جامعة أكلي محند اولحاج –البويرة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون الخاص

الخطبة بين الشريعة والقانون

مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر في العلوم القانونية

تخصص : قانون الأسرة

إعداد الطالب

شيهب رزقية

إشراف الأستاذ

سعودي عمر

لجنة المناقشة

الأستاذ: قتال حمزة .....رئيسا

الأستاذ: سعودي عمر.....مشرفا و مقررا

الأستاذ : دياب جفال إلياس .....عضوا

تاريخ المناقشة

2015/2014

شكر

الشكر لله أولا وأخيرا الذي وفقني لإتمام هذا البحث المتواضع، ثم من بعده أتقدم بكامل الشكر والامتنان إلى كل من:

- ✓ دعمتني طوال هذا البحث أختي الغالية صمرة .
- ✓ الأستاذ المشرف "سعودي عمر" الذي منحني ثقته وجهده ووقته وتفضل بالإشراف عليّ.
- ✓ الإمام مراد الذي لم يبخل عليّ بتوجيهاته وإرشاداته.
- ✓ أعضاء اللجنة المناقشة كل باسمه الخاص.
- ✓ كل أساتذة كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة البويرة، ولا أنسى كل عمال مكتبة الجامعة.
- ✓ عمال مكتبة جامعة بجاية، و جامعة بومرداس.
- ✓ ولكل من ساعدني من قريب أو بعيد.

إهداء

أهدي عملي هذا إلى:

من غمراني بكريم رعايتهما وعطفهما،إلى من غرسا بذرة النجاح بداخلي
و الصبر على الصعاب والدي العزيز أطال الله في عمره
وإلى والدتي الغالية منبع الحنان أطال الله في عمرها.
وأسأل الله عزوجل أن يحفظهما ما حييت.
إخواني أحمد، زوبير، صفيان، وزوجاتهم وأبنائهم: لويزة، هيثم، لودميلة،
أخواتي نهلة، صمرة، جميلة وزوجها وإبنها يونس.
من ساندني طوال مشواري الدراسي،
وإلى صديقة دربي والتي كانت نعم الأخت"أنيسة".
كل صديقاتي ليلية، سميحة، ليلة، بسمة، كريمة،رندة ،خليجة
مهدية، وإلى كل زملاء الدراسة.

قائمة أهم المختصرات

أولا: باللغة العربية

ص	صفحة
غ.أ.ش	غرفة الأحوال الشخصية
ق.أ.ج	قانون الأسرة الجزائري
ق.م.ج	قانون المدني الجزائري
د.س.ن	دون سنة النشر
د.ب.ن	دون بلد النشر
د.ط	دون طبعة
ج.ر	الجريدة الرسمية
ع	العدد

Principales abréviations

P	page
c.f	cour de français

مقدمة:

نظم الإسلام الزواج[1] وأعطى له مكانة سامية، فقد أحاطه التشريع الحكيم بأحكام تنظم وتضمن للزوجين الاستقرار والسعادة، ولما كان عقد الزواج من أهم العقود التي يجريها الإنسان في حياته، ومن أهم التصرفات ذات الشأن العظيم لميثاق لما اشتمل عليه من تكاليف والتزامات وآثار عديدة إذ سماه الله بالميثاق الغليظ[2]، فقد خص عقد الزواج من بين العقود بأحكام تنظم مقدمته وعلى هذا الأساس لا يقدم أي شخص على إنشاء عقد الزواج إلا بعد تفكير وروية وتعارف[3]، والذي هو من الوسائل المشروعة التي بها تتم معرفة الأشخاص فيما بينهم، ومن هذه الأحكام أن جعل لهذا العقد مقدمات تمهيدية للزواج والمتمثلة في الخِطبة أو الوعد بالزواج.

يرى الكثير من الباحثين في الشريعة والقانون أن الخِطبة تعتبر تقليدا قديما تعود جذوره إلى ما قبل العهد الروماني حيث جعلت قوانين هذا العهد على مرحلتين، الخطبة والزواج[4]،والخِطبة لم يستحدثها الإسلام ولا القوانين الوضعية، إذ أن الخِطبة موجودة في المجتمعات البدائية، وكان يباح للخاطب معاشرة خطيبته معاشرة تصل إلى صورة الحياة الزوجية الكاملة، كما استمر وجودها حتى عند العرب قبل الإسلام.

أقر التشريع الإسلامي القيام بمقدمات تمهيدية للزواج، أو ما يسمى بعادة الخِطبة أو الوعد بالزواج، حتى تنشأ الرابطة الزوجية على دعائم وأسس ثابتة تحقق الراحة والسعادة والصفاء والوئام، فتدوم العشرة ويشيع الحب والوفاق.

تعتبر الخِطبة هي مر حلة متوسطة بين الاختيار وإبرام العقد[5]، فالاختيار يكون على

(1) الزواج: هو عقد بين رجل وامرأة، تحل له شرعا، يفيد حل العشرة بينهما، قال تعالى: {ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجًا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إنّ في ذلك لآيات لقوم يتفكّرون}. سورة الروم الآية 21.

(2) قال تعالى: {وأخذنا منكم ميثاقا غليظا...}، سورة البقرة الآية21.

(3) نسرين شريقي وكمال بوفرورة، قانون الأسرة الجزائري، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2013، ص12.

(4) بلقاسم شتوان، الخِطبة والزواج في الفقه المالكي، دار الفجر للطباعة والنشر، قسنطينة، 2007، ص7.

(5) عيسى حداد، عقد الزواج، دراسة مقارنة، منشورات جامعة باجي مختار، عنابه، 2006، ص10.

أسس بأن تكون من أسرة معروفة بالحسب والنسب[1]، ومن أسرة متدينة، وكذلك أن تكون وَلودا لتحقيق الغرض من الزواج وهو التناسل، ويكون ذلك بالاختيار ورؤية المخطوبة.

تعتبر الخِطبة في الشرع تواعد متبادل بين الرجل والمرأة أو بين من يمثلها في عقد الزواج في المستقبل، وهي الطريقة الوحيدة لتسهيل مهمة معرفة الخاطب للمرأة المخطوبة ليقتنع بها ذاتيا وإعطاء الفرصة للمرأة بالسؤال والتعرف على مواطن الصلاح في المخطوبة ودينها وأخلاقها مما يكون سببا في المضي بعقد الزواج وإتمامه أو التوقف أو العدول عنه بسبب من الأسباب سواء من الخاطب أومن الخطيبة.

تعرف الخطبة عند عامة الناس هي الاتصال الأولي الذي يقوم به أهل الرجل قصد التعرف على المرأة وأهلها وطلب يدها باستعمال ألفاظ متعارف عليها، وقد تتم لمرة أو أكثر إذ غالبا ما يطلب أحد الأطراف مهلة للتفكير وعند حصول الاتفاق بين الطرفين فإن ذلك يعتبر اتفاق وقبول المصاهرة.

تظهر أهمية الخِطبة كونها السبب الرئيسي في الزواج، فلا يتم الزواج بدون موافقة المعنيين وكنظام اجتماعي يؤمن الاستقرار للفرد والمجتمع. وأن الخِطبة وسيلة للتعرف والتعارف لكي يطمئن الطرفان على سلوك وأخلاق وعادات كل منهما، وطريق التعرف سهل ويسير، ويكون بالسؤال والبحث[2]، وكذلك أنها فرصة مناسبة للحديث في الأمور المختلفة المتعلقة بالصداق وما في حكم ذلك.

تُنمي الخطبة روابط المودة والرحمة بين الخاطبين بالتدرج وتقوي من الأمن والاطمئنان النفسي على مستقبل الزواج وتزيل الكثير من عوامل الخوف والقلق التي قد تحدث لاحقا.

يثير موضوع الخطبة عدة إشكالات باعتباره من أهم العقود التي يجريها الإنسان في حياته، كما أن الخطيبين يرتكبون أخطاء لا تعد ولا تحصى عند أكثر الناس، لمجرد أن تقرأ

(1) يقصد بالحسب: شرف الآباء والأقارب، وأن تكون من أهل بيت الدين والصلاح.

(2) بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004 ص45.

الفاتحة يدخل عليهم الخاطب مرارا وتكرار بابنتهم، فتقع المشاكل بين العائلتين فهذا خطأ، كذلك قلة ووعي المسلمين من الأغلاط التي تقع أثناء الخِطبة والخلو بالمخطوبة مما يوقع الناس في مشاكل هم في غنى عنها.

استعمل لدراسة هذا الموضوع المنهج التحليلي والمنهج المقارن، ويظهر المنهج التحليلي من خلال تحليل مختلف النصوص القانونية، والمنهج المقارن يظهر في تحليل الأفكار والآراء والنصوص المتعلقة بالخِطبة مع المقارنة بين القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية.

تعتبر الشريعة الإسلامية مصدرا رئيسيا في وضع القواعد القانونية لتشريع الأحوال الشخصية في الجزائر، **فهل تمكن هذا الأخير من تحقيق تطابق في فهمه للأحكام الشرعية للخطبة أم أنه بالعكس يمكن اعتباره قاصرا في بلورة هذه الأحكام في قالب قانوني وضعي؟**

وللإجابة على هذه الإشكالية قسمنا هذا البحث إلي فصلين، الفصل الأول عالج ماهية الخطبة (الشرع والقانون متطابقان باعتبار الخطبة وعدا بالزواج)، ويتضمن هذا الفصل عدة مباحث ومطالب وفروع، أما الفصل الثاني عالج أحكام الخطبة (القانون على خطى الشرع في سن أحكام الخطبة)، ويتضمن بيان حكم المهر، وحكم الهدايا، وحكم التعويض عن الضرر.

الفصل الأول

ماهية الخِطبة

(الشرع والقانون متطابقان

في اعتبار الخطبة

وعدا بالزواج)

الفصل الأول

ماهية الخِطبة(الشرع والقانون متطابقان في اعتبار الخِطبة وعدا بالزواج)

يمتاز عقد الزواج بالأهمية البالغة لما له من الآثار في حياة الرجل والمرأة على حد سواء، فإنه لا بد أن يكون كلا منهما على بصيرة وعلم بأمر الأخر، والطريق إلى ذلك كله هو الخِطبة والتي هي مرحلة متوسطة بين الاختيار وإبرام عقد الزواج، حتى لا يكون مُعرضا للانهيار، فيما لوتم هذا العقد فجأة دون تمهل وبلا روية أو التعرف على أخلاق الطرف الآخر. مقدمات عقد الزواج أو ما يسمى بالخِطبة أو الوعد بالزواج تنشأ رابطة زوجية على أسس ثابتة تحقق الراحة والصفاء والوئام (المبحث الأول).

جاء الإسلام لينظم هذه المرحلة التي تسبق عقد الزواج، ويكاد يكون للخِطبة أثرا في جميع التشريعات الحديثة مع اختلاف في حكمها وآثارها وشروطها، وللوصول إلى جوهر الاختلاف لابد من مقارنة بعض التشريعات ومواقف الفقهاء بشأن الخطبة، وعلى أساس هذه المقارنة يمكن أن تحدد القيمة القانونية للخطبة (المبحث الثاني).

المبحث الأول

توافق بين الشرع والقانون حول الخِطبة

لم ينظم الشرع الحكيم لكل العقود مقدمات خاصة بها إنما خص عقد الزواج من بين العقود بأحكام تميزه لكونه أخطر عقد لعاقديه[1]، فهو عقد مستمر ينعقد على أساس الدوام إلى نهاية الحياة، ومقدمات عقد الزواج هي ما يسمى بالخِطبة(المطلب الأول)، ولقد أقر لها الشرع شروط لا بد من وجودها لتكون الخِطبة صحيحة وبدون هذه الشروط تكون غير صحيحة (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مفهوم الخِطبة (القانون على خطى الشرع)

يسبق كل عقد مقدمات، وليس أهم من عقد الزواج ولا أبعد منه أثرا في حياة الإنسان، فهو العقد الذي يلتقي به الرجل والمرأة على الوجه المشروع ويكونان أسرة، فكان لا بد من مقدمات لهذا العقد وتسمى هذه المقدمات في لسان الشرع بالخِطبة فلابد من تعريفها(فرع أول)، وكذلك إظهار الحكمة منها (فرع ثاني)، وتبيان أنواع الخطبة والمتمثلة في نوعين (فرع ثالث).

الفرع الأول: الخِطبة فكرة اجتماعية بأهداف متعددة

أبقى الشرع الحكيم على الخِطبة فجعلها من العقود الباقية والدائمة، فوضع لها مقدمات وهي الخِطبة حيث قال تعالى: **{وَلاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ الْنِّسَآءِ}** ولذلك يعرض هذا الفرع إلى تعريف الخِطبة: لغة، اصطلاحا، وقانونا.

أولا: التعريف اللغوي للخِطبة: للخطبة معنيان متباينان:

(1) رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية، د.ط، الإسكندرية، د.س.ن، ص29.

الخِطبة بكسر الخاء في اللغة من خطب المرأة إلى القوم إذ طلب أن يتزوج منهم، ويقال أيضا فلان إختطب المرأة فهو خاطب. والخطبة بضم الخاء تعني الكلام المسجوع والمنثور الذي يخاطب به المتكلم جمعا من الناس لإقناعهم، وجمعها خطب، وأما الخطبة بكسر الخاء تعني طلب النكاح، أختطبوا فلانا أي دعوه يتزوج صاحبتهم[1].

ثانيا: التعريف الاصطلاحي للخِطبة (إستعداد الطرفين لغرض الزواج)

تعتبر الخِطبة في الشرع تواعد متبادل بين الرجل والمرأة أو بين من يمثلها في عقد الزواج في المستقبل.

تعرف الخطبة أيضا أنها طلب الزواج بامرأة معينة خالية من الموانع الشرعية أوهي التماس أو طلب الرجل الزواج من امرأة تحل له شرعا[2].

الخِطبة بكسر الخاء هي التماس الزواج من امرأة معينة، بتوجيه هذا الالتماس إليها وإلى وليها، أوهي طلب الرجل التزوج بامرأة معينة خالية من الموانع الشرعية، وذلك بان يتقدم إليها مباشرة أو إلى أهلها، أو عن طريق أجانب يبعثهم للتفاهم والتفاوض في أمر العقد والمطالب الخاصة بهذا الشأن، فإذا أجيب على طلبه تمت الخِطبة بينهما[3].

- قال الشربيني الخِطبة بكسر الخاء: "**التماس الخاطب النكاح من جهة المخطوبة**".
- قال ابن عابدين: "**الخِطبة بكسر الخاء طلب التزوج**".
- قال محمد أبو زهرة: "**ومقدمات عقد الزواج هي ما يسمى في لسان العرب بالخِطبة وهي طلب الرجل التزوج بامرأة معينة، والتقدم إليها أو إلى ذويها ببيان حاله، ومفاوضتهم في أمر العقد ومطالبه ومطالبهم بشأنه**"[4].

(1) إبن منظور، لسان العرب، باب الخاء، الجزء الثاني، دار لسان العرب، لبنان، ص1194.

(2) نسرين شريقي، وكمال بوفرورة، المرجع السابق، ص12.

(3) بلحاج العربي، المرجع السابق، ص44.

(4) محمد أبو زهرة، محاضرات عقد الزواج وأثاره، دار الفكر العربي، د.ب.ن، د.س.ن، ص35.

- عرفها المالكية: للمالكية تعاريف متعددة منها استدعاء للنكاح و إلتماس التزويج والمحاولة عليه"[1].
- الشافعية: "**إلتماس الخاطب النكاح من جهة المخطوبة**".
- الحنابلة: الخطبة بكسر الخاء خِطبة الرجل المرأة لينكحها، والخطبة هي الحمد لله التشهد.

بالتالي تعرف الخِطبة اصطلاحا"طلب الرجل النكاح من امرأة معينة خالية من الموانع الشرعية[2].

ثالثا: التعريف القانوني للخطبة (الخطبة وعد متبادل وليس زواجا)

عرفت القوانين الوضعية الخاصة بالأحوال الشخصية الخِطبة بتعاريف متقاربة تدور حول معنى واحد أنها وعد بالزواج وليست زواجا.

عرف المشرع الجزائري الخِطبة بأنها وعد بالزواج في المادة الخامسة من قانون الأسرة[3]، ويجوز العدول عنها، كما نص على انه يمكن أن تقترن الخِطبة بالفاتحة أو تسبقها بمدة غير محددة، وعليه فإنه يدخل في حكم الخِطبة قانونا قراءة الفاتحة من أطراف مجلس العقد[4]، وكذلك ما جرت به العادة والعرف من تبادل الهدايا من المادة السادسة[5] من نفس القانون، وبذلك يكون التعريف قد تناول مرحلة ما بعد الموافقة على طلب الزواج، فالخِطبة التزام يرتب

(1) محمد بن عبد الله الخرشي، حاشية الخرشي على مختصر سيدي خليل، الجزء الرابع، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997، ص125.

(2) جميل فخري محمد جانم، مقدمات عقد الزواج، الخِطبة في فقه القانون، دار الحامد للنشر والتوزيع، 2009، ص20. وقد عرفها وهبة الزحيلي بقوله: "الخطبة هي إظهار الرغبة في الزواج بإمرأة معينة ."وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء السابع، دار الفكر، الطبعة الثانية، دمشق، 1985، ص10.

(3) قانون رقم 84-11مؤرخ في 9يونيو1984 يتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم05-02 المؤرخ في 27 فبراير ج.ر، العدد15، لسنة 2005، وتنص المادة 05 منه على أن "الخِطبة وعد بالزواج ويجوز للطرفين العدول عنها".

(4) مجلس العقد: هو المجلس الذي يحضره ولي الزوجة والزوج وجمع من الناس ويتم فيه تحديد الصداق والشهود وكذلك الزوجين.

(5) المادة 6 من قانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو1984، ج.ر، رقم24، لسنة 2004 ، المعدل والمتمم.

حقوق وواجبات لكلا الطرفين لاسيما عند العدول. وكذلك ما ذهب إليه قانون الأحوال الشخصية المغربي في الفصل الثاني منه[1].

عرف قانون الأحوال الشخصية السوداني في المادة السابعة على أن الخِطبة " **وعد بالزواج في المستقبل، ويدخل في حكمها قراءة الفاتحة، وتبادل الهدايا، والجاري به عرف معتبر شرعا**"[2].

نصت مجلة الأحكام العدلية التونسية في الفصل الأول على ما يلي: "**كل من الوعد بالزواج والمواعدة به لا يعتبر زواجا ولا يقضى به**"[3].

جاء في المادة الثالثة من قانون الأحوال الشخصية الأردنية: "**لا ينعقد الزواج بالخِطبة ولا بالوعد، ولا بقراءة الفاتحة، ولا بقبض أي شيء على حساب المهر، ولا بقبل الهدية**"[4].

يظهر من خلال كل هذه التعاريف أن القوانين العربية والإسلامية جاءت بنفس التعريف أن الخِطبة وعد بالزواج.

الفرع الثاني: الخِطبة إجراء أولي لبلوغ أهداف مستقبلية

تظهر الحكمة من الخِطبة أنها مقدمة لعقد الزواج و إظهار وإعلان لأهمية هذا العقد، كما أنها وسيلة لتحقيق مقاصد الزواج، بتوفير أسباب الوفاق ودوام الألفة، لذلك شرعت الشريعة قواعد أساسية ثابتة، يفترض أن تتوافر في الزوجين، يجمعهما قاسم مشترك أعظم هو الدين والخلق لأنه الأساس المتين والركن الأساسي لبناء أسرة صالحة، يكون بصلاحها صلاح للمجتمع . وقد أشارت إلى ذلك السنة النبوية، ونصت عليها صراحة الأحاديث التي أجازت النظر إلى المخطوبة.

