جامعة جيلالي بونعامة بخميس مليانة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

محاضرات في مقياس انعقاد الزواج
ماستر 01 - تخصص قانون الاسرة

مقدمة :-

إن الاسرة هي القاعدة الاساسية للمجتمع فان حكمت سلامتها في تكوين الامة وتطورها بأكملها.
بناء على هذا الاساس فان الشريعة الاسلامية أعتنت وأحاطت الاسرة برعاية خاصة فوضعت ضوابط واحكاما حازمة لأهميتها وخطورة آثار العلاقة الاسرية اذ ركزت على حقوق المرأة (الزوجة) ومنحتها حقوقا لا مثيل لها في الانظمة الوضعية باعتبارها حاضنة للاجيال وأعطت للرجل حقوقا على هذه الزوجة باعتباره المسئول الاول على حسن انتاج ثمرة الاسرة: الخلف الصالح.
نظرا لقداسة عقد الزواج وعظم خطره فقد سماه الله عز وجل بالميثاق الغليظ، اي العقد المؤكد باليمين؛ فقال سبحانه وتعالى " واخذن منكم ميثاقا غليظا. سورة النساء الاية 21
وفي هذا الحدد سندرس في هذه المحاضرات المجملة تعريف عقد الزواج ومقدمة الزواج اي الخطبة واثارها ثم ندرس ركن الزواج وهو الرضا ثم نتعرض لشروط الزواج وموانع الزواج ومسائل النسب وحقوق الزوجين. وذلك طبقا للمذهب المالكي والفقه المقارن مع الاعتماد على قانون الاسرة الجزائري

تابع : مقياس التقاد الزواج - ماستر 1
تخصص : قانون الاسرة

1- المحاضرة الاولى : تعريف عقد الزواج .

إن الزواج في اللغة يقصد به الاقتران والاختلاط " ابراهيم مصطفى - المعجم الوسيط - ج 1/ 407) يقال زوّج الشيء بالشيء وزوّجه اليه : قرنه ، وكل شيئين اقترن أحدهما بالاخر فهما زوجان ، قال تعالى " وزوجناهم بحور عين " سورة الدخان اية 54، أي وجعلنا لهم قرينات صالحات وزوجات حسان من الحور العين وقال تعالى " احشروا الذين ظلموا وأزواجهم وما كانوا يعبدون " سورة الصافات الاية 22 ، أي قرناءهم الذين كانوا يحضونهم على الظلم ويغرونهم به ، وقال تعالى " واذا النفوس زوجت " سورة التكوير الاية 07 ، اي قرنت ، ويقال ؛ زوج فلان إبله اذا قرنها ببعضها البعض ، ويقال تزوجه القوم اذا خالطه ، ثم شاع استعمال لفظ الزواج في اقتران الزوج بزوجته على سبيل الدوام والاستقرار (المعجم الوسيط ، 1/ 407) إن الزوج من الفاظ الاضداد اذا يطلق على الذكر والانثى فيقال الرجل زوج المرأة والمرأة زوج الرجل ، قال تعالى " اسكن انت وزوجك الجنة - البقرة ، الاية 35 " والزواج ، ابطا من الزوج بمعنى الشفع عكس الوتر أو الفرد كما يأتي الزوج بمعنى الصنف والنوع من كل شيء كما في قوله تعالى " وترى الارض هامدة فاذا انزلنا عليها الماء اهتزت وربت وأنبتت من كل زوج بهيج - سورة الحج ، الاية 05 - وقال تعالى " فيها من كل فاكهة زوجان - الرحمن ، الاية 52 . والزوج المثل ويقال للزوجة بعل وبعلة كزوج وزوجة وجمعه بعولة (الجوهري - الصحاح - 14/ 1431) إن الافصح في لغة العرب أن يطلق الزوج على كل من الذكر والانثى بصيغة واحدة ، هي الاية 19

تابع ملخصات انعقاد الزواج ، ماستر 1 ،
تخصص قانون الأسرة

الحياء ، فتقول المرأة هذا زوجي ، ويقول الرجل هذه زوجي وهي لغة القرآن ، وقلنا يا آدم اسكن أنت وزوجك الجنة ،، وقال تعالى " فاستجبنا له ووهبنا له يحي وأصلحنا له زوجه سلانبياء الآية 90 ،، وجمعها أزواج ، إذ لم يرد في القرآن لفظ زوجات ، ولكم نصف ما ترك أزواجكم إن لم يكن لهن ولد .. سورة النساء ، الآية 12 .

إن اثبات التاء في الزوج لغة بني تميم ، وصفها اللغوي الفيروزابادي بأنها لغة رديئة لسان العرب ، 61/2 ،، والأصح أنها لغة عربية فصيحة ، وان لم يرد القرآن بها ، فإنها ثابتة بالسنة النبوية والشعر العربي ومنها قوله صلعم " وان لزوجتك عليك حقاً - رواه النسائي ،، وقوله عن الجنة ونعيمها فيما رواه اسامة بن زيد قال : قال رسول الله صلعم ذات يوم ألا مشمر للجنة ، فان الجنة لا خطر لها ، هي ورب الكعبة نور يتلألأ وريحانة تهتز ، وقصر مشيد ، ونهر مطرد ، وفاكهة كثيرة نضيجة ، وزوجة حسناء جميلة ، وحلل كثيرة في مقام ابدا في حبرة ونضرة ، في دور عالية سليمة بهية قالوا : نحن المشمرون لها يا رسول الله ، قال : قولوا إن شاء الله » ثم ذكر الجهاد وحض عليه - رواه ابن ماجه في الزهد 1442/2 ، وابن حبان في صحيحه رقم 4502 .

