محاضرات في مقياس أحكام الزواج

لطلبة السنة أولى ماستر تخصص قانون الأسرة

المحاضرة الثانية

إعداد: الأستاذ محفوظ بن صغير

السنة الجامعية : 2021-2022

**المطلب الثالث: الخطبة في عقد الزواج**

نصت المادة الخامسة على أن:"الخطبة وعد بالزواج. يجوز للطرفين العدول عن الخطبة. إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض. لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئا مما أهداها إن كان العدول منه، وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته. وإن كان العدول من المخطوبة فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته"([[1]](#footnote-1)).

يسبق كل عقد من العقود ذات الشأن والخطر مقدمات، يبين كل واحد من المتعاقدين مطالبه ورغائبه، فإذا تلاقت الرغبات أقدما، فيتم العقد بتلاقي الإرادتين ووجود العبارتين الدالتين على ذلك.

وعقد الزواج هو أخطر عقد لعاقديه، إذ هو عقد موضوعه الحياة الإنسانية، وهو عقد يعقد على أساس الدوام إلى نهاية الحياة، ولهذا كانت لمقدماته أهمية بالغة لما له من خطورة وشأن. وإن الشريعة الإسلامية كسائر الشرائع لم تعن بمقدمات أي عقد من العقود سواه، فقد عنيت بها وجعلت لها أحكاما خاصة.

 فقد أقر التشريع الإسلامي القيام بمقدمات تمهيدية للزواج أو ما يسمى بالخطبة أو الوعد بالزواج حتى تنشأ الرابطة الزوجية على دعائم قوية، وأسس ثابتة تحقق الراحة والسعادة، والصفاء والوئام فتدوم العشرة ويشيع الوفاق.

وفيما يلي بيان لمفهوم الخطبة وآثار العدول عنها من وجهة نظر الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، وذلك من خلال ما يأتي([[2]](#footnote-2)):

**الفرع الأول: الخطبة وطبيعتها الفقهية والقانونية**

**أولا: تعريف الخطبة لغة واصطلاحا**

**أ- في اللغة:** يقال: خطب الناس وفيهم وعليهم خطابة وخطبة؛ أي ألقى عليهم خُطبة، وخطب فلانة خِطبة: طلبها للزواج، ويقال: خطبها إلى أهلها طلبها منهم للزواج([[3]](#footnote-3)).

فهي بهذا المعنى التماس الزواج من امرأة معينة بتوجيه هذا الالتماس إليها أو إلى وليها.

 **ب- في الاصطلاح:** تعددت تعريفات الخطبة لدى الفقهاء قديما وحديثا على النحو الآتي:

فقد عرفها الحنفية بأنها:"طلب التزوج"([[4]](#footnote-4)). وعرفها المالكية بقولهم:"الخطبة بكسر الخاء فعل الخاطب من كلام وقصد واستلطاف بفعل أو قول"([[5]](#footnote-5)).

في حين عرفها الشافعية بأنها:"التماس الخاطب النكاح من جهة المخطوبة"([[6]](#footnote-6)). وقال الحنابلة فيها:"هي خطبة الرجل المرأة لينكحها"([[7]](#footnote-7)).

كما عرفها من المعاصرين الشيخ أبو زهرة بقوله:"هي طلب الرجل يد امرأة معينة للتزوج بها والتقدم إليها أو إلى ذويها ببيان حاله، ومفاوضتهم في أمر العقد ومطالبه ومطالبهم بشأنه"([[8]](#footnote-8)).

**ج- تعريف المشرّع الجزائري**

جاء في المادة الخامسة من قانون الأسرة الجزائري أن:"الخطبة وعد بالزواج".حيثيتضحمن هذا النص أن المشرع الجزائري لم يعط تعريفا دقيقا للخطبة، بل اكتفى ببيان طبيعتها القانونية.

 ومؤدّى ذلك أنه يجوز لكل من الخاطبين أن يعدل عن وعده في أي وقت شاء.

غير أن هذه الفقرة أغفلت النص على عدم جواز الخطبة على الخطبة لورود النهي عن ذلك في السنة النبوية([[9]](#footnote-9)).

فيستحسن تعريفها على النحو الآتي: "الخطبة وعد بالزواج، ليس لها من أثر إلا أنها تمنع الغير إتيانها".

وعلى هذا يمكن أن يُستنتج من تعريفات الخطبة قديما وحديثا التكييف الفقهي والقانوني لها.

**ثانيا: التكييف الفقهي والقانوني للخطبة**

**1- التكييف الفقهي للخطبة**

تعتبر الخطبة بمثابة شبه عقد مبدئي رضائي على الزواج([[10]](#footnote-10))، يتم بإيجاب من المتقدم أو الملتمس للزواج وقبول من المتقدم إليه أو الملتمس منه الزواج، فإذا تم الإيجاب والقبول تكون الخطبة تامة، وإذا لم يلاق الإيجاب قبولا كانت الخطبة ناقصة، أو غير تامة؛ ومن ثم فللخطبة صورتان:

 - إما أن تكون الخطبة تامة وهي التي يقابل فيها طلب مريد الزواج بالقبول سواء من المرأة أو من أهلها.

 - وإما أن تكون غير تامة وهي التي تتردد فيها المخطوبة بين رفض الخاطب أو قبوله لقصد التحري والمشاورة، أو التي تُلاقَى بالإعراض من قبل المرأة وذويها. ومن ثم فالتقدم بطلب الزواج وعرضه يسمى خطبة سواء قوبل بالقبول أو الرفض. وعليه فإذا تم التفاهم بين الطرفين على الزواج، لا يعتبر ذلك عقدا يلتزم فيه الرجل والمرأة بالتزامات لها قوة الإلزام، ولا يترتب على ذلك حق ما لأحدهما نحو الآخر، حتى ولو قرئت الفاتحة([[11]](#footnote-11))، أو قدم الخاطب شيئا من الهدايا، أو قدم جزءا من المهر، فذلك كلّه لا يعتبر عقدا([[12]](#footnote-12)).

وغاية ما يمكن أن يقال في الخطبة إذا تمت أنها وعد بعقد، ولكل من الطرفين العدول عنها، وهذا محل اتفاق بين الفقهاء([[13]](#footnote-13)). ومن ثم فلا إلزام ولا التزام؛ لأنها ليست جزءا من عقد الزواج، ولا ركنا فيه، ولا شرطا لانعقاده أو نفاذه أو لزومه.

على أنّ هذا التكييف يدلّ دلالة واضحة أنّ الشارع يرى الفشل في الخطبة بالعدول عنها وفسخها، خير من الفشل في الزواج لخطورة آثاره؛ لذا كانت بوضع الشارع مجرد وعد غير ملزم([[14]](#footnote-14)). وهذا الحكم متفق عليه بين الفقهاء لا يُعلم خلاف في ذلك([[15]](#footnote-15)).

 **2- التكييف القانوني للخطبة**

 اتفق النظر القانوني في جميع البلاد العربية على أن الخطبة مجرد وعد بالزواج([[16]](#footnote-16))، ومنها قانون الأسرة الجزائري الذي نص في فقرته الأولى من المادة الخامسة المعدلة تعديلا شكليا بموجب الأمر 05-02 بأنها:"وعد بالزواج يجوز للطرفين العدول عنها"، حيث يتضح من هذا النص أن الخطبة لا ترقى إلى مرتبة العقد، ولا يترتب عليها ما يترتب على العقد من التزامات وأحكام وآثار([[17]](#footnote-17)).

**الفرع الثاني: حكم العدول عن الخطبة وآثاره**

لا خلاف في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية في جواز العدول عن الخطبة، كون مجرد الوعد لا يرقى لمرتبة العقد([[18]](#footnote-18))، وقد أفاض الفقهاء والقدامى والمحدثين من رجال الشريعة والقانون في مسألة العدول عن الخطبة وآثاره الناجمة عن تقديم المهر والهدايا والأحقية في الاسترداد بعد الفسخ من عدمه، بما لا طائل من التفصيل فيه، غير أنه من المستجدات التي ينبغي الوقوف عندها مسألة "التعويض عن الضرر المادي والأدبي" الذي يلحق المعدول عنه، وذلك من خلال عرض الاتجاهات الفقهية المعاصرة في ذلك، مع التنويه بموقف المشرع الجزائري وما استقر عليه الاجتهاد القضائي.

**أ- حكم العدول عن الخطبة وأثره**

**أولا: الجانب الفقهي**

 إن العدول عن الخطبة يعني جواز رجوع أحد الخطيبين والتخلي نهائيا عن مشروع الزواج بالخطيب الآخر، والتوقف عن الإجراءات المؤدية إلى إبرام عقد الزواج. ولا يجوز للمعدول عنه إن لم يقبل بالعدول طلب الحكم له بإلزام الطرف العادل بالاستمرار في الخطبة؛ ذلك أن عقد الزواج هو عقد رضائي وليس عقد إذعان.

ولما كانت الخطبة مجرّد وعد بالزواج ولا ترقى إلى درجة العقد الرسمي فإنه من الممكن العدول عنها في أي وقت، ولا يترتب على العدول عن الخطبة ما يمكن أن يترتب على فسخ عقد الزواج، وهذا هو المعنى الذي تضمنته الفقرة الأولى من المادة الخامسة من قانون الأسرة، حيث نصت على أن "الخطبة وعد بالزواج، يجوز للطرفين العدول عنها"([[19]](#footnote-19)).

