

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة محمد بوضياف بالمسيلة



ميدان: الحقوق والعلوم السياسية
فرع: الحقوق
تخصص: قانون الأسرة

كلية: الحقوق والعلوم السياسية
قسم: الحقوق
رقم:

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر أكاديمي
تحت عنوان:

أحكام الخطبة والزواج بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري

إشراف الأستاذ الدكتور: دحية عبد اللطيف

إعداد الطالبين

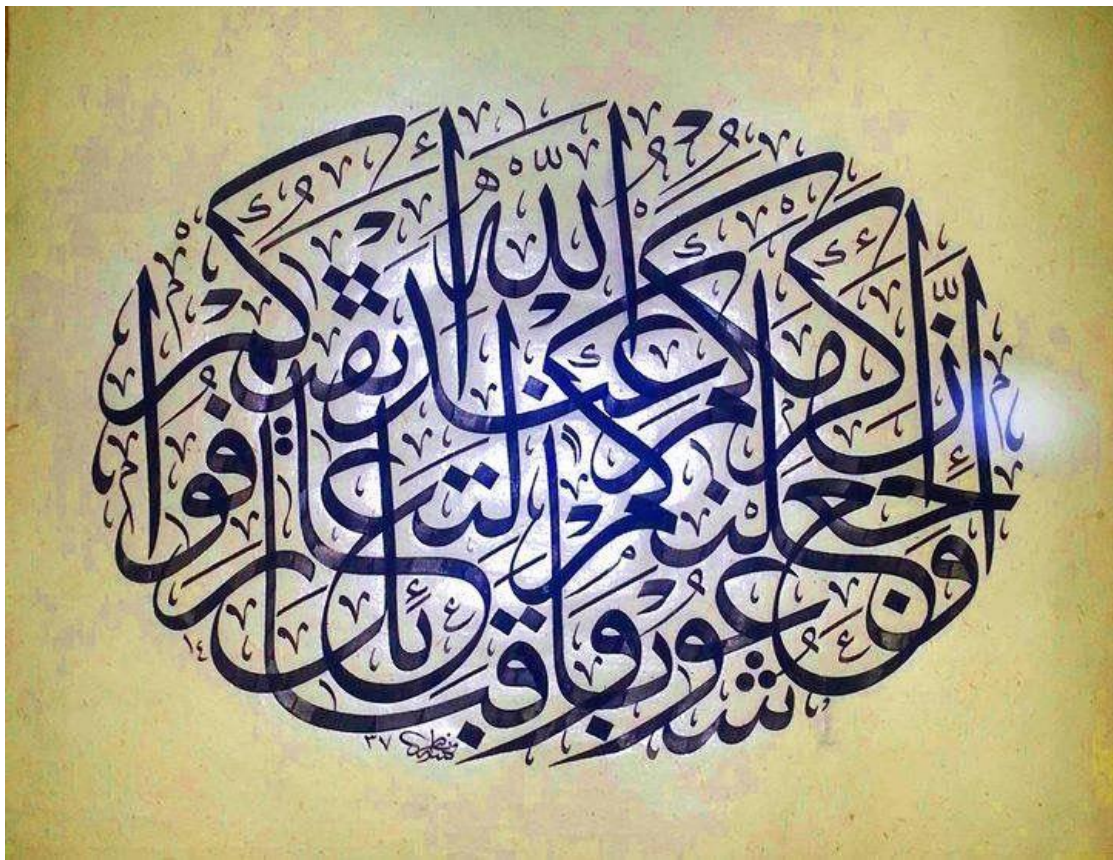
جغام سمير

بهلولي إبراهيم

أمام لجنة المناقشة

الرقم	الاسم واللقب	الرتبة العلمية	الجامعة	الصفة
1	بلواضح الطيب	أستاذ دكتور	جامعة المسيلة	رئيسا
2	دحية عبد اللطيف	أستاذ دكتور	جامعة المسيلة	مشرفا ومقررا
3	مقيرش محمد	دكتور	جامعة المسيلة	ممتحنا

السنة الجامعية: 2022/2021



شكر و عرفان

اللهم لك الحمد والشكر على توفيقك إيانا في إنجاز هذه الرسالة. فقد قال رسولنا الكريم صلى الله عليه وسلم (مَنْ لَمْ يَشْكُرِ النَّاسَ لَمْ يَشْكُرِ اللَّهَ) وعملا منا بحديث رسولنا الكريم صلى الله عليه وسلم. فالشكر إلى الأستاذ الدكتور دحيه عبد اللطيف الذي سرنا العمل معه لنبل أخلاقه و معاملته , فقد كان لنا خير معلم وخير مشرف الذي وجهنا في العمل ووضع حجر أساسه , دون أن ننسى الأستاذ الدكتور والأخ العزيز بلوا ضح الطيب الذي كان منه و بفضلته بعد فضل الله تعالى كل الدعم لإكمال مشوارنا الدراسي , متمنين لهما موفور الصحة والعافية , ومزيدا من النجاحات العلمية.

كما نشكر كل من ساعدنا على إنجاز هذا العمل من قريب أو من بعيد .

إهداء

إلى من أفضلها على نفسي ولم لا وهي لم تدخر جهدا في سبيل إسعادي إلى روح جدتي لويزة.

إلى صاحب السيرة العطرة و الوجه الطيب , الذي كان له الفضل إلى ما وصلت إليه الآن

والذي بهلولي العيد رحمه الله .

إلى من وضعتني في طريق الحياة, وراعتني حتى صرت كبيرا إلى من الجنة تحت أقدامها

والدتي فاطنة طيب الله ثراها.

إلى رفاق دربي إخوتي محمد والمسعود وسليمان وزوجاتهم.

إلى حبيباتي قلبي أختاي مليكة وعيشة وزوجيهما.

إلى زوجتي وأبنائي.

إلى أبناء وبنات إخوتي وأخواتي .

إلى أصدقائي ورفاقي وأساتذتي .

بهلولي إبراهيم

إهداء

إلى أحق الناس علينا بالبر، الوالدين حفظهما الله وأطال في عمرهما.

إلى من أعاننا ماديا و معنويا، إلى من شجعنا و حفزنا على إكمال مشوار الدراسة.

_ الأستاذ الدكتور دحيه عبد اللطيف._ الأستاذ الدكتور بلوا ضح الطيب.

-الدكتور محمد جغام.

إلى كل الزملاء والزميلات من كانوا برفقتي مصاحبتي أثناء المشوار الجامعي

إلى بهجة القلب وسروره أولادي دحو، أميرة و مكة.

إلى زوجتي إخوتي أخواتي أزواجهم و زوجاتهم و أبنائهم دون استثناء.

إلى كل أعمامي وأخوالي وأهليهم دون استثناء وأخصهم بالذكر إبراهيم زوج عمتي

إلى ابنة الخال عبلة و زوجها فلها كل الفضل في دعمي ماديا و معنويا ووقوفها معي في

السراء و الضراء.

إلى رفقاء الصغر إخوتي و أخواتي فلن أنساهم ما حييت ما لهم من فضل عليا.

لمين بن داود و أهله دون استثناء، عبد الرحمن سعدي.

نانو و زوجها خليل. خديجة الكبيرة و الصغيرة. حسينة و بدره.

جغام سمير

مقدمة:

يقول الله عزوجل في محكم تنزيله : ﴿ يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا ۗ إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ ۗ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ ﴾ (1) عندما خلق الله تعالى الكون خلق من كل زوجين اثنين ذكر وأنثى وذلك لاستمرار الحياة وديمومتها , حيث قال الله تعالى ﴿ وَإِذْ قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلَائِكَةِ إِنِّي جَاعِلٌ فِي الْأَرْضِ خَلِيفَةً ۗ قَالُوا أَتَجْعَلُ فِيهَا مَنْ يُفْسِدُ فِيهَا وَيَسْفِكُ الدِّمَاءَ وَنَحْنُ نُسَبِّحُ بِحَمْدِكَ وَنُقَدِّسُ لَكَ ۗ قَالَ إِنِّي أَعْلَمُ مَا لَا تَعْلَمُونَ ﴾ (2) ومن خلال هذه الآية يكون الله تعالى قد كرم الإنسان وجعله خليفة له في الأرض , فكان سيدنا ادم عليه السلام خليفة الله في الأرض وحواء مؤنسة له فيها , وعقد الله بينهما برابطة المحبة وهي رابطة الزواج , وسماه الله تعالى في كتابه الميثاق الغليظ.

فعقد الزواج من العقود التي حظيت بعناية الشريعة الإسلامية واهتمامها، وذلك لما له من آثار اجتماعية تتمثل بلحمة عائلتين ربما تكونان بعيدتين نسباً عن بعضهما، فإذا حصل تزواج بين فردين منهما أصبحت العائلتان أقرب إلى بعضهما علاقةً، وأزيلت الحواجز بينهما، ناهيك أن الزواج هو اقتران شابٍ بفتاةٍ مُحَرَّمٍ عليه مساسها في الأصل، فإذا ما تمَّ عقد الزواج أصبح جائزاً بينهما ما يجوز بين أي زوجين فعله. في العادة يتقدّم عقد الزواج الخِطبة أو يُعرف بقراءة الفاتحة، والخِطبة في حقيقتها وعدُّ بالزواج، حيث في هذه المرحلة وبعد أن يتقدّم شابٌ من خِطبة فتاةٍ فإنَّ أهلها يَعِدُونَهُ بتزويجها له، فالخِطبة هي مرحلة ما قبل إجراء العقد، وبهذه الفترة تكون المخطوبة أجنبيّةً عن خاطبها، فلا يحلُّ لهما الخلوة. كما لا يحلُّ للخاطب الجلوس مع مخطوبته إلا بوجود محرمٍ من أهلها، ولا يحلُّ لها أن تتزيّن له وتظهر مفاتنتها، فإذا ما أُجري العقد أصبحت زوجةً له وجاز لهما كلُّ ذلك.

(1) سورة الحجرات، الآية: 13.

(2) سورة البقرة، الآية: 30.

فالأزواج سر عظيم جعله الله عز وجل بين الرجل والمرأة وجعل له ضوابط وأحكام وأركان وشروط، وضبط ذلك في الفقه والقانون.

الأسباب التي دعنا لاختيار هذا الموضوع لرسالتنا والمتمثل في أحكام الخطبة والزواج بين القانون الجزائري والشريعة الإسلامية هي:

* باعتبار الخطبة مقدمة يقوم بها أي فرد في المجتمع من أجل تأسيس أسرة لذا وجب علينا معرفة هذه الأحكام والالتزام بها قبل الإقبال على خطوة الزواج، وهذا حرصا على احترام الشريعة الإسلامية وأحكامها و كذا ضمان استقرار الرابطة الزوجية في المستقبل.

* حثنا رسولنا الكريم صلى الله عليه وسلم على تيسير الزواج للشباب من خلال تقليل شروط الزواج من ضمنها المهر و من حصول البركة ، وتحسين الشباب لأن لا يصرف الشباب النظر عن الزواج ، حيث جاء في السيرة النبوية أنّ امرأة عَرَضَتْ نَفْسَهَا عَلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَقَالَ لَهُ رَجُلٌ: يَا رَسُولَ اللَّهِ زَوِّجْنَا، فَقَالَ: «مَا عِنْدَكَ؟» قَالَ: مَا عِنْدِي شَيْءٌ، قَالَ: «أَذْهَبُ فَأَلْتَمِسُ لَوْ خَاتَمًا مِنْ حَدِيدٍ»، فَذَهَبَ ثُمَّ رَجَعَ، فَقَالَ: لَا وَاللَّهِ مَا وَجَدْتُ شَيْئًا وَلَا خَاتَمًا مِنْ حَدِيدٍ، وَلَكِنْ هَذَا إِزَارِي وَلَهَا نِصْفُهُ - قَالَ سَهْلٌ: وَمَا لَهُ رِذَاءٌ - فَقَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «وَمَا تَصْنَعُ بِإِزَارِكَ، إِنْ لَبِسْتَهُ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهَا مِنْهُ شَيْءٌ، وَإِنْ لَبِسْتَهُ لَمْ يَكُنْ عَلَيْكَ مِنْهُ شَيْءٌ»، فَجَلَسَ الرَّجُلُ حَتَّى إِذَا طَالَ مَجْلِسُهُ قَامَ، فَرَأَهُ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَدَعَاهُ - أَوْ دُعِيَ لَهُ - فَقَالَ لَهُ: «مَاذَا مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ؟» فَقَالَ: مَعِيَ سُورَةٌ كَذَا وَسُورَةٌ كَذَا - لِسُورٍ يُعَدِّدُهَا - فَقَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «أَمَلَكُنَا كَهَا بِمَا مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ». (1)

(1) الراوي: سهل بن سعد الساعدي | المحدث: البخاري | المصدر: صحيح البخاري | الصفحة أو الرقم: 5121 | خلاصة حكم المحدث: (صحيح)

* بعد الناس عن الدين في الوقت الحاضر وجهل شبابنا بأحكام الشريعة الإسلامية , وخاصة ما تعلق بالخطبة وأحكامها فالكثير منهم يعتقد بأن الخطبة عقد زواج يتيح للخطيبين الاختلاط و الخلوة بتقليدهم للغرب , وهذا ما أدبالي انتشار المفاسد في مجتمعنا واختلاط الأنساب و الابتعاد عن الدين وبالتالي هدم كيان الأمة .

وكذلك أردنا تسليط الضوء على شروط صحة عقد الزواج لتساهل بعض الناس بها متجاهلين حكم الشريعة, و المقارنة شروط وأركان الزواج بين المشرع الجزائري و الشريعة الإسلامية.

وأردنا من خلال دراستنا لهذا الموضوع معرفة موقف المشرع الجزائري من الخطبة وأحكامها، وخاصة فيما يتعلق بموضوع العدول عن الخطبة و تعويض الضرر الناتج عنها, وكذا أحكام الزواج من شروط وأركان والمقارنة بين ما نص عليه القانون الجزائري والشريعة الإسلامية.

وتتجلى أهمية موضوعنا انه في الوقت الحالي كثرت المشاكل بين الخطيبين بسبب العدول عن الخطبة وحتى أنها امتدت إلى أسرتهما , كون الخطبة لا تتعلق بالخطيبين فقط وإنما تتجاوزهما إلى عائلتهما , وهذا العدول قد يتحول إلى حقد ونية في الانتقام , وعليه أصبحت توعية الشباب لمن هو مقبل على الزواج أمر ضروري وهذا من اجل إدراك أن حكم الخطبة يختلف عن حكم عقد الزواج , فالخطبية في حكم الأجنبية عن خطيبها لا يجوز له الاختلاء بها أو معاملتها معاملة الأزواج.

كما يجرى بنا التنويه إلى أن الفقهاء المسلمين حين وضعوا شروط وأركان عقد الزواج منها ما اتفقوا عليها وأخرى اختلفوا فيها, وهذا بدوره أثر على مختلف التشريعات العربية باعتبار أن كل تشريع أخذ بمذهب ما, إلا أن قانون الأسرة الجزائري دمج بين هذه المذاهب بل انه ألزم القاضي في المادة 222 بالرجوع إلى الشريعة الإسلامية دون تبين له المذهب الذي يعود إليه, مما جعل القاضي أمام إشكال فيما يتعلق بأركان وشروط عقد الزواج وخاصة في الآثار المترتبة عن مخالفتها أو تخلفها.

ومن هنا نأتي إلى طرح الإشكالية التالية:

ما هي أحكام الخطبة والزواج بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري؟

ولمعالجة الموضوع اتبعنا المنهج التحليلي و المقارن وهذا من أجل معرفة أحكام الخطبة و الآثار المترتبة عن العدول عنها شرعا وقانونا , وتحليل الآراء الفقهية والنصوص القانونية المتعلقة بأحكام الخطبة , كما اتبعنا المنهج التحليلي والمقارن في تعرضنا لأحكام عقد الزواج من أجل معرفة أركان وشروط عقد الزواج شرعا وقانونا وتحليل الآراء الفقهية والنصوص القانونية المتعلقة بأحكام عقد الزواج من أجل الوصول للرأي الراجح للتطبيق.

و للإجابة على الإشكالية المطروحة ارتأينا إلى تقسيم خطة رسالتنا إلى فصلين:

خصصنا فصلنا الأول منها لأحكام الخطبة والذي يتضمن بدوره مبحثين:

المبحث الأول إلى تعريف الخطبة وبيان شروط صحتها ومشروعيتها بين القانون والشريعة. أما المبحث الثاني تطرقنا إلى ماهية العدول عن الخطبة وأثره على الخطيبين وموقف الشريعة والمشرع الجزائري من العدول.

أما فصلنا الثاني خصصناه لأحكام الزواج والذي تضمن هو الآخر مبحثين:

المبحث الأول إلى تعريف عقد الزواج ومشروعيته بين الشريعة الإسلامية و القانون الجزائري. أما المبحث الثاني خصصناه لدراسة أركان عقد الزواج وشروط صحته وموقف الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري منهما.