قال الشاعر :

يا حاج بلّغ ذوي الزوجات كلهم ان ليس وصل اذا انحلت عرى الذنب

وقال الفرزدق :

وان الذي يسعى ليفسد زوجتي ... كساع إلى أسد الشرى يستثيلها

تابع لمحاضرات انعقاد الزواج - ماستر 1 -
تخصص : قانون الاسرة

تعريف النكاح : إن النكاح لغة هو الجمع والضم والتداخل سواء كان حسيا أو معنويا ، يقال تناكحت الاشجار اذا تداخلت وتشابكت ، ونكحت الحصاة اخفاف الابل ، دخلت فيها .

أما اصطلاحا فقد اختلف الفقهاء في كون النكاح حقيقة في العقد أو في الوطء ، اي ما هو المعنى الذي ينصرف إليه اللفظ عند الاطلاق ، على ثلاثة اقوال :-

- حقيقة في العقد مجاز في الوطء ، وهو قول الجمهور من مالكية وشافعية وحنابلة - الفواكه الدواني شرح رسالة ابن ابي زيد القيرواني (3/ 943) ، بحر المذهب للروياني (9/ 231) - الحاوي الكبير للماوردي (9/ 235)

- حقيقة في الوطء مجاز في العقد ، وهو قول الحنفية - شرح فتح القدير 3/ 182 - البحر الرائق 3/ 84 ، شرح مختصر الطحاوي للجصاص (4/ 127) وبعض الحنابلة .

- لفظ النكاح لفظ مشترك بين العقد والوطء ، فلا يتعين المعنى المراد إلا بقرينة خارجية ، ولذلك قال بعض المالكية وبعض الحنابلة ، وهو القول الذي رجحه الحافظ علي بن حجر في الفتح . فتح الباري شرح صحيح البخاري 9/ 12 - كشف القناع 5/ 13

وقد قدم الجمهور ادلة من القرآن على ان معنى النكاح يقصد بها العقد .
" فانكحوا ما طاب لكم من النساء ... اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل ان تمسوهن ... ولا تنكحوا المشركين - وانكحوا الايامى منكم ..
حتى تنكح زوجا غيره .

- تعريف النكاح في اصطلاح الفقهاء :- تعددت تعريفات الفقهاء للنكاح وتنوعت تبعا ، لاختلافهم في تصور حقيقته وادخال بعض الشروط فيه أو اخراجها منه .

تابع لانعقاد الزواج - ماستر 1
تخصص: قانون الأسرة

النكاح عند المالكية: - قال محمد بن عرفة: النكاح عقد على مجرد متعة التلذذ بآدمية غير موجب قيمتها ببينة فعلم غير عالم عاقدها حرمتها ان حرمها الكتاب على المشهور أو الإجماع على الآخر" الرصاع - شرح حدود ابن عرفة - ص: 154 - محمد الطالب مواهب الجليل شرح مختصر خليل 403/3 -

ولشرح هذا التعريف - نقول ان النكاح هو ارتباط شرعي عن ايجاب وقبول قصد بهما اباحة المتعة المجرد بالمرأة على ان يسبق ذلك ببينة الإعلام والاشهاد"

إن هذا التعريف محقق الجبارة يؤدي الى غموض المعنى ومبالغ في المحتويات: وعقد من جانب واحد فقط وليس من طرفين وقصر الزواج في متعة التلذذ واغفال الاغراض السامية الأخرى

- **النكاح عند الحنفية:** قال ابن الهمام: النكاح عقد وضع لتملك المتعة بالانثى قصدا - شرح فتح القدير - 186/3)

يفهم من هذا التعريف أن العقد هو مجموع الايجاب والقبول الصادر عن المتعاقدين او من يمثلهما وقد احتوى المعاني التالية:

- تملك المتعة: المراد به حل الاستمتاع لا التملك الشرعي المعروف في الاعيان بالبيع والشراء

- قصدا: خرج ما يفيد حل المتعة هنا كشراء الجارية وان حلت بها تابعة لتملك رقبتها.

أما الإمام ابن عابدين فقد اقتصر على ركن الزواج في تعريفه فقال: عقد الزواج مجموع ايجاب أحد المتكلمين مع قبول الآخر" حاشية ابن عابدين ج 1 ".

- **النكاح عند الحنابلة:** - قال ابن قدامة: النكاح في الشرع، عقد التزويج وعند الاطلاق ينصرف اليه فلا يصرفه عارف الا (المغني 7/3331)
قال البهوتي النكاح شرعا عقد التزويج - كشف القناع 5/6 ؛

وهناك بعض التعريفات الحديثة هي ادق واشمل واهم لبعض الفقهاء المعاصرين وهي :-

" عقد يفيد حل العشرة الزوجية بين رجل وامرأة تترتب عليه حقوق وواجبات مبتدأ له الاحوال الشخصية - محمد الزحيلي ص 81

او هو، عقد يفيد حل الاستمتاع كل من العاقدين بالاخر على الوجه المشروع على سبيل القصد " بدران ابو العينين بدران، الفقه المقارن للاحوال الشخصية ص 09 ".

