أحكام الخطبة وآثار العدول عنها بين المفهوم القانوني والاجتهاد القضائي

بقلم
د/ فاروق خلف (*)

الملخص

تعد الخطبة مقدمة من مقدمات الزواج ولها أهمية بالغة جدا نظرا لاعتبارها التزام عائلة بالارتباط بعائلة أخرى، وخاصة من الناحية الخلقية والأدبية، ويمكن العدول عن الخطبة من أحد الطرفين أو كليهما وهنا قد يحصل فيه ضرر بليغ، خاصة إذا طالت أو إذا اقترنت بزيارات كثيرة بين الخاطب والمخطوبة فسوف يتضرر من ذلك أحد الأطراف وقد تتضرر بخاصة المخطوبة. ونظرا لأهمية الخطبة كمقدمة للزواج، فقد تثور إشكالات في هذه المقدمة، خاصة في العدول عنها.

الكلمات المفتاحية: خطبة – عدول عن الخطبة – مفهوم قانوني – اجتهاد قضائي.

مقدمة

يعرف الإنسان بغريزته، ولقد اختلفت الديانات قديما في تنظيم هذا السلوك الذي يتملك الإنسان خاصة ببلوغه، وبمجيء الديانة الإسلامية فقد أنارت البشر بهذا الدين، نظرا لعظمته وعظمة ناشره، ألا وهو محمد رسول الله ﷺ أعظم البشر وسيد المرسلين. لقد بين للناس عامة مبادئ هذا الدين، وحث الأمة على اتباعه، ومما نزل عليه سيدنا محمد خاتم النبيين من قرآن كريم نظم وضبط سلوك البشر، من بينها تنظيم العلاقة بين الرجل والمرأة، ونظم حياة البشر

(*)أستاذ محاضر "أ" بكلية الحقوق والعلوم السياسية – جامعة الوادي - الجزائر.

عن طريق الارتباط بعقد زواج، وهذا العقد يعرف بالميثاق الغليظ نظرا لأهمية هذا العقد عن العقود الأخرى.

ولقد أظهرت الشريعة الإسلامية أهمية هذا العقد بوضعها مقدمات قبل انعقاد الزواج، وقد تعارفت الديانات الأخرى أيضا بهذه المقدمات التي تتمثل في الخطبة وفسرت أهمية هذه المقدمة لعقد الزواج.

ولقد أخذت معظم التشريعات الوضعية للدول العربية الإسلامية بالشريعة الإسلامية مع وجود بعض الاختلافات في المذاهب الفقهية. كما أن القانون الجزائري اعتمد في نصوصه على القرآن الكريم والسنة النبوية.

فالخطبة تعد مقدمة من مقدمات الزواج ولها أهمية بالغة جدا نظرا لاعتبارها التزام عائلة بالارتباط بعائلة أخرى وخاصة من الناحية الخلقية والأدبية، ويمكن العدول عن الخطبة من أحد الطرفين أو كليهما وهنا قد يحصل فيه ضرر بليغ خاصة إذا طالت أو إذا اقترنت بزيارات كثيرة بن الخاطب والمخطوبة فسوف يتضرر من ذلك احد الأطراف وقد تتضرر بخاصة المخطوبة.

ونظرا لأهمية الخطبة كمقدمة للزواج، فقد تثور إشكالات في هذه المقدمة خاصة في العدول عنها:

ما هي الأحكام والأسس القانونية المكرسة والمستجدة المتعلقة بأحكام الخطبة والعدول عنها من الناحية الإجرائية، ومن الناحية الموضوعية ؟ وما موقف الاجتهاد القضائي ما بين الواقع والتطبيق؟

ولقد تم اختيار هذا الموضوع نظرا لأهميته وخاصة في مجتمعاتنا المحافظة ونظرا إلى اختلاف رؤية المجتمع لطبيعة الخطبة، فقد أصبحت تقريبا تعد كالزواج نظرا للتطور الذي شهدته المجتمعات العربية فقد أصبح هناك تبادل للهدايا والزيارات التي لا تعد، واللقاءات في الخارج مما جعل من المجتمع يغير في رؤيته للخطبة، ونظرا لقلة الدراسات حول هذا الموضوع الذي يثير إشكالات تطرح أمام القضاء، يصعب حلها.

وللإجابة عن الإشكالية المطروحة اتبعنا الخطة المنهجية التالية:

- المبحث الأول: أسس وأحكام الخطبة والعدول عنها من الناحية الإجرائية والموضوعية.
  - المطلب الأول: الجهات القضائية المختصة نوعيا وإقليميا بالنظر والفصل في المنازعات المتعلقة بالخطبة.
  - المطلب الثاني: الأسس والأحكام الموضوعية المتعلقة بالخطبة والعدول عنها المكرسة والمستجدة قانونا.
- المبحث الثاني: موقف الاجتهاد القضائي ما بين الواقع والتطبيق.
  - المطلب الأول: موقف الاجتهاد القضائي قبل وبعد التعديل.
  - المطلب الثاني: الضوابط والأسس التي يستلزم على القاضي التقيد بها.

المبحث الأول

أسس وأحكام الخطبة والعدول عنها من الناحية الإجرائية والموضوعية

لقد تم ضبط الأسس والأحكام الإجرائية في قسم شؤون الأسرة وذلك من خلال قانون الإجراءات المدنية الإدارية (09/08) والمؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 [1].