الفصل الأول: أحكام الخطبة

الخطبة في أعرافنا وتقاليدنا إجراء أولي وتمهيدي يقوم به الخاطب أو ممثله بحيث يعمل على ربط اتصال مع عائلة الخطوبة من أجل التعرف عليها وعلى أسرتها من أجل تبادل الرضا والقبول بين الأُسرتين من أجل المصاهرة ويجدر التنويه بأن الخطبة ليست بعقد زواج ولا ركنا فيه ولا حتى شرطا من شروطه.

وسعيا منا ومن هذا المنطلق فإننا سوف نحاول بين طيات هذا الفصل توضيح أحكام الخطبة متطرقين بداية إلى مفهومها ضمن مبحثنا الأول و ماهية العدول و آثاره في الثاني.

المبحث الأول: مفهوم الخطبة

تكتسي مرحلة الخطبة أهمية كبيرة وذلك من خلال تمكين الخاطبين من التعرف على بعضهما البعض وكذلك عائلتهما.

سوف نحاول من خلال هذا المبحث الوقوف عند تعريف الخطبة في المطلب الأول، أما المطلب الثاني فإننا سوف نتطرق إلى شروط الخطبة،

وفي المطلب الثالث نتكلم عن مشروعية الخطبة بين القانون الجزائري و الشريعة الإسلامية.

المطلب الأول: تعريف الخطبة

لغة: هي مصدر الفعل الثلاثي خطب، استعملت العرب هذه الكلمة بضم الخاء في الكلام المنثور المسجع، وبكسرهما في طلب الزواج، يقال خطب فلان أو الخطيب خطبة جميلة (1)ومن خطب يخطب، وهي طلب التزوج والخطاب:الرجل الطالب للنكاح. ومن خطبت على المنبر خُطبة بالضم وخطبت المرأة خِطبة بالكسر وهي مأخوذة من الخطاب وهو الكلام أو الحديث أو التلفظ، وإما أن تكون مأخوذة من الخَطْب وهو الأمر الشأن المهم) .

(1) جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، دار صادر،المجلد الخامس، لبنان،2005) ص98.

(2) محمد بن عبد العزيز السديس ، مقدمات النكاح ، الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة ، العدد 128 ، المدينة المنورة ، السعودية 1425هـ ، ص 220.

فهي في اللغة ترد بمعنى أعم وهو التماس الشيء، كما ترد بمعنى أخص وهو الدعوة إلى التزويج، قال صاحب القاموس: "خطب المرأة خطبا وخطبة...واختطبوهدعوه إلى تزويج صاحبتهم(1)".

اصطلاحاً: قال الله تعالى: (ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها، وجعل بينكم مودة ورحمة، إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون) (2).

فهي إظهار الرغبة في الزواج بامرأة معينة، وإعلام المرأة وليها بذلك. وقد يتم هذا الإعلام مباشرة من الخاطب، أو بواسطة أهله، فإن وافقت المخطوبة أو أهلها، فقد تمت الخطبة بينهما، وترتبت عليها أحكامها وآثارها الشرعية. (3)

عرّفها ابن عابدين من الحنفية فقال: "الخطبة بكسر الخاء طلب التزوج" (4) ، وعرّفها المالكية بأنها: التماس النكاح أو التماس الخاطب النكاح من جهة المخطوبة"، وعرّف الشافعية الخطبة بأنها: "التماس النكاح من جهة المخطوبة" (5) ، كما عرّفها الفقه الجعفري بأنها طلب الزوجة من نفسها أو وليها(6). كما عرّفها ابن قدامه من الحنابلة بأنها: "خطبة الرجل للمرأة لينكحها". (7)

وهذه التعاريف تطابق المعنى اللغوي للخطبة.

مما سبق عرضه من تعريف الفقهاء للخطبة نلاحظ، أن تعريف الحنفية والمالكية للخطبة هو تعريف شامل لخطبة الرجل للمرأة وخطبة المرأة للرجل، لأنه يجوز شرعا للمرأة أن تكون هي الخاطبة للرجل دون أن يقلل من عزة المرأة وكرامتها كما لا ينال من كرامة الرجل.

(1) -الفيروز آبادي مجد الدين محمد بن يعقوب. القاموس المحيط. دار الفكر، بيروت، لبنان، ط 1403هـ، 1983م، ج1ص63.

(2) سورة الروم، الآية 30 / 21:

(3) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلاميوأدلتهاللزحيلي ، الطبعة الرابعة ، دار الفكر ، دمشق سوريا ، ص 6492

(4) محمد أمين ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، الطبعة الثانية، دار الفكر، لبنان، 1966، ص 8

(5) جميل فخري محمد جانم، مقدمات عقد الزواج، الخطبة في الفقه والقانون، الطبعة الأولى، دار حامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2009 ، ص 20

(6) محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، دار الجامعة للطباعة والنشر، لبنان، ص 39

(7) جميل فخري محمد جانم، المرجع نفسه، صفحة نفسها.

المطلب الثاني : شروط الخطبة

إن شروط الخطوبة في الإسلام قد حدّتها الشريعة الإسلامية من خلال ضوابط وُضعت لتحديد ما يجوز وما لا يجوز في هذا الوقت الذي يجهل كُنْز الفرق بينه وبين العقد الذي تُصبح المرأة بموجبه زوجة للرجل، فيجوز لهما حينها أن يكون بينهما ما يكون بين المتزوجين، وفيما يأتي بيان شروط الخطوبة في الإسلام:

الشروط الأول:

أن تكون المرأة المخطوبة ليست ممن يحرم على الرجل تحريماً مؤبداً أو تحريماً مؤقتاً، والمحرمات تحريماً مؤبداً جمعتهن الآية الكريمة، قال تعالى: {حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُمُ مِنَ الرَّضَاعَةِ وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِّن نِّسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُوا دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ وَأَن تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَّحِيمًا}.(1)

فالمحرمات حرمة مؤبدة هنّ الأمهات، والبنات، والأخوات، والعمات، والخالات، وبنات الأخ، وبنات الأخت، والخلاصة يحرم على الرجل أن يخطب أصوله وهنّ الأمهات والجدات، وفروعه وهن البنات وبنات الأولاد، وفروع أول أصوله وهن الأخوات وبنات الإخوة وبنات الأخوات، أول فرع من كل أصل بعده وهن العمات والخالات وإن علون، كما يحرم على الرجل خطبة المحرمات من الرضاع، ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب.

هنالك أيضاً ما يحرم بالمصاهرة، فإذا عقد الرجل على امرأة فإنه يحرم عليه أمهاتها وجداتها وإن علون من الرضاعة والنسب، كما يحرم عليه الربيبة إذا دخل بأمرها، ويحرم أيضاً زوجات الأبناء .

(1)سورة النساء، آية: 23

وزوجة الأب والجد وإن علا، كما ويحرم الجمع بين الأختين، والمرأة وعمتها والمرأة وخالتها، وكذلك يحرم على الرجل المرأة التي لاعنها أي المرأة التي اتهمها بالزنا. (1)

والحكمة في ذلك أن الخطبة وسيلة إلى الزواج الحلال كما هو معلوم. والزواج بالمحرمات حرام والوسيلة إلى الحرام حرام أيضا. (2)

ولا تحل خطبة معتدة غيره من طلاق رجعي لا بطريق التصريح ولا التعريض لأنها في حكم زوجة الغير. فخطبتها تعتبر تعديا على حق من حقوقه.

و أما المرأة المعتدة من طلاق بائن بينونة صغرى أو كبرى فيرى الأحناف أنها لا تجوز خطبتها لا تصريحاً ولا تعريضاً ما دامت العدة باقية لبقاء بعض آثار الزواج.

غير أن المالكية و الشافعية في قول لهم والحنابلة و الجعفرية يرون بجواز خطبتها تعريضاً لأن الطلاق البائن يقطع سلطة الزوج بزوجته.

و أما المعتدة من وفاة فانه تباح خطبتها تعريضاً فقط. لأن النص المذكور آنفاً في القرآن الكريم أباح خطبتها تعريضاً , ولا تباح الخطبة بالتصريح معتدة من وفاة ما دامت.

و الفرق بين التصريح و التعريض أن الأول هو أن يذكر الخاطب لفظاً لا يحتمل سوى معنى الخطبة كقوله: ارغب في الزواج منك.

وأما التعريض فهو أن يذكر لفظاً يحتمل معنى الخطبة بشكل غير مباشر.

مثلاً كقوله وددت لو يسرت لي زوجة صالحة.

(1) المحرمات من النساء في الكتاب والسنة"، islamweb، اطلع عليه بتاريخ 2020-7-2. بتصرف.

(2) رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية، الإسكندرية، مصر، 2002، ص 39.

الشرط الثاني :

يشترط في المخطوبة أن لا تكون مخطوبة للغير، لأنه من باب التعدي على الغير، فما دامت المخطوبة رضيت بالخاطب فلم يبق إلا العقد، وتجوز ذلك فيه انتهاك لحرمة المسلمين، والدليل على ذلك قوله صلى الله عليه وسلم: "لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه حتى ينكح أو يترك" (1) وجاء في تفسير الحديث: "وظاهر النهي في هذا الحديث وغيره يدل على التحريم، ولأنه نهى عن الإضرار بالناس، فكان مقتضاه التحريم كالنهي عن أكل ماله وسفك دمه". (2)

وقال ابن قدامة: "لا يوجد خلاف بين أهل العلم، إلا أن قوما حملوا النهي على الكراهة" (3) والخطبة على الخطبة لا يمكن أن تخرج على الحالات الثلاثة التالية:

الحالة الأولى: إما أن يخطب الرجل المرأة فتركن إليه، يتراضى بينهما. وهذه الحالة هي المقصودة في النهي الوارد في الحديث السابق، وقد اتفق الفقهاء على تحريم خطبتها.

الحالة الثانية: وإما أن يخطب الرجل المرأة فترفضه، ولا توافقه. ففي هذه الحالة لا حرج في خطبتها، ولا يشملها النهي الوارد في الحديث.

الحالة الثالثة: أما إذا كانت في حالة مشاوره وتردد، فلم تصرح فيها بقبول أو رفض، فاختلوا فيه.

فقال المالكية: "بعدم التحريم". (4) ووافقهم الشافعية فقالوا: "لم تحرم في الأظهر" (5)

(1) الراوي: أبو هريرة | المحدث: الألباني | المصدر: صحيح النسائي.

الصفحة أو الرقم : 3241 | خلاصة حكم المحدث : صحيح .

(2) ابن عبد البر، الاستذكار، (د،تح)، دار قنينة، دمشق - بيروت، ط 1: 1414هـ، 1993م، مج 16، ص 07.

(3) ابن قدامة، المغني، ج 9، ص 56.

(4) ينظر: مالك، الموطأ، تح: بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي، ط 1: 1417هـ، 1997م، مج 2، ص 27 - 28، ابن عبد البر،

مج 16، ص 07، أبي زيد القيرواني، النوانر والزيادات، تح: ، دار الغرب الإسلامي، محمد ط 1: 1999م، مج 4، ص 391.

(5) ابن عبد البر، المصدر السابق، مج 16، ص 07.

وقالت الحنابلة: لا يحل لغيره خطبتها وقالوا: "بأنه قد يوجد ما يدل على الرضا من المرأة تعريضا لا تصرّحا". (1)

وعليه يتضح أن للخطبة شروط واجبة شرعا التي تم ذكرها سابقا , وشروطها مستحسنة في المخطوبة وهي:

أن تكون من غير القربيات للخاطب, لأن التزويج بالقريبة غالبا ما يكون النسل فيه ضعيفا, وكذلك أن تكون الخطيبة بكرا ولودا. (2)

ويُستحبّ ألاّ تطول مدّة الخطوبة كثيرا إن لم تدعُ الحاجة إلى ذلك، ولم ينشغل الشاب بشيء يجعله يطيل هذه المدّة؛ وإطالة الخطوبة مدعاة لدخول الوشاة والحاسدين بين الخاطب ومخطوبته، أو أن يتدخّل أهالي أحد الطرفين في شؤونهما، أو أن تُسوّل لهما نفسيهما أن يخلو واحد منهما بالآخر وينال منه ما ينال الزوج من زوجته، فصحيح أنّ رسول الله -صلى الله عليه وسلّم- قد طالت مدّة خطبته لأُمّ المؤمنين عائشة -رضي الله عنها- ثلاث سنوات، ولكنّ ذلك لأمر قد شغلته؛ كالهجرة وتجهيز أسبابها، ومؤاخاة المهاجرين والأنصار في المدينة، وبناء الدولة الجديدة وغيرها من الأمور العظام التي ألتهته عن عقده على ابنة الصديق رضي الله عنهما، وبهذا تكون أبرز شروط الخطوبة في الإسلام قد اتضحت بإذن الله. (3)

(1) قليوبي وعميرة، حاشيتان قليوبي وعميرة، (د،تخ)، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، ط3: 1375هـ، 1956م، ج3، ص21.

(2) بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007 ص 46.

(3) "الخطبة: معناها، ضوابطها، إشكالياتها"، www.alukah.net، أطلع عليه بتاريخ 2020-01-12. بتصرّف.

المطلب الثالث : مشروعية الخطبة وفق الشريعة الإسلامية و القانون الجزائري.

إن المشرع الجزائري لم يخضع الخطبة لأي شرط موضوعي أو شكلي مما يستوجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقا لنص المادة 222 من ق أ ج التي تنص على (كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية).

الفرع الأول : مشروعية الخطبة وفق الشريعة الإسلامية:

أولا /من القرآن الكريم:

وتستمد الخطبة مشروعيتها في الشريعة من نصوص كثيرة أهمها :

قوله تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْنَنْتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ ۗ عَلِمَ اللَّهُ أَنَّكُمْ سَتَذْكُرُونَهُنَّ وَلَكِنْ لَا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلَّا أَنْ تَقُولُوا قَوْلًا مَعْرُوفًا ۗ وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابَ أَجَلَهُ ۗ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ يَعْلَمُ مَا فِي أَنْفُسِكُمْ فَاحْذَرُوهُ ۗ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ حَلِيمٌ﴾ (1) فإن رفع التأييم يدلّ على المشروعية عموما .

وقوله تعالى : ﴿... وَأَمْرًا مُمِئَةً إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا خَالِصَةً لَكَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ...﴾ (2).

ولهذا فقد اعتبرها الفقهاء مستحبة قبل انعقاد الزواج، لأنها أحرى لدوام العشرة، وحتى تكون مهلة ليتأكد كل منهما من صدق رغبته وصدق رغبة الآخر، ومن الإمكانية الواقعية لهذا الارتباط.

(1) سورة البقرة، الآية: 235.

(2) سورة الأحزاب، الآية: 50.

(3) الراوي: جابر بن عبد الله | المحدث: ابن القطان | المصدر: الوهم والإيهام | الصفحة أو الرقم: 429/4 | خلاصة حكم المحدث: [فيه] واقد بن عبد الرحمن بن سعد بن معاذ لا أعرفه | التخريج: أخرجه أبو داود (2082) ، وأحمد (14626) باختلاف يسير .

ثانيا / من السنة النبوية:

هناك العديد من الأحاديث النبوية التي تُفيد جواز الخطبة ونظر الخاطب إلى من يبتغي خطبتها ومنها:

عن جابر بن عبد الله أنه صلى الله عليه وسلم قال: (إذا أراد أحدكم أن يتزوج المرأة فإن استطاع أن ينظرَ منها إلى ما يدعوه إلى نكاحها فليفعل، قال : فخطبتُ جاريةً من الأنصارِ فجعلتُ أتخبُّ لها تحت الكرمِ حتَّى نظرتُ منها إلى ما دعاني إلى نكاحها فتزوجتُها (1) .
(عن المغيرة بن شعبة أنه خطب امرأةً فقال النبيُّ صَلَّى اللهُ عليه وسلَّمَ انظرْ إليها فإنه

أحرى أن يُؤدَمَ بينكما فأتيتها وعندها أبوها وهي في خدرها قال فقلتُ إنَّ رسولَ اللهِ صَلَّى اللهُ عليه وسلَّمَ أمرني أن أنظرَ إليها قال فسكتنا قال فرفعتِ الجاريةُ جانبَ الخدرِ فقالت أحرَجُ عليك إن كان رسولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عليه وسلَّمَ أمركَ أن تنظرَ لما نظرتَ وإن كان رسولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عليه وسلَّمَ لم يأمرَكَ أن تنظرَ فلا تنظرْ قال فنظرتُ إليها ثم تزوجتُها فما وقعت عندي امرأةٌ بمنزلتها ولقد تزوجتُ سبعينَ أو بضعا وسبعين امرأةً . (2)

يتفق معظم الفقهاء من مشروعية الخطبة لما لها من أدلة من القرآن والسنة النبوية الشريفة، ولكن اختلفوا حول حكمها على النحو التالي:

فذهب جمهور الفقهاء إلى القول أن الخطبة وعد غير ملزم، وبالتالي ليس لها قوة الإلزام التي في العقود (3)، حيث جاء في الحاوي: "...والظاهر أن الخطبة ليس بعقد شرعي وإن تخيل كونها عقدا فليس بل لازم بل جائز من الجانبين قطعا (4)".