تسهيل مهمة تعرف الخاطب على المرأة المخطوبة، وذلك لأنّها الطريقة الحسية المعينة لتكوين الاقتناع الذاتي بالمخطوبة بما يتيح من خلالها الوقوف على ما يروقه من صفاتها

(1) عرف القانون المغربي الخطبة بأنها: "وعد بالزواج، وليست بزواج، ويدخل في حكمها قراءة الفاتحة، وما جرى به العرف والعادة من تبادل الهدايا".

(2) نقلا عن جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص21.

(3) نقلا عن بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص32.

(4) إسماعيل أمين نواهضة، أحمد محمد المومني، الأحوال الشخصية، فقه النكاح، دار الميسرة للنشر، الأردن، 2008، ص40.

وسماتها مما لا يمكن اكتشافها إلا بالرؤية وليس ثمة أبلغ ما يوصل هذا العنصر النفسي والميل القلبي في كل من الزوجين[1].

الحكمة منها أنها طريق لتعرف كل من الخطيبين على الآخر[2]، إذ أنها السبيل الوحيد لدراسة أخلاق وطبائع الطرفين، فتقلل فرص المفاجأة بين الزوجين وتذلل الكثير من العقبات لكن هذا التعرف يكون بالقدر المسموح به شرعا، وهي فرصة للأهل السؤال على أخلاق الخطيب وتدينه وسيرته، وأيضا فرصة للخاطب[3] التعرف على مواطن الصلاح ودينها وسيرتها مما يكون سببا في المضي بإجراء عقد الزواج وإتمامه أو العدول عنه[4].

الغاية كذلك منها تحقيق الاستقرار والسكينة والألفة، بحيث يطمئن كلا منهما للآخر ويحقق الوئام، وأن في هذا الزمان يتعاون الخطيبين في تهيئة البيت الزوجية بما يتفقا ورغبتهما، وكل هذا في مرحلة الخِطبة والذي من شأنه أن يوطد العلاقة الزوجية. ووجود مقدمة عقد الزواج دون غيره من العقود يؤكد أهمية عقد الزواج وأفضليته على بقية العقود الأخرى[5]، وقد ثبتت مشروعية الخِطبة في القرآن والسنة، ففي القرآن ورد قوله تعالى: **((وَلاَ جُنَاحَ عَلَيْكُم فِيْمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ، مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ أَو أَكْنَنْتُمُ فِي أَنْفُسِكُمْ عَلِمَ الله أَنَّكُمْ سَتَذْكُرُونَهُنَّ وَلَكِنْ لَّا تُوَاعِدُهُنَّ سِرًّا إِلاَ أَن تَقُولُوا قَولاً مّعْرُوفًا))** [6].

ثبتت مشروعية الخطبة في السنة، كقوله صلى الله علية وسلم: "**وَلَا يَخْطِبُ الْمَرْءُ عَلى خِطْبَةِ أَخِيهْ**"[7]، وكذلك قوله صلى الله علية وسلم: "**وَلَا يَخْطُبْ بَعْضُكُمْ عَلى خِطْبَةِ أَخِيهِ**"[8].

---

(1) نايف محمود الرجوب، أحكام الخطبة في الفقه الإسلامي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2008، ص55.

(2) ولذلك وجب على من يريد الإقدام على الزواج أن يفكر فلا يخطب إلا بعد دراسة، وله أن يحكم عقله لا مجرد عاطفته لأن الاختيار بالعقل يعني تحقيق التكافؤ بين الطرفين.

(3) عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، الجزء السادس، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1993، ص59.

(4) جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص24.

(5) نايف محمود الرجوب، المرجع السابق، ص60.

(6) سورة البقرة، الآية 235.

(7) رواه مسلم، تحت رقم1413، كتاب النكاح، باب: تحريم الخِطبة على خِطبة أخيه، ص556.

(8) رواه البخاري، تحت رقم5144، كتاب النكاح، باب: لا يخطب على خطبة أخيه حتى يدع، ص1020.

عن ابن عمر -رضي الله عنه- أنه كان يقول نهى النبي ﷺ أن يبيع بعضكم على بيع بعض، ولا يخطب الرجل على خطبة أخيه، حتى يترك الخاطب قبله، أو يأذن له الخاطب. وجه الدلالة من الحديث أن للخاطب الأول حق في المخطوبة، ولا يسقط إلا بإذنه أو بترك الخطبة، وهذا الحق لم يكن ليعتبر لولا مظنة الخطبة التي اعتبرها الشارع ورتب حق للخاطب عليها، وفي هذا دليل على جواز الخطبة واحترام حق الخاطب الأول في خطبته[1].

الفرع الثالث: أنواع الخِطبة بين صريح الكلام ومجازه

للتعبير عن الخِطبة نوعان: التعبير الصريح، التعبير بالتعريض

أولا: الخِطبة بالتصريح

يقصد به أن يعلن الخاطب أومن ينوب عنه للمخطوبة بعبارة قاطعة وهي الإعلان عن الرغبة في عقد القرآن وهذا التعبير لا يدع مجالا للتأويل كقوله للمرأة "**أرغب في الزواج منك أو أريد أن تكوني لي زوجة أو شريكة الحياة**"، لأن الخِطبة ليس لها تعبير خاص أو صيغة معينة، بل كل ما يفهم منه الغرض الذي يريده الخاطب.

ثانيا: الخِطبة بالتعريض

تعني ذكر الخِطبة بلفظ يحتمل معناها كقوله"**إنك على خلق عظيم أو وددت لويسر الله لي زوجة صالحة**"، ويفهم من القرائن أنها تدل على ما يريد من خطبتها. ولذلك لا يجوز فيها تعريضا للمحرمة على الرجل سواء كان التحريم مؤبدا أو مؤقتا، كما لا تجوز خطبة مطلقة الغير طلاقا رجعيا[2]، وتحرم خطبتها تصريحا أو تعريضا، أما المتوفى عنها زوجها فتجوز خطبتها تعريضا باتفاق الفقهاء، أما المعتدة من طلاق بائن اختلف الفقهاء في خطبة التعريض للمعتدة من طلاق بائن.

(1) عبد الناصر توفيق العطار، خطبة النساء في الشريعة الإسلامية للمسلمين وغير المسلمين والتشريعات العربية، د.ط، القاهرة، د.س.ن، ص13.

(2) بلقاسم شتوان، المرجع السابق، ص18.

المطلب الثاني

ضروريات الخطبة (بين ما هو مستحسن وما هو واجب)

تعتبر الخِطبة مقدمة من مقدمات الزواج فلقد أحاطه الشرع بالرعاية في جميع مراحله من وقت التفكير على وقت إنشائه، ولذلك لا بد من وجود شروط لصحة هذه الخِطبة(فرع أول)، ولا بد من الذي يريد الإقدام على الخِطبة أن ينظر إلى من يريد أن يتزوجها وأن ينظر إليها بحدود الشرع (فرع ثاني).

الفرع الأول: شروط كمال الخطبة

وضعت الشريعة الإسلامية شروط يجب إتباعها لتكون الخِطبة صحيحة من اجل الغرض الذي وجدت من اجله، وتتمثل في: شروط مستحسنة إذا لم توجد لا تؤثر في صحة العقد، وشروط واجبة لا بد من وجودها لصحة هذا العقد.

أولا: الشروط المستحسنة: - أن تكون المرأة المخطوبة من النساء المتحليات بخلق الفضيلة والحميدة والمتمسكات بدينهما قال ﷺ:**(تخيروا لنطفكم، فانكحوا الأكفاء، وانكحوا إليهم)** و قال أيضا: **(تُنْكَحُ الْمَرْأَةُ لِأَرْبَعٍ: لِمَالِهَا وَلِحَسَبِهَا[1] وَجَمَالِهَا وَلِدِينِهَا، فَاظْفَرْ بِذَاتِ الدِّينِ[2] تَرِبَتْ يَدَاكَ[3])[4]**.

قال تعالى: **{وَأَنكِحُواْ الأَيَامَى[5] مِنكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وإِيمَآئِكُمْ}**[6].

ووجه الدلالة من الآية أنها لم تشترط في الزوجة سوى الصلاح والدين وحسن الخلق.

---

(1) الحسب: يقصد به شرف الآباء والأقارب، وأن تكون من أهل بيت الدين والصلاح. نقلا عن جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص157.

(2) المراد بذات الدين المرأة العفيفة عن المعاصي المتقربة إلى الله بالطاعات، فلا تخطب المرأة لجمالها أو مالها أو جاهها ويهمل ناحية الخلق والدين، ومن الأفضل أن تكون المرأة مع جمالها متحلية بالخلق الكريم لأن جمال المرأة يعف زوجها.

(3) تربت يداك: أي التصقت بالتراب، وهي كناية عن الفقر وقلة ذات اليد، وقد جرت هذه الكلمة على ألسنة العرب، وهم لا يريدون بها الدعاء على المخاطب، وإنما تأكيد المأمور به، وأن الفقر والإساءة في تركه. ابن منظور، المرجع السابق، ص424.

(4) رواه البخاري، تحت رقم5090، كتاب النكاح، باب الأكفاء في الدين، ص1009.

(5) الأيامى: جمع أيّم، وهي التي لا زوج لها، رجلا كان أو إمرأة، بكرا كانت أو ثيبا.

(6) سورة النور، الآية32.

- أن تكون المخطوبة من غير القريبات للخاطب، لأن الزواج بالقريبة غالبا ما يكون النسل فيه ضعيفا وقيل الزواج من البعيدة فيه نجاح للطفل وقوة لبدنه[1]قال ﷺ: **(اغتربوا لا تضروا)**. وقال كذلك ﷺ: **(تباعدوا تصحوا)** [2].

- أن تكون المخطوبة بكرا[3] ولودا، لأن الأبكار تتوثق بهن الصلات وتدوم معهن العشرة إلا إذا كانت هناك حاجة تدعو إلى الزواج من الثيب[4] كأن يكون الزوج كبير السن، أو يكون عنده أطفال في حاجة إلى امرأة ممن مارست ذلك، قال تعالى: **{إِنَّا أَنْشَأْنَاهُنَّ إِنْشَاءً، فَجَعَلْنَاهُنَّ أَبْكَارًا}**[5].

فعن جابر - رضي الله عنه- قال: تزوجت، فقال لي رسول الله ﷺ: **(مَا تَزَوَّجْتَ؟ فَقُلْتُ: تَزَوَّجْتُ ثَيْبًا.فَقَالَ لِيْ صلى الله عليه وسلّم فَهَلاّ جَارِيَةً تُدَاعِبُهَا وتُدَاعِبُكَ)** [6]والجارية هنا البكر. كما أن الحكمة من الزواج بالبكر يولد المحبة ويقوي جانب الإحصان والعفة. أما التزوج بالمرأة الولود فهو يحقق المقصود من الزواج وهو التناسل ومضاعفة أمة الإسلام، قال صلى الله عليه وسلّم: **(تزوجوا الولود الودود فإني مكاثر بكم الأمم يوم القيامة)**.

- أن يتجنب الخاطب المرأة الفاسدة في أخلاقها (إياكم وخضراء الدمن) وهي المرأة الحسناء في منبت السوء.

- توافر التقارب الاجتماعي والثقافي بين الطرفين لكي لا يكون اختلاف في المستقبل، ويجب أن يختار ذات العقل ويتجنب الحمقاء، وجملة القول لابد أن يكون للخاطبين نفس الوضع الاجتماعي والخلقي والنفسي، وأن يراعي السن فقد يكون السن سببا في انهيار الحياة الزوجية. فكل هذه الشروط تعتبر كآداب وهي مستحسنة لا يؤثر الاستغناء عنها.

---

(1) لقد أثبتت التجارب العلمية أن الزواج بين الأقارب غالبا ما يخلق النسل ضعيفا، حيث تشع الأمراض الخلقية والعضوية، قال ﷺ: "لا تنكحوا القرابة القريبة فإن الولد يخلق ضاويا".

(2) معنى ذلك أقصدوا الغرائب عند تزويجكم حتى لا تضعفوا.

(3) البكر هي التي لم توطأ ولم تفض بكارتها. نقلا عن مصطفى ألعدوي جامع أحكام النساء، الجزء الثالث، دار السنة، المملكة العربية السعودية، 1995، ص207.

(4) الثيب: هي المرأة التي تزوجت ثم عادت إلى بيت أبويها بغير زوج. مصطفى ألعدوي، المرجع نفسه، ص209.

(5) سورة الواقعة الآية 35.

(6) صحيح البخاري تحت رقم5080، كتاب النكاح، باب تزويج الثيبات، ص1008.

ثانيا: الشروط الواجبة للخطبة

فهذه الشروط لا بد من وجودها ولا تصح الخِطبة بدونها وهي تتمثل في شرطين أساسيين:

1- الشرط الأول: أن تكون المخطوبة صالحة للزواج:

بمعنى أن لا يكون هناك ما يمنع التزوج بها في الحال، بأن تكون محرمة عليه على التأبيد كعمته وخالته وأخته نسبا أو رضاعا أو مصاهرة وحينئذ تحرم عليه خطبته، أو تكون محرمة عليه على التأقيت، كأخت امرأته وامرأة غيره أو المعتدة من طلاق، أو الجمع بين الأختين، وكذلك من كانت محرمة بحج أو عمرة . فالخطبة وسيلة إلى الزواج كما هو معلوم والزواج بالمحرمات حرام، والوسيلة إلى الحرام حرام[1]. ألا تكون المعتدة، سواء من طلاق رجعي، وإما معتدة من طلاق بائن، وأما معتدة من وفاة.

1- **المعتدة من طلاق رجعي**: فلا يجوز خِطبتها لا تصريحا ولا تعريضا: لأن الزوجة ما زالت قائمة، وحق الزوج في إرجاعها لا زال قائما بإذنها أو بغير إذنها وبدون حاجة إلى عقد جديد، وله الحق في مراجعتها وقت ما شاء[2] هذا متفق عليه عند العلماء[3].

2- **المعتدة من طلاق بائن**: لا يجوز خِطبتها بالتصريح، سواء كان طلاقها بائنا بينونة صغرى[4] أو بينونة كبرى[5].

(1) بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج على ضوء الكتاب والسنة، دار النفائس، الأردن، 1997، ص38.

(2) محمد بن إبراهيم بن عبد الله التويجري، موسوعة الفقه الإسلامي، الجزء الرابع، د.ب.ن، 2009، ص49.

(3) محمد بن محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج ألى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت، د.س.ن، ص219.

(4) البائن بينونة صغرى، حيث يستطيع الزوج أن يعيد المرأة إلى عصمته مرة أخرى بعقد ومهر جديد برضاها. حسين بن عودة العوايشة، الموسوعة الفقهية الميسرة في فقه الكتاب والسنة المطهرة، الجزء الخامس، دار ابن حزم للنشر والتوزيع، الأردن، 2004، ص318.

(5) البائن بينونة كبرى وهي المطلقة ثلاثا، فلا يجوز الزواج بها لزوجها الأول إلا بعد أن تتزوج من غيره زواجا كاملا بدخول حقيقي ثم يفارقها الزوج الثاني بوفاة أو طلاق.حسين بن عودة العوايشة، المرجع السابق، ص318.

أجمع العلماء على تحريم التصريح بخِطبة المعتدة من طلاق بائن، واختلفوا في خطبتها بالتعريض:

أ- **رأي الجمهور**: جواز الخطبة بالتعريض لعموم الآية **{وَلاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَآءِ}**[1]، وقوله: **{إِلَّاأَن تَقُولُواْ قَوْلاً مَّعْرُوفًا}**. أي لا تواعدهن إلا بالتعريض دون التصريح.

ومن السنة ما قال عن فاطمة بنت قيس رضي الله عنها، أن النبي ﷺ قال لها لما طلقها زوجها ثلاثا: **(إِذَا حَلَلْتِ فَآذْنِينِي)**[2]، وهذا تعريض بخِطبتها في عدتها حيث انقطعت سلطة الزوج عليها.

ب-**رأي الأحناف**: فيرون أنه لا تجوز خطبتها لا تصريحا ولا تعريضا ما دامت العدة باقية لبقاء بعض آثار الزواج.

تمنع الخطبة بالتعريض لكي لا تكذب المرأة في الإخبار بانتهاء عدتها.

3- **المعتدة من وفاة:**

يجوز خطبتها تعريضا[3] لا تصريحا، والأصل في جواز التعريض قوله تعالى: **{وَلاَ جُنَاحَ عَلَيكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ الْنّسَاءِ}**، فإن الآية واردة عن المتوفى عنها زوجها، ومعناه أنه لا إثم ولا وزر عليكم في التعريض بالخطبة في عدة الوفاة كأن يقول: "**إني أريد أن أتزوج، أو وددت أن يتيسر لي إمرأة صالحة ولا يصرح بنكاحها**". التعريض بخطبة المتوفى عنها زوجها جائز ولو كانت حامل لأن الآية أباحت التعريض للمعتدة عدة الوفاة، وحرمت خطبة المتوفى عنها زوجها بطريق التصريح رعاية لحزن المرأة و إحدادها من جانب ومحافظة على

(1) سورة البقرة الآية235.

(2) صحيح مسلم، تحت رقم1480، كتاب الطلاق، باب المطلقة ثلاثا لا نفقة لها، ص599.

(3) محمد بن أحمد الصالح، فقه الأسرة عند الإمام شيخ الإسلام إبن تيمية في الزواج وآثاره، المجلد الأول، المملكة العربية السعودية، 2003، ص151.

شعور أهل الميت وورثته من جانب أخر. ولقد نص المشرع الجزائري في المادتين49 و50[1] من ق أج وبتنسيق هاتين المادتين نستنتج أن المشرع الجزائري لم يأخذ بالطلاق الرجعي وإنما أخذ بالطلاق البائن لأنه في نظره الطلاق لا يتم إلا بحكم قضائي وعندما يتم لا يجوز للزوج أن يراجعها إلا بعقد جديد.

الشرط الثاني: أن لا تكون الفتاة مخطوبة للغير

تتمثل شروط الخطبة في شرط آخر وهو أن لا تكون الفتاة مخطوبة للغير خطبة شرعية، وبذلك يكره الخطبة على خطبة غيره بعد رضاها فهي غير جائزة لقوله ﷺ: **(لا يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى ينكح أو يترك)**. والحكمة من وراء النهي عن الخطبة على الخطبة أن هذا الفعل يورث العداوة والبغضاء[2] ولأن الإسلام دعا إلى الوحدة والوئام ونهى عن كل ما يوجد حقدا أو ضغينة.

ويختلف الحكم الشرعي في الخطبة على الخطبة باختلاف حال المخطوبة من موافقة أو رفض أو تردد، حيث يمكن التمييز بين ثلاث حالات:

1- **الحالة الأولى:** إذا وافقت المخطوبة على الخِطبة وركنت إليه فلا يحق لخاطب أخر أن يتقدم إلى خطبتها وهو يعلم أنها مخطوبة للغير، وهذا استنادا لنهي الرسول ﷺ[3].

2- **الحالة الثانية:** أن ترفض خِطبة الأول وبعد الرفض يجوز تقدم الثاني بالاتفاق، وذلك لأنه لو منع لكان معنى ذلك أن من يخطب لا تجوز خِطبتها مطلقا، وفي ذلك تعطيل لمصلحتها أو إرغام لها على قبول الأول[4].

---

(1) تنص المادة 49 ق.أ.ج من الأمر05-02: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم". والمادة 50 ق.أ.ج من الأمر 05-02والتي تنص: "ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد."

(2) عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، دار النفائس، الأردن، 1997، ص43.

