جامعة محمد خيضر بسكرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قســـــم الحقـــــوق

الخطبة وآثار العدول عنها في قانون الأسرة الجزائـــري

مشروع مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص أحوال شخصية

توقيع الطالبة : خرصي صوراية	توقيع الأستاذة المشرفة : د/لشهب حورية

الموسم الجامعي : 2015/2014

قال تعالى:

﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً ﴾سورة الروم الآية21

وقال أيضا:

﴿ هُوَ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَجَعَلَ مِنْهَا زَوْجَهَا لِيَسْكُنَ إِلَيْهَا ﴾سورة الأعراف الآية189

شكر وتقدير

الحمد لله الذي وفقنا ومنحنا القوة والصبر لإتمام هذا العمل فبعد شكر الله عز وجل.

نتقدم بالشكر الجزيل إلى الأستاذة المشرفة الدكتورة الكريمة لشهب حورية على قبولها الإشراف علينا، فلم تبخل علينا بآرئها، وملاحظاتها القيمة التي أنارت لنا طريق التقصي والبحث.

نأمل أن تجد في هذه الأسطركل الشكر والتقدير عرفانا منا بالجميل.

كما نشكركل من ساعدنا في انجاز هذا العمل المتواضع من قريب أو من بعيد، ونخص بالذكر أساتذتي الكرام.

الإهداء:

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على خاتم الأنبياء والمرسلين، بسم الله الرحمن الرحيم

"وقل اعملوا فسيرى الله عملكم ورسوله والمؤمنون"

صدق الله العظيم.

أهدي عملي هذا :

إلى ملاكي في الحياة ..
إلى من أرى التفاؤل بعينه .. والسعادة في ضحكته
إلى شعلة الذكاء والنورإلى الوجه المفعم بالبراءة والمحبة
الى معنى الحب الذي أزهرت به أيامي وتفتحت براعم للغد
و إلى من اعتبرت به كلما ضاقت بي الأحوال الى من أذلل كل الصعوبات و دفعني الى السير في طريق النجاح الى من مد يد العون كلما تعثرت ..... ألا و هو أملي في هذه الحياة ....

إلى من ربتني وأنارت دربي وأعانتني بالصلوات والدعوات،

إلى أغلى إنسانة في هذا الوجود إلى من أرضعتني الحب

إلى من عمل بكد في سبيلي وعلمني معنى الكفاح وأوصلني إلى ما أنا عليه إلى من جرع الكأس فارغاً ليسقيني قطرة حب، إلى من كلّت أنامله ليقدم لنا لحظة سعادة إلى من حصد الأشواك عن دربي ليمهد لي طريق العلم أبـي العزيز أدامه الله لي.إلى القلوب الطاهرة الرقيقة والنفوس الصافية إلى رياحين حياتي إخوتي سامي و سمير و أخواتي سوسن و صونيا الأعزاء داعية لهم بالنجاح و التوفيق و الوصول الى قمم النجاح الى طيور الجنة نور حياتي أبناء أخي إلياس و إسلام و أمهما إلى كتكوتي الصغير راجية من المولى عز و جل النجاح و التوفيق في حياته أخي الصغير سفيان الى كل عائلة خرصي كبيرا و صغيرا الى كل خالة و خال وعمة وعم و كل أولادهم و بناتهم الى جدتي و جدي أطال الله في عمرهما . الى رمز التضحية و الوفاء الى المهرة الأصيلة التي طالما سبقت دنياها وزمانها الى رفيقة دربي خالتي العزيزة داعية من المولى عز وجل لها بالتوفيق و النجاح .

الآن تفتح الأشرعة وترفع المرساة لتنطلق السفينة في عرض بحر واسع مظلم هو بحر الحياة وفي هذه الظلمة لا يضيء إلا قنديل الذكريات، ذكريات الأخوات البعيدة إلى الذين أحببتهم و أحبوني صديقاتي العزيزات .

الى كل من ساعدني في إنجاز عملي هذا من أساتذة و طلاب و طاقم مكتبة جامعة محمد خيضر.

بدأنا بأكثر من يد وقاسينا أكثر من هم وعانينا الكثير من الصعوبات وهانحن اليوم والحمد لله نطوي سهر الليالي وتعب الأيام وخلاصة مشوارنا بين دفتي هذا العمل المتواضع.

وفي الأخير أرجوا من الله تعالى أن يجعل عملي هذا نفعا يستفيد منه جميع الطلبة المقبلين على التخرّج.

.....

وشكرااااا

مقدمة

❖مقدمة :

الحمد لله رب العالمين الذي جعل الزوجية أساس الخلق قال تعالى "ومن كل شيء خلقنا زوجين لعلكم تذكرون " الآية 49 سورة الذاريات و الذي جعل الزوجية آية من آيات ابداعه قال تعالى"ومن آياته ان خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا اليها وجعل بينكم مودة ورحمة أن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون " الآية 21 سورة الروم .

و الصلاة و السلام على رسوله الكريم القائل "يا معشر الشباب من إستطاع منكم الباءة فليتزوج من لم يستطع فعليه بالصوم فانه وجاء " .

لما كان عقد الزواج من أخطر العقود التي يجريها الانسان في حياته ومن اهم التصرفات ذات الشأن العظيم بما يشتمل عليه من التزامات و تكاليف وآثار عديدة فقط نظمه الاسلام و اعطى له مكانة سامية حيث جعله ميثاقا وليس مجرد عقد قوله تعالى " و اخذنا منكم ميثاقا غليظا " .

ومن ذلك كان من المتعذر حله لأنه يربط الزوجين وقد أوجب الاسلام لصحة العقد شروطا كثيرة يعتبر العقد بدونها باطلا او قابلا للابطال.

و قد اختص الشارع أيضا عقد الزواج من بين العقود باحكام تنظم مقدمته لكونه أخطر عقد في الحياة على هذا الاساس درج الناس على ألا يقدموا على انشاءه الا بعد تفكير وروية وتدبر و حيطة وكان سبيلهم الى ذلك الخطبة التي لم يستحدثها الاسلام و لا القانون الوضعي بل هي تقليد قديم عام كانت في المجتمعات البدائية و كان يباح للخاطب معاشرة مخطوبته معاشرة تصل الى صورة الحياة الزوجية الكاملة وعند ظهور الاسلام أقر التشريع الاسلامي القيام بمقدمات تمهيدية للزواج أو ما يسمى الخطبة أو الوعد بالزواج حتى تنشا الرابطة الزوجية على دعائم قوية أسسها ثابتة تحقق الراحة و السعادة و الصفاء .

شرعت الخطبة للتعارف و التوافق بين الطرفين الخاطب و المخطوبة فاذا اتفقا يتم الزواج واذا لم يتفقا فيحق لكلاهما العدول عنها , فالعدول اذن حق أقره الشرع و القانون و استعمال الحق بهذا المعنى يعتبر عملا مشروعا يعصم صاحبه من المسؤولية لكن قد سيؤدي استعمال الحق في العدول عن الخطبة الى اضرار بالطرف المعدول عنه ناتجة عن استعمال حق العدول .

ونظرا لانتشار ظاهرة العدول عن الخطبة في مجتمعنا بسبب أو بدون سبب أو حتى لاسباب غير مشروعة سنحاول تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق على ظاهرة العدول عن الخطبة و ذلك لمحاولة الحد منها أو جبر الضرر من خلال ترتب المسؤولية على الشخص المتسبب في الضرر.

❖ اهمية الموضوع :

و نظرا لاهمية و خطورة الخطبة في الاسلام و التي من خلالها يتم الزواج وتكوين الأسرة التي هي قوام المجتمع وعماده فقد حث الاسلام على الخطبة و القانون لتبيان اسس اختيار الزوج ودعا الى التعرف الى الزوج الآخر وشرع من الاحكام ما ينظم علاقة كل من الخاطبين بالآخر أثناء الخطبة ليتم عقد الزواج عن رضا وقناعة .

ونظرا لما عليه الشباب في ايامنا من بعد عن العقيدة وجهل بأحكام الخطبة لاعتقادهم الكثير أن الخطبة عقد زواج يتيح لكلا الخاطبين أن يختلط بالأخر اختلاط الأجانب و تقليد للأجنبي في ممارسته و اندفاع وراء شهواته من جانب آخر .

و بما أن موضوع الخطبة موضوع عملي يحتاجه كل من يفكر في الزواج فانه لا بد ان يمر في مرحلة الخطبة و اذا كان الزواج في الماضي يتم أحيانا بلا خطبة فلم يعد هذا الامر موجودا في هذا الزمان فكان البحث فيه مجديا .

ــ أهمية الموضوع تتجلى في الآتي:

أولا: إهتمام الإسلام بالنفس البشرية والحفاظ عليها من أن يصيبها أذى أو يلحقها ضرر، أو ينظر إليها بنظرة سوء .

ثانيا :. إستمرارية الحياة الزوجية مع دوام الألفة وبقاءها والحفاظ عليها من أية مؤثرات خارجية قد تؤدي إلى تشتت الأسرة وتنافرها.

ثالثا: عدم إحاطة الكثير من الناس بإستعمال حق العدول وعدم معرفتهم بأحكامه، معتبرين أن لهم الحق في العدول عن الخطبة بمسوغ أو بدونه.

رابعا :الخطبة موضوع عملي يحتاجه كل من يفكر في الزواج فلا بد أن يمر بمرحلة الخطبة، وله الحق في هذه الفترة في العدول بوجود سبب مشروع يسمح له بذلك.

خامسا : وهذا البحث يلقي الضوء على جانب مهم من جوانب الخطبة، ألا وهو العدول عنها والتعويض الناشئ .

سادسا : بيان ما يترتب على العدول عن الخطبة، من أضرار جسيمة قد تلحق المعدول عنه سواء كانت مادية أو معنوية.

ومن خلال ما سبق سنحاول تبيان تفاصيل بحثنا هذا من خلال محاولة الاجابة على الاشكاليات الرئيسة التالية :

- ما هي الطبيعة القانونية للخطبة وآثار العدول عنها في قانون الأسرة الجزائري ؟

و الإشكاليات الفرعية التالية :

- فما المقصود بالخطبة ؟
- ماهي النتائج المترتبة عن العدول عن الخطبة ؟
- واذا كان العدول حق فمتى تترتب المسؤولية عن استعمال هذا الحق ؟

❖ **اسباب اختيار الموضوع :**

اولا :الخطبة تمس كل فرد في المجتمع فهي الخطوة الاولى للزواج و اجتياز هذه الخطوة بنجاح بداية السعادة و بداية الطمأنينة و السكينة و أن الالتزام باحكام الدين في امر الخطبة سيقود الى النتيجة المرجوة التي يريدها المسلم .

ثانيا : لقد أدخل على موضوع الخطبة الكثير من التعقيدات في هذا الزمان بعد ان كان في غاية السير و البساطة وبعد أن كانت الخطبة الخطوة الاولى للزواج اصبحت الخطبة نفسها تحتاج الى مقدمات تسبقها و إلى مكملات تتبعها و التي بدورها أدت الى ظهور عقبات جديدة أمام من يريد الزواج من الشباب تثقل كاهلهم إضافة كثيرة الأعباء المالية الكثيرة هذه الأعباء التي أصبحت سببا في النفور من الزواج وما يترتب على ذلك من مخاطر و مفاسد من تأخير سن الزواج لجمع مستحقاته يضاف إلى ذلك هذه العادات و التقاليد تستهلك الجهد و الوقت و تطيل مدة الخطبة .

ثالثا : وقوع الكثير من المحظورات من الخاطبين قبل العقد حيث يتجاوز الخاطبان ما هو مسموح به من الخلوة المحظورة مع غير محرم و الذي يؤدي بدوره إلى محاذير لا تحمد عقباها وكيف ستكون الحال إذا فكر الخاطب في العدول عن الخطبة بعد وقوع المخالفة فتقع الكارثة على المخطوبة و أهلها و لا يسلم الخاطب من ذلك و السبب هو الوقوع في المحظور الاخف الذي قاد إلى المحظورة الأكبر فعلى الخاطبين أن يدركا ما لهما و ما عليهما و أن يعلما الجائز من المحظور وتقديم ذلك في بحث مستقل يجمع كل ما يتعلق بأحكام الخطبة ليرجع إليه كل محتاج إليه .

❖ **أهداف البحث** :

- **أولا** :كانت الخطبة تمتاز بالبساطة بعيدا عن التعقيد و العادات التي ترافق إجراءاتها أما في هذا الزمان فلقد طرأ عليها الكثير من التعقيدات التي ترافقها و التي تحتاج الى إجابات و تحتاج إلى تنظيم و إعادة بحث .
- **ثانيا** : لقد بالغ الناس في هذا الزمان الذي ضعف فيه الوازع الديني في التعرف على المخطوبة و النظر إليها و ذهبوا إلى أبعد من الحد المسموح به بكثير فلا بد من بيان الحد المطلوب في ذلك بعيدا عن التمادي في إستعمال هذا الحق أو التضييق فيه فالاسلام و سطى في ذلك لم يحجر على الخاطب و يمنعه من النظر الى من يريد خطبتها ، وكذالك لم يبح له أكثر من النظر فلا تفريط ولا افراط ف التضييق في ذلك شر و اشد شرا منه فلا بد ان يعرف كل خاطب ما له وما عليه

- **ثالثا:** موضوع التعويض عن الضرر بسبب العدول عن الخطبة هو من أكثر موضوعات الخطبة حاجة الى اعادة نظر بعد ان اصبحت الحياة أكثر تعقيدا من الماضي حيث كانت هناك قلة من النساء تعمل أما اليوم فقد زاد عمل المرأة بشكل ملحوظ و ازداد اقبال المرأة على الدراسات الجامعية و كثيرا ما تترك المرأة المخطوبة عملها بسبب الخطبة و قد تترك دراستها فتحرم من ذلك و قد تعالت الاصوات في هذا الزمان التي تطالب بحق التعويض المتضرر بسبب العدول عن الخطبة و هذا هدف بالغ الأهية في هذا البحث .
- **رابعا :** هذا الموضوع يحتاج الى اعادة ترتيب و تبويب ليتسنى لكل طالب علم دارس أن يعود اليه على شكل بحث كامل.
- **خامسا :**محاولة إبراز آراء الفقهاء في موضوع العدول عن الخطبة ومايترتب عليه من ضرر وكيفية التعويض عنه .
- **سادسا :**توضيح موقف القانون الجزائري من العدول والتعويض عنه .
- **سابعا :**تبين المفاهيم والمصطلحات اللغوية والفقهية التي تحتاج إلى توضيح .
- **ثامنا :**وضع مقارنة فيما نصت عليه الشريعة الاسلامية و ما نص عليه القانون الوضعي الجزائري.

❖ **المنهج المتبع :**

تتطلب دراسة هذا الموضوع ، اتباع المنهج الوصفي باعتباره المنهج المناسب للسرد و النهج التحليلي عن طريق تحليلنا للمواد القانونية قبل التعديل وبعده باعتبار موضوع بحثنا هذا في إطار قانون الاسرة الجزائري .

وقد استندت ايضا في دراستي على المنهج المقارن عن طريق المقارنة بين احكام الخطبة في الشريعة الاسلامية و احكام الخطبة في قانون الاسرة الجزائري باعتبار اصل الموضوع فقهي .

و للاجابة عن الاشكالية الرئيسية و الإشكاليات الفرعية فقد قسمت موضوعي غلى الشكل التالي :

❖ **خطة البحث**

مقدمة

الفصل التمهيدي : إنشاء الرابطة الزوجية

الفصل الأول : ما هية الخطبة في الزواج

المبحث الأول : مفهوم الخطبة و مشروعيتها و طبيعتها القانونية

المطلب الأول : تعريف الخطبة

المطلب الثاني :مشروعية الخطبة

المطلب الثالث : فوائد الخطبة و حكمة تشريعها

المطلب الرابع : التكييف القانوني للخطبة و اشكالية اقترانها بالفاتحة

المبحث الثاني : أحكام الخطبة

المطلب الأول : من تحرم خطبتها من النساء

المطلب الثاني : العلاقة بين الخاطب و المخطوبة

المطلب الثالث : آداب الخطبة

المطلب الرابع : إنتهاء الخطبة

الفصل الثاني : العدول عن الخطبة في قانون الأسرة الجزائري

المبحث الأول : العدول و حكمه

المطلب الأول : مفهوم العدول

المطلب الثاني : حكم العدول

المطلب الثالث : العدول بين الشريعة و القانون

المطلب الرابع : أسباب العدول عن الخطبة

المبحث الثاني : الآثار المترتبة عن العدول عن الخطبة

المطلب الأول : آثار العدول عن الخطبة في المهر

المطلب الثاني : آثار العدول عن الخطبة في الهدايا

المطلب الثالث : رأي فقهاء الشريعة الإسلامية في مسألة التعويض

المطلب الرابع : رأي القانون الجزائري في مسألة التعويض

الفصل الثالث :التعسف في إستعمال خق العدول عن الخطبة في قانون الأسرة الجزائري

المبحث الأول :التعسف في إستعمال حق العدول

المطلب الأول : تعريف التعسف

المطلب الثاني :مظاهر التعسف في العدول عن الخطبة

المطلب الثالث :معايير التعسف في العدول عن الخطبة

المطلب الرابع :موقف المشرع الجزائري من نظرية التعسف في العدول عن الخطبة

المبحث الثاني :آثار التعسف في إستعمال حق العدول عن الخطبة

المطلب الأول :قيام المسؤولية التقصيرية الناتجة عن التعسف في العدول عن الخطبة

المطلب الثاني :آثار قيام المسؤولية التقصيرية

المطلب الثالث:الجزاء المترتب عن المسؤولية التقصيرية

المطلب الرابع :القانون الواجب التطبيق على مقدمات الزواج الخطبة وأثر العدول عنها في قانون الأسرة الجزائري

خاتمة

المصادر و المراجع

الفهرس

الفصل التمهيدي : إنشاء الرابطة الزوجية

الزواج سنة من سنن الله تعالى في الخلق والتكوين وهي شاملة لعالم الإنسان والحيوان والنبات لقوله تعالى: "سبحان الذي خلق الأزواج كلها مما تنبت الأرض ومن أنفسهم ومما لايعلمون"–36سورة يس.–

وهو الأسلوب الأمثل الذي اختاره الله تعالى للتكاثر واستمرار حياة الإنسان لقوله عز وجل: " يا أيها الناس اتقوا ربكم الذي خلقكم من نفس واحدة وخلق منها زوجها وبث منهما رجالا كثيرا ونساءا."

ولم يشأ أن يترك العلاقة بين الذكر والأنثى تتم بشكل فوضوي بل وضع نظاما ملائما يسوده، ليحفظ الشرف ويصون الكرامة فجعل ارتباط الرجل بالمرأة ارتباطا كريما مبنيا على رضاهما وعلى أركان تضمن سلامة زواجهما.

الأسرة هي الخلية الاساسية للمجتمع يصلح بصلاحها ويفسد بفسادها، وقد أولاها الله تبارك وتعالى في كتابه العزيز ورسوله الأكرم صلى الله عليه وسلم في عدة أحاديث أهمية كبرى.

ولهذا فقد خاض فيها الفقهاء المسلمين بمختلف مذاهبهم واضعين لعقد الزواج الذي تنشأ به الأسرة أركان وشروط خاصة به .

نظرا لما للزواج من أهمية في حياة الأفراد والمجتمعات إهتم فقهاء الشريعة الإسلامية بتعريفه وكذا بأهميته ،و الحكمة من تشريعة و أيضا تبيان المحرمات من النساء التي لا يجوز التزاوج بهن . وهذا ما تناولناه في فصلنا هذا .

الفصل التمهيدي : إنشاء الرابطة الزوجية

المبحث الأول : ماهية الزواج

المطلب الأول : تعريف عقد الزواج

المطلب الثاني : أساس عقد الزواج

المطلب الثالث : أهمية عقدالزواج

المطلب الرابع : حكم عقد الزواج

المبحث الثاني : أحكام عقد الزواج

المطلب الأول : طبيعة عقد الزواج

المطلب الثاني : أركان عقد الزواج

المطلب الثالث : المحرمات من النساء الزواج بهن تحريما مؤبدا

المطلب الرابع : المحرمات من النساء الزواج بهن تحريما مؤقتا

المبحث الأول : ما هية الزواج

إن عقد الزواج من أهم العقود و أكثرها أثرا ،به تصان الأسرة التي هي البنية الأولى في المجتمع المسلم ، و التي تحفظ به الأنساب .

المطلب الأول : تعريف الزواج

الفرع الأول: التعريف اللغوي

يعرف الزواج لغة بأنه إقتران لأحد الشيئين بالآخر وإزدواجهما بعد أن كان كل منهما منفردا عن الآخر ومنها أخذ إقتران الرجل بالمرأة بعد أن كانا منفصلين صارا يكونان أسرة واحدة.

الفرع الثاني: تعريف الزواج إصطلاحا

تعددت تعاريف الزواج عند الفقهاء المسلمين إلا أننا نجدها تقريبا متفقة على الغرض المبدئي له و ذلك رغم إختلافهم في التعابير فإنها تدور حول نفس المعنى، فهناك من عرّفه بأنه عقد يفيد حل إستمتاع كل من العاقدين بالآخر على الوجه المشروع ، ويعرّفه آخرون بأنه عقد وضع لتملك المتعة بالأنثى قصدا ، وما يلاحظ على هذه التعاريف أنها ينطبق عليها ما قاله فيها الإمام أبو زهرة بأنها تدور حول إمتلاك المتعة وأنه من أغراض الزواج جعل المتعة حلال ومن أهدافه أيضا في الشرع الإسلامي التناسل وحفظ النوع الإنساني وأن يجد كل من العاقدين في صاحبه الإنس الروحي الذي يؤلف الله تعالى به بينهما ولهذا فقد عرّف الزواج " بأنه عقد يفيد حل العشرة بين الرجل و المرأة وتعاونهما ويحدد ما لكليهما من حقوق وما عليه من واجبات " ، ومن التعريفات التى تشتمل على معنى الزواج نجد ما ذهب إليه الأستاذ عبد العزيز سعد " بأنه عقد معاهدة ذات أبعاد دينية ودنيوية يتعهد فيها الزوج بإسعاد زوجته وإحترام كرامتها، وتتعهد الزوجة بموجبها بإسعاد زوجها ومساعدته، وأن يتعاهدا معا على التضامن والتعاون من أجل إقامة شرع الله وإنشاء أسرة منسجمة ومتحابة تكون نواة لإقامة مجتمع المودة والرحمة والإستقرار وفقا للآية الكريمة رقم 21 من سورة الروم " ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها."

1ــ عيسى حداد ،عقد الزواج دراسة مقارنة ،منشورات جامعة باجي مختار ، عنابة سنة 2006،ص 2-3

الفرع الثالث : التعريف القانوني

وقد عرفه قانون الأسرة الجزائري في المادة 4 على أنه "عقد رضائي يتم بين رجل و إمرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة و الرحمة و التعاون و إحسان الزوجين و المحافظة على الأنساب "

المطلب الثاني : أساس الزواج

الزواج مشروع بالكتاب و السنة و الأجماع

الفرع الأول : مشروعية الزواج من الكتاب

ـ قوله تعالى "فإنكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى و ثلاث و رباع ...." النساء الآية 3.

و قوله " و أنكحوا الايامى منكم و الصالحين من عبادكم و إماءكم ... "النور الآية 32 .

الفرع الثاني : مشروعية الزواج من السنة

قول النبي صلى الله عليه و سلم يا معشر الشباب من إستطاع منكم الباءة فليتزوج ، فإنه أغض للبصر ،و أحصن للفرج ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء...."

و قوله "إذا تزوج العبد فقد إستكمل نصف دينه فليتق الله في النصف الثاني ...."

و قوله "تزوجوا الودود الولود فإني مكاثر بكم الأمم يوم القيامة ...."

الفرع الثالث :الإجماع

فقد أجمع المسلمون على أن الزواج مباح و مشروع و ذكر الفقهاء أن الترهب هو طريقة النصرانية للتقرب لله بترك الزواج و العزوف عنه و هذا باطل لأن طريقة الأنبياء عيهم الصلاة و السلام هي إصلاح المجتمعات."1"

المطلب الثالث : أهميـة الزواج

للزواج أهمية كبرى نظرا لما يحققه من مصلحة للبشرية جمعاء وتتمثل هذه الأهمية في عدة أمور نجد منها :

الفرع الأول: حفظ النوع الإنساني بطريقة شريفة:

كل كائن حي لكي يحتفظ ببقاء نوعه لا بد أن يتكاثر وهو ما ينطبق على الإنسان لكن

1ـــ الدكتور وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي و أدلته ، الجزء السابع دار الفكر الجزائر 1992 ص 31

نظرا لما يتميز به الإنسان من تكريم في خلقه إقتضى الأمر أن يشرع له طريقة شريفة لكي يتكاثر، بها ألا وهي الزواج، فلو ترك تكاثر الإنسان عن طريق الإختلاط دون أي ضابط لإختلطت الأنساب وكثرت النزاعات وأنهارت القيم بذلك، أما إذا تم التكاثر عن طريق الزواج إختص كل شخص بزوجته أو زوجاته في حدود الشرع وهذه الأهمية تؤكدها الآية الكريمة رقم 223 من سورة البقرة بحيث يقول تعالى " نساؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم أنى شئتم وقدموا لأنفسكم "، والحرث المقصود به في هذه الآية هو للإنبات أي النسل، ونجد كذلك قول الرسول صلى الله عليه و سلم " ... تزوجوا الودود الولود فإني مكاثر بكم الأمم"

الفرع الثاني: تحقيق الإنس والراحة والمودّة بين الزوجين

إن من بين الغايات التي يهدف إلى تحقيقها الزواج هي إستقرار وسكون كل من الزوجين إلى الآخر نظرا للكيان الذي يجمع شملهما بعد الزواج، بحيث يصبح كل واحد منهما لباسا للآخر و نجد في الآية الكريمة رقم 21 من سورة الروم ما يثبت هذا بحيث يقول تعالى: " ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون "، واذا ينيت الأسرة على الإنس والراحة والأمان بين الزوجين صلح المجتمع، ولقد ذهب الفيلسوف الإنجليزى " بنتام " إلى القول " أنه شريف فيه ترابط الهيئة الإجتماعية وعليه يبنى التمدن والعمران، فقد أنقذ النساء من الإستعباد وأخرجهن من درك الإنخطاط و قسم التاس عائلات مستقلة و كانوا أخلاط ووسع آمال الناس في المستقبل بما أوجده من الرغبة في البنين والحفدة و أوجد المحاكم المنزلية، وأوجد زيادة ميل الأفراد لبعضهم البعض ومن تصور حالة الأمم بلا زواج عرق مزاياه ووقف على منافعة "

الفرع الثالث: تحصين النفس بقضاء الحاجة الجنسية للزوجين:

إن من بين الأهداف والغايات التي يرمي إليها الزواج هي أن يقضي الإنسان حاجته الجنسية عن طريق شريف سليم أي أنه لولا الزواج لأتجه كل من المرأة والرجل إلى التعدي على "1" الحرمات وفتحوا باب الفساد والفسق وهذا ما نجد مضمونه في الحديث الشريف التالي بحيث يقول الرسول صلى الله عليه وسلم: " يامعشر الشباب من استطاع منكم الباء فليتزوج فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج ومن لم يستطيع فعليه بالصوم فإنه له وجاء "

1ــ نفس المرجع السابق ، ص 32

المطلب الرابع : حكم الزواج

حكم الزواج شرعا

ويقصد بحكم الزواج شرعا الوصف الشرعي الذي يتصف به وهو في الإصطلاح لا يخرج عن الحالات التالية: الوجوب، الإباحة أو الندبة، الفرض، الكراهية، الحرمة ونتعرض لها كمايلي:

الفرع الأول: الزواج الفرض أو الواجب

يكون الزواج فرضا على من كان متأكد بأنه يقع في الزنى وهو قادر على الزواج والعدل مع أهله ويكون واجب إذ كان يغلب على ضن الشخص الوقوع في الزنى إن لم يتزوج مع مقدرته على الزواج والعدل مع أهله.

الفرع الثاني: الزواج المباح أو المندوب

يكون الزواج مندوبا إذا كان الشخص معتدلا لا يقع في الزنا إن لم يتزوج ولا يخشاه ولا يقع في الظلم ولا يخشاه إذا تزوج هذا عند الجمهور، أما عند الظاهرية فترى بأنه في هذه الحال هو فرض.

الفرع الثالث: الزواج المكروه أو المحرم

الزواج المكروه هو أن يغلب على ضن الزوج بأنه سيظلم زوجته إن تزوج أما إذا كان الزوج غير قادر على النفقة ومتأكد بأنه يقع في ظلم أهله قطعا فإن زواجه هنا محرما.

المبحث الثاني : أحكام الزواج

نظرا لأهية الزواج بإعتباره من أهم العقود فقد أحاطه الإسلام بعدة أحكام و قواعد و شروط.

المطلب الأول : طبيعة الزواج

إختلف الفقه حول الطبيعة القانونية للزواج فمنهم من إعتبره عقد ومنهم من قال بأنه مجرد إتفاق هذا من جهة ومن جهة أخرى أنفسم الذين إعتبروا الزواج بأنه عقد بين من يقول بأنه عقد مدني وبين من يقول بأنه عقد ديني وكذا إنقسموا أيضا حول طبيعة هذا العقد هل هو"1" رضائي أم شكلي:

1ـ الزواج و الطلاق في الشريعة و القانون ، دار العلوم للنشر و التوزيع ،سنة 2001 ص 10

الفرع الأول: الزواج عقد أم مجرد إتفاق

قبل التطرق إلى ما ذهب إليه المشرع الجزائري نعرج قليلا على ما ذهب إليه الفقه، فيذهب البعض منه إلى إعتبار الزواج مجرد إتفاق ولا يرقى لأن يكون عقدا ومن بين الذين يقولون بهذا الرأي الأستاد السنهوري الذي يقول: " بأنه يجدر أن لا تدعى هذه الإتفاقات عقود، وإن وقعت في نطاق القانون الخاص لأنها تخرج عن دائرة المعاملات المالية ، في حين يرد أصحاب الإتجاه الذين يعتبرون الزواج بأنه عقد لما له من مواصفات العقد فهو تصرف إرادي ويرتب إلتزامات ،ولقد فصل المشرع الجزائري في الطبيعة القانونية للزواج وذهب إلى إعتباره عقد وهو ما جسّد في المادة الرابعة من قانون الأسرة بحيث تنص " الزواج هو عقد يتم بين رجل وإمرأة على الوجه الشرعي ... " وهو في رأيي الموقف المرجح لأنه بالزواج تنشأ الأسر و المجتمعات فكيف لا يرقى إلى عقد .

الفرع الثاني: الزواج عقد مدني أم ديني أم هو ذو طبيعة أخري

ذهب بعض من الفقه إلى إعتبار عقد الزواج عقد مدني وإستندوا فيما ذهبوا إليه إلى أن القانون المنظم للأحوال الشخصية هو فرع من القوانين الوضعية ومن بينهم نجد عمر فروخ يقول" بأن الزواج أو النكاح كما يسمى في الشرع عقد مدني لفظي أو خطي بين رجل وإمرأة بالغين راشدين يحفظان به عفافهما وصلاحهما ثم تنشأ منه الأسرة ويذهب البعض إلى إعتبار عقد الزواج عقد ديني يخضع للأحكام الدينية مستدلين على أن القانون المدني ينظم المعاملات المالية فقط أما عقد الزواج فيخضع للأحكام الدينية و هناك من ذهب إلى إعتباره عقد مدني ذو طبيعة خاصة لإحتوائه على قدسية معينة في حين نجد من إعتبره بأنه ذو طابع شرعي لورود النصوص الشرعية الواصفة والمحددة له ولكيفية إبرامه ولكن لم تشترط طقوس معينة مثلا كحضور رجل الدين وبالرجوع إلى نص المادة الرابعة من قانون الأسرة التى عرفت عقد الزواج حددت طبيعته بأنه عقد شرعي.

1ــ نفس المرجع السابق ، ص 11

الفرع الثالث: عقد الزواج بين الرضائية والشكلية

ذهب البعض إلى إعتبار عقد الزواج بأنه عقد رضائي بإعتبار أن أساسه هو رضا في حين ذهب أغلب الفقهاء إلى إعتباره عقد شكلي لما يشترط فيه من حضور الشهود واشتراط الولي أثناء إبرام عقد الزواج وهذين الشرطين يعتبر أن شرطين شكليين وهذا ما ذهب إليه القضاء الجزائري القديم ويعتبر هذا الرأي الذي يقول بأن عقد الزواج عقد شكلي صائب لأنه إضافة إلى الشرطين السابقين أضاف المشرع شروط إدارية وتنظيمية لكي يرتب عقد الزواج آثاره.