(1) الراوي : جابر بن عبد الله | المحدث : ابن القطان | المصدر : الوهم والإيهام | الصفحة أو الرقم : 429/4 | خلاصة حكم المحدث : [فيه] واقد بن عبد الرحمن بن سعد بن معاذ لا أعرفه | التخریج : أخرجه أبو داود (2082)، وأحمد (14626) باختلاف يسير.

(2) الراوي : المغيرة بن شعبة | المحدث : الألباني | المصدر : السلسلة الصحيحة | الصفحة أو الرقم : 198/1 | خلاصة حكم المحدث : رجاله كلهم ثقات | التخریج : أخرجه الترمذي (1087)، والنسائي (3235) مختصراً، وابن ماجه (1866)، وأحمد (18137) باختلاف يسير.

(3) القرافي، الذخيرة، ج 6، ص 299، ابن حزم، المحلى، ج 8، ص 28. السيوطي، الحاوي للفتاوي، (د،تح)، دار الكتب العلمية، بيروت - 1 لبنان، 1402هـ، 1982م، ج 1، ص 18.

(4) السيوطي، المرجع نفسه، ج 1، ص 18.

وخالف المالكية (1) في قول لهم أن الوعد ملزم إذا علقه على سبب ما، وهو قول عند الحنفية.(2)

وذهب فريق آخر إلى القول بلزوم الوفاء بالوعد مطلقا وهو قول عند الظاهرية من المالكية(3).

واستدلوا بأن الخطبة وسيلة من وسائل الزواج و الوسائل تأخذ حكم المقاصد، أما الرأي الراجح عند جمهور الفقهاء هو الاستحباب وذلك لعدة أسباب:

1-لفعل النبي صلى الله عليه وسلم والسلف الصالح الذين كانوا في الأغلب يسبقون الزواج بالخطبة إلا نادرا وهذا الوصف ينسجم مع الفعل المستحب وليس مع المباح الذي يستوي فيه الفعل مع الترك.

2-لما للخطبة من فوائد كثيرة وذلك تشريعها كمقدمة لعقد الزواج.

الفرع الثاني : مشروعية الخطبة وفق القانون الجزائري:

أما قانونا فقد عرّفت المادة 05 من قانون الأسرة الجزائريّ الخطبة بقوله: "الخطبة وعد بالزواج"، وهو ما اعتمده بعض الشارحين لقانون أ ج، حيث عرّفها بأنّها "وعد بالتزويج"، وهذا في الحقيقة ليس من قبيل التعريف، ولكنّه بيان للصفة الشرعيّة والقانونيّة للخطبة.(5) قال فتحي الدريني : ولو اعتبرت عقدا ملزما بإجراء عقد الزواج مستقبلا لفقدت وظيفتها والغاية من أصل تشريعها، لأنها ما شرعت إلا ضمانا كافيا لحرية الزواج , لا للالتزام به، ولا للإكراه عليه...". (6)

(1) المصدر السابق، ج 6، ص 29. ابن رشد، البيان والتحصيل، تح: أحمد الحبابي، دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان، ط 2 : 1408هـ، 1988م، ج 15، ص 34.

(2) علي حيدر، درر الحكام، (د،تح)، دار عالم الكتب، دار الجليل، بيروت، طخ: 2003م، مج 1، ص 8.

(3) ابن رشد، البيان والتحصيل، ج 15، ص 345 ، 34.

(4) قانون الأسرة الجزائري المادة 05 الفقرة الأولى أمر رقم 05 - 02 مؤرخ في 27 فبراير 2005 م ، ط: 2015 - 20.

(5) بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، سنة 1994م، ص 51.

(6) فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، ط 2: 1429هـ، 2008م، ج 2، ص 462.

يستشف من هذا النص أن الخطبة;

هي باعتبار كونها طلبا "التماس التزويج" من المتقدم به، وباعتبار الردّ بالقبول "وعد بالزواج" منهما معا، وإنه من المعلوم أنّ طلب الزواج والتماسه ينشئ خاطبا ومخطوبة، بينما الوعد به ينشئ واعدة وموعودا، الخاطب والمخطوبة كلاهما واعد وموعود.

فالخطبة في الحقيقة تمر بمرحلتين:

1-مرحلة أولى تقتصر على مجرد الطلب والالتماس.

2-مرحلة ثانية يحدث فيها القبول والتراكن، وهي ما يمكن تعريفه بالوعد.

ثانيا : مشروعية الخطبة وفق القانون الجزائري.

وقد قصد المشرع تعريف الخطبة باعتبارها وعا، لأن مجرد الالتماس والطلب لا تنظمه أحكام القانون، بينما حينما يتحول إلى وعد بالزواج فينظمه من حيث ما يمكن أن ينجر عنه من آثار قد تلحق أحد الطرفين أو كلاهما.

وتستمد الخطبة مشروعيتها في الشريعة من نصوص كثيرة أهمها قوله تعالى: "ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء" (1).

فإن رفع التأميم يدلّ على المشروعية عموما، وقوله-صلى الله عليه وسلم-: "إذا خطب إليكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه، إلاّ تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد عظيم". (2) ولهذا فقد اعتبرها الفقهاء مستحبة قبل انعقاد الزواج، لأنها أحرى لدوام العشرة، وحتى تكون مهلة ليتأكد كل منهما من صدق رغبته وصدق رغبة الآخر، ومن الإمكانية الواقعية لهذا الارتباط.

(1) سورة البقرة، الآية 234.

(2) رواه الترمذي.

المبحث الثاني: ماهية العدول وآثاره.

أقر المشرع الجزائري إمكانية عدول الخاطب والمخطوبة، عن الخطبة بدون أي قيد أو شرط قانوني، بموجب المادة 05 من قانون الأسرة الجزائري بنصها على أن "الخطبة وعد بالزواج، يجوز للطرفين العدول عن الخطبة".(1)

فيتبين من خلال هذا النص أن المشرع الجزائري اعتبر الخطبة وعد غير ملزم، يحق للطرفين العدول عنها لأن الحكمة من تشريع الزواج تقضي بعدم إكراه أحدهما على إبرام عقد لا يرغبه، ويشكل ذلك مخالفة للقاعدة العامة المنصوص عليها في القانون المدني والتي تقضي بكون الوعد بالتعاقد ملزما لصاحبه خلال الأجل المحدد، فإذا انتهى ذلك الأجل ولم يعلن الموعود له الرغبة في التعاقد جاز للواعد العدول عن الوعد، لكن قبل انتهاء المدة فلا يجوز له الرجوع عن الوعد إلا بموافقة الطرف الموعود له، هذا ما تقضي به المادة 72 من الأمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر يتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم، بنصها على أنه : "إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد وكانت الشروط اللازمة لتتمام العقد وبخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة قام الحكم مقام العقد(2)".

فمن خلال هذا المبحث الوقوف عند مفهوم العدول في المطلب الأول، أما المطلب الثاني فإننا سوف نتطرق إلى آثاره،

وفي المطلب الثالث نتكلم عن موقف الشريعة الإسلامية و القانون الجزائري من العدول.

المطلب الأول: مفهوم العدول .

إن مشروع الزواج يبدأ بالخطبة، وهذه الخطبة قد يتم العدول عنها فلا يتحقق الزواج الذي أراداه الطرفان، وهذا العدول قد يكون من الخاطب كما قد يكون من المخطوبة، وقد يلحق ذلك ضررا بالمعدول عنه، وهذه العناصر هي ما أردنا أن نبيّنه .

لغة: مشتق من عدل عدلا وعدولا أي مال، ويقال عدل عن الطريق بمعنى حاد إليه،(3)..

(1) قانون الأسرة الجزائري المادة 05 الفقرة الأولى أمر رقم 05_02 مؤرخ في 27 فبراير 2005 م، ط: 2015.

(2) المادة 72 من الأمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر يتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم

(3) بن منظور، لسان العرب، المجلد السابع، دار صادر، لبنان، 2005، ص 62-63

وجاء في استعمال العرب بعدة معاني منها:

▪ الاستواء

▪ اعوجاج. (1)

▪ الرجوع، فيقال عدل إليه عدولا بمعنى رجع.

▪ التتحي، فيقال انعدل عنه بمعنى تتحي.

▪ الميل: يقال عدل عن الطريق أي مال. (2)

اصطلاحاً : لم نجد تعريفاً عند الفقهاء المتقدمين للعدول عن الخطبة، ولكن عثرنا على

بعض التعريفات عند الباحثين المعاصرين وهي كالتالي:

1- أن يتراجع الخاطبان أو أحدهما عن الخطبة بعد تمامها وحصول الرضا والقبول" (3)

2- رجوع أحد الطرفين، أو كليهما عن الخطبة، وفسخها بعد إتمامها وحصول الرضا منهما

(4) أن يتخلى الخاطبان عن مشروع الزواج، والتوقف عن تمام السير في متابعة الإجراءات

المؤدية إلى تحقيق إبرام العقد، كما كان مخططاً له في أول الأمر بعد إتمام الخطبة. (5)

وطبقاً للمادة 5 من ق أ ج إذا وقع العدول فلا يجوز للطرف الذي لم يعدل أن يطلب من

القضاء الحكم بإلزام الطرف الآخر بالاستمرار في الخطبة ، لأن ذلك من شأنه أن يقيم عقد

زواج دون رضا أحد الخاطبين وذلك ليس من مقتضيات عقد الزواج ، الذي يفترض أن

يكون فيه الرضا والتوافق بين الطرفين ركناً أساسياً تترتب عن مخالفته البطلان(6).

(1) ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج4، ص246 - 247.

(2) ابن منظور، لسان العرب، ج9، ص87، محمد مرتضي. تاج العروس، ج29، ص449 - 450. الفيروز آبادي، القاموس المحيط،

2 تح: محمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة، ط8: 1426هـ، 2005م، ص1030.

(3) نايف محمد الرجوب، أحكام الخطبة في الفقه الإسلامي، الطبعة 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2008، ص. 224 .

(4) جميل فخري محمد جانم، مقدمات عقد الزواج (الخطبة) في الفقه والقانون، الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ص 234.

(5) عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة 3، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 1996، ص 25.

(6) حسين بن الشيخ أث ملويا ، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية ، ج1 ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر 2006، ص33.

بعد عرض التعريفات السابقة يمكن أن نستخلص التعريف التالي: " هو أن يتخلى أحد الخاطبين أو كلاهما عن إتمام مشروع الزواج بعد حصول الرضا."
بحيث يصير التعريف جامعا: من حيث اشتماله على العدول بنوعيه العدول بالإرادة المنفردة؛ والعدول بالإرادة المشتركة، ومانعا: من حيث يمنع دخول الخطبة الغير التامة فيه بقولنا "بعد حصول الرضا."

وكما نلاحظ أن المشرع الجزائري منح بموجب المادة 5 في فقرتها الثانية من ق أ ج كلا من الخاطب والمخطوبة إمكانية العدول عن الخطبة، إلا أنه يجب التمييز في هذا المقام بين العدول عن الخطبة بالإرادة المنفردة وبين العدول عن الخطبة بالإرادة المشتركة.

أولا : العدول عن الخطبة بالإرادة المنفردة

يكون العدول عن الخطبة بالإرادة المنفردة بالتعبير انفرادي الصادر من الخاطب او الخطيبة أو العكس , مستعملا حقه المكرس قانونا سواء بوجود سبب جدي أو انعدامه , ويتم توجيهه من طرف الخاطب إلى خطيبته.

أما في الآونة الأخيرة فقد أصبح العدول بالإرادة المنفردة يصدر من الخطيبة، ولعل ذلك راجع إلى ما وفره القانون والشرع من حماية المرأة.

عادة ما يلجأ أحد المخطوبين إلى إبداء رغبته في إنهاء الخطبة بالإرادة المنفردة دون أن يصل إلى علم الطرف الثاني و لكن يفهم ضمنيا من خلال تصرفات الخاطب أو المخطوبة كأن يقوم الخاطب مثال: بخطبة فتاة أخرى ثم تعلم خطيبته بذلك أو عزوف الخاطب عن زيارة المخطوبة في الأعياد والمناسبات والتخلي عن كل الواجبات التي تقع على الخاطب بعد إتمام الخطبة(1).

ثانيا: العدول عن الخطبة بالإرادة المشتركة

ويتحقق العدول عن الخطبة بالإرادة المشتركة للمخطوبين بالتعبير عن إرادتهما في إنهاء

(1) كريمة وعراب، الخطبة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 17، 2006-2009، ص 38.

الخطبة القائمة بينهما بسبب قيام نزاع بينهما مثلا فيكون ذلك سببا في اتخاذ قرار الرجوع عن الخطبة(1).

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

كما قد يلجأ أحد المخطوبين أنه يقوم إلى إبداء رغبته صراحة في إنهاء الخطبة، لأسباب معينة يقوم بشرحها للطرف الثاني بعد مناقشتها و اقتناع هذا الأخير بجدية السبب كأن يطلب الخاطب من مخطوبته بتقديم استقالتها من وظيفتها بعد إبرام عقد الزواج و رفضها دون إقناع أحدهما للآخر برأيه فيتم الاتفاق بمحض إرادتهما على العدول ليتم الإعلان عن ذلك بحضور ولي المخطوبة وأقارب الخاطب بانقضاء الخطبة(2).

إن المادة 05 من قانون الأسرة الجزائري نصت على العدول الذي يتم بالإرادة المنفردة لأحد المخطوبين باعتباره حقا يجوز اللجوء إليه دون تبيان أسباب وبواعث هذا العدول نظرا لكونه حق شخصي يخضع لاعتبارات خاصة لكل من طرفي الخطبة ولا سلطة للقضاء عليه بحيث تركت الحرية الكاملة في الإقدام أو الإحجام عن الزواج إذ أن الشخص هو الادرى بشؤونه والأعرف بمصالحه الخاصة في هذا العقد(3).

فأسباب العدول متعددة ومتغيرة حسب متطلبات المجتمع وأعرافه وعادات كل منطقة كونها أسباب داخلية يصعب على المشرع حصرها كما يصعب على القاضي فهمها.

(1) مجلة حقوق الإنسان، العام السابع، العدد 38، مارس 2020، الجزائر .

(2) كريمة وعراب، المرجع نفسه، ص 39.

(3) فتحي الدريني، دراسات وبحوث في الفكر الإسلامي المعاصر، الطبعة 1، دار تقيّة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 1988، ص146.

وبالرجوع إلى واقع المجتمع نجد أسباب العدول الأكثر انتشارا تعود إلى ما يلي:

1- اختلاف وجهات النظر إلى الحياة من حيث الأفكار، التربية والعادات مما يؤدي إلى عدم الانسجام بين المخطوبين.

2- انعدام التكافؤ العلمي والثقافي بين المخطوبين.

3- حصول الخاطب أو المخطوبة على تأشيرة الخروج إلى بلاد أجنبية و بعد فترة من الإقامة يصرف النظر عن الخطبة ويعلم عدوله عنها .

4- مطالبة المخطوبة بإعداد منزل الزوجية مستقل عن أهل الخاطب .

5- نشوب نزاعات عائلية بين أسرتي المخطوبين تؤدي إلى العدول عن الخطبة.

6- الخطبة التي تتم بدون الرؤية.(1)

إذ جعل المشرع الجزائري العدول عن الخطبة حق للمخطوبين بحيث أن الخطبة وعد بالزواج لا ترقى إلى مرتبة العقد، وبالتالي لا يترتب التزام بإبرام عقد الزواج.

المطلب الثاني: آثار العدول

إن الخطبة ليست مجرد وعد بالزواج فقط , تتيح للمخطوبين إمكانية التحلل من الوعد متى أرادا ذلك, فيصبح كل من المخطوبين محجوز لصاحبه بمجرد الإعلان عن الخطبة لصاحبه, بحيث تنشأ ارتباطات تتخذ صورة عملية فيبدأ الطرفان بالنظر للأخر بعاطفة خاصة والتزامات متميزة يتعين على الغير احترام هذا الكيان الجديد.(2)

وبما أن العدول حق مقرر لكل من الخاطب و الخطوبة , لم يرتب المشرع الجزائري أي جزاء عن استعمال هذا الحق طبقا للمادة 05 في فقرتها الأولى و الثانية من ق أ ج وإن كان ذلك يعتبر خلقا ذميا لما يتضمنه من عدم الوفاء بالعهد , إلا انه إذا مارس أحد الطرفين حقه في العدول عن الخطبة فإن هذا العدول قد تترتب عنه آثار قانونية تتعلق بالمهر الذي يدفعه الخاطب للمخطوبة والهدايا المتبادلة بين الطرفين إلى جانب ما يتعلق بالضرر المادي أو المعنوي الذي يصاحب العدول عن الخطبة حيث تتجلى آثار العدول فيما يلي:

(1) كريمة وعراب، المرجع نفسه، ص40.