وعليه فالخطبة ليست عقدا قد التزم طرفاه التزامات لها قوة الإلزام، ولكن أقصى ما تؤديه الخطبة إذا تمت أن تكون وعدا بعقد، وليس للوعد بعقد قوة إلزام عند جمهور الفقهاء خلافا للمالكية في بعض الأقوال([[20]](#footnote-20))، وإذا لم تكن في الخطبة قوة الإلزام لأحد الطرفين فلكل منهما أن يرجع عن قوله، وإن فعل فهو يستعمل خالص حقه، وليس لأحد عليه من سبيل([[21]](#footnote-21)). ولكن ينبغي أدبيا ألا يعدل المرء عن الخطبة نتيجة هوى عارض أو تصرف طائش، فمن يفعل هذا يعتبر في نظر الأخلاق مرتكبا لفعل لا يتفق و ما تقتضيه المروءة الإنسانية.

ولكن ما حكم ما يقدمه الخاطب من مهر أو هدايا للمخطوبة، وكذا ما تقدمه المخطوبة للخاطب من هدايا إذا ما فسخت الخطبة برجوعهما أو رجوع أحدهما؟.

اتفق الفقهاء على أنه إذا عدل الطرفان أو أحدهما عن الخطبة فعلى المخطوبة أن تردّ ما أخذته من الصداق، سواء أكان العدول عن الخطبة من كليهما أم من أحدهما فترد إليه عينه إن كان قائما، فإن لم يكن قائما ردّت إليه مثله إن كان مثليا، وقيمته إن كان قيميا، ذلك أن المهر لا يجب إلا بالعقد، وما دام العقد لم يتم فإن المهر يبقى ملكا له.

غير أنّ الفقهاء قد اختلفوا في حكم ما يقدمه الخاطب للمخطوبة من هدايا، فذهب الحنفية إلى أن هذه الهدايا تعد هبة فتأخذ حكمها وحكم الهبة جواز الرجوع فيها ما لم يوجد مانع يمنع من الرجوع فيها كالهلاك والاستهلاك والخروج عن الملك، والزيادة المتصلة التي لا يمكن فصلها، ولا فرق في هذا في أن يكون الرجوع عن الخطبة من الرجل أو المرأة([[22]](#footnote-22)).

وذهب الشافعية في بعض أقوالهم إلى أنّ المُهدي له أن يسترد هديته كاملة بعينها إن كانت قائمة، وبعوضها إن كانت هالكة أو استهلكت، وذلك لأن الإهداء كان على أساس تمام الزواج، وقد أُبعد فزال السبب الذي حمل على الإهداء، وإذا زال السبب كان له الاسترداد([[23]](#footnote-23)).

وذهب فقهاء الحنابلة وغيرهم من فقهاء التابعين إلى أنه ليس للخاطب الرجوع في شيء مما أهداه، سواء كانت قائمة أو هالكة؛ لأنها هبة، ولا يجوز عندهم الرجوع في الهبة بعد قبضها إلا للأب وحده([[24]](#footnote-24)).

وذهب المالكية([[25]](#footnote-25)) إلى التفرقة بين رجوع الخاطب عن الخطبة، ورجوع المخطوبة عنها. فإن كان العدول عن الخطبة من جانب الخاطب لم يسترد شيئا مما أهداه، وإن كان العدول من جانب المخطوبة كان للخاطب الحق في استرداد ما قدّم من الهدايا، فيأخذ عينها إن كانت قائمة، وإن هلكت أخذ مثلها إن كانت مثلية وقيمتها عن كانت قيمية، إلا إذا كان هناك شرط أو عرف يقتضي غير هذا فيعمل به([[26]](#footnote-26)).

**الترجيح**

ولعلّ ما يفتى به في مذهب المالكية هو الراجح؛ لما في ذلك من العدالة ولما فيه من إنصاف الطرف غير المتسبب في العدول عن الخطبة، ولما فيه من زجر لمن كان متسببا في العدول. ويلاحظ أن ما قدّمه الخاطب للمخطوبة لا يعدّ هبة مطلقة، بل هو هبة مقيدة، فالهدايا قدمت للمخطوبة باعتبار أن الخطبة تمهيدٌ للزواج، فإن لم يحصل الزواج لم يتحقق الغرض الذي قدمت من أجله الهدايا([[27]](#footnote-27)).

**ثانيا: الجانب القانوني**

**أ- بالنسبة للهدايا**

تنص الفقرة الثالثة من المادة الخامسة بعد تعديلها بموجب الأمر 05-02 على أنه:"لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئا مما أهداها إن كان العدول منه، وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته، وإن كان العدول من المخطوبة فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته"([[28]](#footnote-28))**.**

ومنه يتضح أنّ قانون الأسرة الجزائري قد فرّق بين الحالة التي يكون فيها العدول من الخاطب، وبناء على إرادته ورغبته وحده، وبين الحالة التي يكون فيها العُدول من المخطوبة بناءً على رغبتها وإرادتها وحدها،كما فرق بين ما استهلك من الهدايا وما لم يستهلك منها.

فإذا عدل الخاطب سقط حقه في استرداد ما أهداه إياها، وعليه ردّ ما أهدته المخطوبة أثناء فترة الخطوبة ما لم تستهلك، فإن استهلكت ردّ قيمتها. وإن كان العدول من المخطوبة فعليها ردّ ما أهداها الخاطب أثناء فترة الخطوبة ما لم تستهلك، فإن هلكت ردت قيمتها. وما يلاحظ في هذا الشأن أن المشرع لم يذكر صراحة الحق في استرداد ما أهدته المخطوبة للخاطب من هدايا في حال عدولها عنه.

ومما يؤخذ على المشرع أيضا أنه لم يفرّق بين ما إذا كان عدول الخاطب بسبب من أحد الطرفين يمكن أن يكون عدولا اضطراريا، كأن يدفع أحدهما بالآخر إلى العدول، فيكون المعدول عنه هو المتسبب في ذلك. وكان على المشرع أن يربط مسألة التعويض بسبب العدول لا بالمعدول عنه. ويقيد الحكم السابق في حال عدول الخاطب بما إذا كان العدول بسبب منه لا منها، كما يقيد الحكم السابق في حال عدول المخطوبة بما إذا كان العدول بسبب منها لا منه، ويترك التحقق من ذلك إلى السلطة التقديرية للقاضي.

و يلاحظ كذلك أن المشرع الجزائري قد أغفل مسألة العدول اللا إرادي كموت أحد الخطيبين أو حبسه أو مرضه، وبيان أثر ذلك فيما يخص الحق في استرداد الهدايا([[29]](#footnote-29)).

**ب- بالنسبة للمهر**

لم يتعرض المشرع الجزائري صراحة ولا ضمنا لمسألة تقديم المهر من الخاطب أثناء فترة الخطوبة، ولم يبين حكمه بعد عدول أحد الطرفين، ذلك أن الصداق لا يجب للمرأة إلا بالعقد الصحيح.

وما هو متفق عليه بين الفقهاء أنه إذا قدم الخاطب عند الخطبة كل المهر أو بعضه ثم عدل عن الخطبة كان له أن يسترد ما دفعه ما لم يستهلك فإن هلك استرد مثله إن كان مثليا و قيمته إن كان قيميا. ولم يفرق الفقهاء بين ما إذا كان العدول من جهة الخاطب، وبين ما إذا كان العدول من جهة المخطوبة([[30]](#footnote-30)).

**ثالثا: موقف القضاء**

جاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 23/4/1991:"من المقرر شرعا وقانونا أنه لا يسترد الخاطب شيئا مما أهداه إن كان العدول منه، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بتناقض الأسباب غير سديد يستوجب رفضه.

ولما كان من الثابت -في قضية الحال- أن الطاعن تراجع عن إتمام إجراءات الزواج والدخول على الرغم من طلبه من طرف الزوجة، فإن قضاة الموضوع برفضهم طلب الطاعن لاسترجاع الهدايا طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"([[31]](#footnote-31)).

وجاء في القرار المؤرخ في 13/7/1993:"من المقرر قانونا أنه يتوجب على المرأة المخطوبة عند عدولها عن إتمام الزواج أن ترد ما لم يستهلك من هدايا وغيرها، ولا تستحق الزوجة نصف الصداق إلا عند الطلاق قبل الدخول.

ولما ثبت-في قضية الحال- أن الطاعنة هي التي عدلت عن إتمام الزواج وبدون مبرر شرعي أو قانوني، فإنه لا يمكن والحالة هذه تحميل-المطعون ضده- بالخسائر والأضرار المترتبة عن ذلك وأن دفع الطاعنة المتعلق بأحقيتها في نصف الصداق إنما يتحقق لو تم الطلاق بإرادة الزوج مما يتعين القول أن قضاة الموضوع أصابوا في قضائهم، ويتوجب رفض الطعن"([[32]](#footnote-32)).

وعلى هذا فإن مبادئ الاجتهاد القضائي قد استقرت على تطبيق النص القانوني بهذا الشأن، ولم تخرج عما هو مقرر في الفقه الإسلامي.

 **المطلب الرابع: التعويض عن الضرر المادي والأدبي بسبب العدول عن الخطبة**

**أولا: الجانب الفقهي**

المقصود بالضرر المادي هنا: هو الضرر الذي يصيب الشخص في ذمته المالية. أما الضرر الأدبي فهو كل ما يصيب الشخص معنويا كخدش في شعوره، أو في شرفه أو في عاطفته أو في سمعته([[33]](#footnote-33)).