(3) نهى الرسول ﷺ في الحديث النبوي الشريف حيث قال: "لا يخطب الرجل على خِطبة الرجل حتى ينكح أو يترك".صحيح البخاري، رقم الحديث5144، كتاب النكاح، باب لا يخطب على خطبة أخيه حتى يترك أو يدع، ص1020.

(4) عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص68.

أما الدليل على أنها إذا رفضت الأول جاز لغيره التقدم للخِطبة، أن فاطمة بنت قيس ذكرت النبي ﷺ فقال: "**أَمَّا أَبُو جهم فَلاَ يَضَعُ عَصَاهُ عَنْ عَاتِقِهِ، وَأَمَّا مُعَاوِيَة فَصُعْلُوكٌ، لاَ مَالَ لَهُ، انْكَحِي أُسَامَةَ ابْنَ زَيْدٍ**" فَكَرِهْتُهُ ثم قال: "**انْكِحِي أُسَامَةَ"فَنَكَحْتُهُ، فَجَعَلَ الله فِيهِ خَيْرًا وَاغْتَبَطتُ**"[1]

3-الحالة الثالثة: هي التردد بين الرفض والقبول، من غير ميل إلى أحدهما، وهو موضوع خلاف بين الفقهاء، فبعض الفقهاء يقولون: لا يجوز تقدم آخر بالخِطبة، لأن ذلك اعتداء على الأول، إذ يكون ثمة احتمال القبول فتقدم الثاني يقطعه، فقد نهى النبي ﷺ قال: (المُؤْمِنُ أَخُو المُؤْمِنِ، فَلاَ يَحِلُّ لِلْمُؤْمِنِ أَنْ يَبْتَاعَ عَلَى بَيْعِ أَخِيهِ، وَلاَ يَخْطُبُ عَلَى خِطْبَةِ أَخِيهِ حَتَّى يَذَرَ)[2].

يقول البعض الآخر أنه يجوز أن يتقدم الثاني، لأن السكوت معنى الرفض الضمني لأن خِطبة الأول مع التردد لم تتم فكان الحال الرفض، ولأنه مع التردد لم يثبت له حق حتى يكون ثمة اعتداء عليه، فإن غضب فبغير حق[3].

نشير هنا إلى أنه في حال خطب رجل على خِطبة أخيه، وتم العقد فإن حكم هذا الأخير مختلف على ثلاثة أقوال في الفقه:

1- قال الظاهرية: <<لا يصح العقد لظاهر النهي في الحديث، ولا يمكن أن ينهى الشارع عن أمر ويعترف بصحته وصحة العقود تقوم على ترتيب الشرع لأثارها، وبذلك فإن العقد في هذه الحالة باطل يجب فسخه مطلقا سواء دخل بها أولم يدخل بها>>[4].

2- **رأي المالكية:** للمالكية في هذا العقد ثلاثة أقوال:

(1) حديث نبوي شريف، صحيح مسلم، تحت رقم1480، كتاب الطلاق، باب المطلقة ثلاثا لا نفقة لها، ص596.

(2) حديث نبوي شريف، صحيح مسلم، تحت رقم1413، كتاب النكاح، باب تحريم الخِطبة على خِطبة أخيه حتى يأذن أو يترك، ص557.

(3) إسماعيل أمين نواهضة، أحمد محمد المومني، المرجع السابق، ص45.

(4) طاهر حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، 2009، ص12.

أ- أن العقد باطل يجب فسخه سواء دخل بها أولم يدخل وهذا الرأي يوافق مذهب الظاهرية.
ب- أن العقد صحيح لا يفسخ مطلقا، وهذا الرأي يوافق مذهب جمهورا لفقهاء.
ج- أن العقد يفسخ إن لم يكن الزوج قد دخل بالمرأة ولا يفسخ إذا دخل بها[1].

3- رأي الحنفية والشافعية والجعفرية على أنها لا تؤثر في العقد قضاءا، أي أن القاضي لا يحكم بنسخه وينفذه إنما أثرها ديني فقط[2].

الرأي الراجح: هو رأي جمهور الفقهاء وقد أخذت به أغلب التشريعات العربية، إذ ذهبوا إلى صحة الزواج بعد الخِطبة المحرمة لأنها ليست شرطا لصحة الزواج وركنا من أركانه، وإنما يقع الزواج صحيحا على الرغم من الخِطبة المحرمة إلا أن الإثم ديانة يلحق الرجل والمرأة لمخالفتهما أمر الرسول ﷺ[3].

يجوز للمرأة أن تخطب الرجل، كما يجوز لوليها أن يعرض تزويجها على الرجل الصالح بل يستحب للمرأة أن تخطب أهل الفضل من الرجال كما فعلت المرأة التي وهبت نفسها للرسول ﷺ فلم ينكر ذلك عليها وإنما زوجها لأحد أصحابه، كما يستحب لوليها خطبة أهل الفضل من الرجال كما فعل عمر بن الخطاب-رضي الله عنه- عندما عرض ابنته حفصة -رضي الله عنها- على عثمان بن عفان -رضي الله عنه- فلما امتنع عرضها على أبى بكر الصديق- رضي الله عنه- فامتنع عن خطبتها أيضا وذلك لعلمهما أن الرسول ﷺ قد ذكرها، ثم خطبها الرسول ﷺ فتزوجها[4].

ومن الأدلة الدالة على تحريم خطبة المرأة على المرأة:

أ- النهي الوارد في الأحاديث النبوية الشريفة أن يخطب الرجل على خطبة أخيه يستدل به ويقاس عليه.

(1) محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، دار الجامعية للطباعة، الإسكندرية، دون سنة نشر، ص45.
(2) طاهر حسين، المرجع السابق، ص12.
(3) محمد كمال الدين إمام، المرجع نفسه، ص45.
(4) صحيح بخاري، تحت رقم5122، كتاب النكاح، باب عرض الإنسان ابنته أو أخته على أهل الخير، ص1015.

ب-عن أبي هريرة -رضي الله عنه- عن النبي ﷺ: **(لاَ يَخْطُبُ الرَّجُلُ عَلَى خِطْبَةِ أَخِيهِ، وَلاَ يَسُومُ عَلَى سُوْمِ أَخِيهِ، وَلاَ تُنْكَحُ المَرْأَةُ عَلَى عمَّتِهَا وَلاَ عَلَى خَالَتِهَا، وَلاَ تَسْأَلُ المَرْأَةُ طَلاَقَ أُخْتِهَا لِتَكْتَفِئَ صَحْفَتَهَا)** [1].

وجه الدلالة من الحديث أنه ينهى المرأة أن تسأل الرجل طلاق زوجته لتحل محلها.

الفرع الثاني: النظر إلى المخطوبة

أباحت الشريعة الإسلامية للخاطب النظر إلى من يريد الزواج منها ليكون على علم بخلق الطرف الآخر، وتكوينه الجسمي، لتصبح الرغبة فيها ويطمئن الخاطب إلى التزوج منها، ولا يتم ذلك إلا بالرؤية ولأن الزواج الذي يتم من غير رؤية قد لا يكلل بالنجاح.

أولا: **مشروعية النظر إلى المخطوبة**

نصت الشريعة الإسلامية في كل من القرآن والسنة على مشروعية النظر إلى المخطوبة

1- من الكتاب:

- قال تعالى: **{لاَ يَحِلُّ لَكَ النِّسَاءُ مِنْ بَعْدُ وَلاَ أَنْ تَّبَدّلَ بِهِنَّ مِنْ أَزْوَاجٍ ولَو أَعْجَبَكَ حُسْنُهُنَّ}**[2] والحسن لا يعرف إلا بعد رؤيتهن.

- وقال أيضا: **{قُلْ لِلمُؤْمِنِينَ يَغُضُّواْ مِنْ أَبْصَارِهِمْ ويَحْفَظُوا فُرُوجَهُمْ ذَلِكَ أَزْكَى لَهُمْ إِنَّ الله خَبَيرُ بَما يَصْنَعُون}**[3].

2- من السنة:

-حديث أبي هريرة -رضي الله عنه- قال: كنت عند النبي ﷺ فأتاه رجل فأخبره أنه تزوج إمرأة من الأنصار فقال له رسول الله ﷺ: **"أَنَظَرْتَ إِلَيْهَا؟ قَالَ:**

(1) حديث نبوي شريف، صحيح مسلم، تحت رقم1408، كتاب النكاح، باب تحريم الجمع بين المرأة وعمتها، ص554.

(2) سورة الأحزاب الآية 52.

(3) سورة النور الآية 30.

"**لا**"، قال: "**فَاذْهَبْ فَأَنْظُرْ إِلَيْهَا، فَإِنَّ فِي أَعْيُنِ الأَنْصَارِ شَيْئًا**"[1] يعني ضيقاً.

- حديث عائشة رضي الله عنها قالت: قال لي رسول الله ﷺ: "**أُرِيْتُكَ فِيْ المنام مَرَّتَيْنِ، إِذَا رَجُلُ يَحْمِلُكِ فِي سَرِقَةَ من حَرِيرٍ، فيقول لي: هَذِهِ امْرَأَتُكَ، فَاكْشِفُهَا فَإِذَا هِيَ أَنْتِ، فَأَقُوْلُ: إِنْ يَكُنْ هَذَا مِنْ عِنْدِ اللهِ يُمْضِهِ**"[2]. والحكمة من مشروعية النظر إلى المخطوبة أن يحصل له اطمئنان النفس إلى الإقدام على الزواج منها، وهذا يؤدي إلى دوام العشرة، بخلاف إذا لم يرها حتى عقد عليها، فإنه ربما أن يفاجأ بما لا يناسبه فتجفوها نفسه.

ثانيا: قدر الإباحة من النظر

لا خلاف بين أهل العلم القائلين بمشروعية النظر إلى المخطوبة في جواز النظر إلى الوجه والكفين، ثم اختلفوا في القدر الذي يباح النظر إليه فوق ذلك على أربعة أقوال:

القول الأول: ذهب المالكية والشافعية إلى جواز رؤية الوجه والكفين[3] ظاهرا أو باطنا لأن الوجه ليس بعورة ويدل على الجمال فهو مجمع المحاسن وموضع النظر كما أنه المعبر عن سمات المرأة، والكفين يدلان على النعومة وامتلاء الجسم وعلى خصب البدن، ولأنهما عادة لا يباح له النظر إلى ما لا يظهر عادة[4].

القول الثاني: ذهب الحنفية إلى جواز رؤية الوجه والكفين والقدمين[5].

القول الثالث: أجاز الحنابلة النظر إلى ما يظهر عند القيام بالأعمال وهي ستة أعضاء: الوجه والرقبة واليد والقدم والرأس والساق، لأن الحاجة داعية إلى ذلك[6]. وهو الصحيح في مذهب

(1) حديث نبوي شريف صحيح مسلم، تحت رقم 1424، كتاب النكاح، باب النظر إلى وجه المرأة وكفيها لمن يريد تزوجها، ص560.

(2) حديث نبوي شريف صحيح البخاري، تحت رقم 5078، كتاب النكاح، باب نكاح الأبكار، ص1007.

(3) أبو زكريا يحي بن شرف النووي، المكتب الإسلامي، بيروت، د.س.ن.

(4) محمود المصري أبو عمار، الزواج الإسلامي السعيد، مكتبة الصفا، القاهرة، 2006، ص286.

(5) محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد، دار الكتب العلمية، بيروت، د.س.ن.

(6) عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، 2007، ص40.

الحنابلة، مثل قوله ﷺ: "انظر إليها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما"[1]، أي يصلح الزواج وتكون به الألفة والوفاق وتدوم الصحبة، وتستمر العشرة.

القول الرابع: يجوز النظر إلى جميع البدن ما عاد العورة المغلظة، شريطة ألا تتعرى من اجل ذلك بأن ينظر إليها من شباك وهي في الحمام.

ثالثا: وقت النظر إلى المخطوبة:

- ينبغي أن يكون نظر الخاطب إلى المرأة قبل الخطبة[2] وأن تكون خفية بغير علم المرأة أو ذويها، مراعاة بكرامة المرأة وأسرتها، فعن جابر قال: "خطبت إمرأة فكنت أتخبأ لها حتى رأيت منها ما دعاني إلى نكاحها فتزوجتها.
- يجوز نظر وجه الزوجة وكفيها خاصة بعد العقد، ليعلم حقيقة أمرها بعلم منها أومن وليها ويكره استغفالها، والنظر يكون بنفسه، فإن لم يتيسر له النظر بعث امرأة تتأملها وتصفها له لأن الرسول ﷺ بعث أم سليم إلى إمرأة وقال (انظري عرقوبيها شمي عوارضها).

يتساوى الرجل والمرأة في حكم النظر، فللمخطوبة أن تنظر إلى خاطبها، بل هي أولى منه بالنظر لأنه يعجبها منه ما يعجبه منها[3]، ولهذا قال عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- (لا تزوجوا بناتكم من الرجل الدميم فإنه يعجبهن منه ما يعجبه منهن). ويفهم من كل هذا أن الشرع لم يمنع اجتماع الخاطب بمخطوبته والجلوس إليها والتحدث معها بل يجوز له تكرار النظر، وأن يتأمل محاسنها إذا أمن الشهوة والفتنة، والتكرار ليتبين هيئتها وذلك بشرط أن يوجد معهما محرم من محارمها فيستطيع أن يقف كل واحد منهما على أوصاف الطرف الآخر، لما روى أبو الدرداء -رضي الله عنه- أن النبي صلى الله عليه وسلّم قال: **(إذا قذف الله في قلب امرئ خطبة امرأة فلا بأس أن يتأمل محاسن وجهها)**. ولا يمكنه ذلك إلا بتكرار النظر.

(1) أي يصلح الزواج وتكون به الألفة والوفاق وتدوم الصحبة وتستمر العشرة.

(2) محمد بن أحمد الصالح، المرجع السابق، ص142.

(3) بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص44.

اتفق الفقهاء على أن رؤية الخاطب لمخطوبته لا تكون في خلوة، لأن الخلوة بين الرجل والمرأة حرام ولم يرد من الشارع ما يبيحها، ولا تجوز الخلوة بها على انفراد[1] إلا إذا كان معها محرم لها كأبيها أو أخيها أو عمها[2] سدا للذرائع.فقد قال النبي صلى الله عليه وسلّم قال: **(لا يخلونَّ رجل بإمرأة فإن ثالثهما الشيطان).**

طبقا لحديث النبي صلى الله عليه وسلّم الذي نهى عن الخلوة بالأجنبية واستثنى من ذلك حالة وجود محرم معها فقال: **(لا يخلو رجل بإمرأة إلا مع ذي محرم، فقال رجل يا رسول الله امرأتي خرجت حاجة، واكتئبت في غزوة كذا وكذا، قال: إرجع فحج مع امرأتك)** [3]. إذ لا بأس من نظر المرأة المخطوبة إلى خطيبها خلسة دون علمه أو دون إذن منه، لكن دون خلوة معه.

إن الإسلام عندما حرم الخلوة بالأجنبية كان قصده حفظ كرامة المرأة وشرفها ولمنع مقالة السوء عنها. والفتاة التي تسمح باللقاء مع شاب في الحدائق ودور الملاهي والجامعات هي فتاة لا تقيم للأخلاق وزنا أو للدين معيارا، فإن هذه الفتاة بتساهلها قد تركت مجال للتشكك في سمعتها وسمعة أهلها والشك في عفتها وشرفها[4].

يعتبر الموقف الذي اتخذه الإسلام في ما يخص نظر كل من الخاطبين لصاحبه بحضور أحد محارم المخطوبة، وتحريم الخلوة بالمخطوبة[5] إلا بوجود محرم هو الموقف الحكيم والمعقول، لأن الطريق الأمثل في التعرف على الخطيبة يكون بالنظر إليها بالقدر الذي أباحته الشريعة، ويضاف إلى ذلك السؤال على الأخلاق والطبائع والعادات السليمة والاعتماد على خبر الثقات، فهذا يؤدي إلى معرفة المرأة والكشف عن حقيقتها، وبهذا يكون الخاطب على بينة من أمره.

---

(1) أحمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية في الإسلام، دار المعارف، القاهرة، 1985، ص11.

(2) محمد زيد الأنباني، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، الجزء الأول، مطبعة علي سكر احمد، الطبعة الثانية، مصر 1329 هجري، ص08 .

(3) صحيح البخاري، تحت رقم 5233، كتاب النكاح، باب لا يخلوّن رجل بإمرأة إلا ذو محرم، والدخول على المغيبة، ص1035.

(4) أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2004، ص50.

(5) هذه الخلوّة لا تأمن مغبتها، وعاقبتها قد تكون وخيمة، فقد يقعان في الحرام وقد يغير الخاطب رأيه في مخطوبته لأن فترة الخِطبة قد تكون فترة خداع وتظليل.

المبحث الثاني

طبيعة الخِطبة وإشكالية اقترانها بالفاتحة

تكتمل الخِطبة إذا استوفت شرائطها اللازمة، ووافقت المخطوبة أومن له حق الموافقة وركن الخاطبين إلى بعضهما البعض، فلا تعتبر هذه الخِطبة زواجا ولا يترتب عليها أحكام الزواج لأنها مجرد وعد بالزواج ومقدمة من مقدماته، وهذا ما أكدته الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي من حيث تكييف الخطبة (مطلب أول)، وتعد مسألة اقتران الخطبة بالفاتحة من بين المسائل التي ثار فيها الخلاف إذ تعتبر زواج إذا تمت بمجلس العقد(مطلب ثاني).

المطلب الأول

التكييف الشرعي والقانوني للخِطبة

تعتبر الشريعة الإسلامية الخطبة وعدا بالزواج وليست عقدا[1]، وإن تمت باتفاق الطرفين. وتستمد الخِطبة طبيعتها في الفقه الإسلامي من معناها اللغوي والاصطلاحي، فالخِطبة هي طلب أو إلتماس الرجل الزواج بالمرأة، وما يمكن الإشارة إليه أن الخِطبة هو تواعد بالزواج، ليس لها الصبغة الإلزامية إذ يجوز العدول عنها.

الفرع الأول: التكييف الشرعي للخِطبة:

يجمع الفقه الإسلامي قديمه وحديثه على أن الخِطبة ليست سوى وعدا[2] غير ملزم بالزواج، والخِطبة في تكييفها هذا لم تكن في يوم من الأيام، وخلال مسيرة الفقه عبر السينين الطويلة موضع شك أو تساءل أو استفهام .

(1) محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، ص34.

(2) الوعد هو الإخبار، بصيغة باتّة لا إرجاء فيها ولا تأخير، عن إنشاء المميز شيئا في المستقبل.

أولا: الخطبة وعد غير ملزم

تعتبر الخطبة اتفاقا وعدا غير ملزم، ولذلك فإن الوعد بالعقد[1] غير ملزم عند جمهور الفقهاء، كما يمكن استنباط طبيعة الخِطبة من قولة ﷺ: "**ولا يخطب على خِطبة أخِيه، إلا أن يأذن له** "[2]. وكما نعلم فالإلزام يكون بوجود عقد لا في التمهيد له، وعليه فإنه ما دام لم يتفق نهائيا بين الطرفين، يمكن لكل واحد من الطرفبن العدول عنها لأنها غير ملزمة على الإطلاق ولهذا قال الفقهاء: "**الجواز ينافي الضمان**"فلو عدل الخاطب عن الخطبة فلا مسؤولية عليه، ما لم يتعسف في استعمال هذا الحق[3].