حيث تناول في الكتاب الثاني من الباب الأول بالفصل الأول منه هذا الموضوع من جانبه الإجرائي.

أما من الناحية الموضوعية فنجد أن المادة (4)و (5) و (6) من قانون الأسرة المعدل بموجب الأمر(02/05) قد تناولت هذا الموضوع.

المطلب الأول

الجهات القضائية المختصة نوعيا وإقليميا بالنظر والفصل في المنازعات المتعلقة بالخطبة

لقد وضح القانون (09/08) المتضمن قانون الإجراءات المدنية الإدارية وفسر الجهات القضائية التي ترفع أمامها النزاعات المتعلقة بالخطبة واختصاص كل منها نوعيا وإقليميا.

ففي حالة نشوب نزاع بين الخاطبين، فأن الدعوى القضائية ترفع أمام الجهة المختصة

وهذا حسب نص المادة (13) من قانون الإجراءات المدنية الإدارية حيث تنص على أنه لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة ومصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون.

يثير القاضي تلقائيا انعدام الصفة في المدعي أو في المدعى عليه.

كما يثير تلقائيا انعدام الإذن اذا ما اشترطه القانون".[2]

ويتبين من خلال هذا النص القانوني، أنه يتعين على من يرغب في اللجوء للقضاء أن يتأكد من توافر شرطين في مباشرة ورفع دعواه.

الفرع الأول: الاختصاص النوعي

نصت المادة 32 من قانون الإجراءات المدنية الإدارية على أن "المحكمة في الجهة القضائية ذات الاختصاص العام وتتشكل من أقسام يمكن أيضا أن تتشكل من أقطاب متخصصة.

تفصل المحكمة في جميع القضايا، لاسيما المدنية والتجارية والبحرية والاجتماعية والعقارية وقضايا شؤون الأسرة التي تختص بها إقليميا.

تتم جدولة القضايا أمام الأقسام حسب طبيعة النزاع.

غير أنه في المحاكم التي لم تنشأ فيها الأقسام، يبقى القسم المدني هو الذي ينظر في جميع النزاعات باستثناء القضايا الاجتماعية.....".[3]

وعليه يتبين أن الاختصاص النوعي بالنظر والفصل في النزاعات المتعلقة بالخطبة هو قسم شؤون الأسرة. وهو ما تضمنته المادة (423) من قانون شؤون الأسرة من أحكام ينصها "ونصها كالآتي: ينظر قسم شؤون الأسرة على الخصوص في الدعاوى الآتية:

1/ الدعاوى المتعلقة بالخطبة والزواج والرجوع إلى بيت الزوجية وانحلال الرابطة الزوجية".

فهذا النص على ما هو عليه يبين صلاحيات قسم شؤون الأسرة أين تناولها على سبيل الحصر.

والملاحظ هنا أن النص تضمن عبارة (على الخصوص) وهو ما يستنتج منه أن الأمر يتعلق باختصاص المحكمة النوعي في هذا الجانب، مما يسمح للخصوم بإثارة الدفع الرامي إلى القضاء بعدم الاختصاص النوعي للمحكمة المطروح أمامها النزاع ما لم تكن مختصة بموجب هذا النص.

ومن ثم، فأي نزاع شملته هذه المادة، أو ما يكون منبثقا منه، يتعين طرحه أمام قسم شؤون الأسرة وليس لغيرها. [4]

الفرع الثاني: الاختصاص الإقليمي

نصت المادة 37 من قانون الإجراءات المدنية الإدارية عن الاختصاص الإقليمي، ودرست المادة (426) منه الاختصاص الإقليمي الخاص بشؤون الأسرة.

حيث تنص المادة (426) المذكورة على أنه "تكون المحكمة مختصة إقليميا في موضوع العدول عن الخطبة بمكان وجود موطن المدعى عليه....."

نجد أن النص هنا يحدد الاختصاص المحلي أو الإقليمي لقسم شؤون الأسرة عموما، فحصرها كالآتي:

أ/ محكمة موطن المدعى عليه تنظر في القضايا الآتية:

- العدول عن الخطبة بغض النظر عن الطرف العادل عن الخطبة[5] .

المطلب الثاني
الأسس والأحكام الموضوعية المتعلقة بالخطبة والعدول عنها المكرسة والمستجدة قانونا

قبل الخوض في الأسس والأحكام الموضوعية المتعلقة بالخطبة سوف نتطرق إلى مفهومها وطبيعتها.

الفرع الأول: تعريف الخطبة وطبيعتها

الخطبة كما يعرفها الفقهاء هي "طلب الزواج بامرأة معينة خالية من الموانع الشرعية".

ولقد عرفتها المادة (05) من قانون الأسرة الجزائري بأنها: "وعد بالزواج ولكل من

الطرفين العدول عنها".

وتظهر مشروعية الخطبة بالكتاب والسنة والإجماع.

ويشترط في الخطبة وبصفة خاصة المخطوبة:

1/ أن تكون المرأة خالية من الموانع الشرعية التي تمنع الزواج بها في الحال، بمعنى أنه لا يجوز خطبة المحرمة عليه تحريما مؤبدا كالبنت والأخت، والمحرمة مؤقتا كزوجة الغير والحكمة في ذلك أن الخطبة وسيلة إلى الزواج الحلال كما هو معلوم، والزواج بالمحرمات حرام، والوسيلة إلى الحرام حرام.