ولا مجال للاختلاف بين الفقهاء في أن الخطبة والوعد بالزواج وتقديم المهر أو بعضه ليس عقدا، ولكل واحد من الخاطبين العدول عن الخطبة، إلا أن الفقهاء القدامى لم يتعرضوا لمسألة التعويض عما قد ينشأ بسبب العدول عن الخطبة من أضرار مادية أو معنوية. وعليه لا بد من معرفة النظر الفقهي في التعويض عن هذه الأضرار.

**الفرع الأول: صور الضرر المادي والأدبي عند العدول عن الخطبة**

يذكر بعض العلماء المعاصرين صورا متعددة تنتج عن مجرد العدول عن الخطبة، مع ملاحظة أن هذه الصور ليس من الضروري أن يتفق عليها القائلون بالتعويض عن الأضرار المادية أو المعنوية([[34]](#footnote-34)).

 يقول في ذلك مصطفى السباعي:"ولا شك في أن المخطوبة قد تتضرر أدبيا أو ماديا ضررا بالغا بالعدول عن خطبتها، كأن يفوت الخاطب عليها خاطبا آخر كان مستعدا لأن يدفع لها مهرا أكثر، أو يعيش معها في مستوى من المعيشة أعلى وأكرم، أو كان صاحب منزلة اجتماعية أرقى وأعلى، وإذا استمر الخاطب في خطبتها سنين-كما يقع كثيرا- فإنه يفوت عليها الخاطبين بعد أن تصبح في سن يقل الراغبون في زواجها، ومن الأضرار المعنوية ما تلوكه الألسنة عن أسباب العدول مما يؤذي سمعتها ويعرضها لكثير من الشائعات"([[35]](#footnote-35)).

كما يقول محمد بلتاجي في تصويره طبيعة الضرر عند فسخ الخطبة:" مما لا شك فيه أن ضررا حقيقيا قد يلحق بالطرف الآخر عند فسخ الخطبة الذي قام به غيره، مثل أن يحبس الرجل المرأة على نفسه بخطبتها فيحرمها من أن يتقدم إليها غيره ممن يساويه أو يفضله، وبعد أن توطن نفسها على الزواج به، ويقومون بخطوات عملية تكلفهم مالا، ثم إذا بالخاطب يعلمهم بفسخه للخطبة وعزمه على عدم الإقدام على العقد، وفي هذا ما فيه من الإضرار الحقيقي بهم ماليا، ونفسيا بما يقع للمخطوبة وأهلها من الكرب الشديد وسوء التقول من بعض الناس"([[36]](#footnote-36)).

كما يصور زكي الدين شعبان أشكالا أخرى من الأضرار في قوله:"إن الخطبة إذا فسخت بعدول أحد الطرفين عنها، وترتب على فسخها لحوق ضرر مادي بالطرف الآخر، كما إذا قامت المخطوبة بإعداد الجهاز أو تركت عملها الذي كانت تكتسب منه، ثم عدل الخاطب عن خطبتها أو قام الخاطب بإعداد مسكن خاص ثم عدلت المخطوبة عن الخطبة، أو ترتب عليه لحوق ضرر معنوي، كجرح الشعور والإحساس وتعريض الطرف الآخر للأقاويل والافتراء عليه وما أشبه ذلك"([[37]](#footnote-37)).ويضيف عبد الرحمن الصابوني كل ما يمس الشرف والخلق لأنواع هذا الضرر([[38]](#footnote-38)).

وعموما فإنّ العدول في حق كل واحد من الطرفين قد يتسبب في العديد من الأضرار التي لأحد الخاطبين دخل فيها، فمنها المادي مثل تفويت المنافع، ومنها المعنوي الذي يمس جوانب السمعة والخلق والإحساس بكلا الطرفين.

**الفرع الثاني: اتجاهات الفقه الإسلامي القديم والحديث في التعويض عن ضرر العدول**

**أولا: في الفقه الإسلامي القديم**

ليس في كتب الفقه الإسلامي القديمة ولا عند فقهاء المذاهب الاجتهادية المتعددة تعرض لمبدأ التعويض عن الضرر عند العدول([[39]](#footnote-39))، ولعل ذلك راجع لأسباب متعددة منها:

1- أن مثل هذه الأمور كانت تجري في عهود الفقهاء القدامى على نحوٍ من البساطة واليسر؛ لعدم استمرار الخطبة فترة طويلة، ولم يكن أحد الطرفين قد تكلف في معظم الأحوال ما يستحق التعويض من مال أو غيره، كما أن التعفف عن أخذ العوض في مثل هذه الأمور لم تكن لتفسح المجال لطلب التعويض القضائي([[40]](#footnote-40)).

2- ثم إن كلا من طرفي الخطبة يعلم مسبقا أن حق العدول مقرر له شرعا فكان لزاما عليه أن يتوقع العدول من جانب الطرف الآخر في أي وقت، فلا يعتبر وقوعه مفاجأة له وليس اعتداء على حق أحد، وإذا كان الأمر كذلك فينبغي أن يتريث حتى تتبين له حقيقة الأمر ولا يتسرع في شراء جهاز البيت أو الاستقالة من الوظيفة بالنسبة للمرأة للتفرغ لشؤون الأسرة قبل أن يبتّ في أمر العقد([[41]](#footnote-41)).

3-كما أن الزواج لا يتم إلا بالرضا الكامل من كل من الرجل والمرأة، فلو لزم الحكم بالتعويض عند العدول لكان في ذلك إلزام ضمني للخاطب بالزواج من مخطوبته مع رغبته عنها، وهذا لا يجوز في العقود مطلقا، فكيف في عقد الزواج؟([[42]](#footnote-42)).

4-كما أن الحياة الاجتماعية في زمن أولئك الفقهاء لم يكن من شأنها أن تترك مجالا للإضرار بالمخطوبة عند العدول، فالإسلام لا يبيح للخاطب إلا النظر والحديث إلى مخطوبته بحضور المحارم، ولا يتصور في مجتمع يقوم على الآداب الإسلامية أن يلتقي الخاطب بمخطوبته إلا بحضور أحد محارمها. أما الظهور أمام الناس بمظهر الزوجية وما ينشأ عن ذلك من إضرار بالمخطوبة عند العدول، فذلك ما لا وجود له في تلك العصور ولا في البيئات التي تتمسك بتعاليم الإسلام، ولكن لما انحرف المسلمون عن تعاليم الإسلام وقلدوا الأجانب فسمحوا للخاطب أن يخرج مع خطيبته وحدهما.. ترتب على ذلك إلحاق الضرر بالمخطوبة عند عدول الخاطب.([[43]](#footnote-43))

لهذا كله لم يتعرض الفقهاء القدامى لهذا الموضوع، وخلافا لذلك فقد نالت هذه القضية اهتمام بعض الفقهاء والقانونيين المعاصرين، نظرا لتطور الحياة الاجتماعية وتأثرها بالحضارة الغربية، وفساد الأخلاق، وضعف الوازع الديني، كل ذلك من شأنه أن يؤدي إلى الإضرار بالمخطوبة عند العدول، مما أوجب على فقهاء الشريعة ورجال القضاء التفكير في مبدأ التعويض، تطبيقا لقوله :"لا ضرر ولا ضرار"([[44]](#footnote-44))، وعملا بنظرية التعسف في استعمال الحق، فما هو رأي الفقه المعاصر في ذلك ؟.

**ثانيا: في الفقه الإسلامي الحديث**

اختلف الفقهاء حديثا في هذا الموضوع، وبانت اتجاهاتهم بين مؤيد ومعارض لمبدأ عدم التعويض مطلقا، واتجاه ثالث ذهب إلى القول بالتفصيل، ولكل وجهة نظره فيما ذهب إليه، وفيما يأتي بيان ذلك:

**الاتجاه الأول: عدم التعويض**

يؤيد أصحاب هذا الاتجاه مبدأ عدم التعويض عند العدول عن الخطبة. وممن ذهب إلى هذا الرأي الشيخ محمد بخيت المطيعي - من كبار علماء الأزهر- حيث يقول في فتواه لأحد السائلين:"ومن ذلك يعلم أنه لا وجه أن يلزم من يمتنع عن العقد بعد الخطبة من الخاطب أو المخطوبة بتعويض؛ لأن كل واحد منهما لا يفوت على الآخر حقا حتى يلزم بالتعويض، بل بعد الخطبة لكل واحد منهما الحرية التامة شرعا في أن يتزوج بمن شاء"([[45]](#footnote-45)).

وبناء على هذا الاتجاه ليس لقاض أن يحكم بالتعويض؛ لأن العدول حق للخاطب والمخطوبة بلا قيد ولا شرط، ولأن العادل بحكم الفقه والقانون يسترد هداياه فكيف يغرم مالا، ولأن المقرر فقها وقانونا أنه لا ضمان في استعمال الحق، ولأن الذي وقع في الضرر من الطرفين يعلم أن الطرف الآخر له العدول في أي وقت شاء، فإن أقدم على عمل بناء على الخطبة ثم حصل عدول، فالضرر نتيجة لاغتراره، ولم يغرر به أحد، والضمان عند التغرير، لا عند الاغترار؛ ولأنه لو حُمّل العادل عن الخطبة مغارم لكان في ذلك بعض الإكراه على الزواج، ويجب أن يتوافر في عقد الزواج كامل الرضا، وكامل الحرية([[46]](#footnote-46)).