يجمع الفقهاء المعاصرون على أن الخِطبة ليست إلا تمهيدا للزواج أووعدا به، ومنهم الشيخ محمد أبي زهرة الذي يرى أن الخِطبة ليست عقدا قد التزم فيه طرفاه التزامات لها قوة الإلزام، ولكن أقصى ما تؤديه الخِطبة إذا تمت أن تكون وعدا بعقد وليس بعقد قوة إلزام عند جمهور الفقهاء خلافا لمالك في بعض أقواله[4].

يرى الدكتور وهبة الزحيلي أن الخطبة هي إظهار الرغبة في الزواج بامرأة معينة، وأن الخطبة مجرد وعد بالزواج وليست زواجا، فإن الزواج لا يتم إلا بانعقاد العقد المعروف[5].

كما أن أثار العدول عن الخطبة المتعلقة بالمهر والهدايا المقدمة وجواز استردادهما دليل على أن الخطبة ليست عقدا ولا ترقى لمرتبة الإلزام لان العدول ليس ممنوعا بذاته.

يؤكد الدكتور مصطفى شلبي بأن: "**الخِطبة لا تخرج عن كونها وعدا بالزواج، والوعد ليس عقدا فلا يكون ملزما كالعقد فيصح لكن من الطرفين أن يعدل عنها بفسخها**"[6].

---

(1) والوعد بالعقد هو التزام من طرف واحد.

(2)صحيح البخاري، تحت رقم1412، باب تحريم الخطبة على خطبة أخيه حتى يأذن أو يترك، ص556.

(3) أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري، طبقا لأحدث التعديلات، دراسة فقهية ونقدية ومقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010، ص30.

(4) محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص34.

(5) وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص10.

(6) مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السينية والمذهب الجعفري والقانون، ، دار الجامعية، الطبعة الرابعة، د.ب.ن، 1983، ص82.

ذكر الدكتور أحمد حسين فراج أن"**الخِطبة هي اتفاق رضائي يتم بإيجاب وقبول ويصدر عن أهل له ويتعلق هذا الاتفاق بوعد عقد الزواج، أنها ليست عقدا يلتزم فيه الطرفان بالتزامات لها قوة الإلزام... والخِطبة وعد غير ملزِم بعقد الزواج**"[1]. وبذلك فإن الخطبة تكون برضا الطرفين وأنها وعد غير ملزم.

كما لا نعدم من يقول، أن الخطبة ليست وعدا بالزواج إنما هي مجرد طلب[2]، وهو طلب الرجل الزواج من فتاة معينة تحل له شرعا، فهذا الطلب يعد وعد بالزواج .

ثانيا: الخِطبة وعد ملزِم:

يعتبر الوعد أو العهد عبارة عما يلتزم به المرء للأخر، وقد ورد ذكر العهد في القرآن والسنة وهو ما يعاهد به الناس بعضهم بعضا، وفي معنى العهود والعقود ويذهب عدد من الفقهاء إلى اعتبار الخِطبة وعد ملزم بالزواج وواجب الوفاء به، وهذا ما حثت عليه الشريعة الإسلامية الإلزام بالوفاء بالوعد. قال تعالى: **{وَاذْكُرْ فِي الْكِتَابِ إِسْمَاعِيلَ إِنَّهُ كَانَ صَادِقَ الْوَعْدِ وكَانَ رَسُولاً نَّبِيَا}**[3]. وهذا دليل على أن الوعد ملزِم ويجب الوفاء به.

لا يكون نقض الخِطبة نقضا لعقد الزواج، إنما مجرد خلف للوعد ويترتب عليه معصية نقض الوعد لقوله تعالى: **{وَأَوْفُوْاْ بِالْعَهْدِ إِنَّ العَهْدَ كَانَ مَسَؤُوَلاً}**[4].

مثلما حضت الأحاديث الشريفة على ذم الإخلاف بالوعد، في مثل قوله ﷺ: "**آية المنافق ثلاث، إذا حدث كذب، وإذا وعد أخلف، وإذا أؤتمن خان**"[5].وقال النبي ﷺ: **(أربع من كن فيه كان منافقا خالصا، ومن كانت فيه خصلة منه كانت فيه خصلة من النفاق حتى يدعها: إذا ائتمن خان وإذا حدث كذب وإذا عاهد غدر وإذا خاصم فجر)** [6].

(1) أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص68.

(2) عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص5.

(3) سورة مريم، الآية 54.

(4) سورة الإسراء، الآية34.

(5) صحيح البخاري، تحت رقم 33، كتاب الإيمان، باب علامة المنافق، ص30.

(6) صحيح البخاري، تحت رقم 34، كتاب الإيمان، باب علامة المنافق، ص30.

وبذلك لا يجوز الإخلاف بالوعود والعهود في حق المؤمن الصادق، لأن ذلك من صفات المنافقين وأن الإخلاف بالوعد فيه حرج إلا إذا تعذر الوفاء به.

الفرع الثاني: التكييف القانوني للخِطبة

تعتبر الخِطبة وسيلة أو أداة تمهيد لعقد الزواج، ولا ترقى لمرتبة العقد، وليست لها الصبغة الإلزامية حيث لا تزيد عن كونها التزاما أدبيا لا غير[1]. لقد كيفت المادة الخامسة من قانون الأسرة الجزائري على أن الخِطبة وعد بالزواج ويجوز للطرفين العدول عنها. وهذا النص حدد الطبيعة القانونية للخِطبة أنها وعد بالزواج من جهة، واعتبر هذا الوعد غير ملزِم من جهة أخرى، لأنه أجاز لكلا الطرفين العدول عنها.

تعد الخِطبة من الناحية القانونية كالناحية الشرعية فهي لا تعدو أن تكون وسيلة للتعرف وفق أحكام الشرع. إذن فالإيجاب والقبول[2] اللذان تمت بهما الخِطبة ما هو إلا إجراء تمهيدي ووعد بزواج لاحق، ومنه لا يمكن أن نلزِم أحد الطرفين أن يتزوج بالطرف الأخر حتى ولو كانت الخِطبة قائمة، وبمعنى أدق فالوفاء بهذا الوعد يقضي أن يمضي عقد الزواج على شخص غير راض به وهذا يتنافى مع النظام العام[3]، وكذلك مع حرية الأشخاص في التزوج ومن ثم فإنه لا يجوز للقاضي أن يجبر أحد الطرفين على الزواج بعقد غير راض به، إلا أنه ينبغي الإشارة إلى أن الخِطبة وإن كانت وعد بإبرام عقد الزواج، فلا تطبق عليها أحكام المادة 72 من القانون المدني الجزائري باعتباره الشريعة العامة[4]، فالخطبة ذو طبيعة خاصة من

(1) محمد محدة، الخِطبة والزواج، الجزء الأول، دار الشهاب، الطبعة الثانية، الجزائر، 2000، ص45.

(2) الإيجاب: ما يصدر أولا من أحد المتعاقدين يريد به إنشاء الارتباط وإيجاده.أما القبول: هو ما يصدر ثانيا من العاقد الثاني يريد به الموافقة على ذلك.

(3) توفيق حسن فرج، الطبيعة القانونية للخطبة، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة، 1963، ص95.

(4) الأمر رقم75-58المؤرخ في20 رمضان1395هـ، الموافق لـ 26 سبتمبر1975 المتضمن القانون المدني، ج.ر، عدد78، لسنة 1975 المعدل والمتمم، إذ تنص المادة 72ق.م.ج: "إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقضاه المتعاقد الأخر طالبا تنفيذ الوعد، وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة، قام الحكم مقام العقد".

حيث الشروط، ومن حيث الآثار[1]، فهي ليست عقد ملزم وأجاز لكلا الطرفين العدول عنها، وفي القانون المدني فإن الوعد بالتعاقد ملزِم للواعد لأنه من العقود الشكلية.

وهذه الطبيعة غير الإلزامية، قد نصت عليها أغلب القوانين العربية على أن الخطبة وعد بالزواج وهو ما نجده في مدونة الأسرة المغربية الصادرة سنة2004، فقد نصت في مادتها الخامسة على أن " **الخِطبة تواعد رجل وامرأة على الزواج. تتحقق الخِطبة بتعبير طرفيها بأي وسيلة متعارف عليها تفيد التواعد على الزواج ويدخل في حكمها قراءة الفاتحة وما جرت به العادة والعرف من تبادل الهدايا**".

أما قانون الأحوال الشخصية السوري فقد نص في مادته الثانية بأن "**الخِطبة والوعد بالزواج وقراءة الفاتحة وقبض المهر وقبول الهدية لا تكون زواجا**".

وأما نص المادة الثالثة من نفس القانون، فقد جاء كما يلي: "**لكل من الخاطب والمخطوبة العدول عن الخِطبة**".

كما نصت مجلة الأحكام العدلية والتونسية في الفصل الأول على ما يلي: "**كل من الوعد بالزواج والمواعدة به لا يعتبر زواجا ولا يقضى به**"[2].

وهو ما نجده أيضا في كل القوانين الغربية على أن الوعد بالزواج لا يعتبر زواجا، وإن كانت أكثرها تذهب إلى التعويض في حالة العدول.

وأما السكوت المشرع الفرنسي وعدم تعرضه لمسألة طبيعة الخِطبة، فقد قرر أغلب فقهاء القانون المدني في فرنسا على أن أسس الزواج هي الرضا والاختيار والحرية التامة وان الخطبة هي مقدمة من مقدمات الزواج، وليست لها قوة العقد وتخضع لمبدأ الرضائية والحرية التامة، وهو ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية بقولها: "**الخطبة لا تلزم بالزواج، ومثلها الوعد به،**

(1) الغوثي بن مالحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 2005، ص21 .

(2) المادة الخامسة من مدونة الأسرة المغربية، والمادة الثانية والثالثة من القانون السوري والمادة الثانية من مجلة الأحكام العدلية والتونسية، نقلا عن بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، ص 31-32.

وقبول وتبادل الهدايا"[1]. أما حكم الأخلاق فلا ينبغي للإنسان أن ينقض وعده ويرجع في عزمه إلا إذا كانت ثمة ضرورة. وكذلك ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر في30 ماي 1838 بقولها:(عدم تنفيذ الوعد بالزواج لا يسبب في حد ذاته الحكم بالتعويض لأن في ذلك اعتداء غير مباشر على حرية الزواج وللقاضي الفرنسي ألا يرتب أي مسؤولية على العدول). اللهم إلا إذا اقترنت بالعدول أفعال مستقلة استقلالا تاما ترتب عليه ضرر للطرف الآخر ابتدءا من ذلك استقر القضاء الفرنسي على أن الخطبة هي وعد بالزواج.

أما بالنسبة للقانون المصري فلم يتضح موقفه من طبيعة الخِطبة، غير أن القضاء هناك استقر على اعتبار الخِطبة ليست إلا تمهيدا لعقد الزواج وأنها ليست بعقد ملزم[2]، إذ يمكن لكل منهما أن يعدل عنه في أي وقت شاء، خصوصا وانه يجب في هذا العقد أن يتوافر للمتعاقدين كامل الحرية في مباشرته.

واضح من خلال كل هذه النصوص بأن الطبيعة القانونية للخِطبة هي وعد بالزواج غير ملزِم، أي يجوز العدول عنها دون قيد أو شرط[3] .

المطلب الثاني

إشكالية اقتران الخِطبة بالفاتحة

تعد الفاتحة السورة المعروفة في القرآن العظيم، لذلك جرى العرف على أن تطلق هذه التسمية على كلمات التبرك التي تتلو الفاتحة، بعد الاتفاق التمهيدي -الخِطبة - وقراءتها تعني الإعلان عن حصول الاتفاق بين الطرفين على أنهما قد اتفقا مبدئيا عازمين على إبرام عقد الزواج (فرع أول)، وقد تقترن هذه الفاتحة بالخِطبة بمجلس واحد وهنا يثار الإشكال أنها خطبة أو أنها زواج (فرع ثاني).

---

(1)CF .Planiol Michel, et Gripert, traite pratique de droit civil français, 2eme édition par rousat, p69.

(2) بن زيطة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة، دار الخلدونية، الطبعة الأولى، الجزائر، 2007، ص81.

(3) بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 32 .

الفرع الأول: المقصود بالفاتحة

كما سبق أن قلنا في الخِطبة تجري عملية تعارف بين عائلتين، يختلف شكلها من منطقة لأخرى. وتختلف الخِطبة عن الفاتحة في مفهوم شعبنا الجزائري من حيث أنها هي عبارة عن مجلس أو اجتماع يحضره عادة أولياء الزوج والزوجة أومن يمثلها شرعا وقانونا. كما يحضره جمع من الناس من أقارب وأصدقاء الخطيبين ويقع فيه إبرام عقد زواج شفهي، بعد تعريف الخاطب والمخطوبة، وتحديد الصداق، وينتهي بقراءة سورة الفاتحة قراءة متبوعة بالدعاء للعروسين بالسعادة والهناء[1]، وتعتبر الصيغة التي يتم بها الاتفاق صيغة لابد من وجودها عند قراءة الفاتحة[2]، وعندما يقال فلانة قرئت عليها الفاتحة وليس المقصود منها هو ما يقرأ للتبرك[3].

إن الفاتحة بتقديمها أو تأخيرها عن مجلس الخِطبة لا يغير القيمة القانونية للوعد بالزواج أي الخِطبة، لانه يعتبر زواج شفهي وفقا للشريعة الاسلامية، فيه رضا المتعاقدين اللذان يمثلان الزوج والزوجة وبحضور الولي والشهود فهو زواج صحيح من الناحية الدينية، ذلك لأن المشرع الجزائري قد أخضع أثار الفاتحة إلى نص المادة 6ق.أ [4]، بمعنى أن الفاتحة والخطبة لهما على السواء حكم واحد. وهو أن كل منهما يعتبر قانونا وعد بالزواج وينتج عنه أنه يمكن لكل واحد من الخطيبين أن يتراجع عن وعده ويعدل عنه.

الفرع الثاني: حكم اقتران الخِطبة بالفاتحة

يختلف مفهوم ومضمون الخِطبة عن مفهوم ومضمون الفاتحة فإنه من الممكن أن يقعا معا وفي مجلس واحد متحدين زمانا ومكانا.

---

(1) سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هومة، الطبعة الرابعة، الجزائر، 2013، ص16.

(2) زوجني ابنتك فلانة على صداق قدره كذا وزوجتك، وقبلت بك زوجا.

(3) بلقاسم شتوان، المرجع السابق، ص48.

(4) المواد 05 و06 من قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو1984 والمتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير، ج.ر، العدد 15، سنة2005.

لم يجزم قانون الأسرة الجزائري رقم84 - 11 في تكييف مسألة اقتران الخِطبة بالفاتحة فقد جاءت نصوصه متناقضة مع بعضها، فنصت المادة 06 على أنه "**يمكن أن تقترن الخِطبة مع الفاتحة أو تسبقها بمدة غير محددة، تخضع الخِطبة والفاتحة لنفس الأحكام المبنية في المادة 05 أعلاه** "[1].

يتضح من خلال هذا النص أن الفاتحة يمكن أن تكون منفصلة عن الخِطبة، فقد تتلى في مجلس الخِطبة أو أن تتأخر عنه، على أن يكون ذلك قبل إبرام عقد الزواج وهو ما يمكن القول بأن اقتران الخِطبة بالفاتحة لا يعد زواجا. ولكن في الواقع أن هذه المسألة قد جرى بشأنها نقاش كبير حيث اعتبر المشرع الجزائري الفاتحة الخطبة وهذا ما أقرته المحكمة العليا في الكثير من قراراتها حيث قالت أنه إذا اقترنت الفاتحة بالخطبة تعتبر خطبة وترتب نفس الآثار. ولكن استنادا للعادات الجزائرية فإن قراءة الفاتحة يعد زواجا. وأمام هذا الوضع ولما تبين للقضاء الجزائري بأن هذه المادة لا تتماشى والعادات السائدة في بلادنا تراجع عن موقفه السابق وجاءت المحكمة العليا في قرارها الصادر (1995/4/4) :أنه إذا اقترنت الخطبة بالفاتحة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توافرت أركانه طبقا للمادة 9من قانون الأسرة.

أدى هذا الإشكال بالمشرع الجزائري إلى تعديل المادة 6 من قانون الأسرة منها وهو ما يوحي بأن اقتران الخِطبة بالفاتحة يعد زواجا. ولقد حرص التعديل الجديد على وضع حد لخلاف طال أمده حول مسألة اقتران الخِطبة بالفاتحة حيث جاء في المادة 06 المعدلة، على أنه: "**إن اقتران الفاتحة بالخطبة لا يعد زواجا. غير أن اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجا ومتى توافر ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في المادة 09 مكرر من هذا القانون**".

فإذا اقترنت الفاتحة بالخطبة ضمن مجلس العقد، وتوفر ركن الرضا، وكذا شروط عقد الزواج المنصوص عليها في المادة 09 مكرر من صداق وولي وأهلية وشاهدين وانعدام الموانع الشرعية للزواج، كانت الفاتحة قرينة عن الزواج الشرعي، إذ يمكن تسجيله في سجل الحالة

(1) المادة 6 ق.أ.ج من القانون رقم 84-11.

المدنية[1]. فقد نصت المادة 22 من القانون نفسه على أن "**يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيليه يثبت بحكم إذا توافرت أركانه وفقا لهذا القانون ويتم تسجيله بالحالة المدنية**".

رغم كل هذا فإن المشرع الجزائري لم يقضي على إشكالية لجوء الكثير من الناس إلى الفاتحة واعتبارها عقد وامتناعهم عن التوثيق لأنه في هذه الحالة حتى ولو لم تقرأ الفاتحة فانه عقد زواج وذلك استنادا إلى نص المادة18 من التعديل الجديد حيث تنص : "يتم عقد الزواج أمام الموثق، أو أمام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة ما ورد في المادتين 9 و9 مكرر من هذا القانون." تشترط حتى في حالة قراءة الفاتحة توثيق العقد. وبذلك فان المشرع الجزائري اعتبر قراءة الفاتحة مجرد شكلية، رغم أننا نلحظ أن بعض الموظفين المكلفين بعقد القران، الوازع الديني يدفعهم إلى قراءة الفاتحة بعد عقد القران خوفا من أن لا تقرأ من طرف الزوجين فيما بعد.

جاء في قرار المحكمة العليا الذي ينص "إن اقتران الخطبة بالفاتحة بمجلس العقد تعتبر زواجا متى توافرت أركانه طبقا للمادة 09 من قانون الأسرة.ومتى تبين -في قضية الحال-أن الخطبة لم تسبق الفاتحة حتى تعتبر وعدا بالزواج طبقا للمادة 05 من قانون الأسرة وإنما اقترنت الخِطبة بالفاتحة أثناء مجلس العقد بحضور الشهود والولي وتحديد الصداق وبالتالي فإن اقتران الخطبة بالفاتحة في هذه الحالة يعتبر زواجا صحيحا متى توافرت أركانه طبقا للمادة 09 من قانون الأسرة وعليه فإن قضاة الموضوع باعتباره الفاتحة مثل الخِطبة تعتبر وعدا بالزواج رغم تقديم الطاعنة لشهودها على وقوع الزواج وتوافر أركانه فإنه بقضائهم كما فعلوا أخطئوا في تطبيق القانون"[2].

(1) نسرين شريقي وكمال بوفرورة، المرجع السابق، ص20.

(2) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1995/04/04، ملف رقم111876، عدد خاص، ص36، نقلا عن صقر نبيل، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2006، ص17.

