مقدمة:

استخلف الله الإنسان في الأرض بقوله سبحانه و تعالى « **و إذ قال ربك للملائكة إني جاعل في الأرض خليفة**»، و جعل من سيدنا آدم و حواء الزوجين و أودع في كل منهما ما يجعله يميل للآخر ليتم الازدواج كبقية المخلوقات الأخرى، و سنَّ لهما طريقة خاصة تتفق و منزلتهما بين سائر المخلوقات، فشرع المولى عزَّ و جل الزواج الذي يختص فيه الرجل بالمرأة لا يشاركه فيها غيره ليسلم الجنس البشري من اختلاط ، فجعل عقد الزواج من أعظم العقود التي يجريها الإنسان في حياته نظرا لكونه يقوم على دعائم قوية و أسس ثابتة، تحقق الراحة و السعادة ما دامت العشرة الزوجية قائمة على الحب و الوفاق و ذلك عملا بقوله تعالى: « **و من آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها و جعل بينكم مودة و رحمة إنَّ في ذلك لآيات لقوم يتفكرون**».

من خلال كل ذلك و لقيمة الزواج في العلاقات الأسرية و ضمان زواج صحيح كميثاق غليظ خص المشرع هاذه العلاقات بقانون الأسرة حاول تنظيم ذلك من خلال الخطبة و الزواج و الطلاق كحل لانتهاء الحياة الزوجية مستمدا أحكامه من الشريعة الاسلامية

المحور الأول: الخطبة

و تمثل الخطبة في تقاليدنا إجراءا أوليا و تمهيديا من الإجراءات التي يقوم بها الخاطب و أقاربه بالإتصال بالمخطوبة أو وليها، و ذلك من أجل التعرف على العروس و أسرتها من أجل تبادل الرضا و القبول مع أسرة المخطوبة أساسها مصاهرة تقوم على الاحترام و إقامة علاقة طيبة قبل انعقاد الزواج، لأن وجودها يؤدي الى فترة زواج أطول الزواج نظرا لإعتباره ميثاقا غليظا يستوجب اطمئنان كل طرف منه على أخلاق و سلوك الطرف الثاني تجنبا لإنحلاله من خلال الطلاق و مستقبل الأولاد و الى غير ذلك

من خلال ذلك تكمن أهمية الخطبة في أنها فترة أساسية تسبق إبرام عقد الزواج يعتمد عليها المجتمع الجزائري كغيره من المجتمعات الأخرى ، نظرا لما تبينه لكلا الخطيبين من أخلاق و عادات الطرف الأخر، حيث تكشف عن شخصية كلا منهما من محاسن و مساوئ، و قابليتهما للإنسجام و التوافق مع بعضهما البعض لتكوين أسرة متينة أو تجنب ذلك في حالة التنافر تفاديا للوقوع في زواج فاشل او في المشاكل ، حيث إهتم قانون الأسرة بها و أدخل تعديلا عليها خاصة ما تعلق بإقتران الفاتحة بالخطبة و إختلاف الآثار الشرعية و القانونية المترتبة عنها

-تعريف الخطبة و أنواعها.

تعرّف الخطبة من **الناحية اللغوية** بكسر الخاء على أنّها مصدر بمعنى الخطب، و الخطب الحاجة، ثم اختصت بإلتماس النكاح لأنها بعض الحاجة، أما **اصطلاحا** فهي إلتماس الرجل الزواج من امرأة معينة تكون خالية من الموانع الشرعية ذلك بالتقدّم إليها أو وليّها للتفاهم في أمر العقد و إذا أجيب طلبه بالقبول تمت الخطبة بينهما

من جهة ثانية تعرَّف الخطبة في المجتمع الجزائري على أنها إظهار الرجل الرغبة في الزواج بإمرأة إما منه شخصيا أو عن وكيله دون أن تكون لهذه الرغبة في الزواج صفة العقد، و من المستقر عليه أن الخطبة اتفاق يسبق قراءة الفاتحة و تقع غالبا بين الخطيبين و أوليائهما بالإتفاق على المصاهرة بين العائلتين ذلك بالتواعد على إبرام عقد الزواج خلال فترة معينة.