كما أنه من المقرر في الفقه الإسلامي "أن الجواز ينافي الضمان"؛ أي أن من يمارس حقا مشروعا له لا يكون مسؤولا عما يترتب على ذلك من ضرر؛ لأن الجواز ينافي المسؤولية، وإنما تنشأ المسؤولية عن المجاوزة والاعتداء، والخاطب لا يعتبر معتديا إذا استعمل حقه في العدول([[47]](#footnote-47)).

**الاتجاه الثاني: وجوب التعويض مطلقا**

أصحاب هذا الاتجاه يقولون بوجوب التعويض مطلقا، وممن تبنى هذا المبدأ الشيخ محمود شلتوت([[48]](#footnote-48))، إذا نال أحد الطرفين بسبب عدول الآخر عن الزواج ضرر؛ لأنه من المقرر في الشريعة أنه "لا ضرر ولا ضرار" كما ورد في الحديث الصحيح، والضرر يزال وطريقة إزالته هو التعويض([[49]](#footnote-49)).

 ولأن الخطبة وإن لم تكن عقدا فهي ارتباط قد ينشأ عنه تصرفات يتحمل أحدهما بسببه مغارم مالية، وقد تكون قد تمت بمعرفة العادل أو برأيه، فالعدول بعد ذلك لا يخلو من تغرير، ولا تعارض عند صاحب هذا الرأي بين كون العدول حقا، وبين تعويض الضرر؛ لأن التعويض ليس عن العدول المجرد، ولكنه تعويض لضرر ناشئ عن العدول بعد أخذ الأُهبة والسير في الأسباب، فالأحوال التي أحاطت بالعدول وللخاطب العادل دخل فيها، هي التي أوجدت الضرر ويزال الضرر بالتعويض، فليس التعويض لأنه استعمل حقا، ولكن لأنه استُعمِل في وقت ينزل فيه الضرر بغيره([[50]](#footnote-50)).

وقد سار على هذا النهج مصطفى السباعي حيث يقرر أن مبدأ التعويض مبدأ عادل تقره مبادئ الشريعة في أصلين شرعيين:

**الأصل الأول**: مبدأ إساءة استعمال الحق([[51]](#footnote-51))، وهو مبدأ مسلّم به في الفقه الإسلامي، وقد أصبح مسلّما به اليوم في قوانين معظم البلاد العربية وفي أكثر قوانين العالم، ومن المعترف به في تاريخ هذه النظرية أن فقهاء الإسلام سبقوا إلى القول بها فقهاء الغرب حديثا بقرون.

**الأصل الثاني**: مبدأ الالتزام في الفقه المالكي، الذي يرى في بعض أقواله لزوم الوعد إذا ترتبت عليه آثار([[52]](#footnote-52)). وعليه فإن الوعد إذا لزم منه ارتباط الموعود بعمل ومثله ما إذا ارتبط بعقد أو قول كان سببه ذلك الوعد، ونشأ عن تخلف الواعد بتنفيذ وعده ضرر ما حكم عليه قضاء بتنفيذ ذلك الوعد، هذا هو المشهور المعتمد عليه في مذهب المالكية.([[53]](#footnote-53))

**الاتجاه الثالث: التعويض عن الضرر مع التفصيل فيه**

ذهب فريق ثالث من الفقهاء إلى التفصيل في التعويض عن الضرر، ويمثل هذا الرأي الوسط الشيخ أبو زهرة من خلال قوله:" أن العدول عن الخطبة في ذاته لا يكون سببا للتعويض؛ لأنه حق، والحق لا يترتب عليه تعويض قط، ولكن ربما يكون الخاطب قد تسبب في أضرار نزلت بالمخطوبة، لا لمجرد الخطبة والعدول، كأن يطلب نوعا من الجهاز أو تطلب هي إعداد المسكن، ثم يكون العدول والضرر، فالضرر نزل بسبب عمل كان من الطرف الذي عدل غير مجرّد الخطبة، فيعوض وإن لم يكن كذلك فلا يعوض.

وعلى هذا يكون الضرر قسمين: ضرر ينشأ وللخاطب دخل فيه غير مجرد الخطبة والعدول([[54]](#footnote-54))، وضرر ينشأ عن مجرد الخطبة والعدول من غير عمل من جانب العادل، فالأول يعوض والثاني لا يعوض كما هو مقرر في قواعد الفقه الحنفي وغيره، إذ الأول كان فيه تغرير والتغرير يوجب الضمان، والثاني لم يكن فيه تغرير، بل اغترار ممن وقع الضرر عليه والاغترار لا يوجب الضمان" ([[55]](#footnote-55)).

ولم يفرق هنا بين نوعي الضرر المادي والأدبي، يظهر هذا واضحا في اعتبار أن رأيه هذا مشابه للقرار الذي انتهت إليه محكمة النقض المصرية عام 1939م، والتي تعتبر أنه "إذا لازمت الوعد بالزواج والعدول عنه أفعال مستقلة عنهما استقلالا بينا بحكم أنهما مجرد وعد بالزواج فعدول عنه، وتكون هذه الأفعال موجبة للتضمين على من صدرت منه باعتبارها أفعالا ضارة في ذاتها لا نتيجة عن العدول"([[56]](#footnote-56)).

وقد عدل أبو زهرة عن هذا الرأي وقصر التعويض على الضرر المادي دون الأدبي حين العدول عن الخطبة، حيث قال:"إن التمسك بالآداب الإسلامية الخاصة بالخطبة يترتب عليه أن يقتصر النظر في الأضرار المادية؛ لأن الأضرار الأدبية التي تمس السمعة، وسببها الاستهواء والاستغواء([[57]](#footnote-57))، ونحو ذلك لا محل له في الفقه الإسلامي"([[58]](#footnote-58)).

أما عبد الرحمن الصابوني فيرى عدم التفريق بين الضرر المادي والمعنوي، لأن المرء كما يتضرر ماديا يتضرر معنويا، كما يرى أيضا أن الإغواء الذي يوجب التعويض هو الذي يرافقه الغش والخديعة، فإذا كان بعلم المخطوبة وأقاربها فلا تعويض([[59]](#footnote-59)).

ومن ثم فالتعويض عن العدول يلازمه ثلاثة شروط مجتمعة لتقريره:

**أولا**: أن يثبت أن العدول لم يكن بسبب من المخطوبة.

**ثانيا:** أن العدول قد أضر بها ماديا أو معنويا غير الاستهواء الجنسي.

**ثالثا**: أن الخاطب قد أكد رغبته في الزواج من المخطوبة بما يستدل به عادة وعقلا على تأكيد خطبته وتصميمه على إجراء عقد الزواج([[60]](#footnote-60)).

**الترجيح**

بعد عرض الاتجاهات الفقهية في مسألة التعويض عن الضرر عند العدول عن الخطبة، والذي يتفق ومقاصد الشريعة في رفع الضرر هو الاتجاه الثالث القائل بالتعويض للضرر الناشئ عن العادل، لا مجرد العدول عن الخطبة لما يلي:

**أولا**: مراعاة هذا الاتجاه للتشريع الإسلامي بكون الخطبة وعدا غير ملزم، ومن ثم جواز الفسخ لها والرجوع عنها، وإن كان لغير مبرر.

**ثانيا**: أن هذا الاتجاه يعد أعدل الآراء وأوسطها، بين الذين يمنعون التعويض عن العدول مطلقا، سواء لحق المعدول عنه ضرر أم لا، وبين الذين يجوزون التعويض مطلقا عند وقوع الضرر سواء أكان العادل سببا فيه أم لا، وذلك بتقييده إلزام العادل بالتعويض عند كونه سببا حقيقيا في إلحاق الضرر بالمعدول عنه.

**ثالثا**: أن الأخذ بهذا الرأي فيه مراعاة لما تقتضيه المصلحة والقواعد الشرعية؛ لأن العادل الذي نشأ الضرر بسببه يصير مغررا للمعدول عنه، والتغرير يوجب الضمان، أما إذا لم يكن سببا في الضرر فلا يكون مغررا، ومن ثم لا يلزم التعويض.

**ثانيا: الجانب القانوني**

تنص الفقرة الثالثة من المادة الخامسة من قانون الأسرة على أنه:"إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز له الحكم بالتعويض".

من خلال بيان الطبيعة القانونية للخطبة بأنها مجرد وعد وليست عقد، وأن العدول عنها مقرر لكل من الخطيبين؛ لكونه مباحا شرعا، جائزا قانونا، ومن ثم فإن التراجع من أحد الخطيبين أمر مباح في ذاته. والحكمة من هذا التجويز تمكين الخطيبين من تفادي الارتباط بزواج لا يحقق الغاية المقصودة، وإزالة الإكراه والضغط على الإرادة قبل انعقاد العقد.

وهذا الجواز في العدول تعارضه الفقرة الثانية من نفس المادة التي رتبت التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية التي تنتج عن العدول ذاته، وهو يتنافى أيضا مع القواعد الفقهية والقانونية التي تنص على أن "الجواز ينافي الضمان"، وعليه لا يكون التعويض عن العدول ذاته باعتباره واقعة أو تصرف أجازه القانون والشرع، وإنما يكون التعويض عما صاحب ذلك العدول من أضرار مادية أو معنوية.

ولكن قد يترتب على العدول عن الزواج بعد تمام الخطبة ضرر ينال الطرف الآخر الذي لم يعدل، فقد ينال المرأة ضرر بسبب عدول الرجل، لأنها أعدت الجهاز مثلا، فهل يغرم العادل من ماله عوضا للأضرار المالية وغير المالية ؟.

