن الخطبة وعد بالزواج في المادة 5 و نفس الحكم ينطبق على إقتران الفاتحة بالخطبة الذي لا يعتبر زواجا، فهي ترتب نفس الآثار المتعلقة بالخطبة فالأصل العام أن الفاتحة عند اقترانها بالخطبة لا يعَّد زواجا، مما يجعل اعتبارها خطبة أما على مستوى المحاكم نجد أنها تعتبر الفاتحة المقترنة بالخطبة تخضع إلى أحكام المادة الخامسة منها الحكم الصادر بتاريخ2007/01/16 أهم ما جاء في حيثياته مايلى :حيث أن الدعي عليه دفع بأن المدعية قرأت فاتحتها مع شخص ثاني و أنه لن يقوم بإتمام مراسيم الزفاف إلا بعد أن يتأكد بأنها لم تعد بعصمة ذلك الرجل حيث بالإطلاع على ملف الدعوى الحالي تبين للمحكمة بأن الطرفين متزوجان بموجب عقد زواج صحيح في 2006/01/30 تحت رقم 8 بحاسي الغلة، حيث أن المدعية تطالب بإتمام مراسيم الزفاف و أن المدعي عليه لا يرغب بذلك حيث طالما أن الزواج يكون بالإرادة المشتركة للطرفان فإنه لا يسع المحكمة إلا أن تقضي برفض طلب المدعية الرامي إلى إتمام مراسيم الزواج.

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

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

[1] محكمة عين تموشنت قسم شؤون الأسرة بتاريخ2007/01/16 تحت رقم الفهرس07/1911.

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

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

لقد أخذ قانون الأسرة المعدل في المادة 6 باجتهادات المحكمة العليا وما استقرت عليه من مبادئ

الشريعة الإسلامية إذ اعتبر مفهوم الفاتحة أنها قراءة سورة الفاتحة و أن تقديمها أو تأخيرها أو اقترانها بالخطبة لا تغير من القيمة القانونية للوعد بالزواج و بالتالي ينتج عن العدول عنها ما يترتب عن الخطبة لأن الأصل العام أن حضور الإمام لقراءة سورة الفاتحة تكون عادة في مجلس العقد لا في مجلس الخطبة و أن الفاتحة هذه لا تعتبر أصلا ركنا أو شرط للزواج و من هنا فإن عبارة الفاتحة لا تعتبر زواجا لوحدها أو عند اقترانها بالخطبة، ويترتب عنها من الناحية الشرعية و القانونية ما يتعلق من أحكام الخطبة.

نجد في بعض المناطق أن هناك من الأطراف من يستوفي الأركان و شروط الزواج المنصوص في المادة 9 من قانون الأسرة في مجلس الإعلان عن الخطبة حيث يكون بحضور إمام مسجد يقوم بالقراءة الفاتحة الذي هو في حقيقة الأمر زواجا شرعيا و الدليل

على ذلك أن الطرفين عادة عند إجراء الحفل الثاني لوليمة الز واج من أجل الدخول بالزوجة لا تستوجب عليهم إحضار إمام المسجد لأنه حضر في حفل إعلان الخطبة.

الفرع الثاني : إقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد

لقد نصت المادة 6 من القانون رقم 05/ 09 المؤرخ في 04 مايو 2005 أن إقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توفر ركن الرضا و شروط الزواج المنصوص عليها في المادة 9 مكرر من هذا القانون.

بهذا فإن المشرع وضع استثناء عن الأصل العام الوارد في الفقرة الأولى من المادة السادسة إذ أن المبدأ العام في إقتران الفاتحة بالخطبة لا يعد زواجا، غير أن اقترانها بمجلس العقد يعتبر زواجا عند توفر ركن الرضا وشروط الزواج المتعلقة بأهلية الزواج، و تقديم الصداق بحضور الشهود و ولي الزوجة مع خلو الطرفين من الموانع الشرعية الزواج لقد كرّس قانون الأسرة المعدِّل للمادة السادسة اجتهادات المحكمة العليا المتعلقة بالطبيعة القانونية لإقتران الفاتحة بالخطبة إذ وصفها بمثابة عقد زواج صحيح متى توافرت أركانه و شروطه في مجلس العقد إلا أنه غير مسجل بالحالة المدنية.

و لتطبيق نص المادة 6 يستوجب على القاضي الذي يعرض النزاع عليه قبل الفصل في القضية أن يقوم بتكييف الوقائع المطروحة عليه أولا على أنها زاوج شرعي إذ اقترنت الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد و منه يخضع إلى أحكام المادة 9 ، أو أنها مجرد وعد بالزواج يخضع للمادة 6 فقرة 1 منه و لذلك يأمر بإجراء تحقيق في القضية بسماع الطرفين و الشهود و ولي الزوجة للتأكد من توافر شروط الفقرة الثانية من المادة السادسة المتمثلة فيما يلي:

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

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

أ /الركن المادي:

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

ب /الركن المعنوي:

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

مجلس العقد الحقيقي:

يكون المجلس حقيقيا عندما يكون المتعاقدين حاضرين بمجلس العقد و هذا هو الأصل فيه يبدأ المجلس بصدور الإيجاب من أحد المتعاقدين و يكون عادة من طرف الزوج بقوله زوجني ابنتك فلانة ثم يقترن بقبول الزوجة أو وليِّها و يتم تبادل صيغة العقد بقوله زوجتك إياها، و ينتج آثاره من لحظة علم الموجب بالقبول.

مجلس العقد الحكمي:

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

-صيغة التعاقد:

الأصل أن الإيجاب و القبول في عقد الزواج يجب أن يكون بالعبارة أو الإشارة أو الكتابة أو الألفاظ التي ينعقد بها النكاح شرعا، و لقد اتفق الفقهاء على أن اللفظ يأخذ من مادتي الزواج و النكاح لأن أكثر النصوص الواردة جاءت بهما، و الزواج من العقود الأبدية لأنه يفيد ملك المتعة فالزواج لا ينعقد بألفاظ الوصية حتى و إن أفادت التملك لأنه مضاف إلى ما بعد الموت و الزواج يقتضي التملك في الحال مثلا هب لي إبنتك بمهر كذا، و يقول الأخر قبلت.

-طرفي مجلس العقد:

الأصل أن الزوج و الزوجة هما طرفي مجلس العقد و هما من تصدر عنهما الصيغة أو التعبير عن الإرادة التي يتكون العقد بها و يتم إبرامه، مع مراعاة عدم مباشرة المرأة لعقد

زواجها أصالة عن نفسها و إمّا يكون من طرف وليِّها و يحضر مجلس العقد شاهدين للإشهاد على واقعة الزواج.

-توافر ركن الرضا:

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

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

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

توافر شروط الزواج المنصوص في المادة 9 مكرر:

1-أهلية الزواج:

تتمثل شروط صحة الزواج عند إقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد في أن يكون الزوجين على أهلية لإبرام العقد و ذلك ببلوغ سن 19 سنة كاملة طبقا للمادة 9 من قانون الأسرة، أما ناقص الأهلية فيجب أن يكون حاملا لترخيصٍ من رئيس المحكمة يسمح له بإبرام العقد قبل السن القانوني.

الصداق:

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

-الولي:

لصحة عقد الزواج يشترط أن يحضر الولي مجلس العقد الذي اقترنت فيه الفاتحة بالخطبة و عادة هو الذي يتولى إبرام العقد بحضوره نيابة عن الزوجة، إذ يصدر القبول منه نظرا لعدم حضور المرأة بمجلس العقد و يمكن لها أن تعقد زواجا بحضور أحد أقاربها أو أي شخص تختاره طبقا للمادة 11 من قانون الأسرة.

الشاهدان:

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

انعدام الموانع الشرعية للزواج:

يشترط لانعقاد الزواج في حالة إقتران الفاتحة بمجلس العقد أن لا يكون عند الطرفين مانع من الموانع الشرعية للزواج المتمثلة في موانع المؤبدة أو المؤقتة المنصوص عليها في المواد23 إلى 30 من قانون الأسرة.

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

فبالتالي بعد تحقق القاضي من توافر الشروط سالفة الذكر يقضي بإثبات الزواج الشرعي إن تم الدخول مع أمر ضابط الحالة المدنية لمكان إنعقاد الزواج بتسجيله و التأشير على هامش عقدي ميلادهما بذلك، إلا أن الإشكال يثار عندما يكون النزاع قبل الدخول حيث يدعي أحدهما بوجود خطبة، و الطرف الثاني يؤكد بإبرام عقد شرعي بالفاتحة و يدعي في كثير من الأحيان بأنه قد تم الدخول بالمدعى عليها ويطالب القضاء الحكم له بتسجيل الزواج قبل الدخول مما يطرح على القاضي عدة مسائل شرعية تحتاج إلى حل قانوني مثل مطالبة الزوجة لنصف الصداق في حالة الطلاق قبل الدخول و المدعي عليه ينكر واقعة الزواج العرفي ويتمسك بوجود خطبة لا أكثر.

[1] رمضان السيرنباطي، المرجع السابق، ص 113.

و نجد أن المحكمة العليا قد طبقت نص المادة 6 في فقرتها الثانية بعد تعديلها ذلك في القرار الصادر 2005/10/12 في الملف رقم 340671 و أهم ما جاء في حيثياته (ذلك أن المطعون ضدها لما أقامت دعواها أمام محكمة الأول درجة صرحت بأنها و الطاعن وقعت بينهما خطبة مقرونة بالفاتحة أي عقد زاوج) بتاريخ 2005/09/11 جماعة من المسلمين أين تم تحديد الصداق بأربعين ألف دينار و خاتم الحنة إلى جانب توابع هذه الأخيرة(حقيبة تشتمل على عدّة أشياء سار عليها عرف الجهة) و حرّر قاضي أول درجة أقوالها هذه في محضر مؤرخ في09/ 08/ 2006 و أن الطاعن حاليا دعاها لترك وظيفتها في التعليم إلاّ أن طلبه هذا رفضته و بناءا عليه نشأت دعوى الحال و تطالب فسخ خطوبتها مع منحها تعويض بسبب الضرر اللاحق بها، و حيث يتضح من أقوال المدعية و التي أيدها الطاعن أن ما يربط طرفي النزاع هو عقد زاوج تتوفر فيه جميع أركانه و بالتالي يتعيّن إصدار حكم إما بالتطليق أو الطلاق و لا يجوز في مثل قضية الحال حلّ الرابطة الزوجية بين طرفي النزاع بفسخ الزواج لأن الفسخ تطبق عليه المادة 33 الفقرة الثانية و المادة34 من قانون الأسرة، و عليه فكان المفروض على قضاة الموضوع القضاء في قضية الحال بالتطليق إذ رأوا أن المدعية محقة في طلبها لكون ما يربطها و الطاعن هو زاوج عرفي تام الأركان بإقرار الزوجين و وقائع القضية [1].