(2) مجلة جيل حقوق الإنسان، العام السابع، العدد38، مارس 2020، الجزائر.

الفرع الأول: آثار العدول عن الخطبة على المهر

بالنسبة إلى المهر المقدر كله أو بعضه خلال قيام فترة الخطبة وقبل انعقاد العقد من أجل الإعداد لتحضير منزل الزوجية فإن قانون الأسرة الجزائري لم يتعرض له لا صراحة ولا ضمنا مثله مثل القانون التونسي و المغربي.(1)

وقد عرف المشرع الجزائري المهر بموجب المادة 14 من ق أ ج على أن: (الصدّاق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء).(2)

وقال الله تعالى: ﴿ وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً ۚ فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا ﴾ .(3)

وعن أنس رضي الله عنه: (أن النبي صلى الله عليه وسلم أعتق صفية وجعل عتقها صداقها) متفق عليه(4).

لا يجب المهر عند الفقهاء اتفاقا بغير عقد أو دخول (5)، ولهذا فلا يجب الصداق ولا يتقرّر بمجرد الخطبة، وأنّه في حال الهلاك أو الاستهلاك يرجع بقيمته إن كان قيميا وبمثله إن كان مثليا سواء أكان العدول من الخاطب أو من المخطوبة.

فهو قبل العدول مجرد دين ثابت في ذمة المخطوبة يبرأ بالدين الثابت بقيمة المهر في ذمة الزوج عند إبرام العقد، فتحدث المقاصة الرضائية في الديون عندها.

ويتصوّر هذا الحديث في حال تعجيل المهر قبل العقد وأثناء الخطبة رغبة في أن تقوم المرأة بتجهيز نفسها، خاصة وأنّ كثيرا من المناطق في الجزائر تفضّل أن لا ينفصل العقد عن الدخول احتياطا لحالات الطلاق الواقع بسبب طول المدة بين الأمرين وما يجلبه من عواقب سيئة ونزاع .

(1) عبدالعزيز السعيد، الزواج والطلاق في ق أ ج ، ط3، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ، 1996، ص87.

(2) قانون الأسرة الجزائري ، المادة 14.

(3) سورة النساء ، الآية :4.

(4) رواه البخاري، كتاب النكاح، باب من جعل عتق الأمة صداقها ، رقم 5186 ، ص 1009.

(5) ابن رشد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد. بداية المجتهد ونهاية المقتصد. ج 2 ص 22.

ويُطرح الإشكال في حال قيام المرأة باستعمال المهر في تهيئة جهازها ثم يقع العدول من طرف الخاطب. والأمر هنا ينازعه وجهان :

الوجه الأول: حقّ الخاطب في استرداد المهر، لأنّه لا يحقّ للمرأة إلاّ بعقد.

الوجه الثاني: انتقاء مسؤوليّة المخطوبة فيما طرأ على المهر من التبديل (فراش، حلي، لباس). من أجل ذلك فإنّ بعض المشتغلين بعلوم الشريعة يذهبون إلى أنّه يجوز للمخطوبة أن تعطيه المهر في هذه الحال على الوضع الذي آل إليه، "وذلك بأنّ تعطيه بدل المهر بعض ما اشترت باحتساب قيمته يوم الشراء.(1)"

وينجر عن ذلك القول بأنّه إذا أصبحت المخطوبة مدينة بتصرفها في تجهيز نفسها وحدث العدول أصبح الخاطب ملتزما بدؤها بأداء ذلك الحق، وذلك أنّ المرأة لا مبرر لإجبارها على تملك هذه الأشياء حيث كانت الخطبة دافعها إلى هذا التصرف.(2)

والظاهر أنّ هذا الحلّ الذي اقترحه بعضهم متناسبا مع الخصوصية التي منحها الشريعة للخطبة وما قرّرت من أحكام استثناء من القواعد الأصلية التي سبقت الإشارة إليها.

يكن أن يقدم الخاطب جزء من المهر لخطيبته بمجرد إعلان الخطبة أو خلالها تأكيدا لجدية سعيه، أو للتعجيل في الاستعداد لإبرام عقد الزواج، وقد عرفه المشرع بموجب المادة 14 من قانون الأسرة على أنّ "الصدّاق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء(3)".

فيتبين من خلال هذا النص أن المهر ملك للزوجة ولها كامل الحق في استغلاله كما تشاء وفيما تشاء، وبذلك جعل المشرع الصداق مرتبطا ارتباطا وثيقا بعقد الزواج(4)، إذ جعل تحديده يتم بموجب هذا العقد ويتبين فيه ما إذا كان الصداق معجلا أو مؤجلا، وفي حالة فاعتره المشرع من مستلزمات عقد الزواج وجعل منه شرط من الشروط الموضوعية لهذا

العقد كما تقضي بذلك المادة 09 مكرر من قانون الأسرة الجزائري يدفع لغرض معين

(1) بدران أبو العينين بدران. الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة. دار النهضة العربية. دط. ج1ص32.

(2) محده محمد. الأحكام الأساسية في الأحوال الشخصية. دار الشهاب - باتنة - ج1ص33.

(3) قانون الأسرة الجزائري، المادة 14.

(4) بن ملحّة الغوتي، قانون الأسرة الجزائري على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص 38.

فتستحق الزوجة الصداق كاملاً بتمام الدخول أو بوفاة الزوج قبل الدخول، لكن تستحق نصفه فقط إذا تم الطلاق قبل الدخول(1).

يستنتج مما سبق أن المشرع نظم حكم المهر والآثار المترتبة عنه من يوم تمام عقد الزواج، ولم يتطرق بذلك لإمكانية تقديم المهر كله أو جزء منه أثناء فترة الخطبة، وبالتالي لم ينظم المشرع حكم المهر الذي يدفعه الزوج أثناء الخطبة التي يعدل أحد الطرفين عنها، إذ يعتبر هذا المسلك قصور منه يجب تداركه بنص واضح يزيل كل التباس(2) .

نظراً لأهمية المسألة ولكي يتماشى مع الرأي الفقهي المتفق عليه بين المجتهدين الذي يقتضي رد ما قدم من المهر كثير أم قليل، فإن كان قائماً أخذه بعينه، فإن هلك أو استهلك أخذ مثله إن كان مثلياً أو قيمته إن كان قيمياً.

الفرع الثاني: آثار العدول المتعلقة بالهدايا المتبادلة بين الطرفين

لم يتفق فقهاء الشريعة في حكم استرداد الخاطب لهداياه من المخطوبة في حال العدول، فرأى الشافعية والحنابلة أنه ليس للخاطب الرجوع في شيء مما أهداه سواء أكانت موجودة أم هالكة، لأنَّ للهدية حكم الهبة، ولا يجوز عندهم للواهب أن يرجع في هبته بعد قبضها إلاَّ الوالد فيما أعطى ولده. وقال الحنفية(3): هدايا الخِطبة هبة، للواهب أن يرجع في هبته إلاَّ إذا وجد مانع من موانع الرجوع بالهبة كهلاك الشيء أو استهلاكه، فإذا كان ما أهداه الخاطب قائماً فإنَّ له أن يستردّه وإن كان قد هلك أو استُهلك أو طرأ عليه تغيير فلا يحق للخاطب الاسترداد.(4)

(1) قانون الأسرة الجزائري، المادة 09.

(2) محاضرات أحكام الزواج، سنة (2021/2020)، جامعة المسيلة، أ د محفوظ بن صغير.

(3) قاضي سعيد، محاضرات ألقيت على طلبة الماستر تخصص قانون خاص داخلي، جامعة تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، السنة الجامعية 2010/2011، ص 25.

(4) بن عابدين محمد أمين. حاشية رد المحتار على الدر المختار . دار الفكر -بيروت- . ط سنة 1399هـ-1979م . ج2ص599.

وقال المالكية(1): إذا عدل الخاطب فلا يرجع بشيء ولو كان موجودا، +وإذا عدلت المخطوبة فللخاطب أن يستردّ الهدايا سواء أكانت قائمة بردها أو استهلكت برد قيمتها، وهذا حتى لا يجمع الخاطب بين ألم العدول عنه وألم ضياع أمواله.

أخذ المشرع الجزائري بتفصيل المالكية في مسألة العدول(2)، إلا أنه عدل إلى رأي الأحناف في عدم أحقية الخاطب في استرداد هداياه التي تم استهلاكها وهذا في نصت المادة 05 في فقرتها الثالثة على أنه "لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئا مما أهداها إن كان العدول منه وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يُستهلك ممّا أهدته له أو قيمته"، كما نصت في فقرتها الرابعة على أنه: "وإن كان العدول من المخطوبة فعليها أن تردّ للخاطب ما لم يُستهلك من هدايا أو قيمته".

ومن المهمّ جدا أن نسجّل جملة ملاحظات حول منهج المشرع في التعامل مع هدايا الخطبة:

* سكت المشرع عن هدايا المخطوبة للخاطب وحكم استردادها في حالة كون العدول منها، والأصل أن تُقاس هذه على الأخرى في الحكم القانوني للاشتراك في العلة وهي "أن الإهداء كان لغاية وهي الزواج"، فيكون الحكم بأن لا تستردّ شيئا ممّا أهدته له إن كان العدول منها".

* لم يتعرّض المشرع الجزائري لحكم الهدايا التي يتقدّم بها أهل الخاطب للمخطوبة، ولا وما يتقدم به أهل المخطوبة للخاطب ، والصحيح أن تُطبّق بشأنها أحكام الهيئة(3).

وقد نصت المادة (1088) من القانون المدني الفرنسي على أن: "كل هبة تمت لأجل الزواج تكون باطلة إذا لم يتمّ الزواج" Toute donation faite en faveur du mariage sera caduquesi le mariage ne se suit pas
الجهة التي قدّمت الهدية، ولا جهة العدول، وإتّما بيّنت أنّ الهدية تكون باطلة ويجب أن يعود الأطراف إلى الحالة الابتدائية إذا لم يتمّ الزواج.

(1) الشرح الصغير للدبير بحاشية الصاوي . دار المعارف -مصر- ج2 ص 456.

(2) قانون الأسرة الجزائري المادة05.

(3) سعد عبد العزيز، مرجع سابق، ص87.

الملاحظ على نصوص فقهاء الشريعة، وكذا نص المادة 05 من ق أ ج أنّ تحميل تبعة العدول فيما يتعلق برد الهدايا من عدمه كان بمجرد النّظر إلى القائم بفعل العدول دون النّظر إلى سبب العدول، ولا يبدو معقولا الاكتفاء بالنّظر إلى من أعلن العدول عن الخطبة دون الأخذ بعين الحسبان من تسبب في هذا العدول، وهو مقتضى قواعد المسؤولية التقصيرية، إذ أنّ المادة 124 من القانون المدنيّ الجزائريّ تنصّ على إلزام المتسبّب في إحداث الضرر بالتعويض "كلّ فعل يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير يُلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض"، وذلك أنّه لا يخفى أنه قد يكون أحد الخطييين عدل عن الخطبة وتسبب الآخر في العدول، لأجل ذلك اقترح الأستاذ محمد محده -رحمه الله- أن يُجرى على نص المادة تعديل على النّحو التّالي: "لا يسترد الخاطب شيئا ممّا أهداه إن كان سبب العدول منه، وإن كان سبب العدول من المخطوبة فعليها رد ما لم يستهلك"(1).

ما يفهم من نصوص فقهاء الحنفية، وكذا المادّة 05 من ق أ ج أنّ العبرة في ردّ الهدية وعدمه في حال كون العدول من المخطوبة هو استهلاكها من عدمه دون النّظر إلى طبيعتها من حيث هي قابلة للاستهلاك أم لا، وعلى هذا الأساس فإنّها لو ادّعت المخطوبة هلاك الهدية أو استهلاكها ببيعها واستهلاك ثمنها لم يصح للخاطب المطالبة بها أو بقيمتها، وهو نفس ما يجري في حال كون العدول من الخاطب فيما يتعلق بهدايا المخطوبة له (2).

وهذا المعنى المتبادر غير صحيح، لأنّه لا يمكن ادّعاء استهلاك ما هو غير موضوع أساسا للاستهلاك كالحليّ، ولهذا فكان على المشرّع أن يعبر عن ذلك بقوله: "لا يستردّ الخاطب من المخطوبة شيئا ممّا أهداها إن كان العدول منه وعليه أن يرد لها ما أهدته له أو قيمته إلا ما استهلك وكان قابلا للاستهلاك" ثالثا: ما يدفع للمرأة على اعتبار أنّه سيُتفق على كونه مهرا في العقد.

(1) الأحكام الأساسية ، مرجع سابق . ص35.

(2) عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق . مرجع سابق . ص86-87.

شرعا: لا يجب المهر عند الفقهاء اتفاقا بغير عقد أو دخول (1)، ولهذا فلا يجب الصداق ولا يتقرر بمجرد الخطبة، وأنه في حال الهلاك أو الاستهلاك يرجع بقيمته إن كان قيميا وبمثله إن كان مثليا سواء أكان العدول من الخاطب أو من المخطوبة.

فهو قبل العدول مجرد دين ثابت في ذمة المخطوبة يبرأ بالدين الثابت بقيمة المهر في ذمة الزوج عند إبرام العقد، فتحدث المقاصة الرضائية في الديون عندها.

ويتصور هذا الحديث في حال تعجيل المهر قبل العقد وأثناء الخطبة رغبة في أن تقوم المرأة بتجهيز نفسها، خاصة وأن كثيرا من المناطق في الجزائر تفضل أن لا ينفصل العقد عن الدخول احتياطا لحالات الطلاق الواقع بسبب طول المدة بين الأمرين وما يجلبه من عواقب سيئة ونزاع.

ويطرح الإشكال في حال قيام المرأة باستعمال المهر في تهيئة جهازها ثم يقع العدول من طرف الخاطب. والأمر هنا يتنازع وجهان:

الوجه الأول: حق الخاطب في استرداد المهر، لأنه لا يحق للمرأة إلا بعقد.

الوجه الثاني: انتفاء مسؤولية المخطوبة فيما طرأ على المهر من التبديل (فراش، حلي، لباس)، من أجل ذلك فإن بعض المشتغلين بعلوم الشريعة يذهبون إلى أنه يجوز للمخطوبة أن تعطيه المهر في هذه الحال على الوضع الذي آل إليه، "وذلك بأن تعطيه بدل المهر بعض ما اشترت باحتساب قيمته يوم الشراء" (2).

وينجر عن ذلك القول بأنه إذا أصبحت المخطوبة مدينة بتصرفها في تجهيز نفسها وحدث العدول أصبح الخاطب ملتزما بدائها بذلك الحق، وذلك أن المرأة لا مبرر لإجبارها على تملك هذه الأشياء حيث كانت الخطبة دافعها إلى هذا التصرف (3).

والظاهر أن هذا الحل الذي اقترحه بعضهم متناسبا مع الخصوصية التي منحها الشريعة للخطبة وما قرّرت من أحكام استثناء من القواعد الأصلية التي سبقت الإشارة إليها.

(1) بدران أبو العينين بدران. الفقه المقارن لأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة. دار النهضة العربية. دط. ج1 ص32

(2) محده محمد. مرجع سابق. ص33.

(3) قانون الأسرة الجزائري، المادة 16.

لم يتعرّض قانون الأسرة الجزائريّ لما يُدفع للمرأة من مال على اعتبار أنّه سيُنْفَق على اعتباره مهرا في العقد لا صراحة ولا ضمنا بناء على أنّه يثبت كما نصّت عليه المادة السادسة عشر بالدخول أو بوفاة الزّوج، فقد نصّت على أنّه "تستحق الزوجة الصّدق كاملا بالدخول أو بوفاة الزّوج وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدّخول(1)".

الفرع الثالث: آثار متعلّقة بالضرر المادي أو المعنوي الذي يصاحبه العدول عن الخطبة

إن الخطبة ليست مجرد وعد نظري بالزواج فقط، تتيح للخطيبين إمكانية التحلّل من الوعد متى أرادوا ذلك، إنّما هي وعد بالدخول في أهم وأخطر العلاقات الاجتماعية، فيصبح كل من الخطيبين محجوز لصاحبه بمجرد الإعلان عن الخطبة، بحيث تنشئ ارتباطات تتخذ صورة عملية فيبدأ الطرفان بالنظر أحدهما للآخر بعاطفة خاصة والتزامات متميزة(2) يتعين على الغير احترام هذا الكيان الجديد.