جاء موقف المشرع الجزائري في هذا الشأن على إطلاقه دون تحديده للأضرار المادية والمعنوية، على أساس أن التعويض سببه إلحاق الضرر بالطرف الآخر وليس هو استعمال الحق في العدول في حدّ ذاته؛ لأن الخطبة لا تعدو أن تكون مجرد وعد غير ملزم بالزواج، وهو ما أكدته المادة الخامسة بالنص على أنّ "الخطبة وعد بالزواج، يجوز للطرفين العدول عنها".

 ومنه يلاحظ أن المشرع الجزائري قد أخذ بمبدأ التعويض عند العدول عند الخطبة إذا نشأ عن ذلك ضرر مادي أو معنوي على أساس المسؤولية التقصيرية كسائر الأفعال غير المشروعة الأخرى والتي تقع لأسباب مختلفة.

 وإذا كان المشرع الجزائري قد أحسن صنعا عندما قرر الأخذ بمبدأ التعويض عن الضرر المادي الذي يلحق بالمعدول عنه، فإن الأمر يختلف بالنسبة للضرر المعنوي في حالة الاستهواء الجنسي الذي ينشأ عن مخالفة أحكام الشريعة والوقوع في المحرم الذي نهى الله عنه، فلا يستحق تعويضا بل توجب العقوبة على ذلك كما هو معلوم شرعا، فليس مما يتفق مع مبادئ الإسلام في شيء أن يُحكم للمعدول عنها بالتعويض عن وقوعها في الحرام نتيجة نزوات نفسية طائشة غير متبصرة بالعواقب، ولا متقيدة بحدود الشريعة ومبادئ الأخلاق([[61]](#footnote-61)).

ولأن الحكم بالتعويض في مثل هذه الحالة يشجع مرتكبيها على التمادي فيها؛ لكونها إحدى صور الضرر المعنوي ضمن إطلاق النص القانوني في الحق في التعويض.

وعلى ذلك كان الأجدر بالمشرع الجزائري تقييد إطلاق المادة الخامسة فيما يخص التعويض عن الضرر المعنوي بعدم مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية والآداب والأخلاق العامة. وذلك بتعديل الفقرة الثانية من المادة الخامسة على النحو الآتي:"إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي- غير مخالف لأحكام الشريعة ومبادئها- لحق بأحد الطرفين، جاز الحكم له بالتعويض".

**ثالثا: موقف القضاء**

لم يستقر القضاء الجزائري على أي اجتهاد فيما يخص التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية التي قد تصاحب استعمال الحق في العدول عن الخطبة، فقد عمد إلى تطبيق النص المتضمن في المادة الخامسة من قانون الأسرة، دون تقييد صور الضرر المعنوي الموجب للتعويض([[62]](#footnote-62)).

ومن أمثلة ما ورد في ذلك: القرار الصادر عن المحكمة العليا و المؤرخ في 25/12/1989:"من المقرر قانونا أن الإقرار القضائي هو اعتراف الشخص بواقعة قانونية مدّعى بها عليه أمام القضاء، وهو حجة قاطعة على المقر، ومن المقرر أيضا أنه إذا ترتب على العدول الخطوبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذين المبدأين يعد خرقا للقانون.

ولما كان من الثابت في قضية الحال؛ أن المجلس القضائي بإلغائه الحكم المستأنف ورفضه الدعوى المتضمنة طلب تعويض من الطاعن على الضرر الذي أصيب به بالرغم من إقرار المطعون ضدها بفسخ الخطبة أمام القضاء يكونوا قد خالفوا القانون. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"([[63]](#footnote-63)). وعليه فإن المستقر عليه في هذا الشأن في الجزائر قضاء أن:

 1- الخطبة ليست بعقد ملزم.

 2- مجرد العدول عن الخطبة لا يكون سببا للتعويض.

 3- إذا اقترن بالعدول عن الخطبة أفعال ألحقت ضررا بأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية.

**المطلب الخامس: اقتران الفاتحة بالخطبة**

نصت المادة السادسة على ما يلي:"إن اقتران الفاتحة بالخطبة لا يعد زواجا. غير أن اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توافر ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في المادة 9 مكرر من هذا القانون"([[64]](#footnote-64)).

 يتضح من نص هذه المادة أن المشرع الجزائري قد اعتمد النص على هذه المادة تماشيا مع العرف الجاري في المجتمع الجزائري، وذلك بنية التفريق بين الخطبة وعقد الزواج عند اقتران الفاتحة بهما، وتفصيل ذلك يكون على النحو الآتي:

**الفرع الأول: الجانب الفقهي**

يعتبر الزواج صحيحا إذا استكمل أركانه وشروطه، وانتفت عنه جميع موانع الصحة، سواء اقترنت به الفاتحة أم لا. جاء في مغني المحتاج:"يستحب تقديم خُطبة عند الخِطبة، وهي الكلام المفتتح بحمد الله والصلاة على رسول الله ، المختتم بالوصية والدعاء..كما يستحب تقديم خُطبة أخرى قبل العقد وهي آكد من الأولى، وتسمى خطبة الحاجة"([[65]](#footnote-65)). وجاء في الروض المربع:"ويسن أن يخطُب قبله-أي العقد-"([[66]](#footnote-66)).

وعلى هذا فإن الفقهاء لم يعتبروا الفاتحة من ماهية عقد الزواج ولا من شروطه، وإنما تستحب تبركا لقدسية عقد الزواج في نظر الشريعة الإسلامية. ومنه فاقتران الفاتحة بالخطبة لا يرتقي بها إلى العقد، كما أن تخلف الفاتحة في العقد التام الأركان والشروط لا يرتب عليه البطلان ولا الفساد، فيكون العقد نافذا ولازما.

غير أنه اصطلح على تسمية عقد الزواج المقترن بالفاتحة بالزواج العرفي، فيه دلالة على أنّ هذا العقد اكتسب مسمّاه من كونه عرفا اعتاد عليه الناس، منذ عهد النبي وصحابته الكرام، وما بعد ذلك من مراحل متعاقبة، فلم يكن التوثيق أمرا ملزما ومهمّا بالنسبة لهم([[67]](#footnote-67)).

 ولذلك يعرّف الزواج العرفي من الناحية الشرعية بأنه:" ما يتم بإيجاب وقبول من الطرفين بمباشرة الولي لعقد الزواج لمن تحت ولايته وحضور شاهدي عدل مع إعلان وإشهار هذا الزواج وعلم الناس به"([[68]](#footnote-68)).

 وإن كان يعاب عليه من الناحية القانونية عدم توثيقه رسميا. ومنه فلا فرق بين الزواج العرفي والزواج الشرعي([[69]](#footnote-69)).

كما أنه لا فرق بين الزواج العرفي والزواج الرسمي من حيث شرعيتهما، إلا أنهما يفترقان في أن الزواج الرسمي تصدر به وثيقة رسمية من الدولة بخلاف الزواج العرفي الذي يعقد مشافهة، أو تكتب فيه ورقة عرفية([[70]](#footnote-70)).

وتسجيل عقد الزواج يجعله عقدا رسميا يحتج به في مواجهة الغير، وبه تحفظ الحقوق ويحفظ الزواج من الجحود والنكران.

وهذا الأخير يعدّ من الشروط القانونية، إلا أنه لا يؤثر في شرعية العقد وصحته عند تخلفه.

**الفرع الثاني: الجانب القانوني**

جرت عادة كثير من الناس أن يقرأوا الفاتحة عند قبول الخطبة، مع عدم توافر أركان الزواج وعدم تحقق شروطه، فقراءة الفاتحة في هذه الحالة لا تعدو أن تكون تأكيدا للوعد بالزواج([[71]](#footnote-71))، وعليه فما تزال المخطوبة أجنبية، فلو عدل الخاطب لم يكن ذلك رجوعا؛ لأنه لم يتم أي عقد بينهما حتى يعتبر ذلك رجوعا عن عقد، بل إخلاف لوعد قطعه.

 وهذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة السادسة:"إن اقتران الفاتحة بالخطبة لا يُعدّ زواجا" فيكون اقتران الفاتحة بالخطبة تبرّكا لا عقدا. ويستوي في ذلك أن يكون الاقتران قبل الخطبة أو بعدها. أما إذا اقترنت الفاتحة بالخطبة في مجلس العقد بحضور إمام -كما هي العادة غالبا- وحضور شهود، وغالبا ما يكون ذلك في المسجد، ففي هذه الحالة تعتبر المرأة زوجة شرعية لتوافر أركان الزواج وشروطه، فلو توفي ورثته، وعليها العدة، ولو توفت ورثها([[72]](#footnote-72)).

وهذا ما عدّلته الفقرة الثانية من المادة السادسة بقولها:"غير أن اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توافر ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في المادة 9 مكرر من هذا القانون"، حتى ولو لم يكن مسجلا في سجلات الحالة المدنية قبل الدخول([[73]](#footnote-73)). أما بعد الدخول فيجب تسجيله وتوثيقه ([[74]](#footnote-74)).

ولقد أحسن المشرع صنعا عندما اعتبر العقد الشرعي المتوفر على الأركان والشروط -كذكر الصيغة وتسمية المهر، وحضور ولي المخطوبة والخاطب والشهود- زواجا صحيحا استنادا منه إلى الشريعة الإسلامية التي تعتبر الزواج في حال توافر أركانه وشروطه صحيحا؛ لذلك جاء التعديل الجديد توضيحا للمادة القديمة؛ ذلك أن الفاتحة في العرف الجزائري عقد شرعي تختلف في الحكم عن الخطبة.