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

[1] المجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2005، ص397.

[2] المادة 6 من الأمر 09/05 المؤرخ في 4مايو سنة 2005 المعدل لقانون الأسرة.

المبحث الثاني: آثار العدول عن الخطبة في المهر والهدايا

إذا تمت الخطبة تأخذ المخطوبة من خطيبها معجل الصداق أو المهر فإذا حصل العدول وعدل الخاطب عن الخطبة ولم يتم العقد فإنه تثار بعض المشكلات التي يصعب حلها ويلجأ الخطيبين عادة إلى القضاء للمطالبة بحلها فهل يمكن للخطيب استرداد ما دفعه من مهر؟ وقد يقدم لها هدايا في فترة الخطبة، فما مدى أثر هذا العدول على استرداد الهدايا إذا كانت قد قدمت؟.

وسوف نتعرض في هذا المبحث لدراسة مصير أو حكم المهر بعد العدول عن الخطبة وذلك ببيان تعريفة وأنواعه وكذا دراسة حكم استرداد المهر في حالة الرجوع عن الخطبة ثم نتعرض إلى بيان مصير أو حكم الهدايا المقدمة من قبل الخاطبين في حال انقضاء الخطبة بالعدول عنها وذلك بالتطرق أولا لتعريفها ومشروعيتها في الفقه الإسلامي والقانون ومن ثم حكم استرداد الهدايا بعد الرجوع عن الخطبة، وأخيرا ندرس الاختلاف بين الخاطبين في كون المرسل إليها هدية أو مهرا (مطلب ثاني)

المطلب الأول :مصير المهر والهدايا بعد العدول عن الخطبة

الفرع الأول :مفهوم المهر

المهر مشروع بالكتاب والسنة، وله عدة معاني فهو واجب شرعا على الزوج لزوجته واستحقاقها له بمجرد العقد، ويكون المهر الواجب هو المهر المسمى، وفي أحوال أخرى يكون المهر الواجب هو مهر المثل.

أولا :تعريف المهر

يقصد بالمهر ما يبذله الرجل من مال في سبيل الجهاز، وقد يكون معجلا أو يكون بعضه مؤجلا ويجوز أن يعقد الزواج بدون أن يكون المهر مسمى .والمهر له أسماء كثيرة حصرها الفقهاء في تسعة أسماء هي :الصداق، النحلة، والمهر والأجر والصدقة والفريضة والعلائق، والعقر، والحباء ويعرف المهر بأنه ما أوجبه الشارع من المال أو المنفعة التي تقوم بالمال حقا للمرأة على الرجل في عقد زواج صحيح أو دخول بشبهة أو دخول مبني على عقد فاسد[1].

[1]رشدي شحاتة أبو زيد، الإجراءات القانونية لمسائل الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى، دار الوفاء للطباعة و النشر مصر، 2008 ، ص 448.

1مشروعية المهر: والأصل في مشروعية المهر من الكتاب والسنة النبوية الشريفة:

أ- **من الكتاب:** قوله تعالى "وأحل لكم ما وراء ذالكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين"[1] قال أبو عبيد" :يعني عن طيب نفس بالفريضة التي فرضها الله تعالى وقيل النحلة تعني الهبة لأن كل واحد من الزوجين يستمتع بصاحبه وجعل الصداق للمرأة فكأنه عطية بغير عوض"،وقال تعالى "وآتوهن أجورهن بالمعروف"[2] وأجورهن أي مهورهن.

ب - من السنة النبوية الشريفة: في حديث صحيح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم جاء فيه أن عبد الرحمان بن عوف قال" :قال رسول الله بارك الله صلى الله عليه وسلم ما أصدقتها؟ أي ما أعطيتها مهرا؟

قال وزن نواة من ذهب، فقال الرسول صلى الله عليه وسلم :« بارك الله لك، أوْلِمْ و لو بشاة»[3] وعن أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم أعتق صفية وجعل عتقها صداقها [4]متفق عليه .

2 حكم المهر:

والمهر واجب شرعي في كل عقد نكاح على الزوج لزوجته بمجرد عقد النكاح الصحيح والإ أن ذكره في العقد ليس شرطا لصحة العقد لقوله تعالى :(لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة)[5] رفع الله تعالى الجناح عن الطلاق في نكاح لم يسم فيه المهر والطلاق لا يكون إلا في نكاح بعقد صحيح، فدل ذلك على جواز عقد النكاح وصحته بدون تسمية المهر فيه .إلا أنه إذا سمي المهر كان هو الواجب على الزوج بهذا العقد، وإن لم يسم المهر كان الواجب على الزوج بهذ عقد هو مهر المثل، إلا أنه لا يجوز عقد النكاح إلا بالمهر لقوله تعالى "أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين" فلا بد من المهر في النكاح، ولكن هذا المهر إما أن يكون باتفاق الزوجين

---

[1]سورة النساء، الآية 24 .

[2]سورة النساء، الآية 25 .

[3]رواه مسلم، كتاب النكاح، باب الصداق وجواز كونه تعليم القرآن وخاتم حديد وغير ذلك من قليل وكثير، رقم 1467 مرجع سابق ،ص561.

[4]رواه البخاري، كتاب النكاح، باب من جعل عتق الأَمَةُ صداقها، رقم 5186 ، ص 1009 ، مرجع سابق .

[5]سورة البقرة، الآية236 .

على مقداره في عقد النكاح فيكون هذا الواجب، و إما ألا يتفقا عليه فلا يذكراه في العقد فيكون الواجب هو مهر المثل[1].

وإذا كان المهر أثار من آثار العقد في الزواج فهو حق للمرأة ولها أن تسقطه وتبرئ زوجها منه إن كان دينا لم تقبضه، ولها أن تهبه إن قبضته أو كان عينا مادامت من أهل التبرع واستوفى الإبراء أو الهبة شرطهما المقررة لهما شرعا[2].

3حكمة وجوب المهر ومقداره:

أ –**حكمة وجوب المهر** :والحكمة فيه أن الزوج تجب عليه نفقة الزوجة من حقوق مالية كالمهر والنفقة وغير مالية كالعدل واجتناب الإضرار بها، وأما الزوجة فلا تجب عليها لزوجها حقوق مالية وجميع حقوقه عليها غير مالية.

ب – مقدار المهر :

ومقدار المهر يجب ألا يقل شرعا عن عشرة دراهم فضة تزن سبعة مثاقيل، وذلك لأن وزن الدراهم من الفضة كان في صدر الإسلام مختلفا ولا حد لأكثره فللمتعاقدين أن يزيدا عن العشرة دراهم إلى ما شاءا .ولا يجوز التغالي في المهور كي لا يكون صرفا للناس عن الزواج[3] لقوله صلى الله عليه وسلم «**خير الصداق أيسره**»[4] ولا يلزم أن يكون المهر دراهم مضروبة ولا يكون من الذهب أو الفضة بل يصح شرعا أن يكون المهر من الذهب والفضة المضروبين وغير المضروبين ومن كل شيء معلوم له قيمة مالية من عقار منقول مكيل أو موزون أو حيوان ومن منافع الأعيان التي يستحق في مقابلها المال كسكن المنزل أو زراعة الأرض[5] أو أن يعلمها شيئا من القرآن أو شيئا من أمور الدين،

---

[1]عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة المسلمة، الجزء السادس، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، لبنان، 1993ص 51.

[2]محمد أبو زهرة ، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، مرجع سابق، ص 229.

[3]عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، الطبعة الثانية، دار القلم للنشر والتوزيع، الكويت1990 ص74.

[4]محمد بن إسماعيل الأمير الصنعاني، كتاب النكاح، باب الصداق، رقم 777 ، مرجع سابق، ص115 .

[5]عبد الوهاب خلاف، المرجع نفسه، ص76 .

ومن ثم لا يصح أن يكون المهر خمرا أو خنزيرا أو غيرها مما لا يجوز أن يتملكه المسلم وأن يكون سالما من الضرر وأن يكون مقدورا على تسليمه[1].

4 مؤكدات المهر :يتأكد المهر بأحد الصور الآتية:

أ **بالدخول الحقيقي** :يستقر حق الزوجة في المهر كاملا إذا دخل بها زوجها، واتصل بها اتصالا جنسيا من شأنه أن يفضي إلى التناسل لأنه بهذا الدخول يكون قد استوفى حكم العقد من جانب الزوجة فيستقر حقها في العقد كاملا تبعا لذلك[2].

ب **موت أحد الزوجين** :لا خلاف بين الفقهاء في أن المهر يستقر ويتأكد بموت أحد الزوجين ولو قبل الدخول لأنه بالموت ينتهي عقد الزواج فتقرر أحكامه ومنها المهر الميراث، سواء كان الموت طبيعيا أو بجناية من غير الطرف الآخر[3].

ج **الخلوة الصحيحة** :إذا اختلى الزوج بزوجته خلوة صحيحة استحقت الزوجة المهر المسمى، وتكون الخلوة بانفراد الزوج بزوجته في مكان يأنسان فيه من عدم إطلاع أحد عليهما[4] .

5 أنواع المهر، المهر نوعان :مهر مسمى، ومهر المثل.

أ المهر المسمى :وهو المهر المتفق عليه عند العقد، ويجب المهر المسمى إذا كانت التسمية صحيحة في العقد[5]، فإن اتفق العاقدان على مقدار معين في العقد أو فرض للزوجة بالتراضي بعد العقد كان مهرا مسمى، وإذا لم يتفق الزوجان على مهر وسكت على ذكره أو لم يتعرض لمقداره وتعيينه يسمى مهرا مجهولا لا يحل شرعا ووجب بعد الدخول بالزوجة ما يسمى بمهر المثل .

ب مهر المثل :إذا لم يسم الزوج مهرا وقت العقد فالواجب بالعقد هو مهر المثل ويجب أيضا مهر المثل إن كان هناك تسمية ولكنها فاسدة سواء كان فساد التسمية ليس بمال أصلا كلحم الميتة أو من جهة كونه ليس بمال في حق المسلمين كالخمر والخنزير، أو من جهة جهالة نوعه وإن كان مالا في حق الكل كبيت أو دار أو حيوان أو ثوب ولم

---

[1] رشدي شحاتة أبو زيد، مرجع سابق، ص 450.

[2] وهبة الزحيلي ،مرجع سابق، ص289.

[3] عمر سليمان الأشقر، مرجع سابق، ص265.

[4] رشدي شحاتة أبو زيد، مرجع سابق ، ص 453.

[5] محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، الطبعة الثانية، دار الفكر، عمان ، الأردن، 2007 ص104.

