

1) مفهوم قانون الأسرة: وهو ما يتضح من خلال تعريف قانون الأسرة وبيان مصادره وتطوره ومميزاته:

- تعريف قانون الأسرة:

المقصود به هو مجموعة من القواعد القانونية التي تنظم أفراد الأسرة الذين تجمعهم علاقات النسب والمصاهرة، وينظم مسائل الزواج والطلاق وأثارهما والأهلية والنيابة الشرعية والميراث والوصية والوقف والهبة، وقانون الأسرة له مصطلح آخر وهو قانون الأحوال الشخصية وقد اختار المشرع الجزائري مصطلح "قانون الأسرة" وصدر هذا القانون بموجب القانون رقم 11/84، المؤرخ في 9 جوان المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالقانون 02/05، المؤرخ في 27 فيفري 2005م.

مصادر قانون الأسرة الجزائري:

المتتبع لأحكام ونصوص قانون الأسرة الجزائري يلاحظ أن المشرع اعتمد بشكل كبير على مذهب المالكية باعتباره مذهب أهل المغرب العربي، كما أخذ من المذاهب الأخرى الشافعية والحنابلة والحنفية، بالإضافة إلى ذلك قنن بعض الأعراف والعادات الاجتماعية التي لا تتعارض مع الشرع الإسلامي لما لها من أهمية وقيمة في المجتمع، فضلا على أنه انفتح على بعض القوانين العربية مراعيًا في مصلحة ومتطلبات المجتمع الجزائري.

تعتبر الشريعة الإسلامية المصدر الأصلي والرسمي لمسائل الأحوال الشخصية، حيث نصت المادة (222) من قانون الأسرة على أنه "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"، كما نصت المادة 223 على أنه "تلغى جميع الأحكام المخالفة لهذا القانون".

موضوعات قانون الأسرة:

يحتوي قانون الأسرة على 224 مادة مقسمة على أحكام عامة وأربعة كتب كما يأتي:

الأحكام العامة:

(من المادة 1 إلى غاية المادة 3 مكرر)

الكتاب الأول:

الزواج وانحلاله (من المادة 4 إلى غاية المادة 80)، ويشمل مسائل الزواج وما يتعلق به من آثار من حقوق وواجبات الزوجين والنسب، ومسائل الطلاق وآثاره من عدة وحضانة ونفقة.

الكتاب الثاني:

النيابة الشرعية (من المادة 81 إلى غاية المادة 125)، ويشمل مسائل الولاية والوصاية والتقديم والحجر والمفقود والغائب والكفالة.

الكتاب الثالث:

الميراث (من المادة 126 إلى غاية المادة 183)، ويشمل أحكام عامة وأصناف الورثة والعصبة أحوال الجد، الحجب التنزيل، الميراث بالتقدير، المسائل الخاصة ...

الكتاب الرابع:

التبرعات (من المادة 184 إلى غاية المادة 224)، ويشمل الهبة والوصية والوقف، بالإضافة إلى الأحكام الختامية.

ونلاحظ أنه بعد تعديل قانون الأسرة سنة 2005م، قام المشرع بإلغاء مواد وإضافة مواد وتعديل أخرى من ذلك:

بالنسبة للمواد الملغاة، مثل المادة 12 التي كانت تجيز للأب منع ابنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة، المادة 20 المتعلقة بالوكالة، المادة 63 المتعلقة بالحضانة، المادتان 38 و39 المتعلقة ببعض الحقوق الزوجية.

أمثلة المواد المعدلة 4، 5، 6، المتعلقة بالزواج والخطبة، والمادة 7 المتعلقة بالأهلية والمادة 8 المتعلقة بتعدد الزوجات وغيرها...

ومن أمثلة المواد المضافة، المادة 7 مكرر المتعلقة بالوثيقة الطبية الزواج، المادة 9 بشروط الزواج، المادة 45 مكرر المتعلقة بالتلقيح الاصطناعي، والمادة 53 مكرر المتعلقة بالتعويض في حالة التطبيق وفي إطار تعديل قانون الأسرة الجزائري أضاف المشرع مادة جديدة وهي المادة 3 مكرر ضمن الأمر رقم 02/05 جاء فيها تعد النيابة العامة طرفاً أصلياً في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون"، مع أن الأصل في النيابة العامة أنها طرف أساسي في القضايا الجزائية، أما بالنسبة لقضايا الأسرة فقبل تعديل القانون كان المشرع يمنح النيابة صلاحيات التدخل في عدد من القضايا، ويعطيها دوراً في إجراءات الدعوى.