الزواج في قانون الاسرة الجزائري :

عرف المشرع الجزائر الزواج في المادة 04 من قانون اسرة 84/11 المؤرخ في 09 جوان 1984 بانه " عقد يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي " اما في تعديل 2005 فعرفه في المادة 04 نفسها بانه عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي من اهدافه تكوين اسرة اساسها المودة والرحمة والتعاون واحصان الزوجين والمحافظة على الانساب "

فجعل المشرع الجزائري عقد رضائيا يتم بين الرجل والمرأة على الوجه الشرعي لنفي الاكراه عن الزواج الشرعي وقيده بالوجه الشرعي لاخراج كل العلاقات غير المشروعة بين الجنسين ولو حصل منها رضا كالزنا كما اخرج الموانع الشرعية المؤبدة والمؤقتة .

ويلاحظ ان المشرع الجزائري ارتقى بتعريف الزواج بالاسم الرابط وبين اهدافه وهي :-

- هدف شخصي لكل من الزوج والزوجة الا وهو احصان .
- هدف أسري وذلك بجعله قيام المودة والرحمة والتعاون بين افراد الاسرة .
- هدف اجتماعي :- وهو المحافظة على الانساب حتى تبقى العلاقات الاسرية قائمة والانساب ثابتة وحتى يقوم الوالدان برعاية اولادهم اتجاه المجتمع

تابع لمويا من: انعقاد الزواج - ماستر اول
تخصص - قانون اسرة

- حكم الزواج: الاصل في النكاح أنه مندوب حثنا الشرع القرائن والسنة الدالة على الامر، "فانكحوا ما طاب لكم من النساء ..." "وانكحوا الايامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم" "ولقد ارسلنا رسلا من قبلك وجعلنا لهم ازواجا وذرية - الرعد 38"
والحديث النبوي الذي رواه عبد الله بن مسعود أنه قال: قال لنا رسول صلعم "يا معشر الشباب من استطاع منكم فليتزوج، فإنه اغض للبصر، واحصن للفرج، ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء" رواه البخاري ومسلم.
وقال خليل بن اسحاق المالكي في مختصره "ندب لمحتاج ذي اهبة نكاح بكر وذات وجهها ولفيها فقط بحلم ..."
وذكر الامام الخمين ان النكاح على اربعة اقسام مباح ومندوب اليه وواجب وجوبا غير موسع وواجب وجوبا موسع، وقال احمد الدردير ان النكاح مندوب في الاصل (الشرح الكبير احمد الدردير ج 2 ص 214)

أما قانون الاسرة الجزائري فقد نظم احكام الزواج واثاره وتركه مباحا للمواطن ملائه من قبيل الحريات الفردية.

مقاصد الزواج: ان هناك مقاصد نذكرها فيما يلي:
- اقامة نظام الاسرة باعتبارها اللبنة الاولى لبناء المجتمع.
- الاستجابة لحاجات الانسان الفطرية في رغبة كل جنس وميله نحو الاخر
- تطهير المجتمع من كل مظاهر الرذيلة والسمو بالانسان من البهيمية الحيوانية
- اخفاء السكينة والمودة والرحمة في الاسرة ثم المجتمع
- حفظ الانساب السليمة والاعراض الصافية
- تكثير سواد الامة وحماية مبادئها وكرامتها.
بين المشرع الجزائري في المادة الرابعة مقاصد الزواج.

تابع لمقياس: انعقاد الزواج - ماستر 1
تخصص قانون اسرة -

2- المحاضرة الثانية: الخطبة واحكامها

إن الزواج أهم حدث في حياة الرجل والمرأة، بالنظر لما يدخله على حياة كل منهما من تعديل وتغيير، إذ به يحين الزوجان بمثابة اللباس لبعضهما البعض كدليل على شدة الالتئام ودوام العشرة.

اذا الغرض من عقد الزواج هو الاستقرار في تلك العشرة ودوام المحبة حتى يتطبع على الاولاد الذين هم الهدف الاسمى لا بد أن يكون كل منهما على بصيرة من أمر صاحبه ومن سيكون قريبا له في حياته، ومن سيكون جزءا لا يتجزأ من اولاده وذريته، وطريق ذلك هو الخطبة.

إن الخطبة لم يستحدثها الاسلام، ولا القانون الوضعي، بل هي تقليد قديم عام، على اختلاف في الآثار، كانت موجودة في المجتمعات البدائية - وكان بها يباح للخاطب معاشرة مخطوبته تصل الى صورة الحياة الزوجية الكاملة، كما استمر وجودها حتى الحرب قبل الاسلام. حيث كانوا في الجاهلية يخطبون المرأة إلى اليها او اخيها او احد اقاربها، وكان الخاطب يقول اذا اتاهم " انعموا صباحا نحن اكفاؤكم ونظراؤكم، فان زوجتونا أحبنا رغبة واحبتمونا وكنا نصهركم حامدين، وان رددتمونا لعلة نعرفها رجعنا عاذرين" (عمر كحالة - الزواج - ج 6، ص 306)

فان كان قريبا، قال لها وليها " أيسرت واذكرت ولا انثبت جعل الله منك عددا وعزا وخلدا، احسني خلقك واكرمي زوجك وليكن حبيبك الماء، وان تزوجت من غريب عنها قال لها وليها: " ان أيسرت ولا اذكرت فانك تدنين المجاور وتلدين الاعداء. احسني خلقك وتحببي الى اهلك فان لهم عيونا ناظرة اليك واذانا سامعة اليك وليكن حبيبك الماء" (عمر كحالة - المرجع السابق - نفسه الجزء - ص 306).