يبين نوعها لأن الأثواب أجنس شيء ويجب مهر المثل أيضا إذا نفى الزوج المهر أصلا أي يتزوجها ولا يسمي لها مهرا أو بشرط ألا مهر لها[1] فمهر المثل عبارة عن مقدار ما يدفع لمثيلاتها وقت العقد من أسرة أبيها ويشترط في المماثلة في المهر التساوي وقت العقد في سائر الصفات التي يرغب فيها كالسن والجمال والعقل والتعليم والأب والبكارة وإذا لم توجد في أسرة أبيها في الأوصاف اعتبر مهر من يماثلها من أسرة كأسرة أبيها[2].

كما يجب أيضا مهر المثل في الشغار فإذا زوج كل من الوليين وليته للآخر على أن يكون بضع كل منهما مهرا للأخرى صح العقد ووجب لكل منهما مهر مثلها بالعقد، ويجب أن مهر المثل في تعليم القرآن للأمهار، يعني إذا تزوج رجل امرأة وجعل مهرهما أن يعلمها شيئا من القرآن فالعقد صحيح والتسمية غير صحيحة وحينئذ يجب عليه مهر المثل، وقال الشافعي: التسمية صحيحة ويعلمها القدر المتفق عليه بينهما لأن ما يصح أخذ العوض في مقابلته للشرط يصح تسميته مهرا وهنا يصح أخذ الأجرة في مقابلة تعليم القرآن ينصح تسميته مهرا"[3].

ثانيا: حكم المهر في حالة العدول عن الخطبة

من 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 فسخ الخطبة يطلب أحد الطرفين أو اتفاقهما معا يثار التساؤل حول مصير ما تم دفعه من صداق ومدى حق الخاطب في استرداده[4].

1 في الفقه الإسلامي:

الثابت بإجماع الفقهاء أن المهر لا يلزم إلا بمقتضى العقد، وليست الخطبة عقدا ومن ثم فللخاطب استرداد ما يدفعه من المهر وذلك بأخذ عينه إن كان قائما، وإن كان قد

---

[1] محمد زيد الأبياني، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، مكتبة النهضة العربية، مصر ،ص108.

[2] رشدي شحاتة أبو زيد، مرجع سابق، ص452.

[3] محمد زيد الأبياتي، مرجع سابق، ص ص109 ،110.

[4] أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات، دراسة فقهية ونقدية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، مصر ،2010، ص37.

هلك أو استهلك، استرد مثله إن كان مثليا، أو قيمته إن كان قيميا[1] لأن دفع الصداق من آثار عقد الزواج، فإذا لم يوجد العقد عاد المهر إلى الخاطب ولا تستحق المرأة منه شيئا أيا كان سبب العدول من جانب الخاطب أو من جانب المخطوبة[2]، وهذا ما أشار إليه ابن عابدين من الحنفية" :إذا خطب رجل امرأة وبعث إليها أشياء ولم يزوجها أبوها فما بعث على أنه مهر يسترد عينه وإذا تغير بالاستعمال فإن لم يتمكن من رد عينه ترد قيمته لأن معاوضة عن حق استمتاع بالبضع، ولم تتم المعاوضة فجاز الاسترداد.

وشرح ابن عابدين ذلك فقال " :أنه ما بعث للمهر أي مما اتفقا على أنه من المهر قيد في عينه أي يسترد عينه، وإن تغير في الاستعمال ولأنه سلط عليه من قبل المالك فلا يلزم في مقابلة ما انتقص من استعماله شيء فإذا لم يسترد عينه استرد قيمته أو بدله ليشمل المثلى لأنه في معنى الهبة، إلا المانع من موانع الرجوع فيها كالهلاك والاستهلاك، فهو مانع من الرجوع كما لو كان ثوبا فصبغته أو خاطته أو لبسته" [3].

2 :في قانون الأسرة الجزائري:

لم يتضمن قانون الأسرة الجزائري نصا صريحا فيما يتعلق بمسألة المهر المقدم خلال فترة الخطبة وقبل انعقاد العقد مثله مثل القانون التونسي، ولعل المشرع الجزائري قد نظر إلى أن عادات المجتمع الجزائري المتعارف عليها في أن المهر يدفع بعد أو أثناء العقد وليس أثناء الخطبة وبالتالي لم ينص على هذه الحالة .ومع ذلك كان من المستحسن لو تعرض لهذا الموضوع فقد تكون هناك حالات معينة يتم فيها دفع الصداق أو المهر أثناء الخطبة للإبراز الجدية في الزواج [4].

إلا أنه وبالرجوع إلى نص المادة 15 من قانون الأسرة الجزائري التي جاء فيها" **يجب تحديد الصداق في العقد سواء أكان معجلا أو مؤجلا**"[5] يمكن القول أن الصداق باعتباره من مستلزمات العقد، فعلى المخطوبة رده لأن العقد لم يتم، وحتى ولو تم العقد ولكن

---

[1]العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2007،ص53.

[2]وهبة الزحيلي، مرجع سابق ، ص 26.

[3]ابن عابدين، مرجع سابق، ص37 .

[4]أحمد شامي، مرجع سابق، ص 38.

[5]قانون الأسرة الجزائري المادة 15.

حدثت الفرقة قبل الدخول لم يكن لها الحق إلا في نصف الصداق أخذا بالمادة 16 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على أنه "**تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول أو بوفاة الزوج وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول**[1] " وذلك لأن وجوب الصداق بالعقد على أساس المعاوضة أي أن الصداق دفع لغرض معين ولم يتم هذا لغرض وهو الزواج، ووجب استرداده لأن الخطبة مجرد وعد بالزواج[2]، ويرى بعض الباحثين القانونيين في الجزائري من بينهم الدكتور محمد محدة أنه يجب التفريق بين ما إذا كان العدول من جانب الخاطب أو المخطوبة عملا بالمذهب المالكي فإن كان العدول من الخاطب فعليه تحمل تبعات المهر، أما إذا كان العدول من المخطوبة فعليها أن تعيد المهر كما هو ولا يجيز الخاطب على تقبل الأشياء التي حول عليها ما قدمه من صداق[3].

الفرع الثاني : مفهوم الهدايا

إذا أبدل الخاطب شيئا للمرأة مدة الخطبة ثم فسخت الخطبة فله استرجاع ما أهداه إليها ومطالبتها برده إذا كان الفسخ من جهتها أما إذا كان التارك للخطبة هو الزوج فلا رجوع له عليها وفي الحالة التي يكون له حق في استرجاع ما أهداه، فإنه يأخذه بعينه إذا كان موجودا واذا ضاع ما أهداه أو أستهلك فالقاعدة في الضمان تقضي انه يلزم في المثلي من المتاع مثله كالحبوب والثمار وفي المقوم قيمته مثل الذهب والحيوان والثياب اختلف الفقهاء في حكم استرادا هدايا الخاطبين، فمنهم من أجرى هدايا الخاطبين مجرى الهبة، وأعطاها حكمها، ومنهم من نظر فيها نظرا يخالف للهبة المطلقة :

أولا : تعريف الهدية

1 الهدية لغة :الهدية مفرد والجمع الهدايا، يقال أهدى له وإليه وهي ما يقدمه القريب أو الصديق من التحف والألطاف، والتهادي أن يهدى بعضهم إلى بعض[4] .

---

[1]قانون الأسرة الجزائري المادة 16.

[2]لعربي بلحاج، مرجع سابق، ص53 .

[3]لعربي بلحاج، مرجع سابق، ص53 .

[4]محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، دار القلم، بيروت لبنان، ص 693.

والهدية والهبة بمعنى واحد، قال الكاساني في البدائع" :الإهداء من ألفاظ الهبة وهي تأخذ حكمها ومن ألفاظها :" النحلى والإعطاء، يقال نحل ونحلة، وأعطى أعطيته أي أهدى هديته" [1].

2 تعريف الهدية اصطلاحا:

الهدية نوع من أنواع الهبة، وهي ما يقدمه الواهب للموهوب له على وجه الإكرام والتودد والمكافأة، و إن ما يقدمه الواهب للموهوب له على وجه الإكرام والتودد هدية، أما إذا كان يقصد ثواب الآخرة فهو صدقة و إن لم يقصد شيئا فهو هبة .قال البهوتي" :وأنواع الهبة : صدقة وهدية ونحلة وهي العطية، فإن قصد بإعطائه ثواب الآخرة فقط فصدقة، وإن قصد بإعطائه إكراما وتوددا ومكافأة فهدية، و إن لم يقصد شيئا مما ذكر فهبة وعطية ونحلة[2]، والهدايا شاملة لكل ما يقدمه المهدي إلى المهدى إليه من النقد والفضة والذهب والملابس والأثاث والسيارات وغير ذلك[3].

3 مشروعية الهدايا:

والهبة أو الهدية مشروعة بالكتاب والسنة والإجماع ومن المعقول.

أ –من الكتاب:

فقوله تعالى (فإن طبن لكم عن شيئ منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا)[4].

ب – من السنة النبوية

عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "تهادوا تحابوا" وفي رواية الترميذي،عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال« تهادوا فإن الهدية تذهب وحر الصدر، ولا تحقرن جارة لجارتها ولو بشق فرسن شاة[5]» ، تدل هذه الأحاديث وغيرها على استحباب الهدايا، وأنها سبب للتودد والتحاب بين الناس.

ج –من الإجماع :انعقد إجماع المسلمين على استحباب الهدية، قال الشربيبي ":وانعقد الإجماع على استحباب الهدية وجميع أنواعها".

---

[1] نايف محمود الرجوب، مرجع سابق، ص228 .

[2] جميل فخري محمد جانم، مرجع سابق، ص21 .

[3] نايف محمود الرجوب، مرجع سابق،ص288.

[4] سورة النساء، الآية 4.

[5] رواه الترمذي، أبواب الولاء والهبة، باب في حث النبي صلى الله عليه وسلم على الهدية،ص489،رقم الحديث:1230

ثانيا: حكم الهدايا بعد العدول عن الخطبة

1 في الفقه الإسلامي :اختلفت نظرة الفقهاء وسنفصل في ما يلي :

المذهب الحنفي : يعتبرون هدايا الخطبة هبة، وللواهب أن يرجع في هبته إلا إذا وجد مانعا من موانع الرجوع في الهبة، كهلاك الشيئ أو استهلاكه أو وجود الزوجية،أي من قبل الهبة المقيدة بشرط وهو إتمام الزواج بين الطرفين فإذا لم يتم الزواج بينهما لسبب العدول عن الخطبة لم يتحقق الشرط الذي أعطيت الهدية لأجله.

ومن هن تأخذ حكم الهبة لأن هذه الهدايا قدمت عل سبيل التبرع[1].