غير أن النص على اعتبار اقتران الفاتحة بالخطبة في مجلس العقد زواجا جاء غير موفق لسببين([[75]](#footnote-75)):

**الأول:** أن قراءة الفاتحة وقت الخطبة أو بعدها-سواء وقت مجلس العقد أو بعده- لا يعتبر ذلك من الزواج في شيء، ولم يتعرض الفقهاء لمسألة اقتران الفاتحة بالخطبة أو العقد إلا من باب التبرك([[76]](#footnote-76)).

**الثاني:** أنّ المشرع قد خرج على عرف الناس وعاداتهم في اعتبار قراءة الفاتحة من قبيل التبرك والدعاء بتيسير أمر الزواج واستمراره، وليس من قبيل انعقاده - فأراد المشرع أن يعطي قراءة الفاتحة جزءا من انعقاد الزواج- وهذا ليس من الشرع في شيء.

وعلى ذلك فالعبرة بتوافر أركان الزواج وشروطه، فيكون بذلك عقدا صحيحا مرتبا لآثاره الشرعية، حتى ولولم يقترن بالفاتحة، أولم يسجل إداريا([[77]](#footnote-77)).

**الفرع الثالث: موقف القضاء**

استقر القضاء على اعتبار اقتران الفاتحة بالخطبة في مجلس العقد مع توافر الأركان والشروط زواجا صحيحا طبقا للمادة التاسعة من قانون الأسرة الجزائري.

فقد جاء الاجتهاد القضائي في قراره الصادر بتاريخ 17/3/1992:"من المقرر شرعا و قانونا أن الخطبة هي مجرد وعد بالزواج و لكل من الطرفين العدول عنها، و أن لصحة عقد الزواج لا بد من توفره على جميع أركانه المتمثلة في رضا الزوجين، ولي الزوجة، حضور الشاهدين و صداق.

و لما ثبت- من أوراق الملف الحالي- أن شهود القضية أكّدوا و صرّحوا حضورهم للوليمة، أو فاتحة الخطبة ، واكتفى قضاة الموضوع في تأسيس قرارهم - القاضي بصحة الزواج- على ذلك، علما أن الفاتحة ليست من بين أركان الزواج و إنما هي من باب التبرك و الدعاء وأن مجلس الخطبة يختلف عن مجلس العقد. لذا فإن القرار المنتقد جاء خاليا من الأساس القانوني السليم و يتعين نقضه"([[78]](#footnote-78)).

- وكذا ما جاء في القرار الصادر بتاريخ 19/11/1984:"إن إثبات الزواج أو نفيه يخضع لتقدير قضاة الموضوع طالما كان ذلك قائما على النحو الشرعي، ومن المقرر كذلك أن الأصل في الخطبة وفي غالب الأحيان هي مقدمة للزواج وليست زواجا، غير أنها قد تتجاوز مرحلة التماس النكاح إلى النكاح الشرعي وتصبح فعلا زواجا شرعيا إذا واكبها تحديد شروطه وتحققت أركانه. ومن ثم فإن القضاء بما يتفق مع هذا المبدأ يعد قضاء صحيحا"([[79]](#footnote-79)).

وجاء في القرار الصادر بتاريخ 14/4/1992:"إن اقتران الخطبة مع الفاتحة بمجلس العقد لا يعدّ خطبة بل هو زواج صحيح؛ لتوافر جميع أركانه بقراءة الفاتحة بعد الخطبة أو اقترانها مع الخطبة في مجمع أو مجلس يعدّ بمثابة زواج صحيح وينتج كافة آثاره ولا ينقص سوى الدخول وتسجيل العقد الإداري بالحالة المدنية للبلدية"([[80]](#footnote-80)).

وعلى هذا يمكن القول بأن المحكمة العليا في قراراتها بهذا الشأن جعلت المعول عليه في قيام عقدالزواج وصحته هو توافر أركانه وشروطه، وبغيرها لا ينعقد الزواج حتى ولو قرئت الفاتحة.

وهناك قرارات ومبادئ قضائية مشابهة كثيرة، ومنه يلاحظ بأن مبادئ الاجتهاد القضائي قد استندت فيما أقرته من مبادئ وأحكام تعتبر من خلالها أن اقتران الفاتحة بالخطبة في مجلس العقد زواجا صحيحا إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

