الفصل الأول

إنشاء عقد الزواج

يكتسي عقد الزواج أهمية بالغة من حيث أنه يرتبط به أعراض الناس ، فهو اللبنة المكونة للأسرة التي تعد خلية أساسية في المجتمع ، و لعل أهمية هذا الرباط أو الميثاق الغليظ كما سماه الله سبحانه و تعالى ، تظهر جليا في ما ينتج عنه من آثار من شأنها تغيير حياة أفراد الأسرة ككل ، بل و تتعدها إلى أسرة الزوجين و الأولاد الذين هم ثمرة هذا الزواج .

و نظرا لأهمية هذه الآثار كان من اللازم دراسة عقد الزواج من حيث تكوينه بدأ بالمرحلة التمهيدية للزواج و هي الخطبة ، التي خصصنا لها المبحث الأول من هذا الفصل ، وصولا إلى إبرام عقد الزواج و ذلك بالتركيز على الجوانب الموضوعية و الشكلية في إنشائه ، و هو ما سنخرج له بالدراسة من خلال المبحث الثاني .

المبحث الثاني

المرحلة التمهيدية للزواج

إن العلاقة الزوجية التي تربط الرجل بالمرأة ، إنما تبنى على أسس معنوية عمادها الألفة و حسن المعاشرة ، هذه المثل لا تأتي من الفراغ ، و إنما ينبغي التأسيس لها ، و لهذا شرعت الخطبة كمرحلة تمهيدية للزواج ، يمكن للخطيبين من خلالها تكوين قناعة مبدئية حول مقومات شخصية الطرف الآخر من خلال النسب و التدين و المال و الجمال ، و هي مقومات أوصى بها رسولنا الكريم في اختيار النساء .

و للتعرف على المرحلة التمهيدية للزواج التي يطلق عليها مصطلح الخطبة ، لابد من التطرق في مرحلة أولى لمفهومها في المطلب الأول ، ثم التطرق لحق العدول عنها في المطلب الثاني .

المطلب الأول : مفهوم الخطبة

سنتطرق في هذا المطلب إلى التعريف بالخطبة من الناحية اللغوية و الإصطلاحية من خلال الفرع الأول و الثاني ، على أن يكون الفرع الأخير متعلقا بحكم اقتران الخطبة بالفاتحة .

الفرع الأول : تعريف الخطبة

الخطبة لغة بكسر الخاء و هي في اصطلاح الفقهاء ، أن يطلب الرجل المرأة للزواج منها ، و هي بذلك من مقدمات الزواج ، كما تحتاج إلى صيغة يتم بها تطابق الإيجاب و القبول ، و يشترط فيها أن تكون المرأة خالية من الموانع الشرعية ، و أن لا تكون مخطوبة للغير .

أما المشرع الجزائري فلم يعرفها و لم يحدد شروطها بموجب قانون الأسرة .

الفرع الثاني : الطبيعة القانونية للخطبة

لم يعرف المشرع الجزائري الخطبة ، و إنما اكتفى بذكر طبيعتها القانونية و ذلك في مطلع المادة الخامسة من قانون الأسرة ، و كيفها على أنها ((وعد بالزواج)) كونها مرحلة تمهيدية للزواج ، و في هذا الصدد جاء قرار المحكمة العليا مطابق لما ورد في المادة ، إذ جاء فيه ((من المقرر شرعا و قانونا أن الخطبة هي مجرد وعد بالزواج .

و يعتبرها فقهاء الشريعة الإسلامية تمهيدا للزواج و ليست عقدا و هي وعد بالزواج ، غير أنهم في الوقت ذاته مختلفون حول مدى إلزامية هذا الوعد ، إذ يرى جانب منهم أن الخطبة وعد لازم بالزواج يجب الوفاء به تماشيا و حكم الوفاء بالعقود الشرعية التي تحت على الوفاء بالوعد و عدم النكول بها .

و وجه الدلالة في هذا الرأي الآيتان 02 و 03 من سورة الصف ، بالإضافة إلى حديث الرسول صلى الله عليه و سلم : ((آية المنافق ثلاث ، إذا حدث كذب و إذا وعد أخلف ، و إذا أتمن خان)) .

أما الرأي المخالف فيصوب في خانة اعتبار الخطبة وعد غير ملزم على اعتبار أن الخطبة هي مجرد وعد اتفاق على الزواج في مرحلة لاحقة ، و ليست زواجا تبيح الإختلاط بينهما خاصة و أن الوعد بالتعاقد غير ملزم ، و به أخذ معظم الفقهاء القدامى و المعاصرين .