المذهب المالكي : اعتد الفقهاء المالكية في مسألة رد الهدايا على اعتبار العرف لأن المسألة من المصالح المرسلة التي فصلت على النحو الآتي:

– إذا كان في مسألة العدول عن الهدايا في منطقة معينة عرف ملزم بين الناس أو شرط.

– إذا كان العدول من جانب الخاطب فلا يستحق استرداد شيء من الهدايا سواء كانت مثلية أو قيمية، وسواء كانت قائمة أو مستهلكة.

– إذا كان العدول من المخطوبة، فللخاطب الحق أن يسترد جميع ما قدمه من الهدايا فإن كانت قائمة استردها و إن كانت مستهلكة استرد قيمتها، كتميزها بالتفرقة بين عدول الخاطب و المخطوبة بحيث إذا كان العدول منه يجازى بعد م استرداد ما أهدى والحكم بالنسبة إليها سيان[2].

المذهب الشافعي : ذهب الشافعية في هدايا الخطبة اذا كانت قائمة، وبقيمتها إذا كانت قائمة، وبقيمتها إذا كانت هائلة، بغض النظر عن الطرف الذي عدل عن الخطبة. ودليلهم في ذلك بأن الهدية تمت على أساس إتمام عقد الزواج والسير في إجراءاته والعقد لم يتم، فيجب استرداد الهدايا سواء أقدمها الخاطب أو المخطوبة[3].

---

[1] بلجودي فطيمة ،العدول عن الخطبة دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون ، مذكرة ماستر فرع أحوال. شخصية،جامعة محمد بوضياف بالمسيلة ،كلية الحقوق والعلو م السياسية،سنة 2015.

[2] دليلة فركوس ،جمال العياشي محاضرات في قانون الأسرة، دار الخلدونية ، الجزائر ،ط2016،1،ص63.

[3] بن شيخ الرشيد، المرجع السابق، ص 41 .

المذهب الحنبلي : ويرى الحنابلة أنه لا يجوز الرجوع في الهبة انطلاقا من أن الوعد لا رجوع فيه، ولأنهم يعتبرونها هبة، والهبة عندهم لا رجوع فيها إلا إذا كانت قبل الفيض[1]، ولم يفرق فقهاء الحنابلة بين عدول الخاطب وعدول الخطيبة، فالحكم واحد في الحالتين، وهو عدم جواز استرداد الهدايا سواء كانت هذه الهدايا من جانب الخطيبة أو من الخاطب[2].

ثانيا : حكم الهدايا المقدمة خلال فترة الخطوبة في القانون الجزائري

لقد أدخل المشرع تعديل على المادة الخامسة بموجب القانون رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 حيث أضاف بعض الفقرات و أصبحت تنص المادة في الفقرة الثالثة على أنه لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئا مما أهداها إن كان العدول منه، و عليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته، و إن كان العدول من المخطوبة، فعليها أن ترد للخاطب ما لم ستهلك من الهدايا أو قيمته و بهذا أصبح النص أكثر وضوحا من سابقه لأنه تطرق إلى الهدايا التي تقدمها المخطوبة للخاطب كما أغلق باب الاحتيال في وجه المخطوبة حيث يجوز للخاطب أو المخطوبة بمقتضي النص المعدل أن يطالب أمام القضاء بقيمة الهدايا المستهلكة عند ادعاء احديهم باستهلاكها لأن المشرع أضاف مصطلح" أو قيمتها" و حسن ما فعل المشرع حيث أخذ في تعديله بالمذهب المالكي الذي يستوجب في استرداد الهدايا المقدمة في فترة الخطبة سواء كانت قائمة أم مستهلكة برد قيمتها حيث يتبن لنا عند مناقشة المادة أن تعديل الذي طرأ عليها أزال الثغرة التي كانت تسود النص القديم إلا أننا نلاحظ بعض الغموض فيما يخص حق المخطوبة في استرجاع الهدايا المقدمة للخاطب عندما تقدم على العدول مما يضعنا في إشكال هل نطبق عليها نفس الحكم الخاطب الذي يعدل وبذلك لا تسترد الهدايا التي قدمتها للخاطب إن عدلت أم لها الحق في استردادها ما دام النص لم يشير إليها، كما أن الصياغة النص في بعض فقراته غير واضحة خاصة عندما أضاف مصطلح أو قيمتها فهل يقصد من وراء ذلك قيمة الهدايا التي استهلكت أو أعطي للعادل أو العادلة حرية الأخيار بين رد

[1] بن شيخ الرشيد مرجع نفسه، ص41 .

[2] دليلة فركوس/ جمال العياشي، المرجع السابق، ص64.

الهدية ذاتها أو قيمتها نقدا لأن النص تضمن على أداة التخير إضافة إلى انه لم يحدد للقاضي أساس قيمة الهدية التي يحكم بها هل بقيمة وقت منحها أو بقمتها وقت صدور الحكم.

إن أحكام المادة 5 من قانون الأسرة قد وضعت لتطبق في حالة وجود خطبة بين الطرفين أو عدول الخاطب أو المخطوبة عن إبرام عقد الزواج، إلا أن بعض المحاكم نجدها تخلط بين مرحلة الخطوبة و مرحلة الزواج بحيث تلزم الزوجة بإرجاع الهدايا لزوجها عند طلبها الطلاق قبل الدخول. و قد صدر قرار عن مجلس قضاء قسنطينة في هذا الصدد بتاريخ 1990/12/04 جاء في منطوقه يلي :قبول الإستئناف شكلا، و بالمصادقة مبدئيا على الحكم المستأنف و تعديلا له القول أن مسؤولية الطلاق قبل البناء تقع على عاتق المستأنف عليها (م.و) و بالتالي إلغاء الحكم المستأنف فيما قضى فيه بالأثاث و المصوغ و بنصف الصداق لصالح المستأنفة عليها و من جديد بأن تؤدي مبلغ الصداق المقدر بألف دينار إلى المستأنف، و مبلغ عشرة آلاف دينار تعويضا له عن الأضرار اللاحقة به، مع تمكينه من جميع الهدايا المقدمة لها من طرفه حسب القائمة المرفقة و المذكورة في منطوق هذا القرار[1].

و كان هذا القرار محل طعن بالنقض أمام المحكمة العليا من طرف الزوجة صدر قرار عنها بتاريخ1993/07/13 قضى بقبول الطعن من حيث الشكل و رفضه من حيث الموضوع، و أهم ما جاء في حيثياته :إن قضاة القرار المطعون فيه ثبت لهم عدول الطاعنة عن إتمام الزواج دون مبرر شرعي أو قانوني، و أن هذا العدول لا يمكن أن يتحمل المطعون ضده شرعا و لا قانونا الخسائر و الأضرار المترتبة عنه مما دفعه من هدايا و غيرها خاصة تلك التي قدمها للطاعنة بهدف إتمام الزواج، و قد أتاحت المادة 5 من قانون الأسرة للخاطب فرصة أن يستعيد كل ما لم يستهلك من هدايا إن عدلت المخطوبة عن الخطوبة فأحرى و أولى أن يكون ذلك في حالة الزوجة عن إتمام الزواج دون مبرر شرعي و قانوني كما هو بشأن قضية الحال التي لم يخطئ القضاة في شأن تطبيق أي نص قانوني[2] .

[1] حسين بن الشيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص35.

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

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

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

و التبرير الذي أعطاه قضاة المحكمة العليا عن طريق القياس بين الرجوع عن الخطبة و الرجوع عن الزواج بعدم الدخول في غير محله، بحسب رأينا، لأن الإستدلال بالقياس يكون عند وجود مسألتين موجودتين فعلا و الحال هنا أن الخطوبة انتهت بإبرام عقد الزواج و لا يجوز للقاضي التطرق إليها أصلا لأنها في حكم العدم و كل ما قدم أثناء مرحلة الخطوبة من هدايا صارت هبة أو تبرع [1] ، و تحقق الهدف من منحها للمخطوبة بإبرام العقد يجعل المخطوبة التي أصبحت زوجة مطلقة قبل الدخول تستحق الهدايا و أن الحكم بوجوب ردها لزوجها يشكل خرقا لأحكام المادة 5و كان من الأحسن أن ترفض الدعوى إما لإنعدام الصفة لأن طلب إسترداد الهدايا يستوجب أن ترفع من الخاطب أو المخطوبة و ليس من الزوج و الزوجة.

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

المطلب الثاني :حكم التعويض المترتب عن العدول من الخطبة.

الخطبة وعد بالزواج يجوز للطرفين العدول عنها إلاّ أنّه إذا ترتب عن هذا الأخير ضرر لدى أحد الطرفين جاز للقاضي الحكم له بالتعويض و هذا طبقا للفقرة الثانية من المادة الخامسة بقولها :إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض إنّ النص القانوني منح للخطيبين حق العدول عن الخطبة و من جهة أخرى منح لهما حق التعويض عن الضرر الناتج منه إلاّ أنه ترك السلطة التقديرية لقاضي الموضوع في تقدير مدى وجود الضرر من عدمه و لمعرفة الأسس التي سيستند عليها قاضي شؤون الأسرة في تقرير وجود الضرر ثم تقديره لمقدار التعويض يتعيّن علينا الرجوع لآراء الفقه و إجتهادات المحكمة العليا.

الفرع الأول: موقف الفقهاء من التعويض عن الضرر الناشئ عن العدول عن الخطبة.

ليس في كتب الفقه الإسلامي القديمة تعرض لمبدأ التعويض عن الضرر عن العدول ولا نجد فقيها واحدا من فقهاء المذاهب الاجتهادية المتعددة قال بجواز التعويض عن العدول.

أما في الوقت الحاضر، فإن تطور الحياة الاجتماعية وتأثرها بالحياة الغربية وفساد الأخلاق وانحلال الرجولة في كثير من الناس، كل ذلك من شأنه أن يؤدي إلى الإضرار بالمخطوبة عند العدول، مما يوجب على فقهاء الشريعة ورجال القضاء التفكير في إقرار مبدأ التعويض تطبيقا لقوله عليه الصلاة والسلام «**لا ضرر ولا ضرار**» [1]وعملا بنظرية التعسف في استعمال الحق.

والواقع أن سكوت الفقهاء عن هذه المسألة وعدم إثارتها وبحثها، لأن الخطبة وعد بالزواج ورغبة فيه، وليست هي عقد للزواج، فلا تكون ملزمة لصاحبها، وبالتالي يكون له الحق في الرجوع عنها، ومن استعمل حقه فلا ضمان عليه ولا مسؤولية عليه حتى لو تضرّر الغير باستعمال هذا الحق، إلا المسؤولية الأخلاقية المتمثلة بإخلافه الوعد بالزواج إذا لم يكن لرجوعه عنه سبب شرعي، ولكن مع ذلك فإن هذه المسألة تحتاج إلى شيء

[1]مالك بن آنس الأصبحي، الموطأ، كتاب الأقضية، باب القضاء في المرفق، دار إحياء الت ا رث العربي، بيروت، لبنان،1993،ص 240.