1. **- عدلت بالأمر 05-02 المؤرخ في 27/2/2005. وحررت في ظل القانون 84-11 كما يلي:"الخطبة وعد بالزواج ولكل من الطرفين العدول عنها. إذا ترتب عن العدول ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض. لا يسترد الخاطب شيئا مما أهداه إن كان العدول منه. وإن كان العدول من المخطوبة فعليها رد ما لم يستهلك".** [↑](#footnote-ref-1)
2. **- فصّل فقهاء الشريعة الإسلامية الحديث في أحكام الخطبة وشروطها وضوابط النظر إلى المخطوبة وأثرها، ومنه فلا داعي للتعرض بالتفصيل لأحكامها عدا ما يخص مسائلها المتعلقة بالبحث.**  [↑](#footnote-ref-2)
3. **- ابن منظور: لسان العرب،1/360-361.**  [↑](#footnote-ref-3)
4. **- ابن عابدين: رد المحتار، 3/8.** [↑](#footnote-ref-4)
5. **- الحطاب: مواهب الجليل ، 3/407.** [↑](#footnote-ref-5)
6. **- الشربيني: مغني المحتاج ، 3/183.** [↑](#footnote-ref-6)
7. **- ابن قدامة: المغني، 9/567.** [↑](#footnote-ref-7)
8. **- أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ص 26.** [↑](#footnote-ref-8)
9. **- لحديث:"لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه".البيهقي: كتاب النكاح باب لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه حديث رقم14029 السنن الكبرى7/291. النسائي:كتاب النكاح، باب النهي أن يخطب الرجل على خطبة أخيه، حديث رقم5335، السنن الكبرى، 5/165. أبو داود: كتاب النكاح، باب، باب في كراهية أن يخطب الرجل على خطبة أخيه، حديث رقم 2080، سنن أبي داود، 2/389،390.**  [↑](#footnote-ref-9)
10. **- لقد تعددت الآراء والاتجاهات في هذا الشأن فظهرت نظرية المسؤولية العقدية التي تقوم على اعتبار أن الخطبة عقد يترتب عليها تحمل كل من الخاطبين التزام بعمل وهو إبرام الزواج الموعود به، فإذا نكل أحد الخاطبين اعتبر مخلا بالالتزام، ولما كان التنفيذ العيني لهذا الالتزام مستحيلا لاصطدامه بالحرية اقتصر الأمر على التعويض، وأما نظرية التعسف في استعمال الحق فملخصها أن الخطبة ليست مجرد عملية اجتماعية بل هي عقد يترتب عليه تحمل كل من الطرفين التزاما بعمل وهو إبرام الزواج، ومع أن الخطبة تمتاز بفكرة إنهائها إلا أن حق الناكل ليس مطلقا وإنما هو حق نسبي مقيد بوجوب استناده إلى مبررات مشروعة، وأما نظرية المسؤولية التقصيرية ومؤداها أن العدول عن الخطبة حق مطلق لكل من الخاطبين لأنه لا يعدو أن يكون إنهاء لوضع لا ينشأ عنه أي التزام بإبرام الزواج إعمالا للحرية المطلقة في إتمامه أو العزوف عنه، وإذا كان العدول في ذاته لا يعتبر خطأ إلا أن احتمال اقترانه بالأفعال الضارة يمكن أن ينشأ عنه السبب في التعويض. انظر، توفيق حسن فرج:الطبيعة القانونية للخطبة وأساس التعويض في حالة العدول عنها، مطبعة جامعة الإسكندرية، 1963، ص 12. وعبد الفتاح محمد ظافر كباره:الزواج المدني وموقف الإسلام منه، ص 67 -71.**  [↑](#footnote-ref-10)
11. **- يقصد بقراءة الفاتحة هنا مجرد التبرك عند إتمام الخطبة بالركون كما جرت العادة تأكيدا لها، وكذا تقديم الهدايا وغيرها للدلالة على قوة الرغبة والمودة بين الخطيبين. انظر، زكريا البري: بداية المجتهد في أحكام الأسرة المسلمة، مطبعة دار التأليف، مصر،(دط،دت)، ص 19.** [↑](#footnote-ref-11)
12. **- انظر، السباعي: شرح قانون الأحوال الشخصية، ص 56.** [↑](#footnote-ref-12)
13. **- انظر، عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء، دار الفكر العربي، القاهرة، ط1، 1984، ص24.** [↑](#footnote-ref-13)
14. **- انظر، فتحي الدريني: بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط1، 1994، 2/514.** [↑](#footnote-ref-14)
15. **- انظر، توفيق حسن فرج: الطبيعة القانونية للخطبة وأساس التعويض في حالة العدول عنها، ص 67.** [↑](#footnote-ref-15)
16. **- فعلى سبيل المثال ما نص عليه قانون الأحوال الشخصية السوري في مادته الثانية:"الخطبة والوعد بالزواج وقراءة الفاتحة وقبض المهر وقبول الهدية لا تكون زواجا". المرسوم التشريعي رقم 59 المؤرخ في 7/9/1953 المعدل بالقانون رقم 18/2003.** [↑](#footnote-ref-16)
17. **- انظر، العربي بلحاج: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، 1/51.** [↑](#footnote-ref-17)
18. **- الفرق بين الوعد والعقد: العقد هو إنشاء تصرف في الحال مع الجزم والتأكيد، أما الوعد فهو إظهار الرغبة في فعل شيء في المستقبل، قد يحصل أو لا يحصل. فليس الوعد إلزام قضائي (قانوني) بخلاف العقد، وإنما الإلزام في الوعد أدبي فقط، والعقود المعلقة على شرط أو المضافة إلى أجل لها وجود في الحال لكن لا تطبق عمليا إلا عند وجود الشرط أو حلول الأجل. أحمد إبراهيم بك وواصل علاء الدين أحمد إبراهيم: أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون، مطابع دار الجمهورية، مصر،ط5، 2003، ص67.** [↑](#footnote-ref-18)
19. **- انظر، عبد العزيز سعد: المرجع السابق، ص 17-18.** [↑](#footnote-ref-19)
20. **- في بعض أقوال الإمام مالك أن الوعد يجب الوفاء به قضاء، لكن هذا لا يجري على الخطبة لأن الوفاء بهذا العقد يقتضي أن يبرم الزواج ويتم بالنسبة لشخص لا يرضى عنه، ورأي الجمهور هو المعتبر، ولأن إلزام أحد الطرفين بإجراء العقد يتضمن الإكراه. انظر، أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ص 35.** [↑](#footnote-ref-20)
21. **- انظر، أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ص 34.** [↑](#footnote-ref-21)
22. **- انظر، مصطفى شلبي: أحكام الأسرة في الإسلام، ص 83. أحمد إبراهيم بك: أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون، ص 59.** [↑](#footnote-ref-22)
23. **- انظر، أبو زهرة: محاضرات في عقد الزواج، ص 66. و عبد العزيز رمضان سمك: أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي والقانون المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص 43.** [↑](#footnote-ref-23)
24. **- انظر، السباعي: شرح قانون الأحوال الشخصية، 1/61.** [↑](#footnote-ref-24)
25. **- فكرت مصر في الأخذ بمذهب مالك في هذه المسألة مرتين، إحداهما في المشروع الذي قدم سنة 1915، فقد كان فيه هذا النص، والثانية في المشروع الذي أعده المكتب الفني لرئاسة الجمهورية، وقد نص على ذلك في المادة 17 منه سنة 1956، ولم يقدر لكل من هذين الاقتراحين حتى الآن أن يجد سبيله نحو النور. انظر، أبو زهرة: محاضرات في عقد الزواج وآثاره، ص 67. وعبد العظيم شرف الدين: أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، مطبعة لجنة البيان العربي، القاهرة، ط2، 1967، ص 51-52.** [↑](#footnote-ref-25)
26. **- انظر، مصطفى شلبي: أحكام الأسرة في الإسلام، ص 83.** [↑](#footnote-ref-26)
27. **- انظر، شلبي: المرجع نفسه، ص 83-84.عبد العزيز رمضان سمك: : أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي والقانون المصري، ص 44 وما بعدها.** [↑](#footnote-ref-27)
28. **- حيث أخذ المشرع الجزائري بالتفريق بين أن يكون العدول من جانب الخاطب أو من جانب المخطوبة وفق ما هو منصوص عليه في المذهب المالكي.** [↑](#footnote-ref-28)
29. **- كل ما قيل في الرجوع في الهبة وموانعها، يقال تماما في الرجوع في الهدية لأنها نوع منها، كما هو منصوص عليه في كتب المذاهب الفقهية، فإذا انتهت الخطبة بالوفاة فلا يُسترَد شيء من الهدايا، كما هو مدون في المادة 32 من مشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية. انظر، أحمد إبراهيم بك: أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون، ص60.** [↑](#footnote-ref-29)
30. **- يقول في ذلك السباعي:"والنظر ومبادئ العدالة وتغير الأوضاع الاجتماعية، يقتضي التفريق بين عدول الخاطب وبين عدول المخطوبة، فإن العدول إن كان من جهة الخاطب كان من الظلم أن تلزم المرأة بردّ مثل النقد أو قيمته، وهي في الغالب تتصرف في المهر بعد الخطبة فتشتري به جهازها من ثياب وأثاث وغير ذلك، فإذا ألزمناها عند عدول الخاطب بأن ترد إليه مثل النقد أو قيمته فقد ألزمناها بأن تتحمل الأضرار التي لحقتها من شراء الجهاز أو الأثاث، وإن كان العدول من جهتها فمن العدل أن تتحمل هذه الخسائر لأنها كانت سببا فتكون راضية بالخسارة، ولهذا عدل قانون الأحوال الشخصية السوري عن إطلاق الحكم في ذلك كما أطلقه الفقهاء، وفرق بين الحالتين". شرح قانون الأحوال الشخصية، 1/58-59.** [↑](#footnote-ref-30)
31. **- ملف رقم 73919: المجلة القضائية: العدد الثاني ، 1993، ص 58.** [↑](#footnote-ref-31)
32. **- ملف رقم 92714 : المجلة القضائية، العدد الأول، 1995، ص 128.** [↑](#footnote-ref-32)
33. **- هناك من لم يعتبر الضرر الأدبي ضررا لأنه غير متقوم، فلو شتم إنسان آخر لا يكون لهذا الأخير حق في طلب التعويض من الشاتم، وإن كان له الحق في طلب معاقبته.انظر، محمد وحيد الدين سوار: التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي،مطابع دار الكتاب العربي، مصر،(دط،دت)، ص 22.** [↑](#footnote-ref-33)
34. **- لم يستعمل فقهاء الشريعة الإسلامية مصطلح التعويض عند الحديث عن جبر الضرر، وإنما استعملوا مصطلح الضمان أو التضمين، فالضمان عندهم يحمل في طياته ما يقصد به في اصطلاح التعويض في القانون المدني. وقد ذكر الشيخ علي الخفيف أن الضمان بمعناه الأعم في لسان الفقهاء هو :"شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل، والمراد ثبوته فيها مطلوبا أداؤه شرعا عند تحقق شرط أدائه". انظر، علي الخفيف: الضمان في الفقه الإسلامي، المطبعة الفنية الحديثة، مصر، 1971، ص 5. أو هو "الالتزام بتعويض الغير عما ألحقه من تلف المال أو ضياع المنافع أو عن الضرر الجزئي أو الكلي الحادث بالنفس الإنسانية". وهبة الزحيلي: نظرية الضمان، دراسة مقارنة، دار الفكر، دمشق،1982،ص15.** [↑](#footnote-ref-34)
35. **- مصطفى السباعي: شرح قانون الأحوال الشخصية، 1/62.** [↑](#footnote-ref-35)