إن العدول عن الخطبة يشكل حق مكفول شرعا وقانونا لكل من الخاطب والمخطوبة، إلا أن استعمال هذا الحق لا يجب أن يكون سببا في تضرر أحدهما(3) إنّما يجب استعماله في حدود الضوابط المقررة لذلك، بحكم كون الحقوق لا تشكل سلطة مطلقة يستعملها الفرد كما يشاء، بل يمنح القانون للفرد حقوقا معينة لتحقيق غاية مشروعة، ومن ثمة فإن استعمال الشخص لهذه الحقوق خلافا لذلك يعدّ تعسفا.

ونلاحظ أن المشرع الجزائري أقر بموجب الفقرة 03 من نص المادة 05 من ق أ ج مبدأ التعويض عن الضرر الذي ينتج بسبب العدول عن الخطبة شريطة ألا يتأسس التعويض على مجرد العدول ، لأنه حق مضمون لكلا الطرفين ، إنّما يتأسس التعويض على أفعال أو تصرفات من جهة العادل يسبب ضررا ماديا أو معنويا للطرف المعدول عليه.(4)

(1) محمد كمال الدين إمام، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين، منشأة المعارف للطباعة والنشر والتوزيع، الإسكندرية، 2000، ص 80.

(2) هذا ما تؤكده المادة 124 مكرر من الأمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، بنصها على أنّه "يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ .

(3) قانون الأسرة الجزائري، المادة 05.

(4) ابن رشد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد. بداية المجتهد ونهاية المقتصد. ج 2 ص 22

أولاً:التعويض عن الضرر المادي الذي يصاحبه العدول عن الخطبة

الضرر المادي: هو ما يصيب الشخص في جسمه أو في ماله، ويتمثل في الخسارة المالية والجسمانية، التي تترتب عن المساس بحق أو بمصلحة مشروعة للمضروب. (1)

وبالنسبة للضرر المادي في العدول عن الخطبة يتمثل في مصاريف التحضير للزواج من إعداد السكن و تجهيزه وتجهيز العروس، فكلها مصاريف تنفق على الزواج فإذا لم يتم بسبب عدول أحد الطرفين عن الخطبة يكون وعده له بنية الإضرار بالطرف الآخر تقوم المسؤولية وهذا يعد ضرراً مادياً يوجب المساءلة. (2)

ولقد أكد السنهوري ذلك بقوله أن "انحراف الخطيب في العدول عن الخطبة عن السلوك المألوف للشخص العادي في مثل الظروف الخارجية التي أحاطت بالخطيب، كان فسخ الخطبة خطأ يوجب المسؤولية التقصيرية(3).

وبناء على ما سبقت الإشارة إليه، ليتحقق حق المعدول عنه في الحصول على التعويض يستوجب ذلك مراعاة ثلاث أسس قانونية لدى الحكم له بالتعويض هي:

* كون الخطبة ليست بعقد ملزم طبقاً لما تقضي به المادة 05 فقرة أولى من قانون الأسرة.

* مجرد العدول عن الخطبة لا يكون سبباً موجباً للتعويض، كما تنص على ذلك الفقرة الثانية من المادة 5 المذكورة أعلاه.

* إذا اقترن بالعدول عن الخطبة أفعال أخرى ألحقت ضرراً بأحد الخطيبين، جاز الحكم للمتضرر بالتعويض، كما تقضي بذلك المادة 5 المذكورة أعلاه في فقرتها الثالثة.

ثانياً:التعويض عن الضرر المعنوي الذي يصاحب العدول عن الخطبة

الضرر المعنوي: هو كل أذى يصيب الإنسان في عرضه أو عاطفته أو شعوره، وسمي ضرراً أدبياً أو معنوياً، لأنه غير مادي فإن محله العاطفة والشعور. (4)

(1) العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص 14.

(2) علي فيلاي، الالتزامات، الفعل المستحق للتعويض، الطبعة الثانية، موفم للنشر، الجزائر، 2001، ص 283.

(3) السنهوري أحمد عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981، ص 827.

(4) فيصل بن ظهير بيك مغل، التعويض عن الضرر المعنوي، رسالة دكتوراه، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، العام الجامعي، 2008، ص 9.

أقر المشرع الجزائري إضافة إلى ما تم ذكره أعلاه , حق المعدول عنه في المطالبة بالتعويض عن الضرر المعنوي الذي يلحق به جراء عدول الطرف الآخر عن الخطبة بموجب المادة 05 من ق أ ج, إذ أن الخاطب بعدوله عن الخطبة قد يلحق بالطرف الآخر ضررا يصيب شرفه و سمعته, كما يمكن أن تتجاوز شخصه لتمس شرف العائلة , إذ يتضح أن التعويض عن الضرر المعنوي المترتب عن العدول عن الخطبة أمر ثابت بموجب نص القانون.

غير أن الإشكال الحقيقي الذي يثار هنا يكمن في كيفية إثبات هذا الضرر المعنوي الذي يكون التعويض فيه مرتبطا بالألام النفسية التي تلحق المعدول عنه أو عن المساس بشرفه و سمعته لان الخطبة ليست أمر سري بل هي محل إشهار بين المحيطين بالخطيبين. وما تجدر الإشارة إليه في هذا المقام هو أن تقدير التعويض عن الأضرار المعنوية يترك للسلطة التقديرية للقاضي, ويتم ذلك وفق معايير موضوعية تتناسب مع زمان ومكان العدول عن الخطبة (1).

المطلب الثالث: موقف المشرع الجزائري و الشريعة الإسلامية من العدول.

اجمع الفقهاء أن الخطبة لا إلزام فيها للطرفين لكل منهما حق العدول متى شاء لكنهم اختلفوا في المسؤولية التي تنشأ بسبب استعمال العادل لهذا الحق لما قد يحدثه من ضرر بالمعدول عنه .

الفرع الأول: موقف المشرع الجزائري من العدول

سبق الكلام عن تكييفنا القانوني للخطبة بأن فقهاء القانون من أعطائها اعتبارا عقديا ويعتبر العدول عنه من الفسوخ فيلزم الفاسخ بتعويض الطرف الثاني جبرا لأثار الفسخ ولو لم يحدث ضرر بالطرف الثاني . (2)

(1) محمدي نصيرة , التعويض عن الضرر الناجم عن العدول عن الخطبة , دار هومة , الجزائر, 2016, ص 52.

(2) مجلة البحوث والدراسات , عدد8 , جوان 2009, الجزائر , ص46.

إذ نصّت المادة 05 في فقرتها الثالثة من قانون الأسرة الجزائري على أنه "إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض".
إلا أنه يشترط إعمالاً لقواعد الشريعة و لقواعد المسؤولية التقصيرية أن يكون للعادل دخل في الضرر الذي لحق الآخر بسبب عدوله.

والملاحظ أن المشرع الجزائري قد أخفق في صياغة المادة الخامسة الفقرة الثانية من قانون الأسرة إذ أنّه أجاز الحكم بالتعويض ولم يوجبه، رغم أنّه من المعلوم أنّ المتسبب في الضرر يُلزم بالتعويض (المادة 124 من القانون المدني الجزائري).

وقد قضت المحكمة العليا بأنه "من المقرر قانوناً أنه يتوجب على المرأة المخطوبة عند عدولها عن إتمام الزواج أن ترد ما لم يستهلك من هدايا وغيرها...ولما ثبت من قضية الحال أن الطاعنة هي التي عدلت عن إتمام الزواج بدون مبرر شرعي أو قانوني فإنه لا يمكن والحالة هذه تحيل المطعون ضده الخسائر والأضرار المترتبة عن ذلك".(1)

وقد استقر لدى مختلف الأنظمة القضائية بأن الأفعال التي يمكن أن تقترن بالعدول وتلحق ضرراً بأحد الخطيبين هي التي يمكن جعلها أساساً لطلب التعويض (أي على أساس المسؤولية التقصيرية عن الفعل الضار).

وقد حددت بعض الأنظمة القضائية أسباباً مشروعة للعدول لا يترتب عنها حق في المطالبة بالتعويض ولو مع وقوع ضرر للطرف الآخر، فقد ذهب الفقه والقضاء الفرنسي إلى أن عدم تنفيذ الوعد بالزواج إذا كان مؤسساً على أسباب مشروعة تتمثل في حادث مفاجئ و جسيم يمس شرف الأشخاص ويؤثر على الحياة المستقبلية للأطراف فإنه لا يمكن للمتضررين طلب التعويض، فمثلاً في فرنسا لا يستطيع خاطب فتاة أن يطلب منها تعويضاً عن عدولها عن الخطبة إذا كان سبب عدولها هو رفض أبيها وأمها منح الترخيص أو الإذن لها بالزواج إذا كانت قاصراً. ومن المهم أخيراً الإشارة إلى أن الدعاوى المتعلقة بالخطبة تكون من نظر قسم شؤون الأسرة وفق ما نصت عليه المادة 423 من ق إ م

(1) أحوال شخصية 13/07/1993 م.ق.ع 01/1995 ص128

(2) قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09 , المادة 423 , المؤرخ في 25/02/2008.

كما أن الاختصاص الإقليمي في مسائل العدول عن الخطبة يعود لمكان وجود موطن المدعى عليه وفق ما تنص عليه المادة 426 "تكون المحكمة المختصة إقليمياً في موضوع العدول عن الخطبة بمكان وجود موطن المدعى عليه.

الفرع الثاني: موقف الشريعة الإسلامية من العدول

من الثابت أن المهر مرتبط بعقد الزواج إلا أن الخاطب قد يبادر بدفعه في فترة الخطبة سعياً منه لإبراز نيته و استعداده لإبرام عقد الزواج .
غير أنه إذا فسخ الخطبة يطلب أحد الطرفين أو اتفاقهما معا يثار التساؤل حول ما تم دفعه من صداق, ومدى حق الخاطب في استرداده.

ففي الشريعة الإسلامية و بإجماع الفقهاء أن المهر لا يلزم إلا بمقتضى العقد , وليست الخطبة عقدا , ومن ثم فللخاطب حق استرداد ما دفعه من المهر وذلك بأخذ عينة إذا كان قائماً وان كان قد هلك أو استهلك استرد مثله إذا كان مثلياً , أو قيمته إن كان قيمياً لأن دفع الصداق من آثار عقد الزواج فإذا لم يوجد العقد عاد المهر إلى الخاطب ولا تستحق المرأة منه شيئاً أياً كان سبب العدول من جانب الخاطب أو المخطوبة .

وهذا ما أشار إليه ابن عابدين من الحنفية:(إذا خطب رجل امرأة وبعث إليها أشياء ولم يزوجها أبوها فما بعث على أنه مهر يسترد عينه وإذا تغير بالاستعمال فان لم يتمكن من رد عينه ترد قيمته لأن معاوضة عن حق استمتاع ببعض,ولم تتم المعاوضة فجاز الاسترداد).
وشرح ابن عابدين ذلك فقال: (أنه ما بعث للمهر أي مما اتفقا على أنه من المهر قيد في عينه أي يسترد عينه , وان تغير في الاستعمال لأنه سلب عليه من قبل المالك فلا يلزم من مقابلة ما انتقص من استعماله شيء فإذا لم يسترد عينه استرد قيمته أو بدله ليشمل المثلى لأنه في معنى الهبة إلا لمانع من موانع الرجوع فيها كالهلاك و الاستهلاك فهو مانع عن الرجوع كما لو كان ثوباً فصبغت أو خاطته أو لبسته (1).

(1) أحكام الخطبة و الزواج , رسالة ماستر للطالبة سعدي كريمة, 2014, جامعة البويرة ,ص60.

مركز الفقه المالكي في ق أ ج -

أما بالنسبة للهدايا فقد اختلف فقهاء المذهب المالكي فمنهم من يرى أن لا رجوع للخاطب على خطبته للمطالبة بالهدايا سواء كان العدول من قبله أو من قبلها إلا لشرط أو عرف حيث قال الزرقاني في شرح متن العزية (يحرم عليه الإنفاق عليها بخلاف الإهداء إليها فيجوز) ، وذهب فريق آخر من المالكية إلى رجوع الخاطب على المخطوبة للمطالبة بالهدايا في حالة العدول عن الخطبة من طرفها ويستثنى من ذلك إن وجد عرف أو تم اشتراط عدم إرجاع الهدايا في حالة الرجوع (1).

وأخيرا نجد أن فقهاء المالكية في مسألة التعويض عن العدول عن الخطبة فقد يلحق بأحد المخطوبين ضرر مادي أو معنوي جراء ذلك ، ولم يتطرق فقهاء الشريعة الإسلامية القدامى إلى الضرر عن العدول عن الخطبة وذلك لعدم حصول ذلك في عصورهم . ولأن التمسك بالأداب الإسلامية وفقا لما حدده الشرع من ضوابط وأحكام خاصة بالخطبة والعدول عنها يمنع إلحاق الضرر بأي طرف ، وإنما أصل الضرر الانحراف عن الأخلاق الإسلامية بتقليد غير المسلمين فلم يكن في أعراف المسلمين الاشتراط على الزوج شراء أشياء معينة غير ما اشترط من مهر فيتربت ذلك ضررا ماديا ولم يكن للخاطب أن يأخذ مخطوبته ويذهب بها حيث يشاء بحجة التعارف في خلوة غير شرعية حرما الإسلام فيلحق الضرر المعنوي بأحد الطرفين (2).

وما تجدر الإشارة إليه هو أن العدول تترتب عنه آثار قانونية تنصرف إلى المهر الذي يجب رده في حالة العدول امتثالا لما ذهب إليه غالبية المذاهب الأربعة، وإلى الهدايا المتبادلة .

(1) أحكام الزواج والطلاق نموذجا ، أطروحة دكتوراه للطالب بريبر محمد سنة 2020 ، ص32.

(2) مركز الفقه المالكي في ق أ ج، المرجع السابق ، ص34

عن الخطبة مسألة حديثة , إذ نجد أن الفقه الإسلامي القديم لم يتعرض لهذه المسألة لا من قريب ولا من بعيد لكون الناس يلتزمون بمبادئ الشريعة الإسلامية الغراء , فلم يكن ذلك يتيح للخطيبين الأسباب التي تجعلهما يتضرران ماديا أو معنويا , إلى جانب كون الحياة في تلك بين الطرفين حيث أن الخاطب إذا عدل عن الخطبة لا يسترد شيئا مما أهداه , كما ألزمه القانون بأن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته أو قيمته.

كل هذا فضلا على اقرأ المشرع لحق الطرف المتضرر من العدول عن الخطبة , وما تجدر الإشارة إليه في هذا المقام هو أن مسألة التعويض عن الأضرار الناجمة عن العدول الفترة في غاية البساطة إذ لا وجود للبذخ في المهر ولا تفاخر و تباهي بالهدايا عكس ما هو عليه حاليا (1).

(1) مجلة جيل حقوق الإنسان , العام7, العدد38, مارس 2020 , ص57

الفصل الثاني: أحكام الزواج

قد نظم المشرع الجزائري الزواج في قانون الأسرة أركان الزواج بالرضا أي تبادل الإيجاب والقبول ،بالإضافة إلى هذا الركن الأساسي هناك شروط أخرى فرض وجودها في عقد الزواج الصحيح ,وهي شروط الصحة وإضافة إلى الشروط الإجرائية. من هذا المنطلق فإننا سوف نحاول بين طيات الفصل الثاني توضيح أحكام الزواج متطرفين بداية إلى مفهومه ضمن مبحثنا الأول و أركان الزواج و شروطه في مبحثنا الثاني .

المبحث الأول: مفهوم الزواج

قال الله تعالى (وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ)(1) فالزواج أساس المجتمع وهو مسؤولية اجتماعية مشتركة بين أفراد المجتمع ، وقد حث الإسلام على الزواج ورغب فيه ، قال الله تعالى: (وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ) (2) وقال تعالى: (فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَتَى وَثَلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ)(3) ، وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم (يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج) متفق عليه ، ولأهمية الزواج اعتبره رسول الله صلى الله عليه وسلم نصف الدين فقال: (إذا تزوج العبد فقد استكمل نصف الدين ، فليترك الله في النصف الباقي) البيهقي صحيح الجامع ، وقال صلى الله عليه وسلم: (ثلاث حق على الله عونهم ، المكاتب الذي يريد الأداء والناكح الذي يريد العفاف والمجاهد في سبيل الله) الترمذي وغيره (1655).

(1) سورة الروم, الآية 21 .

(2) سورة النور , الآية 32 .

(3) سورة النساء, الآية 3 .

(4) الترمذي وغيره : 1655

فمن خلال هذا المبحث يجب الوقوف على تعريف الزواج في المطلب الأول، أما المطلب الثاني فإننا سوف نتطرق إلى مشروعيته بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري.

المطلب الأول: تعريف عقد الزواج

لغة: الاقتران والاختلاط ويقال تزوجه النوم أي خالطه.