من التفصيل، يكون هذا التفصيل هو الواجب لكافة الأسئلة، هل يجب التعويض على االراجع عن الخطبة إذا تضرّر الطرف الآخر بالرجوع؟[1].

أما في الفقه الإسلامي الحديث فإن الفقهاء لم يتفقوا على مسألة تعويض الضرر الناتج عن العدول عن الخطبة فمنهم من رفض التعويض عن الضرر الناجم عن العدول عن الخطبة ومنهم من أيّد فكرة التعويض عن الضرر ولكل فريق حججه وأدلته .وكان اختلافهم حول حكم التعويض عن ضرر العدول على ثلاثة أقوال ومذاهب:

أولا- المذهب الأول :عدم التعويض مطلقا

1 -حجج هذا الرأي الفقهي:

ذهب فريق من الفقهاء المعاصرون أمثال محمد بخيت المطيعي ومحمود علي السرطاوي إلى عدم التعويض مطلقا عن الضرر الناتج عن العدول عن الخطبة[2]، ويفهم أنه إذا عدل أحد الطرفين عن الخطبة وترتب عن ذلك ضرر بالغير فإن الطرف المتضرر لا يعوض[3] وحججهم في ذلك:

أ/ الخطبة وعد بالزواج وليست عقدا، ولكل من الخاطبين الحق في العدول عنها في أي وقت شاء وبدون أي قيد، فإذا حدث العدول وانجر عنه ضرر للطرف المعدول عنه نتيجة العدول فلا يلزم بالتعويض[4].

ب/ إن الشارع جعل العدول حقا شخصيا تقديريا خاضعا لاعتبارات خاصة لكل طرف، وهي أمور نفسية، فالزواج أمر مقدس وينبغي أن نترك الحرية الكاملة لأطرافه لإتمام الزواج أو العدول عنه[5].

ج/ القول بالتعويض في حال العدول فيه إكراه ضمني على الطرف العادل لإتمام عقد الزواج، وهذا ما يتنافى مع ما يجب أن يكون عليه عقد الزواج فهو عقد رضائي[6].

---

[1] عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، ص76 .

[2] جميل فخري محمد جانم، مرجع سابق، ص255

[3] عبير ربحي شاكر القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى، دار الفكر، سوريا،2007،ص78.

[4] جميل فخري محمد جانم، المرجع نفسه، ص 256

[5] جميل فخري محمد جانم، المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

[6] عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع نفسه، ص79.

د/ إن قاعدة الجواز الشرعي ينافي الضمان، تعني أن من يمارس حقا مشروعا له أو مباحا لا يكون مسؤولا عما يترتب عليه من ضرر، لأن الجواز ينافي المسؤولية فالمسؤولية تنشأ عن المجاوزة والاعتداء، والخاطب لا يعد معتديا إذا عدل عن الخطبة[1].

هـ/ إن القول بالتعويض يوجب إبراز المبررات والأسباب التي دعت إلى العدول، وتقدير حجم الضرر لتحديد التعويض الملائم، وفي ذلك كشف لأسرار العائلات بعرض أدق التفاصيل في المحاكم، وإذا قارنا بين الضررين ضرر العدول وضر هتك الأسرار العائلية لاقتضى الأمر ستر هذه الأسباب وذلك بعدم الدعوى إلى التعويض[2].

2- الانتقادات الموجهة لهذا الرأي:

أ/ إن القول بأن الخطبة هي وعد بالزواج، وهي غير ملزمة، والعادل قد استعمل حقه الشرعي في العدول، قول خاطئ لأن هذا الحق ليس مطلقا بل مقيدا، إذ ينبغي عليه استعماله بطريقة لا تلحق الأذى بالطرف الثاني وإلا فإنه يعاقب بالتعويض عن الأذى الذي يسببه للطرف المعدول عنه[3].

ب/ إن القول بأن التعويض يستلزم بحث الأسباب والدوافع التي أدت إلى العدول مما يؤدي إلى بكشف الأسرار العائلية قول خاطئ ويرد عليه بأن دقة النزاع ما كانت لتصلح دفعا لعدم اختصاص القضاء بنظره، وليس أحق برعاية القضاء وإشرافه على شيء أكثر من الأعراض والحرمات للمساس بذات الإنسان[4].

ج/ إن القول بأن التعويض فيه إكراه ضمني لإتمام الزواج هو قول خاطئ، فالتعويض في حالة العدول ليس إكراها على إتمام الزواج وإنما هو محاولة رفع الظلم على الطرف المتضرر وذلك بالحكم له بتعويض عادل[5].

---

[1] جميل فجري محمد جانم، المرجع نفسه، ص262

[2] عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع نفسه، ص ص82 ،83.

[3] عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع السابق ص82.

[4] جميل فجري محمد جانم، المرجع نفسه، ص262.

[5] عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع نفسه، ص ص82 ،83

ثانيا- المذهب الثاني :التعويض مطلقا

1- حجج هذا الرأي الفقهي:

ذهب فريق أخر من الفقهاء المعاصرين أمثال فتحي الدريني ومحمود شلتوت، ومصطفى السباعي إلى أن العدول عن الخطبة يستوجب التعويض للطرف الآخر المضرور واستدلو بما يلي:

عن أبي سعيد الخضري عن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا ضرر ولا ضرار ومعنى ذلك أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن إيقاع الضرر بالطرف الآخر، وأن التعويض في حالة العدول عن الضرر الواقع تطبيق لهذا الحديث.

أما عن التعويض في حالة العدول عن الضرر الواقع فقد استدلوا بقاعدة الضرر يزال المأخوذة من الحديث السابق، وهي تعد دليلا على إزالة الضرر بالتعويض[1] .

الخطبة وعد بالزواج والعدول عنها حق لكلا الطرفين، لكنه مشروط بعدم إلحاق الضرر بالطرف المتضرر والعدول عنها[2] .

الاعتماد في التعويض على مبدأ التعسف في استعمال الحق، حيث أنه إذا كان العدول عن الخطبة بدون مبرر يعد تعسفا في استعمال الحق، وذلك على أساس أن الخطبة عقد يلزم طرفيه ببذل الجهود لإتمام الزواج إلا أنه يعطي كلا من طرفيه الحق في العدول عن الخطبة، فإذا تم العدول بغير مبرر فهذا يعد إساءة في استعمال الحق، أو تعسف يستوجب التعويض عنه.

2- الانتقادات الموجهة لهذا الرأي:

إن الاستدلال بأن العدول عن الخطبة بغير مبرر، هو تعسف في استعمال الحق يستوجب التعويض، يرد عليهم بالقول بأن العدول عن الخطبة حق، والحق لا يترتب عليه تعويض، كما أن القول بأن الخطبة عقد يلزم طرفيه ببذل الجهد لإتمام الزواج هو قول غير صائب،فالخطبة ليست بعقد بل هي مقدمة من مقدمات الزواج، والخطبة لا تلزم الطرفين بإتمام الزواج، ولكل من الطرفين الحق في العدول عن الخطبة[3].

---

[1] جميل فخري محمد جانم، مرجع سابق ، ص 257

[2] جميل فخري محمد جانم، المرجع نفسه، الصفحة نفسها

[3] جميل فخري محمد جانم، مرجع سابق، ص ص257 ،263.

أما عن استدلالهم بالحديث الشريف :« لا ضرر ولا ضرار» فاالنبي صلى الله عليه وسلم نهى عن إيقاع الضرر، ولم ينف وقوعه، لأن الضرر واقع في حال العدول والمطلوب إزالته، و هذا ما يتنافى ومشروعية الخطبة فالخطبة شرعت للتعارف وتقريب الطرفين، وكل من الطرفين يتعرف على هذا النحو، فإذا وقع ضرر نتيجة تهوره واغتراره في القيام بعمل ما فهذا لا يكون نتيجة الخطبة بل بسبب التهور، وبالتالي بعمل فإن الضرر الواقع لأحد الطرفين يكون نتيجة التهور وليس نتيجة العدول عن الخطبة[1].

ثالثا المذهب الثالث :التفصيل في التعويض

1 –حجج هذا الرأي الفقهي:

ذهب فريق ثالث إلى أن مجرد العدول عن الخطبة لا يوجب التعويض .أما الضرر الناشئ عن تدخل العادل غير مجرد العدول فيجب فيه التعويض والفقهاء الذين أخذوا بهذا الرأي أمثال أحمد الكبيسي ومحمد أبو زهرة، وعمر عبد الله وعبد الرحمان الصابوني وقد استدلوا على ذلك بما استدل به أصحاب المذهب الثاني ولكنهم أضافوا أن:

أ/ أن الأفعال الصادرة المصاحبة للعدول هي منشأ المسؤولية والتعويض لا مجرد العدول لأنه حق مقرر شرعا ولا مسؤولية تطبيقا لقاعدة « الجواز الشرعي ينافي الضمان[2]» وإن تدخل الطرف وتحريضه، هو السبب المباشر والأساسي في هذا الفعل، وما قد ينتج عنه، لذلك فإن التعويض هو أثر من آثار الخداع وليس أثر من آثار الرجوع في الخطبة وفسخها، إن العدول بغير مبرر لا يخلو من ضرر وتغرير، لأن العادل سبق وأن أبدى رغبته في النكاح ولو حتى ضمنا أي تبادل مثلا بعض الهدايا، ثم عدل بعد أخذ هذه الهبات في الزواج، والسير في الأسباب المؤدية إلى إتمامه، وتفتح أبواب النفقات فعدوله بغير مبرر لا يخلو من تغرير

ب/ ولا ضرر ولا ضرار، والضرر يزال هنا وطريق إزالته عن طريق التعويض.

ج/ إن العدول بغير مبرر هو عدول طائش، لأن العادل كان يجب عليه قبل الخطبة أن يتحرى ويسأل ويتعرف، وطالما تمت الخطبة برضاه التام ثم عدل عنها بغير مبرر ويرضاه، هنا هذا العدول لا يخلو من خطأ.

---

[1] جميل فخري محمد جانم، المرجع نفسه، ص 262.

[2] جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص 259.

د/ إن مبدأ التعويض مترتب عن تدخل الطرف العادل في حدوث الضرر الذي يقره الشرعة وتؤكد عليه مبادئ الشريعة في أصلين شرعيين هما[1]:

-**الأصل الأول** :مبدأ إساءة استعمال الحق، وهو ثابت، ومقرر بالشريعة الإسلامية في عدد من الفروع والتفصيلات الفقهية.