أما المرأة المعتدة من طلاق بائن بينونة صغرى أو كبرى فيرى أنه لا يجوز خطبتها لا تصريحا ولا تعريضا ما دامت العدة باقية لبقاء آثار الزواج، غير أن المالكية والشافعية في قولهم والحنابلة والجعفرية يرون جواز خطبتها تعريضا لأن الطلاق البائن يقطع الزوج بزوجته.

وأما المعتدة من وفاة، فيجوز خطبتها تعريضا فقط.

والفرق بين التصريح هو أن التصريح يذكر فيه الخاطب لفظا لا يحمل سوى معنى الخطبة مثل " ارغب في الزواج منك".

أما التعريض، فهو أن يذكر لفظا يحتمل معنى الخطبة بشكل غير مباشر.

2/ ألا تكون للغير خطبة شرعية بهذه الصورة فهو اعتداء على حق الخاطب الأول وقد ورد النهي عن ذلك لقول رسول الله ﷺ "..... ولا يخطب على خطبة أخيه...." (رواه مسلم في صحيحه).

ومخطوبة الغير كما هو معلوم، إذا تقدم أحد لخطبتها، إما أن تكون موافقة على الخطبة وإما أن ترفض وإما تسكت. ففي حالة كانت موافقة، فلا تجوز خطبة الثاني، ولا يحق خطبتها وهو يعلم أنها مخطوبة للغير، وأن رفضت الخطبة صراحة، جاز لأي خاطب أن يتقدم لخطبتها.

وأن سكتت، فقد اختلف الفقهاء في ذلك، فأباح الشافعية خطبتها لأن سكوتها يعتبر رفضا ضمنيا، ويرى المالكية والحنفية أنه يجوز خطبتها لأن سكوتها لا يدل على الرفض، فربما كانت تتحرى عن الخاطب الأول.

وإذا حصلت الخطبة على الخطبة فأن مذهب الجمهور هو جواز العقد لأن المنع هو منع ديني وليس قضائيا، أي يكون الإثم على صاحبه.[6]

وعليه يتضح أن للخطبة شروطا واجبة شرعا كما تم ذكرها سابقا وشروطا مستحسنة في المخطوبة، وهي أن تكون من غير القريبات للخاطب، لأن التزوج بالقريبة غالبا ما يكون النسل فيه ضعيفا، وكذلك أن تكون المخطوبة بكرا ولودا.[7]

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للخطبة وأحكام العدول عنها

لقد نصت المادة (05) من القانون (11/84) المؤرخ في 1984/06/19[8] على أن: "الخطبة وعد بالزواج، ولكل من الطرفين العدول عنها.

- إذا ترتب على العدول ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين، جاز الحكم بالتعويض.
- لا يسترد الخاطب شيئا مما أهداه أن كأن العدول منه.
- وأن كان العدول من المخطوبة، فعليها رد ما لم يستهلك"

أما المادة (6) من ذات القانون وكانت تنص على أنه "يمكن أن تقترن الخطبة مع الفاتحة أو تسبقها بمدة غير محددة تخضع والفاتحة لنفس الأحكام المبينة في المادة (5) أعلاه.

أما بعد التعديل الذي طرأ على قانون الأسرة بموجب القانون (02/05) المؤرخ في 2005/05/04 [9] فنجدها عدلت كالتالي فنصت المادة (5) منه على أن "الخطبة وعد بالزواج يجوز للطرفين العدول عنه.

إذا رتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض.

لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئا مما أهداه إن كأن 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".

وتنص المادة (6) من نفس القانون على أنه "إن اقتران الفاتحة بالخطبة لا يعد زواجا غير أن اقترأن الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توافر ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في المادة (09) مكرر من هذا القانون"[10].

وبالرجوع إلى نص المادة (05) نجد أنها كيفت الخطبة على أساس أنها وعد بالزواج من جهة ومن جهة أخرى اعتبرت هذا الواعد غير ملزم حيث أجاز لكلا الطرفين العدول عنها.

والملاحظ من خلال الفقرة استعمال لفظ الوعد من خلال الصياغة فهذا المصطلح له دلالة من الناحية القانونية في النظرية العامة للعقد في القانون المدني باعتباره الشريعة العامة من خلال نص المادة (72) من القانون المدني الجزائري حيث تنص " إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة قام الحكم مقام العقد"[11].

فنجد أن قانون الأسرة خالف هذه القاعدة من القانون المدني فمن جهة اعتبر الخطبة وعدا بالزواج ومن جهة أخرى اعتبرها غير ملزمة وتطبيق النصوص بهذه الصفة يؤدي إلى تضارب الأحكام بين القانون المدني وقانون الأسرة في المصطلح القانوني الواحد، ولأن تجديد وتوحيد المصطلح القانوني مسألة مهمة من الناحية القضائية والتطبيقية لذا لابد من العدول عن هذه الصياغة في قانون الأسرة وإيجاد صياغة أخرى بديلة عن مصطلح الوعد لتحقيق الغرض المقصود.

قد يقال بأن النص الموجود في قانون الأسرة هو نص خاص والموجود في القانون المدني هو نص عام باعتباره الشريعة العامة وبالتالي فأن النص الخاص يقيد العام فلا يُعترض على هذا المفهوم ولكن في نفس الوقت يُرى بأن لا حاجة في تسمية الخطبة بالوعد لأن المصطلح كما قلت فيه خلاف فقهي وبالتالي استعمال مصطلح بديل أفضل كي يتضح

المعنى وأما فيما يخص الفقرة (02) من المادة (05) من قانون شؤون الأسرة تنص على أنه " إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض".