يُعرّف الزَّوْجُ أو ما يُسمَّى بالنِّكَاحِ بالجمع والضمُّ، ولفظ الزَّوْجِ مأخوذاً من ضمِّ الأشجار مع بعضها البعض، حيث يُقال: تتأكحت الأشجار؛ أي تشابكت مع بعضها، وأيضاً يُطلق اللفظ على المطر الذي يُلامس الأرض، حيث يُقال: نكح المطر الأرض واعتمد عليها أو على ثراها(1) ومن الجدير بالذكر أنّ النِّكَاحِ في أصل العرب معناه الوطء، ولهذا السَّبب يُطلق على الزَّوْجِ لفظ النِّكَاحِ؛ لأنَّه السَّبب الرئيس للوطء الحلال، كما يُطلق على الزَّوْجِ لفظ الاقتران، ودليل ذلك قوله تعالى: ﴿احْشُرُوا الَّذِينَ ظَلَمُوا وَأَزْوَاجَهُمْ وَمَا كَانُوا يَعْبُدُونَ﴾ (2).

اصطلاحاً : الزواج اصطلاحاً هو عقد بين الرّجل والمرأة وأساسه حلّ الاستمتاع بينهما، شريطة أن تكون المرأة أجنبية؛ أي ليست من محارم الرّجل؛ كالنّسب أو الرّضاع وغيرهما، وتجدر الإشارة إلى أنّ عقد الزّواج هو بمثابة ملك خاص للزّوج، أي لا يجوز للمرأة أن تتزوّج بأكثر من رجلٍ، وبمقابل ذلك لا يُعدُّ هذا العقد ملكاً خاصاً بالمرأة وإنّما هو حلّ الاستمتاع فقط، أي يجوز للرّجل أن يتزوّج بأكثر من امرأة، ممّا يعني أنّ تعدّد الزّوجات جائز في الشّريعة الإسلاميّة وبضوابط محدّدة.(3)

كما تعددت تعاريف الزواج عند الفقهاء المسلمين إلا أننا نجدتها تقريبا متفقة على الغرض المبدئي له و ذلك رغم اختلافهم في التعبير فإنها تدور حول نفس المعنى، فهناك من عرّفه بأنه عقد يفيد حل استمتاع كل من العاقدين بالآخر على الوجه المشروع، ويعرّفه آخرون بأنه عقد وضع لتملك المتعة بالأنثى قصدا (4).

(1) أ ب محمد بن عبد العزيز السديس، مقدمات النكاح، صفحة 202. بتصرّف.

(2) سورة الصافات، آية:22

(3) أ ب وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، صفحة 6513. بتصرّف

(4) سمية عبد الرحمان عطية بحر، عقود الزواج المعاصرة في الفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير، الجامعة الإسلامية،

غزة، د ت ن، ص6

وما يلاحظ على هذه التعاريف أنها ينطبق عليها ما قاله فيها الإمام أبو زهرة بأنها تدور حول امتلاك المتعة وأنه من أغراض الزواج جعل المتعة حلال ومن أهدافه أيضا في الشرع الإسلامي التناسل وحفظ النوع الإنساني وأن يجد كل من العاقدين في صاحبه الإنس الروحي الذي يؤلف الله تعالى به بينهما ولهذا فقد عرّف الزواج " بأنه عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة وتعاونهما ويحدد ما لكليهما من حقوق وما عليه من واجبات " (1)، ومن التعريفات التي تشتمل على معنى الزواج نجد ما ذهب إليه الأستاذ عبد العزيز سعد " بأنه عقد معاهدة ذات أبعاد دينية ودنيوية يتعهد فيها الزوج بإسعاد زوجته واحترام كرامتها، وتتعهد الزوجة بموجبها بإسعاد زوجها ومساعدته، وأن يتعاهدا معا على التضامن والتعاون من أجل إقامة شرع الله وإنشاء أسرة منسجمة ومتحابّة تكون نواة لإقامة مجتمع المودة والرحمة.(2)

أما قانون الأسرة الجزائري عرف الزواج في مادته الرابعة بأنه (عقد جنائي يتم بين رجل و امرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة و الرحمة والتعاون وإحسان الزوجين والمحافظة على الأنساب).(3)

المطلب الثاني: مشروعية الزواج بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري

إن الزواج لا يأخذ حكم واحد في جميع الحالات بل يختلف حكمه باختلاف أحوال الناس لأن منهم القادر على تكاليفه والعاجز عنها، وفيهم من يحسن العشرة الزوجية ومن لا يحسنها، ومنهم من يخشى على نفسه الوقوع في الفاحشة وتبعها لهذا الاختلاف يختلف حكمه فتتعدد أحكامه باختلاف أحوال الناس.

الفرع الأول: مشروعية الزواج من ناحية الشريعة الإسلامية

وعلى هذا فإن حكم الزواج تعثره الأحكام الخمسة من وجوب ، نذب ،إباحة ، كراهة وحرمة. غير أن العلماء قد اختلفوا في حكمه حال كان المكلف معتدلا قادرا على تكاليف الزواج،

(1) محمد ،أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1948 ، ص7.

(2) عبد العزيز سعد ، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، طبعة ثالثة ، دار هومة ص 81 .

(3) قانون الأسرة الجزائري ، المادة 4.

غير أن العلماء قد اختلفوا في حكمه حال كان المكلف معتدلاً قادراً على تكاليف الزواج ، واثقاً من نفسه انه يؤدي حقوق الزوجة دون جور أو ظلم ولا يخشى على نفسه الوقوع في الفاحشة إذا لم يتزوج وهذه الحالة هي الأصل في الزواج ، وسبب اختلافهم هو تباين وجهات نظرهم في دلالات النصوص الواردة في حكمه والغرض المقصود منه وبيان ذلك كالآتي :

- ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية وبعض الشافعية ووافقهم الحنابلة في المشهور عنهم إلى انه سنة مندوب إليه ، لان القرآن أمر به ، وحض عليه الرسول صلى الله عليه وسلم في أكثر من حديث فالأوامر الواردة فيه معروفة فيه معروفة عن الوجوب بقرائن فقوله تعالى ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُفْسِدُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِّنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثَلَاثَ وَرُبَاعَ ۚ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَٰلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعْوِلُوا﴾ (1) باعتبار أنها مسوقة لبيان العدد المباح من النساء لا لإيجاب هو إذا كان الأمر فيها للإيجاب تلزم أن يكون تزوج العدد واجبا ولم يقل به احد .

كما أن النبي صلى الله عليه وسلم ذكر أركان الدين وبين الفرائض والواجبات ولم يذكر النكاح من بينها ، كما أنه لم ينكر عدم الزواج على بعض الصحابة رضي الله عنهم .

وذهب بعض الشافعية إلى أنه مباح لأنه عقد يقصد به منفعة للعبد وهي قضاء شهوته فيكون مباحاً كالأكل والشرب ، واستحبوا تركه للعبادة واهتماماً بشأنها فهي مفضلة عليه .

فغالبا ومما سبق ذكره يترجح ماذهب إليه الجمهور من أنه مستحب مندوب شرعا في حالة الاعتدال. (2)

هذا وقد يعرض الزواج ما يجعله واجبا ، حراما ، مكروها ، مندوبا أو مباحا وهي الحالات التالية:

الوجوب: إذا خاف الشخص على نفسه الوقوع في الفاحشة إذا لم يتزوج وكان قادراً عليه بالمال واثقاً من العدل مع أهله ، فإذا لم يتزوج كان إثماً مستحقاً للعقاب ، لأنه صيانة نفسه من الوقوع في الحرام واجب وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب ، وهذا قول عامة الفقهاء . (3)

(1) سورة النساء ، آية. 03

(2) محاضرات أحكام الزواج، سنة (2021/2020)، جامعة المسيلة، أ د محفوظ بن صغير .

(3) محمد، أبوزهرة، المرجع السابق، ص، 23 24.

الحرمة: إذا كان الشخص غير قادر على التكاليف أو كان قادرا عليها ولكنه يقطع أن يظلم زوجته بالإيذاء أو لعدم قدرته على المعاشرة الزوجية ، أو عدم قدرته على النفقة ، فيكون الزواج حرام لأنه طريق للوقوع في الحرام وكل مايتعين ذريعة للحرام يكون حراما، ولكن الحرمة تكون لغيره.

الكراهة: إذا خاف الوقوع في الظلم إن تزوج إما لعجزه على الإنفاق أو إساءة العشرة الزوجية، فإذا خاف الوقوع في واحدة من ذلك كره له الزواج.(1)

الندب: لمن له شهوة يؤمن معها الوقوع في المحذور ، فهذا الاشتغال به أولى له من التخلي لنوافل العبادة ، وأما عن لا شهوة له ففيه وجهان :

1: يستحب له النكاح لعموم ما ذكر.

2: التخلي له أفضل لأنه لم يحصل مصالح النكاح ، فهذا هو المشهور عند الحنابلة ، أما المالكية بالنسبة لغير الراغب في النكاح ولكن عنده مؤونة النكاح ولا يخاف إذا تزوج انقطاعه عن عبادة مندوبة ورجا بزواجه النسل فالنكاح في حقه مندوب .

الإباحة: إذا كان الشخص غير راغب في الزواج ولا يصرفه عن مندوب ولا يرجو به نسلا ، وكان قادرا على مؤونة الزواج ، ومن الواضح أن غير الراغب فيه هو من لا شهوة له في النكاح غالبا، إما لكبر أو مرض أو علة وهو ما ذهب إليه المالكية أما عن الحنفية فيكون الزواج

مباحا إذا لم يقصد به إقامة السنة بل قصد به مجرد التوصل إلى قضاء الشهوة ولم يخشى شيئا من عدم الإيفاء بموجب الزواج ، أو خاف من ذلك خوفا غير راجح.

- أما الشافعية فعلى رأيهم يكون مباحا عند من لم يحتج إلى النكاح لعدم توقانه للوطء ووجد القدرة المالية على الزواج ، فلا يكره الزواج لقدرته عليه ، ولأن مقاصد النكاح لا تنحصر في الرغبة في الوطء ومعنى ذلك أن الزواج في حقه مباح.

(1) محمد أبوزهرة، المرجع السابق، ص25/26

- أما الحنابلة فيرون أن النكاح يكون مباحا في حق من لا شهوة له والتخلي له أفضل لأنه لم يحصل مصالح النكاح ,ويمنع زوجته من التحصين لغيره , ويعرض نفسه لواجبات وحقوق لعلته لا يتمكن من القيام بها ويشتغل عن العلم والعبادة بما لا فائدة فيه.

يتلخص مما سبق اتفاق العلماء على وجوب النكاح لمن خاف على نفسه الوقوع في الفاحشة وكان قادرا على تكاليف الزواج, كما اتفقت كلمة الجمهور على ندبه فيما وراء ذلك الحملة, أما على التفصيل:

فيكون في حق غير القادر على الإنفاق, وهذا يكسر شهوته بالصوم, ويحرم على فاقد القدرة على النكاح و الأنفاق و درءا لمفسدة حبس زوجته على ذمته الأمر الذي يترتب عليه إلحاق الضرر بها وحرمانها من النسل.(1)

الفرع الثاني:مشروعية الزواج من جانب القانون الجزائري

أما مشروعية النكاح من ناحية القانون الجزائري فنجد أن المشرع الجزائري أشار إليه في المادة 04 من ق أ ج بحيث تنص (الزواج هو عقد يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي.

وهو في رأينا الموقف المرجح لأنه بالزواج تنشأ الأسر والمجتمعات فكيف لا يرقى إلى عقد). (2)

(1) محاضرات أحكام الزواج, سنة (2021/2020), جامعة المسيلة, أ د محفوظ بن صغير.

(2) قانون الأسرة الجزائري, المادة 04.

المبحث الثاني: أركان عقد الزواج وشروطه

اختلف الفقهاء المسلمون في تحديد أركان عقد الزواج فمنهم من جعلها ركنين: الإيجاب والقبول كالحنفية وهناك من جعلها ثلاثة: الصيغة، المحل، الولي وهناك من جعلها أربعة الصيغة، الولي، الزوج والزوجة، الصداق كالمالكية وهناك من جعلها خمسة كالشافعية، و الاختلاف حول تحديد أركان عقد الزواج لم يقتصر على الفقهاء المسلمين وإنما تعد إلى التشريعات العربية وهذا منطقي جدا باعتبار كل تشريع أخذ بمذهب ما وهناك تشريعات أدمجت بين المذاهب مثلما هو الحال بالنسبة للتشريع الجزائري الذي حدد أركان عقد الزواج في المادة التاسعة من قانون الأسرة بأربع أركان وهي الرضا، الولي، والشاهدين، الصداق، وتعرضنا لأركان عقد الزواج يكون بناء على ما نص عليه قانون الأسرة الجزائري.

المطلب الأول: ركن الرضا

اهتم الإسلام بالأسرة، ودعا إلى الحفاظ عليها وتحسينها، وحماية حقوق أفرادها، وجعلها صورة مصغرة للمجتمع، ودعامته الأولى وجعل لها نظاما متميزا يقيها حر الفتن، التي تتربص بها في كل وقت وحين، وقيدها بمجموعة من الضوابط والأحكام التي حددت بموجبها مسؤولية كل عضو فيها.

ولما كان الزواج نواتها الأولى التي تنشأ منها؛ أوجب لعقده أركانا وشروطا لا يتأتى إلا بتوافرها، و نفى عنه كل ما من شأنه أن يصرفه عن تحقيق غاياته السامية، ولأنه من العقود الثنائية التي تحتاج في قيامها إلى توافق إرادتين؛ لزم أن يتم برضا الزوجين.

ومنه سوف نتطرق لركن الرضا عند فقهاء الشريعة من جهة عند فقهاء القانون من جهة أخرى.

الفرع الأول : ركن الرضا عند فقهاء الشريعة

الركن بتعريفه العام هو أحد الجوانب التي يستند إليها الشيء وجزء من أجزاء حقيقة الشيء , فالركن عند الجمهور هو ما يتوقف عليه وجود الشيء وكان جزءا واصلا في حقيقته , لقد

اتفقت جميع المذاهب الفقهية على الإيجاب والقبول هما الركنان الأساسيان لأي عقد ومنه عقد الزواج , واختلفوا في بقية الأركان فمثلا المالكية منهم من قال إنها أربعة ومنهم من جعلها خمس وهم الزوج والزوجة والولي والصداق والصيغة (1).

أما الحنفية فيرى أن ركن الزواج هو الإيجاب والقبول فقط (2) , وبه قال بعض الحنابلة وقولهم إن ركن النكاح هو الإيجاب و القبول يتضمن في الواقع كون الأركان أربعة هي العاقدان والصيغة و المعقود عليه وهو الزوجة , وذلك لأن وجود الصيغة التي هي الإيجاب و القبول يقتضي وجود من صدر منه الإيجاب ووجود من صدر عنه القبول , والصيغة لا بد أن تكون مبينة للمعقود عليه , وبسبب الاختلاف بين الفقهاء في عدد أركان الزواج يرجع إلى :

* اختلافهم في الأمور التي لا بد منها في عقد النكاح, ولذلك اعتبر المالكية والشافعية والحنابلة الولي منها لا بد منه في النكاح بجانب كونه مما يتوقف عليه حقيقته فعدوه ركن من أركان النكاح بخلاف الحنفية فإنهم لا يعدون الولي مما لا بد منه في النكاح فلم يعتبروه ركنا فيه.

* كذلك فإن الفقهاء مع اتفاقهم في أمر من الأمور على اعتباره مما لا بد منه في النكاح فإنهم قد يختلفون في المرأة بالركن هنا , فلعل بعضهم قد أراد بالركن حقيقته اللغوية , وهي جانب الشئ الذي يستند إليه ويقوم به.

(1) توثيق الزواج بين الشريعة والقانون (ماجستير) للطالب عبد القادر بوقزولة / المعهد الأوروبي للعلوم الإنسانية , بباريس, ص 32.

(2) محاضرات أحكام الزواج, أ د محفوظ بن صغير, جامعة المسيلة, 2020/2021.

وعلى هذا يمكن أن يحمل قول بعض المالكية أن الزوج والزوجة ركنان لأن حقيقة النكاح إنما توجد بهما والولي و الصيغة شرطان لخروجهما عن ذات النكاح. وبعض العلماء أراد بالركن ما لا توجد الحقيقة الشرعية إلا به ولهذا بعض آخر من المالكية يعدون الزوج والزوجة والولي والصيغة و الصداق أركاناً في النكاح .
-التجوز في لفظ الركن من باب زيادة التعلق و الاعتبار في الشيء بحيث صار بمنزلة الجزء كما ذكر الدسوقي المالكي في حاشيته أن الصداق ركن وكما جاء في مغني المحتاج أن الشهادة ركن عند الشافعية بخلاف الحنفية الذين يعتبرون الشهادة من الشروط .
ومن ثم فقد اتفق الفقهاء إن الإيجاب والقبول ركنان للعقد على أن الخلاف بين الجمهور والحنفية خلاف ظاهري في الألفاظ لا حقيقي في المعاني.(1)

الفرع الثاني : عند المشرع الجزائري(أركان عقد الزواج)

لقد حدد المشرع الجزائري أركان عقد الزواج في المادة 09 من ق أ ج والتي نصت على أنه (ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين) .(2)
وعليه فإذا اختل ركن الرضا يترتب عليه حكم البطلان , وفقا للفقرة الأولى من المادة 33 التي تنص على أنه (يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا) .(3)
والتحليل المادة 09 من ق أ ج التي تنص على أنه (ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين) يجب أن نتحدث عن معنى الإيجاب و القبول, كما نتحدث عن الوسيلة التي سيقع بها التعبير عن الرضا تعبيراً شرعياً سليماً, من أحدهما والقبول من الآخر , والإيجاب في هذا المجال يعني أن يعبر أحد المتعاقدين عن إرادته ورغبته في الزواج مع المتعاقد الآخر .