-**الأصل الثاني** :مبدأ الإلتزام في الفقه المالكي، فإذا لزم عن الوعد ارتباط الموعود بعمل، مثله إذا ارتبط بعقد أو قول، كان سببه ذلك الوعد وتنشأ عن تخلف الواعد في تنفيذ وعده ضرر ما، حكم عليه قضاء بتنفيذ ذلك الوعد.

ولما كان الإجماع منعقدا على أن الوعد بالخطبة ليس بزواج ملزم، حتى عند فقهاء المالكية أنفسهم، بل له الرجوع عن وعده لخطورة عقد الزواج، وللإجماع على أنه لا يجوز الإكراه فيه، ويجب اعتبار الضرر الناشئ عن هذا الوعد ولا بد من التعويض عنه[2] .

وقد اختلف أصحاب هذا المذهب في وجوب التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية الناشئة عن تدخل العادل عن الخطبة، أم اقتصار التعويض على الأضرار المادية فقد على قولين:

القول الأول :وجوب التعويض عن العدول عن الخطبة، إذا ترتب عليه ضرر مادي فقط، أما إذا ترتب على العدول ضرر معنوي فلا تعويض، يقول أبو زهرة: «وفي الحق إنّا لا نستطيع أن نقرّ الرأي الأول الذي يمنع كل تعويض عن الضرر بإطلاق، كما لا نستطيع أن نقرّ الرأي الثاني، بل نقول قولا وسط، فتقرر أن العدول عن الخطبة في ذاته لا يكون موجبا وسببا للتعويض، لأنه حق، والحق لا يترتب عليه بتعويض أبدا.

ولكن ربما يكون الخاطب قد تسبب في أضرار نزلت بالمخطوبة لا مجرد الخطبة والعدول عنها، كأن يطلب نوعا من الجهاز، أو تطلب هي إعداد مسكن، ثم يكون العدول والضرر معه، فالضرر نزل بسبب عمل كان من الطرف الذي عدل غير مجرد الخطبة هنا يعوض، وإن لم يكن ذلك، فلا يمكن التعويض عنه.

ويقول أيضا : وعلى هذا يكون الضرر قسمين :ضرر ينشأ وللخاطب دخل فيه غير مجرد الخطبة والعدول، وضرر ينشأ عن مجرد الخطبة والعدول من غير عمل من جانب

[1] جميل فخري محمد جانم، مرجع نفسه، ص259

[2] مصطفى السباعي، مرجع سابق، ص ص64 ،67.

العادل، فالأول يعوض والثاني لا يستوجب التعويض، والأول كان تغريرا والتغرير يوجب الضمان[1].

القول الثاني :وجوب التعويض عن العدول عن الخطبة، إذا ترتب عليه ضرر مادي أو معنوي، ذهب البعض الآخر من الفقهاء أمثال عبد الرحمان الصابوني ومصطفى السباعي، إلى أن التعويض يترتب على العدول عن الخطبة إذا نشأ أو ترتب عن ذلك ضرر مادي أو معنوي:

إن التعويض يجب :« وقد اشترط السباعي في التعويض عن فسخ الخطبة ثلاثة شروط ويقول عن العدول عن الخطبة إذا تحققت الشروط الثلاثة مجتمعة».

أولا :أن يثبت أن العدول لم يكن بسبب من المخطوبة.

ثانيا :أن العدول قد أضر بها ماديا أو معنويا غير الاستهواء الجنسي

ثالثا :إن الخاطب قد أكد رغبته في الزواج من المخطوبة بما استدل به عادة وعقلا على تأكيد خطبته وتصميمه على إجراء الزواج[2].

2 – الانتقادات الموجهة لهذا الرأي:

انتقد المذهب الثالث القائل بالتفصيل في التعويض بما يلي:

أ / إن قول الفقهاء بأن مجرد العدول عن الخطبة لا يستوجب التعويض وذلك لأنه حق مقرر شرعا وجائز لا اختلاف فيه وهذا الرأي صائب ولكن القول بأن الأفعال الضارة المصاحبة للعدول والناتجة عن تدخل الطرف العادل هي منشأ المسؤولية والتعويض فهذا خطأ ، فيردّ عليهم بأنه يجب التفريق بين التعسف والذي هو عبارة عن مناقضة قصد الشارع في تصور مأذون فيه شرعا، وهذا هو منشأ المسؤولية عن الضرر الناتج عن هذا التصرف، أما ما يترتب عن استعمال الحق من أفعال ضارة مستقلة :فإن منشأها المسؤولية التقصيرية لا التعسفية فلا يمكن الخلط بينهما، وهذا لأن الفعل في المسؤولية التقصيرية غير مشروع، والفعل في المسؤولية التعسفية مشروع بالأصل لأنه استعمال للحق.

[1] محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص40 .

[2] مصطفى السباعي، مرجع سابق، ص ص65 ،66.

ب/ إن الاستدلال بأن العدول عن الخطبة بغير سبب أو مبرر لا يخلو من ضرر وذلك لتأكيد العادل رغبته في الزواج، فهذا قول غير صائب بحيث أن العدول عن الخطبة بغير مبرر لا يعد تغريرا .لأن طلب أحد الخاطبين الزواج من الآخر ويؤكد رغبته في الزواج منه ثم يعدل لا يعد غشا أو تغريرا به، لأن الطرف الآخر يعلم أن الخطبة قد لا تنتهي بالزواج وأن حق العدول مقرر لكلا الطرفين.

ج/ إن القول بأن العدول بغير مبرر هو عدول طائش فهذا خطأ لأن مسائل الخطبة والزواج مسائل لا يصح أن يكون للهوى موضع فيها، لأنها مسائل شخصية .فقد يجد الخاطب أنه لا يميل إلى المخطوبة رغم التحري عنها والعكس، وبالتالي لا يجب التغاضي عن عدم الميل في مرحلة الخطبة، ومن هنا فإن العدول الطائش عن الخطبة لا يصح أن يكون أو يعتبر خطأ[1].

د/ أما الاستدلال والاحتجاج بأن مبدأ التعويض نتيجة تدخل الطرف العادل في إيقاع الضرر تؤكده الشريعة في أصلين شرعيين فيمكن القول بأن الأصل الأول وهو مبدأ إساءة استعمال الحق يرد عليه بأن العدول حق ولا إساءة في مجرد العدول عن الخطبة، وإنما الإساءة في الأفعال الضارة الناتجة عن تدخل الطرف العادل وهذه الإساءة ليست تعسفا في استعمال الحق وإنما هي ترتب المسؤولية التقصيرية[2] .

أما الأصل الثاني وهو مبدأ الإلتزام بالفقه المالكي فيمكن القول بأن الإجماع منعقد على أن الوعد بالخطبة ليس ملزم، وهذا قول المالكية ولا يجوز الإكراه على الزواج، أما التعويض عن الضرر الناشئ عن هذا الوعد فإنه يعتبر إكراه ضمني على الزواج، و فيه إلزام العادل بإتمام زواج فاشل وهذا يؤدي بالضرورة إلى ضرر أكبر، والمقرر شرعا أن الضرر الأقل يتحمل لدفع الضرر الأكبر.

رابعا الرأي الراجح عند أغلب الفقهاء

يرى أغلب الفقهاء بأن العدول عن الخطبة لا يستوجب التعويض على العادل عنها لطرف الآخر، وليس على القاضي أن يحكم به لأن الخطبة ليست عقدا ملزما، بل هي تمهيد وتقديم كالزواج، والبحث في شأن العقد مستقبلا، وما يتبين لكل من الطرفين ما فيه

[1] جميل فخري محمد جانم، مرجع سابق، ص 264.

[2] جميل فخري محمد جانم، المرجع نفسه، ص265 .

مصلحة له في إبرامه أو عدمه، والعدول عن الخطبة حق مقرر لكل من الخاطبين معلوم شرعا، وهو حق شرعي، ولا ضمان على من استعمل حقه، وإن كل طرف يعلم أن للأخر حق العدول عن الخطبة فإذا أقدم طرف على عمل ما، وحصل العدول عن الخطبة من الطرف الآخر، ولحق ضرر نتيجة العمل المذكور، فيكون الضرر اللاحق به نتيجة عمله واغتراره، وهو يعلم أن الخطبة وعد بالزواج وليست ملزمة، ويجوز لكل الطرفين الرجوع عنها وفسخها متى شاء فلا ينبغي أن يقع الاغترار أو التغرير[1].

الفرع الثاني: موقف القانون الجزائري من تعويض الضرر الناجم عن العدول عن الخطبة

تعرض قانون الأسرة الجزائري إلى إمكانية تعويض الضرر المادي أو المعنوي في المادة 3/5 من قانون الاسرة المعدلة بالأمر 02/05 وتليها مجموعة من الاجتهادات القضائية تخص هذه المسألة مع بيان كيفية وطرق التعويض عن هذا الضرر.

أولا :موقف التشريع من التعويض عن الضرر الناجم عن العدول عن الخطبة.

طبقا لنص المادة الخامسة الفقرة الثالثة من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على:« إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض وقد جاء هذا النص عاما ومطلقا معتبرا التعويض ليس عن العدول وإنما عن الضرر الناجم عن العدول على أساس المسؤولية التقصيرية، لا المسؤولية العقدية لأن الخطبة ليست عقد [2].

وقد حسم المشرع الجزائري مسألة تعويض الضرر المعنوي الناجم عن العد ول عن الخطبة، وذلك بإقرار جواز الحكم به، إذا ظهرت للقاضي المبررات المقنعة المادة الخامس الفقرة الثانية من قانون الأسرة الجزائري المعدلة عام 2005 ، وهو ما انتهى إليه المشرع أيضا في المادة 182 مكررمن القانون المدني الجزائري المضافة بالقانون رقم 10/05

[1] أحمد محمد علي داوود، مرجع سابق، ص53 .

[2] لعربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 103.

المعدل للقانون المدني: « يشمل التعويض عن الضرر كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة[1]» .

والعدول عن الخطبة حق لكن لا يجب أن يتعسف في هذا الحق المادة 124 مكرر(ق م ج) المعدلة بالأمر 10/05 كما أن الخطبة هي وعد بالزواج فهي غير ملزمة وإن مجرد العدول عنها لا يوجب التعويض (المادة 2/5 ق.أ.ج) غير أنه إذا اقترن هذا العدول بأفعال أو أقوال من شأنها أن تلحق الضرر بالطرف الآخر كالضرب أو السب أو الإهانة أو تشويه سمعة الخطيبة وهذه الأفعال تكون مستقلة بذاتها عن فعل العدول جاز الحكم بالتعويض عنها [2].

ومن هنا يشترط أن يكون هذا الضرر على صلة بالخطأ الذي ارتكبه الخاطب الذي عدل عن الخطبة، أما إذا كان هذا الضرر ناتج عن المتضرر في هذه الحالة إما أن تنتفي المسؤولية عن العادل أو توزع المسؤولية بين طرفي الخطبة [3].

