❁ الخطبة في الزواج

دراسة في أحكام الفقه والقانون والقضاء

✍.د. بن شويخ الرشيد
أستاذ محاضر بكلية الحقوق
– جامعة سعد دحلب–

نظرا لكون عقد الزواج من أهم العقود التي يجريها الإنسان في حياته وأعزها شأناً، وأرفعها مكانة عند الله تعالى وعند الإنسان. ويكفي أن الله تعالى سماه بالميثاق الغليظ.

ولذا كان لا بد لمن أراد أن يدخل في هذا الرباط أي (الزواج) أن يكون على بينة من أمره قبل أن يرتبط بعقد الزواج.

تعريفها:

الخطبة كما يعرفها الفقهاء هي طلب التزوج بامرأة معينة خالية من الموانع الشرعية [1].

ولقد عرفتها المادة الخامسة من قانون الأسرة الجزائري بأنها وعد بالزواج، ولكل من الطرفين العدول عنها"[2].

مشروعية الخطبة:

الخطبة مشروعة بالكتاب والسنة. ففي القرآن نجد قوله تعالى:﴿ .. **وَلَا جُنَاحَ**

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ..[3]﴾.

ومن السنة النبوية قول الرسول ﷺ " **لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه** "[4].

وقوله أيضا " إذا خطب أحدكم المرأة فإن استطاع أن ينظر منها ما يدعو إلى نكاحها فليفعل" .وهناك أحاديث كثيرة كلها تدور حول مشروعية الخطبة.

شروط الخطبة:

يشترط لجواز الخطبة شرطان[5]:

الشرط الأول: أن تكون المرأة خالية من الموانع الشرعية التي تمنع زواجه بها في الحال، بمعنى أنه لا تجوز خطبة المحرمة عليه تحريما مؤبدا، كالبنت والأخت والعمة والخالة. أو محرمة أيضا تحريما مؤقتا كزوجة الغير أو المعتدة من طلاق، أو الجمع بين الأختين. والحكمة في ذلك أن الخطبة وسيلة إلى الزواج الحلال كما هو معلوم، والزواج بالمحرمات حرام، والوسيلة إلى الحرام حرام أيضا .

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

وأما المرأة المعتدة من طلاق بائن بينونة صغرى أو كبرى، فيرى الأحناف أنه لا تجوز خطبتها لا تصريحا ولا تعريضا ما دامت العدة باقية، لبقاء بعض آثار الزواج. غير أن المالكية والشافعية في قول لهم والحنابلة والجعفرية يرون بجواز خطبتها تعريضا، لأن الطلاق البائن يقطع سلطة الزوج بزوجته.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وأما المعتدة من وفاة فإنه تباح خطبتها تعريضا فقط، لأن النص المذكور آنفا في القرآن الكريم أباح خطبتها تعريضا، ولا تباح الخطبة بالتصريح ما دامت معتدة من وفاة.

والفرق بين التصريح والتعريض،أن الأول هو أن يذكر الخاطب لفظا لا يحتمل سوى معنى الخطبة كقوله : أرغب في الزواج منك.

وأما التعريض فهو أن يذكر لفظا يحتمل معنى الخطبة بشكل غير مباشر، كقوله وددت لو يُسرت لي زوجة صالحة مثلا، والقرائن هي التي تدل على الرغبة في خطبتها.

الشرط الثاني: ألا تكون مخطوبة للغير خطبة شرعية. لأن في خطبتها بهذه الصورة اعتداء على حق الخاطب الأول وإيذاء له . لورود النهي عن ذلك في قوله ﷺ"**المؤمن أخو المؤمن، فلا يحل للمؤمن أن يبتاع على بيع أخيه، ولا يخطب على خطبة أخيه حتى يذر** " رواه مسلم في صحيحه.

ومخطوبة الغير كما هو معلوم إذا تقدم أحد لخطبتها إما أن تكون موافقة على الخطبة، وإما أن ترفض، وإما أن تسكت .

فإذا وافقت على الخطبة فلا يحق لخاطب آخر أن يتقدم إلى خطبتها وهو يعلم أنها مخطوبة من الغير. وإن رفضت الخطبة صراحة جاز لأي خاطب أن يتقدم لخطبتها لزوال المانع بالرفض.

وإذا سكتت ولم يوجد ما يدل على صريح القبول، ولا صريح الرفض. فقد اختلف الفقهاء في ذلك. فأباح الشافعية في قول لهم جواز خطبتها، لأن السكوت يعتبر رفضا ضمنيا، ولأنه مع ترددها لم يثبت للخاطب الأول حق حتى تعتبر الخطبة الثانية إيذاء له.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ويرى المالكية، والحنفية أنه لا يجوز للخاطب الثاني أن يتقدم لخطبتها.لأن سكوتها لا يدل على الرفض. فربما كانت تتحرى عن الخاطب الأول. وتقدم الخاطب الثاني قد يمنعها من استمرارها في التحري، فيكون في هذا التقدم اعتداء وتشويش على حق الخاطب الأول.