وبعد التعديل نقلت النيابة العامة من مركز الطرف الاحتياطي إلى مركز الطرف الأصلي، ممثلة للمصلحة العامة وتبدي رأيها بما يتلاءم وتطبيق القانون دون أن تنضم إلى أحد الخصوم وهذا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام قانون الأسرة، بما في ذلك دعاوى الطلاق والرجوع والنفقة والحضانة والخلع وغيرها، وسبب إضافة هذه المادة هو أن قضايا الأسرة من النظام العام وهو ما يتعين معه حماية الأسرة.

نشأة وتطور قانون الأسرة الجزائري:

مر قانون الأسرة الجزائري في نشأته على ثلاثة مراحل أساسية، وهي مرحلة ما قبل الاستعمار والمرحلة الاستعمارية، ومرحلة ما بعد الاستقلال

أولاً: مرحلة ما قبل الاستعمار:

كان القضاء في الجزائر كما في البلاد العربية والإسلامية يعتمد على أحكام الفقه الإسلامي في معالجة المسائل المتعلقة بنواحي الحياة المختلفة، فكان مصدر الأحوال الشخصية أحكام الكتاب والسنة وفتاوي الصحابة، واجتهاد القضاة، والرجوع إلى أمهات كتب الفقه الإسلامي، وكان المذهب الملكي وهو المطبق فيها كما في بلاد المغرب الإسلامي، وكذلك المذهب الإباضي في بعض المناطق و المذهب الحنفي مذهب الدولة العثمانية، بالإضافة إلى المعاملات والأعراف المحلية، التي لا تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية، والتي كانت متعارف عليها ومعتمدة قبل الفتوحات الإسلامية.

ثانياً: المرحلة الاستعمارية:

إبتداءً من سنة 1830م عمد المستعمر الفرنسي إلى محاولة يائسة هدفها دمج نظريات الفقه الإسلامي في منظومة القانون الفرنسي، وطمس كل مقومات الهوية الجزائرية، ومن أجل ذلك حارب فقهاء النزعة الاستعمارية الفقه الإسلامي مدعين بأنه نظام ديني لا يصلح إلا للعبادة فقط وليس نظام حياة، وفي سبيل تحقيق هذه الغاية قام المشرع الفرنسي بسن مجموعة من التشريعات، التي تهدف إل التدخل في أحكام ونظام الأسرة الجزائري والتي نذكر منها:

القانون الصادر في 2 ماي 1930م المتعلق بالخطبة وسن الزواج، والمرسوم المؤرخ في 19 ماي 1931م المتعلق بالحالة القانونية للمرأة الجزائرية،) اعتمد فيه على

الأعراف المحلية على حساب الأحكام الشرعية)، وكذا الأمر الصادر في 23 نوفمبر 1944م المتعلق بتنظيم القضاء الإسلامي، بالإضافة إلى القوانين الصادرة في 11 جويلية 1957م المتعلقة بأحكام المفقود والوصاية والحجر وكيفية إثبات الزواج، والأمر الصادر في 4 فبراير 1959م المتضمن أحكام الزواج والطلاق في الجزائر وكذا المرسوم المؤرخ في 17 سبتمبر 1959م المتعلق بتنظيم الزواج وانحلاله في الجزائر، والذي يحدد شروط تطبيق الأمر السابق.

وبالرغم من كل المحاولات السابقة من قبل المشرع الفرنسي إلا أنها لا تجد نفعاً، بسبب مقاومة الشعب الجزائري لها، الذي يعتبر الأحوال الشخصية أمراً مقدساً وجزءاً من عقيدته وهويته وثقافته وحضارته الإسلامية، مما أدى إلى بقاء نظام الأسرة الجزائرية بعيداً عن التدخل الفرنسي يستمد أحكامه ومبادئه وقواعده من الفقه الإسلامي وأحكام الشريعة الإسلامية.

ثالثاً: مرحلة ما بعد الاستقلال:

بعد الاستقلال استمر القضاء وفق قواعد النظام الفرنسي، وذلك سداً للفراغ التشريعي والقانوني تطبيقاً للقانون 157/62، الذي ينص على ضرورة استمرار العمل بالقانون الفرنسي عدا مواد الاستعمارية والعنصرية، أو المخالفة للحقوق والحريات العامة.

وفي مجال الأسرة صدرت سلسلة من القوانين بين سنة 1963م وسنة 1984م، والمتمثلة في القانون 29 جوان 1963م المتعلق بتنظيم سن الزواج (16 سنة بالنسبة للمرأة و 18 سنة بالنسبة للرجل) وإثبات العلاقة الزوجية، والأوامر الصادرة في 23 جوان 1966م، و 2 سبتمبر 1971م الخاص بكيفية إثبات الزواج، إلى أن ألغى الأمر 29/73 الصادر في 5 جويلية 1975م القانون 157/62 وكذلك القوانين الفرنسية الداخلية.