تابع لمحاضرات انعقاد الزواج - ماستر 1
تخصص - قانون الاسرة

إن قانون الاسرة لم يعرف الخطبة مما يستوجب الرجوع إلى المادة 222 من قانون الاسرة،
قد عرفها الإمام الخرشي في كتابه شرح الخرشي على مختصر خليل
الخطبة بالكسر التماس التزوج والمحاولة عليه (محمد بن عبد الله
الخرشي ج 2، ص 167).
وعرفها الإمام أحمد زروق بأنها التماس الزواج بكسر الخاء
أما الضم فهو كلام مسجع فيه حمد الله والصلاة على رسوله صلعم
(زروق على متن الرسالة ج 1، ص 340).
عرّف الخطيب بدران ابو العينين بدران في كتابه الفقه المقارن
للأحوال الشخصية بأنها « طلب الرجل التزوج بالمرأة
وزاد البعض ان تكون خالية من الموانع » زكريا البري « احكام
خطبة الاسرة الإسلامية - ص 12 ».
إن الخطبة في اللغة (ابن منظور - لسان العرب 1/360) من خطب
- خطب خطبا والخطب : الشأن والأمر الخطير أو العظيم، وقيل
الخطب سبب الأمر ! تقول العرب ما خطبك ؟ اي : ما امرك ؟
وهذا خطب يسير او عظيم قال جل شأنه « فما خطبكم
ايها المرسلون - الحجر - الآية 57 ». وجمعه خطوب ؛ والفاعل
الخاطب والخطيب والخطب ، والمرأة مخطوبة ، والخطبة هي المرأة
المخطوبة وعليه فإن الخطبة بالكسر هي التماس النكاح من المرأة
المراد تزوجها ؛ فهي طلب الرجل يد امرأة معينة للتزوج بها.
والتقدم إليها أو إلى اهلها لبيان حاله ووصفاته فيهم في أمر
العقد ومطالبه ومطالبهم او مطالب المرأة بشأنها
إن الخطبة ليست فرضا ولا واجبا بل هي مستحبة قبل انعقاد عقد
الزواج ، لان هذا احرى لدوام العشرة وتمكين كل من الرجل والمرأة
من معرفة بعضهما .

والخطبة نوعان : صريحة ، وخطبة بالتعريض .
وليس كل امرأة يمكن خطبتها بل هناك نساء لا يمكن خطبتهن وهن :-
- ألا تكون مخطوبة من غيره ، لا يخطب احدكم على خطبة أخيه حتى يترك الخاطب قبله أو يأذن له ، رواه البخاري ومسلم .
واشترط المالكية أن تكون الخطبة راكنة ، وحرم خطبة راكنة" كما قال خليل بن اسحاق وحديث فاطمة بنت قيس يقيد جواز الخطبة على الخطبة
- ألا تكون معتدة ،
- " " تكون في العدة
- ألا تكون من الموانع المؤبدة أو المؤقتة .

يستحب النظر إلى المخطوبة ومراعاة تقارب المستوى الاجتماعي والاقتصادي

طبيعة الخطبة : الخطبة ليست عقداً وإنما هي مجرد وعد بالزواج لذلك فهي لا تبيح للشخص ما يبيحه عقد الزواج ، لكون الخطبة مقدمة وتمهيد للزواج لا غير ، فهي لا تتسم بأي وصف من أوصاف العقد ولا يترتب عليها أي أثر من آثاره ، وأكثر الفقهاء لا يعطون الوعد صفة الالزام كالعقد ، وغايته أمره ان ينظر إلى الوفاء به من مكارم الاخلاق ، وان اخلاف الوعد من الصفات الذميمة ، وليس اختلاف الفقهاء منصبا على حكم مخالفة الوعد عموما وإنما الأمر متعلق بقضية خاصة قد لا يعد عدم الاستمرار ويرى المصلحة في العدول ، وهذا ما نصت عليه المادة الخامسة (5) من قانون الاسرة نصت على أن الخطبة وعد بالزواج ، والخطبة لهذا الوصف لا تعدو أن تكون وعداً متبادلا بين الطرفين على الزواج مستقبلا

العدول عن الخطبة : مادامت الخطبة وعداً بالزواج فيمكن العدول عنها ولكن يستقبح العدول بدون سبب حقيقي ومن الاحسن عدم الكشف عن سبب العدول إن كشفها قد يؤذي الطرفين

تابع لمقياس : العقاد الزواج ماستر 01
تخصص : قانون اسرة

- التعويض عن الضرر المادي والمعنوي : نتيجة العدول

لقد عدت الشريعة الاسلامية الخطبة وعدا بالزواج وليس عقدا ، وهذا الوعد غير ملزم شرعا من الطرفين ، وان لكل من الخاطبين العدول عن الخطبة والامتناع عن اتمام عقد الزواج ، وان فعل ذلك فهو يستعمل حقا له وليس لاحد عليه من سبيل ، خاصة وان هذا العقد عقد حياة ، ولا يجوز أن يقدم عليه المتعاقدان بالاكراه .