36. **- محمد بلتاجي: دراسات في أحكام الأسرة، مكتبة الشباب، القاهرة، (دط)، 1990، ص 215 بتصرف.** [↑](#footnote-ref-36)
37. **- زكي الدين شعبان: الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، منشورات جامعة قاريونس، بنغازي، ليبيا، ط6، 1996، ص 79.** [↑](#footnote-ref-37)
38. **- انظر، عبد الرحمن الصابوني: أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، مكتبة الفلاح، الكويت، ط1، 1987، ص87.** [↑](#footnote-ref-38)
39. **- انظر، شلبي: أحكام الأسرة في الإسلام، ص 86.** [↑](#footnote-ref-39)
40. **- انظر، محمد بلتاجي: دراسات في أحكام الأسرة، ص 215-216.** [↑](#footnote-ref-40)
41. **- محمد فهيم الجندي: محاضرات في الأحوال الشخصية، مكتبة النصر، القاهرة، 1998، ص 30.** [↑](#footnote-ref-41)
42. **- السباعي: شرح قانون الأحوال الشخصية، ص63.** [↑](#footnote-ref-42)
43. **- زكي الدين شعبان: الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، ص 79-80.** [↑](#footnote-ref-43)
44. **- أخرجه الإمام مالك:كتاب الأقضية، باب القضاء في المرفق، حديث رقم 2171.الموطأ، 2/290. والبيهقي:كتاب الصلح، باب لا ضرر ولا ضرار، حديث رقم 11384. السنن الكبرى، 6/115.** [↑](#footnote-ref-44)
45. **- محمد بخيت المطيعي: مجلة المحاماة الشرعية، العدد الأول، السنة الثانية، (د ت)، القاهرة، ص 44-45.** [↑](#footnote-ref-45)
46. **- انظر، أبو زهرة:الأحوال الشخصية، ص 35 وما بعدها.** [↑](#footnote-ref-46)
47. **- انظر، فتحي الدريني: بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، 2/541.** [↑](#footnote-ref-47)
48. **- السباعي: شرح قانون الأحوال الشخصية،1/64.** [↑](#footnote-ref-48)
49. **- انظر، محمد عبد الفتاح النشار: حق التعويض المدني بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،2002، ص 163 وما بعدها.** [↑](#footnote-ref-49)
50. **- انظر، أبو زهرة:الأحوال الشخصية، ص 36 وما بعدها.** [↑](#footnote-ref-50)
51. **- انظر، محمد عبد الفتاح النشار: حق التعويض المدني بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، ص 87 وما بعدها.** [↑](#footnote-ref-51)
52. **- الوعد عند الإمام مالك فيه أربعة أقوال: أولها: أنه لا إلزام فيه، ولا يقضي بمقتضاه بشيء، والثاني: أن الوعد ملزم ويقضى به في كل الأحوال، والثالث: أنه يجب الوفاء بالوعد الذي يكون سببا لأمر لا يستطيع من بذل له الوعد القيام به بدون تحقيق الوعد،الرابع: أنه يجب الوفاء إذا كان الوعد له سببا للتصرف، ودخل من بذل له الوعد في التصرف بسبب ذلك الوعد. انظر، أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ص 35.**  [↑](#footnote-ref-52)
53. **- السباعي: شرح قانون الأحوال الشخصية، 1/64-66.** [↑](#footnote-ref-53)
54. **- ويكون ذلك على أساس المسؤولية التقصيرية. انظر، توفيق حسن فرج: الطبيعة القانونية للخطبة وأساس التعويض في حالة العدول عنها، ص134.** [↑](#footnote-ref-54)
55. **- انظر، أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ص 36-37.** [↑](#footnote-ref-55)
56. **- عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام،(دط، دت)، 1/830.** [↑](#footnote-ref-56)
57. **- يقول السباعي تعقيبا على ذلك:" غير أن الضرر الأدبي لا ينحصر في ذلك، بل كثير منه يقع في حالات مباحة، ومن أمثلتها أن تكون الفتاة في سنّ يكثر معها الخاطبون فتختار واحدا منهم، ثم تمتد الخطبة سنين-كما يقع كثيرا- ثم يعدل الخاطب عن الخطبة بعد أن فاتها عدد من الخاطبين الأكفاء قد يكونون أحسن مستقبلا وأعظم مكانة اجتماعية من خطيبها الذي عدل أخيرا".شرح قانون الأحوال الشخصية، ص67.** [↑](#footnote-ref-57)
58. **- أبو زهرة: محاضرات في عقد الزواج وآثاره، ص 75.** [↑](#footnote-ref-58)
59. **- انظر، عبد الرحمن الصابوني: الأحوال الشخصية، 1/55.** [↑](#footnote-ref-59)
60. **- انظر، السباعي: شرح قانون الأحوال الشخصية، 68.** [↑](#footnote-ref-60)
61. **1- السباعي: شرح قانون الأحوال الشخصية، 1/67. وممن قال بذلك الشيخ أبو زهرة في كتابه محاضرات في عقد الزواج وآثاره، حيث قصر الضرر المعنوي على حالة الاستهواء الجنسي ومخالفة الآداب الإسلامية التي لا تستوجب التعويض بل العقوبة عليها. انظر، ص 75.** [↑](#footnote-ref-61)
62. **- ولعل السبب في ذلك قد يرجع إلى قلة الدعاوى المطروحة على القضاء في هذا الشأن.** [↑](#footnote-ref-62)
63. **- ملف رقم 56097: المجلة القضائية، العدد الرابع ،1991 ،ص 102.وانظر، عمر بن سعيد:الاجتـهاد القضائي وفقا لأحكام قانون الأسرة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر،2004،ص 10.** [↑](#footnote-ref-63)
64. **- عدلت بالأمر 05-02 المؤرخ في 27/2/2005. وحررت في ظل القانون 84-11 كما يلي:"يمكن أن تقترن الخطبة مع الفاتحة أو تسبقها بمدة غير محددة. تخضع الخطبة والفاتحة لنفس الأحكام المبينة في المادة 5 أعلاه". وقد سبق تحليل ومناقشة مضمون هذه المادة -قبل تعديلها- في الفصل التمهيدي.**  [↑](#footnote-ref-64)
65. **- الشربيني: مغني المحتاج، 3/186-187.** [↑](#footnote-ref-65)
66. **- البهوتي: الروض المربع، ص 510.** [↑](#footnote-ref-66)
67. **- انظر، أسامة عمر سليمان الأشقر: مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، ص 130.** [↑](#footnote-ref-67)
68. **- انظر، عمران فارس محمد: الزواج العرفي، مجموعة النيل العربية، القاهرة، ط1، 2001، ص 21.** [↑](#footnote-ref-68)
69. **- الزواج العرفي غير الشرعي (نكاح السر)، له صورتان: الصورة الأولى وهي الغالبة، وفيها أن يتم عقد الزواج العرفي بإيجاب وقبول من الطرفين من خلال ورقة عرفية يوقعان عليها باسميهما، مع حضور شاهدين مستأجرين، أو من أصدقاء الزوجين، يوقعان على العقد العرفي، مع عدم إعلان وإشهار هذا الزواج العرفي، أو علم الأهل به، إذ غالبا ما يتم في سرية تامة، وغالبا ما يؤمر الشاهدين بكتمانه. أما الصورة الثانية: فهي أن يتم عقد الزواج العرفي بإيجاب وقبول من الطرفين من خلال ورقة عرفية فقط، دون حضور شهود للتوقيع عليه، ودون إعلانه وإشهاره بين الناس، ويتم هذا الزواج في سرية تامة جدا، لا يعلم به أحد إلا الزوجين فقط. انظر، عمران فارس محمد: الزواج العرفي، ص 20.** [↑](#footnote-ref-69)
70. **- انظر، أسامة عمر سليمان الأشقر: مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، ص 130 وما بعدها.** [↑](#footnote-ref-70)
71. **- المقصود بالفاتحة هنا قراءة السورة من باب التبرك والدعاء بالتوفيق.** [↑](#footnote-ref-71)
72. **- وهنا تطرح قضية الزواج العرفي وحكمه: فقد اجتمعت الآراء الفقهية على تعريف الزواج بأنه:"عقد يفيد حل استمتاع كل من العاقدين بالآخر على الوجه المشروع". وأهم أغراض الزواج من هذا التعريف هو امتلاك المتعة المتبادلة بين العاقدين وذلك بالطريق الشرعي وبالأسلوب القويم. وبالنظر إلى تعريف الزواج فإنه لم يفرق بين ما إذا كان الزواج موثقا أو غير موثق رسميا أو عرفيا مكتوبا أو غير مكتوب، فتلك ليست فروق في تعريف الزواج.لأن الفقهاء قد اتفقوا على أنه لا فرق في التعريف بين الزواج الموثق والزواج العرفي خاصة من النواحي الشرعية، وذلك لأن الزواج عقد رضائي وليس من العقود الشكلية التي يستلزم لها التوثيق، فالتوثيق غير لازم لشرعية الزواج أو لصحته أو لنفاذه أو للزومه، غاية ما يشترط فيه الإشهاد والإشهار كنعصر شكلي، وإنما تقوم مشكلة التوثيق كشرط في حالة سماع الدعوى عند الإنكار فقط. انظر، حامد عبد الحليم الشريف: الزواج العرفي من النواحي الشرعية والقانونية والاجتماعية، المكتبة القانونية، القاهرة، ط1، 1987،ص 15 وما بعدها.** [↑](#footnote-ref-72)
73. **- وقد أصدرت وزارة الشؤون الدينية والأوقاف تعليمة إدارية موجهة للأئمة مفادها عدم قراءة الفاتحة وإبرام عقد الزواج الشرعي إلا بعد تقديم شهادة عقد الزواج المدنية، وقد انتقد الشيخ عبد الرحمن شيبان- رئيس جمعية العلماء المسلمين الجزائريين- فحوى هذه التعليمة بشدة.** [↑](#footnote-ref-73)
74. **- التسجيل بمعناه القانوني التنظيمي لا يتم إلا قبل الدخول لإعطاء العقد المبرم الصفة الشكلية والقانونية أمام الموثق أو ضابط الحالة المدنية. (المواد:18 من قانون الأسرة، و 71-72 من قانون الحالة الدنية)، أما إذا حصل دخول بالزوجة فإنه يجب لتسجيل الزواج تقديم الأدلة والإثباتات من أجل الحصول على حكم من رئيس المحكمة. العربي بلحاج: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، 1/143.** [↑](#footnote-ref-74)
75. **- انظر، أحمد نصر الجندي: شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، القاهرة، مصر، ط1، 2009، ص 25.غير أنه يستحسن إعادة مراجعته وتصحيح أخطائه الإملائية وإعادة صياغة لغته القانونية والفقهية، لما يشوب هذه الطبعة من نقائص وأخطاء يلحظها القارئ في مواضع كثيرة.**  [↑](#footnote-ref-75)
76. **- قراءة الفاتحة في عرف المجتمع الجزائري تعدّ عقدا شرعيا؛ فلا بد من التفريق بين عدّة حالات وهي: - اقتران الفاتحة بالخطبة من غير عقد ليست عقدا شرعيا – اقتران الفاتحة بالعقد تعتبر عقد شرعيا – اقتران الخطبة بالعقد وبالفاتحة تعتبر عقدا شرعيا – العقد من غير اقتران بالخطبة ولا بالفاتحة يعدّ عقدا شرعيا.** [↑](#footnote-ref-76)
77. **- كما يعتبر عقدا صحيحا إذا تم أمام الموثق أو ضابط الحالة المدنية بتوافر شروطه الشرعية والقانونية حتى ولو لم يقترن بالفاتحة. وعلى هذا يحتمل أن يكون قصد المشرع الجزائري هو الاعتراف بالزواج العرفي التام الأركان والشروط، والذي يستوجب تسجيله بحكم قضائي.** [↑](#footnote-ref-77)
78. **- ملف رقم 81129: المجلة القضائية، العدد الثالث، 1994، 62.** [↑](#footnote-ref-78)
79. **- ملف رقم 34046: المجلة القضائية، العدد الأول، 1990، ص 67.** [↑](#footnote-ref-79)
80. **- ملف رقم 81877: المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص 33.** [↑](#footnote-ref-80)