ومن خلال هذا النص يعطي للخاطب الحق في العدول، ومن جهة أخرى يطالبه عما يترتب على العدول من نتائج، وأساس هذا العدول مبني على أنه مادام لم يوجد هناك عقد التزام فيه ولا يترتب شيء لأن العادل عن الخطبة لم يستعمل سوى حقه المقرر قانونا[12].

ويؤاخذ على المشرع الجزائري في هاته المادة أنه أجاز الحكم بالتعويض ولم يوجبه رغم أنه من المعلوم أن المتسبب في الضرر يلزم بالتعويض حسب نص المادة (124) من القانون المدني "كل فعل أيا كأن يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير يلزم من كأن سببا في حدوثه بالتعويض".

ويلاحظ أن المشرع أغفل المتسبب في العدول"[13].

حيث يرى الدكتور "محمد مصطفى شلبي" ما يلي: "ينظر للضرر المترتب على العدول أن كأن للطرف الآخر دخل فيه بسبب حصل منه حكم بالتعويض كما إذا تركت المرأة الموظفة وظيفتها بتحريض من الخاطب لتتفرغ لشؤون البيت بعد الزواج عدل عن الخطبة فأنه يلزم بالتعويض.

أما إذا فعل ككل منهما ذلك دون إيعاز من الآخر ثم فسخت الخطبة فيكون الضرر اللاحق بأحدهما نتيجة اغتراره هو عدم تريثه في الأمر فلا تعويض لأنه هو الذي جلب لنفسه الضرر"[14].

والحكمة القائمة من التفرقة بشأن الطبيعة القانونية للخطبة بين الوعد والعقد تكمن في المسؤولية أي أن المسؤولية القائمة في هذه الحالة حالة العدول هي مسؤولية تقصيرية أي أن عبأ الإثبات يقع على المضرور أي على الشخص الذي سبب له العدول ضررا وهذا ما نصت عليه المادة (03/05) قانون الأسرة ومن ثمة يجب على المضرور إثبات الخطبة بأي وسيلة من وسائل الإثبات ثم بعد ذلك إثبات العلاقة السببية بين الخطأ الصادر عن الطرف الآخر

والضرر الذي أصابه نتيجة ذلك[15]. أما الفقرة الرابعة من المادة (05) من قانون الأسرة:

أن النص القديم تكلم عن الهدايا المقدمة من الخاطب فقط ولم يتحدث عن الهدايا التي تقدم من المخطوبة، لأنه وإن كان الأصل في الهدايا بحسب العرف الجاري سابقا أنها تقدم من الخاطب إلى المخطوبة فالآن بتغير الأوضاع واختلاف مجتمع الريف عن المدينة صار في بعض الأحيان تبادل الطرفين الهدايا بمناسبة الخطبة وفي مراحل ما بعد الخطبة وقبل الزواج فنجد أن التعديل الجديد أخذ بعين الاعتبار هذه المسألة حيث تنص (الفقرة 5/4) من قانون الأسرة المذكورة "لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئا مما أهداها أن كان العدول منه على أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته أو قيمته".

فنجد أن التعديل الجديد في هذه الفقرة واضح لأنه زاد فيها عبارة "وعليه أن رد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته"[(16)].

حيث نجد أن المشرع في البداية بهذه الفقرة أخذ برأي المالكية ولكن في آخر الفقرة أخذ بالرأي الحنفي أي حينما لا يقع الرد في حالة الاستهلاك لأن الأحناف يعتبرونه من موانع الرجوع إلى الهبة.

ومن المستحسن 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 إذا لا يعقل أن يعدل عن الخطبة ثم يحتفظ بالهدايا حتى وأن استهلكت.

أما فيما يخص التعديل الذي طرأ على الفقرة (5/من المادة 5) من قانون الأسرة نجد نصها كالآتي: "وأن كأن العدول من المخطوبة فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من الهدايا أو قيمته".

نجده أن أضاف كلمة في هذه الفقرة وهي (قيمته) ويقصد بها قيمة الهدية حيث نجد في نصها القديم أنها كانت تنص برد الهدية ما لم تستهلك فقط.

حيث يتضح أن النص المعدل أجاز لكل طرف أن يطالب بقيمة الهدية زيادة على بقاء النص على هذه الصورة قد تؤدي 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.

ولهذا السبب يستدعي الأمر ضرورة تعديل النص والأخذ برأي المالكية على إطلاقه لأنه رأي وجيه بحيث أنه يقضي في حالة العدول من طرف الخاطب أو المخطوبة فأنه على العادل من المثليات أو قيمتها أن كانت من القيمات وبهذا نسد باب التحايل من كلا الخاطب والمخطوبة.

ثم أن النص لم يتحدث عن المتسبب في العدول لأنه في بعض الأحيان يدفع أحد الطرفين للآخر لأن يطلب العدول عن الخطبة حتى يتملص من إرجاع الهدايا وفي نفس الوقت يطالب بإرجاع الهدايا لأن العدول لم يكن منه أو منها.