وإذا حصلت الخطبة على الخطبة فإن مذهب الجمهور هو جواز العقد، لأن المنع هو منع ديانى وليس قضائي.أي يكون الإثم على صاحبه.

ويرى المالكية في إحدى الروايات أنه إذا حصل الدخول فإن العقد صحيح، وإذا لم يحصل الدخول فيفسخ العقد[6].

الأحكام القانونية للخطبة:

من المعلوم أن الخطبة تعتبر من مقدمات عقد الزواج، فهي تعد من المراحل التمهيدية لهذا العقد الهام.ولذلك اهتم الشرع والقانون بتنظيمها، فاعتبرها الفقه الإسلامي وعدا بالزواج. لكن الفقهاء اختلفوا في تفسير مدلول الوعد، فمنهم من رأى بأنه غير ملزم وهو الرأي الراجح في الفقه، استنادا إلى أن الزواج كما هو معلوم يقوم على الرضا.وما دام الخاطب أو المخطوبة قد عدلا عنها فلا يمكن إجبارهما على الزواج.

جاء في الحاوي للفتاوى .. الظاهر أن الخطبة ليست بعقد شرعي وإن تخيل كونها عقدا فليست بعقد[7].ومنهم من رأى إلزامية الوعد،لأن مبادئ الشريعة تحث على الوفاء بالوعود.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أما من الناحية القانونية، فإن قانون الأسرة قد نظم أحكام الخطبة في المادتين(**05 06**). ومن خلالهما نتعرض أولا للطبيعة القانونية للخطبة، ثم لحكم الضرر المترتب عن العدول، ثم لحكم الهدايا المقدمة بعد العدول. وفي المقام الأخير نتعرض لإشكالية اقتران الخطبة بالفاتحة.

الطبيعة القانونية للخطبة:

كيفت المادة الخامسة الفقرة **01** من قانون الأسرة المعدل الخطبة على أنها وعد بالزواج ونصها كما يلي:

الخطبة وعد بالزواج: ويجوز للطرفين العدول عن الخطبة.

واضح من خلال النص أنه حدد الطبيعة القانونية للخطبة بأنها وعد بالزواج من جهة، ومن جهة أخرى اعتبر هذا الوعد غير ملزم،أي أجاز لكلا الطرفين العدول عنه.

وأول ملاحظة على هذه الفقرة هي استعمال لفظ الوعد من حيث الصياغة القانونية. فهذا المصطلح له دلالته من الناحية القانونية في النظرية العامة للعقد في القانون المدني، باعتباره الشريعة العامة من خلال نص المادة **72** من القانون المدني الجزائري ونصها كما يلي:

المادة 72: (إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد، وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة، قام الحكم مقام العقد).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

يتضح من خلال نص هذه المادة أن الوعد بالتعاقد في النطاق المدني ملزم للواعد وهو على صورتين .

الصورة الأولى: أن يكون العقد المراد إبرامه في المستقبل من العقود الشكلية، وهنا تطلب القانون أن يكون الوعد المنصب عليه شكلي أيضا، وإلا لا يكون له أثر بمعنى لا يعتد به القانون .

الصورة الثانية: أن يكون العقد المراد إبرامه في المستقبل من العقود الرضائية لا يتطلب الرسمية.في هذه الحالة يكون ملزما لصاحبه. إذ يتوجب عليه البقاء على وعده إلى حين انتهاء الأجل. فإذا انتهى الأجل ولم يعلن الموعود له الرغبة في التعاقد جاز للواعد الرجوع في الوعد .

أما قبل انتهاء المدة فلا يجوز له الرجوع في الوعد إلا بموافقة الطرف الموعود له.

أما قانون الأسرة فيبدو أنه خالف هذه القاعدة في القانون المدني.فمن جهة اعتبر الخطبة وعدا بالزواج. ومن جهة أخرى اعتبرها غير ملزمة، أي أجاز لكلا الطرفين العدول عنها.

وتطبيق النصوص القانونية بهذه الصفة يؤدي إلى تضارب الأحكام في القانون المدني وقانون الأسرة في المصطلح القانوني الواحد . ولأن توحيد مفهوم المصطلح القانوني مسألة مهمة من الناحية القضائية والتطبيقية.

لذا نرى أنه لابد من العدول عن هذه الصياغة في قانون الأسرة وإيجاد صياغة أخرى بديلة عن مصطلح الوعد لتحقيق الغرض المقصود .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

والصيغة الجديدة المقترحة هي استبدال لفظ" الوعد" بلفظ "تمهيد" ليصبح النص على النحو التالي :

" **الخطبة تمهيد للزواج ولكل طرف العدول عنها** ".

نلاحظ بأن استعمال هذا اللفظ يحقق المقصود من جهة في اعتباره الخطبة مجرد مرحلة تمهيدية للعقد. ومن جهة أخرى فإن استعمال هذا اللفظ يؤدي إلى القول بأنه ما دامت الخطبة مجرد تمهيد، فإنه لا إلزام ولا التزام.إذ يحق لكل طرف العدول عن الخطبة. وبهذا نتحاشى التناقض الموجود في النص السابق.