ولذلك فان لكل الخاطبين الحق في العدول عن الخطبة دون أن يسأل عن السبب في العدول ، ودون أن يطالب ببيان الدوافع والمبررات التي دفعته إلى العدول ، هذا ما يتنافى مع النظام العام ، والاداب العامة ، وما تتعرض فيه الاسرة إلى كشف اسرارها ، وفي ذلك ضرر عام ، إلا أن هذا العدول قد يوقع الضرر بالخاطب أو المخطوبة ، فقد تستمر الخطبة زمنا طويلا فيعلم الناس أن هذه الفتاة مخطوبة ، فلا يتقدم لها أي خاطب ، ثم يعدل عن الخطبة ، فيفوت عليها فرصة ان يتقدم اليها خاطب آخر ، وفي هذا العدول ضرر لحق بالمخطوبة .

وقد يفوت العدول عن احد الطرفين منفعة كترك الدراسة أو الوظيفة أو يقوم الخاطب بايداد مسكن جديد يلائم الحياة الزوجية القادمة ويقوم بتجهيز أثاث البيت ثم تعدل المخطوبة فيلحقه ضرر بسبب العدول .

قد يكون الضرر معنويا كأن يعدل الخاطب عن مخطوبته فتتأثر سمعة المخطوبة وتتعرض لحديث الناس من حولها بحثا عن السبب الذي دفعه للعدول عن الخطبة وقد يتأثر الخاطب بالعدول .

تابع لمحاضرة: انعقاد الزواج. ماستر 1
تخصص قانون الاسرة

ما الحكم في حالة العدول عن الخطبة؟ وهل للمتضرر من هذا العدول أن يطالب الطرف الاخر بالتعويض أم لا؟

لم يبحث الفقهاء القدامى القضية، ولم ينصوا عليها في كتبهم لعدة اعتبارات لعل من اهمها:-

- عدم وجود سبب من اسباب الالتزام كالاخلال بعقد أو الاعتداء على عقد أو حق
- قلة وقوع الخطبة في زمانهم، فقد شاع عندهم اجراء عقد الزواج مباشرة بالايجاب والقبول، واتسم عصرهم بالوضوح في المعاملة وعدم الحيلة والخداع وغلبة خشية الله.

أما الفقهاء المعاصرون، فقد تطرقوا لهذه القضية، وذلك نتيجة لتغير ظروف الحياة، وفساد الاخلاق وضعف الوازع الديني والتأثر بالعادات والمفاهيم الغربية في السلوك الاجتماعي في هذا الزمان معتمدين على القواعد الفقهية مثل قاعدة "الجواز الشرعي ينافي الضمان" (المادة 91 من المجلة) وقاعدة "لا ضرر ولا ضرار" (المادة 19 من المجلة).

لذلك فقد اختلف الفقهاء المعاصرون في حكم التعويض عن ضرر العدول على ثلاثة مذاهب:-

- المذهب الاول: ذهب فريق من الفقهاء المعاصرين إلى عدم التعويض مطلقا ومنهم الشيخ محمد بخيت المطيعي، ومحمود السرطاوي ومحمد محرة.

واستدلوا على ذلك بما يلي:-

1- ان الخطبة وعد وليس عقدا، لان الطرف المعدول عنه يعلم أن الطرف الاخر له حق العدول في اي وقت.

2- ان الشرع جعل العدول حقا شخصيا تقديريا لاعتبارات خاصة بل منها، وهي امور نفسية يرتد اليه تقديرها ولا سلطان للقضاء عليه

3- ان الضمان عند التحريم لا عند الاعتبار

4- يفقد الخطبة التعويض [illegible]

تابع لقياس : العقد الزواج - ماستر 1
تخصص : قانون الاسرة

1- ان الجواب الشرعي ينافي الضمان ، لان العادل مارس حقه المشروع له . لا يكون مسؤول عما يترتب عليه من ضرر ، لان الجواب ينافي المسؤولية.

2- إن الحكم بالتعويض يتطلب بيان الاسباب والدوافع التي دفعت القاضي كما يظهر بيان الضرر الناشئ عن العدول وتقدير وجهه لتحديد التعويض المناسب وفي ذلك كشف لعيوب الخاطب والمخطوبة وهتك لأعراض عائلات ، وفي هذا بلاء عظيم ، وقد نهينا عن كشف الاسرار لقوله صلعم " من ستر مسلما ستره الله في الدنيا والاخرة - صحيح مسلم ،

3- إن مشكلات الاسرة ينبغي أن تسود حولها روح التسامح أما التعويض عن العدول عبارة عن الغرامة.

المذهب الثاني : ذهب فريق آخر من الفقهاء المعاصرين إلى أن العدول عن الخطبة يستوجب التعويض للطرف الاخر ، ومن هؤلاء الفقهاء فتحي الدريني ، محمود شلتوت ، مصطفى السباعي والصابوني .