خول القانون و الشرع مسألة تولي الخطبة في الزواج إلى الأئمة وذلك بموجب المادة 28 من المرسوم التنفيذي 144/91[1]. لكن بعد تعديل نص المادة السابقة ذكرها بموجب المرسوم التنفيذي رقم 96/02 المؤرخ في 2002/3/20[2]، قد أسقطت هذه المهمة من مهام الإمام، حيث صدرت تعليمة من وزارة الشؤون الدينية تجبر الأئمة على عدم إبرام عقد شرعي قبل العقد المدني، فهذا ما أدى إلى عدم وجود خطبة على يد إمام كما كانت الأزمنة الماضية.

قام المشرع في مصر مثلا، باللجوء إلى حل حاسم يتمثل في أن الموظف المكلف بعقد القران في مصلحة الحالة المدنية يشترط فيه أن يكون رجل دين(إمام) يحمل كتابا يحتوي على عقود زواج فارغة. وينتقل إلى بيت العروس بحيث يقوم بالإجراءات القانونية لعقد الزواج ومباشرة تقرأ الفاتحة، هذا بعد توفر جميع الأركان.

(1) المرسوم التنفيذي رقم 144/91، المؤرخ في1991/04/27، المتضمن القانون الأساسي الخاص، بعمال قطاع الشؤون الدينية، الجريدة الرسمية، ع 20، لسنة1991.

(2) المرسوم التنفيذي رقم96/02، المؤرخ في 2002/03/02، المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم144/91، الجريدة الرسمية، ع17، لسنة2002.

الفصل الثاني

أحكام الخطبة

(القانون على خطى الشرع

في سن أحكام الخطبة)

الفصل الثاني

أحكام الخطبة (القانون على خطى الشرع في سن أحكام الخطبة)

تسبق عقد الزواج مرحلة وتتمثل في الخِطبة والتي هي مقدمة لعقد أبدي يجمع بين الرجل والمرأة، ويصلان إلى درجة من التفاهم والاتفاق لإبرام عقد الزواج، وبذلك تكون الخِطبة قد حققت أغراضها، أما إذا لم يتفق الطرفان وأراد أحدهما العدول عن مواصلة إتمام إجراء الزواج، فالعدول عنها يعني تراجع أحد الخطيبين والتخلي نهائيا عن مشروع الزواج بالخطيب الأخر، والتوقف عن الإجراءات المؤدية إلى إبرام عقد الزواج الذي كان مخططا له في أول الأمر بعد إتمام الخِطبة.

اتفق كل من الفقه والقانون على أن الخِطبة ليست عقدا وإنما وعد بعقد، وليس للوعد قوة الإلزام، وما دامت الخِطبة كذلك فإن عدول أحد الخاطبين هو استعماله لحقه الشرعي ما لم يكن متعسفا في ذلك. فقد أجاز الفقه الإسلامي لكل من الطرفين حق العدول، وإن كان الوفاء بالوعد مطلوبا ومستحبا عملا لقوله تعالى: **{وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسؤولا}**، فإن عدل الخاطب عن خطبته من غير سبب معقول أو مبرر غير شرعي كان آثما عند الله، أما قانونا فإن الخِطبة وعد بالزواج ولا تتصف بالإلزامية إذ يجوز العدول عنها. وهذا العدول تترتب عنه أثار(المبحث الأول)، وكذلك يترتب عن هذا العدول تعويض للطرف المتضرر عند العدول عن الخطبة (المبحث الثاني).

المبحث الأول

القانون متفق مع الشرع حول حكم المهر والهدايا

تتجلى أثار العدول عن الخطبة في مسائل عدة، وإنها ليست مجرد وعد نظري، بل هو وعد بالزواج أووعد بالدخول في أهم وأخطر علاقة اجتماعية، فهي تنشأ ارتباطات تتخذ صورة عملية، وأخذًا بهذه الطبيعة فإن العدول عنها لا يرتب أثرا معتبرا، لأن الذي يعدل عن الخِطبة إنما يستعمل حقه المشروع ومع ذلك يمكن القول أن العدول عن الخِطبة قد ينتج عنه بعض الإشكالات خصوصا إذا قدم الخاطب الصداق فحكمه متفق فيه(المطلب الأول)، وكذلك إذا قدمت الهدايا فحكمها أيضا متفق فيه (المطلب الثاني).

المطلب الأول

رأي الشرع والقانون حول حكم المهر

الثابت أن الصداق[1] أو المهر مرتبط بعقد الزواج[2]، إلا أن الخاطب قد يبادر بدفعه في فترة الخِطبة سعيا منه لإبراز نيته واستعداده لإبرام عقد الزواج، غير أنه إذا تم فسخ الخِطبة أو العدول عنها بطلب من أحد الطرفين، أو اتفاقهما معا، يثار إشكال يتعلق بمصير المهر في الفقه الإسلامي (الفرع الأول)، وكذلك في القوانين الوضعية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: حكم المهر في الفقه الإسلامي

عند الفقهاء لا يجب المهر بغير عقد أو دخول اتفاقا، أما ما قدمه الخاطب من مهر فله أن يسترده، سواء أكان قائما أو هالكا أم مستهلكا، وفي حال الهلاك أو الاستهلاك يرجع بقيمته إن كان قيميا، وبمثله إن كان مثليا[3]، أيا كان سبب العدول من جانب الخاطب أومن جانب

(1) الصداق هو ما يجعل للزوجة في نظير الاستمتاع بها.

(2) رابح عبد المالك، الصداق في قانون الأسرة الجزائري، رسالة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، 1996، ص63.

(3) محمد زيد الأنباني، المرجع السابق، ص09.

المخطوبة، لأن المخطوبة لا تستحق شيئا من المهر إلا بالعقد الصحيح[1] عند الحنفية وبالدخول عند الشافعية.

إذا كان المهر نقدا، أو بقي على حاله إلى حين العدول عن الخطبة وجب على المخطوبة أن تعيده إلى خاطبها كاملا، سواء أكان من طرفها أو من طرفه، أو كان بالاتفاق بين الطرفين، وكذلك لو كان المهر أشياء عينية إذا بقيت أعيانها إلى حين العدول، فإذا تصرفت بها وجب عليها إعادة مثلها أو عينها، وأن تلف بتعد منها وجب عليها الضمان، وإن تلف بقوة قاهرة لا يد لها فيها فلا ضمان عليها.

أما في حالة تعجيل المهر قبل العقد أي أثناء الخِطبة رغبة في تجهيز المرأة لنفسها والإشكال في حال قيام المرأة باستعمال المهر في تهيئة جهازها ثم يقع العدول من قبل الخاطب والأمر هنا ينازعه أمران:

1- **الوجه الأول**: حق استرداد المهر من الخاطب لأنه لا يحق للمرأة إلا بعد العقد.

2- **الوجه الثاني**: انتفاء مسؤولية المخطوبة فيما طرأ على المهر من البديل وبعض المهتمين بالشريعة يرون أنه تعطى للمخطوبة بدل المهر باحتساب قيمته يوم شرائه [2].

فإذا أصبحت المخطوبة مدينة بتصرفها في تجهيز نفسها وحدث العدول أصبح الخاطب ملزما بدلها بأداء ذلك الحق، لأن المرأة لا مبرر لها لتتملك هذه الأشياء حيث أن الخِطبة هي التي دفعتها لهذا التصرف.

الفرع الثاني: حكم المهر في القانون

لم يتضمن القانون الجزائري نص صريحا فيما يتعلق بمسألة المهر المقدم خلال فترة الخِطبة وقبل انعقاد العقد سواء قبل التعديل أو بعده، على عكس القانون المغربي والقانون السوري الذي تضمنت نصوصهم نص صريح حول الصداق.

(1) سيد فرج، الأسرة في ضوء الكتاب والسنة، دار الوفاء، المنصورة، 1987، ص88.

(2) محمد أبو زهرة، المرجع السابق(الأحوال الشخصية)، ص38.

أولا: في قانون الأسرة الجزائري

المشرع في قانون الأسرة الجزائري لم يتطرق لما يدفع للمرأة من مال على اعتبار ما يستحق كمهر في العقد[1]، لا صراحة ولا ضمنيا، فالصداق شرط من شروط صحة الزواج وهذا ما نصت عليه المادة 09 مكرر ق.أ[2]. وبالرجوع إلى نص المادة 15 من نفس القانون والتي جاء فيها: "**يجب تحديد الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا**"، ففي حالة وجود صداق معجل كله أو بعضه، ثم عدل أحد الطرفين عن الخِطبة فللخاطب الحق في المطالبة بالصداق والمخطوبة رد ما قبضته دون البحث عن العادل وما أحدثه عدوله من ضرر، لأن الصداق لا علاقة له بالخِطبة، وحتى لوتم العقد ولكن حدثت الفرقة قبل الدخول لم يكن لها الحق إلا في نصف الصداق أخذًا بالمادة 16 من قانون الأسرة الجزائري والتي تنص: "**تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول، أو بوفاة الزوج، وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول**"، وذلك لأن وجوب الصداق بالعقد على أساس المعاوضة، أي أن الصداق دفع لغرض معين ولم يتم هذا الغرض وهو الزواج، ووجب استرداده لأن الخِطبة مجرد وعد بالزواج[3]. ومن هنا حكمت المحكمة العليا بأن قضاة الموضوع طبقوا المادة05 ق.أ على الطلاق قبل البناء، وقضوا بإرجاع الصداق كاملا على أساس أن العدول عن الخِطبة كان من طرف الطاعنة، رغم أن عقد الزواج قد تم بين الطرفين، فإنهم بقضائهم كما فعلوا أخطؤا في تطبيق القانون، مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه[4].

وإذا تصرفت المخطوبة بالصداق وذلك بشراء جهاز البيت، فإن المشرع الجزائري لم يسن أحكاما خاصة بالصداق المقدم إلى المخطوبة، مما يستوجب الرجوع إلى أحكام الشريعة

(1) لم تتعرض المادة 5 من ق.أ.ج للصداق ولعل المشرع الجزائري قد نظر أن عادات المجتمع الجزائري متعارف عليها في أن المهر يدفع بعد أو أثناء العقد وليس أثناء الخطبة، وبالتالي لم ينص عليها

(2) تنص المادة 9 مكرر ق.أ.ج من الأمر 05-02: "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزواج، الصداق، الولي، الشاهدان، انعدام الموانع الشرعية للزواج".

(3) بلحاج العربي، المرجع السابق، ص53 .

(4) المحكمة العليا، غ.أ.ش، 16 /1993/10، ملف رقم 96801، إ.ق.غ.أ.ش، عدد خاص، ص266، نقلا عن بلحاج العربي، المرجع السابق، ص97.

الإسلامية تنفيذا للمادة 222 ق.أ .ج [1]، فإذا كان العدول من الخاطب واشترت المخطوبة بالمهر أو ببعضه جهازا أعطاها القانون الخيار بين إعادة المهر أو تسليم ما يساويه من الجهاز أما إذا عدلت المرأة فعليها إعادة مثل المهر أو قيمته[2].

أما من ناحية الاختصاص، فالاختصاص الإقليمي فيما يخص المنازعات المتعلقة بالصداق هي مكان تواجد موطن المدعى عليه[3] وهذا حسب نص المادة426 فقرة 08 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد الصادر عام2008.

ثانيا: في القانون المغربي

جاء في المادة 09 من مدونة الأسرة المغربية على أن: "إذا قدم الخاطب الصداق أو جزء منه وحدث عدول عن الخِطبة أو مات أحد الطرفين أثناءها، فللخاطب أو لورثته استرداد ما سلم بعينيه إذا كان قائما، وإلا فمثله أو قيمته يوم تسليمه.

إذا لم ترغب المخطوبة في أداء المبلغ الذي حول إلى جهاز، تحمل المتسبب في العدول ما قد ينتج عن ذلك من خسارة بين قيمة الجهاز والمبلغ المؤدى فيه"[4].

حيث ترى هذه المدونة أن للخاطب حق استرداد ما قدمه من الصداق في حال العدول عن الخطبة، أو استرداد قيمته أو مثله في حال الهلاك أو الاستهلاك، لأنه دفعه لغاية الزواج، فلما تعذرت الغاية استحق استرداد الوسيلة لأن المهر إنما يشترط وجوبه بالعقد، ويكمل بالدخول فلا تستحق المرأة شيئا من دون العقد.

(1) المادة 222 ق.أ.ج من الأمر05-02 تنص: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

(2) محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، (الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي)، ص48.

(3) عبد الرحمان بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية (قانون رقم 08-09 مؤرخ في 23 فيفري 2008)، ج.ر، عدد 21 لسنة 2008.

(4) المادة 9 من مدونة الأسرة المغربية.

ثالثا: في القانون السوري

فقد نص في فقرته الأولى من المادة الرابعة على أنه: "**إذا دفع الخاطب المهر نقدا واشترت المرأة بها جهازها ثم عدل الخاطب فللمخطوبة الخيار بين إعادة مثل النقد أو تسليم الجهاز.**" ونص في الفقرة الثانية على أنه "**إذا عدلت المرأة فعليها إعادة المهر أو قيمته**"[1].

ذهب المشرع السوري إلي ما ذهب إليه العلماء من وجوب رد مثل المهر أو قيمته في حال العدول، ولكن إذا كان المهر نقدا واشترت به المخطوبة جهازها، أو اشترى به الخاطب أشياء جهازية لها بتكليف منها أو من وليها، فإن القانون في هذه الحالة فرق إذا كان العدول من طرفه أو من طرفها، فإن كان العدول من طرف المخطوبة فعليها إعادة قيمته نقدا، وأن كان العدول من طرف الخاطب فللمخطوبة الخيار بين إعادة الجهاز أو دفع قيمته، وهذا هو مضمون المادة.

تضمنت المادة الرابعة من قانون الأحوال الشخصية الكويتية: "**إذا عدل أحد الطرفين عن الخِطبة، فللخاطب أن يسترد المهر الذي أداه أو قيمته يوم قبضه إن تعذر رد عينه يعتبر من المهر الهدايا التي يجري العرف باعتبارها منه.**

إذا اشترت المخطوبة بمقدار مهرها، أو بعضه جهازا، ثم عدل الخاطب، فلها الخيار بين إعادة المهر أو تسليم ما يساويه كلا أو بعضا من الجهاز وقت الشراء"[2]. وهو ما نص عليه قانون الأحوال الشخصية الإماراتي على حكم المهر عند العدول عن الخطبة في المادة 18 منه[3].

(1) سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الطبعة الثالثة، الجزائر، 1995، ص87.

(2) رشيد بن الشويخ، المرجع السابق، ص49

(3) تنص المادة18 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي على: "إذا عدل الطرفين عن الخطبة، أو مات، يسترد المهر الذي أداه عينا أو قيمته يوم القبض إذا تعذر رده عينا. إذا اشترت المخطوبة بمقدار مهرها، وبعضه جهازا، ثم عدل الخاطب فلها الخيار بين إعادة المهر أو تسليم ما يساويه من الجهاز وقت الشراء. يعتبر من المهر الهدايا التي يجري العرف باعتبارها منه.

المطلب الثاني

رأي الشرع والقانون حول حكم الهدايا

يترتب على الخِطبة في صورتها الاجتماعية التواصل بين الطرفين، وتقديم هدايا ثمينة عند إعلان الخِطبة، وتبادل الهدايا بين الطرفين في كثير من المناسبات، وتشمل الهدايا ما يقدمه المهدي إلى المهدى إليه من النقد والحلي وغير ذلك تعبيرا عن المودة[1]. فإذا فسخت الخِطبة من الطرفين أومن أحدهما، فإن حكمها متفق فيه سواء في الفقه (الفرع الأول)، وكذلك من الناحية القانونية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: حكم الهدايا في الفقه الإسلامي

اتفق الفقهاء في مجملهم على رد الهدايا المقدمة من الخاطب إلى مخطوبته في حالة العدول عن الخِطبة، غير أنهم اختلفوا في التفاصيل:

أولا: حكم الهدايا في المذهب الحنفي

تأخذ الهدايا حكم الهبة، وحكمها أن الواهب له حق الرجوع فيها إذا لم يوجد مانع من موانع الرجوع في الهبة[2]، كخروج الموهوب من ملك الموهوب له، أو تغيير صفته، وهذا الحكم يستوي أن يكون العدول فيه من الرجل أومن المرأة أو منهما معا.

وبذلك فلا ترد الهدايا إذا هلكت أو استهلكت كالمطعمات من لحوم وفواكه وغيرها أما إذا كانت تقبل الاستعمال الطويل المدى كقماش لم يتحول إلى ثوب والخاتم وغيرها فهذه الهدايا ترد لمن أهداها[3].

(1) أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص71.

(2) الحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، الجزء الأول، دار هومة للطباعة، الطبعة الثانية، الجزائر، 2006، ص35.

(3) صقر نبيل، المرجع السابق، ص13.

ثانيا: حكم الهدايا في المذهب المالكي

وافق المالكية الشافعية والحنفية في حكم الجواز في الرجوع في الهبة لكنهم ذهبوا إلى التفريق في حكم إسترداد الهدايا المقدمة أثناء الخطبة، فإذا كان العدول من الخاطب فلا يسترد شيئا مما أهداه إليها، ولو كان موجود في يدها، حتى لا يجتمع عليها ألمان، ألم الإعراض عنها، وألم استرداد الهدايا .

وإذا كان العدول من المخطوبة، فللخاطب الحق في استرداد ما قدمه إليها، فإذا كان ما قدمه إليها من الهدايا قائما استرده بعينه، وإن كان هالكا أو مستهلكا رجع عليها بمثله أو قيمته[1] ما لم يكن شرط أو عرف، لأن المعروف عرفا كالمشروط شرطا.

ثالثا: حكم الهدايا في المذهب الشافعي

يجوز للخاطب الرجوع في الهدية سواء كان الرجوع من الخاطب أومن المخطوبة أو منهما معا، سواء كانت الهدية باقية أم هالكة، لأن الهدية تأخذ حكم الهبة وهي مما لا يجوز الرجوع فيه إلا ما وهبه الوالد لولده.فالهدايا مقيدة بشرط الزواج، لذلك عدت من ضمن هبات الثواب التي يحق لصاحبها طلب ردها متى لم يتحقق ذلك المقابل[2].

رابعا: حكم الهدايا في المذهب الحنبلي

لا يجوز الرجوع في الهبة بعد قبضا إلا للأب وحده[3]، لأن الخاطب إنما يتبرع بالهدايا ليتقرب من مخطوبته وذلك لأن الإهداء على أساس إتمام الزواج، فإذا زال السبب الذي حمل على الإهداء كان له الاسترداد .

يمكن القول بأن الحنابلة يوافقون ما ذهب إليه فقهاء المالكية في مسألة الهدايا في حالة العدول عن الخِطبة.

(1) طاهر حسين، المرجع السابق، ص14.

(2) أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، الشافعي الأم، الجزء الرابع، دار الفكر، بيروت، 1980، ص ص61-62.

(3) محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، (الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي)، ص51.

لا شك أن أعدل الآراء وأقربها إلى الإنصاف والعدالة وقواعد الشريعة هو رأي المالكية، وقد رجح معظم العلماء المعاصرين وشراح القانون هذا الرأي، وحيثما تحققت العدالة والمصلحة فثم شرع الله ودينه.

يقول الشيخ محمد أبو زهرة: "فلا يجوز أن يجمع على المهدى إليه بين ألم العدول وألم الاسترداد إن لم يكن هو الذي عدل عن الخطبة، ولا يجمع على المهدى ألم العدول والغرم المالي إن كان العدول من الجانب الآخر"[1].

الفرع الثاني: حكم الهدايا في القانون

تقدم أثناء فترة الخطوبة هدايا من طرف الخطيبين فمن الناحية القانونية فإنه في حالة العدول عن الخطبة يختلف الأمر فإذا كان العدول من الخاطب فهذه الهدايا ترد إلى الخطيبة، أما إذا كان العدول من طرفها فهي بدرها تردها وهذا المعمول به في مختلف القوانين الوضعية.