و قد اتجه المشرع الجزائري إلى الأخذ بالرأي الثاني في المادة الخامسة حين اعتبر الخطبة وعد بالزواج من جهة ، و في الوقت ذاته ترك للطرفين حق العدول عنها ، و هو ما يمكن القول معه بأن المشرع الجزائري كان متناقضا مع الأحكام القانونية المنظمة للوعد ، خاصة ما جاءت به المادة 72 من القانون المدني التي تنص ((إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل و قاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد ، و كانت الشروط اللازمة لتتمام العقد و خاصة ما يتعلق منها بالشكل المتوافر ، قام الحكم مقام العقد)) .

الفرع الثالث : اقتران الفاتحة بالخطبة

نص المشرع الجزائري على تكييف اقتران الفاتحة بالخطبة ، أحدهما لا يغير من مدلولها شيئا ، و الثاني يجعل منها زواجا مكتمل الأركان و الشروط ، و السبب في هذا الاختلاف في الحكم مرده أن المشرع الجزائري لم يعطي مدلولا للفاتحة ، هل هي مجرد قراءة سورة الفاتحة ، أم يتعدى ذلك إلى كونها عقد زواج ، خاصة و أن الأمر يختلف من حيث الآثار القانونية و الشرعية المترتبة في الحالتين .

إذ جاء نص المادة السادسة من قانون الأسرة كالتالي : إن اقتران الخطبة بالفاتحة لا يعد زواجا .

غير أن اقتران الخطبة بالفاتحة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توافر ركن الرضا و شروط الزواج المنصوص عليهما في المادة 09 من هذا القانون)) .

من خلال استقراء الفقرتين نقول بأن العبرة في تكييف اقتران الخطبة بالفاتحة زواجا ، و هو اقترانه بها بمجلس العقد ما يعني توافر ركن الرضا و شروط الزواج من ولي و شهود و صداق و انتفاء للموانع الشرعية .

المطلب الثاني : حق العدول عن الخطبة

سنبين من خلاله مشروعية الخطبة في الفرع الأول ، ثم حكم الضرر المترتب عن العدول عنها ، في الفرع الثاني ، ثم الآثار الناتجة عن العدول عنها في الفرع الثالث .

الفرع الأول : مشروعية العدول عن الخطبة

سبق و أن بينا بأن الخطبة مجرد وعد غير ملزم و ليس بعقد ، الأمر الذي يجوز معه لطرفيه العدول عن الخطبة ، دون أن يترتب عن هذا العدول أي أثر قانوني ما دام استعمال حق العدول وفق ضوابط شرعية و قانونية ، و هذا ما يجد سنده في الفقرة الثانية من المادة الخامسة من قانون الأسرة و هو ما أكدت عليه التطبيقات القضائية للمحكمة العليا جاء في أحدها : ((الخطبة هي وعد بالزواج ، و لكل من الطرفين العدول عنها)) .

الفرع الثاني : حكم الضرر المترتب عن العدول عن الخطبة

إن تقرير التعويض في العدول عن الخطبة مستمد من القاعدة الشرعية التي تقضي بأنه : ((لا ضرر و لا ضرار و الضرر يزال)) و طريق إزالة الضرر هي التعويض ، و الضرر قسمان :

ضرر ينشأ عن مجرد ممارسة حق العدول ، و لا يكون للطرفين دخل فيه ، و هذا النوع لا يوجب التعويض .

و ضرر ينشأ و للخاطب دخل فيه غير العدول عن الخطبة ، و تسبب في إلحاق ضرر بالطرف الآخر و هذا النوع يوجب التعويض ، و قد نصت الفقرة الثانية من المادة الخامسة من قانون الأسرة الجزائي على أنه ((إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض)) .

هذه الفقرة جاءت لتقرر الحق في طلب التعويض عن الضرر ، اللاحق عن ممارسة حق العدول عن الخطبة ، فإذا تجاوز أحد الطرفين هذا الحق أو مارس التعسف في استعماله ، و نتج عن هذا التعسف أو التجاوز ضرر للآخر ، جاز للمتضرر رفع دعوى التعويض عن الضرر اللاحق عن العدول عن الخطبة ، و يمكن للقاضي الحكم بالتعويض متى تأكد من ادعاء المدعى الذي يكون عليه إثبات الضرر من جهة ، و إثبات العلاقة السببية بين العدول عن الخطبة و الضرر الذي لحق به من جهة ثانية .

أما بخصوص الضرر الذي يمكن الذي يمكن معه الحكم بالتعويض ، فإن الملاحظ من خلال نص المادة أن المشرع جمع بين نوعين من الضرر المادي و المعنوي ، مما يمكن معه القول أن جميع الدعاوى المتعلقة بالعدول عن الخطبة يستجيب فيها القاضي لطلب التعويض خاصة و أن العدول في حد ذاته لا يخلو من إحداث الضرر المعنوي للطرف الآخر و لو على سبيل خدش المشاعر ، و قد لا يحتاج إلى إثبات ، أما الضرر المادي فإنه واجب الإثبات .