لذلك نرى أنه من الضروري على القاضي قبل الحكم أن يراعي هذه المسألة وهناك أمر آخر لم يتداركه المشرع ولم يقم بالإشارة إليه وهو حالة وفاة أحد الطرفين فأن عدم استرداد الهدايا بسبب الوفاة لا يد لإرادة الإنسان فيها هناك مسألة أخيرة لم يتحدث عنها المشرع وهي حالة عدول الطرفين عن الخطبة في حالة فسخ الخطوبة باتفاق الطرفين فيعتقد أن لكل واحد منهما الحق باسترجاع الهدايا[17].

أما فيما يخص المادة (6) من قانون الأسرة فقد كانت تنص قبل التعديل على أنه "يمكن أن تقترن الخطبة مع الفاتحة أو تسبقها بمدة غير محددة تخضع الخطبة لنفس الأحكام المبينة في المادة 5 أعلاه".

يتضح أن المشرع قد كيف الفاتحة على أساس أنها خطبة وليست زواجاً غير أن الحكم الذي كأن يتبناه المشرع في هذا الصدد لا يتماشى مع العادات والتقاليد الجزائرية "باعتباره مقتبسا من دول الشرق الأوسط ومنها بخاصة سوريا أما ما هو موجود في المجتمع الجزائري

فأن قراءة الفاتحة تكيف على أساس أنها زواج وذلك نظرا لاشتمالها على جميع أركان وشروط عقد الزواج، وتفاديا لهذا المشكل القانوني صدرت عدة قرارات من المحكمة العليا قاضية بأنه "من المقرر قانونا أنه يمكن أن تقترن الخطبة مع الفاتحة أو تسبقها لمدة غر محدودة ومن المقرر أيضا أنه يثبت الزواج بتوافر أركانه المقرر شرعا" (قرار 1992/04/14) وفي قرار آخر أقرت المحكمة العليا على أن "اقتران الخطبة بالفاتحة بمجلس العقد تعتبر زواجا متى توافرت أركانه طبقا للمادة 09 من قانون الأسرة (قرار صادر بتاريخ 1995/04/04).

إلا أن المادة (6) من قانون الأسرة عدلت بمقتضى الأمر الصادر في 2005/02/27 وأصبحت تنص على أنه " أن اقتران الفاتحة بالخطبة لا يعد زواجا.

غير أن اقتران الفاتحة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توافرت ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في المادة 6 مكرر من هذا القانون".[18] إلا أن نص المادة هذا أيضا لم يحل المشكل الذي وقع فيه القضاة فنجدهم أحيانا يكيفونها على أساس الخطبة وأحيانا على أساس زواج.

المبحث الثاني
موقف الاجتهاد القضائي ما بين الواقع والتطبيق

هناك قضايا يستعصى حلها فنجد أن القضاة يلجأون إلى مصادر القانون وأن لم يجدوا فيلجأون إلى الاجتهاد القضائي.

المطلب الأول
موقف الاجتهاد القضائي قبل التعديل وبعده

قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية المؤرخ في 1985/12/30بالملف رقم (39065) (غير منشور)

من المقرر شرعا بأنه إذا كأن العدول من المخطوبة فعليها رد ما لم يستهلك من الهدايا حيث أن القرار المطعون فيه يخالف هذا المبدأ لما أمر بأن الأشياء المقدمة في الخطبة لا

يمكن ردها عينا حسب رأيه لأنها أصبحت غير صالحة مقتنعا بما صرح له المستأنف وبدون أي تحقيق ففي ذلك رغم أن المخطوبة أكدت عكس ذلك لأنها بقيت محتفظة بها وعرضتها على المدعى عليه في الطعن حسب محضر محرر على يد المنفذ بتاريخ 1982/09/30 وأنه من جهة أخرى فأن قائمة الأشياء المقدمة أسعارها خيالية من طرف المدعى عليه في الطعن فمجموعها مغلظ بمبلغ كبير يدل على أن المجلس لم يدرس بإمعان الوثائق المقدمة في المرافعة.

حيث أن القضاء المستقر يوجب قضاة الموضوع أن ينظروا في جميع الأوجه التي يقدمها الطرفان لقبولها أو رفضها مما جعل القرار المطعون فيه قابلا وجديرا بالنقض والإبطال.

يتضح أن قضاة المحكمة العليا اجتهدوا في قرارهم لما تم قبول الطعن شكلا وموضوعا لأنهم تفطنوا إلى أن قضاة الموضوع على مستوى المجلس أغفلوا شيئا منهما ألا وهو أنهم اقتنعوا بتصريحات المستأنف دون النظر في طلبات باقي المستأنف عليها حيث قدمت في طلباتها وأشارت إلى أنها تمتلك محضر إثبات وأنها قد عرضت هذا على المستأنف.

زد أنهم تفطنوا إلى أن المدعى عليه في الطعن قد أراد التحصل على ثمن الأشياء المقدمة ذلك حين غلظ في المبلغ المراد التعويض له به.

قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية المؤرخ في 1985/12/30بالملف رقم (39289) (غير منشور)

من المقرر شرعا أنه لا رجوع للهدايا إذا فُسِخت الخطوبة من الخاطب بعدما تحقق أنه أصبح عاجزا جسميا على الزواج على إثر حادث مرور أفقده قدرة ممارسة العلاقة الجنسية.

حيث إن الشريعة الإسلامية قررت بأن الزوجة لها الحق في نصف صداقها إذا طلقت قبل البناء بها وذلك بدون شرط كما أنها قررت بأن الزوج الذي قدم لزوجته شيئا سماه هدية لا يسوغ له أخذه منها بأي وجه كأن إلا إذا صدر فسخ عقد نكاحهما قبل البناء بها فيرد له ما بقي من تلك الهدايا[19].