وعلى المستوى التطبيقي، فقد قررت محكمة النقض المصرية بأن الخطبة في الزواج ليست إلا تمهيدا لعقد الزواج، وهذا الوعد لا يقيد أحدا من المتواعدين. فلكل منهما أن يعدل عنه في أي وقت شاء، خصوصا وأنه يجب في هذا العقد أن يتوافر للمتعاقدين كامل الحرية في مباشرته.

أما مدونة الأحوال الشخصية المغربية فقد نصت في مادتها الثانية على أن الخطبة وعد بالزواج وليست بزواج ويدخل في حكمها قراءة الفاتحة وما جرت به العادة والعرف من تبادل للهدايا".

كما أن الفقرة الأولى من الفصل الثالث نصت على أنه" لكل من الخاطب والمخطوبة العدول عن الخطبة".

أما قانون الأحوال الشخصية السوري[8]،فقد نص في مادته الثانية بأن"الخطبة والوعد بالزواج وقراءة الفاتحة وقبض المهر وقبول الهدية لا تكون زواجا".

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وأما نص المادة الثالثة فقد جاء كما يلي: "لكل من الخاطب والمخطوبة العدول عن الخطبة".

واضح من خلال هذه النصوص بأن الطبيعة القانونية للخطبة هي وعد بالزواج غير ملزم، أي يجوز العدول دون قيد أو شرط.

حكم الضرر المترتب عن العدول:

نصت الفقرة الثانية من المادة الخامسة على أنه:" إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض".

واضح من خلال هذه الفقرة أنها رتبت الحق في طلب التعويض عن الضرر لمجرد العدول الذي هو حق قانوني كرسته الفقرة الأولى من النص. فمن جهة يعطي للخاطب الحق في العدول ومن جهة أخرى يطالبه بالتعويض عما يترتب على العدول من نتائج. وأساس هذا العدول مبني على أنه ما دام لم يوجد هناك عقد، فلا التزام فيه ولا يرتب شيئا،لأن العادل عن الخطبة لم يستعمل سوى حقه المقرر قانونا.

والآراء الفقهية لشراح قوانين الأحوال الشخصية متعددة.

وقد كانت المحاكم المصرية في أول الأمر لا تحكم بالتعويض جراء العدول لأن العدول حق ثابت بنص القانون والشرع في أي وقت، وبدون قيد أو شرط. ومن ثم لا ضمان على من استعمل حقه فقها وقانونا. ثم بنت حكمها على أنه لما كان كل طرف على علم بأن لكل واحد الحق في العدول، ورغم ذلك قام بتجهيز نفسه، فهنا يكون قد قصر في عدم الاحتياط لنفسه. وبالتالي عليه أن يتحمل جزاء تقصيره.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وفي مرحلة لاحقة عدلت المحاكم عن الاتجاه الأول وبدأت تقرر التعويض عن العدول، مؤسسة أحكامها على ما يعرف بنظرية التعسف في استعمال الحق. فمن القاعد الشرعية المقررة أنه لا ضرر ولا ضرار وأن الضرر يزال وطريقة إزالته هي التعويض، والضرر قسمان:

– ضرر ينشأ وللخاطب دخل فيه غير العدول عن الخطبة، وتسبب في إلحاق الضرر بالطرف الآخر، فحينئذ يحكم بالتعويض.

– ضرر ينشأ عن مجرد العدول في الخطبة، بدون أن يكون لمن عدل دخل فيه، وهذا لا يستوجب الحكم بالتعويض.

وقد لخص الدكتور عبد الرزاق السنهوري ما استقر عليه الفقه والقضاء في هذا الصدد مؤكدا على أن القضاء في مصر قد استقر على أن الخطبة ليست بعقد ملزم، وأن مجرد العدول لا يرتب شيئا. وأنه إذا اقترن العدول بأفعال أخرى ألحقت الضرر بالطرف الآخر جاز الحكم بالتعويض، مؤسسا هذا الحكم على قواعد المسؤولية التقصيرية[10] .

وأما الشيخ محمد أبو زهرة، فيرى أنه للحكم بالتعويض من عدمه، نفرق بينما إذا كان هناك تغرير أو اغترار . فالأول يجوز التعويض، لأن أحدهما قد غرر بالطرف الآخر. والتغرير يوجب الضمان.

أما إذا كان هناك اغترار، بأن أقدم أحدهما على تجهيز نفسه دون أن يطلب منه ثم حدث العدول، فلا ضمان على الطرف الآخر، لأن الاغترار لا يوجب الضمان[11].

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وأما نص الفقرة الثالثة من المادة الخامسة من قانون الأسرة الجزائري فإنها على ما يبدو قد كرست مبدأ الحق في طلب التعويض شريطة حصول الضرر، وتركت المسألة تقديرية للقاضي .