التعريف الفقهي للخطبة يختلف من فقيه إلى آخر حسب وجهة نظر كل واحد للطبيعة القانونية للخطبة، لهذا سنتطرق إلى التعاريف المتداولة فقها كما يلي:

تعريف الأستاذ أبو العنين:

الخطبة في نظره هي إظهار الرجل الرغبة في التزوج بإمرأة يحلّ له التزوج بها بنفسه أو من ينوب عنه منها أو من وليها، فإذا وافقت هي أو وليها كان ذلك بمثابة اتفاق مبدئي على الزواج، و لا ترقى إلى مرتبة العقد.

تعريف الإمام أبو زهرة:

الخطبة هي طلب الرجل يد امرأة معينة للتزوج بها و التقدم إلى ذويها ببيان حالة و مفاوضتهم في أمر العقد.

تعريف الأستاذ حسني نصار:

يعرّف الخطبة على أنها عقد النية بين طالبي الزواج أو الخطيبين، على أن يختارا معا تجربة شخصية خلال فترة تسبق عقد الزواج، فيختار كلّ منهما الآخر تمهيدا لعقد الزواج مع الإعداد و التجهيز بما يناسب العائلة، التي تتطلبها أحكام الزواج.

أنواع الخطبة:

هناك نوعان من الخطبة، و هما:

1. الخطبة بطريق التصريح:

الخطبة بالتصريح هي الإفصاح بما في النفس من رغبة بكل لفظ يدّل صراحة على إرادة الخطبة و لا يحتمل غيرها كأن يقول الرجل لمن يرغب الزواج بها إني أريد أن أخطبك، أو إني أريد الزواج بك، إني راغب فيك أو يقول ولي الخاطب أريدك زوجة لإبني فلان و من بين العبارات المتداولة في المجتمع الجزائري بشأن طلب الخطبة أريد أن أطلب يدك للزواج، أريد أن أحدد موعدا لزيارة أهلك من أجل خطبتك، أو قول أم الخاطب للفتاة تحدثي مع أهلك لتحديد لنا موعدا لزيارتكم من أجل خطبتك.

2. الخطبة بطريق التعريض:

الخطبة هنا تعني استعمال الخاطب لجمل يفهم قصد الخطبة من عرضها بالقرائن و التلميح و هذه الألفاظ تحتمل الخطبة و غيرها, غير أن دلالة الحال تكشف عن الرغبة في الخطبة بذكر الرجل للمرأة كلاما يفهم منه ضمنيا خطبتها دون أن يصرح بذلك كأن يقول مثلا إني أريد أن أتزوج امرأة صالحة و جميلة في مثل أخلاقك، أو أنا أبحث عن فتاة لكي أخطبها تشبهك تماما، أو إنك مؤدبة أو قوله إني عزمت على الزواج, و ما أشبه ذلك من العبارات التي يفهم منها أن الشخص يقصد وراء ذلك الخطبة.

- شروط صحة الخطبة.

المشرع الجزائري لم يشترط أيّ شرط خاص بالخطبة سواء من الناحية الموضوعية أو الشكلية إذ أن السن الّذي اشترطه في الزواج لا يتعلق بالخطبة و إنّما هو من خصوصية عقد الزواج و ليس مطلوب في الخاطب و المخطوبة ذلك أن الخطبة لا ترقى إلى مرتبة العقد.

لمعرفة شروط الخطبة لا بد من الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية التي تشترط أن تكون الخطيبة خالية من الموانع الشرعية التي تمنع من إبرام عقد الزواج و تتمثل شروط الخطبة في شرطين أساسيين هما:

الشرط الأول: أن لا تكون المرأة محرمة على الخاطب.

و حرمة المرأة تكون إمّا حرمة مؤبدة أو مؤقتة.