وقد تأخر قانون الأسرة الجزائري عن الصدور مقارنة بالقوانين الأخرى، حيث استغرق أكثر من عشرين سنة بعد الاستقلال بعد طول نقاش وحوار، حيث صدر بالقانون رقم 11/84 بتاريخ 9 جوان 1984م، الذي عدل وتمم بالأمر 02/05 المؤرخ في 27 فيفري 2005م.

مميزات قانون الأسرة الجزائري:

يتميز قانون الأسرة الجزائري عن غيره من القوانين بعدة خصائص خصائص تتمثل فيما يأتي:

01- هو القانون الوحيد الذي استمد أحكامه من الشريعة الإسلامية، ومن الفقه الإسلامي دون التقيد بمذهب معين، وإن كانت أغلب أحكامه مستمدة من الفقه المالكي كما سبق ذكره، وما يدل على ذلك نص المادة 222 منه، فنص المادة يسمح للقاضي العودة إلى أحكام الشريعة الإسلامية، دون تحديد لمذهب فقهي معين إذا عرضت عليه مسألة لم يرد بشأنها نص قانوني.

02- يتميز بالشمول من حيث المواضيع التي نظمها، فهو أول قانون في الوطن العربي قنن أحكام قانون واحد يشتمل على جميع أحكام الأحوال الشخصية، والتمثلة في مسائل الزواج وانحلاله والنيابة الشرعية والميراث والتبرعات (القانون الليبي قصره على أحكام الزواج والطلاق، هناك دول تفرد للوقف قانونا خاصا به، وهناك من ينظم مسائل النيابة الشرعية ضمن القانون المدني).

03- الاستقلالية: فهو قانون مستقل عن القانون المدني خلافا لما هو موجود في الدول الغربية، التي جرى العمل فيها على أن يشتمل القانون المدني على نوعين من الأحكام، قواعد الأحوال الشخصية وقواعد الأحوال المدنية.

04- هو قانون يجمع بين الثبات والمرونة، فلم يتم تعديله إلا مرة واحدة سنة 2005م، وهذا من جهة الاستقرار فقد حافظ على الثوابت، أما من جهة المرونة فقد تم تعديل واستحداث بعض المواد استجابة لمتطلبات المجتمع الجزائري، من ذلك سكن الحاضنة، التلقيح الاصطناعي، إثبات النسب بالطرق العلمية، تعديل سن الزواج ، وغيرها من المواد.

05- موافقته لعرف المجتمع الجزائري، ولم يصطدم بما تعارف عليه أفراد المجتمع من أعراف وأحكام كاستعماله لكلمة الفاتحة في المادة 6 إذا عرفنا أن المواد من استعمالها هو التعبير عن عقد الزواج الذي سيتم طبقا لتعاليم الشريعة الإسلامية إذ ألف الناس قراءة سورة الفاتحة بعد تمام العقد الشرعي تبركا بها، ثم أصبح يعبر بالفاتحة.

الخطبة

تعارف الناس منذ القديم على أنه قبل إبرام عقد الزواج والاحتفال بتلك المناسبة السعيدة، أن يسبق ذلك مرحلة تمهيدية تسمى بالخطبة، وسنتطرق إلى التعريف بالخطبة وبيان طبيعتها، وأخيرا آثار العدول عنها.

أولاً: التعريف بالخطبة

إذا كانت الخطبة معروفة منذ القديم وعند الأمم جميعا، فإن أحكامها مختلفة من شريعة إلى أخرى ومن تشريع إلى آخر، والذي يهمنا في هذا الموضوع هو التشريع وقانون الأسرة الجزائري، حيث سنبين من خلالهما أنواع الخطبة، وشروطها وهذا بعد التطرق إلى تعريفها في اللغة والاصطلاح.

(1) تعريف الخطبة:

الخطبة: لغة: مصدر خطب، يقال خطب المرأة يخطبها خطبا وخطبة بكسر الخاء أي للزواج، وقيل مأخوذة من الخطب أي شأن من الشؤون، وقيل من الخطاب لأنها نوع مخاطبة تجري من جانب الرجل وجانب المرأة.

أما من الناحية الاصطلاحية فقد عرفت الخطبة بعدة تعريفات سواء عند الفقهاء قديما أو عند المعاصرين، نذكر منها على سبيل المثال تعريف الإمام أبو زهرة حيث يعرفها بأنها " طلب الرجل يد امرأة معينة للترجوع بها، والتقدم إلى ذويها، ببيان حاله ومفاوضتهم في أمر العقد ومطالبه ومطالبهم بشأنه"، ويعرفها الدكتور بلحاج العربي على أنها " التماس الزواج من امرأة معينة، بتوجيه هذا الالتماس إليها وإلى وليها، أو هي طلب الرجل التزوج بامرأة معينة خالية من الموانع الشرعية، وذلك بأن يتقدم إليها مباشرة وإلى أهلها أو عن طريق أجنب، فإذا أُجيب إلى طلبه تمت الخطبة بينهما" فهي بهذا تطلق على أمرين الطلب أو الالتماس، وتطلق كذلك في حالة الموافقة عليهما.