وفي الحقيقة، فإن أي عدول عن الخطبة لابد أن يصاحبه ضرر ما، ولو من باب الخدش في الشعور. إلا أن هذا الضرر في اعتقادي لا يمكن التعويض عنه، لأنه يعد من الأضرار المألوفة في هذا المجال، ولأن الطرفين يعلمان مسبقا بأن حق العدول مقرر لكليهما.أما الضرر الذي نرى أنه محقق الوقوع هو، ألا يكتفي الطرف الذي عدل بمجرد العدول، وإنما يرتكب أفعالا أو أقوالا من شأنها أن تلحق الضرر بالطرف الآخر. كالسب والشتم أو الإهانة، أو التشهير وتشويه السمعة . أو أن أحدهما قد اشترط على الآخر أن يشتري تجهيزا معينا ثم عدل عن الخطبة. فهنا يستوجب المسؤولية عن هذه الأفعال وإلزامه بالتعويض عن الضرر.

والتعويض كما أشار النص القانوني يشمل الضرر المادي والضرر المعنوي أيضا. فالضرر المادي هو ما يصيب الطرف المتضرر في حق ثابت، أو في مصلحة مالية له، والضرر الأدبي على عكس ذلك لا يمس أموال المضرور، وإنما يصيبه في مصلحة غير مالية، كالضرر المعنوي الناتج عن التشهير وتشويه السمعة.

ولكي يكون النص القانوني منسجما نقترح إعادة صياغته كما يلي:" إذا تبين للقاضي تعسف الطرف العادل عن الخطبة جاز الحكم عليه بالتعويض". وبهذا نخرج العدول المجرد ولو حصل فيه ضرر، لنقيم المسؤولية التقصيرية فقط في مجال التعسف في استعمال الحق، حيث يثبت الخطأ .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ولم ينص قانون الأحوال الشخصية السوري ولا مدونة الأحوال الشخصية المغربية على موضوع التعويض عن الضرر المترتب عن العدول عن الخطبة، وبالتالي يكون الحكم هو الرجوع إلى القاعد العامة في القانون المدني إي إلى قواعد المسؤولية التقصيرية.

حكم الهدايا بعد العدول:

من الناحية الأخلاقية لا ينبغي للإنسان أن ينقض وعده ويرجع في عزمه إلا إذا كانت هناك مبررات مقبولة. وإذا فسخت الخطبة من الطرفين أو من أحدهما فما مصير الهدايا المقدمة، وكذا مصير المهر؟.

أولا: في الفقه الإسلامي:

أغلب الفقهاء يرون وجوب استرداد الهدايا في هذه الحالة،فإن كانت قائمة يجب ردها بعينها، وإن كان هالكة أو مستهلكة يجب رد مثلها إن كان من المثليات أو وقيمتها إن كانت من القيميات.

ويرى الحنفية بأن ما قدمه من الهدايا يأخذ حكم الهبة، وحكم الهبة أن الواهب له حق الرجوع فيها، ما لم يوجد مانع من موانع الرجوع في الهبة، كأن تكون قد هلكت. فإذا كان ما أهداه الخاطب إلى المخطوبة قائما في يدها، ولم يوجد ما يمنع الرجوع فيه، كخاتم أو ساعة، ونحو ذلك. فللخاطب الحق في استرداده. كما أن للمخطوبة أيضا الحق في استرداد ما أهدته لخاطبها بنفس الكيفية.

وقد أخذ بهذا الرأي قانون الأحوال الشخصية المصري وكذلك السوري، حيث نص هذا الأخير في الفقرة الثالثة من المادة الرابعة على أنه تجري على الهدايا أحكام الهبة.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أما الجعفرية فإنهم قالوا بوجوب استرداد الهدية ولو هلكت إذا كان هناك شرط بالزواج من المهدي.

ويرى الشافعية أن للخاطب حق الرجوع في الهدية سواء أكان الرجوع من الخاطب أم من المخطوبة أم منهما معا، سواءً كانت الهدية باقية أم هالكة بشرط أن تكون الهدية مقدمة لأجل التزوج بها أو به.

وأما المالكية فإنهم ذهبوا إلى التفصيل التالي:

إذا كان العدول من الخاطب فلا يسترد شيئا مما أهداه إليها، ولو كان موجود في يدها حتى لا يجتمع عليها ألمان ألم الإعراض عنها وألم استرداد الهدايا.

وإذا كان العدول من المخطوبة فللخاطب الحق في استرداد ما قدمه إليها إذا كان ما قدمه إليها من الهدايا قائما استرده بعينه وإن كان هالكا أو مستهلكا رجع عليها بمثله أو قيمته. ما لم يكن شرط أو عرف فيتبع لأن المعروف عرفا كالمشروط شرطا.

ثانيا: في القانون:

نظمت الفقرة الرابعة من الماد ة الخامسة حكم الهدايا المقدمة بعد العدول ونصها كما يلي: لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئا مما أهداه 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.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ما يلاحظ أن هذه الفقرة أخذت من رأي المالكية على العموم مع بعض التعديل في هذا الرأي. إذ أن فقهاء المالكية يفرقون بين أمرين وهما:

-إذا كان العدول من الخاطب فلا يسترد ما قدمه من هدايا،وقالوا حتى لا يجتمع عليها ألمان، ألم الإعراض وألم الاسترداد.