أركان وشروط عقد الزواج وأثر تخلفها.

المطلب الثاني : أركان عقد الزواج

يقوم الزواج على الاركان الاساسية التالية :الولي ، الشاهدان ، الصيغة ، المهر.

الفرع الأول : ركن الولي

أ –تعريف الولي:

هو شخص منحه الشرع سلطة على نفس الغير أو ماله أو عليهما معا.

ب –الدليل الشرعي:

حضور ولي المرأة واجب حتى يتم العقد لقول النبي : "لا نكاح بلا ولي"

ج –شروط الولي:

1. أن يكون صاحب أهلية الأداء، بمعنى أنه أهل لتحمل التبعات والالتزامات.
2. أن يكون مسلما، فلا ولاية لغير مسلم على المسلم.
3. أن يكون ذا قرابة، وإن لم يكن ناب عنه وكيل ولا يشترط فيه أن يكون ذا قرابة دموية.

الفرع الثاني : الشاهدان

قال الرسول صلى الله عليه وسلم : "لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل"، ويشترط أن يكون العدد اثنين ولا حرج أن يكون أكثر، وكذلك أن يتمتعا بأهلية الأداء ويكونا شاهدي عدل لم يجرحا، ودور الشهود هو الإشهاد والإستيثاق."1"

1ـ نفس المرجع السابق ، ص 12

الفرع الثالث :الصيغة

أولا :الإيجاب والقبول "الصيغة"

أ .-تعريف الصيغة:

الإيجاب هو الإرادة الأولى الصادرة من الطرف الأول بغية إحداث أثر شرعي هو الزواج، أما القبول فهو الرضا المعبر عنه من الطرف الثاني.

وتجدر الإشارة إلى ضرورة استشارة المرأة في زواجها وعدم إكراهها، بل لها كل الحق في القبول أو الرفض، وفي هذا يقول الرسول: " لاَ تُنْكَحُ الثَّيِّبُ حَتَّى تُسْتَأْمَرَ. وَلاَ الْبِكْرُ حَتَّى تُسْتَأْذَنَ، وَإِذْنُهَا الصُّمُوتُ" (رواه ابن ماجه]، فكما يقول العلماء :السكوت في موضع البيان بيان.

ب -شروط الصيغة:

.1اتحاد مجلس العقد، أي التقارب بين الإيجاب والقبول بحيث يصدر القبول فور صدور الإيجاب.

.2صدور القبول قبل سقوط الإيجاب.

.3مطابقة القبول مع الإيجاب في أمرين: محل الزواج ومقدار المهر.

.4التنجيز في الصيغة لأن عقد الزواج يفيد آثاره في الحال.

الفرع الرابع : المهر

أ -تعريفه:

هو المال الذي يقدمه الرجل للمرأة بسبب عقد الزواج، أو المال الذي يجب للمرأة في عقد الزواج لقوله تعالى :﴿وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً...﴾] سورة النساء، الآية 4.[

ب -شروطه:

.1أن يكون مالا مُتقوَّما شرعا أي له قيمة."1"

.2أن يكون طاهرا شرعا فلا يقدم من حرام.

.3أن لا يكون مالا مغصوبا.

1ــ محمد محمدة الخطبة و الزواج ، الجزء الأول الطبعة الثانية ،ص 323

.4أن لا يكون مجهولا.

ج –استحقاقه:

.1تستحق المرأة الصداق كاملا في حالتين:

الأولى :إذا تم العقد ومات الزوج قبل الدخول.

الثانية :إذا تم العقد وتم الدخول ثم طلقها طلاقا بائنا.

.2تستحق نصفه إذا تم العقد وطلقها قبل الدخول، فطلاقها هذا بائن ببينونة صغرى.

المطلب الثالث :المحرمات من النساء تحريما مؤبدا :

الفرع الأول :المحرمات بالنسب

وهن النساء اللواتي يحرم الزواج بهن بسبب قرابة الدم

أنواع المحرمات بالنسب

قال تعالى:"حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الأخت "...

1ــ أصول الشخص من النساء وان علون وهن: الأم, وأم الأم وان علت, وأم الأب وان علت

2ــ الفروع وهن: بنات الشخص وبنات أولاده وان نزلن فيحرم عليه التزويج ببناته وبنات أولاده الذكور أو الإناث مهما نزلوا .

3ــ فروع الأبوين أو احدهما وان بعدت درجتهن وهن: أخوات الشخص سواء كن شقيقات أو لأب أو لام, وبنات الإخوة والأخوات وبنات أولاد الإخوة والأخوات مهما نزلن .

4ــ فروع أجداده وجداته بمرتبة واحدة وهن: العمات والخالات سواء كن عمات أو خالات الشخص نفسه أو عمات وخالات أبيه أو أمه أو احد أجداده وجداته, أما فروع العمات والخالات فلا يحرم الزواج بهن بدليل قوله تعالى:" يا أيها النبيء إنا احللنا لك أزواجك اللاتي آتيت أجورهن وما ملكت يمينك مما أفاء الله عليك وبنات عمك وبنات عماتك وبنات خالك وبنات خالاتك اللاتي هاجرن معك". وما يحل للرسول هو حلال مالم يدل دليل على توجيه النص للرسول فقط ."1"

1ــ الدكتور جميل فخري محمد جانم ، مقدمات عقد الزواج في الفقه و القانون الطبعة الأولى سنة 2009 ص 32ـ33

الفرع الثاني : المحرمات بالمصاهرة هي :

تنص م26ق.أ:"- أصول الزوجة بمجرد العقد عليها -فروعها إن حصل الدخول بها -أرامل أو مطلقات أصول الزوج وان علوا -أرامل أو مطلقات فروع الزوج وان نزلوا

والمحرمات بالمصاهرة هن :

1ـ زوجة الأب والجد مهما علا لقوله تعالى:"ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء " وهذا بمجرد العقد وان لم يدخل بها فتحرم على الابن وابن الابن وابن البنت مهما نزلت درجته تحريما مؤبدا وهذا لان زوجة الأب أو الجد في منزلة الأم في التقدير والاحترام أما ابنتها وأمها فلا تحرم على الابن .

2ـ زوجة الابن وابن الابن وابن البنت وان نزلوا سواء دخل بها أم لم يدخل فإذا عقد الابن على امرأة تحرم على أبيه وجده مهما علا وسواء كان هذا الابن من النسب أو الرضا لقول الرسول عليه السلام:"يحرم من الرضا ع ما يحرم من النسب "

وقوله تعالى:"وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم" ولو طلقها أو مات عنها اصول الزوجة وهن: أمها وجدتها مهما علت سواء كانت لأب أو لام وسواء دخل بابنتها أو لم يدخل بها بمجرد العقدوحتى ولو طلقها أو ماتت عنه .لقوله تعالى:"وأمهات نسائكم "

الفرع الثالث :المحرمات بالرضا ع :

أنواعهن :

1ـ الأم من الرضاعة والجدات مهما علون لقوله تعالى:"وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم "

2ـ البنت من الرضاعة وبنات الأولاد مهما نزلن فان رضعت طفلة من امرأة صارت ابنة بالرضا ع فتحرم على زوج المرأة هي وفروعها وان رضع طفل يصير ابنه بالرضا ع فيحرم عليه الزواج بابنته وبنات أولاده مهما نزلن ."1"

3ـ فروع الأبوين:وهن, أخته من الرضا ع وبنت أخيه وبنت أخته وان نزلتا. فكما يحرم زواج الأخت بالنسب يحرم زواج الأخت بالرضا ع .

1ـ الدكتور محمد جميل فخري محمد جانم ، نفس المرجع السابق ص35

4ــ العمات والخالات من الرضاع (أي أخت زوج المرضعة وأخت المرضعة) أما بنت العم وبنت العمة وبنت الخال وبنت الخالة فيحلون له .

5 ــ أم الزوجة وجداتها من الرضاعة مهما علون سواء دخل بالزوجة أم لا .

6 ــ بنت الزوجة من الرضا ع وبنات أولادها مهما نزلن إذا كانت الزوجة مد خولا بها فان لم يكن دخل بها فلا تحرم فروعها من الرضا ع عليه .

7 ــ زوجة الأب أو الجد من الرضا ع مهما علا سواء دخل بالزوجة أم لم يدخل بها .

زوجة الابن وابن الابن وابن البنت من الرضا ع وان نزلوا وسواء دخل بها أم لا .

قال الرسول(ص):" يحرم من الرضا ع ما يحرم من النسب". نص م27ق.أ .

ويقول تعالى:"وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة "

·المطلب الرابع : المحرمات من النساء تحريما مؤقتا

الفرع الأول :المرأة المتزوجة

يحرم على الرجل أن يتزوج امرأة هي زوجة لغيره لان حق الغير متعلق بها وهذا لقوله تعالى: "والمحصنات من النساء "فالمراد بالمحصنات هو المتزوجات بالغير .والحكمة من التحريم هو منع الانسان من الاعتداء على حق الغير وحفظ الأنساب من الاختلاط ومن أن تضيع. لكن يزول التحريم بمجرد زوال السبب أي انقطاع العلاقة الزوجية وزوال أثرها بموت أو طلاق فيجوز للرجل الزواج منها بمجرد انقضاء عدتها ."1"

الفرع الثاني :المرأة المعتدة :

يحرم على المسلم أن يتزوج معتدة غيره سواء كانت معتدة من طلاق رجعي أو بائن أم معتدة من وفاة وهذا لبقاء بعض أحكام النكاح السابق ومنعا لاختلاط الأنساب لان الحكمة من العدة معرفة براءة الرحم لقول(ص):" لا يحل لامرئ يؤمن بالله واليوم الآخر أن يسقى ماؤه زرع غيره "ولقوله تعالى:" والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء "

1ــ نفس المرجع السابق ، ص 36

وقوله:" ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب اجله ."

إن الزوج الذي طلق زوجته يجوز له أن يرجع عن طلاقه وهي معتدة منه فان كان الطلاق رجعيا تحل له من غير عقد ولا مهر جديدين لأنه قد يراجعها قولا أو فعلا دون أن يتوقف ذلك على رضاها وان كان الطلاق بائنا ببينونة صغرى تحل له بعقد ومهر جديدين. أما إن طلقها ثلاثا فلا يراجعها أو يتزوجها إلا بعد انقضاء عدتها منه وزواج غيره بها ثم طلاقها منه أو وفاته عنها وعدتها حينها يحل للزوج الأول أن يتزوجها ثانية.

والدليل قوله تعالى:" الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ."

وقوله:"فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره ."

والمراد بالنكاح هنا الدخول الحقيقي وليس مجرد العقد .

-والحق الفقهاء بعدة الطلاق عدة الدخول في الزواج الفاسد وعدة الوطء بشبهة لان الولد يثبت نسبه بالدخول على أمه ."[1]

1ــ محمد محدة ، الخطبة و الزواج الطبعة الثانية ، الجزء الأول سنة 1994 ، ص32ــ 33

الفصل الأول :

ماهية الخطبة في الزواج

تمهيد:

كل عقد من العقود المهمة تسبقه عادة مقدمات ليستوثق العاقد من أنه يحقق رغبته فيبقدم عليه، وإلا فيعرض عنه، ولذلك كان التسرع في الارتباط به غالبا يعقبه الندم. ولما كان الزواج من أخطر العقود لأنه عقد الحياة، فيه من التكاليف والالتزامات ما ليس في غيره وتترتب عليه آثار عديدة، كثبوت النسب وحرمة المصاهرة وغير ذلك زادت عناية الشرع به فجعل له مقدمات نظمها وبين أحكامها تسمى بالخطبة ليكون المتزوج على بينة من الطرف الآخر ويتحقق لهما بهذا العقد الراحة والسعادة البيتية،وتعد الخطبة أهم مقدمات الزواج.

فما هية الخطبة ؟ وماهية احكامها ؟

وللاجابة ، سنتناول في هذا الفصل أهم الأمور المتعلقة بالخطبة، حيث سنبدأ بتعريف الخطبة لغة واصطلاحاً، وننتقل للحديث عن مشروعية الخطبة وأهدافها، ومعايير الاختيار في الزوجين، كما سنتناول المرأة التي تحل خطبتها، وأنواع المحرمات من النساء بالنسب، وبالمصاهرة، وبالرضاع، وأخيراً سنستعرض أحكام الخطبة من خلال الحديث عن قضية النظر إلى المخطوبة والمخالفات الشرعية في الخطبة.

الفصل الأول : ماهية الخطبة في الزواج

االمبحث الاول : مفهوم الخطبة ومشروعيتها وطبيعتها القانونية

المطلب الاول : تعريف الخطبة

المطلب الثاني : مشروعية الخطبة

المطلب الثالث : فوائد الخطبة وحكمة تشريعها

المطلب الرابع : التكيف القانوني للخطبة و اشكالية اقترانها بالفاتحة

المبحث الثاني : أحكام االخطبة

المطلب الاول : من تحرم خطبتها من النساء

المطلب الثاني : العلاقة بين الخاطب و المخطوبة

المطلب الثالث : آداب الخطبة

المطلب الرابع : إنتهاء الخطبة.

المبحث الاول : مفهوم الخطبة ومشروعيتها ومكانتها القانونية.

نظرا لأهمية الزواج الكبيرة و ضع الشارع له أسس و قواعد و أحكام ، و لحماية الأسرة سبقته مرحلة الخطبة ، لتعرف كلا الخاطبين على الطرف الآخر .

المطلب الأول :تعريف الخطبة.

هناك ثلاث تعاريف للخطبة ، التعريف اللغوي و الإصطلاحي و القانوني .

الفرع الأول: تعريف الخطبة لغة :هي من الفعل الثلاثي خطب، وخَطَبَ المرأة يخطبها خطْباً وخِطْبَةً بكسر حرف الخاء :أي طلبها للزواج ، قال الله عز وجل ﴿**وَلا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ**﴾سورة البقرة الآية 235

والخِطبُ :الذي يخطبُ المرأة،والعرب تقول فلان خِطبُ المرأة إذا كان يخطبها، واختطب القوم فلانا إذاً دعوه إلى تزويج صاحبتهم ويقال خطب فلانة خطبا وخطبة

الفرع الثاني :التعريف الاصطلاحي:

عرف الفقهاء الخطبة بعدة تعاريف :

تعريف المالكية :بأنها " إلتماس التزويج و المحاولة عليه ".

تعريف الشافعية : بأنها " إلتماس الخاطب النكاح من جهة المخطوبة " .

تعرف الحنابلة : بأنها : "خطبة الرجل المرأة لينكحها " .

و من هنا يمكننا تعريف الخطبة على أنها " طلب الرجل النكاح من إمرأة معينة خالية من الموانع الشرعية "."1"

الفرع الثالث : التعريف القانوني : نص المشرع الجزائري في المادة الخامسة من قانون الأسرة على أن: "الخطبة وعد بالزواج .يجوز للطرفين العدول عن الخطبة"، وبالتالي فإنه قد اكتفى بتبيان طبيعة الخطبة، بأنها وعد بالزواج، ولم يتطرق إلى تعريفها تاركا ذلك إلى الفقه.أما مفهوم الخطبة في مجتمعنا الجزائري اليوم فهي عبارة عن اتفاق يسبق قراءة الفاتحة، ويقع غالبا بين والدي الخطيبين أو أولياءهما، وينتهي بإيجاب وقبول المصاهرة بين العائلتين، دون إبرام أي عقد، وقد تكون الخطبة بطلب الرجل التزوج بالمرأة، كما قد

1ـ الدكتور جميل فخري محمد جانم ،مقدمات عقد الزواج الخطبة في الفقه و القانون ، دار الحامد للنشر و التوزيع ، سنة 2008، الطبعة الأولى ، ص 19.

بطلب المرأة التزوج من رجل، وهذا ما نجده في السيرة النبوية الشريفة، حيث ثبت قيام خديجة رضي الله عنها بطلب الزواج من الرسول صلى الله عليه وسلم.وتختلف الخطبة عن" الفاتحة"، في مفهوم عامة الشعب من حيث أن الفاتحة عندنا عبارة عن مجلس أو اجتماع يحضره عادة ولي الزوجة والزوج، أو وكلاؤهما، وأعيان الجماعة،وينتهي بإبرام عقد زواج شفهي لصالح الخطيبين، يتم فيه تحديد الصداق، تليه قراءة الفاتحة.والفاتحة بهذا المعنى هي عبارة عن عقد زواج

المطلب الثاني :أدلة مشروعية الخطبة:

دلت على مشروعية الخطبة نصوص قرآنية وأحاديث نبوية صحيحة، مؤكدة على أن الخطبة من وضع الخالق– عز وجل – تمهيدا لعقد الزواج ثبتت مشروعية الخطبة بالقرآن وبأحاديث كثيرة رويت عن الرسول صلى الله عليه وسلم وبالإجماع

الفرع الأول : أدلة مشروعية الخطبة .

ـ من القرآن :ظهرت مشروعية الخطبة في الكتاب والسنة، فظهرت دلالتها في القرآن الكريم في قوله عز وجل:﴿**وَلا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْنَنْتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ عَلِمَ اللَّهُ أَنَّكُمْ سَتَذْكُرُونَهُنَّ وَلَكِنْ لا تُوَاعِدُوهُنَّ سرا إِلا أَنْ تَقُولُوا قَوْلا مَعْرُوفًا وَلا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ يَعْلَمُ مَا فِي أَنْفُسِكُمْ فَاحْذَرُوهُ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ حَلِيمٌ** ﴾سورة البقرة الآية 235 .تشير الآية الكريمة هنا إلى أمر هام وهو أنّ الإنسان، قد يسعى إلى تحقيق شيء تحدثه به نفسه كالزواج من امرأة معينة كأن تكون امرأة في حالة عدة وفاة، ويتمنى لو تكون من نصيبه فالمشرع هنا لا يحظر عليه ذلك، لكن في حدود اللياقة والآداب الإسلامية، والخلق الرفيع، وعليه فإن المرأة المعتدة عليها حقوق غيره، فهنا يحظر عليه الشرع خطبتها في هذه الحالة إلا أنه جاء الخطاب بأن لا حرج، ولا إثم عليكم أيها الناس، فيما عرضتم به للمعتدات من وفاة، من خطبة النساء، وذلك لحاجتكم إليهن، فلم تصرحوا لهن بالنكاح والحاجة إليهن، إذا أكننتم في أنفسكم، فأسررتم حاجتكم إليهن وخطبتكم"1".

1ــ نايف محمود الرجوب، كتاب أحكام الخطبة في الفقه الإسلامي ، الطبعة1، دار الثقافة، عمان،) الأردن(، 2008 ، ص 54.

إياهن في أنفسكم، ما دمن في عددهن، علم الله أنكم ستذكرون خطبتهن وهن في عددهن، فأباح لكم التعريض بذلك لهن، أي أن الله أجاز خطبة المعتدة.

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

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

ـــ **الإجماع** :قد أجمع علماء المسلمين ماضيا وحاضرا على جواز الخطبة ومشروعيتها، كما جرى عرف المسلمين على الخطبة قبل الزواج، وهو عرف صحيح، لا يعارض نصا في الكتاب أو السنة "1".

الفرع الثاني : حكم الخطبة

إتفق الفقهاء على مشروعية الخطبة ، لما مر من الأدلة ن و لكن إختلفوا في حكمها :

الفريق الأول : القائلون بأنها مستحبة .

1ـ ذهب المالكية الى القول بأنها مستحبة و الرملي من الشافعية قال هي : سنة مطلقا .

و إستدلوا بما يلي : "بفعل النبي صلى الله عليه و سلم الذي خطب عائشة الى أبي بكر ،

الفرق الثاني : القائلون بالإباحة .

و هو قول الشافعية كما قال النووي "لا ذكر للإستحباب في كتب الأصحاب و إنما ذكروا

1ـ الدكتور نايف محمود الرجوب ، نفس المرجع السابق ، ص 34ـ 35.

الجواز و إستدلوا بما يلي :بفعل الصحابة رضي الله عنهم بعد الرسول و قد أمر النبي صلى الله عليه و سلم أن نتبع سنة الخلفاء الراشدين المهديين من بعده فقال : " فعليكم بسنتي و سنة الخلفاء الراشدين المهديين من بعدي ، عضوا عليها بالنواجد" .

الفريق الثالث : القائلون الخطبة تأخذ حكم الزواج.

فإن كان الزواج واجبا كانت الخطبة واجبة و إن كان الزواج سنة مستحبة فالخطبة كذالك و من الذين ذهبوا الى هذا القول : البجيرمي و الجمل في حاشيته و استدلوا بما يلي :

"إن الخطبة و سيلة من وسائل الزواج ، و الوسائل تأخذ حكم المقاصد ". "1"

الفرع الثالث : أنواع الخطبة

أولا :الخطبة بالتعريض : التعريض في **اللغة** من عرض الشيء أي جانبه، لأنه يظهر بعض ما يريده .

أما اصطلاحا:هو أن يقصد من اللفظ معناه حقيقة أو مجاز أو كناية، والخلاصة من التعريض :هو ما تضمنه الكلام من دلالة علىشيء من غيره ذكر له، والتعريض يختلف عن الكناية من حيث الدلالة، فالكناية :هي العدول عن الصريح الشيء إلى ذكر ما يدله ويتضح من خلال كل هذا التعريف فأن الخطبة بالتعريض هي الخطبة بطريق التلميح وهي أن يذكر الرجل للمرأة كلاما يفهم منه ضمنيا الرغبة في الخطبة دون أن يصرح ا كأن يقول الرجل للمرأة التي يرغب في الزواج منها إني أريد أن أتزوج امرأة صالحة وجميلة مثلك أو يقول لها أبحث عن فتاة لكي أخطبها في مثل أخلاقك وما أشبه ذلك من العبارات التي يفهم منها أن الشخص يقصد الخطبة .

ثانيا :الخطبة بالتصريح : التصريح هو عكس التعريض، وهي طلب الزواج من امرأة خالية من الموانع الشرعية مع إظهار الرغبة فيها كأن يقول الخاطب أو من ينوب عنه :

1. ابن عابدين، رد المحتار على الدُّر المختار شرح تنوير الأبصار، الجزء 3، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية ،بيروت، لبنان، 1994 م، ص534

أريد الزواج منك، أو يقول ولي المتزوج أو وكيله :أريدك زوجة لابني فلان أو لموكلي فلان ، واتفقت كلمة الفقهاء في خطبة المعتدة في مسائل، واختلفوا في أخرى، أما المسائل التي اتفقوا حولها:اتفقوا على تحريم التصريح للمعتدة من طلاق أو وفاة أو فسخ، ودليلهم على ذلك قوله تعالى : ﴿...**ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء**...﴾ سورة البقرة الآية 235، فالآية تفيد نفي الحرج عن التعريض بخطبة المعتدة، ومفهوم ذلك وقوع الحرج بالتصريح، فيبقى التصريح على حاله من التحريم، ولأنه لما أباح التعريض دل على أن التصريح حرام، وقد نقل الإجماع على ذلك.

–اتفقوا على جواز التعريض للمعتدة من وفاة ولم يخالف أحد في ذالك، للدليل السابق الذكر الآية235 من سورة البقرة ، فتدخل في هذا الحكم المرأة المتوفى عنها زوجها.

–اتفقوا على حرمة خطبة المعتدة من طلاق رجعي تعريضا أو تصريحا، لبقاء أحكام الزوجية قائمة كوجوب النفقة وثبوت التوارث، ووجوب عدة الوفاة عليها إن مات زوجها، ووقوع الطلاق عليها والظهار، والقدرة على إرجاعها بغير مهر ولا عقد.

المطلب الثالث : الحكمة من مشروعية الخطبة .

إن الحكمة من تشريع الخطبة كمقدمات لعقد الزواج هي إظهار وإعلان هذا العقد، كما أنها وسيلة لتحقيق مقاصد الزواج لتوفير أسباب الوفاق ودوام الألفة والمودة ومن حكمة الخالق –عزّ وجل – أن شرعت الخطبة قبل عقد الزواج وذالك لفوائد كثيرة .

الفرع الأول : فوائد الخطبة .

1/ لإعطاء أهل المخطوبة الفترة الكافية للسؤال عن الخاطب ومعرفة أحواله، كتدينه وأخلاقه وسيرته،كما يعطي الفرصة للخاطب للتعرف على مواطن الصلاح في المخطوبة ودينها وأخلاقها مما يكون سببا في المضي في إجراء عقد النكاح وإتمامه، لكن بالقدر المسموح به شرعا.

2/ لتكوين صورة واضحة عن أخلاق الخاطب ومعرفة شمائله، والعكس. ليتعرف الخاطب عن كثب على شخصية المخطوبة، وكذلك الحال بالنسبة للمخطوبة." 1"

_1وهبة الزحيلي، الفقه اللإسلامي وأدلته، اصول الفقه دار الفكر الطبعة الاولى ، سنة 1996، ص

الفرع الثاني: أهمية الخطبة القانونية و الإجتماعية .

أهمية الخطبة تظهر في كونها وسيلة للتعارف و التعرف لكي يطمئن الطرفان على سلوك و أخلاق و عادات كل منهما و هذا بهدف إقامة الحياة الزوجية على أسس سليمة و دعائم قوية بعيدا عن المفاجآة التي كثيرا ما تعرض الزواج للإنحلال و طريق التعارف سهل و يكون بالتحري و البحث فالرجل يسأل عن المخالطون له في السكن أو الحي أو العمل ، و الرجل يبحث عن المرأة في نساء قرابتها كأخته و هذا يتسع مجال التعرف الإجتماعي ، و نلاحظ في وقتنا هذا يمكن تعرف الخاطبين عن طريق الوسائل الحديثة بإستعمال الحاسوب المتصل بشبكة الأنترنت ، و عن طريق الهاتف و كل هذه الوسائل تسهل عملية المحادثة و التواصل و التعارف بين الخاطبين ، و لا مانع من هذه العملية أذا كانت في حدود الآداب العامة بعيدا عن التبرج و الإختلاط و الخلوة .

ولا يوجد في إستعمال هذه الوسائل الإلكترونية الحديثة على هذا النحو أي محذور قانوني فالنصوص الآمرة بالرؤية في مجال الخطبة تشتمل في هذه الصورة المعاصرة بعمومها بشرط التأكد من هوية الشخص الذي يستخدم التراسل الإلكتروني وفق المادتين إ323 ــ 327من ق. م الجديد المعدل بالأمر 10/05المؤرخ 2005/10/26ومن ناحية أخرى فإن الإسلام يبيح النظر الى المخطوبة شريطة أن يكون النظر ف حدود الشريعة ."1"

المطلب الرابع : التكييف القانوني للخطبة و إشكالية إقترانها بالفاتحة .

تترتب عن الخطبة آثار شرعية وقانونية انطلاقا من مركزها الذي تحتله كمرحلة تمهيدية سابقة عن إبرام عقد الزواج، ولذلك لابد من بيان مركز الخطبة كتصرف إرادي بين الخطيبين، من خلال تحديد طبيعتها أولا في الفقه الإسلامي ثم في القانون الوضعي.

الفرع الأول : طبيعة الخطبة .

ــ طبيعة الخطبة في الفقه الإسلامي:

إ ن الخطبة عند فقهاء الشريعة الإسلامية ليست عقدا، وإّنما تمهيدا للتعاقد، غيران الاختلاف الذي يقع بين الفقهاء هو في مدى لزوم هذا الوعد."2"

1ــ الدكتوري الغوتي بن ملحة قانون الاسرة الجزائري على ضوء الفقه و القضاء الجزائر 2005 ص 20ــ 21.

2ــ عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، طبعة ثالثة، دار هومة، الجزائر، 1995 ، ص 84.

الفريق الأول :الخطبة وعد ملزم يجب الوفاء به.

يذهب عدد من فقهاء الشريعة الإسلامية إلى اعتبار الخطبة وعد لازم بالزواج، وواجب الوفاء به ، وذلك استنادا لما ورد في الشريعة الإسلامية من الإلزام بالوفاءقوله تعالى : ﴿وَٱذكُرفِي ٱلكِتَٰبِ إِسمَٰعِيلَ إِنّهَ كَانَ صَادِقَ ٱلوَعدِ وَكَانَ رَسُولا﴾سورة مريم اللآية 54

ووجه الاستدلال هنا هو أ ن الله أثنى على سيدنا إسماعيل لكونه صادق."1"

–وقوله تعالى :﴿يَٰأَيها ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لِمَ تَقُولُونَ مَا لَا تَفعَلُونَ كَبُرَ مَقتًا عِندَ ٱللّهَ أَن تَقُولُواْ مَا لَا تَفعَلُونَ﴾سورة الصف اللآية 2. 3 .

–وقد جاء في تفسير ابن كثير لهذه الآية بأن الإنكار الوارد في هذه الآية على من يعد وعدا أو يقول قولا لا يفي به .

–ومن السنة النبوية قوله عليه الصلاة والسلام" :آية المنافق ثلاث، إذا حدث كذب، وإذا وعد أخلف، وإذا أؤتمن خانّ"، و من خلال هذا الحديث فإن خلف الوعد هو من ضمن صفات المنافقين و هذا يدل على التحريم و ذلك لأن ذكر خلف الوعد في . سياق الذم و ذلك دليل على التحريم ويرى ابن الشاط بأن إخلاف الوعد فيه حرج بمقتضى ظواهر الشرع، إ لا حيث يتعذر الوفاء، حيث يقول" :الصحيح عندي القول بلزوم الوفاء بالوعد مطلقا فيتعين تأويل ما ينقض ذلك.

– 2الفريق الثاني :الخطبة وعد غير ملزم:

تعتبر الخطبة وفقا لأنصار هذا الرأي وعدا غير ملزم، فإذا تم الاتفاق بين رجل وامرأة على الزواج، فان هذا الاتفاق لا يعتبر عقد زواج يتيح لهما أن يختلطا ببعضهما البعض"والظاهر ا ن الخطبة ليست بعقد شرعي، وإن تخيل كونها عقدا فليس بلازم، بل جائز في الجانبين قطعا."2"

1ـ بن زيطة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، الطبعة الأولى، –67. الجزائر، 2007 ، ص66

2ـ بلحاج العربي، ، الوجيز في شرح القانون الأسرة الجزائري ،الجزء الاول ،الزواج و الطلاق ، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2005 ص 51.

-كما يجمع الفقهاء المعاصرين على ا ن الخطبة ليست إ لا تمهيدا للزواج أو وعدا به، ومنهم الشيخ أبي زهرة الذي يرى أ ن الخطبة ليست عقدا ينشئ بين طرفيه التزامات لها قوة الإلزام، ولكن أقصى ما تؤديه الخطبة إذا تمت أن تكون وعدا بالعقد، وفقا لمالك في بعض أقواله ولقد ذهب إلى هذا الرأي العديد من الفقهاء، من أمثال الشيخ أحمد عساف.

ثانيا :طبيعة الخطبة في القانون الوضعي:

لقد كيف المشرع الجزائري في المادة 05 الفقرة الأولى الخطبة على أّنها وعد بالزواج، ويجوز للطرفين العدول عن الخطبة.

وواضح من خلال هذا النص أّنه حدد الطبيعة القانونية للخطبة بأّنها وعد بالزواج من جهة،واعتبر هذا الوعد غير ملزم من جهة أخرى، أي أجاز لكلا الطرفين العدول عن الخطبة وقد استعمل المشرع الجزائري في نص المادة 05 ق.أ.ج مصطلح" الوعد "وهذا المصطلح له دلالة قانونية في النظرية العامة للعقد في القانون المدني باعتباره الشريعة العامة، وهذا ما يتضح من نص المادة 72 ق.م.ج التي جاء فيها" :إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد، وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة قام الحكم مقام العقد."

فمن خلال هذا النص يتضح أ ن المشرع الجزائري في نطاق القانون المدني اعتبر الوعد بالتعاقد الذي تتوافر فيه كافة شروط العقد من رضا، محل، وسبب والشكل إذا كان ركنا في العقد المراد إبرامه في المستقبل، ملزم لصاحبه خلال الأجل المحدد فإذا انتهى الأجل ولم

يعلن الموعود له الرغبة في التعاقد جاز للواعد الرجوع في الوعد، أما قبل انتهاء المدة فلا يجوز الرجوع في الوعد إلا بموافقة الطرف الموعود له "1"أما قانون الأسرة الجزائري فيبدو أّنه خالف هذه القاعدة فمن جهة اعتبر أ ن الخطبة بأنها وعد ,ومن جهة أخرى أجاز للطرفين العدول عنها، فهي إذن وعد غير ملزم لأطرافه.