أولا: في قانون الأسرة الجزائري

سار المشرع الجزائري في هذه المسألة على مذهب الإمام مالك[2] فيما يخص حكم الهدايا عند العدول عن الخطبة إلا أن عبارة يستهلك فقد خالفته وذهب نحو المذهب الحنفي[3] وهذا ما جاء في الفقرتين04 و05 من المادة 05 المعدلة بالأمر05-02[4]. من هنا يمكننا القول بأن المشرع الجزائري في التعديل الأخير قد فرق بين الحالة التي يكون فيها العدول أو التراجع عن الخطبة من جانب الخاطب، وكان قبل ذلك أهدى إلى خطيبته بعض الهدايا، فإنه لا حق له في طلب إرجاع ما أهداها إياها إذا كان أما إذا كان العدول من طرف المخطوبة نفسها فعليها فقط أن ترد إلى الخاطب ما لم يستهلك مما كان قد أهداها .

(1) محمد أبو زهرة، المرجع السابق (الأحوال الشخصية)، ص40.

(2) بلحاج العربي، المرجع السابق، ص99.

(3) أحمد شامي، المرجع السابق، ص42.

(4) على أنه: "لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئا مما أهداها إن 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 هدايا أو قيمتها."

وقد حكمت المحكمة العليا بأنه لا يسترد الخاطب شيئا مما أهداه إذا كان العدول منه[1]،

وأنه من الأشياء التي لا تستهلك، وإن كانت من الأشياء المستهلكة فعليه أن يرد إليها قيمتها[2] يتوجب على المرأة المخطوبة عند عدولها عن إتمام الزواج أن ترد ما لم يستهلك من هدايا وغيرها، ولا تستحق الزوجة نصف صداقها إلا عند الطلاق قبل الدخول[3]، المواد5 و16من ق.أ.ج.

أغفل المشرع الجزائري بحيث لم يفرق بين ما إذا كان العدول عن الخطبة بسبب من أحد الطرفين يمكن أن يكون عدولا اضطراريا كأن يكتشف أحدهما عيبا أو نقصا أو مرض في جانب الطرف الآخر، ومن جهة أخرى لم يفرق بين ما إذا كانت الهدايا مقدمة من أهل وأقارب الخطيب إلى المخطوبة، ولا بين الهدايا المقدمة من أهل والهدايا مقدمة من أهل وأقارب الخطيب إلى المخطوبة، ولا بين الهدايا المقدمة من أهل وأقارب المخطوبة إلى الخاطب وهذا ما يجعل القول أن مثل هذه الهدايا تأخذ أحكام الهبة[4].

ثانيا: في القانون المغربي

أخذت مدونة الأسرة المغربية برأي المالكية، حيث نصت المادة الثامنة على ما يلي: "لكل من الخاطب والمخطوبة أن يستردا ما قدمه من هدايا، ما لم يكن العدول عن الخِطبة من قبله ترد الهدايا بعينها، أو بقيمتها حسب الأحوال"[5].

يلاحظ على هذا النص أنه لم يعالج حكم الهدايا بشكل كامل، فلم ينص على حالة تبادل الهدايا بين الطرفين، كما لم ينص على حالة العدول باتفاق الطرفين، وكذلك أغفل تنظيم حالة العدول باتفاق الطرفين وكذا حالة الوفاة. [6]

(1) سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، دار هومة، الطبعة الرابعة، الجزائر، 2013، ص19.

(2) المحكمة العليا، غ، أ، ش، 1991/04/23، ملف رقم73919، المجلة القضائية، العدد الثاني، 1993، ص58.

(3) المحكمة العليا، غ، أ، ش، 1993/07/13، ملف رقم92714، المجلة القضائية، العدد الأول، 1995، ص128.

(4) محمد محدة، المرجع السابق، ص65.

(5) أحمد شامي، المرجع السابق، ص44.

(6) رشيد بن الشويخ، المرجع السابق، ص47.

ثالثا: في القانون المصري

تعرض المشرع المصري سنة1956 لمسألة الهدايا وسار فيها على مذهب مالك، فقد جاء في الفقرة 2 من المادة 18على: "... **وللمهدى أن يرجع بما قدمه من هدايا عينا أو قيمتها نقدا وقت الشراء، إذا هلكت أو استهلكت، وذلك إذا كان العدول من جانب الطرف الآخر وليس له أن يسترد شيئا إذا كان العدول من جانبه**".

وكذاك التشريع التونسي أخذ بهذه المسألة في الفصل الثاني من مجلة الأحكام الشخصية مع اختلاف بسيط في التعبير.

أما القانون السوري فقد نصت الفقرة الثالثة من المادة الرابعة منه على أنه تجري على الهدايا أحكام الهبة، والقانون السوري أخذ بالمذهب الحنفي فيما يخص مسألة الهدايا.

وعطفا على هذا القرار، قرر القضاء الفرنسي انطلاقا من المادة1088 قانون المدني الفرنسي إلى أن الهدايا المهمة المقدمة بمناسبة الخطبة ولأجل الزواج، هي من قبيل الهبات وهي تسترد في حالة عدم إتمام الزواج فعلا، ويعد خاتم الخطبة في حكم الهدايا المهمة، غير أنه طبقا لقواعد العدالة، فإنه يحرم منها من ارتكب خطأ، أو كان هو المسؤول عن العدول، أو كان عدوله بدون مبرر مقبول قانونا.وعلى الشخص الذي يطالب باسترداد الهدايا، إقامة الدليل بجميع الوسائل[1].

(1) بلحاج العربي، المرجع السابق، (الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري)، ص101

المبحث الثاني

حكم الضرر المترتب عن العدول عن الخِطبة

تعرف الخطبة في الإسلام أنها مجرد تعارف بين طرفيها، وهي مقدمة لعقد الزواج وتمهيد لحصوله، وقد يكتشف أحد الطرفين عدم الملائمة بينه وبين الطرف الأخر، فيحق له الانسحاب من الخِطبة وعدم إتمام الزواج وإنجاز الوعد أو العدول عنها. فالشرع والقانون يجيزان لكل من الخطيبين حق العدول عن الخِطبة، ومنه فالعدول ذاته لا يرتب على أي منهما تعويض، لكن التعويض يكون نتيجة ما صاحب العدول من أفعال وأضرار تمس كلا الخطيبين فالضرر هو الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه، أو بمصلحة مشروعة، أو أنه إلحاق مفسدة بالغير في ماله أو نفسه أو جماله، أو تعلقت بحريته وشرفه[1]، فهذه الأضرار التي تصيب أحد الخطيبين قد تكون مادية (المطلب الأول)، أو تكون معنوية (المطلب الثاني).

المطلب الأول

حكم التعويض عن الضرر المادي الناجم عن العدول عن الخطبة

يعتبر الإسلام أن الخطبة ليست عقدا[2] وإنما اتفاق أولي ممهدا للزواج، ولا تعدو كونها وعدا ولذلك فإنه يجوز لطرفي الخطبة الحق في العدول، فإن عدل أحد الطرفين عن الخطبة قد يرتب ضرر مادي بالطرف الآخر[3]، فقد ينال المرأة ضرر بسبب عدول الرجل، لأنها أعدت الجهاز أو تركت وظيفة أو تفويت خاطب آخر جراء العدول عن الخطبة، أو كلف الخاطب

(1) علي فيلالي، الالتزامات، الفعل المستحق التعويض، موفم للنشر، الطبعة الثانية، الجزائر، 2010، ص283

(2) أحمد فراج حسين، المرجع السابق، (أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية)، ص68.

(3) الضرر المادي هو الذي ينطوي على مساس بمصلحة ذات قيمة مالية، وذلك الاعتداء على حق شخص في سلامة جسمه أو إصابته بجروح تترتب عليها خسارة مالية كعدم القدرة على الكسب، أو تحمل نفقات العلاج. وكذلك إحراق ملكية شخص آخر وإتلاف المزروعات، فهذه تعتبر أضرار مادية تصيب المضرور في حق من حقوقه المالية.أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998، ص856.

نفسه في تجهيز المنزل وعدلت الخطيبة بغير سبب فإن للفقه رأي في هذه المسألة (الفرع الأول)، وكذلك بالنسبة للقانون (الفرع الثاني).

الفرع الأول: حكم التعويض عن الضرر المادي الناجم عن العدول عن الخطبة في الفقه

لم يتفق الفقهاء المسلمين على مسألة التعويض عن الضرر المادي المترتب عن العدول عن الخطبة، فمنهم من رفض التعويض عن الضرر المترتب عن العدول، ومنهم من أيد فكرة التعويض عن الضرر المترتب عن العدول عن الخطبة. ولقد قدم الفقهاء أدلتهم فيما يخص هذا الخصوص وأدلتهم تتمثل في:

الرأي الأول: عدم التعويض

يرى أصحاب هذا الرأي إذا عدل أحد الطرفين عن الخطبة وترتب عن ذلك ضرر فإن الطرف المتضرر لا يعوض.وأدلتهم في ذلك:

- أن التعويض يخالف طبيعة الخطبة، فالخطبة ليست عقدا، إنما اتفاق أولي ممهد للزواج، وأن العدول عن الخطبة حق ثابت ومقرر شرعا للخاطب والمخطوبة في أي وقت، وبدون شرط، لأن المسؤولية تنشأ عن المجاوزة والاعتداء والخاطب أو المخطوبة لا يعتبر معتديا إذا استعمل حقه في العدول[1].

- أن الشارع جعل العدول حقا شخصيا تقديريا لاعتبارات خاصة بكل طرف، لأن الزواج أمر مقدس ويجب ترك الحرية الكاملة لأطرافه لإتمام الزواج أو فسخه[2].

- إن قاعدة الجواز ينافي الضمان، تعني أن يمارس حق مشروعا له أو مباحا، لا يكون مسؤولا عما يترتب عليه من ضرر، وبذلك فإن الخاطب لا يعد معتديا إذا ما هو عدل عن الخطبة.

(1) جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص256.

(2) جميل فخري محمد جانم، المرجع نفسه، ص256.

الانتقادات الموجهة لهذا الرأي:

1- إن القول بأن الخطبة وعد بالزواج، هي غير ملزمة، والعادل قد استعمل حقه الشرعي في العدول، قول خاطئ إذ على العادل أن يستعمل هذا الحق بطريقة لا تلحق الأذى بالطرف الثاني[1] وإلا فإنه يعاقب بالتعويض جراء الأذى الذي سببه للطرف الآخر .

2- 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 بعدم الاختصاص بنظره، وليس أحق برعاية القضاء وإشرافه على شيء أكثر من الأعراض لحرمات للمساس بذات الإنسان[2].

الرأي الثاني: التعويض مطلقا

ذهب فريق آخر من الفقهاء المعاصرين إلى العدول عن الخطبة يوجب التعويض للطرف المضرور واستدلوا:

- عملا بحديث الرسول صلى الله عليه وسلّم: (لا ضرر ولا ضرار)[3]، فقد نهى بحديث الرسول صلى الله عليه وسلّم عن إيقاع الضرر بالغير، أما عن التعويض في حالة العدول عن الضرر الواقع عملا بقاعدة الضرر يزال.

- الخطبة وعد بالزواج والعدول حق للطرفين وذلك بشرط عدم إلحاق الضرر بالطرف الآخر[4].

- 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 على بذل الجهد لإتمام الزواج.فإنه يجوز للطرفين العدول عن الخطبة وإن تم بغير مبرر فهذا يعد إساءة في استعمال الحق، وبذلك يستوجب التعويض[5].

---

(1) عبير ربحي شاكر القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، دار الفكر، الأردن، 2007، ص82.

(2) جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص262.

(3) محمد بن يزيد القزويني الشهير بابن ماجة، سنن إبن ماجة، تعليق محمد ناصر الألباني، مكتبة المعارف، المملكة العربية السعودية، دون سنة الطبع، ص400.

(4) جميل فخري محمد جانم، المرجع نفسه، ص257.

(5) جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص258.

- إن الاستدلال بالحديث الشريف: (لا ضرر ولا ضرار) [1]، فالنبي صلى الله عليه وسلّم نفى إيقاع الضرر، ولم ينفي وقوعه، لأن الضرر واقع في حالة العدول، وهذا ما يتنافى ومشروعية الخطبة[2].

- وأما الاستدلال بأن العدول عن الخطبة بغير مبرر، وتعسف في استعمال الحق يستوجب التعويض، ويرد عليهم بالقول بأن العدول عن الخطبة حق، ولا يستوجب التعويض، وأن القول بأن الخطبة عقد يلزم طرفيه ببذل الجهد لإتمام الزواج هو قول غير صحيح، فالخطبة ليست بعقد بل هي مقدمة من مقدمات الزواج، والخطبة لا تلزم الطرفين بإتمام عقد الزواج، ولكل من الطرفين الحق في العدول[3].

الرأي الراجح:

يمكن القول أن التعويض في حالة ثبوت تدخل الطرف العادل في إيقاع الضرر قد سلم من الاعتراض عليه، ولهذا ينظر في قيمة التعويض إلى جملة من الاعتبارات، منها مقدار الضرر ومدى جسامته، والظروف التي تلابس المتضرر[4].

الفرع الثاني: حكم التعويض عن الضرر المادي الناجم عن العدول عن الخطبة في القانون

يصاب الشخص في جسمه أو ماله فهذا الضرر الذي يصيبه يسمى بالضرر المادي، كأن يقوم الخاطب بخطبة فتاة، فيشترط عليها أن تترك دراستها أو منصب عملها، أو أن يكلف الخاطب نفسه بإعداد مسكن للزوجية، ثم تعدل الخطيبة عن الخطبة بغير مبرر[5].

كما يمكن للخاطب أن يفوت عن المخطوبة خطابا آخرون فيكون في فسخ الخطوبة مساس بالوضع المادي للطرف الآخر.فقد تفقد الخطيبة عذريتها خلال فترة الخطوبة (ضرر

(1) سبق تخريجه.

(2) جميل فخري محمد جانم، المرجع نفسه، ص258.

(3) جميل فخري محمد جانم، المرجع نفسه، ص263.

(4) عبير ربيحي شاكر القدومي، المرجع السابق، ص84.

(5) نسرين شريقي وكمال بوفرورة، المرجع السابق، ص19.

في الجسم أوكأن يصرف الخطيب أموال باهظة في الهدايا أو يعطي هبة للخطيبة أملا منه بالزواج بها.

أولا: في القانون الجزائري

عالج المشرع الجزائري مسألة التعويض عن الضرر الناجم عن العدول في المادة 5 فقرة 02 من قانون الأسرة[1] فيفهم من هذا النص أن القاعدة العامة أن الخطبة ليست عقد ملزما[2]، ولا تتضمن أي التزام، فلا تعدو أن تكون وعدا شفهيا متبادلا بين شخصين من جنسين مختلفين أو بين عائلتين لإبرام عقد الزواج مستقبلا.

1- إمكانية التعويض عن الضرر

يجوز لكل واحد من الطرفين العدول عن الخطبة بمحض إرادته بسبب أو بدون سبب ولا يمكن اللجوء إلى القضاء لإجبار من يستعمل حقه في العدول أن لا يتعسف فيه وإلا جاز للطرف الآخر أن يطلب التعويض إذا ما أصابه ضرر نتيجة خطأ صاحب العدول فتقوم المسؤولية التقصيرية. وقد وصفها الفقهاء بأنها تغرير بالطرف الآخر نشأ عنه ضرر، بمعنى أنه إذا صاحب الوعد بالزواج والعدول عنه أفعال مستقلة عنهما استقلالا تاما وألحقت ضررا ماديا لأحد المتواعدين وجب التعويض باعتبارها أفعالا ضارة. وهذا ما دفع الكثير من رجال القانون إلى تأسيس مبدأ التعويض على نظرية التعسف[3] في استعمال الحق[4] عملا بقوله صلى الله عليه وسلم "**لا ضرر ولا ضرار**" وعملا بالقاعدة الفقهية: "**التغرير يوجب الضمان**".

والإمام مالك وتلاميذه متفقون على أن التسبب في الضرر يوجب التعويض ويعتبرون أن كل وعد كان سببا في تصرف الموعود بما ألحق به الضرر يجب ضمانه يقول الدكتور السنهوري " **فإذا انحرف الخطيب وهو يفسخ الخطبة عن السلوك المألوف للشخص العادي**

(1) "إذا ترتب عن العدول ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض".

(2) سعد عبد العزيز، المرجع السابق، ص20.

(3) التعسف: هو مناقضة قصد الشرع في تصرف مأذون فيه شرعا بحسب الأصل.فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، مؤسسة الرسالة، ط4، لبنان، 1988، ص87.

(4)الحق في الاصطلاح الشرعي: هو اختصاص يقربه الشرع سلطة أو تكليف.وفي الاصطلاح القانوني هو اختصاص شخص على سبيل الانفراد، إما بشيء أو قيمة ما. عبد القادر الفار، المدخل لدراسة العلوم القانونية، مكتبة الثقافة، الأردن، 1994، ص133.

في مثل الظروف الخارجية التي أحاطت بالخطيب كان فسخ الخطبة خطأ يوجب المسؤولية التقصيرية".

إذن لكي يحصل تعويض لا بد من توافر شرطين وهما:

- ألا يكون لمن عدل مبرر ينزع عن أفعاله صفة السلوك الخاطئ المعتبر أساسا للتعويض.

وذلك كأن يتوفى أحد الخطيبين فيصير تنفيذ الزواج مستحيلا، ولا دخل لإرادة الطرف الباقي على قيد الحياة في عدم تنفيذه، أيضا اكتشاف مانع من موانع الزواج كان مجهولا قبل قيام الإقدام على الخطبة[1].

- أن تكون للعادل يد في إحداث الضرر الحاصل للمعدول عنه: كالأمر بإجراء تصرف على وجهة معينة وفجأة تنقلب الموازين رأسا على عقب، فأحدث ذلك ضررا ماليا للمتصرف وفق ذلك الرأي[2]، كأن يخبر الخاطب خطيبته بتاريخ الدخول وعليها التخلي عن عملها وبعد استقالتها بيوم يلغي الموعد ويفسخ الخطبة، فالخاطب هو سبب الضرر، بتصرفه أما إن تخلت هي عن عملها برغبة منها فليس لها التعويض لعدم تسببه هو في هذا الضرر.فالنتائج المترتبة عن الفعل الضار تظل ثابتة لا تتغير، فهي لا تشتد أو تنقص مع مرور الزمن، وعليه فإن تقدير التعويض يكون وقت وقوع الضرر

ويخضع التعويض عن الضرر للقواعد العامة في القانون المدني، وذلك بإدخال الظروف المصاحبة للأفعال التي كانت مصدرا للضرر وثقافة الطرفين ومراكزهم الاجتماعية، وكذلك السن والوظيفة.

مثلا لو أصاب المعدول عنها ضررا ماديا كفقدها وظيفتها، وضرر معنويا كأن جرحها في سمعتها وشرفها، فهنا تستحق التعويض عن الضررين .فمثلا الخاطب الذي يؤثث بيته تحضيرا للزواج بما أنه في مرحلة الخطوبة لا يعني أنه لحقته خسارة وضرر مادي إذا عدلت المخطوبة

(1) نسرين شريقي وكمال بوفرورة، المرجع السابق، ص20.

(2) جمال سويسي، إشكالات انعقاد وانحلال الزواج، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، 2003-2004، ص ص10-11.