من خلال ما نصت عليه المادة الخامسة ، يمكن القول بأن المشرع الجزائري لم يحدد بدقة الطرف الذي يقع عليه عبء التعويض عن الضرر المترتب عن ممارسة حق العدول عن الخطبة ، هل بالضرورة هو العادل ؟ خاصة و أن المسألة كما سبق و أشرنا تحتاج إلى إثبات .

إن القراءة السطحية للمادة تظهر بأن العادل هو المطالب بالتعويض في حال اقتران عدوله بالتعسف ، أما الصحيح فهو أن المطالب بالتعويض عن الضرر لا يكون حتما العادل و إنما كان ينبغي تقرير التعويض على المتسبب في العدول أين كان .

فقد يكون العادل مدفوعا إلى العدول دون أن يكون راغبا فيه ، كأن يمارس عليه الطرف الآخر ضغوطات أو أفعال بقصد دفعه إلى العدول ، حتى لا يتقرر العدول في حقه هو ، و هو نوع من التحايل كان على المشرع الجزائري التقطن إليه ، و النص على هذه الحالة ، و يكون على القاضي التأكد من ذلك بالتركيز على الأسباب التي دفعت العادل إلى عدوله ، فإن تبين له تدخل الطرف الآخر في ذلك ، يمكن أن يحكم للعادل بالتعويض إذا كان متضررا منه .

الفرع الثالث : آثار العدول عن الخطبة

من خلال هذا الفرع نتطرق للآثار المترتبة عن العدول عن الخطبة من عدة نواحي نجملها من خلال النقاط التالية :

أولا : أثر العدول عن الخطبة على الهدايا

لم يتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على حكم الهدايا عند العدول عن الخطبة ، فيرى الأحناف بأنها تأخذ حكم الهبة ، و الرجوع فيها متى كان الموهوب قائما ، فإن هلك لا رجوع فيها . فيما يرى الشافعية أن للخطاب الحق في استرجاع كل ما قدمه من هدايا ، فإن كانت قائمة استردها ، و إن كانت قد هلكت استرد قيمتها ، و يستوي في هذين الرأيين أن يكون العدول من الخطاب أو المخطوبة .

أما المالكية فقد اتجهوا إلى اعتبار حالات تفصيلية للمسألة على النحو التالي :

- إذا كان العدول من جهة الخطاب لا يسترد شيئا

- إذا كان العدول من جهة المخطوبة ، يسترد الخطاب كل الهدايا قائمة أو قيمتها

أما الحنابلة فلا يجيزون استرداد الهدايا ، لأنها تأخذ حكم الهبة ، و الهبة عندهم لا رجوع فيها .

المشرع الجزائري تطرق إلى حكم الهدايا في العدول عن الخطبة بمقتضى الفقرة الرابعة من المادة الخامسة من قانون الأسرة على النحو التالي : ((لا يسترد الخطاب من المخطوبة شيئا مما أهداها إن كان العدول منه ، و عليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته أو قيمته ، و إن كان العدول من المخطوبة ، فعليها أن ترد للخطاب ما لم يستهلك من الهدايا أو قيمته)) .

هذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قراراتها ، جاء في أحدها ((من المقرر أنه لا يسترد الخطاب شيئا مما أهداها إذا كان العدول منه ، و متى تبين من قضية الحال أن الطرفين جرت بينهما خطبة زواج ثم وقع العدول عن الخطبة من طرف الخطاب فإن القضاة بقضائهم بتأييد الحكم المستأنف و القاضي برفض إتمام الزواج و إلزام المدعى عليها بردها إلى المدعى ما قدمه من هدايا و حلي و نفود و اعتبارها صداق دون الرد على دفع الطاعنة أخطئوا في تطبيق القانون و عرضوا قرارهم للقصور في التسبيب .

ما يلاحظ على نص المادة في هذا المجال ، هو تأثر المشرع الجزائري برأي المالكية في مسألة رد الهدايا ، في مطلع الفقرة ، غير أنه ما لبث و أن عدل عن هذا الرأي إلى رأي الحنفية حينما قرر عدم رد الهدايا المستهلكة ، و هو ما يثير الإستغراب ، فلا هو أخذ برأي المالكية و لا هو أخذ برأي الحنفية .

كما أن من شأن تقرير عدم رد الهدايا المستهلكة ، أنه يفتح باب التحايل في هذا المجال ، فيمكن لهذا أن يدفع بالمخطوبة مثلا إلى استهلاك الهدية التي قدمها لها الخطاب و التصرف فيها بأي شكل من الأشكال ، ثم تعدل عن الخطبة خاصة و أن النص لا يلزمها يرد الهدية المستهلكة ، لذلك ندعو المشرع الجزائري إلى إعادة النظر في صياغة الفقرة و الأخذ برأي

المذهب المالكي على إطلاقه لأنه رأي وجيه ، يحمل العادل عن الخطبة قدرا من المسؤولية في رد الهدايا التي قدمت له .