وقد أقر القضاء في بلاد المغرب العربي أ ن الخطبة ليست إ لا تمهيدا لعقد الزواج، وهذا الوعد لا يقيد أحدا من المتواعدين فلكل منهما أن يعدل عنه في أي وقت شاء، خصوصا وأنه يجب أن يتوافر في عقد الزواج كامل الحرية للمتعاقدين"1" وتكييف الخطبة بأّنها وعد بالعقد يعد أقرب للواقع وأقرب للصواب، فمن غير العدل إلزام أحد الخاطبين بالعقد في مرحلة هو في حاجة ماسة إليها، ليتعرف على من سيشاركه حياته، وبالتالي تنتفي المقاصد التشريعية من مرحلة الخطوبة، وتنتفي معها مقاصد الزواج كلية، إذا ألزمنا الطرفين بإتمام عقد الزواج،"2" وقد نصت أغلب القوانين العربية على أن الخطبة وعد بالزواج، وهذا ما نجده في المادة 02 من مجلة الأحوال الشخصية التونسي، والمادة 05 من مدونة الأسرة المغربية،والمادة 02 و 03 من قانون الأسرة السوري.3""

أما المشرع الفرنسي فلم يتطرق إلى تكييف طبيعة الخطبة، غير أ ن أغلب الفقهاء الفرنسيين أكدوا ا ن الخطبة مقدمة من مقدمات الزواج، وليس لها قوة العقد وتخضع لمبدأ الرضائية والحرية التامة. "4"أما بالنسبة للقانون المصري فلم يتضح موقفه من طبيعة الخطبة، غير أن القضاء هناك استقر على اعتبار الخطبة ليست إلا تمهيدا لعقد الزواج، وأنها ليست بعقد ملزم.يثور أي إشكال، بينما إذا لم تنتهي هذه العلاقة إلى إبرام عقد الزواج فإنه من هذ الجانب لنا أن نتساءل عن الطبيعة القانونية للخطبة هل تعد عقد أم وعد بالعقد؟

وإذا كيفناه وعدا بالعقد مثلا هل تأخذ ذات الحكم المتعلق بالوعد بالعقد المنصوص عليه في القانون المدني؟

الفرع الثاني : تكييف الخطبة في قانون الأسرة الجزائري.

تنص م5 قا.أ على أن "الخطبة وعد بالزواج" وفي الفقرة2" يجوز لكلا الطرفين العدول عنها"، ومن ثم يكون قد استنبط المشرع هذا الحكم من أحكام الشريعة الإسلامية وأساس ذلك هو أن عقد الزواج يتم عن طريق الإيجاب والقبول ومنه لا يمكن أن نلزم أحد الطرفين أن يتزوج بالطرف الآخر حتى ولو كانت الخطبة قائمة .

1ـ بلحاج العربي، المرجع السابق، الوجيز في شرح القانون الأسرة الجزائري ، ص(51

2ـ بن زيطة عبد الهادي، المرجع السابق، ص(82

4ـــ بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص52

وبمعنى أدق فالوفاء بهذا الوعد يقضي أن يمضي عقد الزواج على شخص غير راض به وهذا ما يتنافى مع النظام العام وكذلك مع حرية الأشخاص في التزوج، ومن ثم فإنه لا يجوز للقاضي أن يجبر أحد الطرفين على الزواج بعقد غير راض به.ولكن الحكمة القائمة من التفرقة بشأن الطبيعة القانونية للخطبة بين الوعد والعقد تكمن في المسؤولية أي أن المسؤولية القائمة في هذ الحالة (حالة العدول) هي مسؤولية تقصيرية، أي أن عبء الإثبات يقع على المضرور أي على الشخص الذي سبب له العدول ضررا وهذا ما نصت عليه م 3/05 قا.أ ومن ثم يجب على المضرور إثبات الخطبة بأي وسيلة من وسائل الإثبات ثم بعد ذلك إثبات الضرر أي إثبات العلاقة السببية بين الخطأ الصادر عن الطرف الآخر والضرر الذي أصابه نتيجة ذلك.

ما حكم الفاتحة في قانون الأسرة، هل خطبة أم زواج؟

كانت م 06 قا.أ تنص على أنه:" إذا اقترنت الخطبة بالفاتحة تطبق بشأنها أحكام م 05 قا.أ أعلاه أي أحكام الخطبة"، ومن ثم يكون المشرع قد كيف الفاتحة على أساس أنها خطبة وليس زواج، غير أن الحكم الذي كان يتبناه المشرع في هذا الصدد لا يتماشى مع العادات و التقاليد الجزائرية إذ قد اقتبسه من دول الشرق الأوسط ومنها خاصة سوريا، أما ما هو موجود في المجتمع الجزائري فإن قراءة الفاتحة تكيف على أساس أنها زواج وذلك نظرا لاشتمالها على جميعا أركان وشروط عقد الزواج وتفاديا لهذا المشكل القانوني جاءت عدة قرارات صادرة من المحكمة العليا قاضية بأنه":" من المقرر قانونا أنه يمكن أن تقترن الخطبة مع الفاتحة أو تسبقها لمدة غير محدود ومن المقرر أيضا أنه يثبت الزواج بتوافر أركانه المقررة شرعا" وفي قرار آخر صرحت المحكمة العليا على أن: " اقتران الخطبة بالفاتحة بمجلس العقد تعتبر زواجا متى توافرت أركانه طبقا للمادة 09 قا.أ" (قرار 1995/04/04إلا أن م 06 قا.أ عدلت بمقتضى الأمر الصادر في 2005/02/27 وأصبحت تنص على أنه:"... غير أن اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توافر ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في المادة 09 مكررمن ق.أ .ج

1ـــ مولود ديدان، قانون الأسرة، دار الطبع، دار بلقيس ، دار البيضاء، الجزائر ، ص 40"

المبحث الثاني : أحكام الخطبة

نظرا لأهية و خطورة الخطبة في الإسلام ، و التي من خلالها يتم الزواج ، وتتكون الأسرة التي هي قوام المجتمع و عماده فقد حث الأسلام على الخطبة ووضع لها أحكام ،و بين أسس إختيار الزوج ،و دعا الى التعرف على الزوج الآخر و شرع من الأحكام ما ينظم علاقة كل من الخاطبين أثناء الخطبة ، فإن القاعدة العامة تبيح لمن يريد أن يتزوج خطبة أي إمراة تحل له شرعا أن يتزوجها في الحال ، ولا تبيح له خطبة المرأة التي يحرم عليه شرعا أن يتزوجها تحريما مؤبدا أو تحريما مؤقتا ، لذا علينا معرفة من تجوز خطبتها

المطلب الأول : من تحرم خطبتها من النساء .

و نقصد بالمحرمات من النساء كل إمرأة يحرم على الرجل الزواج منها بسبب وجود مانع شرعي محرم و هي قسمين :

الفرع الأول : المحرمات من النساء تحريما مؤقتا .

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

أولا : زوجة الغير ومعتدته :

يحرم على المسلم أن يتزوج بامرأة هي زوجة غيره أو معتدته. فإذا كانت المرأة زوجيتها بغيره قائمة حقيقة بأن لم تقع بينهما فرقة بأي سبب، أو قائمة حكما بأن كانت في العدة بعد الفرقة فإنه يحرم عليه التزوج بها. لكن إذا انقطعت هذه الزوجية بتاتا بأن طلقت الزوجة أو مات عنها زوجها وانقضت عدتها فإن هذا التحريم يزول لزوال سببه.
والدليل على هذا التحريم قوله تعالى في بيان المحرمات: {وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ} . والمراد هنا بالمحصنات المتزوجات فهن من المحرمات "1". وقوله تعالى في شأن المعتدة من وفاة: {وَلا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ} .

1ــ جميل فخري محمد جانم ،مقدمات عقد الزواج الخطبة في الفقه و القانون ، دار الحامد للنشر و التوزيع ، الطبعة الأولى ، سنة 2008 ، ص 37

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

ثانيا : الجمع بين محرمين

يحرم على المسلم أن يتزوج بامرأتين محرمين، أي: تحرم إحداهما على الأخرى بأي سبب من أسباب التحريم، لو فرضت إحداهما رجلا فلا يحل له أن يجمع بين الأختين ولا بين البنت وأمها أو عمتها أو خالتها لقوله تعالى: {وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ} . ولقوله –صلى الله عليه وسلم: "لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا على ابنة أخيها ولا على ابنة أختها فإنكم إن فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم". وذلك لأن العداوة بين الضرائر لا تخفى.فالمرأتان المحرمان لا يحل الجمع بينهما بالزواج لا حقيقة بأن يجعلهما معا في عصمته ولا حكما بأن يتزوج الثانية وما تزال الأولى في عدته؛ لأنها ما دامت في عدته فهي زوجته حكما، ولا فرق بين أن يكونا محرمين بسبب النسب أو بسبب الرضاع، فالأختان رضاعا كالأختين نسبا لا يحل الجمع بينهما؛ لأن الشارع لا يبيح ما يقطع الصلة ويفكك الروابط ويجعل ذوات القربى ضرائر."1"

ولا بد أن تكون الحرمة بينهما ثابتة من الجانبين على معنى أن أية واحدة منهما لو فرضت

1ــ الدكتور جميل فخري محمد جانم ، نفس المرجع السابق ص 47ــ48

رجلا حرمت عليه الأخرى, فلو كانت الحرمة من جانب واحد جاز الجمع بينهما، فيجوز الجمع بين امرأة وبنت زوج كان لها من قبل؛ لأنه لو فرضت البنت رجلا ما جاز له أن يتزوج بامرأة أبيه ولكن لو فرضت المرأة رجلا جاز له التزوج بالبنت؛ لأنه لا صله بينهما بقرابة أو رضاع، فالحرمة من جانب واحد. ولهذا جاز الجمع.

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

1وقال زفر: متى ثبت حرمة إحداهما على الأخرى ولو من جانب واحد يحرم الجمع بينهما وإلا فرق بينهما القضاء، وإذا حصل التفريق قبل الدخول فلا مهر لواحدة منهما ولا يترتب على مجرد هذا العقد أثر، وإن حصل بعد الدخول فللمدخول بها مهر المثل أو الأقل من مهر المثل والمسمى. ويترتب على الدخول بها سائر الآثار التي تترتب على الدخول بعد الزواج الفاسد. أما إذا كان بإحداهما مانع شرعي بأن كانت زوجة غير أو معتدته مثلا، والأخرى ليس بها مانع، فإن العقد بالنسبة للخالية من المانع صحيح, وبالنسبة للأخرى فاسد تجري عليه أحكامه.

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

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

ثالثا : الجمع بين أكثر من أربع زوجات:

يحرم على المسلم أن يجمع في عصمته أكثر من زوجات أربع، فمن في عصمته أربع زوجات وعقد زواجه بخامسة، فإن زواجه بهذه الخامسة فاسد؛ "1"لأنها محرمة عليه ما دام

1ـــ بداية المجتهد ،بن رشد ، الطبعة الأولى بيروت دار بن حزم (1420-1999) ،ص 326

في عصمته أربع سواها، ولا فرق بين أن تكون الأربع في عصمته حقيقة بأن لم يطلق واحدة منهن, أو حكما بأن طلق إحداهن ولكنها ما زالت في عدته.

والدليل على إباحة التزوج بأربع وتحريم ما زاد عليهن قوله تعالى في سورة النساء: {وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَى فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ} . وقوله –صلى الله عليه وسلم– لمن أسلم وكانت له عشر نسوة في الجاهلية أسلمن معه: "أمسك أربعا وفارق سواهن" ،والحكمة في إباحة تعدد الزوجات أمور:

منها أن الرجل قد لا تحصن نفسه واحدة فصونا له من الزنا واتخاذ الخليلات أباح الله له التزوج بأكثر من واحدة، ولم يبح للمرأة أكثر من زوج لئلا تضيع الأولاد باختلاط الأنساب.

ومنها أن عدد النساء في الغالب يزيد على عدد الرجال في أكثر الأمم، فإذا لم يبح للرجل إلا واحدة بقي عدد من النساء بلا عائل يقوم بشئونهن ومن غير زوج يحصن نفوسهن فيكن عرضة للسقوط.ومنها أن الغرض الأول من الزواج وهو التوالد والتناسل يكون أكثر تحققا بتعدد الزوجات.ومنها أن الزوج قد يجد زوجته عقيما ولا يرضى أن يفارقها لعقمها ولا يرضى أن يعيش محروما من نعمة الأبوة، فأباح الله له أن يتزوج معها أخرى للخلاص من هذا الحرج.ومما يعترض إباحة التعدد أنه يؤدي غالبا إلى فساد الأسر؛ لأن العداوة بين الضرائر لا تنقطع ولها أسوأ النتائج في حل الروابط بين أفراد الأسرة؛ ولأن أولاد الرجل الواحد من أمهات شتى ينشئون متعادين متباغضين؛ ولأن الرجل في الغالب لا يستطيع العدل بين الزوجات ولا القيام بشئونهن جميعا فتكثر الخصومات والمنازعات؛ ولأن شعور الزوجة بأن لزوجها هذا الحق يجعلها غالبا مطمئنة.ولكن الشارع رأى أن مضار إباحة التعدد أخف من مضار حظره، فاتقى أشد الضررين وأباح التعدد, وقيد هذه الإباحة بالقدرة على العدل بين الزوجات، فمن خاف أن لا يعدل بين المتعددات فلا تباح له إلا واحدة."1" وأن ما أباحه الشارع من التعدد مع تقيد العدد بقصره على أربع واشتراط القدرة على العدل بينهن هو وسط معتدل بين ما كانت عليه الجاهلية من إباحة التعدد إلى غير حد. وما

1ـــ بن رشد ، نفس المرجع السابق ، ص 327.

عليه بعض الأمم الآن من حظر التعدد مطلقا، فإن لكل من هذين الطرفين أضرارا لا تخفى على من ينظر بعين النصفة ويبتغي وجه الحق.

رابعا : المطلقة ثلاثا .

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

خامسا : من لا تدين بدين سماوي.

يحرم على المسلم أن يتزوج امرأة لا تدين بدين سماوي ولا تؤمن برسول ولا كتاب إلهي بأن تكون مشركة من الوثنيات اللاتي يعبدن الأصنام أو المجوسيات اللاتي يعبدن النار أو الصابئات اللاتي يعبدن الكواكب. وإنما يباح للمسلم أن يتزوج مسلمة أو كتابية ممن تؤمن برسول وكتاب، كاليهودية التي تؤمن بموسى والتوراة والمسيحية التي تؤمن بعيسى والإنجيل. ولا يباح للمسلمة أن تتزوج إلا مسلما.أما الدليل عل أن المسلم لا يباح له زواج المشركة فهو قوله تعالى: {وَلا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَّ وَلَأَمَةٌ مُؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِنْ مُشْرِكَةٍ وَلَوْ أَعْجَبَتْكُمْ}.

1ــ جميل فخري محمد جانم ، نفس المرجع السابق ، ص

وقوله –صلى الله عليه سلم– في شأن المجوس: "سنوا بهم سنة أهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم."

وأما الدليل على أن المسلم يباح له زواج المسلمة والكتابية فهو قوله تعالى: {الْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمُ الطَّيِّبَاتُ وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَهُمْ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ) .

وأما الدليل على أن المسلمة لا يباح لها أن تتزوج غير المسلم فهو قوله تعالى: {وَلا تُنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا وَلَعَبْدٌ مُؤْمِنٌ خَيْرٌ مِنْ مُشْرِكٍ وَلَوْ أَعْجَبَكُمْ} وقوله تعالى: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا جَاءَكُمُ الْمُؤْمِنَاتُ مُهَاجِرَاتٍ فَامْتَحِنُوهُنَّ اللَّهُ أَعْلَمُ بِإِيمَانِهِنَّ فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ فَلا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ لا هُنَّ حِلٌّ لَهُمْ وَلا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ}

والحكمة في هذه الأحكام أن أهم أغراض الزوجية من سكون أحد الزوجين للآخر واطمئنانه إليه, وتعاونهما وتبادلهما المودة والرحمة لا تتحقق غالبا إلا مع اتحاد الزوجين دينا؛ لأن اعتقادهما يكون واحد, وكذلك ما يجب عليهما وما يحرم وما يحل. ولكن لما كان المسلم والكتابية تجمعهما كلمة واحدة وهي كلمة التوحيد كان بينهما من التقارب ما يمكن أن تتحقق معه أغراض الزوجية."1"

قال تعالى: {قُلْ يَا أَهْلَ الْكِتَابِ تَعَالَوْا إِلَى كَلِمَةٍ سَوَاءٍ بَيْنَنَا وَبَيْنَكُمْ أَلَّا نَعْبُدَ إِلَّا اللَّهَ وَلا نُشْرِكَ بِهِ شَيْئًا وَلا يَتَّخِذَ بَعْضُنَا بَعْضًا أَرْبَابًا مِنْ دُونِ اللَّهِ.

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

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

1ـ الدكتور محمد محدة ، الخطبة و الزواج ، الطبعة الثانية سنة 1994 ، ص (334).

2ـ الدكتور محمد محدة ، نفس المرجع السابق ، ص (335).

سادسا :الأمة على الحرة .

من في عصمته زوجة حرة يحرم عليه أن يتزوج معها زوجة غير حرة، لقوله –صلى الله عليه وسلم: "لا تنكح الأمة على الحرة وتنكح الحرة على الأمة". والحكمة في هذا عدم امتهان كرامة الحرة بتزوج الرقيقة عليها, والتنويه بشرف الحرية. ولهذا التنويه جعل الله إباحة زواج الأمة مقيدة بما إذا لم يستطع زواج الحرة. قال تعالى: {وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلًا أَنْ يَنْكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِنْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مِنْ فَتَيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ} . ولكن الطول على مذهب أبي حنيفة يتحقق بوجود الحرة في عصمته فعلا لا بمطلق القدرة المالية على زواج الحرة، فمن في عصمته حرة فهو مستطيع طولا زواج الحرائر فلا يحل له زواج الرقيقات.

سابعا :الخطبة على الخطبة

فإذا كانت مخطوبة لغيره فلا يحل له خطبتها، لحديث ابْنَ عُمَرَ رضي الله عنه قال: (نَهَى النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنْ يَبِيعَ بَعْضُكُمْ عَلَى بَيْعِ بَعْضٍ وَلا يَخْطُبَ الرَّجُلُ عَلَى خِطْبَةِ أَخِيهِ حَتَّى يَتْرُكَ الْخَاطِبُ قَبْلَهُ أَوْ يَأْذَنَ لَهُ الْخَاطِبُ) رواه البخاري، ولما فيه من الإيحاش لقلب الخاطب الأول وإثارة الشحناء بين الناس، وقطع أواصر القربى والرحم والمودة بينهم، وهو ممنوع، لقوله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اجْتَنِبُوا كَثِيراً مِنَ الظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ وَلا تَجَسَّسُوا وَلا يَغْتَبْ بَعْضُكُمْ بَعْضاً أَيُحِبُّ أَحَدُكُمْ أَنْ يَأْكُلَ لَحْمَ أَخِيهِ مَيْتاً فَكَرِهْتُمُوهُ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ تَوَّابٌ رَحِيمٌ) (الحجرات:12)."1"

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

1ــ الدكتور نايف محمود الرجوب ،أحكام الخطبة في الفقه الإسلامي ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، سنة 2008 ، ص 159.

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

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

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

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

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

1ـــ الدكتور جميل فخري محمد جانم ، نفس المرجع السابق ،ص (82ـــ 83) .

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

الفرع الثاني :المحرمات من النساء تحريما مؤبدا.

المحرمات من النساء تحريما مؤبدا هن:النساء اللاتي لا يحل للرجل أن يتزوج بهن أبدا و كان سبب تحريمهن وصفا قائما و دائما غير قابل للزوال , كالبنوة و الاخوة ,و العمومة ,و هن ثلاثة أنواع:

أولا:المحرمات بسبب القرابة,وهن أربعة أصناف :

الأول: فروع الرجل من النساء و إن نزلن فتحرم عليهم بنته و بنت بنته و بنت ابنه مهما نزلن .

ثانيا: أصول الرجل و إن علون فتحرم عليه أمه و جداته من جهة أبيه أو من جهة أمه جميعا.

ثالثا: فروع أبويه و إن نزلن و فروع الأبوين هنا:الأخوات سواء كن شقيقات ام الأب و الام و تحرم عليه بنت أخته و بنت أخيه و بنت بنت اخته و بنت إبن أخيه و إن نزلن

رابعا: فروع الأجداد و الجدات إذا إنفصلن بدرجة واحدة فتحرم عليه الخالات و العمات مهما تكن درجة الجد و الجدة فتحرم عليه عماته و خالاته و عمات ابيه و عمات امه و خالات أبيه و خالات أمه."1"

1ـ جميل فخري محمد جانم ، نفس المرجع السابق ، ص 32

ثانيا:المحرمات بسبب المصاهرة وهن أربعة أصناف

أولا: زوجات أصوله فتحرم عليه زوجة أبيه و زوجة جده لأبيه و زوجة جده لامه و إن علون سواء أدخل بها الأصل ام لم يدخل حيث تتحقق الحرمة بمجرد عقد الأب أو الجد عليها و إن لم يدخل بها و الدليل على ذلك قول الله تعالى:"ولا تنكحوا ما نكح اباؤكم من النساء إلا ما قد سلف أنه كان فاحشة و مقتا و ساء سبيلا" سورة النساء الآية 22

ثانيا:زوجات فروعه فتحرم عليه زوجة ابنه و زوجة ابن ابنه و زوجة ابن ابنته و ان نزلوا و سواء ادخل الفرع بزوجته ام لم يدخل فاذا عقد الفرع زواجه على إمراته عقدا صحيحا حرمت على أصله بمجرد هذا العقد فلا يحل له أن يتزوجها أبدا حتى و إن فارقها الفرع بالطلاق أوالموت ولايخطبها و الدليل على ذلك قال الله تعالى:"وحلاءل ابناؤكم الذين من أصلابكم" سورة النساء الآية 23

قيد الله تعالى في هذه الاية الأبناء بأن يكونوا من الأصلاب ليخرج زوجات الأبناء بالتبني فانهن لا يحرمن وقد حرم الله التبني و ألغى كل أثاره.

ثالثا:أصول زوجته سواء أدخل زوجته أم لم يدخل فتحرم عليه ام زوجته و جدتها و إن علت سواء من الأب او من جهة الأم بمجرد العقد على الزوجة و دليل ذلك قول الله تعالى:"و أمهات نسائكم" والأية معطوفة على قول الله تعالى :"حرمت عليكم أمهاتكم" فيكون معنى الأية حرمت عليكم نسائكم و لم تقيد الأية تحريم أم الزوجة بالدخول بها

فتحرم بمجرد العقد على البنت و هذا معنى قول الفقهاء: العقد على البنات يحرم الأمهات"

1ـ نفس المرجع السابق ، ص34

رابعا: فروع زوجته المدخول بها, سواء ابقيت الزوجة في عصمته ام طلقها ام ماتت فتحرم عليه بنات زوجته المدخول بها من غيره,و بنات بناتها,وبنات ,أبنائها,و ان نزلن,فان لم يدخل بالام فلا تحرم عليه بناتها بمجرد العقد,و الدليل ذلك قول الله تعالى:"و ربائبكم التي في حجوركم من نسائكم التي دخلتم بهن فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم"سورة النساء الآية 23 والاية الكريمة معطوفة على قول الله تعالى :"حرمت عليكم امهاتكم"

و الربيبة محرمة سواء كانت في الحجر او لم تكن ,و ذلك لان هذا القيد في الربائب لم يذكر على انه شرط في تحريمه ,بل لان العادة بين الناس ان تكون البنت مه الام في حجر زوج أمها , فقد انكر الرسول _عليه الصلاة و السلام_خطبة درة بنت ام سلمة_رضي الله عنها لانها تحرم عليه لسببين هما:انها ربيبته و انها ابنة أخيه من الرضاعة , فقد روت ام سلمة عن ام حبيبة بنت ابي سفيان انها قالت : دخل علي رسول الله فقلت له:هل لك في أختي بنت ابي سفيان؟فقال:افعل ماذا؟قلت:تنكحها.قال:او تحبين ذلك؟قلت :لست لك بمخلية.و أحب من شركني في الخير أختي.قال:فإنها لاتحل لي قالت:فإني أخبرت أنك تخطب درة بنت أبي سفيان قال: بنت ام سلمة؟ قلت:نعم قال: لو أنها لم تكن ربيبتي في حجري ما حلت لي أنها إبنة أخي من الرضاعة أرضعتني و أباها ثويبة فلا تعرضن علي بناتكن و لا أخواتكن و قال داود و مالك:لاتحرم الربيبة الا إذا كانت صغيرة و قت الزواج و جعلت في حجره و تكفلها تمسكا بظاهر الاية.

ثالثا:المحرمات بسبب الرضاعة:

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

1ـ نفس المرجع السابق ، ص 35

أولا : أصول الرجل من الرضاع فتحرم عليه أمه التي أرضعته و أمهاتها و أمهات أبيه الرضاعي لأنهن جداته و إن علون.

ثانيا : فروع الرجل من الرضاع : فتحرم إبنته رضاعا وهي التي تكون قد رضعت من لبن كان هو سبب وجوده و تحرم إبنة إبنه من الرضاع او إبنة إبنته من الرضاع وإن نزلن.

ثالثا : فروع أبويه من الرضاع وهن الأخوات رضاعا وبنات أخوته و أخواته رضاعا مهما نزلن فتحرم عليه الأخت او الشقيقة من الرضاعة و الأخت لام من الرضاعة و الأخت لأب من الرضاعة سواء إتحد زمن الرضاعة أو لم يتحد.

رابعا : فروع اجداده من الرضاع إذا إنفصلن بدرجة واحدة سواء أكن من جهة الأم أم جهة الاب فتحرم عليه عمته الرضاعية و خالته الرضاعية من جهة الاب أو الام و إن علون

خامسا:أصول زوجته من الرضاع فتحرم عليه من أرضعت زوجته لأنها أمها و تحرم عليه ام مرضعة زوجته لأنها جدة لزوجته و تحرم عليه أم أبي زوجته الرضاعي لأنها جدة زوجته و إن علت سواء دخل بزوجته أو لم يدخل بها.

سادسا : فروع زوجته من الرضاع أن دخل بزوجته فتحرم عليه من أرضعتها زوجته المدخول بها لأنها إبنة زوجته و تحرم عليه بنت إبن زوجته الرضاعي و بنت بنت زوجته الرضاعيةو إن نزلن.

سابعا:زوجات أصوله من الرضاع فتحرم عليه زوجة أبيه من الرضاعة و زوجة جده من الرضاع سواء دخل او لم يدخل."1"

1ـ نفس المرجع السابق ، ص36

ثامنا:زوجات فروعه من الرضاع فتحرم عليه زوجة إبنه من الرضاع و تحرم عليه زوجة إبن بنته الرضاعية و تحرم عليه زوجة إبن إبنه الرضاعي و و إن نزلوا و إن لم يدخل الفرع بزوجته .

و الدليل على تحريم ما سبق :

1 _قال الله تعالى:"و امهاتكم التي أرضعناكم و أخواتكم من الرضاعة"سورة النساء الآية 23

وجه الدلالة:نصت الاية الكريمة على تحريم الأصول و الاخوات من الرضاع و يفهم من الاية أيضا تحريم الباقي من المحرمات إذ كيف تحرم الأخت الرضاعية و لا تحرم البنت الرضاعية و كيف تحرم الأخت الرضاعية و لا تحرم بنت البنت الرضاعية.

2_عن عائشة رضي الله عنها –قالت :قال رسول الله (ص):"يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة"

3_أجمعت الأمة على ثبوت حرمة الرضاع بين الرضيع و المرضعة و إنتشار هذه الحرمة بين المرضعة و أولاد الرضيع وبين الرضيع و أولاد المرضعة .كما ثبت بالاجماع على انه يحرم أيضا بالمصاهرة ما يحرم بالرضاع."1"

1ـ نفس المرجع السابق ، ص ، 37

المطلب الثاني : العلاقة بين الخاطب والمخطوبة.

إن أساس الزواج هو تحقيق الطمأنينة و السعادة لكلا الزوجين ، و من هنا كان لا بد أن يتم الزواج بعد أن يتعرف كلا الخاطبين على بعضهما ، و أن يعرف صفات الطرف الآخر الخلقية و الخلقية .

الفرع الأول : النظر الى المخطوبة

فيرى الخاطب وينظر إلى ما يدعوه ويحثه على نكاح هذه المخطوبة ، أو يكون سببا في ترك هذا النكاح ؛ ومثل هذا النظر مستحب على الصحيح من أقوال أهل العلم وهو الذي عليه جماهير أهل العلم لأدلة كثيرة :

1ـ منها ما رواه الإمام أحمد في المسند وأبو داود في السنن--رحمهما الله تعالى – من حديث جابر بن عبد الله –رضي الله عنهما– قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (إذا خطب أحدكم المرأة ،فإن استطاع أن ينظر إلى ما يدعوه إلى نكاحها، فليفعل) قال: "فخطبت جارية فكنت أتخبأ لها ،حتى رأيت منها ما دعاني إلى نكاحها وتزوجها ، فتزوجتها".وسنده حسن.

2ـ ومنها ما رواه مسلم والنسائي عن أبي هريرة– رضي الله عنه –قال:" كنت عند النبي صلى الله عليه وسلم :"فأتاه رجل فأخبره أنه تزوج امرأة من الأنصار,فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : (أنظرت إليها؟) قال لا ،قال: (فاذهب فانظر إليها ، فإن في أعين الأنصار شيئا.قال النووي رحمه الله : (قيل المراد،صغر،وقيل زرقة).

فهذه الأدلة وغيرها تدل على استحباب النظر إلى المخطوبة على أقل تقدير ،والمشهور في بما سمعتم من الأدلة الدالة على استحباب النظرإلى المخطوبة"1".

1ـ نايف محمود الرجوب ، نفس المرجع السابق ، ص 113ـ 114

مذهب الحنابلة الإباحة ، ومن العلماء من قال بكراهة النظر–منهم القاضي عياض– كما ذكر ذلك عنه الشوكاني في (نيل الأوطار) ورده ، وكلا القولين الإباحة والكراهة مردودان

-قوله تعالى: ((لا يَحِلُّ لَكَ النِّسَاءُ مِنْ بَعْدُ وَلا أَنْ تَبَدَّلَ بِهِنَّ مِنْ أَزْوَاجٍ وَلَوْ أَعْجَبَكَ حُسْنُهُنَّ إِلاَّ مَا مَلَكَتْ يَمِينُكَ وَكَانَ اللَّهُ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ رَقِيباً)) سورة الأحزاب (52).

ولكن ماهو القدر الذي يستحب للخاطب أن ينظر من المخطوبة؟.

وقع خلاف بين أهل العلم في القدر الذي ينظر إليه منها :– فجمهور أهل العلم إلى أن القدر إنما هو الوجه والكفان، ولا ينظر إلى غيرهما.،وقال: الأوزاعي : ينظر إلى مواضع اللحم.،وقال الظاهرية ينظر إلى كل شيء منها سوى العورة المغلظة– أي القبل والدبر وبالغ داود الظاهري فقال :ينظر إليها متجردة ،والقول الصحيح فيه تفصيل:

فإن كان النظر عن غير سابق اتفاق فله أن ينظر منها ما يدعوه إلى نكاحها وإن زاد عن الوجه والكفين,لحديث جابر– رضي الله عنه– السابق: (فإن استطاع أن ينظر إلى ما يدعوه إلى نكاحها فليفعل).فتخبؤ جابر رضي الله عنه لها فيه دلالة أنه قد نظر منها ما زاد على الوجه , لأنه قال : "حتى رأيت منها ما دعاني إلى نكاحها وتزوجها, فتزوجتها."

أما عن سابق اتفاق فلا يجوز النظر إلى أكثر من الوجه والكفين كما قال جمهور أهل العلم لأن الرخصة إنما أباحت للرجل فضول النظر من غير ريبة, وإنما لأجل النكاح,و لم يؤذن للمرأة أن تكشف هي عما لا يجوز أن تظهره أمام الأجانب.

وهل للمرأة أن تتشوف للخطاب أي تتزين للخطاب؟

نعم لها ذلك فقد جاء في حديث سبيعة الأسلمية –رضي الله عنها– الذي رواه الإمام أحمد في مسنده : أنها كانت تحت سعد بن خولة ، فتوفي عنها في حجة الوداع ,وكان بدريا ,أي ممن شاركوا في معركة بدر . فوضعت حملها قبل أن ينقضي أربعة أشهر وعشر من وفاته , فلقيها أبو السنابل– يعني ابن بعكك– حين تعلت من نفاسها وقد اكتحلت "1"

1ــ نفس المرجع السابق ، ص 124.