-أما إذا كان العدول من المخطوبة فعليها رد الهدايا إن كانت قائمة، فإن كانت هالكة أو مستهلكة ترد مثلها إن كانت من المثليات أو قيمتها إن كانت من القيميات.

والغريب أن النص القانوني بدايته كانت متطابقة مع رأي المالكية. أما نهاية الفقرة فقد خالفت رأي المالكية في الموضوع حينما لا يقع الرد في حالة الاستهلاك.

ومن المستحسن لو أن المشرع أخذ برأي المالكية على إطلاقه. لأنه رأي وجيه، لكونه يحمل الطرف العادل عن الخطبة قدرا من المسؤولية بتحمل تبعة خسارة الهدايا المقدمة. وأما إذا عدل من تسلم الهدايا فمن المنطقي أن يرد ما أخذه على سبيل الهدية، إذ لا يعقل أن يعدل عن الخطبة ثم يحتفظ بالهدايا حتى وإن استهلكت.

وهذه العبارة (الاستهلاك) في الحقيقة تثير غموضا كبيرا، إذ أنها توحي بأن المخطوبة إذا استهلكت الهدية أو تصرفت فيها بأي شكل من الأشكال الناقلة للملكية كالهبة والبيع، فإنها لا ترد الهدية إذا عدلت عن الخطبة.لأن الهدية المقدمة من الخاطب لم يعد لها وجود، بالتالي فهي مستهلكة.إلا إذا قصد المشرع عدم رد الهدايا التي تستهلك بطبيعتها أو لقلة قيمتها.

بالإضافة إلى أن لفظ الاستهلاك هو مصطلح اقتصادي ،ولا يشترط فيه زوال

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الشيء. بل يصدق عليه وصف المستهلك حتى ولو كان موجودا في يد المخطوبة. لكنه باستعماله لمدة معينة صار في حكم المستهلك، بمعنى صار من الأشياء المستعملة.

وقد لا يرى الخاطب فائدة في المطالبة باسترداد الهدايا وإنما يطالب بقيمتها، كأن يكون خاتما من الذهب استعمل مدة معينة، فطبيعي أن قيمته نقصت كثيرا عن قيمة الشراء. أو جهازا معينا استعمل، بالتالي فإن قيمته نقصت. لذلك فقد أجاز النص المعدل لكل طرف أن يطالب بقيمة الهدية.

زيادة على أن بقاء النص على هذه الصورة قد يؤدي إلى التحايل بأن تطلب المخطوبة من الخاطب تقديم هدايا ذات قيمة معتبرة، ثم تتصرف فيها بشكل من الأشكال الناقلة للملكية وبشكل صوري كالهبة الصورية، أو البيع الصوري، ثم تعدل عن الخطبة. فعندما يطالب الخاطب باسترداد الهدايا تدعي المخطوبة بأن الهدايا استهلكت، أي لم يعد لها وجود.والنص يقول (فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك) أي أنها ترد ما كان قائما تحت يدها فقط. أما إذا استهلكته فلا ترد .

كما أنها قد تتصرف في الهدايا بحسن نية وبعقد حقيقي كالبيع، فربما كانت بحاجة إلى المال فتقوم ببيع الهدية للحصول على الثمن، كأن تبيع الذهب الذي قدم لها كهدية لشراء أغراض أخرى .

ولهذا السبب نرى ضرورة تعديل النص والأخذ برأي المالكية على إطلاقه لأنه رأي وجيه. بحيث أنه يقضي في حالة العدول من طرف المخطوبة، فإنها ترد الهدايا إن كانت قائمة. فإن كانت هالكة أو مستهلكة ترد مثلها إن كانت من المثليات أو قيمتها إن كانت من القيميات. وبهذا نسد باب التحايل من كلا الجانبين الخاطب أو المخطوبة.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وبالتالي يصبح كل طرف على علم مسبق بأنه يقع عليه رد الهدايا في جميع الأحوال في حالة العدول .

وهناك أمر آخر ينبغي توضيحه وهو أن النص لم يتحدث عن المتسبب في العدول. فقد يدفع الخاطب هدية ذات قيمة معتبرة وربما بطلب من المخطوبة، فتلجأ إلى التحايل بأن تتصرف تصرفات لا ترضي الخاطب، أو تتعمد الخصام معه فتدفعه دفعا إلى العدول عن الخطبة. بالتالي لا يسترد هداياه في هذه الحالة، مع أن المتسبب في العدول هي المخطوبة. فقد تغرر به بصورة من الصور، ثم تدفعه هي إلى العدول وإن كانت المسألة نادرة، لكن تعقد الأوضاع الاجتماعية والاقتصادية يجعل هذا الأمر ممكن الحدوث.