لأنه كان لا محالة سيؤثث منزله، سواء كان خاطبا أولا، وسواء كان خاطبا هذه الفتاة أو غيرها فلا يمكنه طلب التعويض.

يعتبر القانون المدني الشريعة العامة إذ نص في المادة 124مكرر تحت عنوان المسؤولية عن الأعمال الشخصية على أنه: " **كل عمل أيا كان، يرتكبه المرء ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض**". فنلاحظ أن القانون حكم بالحق في التعويض إذا ترتب عن العدول عن الخِطبة أضرار[1]، وتكون السلطة التقديرية للقاضي في تقدير وقوع الضرر وفي تحديد مبلغ التعويض دون أن تكون له هذه السلطة في ضرورة التعويض أو عدمه. غير أن التعويض لا يكون على أساس المسؤولية العقدية[2].

2-طريقة التعويض عن الضرر المادي

أ-تقدير التعويض:

لم ينص المشرع الجزائري على كيفية تقدير التعويض عن الضرر المادي في العدول عن الخطبة .

يتحدد نطاق التعويض على أساس الضرر الذي لحق المضرور، وبحسب نص المادة 132 من القانون المدني الجزائري يشمل التعويض ما لحق المضرور من خسارة وما فاته من كسب ويشمل التعويض في المسؤولية التقصيرية كل ضرر مباشر، مادي أو معنوي، في حين أن التعويض في المسؤولية العقدية لا يكون إلا عن طريق الضرر المباشر المتوقع[3].

وكذلك يراعي القاضي في تقدير التعويض، الظروف الشخصية التي تتصل بالمضرور الصحية والمالية والعائلية، وكذلك الظروف الشخصية للمسؤول عن الضرر وهذا ما نصت

(1) نصر سلمان، سعاد سطحي، أحكام الخطبة والزواج في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، دار الهدى، الجزائر، 2002، ص47.

(2) عيسى حداد المرجع السابق، 21.

(3) بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزامات في قانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص268-269.

عليه المادة 131ق.م.ج. وبذلك لابد أن يتناسب الضرر والتعويض المحكوم به، والسلطة التقديرية للقاضي في تقدير الحق في التعويض حسب ما يقدم أمامه من أدلة في هذا الشأن[1].

2-طريقة التعويض:

بالرجوع إلى القواعد العامة نجد المادة 132من القانون المدني الجزائري والتي تنص: "**يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف ويصح أن يكون التعويض مقسطا، كما يصح أن يكون إيرادا مرتبا، ويجوز في الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأمينا**".

كما نصت نفس المادة في الفقرة2على أنه: "**يقدر التعويض بالنقد، على أنه يجوز للقاضي تبعا للظروف، وبناءا على طلب المضرور، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، وأن يحكم وذلك على سبيل التعويض بأداء بعض الإعانات تتصل بالفعل الضار**".

في مجال العدول عن الخطبة، فإن العادل قد استولى على مال الطرف الآخر بسبب الخطبة، أو تولده من ضغط أدبي يجعل صاحبه في حرج من رفض طلب الآخر، فإن التعويض في هذه الحالة يكون عينيا، وذلك برد الحال إلى ما كان عليه سابقا، وإرجاع ما استولى عليه الطرف لآخر[2].

أما إذا رأى القاضي أن التعويض العيني غير ممكن، قضى بالتعويض بمقابل نقدي وهذا ما يحكم به في دعاوي التعويض عن العدول عن الخطبة، فإن كان الضرر المادي يمكن تقويمه بالنقد كما لو قامت المخطوبة بإعداد جهازه معين، ودفعت مقابل ذلك مالا، ففي جميع هذه الحالات يتعذر فيها التنفيذ العيني، ولا يرى القاضي فيها سبيلا إلا التعويض النقدي وهو ما أقره في المادة 123 ق.م.ج[3].

(1) بن شويخ الرشيد، المرجع السابق(شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل)، ص39.

(2) عبد الله مبروك النجار التعويض عن أضرار فسخ الخطوبة، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، القاهرة، 2007-2008، ص105.

(3) محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، بيروت، 1977، ص8.

ثانيا: في القانون المصري

ذهبت 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 وقت شاء خصوصا وأنه يجب في هذا العقد أن يتوافر للمتعاقدين كامل الحرية في مباشرة لما للزواج من خطر في شؤون المجتمع وهذا لا يكون إذا كان أحد الطرفين ممهدا بالتعويض، ولكن إذا كان الوعد بالزواج والعدول عنه قد لازمهما أفعال أخرى قد ألحقت ضررا ماديا أو أدبيا بأحد المتواعدين، فإنه يستوجب التعويض على من وقعت منه، وذلك على أساس أنها في حد ذاتها-بغض النظر عن العدول المجرد- تعد أفعال ضارة موجبة للتعويض[1].

ذهب أيضا القانون حيث نصا القانون المغربي في مادته السابعة على أن: "**مجرد العدول عن الخطبة لا يترتب عنه تعويض غير أنه إذا صدر عن أحد الطرفين فعل سبب ضررا للآخر، يمكن للمتضرر المطالبة بالتعويض**[2]."

المطلب الثاني

حكم التعويض عن الضرر المعنوي الناجم عن العدول عن الخطبة

يترتب عن العدول عن الخطبة سواء للخاطب أو المخطوبة ضرر معنوي[3] نتيجة العدول عن الخطبة من أقوال وشائعات، الضرر، ونظرا لتطور المجتمعات ظهرت مستجدات فقهية كثيرة لم تكن معهودة سابقا، مما أدى إلى خلاف فقهي حول مشروعية التعويض عن الأضرار المعنوية الناجمة عن العدول عن الخطبة (الفرع الأول)، وكذلك ما توصل إليه القانون حول حكم التعويض عن الضرر (الفرع الثاني).

---

(1) محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص53-54.

(2) أحمد شامي، المرجع السابق، ص50.

(3) الضرر المعنوي هو الذي يصيب الطرف الآخر في شعوره وعاطفته وشرفه. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000، ص911.

الفرع الأول: التعويض عن الضرر المعنوي المترتب عن العدول عن الخطبة في الفقه

لا نجد في الفقه الإسلامي القديم من تعرض لهذا الموضوع، وذلك لأسباب متعددة أهمها الوازع الديني[1] وإتباع الإجراءات التي حددتها الشريعة الإسلامية وكذلك اختلاف الحياة الاجتماعية والعادات والأعراف في عصرهم، وكذا لاعتبارهم بأن الزواج لا يتم إلا بالرضا الكامل، وأن التعويض لا يكون إلا لسبب من أسباب الالتزام، كالإخلال بعقد مثلا، والخِطبة ليست عقدا، ولا يترتب عليها أثرا.

لقد انقسم الفقه الإسلامي الحديث إلى عدة آراء[2] فيما يخص التعويض عن الأضرار المعنوية وتتمثل في اتجاهين:

أولا: الاتجاه الأول: عدم تعويض عن الضرر الأدبي المترتب عن العدول عن الخطبة

ذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى رفض التعويض عن ضرر العدول عن الخطبة، سواء كان ماديا أو معنويا، فقد ذهب إلى هذا كل من الشيخ محمد بخيت ألمطيعي والأستاذ الدكتور عمر سليمان الأشقر[3].ومن أدلة هذا الفريق:

أ- التعويض لا يتفق وطبيعة الخطبة، والخطبة ليست بعقد ولا يترتب عليها أثر ما، وكل ما في الأمر أنها وعد، ومن ذهب إلى إيجاب التعويض وهو يقرر أن الخطبة عقد وقع في التناقض[4].

ب- العدول عن الخطبة حق ثابت مقرر شرعا للخاطب والمخطوبة في أي وقت شاء، وبدون قيد أو شرط، ومن القرار أيضا أن ((الجواز ينافي الضمان))، أي من يمارس حقا مشروعا له،

(1) أحمد شامي، المرجع السابق، ص46.

(2) بلحاج العربي، المرجع السابق، ص102.

(3) أسامة عمر سليمان الأشقر، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، دار النفائس، الأردن، 2000، ص57.

(4) عبد الهادي بن زيطة، المرجع السابق، ص90.

أو حقا أباحه له الشارع، لا يكون مسؤولا عما يترتب عليه من ضرر، وإنما المسؤولية تنشأ عن المجاوزة والاعتداء، والخاطب أو الخاطبة لا يعتبر معتديا إذا استعمل حقه في العدول[1].

ج- الخطبة مقدمة تمهيدية لعقد خطير وهو الزواج، وقد جعل الشارع العدول عنه حقا شرعيا للخاطب لاعتبارات خاصة وهي أمور نفسية يرتد إليه تقديرها وعليه لابد من ترك الحرية الكاملة له بالإقدام أو الإحجام[2].

د- إن المطالبة بالتعويض عن العدول كثيرا ما تكون بسبب الاغترار وليس التغرير، كما أن تفريط المخطوبة في حق نفسها بالخروج مع الخاطب والاختلاء به، وهذا ما لا يقره الإسلام وبذلك لا تستحق تعويضا إذا عدل عنها هذا الخاطب.

يرى الشيخ محمد أبو زهرة في أحد آرائه أن الشريعة الإسلامية لا تقيم وزنا للضرر المعنوي الناتج عن العدول عن الخطبة، وبذلك إذا ترتب ضرر معنوي عن العدول عن الخطبة فلا يستوجب التعويض[3].

الانتقادات الموجهة لهذا الرأي:

- إن إعتبار التعويض عن الضرر الأدبي غير جائز ومخالف للشرع، لأن جواز الشرع ينافي الضمان، ولا ينطبق الحكم بالتعويض عن الضرر الأدبي الناتج عن العدول عن الخطبة، وذلك لأن التعويض ليس عن حق وإنما عن التعسف في استعمال حق العدول [4].

- أما القول بعدم جواز التعويض عن الضرر الأدبي لأن فيه مخالفة للشرع فيرد عليه بالقول أن الحكم المقرر من قبل الشارع بخصوص بعض الأضرار ذات الصبغة الأدبية كحد القذف مثلا وغيرها من العقوبات، والتي أورد ها الشارع حفاظا على الشرف، أما جواز التعويض عن

(1) أسامة عمر سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص58-59.

(2) أسامة عمر سليمان الأشقر، المرجع نفسه، ص59.

(3) محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص37.

(4) عبد الهادي بن زيطة، المرجع السابق، ص96.

الضرر المعنوي بالمال فإنه لا يكون إلا في مواطن التي لم يرد فيها من الشارع نص يفيد حكما واجب الإتباع[1].

ثانيا: الاتجاه الثاني: التعويض عن الضرر المعنوي مع التفصيل

يقول أصحاب هذا الاتجاه بوجوب التعويض مطلقا، ورأي آخر يقول بالتعويض لكن مع شيء من التفصيل .ومن أدلة هذا الاتجاه:

يذهب مؤيد والمذهب الأول إلى القول بوجوب التعويض مطلقا من غير تفصيل في ماهية الضرر[2]. أما المذهب الثاني يذهب مذهب وسط بين الاتجاهين السابقين .

- يقر الاتجاه الثاني بتعويض الضرر المعنوي إذا لم ترافق العدول عن الخطبة أسباب معقولة، ويقصد بذلك العدول التعسفي، بحيث يرى الشيخ محمد أبو زهرة أن العدول عن الخطبة لا يكون سببا في التعويض لأنه حق والحق لا يترتب تعويض قط، ولكن ربما يكون قد تسبب الخاطب بفعله في أضرار وجب تعويضا حينئذ[3].

- كل حق في الفقه الإسلامي مقيد بمنع الضرر قصدا أيا كان منشؤه، والقاعدة الفقهية تقرر أنه "لا ضرر ولا ضرار"[4]، وهذه هي حقائق التشريع الثابتة، بل هي أصل عام معتبر في التشريع كله، وتؤيده جزيئات وكليات لا تحصى كثرة.وكذلك مبدأ"استعمال الحق" الذي يقول أن الإمام أبا حنيفة قد أقره في كثير من فروع الفقه في مسائل الولاية على القاصر وحقوق العلو والجور، وقد قال به مالك في مسائل كثيرة منثورة في فقهه[5] .

- إن الخطبة وعد بالزواج، فهو غير ملزم بإجماع الفقهاء، فإن عدل أحد الخاطبين عن الخطبة وسبب ضرر للطرف الآخر فإن هذا الوعد موجب التعويض عنه.

(1) عبد الله مبروك النجار، المرجع السابق، ص182.

(2) نايف محمود الرجوب، المرجع السابق، ص239.

(3) محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص37.

(4) محمد بن يزيد القزويني الشهير ب(ابن ماجة)، المرجع السابق، ص400.

(5) عبد الهادي بن زيطة، المرجع السابق، ص94

الانتقادات الموجهة لهذا الرأي:

- 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 التعزير الزاجر وليس التعويض المالي[1].

- إن التعويض المالي على الضرر المعنوي ما هو إلا مجاراة للقوانين الغربية التي تختلف عنا أعرافنا وتقاليدنا، ففي أعرافنا يعد الخاطب أجنبيا عن المخطوبة.

ثالثا: الرأي الراجح:

من خلال الأدلة التي تم عرضها لكل اتجاه، فإن كل الاتجاهات تتفق على أن الخطبة وعد بالزواج، وهي لا ترقى إلى مرتبة عقد الزواج، وأن الوعد غير ملزم الوفاء به، ولذلك فإنه بحق لكل من الطرفين العدول عنها.

ولذلك فإن العدول حق لكل طرف، والحق لا يرتب عنه تعويض لان الجواز ينافي الضمان ولكن التعويض في هذه الحالة ليس عن الحق وإنما نتيجة لإساءة استعمال الحق وإلحاق الضرر بالغير[2]. فإذا كان العدول عن الخطبة بغير سبب واضح، وهذا السبب أدى إلى أزمة نفسية للطرف الآخر، فإن هذا يعد ضرر معنوي ناتج عن العدول أو التعسف في العدول جاز الحكم بالتعويض. ولذلك 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[3].

(1) عبد الله مبروك النجار، المرجع السابق، ص181.

(2) عبد الهادي بن زيطة، المرجع السابق، ص96.

(3) مقدم السعيد، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1992، ص252.

الفرع الثاني: حكم التعويض عن الضرر الأدبي الناجم عن العدول عن الخطبة في القانون

يصاب أحد الأطراف في شعوره وعاطفته ويصيب الشرف والاعتبار والعرض أكثر من المال وهذا ما يسمى بالضرر المعنوي، ويظهر هذا الضرر خاصة في الحالات التي تطول فيها فترة الخطوبة، حيث تكثر الغدوات والروحات بينهما، أو الاختلاء بالمخطوبة وبعدها يتم العدول. فيثور التساؤل بين الناس عن سبب العدول عن الخطبة وهذا فيه ضرر معنوي للمخطوبة ومساس بكرامتها وشرفها ومما يؤذي السمعة أن يذاع عن شخص أنه مصاب بمرض خطير[1].

كما يتمثل في تفويت مصلحة غير مالية ملتزم بها أو تفويت فرصة كان من المحتمل أن يكون من ورائها كسب مالي، كضياع فرصة دخول المترشح في وظيفة معينة أو للحصول على ترقية[2]. إن مجرد العدول عن الخِطبة قد يلحق أضرارا معنوية ولومن باب خدش الشعور، وما تلوكه الألسنة عن أسباب العدول، مما يؤذي سمعة المعدول عنه ويعرضه لكثير من الشائعات، ويفتح باب التأويلات والضنون السيئة فيه[3].

أولا: في قانون الأسرة الجزائري

ليست الخطبة إلا تمهيدا لعقد الزواج، وهذا الوعد لا يقيد أحدا من المتواعدين، وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في المادة 5فقرة 3 قانون الأسرة المعدلة بالأمر 05-02[4]، وهذا النص جاء مطلقا، معتبرا التعويض ليس عن العدول، وإنما عن الضرر الناجم عن العدول على أساس المسؤولية التقصيرية [5]، لأن الخطبة ليست بعقد.

---

(1) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص911.

(2) فيصل بن ظهير بيك مغل، التعويض عن الضرر المعنوي، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، 1427-1428هـ، ص10.

(3) مسعودة نعيمة إلياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق -دراسة مقارنة-، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2009-2010، ص272.

(4) المادة5/3ق.أ المعدلة بالأمر05-02 بقوله: "إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أومعنوي جاز الحكم بالتعويض".

(5) عبد الهادي بن زيطة، المرجع السابق، ص110.

1-إمكانية التعويض عن الضرر:

إن الحكم بالتعويض أمر جوازي متروك للسلطة التقديرية للقاضي، ولفظ الجواز 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 معتبر[1].

في 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 بفعلها، 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[2]، لذلك وجب تعويض الطاعن عن الضرر الذي أصابه بسبب العدول عن الخطبة"[3].

بالرجوع إلى القانون المدني نجد أن المشرع الجزائري خصص نصا تحدث فيه عن الضرر المعنوي، وهذا ما نصت عليه المادة 132ق.م.ج: "**يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة.**"

2-كيفية التعويض عن الضرر الأدبي

أ-تقدير التعويض: تقدير التعويض عن الضرر مسألة موضوعية، من اختصاص وتقدير قضاة الموضوع، بأن يتناسب مقدار التعويض والضرر الذي لحق بالمضرور، ثم إن الخطبة بحكم طبيعتها، تفرض عدم إمكانية التعويض عن الأضرار المألوفة، لأن العدول عنها هو حق شرعي[4].

---

(1) عبد الهادي بن زيطة، المرجع نفسه، ص104-105.

(2) المادة 341 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان1395هـ، الموافق لـ 26 سبتمبر1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم تنص: "الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه وذلك أثناء سير الدعوي المتعلقة بالواقعة."

(3) المحكمة العليا، غ، أ، ش، ملف رقم 56097، 1989/12/25، المجلة القضائية، العدد الرابع، ص102.تم الإشارة إليها في عبد الهادي بن زيطة، المرجع السابق، ص108-109.

(4) بلحاج العربي، المرجع السابق، ص105.

وفي حالة عدم الاتفاق على مقدار التعويض أو عدم وجود نص قانوني يقدره، فإن المبدأ الذي يحكم مقدار التعويض يتمثل في أنه يجب أن يكون مساويا لقيمة الضرر المباشر الذي لحق المعدول عنه، فلا ينقص عنه ولا يزيد.

إن الغرض من التعويض هو جبر الضرر كله وأنه يجب على القاضي أن يقدر التعويض تقديرا يكفي لجبر خاطر الطرف المضرور، لما مسه في شرفه واعتباره من آلام، على أن يقترن هذا التقرير ببيان عناصر الضرر، ومؤدى ذلك أن يقدر التعويض بقيمة الضرر، كما آل إليه وقت الحكم بحسب ما كان قد تفاقم أو تناقص وبحسب ما يتكلف جبره في ذلك الوقت[1].

كما أن هناك ظروف تؤثر في تقدير التعويض عن الضرر المعنوي المترتب عن العدول عن الخطبة، ومن هذه الاعتبارات: الاعتداد بدرجة الخطأ، فإذا كان الخطأ بسيط فإن المحكمة تعتبره من عوامل التخفيف في تقدير التعويض[2]. وكذلك الظروف الشخصية للمضرور من العدول وهذا حسب المادة **131 قانون المدني الجزائري** لأن التعويض عن الضرر المعنوي يخضع للقواعد العامة في القانون المدني.

ب- طريق التعويض عن الضرر المعنوي:

نصت المادة 132 في الفقرة 2 على أنه: "**يقدر التعويض بالنقد، على أنه يجوز للقاضي تبعا للظروف، وبناءا على طلب المضرور، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، وأن يحكم وذلك على سبيل التعويض بأداء بعض الإعانات تتصل بالفعل الضار**".