فذكر ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم , فقال: (ما يمنعها,قد انقضى أجلها).وحد زينة المخطوبة هو ما جاء في هذا الحديث ,فلا يتجاوز الكحل والخضاب –أي الحناء – فلا يجوز لها بما زاد على ذلك من مساحيق المكياج أو الطيب , وإنما فقط الكحل والخضاب.

الفرع الثاني :شروط النظر للمخطوبة

الشرط الأول:– أن يكون بلا خلوة للحديث الذي أخرجه أحمد والترمذي وابن أبي عاصم بسند صحيح عن عمر بن الخطاب– رضي الله عنه– قال النبي –صلى الله عليه وسلم: (لا يخلون أحدكم بامرأة, فإن الشيطان ثالثهما) ، حتى لا يتخذ الخلوة حجة لل نظر اليها .

الشرط الثاني:–أن يكون بلا شهوة للحديث الذي أخرجه الإمام أحمد عن أبي حميد قال :قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : (إذا خطب أحدكم امرأة, فلا جناح عليه أن ينظر إليها إذا كان إنما ينظر إليها لخطبته ,وإن كانت لا تعلم)؛ فقوله عليه الصلاة والسلام :(إذا كان إنما ينظر إليها لخطبته) فيه أنه إن كان لشهوة حرم النظر .

الشرط الثالث:–أن يكون عازما على الخطبة والتقدم و إلا فلا، للحديث السابق: (إذا كان إنما ينظر إليها لخطبته) ،ولأن الأصل تحريم النظر إليها.

الشرط الرابع:– أن يغلب على ظنه الإجابة, جعل الله تعالى الناس طبقات فقال تعالى: (نحن قسمنا بينهم معيشتهم في الحياة الدنيا,ورفعنا بعضهم فوق بعض درجات ليتخذ بعضهم بعضاً سخرياً)، فإن من ينظر إلى بنت وزير مثلا وكان فقيرا فإن الغالب عدم الإجابة, أو يكون إنساناً كبير السن. زمناً أصم ينظر إلى بنت شابة فالغالب عدم الإجابة.

الشرط الخامس : أن يعلم خلوها من الموانع التي تمنع الزواج."1"

ـــ المطلب الثالث : آداب الخطبة

الفرع الأول :استئذان المخطوبة أو وليها لرؤيتها

في هذه المسألة حصل خلاف صغير بين السلف فأبدأ بذكر الأقوال ثم الأدلة:

1ـ جميل فخري محمد جانم ، نفس المرجع السابق ، ص 109.

و الشيخ البسام حيث نقل من نيل المآرب القول بعدم اشتراط الإذن و سكت و لم يذكر غير هذا النقل و هذا يكثر من في شرحه على بلوغ المرام و يفهم منه إقراره لهذا القول و الشيخ العثيمين رحمه الله في شرح الممتع على زاد المستقنع.

ب- و هناك قول لمالك أنه يشترط إذنها ذكره ابن حجر في الفتح و غيره و ضعف هذه الرواية الإمام مسلم في شرحه على مسلم, و ذكر قول آخر لمالك أنه قال: قال مالك: أكره نظره في غفلتها مخافة من وقوع نظره على عورة.

أدلة القائلين بعدم اشتراط إذنها:

-1قوله عليه الصلاة و السلام ((إنما ينظر إليها لخطبته وإن كانت لا تعلم.)) فهذا نص صريح منه صلى الله عليه و سلم على جواز النظر دون علمها و دون إذنها من باب أولى.

-2الإطلاق قي قوله صلى الله عليه و سلم ((إذا خطب أحدكم المرأة فإن استطاع أن ينظر)) فقيده عليه الصلاة و السلام بالقدرة و لم يقيده بإذنها أو بغيره.

-3أدلة نظرية و قد أجاد فيها الإمام النووي حيث قال:ولأنها تستحي غالباً من الإذن، ولأن في ذلك تغريراً، فربما رآها فلم تعجبه فيتركها فتنكسر وتتأذى."1"

و يجاب على قول الإمام مالك أن المقصود دون إذنها أي في المواضع العادية التي يرجح أنه لن تظهر منه عورة و خاصة لمن يقولون أنه يجوز النظر إلى ما يظهر عادة و لا يقصد بدون إذنها أن ينظر إليها في مواضع يرجح أنها في حالة غير مستترة بحيث تظهر عوراتها.

الفرع الثاني : حكم وطء المخطوبة :

إن الشريعة الإسلامية حددت العلاقة بين الخاطب و المخطوبة بأن أباحت النظر الى "1"الوجه و الكفين و حرمت الإختلاط و الخلوة و السفر ، و إصطحابها الى المتنزهات و

1 ــ جميل فخري محمد جانم ، نفس المرجع السابق ،ص 133

الإسلامية التي يجب مراعاتها ، اما إن تجاوزا هذه الحدود فهما في طريقهما الى الزنا

المطلب الرابع : إنتهاء الخطبة .

في حالة ما إذا رأى الخاطبين ان هذه الخطبة مآلها الفشل فا بد لهم من إنهاءها بالطرق السلمية .

الفرع الأول : انهاء الخطبة بإتفاق الخاطبين .

قد تنتهي الخطبة بإتفاق الخاطبين على إنهاءها و ذلك أن الخطبة إذا كانت تنتهي بعدول أحد الخاطبين عنها فمن باب أولى أن تنتهي بالرضا و يرد المهر في هذه الحالة لأنه حكم من أحكام الزواج ولم يتم الزواج بعد أما الهدايا فيجري بشأنها ما تم الإتفاق عليه بين الطرفين و إلا سارت عليها أحكام الهبة .

الفرع الثاني : حلول عارض من عوارض الزواج .

كما تنتهي الخطبة بقيام عارض مانع يحول دون الزواج كأن يتبين بعد الخطوبة بأن المخطوبة أخت للخاطب من الرضاعة في هذه الحالة يجب رد المهر و الهدايا أيضا ، أو يسري عليها حكم الهبة . "1"

1ــ نفس المرجع السابق ، ص 276

الفصل الثاني :

العدول عن الخطبة في قانون الأسرة الجزائري

تمهيد:

بما أن الخطبة ليست زواجا، و إنما هي وعد بالزواج فإنه يجوز في رأي أغلب الفقهاء للخاطب أو المخطوبة العدول عن الخطبة، إذ ما لم يوجد العقد فلا إلزام و لا التزام. و لكن من الأخلاق ألا ينقض أحدهما وعده إلا لضرورة أو حاجة شديدة مراعاة لحرمة البيوت و لكرامة الفتاة.

و من المستحسن شرعا وعرفا التعجيل في العدول إذا بدا سبب واضح يقتضي ذلك عملا لقوله تعالى : "و أوفوا بالعهد إن العهد كان مسؤولا".فمن وعد عليه الوفاء بوعده إلا إذا وجد عارض قوي.

و قال صلى الله عليه و سلم : "إضمنوا لي ستا من أنفسكم أضمن لكم الجنة : أصدقوا إذا حدثتم، و أوفوا إذا وعدتم، و أدّوا إذا إئتمنتم، و إحفظوا فروجكم، غضوا أبصاركم، و كفوا أيديكم."

و بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجده يجيز العدول عن الخطبة بنصه في المادة الخامسة على أن : "الخطبة وعد بالزواج و لكل من الطرفين الدول عنها ". فكلا الطرفين أي الخاطب والمخطوبة لهما الحق في العدول عن الخطبة، و بذلك فالمشرع أخذ بالمذهب المالكي.

و إذا ما عدنا إلى نص المشروع أو التعديل المقترح نجده ينص في المادة الخامسة على أنه : "يجوز للطرفين العدول عن الخطبة."

إلا أن لهذا العدول مزايا ومساوئ، ومن أهم مزاياه التوقف عن متابعة الإجراءات المؤدية إلى إبرام عقد الزواج الفاشل الذي قد يصعب التخلص منه بعد انعقاده مما يرتب عليه آثارا ليست في صالح الطرفين، فالعدول في هذه الحالة هو وقاية من مستقبل مظلم، فكان من الواجب الاعتراف بحق العدول لكل من الخاطب والمخطوبة وأما مساوئه، فهي ما قد يلحق

بسمعة أحدهما من أقاويل وخاصة المخطوبة وكذا ما يصيب أحدهما أو كلاهما من خسارة مالية أنفقها في استعدادا للزواج الذي يتم، وبسبب هذا جرى التفكير في التعويض عن هذه الأضرار،ومن هنا نطرح الإشكالية التالية :

ـــ ما هي آثار العدول عن الخطبة في قانون الأسرة الجزائري؟

الفصل الثاني :العدول عن الخطبة في قانون الاسرة الجزائري

المبحث الاول: ما هية العدول عن الخطبة

المطلب الاول :مفهوم العدول

المطلب الثاني : حكم العدول

المطلب الثالث : العدول بين الشريعة و القانون

المطب الرابع : اسباب العدول عن الخطبة

المبحث الثاني :اللآثار المترتبة على العدول عن الخطبة

المطلب الاول : آثار العدول عن الخطبة في المهر

المطب الثاني : آثار العدول عن الخطبة في الهدايا

المطلب الثالث : رأي فقهاء الشريعة الإسلامية مسألة التعويض

المطلب الرابع : رأي القانون الجزائري في مسألة التعويض

المبحث الاول : ما هية العدول عن الخطبة

إن العدول عن الخطبة جائز في حالة إستحالة اتمامها و هو من حق لكلا الخاطبين

المطلب الاول : مفهوم العدول

إن الشريعة الإسلامية قد أجازة الخطبة ووضعت لها ضوابط وأحكام خاصة ، والخطبة هي وعد بالزواج، فهل يحق لأحد الطرفين أن يعدل عن الخطبة؟.[1]

والعدول لغة : مشتق من عدل عدلا وعدولا أي مال، ويقال عدل عن الطريق بمعنى حاد وعدل إليه، أي رجع.

أما العدول اصطلاحا : فهو رجوع أحد الطرفين أو كليهما عن الخطبة، وفسخها بعد إتمامها وحصول الرضا منهما. لم يعرف الفقهاء القدامى ولا المعاصرين العدول عن الخطبة، لذلك يمكن أن نعرف العدول بأنه:"رجوع أحد الطرفين، أو كليهما عن الخطبة، وفسخها بعد إتمامها، وحصول الرضا والقبول منها"

المطلب الثاني : حكم العدول عن الخطبة:

الفرع الأول :حكمه في الشريعة الإسلامية :اتفقت كلمة الفقهاء على أن الخطبة ليست عقدا ولا تحمل صفة الإلزام التي يحملها العقد، لأن تعريف الخطبة عند الفقهاء، كما مر معنا في الفصل الأول لا تعدو أن تكون طلب النكاح، وليس في هذا التعريف ما يحمل صفة العقد أو إلزام، ومع ذلك فقد اختلفوا في حكم العدول عن الخطبة على قولين:**القول الأول** :يجوز للخاطب أن يعدل عن الخطبة لسبب مشروع، وهذا حق له، كما يجوز ذلك للمخطوبة ووليها..

1 نايف محمود الرجوب ، نفس المرجع السابق ،ص 224

أما إن لم يكن هناك سبب مشروع فيكره، بسبب الوعد فهو قول الشافعيةوالحنابلة وعللوا ذالك ب:أن عقد الزواج عقد عمري يدوم الضرر فيه، لذا فكل واحد من الخاطبين النظر في أمره وفترة الخطوبة هي فترة نظر وتردد فلكل واحد منهما أن يحتاط لنفسه، وأن ينظر في حظه قبل ان يعزم على الزواج. لأن الحق لم يلزم الخاطبين بعد كمن ساوم على سلعة ثم بدا له أن لا يبيعها.

القول الثاني :يكره العدول عن الخطبة بعد الركون من الخاطب أو المخطوبة أو وليها لأجل خاطب آخر، فيحرم عن ذلك العدول وهو قول المالكية ."1"

وسبب الكراهية هو إخلاف الوعد والرجوع عن القول، ولقد أمر الشارع بالوفاء بالوعد وعن عدم الإخلاف به قال تعالى :﴿**يا أيها الذين أمنوا أوفوا بالعقود**﴾ .

وقد رجح الكثير من الفقهاء القول الأول القائل بجواز عدول الخاطب أو المخطوبة عن الخطبة ، وذلك لأسباب التالية:

– 1أن الخطبة لا تحمل صفة الإلزام، بل هي فرصة للتحري والبحث والتروي.

– 2إذا جاز للزوج أن يطلق بعد العقد مع ما يترتب على ذلك من آثار فمن باب أولى أن يجوز العدول عن الخطبة قبل العقد.

– 3القول بعدم جواز العدول، يقضي أن يلزم الخاطب بإجراء عقد الزواج وهو كاره، وهذا يتنافى مع طبيعة عقد الزواج القائم على الرضا .

الفرع الثاني:حكمه في القانون الجزائري :بعد أن عرفنا أن العدول عن الخطبة جائز في الشريعة الإسلامية رغم الاختلاف الفقهي في ذلك، من كون هذا الحق مطلقا أم مقيدا،

1 ــ نفس المرجع السابق ، ، ص 225

فإن التشريعات الوضعية تجيز العدول عن الخطبة سواء كان بمبرر أو بغير

مبرر .وبالرجوع لقانون الأسرة الجزائري نجده يجيز العدول عن الخطبة، حيث نصت المادة 05 ق.أ.ج من الأمر 02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 على أن:

"الخطبة وعد بالزواج، يجوز للطرفين العدول عنها ."فكلا الطرفين أي الخاطب والمخطوبة لهما الحق في العدول عن الخطبة، وبذلك فالمشرع أخذ بالرأي الفقهي الأول؛ وهذا ما يطابق ما جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري في مادته الثانية، وفي مدونة الأحوال الشخصية المغربية في فصلها الثالث؛ وهذا الجواز المقرر في التشريعات الوضعية يمكن إرجاعه لاعتبارات، منها ما يعود إلى أهداف الخطبة، التي شرعت تمهيدا للزواج، وتمكين الخاطبين من التعرف على بعضهما البعض، فإذا ما تبين لأحدهما أن الطرف الآخر غير صالح لأن يكون زوجا للثاني"1"، أمكن لكل منهما العدول قبل الارتباط بالزواج، ومنها ما يعود إلى التقليل من الفشل في الزواج ومنها ما يرجع إلى حرية الزواج.

المطلب الثالث : العدول بين الشريعة و القانون

الفرع الأول ::مدى جواز العدول عن الخطبة في الفقه الإسلامي:

يعتبر العدول عن الخطبة نتيجة طبيعية لرفض أحد الطرفين الاستمرار فيها وإتمام الزواج، لأن كل من الخطبة والزواج رضائيين، والقول بغير ذلك يجعل الخطبة عقدا ملزم

. 1جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص(228

ويجعل الزواج يتم بالإكراه .وهذا لا يصح باتفاق كل المذاهب الإسلامية ولقد رأينا فيما سبق أن الخطبة وعد بالزواج لا ترقى إلى مرتبة العقد،ولا ترقى إلى كونها عقد زواج، وأّنه

يجوز العدول عن الخطبة إذا ارتبط العدول بأسباب يقبلها العقل والمنطق. وقد ورد في أقوال الفقهاء المسلمين صراحة جواز العدول عن الخطبة، فقد جاء في :

المغني أّنه " ولا يكره للولي الرجوع عن الإجابة، إذا رأى المصلحة لها في ذلك،لأن الحق لها، و هو نائب عنها في النظر لها، فلم يكره له الرجوع الذي رأى المصلحة فيه، كما لو ساوم في بيع دارها ثم تبين له المصلحة في تركها .ولا يكره لها أيضا الرجوع إذا كرهت الخاطب لأّنه عقد عمر يدوم الضرر فيه، فكان لها الاحتياط لنفسها والنظر في حظها .و إن رجعا عن ذلك لغير غرض، كره، لما فيه من إخلاف الوعد، و الرجوع عن القول، ولم يحرم، لأن الحق بعد لم يلزمهما، كمن ساوم بسلعته، ثم بدا له أن لا يبيعها."[1]

ويستدل كذلك على جواز العدول عن الخطبة بقول السيوطي أنها ليست لازمة بل جائزة من الجانبين قطعا، ولما كانت المصلحة توجب أن يكون لكل أحد من طرفي عقد الزواج الحرية التامة قبل إبرامه فإنه لا يمكن تضمين الخطبة قوة الإلزام، ولكل من الخاطبين الرجوع عن قوله، وإن فعل فهو يستعمل خالص حقه وليس لأحد عليه من سبيل ،غير أن هذا العدول المباح يجب تقييده حتى لا يكون سببا للإضرار بالطرف الآخر،لأن إخلاف الوعد نقيصة وذميمة في خلق المسلم، ولذلك فان حق العدول لا يمكن استعماله إلا في حالة وجود المبرر الشرعي الذي يسوغ ذلك بحيث يكون العدول تراضيا بين الطرفين .

الفرع الثاني : :مدى جواز العدول عن الخطبة في القانون الوضعي:

لقد بينا فيما سبق أن الخطبة تعتبر وعد بالزواج في أغلب التشريعات الحديثة .وأن هذه

1 بن زيطة عبد الهادي، المرجع السابق، ص(85

الطبيعة غير الملزمة للخطبة هي التي سار عليها أغلب رجال الفقه الفرنسي كبلانيول و لوران وغيرهم، متبعين بذلك رأي محكمة النقض الفرنسية القائلة2 بوجوب أن تكون الرضائية في عقد الزواج، وقد قضت نفس المحكمة با ن الخطبة لا تلزم بالزواج ومثلها الوعد به .

أما بالنسبة للقضاء الجزائري فقد قرر أّنه يجوز لكل من الخاطبين حق العدول عن الخطبة باعتبارها وعدا بالزواج وليست زواجا شرعيا ولا عقدا ملزما، وهو ما قضت به المحكمة العليا في الجزائر تطبيقا لنص المادة 05 من قانون الأسرة التي جاء فيها "الخطبة وعد بالزواج ولكل من الطرفين العدول عنها)."

المطلب الرابع : أ سباب العدول عن الخطبة

الخطوبة مرحلة جميلة تحلم بها الفتاة وتنتظرها وايضا يخطط لها الشاب ليرسم بها مستقبله وتكون جزء من احلامه , ولكن كثيرا ما تحدث الخلافات وتنتهى بعد اتمام الزواج فيؤدى لفسخ الخطوبة

وتتعدد الاسباب التى تؤدى لفسخ الخطوبة منها:

امور شخصية اى عيوب فى شخصية الخطيب او الخطيبة .

امور مادية او عائلية او ظروف خارجة عن ارادتهما.

و من اهم الاسباب الشخصية التى تؤدى لفسخ الخطوبة:

اولا) : فيكون الشاب او الفتاة من الشخصيات المترددة الغير قادرة على اتخاذ قرار الزواج و التى تشعر بالمسئولية وعدم القدرة على تحملها فيأتى شعور بعدم الراحة بين

: http://www.alukah.net/fatawa_counsels/0/31950/#ixzz3YuYcKvtP - الساعة: 16:6

الطرفين و بالتالى تفسخ الخطوبة.

ثانيا : اختلاف الشخصيات والثقافات بين الطرفين ,

ثالثا : كثرة الانتقادات والخلافات والغيرة الزائدة عند احد الطرفين فقد تتحول الى شك وعدم ثقة .

رابعا : و من اهم الاسباب العقد النفسية والنظرة االخاطئة اتجاه الجنس الاخر ويحدث هذا بسبب تجارب شخصية سابقة لها تأثير قوى فقد يوصل الامر لعقدة نفسية وخوفا من الجنس الاخر1

خامسا : الدراسة والطموح قد يكون عاملا من عوامل فسخ الخطوبة فاحيانا تشعر الفتاة بأن الدراسة اهم تقوم بتأجيل الخطوبة او تعطى الاهتمام الاكبر للدراسة , ويوجد دراسة علمية تؤكد بان النساء القوية ذات المستوى العالى من الثقافة لهم موقف ضعيف فى سوق الزواج لان الرجل غالبا يحب الارتباط بامرأة اقل منه علما اوعلى الاقل من نفس المستوى العلمى والاجتماعى ايضا.

و من الاسباب التى تؤدى الى فسخ الخطوبة ايضا:

هناك ظروف اخرى غير اختلاف فى شخصيات الخطيبين فيحدث الانسجام بينهما والتوافق ولكن تحدث العرقلة المادية قد تكون بسبب المبالغة فى المطالب المادية فيشعر الخطيب بانه غير قادرعلى تحمل نفقات الزواج و يشعر بالخوف ويرى الراحة النفسية له بان يفسخ الخطوبة ليتخلص من الشعور بعدم القدرة والضعف فى مواجهة نفقات الزواج .

و سبب اخر ايضا هام جدا ذكره وهو الخلافات بين اهالى الخطيبين فيكون الخطيبين "1"

1ـ نفس المرجع الإلكتروني السابق

على قدرة كبيرة من التفاهم ولكن تلك الخلافات بين الاهالى يمكن ان تحول الخطوبة الى مأساة للاسف دون داعى.

ــ و طول فترة الخطوبة ايضا تؤثرعلى العلاقة بالسلب فتكثر الخلافات والتعقيدات بسبب طول المدة فاقصى مدة او المعدل الطبيعى هى سنة او سنتين بالكثير.

ــ اختلاف التدين ومستوى الالتزام الدينى يؤثر ايضا فيجب ان يكون الخطيبين على قدر من التفاهم العقلى وان يشجع بعضهما البعض على الالتزام الدينى والا ينتقد كل منهما للاخر , فالخطوبة فى الاسلام تعنى التفاهم العقلى , والارتياح النفسى فالزواج يمر فى الاسلام بثلاث مراحل تمهد للتفاهم وان يعرف كل من الخطيبين طباع الاخر وشخصيته ،وهناك علامات كثيرة تدل على ان الخطوبة لن تصل الى بر الامان ومنها عدم الشعور بالارتياح وفقدان الثقة و كثرة الخلافات والشجار حول امور عديدة و عند ظهور تلك العلامات يجب ان يواجه الخطيبين نفسهم للوصول الى حل وسط ونقطة توافق يمكن ان تعيد الامان والثقة للخطوبة مرة اخرى.

- أسباب فشل الخطوبة

تطورت اليوم حياتنا وتغيرت كثير من الموروثات الاجتماعية والحياة الأسرية، ومعتقدات كانت في غاية من الثبات في حياتنا وعاداتنا وعرفنا، ولكن صارت الآن على هامش من حياتنا، فالأمس اختلف عن اليوم، واليوم سيختلف عن المستقبل،فعندما تخطب الفتاة اليوم تقدم لها دبلة من قبل عريسها، وكذلك شبكة من الذهب، ولكن مع كل هذا نرى أن هناك كثير من الفتيات بعد أن خطبوا، وعاشوا فترة من الزمن وهم مخطوبات لم تتوج خطوبتهم بالزواج.!

فلماذا تفشل الخطوبة ؟

-1في السابق كان الكثير يحرص على أن تكون فتاة حياته فتاة ذات أخلاق عالية "1"

1ــ نفس المرجع الالكتروني السابق

وتدين وشرف وسمعة طيبة وعراقة الأصل، ولكن هذه الأولويات عند البعض تحولت، فتراه يبحث عن الجاه والمال والعروس التي تكون في أرقى وظيفة مرموقة، والراتب الشهري الكثير، وليس مهماً أخلاقها وسلوكها المهم هو مدخولها، ولذلك هذه العروس ترى أن الرجل هو الذي يحتاجها وهو الذي يركض خلّفها، فهي غير آبهة بأن تخسره لوحدثت أدنى مشكلة في مخالفة رغباتها.

2- ضعف قدرة الفتيات على التحمل والصبر على الفاقة أو قلّة المال، فالبنت اليوم لا تتحمل زوجاً قليل الدخل، فيكون لها المبرر والاستعداد والرغبة لفسخ الخطبة، بالخصوص إذا كانت تنعم بشيء من الجمال وقدر من الترف والثراء، وتشجّع من قبل أهلها، ولهذا نراها تطلب فسخ الخطوبة ولا تريد الزواج من هذا الشاب.!

4- قد تكون الفتاة التي تفسخ خطوبتها هي من النوع المتردد، والمتقلب المزاج، والغير واثق من نفسه، ولهذا تراها تغير قراراتها بين اللحظة والأخرى، وبالخصوص عندما يتعلق الأمر بقرارات مصيرية في حياتها.

5- قد يكون هناك فتيات من النوع الذي مصاب بالعقدة النفسية تجاه الرجال يتمثل في خوفها الشديد من الاقتراب بالجنس الآخر والتعامل معه عن قرب نتيجة تشوه صورة الرجل في ذهنها، وذلك بسبب قسوة الأب، أو الأخ، أو لما تسمعه وتراه في حياتها من تجارب فاشلة، ولهذا تخاف الوقوع في نفس الفخ الذي وقع فيه الآخرون، فتراها تهرب من ذلك.

6 قد تكون فتاة انطوائية من الذين لا يملكون التجاوب الاجتماعي مع الآخر، ويكون هذا النوع متبلد المشاعر، ومتجمد العواطف، وتتسم علاقاتها بالفتور.

7-وهناك نوع آخر من الفتيات اللاتي يشعرنّ بالكبرياء وتضخيم الذات، مما يجعلها تتصور بأن ليس هناك رجلاً يملي عينيها، ولهذا تنظر هي لخطيبها بنظرة دونية، وتطمح إلى شاب يملي كبرياءها، مما يؤدي بها لطلب الانفصال.

8-قد ترتبط بعض الفتيات بتجارب حب سابقة، غير أن الحبيب لم يكن هو الخاطب، ولهذا قد تحن لذلك الحبيب الأول، فتبقى على أمل عودة ذلك الحبيب لخطبتها فتقوم بطلب فسخ الخطبة.

-9عندما تكون ثقافتها عالية، وثقافة زوجها ضحلة، بمعنى عندما لا يكون تكافئ ثقافي بين الطرفين يؤدي بطلب الفتاة لفسخ الخطبة وعدم الاستمرار مع زوج ضعيف الثقافة.

-10عندما يكون الزوج ذات غيرة لا تحتمل، فهي تظن أن غيرته هي نابعة من الشك، وليست نابعة من حبه لها، وخوفه عليها، وإنما نابعة لعدم ثقته بها، فهي تنظر إلى أن حياتها ستكون معه شبه مستحيلة، ولهذا تعجل بطلب فسخ الخطبة قبل أن يتم كل شيء.

-11عندما يكون الزوج بخيلاً، فهي تفكر بأنه سيعيشها في كفاف وحياة جافة، ولهذا ستحرم من كثير من النعم التي اعتادت عليها، ولهذا تفضل فسخ الخطبة على أن تستمر مع هذا النوع من الرجال.

-12كثرة الانتقادات لشخصية الفتاة أمر لا يحتمل لدى بعض الفتيات، ولهذا بعضهم تنظر للخطيب الدائم للنقد، بأنه مزعج وهو يتصيد عليها الأخطاء، فهذه الانتقادات في فترة الخطوبة فما بالك بعد الزواج ولهذا تقرر فسخ الخطبة خيراً لها من العيش في ظل رجل يلاحظ أخطاءها الصغيرة والكبيرة دائماً.

-13عندما تكون خطوبتها غير راضية عنها هي من الأصل فتصارح زوجها بأنها غير قادرة على الاستمرار مع رجل غير مقتنعة به أصلاً.

-14خوف الفتاة من الخضوع والطاعة إلى الرجل مما يؤدي بها لطلب فسخ الخطوبة والهروب من تلك الالتزامات.

والمعلوم إن الرجل بطبعه يميل إلى المرأة الخاضعة المطيعة ويفضل الارتباط بهذا النوع من الفتيات.

المبحث الثاني:اللآثار المترتبة على العدول عن الخطبة

جرت العادة على أن يسلم الخاطب للمخطوبة كل المهر أو بعضه بمجرد الخطبة وقبل العقد، بالإضافة إلى تقديم بعض الهدايا كالثياب أو الحلي ... و قد يؤدي"1"

1ـ نايف محمود الرجوب ، نفس المرجع السابق ، ص227

تراجع أحد الطرفين عنها إلى ترتيب آثار لصالح أحدهما ، فهل يحق له إرجاع ما قدمه بناءا على ذلك ، هذا ما نخصه بالذكر في مبحثنا هذا:

المطلب الاول :آثار العدول عن الخطبة في المهر

قبل أن نخوض في هذا المطلب نقف على معنى المهر خلال مجموعة منالتعاريف، لكي يتسنى لنا معرفة ما يحيط به من أحكام. "1"

المهر أو الصداق هو :ما تُعطَاهُ المرأة لحِلِّيَّةِ الاستمتاع ، وهو واجب بقول الله تعالى : ﴿واتوا النساء صَدُقان نحلةً﴾ الآية 4 من سورة النساء.

وعرف كذلك" : اسم المال الذي يجب في عقد النكاح، على الزوج في مقابلة البضع."

الفرع الأول :استرداد المهر في الشريعة الإسلامية:

لا خلاف بين الفقهاء في أن المهر يجب رده في حال العدول عن الخطبة ، سواء كان العدول من طرف الخاطب أو من طرف المخطوبة ؛ لأن المهر أثر من آثار عقد الزواج الصحيح، وحق من حقوق الزوجة، والخاطب إذا دفعه في أثناء الخطبة فعلى سبيل إتمام الخطبة بعقد الزواج ولم يتم، فيجب رده إلى الخاطب في حال العدول عن الخطبة ؛ لعدم تعلق حق المخطوبة به إذ لم تصبح"2 "زوجة، ويد المخطوبة عليه يد أمانة، وحكمه حكم الوديعة، فإن كان المهر مثلياً استرد مثله، وله الحق في استرداد عينه إن كان قائماً، وقيمته إن هلك أو استهلك ."3"

1- أبو بكر جابر الجزائري، منهاج المسلم، ط1 ، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة، 2010 ، ص395

2 زكي الدين شعبان، الأحكام الشرعية، ط6 ، منشورات جامعة قار يونس، بنغازي)ليبيا(، 1993 ، ص79

3. - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص24

وإن كان المهر نقداً، أو بقي على حاله إلى حين العدول عن الخطبة، وجب على المخطوبة أن تعيده إلى خاطبها كاملاً، سواء أكان من طرفها أو من طرفه، أو"1"

كان بالاتفاق بين الطرفين، وكذلك لو كان المهر أشياء عينية إذا بقيت أعيا ا إلى حين العدول، فإن تصرفت ا وجب على المخطوبة إعادة مثلها أوعينها، وإن تلفت بتعدٍ منها وجب عليها الضمان، وإن تلفت بقوة قاهرة لا يد لها فيها فلا ضمان عليها ؛ لأن لها في هذه الحالة حكم الوديعة، وإن كان المهر بستاناً فعليها إعادة البستان مع قيمة ثمارها، وإن كان مواشي فعليها إعادة المواشي مع مواليدها، ويحق لها أن ترجع على خاطبها بما أنفقته لإطعام المواشي وصلاح الثمر، وأما ما يفقد من المواشي، وما يتلف من الثمار، فلا تضمن منه شيئاً إلا في حالة التعدي، وبالتالي فإن الفقهاء أجمعوا على أن للخاطب الحق في استرداد ما دفعه من مهر إلى مخطوبته، سواء كله أو جزءً منه لأن المخطوبة لا تستحق المهر إلا بعقد الزواج بحيث إذا لم يتم العقد فيبقى المهر خالصا للخاطب، وكلاهما – الخاطب والمخطوبة – يستويان فيما ينتج بعد العدول .