حيث إنه ثابت من الرجوع إلى القرار المنتقد وإلى الحكم المؤيد من طرفه أن قضاة الموضوع قد أهملوا تطبيق هذه القواعد الشرعية حين أعطوا بحكمهم للمستأنف عليه كل ما طلبه من خصمه.

حيث إن القرار المطعون فيه جاء حينئذ معيبا فقها وقضاء والأمر يستوجب معه نقضه فيما يخص مسألة الصداق ومسالة الهدايا.

قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية المؤرخ في 1989/12/25بالملف رقم (56097)

القرار القضائي حجة على المقر، خطوبة، عدول عنها، تلزم تعويض المتضرر (المادتان 341، 342 من القانون المدني) (المادة 5 من قانون الأسرة).

من المقرر قانونا أن الإقرار القضائي هو اعتراف الشخص بواقعة قانونية مدعى بها عليه أمام القضاء وهو حجة قاطعة على المقر، ومن المقرر أنه يترتب على العدول على الخطوبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض ومن ثم فأن القضاء بما يخالف هذين المبدأين يعد خرقا للقانون.

ولما كأن من الثابت في قضية الحال أن المجلس القاضي بإلغاء الحكم المستأنف ورفض الدعوى المتضمنة طلب تعويض الطاعن على الضرر الذي أصيب به بالرغم من إقرار المطعون بفسخ الخطوبة أمام القضاء يكونون قد خالفوا القانون.

ومتى كأن ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه".

يفهم أن قضاة المحكمة الابتدائية كأن حكمهم صائبا ولكن قضاة المجلس قد ألغوا الحكم المستأنف وقضوا بعدم التعويض بالرغم من إقرار المخطوبة أنها هي من عدلت عن الخطوبة وعليه بوجود عدول من طرف المخطوبة وبوجود دليل وهو إقرار المخطوبة أن العدول كأن منها اعتبر قضاة المجلس قد خالفوا القانون.[20]

قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية في الملف رقم (81129) المؤرخ بتاريخ 1992/03/17.

الزواج الصحيح، التفريق بين مجلس الخطبة ومجلس العقد، تعريف الفاتحة (المادة5 و9 من قانون الأسرة)

من المقرر شرعا وقانونا أن الخطبة هي مجرد وعد بالزواج ولكل من الطرفين العدول عنها، وأن لصحة عقد الزواج لابد من توفر جميع أركانه المتمثلة في رضا الزوجين، ولي الزوجة، حضور الشاهدين، الصداق ولما ثبت من أوراق الملف الحالي أن شهود القضية صرحوا وأكدوا حضورهم للوليمة أو فاتحة الخطبة واكتفى قضاة الموضوع في تأسيس قراراهم – القاضي بصحة الزواج- على ذلك علما أن الفاتحة ليست من بين أركان الزواج وإنما هي من باب التبرك والدعاء وأن مجلس الخطبة يختلف عن مجلس العقد.

لذا فإن القرار المنتقد جاء خاليا من الأساس القانوني السليم ويتعين نقضه" [21].

قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية في الملف رقم (81877) المؤرخ بتاريخ 1992/04/14

لاقتران الخطبة الفاتحة بمجلس العقد لا يعد خطبة بل هو زواج صحيح لتوفر جميع الأركان (المواد 05 و06 و09 من قانون الأسرة).

من المقرر قانونا أنه يمكن أن تقترن الخطبة مع الفاتحة أو تسبيقها بمدة غير محدودة 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.

أن قضاة المجلس بقضائهم بإلغاء حكم المحكمة القاضي برفض الدعوى والقضاء من جديد بصحة الزواج الواقع بين الطرفين لتوافر أركانه والسماع إلى الشهود والأمر بتسجيله

فأنهم كما قضوا قد طبقوا صحيح القانون ومتى كأن كذلك استوجب رفض الطعن".

يتضح من هنا تضارب القرارين السابقين فالأول اعتبر الفاتحة من باب التبرك في الخطبة ولا تعدو أن تكون زواجا والقرار الثاني اعتبر اقتران الفاتحة بالخطبة وتوفر أركان الزوج بزواج.

وهنا يظهر تضارب الاجتهادات وهذا راجع لغموض نص المادة (06)، أن حسم الموضوع يتطلب تحديد المقصود بالفاتحة في النص هل هو قراءة سورة الفاتحة وبالتالي فلا أثر لها على الخطبة وعلى العقد وهنا لابد من حذفها من النص أو ممكن أن تصاغ المادة 6 كالآتي: يمكن أن تقترن الخطبة بعقد الزواج أو تسبقه بمدة غير محدودة وفي حالة اقتران الخطبة بالعقد تسري أحكام المادة 09 و09 مكرر من قانون الأسرة. (22)

المطلب الثاني

الضوابط والأسس التي يستلزم على القاضي التقيد بها

من المعلوم أنه لا اجتهاد مع وجود النص بل على القضاة تطبيق النص على القضية المطروحة أمامهم ولكن الغموض يكمن في حالة أن المشرع ترك ثغرة في نص معين سهوا أو لأسباب أخرى نجد دور فعلى القضاة الاجتهاد في حل مثل هذه المسائل أو بالرجوع إلى الشريعة الإسلامية وهي تعتبر أهم المصادر لقانون الأسرة وبخاصة ما نصت عليه المادة (222) من قانون الأسرة الجديد بأن "ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

من ثمة العرف والاجتهاد القضائي ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

فمثلا نجد أن القانون المغربي في المدونة المغربية للأسرة تنص في مادتها الخامسة " الخطبة تواعد رجل وامرأة على الزواج تتحقق الخطبة بتعبير طرفيها بأي وسيلة متعارف عليها تفيد التواعد على الزواج ودخل في حكمها قراءة الفاتحة وما جرت به العادة من تبادل للهدايا".