وقد عرف المشرع الجزائري الخطبة في المادة 5 ق.أ بأنها وعد بالزواج، أي عرفها بتبيان طبيعتها القانونية وليس ببيان ماهيتها أو حقيقتها.

(2) أنواع الخطبة:

لا يوجد في قانون الأسرة الجزائري ما ينص على وجود أنواع الخطبة، لكن بالرجوع إلى الفقه الإسلامي، فإن الفقهاء ميزوا بين نوعين من الخطبة صريحة (أولا) و تعريضية (ثانيا).

أولا: الخطبة الصريحة:

هي طلب التزوج بامرأة وإظهار الرغبة في ذلك بطريقة مباشرة، كأن يقول الخاطب لمن يخطبها "إني أريد أن أتزوجك، أو أرغب بالزواج بك"، أو يقول لوليها "أطلب يد

ابنتك للزواج"، وغيرها من الجمل الصريحة التي إذا قيلت لا يراد منها غير طلب المرأة للزواج.

ثانيا: الخطبة التعريضية:

التعريض خلاف التصريح، والتعريض بالخطبة معناه طلب الزواج بلفظ أو ألفاظ لم توضع له حقيقة ولا مجازا، ولكن هذه الألفاظ تحتل الخطبة وتحتل غيرها، غير أن دلالة الحال تكشف عن الغربة في الخطبة، كقوله " وددت لو أن الله يبسر لي امرأة صالحة، أو إذا انقضت عدتك فأعلميني"، وغيرها من العبارات.

* وتكمن الفائدة من التفرقة بين التصريح بالخطبة والتعريض بها من حيث

مدى جواز خطبة المعتدة.

(3) شروط الخطبة:

ونقسمها إلى شروط لازمة (أولا) بمعنى أنها واجبة، وشروط مستحسنة (ثانيا).

أولا: الشروط اللازم توفرها في من يراد خطبتها:

وهي التي لا بد من تحققها و لا تصح الخطبة من دونها وهي أن تكون المخطوبة خالية من الموانع الشرعية (01)، وأن لا تكون الفتاة مخطوبة للغير (02).

01: أن تكون المخطوبة خالية من الموانع الشرعية (أن تكون صالحة للزواج)

فيشترط في المخطوبة أن تكون ممن تحل شرعا للخاطب، لأن الخطبة وعد ومقدمة وتمهيد للزواج، ومن لا يصح زواجها لا تصح خطبتها، وعليه يشترط لجواز الخطبة أن لا تكون من المحرمات عن الرجل حرمة مؤدبة كالبنات وبنات الابن والعمة والخالة (المادة 24 ق.أ) أو مؤقتة كمن هي في عصمة رجل آخر أو معتدة من طلاق رجعي أو طلاق بائن (المادة 30 ق. أ)، أما المعتدة من وفاة فيجوز

التعريض بخطبتها دون التصريح كما سبق ذكره، والحكمة من ذلك أن الخطبة وسيلة إلى الزواج الحلال، والزواج بالمحرمات حرام، والوسيلة على الحرام حرام أيضا. وينبغي على المشرع الجزائري في التعديلات المقبلة أن يراعي هذه المسألة حيث يدرج فقرة في المادة 5 المعدلة أو يضيف مادة مستقلة توضح شروط صحة الخطبة، تكون صيغتها كالتالي: "يمنع خطبة المحرمة تحريما مؤبدا أو مؤقتا، غير أنه يجوز التعريض بخطبة معتدة الوفاة".

02: أن لا تكون الفتاة مخطوبة للغير:

من شروط صحة الخطبة أن لا يخطب رجل على خطبة أخيه، وذلك إذا تم الركون والموافقة، لقوله عليه الصلاة والسلام " لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه" وقوله أيضا "... ولا يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى ينكح أو يترك".

والعلة من هذا النهي هو أن في خطبة الثاني اعتداء على الأول وإيذاء له، ووقوع العداوة والبغضاء بين الخاطبين، والنهي يتحقق في حالة الموافقة والركون.

أما إذا كانت المخطوبة في حالة تردد وترو ونظر فقد وجد خلاف بين الفقهاء من حيث الجواز وعدمه، والراجح هو عدم جواز ذلك، لأن تقدم الخاطب الثاني قد يؤدي إلى رفض الخاطب الأول مما يولد الأحقاد والضغائن المنهي عنها شرعا، وهو علة تحريم الخطبة على الخطبة.