الفرع الثاني :إسترداد المهر في القانون الجزائري:

في الفقرة الأولى من المادة 15 من قانون الأسرة الجزائري يصرح بوجوب تحديد الصداق سواء كان معجلا أو مؤجلا، بقوله" :يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا."فالمهر يعتبر من أساسيات ومستلزمات عقد الزواج، ذالك من أجل استطاعة استحقاق الخاطب للمهر الذي قدمه للمخطوبة عند العدول بسهولة. "2"

1– محمد محدة، سلسة فقه الأسرة، الخطبة والزواج، الجزء 1، الطبعة2،سنة 1994 ، ص56

2 ــ عيسى حداد ، عقد الزواج ،منشورات جامعة باجي مختار ، عنابة سنة 2006،ص 195

عليها في المادة 05 من قانون الأسرة الجزائري .فإن كان العدول من طرف الخاطب، فعليه تسليم المبيعات التي إشترتها المخطوبة بالمهر المقدم لها، وعلى الخاطب الوفاء بكل الديون التي لم توفي المخطوبة قبل العدول سواء ديون الخياطة أو غيرها، أما إذا كان العدول من طرف المخطوبة فعليها رد المهر كله للخاطب سواء في صفته العينية أو المثلية أو القيمة كما أنه غير مجبر بقبول ما إشترته المخطوبة من لباس أو حلي لكون أن لكل إنسان ذوق مختلف عن الآخر فربما لا يجد من تقبل هذا النوع من الأشياء.هذا من جهة ومن جهة أخرى في حالة ما إذا أخذ كل ما اشترته المخطوبة قصد إعادة بيعه ثانية؛ قد يعرضه السوق للخسارة فلا يحصل على القيمة الحقيقية للمهر الأول الذي قدمه للمخطوبة، ففي هذه الحالة يكون قد جمع بين ضررين، ضرر العدول وضرر انخفاض قيمة المهر ."1"

المطلب الثاني :آثار العدول عن الخطبة في الهدايا:

قبل أن نخوض في هذا المطلب، نتعرف على الهدية أولا، حتى يتسنى لنا معرفة أحكامها.

تعريف الهدية:

أولا :لغة :الهدية مفردة والجمع الهدايا، يقال أهدى له وإليه، وهي ما يقدمه القريب أو الصديق من التحف والألطاف، والتهادي، أن يهدي بعضهم إلى بعض. والهبة هي الهدية نفسها؛ أي معنى واحد، جاء في البدائع : الإهداء من ألفاظ الهبة، وهي تأخذ حكمها ومن ألفاظها : النحلة، والإعطاء، يقال نحل نحلة، وأعطى أعطية، أي أهدى هدية.

ثانيا :اصطلاحا : هي تمليك من له التبرع ذاتا، تنقل شرعا بلا عوض لأهل، وبتعبير أدق هي: التمليك لعين بلا عوض في حال الحياة تطوعا.

1ـ يوسف دلاندة ، نفس المرجع السابق ، ص 11،12

حكم الهدية:

قال تعالى:﴿**وتعاونوا على البر والتقوى**﴾] سورة المائدة والهدية من البر والمعروف.

وقد أجمع الفقهاء على استحباب الهدية، قال الشربيني " : وانعقد الإجماع على استحباب الهدية بجميع أنواعها لكن السؤال المطروح هل يجوز استرداد الهدايا أم لا ؟.

الفرع الأول : إختلاف المذاهب في إسترداد الهدايا :

اختلف الفقهاء في حكم استرداد هدايا الخاطبين، فمنهم من اعتبر هديا الخاطبين على أنها هبة وأعطها حكمها، ومنهم من نظرا فيها نظرا يخالف نظره للهبة المطلقة، وذلك على النحو التالي:

أولا :مذهب المالكية :فصل المالكية المسألة حيث ميزوا بين كون الرجوع من طرف الخاطب، أو كونه من طرف المخطوبة، فإن كان العدول من طرف الخاطب، فلا يحق له أن يسترد شيئا من الهدايا سواء كانت قائمة أو مستهلكة؛ لأنه وهب بشرط إتمام الزواج، وهو المتسبب في عدم تحقيق هذا الشرط وبالتالي لا يحق له الرجوع بشيء من هداياه، وإن كان العدول من طرف المخطوبة أو وليها، ففي المسالة عندهم أقوال:

– عدم الرجوع في الهدية إلا إذا اشترط الخاطب ذلك، أو كان هناك عرف يقضي بالرجوع في الهدية، وهو الأصح والأرجح عند شيوخ المذهب.

–إذا عدل أحد الطرفين عن الخطبة، فالطرف الآخر الرجوع في هدايا الخطب، ما لم يوجد شرط أو عرف يقضي بغير ذلك

–لا يستعيد شيئا من الهدايا، أو مما دفعه إليها لغير المهر مطلقا"1"

1ـ نايف محمود الرجوب ، نفس المرجع السابق ،ص 230

ثانيا :مذهب الحنفية :هذه الهدايا تأخذ حكم الهبة، فتعاد لصاحبها إلا إذا اندرجت32 تحت مانع من موانع الرجوع بالهبة السبعة، وهي:

- 1زيادة الموهوب
- 2موت الواهب أو الموهوب له.
- 3 العوض عن الهبة
- 4خروج الموهوب عن ملك الموهوب له.
- 5الزوجية القائمة بين الواهب والموهوب له وقت الهبة.
- –هلاك العين الموهوبة في يد الموهوب له.

وذهب فقهاء هذا المذهب إلى أن هدايا الخطبة تأخذ حكم الهبة، فإذا كانت الهبة قائمة وجب ردها، أما إذا تلفت أو استهلكت، فلا ترد، وذلك تماشيا مع المبدأ العام في المذهب من عدم الرجوع في الهبة وإن وجد مانع من الموانع كما إذا هلكت العين، بأن أهدي لها طعاما أو شرابا، فاستهلك أو2 زادت زيادة متصلة به، كأن أهدى لها قماشا فخاطته ."1"

ثالثا : مذهب الشافعية :عند الشافعية قولان في المسألة.

القول الأول :له الرجوع بما أنفقه على من دفعه له، سواء كان مأكلاً أو مشرباً أو حلوى أو حليا، وسواء رجع هو أو مجيبه أو مات أحدهما؛ لأنه إنما أنفقه لأجل تزويجه ا، فيرجع به إن بقي وببدله إن تلف.

القول الثاني :إن كان العدول منهم "أهل المخطوبة" رجع عليهم؛ لأنه لم يهد لهم إلا بناء

1ـ جميل فخري محمد جانم ، نفس المرجع السابق ، ص 246

على أن يزوجوه ولم يحصل غرضه، فإن كان العدول منه فلا رجوع له؛ لإنتفاء العلة المذكورة وهذا القول يلتقي مع المالكية.

رابعا : مذهب الحنابلة :الهبة تأخذ حكم الهبة، والهبة عندهم لا يجوز الرجوع فيها إلا إذا كانت قبل القبض ، ولا يخفى أن الخاطب في هذه المسألة قد أهدى المخطوبة وقبضت الهدايا، فينبغي أن يكون الحكم عندهم عدم إسترجاع الخاطب للهدايا المدفوعة للمخطوبة، فالحكم واحد بينهم وهو عدم جواز الاسترداد سواء كانت الهدية قائمة أو استهلكت .

الفرع الثاني :استرداد الهدايا في القانون الجزائري:

إستمد المشرع الجزائري معظم مواضيعه من الشريعة الإسلامية، فنلاحظ في هذه الحالة أنه إعتمد على ما ذهب إليه المالكية حول مسألة الهدايا وذلك في المادة 05 من قانون الأسرة الجزائري المعدل الفقرة 04 التي نصت على أنه،" لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئا مما أهداها إذا كان العدول منه، وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته، وإن كان العدول من المخطوبة فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من الهدايا أو قيمتها ."[1]

إلا أن المادة 05 الفقرة 04 من قانون الأسرة الجزائري، كانت متطابقة مع رأي المالكية في بدايتها، وخالفت هذا الرأي في ايتها حينما لا يقع الرد في حالة الاستهلاك، وهذا الأخير هو ما ذهب إليه رأي الحنفية، حيث يعتبرونه من موانع الرجوع في الهبة، وعليه نشير في هذا الصدد أن المشرع الجزائري فرق بين الحالة التي يكون فيها العدول، سواء من ناحية الخاطب أو المخطوبة، كما ميز كذلك موضوع الهدايا فيما إذا كانت أستهلكت أم لم تستهلك.

1ــ يوسف دلاندة ، نفس المرجع السابق ،ص11

الفرع الثالث :الاختلاف بين الخاطبين في كون المرسل للمخطوبة هديةأم مهرا:

إذا إدعى الخاطب أنه من المهر، لثبت له حق الرجوع عليها في جميع الأحوال، وإذا أدعت المخطوبة أنه هدية حتى لا يحق له الرجوع عليها، فيما لو هلك، أو وجد مانع من موانع الرجوع في الهبة، فما الحكم في هذه الحالة ؟.

ينظر إلى كلا الخاطبين على أنه كلٌ منهما مدعيا ومدعى عليه، والحكم لمن يأتي بالبينة، فمن أقام كل منهما بينة على دعواه حكم له؛ لأنه أثبت دعواه بالحكمة والبينة بدون معارض، فإن أقام كل منهما بينة على دعواه، كانت بينته هي الراجحة؛ لأ ا تثبت خلاف الظاهر، والبينات شرعت لإثبات الظاهر، والظهر مع الخاطب، وليس مع المخطوبة، إذ هو يسعى ما في ذمته من المهر.

إذا قدم الخاطب لخطيبته مالاً أو هدايا ثمينة ثم عدل عن الخطبة أو أحدهما واختلفا فهو يدعي أنه دفع لها مهرا وهي تدعي أنه دفع لها هبة، وليس هناك عرف يضبط المسألة.

فالقول قوله مع يمينه، بكونه المعطي، فهو أدرى بما أعطاه، إن كان مهرا أو هدية، إلا إذا كان ما قدمه إليها مما يستنكر في العرف أن يكون مهرا كالطعام المهيأ للأكل، فلا يكون القول قوله، بل قولها بيمينها؛ لأن الظاهر يكذبه، والقول لمن يشهد له الظاهر مع يمينه."1"

المطلب الثالث :رأي فقهاء الشريعة الإسلامية في التعويض عن الأضرار المترتبة على العدول عن الخطبة

إن الشريعة الإسلامية إعتبرت الخطبة وعدا بالزواج غير ملزم؛ لكل من الخاطبين

1ــ جميل فخري محمد جانم ، نفس المرجع السابق ،ص 253

العدول عن خطبته دون قسر أو إكراه وإحتراما لإرادة المتعاقدين ولاسيما عقد الزواج عقد العمر لا يجوز أن يقدم عليه المتعاقدان بالإكراه. إذن لكل من الخاطبين أن يعدل عن

الخطبة إلا إن هذا العدول قد يوقع الضرر بالخاطب أو المخطوبة فقد تستمر الخطبة زمنا طويلا، ويعلم الناس أن تلك الفتاة مخطوبة فلا يتقدم لها أي خاطب يزاحم خاطبها، ثم يعدل هذا الخاطب، فيسبب لها بعدوله الضرر وهو تفويت الخاطب المناسب، في حالتنا هذه وقع ضرر على المخطوبة رافق العدول عن الخطبة. 1 وقيس على ذلك من الأضرار التي تنجر عن العدول عن الخطبة.

هذه الأضرار التي تصيب الخاطب أو المخطوبة في حالة العدول عن الخطبة، ما حكم الشريعة الإسلامية فيها؟ هل يعَوض عنها المتضرر أم لا؟

التعويض:

أولا :لغة جاء في لسان العرب العوض بمعنى البدل والخلف، والجمع أعواض عاضه منه وبه، والعوض1 مصدر قولك عاضه عوضا وعياضا ومعوضة

ثانيا :اصطلاحا استعمل فقهاء الشريعة مصطلح التعويض في معنى الضمان أو التضمن، ولم يستعملونه في الحديث عن جبر الضرر، فالضمان عندهم يحمل في طياته ما يقصد به التعويض عند فقهاء القانون، ويخرج عن الضمان عند الفقهاء معنيان:

الأول بمعنى الكفالة، والثاني بمعنى التعويض ورد التعويض بمعنى رد الضمان على لسان الفقهاء، فقال شلتوت" :أن تضمين إنسان عبارة عن الحكم عليه بتعويض الضرر الذي أصاب الغير من جهته"1"

1-جميل فخري محمد جانم ، التدابير الشرعية للحد من العدول عن الخطبة ،دار الحامد للنشر و التوزيع الطبعة الأولى 2009،ص122

لم يتطرق الفقهاء القدامى في مؤلفا م لمسألة التعويض عن العدول أو الضرر الناشئ

عنه، إلا أ م بحثوا الضرر في مواطن متعددة، وبينوا التعويض عنه، بل وألفوا كتباً في الضمان كما في كتاب مجمع الضمانات في المذهب الحنفي، ولعلهم لم يبحثوها لعدم وجود سبب من أسباب الالتزام التي أخل ا، أو لم تكن الحياة الاجتماعية الإسلامية قديما تسمح بوجود ضرر العدول عن الخطبة كالضرر الذي نراه في حياتنا المعاصرة. ."1"

الفرع الأول :رأي فقهاءالشريعة الإسلامية في مسألة التعويض

أولا :المذهب القائل بعدم التعويض :ذهب هذا الفريق بالقول بعدم التعويض مطلقا عن الضرر الناتج عن العدول عن الخطبة، واستدلوا على هذا بما يلي:

إن عقد الزواج، كما هو مقرر عند الفقهاء ومقتضى ذلك إن لكل من الخاطبين الحق في العدول عن الخطبة، فإذا لحق أحدهما ضرر نتيجة هذا الوعد فلا يلزم الطرف الآخر بالتعويض، لأنه يعلم أن النتائج والأضرار التي قد تلحق به ناتجة عن استعمال الطرف الآخر بحقه الشرعي في العدول، فلا سبيل على معاقبة الخاطب على عمل مشروع، فإن الشرع لا يمنح إنسانا حقا ثم يعاقبه إذا مارس هذا الحق، ومن استعمل حقه فلا ضمان عليه حتى ولو تضرر الغير باستعمال هذا الحق .إن كل التصرفات التي يقوم بهاالخاطبان بعد الخطبة والتي نشأ عنها الضرر، سببها الإستعجال في أمر كان الناس منه في سعة، فمن استعجل في أمر فسبب لنفسه ضررا، فهو نوع من الخطأ، فإذا قلنا بالتعويض الضرر الناشئ عن العدول.فكأننا ندعو الناس إلى التمادي في هذا الخطأ.

إن الشارع جعل العدول حقا شخصيا تقديريا خاضعا لاعتبارات خاصة لكل منهما، وهي أمور نفسية يرتد إليه تقديرها ولا سلطان للقضاء عليه وذلك لأن الزواج من أخص"1"

1ـ نفس المرجع السابق ،126،127

شؤونه، فينبغي أن يترك له الحرية الكاملة في الإقدام والإحجام إذ هو أدرى بمصالحة الخاصة في هذا العقد الخطير وينبغي أن يكون لهوى النفس مدخل في العدول .

ـ التعويض لا يكون إلا نتيجة الإخلال بعقد أو عمل ضار، والعدول عن الخطبة ليس كذلك.

ـ الضرر الناتج عن العدول سببه الاغترار وليس التغرير، والضمان عند التغرير لا عند الاغترار، والفرق بينهما:إن التغرير يكون سببه الطرف الآخر، أما الاغترار فليس للطرف الآخر دخل فيه .

ـ إن الحكم بالتعويض يتطلب بيان الأسباب والدوافع التي دفعت إلى العدول كما يتطلب بيان الضرر الناشئ عن العدول، وتقدير حجمه لتحديد التعويض المناسب،

وفي ذلك كشف لعيوب الخاطب والمخطوبة، وهتك لأسرار العائلات، وفي هذا بلاء عظيم، فقد أمرنا بالستر، و ينا عن كشف الأسرار لقوله صلى الله عليه وسلم : "ومن ستر مسلما ستره الله في الدنيا والآخرة"

ـ الحكم بالتعويض يفقد الخطبة مزاياها، والحكمة من مشروعيتها؛ لأ ا ستصبح شبه ملزمة بالزواج، وليست مرحلة للتعرف على مدى صلاحية الطرف الآخر، كما أن فيه نوعاً من الإكراه، وحمل لمن أراد العدول على إتمام"1" عقد زواج لايرضاه، خشية الحكم عليه بالتعويض، وفي هذا إلحاق ضرر به وبالطرف الآخر أكبر من الضرر الذي يراد دفعه؛ وذلك لما يترتب عليه من إنشاء أسرة على أسس غير سليمة سرعان ما تنهار، فيلحق بالأولاد وبكلٍّ من الزوج والزوجة ما هو أكبر من الضرَّر النَّاتج عن العدول .

ثانيا :المذهب القائل بالتعويض :ذهب هذا الفريق من المعاصرين إلى أن

1ـ نفس المرجع السابق ،ص 125

العدول عن الخطبة يستوجب التعويض مطلقا للطرف الآخر، واستدلوا على ذلك بما يلي:_قوله صلى الله عليه وسلم : "لا ضرر ولا ضرار"، نهى الرسول صلى الله عليه وسلم عن إيقاع الضرر، ولابد من معاقبة من لا يلتزم بالنهي بأي صورة كانت، وأن التعويض في حالة العدول عن الضرر الواقع، تطبيق للحديث الشريف.العدول عن الخطبة فيه تغرير، وقد حرم الإسلام التغرير وجعله موجبا للضمان .

_ الإستدلال بقاعدة" :الضرر يزال"، فإنها تعد دليلا على إزالة الضرر بالتعويض عنه، وفي ذلك يقول محمد أبو زهرة" :والضرر يزال، وطريق إزالته هو التعويض "

ـ الاعتماد في التعويض على مبدأ التعسف في استعمال الحق حيث قالوا :بأن العدول عن الخطبة بغير مبرر تعسف في استعمال الحق؛ وذلك على أساس أن الخطبة عقد يلزم طرفيه ببذل الجهد بإتمام الزواج، إلا أنه يعطي كلا من طرفيه الحق في العدول عن ، وهذا الحق يساء استعماله إذا تم العدول بعير مبرر التعسف فيه يستوجب التعويض."1"

. **ثالثا :المذهب الذي فصل في التعويض** :ذهب هذا الفريق إلى أن مجرد العدول عن الخطبة، لا يوجب التعويض، أما الضرر الناشئ عن تدخل العادل غير مجرد العدول، فيجب فيه التعويض .وقد استدلوا على ذلك بما استدل به أصحاب المذهب الثاني، وأضافوا:إنَّ الأفعال الضارَّة المصاحبة للعدول هي منشأ المسؤولية، والتعويض لا مجرد العدول، لأنَّه حقٌّ مقرَّر شرعاً لا اعتداء فيه، ولا مسؤولية تطبيقا لقاعدة" :الجواز الشرعي ينافي الضمان "إنَّ العدول بغير مبرر لا يخلو من تغرير وضرر؛ لأنَّ العادل سبق أن أكَّد رغبته في الزواج ولو ضمنياً بتبادل الهدايا مثلاً، ثم عدل بعد أخذ الهبة في الزواج، والسير في الأسباب المؤدية إلى إتمامه، وتفتح أبواب النفقات، فعدوله بغير مبرر

1ـ نفس المرجع السابق ،ص 128

لا يخلو من تغرير ،وضرر، ولا الضرر يزال، وطريق إزالته التعويض، فليس التعويض؛ لأنَّه استعمل حقا، ولكن لأنَّه استعمل في وقت ينزل فيه الضرر بغيره، ولكل حق ميقات

ـ إنَّ العدول بغير مبرر عدول طائش؛ لأنَّ العادل كان يجب عليه قبل الخطبة أن يتحرى ويسأل، وطالما تمت الخطبة برضاه التام، ثمَّ عدل عنها بغير مبرِّر، فإن هذا العدول الطائش لا يخلو من الخطأ.

ــ إنَّ مبدأ التعويض نتيجة تدخل الطرف العادل في إيقاع الضرر يقره الشرع، وتؤكِّده مبادئ الشَّريعة في أصلين شرعيين:

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

الأصل الثاني :مبدأ الالتزام في الفقه المالكي، فإذا لزم عن الوعد ارتباط الموعود بعمل، ومثله إذا ارتبط بعقد أو قول، كان سببه ذلك الوعد ونشأ عن تخلف الواعد في تنفيذ وعده ضرر ما، حكم عليه بتنفيذ ذلك الوعد. ولما كان الإجماع منعقدا على أنَّ الوعد بالخطبة ليس ملزما بالزواج، حتى عند فقهاء المالكية أنفسهم.

بل له الرجوع عن وعده لخطورة عقد الزواج، والإجماع على أنه لا يجوز الإكراه فيه بشكل ما، كان لابد من اعتبار الضرر الناشئ عن هذا الوعد، فلا بد من القول بوجوب التعويض عنه. "1"

الفرع الثاني :المقدار المحدد عن تعويض الضرر الذي قد يلحق بالمخطوبة في حال العدول

1ــ نفس المرجع السابق ،ص 129

يرى عبد الرحمان الصابوني أنَّ التعويض الذي يحكم به يجب أن يخضع لتقدير القاضي الشرعي، على أن يكون مقيدا بما لا يزيد عن نصف المهر؛ لأنه لا يجوز الحكم بالتعويض على فسخ خطوبته بأكثر مما يدفعه المطلق فيما لو تم العقد بينهما، وطلق زوجته قبل أن يدخل ا، يترتب عليه دفع نصف المهر لزوجته،كما ترك تقدير التعويض للقاضي من غير تحديده بنصف المهر كحد أقصى، وجه إكراه للخاطب على عدم العدول، ولتمام الخطبة بالزواج مع الإكراه مما يتنافى مع رضائية هذا العقد، بالإضافة قد يضطر إلى إجراء عقد الزواج، ثم يلجأ إلى الطلاق قبل الدخول، فيدفع لها نصف المهر، ولاشك أن ضرر الفتاة بفسخ الخطبة أقل بكثير من ضرر الطلاق، ولو كان قبل الدخول.

المطلب الرابع :رأي القانون الجزائري في التعويض:

قد وضحنا رأي الفقه الإسلامي في التعويض عن الضرر، فنجد أن المشرع الجزائري أخذ برأي المالكية وما ذهبوا إليه، وذلك في الحكم بالتعويض عن الضرر المعنوي على أساس المسؤولية التقصيرية عن الفعل الضار الذي ينتج عن العدول عن الخطبة، وهذا ما اعتمد عليه قضاء المحكمة العليا بالرغم من أن المشرع الجزائري أعطى الحق في العدول لكلا الطرفين هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى أعطى الالتزام بالتعويض، عما يحدثه العدول من ضرر سواء كان مادي أو معنوي، لأن الطرفين غير ملزمين بعقد، ولهما إذا ترتب عن العدول عن : « السلطة في استعمال، حيث نصت عليه الفقرة 02 من المادة 05 ق .أ.ج بقولها :"1"

1ـــ عبدالهادي بن زيطة، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري،الطبعة1 ، دار الخلدونية، القبة القديمة الجزائر ،ص 109

" صرح المشرع على تطبيق مبدأ التعويض عن ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض عن الضررالمادي و المعنوي"، وذلك من النواحي التالية:

1إيجاد المبررات القانونية والشرعية التي أدت إلى العدول من الطرفين أو أحدهما مؤداه إحداث الضرر .

2تكييف التعويض عن الضرر المعنوي في العدول أساسه المسؤولية التقصيرية، والمتمثلة في الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما.

1ـــ نفس المرجع السابق، ص110

كحوصلة لهذا الفصل

نجد أن هناك أثر للعدول في كل من المهر والهدايا، ولا خلاف بين فقهاء الأمة في أن المهر يجب رده في حال العدول عن الخطبة سواء كان العدول من طرف الخاطب أو المخطوبة، لأن المخطوبة تستحق المهر بعد الزواج ويدها عليه يد أمانة، فإن كان مثليا استرد مثله،وله الحق في استرداد عينه إن كان قائما وقيمته إن هلك أو أستهلك، ونجد أن قانون الأسرة الجزائري لم يخالف الفقهاء فقد اعتبر أن المهر من أساسيات عقد الزواج ويمكن للخاطب أن يسترده عند العدول. أما الهدايا فقد أجمع الفقهاء على استحبا ا، لكنهم اختلفوا في استرداد الهدايا إلى أربعة مذاهب، ونجد أن المشرع الجزائري اخذ برأي المالكية وفرق بين الحالة التي يكون فيها العدول سواء من ناحية الخاطب أو المخطوبة كما ميز ذلك في موضوع استهلاكها أو عدم استهلاكها، ومسألة التعويض عن الأضرار هي مسألة حديثة ، فنجد أن الفقهاء القدامى لم يبحثوا فيها وذلك لبساطة مثل هذه الأمور عندهم عكس ما هو واقع في وقتنا الحالي والذي كثرت فيه مثل هذه المسائل لعدم توافق الطرفين مما ينجر عنه أضرار بالغة، مما أدى بالفقهاء المعاصرين بالاجتهاد في مسألة التعويض عن الضرر واختلفوا إلى ثلاث مذاهب :

مذهب قائل بالتعويض ومذهب قائل بعدم التعويض مطلقا، ومذهب فصل في مسألة التعويض، وقد أخذ المشرع الجزائري برأي القائلين بالتعويض بالرغم من أنه قد أعطى الحق في العدول لكلا الطرفين هذا من ناحية ،ومن ناحية أخرى أعطى الالتزام بالتعويض عما يحدثه العدول من ضرر.

الفصل الثالث :

التعسف في العدول عن الخطبة في قانون الأسرة الجزائري

تمهيد :

الحق في الشريعة الإسلامية ذات صبغة مزدوجة، مصالح فردية ومصالح جماعية،ونقطة البدء في نظرية التعسف في استعمال الحق هي أ ن للحقوق وسائل لتحقيق مصالح فردية وجماعية ، فإذا ما خرج صاحب الحق عن هذا الاستعمال يعد تعسفا في استعمال حقه . والحقوق ليست سلطة مطلقة يستعملها الفرد كيفما شاء و حين يشاء بل يمنح القانون للفرد حقوقا قصد تحقيق غايات اجتماعية معينة ، و من ثمة إذا استعمل الشخص حقه بقصد غرض آخر يعد متعسفا في استعمال حقه و تقوم مسؤوليته.

فالخطبة شرعت للتعارف والتوافق بين الطرفين، الخاطب والمخطوبة، فإذا اتفقا يتم الزواج، أما إذا لم يتفقا فيحق لكلاهما العدول عن الخطبة، فالعدول إذن هو حق مقرر شرعا وقانونا لكل من الخاطب والمخطوبة، واستعمال الحق بهذا المعنى يعتبر عملا مشروعا يعصم صاحبه من المسؤولية .لكن قد يؤدي استعمال الحق في العدول عن الخطبة إلى أضرار بالطرف المعدول عنه ناتجة عن استعمال حق العدول.

ونظرا لانتشار ظاهرة العدول عن الخطبة في مجتمعنا بسبب وبدون سبب، أو حتى لأسباب غير مشروعة، سنحاول تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق، على ظاهرة العدول عن الخطبة، وذلك لمحاولة الحد من هذه الظاهرة، أو جبر الضرر من خلال ترتب المسؤولية على الشخص المتسبب في الضرر.

ومن هنا نطرح الإشكالية التالية:إذا كان العدول عن الخطبة حق، فمتى تترتب المسؤولية عن استعمال هذا الحق؟

الفصل الثالث :التعسف في العدول عن الخطبة في قانون الأسرة الجزائري

المبحث الأول :التعسف في إستعمال حق العدول

المطلب الأول : تعريف التعسف

المطلب الثاني :مظاهر التعسف في العدول عن الخطبة

المطلب الثالث :معايير التعسف في العدول عن الخطبة

المطلب الرابع :موقف المشرع الجزائري من نظرية التعسف في العدول عن الخطبة

المبحث الثاني :آثار التعسف في إستعمال حق العدول عن الخطبة

المطلب الأول :قيام المسؤولية التقصيرية الناتجة عن التعسف في العدول الخطبة

المطلب الثاني :آثار قيام المسؤولية التقصيرية

المطلب الثالث:الجزاء المترتب عن المسؤولية التقصيرية

المطلب الرابع :القانون الواجب التطبيق على مقدمات الزواج الخطبة وأثر العدول عنها في قانون الأسرة الجزائري.

المبحث الأول : التعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة

إن العدول حق أقره الشرع و القانون ولكن إذا كان بغير مبرر فهنا يعتبر تعسفا .

المطلب الأول : تعريف التعسف

اولا :تعريف التعسف لغة

التعسف مأخوذ من عسف يعسف عسفا، والعسف :السير بغير هدى، والأخذ على غير الطريق، يقال عسف الطريق أي سار فيه على غير هدى ولا جادة، وعسف عنه، مال وعدل

يقال عسف عن الطريق أي عدل وحاد، وعسف في الأمر فعله بلا رؤية ولا تدبير .ويقال عسف فلان فلانا :أخذه بالقوة وظلمه، وعسف السلطان أي ظلم ,وتعسف فلان فلانا :إذا ركبه بالظلم ولم ينصفه، ويقال رجل عسوف إذا كان ظلوما

ثانيا :تعريف التعسف اصطلاحا:

التعسف هو مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعا بحسب الأصل"1" ,أي مضادة قصد الشارع، وهذه المضادة إما أن تكون مقصودة، بأن يقصد المكلف في العمل المأذون فيه هدم قصد الشارع عينا، بأن يستعمل الحق قصد الإضرار.

والتصرف المأذون به شرعا يشمل التصرف القولي أو الفعلي قد يكون إيجابيا، وقد يكون سلبيا.

و قد أدرج المشرع الجزائري نظرية التعسف في استعمال الحق ضمن القانون المدني بموجب المادة 124 مكرر .التي جاء فيها" يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات التالية:

-إذا وقع بقصد الإضرار بالغير

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

-إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة."

-1 جميل فخري محمد جانم ، نفس المرجع السابق ،ص 230

ونظرية التعسف في استعمال الحق تجد مجالات واسعا في التطبيق في الشريعة الإسلامية منذ القدم .ومن أحكام القرآن الكريم التي استمد فقهاء الشريعة الإسلامية أساس النظرية منها، و قد نهى الله سبحانه وتعالى عن التعسف في أكثر من موضع خاصة بالنسبة لحق الإيصاء والطلاق والتقاضي.

كما استمدت من السنة النبوية الشريفة خاصة حديث الرسول صلى الله عليه وسلم" :لا ضرر ولا ضرار" .فأقام الفقهاء على هذا الأساس نظرية عامة وتوسعوا في تطبيقاتها باستعمال القياس ."1"

وقد عرف شراح القانون التعسف في استعمال الحق بأّنه استعمال الحق على وجه غير مشروع، بمعنى مجاوزة الحق حين مزاولة الإنسان له.

أما الفقهاء المعاصرون فقد نظروا إلى التعسف على أنه صورة من صور التعدي و اوزة في استعمال الحق، ونظر بعضهم الأخر إلى أنه موضوع مستقل عن ا اوزة، له أركان وأسسه وتطبيقاته الخاصة به ومن هنا فقد أطلق بعضهم على التعسف لفظ المضارة، وأطلق آخرون لفظ إساءة، وأطلق غيرهم لفظ ا اوزة أو التعدي. وقد اختلفوا في تعريفهم للتعسف إلى قولين:

القول الأول :التعسف صورة من صور المجاوزة للحق:

اعتبر أصحاب هذا القول أن التعسف هو صورة من صور مجاوزة حدود الحق، وجاءت تعريفات متفقة ونذكر منها:

.عرفه مصطفى السباعي بأنه" :إساءة استعمال الحق بحيث يؤدي إلى ضرر بالغير "

القول الثاني :التعسف نظرية مستقلة عن المجاوزة:

.عرفه الدريني بأنه " :مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعا بحسب الأصل "2"

1محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، دار الهدى للطبع والنشر والتوزيع، الجزائر،(2004 ص49

2 فتحي الدريني :نظرية التعسف، ط1 ، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1968 م ص 54- 87

القائلين بأن التعسف صورة من صور الخطأ المولد للمسؤولية التقصيرية، نذكر منهم "سالي"، حيث قال" :إن تعبير التعسف في استعمال الحق تعبير خاطئ، وإنه يقصد به في غالبية الأحيان، انتفاء الحق وليس إساءة استعمالهأما القائلين بأن التعسف كصورة مستقلة عن الخطأ فقد عرفه حسن كيرة بأنه"تخلف غاية الحق أو مناقضتها "

المطلب الثاني :مظاهر التعسف في العدول عن الخطبة:

إن مسألة التعسف في العدول عن الخطبة هي مسألة حديثة، وذلك لكون مسألة العدول عن الخطبة في المجتمع الإسلامي لم تكن تسمح بوجود ضرر في العدول عن الخطبة .إذ كانت تتبع قواعد الشريعة الإسلامية في هذا الشأن، فسلوك الخطيبين مبني على أساس من الشريعة الإسلامية، ولا يترتب على فسخها ضرر متى التزم الخطيبين السلوك المبين في الشريعة الإسلامية، ومن هنا لم يكن هناك حاجة لبحث مسألة التعسف في العدول عن الخطبة، وإن كنا نلاحظ من خلال دعوتهم إلى الوفاء بالخطبة، وكراهية العدول عنها من غير مبرر، إشارة إلى أن هناك تعسف في العدول عن الخطبة إذا ترتب عنها ضرر يلحق بالطرف الآخر"1".