(1) محاضرات أ د محفوظ بن صغير , المرجع السابق, ص35

(2) قانون الأسرة الجزائري, المادة 09

(3) قانون الأسرة الجزائري, المادة 33 الفقرة الأولى.

أولاً : الإيجاب والقبول

إن عقد الزواج من العقود الثنائية الأطراف التي لا بد فيها من وجود متعاقدين اثنين هما الخطيب والخطيبة اللذان سيصبحان بعد انعقاد العقد زوجين شرعيين ولا بد من توفر الإيجاب

كما أن القبول يعني أن يعبر المتعاقد الثاني عن نفس الرغبة ونفس الإرادة ,بالإيجاب والقبول في عقد الزواج ليس إلا طلب من طلب من جانب وقبول من جانب آخر يعبران معا عن توافق إرادتين هدفهما عقد زواج بين ذكر وأنثى من اجل إقامة حياة مشتركة وبناء قواعد أسرة متماسكة, وإذا كان الظاهر هو أن يقع الإعلان عن الرضا في مجلس العقد أمام الموظف وبحضور المتعاقدين والشهود والولي فإن هناك حالات كثيرة يقع فيها اتفاق ارادتي الطرفين شخصيا خارج مجلس العقد ثم ينعقد المجلس يقر ما سبق تقريره وليصغ الشرعية والصفة القانونية على ذلك (1)

ثانيا:صيغة الإيجاب و القبول

تنص المادة 10 من ق أ ج (يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الأخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا). (2)

وما يستخلص من هذه المادة أن المشرع الجزائري لم يحدد الألفاظ التي يتم بها التعبير عن الإيجاب والقبول ولم يحدد اللغة التي يتم بها العقد وصيغة الفعل عند التعبير عن الإيجاب والقبول وهذا ما يؤدي بنا لتحديدها الرجوع إلى ما ذهبت إليه الشريعة الإسلامية وفقا لنص المادة 2 من ق أ ج .

(1) عبد العزيز سعد, المرجع السابق , ص117.

(2) قانون الأسرة الجزائري, المادة 10.

المتعلقة بالزواج جاءت بهذين اللفظين , كما اتفقوا على أن الزواج لا ينعقد إلا بالألفاظ التالية الإباحة والإحلال , الإيداع , الرهن وذلك بسبب أنها لا تؤدي مفهوم الزواج حقا.

ولقد أفاض الفقهاء المسلمين في الحديث عن هذه المسألة وهي كالتالي:

الألفاظ المعبرة شرعا عن النكاح: وتعرض لها نقطتين أساسيتين هما:

1- **الألفاظ المتفق عليها أنها تؤدي معنى النكاح شرعا او لا تؤدي معناه:** ولقد اتفق الفقهاء المسلمين بأن الزواج النكاح ينعقد بلفظ الزواج منشدين في ذلك أن معظم الآيات و الأحاديث

2- **الألفاظ المختلف في أدائها لمعنى النكاح:** ذهب المالكية والحنفية أنه يجوز أن يكون الإيجاب بالألفاظ التالية (الهبة، التملك، البيع) مشترطين فقط أن تدل تلك الألفاظ على بقاء الحياة الزوجية مدى الحياة، في حين الشافعية و الحنابلة قالوا بعدم صحة الزواج الذي يتم بالألفاظ المذكورة أعلاه .

***لغة إبرام العقد:**

إن المشرع الجزائري في ق أ ج لم ينص إطلاقا على اللغة التي يجب أن يبرم بها عقد الزواج بل اكتفى فقط بذكر كل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا، في حين نجد أن فقهاء الشريعة الإسلامية متفقين على جواز عقد قران بغير اللغة العربية مستدلين في رأيهم على أن العقود تقوم على المعاني لا على الألفاظ و المعاني (1)

ثالثا: انعقاد الزواج بغير الكلام

فقهاء الشريعة الإسلامية، كما أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى الإيجاب والقبول الذي يتم بكلمة واحدة .

(1) عبد العزيز سعد، المرجع السابق ، ص119.

* صيغة الفعل:

لم يحدد المشرع الجزائري صيغة الفعل التي يعبر بها عن الإيجاب و القبول والمعول عليه في هذه المسألة هو الرجوع إلى ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية لتحديد صيغة الإيجاب والقبول.

فالاختلاف بين الفقهاء في صحة الإيجاب والقبول بلفظين يعبر بهما عن الماضي لقول الأب للخاطب زوجتك ابنتي , فيقول الخاطب قبلت التزويج وهذا هو الأصل في العقود , إنما اختير لفظ الماضي للدلالة على التحقيق و الثبوت دون اللفظ الموضوع للمستقبل. ولهذا اتفق جمهور الفقهاء على انه إذا كان العاقدان أو أحدهما عاجزا عن الكلام أو التعبير ويحسن الكتابة , فانه يعبر عن إرادته بواسطة هذه الأخيرة , إما عن طريق الرسول أو الرسالة.

تناول المشرع الجزائري انعقاد الزواج بغير كلام في المادة 10 من ق أ ج فقرة 02 واقتصر في هذه الفقرة على النص على حالة الشخص العاجز عن الكلام أو الكتابة ولم يتطرق للزواج عن طريق الرسالة أو الرسول وهذا ما يجعلنا عند التطرق لهذه النقطة الرجوع إلى ما ذهب إليه

المكتوبة فقد عبر عنها الفقهاء بالإجازة , واتفقوا على أن من لم يستطع حضور مجلس العقد لغيابه مثلا فله أن يعبر عن إرادته في إبرام عقد الزواج بالمكاتبة أو عن طريق الرسول ولكن اشترطوا حضور شهود يعلمون مضمون قول أو كتاب الموجب , وكذا رد القابل عن طريق القول أو المكاتبة .

المطلب الثاني: شروط الزواج

عقد الزواج كغيره من العقود له أركان وشروط يقوم عليها ويتحقق بها, ولكن قبل الخوض في شروط عقد الزواج يجب أن نتطرق إلى تعريف الشرط لغة واصطلاحا.
لغة: أنه العلامة وهو إلزام شئ و التزامه جمعه شروط ومنها أشرط الساعة أي علاماتها .

اصطلاحا فالشرط هو ما يتوقف عليه وجود الشيء وكان خارجا عنه وليس مؤثر فيه ولا موصلا إليه, كالوضوء للصلاة مثلا.

وعليه سنحاول الاقتصار في هذه الشروط التي يقوم عليها عقد الزواج وأثر تخلفها وفق ما هو مقرر في الفقه الإسلامي وما نص عليه المشرع الجزائري فيما ورد في المادة 9 مكرر التي تنص على (يجب أن تتوافر في عقد الزواج الشروط الآتية : أهلية الزواج , الصداق , الولي , شاهدان , انعدام الموانع الشرعية للزواج)

1-الأهلية:

وهي صفة يقدرها الشارع في الشخص تجعله محلا صالحا للخطاب بالأحكام الشرعية , كما تقسم الأهلية إلى قسمين أهلية وجوب وأهلية أداء .

أ_ أهلية وجوب:فهي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق والعمل للالتزامات مما يجعلها مطابقة للشخصية القانونية وهي تثبت له بمقتضى إنسانيته.

ب_ أهلية أداء: فهي صلاحية الشخص لإبرام التصرفات القانونية منتجا لآثاره القانونية في حقه و ذمته.

الأهلية نص عليها المشرع الجزائري في المادة 40 من ق أ ج (على كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يجبر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية وسن الرشد 19 سنة كاملة)(1) فنجد أن المشرع بتحديد سن الزواج 19 سنة في المادة 7 ق أ ج جعل أهلية عقد الزواج هي نفس أهلية سن الرشد في القانون المدني , لكن الإشكال المطروح فهو في حالة ترخيص القاضي بالزواج دون السن القانونية حيث ورد في المادة 7 من القانون 05 - 02 المؤرخ في 2005/05/04 تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة من تؤكد قدرة الطرفين على الزواج (2).

ويكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار هذا الزواج من حقوق و التزامات .

2- الفحص الطبي قبل الزواج

نصت المادة 7 مكرر من ق أ ج على أنه يجب على طالبي الزواج أن يقدم وثيقة طبية لا يزيد تاريخها على 3 أشهر تثبت خلوهما من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج , يتعين على الموثق أو ضابط الحالة المدنية أن يتأكد قبل تحرير عقد الزواج من الخضوع الطرفين للفحوصات الطبية , ومن علمهما بما قد تكشف عنه من أمراض أو عوامل

قد تشكل خطرا يتعارض على الزواج ويؤشر بذلك في عقد الزواج , تحدد شروط وكيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم , أما من ناحية الشريعة الإسلامية فإنها تتقبل كل ما هو نافع للفرد و الأسرة في هذا المضمار ولو لم ينص عليه الفقهاء بعينه(3).

3-الصداق:

لقد كان الفقهاء المسلمين أبحاث كثيرة في الصداق من حيث كونه واجبا أو غير واجب فالصداق هو المال الذي يدفعه الرجل للمرأة الراغب في الزواج بها رمزا لرغبته في الاقتران بها.

(1) قانون الأسرة الجزائري, المادة 40.

(2) قانون الأسرة الجزائري, المادة 07.

(3) قانون الأسرة الجزائري, المادة 7مكرر

وعرفه المشرع الجزائري في المادة 14 ق أ ج (هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء). (1)
أما من ناحية مشروعية الصداق , حيث قال تعالى ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طِبَّنْ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا﴾ (2).

وقال الرسول صلى الله عليه و سلم (إن أعظم النساء بركة أيسرهن صداقا) (3)
فقد أجمع المسلمون على مشروعية المهر في النكاح , كما لم يشرع عوضا أو بدلا كالثمن للمبيع , أما مقدار الصداق فنجد قوله صلى الله عليه وسلم (التمس ولو خاتما من حديد)
فمن حديث النبي صلى الله عليه وسلم أنه ليس للمهر حد أقصى بالاتفاق, لأنه لم يرد في الشرع وهذا ما قاله الشافعية و الحنابلة.

أما المشرع الجزائري فلم يجعل للصداق حدا أدنى ولا أعلى, أخذ في ذلك بما ذهب إليه الشافعية والحنابلة وفقا للمادة 14 ق أ ج .
وما قيل في استحقاق الزوجة للصداق فالمشرع الجزائري أشار إلى ذلك في المادة 16 (تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول أو بوفاة الزوج وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول) (4).

4-الولي يعرف الفقهاء الولاية في الزواج بأنها تنفيذ القول على الغير والإشراف على شؤونه, وكذلك الولي هو القريب الذي ولاه الله تزويج من لا يستطيع عقد زواجه بنفسه.

(1) قانون الأسرة الجزائري, المادة 14

(2) سورة النساء الآية 04

(3) حديث شريف

(4) قانون الأسرة الجزائري, المادة 16

ولقد نصت المادة 11 من ق أ ج (تعقد المرأة الراشدة زواجها بدون وليها وهو أبوها أو أحد الأقارب الأولين , والقاضي ولي من لا ولي له) , وهذا يعني أنه إذا كان لآبد من توفر رضا الخطيبين لانعقاد الزواج فإن رضا الفتاة لا يكفي وحده بل لا بد من تدعيمه برضا الولي وموافقته (1).

أما إذا اعترض الولي على زواج المولى لها فإن المشرع الجزائري أشار إليها في المادة 11 من ق أ ج المعدلة والمتممة بالأمر رقم 02/05 , ففرق المشرع الجزائري بين المرأة الراشدة التي تبلغ 19 سنة و القاصرة التي يقل عمرها عن ذلك.

ويشترط في الولي أن يكون بالغا عاقلا والاتحاد الديني (الولي/المولى عليها)
*بالنسبة للبالغة: لا يعتبر الولي شرطا في الزواج بل حضوره رمزي ولها أن تختار وليها بكل حرية.

*أما بالنسبة للقاصرة: فإنها لا تتزوج إلا بواسطة الولي وهو الأب أو أحد الأقارب الأولين , والقاضي ولي من لا ولي له.

5 الشهود للشهادة أهمية بالغة في عقد الزواج وذلك لضمان شرعيته وإثباته ولما للشهادة من أهمية عند إنكاره أو جحوده من جانب المتعاقدين و حكمة من اشتراط الشهادة في الزواج من أجل التفرقة بين الحلال والحرام والتمييز بين النكاح والعلاقات الغير شرعية بين الرجل والمرأة , لذلك شرع الرسول صلى الله عليه وسلم بقوله (أعلنوا النكاح ولو بالدف) (2).

(1) قانون الأسرة الجزائري المادة 11

(2) حديث شريف.

أما شروط الشهود المتفق عليها هي كالتالي:

*العقل.

*البلوغ.

*الإسلام.

*التحدد أي رجلين أو رجل و امرأتين.

*انعدام الموانع الشرعية للزواج.

أضاف المشرع الجزائري في ق أ ج شرطا خامسا يتعلق بخلو المرأة من الموانع الشرعية للزواج, والمقصود من ذلك سواء التحريم المؤبد أوالمؤقت.

*المحرمات المؤبدة: هن نساء لا يجوز الزواج بهن أبدا و موانع الزواج المؤبدة هي القرابة, المصاهرة, الرضاعة.

*المحرمات المؤقتة: هن نساء يجوز الزواج بهن بمجرد زوال سبب التحريم وهذا النوع من التحريم ورد في المادة 30 من ق أ ج(1) .

المطلب الثالث :مشروعية أركان الزواج وشروطه بين القانون الجزائري والشريعة

الإسلامية

يقوم عقد الزواج في كل من أحكام الشريعة الإسلامية وقوانين الأسرة المقارنة بما

فيها التشريع الجزائري على أركان وشروط، وقد حصر المشرع الجزائري أركان عقد

الزواج قبل التعديل الأخير في أربعة أركان، وهي رضا الزوجين وولي الزوجة، الشاهدين

والصداق، غير أنه بعد التعديل حصر الركن في رضا الزوجين، واعتبر ما عداه شروطا.

(1) قانون الأسرة الجزائري المادة 30.

الفرع الأول: مشروعية أركان الزواج من جانب الشريعة الإسلامية

يقسم بعض فقهاء الحنفية خلافا لجمهور الفقهاء عقد الزواج غير الصحيح إلى باطل و فاسد , بينما يذهب الجمهور إلى أن العقد إما صحيح أو باطل فالزواج الباطل هو الذي اختلف فيه ركن أساسي أو فقد شرط من شروط الانعقاد أما الزواج الفاسد فهو الذي اختلف فيه شرط من شروط الصحة بعد استيفائه لأركانه و شروط انعقاده.

حكم الزواج الباطل:

لا يترتب عليه أي أثر من آثار الزواج لأن وجوده كعدمه باتفاق الفقهاء فلا يحل به الدخول ولا يجب به مهر و لا نفقة ولا طاعة , ولا يرد عليه طلاق , ولا يثبت به نسب ولا عدة فيه بعد المفارقة , ولا توارث وتعتبر الصلة بين الرجل والمرأة في العقد الباطل صلة غير شرعية وإذا دخل الرجل بالمرأة كانت المخالطة بينهما حراما ويجب عليهما الافتراق , فإن لم يفترقا فرق القاضي بينهما.

هذا وقد اتفق العلماء فيما إذا دخل بمن تزوجها وهو جاهل بأنها محرمة عليه على أنه لا يحد ولا يلزمه مهرها بهذا الدخول(1)

أما المشرع الجزائري وفقا للمادة 32 من ق أ ج (يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى و مقتضيات العقد).(2)

كما يبطل بسبب فقدان ركن الرضا وفق ما نصت عليه المادة 33 من فقرة 01: (يبطل الزواج إذا اختلف ركن الرضا) (3)

(1) محاضرات الأستاذ الدكتور محفوظ بن الصغير جامعة المسيلة ص 11

(2) قانون الأسرة الجزائري المادة 32.

(3) قانون الأسرة الجزائري المادة 33 الفقرة الأولى .