وقد استدلوا على ذلك بما يلي :-

1- قال النبي صلعم فيما روى عن أبي سعيد الخدري " لا ضرر ولا ضرار " - وجه دلالة هذا الحديث ان نهى الرسول صلعم عن إيقاع الضرر لابد من معاقبة من لا يلتزم هذا النهي بأي صورة كانت وان التعويض عن العدول هو تطبيق الحديث الشريف .

2- الاستدلال بقاعدة " الضرر يزال " المادة 32 من المجلة - ابن نجيم الاشباه والنظائر ص 83 . فهذه القاعدة تدل على إزالة الضرر بالتعويض عنه ، وفي هذا يقول الشيخ محمد ابو زهرة " والضرر يزال ، وطريق إزالته هو التعويض " ابو زهرة ، الاحوال الشخصية ص 39))

3- إن الخطبة حقيقة وعد بالزواج والعدول عنها حق مشروع لكلا الطرفين لكنه مشروط بعدم الاضرار بالطرف الاخر .

4- الاعتداد في التعويض على مبدأ التعسف في استعمال الحق حيث قالوا: عن العدول عن الخطبة يُعتبر مبرر تعسف في استعمال الحق وذلك على اساس ان الخطبة عقد يلزم طرفاه ببذل الجهد باتمام الزواج إلا أنه يعطي كلا من طرفيه الحق في العدول عن الخطبة، وهذا الحق قد يُساء استعماله اذا ما تم العدول بغير مبرر، واساءة استعمال الحق أي التعسف فيه يتطلب التعويض

المذهب الثالث: التفصيل في التعويض:

ذهب فريق ثالث إلى ان مجرد العدول عن الخطبة لا يوجب التعويض، أما الضرر الناشئ عن تدخل العادل غير مجرد العدول فيجب فيه التعويض ومن فقهاء هذا المذهب: احمد الكبيسي محمد ابو زهرة، وعمر عبد الله، وعبد الرحمن الصابوني ومصطفى السباعي محمد بن محجوز "محجوز".

واستدلوا على ذلك بما يلي:-

1- ان الاعمال الضارة الصادرة للعدول هي منشأ المسؤولية والتعويض لا على مجرد العدول، وانما على اعمال اخرى.

2- إن العدول بدون مبرر لا يخلو من تغرير وضرر

3- ان العدول بغير مبرر عدول طائش

4- ان مبدأ التعويض تبنته الطرف العادل في القانون الضرر يقره الشرع استنادا الى مبدأ اساءة استعمال الحق ومبدأ الالتزام في المذهب المالكي.

واختلف اصحاب هذا الاتجاه في التعويض، هل يعوض عن الضرر المادي والمعنوي فقال فريق يعوض عن الضرر المادي فقط (ابو زهرة) وفريق قال بالتعويض المعنوي ايضا كالسباعي

أما القانون - قانون الاسرة فقد نص في المادة 5 مكرر 3 من قانون الاسرة على حق العدول عن الضرر المادي والمعنوي أخذ بما ذهب اليه الفريق الثاني والثالث.

تابع لمقياس: انعقاد الزواج - ماستر 1
تخصص: قانون الأسرة

استرداد الهدايا وحكمها أثناء العدول عن الخطبة:

إن لفظة الهدية مفردة والجمع الهدايا، يقال أهدى له وإليه وهي ما يقدمه القريب أو الصديق من التحف والألطاف، والتهادي أن يهدي بعضهم لبعض (الرازي - مختار الصحاح - ص ٧٠٧).

أما اصطلاحا فإن الهدية نوع من أنواع الهبة وهي ما قدمه الواهب للموهوب له على وجه الإكرام والتودد والمكافأة (الشربيني - مغني المحتاج ج ٢/ ٣٩٩ - البهوتي - كشاف القناع - ٤/ ٢٩٩).

وقد ندب الشرع إلى تقديم الهدايا طلبا للمحبة وتقوية للصداقة إن الهدايا هي كل ما يقدمه الخاطب أو المخطوبة من النقود أو الذهب أو الفضة أو الأثاث أو الأشياء الثمينة أو السيارات أو الملابس لها حاجة، والهدية مستحبة استنادا إلى قول الرسول صلعم "تهادوا تحابوا" رواه الصغاني في سبل السلام 3/ 114.

اختلف الفقهاء في حكم استرداد هدايا الخاطبين فمنهم من أجرى هدايا الخاطبين مجرى الهبة واعطاها حكمها ومنهم من نظر فيها نظرا يخالف نظرة الهبة المطلقة وذلك على النحو التالي:

- المذهب الأول: ذهب الحنفية إلى جواز الرجوع في الهدية إن كانت قائمة إلا إذا وجد مانع، وموانع الرجوع في الهبة عندهم هي:
- زيادة الموهوب - موت الواهب أو الموهوب له - الخروج عن الهبة - خروج الهبة عن ملك الموهوب له. الزوجية القائمة بين الواهب والموهوب له وقت الهبة - القرابة المحرمة بينهما - هلاك العين الموهوبة في يد الموهوب له،