إلا أّنه في الفقه المعاصر، ظهر خلاف حول مسألة وجود تعسف في العدول عن الخطبة من عدمه .وفي هذا الشأن ظهر هناك مذهبين.

الفرع الأول :-المذهب القائل بوجود تعسف في العدول عن الخطبة إذا كان بغير مبرر:

إن من المسلم به في الفقه الإسلامي، أن صاحب الحق له أن يمارس حقه لتحقيق مصلحته الذاتية، لكن هذا الحق مقيد بالمحافظة على حق الغير، فالحق له صفة فردية وجماعية في وقت واحد.

فهو حق له ميزة فردية لكونه يخول لصاحبه الحق في الاستمتاع بثمرات الحق منفردا، وأما الميزة الاجتماعية للحق فكونه مقيد بعدم استعماله بطريقة مضرة للغير"2".

1جميل فخري محمد جانم، مقدمات عقد الزواج الخطبة في الفقه والقانون، الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن،2009 ص237

وبهذا نرى أن الشريعة الإسلامية قد أقامت التوازن بين المصلحة الفردية والمصلحة الجماعية، وهي تعترف بوجود هاتين المصلحتين الجوهرتين، وهذا ما لا نجده في المذهب الفردي الذي يعترف بالحق الفردي وحده، فلا نجد أساسا لنظرية التعسف في استعمال الحق في المذهب الفردي."1"

ومن هنا نجد أن نظرية التعسف في العدول عن الخطبة تجد أساسها في الشريعة الإسلامية التي تفرض على صاحب الحق عدم استعمال حقه في العدول بغير مبرر .وذلك على أساس أن الخطبة وعد يلزم طرفيه ببذل جهد لإتمام الزواج، إلا أن هذا الحق يعطي كلا من الخطيبين الحق في العدول عن الخطبة .لكن هذا الحق يجب أن لا يساء استعماله وذلك بأن يكون العدول عن الخطبة لمبرر شرعي، أما إذا كان العدول عن الخطبة بغير مبرر شرعي، فإنّه يعتبر في هذه الحالة تعسفا في استعمال الحق وبذلك فإن منح الشارع للطرفين الحق في العدول عن الخطبة، لا يبرر استعمال الحق على وجه ضار، بباعث غير مشروع، أو قصد سيء، لإلحاق الأذى بالغير تحت ستار الحق، لأن الحق لم يشرع أصلا ليتخذ كوسيلة لإلحاق الأذى بالغير، بل شرع لمصلحة جدية مشروعة، ومعقولة تحقق غرضا اجتماعيا إنسانيا مقصودا للشارع.

فإذا استعمل هذا الحق بطريقة غير مناسبة وتم العدول عن الخطبة بغير مبرر شرعي، وتحقق ضرر للطرف المعدول عنه تقوم المسؤولية على أساس التعسف في استعمال الحق.

الفرع الثاني :المذهب القائل بأن العدول عن الخطبة بغير مبرر لا يعد تعسفا في استعمال الحق:

يرى أصحاب هذا المذهب بأن العدول عن الخطبة ليس حقا بل هو رخصة لكل من الخاطب والمخطوبة، لأن الحق هو وسيلة يثبتها القانون لشخص تكون ميزة له لتحقيق مصلحة مشروعة، والعدول عن الخطبة مقرر لكل من الخاطب والمخطوبة، ولا ميزة فيه لأحدهما عن الآخر ,فكان العدول رخصة لكل منهما وليس حقا، والتعسف في استعمال الحق لا يكون إلاّ عند وجود الحق"2"

1 جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، 238

2 جميل فخري محمد جانم، المرجع نفسه، ص 239

وبعضهم يرى بأن العدول عن الخطبة هو خطأ تقصيري لأّنه ناشئ عن إخلال بالتزام عقدي، ووجه الخطأ فيه هو أن العدول بغير مبرر هو عدول طائش، إلا أن هذا الرأي قد تعرض للعديد من الانتقادات، ومن بينها:

-القول بأن العدول عن الخطبة ليس حقا بل رخصة لكل من الخاطب والمخطوبة، يرد عليه بأن العدول عن الخطبة حق مشروع لكل من الخاطبين لتحقيق مصلحة مشروعة، عند تبين أن عقد الزواج لا يحقق المصلحة التي شرع من أجلها.

-القول بأن العدول عن الخطبة من غير مبرر هو خطأ تقصيري، هو قول خطأ وذلك لأن الفعل في المسؤولية التقصيرية غير مشروع أصلا، والفعل في المسؤولية الناتجة عن التعسف في استعمال الحق مشروع أصلا، لكنه يمنع إذا تعسف صاحب الحق في استعماله."1"

الرأي الراجح:

وبناء على ما سبق يمكن القول بأ ن العدول عن الخطبة بغير مبرر أو مسوغ، وحدوث ضرر نتيجة هذا العدول للطرف الآخر يعتبر تعسفا في اسعتمال الحق.

كأن يكون العدول من طرف الخاطب بعد فترة خطوبة طويلة فيفوت على المخطوبة فرصة الزواج من رجل آخر، أو يفوت عليها فرصة استكمال الدراسة أو العمل، علاوة على ما قد يصيبها من أضرار معنوية تسيء إلى سمعتها، وتعرضها لكثير من الشائعات، فيعتبر هذا العدول تسعفا في استعمال الحق ,كما قد يكون العدول من طرف المخطوبة فتضيع على الخاطب أموال باهضة أنفقها في تجهيز المنزل، وقد يصاب بضرر معنويا فتتأثر سمعته ويصاب بالأذى والسوء، فيصبح عرضة لكلام الناس فيبتعدون عن تزويجه . ولهذا يعد العدول عن الخطبة بغير سبب أو لسبب تافه أو لسبب غير مشروع تعسفا في استعمال الحق."2"

- (1 .جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص 239
- (2 .جميل فخري محمد جانم، المرجع نفسه، ص241

المطلب الثالث :تطبيق معايير التعسف على العدول عن الخطبة.

لقد بينا فيما سبق بأ ن التعسف هو مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعا بحسب الأصل، والعدول عن الخطبة حق مشروع للطرفين، إ لا أّنه قد يساء استعماله، كأن يعدل أحد الطرفين عن الخطبة دون سبب معقول، أو يقصد إلحاق الضرر بالطرف الآخر، أو غير ذلك، وكما رأينا سابقا هناك معيارين للتعسف في استعمال الحق، معيار موضوعي ومعيار شخصي، حتى يتبين لنا متى يكون هناك تعسف في العدول عن الخطبة.

الفرع الأول :تطبيق المعيار الذاتي على العدول عن الخطبة:

كما رأينا سابقا فإ ن هذا المعيار يعتمد عن البحث في إرادة صاحب الحق للتصرف في حقه من قصد الإضرار أو الدافع إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة "1"

أولا :معيار قصد الإضرار

معيار قصد الإضرار هو أن يستعمل الإنسان حقه قصد إحداث الضرر بالغير، وكان هذا القصد هو الدافع لاستعمال الإنسان لحقه ولا مصلحة له في هذا الاستعمال، فيتحقق بذلك التعسف في استعمال الحق، بل إ ن هذه الصورة من صور الاستعمال تعد أظهر صورة إساءة استعمال الحق على الإطلاق"2"

أما بالنسبة للعدول عن الخطبة، فيظهر قصد الضرر من العادل إذا عدل أحد الخاطبين عن الخطبة بقصد تشويه سمعة الطرف الآخر، كما يظهر بقرينة تكليف الطرف الآخر بأمور، كأن يطلب الخاطب من المخطوبة ترك العمل، أو تطلب المخطوبة من الخاطب نقل وظيفته إلى محل إقامتها، ولديها أو لديه الرغبة الكامنة في إنهاء الخطبة والعدول عنها،وذلك بأن يكون العدول بعد مدة وجيزة من طلب ذلك.

ثانيا :معيار المصلحة غير المشروعة

هذا المعيار يعول عليه أغلب الشراح، كما أّنه أوسع مجالا في تطبيقاته العملية، ومرد

1 عبد العزيز بن عبد الله عبد العزيز الصعب، التعسف في استعمال الحق في مجال الإجراءات المدنية، أطروحة(مقدمة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة دكتوراه الفلسفة في العوم الأمنية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، كلية الدراسات العليا، قسم العدالة الجنائية، السعودية، 2010 ، ص80.

2 – محمد رأفت عثمان، التعسف في استعمال الحقوق في الشريعة الإسلامية والقانون، مجلة الشريعة والقانون، القاهرة العدد الأول، دون سنة النشر، ص08

هذا المعيار، أ ن الحقوق وسائل لتحقيق غايات مشروعة، بحيث لا يسوغ لصاحب الحق أن يستعمله في تحقيق أغراض تتنافى مع تلك الغاية، وعلى ذلك فإن استعمال صاحب الحق لحقه مع انتفاء مصلحته في هذا الاستعمال، أو كان الاستعمال لتحقيق مصلحة ضئيلة بحيث لا تبرر الأضرار الناجمة عن ذلك الاستعمال، أو كان الاستعمال لتحقيق مصلحة غير مشروعة، فإ ن صاحب الحق يعد متعسفا في استعمال حقه

الفرع الثاني :المعيار المادي

ومن هذا يظهر أن المعيار المادي يحتوي في طياته على ضابطين أساسيين هما:

أولا :اختلال التوازن بين المصالح المتعرضة

يقوم هذا المعيار عل الموازنة بين المصالح المتعارضة فإذا كانت المصلحة التي يرمي صاحب الحق إلى تحقيقها يترتب عليها ضرر للغير أعظم منها كان ذلك صورة من صور التعسف في استعمال الحق.

فإذا قام أحد الطرفين بالعدول عن الخطبة للأسباب التي يعتقد بأّنها دوافع ومبررات لهذا العدول، ولتحقيق مصالح خاصة به، لكن هذه المصالح يترتب عنها مفاسد وأضرار تلحق بسمعة وشرف وكرامة الطرف الآخر، أشد ضررا وأعظم خطرا من المصلحة المراد تحقيقها بهذا العدول عن الخطبة، فإن هذا العدول يعد تعسفا لأن دفع الضرر أولى من جلب المصلحة عملا بالقاعدة الشرعية" درء المفاسد أولى من جلب المصالح" "1" وتطبيقا لهذه القاعدة فإذا عدل أحد الخطيبين عن الخطبة عد متعسفا في استعمال حقه، إذا ترتب عن هذا العدول ضرر ومفسدة أكثر وأكبر من المصلحة المراد تحقيقها بهذا العدول، كالعدول عن الخطبة من أجل السفر إلى العمل وكان الخاطب عاملا في بلده . وهذا ما يؤدي إلى التأثير في الطرف المعدول عنه سواء ماديا أو معنويا، أو العدول عن الخطبة بسبب مشاكل تافهة بين عائلتي الخطيبين.

ثانيا :معيار الضرر الفاحش

هذا المعيار هو معيار فقهي ظهر بشكل جلي في الفقه الإسلامي، وذلك لتنسيق المصالح الفردية المتعارضة رعاية للصالح العام وذلك بأن المالك مقيد في التصرف بملكه

1- جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص242

قضاء بما يمنع الأضرار الفاحشة عن جاره، وهي المضار الغير المألوفة أما المضار المألوفة فلابد من تحملها والتسامح فيها، إذ لو قيل بمنعها لأدى ذلك إلى تعطيل استعمال حقوق الملكية كافة.

أما بالنسبة للضرر الفاحش الناتج عن العدول عن الخطبة فيظهر جليا إذا ما أوهم الخاطب مثلا المخطوبة وأهلها رغبته في إتمام الزواج بعد أن ينهي دراسته، ويكون الإيهام بأن يدفع لها جزء من المهر، ويؤكد رغبته في إتمام الزواج بين الحين والآخر، فإذا أتم الدراسة بعد مضي سنوات عديدة عدل عن الخطبة، فإنّه يكون بذلك قد أضر بها ضررا فاحشا، وفوت عليها فرصة الزواج من شخص آخر .

المطلب الرابع : موقف المشرع الجزائري في نظرية التعسف في استعمال الحق

نص المشرع الجزائري على نظرية التعسف في استعمال الحق في التقنين المدني من خلال المادة 124 مكرر وقد أورد ضمن هذه المادة ثلاث حالات للتعسف في استعمال الحق ذكرها على سبيل المثال لا الحصر .ولم يضع المشرع الجزائري مبدأ عام يبين فيه المعيار المختار للتعسف، أهو معيار مادي أو معيار شخصي .بل اكتفى بسرد حالات التعسف في استعمال الحق كالتالي:

"يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات الآتية:

-إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.

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

-إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة."

وسوف نحاول دراسة كل حالة على حدا:

-الفرع الأول :

1قصد الإضرار بالغير

يتعلق هذا المعيار بالقصد أو النية، أو بعبارة أخرى أن تكون نية الإضرار هي الباعث الوحيد لصاحب الحق في استعمال حقه "1"وهي مسألة نفسية يتعذر إقامة الدليل مباشرة عليها، ولذلك يتجه القضاء للبحث عن انعدام الفائدة الكلية لصاحب الحق، والمظاهر

- 1بلحاج العربي، المرجع السابق، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ص126

الخارجية وملابسات كل حالة بذاتها تساعد في التعرف على نية الإضرار ومثال ذلك كأن يبني شخص حائطا عاليا في ملكه لكي يحجب الشمس والهواء عن جاره، فإنّه لا فائدة من إعلاء الحائط فيستدل على قصد الإضرار بالجار بانعدام الفائدة، والمضرور هو الذي يتحمل عبئ إثبات قصد الإضرار به من طرف صاحب الحق، بكل طرق الإثبات وانعدام المصلحة انعداما تاما يعد قرينة على قصد إحداث الضرر لكن هذه القرينة قابلة لإثبات العكس "1"، فإذا أقام المضرور دليلا على أنّه ليس لصاحب الحق أي فائدة من وراء هذا الاستعمال، فإن صاحب الحق يعتبر متعسفا في استعمال حقه ويسأل عن هذا التعسف

2-إذا كان صاحب الحق يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للغير

أو كما سماها الدكتور بلحاج العربي ترجيح الضرر على المصلحة حيث يعتبر صاحب الحق متعسفا في استعمال حقه إذا كانت المصلحة التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها وفي ذلك انحراف على السلوك المألوف للرجل العادي، وهو معيار موضوعي بحت لأنّه يقوم على موازنة بين المصلحة المقصودة والضرر الذي يصيب الغير"2"، وذلك درءا لاتخاذ ظاهر القواعد القانونية ستارا غير أخلاقي لإلحاق الضرر بالغير، وهو استهانة بما يصيب الغير من ضرر فادح من استعمال صاحب الحق لحقه استعمالا يكاد يبلغ قصد الإضرار العمدي، إذ أن معيار الموازنة بين المصلحة المبتغاة في هذه الصورة الأخيرة وبين الضرر الواقع هو معيار مادي قوامه الموازنة المجردة بين النفع والضرر دون النظر إلى الظروف الشخصية للمنتفع أو للمضرور يسارا أو عسرا "3"وهكذا إذن المعيار هنا هو معيار موضوعي، أي معيار السلوك المألوف للرجل العادي، فليس من المألوف أن الرجل العادي يستعمل حقا على وجه يضر بالغير ضررا بليغا ولا يكون له في ذلك إلا مصلحة قليلة الأهمية لا تتناسب مع الضر

3عدم مشروعية المصلحة التي يرمي صاحب الحق إلى تحقيقها

1 عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان،1998 ص844

1بلحاج العربي، المرجع نفسه، ، ص12

2إبراهيم سيد أحمد، التعسف في استعمال الحق فقها وقضاء، دار الفكر الجامعي، الطبعة الثانية، مصر، ص70(2002

3. -عبد الرزاق السنهوري، المرجع نفسه، ص845

يتضح من هذا المعيار أّنه لا يكفي أن يكون لصاحب الحق مصلحة ظاهرة أو ذات قيمة ولو كبيرة من استعماله لحقه بل يجب أن تكون هذه المصلحة مشروعة، فيعتبر الشخص متعسفا في استعمال حقه إذا كانت المصلحة التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة، والمصلحة الغير مشروعة هي المصلحة التي تخالف القانون وتتعارض مع النظام العام والآداب العامة.

ومثال ذلك مالك الأرض الذي يضع أسلاكا شائكة على أعمدة مرتفعة في حدود ملكه حتى يفرض على شركة الطيران أن تشتري منه الأرض بثمن مرتفع متعسفا في ذلك في استعمال حقه لأّنه يرمي إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة"1"والمعيار هنا معيار موضوعي وإن كان طريق الوصول إليه عاملا ذاتيا هو نية صاحب الحق ,مثل صاحب العمل الذي يفصل العامل لأّنه انتمى إلى نقابة عمالية، فهنا لصاحب العمل الحق في فصل العامل لكن يجب أن يكون فصل العامل لأسباب مشروعة، أما هنا فالسبب الذي فصل من أجله العامل غير مشروع ,وبالتالي صاحب العمل متعسف في استعمال حقه "2" .

- (1 .بلحاج العربي، المرجع السابق، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ،ص128
- (2 .عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 846

المبحث الثاني :آثار التعسف في إستعمال حق العدول عن الخطبة في قانون الأسرة الجزائري

مما لا شك فيه أن التعسف في استعمال الحق في العدول عن الخطبة يوجب مساءلة صاحبه، وبالتالي إلزامه بالتعويض وأساس هذه المساءلة هي المسؤولية.

والمسؤولية عموما هي الجزاء الذي يترتب على المرء عند إخلاله بقاعدة قانونية أو عقدية، وقد يكون هذا الإخلال بقاعدة جزائية فتكون المسؤولية جزائية، وتتمثل في العقوبة سواء الحبس أو الغرامة أو غيرها، وقد تكون القاعدة المخل بها مدنية، فتترتب المسؤولية المدنية، ويكون الجزاء هو التعويض.

والمسؤولية المدنية هي مجموعة القواعد التي تلزم من ألحق ضررا بالغير بجبر هذا الضرر، وذلك عن طريق تعويض المضرور، سواء كان هذا الإخلال بالتزام تعاقدي يرتب المسؤولية العقدية، أو كان الإخلال بالتزام قانوني يرتب المسؤولية التقصيرية.

أما بالنسبة للتعسف في العدول عن الخطبة، فقد سبق لنا تكييف الخطبة بأنها وعد بالزواج لا ترقى إلى مرتبة العقد، وبالتالي فإن العدول عن الخطبة ليس إخلالا بالتزام تعاقدي، وبما أن التعسف في العدول عن الخطبة يرتب ضررا بالنسبة للطرف الآخر، فيترتب إذن عن التعسف في العدول عن الخطبة مسؤولية تقصيرية.

المطلب الأول :قيام المسؤولية التقصيرية الناتجة عن التعسف في العدول عن الخطبة

إن المسؤولية التقصيرية تقتضي وجود ضحية، ووجود متسبب في الضرر .وبما أن التعسف في العدول عن الخطبة فيه ضحية وهو المعدول عنه وفيه الطرف المتسبب في الضرر وهو الشخص العادل عن الخطبة، فتقوم المسؤولية التقصيرية إذا كانت هناك علاقة سببية بين المتسبب في الضرر والضرر الناتج.

الفرع الأول :أساس المسؤولية التقصيرية الناتجة عن التعسف في العدول عن الخطبة.

لقد اختلفت الآراء الفقهية حول الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية الناتجة عن التعسف في العدول عن الخطبة ، فمنهم من جعل الخطأ التقصيري هو الاساس الذي تقوم عليه المسؤولية الناتجة عن التعسف في العدول عن الخطبة ، و منهم من يرى بأن المسؤولية تقوم على أساس الضرر.

الخطأ التقصيري كأساس للتعسف في العدول عن الخطبة.

إن التعسف في استعمال الحق ما هو إلا صورة من صور الخطأ التقصيري، ومن ثم فإن أساس نظرية التعسف في استعمال الحق هو المسؤولية التقصيرية، والمعيار الذي يقاس به التعسف هو المعيار العام للخطأ .وهو الشخص المعتاد الذي لا يستعمل حقه بنية الإضرار بالغير، والذي لا يستعمل حقه تحقيقا لمصلحة تافهة هي أقرب إلى المصلحة الوهمية التي لا وجود لها، كما أن الشخص العادي لا يستعمل حقه بقصد تحقيق غرض غير مشروع."**1** "

- (1 .بلحاج العربي،المرجع السابق ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ص1

ولقد ورد في القانون المدني الفرنسي عند وضعه لنظرية المسؤولية المدنية بأن الخطأ كل عمل أيا كان « الشخصي سبب لقيام المسؤولية .حيث نص في المادة 1382 على أن أي كل من ألحق » يوقع أضرارا بالغير يلزم من وقع بخطئه هذا الضرر أن يقوم بتعويضه بخطئه ضررا أيا كان نوعه بالغير يكون ملزما بجبر ذلك الضرر .والمقصود هنا إذا ارتكب الشخص خطأ، أي اعتمد سلوكا خاطئا عمدا كان أو غير عمدي يتحمل المسؤولية "1 "

ولقد تضاربت الآراء في تحديد معنى الخطأ في المسؤولية التقصيرية، إلا أن الرأي الذي استقر فقها وقضاء يقرب معنى الخطأ في المسؤولية التقصيرية من معناه في المسؤولية العقدية، فالخطأ في المسؤولية التقصيرية هو الإخلال بالتزام قانوني بينما في المسؤولية العقدية هو الإخلال بالتزام عقدي .إلا أن الفارق بينهما أن الالتزام القانوني الذي يعتبر الإخلال به خطأ في المسؤولية التقصيرية هو دائما التزام ببذل عناية .وهو أن يصطنع الشخص في سلوكه اليقظة والتبصر حتى لا يضر بالغير ,فإذا انحرف عن هذا السلوك الواجب وكان الشخص مميزا بحيث يدرك أنه قد انحرف عن سلوك الرجل العادي، كان هذا الانحراف خطأ يستوجب مسائلته .وعليه تقوم المسؤولية على ركنين الأول مادي هو التعدي، والثاني معنوي هو الإدراك."**2** "

ويبقى التعسف داخلا في نطاق المسؤولية التقصيرية حتى ولو كان تعسفا متصلا بالتعاقد، فمن تعسف في إنهاء عقد له الحق في إنهائه، كعقد العمل مثلا، فهنا يعد متعسفا في استعمال حقه"**3** " ،وتقوم المسؤولية التقصيرية عن هذا التعسف.

وعلى هذا الأساس فإن التعسف في العدول عن الخطبة يكون بانحراف الشخص العادل عن سلوك الرجل العادي، وذلك بأن يعدل عن الخطبة بقصد الإضرار بالطرف الآخر.

وهي مسألة نفسية يتعذر إقامة الدليل مباشرة عليها .لذلك يتجه القضاء للبحث عن انعدام الفائدة الكلية لصاحب الحق والمظاهر الخارجية وملابسات كل حالة بذاتها، وهي

1ـ عبد الرحمان مرجبي، التعسف في استعمال الحق وعلاقته بالمسؤولية المدنية، رسالة لنيل شهادة الماجستير، تخصص عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق2006 السنة الجامعية2005 ، ص(24

2 عبد الرحمن مجوبي، المرجع نفسه، ص(25

3 ـعبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان،1998 ، ص843

عناصر تساعد كلها في التعرف على نية الإضرار بالغير"1".

كما يكون الشخص متعسفا في استعمال حقه في العدول عن الخطبة إذا كانت الفائدة التي يرمي إلى تحقيقها قليلة بالنظر إلى الضرر الحاصل للطرف المعدول عنه .كأن يعدل الشخص عن الخطبة لمتابعة دراسته في الخارج لتحسين المستوى الدراسي، وهذا ما يؤدي بالإضرار بالطرف المعدول عنه سواء ماديا أو معنويا، أو أن يستعمل الشخص حق العدول لتحقيق مصلحة غير مشروعة.

إلا أن فكرة الخطأ التقصيري كأساس للتعسف في العدول عن الخطبة قد لقيت انتقادات كثيرة من بينها أن الفعل في المسؤولية التقصيرية غير مشروع أصلا، أما الفعل في المسؤولية الناتجة عن التعسف فهو مشروع في الأصل لأنه استعمال للحق.

والعدول عن الخطبة مشروع في الأصل لكنه يمنع إذا تعسف صاحب الحق في استعمال حقه، وانحرف عن الغاية التي شرع من أجلها حق العدول"**2**"

ولذلك تراجعت فكرة الخطأ التقصيري كأساس لنظرية التعسف في استعمال الحق.

الفرع الثاني :تراجع فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية التقصيرية.

لقد ذهب اتجاه آخر من الفقه إلى إبعاد التعسف عن مجال الخطأ التقصيري، ذلك أن التعسف أوسع مجالا من الخطأ التقصيري، وإن كان من الممكن تطبيق الصورة الأولى للتعسف المتمثلة في قصد الإضرار بالغير على أساس الخطأ التقصيري .فالصورة الثانية والثالثة المتمثلة في استعمال الحق للحصول على فائدة غير مشروعة أو استعمال الحق للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير .فإنه لا يمكن تطبيق فكرة الخطأ التقصيري بشأنهما.

1 – .بلحاج العربي، المرجع السابق ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ص(126

2ـ جميل فخري محمد جانم، مقدمات عقد الزواج الخطبة في الفقه والقانون، الطبعةالأولى، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن،2009 ، ص240

ونظرا لصعوبة إثبات عنصر الخطأ في حق المسؤول بالنسبة للصورتين السابقتين، فقد اتجه الفقه والقضاء إلى البحث عن أساس جديد للمسؤولية لتحقيق أكبر قدر من الحماية للمضرور .فأخذت فكرة الخطأ تضعف شيئا فشيئا حتى كادت تختفي في بعض الحالات، تارة تحت ستار الخطأ المفترض الذي يقبل إثبات العكس ,وتارة أخرى تحت ستار الخطأ المفترض الغير قابل لإثبات العكس، إلا أن هذه المحاولات لم تجد نفعا، إذ أن فكرة الخطأ بقيت دائما تلوح في الأفق وهذا ما جعل المضرور وفي كثير من الحالات يجد صعوبة في إثبات هذا الخطأ. "**1**"

وقد ناد الفقهاء الفرنسيون بضرورة تبني فكر آخر تقوم عليه المسؤولية وهذا بأن تقوم على أساس الضرر وتحمل التبعة، وقد ناد بهذه النظرية الفقيهان" سالي "و "جوسران"، كل عمل أيا « وقد ذهبا إلى أن المشرع الفرنسي لا يشترط ركن الخطأ في المادة1382 فالواجب عند هؤلاء الفقهاء هجر المسؤولية الشخصية التي ...» كان يوقع ضررا بالغير تقوم على أساس الخطأ واعتماد نظرية جديدة وهي المسؤولية المجردة من الخطأ أي المسؤولية على أساس الضرر."2 "

فإذا انحرف الشخص في استعمال حقه عن هذا السلوك كان متعسفا في استعمال حقه، إذ لا يسمح القانون لشخص بأن يستعمل حقه للإضرار بغيره، انطلاقا من اعتبارات المصلحة الاجتماعية والأغراض التي من أجلها منح هذا الحق، وهذا على أساس مبدأ نسبية الحقوق الذي يهدف إلى تحقيق الحاجات الفردية التي يترتب على إشباعها الوصول إلى الغاية الاجتماعية التي استهدفتها إرادة الجماعة وأحكام النظام القانوني.

ويكون أساس التعسف في العدول عن الخطبة هو الموازنة بين المصالح، وتقدير النفع من العمل هو الذي يبين ما إذا كان هناك تعسف في العدول عن الخطبة من عدمه، وما إذا كان يقوم على أساس الخطأ أو الضرر.

- (1 .عبد الرحمن موجبي، المرجع السابق، ص 26
- (2 -عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص767.768

المطلب االثاني :آثار قيام المسؤولية التقصيرية عن التعسف في العدول عن الخطبة.

الفرع الأول :دعوى المسؤولية التقصيرية الناتجة عن التعسف في العدول عن الخطبة.

ـ عناصر الدعوى.

للدعوى ثلاثة عناصر وهي الأطراف ,المحل، السبب، وبيان ذلك كما يلي:

1-أطراف الدعوى:

هما المدعي أي رافع الدعوى، والمدعى عليه وهو من ترفع ضده الدعوى سواء من طرف المدعى نفسه أو ممثله القانوني أو وكيله أو محاميه، أو النائب أو الولي أو الوصي شرط أن تكون لهم مصلحة واحدة وهدف واحد وأطراف دعوى المسؤولية عن التعسف في العدول عن الخطبة هما المدعي المتمثل في الطرف المعدول عنه وهو الشخص المضرور، والمدعى عليه وهو الشخص العادل عن الخطبة وهو المتسبب في الضرر.

2-محل الدعوى:

وهو الهدف الذي من أجله رفعت الدعوى، ويتحدد من خلال الطلبات التي يتم تحديدها في عريضة افتتاح الدعوى، والتي من خلالها يطالب المدعي الحكم له على من ترفع ضده الدعوى أي المدعى عليه وفي الدعوى المتعلقة بالتعسف في العدول عن الخطبة، فإن المحل هو التعويض عن الأضرار اللاحقة بالمعدول عنه من جراء العدول عن الخطبة.

3-سبب الدعوى:

يتحدد سبب الدعوى من خلال الوقائع التي عرضت في عريضة الافتتاح، وكذا النصوص القانونية التي تنطبق على تلك الوقائع المعروضة"1"والسبب في دعوى المسؤولية عن العدول عن الخطبة هو التعسف في استعمال حق العدول.

فإذا تحددت العناصر الثلاثة للدعوى من أطراف، محل، وسبب نكون أمام دعوى واحدة، وعليه إذا رفعت دعوى جديدة بنفس العناصر يجوز الدفع بسبق الفصل في الدعوى.

1ـ يوسف دلاندة، المرجع السابق، الدعوى القضائية ،ص10

الفرع الثاني :الاختصاص في دعوى التعسف في العدول عن الخطبة.

أولا :الاختصاص النوعي:

طبقا قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ،إن المحكمة هي الجهة القضائية ذات الإختصاص العام المواد "32- 33 ق.إ.م.ج" و تتشكل المحكمة من أقسام كما جاء في نص المادة 9/32ق.إ.م.ج و كذلك القانون رقم 11/05المرؤرخ في 17يوليو 2005المتعلق بالتنظيم القضائي "1"، و يعد قسم شؤون الأسرة هو المختص بالفعل في دعوى التعسف في العدول عن الخطبة طبقا لنص المادة 1/423ق.إ.م.إج التي جاء فيها "ينظر قسم شؤون الأسرة على الخصوص في الدعاوى الآتية :الدعاوى المتعلقة بالخطبة و الزواج....."

ثانيا :الاختصاص الإقليمي:

يقصد بالاختصاص الإقليمي الحيز الجغرافي الذي تختص كل محكمة بالنظر والفصل في المنازعات التي تثور في دائرته ، والذي يتم تحديده عن طريق التنظيم المرسوم التنفيذي 63المؤرخ في 16 فبراير 1998 والمحدد للاختصاصات الإقليمية للمحاكم / رقم98 والمجالس القضائية"2 "

والجهة القضائية المختصة إقليميا بالنظر في دعوى التعسف في العدول عن الخطبة 1ق.إ.م.إ ، التي جاء فيها / :هي محكمة موطن المدعى عليه ,وهذا طبقا لنص المادة 426 "تكون المحكمة مختصة إقليميا في موضوع العدول عن الخطبة بمكان وجود موطن المدعى عليه" فإذا كان العدول من المخطوبة يرفع الخاطب دعواه أمام قسم شؤون الأسرة لدى محكمة موطن المخطوبة، أما إذا كان العدول من الخاطب فترفع المخطوبة دعواها أمام قسم شؤون الأسرة بمحكمة موطن الخاطب، وهذا تطبيقا للقاعدة العامة في الاختصاص المحلي أي محكمة موطن المدعى عليه.

1 –يوسف دلاندة، المرجع السابق ،الدعوى القضائية ، ص38. (37

2 –يوسف دلاندة، المرجع نفسه ، ص40

ثانيا :شروط قبول الدعوى:

حسب نص المادة 13 ق.إ.م.إ فإن الصفة والمصلحة شرطين أساسيين من شروط قبول الدعوى القضائية ,بالإضافة إلى وجوب الحصول على الإذن إذا ما اشترطه القانون.