ولذلك نرى أنه من الضروري على القاضي قبل الحكم أن يراعي هذه المسألة فإذا تبين له أن طرفا ما قد تسبب في العدول بأن غرر بالطرف الآخر، مما دفعه إلى العدول عن الخطبة جاز له أن يقضي على الطرف المتسبب في إرجاع الهدايا، ولو أن العدول كان من الطرف الآخر. إذ من المعلوم أن التغرير يوجب الضمان كما رأينا سابقا.

كذلك فإن النص القانوني القديم قد تكلم عن الهدايا المقدمة من الخاطب فقط، ولم يتحدث عن الهدايا التي تقدم من المخطوبة. لأنه وإن كان الأصل في الهدايا بحسب العرف الجاري أنها تقدم من الخاطب إلى المخطوبة، فالآن وبتغير الأوضاع واختلاف مجتمع الريف عن المدينة، صار في بعض الأحيان أن يتبادل الطرفان الهدايا بمناسبة الخطبة أو في مرحلة ما بعد الخطبة وقبل الزواج. أما التعديل الجديد، فقد أخذ بعين الاعتبار هذه المسألة.

غير أنه لم يتحدث عن الهدايا التي قدمتها المخطوبة عندما يكون العدول منها.إذ

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

من المفروض بالموازاة مع الخاطب أن لا تسترد الهدايا التي قدمتها له، لأن العدول منها. وبذلك نسوي بين الطرفين في الحكم.

وهناك أمر آخر لم يتحدث عنه النص وهو كون أحد الطرفين قد توفي بعد الخطبة فنرى عدم استرداد الهدايا، لأن الوفاة لا دخل لإرادة الإنسان فيها .

وتبقى مسألة أخيرة كثيرا ما تحدث من الناحية العملية لم يتعرض لها النص، وهي حالة فسخ الخطوبة بالاتفاق بين الطرفين بسبب الاختلاف في وجهات النظر مثلا . فنعتقد أن كل واحد له الحق في استرجاع هداياه، لأن النص القانوني تكلم فقط عن العدول من أحد الطرفين دون الطرف الآخر وأعطى حكما معينا للهدايا.

أما الحالة هذه فلم يتحدث عنها، وبالتالي نقترح إضافة فقرة لنص المادة الخامسة حتى يشمل النص القانوني أغلب الحالات التي تحدث في الحياة العملية .

ولذلك نرى إعادة صياغة فقرات النص بصورة عامة تشمل الطرفين معا وتتضمن الحالات التالية:

- لا يسترد من عدل عن الخطبة هداياه إذا كان العدول منه، وإن كان العدول من الطرف الآخر فعليه رد الهدايا إن كانت قائمة أو قيمتها إن كانت هالكة أو مستهلكة.

- يسترد كل طرف هداياه في حالة العدول بالاتفاق بينهما، أو قيمتها في حالة التعذر.

- إذا تسبب أحد الطرفين بخطئه في العدول لا يسترد هداياه ولو كان العدول من الطرف الآخر.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

-لا استرداد للهدايا في حالة وفاة أحد الطرفين.

أما في مدونة الأحوال الشخصية المغربية، فقد أخذت على ما يبدو برأي المالكية، حيث نص في الفصل الثالث من الباب الأول على ما يلي: لكل من الخاطب والمخطوبة العدول عن الخطبة، للخاطب أن يسترد الهدايا إلا إذا كان العدول عن الخطبة من قبله.

ما يلاحظ على هذا النص أنه لم يعالج حكم الهدايا بشكل كامل، وإنما تحدث فقط عن الهدايا التي يقدمها الخاطب بحيث لا يستردها إذا كان العدول منه،ويستردها إذا كان العدول منها. أما حكم الهدايا في حالة العدول من المخطوبة فلم ينظمه النص.

وعلى المستوى التطبيقي نجد من القضايا التي عرضت على القضاء المغربي قضية راجت وقائعها أمام المحكمة الابتدائية بفاس ومحكمة الاستئناف بمكناس وتتلخص الوقائع فيما يلي:

"...حيث يستخلص من الحكم المطعون فيه والوثائق صحبته أن المدعي المستأنف عليه..وهب أرضا فلاحية .. هدية للمدعى عليها في خطبتها..وطبقا لما جاء في المقال ،فإن المدعى عليها عدلت من جهتها فقط عن الخطبة وتزوجت برجل آخر غير الخاطب الواهب. بمعنى أن المخطوبة رجعت عن التزامها الأدبي بالخطبة وفضلت رجلا آخر.

... وأنه طبقا للفصل الثالث من المدونة فإنه إذا كان الرجوع عن الخطبة من جانب المخطوبة فيحق للخاطب استرداد هداياه، وأن عدول المخطوبة وإخلالها لما تضمنه عقد الهبة ينم عن سوء نية، إذ خدعت المدعي بركونها إلى الخطبة حتى تستحوذ على الهبة بل الهدية فقط ومن ثم يحق للمدعي استرجاع الهدية عملا بالفصل الثالث المذكور....."[12]

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وأما ما يتعلق بالمهر، فالمعلوم أن المخطوبة ليس لها الحق فيه إلا عند إبرام العقد، ويتأكد ذلك بالدخول.