ثانيا: الشروط المستحسن توفرها في من يراد خطبتها:

يندب لمن يريد الزواج مراعاتها، وهي عبارة عن صفات للزوجة الصالحة التي يمكن أن يجد معها الإنسان الراحة والاطمئنان والسكينة والأنس والسعادة، ويتحقق معها نجاح الزواج، ولكن إن أهملها لا يؤثر على صحة الخطبة، ومن هذه الشروط:

01: أن تكون المخطوبة من غير القريبات للخاطب:

وهذا حتى لا ينكح عن ذلك نسلا ضعيفا، لقوله عليه الصلاة والسلام " لا تنكحوا القرابة القريبة فإن الولد يخلق ضاويا"، وقد أثبتت التجارب قديما أن الزواج بالأقارب غالبا ما ينتج عنه نسلا ضعيفا، وهذا ما أكدته الطب الحديث.

02: أن تكون المخطوبة بكرا ولودا:

لقوله عليه الصلاة والسلام لجابر بن عبد الله " ... هلا جارية تلاعبها وتلاعبك..."، وقوله أيضا " تزوجوا الودود الولود فإنني مكاثر بكم الأمم يوم القيامة".

03: أن تكون المخطوبة ذات دين وخلق:

لقوله عليه الصلاة والسلام " تنكح المرأة لأربع: لمالها ولحسبها ولجمالها ولدينها فاظفر بذات الدين تربت يداك"، كما يستحسن أن تكون من عائلة ذات أخلاق وشرف، وذلك لما للأسرة من تأثير على المرأة وعلى أبنائها.

ثانيا: الطبيعة القانونية والشرعية للخطبة:

اختلف الفقهاء حول طبيعة الخطبة بين كونها وعد أم عقد، وما يترتب عن ذلك من مدى حق كل طرف في العدول عن مشروع الزواج، لذلك سنتناول الطبيعة القانونية للخطبة وكذلك رأي فقهاء الشريعة الإسلامية، لنخلص إلى مسألة اقتران الخطبة بالفاتحة هل يغير من طبيعتها أم لا؟

1: الطبيعة القانونية للخطبة:

تعتبر الخطبة من الناحية القانونية سواء في قانون الأسرة الجزائري أو في قوانين الأسرة العربية وعد بالزواج، وليست عقدا وإن تمت باتفاق ورضا الطرفين، ولا يترتب عنها ما يترتب على عقد الزواج من حقوق وواجبات، ولا تتمتع بأية قوة إلزامية مهما

طال أمدها، ولكل من الخاطب والمخطوبة حق العدول عنها (المادة 5 ف 2 ق.أ)، وذلك أخذاً بمبدأ حرية الشخص في اختيار شريكه في المستقبل دون ضغط أو إكراه، ثم إن الوعد في العقود عامة ليست له قوة العقد ذاته، ولا يترتب عليه أثر ما، فإذا وقع العدول فلا يجوز للطرف الذي لم يقبل بالعدول أن يطلب من القضاء الحكم له بإلزام الطرف العادل بإتمام إجراءات الزواج دون رغبته ودون رضاه، لأن الزواج في حقيقته عقد رضائي، وليس عقد إذعان.

2: الطبيعة الشرعية للخطبة:

الحكم الشرعي للخطبة هو أنها مستحبة قبل انعقاد الزواج وليست واجبة، ويمكن القول أنها مشروعة، لقوله تعالى في محكم تنزيله " ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء"، لأنها سبيل التعارف بين الخاطبين والعائلتين ومن ثم يكون الإقدام على الزواج على هدى وبصيرة، وهذا يزيد من حظوظ النجاح في الزواج.

أما عن طبيعتها الشرعية فهي كذلك وعد بالزواج وليس لها صبغة عقدية، وهذا لأن المشرع لم يرتب عليها أي أثر من آثار عقد الزواج، فلا يثبت بها حق من الحقوق الزوجية، كما لا يثبت بها النسب ولا التوارث بين الزوجين، لأن ذلك لا يكون إلا بالعقد، و أن إباحة النظر في مرحلة الخطبة ورد على سبيل الاستثناء من الأصل العام المحرم للنظر، وهذا لتحقيق مقصد شرعي والمتمثل في تمام الألفة والمودة بالعقد.

3: مسألة اقتران الخطبة بالفاتحة:

هناك مسألة في غاية الأهمية وتطرح إشكالا وهي اقتران الخطبة بالفاتحة، هل يغير من الطبيعة القانونية للخطبة أم لا؟ وقد أجاب المشرع في المادة 6 ف 1 من ق.أ على أن الفاتحة التي تقترن بالخطبة ليست زواجا، ما لم تقترن بركن الرضا وشروط

عقد الزواج المنصوص عليها في المادة 9 مكرر في مجلس العقد (المادة 6 ف 2)، وهو تكريس للاجتهاد القضائي للمحكمة العليا.