أما الأهلية وهي الشرط الثالث لقبول الدعوى فهي منصوص عليها في المادة 64 من ق.إ.م.إ.

1-الصفة :لا يوجد تعريف للصفة في قانون الإجراءات المدنية الجديد ولا القديم رغم اعتبار القانون الصفة شرط من شروط قبول الدعوى القضائية، وهي من النظام العام حيث يجوز للقاضي إثارة الدفع بانعدام الصفة من تلقاء نفسه.

والصفة هي صلاحية الشخص لكسب الحقوق وتحمل الالتزامات، وتتحدد بمحل النزاع وهو المبدأ الذي أخذت به المحكمة العليا في العديد من قراراتها، بحيث قضت بأنه لا يجوز لأحد أن يرفع دعوى أمام القضاء ما لم يكن حائزا على صفة التقاضي، ومن المقرر أيضا الوالي يمثل الولاية أمام القضاء ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذين المبدأين يعد مخالفا للقانون والصفة معناها أن يكون للمدعي رافع الدعوى علاقة مباشرة بموضوعها وله حق مباشرتها، وبالتالي فإن دعوى المسؤولية عن التعسف في العدول عن الخطبة يجب رفعها من طرف المعدول عنه نفسه أو وكيله أو وليه إذا كان المعدول عنه قاصرا مثلا.

2-المصلحة :هي المنفعة التي تعود على المدعي من جراء الالتجاء إلى القضاء، ويجب أن تستند إلى حق أو مركز قانوني يحميه القانون، إذن فالمصلحة هي الغاية والهدف الذي من أجله رفعت الدعوى"1" .وفي العدول عن الخطبة يجب أن يكون لرافع الدعوى المعدول عنه مصلحة من جراء رفع الدعوى والمتمثلة في التعويض عن التعسف في العدول عن الخطبة بالإضافة إلى استرجاع المهر والهدايا إذا كان الخاطب أو المخطوبة قد قدم هدايا أو مهر.

1 -يوسف دلاندة، المرجع السابق، الدعوى القضائية، ص20

3 ـ الأهلية :في نص المادة 13 ق.إ.م.إ لم يشر المشرع إلى الأهلية على أنها شرط لقبول الدعوى كما هو الحال بالنسبة لشرطي الصفة والمصلحة، إذن الأهلية ليست شرطا لقبول الدعوى ,وإنما هي صلاحية الشخص لمباشرة الدعوى، والقانون في بعض المسائل رخصة المادة 2 ق.أ / للقصر اللجوء للقضاء كما هو الحال في قضايا شؤون الأسرة، حيث تنص المادة 7من ق. أ .ج "يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق ... والتزامات».

وقد نصت المادة 64 ق.إ.م.إ على شرط الأهلية وهي صلاحية الشخص لمباشرة إجراءات التقاضي وكافة العقود القضائية ذات الصلة بالدعوى القضائية، ومعنى ذلك أن أهلية الأداء هي المطلوبة في المتقاضي حتى يمكنه مباشرة الدعوى1، وتكتمل ببلوغه سن الرشد وهي 19 سنة كاملة حسب نص المادة 40 ق.م.ج.

المطلب الثالث :الجزاء المترتب عن قيام المسؤولية التقصيرية الناتجة عن التعسف في العدول عن الخطبة.

إذا أقام المتضرر من جراء التعسف في العدول عن الخطبة دعواه أمام القاضي وتقرر أن هناك مسؤولية تقصيرية ناتجة عن هذا التعسف، فإن القاضي يحكم للمدعي بتعويض عادل عن الأضرار المادية والمعنوية الناتجة اللاحقة به، بالإضافة إلى الحكم بإرجاع الهدايا والمهر إذا كان قد قدما مسبقا.

الفرع الأول :حكم المهر والهدايا.

أولا :حكم المهر بعد العدول عن الخطبة.

المعلوم أن المخطوبة لا تستحق المهر إلا عند إبرام عقد الزواج، ويتأكد ذلك بالدخول"1 "، كما أن قانون الأسرة الجزائري قد سكت عن حالة ما إذا كان الخاطب قد

1 –يوسف دلاندة، المرجع نفسه، ص23.

دفع الصداق للمخطوبة، وأشار فقط إلى مسألة الهدايا .ومرد ذلك في الغالب إلى كون الخطبة مجرد وعد بالزواج ولا ترقى إلى مرتبة العقد ولا يتصور دفعه أثناء الخطبة"1"
ومع ذلك فإنه من الممكن أن يدفع الخاطب إلى المخطوبة المهر في مرحلة الخطبة وذلك لتجهيز نفسها أو لتجهيز المنزل، وهذا ما جرت عليه العادة في بعض المجتمعات العربية .غير أن قانون الأسرة السوري قد نص في الفقرة الأولى من المادة الرابعة على أنه إذا دفع الخاطب المهر نقدا واشترت المرأة به جهازا، ثم عدل الخاطب فللمرأة الخيار بين إعادة مثل النقد أو تسليم الجهاز .ونص في الفقرة الثانية على أنه إذ عدلت المرأة فعليها إعادة المهر أو قيمته، وهو أيضا نفس ما جاء به قانون الأحوال الشخصية الكويتي"2"
كما أن قانون الأحوال الشخصية الإماراتي نص على حكم المهر عند العدول عن الخطبة في المادة 18 منه كما يلي "إذا عدل أحد الطرفين عن الخطبة أو مات يسترد المهر الذي أداه عينا أو قيمته يوم القبض إذا تعذر رده عينا، وإذا اشترت المخطوبة بمقدار مهرها، أو ببعضه جهازا، ثم عدل الخاطب، فلها الخيار بين إعادة المهر أو تسليم ما يساويه من الجهاز وقت الشراء، ويعتبر من المهر الهدايا التي يجري العرف باعتبارها منه وقد اتفق الفقهاء المسلمون على أن للخاطب الحق في استرداد ما دفعه من مهر إذا قرر العدول عن الخطبة وتراجع عن الزواج بالمخطوبة قبل إبرام العقد، لأن المهر لا يجب للمرأة إلا بالعقد الصحيح عند الحنفية وبالدخول عند الشافعية، فإذا لم يتم الزواج فلا تستحق

1 –بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص(48

2ـــ يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في قضايا شؤون الأسرة الزواج والطلاق، الطبعة الثانية، دار هومه، الجزائر، 2008 ، ص 12ـ 13

المرأة المهر ويجب عليها رده عينا أو مثله أو قيمته يوم القبض، سواء كان العدول من الخاطب أو من المخطوبة

ثانيا :حكم الهدايا بعد العدول عن الخطبة:

لقد نص المشرع الجزائري على مسألة حكم الهدايا في المادة التي جاء فيها:3/5:

"لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئا مما أهداه إن كان العدول منه، وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته، وإذا كان العدول من المخطوبة، فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته."

وهو نفس المعنى الذي تضمنه قانون الأحوال الشخصية المغربي وكذا مجلة الأحوال الشخصية التونسية، أما قانون الأسرة السوري فقد نصت المادة الرابعة الفقرة الثالثة منه على أنه تجري على الهدايا أحكام الهبة .

ونستنتج من نص المادة 5 ق.أ .أن المشرع الجزائري قد فرق بين حالة العدول الذي يكون من الخاطب ,وحالة العدول الذي يكون من المخطوبة، وهذا فيما يخص مسألة الهدايا.

***الحالة التي يكون فيها العدول من الخاطب** :طبقا لنص المادة 5 ق.أ.ج فإنه إذا كان العدول عن الخطبة من الخاطب فلا يحق له طلب استرداد الهدايا التي قدمها إلى المخطوبة سواء استهلكت أو لم تستهلك."1"

– (1 .يوسف دلاندة ،نفس المرجع السابق ، ص11

ويرى الشافعية أن للخاطب حق الرجوع في الهدايا التي قدمها للمخطوبة سواء كان الرجوع منه أو منها أو منهما معا، سواء كانت الهدية باقية أم هالكة بشرط أن تكون الهدية قدمت لأجل الزواج"1"

أما الحنابلة فيرون 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 القبض.

ويرى الحنفية بأن ما قدمه الخاطب من الهدايا يأخذ حكم الهبة، وحكم الهبة أن الواهب له حق الرجوع فيها، ما لم يوجد مانع من موانع الرجوع فيها كأن تكون قد هلكت .أما إذا كانت الهدايا قائمة فللخاطب حق استردادها، كما أن للمخطوبة الحق في استرداد ما أهدته للخاطب إذا لم يكن قد هلك.

أما المالكية فيرون أنه إذا كان العدول عن الخطبة من الخاطب فلا يسترد شيئا مما أهداها إياه، ولو كان موجودا في يدها، حتى لا يجتمع عليها ألمان، ألم الإعراض عنها وألم استرداد الهدايا.

وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في المادة الخامسة من قانون الأسرة، ولكن دون أن يفرق بين مسألة العدول عن الخطبة بسبب أو بدون سبب، أي سواء كان قد تعسف في العدول أو كان ذلك لسبب جدي ومشروع.

***الحالة التي يكون فيها العدول من المخطوبة** :إذا كان العدول عن الخطبة من المخطوبة فإنه يجب عليها أن ترد ما أخذته من هدايا تكون ما تزال قائمة عينا لم تستهلك، وإذا كانت قد استهلكت فلا يجب عليها ردها، وهذا حسب نص المادة الخامسة ق.أ.ج"2"وهذا ما ورد في مذهب المالكية حيث للخاطب الحق في استرداد ما قدمه إليها، فإذا كانت الهدايا لا تزال.

1- .بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص(41

2ـــ.عبد العزيز سعد، المرجع السابق ص86

قائمة استردها عينا، وإن هلكت أو استهلكت ترد قيمتها أو مثلها، ما لم يكن شرط أو عرف يتبع لأن المعروف عرفا كالمشروط شرطا"1"

الفرع الثاني :التعويض.

الخطبة كما ذكرنا سابقا هي وعد بالزواج، ولا ترقى إلى مرتبة العقد، وإنما تعتبر مجرد مقدمة للزواج فقط، ولهذا فقد اختلف الفقهاء في مسألة استحقاق التعويض في حالة العدول عن الخطبة، وبيان ذلك كما يلي:

أولا :التعويض عن الضرر المادي المترتب عن التعسف في العدول عن الخطبة:

- 1حكم تعويض الضرر المادي الناجم عن التعسف في العدول عن الخطبة:

لم يتفق الفقهاء المسلمون على مسألة التعويض عن الضرر المادي الناجم عن العدول عن الخطبة فمنهم من رفض التعويض عن الضرر الناجم عن العدول عن الخطبة و منهم من أيد فكرة التعويض عن الضرر المادي الناجم عن العدول عن الخطبة و لكل فريق حججه

التي سيكون بيانها كما يلي:

الرأي الأول :عدم التعويض مطلقا.

يرى أصحاب هذا الاتجاه أنه إذا عدل أحد الطرفين عن الخطبة وترتب عن ذلك ضرر بالغير فإن الطرف المتضرر لا يعوض على رأي أصحاب هذا الاتجاه."2 " وحججهم في ذلك:

1-الخطبة وعد بالزواج وليست عقدا، ولكل من الخاطبين الحق في العدول عنها في أي وقت شاء وبدون أي شرط أو قيد، فإذا حدث العدول وانجر عنه ضرر للطرف المعدول عنه نتيجة العدول فلا يلزم بالتعويض"3"

- 1 .بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص(41

2ـ جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق ص 256

2إن الشارع جعل العدول حقا شخصيا تقديريا خاضعا لاعتبارات خاصة بكل طرف، وهي أمور نفسية، فالزواج أمر مقدس وينبغي أن تترك الحرية الكاملة لأطرافه لإتمام الزواج أو الإحجام عنه"1 "

3-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"2 "

4-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 ما هو عدل "3"

5-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 ما وازنا بين الضررين ضرر العدول وضرر هتك الأسرار العائلية، لاقتضى الأمر ستر هذه الأسباب، وذلك بعدم الدعوى إلى التعويض.

-**الانتقادات الموجهة لهذا الرأي** :لقد انتقد هذا الرأي من عدة نواحي أهمها:

1-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 مقيد، إذ ينبغي عليه استعماله بطريقة لا تلحق الأذى بالطرف الثاني وإلا فإنه يعاقب بالتعويض عن الأذى الذي سببه للطرف المعدول عنه.

2-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

3-إن القول بأن التعويض يستلزم بحث الأسباب والدوافع التي أدت إلى العدول مما يؤدي إلى كشف الأسرار العائلية قول خاطئ ويرد عليه بأن دقة النزاع ما كانت لتصلح دفعا.

- 1 .جميل فخري محمد جانم ،المرجع السابق، ص(256
- 2 .عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع السابق، ص79
- 3 جميل فخري محمد جانم، المرجع نفسه، ص257

بعدم اختصاص القضاء بنظره، وليس أحق برعاية القضاء وإشرافه على شيء أكثر من الأعراض والحرمات للمساس بذات الإنسان"1 "

الرأي الثاني :التعويض مطلقا.

ذهب فريق آخر من الفقهاء المعاصرين إلى أن العدول عن الخطبة يوجب التعويض للطرف المضرور، واستدلوا بما يلي :فقد نهى النبي " لا ضرر ولا ضرار" – : « عملا بحديث النبي صلى الله عليه وسلم صلى الله عليه وسلم عن إيقاع الضرر بالغير، 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.

2–الخطبة وعد بالزواج والعدول عنها حق لكلا الطرفين، لكنه مشروط بعدم إلحاق الضرر بالطرف المتضرر عند العدول.

3–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."2"

الانتقادات الموجهة لهذا الرأي:

1–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

1– .جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص 262

2 –جميل فخري محمد جاثم، المرجع نفسه، ص258. 257

صحيح، فالخطبة ليست بعقد بل هي مقدمة من مقدمات الزواج، والخطبة لا تلزم الطرفين بإتمام عقد الزواج، ولكل من الطرفين الحق في العدول عن الخطبة"1"

2-أما عن استدلالهم بالحديث الشريف" لا ضر ولا ضرار "فالنبي صلى الله عليه وسلم نفى إيقاع الضرر، ولم ينفي وقوعه لأن الضرر واقع في حالة العدول والمطلوب رفعه، وهذا يتنافى ومشروعية الخطبة، فالخطبة شرعت للتعارف وتقريب الطرفين، وكل من الطرفين يتصرف على هذا النحو .فإذا أوقع ضرر نتيجة تهوره واغتراره في القيام بعمل ما، فهذا لا يكون نتيجة الخطبة بل بسبب التهور" 2"،وبالتالي فإن الضرر الواقع لأحد الطرفين يكون نتيجة التهور وليس نتيجة العدول عن الخطبة.

الرأي الراجح:

بعد عرض الآراء والانتقادات التي وجهت إلى كل رأي، يمكن القول بأن التعويض في حالة ثبوت تدخل الطرف العادل في إيقاع الضرر قد سلم من الاعتراض عليه، هكذا ينظر في قيمة التعويض إلى جملة اعتبارات منها مقدار الضرر ومدى جسامته، والظروف التي تلابس المتضرر."3 "

وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية حيث حسمت الأمر ورفضت اعتبار العدول المجرد سببا في التعويض وقررت أن الخطبة ليست إلا تمهيدا لعقد الزواج، وهذا الوعد به لا يقيد أحد المتواعدين، فلكل منهما أن يعدل في أي وقت شاء، خصوصا وأنه يجب في هذا العقد أن يتوافر للمتعاقدين كامل الحرية في مباشرته، لما للزواج من خطر في شؤون المجتمع، وهذا لا يكون إذا كان أحد الطرفين مهددا بالتعويض ، ولكن إذا كان الوعد بالزواج والعدول عنه قد لازمتهما أفعال أخرى قد ألحقت ضررا ماديا أو أدبيا بأحد المتواعدين، فإنه يستوجب التعويض على من وقعت منه، وذلك لأنها في حد ذاتها ، بغض النظر عن العدول المجرد ، تعد أفعال ضارة موجبة للتعويض"4"

- 1 .جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص(263
- 2 .جميل فخري محمد جانم، المرجع نفسه، ص(262
- 3 .عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع السابق، ص(84
- 4 -محمد كمال الدين إمام، الزواج في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 1998 ، ص60.61

أما موقف المشرع الجزائري بالنسبة للتعويض عن الضرر الذي ينشأ بسبب العدول عن الخطبة، فإن المادة 5 من قانون الأسرة قد نصت على أنه" :إذا ترتب عن العدول ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض"

2ـ طرق تعويض الضرر المترتب عن التعسف في العدول عن الخطبة:

طبقا لنص المادة 132 من ق.م.ج يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف، ويصح أن يكون التعويض مقسطا، كما يصح أن يكون إيرادا 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، أو أن يحكم وذلك على سبيل التعويض بأداء بعض الإعانات تتصل بالفعل غير المشروع"

أ – التعويض العيني:

وهو الذي يتخذ التعويض فيه شكل التنفيذ العيني، أو 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"1 "، ويمكن تصور التعويض العيني في المسؤولية التقصيرية، ففي مجال العدول عن الخطبة إذا كان من عدل قد استولى على مال من الطرف الآخر بسبب الخطبة مثل المهر والهدايا المقدمة إلى المخطوبة مسبقا فإن التعويض العيني يكون بإرجاع المهر إلى الخاطب، وقد يكون الخطأ متمثل في إشاعة كذبة اتخذت طريق النشر من المدعى عليه، كتشويه سمعة المخطوبة من طرف خاطبها بنشر صورة كاذبة لها أو قذفها، فيمكن للقاضي بناء على طلب المضرور أن يلزمه بنشر تكذيب لما قاله ويكون ذلك بمثابة تعويض عيني"2"

– (1 .محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص(156

– (2 .عبد الله مبروك النجار، المرجع السابق، ص105

ب – التعويض بمقابل:

غالبا ما يكون التعويض بمقابل نقدي أي تقويم 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 دعاوي السب والقذف حيث يجوز للقاضي أن يأمر على سبيل التعويض بنشر حكم إدانة المدعى عليه في الصحف وهو بمثابة تعويض بمقابل غير نقدي"1 ".

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، ويجوز للقاضي أن يلزم المدين في هذه الحالة بتقديم تأمين أو يأمر بأن يودع مبلغا كافيا لضمان الوفاء بالإيراد المحكوم به"2"،وهذا ما نصت عليه م 132 بقولها" :ويصح أن يكون إيرادا مرتبا، ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين أن يقدم تأمينا"

– 3 تقدير التعويض:

يتحدد نطاق التعويض على أساس الضرر الذي لحق المضرور، وبحسب نص المادة 182ق.م.ج، يشمل التعويض ما لحق المضرور من خسارة وما فاته من كسب .ويشمل التعويض في المسؤولية التقصيرية كل الضرر مباشر، مادي أو أدبي، متوقع أو غير متوقع، في حين أن التعويض في المسؤولية العقدية لا يكون إلا عن الضرر المباشر المتوقع فقط"3 " ويراعي القاضي في تقدير التعويض، كما تقتضي المادة 131 ق.م.ج الظروف الملابسة لوقوع الضرر، أي الظروف الشخصية التي تتصل بحالة المضرور الصحية، والمالية والعائلية، كما يراعي القاضي في تقدير التعويض الظروف الشخصية والمالية.

1 ـ عبد الله مبروك النجار، المرجع السابق، ص106. (105

2ـ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص(158

3 بلحاج العربي، المرجع السابق، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري، ص269. /268

فالضرر يقدر تقديرا ذاتيا أو شخصيا، غير أنه يجب أن لا يتجاوز التعويض مقدار الضرر، أي يجب أن يكون هناك تناسب بين الضرر والتعويض المحكوم به، وقد نصت المادة 131ق.م.ج على أنه إذا لم يتيسر للقاضي وقت الحكم أن يقدر مدى التعويض بصفة نهائية فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في طلب التعويض خلال مدة معينة وذلك بالنظر من جديد في التعويض وللقاضي أن يحكم للمضرور بنفقة وقتية إذا كان ثبت له أن المضرور يستحق التعويض(1)، وفي قرار مؤرخ في1989/12/25 ملف رقم 560797 جاء فيه: "من المقرر أن الإقرار القضائي هو اعتراف الشخص بواقعة قانونية مدعى بها عليه أمام القضاء وهو حجة قاطعة على المقر، ومن المقرر أيضا أنه إذا ترتب عن العدول على الخطوبة ضررا 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 أصابه بالرغم من إقرار المطعون ضدها بفسخ الخطوبة أمام القضاء يكونوا قد خالفوا القانون، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"

أما عن وقت تقدير التعويض فإنه لا يثير الإشكال إذا ظل الضرر الذي أصاب المضرور في مداه ,أي على ما هو عليه من يوم وقوعه إلى يوم صدور الحكم، غير أنه يثور الإشكال إذا تغير الضرر بالزيادة أو النقصان من يوم وقوع الضرر إلى غاية صدور الحكم، والرأي الراجح أن وقت نشوء الحق في التعويض هو الوقت الذي نشأ فيه الضرر أما الوقت الذي ينظر إليه عند تقدير الضرر فهو يوم صدور الحكم، وذلك لأن الضرر ليس من الثابت أن يظل على حاله فقد ينقص"2"،ومثلا في العدول عن الخطبة فإن وقت نشوء الحق في التعويض هو يوم العدول عن الخطبة، أما وقت تقدير التعويض فهو يوم الحكم به، فقد تكون الأضرار قد خفت كما قد تكون قد زادت وللقاضي السلطة التقديرية في ذلك.

1 –بلحاج العربي، المرجع السابق، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري، ص269. (268

2– عبد الله مبروك النجار، المرجع السابق، ص114.115

ثانيا :التعويض عن الضرر المعنوي المترتب عن التعسف في العدول عن الخطبة

يترتب عن العدول عن الخطبة سواء بالنسبة للخاطب أو المخطوبة ضرر معنوي نتيجة العدول عن الخطبة من شائعات، والفقه الإسلامي القديم لم يتعرض لمبدأ التعويض عن الضرر المعنوي الناتج عن العدول عن الخطبة، وذلك ناتج لعدة أسباب ولعل أهمها أن الخطبة لم تكن تستغرق فترة طويلة كما أن طبيعة الحياة الاجتماعية لم تكن لتسمح بمثل هذه الدعاوي غير أنه نتيجة تطور المجتمعات ظهرت مستجدات فقهية كثيرة لم تكن معهودة سابقا، مما أدى إلى خلاف فقهي حول مشروعية التعويض عن الأضرار المعنوية الناتجة عن التعسف في العدول عن الخطبة من عدم مشروعيته فظهر اتجاهين

الاتجاه الأول :عدم جواز التعويض عن الضرر الأدبي الناتج عن العدول عن الخطبة

ذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى رفض فكرة التعويض عن الضرر المعنوي الناتج عن العدول عن الخطبة ومن بين أصحاب هذا الرأي الأستاذ عمر سليمان الأشقر، وحجهم في ذلك:

– 1التعويض لا يتفق وطبيعة الخطبة، فالخطبة ليست بعقد ولا يترتب عليها أي أثر ما، وكل ما في الأمر أنها وعد، ومن ذهب إلى وجوب التعويض وهو يقرر أن الخطبة عقد قد وقع في التناقض"1 "

2–من المقرر شرعا أن العدول حق مكفول للطرفين، ومن المقرر أيضا أن" جواز الشرع ينافي الضمان ,"أي أن من يمارس حقا مشروعا لا يكون مسئولا حتى إن ترتب ضررا"2"

3–إن في تقرير التعويض عن الضرر الأدبي مخالفة شرعية صارخة، حيث ينطوي هذا التقرير على إضافة تعويض آخر زائد عما حدده الله ورسوله فوق المقدرة شرعا تحت مسمى الضرر الأدبي بينما الشريعة الإسلامية قد حددت مقدار الواجب في الجناية على النفس بما لا يدع مجالا للإضافة أو للتغيير، والحكم بالتعويض على الضرر الأدبي سوف يفتح الباب أمام القاضي على مصراعيه للتحكم في تقدير تعويض أدبي مزعوم زيادة عن الدية.

– (1 .بن زيطة عبد الهادي، المرجع السابق، ص 90

– (2 – .بن زيطة عبد الهادي، المرجع نفسه، ص 90 /91

الضرر الأدبي الخالي من الآثار المالية هو من الأمور الاعتبارية المحضة، كالشرف والسمعة، ومن ثمة كان غير صالح التعويض عنه بالمال والأولى به أن يخضع لقواعد التضرر الشرعي.

الانتقادات الموجهة لهذا الرأي:

1-إن اعتبار التعويض عن الضرر الأدبي غير جائز ومخالف للشرع لأن جواز الشرع ينافي الضمان، لا ينطبق عن الحكم بالتعويض عن الضرر الأدبي الناتج عن العدول عن الخطبة، وذلك لأن التعويض ليس عن الحق بل عن التعسف في استعمال حق العدول إذا كان العدول بغير سبب أو كان العدول عن الخطبة للإضرار بالطرف الآخر، وكان لسبب غير مشروع "1".

3-كما أن القول بعدم جواز التعويض عن الضرر الأدبي لأن فيه مخالفة صارخة للشرع، فيرد عليه بالقول بأن الحكم المقرر من قبل الشارع بخصوص بعض الأضرار ذات الصبغة الأدبية مثل حد القذف وغيرها من العقوبات، والتي قررها الشارع حفظا للشرف، فهذه العقوبات واجبة التطبيق وهي محل اتفاق، أما جواز التعويض عن الضرر الأدبي بالمال فإنه وارد في مواطن لم يورد فيها الشارع حكما مقدرا أو عقاب واجب الإتباع"2 ".

الاتجاه الثاني :جواز التعويض عن الضرر الأدبي الناتج عن العدول عن الخطبة:

يتضمن هذا الاتجاه مذهبين، الأول يوجب التعويض مطلقا دون تفصيل في ماهية الضرر ,أما الثاني فهو مذهب وسط بين الاتجاه القائل بعدم جواز التعويض والاتجاه القائل بجواز التعويض مطلقا، فهو ينافي القول بالتعويض ولا يبالغ أو يفرط في إيجابه في الوقت ذاته .وأدلة أصحاب هذا الاتجاه هي:

1-يقر هذا الاتجاه التعويض عن الضرر المعنوي إذا لم ترافق العدول عن الخطبة أسباب معقولة، أي العدول التعسفي، وهذا ما ذهب إليه الشيخ أبي زهرة الذي يرى أن

- (1 .بن زيطة عبد الهادي، المرجع السابق، ص(96
- (2عبد الله مبروك النجار، المرجع السابق، ص 182

العدول عن الخطبة في ذاته لا يكون سببا للتعويض لأنه حق والحق لا يترتب عله تعويض قط، ولكن إذا تسبب الخاطب بفعله في أضرار وجب تعويضها حينئذ."1 "

2-إن الحق في الشريعة الإسلامية مقيد يمنع الضرر قصدا أو مآلا أيا كان منشؤه، عملا بالقاعة الفقهية" لا ضرر ولا ضرار "وهذا ما ذهب إليه الكثير من الفقهاء المسلمين من بينهم الإمام أبا حنيفة الذي أقر التعويض في حالة إساءة استعمال الحق في كثير من فروع الفقه ,مثل مسائل الولاية على القاصر، وحقوق العلو والجواز، وقد قال به مالك في مسائل كثيرة مشهورة في فقهه"2 "

3-إذا كان الوعد بالخطبة غير ملزم بالزواج، بإجماع الفقهاء المسلمين وكذا عند الفقه المالكي، إذن لابد من إعتبار الضرر الناشئ عند النكول بهذا الوعد موجب التعويض عنه"3 "

الانتقادات الموجهة لهذا الرأي:

1-إن النصوص الشرعية تضافرت على تأكيد تحريم الشريعة للأضرار الأدبية، وحد القذف مثال واضح على ذلك، لكن الأسلوب الذي اتبعته الشريعة في معالجة الأضرار الأدبية إنما هو التغرير الزاجر وليس التعويض المالي، إذ أن الشريعة لا تعد شرف الإنسان وسمعته مالا منقولا يعوض بمال آخر إذا اعتدي عليه."4 "

2-إن التعويض المالي على الضرر الأدبي ما هو إلا مجاراة للقوانين الغربية التي تختلف عنا في أعرافها وتقاليدها.

الرأي الراجح:

من خلال الأدلة التي تم عرضها لكل اتجاه، نجد أن كلا الاتجاهين يتفقان على أن الخطبة وعد بالزواج، وهي لا ترقى إلى مرتبة عقد الزواج، فلكل من الطرفين حق العدول عن الخطبة.

- (1 .بن زيطة عبد الهادي، المرجع السابق، ص(93
- (2 -94.بن زيطة عبد الهادي، المرجع نفسه، ص(95
- (3 .بن زيطة عبد الهادي، المرجع نفسه ص(95
- (4 -عبد الله التجار، المرجع السابق، ص(181 182.

وبالتالي فالعدول هو حق لكل طرف، والحق لا يترتب عنه تعويض، وذلك عملا بقاعدة الجواز الشرعي ينافي الضمان، إلا أن التعويض هنا ليس عن الحق بل نتيجة لإساءة استعمال الحق وإلحاق الضرر بالغير"1 "

فإذا كان العدول عن الخطبة بغير سبب واضح، وسبب أزمة نفسية للطرف المعدول عنه، فإن هذا يعد ضرر أدبي أو معنوي ناتج عن العدول عن الخطبة أو التعسف في العدول عن الخطبة وبالتالي جواز الحكم بالتعويض، على هذا الأساس فإن مجرد العدول عن الخطبة لا يكون سببا للتعويض، أما إذا اقترن العدول بأفعال أخرى ترتب عنها أضرار مادية أو معنوية بأحد الطرفين جازت المطالبة بالتعويض"2 "

والقول بأن الحكم بالتعويض عن الضرر الأدبي فيه تجاوز أو إضافة إلى ما قرره الله ورسوله فوق الدية المعتبرة شرعا، يمكن الرد عليه بالقول بأنه يمكن تلافيه من خلال تنظيم التعويض عن الضرر الأدبي، بحيث لا يتجاوز قواعد الحدود الشرعية التي ورد فيها تقدير شرعي، ويقتصر الحكم بالتعويض عن الأضرار الأدبية التي لم يرد فيها نص شرعي."3 "

وهذا ما استقرت عليه أحكام قانون الأسرة الجزائري في المادة الخامسة منه" الخطبة وعد بالزواج، يجوز للطرفين العدول عن الخطبة، إذ تترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض"، فمن خلال هذا النص يتضح أن المشرع استعمل لفظ الجواز، أي أن الحكم بالتعويض هو أمر جوازي متروك للسلطة التقديرية للقاضي، وهذا اللفظ ينصرف لاستيعاب دلالة الخلاف الفقهي الوارد في مسألة التعويض عن الضرر الأدبي من عدم جواز ذلك، فيمكن للقاضي أن يحكم بالتعويض عن الضرر الأدبي، كما يمكنه عدم الحكم به إذا ما بدت له المبررات المقنعة بأن لا وجود لضرر معنوي معتبر4).

- 1 .بن زيطة عبد الهادي ، المرجع السابق ، ص(96
- (2 مقدم سعيد، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية، المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر، 1992ص252
- 3 .عبد الله التجار، المرجع السابق، ص(189
- 4 –بن زيطة عبد الهادي، المرجع نفسه، ص104.105

هذا الصدد قضت المحكمة العليا بتعويض الضرر المعنوي في قرار جاء فيه:
"حيث ثبت من أدلة الملف ومن تصريحات المدعى عليها بجلسة الصلح أن العدول عن الزواج كان يفعلها، وحيث يتبين من الملف أن الآنسة اعترفت في المحكمة أنها هي التي رفضت إتمام الزواج، وأن فسخ الخطوبة كان منها وهذا إقرار قضائي حسب المادة341 مدني، لذلك وجب تعويض الطاعن عن الضرر الذي أصابه بسبب العدول عن الخطبة إلا أن القضاء عموما يحكم بالتعويض عن الأضرار سواء المادية أو المعنوية التي تصيب أحد الطرفين عند العدول عن الخطبة، كما أن المحكمة الفرنسية قضت في العديد من الحالات بالتعويض عن الآلام النفسية التي تنجم عن الخطأ المقترن بالعدول، بالإضافة إلى الحكم بتعويض نفقات الخطبة كشراء أدوات الزينة أو إعداد منزل الزواج"1"
والتعويض عن الضرر المعنوي الناتج عن التعسف في العدول عن الخطبة يكون على أساس المسؤولية التقصيرية، وإما تعويض عيني أي بإعادة الحال إلى ما كان عليه إذا كان ذلك ممكنا، مثلا إذا كان الضرر المعنوي يتمثل في إشاعة أكاذيب على المخطوبة تمس بشرفها فيكون التعويض بتفنيد هذه الأكاذيب .أما إذا تعذر التعويض العيني، فنلجأ إلى التعويض بمقابل.