فإذا حدث أن دُفع المهر كله أو بعضه أثناء الخطبة وحدث عدول من الطرفين، أومن أحدهما. فإن ما قدمه الخاطب من المهر له الحق في استرداده . فإن كان قائما يجب رده بعينه، وإن كان هالكا أو مستهلكا يجب رد مثله إن كان مثليا وقيمته إن كان قيميا وهذا باتفاق الفقهاء.

وهذه الحالة لم تتعرض لها المادة المذكورة سالفة الذكر. ولعل المشرع الجزائري قد نظر إلى أن عادات المجتمع الجزائري متعارف عليها في أن المهر يدفع بعد أو أثناء العقد وليس أثناء الخطبة، بالتالي لم ينص على هذه الحالة. ومع ذلك فنضل لو تعرض لهذا الموضوع، فقد تكون هناك حالات معينة يتم فيها دفع الصداق أو المهر أثناء الخطبة لإبراز الجدية في الزواج.

وأما قانون الأحوال الشخصية السوري فنص في مادته الرابعة الفقرة الأولى والثانية على التوالي:

1- إذا دفع الخاطب المهر نقدا واشترت المرأة به جهازها ثم عدل الخاطب فللمرأة الخيار بين إعادة مثل النقد أو تسليم الجهاز.

2- إذا عدلت المرأة فعليها إعادة مثل المهر أو قيمته.

وبهذا يتضح بأن المهر يتوجب استرداده أو رده في جميع الأحوال، لأن الزواج لم يتم.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

اقتران الخطبة بالفاتحة:

نصت المادة السادسة من قانون الأسرة المعدلة على ما يلي:" إن اقتران الخطبة بالفاتحة 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".

لم يحدد النص القانوني المقصود بالفاتحة هل هي مجرد قراءة سورة الفاتحة بمناسبة الخطبة، أم أن المقصود منها هو إبرام عقد الزواج؟، وبالتالي فإن الأحكام المترتبة عنهما ستختلف بالضرورة.

فإذا كان المقصود من الفاتحة عندما تقترن بالخطبة هو قراءة سورة الفاتحة، فإنها لا تؤثر في الحقيقة لا على الخطبة ولا على العقد. وليست لها قيمة شرعية لأنها مجرد دعاء. فالناس اعتادوا على قراءتها بمناسبة الخطبة أو العقد، ولكن عدم قراءتها لا يغير شيئا في الموضوع .

وإذا كان المقصود من الفاتحة هو إبرام عقد الزواج، فإن أحكام عقد الزواج تخضع للمادة **09** وما بعدها .

أما على المستوى التطبيقي فإن الأحكام القضائية قد تضاربت. فأحيانا تعطي المحاكم تفسيرات للفاتحة على أنها خطبة، وأحيانا تؤول على أنها عقد زواج.

ومن هذه الأحكام قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ **1992/03/17** ملف رقم **81129**، ومما جاء فيه ما يلي: "..حيث أنه بالفعل فإن الشهود الذين وقع الاستماع إليهم سواء أمام القاضي الأول أو أمام العضو المقرر يذكرون حضورهم لوليمة الخطبة أو

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

فاتحة الخطبة، أن المحققين لم يضبطوا الأسئلة التي تساعد على التفريق بين ما حضره الشهود هل هو مجرد حضور خطبة على معنى المادة **05** من قانون الأسرة، أم أنهم قد حضروا مجلس العقد على معنى المادة **09** من نفس القانون، بينما الفاتحة فهي ليست ركنا من أركان الزواج وليست شرطا لوقوع الخطبة، وإنما هي من باب التبرك والدعاء، وعلى ذلك يجب التفريق بين الفاتحتين. . "

وفي قرار آخر للمحكمة العليا صادر بتاريخ **1992/ 04/14** اعتبرت اقتران الخطبة بالفاتحة زواجا صحيحا لتوفر جميع أركانه، أي أنها اعتبرت الفاتحة بمثابة عقد، ومما جاء فيه ما يلي: "من المقرر قانونا أنه يمكن أن تقترن الخطبة مع الفاتحة أو تسبقها بمدة غير محددة، ومن المقرر أيضا أنه يثبت الزواج بتوافر أركانه المقررة شرعا.

ومتى تبين –في قضية الحال – أن أركان الزواج قد توفرت وتمت بمجلس العقد، وأنه تم اقتران الخطبة بالفاتحة، وبعد ذلك عدل الطاعن عن الزواج بالامتناع عن الدخول لأنه اعتبر الفاتحة كالخطبة تسمح لكل من الطرفين بالعدول عنها.

وإن قضاة المجلس بقضائهم بإلغاء حكم المحكمة القاضي برفض الدعوى والقضاء من جديد بصحة الزواج الواقع بين الطرفين لتوافر أركانه والسماع إلى الشهود والأمر بتسجيله فإنهم كما قضوا قد طبقوا صحيح القانون. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن".