كما أن نص المادة السادسة من المدونة اعتبرت الطرفان في الفترة الخطبة إلى حين الإشهاد على عقد الزواج ومنحت حق العدول لكلا الطرفين.

نجد أن المدونة المغربية استعملت لفظ الوعد مثله مثل المشرع الجزائري ونجده أيضا أنه تحدث عن وسيلة الإيجاب والقبول وجعلها مطلقة باستعماله للفظ بأي وسيلة.

أما قانون الأحوال السوري فقد نص في مادته الثانية بأن "الخطبة هو وعد بالزواج وقراءة الفاتحة وقبض المهر وقبول الهدية لا تكون زواجا".

والمادة الثالثة نصت على أنه " لكل من الخاطب والمخطوبة العدول عن الخطبة".

أما مجلة الأحوال التونسية في الفصل الأول نصت على ما يلي "كل من الواعد بالزواج والمواعدة به لا يعتبر زواجا ولا يقضي به".

نلاحظ استعمال لفظ الواعد كل من القانون السوري والتونسي وأغلب القوانين الوضعية لبلدان المغرب العربي والمشرق استعملوا لفظ الوعد ونلاحظ أيضا أنهم يجيزون العدول عن الخطبة وتبادل الهدايا.

أما من ناحية العدول عن الخطبة نجد أن كل القوانين الوضعية للدول العربية حملت العادل عن الخطبة وبعضها المتسبب في العدول إلى تحمل المسؤولية إلزام الطرف الآخر بالتعويض. (23)

فنجد مثلا أن محكمة النقض المصرية في الحكم المؤرخ بتاريخ 14 سبتمبر 1939 نصت على ما يلي "أن الخطبة ليست إلا تمهيدا لعقد الزواج وهذا الوعد بالزواج 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 لما في الزواج من خطر في شؤون المجتمع وهذا لا يكون إذا كأن أحد الطرفين مهددا بالتعويض.

ولكن إذا كأن الواعد بالزواج والعدول عنه باعتبار أنهما – مجرد وعد وعدول- قد لازمتها أفعال أخرى مستقلة منهما استقلالا تاما وكانت هذه الأفعال قد ألحقت أضرارا مادية

أو أدبية بأحد المتواعدين فأنها تكون مستوحية التضمين على من وقعت منه ذلك على أساس أنها هي في حد ذاتها – بغض النظر على العدول المجرد- أفعال ضارة موجبة للتعويض".

نلاحظ من هذا القرار أن محكمة النقض المصرية قد أوجبت للطرف المتضرر عن العدول وقد منحت هذا الحق للطرف المتضرر منهما العدول بالرجوع إلى من المتسبب في هذا العدول وليس تحميل التعويض مباشرة بل يجب النظر في من كأن السبب في العدول.

نجد أيضا في المدونة المغربية الجديدة في نص المادة (07) على ما يلي: "مجرد العدول عن الخطبة لا يترتب عنه تعويض غير أنه إذا صدر عن أحد الطرفين فعل يسبب ضررا للآخر يمكن للمتضرر المطالبة عنه ولو حصل فيه ضرر " وحسنا فعل المشرع المغربي حيث بنى وبوضوح مسألة التعويضات على المتسبب بخطئه الشخصي.

في حين أن المشرع الجزائري قد أرسى مبدأ الحق في التعويض إذا حصل ضرر وترك السلطة التقديرية للقاضي يقدرها حسبما يقدم أمامه من أدلة في هذا الشأن.

أما فيما يخص الهدايا فنجد أن المدونة المغربية قد أخذت برأي المالكية في المادة (08) التي تنص على أنه "لكل من الخاطب والمخطوبة أن يسترد ما قدمه من هدايا ما لم يكن العدول عن الخطبة من قبله.

ترد الهدايا بعينها أو بقيمتها".

ما يلاحظ على هذا النص أنه لم يعالج حكم الهدايا بشكل كامل فلم ينص على حالة تبادل الهدايا بين الطرفين كما لم ينص على حالة العدول باتفاق الطرفين.

أما المشرع التونسي فقد نص في الفصل الأول من الفقرة الثانية على أنه "لكل واحد من الخطيبين أن يسترد الهدايا التي يقدمها إلى الآخر ما لم يكن العدول من قبله أو وجد شرطا خاصا ".

أما المشرع الكويتي فقد نص في المادة (05) منه على أنه "إذا عدل أحد الطرفين عن الخطبة وليس ثمة شروط أو عرف:

- فأن كأن العدول بغير مقتض لم يسترد شيئا مما أداه إلى الآخر.

- وأن كأن العدول بمقتضى استرداد شيء مما أداه أن كأن قائما أو قيمته يوم القبض أن كأن هالكا أو مستهلكا.

يتضح من خلال هذا النص أن المشرع الكويتي أخذ برأي المالكية في الموضوع بالنسبة للهدايا مع تحميل المتسبب في العدول المسؤولية".