ولذلك يجوز للقاضي أن يحكم بالتعويض العيني للضرر الأدبي وهذا حسب المادة 132ق.م، يكون من تطبيقاته حق الرد أو الوفاء بالتعويض العيني، أو إعادة الحال إلى ما كان عليه سابقا، ويمكن تصورا لتعويض العيني في المسؤولية التقصيرية، ففي حالة العدول عن الخطبة إذا كان ممكنا، مثلا إذا كان الضرر المعنوي يتمثل في إشاعة أقاويل وأكاذيب على المخطوبة تمس بشرفها فيكون بتصحيح تلك الأقاويل، وتقديم اعتذار.

(1) عبد الله مبروك النجار، المرجع السابق، ص144.

(2) عبد الله مبروك النجار، المرجع نفسه، ص147.

وضع الفقهاء شروط للتعويض العيني استنبطوها من النصوص القانونية المنظمة للتعويض العيني بصفة خاصة، وأداء الالتزامات بصفة عامة، وهذه الشروط تتمثل في أن يكون التعويض العيني ممكنا وملائما وغير مرهق للمدين، والأهم من ذلك أن يطلب المضرور التعويض العيني[1].

أما إذا تعذر التعويض العيني يلجأ إلى التعويض بمقابل فهو التعويض الغالب في دعوى المسؤولية التقصيرية، ويكون التعويض بمقابل نقدي أي تقويم الضرر بمبلغ نقدي والحكم به يعطى دفعة واحدة.

وكذلك يمكن أن يحكم القاضي بتعويض نقدي مقسط، بإيراد مرتب مدى الحياة، وكذلك يصح أن يدفع المبلغ إلى شخص ثالث، وكذلك يمكن للقاضي أن يلزم المدين بتقديم تأمين أو أن يأمر بأن يودع مبلغا كافيا بالإيراد المحكوم به[2] وهذا ما نصت عليه المادة 132ق.م بقولها "**ويصح أن يكون إيرادا مرتبا، ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين أن يقدم تأمينا**".

ثانيا: في القوانين الأخرى

نجد المادة132 من ق.م.ج تقابلها المادة 171قانون المصري .أما مدونة الأسرة المغربية الجديدة فقد تضمنت حكما جديدا في هذا المجال، حيث نصت المادة 7منه "**مجرد العدول عن الخطبة لا يترتب تعويض. غير أنه إذا صدر عن أحد الطرفين فعل سبب ضررا للآخر، يمكن للمتضرر المطالبة بالتعويض**". وبالتالي فإن العدول المجرد لا يمكن التعويض عنه ولو حصل فيه ضرر [3] ولم ينص قانون الأحوال الشخصية السوري ولا مدونة الأحوال الشخصية التونسية على موضوع التعويض عن الضرر المترتب عن الخطبة، وبالتالي الحكم هو الرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني أي إلى قواعد المسؤولية التقصيرية. [4]

(1) عبد الله مبروك النجار، المرجع السابق، ص140-141.

(2) محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، دار الهدى، الجزائر، 2004، ص158.

(3) أحمد شامي، المرجع السابق، ص50.

(4) رشيد بن الشويخ، المرجع السابق، ص38.

خاتمة

من خلال الدراسة التي قمنا بها، يتضح أن الخطبة هي الرغبة في إلتماس الزواج بإمرأة معينة خالية من الموانع الشرعية، أوهي تواعد متبادل بين الرجل والمرأة من أجل إبرام عقد الزواج، لأن الزواج علاقة ذات أهمية قصوى في الإسلام، فقد شرعت الخطبة كمقدمة، يتم فيها الاختيار قبل إبرام عقد هذه العلاقة.

ويكون هذا الاختيار وفق شروط تضمن تحقيق المراد من الخطبة وهو التعرف والتأكد منها وذلك ألا تكون محرمة عليه مؤبدا أو مؤقتا، وكذا ألا تكون مخطوبة للغير، وتحريم الخطبة على الخطبة، وهذا ما أقره التشريع الإسلامي.

وكذلك تحريم التعدي عن حدود النظر والذي حدده الإسلام في القرآن وكثير من الأحاديث النبوية، والتي أباحت النظر إلى من يريد التزوج منها، حتى يحصل له اطمئنان النفس الذي يؤدي إلى دوام العشرة، إذ ينبغي أن يكون نظر الخاطب إلى المخطوبة قبل الخطبة لأن الزواج لا يتم إلا بتراضي الطرفين .

فالخطبة إذن هي وعد بالزواج حسب طبيعتها، فمن الناحية الشرعية فالخطبة ليست إلا تمهيدا للزواج أو الوعد به فهو غير ملزم عند أكثر الفقهاء. أما من الناحية القانونية الخطبة وعد بالزواج وليس لها الصبغة الإلزامية.

فإذا لم يتفق الطرفين الخاطب والمخطوبة يحق لكل منهما العدول عن الخطبة وعدم إتمام الزواج لأن الخطبة لا تعد عقدا، بل هي مقدمة من مقدمات الزواج يجوز العدول عنها ويكون أثر العدول بالنسبة للمهر، أنه يرجع للخاطب إذا كان قد دفع، أما الهدايا فمختلف في حكمها حسب جهة العدول، إذا كان العدول من الخاطب فلا يسترد شيئا مما أهداه على أنه في نظر المشرع تطبق أحكام الهبة على الهدية . أما إذا كان العدول من المخطوبة فعليها رد ما لم يستهلك هذا وأن الهدايا لا تعتبر صداقا في العدول عن الخطبة من طرف الخاطب.

أما فيما يخص التعويض عن الضرر المترتب عن العدول عن الخطبة، يعترف كل من القانون والشريعة الإسلامية للخاطبين حق العدول، فالراجح في الشريعة الإسلامية هو عدم

التعويض عن العدول عن الخطبة، أما قانونا فإنه يشترط ألا يتم الإضرار بالغير أو التعسف في استعمال الحق سواء كان الضرر مادي أو معنوي، فإنه جاز الحكم بالتعويض للطرف المتضرر.

وانطلاقا من هذا فإن النتيجة المتوصل إليها من خلال بحثنا هي أن الخطبة لا تعد زواجا وإنما تمهيدا لعقد الزواج، شرعت للتعرف بين الخاطبين، فالخطبة وعد غير ملزم إذ يجوز العدول عنها بسبب ويكره إذا كان بلا سبب، ويشترط أن لا يتعسف في استعمال الحق، وألا يؤذي الطرف المعدول عنه.

وفيما يتعلق في اقتران الفاتحة بالخطبة، فإن الفاتحة لم ترقى إلى درجة الزواج التي أقرتها الشريعة الإسلامية، وسيبقى هذا المشكل يطرح خاصة في بعض المناطق التي تعتبر الفاتحة زواجا صحيحا.

قائمة المصادر والمراجع

أولا: القرآن الكريم

ثانيا: المصادر

1- ابن منظور، لسان العرب، المجلد الخامس، دار لسان العرب، لبنان، 2005.
2- الحسين مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، بيت الأفكار الدولية، الرياض، 1419هـ/1998م.
3- محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، اعتنى به أبو صهيب الكرمي، بيت الأفكار الدولية للنشر، الرياض، 1419هـ/1998م.
4- محمد بن يزيد القزويني الشهير بـ (ابن ماجة)، سنن ابن ماجة، تعليق محمد ناصر الألباني، مكتبة المعارف، المملكة العربية السعودية، دون سنة الطبع.

ثالثا: الكتب

1-كتب باللغة العربية:

1- أبو عبد الله محمد بن ادرسي الشافعي، الشافعي الأم، الجزء الرابع، دار الفكر، بيروت، 1980.
2- أبو زكريا يحي بن شرف النووي، المكتب الإسلامي، بيروت، دون سنة نشر.
3- أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحداث التعديلات، دراسة فقهية ونقدية ومقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010.
4- أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2004.
5- أحمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية في الإسلام، دار المعارف، القاهرة، 1985.
6- أسامة عمر سليمان الأشقر، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، دار النفائس، الأردن 2000.

7- إسماعيل أمين نواهضة، أحمد محمد المومني، الأحوال الشخصية، فقه النكاح، دار الميسرة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010.
8- الغوثي بن مالحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
9- بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، مطبعة دار التأليف، الطبعة الثانية، مصر، 1961.
10- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001.
11- _____، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول (الزواج والطلاق)، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة، الجزائر، 2004.
12- بلقاسم شتوان، الخطبة والزواج في الفقه المالكي، دار الفجر للطباعة والنشر، بدون طبعة، قسنطينة، 2007.
13- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدونية، الجزائر، 2008.
14- توفيق حسن فرج، الطبيعة القانونية للخطبة، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة، 1963.
15- حسين بن عودة العوايشة، الموسوعة الفقهية في فقه الكتاب والسنة المطهرة، الجزء الخامس، دار ابن حزم للنشر والتوزيع، الأردن، 2004.
16- رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية، د.ط، الإسكندرية، د.س.ن، ص29.
17- سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الطبعة الثالثة، الجزائر، 1995.
18- _____، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هومة، الطبعة الرابعة، الجزائر، 2013.
19- سيد فرج، الأسرة في ضوء الكتاب والسنة، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، المنصورة، 1987.
20- طاهر حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، 2009.

21- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998.

22- _____، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000.

23- عبد القادر الفار، المدخل لدراسة العلوم القانونية، مكتبة الثقافة، الأردن، 1994.

24- عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، 2007.

25- عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، الجزء السادس، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1993.

26- عبد الله مبروك النجار، التعويض عن أضرار فسخ الخطوبة، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، القاهرة، 2007-2008.

27- عبد الناصر توفيق العطار، خطبة النساء في الشريعة الإسلامية، مطبعة السعادة، القاهرة، دون سنة نشر.

28- عبد الهادي بن زيطة، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة، دار الخلدونية، الجزائر، 2007.

29- عبير ربحي شاكر القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، دار الفكر، الأردن، 2007.

30- علي فيلالي، الالتزامات، الفعل المستحق التعويض، موفم للنشر، الطبعة الثانية، الجزائر، 2010.

31- عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، دار النفائس، الأردن، 1997.

32- عيسى حداد، عقد الزواج، دراسة مقارنة، جامعة باجي مختار، عنابة، 2006.

33- فتحي الدر يني، التعسف في استعمال الحق، مؤسسة الرسالة، الطبعة الرابعة، لبنان، 1988.

34- فيصل بن ظهير يبك مغل، التعويض عن الضرر المعنوي، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، 1427-1428هـ.

35-لحسين بن الشيخ آت ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، الجزء الأول، دار هومة للطباعة، الطبعة الثانية، الجزائر، 2006.

36-محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، دون سنة إصدار، دون بلد النشر.

37-_____، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، دون بلد إصدار، دون سنة النشر.

38-محمد بن إبراهيم بن عبد الله التويجري، موسوعة الفقه الإسلامي، الجزء الرابع، دون بلد النشر، 2009.

39-محمد بن أحمد الصالح، فقه الأسرة عند الإمام شيخ الإسلام، ابن تيمية في الزواج وآثاره، المجلد الأول، المملكة العربية السعودية، 2003.

40-محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد، دار الكتب العلمية، بيروت، دون سنة نشر.

41-محمد بن عبد الخرشي، حاشية الخرشي على مختصر سيدي خليل، الجزء الرابع، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997.

42-محمد زيد الأنباني، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، الجزء الأول، مطبعة علي سكر أحمد، الطبعة الثانية، مصر، 1329هـ.

43-محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، دار الهدى، الجزائر، 2004.

44-محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، دار الجامعية للطباعة، السكندرية، دون سنة النشر.

45-محمد محدة، الخطبة والزواج، الجزء الأول، دار الشهاب، الطبعة الثانية، الجزائر، 2000.

46-محمود المصري أبو عمار، الزواج الإسلامي السعيد، مكتبة الصفاء، القاهرة، 2006.

47-مصطفى العدوي، جامع أحكام النساء، الجزء الثالث، دار السنة، المملكة العربية السعودية، 1995.

48-مصطفى شبلي، أحكام الأسرة في الإسلام، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، بيروت، 1977.

49-_____، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السينية والمذهب الجعفري والقانون، دار الجامعية، الطبعة الرابعة، 1983.

50-مقدم السعيد، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1992.

51-نايف محمود الرجوب، أحكام الخطبة في الفقه الإسلامي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2008.

52-نبيل صقر، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، دار الهدى، الجزائر، 2006.

53-نسرين شريقي وكمال بوفرورة، قانون الأسرة الجزائري، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2013.

54-نصر سلمان، سعاد سطحي، أحكام الخطبة والزواج في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، دار الهدى، الجزائر، 2002.

55-وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء السابع، دار الفكر، الطبعة الثانية، دمشق، 1985.

2-الكتب اللغة الفرنسية

1- Planiol michel, ET GRIPERT, TRAITE PRATIQUE DE DROIT CIVIL FRANÇAIS, 2EME EDITION PAR ROUSAT , PARIS.

ثالثا: المذكرات ورسائل الدكتوراه

1-جمال سويسي، إشكالات انعقاد وانحلال الزواج، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، 2003-2004.

2-رابح عبد المالك، الصداق في قانون الأسرة الجزائري، رسالة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، كلية الحقوق والعلم الإدارية، 1996.

3-مسعودة نعيمة إلياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2009-2010.

رابعا:المجلات القضائية:

1- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، الصادر في 1989/12/25، المجلة القضائية، العدد الرابع، 1989.
2- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، الصادر في 1991/04/23، ملف رقم 73919، المجلة القضائية، العدد الثاني، 1993.
3- قرار غرفة الأحوال الشخصية،الصادر في 1993/07/13، ملف رقم 92714، المجلة القضائية، العدد الأول، 1995.
4- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1995/04/04، ملف رقم 111876، عدد خاص.
5- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 96801، إ.ق.غ.أ.ش، عدد خاص.

النصوص القانونية و المراسيم التنظيمية :

1- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية رقم 24 سنة 2004.
2- القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429هـ، الجريدة الرسمية العدد 21 بتاريخ 2008/04/23، الموافق لـ 25 فبراير 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
3- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، الجريدة الرسمية عدد 78 لسنة 1975، يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.
4- الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فيفري المعدل و المتمم للقانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 جوان 1984 يتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية، العدد 15 لسنة 2005.
5- المرسوم التنفيذي رقم 144/91، المؤرخ في 1991/4/27، المتضمن القانون الأساسي الخاص بعمال الشؤون الدينية، الجريدة الرسمية، العدد20، سنة1991.
6- المرسوم التنفيذي رقم06/02 المؤرخ في2002/3/2، المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم144/91، الجريدة الرسمية، العدد17، 2002.

الفهرس

إهداء

شكر

قائمة أهم المختصرات

مقدمة.....أ

الفصل الأول: ماهيةالخِطبة:الشرع والقانون متطابقان باعتبارهما الخطبة وعد بالزواج.....1

المبحث الأول: توافق الشرع والقانون حول الخطبة.....2

المطلب الأول: مفهوم الخطبة (القانون على خطى الشرع).....2

الفرع الأول: الخطبة فكرة إجتماعية بأهداف متعددة.....2

أولا: التعريف اللغوي للخطبة.....3

ثانيا: التعريف الاصطلاحي للخطبة (إستعداد الطرفين لغرض الزواج).....3

ثالثا: التعريف القانوني للخطبة (الخطبة وعد متبادل وليس زواجا).....4

الفرع الثاني: الخطبة إجراء أولي لبلوغ أهداف مستقبلية.....5

الفرع الثالث: أنواع الخطبة بين صريح الكلام ومجازه.....7

أولا: الخطبة بالتصريح.....7

ثانيا: الخطبة بالتعريض.....7

المطلب الثاني: ضروريات الخطبة بين ما هـ ومستحسن وما هوواجب.....08

الفرع الأول: شروط صحة الخطبة.....08

أولا: الشروط المستحسنة للخطبة.....08

ثانيا: الشروط الواجبة للخطبة.....10

1-الشرط الأول: أن تكون المخطوبة صالحة للزواج.....10

2-الشرط الثاني: أن لا تكون الفتاة مخطوبة للغير.....12

الفرع الثاني: النظر إلى المخطوبة.....15

أولا: مشروعية النظر إلى المخطوبة 15

1-من الكتاب.....15

2-من السنة.....16

ثانيا: قدر الإباحة من النظر.....16

ثالثا: وقت النظر إلى المخطوبة.....17

المبحث الثاني: طبيعة الخطبة وإشكالية إقترانها بالفاتحة.....20

المطلب الأول: التكييف الشرعي والقانوني للخطبة.....20

الفرع الأول: التكييف الشرعي للخطبة.....20

أولا: الخطبة وعد غير ملزم.....21

ثانيا: الخطبة وعد ملزم.....22

الفرع الثاني: التكييف القانوني للخطبة.....23

المطلب الثاني: إشكالية إقتران الخطبة بالفاتحة.....25

الفرع الأول: المقصود بالفاتحة.....26

الفرع الثاني: حكم اقتران الخطبة بالفاتحة.....26

الفصل الثاني: أحكام الخطبة (القانون على خطى الشرع في سن أحكام الخطبة).....29

المبحث الأول : القانون والشرع متطابقان حول حكم المهر والهدايا..... 30

المطلب الأول: رأي الشرع والقانون حول حكم المهر 30

الفرع الأول: حكم المهر الفقه الإسلامي.....30

الفرع الثاني: حكم المهر في القانون 31

أولا: في قانون الأسرة الجزائري.....31

ثانيا: في القانون المغربي.....33

ثالثا: في القانون السوري.....33

المطلب الثاني: رأي الشرع والقانون حول حكم الهدايا.....34

الفرع الأول: حكم الهدايا في الفقه الإسلامي.....34

أولا: حكم الهدايا في المذهب الحنفي.....35

ثانيا: حكم الهدايا في المذهب المالكي.....35

ثالثا: حكم الهدايا في المذهب الشافعي 35

رابعا: حكم الهدايا في المذهب الحنبلي.....36

الفرع الثاني: حكم الهدايا في القانون.....36

أولا: في قانون الأسرة الجزائري.....36

ثانيا: في القانون المغربي.....37

ثالثا: في القانون المصري.....38

المبحث الثاني: حكم الضرر المترتب عن العدول عن الخطبة.....39

المطلب الأول: حكم التعويض عن الضرر المادي الناجم عن العدول عن الخطبة.....39

الفرع الأول: حكم التعويض عن الضرر المادي الناجم عن العدول عن الخطبة في الفقه..40

-الرأي الأول: عدم التعويض.....40

-الرأي الثاني: التعويض مطلقا.....41

-الرأي الراجح: 42

الفرع الثاني: حكم التعويض عن الضرر المادي الناجم عن العدول عن الخطبة في القانون.....42

أولا: في القانون الجزائري.....43

ثانيا: في القانون المصري.....47

المطلب الثاني: حكم التعويض عن الضرر المعنوي الناجم عن العدول عن الخطبة.....48

الفرع الأول: التعويض عن الضرر المعنوي الناجم عن العدول عن الخطبة في الفقه.....48

أولا: عدم التعويض عن الضرر الأدبي المترتب عن العدول عن الخطبة.....49

ثانيا: التعويض عن الضرر الأدبي مع التفصيل.....50

ثالثا: الرأي الراجح.....51

الفرع الثاني: حكم التعويض عن الضرر المعنوي الناجم عن العدول عن الخطبة في القانون.....52

أولا: في قانون الأسرة الجزائري.....53

ثانيا: في القوانين الأخرى.....56

خاتمة: 57

قائمة المصادر والمراجع.....59

الفهرس: 65