فإذا كان المقصود بالفاتحة هو قراءة سورة الفاتحة بعد الموافقة على الخطبة من باب التبرك بها، وعلى سبيل الدعاء، فإن الفاتحة هنا ليست بعقد شرعي ولا يترتب عنها أي أثر ما، فالناس اعتادوا على قراءتها بمناسبة الخطبة أو العقد.

وإن كان المقصود بالفاتحة هو المجلس الذي يعلن فيه الخطبة وتقرأ فيها الفاتحة ويصاحب ذلك إيجاب وقبول في حضرة شاهدين عدلين، وذكر الصداق بحضور الولي كما جرت به العادة والعرف الاجتماعي في كثير من مناطق الجزائر، فهو عقد نافذ شرعا، ويرتب آثاره الشرعية، وإن كان ينقصه التوثيق من الناحية القانونية (المادة 18 من ق.أ)، مع ما قد يترتب عنه من ضياع حقوق المرأة والأولاد، كما أنه يخالف النظام العام الذي وضعتة الدولة بضرورة تسجيل هذا لعقد (المادة 18 من ق.أ)، وأن إثبات الزواج يكون بمستخرج من سجل الحالة المدنية (م 22 من ق.أ و م 39 من ق.أ)، ومن ثم لا يمكن الاحتجاج به أمام السلطات الإدارية والقضائية إلا إذا تم تسجيله في سجلات الحالة المدنية وفقا للأوضاع والإجراءات المنصوص عليها في القانون.

ثالثا: آثار العدول عن الخطبة:

في حالة حصول العدول عن الخطبة الذي هو حق لكل طرف، يترتب عن ذلك آثار سواء بالنسبة للصداق الذي يكون الخاطب قد قدمه، أو الهدايا المقدمة من الطرفين، وكذلك الأمر بالنسبة للأضرار الناشئة عن العدول.

1) حكم الصداق في حالة العدول:

لم يتناول قانون الأسرة الجزائري هذه المسألة وحتى القانون المغربي والتونسي لم يتطرقا إليه بخلاف القانون السوري الذي نص عليه، وبالعودة إلى الفقه الإسلامي فإن الفقهاء اتفقوا على أن للخاطب الحق في استرداد ما دفعه من مهر، سواء تم العدول منه أو من المخطوبة، لأن المراءة لا تستحق المهر إلا بالعقد عليها، وبما أن العقد لم يتم بعد، والخطبة هي مقدمة للزواج لا غير، فلا حق للمراءة في الصداق، وتطبيقا لمبدأ عدم الإثراء بلا سبب مشروع، وجب على المرأة رده.

وما يمكن التنبية إليه في هذه المسألة هو حالة ما إذا تصرفت المرأة في المهر بأن حولته إلى جهاز مثلا، ففي مثل هذه الحالة الخسارة الناتجة عن قيمة الجهاز والمبلغ المؤدى فيه يتحملها من عدل عن الخطبة، فيرى الدكتور محمد حمدة - رحمه الله - أن للمخطوبة الخيار بين مثل النقد أو تسليم الجهاز، حيث يتحمل الخاطب تبعات المهر، وذلك بتسلم الأشياء التي حول إليها مبلغ الصداق، فإذا كان أحد الدائنين لم يستوف حقه كالخياط، أدى له حقه، ولا تجبر المخطوبة على تملك الأشياء التي اشترتها بسبب العزم على الزواج، وكان الخاطب هو السبب في هذه التصرفات.

أما إذا كان العدول من المخطوبة فعلية أن تعيد الصداق كما هو ولا يرغب الخاطب على قبول اللباس أو الفراش عوض المهر، لأنه إذا لم يجد من يشتريه قد يبيعه بأبخس الأثمان فنجمع عليه ضررين، ضرر العدول وضرر إنقاص قيمة المهر.

(2) حكم الهدايا في حالة العدول:

نتناول المسألة في الفقه الإسلامي (أولا)، ثم في قانون الأسرة الجزائري (ثانيا).

أولا: حكم الهدايا في حالة العدول في الفقه الإسلامي:

يرغب أهل الفقهاء بوجوب استرداد الهدايا في هذه الحالة، فإن كانت قائمة يجب ردها بعينها، وإن كانت هالكة أو مستهلكة يجب رد مثلها إن كانت من المثليات وقيمتها إن كانت من القيميات.

فيرى الحنيفة أن الهدايا تأخذ حكم الهبة، وحكم الهبة أن الواهب له حق الرجوع فيها ما لم يوجد مانع من موانع الرجوع فيها، وبالتالي يرد من الهدايا ما كان قائما.