و خلاصة القول أن التعسف في العدول عن الخطبة يرتب المسؤولية إذاما توافرت أركان المسؤولية الثلاث المتمثلة في، الخطأ ، الضرر و العلاقة السببية، و بذلك يمكن للشخص المتضرر من جراء العدول عن الخطبة المطالبة بالتعويض عن الضرر المادي و المعنوي و كذا استرجاع الهدايا و المهر المقدم أثناء فترة الخطبة ، و ذلك عن طريق دعوة المسؤولية.

1 –مقدم سعيد، المرجع نفسه، ص(248

المطلب الرابع :القانون الواجب التطبيق على مقدمات الزواج الخطبة وأثر العدول عنها في قانون الأسرة الجزائري

للتكييف أثر بالغ الأهمية بالنسبة لمسألة الخطبة .حيث أنّ تكييفها يختلف من قاضي لآخر، وبالتالي يؤثر على قواعد التنازع الّتي تحكمها، وينتج عنه في الأخير اختلاف في القانون الواجب التطبيق عليها .وعليه يوجد اتجاهين لتحديد القانون الذي يسري على الخطبة

الفرع الأول :اتجاه اعتبرانها بمثابة عقد ملزم

لا يمكن للأطراف العدول عنها، وإذا عدل أحد الأطراف عنها يسأل على أساس المسؤولية العقدية، ومن بين الأنظمة القانونية الّتي ذهبت هذا المذهب التشريع الألماني والإنجليزي، إذ اعتبرت العدول عنها نوعا من أنواع عدم التنفيذ، مما يترتب عليها أثار المسؤولية العقدية، أي بعبارة أخرى تسري عليها قواعد الإسناد الخاصة بالعقد "1"

ويرى جانب من الفقه"2 "، بإخضاع الخطبة لقانون جنسية الخاطب قياسا على قواعد التنازع الّتي تحكم الز واج، بحيث يخضع العدول عنها لقانون جنسية كل من الخاطب وقت فسخها وهو ما ذهب إليه المشرع الكويتي في نصّ المادة 35 من القانون الخاص بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي من القانون رقم 5 الصادر ب 14 فبراير 1961 بقولها":تعتبر الخطبة من مسائل الأحوال الشخصية، ويسري عليها من حيث شروط صحتها قانون الجنسية بالنسبة إلى كل خاطب، ومن حيث آثارها قانون جنسية الخاطب وقت الخطبة، ومن حيث فسخها قانون جنسية الخاطب وقت الفسخ."

غير أنّنا لا نساير هذا الرأي، الذي يجعل قواعد التنازع الّتي تحكم الزواج نفسها قواعد التنازع الّتي تسري على الخطبة، لأنّه يجعل من الخطبة عقد ملزم مثل عقد الزواج.

1– زروتي الطيب " : القانون الدولي الخاص الجزائري"، مقارنا بالقوانين العربي، الجزء الأوّل : تنازع القوانين، مطبعة الكاهنة، الجزائر، سنة 2000 ، ص149 .

2 –محمد المبروك اللافي " : تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي" ، دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في .التشريع الليبي، دار الكتب الوطنية، بنغازي، ليبيا، 1994 ، ص119 .

الفرع الثاني: إعتابرها عقد غير ملزم

، فاعتبر الخطبة من مقدمات الزواج وهو لا يضفي عليها أثرا ملزما، إذ اعتبرها وعدا بالزواج وليست بعقد، أي ليست له قوة الإلزام والالتزام ويلاحظ بالنسبة للتشريع الفرنسي، أنّه لم يعط تعريفا للخطبة ولم يتعرّض لآثارها،رغم أنّ الفرنسيين لا يتمّ الزواج عندهم إلاّ بعد مرور بمرحلة الخطبة وإعتبر القضاء الفرنسي "1"الخطبة وعدا غير ملزم، بمعنى أنّه لا يتولد عنها التزامات قانونية في ذمة الخاطبين.

أمّا العدول عن الخطبة فتترتب عليه المسؤولية التقصيرية، لأنّه من حق كل من الطرفين العدول عنها، غير أنّه إذا حصل ضرر عن العدول جاز للطرف المضرور أن يطلب التعويض من جراء الأفعال المصاحبة للعدول.

إذن فالخطبة في حدّ ذاتها ليست التزام والعدول عنها لا يرتب أي أثر، لكن الأفعال الضارة المصاحبة للعدول يسأل الشخص عنها على أساس المسؤولية التقصيرية.

والإلتزام بالتعويض مصدره الفعل الضار، ويتمّ تحديد التعويض طبقا لقانون البلد الذي تمّ فيه الفعل الضار، وبالتالي تخضع لقاعدة الإسناد الّتي تحكم الالتزامات غير التعاقدية، أي تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية.

وعلى هذا الأساس، إعتبر القضاء الفرنسي العدول عن الخطبة أو الوعد بالزواج الذي يرتّب ضرر عنه للغير موجبا للتعويض على أساس المواد 1382 و 1383 من القانونالمدني الفرنسي، وإنّ تأسيس دعوى التعويض على المادة 1382 مدني فرنسي أوسع من غيرها تقضي بالتعويض عن كل خطأ يلحق بالغير ضررا، حتّى ولو كان هناك وعد بالزواج"2 " واعتبر القضاء المصري، أيضا الخطبة وعدا بالزواج وليس بعقد وذلك حسب ماقضت به محكمة النقض المصرية على أنّه":العدول عن الخطبة قد يرتب المسؤولية، بشرط أن يقترن العدول بخطأ تقصيري"

– 1وهبة الزحيلي " : الفقه الإسلامي وأدلته" ، الجزء السابع، دار الفكر العربي دمشق، بالتعاون مع الملكية للإعلام والنشر والتوزيع، الجزائر،سنة 1992 ، ص. 28 .، انظر في هذا الشأن :عثمان التكروري " : شرح قانون الأحوال الشخصية" ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان،طبعة سنة 2004 ، ص24 .

2ـ سعيد مقدم " : التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة" ، رسالة ماجستير في العقود والمسؤولية المدنية، معهدالحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1984 ، ص232 .

ونلاحظ أيضا حكما آخر لمحكمة النقض المصرية"1 "، يذهب في نفس السياق الذي ذكرناها في الحكم السالف الذكر، بحيث جاء بقوله": إذا اقترن بالعدول عن الخطبة أفعال ألحقت ضررا بأحد الخطيبين، جاز الحكم بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية."

نستخلص مما سبق ذكره، أنّ التشريع المصري جاء خاليا من قاعدة التنازع الواجبة التطبيق على مسألة الخطبة لكن القضاء كيّفها على أنها وعد بالزواج ولا ترقى إلى درجة العقد، وبالتالي تخضع لقواعد التنازع الّتي تسري على المسؤولية التقصيرية .

أما المشرع الجزائري، فلم يضع قاعدة تنازع تسري على الخطبة، وتبع في ذلك كلاّ من القانون الفرنسي والمصري في هذا الشأن، إذ اعتبر الخطبة عبارة عن وعد بالزواج . وذلك بصريح المادة 05 من قانون الأسرة المعدلة بقولها": الخطبة وعد بالزواج، يجوز للطرفين العدول عن الخطبة.

إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض " وتكييف الخطبة يخضع لقانون القاضي المعروض أمامه النزاع، وذلك طبقا للمادة09 من القانون المدني الجزائري التي تنص": يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين " وعلى هذا الأساس تعتبر الخطبة طبقا للنظام القانوني الجزائري وعدا، فهي لا ترقى إلى درجة العقد ولا يترتب عنها أي أثر من آثار عقد الزواج2 لكن الأفعال الضارة المصاحبة للعدول يمكن مساءلة الشخص عنها على أساس المسؤولية التقصيرية .وبالتالي تطبق عليها قاعدة التنازع الّتي تحكم الالتزامات غير التعاقدية، وذلك طبقا لنص المادة 20 من القانون المدني الجزائري في فقرته الأ ولى بقولها":يسري على الالتزامات غير التعاقدية قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام."

– 1عبد الرزاق أحمد السنهوري " : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد) " مصادر الالتزام(، المجلد الثاني، منشورات حلبي الحقوقية بيروت، طبعة سنة 1998 ، ص340 .

2 سعيد خيدر " : التكييف القانوني للخطبة" ، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير في العلوم القانونية، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، سنة 1993 ، ص24 .

وحوصلة هذا الفصل :

انه إذا لم يتفق الطرفين الخاطب والمخطوبة يحق لكل من هما العدول عن الخطبة ,وعدم إتمام الزواج، لأن الخطبة لا تعد عقدا، بل هي مقدمة من مقدمات الزواج.

إلا أّنه إذا استعمل هذا الحق بطريقة تعسفية بأن يكون الهدف من العدول هو الإضرار بالطرف الثاني أو يكون العدول لأسباب غير مشروعة أو يكون الضرر الحاصل من جراء العدول للطرف المعدول عنه أشد وأكبر من الفائدة التي حصل عليها الطرف العادل، تقوم المسؤولية التقصيرية للحد من ظاهرة التعسف في العدول عن الخطبة ولجبر الأضرار الذي أصيب بها الطرف المعدول عنه، سواء كانت أضرار مادية أو معنوية، والمسؤولية التقصيرية لا تقوم إلا بتحقق أركانها، الخطأ، الضرر، والعلاقة السببية، و يستفي الطرف المتضرر من جراء التعسف في العدول عن الخطبة حقه عن طريق القضاء برفع دعوى المسؤولية.

وانطلاقا من هذا فإن النتيجة المتوصل إليها من خلال بحثنا هي أ ن نظرية التعسف في استعمال الحق و عن طريق تطبيقها على العدول عن الخطبة لم تأتي للحد من الحق في العدول عن الخطبة أو لتقييد صاحب هذا الحق في استعمال حقه و جبره على إتمام الزواج،وإّنما جاءت هذه النظرية للموازنة بين المصالح المتضاربة، مصلحة صاحب الحق في العدول و مصلحة الطرف المعدول عنه، و ذلك بأن يكون لكل طرف في الخطبة الحق في العدول عنها ، وما على الطرف المتضرر سوى المطالبة بالتعويض عن طريق دعوى المسؤولية التقصيرية، ومن هنا تظهر القيمة الاجتماعية لنظرية التعسف في العدول عن الخطبة والهدف الذي تسعى إلى تحقيقه هذه النظرية.

فالحق لم يشرع ليكون وسيلة جور وطغيان بيد صاحبه، يستعملها كيفما شاء، ووقت ما شاء، بطريقة تؤذي الآخرين تحت غطاء استعمال الحق، بل شرع ليتمتع به صاحبه ويستعمله دون الإخلال بواجبه اتجاه أفراد المجتمع.

فلكل من الخاطب و المخطوبة الحق في العدول عن الخطبة، لكن لم يشرع هذا الحق ليستعمله صاحبه كيفما شاء و وقتما شاء بسبب أو بدون سبب بطريقة تؤذي الطرف المعدول عنه ، بل شرع ليتمتع به صاحبه دون الاخلال بواجبه أتجاه الطرف المعدول عنه

الخاتمـــــــة

الخاتمة :

الحمد لله الذي تتم به الصالحات، و الصلاة و السلام على رسول الله ، وبعد:

من خلال دراستنا لموضوعنا نصل الى أن الخطبة هي الخطوة الأولى و التمهيدية للزواج و أن العدول عن الخطبة جائز في الشريعة الإسلامية وفي القانون الجزائري، إذاكان بمسوغ مشروع.إلا أن هذه الظاهرة أصبحت تشهد تزايدا مرتفعا في الآونة الأخيرة، مما يستدعي احاطة العلم و تكثيف التحسيس عليها ،سواءا في المنابر أو شتى التظاهرات العلمية ، الى الدراسات الميدانية و الأكاديمية من أجل الحد منها . و هذا بناءا على ما تم التوصل اليه من نتائج دراستنا لهذا الموضوع و التي نخصها بالذكر فيمايلي:

ـ الخطبة هي طلب يد المرأة لنكاحها وهي وعد بالزواج كما عرفها قانون الأسرة الجزائري وهي لا تحمل صفة الإلزام، والخطبة نوعان:الخطبة بالتعريض وهي الخطبة بطريق التلميح أي أن يذكر الرجل للمرأة كلاما يفهم منه ضمنيا في الخطبة، والخطبة بالتصريح وهي عكس التعريض وهي طلب الزواج من المرأة مع إظهارالرغبة فيها.

ـ حرم الفقهاء التصريح للمعتدة من طلاق أو وفاة أو فسخ، واتفقوا على جواز التعريض للمعتدة من وفاة؛ وكذلك إتفقوا على حرمة خطبة المعتدة من طلاق رجعي تعريضا أو تصريحا، والخطبة مشروعة من الكتاب والسنة، وإتفق العلماء على مشروعيتها إلا أ نهم إختلفوا في حكمها ، فهناك من قال إنها مستحبة وهناك من عبر عنها بالحل؛ والحكمة من تشريع الخطبة :إعطاء فرصة لكلا الطرفين، لتعرف على شخصية الطرف الآخر والتعرف على مواطن الصلاح والدين والأخلاق، مما يكون سببا في المضي قدما في إجراء عقد النكاح وإتمامه.

ـــ وبما أن الخطبة وعد بالزواج وهي ليست ملزمة،يجوز لكلا الطرفين أن يعدلا عنها لوجود مسوغ مشروع، والعدول هو" رجوع أحد الطرفين، أو كليهما عن الخطبة وفسخها بعد إتمامه وحصول الرضا والقبول."

وقد إختلف الفقهاء في حكم العدول عن الخطبة إلى قولين:

القول الأول :يجوز للخاطب أو المخطوبة أن يعدلا عن الخطبة لسبب مشروع وإن لم يوجد سبب فيكره العدول الشافعية، والحنابلة.

والقول الثاني :ذهبوا على أنه يكره العدول عن الخطبة وسبب الكراهة هوالإخلاف بالوعد المالكية، ورجح الفقهاء القول الأول، الذي أجاز العدول؛ ونجد أن المشرع الجزائري أخذ بالقول الأول الذي أجاز العدول عن الخطبة، حيث جاءت المادة 05 من الأمر02 من قانون الأسرة الجزائري صريحة ونصت على أن "الخطبة وعد بالزواج، يجوز للطرفين العدول عنها."

ـ أما بالنسبة لمسألة التعسف في العدول عن الخطبة فنجد الفقهاء القدامى لم يبحثوا في هذه المسألة وهذاة يعود للحالة الاجتماعية السائدة في ذلك الوقت، لكن في الوقت الحالي الحالة الاجتماعية تغيرت، فنجد أن الفقهاء المعاصرين قد تكلموا فيها و إنقسموا إلى مذهبين، مذهب قال بأن هناك تعسف في العدول عن الخطبة،

إذا كان من غير مسوغ، و المذهب الثاني ذهب إلى أن العدول عن الخطبة بغير مبرر لا يعد تعسفا في استعمال الحق وقالوا أن العدول ليس حقا بل هو رخصة لكل من الخاطب و المخطوبة.

ـ و نجد أن هناك أثر للعدول في كل من المهر والهدايا، فالمهر هو المال الذي يجب في عقد النكاح على الزوج لتحل له المرأة، ولا خلاف بين فقهاء الأمة في أن المهر يجب رده في حال العدول عن الخطبة سواء كان العدول من طرف الخاطب أو المخطوبة، لأن المخطوبة تستحق المهر بعد الدخول ا ويدها عليه يد أمانة، فإن كان مثليا استرد مثله ، وله الحق في استرداد عينه إن كان قائما وقيمته إن هلك أو أستهلك.

ونلاحظ أن قانون الأسرة الجزائري لم يخالف الفقهاء فقد إعتبر أن المهر من أساسيات عقد الزواج ويمكن للخاطب أن يسترده عند العدول. أربعة مذاهب، ونجد أن المشرع الجزائري أخذ برأي المالكية وفرق بين الحالة التي يكون فيها العدول سواء من ناحية

الخاطب أو المخطوبة كما ميز ذلك في موضوع إستهلاكها أو عدم إستهلاكها.

ومسألة التعويض عن الأضرار هي مسألة حديثة ، فنجد أن الفقهاء القدامى لم يبحثوا فيها وذلك لبساطة مثل هذه الأمور عندهم عكس ما هو واقع في وقتنا الحالي والذي كثرت فيه مثل هذه المسائل لعدم توافق الطرفين مما ينجر عنه أضرار بالغة، مما أدى بالفقهاء

المعاصرين بالإجتهاد في مسألة التعويض عن الضرر وإختلفوا إلى ثلاث مذاهب، مذهب قائل بالتعويض ومذهب قائل بعدم التعويض مطلقا، ومذهب فصل في مسألة التعويض.
وبالنسبة للقائلين بالتعويض فإ م قالوا بأن التعويض الذي يحكم به يجب أن يخضع لتقدير القاضي الشرعي، وتركوا تقدير التعويض للقاضي من غير تحديد.
أما المشرع الجزائري فقد أخذ برأي القائلين بالتعويض بالرغم من أنه قد أعطى الحق في العدول لكلا الطرفين هذا من ناحية ومن ناحية أخرى أعطى الالتزام بالتعويض عما يحدثه العدول من ضرر. و من خلال كل ما سبق نصل الى أن ظاهرة العدول عن الخطبة، و بالرغم من مشروعيتها الانها ا تبقى مأثرة على كلا الطرفين و أخذت منحى آخر مما يستوجب على فقهاء الفقه، و المشرع الجزائري، وضع تدابير شرعية،و مواد قانونية للحد من ظاهرة العدول عن الخطبة وبالتالي التقليل من آثارها.

و ختاما :

نسأل المولى تبارك أن يجعل عملنا هذا خالصا لوجهه الكريم و أن يثقل به حسناتنا يوم العرض عليه و الحمد لله رب العالمين و صلى الله على سيدنا محمد و على آله و صحبه وسلم.

المراجـــــــــع و المصـــــــــادر

المراجع و المصـــــــــــــــــادر :

أولا :القرآن الكريم

ثانيا : الكتب

1/ الزواج و الطلاق في الشريعة و القانون ، دار العلوم ،سنة 2001.

2/ إبراهيم سيد أحمد، التعسف في استعمال الحق فقها وقضاء، الطبعة الثانية، دار الفكر الجامعية، مصر،2008.

3/ بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2001

4/ بلحاج العربي، الموجز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول الزواج والطلاق ،الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2005

5/ بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الطبعة .الأولى، الجزائر،2008

6/ جميل فخري محمد جانم، مقدمات عقد الزواج الخطبة في الفقه والقانون، الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن،2009

7/ جميل فخري محمد جانم ،التدابير الشرعية للحد من العدول عن الخطبة ، في الفقه و القانون عمان دار الحامد ، الطبعة الأولى سنة 2008

8/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان،1998

9/ عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر،1995

10/ عبد السلام ذيب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، مونم للنشر، الجزائر2009

11/زروتي الطيب " : القانون الدولي الخاص الجزائري) "مقارنا بالقوانين العربية، الجزء الأوّل تنازع القوانين، مطبعة الكاهنة، الجزائر، سنة2000

12/ عبد الهادي بن زيطة، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، الطبعة الأولى، الجزائر،2007

13/ علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، الطبعة الثامنة، ديوان المطبوعات . الجامعية، الجزائر،2008

14/ علي فيلالي، الالتزامات، الفعل المستحق للتعويض، الطبعة الثانية، موفم للنشر، الجزائر،2010

15/ عمر بن سعيد، الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام قانون الأسرة، دار الهدى، الجزائر، 2004.

16/ عيسى حداد ، عقد الزواج ، دراسة مقارنة ، منشورات جامعة باجي مختار عنابة سنة 2006

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

18/ محمد كمال الدين إمام، الزواج في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر،1998

19/ مقدم السعيد، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر،1992

20/ نايف محمود الرجوب ، أحكام الخطبة في الفقه الإسلامي ، عمان دار الثقافة ،الطبعة الأولى ، سنة2008

21/ يوسف دلاندة، الدعوى القضائية، دار هومة للطبع والنشر والتوزيع، الجزائر،2008.

22/ يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في قضايا شؤون الأسرةالزواج والطلاق، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر،2008

ثالثا: النصوص القانونية

1 /قانون الأسرة مع أخر التعديلات التي أدخلت عليه سنة2005 الامر 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005

2/ القانون 05-1 0المؤرخ في 13 جمادى الاولى 1426 الموافق ل 20 جوان 2005 المتضمن تعديل القانون المدني

3/ القانون رقم09/08المؤرخ في 18 صفر عام 1429 ه الموافق ل 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

- قائمة المختصرات العربية:

ص : .صفحة.
ق.م.ج : .القانون المدني الجزائري.
ج.ر : .الجريدة الرسمية.
ط : .طبعة

ق.أ. ج : قانون الأسرة الجزائري

ق.إ.م.إ.ج :قانون الإجراءات المدنية و الإدارية

ق.م.ج : قانون المدني الجزائري

الفهـــــــرس

❋ الفهرس

مقدمـــــــــــة.....7

الفصل التمهيدي : إنشاء الرابطة الزوجية.....**14**

المبحث الأول : ماهية الزواج **16**

المطلب الأول : تعريف عقد الزواج.....**16**

الفرع الأول :التعريف لغوي.....**16**

الفرع الثاني : التعريف الإصطلاح.....**16**

الفرع الثالث : التعريف القانوني.....**17**

المطلب الثاني : أساس عقد الزواج.....**17**

الفرع الأول : مشروعية الخطبة من الكتاب **17**

الفرع الثاني : مشروعية الخطبة من السنة **17**

الفرع الثالث : مشروعية الخطبة من الإجماع.....**17**

المطلب الثالث : أهمية عقدالزواج.....**17**

الفرع الأول : حفظ النوع الإنساني بطريقة شريفة.....**17**

الفرع الثاني : تحقيق الإنس و الراحة و المودة بين الزوجين.....**18**

الفرع الثالث : تحصين النفس بقضاء الحاجة الجنسية للزوجين.....**18**

المطلب الرابع : حكم عقد الزواج.....**19**

الفرع الأول : الزواج الفرض أو الواجب **19**

الفرع الثاني : الزواج المباح أو المندوب.....**19**

الفرع الثالث : الزواج المكروه أو المحرم.....**19**

المبحث الثاني : أحكام عقد الزواج.....**19**

المطلب الأول : طبيعة عقد الزواج.....19
الفرع الأول : الزواج عقد أم مجرد إتفاق.....20
الفرع الثاني : الزواج عقد مدني أم ديني.....20
الفرع الثالث : عقد الزواج بين الرضائية و الشكلية 21
المطلب الثاني : أركان عقد الزواج.....21
الفرع الأول : ركن الولي..... 21
الفرع الثاني : ركن الشاهدان..... 21
الفرع الثالث : الصيغة 22
الفرع الرابع : المهر..... 22
المطلب الثالث : المحرمات من النساء الزواج بهن تحريما مؤبدا..... 23
الفرع الأول : المحرمات بالنسب..... 23
الفرع الثاني : المحرمات بالمصاهرة..... 24
الفرع الثالث : المحرمات بالرضاع 24
المطلب الرابع : المحرمات من النساء الزواج بهن تحريما مؤقتا..... 25
الفرع الأول : المرأة المتزوجة.....25
الفرع الثاني : المرأة المعتدة.....25
الفصل الأول : ما هية الخطبة في الزواج.....28
المبحث الأول : مفهوم الخطبة و مشروعيتها و طبيعتها القانونية.....29
المطلب الأول : تعريف الخطبة 29
الفرع الأول : تعريف الخطبة لغة..... 29
الفرع الثاني : التعريف الصطلاحي 29
الفرع الثالث : التعريف القانوني..... 29
المطلب الثاني :أدلة مشروعية الخطبة.....30
الفرع الأول : أدلة مشروعية الخطبة.....30

الفرع الثاني : حكم الخطبة..... 31
الفرع الثالث : أنواع الخطبة 32
المطلب الثالث : الحكمة من مشروعية الخطبة.....33
الفرع الأول : فوائد الخطبة.....33
الفرع الثاني : أهمية الخطبة القانونية و الإجتماعية.....34
المطلب الرابع : التكييف القانوني للخطبة و اشكالية اقترانها بالفاتحة..... 34
الفرع الأول : طبيعة الخطبة..... 34
الفرع الثاني : تكييف الخطبة في قانون الأسرة الجزائري.....37
المبحث الثاني : أحكام الخطبة 39
المطلب الأول : من تحرم خطبتها من النساء 39
الفرع الأول : المحرمات من النساء تحريما مؤقتا 39
الفرع الثاني : المحرمات من النساء تحريما مؤبدا..... 47
المطلب الثاني : العلاقة بين الخاطب و
المخطوبة.....52
الفرع الأول :النظر الى المخطوبة 52
الفرع الثاني : شروط النظر للمخطوبة..... 54
المطلب الثالث : آداب الخطبة.....54
الفرع الأول : إستأذان المخطوبة أو وليها.....
54
الفرع الثاني : حكم وطء المخطوبة 55
المطلب الرابع : إنتهاء الخطبة.....56
الفرع الأول : إنتهاء الخطبة بإتفاق الخاطبين..... 56
الفرع الثاني : حلول عارض من عوارض الزواج.....56
الفصل الثاني : العدول عن الخطبة في قانون الأسرة الجزائري..... 57
المبحث الأول :ما هية العدول عن الخطبة 60
المطلب الأول : مفهوم العدول.....60

الفرع الأول : حكم العدول في الشريعةالإسلامية.....60.

الفرع الثاني : حكم العدول في القانون الجزائري.....61
المطلب الثالث : العدول بين الشريعة و القانون.....62
الفرع الأول : مدى جواز العدول عن الخطبة في الفقه الإسلامي.....62
الفرع الثاني : مدى جواز العدول عن الخطبة في القانون الوضعي.....63
المطلب الرابع : أسباب العدول عن الخطبة.....64
المبحث الثاني : الآثار المترتبة عن العدول عن الخطبة.....68
المطلب الأول : آثار العدول عن الخطبة في المهر.....69
الفرع الأول : إسترداد المهر في الشريعة الإسلامية..... 69
الفرع الثاني : إسترداد المهر في القانون الجزائري..... 70
المطلب الثاني : آثار العدول عن الخطبة في الهدايا..... 71
الفرع الأول : إختلاف المذاهب في إسترداد الهدايا.....74
الفرع الثاني : إسترداد الهدايا في قانون الاسرة الجزائري.....74
الفرع الثالث : الإختلاف بين الخاطبين في كون المرسل للمخطوبة هدية أم مهرا.....75
المطلب الثالث : رأي فقهاء الشريعة الإسلامية في مسألة التعويض.....75
الفرع الأول : إختلاف المذاهب في مسألة التعويض.....77
الفرع الثاني : المقدار المحدد عن تعويض الضرر الذي قد يلحق بالمخطوبة في حالة العدول.....80
المطلب الرابع : رأي القانون الجزائري في مسألة التعويض.....81
الفصل الثالث :التعسف في إستعمال حق العدول عن الخطبة في قانون الأسرة الجزائري..... 84
المبحث الأول :التعسف في إستعمال حق العدول..... 87
المطلب الأول : تعريف التعسف..... 87
المطلب الثاني :مظاهر التعسف في العدول عن الخطبة..... 89

مبرر.....89

الفرع الثاني :المذهب القائل بأن العدول عن الخطبة بغير مبرر لا يعد تعسفا في استعمال الحق.....90

المطلب الثالث :معايير التعسف في العدول عن الخطبة.....92
الفرع الأول :تطبيق المعيار الذاتي على العدول عن الخطبة.....92
الفرع الثاني :المعيار المادي.....93

المطلب الرابع :موقف المشرع الجزائري من نظرية التعسف في العدول عن الخطبة.....94
المبحث الثاني :آثار التعسف في إستعمال حق العدول عن الخطبة.....97
المطلب الأول :قيام المسؤولية التقصيرية الناتجة عن التعسف في العدول عن الخطبة.....98
الفرع الأول : أساس المسؤولية التقصيرية الناتجة عن التعسف في العدول عن الخطبة.....98
الفرع الثاني : تراجع فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية التقصيرية.....100
المطلب الثاني :آثار قيام المسؤولية التقصيرية 102
الفرع الأول : دعوى المسؤولية التقصيرية الناتجة عن التعسف في العدول عن الخطبة 102
الفرع الثاني : الإختصاص في دعوى التعسف في العدول عن الخطبة 103
المطلب الثالث:الجزاء المترتب عن المسؤولية التقصيرية.....105
الفرع الأول : حكم المهر و الهدايا 105
الفرع الثاني : التعويض.....109
المطلب الرابع :القانون الواجب التطبيق على مقدمات الزواج الخطبة وأثر العدول عنها في قانون الأسرة الجزائري.....121

الفرع الثاني : إتجاه إعتبراها عقد غير ملزم.....122

الخاتمة.....125

المراجع و المصادر.....129

❖ ***ملخص:***

الخطبة هي الخطوة الأولى و التمهيدية للزواج وهي كما ***عرفها*** الفقهاء هي "طلب التزوج بامرأة معينة خالية من الموانع الشرعية"، وقد نص المشرع الجزائري في المادة الخامسة من قانون الأسرة على أن: "الخطبة وعد بالزواج. يجوز للطرفين العدول عن الخطبة"، وبالتالي فإنه قد اكتفى بتبيان طبيعة الخطبة، بأنها وعد بالزواج، ولم يتطرق إلى تعريفها تاركا ذلك إلى الفقه والخطبة مشروعة من الكتاب و السنة بما أن الخطبة ليست زواجا، و إنما هي وعد بالزواج فإنه يجوز للخاطب أو المخطوبة العدول عنها إذا وجد المبرر الشرعي ، و بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجده يجيز العدول عن الخطبة بنصه في المادة المادة 05 من الأمر 02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 على أن : "الخطبة وعد بالزواج و لكل من الطرفين العدول عنها ". و بذلك فالمشرع أخذ بالمذهب المالكي. و نجد أن هناك أثر للعدول في كل من المهر والهدايا إن العدول حق لكلا الطرفين إلا أّنه إذا استعمل هذا الحق بطريقة تعسفية بأن يكون الهدف من العدول هو الإضرار بالطرف الثاني أو يكون العدول لأسباب غير مشروعة أو يكون الضرر الحاصل من جراء العدول للطرف المعدول عنه أشد وأكبر من الفائدة التي حصل عليها الطرف العادل، تقوم المسؤولية التقصيرية للحد من ظاهرة التعسف في العدول عن الخطبة ولجبر الأضرار الذي أصيب بها الطرف المعدول عنه، سواء كانت أضرار مادية أو معنوية. وتكييف الخطبة يخضع لقانون القاضي المعروض أمامه النزاع.

❖ Résumé :

L'engagement est la première étape et le mariage d'introduction qui est également connu chercheurs sont "demandé à épouser une femme en particulier sans inhibitions de légitimité," Le texte du législateur algérien à l'article V du Code de la famille prévoit que: "le discours a promis de se marier Les parties peuvent renoncer à le sermon,." Et donc il peut simplement en montrant la nature de la mission, elle a promis de se marier, n'a pas abordé la définition de laisser le sermon, Fiqh et légitime du Coran et de la Sunna Comme le sermon est pas un mariage, et il est une promesse de se marier à l'adresse ou la fiancée peut être réversible si trouvé injustifiée légitime, et par référence au Code algérien de la famille se trouve autorise sermon inverse en déclarant dans l'article l'article 05 de l'Ordre 02, en date du 27 Février 2005, que:«L'engagement et promis d'épouser chacune des parties pour renverser." Et prenant ainsi Valmushara doctrine Maliki. Et nous constatons qu'il ya en effet de renverser la totalité de la dot et cadeaux.

Le droit inverse pour les deux parties, mais que, si usé de ce droit de manière arbitraire que l'objectif de l'inverse est le dommage à la deuxième partie ou être inversée pour des raisons autres que légitime ou est les dommages causés à la suite de revers Parti Almtl de lui le plus et le plus grand de l'intérêt gagné par le parti équitable, la responsabilité délictuelle pour réduire le phénomène de la violence dans le sermon et les réparations inverse, qui l'a soutenu Almtl partie, qu'elle soit matérielle ou morale des dommages. Climatisation sermon est soumis à la loi du juge devant lui avant le .