ذهب هذا المذهب الظاهرية إلى أن هدايا الخطبة تأخذ حكم الهبة فإن كانت قائمة وجب ردها عينا أما إن كانت تالفة بأن هلكت أو استهلكت فلا ترد وذلك تماشيا مع المبدأ العام في المذهب من عدم الرجوع في الهبة إن وجد مانع من موانعها

المذهب الثاني: ذهب المالكية في الراجح " الشرح الصغير احمد الدردير و 348/1 مواهب الجليل - الخطاب - 522/3 " والشافعية في قول " الهيتمي - الفتاوى الفقهية الكبرى - 96/4 " والحنابلة " المرداوي الانصاف. 296/8

إن القول بالرجوع في الهبة بحسب الذي وقع منه العدول فإن عدل الخاطب فليس له ان يسترد الهدايا التي قدمها وان كانت قائمة، وان عدلت المخطوبة أو أهلها وجب عليهما رد الهدايا القائمة والقيمة إن كانت هالكة، وإن قدمت المخطوبة هدايا وعدلت عن الخطبة فليس لها استرداد شيء من الهدايا التي قدمتها وان كانت قائمة أما ان كان العدول من جهة الخاطب، استردت الهدايا القائمة والقيمة ان كانت هالكة.

ودليلهم في ذلك قولهم " إن في العدول إيحاشا وإيلاما ولس من الحقول أو المقبول عقلا ولا شرعا أن يطالب الطرف الآخر العدول عنه بالهدايا أو قيمتها لأن فيه زيادة الألم ومضاعفته وهذا ممنوع، لان الطرف الذي عدل، أبطل العمل الشائع من جهته ومن سعى في نقض ما تم من جهته، كان سعيه مردودا عليه

د. الحسين سليمان جاد - محاضرات في فقه الأسرة - 162/1 "

- المذهب الثالث: ذهب المالكية في قول " احمد الدردير الشرح الصغير - 348/1 إلى عدم الرجوع في هدايا الخطبة مطلقا بغض النظر عن الطرف الذي وقع منه العدول مالم يوجد عرف أو شرط، فإن كان هناك عرف سائد أو شرط المذهب. اشترط احد الخاطبين، فانه يعمل به في استرداد الهدايا وهو أهل

- المذهب الرابع: ذهب المالكية في قول أخر: الخطاب مواهب الجليل - 522/3 " إلى انه إذا عدل أحد الطرفين عن الخطبة فللطرف الآخر الرجوع في هداياه في الرجوع في الهدايا من المعروف عرفا كالمشروط شرطا، الخطبة مالم يوجد عرف أو شرط يقضي بغير ذلك فإن وجد فإنه يحكم

تابع : ملتقاص : انعقاد الزواج - ماستر ١
تخصص قانون الاسرة

- المذهب الخامس : ذهب الشافعية في المذهب ، ابراهيم حاشية
بالتوالي ج ١٩ ، ١٩٩ ، إلى جواز الرجوع في الهبة أو الهدايا الخطبة
اذا كانت قائمة وبقيمتها اذا كانت هالكة بخلاف الطرف
الطرف الذي عدل عن الخطبة ، ودليلهم في ذلك ، ان الهدية قدمت
على اساس اتمام عقد الزواج والسير في اجراءاته ، والعقد لم يتم فيجب
استرداد الهدايا سواء أقدمها الخاطب أو المخطوبة .

نلاحظ ان قانون الاسرة الجزائري قد اخذ في المادة الخامسة منه
في الفقرتين الرابعة والخامسة بما ذهب اليه المالكية
وقد أخذ بجزء ما ذهب اليه الاحناف - مالم يستهلك .

- اقتران الفاتحة بالخطبة :

قد تقترن الخطبة بقراءة الفاتحة كما نص المشرع الجزائري على ذلك
في المادة السادسة أو تسبقها ، وما ندري كما يقول الدكتور محمد محدة ،
ما المقصود من قراءة الفاتحة هذه التي اعطاها حكم الخطبة
وفق ما نص عليه في الفقرة الثالثة من نفس المادة
فاذا كانت الفاتحة ، ليس المقصود بالفاتحة هو ما يقرأ ، فان ذلك
مندوب فقط وانما القصد من الفاتحة هو تلك الصفة التي تتم بها
وهي زوجني بنتك الفلانة على صداق قدره كذا ، وزوجتك
اياها ، فهذا الذي يقصد به من باب تسمية الجزء ويراد به الكل
اي الكل بالجزء هنا يطلق على العقد الذي تقرأ فيه الفاتحة
بالفاتحة ، وهذا هو الذي يقول به المجلس الأعلى ووفحه القاضي محمد لقيه
عندما سئل عن الزواج الشرعي الكامل الأركان والذي لم يسجل يعد
صحيحا ، ملتقى قضاة الشرق ١٩٩٥ أو وفق ما يجري في بعض المناطق
كالشرق الجزائر والجنوب
أما الفاتحة عند المشارقة كما ذكر انور العمروسي ،

تابع : العقد الزواج ماستر 01
تخصص - قانون اسرة

حيث يبدأ الرجل التي تسبق الخطبة
- التعرف بالفتاة ومواعدتها عند لقائها
- الفاتحة والتي هي زيارة تحصل بين طالب الزواج وولي الفتاة أو احد اوليائها في حفل وغيره يضم جمعا قليلا من اهل الطرفين لمجرد التدليل على الرضا بالزواج والوعد من الطرفين