والشافعية والحنابلة يرون أنها ترد مطلقا مثل المهر سواء أكانت هالكة أم قائمة وسواء كان العدول من الخاطب أو المخطوبة، لأن الباعث على تقديمها هو إتمام عقد الزواج، وما دام الباعث لم يتحقق وجب ردها.

أما المالكية فعندهم تفصيل في المسألة، فإذا كان العدول من الخاطب فإنه لا يسترد شيئا، وإذا كان من المخطوبة ترد له ما كان قائما، وقيمة ما لم يستهلك إلا إذا كان هناك عرف أو شرط ينافي ذلك.

ثانيا: حكم الهدايا في قانون الأسرة الجزائري:

بينت حكم الهدايا المادة 5 ف 4 و 5 من قانون الأسرة حيث جاء فيها " 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".

فالمشرع قد فرق بين حالتين، حالة ما إذا كان العدول من الخاطب وحالة ما إذا كان العدول من المخطوبة.

- فإذا كان العدول من الخاطب، وكان قبل ذلك قد أهدى مخطوبته بعض الهدايا، فإنه لا حق له في إرجاع ما قدم لها من هدايا، وإذا كانت المخطوبة قد أهدته أثناء الخطبة بعض الهدايا فعليه أن يردها لها، إذا كانت من الأشياء غير المستهلكة، أما إذا استهلكت فعليه أن يرد إليها قيمتها (يعني يرد ولا يسترد).

- أما إذا كان العدول من المخطوبة فعليها فقط أن ترد للخاطب ما لم يستهلك مما كان قد أهداها، وإن استهلك فعليها أن ترد له قيمته، فالمشرع قرر رد الهدايا التي لا تستهلك بطبيعتها، أما التي تستهلك كالطعام فلا يرد.

- وما يلاحظ أن المشرع لم ينص على حالة ما إذا كان العدول من المخطوبة وقد أهدت إلى الخاطب هدايا فما الحكم في هذه الحالة؟ هل نطبق ونقيس على الحالة الأولى للتشابه بين الحالتين؟

- المشرع لم يفرق بين ما إذا كانت الهدايا مقدمة من الأهالي أم من الخاطب والمخطوبة، هل نطبق الحكم السابق الوارد في المادة السابقة والمتعلق بالخطبين، باعتبار أن المقصد منها واحد وهو إتمام عقد الزواج، أم أنها تأخذ حكم الهبة.

- أقر المشرع المبدأ السابق بناء على من وقع عليه العدول، وكان الأخرى به أن يؤسس لهذا المبدأ على من كان السبب في العدول، ذلك لأن هذا الأخير قد يكون اضطرارياً، فقد يرغب طرف في العدول ثم يقوم بتصرفات تستنزف الطرف الآخر فتدفعه إلى العدول، كان تشترط المرأة على خطيبها شروطاً ليست في مقدوره تلبيةها مما يدفعه إلى صرف النظر عن إتمام إجراءات الزواج، أو أن يؤجل الخاطب زواجه لفترة طويلة دون سبب مقبول مع رفض مخطوبته لهذا الأخير، فتضطر إلى العدول عن الزواج.

- ما يلاحظ كذلك على هذه الفقرة هو أنها أخذت من رأي المالكية على العموم مع بعض التعديل، إذ أن فقهاء المالكية يقرون بالرد في حالة الاستهلاك (المثل أو القيمة)، بينما بدأ النص القانوني مطابقاً لهذا الرأي في البداية ثم خالفه حين لم يقر بالرد في حالة الاستهلاك.

- وعبارة الاستهلاك تثير غموضاً إذ أنها توحى بأن المخطوبة إذا استهلكت الهدية، أو تصرفت فيها فإنها لا ترد الهدية إذا عدلت عن الخطبة، لأن الهدية المقدمة من الخاطب لم يعد لها وجود مادي، وبالتالي فهي مستهلكة، إلا إذا قصد المشرع عدم رد الهدايا التي تستهلك بطبيعتها أو لقلّة قيمتها، بالإضافة إلى أن لفظ الاستهلاك هو مصطلح اقتصادي ولا يتشترط فيه زوال الشيء، بل يصدق عليه وصف المستهلك حتى ولو كان موجوداً في يد المخطوبة، لكنه باستعماله لمدة معينة صار في حكم المستهلك، بمعنى صار من الأشياء المستعملة كالحلي مثلاً.

- أجاز النص المعدل لكل طرف أن يطالب بقيمة الهدية، في حالة ما إذا قيمة الهدية وقت العدول قد نقصت عن قيمتها وقت الشراء، كالذهب الذي تنقص قيمته بمجرد شرائه بل حتى قبل استعماله.