حكم الزواج الفاسد:

وهو الذي تخلف فيه شرط من شروط الصحة بعد استيفائه لأركانه وهو عند الحنفية كل عقد توافرت فيه عناصر الانعقاد ولكن فقد شرطا من شروط الصحة كالزواج بغير شهود وهو يجهل هذه الحرمة ثم علم بها بعد الدخول , ولقد ترتب على الدخول الحقيقي في العقد الفاسد بعد آثار الزواج فيكون متعديا لكنه فاسد لعدم صلاحيته في ذاته , فإذا حصل دخول بالمرأة فلا يقام حد الزنا عليهما , ويجب المهر لوجود شبهة العقد , وتجب العدة بعد التفريق بينهما , يثبت به نسب الولد لأن النسب يحتاط في إثباته إحياء للولد , ولا تجب نفقة ولا طاعة , ولا توارث بينهما.

ويلاحظ أن العدة التي تجب بالدخول في الزواج الفاسد عدة طلاق تحتسب بالأقراء أو الأشهر إن لم تكن حاملا(1).

الفرع الثاني: مشروعية أركان الزواج من جانب القانون الجزائري

أما ما قاله المشرع الجزائري فإن المادة 34 من ق أ ج نصت صراحة على وجوب التفريق بين الزوجين وفسخ عقد الزواج قبل الدخول وبعد الدخول يترتب عليه ثبوت النسب والاستبراء , كما تجب للزوجة نفقة العدة.(2)

أما المادة 33 الفقرة 02 تنص على وجوب التفريق بين الزوجين فسخ عقد زواجهما إذا اكتشف الأمر قبل الدخول ولا أثر له, أما بعد الدخول فيثبت بصداق المثل.(3)

(1) محاضرات أحكام الزواج, سنة (2021/2020), جامعة المسيلة, أ د محفوظ بن صغير

(2) قانون الأسرة الجزائري المادة 34.

(3) قانون الأسرة الجزائري المادة.33الفقرة الثانية

خاتمة:

تعتبر الخطبة الخطوة الأولى والتمهيدية للزواج ووسيلة شرعية وقانونية لتيسير سبل التعارف بين الخطيبين وعائلتهما بتمية المودة والطمأنينة، وتساعدهم على التكيف التدريجي على العشرة بمعرفة عادات وطبائع وأعراف كل طرف، كما تمكن كلاهما من الاستقرار النفسي بحكم كونها رابطة تمكنهم من الزواج مستقبلا.

لكن مقابل ذلك شرع العدول عنها كحق ثابت لكل من الخاطب والمخطوبة، حتى لا يكون إرغام على الزواج لضمان استمرارية ونجاح هذا العقد.

إلا أنه إذا تم استعمال هذا الحق بطريقة تعسفية بأن يكون الهدف من العدول هو إلحاق ضرر بالطرف الآخر أو يكون العدول لأسباب غير مشروعة أو يكون الضرر الحاصل جراء العدول أشد وأكبر من الفائدة التي تحصل عليها، أقر المشرع قيام المسؤولية التقصيرية للعادل بهدف الحد من ظاهرة العدول عن الخطبة.

وما تجدر الإشارة إليه هو أن العدول تترتب عنه آثار قانونية تتصرف إلى المهر الذي يجب رده في حالة العدول امتثالا لما ذهب إليه غالبية فقهاء المذاهب الأربعة، وإلى الهدايا المتبادلة بين الطرفين حيث أن الخاطب إذا عدل عن الخطبة لا يسترد شيئا مما أهداه، كما ألزمه القانون بأن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته أو قيمته.

كل هذا فضلا على إقرار المشرع لحق الطرف المتضرر من العدول عن الخطبة في الحصول على تعويض لجبر الضرر المادي أو المعنوي الذي لحق به جراء العدول عن الخطبة، وما تجدر الإشارة إليه في هذا المقام هو أن مسألة التعويض عن الأضرار الناجمة عن العدول عن الخطبة مسألة حديثة، إذ نجد أن الفقه الإسلامي القديم لم يتعرض لهذه المسألة لا من قريب ولا من بعيد لكون الناس يلتزمون بمبادئ الشريعة الإسلامية الغراء، فلم يكن ذلك يتيح للخطيبين الأسباب التي تجعلهما يتضرران ماديا أو معنويا، إلى جانب كون الحياة في تلك الفترة في غاية البساطة إذ لا وجود للبخ في المهر ولا تفاخر وتباهي بالهدايا عكس ما هو عليه حاليا.

والزواج هو الخطوة الثانية بعد الخطبة وهو من أخطر العقود وأهمها في حياة الإنسان على الإطلاق وذلك مقرر في المذاهب الفقهية والاعتبار القانوني فهو رابطة تمتد مع العمر إلى نهايته، وتتناول وتشمل صفحة الحياة وعمقها لكل من الزوجين بقربيه اجتماعيا وقانونيا وبمقتضى المصالح الحياتية المشتركة بينهما، وهذا ما جعل للزواج خصوصية تشريعية في الإسلام وعند المشرع الجزائري، حيث آثاره تتجاوز الزوجين إلى عائلتيهما بروابط النسب بل تتجاوزهما إلى المجتمع العام والأمة، لأن الأسرة التي هي غاية الزواج تمثل المكون الأساسي للمجتمع، ولهذا وجدنا الشريعة الإسلامية تعنى بتفاصيل أحكامه سواء في نصوص الوحي كتابا وسنة أو على مستوى الفقه الاجتهادي، وانعكس هذا على التشريع الجزائري، فالأجل هذه المعاني كان الزواج أولى العقود أن يتأسس على مبدأ الرضا فلا يقدم عليه كل من الزوجين إلا بعد روية وثبت ورضا لأنه سيجعل للآخر سلطانا على حياته وشريكا له فيها، وهذا ما جعل الشارع الحكيم يشترط في هذا العقد الولي والشهود و شروطا أخرى حماية لحق الغير وحماية النظام العام باعتباره عقد يتعدى أثره عاقيه إلى الغير والمجتمع العام.

والفقه الإسلامي اختلفت مذاهبه في تفاصيل كثيرة من أحكام الزواج وشروطه ولقد تخير المشرع الجزائري ماراه أصوب الآراء غير أننا رأينا أنه ينتقد المشرع لضعف مأخذه ومبرره ومخالفته لعموم آراء الفقه الإسلامي. أما إن اختلف في هذا العقد ركن من أركانه أو شرط من شروطه أعتبر عقد الزواج غير صحيح وهو ما نص عليه المشرع الجزائري.

على ضوء كل ما سبق التطرق إليه يتضح لنا أن قانون الأسرة الجزائري المستمد من الشريعة الإسلامية، قد بني قواعده وأحكامه على عقد أصلي لتأسيس الأسرة وهو عقد الزواج؛ باعتباره عقد شرعي مبني على ركن واحد وهو رضا الزوجين، بالإضافة إلى شروط الصحة المتمثلة في الأهلية، الصداق، الولي، الشهود و خلو الزوجين من الموانع المؤبدة و المؤقتة.

من أجل ذلك نقترح التوصيات التالية

- ضرورة توعية النساء بمشروعية الولاية عليهن و ذلك بحلقات العلم الديني و محاضرات أساتذة القانون.
- توعية إقامة قناة اتصال و حوار بين الولي و موليته لتفادي فرض الرأي.
- محاربة ظاهرة العدول التي انتشرت بكثرة و ذلك بالتوعية و الحوار البناء للمقبلين على الزواج.
- تعديل جديد لقانون الأسرة الجزائري وذلك بإشراف مختصين من علماء الدين, القانون, النفس و الطب.....
- ضرورة دراسة مسألة الولاية في عقد الزواج مالها من هيبة و وقار مولى عليها و عدم تهيش الولي من جهة أخرى.
- حيث أن الولاية شرعت لمصلحة مولى عليها.
- محاربة إدراج ولاية الرجل الأجنبي و قريب المولى عليها في حمل اسم الولي.
- إتباع مذهب معين و ذلك لتسهيل أي مذهب يعتمد عليه.
- إدراج شرط الكفاءة.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: المصادر

- القرآن الكريم.
- الحديث الشريف.

ثانياً: المراجع

أولاً: الكتب

- جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، مادة (خ.ط.ب)، دار صادر، المجلد الخامس، لبنان.
- محمد بن عبد العزيز السديس. مقدمات النكاح. الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة العدد 128، المدينة المنورة، السعودية 1425هـ.
- الفيروز آبادي مجد الدين محمد بن يعقوب. القاموس المحيط. دار الفكر، بيروت، لبنان، ط 1403هـ، 1983م، ج 1.
- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي، الطبعة الرابعة، دار الفكر، دمشق سوريا.
- حمد أمين ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، الطبعة الثانية، دار الفكر، لبنان، 1966.
- جميل فخري محمد جانم، مقدمات عقد الزواج، الخطبة في الفقه والقانون، الطبعة الأولى، دار حامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2009.
- محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، دار الجامعة للطباعة والنشر، لبنان.
- رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية، الإسكندرية، مصر، 2002.
- ابن عبد البر، الاستذكار، (د،تح)، دار قتيبية، دمشق - بيروت، ط 1: 1414هـ، 1993، مج 16،
- ابن قدامه، المغني، ج 9.

- قلوبوي وعميرة، حاشيتان قلوبوي وعميرة، (د،تح)، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، ط3: 1375هـ، 1956م، ج3 .
- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.
- القرافي، الذخيرة، ج6، ص299، ابن حزم، المحلى، ج8، ص28. السيوطي، الحاوي للفتاوى، (د،تح)، دار الكتب العلمية، بيروت- 1 لبنان، 1402هـ، 1982م، ج1.
- علي حيدر، درر الحكام، (د،تح)، دار عالم الكتب، دار الجيل، بيروت، طخ: 2003م، مج1، ص8
- ابن رشد، البيان والتحصيل، ج15.
- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، سنة1994م.
- فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، ط2: 1429هـ، 2008م، ج2.
- ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج4.
- ابن منظور، لسان العرب، ج9، ص87، محمد مرتضي. تاج العروس، ج29، الفيروز آبادي.
- القاموس المحيط، 2 تح: محمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة، ط8: 1426هـ، 2005.
- نايف محمد الرجوب، أحكام الخطبة في الفقه الإسلامي، الطبعة 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن. 2008.
- جميل فخري محمد جانم، مقدمات عقد الزواج (الخطبة) في الفقه والقانون، الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2009.
- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة 3، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 1996.

- حسين بن الشيخ أﺛ ملويا ، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، ج1 ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر .2006.
- كريمة وعراب، الخطبة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 17، 2006- 2009 .
- فتحي الدريني، دراسات وبحوث في الفكر الإسلامي المعاصر، الطبعة 1، دار تقيّة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 1988.
- ابن رشد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد. بداية المجتهد ونهاية المقتصد. ج2
- بدران أبو العينين بدران.الفقهالمقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة. دار النهضة العربية .دط . ج1.
- محدهمحمد. الأحكام الأساسية في الأحوال الشخصية. دار الشهاب -باتنة- ج1.
- بن ملحّة الغوتي، قانون الأسرة الجزائري على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008
- بن عابدين محمد أمين. حاشية رد المحتار على الدر المختار . دار الفكر -بيروت- ط سنة 1399هـ-1979م . ج2.
- الشرح الصغير للدر دير بحاشية الصاوي . دار المعارف -مصر- ج2.
- ابن رشد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد. بداية المجتهد ونهاية المقتصد. ج2.
- محمد كمال الدين إمام، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين، منشأة المعارف للطباعة والنشر والتوزيع، الإسكندرية، 2000.
- العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص 14.
- علي فيلاي، الالتزامات، الفعل المستحق للتعويض، الطبعة الثانية، موفم للنشر، الجزائر، 2001.

- السنهوري أحمد عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981.
- محمدي نصيرة التعويض عن الضرر الناجم عن العدول عن الخطبة , دار هومة, الجزائر, 2016, 41 .
- أ ب وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته. بتصرّف.
- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1948.

ثانيا: النصوص القانونية

- قانون الأسرة مع آخر التعديلات التي أدخلت عليه سنة 2005 الأمر 02-05 المؤرخ في 27 فيفري 2005.
- القانون 01-05 المؤرخ في 13 جمادى الأولى 1426 الموافق ل 20 جوان 2005 المتضمن تعديل القانون المدني.
- قانون 06-04 المؤرخ في 18 صفر 1429 هـ الموافق ل 25 فبراير 2008 يتضمن قانون إجراءات المدنية والإدارية.

ثالثا: رسائل العلمية و البحوث

- مجلة البحوث والدراسات , عدد 8 , جوان 2009, الجزائر.
- أحكام الخطبة و الزواج , رسالة ماستر للطالبة سعدي كريمة, 2014, جامعة البويرة.
- سمية عبد الرحمان عطية بحر , عقود الزواج المعاصرة في الفقه الإسلامي مذكرة ماجستير، الجامعة الإسلامية، غزة.
- فتحي الدريني، دراسات و بحوث في الفكر الإسلامي المعاصر، الطبعة 1 ، دار تقيّة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 1988.
- مجلة جيل حقوق الإنسان، العام السابع، العدد 38، مارس 2020، الجزائر.

- فيصل بن زهير بيك مغل، التعويض عن الضرر المعنوي، رسالة دكتوراه، جامعة الإمام.
- مركز الفقه المالكي في ق أ ج _ أحكام الزواج والطلاق نموذجا , أطروحة دكتوراه للطالب بريبر محمد سنة 2020.

رابعاً: المواقع الإلكترونية

- المحرمات من النساء في الكتاب والسنة"، islamweb، اطلع عليه بتاريخ 2020-7-7- بتصرّف.
- الخطبة: معناها، ضوابطها، إشكالياتها"، www.alukah.net، اطلع عليه بتاريخ 2020-01-12. بتصرّف.

خامساً: المحاضرات

- أ د محفوظ بن صغير , محاضرات أحكام الزواج, جامعة المسيلة, 2021/2020
- قاضي سعيد، محاضرات أقيت على طلبة الماستر تخصص قانون خاص داخلي، جامعة تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، السنة الجامعية 2011/2010.

فهرس المحتويات

الصفحة	العناوين
1	مقدمة
5	الفصل الأول: أحكام الخطبة
5	المبحث الأول: مفهوم الخطبة
5	المطلب الأول: تعريف الخطبة
7	المطلب الثاني شروط الخطبة
11	المطلب الثالث: مشروعية الخطبة وفق الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري شروط الخطبة
11	الفرع الأول: مشروعية الخطبة وفق الشريعة الإسلامية
14	الفرع الثاني: مشروعية الخطبة وفق القانون الجزائري
15	المبحث الثاني: ماهية العدول وأثاره
15	المطلب الأول: مفهوم العدول
19	المطلب الثاني: آثار العدول
20	الفرع الأول: آثار العدول عن الخطبة على المهر
22	الفرع الثاني: آثار العدول المتعلقة بالهدايا المتبادلة بين الطرفين
26	الفرع الثالث: آثار متعلقة بالضرر المادي أو المعنوي الذي يصاحبه العدول عن الخطبة
28	المطلب الثالث: موقف المشرع الجزائري و الشريعة الإسلامية من العدول
28	الفرع الأول: موقف المشرع الجزائري من العدول
30	الفرع الثاني: موقف الشريعة الإسلامية من العدول
33	الفصل الثاني: أحكام الزواج
33	المبحث الأول: مفهوم الزواج
34	المطلب الأول: تعريف الزواج
35	المطلب الثاني: مشروعية الزواج بين الشريعة الإسلامية و القانون الجزائري

35	الفرع الأول: مشروعية الزواج من جانب الشريعة الإسلامية
38	الفرع الثاني: مشروعية الزواج من جانب القانون الجزائري
39	المبحث الثاني: أركان عقد الزواج و شروطه
39	المطلب الأول: ركن الرضا
39	الفرع الأول: ركن الرضا عند فقهاء الشريعة
41	الفرع الثاني: أركان عقد الزواج عند المشرع الجزائري
44	المطلب الثاني: شروط الزواج
49	المطلب الثالث: مشروعية أركان الزواج و شروطه بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري
50	الفرع الأول: مشروعية أركان الزواج من جانب الشريعة الإسلامية
51	الفرع الثاني: مشروعية أركان الزواج من جانب القانون الجزائري
52	خاتمة
55	المصادر و المراجع
60	فهرس المحتويات

ملخص

تهدف هذه الدراسة إلى مناقشة أحكام الخطبة والزواج بين القانون الجزائري و الشريعة الإسلامية .

حيث تناولنا الخطبة وشروطها مع مشروعيتها بين القانون الجزائري و الشريعة الإسلامية .
كما تطرقنا أيضا إلى مفهوم الزواج و أركانه و شروطه و مشروعيتهم بين الشريعة و القانون .

Abstract

This study aims to discuss the provisions of engagement and marriage between Algerian law and Islamic law.

Where we dealt with the sermon and its conditions with legality between Algerian law and Islamic law.

We also touché on the concept on marriage, its pillars, conditions and their legality between shariaand law.