هذا و ليم يبين المشرع الجزائري مصير الهدايا في حالة وفاة أحد الطرفين و كذا في حال وجود اتفاق بين الخطيبين على العدول عن الخطبة ، و الرأي فيما أعتقد أن حالة الوفاة لا استرداد فيها للهدايا ، لأن الاسترداد إنما قرر في حالة العدول مما يسبب بفعله ضررا للطرف الآخر ، و هو ما لا يتوفر في حالة الوفاة .

أما الحالة الثانية و المتمثلة في حالة العدول بالإتفاق ، فإن المسألة تخضع على إطلاقها للإتفاق ، أي أن الهدايا يطبق عليها ما اتفق عليه بين الطرفين ، فإن افقا على استرداد الهدايا ، كان لهما ذلك ، و إن اتفقا على عدم اسردادها فلهما ذلك .

ثانيا : أثر العدول عن الخطبة بالنسبة للصداق

الصداق شرط من شروط صحة الزواج ، و قد نص عليه المشرع الجزائري في المادة 09 مكرر ، و الأصل في الصداق أنه يمنح بمناسبة عقد الزواج ، غير أن العرف دأب أن يعطي الصداق في فترة الخطوبة طالمت مدتها أو قصرت ، لتتمكن المخطوبة من تجهيز نفسها للزواج ، إذن فقد يمنح الصداق قبل الزواج بفترة معتبرة ، و قد يحدث خلالها الكثير من الأمور تؤدي إلى تغيير الظروف التي كانت قائمة أثناء منح الصداق ، بل و قد تصل إلى حد عدول أحد أطراف الخطبة عن الخطوبة ، الأمر الذي يثير التساؤل حول مصير المهر في هذه الحالة ، خاصة و أن المشرع لم يتعرض لهذه الحالة .

و للإجابة عن هذا الإشكال يجب تحديد الطبيعة القانونية للخطبة ، فإن اقتصر الأمر على مجرد الوعد بالزواج فإن الأصل في حكم الصداق عند العدول عن الخطبة ، أن يسترد الخاطب الصداق الذي منحه للمخطوبة عينا إن وجد و قيمة ما استهلك منه و ذلك بغض النظر عن من هو العادل أو أسباب العدول و من المتسبب فيه ، لأن الصداق لا علاقة له بالخطبة و إنما منح للمخطوبة بغرض إتمام الزواج ، و ما دام الغرض قد انتفى فإنه لا مجال لاستحقاق المخطوبة للصداق ، و تطبق هذه القاعدة على حالة وفاة أحد طرفي الخطبة قبل إبرام الزواج .

أما إذا كانا بصدد الخطبة التي يتم فيها انعقاد الزواج (الزواج العرفي) ، فإن المسألة تختلف عن سابقتها ، فالأمر يتعلق بالطلاق قبل الدخول ، و هنا تطبق أحكام المادة 16 من قانون الأسرة التي تنص على أنه : ((تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول ، أو بوفاة الزوج ، و تستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول)) .

هذا النص لم يفرق بين ما إذا كان طلب الطلاق من طرف الزوج أو من طرف الزوجة ، لأن هذه المساواة في الحكم يمكن أن تكون سببا في التحايل من قبل الزوجة ، إذ أنها تبادر إلى رفع دعوى الطلاق قبل الدخول بعد أن تقبض الصداق لعلمها بأحققتها في نصفه عند الطلاق قبل الدخول ، فيجتمع على الزوج ضرران ضرر الطلاق و ضرر خسارته لنصف الصداق ، و لقد تفتنت المحكمة العليا لهذا الأمر حينما قررت أنه : ((من المقرر قانونا أنه يتوجب على المرأة المخطوبة عند عدولها عن إتمام الزواج أن ترد ما لم يستهلك من الهدايا و غيرها ، و لا تستحق نصف الصداق إلا عند الطلاق قبل الدخول .

و لما ثبت في قضية الحال أن الطاعنة هي التي عدلت عن إتمام الزواج و من دون مبرر شرعي أو قانوني فإنه لا يمكن في هذه الحالة تحميل المطعون ضده الخسائر و الأضرار المترتبة عن ذلك ، و إن دفع الطاعنة المتعلق بأحققتها في نصف الصداق إنما يتحقق لو تم الطلاق بإرادة الزوج ، مما يتعين القول أن قضاة الموضوع أصابوا في قضائهم و يتوجب رفض الطعن .