- الحرمة المؤبدة:

المرأة تكون محرّمة على الرجل لمدى حياته بنص الشارع الحكيم الّذي نهى عن خطبة و زواج امرأة محرمة عليه و هذا ما تضمنه قانون الأسرة ضمن موانع الزواج من المادة 23 إلى 26 المتمثلة في المحرمات بالقربة و المصاهرة و الرضاع.

- الحرمة المؤقتة:

لقد اتفق الفقهاء على أنّه لا يجوز خطبة امرأة محرمة على الرجل مؤقتا ما دام سبب التحريم قائم، كأخت الزوجة و عمتها و خالتها و هنّ على سبيل التأقيت فالخطبة تكون جائزة بعد الطلاق، أمّا الجمع فيحرّم شرعا و قانونا، و من المحرمات مؤقتا ما يلي.

- المرأة المشركة:

يرى الفقهاء أنّه يجوز للرجل أن يتزوج و يخطب امرأة من ديانة أخرى كالمرأة المسيحية، مثلا ما عدا المرأة المشركة بدون دين محرمة عليه شرعا و قانونا إلا إذا زال سبب التحريم, كأن تسلم المشركة أو تعتنق دينا سماويا آخر، و المرأة يحرّم عليها الخطبة أو الزواج بغير مسلم طبقا للمادة 30 من قانون الأسرة.

- المرأة المحصنة:

نقصد بها زوجة الغير، فلا تجوز خطبتها أو التلميح لها بالطلاق من أجل زواجها، لأنّها محرّمة عليه ما دامت في عصمة الرجل، و يعتبر ذلك إعتداء على حقه و كرامته.

-خطبة المعتدة من طلاق رجعي:

الطلاق الرجعي هو الطلاق الذي يملك فيه الزوج المراجعة إلى عصمته في العدّة بدون عقد و مهر جديدين و بدون رضاها، و قد اجمع الفقهاء على أنّه لا تجوز خطبتها بطريق التصريح و التلميح معا لأنّها تأخذ حكم زوجة الغير.

- خطبة المعتدة من طلاق بائن:

الطلاق البائن نوعان إما أن يكون بائن ببينونة صغرى أو ببينونة كبرى.

الطلاق البائن ببينونة صغرى هو الذي يتم ما دون الثلاث طلاقات، و فيه يستطيع الزوج أن يعيد المرأة إلى عصمته مرة ثانية, لكن بمهر و عقد جديدين, و يكون برضا الزوجة لأن العلاقة الزوجية غير قائمة.

الطلاق البائن ببينونة كبرى هو الذي يتم بثلاث طلاقات، لا يجوز هنا للزوج أن يراجعها إلى عصمته مرة أخرى إلاّ بعد أن تنقضي عدّتها و تتزوج رجل آخر غيره، ثم يطلقها و بعدها تنقضي العدّة، ثم يعقد عليها بعقد جديد و مهر جديد و بشرط رضاها.

و لقد اتفق الفقهاء على أنّ المرأة المعتدة من طلاق بائن ببينونة كبرى أو صغرى لا يجوز لرجل خطبتها بطريق التصريح, أما بطريق التعريض فكان محل خلاف بعض الفقهاء كما يلي:

الشرط الثاني- أن لا تكون مخطوبة للغير.

المخطوبة للغير هي المرأة التي تقدم رجل لخطبتها و رضيت به حرمت خطبتها من طرف رجل آخر بإتفاق الفقهاء، لأنه منهي عليه بنص الحديث الشريف لقول الرسول "لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه"، لأن ذلك مبعث للعداوة و البغضاء بين الإخوة المسلمين

إقتران الخطبة بالفاتحة.

إنّ المشرع الجزائري اِعتبر الخطبة وعدًا بالزواج و للطرفين العدول عنها, إلاّ أنه في الفقرة الثانية من المادة السادسة من قانون الأسرة نصّ على أنّ اقتران الفاتحة بالخطبة لا يعتبر زواجا, و لم يبيِّن المقصود الخاص بالفاتحة لهذا سنقوم بتوضيح مفهوم الفاتحة, ثم حكم اقترانها بالخطبة من الناحية القانونية و موقف القضاء من ذلك و هذا وفقا للقانون القديم و المعدل.