- كما أن هذا النص قد يؤدي إلى التحايل بأن تطلب المخطوبة أن تقدم لها هدايا ذات قيمة معتبرة، ثم تتصرف فيها بشكل من الأشكال الناقلة للملكية وبشكل صوري، أو أنها قد تتصرف في الهدايا بحس نية، كأن تكون بحاجة إلى المال فتبيع الهدايا للحصول على الثمن، لشراء أغراض أخرى أو للعلاج أو للدراسة أو غيرها ثم تعدل عن الخطبة، فعندما يطالب الخاطب باسترداد الهدايا تدعي بأنها استهلكت، وحكم النص أن ترد للخاطب ما لم يستهلك، أي ما كان قائماً تحت يدها فقط.

ولهذه الأسباب لا بد من تعديل النص والأخذ برأي المالكية على إطلاقه وهذا لسد باب التحايل من الجانبين، ويكون كل طرف على علم مسبق بأنه يقع على عاتقه رد الهدايا في جميع الأحوال سواء كانت قائمة أو مستهلكة في حالة العدول.

وينبغي الإشارة في هذا المقام إلى أن الهدايا محل النصوص التشريعية هي التي تقدم قبل العقد أي في فترة الخطوبة، أما إذا تم العقد فلا مجال للحديث عنها.

(3): حكم التعويض عن الضرر المادي والمعنوي في حال العدول:

تنص المادة 5 فقرة 2 على أنه " إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض، " فالمشرع من جهة يعطي للخطابين الحق في العدول وبعد ذلك يطالبه بالتعويض عما ترتب من نتائج العدول، فما دام أن هذا الأخير في حد ذاته يعتبر حقا لكل من الخاطب والمخطوبة شرعا وقانونا - كما سبق ذكره - يجوز لكل منهما استعماله متى شاء، فإن من يستعمل حقه من غير تعسف لا تجوز مقاضاته ولا مطالبته بالتعويض عن أي ضرر يكون قد أصاب الغير نتيجة استعمال هذا الحق، وذلك استنادا إلى قاعدة " الجواز الشرعي ينافي الضمان"، والعدول عن الخطبة لا يعتبر مصدرا للمسؤولية التعاقدية أو التقصيرية، فعدم إتمام إجراءات عقد الزواج الموعود به لا يترتب في حد ذاته أية مطالبة بالتعويض باعتبار أن الضمان يؤثر في حرية التعاقد، ويناقض ركن الرضا في عقد الزواج.

غير أنه إذا كان العدول قد رافقته ونتجت عنه ظروف مستقلة من شأنها إحداث الضرر فإن طلب الحكم بالتعويض سيكون مشروعاً، وهذا يعني أن سبب المسؤولية هنا ليس هو فعل العدول عن الخطبة وإنما يمكن أن يكون ظروفًا

طارئة لاحقة لزمن العدول، نتج عنها ضرر، ويمكن وصف هذه الظروف بأنها
تغيرير بالطرف الآخر.

ومن الأضرار المادية المصاحبة للعدول، كما لو طالب الخاطب المخطوبة
بالاستقالة من وظيفتها أو إعداد جهاز مهم أو شراء أثاث معين، أو تطالبه
بإعداد مسكن في مكان معين أو بصورة معينة، فهذه تكاليف صاحبت الخطبة،
وهي لا تمنع الحق في العدول عنها، غير أن العدول التعسفي يوجب إلزام العادل
بالتعويض عنها، وكأمثلة عن الأضرار المعنوية، خيبة الأمل لدى الطرف الآخر
أو تأخير زواج المخطوبة مدة ارتباطها بالخطبة معه، وتقويت فرصة خاطب
أفضل، دون نسيان ما يمس كرامة الطرف الآخر من إثارة الألسنة بالتشهير
والتجريح.

ومسألة التعويض عن الضرر المترتب عن العدول لم يتم التعرض لها في الفقه
الإسلامي القديم، بسبب اختلاف الحياة الاجتماعية والأعراف والعادات، وكذا
لاعتبارهم أن الزواج لا يتم إلا بالرضا الكامل وأن التعويض لا يكون إلا لسبب
من أسباب الالتزام كالإخلال بالعقد مثلا الخطبة ليست عقداً، بالإضافة إلى أن
هذه المسألة مستحدثة، إذ الخطبة التي رسم الإسلام طريقها وسلوك الطرفين
أثنائها لا يترتب على فسخها ضرر، وباعتبار المسألة حديثة فقد ناقشها الفقهاء
المعاصرون واختلفوا بشأنها، والذي عليه أغلبهم هو التعويض عن الضرر
المادي والمعنوي بشرط أن يكون لمن عدل دخل في وقوع الضرر تطبيقاً للقواعد
الفقهية " لا ضرر ولا ضرار " و"أن الضرر يزال".