والتعويض كما أشار النص القانوني يشمل الضرر المادي أو المعنوي أيضا، فالضرر المادي هو ما يصيب الطرف المتضرر في حق ثابت أو في مصلحة مالية له، والضرر الأدبي عكس ذلك، بحيث أنه لا يمس أموال المضرور وإنما يصيبه في مصلحة غير مالية كالضرر المعنوي الناشئ عن التشهير وتشويه السمعة [4].

كما استقر اجتهاد المحكمة العليا على أنه يجوز للزوجة طلب التعويض لوجود الضرر المعتبر شرعا وخاصة عند طول أمد الخطبة وهذا في إحدى قرراتها، وذلك لأنه إذا وقع العدول بعد زمن طويل على الخطبة، أو وقع الطلاق قبل الدخول بدون سبب، فإنه يتوقى معه حدوث الضرر، وبالأخص الضرر المعنوي بتأخير مشروع الزواج وإثارة الألسنة وبالتشهير وبالتجريح، فيكون التعويض إذا كان العادل عن الخطبة هو المتسبب في الضرر[5].

---

[1] القانون المدني الجزائري السالف الذكر.

[2] بن شويخ الرشيد، مرجع سابق، ص ص37 –38.

[3] لعربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 103.

[4] بن شويخ الرشيد، المرجع السابق،ص38.

[5] لعربي بلحاج، المرجع نفسه، ص105.

ثانيا :موقف الاجتهاد القضائي الجزائري في مسألة التعويض عن ضرر العدول

بالرجوع إلى القضاء الجزائري نجد المحكمة العليا في قراراتها تؤكد على حق المتضرر من العدول عن الخطبة في الحصول على التعويض فجاء فيه على أنه:« من المقرر قانونا أن الإقرار القضائي هو اعتراف الشخص بواقعة قانونية مدعى بها عليه أمام القضاء، وهو حجة قاطعة على المقر، وللمقرر أيضا أنه :إذا ترتب على العدول على المخطوبة 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 قضية الحال، أن المجلس القضائي بإلغائه الحكم المستأنف ورفضه الدعوى المتضمنة طلب تعويض من الطاعن على الضرر الذي أصيب بالرغم من إقرار المطعون ضدها بفسخ الخطوبة أمام القضاء يكونوا قد خالفوا القانون ومتى كان ذلك يستوجب نقص القرار المطعون فيه[1]».

وفي قرار آخر للمحكمة العليا قضت برفض طلب التعويض المقدم من الطاعنة التي عدلت عن الخطبة بناء على إرادتها، وكان عدولها وفقا لتفسير المحكمة بدون مبرر شرعي أو قانوني [2] وكان مجلس قضاء مستغانم قد قضى بالتعويض عن الضرر الناجم عن العدول عن الخطبة منذ سنة 1966 مما يمكن قوله بأن :هذا المبدأ قديم في القضاء الوطني حتى قبل صدور قانون الأسرة[3].

إن الاختصاص في دعوى التعويض عن العدول عن الخطبة يعود للقاضي المختص بموضوع الزواج لأن الخطبة هي مقدمة لعقد الزواج فيجب أن يحكمها قانون عقد الزواج، وهذا وفقا للقواعد الأصلية التي تقرر بأن كل دعوى ترفع في محكمة الموطن الذي يقيم فيه المدعى عليه.

---

[1] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ1998/12/25 ملف رقم 56097 المجلة القضائية1998 العدد الرابع ،ص102.

[2] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، العدد الأول 1995 ، ص 128 ، ملف 92719 بتاريخ1993/07/13،نقلا عن أحمد شامي،مرجع سابق،ص51.

[3] هشام نابي، التعسف في استعمال الحق وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج المدرسة العليا للقضاء، لسنة2009،ص21.

وهو ما أخذ به قانون الإجراءات المدنية والإدارية القانون رقم09/08 في المادة1/426 منه والتي تنص صراحة على أن المحكمة المختصة إقليميا بالنظر في موضوع العدول عن الخطبة هي مكان تواجد موطن المدعي عليه .وهو تكريس للمبدأ العام الذي جاءت به المادة37 من نفس القانون وهو محكمة موطن المدعى عليه كأساس للاختصاص الإقليمي للمحكمة[1].

ويعد قسم شؤون الأسرة المختص بالنظر في دعوى استرجاع الهدايا والمهر، وكذا الدعوى المتعلقة بالتعويض عن الضرر المادي والمعنوي وهذا عند العدول عن الخطبة طبقا لنص المادة 423/ 1من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي جاء فيها :ينظر قسم شؤون الأسرة على الخصوص في الدعاوى الآتية:« الدعاوى المتعلقة بالخطبة والزواج...[2].»

ثالثا :طرق تعويض الضرر المترتب عن العدول عن الخطبة في قانون الأسرة الجزائر

طبقا لنص المادة 132 من القانون المدني الجزائري « يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف، ويصح أن يكون التعويض مقسطا، كما يصح أن يكون إيراد مرتبا، ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأمينا.

ويقدر التعويض بالنقد، على أنه يجوز للقاضي، تبعا للظروف وبناء على طلب المضرور، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، وأن يحكم وذلك على سبيل التعويض بأداء الإعانات التي تتصل بالفعل غير المشروع[3]» .

1 –التعويض العيني :وهو الذي يتخذ التعويض فيه شكل التنفيذ العيني، أما الوفاء بالتعويض عينا، أي إعادة الحالة إلى ما كانت عليه، ونجد هذا النوع من التعويض في الالتزامات التعاقدية، والقاضي ملزم بالحكم بالتعويض العيني إذا كان ممكنا [4]في المسؤولية التقصيرية، وفي مجال العدول عن الخطبة فإن من عدل إذا كان قد استولى

---

[1] لعربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص ص111 ،112.

[2] قانون رقم 08–09 المؤرخ في 18 صفر عام 1426 هـ الموافق ل 25 فبراير سنة . 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[3] القانون المدني الجزائري السالف الذكر.

[4] محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، دار الهدى للطبع والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004 ، ص 156.

على مال من الطرف الآخر مثل المهر والهدايا المقدمة إلى المخطوبة فهنا التعويض العيني يكون بإرجاع ما استولى عليه الخاطب من مهر وهدايا إلى الخاطب.

وقد يكون الخطأ متمثلا في إشاعة كذبة اتخذت طريق النشر من المدعى عليه كتشويه سمعة المخطوبة والطعن في شرفها أو إفشاء بعض أسرارها الخاصة أو ينشر صورة كاذبة لها.

فيمكن للقاضي بناء على طلب المضرور أن يلزمه بنشر تكذيب لما قاله ويكون ذلك بمثابة تعويض عيني للطرف المضرور[1].

2- التعويض بمقابل :في أغلب الأحيان يكون التعويض مقابل نقدي أي تقديم الضرر بمبلغ نقدي والحكم به، ولكن قد يكون التعويض بمقابل غير نقدي في الأحوال التي يتعذر على القاضي الحكم بالتنفيذ العيني في المسؤولية التقصيرية فلا يبقى أمام القاضي إلا الحكم بالتعويض النقدي مثل دعاوى السب والقذف، حيث يجوز للقاضي أن يأمر على سبيل التعويض بنشر حكم إدانة المدعى عليه في الصحف، وهو بمثابة تعويض بمقابل غير نقدي[2].

أما التعويض بمقابل نقدي :فهو التعويض الغالب في دعوى المسؤولية التقصيرية، فإذا تعذر التنفيذ العيني يجوز الحكم بتعويض المضرور بمقابل نقدي، والأصل أن يكون التعويض النقدي مبلغا معينا يعطى دفعة واحدة، ولكن يمكن أن يحكم القاضي بتعويض نقدي مقسط بإيراد مرتب مدى الحياة، ويصح أن يحكم القاضي بدفع المبلغ إلى شخص ثالث، يجوز للقاضي أن يلزم المدين في هذه الحالة بتقديم تأمين أو يأمر بأن يودع مبلغا كافيا لضمان الوفاء بالإيراد المحكوم به وهذا ما نصت عليه المادة 132 من ق م ج بنصها :« ويصح أن يكون إيراد مرتبا ،ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين أن يقدم تأمينا[3]» .

---

[1] عبد الله مبروك النجار، التعويض عن أض ا رر فسخ الخطبة، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2008،ص104،105.

[2] عبد الله مبروك النجار، المرجع سابق، ص ص105 ،106.

[3] محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص158 .

الخاتمة

خاتمة

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

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

إن الخطبة في التشريع الجزائري منظمة في المادتين الخامسة و السادسة من قانون الأسرة اللتان أدخل المشرع عليهما تعديلا بموجب القانون رقم 09/02 المؤرخ في مايو 2005 ، حيث عرف الخطبة أنها وعد بالزواج، و أجاز للطرفين العدول عن الخطبة، و جعل الوعد غير ملزم للطرفين إذ يجوز استعمال الحق دون إمكانية اللجوء إلى القضاء للمطالبة بإصدار حكم يلزم الطرف العادل على إتمام مراسيم الزواج، فأبقى على نفس الصياغة القانونية لنص القديم مع إضافة مصطلح يجوز في الشطر الأول مما أصفى وضوح للنص مكرسا في دلك حق العدول عن الخطبة وبالتالي فإن مضمونها لم يتغير عن النص السابق، كما بينت الطبيعة القانونية للخطبة إذ تعتبر وعد بالزواج كأصل عام وقولنا أن نفس الحكم ينطبق على اقتران الفاتحة بالخطبة حسب التعديل قانون الأسرة إلا أن هناك استثناء في الفقرة الثانية من المادة السادسة حيث جعلها عقد زواج إذ كان الاقتران في مجلس العقد بشرط توافر ركن الرضي و شروط الزواج المنصوص عليها في المادة التاسعة من نفس لقانون.

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

بينا الآثار المترتبة عنها من الهدايا و المهر و التعويض عن الضرر الناتج عن العدول الذي وجدنا أن الفقهاء قد أجمعوا على التعويض عنه عندما يكون الضرر مادي و اختلفوا في الضرر المعنوي، و قانون الأسرة رتب التعويض عنه فجاء النص عام و ترك مسألة تقديره للقاضي الموضوع، مما استدعي ضرورة تقيده

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

هناك بعض الإشكالات مطروحة على ساحة القضاء تحتاج إلى مزيد من التعديل للنصوص المنظمة لأحكام الخطبة من بينها ما يلي:

لم يبين المشرع حكم عقد الزواج المبرم بناءا على الخطبة المحرمة شرعا من الناحية القانونية، فهل القاضي يطبق أحكام الشريعة مات تبين له إنعقاد زواج بعد خطبة محرمة أم انه يلتزم بحالات المحددة قانونا لفسخ عقد الزواج حسب المادة34 من قانون الأسرة ؟

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

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

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

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

قائمة المصادر والمراجع

أولاً : القرآن وعلومه.