أما المادة (06) من نفس القانون فتحدثت عن العدول باتفاق الطرفين فأن كأن السبب من أحدهما اعتبر عدول الآخر بمقتضى وطبقت الفقرة (ب) من المادة السابقة وإلا استرد كل منهما ما أهداه وأن كأن قائما.

وإذا انتهت بالوفاة أو بعرض حال دون الزواج لم يسترد شيء من الهدايا".

أما المادة (07) فقد نصت على ما يلي: في جميع الأحوال لا ترد الهدايا التي لا بقاء لها".

يتضح من خلال هذه النصوص أن المشرع الكويتي لم يتبع مذهبا واحدا في تعامله مع الهدايا وإنما هو جمع بين رأي المالكية والحنفية.

أما فيما يخص المهر فقد أغفل المشرع الجزائري هذا الشيء أو قد يعتمد عدم التطرق إليه لخلفية ما.

ونجد أن قانون الأحوال الشخصية السوري نص في مادته الرابعة (04) الفقرة الأولى والثانية على التوالي:

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

"إذا عدلت المرأة فعليها مثل المهر أو قيمته".

نجد أن قانون المدونة المغربية لم تعتبر اقتران الفاتحة على أنها ليست عقدا.

أما القانون السوري في المادة الثانية نص على أنه " الخطبة وعد بالزواج وقراءة الفاتحة

وقبض المهر وقبول الهدية ولا تكون زواجا".

واضح أن القانون السوري أشار وبشكل صريح إلى قراءة سورة الفاتحة والتي يعتبرها زواجا. (24)

الخاتمة

يستخلص أن هناك فراغا قانونيا في نص المادتين (05) و(06) من قانون الأسرة الجزائري، وهذا راجع إلى ضعف استعمال الصيغ القانونية التي لا يحتمل تأويلها إلى ألفاظ أخرى مثل لفظ المستهلكة فهذا لفظ اقتصادي وليس قانوني حيث نجد أن المشرع الجزائري أساء استعمال المصطلحات القانونية ونجده أيضا حتى في تعديل نص المادتين أنه تدارك بعض النقص فقط ولم يقم بتداركه كاملا وهذا راجع إلى عدم تحكم المشرع في الألفاظ والمصطلحات القانونية وهذا يعتبر خطرا على الأسرة الجزائرية فهناك أفعال كأن يجب على المشرع ترتيب جزاءٍ عليها وهو التعويض ثم نجده أيضا أنه لم يوضح مسألة التعويض كثيرا على خلاف المشرع الكويتي ونجد أيضا في مسألة قراءة الفاتحة كنا ننظر من التعديل تدارك الغموض في المادة ولكن يتضح من التعديل أنه لم يتدارك هذا الغموض، وفي نص المادة (06) كأن يجب على المشرع توضيح صيغة المادة حتى لا تؤول إلى تأويلين مثل ما فعل المشرع السوري.

وعليه نقول أنه رغم التعديل الذي طرأ على قانون الأسرة إلا في جوانب ومن بينها الخطبة أنه ما يزال يحتاج إلى دراسة كبيرة نظرا لأهمية هذا القانون في المجتمع لأنه قانون ينظم حياة أفراد الأسرة فيما بينهم وعلاقة الأسرة مع الأسر الأخرى في المجتمع خاصة في من جانب التعاملات والتعويضات والآثار.

الهوامش:

(1) القانون (09/08) المؤرخ في2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية الجديدة الرسمية عدد 21 لسنة 2008.

(2) سائح سنقوقة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجزء 01، دار الهدى الجزائر، 2011،

ص64،45 ،47.

(3) بربارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط1، منشورات بغدادي، 2009، ص315.

(4) سائح سنقوقة، المرجع السابق، ص89 وما بعدها.

(5) المرجع نفسه، ص583.

(6) بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص27، 26، 28.

(7) بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2007، ص46.

(8) القانون (11/84) المؤرخ في 1984/06/09 المتضمن قانون الأسرة الجريدة الرسمية رقم (24) الصادرة بتاريخ 1984/06/12.

(9)الأمر (02/05) المؤرخ في 2005/02/27 المتضمن تعديل قانون الأسرة، الجريدة الرسمية رقم (15) لسنة 2005.

(10) بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص30.

(11) سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، ط3، دار هومة الجزائر، 2011، ص18.

(12) بيابي باديس، قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية، دار الهدى، الجزائر، 2011، ص45.

(13) صقر نبيل، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، دار الهدى، الجزائر، 2006، ص36.

(14) كاملي مراد، مذكرة الوجيز في قانون الأسرة، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي، السنة الجامعية 2009-2010، ص10.

(15) صقر نبيل، المرجع السابق، ص38.

(16) بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص44، 45.

(17) بن حرز الله عبد القادر، الخلاصة في تحاكم الزواج والطلاق، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2007، ص42.

(18) بلحاج العربي، قانون الأسرة، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 2006، ص28، 29.

(19) دلاندة يوسف، قانون الأسرة، دار هومة، الجزائر، 2007، ص7، 8.

(20) المرجع نفسه، ص9.

(21) دلاندة يوسف، المرجع السابق، ص09.

(22) بن شويخ الرشيد، المرجع السابق ، ص52.

(23) المرجع نفسه، ص53.

(24) بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص54.