ومن خلال هذين القرارين لاحظنا اقتران الخطبة بالفاتحة، غير أنه في القضية الأولى اعتبرت قراءة الفاتحة مجرد خطبة، في حين في القضية الثانية لما توفرت أركان الزواج اعتبرت الفاتحة زواجا .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وفي قرار آخر للمحكمة العليا صادر بتاريخ **1995/04/04**، ومما جاء في حيثيات القرار ما يلي: " ... حيث أن المادة 06 من قانون الأسرة تقضي بأنه يمكن أن تقترن الخطبة مع الفاتحة أو تسبقها بمدة غير محددة، فإن سبقت الخطبة الفاتحة فتلك هي الخطبة المنصوص عليها بالمادة **05** من نفس القانون، وهي التي تعتبر وعدا بالزواج . أما في حالة اقتران الخطبة مع الفاتحة حسب المادة السادسة المشار إليها، فهي زواج متى توافرت أركانه طبقا للمادة **09** من قانون الأسرة ... "[13].

ويبدو واضحا من خلال هذه القرارات الخلط الكبير بين ما يعتبر زواجا وما يعد مجرد خطبة .

وحسب رأينا فإن حسم الموضوع يتطلب تحديد المقصود بالفاتحة في النص هل هو قراءة سورة الفاتحة، وبالتالي فلا أثر لها على الخطبة ولا على العقد، وهنا لابد من حذفها من النص.

أما إذا كان المقصود منها- عندما تقترن مع الخطبة -هو عقد الزواج على معنى المادة **09** فهنا لابد من معرفة قصد المتعاقدين هل اتجه إلى الخطبة أم اتجه إلى الخطبة والعقد معا ؟ .

فإذا تبين أن الغرض المقصود هو الخطبة فتبقى خطبة حتى وإن تحدث الأطراف بمناسبة الخطبة عن عناصر عقد الزواج .لأنه في العديد من مناسبات الخطبة يتم التحدث فيها عن كل الشروط اللازمة للعقد، كتحديد المهر مثلا . بل قد يتم دفع المهر بصورة مسبقة وأثناء الخطبة لإبراز الجدية في الزواج، ومع ذلك فلم تخرج المسألة حسب رأينا عن مجرد الخطبة .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

غير أنه إذا كان قصد المتعاقدين هو إجراء الخطبة والعقد معا، فهنا يعتبر زواجا صحيحا.

وعليه نقترح تعديل نص المادة السادسة على النحو التالي"يمكن أن تقترن الخطبة بعقد الزواج أو تسبقه بمدة غير محددة .

"وفي حالة اقتران الخطبة بالعقد تسري أحكام المادة التاسعة والتاسعة مكرر أدناه."

وهذه الصياغة المقترحة تخرجنا من الغموض الذي يسود النص، وتصبح الأمور واضحة بين ما يعد خطبة، بالتالي تسري عليه أحكام الخطبة، وما يعد زواجا تسري عليه أحكام الزواج.

أما القانون المغربي وعلى ما يبدو قد فسر الفاتحة على أنها ليست عقدا في الفصل الثاني من الباب الأول.حيث نص على ما يلي:" الخطبة وعد بالزواج وليست بزواج، ويدخل في حكمها قراءة الفاتحة وما جرت به العادة والعرف من تبادل للهدايا". واضح من النص المقصود من الفاتحة بأنها قراءة سورة الفاتحة وليست عقدا.

الهوامش

1-الإمام محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي بدون سنة إصدار ،ص .28

2-قانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-09 المؤرخ في 04 مايو سنة .2005

3-سورة البقرة الآية .235

4- صحيح مسلم ج1 ص 591.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

5- الإمام محمد أبو زهرة، المرجع السابق ص 28

6- بداية المجتهد ج2 ص 2،3.

7-الحاوي للفتاوي ج1 ص.549

8- الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 95 العام1953 المعدل بالقانون رقم34 لعام 1975.

9- أنظر في هذه الآراء الدكتور ادريس الفاخوري، الزواج والطلاق في مدونة الأحوال الشخصية ط 1993 ص.31،34

10- الوسيط في شرح القانون المدني ج1 ص .830

11- الإمام محمد أبو زهرة، المرجع السابق ص .37

12- قرار محكمة الاستئناف بمكناس في القضية عدد 79/7/303 بتاريخ 1980/01/07 المنشور بمجلة رابطة القضاء، العددان 8و9 ص 155. أشار إليه الدكتور إدريس الفاخوري، المرجع السابق في الهامش ص .31

13- الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا، المجلة القضائية عدد خاص لسنة 2001 ص 31 وما بعدها.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ قُلْ هَلْ يَسْتَوِي ٱلَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَٱلَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ ۗ إِنَّمَا يَتَذَكَّرُ أُوْلُواْ ٱلْأَلْبَٰبِ ﴾

سورة الزمر، الآية 9

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com