القرآن الكريم : برواية حفص عن عاصم، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف.

ثانياً :كتب الحديث وعلومه.

1- أحمد بن حنبل ت 241 هـ، المسند .تحقيق :شعيب الأرنؤوط وعادل مرشد .ط1 بيروت :مؤسسة الرسالة، 1421 هـ 2001 /م.

2 - البخاري محمد بن إسماعيل ت 256 ه، الجامع الصحيح .تحقيق :محب الدين الخطيب .ط1 :؛ القاهرة :المكتبة السلفية، 1400 ه.

3 - أبو داود سليمان بن الأشعث السِّجِسْتاني ت 275 ه، سنن أبي داود .تحقيق: شعيب الأرنؤ وط ومحمد كامل قرة بللي .ط1 :؛ سوريا، دار الرسالة العالمية، 1430 ه/ 2009م.

4 - ابن ماجة محمد بن يزيد ت 886 ه، شروح سنن ابن ماجه .قدمه وحققه رائد بن صبري ابن أبي علفط .ط1 ؛ الأردن ، بيت الأفكار الدولية، 2007 م.

5 - القرطبي محمد بن أحمد بن أبي بكر ت 671 ه، الجامع الأحكام القرآن .تحقيق : عبد
لله بن عبد المحسن التركي وآخرون .ط1؛ بيروت :مؤسسة الرسالة، 1428ه 2006م.

6 - النسائي أحمد بن شعيب بن علي ت 203 ه، سنن النسائي .تعليق محمد ناصر الدين الألباني .ط1 :؛ الرياض :مكتبة المعارف، 1408 ه 1988 م.

7 - البيهقي :أبو بكر أحمد بن الحسين ت 458 ه، السنن الكبرى .تحقيق :محمد عبد القادر عطا .ط3 :؛ بيروت :دار الكتب العلمية، 1424 ه /2003 م.

8 - مسلم بن الحجاج النيسابوري ت 261 ه، صحيح مسلم .تحقيق :محمد فؤاد عبد الباقي .ط 1 :؛ بير وت :دار الكتب العلمية، 1412 ه 1991 م.

النووي محيي الدين شرف النووي ت 676 ه، صحيح مسلم بشرح النووي .لا.ط؛ المنصورة :مكتبة الإيمان، د.ت.

9 - الترمذي محمد بن عيسى ت 679 ه، سنن الترمذي .تعليق :محمد ناصر الدينالألباني .ط1 ؛ الرياض :مكتبة المعارف، 1408 ه.

ثالثا :كتب اللغة

1 / جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، المجلد التاسع، دار صادر، لبنان،2005 .

2 / مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، الطبعة الأولى، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان،1997 .

رابعا : الكتب الفقهية.

1 د/ وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، سوريا، الجزأ السابع، ط2.

2 د/ بلقاسم شتوان، الخطبة والزواج في الفقه المالكي، دار الفجر للنشرو التوزيع قسنطينة،ط1.

3 / الإمام أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، دار الفكر العربي، القاهرة، ط1، سنة 1971.

4 / مصطفى العدوي، جامع أحكام النساء،ج 5 ،ط1 :؛ مصر، دار ابن عفان، 1419 هـ/1999م.

5 / الصادق عبد الرحمن الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته .ج 2 (ط1 :؛ بيروت : مؤسسة الريان،1423هـ/2002م)

6 / محمد أمين ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، الطبعة الثانية، دار الفكر، لبنان،1966.

7 / ابن قدامة المقدسي ت 620 هـ ،الكافي .تحقيق :عبد الله بن عبد المحسن التركي ج 4 ط 1 ؛ مصر، دارهجر،1997.

8 / علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكسائي ت 587 هـ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع،ج5 ، ط2 ؛ بيروت، دار الكتاب العربي،1974.

خامسا :الكتب القانونية

1 جميل فخري محمد ناجم ،مقدمات عقد الزواج(الخطبة) في الفقه والقانون، دار حامد للنشر والتوزيع،الأردن،ط1ن 2009.

2 د/ بلحاج العربي، أحكام الزوجية وبثارها في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر،د.ط.2013.

3 عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة، دار البعث، الجزائر، ط2، 1989،

4 د/ بن شويخ رشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، ط1، 2008.

5 د/ دليلة فركوس، د/ جمال العياشي، محاضرات في قانون الأسرة، دار الخلدونية، الجزائر، ط1، 2016.

6 أ / لحسن بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، دار هومة، الجزائر، 2014.

7 / محمد محدة، سلسلة فقه الأسرة، ج 4 ، الخطبة والزواج، دار شهاب، الجزائر، ط2، 1994.

8 / نايف محمود الرجوب، أحكام الخطبة في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دارالثقافة، عمان، الأردن،2008 .

9 / عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة المسلمة، الجزء السادس، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، لبنان، 1993.

10 / حسين ناصر، حقوق المرأة في التشريع الإسلامي والدولي المقارن، دار الثقافة والنشر، الإسكندرية، د/ط

11 / محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، دار الجامعة للطباعة والنشر، لبنان

12 / إسماعيل أبا بكر البامري، أحكام الأسرة، الزواج والطلاق بين الحنفية والشافعية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الحامد، عمان، الأردن،2009 .

13 / عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، الطبعة الأولى، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن،1997.

14 / بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج و الطلاق في الإسلام بحث تحليلي ودراسة مقارنة، الطبعة الأولى، مطبعة دار التأليف، مصر، 1961 .

15 / بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ،الجزء الأول ، الزواج والطلاق ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر،1999.

16 / نسرين شريقي، قانون الاسرة الجزائري، دار بلقيس للنشر ، دار البيضاء، الجزائر، 2018.

17 / فرج توفيق حسن .الطبيعة القانونية للخطبة، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة، مصر، 1963.

18 / عبدالهادي ين زيطة، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، الطبعة الأولى ، دار الخلدونية، الجزائر 2007 .

19 / عبد الرحمن الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، الجزء الأول، الزواج وآثاره، الطبعة التاسعة، منشورات جامعة دمشق، سوريا، 1996 .

20 / عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هومه الجزائر، 2005.

21 / عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثالثة، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائري،1996.

22 / رشدي شحاتة أبو زيد، الإجراءات القانونية لمسائل الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى، دار الوفاء للطباعة و النشر مصر،2008 .

23 / أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات، دراسة فقهية ونقدية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2010 .

24 / العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2007.

25 / عبير ربحي شاكر القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى، دار الفكر، سوريا،2007.

26 / محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، دار الهدى للطبع والنشر والتوزيع، الجزائر،2004

27 / عبد الله مبروك النجار، التعويض عن أضرار فسخ الخطبة، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر ،2008.

28 / عبد الله ناصر، العقود الإليكترونية ن مجلة البحوث الفقهية المعاصرة ، ع 73 ، سنة 2007،

29 / محمد النجيمي، إبرام عقود الأحوال الشخصية عبر الوسائل الإليكترونية ، الرياض ع 60 ، دون سنة نشر،

30 / الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2005.

سادسا : الرسائل و المذكرات

أ / مذكرة ماستر

بلجودي فطيمة ،العدول عن الخطبة دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون ، مذكرة ماستر فرع أحوال شخصية،جامعة محمد بوضياف بالمسيلة ،كلية الحقوق والعلو م السياسية،سنة 2015.

ب / مذكرات المدرسة العليا للقضاء

هشام نابي، التعسف في استعمال الحق وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج المدرسة العليا للقضاء، 2009.

سابعا : المجلات

المجلة القضائية للمحكمة العليا،العدد 1، سنة 1990 .

المجلة القضائية للمحكمة العليا،العدد 1، سنة 1994 .

المجلة القضائية للمحكمة العليا،العدد 1، سنة 1995 .

المجلة القضائية للمحكمة العليا،العدد 4، سنة 1998 .

المجلة القضائية للمحكمة العليا،العدد 2، سنة 2005 .

ثامنا : النصوص القانونية:

1 / قانون رقم 84- 11 مؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة ، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

2 / قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1426 هـ الموافق ل 25 فبراير سنة 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

3 / أمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام1395هـ الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005.

الفهرس

إهداء

شكر و عرفان

مـقـدمـــة.....1
الفصل الأول: ماهية الخطبة 4
المبحث الأول : مفهوم الخطبة 5
المطلب الأول : تعريف الخطبة..... 5
الفرع الأول : معنى الخطبة..... 5
الفرع الثاني : دليل مشروعية الخطبة و الحكمة منها.....8
المطلب الثاني : أداب وأنواع الخطبة.....12
الفرع الأول : أداب الخطبة.....12
الفرع الثاني : أنواع الخطبة 17
المبحث الثاني : مواطن التحريم في الخطبة و ضوابط النظر.....21
المطلب الأول : شروط صحة الخطبة وحكم الخطبة على خطبة الغير.....21
الفرع الأول : شروط صحة الخطبة.....21
الفرع الثاني : حكم الخطبة على خطبة الغير.....24
المطلب الثاني : حكم النظر في الخطبة 27
الفرع الأول : حكم النظر 27
الفرع الثاني : مقدار النظر ووقت رؤية المخطوبة.....29
الفصل الثاني : طبيعة الخطبة وآثار العدول عنها.....33
المبحث الأول: الطبيعة القانونية للخطبة.....34
المطلب الأول : طبيعة الخطبة في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي.....34
الفرع الأول : الخطبة في الفقه الإسلامي.....34
الفرع الثاني : الخطبة في القانون الوضعي.....36
المطلب الثاني : مشكلة اقتران الخطبة بالفاتحة بمجلس العقد.....39

الفرع الأول : مفهوم الفاتحة.....39
الفرع الثاني : اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد.....45
المبحث الثاني : آثار العدول عن الخطبة.....50
المطلب الأول : مصير المهر و الهدايا بعد العدول.....50
الفرع الأول : مفهوم المهر وحكمه في حالة العدول.....50
الفرع الثاني : حكم المهر و الهدايا بعد العدول في الفقه الإسلامي و القانون.....56
المطلب الثاني : حكم التعويض المترتب عن العدول عن الخطبة.....62
الفرع الأول : موقف الفقهاء من التعويض عن الضرر الناشئ عن العدول.....62
الفرع الثاني : موقف القانون الجزائري من تعويض الضرر ناجم عن العدول.....70
الخاتمة.....75
قائمة المصادر والمراجع.....79
الفهرس..... 85