مفهوم الفاتحة:

لم يبيِّن قانون الأسرة تعريف الفاتحة و إنّما اكتفى بالنّص على الطبيعة القانونية لها من خلال نص المادة السادسة إذ إستمدها من الناحية الشرعية و من عادات المجتمع الجزائري.

فالفاتحة في نظر الفقه الإسلامي تعتبر عقد الزواج و هناك من يرى أن الفاتحة هي الصيغة التي يتم بها عقد الزواج بمعنى "زوجني ابنتك فلانة على صداق قدره كذا و قول أب الزوجة زوجتك إياها" و قد أخذ بهذا الرأي الأستاذ محمد تقية عندما سُئِل عن الزواج الشرعي الذي لم يُسجَّل بعد في الحالة المدنية و أكّد أنه زواجا صحيح مادام هناك إقتران فاتحتها بالخطبة فأجاب أن الصيغة الزواج إن تمت باللفظ فإنّ الزواج الأول صحيح و لا يجوز تزويجها للغير إلا بعد الطلاق أو موت الزوج الأول.

هناك من يرى أن المقصود بالفاتحة هي قراءة الفاتحة لكونها لا تؤثر في حقيقة الأمر على الخطبة و لا على عقد الزواج أو حالة اقترانها بالخطبة و ليست لها قيمة شرعية لأنها مجرد دعاء اعتاد الناس على قراءتها بمناسبة الخطبة أو الزواج بحضور إمام المسجد و جماعة من الناس فعدم قراءتها لا يغير شيئًا من الطبيعة القانونية للخطبة أو الزواج أو اقترانها بالخطبة.

- العدول عن الخطبة

العدول عن الخطبة هو تراجع أحد الخطيبين عن مشروع الزواج بالخطيب الآخر، و التوقف تماما عن السير في متابعة الأعمال و الإجراءات المؤدية إلى تحقيق الزواج كما كان مخططا له في أول الأمر بعد إتمام الخطبة، لذلك إذا تم العدول انقضت الخطبة، و لا يجوز للطرف الذي لم يعدل عنها أن يطلب من القضاء الحكم بإلزام الطرف الآخر بالاستمرار في الخطبة و إبرام العقد دون إرادته لأنه عقد يبنى على الإرادة المتبادلة للخطيبين.

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

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

آثار العدول عن الخطبة:

لا يترتب على العدول عن الخطبة أي أثر ما دام لم يحصل عقد، لكن قد يكون الخاطب قد دفع المهر كله أو بعضه أو تبادلا الهدايا، فما مصير تلك الأموال ؟ كذلك قد ينجم عن العدول ضرر للطرف المعدول عنه فهل يستحق التعويض أولا ؟

- بالنسبة للصداق:

المهر أو الصداق هو ركن من أركان عقد الزواج طبقا لنص المادة 9 من قانون الأسرة و كذا المادة 15.

م9 : "يتم عقد الزواج، برضا الزوجين و بولي الزوجة و شاهدين و صداق."

م15 : "يجب تحديد الصداق في العقد سواء أكان معجلا أو مؤجلا."

و لم يحدد المشرع وقت دفع الصداق فقد يكون أثناء فترة الخطوبة أي قبل إبرام العقد أو في مجلس العقد أو يكون مؤجلا.

و ما يهمنا هو إذا ما قبضت المخطوبة المهر المتفق عليه أثناء فترة الخطوبة فإنها إذا ما تم العدول عن الخطبة سواء من طرفها أو من طرف الخاطب قبل إبرام العقد، فهي ملزمة برده للخاطب لأنه ليس لها الحق في أخذه، بل أن الشرع و القانون لا يجيزان لها إلا نصف الصداق إذا ما تم العقد و افترقا قبل الدخول .