ثم تأتي مرحلة الخطوبة وهي اهم مرحلة
(مقال ا. د. نور الدين حمدوني - التعويض عن فسخ الخطبة - مجلة المحاماة ، العدد 01 - السنة 53 - سبتمبر 1970 / ص / 68 .
ويلاحظ ان امر الخطبة انتشر في مستويات المجتمعات فاصبح الخاطب ليس مخطوبته دائما ويقدم لها هدايا في مواسم ومناسبات

- الصداق : الصداق شرط صحة في عقد الزواج ، فاذا دفع قبل العقد ، فلدافعه ان يسترده ، ويلاحظ ان المشرع لم ينص على ذلك اكتفاء بما قررته احكام الشريعة الاسلامية التي تقضي باسترجاع الصداق اذا دفع اثناء الخطبة وتم العدول.

المحاضرة الثالثة: أركان الزواج.

إن الركن لغة: الجانب الأقوى في الشيء ويجمع على أركان وأركُن.
أما اصطلاحا: فيعرف الركن بما كان جزءا من حقيقة الشيء أي ماهيته أو هو ما يتوقف عليه الشيء وكان جزءا من ماهيته (علاء الدين بن عابدين. رد المحتار على الدر المختار ج1/ 87 - بلغة السالك - الصاوي. 1/ 101)

أما الشرط فهو إلزام الشرع والتزامه وجعله مشروط أما الشرط فهو العلامة = فعل ينظرون إلا الساعة فقد جاء أشراطها. محمد-18)
أما اصطلاحا فهو ما يتوقف عليه وجود الشيء وكان خارجا عنه وليس مؤثرا فيه، ولا موصلا إليه." الجرجاني- التعريفات- ص 91).

يلاحظ أن المشرع الجزائري في القانون 84-11 قد جعل الأركان أربعة وهي الرضا، والولي والشهود والصداق، أخذا برأي الفقهين ابن الحاجب في كتابه المختصر الفرعي، وابن شاس في كتابه الجواهر الثمينة، لكن جمهور المالكية على خلاف ذلك كما يذكر إمام الحطاب في كتابه مواهب الجليل شرح مختصر خليل، واقتصر في تعديل قانون الأسرة لسنة 2005 على ركن واحد، وهو الرضا، أيضا لجمهور المالكية وباقي المذاهب الأخرى، أما الأركان الأخرى فقد اعتبرها شروطا.

نصت المادة التاسعة من قانون الأسرة الجزائري على أنه "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين".
وبناء على ذلك حتى يكون الزواج صحيحا فإنه من اللازم أن يعبر الطرفان عن رضاهما تعبيرا حرا، والرضا هو اتجاه إرادة المتعاقد إلى إحداث أثر شرعي وقانوني، والرغبة الداخلية أو النفسية لا يمكن الاطلاع عليها إلا بالمظهر الخارجي، وأن تكون هذه الإرادة المعبر عنها صادرة عن شخص غير مجنون وغير مكره ولا بد أن يكون الطرفان راشدين وإرادتهما غير مشوبة بعيب من عيوب الإكراه.

متابع لمقياس انعقاد الزواج - ماستر 01
تخصص : قانون الاسرة

إن سن الرشد في عقد الزواج قد حدده المشرع في المادة السابعة (07) - 1/ المدني، بتسعة عشر (19) سنة، تماشيا مع سن الرشد في القانون وقد كان قديما يحدد سن الرشد أو البلوغ بالعلامات الطبيعية البيولوجية أو المظهرية، وقد حددها عبد الواحد بن عاشر فيما يلي:
- وكل تكليف بشرط العقل = مع البلوغ بدم أو حمل
- أو ثمني أو بإنبات الشعر = أو بثمان عشرة حولا كملا.
لكن حسنا ما فعل المشرع حينما حدد سنا للزواج لان العلامات الطبيعية تختلف من شخص إلى آخر، بالاضافة الى ان هذه السن يتوفر فيها ادنى النضج العقلي ومستوى الادراك، كما أن هذه السن تتوافق مع المواثيق الدولية المتعلقة بحقوق الانسان التي تنص على منع زواج القصر.
لكن المشرع في نفس المادة (07/1) قد رخص للقاضي ان يخفض هذه السن لمناط المصلحة أو ضرورة، دون ان يبين مضمون المصلحة أو المقصود من الضرورة، ويمكن ان نفسر المصلحة بالفتاة اليتيمة التي فقدت والديها ولا يوجد من يرعاها، ويتبين ان هناك شخصا حالكا يريد ان يتزوجها، أو ان قاصرا اخطأ وحملت بحملها.
إن التعبير عن الارادة يكون بالتعبير الصريح المباشر المألوف والمعروف بين الناس، فقد يكون باللفظ أو الإشارة أو وسائل أخرى كالهاتف أو بواسطة المواقع الالكترونية، ولم يفرق المشرع في التعبير عن الارادة بين اللفظ والاشارة طبقا لما نصت المادة 10 من قانون الاسرة في فقرتيها 1 - 2 - ويمكن ان يكون اللفظ باللغة العامية أو اللغات الاجنبية شريطة ان يفيد اللفظ معنى النكاح.