و في حالة الهلاك أو الاستهلاك فإن المهر يرجع بقيمته إن كان قيميا و بمثله إن كان مثليا، أيا كان سبب العدول، و هذا متفق عليه فقها .

و من خلال الواقع العملي نجد أن ذلك صعب التطبيق لأنه من عاداتنا أن المخطوبة عندما تتسلم المهر فإنها تتصرف فيه لتحضير جهازها و ما يلزم من فراش و لباس و حلي و قد يتم العدول من أحدهما، فيستحيل عليها إرجاعه. فما العمل ؟

المشرع الجزائري لم يتكلم على هذه المسألة بل أنه لم يتطرق إلى الصداق أصلا عندما نص على جواز العدول و نتيجة لعدم وجود حل فالحل الذي يبدو معقولا هو تحميل تبعات المهر لمن كان عادلا، فإن كان الخاطب هو الذي عدل عن الخطبة ألزمه تسلم الأشياء التي حوّل إليها مبلغ الصداق، ذلك أن المخطوبة لا مبرر لإجبارها على تملك هذه الأشياء التي كان الخاطب بخطبته لها دافعا في تملكها إذ لولا تلك الخطبة و الوعد و الدفع ما تصرفت هذه التصرفات، و على العكس، إذا كانت هي التي عدلت عن الخطبة فعليها أن ترجع المهر للخاطب كما دفعه لها أو مثله إن كان مثليا، و لا يرغم على تقبل الفراش أو اللباس أو الحلي الذي إشترته المخطوبة و المصاريف التي صرفتها عليه لأنه قد يجد من لا ترغب فيه، و يضطر إلى بيعه و إنقاص قيمته، مما يجعله يجمع بين ضررين، ضرر العدول عنه و ضرر إنقاص قيمة المهر.

- بالنسبة للهدايا:

فإذا عدل الخاطب فلا حق له في إسترداد ما أهداه إلى مخطوبته و لو لم يستهلك و يستنفذ. و إن كان العدول من جانب المخطوبة فإن الخاطب يسترد ما أهداه إليها إن كانت قائمة بعينها أي الهدايا، و إن هلكت فله مثلها إن كانت مثلية أو قيمتها إن كانت عينية.

في قانون الأسرة : لقد نص المشرع الجزائري في المادة 5 عن الهدايا و كيفية إستردادها و قد أعطاها عناية و تفصيلا، ذلك لأنه من النفقات التي تنفق أثناء الخطبة و بعدها و قبل العقد ما يكون هاما، لأن الخاطب خاصة في مجتمعنا الجزائري كثيرا ما تكلفه الخطبة إلى جانب الهدايا التي يقدمها لمخطوبته في المناسبات و الأعياد، و أغلبها من الذهب ، لذا نصت المادة 5 على أنه:

"لا يسترد الخاطب شيئا مما أهداه إن كان العدول منه، و إن كان العدول من المخطوبة فعليها رد ما لم يستهلك."

فالمشرع في هذه الفقرة تكلم عن الهدايا التي يقدمها الخاطب للمخطوبة و لم يتكلم عن الهدايا التي تقدمها المخطوبة للخاطب لأنه قد تكون المخطوبة موظفة أو ميسورة الحال فتقدم هدايا ثمينة للخاطب. فهل تفقد

حقها في إسترجاع هذه الهدايا إذا عدل الخاطب عن الخطبة، أو هل نطبق حكم الفقرة السابقة عليها أي أن يلزم الخاطب برد الهدايا التي قدمتها له المخطوبة إذا عدل هو عن الخطبة ؟

فحسب نص المادة 5 فالخاطب إذا عدل عن الخطبة فإنه يفقد حقه في إسترجاع الهدايا التي قدمها للمخطوبة. و إذا كان العدول من المخطوبة فإنها ملزمة برد الهدايا التي قدمها لها الخاطب ما لم يستهلك بمعنى أنها تعفى من هذا الالتزام إذا كانت هذه الهدايا قد استهلكت.